

A reflection on compensation for administrative losses in In the protection of citizen's rights in the legal system of Iran and Iraq

Ali Faghihabibi^{*}, Vajihe Mohseni^{}**

Zeid Alkhafaji^{*}**

Abstract

Administrative losses and losses have been considered as a violation of citizenship rights, and paying attention to their compensation in the protection of citizenship rights has been accepted in many countries, including Iran and Iraq. handled and will not remain without compensation. Administrative losses include two types of material and moral losses, which are dealt with in the courts of Iran and Iraq in order to protect the rights of citizens. In this respect, Iraqi law has many similarities with Iranian law, and its administrative trial court, with elements similar to Iranian law, has the duty of dealing with administrative violations and compensating the losses caused by administrative acts, respecting the rights of citizens. The purpose of this research is to examine the compensation of administrative losses in the protection of citizenship rights. Based on this, the main question is what are the basics of compensation for administrative losses in the protection of citizen's rights? Using library sources and descriptive and analytical methods, while answering the mentioned question, it was stated that the principles of compensation for administrative losses are based on the

^{*} Associate Professor, Department of Public Law, South Tehran, Islamic Azad University, Tehran, Iran
(Corresponding Author), faghih.habibi@gmail.com

^{**} Assistant Professor, Department of Public Law, South Tehran, Islamic Azad University, Tehran, Iran,
drvajihe.mohseni@gmail.com

^{***} Senior student of Public Law, South Tehran, Islamic Azad University, Tehran, Iran,
zeid19931993@yahoo.com

Date received: 17/03/2023, Date of acceptance: 18/06/2023



responsibility of government employees, which can have an impact on the realization of citizen's rights.

Keywords: Losses, Compensation, Citizenship rights, Administrative courts, Laws of Iran and Iraq.



تأملی بر جبران ضرر و زیان اداری در در صیانت از حقوق شهروندی در نظام حقوقی ایران و عراق

علی فقیه حبیبی*

وجیهه محسنی**، زید الخفاجی***

چکیده

ضرر و زیان اداری به عنوان نقض حقوق شهروندی مطرح بوده و توجه به جبران آنها در صیانت از حقوق شهروندی بسیاری از کشورها من جمله ایران و عراق پذیرفته شده‌اند و پیرو پذیرش نظریه تقصیر حقوق خصوصی و حقوق جزا، تقصیر اداری مستخدمین دولتی در چهارچوب نظام قضایی رسیدگی شده و بدون جبران باقی نمی‌ماند. ضرر و زیان اداری شامل دو نوع ضرر مادی و معنوی بوده که جهت صیانت از حقوق شهروندان، در محاکم قضایی ایران و عراق تحت رسیدگی قرار می‌گیرد. حقوق عراق از این حیث واجد شباهتهای زیادی با حقوق ایران می‌باشد و دادگاه دادرسی اداری آن با ارکانی مشابه حقوق ایران، وظیفه رسیدگی به تخلفات اداری و جبران ضرر و زیان ناشی از اعمال اداری، رعایت حقوق شهروندان را برعهده دارد. هدف این پژوهش آن است که جبران ضرر و زیان اداری در صیانت از حقوق شهروندی بررسی گردد. بر همین اساس پرسش اصلی، آن است مبانی جبران ضرر و زیان اداری در صیانت از حقوق شهروندی چگونه است؟ که با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و به روش توصیفی و تحلیلی ضمن پاسخ به سؤال مذکور بیان گردید که مبانی جبران ضرر و زیان اداری

* دانشیار، گروه عمومی، واحد تهران جنوب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)،

faghih.habibi@gmail.com

** استادیار، گروه حقوق عمومی، واحد تهران جنوب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران،

drvajihe.mohseni@gmail.com

*** دانشجوی ارشد حقوق عمومی، واحد تهران جنوب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران،

zeid19931993@yahoo.com

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۲/۲۷، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۳/۱۷



براساس مسئولیت مدنی کارکنان دولت بوده که در تحقق حقوق شهروندی می‌تواند تأثیر داشته باشد.

کلیدواژه‌ها: ضرر و زیان، جبران، حقوق شهروندی، محاکم اداری، حقوق ایران و عراق.

۱. مقدمه

نظام‌های حقوقی ایران و عراق قائل به پذیرش اصل جبران ضرر و زیان ناشی از اعمال اداری در صیانت از حقوق شهروندی هستند. تشکیل دادگستری نوین در ایران و عراق و پیرو آن، تصویب قوانین خاص همچون قانون مسئولیت مدنی، قانون رسیدگی به تخلفات اداری، قانون دیوان عدالت اداری، قانون استخدام کشوری و قانون مدیریت خدمات کشوری، هرکدام زمینه ساز پذیرش جبران ضرر و زیان اداری در حقوق ایران جهت تحقق و صیانت از حقوق شهروندی شناخته می‌شوند. در کشور عراق، قریب به نیم قرن پیش، قانون شماره ۶۹ سال ۱۹۳۶ به تصویب رسید و متون قانونی آن دیگر با شرایط رو به رشد این کشور، به ویژه پس از تحولات بزرگی که در زندگی سیاسی، اقتصادی و اجتماعی با وقوع انقلاب ناسیونالیستی و سوسیالیستی رخ داد نیستند. قانون اصلاح نظام حقوقی با توجه به حقوق شهروندی، تبدیل دفتر تدوین حقوقی به شورای مشورتی دولتی را پیش بینی کرد که متخصص در تهیه و حسابرسی قوانین و شفاف‌سازی متون و مقررات قانونی است. برای اینکه شورای دولتی در سطح وظایف خود قرار گیرد، باید بدون غفلت از تجربیات و اخبار دیوان تدوین حقوقی مبنی بر تعیین تکلیف و تشکیل شکل‌های خود بر اساس اقتضائات مقطع کنونی اقدام نماید. بر این اساس، قانون جدید علاوه بر بهره‌مندی از کارشناسان حقوقی با تخصص و شایستگی به جهت رعایت حقوق شهروندی، مایل است عناصر جدیدی را از قضات، مدیران و اساتید دانشگاه معرفی کند و متخصصان حقوقی جوان تربیت کند و همه دانش و اخبار را در اختیار آنها بگذارد تا بتوانند در آینده مسئولیت‌های خود را در شورا به عهده بگیرند. به همه این دلایل، قانون شماره ۱۷ مورخ ۲۰۱۳ وضع شد که براساس آن، دادگاه دادرسی اداری در این کشور مشغول به فعالیت بوده و به جبران ضرر و زیان ناشی از اعمال اداری می‌پردازد. (ابوالحمد، ۱۳۸۱، ۱۳۴۹)

در حقوق کشورهای ایران و عراق با توجه به تعریفی که از ساختار حاکمیت، دولت و کارکنان و حقوق شهروندی در این کشورها وجود دارد و در قوانین اساسی این کشورها لحاظ گردیده، مبنای و موضوع جبران ضرر و زیان اداری با توجه به حقوق شهروندی در دو حوزه

تأملی بر جبران ضرر و زیان اداری در در صیانت از ... (علی فقیه حبیبی و دیگران) ۱۳۹

متفاوت حاکمیتی و اجرایی قابل تفسیر و تأویل خواهد بود که این اختلاف ناشی از منشأ اعطاء حق و قواعد جبران خسارت خواهد بود. در این میان، به دلیل تبعیت دوگانه کشور ایران از قواعد فقه امامیه و اصول حقوقی که عمدتاً از کشورهای پیرو حقوق رومی-ژرمنی همچون فرانسه و بلژیک برگرفته شده، مبانی جبران ضرر و زیان اداری و نظریه‌های مربوط به این موضوع، دارای تفاوت‌های ماهوی محسوسی خواهند بود که به نوبه خود چالش‌های متعددی در مقوله اصالت نظریه‌های جبران خسارت و نحوه تفسیر موضوعات عملی، به وجود خواهد آورد. به طور مثال با توجه به تفاوت‌های موجود، مسأله اصلی در پذیرش راهکارهای حقوقی و اصولی ارائه شده در دو نظام حقوق ایران و عراق خواهد بود. یکی از مهمترین چالش‌های مطروحه در خصوص جبران ضرر و زیان اداری در حقوق ایران و عراق، تعریف منطقی از مجموعه دولت و حدود و ثغور آن می‌باشد. در این میان، کارکنان قوای اداری و اجرایی در شاخه‌های مقننه، مجریه و قضائیه می‌توانند به عنوان کارکنان دولت موضوع بحث قرار گیرند. مطابق نظریه تفکیک قوا در حقوق عراق که به شکل متفاوتی در حقوق ایران نیز پذیرفته شده، قوه مجریه مسئول اجرای قوانین و مقررات عمومی شناخته می‌شود. در کشورهای ایران و عراق کارکنان قوه مجریه در رده‌های مختلف اداری، مطابق قوانین استخدامی به عنوان کارکنان دولت شناخته می‌شوند. به منظور توجه به ابهامات و چالش‌های مرتبط با موضوع پژوهش، مطالعاتی پیرامون رویه قضایی و نمونه پرونده‌های مربوط به مسئولیت مدنی کارکنان دولت، پیرامون جبران ضرر و زیان اداری، در کشورهای ایران و عراق در صیانت از حقوق شهروندی به عنوان اولویت‌های اصلی پژوهش قرار خواهند گرفت. (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ه.ق، ۲۳۰)

گسترش تخلفات و تقصیرات اداری در دو نظام حقوقی ایران و عراق، منجر به ورود خسارات هنگفت و غیرقابل تخمینی به شهروندان ایرانی و عراقی و نقض حقوق شهروندی آنان شده است و مطابق اصل جبران کامل خسارت که در دو نظام حقوقی ایران و عراق پذیرفته شده است، این خسارات می‌بایست جهت تحقق حقوق شهروندی به صورت کامل جبران شوند. با توجه به اهمیت مسأله، از آنجاکه رویه قضایی موجود در این کشور، گویای نواقص و خلاهای قانونی و اجرایی در خصوص جبران خسارات مذکور می‌باشد، ضرورت انجام تحقیقی درباره موضوع، احساس می‌شود. فرضیه این پژوهش شامل، مبانی جبران ضرر و زیان اداری در حقوق ایران، قواعد مسلم فقهی همچون قاعده غرور، لاضرر، قاعده اتلاف، قاعده نفی عسر و حرج و قواعد حقوقی مندرج در قوانین مربوطه همچون قانون مسئولیت مدنی بوده، در حالی که مبانی مسئولیت مدنی کارکنان دولت و جبران ضرر و زیان اداری در

حقوق عراق، اصول حقوقی مندرج در قانون مدنی و رویه قضایی دادگاه دادرسی اداری این کشور می باشد. مهمترین هدف این مقاله این است که به شناخت تطبیقی ارکان و ساختار محاکم اداری و شیوه های جبران ضرر و زیان اداری در دو نظام حقوقی ایران و عراق در صیانت از حقوق شهروندی دست یابد. دستگاه حاکمیت و مجموعه کارکنان دولت در ایران و عراق به دلیل تعامل و ارتباط تنگاتنگی که با حقوق شهروندان جامعه دارند، گاهاً به دلیل قصور و خطا در انجام اعمال اداری و اجرایی خود، همواره خسارات متعددی به افراد جامعه وارد می آورند که به جهت توصیه و الزام ناشی از اصول و قواعد فقهی و قانونی در حقوق ایران و اصول و قواعد حقوقی در حقوق عراق، این خسارات جهت رعایت حقوق شهروندان نباید بدون جبران باقی بماند. از این پرسش اصلی مقاله حاضر آن است مبانی جبران ضرر و زیان اداری در صیانت از حقوق شهروندی چگونه است؟ بنابر بر فرضیه اصلی مقاله پیش رو با روش مبانی جبران ضرر و زیان اداری بر اساس مسئولیت مدنی کارکنان دولت بوده و جبران ضرر و زیان اداری در حقوق ایران و عراق، براساس اصول حقوقی مندرج در قانون مدنی و رویه قضایی دادگاه های دادرسی اداری می باشد که در تحقق و صیانت از حقوق شهروندی می تواند تأثیر بسزایی داشته باشد بر اساس نوشته مذکور مبانی جبران ضرر و زیان اداری در صیانت از حقوق شهروندی و همچنین محاکم صالح رسیدگی ضرر اداری در نظام حقوقی ایران و عراق به روش توصیفی و تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه ای مورد بحث قرار می گیرد.

