

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فصلنامه دانش حقوق عمومی

علمی - پژوهشی

سال هفتم، تابستان ۱۳۹۷، شماره ۲۰

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

فصلنامه دانش حقوق عمومی

علمی - پژوهشی

سال هفتم، تابستان ۱۳۹۷، شماره ۲۰

صاحب امتیاز: پژوهشکده شورای نگهبان

مدیر مسئول: عباسعلی کدخدایی

سر دبیر: سیامک رهپیک

اعضای هیأت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا)

- محسن اسماعیلی، دانشیار حقوق خصوصی دانشگاه تهران
- فیروز اصلانی، استادیار حقوق عمومی دانشگاه تهران
- غلامحسین الهام، دانشیار حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه تهران
- محمدجواد جاوید، دانشیار حقوق عمومی دانشگاه تهران
- سیدمحمد حسینی، دانشیار حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه تهران
- ولی رستمی، دانشیار حقوق عمومی دانشگاه تهران
- سیامک رهپیک، استاد حقوق خصوصی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری و عضو پژوهشکده شورای نگهبان
- عباسعلی کدخدایی، استاد حقوق عمومی دانشگاه تهران و عضو پژوهشکده شورای نگهبان
- فرید محسنی، استادیار حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری و عضو پژوهشکده شورای نگهبان

مقالات این فصلنامه لزوماً بیان کننده دیدگاه شورای نگهبان و پژوهشکده نیست.

نقل مطالب تنها با ذکر کامل مأخذ مجاز است.

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

روبروی مسجد الرحمن، پلاک ۱۲، پژوهشکده شورای نگهبان

صندوق پستی: تهران ۱۴۶۳-۱۳۱۴۵ تلفن: ۸۸۳۲۵۰۴۵ - ۰۲۱ فکس: ۸۸۳۲۵۰۸۰ - ۰۲۱

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

ارسال مقاله و پیگیری روند داوری آن و همچنین کلیه مکاتبات با دفتر فصلنامه

صرفاً از طریق سامانه فصلنامه انجام می گیرد.

قیمت: ۷۰/۰۰۰ ریال

- این فصلنامه در سامانه مخصوص خود به نشانی mag.shora-gc.ir و پایگاه استنادی علوم جهان اسلام (ISC) نمایه می‌گردد.

- کلیه حقوق مادی برای فصلنامه‌ی «دانش حقوق عمومی» محفوظ است و آن دسته از نویسندگان محترمی که در صدد انتشار مقاله‌ی منتشره‌ی خود در مجموعه مقالات، یا بخشی از یک کتاب هستند، لازم است با ارائه درخواست کتبی، موافقت دفتر فصلنامه را اخذ نمایند.

خط‌مشی فصلنامه دانش حقوق عمومی

خط‌مشی فصلنامه‌ی دانش حقوق عمومی، انتشار مقالات علمی - پژوهشی در حوزه‌ی حقوق عمومی مبتنی بر موازین اسلامی و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران است. لازم است مقالات در جهت پیشرفت مطالعات مربوط به «حقوق عمومی» باشد. تحلیل نظرات و تجارب حقوقی مرتبط با حوزه‌ی حقوق عمومی با برخورداری از رویکرد نقد علمی از رؤس این خط‌مشی می‌باشد. محورهای این فصلنامه (اعم از مطالعات نظری و ناظر به یک یا چند کشور) عبارتند از:

- مطالعه‌ی نظام‌سازی مبتنی بر موازین اسلامی و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
- مطالعه‌ی نقش و جایگاه کارویژه‌های شورای نگهبان در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و بررسی نهادهای مشابه
- مطالعه‌ی مبانی، نظریات، ساختار و کارکرد دولت
- مطالعه‌ی ابزارهای کنترل حقوقی قدرت، بازنگری و ارتقاء آن
- مطالعه‌ی فقه حکومتی
- جایگاه مشارکت مردم در ایجاد مردم‌سالاری دینی
- مقررات‌گذاری و نظارت بر عملکرد دولت

راهنمای نگارش مقالات

- از نویسندگان محترم، با رعایت نکات زیر مقالات خود را از طریق سامانه فصلنامه (mag.shora-gc.ir) ارسال نمایند. صرفاً مقالاتی در نوبت ارزیابی قرار می‌گیرند که موارد زیر در آنها مراعات شده باشد:
- نام و نام‌خانوادگی و مشخصات نویسنده / نویسندگان به‌طور کامل و به صورت زیر در ابتدای مقاله ذکر شود:
 - ۱-۱. در صورت تعدد نویسندگان، حتماً نویسنده مسئول مشخص گردد.
 - ۲-۱. رتبه دانشگاهی - گروه علمی - دانشکده - دانشگاه - شهر - کشور
 - ۳-۱. آدرس ایمیل نویسنده / نویسندگان نوشته شود.
 - چکیده مقاله دارای ۲۰۰ واژه و در بردارنده موضوع مقاله، سؤال و روش تحقیق و مهم‌ترین نتایج و فهرستی از واژگان کلیدی (۵ تا ۸ کلیدواژه) باشد.
 - مقدمه مقاله حاوی موضوع و مسئله‌ی پژوهش، سؤال تحقیق، دلایل ضرورت تحقیق، تبیین روش تحقیق، ارائه‌ی پیشینه‌ی موضوع و ادبیات تحقیق و مرور ساختار مقاله باشد.
 - نتیجه مقاله حاوی پاسخ به سؤال تحقیق و ارزیابی آن باشد.

۵. ارجاع به منابع و مآخذ، در متن مقاله و در پایان نقل قول یا موضوع استفاده شده به شکل زیر آورده شود:
 - ۱-۵. قرآن کریم: (نام سوره، شماره آیه). مثال: (حدید: ۲۵).
 - ۲-۵. منابع فارسی: (نام خانوادگی مؤلف، سال نشر، جلد: صفحه - بدون درج مخفف ص); مثال: (حسینی، ۱۳۷۶، ج ۲: ۸۳).
 - ۳-۵. منابع لاتین: (صفحه، جلد، سال نشر، نام خانوادگی مؤلف); مثال: (Plantinga, 1998, vol 2: 71).
۶. تکرار ارجاع یا اسناد مثل بار اول بیان شود و از کاربرد کلمات همان، پیشین و... (Ibid, op.cit) خودداری شود.
۷. چنانچه از نویسنده‌ای در یک سال بیش از یک اثر انتشار یافته باشد، با ذکر حروف الفبا (داخل قلاب) پس از سال انتشار، از یکدیگر متمایز شوند. مثال: (حسینی، ۱۳۷۶ [الف]، ج ۲: ۸۵). در چنین مواردی، در فهرست منابع نیز حرف مذکور در داخل قلاب پس از سال انتشار ذکر می‌گردد.
۸. تمام توضیحات اضافی و همچنین معادل انگلیسی اسامی خاص یا اصطلاحات (در صورت لزوم) با عنوان «یادداشت‌ها»، در انتهای متن مقاله آورده شود (ارجاع و اسناد در یادداشت‌ها مثل متن مقاله، به روش درون‌متنی [بند ۵] خواهد بود).
۹. در پایان مقاله، فهرست الفبایی منابع فارسی و لاتین به صورت زیر ارائه شود:
 - ۱-۹. ابتدا منابع فارسی و عربی و سپس منابع لاتین.
 - ۲-۹. کتاب: نام خانوادگی، نام نویسنده (تاریخ چاپ)، نام کتاب، نام مترجم، محل انتشار: نام ناشر، نوبت چاپ، جلد.
 - ۳-۹. مقاله مندرج در مجلات: نام خانوادگی، نام نویسنده (سال انتشار)، «عنوان مقاله»، نام نشریه، دوره نشریه، شماره نشریه، صفحات مقاله.
 - ۴-۹. مقاله مندرج در مجموعه مقالات یا دایره‌المعارف‌ها: نام خانوادگی و نام نویسنده (تاریخ چاپ): «عنوان مقاله»، نام کتاب، نام ویراستار، محل انتشار: نام ناشر، نوبت چاپ، شماره جلد، صفحات مقاله.
۱۰. ترجمه انگلیسی عنوان مقاله، چکیده و کلیدواژه‌ها، نام و مشخصات نویسنده/نویسندگان، تماماً معادل فارسی آنها همراه مقاله ارسال گردد.
۱۱. مقاله در محیط Word2007، متن مقاله با قلم BLotus12 (لاتین TimesNewRoman11)، کتابنامه BLotus11 (لاتین TimesNewRoman10) و یادداشت‌ها BLotus10 (لاتین TimesNewRoman9) حروفچینی شود.
۱۲. عناوین (تیترها) با روش شماره‌گذاری عددی باشد. ترتیب اعداد در عناوین فرعی مثل حروف از راست به چپ تنظیم شود (تیترهای اصلی با ۱، ۲ و... - تیترهای فرعی با ۱-۱، ۲-۱ و... - تیترهای فرعی تر با ۱-۱-۱، ۲-۱-۱ و... - و پس از آن با حروف ایجاد باشد).
۱۳. حجم مقاله، از ۴۵۰۰ کلمه کمتر و از ۷۵۰۰ کلمه بیشتر نباشد (از ابتدای مقاله تا پایان فهرست منابع).
۱۴. مقاله ارسالی نباید در هیچ مجله داخلی یا خارجی چاپ شده باشد.
۱۵. مقاله ارسالی نباید همزمان به سایر مجلات فرستاده شده باشد.
۱۶. فصلنامه در اصلاح و ویرایش مقالات آزاد است.

فهرست مطالب

- رابطه‌ی دموکراسی و دادرسی اساسی (مطالعه‌ی موردی آمریکا)..... ۱
 - یونس فتحي، فردین مرادخانی

- مفهوم قانونگذاری در آرای فقهی و حقوقی سید محمدباقر صدر..... ۲۳
 - سیدعلیرضا حائری، حامد نیکونهاد، حسین امینی‌پزوه

- رهیافت مؤلف‌گرا در تفسیر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران..... ۴۹
 - سجاد افشار

- الگوی تبلیغات انتخاباتی ایران در پرتو مؤلفه‌های تبلیغات انتخاباتی شایسته..... ۷۱
 - سیداحمد حبیب‌نژاد، حدیثه داودی

- درآمدی تطبیقی بر ضرورت توسعه‌ی دعاوی کامل در حقوق اداری ایران..... ۹۳
 - مسلم آقایی طوق

- سازوکار مطلوب نظارت فقه‌ای شورای نگهبان بر مقررات دولتی از بستر
نظارت دیوان عدالت اداری..... ۱۱۳
 - خیرالله پروین، محمد امین ابریشمی راد

رابطه‌ی دموکراسی و دادرسی اساسی (مطالعه‌ی موردی آمریکا)

یونس فتحی^{۱*}، فردین مرادخانی^{۲**}

۱. استادیار دانشگاه بوعلی سینا دانشکده ادبیات و علوم انسانی، همدان، ایران

۲. استادیار دانشگاه بوعلی سینا دانشکده ادبیات و علوم انسانی، همدان، ایران

پذیرش: ۱۳۹۷/۴/۱۸

دریافت: ۱۳۹۶/۵/۲۹

چکیده

یکی از زیربناهای دستورگرایی دادرسی اساسی است؛ دادرسی اساسی ناشی از دو ضرورت وجود سلسله‌مراتب بین منابع و برتری قانون اساسی است. نظارت بر قانون اساسی و تطبیق سایر منابع با این منبع برتر در دو الگوی آمریکایی یعنی سپردن نظارت به مراجع قضایی و الگوی اروپایی یعنی سپردن نظارت به نهادهای سیاسی در دنیا رواج یافته است. در خصوص فلسفه‌ی وجودی نهاد دادرسی اساسی بحث‌های فراوانی به‌خصوص در سنت آمریکایی در گرفته است. بررسی و تحلیل این نزاع در سیستم آمریکایی و استدلال‌های موافقان و مخالفان این نهاد، موضوع مورد مطالعه‌ی این مقاله است. پرسش اصلی این نوشتار این است که مخالفان و موافقان دادرسی اساسی و سپردن نظارت بر نهادهای مردمی و منتخب، به نهادهای غیرانتخابی و محدود، چه استدلال‌هایی ارائه می‌کنند. در این مقاله با روش تحلیلی-توصیفی کوشش شده است به این پرسش پرداخته شود. مخالفان این نهاد دلایلی همچون مخالفت با اصل اکثریت، مخالفت با اراده‌ی عمومی و دگردیسی در مفهوم دموکراسی را ارائه کرده‌اند. موافقان این نهاد در پاسخ به استدلال‌های مخالفان دلایلی چون موافقت با دموکراسی و اصل اکثریت و تحول در این مفاهیم، اصل حاکمیت قانون و تضمین حق‌ها را بیان کرده‌اند.

واژگان کلیدی: اصل اکثریت، حاکمیت قانون، پدران قانون اساسی، دادرسی اساسی، دموکراسی.

* E-mail: fathi3320@gmail.com

** E-mail: moradkhani.fardin@yahoo.com

** نویسنده‌ی مسئول

مقدمه

ایجاد و تأسیس نهادهای عالی در جهت تضمین رعایت اصول قانون اساسی و حقوق بنیادین اشخاص از نوآوری‌های نظام‌های امروزی محسوب می‌شود (موسی‌زاده و همکاران، ۱۳۸۹: ۱) و دادرسی اساسی به معنای صلاحیت نظارت بر قوانین و مقررات است که براساس آن تجاوز از حدود اختیارات مندرج در قانون اساسی یا نقض قانون اساسی توسط نهادهای بررسی می‌شود (غمامی و همکاران، ۱۳۹۵: ۱۸). این مفهوم از بنیادهای دستورگرایی مدرن است که در قرن بیستم به سرعت جهان‌گیر شد و حتی برخی آن را مهم‌ترین دستاورد قرن بیستم در حوزه‌ی حقوق اساسی دانسته‌اند (تروپه، ۱۳۸۳: ۲۱۱). در خصوص مبنا و بنیادهای این نهاد، بحث‌های بسیاری میان عالمان حقوق اساسی در گرفته است، که یکی از مهم‌ترین پرسش‌های مطرح‌شده، نسبت این نهاد با دموکراسی است. آمریکا از آغاز شکل‌گیری دادرسی اساسی تا به امروز، درگیر این بحث بوده است. از آن‌جا که در این کشور بیش از دو قرن است که بحث دادرسی اساسی مطرح است، ادبیات بسیار وسیعی در زمینه دادرسی اساسی شکل گرفته است. از میان مسائل متعدد دادرسی اساسی، یکی از مهم‌ترین این مباحث نسبت دموکراسی و دادرسی اساسی است که از آغاز پیروزی انقلاب و در میان فدرالیست‌ها این مسئله مطرح شد و با تشکیل اولین دولت‌ها در آن کشور دادرسی اساسی وارد مباحثات بین پدران قانون اساسی شد. از میان پدران قانون اساسی مهم‌ترین مخالف این نهاد جفرسون^۱ بود. به باور او اگر به قضات قدرت ابطال قوانین مجلس داده شود، این مسئله به ایجاد یک قضاییه مستبد منجر می‌شود (آلتن، ۱۳۸۵: ۱۷۱، زیرا در نظامی که رئیس‌جمهور و کنگره، منتخب مردم بوده و در برابر مردم مسئول‌اند، نمی‌توان به یک نهاد غیرمسئول و غیرمنتخب چنین اختیاری داد. اساس دموکراسی پاسخگویی است و قضات پاسخگو نیستند (آلتن، ۱۳۸۵: ۱۷۲). با این حال همیلتون^۲ و مادیسون^۳ از طرفداران این تأسیس بودند. همیلتون در مقاله‌ی شماره‌ی ۷۸ فدرالیست‌ها به دفاع از این نهاد پرداخت. به باور او این قدرت (نظارت بر قوانین مجلس) را باید به کم‌خطرترین قوه یعنی قوه قضاییه داد. او معتقد بود قضاییه نه اجبار می‌کند نه اراده‌ای را تحمیل می‌کند، بلکه فقط حکم می‌دهد و اجرای حکم نیازمند مجریه است. مادیسون نیز در مقاله‌ی ۴۸ استقلال قضایی را بهترین شیوه جلوگیری از استبداد اعلام کرده بود (Hamilton, Madison, Jay, 2005). مادیسون می‌ترسید که دموکراسی موجب تیرانی اکثریت شود (Hardin, 2002 : 144) و معتقد بود تاریخ نشان داده است که حاکمیت مردم همیشه به حاکمیت اقلیت‌ها منجر می‌شود (Hardin, 2002 : ۱۵۳). پدران قانون اساسی آمریکا بر این باور بودند که اگر دست مقننه باز باشد، آن‌ها بی‌شک قوانینی مغایر قانون اساسی

تصویب خواهند کرد و جلوی این کار را باید گرفت و کنترل قضایی را به‌عنوان یکی از راهکارهای جلوگیری از این مسئله پیشنهاد دادند (مالمیر ۱۳۸۵: ۱۷۹). به باور آن‌ها نباید از قوه‌ی قضاییه ترسید، زیرا این قوه فقط حکم می‌دهد و اجرای حکم نیازمند قوه مجریه است ((Mace, 1972: 1142). علاوه بر این دستگاه قضایی چون از لحاظ مالی به قوه مجریه وابسته است، خطری برای مستبد شدن ندارد (آلتمن، ۱۳۸۵: ۱۷۶). البته مباحث آمریکا در خصوص نسبت بین این دو مفهوم کلیدی تنها در دکتترین محصور نماند، بلکه در رویه‌ی دیوان عالی آمریکا نیز آرای مهمی در این خصوص صادر شده و چندین نظریه و رویه به‌وجود آمده که خود موضوع مقاله‌ی مستقلی است. در این مقاله تنها بر آرای متفکران و صاحب‌نظران حقوق اساسی آمریکا تمرکز شده است و با تحلیل آرای آن‌ها در پی بررسی این پرسش هستیم که چه دیدگاه‌هایی در دکتترین این کشور در خصوص رابطه‌ی این دو مفهوم وجود دارد. در این خصوص تاکنون در زبان فارسی نوشته‌ای وجود ندارد. البته برخی تحقیقات به‌نحوی بسیار مختصر به این موضوع اشاره کرده‌اند. یکی از محققان در مقاله‌ای به رویکردهای دیوان عالی آمریکا در خصوص تفسیر قانون اساسی در پرتو تحولات اجتماعی و سیاسی پرداخته است (حبیب‌زاده، ۱۳۹۳). در تحقیق دیگری به دفاع از دموکراتیک بودن دادرسی اساسی در سنت اروپایی با تکیه بر آرای کلسن اشاره شده است (جلالی و صداقت، ۱۳۹۵). در تحقیقی درباره‌ی مبانی دادرسی اساسی در آمریکا نیز به‌اختصار به این موضوع اشاره شده است (زارعی و مرکز مالمیری، ۱۳۸۴). مقاله‌ی دیگری با عنوان «مطالعه‌ی تطبیقی مبانی و کارکردهای دادرسی اساسی در فرانسه و آمریکا» (واعظی، ۱۳۹۰) به بیان و مقایسه‌ی دو نظام حقوقی فرانسه و آمریکا در دادرسی اساسی پرداخته است، اما هیچ‌کدام از این تحقیقات به‌طور خاص به رویکرد مخالفان و موافقان تعارض دموکراسی و دادرسی اساسی در سنت آمریکایی دادرسی اساسی نپرداخته‌اند. این مقاله در پی پاسخ به این پرسش است که در آمریکا به‌عنوان یکی از سنت‌های مهم دادرسی اساسی چه نسبتی بین دموکراسی و دادرسی وجود دارد و دیدگاه‌های مخالفان و موافقان سازگاری این دو مفهوم چیست.

۱. مبانی دادرسی اساسی

دادرسی اساسی دارای مبانی عامی است که در همه‌ی الگوهای دادرسی اساسی وجود دارند، مثل برتری قانون اساسی در سلسله‌مراتب قوانین، تحدید قدرت دولت، و دولت قانونمند (واعظی، ۱۳۹۰: ۱۵۸-۱۵۹؛ غمامی و همکاران، ۱۳۹۵: ۳۴-۳۷). یکی از نخستین مبانی دادرسی اساسی در آمریکا بحث مهار و توازن در نظام آمریکاست که جزء جدایی‌ناپذیر

نظریه‌ی تفکیک قوا در آمریکاست. توضیح آنکه تفکیک قوا شرایطی دارد: نخست تمایز بین شاخه‌های حکومت است که هر کدام وظایف اصلی و مرکزی دارند، مثلاً وظیفه‌ی اصلی مجلس قانونگذاری است، دومین شرط عدم مداخله در اعمال و اختیارات است. سومین شرط چک و بالانس^۴ (مهار و توازن یا نظارت و تعادل)^۵ است و فقدان شرط سوم ممکن است به دموکراسی لطمه بزند و از این رو قضات حافظ تفکیک قوا هستند. به این ترتیب چک و بالانس برداشت آمریکایی از نظریه‌ی تفکیک قواست که به‌صورتی که در آمریکا وجود دارد، در جای دیگری نیست. در این نظریه هر یک از قوای سه‌گانه دو قوه‌ی دیگر را مهار می‌کنند (که لزوماً نظارت نیست) و در عین حال بین آن‌ها تعادل وجود دارد. به همین دلیل نظارت قضایی را یک چک در برابر قدرت نامحدود کنگره می‌دانند (Mace, 1972: 1242). به گفته‌ی محققان آمریکایی حداقل برای دستورگرایی آمریکا کنترل قضایی امری واجب و حتمی است (Post, 1998: 429)، زیرا در آمریکا آن را وسیله‌ای برای جلوگیری از استبداد مقننه و لازمه‌ی چک و بالانس می‌دانند.

مبنای دیگر، نظریه‌ی مشروطه‌خواهی است که نظریه‌ای به‌دنبال محدود کردن دولت است. نظام مشروطه، در پی ایجاد فضایی است که رفتاری برابر با تمام اعضای جامعه‌ی سیاسی مبنی بر احترام و توجه برابر بین آن‌ها داشته باشد (ریدی، ۱۳۹۲: ۱۸۳). یکی دیگر از دلایلی که برای نظارت قضایی برشمرده‌اند، تضمین حقوق بنیادین افراد است. با اینکه دیوان کارکردهای متعددی چون تفسیر قوانین و آیین‌نامه‌های مصوب مقامات اجرایی فدرال را عهده‌دار است، مهم‌ترین وظیفه‌ی آن اعمال دادرسی اساسی است (فرومن، ۱۳۸۳: ۱۸۹).

اگرچه دموکراسی از مبانی دادرسی اساسی در آمریکاست (غمامی، ۱۳۹۵: ۳۵-۳۶)، یکی از علل دادرسی اساسی در آمریکا این است که آن را برای جلوگیری از تبدیل شدن دموکراسی به استبداد اکثریت دانسته‌اند (ریدی، ۱۳۹۲: ۱۷۰)، زیرا در نظام آمریکا از همان آغاز مادیسون همه را از استبداد اکثریت ترسانده بود و بعدها نیز توکویل^۶ در کتاب دموکراسی در آمریکا از استبداد اکثریت سخن گفت.

در اروپا نیز استدلال‌هایی در این خصوص شده است؛ یکی از این استدلال‌ها متعلق به کلسن^۷ است که گفته بود لزوم برتری قانون اساسی وسیله‌ای است که برتری آن را نشان دهد که البته سخن کلسن ارتقای استدلال قاضی مارشال^۸ در رأی معروف ماربری علیه مادیسون بود که گفته بود قانون اساسی باید برتر باشد، وگرنه قانون اساسی نیست (تروپه، ۱۳۸۳: ۲۶۹-۲۷۱). برخی دیگر این نظارت را توجیه دموکراسی دانسته‌اند، زیرا قانون اساسی نمایانگر اراده‌ی مردم است و آن را تقویت‌کننده، محدودکننده یا اصلاح‌کننده‌ی دموکراسی دانسته‌اند (تروپه، ۱۳۸۳).

پاسخ دیگر این است که چون پارلمان مصون از خطا نیست و قانون اساسی نیازمند پاسداری است، باید نهادی را برای پاسداری از قانون اساسی و اصلاح اشتباهات پارلمان تعبیه کرد (پروین، ۱۳۹۴: ۶۸). یکی دیگر از دلایلی که برای دادرسی اساسی برشمرده‌اند، این است که در دموکراسی مبتنی بر نمایندگی، باید به دنبال راه‌حلی بود که جلوی سوءاستفاده‌ی مقاماتی که این قدرت به آن‌ها تفویض شده است، گرفته شود که سیستم انتخابات و نیز اعمال محدودیت از طریق قانون اساسی یا دادرسی اساسی از راهکارهای مطرح است (Almendares, 2015: 358). مسئله‌ی نمایندگی موجب مطرح شدن بحث مهم دیگری به نام حاکمیت پارلمان می‌شود، که به نظر می‌رسد با دادرسی اساسی در تعارض باشد و حتی برخی کوشش کرده‌اند که با توجیه خودکنترلی توسط مقننه با دادرسی اساسی مخالفت کنند (مرکز مالمیری، ۱۳۸۵: ۱۸۱). به باور آن‌ها به علت اهمیت پارلمان باید نظریه‌ی خودمحدودیتی را در مورد آن پذیرفت و نباید به نهادهای دیگر این قدرت را داد که از پارلمان بالاتر شوند. این مسئله به سبب اهمیت پارلمان در برخی نظریه‌هاست، که حتی از حاکمیت آن نیز سخن گفته‌اند. به گفته‌ی یکی از محققان، حاکمیت پارلمان تا مدت‌های مدیدی نقطه‌ی مرکزی دموکراسی بود. به خصوص در اروپا که تحت تأثیر تفکر روسویی این مسئله بسیار پررنگ شده بود و تنها بعد از جنگ جهانی دوم و سوء استفاده‌ی رژیم‌های غیردموکراتیک از حاکمیت پارلمان این مسئله با پرسش‌هایی مواجه شد که یکی از ثمرات این بحث‌ها رشد دادرسی اساسی است (Ginsburg, 2003: 1-3). این مسئله از سال ۱۹۸۰ چنان سرعتی گرفته که به گفته‌ی یکی از محققان بیشترین مسئله و بحث در دستورگرایی معاصر را به خود اختصاص داده است (Gardbaum, 2014: 1). البته چند استدلال اخیر در این بند بیشتر از آمریکا در اروپا و در سنت فرانسوی وجود دارند. شایان ذکر است که در دیگر سنت‌ها بنابر پیشینه‌ی تاریخی و شکل دادرسی اساسی متفاوتشان، بحث‌ها نیز متفاوت می‌شود. برای مثال از منظر تاریخی در فرانسه این نهاد برخلاف آمریکا برای مقابله در برابر اراده‌ی مقنن به وجود نیامده است، بلکه می‌خواهد قانون با مقتضیات نفع عمومی منطبق شود (زولر، ۱۳۸۹: ۲۲۵). درحالی‌که در جامعه‌ی آمریکا پیش‌فرضی وجود دارد که قانونگذار ضرورتاً پیگیر خیر و نفع عمومی نیست (غمامی و همکاران، ۱۳۹۵: ۲۱). شایان ذکر است که شورای قانون اساسی در فرانسه تحولاتی را پشت سر گذرانده است و با الزام پارلمان به رعایت نص و روح قانون اساسی مانع حاکمیت مطلق پارلمان شده است (غمامی و همکاران، ۱۳۹۵: ۸۹ و ۷۴). همچنین در فرانسه این کنترل توسط نهادی قضایی صورت نمی‌گیرد. البته این به این معنا نیست که نسبت دموکراسی و دادرسی اساسی در این کشور بحث نمی‌شود، ولی از آن‌جا که در این مقاله مباحث آمریکا محل بحث است، از بررسی

استدلال‌های اندیشمندان در سایر کشورها اجتناب کرده‌ایم (برای مطالعه‌ی بیشتر ر.ک: واعظی، ۱۳۹۰: ۱۵۶-۱۷۳).

اینکه دادرسی اساسی چگونه در آمریکا مطرح شد، نیز محل تأملاتی بوده است؛ یعنی آیا ریشه در سنت‌های خود آمریکا داشت یا از انگلیس وام گرفته شده است. اگرچه تحقیقات جدید، ریشه‌ی این نهاد را در سنت‌های کلونی‌های آمریکا و حتی پیشتر از آن در سنت‌های بومیان می‌داند و حتی برخی گفته‌اند که برخلاف سنت‌های حقوقی آمریکا که اغلب ریشه در انگلیس دارد، دادرسی اساسی ریشه‌ای در کشور انگلستان ندارد (Farber & Sherry, 2009: 13). اما بنا بر یک نظر دیگر سنت انگلیسی در آن بی‌تأثیر نبوده است (Hulsebosch, 2003). فراموش نکنیم که در سنت انگلیسی قاضی کوک^۹ در اوایل قرن هفدهم گفته بود که اگر پارلمان قانون خلاف عقل و عدالت تصویب کند، کامن‌لا در برابر آن خواهد ایستاد که البته بعدها با تأثر آرای باگهوت^{۱۰} و دایسی^{۱۱} و نظریه‌ی حاکمیت پارلمان، نظریات کوک به فراموشی سپرده شد. حتی پیش از پیروزی انقلاب در سال ۱۷۶۱م برخی مانند جان آدامز^{۱۲} اعلام کردند که قوانین موضوعه در صورت تعارض با قانون عرفی باطل و بی‌اثر است که در حقیقت همان استدلال کوک است.

۲. استدلال‌های مخالفان

همان‌گونه که میان پدران قانون اساسی در آمریکا در خصوص این مفهوم اختلاف وجود داشت، بین عالمان علم حقوق اساسی آمریکا نیز در این دو سده اختلاف‌های زیادی وجود داشته است و مخالفان با دادرسی اساسی از طریق قوه‌ی قضاییه، استدلال‌های متعددی در مخالفت با این نهاد آورده‌اند. پس از مجادله‌ی پدران، کسانی که با این نهاد مخالفت کردند، دلایل خود را به شکل متفاوتی بیان کردند؛ برخی آن را مخالف با اصل مشارکت اکثریت می‌دانستند و عده‌ای دلایلی همچون مخالفت با اراده‌ی عمومی و دگردیسی مفهوم دموکراسی را بیان کردند که در این قسمت به تحلیل دلایل مخالفان می‌پردازیم:

اولین کسی که با این مفهوم مخالفت کرد، جیمز تایر بود. او در مقاله‌ی مهم کلاسیک خود این بحث را باز کرد (Thayer, 1893) و در پی آن بود که حق قضات را در این خصوص تا حد امکان محدود کند و می‌گفت به‌جز در موارد اشتباه فاحش، قضات باید به اراده‌ی نهادهای دیگر احترام بگذارند. این نهاد تا به امروز مخالفان نامدار زیادی دارد که می‌توان به بزرگانی چون والدن، بیکل، مارک توش‌نت، لاری کرامر،^{۱۳} هیرشمن، سیدنی هوک و ... اشاره کرد.

۲-۱. مخالفت نظارت قضایی بر قانون اساسی با اصل مشارکت و اصل اکثریت

معروف‌ترین مخالف این مفهوم که آرای او در چند دهه‌ی اخیر موجب در گرفتن مباحث

متعددی در آمریکا شده، جرمی والدین است. به نظر او نباید اصل احترام به اکثریت را قربانی کرد و باید اعتراف کرد که هر گاه نیاز به تصمیمی اساسی باشد، تنها باید با اصل اکثریت پیش رفت (ریدی، ۱۳۹۲: ۱۹۱). او اصل مشارکت را حقِ حق‌ها می‌داند که کاملاً با اصل و قاعده‌ی اکثریت گره خورده است و از طریق این حق، همه در ساختن قوانین مشارکت دارند و والدین نقض آن را انکار بخشی از وجود مردم می‌داند (Waldron, 13993: 37). به باور او مشارکت مردم برای تحقق دموکراسی ضروری است و نباید حق مشارکت -یا حقِ حق‌ها- را با توسل به نهادهای غیردموکراتیک خدشه‌دار کرد، زیرا اگر قرار باشد قاعده‌ی اکثریت خدشه‌دار شود، دیگر باید از دموکراسی دست کشید. او بر آن است حمایت از حق‌ها که معمولاً توسط موافقان دادرسی اساسی استفاده می‌شود، مسئله‌ای اساسی است، اما باید اعتراف کرد که در مورد حق‌ها هیچ‌گاه توافقی وجود ندارد و بی‌شک قانونگذار که نماینده‌ی منتخب مردم است، بر قضات در تشخیص این مسئله یعنی نقض حق‌ها اولویت دارد. (Lever, 2009:11 & 3) توضیح آنکه موافقان بر این باورند که حق‌ها خط قرمز یک جامعه‌اند و باید نهادی برای محافظت از آن‌ها وجود داشته باشد. به باور والدین دموکراسی ناسازگار با حق‌های فردی نیست و حقِ حق‌ها یعنی مشارکت است که قوانین را به وجود می‌آورد. به باور او ما هرگز در مورد حق‌ها توافق نداریم و نباید از این نظر شرمنده باشیم (Waldron, 2006a: ch 10-11).

به باور والدین نباید به سبب اینکه ممکن است حق‌ها نقص شود، به قضات قدرت قانونگذاری داد. به نظر او هیچ دلیل منطقی وجود ندارد که بگوییم دادگاه بهتر از قانونگذار از حق‌ها حمایت می‌کند (Lever: 2009:4). او بر این اساس، دادرسی اساسی را توهین به دموکراسی و اراده‌ی شهروندان می‌داند (Lever, 2009:7). به گفته‌ی او اگر قرار باشد نهادی برای این کار تعبیه شود، نمایندگان مردم نسبت به قضات در اولویت‌اند (Lever, 2009: 10). به باور او بین حق و دموکراسی رابطه‌ای نزدیک وجود دارد و حق‌ها به تصمیم اکثریت مشروعیت می‌دهند. او همچنین توسل به مشروعیت دادرسی اساسی را مصادره‌ی به مطلوب می‌داند.

او با تقسیم نظارت قضایی به دو نوع قوی و ضعیف معتقد است که نظارت قوی غیرعادلانه است، زیرا براساس آن دادگاه تصمیم‌ها را ابطال یا اصلاح کرده و از این طریق عملاً قانونگذاری می‌کند. اما نظارت قضایی ضعیف تنها نظارت پیشینی بر قانونگذاری است که آیا حقوق افراد نقض شده است یا خیر (Waldron, 2014: 8-9). به عبارت دیگر، در نظارت قوی دادرسی اساسی برای حفظ حقوق بنیادین افراد با ابطال یا اصلاح تصمیم قانونگذار و گاه از طریق تفسیر قانون به جای قانونگذار می‌نشیند و در اندیشه‌ی والدین این مسئله با اصل مشارکت مردم در تضاد است. اما در نظارت ضعیف مرجع نظارت امکان ندارد تصمیم

قانونگذار را ابطال کند، زیرا حق‌ها در این صورت نقض خواهند شد. آمریکا و کانادا نمونه‌ی مدل قوی و انگلستان و نیوزلند از نمونه‌های مدل ضعیف‌اند (Lever, 2007: 7). او از مخالفان تفسیر قضات بوده و معتقد است که آن‌ها از این طریق قانونگذاری می‌کنند و مبنای این مخالفت به نقد او بر نظارت قضایی قوی برمی‌گردد. در خصوص تقسیم نظارت قضایی به ضعیف و قوی از سوی والدردن و مبنای آن اختلاف نظرهایی جدی بین محققان حقوق اساسی وجود دارد (برای نمونه ر.ک: Tushnet, 2006; Sinnott-Armstrong, 2003; Gyorfi, 2016; Tushnet, 2008).

به باور والدردن در مخالفت با این نهاد چند نکته باید مورد توجه قرار گیرد: اولاً مردم افرادی را از شهروندان انتخاب کرده‌اند و باید به آن‌ها و تصمیم‌هایشان احترام گذاشت؛ ثانیاً نهادهای قضایی انتصابی‌اند؛ ثالثاً بیشتر افراد به حق‌ها و اقلیت‌ها احترام‌ها می‌گذارند؛ و رابعاً بر سر حق‌ها توافقی وجود ندارد (Lever, 2007: 8). او دادرسی اساسی را خلاف جامعه‌ی آزاد و دموکراتیک می‌داند (Waldron, 2006b: 1348). به باور او در جامعه‌ی دموکراتیک برتری مقننه با خود - حکومتی مردم جمع می‌شود (Waldron, 2006b: 1349). به نظر والدردن حمله‌اش به دادرسی اساسی کاملاً با ویژگی سیاسی جوامع لیبرال سازگار است (Waldron, 2006b: 1353) و تأکید می‌کند که مخالفتش با قانونگذاری این نهاد است و با اعمال کنترل بر مجموعه یا تصمیم‌سازی‌های اداری مشکلی ندارد (Waldron, 2006b: 1363). او می‌پرسد چرا باید قضات در خصوص موضوعی چنین مهم تصمیم بگیرند و می‌گوید که پاسخ جدی که توسط موافقان مطرح می‌شود، این است که اعضای دیوان عالی از رئیس‌جمهور و کنگره نشأت می‌گیرد (Waldron, 2006b: 1391). او همچنین این مسئله را مطرح می‌کند که چرا باید یک اکثریت ساده‌ی نه‌نفری تصمیم بگیرند (Waldron, 2006b: 1392). والدردن استدلال‌های مدافعان دادرسی اساسی را چنین طبقه‌بندی می‌کند: ۱- قضات هرگز حق‌ها را نمی‌سازند؛ ۲- آن‌ها توافقات جامعه را درباره‌ی حق‌ها اعمال می‌کنند؛ ۳- قانونگذار همیشه می‌تواند اعلامیه‌ی حقوق را تغییر دهد؛ ۴- قضات اعتبار دموکراتیک دارند؛ ۵- نباید به انتخابات خیلی اعتماد کرد، زیرا بیشتر لابی‌گری هستند (Waldron, 2006b: 1394). او با نقد تمام این مسائل می‌گوید دادرسی اساسی در قانونگذاری در هر صورت مسئله‌ای نامناسب است و عدم توافق درباره‌ی حق‌ها امری غیرمعمول نیست و مردم می‌توانند درباره‌ی حق‌ها توافق نداشته باشند، اما آن‌ها را جدی بگیرند (Waldron, 2006b: 1406).

توشنت از دیگر مخالفان این نهاد، ضمن دفاع از دادرسی اساسی ضعیف می‌نویسد برتری پارلمان دو شکل دارد: نخست شکل مطلق که در آن قانونگذار تصمیم‌گیر نهایی است و دوم لیبرال که فرهنگ سیاسی محدودیت‌های اخلاقی را برای پارلمان به رسمیت می‌شناسد و

بر آن است که نباید به اصل برتری پارلمان ضربه زد (Thushne, 2003: 716). او معتقد است که هیچ دلیلی وجود ندارد که دادرسی اساسی چیز خوبی باشد (Thsunet, 1999: 153) و آن را کاری غیرضروری می‌داند (Thsunet, 1999: 163).

استدلال اصلی مخالفان، حول محور دموکراسی و قاعده‌ی اکثریت می‌چرخد و این نکته را برجسته می‌کنند که یک نهاد غیرمنتخب بر نهادهای منتخب نظارت می‌کند، زیرا در دموکراسی یک اصل اساسی و نقطه‌ی کانونی وجود دارد که اصل یا قاعده‌ی اکثریت است و این نهاد موجب خنثی شدن هدف اصلی قانونگذاری می‌شود و ضد اصل اکثریت است. به باور مخالفان تا وقتی قضات غیرانتخابی دادرسی اساسی‌اند، نمی‌توان به دموکراسی رسید و باید از ساختن تعارض بین دادگاه و قانونگذار اجتناب کرد (Eisgruber, 2002: 118). نخستین کسی که این مطلب را برجسته کرد، آلکساندر بیگل بود که در کتاب معروف خود در ۱۹۸۶ این مشکل را که اختیار تفسیر قانون اساسی را به قضات غیرمنتخب می‌دهند، معضل ضداکثریتی نامید (Bicle, 1984). اما محققان معاصر آن را وسواس آکادمیک می‌دانند (Farber & Sherry, 2009: 24). به باور آن‌ها اگر قرار باشد نقش مردم به این ترتیب تضعیف شود، دیگر مردم در حکومت نقشی نخواهند داشت و با نقض قاعده‌ی اکثریت، مشارکت مردم و در نتیجه دموکراسی از بین خواهد رفت، زیرا اراده‌ی مردم از طریق انتخابات و مشارکت متجلی می‌شود و هر قانونی نماد رأی‌دهندگان است (ویژه، ۱۳۹۰: ۲۵۹).

۲-۲. مخالفت با اصول دموکراسی

مخالفت‌های دیگری نیز با این مفهوم شده است؛ برای نمونه گفته‌اند در دادرسی اساسی این قاضی است که در نهایت مظهر اراده‌ی عمومی بودن یک قانون را احراز می‌کند و به این ترتیب مفهوم دموکراسی عوض می‌شود. ازاین‌رو این ایده، اصل اساسی دموکراسی را نقض می‌کند، زیرا نمی‌توان اساس دموکراسی را زیر پا گذاشت (Weingass, 2005). محاکم با این کار عملاً نظر و دیدگاه خود را در خصوص سیاست یا اصول اخلاقی جایگزین دیدگاه‌های نمایندگان کرده (آلتن، ۱۳۸۵: ۱۷۴) و قانونگذاری می‌کنند، درحالی‌که قانونگذاری وظیفه‌ی پارلمان است و ازاین‌رو برخی نیز آن را خلاف حاکمیت پارلمان دانسته‌اند.

برخی در مخالفت با این نهاد بر پاسخگو نبودن قضات تأکید کرده‌اند (ریدی، ۱۳۹۲: ۱۷۳). به نظر بورک^{۱۴} نیز دادن این حق به قضات مانند آن است که چک سفیدامضایی به قضات واگذار شود تا آن‌ها ارزش‌های خود را بر جامعه تحمیل کنند (آلتن، ۱۳۸۵: ۲۰۴). به گفته‌ی تروپه با این وضعیت باید دموکراسی را دوباره تعریف کرد و به حکومت قانون یا قضات تقلیل

داد (تروپه، ۱۳۸۳: ۲۸۵). برخی نیز گفته‌اند دموکراسی قدرت مردم است و به این ترتیب باید معنای قدرت مردم تغییر کند. برخی دیگر گفته‌اند که وجود دادرسی اساسی تنها راه حفاظت از دموکراسی نیست (ویژه، ۱۳۹۰: ۲۵۸).

ریچارد بلامی بر این باور است که قانون اساسی آمریکا بر پیش‌فرض‌های پیشادموکراسی و ضداکثریتی چک و بالانس بنا شده است، اما دموکراسی‌های جدید بر قاعده‌ی اکثریت بنا شده‌اند و دادرسی اساسی در سنت آمریکایی هم به دموکراسی و هم به دستورگرایی لطمه می‌زند (Bellamy, 2007: 20-21). برخی نیز آن را رجوع از دموکراسی و رفتن به سمت الیگارشی می‌دانند. پیشتر جفرسون این ایده را دکترین خطرناکی دانسته بود که به دسیوتیسم یک الیگارشی منجر می‌شود (Ford, 1904: 160). از محققان جدید نیز هیرشمن دادرسی اساسی را به همان نظریه‌ی قدیمی هژمونی نخبگان دانسته است (Hirshman, 2004)، زیرا در نظریه‌ی نخبگان مردم نقشی در حکومت ندارند و نخبگان جامعه تصمیم‌گیران نهایی‌اند و به این ترتیب نظریه‌ی قدیمی نخبگان بار دیگر و به شکلی جدید سر برآورده است.

طرفداران دستورگرایی دموکراتیک و حاکمیت مردمی نیز از مخالفان دادرسی اساسی‌اند، زیرا به باور آن‌ها این نهاد هم غیرضروری است و هم بر مقامات منتخب نظارت می‌کند. فرض آن‌ها این است که شاخه‌های منتخب مردمی همیشه از آزادی‌ها و حقوق حمایت می‌کنند و دادرسی اساسی اغلب موفق نیست و بیشتر مواقع شکست می‌خورد (Chemerinsky, 2004: 679-683). به باور موافقان دادرسی اساسی از طرفداران دستورگرایی مردمی مثل والدین، توش‌نت، لری کرامر، ریچارد پارکر و رابرت پیت باید ترسید، زیرا به پوپولیسم تکیه می‌کنند (Chemerinsky, 2004: 689). به‌طور کلی طرفداران دستورگرایی سیاسی با دادرسی اساسی مخالف‌اند و برتری مقننه را یک اصل می‌دانند. در میان آن‌ها برخی مثل بلامی همه‌ی اشکال دادرسی اساسی را رد می‌کند، یا سیدنی هوک معتقد است که دادرسی اساسی با هیچ تفسیر منطقی از دموکراسی جور در نمی‌آید (Hook, 1962: 95). اما برخی مثل والدین با شکل ضعیف آن مخالفتی ندارد (Belong, 2013: 1053-1054).

۳. استدلال‌های موافقان

موافقان دادرسی اساسی سعی کرده‌اند که به ایرادات مطرح‌شده توسط مخالفان پاسخ دهند، البته آن‌ها به پاسخ به مخالفان بسنده نکرده و کوشیده‌اند، مبناهایی برای این مفهوم بیابند که در ادامه به برخی از این پاسخ‌ها اشاره می‌شود. در این سو نیز بزرگانی چون دورکین، آکرمن، الی، ایسگروبر و... قرار دارند. موافقان نیز مبناهایی همچون موافقت با دموکراسی و تحول در مفهوم آن، دفاع و

حمایت از حق‌های دموکراتیک، موافقت با حاکمیت قانون و... را توضیح و تبیین کرده‌اند:

۳-۱. موافقت با اراده‌ی عمومی و اصل مشارکت

یکی از مدافعان این نهاد بوریس آکرمن است. او طرفدار ایده‌ی «ما مردم» در آمریکاست و بر همین مبنا استدلال می‌کند که در آمریکا مردم همه‌کاره‌اند و هیچ فرد یا نهادی نمی‌تواند در برابر اراده‌ی مردم بایستد (Ackerman, 1991). او تا این‌جا همانند مخالفان استدلال می‌کند، اما به باور او مردم همیشه در صحنه نیستند و غیرفعال‌اند. در این صورت دادرسی اساسی از اراده‌ی آن‌ها که قبلاً اعلام شده است، حمایت می‌کند. اما هر گاه مردم فعال شدند، دادرسی اساسی حق ندارد در برابر اراده‌ی آن‌ها بایستد (آلتمن، ۱۳۸۵: ۱۸۴ و ۱۸۷). به گفته‌ی او این اعلام اراده به این صورت است که یا مردم اراده‌ی خود را به‌صورت صریح بیان می‌کنند، که همان اصلاح و بازنگری قانون اساسی است، یا به‌صورت ضمنی اعلام می‌کنند، مثل اصلاحات نیوکیل (ریدی، ۱۳۹۲: ۱۷۵) و همین که مردم اراده‌ی خود را اعلام کردند، دادرسی اساسی باید به آن اراده احترام بگذارد و حق ندارد جلوی آن بایستد. البته می‌توان در این سخن آکرمن مناقشه کرد که اراده‌ی مردم لاجرم نیست و نمی‌تواند خلاف آزادی‌ها و حقوق بنیادین عمل کنند. برخی بر استدلال آکرمن ایراد گرفته‌اند، که چرا و بر چه مبنایی باید دوره‌ی تأسیس قانون اساسی مبنا باشد (ریدی، ۱۳۹۲: ۱۷۶). مثلاً در کشوری مثل آمریکا که قانون اساسی بیش از دویست سال است که به تصویب رسیده است، چرا باید پدران دویست سال قبل همچنان حکومت کنند و اراده‌ی اعلام‌شده توسط آن‌ها همچنان اراده‌ی مردم باشد.

از دیگر موافقان مهم این نظریه، کریستوفر ایسگروبر است. او از منظر بی‌طرفی متفاوت از این نهاد دفاع می‌کند. چنانکه ذکر شد، مخالفان دادرسی اساسی بر این باورند که مجلس منتخب مردم است و نباید توسط نهادی غیرمنتخب نظارت شوند، اما به نظر ایسگروبر اتفاقاً دادرسی اساسی نماینده‌ی مردم است، اما مجلس و رئیس‌جمهور تنها نماینده‌ی انتخاب‌کنندگان هستند نه همه‌ی مردم (ریدی، ۱۳۹۲: ۱۸۹) و اگر قرار باشد نهادی نماینده‌ی مردم باشد، آن نهاد دادرسی اساسی است نه پارلمان. ایسگروبر به‌همراه برت شنایدر دادرسی اساسی را حمایت از حق‌های دموکراتیک می‌داند و بر آن باورند که دادرسی اساسی از ارزش‌های دموکراسی دفاع می‌کند (Bestschneider, 2007: 151-154, Eisgruber, 2001: 461). وقتی ایسگروبر کتاب مهم خود را نوشت، برخی از مهم‌ترین مخالفان دادرسی اساسی مثل ربکا برون، توش نت، والدین، جان دنوبر و ریک هیل نقدهای بر او نوشتند و او در مقاله‌ای سعی کرد به ایرادات آن‌ها پاسخ دهد. به گفته‌ی ایسگروبر نباید دموکراسی را به حکومت

رأی‌دهندگان تقلیل داد (Eisgruber, 2002: 116) و «ما مردم» فقط رأی‌دهندگان نیستند. به گفته‌ی او تمامی تلاشش در آن کتاب این بوده است که نشان دهد دادرسی اساسی محدودیتی بر دموکراسی نیست، بلکه شکلی از خود حکومتی است که اکثریتی نیز نیست (Eisgruber, 2002: 117).

۲-۳. تحول در مفهوم دموکراسی

رونالد دورکین از دیگر موافقان این نهاد است. به باور دورکین مشکل مخالفان این است که دموکراسی را مترادف با اصل و قاعده‌ی اکثریت گرفته‌اند، درحالی‌که مفهوم دموکراسی تغییر کرده است. به بیان دیگر، دادرسی اساسی با مفهوم سنتی دموکراسی در تضاد است نه هر مفهومی از دموکراسی (بارنت، ۱۳۸۲: ۴۲). دفاع دورکین با دیگران متفاوت است، زیرا او مفهوم دموکراسی را تغییر می‌دهد و از مفهومی به نام دموکراسی مبتنی بر قانون اساسی سخن می‌گوید. مبنای اندیشه‌ی دورکین بر برابری قرار دارد و او از نظریه‌پردازان برابری است و هدف دموکراسی و رویه‌های دموکراتیک را این می‌داند که اکثریت، برابری را زیر پا نگذارند (ریدی، ۱۳۹۲: ۱۸۴). او بر این باور است که نظام دموکراتیک مبتنی بر قانون اساسی، به آرمان‌های بنیادین اخلاقی متعهد است ((Dowrkin, 2001: 19).

به گفته‌ی موافقان علاوه‌بر اینکه امروزه مفهوم دموکراسی تغییر یافته است و نباید آن را به رأی اکثریت فروکاست، همیشه باید از دموکراسی ترسید. اگر در کشور کانت و گوته دموکراسی این‌گونه تخریب شد، پس در همه جا این امکان وجود دارد و اگر ما از دموکراسی حمایت نکنیم، دموکراسی از ما حمایت نخواهد کرد (Barak, 2006: 21). دموکراسی پیچیده است که دو پایه دارد؛ نخست حاکمیت مردم که مردم از آن طریق، نماینده انتخاب می‌کنند و به قاعده‌ی اکثریت پیوند خورده است و دوم نقش مهم ارزش‌هایی که به قاعده‌ی اکثریت ارتباط ندارند، مثل حاکمیت قانون و تفکیک قوا، استقلال قضایی، حق‌های بشری، اصول اساسی مثل اخلاق و عدالت، موضوعات اجتماعی مثل صلح و امنیت (Barak, 2006: 24) و هر دو جنبه‌ی شکلی و ماهوی مذکور برای دموکراسی ضروری هستند (Post, 1998; Shapiro, 1999). رژیم‌های شهروندان حاکم نیستند و قوای مجریه و مقننه احترام ندارند، دموکراتیک نیست. همچنین رژیم‌های که ویژگی‌های مذکور را نداشته باشد، دموکراتیک نیست و رأی اکثریت نمی‌تواند یک رژیم را دموکراتیک کند (Barak, 2006: 24). به گفته‌ی دورکین دموکراسی فقط دموکراسی آماری نیست و رأی اکثریت هم فقط در صورتی ارزشمند است که برابری را در نظر بگیرد و حق‌های مدنی و سیاسی محترم شمرده شوند (Dowrkin 1990: 35 & 36). به باور دورکین

تفکیک قوا ستون فقرات دموکراسی است و دموکراسی ماهوی بر روی این ستون فقرات بنا شده است (به نقل از Hribe, 2000, : 2-10). آنچه یک دموکراسی را می‌سازد، اصول بنیادین هستند که مفهوم ماهوی دموکراسی به آن اشاره می‌کند (Barak, 2006: 57). این اصول بر قانونگذاری در آفریدن قانون و بر قضاوت در توسعه‌ی آن تأثیر می‌گذارند (Barak, 2006: 61)؛ اصولی مثل تساهل، حسن نیت، عدالت نظم عمومی، استقلال قضایی و حقوق بشر (Barak, 2006: 63-81). به گفته‌ی یکی از محققان دموکراسی شکل‌های متعدد و مکانیسم پیچیده‌ای دارد و مشکل والدین این است که بر مفهوم رویه‌ای دموکراسی و حق مشارکت و قاعده‌ی اکثریت تکیه می‌کند (Waluchorn, 2007). برتری پارلمان تنها یک مدل از دموکراسی است و دموکراسی واقعی منوط به آن نیست (جلالی، ۱۳۹۵: ۱۲۹). تصمیم‌های نادرستی که از سوی اکثریت اتخاذ می‌شوند، توسط این نهاد اصلاح می‌شوند تا دموکراسی همچنان به‌عنوان یک ارزش باقی بماند (جلالی، ۱۳۹۵: ۱۳۱). علاوه‌بر این دموکراسی دارای اشکال متعددی مانند اکثریتی، لیبرال، مشارکتی و... است که اکثریتی فقط یکی از آن‌هاست (زارعی، ۱۳۹۴: ۵۷ و ۲۶۳).

۳-۳. سازگاری با دموکراسی

افراد دیگری نیز با استدلال‌های متفاوت به دفاع از دادرسی اساسی و نسبت آن با دموکراسی پرداخته‌اند. در سنت اروپایی هانس کلسن و موریس هوریو، به دفاع از این نهاد از منظر دموکراسی می‌پردازند. کلسن دموکراسی را عاملی برای تحقق آزادی می‌داند و معتقد است اگرچه آزادی به این معناست که هر کس با اراده‌ی خودش پیش رود، اما از آن‌جا که هرگز بین افراد اجماع پدید نمی‌آید، تصمیم‌ها باید به خواست اکثریت باشد (تروپه، ۱۳۸۳: ۲۷۵). به باور او و شاگردش آیزمن، اگرچه نظارت، دموکراتیک نیست، اما با دموکراسی سازگار است. موریس هوریو نیز بر این باور بود که آزادی، اصلی اساسی است و باید پاس داشته شود و اگر قرار باشد با هر انتخاباتی مبنای قانونگذاری عوض شود، آزادی‌ها در خطر می‌افتند (فاورو ۱۳۸۹: ۱۶ و ۱۷). از این‌رو باید نهادی باشد که در برابر تغییر گرایش‌های سیاسی پارلمان بایستد و مانع تجاوز به حق‌ها شود.

همگام با این افراد در سنت آمریکایی نیز برخی محققان مثل رابرت دال و جان هارت الی دادرسی اساسی را بیشتر مسئله‌ای رویه‌ای می‌دانند و مخالف این هستند که این نهاد نقش ماهوی داشته باشد و قضاوت بتوانند به‌جای قانونگذار تصمیم بگیرند. جان هارت الی از کسانی است که سعی کرده است به آرای مخالفان پاسخ دهد. به باور او قضاوت فارغ از نزاع‌های سیاسی عمل می‌کنند و انتخاب آن‌ها نیز به سبب گرایش‌های سیاسی آن‌ها نیست و از آن‌جا که

قضات تحت تأثیر گرایش‌های سیاسی نیستند، این نظارت راه را بر دموکراسی می‌گشاید (آلمن، ۱۳۸۵: ۱۷۹). به باور او موافقان و مخالفان بر سر یک مفهوم توافق دارند و آن دموکراسی است و الی بر آن است که دادرسی اساسی به بهتر شدن دموکراسی کمک می‌کند، البته این به معنای آن نیست که قضات بهترین تصمیم را می‌گیرند. به باور الی دادگاه نقش تکمیل‌کننده‌ی رویه‌های دموکراتیک (ریدی، ۱۳۹۲: ۱۷۸) و نقش کمک‌کننده به دموکراسی را دارد. الی در کتاب مهم خود بیشتر بر روی مسئله تفسیر ایستاده است و بر ارزش‌های رویه‌ای قانون اساسی (هم رویه‌های قضایی و هم رویه‌های سیاسی) تأکید می‌کند (Ely, 1980: 87).

