

آزادی کسب و کار در قوانین موضوعه و رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری با تأکید بر مجوز تأسیس

خیرالله پروین^۱

استاد گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و

علوم سیاسی، دانشگاه تهران

حسین حاجیانی^۲

دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده

حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۳/۰۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۲/۲۵

چکیده

در نظام معاصر تسهیل فضای کسب و کار موجب رشد و توسعه یافتگی می‌گردد و با معیار آزادی اقتصادی سنجیده می‌شود. یکی از حقوق آزادی اقتصادی، آزادی کسب و کار است که ناظر بر آزادی اشخاص حقیقی و حقوقی در تأسیس، ادامه و تعطیلی کسب و کار است. با توجه به اینکه ارتباط وثیقی بین موارد موصوف و مقررات گذاری دولت‌ها وجود دارد و دولت‌ها بیشترین اثرگذاری را بر تأسیس و ایجاد کسب و کار داشته و با وضع مقررات، شرایط ایجاد و تأسیس کسب و کار را با محدودیت و موانعی همراه می‌کنند، قانونی بودن این مقررات بایستی مورد مذاقه قرار گیرد. از آنجایی که دیوان عدالت اداری مهم‌ترین مرجع نظارتی بر مقررات گذاری دولت است نقش مهمی در تبیین آزادی کسب و کار و تضییق یا توسیع این مفهوم ایفا می‌کند. در پژوهش حاضر ابتدا با بررسی مفهوم آزادی کسب و کار و سپس رویکرد مقنن نسبت به آن و در نهایت با بررسی آرای ابطالی و وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری این نتیجه حاصل

*- نوع مقاله: پژوهشی

1- Khparvin@ut.ac.ir

2- نویسنده مسئول: H.hajiani1982@gmail.com

DOI: 10.22067/LOWECON.2022.41797

می‌شود که مقنن و دیوان عدالت اداری نیز در اغلب موارد در جهت تسهیل‌گری و توسیع آزادی کسب و کار گام برداشته‌اند.

کلیدواژه‌ها: فضای کسب و کار، آزادی اقتصادی، آزادی تأسیس کسب و کار، مقررات گذاری دولتی، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.

طبقه‌بندی JEL: K2

مقدمه

انسان‌ها همواره خواستار این بوده‌اند که در ایجاد کسب و کار آزادی مطلق داشته و هر شغل و کسب و کاری را که بدان مایل هستند ایجاد نموده و هیچ‌گونه رادع و مانع قانونی در ایجاد آن دخیل نباشد، لکن دولت‌ها و نظام‌های حقوقی مختلف با توجه به رژیم سیاسی خود، موانع و محدودیت‌هایی را بر آن بار نموده و اشخاص در تأسیس کسب و کار آزادی مطلق نداشته‌اند. در متون و ادبیات اقتصادی، اقتصاد مشتمل بر بخش رسمی و غیررسمی است. منظور از اقتصاد غیررسمی، اقتصادی است که در هیچ کجا ثبت و ضبط نمی‌گردد و از آن به اقتصاد پنهان و زیرزمینی تعبیر می‌شود (Salimifar et al., 2010:3).

تسهیل فضای کسب و کار از بایسته‌ها و مقدمات رشد اقتصادی است. در هر نظام حقوقی که تشریفات قانونی ایجاد کسب و کار هزینه بر باشد گرایش به بخش غیررسمی بیشتر می‌شود. با توجه به اینکه امکان سرمایه گذاری کلان و توسعه فعالیت بنگاه‌ها در اقتصاد غیررسمی حداقلی است، این بنگاه‌ها کوچک مانده و به حاشیه رانده می‌شوند. همین امر منجر به ایجاد فرصت‌ها و افزایش کارایی نخواهد شد و نهایتاً اینکه رشد اقتصادی با شتاب کمتری صورت می‌گیرد. بازنگری در مقررات کسب و کار و مانع زدایی‌ها منجر به کاهش ریسک فعالیت در فضای کسب و کار رسمی می‌شود. اقدامات حمایتی و مشوق‌ها و نیز اعمال سیاست‌های اصلاحی در جهت تسهیل مقررات کسب و کار موجب ایجاد مشاغل رسمی به میزان معتنابهی می‌گردد. در نتیجه‌ی همین موضوع، اقتصاد غیررسمی به حداقل رسیده و فعالیت بنگاه‌های رسمی رشد و توسعه می‌یابد (Tari, 2007:80).

در اقتصاد رسمی، اصل آزادی تأسیس کسب و کار برای رسیدن به رشد اقتصادی حائز اهمیت

بوده و قوانین و مقررات سختگیرانه و همچنین محدودیت بازار منجر به کاهش رشد اقتصادی می شود. در نتیجه شکست بازار، قوانین وضع می گردند و از یک منظر منجر به ارتقای رفاه و بهزیستی جامعه می شوند لکن در اغلب موارد آثار سوئی بر رشد اقتصادی داشته و موجبات فساد را فراهم می نماید؛ به عبارت دیگر، تشریفات قانونی و اداری زائد باعث افزایش ناکارآمدی می شود (Sameni et al., 2010:88).

قابل ذکر است در مقاله حاضر، آزادی کسب و کار ناظر به اقتصاد رسمی می باشد و اقتصاد غیررسمی را در بر نمی گیرد. دولت ها با مداخله در حوزه تنظیم گری و مقررات گذاری می توانند تسهیل گری در آزادی تأسیس کسب و کار را با مشکل موجه سازند.

مداخله دولت همواره از مؤلفه های تأثیرگذار در ایجاد کسب و کار است. کنشگر اصلی در عرصه اقتصادی در نظام اقتصادی ایران، دولت می باشد و وضع قوانین و مقررات بر روابط و فعالیت های اقتصادی تأثیر گذاشته و می تواند منجر به ایجاد مانع برای سایر کنشگران اقتصادی خصوصاً واحدهای کوچک گردد. مشکلاتی نظیر جواز تأسیس کسب و کار، مسئله نحوه تخصیص اعتبارات بانکی به واحدها و بنگاه ها، محدودیت ها و موانع قوانین صادرات و واردات، قوانین مالیاتی، عدم ثبات قوانین و مقررات و تغییر مداوم آن ها، بوروکراسی و تشریفات غیرضروری و اخذ مجوزهای متعدد و نیز اخذ وثایق سنگین درازای ایفای تعهدات ناشی از تسهیلات بانکی از جمله این مشکلات است (Hezar jaribi, 2005:106).

اصولاً مداخلات دولت در عرصه اقتصادی ذاتی بوده و عرضی و موقتی نیست و قوام نظام اقتصادی حاصل تعامل مستمر و دائم بخش خصوصی و دولتی است. حضور دولت در فعالیت های اقتصادی در قالب های مختلف نظیر برنامه ریزی و نظارت ظهور و بروز پیدا می کند. دولت با توجه به اصل حاکمیت قانون و در چارچوب صلاحیت اختیاری خویش حسب مقتضیات زمانی و مکانی از طریق مقررات گذاری به تنظیم و تنسيق فعالیت های اقتصادی می پردازد (Zaranejad, 2004:8). حدود و ثغور ابزارهای مداخله دولت در انتظام بخشی به روابط اقتصادی تأمل برانگیز است، بدین معنا که ماهیت و نوع رژیم سیاسی در هر کشور تعیین کننده شدت و ضعف حضور دولت در تنسيق امور می باشد. «برای مثال امروزه با افول عملی و تجربی سوسیالیسم و مشکلات و بحران های

مختلف در جوامع که ناشی از دخالت افراطی دولت در حیات جمعی ارزیابی شده، رویکرد دولت حداقلی متأثر و برگرفته از لیبرالیسم اقتصادی^۱، به پارادایم غالب در ادبیات این حوزه و الگوی مطلوب حکمرانی و اداره امور عمومی تبدیل شده است» (Yavari, 2014: 630).

در این پژوهش با توجه به مداخله دولت در اقتصاد و کسب و کار و تنظیم گری از طریق وضع مقررات، به مفهوم آزادی کسب و کار به عنوان یکی از شقوق آزادی اقتصادی از منظر حقوق عمومی اقتصادی پرداخته و جایگاه آزادی کسب و کار را در قوانین مرتبط در نظام حقوقی ایران و همچنین با توجه به مقررات گذاری هایی که دولت در معنای اخص کلمه به منظور ایجاد مانع یا محدودیت بر آزادی موصوف ایجاد می کند می پردازیم و با توجه به جایگاه نظارتی دیوان بر مقررات گذاری دولتی، رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری را مورد مذاقه قرار می دهیم که آیا نهاد نظارتی دیوان عدالت در راستای آزادی تأسیس کسب و کار گام برمی دارد یا در جهت ایجاد مانع و محدودیت بر آن.

۱. تأملی بر مفهوم و ماهیت آزادی کسب و کار و مداخله دولت در آن

در اقتصاد، سنتی قدیمی و طولانی وجود دارد که به دوران جان لاک^۲ و آدام اسمیت^۳ بازمی گردد و ناظر به نقش کلیدی و مهم آزادی بر توسعه اقتصادی دولت و تأکید بر اهمیت آن است. آزادی گستره وسیعی از فرصت های اقتصادی را ایجاد می کند که توسط کنشگران (بازیگران) اقتصادی مورد استفاده قرار می گیرد (Egger, 2004: 271-288).

در بازار رقابتی و غیر انحصاری، کنشگران اقتصادی به دلیل عدم وجود موانع بیرونی و مانع زدایی ها، جایگاه و کارکرد خود را راحت تر تغییر می دهند «و از آن به عنوان " اصل قابلیت خروج و ورود به بازار " یاد می کنند که در حقوق به آن اصل آزادی اشخاص می گویند». اگر در حوزه حقوق عمومی هیچ گونه رادع و مانعی در ورود به کسب و کار یا خروج از آن وجود نداشته باشد بازار رقابتی کامل شکل می گیرد. «در رابطه حقوق عمومی امکان ورود به شغل معین و امکان

1- Economic liberalism

2- John Locke

3- Adam Smith

خروج از آن و منع اجبار به شغل خاص، چهره‌ای از عدم اجبار مادی در حوزه حقوق عمومی در بازار رقابت کامل است» (Iranpour, 2019: 85).

اقتصاددانان برخلاف حقوقدانان قائل به مقررہ گذاری و تقنین جهت تنظیم رفتارهای اقتصادی نیستند بلکه قائل به تنظیم خودجوش بازار، عدم مداخله دولت و روابط عرضه و تقاضا می‌باشند.

(Shiravi, 2020: 4)؛ به عبارت دیگر، اقتصاددانان با مداخله دولت در اقتصاد به منظور وضع

مالیات، سهمیه‌بندی و باز توزیع و مقررات گذاری مخالف هستند (Murphy, 2016: 69).

نظریه پردازان اقتصادی از جمله آدام اسمیت قائل به مداخله حداقلی دولت در عرصه اقتصادی می‌باشند و بر این باور هستند که وجود بازار رقابتی منجر به رفاه اجتماعی حداکثری می‌شود و آزادی اشخاص در کسب و کار با انگیزه نفع شخصی منجر به تنظیم گری بازار می‌شود (Tafazoli, 1996: 460). فریدریش فون هایک^۱ نیز اعتقاد دارد که آزادی مشتمل بر آزادی کسب و کار در حوزه عمومی منجر به ایجاد نظم خودجوش در مناسبات اقتصادی می‌شود و دخالت دولت نمی‌تواند کارا و مؤثر باشد (Kafash et al., 2019: 255).