۲. مفاهیم و مبانی نظری

۱.۲ تعریف ضرر در صیانت از حقوق شهروندی قانون ایران و عراق

برای صیانت از حقوق شهروندی بدو باید ضرر را تعریف نمود. ضرر در لغت به معنای زیان و گزند وارد کردن، ضد نفع و سوء حال تعریف شده است (فرهنگ معین، ۱۳۸۸، ۹۵۹) مفهوم عرفی ضرر این است که هر جا نقصانی در اموال به وجود آید یا منفعت مسلمی از بین برود و یا به سلامت و حیثیت شخص خسارتی وارد آید ضرری محقق شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ۳۸) ضرر (زیان) که در صیانت از حقوق شهروندی باید جبران گردد. در عرف معانی گسترده ای در مقابل نفع دارد و صدمه به هر چیزی اعم از عین، منفعت، نفع مالی، حقوق، تمامیت جسمانی، سلامت، شخصیت، آبرو و یا به غیر از آن اطلاق می شود (بابایی، ۱۳۹۴، ۴۰) ضرر عبارت است از هر کاستی و نقصانی است که بر مال و حق مالی یا جسم یا حیثیت و

تأملی بر جبران ضرر و زیان اداری در در صیانت از ... (علی فقیه حبیبی و دیگران) ۱۴۱

شهرت یا عواطف شخصی، بطور ناروا و ناخواسته، از طرف دیگری وارد شود (باریکلو، ۱۳۸۷، ۶۱) این تعریف تا حدودی با تعریف بعضی از فقهاء (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق. ۳۸۱) که ضرر را به مطلق نقصان و کاستی در نفس یا عضو یا مال و حیثیت تعریف کرده اند، مشابهت و نزدیکی دارد و لی تفاوت عمده ای که با آن دارد، این است که در این تعریف مطلق نقصان، ضرر محسوب نشده، بلکه نقصانی ضرر محسوب شده است که غیر ارادی و تحمیلی باشد؛ زیرا عرفاً نقصانی ضرر محسوب می شود که ناخواسته باشد و نقصانی که ارادی است، مانند هبه و یا مواردی که شخص اقدام بر ایراد نقصان بر خویش می نماید، تخصصاً از موضوع و مفهوم ضرر خارج است. بنابراین، مفهوم ضرر انصراف به کاستی و نقصانی دارد که بطور ناروا و ناخواسته بر شخص تحمیل گردد و موارد نقصان ارادی، مانند هبه و غیره، را شامل نگردد و عرفاً چنین نقصانی ضرر محسوب نشود. (کریمی نیا و دیگران، ۱۴۰۰، ۳۷) در تقریرات میرزای نائینی، ضرر را فوت آنچه که انسان واجد آن است. اعم از اینکه نفس یا عرض یا جوارح باشد معرفی کرده اند (نائینی، ۱۳۷۳، ۳۷۸) مجموع ضرر بیشتر در مورد نفس و مال استفاده می شود، کاربرد آن در خصوص فقدان شخصیت و آبرو کمتر است. معنای اصطلاحی ضرر از معنای لغوی آن دور نیفتاده است. یکی از دانشمندان حقوق ضرر را این گونه تعریف کرده است:

نقصی بر مال دیگری یا صدمه بر جان کسی یا وهن در عرض دیگری وارد کردن است، به شرط اینکه مقتضی قریب آن محقق شده باشد ... اگر کسی درختان میوه ده را از جا بکند ضرر مالی است و دیگر اجیری زیاده بر اندازه سم پاشی کند و مانع میوه دادن و یا کاهش میوه درخت شود ضرر است. عدم النفع موقعی ضرر است که مقتضی قریب نفع وجود داشته باشد ... (لنگرودی، ۱۳۸۱، ج ۳، ۲۳۸۷)

فلذا درباره نص قانونی مربوط به جبران ضرر و زیان ناشی از اعمال اداری در حقوق ایران در صیانت از حقوق شهروندی، می توان به ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی استناد نمود. مطابق این ماده:

هر کس بدون مجوز قانونی عمداً یا در نتیجه بی احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجارتي یا به هر حق دیگری که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می باشد.

در ماده ۱ قانون مذکور، ضرر لطمه ای دانسته شده است که به سلامتی، مال، آزادی یا حیثیت یا شهرت تجاری یا به هر حق دیگری که به موجب قانون برای افراد ایجاد شده است، وارد

می‌آید که در صیانت از حقوق شهروندی باید جبران گردد. در پاره‌ای از مواد قانون نیز به اهمیت وجود ضرر و اثبات آن توجه شده است. از جمله در ماده ۵۲۰ آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ اشاره شده است که: «دادگاه در صورتی حکم به خسارت خواهد داد که ضرر اثبات شود». با توجه به آنچه در تبیین مفهوم ضرر بیان گردید، ورود ضرر، اولین رکن شناخت مسئولیت مدنی کارکنان دولت در حقوق ایران محسوب می‌گردد. مفهوم ضرر در حقوق مسئولیت مدنی ایران، به سمت عبارت ضرر ناروا متمایل شده است. عبارت ضرر ناروا همانگونه که دیده می‌شود، متشکل از دو کلمه‌ی ضرر و نارواست. دو کلمه‌ی ای که هریک از آن‌ها معنای خاص خودش را داشته و با ترکیب با همدیگر معنی دیگری را از خود تعریف می‌کنند. اما منظور از ضرر در حقوق عراق در صیانت از حقوق شهروندی، هرگونه ضرر و زبانی است که واجد جنبه مادی و مالی باشد. بنابراین، هرگونه تجاوز به حقوق مالی شخص از قبیل حق مالکیت و حق انتفاع، خسارت مادی محسوب می‌شود، زیرا این تخلف منجر به کاهش منافع مالی می‌شود که این حقوق برای صاحبان آنها دارد. به طور کلی، هرگونه نقض حقوق مربوط به شخص انسان مانند آزادی شخصی، آزادی کار و آزادی عقیده در صورتی که منجر به زیان مالی شود، مانند زندانی کردن شخص بدون مجوز قانونی، خسارات مادی قابل جبران بوده و اشکال گوناگون و متنوعی دارد. خسارت ممکن است از بین رفتن پول باشد، مانند سوختن یک ملک یا تخریب خودرو در تصادف. «خسارات مادی تنها به این اشکال ختم نمی‌شود، زیرا می‌تواند شامل تمام اشکال زیان مالی ناشی از عمل نقض متسبب به دیگران باشد.» (فاضل، ۲۰۱۵، ۷۸-۷۲)

۲.۲ مفهوم حقوق شهروندی

مجموعه حقوقی که یک فرد به وسیله زندگی در یک قلمرو جغرافیایی خاص، از آن برخوردار می‌شود، اعم از حق مدنی، سیاسی، اجتماعی و اقتصادی (بیراوند و همکاران، ۱۳۸۹، ۲۰۳) شهروندی، از جمله مفاهیم نو پدیداری است که به طور ویژه‌ای به برابری و عدالت توجه دارد و در نظریات اجتماعی، سیاسی و حقوقی جایگاه ویژه‌ای پیدا کرده است. مقوله «شهروندی» وقتی تحقق می‌یابد که همه افراد یک جامعه از کلیه حقوق مدنی و سیاسی برخوردار باشند و همچنین به فرصت‌های مورد نظر زندگی از حیث اقتصادی و اجتماعی دسترسی آسان داشته باشند. ضمن اینکه شهروندان به عنوان اعضای یک جامعه در حوزه‌های مختلف مشارکت دارند و در برابر حقوقی که دارند، مسئولیت‌هایی را نیز در راستای اداره بهتر جامعه و ایجاد

تأملی بر جبران ضرر و زیان اداری در در صیانت از ... (علی فقیه حبیبی و دیگران) ۱۴۳

نظم بر عهده می گیرند، و شناخت این حقوق و تکالیف نقش موثری در ارتقاء شهروندی و ایجاد جامعه ای بر اساس نظم و عدالت دارد. اسلام به عنوان یک دین فراگیر که به همه ابعاد زندگی بشر توجه نموده است، دستورات صریح و شفافی برای روابط اجتماعی انسان ها دارد و نه تنها به کمال معنوی انسان ها توجه نموده است بلکه به چگونگی ساختن جامعه ای نمونه نیز توجه دارد. از جمله مسائل مهم حقوق شهروندی در اسلام توجه به کرامت انسانها به عنوان اشرف مخلوقات، ارزش حیات و زندگی افراد، برابری بدون توجه به نژاد، رنگ، پوست و ...، هدفمند نمودن خلقت انسانها و بیهوده نبودن زندگی انسان می باشد. (یزدانیان، ۱۴۰۱، ۸)

۳. ارکان ضرر اداری در حقوق ایران و عراق

۱.۳ ارکان ضرر اداری در حقوق ایران

در حقوق ایران، ارکان ضرر اداری را می توان شامل سه بخش ایراد ضرر، تقصیر اداری و رابطه سببیت میان ایراد ضرر و تقصیر اداری، فرض نمود که در این قسمت به بررسی اجمالی آنها خواهیم پرداخت.