۳-۴. پاسخ به نقض اصل اکثریت

یکی از نقدهای والدین بر دادرسی اساسی این است که قاعده‌ی اکثریت به‌حدی مهم است که خود دیوان عالی هنگام تصمیم‌گیری از قاعده‌ی اکثریت تبعیت می‌کند (Waldron, 2002: 108). ایسگرور در جواب او می‌گوید باید بین قاعده‌ی اکثریت و تصمیم اکثریت فرق گذاشت (Eisgruber, 2002: 124) و می‌گوید من با والدین هم‌عقیده‌ام که دموکراسی بدون قاعده‌ی اکثریت پیش نمی‌رود و در بسیاری از موارد رأی اکثریت بهترین راه‌حل است، اما این‌گونه نیست که قاعده‌ی اکثریت غایت دموکراسی باشد. او در جواب هیل نیز - که دادرسی اساسی را آریستوکراسی می‌داند و آن را شبیه توری‌های قدیم و مجلس اعیان انگلیس می‌داند (Eisgruber, 2002: 152) و قضات را اشراف غیرمنتخب می‌داند و آن را با نظریه‌ی فیلسوف شاه افلاطون مقایسه می‌کند - می‌گوید قضات مقام خود را با شایستگی به‌دست می‌آورند و هرگز بر مبنای دیدگاه سیاسی‌شان انتخاب نمی‌شوند و مقام آن‌ها هم به ارث نمی‌رسد (Eisgruber, 2002: 153).

موافقان همچنین تأکید کرده‌اند که قاعده‌ی اکثریت یک اصل خدشه‌ناپذیر نیست. به نظر سامویل فریمن وقتی همه‌ی مؤلفه‌های دموکراسی را بررسی می‌کنیم، عناصری را می‌بینیم که اکثریت نمی‌تواند در آن دخالت کنند، مثل زندگی فردی یا لباس پوشیدن یا ازدواج. پس در هر نوع دموکراسی محدودیت‌هایی برای اجرای قدرت وجود دارد و نباید کنترل قضایی را خلاف آن دانست (Freeman, 1990: 338-399) و چندین بار در آمریکا رئیس‌جمهور رأی اکثریت کسب نکرده است (Farber and Sherry, 2009: 25). همچنین تاریخ نشان داده است که حکومت‌ها در برابر کسانی که به آن‌ها رأی داده‌اند، پاسخگو نیستند (Mace, 1972: 1148)، بنابراین نباید زیاد به اصل اکثریت دل بست.

برخی نیز در دفاع از دادرسی اساسی مسئله‌ی انتخابات را پیش کشیده‌اند. براساس

تحقیقات جدید حتی در مدرن‌ترین سیستم‌های سیاسی حزبی که پیروز می‌شود، هرگز اکثریت آرا را ست نمی‌آورد. از این رو نمی‌توان نمایندگان را منتخب اکثریت دانست که آنگاه دادرسی اساسی را نقض آن تلقی کرد. برنارد مین شان نیز معتقد است که انتخابات الگوی مناسبی نیست و در قرون وسطی آن را یک تفکر آریستوکراتیک می‌دانستند که موجب انتقادات بر عده‌ای خاص می‌شد، بدون اینکه دیگران شانس داشته باشند (Main, 1997). همچنین گفته شده است که بسیاری از نمایندگان با حربه‌ی تبلیغات رأی مردم را کسب می‌کنند و تضمینی وجود ندارد که همیشه بر عهد خود با مردم وفادار بمانند (زارعی و مرکز، ۱۳۸۴: ۱۵۶).

۴-۳. اصل حاکمیت قانون و احترام به حق‌ها

موافقان از منظرهای دیگری نیز به دفاع از دادرسی اساسی پرداخته‌اند که در زیر به برخی از این استدلال‌ها اشاره می‌کنیم. یکی از استدلال‌ها از منظر حاکمیت قانون است. به باور آنها مشکل از آنجا شروع می‌شود، که مبنای اصلی را دموکراسی قرار دهیم، درحالی که مبنای حکومت‌های امروزی حاکمیت قانون است. در این نظام همه ملزم به تبعیت از قانون هستند، حتی مجلس؛ و دادرسی اساسی این مسئله را بر عهده دارد. به باور معتقدان به این اندیشه، دادرسی اساسی این مسئله را بررسی می‌کند که آیا حاکمیت قانون اعمال شده است یا نه و این مسئله موجب می‌شود که نظام مردمی‌تر شود (آلتن، ۱۳۸۵: ۱۷۵). به گفته‌ی یکی از نظریه‌پردازان حاکمیت قانون، در دموکراسی مبتنی بر قانون اساسی تعارضی میان دموکراسی و حاکمیت قانون به وجود نمی‌آید، زیرا دموکراسی از عناصر حاکمیت قانون و تابع آن است و حاکمیت قانون عامل تحقق آزادی‌های فردی، عدالت طبیعی و انصاف در روابط حکمرانان و شهروندان است (Tamanaha, 2004: 110).

برخی نیز احترام به آزادی‌ها را مبنای اصلی قرار می‌دهند و بر این باورند که هدف اصلی از دموکراسی احترام به حقوق بنیادین است و دادرسی اساسی تلاش می‌کند که بین رأی اکثریت و احترام به حقوق بنیادین تعادل ایجاد کند (شوالیه، ۱۳۷۸: ۱۳۷). اما مخالفان بر این استدلال ایراد کرده‌اند که اگر ارزش‌های بنیادین هدف اصلی است، پس دموکراسی مبنای هدف نیست. این مسئله سبب شده است که برخی مانند ربکا براون بگویند که آمریکا نظام آزادی است نه دموکراسی (ویژه، ۱۳۹۰: ۲۶۵).

برخی دیگر به سراغ اندیشه‌ی حاکمیت مردم رفته‌اند. به باور آنها در دموکراسی‌های مبتنی بر قانون اساسی همه برابر فرض می‌شوند و این مسئله ریشه در حاکمیت مردم دارد و همه‌ی مقامات سیاسی از قدرت مؤسس و حاکمیت مردم نشأت می‌گیرند (Freeman, 1991: 349).

علاوه بر این مفهوم «ما مردم» که مخالفان به آن استناد می‌کنند، هرگز مشخص نیست. به باور آن‌ها دموکراسی شکلی از حکومت نیست، بلکه شکلی از حاکمیت است و دادرسی اساسی یک نهاد دموکراتیک مشروع است که بر ایده‌ی قرارداد اجتماعی در سنت لاک تا رالز ریشه دارد (Sstruss, 2013: 342). همچنین در پاسخ مخالفان که دادرسی اساسی را خلاف حاکمیت پارلمان دانسته‌اند گفته‌اند که حاکمیت محصور در پارلمان و نهاد خاصی نیست و همه باید از قانون اساسی تبعیت کنند (فاورو، ۱۳۸۹: ۱۴ و ۱۵).

موافقان به نقش قضات در قانونگذاری (که از دلایل مخالفان است) هم اشاره کرده و گفته‌اند که به هر حال قضات هم در آفریدن قانون شریک‌اند. یکی از مشکلاتی که سبب می‌شود با این مفهوم مخالفت شود، این است که قانون را همه سرزمین حقوق بدانیم، درحالی‌که اصول و قواعد نیز بخشی از این سیستم هستند و وظیفه‌ی اول قضات قانونگذاری و وظیفه‌ی دوم آن‌ها حمایت از قانون اساسی و دموکراسی است (Barak, 2006: introduction). قضات باید قانونگذاری کنند، زیرا همیشه بین قوانین و جامعه شکاف وجود دارد و زندگی قانون فقط منطقی یا تجربی نیست، بلکه واقعیت‌های احتمالی هم در آن نقش دارند (Barak, 2006: 4). تغییرات احتمالی یک معضل را به وجود آورده‌اند، زیرا قاضی بین دو مسئله یعنی نیاز به تغییر و نیاز به ثبات گرفتار شده است؛ از یک طرف حقوق بدون تغییر انحطاط است و از طرف دیگر تغییر بدون ثبات آناارشی است (Barak, 2006: 11). آناابل لور از طرفداران سازگاری در نوشته‌های خود بر آن است که حتی اگر قضات بهتر از قانونگذار نتوانند حق‌های بنیادین را حفظ کنند، باز هم کنترل قضایی دموکراتیک است (Lever 2009).

نتیجه‌گیری

نزاع بر سر رابطه‌ی دموکراسی و دادرسی اساسی مسئله‌ای ریشه‌دار با سابقه‌ای طولانی در سنت حقوق اساسی آمریکا است. البته این اختلاف نظر فکری به تفاوت در رویکردها به قانون اساسی، دادرسی اساسی و دموکراسی برمی‌گردد که در چنین حوزه‌هایی خود را نشان می‌دهد. این مباحث در آمریکا محصور نمانده است و در بیشتر کشورهای که دادرسی اساسی در آن‌جا وجود دارد، این مباحث مطرح شده است. نیاز به توضیح نیست که در همه‌ی کشورها مباحث دقیقاً مانند آمریکا نیست، زیرا بسته به سنت فکری و نوع دادرسی اساسی موجود در آن کشور و همچنین ریشه‌های تاریخی و قوام دموکراسی و ... مباحث نیز رنگ و بوی دیگری می‌گیرند. چنانکه دیدیم، از انقلاب آمریکا و البته حتی پیش از آن، برای پدران آمریکا این مسئله مطرح بود که آیا باید بر قوانین مصوب مجلس نیز نظارت کرد یا خیر و در صورت نظارت آیا

این مسئله با مفهوم دموکراسی در تضاد نیست؟ در تمام این سال‌ها تا به امروز به‌عنوان یک بحث اصلی در مباحث آکادمیک آمریکا مطرح بوده است و حتی می‌توان ادعای تکافوی ادله در این خصوص را کرد. مخالفان بر تعارض این مفهوم با اصل اکثریت و حق مشارکت مردم تأکید کرده‌اند و بر این باورند اگر قرار باشد چنین نهادی نیز وجود داشته باشد، باید قوه‌ی مقننه باشد نه قضاییه. موافقان بر لزوم حراست از حق‌ها تأکید می‌کنند و معتقدند که مفهوم دموکراسی تغییر کرده است و نمی‌توان به برداشت واحد و همیشگی از دموکراسی معتقد بود، زیرا دموکراسی نیز مانند هر مفهوم دیگری برداشت‌هایی دارد که در طول زمان تغییر می‌کند. دغدغه‌ی اصلی مخالفان حول محور دموکراسی اکثریتی و موافقان حول حق‌ها و آزادی‌های بنیادین می‌چرخد. البته هر دو گروه به آرمان جمهوریت پدران قانون اساسی وفادارند و سعی در ارتقای حقوق اساسی دارند.

به‌نظر می‌رسد که استدلال موافقان قوت و استحکام بیشتری دارد و همین مسئله موجب شده است که با وجود همه‌ی ایرادات جدی مخالفان، دادرسی اساسی در این دویست سال همچنان در آمریکا به حیات خود ادامه داده و با موفقیت و عدم مخالفت با وجدان عمومی و کلیت جامعه‌ی حقوقی آمریکا ادامه حیات دهد. البته این بدان معنا نیست که اندیشه‌ی مخالفان جدی نبوده و بی‌فایده است، زیرا تبعات نظرهای آن‌هاست که سبب شده است هم در دادرسی اساسی و رویه‌ی دیوان عالی تغییراتی ایجاد شود و هم موافقان سعی می‌کنند مبانی نظری آن را مستحکم‌تر کنند، زیرا تنها از درون تعاملات و تبادل آرای متفکران است که مفاهیم آبدیده می‌شوند و صیقل می‌خورند. به گفته‌ی درست موافقان نمی‌توان برداشتی جزمی و بدون تغییر از دموکراسی برای همه‌ی زمان‌ها در نظر گرفت و این مفهوم همچون هر مفهوم دیگری در حال تحول است.

ثمرات این مباحث برای کشور ما نیز بی‌فایده نخواهد بود. چنانکه می‌دانیم، نهاد نوپای شورای نگهبان از آغاز تأسیس با پرسش‌هایی مواجه بوده است؛ از جمله اینکه چرا تعداد معدودی از فقیهان و حقوقدانان در برابر مجلس و اراده‌ی مردم می‌توانند بایستند؟ چرا این افراد مرجع تشخیص شرع باشند؟ حدود و ثغور نظارت آن‌ها تا کجاست؟ آیا مردم می‌توانند در برابر تصمیم آن‌ها مقاومت کنند؟ سه قوه‌ی موجود در ایران چه نسبتی با این شورا دارند؟ و سؤالات متعدد دیگری که مطرح شده‌اند. متأسفانه در ایران با وجود گذشت چهار دهه از تأسیس این نهاد مهم، آن‌گونه که باید این مباحث به‌نحو جدی در محافل آکادمیک مطرح نشده‌اند و موافقان و مخالفان در آثاری جدی به ارائه‌ی ادله‌ی خود نپرداخته‌اند و مباحث بیشتر رنگ و بوی سیاسی و نزاع‌های سیاسی به خود گرفته است. بررسی این پرسش‌ها

می‌تواند موضوع نوشتاری مستقل باشد. تجربه‌ی آمریکا نشان می‌دهد که مطرح شدن این مباحث و طرح آن علاوه بر کمک به غنای مباحث فکری هم به استحکام نظری این نهاد کمک می‌کند و هم می‌تواند افسار بحث را از دست احزاب سیاسی خارج کند.

یادداشت‌ها

1. Thomas Jefferson.
2. Alexander Hamilton.
3. James Madison.
۴. برای مفهوم چک و بالانس معادل‌هایی مانند نظارت و تعادل و مهار و توازن و... در ادبیات حقوقی فارسی برگزیده شده است، اما از نظر نگارندگان هیچ‌کدام از این معادل‌ها کامل نیست، چراکه این واژه مخصوص سیستم آمریکایی و خوانش آمریکایی از نظریه‌ی تفکیک قوا بوده و منظور از آن مهار قدرت قوای سه‌گانه توسط همدیگر است که در آن قوا در عین اینکه همدیگر را چک و مهار می‌کنند، هیچ‌کدام برتر از دیگری نیستند و بین آن‌ها توازنی وجود دارد و چک لزوماً به معنای نظارت نیست. از این رو اصطلاح مصطلح در گذشته یعنی موانع و برابر نهاد مهار شاید معادل‌های بهتری برای چک باشند.
5. Checks and balances.
6. Alexis de Tocqueville.
7. Hans Kelsen.
8. Marshall.
9. Sir Edward Coke.
10. Walter Bagehot.
11. Albert Venn Dicey.
12. John Adams.
13. Larry Kramer.
14. Edmund Burke.

منابع

الف) فارسی

۱. آلتمن، آندره (۱۳۸۵)، *درآمدی بر فلسفه‌ی حقوق*، ترجمه‌ی بهروز جندقی، قم: پژوهشگاه امام خمینی (ره).
۲. بارنت، اریک (۱۳۸۲)، *مقدمه‌ای بر حقوق اساسی*، ترجمه‌ی عباسعلی کدخدایی، تهران: میزان.
۳. پروین، خیرالله (۱۳۹۴)، «جستاری بر اندیشه‌ی دادرسی اساسی در جهان»، *مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره‌ی ۶، ش ۱، صص ۶۱-۸۳.
۴. تروپه، میشل (۱۳۸۳)، «منطق توجیه صیانت از قانون اساسی»، ترجمه‌ی عباسعلی کدخدایی محمدرضا ویژه، *مجله‌ی حقوق*، ش ۶۶، زمستان، صص ۲۶۱-۲۹۱.
۵. جلالی، محمد و قاسم‌علی صداقت (۱۳۹۵)، «بررسی مبانی اعتبار دموکراتیک نظارت اساسی»، *دانش حقوق عمومی*، سال پنجم، ش ۱۵، صص ۱۲۳-۱۴۳.
۶. حبیب‌زاده، توکل (۱۳۹۳)، «نظارت قضایی و رویکردهای دیوان عالی فدرال آمریکا در تفسیر قانون اساسی در پرتو تحولات سیاسی و اجتماعی»، *دانش حقوق عمومی*، سال سوم، ش ۱۰، زمستان، صص ۱۱۳-۱۳۷.
۱. ریدی، برایان (۱۳۹۲)، *فلسفه‌ی حقوق*، ترجمه‌ی حسن خسروی، تهران: مجد.
۲. زارعی، محمدحسین (۱۳۹۴)، *گفتارهایی در حقوق عمومی مدرن*، تهران: خرسندی.
۳. زارعی، محمدحسین و احمد مرکز مالگیری (۱۳۸۴)، «مفهوم و مبانی کنترل قضایی با تأکید بر نظام حقوقی ایالات متحده‌ی آمریکا»، *تحقیقات حقوقی*، ش ۴۲، صص ۱۵۰-۱۹۷.
۴. زولر، الیزابت (۱۳۹۰)، *درآمدی بر حقوق عمومی*، ترجمه‌ی سید مجتبی واعظی، تهران: جنگل.
۵. شوالیه، ژاک (۱۳۷۸)، *دولت قانونمند*، ترجمه‌ی حمیدرضا ملک‌محمدی، تهران: دادگستر.
۶. غمامی، سید محمد مهدی و همکاران (۱۳۹۵)، *دادرسی اساسی تطبیقی مطالعه‌ی مبانی، ساختارها و صلاحیت‌های نهاد دادرسی اساسی*، پژوهشکده‌ی شورای نگهبان.
۷. فاورو، لویی (۱۳۸۹)، *دادگاه‌های قانون اساسی*، ترجمه‌ی علی‌اکبر گرجی، تهران: جنگل.
۸. فرومن، میشل (۱۳۸۲)، «حمایت از آزادی و برابری در رویه‌ی قضایی دیوان عالی فدرال آمریکا»، ترجمه‌ی علی‌اکبر گرجی، *نشریه‌ی حقوق اساسی*، ش ۲، صص ۱۸۹-۲۱۲.

۹. واعظی، سید مجتبی (۱۳۹۰)، «مطالعه‌ی تطبیقی مبانی و کارکرد الگوهای دادرسی اساسی»، پژوهش حقوق تطبیق، دوره‌ی ۱۵، ش ۲.
۱۰. ویژه، محمدرضا (۱۳۹۰)، مبانی و ساختار دولت حقوقی، تهران: جنگل.
۱۱. مرکز مالگیری، احمد (۱۳۸۵)، حاکمیت قانون، انتشارات مجلس، چ دوم.
۱۲. موسی‌زاده، ابراهیم و همکاران (۱۳۸۹)، دادرسی اساسی در جمهوری اسلامی ایران (اصول قانون اساسی در پرتو نظرات شورای نگهبان ۱۳۵۹-۱۳۸۹)، معاونت تدوین تنقیح و قوانین و مقررات ریاست جمهوری.

(ب) انگلیسی

1. Barak, Aharon (2006), *The judge in a democracy*, Princeton university press.
2. Ackerman, B. (1991), *We the people*, Harvard university press.
3. Almendares, Nicholas, patric , le bihan, (2015), "Increasing Leverage: judicial review as a democracy enhancing institution", *Quarterly Journal of Political Science*, 10.
4. Bellamy (2007), *The democratic constitutionalism: why European should avoid American style constitutional judicial review*. *European Political Science* vol 7 issue 1
5. Goldoni, Marco (2013), "Constitutional reasoning According to Political Constitutionalism: Comment on Richard Bellamy", *German Law Journal*, vol 14, No 8.
6. Bicle, Alexander (1984), *The leatest dangures branch, the supreme court*, new heaven, yala
7. Chemerinsky. (2004), "In Defense of Judicial Review: The Perils of Popular Constitutionalism", *illinois law review*, No 3.
8. Brettschneider, corey (2007), *Democratic rights and the substance of self government*, princeton university press.
9. Dowrkin, Ronald (1990), *A bill of rights for Britain*, Chatto & Windus
10. Dowrkin, Ronald (2001), *Law's Empire*, harvrd university press
11. Eisgruber, Christopher, (2001), *Constitutional self-government*, harvrd university press.
12. Eisgruber, Christopher, (2002), *Constitutional self-government and judicial review, a reply to 5 critics*. *Stanford law review*, vol 37.
13. Ely, John hart. (1980), *Democracy and distrust: a theory of judicial review*, Cambridge: Harvard University Press.
14. Freeman , Samuel, (1990), "Constitutional democracy and the legitimacy of judicial review", *law and philosophy*, vol 9, No 4.
15. Farber, Daniel, sherry, Suzanna (2009), *Judgment calls, principle and politics in constitutional law*, oxford university press,
16. Ford, P, I, (1904), *The writing of Thomas jeferson*, New York and London, G.P. Putnam's Sons, 1904 vol 10.
17. Ginsburg, Tom (2003), *Judicial review and new democracy Constitutional Courts in Asian Case*, Cambridge University press,
18. Gardbaum, Stephan (2014), *Separation of power and the growth of judicial review in established democracy (or Why has the Model of Legislative Supremacy Mostly been Withdrawn from Sale?)*, *UCLA School of Law Research Paper No. 14-06* Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=243090>
19. Hardin, Russell (2002), *Liberalism, Constitutionalism, and Democracy*, oxford university press

20. Hirshman, Charles (2004), **The role of religion in the origins and adaptation of immigrant groups in the United States**. International Migration Review, 38
21. Alexander Hamilton, James Madison, John Jay;(2005), **The federalist**, edited with historical and literary annotations and introduction by J. R. Pole.Hackett Publishing Company, Inc
22. Gyorfi, Tamas,(2016), **Against the New Constitutionalism (Elgar Monographs in Constitutional and Administrative Law series)**, Edward Elgar Publishing Cheltenham
23. Hook, Sidney,(1962), **The paradox of freedom**, university of California press.
24. Lever, Annabelle,(2009), **Democracy and judicial review: are they really incompatible? Perspectives on politics**. (Forthcoming) available at: <http://eprints.lse.ac.uk/23097/>
25. Lever, Annabelle (2007), **Is judicial review undemocratic?** Public Law.
26. Mace , George (1972). "The antidemocratic character of judicial review", **California law review**, vol 60 , issue 4, article 3,
27. Main, Berbard main (1997), **Principle of representative**, Cambridge university press
28. Post, Robert (1998), "Democracy, Popular Sovereignty, and Judicial Review", **California law review**, vol 86, issue 3,
29. Shapiro, Ian, Casiano Hacker-Cordon (1999), **Democracy's Value**. Cambridge university press.
30. Sinnott-Armstrong , Walter (2003), "Weak and Strong Judicial Review", **Law and Philosophy** ,Vol. 22, No. 3/4, Judicial Review.
31. Strauss, David (2013), **We the people they the people and puzzle of democratic constitution**,Texas Law Review vol 91.
32. Tamanaha,B,(2004), **The rule of law:history,politics,theory**.cambridge university press.
33. Theyer, James (1893), **The origin and scope of the American doctrine of constitutional law**, harvardlaw review.
34. Trib ,Laurence (2000), **American constitutional law**, 3 ed, Foundation Press
35. Tushnet, Mark (1999), **Taking the constitution away from courts**,princeton university press.
36. Tushnet, Mark (2003), **New forms of judicial review and the persistence of rights and dangerous based worries**. 38 Wake Forest .L.Rev. 813-838.available IN in <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/247/>
37. Tushnet, Mark (2006), **Weak-Form Judicial Review and "Core" Civil Liberties**, Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, Vol 41.
38. Tushnet, Mark (2008), **Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**,Princeton universitu press
39. Waldron, Jeremy,(1993), "A Right-Based Critique of Constitutional Rights", **Oxford Journal Legal Studies** 13 (1): 18-51.
40. Waldron, Jeremy (2006a), **law and disagreement**, oxford, UK: oxford university press.
41. Waldron, Jeremy (2006B), "The core of the case against judicial review", **the Yale law journal**.
42. Waldron, Jeremy (2002), **Eisgruber's House of Lords**, 37 university of sanfransisco law review. 89.
43. Waldron, Jeremy (2014), **Judicial Review and Judicial Supremacy**, New York University Public Law and Legal Theory Working Papers. P 495.
44. Waluchow, W.J. (2007), **A Common Law Theory of Judicial Review**.*The Living Tree*. CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS
45. Weingast, Barry R.(2005), **Self-Enforcing Constitutions: With an Application to Democratic Stability In America's First Century**. STANFORD UNIVERSITY. AVAILABLE IN http://www-siepr.stanford.edu/conferences/Institutions2005/weingast_self-enforcing.pdf

مفهوم قانونگذاری در آرای فقهی و حقوقی سید محمدباقر صدر

سید علیرضا حائری^۱، حامد نیکونهاد^۲، حسین امینی پزوه^۳

۱. مدرس خارج اصول حوزه‌ی علمیه، قم، ایران

۲. استادیار دانشکده حقوق دانشگاه قم، قم، ایران

۳. دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه امام صادق (ع)، تهران، ایران

پذیرش: ۱۳۹۷/۴/۵

دریافت: ۱۳۹۷/۱/۲۸

چکیده

سید محمدباقر صدر از جمله فقهای معاصری است که در آثار خود به موضوع قانونگذاری، هم از حیث فقهی و هم از منظر حقوقی، توجه داشته است. پرسش این پژوهش آن است که آیا مفهوم قانونگذاری در حقوق و علوم سیاسی، در معنای شکلی و حداقلی، در آرای فقهی شهید سید محمدباقر صدر وجود دارد و در صورت وجود، حدود و قلمروش چیست. به منظور پاسخ به این پرسش، به روش توصیفی-تحلیلی، ابتدا مبانی فقهی او در این زمینه، به خصوص با تقسیم حکم به دو حکم شرعی و حکم حکومتی، مطرح شده است. پس از آن، مباحث حقوقی او در این موضوع، که شامل تأسیس نظری نهادهای سیاسی حاکمیتی است، با دو رویکرد اندامی و کارکردی بررسی و در پایان، پس از تبیین مفهوم قانونگذاری در معنای مدنظر، امکان وجودی آن در نظرهای فقهی و حقوقی سید محمدباقر صدر آزموده شده است. در نتیجه این مفهوم صوری قانونگذاری در مجموعه کارکردهای نهادهای سیاسی پیشنهادی او، در دو سطح خفیف و قوی، در دو قلمرو احکام شرعی مختلف فیه و احکام منطقة الفراغ، شناسایی شده است.

واژگان کلیدی: حکم شرعی، حکم منطقة الفراغ، سید محمدباقر صدر، قانونگذاری، نهاد سیاسی.

مقدمه

«قانونگذاری» از مفاهیم مهم علوم سیاسی و حقوق عمومی است. این واژه در فرهنگ غربی واژه‌ی بدیع و به عبارتی دقیق‌تر مدرن نیست و ادعا می‌شود در تمامی جوامع سیاسی و دولت‌ها در طول تاریخ به نحوی وجود داشته و موضوع بررسی فیلسوفان مختلف از یونان باستان تاکنون قرار گرفته است (Flores, 2005: 27)، ولی طبیعی است به دلایل مختلف از جمله تغییر در جهان‌بینی و پیچیدگی جوامع سیاسی در دنیای مدرن، در کنار مفاهیم دیگری مانند دموکراسی، حاکمیت قانون و تفکیک قوا مفهوم جدیدی یافته باشد. اهمیت آن در سال‌های اخیر بیشتر نیز شده است، به طوری که آن را مرکز و محور توجهات نظریه‌ی حقوقی کنونی دانسته‌اند (Wintgens, 2007: ix). اما در منابع اسلامی و علوم اسلامی از جمله فقه امامیه، دانش‌واژگانی چون «تشریع» وجود دارد که در بادی امر متناظر با این مفهوم به نظر می‌رسد؛ چه اینکه در عربی نیز از این واژه به عنوان برگردان واژه‌ی «Legislation» در انگلیسی و فرانسوی یا «قانونگذاری» در فارسی استفاده می‌شود (کورنو، ۱۴۱۸ق، ج ۱: ۴۷۶؛ نخلی، البعلبکی و مطر، ۲۰۰۲م: ۵۱۰؛ سیاح، ۱۳۸۰، ج ۱: ۹۵۴). با این حال، لازم است مفهوم قانونگذاری را در حقوق، به گستره‌ی دانش فقه امامیه به عنوان منبعی بومی عرضه کنیم و امکان شناسایی آن را در قالب مفاهیم و معانی آن بسنجیم. شناسایی دقیق این مفهوم در فقه امامیه از حیث عملی نیز به سبب تأسیس نظام دینی جمهوری اسلامی ایران مهم است؛ چه اینکه امروزه از این اصطلاح در اسناد حقوقی بسیار استفاده می‌شود، ولی مفهوم آن به عنوان کارویژه‌ای سیاسی و حقوقی در حکومتی اسلامی به صورت دقیق روشن نیست. بنابراین، لازم است این مفهوم از منظر فقه امامیه به عنوان آبشخور فکری و عملی این نظام سیاسی بررسی شود.

هرچند در تراث فقهی امامیه می‌توان مطالبی پراکنده‌ای در مورد آنچه فی‌الجمله قانونگذاری می‌نامیم یافت، ولی مباحث منسجم‌تر در این موضوع در آثار فقهای اخیر، یعنی بعد از مواجهه‌ی فرهنگی-تمدنی با غرب قابل دستیابی است. در این زمینه، شخصیت و آثار علمی شهید آیت‌الله سید محمدباقر صدر از لحاظ مختلف اهمیت دارد. بعد علمی شخصیتش را می‌توان از جمله در مرجعیت، اصالت فقهی، جامعیت علمی، آشنایی با علوم مدرن غربی، به خصوص حقوق اساسی^۱، توسعه و وارد کردن مباحث فقهی، به ویژه فقه سیاسی، به مباحث حقوقی و نهادسازی سیاسی، و تأثیر اندیشه‌هایش در تدوین قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران یافت (در تأیید این تأثیرپذیری، ن.ک: فضل‌ی، ۱۴۲۱ق: ۳۳۸؛ ملاط، ۱۹۹۸م: ۱۳۲). بعد سیاسی شخصیتش نیز به حمایت از امام خمینی (ره) در نهضت اسلامی و نظام جمهوری اسلامی، فعالیت حزبی و سیاسی، مبارزه با استبداد داخلی و استعمار خارجی و مانند آن بازمی‌گردد.

مجموعه‌ی این ویژگی‌ها محقق را در برابر فقهی بصیر به موضوعات جدید و آگاه به احکام قرار می‌دهد که بررسی آرائش ارزشمند است.

به‌رغم مطالب متنوعی که در مورد قانونگذاری در حقوق مطرح شده و برخی بیان شد، مسئله‌ی این پژوهش به‌عنوان اولین گام، عرضه‌ی حداقلی‌ترین معنای این مفهوم در حقوق عمومی، یعنی معنای صوری آن، به اندیشه‌های فقهی سید محمدباقر صدر و سنجش امکان وجود چنین کارکردی در نظرهای اوست. مسئله‌ی این مقاله برخاسته از دوگانگی بین فقه و حقوق عمومی و با هدف جلوگیری از خلط مفاهیم و معانی آن دو و تعیین دقیق مرزهای میان آن‌هاست. حل این مسئله از مصادره‌ی یکی به نفع دیگری جلوگیری می‌کند. همچنین، بازبینی عمیق آثار فقهی فقهی چون شهید صدر را در پی دارد و موجب آشنایی بیشتر و کشف زوایا و نکات دیده‌نشده‌ی آن‌ها می‌شود. علاوه‌بر این در فهم نقاط قوت و رفع عیوب و نواقص احتمالی نظری و عملی آن راهگشاست. اگرچه پژوهش‌های متعددی در زمینه‌ی قانونگذاری در آرای شهید صدر انجام گرفته،^۲ وجه امتیاز این پژوهش نسبت به پژوهش‌های مشابه با آن در این موضوع، رویکرد توأمان فقهی و حقوقی، به‌ویژه تحلیل آرای او از منظر حقوق اساسی است. بنابراین، این مقاله به‌دنبال پاسخ به این پرسش است که آیا مفهوم قانونگذاری در حقوق و علوم سیاسی، در معنای شکلی و حداقلی، در آرای فقهی شهید سید محمدباقر صدر وجود دارد و در صورت وجود، حدود و قلمروش چیست. به تعبیری دیگر، آیا کارکرد قانونگذاری که در علوم سیاسی و حقوق عمومی از آن بحث می‌شود، در اندیشه‌ی فقهی و حقوقی سید محمدباقر صدر قابل شناسایی است و در صورت امکان، مختصاتش چیست. به‌منظور مطالعه‌ی این امکان‌سنجی، با روش توصیفی-تحلیلی و با در نظر گرفتن دو لایه‌ی فقهی و حقوقی نظرهای او، ابتدا مباحث فقهی به‌عنوان مبنایی برای مباحث حقوقی با محوریت تفکیک بین دو دسته از احکام فقهی مطرح می‌شود. سپس، مباحث حقوقی‌اش به‌تفصیل با محوریت نهادسازی سیاسی-حقوقی در موضوع قانونگذاری بیان می‌شود. در نهایت، با بررسی این نظرهای فقهی و حقوقی، تحلیلی از آن به‌عمل می‌آید و به پرسش مقاله پاسخ داده خواهد شد.

۱. مبانی فقهی قانونگذاری

در این قسمت، به‌دنبال طرح آن دسته از مباحث فقهی شهید صدریم که در نگاه نخست به‌اجمال در موضوع قانونگذاری است. این مباحث، مبنایی برای مباحث حقوقی او در این زمینه است. به‌نظر می‌رسد، مطالبی که در خصوص یکی از تقسیمات احکام ارائه داده است، بیشترین ارتباط را با این موضوع دارد. این تقسیم برخلاف بسیاری دیگر از تقسیمات که به‌صورت دقیق

در کتاب‌های اصولی بیان می‌شود، نه تنها در کتاب‌های اصولی صدر، بلکه در آثار اصولی دیگر فقها و اصولیون نیز مطرح نشده است، ولی می‌توان پراکنده و در حاشیه‌ی بیان برخی مسائل، در آثار غیراصولی او مشاهده کرد. این تقسیم عبارت است از تقسیم احکام به احکام شرعی و احکامی که نامشان را احکام صادرشده در منطقه‌الفراغ می‌داند. او هر جا از احکام دسته‌ی دوم نام برده، آن را در مقابل احکام شرعی قرار داده و از طریق مقایسه‌ی آن دو، ویژگی‌هایی را برای هر یک بیان کرده است. مسئله‌ی مهم در این قسمت، ارائه‌ی شرحی منسجم درباره‌ی دوگانگی موجود بین این دو دسته احکام در آرای شهید صدر و احصای مجموعه‌ای از شباهت‌ها و تفاوت‌ها میان آن‌هاست تا به شناخت بیشترشان کمک کند. بنابراین، ابتدا به تعریف احکام شرع و سپس منطقه‌الفراغ می‌پردازیم و در نهایت، نسبت میان این دو را تبیین می‌کنیم.

۱-۱. احکام شرعی

شهید صدر در آثارش تعاریف و توضیحات متعددی از احکام شرعی ارائه داده و ویژگی‌هایی برای آن‌ها برشمرده است. او در کتاب‌های اصولی، «حکم شرعی» را با خطابات شرعی متفاوت دانسته است و می‌گوید: «حکم شرعی، تشریع صادرشده از سوی خدای متعال برای تنظیم زندگی انسان است و خطابات شرعی در کتاب و سنت، آشکارکننده و کاشف آن است و نه خود حکم شرعی (صدر، ۱۴۱۰ق: ۱۰۴ و ۱۴۲۱ق[الف]: ۶۳)». در جایی دیگر، «شریعت» را به همراه عقیده، جزئی از دین اسلام دانسته است و در تعریف آن می‌گوید: «مجموعه‌ی قوانین و مقرراتی است که رسول خدا (ص) برای تمام [ابعاد] زندگی انسانی اعم از فکری، روحی و اجتماعی در قالب‌های مختلف اقتصادی، سیاسی و غیر آن آورده (صدر، ۱۴۲۸ق[الف]: ۲۴۴)». و نیز «احکام شریعت اسلامی مقدس» را از زاویه‌ای دیگر، «احکام ثابتی» دانسته «که در شریعت با دلیلی از دلایل چهارگانه‌ی کتاب، سنت، اجماع و عقل بیان شده است. در این احکام هیچ تبدیل و تغییری جایز نیست، زیرا دارای ساخت معین و شامل برای همه‌ی شرایط و احوال است و چاره‌ای جز اجرای آن‌ها بدون تصرف نیست (صدر، ۱۴۲۸ق[الف]: ۲۶۳)».

آنچه او در بسیاری آثارش بیان کرده و از تعاریف و توضیحات یادشده به‌خصوص بیان اخیر او نیز مستفاد است، جامع و شامل بودن این احکام بر تمام جوانب، شرایط و احوال زندگی است. این مفاد را می‌توان در کتاب‌های اصولی او با پذیرش قاعده‌ی «نفی خلو» مشاهده کرد که آن را برگرفته از آیات و روایات دانسته و معتقد است هیچ واقعه‌ای خالی از حکم شرعی نیست (صدر، ۱۴۲۱ق[ب]: ۱۷۹).

این احکام از سوی خدا بر پیامبر (ص) نازل شده و او بنابر شأن نبوت و ابلاغ به بیان آنها پرداخته است (صدر، ۱۴۲۴ق: ۴۴۴). در دوره‌ی غیبت نیز بیان احکام شرع حق و تکلیف کسانی است که از نظر علمی به درجه‌ی اجتهاد و از حیث رفتار و صفات به درجه‌ی عدالت رسیده باشند. از این عمل مجتهد عادل به افتا تعبیر می‌شود. این امر ممکن است از طریق یک یا چند مجتهد عادل انجام شود که در فرض تعدد، دولت حق الزام مسلمانان به تبعیت از مجتهد واحدی ندارد (صدر، ۱۴۲۸ق[الف]: ۲۶۷).

دو مورد از چهار مأموریت دولت اسلامی را در مقابل احکام شرع، بیان و اجرای آنها دانسته است (صدر، ۱۴۲۸ق[الف]: ۲۵۶-۲۵۷). با این حال، نکته‌ی مهم آن است که بیان احکام یا افتا از شئون حاکمیت بر امت نبوده و داخل در صلاحیت دولت از حیث دولت بودن نیست (صدر، ۱۴۲۸ق[الف]: ۲۶۶).

او در کتاب‌های اصولی خود از احکام شرع تقسیم‌بندی‌های متعددی ارائه داده است (ن.ک: صدر، ۱۴۲۱ق[ج]: ۲۲-۲۷). تقسیمی که در این پژوهش ثمربخش است و می‌تواند مبنایی برای مباحث حقوقی او باشد، تقسیمی است که در برخی دیگر از آثار فقهی و اجتماعی او آمده که شامل احکام دارای وضوح فقهی که در آن از سوی مجتهدان یک فتوا بیشتر نیست و احکامی است که در آن فتواهای مختلفی در موضوعی واحد هست (صدر، ۱۴۰۳ق[الف]: ۱۰). هرچند این تقسیم بر مبنای اجماعی یا مختلف‌فیه بودن آرای فقیهان در حکم یک موضوع است و به‌ظاهر در فقه کاربردی نیست، در مباحث حقوقی او در زمینه قانونگذاری اثرگذار است.

۲-۱. احکام منطقة الفراغ

منطقة الفراغ عنوانی است که برای اشاره به قلمرو خاصی از هنجارهای دینی به‌کار می‌رود و به تبعیت از آن، احکام این حوزه نیز احکام منطقة الفراغ نامیده می‌شود. او از این احکام تعاریف مختلفی ارائه داده است. در برخی آثار، از آنها با عنوان «تعالیم» یا «قوانین» یاد کرده است و در تعریف آن می‌گوید: «قوانین متغیری است که با تغییر شرایط دولت تغییر می‌یابد و منشأ دگرگونی در آنها آن است که به‌صورت مستقیم و در قالب نصوص معین در شریعت نیامده و تنها در پرتو شرایط و احوالی که قابل تغییر و تبدیل است، از احکام شریعت استنباط می‌شود (صدر، ۱۴۲۸ق[الف]: ۲۶۳)».

احکام منطقة الفراغ با توجه به تغییرپذیری و در نتیجه موقتی بودن، برای پوشش جنبه‌های متغیر زندگی است (صدر، ۱۴۲۴ق: ۸۰۰). او نه‌تنها وضع آنها را جزء نیازمندی‌های دولت اسلامی می‌داند، بلکه صدور آنها را، برخلاف بیان احکام شرع، از امور حاکمیتی به‌حساب می‌آورد

(صدر، ۱۴۲۸ق[الف]: ۲۶۶). او تصمیم‌گیری در این حوزه را بنابر آیهی ۵۹ سورهی نساء از اختیارات ولی‌امر دانسته است (صدر، ۱۴۲۸ق[ب]: ۱۴۸). ولایت امر از نظر او متعلق به مجتهد مطلق و برخوردار از سایر شرایط شرعی است که دارای ولایت عامه است (صدر، ۱۴۰۳ق[هـ]: ۱۱۵-۱۱۴). وی از آیهی یادشده قلمرو منطقة الفراغ یا محدوده‌ی صدور احکام این حوزه توسط اولی‌الامر را نیز برداشت می‌کند. این قلمرو «شامل هر فعل مباح از نظر شرعی است. بنابراین، هر فعالیت و عملی که در آن نص تشریعی بر حرمت یا وجوب وارد نشده باشد، این اجازه به ولی‌امر داده می‌شود که به آن عمل، صفت ثانویه‌ای اعم از امر به آن یا نهی از آن بدهد (صدر، ۱۴۲۴ق: ۸۰۴)». بنابراین، قلمرو صدور این احکام مواردی است که حکم شرعی آن مباح (بالمعنی الاخص)، مکروه و مستحب است و ولی‌امر می‌تواند حکم الزامی دیگری در آن صادر کند.

با توجه به این تعاریف و ویژگی‌ها و مقایسه با تعاریفی که سایر فقها از مطلق حکم (در مقابل فتوا) داده‌اند و امروزه بیشتر به حکم حکومتی مشهور است،^۳ می‌توان احکام منطقة الفراغ را منطبق با این دسته از احکام دانست.

۳-۱. نسبت احکام شرعی و احکام منطقة الفراغ

مقایسه‌ی احکام شرع و منطقة الفراغ در دو سطح قابل بررسی است؛ سطح اول را بنابر وجه غالب آن‌ها شکلی و سطح دوم را مادی (محتوایی) می‌نامیم. در قسمت نخست، بیشتر ویژگی‌های ذکرشده برای این احکام، و نه همه‌ی آن‌ها، مرتبط با شکل و صورت آن‌هاست که از این منظر این دو حکم از جهات مختلف قسیم یکدیگرند. اما در سطح دوم، از حیث مادی با یکدیگر شباهت‌هایی دارند که بیان آن‌ها نیز در کنار این تفاوت‌ها برای دفع برخی شبهات مقدر لازم است.

۱-۳-۱. تفاوت‌های شکلی

شهید صدر در آثارش پراکنده تفاوت‌هایی میان این دو حکم برشمرده است. این تفاوت‌ها از جنبه‌های مختلف و با ملاک‌های گوناگونی مطرح شده است. برخی از آن‌ها از تعاریف ذکرشده در قسمت قبل قابل برداشت بود که برای سهولت در مقایسه، مجدداً به صورت منقح بیان می‌شود. این تفاوت‌ها بیشتر جنبه‌ی فقهی دارد، درحالی‌که تفکیک میان این دو در حقوق اساسی نیز تأثیراتی دارد و دوگانگی‌هایی را موجب می‌شود که باید آن‌ها را آثار ناشی از این تفاوت‌های فقهی دانست که در بیان مباحث حقوقی او توضیح داده می‌شود.

الف- احکام شرع در قالب فتوا بروز می‌یابد و احکام منطقة الفراغ در قالب حکم؛

ب- مرجع بیان احکام شرع در دوره‌ی غیبت عموم مجتهدان‌اند، درحالی‌که مرجع صدور احکام منطقة الفراغ ولی‌امر (ولی فقیه) است؛

ج- پیامبر (ص) و ائمه (ع) بیان احکام شرع را از باب مبلغ بودن انجام می‌دهند و فقیه نیز از همین باب چنین می‌کند، ولی وضع احکام منطقة الفراغ به شأن ولایت امر و حاکم بودنشان بازمی‌گردد؛ د- احکام شرعی بیان‌شده از سوی مجتهدان تنها برای مقلدانشان الزام‌آورست و اجبار در تبعیت از مجتهد خاص صحیح نیست،^۴ ولی احکام منطقة الفراغ برای عموم؛ ه- احکام شرعی از سوی مرجع آن (مجتهدان) «بیان» می‌شود، درحالی‌که احکام منطقة الفراغ از سوی مرجع آن «وضع» می‌گردد؛

و- اطاعت از احکام شرع اطاعت مستقیم از خدا و مستند به عبارت «أطيعوا الله» در آیهی ۵۷ سورهی نساء است، درحالی‌که اطاعت از احکام منطقة الفراغ اطاعت از ولی‌امرست و به «أطيعوا الرسول و أولى الأمر منكم» در همان آیه برمی‌گردد؛

ز- اگرچه هر دو نوع این احکام جزء نیازمندی‌ها و مستلزمات دولت اسلامی است، بیان احکام شرع امری غیرحاکمیتی، ولی وضع احکام منطقة الفراغ حاکمیتی است؛

ح- احکام شرع احکام ثابتی است و از این‌رو در مکتب اقتصادی شهید صدر و نظریه‌های ذیل آن،^۵ از آن به‌عنوان «عنصرهای ثابت» یا «عنصرهای ساکن» یاد شده، درحالی‌که احکام منطقة الفراغ احکام متغیرند و به همین سبب، از آن‌ها با عنوان «عنصرهای متحرک» تعبیر کرده که هر یک به‌عنوان ابزارهای اقتصاد اسلامی در این نظریه‌ها و مکتب ارائه‌شده از سوی او دارای کارکردی مجزاست^۶ (صدر، ۱۴۲۴ق: ۴۴۴)؛

ط- احکام شرع مرتبط با جنبه‌ی اصلی و ثابت نیازهای انسانی شامل ترکیب اعضا و قوای عمومی انسان، دستگاه تغذیه، تولیدمثل، امکانات مربوط به ادراک و احساس و دیگر اشتراکات انسانی است؛^۷ اما احکام منطقة الفراغ مرتبط با نیازهایی است که به‌تدریج در زندگی انسان داخل می‌شود و با تجربه‌های زندگی و افزایش پیشرفت او رشد می‌یابد (صدر، ۱۴۲۸ق[ج]: ۱۱۸-۱۲۲). ی- احکام شرع احکام جامعی است و همه‌ی وقایع را پوشش می‌دهد، لیکن قلمرو احکام منطقة الفراغ محدود به حوزه‌ای است که حکم الزام‌آور شرعی (واجب و حرام) ندارد و مباح بالمعنی‌الاعم است؛

ک- احکام منطقة الفراغ محدود به تنظیم روابط انسان با طبیعت است، که در طول زمان تغییر می‌کند، و نه روابط او با انسان‌های دیگر که تغییرپذیر نیست. در مقابل و مبتنی بر انگاره‌ی جامعیت احکام شرع، این احکام هر دو رابطه را در برمی‌گیرد (صدر، ۱۴۲۸ق[ب]: ۱۴۷)؛

ل- احکام شرع مبتنی بر مصلحت منصوص است و اجتهاد در آن جایز نیست، ولی احکام منطقة الفراغ مبتنی بر مصلحت اسلامی غیرمنصوص و نیازمند اجتهاد است که نتیجه‌ی اجتهاد نباید منافاتی با نصوص کلی شریعت داشته باشد^۸ (صدر، ۱۴۲۸ق[الف]: ۲۷۱).

۱-۳-۲. شباهت‌های مادی

تفاوت‌های ظاهری مطرح‌شده بین این دو حکم به معنای تفاوت مادی و محتوایی بین آن‌ها نیست. این تفاوت‌ها بدین معنا نیست که ولی امر حق دارد در پرتو این اختیار هر گونه حکمی را که صلاح دید در منطقه الفراغ صادر کند. برعکس، لازم است محتوای آن‌ها با احکام شرع دارای شباهت یا اشتراک باشند. اما کیفیت این شباهت مادی و اشتراک محتوایی با وجود تفاوت‌های یادشده بین آن‌ها ساده نیست و می‌بایست بدون کلی‌گویی در آرای او جست‌وجو شود.

او در موارد متعددی به صورت کلی به این نسبت مادی اشاره کرده است. برای مثال، آن‌ها را مستنبط از احکام شریعت در پرتو شرایط و احوال دگرگون‌پذیر معرفی کرده یا همان اقتضای احکام شرعی در شرایط و احوال خاص دانسته است (صدر، ۱۴۲۸ق [الف]: ۲۶۳-۲۶۴).

مباحث منحصر به فرد او در این زمینه با عنوان شاخص‌های کلی برای پوشش منطقه الفراغ مطرح شده است. هرچند او این شاخص‌ها را در مقام بیان مکتب اقتصاد اسلامی ارائه داده است، ولی خصوصیت خاصی در آن نیست، بلکه قابلیت تعمیم دارد و می‌توان آن‌ها را به عنوان سازوکاری برای صدور احکام منطقه الفراغ در نظر گرفت. مهم آن است که این شاخص‌ها را ریشه‌دار در عنصر ثابت (احکام شرع) می‌داند که بر مبنای آن، اصولی برای محدودسازی عناصر منعطف و متغیری که طبیعت هر دوره بدان نیاز دارد (احکام منطقه الفراغ)، فراهم می‌آید (صدر، ۱۴۰۳ق [ب]: ۳۹). این شاخص‌های مستخرج از احکام شرع، ابزاری است که ولی امر براساس آن مفاد احکام منطقه الفراغ را تعیین می‌کند. بنابراین، شاخص‌هایی مزبور بین این دو دسته احکام نقشی واسطه‌ای دارند.

شاخص‌های کلی یادشده از نظر او پنج مورد است. مورد اول سوگیری تشریع است که اهدافی است که از مجموعه‌ای از احکام منصوص در کتاب و سنت به دست می‌آید و شارع نسبت به تحقق آن‌ها اهتمام دارد و احکام منطقه الفراغ باید از آن‌ها حفاظت کند. شاخص دوم هدف منصوص برای حکم ثابت است که نشانه‌ای هدایتگر برای صدور احکام منطقه الفراغ است. سومین شاخص ارزش‌های اجتماعی است که اسلام بر آن‌ها تأکید دارد و نیز برخی مفاهیم در خصوص پدیده‌های اجتماعی است که اسلام آن‌ها را تفسیر کرده است. چهارمین شاخص رویکرد عناصر متحرک در زمان پیامبر (ص) و وصی او (ع) است. ایشان نیز در زمان حیاتشان از حیث حاکم بودن، چنین احکامی را با الهام از شاخص‌های کلی اسلام و روح اجتماعی و انسانی شریعت مقدس صادر کرده‌اند که دارای دلالت ثابتی است که می‌توان از آن، شاخصی اسلامی را تا جایی که مرتبط با طبیعت آن دوره‌ی خاص نباشد، استخراج کرد. آخرین

شاخص اهدافی است که برای ولی امر در قالب نصوص کلی و احکام شرعی معین شده و او را مکلف به تحقق آن یا تلاش در جهت آن کرده است (صدر، ۱۴۰۳ق[ب]: ۴۱-۵۰).
با اوصاف یادشده، این دو حکم از نظر محتوا با هم دارای اشتراک اند. این اشتراک به حدی است که دادن صفت شرعی به احکام منطقة الفراغ را جایز می داند و می گوید: «وصف قوانین و تعالیم [= احکام منطقة الفراغ] به احکام شرعی وصف صحیحی است، هرچند احکامی وابسته به شرایط اند؛ چراکه صفت شرعی و وجوب اجرا را شرعاً از احکام شرعی می گیرند که اقتضای آن ها را دارد (صدر، ۱۴۲۸ق[الف]: ۲۶۴)».

۲. مباحث حقوقی قانونگذاری

مباحث حقوقی او در زمینه ی قانونگذاری، چنانکه خودش نیز اشاره کرده، مربوط به شاخه ی حقوق اساسی از علم حقوق است (صدر، ۱۴۰۳ق[الف]: ۱۷) و شامل مطالبی در مورد نهادهای سیاسی که در نظام سیاسی مطلوب برای ایران پس از انقلاب اسلامی تعبیه کرده است، می شود. او بنابر قول خویش درصدد ارائه ی مدلی مبتنی بر شریعت در فقه اسلامی بوده است و این را می توان از عناوینی که برای این دست از مباحثش انتخاب کرده نیز دریافت.^۹ هرچند نهادسازی نظری در اندیشه ی او مربوط به پیش از انقلاب اسلامی است، اندیشه ی فقهی او پس از پیروزی انقلاب، وارد مرحله ی جدیدی از تکامل شده و با جدیت بیشتری به نهادسازی حقوقی-سیاسی بر مبنای آرای فقهیش روی آورده است.

مباحث او در این زمینه از یک سو، شامل تعیین اندام هایی برای آن نهادها در قالبی پیشنهادی برای نظام سیاسی بعد از انقلاب است و از سوی دیگر، تعیین صلاحیت ها و اختیاراتی برای هر یک از آن اندام ها است که زمینه را برای تحلیل کارکردیشان فراهم می کند. نگاهی گذرا به سیر تاریخی آثارش نشان می دهد اولاً اعتقاد جدی به نهادهای تعیین کننده عناصر شرع به خصوص اختیاراتی که شریعت مقدس تعیین کرده، داشته و ثانیاً نهادسازی را اولین بار در مورد صلاحیت های مرجعیت اسلامی که از آن با تعبیری چون مرجعیت رشد یافته یا مرجعیت صالح یاد می کند، بیان کرده است. این به دلیل اهمیت موضوعات مرتبط با مرجعیت در اندیشه ی اوست که موجب شده از زوایای مختلف به مطالعه ی آن بپردازد و نیز ریشه در اعتقادش به ولایت عامه ی فقیه دارد که دربردارنده ی همه ی اختیارات حکومتی است. طرح چنین نهادهایی در اندیشه اش براساس مبانی کلامی خاصی است که در آثارش مطرح کرده است. به صورت خلاصه، او بین برخی عناصر در اندیشه ی اسلامی از جمله خدا، شریعت و به خصوص مرجعیت و امت به نحو شایسته ای جمع کرده است. به اجمال، خدا را منبع همه ی

قوا و دارای ولایت، شریعت را منبع قانونگذاری، امت را صاحب حق خلافت کلی و مرجع را ادامه‌دهنده‌ی خط انبیا و اولیا و شاهد و ناظر بر امت دانسته است (صدر، ۱۴۰۳ق[الف]: ۹-۱۶ و ۱۴۰۳ق[د]: ۱۷۲). در این‌جا، تنها به تبیین نهادهای سیاسی و آن هم حاکمیتی پرداخته و از میان کارکردهای متعددشان، فقط بر بخشی که مرتبط با موضوع مقاله‌ی حاضر، یعنی قانونگذاری است، تمرکز می‌شود.

مباحث حقوقی شهید صدر در موضوع قانونگذاری، چنانکه در تحلیل نهادهای سیاسی^{۱۰} در حقوق اساسی رایج است، می‌تواند با دو رویکرد اندامی^{۱۱} و کارکردی^{۱۲} مطالعه شود. از منظر نخست، اندام‌ها معرفی و روابط ارگانیکشان مشخص می‌شود و از منظر دوم، صلاحیت‌هایشان یا با نگاهی پسینی، کارکرد مستقل هر کدام تعیین یا تبیین می‌شود. بدین‌ترتیب، در این‌جا، ابتدا نهادهایی که در موضوع قانونگذاری تأسیس کرده است، بیشتر، از جنبه‌ی ساختی و بافت ظاهری بیان می‌شود. سپس، صلاحیت‌هایشان در مورد آنچه می‌توان به‌اجمال قانونگذاری دانست، به‌صورت موشکافانه و دقیق‌تر و در نسبت با هر یک از احکام شرع و منطقه‌الفراغ بررسی خواهد شد.

