

## **A Reflection on Compensation for Administrative Losses in the Protection of Citizen's Rights in the Legal System of Iran and Iraq**

**Ali Faghihabibi<sup>\*</sup>, Vajihe Mohseni<sup>\*\*</sup>**

**Zeid Alkhafaji<sup>\*\*\*</sup>**

### **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 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.

<sup>\*</sup> Associate Professor, Department of Public Law, South Tehran, Islamic Azad University, Tehran, Iran  
(Corresponding Author), [faghih.habibi@gmail.com](mailto:faghih.habibi@gmail.com)

<sup>\*\*</sup> Assistant Professor, Department of Public Law, South Tehran, Islamic Azad University, Tehran, Iran,  
[drvajihe.mohseni@gmail.com](mailto:drvajihe.mohseni@gmail.com)

<sup>\*\*\*</sup> Senior student of Public Law, South Tehran, Islamic Azad University, Tehran, Iran,  
[zeid19931993@yahoo.com](mailto:zeid19931993@yahoo.com)

Date received: 07/06/2023, Date of acceptance: 24/02/2024





## تأملی بر جبران ضرر و زیان اداری 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 است و توجه به جبران آن‌ها در صیانت از حقوق شهروندی بسیاری از کشورها از جمله ایران و عراق پذیرفته شده است و پیرو پذیرش نظریه تقصیر حقوق خصوصی و حقوق جزا، تقصیر اداری مستخدمان دولتی در چهارچوب نظام قضایی رسیدگی می‌شود و بدون جبران باقی نمی‌ماند. ضرر و زیان اداری شامل دو نوع ضرر مادی و معنوی است که برای 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 است 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 که مبانی جبران ضرر و زیان اداری در صیانت از حقوق شهروندی چگونه است و 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 براساس مسئولیت مدنی کارکنان دولت است که در تحقق حقوق شهروندی می‌تواند تأثیر داشته باشد.

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

\* 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: ۱۴۰۲/۰۳/۱۷، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۰۵



## ۱. مقدمه

نظام‌های حقوقی ایران و عراق به پذیرش اصل جبران ضرر و زیان ناشی از اعمال اداری در صیانت از حقوق شهروندی قائل‌اند. تشکیل دادگستری نوین در ایران و عراق و پیرو آن، تصویب قوانین خاص هم چون قانون مسئولیت مدنی، قانون رسیدگی به تخلفات اداری، قانون دیوان عدالت اداری، قانون استخدام کشوری، و قانون مدیریت خدمات کشوری هر کدام زمینه‌ساز پذیرش جبران ضرر و زیان اداری در حقوق ایران به منظور 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 روبه‌رشد این کشور هم‌سو نیستند، به‌ویژه پس از تحولات بزرگی که در زندگی سیاسی، اقتصادی، و اجتماعی با وقوع انقلاب ناسیونالیستی و سوسیالیستی رخ داد. قانون اصلاح نظام حقوقی، باتوجه به حقوق شهروندی، تبدیل دفتر تدوین حقوقی به شورای مشورتی دولتی را پیش‌بینی کرد که متخصص در تهیه و حساب‌رسی قوانین و شفاف‌سازی متون و مقررات قانونی است. برای این که شورای دولتی در سطح وظایف خود قرار گیرد، باید بدون غفلت از تجربیات و اخبار دیوان تدوین حقوقی مبنی بر تعیین تکلیف و تشکیل تشکلهای خود براساس اقتضائات مقطع کنونی اقدام کند. بر این اساس، قانون جدید علاوه بر بهره‌مندی از کارشناسان حقوقی با تخصص و شایستگی به جهت رعایت حقوق شهروندی تمایل دارد که عناصر جدیدی را از قضات، مدیران، و استادان 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 به‌عهده بگیرند. بنابر این دلایل، قانون شماره ۱۷ مورخ ۲۰۱۳ وضع شد که براساس آن دادگاه دادرسی اداری در این کشور مشغول به فعالیت است و به جبران ضرر و زیان ناشی از اعمال اداری می‌پردازد (ابوالحمد ۱۳۸۱: ۱۳۴۹).

در حقوق کشورهای ایران و عراق باتوجه به تعریفی که از ساختار حاکمیت، دولت، کارکنان، و حقوق شهروندی در این کشورها وجود دارد و در قوانین اساسی این کشورها لحاظ گردیده است، مبانی و موضوع جبران ضرر و زیان اداری باتوجه به حقوق شهروندی در دو حوزه متفاوت حاکمیتی و اجرایی قابل تفسیر و تأویل خواهد بود که این اختلاف ناشی از منشأ اعطای حق و قواعد جبران خسارت خواهد بود. در این میان، به دلیل تبعیت دوگانه کشور ایران از قواعد فقه امامیه و اصول حقوقی ای که عمدتاً از کشورهای پیرو حقوق رومی — ژرمنی هم چون فرانسه و بلژیک برگرفته شده‌اند، مبانی جبران ضرر و زیان اداری و نظریه‌های مربوط

تأملی بر جبران ضرر و زیان اداری در صیانت از ... (علی فقیه حبیبی و دیگران) ۱۹۱

به این موضوع دارای تفاوت‌های ماهوی محسوسی خواهند بود که به سهم خود چالش‌های متعددی در مقوله اصالت نظریه‌های جبران خسارت و نحوه تفسیر موضوعات عملی به وجود خواهند آورد. به طور مثال، باتوجه به تفاوت‌های موجود، مسئله اصلی در پذیرش راهکارهای حقوقی و اصولی ارائه شده در دو نظام حقوق ایران و عراق خواهد بود. یکی از مهم‌ترین چالش‌های مطرح درخصوص جبران ضرر و زیان اداری در حقوق ایران و عراق تعریف منطقی از مجموعه دولت و حدود و ثغور آن است. در این میان، کارکنان قوای اداری و اجرایی در شاخه‌های مقننه، مجریه، و قضاییه 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 است، 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 درباره رویه قضایی و نمونه پرونده‌های مربوط به مسئولیت مدنی کارکنان دولت، در زمینه 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 ۱۴۱۷ ق: ۲۳۰).

