بسم الله الرحمن الرحیم

دوفصلنامه دانش حقوق عمومی

علمی - پژوهشی

سال چهارم، بهار و تابستان ۱۳۹۴، شماره ۱۱

به موجب نامه‌ی شماره ۳/۱۸/۶۳۷۳۱/ 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.

دوفصلنامه دانش حقوق عمومی

علمی ـ پژوهشی

سال چهارم، بهار و تابستان ۱۳۹۴، شماره ۱۱

صاحب امتیاز: پژوهشکده شورای نگهبان

مدیرمسئول: عباسعلی کدخدایی

سردبیر: سیامک ره‌پیک

اعضای هیأت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا)

ـ محسن اسماعیلی، دانشیار حقوق خصوصی دانشگاه تهران

ـ فیروز اصلانی، استادیار حقوق عمومی دانشگاه تهران

ـ غلامحسین الهام، دانشیار حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه تهران

ـ محمدجواد جاوید، دانشیار حقوق عمومی دانشگاه تهران

ـ سیدمحمد حسینی، دانشیار حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه تهران

ـ ولی رستمی، دانشیار حقوق عمومی دانشگاه تهران

ـ سیامک ره‌پیک، استاد حقوق خصوصی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری و عضو پژوهشکده شورای نگهبان

ـ عباسعلی کدخدایی، استاد حقوق عمومی دانشگاه تهران و عضو پژوهشکده شورای نگهبان

ـ فرید محسنی، استادیار حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری و عضو پژوهشکده شورای نگهبان

مقالات این فصلنامه لزوماً بیان‌کننده‌ی دیدگاه شورای نگهبان و پژوهشکده نیست.
نقل مطالب تنها با ذکر کامل مأخذ مجاز است.

آدرس: تهران، خیابان شهید سپهبد قرنی، کوچه شهید دهقانی‌نیا (خسرو سابق)،
روبروی مسجد الرحمن، پلاک۱۲، پژوهشکده شورای نگهبان

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

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

ارسال مقاله و پیگیری روند داوری آن و همچنین کلیه‌ی مکاتبات با دفتر فصلنامه صرفاً از طریق سامانه فصلنامه انجام می‌گیرد.

قیمت: ۵۰/۰۰۰ 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 ـ 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 رئوس این خط‌مشی می‌باشد.

محورهای این فصلنامه (اعم از مطالعات نظری و ناظر به یک یا چند کشور) عبارتند از:

ـ مطالعه‌ی نظام‌سازی مبتنی بر موازین اسلامی و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

ـ مطالعه‌ی نقش و جایگاه کارویژه‌های شورای نگهبان در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و بررسی نهادهای مشابه

ـ مطالعه‌ی مبانی، نظریات، ساختار و کارکرد دولت

ـ مطالعه‌ی ابزارهای کنترل حقوقی قدرت، بازنگری و ارتقاء آن

ـ مطالعه‌ی فقه حکومتی

ـ جایگاه مشارکت مردم در ایجاد مردم‌سالاری دینی

ـ 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:

۱. 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.

۱-۲. رتبه دانشگاهی ـ گروه علمی ـ دانشکده ـ دانشگاه ـ شهر ـ کشور

۱-۳. آدرس ایمیل نویسنده / نویسندگان نوشته شود.

۲. چکیده مقاله دارای ۲۰۰واژه و در بردارندهٔ موضوع مقاله، سؤال و روش تحقیق و مهم‌ترین نتایج و فهرستی از واژگان کلیدی (۵ تا ۸ کلیدواژه) باشد.

۳. 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.