۱-۲. نهادهای حقوقی سیاسی مرتبط با قانونگذاری از حیث اندامی

نظر به اهمیت موضوع مرجعیت در آرای شهید صدر و نیز صلاحیتی که برای آن نهاد در امور مربوط به قانونگذاری قائل می‌شود، بررسی اندامی نهادهای مرتبط با قانونگذاری را از آن آغاز می‌کنیم. او در سطحی از بحث، نگاهی اثباتی به نهاد مرجعیت داشته و از طریق تمهید نظری اندام‌های مختلف برای آن، صلاحیت‌های آن را بیش از پیش نهادینه کرده است. او با آگاهی از اقتضائات دوران کنونی و با اندام‌سازی‌های جدید برای مرجعیت، نهادینه کردن آن را در ادامه‌ی فرایند تاریخی حرکتش به اوج رسانده است تا کارآمدی آن ارتقا یابد. این اندام‌سازی را با بهره‌گیری از ادبیات او می‌توان توسعه‌ی عمودی و افقی نهاد مرجعیت دانست. توسعه‌ی عمودی از طریق دستگاه عملیاتی، برنامه‌ریزی و اجرایی انجام می‌گیرد که بر مبنای شایستگی و تخصص و تقسیم کار شکل می‌گیرد و پوشش‌دهنده‌ی تمامی فعالیت‌های مرجعیت است و در پرتو اهدافی که برای مرجعیت برشمرده، عمل می‌کند. دستگاه پیشنهادی او جای دستگاه سابق را که به‌صورت ارتجالی و از اشخاصی که شرایطی خاص، آن‌ها را برای رفع نیازهای آنی گرد هم آورده بود، می‌گیرد. این اشخاص در دستگاه سابق با ذهن جزئی‌نگر و بدون اهداف معین و واضح عمل می‌کردند. دستگاه جدید او شامل کمیته‌های مختلفی در زمینه‌های آموزشی، پژوهشی، نیروی انسانی، روابط عمومی، نظارتی و مالی است (صدر، ۱۴۲۸ق[د]: ۴۶۴-۴۶۵).

اما گسترش افقی مرجعیت، آن را همچون محوری قوی قرار می‌دهد که صلاحیت‌های تمامی نمایندگان و منتسبان به او در دنیا به او برمی‌گردد. این امر از نظر او، جایگزین وضعیت فعلی می‌شود که به‌رغم انتساب تقریباً همه‌ی علمای شیعه به مرجعیت، در بسیاری موارد، این انتساب، نظری و شکلی است و محوریت مطلوب مرجعیت را ایجاد نمی‌کند. این توسعه با در اختیار داشتن مجلسی برای مرجعیت، برای اعمال صلاحیت‌هایش، محقق می‌شود. مبنای تأسیس نظری این اندام، که می‌توان آن را به‌صورت مستقل یک نهاد دانست، شاید در این نظر او باشد که معتقد است هرچند شخص مرجع از سوی امام نیابت دارد، قالب اعمال این نیابت قائم به شخص در منابع دینی مشخص نشده، بلکه در پرتو اهداف و مصالح عمومی قابل تعیین است (صدر، ۱۴۲۸ق[د]: ۴۶۶). این مبنا را می‌توان حتی برای تأسیس دیگر نهادها و اندام‌های مدنظرش نیز صادق دانست؛ به این معنا که اصل صلاحیت‌ها در شرع بیان شده، ولی ساختار اعمال آن‌ها در هر دوره به‌حسب شرایط خاص آن دوره مشخص می‌شود.

مبنای مهم دیگرش در نهادینه کردن صلاحیت‌ها از طریق اندام‌سازی، این است که وجود چنین مجلسی عمل مرجع را از تأثیرپذیری و واکنش‌های احساسی سریع مصون می‌دارد و برعکس، به عمل او بُعد و امتداد واقعی بزرگی می‌بخشد. همچنین، موجب می‌شود همه‌ی نمایندگان مرجع به‌صورت تضامنی و همراه با مشارکت، مسئولیت‌های مرجعیت را از طریق آن مجلس انجام دهند. او مزایای این اسلوب را از مزایای اسلوب قبلی همچون سرعت تحرک، حفاظت اطلاعات و رخنه نکردن عناصر ناآگاه در سطح برنامه‌ریزی مرجعیت، بیشتر می‌داند. او مرجعیت اولی را مرجعیت فردی و شخصی و دیگری را مرجعیت عینی می‌نامد، زیرا معتقد است در چارچوب مرجعیت جدید، مرجعیت نه‌فقط یک شخص، بلکه یک شخص به‌همراه نمودی خارجی، یعنی همان مجلس و نیز دستگاهی است که به آن ضمیمه شده است. شخص مرجع است که می‌میرد، اما نمود آن ثابت است. این مجلس در منظومه‌ی نهادی او از نظر سازمانی به کمیته‌های یادشده منضم می‌شود (صدر، ۱۴۲۸ق[د]: ۴۶۶-۴۶۸). او اعضای این مجلس را که از سوی مرجعیت انتخاب می‌شوند، در پیش‌نویسی که در آستانه‌ی تدوین قانون اساسی ایران نوشته، تعیین کرده و شامل صدنفر از روحانیان فرهنگی، تعدادی علمای فاضل حوزه، تعدادی علمای فاضل وکیل و شماری از سخنرانان فاضل و نویسندگان و متفکران اسلامی دانسته است، به‌نحوی که تعداد مجتهدان کمتر از ده‌نفر نباشد (صدر، ۱۴۰۳ق[الف]: ۱۳). این مبنا همانی است که در علوم سیاسی و حقوق عمومی از ضرورت آن بحث می‌شود که همان خارج کردن قدرت قاهره، عام و بسیط سیاسی از حالت اولیه، مبتنی بر فرمان یک شخص و در نتیجه غیرشخصی شدن حکومت است که دست‌کم از طریق حاکمیت شکلی قانون^{۱۳} و نیز اشتقاق

قدرت سیاسی و تقسیم افقی آن به عملکردهای مختلف از جمله قانونگذاری (تفکیک قوا)^{۱۴} و نیز توزیع عمودی آن از طریق تفکیک صلاحیت‌ها و دادن هر جزء به اندامی خاص (تمرکززدایی)^{۱۵} صورت می‌گیرد.^{۱۶}

اما اندامی که از نظر رتبی بر مجلس یادشده تأخر دارد، ولی از نظر شروع فرایند قانونگذاری بر آن مقدم است، مجلسی است که از آن به‌عنوان «مجلس حل‌و‌عقد» یاد کرده است. این مجلس در مقایسه با دیگری، از نظر کارکردی نیز ارتباط بیشتری با قانونگذاری دارد. این ارتباط به‌حدی است که او اساساً اصطلاح قوهی قانونگذاری را تنها برای این مجلس به‌کار برده است. اعضای این مجلس برخلاف مجلس قبلی، به‌صورت مستقیم از سوی امت انتخاب می‌شوند (صدر، ۱۴۰۳ق[الف]: ۲۰).

بنابراین، اندام‌های مرتبط با نهادهای سیاسی حاکمیتی در آرای او سه مورد است؛ اندام نخست شامل مجموعه‌ای از کمیته‌هاست، که از سخنان او برمی‌آید، که اقدامات آنان منحصر در امور حاکمیتی نیست و از نظر تشکیلاتی به مرجعیت وابسته است. اندام دوم، مجلس نخست است که به کمیته‌های نامبرده منضم می‌شود، اما طریق این انضمام و نوع رابطه‌ی ارگانیک میان آن‌ها در نظرهایش به‌وضوح مشخص نیست. این نهاد نیز از نظر تشکیلاتی به نهاد مرجعیت وابسته است و از حیث جایگاه سیاسی شأنی فراقوه‌ای دارد. در نهایت ارگان سوم، مجلس حل‌و‌عقد است که هرچند با نهاد مرجعیت و اندام‌های آن رابطه‌ی ارگانیک دارد، ولی از نظر کارکردی، به‌نحوی که می‌آید، با صلاحیت‌های آن مرتبط نیست. این مجلس همان قوهی مقننه در اندیشه‌ی اوست که زیر نظر مجلس نخست فعالیت می‌کند، ولی می‌توان ادعا کرد که قانونگذاری بین دو اندام اخیر توزیع شده است که در قسمت بعد به‌تفصیل بیان می‌شود.

وجود این دو مجلس و دخالت هر دو در قانونگذاری، ذهن انسان را به سمت مقایسه‌ی این ترکیب نهادی با پارلمان‌های دورکنی در بعضی نظام‌های سیاسی می‌کشاند. باید توجه کرد که فارغ از توجه به کارکرد، این ساختار دورکنی و الگوی نهادی، چنانکه بیان شد، مبتنی بر مبانی کلامی خاصی است و با علل تاریخی و فلسفی وجود پارلمان دورکنی در نظام‌های دیگر متفاوت است. مجلس حل‌و‌عقد مجلسی است که از نظر جنبه‌های ساختی و بافت عضوی، مانند حضور نمایندگان منتخب، بروز و ظهور عنصر امت در اندیشه‌ی اوست، درحالی‌که مجلس دیگر از حیث چنین جنبه‌هایی، مانند انتصابی بودن نمایندگان، شرایط اعضا، یا جایگاه آن از حیث تفوق نسبت به مجلس دیگر، عینیت‌بخش عنصر مرجعیت در آرای اوست. این تفاوت، در کارکرد سیاسی این نهاد نیز مشاهده می‌شود که در ادامه می‌آید.

۲-۲. نهادهای حقوقی سیاسی مرتبط با قانونگذاری از حیث کارکردی

اگر رویکرد کارکردی را نیز بنابر دلایل پیش‌گفته از نهاد مرجعیت آغاز کنیم، لازم است سطح دیگری از نظرهای او در مورد مرجعیت را بیان کنیم. در این سطح، نگاهی تاریخی و توصیفی به این نهاد اجتماعی و سیاسی داشته و سیر تحولات آن را بیان و پیچیده‌تر شدن نهادی و کارکردیش را بررسی کرده است. او سیر تحول مرجعیت را به چهار مرحله تقسیم می‌کند؛ مرحله‌ی اول، مرحله‌ی ارتباط فردی و مستقیم مردم و مجتهدان در هر منطقه است که مردم از آنان استفتا کرده و ایشان فتوا می‌دادند که تا زمان علامه حلی ادامه داشته است. مرحله‌ی دوم با مجاهدت شهید اول آغاز می‌شود که مرجعیت برخوردار از دستگاهی شامل وکلا و علمایی در لبنان و سوریه بوده است که با مردم نقاط مختلف ارتباط داشتند و زکات و خمس را نیز دریافت می‌کرده‌اند. مرحله‌ی سوم، مرحله‌ی تمرکز و محوریت بخشیدن به مرجعیت است که به دست کاشف‌الغطا و علمای معاصرش انجام می‌گیرد که برخلاف مرحله‌ی قبل، کل عالم تشیع را پوشش می‌دهد. مرحله‌ی چهارم، مرحله‌ی رهبری مرجعیت در مقابله با استعمار کافر در دوران اخیر است (صدر، ۱۴۲۸ق[هـ]: ۴۳۳-۴۳۵). بدین ترتیب، سیر تطور کارکردی نهاد مرجعیت به‌خوبی مشاهده می‌شود. از تعاقب این مراحل، تأسیس و گسترش نهاد مرجعیت متناسب با شرایط محیطی برای توانایی بر انجام فعالیت‌های حاکمیتی مشهود است. می‌توان ادعا کرد نهادینه کردن مرجعیت در طول تاریخ، با توجه به نقاط عطفی که او در تحلیل تاریخی خود ارائه می‌دهد، نهادسازی سیاسی در راستای اعمال حاکمیت بوده است. از این رو می‌توان نظره‌ایش در مورد نهاد مرجعیت و تشکیلات و کارکردهای آن در عصر جدید، که در قسمت قبل بیان شد، در ادامه‌ی این سیر، مرحله‌ی پنجم از مراحل مرجعیت در نگاه او دانست. اما آنچه در این پژوهش پس از تبیین کلی کارکرد نهاد مرجعیت مهم است، کارکرد خاص این نهاد و دیگر نهادهای مطرح در آرای شهید صدر، به‌صورت دقیق، در موضوع قانونگذاری است.

در این‌جا، ابتدا نهاد حقوقی قانون اساسی که در آرای او به آن توجه شده و در موضوع قانونگذاری اهمیت دارد، بررسی و سپس، وظایف اندام‌های یادشده در قسمت قبل، تنها در حوزه‌ی قانونگذاری تبیین می‌شود. مبانی فقهی پیش‌گفته در تقسیم احکام به دو نوع حکم شرعی و منطقة‌الفراغ و تقسیم درونی احکام شرعی به دو نوع حکم شرعی اجماعی و اختلافی، به‌وضوح آثار خود را در آرای حقوقی او نشان می‌دهد.

هرچند فرض وجود اندام برای نهاد قانون اساسی ممکن نیست، ولی به‌عنوان اعتباری انسانی در نظام سیاسی جایگاه خاصی دارد و اقتضائات رفتاری ویژه‌ای را ایجاب می‌کند.

ظهور خارجی این نهاد در قالبی عینی، به‌خصوص با بازتعریفی که او از آن می‌دهد، منتفی است و در نهایت بخشی از آن می‌تواند مانند برخی حکومت‌ها در سندی مدون تجلی یابد. از این‌رو در این‌جا تنها کارکرد آن بررسی می‌شود. بازتعریف او از قانون اساسی در حکومتی اسلامی، به نحوی است که تأسیسی جدید در مقایسه با موارد مشابه آن قلمداد می‌شود. او فی‌الجمله احکام ثابت شرع را در حکومت اسلامی همان قانون اساسی آن دانسته و از احکام منطقه‌الفرغ با عنوان قوانین تعبیر کرده است (صدر، ۱۴۲۸ق[الف]: ۲۵۷) که می‌توان آن را متناظر با قوانین عادی و حتی سایر هنجارهای حقوقی مادون آن در ادبیات حقوقی رایج دانست. او از این طریق به نهادینه کردن این دو دسته احکام مبادرت کرده است؛ به‌نحوی که می‌توانند با تفاوت‌هایی کارویژه‌هایی که این دو نهاد در نظام‌های سیاسی دیگر دارند، داشته باشند.

او منبع قانونگذاری را در جمهوری اسلامی شریعت اسلامی می‌داند؛ بدین معنا که قانون اساسی در این نظام از شریعت اقتباس و در پرتو آن سایر قوانین وضع می‌شود. او گاهی تمامی احکام جاودانه‌ی شرعی را به‌صورت مطلق همان قانون اساسی اسلامی می‌داند (صدر، ۱۴۲۸ق[الف]: ۲۶۴)، ولی گاهی از تفکیکی که پیش از این بین دو دسته احکام شرعی اجماعی و اختلافی بیان شد، استفاده‌ی عملی می‌کند و بین آن‌ها تفاوت‌هایی قائل می‌شود که نیازمند تحلیل است. احکام شرعی ثابت دارای وضوح فقهی مطلق، به‌یقین به اندازه‌ی ارتباطشان با زندگی اجتماعی، جزئی از قانون اساسی مدنظر اوست؛ چه صریحاً در سند آن به‌صورت منصوص آمده یا نیامده باشد (صدر، ۱۴۰۳ق[الف]: ۱۰)؛ اما در مورد احکام شرعی اختلافی، چنین صراحتی در بیان او نیست، مگر با توسل به اطلاق کلام نخست او در این زمینه، آن‌ها را هم جزئی از قانون اساسی به‌حساب آوریم. بنابراین، احکام شرعی با دو قید اجماعی بودن و ارتباط با زندگی اجتماعی، بی‌شک جزئی از قانون اساسی نظام جمهوری اسلامی است و طبیعتاً همان کارکرد را نیز از خود بروز خواهد داد.

در تعیین وضعیت احکام شرعی مختلف‌فیه، بار دیگر قید اجتماعی بودن را مطرح کرده است. بنابراین، اگر این احکام مربوط به حوزه‌های سیاسی، اقتصادی، جهاد و مانند آن باشد، حاکم موظف است از میان اجتهادها و فتاوی صادرشده، یکی را برگزیند و ملاک عمل قرار دهد. این عمل حاکم، از جمله مصادیق رعایت شئون امت بوده و بر او واجب است (صدر، ۱۴۲۸ق[الف]: ۲۶۷). او در رساله‌ای که در آستانه‌ی تدوین قانون اساسی ۱۳۵۸ جمهوری اسلامی ایران نوشته، با ادبیات حقوقی‌تری این نظر را تبیین کرده است. او در این زمینه می‌گوید، در مواردی که بیش از یک فتوا از شریعت موجود است و گزینه‌های متعدد هم‌عرض حاصل از اجتهاد مشروع وجود دارد، همه‌ی آن‌ها از نظر قانونی معتبر است، ولی مجلس

حل و عقد که از سوی امت عمل می‌کند، در انتخاب یکی از اجتهادها در پرتو مصلحت عمومی وکالت دارد (صدر، ۱۴۰۳ق[الف]: ۱۰). با این توضیحات، اگر احکام شرعی اختلافی را نیز مبتنی بر برخی نظرهای او داخل در قانون اساسی فرض کنیم، باید به تغییرپذیریشان در مقایسه با احکام شرعی اجماعی و آثار آن توجه کنیم؛ چراکه مصلحت عمومی در زمان‌های مختلف متفاوت بوده و گاهی انتخاب بدیل دیگری را از بین فتاوی صادرشده در موضوعی خاص توسط مجلس حل و عقد لازم می‌سازد. با پذیرش این احکام در قلمرو قانون اساسی، برای تعیین کارکرد دقیق هر یک از دو حکم شرعی اجماعی و اختلافی، می‌توان از تفکیکی که بین دو دسته قوانین اساسی در حقوق اساسی به عمل می‌آید، استمداد جست. قوانین اساسی در یک دسته‌بندی، از حیث تشریفات حاکم بر تجدیدپذیری و بازنگری، به دو دسته سخت (انعطاف‌ناپذیر) و نرم (انعطاف‌پذیر) تقسیم می‌شوند (قاضی، ۱۳۸۳: ۱۰۹). بر این مبنا، قانون اساسی پیشنهادی او خاصیتی دوگانه خواهد یافت و بخشی از آن سخت و بخش دیگر نرم است؛ بدین‌صورت که احکام شرعی اجماعی به دلیل تغییرناپذیری، بلکه ابدی بودن و اساساً مطرح نبودن تشریفات برای تغییر، قانون اساسی سخت به حساب می‌آید؛ اما احکام شرعی اختلافی به دلیل قابلیت بازنگری، بدون هیچ‌گونه تشریفات خاص، بلکه با همان تشریفات مخصوص تغییر قوانین عادی، که در ادامه می‌آید، قانون اساسی نرم به شمار خواهد آمد. مهم‌ترین اثر ترتب کارکرد قانون اساسی بر احکام شرعی اختلافی، لزوم تعارض نداشتن قوانین عادی با آن‌هاست. در ادامه، تحلیل و توضیح بیشتری در این زمینه می‌آید.

در سطحی پایین‌تر، نوبت به احکام مربوط به منطقة الفراغ و تعیین تکلیف نهادهای سیاسی مطرح‌شده از سوی شهید صدر در خصوص آن‌ها می‌رسد. گفته شد او این احکام را «قوانین» نامیده و آن را در مقابل قانون اساسی قرار داده است که بر مرتب بودن کارکرد قانون عادی بر آن‌ها دلالت دارد. وظیفه‌ی مجلس حل و عقد در مورد احکام منطقة الفراغ، بخشی دیگر از صلاحیت آن را در موضوع قانونگذاری مشخص می‌کند. او در این زمینه معتقد است، در مواردی که از سوی شریعت موضع قاطعی اعم از حرام یا واجب وجود ندارد (احکام منطقة الفراغ)، این مجلس صلاحیت دارد که به نمایندگی از امت آنچه از قوانین که صحیح می‌داند، براساس مصالح عمومی و به شرط تعارض نداشتن با قانون اساسی وضع کند (صدر، ۱۴۰۳ق[الف]: ۲۰). چنانکه پیداست، در تبیین صلاحیت این مجلس در حوزه‌ی این احکام به لزوم متعارض نبودن آن‌ها با قانون اساسی تأکید کرده است. این محدودیت در سایه‌ی مباحث فقهی او در خصوص قلمرو احکام منطقة الفراغ قابل تحلیل است؛ به این معنا که این احکام باید ساحت احکام شرعی الزامی (واجب و حرام) را رعایت کنند و در حدود احکام غیرالزامی شرع (مستحب، مکروه و مباح

بالمعنی الاخص) باقی بمانند. احکام غیرالزامی شرع، اگرچه خود حکم شرعی اند، نمی توان آن ها را براساس نظر شهید صدر جزئی از قانون اساسی به حساب آورد؛ چراکه شرط ارتباط با امور اجتماعی (به معنای دقیق تر امور سیاسی) را ندارند. حوزه ی قانون حوزه ی بایدها و نبایدهای الزام آور یا به تعبیر فقهی برخی واجبات و محرمات است و همان طور که گزاره های اخلاقی صرف از این حوزه خارج است، احکام فقهی مستحب، مکروه و مباح نیز در آن جایی ندارد. هنجارهای حقوقی لازم الاجرا در عرصه ی اجتماع، یا از کاری نهی می کند یا به کاری فرمان می دهد. بنابراین، اگرچه احکام منطقه الفراغ در این حوزه با احکام غیرالزام آور شرعی تعارض پیدا می کند، تعارض با قانون اساسی به شمار نخواهد آمد. همچنین، باید گفت در همان احکام الزامی شرع مرتبط با امور اجتماعی نیز تفاوتی بین احکام شرعی اجماعی و اختلافی نیست و احکام منطقه الفراغ باید حدود هر دو را حفظ کنند، چراکه هر دو از حیث شرعی بودن با هم مشترک اند. این نیز مؤید دیگری بر شمول عنوان قانون اساسی بر هر دو دسته احکام شرعی اجماعی و اختلافی است.

نظریات او در مورد صلاحیت مجلس دوم در موضوع قانونگذاری چندان واضح نیست و به نظر با مجلس حل و عقد همپوشانی دارد. او صلاحیت این مجلس را در این زمینه دو مورد دانسته است: تعیین موضع قانونی برای شریعت اسلامی و تصمیم گیری در مورد قانونیت یافتن [پیش نویس] قوانینی که مجلس حل و عقد برای پر کردن منطقه الفراغ تعیین می کند (صدر، ۱۴۰۳ق[الف]: ۲۱). صلاحیت نخست به ظاهر مربوط به احکام شرعی اختلافی و دومی بنابر تصریح او درباره ی احکام منطقه الفراغ است. از این بیان او چنین برداشت می شود که تصمیم های مجلس حل و عقد در این دو حوزه، تنها پس از تأیید مجلس دوم، به عنوان نهاد وابسته به مرجعیت، اعتبار قانونی می یابد.

طبیعتاً فهم کارکرد این دو مجلس با توجه به مبانی کلامی پیش گفته کامل تر و عمیق تر خواهد شد. عمل مجلس حل و عقد، به عنوان قوه ی قانونگذاری، مستند به امت به عنوان صاحب حق خلافت است که ناشی از منبع قوای حقیقی، یعنی خداست. از سوی دیگر، مجلس دوم به عنوان بازوی اعمال حاکمیت فقیه، وظیفه ای نظارتی در قانونگذاری بر عهده دارد.^{۱۷} بدین ترتیب، دو مجلس یادشده مجرای برای تجلی این عناصر به صورت ملموس در عینیت روابط سیاسی و حقوقی جامعه اند. به عبارت دیگر، می بایست صلاحیت های حقوقی این دو مجلس را در پرتو اصل خلافت امت و شهادت و نظارت مرجعیت در عصر غیبت تفسیر کرد.

۳. در جست و جوی مفهوم قانونگذاری

در این قسمت، به دنبال تحلیل نظریات فقهی و حقوقی او در زمینه ی قانونگذاری هستیم تا

از درون آن، مفهوم سیاسی-حقوقی قانونگذاری را در صورت وجود کشف و به‌عنوان یک کارکرد در بین نهادهای تأسیسی او شناسایی و قلمرو آن را مشخص کنیم. لازمه‌ی این امر ابتدا ارائه‌ی تبیینی دقیق از مفهوم قانونگذاری در علوم سیاسی و حقوق عمومی است. این تبیین نه به‌صورت کامل و همه‌جانبه، بلکه تنها از زاویه‌ای که در پژوهش حاضر اثرگذار است و برای مقایسه و نمایاندن تمایزها زمینه‌سازی می‌کند، انجام می‌گیرد. در این‌جا، این مفهوم در ابتدایی‌ترین و حداقلی‌ترین سطح معنایی آن، که به شکل و صورت و نه ماهیت توجه دارد، بیان و در مرحله‌ی بعد، نظرهای فقهی و حقوقی شهید صدر عرضه و امکان وجودی آن سنجیده می‌شود.

۱-۳. مفهوم قانونگذاری در حقوق اساسی

در حقوق و فلسفه‌ی حقوق، بیشتر، از مفهوم قانون بحث می‌شود و قانونگذاری اغلب به‌تبع تعریف قانون شناخته می‌شود. هدف ما در این‌جا بررسی کامل معنای قانون و سپس قانونگذاری نیست، بلکه به فراخور نیاز این پژوهش، مستقیماً مفهوم قانونگذاری را به میان گذاشته و آن را تنها از جنبه‌ی فاعل و مرجع، یعنی قانونگذار، تبیین می‌کنیم. وجود این جنبه، شرط لازمی برای اطلاق عنوان قانونگذاری بر عملکردی خاص و به‌عبارتی، قدر متیقن معنای این مفهوم در فرهنگ سیاسی و حقوق اساسی است. اکتفا به این جنبه‌ی بیشتر شکلی قانونگذاری، به مسئله‌ی مقاله برمی‌گردد که به‌عنوان اولین گام، در پی بررسی امکان قائل شدن به چنین کارکردی، در مضیق‌ترین معنا، در نظرهای شهید صدر است.

در حقوق اساسی در بحث از کارکرد حکومت، از عمل قانونگذاری به‌صورت کلی و به‌عنوان کارویژه‌ای مشخص سخن به‌میان می‌آید. کارکرد حکومت همان بروز حاکمیت است که از سوی قدرت سیاسی یکپارچه بر کلیت جامعه‌ی سیاسی اعمال می‌شود و در جلوه‌های گوناگون تجلی می‌یابد. ارسطو، لاک و منتسکیو هر یک بر مبنایی کارکردهای سه‌گانه‌ای را برای حکومت تعریف کرده و از جمله قانونگذاری را نام برده‌اند. قانونگذاری، اجرا و قضا، سه کارکردی است که بی‌شک از امتیازهای قدرت سیاسی است و اساساً تنها حکومت است که می‌تواند آن را اعمال کند (Oliva, 2009: 32). این امر در جوامع سیاسی پیچیده‌ی امروزی، از طریق نهادهای سیاسی خاص که پس از نهادینه شدن قدرت و در راستای توزیع آن شکل گرفته‌اند، اعمال می‌شود. بنابراین، قانونگذاری تنها بر عملکردی قابل اطلاق است که از سوی قدرت سیاسی انجام می‌گیرد تا تضمینی بر اجرای آن باشد. بنابراین، قدر متیقن مفهوم قانونگذاری، هرچند در معنایی شکلی و صوری، صدور هنجار الزام‌آور از سوی حکومت است.

نکته‌ی دیگر درباره‌ی مفهوم قانونگذاری، به‌خصوص از حیث مرجع، آن است که به هر حال، قدرت سیاسی در همه‌ی اشکال خود چیزی غیر از عامل انسانی نیست. چه اینکه قانونگذار، فرد واحد، شورا، عموم مردم، نمایندگان آن‌ها در مجلس یا غیر این‌ها باشد، از نظر ماهیت انسان است. قانونگذار، منصرف از دیدگاهی که درباره‌ی هدف، منبع و مبنای قانون داریم، می‌بایست عاملی انسانی باشد. بنابراین، فارغ از اینکه منبع قانون را وحی، عقل یا طبیعت بدانیم، یا در مبنا و هدف قانون نظرهای گوناگونی داشته باشیم، به هر حال، منافاتی با انسان بودن مرجع قانونگذاری ندارد (راسخ، ۱۳۸۴: ۱۲۹-۱۳۲). به‌عنوان نتیجه می‌توان گفت قانونگذاری از نظر حقوقی عملی است که توسط قدرت سیاسی انجام گیرد که این قدرت، هرچند در اشکال و نهادهای مختلف حکمرانی کند، ولی به هر حال، به دست موجودی انسانی است.

۲-۳. امکان‌سنجی مفهوم و کارکرد قانونگذاری حقوقی در آرای شهید صدر

بر مبنای معنای حداقلی مفهوم قانونگذاری، به امکان‌سنجی آن در آرای شهید صدر می‌پردازیم و این کارکرد را در میان کارکردهایی که وی برای نهادهای تأسیسی خود در نظر گرفته بود، شناسایی می‌کنیم.

ابتدا صلاحیت مجلسین در قبال احکام شرعی اجماعی بیان شد. از نظر او چنین برداشت می‌شود که این دو مجلس نسبت به این احکام هیچ‌گونه نقشی جز رعایت و التزام ندارند. این احکام از منظر او هنجارهایی حقوقی‌اند که در رأس سلسله‌مراتب دیگر هنجارها در نظام جمهوری اسلامی قرار دارند و تغییرناپذیرند. به همین دلیل، مسامحتاً به آن‌ها قانون اساسی سخت گفته شد، چراکه قوانین اساسی سخت امکان اصلاح دارند، ولی بازنگری در آن‌ها نیازمند تشریفات ویژه‌ای است، درحالی‌که تجدیدنظر در مورد این احکام، اساساً معنی ندارد. این احکام، چه در سندی مدون منعکس شوند یا نشوند، به هر حال، کارکرد قانون اساسی دارند. در مورد ویژگی‌های احکام شرعی، چه اجماعی و چه اختلافی، مطالبی بیان شد؛ از جمله اینکه مرجع واقعی آن‌ها خداست و مستقیماً منتسب به اویند. بنابراین، در مورد احکام شرعی اجماعی به‌عنوان بخشی از این احکام، هیچ‌گونه عملکردی از سوی نهادهای مدنظر او در لازم‌الاجرا کردنشان انجام نمی‌گیرد، تا بخواهیم قانونگذاری بودن یا نبودن آن را بسنجیم. این احکام از سوی خدا بر رسولش (ص) در برهه‌ی خاصی از تاریخ نازل شده و ابدی است، ولی این فرایند ارتباطی با قانونگذاری مصطلح نداشته، بلکه همانی است که از آن به «تشریع» یاد می‌شود. عملی هم که فقیهان در خصوص این احکام انجام می‌دهند، غیر از قانونگذاری

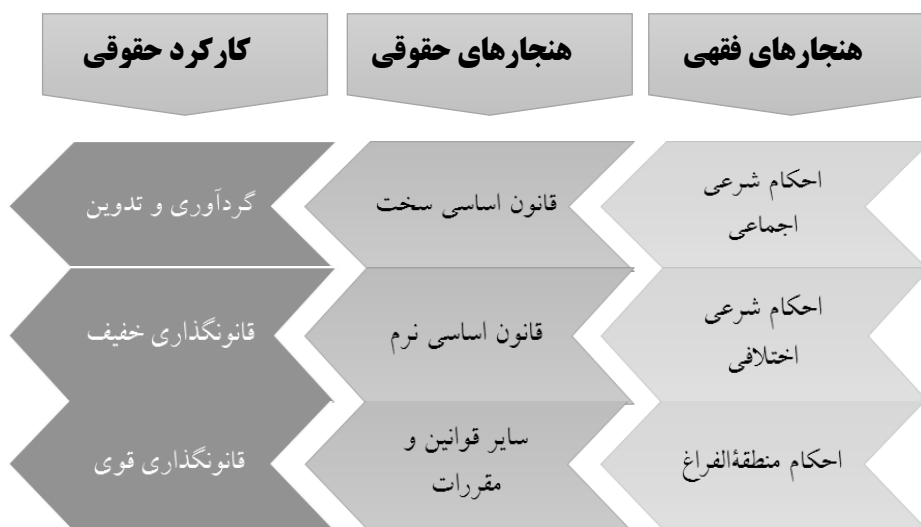
است؛ چراکه هرچند عاملی انسانی در آن دخیل است، ولی اولاً تنها نقش واسطه‌گری و اخبار دارد و نمی‌توان آن را مرجع مستقل دانست و ثانیاً این عامل لزوماً از قدرت سیاسی برخوردار نیست، بلکه عموم فقیهان می‌توانند در قالب فتوا به بیان این احکام بپردازند. از همین‌روست که شهید صدر هرچند این عمل را از نیازمندی‌های حکومت اسلامی دانسته، ولی به‌درستی از امور حاکمیتی خارج و در مورد آن از تعبیر «بیان» و نه «وضع» استفاده کرده بود. بنابراین باید گفت، بخشی از قانون اساسی مدنظر او موضوعه نیست، بلکه هنجارهای ثابتی است که در نهایت می‌تواند از طریق ارگان‌های یادشده به‌صورت مدون گردآوری و تدوین، و نه وضع، شود.

اما در مورد احکام شرعی اختلافی، نقش این دو مجلس کمی پررنگ‌تر است. گفته شد، مجلس حل‌و‌عقد در چنین مواردی صلاحیت انتخاب یکی از فتوای‌های بدیل صادرشده از سوی فقیهان را مبتنی بر مصلحت عمومی دارد. هرچند این احکام نیز احکامی شرعی است و به هر حال، مرجع واقعی آن خداست و فقیهان نیز تنها از آن اخبار می‌کنند، ولی نقش دو مجلس در خصوص آن‌ها قابل چشم‌پوشی نیست. زیرا این دو مجلس دو نهاد سیاسی برخوردار از قدرت سیاسی بوده و در این زمینه در مقام اعمال حاکمیت‌اند و همچنین، در هر دو، عامل انسانی تصمیم‌گیرنده است؛ بنابراین، می‌توان کارکرد آن را نسبت به این احکام از نظر سیاسی و حقوقی قانونگذاری دانست. این دو مجلس‌اند که مبتنی بر مصلحت عمومی، فتوای خاصی را از بین چند فتوای محدود به‌عنوان هنجار مصوب انتخاب می‌کنند و با تصمیم آن‌هاست که یکی از آن‌ها قانونی و برای عموم الزام‌آور می‌شود. طبیعی است که به مرحله‌ی پیش از تصویب مجلسین، یعنی استنباط این احکام از سوی فقیهان، به دلایلی که ذکر شد، نمی‌توان قانونگذاری اطلاق کرد. چنانکه تحلیل شد، این احکام را نیز می‌توان به‌دلیل کارکردی که در نظام سیاسی از حیث برتری بر قوانین عادی دارند، بخش دیگری از قانون اساسی دانست؛ هرچند تشریفات بازنگری در آن با قوانین عادی تفاوتی ندارد.

در مورد احکام منطقة الفراغ نیز به صلاحیت مجلسین اشاره شد. اگر در مورد احکام شرعی اختلافی، این شبهه بود که مرجع حقیقی آن خداست یا اینکه فقیهان بی‌بهره از قدرت سیاسی در استنباط و ابلاغ آن نقش دارند، در مورد این احکام این شبهات به‌کلی منتفی است؛ چراکه همان‌طور که از منظر شهید صدر گفته شد، این احکام مستقیم منتسب به ولی‌ام‌رند که برخوردار از قدرت سیاسی است و نه به خدا. بنابراین، در مورد این احکام به‌وضوح و بی‌شک قدرت سیاسی و عامل انسانی نقش تعیین‌کننده دارد و با فرمان اوست که آن‌ها جعل و وضع می‌شوند؛ به‌نحوی که تا پیش از آن، چنین هنجاری وجود نداشته و الزام به آن بی‌معنا بوده است. به بیان

دیگر، وظیفه‌ی مجلسین نسبت به این احکام انشای حکم است و نه اخبار آن و هنجارهای آن تأسیسی است و نه تبیینی و کشفی. بنابراین، بی‌تردید می‌توان آن را از منظر سیاسی و حقوقی قانونگذاری نامید.

در پایان باید گفت قانونگذاری تنها در مورد احکام شرعی اختلافی به‌عنوان بخشی از قانون اساسی و نیز آنچه به‌صراحت از آن به قوانین (احکام منطقه‌الفراغ) تعبیر کرده بود، ممکن است. اندام‌های حکومتی در مقابل احکام شرعی اجماعی به‌عنوان بخشی دیگر از قانون اساسی، صرفاً «قانونگذار»ند و نه «قانونگذار» و می‌بایست بی‌هیچ تصرفی آن‌ها را اجرا کنند. در مقابل، مجلسین مدنظر او در مورد احکام شرعی اختلافی و احکام منطقه‌الفراغ، به معنای حقیقی «قانونگذار»ند. مفهوم قانونگذار اساسی در مورد احکام شرعی اجماعی امری بی‌مفهوم و بی‌معناست، ولی در مورد دسته‌ی دوم، همان دو مجلس بوده که با قانونگذار عادی یکسان است. می‌توان وظیفه‌ی مجلسین را در قبال احکام شرعی اختلافی به‌دلیل محدودیت در تعیین مفاد هنجارها قانونگذاری ضعیف و اعمال حاکمیت آن‌ها را در قبال احکام منطقه‌الفراغ، با وجود محدودیت در تعیین مفاد آن، به‌سبب وجود آزادی عمل بیشتر، قانونگذاری قوی نامید.



طرح ۱

نتیجه‌گیری

نتایج این مقاله به شرح زیر است:

- ۱- تقسیم احکام فقهی به احکام شرعی و منطقة‌الفراغ، مرتبط‌ترین تقسیم‌بندی از احکام در موضوع قانونگذاری است که سید محمدباقر صدر با ملاک‌های مختلف، در گوشه و کنار آثار خود، آن دو را قسیم یکدیگر دانسته است. احکام شرعی نیز خود به دو دسته‌ی اجماعی و اختلافی تقسیم می‌شود.
- ۲- اگرچه این دو دسته حکم از نظر شکلی تفاوت‌های بسیاری دارند، از نظر مادی و محتوایی، براساس «شاخص‌های کلی» به هم پیوند می‌خورند.
- ۳- براساس این تقسیم فقهی، نهادهای حقوقی مرتبط با قانونگذاری از نظر اندامی و کارکردی در قالب مجلس مرجعیت و مجلس حل‌و‌عقد شکل یافته‌اند.
- ۴- او احکام شرعی مرتبط به زندگی اجتماعی را مطلقاً قانون اساسی دانسته است. می‌توان احکام شرعی اجماعی را قانون اساسی سخت و احکام شرعی اختلافی را که با گزینش مجلس حل‌و‌عقد و تأیید مجلس مرجعیت لازم‌الاجرا می‌شوند، قانون اساسی نرم دانست.
- ۵- قانونگذاری در معنای حقوقی، که با دو ملاک قدرت سیاسی و عامل انسانی از غیر آن متمایز می‌شود، در مورد احکام شرعی اجماعی بی‌معناست. عمل مجلسین در خصوص احکام شرعی اختلافی، به دلیل محدود بودن صلاحیت تخییری آنها، قانونگذاری ضعیف و عمل آنها درباره‌ی احکام منطقة‌الفراغ، به دلیل گسترده‌تر بودن صلاحیت، قانونگذاری قوی است.

یادداشت‌ها

۱. برای اثبات توجه آگاهانه‌ی او به این رشته، ن.ک: صدر، ۱۴۰۳ق [الف]: ۱۷.
۲. برای مشاهده‌ی توصیفی غالباً فقهی از نظرهای شهید صدر، ن.ک: امینی‌پزوه، اسماعیلی، ۱۳۹۲.
۳. برای دیدن مجموعه‌ای از این ویژگی‌ها در آثار برخی فقیهان معاصر، ن.ک: امینی‌پزوه، ۱۳۹۳: ۱۴-۱۳.
۴. در مطالب دقیق‌تر و حقوقی‌تری که در اواخر عمر خود نگاشته، احکام شرعی دارای ماهیت اجتماعی را که در آن فتوای فقهی متعددی وجود دارد، از این اصل مستثنا کرده است.
۵. او «مکتب» را شامل مجموعه‌ای از نظریه‌ها و هر «نظریه» را شامل مجموعه‌ای «احکام» می‌دیده است (برای نمونه، ن.ک: صدر، ۱۴۲۹ق: ۱۴۸).
۶. او در جایی دیگر عناصر متحرک را به دو بخش تقسیم کرده است. بخشی احکام منطقه‌الفراغ و بخشی عناصر متحرک زمانی است. عناصر اخیر مانند عناصر قبل مربوط به رابطه‌ی انسان با طبیعت است که مبنای آن‌ها و تصمیم‌گیری در موردشان به بحث علمی و علوم موضوعی واگذار شده است (صدر، ۱۴۰۳ق [ج]: ۷۰).
۷. حتی این احکام هم به‌رغم ثبات، در درون خود سازوکاری جهت انعطاف در روش رفع آن نیازها با توجه به شرایط و اقتضائات مختلف دارد و از این حیث به دو دسته تقسیم می‌شود. برخی به‌صورت کلی بیان شده است و تصمیم‌گیری در بسیاری از حوزه‌ها را به ولی‌امر واگذار کرده تا مطابق با اجتهادش و با توجه به شرایط و اقتضائات عمل کند و بعضی به‌صورت تفصیلی و با تعیین روش‌های مشخص برای رفع آن نیازها بیان و فاقد انعطاف لازم در شرایط جدید است که در چنین مواردی با دسته‌ی دیگری از احکام شرعی ثابت مانند قاعده‌ی لاضرر جایگزین می‌شود (صدر، ۱۴۲۸ق [ج]: ۱۲۰).
۸. این نظر شهید صدر قطعاً با نظر اهل سنت در این زمینه که قائل به حوزه‌ی لانیص‌فیه بوده و اجتهاد را با تعریف خاص خود در آن حوزه می‌دانند، متفاوت است. در غیر این صورت، با بسیاری دیگر از نظرهای او از جمله بحث جامعیت شریعت در تنافی است. به‌نظر، منظور او از منصوص نبودن، نبود وجود نص جزئی است، نه اینکه آن مصالح حتی در نصوص کلی هم نباشد و تشخیص آن‌ها یکسره با ولی‌امر باشد.
۹. برای نمونه، ن.ک: مقاله‌ی حقوقی او با عنوان «لمحة فقهية تمهيدية عن مشروع دستور الجمهورية الاسلامية».

10. Political Institution.
11. Organic.
12. Functional
13. Formal Rule of Law.
14. Separation of Powers.
15. Decentralization.

۱۶. برای مشاهده‌ی مجموعه‌ای از برترین مقالات در این زمینه، ن.ک: Bellamy, 2017.

۱۷. این دو مجلس براساس مبانی فقهی دیگری چون قاعده‌ی شورا، ولایت فقیه یا ایده‌ی اهل حل و عقد که در زندگی اجتماعی مسلمانان اجرا شده نیز قابل تحلیل است که به سبب تشتت و تغییراتی که در آرای او در موضوع مشورت و ولایت فقیه ایجاد شده و نیز خارج بودن از مسئله‌ی این مقاله، از بیان آن خودداری می‌شود.

منابع

الف) فارسی و عربی

۱. امینی پزوه، حسین و محسن اسماعیلی (۱۳۹۰)، «منطقة الفراغ به مثابه ی نظریه ی قانونگذاری»، دانش حقوق عمومی، ش ۵، صص ۱-۲۰.
۲. امینی پزوه، حسین (۱۳۹۳)، در جستجوی نظریه ی قانونگذاری در آثار برخی از فقهای معاصر امامیه، گزارش پژوهشی پژوهشکده ی شورای نگهبان، شماره ی مسلسل ۱۳۹۳۰۰۷۵.
۳. راسخ، محمد (۱۳۸۴)، بنیاد نظری اصلاح نظام قانونگذاری، تهران: مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی، چ اول.
۴. سیدرضی، محمدبن حسین (۱۴۱۴ق)، نهج البلاغه، قم: هجرت، چ اول.
۵. صدر، سید محمدباقر (۱۴۰۳ق[الف])، «لمحة فقهية تمهيدية في مشروع دستور الجمهورية الإسلامية في إيران»، الاسلام يقود الحياة، تهران: وزارة الارشاد الإسلامي، چ دوم، صص ۱-۲۰.
۶. ----- (۱۴۰۳ق[ب])، «صورة عن اقتصاد المجتمع الإسلامي»، الاسلام يقود الحياة، تهران: وزارة الارشاد الإسلامي، چ دوم، صص ۲۰-۵۴.
۷. ----- (۱۴۰۳ق[ج])، «خطوط تفصيلية عن اقتصاد المجتمع الإسلامية»، الاسلام يقود الحياة، تهران: وزارة الارشاد الإسلامي، چ دوم، صص ۵۵-۹۰.
۸. ----- (۱۴۰۳ق[د])، «خلافة الانسان و شهادة الانبياء»، الاسلام يقود الحياة، تهران: وزارة الارشاد الإسلامي، چ دوم، صص ۱۲۹-۱۷۲.
۹. ----- (۱۴۰۳ق[هـ])، الفتاوى الواضحة وفقاً لمذهب أهل البيت عليهم السلام، بيروت: دارالتعارف للمطبوعات، چ هشتم.
۱۰. ----- (۱۴۱۰ق)، دروس تمهيدية فى علم الاصول، معالم الاصول الجديدة، بيروت: دارالتعارف للمطبوعات.
۱۱. ----- (۱۴۲۱ق[الف])، دروس فى علم الأصول (الحلقة الاولى)، قم: مركز الابحاث و الدراسات التخصصية للشهيد الصدر، چ اول.
۱۲. ----- (۱۴۲۱ق[ب])، دروس فى علم الأصول (الحلقة الثانية)، قم: مركز الابحاث و الدراسات التخصصية للشهيد الصدر، چ اول.

۱۳. ----- (۱۴۲۱ق[ج])، دروس فی علم الأصول (الحلقة الثالثة)، قم: مرکز الابحاث و الدراسات التخصصية للشهيد الصدر، چ اول.
۱۴. ----- (۱۴۲۴ق)، اقتصادنا، قم: مرکز الابحاث و الدراسات التخصصية للشهيد الصدر، چ اول.
۱۵. ----- (۱۴۲۸ق[الف])، «الأسس الإسلامية»، ومضات، مجموعة من مقالات و محاضرات و وثائق، قم: مرکز الابحاث و الدراسات التخصصية للشهيد الصدر، چ اول، صص ۲۴۳-۲۷۸.
۱۶. ----- (۱۴۲۸ق[ب])، «دور الدولة في الاقتصاد الإسلامي»، ومضات، مجموعة من مقالات و محاضرات و وثائق، قم: مرکز الابحاث و الدراسات التخصصية للشهيد الصدر، چ اول، صص ۱۴۵-۱۶۰.
۱۷. ----- (۱۴۲۸ق[ج])، «خصائص النظام الاسلامي»، ومضات، مجموعة من مقالات و محاضرات و وثائق، قم: مرکز الابحاث و الدراسات التخصصية للشهيد الصدر، چ اول، صص ۱۰۵-۱۲۲.
۱۸. ----- (۱۴۲۸ق[د])، «أطروحة المرجعية الصالحة»، ومضات، مجموعة من مقالات و محاضرات و وثائق، قم: مرکز الابحاث و الدراسات التخصصية للشهيد الصدر، چ اول، صص ۴۶۱-۴۷۱.
۱۹. ----- (۱۴۲۸ق[هـ])، «محاضرات حول المحنة»، ومضات، مجموعة من مقالات و محاضرات و وثائق، قم: مرکز الابحاث و الدراسات التخصصية للشهيد الصدر، چ اول، صص ۴۱۷-۴۶۰.
۲۰. ----- (۱۴۲۹ق)، «ماذا تعرف عن الاقتصاد الاسلامي؟»، المدرسة الاسلامية، قم: مرکز الابحاث و الدراسات التخصصية للشهيد الصدر، چ اول، صص ۱۱۱-۱۵۶.
۲۱. فضلی، عبدالهادی (۱۴۲۱ق)، «الاسس الاسلامية للدستور الاسلامی عرض و بیان لما وضعه الشهيد الصدر من اصول للدستور الاسلامی»، منهاج، بیروت: مرکز الغدير للدراسات الاسلامية، ش ۱۷، صص ۳۱۱-۳۴۰.
۲۲. قاضی شریعت پناهی، ابوالفضل (۱۳۸۳)، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، تهران: میزان، چ دوازدهم.

۲۳. کورنو، جیرار (۱۴۱۸ق)، معجم المصطلحات القانونية، ترجمه منصور القاضي، بيروت: مجد، چ اول، ج ۱.
۲۴. کلینی، محمد بن اسحاق (۱۴۰۷ق)، الکافی، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چ چهارم، ج ۱.
۲۵. معلوف، لويس (۱۳۸۰)، فرهنگ بزرگ جامع نوین (عربی به فارسی)، ترجمه ی احمد سیاح، تهران: اسلام، چ سوم، ج ۱.
۲۶. ملاط، شبلی (۱۹۹۸م)، تجدید الفقه الاسلامی، محمد باقر الصدر بین النجف و شیعة العالم، ترجمه غسان غصن، بيروت: دارالنهار، چ اول.
۲۷. موريس، نخلة؛ البعلبکی، روى و مطر، صلاح (۲۰۰۲م)، القاموس القانونى الثلاثى، قاموس قانونى موسوعة شامل و مفصل، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، چ اول.

(ب) لاتین

1. Bellamy, Richard (2017), **The Rule of Law and the Separation of Powers**, ed. Richard Bellamy, Taylor & Francis
2. Flores, Imer.B (2005), 'The Quest for Legisprudence: Constitutionalism v. Legalism' In **The Theory and Practice of Legalization: Essays on Legisprudence**, ed. L.J.Wintgens, Aldershot: Asghate Publishing.
3. Oliva, Éric (2009), **Droit Constitutionnel**, Paris: Dalloz, 6ème édition.
4. Wintgens, Luc J (2007), 'Introduction' in **Legislation in Context: Essays in Legisprudence (Applied legal philosophy)**, England: Ashgate Publishing.

رهیافت مؤلف‌گرا در تفسیر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

سجاد افشار^{*}

۱. دکتری حقوق عمومی دانشگاه تهران، تهران، ایران

پذیرش: ۱۳۹۷/۶/۲۰

دریافت: ۱۳۹۷/۴/۱۱

چکیده

در تعیین معنای متون - از جمله متون حقوقی و قانون اساسی - سه رویکرد مؤلف‌گرا، متن‌گرا و مفسرگرا قابل شناسایی‌اند. در این میان، مؤلف‌گرایی دیدگاهی است که قرن‌ها در اغلب نظام‌های حقوقی، نظریه‌ی مسلط تفسیری بوده و همچنان نیز در بسیاری از نظام‌های حقوقی - مانند ایران و آمریکا - کم‌وبیش مورد توجه است. معنای قانون اساسی در نظریه‌ی مؤلف‌گرا از مقاصد و منویات قانونگذار برمی‌خیزد. این نظریه در اصول فقه شیعه و همین‌طور نگاه اعضای شورای نگهبان به عنوان نظریه‌ی صحیح و رسمی تفسیر پذیرفته شده است. شاخه‌های گوناگونی چون قصدگرایی، غایت‌گرایی و تسلیم‌گرایی همه در اعتبار دادن به مقصود مؤلف مشترک‌اند و در مقام ارزیابی، کم‌وبیش نقاط مثبت و منفی این نظریه را دارند. پژوهش حاضر با بررسی شماری از منابع حقوق اساسی و نظریه‌های اندیشمندان علم اصول و فلسفه‌ی حقوق در پی معرفی دیدگاه تفسیری مؤلف‌گرا در تفسیر قانون اساسی با بیان گوشه‌ای از تاریخچه، ماهیت و اقسام آن و تأثیری است که بر نظام حقوقی کشور گذاشته است. ارزیابی این مقدمات، ایرادات جدی زبانی و غیرزبانی نظریه‌ی مؤلف‌محور را روشن می‌سازد.

واژگان کلیدی: تفسیر قانون اساسی، شورای نگهبان، قصدگرایی، غایت‌گرایی، مؤلف‌گرایی، نظریه‌ی رسمی تفسیر.

مقدمه

پژوهشگران، عرصه‌ی تفسیر متن را از زوایای گوناگونی تقسیم و مطالعه کرده‌اند. زمانی به اعتبار موضوع، تفسیر متون ادبی، الهیاتی، حقوقی، هنری و... مورد توجه قرار گرفته‌اند؛ گاه به اعتبار زمان طرح و دیدگاه‌های فلسفی رایج از تفسیر پیشامدرن، مدرن و پسامدرن سخن گفته شده است؛ گاه به نظریه‌های تفسیری توصیفی و دستوری اشاره شده است؛ گاهی حسب علمی یا فلسفی بودن مبنای ارائه‌ی نظریات، تقسیم‌بندی صورت گرفته است؛ در مواردی با نگاه معرفت‌شناختی از تفاسیر ذات‌گرا و غیرذات‌گرا سخن گفته شده یا نظریه‌های تفسیری به مؤلف‌محور، متن‌محور و مفسر‌محور تقسیم شده‌اند. ریشه‌ی تقسیم آخر به مباحث فلسفی‌ای بازمی‌گردد که از نیمه‌ی قرن بیستم در دو جریان فلسفه‌ی قاره‌ای و تحلیلی مطرح شده است. مهم‌ترین بحث در این خصوص آن است که «معنا»^۱ی متن چیست و چگونه می‌توان آن را یافت؟ به همین ترتیب، پرسش‌های دیگری مطرح می‌شوند، از جمله آنکه آیا معنا امری عینی و بیرونی است یا به عالم ذهن تعلق دارد؟ اگر ذهنی است، تابع ذهن نویسنده‌ی متن است یا خواننده‌ی آن؟ بین‌الذهانی است یا در ذهن هر فرد، امری مستقل است؟ تابع قصد مؤلف / گوینده است یا موجودی مستقل در متن است یا از پیش‌دانسته‌ها و ارزش‌های مفسر / شنونده تبعیت می‌کند؟ تغییرپذیر است یا ثابت؟ بدیهی است که هر یک از سه رهیافت عمده‌ی مؤلف‌گرا، متن‌گرا و مفسر‌گرا پاسخ‌های متفاوتی به این پرسش‌ها دارند؛ اولی اصالت را به منویات و مقاصد مؤلف متن می‌دهد، دومی الفاظ متن را دارای اعتبار می‌داند و سومی، معنای متن را تابعی از پیش‌دانسته‌ها و ارزش‌های ذهنی مفسر عنوان می‌کند.

هنگامی که از ابعاد فلسفی مقوله‌ی تفسیر سخن گفته می‌شود، «هرمنوتیک فلسفی»^۲ از اولین مفاهیمی است که به ذهن متبادر می‌شود؛ مفهومی که از محصولات فلسفه‌ی اروپای قاره‌ای است. در مقابل، در فلسفه‌ی دنیای انگلیسی‌زبان نیز - که به «فلسفه‌ی تحلیلی»^۳ معروف است - تلاش‌های بسیاری برای پاسخ به پرسش‌های فلسفی درباره‌ی معنا و تفسیر صورت گرفته که شیوه و نتایج آن، شباهت‌های بسیاری به شیوه‌ی دارد که در علم اصول فقه برای یافتن معنای متن به کار می‌رود.^۴ این تلاش‌ها به‌طور مستقیم در فلسفه‌ی حقوق این کشورها نیز تأثیر پذیرفته و «فلسفه‌ی حقوق تحلیلی»^۵ را ایجاد کرده است. برای نمونه، کتاب *مفهوم قانون*^۶ هارت^۷ (۱۹۴۱ تا ۱۹۹۲م) - به‌عنوان یکی از مهم‌ترین کتاب‌های فلسفه‌ی حقوق قرن بیستم - تلاشی برای یافتن معنای الفاظ حقوقی با استفاده از دستاوردهای فلسفه‌ی تحلیلی است. فلسفه‌ی حقوق تحلیلی نیز مانند دیگر مکاتب و رویکردهای فلسفی، نظریه‌های مؤلف‌گرا، متن‌گرا و مفسر‌گرا را در تفسیر حقوقی - به‌ویژه تفسیر قانون اساسی - بازتولید کرده است.^۸

بدیهی است که هر یک از سه رویکرد اصلی مذکور، در عالم حقوق اساسی به این پرسش‌ها پاسخ‌هایی متفاوت می‌دهند.

در میان این سه رویکرد، مؤلف‌گرایی نیازمند مطالعه‌ی ویژه است. با آنکه این رویکرد از قدیم‌الایام تاکنون در نظام فقهی و حقوقی ما و همچنین دیگر نظام‌های حقوقی، نقش و تأثیری انکارناپذیر داشته است، در نظام حقوق اساسی ما کمتر به‌طور مستقل مطالعه شده و ضعف‌ها و قوت‌های آن بررسی شده است. در واقع، حقوقدانان ایرانی در دو دهه‌ی اخیر بیشتر کوشیده‌اند تا رویکرد مفسرگرا در تفسیر قانون را - که رویکردی مدرن و جدید می‌دانسته‌اند - به مخاطبان خود معرفی کنند و بدین‌ترتیب، کمتر پژوهشی متوجه نظریه‌های مؤلف‌گرا و متن‌گرا بوده است.^۹ بر این اساس، در پژوهش حاضر تاریخچه، ماهیت، زیرشاخه‌ها و تأثیر نظریه‌ی مؤلف‌محور بر نظام حقوق اساسی ایران، بیان شده است. در این زمینه از یافته‌های نظام حقوق اساسی آمریکا نیز به‌عنوان نظامی که تحت تأثیر فلسفه‌ی زبانی یا تحلیلی قرار دارد، استفاده شده است. در پایان، با توجه به این موارد، نقاط مثبت و منفی مؤلف‌گرایی در نظام حقوق ایران بررسی شده و استفاده از آن به‌عنوان نظریه‌ی تفسیر رسمی در نظام حقوقی کشور، ارزیابی انجام شده است. بر این اساس، مطالب پژوهش در سه بخش تاریخچه و ماهیت مؤلف‌گرایی، مؤلف‌گرایی در نظام حقوقی ایران و ارزیابی مؤلف‌گرایی سامان گرفته و در پایان نتیجه‌گیری شده است.