با توجه به اینکه آزادی کسب و کار یکی از شقوق آزادی اقتصادی است، در ابتدا بایستی تعریفی از آزادی اقتصادی ارائه گردد. از این مفهوم تعاریف بسیاری ارائه شده است؛ آزادی اقتصادی ناظر به امکان دادوستد اقتصادی افراد است به هر طریق که تمایل دارند (Balliew, 2018: 1). در واقع، مفهوم آزادی اقتصادی با درجه‌ای از انتخاب اشخاص، مبادلات داوطلبانه و آزاد، آزادی رقابت و حمایت از مالکیت خصوصی و نیز درآمد سرانه و رشد اقتصادی مرتبط است (Graafland, 2019: 130-131). به تعبیر دیگر، آزادی اقتصادی مفهومی است که تلاش می‌کند تا میزان بازاری بودن یک اقتصاد را مشخص نموده و توصیف نماید. به عبارت بهتر، نشان دهنده این است که یک اقتصاد تا چه میزان اقتصاد بازاری است، که اقتصاد بازاری نیز با دخالت دولت در مالکیت، مقررات گذاری و مالیات محدود شده است (Berggren, 2003: 193).

(211).

آزادی اقتصادی ابعاد مختلفی دارد؛ نرخ پائین مالیات، حمایت از حقوق مالکیت، دستیابی به

1- Friedrich Hayek

پول سالم، آزادی مبادله کالا و خدمات بین‌المللی، فقدان محدودیت‌های مقررات گذاری که آزادی کسب و کار و بازار تولید را محدود می‌نماید (Grafland, 2017: 2073). تغییرات مثبت در آزادی اقتصادی مستلزم مالیات کم، مقررات زدایی (مقررات گذاری کمتر)، رشد اقتصادی بالا و درآمد و سرانه ملی بالا است (Berggren, 1999: 217).

صرف اندراج آزادی اقتصادی در قوانین موضوعه وافی به مقصود نیست بلکه دولت بایستی در راستای تضمین آزادی اقتصادی، تمهیدات لازم را با رعایت منافع و مصالح عمومی و کار ویژه آن در جهت استفاده همگانی فراهم نماید. به همین منظور، در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، مقنن اساسی دربند ششم و دوازدهم اصل سوم قانون اساسی ایران، به نحو هرگونه انحصارطلبی و پی‌ریزی اقتصاد صحیح و عادلانه بر طبق ضوابط اسلامی جهت ایجاد رفاه و رفع فقر به عنوان بخشی از وظایف دولت اشاره نموده است.^۱ همچنین بخش نخست اصل ۲۸ قانون اساسی^۲ به آزادی کار اختصاص یافته است. مطابق اصل مذکور، همه افراد ملت حق دارند هر کار و شغلی را که به آن تمایل دارند برگزینند به شرطی که مخالف مصالح اسلام و حقوق عمومی نباشد. مضافاً اینکه طبق بند پنجم اصل ۴۳ قانون اساسی^۳، انحصارگری به جهت آنکه ممکن است استقلال اقتصادی مملکت را مورد تهدید قرار دهد یا موجب فقر یا محرومیت در جامعه شود منع گردیده است و نیز یکی از ضوابط اقتصاد جمهوری اسلامی را "رعایت آزادی انتخاب شغل و عدم اجبار افراد به کار معین و جلوگیری از بهره‌کشی از کار دیگری" بیان می‌کند. همچنین بر طبق اصل ۴۴

۱- اصل سوم: "...

بند ۶- نحو هرگونه استبداد و خودکامگی و انحصارطلبی.

بند ۱۲- پی‌ریزی اقتصادی صحیح و عادلانه بر طبق ضوابط اسلامی جهت ایجاد رفاه و رفع فقر و برطرف ساختن هر نوع محرومیت در زمینه‌های تغذیه و مسکن و کار و بهداشت و تعمیم بیمه.

۲- اصل بیست و هشتم: "هر کس حق دارد شغلی را که بدان مایل است و مخالف اسلام و مصالح عمومی و حقوق دیگران نیست برگزیند. دولت موظف است با رعایت نیاز جامعه به مشاغل گوناگون، برای همه افراد امکان اشتغال به کار و شرایط مساوی را برای احراز مشاغل ایجاد نماید."

۳- اصل چهل و سوم: "...

بند ۵- منع اضرار به غیر و انحصار و احتکار و ربا و دیگر معاملات باطل و حرام.

قانون اساسی^۱ عملاً تولید در اقتصاد در حیطه اعمال دولت و بخش عمومی قرار گرفته است (Kafash et al., 2019: 251-252).

برای انجام کسب و کار شاخص‌ها و ابعاد مختلفی ناظر به کسب و کارهای خرد و شرکت‌ها و مؤسسات وجود دارد که عبارت‌اند از مقررات شروع کسب و کار، اخذ مجوز، ثبت مالکیت، دسترسی به اعتبارات، پرداخت مالیات، تجارت فرامرزی، اجرای قراردادهای و ورشکستگی یا تعطیلی کسب و کار^۲ محور اصلی کسب و کار، آزادی است. آزادی کسب و کار آزادی فردی بشر را محترم شمرده و وقتی حکومت‌ها در امور شهروندان دخالت می‌کنند و شیوه هزینه کردن را به آن‌ها تحمیل کند مانند این است که به مردم بگوید مجاز به انجام چه کارهایی هستند و مجاز به انجام چه کارهایی نیستند. در یک جامعه آزاد، افرادی که کسب درآمد می‌کنند باید مجاز باشند که به هر نوع که مایل‌اند آن را هزینه کنند؛ و در واقع کسب و کار آزاد مبین این است که هر کسی می‌تواند هر چیزی را در هر زمانی بخرد یا بفروشد و اخذ مجوز نماید بدون این مداخله خارجی وجود داشته باشد (Kisci, 2009: 65).

زیربنای آزادی کسب و کار بر این اصل بنا شده است که فعالیت اقتصادی از قوانین شفاف و صریحی بهره‌بردار، بدین معنا که امکان مبادلات داوطلبانه را بین فعالان اقتصادی فراهم نماید و منجر به حمایت از حق مالکیت و تسهیل‌گری در حل و فصل اختلافات شده و نظام صدور مجوزها در ایجاد و تأسیس کسب و کار را ساده‌تر نماید چنین قوانینی در ارتقای رشد و توسعه اقتصادی زمانی مؤثرتر خواهد بود که کارآمد، شفاف و قابل دسترس برای همگان باشد^۳.

۱- اصل چهل و چهارم: "نظام اقتصادی جمهوری اسلامی ایران بر پایه سه بخش دولتی، تعاونی و خصوصی با برنامه‌ریزی منظم و صحیح استوار است. بخش دولتی شامل کلیه صنایع بزرگ، صنایع مادر، بازرگانی خارجی، معادن بزرگ، بانکداری، بیمه، تأمین نیرو، سدها و شبکه‌های بزرگ آبرسانی، رادیو و تلویزیون، پست و تلگراف و تلفن، هواپیمایی، کشتیرانی، راه و راه آهن و مانند اینها است که به صورت مالکیت عمومی و در اختیار دولت است. بخش خصوصی شامل آن قسمت از کشاورزی، دامداری، صنعت، تجارت و خدمات می‌شود که مکمل فعالیتهای اقتصادی دولتی و تعاونی است. مالکیت در این سه بخش تا جایی که با اصول دیگر این فصل مطابق باشد و از محدوده قوانین اسلام خارج نشود و موجب رشد و توسعه اقتصادی کشور گردد و مایه زیان جامعه نشود مورد حمایت قانون جمهوری اسلامی است. تفصیل ضوابط و قلمرو و شرایط هر سه بخش را قانون معین می‌کند."

2- Doing Business 2020, Comparing Business Regulation in 190 Economies, 2020; 19

3- Doing Business 2020, Comparing Business Regulation in 190 Economies, 2020; 18

«آسان‌سازی شرایط شروع کسب‌وکار از جمله اولین مراحل است که جهت بهبود فضای کسب‌وکار مورد توجه است زیرا در صورتی که راه‌اندازی کسب‌وکار آسان باشد بنگاه‌های بیشتری تأسیس می‌شوند. همچنین با ساده‌سازی شروع کسب‌وکار و انتقال تعداد بیشتری شرکت به سمت اقتصاد رسمی، پایه مالیاتی دولت گسترش می‌یابد» (Shahnazi et al., 2019: 168-169). منظور از آزادسازی کسب‌وکار، حذف تشریفات غیر ضروری و بوروکراسی اداری در کلیه سطوح اقتصادی می‌باشد تا کنشگران اقتصادی آزادانه به انجام فعالیت در عرصه‌های اقتصادی که بدان تمایل دارند پردازند. کنشگران اقتصادی ناظر به اشخاصی است که حضور فعالانه در بازار رقابتی داشته تا با کمترین هزینه، بیشترین سود را عاید شوند و خواسته‌های خود را تأمین سازند (Ghaninejad, 2015: 65).

به نظر می‌رسد به منظور ارائه تعریف منجزی از آزادی تأسیس کسب‌وکار باید چنین گفت که آزادی موصوف ناظر به ورود اشخاص با حداقل موانع قانونی به مشاغل است که تمایل دارند. حال که مفهوم آزادی کسب‌وکار را به عنوان یکی از شقوق آزادی اقتصادی و مداخلات دولت در ایجاد و تأسیس کسب‌وکار دریافتیم، به رویکرد مقنن در قوانین موضوعه در خصوص آزادی تأسیس کسب‌وکار می‌پردازیم. لازم به ذکر است که به علت کثرت قوانین و تورم تقنینی در این حوزه، بعضی از مهم‌ترین قوانین مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۲. رویکرد مقنن نسبت به آزادی تأسیس کسب‌وکار

در این بخش رویکرد قانون‌گذار را در خصوص آزادی تأسیس کسب‌وکار بررسی می‌نماییم. البته در قوانین موضوعه، مقنن صراحتاً از آزادی تأسیس کسب‌وکار سخنی به میان نیاورده لکن با لحاظ تشریفات قانونی در این خصوص، می‌تواند موجبات تضییع یا توسیع آزادی موصوف را فراهم آورد. با توجه به تورم تقنینی در این حوزه، ما به بررسی برخی از قوانین مرتبط با این حوزه می‌پردازیم.

الف. قوانین ناظر بر مجوز تأسیس کسب و کار

۲-۱. قانون اساسی

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، در اصل ۲۸ و بند ۲ اصل ۴۳ دولت را موظف کرده است تا نسبت به ایجاد اشتغال و شرایط برابر در دستیابی به آن را فراهم نماید و همچنین در بند ۴ اصل ۲۴۳ به آزادی انتخاب شغل و عدم اجبار در انتخاب شغل به عنوان یک حق شهروندی به رسمیت شناخته است.

بنابراین، آزادی کار و شغل، شالوده اساسی نظام جمهوری اسلامی ایران است و نمی توان هیچ کس را به داشتن شغل معینی مجبور کرد و از شغل مورد علاقه او، بازداشت و یا از تغییر و تبدیل و یا ترک و تعطیل آن جلوگیری کرد. البته، برخورداری از حق و آزادی کار زمانی میسر است که امکانات لازم در اختیار افراد جامعه قرار گیرد (Ostovar Sangari et al., 2017:103-104). این امکانات فقط در یک نظام سالم اجتماعی و تحت حمایتی دولت مقدور می باشد (Hashemi, 2005:466-481).