۴. 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 استفاده‌شده به شکل زیر آورده شود:
۵-۱. قرآن کریم: (نام سوره، شماره آیه). مثال: (حدید: ۲۵).
۵-۲. منابع فارسی: (نام خانوادگی مؤلّف، سال نشر، جلد: صفحه ـ بدون درج مخفف ص)؛ مثال: (حسینی، ۱۳۷۶، ج۲: ۸۳).
۵-۳. منابع لاتین: (صفحه، جلد، سال نشر، نام خانوادگی مؤلّف)؛ 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]، ج۲: 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 [بند۵] خواهد بود).
۹. در پایان مقاله، فهرست الفبایی منابع فارسی و لاتین به صورت زیر ارائه شود:
۹-۱. ابتدا منابع فارسی و عربی و سپس منابع لاتین.
۹-۲. کتاب: نام خانوادگی، نام نویسنده (تاریخ چاپ)، **نام کتاب**، نام مترجم، محلّ انتشار: نام ناشر، نوبت چاپ، جلد.
۹-۳. مقاله مندرج در مجلات: نام خانوادگی، نام نویسنده (سال انتشار)، «عنوان مقاله»، **نام نشریه**، دوره نشریه، شماره نشریه، صفحات مقاله.
۹-۴. مقاله مندرج در مجموعه مقالات یا دایره‌المعارف‌ها: نام‌خانوادگی و نام نویسنده (تاریخ چاپ): «عنوان مقاله»، **نام کتاب**، نام ویراستار، محل انتشار: نام ناشر، نوبت چاپ، شماره جلد، صفحات مقاله.
۱۰. ترجمهٔ انگلیسی عنوان مقاله، چکیده و کلیدواژه‌ها، نام و مشخصات نویسنده/نویسندگان، تماماً معادل فارسی آنها همراه مقاله ارسال گردد.
۱۱. مقاله در محیط Word 2007، متن مقاله با قلم BLotus12 (لاتین TimesNewRoman11)، کتابنامه BLotus11 (لاتین TimesNewRoman10) و یادداشت‌ها BLotus10 (لاتینTimesNewRoman9) 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... ـ تیترهای فرعی با ۱-۱، ۱-۲ و... ـ تیترهای فرعی‌تر با ۱-۱-۱، ۱-۱-۲ و... ـ و پس از آن با حروف ابجد 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 مجلاّت فرستاده شده باشد.

فهرست مطالب

■ معناشناسی برخی از هنجارهای اسلامی در قانون اساسی با محوریت مفهوم موازین اسلامی **۱**

• محسن اسماعیلی، حسین امینی پژوه

■ صلاحیت قضایی کیفرگذاریِ مبتنی بر منابع اسلامی در پرتو اصول قانون اساسی و قوانین عادی **۲۵**

• روح‌الله اکرمی

■ حدود و حوزه‌های صلاحیت قانونگذاری مجلس در زمینه‌ی نشریات و مطبوعات **۴۷**

• محمد بهادری‌جهرمی، محمدامین ابریشمی راد

■ نسبت بین نظرهای تفسیری شورای نگهبان و رویه‌ی قضایی درباره‌ی داوری راجع به اموال عمومی و دولتی **۶۹**

• مهدی فتاحی

■ صلاحیت وضع عوارض و اصول حاکم بر آن در پرتو آرای دیوان عدالت اداری **۸۹**

• ابراهیم موسی‌زاده، علی سهرابلو

■ تضمین محدودیت‌های اصلاح قانون اساسی با تأمل بر آموزه‌ی محدودیت‌های ضمنی **۱۱۱**

• سید محمدمهدی غمامی، مصطفی منصوریان

دوفصلنامه دانش حقوق عمومی/ سال چهارم، بهار و تابستان ۱۳۹۴، شماره ۱۱، صفحات ۱ تا ۲۴

معناشناسی برخی از هنجارهای اسلامی در قانون اساسی با محوریت مفهوم موازین اسلامی

محسن اسماعیلی[۱*]، حسین امینی پزوه[۲**]

۱. دانشیار دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، ایران

۲. کارشناس ارشد حقوق عمومی دانشگاه امام صادق (ع)، تهران، ایران

دریافت: ۱۳۹۳/۱۱/۲۰ **پذیرش: ۱۳۹۴/۳/۱۸**

چکیده

قانون اساسی به‌دلیل نقشی که در تمشیت روابط بین افراد و دولت دارد، از اهمیت جدی برخوردار است. به همین نسبت، تعیین معنای دقیق مفاهیم آن در تنظیم بهتر این رابطه مهم است. هنجارهای دینی ذکرشده در قانون اساسی، از جمله مفاهیمی‌اند که نقش مهمی در قانون اساسی دارند. هرچند معنای اجمالی این واژگان مشخص است، به‌دلیل نداشتن معنای تفصیلی پیشینی، بالجمله روشن نیست. در این بین، مفهوم «موازین اسلامی» به دلایل مختلف کمی و کیفی اهمیت بیشتری دارد. مسئله‌ی این مقاله تعیین معنای دقیق برخی از این هنجارهای دینی با محوریت مفهوم موازین اسلامی است. در این پژوهش با دلایل مختلف از جمله معادل‌یابی این هنجارها با هنجارهای مصطلح در فقه اسلامی، ثابت شده است که این مفهوم از نظر معنایی متفاوت با مفهوم «احکام اسلام» در قانون اساسی است. بر همین اساس، معنای بسیاری از هنجارهای اسلامی ذکرشده نیز به یکی از این دو هنجار ارجاع داده شده است.