گسترش تخلفات و تقصیرات اداری در دو نظام حقوقی ایران و عراق به خسارات هنگفت و تخمین‌ناپذیری به شهروندان ایرانی و عراقی و نقض حقوق شهروندی آنان منجر شده است و مطابق اصل جبران کامل خسارت، که در دو نظام حقوقی ایران و عراق پذیرفته شده است، این خسارات می‌بایست برای تحقق حقوق شهروندی به صورت کامل جبران شوند. باتوجه به اهمیت مسئله، از آنجاکه رویه قضایی موجود در این کشور گویای نواقص و خلأهای قانونی و اجرایی درخصوص جبران خسارات مذکور است، 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 مرتبط هم‌چون قانون مسئولیت مدنی است، درحالی‌که 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 است. مهم‌ترین هدف این مقاله این است که به شناخت تطبیقی ارکان و ساختار محاکم اداری و شیوه‌های 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، گاهی به دلیل قصور و خطا در انجام اعمال اداری و اجرایی خود همواره خسارات متعددی به افراد جامعه وارد می‌آورند 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 به منظور رعایت حقوق شهروندان نباید بدون جبران باقی بماند. از این رو، پرسش اصلی مقاله حاضر آن است که مبانی جبران ضرر و زیان اداری در صیانت از حقوق شهروندی چگونه است؟ بنابر فرضیه اصلی مقاله پیش‌رو با روش مبانی جبران ضرر و زیان اداری براساس 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 دادگاه‌های دادرسی اداری است که در تحقق و صیانت از حقوق شهروندی می‌تواند تأثیر به‌سزایی داشته باشد. براساس 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 کتاب‌خانه‌ای مورد بحث قرار می‌گیرد.

## ۲. مفاهیم و مبانی نظری

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

برای صیانت از حقوق شهروندی در ابتدا باید ضرر را تعریف کرد. ضرر در لغت به معنای زیان و گزند وارد کردن ضد نفع و سوء حال تعریف شده است (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 گسترده‌ای در مقابل نفع دارد و صدمه به هر چیزی اعم از عین، منفعت، نفع مالی، حقوق، تمامیت جسمانی، سلامت، شخصیت، آبرو، یا به غیر از آن اطلاق می‌شود (بابایی ۱۳۹۴: ۴۰). ضرر عبارت است از هر کاستی و نقصانی که بر مال و حق مالی یا جسم یا حیثیت و شهرت یا عواطف شخصی، به طور ناروا و ناخواسته، از طرف دیگری وارد شود (باریکلو ۱۳۸۷: ۶۱). این تعریف تاحدودی با تعریف بعضی از فقها (آخوند خراسانی ۱۴۰۹ ق: ۳۸۱) که ضرر را به مطلق نقصان و کاستی در نفس یا عضو یا مال و حیثیت تعریف کرده‌اند، مشابهت و نزدیکی دارد، ولی تفاوت عمده‌ای که با آن دارد، این است که در این تعریف مطلق نقصان ضرر محسوب نشده، بلکه نقصانی ضرر محسوب شده است که غیرارادی و تحمیلی باشد؛ زیرا عرفاً نقصانی ضرر

تأملی بر جبران ضرر و زیان اداری در صیانت از ... (علی فقیه حبیبی و دیگران) ۱۹۳

محسوب می‌شود که ناخواسته باشد و نقصانی که ارادی است، مانند هبه و یا مواردی که شخص اقدام بر ایراد نقصان بر خویش می‌کند، تخصصاً از موضوع و مفهوم ضرر خارج است. بنابراین، مفهوم ضرر انصراف به کاستی و نقصانی دارد که به‌طور 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 (کریمی‌نیا و دیگران ۱۴۰۰: ۳۷). در تقریرات میرزای نایینی ضرر را فوت آن‌چه انسان واجد آن است، اعم از این‌که نفس یا عرض یا جوارح باشد، معرفی کرده‌اند (نایینی ۱۳۷۳: ۳۷۸). مجموع ضرر بیش‌تر درمورد نفس و مال استفاده می‌شود، کاربرد آن درخصوص فقدان شخصیت و آبرو کم‌تر است. معنای اصطلاحی ضرر از معنای لغوی آن دور نیفتاده است. یکی از دانشمندان حقوق ضرر را این‌گونه تعریف کرده است:

نقصی بر مال دیگری یا صدمه بر جان کسی یا وهن در عرض دیگری واردکردن است، به‌شرط 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 سم‌پاشی کند و مانع میوه‌دادن 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).

لذا درباره نص قانونی مربوط به جبران ضرر و زیان ناشی از اعمال اداری در حقوق ایران در صیانت از حقوق شهروندی می‌توان به ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی استناد کرد. مطابق این ماده:

هرکس بدون مجوز قانونی عمداً یا در نتیجه بی‌احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجاری یا به هر حق دیگر که به‌موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه‌ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می‌باشد.

در ماده ۱ قانون مذکور، ضرر لطمه‌ای دانسته شده است که به سلامتی، مال، آزادی یا حیثیت یا شهرت تجاری یا به هر حق دیگری که به‌موجب 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:

دادگاه در صورتی حکم به خسارت خواهد داد که ضرر اثبات شود». باتوجه 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 همان گونه که دیده می شود، متشکل از دو کلمه ضرر و نارواست. دو کلمه ای که هریک از آن ها معنای خاص خودش را داشته و با ترکیب با هم دیگر معنی دیگری را از خود تعریف می کنند، اما منظور از ضرر در حقوق عراق در صیانت از حقوق شهروندی هرگونه ضرر و زیانی 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 می شود؛ زیرا این تخلف به کاهش منافع مالی منجر می شود که این حقوق برای صاحبان آن ها دارد. به طور کلی هرگونه نقض حقوق مربوط به شخص انسان مانند آزادی شخصی، آزادی کار، و آزادی عقیده در صورتی که به زیان مالی منجر 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 نمی شود؛ زیرا می تواند شامل تمام اشکال زیان مالی ناشی از عمل نقض متسبب به دیگران باشد (فاضل ۲۰۱۵: ۷۲-۷۸).