۱.۱.۳ ایراد ضرر

مسئولیت حقوقی به طور عام و مسئولیت مدنی به طور خاص بدون فعل زیانبار محقق نمی شود، «برخلاف مسئولیت اخلاقی که ممکن است تنها با اندیشه و فکری نادرست تحقق یابد، بدون اینکه این اندیشه ظهور و بروز بیرونی یابد.» (لورسا، ۱۳۷۵، ۳۰-۲۹) «در فقه نیز صرف تحقق ضرر بدون فعل عامل زیان تحت شمول قاعده لاضرر و قاعده اتلاف و تسبیب قرار نمی گیرد و از این حیث ضمان ایجاد نمی شود.» (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ۳۳۶) به عبارت دیگر، مسئولیت مدنی اعم از اینکه مبتنی بر تقصیر باشد یا بر مبنای خطر، فعل زیان آور شرط تحقق آن است، منتها در مسئولیت مبتنی بر تقصیر، این فعل لازم است، تقصیر محسوب شود. فعل مولد خسارت، عنصر دوم از عناصر سه گانه مسئولیت مدنی است. «بدون تحقق یا شناسایی فعل زیان بار، با فرض وقوع خسارت، نمی توان جبران خسارت را از شخص موردنظر (اعم از کارکنان دولت و غیره) مطالبه نمود و صحبت از رکن دیگر مسئولیت مدنی، یعنی رابطه علیت موجبی نخواهد داشت.» (سوادکوهی فر، ۱۳۸۹، ۱۸)

۲.۱.۳ تقصیر اداری

تقصیر در لغت به معنای کوتاهی و سستی کردن است و در اصطلاح حقوقی نیز از معنای لغوی خود دور نشده است (باریکلو، ۱۳۸۵، ۴۴). واژه تقصیر (la faute)، در زبان فرانسه معنی گناه را به ذهن تداعی می کند و سرزنش مقصر را به دلیل اعمالی که انجام داده یا افکاری که در ذهن داشته است در پی دارد. معادل آن در زبان انگلیسی (fault) است که غالباً با عبارات سرزنش یا خطا بیان می شود؛ «رفتار تقصیر آمیز رفتاری قابل سرزنش یا ناصواب است.» (بادینی، ۱۳۸۴، ۱۵۰) برای واژه تقصیر در قوانین و مقررات موضوعه، تعاریف و مصادیق گوناگونی در حقوق ایران تصور شده است. ماده ۹۵۳ قانون مدنی، تقصیر را عبارت از تعدی و تفریط می داند. تعدی در ماده ۹۵۱ و تفریط در ماده ۹۵۲ قانون مدنی، مورد تعریف قرار گرفته است. شناخت مسئولیت مدنی کارمند نسبت به اشخاص، منوط به حل مسأله مقدماتی مهم است و آن تمیز تقصیر شخصی از تقصیر اداری (خطای شغلی) است، تا تقصیر شخصی برعهده کارمند و تقصیر اداری بر عهده دولت به معنای اعم یا بیت المال باشد. در تعریف خطای شغلی آمده است: خطایی که در هنگام انجام حرفه معین به وجود می آید. مانند خطای وکیل در دفاع و دادرس در صدور حکم و پزشک در معالجه یا عمل جراحی و مهندس در ترسیم نقشه مهندسی و... خطای شغلی از نقض اصول و قواعد موضوعی و متعارف هر شغل به وجود می آید، مانند این که حرفه را به شکل نامشروع انجام دهد. یعنی از روش فنی متعارف مطابق اصول مسلم آن شغل تجاوز نماید. برخی از حقوق دانان بر این عقیده اند، که خطای اداری عبارت است، از تقصیرهای متعارف یک سازمان دولتی:

هر اداره و مؤسسه عمومی در انجام وظایف خود باید در حدود متعارف مراقبت داشته باشد، که از اعمال او زیانی به کسی وارد نشود. در این حدود البته اشتباهات و تقصیرات برای دستگاه غیرقابل اجتناب است و مسئول آن باید دولت باشد، ولی اگر اشتباهات و تقصیرات از این حدود که تشخیص آن بر عهده قاضی است - خارج شود، تقصیرات مزبور خطای شخصی مستخدم بوده و او باید از عهده خسارت برآید. (مؤتمن طباطبایی، ۱۳۷۹، ۴۰۱)

نویسندگان تصریح کرده اند، که: «مهم ترین ویژگی خطای اداری این است که تقصیر ایشان در حین انجام وظیفه یک تقصیر حرفه ای به شمار می رود.» (غمامی، ۱۳۸۰، ۳۳) پاره ای از حقوق دانان نیز در این باره معتقدند: «در جایی که مسئولیت قراردادی باشد، نمی توان به مسئولیت خارج از قرارداد استناد کرد.» (بهرامی احمدی، ۱۳۸۸، ۱۳-۱۲)

تأملی بر جبران ضرر و زیان اداری در در صیانت از ... (علی فقیه حبیبی و دیگران) ۱۴۵

۳.۱.۳ رابطه سببیت اداری

رابطه سببیت، آخرین رکن برقراری مسئولیت مدنی می باشد. خواهان هر دعوای مسئولیت، علاوه بر وجود دو رکن ضرر و تقصیر عامل ورود زیان به عنوان قاعده، باید ثابت کند که میان ضرر و تقصیر، رابطه علیت وجود دارد، تا بدین ترتیب مسئولیت خوانده، ثابت شود. درواقع، بدون اثبات این رابطه، نمی توان دعوای مسئولیت مدنی را محقق دانست، از این رو، این رابطه را می توان پل بین ایجاد خسارت و جبران آن تصور کرد. استثنای قاعده اثبات تقصیر را می توان مسئولیت مدنی ناشی از اتلاف دانست که در آن اثبات تقصیر شرط نیست. اما مشکل اساسی، زمانی بروز می نماید که عوامل مختلفی منجر به وقوع زیان باشند که در این صورت،

اثبات رابطه علیت بین فعل عامل یا عوامل و وقوع خسارت، کمی پیچیده خواهد شد؛ رابطه سببیت به عنوان آخرین رکن مسئولیت مدنی به دلیل مشکل بودن بار اثباتی آن، از اهمیت دوچندانی برخوردار است. اثبات رابطه علیت میان زیان وارده و تقصیر بر عهده خواهان است و بر اساس قاعده عمومی فقهی البیتة علی المدعی گرفته شده است. (غمامی، ۱۳۸۰، ۹۹)

۲.۳ ارکان ضرر اداری در حقوق عراق

به دلیل تشابه نظام قانونگذاری دو کشور ایران و عراق در خصوص موضوعات مسئولیت مدنی و خطای اداری، و نیز شیوه نوشته تنظیم قوانین که از حقوق فرانسه و پاره ای از کشورهای اروپایی نشأت گرفته است، ارکان ضرر اداری در دو کشور ایران و عراق کاملاً یکسان است. بنابراین، نظام مفهومی ضرر اداری در حقوق عراق، شامل ایراد ضرر و تقصیر اداری و رابطه سببیت به شرح ذیل می باشد.

۱.۲.۳ ایراد ضرر

منظور از ایراد ضرر در حقوق اداری عراق این است، که در نتیجه فعل یا ترک فعل کارمند اداری عراقی، عملاً خسارتی بر متقاضی خدمات اداری وارد گردد. جبران ضرر و زیان اداری در نتیجه پذیرش مسئولیت مدنی اداره و کارمند است. صرف نظر از ماهیت آن و نظام حقوقی که مشمول آن است. جبران، نتیجه اجتناب ناپذیر هرگونه تجاوزی است که بدون در نظر گرفتن نوع خسارت به اشخاص ثالث آسیب وارد می کند که هر یک از انواع مسئولیت ها در محدوده

عمل اداری، جبران خاص خود را دارد که با ماهیت تخلف کارمند مطابقت دارد. مسئولیت ناشی از خطا، ناشی از چندین طرف متعهد به جبران خسارت با توجه به ماهیت این خطا می‌باشد و به وسیله آن مدیریت کارکنان به دلیل آنچه که ناشی از تقصیر شخصی آنها برای مسئولیت آنها در قبال آسیب به دیگران است، متعهد به جبران خسارت هستند. مرجع قضایی مورد استفاده طرفین دعوای جبرانی از یک سیستم قضایی به سیستم دیگر متفاوت است. این موضوع ارتباط تنگاتنگی با ماهیت دعوا دارد، خواه دعوای حقوقی عمومی یا خصوصی باشد، یا ماهیت نظام قضایی، خواه یکپارچه یا دوگانه باشد. (رفاه کریم، ۲۰۱۷، ۵۳۰) ایراد ضرر از ناحیه کارمند اداری از طرق مختلفی متصور است. کارمند مربوطه براساس جریان اداری امور، ممکن است مرتکب فعل یا ترک فعلی شود که نتیجه آن زیانبار باشد. رسیدگی به موضوع رفتار کارمند در صلاحیت مراجع قضایی می‌باشد. ولی الزاماً بایستی ایراد ضرر را به عنوان نکته اصلی مسئولیت مدنی کارکنان دولتی در حقوق عراق برشمرد.

۲.۲.۳ تقصیر اداری

قانون منسوخ مسئولیت مدنی عراق فصل مستقلی را برای مسئولیت مبتنی بر تقصیر قرار داده بود و ۴۷ ماده به ترتیب از ماده ۱۹۲ لغایت ۳۳۸ را به مقررات مربوط به این مسئولیت اختصاص داده بود، لیکن این مقررات که بیشتر مشابه مقررات حقوق فرانسه بود در تاریخ ۱۹۵۱ نسخ گردید. قانونگذار عراقی شکل تنظیم و باب بندی و تقسیم تمامی مقررات مربوط به مسئولیت مبتنی بر تقصیر را که در قانون مدنی گنجانده است، از حقوق کشورهای غربی گرفته است. ولی احکام موضوعی آن را از فقه اسلامی اقتباس کرده است، لیکن با اشتراط قصد و عمد (یا تعدی) در استقرار ضمان اتلاف کننده، از مقررات و احکام فقه اسلامی خارج شده است. (الحکیم، ۱۹۶۳، ۴۲۳) به طوری که در ماده ۱۸۶ این قانون مقرر گردیده است: «اگر کسی به مباشرت یا تسبیب، مال دیگری را تلف یا ناقص بکند، در صورتی ضامن است که در ایجاد آن ضرر تعمد داشته باشد یا تعدی کند.» و همچنین در بند ۲ این ماده آمده است: «در صورت اجتماع مباشر و سبب، هر کدام متعمد یا متصدی باشد ضامن است.» بنابراین قانون مدنی عراق (جایگزین قانون مسئولیت مدنی سابق) به عنوان یک قاعده، مبنای مسئولیت را تقصیر قرار داده است (مفاد ماده ۱۸۶) و با اینکه سعی داشته است از مقررات فقه اسلامی به ویژه قانون المجله استفاده کند، «اما با دخالت و تصرفی که در آن کرده است، به ویژه در

تأملی بر جبران ضرر و زیان اداری در در صیانت از ... (علی فقیه حبیبی و دیگران) ۱۴۷

مقررات مربوط به مسئولیت اتلاف کننده، خود را به حقوق فرانسه نزدیک کرده و از فقه اسلامی دور شده است.» (قاسم زاده، ۱۳۸۷، ۳۰۱)

۳.۲.۳ رابطه سببیت اداری

رابطه سببیت میان ایراد ضرر و تقصیر اداری، رکن اصلی پذیرش ضرر و زیان اداری در حقوق عراق می باشد. در حقوق این کشور، مسئولیت دولت نسبت به اعمال کارکنان خود مسئولیتی مستقیم است. به این ترتیب که هرگاه کارمند دولت مرتکب عمل زیان بار شود، دولت نه به سبب خطا یا مسئولیت کارمند که به دلیل خطای خود مستقیماً عهده دار مسئولیت خواهد بود. در این معنا مسئولیت دولت تابع مسئولیت کارمند نیست، بلکه به صرف صدور خطای زیان بار از کارمند، اداره مسئول جبران خسارت است. به عبارت دیگر، عمل به دولت منسوب می گردد، بدون آن که ابتدا آن را به کارمند عامل ورود زیان نسبت دهیم. نظریه مسئولیت حکومت یا به تعبیری دولت، به جای مستخدم دولت، نظریه ای است که مورد پذیرش حقوق عراق می باشد. یکی از حقوق دانان در این خصوص بیان داشته است که:

بین خطای اداره و زیان وارده به شهروندان، باید رابطه یا رابطه سببیت وجود داشته باشد. بنابراین باید ارتباط خسارت ناشی از خطا با منشأ خسارت مستقیم باشد. در صورتی که بین خطای اداره و خسارت، رابطه سببیت وجود نداشته باشد، مسئولیت اداره ساقط می شود، زیرا خسارت ناشی از یک عامل خارجی مانند فورس ماژور، تقصیر دیگران یا تقصیر خود زیان دیده است. اما اگر اشتباهاً در ایجاد خسارت نقش داشته باشد، مسئولیت اداره به طور کامل متفی نیست و در این صورت اداره متعهد به جبرانی متناسب با نقش اشتباه خود در ایجاد خسارت است. اما اگر فورس ماژور یا تقصیر شخص ثالث یا تقصیر خود زیان دیده تنها علت خسارت باشد، مسئولیت اداره ساقط می شود. (الطماوی، ۱۹۶۸،

۴. محاکم صالح رسیدگی به ضرر اداری در صیانت از حقوق شهروندی در نظام حقوقی ایران و عراق

۱.۴ محاکم صالح رسیدگی به ضرر اداری در صیانت از حقوق شهروندی در حقوق ایران

درخصوص مراجع صالح رسیدگی به موضوع مسئولیت مدنی دولت در حقوق ایران جهت صیانت از حقوق شهروندی، با توجه به ماهیت دعوای مربوطه لازم است به تفکیک، توضیحات لازم بیان شود. مراجعی که در کشور ایران صلاحیت رسیدگی به موضوع مسئولیت مدنی دولت را دارند عبارتند از:

۱.۱.۴ دیوان عدالت اداری

تاسیس دیوان عدالت اداری براساس ضرورت های اجتماعی و قضایی در صیانت از حقوق شهروندی بوده است.