کلیدواژه‌ها: احکام اسلام، شهید صدر، قانون اساسی، موازین اسلامی، هنجارهای اسلامی.

*E-mail: M.esmaeili@isu.ac.ir

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

مقدمه

در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، هنجارهای حقوقی و دینی بسیاری نام برده شده است. فارغ از هنجارهای حقوقی مانند قانون و مقررات، هنجارهای دینی شامل موازین شرع (اصل ۱۱۲)، حریم اسلام (اصل ۶۷)، موازین فقهی (اصل ۱۶۳)، احکام اسلام (اصول۹۱ و ۹۶)، اصول و احکام مذهب رسمی کشور (اصول ۷۲ و ۸۵)، قوانین اسلام (اصل ۴۴)، مقررات اسلامی (اصل ۱۷۰)، مبانی اسلام (اصول ۲۴ و ۲۷)، ضوابط اسلامی (مقدمه و بند ۱۲ اصل ۳)، معیارهای اسلام (بند ۱۶ اصل ۳)، اسلام (اصول ۱۴و ۲۸)، موازین عدل اسلامی (اصل ۴۷)، منابع معتبر اسلامی (اصل ۱۶۷) و فتاوی معتبر (اصل ۱۶۷) می‌شود. از نظر تاریخی، می‌توان واژه‌ی مشابه با موازین اسلامی را از حیث معنایی و کارکردی در اصل ۲ متمم قانون اساسی مشروطه مصوب ۱۳۲۴ق مشاهده کرد که از «قواعد مقدسه‌ی اسلام و قوانین موضوعه‌ی خیرالانام» و «قواعد اسلامیه» استفاده کرده و آن را معیاری برتر برای سنجش مصوبات مجلس شورای ملی دانسته است. در پیش‌نویس قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز اصطلاحاتی مانند «موازین اقتصادی اسلام»، «اسلام»، «اصول مسلم اسلام»، «اصول مسلم و احکام شرعی»، «شرع»، «اصول مسلم شرعی» و نیز «موازین اسلام» مشاهده می‌شد (اصول ۸، ۲۸، ۶۶، ۸۴، ۱۳۶، ۱۴۵ و ۱۸ پیش‌نویس قانون اساسی). واژگان مشابه مذکور در قانون اساسی قرابت لفظی، معنایی و کارکردی دارند. با توجه به دینی بودن نظام جمهوری اسلامی و کارکرد مفاهیم یادشده در تضمین این رکن، تعیین معنای دقیق آن‌ها اهمیت بسیاری دارد.

جدای از چیستی کارکرد، مسئله‌ی این مقاله تعیین معنای دقیق هنجارهای دینی قانون اساسی و نسبت معنایی بین آن‌ها با محوریت مفهوم موازین اسلام یا موازین اسلامی است؛ چراکه می‌توان ادعا کرد، دو مفهوم اخیر از نظر کمی و کیفی در مقایسه با دیگر هنجارها اهمیت بیشتری دارند. از حیث کمی، این مفهوم در پایه‌ای‌ترین سند حقوقی کشور، یک بار در مقدمه و ده بار در اصول متعدد در قالب ترکیب وصفی (اصول ۴، ۲۱، ۲۶، ۶۱، ۱۱۰، ۱۵۱، ۱۶۸، ۱۷۱، ۱۷۵ و ۱۷۷) و سه مرتبه در قالب ترکیب اضافی (اصول۲۰، ۹۴ و ۱۰۵) به‌کار رفته است. اما از نظر کیفی، جایگاه ویژه و حساس آن به‌عنوان هنجارهای برتر برای سایر هنجارهای حقوقی (اصول ۴، ۹۴، ۱۰۵و۱۶۸) و اقدامات (مقدمه و نیز اصول ۶۱، ۱۵۱، ۱۷۱، ۱۷۵ و بند ۱۱ اصل۱۱۰) –و بنابر اصل ۴ حتی حاکم بر قانون اساسی– و نیز نقش آن در تعیین و تحدید چارچوب حقوق ملت در فصل سوم (اصول۲۰، ۲۱و۲۶)، درخور توجه است. وجه