۱. مبانی مؤلف‌گرایی در حقوق اساسی آمریکا

طی قرن‌ها و به‌طور سنتی، هدف از تفسیر هر متنی، فهم مقصود مؤلف آن عنوان می‌شد. براساس این دیدگاه، هر متن دارای یک معنای صحیح و درست است (معنای مدنظر نویسنده) که خواننده باید با مطالعه‌ی متن، این معنا را به‌دست آورد؛ هر معنایی که غیر از معنای مدنظر آفریننده‌ی متن از آن استنباط شود، نادرست است؛ در واقع، متن یک امر تک‌معناست و نه چندمعنا که تاب تفسیری جز معنای مدنظر نویسنده را ندارد. به همین دلیل نیز این نظریه‌ی تفسیری، مؤلف‌گرا یا - در رایج‌ترین شکل خود - قصدگرا^{۱۰} نامیده شده است. به همین ترتیب، در مقابل رویکرد متن‌گرایی^{۱۱} یا معنای اصلی^{۱۲} یا قصد نوعی^{۱۳}، از قصدگرایی تحت عنوان قصد اصلی^{۱۴} یا قصد شخصی^{۱۵} یاد می‌شود، چراکه به‌دنبال یافتن قصد و معنای مدنظر مؤلف از به‌کارگیری واژه‌هاست، نه معنایی که احیاناً از واژه‌ها برداشت می‌شوند، بدون آنکه مطمئن نظر مؤلف بوده باشند.

در ادبیات مباحث تفسیری، رویکردهای مؤلف‌محور با این عناصر قابل شناسایی‌اند:

- مفسر در جست‌وجوی معنای متن است و معنای متن، چیزی جز مراد جدی متکلم یا مؤلف آن نیست. این معنا امری ثابت و تغییرناپذیر است و ذهنیت مفسر، نقشی در ساخت یا فهم آن ندارد.
 - رسیدن به هدف مذکور از طریق پیمودن روش متعارف و عقلایی فهم متن میسر است. بنابراین، ظهور لفظی متن، پل رسیدن به مراد جدی و معنای مقصود است، زیرا متکلم، مقصود خود را از طریق الفاظ و ترکیبات لفظی بیان کرده است.
 - حالت ایده‌آل برای مفسر آن است که به فهمی قطعی و اطمینان‌آور از متن از طریق فهم مراد متکلم دست یابد. اما این یقین و اطمینان، در همه‌ی موارد حاصل نمی‌شود. از این‌رو در ادبیات اصولی ما، متن به نص و ظاهر تقسیم می‌شود؛ نص، متنی است که فهم عینی و مطابق با واقعی از آن برای مفسر حاصل می‌شود و در مقابل، در متن ظاهر، چنین قطعیتی وجود ندارد. البته این به معنای نفی حجیت ظاهر نیست و تفسیری که مطابق قواعد، روش‌مند و مضبوط و عقلایی باشد، مورد پذیرش عرف و عقل قرار دارد.
 - فاصله‌ی زمانی میان نگارش و تفسیر متن، مانع دستیابی مفسر به معنای مقصود و مراد جدی متن نیست و فهم عینی، علی‌رغم بعد زمانی ممکن است.
 - متن، به هر تفسیری اجازه‌ی بروز نمی‌دهد و تنها افاده‌کننده‌ی یک معناست. اگرچه بسیاری از متون - ظواهر - برای احتمالات تفسیری متعدد مستعدند، این احتمالات نیز دایره‌ی محدود و مشخصی دارند (واعظی، ۱۳۸۶: ۵۶ - ۵۸).
- رویکرد مؤلف‌گرا تا قرن بیستم، رویکرد غالب و بدون رقیب در عرصه‌ی فهم متن بود، اما پس از ظهور هرمنوتیک فلسفی در اواسط سده‌ی بیستم به‌شدت به چالش کشیده شد، به‌گونه‌ای که مؤلف‌گرایی امروز از سوی برخی اندیشمندان، نظریه‌ی سنتی یا پیشامدرن خوانده می‌شود (واعظی، ۱۳۸۶: ۵۸). با این حال و برخلاف تصور بسیاری از اصحاب علوم انسانی در کشور ما، مؤلف‌گرایی در حال حاضر نیز رونق و رواج خود را نه در عرصه‌ی عمومی و نه میان فلاسفه‌ی زبان و نه حتی میان گروه بزرگی از هرمنوتیک‌پژوهان از دست نداده است.^{۱۶} اساساً به عقیده‌ی بسیاری به حکم عقل، خواننده برای دانستن مقصود مؤلف به سراغ متن می‌رود؛ در غیر این صورت، هم باب مخاطبه بسته می‌شود و هم برداشت هر مطلبی از هر متنی امکان‌پذیر خواهد بود. در عرصه‌ی تفسیر حقوقی نیز وضع به همین منوال است و نظریات قصدگرا یا مؤلف‌گرایی که هدف از تفسیر متن قانونی را دریافت مقصود قانونگذار می‌دانند، در نظام‌های حقوقی مختلف همچنان رونق دارند، چه در عرصه‌ی عام تفسیر حقوقی و چه در عرصه‌ی تفسیر قانون اساسی.

این رویکرد تفسیری در نیم‌قرن اخیر و در قالب نظریه‌ی قصدگرایی یا قصد اصلی بازتولید شده است. قصدگرایان آمریکایی برای تفسیر قانون اساسی به سراغ مباحث مطرح‌شده در کنفرانس فیلادلفیا (محل تصویب قانون اساسی آمریکا) می‌روند یا سیر تدوین و تصویب اصلاحیه‌های این قانون را بررسی می‌کنند. به همین ترتیب، گفته‌ها و نوشته‌های برجای‌مانده از واضعان قانون اساسی (متن اصلی و اصلاحیه‌ها) مطالعه می‌شود (Kenneth, 2011: 6). بدین ترتیب، قانون اساسی در پرتو اندیشه‌ها، آرا و اهداف تهیه‌کنندگان و واضعان آن، تفسیر و معنای موردنظر آنان، بر عبارات قانون اساسی، حمل می‌شود. بدیهی است که ممکن است افراد در تعیین قصد واقعی قانونگذاران دچار اختلاف نظر شوند، اما دامنهی این اختلاف به اندازه‌ای نیست که به‌طور مثال، در دیدگاه‌های مفسر محور اتفاق می‌افتد.

تحقیقات پل گرایس^{۱۷} انگلیسی (۱۹۱۳ تا ۱۹۸۸ م) یکی از مبانی اصلی دفاع از مؤلف‌گرایی در فلسفه‌ی تحلیلی و فلسفه‌ی زبان روز است. گرایس در نظریه‌ی روان‌شناختی معنا،^{۱۸} میان معنای جمله و معنای مدنظر گوینده تمایز قائل می‌شود و در این میان، اصالت را به معنای گوینده^{۱۹} می‌دهد. به عبارت دیگر، معنا از نظر وی چیزی است که گوینده آن را قصد کرده و عبارات زبانی تنها به این دلیل معنا دارند که نظرها یا مقاصد گوینده‌هایی که آن‌ها را به کار می‌برند، بیان می‌کنند (لایکن، ۱۳۹۲: ۱۸۰). بنابراین، کار گرایس، تفکیک میان دو نظریه‌ی متن‌گرا و قصدگراست. بدیهی است که در بیشتر موارد، معنایی که از جمله برداشت می‌شود، با قصد گوینده/ نویسنده یکی است، اما می‌توان نمونه‌های فراوانی را مثال زد که چنین مطابقتی در آن‌ها وجود ندارد و گوینده معنا و مرادی را مدنظر داشته که به هر دلیل، وارد ذهن مخاطب نشده است. در واقع، تفاوت این دو در موضوعیت داشتن متن برای متن‌گرایان و طریقت داشتن آن برای مؤلف‌گرایان است، به گونه‌ای که رویکرد متن‌گرا به مدلول متن اعتبار می‌دهد، حتی اگر مخالف قصد واضعان قانون باشد و رهیافت مؤلف‌گرا تابع قصد و نیت قانونگذار است، اگرچه از متن قانون به درستی استنباط نشود.

در مجموع می‌توان چهار دوره‌ی متمایز زیر را برای رویکرد تفسیری قصدگرایی حقوقی در غرب برشمرد:

- دوره‌ی اول: دوره‌ی تفسیر سنتی یا کلاسیک یا پیشامدرن که میان نظام حقوق نوشته، کامن‌لا، حقوق اسلامی و دیگر نظام‌های حقوقی مشترک است؛
- دوره‌ی دوم: نیمی از قرن بیستم که تحت تأثیر آثار فلسفی در حوزه‌ی فلسفه‌ی زبان و هرمنوتیک، لزوم تبعیت از مؤلف متن - از جمله قانونگذار - به‌طور کامل زیر سؤال رفت.

- این رویکرد هنوز هم در تفسیر متون ادبی، فلسفی، حقوقی و الهیات طرفدارانی جدی دارد و به مفسرگرایی معروف است؛
- دوره‌ی سوم: احیای تفکر قصدگرایی از ابتدای دهه‌ی هفتاد قرن بیستم و تفوق مجدد آن به مدت دو دهه؛
 - دوره‌ی چهارم: دوره‌ی حاضر که از انتهای دهه‌ی هشتاد میلادی آغاز شده است و تا زمان حال ادامه دارد. قصدگرایی در این دوره اگرچه هنوز حامیان محکمی در آمریکا دارد، عنوان نظریه‌ی تفسیری مسلط را به دیگر نظریه‌های رقیب - به‌ویژه متن‌گرایی - واگذار کرده است (Kenneth, 2011, 6 ; Treanor, 2007, 488).
- قاضی رابرت بورک^{۲۰} (۱۹۲۷-۲۰۱۲ م) - قاضی دادگاه تجدیدنظر منطقه‌ی کلمبیا و استاد دانشگاه ییل - از پیشگامان احیای قصدگرایی در قرن بیستم و از مهم‌ترین چهره‌های دوره‌های سوم مؤلف‌گرایی است. بورک در سال ۱۹۷۱ و با انتشار مقاله‌ای تحت عنوان «اصول بی‌طرفانه و چند مسئله راجع به اصلاحیه‌ی اول»،^{۲۱} موجب جلب توجه دوباره به مفهوم قصدگرایی شد. در دهه‌ی هفتاد و هشتاد نیز برخی نظریه‌پردازان همچون قاضی ویلیام رنکوئیست^{۲۲} (۱۹۲۴-۲۰۰۵ م) و راثول برگر^{۲۳} (۱۹۰۱ - ۲۰۰۰ م)، در مقالاتی به انتقاد از انحرافات صورت‌گرفته از آرای واضعان قانون اساسی در حقوق اساسی عصر خود پرداختند. دادستان کل ادوین میس^{۲۴} (۱۹۳۱ م) نیز در سخنرانی مهمی که در سال ۱۹۸۵ در کانون وکلای آمریکا انجام داد، بر این نکته تأکید کرد که قضات به‌عنوان حافظان صادق قانون اساسی، موظف‌اند تا در مقابل هر گونه تلاش سیاسی برای جدا کردن آنان از مفاد لفظی قانون اساسی بایستند. از نظر وی، متن قانون اساسی و اراده‌ی واضعان، تنها استانداردهایی هستند که براساس آن‌ها، باید قانون اساسی را اجرا کرد (Huscroft & Miller, 2011, 16-17). سخنان میس، مبین دفاع از مؤلف‌گرایی و متن‌گرایی - هر دو - است و باید آن را در پس‌زمینه‌ی تقابل منشأگرایان با مفسرگرایی تحلیل کرد.
- پس از این دوران، قصدگرایی دچار چالش‌های متعدد زبانی و غیرزبانی شد و همین امور نیز مسبب گذار از دوره‌ی سوم - دوره‌ی رواج و تسلط - به دوره‌ی چهارم حیات این رویکرد شدند. در سال‌های اخیر، اسکات سوآمز^{۲۵} (۱۹۴۶ م) - فیلسوف زبان نامدار آمریکایی که به موضوع تفسیر حقوقی گرایش پیدا کرده - مدافع نوعی قصدگرایی شده که آن را نظریه‌ی «تسلیم‌گرایی»^{۲۶} نامیده است. او خود را منشأگرا می‌داند، اما به‌جای توجه صرف به معنای اصلی و لغوی واژه، معنای قانون را در ترکیبی از آنچه قانونگذاران از واژه‌ی مراد کرده‌اند، آنچه یک فرد معقول از واژه می‌فهمد، وقایع در دسترس عموم، تاریخ وضع قانون، زمینه‌ی قانونگذاری و سابقه‌ی قانون فعلی جست‌وجو می‌کند (Soames, 2013: 602).

مؤلف‌گرایی یک صورت مدرن‌تر از قصدگرایی نیز دارد، تحت عنوان غایت‌گرایی.^{۲۷} در تفسیر غایت‌گرا به این نکته توجه می‌شود که هدف واضعان قانون از وضع آن چه بوده است. برای فهم هدف قانون نیز علی‌القاعده، الفاظ قانون یا قانون اساسی و مذاکرات و مباحث واضعان آن‌ها بررسی می‌شود. پس از استنباط هدف، تفسیر قانون بر محور همان هدف صورت می‌پذیرد. اصطلاحی که برخی غایت‌گرایان به جای هدف قانون به کار می‌برند، «زمینه‌ی سیاسی»^{۲۸} قانون است. غایت‌گرایی چون آلبرت ساکس^{۲۹} (۱۹۲۰ - ۱۹۹۱م) و هنری هارت^{۳۰} (۱۹۵۴م) برآن‌اند که قاضی در مقام تفسیر قانون باید متن قوانین را به دقت مطالعه کرده و سپس، اهداف آن را استخراج کنند. به علاوه، سوابق مربوط به وضع قانون نیز باید بررسی شود. اینان - مانند برخی قصدگرایان - حتی در صورت نیافتن سابقه‌ی وضع قانون یا امکان‌ناپذیری استخراج غایت از متن یا سابقه‌ی قانون، غایت مدنظر یک قانونگذار عاقل از وضع قانون مورد بحث را در نظر می‌گیرند. به طور کلی، پیش‌فرض دیدگاه غایت‌گرایانه آن است که قانونگذاران، مجموعه‌ای از افراد عاقل بوده‌اند که مجموعه‌ای از اهداف عقلایی را به نحو عاقلانه‌ای پیگیری می‌کرده‌اند (Fallon, 2014: 604).

باید دانست که تفسیر غایت‌گرا به نوعی نظریه‌ای میانه بین مؤلف‌گرایی و مفسرگرایی است، چراکه هم در پی فهم نیت و هدف مقنن است و هم مفسر در جریان شناخت غایت قانون، نقشی فعال دارد و نه منفعل. بر این اساس، ممکن است که فهم مفسران مختلف از غایت قانونی، به طور کامل با هم متفاوت باشد، درحالی‌که در مؤلف‌گرایی مؤلف، دامنه‌ی مشخصی از اختلاف زبانی میان مفسران، محتمل است. بر همین اساس نیز برخی حقوقدانان اساسی، غایت‌گرایی را نقطه‌ی پیوند ذهنی‌گرایی^{۳۱} و عینی‌گرایی^{۳۲} در عرصه‌ی تفسیر قانون اساسی می‌دانند (Barak, 2005: 88).

۲. مؤلف‌گرایی در نظام حقوقی ایران

مؤلف‌گرایی اغلب در شکل قصدگرایی آن، دیدگاه مورد پذیرش اصولیون شیعه نیز است و آن دسته از آنان که متعرض بحث شده‌اند، الفاظ متن را دال بر معانی مدنظر متکلم دانسته‌اند.^{۳۳} معنای مدنظر متکلم یا مؤلف نیز از دلالت تصدیقی کلام وی روشن می‌شود. توضیح آنکه اصولیون میان معنا یا مدلول تصویری کلام با مدلول تصدیقی آن تفکیک می‌کنند. دلالت تصویری صرفاً بر مبنای وضع واژه برای معنایی خاص است. در واقع، وضع، میان تصور لفظ و تصور معنا علاقه‌ی سببیه ایجاد می‌کند، به شکلی که همواره از تصور لفظ، معنای لغوی آن به ذهن می‌آید، صرف‌نظر از آنکه این کلام را از گوینده یا نویسنده‌ی هوشیار و قاصد دریافت

کرده باشد یا خواب و غافل یا حتی از صدای حاصل از برخورد دو قطعه سنگ. دلالت تصویری صرفاً تابع وضع است و ارتباطی با قصد و اراده و کاربرد ندارد (صدر، ۱۴۲۲ق، ج ۱: ۷۲). در مقابل، در دلالت تصدیقی، یک گوینده یا نگارنده‌ی هوشیار وجود دارد که متوجه معنای کلام خود است و به این دلیل، دلالت کلام او از مرحله‌ی تصور فراتر می‌رود و به تصدیق می‌رسد. در واقع، جمله‌ی کاشف از امری در نفس گوینده است که می‌خواهد آن را به مخاطب انتقال دهد. برخی دلالت تصدیقی را به جدی و استعمالی یا گونه‌های دیگر تقسیم کرده‌اند. دلالت تصدیقی - برخلاف دلالت تصویری - ماهیتی لغوی ندارد و تابع علقیه‌ی وضعیه نیست، بلکه از حال متکلم ایجاد می‌شود. اگر او در حال هوشیاری و توجه و جدیت باشد، معنای کامل جمله و دو دلالت استعمالی و جدی کلام وی تام خواهد بود (صدر، ۱۴۲۲ق، ج ۱: ۷۳ و ۷۴). بدین ترتیب، هدف از تفسیر متن، فهم دلالت تصدیقی آن (معنای مورد نظر مانتن) است.

براساس همین سابقه‌ی اصولی است که مؤلف‌گرایی به نظریه‌ی رسمی تفسیر قانون اساسی در نظام حقوقی ایران تبدیل شده است. در واقع، برخلاف نظام حقوقی آمریکا،^{۳۴} نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، یک نظریه‌ی تفسیر رسمی انتخاب کرده که همان، مؤلف‌گرایی است. شورای نگهبان به عنوان مرجع رسمی تفسیر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران^{۳۵} در نظریه‌ی شماره‌ی ۷۶/۲۱/۵۸۳ به تاریخ ۱۳۷۶/۳/۱۰ در پی پرسش رئیس جمهور وقت، در مقام تفسیر از اصل ۷۳ قانون اساسی اعلام کرد که «مقصود از تفسیر [قانون]، بیان مراد مقنن است...». بدیهی است که اگرچه متن اصل و پرسش صورت گرفته در خصوص تفسیر قانون عادی بوده است، لفظ قانون در این جا را باید اعم از قوانین اساسی و عادی و حتی مقررات مصوب دیگر مراجع دانست. به طور کلی و براساس این نظریه‌ی تفسیری، هر مقرر باید با رویکرد کشف و بیان مراد واضع آن تفسیر شود. بر همین اساس نیز رجوع به مشروح مذاکرات تصویب قانون اساسی و عادی برای آگاهی از مقصود واضع قانون یا مؤلف متن قانونی در حقوق ما امری رایج است. نظریات تفسیری خود شورای نگهبان نیز نشان می‌دهد که این شورا در بسیاری از موارد، همین رویکرد تفسیری را پی گرفته است. به طور مثال، در تفسیر اصل ۸۶ قانون اساسی (نظریه‌ی شماره‌ی ۸۰/۲۱/۳۰۳۶ مورخ ۱۳۸۰/۱۰/۲۰) به صراحت به مشروح مذاکرات واضعان قانون اساسی ارجاع داده و آورده است که «مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در خصوص اصل هشتادوششم، حاکی از اینکه مصونیت ریشه‌ی اسلامی ندارد...». چنین رویکردی در تفسیر قوانین عادی نیز دیده می‌شود و اصل ۷۳ نیز به صراحت، مرجع تفسیر قوانین عادی را خود مجلس شورای اسلامی معرفی کرده است. همین امر نیز مؤید دیگری بر پذیرش دیدگاه مؤلف‌گرا در نظام حقوقی امروز ایران است.

نتیجه‌ی دیدگاه مؤلف‌محور در حقوق ایران، دیدگاه نیرومندی است که معتقد است که مصلحت‌اندیشی، رعایت عدل و انصاف و توجه به اصول اخلاقی یا مشکلات اجرایی از شئون واضح قانون تلقی می‌شود و نه مفسر و هر آنچه باید در این زمینه پیش‌بینی شود، در خود قانون آمده است. بر این اساس، وظیفه‌ی حقوقدان تنها اجرای قانون با تکیه بر اصول منطقی و قواعد استنباط حقوقی است، تا بدین شکل مراد مقنن را به بهترین نحو دریابد. مرحوم دکتر مهدی شهیدی (۱۳۸۳-۱۳۱۳) را می‌توان یکی از شاخص‌ترین مدافعان این دیدگاه در حقوق خصوصی ایران دانست (ن.ک: شهیدی، ۱۳۹۰، ج ۱: ۲۴). چنین رویکردی به تفسیر قانون اساسی نیز قابل توسعه است، به معنای آنکه معنای مفاهیم و گزاره‌های به‌کاررفته را بدو باید در کلام واضعان قانون - مجلس بررسی نهایی قانون اساسی ۱۳۵۸ و شورای بازنگری قانون اساسی ۱۳۶۸- جست‌وجو کرد.

تفسیر غایت‌گرا نیز همواره در حقوق ایران به‌طور کلی و حقوق اساسی به‌طور خاص، مطرح بوده است. به‌نظر می‌رسد که مشخصاً، اصول ۱ تا ۱۱ قانون اساسی اصولی‌اند که در تفسیر غایت‌شناسانه بیشتر مورد توجه قرار می‌گیرند. در این میان، اصل ۳ به‌صراحت اهداف دولت جمهوری اسلامی را مشخص کرده است. صرف‌نظر از این موارد، مفهوم «روح قانون» نیز - که در ادبیات حقوق کشور ما پرکاربرد است - تعبیر دیگری برای غایت و هدف قانونگذار به‌نظر می‌رسد. حتی در اصل ۱۳۸ قانون اساسی نیز تأکید شده که مصوبات نهادهای مقررات‌گذار دولتی، علاوه‌بر متن قانون، نباید با روح قانون نیز ناسازگار باشند.^{۳۶} روشن است که این سخن بدان معنا نیست که قانون اساسی، خود رویکردی غایت‌گرایانه برای تفسیر خود معرفی کرده، بلکه اصول مذکور، موارد هستند که می‌توان آن‌ها را به‌عنوان قصد و غایت قانونگذار اساسی از تأسیس نظام سیاسی برشمرد.

۳. ارزیابی مؤلف‌گرایی

یکی از مزایای رویکرد مؤلف‌گرا در تفسیر قانون، ثبات و استحکام نظام حقوقی است؛ در واقع، از آن‌جا که مفسران و قضات قصدگرا در پی کشف مراد قانونگذارند و فهم این امر، دامنه‌ی چندان موسع و بی‌ضابطه‌ای ندارد، به‌طور معمول، فهم بیش از یک یا دو تفسیر از قانون، امکان‌پذیر نیست و تفسیر قانون در مدار انتظارات مشخص شهروندان و حقوقدانان قرار خواهد داشت. به این ترتیب، زمینه برای پیش‌بینی‌پذیری تفسیر قانون اساسی - که در بسیاری از موارد در جایگاه خود قانون اساسی قرار می‌گیرد - ایجاد می‌شود و یکی از ارکان حاکمیت قانون را فراهم می‌سازد. گذشته از آن، پذیرش دیدگاه مؤلف‌محور موجب ضابطه‌مندی تفسیر

قانون نیز می‌شود. هنگامی که مقصود از تفسیر، کشف مراد مقنن باشد، مفسر نهایت کوشش خود را به کار می‌گیرد تا براساس اصول و ضوابط روشن تفسیر متن، به مراد مقنن دست یابد. بدین ترتیب، اصولی چون احترام به اراده‌ی قانونگذار، اصل انسجام ساختاری و تمسک به روح قانون، اصل حفظ اصالت قانون و ... مورد توجه مفسر قرار می‌گیرند (اصلانی، محمدی و طلابکی، ۱۳۹۵: ۳۳).

با وجود این نکات مثبت، مؤلف‌گرایی در چند دهه‌ی اخیر، همواره مخالفانی جدی و منتقدانی مستمر داشته است؛ پاول برست^{۳۷} (۱۹۴۰ م) به‌عنوان یکی از مهم‌ترین منتقدان ایده‌ی قصدگرایی، چند اشکال بنیادین زبانی و غیرزبانی زیر را به این رویکرد وارد کرده است:

- ۱- اشکال کلی در نسبت دادن یک قصد سازمانی واحد به اعضای متعدد و متفاوت نهاد واضع یا تصویب‌کننده‌ی قانون اساسی؛
- ۲- اشکال خاص در تعیین قصد اعضای کنوانسیون فیلادلفیا به‌عنوان واضع قانون اساسی آمریکا، دولت‌های ایالتی به‌عنوان تصویب‌کننده‌ی قانون اساسی اولیه و مجالس ایالتی به‌عنوان تصویب‌کننده‌ی اصلاحیه‌ها؛
- ۳- اشکال در تعیین میزان کلی یا جزئی بودن واژه‌های مورد استفاده در قانون اساسی در نگاه واضعان آن؛
- ۴- ابهام در چگونگی استنباط قصد واضعان از ساختار قانون اساسی؛
- ۵- دشواری ترجمان عقاید واضعان و ارزش‌های موردنظر آنان در طول زمان؛
- ۶- اشکال مشروعیت دموکراتیک، با توجه به آنکه قانون اساسی ۱۷۸۹، بدون مشارکت زنان و بردگان، تهیه و تصویب شد؛
- ۷- مشکل ثبات و بی‌ثباتی، یعنی چگونگی انطباق متن انعطاف‌ناپذیر قانون اساسی با اوضاع و احوال متغیر (Huscroft & Miller, 2011: 18).

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، به‌جز موارد دوم و ششم، بقیه‌ی موارد به قانون اساسی آمریکا اختصاص ندارد و در تمام نظام‌های حقوقی قابل بحث است. حقوقدان دیگری به نام جفرسون پاول^{۳۸} (۱۹۵۴ م) نیز اساساً قائل بر این است که خود اعضای کنوانسیون فیلادلفیا هم قائل به تفسیر قانون اساسی براساس آرای خود نبوده و به اصالت متن قانون، نظر داشته‌اند. مطابق این دیدگاه، قصدگرایی یک نظریه‌ی خودزدا^{۳۹} است، چراکه به قصد قانونگذار ارجاع می‌دهد، درحالی که قصد قانونگذار، ارجاع به متن است و نه خودش. ایرادات افرادی مانند برست و پاول، عرصه را بر قصدگرایی تنگ کرد و اواخر دهه‌ی هشتاد، آن را از جایگاه نظریه‌ی غالب تفسیر قانون اساسی آمریکا کنار زد (Huscroft & Miller, 2011: 19)، اگرچه

هنوز در میان حقوق‌دانان آکادمیک و قضات دادگاه‌های آمریکا، طرفدارانی جدی دارد. به این اشکالات، یک مورد جدی دیگر نیز می‌توان افزود؛ اینکه بداهتاً قانون نمی‌تواند همه‌ی مسائل و پرسش‌های تفسیری آینده را پیش‌بینی کند، به‌ویژه متن کوتاه و مجمل و بعضاً قدیمی قانون اساسی که اعمال تجدیدنظر و بازنگری در آن نیز بسیار دشوار است. متن ثابت و صامت قانون، اصولاً از نقص و خلأ و سکوت مبرا نیست؛ هنگام تصویب یک قانون در بهترین حالت، مسائل پیش‌آمده یا پیش‌بینی‌پذیر در زمان تصویب در نظر گرفته شده و برای حل آن‌ها چاره‌اندیشی می‌شود. به‌علاوه، هیچ مقننی نمی‌تواند به‌طور دائم – مثلاً هر یک یا دو سال – در خصوص موضوعی مشخص قانون وضع کند؛ گاه عمر اعتبار یک قانون از یک قرن و بیش از آن نیز می‌گذرد و طبیعی است که در این دوره‌ی زمانی، مسائل و مستحدثاتی رخ دهد که اساساً به ذهن واضع اولیه‌ی خطور نمی‌کرده است. بنابراین، بسیار پیش می‌آید که در مقام حل مسئله‌ای، حکم یا اساساً موضوع موردبحث در قانون پیش‌بینی نشده و تکلیف مجریان قانون معلوم نباشد. همان‌گونه‌که گفته شد، امکان بروز چنین معضلاتی در قانون اساسی بسیار بیشتر است. به همه‌ی این‌ها باید امکان وجود تعارض یا ابهام در متن قانون یا ایرادات اجرایی و اخلاقی‌ای را اضافه کرد که قانون را از ابتدا دارای ایراد می‌کند. بدیهی است که مؤلف‌گرایان باید به این اشکالات بزرگ، پاسخی درخور دهند. حال این ایراد در مورد قصدگرایی به طریق اولی وارد است. چگونه می‌توان از وضعانی که دویست و اندی سال پیش یا نزدیک به چهل سال پیش در مجمعی گرد هم آمده و پیش‌نویسی را بررسی و تصویب کرده‌اند، انتظار داشت که مسائل مبتلابه امروز ما را پیش‌بینی و در مورد آن، حکم قاطعی صادر کرده باشند؟ به‌نظر می‌رسد که انتساب قصد و اراده به چنین قانونگذارانی، بیش از یک فرض و دروغ حقوقی نیست؛ آیا واقعاً اعضای مجلس بررسی نهایی قانون اساسی در مورد جزئیات تدوین بودجه (اصل ۵۲ قانون اساسی)، اساساً بحث یا تصویری داشته‌اند تا در اختلاف دولت و مجلس در خصوص امکان دخل و تصرف در بودجه به مذاکرات آنان رجوع کرد؟ به همین ترتیب در خصوص ده‌ها و صدها پرسش تفسیری بالقوه و بالفعل دیگر نیز وضعیت چنین است و به‌واقع، نمی‌توان اراده‌ای از واضع را استنباط کرد، ولو آنکه آن اراده، اشتباه یا اجرائشدنی یا ناکارآمد باشد. این بحث را می‌توان یک گام دیگر به جلو برد؛ آیا اساساً قانونگذاری وجود داشته که به وی اراده‌ای نسبت داده شود و براساس آن، تفسیر قانون اساسی انجام پذیرد؟ وجود قانونگذار خود از جمله اعتبارات بشری است. در واقع، انسان برای رفع نیازهایی، به مجموعه‌ای از افراد، شخصیت حقوقی بخشیده، آن را قانونگذار نامیده و ویژگی‌هایی چون عقل و حکمت را به او منتسب کرده است. اما آیا این فرض و دروغ قانونی

را همیشه باید باور کرد؟ به نظر می‌رسد که نمی‌توان از روی سخنان فرد یا افرادی از مجموعه‌ی واضعان، قصد و اراده‌ای را به تمام آنان نسبت داد. بدیهی است که اعضای مجلس مذکور می‌توانسته‌اند به دلیل دیگری جز ادله‌ی سخنرانان جلسه، براساس مصالح سیاسی و اقتصادی خود یا اصلاً بدون دلیل به اصل و ماده‌ای رأی دهند. در هر حال، نه وجود کل واحدی به نام قانونگذار اثبات شده است و نه وجود اراده‌ی واحدی در آن. پس در مقام جمع‌بندی باید گفت که اولاً واضع بشری نمی‌توانسته همه‌ی اتفاقات و پرسش‌های آتی را پیش‌بینی کند و برای آن‌ها اراده‌ای داشته باشد؛ ثانیاً اصلاً وجود یک واضع بشری واحد به شدت مورد چالش و انکار است؛ ثالثاً به فرض وجود این واضع و پیش‌بینی شرایط نیز منتسب کردن یک اراده‌ی واحد به تمام اعضای مجلس یا نهاد واضع، امری است فاقد ادله‌ی محکم. اشکال دوم و سوم بر غایت‌گرایی نیز به‌طور کامل، صادق است. ضمن اینکه در بسیاری از موارد، ایراد اول هم در تفسیر غایت‌گرا وجود دارد و به همین دلیل نیز آنان به جای هدف قانونگذار موجود، از هدف قانونگذار معقول استفاده کرده‌اند.

رابرت بورک نیز به وجود ایراد اول اذعان داشت. او برای حل این مشکل، معتقد بود که قاضی مؤلف‌گرا باید قانون اساسی را در پرتو ارزش‌هایی که واضعان قانون اساسی یا پدران بنیانگذار^{۴۰} در پی محافظت از آنان بودند، تفسیر کند؛ با این چرخش به چیزی شبیه غایت‌گرایی، می‌توان الفاظ قانونگذار را بر اتفاقات بی‌شمار و پیش‌بینی‌ناپذیر حمل کرد. برای مثال، بررسی سوابق تاریخی مفهوم «حمایت برابر»^{۴۱} در قانون اساسی آمریکا نشان می‌دهد که واضعان بخش اول اصلاحیه‌ی چهاردهم، حمایت مساوی از سیاه‌پوستان در مقابل سفیدپوستان در برابر نقض حقوق فردی را مدنظر داشته‌اند. برخلاف مؤلف‌گرایی سنتی که نمی‌تواند گامی بیش از این بردارد و در تفسیر خود، مفهوم مذکور را به حمایت از سیاه‌پوستان منحصر می‌کند، قاضی بورک می‌گوید که در تفسیر این قانون، مفروض و ارزش مدنظر واضعان قانون (جلوگیری از تبعیض نژادی) باید مورد توجه قرار گیرد. بنابراین، از دید وی این ماده در قانون اساسی بر کلیه‌ی ابعاد و اقسام نقض برابری نژادی شهروندان – اعم از آنکه سیاه یا سفید یا زرد و... باشند – دلالت دارد. پس از دیدگاه بورک، برابری حقوق همه‌ی شهروندان، ریشه‌ی حقوق اساسی دارد، نه اینکه یک سیاست^{۴۲} و ناشی از پارادایم سیاسی زمانه باشد. نکته‌ی جالب اینکه در نظر بورک، اصلاحیه‌ی چهاردهم تنها ناظر بر نابرابری‌های ناشی از نژاد است و نمی‌توان آن را به نقض حقوق زنان یا اقلیت‌های مذهبی توسعه داد. وی بر همین اساس، رأی دادگاه عالی آمریکا در پرونده‌ی *Frontiero v. Richardson* (۱۹۷۳م) را مورد چالش قرار داده است؛ رأیی که با اتکا به مفهوم حمایت برابر، تبعیض دولت میان حقوق زنان و مردان را نقض

قانون اساسی معرفی کرده است (Kenneth, 2011: 6-8).

در هر حال، بورک نتوانسته این ایراد را حل کند که مرز تعیین حدود اراده‌ی قانونگذار کجاست؛ چرا تبعیض نژادی در شکل موسع خود ذیل بخش اول اصلاحیه‌ی چهاردهم قرار می‌گیرد، اما سایر موارد تبعیض در این چارچوب نمی‌گنجد؟ چه دلیل یا شاهی بر شمول اراده‌ی مقنن نسبت به اولی و عدم شمول آن نسبت به دومی وجود دارد؟ بدیهی است که بورک با این شیوه‌ی تفسیری خود در حال بار کردن اموری به قانونگذار است که هیچ دلیل روشنی برای انتساب یا حتی عدم انتساب آن‌ها به اراده‌ی وی در دست نیست و این امر به‌وضوح ناقض قصدگرایی است. وقتی در مورد یک ارزش می‌توان چنین توسعه‌ای نسبت به قصد قانونگذار قائل شد، چطور نسبت به دیگر ارزش‌ها نتوان چنین توسعه‌ای داشت؟ بنابراین، این ابتکار نیز ایرادات قصدگرایی را رفع نمی‌کند. ایرادات مذکور به‌طور کلی به تفسیر غایت‌گرا وارد است، کما اینکه اختلاف برداشت‌های فراوان در شناخت مفهوم روح قانون، معرف اختلافات در تعیین غایت قانون نیز است.

در هر حال، مفسر مؤلف‌گرا باید در صورت سکوت قانون، به سراغ ابزارهایی مانند قیاس و مفهوم گرفتن از قانون برود، درحالی‌که این نوع ابزارها کاشف از اراده‌ی واقعی قانونگذار نبوده و در واقع، تظاهر بیهوده به احترام به نظر قانونگذار است. مفهوم موافق یا مخالف قانون یا قیاس، حاصل فعالیت ذهنی مفسر است و نه حکم قانون یا مقصود قانونگذار (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ج ۳: ۱۰۶ و ۱۰۷).

وجود اشکالات و خلأهایی در قصدگرایی و غایت‌گرایی تا حدی در نظام حقوقی مؤلف‌گرای ما نیز تأثیر گذاشته است. به‌علاوه، از لحاظ اصولی نیز ظاهر در دلالت تصدیقی کلام آن است که الفاظ در معانی لغوی و دلالت تصویری آن‌ها به‌کار می‌روند و در غیر این صورت، مؤلف مکلف است تا با به‌کار بردن قرائن حالیه و مقالیه، مقصود غیرظاهر خود را به مخاطب برساند (ن.ک: مظفر، ۱۳۹۲، ج ۱: ۵۸). آنچه از قرائن مقالیه مستفاد می‌شود و معنای جدیدی را به ذهن خواننده متبادر می‌سازد، در هر حال، خود جزء متن حساب می‌شود و امری خارج از متن نیست. در واقع، بخشی از متن، معنای بخش دیگر را تعیین می‌کند و در این زمینه، نیازی به مراجعه به مبنا و مرجعی خارج از متن نیست. نسبت به قرائن حالیه نیز - که تعداد آن‌ها اندک و خارج از متن است - مفسر حقوقدان تکلیفی به اتباع ندارد. در هر نظام حقوقی، منابع حقوق مشخص‌اند؛ قانون اساسی، قانون عادی، مقررات مصوب دولت یا دیگر مراجع قانونی (اصل ۱۳۸)، آرای وحدت رویه،^{۳۳} منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر،^{۳۴} تنها منابعی‌اند که قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بدان‌ها اعتبار حقوقی بخشیده است. آنچه

خارج از این محدوده باشد، علی‌الاصول حق و تکلیفی برای تابعان قانون ایجاد نمی‌کند و در مباحث حقوقی، قابلیت استناد ندارد. از این رو قرائن حالیه خارج از متن قانون اساسی یا منابعی که قانون اساسی بدان‌ها اعتبار حقوقی نبخشیده است، نمی‌تواند معنای قانون در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران را تعیین کند.^{۴۵} قانونگذار اعم از قانونگذار عادی و اساسی مکلف است تمام منویات خود را در چارچوب متن قانون بیاورد و اگر از واژه‌ای، معنای خاصی مدنظر دارد، در همان متن قانون بدان معنا اشاره کند. در غیر این صورت، مخاطبی که صرفاً با متن قانون سروکار داشته و الزامی به اتباع از دیگر منابع ندارد، راهی برای فهم معنای غیر ظاهر مقنن در اختیار نخواهد داشت. بر این اساس، باید گفت که دیدگاه اندیشمندان معتقد به قطع ارتباط میان متن و ماتن پس از نگاشتن متن، دور از صواب نیست.

به‌عنوان نمونه‌ای از تفاوت میان مقصود مقنن و براینده متن در تاریخ حقوق اساسی، می‌توان نخستین قوانین اساسی کشورهای مسلمان در سال‌های پس از جنگ جهانی را مورد توجه قرار داد؛ مفاهیمی مانند برابری و آزادی عقیده از دیدگاه آموزه‌های اسلامی معنای متفاوتی با این مفاهیم در غرب دارند (هاشمی، ۱۳۸۴: ۱۱۰ و ۱۱۱). اندیشمندانی که قوانین اساسی مذکور را نوشته بودند، این‌گونه مفاهیم را با نظر به تعاریف و تقییدات آن‌ها در آموزه‌های اسلامی در قانون اساسی درج کرده بودند. در مقابل، در عمل و حین تفسیر قانون اساسی، همه‌ی این مفاهیم با قالب‌های رایج و متداول غربی تطبیق و تفسیر می‌شدند. در واقع، در این‌جا میان قصد مقنن اساسی و فهم عرفی از واژه‌ها اختلاف ایجاد شده و با مقدم شدن مفهوم عرفی، مؤلف‌گرایی به چالش کشیده شده است. مرحوم آیت‌الله عمید زنجانی (۱۳۱۶ - ۱۳۹۰) یکی از دلایل اضمحلال دموکراسی اسلامی در کشورهای مسلمان را همین تفاوت تفسیر از مقولاتی چون آزادی و عدالت و شورا و بیعت می‌داند (عمید زنجانی، ۱۳۸۴، ج ۱۰: ۱۸۱).

به‌نظر می‌رسد با توجه به دلایلی از این دست، شورای نگهبانی که در عرصه‌ی نظر، مؤلف‌گراست نیز گاه به اعتبار دادن به متن و پذیرش متن‌گرایی متمایل شده است. در واقع، درحالی‌که موارد استناد شورای نگهبان به قصد قانونگذار اساسی و پیشینه‌ی تصویب اصول، انگشت‌شمار است، موارد بسیار زیادی از استدلال‌های زبانی شورای نگهبان در خصوص متن قانون اساسی را می‌توان مثال زد. برای مثال، در تفسیر اصل ۶۹ قانون اساسی (تفسیر شماره‌ی م/۵۴ مورخ ۱۶ دی‌ماه ۱۳۵۹)، چنین اعلام داشته است که «اصل ۶۹ قانون اساسی صراحت دارد که باید گزارش کامل مذاکرات مجلس شورای اسلامی از طریق رادیو و روزنامه‌ی رسمی منتشر شود. بنابراین، اکتفا به دو طریق پیشنهادشده خلاف قانون اساسی می‌باشد». همان‌گونه‌که ملاحظه می‌شود، در این‌جا صرفاً به متن اصل و ظهوری که عبارات آن در معنای مستنبطه

دارند، پرداخته شده است. همین‌طور، شورای نگهبان در پاسخ به نامه‌ی رئیس‌جمهور وقت در خصوص تفسیر اصل ۷۵ قانون اساسی (شماره‌ی ۷۸/۲۱/۵۲۵۴ مورخ ۱۳۷۸/۶/۲۱) اظهار داشته است که «استظهار شورا از طرح تقسیم استان خراسان الزام دولت به کارشناسی بوده است، وگرنه ...». همین امر، توجه شورا به ظهور متن قانون را می‌رساند، بدون آنکه به قصد برخی واضعان قانون مذکور، اعتبار داده باشد. تفسیر اصل ۱۰۸ قانون اساسی که صرفاً با اتکای به متن قانون صورت گرفته (مصوب ۱۳۶۲/۱۲/۱۵) و چندین مورد دیگر از تفاسیر دیگر شورای نگهبان را در این خصوص، می‌توان مثال زد که به‌صراحت به ابتدای آن براساس متن قانون اشاره شده یا بر مبنای تحلیل الفاظ متن صورت گرفته است. به‌طور کلی، به‌کارگیری عباراتی چون «نص قانون اساسی» و «ظاهر بودن مطلب» در مشروح مذاکرات شورای نگهبان، نشان‌دهنده‌ی توجه خاص اعضای شورا به متن قانون اساسی است (موسی‌زاده و منصوریان، ۱۳۹۳: ۱۳ و ۱۴). اگرچه — همان‌گونه‌که اشاره شد — در بسیاری از موارد، در هر حال دیدگاه متن‌گرا و مؤلف‌گرا به نتیجه‌ی واحدی می‌رسند، مستند کردن تفاسیر به متن بیش از نیت مقنن، نشان‌دهنده‌ی خلل یافتن تفکر مؤلف‌محوری در ذهن اعضای شورای نگهبان است. شاهد مثال دیگری که می‌توان از دست شستن شورای نگهبان از رویکرد مؤلف‌گرا به‌دست داد، تغییر استنباط و تفسیر این شورا از اصل واحد است. بدیهی است که در چنین صورتی، نمی‌توان دو تفسیر متفاوت یا متضاد را به واضع قانون اساسی نسبت داد. در واقع، دست‌کم یکی از این دو تفسیر به واضع قانون اساسی قابل انتساب نبوده و بازتاب‌دهنده‌ی مقصود وی از وضع قانون نیست. مثال مهم این تغییر رویکرد، اصل ۱۱۳ است^{۴۶} که سه تفسیر شورا در سال‌های ۱۳۵۹، ۱۳۶۰ و ۱۳۹۱ در مجموع با یکدیگر انطباق مفهومی ندارند؛ در یک مورد به رئیس‌جمهور، حق اخطار و تذکر به قوه‌ی قضاییه در خصوص اقدامات این قوه را داده و در مورد دیگر، اجرای قانون اساسی را امری متفاوت از نظارت و محدود به اختیارات قوه‌ی مجریه عنوان داشته است.

شایان یادآوری است که مباحث علم اصول اگرچه علی‌الاصول جنبه‌ی عرفی داشته و مقرر است که بر شارع و غیرشارع — هر دو — حاکم باشد، اما در کنه خود به‌عنوان منطق استدلال علم فقه، در پی نشان دادن طریق استنباط حکم شرعی از ادله‌اند. واضع و مقنن ادله‌ی لفظی نیز کسی نیست جز شارعی که عالم و حکیم و خیرخواه محض است. اساساً توجه ویژه به مبحث «الفاظ» در علم اصول با همین پیش‌فرض بوده که شارع حکیم — که خود واضع لغت بوده یا طریق وضع لغت را به انسان، الهام کرده — راه نیل به مصالح واقعی و احتراز از مفاسد واقعی را در قالب الفاظ کتاب و سنت بیان کرده و بر مکلف است که با فهم دقیق این الفاظ، حکم

واقعی مبین در آن را دریابد و امتثال کند. روشن است که نه می‌توان وجود حقیقی را به قانونگذار اعتباری نسبت داد و نه وصف علم و حکمت را. بنابراین، حتی اگر نظر قاطع اصولیون نیز مؤلف‌گرایی باشد، نمی‌توان قانونگذار الهی را با قانونگذار بشری قیاس و حکم یکی را بر دیگری حمل کرد.

ایراد دیگری که به لحاظ تئوری بر نظریات مؤلف‌گرای حقوقی وارد است، در تفاوت یا تعارض آنچه قصد مقنن خوانده شده است، با متن قانون رخ می‌نماید، مانند زمانی که واضعان قانون به هر دلیل نتوانسته‌اند، منظور و مقصود خود را به شکل درست و قابل فهم در قالب متن قانون درآورند. در چنین حالتی، مؤلف‌گرایان میان عمل به متن قانون یا عمل به اراده‌ی قانونگذار مردد خواهند بود؛ اگر اولی را برگزینند، مؤلف‌گرایی را رها کرده‌اند و اگر دومی را انتخاب کنند، اعتبار دادن به قانون و حاکمیت قانون - به‌عنوان بدیهی‌ترین مبنای هر حقوق‌دان - را نقض کرده‌اند. اگرچه امکان وقوع حالت مذکور در عالم خارج نادر است، به‌خوبی تعارض منطقی این نظریه را نشان می‌دهد.

تمامی این ایرادات - کم‌وبیش - به غایت‌گرایی نیز وارد است؛ آنان نیز در پی اراده‌ی موجود موهومی به نام قانونگذارند، آن هم اراده‌ی دور او و نه اراده‌ی روشنی که در الفاظ ظهور دارد. به همین دلیل گاه از فحص اراده‌ی قانونگذار موجود، دست می‌شویند و به سراغ اراده‌ی قانونگذار عاقل می‌روند؛ امری که به‌روشنی اعتراف به ناتوانی غایت‌گرا در یافتن حکم قانونی است. در این حالت، مفسر خود به‌جای قانونگذار می‌نشیند و وضع قانون می‌کند. به همین ترتیب، دیگر ابهاماتی که در راستای فهم مقصود مؤلف وجود دارد، در این نظریه نیز تکرار می‌شود.

نتیجه‌گیری

در اهمیت تفسیر مؤلف‌محور نمی‌توان تردید داشت. مزایای این رویکرد تفسیری است که آن را قرن‌ها نظریه‌ی مسلط در تمام نظام‌های تفسیری، فلسفی و حقوقی کرده است. با این حال، اشکالات فلسفی، عملی و زبانی به این دیدگاه وارد است که به آن‌ها اشاره شد. نتیجه‌ی این مباحث آن است که نمی‌توان این نظریه را - دست‌کم به‌نحو مطلق و به‌عنوان یگانه نظریه‌ی تفسیر قانون حقوقی - پذیرفت. این امر به‌ویژه در خصوص قوانین اساسی با توجه به ایجاز ذاتی متون آن‌ها و عدم تعیین تکلیف بسیاری از پرسش‌های آتی مصداق دارد. در واقع، اینکه ذهن مفسر با فهم مفسر، جز از طریق متن ارتباط ندارند، سبب شده تا نتوان مؤلف‌گرایی را بر متن‌گرایی حقوقی تفصیل داد. این امر در عالم حقوق، شدت و اهمیت بیشتری می‌یابد،

چراکه در حقوق برخلاف عالم ادبیات و علم و فلسفه، مؤلف واحدی نیز وجود ندارد که بتوان قصدی واحد را به وی استناد داد و از اعتبار نیت وی دفاع کرد.

نتیجه‌ی استدلال‌های بالا، پذیرش نظریه‌های دیگری غیر از مؤلف‌گرایی صرف برای تفسیر قانون اساسی است؛ یعنی دیدگاهی خلاف نظریه‌ی رسمی پذیرفته‌شده در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران. به نظر می‌رسد که دیدگاه مقبول شورای نگهبان - که از دیدگاه رایج میان اصولیون اخذ شده - حاصل عدم تفکیک عملی میان متن‌گرایی و مؤلف‌گرایی است. به عبارت دیگر، اگرچه اصولیونی که متعرض این بحث شده‌اند، معنا را مقصود مؤلف متن تعریف کرده‌اند، در عمل، - جز در مواردی خاص - ظهور متن با ظهور مراد مؤلف یکی در نظر گرفته شده و در خصوص موارد تفاوت میان معنای متن و معنای مورد نظر مؤلف اغماض صورت گرفته است. در واقع، به نظر می‌رسد که نظریه‌ی رایج اصولی در مقابل دیدگاه‌هایی قرار دارد که مستلزم نوعی تفسیر بی‌ضابطه و شخصی یا «تفسیر به رأی» بوده‌اند. مشابه همین رویکرد در دیدگاه برخی حقوقدانان آمریکایی نیز نشان داده شد، جایی که منشأگرایی به عنوان یک نظریه‌ی واحد و بسیط در مقابل دیدگاه‌های مفسر محور طرح شده است. بنابراین، به نظر نمی‌رسد که تأیید مؤلف‌گرایی در نظر اصولیون به معنای نفی مطلق معنای حاصل از متن باشد. رویه‌ی عملی شورای نگهبان نیز هیچ‌گاه نافی اصالت متن نبوده است.

مجموع ایرادات صدرالاشاره سبب شده تا نتوان دیدگاه تفسیری مؤلف‌گرا را به عنوان یک نظریه‌ی مستقل در تفسیر قانون اساسی پذیرفت و باید به سراغ دیگر نظریه‌های تفسیری - نظیر متن‌گرایی و مفسر‌گرایی - یا ترکیبی از این نظریات سه‌گانه رفت.

یادداشت‌ها

1. Meaning.
2. Philosophical Hermeneutics.
3. Analytical Philosophy.
۴. به عنوان نمونه‌ای از منابعی که به این مقارنه اشاره v:دهاند، ن.ک: صدر، ۱۳۹۵: ۹۵ - ۹۸ Y لاریجانی، ۱۳۸۲: ۶۳ - ۱۰۰.
5. Analytical Legal Theory/ Analytical Jurisprudence.
6. The Concept of Law.
7. H.L.A.Hart.
۸. در بررسی نظریه‌های تفسیری گاهی از مفهوم «منشأگرایی» (Originalism) استفاده می‌شود که قدر جامع رویکرد مؤلف‌گرایی و متن‌گرایی است، در مقابل رویکردهای مفسرمحور. مسئله‌ی اساسی ایجادکننده‌ی این تقسیم، آن است که آیا معنای متن قانون اساسی، امری ثابت و متعین (Fixed) است یا جنبه‌ی تکاملی (Evolutive) دارد؟ به‌طور معمول، دیدگاه‌های منشأگرا قائل به معنای ثابت، و نظریه‌های مفسرمحور معتقد به معنای متکامل و متغیر الفاظ قانون اساسی‌اند. با این حال، متن‌گرایی و مؤلف‌گرایی در عرصه‌ی تفسیر قانون اساسی، خود دارای مرزبندی و تفاوت‌های جدی هستند. مهم‌ترین این تفاوت‌ها آن است که مؤلف‌گرایان، معنای متن را در ذهن مؤلف متن - در این جا مقنن اساسی - جست‌وجو می‌کنند و متن‌گرایان، به استقلال متن باور دارند و آنچه را که از الفاظ متن برداشت می‌شود، معنای قانون می‌دانند، صرف‌نظر از مقصود مؤلف یا پیش‌فرض‌های مفسر متن قانونی.
۹. برای مثال، ن.ک: جعفری تبار، ۱۳۸۸؛ آقای، ۱۳۹۴؛ کیوانفر، ۱۳۹۰.
10. Intentionalism.
11. Textualism.
12. Original Meaning.
13. Objective Intent.
14. Original Intent.
15. Subjective Intent.
۱۶. برای مثال می‌توان از طرح هرمنوتیک عینی‌گرا و به‌ویژه آثار اریک هرش به عنوان حامی جدی هرمنوتیک مؤلف‌گرا در دهه‌های اخیر، نام برد.
17. Paul Grice.
18. Psychologist Theory of Meaning.
19. Speaker- Meaning.
20. Robert Bork.
21. Neutral Principles and Some First Amendment Problems.
22. William Rehnquist.
23. Raoul Berger.
24. Edwin Meese.
25. Scott Soames.
26. Deferentialism.
27. Purposivism.
28. Policy Context.
29. Albert Sacks.
30. Henry Hart.
31. Subjectivism.
32. Objectivism.

۳۳. «عرفت أن الألفاظ يدل على إرادة المتكلم لمعانيها بحكم العادة و لو ظنّا رشتی، بی‌تا، ج ۱: ۱۰.
«المراد من المعنى هو المفهوم الذى يقصد من اللفظ دون ما يلاحظ حين الوضع...» رازی
اصفهانى، بی‌تا، ج ۱: ۱۲۸.

34. See: Kenneth, 2011, 4.

۳۵. اصل ۹۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «تفسیر قانون اساسی به عهده‌ی شورای نگهبان
است که با تصویب سه‌چهارم آنان انجام می‌شود.»

۳۶. اصل ۱۳۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «علاوه‌بر مواردی که هیئت وزیران یا وزیری
مأمور تدوین آیین‌نامه‌های اجرایی قوانین می‌شود، هیئت وزیران حق دارد برای انجام وظایف
اداری و تأمین اجرای قوانین و تنظیم سازمان‌های اداری به وضع تصویب‌نامه و آیین‌نامه بپردازد.
هر یک از وزیران نیز در حدود وظایف خویش و مصوبات هیئت وزیران، حق وضع آیین‌نامه و
صدور بخشنامه را دارد، ولی مفاد این مقررات نباید با متن و روح قوانین مخالف باشد. دولت
می‌تواند تصویب برخی از امور مربوط به وظایف خود را به کمیسیون‌های متشکل از چند وزیر
واگذار نماید. مصوبات این کمیسیون‌ها در محدوده‌ی قوانین پس از تأیید رئیس‌جمهور لازم‌الاجرا
است. تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولت و مصوبات کمیسیون‌های مذکور در این اصل، ضمن
ابلاغ برای اجرا به اطلاع رئیس مجلس شورای اسلامی می‌رسد تا در صورتی که آن‌ها را برخلاف
قوانین بیابد با ذکر دلیل برای تجدیدنظر به هیئت وزیران بفرستند.»

37. Paul Brest.

38. Jefferson Powell.

39. Self-effacing.

40. Founding Fathers.

41. Equal Protection.

42. Policy.

۴۳. اصل ۱۶۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران:

«دیوان عالی کشور به‌منظور نظارت بر اجرای صحیح قوانین در محاکم و ایجاد وحدت رویه‌ی
قضایی و انجام مسئولیت‌هایی که طبق قانون به آن محول می‌شود، براساس ضوابطی که رئیس
قوه‌ی قضاییه تعیین می‌کند، تشکیل می‌گردد.»

۴۴. اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران:

«قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به
منابع معتبر اسلامی یا فتاوای معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه‌ی سکوت یا
نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.»