پیش از تاسیس دیوان برای رسیدگی به شکایات و تظلمات مردم نسبت به ماموران و واحدهای دولتی، مرجعی جز مقامات اداری که بتواند حقوق آنان را در مقابل تجاوزات و تعدیات کارگزاران دولتی حفظ و صیانت نماید، وجود نداشت و لذا برخلاف اصول و موازین دادرسی، شاکی برای احقاق حق ناگزیر از مراجعه به مشتکی عنه یعنی دولت بود و تکلیف شاکی غالباً توسط طرف شکایت تعیین می شد. مثلاً در ماده ۶ قانون راجع به شورای دولتی مصوب سال ۱۳۳۹ پیش بینی شده بود که در کلیه مواردی که در قانون شورای دولتی حق شکایت به شوری تصریح گردیده است، شکایت زمانی قابل طرح و رسیدگی در شوری خواهد بود که شاکی به بالاترین مرجع صلاحیتدار وزارتخانه یا سازمان و مؤسسه مراجعه کرده و شکایت او بطور قطع رد شده باشد و یا ظرف مدت یک ماه از تاریخ اعتراض و مراجعه شاکی به بالاترین مرجع صالحه سازمان مربوطه، پاسخ قاطع در اصل موضوع به او داده نشده باشد. بر همین اساس در جهت صیانت از حقوق شهروندی برابر مدلول بند ۱ از ماده ۹۱ قانون دیوان عدالت اداری، رسیدگی به شکایات و تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی از آئین نامه ها و سایر نظامات و مقررات دولتی و شهرداری ها از حیث مخالفت مدلول آنها با قانون و احقاق حقوق اشخاص در مواردی که تصمیمات یا اقدامات یا مقررات مذکور به علت برخلاف قانون آن و یا عدم صلاحیت مرجع مربوط یا تجاوز یا سوء استفاده از اختیارات یا تخلف در اجرای قوانین و مقررات یا

تأملی بر جبران ضرر و زیان اداری در در صیانت از ... (علی فقیه حبیبی و دیگران) ۱۴۹

خودداری از انجام وظایفی که موجب تضییع حقوق اشخاص می‌شود، به عهده هیات عمومی دیوان گذشته شده است. (شهناهی، ۱۳۸۶، ۴۱)

۲.۱.۴ محاکم عمومی

همانطور که قبلاً نیز بیان گردید، در خصوص مطالبه خسارت ناشی از اعمال کارکنان دولت در حقوق ایران به استناد تبصره ۱ ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲، خواهان می‌تواند پس از احراز تخلفی که به استناد ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی و اصل ۱۷۳ قانون اساسی اثبات می‌شود، نسبت به مطالبه خسارات مادی و معنوی خود اقدام نماید. مخاطب و خواننده این دعوا نیز کارمندان و مسئولین ادارات دولتی مطابق ماده ۱۱ قانون اخیرالذکر می‌باشد.

واژه کارمندان دولت در صدر ماده فوق، ترکیب اضافی است که به صورت جمع به کار رفته و حسب ظاهر شامل کلیه اشخاص حقیقی که در دستگاه دولت به عنوان بارزترین فردشخص حقوقی، حقوق عمومی و به معنی اعم از قوه قضائیه، مجریه و مقننه و مؤسسات وابسته به دولت به کار مشغولند، می‌گردد؛ هر چند آنچه که در بدو امر از واژه کارمند متبادر به ذهن می‌شود کارمند رسمی دولت است. ولی چون کلمه کارمند به صورت مطلق به کار رفته و مقید به قید و وصفی نگردیده، علی‌الظاهر اشخاصی را که به صورت گوناگون و تحت شمول کلیه مقررات و قوانین استخدامی در خدمت دولت هستند (اعم از روزمزد- پیمانی- خرید خدمتی و غیره) در بر می‌گیرد، گذشته از کارمندان دولت این ماده کارکنان شهرداریها و مؤسسات وابسته را که یکی از انواع مؤسسات عمومی است نیز شامل می‌گردد. (پناهنده، ۱۳۸۵، ۵۷)

۲.۴ محاکم صالح رسیدگی به ضرر اداری در صیانت از حقوق شهروندی در حقوق

عراق

محاکم صالح رسیدگی به ضرر و زیان اداری در صیانت از حقوق شهروندی در حقوق عراق به موجب قانون اساسی این کشور واجد رسمیت قضایی می‌باشند. در کشور عراق،

اولین قانون اساسی عراق در سایه اشغال نظامی بریتانیا در سال ۱۹۲۵ تدوین شد و طی آن رژیم سلطنتی عراق به تصویب رسید و تا زمان کودتای نظامی ۱۹۵۸ که رژیم جمهوری در آن کشور مستقر شد، لازم الاجرا باقی ماند و از سال ۱۹۵۸ تا ۱۹۷۰، کشور عراق بدون قانون اساسی و با فرمان های نظامی اداره می‌شد. در سال ۱۹۶۸، حزب بعث عراق متعاقب

کودتای نظامی دیگری به قدرت نائل آمد و در ژوئیه ۱۹۷۰، قانون اساسی موقت عراق توسط شورای فرماندهی انقلاب عراق که متشکل از سران حزب بعث بودند به تصویب رسید، البته قانون اساسی مزبور طی سالهای ۱۹۷۳، ۱۹۷۴ و ۱۹۷۷، بازنگری و اصلاح شد. (عمید زنجانی، ۱۳۸۴، ۳۳۶)

در ادامه در ۸ مارس ۲۰۰۴، قانون اساسی موقت عراق پس از اشغال به تصویب رسید و در نهایت، قانون اساسی جدید عراق که تعیین کننده ساخت قدرت و سیاست در عراق است، با وجود اختلاف میان گروه های عراقی به ویژه اعراب شیعه، سنی و کردها، در همه پرسی اکتبر ۲۰۰۵ به تایید ۷۸.۵۹ درصد عراقیان رسید. (افشون، ۱۳۸۵، ۴۳)

۱.۲.۴ دیوان عالی اداری

دیوان عالی اداری، یکی دیگر از نهادهای حافظ دولت قانونمدار در کشور عراق و همچنین صیانت از حقوق شهروندی، دیوان عالی اداری می باشد. این دیوان که نهادی تقریباً مشابه دیوان عدالت اداری در حقوق ایران است، با قانون شماره (۱۷) سال ۲۰۱۳، و پنجمین اصلاحیه قانون شماره ۶۵ شورای دولتی در سال ۱۹۷۹ تأسیس شد و ایجاد آن یک تحول کیفی در سطح قوه قضائیه اداری در عراق به منظور تحقق بخشیدن به این قانون بوده است. «ارکان نظام دوگانه عدالت که مستلزم حضور دیوان عالی اداری در رأس محاکم قضایی اداری است، باعث شده، وضعیت تحقق عدالت اداری به جایگاه واقعی خود بازگشته و تعارض و تداخل بین صلاحیت های اداری قوه قضائیه و قوه قضائیه قانون اساسی (دیوان عالی فدرال)، در موضوعاتی که صرفاً در صلاحیت قضایی اداری است با فرض صلاحیت رسیدگی به تصمیمات صادرشده از سوی دادگاه های اداری، حل و فصل شود. بنابراین به صلاحیت دادگاه عالی فدرال در این مورد پایان می دهد. همچنین این نهاد قضایی که ماهیتی اداری دارد، طبق قانون شماره (۳۰) خود در سال ۲۰۱۵ در حال انجام خدمات قضایی است.» (الهاشمی و موفق مهدی، ۲۰۱۹)

ملاحظه روند اجرایی این نهاد قضایی اداری، گویای این امر است که با ورود به مسائل اداری و حدود آیین نامه های اجرایی دولتی، این نهاد نقش مهمی در تحقق دولت قانونمند در عراق ایفا می کند و مانع خروج تصمیمات اداری از حدود قوانین موضوعه عراق می شود. ضمن اینکه نقش شهروندان عراقی در مشارکت مدنی و حقوقی به منظور ابطال مصوبات خلاف قوانین موضوعه و حقوق شهروندی، نمایان است.

تأملی بر جبران ضرر و زیان اداری در در صیانت از ... (علی فقیه حبیبی و دیگران) ۱۵۱

۲.۲.۴ محاکم عمومی

به موجب ماده ۱ قانون آیین دادرسی مدنی شماره ۸۳ مصوب ۱۹۶۹ کشور عراق، این قانون به منظور رسیدگی به کلیه اختلافات و مراجعات (مدنی) در جهت حفظ حقوق شهروندی تصویب شده است و تنها در صورتی نمی توان به آن رجوع نمود که خلاف تصریح این قانون، مقرراتی تصویب شده باشد. لذا، مراجعه به کلیه اختلافات مدنی میان شهروندان عراقی و ادارات دولتی، با موضوع مسئولیت مدنی می تواند از طریق طرح دعوای عمومی در محاکم عمومی عراق صورت گیرد. در بند ۳ ماده ۱۹ قانون اساسی عراق نیز چنین بیان شده است که: «دادخواهی حق همه است.» بنابراین، هیچ منع عمومی و اساسی از حیث طرح دعوای مطالبه مسئولیت مدنی کارکنان دولتی عراق وجود ندارد. رسیدگی به ضرر و زیان اداری در حقوق عراق، با طرح دادخواست حقوقی علیه مقامات و کارکنان اداری عراق صورت می گیرد. کلیه مقررات مربوط به طرح دعوا و صدور رای و اجرای آن در زمینه مطالبه خسارت دولتی، مطابق قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۹۶۹ عراق انجام خواهد شد. (پیشین) در ادامه، نحوه رسیدگی و تشریفات قانون مزبور را در قسمت های بعدی به تفصیل بررسی خواهیم نمود.