۲-۲. قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ مصوب ۸/۱۱/۱۳۸۶ و اصلاحات ۱۳۹۹

این قانون به عنوان قانون مادر در راستای تعیین سیاست‌های کلی کوچک سازی دولت و به منظور تحقق بخشیدن به مجموعه اهدافی نظیر شتاب بخشیدن به رشد اقتصاد ملی، گسترش مالکیت در سطح عموم به منظور تأمین عدالت اجتماعی، ارتقای کارایی بنگاه‌های اقتصادی و بهره‌وری منابع مادی و انسانی و فن آوری، افزایش رقابت پذیری در اقتصاد ملی، افزایش سهم بخش‌های خصوصی و تعاونی در اقتصاد ملی، کاستن از بار مالی و مدیریتی دولت در تصدی

۱- اصل چهل و سوم: "...

بند ۲- تأمین شرایط و امکانات کار برای همه به منظور رسیدن به اشتغال کامل و قرار دادن وسایل کار در اختیار همه کسانی که قادر به کارند ولی وسایل کار ندارند، در شکل تعاونی، از راه وام بدون بهره یا هر راه مشروع دیگر که نه به تمرکز و تداول ثروت در دست افراد و گروه‌های خاص منتهی شود و نه دولت را به صورت یک کارفرمای بزرگ مطلق درآورد. این اقدام باید با رعایت ضرورت‌های حاکم بر برنامه‌ریزی عمومی اقتصاد کشور در هر یک از مراحل رشد صورت گیرد.

۲- اصل چهل و سوم: "...

بند ۴- رعایت آزادی انتخاب شغل، و عدم اجبار افراد به کاری معین و جلوگیری از بهره‌کشی از کار دیگری.

فعالیت‌های اقتصادی می‌باشد. قانون فوق‌الذکر ناظر به کوچک‌سازی اندازه دولت و کاهش نقش دولت در فعالیت‌های اقتصادی است و افزایش بنگاه‌های غیردولتی است بدین معنا که با تعدد بنگاه‌های دولتی و پذیرش خصوصی‌سازی موجبات آزادی‌سازی اقتصادی در معنای اعم و آزادی‌سازی کسب‌وکار در مرحله ایجاد و تأسیس و ادامه و تعطیلی را فراهم نماید.

بند ۲۱ ماده ۱ قانون مذکور در مقام بیان تعریف مجوز کسب‌وکار آن را هر نوع اجازه الکترونیکی و غیرالکترونیکی اعم از مجوز، پروانه، اجازه‌نامه، گواهی، جواز، نماد، پاسخ به استعلام، موافقت، تأییدیه یا مصوبه و هر نوع سند مکتوبی است که برای شروع، ادامه، توسعه، انحلال یا بهره‌برداری فعالیت اقتصادی توسط مراجع ذی‌ربط صادر می‌شود؛ که به نظر می‌رسد نسبت به تعریف قانونی سابق جامع‌تر و شمول‌پذیرتر باشد.

برخی از حقوق‌دانان نیز در تعریف مجوز بیان داشته‌اند که سندی است که به موجب آن شخص یا اشخاصی اجازه انجام فعالیت خاصی را به دست می‌آورند (Mashhadi, 2013: 14).

ماده ۷^۱ قانون فوق‌الذکر تسهیل‌گری مراجع صدور مجوز کسب‌وکار را در صدور، تأسیس، ایجاد و تمدید مجوزهای کسب‌وکار را پذیرفته و مراجع مذکور را مکلف نموده با حصول شرایط برای متقاضی، مجوز کسب‌وکار را صادر نمایند. در صورت ارائه مدارک توسط متقاضی کسب‌وکار و عدم صدور مجوز توسط مراجع، شخص متخلف تابع تشریفات رسیدگی به قانون

۱- به منظور تسهیل سرمایه‌گذاری در ایران، مراجع صدور مجوزهای کسب‌وکار موظفند شرایط و فرآیند صدور یا تمدید مجوزهای کسب‌وکار را به نحوی ساده کنند که هر متقاضی مجوز کسب‌وکار در صورت ارائه مدارک مصرح در پایگاه اطلاع‌رسانی مجوزهای کسب‌وکار، بتواند در حداقل زمان ممکن، مجوز مورد نظر خود را دریافت کند. سقف زمانی برای صدور مجوز در هر کسب‌وکار، توسط «هیأت مقررات زدایی و بهبود محیط کسب‌وکار» تعیین و در درگاه مذکور اعلام می‌شود. تبصره ۱- در صورتی که هر یک از مراجع صادرکننده مجوز کسب‌وکار از ارائه مجوز در ظرف زمانی تعیین شده در درگاه یادشده امتناع کند، متقاضی مجوز می‌تواند علاوه بر ارائه شکایت حضوری یا الکترونیک به مرکز ملی رقابت، کتباً از بالاترین مقام دستگاه اجرایی یا استاندار مربوط، تسریع در صدور مجوز مورد نیاز خود را درخواست کند. در این موارد، بالاترین مقام دستگاه اجرایی یا استاندار مربوط موظف است ظرف حداکثر هفت روز کاری از تاریخ ثبت درخواست، با دعوت از متقاضی صدور مجوز و مراجع صادرکننده مجوز، موضوع را بررسی و در چهارچوب قوانین، زمینه صدور فوری مجوز مورد درخواست را فراهم کند. بالاترین مقام دستگاه اجرایی یا استاندار مربوط موظف است اشخاصی که در صدور مجوز کسب‌وکار اختلال یا اهمال کرده‌اند را به هیأت تخلفات اداری معرفی کند. این اشخاص چنانچه هیأت مذکور تخلفشان را تأیید کند، به مجازات‌های مقرر در بندهای (د) به بعد ماده ۹ (قانون رسیدگی به تخلفات اداری مصوب ۱۳۷۲/۹/۷) محکوم می‌شوند.

رسیدگی به تخلفات اداری می‌باشد؛ بنابراین، مقنن ضمانت اجرا را در راستای آزادی کسب و کار تعیین نموده و تأخیر در این امر را مستوجب مجازات‌های اداری دانسته است. در همین راستا، اشباع بودن بازار نیز مانعی برای صدور مجوز کسب و کار برای متقاضی نیست و تراخی و تعلل در پذیرش مدارک شخص متقاضی، مصداق اخلال در رقابت بوده و مستوجب مجازات می‌باشد. همچنین هیئت مقررات زدایی تسهیل صدور مجوزهای کسب و کار مرجع تعیین نوع، شرایط و فرآیند صدور، تمدید و لغو مجوزهای کسب و کار می‌باشد و مقنن هیئت مذکور را مکلف به تسهیل گری در صدور و نیز تسریع آن و نیز کمترین هزینه برای صدور به موجب مقررات نموده است.

۳-۲. قوانین توسعه (قانون برنامه اول توسعه تا ششم توسعه)

ریل گذاری و سیاست‌های اقتصادی دولت در قوانین برنامه‌ای متجلی می‌شود. قانون برنامه اول توسعه مصوب ۱۱/ ۱۱/ ۱۳۶۸ باهدف کاهش اندازه دولت و کوچک‌سازی دولت تصویب شد و بر ایجاد فرصت‌های شغلی و اقتصادی برابر برای همگان و ایجاد فضای رقابتی در امر صادرات و واردات و تولید تأکید داشت. فی الواقع تأکید بیشتر آن بر آزادی تجارت بود. قانون برنامه دوم توسعه مصوب ۲۰/ ۹/ ۱۳۷۳ در بند ۶ از فصل اول، درصدد کاهش تصدی و انحصارات دولتی، سازمان‌ها، مؤسسات وابسته به دولت و نهادهای انقلاب اسلامی بود. همچنین طبق بند ۴-۱ تسهیل شرایط ورود و خروج در حرفه تجارت و کسب و کار برای افراد علاقه‌مند و جلوگیری از انحصار، از جمله سیاست‌های کلی برنامه عنوان شد.

قانون برنامه سوم توسعه مصوب ۱۷/ ۱/ ۱۳۷۹ در فصل چهارم ناظر به تنظیم انحصارات و رقابتی کردن فعالیت‌های اقتصادی است و وفق ماده ۳۵ قانون مذکور، دولت مکلف گردیده ظرف یک سال از تصویب قانون موصوف، انحصارات ایجادشده توسط مقررات را لغو نماید فی الواقع مقنن به طور ضمنی آزادسازی را پذیرفته است و با الغای انحصارات قانونی، بستر آزادسازی کسب و کار را فراهم نموده است همچنین وفق ماده ۴۹، از طریق سیاست تشویقی و اعمال مشوق‌ها و معافیت‌های مالیاتی و بیمه‌ای درصدد رفع مانع تأسیس کسب و کار برآمده است.

وفق ماده ۴۰ قانون برنامه چهارم توسعه مصوب ۱۱/ ۶/ ۱۳۸۳، دولت مکلف گردیده که لایحه تسهیل رقابت و کنترل انحصار را در جهت افزایش توان رقابت‌پذیری تدوین نماید. همچنین وفق

ماده ۴۱ آن، دولت مکلف شده است در جهت بهبود فضای کسب و کار و توسعه اقتصادی اقدامات لازم را انجام دهد. مضافاً اینکه طبق ماده ۷ قانون اصلاح موادی از برنامه چهارم توسعه و اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، کلیه دستگاه‌های اجرایی مکلف شده جهت تسهیل‌گری در کسب و کار و حذف تشریفات غیرضروری و نیز شفاف‌سازی اقتصادی مقررات ناظر بر صدور پروانه و مجوزها اصلاح نمایند. همچنین طبق تبصره ۵ ماده ۷ مراجع صدور مجوز موظف گردیده‌اند که جهت اطلاع عموم، هر شش ماه یکبار اطلاعات مربوط به مجوزهای صادره در هر کسب و کار را منتشر نمایند.

قانون برنامه پنجم توسعه مصوب ۱۵/ ۱۰/ ۱۳۸۹ را می‌توان به‌عنوان اولین برنامه مصوب پس از ابلاغ سیاست‌های کلی اصل ۴۴ و قانون اجرای این سیاست‌ها دانست. نکته‌ای قابل ذکر در خصوص کسب و کار در این قانون می‌توان به ماده ۷۵ آن اشاره نمود که شورای گفت‌وگوی دولت و بخش خصوصی در جهت رفع موانع کسب و کار و اتخاذ سیاست‌های سالم و به‌منظور تبادل نظر دولت و بخش خصوصی و تسهیل فعالیت‌های اقتصادی تشکیل گردید.

وفق ماده ۲۳ قانون برنامه ششم توسعه مصوب ۱۶/ ۱/ ۱۳۹۶، مقنن دولت را مکلف نموده که با اصلاح مقررات و رویه‌ها، ایجاد و تأسیس کسب و کار را تسهیل و شفاف نماید و موجبات ارتقای رتبه ایران در شاخص کسب و کار شود. لازم به ذکر است که شاخص‌های آزادی کسب و کار از منظر بانک جهانی عبارتند از ثبت شرکت، اخذ مجوز، استخدام و اخراج نیروی کار، ثبت و انتقال مالکیت، اخذ اعتبار، حمایت از سرمایه‌گذاران، پرداخت مالیات، تجارت برون‌مرزی، الزام آور بودن اجرای قرارداد و انحلال یک فعالیت (Ashrafi et al., 2011:8). فلذا با عنایت به اینکه یکی از شقوق شاخص‌های کسب و کار اخذ مجوز کسب و کار می‌باشد مقنن با رویکرد مقررات‌زدایی و اصلاح مقررات در جهت اخذ مجوز تأسیس کسب و کار مبادرت به وضع قانون نموده است.