۴۵. همین استدلال در خصوص برخی دیگر از منابع مورد مناقشه‌ی حقوق اساسی صورت گرفته
است. برای مثال، از دیدگاه برخی حقوقدانان، اموری چون عرف را نمی‌توان منبع حقوق اساسی
شناخت، مگر آنکه قانون اساسی خود صراحتاً به آن ارجاع داده باشد (پروین، ۱۳۹۵: ۲۳۵).

۴۶. اصل ۱۱۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «پس از مقام رهبری، رئیس‌جمهور عالی‌ترین مقام رسمی کشور است و مسئولیت اجرای قانون اساسی و ریاست قوه‌ی مجریه را جز در اموری که مستقیماً به رهبری مربوط می‌شود، بر عهده دارد.»

منابع

فارسی و عربی

۱. آقایی، کامران (۱۳۹۴)، مکتب‌های تفسیری در حقوق بر بنیاد هرمنوتیک حقوقی، تهران: میزان، چ دوم.
۲. اصلانی، فیروز و محمدی، رضا و اکبر طلابکی (۱۳۹۵)، «ضابطه‌مندی فهم، تطبیق و تفسیر قانون اساسی با تأکید بر ذیل اصل چهارم قانون اساسی»، فصلنامه‌ی دانش حقوق عمومی، سال پنجم، ش ۱۵، صص ۲۷ - ۵۳.
۳. پروین، خیرالله (۱۳۹۵)، «درآمدی بر مفهوم و موازین عرف حقوق اساسی»، فصلنامه‌ی پژوهش‌های فقهی، دوره‌ی ۱۲، ش ۲، صص ۲۲۹-۲۵۵.
۴. جعفری تبار، حسن (۱۳۸۸)، فلسفه‌ی تفسیری حقوق، تهران: شرکت سهامی انتشار، ویرایش دوم، چ اول.
۵. رازی اصفهانی، محمدتقی (بی‌تا)، هدایة المسترشدين فی شرح اصول معالم‌الدین، کتابخانه‌ی آنلاین شیعه (Ishia Books)، نسخه‌ی ۲,۵,۴ اندروید، ج ۱.
۶. رشتی، حبیب‌الله (بی‌تا)، بدایع الافکار، مندرج در کتابخانه‌ی اینترنتی مدرسه‌ی فقاہت، ج ۱: <http://lib.eshia.ir/13094/1/183>
۷. شهیدی، مهدی (۱۳۹۰)، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران: مجد، چ هشتم، ج ۱.
۸. صدر، سید محمدباقر (۱۴۲۲ق)، دروس فی علم الاصول، اعداد محسن غروی‌ان و عبدالجواد ابراهیمی شاهرودی، قم: انتشارات دارالعلم، چ سوم، ج ۱.
۹. ----- (۱۳۹۵ق)، المعالم الجديدة، نجف: کتاب‌فروشی النجاف، چ دوم.
۱۰. عمید زنجانی، عباس‌علی (۱۳۸۴)، فقه سیاسی، تهران: امیرکبیر، چ اول، ج ۱۰ (اندیشه‌ی سیاسی در جهان اسلام معاصر).
۱۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳)، فلسفه‌ی حقوق، تهران: شرکت سهامی انتشار، چ پنجم، ج ۳ (منطق حقوق).
۱۲. کیوانفر، شهرام (۱۳۹۰)، مبانی فلسفی تفسیر قانون، تهران: شرکت سهامی انتشار، چ اول.
۱۳. لاریجانی، صادق (۱۳۸۲)، «فلسفه‌ی تحلیلی و علم اصول مباحث مقایسه‌ای»، فصلنامه‌ی پژوهش‌های اصولی، ش ۲ و ۳، صص ۶۳ - ۱۰۰.
۱۴. لایکن، ویلیام جی (۱۳۹۲)، درآمدی به فلسفه‌ی زبان، ترجمه‌ی میثم محمدامینی، تهران: نشر هرمس، چ دوم.

۱۵. مظفر، محمدرضا (۱۳۹۲)، *اصول الفقه*، ترجمه‌ی محسن غرویان، قم: دارالفکر، چ دوازدهم، ج ۱.
۱۶. موسی‌زاده، ابراهیم و مصطفی منصوریان (۱۳۹۳)، «رویکرد منشأگرایی در تفسیر قانون اساسی و آثار آن در رویه‌ی شورای نگهبان»، *فصلنامه‌ی دانش حقوق عمومی*، سال سوم، ش ۸، صص ۱-۲۱.
۱۷. واعظی، احمد (۱۳۸۶)، *درآمدی بر هرمنوتیک*، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه‌ی اسلامی، چ چهارم.
۱۸. هاشمی، سید محمد (۱۳۸۴)، *حقوق بشر و آزادی‌های اساسی*، تهران: میزان، چ اول.

(ب) انگلیسی

1. Barak, Aharon (2005), **Purposive Interpretation in Law**, Translated to English by Sari Bashi, New Jersey: Princeton University Press, First Published.
2. Fallon, Richard H (2014), "Three Symmetries between Textualist and Purposivist Theories of Statutory Interpretation and Irreducible Roles of Values and Judgement within Both", **Cornel Law Review**, Vol. 99, pp. 685- 34.
3. Huscroft, Grant & Miller, Bradley (2011), **The Challenge of Originalism Theories of Constitutional Interpretation**, Cambridge: Cambridge University Press, First published.
4. Kenneth R, Thomas (2011), "Selected Theories of Constitutional Interpretation", **Congressional Research Service**: <https://fas.org/sgp/crs/misc/R41637.pdf>
5. Soames, Scott (2013), "Deferentialism: A Post-originalist Theory of Legal Interpretation", **Fordham Law Review**, Vol. 82, Issue 2, pp. 597- 617.
6. Treanor, William Michael (2007), "Taking Text Too Seriously: Modern Textualism, Original Meaning, and the Case of Amar's Bill of Rights", **Michigan Law Review**, Vol. 106: 487, December 2007, pp. 487- 543.

الگوی تبلیغات انتخاباتی ایران در پرتو مؤلفه‌های تبلیغات انتخاباتی شایسته

سیداحمد حبیب‌نژاد^{۱*}، حدیثه داودی^{۲**}

۱. استادیار حقوق عمومی پردیس فارابی دانشگاه تهران، تهران، ایران
۲. کارشناس ارشد حقوق عمومی پردیس فارابی دانشگاه تهران، تهران، ایران

پدیرش: ۱۳۹۷/۴/۱۹

دریافت: ۱۳۹۷/۲/۸

چکیده

تبلیغات انتخاباتی، به‌عنوان سازوکاری که امکان انتخاب شایسته را برای انتخاب‌گران فراهم می‌سازد، نقش مهمی در شکل‌گیری انتخابات آزاد و منصفانه دارد. وجود رقابت انتخاباتی آزاد، سالم و ضابطه‌مند، از جمله شاخصه‌های تعیین صحت جریان انتخابات و منصفانه بودن آن است، ازاین‌رو تبلیغات انتخاباتی باید فرایندی دموکراتیک داشته باشد؛ فرایندی که در آن بی‌طرفی، احترام به حیثیت اشخاص، آزادی سیاسی و رسانه‌ای، برابری در برخورداری از امکانات تبلیغاتی، قاعده‌مند بودن هزینه‌های تبلیغاتی و کنترل قضایی وعده‌های انتخاباتی لازمی دستیابی به الگویی شایسته برای تبلیغات انتخاباتی است. در این نوشتار، با بررسی آثار و اسناد داخلی و خارجی، معیارهایی برای تبلیغات شایسته ارائه و میزان انعکاس آن‌ها در قوانین انتخاباتی ایران نیز بررسی شد. در نتیجه‌ی این بررسی مشخص شد که تبلیغات انتخاباتی در انواع انتخابات در ایران، به‌دلیل ضعف‌های قانونی، اجرایی و فرهنگی، با وضع مطلوب فاصله دارد و فقدان قواعد جامع در حوزه‌ی تأمین مالی هزینه‌های تبلیغاتی، زمان‌بندی تبلیغات، شیوه‌های تبلیغات و دسترسی برابر نامزدها به امکانات تبلیغاتی و رسانه‌ها در قوانین انتخاباتی کشور محسوس است.

واژگان کلیدی: اصول تبلیغات انتخاباتی، آزادی‌های سیاسی، تبلیغات انتخاباتی، نظارت بر تبلیغات، هزینه‌های تبلیغاتی.

* E-mail: dabirnia.alireza@gmail.com

E-mail: f.s.naghavi93@gmail.com

** نویسنده‌ی مسئول

مقدمه

شاخص‌های متعددی برای سنجش میزان دموکراتیک بودن یک نظام سیاسی وجود دارد. از جمله این شاخص‌ها، سازوکار انتخابات است. از آن‌جا که حاکمان سیاسی هر جامعه، به‌ویژه نظام مردم‌سالار، در پیشبرد اهداف آن جامعه نقشی اساسی و حیاتی دارند، فرایند انتخابات و نحوه‌ی انتخاب این حاکمان باید تحت سازوکاری عادلانه، منصفانه و معقول قرار گیرد. از جمله شاخصه‌های اصلی انتخابات دموکراتیک، رقابتی بودن آن است. به عبارت دیگر، آزادی نامزد شدن در انتخابات و آزادی تبلیغات انتخاباتی توسط نامزدها، از عناصر جدایی‌ناپذیر دموکراسی‌های نماینده‌سالار به‌شمار می‌رود. «فقدان آزادی نامزد شدن در نظام‌های توتالیتار سامانه‌مند است. البته آزادی نامزد شدن در انتخابات به‌تنهایی کفایت نمی‌کند. بلکه تنها معرفی نامزدها از طریق تبلیغات واقعی است که به انتخاب‌گران اجازه‌ی انجام انتخاب را خواهد داد. در صورت فقدان تبلیغ عمومی، انتخاب‌کننده بر مبنای کدام شاخصه باید گزینه‌ی مطلوب خود را انتخاب کند» (گرچی، ۱۳۸۹: ۳۴۶).

شایان ذکر است که در آثار گوناگونی همچون «انتخابات آزاد و منصفانه در حقوق و رویه‌ی بین‌المللی» نوشته‌ی پروفیسور گودوین گیل و «حقوق انتخابات دموکراتیک» نوشته‌ی حسن خسروی به موضوع انتخابات و اصول حاکم بر آن و در ذیل آن به موضوع تبلیغات پرداخته شده است. مقالاتی چون «بررسی تطبیقی تبلیغات در نظام انتخاباتی ریاست جمهوری ایران و فرانسه» نوشته‌ی مجید بزرگمهری، «تبلیغات در قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی» نوشته‌ی شجاع احمدوند و «آسیب‌شناسی تبلیغات انتخاباتی مجلس شورای اسلامی در پرتو اصول حقوقی حاکم بر تبلیغات» نوشته‌ی هاجر درستی به معیارهای تبلیغات انتخاباتی نظر داشته‌اند.

در مقام بیان ضرورت انجام این پژوهش باید گفت که با توجه به اهمیت تبلیغات در عرصه‌ی انتخابات و انعکاس اراده‌ی واقعی مردم در امر انتخابات، بررسی اصول محوری حاکم بر تبلیغات و شناسایی آن‌ها در قوانین و فراهم کردن بسترهای مناسب برای اجرایی شدن این اصول، برای تحقق تبلیغات انتخاباتی شایسته ضروری است، به‌خصوص اینکه در سیاست‌های کلی نظام هم به موضوع مهم تبلیغات انتخاباتی اشاره شده است. در پژوهش حاضر تلاش کرده‌ایم - با تأکید بر انتخابات ریاست جمهوری و مجلس شورای اسلامی - با بررسی اصول حقوقی و فراحقوقی تبلیغات انتخاباتی که با مذاقه در اسناد بین‌المللی و رویه‌ی عملی برخی کشورهای دارای نظام تبلیغات انتخاباتی خوب قابل استنباط است، الگویی شایسته برای تبلیغات انتخاباتی ارائه دهیم و میزان انعکاس این معیارها را در تبلیغات انتخاباتی در انواع انتخابات در کشورمان ارزیابی کنیم.

۱. مفهوم‌شناسی تبلیغات انتخاباتی

تبلیغات جمع تبلیغ است و از ریشه‌ی عربی « بَلَّغَ » گرفته شده است. تبلیغ در فرهنگ‌های لغت فارسی در معانی رسانیدن پیام یا خبر یا مطلبی به مردم، ابلاغ، موضوعی را با انتشار اخبار به وسایل مختلف مانند رادیو، تلویزیون و روزنامه در اذهان عمومی جاگیر کردن (معین، ۱۳۶۴، ج ۱: ۱۰۲۵). آمده است. تبلیغ از ریشه‌ی لاتین Propagare به معنای کاشتن و نهال زدن می‌آید (وحیدیان، ۱۳۹۲: ۷). واژه‌ی تبلیغات در انگلیسی گاهی در مقابل واژه‌ی Propagation قرار می‌گیرد که به معنای اشاعه، ترویج، تکثیر و رساندن صحیح یک مطلب است و بار ارزشی مثبت دارد و گاهی در مقابل واژه‌ی Propaganda به کار می‌رود که به معنای پیام توخالی و هیاهوی بی‌محتواست و بار ارزشی منفی دارد و معمولاً مشتمل بر ایده‌ها یا اظهاراتی است که ممکن است اشتباه یا اغراق‌آمیز باشند و بدین سبب به کار برده می‌شوند تا برای یک رهبر سیاسی یا حزب و... حمایت حاصل شود و گاهی هم در مقابل Advertisement قرار می‌گیرد و به معنای آگهی و پیام‌های بازرگانی است (مصطفی‌زاده، ۱۳۹۲: ۵).

هارولد لاسول، از نظریه‌پردازان ارتباطات، در تعریف تبلیغات بر آن است که «تبلیغات در معنای گسترده‌ی آن، فن تحت تأثیر قرار دادن عمل انسان از طریق تغییر تصورات یا بازنمودهاست» (شاه‌محمدی، ۱۳۸۵: ۶۵). یکی از مهم‌ترین ابزارهایی که توانایی دگرگون کردن تصورات ذهنی انسان‌ها را دارد، تبلیغات است (وحیدیان، ۱۳۹۲: ۴). در تعریفی دیگر، ادوارد برنیز تبلیغات نوین را تلاشی مستمر در جهت ایجاد یا شکل دادن رخدادها برای تحت تأثیر قرار دادن عامه‌ی مردم با کار فکری یا گروهی می‌داند (شاه‌محمدی، ۱۳۸۵: ۶۷).

تبلیغات انتخاباتی در واقع وسیله‌ای برای پیوند میان مبلغان و مخاطبان و تأثیرگذاری سیاسی بر مردم و سلاخی در مبارزات سیاسی احزاب و گروه‌های سیاسی است. به عبارتی دیگر، تبلیغات تلاشی عمدی توسط برخی افراد یا گروه‌هاست که با بهره‌گیری از وسایل ارتباطی، برای کنترل، شکل دادن یا تغییر نگرش افراد دیگر گروه‌ها^۱ انجام می‌دهند.

روش‌های تبلیغ از مهم‌ترین فرازهای جهان ارتباطات و اصول دانش تبلیغ‌اند. اتخاذ روش درست در تبلیغات، یکی از عوامل حساس و مهم است که ارزش فرصت‌ها و تلاش‌های تبلیغ‌کننده را دوچندان می‌کند و او را با کمترین زحمت به نتیجه‌ی مطلوب می‌رساند (عباسی مقدم، ۱۳۷۹: ۱۳۸). اما پیشرفت فناوری و پیدایش فضای نامحدودی به نام اینترنت، به مرور به رواج شیوه‌های جدیدتری همچون تبلیغات در شبکه‌های اجتماعی و شبکه‌های پیام‌رسان اینترنتی منجر شد و فرایند رقابت‌های انتخاباتی بسیار خودآگاهانه‌تر شد. علاوه بر این، در عصر حاضر، گسترش روزافزون تکنیک‌های تبلیغاتی و روابط عمومی، به کمک سیاستمداران آمده و

مشاوره‌ی رقابت‌های انتخاباتی به حرفه‌ای تخصصی تبدیل شده است. از این‌رو، استفاده از روش‌های تبلیغاتی رایج در بازاریابی در مبارزات انتخاباتی نیز مرسوم شده است. با تمام این تفاسیر، استفاده از تمام شیوه‌های تبلیغاتی، به جامعه‌ی هدف و نوع نگرش مخاطبان تبلیغات بستگی دارد.

تبلیغات به معنای اشاعه‌ی عقیده و به‌منظور تحت تأثیر قرار دادن مخاطبان، همیشه به‌نوعی در تاریخ جوامع بشری وجود داشته است. اما به عقیده‌ی بسیاری از محققان، اصطلاح پروپاگاندا^۲ به معنای تبلیغات و گسترانیدن باورهاست و در این زمینه، نخستین تشکیلات منظم برای تبلیغات سیاسی در سال ۱۶۲۲م، توسط پاپ گری‌گوری پانزدهم در واتیکان شکل گرفت (خروطی، ۱۳۹۳: ۱۹). اما از قرن هجدهم به بعد تحول محسوس و مستمری در رقابت‌های انتخاباتی ایجاد شد (دفتر مطالعات سیاسی و اجتماعی مرکز پژوهش‌های مجلس، ۱۳۷۸: ۲) و استعمال تبلیغات در زمینه‌های اجتماعی، سیاسی و بازرگانی نیز رایج شد.

۲. مؤلفه‌های تبلیغات انتخاباتی شایسته

از آن‌جا که رقابت‌های سیاسی تمام تلاش خود را برای به‌دست آوردن منصب موردنظر خود در فرایند انتخابات به‌کار می‌گیرند، رقابت‌های انتخاباتی در همه‌ی کشورها، اغلب دستخوش سوءاستفاده‌هایی چون تطمیع، تهدید و مخارج گزاف می‌شود که ممکن است سلامت و مشروعیت انتخابات را به خطر اندازد. از این‌رو «مشروعیت دولتی که از طریق انتخابات دموکراتیک انتخاب شده، متکی به اصولی است. از جمله اینکه رأی‌دهندگان از طریق رقابت‌های انتخاباتی، از برنامه‌ها و خصوصیات تمام کاندیداها و احزاب سیاسی مطلع شوند و در نتیجه‌ی این اطلاع، قادر به یک انتخاب آگاهانه باشند» (Code of Conduct for Political Parties, 1999: 14, 2.1.a). این رقابت مؤلفه‌هایی دارد که به مطالعه‌ی آن‌ها می‌پردازیم.

۱-۳. اصول ارزشی و ماهوی حاکم بر تبلیغات انتخاباتی

مقصود از اصول ماهوی حاکم بر تبلیغات انتخاباتی، اصولی است که در راستای حفظ کرامت انسانی و صیانت از حرمت و هویت بشر، حقوقی را برای بازیگران عرصه‌ی رقابت‌های انتخاباتی به رسمیت می‌شناسند.

۱-۱-۳. لزوم وجود آزادی‌های سیاسی

آزادی‌های سیاسی مجموعه امتیازهایی است که شهروندان، برای مشارکت در حیات سیاسی جامعه بدان نیاز دارند. این امتیازها به‌صورت حق رأی، حق داوطلبی، حق عضویت در

احزاب سیاسی، آزادی رقابت اندیشه‌ها، آزادی انتخابات و آزادی تعیین زمامداران متظاهر می‌شود. مجموعه‌ی آزادی‌های مذکور، تمامی افراد جامعه را به‌صورت عناصر فعال و مبتکر درمی‌آورد و زمینه را برای زمامداری مردمی فراهم می‌سازد. در مقابل، راه را بر روی ظهور حکومت‌های استبدادی می‌بندد. نقصان در هر یک از آزادی‌های یادشده (فردی، گروهی، سیاسی)، به هر اندازه که باشد، ابتکار افراد را در تعیین سرنوشت خود تقلیل می‌دهد و زمینه‌ی پایداری استبداد را فراهم می‌آورد (هاشمی، ۱۳۸۴: ۳۰۵).

این آزادی به‌عنوان یک حق بنیادی، توسط دادگاه‌های بین‌المللی، دیگر نهادهای بین‌المللی و دادگاه‌های ملی به رسمیت شناخته شده است^۳ (کارور، ۱۳۹۴: ۱۱۳)، ازاین‌رو «چارچوب قانونی باید تضمین کند که هیچ محدودیت نامتعارفی بر حق کاندیداها و احزاب سیاسی بر آزادی بیان در طول مبارزات انتخاباتی اعمال نشود» (International Electoral Standards,) (Guidelines for reviewing the legal framework of elections : 61, 10)

معنای این اصل این نیست که نامزدهای انتخاباتی با آزادی مطلق در هر مکان و زمان، به فعالیت‌های تبلیغاتی بپردازند، بلکه برگزارکنندگان انتخابات باید فضایی را فراهم آورند که نامزدها در چارچوب محدودیت‌های قانونی ولی به دور از تحمیل و اجبار بتوانند به فعالیت‌های تبلیغاتی انتخاباتی بپردازند. البته حقوق «تنها می‌تواند تابع چنان محدودیت‌هایی خصلتاً استثنایی گردد که به موجب قانون معین شده‌اند و این محدودیت‌ها در هر جامعه‌ی دموکراتیک به‌علت مسائل امنیت ملی یا نظم عمومی، یا حمایت از بهداشت، اخلاق عمومی یا حقوق و آزادی‌های دیگران ضروری و معقول‌اند» (اعلامیه‌ی اتحادیه‌ی بین‌المجالس معیارهای انتخابات آزاد و منصفانه ۱۹۹۴، بخش سوم، بند ۷).^۴

آزادی سیاسی در قانون اساسی ایران در اصول ۲۴، ۲۶ و ۲۷ بیان شده، اما در قوانین انتخاباتی مسکوت واقع شده است. اما اگر فرض کنیم که مقنن احزاب را بازیگران اصلی رقابت‌های انتخاباتی دانسته، آزادی‌های سیاسی احزاب در جریان تبلیغات، تحت عنوان «اظهارنظر آزاد و علنی در مسائل کشور در راستای وظایف قانونی احزاب» در بند «پ» و «برگزاری راهپیمایی‌ها و تشکیل اجتماعات» در بند «خ» ماده‌ی ۱۳ قانون نحوه‌ی فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی مصوب ۱۳۹۵ گنجانده شده است.

۲-۱-۳. وجود قانون منطقی و معقول

قانون، تضمینی برای تأمین حقوق و آزادی‌هاست. «حکومت قانون بر جامعه نتایجی به‌بار می‌آورد که نظم و خیر، مهم‌ترین آن‌هاست. حکومت قانون سبب می‌شود که نظم مطلوب در جامعه مستقر شود؛ همه از پیش بدانند که در رابطه‌ی خود با دیگران چه حق و تکلیفی دارند

و جامعه از این حقوق و تکالیف دفاع می‌کند و به‌هنگام ضرورت، متجاوز را به‌جای خود می‌نشانند» (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۵-۸).

تکلیف قانون‌محوری در انتخابات در مرحله‌ی تبلیغات بسیار حائز اهمیت است، چراکه احترام به قوانین انتخاباتی و دقت در حفظ حریم‌های قانونی، نشان رشدیافتگی سیاسی و اجتماعی افراد و گروه‌های جامعه است و مردم با سنجش میزان پایبندی کاندیداها و احزاب و اطرافیان آن‌ها به قوانین و حرکت آن‌ها در مسیر قانون، به پایبندی آنان به قانون، پس از پیروزی در انتخابات نیز پی خواهند برد و در نتیجه، انتخاب درست‌تری خواهند داشت.

در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ضرورت قانونمندی و قانون‌گرایی در مصادیقی چون اصل ۲۰۵ و روح حاکم در ذیل اصل ۱۰۷^۶ جایگاه کلیدی دارد. با توجه به نقش محوری و حیاتی قانون، ضروری است اولاً خلأ قانونی در حوزه‌ی قوانین انتخاباتی برطرف و الگوی جامعی برای انتخابات و به‌ویژه تبلیغات انتخاباتی طراحی شود و ثانیاً کلیه‌ی مجریان، ناظران و کارگزاران انتخابات و همچنین انتخاب‌شوندگان و انتخاب‌کنندگان، بر این اصل محوری و رکن بنیادی، التزام عملی داشته باشند (اصول و ارزش‌های اخلاقی انتخابات، وزارت کشور، ۱۳۹۴).

۳-۱-۳. نظارت بر فرایند تبلیغات

این اصل را می‌پذیریم که نظارت بر قدرت در مهار آن نقشی اساسی دارد (ارسطا، عامری، ۱۳۹۳: ۷). انگیزه‌ی دستیابی به قدرت ممکن است کاندیداها را به هر گونه اقداماتی که خلاف اصول حاکم بر تبلیغات انتخاباتی‌اند و حتی به تضییع حقوق مردم منجر می‌شوند، ترغیب کند. ازاین‌رو، نظارت بر فرایند انتخابات و اعمال و رفتار کاندیداها و احزاب حاضر در انتخابات، امری ضروری است. این نظارت مستلزم پیش‌بینی قواعد نظارتی در خصوص برخورداری برابر کاندیداها و احزاب از امکانات دولتی، مالی و رسانه‌ای برای تبلیغات، برابری در کاربرد انواع شیوه‌های تبلیغاتی (همچون تعیین قالب، ابعاد و سقف تعداد برگه‌ها و بروشورهای تبلیغاتی و نوع واحدی از ابزارهای تبلیغاتی نوین در فضای مجازی به‌صورت مشترک برای همه‌ی کاندیداها)، زمان‌بندی واحد تبلیغات، نظارت بر ادبیات و رفتار تبلیغاتی، جرم‌انگاری رفتارهای خلاف قانون و تضمین برخورد برابر با متخلفان است. نظارت بر انتخابات ممکن است از طریق نهادهای رسمی چون قوه‌ی مقننه یا در قالب نظارت قضایی یا از طریق نهادهای غیررسمی همچون جامعه‌ی مدنی و رسانه‌ها و حتی در غالب نظارت بین‌المللی اعمال شود (بای، طاهری و آب سالان، ۱۳۹۳: ۱۷۲-۱۷۴). در هر صورت ضروری است که نهادی مستقل، بی‌طرف و متخصص که اعضای آن در نتیجه‌ی انتخابات، ذی‌نفع نباشند، بر فرایند تبلیغات نظارت داشته باشد.

در حقوق ایران، براساس اصل ۹۹ قانون اساسی ایران، «نظارت بر انتخابات مجلس خبرگان رهبری، ریاست جمهوری و مجلس شورای اسلامی بر عهده‌ی شورای نگهبان است. اما به‌منظور بازرسی و کنترل نحوه‌ی تبلیغات نامزدها، «کمیسیون بررسی تبلیغات انتخابات»^۷ در انتخابات ریاست جمهوری و «کمیسیون بازرسی تبلیغات انتخاباتی»^۸ پیش‌بینی شده‌اند. از این‌رو این اصل به لحاظ ساختاری تأمین شده است.

۲-۳. اصول کارآمدی و رویه‌ای حاکم بر تبلیغات انتخاباتی

مقصود از اصول رویه‌ای، اصولی است که برای اجرایی شدن و عملی کردن اصول ماهوی تعبیه می‌شوند؛ اصولی که برای تضمین حقوق شناخته‌شده برای نامزدها و افراد درگیر در جریان تبلیغات انتخاباتی پیش‌بینی شده‌اند و به کارآمدی آن‌ها منجر می‌شوند.

۱-۲-۳. دسترسی برابر به رسانه‌ها

دسترسی برابر به رسانه‌ها به‌صورتی گسترده در دموکراسی‌های مستقر پذیرفته شده است. هرچند امکان دارد نحوه‌ی تنظیم این اصل متفاوت باشد، مبنای آن یکسان است (گودوین گیل، ۱۳۸۶: ۱۱۵). در اعلامیه‌ی شورای اتحادیه‌ی بین‌المجالس در زمینه‌ی معیارهای انتخابات آزاد و منصفانه مصوب ۲۶ مارس ۱۹۹۴، بر این امر تأکید می‌شود که «هر نامزد انتخاباتی و هر حزب سیاسی برای دسترسی به رسانه‌ها به‌ویژه رسانه‌های ارتباط جمعی، باید از موقعیت مساوی با نامزدهای احزاب دیگر برخوردار باشد تا دیدگاه‌های سیاسی خود را ارائه کند». همچنین این اعلامیه بیان می‌دارد: «دولت و ارکان حکومتی باید تضمین کنند که اقدامات لازم برای تضمین پوشش بی‌طرفانه‌ی انتخابات در رسانه‌های دولتی و عمومی انجام گیرد». همچنین امروزه تعداد فزاینده‌ای از احکام دادگاه‌های ملی بر حق احزاب مخالف برای دسترسی به رسانه‌های حکومت تأکید کرده‌اند. این موضوع، مورد پذیرش گسترده قرار گرفته که حکومت وظیفه دارد چنین دسترسی را تأمین کند^۹ (کارور، ۱۳۹۴: ۱۱۴).

براساس استانداردهای بین‌المللی انتخاباتی وضع‌شده از سوی سازمان بین‌المللی دموکراسی و همیاری انتخاباتی، «چارچوب قانونی باید تضمین کند که تمام کاندیداها و احزاب سیاسی، به رسانه دسترسی داشته باشند و از سوی رسانه‌های متعلق به دولت یا تحت کنترل آن مورد رفتار عادلانه قرار گیرند» (International Electoral Standards, Guidelines for reviewing the legal framework of elections : 61, 10).

در حقوق ایران نیز در سیاست‌های کلی انتخابات که در مهرماه ۱۳۹۵ از سوی مقام رهبری ابلاغ شد، در بند ۳ به «بهره‌مندی داوطلبان در تبلیغات انتخاباتی با تقسیم برابر، متناسب با

امکانات در هر انتخابات حسب مورد از صداوسیما و فضای مجازی و دیگر رسانه‌ها و امکانات دولتی و عمومی کشور» اشاره شده است. همچنین در قانون انتخابات ریاست جمهوری^{۱۰} و آیین‌نامه‌ی اجرایی قانون انتخابات مجلس خبرگان^{۱۱} از برخورداری نامزدها از حق ارائه‌ی برنامه‌ها در صداوسیما به طرز تساوی سخن به میان آمده است. اما این مهم در عرصه‌ی عمل دستخوش روابط سیاسی نامزدها شده و متأسفانه افراد از روابط و وابستگی خود به نهادی خاص استفاده می‌کنند و رسانه‌های آن‌ها را برای تبلیغات به خدمت می‌گیرند.

۳-۲-۲. حق پاسخ به گزارش‌های رسانه‌ها در جریان انتخابات

حق پاسخ عبارت است از دفاع از خود در برابر انتقاد علنی در همان رسانه‌ای که انتقاد در آن طرح شده است. نهاد ماده‌ی ۱۹۱۲ شرح می‌دهد که دو طبقه‌بندی اساسی از حق پاسخ وجود دارد؛ نوع اول که به‌گونه‌ای دقیق‌تر «حق اصلاح» نامیده می‌شود، به‌حق اشاره به اطلاعات غلط محدود است. در این زمینه، هیأت تحریریه‌ی رسانه، ملزم به تصحیح اشتباه است، اما می‌تواند این کار را با عبارات خاص خود انجام دهد. نوع دوم عبارت است از حق فرد ستم‌دیده برای مطالبه‌ی فضا در روزنامه یا زمان پخش از رسانه برای «ارائه‌ی گزارش صحیح» از موضوع. جلوه‌ی دوم از حق پاسخ، به‌وضوح، تراحم بیشتری با «حق سکوت» پیدا می‌کند (Right of Reply, ARTICLE 19, accessed August 24, 2012) کنوانسیون آمریکایی حقوق بشر نیز دولت‌های عضو را ملزم به شناسایی حق پاسخ یا حق اصلاح می‌کند.^{۱۳} البته ایده‌ی ایجاد یک حق قانونی و قابل اجرا در مورد پاسخ یا اصلاح گزارش غلط، هیچ‌گاه توجه و حمایت مناسبی از سوی حامیان فعال آزادی بیان کسب نکرده است (کارور، ۱۳۹۴: ۱۱۸).

ماده‌ی ۳۰ قانون الحاق یک ماده و دو تبصره به قانون اساسنامه‌ی سازمان صداوسیما جمهوری اسلامی ایران در این خصوص قواعدی دارد.^{۱۴} به‌علاوه، ماده‌ی ۶۴ قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی، ضمن منع درج آگهی یا مطالبی علیه نامزدهای انتخاباتی در مطبوعات و نشریات و همچنین ممنوعیت نشر مطالب خلاف واقع دال بر انصراف گروه یا اشخاصی از نامزدهای معین، این حق را برای نامزدهای انتخاباتی به رسمیت شناخته است که «پاسخ خود را ظرف هجده ساعت پس از انتشار نشریه‌ی مزبور بدهند». قانون انتخابات ریاست جمهوری ایران نیز در ماده‌ی ۷۴ به مفهوم مشابهی اشاره می‌کند.

۳-۲-۳. دسترسی برابر به امکانات مالی

تبلیغات انتخاباتی، فرایندی پرهزینه است. از این‌رو همواره خطر انحراف از عدالت و انصاف به‌تبع استفاده‌ی نامزدها از منابع مالی غیرقانونی در آن وجود دارد (زارع شحنه، ۱۳۹۵: ۹).

هزینه‌های انتخاباتی یا توسط بخش خصوصی تأمین می‌شود که همواره و در ادوار مختلف وجود داشته است یا از سوی نهاد عمومی «دولت» که امروزه بیشتر بر آن تأکید می‌شود (درستی، ۱۳۹۳: ۱۰۰). امروزه هدف این است که با دخیل کردن دولت و هیأت حاکمه در هزینه‌های تبلیغاتی، از وابستگی نمایندگان و احزاب به گروه‌های ذی‌نفوذ مالی کاسته شود و برابری نسبی میان نامزدها پدید آید. از این‌روست که نظارت بر هزینه‌های انتخاباتی را شایسته‌ی مقام دولت می‌دانند. به‌علاوه، نامزدها و احزاب سیاسی باید در ازای استفاده از چنین منابعی در مقابل نهاد مدیریت انتخابات پاسخگو باشند (خیری اصل، ۱۳۹۴: ۱۵)، چراکه نفوذ ناروای پول در سیاست می‌تواند به‌وجودآورنده‌ی چرخه‌های مختلفی از فساد باشد و موجب کاهش اعتماد عمومی به کل نظام سیاسی شود (زارع شحنه، ۱۳۹۵: ۱۳). از این‌رو ضرورت ارائه‌ی طرحی جامع برای نظارت مالی بر تبلیغات انتخاباتی در پرتو آموزه‌های حقوق عمومی و در راستای تأمین اعتماد عمومی، بیش از پیش احساس می‌شود.

در این زمینه، قانون انتخابات ریاست جمهوری ایران در ماده‌ی ۶۲ اشعار می‌دارد: «به‌منظور تضمین برخورداری یکسان نامزدهای ریاست جمهوری از امکانات دولتی، کمیسیونی به نام کمیسیون بررسی تبلیغات انتخابات در وزارت کشور و بنا به دعوت وزیر کشور تشکیل می‌گردد». این موضوع در ماده‌ی ۱۹ آیین‌نامه‌ی اجرایی قانون انتخابات مجلس خبرگان نیز به همین شکل مورد اشاره قرار گرفته است،^{۱۵} اما همان‌گونه که از الفاظ پیداست، به‌صورت کلی بررسی تبلیغات مذکور و تفصیل چگونگی برخورداری برابر از این امکانات مورد اشاره قرار نگرفته است. هیأت‌های نظارتی که در قوانین انتخاباتی پیش‌بینی شده‌اند نیز اغلب اقدام سازمان‌یافته و مفیدی در حوزه‌ی نظارت بر برابری امکانات مالی انجام نمی‌دهند.

تأکید بر «تعیین حدود و نوع هزینه‌ها و منابع مجاز و غیرمجاز انتخاباتی، شفاف‌سازی منابع و هزینه‌های انتخاباتی داوطلبان و تشکل‌های سیاسی و اعلام به مراجع ذی‌صلاح و اعمال نظارت دقیق بر آن و تعیین شیوه و چگونگی برخورد با تخلفات مالی» در بند ۴ سیاست‌های کلی انتخابات نیز نشان از احساس جای خالی این مهم در قوانین انتخاباتی ایران دارد.^{۱۶}

۳-۳. اصول تشکیلاتی حاکم بر تبلیغات انتخاباتی

اصول تشکیلاتی اصولی‌اند که به‌منظور پوشش و تضمین اصول ماهوی و اصول رویه‌ای طراحی شده‌اند، چراکه بدون تضمینات عملی و عینی، هنجارها و ارزش‌های نهادینه‌شده صرفاً در مرحله‌ی نظری و تئوری باقی می‌مانند (خسروی، ۱۳۸۸: ۱۶۵).

۳-۳-۱. آزادی مطبوعات و رسانه‌ها

میزان توسعه و رشد مطبوعات هر ملتی بیانگر میزان رشد و آگاهی اوست و درباره‌ی هر

ملتی از روی مطبوعاتی که دارد، می‌توان قضاوت کرد (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۲: ۱۰۱). از جمله کارکردهای اصلی مطبوعات در جامعه‌ی دموکراتیک، پاسخگو نمودن دولت، اطلاع‌رسانی، آموزش مدنی شهروندان، مرتبط کردن مردم با حاکمان و نظارت و کنترل قدرت سیاسی است (Lang, 1995: 10).

تصور فعالیت‌های انتخاباتی آزاد و رعایت اصول کثرت‌گرایی و تسامح و تحمل سیاسی دموکراتیک، بدون وجود رسانه‌ها و مطبوعات آزاد، امکان‌پذیر نیست. پس رسانه‌ها و مطبوعات آزاد به‌عنوان ابزار بیان برنامه‌ها و شعارهای انتخاباتی و ایجاد زمینه‌ی مساعد برای مناظرات بین رقبای، نقش مهمی در کشف حقیقت ایفا می‌کنند و کمک شایانی به رأی‌دهندگان در گزینش آگاهانه خواهند کرد (خسروی، ۱۳۸۸: ۳۱۳). از این‌رو رسانه‌ها باید از آزادی برای انعکاس این برنامه‌ها و همچنین نقد و بررسی آن‌ها برخوردار باشند. به‌علاوه، کسانی که مجاز به فعالیت خبرنگاری هستند، باید حق ورود به تمام جلسات و فعالیت‌های انتخاباتی کلیه‌ی احزاب و کاندیداها را داشته باشند. احزاب نیز موظف‌اند که به آزادی مطبوعات احترام بگذارند (Code of Conduct for Political Parties, 1999: 16, 5.1.c). و از آزار و مشکل‌تراشی برای خبرنگارانی که مشغول فعالیت‌های حرفه‌ای خود هستند بپرهیزند (Code of Conduct for Political Parties, 1999: 16, 5.2.a).

اصل آزادی مطبوعات در اصل ۲۴ قانون اساسی ایران^{۱۷} به رسمیت شناخته شده است. قانون مطبوعات مصوب ۱۳۶۴ نیز در راستای تنظیم عملکرد مطبوعات به تصویب رسیده است. اما این قواعد کلی بدون وجود قوانین دارای ضمانت اجرا برای تحقق آزادی به‌منزله‌ی یکی از مهم‌ترین آرمان‌های حقوق عمومی کافی نیست. البته در سال‌های اخیر اقداماتی برای تدوین قانون جامع مطبوعات صورت گرفته که از آن جمله می‌توان به تهیه‌ی طرح نظام جامع رسانه‌های همگانی و لایحه‌ی قانون انتشار رسانه‌ها اشاره کرد.

۳-۲-۳. بی‌طرفی نهادهای مدیریت انتخابات^{۱۸}

حفظ و بالا بردن اعتماد عمومی به وجود امانت و بی‌طرفی در فرایند انتخابات، از جمله الزامات نهاد اداره‌کننده‌ی انتخابات است (Code of Professional Conduct for Election Administrators, 2015: 7, 1.3). دستگاه‌ها و نهادهای اداره‌کننده و پخش‌کننده‌ی تبلیغات و فعالیت‌های انتخاباتی باید با شیوه و منش برابر با همه‌ی رقبای سیاسی رفتار کنند و نوع ارائه‌ی فرصت‌ها به رقبای به‌گونه‌ای نباشد که جنبه‌ی طرفداری و اعطای امتیاز خاص به گروه یا جناحی خاص تلقی شود (خسروی، ۱۳۸۸: ۳۱۲ و ۳۱۳). این اصل در ماده‌ی ۵۹ قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی^{۱۹} و ماده‌ی ۶۸ قانون انتخابات ریاست جمهوری نیز مورد تأکید واقع شده است. افزون‌بر این، ماده‌ی ۷۳ قانون انتخابات ریاست جمهوری بیان می‌کند که مقامات

اجرایی و نظارت بر انتخابات حق تبلیغ، له یا علیه هیچ‌یک از داوطلبان انتخاباتی را نخواهند داشت و تخلف از این قانون جرم محسوب می‌شود. در بند ۱۵ سیاست‌های کلی انتخابات نیز به «رعایت کامل بی‌طرفی از سوی مجریان و ناظران» اشاره شده، اما همچون بسیاری از قواعد حقوقی، انتظار اجرایی شدن این قواعد، مستلزم وجه تضمینی قوی است.

۴-۳. اصول اخلاقی حاکم بر تبلیغات انتخاباتی

علاوه بر اصول پیش‌گفته اصولی نیز به اقتضای اخلاق حاکم بر هر جامعه برای شئون گوناگونی همچون انتخابات در نظر گرفته می‌شوند. این اصول بر ارزش‌های بنیادین پذیرفته‌شده از سوی جوامع بشری تکیه دارند.

۴-۳-۱. صداقت^{۲۰}

صداقت و یکرویی در اندیشه، گفتار و رفتار ارکان انتخابات، نقشی بسزا در ایجاد امید و نشاط و روحیه اعتماد در افراد و گروه‌های اجتماعی دارد و مهم‌تر اینکه، زمینه را برای تصمیم‌گیری مبتنی بر حقایق هموار می‌سازد (گروه اخلاق و تربیت پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۷: ۸). رقابت سالم و گزینش آگاهانه‌ی شهروندان، در گرو بیان و اعلام صادقانه‌ی شعارها و برنامه‌های انتخاباتی از سوی کاندیداها و احزاب سیاسی است. اگر نامزدی در فعالیت‌های تبلیغی خود به دروغ متوسل شود، این خطر وجود دارد که وقتی منصب نمایندگی را احراز کرد، با توسل به همان روش و عدم صداقت با موکلان، بزرگ‌ترین اجحاف را در حق آن‌ها روا دارد و به اعتماد آن‌ها خیانت کند (احمدوند، ۱۳۸۸: ۶).

با توسل به این اصل می‌توان برای عدم اجرای برنامه‌های وعده‌داده‌شده از سوی نامزدها یا اعمال خلاف وعده‌های تبلیغاتی، ضمانت اجراهای حقوقی و قانونی در نظر گرفت (درستی، ۱۳۹۳: ۱۰۳) تا فرایند انتخابات، هرچه بیشتر منطبق با اصول دموکراتیک مورد وفاق همگان گردد و به انتخابات آزاد و منصفانه نزدیک‌تر شود.

از قانون اساسی کشورمان استنباط می‌شود که وعده‌های دروغی انتخاباتی منافی با پایه‌های ایمانی نظام (اصل ۲) و امانت و تقوا (اصل ۶۷) است. همچنین با الهام از اصل ۳ قانون اساسی ایران، «ایجاد محیط مساعد برای رشد فضایل اخلاقی براساس ایمان و تقوا و مبارزه با کلیه‌ی مظاهر فساد و تباهی» که از جمله وظایف دولت برای نیل به اهداف نظام برشمرده شده است، می‌تواند با وجود اصل صداقت تأمین شود. در واقع وجود اصل صداقت، از عناصر گسترش اخلاق در جامعه و نبود آن، مصداق تباهی و فساد است.^{۲۱} هرچند می‌توان و باید ضمانت‌هایی برای وعده‌های دروغی انتخاباتی و البته در چارچوب اصول و قواعد شفاف و منطقی قرار داد، اما مهم‌ترین ضمانت

اجرای وعده‌های دروغی را شاید بتوان افکار عمومی دانست، چراکه بالا رفتن سواد سیاسی شهروندان و حضور فعالانه‌ی آنان در عرصه‌ی انتخابات فضای تبلیغات انتخاباتی را به‌جای رواج وعده‌های پوچ به میدان ارزیابی برنامه‌ها بدل می‌کند (اسماعیلی و حبیب‌نژاد، ۱۳۹۶: ۱۴۳ - ۱۴۵).

۳-۴-۲. احترام به حیثیت اشخاص و منع تبلیغ علیه رقیب

هدف غایی برگزاری انتخابات، حفظ استقلال، خودمختاری، خودشکوفایی و کرامت انسانی است. کاندیداها و احزاب سیاسی صرفاً باید در پی اعلام صادقانه‌ی برنامه‌ها، فعالیت‌ها و شعارهای خود باشند، نه اینکه در مقام تخریب شخصیت، حرمت و کرامت سایرین برآیند. بی‌احترامی به افراد و رقبای انتخاباتی از طرف کاندیداها، از ابزارهای غیراخلاقی تبلیغاتی است که ممکن است در جوامع مختلف، بازخوردهای متفاوتی را در پی داشته باشد.

سازمان بین‌المللی دموکراسی و همیاری انتخاباتی،^{۲۲} احزاب را مکلف کرده است که به حق و آزادی دیگر احزاب برای تبلیغات و انتشار عقاید و اصول سیاسی خود بدون هیچ واژه‌ای احترام بگذارند؛ به‌گونه‌ای رفتار کنند که حقوق سایر احزاب، رأی‌دهندگان و سایر اشخاص جامعه محترم شمرده شود (Code of Conduct for Political Parties, 1999: 16, 5.1). از به هم زدن، تلف کردن و بی‌اثر کردن تلاش‌های تبلیغاتی سایر احزاب خودداری کنند؛ مانع توزیع اعلامیه‌ها و اوراق تبلیغاتی و نمایش پوسترهای سایر احزاب و کاندیداها نشوند؛ از محو یا تخریب پوسترهای احزاب و کاندیداها، دیگر خودداری ورزند؛ نباید مانع سایر احزاب از برگزاری اجتماعات، جلسات، راهپیمایی‌ها یا تظاهرات شوند و نباید تلاش کنند که هیچ فردی را از توجه به اجتماعات سیاسی دیگر احزاب منع کنند (Code of Conduct for Political Parties, 1999: 16, 5.2).

در قانون اساسی ایران در اصول ۲۲، ۲۳، ۲۵، ۲۸، ۳۲، ۳۳ و ۳۹ به‌نوعی از حریم خصوصی افراد حمایت شده، اما مهم‌ترین ماده در قانون انتخابات مجلس که به اصل احترام به اشخاص اشاره کرده، ماده‌ی ۶۵^{۲۳} است. این مسئله با عبارات مشابهی در دستورالعمل فعالیت‌های تبلیغی انتخابات در فضای مجازی^{۲۴} نیز انعکاس یافته است. به‌علاوه براساس ماده‌ی ۷۱ قانون انتخابات ریاست جمهوری، داوطلبان ریاست جمهوری و طرفداران آنان در تبلیغات انتخاباتی به‌هیچ‌وجه مجاز به هتک حرمت و حیثیت نامزدهای انتخاباتی نیستند و متخلفان، براساس مقررات مجازات می‌شوند.^{۲۵}

اختصاص بخشی از بند ۵ سیاست‌های کلی انتخابات به «ممنوعیت هر گونه تخریب، تهدید، تطمیع، فریب» نیز حاکی از اهمیت مسئله در برهه‌ی کنونی است که بیش از پیش بر مسئولیت ارگان‌های مسئول برای اتخاذ تدابیر لازم برای عملی شدن این مهم می‌افزاید.^{۲۶}

۳-۴-۳. منع اسراف در هزینه‌های تبلیغاتی

از ویژگی‌های تبلیغات سیاسی دوران انتخابات این است که باید در مدت زمان کوتاهی به نتیجه‌ی مطلوب برسد، زیرا فرصت تبلیغات انتخاباتی در هر صورت محدود است. به همین دلیل خدمات مشاوره‌ای این نوع تبلیغات، پرهزینه‌تر و ساخت برنامه‌های تبلیغی، پیچیده‌تر و تخصصی‌تر است (خروطنی، ۱۳۹۳: ۲۰).

مهم‌ترین گزینه برای جلوگیری از اسراف و تبذیر و ممانعت از ایجاد زمینه‌های وابستگی نامزدها و احزاب به باندهای ذی‌نفوذ مالی یا قدرت‌های خارجی، پیش‌بینی مقررات مالی تفصیلی برای فعالیت‌های انتخاباتی و تبلیغاتی نامزدهاست (بزرگمهری، ۱۳۸۶: ۱۴) و مهم‌ترین نظارت‌ها، نظارت وسیع و بی‌طرفانه بر هزینه‌هایی است که داوطلبان در جریان تبلیغات متحمل می‌شوند تا احتمال گزینش افراد با پشتیبانی مالی قوی و شایستگی کم به کمترین حد رسد. انتخابات واقعی و منصفانه مبنی بر جلوگیری از روش‌های فاسد است و این در گرو محدودیت هزینه‌های مجاز است (باتلر، ۱۳۸۵: ۲۴۹). قانونگذاران در نقاط مختلف دنیا، به‌درستی ریشه‌ی اغلب فسادها در فعالیت‌های انتخاباتی را در پول می‌بینند. به همین سبب، به‌جای تمرکز بر نوع تبلیغات، بر کنترل و تحدید هزینه‌ها و اعمال آن در چارچوب قانون تمرکز کرده‌اند. با این روش، در نهایت می‌توان سازمان تبلیغاتی را نیز تحت کنترل درآورد (احمدوند، ۱۳۸۸: ۵ و ۶). در برخی کشورها، سقف معینی از مخارج بر کل هزینه‌های حزبی تحمیل می‌شود و قوانین خاصی برای انتشار صورت هزینه‌ی مالی وضع شده است. در اصل ۴۳ قانون اساسی^{۲۷} بر منع اسراف تأکید شده است. علاوه بر این، شاهد اقداماتی در راستای تدوین قانونی در خصوص قاعده‌مند کردن هزینه‌های انتخاباتی نیز بوده‌ایم که البته به سرانجام نرسید.^{۲۸} متأسفانه در نظام انتخاباتی ایران شاهد فقر مفرط مقررات در خصوص مسائل مالی و هزینه‌های تبلیغاتی نامزدها هستیم.

نتیجه‌گیری و پیشنهادها

تبلیغات انتخاباتی، به دلیل تأثیری که در شناخت نامزدهای زمامداری و زمینه‌سازی برای انتخاب آنان دارد، از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. از آن‌جا که رقبای سیاسی تمام تلاش خود را برای به‌دست آوردن منصب موردنظر خود در فرایند انتخابات به‌کار می‌گیرند، رقابت‌های انتخاباتی اغلب دستخوش سوء رفتارهایی همچون تطمیع، تهدید و هزینه‌های گزاف و خلاف قاعده خواهد شد. از این‌رو، با در نظر گرفتن احتمال اینکه نامزدها در جهت نقض حقوق سایر رقبا یا شهروندان گام بردارند و در نهایت، سلامت و مشروعیت انتخابات به خطر افتد، پیروی از یک سری اصول کاربردی و راهبردی را ایجاب می‌کند؛ اصولی که

می‌توانند فعالیت‌های انتخاباتی را در مسیر صحیح و مطلوب قرار دهند و با در نظر داشتن آن‌ها می‌توان رفتارهای غلط بازیگران تبلیغات را با وضع محدودیت‌های قانونی و تدابیر فرهنگی تحت مراقبت قرار داد و بی‌قاعدگی‌ها را مهار کرد. برای تحقق انتخابات دموکراتیک، لازم است که الگوی شایسته‌ی تبلیغات انتخاباتی حاکم باشد؛ الگویی که براساس آن صداقت، بی‌طرفی، احترام به حیثیت اشخاص درون‌مایه‌ی رفتارهای بازیگران عرصه‌ی تبلیغات باشد؛ نامزدهای انتخاباتی، رأی‌دهندگان و به‌عبارتی تمامی شهروندان از آزادی‌های سیاسی برخوردار باشند؛ فضایی آزاد بر مطبوعات و رسانه‌ها حاکم باشد؛ دسترسی برابر به رسانه‌ها از جانب نامزدها و احزاب انتخاباتی تضمین شود؛ اگر حقی از کسی ضایع شد یا اتهامی از سوی رسانه‌ها به نامزدها صورت گرفت، امکان پاسخگویی و دفاع برای این افراد فراهم شود و در عین حال به حدود و ثغور آزادی‌ها نیز احترام گذاشته شود؛ از جمله اینکه دسترسی برابر و عادلانه‌ای در برخورداری از امکانات مالی، رسانه‌ای برای احزاب و کاندیداها فراهم شود و تبعیض و زیاده‌روی برای برخورداری گروهی خاص از این امکانات وجود نداشته باشد؛ هزینه‌های تبلیغاتی در چارچوب قوانین قرار گیرد؛ بر تمام فرایندهای تبلیغات از طریق تشکیل کمیسیون ناظر یا تدابیر دیگری از این‌دست نظارت شود؛ تبلیغ با ارائه‌ی برنامه‌های واقعی و قابل تحقق صورت گیرد و امکان کنترل قضایی یا پیگیری تحقق وعده‌های انتخاباتی در زمانی پس از رأی‌گیری وجود داشته باشد.

هرچند امر تبلیغات انتخاباتی از نظر قانونگذار ایرانی دور نمانده، در برخی موارد، کاستی‌هایی جدی در این قوانین به چشم می‌خورد و حتی برخی از قواعدی که لازمه‌ی برگزاری انتخابات سالم و تبلیغات انتخاباتی درست است، به‌کلی در قوانین انتخاباتی ایران مغفول مانده‌اند و نیاز به وضع قواعد مؤثر و کارآمد در این حوزه به‌خوبی حس می‌شود. در این خصوص می‌توان به بحث تأمین مالی تبلیغات انتخاباتی اشاره کرد؛ اما صرف وجود قانون خوب، متضمن تحقق نتیجه‌ی مدنظر واضع آن نیست؛ بلکه باید شرایط را نیز برای اجرای آن فراهم کرد. اصول حاکم بر تبلیغات نیز از این قاعده مستثنا نیستند و پیش‌بینی سازوکارهای اجرایی مناسب، فراهم ساختن بستر لازم برای تحقق آن‌ها و از همه مهم‌تر، نظارت بر اجرای درست این سازوکارها، اهمیت بسزایی دارد. کشور ما در بحث فرهنگ تبلیغات نیز با وضع مطلوب فاصله دارد و مصادیقی مانند وعده‌محوری به‌جای برنامه‌محوری و نبود احزاب، از مهم‌ترین آسیب‌های موجود در عرصه‌ی تبلیغات انتخاباتی در این کشورند.

یادداشت‌ها

۱. «لئونارد دوب»، مشاور مؤسسه‌ی تحلیل تبلیغات، در یک رویکرد روان‌شناسانه بر این باور است که تبلیغات اقدامی است که از راه تلقین و جهت‌دهی به حالات روانی گروه‌هایی اجتماعی با هدف کنترل اعمال آن‌ها صورت می‌گیرد. در همین زمینه به باور کارل یونگ، روان‌پزشک سوئیسی «تبلیغات عبارت است از بهره‌گیری کم‌وبیش عمدی، منظم و طراحی‌شده از نشانه‌ها که به‌عمد از طریق تلقین و تکنیک‌های روانی مناسب انجام می‌شود و با هدف تغییر و کنترل افکار، عقاید، ارزش‌ها و در نهایت تغییر رفتار آشکار افراد به‌سوی مسیر تعیین‌شده همراه است» (کیا، ۱۳۸۲: ۶۸ - ۷۵ و ۸۳).