۵. شیوه های جبران ضرر و زیان اداری در صیانت از حقوق شهروندی در نظام حقوقی ایران و عراق

۱.۵ شیوه های جبران ضرر و زیان اداری در صیانت از حقوق شهروندی در حقوق ایران

تفاوت دارائی اشخاص و نیز تفاوت های روحی و جسمی ایشان، سبب تفاوت افراد در مقابل خسارت (ضرر و زیان) است. ضرر همیشه ناگوار است اما شدت و ضعف این ناگواری در افراد متفاوت است؛ گاه شخص به چنان فقر و حشتناکی مبتلا است که تلف کم بهاترین اشیاء خویش را ضرری عظیم می بیند و گاه فرد دارای چنان ثروتی است که بدون ملال از کنار ضرری عظیم می گذرد. تفاوت های روحی نیز در افراد ایشان را در مقابل خسارات مقاوم یا ضعیف می سازد. گاه شخص چنان به دنیا می نگرد که گویا تضمین وجود دارد که افراد دارای حیات ابدی هستند. با مرگ محبوبی افسرده می شود یا ضرر مالی را طاقت فرسا می بیند و گاه شخص از چنان منطقی برخوردار است که مرگ عزیزان بیش از آنکه برای او ضایعه باشد هشداری است برای فناپذیری همه انسانها یا تلف مالی را به بی اعتباری جهان تعبیر می نماید. با

توجه به مطالب فوق این تردید به ذهن راه می‌یابد که آیا در حال جبران خسارت ضروری است یا اینکه باید جبران ضرر ضرورت داشته باشد تا بتوان حکم به جبران خسارت داد؟ به نظر عده‌ای جبران ضرر باید ضروری باشد. (صفایی و حسین آبادی، ۱۳۸۶، ۲۰۳) در جهت صیانت از حقوق شهروندی، شیوه‌های جبران ضرر و زیان اداری در حقوق ایران، شامل دو شیوه اداری و عمومی می‌باشد. در شیوه عمومی جبران خسارت، زیان دیده به مراجع و محاکم عمومی رجوع نموده و مطالبه خسارت می‌نماید. در شیوه اداری، زیان دیده می‌تواند به هیات رسیدگی به تخلفات اداری رجوع نموده و تخلف کارمند یا اداره را احراز نماید. در ماده ۹ قانون رسیدگی به تخلفات اداری مصوب ۱۳۷۲ به پاره‌ای از مجازات‌های اداری اشاره شده است که اداره دولتی می‌تواند در صورت احراز تخلف از سوی کارمندان خود و ورود خسارت به اداره یا شهروندان از آنها استفاده نماید.

۱.۱.۵ پرداخت خسارت مادی و معنوی

به طور کلی می‌توان گفت در پرونده‌های مسئولیت مدنی دادگاه می‌تواند شیوه و طریقه جبران خسارت را با توجه به اوضاع و احوال قضیه معین کند (ماده ۳ ق.م.م). راه‌های جبران خسارت به طور کلی عبارت‌اند از: جبران عینی (اعاده وضع سابق) و دادن معادل. جبران خسارت از طریق دادن معادل نیز به دو نوع، جبران غیر نقدی خسارت و جبران نقدی تقسیم می‌شود. (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۰، ۳۱۱) در این قسمت به ترتیب، این شیوه‌های جبران خسارت را اجمالاً توضیح می‌دهیم.

۲.۱.۵ جبران مادی

برای حفظ حقوق شهروندی، جبران‌ها اشکال گوناگونی دارند، در یک تقسیم، جبران‌ها می‌توانند به صورت عینی، مثلی و قیمی باشند. در تقسیم دیگر جبران‌ها، عینی و مالی هستند. مقصود از جبران عینی در تقسیم اخیر، آن است که جبران تلاش کند وضع زیان دیده اعاده گردد. به طور مثال، برگرداندن مال یا پرداخت مثل مال از مصادیق جبران عینی محسوب می‌شوند. همچنین، در خسارات معنوی، جبران‌هایی مانند اعاده حیثیت، از نمونه‌های جبران عینی می‌باشند. اما اگر در مقابل ضرر وارد شده، ارزیابی مالی صورت گیرد و مبالغی در برابر آن پرداخت شود، جبران را مالی می‌دانیم (ره‌پیک، ۱۳۸۷، ۹۷).

۳.۱.۵ جبران عینی

بهترین شیوه جبران خسارت در جهت حفظ حقوق شهروندی آن است که وضع زیان دیده کاملاً به حالت پیش از ورود ضرر بازگردانده شود و چون هدف مسئولیت مدنی، جبران کامل خسارت است، این شیوه بر دیگر راه‌های جبران خسارت ترجیح دارد؛ به عبارت دیگر، در این شیوه ضرر کاملاً محو می‌شود. مثلاً اگر کسی دیواری را در ملک خود بسازد که مانع نور همسایه شود یا مالی را معیوب یا خانه‌ای را خراب کند، دادگاه می‌تواند به تخریب دیوار یا تعمیر مال معیوب یا بازسازی خانه حکم دهد و وضع را به حالت سابق بازگرداند. البته این شیوه جبران خسارت، در عین حال که مناسب‌ترین شیوه جبران است، همیشه امکان‌پذیر نیست. در خسارت‌های معنوی و بدنی (خسارت ناشی از تصادفات رانندگی با سایل نقلیه موتوری) غالباً امکان بازگرداندن وضع پیشین وجود ندارد و به همین دلیل این شیوه انتخاب نمی‌شود، اما در خسارت‌های مالی اجرای این شیوه قابل تصور است. ماده ۳۱۱ ق.م. که در باب غصب است مقرر می‌دارد: «غاصب باید مال مغضوب را عیناً به صاحب آن رد نماید و اگر عین تلف شده باشد، باید مثل یا قیمت آن را بدهد و اگر به علت دیگری رد عین مال ممکن نباشد، باید بدل آن را بدهد». این ماده گرچه مربوط به غصب است، اما از آن می‌توان فهمید که از نظر قانون‌گذار جبران عینی بر شیوه جبران از طریق دادن معادل اولویت دارد. ماده ۳۲۹ ق.م. نیز مقرر می‌دارد: «اگر کسی خانه یا بنای کسی را خراب کند باید آن را مثل صورت اول بنا نماید و اگر ممکن نباشد باید از عهده قیمت آن برآید». (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۰، ۳۳۵)

۴.۱.۵ جبران مثلی

چنانکه گفته شد، جبران عینی، به رغم آنکه بهترین راه جبران خسارت است، همیشه امکان‌پذیر نیست و در تمامی موارد، موجب جبران خسارت گذشته نمی‌شود و یا آنکه ممکن است قاضی با استفاده از اختیار مندرج در ماده ۳ ق.م. آن را مناسب نداند؛ در این موارد باید معادل آنچه بر اثر فعل یا ترک فعل مسئول حادثه از دارایی زیان دیده خارج شده است به دارایی او وارد شود. این معادل یا بدل ممکن است به صورت غیر نقدی و با دادن مثل باشد و یا به صورت نقدی و با پرداخت مبلغی پول محقق شود. در قانون مدنی درباره خسارت وارده به مال، جبران غیرنقدی خسارت مثل و جبران نقدی ضرر، قیمت نامیده شده است. درباره خسارت معنوی و بدنی به نظر می‌رسد که به کارگیری این دو اصطلاح چندان صحیح نیست، ولی می‌توان از جبران نقدی ضرر به عنوان یکی از راه‌های جبران خسارت سخن گفت. (پیشین)

۵.۱.۵ جبران معنوی

قابلیت مطالبه خسارت‌های معنوی یکی از موضوع‌های بحث‌برانگیز در رویه قضایی دادگاه‌ها است تا جایی که برخی به دلایلی از جمله سختی مطالبه یا امکان جبران آن از راه‌های دیگری مثل دیه، آن را نمی‌پذیرند اما در مقابل عده‌ای با استناد به برخی مواد قانونی و اصول فقهی، خسارت معنوی را قابل مطالبه می‌دانند. اصل یکصد و هفتاد و یکم قانون اساسی، مواد ۲، ۹ و ۱۰ قانون مسئولیت مدنی، ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸ و ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری جدید مصوب سال ۱۳۹۲، بر اصل قابلیت پذیرش مطالبه خسارت معنوی صحنه می‌گذارد. مطالبه خسارت معنوی در فقه اسلامی نیز دارای مبنای شرعی است. به عنوان مثال، آنچه پیامبر اکرم (ص) در حدیث مربوط به مزاحمت ورود بی‌اجازه سمره‌بن جندب به حیاط مرد انصاری و ورود ناگهانی بر اهل خانه وی منع کرده، خسران معنوی و بی‌توجهی به حیثیت خانوادگی آن شخص بود. جالب آن است که اکثریت قاطع قوانین کشورهای و حتی مقررات بین‌المللی نیز به این حق احترام گذاشته‌اند و آن را قابل مطالبه می‌دانند. (ره پیک، ۱۳۸۷، ۱۰۳).

۶.۱.۵ درج در جراید و رسانه‌ها

مطابق ماده ۱۰ قانون مسئولیت مدنی: «کسی که به حیثیت و اعتبارات شخصی یا خانوادگی او لطمه وارد شود می‌تواند از کسی که لطمه وارد آورده است جبران زیان مادی معنوی خود را بخواهد هر گاه اهمیت زیان و نوع تقصیر ایجاب نماید دادگاه می‌تواند در صورت اثبات تقصیر علاوه بر صدور حکم به خسارت مالی حکم به رفع زیان از طریق دیگر از قبیل الزام به عذرخواهی و درج حکم در جراید و امثال آن نماید.» البته حقوق ایران و رویه قضایی فعلی کشورمان عاری از احکامی است که در آنها کارکنان دولت به عذرخواهی در جرائد محکوم شوند.

۷.۱.۵ عذرخواهی لفظی

واقعیت امر این است که برای عذرخواهی قانونی نوشته نشده است و این نانوشستگی به همه جوامع تسری می‌یابد. در هر سازمانی که تخلفی صورت می‌گیرد، فرد متخلف محاکمه می‌شود اما در بعد روانی فردی که در زیرمجموعه خود تخلفی را شاهد است حتی در صورت درست

تأملی بر جبران ضرر و زیان اداری در در صیانت از ... (علی فقیه حبیبی و دیگران) ۱۵۵

انجام دادن وظایف محوله‌اش عذرخواهی را وظیفه خود می‌داند. البته در کشورهای متمدنی همچون فرانسه، فرهنگ عذرخواهی نزد مقامات عمومی وجود دارد. به طور مثال، بنابر خبری که خبرگزاری آسوشیتدپرس نقل نمود، «فرانسوا فیون» نامزد ریاست‌جمهوری فرانسه از مردم این کشور به خاطر استخدام همسر خود عذرخواهی کرد. فیون، وزیر امور خارجه اسبق فرانسه به دلیل استخدام همسر خود و پرداخت صدها هزار یورو از پول دولت به وی، از مردم این کشور عذرخواهی کرد. (پیشین)

۲.۵ شیوه‌های جبران ضرر و زیان اداری در صیانت از حقوق شهروندی در حقوق عراق

شیوه‌های جبران خسارت تقصیرات اداری در صیانت از حقوق شهروندی در حقوق عراق، مشابه شیوه‌های جبران خسارت در صیانت از حقوق شهروندی در حقوق فرانسه می‌باشد. مطالعه در حقوق فرانسه نیز گویای این حقیقت است که قانونگذار فرانسوی نیز به تعریف درستی از موضوع مسئولیت مدنی دولت پرداخته است، بلکه در سه ماده ۱۳۸۲ و ۱۳۸۳ و ۱۳۸۴ از قانون مدنی این کشور (فرانسه)، اشاراتی به مقوله مسئولیت مدنی شده است و نامی از دولت به صورت مشخص به میان نیامده است. مواد فوق‌الذکر تحت عنوان شبه جرم Tort law در حقوق فرانسه مطرح بوده و منظور از آن: «حقوق ناظر بر خطای مدنی است که عموماً با عبارت مسئولیت مدنی معرفی شده^۶ است.» (نوری، ۱۳۹۳، ۱۰۲)