## ۲.۲ مفهوم حقوق شهروندی

مجموعه حقوقی است که یک فرد به وسیله زندگی در یک قلمرو جغرافیایی خاص از آن برخوردار می شود، اعم از حق مدنی، سیاسی، اجتماعی، و اقتصادی (بیراوند و دیگران ۱۳۸۹: ۲۰۳). شهروندی از جمله مفاهیم نوپدید است که به طور ویژه ای به برابری و عدالت توجه دارد و در نظریات اجتماعی، سیاسی، و حقوقی جایگاه ویژه ای پیدا کرده است. مقوله «شهروندی» وقتی تحقق می یابد که همه افراد یک جامعه از کلیه حقوق مدنی و سیاسی برخوردار باشند و هم چنین به فرصت های مورد نظر زندگی از حیث اقتصادی و اجتماعی دسترسی آسان داشته باشند. ضمن این که شهروندان به عنوان اعضای یک جامعه در حوزه های مختلف مشارکت دارند و در برابر حقوقی که دارند، مسئولیت هایی را نیز در جهت اداره بهتر جامعه و ایجاد نظم برعهده می گیرند و شناخت این حقوق و تکالیف نقش مؤثری در ارتقای شهروندی و ایجاد جامعه ای براساس نظم و عدالت دارد. اسلام به عنوان یک دین فراگیر، که به همه ابعاد زندگی بشر توجه کرده است، دستورهای صریح و شفافی برای روابط اجتماعی انسان ها دارد و نه تنها به کمال معنوی انسان ها توجه کرده است، بلکه به چگونگی ساختن جامعه ای نمونه نیز توجه دارد. از جمله مسائل مهم حقوق شهروندی در اسلام توجه به کرامت انسان ها به عنوان اشرف مخلوقات، ارزش حیات و زندگی افراد، برابری بدون توجه به نژاد، رنگ، پوست و ...، هدفمند کردن خلقت انسان ها، و بیهوده نبودن زندگی انسان است (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 می‌توان شامل سه بخش ایراد ضرر، تقصیر اداری، و رابطه سببیت میان ایراد ضرر و تقصیر اداری فرض کرد که در این قسمت به بررسی اجمالی آن‌ها خواهیم پرداخت.

#### ۱.۱.۳ ایراد ضرر

مسئولیت حقوقی به‌طور عام و مسئولیت مدنی به‌طور خاص بدون فعل زیان‌بار محقق نمی‌شود، «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: ۲۹-۳۰). «در فقه نیز صرف تحقق ضرر بدون فعل عامل زیان تحت شمول قاعده لاضرر و قاعده اتلاف و تسبیب قرار نمی‌گیرد و از این حیث ضمان ایجاد نمی‌شود» (حسینی مراغی ۱۴۱۷: ۳۳۶). به عبارت دیگر، مسئولیت مدنی اعم از این‌که مبتنی بر تقصیر باشد یا بر مبنای خطر، فعل زیان‌آور شرط تحقق آن است، منتها در مسئولیت مبتنی بر تقصیر این فعل لازم است، تقصیر محسوب شود. فعل مولد خسارت عنصر دوم از عناصر سه‌گانه مسئولیت مدنی است. «بدون تحقق یا شناسایی فعل زیان‌بار، با فرض وقوع خسارت، نمی‌توان جبران خسارت را از شخص موردنظر (اعم از کارکنان دولت و غیره) مطالبه کرد 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 می‌کند 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 می‌شود؛ «رفتار تقصیرآمیز 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 می‌داند. 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 مسئله مقدماتی مهم است و آن تمیز تقصیر شخصی از تقصیر اداری (خطای شغلی) است تا تقصیر شخصی برعهده کارمند و تقصیر اداری برعهده 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، دادرس در صدور حکم، 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 کند. 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 زبانی 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 برعهده قاضی است، خارج شود، تقصیرات مزبور خطای شخصی مستخدم بوده و او باید از عهده خسارت برآید (مؤتمنی طباطبایی ۱۳۷۹: ۴۰۱).

نویسندگان تصریح کرده اند: «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: ۱۲-۱۳).

### ۳.۱.۳ رابطه سببیت اداری

رابطه سببیت آخرین رکن برقراری مسئولیت مدنی است. 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. در واقع، 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 کند که عوامل مختلفی به وقوع زیان منجر باشند که در این صورت:

تأملی بر جبران ضرر و زیان اداری در صیانت از ... (علی فقیه حبیبی و دیگران) ۱۹۷

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 برعهده خواهان است و براساس قاعده عمومی فقهی البیته علی المدعی گرفته شده است (غمامی ۱۳۸۰: ۹۹).

### ۲.۳ ارکان ضرر اداری در حقوق عراق

به دلیل تشابه نظام قانون گذاری 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 نشئت 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 است.

#### 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 هریک 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 خطاست و به وسیله آن مدیریت کارکنان به دلیل آنچه 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 یک پارچه 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 زیان بار باشد. رسیدگی به موضوع رفتار کارمند در صلاحیت مراجع قضایی است، 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 بیش تر مشابه مقررات حقوق فرانسه بود در تاریخ ۱۹۵۱ نسخ گردید. قانون‌گذار عراقی شکل تنظیم و باب‌بندی 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 اتلاف‌کننده 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 باین که سعی داشته است از مقررات فقه اسلامی به ویژه قانون المجلة استفاده کند، «اما با دخالت و تصرفی که در آن کرده است، به ویژه در مقررات مربوط به مسئولیت اتلاف‌کننده، خود را به حقوق فرانسه نزدیک کرده و از فقه اسلامی دور شده است» (قاسم‌زاده 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 است. در حقوق این کشور مسئولیت دولت نسبت به اعمال کارکنان خود مسئولیتی مستقیم است. به این ترتیب که هرگاه کارمند دولت مرتکب عمل زیان‌بار شود، دولت نه به سبب خطا یا مسئولیت کارمند که به دلیل خطای خود مستقیماً عهده‌دار مسئولیت خواهد بود. در این معنا مسئولیت دولت تابع مسئولیت کارمند نیست، بلکه به صرف صدور خطای زیان‌بار از کارمند اداره مسئول جبران خسارت است. به عبارت دیگر، عمل به دولت منسوب می‌گردد، بدون آن که ابتدا آن را به کارمند عامل ورود زیان نسبت دهیم. نظریه مسئولیت حکومت یا به تعبیری دولت، به جای مستخدم دولت، نظریه‌ای است که مورد پذیرش حقوق عراق است. یکی از حقوق‌دانان در این خصوص بیان کرده است:

تأملی بر جبران ضرر و زیان اداری در صیانت از ... (علی فقیه حبیبی و دیگران) ۱۹۹

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 می‌شود؛ 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 به‌طور کامل منتفی 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 زیان‌دیده تنها علت خسارت باشد، مسئولیت اداره ساقط می‌شود (الطماوی ۱۹۶۸: ۱۱۹).

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

۴.۱ 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، باتوجه به ماهیت دعوی مربوطه، لازم است به تفکیک توضیحات لازم بیان شود. مراجعی که در کشور ایران صلاحیت رسیدگی به موضوع مسئولیت مدنی دولت را دارند عبارت‌اند از:

##### ۱.۱.۴ دیوان عدالت اداری

تأسیس دیوان عدالت اداری براساس ضرورت‌های اجتماعی و قضایی در صیانت از حقوق شهروندی بوده است.