2. Propaganda

۳. دادگاه حقوق بشر اروپا در سال ۱۹۷۸ اعلام کرد: «آزادی بحث سیاسی در کانون مفهوم یک جامعه‌ی دموکراتیک قرار دارد».
۴. برای مطالعه‌ی بیشتر ر.ک: حبیب‌نژاد، سید احمد (بهار و تابستان ۱۳۹۵)، «شرایط تحدید حقوق و آزادی‌ها با تأکید بر نظم عمومی»، فصلنامه‌ی علمی پژوهشی حقوق تطبیقی (نامه‌ی مفید)، ش ۱۰۵.
۵. «همه‌ی افراد ملت اعم از زن و مرد، یکسان در حمایت قانون قرار دارند...».
۶. «رهبر در برابر قوانین با سایر افراد کشور مساوی است».
۷. ر.ک: ماده‌ی ۶۲ قانون انتخابات ریاست جمهوری.
۸. ر.ک: ماده‌ی ۱۹ آیین‌نامه‌ی اجرایی قانون انتخابات مجلس خبرگان.
۹. «در سال ۱۹۹۱ از دادگاه عالی زامبیا خواسته شد در خصوص موضوعی در ارتباط با دسترسی به رسانه‌های حکومت، حکم صادر کند. نکته‌ی مورد مشاجره، دستوری بود که توسط رئیس‌جمهور «کنت کوندا» چند هفته قبل از اولین انتخابات چندحزبی کشور در سال ۱۹۹۱ صادر شده بود. در این دستور سه روزنامه‌ی تحت کنترل حکومت، از گزارش اظهارات رهبران مهم‌ترین حزب مخالف و پذیرش آگهی‌های تبلیغاتی‌شان منع شده بودند. دادگاه حکم داد که این دستور، نقض قانون اساسی در زمینه‌ی تضمین آزادی بیان است. در این حکم آمده بود: «از آن‌جا که دادخواست‌دهندگان، اجازه‌ی انتشار دیدگاه‌های سیاسی‌شان از طریق روزنامه‌های حکومت و شاید به طریق اولی حتی توسط رادیو و تلویزیون نیز نداشته‌اند، حق آن‌ها بر ای بهره‌مندی از آزادی بیان مورد خدشه قرار گرفته است...». سپس این دادگاه، یک تفسیر عمومی‌تر در مورد نقش درست رسانه‌های دارای مالکیت عمومی ارائه داد: «در خصوص روزنامه‌ها، فرض بر این است که براساس اصول و اخلاق روزنامه‌نگاری و رها از هر گونه دخالت بیرونی اداره شوند. براساس این اصول، باید همه‌ی وقایع دارای ارزش خبری، بدون توجه به منبع چنین اخباری پوشش داده شوند. چیزی کمتر از این، از یک رسانه‌ی دارای مالکیت عمومی (چاپی و غیرچاپی) پذیرفته نیست و البته عموم مردم به‌راحتی می‌توانند قضاوت کنند که آیا یک روزنامه براساس اصول و اخلاقیات درست روزنامه‌نگاری عمل می‌کند یا خیر» (کارور، ۱۳۹۴: ۱۱۴ و ۱۱۵).

۱۰. مادهی ۶۵- «نامزدهای ریاست جمهوری که صلاحیت آنان توسط شورای نگهبان تأیید و اسامی آنها از طرف وزارت کشور اعلام می‌گردد، هر یک حق دارند به‌طور مساوی از صداوسیما جمهوری اسلامی ایران برای معرفی و ارائه‌ی برنامه‌های خود استفاده نمایند. ترتیب و تنظیم برنامه‌ی تبلیغات نامزدهای انتخاباتی ا طریق صداوسیما، به عهده‌ی کمیسیون بررسی تبلیغات است.»
۱۱. مادهی ۲۲- «نامزدهای انتخاباتی خبرگان که صلاحیت آنان توسط شورای نگهبان تأیید و از طرف وزارت کشور اعلام شده، هر یک حق دارند به‌طور مساوی از امکانات صداوسیما جمهوری اسلامی ایران در مراکز استان استفاده نمایند.»
- مادهی ۲۵- «نامزدهای خبرگان با هر سمتی که داشته باشند، به‌طور یکسان مشمول این مقررات بوده و نباید تحت هیچ عنوان بیش از آنچه توسط کمیسیون بازرسی تبلیغات تعیین شده، از صداوسیما جمهوری اسلامی ایران استفاده نمایند. صداوسیما نیز نباید از هنگام انتشار پذیرش نامزدی تا تعیین نتیجه، برنامه‌های دیگر آنها را پخش کند.»
۱۲. نهاد مادهی ۱۹ که نام خود را از اصول ۱۹ اعلامیه‌ی جهانی حقوق بشر و میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی اقتباس کرده است، یک نهاد مدنی غیردولتی فعال در زمینه‌ی معرفی و تبیین آزادی اطلاعات و حق دسترسی به اطلاعات است. این نهاد در ژوئن ۱۹۹۹ اصول نه‌گانه‌ی آزادی اطلاعات و حق دسترسی به اطلاعات را برای تدوین قانون حق دسترسی به اطلاعات از سوی دولت‌ها تدوین و منتشر کرد. بنیان آزادی اطلاعات و حق دسترسی به اطلاعات، بر این اصول نه‌گانه استوار است.
۱۳. براساس مادهی ۱۴ این کنوانسیون: ۱. هر کس که به‌واسطه‌ی مطالب یا دیدگاه‌های غیردقیق یا توهین‌آمیز منتشرشده بین عموم از طریق وسایل ارتباطی تابع قوانین آسیب‌دیده باشد، حق پاسخ یا اصلاح با استفاده از همان رسانه را، تحت شرایطی که قانون معین می‌کند، حق خواهد داشت. ۲. در هر حال، اصلاح یا پاسخ نباید باعث معافیت از مسئولیت‌های قانونی احتمالی شود
- Article 14, American Convention on Human Rights, Inter-American Commission on Human Rights, 22 November 1969*
۱۴. «چنانچه در برنامه‌های پخش‌شده‌ی سازمان... مطالبی مشتمل بر توهین، افترا یا خلاف واقع نسبت به هر شخص (اعم از حقیقی یا حقوقی) باشد و یا به هر نحوی اظهارات اشخاص تحریف گردد... مدعی می‌تواند اعتراض خود را کتباً به سازمان صداوسیما منعکس نماید. سازمان صداوسیما در صورت قبول اعتراض، ظرف بیست‌وچهار ساعت پاسخ وی را به‌صورت عادلانه، حداقل دو برابر زمان اصل مطلب که از پنج دقیقه کمتر نباشد در همان برنامه و ساعت و در همان شبکه به‌طور رایگان پخش نماید.»
۱۵. «چنانچه در برنامه‌های پخش‌شده‌ی سازمان... مطالبی مشتمل بر توهین، افترا یا خلاف واقع نسبت به هر شخص (اعم از حقیقی یا حقوقی) باشد و یا به هر نحوی اظهارات اشخاص تحریف گردد... مدعی می‌تواند اعتراض خود را کتباً به سازمان صداوسیما منعکس نماید. سازمان صداوسیما در صورت قبول اعتراض، ظرف بیست‌وچهار ساعت پاسخ وی را به‌صورت عادلانه،

حداقل دو برابر زمان اصل مطلب که از پنج دقیقه کمتر نباشد در همان برنامه و ساعت و در همان شبکه به‌طور رایگان پخش نماید.»

۱۶. عباسعلی کدخدایی، سخنگوی شورای نگهبان، درباره‌ی هزینه‌های انتخاباتی و منابع آن توضیح داد: «در مورد هزینه‌های انتخاباتی و منابع آن در گذشته هیچ‌گونه سازوکاری نداشتیم. گاهی در یک حوزه‌ی انتخابیه مجلس رقم‌های زیادی گرفته می‌شد. در حوزه‌ی دیگری ممکن بود هزینه آن‌چنان نباشد. هزینه‌ی این مبلغ‌ها و منابع آن‌ها بسیار مهم است. تمام کشورهای غربی که در انتخابات فعالیت‌های حزبی دارند مقررات شدیدی در این باره دارند که هزینه‌ها و منابع هزینه‌ها روشن باشد. باید این امر را مورد توجه قرار دهیم که قانون باید تعیین کند که هر حوزه‌ی انتخابیه چه میزان می‌تواند هزینه داشته باشد و منابع این هزینه‌ها روشن باشد. اگر این امر را مجلس به‌خوبی تعیین کند، بسیاری از مشکلات ما رفع می‌شود. تاکنون تنها چیزی که وجود داشته نظارت موردی شورا بوده است. ما راه کشف این موارد و ابزار کشف آن را هم نداشته‌ایم که این سیاست‌های کلی انتخابات، مبنای ابزار آن را برای ما مشخص کرده است.» وی ادامه داد: «در گذشته یکی دو مورد به‌صورت جزئی ورود کردیم که گویا هزینه‌ها به‌صورت نامطلوب بود و باید بررسی می‌شد. تنها ابزار ما بحث صلاحیت بود که حداقلی و غیرشفاف بود. طبق قانون باید میزان و آمار هزینه‌های تبلیغاتی ثبت شود که ولی ما آماری از هزینه‌های انتخابات مجلس نداریم» (ایسنا، یکشنبه ۲ آبان ۱۳۹۵، کد خبر: ۹۵۰۸۰۲۰۰۸۰۸).

۱۷. «نشریات و مطبوعات در بیان مطالب آزادند، مگر آن‌که مخل به مبانی اسلام یا حقوق عمومی باشند ...»

18. Neutrality.

۱۹. «انجام هرگونه فعالیت تبلیغاتی از تاریخ اعلام رسمی اسامی نامزدها برای نامزدهای نمایندگی مجلس از صداوسیما و میز خطابه‌ی نماز جمعه و یا هر وسیله‌ی دیگری که جنبه‌ی رسمی و دولتی دارد و فعالیت کارمندان در ساعات اداری و همچنین استفاده از وسایل و سایر امکانات وزارتخانه‌ها و ادارات، شرکت‌های دولتی و مؤسسات وابسته به دولت و شهرداری‌ها و شرکت‌ها و سازمان‌های وابسته به آن‌ها و نهادها و مؤسساتی که از بودجه‌ی عمومی (به هر مقدار) استفاده می‌کنند و همچنین در اختیار گذاشتن وسایل و امکانات مزبور، ممنوع بوده و مرتکب مجرم شناخته می‌شود».

20. Honesty

۲۱. مقام رهبری در سخنان خود در تاریخ ۱۳۸۱/۷/۳۰ در این خصوص فرمودند: «در نظام اسلامی که مظهر کامل آن، حکومت حضرت بقیه‌الله ارواحنا فداه است، فریب و حيله‌گری برای جلب آرای مردم، خودش جرم است؛ استفاده از قدرت برای به‌دست آوردن پول یکی از بزرگ‌ترین جرائم است. آنجا یاران حضرت مهدی موظف‌اند در سطوح پایین زندگی کنند. نظام اسلامی ما پرتو کوچکی از آن حقیقت درخشان است. ما هرگز این ادعا را نکردیم و نمی‌کنیم؛ اما باید نشانه‌ای از او داشته باشیم».

22. International IDEA (Institute for Democracy and Electoral Assistance)

۲۳. براساس این ماده «داوطلبان نمایندگی و طرفداران آنان به هیچ وجه مجاز به تبلیغ علیه داوطلبان دیگر نبوده و تنها می توانند شایستگی های خود یا داوطلب موردنظرشان را مطرح نمایند و هر گونه هتک حرمت و حیثیت نامزدهای انتخاباتی برای عموم ممنوع بوده و متخلفین طبق مقررات مجازات خواهند شد».

۲۴. این دستورالعمل، در اجرای مصوبه ی بیست و هفتمین جلسه ی شورای عالی فضای مجازی کشور در اسفند ۱۳۹۴ تدوین و ابلاغ شد. براساس ماده ی ۷ این دستورالعمل: «نامزدهای نمایندگی و طرفداران آنان به هیچ وجه مجاز به تبلیغ علیه نامزدهای دیگر در فضای مجازی نبوده و تنها می توانند شایستگی های خود یا داوطلب موردنظرشان را مطرح نمایند».

۲۵. در این زمینه، ماده ی ۹۲ همین قانون، مجازات تخلف از ماده ی ۷۱ را در مواردی که افترا یا نشر اکاذیب باشد، همان مجازات افترا یا نشر اکاذیب می داند و بیان می کند که در این موارد، مجازات آن تا سه ماه حبس خواهد بود. براساس ماده ی ۶۹۷ قانون مجازات اسلامی «هر کس به وسیله ی اوراق چاپی یا خطی یا به وسیله ی درج در روزنامه و جراید یا نطق در مجامع یا به هر وسیله ی دیگر، به کسی امری را صریحاً نسبت دهد یا آن ها را منتشر نماید که مطابق قانون آن امر جرم محسوب می شود و نتواند صحت آن اسناد را ثابت نماید، جز در مواردی که موجب حد است، به یک ماه تا یک سال حبس و تا ۷۴ ضربه شلاق یا یکی از آن ها، حسب مورد محکوم خواهد شد».

۲۶. مقام رهبری در خطبه های نماز جمعه ی تهران در تاریخ ۱۳۹۰/۱۱/۱۴ می فرماید: «آنچه در انتخابات لازم است، رقابت سالم است؛ رقابت بدون تهمت زنی و بدگویی به یکدیگر است».

۲۷. ۶- منع اسراف و تبذیر در همه ی شئون مربوط به اقتصاد، اعم از مصرف، سرمایه گذاری، تولید، توزیع و خدمات.

۲۸. لایحه ی شفاف سازی منابع مالی و هزینه های انتخاباتی داوطلبان انتخابات ریاست جمهوری، مجلس شورای اسلامی و شوراهای اسلامی که در تیرماه سال ۱۳۹۵ به مجلس رسید، حاوی قواعد مفیدی در خصوص تعیین منابع مجاز و غیرمجاز برای تأمین هزینه های انتخاباتی، محدوددهی هزینه های انتخاباتی و نحوه ی نظارت بر این هزینه کردها بود.

منابع

الف) فارسی

۱. احمدوند، شجاع (۱۳۸۹)، «تبلیغات در قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی»، **فصلنامه‌ی پژوهش حقوق و سیاست**، سال دوازدهم، ش ۳۰.
۲. احمدی، علی (۱۳۸۹)، **انتخابات در ایران: بررسی حقوقی و قانونی**، تهران: میزان.
۳. ارسطو، محمدجواد و زهرا عامری (۱۳۹۲)، «نظارت بر قدرت سیاسی در اندیشه‌ی علوی»، **علوم سیاسی**، سال شانزدهم، ش ۶۳.
۴. اسماعیلی، محسن و سید احمد حبیب‌نژاد (۱۳۹۶)، «مبانی فقهی حقوقی لزوم عمل به وعده‌های انتخاباتی و مقابله با وعده‌های دروغین»، **فصلنامه‌ی مطالعات حقوق عمومی**، دوره‌ی ۴۷، ش ۱.
۵. افتخاری، اصغر (۱۳۷۹)، «رسانه، نظارت، امنیت؛ تحلیل جامعه‌شناسانه‌ی عملکرد نظارتی مطبوعات در جمهوری اسلامی ایران»، **فصلنامه‌ی مطالعات راهبردی**، دوره‌ی ۳، ش ۷ و ۸.
۶. باتلر، دیوید (۱۳۸۵)، **انتخابات؛ مبارزات، دایرةالمعارف دموکراسی**، زیر نظر سیمور مارتین لیپست، ترجمه‌ی مزدا موحد، تهران: انتشارات کتابخانه‌ی تخصصی وزارت امور خارجه، ج ۱.
۷. بزرگمهری، مجید (۱۳۸۶)، «بررسی تطبیقی تبلیغات در نظام انتخاباتی ریاست جمهوری ایران و فرانسه»، **فصلنامه‌ی مدرس علوم انسانی**، دوره‌ی ۱۱، ش ۴.
۸. خروطی، محمدحسین (۱۳۹۳)، **آسیب‌شناسی تبلیغات سیاسی در جمهوری اسلامی ایران (مورد مطالعه: انتخابات ریاست جمهوری سال ۱۳۹۲)**، پایان‌نامه‌ی کارشناسی‌ارشد رشته‌ی مدیریت بازاریابی MBA، پردیس بین‌الملل کیش دانشگاه تهران.
۹. خسروی، حسن (۱۳۸۸)، **حقوق انتخابات دموکراتیک: اصول، مبانی و الگوی مطلوب نظام انتخابات**، تهران: مجد.
۱۰. خیری اصل، خیرالله (۱۳۹۴)، **اصولی برای مدیریت، کنترل و نظارت در انتخابات**، گروه سیاست داخلی دفتر مطالعات سیاسی مرکز پژوهش‌های مجلس.
۱۱. حبیب‌نژاد، سید احمد (۱۳۹۵)، «شرایط تحدید حقوق و آزادی‌ها با تأکید بر نظم عمومی»، **فصلنامه‌ی علمی پژوهشی حقوق تطبیقی (نامه‌ی مفید)**، ش ۱۰۵.
۱۲. درستی، هاجر (۱۳۹۳)، «آسیب‌شناسی تبلیغات انتخاباتی مجلس شورای اسلامی در پرتو اصول حقوقی حاکم بر تبلیغات»، **فصلنامه‌ی مجلس و راهبرد**، سال بیست‌ویکم، ش ۸۰.

۱۳. دفتر مطالعات سیاسی و اجتماعی معاونت پژوهشی مرکز پژوهش‌های مجلس (۱۳۷۸)، گزارش کارشناسی با عنوان «رقابت‌های انتخاباتی».
۱۴. زارع شهنه، علیرضا (۱۳۹۵)، اصول راهنمای طراحی نظام نظارت مالی بر انتخابات، تهران: مرکز تحقیقات اسلامی مجلس شورای اسلامی.
۱۵. ستاد انتخابات وزارت کشور (۱۳۹۴)، اصول و ارزش‌های اخلاقی انتخابات.
۱۶. شاه‌محمدی، عبدالرضا (۱۳۸۵)، اقناع و تبلیغ، تهران: زریاف.
۱۷. شورای اتحادیه‌ی بین‌المجالس پاریس (۲۶ مارس ۱۹۹۴)، اعلامیه‌ی راجع به معیارهای انتخابات آزاد و منصفانه.
۱۸. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۲)، آزادی‌های عمومی و حقوق بشر، تهران: مؤسسه‌ی انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
۱۹. عباسی مقدم، مصطفی (۱۳۷۹)، نقش اسوه‌ها در تبلیغ و تربیت، تهران: نشر سازمان تبلیغات اسلامی، چ اول.
۲۰. عمید، حسن (۱۳۸۴)، فرهنگ عمید، تهران، امیرکبیر، ج ۱.
۲۱. کاتوزیان، ناصر و دیگران (۱۳۸۵)، حکومت قانون و جامعه‌ی مدنی، [به سفارش] دانشگاه تهران، دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی، مرکز مطالعات حقوق بشر، سازمان ملل متحد، برنامه‌ی عمران ملل متحد، تهران: دانشگاه تهران، دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی.
۲۲. کارور، ریچارد و ونسا ژوهانسون آلپرن (۱۳۹۴)، رسانه و انتخابات، ترجمه‌ی محمدتقی دلفروز، تهران: مجلس شورای اسلامی، مرکز پژوهش‌ها.
۲۳. کیا، علی‌اصغر (۱۳۸۲)، مبانی ارتباط، اقناع و تبلیغ، تهران: انتشارات ایران.
۲۴. گرجی ازندریانی، علی‌اکبر (۱۳۸۹)، «قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی در بوته‌ی نقد»، فصلنامه‌ی حقوق، مجله‌ی دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی، دوره‌ی ۴۰، ش ۴.
۲۵. گروه اخلاق و تربیت پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی (۱۳۸۷)، منشور اخلاقی انتخابات در جمهوری اسلامی ایران.
۲۶. گودوین گیل، گای اس (۱۳۷۹)، انتخابات آزاد و منصفانه در حقوق و رویه‌ی بین‌المللی، ترجمه‌ی دکتر سید جمال سیفی و دکتر سید قاسم زمانی، تهران: شهر دانش.

۲۷. مصطفی‌زاده، فهیم (۱۳۹۴)، ضرورت‌های نظارت شورای نگهبان بر منابع مالی تبلیغات انتخاباتی و چگونگی هزینه‌کرد آن، تهران: دفتر مطالعات حقوق ملت مرکز تحقیقات شورای نگهبان.

۲۸. مطهری، مرتضی (۱۳۸۷)، حماسه‌ی حسینی، تهران: صدرا.

۲۹. معین، محمد (۱۳۶۴)، فرهنگ فارسی، تهران: سپهر، چ هفتم، ج ۱.

۳۰. وحیدیان، امیر (۱۳۹۲)، گزارش کارشناسی با عنوان «ویژه‌نامه تا انتخاب یازدهم (۵)؛ باید‌ها و نبایدهای تبلیغات انتخاباتی»، دفتر مطالعات سیاسی مرکز پژوهش‌های مجلس (گروه سیاست داخلی).

۳۱. هاشمی، سید محمد (۱۳۸۴)، حقوق بشر و آزادی‌های اساسی، تهران: میزان.

ب) انگلیسی

32. Article 14, American Convention on Human Rights”, **Inter-American Commission on Human Rights**, 22 November 1969.
33. *ARTICLE 19, Right of Reply*, accessed August 24, 2012.
34. Canes-Wrone , Brandice and Tom S. Clark and Jee-Kwang Park, **Judicial Independence and Retention Elections**, Sep 20, 2010.
35. Elections Canada, **Code of Professional Conduct for Election Administrators**, EC10044 (08/15), 2015.
36. International IDEA (Institute for Democracy and Electoral Assistance), **Code of Conduct for Political Parties, Campaigning in Democratic Elections**, 1999.
37. International IDEA, International Electoral Standards, Guidelines for reviewing the legal framework of elections, 2002.
38. International Telecommunications Union, Key statistical highlights: ITU data release June 2012”, accessed August 21, 2012, http://www.itu.int/ITU-D/ict/statistics/material/pdf/2011%20Statistical%20highlights_June_2012.pdf
39. Lang, J. and A. Palmer (eds.) **Media and Elections**, Germany, European Institute for the Media, (1995), p. 10.

ج) تارنها

1. isna.ir/news/95080200808/
2. idea.int/publications/pub_electoral_main.html
3. aceproject.org/ace-en/topics/me/onePage

درآمدی تطبیقی بر ضرورت توسعه‌ی دعاوی کامل در حقوق اداری ایران

مسلم آقایی طوق^{*}

۱. استادیار حقوق عمومی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران

دریافت: ۱۳۹۷/۱/۳۱

پذیرش: ۱۳۹۷/۴/۱۵

چکیده

دعاوی کامل نوعی از دعاوی اداری است که در آن دادگاه اداری اختیارات گسترده‌ای دارد و به ابطال عمل اداری محدود نیست، بلکه علاوه بر آن می‌تواند عمل اداری را اصلاح کرده و تغییر دهد و حتی تصمیم خود را جایگزین تصمیم اداری کند یا اینکه اداره را به جبران خسارت محکوم سازد. با وجود اهمیت بسیار دعاوی ابطال در حقوق اداری قاره‌ای، امروزه رویکرد کلی این کشورها به‌سوی گسترش دعاوی کامل است، به‌نحوی که اسپانیا تحت تأثیر حقوق اداری آلمان، دعاوی کامل را جایگزین دعاوی ابطال کرده و فرانسه نیز در برخی حوزه‌ها همچون قراردادهای اداری و مسئولیت دولت آن را پذیرفته است. دعاوی کامل در راستای اقتصاد آیین دادرسی و نیز نظارت قضایی مؤثر است و برای احقاق حقوق شهروندان ابزار بهتری محسوب می‌شود. در ایران دعاوی کامل تنها در ذیل ماده‌ی ۶۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ شناسایی شده است. در سایر موارد، اختیارات دیوان عدالت اداری به دعاوی ابطال محدود شده و به این دلیل صدر اصل ۱۷۳ قانون اساسی که به رسیدگی به شکایات مردم و احقاق حقوق آن‌ها به‌طور مطلق اشاره کرده، آن‌گونه که باید اجرایی نشده است. روش تحقیق حاضر تحلیلی-تطبیقی است.

واژگان کلیدی: حقوق اداری، دعاوی اداری، دعاوی کامل، دعاوی ابطال، دیوان عدالت اداری.

مقدمه

دعاوی ابطال در اندیشه‌ی انقلابی فرانسه ریشه دارد که در قانون ۱۶-۲۴ آگوست ۱۷۹۰ متجلی شد و براساس آن اداره از قضا جداست و قضات نباید با دخالت در امور اجرایی مزاحم کار اداره شوند (آقای طوق، ۱۳۸۶: ۴۶؛ ۱۵۳: García de Enterría, 2000). ماده‌ی ۱۳ قانون مزبور مقرر می‌کند: «اعمال قضایی مجزا بوده و همیشه از اعمال اداری جدا خواهد بود. دخالت قاضی دادگاه عمومی در امور اداره به هر ترتیبی که باشد، جرم است. قضات نمی‌توانند به‌هیچ‌وجه از مأموران اداری به‌خاطر عملکرد اداری آن‌ها بازخواست کنند» (آقای طوق، ۱۳۸۶: ۱۵۳).

هرچند مدت زمان طولانی، دعاوی ابطال ارزش و اهمیت بسیار زیادی در حقوق اداری داشتند و آن‌گونه که گاستن ژز گفته بود، به‌عنوان «خیره‌کننده‌ترین مخلوق حقوقدانان، کارآمدترین، اقتصادی‌ترین و کاربردی‌ترین سلاح موجود در جهان برای دفاع از آزادی» شناخته شده بود (RIVERO, 1962: 329)، اما در چند دهه‌ی اخیر و با پیچیده‌تر شدن روابط میان شهروند و اداره جایگاه این دعاوی در مقابل دعاوی کامل متزلزل شده است، تا جایی که در برخی کشورها جای خود را به دعاوی کامل داده‌اند.

در ایران با آنکه دعاوی ابطال مصوبات، تصمیمات و اقدامات دولتی برای نخستین‌بار در قانون در خصوص شورای دولتی مصوب ۱۳۳۹ شناسایی شد، تنها پس از انقلاب اسلامی و در اجرای اصول ۱۷۰ و ۱۷۳ قانون اساسی و از طریق دیوان عدالت اداری جامه‌ی عمل پوشید، به همین سبب برخی آن را «بدیع‌ترین و مؤثرترین صلاحیت پیش‌بینی‌شده برای دیوان عدالت اداری و هیأت عمومی» قلمداد کرده‌اند (ویژه، ۱۳۹۱: ۱۷۵). در حال حاضر در نظام عدالت اداری ایران، دعاوی ابطال مهم‌ترین نوع دعاوی است و در هر سه قانونی که پس از انقلاب اسلامی و در سال‌های ۱۳۶۰، ۱۳۸۵ و ۱۳۹۲ درباره‌ی دیوان عدالت اداری تصویب شده، بیش از هر چیز به این نوع دعاو تأکید شده است.

دعاوی کامل با آنکه حداقل از اواخر قرن نوزدهم که نظریه‌ی ادوارد لافریر در خصوص انواع دعاوی در فرانسه منتشر شد، در عرصه‌ی حقوق اداری فرانسه و به‌تبع آن در حقوق اداری قاره‌ای شناخته شده بود، اما در ایران تا سال ۱۳۹۲ و تصویب ذیل ماده‌ی ۶۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری چنین دعوائی پذیرفته نشده بود. مهم‌ترین تفاوت دعوائی کامل با دعوائی ابطال به اختیارات دادگاه اداری در صدور رأی مربوط می‌شود. در واقع، با آنکه دادگاه اداری در صورت پذیرش ادعای متقاضی در دعوائی ابطال صرفاً می‌تواند حکم ابطال عمل اداری و حداکثر الزام اداره را صادر کند، اما در دعوائی کامل دادگاه

علاوه بر ابطال و الزام، می‌تواند حکم به جبران خسارات وارد شده بدهد یا به جای اداره تصمیم شایسته را اتخاذ کند (DUPUIS, GUÉDON et CHRÉTIEN, 2007: 497; CHAPUS, 2001, Vol. 1: 790; RICCI, 2004: 140; ASSO et MONERA, 2006: 157; STIRN et AGUILA, 2014: 612; Le MESTRE, 2006: 135).

همین اختیارات وسیع‌تر موجب شده است که در چند دهه‌ی اخیر توجه بیشتری به این دعاوی صورت گیرد و حتی در برخی کشورها، دعاوی ابطال جای خود را به دعاوی کامل دهد و در نتیجه دادگاه‌های اداری در هر مورد که شکایتی علیه اداره مطرح می‌شود، دارای اختیارات گسترده مشابه دادگاه‌های عمومی‌اند و در صدور رأی به ابطال و الزام محدود نیستند. مسئله‌ی اصلی پژوهش حاضر بررسی ضرورت و لزوم توسعه‌ی دعاوی کامل در حقوق اداری ایران در پرتو آموزه‌هایی است که از مطالعه‌ی تطبیقی در حقوق اداری کشورهای مختلف همچون فرانسه و اسپانیا که عضو حقوق اداری قاره‌ای هستند، حاصل می‌شود. بدین‌منظور مطالب در سه قسمت ارائه می‌شود؛ در قسمت نخست مفهوم دعاوی کامل و ویژگی‌های آن بررسی می‌شود. در قسمت دوم رویکرد حقوق اداری تطبیقی به پذیرش دعاوی کامل به‌ویژه در فرانسه و اسپانیا و در قسمت سوم وضعیت دعاوی کامل در نظام عدالت اداری ایران بررسی خواهد شد.

۱. مفهوم دعاوی کامل و ویژگی‌های آن

دسته‌بندی‌های مختلفی درباره‌ی انواع دعاوی اداری مطرح شده است. در دسته‌بندی معروفی که ادوارد لافریر (۱۸۴۱-۱۹۰۱) معاون شورای دولتی فرانسه بین سال‌های ۱۸۸۶ تا ۱۸۹۸ با محوریت گستره‌ی اختیارات قاضی در رسیدگی‌ها ارائه کرده است، دعاوی اداری به چهار دسته به شرح تقسیم شده‌اند: دعاوی ابطال،^۱ دعاوی کامل،^۲ دعاوی تفسیر^۳ و دعاوی مربوط به مجازات تخلفات^۴ (WALINE, 2008: 587; CHAPUS, 2001, Vol. 1: 785). در این میان، دو دعاوی نخست اهمیت بسیار بیشتری دارند و بخش بزرگی از نوشته‌های حقوق اداری به‌ویژه در فرانسه به آن‌ها اختصاص یافته است. در این بند پس از معرفی دعاوی کامل، ویژگی‌های آن بیان خواهد شد.

۱-۱. مفهوم دعاوی کامل و تمایز آن از دعاوی ابطال

دعاوی کامل آن دسته از دعاوی است که در آن دادگاه اداری همانند دادگاه حقوقی عمل می‌کند، بدین‌معنا که پس از رسیدگی به جنبه‌های حکمی و موضوعی دعوا حکم لازم را به‌نحو صادر می‌کند که قاطع دعوا بوده و خواهان به خواسته‌ی خود می‌رسد. دادگاه اداری

پس از رسیدگی به دعاوی کامل، در صورتی که دعوا را وارد تشخیص داد، می‌تواند حکم به ابطال عمل اداری بدهد. به علاوه، می‌تواند با احراز تضییع حقوق متقاضی توسط اداره، حکم به جبران خسارت یا اعاده‌ی وضع سابق دهد. حتی در برخی موارد، دادگاه اداری می‌تواند تصمیم خود را جایگزین تصمیم اداره کند یا اگر انجام (یا عدم انجام) اقدام خاصی لازم باشد، اداره را الزام کند (GILTARD, 2010: 527; Dromi, Dromi: 2015: 120).

در کنار دعاوی کامل، با دعاوی ابطال مواجهیم که در آن اختیارات دادگاه اداری بسیار محدود است. در این دعاوی انطباق یا عدم انطباق عمل اداری با قانون بررسی می‌شود و نتیجه‌ی حاصل از این دعوا، ممکن است مبنی بر ابطال مصوبه یا تصمیم اداره باشد (WALINE, 2008: 591; Dromi, 2015: 121). دعاوی ابطال بیش از آنکه به نفع شخص متقاضی باشد، به نفع نظام حقوقی است و به همین سبب از نظر هوریو متقاضی در این دست از دعاوی نقش دادستان کل را ایفا می‌کند (García de Enterría, 2000: 47).

وجه تمایز اصلی این دو دعوا، حدود اختیارات قاضی اداری در صدور رأی است. در دعاوی ابطال اختیارات دادگاه به صدور رأی ابطال محدود می‌شود و به لحاظ سنتی فراتر از آن نمی‌تواند حکمی صادر کند. اما در دعاوی کامل، دادگاه اداری مشابه دادگاه‌های عمومی دارای تمامی اختیاراتی است که برای احیای وضع سابق لازم است. بنابراین می‌تواند علاوه بر ابطال عمل اداری، اداره را به انجام یا عدم انجام عمل خاصی الزام کند، خسارات وارده را جبران کند، عمل اداره را اصلاح کند یا خود به جای اداره تصمیم لازم را اتخاذ کند.

۲-۱. ویژگی‌های دعاوی کامل

همان‌طور که در ادبیات حقوق اداری قاره‌ای مطرح شده است، ویژگی‌های دعاوی کامل در مقابل دعاوی ابطال قرار می‌گیرد. مهم‌ترین این ویژگی‌ها به شرح زیر است:

- شخصی بودن دعاوی کامل: با آنکه دعاوی ابطال برای حفظ حقوق عینی و منافع مشروع مطرح می‌شود، ولی طرح دعاوی کامل برای پاسداری از حقوق شخصی است. به همین سبب، آرای صادر شده در دعاوی ابطال اثر عینی و عام‌الشمول^۵ دارد، ولی آرای صادر شده در دعاوی کامل دارای اثر نسبی است و صرفاً ناظر بر طرفین دعواست (LAFERRIÈRE, 1896: 395; PEISER, 2008: 263; ROUSSET et ROUSSET, 2004, Vol. 1: 82; STIRN et AGUILA, 2014: 609; DEVILLER, 2007: 722; De LAUBADÈRE, VENEZIA et GAUDEMET, 2002: 139; DUBOUIIS et PEISER, 2007: 182; LOMBARD et DUMONT, 2007: 643; CHAPUS, 2001, Vol.1: 787).

- ترافعی بودن دعاوی کامل: همان‌طور که لافریر در اواخر قرن نوزدهم اشاره کرده بود، دعاوی ابطال علیه عمل اداری اقامه می‌شود نه علیه اشخاص و به همین سبب، غیرترافعی

قلمداد می‌شود. با این حال، دعاوی کامل ترافیعی است و بین طرفین (متقاضی و اداره) جریان می‌یابد (De LAUBADÈRE, VENEZIA et GAUDEMET, 1999: 497; (BRAIBANT et STIRN, 2005: 599; García de Enterría, 2000: 47).

- آیین رسیدگی دعاوی کامل مشابه با آیین دادرسی مدنی: فرایند رسیدگی به دعاوی کامل در اصل مشابه دعاوی مدنی است؛ بدین معنا که نیازمند دادخواست است و ادله‌ی اثبات مشابهی دارد. قاضی اداری در دعاوی کامل اصولاً محدود به ادله‌ی ارائه‌شده به دادگاه است و در واقع نه به دنبال کشف حقیقت ماهوی، بلکه در پی حل و فصل دعواست (دستیابی به حقیقت شکلی). اما در دعاوی ابطال اصولاً رسیدگی دادگاه اختصاری است و اداره طرف دعوا محسوب نمی‌شود. حل و فصل دعوا محدود به ادله‌ی ارائه‌شده نیست و دادگاه اداری در کشف حقیقت اختیارات گسترده‌ای دارد (دستیابی به حقیقت ماهوی) (Gordillo, 2006/2: 413-414; Dromi, 2015: 121-122).

- امکان اسقاط حق اقامه‌ی دعاوی کامل: دعاوی ابطال، دعوایی مرتبط با نظم عمومی است و هیچ‌کس نمی‌تواند پیشاپیش حق اقامه‌ی چنین دعوایی را از خود سلب کند (RICCI, 1988 (1): 788, CHAPUS, 2001: 141). حال آنکه در دعاوی کامل هدف حمایت از حقوق شخصی افراد است، بنابراین اشخاص می‌توانند حق اقامه‌ی چنین دعوایی را از خود سلب کنند.

- لزوم رعایت الزامات رسیدگی قضایی: به سبب اهمیت دعاوی ابطال در حفظ هرم حقوقی کشور، نظام‌های حقوقی مختلف اقامه‌ی آن را تسهیل کرده‌اند. برای مثال در فرانسه اقامه‌ی دعاوی ابطال نیازمند ارائه‌ی دادخواست نبوده و با یک نامه‌ی ساده قابل اقامه است. همچنین برای اقامه‌ی آن نیازی به همراهی وکیل نیست (PEISER, 2008: 263; BRAIBANT et STIRN, 2005: 602). حال آنکه دعاوی کامل در اصل برای حمایت از حقوق اشخاص صورت می‌گیرند، بنابراین اصولاً اقامه‌ی دعاوی کامل تابع الزاماتی است. برای مثال در فرانسه اقامه‌ی دعاوی کامل نیازمند ارائه‌ی دادخواست و همراهی وکیل است.

با آنکه زمانی دعاوی ابطال کارآمدترین و مؤثرترین ابزار حمایت از حقوق و آزادی شهروندان تلقی می‌شد، در حال حاضر و با پیچیده‌تر شدن روابط میان اداره و شهروندان، این دعوا نمی‌تواند پاسخگو باشد. گارسیا دِ انتریا در همین زمینه تأکید می‌کند که «حقوق شخصی شهروندان با چنین گستردگی در دنیای پیچیده روابط میان شهروندان و اداره‌ی مدرن در تنگنای دعاوی خروج از صلاحیت به‌عنوان یک وسیله‌ی محدود و بسیار ناکافی، گرفتار شده است» (García de Enterría, 2000: 48). به همین سبب، برخی نویسندگان بر این باورند که

دعوی ابطال در مقابل دعوی کامل رنگ باخته است، چراکه شهروندان نه از طریق دعوی ابطال، بلکه به کمک دعوی کامل می‌توانند حقوق مخدوش خود را بازیابند (Narvaez, 2009: 165). برای مثال، ارنان پیتو می‌نویسد: «دادگاه اداری واقعی دارای صلاحیت کامل خواهد بود؛ به معنایی که به تمامی دعوی که قانون برای حمایت از شهروند شناسایی کرده است، بتواند رسیدگی کند» (Pantoja Bauza, 2005: 35). از طرف دیگر، دعوی کامل به علت تزریق کارآمدی به فرایند دعوی اداری، انطباق بیشتری با الزامات اقتصاد دادرسی^۶ دارد که براساس آن، با کمترین فعالیت قضایی باید بیشترین نتیجه حاصل شود (Jinesta, 2015: 37). در دفاع از گسترش دعوی کامل، به حق دسترسی به نظارت قضایی مؤثر نیز اشاره می‌شود (Narvaez, 2009: 177)، چراکه صرف دستیابی به رأی ابطال عمل اداری به‌خودی‌خود نمی‌تواند پاسخ مناسبی به شکایات شهروندان باشد. برای مثال در مواردی که خسارتی به یکی از شهروندان وارد شده است، صرف اعلام تخلف اداره و ابطال عمل وی بدون آنکه حکم به جبران خسارت داده شود، نمی‌تواند مکفی باشد. به همین دلیل، شناسایی دعوی کامل با این هدف صورت می‌گیرد که شهروندان در مواردی که فراتر از ابطال اعمال اداری تقاضای دیگری نیز دارند، بتوانند تقاضای مزبور را به دادگاه اداری ارائه کنند و دادگاه بتواند به این تقاضا رسیدگی کرده و رأی مناسب را صادر کند. این تغییر رویکرد به‌حدی اهمیت دارد که برخی همچون گارسیا دِ انتربا از آن تحت عنوان «تغییر پارادایم»^۷ یاد کرده‌اند (García De Enterría, 2000: 58). در واقع، امروزه شهروندان بیش از اینکه در پی ابطال مصوبات، مقررات و سایر اعمال اداری باشند، بدون آنکه به وضعیت حقوقی خود بیندیشند، به دنبال ترافع در مسائلی‌اند که به حقوق و آزادی‌های آنها خدشه وارد ساخته است (GILTARD, 2010: 529).

۲. دعوی کامل در حقوق اداری تطبیقی

بیش از سیزده دهه پیش که لافریر به‌دنبال دسته‌بندی دعوی اداری بود، دعوی کامل در حقوق اداری فرانسه شناسایی شده است. در طول این دوره، کشورهای مختلف به شناسایی دعوی کامل روی آورده‌اند و برخی مثل آلمان و اسپانیا در این مسیر بسیار پیش رفته‌اند. آنچه در این قسمت مورد توجه واقع شده، بررسی رویکرد حقوق اداری تطبیقی نسبت به دعوی کامل است. اما پیش از آن باید به دو مسئله توجه کرد:

اول اینکه در کل برای رسیدگی به دعوی اداری سه الگوی کلی وجود دارد: الگوی فرانسه، الگوی انگلیس و الگوی آلمان. مهم‌ترین ویژگی الگوی فرانسه این است که نهادی مجزا از دادگاه‌های دادگستری رسیدگی به دعوی اداری را بر عهده دارد، برای مثال شورای

دولتی در فرانسه. سوئد، فنلاند، اتریش، پرتغال، لوکزامبورگ و اروگوئه از این الگو تبعیت می‌کنند. مهم‌ترین ویژگی الگوی انگلیس رسیدگی دادگاه‌های عمومی به دعاوی اداری است. در این الگو نهادی مشابه شورای دولتی وجود ندارد و اصل وحدت قضایی حکمفرماست. مهم‌ترین ویژگی الگوی آلمان نیز این است که رسیدگی به دعاوی اداری بر عهده‌ی دادگاه‌های اداری است که بخشی از دادگستری محسوب می‌شوند (آقای طوق، ۱۳۸۶: ۱۳۱-۱۳۳؛ Bignami, 2012: 148-154). در مطالعه‌ی حاضر، تنها به بررسی کشورهای عضو الگوی فرانسه و آلمان توجه شده است، چراکه در کشورهای الگوی انگلیس از آن‌جا که دادگاه‌های عمومی به دعاوی اداری رسیدگی می‌کنند، دارای اختیارات متعارف قضایی در رسیدگی هستند و به همین خاطر، با توجه به هدف پژوهش حاضر این مسئله نیازمند بررسی بیشتر نیست.

دوم اینکه اغلب در کشورهایی که از الگوی فرانسه تبعیت می‌کنند، اختیارات شورای دولتی به دعاوی ابطال محدود است و دعاوی کامل در دادگاه‌های عمومی رسیدگی می‌شود. برای مثال در اروگوئه دیوان دعاوی اداری^۸ فقط به دعاوی ابطال رسیدگی می‌کند و فراتر از ابطال حکم دیگری همچون جبران خسارت نمی‌تواند صادر کند (Cajarville Peluffo, 2014: 124). با این حال، در خود فرانسه دعاوی کامل تا حدود زیادی شناسایی شده است. به همین دلیل، فرانسه به‌عنوان نمونه‌ای الهام‌بخش از کشورهای دارای نظام دوگانه مورد توجه قرار خواهد گرفت. در میان کشورهای تابع الگوی آلمان نیز اسپانیا بررسی شده است که حداقل از زمان تصویب قانون دعاوی اداری در سال ۱۹۵۶، دعاوی کامل جایگزین دعاوی ابطال شده است و برخی از کشورهای آمریکای لاتین این رویکرد را پذیرفته‌اند.

۲-۱. دعاوی کامل در حقوق اداری فرانسه

حقوق اداری فرانسه که نمونه‌ی اصلی نظام‌های مبتنی بر شورای دولتی است، تنها در برخی حوزه‌ها که بیشتر بار مالی دارد، دعاوی کامل را شناسایی کرده است که مهم‌ترین مصادیق آن عبارت‌اند از قراردادهای اداری و نیز دعاوی مسئولیت دولت که تحت عنوان کلی دعاوی کامل شخصی شناخته می‌شوند. در مقابل، دعاوی کامل عینی قرار می‌گیرند که دعاوی خاص نیز خوانده می‌شوند و مهم‌ترین مصادیق آن‌ها عبارت است از دعاوی مالیاتی و دعاوی انتخاباتی (به‌جز مجلس و ریاست جمهوری که در صلاحیت دادگاه قانون اساسی است). مصادیق دیگر دعاوی کامل عینی که اهمیت کمتری دارند عبارت‌اند از دعاوی مربوط به تأسیسات طبقه‌بندی‌شده برای حفاظت از محیط زیست^۹ دعاوی مربوط به ساختمان‌های در شرف خرابی^{۱۰} و دعاوی مربوط به احراز صلاحیت پناهندگان (DUPUIS, GUÉDON et al., 2007: 497-498; WALINE, 2008: 588; Le MESTRE, 2006: 135-136).

در واکنش به انتقادهای حقوقدانانی همچون هوریو و ریورو در زمینه‌ی محدودیت دعاوی کامل در فرانسه و به‌ویژه تحت تأثیر حقوق اداری آلمان (García de Enterría, 2000: 49)، رویکرد حقوق اداری این کشور به سمت توسعه‌ی اختیارات دادگاه اداری جلب شده است. نمونه‌ی بارز چنین رویکردی را می‌توان امکان الزام اداره توسط دادگاه اداری دانست که در نتیجه‌ی آن دعاوی ابطال تا حدودی به دعاوی کامل نزدیک شده‌اند. توضیح اینکه، تا همین اواخر دادگاه اداری در دعاوی ابطال صرفاً می‌توانست یا عمل اداری را ابطال کند یا شکایت را رد کند و فراتر از آن نمی‌توانست رأی دیگری صادر کند، چراکه شورای دولتی الزام اداره توسط دادگاه اداری را مغایر با اصل لزوم تفکیک اداره و قضاوت اداری تلقی می‌کرد (LEBRETON, 2004: 197). با این حال، این رویکرد تعدیل شده و در مدت کمی بیش از دو دهه‌ی اخیر رویکردهایی برای گسترش اختیارات دادگاه در دعاوی ابطال شکل گرفته است (STIRN et AGUILA, 2014: 583). نمونه‌ی بارز چنین رویکردهایی قانون مصوب ۸ فوریه‌ی ۱۹۹۵ است که به دادگاه اداری اجازه می‌دهد علاوه بر ابطال عمل اداری، اداره را به اتخاذ تصمیم یا عمل قانونی در مدت مشخص الزام^{۱۱} کند. برای مثال، اگر کارمندی به‌طور غیرقانونی اخراج شده است، دادگاه اداری می‌تواند با ابطال حکم اخراج وی، اداره را به به‌کارگیری مجدد وی در زمان مشخص الزام کند. برای تضمین اجرای این دستور، دادگاه می‌تواند جریمه‌ای نیز برای عدم اجرای آن قرار دهد (HOUSER, DONIER et DROIN, 2015: 175; LEBRETON, 1996: 197; MORAND-DEVILLER, 2007: 697; DUBOIS et PEISER, 2007: 194; García de Enterría, 2000: 50).

۲-۲. دعاوی کامل در حقوق اداری اسپانیا

رسیدگی به دعاوی اداری در اسپانیا براساس قانون در زمینه‌ی رسیدگی به دعاوی اداری (Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) مصوب ۱۹۹۸ صورت می‌گیرد. ماده‌ی ۶ این قانون مسئولیت رسیدگی به این دست از دعاوی را بر عهده‌ی پنج مرجع قضایی نهاده است که در بدنه‌ی قوه‌ی قضاییه ایجاد می‌شود (آقایی طوق، ۱۳۹۶: ۶) و از این نظر نظام عدالت اداری این کشور را می‌توان جزو الگوی آلمان دانست. در این کشور به‌طور سنتی و به تبعیت از حقوق اداری فرانسه دعاوی اداری فقط علیه عمل اداری مطرح می‌شد نه اشخاص حقوق عمومی و ازاین‌رو، دادگاه اداری صرفاً به قانونی بودن یا نبودن عمل اداری توجه می‌کرد و در رأی خود فراتر از ابطال عمل اداری اقدام دیگری انجام نمی‌داد. برای مثال اگر خسارتی از عمل اداری ابطال‌شده به شخص وارد شده بود، حکم به جبران صادر نمی‌شد (Casado y Ramos, 2016: 649). با تصویب قانون اساسی جدید در سال ۱۹۷۸ و به‌ویژه در پرتو بند ۱ اصل ۲۴ که براساس

آن هر کس برای دفاع از حقوق و منافع مشروع خود می‌تواند به دادگاه مراجعه کند و هیچ‌کس نباید بی‌دفاع باشد، رویکرد کلی نظام عدالت اداری تحت تأثیر بند ۴ اصل ۱۹ قانون بنیادی آلمان و نیز بند ۱ ماده‌ی ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر از نظارت قضایی صرفاً ابطال‌کننده به سمت شناسایی دعاوی کامل و نظارت قضایی مؤثر^{۱۲} تحول یافت (Aberastury, 2009: 61). در همین زمینه، دادگاه قانون اساسی این کشور در رأی شماره‌ی ۱۳۶ مورخ ۲۶ سپتامبر ۱۹۹۵ اعلام کرد که «نظام دعاوی اداری... را نباید به‌عنوان یک حوزه‌ی قضایی در نظر گرفت که هدف آن صرفاً حمایت از قانونی بودن و در نتیجه فقط علیه عمل اداری باشد، بلکه باید اساساً به‌عنوان راهکاری قضایی برای یک دفاع مؤثر از حقوق و منافع مشروع اداره و شهروند در نظر گرفت» (Araújo-Oñate, 2011: 268). براساس ماده‌ی ۳۱ قانون در زمینه‌ی رسیدگی به دعاوی اداری که در راستای اجرایی کردن این رویکرد کلی در سال ۱۹۹۸ تصویب شد، شهروندان می‌توانند علاوه بر تقاضای ابطال، تقاضای خسارت یا اعاده‌ی وضع سابق را نیز به دادگاه اداری ارائه کنند (Casado y Ramos: 2016: 650). البته حقوق اداری این کشور به پیروی از ایتالیا و با تمایز بین حقوق و منافع مشروع (البته با تفسیری جدید)، تنها به دارندگان حقوق اجازه می‌دهد که در شکایت خود تمام جبران‌های قضایی اعم از ابطال و جبران خسارت یا احیای وضع سابق را مورد تقاضا قرار دهند و دارندگان منافع مشروع تنها می‌توانند ابطال عمل اداری را تقاضا کنند (Casado y Ramos: 2016: 651; García De Enterría, 2000: 54).

در بیشتر کشورهای آمریکای لاتین دعاوی اداری به تبعیت از اسپانیا به دادگاه‌های اداری قوه‌ی قضاییه واگذار شده است، مانند پرو (اصل ۱۳۹ قانون اساسی)، پاراگوئه (اصل ۲۴۸ قانون اساسی)، نیکاراگوئه (اصل ۱۵۸ قانون اساسی)، پاناما (اصل ۱۹۹ قانون اساسی) و گواتمالا (اصل ۱۹۹ قانون اساسی). (Aberastury, 2009: 74). در کشورهایی همچون کلمبیا (Rodríguez, 2016: 581)، اکوادور (Vintimilla Navarrete, 2009: 473)، پاناما (Pereira Sánchez, 2013: 27) و پرو (Ordóñez, 2005: 698; Vargas Machuca, 2012: 23) دعاوی کامل نیز با تفاوت‌هایی شناسایی شده است.

۳. امکان‌سنجی توسعه‌ی دعاوی کامل در نظام عدالت اداری ایران

در آثار و نوشته‌های علمی حقوق اداری ایران توجه چندانی به مسئله‌ی دسته‌بندی دعاوی اداری در نظام عدالت اداری کشور صورت نگرفته است. با این حال، یکی از نظرهایی که در متون علمی حقوق اداری به چشم می‌خورد، تقسیم دعاوی به دعاوی ابطال و دعاوی خسارت است (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۹۰: [ب]؛ عباسی، ۱۳۹۰: ۲۸۱ و ۲۹۴). این دسته‌بندی ناقص

است و دعاوی مجازات و احراز تخلف را که در حقوق اداری ما وجود دارد، در برنمی‌گیرد. ضمن اینکه دعوای خسارت در حقوق اداری ایران که صرفاً در حد احراز تخلف است، معادل دعوای تفسیر یا احراز در حقوق اداری فرانسه است. همچنین دعوای کامل در آخرین قانون دیوان عدالت اداری به‌نحو بسیار محدودی شناسایی شده است. در نتیجه به‌نظر می‌رسد، در ایران نیز می‌توان دسته‌بندی معروف لافریر را اعمال کرد و میان چهار دسته دعوای اداری تمیز قائل شد. در این قسمت وضعیت کنونی دعوای کامل در حقوق اداری ایران و امکان توسعه‌ی آن بررسی می‌شود.

۱-۳. شناسایی دعوای کامل در ایران

بررسی دقیق نظام عدالت اداری ایران بیانگر اهمیت دعوای ابطال در وضعیت کنونی این نظام است، به‌نحوی که هر سه قانون دیوان عدالت اداری که در سال‌های ۱۳۶۰، ۱۳۸۵ و ۱۳۹۲ تصویب شده‌اند، بیش از هر چیز به این نوع دعوای تأکید کرده‌اند. با توجه به نبود سابقه‌ی عملی در زمینه‌ی ابطال مصوبات، تصمیمات و اقدامات دولتی در دوران پیش از تشکیل دیوان عدالت اداری، شاید بتوان صلاحیت رسیدگی به اعتراض‌های مربوط به آیین‌نامه‌ها، تصویب‌نامه‌ها و سایر نظامات دولتی و شهرداری را «بدیع‌ترین و مؤثرترین صلاحیت پیش‌بینی‌شده برای دیوان عدالت اداری و هیأت عمومی» قلمداد کرد (ویژه، ۱۳۹۱: ۱۷۵). در واقع، حجم بزرگی از آرای که شعب و هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در موضوعات مختلف صادر می‌کنند، شبیه آرای است که شورای دولتی فرانسه در دعوای خروج از صلاحیت صادر می‌کند و فراتر از آن نمی‌رود.

با آنکه در دو قانون نخست دیوان عدالت اداری دعوای کامل شناسایی نشده بود، با تصویب قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری در سال ۱۳۹۲، دعوای کامل نیز در سطح بسیار محدودی پذیرفته شده است. در حال حاضر ذیل ماده‌ی ۶۳ قانون جدید، به شعب اجازه می‌دهد که در موارد مشخص به‌طور ماهوی رسیدگی کرده و فراتر از ابطال رأی مناسب را صادر کنند. براساس این ماده «هر گاه شعبه‌ی رسیدگی‌کننده‌ی دیوان در مرحله‌ی رسیدگی به آراء و تصمیمات مراجع مذکور در بند ۲ ماده‌ی ۱۰ این قانون، اشتباه یا نقضی را ملاحظه نماید که به اساس رأی لطمه وارد نکند، آن را اصلاح و رأی را ابرام می‌نماید و چنانچه رأی واجد ایراد شکلی یا ماهوی مؤثر باشد، شعبه مکلف است با ذکر همه‌ی موارد تعیین آن‌ها، پرونده را به مرجع مربوط اعاده کند. مرجع مذکور موظف است مطابق دستور شعبه‌ی دیوان نسبت به رفع نقص یا ایرادهای اعلامی اقدام و سپس مبادرت به اتخاذ تصمیم یا

صدور رأی نماید. در صورتی که از تصمیم متخذه و رأی صادره مجدداً شکایت شود، پرونده به همان شعبه‌ی رسیدگی‌کننده ارجاع می‌شود. شعبه‌ی مذکور چنانچه تصمیم و یا رأی را مغایر قانون و مقررات تشخیص دهد، مستند به قانون و مقررات مربوط، آن را نقض و پس از اخذ نظر مشاورین موضوع ماده‌ی ۷ این قانون، مبادرت به صدور رأی ماهوی می‌نماید.

بدین ترتیب، برای نخستین بار قانونگذار عادی برای شعب دیوان عدالت اداری صلاحیت رسیدگی کامل و صدور رأی ماهوی را شناسایی کرده است. بنابراین، در حال حاضر در حقوق اداری ایران اختیارات شعب دیوان عدالت اداری هنگامی که به دعاوی ذیل ماده‌ی ۶۳ قانون دیوان عدالت اداری رسیدگی می‌کنند، مشابه دادگاه‌های عمومی وسیع و فراتر از صرف ابطال و الزام است. با این حال، برخی شعب همچنان با دلبستگی به فضای سنتی دعاوی ابطال، اختیارات دیوان عدالت اداری را محدود به ابطال و الزام می‌دانستند. در مقابل برخی دیگر نیز با اتکا به رویکرد جدید قانونگذار نسبت به پذیرش دعاوی کامل، از اختیارات اعطایی قانونگذار استقبال می‌کردند. به سبب همین اختلاف برداشت شعب دیوان از مفهوم رسیدگی ماهوی و در نتیجه حدود صلاحیت شعبه در صدور رأی مناسب در این دست موارد، هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی شماره‌ی ۸۱۱ مورخ ۱۳۹۶/۹/۲۰ بر صلاحیت کامل شعب دیوان عدالت اداری تأکید کرده است (روزنامه‌ی رسمی، شماره‌ی ۲۱۲۱۴، مورخ ۱۳۹۶/۱۰/۱۷).