۴-۲. قانون بهبود فضای کسب و کار مصوب ۱۶/ ۱۱/ ۱۳۹۰

همان‌گونه که پیشتر بیان شد، شورای گفت‌وگوی دولت و بخش خصوصی به‌موجب ماده ۷۵ قانون برنامه پنجم توسعه تشکیل شد و به‌موجب بند "الف" وفق ماده ۱۱ قانون بهبود فضای کسب و کار، شورای موصوف مکلف گردید که در جهت بهبود محیط کسب و کار، اصلاح،

حذف یا وضع مقررات یا رویه اجرایی به مسئولان مربوطه پیشنهاد دهد. نهاد مذکور صرفاً نهادی مشورتی در راستای تسهیل کسب و کار و زدودن موانع کسب و کار از طریق اصلاح، حذف یا وضع مقررات اعم از آیین نامه، بخشنامه، دستورالعمل، شیوه نامه یا رویه اجرایی در جهت بهبود محیط کسب و کار در ایران به مسئولان مربوطه می باشد و نهادی تصمیم گیر نیست. شورای گفت و گو نهادی واسطه است که از طریق به کارگیری ابزار و راهکارهای مقتضی، ارزیابی ها و ادراک بخش خصوصی از محیط کسب و کار را به نهادهای تصمیم ساز منتقل می نماید (Malmiri, 2019: 107).

۲-۵. قانون رفع موانع تولید رقابت پذیر و ارتقای نظام مالی کشور مصوب ۱/۲/۱۳۹۴. اصلاحات ۳۰/۲/۱۳۹۷

وفق ماده ۱۴ قانون رفع موانع تولید رقابت پذیر مصوب ۱/۲/۱۳۹۴ و اصلاحات ۳۰/۲/۱۳۹۷ و ارتقای نظام مالی کشور، مقنن به دولت اجازه داده که در جهت صیانت و حمایت از آزادی کسب و کارهای دارای مجوز و پروانه تا ۵۰ درصد از هزینه های تحقیقاتی یا ارتقای محیط زیستی را به واحدهای تولیدی کمک نماید. فی الواقع موانع غیر تعرفه ای را لحاظ نموده و منجر به آزادی کسب و کار در واحدهای موصوف شده است. همچنین مطابق با ماده ۳۲، مقنن در مورد کسب و کارهای اشخاص حقوقی غیردولتی در واحدهای تولیدی و یا معدنی که دارای پروانه بهره برداری می باشند از تاریخ شروع بهره برداری آنها را به مدت ۵ سال و در مناطق کمتر

۱- ماده ۴ - به دولت اجازه داده می شود از محل اعتبارات بودجه های سنواتی تا پنجاه درصد (۵۰٪) آن بخش از هزینه های تحقیقاتی یا ارتقای وضعیت محیط زیستی به واحدهای تولیدی دارای مجوز یا پروانه بهره برداری را که منجر به کسب حق امتیاز تولید کالا یا خدمات یا ثبت اختراع از مراجع ذیصلاح داخلی یا بین المللی شده است، کمک نماید.

۲- ماده ۳۲ - درآمد ابرازی ناشی از فعالیت های تولیدی و معدنی اشخاص حقوقی غیردولتی در واحدهای تولیدی یا معدنی ... از تاریخ شروع بهره برداری یا استخراج یا فعالیت به مدت پنج سال و در مناطق کمتر توسعه یافته به مدت ده سال با نرخ صفر مشمول مالیات می باشد.

پ- دوره برخورداری محاسبه مالیات با نرخ صفر برای واحدهای اقتصادی مذکور موضوع این ماده واقع در شهرک های صنعتی یا مناطق ویژه اقتصادی به مدت دو سال و در صورت استقرار شهرک های صنعتی یا مناطق ویژه اقتصادی در مناطق کمتر توسعه یافته، به مدت سه سال افزایش می یابد.

توسعه یافته به مدت ۱۰ سال مشمول مالیات با نرخ صفر دانسته است در حقیقت مقنن در مرحله ایجاد و تأسیس کسب و کارهای معنونه در مناطق کمتر توسعه یافته و سایر مناطق و نیز در مرحله تمدید و ادامه کار معافیت مالیاتی و مشوق در نظر گرفته است. مضافاً اینکه وفق بند "پ" ماده مذکور برای واحدهای اقتصادی در شهرک‌های صنعتی در مناطق توسعه یافته و کمتر توسعه یافته نیز معافیت مالیاتی ۲ و ۳ سال در نظر گرفته است و این امر حکایت از صیانت از کسب و کار در مرحله ایجاد و تأسیس آن دارد.

۲-۶. قانون نظام صنفی مصوب ۱۳۸۲/۱۲/۲۴ و اصلاحات ۱۳۹۲/۶/۱۲

ماده ۱۵ قانون نظام صنفی مصوب ۱۳۸۲/۱۲/۲۴ و اصلاحات ۱۳۹۲/۶/۱۲ در مقام بیان تعریف پروانه کسب است که با عنایت به تبصره ماده ۲ قانون موصوف، صدور آن را که جهت شروع و ادامه کسب و کار ضروری و ناظر به افراد حقیقی و حقوقی دانسته است لازم به ذکر است که کلیه اصناف مشمول تشریفات قانونی نظام صنفی نمی‌باشند و اصنافی که قانون خاص دارند از شمول قانون موصوف مستثنی می‌باشند و مقنن به دلیل حساسیت برخی از مشاغل خصوصاً در زمینه دارویی و بهداشتی به لحاظ مسائل نظم عمومی و امنیتی تشریفات صدور پروانه کسب را از شمول قانون نظام صنفی خارج نموده است. همچنین ماده ۱۳ قانون نظام صنفی نیز در مقام بیان دارا بودن و اخذ پروانه تخصصی و فنی برای مشاغل تخصصی و فنی از مراجع ذیصلاح علاوه بر پروانه کسب می‌باشد بدین معنا که مقنن به دلیل حساسیت برخی از مشاغل، اخذ پروانه تخصصی و فنی را نیز اضافه نموده است و شرایط ورود همگان به پاره‌ای از مشاغل صرفاً با اخذ پروانه کسب میسر نیست.

-
- ۱- ماده ۵ - پروانه کسب: مجوزی است که طبق مقررات این قانون به منظور شروع و ادامه کسب و کار یا حرفه به صورت موقت یا دائم به فرد یا افراد صنفی برای محل مشخص یا وسیله کسب معین داده می‌شود.
 - ۲- تبصره - صنفی که قانون خاص دارند، از شمول این قانون مستثنی می‌باشند. قانون خاص قانونی است که بر اساس آن نحوه صدور مجوز فعالیت، تنظیم و تنسيق امور واحدهای ذریبط، نظارت، بازرسی و رسیدگی به تخلفات افراد و واحدهای تحت پوشش آن به صراحت در متن قانون مربوطه معین می‌شود.
 - ۳- ماده ۱۳ - صدور پروانه کسب برای مشاغل تخصصی و فنی مستلزم اخذ پروانه تخصصی و فنی از مراجع ذی ربط به وسیله متقاضی است. اگر متقاضی واجد شروط لازم برای اخذ پروانه تخصصی و فنی نباشد، حضور یک نفر شاغل دارنده پروانه تخصصی و فنی در واحد صنفی برای صدور پروانه کسب مشروط، به نام متقاضی کافی است.

ب. قوانین ناظر بر معافیت‌ها و مشوق‌های بیمه‌ای و مالیاتی

۱. قانون برنامه ششم توسعه مصوب ۱۶ / ۱ / ۱۳۹۶

ماده ۷۱^۱ قانون فوق‌الذکر ناظر به معافیت دوساله کارفرمایان بنگاه‌های فعال اقتصادی بخش خصوصی و تعاونی از پرداخت سهم بیمه در صورت جذب فارغ‌التحصیلان دانشگاهی با مدرک کارشناسی بوده و این امر ناظر به صیانت از آزادی ادامه کسب و کار می‌باشد.

۲. قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۷ / ۶ / ۱۳۷۲ و اصلاحات ۱۵ / ۱۲ / ۱۳۸۸

ماده ۱۳^۲ قانون فوق‌الذکر با جعل و وضع مشوق و معافیت مالیاتی ۲۰ ساله از تاریخ مندرج در پروانه بهره‌برداری گامی بلند در راستای آزادی تأسیس و ادامه کسب و کار در منطقه آزاد تجاری - صنعتی برداشته است. در حقیقت با عنایت به اینکه صرف تسهیل‌گری در صدور مجوز کسب و کار ناظر به مرحله تأسیس آن می‌باشد لکن جهت تمديد و ادامه کسب و کار به نظر می‌رسد مشوق‌ها و معافیت‌های بیمه‌ای و مالیاتی بهترین راهکار در راستای آزادی ادامه کسب و کار بوده و مقنن به موجب ماده موصوف اقدام مؤثری در جهت صیانت از آزادی کسب و کار نموده است.

۳. قانون معافیت از پرداخت سهم بیمه کارفرمایانی که حداکثر پنج نفر کارگر دارند. مصوب ۱۶ / ۱۲ / ۱۳۶۱ همان‌گونه که پیش‌تر ذکر آن رفت صرف تسهیل‌گری و مانع‌زدایی در صدور مجوز تأسیس کسب و کار منجر به آزادی کسب و کار نمی‌گردد بلکه آزادی ادامه کسب و کار نیز اهمیت دارد. به نظر می‌رسد آزادی موصوف بیشتر ناظر به معافیت‌ها و زدودن موانع تعرفه‌ای باشد بدین معنا که

۱- ماده ۷۱- برای ترغیب کارفرمایان و کارآفرینان بخش خصوصی و تعاونی به جذب نیروی کار جوان، چنانچه طی اجرای قانون برنامه نسبت به جذب فارغ‌التحصیلان دانشگاهی با مدرک حداقل کارشناسی به صورت کارورزی اقدام نمایند، از پرداخت سهم بیمه کارفرما برای مدت دوسال از تاریخ شروع به کار معاف می‌باشند.

۲- ماده ۱۳ - اشخاص حقیقی و حقوقی که در منطقه به انواع فعالیتهای اقتصادی اشتغال دارند، نسبت به هر نوع فعالیت اقتصادی در منطقه آزاد از تاریخ بهره‌برداری مندرج در مجوز به مدت بیست سال از پرداخت مالیات بر درآمد و دارایی موضوع قانون مالیاتهای مستقیم معاف خواهند بود و پس از انقضاء بیست سال تابع مقررات مالیاتی خواهند بود که با پیشنهاد هیأت وزیران به تصویب مجلس شورای اسلامی خواهد رسید.

بایستی تسهیل گری در راستای مشوق و معافیت‌های مالیاتی و بیمه‌ای صورت گیرد. وفق صدر قانون فوق‌الذکر^۱، معافیت کارفرمایان کارگاه‌های تولیدی، صنعتی و فنی از پرداخت حق بیمه سهم کارفرما در مواردی که کمتر از پنج نفر کارگر دارند منجر به تسهیل در بسترسازی تأسیس کسب و کار و آزادی ادامه کسب و کار می‌گردد.

۳. آزادی کسب و کار در رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری

در اغلب نظام‌های حقوقی، ایجاد محدودیت‌های قانونی در زمینه آزادی کسب و کار امری پذیرفته شده و مسموع می‌باشد. مقامات عمومی به دلیل برخورداری از اختیارات قانونی مبادرت به ساماندهی خدمات عمومی می‌نمایند اصل یکصد و سی و هشتم قانون اساسی مشعر بر اعطای نوعی صلاحیت قانون‌گذاری به وزرا، هیئت وزیران در جهت تنسیق و تنظیم وظائف اداری و سازمان اداری می‌باشد (Vaezi et al., 2017:19).