پیش از تأسیس دیوان برای رسیدگی به شکایات و تظلمات مردم نسبت به مأموران و واحدهای دولتی، مرجعی جز مقامات اداری که بتواند حقوق آنان را درمقابل تجاوزات و تعدیات کارگزاران دولتی حفظ و صیانت نماید، وجود نداشت و لذا برخلاف اصول موازین دادرسی، شاکی برای احقاق حق ناگزیر از مراجعه به مشتی عنه یعنی دولت بود و تکلیف شاکی غالباً توسط طرف شکایت تعیین می‌شد. مثلاً در ماده ۶ قانون راجع به شورای دولتی مصوب سال ۱۳۳۹ پیش‌بینی 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 وزارت خانه یا سازمان و مؤسسه مراجعه کرده و شکایت او به‌طور 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 آیین نامه‌ها و سایر نظامات و مقررات دولتی و شهرداری‌ها 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 سوءاستفاده از اختیارات یا تخلف در اجرای قوانین و مقررات یا خودداری از انجام وظایفی که موجب تضییع حقوق اشخاص می‌شود، به‌عهده هیئت عمومی دیوان گذشته شده است (شهنایی ۱۳۸۶: ۴۱).

#### ۲.۱.۴ محاکم عمومی

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

واژه کارمندان دولت در صدر ماده فوق ترکیب اضافی است که به‌صورت جمع به‌کار رفته و حسب ظاهر شامل کلیه اشخاص حقیقی که در دستگاه دولت به‌عنوان بارزترین فردشخص حقوقی، حقوق عمومی، و به‌معنی اعم از قوه قضاییه، مجریه و مقننه و مؤسسات وابسته به دولت به کار مشغول‌اند، می‌گردد؛ هرچند آنچه که در بدو امر از واژه کارمند متبادر به ذهن می‌شود کارمند رسمی دولت است، ولی چون کلمه کارمند به‌صور مطلق به‌کار رفته و مقید به قید و وصفی نگردیده، علی‌الظاهر اشخاصی را که به‌صور گوناگون و تحت شمول کلیه مقررات و قوانین استخدامی درخدمت 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 به‌موجب قانون اساسی این کشور واجد رسمیت قضایی هستند. در کشور عراق:

تأملی بر جبران ضرر و زیان اداری در صیانت از ... (علی فقیه حبیبی و دیگران) ۲۰۱

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، لازم‌الاجرا باقی ماند و از سال ۱۹۵۸ تا ۱۹۷۰، کشور عراق بدون *قانون اساسی* و با فرمان‌های 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 هشتم مارس ۲۰۰۴، *قانون اساسی* موقت عراق پس از اشغال به تصویب رسید و در نهایت، *قانون اساسی* جدید عراق، که تعیین‌کننده ساخت قدرت و سیاست در عراق است، با وجود اختلاف میان گروه‌های عراقی به‌ویژه اعراب شیعه، سنی، و کردها در همه‌پرسی اکتبر ۲۰۰۵ به تأیید 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 است. 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 قضاییه اداری در عراق به‌منظور تحقق‌بخشیدن به این قانون بوده است.

ارکان نظام دوگانه عدالت، که مستلزم حضور دیوان عالی اداری در رأس محاکم قضایی اداری است، باعث شده است وضعیت تحقق عدالت اداری به جایگاه واقعی خود بازگردد و تعارض و تداخل بین صلاحیت‌های اداری قوه قضاییه و قوه قضاییه *قانون اساسی* (دیوان عالی فدرال)، در موضوعاتی که صرفاً در صلاحیت قضایی اداری است با فرض صلاحیت رسیدگی به تصمیمات صادرشده از سوی دادگاه‌های اداری، حل‌وفصل شود. بنابراین، به صلاحیت دادگاه عالی فدرال در این مورد پایان می‌دهد. 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 آیین‌نامه‌های اجرایی دولتی، این نهاد نقش مهمی در تحقق دولت قانون‌مند در

عراق ایفا می‌کند و مانع خروج تصمیمات اداری از حدود قوانین موضوعه عراق می‌شود. ضمن این‌که نقش شهروندان عراقی در مشارکت مدنی و حقوقی به‌منظور ابطال مصوبات خلاف قوانین موضوعه و حقوق شهروندی نمایان است.

#### ۲.۲.۴ محاکم عمومی

به‌موجب ماده ۱ قانون آیین دادرسی مدنی شماره ۸۳ مصوب ۱۹۶۹ کشور عراق، این قانون به‌منظور رسیدگی به کلیه اختلافات و مراجعات (مدنی) در جهت حفظ حقوق شهروندی تصویب شده است و تنها در صورتی نمی‌توان به آن رجوع کرد 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 می‌تواند از طریق طرح دعوای عمومی در محاکم عمومی عراق صورت گیرد. در بند ۳ ماده ۱۹ قانون اساسی عراق نیز چنین بیان شده است: «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 می‌گیرد. کلیه مقررات مربوط به طرح دعوا و صدور رأی و اجرای آن در زمینه مطالبه خسارت دولتی، مطابق قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۹۶۹ عراق انجام خواهد شد (همان). در ادامه، نحوه رسیدگی و تشریفات قانون مزبور را در قسمت‌های بعدی به تفصیل بررسی خواهیم کرد.

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

#### ۱.۵ شیوه‌های جبران ضرر و زیان اداری در صیانت از حقوق شهروندی در حقوق ایران

تفاوت دارایی اشخاص و نیز تفاوت‌های 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 مبتلاست که تلف کم‌بهاترین اشیای خویش را ضرری عظیم می‌بیند و گاه فرد دارای چنان ثروتی است که بدون ملال از کنار ضرری عظیم می‌گذرد. تفاوت‌های روحی نیز در افراد ایشان را در مقابل خسارات مقاوم یا ضعیف می‌سازد. گاه شخص چنان به دنیا می‌نگرد که گویا تضمین وجود دارد که افراد دارای حیات ابدی هستند. با مرگ محبوبی افسرده می‌شود یا ضرر مالی را طاقت‌فرسا می‌بیند و گاه



تأملی بر جبران ضرر و زیان اداری در صیانت از ... (علی فقیه حبیبی و دیگران) ۲۰۳

شخص از چنان منطقی برخوردار است که مرگ عزیزان بیش از آن که برای او ضایعه باشد هشداری است برای فناپذیری همه انسان‌ها یا تلف مالی را به بی‌اعتباری جهان تعبیر می‌کند. باتوجه به مطالب فوق این تردید به ذهن راه می‌یابد که آیا در حال جبران خسارت ضروری است یا این که باید جبران ضرر ضرورت داشته باشد تا بتوان حکم به جبران خسارت داد؟ به نظر عده‌ای جبران ضرر باید ضروری باشد (صفایی و حسین‌آبادی ۱۳۸۶: ۲۰۳). به منظور صیانت از حقوق شهروندی، شیوه‌های جبران ضرر و زیان اداری در حقوق ایران شامل دو شیوه اداری و عمومی است. در شیوه عمومی جبران خسارت، زیان‌دیده به مراجع و محاکم عمومی رجوع و مطالبه خسارت می‌کند. در شیوه اداری، زیان‌دیده می‌تواند به هیئت رسیدگی به تخلفات اداری رجوع و تخلف کارمند یا اداره را احراز کند. 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 کند.