گردش کار این رأی بدین قرار است که پس از نقض رأی کمیسیون ماده‌ی ۱۰۰ قانون شهرداری در شعبه‌ی دیوان، پرونده برای رسیدگی به کمیسیون ماده‌ی ۱۰۰ ارجاع می‌شود. با اصرار کمیسیون مزبور بر رأی قبلی خود، شاکی ابطال رأی اصراری را نزد شعبه‌ی دیوان عدالت اداری مطرح می‌کند. شعبه‌ی ۳۲ با احراز مغایرت، موضوع را به کارشناسی ارجاع و پس از اظهار نظر کارشناس ضمن نقض رأی کمیسیون ماده‌ی ۱۰۰ مقرر می‌دارد که پرونده به کمیسیون ارجاع شود تا مطابق تصمیم شعبه‌ی دیوان نسبت به تعیین جریمه اقدام کند. ولی در پرونده‌ی مشابه، شعبه‌ی ۴۰ دیوان پس از احراز مغایرت، رأی کمیسیون ماده‌ی ۱۰۰ را نقض و خود شعبه به تعیین جریمه مبادرت می‌ورزد. به بیان دیگر، شعبه‌ی ۳۲ با محدود کردن صلاحیت‌های خود به مفاهیم مربوط به دعوای ابطال (ابطال و الزام)، کمیسیون را به بررسی مجدد و صدور رأی موافق نظر دیوان الزام کرده است. حال آنکه شعبه‌ی ۴۰ با پذیرش صلاحیت کامل رسیدگی و صدور رأی، به جای کمیسیون ۱۰۰، حکم به جریمه صادر کرده است. هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی وحدت رویه‌ی خود به درستی، نظر شعبه‌ی ۴۰ را تأیید کرده است (روزنامه‌ی رسمی، شماره‌ی ۲۱۲۱۴، مورخ ۱۳۹۶/۱۰/۱۷).

با این حال و با توجه به اینکه دعاوی کامل در ایران محدود به دعاوی ذیل ماده‌ی ۶۳

قانون دیوان عدالت اداری است، بخش مهمی از ادعاهای اشخاص علیه اداره به جای اینکه در دیوان عدالت اداری مطرح و به آن‌ها رسیدگی شود، توسط دادگاه‌های عمومی رسیدگی می‌شود که مهم‌ترین مصادیق آن‌ها قراردادهای اداری و مسئولیت دولت است. بخش مهمی از دعاوی مربوط به قراردادهای اداری نه مشمول دعاوی ابطال قرار می‌گیرد و نه مشمول دعاوی کامل، بلکه در دادگاه‌های عمومی رسیدگی می‌شوند. به عبارت دقیق‌تر، در ایران دعاوی ناشی از قراردادها در دیوان رسیدگی نمی‌شود و تنها دعاوی مربوط به مقدمات و تشریفات تنظیم قرارداد و نیز دعاوی مربوط به خود قرارداد، در حوزه صلاحیت دیوان عدالت اداری قرار می‌گیرد و به آن‌ها رسیدگی می‌شود (پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۴: ۷۲-۷۵؛ مولایی، ۱۳۹۳: ۳۸-۴۱؛ طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۹۰ [الف]: ۴۸۴؛ میرداماد نجف‌آبادی، ۱۳۹۰: ۵۳؛ جلالی، حسنوند و میری، ۱۳۹۶: ۹۸).^{۱۳}

در خصوص دعاوی مربوط به مسئولیت دولت نیز باید گفت که نقش دیوان عدالت اداری در این دست دعاوی صرفاً به احراز وقوع تخلف خلاصه می‌شود. تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۱۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ همچون دو قانون قبلی و با تبعیت از قانون راجع به شورای دولتی مصوب ۱۳۳۹، تعیین میزان خسارت وارده از ناحیه‌ی وزارتخانه‌ها و سازمان‌ها و مؤسسات و شرکت‌های دولتی و شهرداری‌ها و سازمان تأمین اجتماعی و تشکیلات و نهادهای انقلابی و مؤسسات وابسته به آن‌ها و نیز کمیسیون‌ها و هیأت‌ها را پس از صدور رأی در دیوان بر وقوع تخلف، با دادگاه عمومی دانسته است. با آنکه نویسندگان مختلفی فلسفه‌ی رسیدگی دوگانه به دعاوی مسئولیت را نامعلوم توصیف کرده و آن را نشانه‌ی بی‌اعتمادی قانونگذار به دیوان عدالت اداری دانسته‌اند (فلاح‌زاده، ۱۳۸۶: ۳۹؛ طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۹۰ [الف]: ۴۹۲؛ آقای طوق، ۱۳۸۷: ۶۹؛ مدنی، ۱۳۸۹: ۹۹)، با وجود این نظام قانونگذاری ما همچنان بر این اصل پافشاری کرده و از این نظر، یکی از مهم‌ترین مصادیق مربوط به دعاوی کامل را از حوزه عدالت اداری ایران خارج کرده است. در واقع «روشن نیست چرا قانونگذار چنین کرده است، زیرا جبران زیان از این راه به درازا می‌کشد و هزینه‌ی دسترسی به حق نیز افزایش می‌یابد. بهتر بود که دیوان عدالت می‌توانست پس از رأی به ورود زیان یا همزمان با آن رأی به خسارت وارده می‌داد» (ابوالحمد، ۱۳۸۳: ۸۱۲).

۲-۳. ظرفیت‌های قانون اساسی برای توسعه‌ی دعاوی کامل در حقوق اداری ایران

مهم‌ترین اصلی که برای توسعه‌ی دعاوی کامل در حقوق اداری ایران می‌توان به آن استناد کرد، اصل ۱۷۳ قانون اساسی است که مبنای اصلی دیوان عدالت اداری نیز به‌شمار می‌رود.

به‌نظر می‌رسد، قانونگذار در تصویب قوانین سه‌گانه‌ی دیوان عدالت اداری در سال‌های ۱۳۶۰، ۱۳۸۵ و ۱۳۹۲ صدر اصل ۱۷۳ را نادیده گرفته و از دیوان عدالت اداری به‌جای مرجعی برای احیای حقوق تضییع‌شده‌ی اشخاص، مرجعی حداقلی ساخته و پرداخته است که در تنگنای دعاوی ابطال مندرج در ذیل اصل ۱۷۰ قانون اساسی قرار گرفته است. حال آنکه دیوان عدالت اداری به‌عنوان بخشی از دادگستری، می‌تواند دارای اختیارات گسترده‌تری در رسیدگی به دعاوی علیه اداره و اعمال اداری باشد و در فعالیت خود محدود به احراز و ابطال موارد تخلف از قوانین نباشد.

توضیح اینکه براساس اصل ۱۷۳ که مبنای اصلی دیوان عدالت اداری نیز به‌شمار می‌رود، «به‌منظور رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأمورین یا واحدها یا آیین‌نامه‌های دولتی و احقاق حقوق آن‌ها، دیوانی به نام دیوان عدالت اداری زیر نظر رئیس قوه‌ی قضاییه تأسیس می‌گردد». در این اصل هم شکایات ناظر به خود اداره و مأموران آن دیده شده است و هم شکایت علیه آیین‌نامه‌های دولتی. اگر شکایات علیه اداره - و نه علیه عمل اداری - را در کنار ادامه‌ی این اصل قرار دهیم که به احقاق حقوق مردم اشاره کرده است، گستره‌ی وسیعی از اختیارات را می‌توان برای دیوان عدالت اداری در نظر گرفت، درست همانند اختیارات دادگاه‌های عمومی. به‌ویژه اگر این اصل را در کنار اصل ۱۵۶ که به بیان وظایف قوه‌ی قضاییه می‌پردازد و نیز اصل ۱۵۹ که به بیان مرجع رسمی رسیدگی به شکایات می‌پردازد، قرار دهیم، به این نتیجه می‌رسیم که دیوان عدالت اداری جزوی از مفهوم عام دادگستری است و در نتیجه ماهیتاً نهادی جدا از دادگاه‌های عمومی نیست (مشهدی، ۱۳۹۵: ۳۵؛ عباسی، ۱۳۹۰: ۲۹۲). هنگام بررسی اصل ۱۷۳ نیز به‌صراحت اعلام شد که «این [دیوان عدالت اداری] هم از شعب دادگستری است و یک چیز جدایی نیست» (مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۴: ۱۶۵۲). به‌علاوه، «هیچ دلیل منطقی وجود ندارد که معنای واژه‌ی دادگستری را منحصر به دادگاه‌های عمومی بدانیم و مرجعی مانند دیوان عدالت اداری را که مرجعی قضایی و زیرمجموعه‌ی قوه‌ی قضاییه است از حوزه‌ی مفهومی دادگستری خارج کنیم» (واعظی و هاشمی، ۱۳۹۱: ۱۷۶). از طرف دیگر، اصل ۱۵۶ قانون اساسی «رسیدگی و صدور حکم در مورد تظلمات، تعدیات، شکایات، حل و فصل دعاوی و رفع خصومات» را از جمله وظایف قوه‌ی قضاییه قلمداد کرده است. متعاقب آن، اصل ۱۵۹ قانون اساسی دادگستری را «مرجع رسمی تظلمات و شکایات» دانسته است. اصل ۱۷۳ نیز با همین ادبیات، دیوان عدالت اداری را مسئول «رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأمورین یا واحدها یا آیین‌نامه‌های دولتی و احقاق حقوق آن‌ها» دانسته است. «با

دقت در قانون اساسی به‌خوبی پیداست که منظور نویسندگان قانون اساسی این بوده که دیوان عدالت اداری مرجع اصلی شکایات و دعاوی اداری از هر قبیل باشد» (فلاح‌زاده، ۱۳۸۶: ۳۶) و بدین‌ترتیب، قانون اساسی صلاحیت عام رسیدگی به دعاوی علیه دولت را به دیوان عدالت اداری واگذار کرده و از این‌رو می‌توان دعاوی کامل را همانند حقوق اداری آلمان و اسپانیا یا حداقل مشابه آنچه در فرانسه شناسایی شده است، مورد پذیرش قرار داد.

با این حال، نظریاتی که حوزه‌ی صلاحیت دیوان عدالت اداری را محدود به احراز و ابطال موارد تخلف از قوانین می‌دانند، در واقع این نهاد را در سایه‌ی نهاد شورای دولتی که در سال ۱۳۳۹ قانون آن به تصویب رسید و در نهایت، مشابه شورای دولتی فرانسه تفسیر و فهم می‌کنند. حال آنکه شورای دولتی نهادی مغایر با قانون اساسی مشروطه بود و به همین سبب قانونگذار در بیان صلاحیت‌های این شورا به حداقل‌ها اکتفا کرده بود. طباطبایی یزدی که سه سال پس از تصویب قانون در مورد شورای دولتی چرایی مغایرت این نهاد با قانون اساسی را تشریح کرده است، همین برداشت را تقویت می‌کند. از نظر ایشان «تصویب قانون شورای دولتی... مخالف با قانون اساسی است و شاید به همین جهت بر اثر تذکر بعضی اشخاص مطلع به وزیر دادگستری وقت، قانون شورای دولتی را بلااجرا گذاردند» (طباطبایی یزدی، ۱۳۴۲: ۱۹). حال آنکه دیوان عدالت اداری به‌واسطه‌ی اینکه در قانون اساسی مورد اشاره واقع شده و صلاحیت آن در رسیدگی به شکایات مردم و احقاق حقوق آن‌ها به‌صراحت شناسایی شده است، دچار چنین محدودیت‌هایی نیست. همچنین، شاید مبنای برخی نظریات محدودکننده‌ی صلاحیت دیوان این باشد که آن‌ها شورای دولتی فرانسه را الگوی دیوان عدالت اداری می‌دانند. حال آنکه دیوان عدالت اداری ایران بیش از آنکه با الگوی فرانسه منطبق باشد، با الگوی آلمان سازگاری دارد. در واقع، با آنکه در الگوی فرانسه شورای دولتی بخشی از قوه‌ی مجریه است و در نتیجه دعاوی ابطال جایگاه مهمی در نظریه‌ی سنتی حقوق اداری این کشور به خود اختصاص داده است، در الگوی آلمان دادگاه‌های اداری بخشی از قوه‌ی قضاییه هستند، بنابراین محدودیت‌های شورای دولتی را ندارند. به همین علت در آلمان و به‌تبع آن در اسپانیا دادگاه‌های اداری هنگام رسیدگی به دعاوی علیه دولت، در واقع به دعاوی کامل رسیدگی می‌کنند و علاوه‌بر صلاحیت ابطال اعمال اداری، دارای تمام اختیاراتی هستند که دادگاه‌های عمومی در رسیدگی‌های قضایی برخوردارند. با این حال، نظام عدالت اداری ایران از ظرفیت‌های الگوی آلمان بهره‌ی چندانی نبرده و خود را درون حصارهای بلند دعاوی ابطال که جایگاه رفیعی در الگوی فرانسه دارد، محصور کرده است.

نتیجه‌گیری

دعوی کامل نوعی از دعوی اداری است که در آن دادگاه اداری می‌تواند پس از رسیدگی به موضوع، علاوه بر ابطال عمل اداری، اداره را به جبران خسارت، پرداخت مال، انجام یک اقدام خاص یا اعاده‌ی وضع سابق محکوم کند. در این معنا، دعوی کامل مقابل دعوی ابطال قرار می‌گیرد که در آن دادگاه اداری محدود به اعلام مغایرت عمل اداری با قانون و در نهایت ابطال عمل اداری مزبور است. محدودیت دادگاه اداری به دعوی ابطال ریشه در سنت انقلابی فرانسه دارد که براساس آن قضات از دخالت و مزاحمت در امور اداره منع شده بودند. این دعوا که مدت‌های زیادی بر عرصه‌ی حقوق اداری فرانسه و به تبع آن حقوق اداری قاره‌ای سیطره داشت، در پرتو تحولات مربوط به روابط دولت و شهروند مورد انتقاد برخی حقوقدانان بزرگ همچون هوریو و ریورو قرار گرفت. همچنین، تغییر پارادایم در حقوق اداری آلمان و کناره‌گیری از سنت فرانسوی و پذیرش دعوی کامل در دادگاه‌های اداری موجب شد کشورهایی همچون اسپانیا و به تبع آن تعداد زیادی از کشورهای آمریکای لاتین دعوی کامل را مورد پذیرش قرار دهند. تغییر پارادایم در حقوق اداری آلمان حتی بر حقوق اداری فرانسه نیز مؤثر بود و این کشور را واداشت تا دعوی ابطال را از طریق پذیرش امکان الزام اداره توسط دادگاه اداری تا حدودی به دعوی کامل نزدیک کند و حوزه‌ی دعاوی کامل را گسترش دهد.

رویکرد نوین حقوق اداری به پذیرش بیش از پیش دعوی کامل را می‌توان با توجه به مفاهیمی همچون اقتصاد آیین دادرسی و نظارت قضایی مؤثر توجیه کرد. به‌ویژه در کشورهایی مثل اسپانیا و ایران که دادگاه اداری درون قوه‌ی قضاییه ایجاد می‌شود، پذیرش دعوی کامل اصولاً با موانع خاصی مواجه نیست، چراکه نزع صلاحیت رسیدگی به دعوی کامل از دیوان عدالت اداری و واگذاری آن به دادگاه‌های عمومی در اصل به معنای نزع این اختیار از یک بخش از دادگستری و واگذاری آن به بخش دیگری از دادگستری است. دیوان عدالت اداری ایران نهادی اجرایی و اداری نیست که نتوان رسیدگی کامل را به آن واگذار کرد، بلکه نهادی قضایی در دل قوه‌ی قضاییه است که قانونگذار اساسی آن را جزوی از دادگستری قلمداد کرده و در صدر اصل ۱۷۳ رسیدگی به شکایات مردم و احقاق حقوق آن‌ها را از وظایف ذاتی آن برشمرد است.

با همه‌ی این اوصاف، قانونگذار عادی در قوانین سه‌گانه‌ای که در خصوص دیوان عدالت اداری در سال‌های ۱۳۶۰، ۱۳۸۵ و ۱۳۹۲ وضع کرده است، با بدبینی به دیوان عدالت اداری و با اعتماد بیش‌ازحد به نظریات سنتی حقوق اداری فرانسه و بی‌توجهی به تحولاتی که در خود فرانسه و نیز در کشورهایی همچون آلمان و اسپانیا در خصوص دعاوی کامل و احقاق حقوق

مردم در دادگاه‌های اداری صورت گرفته است، نظام عدالت اداری ایران را تقریباً به دعاوی ابطال محدود کرده و تنها در آخرین اراده‌ی خود، در ذیل ماده‌ی ۶۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری به صورت بسیار محدود، دعاوی کامل را شناسایی کرده است. بدین ترتیب، در غیاب دعاوی کامل، نظام عدالت اداری ایران به نظامی ناکارآمد در احقاق حقوق اشخاص بدل شده که هنر عمده‌ی آن مغایرت سنجی عمل اداری یکجانبه با الزامات قانونی و در نهایت ابطال آن است. در وضعیت کنونی به نظر می‌رسد دیوان عدالت اداری ایران بیشتر دیوان ابطال اعمال اداری است و توانایی لازم را برای برقراری عدالت اداری را آن‌گونه که انتظار می‌رود، ندارد.

با توجه به رویکرد کشورهای مختلف از جمله فرانسه، آلمان و اسپانیا به پذیرش دعاوی کامل در دادگاه‌های اداری و با توجه به اینکه تأکید بسیار زیاد بر دعاوی ابطال مربوط به رویکردهای سنتی حقوق اداری است که از مدت‌ها پیش در فرانسه و در برخی کشورهای تأثیرگذار در حال افول است، به نظر می‌رسد حقوق اداری ایران باید به سمت تأکید بیشتر بر دعاوی کامل پیش رود و حداقل همانند فرانسه با واگذاری صلاحیت رسیدگی به دعاوی مربوط به قراردادهای اداری و دعاوی مسئولیت دولت و افزایش اختیارات دیوان عدالت اداری در حل و فصل دعاوی به این رویکرد جدید حقوق اداری واکنش مثبت نشان دهد. البته روشن است که شناسایی صلاحیت رسیدگی به دعاوی قراردادهای اداری و دعاوی مسئولیت دولت و افزایش اختیارات دیوان در صدور آرا فراتر از ابطال و الزام، نیازمند تقویت ساختاری و غیرساختاری دیوان عدالت اداری است و در گرو مطالعات بیشتر و دقیق‌تر تجربیات سایر کشورها در این زمینه است.

یادداشت‌ها

1. contentieux de l'annulation.
2. contentieux de la pleine juridiction.
3. contentieux de l'interprétation.
4. contentieux de la repression.
5. erga omnes.
6. economía procesal.
7. cambio de paradigm.
8. Tribunal de lo Contencioso Administrativo.
9. installation classée pour la protection de l'environnement.
10. Contentieux des édifices menaçant ruine.
11. injunction.
12. tutela judicial efectiva.

۱۳. البته از نظر ما رسیدگی دیوان عدالت به دعاوی استخدامی به معنای رسیدگی دیوان به قراردادهای اداری نیست، چراکه «اقسام مختلف استخدام حتی در قالب قراردادی آن وضعیت‌های خاص قانونند که شرایط، احکام و آثار آن را قانونگذار مشخص می‌کند و اراده‌ی اشخاص در تعیین و تغییر آن‌ها تأثیر ندارد» (نجابت‌خواه و فقیه لاریجانی، ۱۳۹۵: ۲۴۴).

۱۴. یآوری نیز نظر مشابهی دارد. از نظر وی: «قانون شورای دولتی ۱۳۳۹ بدون توجه به موانع و مشکلاتی از این قبیل تصویب گردیده و بعداً که موانع و مشکلات مزبور احساس شده از اجرای قانون مزبور خودداری نموده‌اند و در مدت ۱۸ سالی که از تاریخ تصویب این قانون می‌گذرد اقدامی در زمینه‌ی اجرای آن نشده است» (یآوری، ۱۳۵۷: ۴۵-۴۶).

منابع

الف) فارسی

۱. ابوالحمد، عبدالحمید (۱۳۸۳)، *حقوق اداری ایران*، تهران: توس، چ هفتم.
۲. آقای طوق، مسلم (۱۳۸۶) «مبانی و ماهیت نظارت قضایی بر اعمال دولت؛ مطالعه تطبیقی کشورهای فرانسه، انگلستان و آمریکا»، پژوهش‌نامه‌ی حقوقی، ش ۱، صص ۱۲۵-۱۹۲.
۳. آقای طوق، مسلم (۱۳۸۷)، «بررسی تطبیقی نظام عدالت اداری در آفریقای جنوبی و ایران»، نشریه‌ی حقوق اساسی، ش ۹، صص ۷۰-۵۷.
۴. ----- (۱۳۹۶)، «نگاهی تطبیقی به صلاحیت هیأت عمومی دیوان عدالت اداری نسبت به ابطال مقررات»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، ش ۷۹ و ۸۰، صص ۱-۲۲.
۵. پژوهشگاه قوه‌ی قضاییه (۱۳۹۴)، گفتارهایی در دیوان عدالت اداری، مجموعه گزارش‌های پژوهشی و نشست‌های علمی تا پایان سال ۱۳۹۳، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه‌ی قضاییه.
۶. جلالی، محمد؛ حسنوند، محمد و ایوب میری (۱۳۹۶)، «تفکیک صلاحیت دیوان عدالت اداری و دادگاه عمومی در دعاوی مسئولیت مدنی علیه دولت»، مجله‌ی حقوقی دادگستری، ش ۹۹، صص ۸۳-۱۱۰.
۷. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۹۰) [الف]، *حقوق اداری*، چ شانزدهم، تهران: سمت.
۸. ----- (۱۳۹۰) [ب]، *حقوق اداری تطبیقی*، تهران: سمت، چ سوم.
۹. طباطبایی یزدی، هاشم (۱۳۴۲)، «نقض قوانین یا نقض اجرا و قضاوت»، حقوق امروز، ش ۲، صص ۱۸-۲۱.
۱۰. عباسی، بیژن (۱۳۹۰)، *حقوق اداری*، تهران: دادگستر.
۱۱. فلاح‌زاده، علی محمد (۱۳۸۶)، «جایگاه دیوان عدالت اداری در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، پژوهش‌نامه‌ی حقوقی، ش ۱، صص ۱۷-۴۰.
۱۲. مدنی، سید جلال‌الدین (۱۳۸۹)، *حقوق اداری؛ دیوان عدالت اداری*، تهران: جنگل.
۱۳. مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی (۱۳۶۴)، تهران: اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی.
۱۴. مولایی، غلامرضا (۱۳۹۳)، *صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری*، تهران: جنگل.
۱۵. موسی‌زاده، رضا (۱۳۸۹)، *حقوق اداری*، تهران: میزان.
۱۶. میرداماد نجف‌آبادی، سید علی (۱۳۹۰) «صلاحیت و حدود اختیارات دیوان عدالت اداری»، اندیشه‌های حقوق عمومی، ش ۱، صص ۳۵-۶۶.

۱۷. مشهدی، علی (۱۳۹۵)، **قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری در نظم حقوقی کنونی**، تهران: خرسندی.
۱۸. نجابت‌خواه، مرتضی و فرهنگ فقیه لاریجانی (۱۳۹۵)، «تأملی در صلاحیت دیوان عدالت اداری در رسیدگی به دعاوی ناشی از قراردادهای استخدامی»، **مطالعات حقوق عمومی**، دوره‌ی ۴۸، ش ۲، صص ۲۳۱-۲۴۶.
۱۹. واعظی، سید مجتبی و سید محسن هاشمی (۱۳۹۱)، «مطالعه‌ی تطبیقی صلاحیت دادگاه عمومی در تفسیر و ارزیابی تصمیم اداری در ایران و فرانسه»، **مطالعات حقوقی**، دوره‌ی ۴، ش ۱، صص ۱۶۵-۱۸۴.
۲۰. ویژه، محمدرضا (۱۳۹۱)، «نظارت قضایی دیوان عدالت اداری بر مقررات اجرایی»، **پژوهش حقوق عمومی**، ش ۳۷، صص ۱۷۱-۲۰۲.
۲۱. یاورى، فتح‌الله (۱۳۵۷)، «شورای دولتی»، **مهنامه‌ی قضایی**، ش ۱۵۲، صص ۳۸-۴۶.

(ب) فرانسه

22. ASSO, Bernard et Frédéric MONERA (2006), **Contentieux administrative**.
23. Bignami, Francesca (2012), "Comparative Administrative Law", in **The Cambridge Companion to Comparative Law**, Edited by Mauro Bussani and Ugo Mattei, Cambridge University Press, pp.145-170.
24. BRAIBANT, Guy et Bernard STIRN (2005), **Le droit administratif français**, 7^eéd., Presses de sciences po. et dalloz.
25. CHAPUS, René (2001), **Droit administrative général**, tome 1, Paris: Montchrestien, 15^e éd.
26. De LAUBADÈRE, André; Jean Claude VENEZIA et Yves GAUDEMET (1999), **Traité de droit administratif**, tome 1, 15^e éd., L.G.D.J.
27. De LAUBADÈRE, André; VENEZIA, Jean-Claude et Yves GAUDEMET (2002), **Droit Administratif**, 17^e éd., Paris: L.G.D.J.
28. DUBOIS, Louis et Gustave PEISER (2007), **Droit public**, 18^e éd., Dalloz.
29. DUPUIS, George; GUÉDON Marie- José et Patrice CHRÉTIEN (2007), **Droit Administratif**, 10^e éd., Dalloz.
30. Gordillo, Agustín Alberto (2006), **Tratado de Derecho Administrativo**, tomo 2.
31. GILTARD, Daniel (2010), "Le recours de pleine jurisdiction", **Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu**, god.47 (3), str.523-531.
32. HOUSER, Matthieu, DONIER, Virginie et Natalie DROIN (2015), **Le droit administratif**, Paris: DILA.
33. LAFERRIÈRE, Édouard Louis Julien (1896), **Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux**, Vol 2, Berger-Levrault, 2^e éd.
34. Le MESTRE, Renan (2006), **Termes de droit administratif**, Gualino éditeur.
35. LEBRETON, Gilles (1996), **Droit administratif général**, tome 2, Paris: Armand Colin.
36. LOMBARD, Martine et Gilles DUMONT (2007), **Droit administratif**, Paris: Dalloz, 7^e éd.
37. MORAND-DEVILLER, Jaqueline (2007), **Droit administrative**, 10^e édition, Montchrestien.
38. Peiser, Gustave (2008), **Droit Administratif Général**, 24^e éd., Paris: Dalloz.
39. RICCI, Jean- Claude (2004), **Droit administratif**, 4e éd., Hachette Livre.

40. RIVERO, Jean (1962), "Le Huron au Palais Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir", dans **Pages de doctrine (André de Laubadère, André Mathiot, Jean Rivero, Georges. Vedel)**, LGDJ, pp. 329-334.
41. ROUSSET, Michel et Olivier ROUSSET (2004), **Droit administrative**, tome 2, Presses universitaires de Grenoble.
42. STIRN, Bernard et Yann AGUILA (2014), **Droit administratif français et européen**, Presses de sciences po et dalloz.
43. WALINE, Jean (2008), **Droit administratif**, Paris: Dalloz, 22^e edition.

(ج) اسپانیایی

44. Aberastury, Pedro (2009), "La Influencia del Derecho Procesal Administrativo Europeo (Francia, Alemania y España) en America Latina con Especial Referencia al Derecho Administrativo Argentino", en **Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina**, Editado por Christian Steiner, Berlín: Konrad-Adenauer-Stiftung e.V.
45. Araújo-Oñate, Rocío Mercedes (2011), "Acceso a la Justicia y Tutela Judicial Efectiva; Propuesta para Fortalecer la Justicia Administrativa; Visión de Derecho Comparado", **Estud. Socio-Juríd.**, Vol.13 (1): pp.247-291.
46. Cajarville Peluffo, Juan Pablo (2014), "Breve Presentación de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Uruguaya", **Revista De La Facultad De Derecho**, Vol.23, pp.123-144.
47. de Investigaciones Jurídicas.
48. Casado, Eduardo Gamero y Severiano Fernández Ramos (2016), **Manual Básico de Derecho Administrativo**, 13.a edición, Madrid: Editorial Tecnos.
49. Dromi, Jose Roberto (2015), "Acciones Procesales Administrativas", **Revista IDEARIUM**, N. 4 y 5, pp.115-125.
50. Editado por Jorge Fernández Ruiz y Filiberto Otero Salas, México: UNAM, Instituto.
51. García De Enterría, Eduardo (2000), "Contencioso-administrativo objetivo y contencioso-administrativo subjetivo a finales del siglo xx. Una visión histórica y comparatista", **Pensamiento Constitucional**, Año VII, N.º 7, pp.45-58.
52. Jinesta L., Ernesto (2015), "Principio General de la Justiciabilidad Plenaria y Universal de la Conducta Administrativa", **Revista Brasileira de Infraestrutura**, v. 4, n. 7, p. 25-51.
53. Narvaez, Marianella Ledesma (2009), "Acceso a la Jurisdicción Contencioso Administrativa", **Revista Oficial del Poder Judicial**, Año 3, N° 5, pp.163-178.
54. Ordóñez, Ordóñez (2005) "Proceso contencioso administrativo", en **La Constitución Comentada**, Editado por Walter Gutierrez, Gaceta Jurídica SA.
55. Pantoja Bauza, Rolando (2005), "La inexplicable ausencia de una justicia administrativa en el estado de Chile", **Revista de Derecho (Consejo de Defensa del Estado de Chile)**, No. 13, pp. 27-69.
56. Pereira Sánchez, Luis Antonio (2013), "¿Existe la acción de reparación directa en panamá?", **Centro de Investigación Jurídica Facultad de Derecho**, Universidad de Panamá.
57. Rodríguez Rodríguez, Libardo (2016), "Organización y Competencias de la Jurisdicción Administrativa en Colombia", en **Justicia Contenciosa Administrativa**.
58. Vargas Machuca, Roxana Jiménez (2012), "Los Principios del Proceso Contencioso Administrativo", **Revista de Derecho Administrativo**, N.º 11, pp.21-33.
59. Vintimilla Navarrete, Patricia (2009), Ejecucion de Sentencias en el Contencioso Administrativo; ¿Justicia Eficaz?" en **Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina**, Editado por Christian Steiner, Berlín: Konrad-Adenauer-Stiftung e.V.

سازوکار مطلوب نظارت فقهای شورای نگهبان بر مقررات دولتی از بستر نظارت دیوان عدالت اداری

خیرالله پروین^{۱*}، محمد امین ابریشمی راد^{۲**}

۱. استاد حقوق عمومی دانشگاه تهران، تهران، ایران

۲. دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه تهران، تهران، ایران

پدیش: ۱۳۹۷/۵/۲۷

دریافت: ۱۳۹۷/۱/۱۹

چکیده

پیش‌بینی نکردن سازوکارهایی منظم و مستمر به منظور اعمال نظارت فقهای شورای نگهبان بر انطباق مقررات دولتی با موازین شرع سبب شده است تا سازوکار اظهارنظر فقهای شورا در خصوص استعلامات دیوان عدالت اداری، مهم‌ترین و باثبات‌ترین سازوکار در این زمینه به‌شمار آید. بر این اساس، بر طبق رویه‌ی موجود هر گاه از یکی از مقررات دولتی در دیوان شکایت شود و تمام یا بخشی از استنادات شاکی مبنی بر مغایرت آن مقرر با «موازین شرع» باشد، موضوع به‌منظور اظهارنظر برای فقهای شورای نگهبان ارسال می‌شود و بررسی قانونی بودن موضوع و انشای رأی توسط دیوان پس از اظهارنظر فقها صورت می‌گیرد. در قالب پژوهشی توصیفی – تحلیلی و با تأملی بر نظرهای فقهای شورای نگهبان و آرای دیوان عدالت اداری در این زمینه این نتیجه به‌دست آمد که سازوکار موجود از نظر «عدم بررسی دقیق موضوع شکایت در دیوان، قبل از ارسال مقرر برای فقهای شورای نگهبان»، «بهره‌مند نبودن نظارت فقهای شورای نگهبان از ابزارها و الزامات دادرسی» و نیز «وابسته بودن اظهارنظر شرعی فقهای شورا به اظهارنظر قانونی توسط دیوان»، واجد اشکالات و اختلالاتی است. از این رو به‌منظور رفع اشکالات و اختلالات مطروحه، تحقق کامل حاکمیت قانون، رعایت سلسله‌مراتب هنجارها، کم کردن از اطاله دادرسی و عدم تحمیل هزینه‌های زائد یا مازاد به نهادهای مرتبط با نظارت شرعی و قانونی، پیش‌بینی تقدم رسیدگی دیوان نسبت به رسیدگی فقهای شورا به‌عنوان یک ضرورت پیشنهاد شد.

واژگان کلیدی: دیوان عدالت اداری، فقهای شورای نگهبان، مقررات دولتی، نظارت قانونی، هیأت عمومی دیوان.

مقدمه

اصل ۴ قانون اساسی^۱ بر ابتدای کلیه قوانین و مقررات حاکم در نظام جمهوری اسلامی ایران بر موازین شرع تأکید کرده است. عبارت ذیل این اصل نیز صلاحیت رسیدگی به انطباق قوانین و مقررات با موازین شرع را بر عهده‌ی فقهای شورای نگهبان قرار داده است. از سوی دیگر، به موجب اصل ۱۷۰ قانون اساسی^۲ امکان طرح شکایت از مقررات مخالف با «قوانین» و «مقررات اسلامی» در دیوان عدالت اداری فراهم شده است.

با توجه به امکان طرح شکایت از مقررات مغایر با قانون یا شرع در دیوان عدالت اداری^۳ و از سوی دیگر، نظر به اینکه صلاحیت اظهارنظر در خصوص شرعی بودن یک مقرر با فقهای شورای نگهبان است، براساس رویه‌ی قانونی، رئیس دیوان آن دسته از شکایاتی را که تمام یا بخشی از استنادات شاکی حاکی از مغایرت مقررهای دولتی با موازین شرع باشد، جهت اظهارنظر برای فقهای شورا ارسال می‌کند. از این رو براساس رویه‌ی موجود، در صورتی که شاکی علاوه بر استناد به مغایرت با موازین شرع، در استنادات خودش به مغایرت مقرر با قانون نیز اشاره کرده باشد، پس از اظهارنظر فقهای شورا، هیأت‌های تخصصی و عمومی دیوان به بررسی قانونی بودن آن موضوع می‌پردازند و در غیر این صورت، هیأت عمومی نظر فقهای شورای نگهبان را اعلام خواهد کرد.

بررسی روند شکایات مطرح شده در دیوان عدالت اداری و ارسال شده برای فقهای شورای نگهبان گویای آن است که پس از صدور نظریه‌ی تفسیری شورای نگهبان به شماره‌ی ۸۰/۲۱/۱۳۷۹ مورخ ۱۳۸۰/۲/۱۸^۴ که اثر نظر فقهای شورا را «ابطال از زمان تصویب» دانست، میزان شکایات مطروحه در دیوان که جهت مغایرت آن‌ها مغایرت با موازین شرع بوده، افزایش چشمگیری داشته است. با شناخته شدن این ظرفیت، این روند در دهه‌ی ۱۳۹۰ به اوج خود رسید و روزبه‌روز بر تعداد پرونده‌هایی که جهت شکایت آن‌ها مغایرت با موازین شرع است، افزوده شده است.^۵ این در حالی است که آسیب‌شناسی سازوکار موجود گویای اشکالات و ضعف‌های مهمی است و اصلاح آن را به منظور تأمین هرچه بهتر حاکمیت قانون و سلسله‌مراتب هنجارها و از سوی دیگر جلوگیری از اطاله‌ی دادرسی و تضمین هرچه بیشتر عدالت ضروری می‌نماید. براساس مقدمه‌ی ذکر شده، در این پژوهش تلاش خواهد شد تا مبتنی بر مطالعاتی توصیفی-تحلیلی به پرسش‌های ذیل پاسخ داده شود:

سؤال اصلی:

سازوکار مطلوب نظارت فقهای شورای نگهبان از بستر دیوان عدالت اداری بر مقررات دولتی چیست؟

سؤال فرعی:

نواقص و خلأهای سازوکار موجود جهت نظارت فقهای شورای نگهبان بر مقررات دولتی چیست؟

فرضیه‌ی نگارنده آن است که باید با اصلاح قانون دیوان، سازوکار لازم برای پیشینی‌سازی رسیدگی قانونی توسط دیوان عدالت اداری بر رسیدگی شرعی توسط فقهای شورای نگهبان فراهم شود.

در خصوص پیشینه‌ی این تحقیق، بررسی‌های انجام‌گرفته گویای آن است که بررسی ابعاد حقوقی سازوکار نظارت فقهای شورای نگهبان بر مقررات دولتی جزء موضوعاتی است که کمتر مورد توجه قرار گرفته و با وجود انجام پژوهش‌های معدود در این زمینه، تاکنون مقاله‌ی جامعی که با بررسی نظرهای فقها در پاسخ به استعلامات دیوان، اشکالات سازوکار موجود را استخراج و برای آن‌ها راهکارهای مشخصی را پیشنهاد کند، نوشته نشده است. از این‌رو این پژوهش از این نظر بدیع است.

به‌منظور پاسخگویی به پرسش‌های این تحقیق، ابتدا به تبیین شیوه‌ی جاری اعمال نظارت فقهای شورای نگهبان بر مقررات دولتی از بستر دیوان عدالت اداری پرداخته می‌شود (بند ۱)؛ سپس، نواقص و خلأهای سازوکار موجود بررسی می‌شود (بند ۲)؛ در نهایت به جمع‌بندی و ارائه‌ی الگوی مطلوب پرداخته می‌شود (بند ۳).

۱. شیوه‌ی جاری اعمال نظارت فقهای شورای نگهبان بر مقررات دولتی از بستر دیوان عدالت اداری

اهمیت موازین شرع در اندیشه‌ی تدوین‌کنندگان قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران سبب پیش‌بینی اصل ۴ در منظومه‌ی قانون اساسی شد. براساس منطوق اصل مزبور، موازین شرع از چنان اهمیتی برخوردار است که اطلاق و عموم اصل ۴ بر همه‌ی اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم دانسته شده است. با توجه به اهمیت ویژه‌ی اصل ۴، برخی آن را بنیادی‌ترین اصل قانون اساسی معرفی کرده‌اند (یزدی، ۱۳۷۵: ۷۵). همچنین، برخی بیان گستره‌ی این اصل نسبت به همه‌ی اصول قانون اساسی را موجب فراقانون اساسی^۶ شناخته شدن آن دانسته‌اند (کعبی، ۱۳۹۴، ج ۱: ۲۳۲).

اصول مختلف قانون اساسی تحقق هدف مذکور در اصل ۴ را بر عهده‌ی شش نفر از فقهای عادل و آگاه به مقتضیات زمان و مسائل روز که انتخاب آن‌ها با مقام رهبری است، قرار داده‌اند.^۷ البته، تاکنون فقهای شورای نگهبان به‌منظور نظارت بر مقررات دولتی، سازوکار فراگیر

و فعالی نداشته‌اند؛ بلکه در عمل، تنها امکان نظارت بر آن دسته از مقرراتی که شخصی ابطال آن‌ها را به سبب مغایرت با موازین شرع از دیوان مطالبه کند، فراهم شده است. در این خصوص، ابتدا در ماده‌ی ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری - مصوب ۱۳۶۰- و سپس در ماده‌ی ۴۱ قانون دیوان عدالت اداری - مصوب ۱۳۸۵- بر صلاحیت فقهای شورای نگهبان جهت رسیدگی به مقررات مغایر با موازین شرع تصریح شد. در قانون فعلی دیوان نیز در تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۸۴ و ماده‌ی ۸۷ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری^۸ - مصوب ۱۳۹۲- بر این نکته تأکید شده است.

با وجود توجه قانونگذار عادی بر لزوم اظهارنظر فقهای شورای نگهبان در خصوص آن دسته از مقرراتی که تقاضای ابطال آن‌ها به استناد مغایرت با موازین شرع می‌شود، تاکنون ضوابط و دقایق مرتبط با شیوه‌ی نظارت این دو مرجع مورد توجه قانونگذار قرار نگرفته است. بر این اساس، در رویه‌ی موجود، پس از اینکه براساس ماده‌ی ۸۰ قانون تشکیلات دیوان، درخواست ابطال مقررات در هیأت عمومی به دیوان ارسال می‌شود،^۹ رئیس دیوان درخواست‌های مزبور را به دفتر هیأت عمومی ارسال می‌کند. در این مرحله، مدیر دفتر هیأت عمومی مکلف است تا درخواست‌های واصله را از نظر رعایت الزامات قانونی مورد نظارت قرار دهد و در صورت ضرورت، حسب مورد قرار مربوطه را صادر کند (ماده‌ی ۸۱). از سوی دیگر، مدیر دفتر هیأت عمومی مکلف است تا نسخه‌ای از درخواست و ضمائم آن را برای مرجع تصویب‌کننده، ارسال کند تا آن مرجع ظرف مدت یک‌ماه نسبت به ارسال پاسخ اقدام کند (مواد ۸۲ و ۸۳). پس از این مرحله، به موجب ماده‌ی ۸۴ قانون تشکیلات دیوان در صورتی که تقاضای ابطال مصوبه به استناد مغایرت با قانون شده باشد، آن مصوبه جهت بررسی به هیأت‌های تخصصی ارسال خواهد شد؛ و در صورتی که تقاضای ابطال مصوبه به استناد «مغایرت با موازین شرع» یا «مغایرت با موازین شرع و قانون» شده باشد، به موجب تبصره‌ی ۲ ماده‌ی مزبور، موضوع به منظور اظهارنظر به شورای نگهبان ارسال می‌شود و نظر فقهای شورا برای هیأت‌های تخصصی و هیأت عمومی دیوان لازم‌الاتباع است. علاوه بر این، براساس بند «و» ماده‌ی ۱۵ «آیین‌نامه‌ی اداره‌ی جلسات هیأت عمومی و هیأت‌های تخصصی دیوان عدالت اداری» - مصوب ۱۳۹۲- «در مواردی که در جریان رسیدگی به موضوع در هیأت تخصصی، اعلام مغایرت مصوبه با شرع نیز حاصل شود مراتب ابتدا به رئیس دیوان منعکس می‌شود تا مراتب مغایرت یا عدم مغایرت مصوبه‌ی موضوع درخواست ابطال با شرع، از شورای نگهبان استعلام شود. پس از وصول نظریه‌ی شورای نگهبان، پرونده به هیأت تخصصی مربوط اعاده و ارجاع می‌شود تا حسب مورد اتخاذ تصمیم لازم به عمل آید».

براساس رویه‌ی موجود، پس از طی مراتب گفته‌شده، در صورتی که اظهارنظر در خصوص مقرره‌ای در صلاحیت فقهای شورای نگهبان باشد و استنادات شاکی تماماً یا بعضاً ناظر بر مغایرت مقرره با موازین شرع باشد، درخواست شاکی و پاسخ مشتکی عنه (در صورت وجود) طی نامه‌ای از سوی رئیس دیوان برای دبیر شورای نگهبان ارسال می‌شود.^{۱۰} در این مرحله، دبیر شورای نگهبان براساس رویه‌ی داخلی آن شورا، استعلامات دیوان را جهت اظهارنظر برای بازوهای مشورتی حقوقی و فقهی آن شورا ارسال می‌کند. پس از بررسی موضوع شکایت و تهیه‌ی گزارش حقوقی «پژوهشکده‌ی شورای نگهبان» و گزارش شرعی «مجمع مشورتی فقهی شورای نگهبان» و ارسال آن‌ها برای فقهای شورا، فقها اقدام به برگزاری جلسه و اظهارنظر در خصوص پرونده‌های ارسالی می‌کنند. در نهایت، نظر فقهای شورا طی نامه‌ای از طرف دبیر یا قائم مقام دبیر شورای نگهبان خطاب به رئیس هیأت عمومی دیوان برای آن مرجع ارسال می‌شود.^{۱۱}

پس از کسب نظر فقهای شورای نگهبان نیز حسب مورد، موضوع در هیأت‌های تخصصی یا هیأت عمومی دیوان مطرح خواهد شد. توضیح آنکه، در صورتی که نظر فقهای شورا مبنی بر مغایرت مصوبه‌ی موضوع شکایت با موازین شرع باشد یا موضوع از سوی هیأت تخصصی نیازمند طرح در هیأت عمومی از نظر مغایرت با قانون نیز تشخیص داده شود، رأی مربوط توسط هیأت عمومی دیوان انشاء خواهد شد. در غیر این صورت، هیأت تخصصی براساس ماده‌ی ۳۳ «آیین‌نامه‌ی اداره‌ی جلسات هیأت عمومی و هیأت‌های تخصصی دیوان عدالت اداری»^{۱۲} -مصوب ۱۳۹۲- و به استناد نظر فقهای شورا، رد شکایت به واسطه‌ی وارد نبودن ادعای مغایرت مقرره با موازین شرع را انشاء خواهد کرد.

با مشخص شدن شیوه‌ی جاری اعمال نظارت فقهای شورای نگهبان بر مقررات دولتی -در مواردی که از آن مقررات در دیوان شکایت شده باشد- و اقداماتی که دیوان عدالت اداری در این فرایند مکلف به انجام دادن آن‌هاست، در ادامه نواقص و خلأهای سازوکار موجود تبیین می‌شود تا زمینه‌ی ارائه‌ی الگویی مطلوب فراهم شود.

۲. نواقص و خلأهای سازوکار موجود

با بررسی استعلامات دیوان عدالت اداری از فقهای شورای نگهبان، نظرهای فقهای شورای نگهبان و همچنین آرای هیأت عمومی و هیأت‌های تخصصی دیوان در خصوص پرونده‌های مربوط، نواقص و خلأهایی در سازوکار موجود و شیوه‌ی هماهنگی دیوان و فقهای شورا مشاهده می‌شود. عطف توجه به نواقص و خلأهای مذکور و تبیین دقایق و ظرافت‌های رابطه‌ی دیوان

و فقهای شورا در این زمینه می‌تواند مقدمه‌ای باشد تا ضمن کاهش آسیب‌های این سازوکار و منطبق‌تر کردن آن با قانون اساسی، اشکالات مرتبط با رعایت سلسله‌مراتب هنجارها و اطالهی دادرسی به حداقل برسد. از این رو در این بند نواقص و خلأهای سازوکار موجود به‌منظور اعمال نظارت فقهای شورای نگهبان بر مقررات دولتی از طریق بستر دیوان عدالت اداری بررسی می‌شود.

۲-۱. عدم بررسی دقیق موضوع شکایت در دیوان، پیش از ارسال مقرر برای فقهای شورای نگهبان

الف) با توجه به اصل ۴ قانون اساسی که صلاحیت فقهای شورای نگهبان را منحصر در تطبیق «قوانین» و «مقررات» با موازین شرع دانسته و بر این اساس، در سازوکار پیش‌بینی شده در قانون تشکیلات دیوان نیز، تنها به صلاحیت نظارتی فقها در زمینه‌ی انطباق «مقررات دولتی» با موازین شرع اشاره شده است، در حال حاضر فقهای شورا در زمینه‌ی موضوعات قابل طرح در شعب دیوان (شکایت از اقدامات و تصمیمات موردی) واجد صلاحیت نیستند و علی‌الاصول در این موارد نباید این قبیل پرونده‌ها برای فقهای شورا ارسال شوند. این در حالی است که تشخیص خواسته‌ی واقعی شاکی تنها با بررسی دقیق موضوع شکایت و مطالعه‌ی درخواست ایشان حاصل می‌شود و با بررسی اجمالی توسط مدیر دفتر هیأت عمومی و رئیس دیوان این مقصود حاصل نخواهد شد. در این شرایط، ممکن است شاکی تقاضای ابطال مقرره‌ای را از دیوان کند و حال آنکه بررسی پرونده گویای آن است که در واقع شکایت شاکی از اقدام مرجع طرف شکایت بوده است. بنابراین، بهتر است به‌منظور جلوگیری از ایجاد تراکم پرونده‌ها در دیوان و طی فرایند زمان‌بر نظارت فقهای شورا بر مقررات دولتی، دیوان پیش از ارسال درخواست شاکی برای فقهای شورا از متوجه بودن شکایت نسبت به مقرره‌ی مزبور اطمینان حاصل کند.

نمونه پرونده:

- در پرونده‌ی تقاضای ابطال «بند ۳ مصوبه‌ی مورخ ۱۳۸۶/۳/۱ شورای عالی شهرسازی و معماری ایران و بند ۱ صورت‌جلسه‌ی ۱۳۹۱/۵/۱۹ کمیسیون ماده‌ی ۵ شورای عالی شهرسازی و معماری قم»، فقهای شورا موضوع شکایت شاکی را «اقدام شهرداری» دانستند و در نظر خود بر این مطلب تأکید کردند که: «... در مورد تملک ملک شاکی چنانچه متقاضی مدعی وقوع تخلف از موازین شرعی یا قانونی توسط شهرداری است می‌تواند به مرجع صالح قضایی مراجعه نماید».^{۱۳}

- در پرونده‌ی تقاضای ابطال «بند مشاغل قابل احراز در مصوبه‌ی شماره‌ی ۲۴۲ مورخ ۱۳۹۳/۳/۱۸ شورای برنامه‌ریزی آموزشی و درسی علمی-کاربردی»، فقهای شورا اظهار داشتند که: «مصوبه‌ی مذکور خلاف موازین شرع دانسته نشد و شامل آقای ... نمی‌شود و اگر تخلفی صورت گرفته باشد ربطی به مصوبه ندارد».^{۱۴}

ب) با عطف توجه به ماده‌ی ۸۵ قانون تشکیلات دیوان،^{۱۵} رسیدگی به درخواست ابطال مقررات دولتی تنها در صورتی ممکن است که آن مقررات منتفی نشده باشند و همچنان واجد اثر باشند. لذا، لازم است تا پیش از ارسال مقررات به منظور اعلام نظر فقهای شورا، منتفی شدن یا نشدن مقررات در دیوان بررسی و احراز شود و در صورتی که موضوع شکایت منتفی شده باشد، از ارسال آن برای فقهای شورا خودداری به عمل آید.

نمونه پرونده:

- در پرونده‌ی تقاضای ابطال «مصوبه‌ی سی و چهارمین جلسه‌ی شورای عالی نظام پزشکی مورخ ۱۳۸۶/۶/۱۰»، با اینکه مصوبه‌ی مزبور قبلاً لغو و اساساً رسیدگی به آن منتفی شده بود، دیوان شکایت از این مصوبه را به منظور اظهار نظر شرعی برای فقهای شورا ارسال کرد. در این خصوص، فقهای شورا نیز اظهار داشتند که: «با عنایت به نامه‌ی شماره‌ی ۱۸/۷۹۱۷۷ مورخ ۱۳۸۹/۱۲/۲۱ رئیس شورای عالی نظام پزشکی مصوبه‌ی مورد شکایت لغو گردیده است، بنابراین موجبی برای اظهار نظر نیست».^{۱۶}

نکته‌ی مهم در خصوص پرونده‌ی مورد اشاره این است که هیأت عمومی دیوان پس از اظهار نظر فقهای شورا اقدام به صدور قرار رد درخواست کرده و در رأی خود به نظر فقهای شورا حتی اشاره هم نکرده است.^{۱۷} این رأی گویای آن است که از نظر خود دیوان نیز تصمیم‌گیری در خصوص این موضوع در صلاحیت خود دیوان بوده است. از این رو بهتر بود پیش از ارسال مقرر برای فقهای شورا و طی فرایند طولانی‌تر، خود دیوان اقدام به بررسی موضوع و اعلام نظر در این زمینه می‌کرد.

ج) علاوه بر موارد قبل، بررسی آرای هیأت عمومی دیوان گویای آن است که این مرجع، در مواردی با این استدلال که مقررهی موضوع شکایت واجد هیچ حکم یا قاعده‌ی خاص و جدیدی نیست، از رسیدگی به موضوع شکایت خودداری کرده است. از این رو در این موارد لازم است تا پیش از ارسال مقرر برای اظهار نظر فقهای شورای نگهبان، موضوع توسط دیوان بررسی و تعیین تکلیف شود.

نمونه پرونده:

- در پرونده‌ی تقاضای ابطال «بخشنامه‌ی شماره‌ی ۹۰۷۳/۱۶۱۲/۵ - ۹۰۰۰/۱۲۱/۹۰۰ معاونت اداری و مالی قوه‌ی قضائیه»، فقهای شورا تصریح داشتند که: «بخشنامه‌ی مذکور بالذات خلاف موازین شرع تشخیص داده نشد، تشخیص خلاف قانون بودن با آن دیوان محترم است».^{۱۸} اما هیأت عمومی دیوان اساساً موضوع آن بخشنامه را قابل طرح در هیأت عمومی دیوان تشخیص نداد. در نظر مذکور آمده است: «نظر به اینکه در بخشنامه‌ی شماره‌ی ... معاون اداری و مالی قوه‌ی قضائیه جدول شماره‌ی ۱۶ لایحه‌ی بودجه سال ۱۳۹۱ جهت اجرا ابلاغ شده است و فی نفسه متضمن وضع قاعده نیست، بنابراین قابل رسیدگی و صدور رأی در هیئت عمومی دیوان عدالت اداری تشخیص نشد».^{۱۹}

بنا بر آنچه گفته شد، می‌توان نتیجه گرفت که به‌منظور جلوگیری از اطاله‌ی دادرسی و طی نکردن فرایند طولانی و زمان‌بر رسیدگی توسط فقهای شورای نگهبان و سپس اعلام رأی توسط هیأت عمومی یا هیأت‌های تخصصی دیوان، باید از طریق رسیدگی ابتدایی درخواست‌های واصله در دیوان و صدور اخطارها یا قرارهای لازم توسط آن مرجع، اقدام به کم کردن اطاله‌ی دادرسی و جلوگیری از تحمیل پرونده‌های بلاوجه به فقهای شورا کرد. این در حالی است که براساس رویه‌ی موجود، دفتر هیأت عمومی و رئیس دیوان تنها به‌صورت اجمالی به رعایت شرایط شکلی در درخواست‌های واصله می‌پردازند و بدین سبب بررسی ابعاد جزئی‌تر موضوع مغفول می‌ماند. در این خصوص، نکته‌ی دیگری که بررسی دقیق موضوع شکایت در دیوان، پیش از ارسال مقرره برای فقهای شورا را ضروری می‌نماید، این است که هرچند صلاحیت نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان به استناد اطلاق و عموم اصل ۴ قانون اساسی هیچ محدودیتی ندارد (پروین و همکاران، ۱۳۹۱: ۱۲۴)، سازوکار نظارت شرعی پیش‌بینی‌شده در قانون تشکیلات دیوان، تنها به حدود صلاحیت هیئت عمومی دیوان عدالت اداری منحصر است. (آیین‌نگینی، ۱۳۹۵: ۴۸). از این رو دیوان تنها می‌تواند ابطال آن دسته از مقررات مغایر شرع را که رسیدگی قانونی به آن‌ها در صلاحیتش باشد،^{۲۰} اعلام کند. در صورتی که شکایتی خارج از حدود صلاحیت آن مرجع طرح شود، باید پیش از ارسال آن مقرره برای فقهای شورا، رأساً قرار عدم صلاحیت صادر شود که این فرض نیز لزوم رسیدگی دقیق به موضوع شکایت در دیوان، قبل از ارسال مقرره برای فقهای شورای نگهبان را ضروری می‌نماید.

۲-۲. بهره‌مند نبودن نظارت فقهای شورای نگهبان از ابزارها و الزامات دادرسی

الف) یکی از ویژگی‌های مثبت مراجع قضایی این است که این مراجع می‌توانند با بهره‌گیری از ظرفیت‌های قانونی و به‌منظور کشف حکم یا موضوع، دستورهای لازم را به مراجع اداری مرتبط با موضوع شکایت بدهند. بر این اساس، در قانون تشکیلات دیوان ظرفیت‌های ویژه‌ای برای دیوان در نظر گرفته شده است تا آن مرجع بتواند به کشف حقیقت بپردازد. برای نمونه، براساس ماده‌ی ۴۴ قانون تشکیلات دیوان، رئیس دیوان یا هر یک از شعب دیوان می‌توانند کلیه‌ی واحدهای دولتی، شهرداری‌ها و سایر مؤسسات عمومی و مأموران آن‌ها را مکلف سازند تا اسناد و پرونده‌های موردنیاز دیوان را برای آن مرجع ارسال کنند و استنکاف از این درخواست می‌تواند به صدور حکم انفصال موقت یا کسر از حقوق و مزایا منجر شود. این در حالی است که در قوانین موجود، چنین ظرفیت‌هایی برای فقهای شورای نگهبان پیش‌بینی نشده و در عمل فقهای شورا نمی‌توانند مانند دیوان به اسناد و مدارک موردنیاز جهت اظهارنظر در خصوص شکایات واصله دسترسی داشته باشند. بنابراین، علاوه بر اینکه این موضوع می‌تواند دقت در رسیدگی توسط فقهای شورا را کاهش دهد، بعضاً مانع از امکان اظهارنظر شرعی توسط آنان شده است. از سوی دیگر، این عامل سبب شده تا در عمل، فقهای شورا به‌منظور اخذ مدارک و مستندات موردنیاز برای اظهارنظر خود به دیوان وابسته باشند که از این نظر سازوکار موجود به افزایش اطلاعات دادرسی منجر شده است. توجه به رویه‌ی جاری که در ادامه به آن اشاره خواهد شد، نیز گویای آن است که مواردی که تاکنون فقهای شورا سند یا مدرک خاصی را به‌منظور اظهارنظر ضروری دانسته و آن را از دستگاه خاصی تقاضا کرده‌اند، آن دستگاه خود را مکلف به تبعیت از درخواست مزبور ندانسته و پس از پیگیری موضوع توسط دیوان امکان اظهارنظر در آن خصوص فراهم شده است. مبتنی بر نکات ذکرشده، در صورتی که دیوان به‌صورت ابتدایی به بررسی تقاضای ابطال مقررات دولتی بپردازد، تا حدود زیادی متوجه کمبود اسناد و مدارک موردنیاز برای اتخاذ تصمیم خواهد شد. در نتیجه، زمانی که دیوان به از فقهای شورا استعلام می‌کند، علی‌الاصول پرونده‌ی ارسالی کامل است و اظهارنظر فقها متوقف بر اخذ سند یا مدرک خاصی نخواهد بود.