دیگر اهمیت به‌صورت بنیادی‌تر، ارتباط بیشتری است که این دو مفهوم با مهم‌ترین رکن نظام جمهوری اسلامی یعنی اسلامیت آن دارند. به‌خصوص آنکه این دو مفهوم در اصول قانون اساسی در موضوع ابتنای قوانین، مقررات و تصمیمات بر اسلام و نظارت بر فرایند قانونگذاری نقش محوری دارند. علاوه‌بر آن، این دو به‌دلیل نداشتن معنای تخصصی در متون علمی مربوط و در نتیجه نداشتن معنای تفصیلی پیشینی، در مقایسه با دیگر هنجارهای مذکور مانند احکام اسلام ابهام بیشتری دارند. قاعدتاً، دو اصطلاح موازین اسلام و موازین اسلامی به‌سبب اضافی بودن یکی و وصفی بودن دیگری، مفید دو معنای متفاوت خواهد بود، با این حال، با توجه به عدم دقت قانونگذار اساسی در به‌کارگیری کلمات دال بر هنجارهای اسلامی، به‌نحوی که در ادامه هم روشن خواهد شد، این دو اصطلاح را به‌صورت پیش‌فرض از نظر معنا مشابه فرض می‌کنیم.[۱]

بنابراین، پرسش این مقاله آن است که معنای مفهوم موازین اسلامی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران چیست و این مفهوم چه نسبتی با دیگر هنجارهای دینی قانون اساسی دارد. فرض ما آن است که با تعیین معنای این مفهوم، امکان تعیین معنای دقیق بسیاری از هنجارهای ذکرشده نیز ممکن خواهد شد.

در این مقاله، در جست‌وجوی معنای موازین اسلامی و از پس آن، معنای برخی هنجارهای دینی قانون اساسی، ابتدا آثار مدون فقهی و حقوقی پیش از تدوین قانون اساسی بررسی می‌شود و پس از آن، در مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی ۱۳۵۸ به جست‌وجو می‌پردازیم. در ادامه، به‌ترتیب معنای آن را در نظرهای شورای نگهبان به‌عنوان مفسر قانونی و نیز آرای فقها و حقوقدانان به‌عنوان مفسران حقوقی مطالعه می‌کنیم و در نهایت، تلاش می‌شود پس از جرح و تعدیل مجموع نظرها، تحلیلی کوتاه از حدود معنایی این مفهوم و نسبت آن با برخی هنجارهای ذکرشده در قانون اساسی ارائه شود.

۱. موازین اسلامی در ادبیات فقهی و حقوقی پیش از تدوین قانون اساسی

اصطلاح موازین اسلامی در متون اصلی دینی و ادله‌ی شرعی اعم از کتاب و سنت به‌کار نرفته، اما در علوم دینی به‌خصوص آثار فقهی به‌ندرت از این اصطلاح و اصطلاحات مشابه آن استفاده شده است. با این حال، در همان موارد معدود نیز تعریف دقیقی ندارد و به‌سختی می‌توان آن را از واژگان تخصصی این رشته از علوم دینی به‌حساب آورد. در کتاب‌های فقهی