#### ۱.۱.۵ پرداخت خسارت مادی و معنوی

به‌طور کلی می‌توان گفت در پرونده‌های مسئولیت مدنی دادگاه می‌تواند شیوه و طریقه جبران خسارت را باتوجه به اوضاع و احوال قضیه معین کند (ماده ۳ ق.م.م). راه‌های جبران خسارت به‌طور کلی عبارت‌اند از: جبران عینی (اعاده وضع سابق) و دادن معادل. جبران خسارت از طریق دادن معادل نیز به دو نوع، جبران غیرنقدی 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 زیان‌دیده اعاده گردد. به‌طور 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 است، 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 زیان‌دیده 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 (خسارات 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 کند 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، 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 کند 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، با 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 زیان‌دیده خارج شده است، به دارایی او وارد شود. این معادل یا بدل ممکن است به صورت غیرنقدی 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 خسارات 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 (همان).

تأملی بر جبران ضرر و زیان اداری در صیانت از ... (علی فقیه حبیبی و دیگران) ۲۰۵

### 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 ۱۷۱ 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 صحه می‌گذارند. 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 سمره بن 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 کشورها و حتی مقررات بین‌المللی نیز به این حق احترام گذاشته‌اند و آن را قابل مطالبه می‌دانند (ره‌پیک 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، هرگاه 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 جراید محکوم شوند.

### ۷.۱.۵ عذرخواهی لفظی

واقعیت امر این است که برای عذرخواهی قانونی نوشته نشده است و این نانوشتگی 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 انجام‌دادن وظایف محوله‌اش عذرخواهی را وظیفه خود می‌داند. البته در کشورهای متمدنی هم چون فرانسه فرهنگ عذرخواهی نزد مقامات عمومی وجود دارد. به طور مثال، بنابر خبری که

خبرگزاری آسوشیتدپرس نقل کرد، «فرانسوا فیون»، نامزد ریاست جمهوری فرانسه، از مردم این کشور به دلیل استخدام همسر خود عذرخواهی کرد. فیون، وزیر امور خارجه سابق فرانسه، به دلیل استخدام همسر خود و پرداخت صدها هزار یورو از پول دولت به وی از مردم این کشور عذرخواهی کرد (همان).

## 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 است. 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، ۱۳۸۳، و ۱۳۸۴ از قانون مدنی این کشور (فرانسه) به مقوله مسئولیت مدنی اشاراتی 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 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 موردنظر حقوق‌دانان حقوق عمومی و خصوصی بوده است. همان‌طور که حقوق‌دانان به:

شرایط مسئولیت دولت‌ها در قبال اشتباهات کارکنان خود 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، دکرین 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 می‌دهد که دولت به صورت فرعی و اصلی مسئولیت خود را برعهده 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 درباره جبران خسارت برعهده دولت است یا آن را در ظرفیت پشتیبان حمل می‌کند، مورد اشاره قرار گرفته است (الطائی ۱۹۹۹، ۷-۱۵).

## ۲.۲.۵. مراجعه اداره دولتی عراق به کارکنان خود

باتوجه وجود قرارداد اداری و استخدامی میان کارمندان و دولت در حقوق عراق می‌توان 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 غیرمعین تعهدی را پذیرفته و به علت عدم انجام تعهد یا تأخیر در انجام آن خسارتی به متعهده وارد کند که در این صورت متعهد مکلف است خسارت وارده را جبران کند. بر این اساس مسئولیت قراردادی التزام به جبران ضررهای وارده در نتیجه عدم اجرای قرارداد توسط متعهد است. مسئولیت قراردادی مسئولیت متعهد در عقد است که یا تعهد خود را انجام نمی‌دهند و یا آن را مطابق با قراردادی که منعقد کرده است به پایان نمی‌رساند. به بیان دیگر، در مسئولیت قراردادی متعهد تعهد ناشی از عقد را به جا نمی‌آورد، خواه در انجام ندادن تعهد تعمد داشته و خواه عدم انجام به واسطه مسامحه متعهد باشد. البته مسئولیت قراردادی را نباید با تعهد قراردادی اشتباه کرد؛ 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 نمی‌کند، بلکه نقض یک تعهد که عملی غیرانشایی سبب تحقق آن به شمار می‌رود. از این روست که باتوجه به منشأ پیدایش این مسئولیت، که به نوعی با قرارداد در ارتباط است، آن را مسئولیت قراردادی می‌گویند. در واقع، مسئولیت قراردادی اثر عقد است، چنان که 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 این گونه 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 (همان).

## 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 پیش‌بینی شده است. اصول دادرسی عادلانه در

اسناد مختلف حقوق بشری بدان پرداخته شده است، ولی مسئله اصلی تحلیل اصول دادرسی عادلانه در بندهای ۱ و ۲ ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی است که شامل دست‌رسی برابر همگان به مراجع قضایی ذیصلاح، استقلال دادگاه‌ها، و بی‌طرفی آن‌ها، علنی بودن جلسات دادرسی، و فرض بی‌گناهی یا براءة متهم است. اصول مذکور، هم‌چنین در حقوق اسلام مورد تأکید فراوان قرار گرفته است و آیات و روایات فراوانی درباره آن‌ها ذکر گردیده و درواقع، قبل از این‌که در سطح بین‌المللی به شکل امروزی مطرح گردند، آن‌ها را پیش‌بینی کرده است (رئیس‌ی شعار ۱۳۹۸: ۱). در حقوق ایران، مواردی را می‌توان به‌عنوان اصول دادرسی منصفانه و عادلانه برشمرد که شامل دعاوی مطالبه خسارت عمومی علیه دولت و کارکنان آن نیز می‌شود که در ادامه به آن‌ها اشاره می‌کنیم.