۱.۲.۵ پرداخت خسارت مادی و معنوی

اشتباهات کارمند و مسئولیت مدنی دولتی که این کارمند به آن تعلق دارد همواره مورد نظر حقوقدانان حقوق عمومی و خصوصی بوده است. همانطور که حقوقدانان به

شرایط مسئولیت دولت‌ها در قبال اشتباهات کارکنان خود^۷ اشاره می‌کنند که نشانه وابستگی بین کارمند و دولت است و خطای کارمند در رابطه با شغل خود اشتباهی است که با آسیب رساندن به دیگران با خطای مرتبط بودن زمانی، مکانی و سببی با کار وی انجام می‌شود، و به صلاحیت حقوقی مسئولیت دولت در قبال اشتباهات کارکنان خود با ذکر ماهیت حقوقی مسئولیت کارمند، اشاره دارد در جایی که به نظریه مسئولیت مستقیم و غیرمستقیم دولت، دکترین شخصی در مورد مبنای مسئولیت دولت و اطلاق عینی آنها متذکر می‌شوند و در نهایت به ادعای مسئولیت و آثار آن می‌پردازند که در آنجا پرداختی

را نشان می دهد که دولت به صورت فرعی و اصلی مسئولیت خود را بر عهده دارد. نحوه پرداخت وجوه ویژه دولت برای پرداخت مسئولیت خود در مجالس قانونگذاری انگلیس و عراق پرداخته شده و تعیین طرف مکلف به پرداخت غرامت به این صورت که مسئولیت نهایی یا مشارکت کارمند در بار جبران خسارت بر عهده دولت است. یا آن را در ظرفیت پشتیبان حمل می کند، مورد اشاره قرار گرفته است. (الطائی، ۱۹۹۹، ۱۵-۷)

۲.۲.۵. مراجعه اداره دولتی عراق به کارکنان خود

با توجه وجود قرارداد اداری و استخدامی میان کارمندان و دولت در حقوق عراق، می توان به پذیرش مسئولیت قراردادی کارمندان دولتی در صورت ورود خسارت یا تحقق ارکان مسئولیت مدنی توسط ایشان، نظر داد. مسئولیت قراردادی عبارت از مسئولیت کسی است که به موجب عقدی از عقود معین یا غیر معین، تعهدی را پذیرفته و به علت عدم انجام تعهد یا تأخیر در انجام آن خسارتی به متعهدله وارد نماید که در این صورت متعهد مکلف است خسارت وارده را جبران کند. براین اساس مسئولیت قراردادی التزام به جبران ضررهای وارده در نتیجه عدم اجرای قرارداد توسط متعهد می باشد. مسئولیت قراردادی مسئولیت متعهد در عقد است که یا تعهد خود را انجام نمی دهند و یا آن را مطابق با قراردادی که منعقد نموده است به پایان نمی رسانند. به بیان دیگر در مسئولیت قراردادی متعهد، تعهد ناشی از عقد را به جا نمی آورد خواه در انجام ندادن تعهد، تعمد داشته و خواه عدم انجام بواسطه مسامحه متعهد باشد. البته مسئولیت قراردادی را نباید با تعهد قراردادی اشتباه نمود زیرا تعهد قراردادی ریشه در اراده انشایی داشته و مولد اراده و خواست طرفین است در حالی که مسئولیت قراردادی جزای عهدشکنی بوده و بخشی از مسئولیت مدنی است که اراده انشایی آن را ایجاد نمی کند، بلکه نقض یک تعهد که عملی غیر انشایی، سبب تحقق آن به شمار می رود از این روست که با توجه به منشأ پیدایش این مسئولیت که به نوعی با قرارداد در ارتباط است آن را مسئولیت قراردادی می گویند. درواقع، مسئولیت قراردادی اثر عقد است چنانکه در قانون مدنی فرانسه مسئولیت قراردادی در بخش چهارم از فصل سوم و در مواد ۱۱۴۶ به بعد زیر عنوان اثر تعهدات قرار گرفته است و در نظریه مرسوم اینگونه آمده که مسئولیت قراردادی از آثار تعهدی است که در قرارداد میان دو طرف موجود بوده و تخطی از تعهد مذکور سبب مسئولیت است. بر مبنای این نظریه مسئولیت قراردادی ناشی از تراضی است و باید در قلمرو عقد قرار گیرد. (پیشین)

تأملی بر جبران ضرر و زیان اداری در در صیانت از ... (علی فقیه حبیبی و دیگران) ۱۵۷

۶. تضامین دادرسی عادلانه و منصفانه اداری مربوط به ضرر اداری در صیانت از حقوق شهروندی در حقوق ایران و عراق

۱.۶ تضامین دادرسی عادلانه و منصفانه اداری مربوط به ضرر اداری در صیانت از حقوق شهروندی در حقوق ایران

حق برخورداری از دادرسی عادلانه با هدف تضمین برابری و اجرای منصفانه در اعمال و اجرای عدالت در جهت حفظ حقوق شهروندی پیش بینی شده است. اصول دادرسی عادلانه در اسناد مختلف حقوق بشری بدان پرداخته شده است ولی مساله اصلی، تحلیل اصول دادرسی عادلانه در بندهای ۱ و ۲ ماده ۱۴ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی است که شامل دسترسی برابر همگان به مراجع قضایی ذی صلاح، استقلال دادگاه ها و بی طرفی آن ها، علنی بودن جلسات دادرسی و فرض بی گناهی یا برائت متهم است. اصول مذکور، همچنین در حقوق اسلام مورد تاکید فراوان قرار گرفته است و آیات و روایات فراوانی درباره آن ها ذکر گردیده و در واقع، قبل از اینکه در سطح بین المللی به شکل امروزی مطرح گردند آنها را پیش بینی کرده است. (رئیزی شعار، ۱۳۹۸، ۱) در حقوق ایران، مواردی را می توان به عنوان اصول دادرسی منصفانه و عادلانه برشمرد که شامل دعاوی مطالبه خسارت عمومی علیه دولت و کارکنان آن نیز می شود که در ادامه به آنها اشاره می نمایم.

۱.۱.۶ رعایت اصل تناظر اداری

به طور کلی امکان دفاع یا تساوی طرفین دعوی، مفهومی موسع بوده و شامل مصادیق مختلفی می باشد که رعایت آنها در دادرسی، می تواند منجر به تضمین دادرسی منصفانه و اصل امنیت حقوقی گردد. از جمله این مصادیق می توان به:

برخورداری از مهلت کافی جهت تدارک پرونده، برخورداری از امکانات و تسهیلات کافی برای دفاع از خود، اطلاع رسانی در خصوص ادله و استدلالات طرف مقابل، تساوی اشخاص در مقابل انواع نهادهای قضایی، برخورداری از حق مشورت و داشتن وکیل در تمامی مراحل رسیدگی، داشتن مترجم و برخورداری از معاضدت قضایی اشاره داشت. (هداوند و آقایی، ۱۳۹۱، ۲۷۹)

به این موارد در قوانین آیین دادرسی مدنی و کیفری در مراجع قضایی توجه شده است. با این وجود، مصادیق فوق الذکر در بیشتر مراجع شبه قضایی به صراحت بیان نگردیده اند و

چه بسا به بهانه فقدان چنین مقرراتی، دادرسی منصفانه در مراجع شبه قضایی مذکور به خطر افتد. در خصوص دعاوی علیه دولت و کارکنان آن بابت موضوع مطالبه خسارت و مسئولیت مدنی، رعایت اصل تناظر حسب مقررات قانون آیین دادرسی مدنی و قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ الزامی می باشد.

۲.۱.۶ رعایت بی طرفی مقام رسیدگی اداری

با توجه به اینکه یک طرف دعاوی مطالبه خسارت علیه دولت و کارکنان آن، مقام قوه مجریه می باشد و این قوه بخشی از حاکمیت هر کشور می باشد، لازم است قاضی رسیدگی کننده به دعاوی مطالبه خسارت، بی طرف باشد. لزوم بی طرف بودن شخص قضاوت کننده نسبت به اشخاص طرف اختلاف، از اصول اولیه و بدیهی دادرسی است. قانون آیین دادرسی در مراجع قضایی به خوبی بر این مهم تأکید کرده است. این اصل در قالب قاعده رد دادرس و بی طرفی و استقلال مقام رسیدگی کننده متجلی می گردد. ماده ۹۱ آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹، مواردی را که می تواند باعث شبهه خروج بی طرفی قاضی شود، از موارد رد دادرس شمرده است که حتی بدون نیاز به ایراد اصحاب پرونده، قاضی باید خود از رسیدگی خودداری کند؛ مواردی مانند وجود قرابت نسبی یا سببی تا درجه ی سوم از هر طبقه بین دادرس با یکی از اصحاب دعوی و یا داشتن نفع شخصی دادرس یا همسر و فرزند او در موضوع مطروحه. در مراجع شبه قضایی معمولاً این امر لحاظ نمی شود. (پیشین)

۳.۱.۶ رعایت حق داشتن وکیل

دادخواهی از جمله اصولی است که در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مورد تأکید قرار گرفته است. به موجب اصل ۳۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «دادخواهی حق مسلم هر فرد است و هر کس می تواند به منظور دادخواهی به دادگاههای صالح رجوع نماید. همه افراد ملت حق دارند اینگونه دادگاهها را در دسترس داشته باشند و هیچ کس را نمی توان از دادگاهی که به موجب قانون حق مراجعه به آن را دارد منع کرد». یکی از الزامات دادخواهی این است که افراد به وکیل دسترسی داشته باشند و مطابق ماده ۳۱ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ ایران هر یک از متداعیین می توانند برای خود حداکثر تا دو نفر وکیل انتخاب و معرفی نمایند و همچنین مطابق ماده ۳۲ قانون مذکور، وزارتخانه ها، مؤسسات دولتی و

تأملی بر جبران ضرر و زیان اداری در در صیانت از ... (علی فقیه حبیبی و دیگران) ۱۵۹

وابسته به دولت، شرکت‌های دولتی، نهادهای انقلاب اسلامی و مؤسسات عمومی غیردولتی، شهرداری‌ها و بانک‌ها می‌توانند علاوه بر استفاده از وکلای دادگستری برای طرح هرگونه دعوا یا دفاع و تعقیب دعاوی مربوط از اداره حقوقی خود یا کارمندان رسمی خود با داشتن یکی از شرایط مندرج در این ماده به عنوان نماینده حقوقی استفاده نمایند که در این زمینه گفته شده:

مطابق قوانین و مقررات حاکم در ایران از جمله قانون اساسی و قانون دادرسی مدنی و دادرسی کیفری دخالت وکیل در پرونده‌های قضایی و دعاوی دادگستری امری اختیاری می‌باشد و این هم برای وکیل مقرر شده است که بتواند مطابق اصل آزادی قراردادها با هر کسی مبادرت به انعقاد عقد وکالت نماید و این غیر از ارجاع پرونده‌های وکالت معاضدتی است که استثناء می‌باشد و هم برای اصحاب دعوا طرح دعوا و مراجعه به دادگاه‌ها به صورت اصیل یعنی بدون وکیل امری پذیرفته است و جایگاه وکالت در جامعه کنونی ایران در بین ملت و حاکمیت به صورت ناشناخته باقی مانده است این در حالی است که تأثیر وکالت در نیل به توسعه عدالت قضایی یک امری نهفته می‌باشد. (اسماعیلی و باقری اصل، ۱۴۰۰، ۴۰)

در حال حاضر، طرح دعوا علیه دولت و کارکنان دولتی با وکالت وکیل در دفاتر خدمات قضایی یا به صورت خود اظهاری وکیل، هیچ منع قانونی ندارد و وکیل می‌تواند در تمام مراحل دادرسی مدنی، به تنهایی یا همراه موکل جهت دفاع از وی حاضر باشد.