ارائه خدمات عمومی مستلزم این است که بهترین ابزارها جهت نیل به تنظیم گری فراهم گردد. قانون‌گذاران تمایل دارند از ابزارهایی استفاده کنند که با آن آشنا هستند. آن‌ها می‌دانند که از ابزارهایی که با آن آشنا هستند چه انتظاری باید داشته باشند و معتقدند که آن ابزارها می‌توانند به انواع اهداف سیاست‌های تنظیمی دست یابند (Shams, 2011:17-21).

مقررات گذاری مجموعه مختلفی از مصوباتی که توسط آن حکومت‌ها الزاماتی را بر اشخاص حقوقی و شهروندان اعمال می‌کنند از این رو مقررات گذاری فراتر از مقررات ناظر بر یک بخش خاص و شامل همه انواع مقررات، دستورالعمل‌ها و دیگر احکام حکومت است که بر رفتار افراد یا گروه‌ها تأثیر می‌گذارد (Parker et al., 2009:109).

پیش‌تر بیان شد که در اغلب نظام‌های حقوقی، محدودیت‌های قانونی بر آزادی کسب و کار وارد می‌گردد لکن قوه مجریه به دلیل اینکه بیشتر با نیازهای روزمره افراد جامعه در ارتباط است به دلیل تنظیم روابط نیازمند وضع مقرره می‌باشد و با توجه به اینکه وضع مقررات نظارت قضایی را

۱- از آغاز سال ۱۳۶۲ کارفرمایان کلیه کارگاه‌های تولیدی و صنعتی و فنی که از خدمات دولتی (از قبیل برق، آب، تلفن، راه) استفاده می‌نمایند تا میزان ۵ نفر کارگر از پرداخت حق بیمه سهم کارفرما معاف بوده و از ۵ نفر به بالا نسبت به مازاد ۵ نفر حق بیمه را خواهند پرداخت

می‌طلبد هدف و مسأله مورد بحث نظارت قضایی بر مقررات موضوعه قوه مجریه توسط دیوان عدالت اداری می‌باشد.

همان‌گونه که پیشتر ذکر آن رفت، آزادی کسب‌وکار ناظر بر تأسیس، ادامه و تعطیلی می‌باشد و در راستای موضوع پژوهش حاضر و با بررسی آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری اعم از آرای ابطالی و نیز وحدت رویه، غالب آرا ناظر بر تأسیس و ادامه کسب و کار بوده و در خصوص تعطیلی رأی قابل توجهی ملاحظه نگردید. در ادامه به بررسی و تحلیل آرای دسته‌بندی‌شده می‌پردازیم.

۱-۳. ابطال پرونده کسب به دلیل اشتغال همسر شاکیه

طبق اصل ۲۰ قانون اساسی^۱ زن به‌طور مساوی از کلیه حقوق قانونی از جمله حقوق اجتماعی که همانا حق کسب‌وکار از آن جمله است بهره‌مند می‌باشد و نیز دولت موظف است همه امکانات خود را برای تأمین مراتب مندرج در بندهای ۱۴، ۹، ۸، ۷ از اصل سوم قانون اساسی به کار برده همچنین مفاد صریح اصل ۱۹ و بند اول اصل ۲۱ و همچنین اصول ۲۲ و ۲۸ و بند ۲ و ۴ از اصل ۲۴۳ تماماً حکایت از رعایت حقوق افراد و آزادی انتخاب شغل و کسب‌وکار آنان می‌نماید. یکی از آرای قابل توجه دیوان در این خصوص، لغو دستورات کمیسیون نظارت بر کمیته صنفی همدان می‌باشد.^۳

«شاکی طی دادخواست تقدیمی به دیوان اعلام داشته است کمیته امور صنفی ملایر برابر

۱- اصل بیستم: "همه افراد ملت اعم از زن و مرد یکسان در حمایت قانون قرار دارند و از همه حقوق انسانی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی با رعایت موازین اسلام برخوردارند."

۲- اصل نوزدهم: "ردم ایران از هر قوم و قبیله که باشند از حقوق مساوی برخوردارند و رنگ، نژاد، زبان و مانند اینها سبب امتیاز نخواهد بود."
اصل بیست و یکم: "..."

بند ۱-۱ ایجاد زمینه‌های مساعد برای رشد شخصیت زن و احیاء حقوق مادی و معنوی او.
اصل بیست و دوم: "حیثیت، جان، مال، حقوق، مسکن و شغل اشخاص از تعرض مصون است مگر در مواردی که قانون تجویز کند."

۳- جهت مشاهده رأی مراجعه کنید به دادنامه شماره ۱۲۱/۶۹ مورخ ۱۳/۱۰/۶۲

تصمیم کمیسیون نظارت بر کمیته صنفی دستور قطع سهمیه بعضی از کسبه را به شرکت‌های تعاونی تهیه و توزیع صنف مربوطه من جمله قطع سهمیه اینجانبه که از چند سال پیش با پروانه کسب به شغل پارچه‌فروشی اشتغال داشته‌ام صادر نموده و تصمیم فوق بر خلاف قانون اساسی است و این تصمیم به دلیل شاغل بودن همسر من بوده است. شورای مرکزی اصناف شهرستان ملایر طی نامه شماره ۱۰۷۱۵ مورخ ۱۰/۱۱/۶۴ در پاسخ اعلام داشته کمیته امور صنفی طبق صورت جلسه مورخه ۸/۱۰/۶۲ بند ۸ همان صورت جلسه که طی شماره ۱۰۹۱۲ مورخ ۱۳/۱۰/۶۲ فرمانداران به کمیته امور صنفی ارسال گردیده عمل نموده است.»

طبق رأی هیئت عمومی «بند ۸ صورت جلسه شماره ۱۰۹۱۲ مورخ ۱۳/۱۰/۶۲ کمیته نظارت بر امور صنفی شهرستان ملایر مبنی بر ابطال جواز کسب بانوانی که همسران آنها شاغل می‌باشند با لحاظ ماده ۴۹ قانون نظام صنفی مصوب ۱۳۵۹ و اصول ۲۸، ۲۲، ۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران خارج از حیطه اختیارات قوه مجریه تشخیص و باطل اعلام می‌شود.»

طبق رأی فوق‌الذکر، آزادی ایجاد و تأسیس کسب و کار در زمره حقوق بنیادین بشر می‌باشد و جنسیت مقید آن نیست. در مانحن فیه شاکیه مبادرت به اشتغال به کسب و کار که مطابق ذوق و سلیقه خویش بوده نموده است؛ و مغایر اسلام، مصالح عمومی و حقوق دیگران نبوده فلذا تقیید و تضییع آن موضوعاً منتفی بوده و از تعرض مصون می‌باشد. هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز صحیحاً در راستای صیانت از آزادی کسب و کار در مرحله تأسیس و ادامه و روند کسب کار پرداخته و اشتغال همسر شاکیه را جزو موانع آزادی کسب و کار قلمداد ننموده است و فلذا ابطال پروانه کسب شاکیه به دلیل اشتغال همسر ایشان بلاوجه است.

۲-۳. منع صدور مجوز به علت اشباع بودن بازار

طبق اصل ۲۰ و ۲۸ از فصل سوم قانون اساسی، تمام افراد در مقابل قانون از حقوق یکسان نیز برخوردار بوده و هرکسی حق دارد به شغلی که مایل است و مخالفت با نظام مقدس جمهوری اسلامی نداشته باشد اشتغال یابد و از طرفی برابر تبصره ۳ و ۲ و ۱ ماده هفتم از قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و اصلاحیه ۱۳۹۳ قانون گذار مقرر کرده است که دولت نمی‌تواند به دلیل اشباع بودن ظرفیت کسب و کار از ایجاد این مشاغل جلوگیری نماید.

نخستین رأی در ارتباط به موضوع فوق‌الذکر مربوط به ابطال جدول الف ماده ۴ شاخص

جمعیت آئین نامه تأسیس و اداره داروخانه‌ها می‌باشد.^۱

«شاکی به موجب دادخواست تقدیمی اعلام داشته که برابر اصل بیستم و بیست و هشتم از فصل سوم قانون اساسی، تمام افراد در مقابل قانون از حقوق یکسان نیز برخوردار بوده و هرکسی حق دارد به شغلی که مایل است و مخالفت با نظام مقدس جمهوری اسلامی نداشته باشد اشتغال یابد و از طرفی برابر تبصره ۳ و ۲ و ۱ ماده هفتم از قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و اصلاحیه ۱۳۹۳ قانون گذار مقرر کرده است که دولت نمی‌تواند به دلیل اشباع بودن ظرفیت کسب و کار از ایجاد این مشاغل جلوگیری نماید. سرپرست دفتر امور حقوقی وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی (معاونت حقوقی و امور مجلس) به موجب لایحه شماره ۱۶۷/۱۰۷ - ۱۳۹۷/۲۶/۹ توضیح داده است با توجه به تبصره ۲ ذیل بند (ج) ماده ۳ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، فعالیت‌های حوزه سلامت، آموزش و تحقیقات و فرهنگ مشمول این قانون نیست».

طبق رأی هیئت عمومی «با توجه به اینکه عموم و اطلاق تعریف مندرج در ماده ۱ قانون اصلاح مواد ۱، ۶ و ۷ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب سال ۱۳۹۳ لفظ «مجوز کسب و کار»، شامل پروانه‌های تأسیس داروخانه‌ها می‌شود، از طرفی طبق تبصره ۲ ذیل ماده ۷ قانون اخیرالذکر صادرکنندگان مجوز کسب و کار اجازه ندارد به دلیل «اشباع بودن بازار» از پذیرش تقاضا یا صدور مجوز کسب و کار امتناع کنند، بنابراین مصوبه معترض عنه ابطال می‌شود».

بایستی بیان داشت که همان‌گونه که پیشتر ذکر آن رفت در کلیه نظام‌های حقوقی، مقنن تشریفات قانونی جهت صدور مجوز کسب و کار را بیان و لحاظ نموده است در مانحن فیه وفق مصوبه معترض عنه، به دلیل اشباع بودن بازار پروانه تأسیس داروخانه صادر نشده است حال آنکه وفق بند ۲۴ ماده ۱ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ که مصادیق مراجع صادرکننده مجوز کسب و کار بیان شده، مراجع موصوف در صدور مجوز کسب و کار بایستی تشریفات قانونی را مرعی دارند و تبصره ۲ ماده ۷ قانون مذکور نیز اشباع بودن بازار را دال بر عدم صدور مجوز کسب و کار ندانسته است و حتی اهمال یا اخلال در صدور مجوز کسب و کار وفق تبصره ۱ ماده

۱- جهت مشاهده رأی مراجعه کنید به دادنامه ۱۰۵۲ مورخ ۹۸/۶/۵

موصوف تخلف اداری محسوب شده و متخلف به مجازات‌های بند "د" به بعد ماده ۹ قانون رسیدگی به تخلفات اداری محکوم می‌شود.

دومین رأی در این خصوص مربوط به ابطال بخشنامه معاون توسعه بازرگانی وزارت صمت مبنی بر عدم صدور مجوز برای نانوایی‌های جدید می‌باشد.^۱

«شاکی طی دادخواست تقدیمی به دیوان اعلام داشته که برای دریافت مجوز نانوایی اقدام به ثبت الکترونیکی نموده و درخواست مجوز آزادپزی که آرد آن را آزاد تهیه می‌نمایم دارم لکن طرف شکایت از صدور مجوز تأسیس خودداری می‌نماید. رئیس مرکز و دبیر هیئت عالی نظارت در پاسخ به شکایت بیان داشت به جهت حساسیت صنف مذکور و مشکلات تأمین و تهیه آرد، تعداد واحدهای صنفی در هر منطقه، صدور مجوز نانوایی محدود به شهرک‌های مسکونی جدید و مناطق توسعه یافته شهری گردیده است».