#### ۱.۱.۶ رعایت اصل تناظر اداری

به‌طور کلی امکان دفاع یا تساوی طرفین دعوی مفهومی موسع بوده و شامل مصادیق مختلفی است که رعایت آن‌ها در دادرسی می‌تواند به تضمین دادرسی منصفانه و اصل امنیت حقوقی منجر گردد. از جمله این مصادیق است:

برخورداری از مهلت کافی جهت تدارک پرونده، برخورداری از امکانات و تسهیلات کافی برای دفاع از خود، اطلاع‌رسانی درخصوص ادله و استدلال‌ات طرف مقابل، تساوی اشخاص درمقابل 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 آقای ۱۳۹۱: ۲۷۹).

به این موارد در قوانین آیین دادرسی مدنی و کیفری در مراجع قضایی توجه شده است. باوجوداین، مصادیق فوق‌الذکر در بیش‌تر مراجع شبه‌قضایی به‌صراحت بیان نگردیده‌اند و چه‌بسا به‌بهانه فقدان چنین مقرراتی، دادرسی منصفانه در مراجع شبه‌قضایی مذکور به‌خطر افتد. درخصوص 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 است.

#### ۲.۱.۶ رعایت بی‌طرفی مقام رسیدگی اداری

باتوجه به این‌که یک طرف دعاوی مطالبه خسارت علیه دولت و کارکنان آن مقام قوه مجریه است و این قوه بخشی از حاکمیت هر کشور است، لازم است قاضی رسیدگی‌کننده به دعاوی

تأملی بر جبران ضرر و زیان اداری در صیانت از ... (علی فقیه حبیبی و دیگران) ۲۰۹

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 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 (همان).

#### 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 هرکس می تواند به منظور دادخواهی به دادگاه های صالح رجوع نماید. همه افراد ملت حق دارند این گونه دادگاه ها 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 هریک از متدعیان می توانند برای خود حداکثر تا دو نفر وکیل انتخاب و معرفی کنند و و هم چنین مطابق ماده ۳۲ قانون مذکور، وزارت خانه ها، مؤسسات دولتی و وابسته به دولت، شرکت های دولتی، نهادهای انقلاب اسلامی و مؤسسات عمومی غیردولتی، شهرداری ها، و بانک ها می توانند 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 کنند که در این زمینه گفته شده است:

مطابق قوانین و مقررات حاکم در ایران از جمله *قانون اساسی* و *قانون دادرسی مدنی* و دادرسی کیفری دخالت وکیل در پرونده های قضایی و دعاوی دادگستری امری اختیاری می باشد و این هم برای وکیل مقرر شده است که بتواند مطابق اصل آزادی قراردادها با هرکسی مبادرت به انعقاد عقد وکالت نماید و این غیر از ارجاع پرونده های وکالت

معاضدتی است که استثنا 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 درحالی 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 خوداظهاری وکیل هیچ منع قانونی ندارد و وکیل می‌تواند در تمام مراحل دادرسی مدنی به تنهایی یا همراه موکل برای 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 درحین 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 درخصوص چگونگی حصول به یک فرایند دادرسی عادلانه، به‌ویژه در ارتباط با حمایت حداکثری از قربانیان اشتباهات قضایی، هم‌چنان به‌مثابه یک چالش و یک خلأ تقنینی اجرایی در نظام حقوقی ایران امری ضروری و محسوس است. باوجود پیش‌بینی تقنینی اصل یک‌صد و هفتاد و یکم قانون اساسی و نیز ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی درخصوص امکان خسارت‌زدایی از قربانیان اشتباهات قضایی، به‌ویژه متهمان و محکومان بی‌گناه، باز هم عملی‌سازی فرایند خسارت‌زدایی یاد شده در ایران با دشواری همراه می‌باشد. دلیل عمده 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 اساسی‌ترین حقوق در کشورهای است که به حاکمیت قانون احترام می‌گذارند. محاکمه‌ای که در آن کشورها ناعادلانه تشخیص داده شوند، 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



تأملی بر جبران ضرر و زیان اداری در صیانت از ... (علی فقیه حبیبی و دیگران) ۲۱۱

سازمان ملل متحد در ماده ۱۰ تحت متن آن آمده است: «هرکس حق برابری کامل با دیگران را دارد» تا پرونده وی توسط دادگاهی مستقل و بی طرف 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 ای از مقررات به اصول دادرسی منصفانه و عادلانه توجه کرده است و می توان به اشکال ذیل به آنها اشاره کرد:

#### ۱.۲.۶ رعایت اصل تناظر اداری

اصل تناظر یکی از اصول راهبردی آیین دادرسی مدنی است. براساس این اصل هریک از اصحاب دعوا باید علاوه بر این 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 قانون گذاری، حاصل عنایت به اصول قضا و قضاوت در عراق باستان، در فقه و البته در غرب و مخصوصاً فرانسه بود. یکی از مهم ترین اصول راهبردی مزبور اصل تناظر است که برخی حقوق دانان آن را با حق دفاع مترادف دانسته و عده دیگری تناظر را اجرای اصل احترام حق دفاع می دانند و برخی نیز بر این عقیده اند که احترام حق دفاع فقط جنبه ای از اصل تناظر یا نتیجه مستقیم آن است که بالأخره بعضی نیز آن را تضمین کننده مساوات اصحاب دعوا تلقی می کند. اصل تناظر از ابتدای جریان رسیدگی تا صدور رأی و اجرای رأی باید رعایت گردد و رعایت اصولی هم چون 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 اقتضا می کند و باید مباحثه درخصوص 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 است. در مورد لزوم رعایت آن، که از اصول دادرسی است، تردیدی وجود ندارد و از بحث مازاد جلوگیری می شود. اصل تناظر ایجاب می کند که اصحاب دعوی بتوانند تمام آنچه را در

رسیدن به خواسته‌های خود و کشف حقیقت واقع لازم و مفید می‌دانند، اعم از ادعاها، ادله، و استدلال‌ات به آگاهی قاضی برسانند و درعین حال امکان آگاهی از آنچه رقیب در این خصوص ارائه کرده است و نیز فرصت مورد مناقشه قرارداد آن‌ها را داشته باشند. این اصل بر تمام دادرسی‌ها در مراجع قضای حاکم است، چه دادرسی‌هایی که مسئول آیین اختصاصی بود و یا قواعد عام دادرسی بر آن‌ها حاکم است.