نمونه پرونده:

- در پرونده‌ی تقاضای ابطال «بند ۲ نامه‌ی شماره‌ی ۴۲/۲/۲۰۰۳۰۲ مورخ ۱۳۹۳/۳/۱۰ اداره‌ی کل امور دانش‌آموختگان وزارت علوم، تحقیقات و فناوری»، در نامه‌ی دبیر شورای نگهبان به رئیس هیأت عمومی دیوان این‌گونه بیان شده است: «با توجه به اینکه علی‌رغم پیگیری از وزارت علوم اوراق لازم به این شورا ارسال نگردید، لازم است وزارت علوم

مجوز آن وزارت و نامه‌های مذکور در نامه‌ی به شماره ... و همچنین لایحه‌ی دفاعیه‌ی خود را رسماً به آن دیوان ارسال نماید تا اظهارنظر ممکن گردد».^{۲۱}

- در پرونده‌ی تقاضای ابطال «بند ۱ مصوبه‌ی مورخ ۱۳۸۳/۶/۱۱ شورای شهر زرین‌شهر»، فقهای شورا اظهار داشتند: «نظر به اینکه مصوبه‌ی شورای شهر زرین‌شهر ضمیمه نمی‌باشد، مصوبه‌ی مذکور به این شورا ارسال تا اظهارنظر ممکن گردد».^{۲۲}
- در پرونده‌ی تقاضای ابطال «مصوبه‌ی ۳۰۶۴ مورخ ۱۳۸۵/۷/۳ سازمان ملی زمین و مسکن»، فقهای شورا بیان داشته‌اند: «پرونده ناقص می‌باشد و شاکی مدعی مطلبی می‌باشد که اسناد آن در پرونده موجود نمی‌باشد و نحوه‌ی مبیعه و معامله نیز چندان روشن نمی‌باشد و صورت جلسه‌ی تفکیکی ادعا شده در پرونده موجود نیست. بنابراین لازم است مدارک مذکور ارسال تا اظهارنظر ممکن گردد».^{۲۳}

ب) ملزم نبودن فقهای شورای نگهبان به رعایت اصول بنیادین دادرسی مانند اصل تناظر^{۲۴} نیز از دیگر موضوعاتی است که مقدم ساختن نظارت دیوان بر نظارت فقهای شورا را توجیه می‌کند. در این زمینه، در راستای ایجاد امکان دفاع برای مرجع واضح مقرردهی موضوع شکایت، براساس رویه‌ی قانونی دفتر هیأت عمومی به محض دریافت درخواست ابطال مقررات، نسخه‌ای از آن را برای مرجع واضح آن مقررده ارسال می‌کند. این در حالی است که در این مرحله دفتر هیأت عمومی به صورت دقیق و کامل به صحت سنجی اطلاعات مقرر در درخواست شاکی نمی‌پردازد و این موضوع ممکن است سبب تضییع حق دفاع توسط مرجع واضح مقررده را فراهم کند. توضیح آنکه، در صورتی که شاکی، مرجع واضح مقررده (طرف شکایت) را اشتباه معرفی کند و دفتر هیأت عمومی متوجه این اشتباه نشود، در این صورت، متن درخواست برای مرجع اعلام شده ارسال می‌شود و پس از اتمام مهلت قانونی برای ارائه‌ی لایحه‌ی دفاعیه، پرونده به منظور رسیدگی به موضوع مغایرت شرعی برای فقهای شورا ارسال می‌شود. از این رو در این فرض، مرجع واقعی واضح مقررده از طرح شکایت در دیوان مطلع نخواهد شد و در نتیجه امکان دفاع را از دست خواهد داد.

مهم‌تر آنکه، در صورتی که فقهای شورای نگهبان در جریان رسیدگی به آن پرونده، متوجه اشتباه بودن طرف شکایت شوند، هیچ تکلیفی برای بازگرداندن آن پرونده به دیوان و عدم اظهارنظر در آن خصوص ندارند؛ بلکه با ورود ماهوی به موضوع اقدام به اعلام نظر در آن زمینه می‌کنند. این در حالی است که اگر در جریان رسیدگی در دیوان، چنین اشتباهی کشف شود، با عطف توجه به تبصره‌ی ماده‌ی ۸۰ قانون تشکیلات دیوان که مقرر می‌دارد: «سایر مقررات مربوط به تنظیم، ارسال و ثبت دادخواست، ... در درخواست ابطال مصوبه نیز جاری است»؛

و با توجه به بند «پ» ماده‌ی ۵۳ قانون مزبور^{۲۵} که متوجه نبودن شکایت نسبت به طرف شکایت را سبب رد شکایت دانسته است، باید انتظار داشت که در این موارد قرار رد شکایت صادر شود.

نمونه پرونده:

- در پرونده‌ی تقاضای ابطال «ماده‌ی ۵ آیین‌نامه‌ی اجرایی ماده‌ی ۳ قانون بیمه‌ی اجباری خسارات واردشده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه»، درحالی‌که مصوبه‌ی موضوع شکایت مصوب «هیأت وزیران» بوده، اما شاکی طرف دعوای خود را «شورای عالی بیمه» معرفی کرده است. اتفاقاً در پرونده‌ی مزبور، «شورای عالی بیمه» به استناد همین اشتباه شاکی، در لایحه‌ی دفاعیه‌ی خود تقاضای رد درخواست را داده است، ولیکن فقهای شورا بدون توجه به این نکته اقدام به بررسی موضوع و اعلام نظر در آن خصوص کرده‌اند.^{۲۶}

۳-۲. وابسته بودن اظهارنظر شرعی فقهای شورا به اظهارنظر قانونی توسط دیوان

الف) با تشکیل نظام جمهوری اسلامی ایران، ابتدای قوانین کشور بر پایه‌ی موازین شرع یکی از اهداف و مبانی نظام قلمداد شد و نظم حقوقی حاکم بر کشور بر پایه‌ی موازین شرع شکل گرفت. بنابراین، می‌توان گفت که پس از پیروزی انقلاب اسلامی، هیچ‌یک از ضوابط اجتماعی که در قالب قانون و توسط مجلس پیش‌بینی شده‌اند، با وجود اعمال نظارت‌های شرعی بر آنها مغایر با موازین شرع نیستند. حتی در خصوص مواردی که مصوبه‌ای با تأیید مجمع تشخیص مصلحت نظام به نظام حقوقی کشور راه یافته باشد، با توجه به شمول اصل ۴ قانون اساسی نسبت به اصل ۱۱۲، آن موارد نیز نباید مغایر با موازین شرع باشند (ارسطا، ۱۳۹۴: ۳۲۲)؛ موضوعی که نظر تفسیری شماره‌ی ۴۸۷۲ مورخ ۱۳۷۲/۴/۲۰ شورای نگهبان^{۲۷} به‌صراحت بر آن تأکید دارد.

از سوی دیگر، با گسترش مفهوم حاکمیت قانون، در حال حاضر بسیاری از اصول و موازین شرعی در قامت قوانین موضوعه تجلی یافته‌اند و بر این اساس تمایز بین شرع و قانون در نظام جمهوری اسلامی دشوار است. برای نمونه، موضوعاتی مانند اصل «برائت» یا قاعده‌ی «لاضرر» که اتفاقاً در پرونده‌های متعددی به‌عنوان مستند شاکی به‌کار می‌روند و در آن زمینه از فقهای شورای نگهبان استعلام صورت می‌گیرد، به‌ترتیب در اصول ۳۷ و ۴۰ قانون اساسی شناسایی شده‌اند، چراکه براساس نظریه‌ی غالب، «حکومت می‌تواند آن دسته از احکام اجتماعی اسلام را که خود مجری آن است به قانون تبدیل کند» (علی‌اکبریان، ۱۳۹۳: ۱۰).

با توجه به مقدمات ذکرشده، در شرایط موجود تقدم بررسی قانونی بودن مفاد حکم نسبت

به شرعی بودن آن یک ضرورت انکارناپذیر به شمار می آید، چراکه با توسعه‌ی جوامع بشری و ورود دولت‌ها به ساحت‌های مختلف زندگی شهروندان که زمانی حیطه‌ی اختیارات انحصاری آن‌ها محسوب می‌شد، استناد کردن به صورت بسیط و مستقیم به برخی قواعد و اصول شرعی می‌تواند سبب بروز تعارضاتی بین آن قاعده یا اصل با قوانین مصوب و مورد تأیید خود فقهای شورای نگهبان شود. برای نمونه، هرچند در دوره‌ی زمانی خاصی «اصل تسلیط» مبنای دخل و تصرف ارادی مردم در املاکشان محسوب می‌شد، در شرایط موجود که تکالیف قانونی متعددی در زمینه‌های شهرسازی و ساخت‌وساز برای مردم مشخص شده و اتفاقاً این ضوابط به تأیید فقهای شورای نگهبان نیز رسیده‌اند، سخن گفتن از اصل تسلیط به معنای اولیه‌ی آن اشکال دارد. ازاین‌رو به‌منظور عدم بروز تعارض در نظرهای فقهای شورا و حفظ انتظام نظام حقوقی کشور، باید در وهله‌ی اول موضوع قانونی بودن مقررات مورد نظارت قرار گیرد.

میزان اهمیت و انکارناپذیر بودن این ادعا به حدی است که همچنان‌که اشاره شد، براساس رویه‌ی جاری در شورای نگهبان، فقهای شورا به‌منظور اعلام نظر شرعی خود، تا حد امکان نظر حقوقی کارشناسان پژوهشکده‌ی آن شورا را، که به بررسی قانونی استعلامات دیوان می‌پردازند، اخذ می‌کنند و با عطف توجه به قوانین موجود اقدام به صدور نظر شرعی می‌کنند. این در حالی است که تشخیص انطباق مقررات با قانون علی‌الاصول در صلاحیت دیوان عدالت اداری است و در این موارد باید زمینه را برای تبعیت فقهای شورا از نظر دیوان فراهم کرد.^{۲۸}

در این خصوص، بررسی رویه‌ی موجود گویای آن است که فقهای شورا در موارد متعددی به لزوم تبعیت از نظر دیوان در زمینه‌ی مغایرت با قانون التزام نداشته‌اند و رأساً در نظرهای شرعی خود اقدام به انطباق مقررات با قانون کرده‌اند که در این موارد طبیعتاً هیأت عمومی دیوان الزامی در پذیرش نظر آن‌ها ندارد و می‌تواند بنا به تشخیص خودش قانونی بودن یا نبودن آن مقرر را بسنجد و براساس آن نظر مقرر را مزبور را ابطال کند یا رأی به رد شکایت بدهد (واعظی، ۱۳۸۸: ۱۴۳). در این موارد، گاهی فقها با استناد به مغایرت مقرر با قانون، حکم بر مغایرت آن با موازین شرع داده‌اند؛ و بعضاً با تشخیص اینکه مقرر در حدود قانون بوده، آن مقرر را مغایر با موازین شرع نشناخته‌اند، حال آنکه در همه‌ی این موارد درست آن است که فقها از نظر هیأت عمومی دیوان به‌عنوان مرجع صالح جهت تطبیق مقررات با قانون تبعیت کنند.

نمونه پرونده:

- در پرونده‌ی تقاضای ابطال «مصوبه‌ی مورخ ۱۳۶۹/۱۰/۳ شورای عالی شهرسازی و معماری» فقهای شورا تصریح داشته‌اند که: «مصوبه ... که به‌طور مطلق و بدون اشتراط به

تقاضای صاحبان زمین‌های فین برای استفاده از مزایای ورود به محدوده‌ی توسعه و عمران شهر (مذکور در تبصره‌ی ۴ قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها مصوب ۱۳۶۷/۸/۲۹ مجلس شورای اسلامی) دادن ۵۰٪ زمین‌های آنان را به صورت رایگان تصویب نموده است خلاف شرع شناخته شد؛ زیرا تبصره‌ی فوق‌الذکر تنها در برابر تقاضای صاحبان زمین، اجازه گرفتن مقداری از زمین آنان را داده است. بنابراین در مواردی که هر یک از صاحبان زمین‌های فین متقاضی استفاده از مزایای ورود به محدوده‌ی توسعه‌ی عمران شهر نباشد، گرفتن رایگان مقدار کمی هم از زمین او خلاف شرع است.^{۲۹}

- در پرونده‌ی تقاضای ابطال «بخشنامه‌ی شماره‌ی ۵۳/۰۲۰/۲۳۴۴۲۶ مورخ ۱۳۹۴/۴/۲ سازمان امور اراضی» فقهای شورا مقرر داشته‌اند که: «منع نمودن نقل و انتقال مشاعی اراضی مذکور در بخشنامه‌ی مورد شکایت خلاف موازین شرع شناخته شد، علاوه بر این خلاف نص ماده‌ی (۲) قانون جلوگیری از خرد شدن اراضی کشاورزی و ایجاد قطعات مناسب فنی - اقتصادی مصوب ۱۳۸۵/۱۱/۲۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام نیز می‌باشد».^{۳۰}

در پرونده‌ی تقاضای ابطال «تصویب‌نامه‌ی شماره‌ی ۱۳۲۶۰۰/ت/۵۵۲۷۰۳ مورخ ۱۳۹۴/۱۰/۱۲ هیأت وزیران»، فقهای شورا پس از تبیین موضوع شکایت شاکی و بیان فروض قانونی آن، مقرر داشته‌اند که: «... بناء علیه مصوبه‌ی مذکور هیچ ایراد شرعی یا قانونی نخواهد داشت».^{۳۱} البته در استعلامات متعددی، فقهای شورا به منظور عدم اعلام نظر قانونی، خلاف شرع بودن مصوبه‌ی ارسالی را تابعی از اعلام خلاف قانون بودن آن توسط دیوان اعلام کرده‌اند در این موارد، اگر دیوان بر مغایرت آن مقرر با قانون حکم کند، علی‌الاصول باید آن مقرر را مغایر با موازین شرع نیز اعلام کند و به تبع آن اثر رأی را عطف بماسبق نماید.^{۳۲}

نمونه پرونده:

- در پرونده‌ی تقاضای ابطال «تبصره‌ی ذیل بند ۱ دستورالعمل تعیین مصادیق تغییر کاربری غیرمجاز موضوع ماده‌ی ۱۰ قانون اصلاح قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ‌ها مصوب ۱۳۵۸/۸/۱ (موضوع ماده‌ی ۱۱ تصویب‌نامه‌ی شماره‌ی ۵۹۸۷۹/ت/۳۷۱۱۰ مورخ ۱۳۸۶/۴/۱۹ هیأت وزیران)»، فقهای شورا بر این نکته تأکید کرده‌اند که: «خلاف شرع بودن تفویض صلاحیت «تشخیص مصادیق تغییر کاربری غیرمجاز» به «سازمان امور اراضی کشور» متوقف برخلاف قانون بودن آن است و تشخیص این مطلب که تفویض مذکور خلاف قانون است بر عهده‌ی دیوان عدالت اداری می‌باشد».^{۳۳}

شایان ذکر است که در خصوص نوع اخیر اظهارنظرهای فقهای شورای نگهبان، در سال

۱۳۷۶ رئیس هیأت عمومی دیوان به موجب استعلامی از فقهای شورا، از آن‌ها درخواست کرد تا در پاسخ به استعلامات دیوان، اظهارنظر شرعی خودشان را نفیاً یا اثباتاً به صورت صریح بیان کنند تا دیوان بتواند به وظیفه‌ی قانونی خودش عمل کند.^{۳۴} در پاسخ به استعلام مذکور نیز فقهای شورا مقرر داشته‌اند که: «نظر شورا در همه‌جا این بوده که اگر خلاف قانون باشد بالتبع خلاف شرع هم هست و چنین مفهوم کلی ندارد که هر جا خلاف قانون نباشد خلاف شرع هم نیست، بلکه موارد مختلف است ممکن است خلاف شرع باشد ممکن است نباشد، البته در پاسخ‌های آینده اظهارنظر صریح خواهد شد».^{۳۵}

از استعلام صورت گرفته و پاسخ ارائه شده که البته در مقام عمل به صورت کامل مورد توجه قرار نگرفته است می‌توان دریافت که: اولاً) از منظر فقهای وقت شورا حکم قانون همانند حکم شرع است و در نتیجه در هر موردی که مصوبه‌ای مغایر با قانون باشد، در واقع مغایر با موازین شرع هم است؛ ثانیاً) با توجه به اینکه حوزه‌ی شمول شرع عام‌تر از قوانین است و تاکنون امکان تبدیل به قانون شدن همه‌ی احکام شریعت فراهم نشده، از این رو شریعت مکمل قانون به شمار می‌رود و در نتیجه در مواردی که مصوبه‌ای مغایر با قانون نباشد، ممکن است فقهای شورا آن را مغایر با موازین شرع اعلام کنند. از این رو برداشت اخیر نیز مؤیدی بر لزوم تقدم بررسی قانونی بودن مفاد حکم نسبت به شرعی بودن آن است.

ب) پس از رواج قانون و قانون‌گرایی و برخورداری از قانون اساسی مکتوب در نظام‌های سیاسی مدرن، نهادها و هر دستگاه و سازمانی مکلف به ایفای وظایف قانونی خودشان، در چارچوب قانون و براساس اختیارات اختصاصی خودشان شدند. با گسترش مکتب دستورگرایی و ایجاد قوانین اساسی مکتوب، قوانین اساسی به عنوان مهم‌ترین اسنادی به حساب آمدند که در مورد حدود اختیارات نهادهای سیاسی و نحوه‌ی اعمال حاکمیت به وضع قاعده پرداختند (عمیدزنجانی، ۱۳۸۷: ۵۸). روشن است که با تشکیل نظام سیاسی و توزیع صلاحیت‌ها در میان مراجع شناسایی شده در قانون اساسی و به تبع آن تبیین آن صلاحیت‌ها توسط قانونگذار عادی، بررسی صلاحیت مراجع در اتخاذ تصمیمات نوعی و موردی مقدمه‌ای برای بررسی مفاد آن تصمیمات محسوب می‌شود. بنا به مراتب مذکور، اگر «اصل صلاحیت» به معنای «اختیار قانونی یک مأمور رسمی برای انجام پاره‌ای از امور» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۴۰۷) در نظر گرفته شود و قانون منبع اعطای صلاحیت به حساب بیاید، هیچ مقامی نمی‌تواند خارج از حوزه‌ی وظایف و اختیارات قانونی‌اش اقدام به وضع مقرر یا اتخاذ تصمیم کند و تا زمانی که «اصل وجود صلاحیت» برای مقام یا مرجعی ثابت نشود، سخن گفتن از حدود قانون یا شرع بودن «مفاد» آن مقرر یا تصمیم زائد است. در مقابل، پس از اینکه اثبات شد مقام یا مرجعی جهت وضع مقرره‌ای واجد صلاحیت است (نظارت شکلی)، در

وهله‌ی بعد بررسی مفاد آن مقرر از نظر «خروج از حدود صلاحیت» (مانند تجاوز یا سوءاستفاده از اختیارات و ...) یا مغایرت مفاد آن مقرر با موازین شرعی می‌تواند محل تأمل و بررسی قرار گیرد (نظارت ماهوی). بر این اساس می‌توان گفت که «اصل وجود صلاحیت» اولین موضوعی است که در خصوص تصمیمات مقامات و مراجع قدرت عمومی مطرح می‌شود و پس از اثبات وجود صلاحیت برای آن‌ها، می‌توان انتظار داشت که موضوعاتی مانند عدم تجاوز از حدود قانونی و شرعی و عدم سوءاستفاده از آن صلاحیت مورد نظارت قرار گیرد.

در خصوص تفکیک صورت‌گرفته توجه به این نکته لازم است که هرچند همه‌ی وضعیت‌های مذکور را به‌نوعی می‌توان مشمول عنوان مغایرت با قانون قلمداد کرد، اهمیت این تفکیک سبب شده تا در مواردی همچون بند ۱ ماده‌ی ۱۲ قانون تشکیلات دیوان عناوینی مانند «مغایرت با قانون»، «عدم صلاحیت مرجع مربوط»، «تجاوز یا سوءاستفاده از اختیارات» و ... در عرض یکدیگر شناسایی شوند و عناوین نظارت هیأت عمومی دیوان را شکل دهند. در این میان بی‌تردید عنوان «عدم صلاحیت مرجع مربوط» برخلاف عناوینی همچون «تجاوز یا سوءاستفاده از اختیارات» ناظر بر نظارت شکلی بر اصل وجود صلاحیت است و از این نظر می‌توان ادعا کرد که تفکیک مطرح‌شده، حتی مورد پذیرش نظام قانونی کشور نیز است. بنابراین، بی‌شک نظارت بر وجود یا نبود صلاحیت وضع مقرر در حوزه‌ای خاص، در حوزه‌ی تطبیق مقررات با قوانین جای می‌گیرد و این صلاحیت طبیعتاً متعلق به دیوان عدالت اداری است. از این رو از طریق مقدم ساختن نظارت دیوان بر فقهای شورای نگهبان می‌توان فقهای شورا را در این زمینه نیز مکلف به تبعیت از نظر دیوان ساخت.

در این خصوص، بررسی نظرهای فقهای شورای نگهبان گویای آن است که حتی خود فقها نیز بر این نکته تأکید دارند که در برخی پرونده‌ها، اعلام خلاف شرع بودن مقررات، متوقف بر نبود صلاحیت جعل مقرر توسط مرجع مربوط است و بر این اساس، تصمیم‌گیری در خصوص موارد مذکور را بر عهده‌ی هیأت عمومی دیوان قرار داده‌اند. بنابراین، بهتر است پس از اعلام نظر هیأت عمومی دیوان در خصوص صلاحیت مرجع وضع مقرر، فقهای شورا در خصوص خلاف شرع بودن یا نبودن آن مقرر به اعلام نظر بپردازند.

نمونه پرونده:

- در پرونده‌ی تقاضای ابطال «مصوبه‌ی شماره‌ی ۹۳/۸۸ مورخ ۱۳۹۳/۶/۴ شورای اسلامی روستای سراب قامیش در خصوص عدم صدور پروانه‌ی ساختمانی برای افراد غیربومی» فقهای شورا تصریح داشته‌اند که: «مصوبه‌ی مذکور در صورتی که شورای روستا حق وضع چنین مقرراتی را داشته باشد فی‌نفسه خلاف شرع تشخیص داده نشد.

ولیکن از جهت خلاف قانون یا خارج از اختیارات شورا بودن تشخیص امر به عهده‌ی دیوان عدالت اداری است.^{۳۶}

- در پرونده‌ی تقاضای ابطال «بند و» و تبصره‌ی ۶ ماده‌ی ۱۹ آیین‌نامه‌ی آموزشی دوره‌ی کارشناسی ارشد ناپیوسته‌ی دانشگاه پیام‌نور، فقهای شورا بیان داشته‌اند که: «در صورتی که مسئولین مربوطه قانوناً حق جعل این مقررات را دارا بوده و با مصلحت‌اندیشی آن را تصویب نموده‌اند، موضوعات مورد شکایت خلاف شرع نمی‌باشد و تشخیص حق جعل این‌گونه مقررات با دیوان محترم اداری است و لازم است دقت شود که آیا مقررات قبلی چنین حقی را به شاکی می‌داده است یا خیر؟»^{۳۷}

البته در مواردی فقهای شورا به این موضوع توجه لازم را نداشته‌اند و به‌صراحت اقدام به اظهارنظر قانونی در خصوص صلاحیت مراجع و مقامات مربوطه کرده‌اند که به‌نظر می‌رسد این نوع تصمیم‌گیری خارج از حدود صلاحیت فقهای شورا است.

نمونه پرونده:

- در پرونده‌ی تقاضای ابطال «بند ۱۳ لایحه‌ی عوارض سال ۱۳۹۳ شورای اسلامی شهر خرم‌آباد» فقهای شورای نگهبان اظهار داشته‌اند که: «با توجه به قانون مالیات بر ارزش‌افزوده مصوب ۱۳۸۷/۲/۲۷ و با عنایت به مواد ۱، ۵ و ۵۰ قانون مذکور شوراها حق جعل عوارض بر خدمات مذکور را ندارند بنابراین مصوبه‌ی مزبور خلاف قانون بوده و ابطال آن در صلاحیت آن دیوان محترم است».^{۳۸}

همان‌طور که از نظرهای ذکر شده به‌دست می‌آید، به‌منظور فراهم شدن امکان اظهارنظر صریح فقهای شورای نگهبان در خصوص شرعی بودن یا نبودن مقررات ارسالی به آن شورا و از سوی دیگر، جلوگیری از فراهم شدن فضا برای اظهارنظر فقهای شورا در خصوص وجود یا نبود صلاحیت برای مرجع واضع مقرر، لازم است بررسی موضوع در دیوان مقدم بر اظهارنظر توسط فقهای شورا صورت گیرد و فقهای آن شورا با امعان‌نظر به رأی دیوان، نظر بدهند.

۳. جمع‌بندی و ارائه‌ی الگوی مطلوب

همان‌طور که بیان شد، سازوکار موجود به‌منظور نظارت فقهای شورای نگهبان بر مقررات دولتی در بستر نظارت دیوان عدالت اداری نواقص و خلأهای متعددی دارد که ناشی از بی‌توجهی به دقایق و ظرافت‌های شیوه‌ی ارتباط نظارت دو مرجع مربوط، در مرحله‌ی تصویب قانون تشکیلات دیوان بوده است. از جمله مهم‌ترین این اشکالات می‌توان به عدم بررسی دقیق موضوع شکایت در دیوان، پیش از ارسال مقرر برای فقهای شورای نگهبان،

اشاره کرد. این اشکال سبب شده تا در مواردی، پس از بررسی فقهای شورای نگهبان این موضوع کشف شود که شکایت شاکی متوجه مقرره‌ی مورد اشاره نبوده، یا مقرره‌ی موضوع شکایت موضوعاً منتفی بوده، یا اعلام ابطال آن مقرره خارج از حدود صلاحیت دیوان عدالت اداری بوده یا اساساً مقرره‌ی مورد شکایت واجد هیچ حکم خاصی نبوده و امکان رسیدگی به آن در دیوان وجود نداشته است.

از سوی دیگر، بهره‌مند نبودن نظارت فقهای شورای نگهبان از ابزارها و الزامات دادرسی سبب شده است تا فقهای شورا به‌منظور اخذ مدارک و مستندات موردنیاز جهت اظهارنظر خود به دیوان وابسته باشند و از این نظر سازوکار موجود به افزایش اطالهی دادرسی منجر شده است. علاوه بر این، سازوکار موجود می‌تواند از جهاتی به رعایت بخشی از اصول بنیادین دادرسی همچون اصل تناظر لطمه وارد کند.

علاوه بر موارد مذکور، وابستگی اظهارنظر شرعی فقهای شورای نگهبان به اعلام نظر قانونی دیوان سبب شده تا تقدم نظارت دیوان نسبت به نظارت فقهای شورا یک ضرورت محسوب شود؛ تا از این طریق فقها بتوانند با اتکای به نظر دیوان در خصوص مفاد حکم مقرره‌ی مزبور اظهارنظر کنند و پیش از ورود به بررسی مفاد حکم، از موضوع صلاحیت مرجع واضع مقرره اطمینان حاصل کنند.

بنا به مراتب مذکور، تحقق کامل حاکمیت قانون، رعایت سلسله‌مراتب هنجارها و در نهایت تأمین هرچه بهتر عدالت در گرو اصلاح سازوکار موجود به‌منظور نظارت فقهای شورای نگهبان است. بر این اساس، لازم است تا در اصلاحات آتی قانون تشکیلات دیوان، با عطف توجه به نکات ذکرشده در این پژوهش، به‌صراحت بر تقدم رسیدگی دیوان نسبت به فقهای شورا تصریح شود و طرح شکایات شرعی تنها به‌صورت شکایت ثانویه و منوط به رسیدگی قانونی به موضوع مقررات دولتی در دیوان و ارائه‌ی نظر قطعی توسط دیوان دانسته شود. با بهره‌گیری از این سازوکار می‌توان انتظار داشت تا علاوه بر مزایای ذکرشده، اولاً) از ارسال بلاوجه مقررات جهت اظهارنظر فقهای شورای نگهبان جلوگیری شود؛ ثانیاً) از اطالهی دادرسی در دیوان کم شود؛ ثالثاً) از تحمیل هزینه‌های زائد یا مازاد به نهادهای مرتبط با نظارت شرعی بر مقررات دولتی کم شود.

راهکار دیگری که می‌توان در این زمینه پیشنهاد کرد و می‌تواند به تقلیل نواقص و خلأهای مطرح‌شده در این پژوهش منجر شود، این است که در صورت طرح شکایت شرعی، ابتدا موضوع شکایت از نظر قانونی در هیأت تخصصی دیوان رسیدگی شود و استعلام شرعی دیوان به ضمیمه‌ی نظر هیأت تخصصی مربوط برای فقهای شورای نگهبان ارسال شود.

یادداشت‌ها

۱. اصل ۴- «کلیه‌ی قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید براساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه‌ی اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده‌ی فقهای شورای نگهبان است.»
۲. اصل ۱۷۰- «قضات دادگاه‌ها مکلف‌اند از اجرای تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی که مخالف با قوانین و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیارات قوه‌ی مجریه است خودداری کنند؛ و هر کس می‌تواند ابطال این‌گونه مقررات را از دیوان عدالت اداری تقاضا کند.»
۳. در این خصوص، برخی با عطف توجه به اصل ۱۷۰ قانون اساسی، به‌اشتباه دیوان عدالت اداری را به‌عنوان مرجع رسیدگی به شکایت از مقررات مغایر شرع معرفی کرده‌اند و حال آنکه از اصل ۱۷۰ تنها امکان طرح شکایت از مقررات مغایر شرع در دیوان استخراج می‌شود و مرجع رسیدگی به آن را باید فقهای شورای نگهبان معرفی کرد (برای مشاهده‌ی این نظر ر.ک: امیری، ۱۳۹۵: ۸۸).
۴. «نسبت به ابطال آیین‌نامه و تصویب‌نامه‌ها و بخشنامه‌ها اصل یکصد و هفتادم به‌خودی‌خود اقتضای بیش از ابطال را ندارد، لکن چون ابطال موارد خلاف شرع مستند به تشخیص فقهای شورای نگهبان است و از مصادیق اعمال اصل چهارم قانون اساسی می‌باشد، فلذا ابطال از زمان تصویب آن‌ها خواهد بود.»
۵. بررسی آمار نظرهای مطروحه توسط فقهای شورای نگهبان (در پاسخ به استعلامات دیوان) در دهه‌های مختلف گویای آن است که تا زمان انجام این تحقیقات (اواسط ۱۳۹۷)، از مجموع ۷۸۵ نظر اعلامی، ۳۹۷ نظر در دهه‌ی ۹۰ و ۲۰۸ نظر در دهه‌ی ۸۰ صادر شده و مجموع نظرهای مطروحه مربوط به دهه‌های ۷۰ و ۶۰ کمتر از ۲۰۰ نظر بوده است (آمار ذکرشده برگرفته از سامانه‌ی جامع نظرات شورای نگهبان به نشانی <http://nazarat.shora-rc.ir> است).
۶. برای مطالعه‌ی بیشتر در خصوص مفهوم «فراقانون اساسی» ر.ک: گرجی ازندریانی، ۱۳۸۸: ۲۸۴.
۷. مستند به اصول ۴، ۹۱ و جزء «الف» بند ۶ اصل ۱۱۰.
۸. به‌منظور رعایت اختصار، از این پس از این قانون با عنوان «قانون تشکیلات دیوان» یاد می‌شود.
۹. براساس ماده‌ی ۸۰ درخواست باید مشتمل بر اطلاعاتی مانند «مشخصات و اقامتگاه درخواست‌کننده»، «مشخصات مصوبه‌ی مورد اعتراض»، «حکم شرعی یا مواد قانونی که ادعای مغایرت مصوبه با آن شده»، «دلایل و جهات اعتراض از حیث مغایرت مصوبه با شرع یا قانون اساسی یا سایر قوانین یا خروج از اختیارات مرجع تصویب‌کننده» و «امضا یا اثر انگشت درخواست‌کننده» باشد. همچنین به موجب تبصره‌ی ماده‌ی مزبور، سایر مقررات مربوط به تنظیم، ارسال و ثبت دادخواست، «به‌استثنای ذی‌نفع بودن درخواست‌کننده و پرداخت هزینه‌ی دادرسی» در درخواست ابطال مصوبه جاری است؛ بنابراین، ذکر اطلاعاتی همچون «مشخصات طرف شکایت» (مقرر در بند «ب» ماده‌ی ۱۸) نیز در درخواست ابطال لازم است.

۱۰. در این زمینه ماده‌ی ۱۹ آیین‌نامه‌ی داخلی شورای نگهبان - مصوب ۱۳۷۹ - مقرر داشته است که استعلامات فقهی دیوان باید از طریق رئیس دیوان برای شورای نگهبان ارسال شوند.
۱۱. در این خصوص ماده‌ی ۳۱ آیین‌نامه‌ی داخلی شورای نگهبان - مصوب ۱۳۷۹ - مقرر داشته است که مصوبات و تصمیمات شورای نگهبان از طریق دبیر یا قائم‌مقام شورا به مراجع ذی‌ربط اعلام می‌شود.
۱۲. ماده‌ی ۳۳ - «در مواردی که درخواست ابطال مصوبه‌ای در هیأت تخصصی به لحاظ مغایرت با شرع مورد رسیدگی قرار گرفته و هیأت تخصصی نیز به استناد نظر فقهای شورای نگهبان شکایت را رد کرده باشد، این شکایت مشمول اعتراض موضوع بند «ب» ماده‌ی ۸۴ قانون نخواهد بود».
۱۳. نامه‌ی شماره‌ی ۹۵/۱۰۲/۱۷۷۴ مورخ ۱۳۹۵/۵/۱۲ قائم‌مقام دبیر شورای نگهبان (در ادامه‌ی مقاله، به‌منظور ارجاع به نظرهای شورای نگهبان و دیوان عدالت اداری به‌ترتیب از سامانه‌ی جامع نظرات شورای نگهبان به نشانی <http://nazarat.shora-rc.ir> و تارنمای دیوان عدالت اداری به نشانی <http://divan-edalat.ir> استفاده شده است).
۱۴. نامه‌ی شماره‌ی ۹۵/۱۰۰/۲۹۱۵ مورخ ۱۳۹۵/۸/۲۵ دبیر شورای نگهبان.
۱۵. ماده‌ی ۸۵ - «در مواردی که به تشخیص رئیس دیوان، رسیدگی به درخواست ابطال مصوبه موضوعاً منتفی باشد، مانند موارد استرداد درخواست از سوی متقاضی یا وجود رأی قبلی دیوان در مورد مصوبه، رئیس دیوان قرار رد درخواست را صادر می‌کند. این قرار قطعی است».
۱۶. نامه‌ی شماره‌ی ۹۰/۳۰/۴۲۵۷۴ مورخ ۱۳۹۰/۳/۲۲ قائم‌مقام دبیر شورای نگهبان.
۱۷. دادنامه‌ی شماره‌ی ۱۱۸ مورخ ۱۳۹۰/۳/۱۸ هیأت عمومی دیوان.
۱۸. نامه‌ی شماره‌ی ۹۵/۱۰۲/۲۵۰۴ مورخ ۱۳۹۵/۷/۱۸ قائم‌مقام دبیر شورای نگهبان.
۱۹. دادنامه‌ی شماره‌ی ۶۱۹-۶۱۸ مورخ ۱۳۹۶/۶/۲۸ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری.
۲۰. ماده‌ی (۱۲) قانون تشکیلات دیوان:
- ماده‌ی ۱۲ - «حدود صلاحیت و وظایف هیئت عمومی دیوان به شرح زیر است:
- ۱- رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات اشخاص حقیقی یا حقوقی از آیین‌نامه‌ها و سایر نظامات و مقررات دولتی و شهرداری‌ها و مؤسسات عمومی غیردولتی در مواردی که مقررات مذکور به‌علت مغایرت با شرع یا قانون 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.»
۲۱. نامه‌ی شماره‌ی ۹۵/۱۰۰/۲۹۱۲ مورخ ۹۵/۸/۲۴ دبیر شورای نگهبان.
۲۲. نامه‌ی شماره‌ی ۹۲/۳۰/۵۱۸۲۶ مورخ ۱۳۹۲/۷/۳ قائم‌مقام دبیر شورای نگهبان.
۲۳. نامه‌ی شماره‌ی ۹۵/۱۰۲/۱۶۴۱ مورخ ۱۳۹۵/۴/۳۰ قائم‌مقام دبیر شورای نگهبان.
۲۴. برابری اصحاب دعوا، لزوم بی‌طرفی دادرس و ضرورت رعایت حقوق دفاع به‌عنوان مبانی حقوقی اصل تناظر محسوب می‌شوند (برای مشاهده‌ی این نظر ر.ک: حیدری، ۱۳۸۹: ۱۲۸ و ۱۲۹).

۲۵. ماده‌ی ۵۳ - «در صورت احراز هر یک از جهات زیر، شعبه‌ی دیوان حتی قبل از ارسال دادخواست و ضمایم به طرف شکایت، قرار رد شکایت صادر می‌کند:
الف-..

ب- شکایت متوجه طرف شکایت نباشد.»

۲۶. نامه‌ی شماره‌ی ۹۷/۱۰۰/۵۹۳۸ مورخ ۹۷/۴/۲۳ دبیر شورای نگهبان.

۲۷. «منظور از «خلاف موازین شرع» آن است که نه با احکام اولیه‌ی شرع سازگار باشد و نه با احکام عناوین ثانویه و در این رابطه صدر اصل ۱۱۲ به مجمع تشخیص مصلحت تنها اجازه‌ی تعیین تکلیف به لحاظ عناوین ثانویه را داده است.»

۲۸. برخی با پذیرش این فرض که قوانین مصوب مجلس و مورد تأیید فقهای شورای نگهبان معیاری شرعی برای بررسی مقررات دولت هستند، امکان استناد مستقیم فقها به قوانین را ممکن دانسته‌اند (برای مشاهده‌ی این نظر رک: مزارعی، ۱۳۹۲: ۲۱۰).

۲۹. نامه‌ی شماره‌ی ۸۰/۲/۱۷۵۶ مورخ ۱۳۸۰/۴/۲۱ دبیر شورای نگهبان.

۳۰. این نظر فقهای شورای نگهبان مؤید آن است که آن‌ها نیز به لزوم توجه به مصوبات مجلس شورای اسلامی که از منظر حکم ثانویه بودن به تأیید مجمع تشخیص مصلحت نظام رسیده‌اند و به نظام حقوقی راه یافته‌اند، ملتزم‌اند.

نامه‌ی شماره‌ی ۹۶/۱۰۲/۲۵۵۸ مورخ ۹۶/۶/۲۵ قائم‌مقام دبیر شورای نگهبان.

۳۱. نامه‌ی شماره‌ی ۹۵/۱۰۰/۵۴۷۶ مورخ ۱۳۹۵/۱۲/۲ دبیر شورای نگهبان.

۳۲. هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در مواردی همچون دادنامه‌ی شماره‌ی ۱۰۵۱ مورخ ۱۳۹۶/۱۰/۱۹ براساس این رویه عمل کرده است؛ هرچند نمی‌توان در همه‌ی موارد چنین رویه‌ای را مشاهده کرد.

۳۳. نامه‌ی شماره‌ی ۹۶/۱۰۰/۱۲۲۱ مورخ ۱۳۹۶/۳/۱ دبیر شورای نگهبان.

۳۴. نامه‌ی ۱۷۸/هـ/ل مورخ ۱۳۷۵/۹/۸.

۳۵. نامه‌ی شماره‌ی ۷۶/۲۱/۱۰۲۱ مورخ ۱۳۷۶/۴/۲۴ دبیر شورای نگهبان.

۳۶. نامه‌ی شماره‌ی ۹۶/۱۰۰/۱۲۲۹ مورخ ۱۳۹۶/۳/۲ دبیر شورای نگهبان.

۳۷. نامه‌ی شماره‌ی ۹۶/۱۰۲/۴۳۰۸ مورخ ۱۳۹۶/۱۱/۲۵ قائم‌مقام شورای نگهبان.

۳۸. نامه‌ی شماره‌ی ۹۵/۱۰۲/۱۸۵۱ مورخ ۱۳۹۵/۵/۱۹ قائم‌مقام دبیر شورای نگهبان.

منابع

الف) مقالات و کتاب‌ها

۱. آیین‌نگینی، حسین (۱۳۹۵)، کلیدواژه‌ی «مقررات» در قانون اساسی (از مفاهیم تا مصادیق)، تهران: خرسندی، چ اول.
۲. ارسطا، محمدجواد (۱۳۹۴)، نگاهی به مبانی تحلیلی نظام جمهوری اسلامی ایران، قم: مؤسسه‌ی بوستان کتاب، چ چهارم.
۳. امیری، حسینعلی (۱۳۹۵)، آسیب‌شناسی نظام قانونگذاری در جمهوری اسلامی ایران با مطالعه‌ی تطبیقی در حقوق فرانسه، تهران: میزان، چ اول.
۴. پروین، خیراله؛ حمید افکارسرنند و میثم درویش متولی (۱۳۹۱)، «حکومت اصل چهارم قانون اساسی بر عموم و اطلاق سایر اصول، قوانین و مقررات»، حکومت اسلامی، سال هفدهم، ش ۴، پیاپی ۶۶.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸)، ترمینولوژی حقوق، چ دهم، تهران: انتشارات گنج دانش.
۶. حیدری، سیروس (۱۳۸۹)، «اصل تناظر در حقوق فرانسه و کامن‌لا»، مجله‌ی مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره‌ی ۲، ش ۱، صص ۱۲۳-۱۵۸.
۷. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۴)، حقوق اساسی، تهران: میزان، چ سوم.
۸. علی‌اکبریان، حسنعلی (۱۳۹۳)، حیطه‌ی امکان تبدیل حکم شرعی به قانون و ضوابط آن، مقاله در: تأملات فقهی در حوزه‌ی قانونگذاری (مجموعه نشست‌های علمی مرکز تحقیقات اسلامی مجلس شورای اسلامی)، تهران: کتابخانه، موزه و مرکز اسناد مجلس شورای اسلامی، چ اول.
۹. عمیدزنجانی، عباسعلی (۱۳۸۷)، مبانی حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: مجد، چ اول.
۱۰. کعبی، عباس (۱۳۹۴)، تحلیل مبانی نظام جمهوری اسلامی ایران مبتنی بر اصول قانون اساسی، تهران: انتشارات پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، چ اول، ج ۱.
۱۱. گرجی ازندریانی، علی‌اکبر (۱۳۸۸)، در تکاپوی حقوق اساسی، تهران: جنگل، چ دوم.
۱۲. مزارعی، غلامحسین (۱۳۹۲)، جهات ابطال مصوبات دولت در دیوان عدالت اداری و شورای نگهبان، تهران: خرسندی، چ اول.

۱۳. واعظی، سید مجتبی (۱۳۸۸)، «نقش دیوان عدالت اداری در دادرسی شرعی مقررات اداری»، مطالعات حقوقی، ش ۱، صص ۱۲۵-۱۵۲.

۱۴. یزدی، محمد (۱۳۷۵)، قانون اساسی برای همه، تهران: امیرکبیر، چ اول.

ب) قوانین و مقررات

۱۵. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

۱۶. قانون دیوان عدالت اداری، مصوب ۱۳۶۰.

۱۷. قانون دیوان عدالت اداری، مصوب ۱۳۸۵.

۱۸. قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، مصوب ۱۳۹۲.

۱۹. آیین‌نامه‌ی داخلی شورای نگهبان، مصوب ۱۳۷۹.

۲۰. آیین‌نامه‌ی اداره‌ی جلسات هیأت عمومی و هیأت‌های تخصصی دیوان عدالت اداری، مصوب ۱۳۹۲.

ج) تارنماهای اینترنتی

۲۱. تارنمای دیوان عدالت اداری به نشانی: <http://divan-edalat.ir>

۲۲. سامانه‌ی جامع نظرات شورای نگهبان به نشانی: <http://nazarat.shora-rc.ir>

**درخواست اشتراک
فصلنامه‌ی علمی - پژوهشی
دانش حقوق عمومی**

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

بهای اشتراک سالانه (چهار شماره): ۳۵۰/۰۰۰ ریال

* اساتید و دانشجویان از تخفیف ۳۰٪ برخوردارند.

علاقتمندان می‌توانند بهای اشتراک سالانه را که شامل هزینه‌های ارسال نیز می‌شود، به حساب زیر نزد بانک صادرات ایران به نام «انتشارات پژوهشکده شورای نگهبان» واریز و علاوه بر تکمیل فرم مربوطه در سامانه فصلنامه به آدرس mag.shora-rc.ir، تصویر فیش را در سامانه پیوست نمایند.

شماره حساب: ۰۱۰۸۱۲۹۰۹۳۰۰۹ شماره کارت: ۶۰۳۷۶۹۱۹۸۰۰۰۱۳۷۴

شماره شبا: ۰۹ ۰۹۳۰ ۸۱۲۹ ۰۰۱۰ ۰۰۰۰ ۰۱۹۰ IR۸۷

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

پلاک ۱۲، پژوهشکده شورای نگهبان، فصلنامه دانش حقوق عمومی

کدپستی: ۱۳۱۴۵-۱۴۶۳

تلفن: ۰۲۱-۸۸۳۲۵۰۴۵ فکس: ۰۲۱-۸۸۳۲۵۰۸۰

The Desirable Mechanism for Review of the Governmental Regulation by the Islamic Jurists of the Guardian Council through the Administrative Justice Court

Kheirollah Parvin¹ & Mohammad Amin Abrishami raad^{2*}

1- full Professor, University of Tehran

2- Ph.D student of public law, University of Tehran

Abstract

Lack of prediction of systematic and continuous mechanisms for review of the governmental regulation by the Islamic jurists (Fuqaha') of the Guardian Council has made the current mechanism of commenting regarding the inquiries of the Administrative Justice court as the most important and stable mechanisms in this field. Hence, in accordance with the present precedent, whenever one of the governmental regulations is objected before the court and all or some of the complainant's references are contrary with the "Sharia criteria", the case would be sent before the Islamic jurists of the Guardian Council. Examining the legality of the subject and holding a decision would be done after the decision of the jurists. The findings through a descriptive-analytic research and examination of the decisions of the Islamic jurists and the Administrative Justice Court indicate that the present mechanism is faulty and defective due to lack of precise examination of the subject of the complaint in the court prior to submission of the regulation before the jurists of the Guardian Council, "lack of tools and requirements of trial in review process" and "dependence of the Shar'i decisions of the jurists to the legal decision of the court". Therefore, the proposition is to prioritize the proceeding of the court in comparison to the jurists' proceeding as a necessity in order to resolve the problems and disruptions presented, the full realization of the rule of law, observance of the norms hierarchy, decreasing the prolongation of proceeding and non-imposition of redundant or surplus costs to institutions related to legal and jurisprudential review.

Key words

Islamic Jurists of the Guardian Council, Administrative Justice Court, Governmental Regulations, General Board of the Court, Legal Review.

* E-mail: abrishami.law@gmail.com

A Comparative Introduction to the Necessity of Developing the Perfect Lawsuits in the Administrative Law of Iran

Moslem Aghaei Toogh^{1*}

Assistant Professor, University Of Judicial Sciences and Administrative Services

Abstract

One type of administrative lawsuits in which the administrative court has extensive powers and not limited to annul the administrative action is the perfect lawsuit. In this case, the court may amend or alter the action and even replace its decision or condemns the administration to compensate. Despite the importance of the annulment lawsuits in the continental administrative law, expanding such lawsuits is the general approach of the countries so that these lawsuits have replaced the annulment lawsuits in Spain under the influence of the German administrative law. France has also done so in some fields like the administrative contracts and the liability of the government. The perfect lawsuits are in line with the economics of rules of procedure and efficient judicial review and better remedy the rights of the citizens. These kinds of lawsuits are recognized in the article 63 of the Law of Organization and Procedure of the Administrative Justice Court enacted in 2011. In the other instances, the power of the administrative justice court is restricted to the annulment lawsuits and hence, the beginning of the Article 173 of the Constitution referring to proceed the complaints of the people and to remedy their rights hasn't been implemented as it should. The research method is analytic-comparative.

Key words

Administrative Law, Administrative Lawsuits, Perfect Lawsuits, Annulment Lawsuit, Administrative Justice Court.

*E-mail: Moslemtog@yahoo.com

The Iran Electoral Advertising Model in light of the Good Electoral Advertising Requirements

Sayyed Ahmad Habibnejad¹ & Hadiseh Davoudi^{2*}

1- Assistant Professor, University of Tehran - Farabi campus

2- Master of public law, University of Tehran - Farabi campus

Abstract

Central for holding a free and fair election is the electoral advertising as a mechanism for preparation of the possibility of good choice for voters. Free, healthy and framed election campaign are among the criteria for determining the validity of the election process and its fairness. Therefore, the electoral advertising should be a democratic process in which neutrality, respect for the dignity of individuals, political and media freedom, equality in the enjoyment of advertising facilities, regulated advertising costs, and judicial review of election promises are necessary for achieving a favorable model for electoral advertising. This article by considering domestic and international instruments examines the criteria for proper advertisement and their reflection in Iran's electoral laws. As a result, it became clear that electoral advertising in different elections of Iran is far from the desirable status due to legal, executive and cultural defects. Besides, lack of comprehensive rules in the area of financing advertising costs, advertising scheduling, advertising methods and equal access for candidates to advertising facilities and media in the electoral laws are obvious.

Key words

Principles of electoral Advertising, Political Freedoms, Electoral Advertising, Monitoring the Advertisement, Advertising Costs.

*E-mail: Hadisehdavoudi@ut.ac.ir

The Author-Oriented Approach in Interpreting the Constitution of the Islamic Republic of Iran

Sajjad Afshar^{1*}

Ph.D of public law, University of Tehran

Abstract

Three main approaches would be recognized semantically regarding the legal texts and the Constitution: the author-oriented, text-oriented and interpreter-oriented approaches. The author-oriented approach has been the dominant interpretive theory of the most legal systems and to some extent under the attention of many countries like Iran and America. The meaning of the Constitution in the author-oriented theory arises from the intents of the legislator. This theory is accepted as the right and formal theory of interpretation in Shi'a Usul al-Figh (Principles of Shi'a jurisprudence) and also the viewpoints of the Guardian Council. Various branches like Intentionalism and Purposivism are all common in validating the intents of the author and while being evaluated are to some extent the same. The present research examining some Constitutional law sources and the theories of Usul scholars and philosophy of law is to present the author-oriented interpretive viewpoint in Constitutional interpretation while shortly explaining the history, nature, its types and impression on the legal system of Iran. The evaluation of these preliminaries will elucidate the linguistic and non-linguistic problems of author-oriented theory.

Key words

Interpretation of the Constitution, Guardian Council, Intentionalism, Purposivism, Author-Oriented, Formal Theory of Interpretation.

*E-mail: Afsharsd@alumni.ut.ac.ir

The Concept of Legislation in Jurisprudential and Legal Ideas of Sayyid Muhammad Baqir al-Sadr

Sayyed Alireza Haeri¹, Hamed Nikoonahad² & Hossein Amini Pozveh^{3*}

1- Professor of Qom Seminary, Qom seminary

2- Assistant Professor, Qom University

3- Ph.D student of public law, Imam Sadegh university

Abstract

One of the contemporary scholars legally and jurisprudentially attentive to legislation is Sayyid Muhammad Baqir al-Sadr. The issue of this article is whether the concept of legislation in law and political science, in the narrow sense, exists in the jurisprudential works of Sayyid Muhammad Baqir al-Sadr and if so, what is its scope and territory. For this purpose, his jurisprudential foundations on this basis, especially the distinction between Hukm Shar'i (Sharia rule) and Hukm Hukumati (governmental rule) are first discussed. Then, his legal debates in this regard including the theoretical establishment of the sovereign political institutions are considered by means of two organic and functional approach. Finally, the concept of legislation in the given sense is scrutinized likewise, and its existential possibility is assessed in his jurisprudential and legal ideas. As a result, the aforesaid concept of legislation is discovered and recognized in the set of functions of his proposed political institutions, in two mild and intense levels, in the scope of disputed Ahkam Shar'i (Sharia rules) and Ahkam Mantaqat al-Firagh (the Lacuna).

Key words

Hukm Shar'i, Hukm Mantaqat al-Firagh, Sayyid Muhammad Baqir al-Sadr, Legislation, Political Institution.

*E-mail: Ho.amini.po@gmail.com

The Relationship between Democracy and Constitutional Review (Case Study of the United States of America)

Yunes Fathi¹ & Fardin Moradkhani^{2*}

1- Assistant Professor, Boo Ali Sina University

2- Assistant Professor, Boo Ali Sina university

Abstract

One of the foundations of constitutionalism is the Constitutional review. The review is arisen from two necessities: the hierarchy among resources and the supremacy of the Constitution. This has prevailed in two forms of the American and European model; the first by means of judicial entities and the latter by non-judicial ones. The existential philosophy of the Constitutional review entity has caused abundant debates, especially in the American tradition. The main question of this article through an analytic-descriptive method is to examine such debates and their reasons for devolving the review of the constitutionality of a popular and elected entity to a limited and non-elected authority in the American system. The opposition to the majority principle, opposition to the general will of the people and change in the concept of democracy are the main reasons of the opponents. The proponents emphasize on compatibility with democracy and majority principle and conceptual evolution of rule of law and guarantee of the rights.

Key words

Majority Principle, Rule of Law, Founders of the Constitution, Constitutional Review, Democracy.

* E-mail: Moradkhani.fardin@yahoo.com

Contents

■ The Relationship between Democracy and Constitutional Review (Case Study of the United States of America).....	1
● Yunes Fathi & Fardin Moradkhani	
■ The Concept of Legislation in Jurisprudential and Legal Ideas of Sayyid Muhammad Baqir al-Sadr.....	23
● Sayyed Alireza Haeri, Hamed Nikoonahad & Hossein Amini Pozveh	
■ The Author-Oriented Approach in Interpreting the Constitution of the Islamic Republic of Iran.....	49
● Sajjad Afshar	
■ The Iran Electoral Advertising Model in light of the Good Electoral Advertising Requirements.....	71
● Sayyed Ahmad Habibnejad & Hadiseh Davoudi	
■ A Comparative Introduction to the Necessity of Developing the Perfect Lawsuits in the Administrative Law of Iran	93
● Moslem Aghaei Toogh	
■ The Desirable Mechanism for Review of the Governmental Regulation by the Islamic Jurists of the Guardian Council through the Administrative Justice Court	113
● Kheirollah Parvin & Mohammad Amin Abrishami raad	

In The Name Of Allah the Compassionate the Merciful

Public Law Knowledge Quarterly

Vol. 7, Summer 2018, No. 20

Publisher: Guardian Council Research Institute

Responsible Editor: Abbas Ali Kadkhodaei

Chief Editor: Siyamak Rahpeyk

The Editorial Board:

- Mohsen Esmaeili (Associate Professor of Private Law, Tehran University)
- Firooz Aslani (Assistant Professor of Public Law, Tehran University)
- Gholam Hossein Elham (Associate Professor of Criminal Law & Criminology, Tehran University)
- Mohammad Javad Javid (Associate Professor of Public Law, Tehran University)
- Sayyed Mohammad Hosseini (Associate Professor of Criminal Law & Criminology, Tehran University)
- Vali Rostami (Associate Professor of Public Law, Tehran University)
- Siyamak Rahpeyk (Professor of Private Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services & Member of Guardian Council Research Institute)
- Abbas Ali Kadkhodaei (Professor of Public Law, Tehran University & Member of Guardian Council Research Institute)
- Farid Mohseni (Assistant Professor of Criminal Law & Criminology, University of Judicial Sciences and Administrative Services & Member of Guardian Council Research Institute)

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

P.O.Box: 13145-1463

Tel: +98 21 88325045 Fax: +98 21 88325080

E-mail: mag@shora-rc.ir

mag.shora-gc.ir