طبق رأی هیئت عمومی «مطابق قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مقرر شده است که هر یک از مراجع صادرکننده مجوز کسب و کار موظف‌اند درخواست متقاضیان مجوز کسب و کار را مطابق شرایط مصرح در پایگاه اطلاع‌رسانی مجوزهای کسب و کار دریافت و بررسی کنند و صادرکنندگان مجوز کسب و کار اجازه ندارند به دلیل «اشباع بودن بازار» از پذیرش تقاضا یا صدور مجوز کسب و کار امتناع کنند؛ بنابراین مصوبه معترض عنه ابطال می‌شود».

در تحلیل رأی فوق‌الذکر بایستی بیان داشت که ماده ۷ قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه ناظر به اصلاح مقررات ناظر بر صدور پروانه‌ها و مجوزهای سرمایه‌گذاری و کسب و کار با رویکرد حذف مجوزهای غیرضروری، تسهیل شرایط دریافت مجوزها و شفاف‌سازی فعالیت‌های اقتصادی می‌باشد و در مانحن فیه شاکی خواستار صدور مجوز کسب و کار جهت تأسیس نانوایی بوده که مصوبه معترض عنه در تغایر با قانون فوق‌الذکر و سیاست‌های کلی اصل ۴۴ مبنی بر حذف تشریفات زائد در جهت تسهیل گری تأسیس کسب و کار می‌باشد و هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز صحیحاً با ابطال مصوبه معترض عنه در جهت

۱- جهت مشاهده و تفصیل رأی مراجعه کنید به دادنامه شماره ۸۰۷ مورخ ۱۴/۱۰/۹۵. برای مطالعه بیشتر بنگرید دادنامه شماره ۱۸۶۱ مورخ ۹۹/۱۲/۳

صیانت از آزادی کسب و کار اقدام نموده است.

۳-۳. منع صدور مجوز به علت دارا نبودن مدرک تحصیلی

طبق اصل بیست و هشتم قانون اساسی، هر کس حق دارد شغلی را که بدان مایل است و مخالف اسلام و مصالح عمومی و حقوق دیگران نیست برگزیند. دولت موظف است با رعایت نیاز جامعه به مشاغل گوناگون، برای همه افراد امکان اشتغال به کار و شرایط مساوی را برای احراز مشاغل ایجاد نماید؛ و در هیچ یک از قوانین موضوعه به دارا بودن مدرک تحصیلی جهت ایجاد و تأسیس کسب و کار اشاره‌ای نشده است.

نخستین دادنامه در این خصوص مربوط به موضوع ابطال ضوابط و شرایط تأسیس داروخانه مصوب معاون غذا و دارو وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی می‌باشد.^۱

«شاکی به موجب دادخواست تقدیمی بیان داشته که وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی بر خلاف اصل ۲۸ و ۴۶ قانون اساسی و بر خلاف قانون جهت تأسیس داروخانه اقدام به در نظر گرفتن حدنصاب امتیاز گرفته است. به این ترتیب تنها داروسازان می‌توانند داروخانه تأسیس نمایند و یا خریداری نمایند و در حق بسیاری از مردم اجحاف گردیده است. معاون غذا و دارو وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی در پاسخ به شکایت مذکور بیان داشته تعیین سیاست گذاری در خصوص تأسیس و اداره داروخانه نیز از وظایف مهم وزارت متبوع بالأخص حوزه معاونت غذا و دارو می‌باشد».

طبق رأی هیئت عمومی «... نظر به اینکه احکام مقنن در این باب مفید وجوه افتراق عناوین مؤسس و مسئول فنی مراکز پزشکی، آزمایشگاهی و داروئی از یکدیگر و تمایز شرایط اختصاصی هر یک از دو عنوان مزبور از جمله داشتن مدارک تحصیلی لازم برای تصدی امور فنی داروخانه می‌باشد و سیاق عبارات قانون دلالتی بر لزوم داشتن مدارک تحصیلی در رشته داروسازی در مورد متقاضیان تأسیس داروخانه ندارد، بنابراین مصوبه معترض عنه مغایر هدف و حکم مقنن و خارج از حدود اختیارات قوه مجریه در وضع مقررات دولتی تشخیص داده می‌شود و ابطال می‌گردد».

۱- جهت مشاهده رأی مراجعه کنید به دادنامه شماره ۲۴۰ مورخ ۸۴/۵/۳۰ و برای مطالعه بیشتر بنگرید دادنامه شماره ۹۶ و ۹۷ مورخ ۸۰/۴/۳ و دادنامه شماره ۴۸۲ مورخ ۹۸/۴/۳

در تحلیل رأی فوق‌الذکر بایستی بیان داشت که وفق تبصره ۴ ماده ۳ قانون اصلاح ماده ۳ قانون مربوط به مقررات امور پزشکی و دارو و مواد خوراکی و آشامیدنی مصوب سال ۱۳۳۴، «در مواردی که مؤسس مرکز و مؤسسه پزشکی یک نفر باشد و شخص مزبور فوت نماید وراثت او می‌تواند با ارائه گواهی تسلیم دادخواست حصر وراثت و معرفی یک نفر به‌عنوان مسئول فنی واجد شرایط دریافت پروانه به وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی درخواست صدور پروانه مسئولیت فنی موقت نمایند. اعتبار این پروانه به مدت دو سال خواهد بود وراثت مکلف‌اند ظرف مهلت یادشده با ارائه دادنامه حصر وراثت نسبت به معرفی شخص واجد شرایط قانونی دریافت پروانه به‌عنوان مؤسس جدید اقدام کنند. در غیر این صورت مؤسسه توسط وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی تعطیل خواهد شد»؛ بنابراین با وحدت ملاک با ماده فوق‌الذکر و با عنایت به اینکه پروانه تأسیس نسبت به ورثه دارنده پروانه تأسیس جزو حقوق مالی و قابل انتقال می‌باشد و وفق تبصره معنونه، برای انتقال پروانه تأسیس به وراثت مؤسس داروخانه، احراز شرایط فنی در وراثت شرط نیست و صرف وجود شرایط عمومی برای انتقال پروانه تأسیس داروخانه به وراثت مؤسس داروخانه کفایت می‌کند و همچنین داشتن مدرک تحصیلی دکتری در مورد مؤسس مراکز پزشکی متکی به حکم صریح قانون‌گذار نیست؛ و با توجه به اینکه وفق ماده ۱ قانون اصلاح مواد ۱ و ۶ و ۷ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ لفظ "مجوز کسب و کار" شامل پروانه تأسیس داروخانه نیز می‌باشد و عدم صدور مجوز در تغایر با رویه ضد رقابتی مورد نظر مقنن در ماده ۶۲ قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه می‌باشد و تعمیم شرط مدرک تحصیلی مختص مسئول فنی داروخانه به متقاضی تأسیس آن موجبات تضییق دایره شمول ماده یک قانون موصوف و حسب مورد محدودیت یا محرومیت متقاضیان ایجاد داروخانه از حق مقرر در آن ماده را فراهم کرده است و بارأی فوق‌الذکر هیئت عمومی گامی بلند در راستای صیانت از آزادی تأسیس کسب و کار (تأسیس داروخانه) برداشته است.

دومین دادنامه در این خصوص مربوط به موضوع مرجع صلاحیت‌دار در مورد صدور مجوز پروانه تأسیس کارگاه‌های مستقل دندانسازی می‌باشد.^۱

۱- جهت مشاهده رأی مراجعه کنید به دادنامه شماره ۳۱۶ مورخ ۱۳/۶/۹۱

«شکات به موجب دادخواست تقدیمی بیان داشته که در موضوع الزام به صدور پروانه تأسیس کارگاه مستقل دندان سازی بر اساس گواهی های صادر شده از سوی سازمان آموزش فنی و حرفه ای کشور شعب دیوان عدالت اداری، آراء معارض صادر کرده اند؛ و خواستار صدور رأی وحدت رویه گردیده اند.»

طبق رأی هیئت عمومی «... گواهینامه مهارت فنی و حرفه ای سازمان آموزش فنی و حرفه ای کشور مبنی بر گذراندن دوره آموزشی رشته دندان سازی - پروتزهای متحرک کامل - پارسیل، تکلیفی برای وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی که مرجع صلاحیت دار برای احراز صلاحیت واجدان شرایط است در صدور مجوز تأسیس کارگاه های مستقل دندان سازی ایجاد نمی کند و صرفاً کسانی که مطابق آیین نامه مربوط به کمک دندان پزشکان تجربی حائز شرایط باشند صلاحیت دریافت پروانه تأسیس کارگاه های دندان سازی مستقل را خواهند داشت. از این رو رأی شعبه اول تشخیص دیوان عدالت اداری به شماره دادنامه ۳۵ - ۱۳۸۷/۴/۳۱ که به رد شکایت صادر شده است صحیح و موافق مقررات تشخیص می شود. این رأی به استناد بند ۲ ماده ۱۹ و ماده ۴۳ قانون دیوان عدالت اداری برای شعب دیوان و سایر مراجع اداری مربوط در موارد مشابه لازم الاتباع است.»

در تحلیل رأی فوق الذکر بایستی بیان داشت که همان گونه که پیشتر ذکر آن رفت مقنن در کلیه نظام های حقوقی، شرایط قانونی را برای تأسیس و ایجاد کسب و کار لحاظ نموده است در مانحن فیه شاکی با شرکت در دوره آموزشی سازمان آموزش فنی و حرفه ای کشور موفق به اخذ گواهینامه فن ورز (تکنسین) دندان ساز در امر متنازع فیه شده است و خواستار صدور پروانه تأسیس کارگاه مستقل دندان سازی می باشد حال آنکه مقنن اخذ صدور مجوز تأسیس کارگاه دندان سازی را موکول به دارا بودن مدرک تحصیلی تکنسین دندان سازی از مرجع ذی صلاح دانسته است. بدین معنا که صدور پروانه اشتغال صاحبان حرف پزشکی و وابسته پزشکی وفق بند ۱۴ ماده ۱ قانون تشکیلات و وظایف وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، از وظایف وزارت بهداشت است و همچنین ساخت اندام مصنوعی طبق تبصره ۳ ماده ۱ قانون آموزش مداوم جامعه پزشکی کشور، در زمره حرف وابسته پزشکی است و صدور پروانه کسب و کار آنها نیز موکول به ارائه گواهی شرکت در دوره های خاص آموزش مداوم است و همچنین پروانه تأسیس کارگاه های دندان سازی مستقل موکول به اخذ مدرک تکنسین دندان سازی از مراجع ذی صلاح وفق ماده ۱۱ آئین نامه

مربوط به کمک دندان‌پزشکان تجربی می‌باشد؛ لذا چون در مانحن فیه شاکی مدرک تکسین دندان‌سازی را از سازمان آموزش فنی و حرفه‌ای اخذ نموده است و از مراجع ذی‌صلاح اخذ نموده است امکان صدور پروانه تأسیس کارگاه دندان‌سازی برای ایشان میسر نشده است؛ و هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیز با عنایت ره رعایت تشریفات قانونی در صدور مجوز کسب و کار، اخذ مجوز از مراجع ذی‌صلاح را معیار دانسته است.

۴-۳. اخذ مجوز فعالیت از مراجع ذی‌صلاح علاوه بر اخذ پروانه کسب و حرفه

در برخی از حرفه‌ها به دلیل حساسیت موضوع، متقاضی بایستی علاوه بر اخذ پروانه کسب، مجوز فعالیت را نیز از نهادها و مراجع ذی‌صلاح اخذ نماید در خصوص مورد مذکور، هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در مواردی مبادرت به صدور رأی در راستای مورد پیش گفته نموده که به تعدادی از آنها اشاره می‌گردد.