### ۲.۲.۶ رعایت حق داشتن وکیل

حق داشتن وکیل در پرونده‌های 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 می‌دهد که به اعمال و تشریفات که حافظ حقوق موکل خود باشد، اقامه دعوی کند و اقامه دعوی در آن را تا حصول نتیجه و رسیدگی به طرق قانونی تجدیدنظرخواهی کند، مگر این که اختیار داشته باشد. وکالت خلاف آن را بیان می‌کند یا قانون مستلزم تضعیف خاصی نیست و نمایندگی مطلق به نمایندگی 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 نمی‌دهد، آن را برگرداند یا بپذیرد یا قضات را رد کند یا از آن‌ها شکایت کند. همچنین، مطابق ماده ۵۳ قانون فوق‌الذکر نماینده می‌تواند از نمایندگی انصراف دهد مشروط بر این که این بازنشستگی را به اصل خود اعلام کند. شایان ذکر است بازنشستگی یا عزل وکیل مانع از سیر مراحل رسیدگی به وی نیست، مگر این که کتبی به دادگاه اطلاع داده شود و جانشین وی تعیین شود یا این که موکل به خود اقامه دعوی کند (همان).

### ۳.۲.۶ رعایت حق تجدیدنظرخواهی

هدف از دادرسی، احقاق حق، و اجرای عدالت است. لازمه این امر خطیر پیش‌بینی تجدیدنظرخواهی (اعتراض) است که در پرتو آن امکان بازبینی و ممیزی آرای قضایی و داوری فراهم آمده و اعمال ضابطه‌مند آن اجرای عدالت و احراز واقع را بیش از پیش ممکن می‌سازد. با لحاظ خطاپذیری انسان، تجدیدنظر امری کاملاً ضروری است. اشتباه یکی از عیوب اراده است و به لحاظ تأثیرگذاری در اراده و در صحت یا لزوم عمل حقوقی تأثیر می‌گذارد. به ناچار تحلیل روانی اراده و بررسی فنی تأثیر اشتباه بر اراده و میزان تأثیرگذاری آن به عنوان یک بحث

تأملی بر جبران ضرر و زیان اداری در صیانت از ... (علی فقیه حبیبی و دیگران) ۲۱۳

مبنایی در حقوق مطرح می‌شود. 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 می‌یابند که اثبات آن حق در چهارچوب نظام ادله اثبات قانون امکان‌پذیر به‌نظر نمی‌رسد. قانون‌گذار برای حفظ نظم عمومی و ترجیح عدالت نوعی بر عدالت شخصی و فردی دادرس‌ها را از استفاده از هر نوع دلیل منع کرده است. در چنین شرایطی دادرسان تلاش می‌کنند تا با ابزار تفسیر قضایی از مفاد قانونی و داده‌های موجود در پرونده، راه‌گزینی به عدالت واقعی پیدا کنند. به‌طورخاص در حقوق عراق:

بحث اشتباه در رابطه با شکل‌گیری و صحت عمل قضایی و به‌تبع آن در هنگام بازنگری اعمال مقام قضایی موضوعیت پیدا می‌کند. اشتباه هنگامی محقق می‌گردد که مقام قضایی قانون را به‌خوبی نفهمیده یا در تشخیص موضوعات یا در تطبیق موضوع بر مصداق به‌خطا رفته باشد. مطالعه قوانین و رویه قضایی عراق نشان می‌دهد در این کشور بازنگری قضایی اعمال قضایی به‌دلیل اشتباه حکمی رایج است، اما درمورد اشتباه موضوعی دستگاه قضایی عراق با احتیاط بیش‌تری ورود پیدا می‌کند (مبارک ۲۰۰۷: ۱۳).

بررسی مسئولیت مدنی قاضی همواره یکی از موضوعات مهم در میان حقوق مسئولیت بوده است؛ چراکه 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 هردو وارد شود. از آن‌جاکه هدف مسئولیت مدنی جبران خسارت از شخص زیان‌دیده است، این مسئله که چه کسی باید خسارت واردشده را جبران کند، دارای اهمیت ویژه‌ای است.

## ۷. نتیجه‌گیری

همان‌طورکه 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 به‌منظور شناخت عناوین حقوقی برخوردار است. به‌طوری‌که مواد قانونی محدود موجود در این دو نظام درخصوص مسئولیت مدنی کارکنان دولت به‌هم‌راه 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 به‌عنوان عنصر اصلی ایراد زیان به شهروندان و نقض حقوق آنان شناخته می‌شود، درکنار سازوکار 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 درخصوص اعمال و رفتار دولت و کارکنان آن باشیم که در جهت صیانت از حقوق شهروندی است. 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 است. موضوع دیگر این است که در حقوق ایران بدنه و ساختار حاکمیتی به گونه‌ای درخصوص دولت تعریف شده است که براساس نظام تفکیک قوا، دولت صرفاً معرف قوه مجریه تلقی گردد، درحالی 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 این که 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 فرایند، 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 قانون‌نویسی و قانون‌گرایی کاملاً مسکوت مانده و از مصادیق حقوق شهروندی و اساسی به شکل سیاسی بهره‌برداری می‌شود. اصولاً شناخت سازوکار مسئولیت مدنی کارکنان دولت در صیانت از حقوق شهروندی مستلزم رعایت همه جوانب این مقوله است و نمی‌توان با محدود کردن آن و به کارگیری ساختار قدرت و مجموعه حاکمیتی، انتظار تحقق کامل نظام مسئولیت مدنی کارکنان دولت و تحقق حقوق شهروندی را به طور کامل داشت، بنابراین، در نظام حقوقی ایران جبران ضرر و زیان اداری در صیانت از حقوق شهروندی پررنگ‌تر از نظام حقوقی عراق به جهت قانون جدید التأسیس آن بوده و در قوانین و مقررات عراق کم‌تر به تبیین حقوق شهروندی پرداخته است.

## کتاب‌نامه

ابوالحمد، عبدالحمید (۱۳۸۱)، *تحولات حقوق خصوصی، مسئولیت مدنی دولت*، زیر نظر ناصر کاتوزیان، تهران: دانشگاه تهران.