۴.۱.۶ رعایت حق تجدیدنظرخواهی

رسیدگی مجدد به پرونده در محاکم قضایی با انگیزه‌های متعددی صورت می‌گیرد؛ به طور خلاصه می‌توان گفت، ممکن است در حین رسیدگی بدوی، به دلایل و مستندات ابرازی طرفین، توجه کافی صورت نگرفته و یا در تطبیق موضوع با مواد قانونی اشتباه عمدی و یا سهوی شکل گرفته باشد.

اندیشه در خصوص چگونگی حصول به یک فرایند دادرسی عادلانه، به ویژه در ارتباط با حمایت حداکثری از قربانیان اشتباهات قضایی، همچنان به مثابه ی یک چالش و یک خلاء تقنینی اجرایی در نظام حقوقی ایران، امری ضروری و محسوس است. با وجود پیش‌بینی تقنینی اصل یکصد و هفتاد و یکم قانون اساسی و نیز ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی درخصوص امکان خسارت زدایی از قربانیان اشتباهات قضایی، به ویژه متهمان و محکومان بی‌گناه، باز هم عملی سازی فرایند خسارت زدایی یاد شده در ایران با دشواری همراه

می‌باشد. دلیل عمده ی آن، در عدم وجود قوانین صریح و شفاف در ارتباط با چگونگی اجرای این اصل است. (شاملو و مرادی، ۱۳۹۱، ۱۹۱)

۲.۶ تضامین دادرسی عادلانه و منصفانه اداری مربوط به ضرر اداری در صیانت از حقوق شهروندی در حقوق عراق

حق دادرسی عادلانه یکی از اساسی ترین حقوق در کشورهایی است که به حاکمیت قانون احترام می گذارند. محاکمه ای که در آن کشورها ناعادلانه تشخیص داده شود، مشمول محاکمه مجدد یا لغو حکم خواهد بود. مفهوم حق محاکمه عادلانه در بسیاری از قوانین اساسی و قوانین کشورهای دموکراتیک آمده است، همانطور که در اعلامیه جهانی حقوق بشر که توسط سازمان ملل متحد در ماده ۱۰ تحت متن آن آمده: "هر کس حق برابری کامل با دیگران را دارد." تا پرونده وی توسط دادگاهی مستقل و بیطرف مورد بررسی قرار گیرد، منصفانه و علناً به حقوق و تعهدات خود و هرگونه اتهام جنایی علیه وی رسیدگی شود. این تعریف در حقوق بین الملل و حقوق بشر، اهمیت حق محاکمه عادلانه در بسیاری از اعلامیه های حقوق بین الملل عرفی مانند اعلامیه جهانی حقوق بشر را نمایان می شود. حقوق کشور عراق نیز در پاره از مقررات، به اصول دادرسی منصفانه و عادلانه توجه نموده است و می توان به اشکال ذیل به آنها اشاره نمود:

۱.۲.۶ رعایت اصل تناظر اداری

اصل تناظر یکی از اصول راهبردی آیین دادرسی مدنی است. بر اساس این اصل هریک از اصحاب دعوا باید علاوه براین که فرصت و امکان مورد مناقشه قراردادن ادعاها، ادله و استدلالات رقیب را داشته باشد، باید فرصت و امکان طرح ادعاها، ادله و استدلالات خود را نیز دارا باشد. چهره دیگر این اصل در اعلامیه حقوق بشر و کنوانسیون حقوق بشر اروپایی تحت عنوان دادرسی منصفانه مورد اشاره واقع شده است. اصل تناظر به طور صریح، در هیچ یک از مواد قانونی آیین دادرسی مدنی عراق مصوب ۱۹۶۹ پیش بینی نشده است. رعایت اصول مزبور در قانونگذاری، حاصل عنایت به اصول قضا و قضاوت در عراق باستان، در فقه و البته در غرب و مخصوصاً فرانسه بود. یکی از مهمترین اصول راهبردی مزبور اصل تناظر است که برخی حقوقدانان آن را با حق دفاع مترادف دانسته و عده دیگری تناظر را جرای اصل

تأملی بر جبران ضرر و زیان اداری در در صیانت از ... (علی فقیه حبیبی و دیگران) ۱۶۱

احترام حق دفاع می دانند و برخی نیز براین عقیده اند که احترام حق دفاع فقط جنبه ای از اصل تناظر یا نتیجه مستقیم آن است که بالاخره بعضی نیز آن را تضمین کننده مساوات اصحاب دعوا تلقی می نماید. اصل تناظر از ابتدای جریان رسیدگی تا صدور رای و اجرای رای باید رعایت گردد و رعایت اصولی همچون تناظری بودن دادرسی و علنی بودن دادرسی و آزادی در دفاع از تضمینات بنیادین دادگستری است. هدف اصل تناظر برقراری مباحثه آزاد بین طرفین دعواست. اصل تناظر چیزی بیش از بی طرفی قاضی را اقتضاء می نماید و باید مباحثه در خصوص جنبه های مختلف دعوا را برای طرفین فراهم سازد. (عکاز، ۲۰۰۵، ۱۷) تناظر مفهومی عام و به معنای مناظره دارد، ولی تعادل توافقی صرفاً به عدالت در مرافعه اشاره دارد و خاص می باشد. در مورد لزوم رعایت آن که از اصول دادرسی است تردیدی وجود نداشته و از بحث مازاد جلوگیری می شود. اصل تناظر ایجاب می کند که اصحاب دعوی بتوانند تمام آنچه را که در رسیدن به خواسته های خود و کشف حقیقت واقع لازم و مفید می دانند اعم از ادعاها، ادله و استدلالات به آگاهی قاضی برسانند و در عین حال امکان آگاهی از آنچه رقیب در این خصوص ارائه نموده و نیز فرصت مورد مناقشه قرار دادن آن ها را داشته باشند. این اصل بر تمام دادرسی ها در مراجع قضای حاکم است، چه دادرسی هایی که مسئول آیین اختصاصی بود و یا قواعد عام دادرسی بر آن ها حاکم است.

۲.۲.۶ رعایت حق داشتن وکیل

حق داشتن وکیل در پرونده های مطالبه خسارات دولتی مطابق قانون آیین دادرسی مدنی عراق مصوب ۱۹۶۹ این کشور به عنوان یکی از اصول دادرسی منصفانه بیان گردیده است که با استناد به ماده ۵۲ قانون مذکور وکالت در دعاوی به وکیل این اختیار را می دهد که به اعمال و تشریفات که حافظ حقوق موکل خود باشد، اقامه دعوی و اقامه دعوی و اقامه دعوی در آن را تا حصول نتیجه و رسیدگی به طرق قانونی تجدیدنظرخواهی نماید، مگر اینکه اختیار داشته باشد. وکالت خلاف آن را بیان می کند یا قانون مستلزم تضعیف خاصی نیست و نمایندگی مطلق به نماینده عام بدون مجوز خاص اختیار تصدیق حقی یا صرف نظر از آن، صلح، حکمیت، بیع، رهن، اجاره یا سایر عقود معارض و دریافت، هبه و سوگند نمی دهد. آن را برگرداند یا بپذیرد یا قضات را رد کند یا از آنها شکایت کند همچنین مطابق ماده ۵۳ قانون فوق الذکر نماینده می تواند از نمایندگی انصراف دهد مشروط بر اینکه این بازنشستگی را به اصل خود اعلام کند لازم به ذکر است بازنشستگی یا عزل وکیل مانع از سیر مراحل رسیدگی

به وی نیست مگر اینکه کتباً به دادگاه اطلاع داده شود و جانشین وی تعیین شود یا اینکه موکل به خود اقامه دعوی کند. (پیشین)

۳.۲.۶ رعایت حق تجدیدنظرخواهی

هدف از دادرسی، احقاق حق و اجرای عدالت می باشد. لازمه این امر خطیر، پیش بینی تجدید نظرخواهی (اعتراض) است که در پرتو آن امکان بازبینی و ممیزی آراء قضایی و داوری فراهم آمده و اعمال ضابطه مند آن اجرای عدالت و احراز واقع را بیش از پیش ممکن می سازد. با لحاظ خطا پذیری انسان، تجدید نظر امری کاملاً ضروری است. اشتباه یکی از عیوب اراده است و به لحاظ تأثیرگذاری بر اراده، بر صحت یا لزوم عمل حقوقی تأثیر می گذارد. به ناچار تحلیل روانی اراده و بررسی فنی تأثیر اشتباه بر اراده و میزان تأثیرگذاری آن به عنوان یک بحث مبنایی در حقوق مطرح می شود. در بسیاری از موارد، قضات با تکیه بر قرائن و شواهد و گاه احساس و شهودی درونی که مستند به تجربه طولانی قضاوت آنهاست، حق را در جایی می یابند که اثبات آن حق در چهارچوب نظام ادله اثبات قانون امکان پذیر به نظر نمی رسد. قانون گذار برای حفظ نظم عمومی و ترجیح عدالت نوعی بر عدالت شخصی و فردی، دادرس ها را از استفاده از هر نوع دلیل منع نموده است. در چنین شرایطی دادرس^{۱۳} تلاش میکنند تا با ابزار تفسیر قضایی از مفاد قانونی و داده های موجود در پرونده، راه گریزی به عدالت واقعی پیدا کنند. به طور خاص در حقوق عراق،

بحث اشتباه، در رابطه با شکل گیری و صحت عمل قضایی و به تبع آن در هنگام بازنگری اعمال مقام قضایی موضوعیت پیدا می کند. اشتباه هنگامی محقق می گردد که مقام قضایی، قانون را به خوبی نفهمیده یا در تشخیص موضوعات یا در تطبیق موضوع بر مصداق به خطا رفته باشد. مطالعه قوانین و رویه قضایی عراق نشان می دهد در این کشور بازنگری قضایی اعمال قضایی به دلیل اشتباه حکمی رایج است، اما در مورد اشتباه موضوعی دستگاه قضایی عراق با احتیاط بیشتری ورود پیدا می کند. (مبارک، ۲۰۰۷، ۱۳)

بررسی مسئولیت مدنی قاضی همواره یکی از موضوعات مهم در میان حقوق مسئولیت بوده است؛ چرا که قضات نیز ممکن است مانند سایر افراد دچار خطا شوند و در نتیجه خسارتی اعم از مادی یا معنوی به یکی از اصحاب دعوی یا هر دو وارد شود. از آنجا که هدف مسئولیت مدنی جبران خسارت از شخص زیان دیده است، این مسئله که چه کسی باید خسارت وارده را جبران کند دارای اهمیت ویژه ای است.