نخستین دادنامه در این خصوص مربوط به موضوع ممنوعیت تصدی به ساخت و فروش عینک طبی بدون جواز قانونی از وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی ۱۳۸۹/۵/۱۱ شبکه بهداشت، درمان و آموزش پزشکی اداره اماکن شهرستان نظرآباد می‌باشد.^۱

«شکات به موجب دادخواست تقدیمی به دلیل تعارض آرای شعب دیوان در خصوص موضوع فوق‌الذکر خواستار صدور رأی وحدت رویه شدند».

طبق رأی هیئت عمومی «... تصدی به امر ساخت و فروش عینک طبی مستلزم داشتن پروانه کار از وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی می‌باشد و مطابق ماده ۹۱ قانون نظام صنفی مصوب ۱۳۸۲، اشخاص حقیقی یا حقوقی مکلف‌اند علاوه بر دریافت مجوز فعالیت یا پروانه نسبت به اخذ پروانه کسب از اتحادیه مربوطه اقدام کنند. لذا دادنامه‌های شماره ۱۸۴۱، ۱۸۴۲ و ۱۸۴۳ مورخ ۱۳۸۸/۸/۱۶ شعبه پنجم در حدی که متضمن ممنوعیت تصدی به ساخت و فروش عینک طبی بدون جواز قانونی از وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی می‌باشد، صحیح تشخیص و موافق اصول و موازین قانونی اعلام می‌گردد. این رأی به استناد بند ۲ ماده ۱۹ و ماده ۴۳ قانون

۱- جهت مشاهده رأی مراجعه کنید به دادنامه شماره ۱۷۵-۱۷۶-۱۷۷ مورخ ۱۱/۵/۸۹ و جهت مطالعه بیشتر بنگرید. دادنامه شماره ۱۹۹ مورخ ۴/۳/۹۴

دیوان عدالت اداری برای شعب دیوان و سایر مراجع اداری زیربط در موارد مشابه لازم‌الاتباع است».

در تحلیل رأی فوق‌الذکر بایستی بیان داشت که به موجب تبصره ۳ ماده ۱ قانون آموزش مداوم جامعه پزشکی کشور مصوب ۱۳۷۵/۲/۱۲ مجلس شورای اسلامی کلیه شاغلان حرفه‌های وابسته پزشکی که به نحوی دارای مؤسسه یا دفتر کار هستند و خدماتی مانند ساخت عینک طبی ارائه می‌نمایند و کلیه مشمولان قانون مربوط به مقررات امور پزشکی و دارویی و مواد خوردنی و آشامیدنی موظف به شرکت در دوره‌های خاص آموزش مداوم هستند و صدور و تجدید مجوز کار آن‌ها منوط به ارائه گواهی شرکت در این دوره است بنابراین بر حسب مفاد تبصره مزبور تصدی به امر ساخت عینک طبی محتاج به داشتن پروانه کار از وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی است همچنین ماده ۹۱ قانون نظام صنفی مصوب ۱۳۸۲ با آخرین اصلاحات مصوب ۱۳۹۲ نیز مشعر به اخذ مجوز فعالیت از مراجع ذیصلاح علاوه بر اخذ پروانه کسب در صورت الزام قانونی می‌باشد در مانحن فیه شاکی به ساخت و فروش عینک طبی اشتغال داشته که اداره اماکن مبادرت به تعطیلی و پلمپ محل کسب و کار وی نموده است و با توجه به موارد معنونه و اینکه جهت تأسیس کسب و کار بایستی به دلیل حساسیت شغل علاوه بر پروانه کسب، مجوز فعالیت از مراجع ذیصلاح نیز اخذ شود که در مبحث عنه شاکی صرفاً مجوز کسب و کار اخذ نموده است فلذا دادنامه صادره از هیئت عمومی در راستای صیانت از آزادی تأسیس کسب و کار حسب لحاظ تشریفات قانونی می‌باشد.

دومین رأی در این خصوص اعمال ماده ۹۱ قانون تشکیلات و آئین دادرسی دیوان عدالت اداری نسبت به دادنامه شماره ۱۸۳ مورخ ۱۷/۲/۹۸ با موضوع ابطال بخشنامه سازمان ثبت اسناد و املاک کشور و مصوبات هیئت مقررات زدایی و تسهیل صدور و مجوز کسب و کار از این حیث که ثبت مؤسسات حقوقی را بدون ضرورت اخذ مجوز از مراجع ذی‌ربط اعلام کرده می‌باشد.^۱ طبق رأی هیئت عمومی «... تأسیس و ثبت مؤسسات حقوقی برای آن دسته از فارغ‌التحصیلان رشته حقوق که فاقد پروانه وکالت از کانون وکلای دادگستری هستند به اخذ مجوز از قوه قضاییه

۱- جهت مشاهده رأی مراجعه کنید به دادنامه شماره ۲۷۵۴ مورخ ۱۹/۹/۹۸

(مرکز وکلا، کارشناسان رسمی و مشاوران خانواده قوه قضائیه) منوط است و تأسیس مؤسسه حقوقی برای وکلای دادگستری که عضو کانون وکلا هستند تابع شرایط و ضوابط مربوط به خود می‌باشد، بنابراین مقررات معترض عنه که دلالت بر عدم لزوم اخذ مجوز از مراجع ذیصلاح برای تأسیس و ثبت مؤسسات حقوقی دارد خلاف قانون و خارج از اختیارات مرجع وضع تشخیص داده می‌شود و ضمن پذیرش اعتراض در اجرای مواد ۸۴ و ۹۱ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری آرای شماره ۸۳ الی ۸۶-۱۳۹۶.۳.۸ هیئت تخصصی اداری و امور عمومی و ۱۸۳-۱۷.۲.۱۳۹۸ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نقض و بخشنامه مدیرکل ثبت شرکت‌ها و مؤسسات غیرتجاری سازمان ثبت اسناد و املاک کشور و نیز بندهای ۱ و ۲ مصوبه هیئت مقررات زدایی و تسهیل صدور و مجوز کسب و کار ابطال می‌شود».

در تحلیل رأی مذکور بایستی اظهار داشت که همان‌گونه که سابقاً ذکر آن رفت مقنن جهت صدور مجوز کسب و کار تشریفات قانونی را ملحوظ دانسته است در مانحن فیه به نظر می‌رسد دیوان عدالت اداری با صدور رأی موصوف، رادع و مانعی در جهت تأسیس مؤسسات حقوقی برای فارغ‌التحصیلانی که فاقد پروانه وکالت هستند ایجاد نموده است بدین معنا که تبصره ۲ ماده ۲۱ آئین‌نامه اجرایی ماده ۱۸۷ قانون برنامه سوم توسعه که ثبت مؤسسه حقوقی را موکول به ارائه پروانه تأسیس از مرکز وکلای قوه قضائیه دانسته در مبحث عنه محلی از اعراب ندارد به عبارت آخری با توجه به تبعیت فرع از اصل و با تفسیر متن محور و اینکه صدر ماده ۲۱ آئین‌نامه ناظر به پذیرفته‌شدگان وکالت است فلذا تبصره آن مبنی بر اخذ پروانه تأسیس از مرکز وکلا جهت تأسیس مؤسسات حقوقی نیز ناظر به پذیرفته‌شدگان وکالت است حال آنکه مصوبه معترض عنه هیئت مقررات زدایی و بخشنامه سازمان ثبت ناظر به فعالیت فارغ‌التحصیلانی است که فاقد پروانه وکالت بوده و در آزمون پذیرفته نشده‌اند؛ بنابراین به نظر می‌رسد هیئت عمومی دیوان عدالت اداری با عدول از رویه خویش مبنی بر صیانت از آزادی تأسیس کسب و کار و با عدول از رأی سابق خویش به شماره ۱۸۳ مورخ ۱۷/۲/۹۸ در جهت آزادی تأسیس کسب و کار مانع زایی نموده است.

۳-۵. تزییق دامنه شمول قانون

در قوانین موضوعه جهت صدور پروانه کسب و کار شرایطی مقرر است و متقاضی نیز بر مبنای

شروط معینه مبادرت به اخذ پروانه می نماید و از مزایای قانونی آن نیز برخوردار می شود بنابراین درج شرط تحمیلی می تواند مانعی در جهت آزادی تأسیس کسب و کار باشد و موجبات کراهت شخص از ایجاد کسب و کاری که بدان مایل است را فراهم نماید.

رای در این خصوص مربوط به موضوع ابطال دستور اداری شماره ۲/۵۲۴۸۸ - ۵۲ - ۱۳۹۰/۱۱/۲۴ اداره کل درآمد حق بیمه صندوق تأمین اجتماعی می باشد.^۱

«شکات به موجب دادخواست تقدیمی بیان داشته اند که وفق ماده واحده قانون معافیت از پرداخت حق بیمه سهم کارفرما به میزان ۵ نفر کلیه کارگاه‌های تولیدی، صنعتی و فنی که از خدمات دولتی استفاده می نمایند با در نظر گرفتن مفاد تبصره (۵) ماده واحده قانون معافیت و بدون هیچ پیش شرطی می توانند از این معافیت استفاده نمایند. در پاسخ به شکایت شاکیان، مدیر کل دفتر امور حقوقی و دعاوی سازمان تأمین اجتماعی اظهار داشته برخلاف ادعای شاکي، ماده مذکور بدون قید و محدودیت باقی نمانده و وفق تبصره ۳ قانون مارالذکر، کارخانجات، معادن، پیمانکاران و شرکت‌های خارجی از شمول این قانون مستثنی شده‌اند؛ بنابراین همان‌طور که ملاحظه می شود، قانون گذار با وضع تبصره ۳ قصد داشته که میان کارگاه کارخانه تفاوت قائل شود».

طبق رای هیئت عمومی «... نظر به این که هیئت وزیران فهرست فعالیت‌های تولیدی، صنعتی و فنی مشمول معافیت حق بیمه سهم کارفرما تا میزان پنج نفر را احصاء کرده است و در مصوبات مذکور برای برخورداري از معافیت مقرر در قانون شرط صدور پروانه از وزارت صنعت، معدن و تجارت پیش‌بینی نشده است بنابراین دستور اداری اداره کل درآمد حق بیمه سازمان تأمین اجتماعی که در آن مقرر شده کارگاه‌های دارای پروانه بهره‌برداری و یا جواز تأسیس از وزارت صمت در زمره کارخانه بوده و از شمول معافیت خارج می باشند مغایر قانون فوق‌الذکر وضع شده است و ابطال می شود».

در تحلیل رای فوق‌الذکر بایستی بیان داشت که رای موصوف صراحتاً ناظر به آزادی تأسیس

۱- جهت مشاهده رای مراجعه کنید به دادنامه‌های شماره ۷۲۴ الی ۷۲۶ و ۷۷۹ مورخ ۱۰/۶/۹۴. برای مطالعه بیشتر بنگرید دادنامه شماره ۷۲ مورخ ۲۲/۳/۶۹

کسب و کار نمی‌باشد لکن باتوجه به اینکه معافیت حق بیمه به موجب قانون منجر به تشویق اشخاص در ایجاد و تأسیس کسب و کار می‌گردد و مصوبه معترض عنه با وضع شرط اینکه کارگاه دارای پروانه و جواز تأسیس از وزارت صمت در زمره کارخانه بوده منجر به جزای شرط یعنی انتفای معافیت از پرداخت حق بیمه سهم کارفرما تا میزان پنج نفر کارگر گردیده، این امر آزادی اشخاص در تأسیس کسب و کار را وفق اصل ۲۸ و بند ۴ اصل ۴۳ قانون اساسی مخدوش می‌نماید.