فقهای امامیه، حداقل از قرن سیزدهم و در آثار صاحب جواهر، می‌توان واژه‌ی «موازین» را با اضافاتی چون «موازین‌القضاء» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج۴۰: ۴۱۲)، موازین‌الفصل (رشتی، ۱۴۰۱ق، ج۱: ۲۰۴)، موازین‌الحکومهٔ (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ق: ۴۳)، موازین‌الدعوی (رشتی، بی‌تا: ۱۵۰)، موازین‌الحکم (آشتیانی، ۱۴۲۵ق، ج۱: ۲۶۸) و مانند آن یافت که منظور از آن اغلب علم قاضی، اقرار، بیّنه و مانند آن است که به آن ادله‌ی اثبات دعوا می‌گویند. اما در دوره‌ی اخیر منتهی به انقلاب اسلامی، واژه‌ی موازین در آثار اندیشمندان اسلامی با صفات و اضافاتی مانند «موازین شرع»، «موازین شرعی»، «موازین فقهی»، «موازین عدل الهی» و امثال آن که در قانون اساسی نیز به‌کار رفته است، مشاهده می‌شود. همچنین است اصطلاح موازین اسلامی یا موازین اسلام که استفاده از آن در این دوره دیده می‌شود و می‌توان آن را تا پیش از تدوین قانون اساسی در ادبیات برخی فقها از جمله امام خمینی (ره) (خمینی، ۱۴۲۳ق: ۸۱ و ۱۳۹۰، ج۵: ۴۳۶) و بعضی دیگر از اندیشمندان اسلامی اثرگذار بر فضای علمی و دینی آن دوره مانند شهید مطهری (مطهری، ۱۳۹۱: ۲۵۴ و ۱۳۸۱: ۲۶) و شهید بهشتی (بهشتی، ۱۳۸۶: ۱۷۹؛ باهنر، بهشتی و گلزاده، ۱۳۹۰: ۵۸۱) مشاهده کرد؛ هرچند معنای تفصیلی از آن قابل برداشت نیست. به‌نظر می‌رسد، گزینش این اصطلاح از میان دیگر اصطلاحات مشابه آن از سوی تدوین‌کنندگان قانون اساسی ناشی از شیاعی بوده که در فضای عمومی و علمی پیش از تدوین قانون اساسی داشته و نمایندگان مجلس و پیش از آن‌ها، تدوین‌کنندگان پیش‌نویس قانون اساسی آگاهانه یا ناآگاهانه از آن متأثر بوده‌اند.

۲. موازین اسلامی در مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی ۱۳۵۸

از مشروح مذاکرات نمایندگان مجلس بررسی نهایی قانون اساسی ۱۳۵۸، به‌وضوح، اهمیت هنجارهای برتر اسلامی به‌خصوص عنوان موازین اسلام و موازین اسلامی از جهات مختلف دریافت می‌شود. مسائل مربوط به موضوع موازین اسلامی در مذاکرات نمایندگان این مجلس عبارت است از منحصر بودن هنجار بالادستی در موازین اسلامی (منتظری، ۱۳۶۴، ج۱: ۳۱۴)، لزوم ارجاع موازین اسلامی به مذهب شیعه‌ی اثنی‌عشری (موسوی، ۱۳۶۴، ج۱: ۳۱۴؛ سبحانی، ۱۳۶۴: ج۱: ۴۶۸)، ضرورت تعیین مرجع تشخیص موازین اسلامی (صافی، ۱۳۶۴، ج۱: ۳۴۷)، نسبت قوانین و مقررات مصوب با موازین اسلامی از حیث ابتنای بر آن‌ها، با رعایت کامل آن‌ها،

مطابق با آن‌ها، عدم مخالفت با آن‌ها و عبارات مانند آن (حجتی، ۱۳۶۴، ج۱: ۳۱۵؛ مکارم، ۱۳۶۴، ج۱: ۶۹۲)، درج موازین اسلامی در یک اصل یا تکرار در همه‌ی اصول (نوربخش، ۱۳۶۴، ج۱: ۳۱۵؛ مکارم، ۱۳۶۴، ج۱: ۳۱۹؛ اوشانا، ۱۳۶۴، ج۱: ۴۹۸)، تفاوت موازین اسلامی با دیگر هنجارهای برتر مانند احکام اسلام (خزعلی، ۱۳۶۴، ج۱: ۳۵۲) و بیان گستره‌ی نظارتی هنجارهای اسلامی از لحاظ شمول بر انواع مختلف قوانین و مقررات از جمله خود قانون اساسی (خامنه‌ای، ۱۳۶۴، ج۱: ۳۱۵؛ حائری، ۱۳۶۴، ج۱: ۳۱۶؛ حسینی، ۱۳۶۴، ج۱: ۳۲۰).