تأملی بر جبران ضرر و زیان اداری در صیانت از ... (علی فقیه حبیبی و دیگران) ۲۱۵

- الحکیم، عبدالمجید (۱۹۶۳)، *الموجز فی شرح القانون المدني*، الجزء الاول، بغداد: شرکت الطبع و نشر الاهلیه.
- اسماعیلی، علیرضا و حیدر باقری اصل (۱۴۰۰)، «نقش وکیل در تقلیل دعاوی و حل و فصل مسالمت‌آمیز به‌طریق داورى»، *مجله فقه و حقوق نوین*، دوره ۲، ش ۵.
- الطائی، عادل (۱۹۹۹)، *المسؤولية المدنية للدولة عن أخطاء موظفيها*، عمان: دارالثقافة النشر و توزیع.
- الطماوی، سلیمان (۱۹۶۸)، *القضاء الاداری (الكتاب الثاني - قضاء التعويض)*، القاهرة: دار الفكر العربی.
- افشون، تورج (۱۳۸۵)، «دیدگاه‌های مختلف در فرایند تصویب قانون اساسی عراق»، *فصل‌نامه مطالعات منطقه‌ای جهان اسلام*، س ۷، پیاپی ۲۵.
- الهاشمی، رشا محمد جعفر و مروءه موفق مهدی (۲۰۱۹)، «الاختصاص النوعی للمحكمة الإدارية العليا فی العراق»، *المحفوظات*، جامعة البغداد، مجلد ۳۴، الرقم ۵.
- بابایی، ایرج (۱۳۸۴)، «نقد اصل قابلیت جبران کلیه خسارات در حقوق مسئولیت مدنی ایران»، *پژوهش حقوق عمومی*، دوره ۷، ش ۱۶.
- بادینی، حسن (۱۳۸۴)، *فلسفه مسئولیت مدنی*، تهران: شرکت سهامی.
- باریکلو، علی‌رضا (۱۳۸۷)، *مسئولیت مدنی*، تهران: میزان.
- بهرامی احمدی، حسین (۱۳۸۸)، *مسئولیت مدنی*، تهران: میزان.
- پناهنده، سیدعلی محمد (۱۳۸۵)، «تحلیل ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی»، *مجله دادرسی*، پیاپی ۵۷.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱)، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش.
- حسینی مراغی، میرعبدالفتاح بن علی (۱۴۱۷ ق)، *العناوین*، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- رئسی شعار، احمد (۱۳۹۸)، «تحلیل اصول دادرسی عادلانه مندرج در بندهای ۱ و ۲ ماده ۱۴ میثاق حقوق مدنی و سیاسی در پرتو حقوق اسلام»، در: *مجموعه مقالات دومین کنفرانس ملی و اولین کنفرانس بین‌المللی حقوق و علوم سیاسی*، تهران.
- رفاه کریم، حسن (۲۰۱۷)، «عبء التعويض فی مسؤولية الادارة عن الاخطاء الشخصية لموظفيها وجهتها»، *مجله محقق الحلی*، الرقم ۲.
- ره‌پیک، حسن (۱۳۸۷)، *مسئولیت مدنی و جبران‌ها*، تهران: خرسندی.
- سوادکوهی‌فر، سام (۱۳۸۹)، «فعل زیان‌بار و عمل زیان‌بار در مسئولیت مدنی»، *ماه‌نامه دادرسی*، پیاپی ۸۱.
- شاملو، باقر و مجید مرادی (۱۳۹۱)، «بیمه مسئولیت مدنی مقامات قضایی به‌مثابه یکی از تضمینات دادرسی عادلانه»، *مجله حقوقی دگستری*، پیاپی ۷۷.
- شهناپی، جلیل (۱۳۸۶)، «جایگاه دیوان عدالت اداری در تأمین عدالت اداری و اجتماعی»، *مجله پژوهش‌نامه حقوقی*، ش ۱.
- صفایی، سیدحسین و امیر حسین آبادی (۱۳۸۶)، *حقوق مدنی قواعد عمومی مسئولیت مدنی*، تهران: میزان.

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

- صفایی، سیدحسین و حبیب‌الله رحیمی (۱۳۹۰)، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، تهران: سمت.
- طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۷۹)، حقوق اداری، تهران: سمت.
- عکاز، حامد (۲۰۱۵)، *التعليق على قانون المرافعات*، مجلد ۴، الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.
- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۴)، *حقوق اساسی تطبیقی، حقوق اساسی کشورهای غربی و کشورهای اسلامی*، تهران: میزان.
- غمامی، مجید (۱۳۸۰)، *مسئولیت مدنی دولت نسبت به اعمال کارکنان خود*، تهران: دادگستر.
- فاضل، عبدالله (۲۰۱۵)، *قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص*، قسم القانون الخاص كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط.
- قاسم‌زاده، سیدمرتضی (۱۳۸۷)، *مبانی مسئولیت مدنی*، تهران: میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸)، *مسئولیت مدنی (ضمان قهری)*، تهران: دانشگاه تهران.
- کریمی‌نیا، محمدمهدی، آصف صابری، و مجتبی انصاری‌مقدم (۱۴۰۰)، «مطالعه تطبیقی ضرر به‌عنوان رکن مسئولیت مدنی در حقوق ایران و افغانستان»، *مجله پژوهش‌های معاصر در علوم و تحقیقات*، س ۳، پیاپی ۲۴.
- لورسا، میشل (۱۳۷۵)، *مسئولیت مدنی*، ترجمه محمد اشتری، تهران: مؤسسه حقوق تطبیقی.
- مبارک، عبدالکریم (۲۰۰۷)، *احکام قانون التنفيذ*، ط ۲، القاهرة: شركة العاتک لصناعة الكتاب.
- معین، محمد (۱۳۸۸)، *فرهنگ معین*، تهران: زرین.
- نابینی، محمدحسین (۱۳۷۳)، *منية الطالب فی شرح المكاسب*، قم: مکتبه المحدثه.
- نوری، محمدعلی (۱۳۹۳)، *قانون مدنی فرانسه؛ بخش عقود و تعهدات*، تهران: گنج دانش.
- هداوند، مهدی و مسلم آقایی طوق (۱۳۹۱)، *دادگاه‌های اختصاصی اداری در پرتو اصول و آیین‌های دادرسی منصفانه (حقوق ایران و مطالعه تطبیقی)*، تهران: خرسندی.
- یرانوند، رضا و دیگران (۱۳۸۹)، «وظایف پلیس شهروندمدار در رعایت حقوق شهروندی متهمان (در تحقیقات مقدماتی)»، *فصل‌نامه دانش/انتظامی*، دوره ۱۲، ش ۳.
- یزدانیان، علی (۱۴۰۱)، «نقش و جایگاه حقوق شهروندی»، *ماه‌نامه پایا شهر*، دوره ۴، پیاپی ۴۳.