۳-۶. ابطال پروانه کسب به دلیل جرم‌زا بودن محل فعالیت

رأی در این خصوص مربوط به موضوع ابطال پروانه فعالیت و انسداد طلافروشی‌های مناطق حاشیه‌ای شهر به بهانه احتمال سرقت موضوع بند ۱ مصوبات مورخ ۱۳۸۹/۱/۳۰ شورای تأمین شهرداری شیراز می‌باشد.^۱

«شکات به موجب دادخواست تقدیمی بیان داشته که همگی کسبه صنف طلا در شهر شیراز می‌باشند و از تاریخ دریافت پروانه کسب با رعایت مقررات قانونی و بدون هرگونه مشکلی به کار کسب (طلافروشی) مشغول شده‌اند؛ اما شورای تأمین شهرستان شیراز ظاهراً بر مبنای گزارش و اعلام برخی مراجع انتظامی دائر بر عدم توان تأمین امنیت آن‌ها و بیم وقوع سرقت و یا جرائم دیگر علیه طلافروشان آن‌هم ناشی از تأثیرپذیری از چند حادثه سرقت از مغازه طلافروشی، دستور پلمپ شدن محل کسب و لغو پروانه کسب و فعالیت را صادر نموده است طرف شکایت پاسخی ارائه ننموده است».

طبق رأی هیئت عمومی «... نظر به این که بند ۱ مصوبه مورخ ۱۳۸۹/۱/۳۰ شورای تأمین شهرستان شیراز مبنی بر ابطال پروانه فعالیت و انسداد طلافروشی‌های مناطق حاشیه‌ای شهر به بهانه احتمال سرقت، حقوق مالکانه اشخاص موضوع مصوبه را سلب کرده و موجب تضییع حقوق مکتسبه آنان شده است، بنابراین مصوبه مذکور خلاف قوانین صدرالذکر است و ابطال می‌شود».

۱- جهت مشاهده رأی مراجعه کنید به دادنامه شماره رأی شماره ۸۵۱ مورخ ۹۴/۷/۷.

برای مطالعه بیشتر بنگرید:

دادنامه شماره ۵۶۱ مورخ ۸۳/۱۱/۱۱

دادنامه شماره ۲۰۰ مورخ ۹۶/۳/۹

در تحلیل رأی فوق‌الذکر بایستی اظهار داشت که وفق اصل ۲۸ و بند ۴ اصل ۴۳ قانون اساسی اشخاص در انتخاب کسب و کاری که مخالف اسلام، مصالح عمومی و حقوق دیگران نباشند آزادند. در مانحن فیه شاکی مبادرت به تأسیس طلافروشی نموده که شورای تأمین به دلیل جرم‌زا بودن محل فعالیت مبادرت به ابطال پروانه کسب ایشان نموده است دادنامه صادره از هیئت عمومی بیشتر ناظر به آزادی ادامه کسب و کار است لکن به طور ضمنی به آزادی تأسیس کسب و کار برای اشخاص مقیم در آن بستر مکانی نیز دلالت دارد و در امر تأسیس کسب و کار مانع زدایی می‌نماید. فی الواقع مصوبه معترض عنه در تنافی و تغایر حقوق مالکانه اشخاص و اصل ۴۷ قانون اساسی مبنی بر محترم شمردن مالکیت شخصی مشروع می‌باشد؛ و هیئت عمومی با دادنامه صادره به طور ضمنی از آزادی تأسیس کسب و کار صیانت نموده است.

نتیجه

مطابق اصل آزادی کسب و کار که ناظر به آزادی اشخاص در تأسیس، ادامه و تعطیلی کسب و کار است اشخاص حق دارند به هر کاری که تمایل دارند اشتغال بورزند اما در این راه محدودیت‌های بر آن وارد می‌شود.

اساساً قانون‌گذاران مبادرت به ریل‌گذاری و سیاست‌گذاری در حوزه اشتغال و کسب و کار می‌نمایند لکن قوه مجریه به دلیل اینکه ارتباط وثیقی با حوزه عمل دارد مبادرت به وضع مقررات (آئین‌نامه، بخشنامه، دستورالعمل) می‌نماید. گاهی اوقات همین موضوع، موجبات تضییع حقوق اشخاص در ایجاد و تأسیس کسب و کار را فراهم می‌نماید. قوانین موضوعه خاصه قانون اساسی و قانون اجرای سیاست کلی اصل ۴۴ به‌عنوان قانون مادر و چراغ راه در راستای مقررات زدایی و تشویق آحاد به کسب و کار می‌باشد و قوانین موجود تشریفاتی را جهت تأسیس کسب و کار لحاظ نموده‌اند. در نظام حقوقی ایران، علیرغم ایجاد تشریفات قانونی، دولت در معنای اخص کلمه از طریق وضع مقرره، رادع و مانع در تأسیس کسب و کار ایجاد کرده و آزادی تأسیس کسب و کار را مخدوش می‌نماید. دیوان عدالت اداری به‌عنوان مرجع نظارتی بر مقررات دولتی، در راستای صیانت از حقوق اشخاص در مقابل تعدیات دولتی از طریق وضع مقرره، پاسدار آزادی تأسیس کسب و کار از طریق انطباق مقررات با قوانین موضوعه می‌باشد. با بررسی رویه هیئت عمومی دیوان

عدالت اداری در حوزه کسب و کار درمی یابیم که دیوان با عنایت به مجوز تأسیس کسب و کار و یا مشوقها و معافیت های بیمه ای و مالیاتی به صراحت از آزادی کسب و کار سخن به میان آورده و از آن صیانت نموده لکن در اغلب موارد به طور ضمنی و با ابطال مقررات و با صدور رأی وحدت رویه، به صیانت از آزادی تأسیس کسب و کار پرداخته است. البته در برخی موارد نیز به نظر می رسد که اقتضائات جامعه و شرایط اجتماعی باعث گردیده که دیوان از رویه سابق خویش مبنی بر صیانت از آزادی کسب و کار عدول نماید.

References

- [1] Ashrafi, Yekta and Fahimifar, Fatemeh. (2011). "Study of indicators of improving the business environment with emphasis on the position of Iran", *Economic Journal*. New Volume, Year 11, February, No. 11. (Persian)
- [2] Balliew, Sean, and Timothy, Mathews. (2018). *Measuring Economic Freedom – an Alternative Functional Specification and Subsequent Ranking*, Published online: 17 Oct 2019, <https://doi.org/10.1080/00036846.2019.1676874>.
- [3] Berggren, Niclas. (1999). *Economic freedom and equality; Friends or foes?* Kluwer Academic Publishers. vol. 100, issue 3-4.
- [4] Berggren, Niclas. (2003). *The Benefits of Economic Freedom A Survey*, *The independent Review*, vol.8,no.2,pp.193-211.
- [5] *Doing Business*. (2020). *Comparing Business Regulation in 190 Economies(2019)*. Publisher: World Bank.
- [6] Egger Peter & Hannes Winner. (2004). *Economic freedom and taxation; Is there a Trade-off in the Location competition between countries?*. *Journal public choice*, 118; 271-288, 2004.
- [7] Ghaninejad, Musa. (2015). *Liberalization and Economic Performance*. Second Edition, Tehran: World Economy Publications. (Persian)
- [8] Graafland, Johan. (2019). *When Does Economic Freedom Promote WellBeing? On the Moderating Role of long- Term Orientation*. *Social Indicators Research*, 149(1):1-27.
- [9] Graafland, johan. Bjorn Lous. (2017). *Economic Freedom, Income Inequality and Life Satisfaction in OECD Countries*. *Journal of Happiness Studies*, 19(2).
- [10] Hashemi, Mohammad. (2005). *Human Rights and Fundamental Freedoms*. Tehran: Mizan Publications. (Persian)
- [11] Hezar Jaribi, Jafar. (2005). *Entrepreneurship*. Publications of the Research Institute of Economic Affairs. (Persian)
- [12] Iranpour, Farhad. (2019). *Principles and Function of Economic Analysis in Private Law*. First Edition, Tehran: World Economy Publications. (Persian)
- [13] Kafash, Melika. Sadeghi, Mohammad. (2019). "Analytical study of guarantees

- of economic freedom in the public law system of Iran". Quarterly Journal of Business Research, No. 93, Winter. (Persian)
- [14] KISCI, Rozalia. (2009). FREE TRADING-THE STRONG DIMENSION OF ECONOMIC LIBERALISM, The Annals of The "Ștefan cel Mare" University Suceava. Fascicle of The Faculty of Economics and Public Administration, Volume 9, No.1(9).
- [15] Malmiri, Ahmad. (2019). "Evaluating the Performance of Government-Private Sector Dialogue Council in Regulation and Deregulation". Quarterly Journal of Planning and Development Research, No. 3. (Persian)
- [16] Mashhadi, Ali. (2013). An Introduction to the Law of Government Licenses. First Edition, Tehran: Khorsandi. (Persian)
- [17] Murphy, Ryan H. (2016). A Comment on "Measuring Economic Freedom: A Comparison of Two Major Sources". the Journal of Private Enterprise, Volume 31, Issue 3.
- [18] Parker, David, Kirkpatrick, Colin. (2009). "Assessing the Consequences of Regulation in Developing Countries". translated by Massoud Faryadi, Legal Information Quarterly, New Volume, Year 6, Spring and Summer, No. 17 and 18. (Persian)
- [19] Salimifar, Mostafa, Keyvanfar, Mohammad. (2010). "Informal economy in Iran and the effect of inflation on it". Journal of Knowledge and Development, Volume 17, Number 33. (Persian)
- [20] Sameni, Majid, Shahnazi, Ruhollah, Dehghan Shabani, Zahra. (2010). "Security of property rights, laws and regulations and economic growth". Quarterly Journal of Economic Research, Volume 15, Number 44 (consecutive 44). (Persian)
- [21] Shahnazi, Ruhollah, Dehghan Shabani, Zahra. (2009). "Study of the effect of business environment on economic growth in selected countries". Economic Research Journal, Eleventh Year, Autumn, No. 3 (42). (Persian)
- [22] Shams, Erfan. (2011). "Political Considerations on the Choice of Regulatory Tools". Legal Information Quarterly, New Volume, Year 7, No. 26. (Persian)
- [23] Shiravi, Abdolhossein. (2020). Economic Law. First Edition, Tehran: Samat Publications (Persian)
- [24] Stora Sangari, Kourosh, Shakeri, Hamid. (2017). Protecting freedoms in the rulings. the Court of Administrative Justice Public Law Quarterly. First Year, First Issue: Summer. (Persian)
- [25] Tafazoli, Fereydoun. (1996). History of World Economic Beliefs, Second Edition. Ney Publishing. (Persian)
- [26] Tari, Fathollah, Gholami Baghi, Saeed. (2007). "General Policies of Article 44 and Business Environment with a Focus on Trade". Majles va Pajuhesh, No. 53. (Persian)
- [27] Vaezi, Mojtaba, Alborzi, Zahra. (2017). "The place of the concept of public services in Iranian administrative law". Quarterly Journal of Administrative

- Law, Spring and Summer, Volume 4, Number 12. (Persian)
- [28] Yavari, Assadollah. (2014). "An Introduction to the Concept of Legal Regulation". Comparative Law Studies, Volume 5, Number 2. (Persian)
- [29] Zaranejad, Mansour. (2004). "Government Intervention in the Economic System from the Perspective of the Islamic Economic System". Quarterly Journal of Economic Review, Volume 1, Number 1. (Persian)