۷. نتیجه‌گیری

همان‌طور که در قسمت‌های مختلف این پژوهش بیان شد، نظام حقوقی ایران و عراق هر دو دارای ساختار نوشته بوده و این نظام از کمترین انسجام و پویایی لازم به منظور شناخت عناوین حقوقی برخوردار است. به طوری که مواد قانونی محدود موجود در این دو نظام درخصوص مسئولیت مدنی کارکنان دولت به همراه رویه قضایی دارای تشتت، عملاً در تبیین مفهوم مسئولیت مدنی دولت و کارکنان در صیانت از حقوق شهروندی آن ناتوان بوده‌اند. قالب وحدت‌گرایی حقوقی این دو نظام نیز مزید بر علت شده است و نگاه و تفسیر سلیقه‌ای از مصادیق خطا و تقصیر مدنی که به عنوان عنصر اصلی ایراد زیان به شهروندان و نقض حقوق آنان شناخته می‌شود در کنار ساز و کار مطالبه قضایی منفعل و غیرپویا، باعث شده است که در دو کشور ایران و عراق شاهد شناخت نظام تعهد به جبران خسارت به جای نظام مسئولیت مدنی در خصوص اعمال و رفتار دولت و کارکنان آن باشیم که در جهت صیانت از حقوق شهروندی می‌باشد. تفاوت این دو هم در این است که نظام تعهد به جبران خسارت از کاستی‌های فراوانی در زمینه شناخت مسئولیت و جبران آن در صیانت از حقوق شهروندی برخوردار است، درحالی که نظام مسئولیت مدنی دارای اسلوب ویژه‌ای در زمینه شناخت مسئولیت و جبران می‌باشد. موضوع دیگر این است که در حقوق ایران، بدنه و ساختار حاکمیتی به گونه‌ای در خصوص دولت تعریف شده است که براساس نظام تفکیک قوا، دولت صرفاً معرف قوه مجریه تلقی گردد، در حالی که کارکنان دولت در حقوق عراق، به عنوان کارکنان اداری شناخته می‌شود و عملاً تحت این سیستم به افعال و اعمال آنها رسیدگی می‌شود. این ویژگی باعث تمایز مفهوم قدرت و مفهوم پذیرش مسئولیت مدنی دو کشور شده است. به طوری که پرسنل قضایی و مقننه نیز در مجموعه کارکنان دولت در حقوق عراق شناخته می‌شوند و از نظام اداری واحدی تبعیت می‌کنند. نکته دیگر اینکه نظام دولت ایران به سمت پذیرش حقوق نرم پیش رفته و با تصویب منشور حقوق شهروندی در صیانت از حقوق شهروندی تمایل به کثرت‌گرایی در شناخت عناوین حقوقی داشته، از موضوع پذیرش مسئولیت مدنی فاصله گرفته و کمترین اقدام لازم به منظور اعمال حقوق مصرح قانونی شهروندان را انجام می‌دهد. در این فرآیند، ضمانت اجرای نقض حقوق شهروندی و حقوق اساسی و حقوق مدنی شهروندان که ناشی از ظهور پدیده حقوقی مسئولیت مدنی کارکنان دولت است، در جنبش قانون نویسی و قانونگرایی کاملاً مسکوت مانده و از مصادیق حقوق شهروندی و اساسی به شکل سیاسی بهره‌برداری می‌شود. اصولاً شناخت ساز و کار مسئولیت

مدنی کارکنان دولت، در صیانت از حقوق شهروندی مستلزم رعایت همه جوانب این مقوله بوده و نمی توان با محدود کردن آن و بکارگیری ساختار قدرت و مجموعه حاکمیتی، انتظار تحقق کامل نظام مسئولیت مدنی کارکنان دولت و تحقق حقوق شهروندی را به طور کامل را داشت فلذا در نظام حقوقی ایران جبران ضرر و زیان اداری در صیانت از حقوق شهروندی پررنگ تر از نظام حقوقی عراق به جهت قانون جدید التاسیس آن بوده و در قوانین و مقررات عراق به کمتر به تبیین حقوق شهروندی پرداخته است.

کتابنامه

- اسماعیلی، علیرضا، باقری اصل، حیدر، ۱۴۰۰، «نقش وکیل در تقلیل دعاوی و حل و فصل مسالمت آمیز به طریق داور»، مجله فقه و حقوق نوین، دوره ۲، ش ۵.
- ابوالحمد، عبدالحمید، ۱۳۸۱، تحولات حقوق خصوصی زیر نظر ناصر کاتوزیان. مسئولیت مدنی دولت، انتشارات: دانشگاه تهران.
- افشون، تورج، (۱۳۸۵)، «دیدگاه های مختلف در فرآیند تصویب قانون اساسی عراق، فصلنامه مطالعات منطقه ای جهان اسلام»، سال هفتم، ش ۲۵.
- الحکیم، عبدالمجید، ۱۹۶۳، الموجز فی شرح القانون المدنی، الجزء الاول، بغداد: شرکت الطبع و نشر الاهلیه.
- الطائی، عادل، (۱۹۹۹)، المسؤولية المدنية للدولة عن أخطاء موظفيها، دارالتقافة النشر و توزيع، عمان، الاردن.
- الطماوی، سلیمان، ۱۹۶۸، القضاء الإداری (الكتاب الثاني - قضاء التعويض)، دار الفكر العربي، القاهرة.
- الهاشمی، رشامحمدجعفر، موفق مهدی، مروه، (۲۰۱۹)، «الاختصاص النوعی للمحكمة الإدارية العليا فی العراق»، المحفوظات، مجلد ۳۴. جامعه البغداد، عدد ۵.
- بابایی، ایرج، ۱۳۸۴، «نقد اصل قابلیت جبران کلیه خسارات در حقوق مسئولیت مدنی ایران»، پژوهش حقوق عمومی، دوره ۷، شماره ۱۶.
- بادینی، حسن، ۱۳۸۴، فلسفه مسئولیت مدنی، ج اول. انتشار: شرکت سهامی.
- باریکلو، ۱۳۸۷، علی رضا، مسئولیت مدنی، تهران، انتشارات میزان.
- بهرامی احمدی، حسین، ۱۳۸۸، مسئولیت مدنی، ج اول، تهران، انتشارات: میزان.
- یرانوند، رضا و کوشا، جعفر و هاشمی، حمید و رنجبر، رضا، ۱۳۸۹، «وظایف پلیس شهروند مدار در رعایت حقوق شهروندی متهمان (در تحقیقات مقدماتی)»، فصلنامه دانش انتظامی، دوره ۱۲، شماره ۳.
- پناهنده، سید علی محمد، ۱۳۸۵، تحلیل ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی، مجله دادرسی، ش ۵۷.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۸۱، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، چ نهم، تهران، انتشارات: گنج دانش.
- حسینی مراغی، میر عبدالفتاح بن علی، ۱۴۱۷ه.ق، العناوین، ج ۲. قم، انتشارات: مؤسسه نشر اسلامی.

تأملی بر جبران ضرر و زیان اداری در در صیانت از ... (علی فقیه حبیبی و دیگران) ۱۶۵

رئیس‌ی شعار، احمد، (۱۳۹۸)، تحلیل اصول دادرسی عادلانه مندرج در بندهای ۱ و ۲ ماده ۱۴ میثاق حقوق مدنی و سیاسی در پرتو حقوق اسلام، تهران، دومین کنفرانس ملی و اولین کنفرانس بین‌المللی حقوق و علوم سیاسی.

رفاه کریم، حسن. ۲۰۱۷، عبء التعويض فی مسؤولية الإدارة عن الأخطاء الشخصية لموظفيها وجهتها، مجله محقق الحلی، الرقم ۲.

ره پیک، حسن، ۱۳۸۷، مسئولیت مدنی و جبران‌ها، ج اول، تهران، انتشارات: خرسندی.

سواد کوهی فر، سام، ۱۳۸۹، «فعل زیان بار و عمل زیان بار در مسئولیت مدنی»، ماهنامه دادرسی، ش ۸۱ شاملو، باقر، مرادی، مجید، ۱۳۹۱، «بیمه مسئولیت مدنی مقامات قضایی به مثابه یکی از تضمینات دادرسی عادلانه»، مجله حقوقی دادگستری، ش ۷۷

شهنایی، جلیل، ۱۳۸۶، «جایگاه دیوان عدالت اداری در تامین عدالت اداری واجتماعی»، مجله پژوهش‌نامه حقوقی، ش ۱.

صفایی، سید حسین و حسین آبادی، امیر، ۱۳۸۶، حقوق مدنی قواعد عمومی مسئولیت مدنی، جلد اول، انتشارات: میزان

صفایی، سید حسین، رحیمی، حبیب الله، ۱۳۹۰، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، ج دوم. تهران، انتشارات: سمت

طباطبایی موتمنی. منوچهر. ۱۳۷۹، حقوق اداری، تهران: انتشارات سمت.

عکاز، حامد، ۲۰۱۵، التعلیق علی قانون المرافعات، ج ۴، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية. عمیدزنجانی، عباسعلی. (۱۳۸۴). حقوق اساسی تطبیقی، حقوق اساسی کشورهای غربی و کشورهای اسلامی، چاپ اول، تهران، انتشارات: میزان.

غمامی، مجید، ۱۳۸۰، مسئولیت مدنی دولت نسبت به اعمال کارکنان خود. چاپ اول، تهران، نشر: دادگستر. فاضل عبدالله، ۲۰۱۵، قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير فی القانون الخاص، قسم القانون الخاص كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط

قاسم زاده، سید مرتضی، ۱۳۸۷، مبانی مسئولیت مدنی، ج ۵، تهران، نشر: میزان.

کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۸، مسئولیت مدنی (ضمان قهری)، چاپ سیزدهم، تهران، انتشارات: دانشگاه تهران. کریمی نیا، محمد مهدی و صابری، آصف و انصاری مقدم، مجتبی، ۱۴۰۰، «مطالعه تطبیقی ضرر به عنوان رکن مسئولیت مدنی در حقوق ایران و افغانستان»، مجله پژوهشهای معاصر در علوم و تحقیقات، سال سوم، شماره ۲۴

لورسا، میشل. ۱۳۷۵. مسئولیت مدنی. ترجمه محمد اشتري. تهران، انتشارات: مؤسسه حقوق تطبیقی.

مبارک، عبدالکریم، ۲۰۰۷، أحكام قانون التنفيذ، ط ۲، شركة العاتک لصناعة الكتاب، القاهرة.

معین، محمد، ۱۳۸۸، فرهنگ معین، چاپ سوم، تهران، ناشر زرین.

۱۶۶ جستارهای سیاسی معاصر، سال ۱۴، شماره ۴، زمستان ۱۴۰۲

نائینی، محمدحسین، ۱۳۷۳، منیه الطالب فی شرح المکاسب، چاپ اول، قم، مکتبه المحمدیه
نوری، محمد علی، ۱۳۹۳، قانون مدنی فرانسه بخش عقود و تعهدات، تهران، نشر گنج دانش.
هداوند، مهدی، آقایی طوق، مسلم، ۱۳۹۱، دادگاههای اختصاصی اداری در پرتو اصول و آیین های دادرسی
منصفانه (حقوق ایران و مطالعه تطبیقی)، تهران، نشر خرسندی
یزدانیان، علی، ۱۴۰۱، «نقش و جایگاه حقوق شهروندی»، ماهنامه پایشهر، دوره ۴، شماره ۴۳