چنانکه پیداست، کمتر در مورد گستره و حدود معنایی موازین اسلامی بحث شده و همین میزان اندک نیز کمترین بحث را در مقایسه با دیگر مسائل در مذاکرات نمایندگان به خود اختصاص داده است. اندک سخنان بیان‌شده نیز تنها نظر شخصی نمایندگان است و به‌دشواری می‌توان آن را به همه‌ی آنان یا قانونگذار اساسی نسبت داد. نتیجه اینکه مراد مقنن از اصطلاح موازین اسلامی به‌صورت تفصیلی از مشروح مذاکرات نمایندگان قابل فهم نیست. نمایندگان این مجلس برداشتی اجمالی مبتنی بر ارتکاز و تبادر ذهنی و نه برداشتی تفصیلی از این دست مفاهیم از جمله موازین اسلامی داشته‌اند. آنان تنها زمانی‌که به‌دنبال ابراز دغدغه و حساسیت خود نسبت به عدم تخطی از اسلامیت قانون اساسی و مفاد اصول آن بوده‌اند، از اصطلاح موازین اسلامی یا اصطلاحات مشابه با آن استفاده کرده‌اند (برای نمونه ن.ک: تهرانی، ۱۳۵۴، ج۳: ۱۴۰۵؛ مکارم، ۱۳۶۴، ج۳: ۱۶۸۰ق؛ ربانی، ج۳: ۱۵۷۰) بدون اینکه تفاوتی بین هیچ‌یک از آن‌ها قائل شوند. در اثبات این ادعا، می‌توان به موارد بسیاری اشاره کرد که نمایندگان در ذیل یک اصل یا اصول مختلف، عبارات مشابه متعددی برای اشاره به هنجار برتر استفاده‌شده در پیش‌نویس آن اصل به‌کار برده‌اند (برای نمونه ن.ک: صافی، ۱۳۶۴، ج۱: ۳۴۷؛ بهشتی، ۱۳۶۴، ج۱: ۳۴۸؛ آیت، ۱۳۶۴، ج۳: ۳۴۹؛ منتظری، ۱۳۶۴، ج۱: ۳۵۰و۳۵۱؛ فاتحی، ۱۳۶۴، ج۱: ۳۵۱؛ به‌ویژه مذاکرات مربوط به اصل ۴ قانون اساسی). تنها در موارد معدودی برخی از آنان بین این مفاهیم تفکیک قائل شده و در اصلی از اصول و در بیان موضوع خاص یک اصل، یکی را بر دیگری ترجیح داده‌اند (خزعلی، ۱۳۶۴، ج۱: ۳۵۲؛ رشیدیان، ۱۳۶۴، ج۱: ۵۰۰؛ ربانی، ۱۳۶۴، ج۳: ۱۷۳۱). با این حال، علاوه‌بر اینکه در آن موارد نیز صرفاً در مقام بیان نظر شخصی خود بوده‌اند، تنها در موارد نادری است که می‌توان بیانی نسبتاً تفصیلی از ایشان در مورد تفاوت میان آن‌ها یافت (سبحانی، ۱۳۶۴، ج۱: ۳۴۹).

۳. موازین اسلامی از منظر مفسر رسمی قانون اساسی (شورای نگهبان)

به‌دلیل انحصار صلاحیت تفسیر اصول قانون اساسی در شورای نگهبان بنابر اصل۹۸ و نظارت شرعی فقهای این شورا بر عموم مصوبات بنابر اصل ۴ و از جمله مصوبات مجلس بنابر اصل۹۴ که بر مبنای هنجار برتر موازین اسلامی انجام می‌گیرد و نیز اهمیت کشف متفاهم رسمی از این مفهوم در رویه‌ی عملی نظام جمهوری اسلامی ایران، بررسی مفهوم موازین اسلامی در نظرهای تفسیری و غیرتفسیری این شورا اهمیت جدی دارد. با این حال چه در نظرهای تفسیری و چه در غیر آن، تفسیر مستقیم یا تعریف دقیقی از موازین اسلامی داده نشده است. به‌نظر می‌رسد راه‌حل کشف معنای این اصطلاح در آرای شورای نگهبان، واکاوی رابطه‌ی معنایی این مفهوم با مفاهیم مشابه به‌کاررفته در قانون اساسی در نظرهای آن شوراست.

۳-۱. موازین اسلامی در نظرهای تفسیری شورای نگهبان

اصطلاح موازین اسلامی در نظرهای تفسیری شورا به میزان معتنابهی به‌کار رفته است. به‌دلیل استفاده‌ی مغشوش شورا از این اصطلاح، چاره‌ای جز درانداختن چند فرضیه در مورد معنای این اصطلاح و بررسی تحلیلی هر یک نیست. ازاین‌رو موازین اسلامی در قالب سه فرضیه و بر مبنای مترادف بودن آن با برخی دیگر از هنجارهای اشاره‌شده در قانون اساسی، بیان و تحلیل می‌شود.

موازین اسلامی را می‌توان مترادف با موازین شرع دانست. در تأیید این نظر، می‌توان به بند ۳ نظر تفسیری شماره‌ی ۴۵۷۵ مورخ ۱۳۷۲/۳/۳ استدلال کرد -که به اصل ۴ که برای اشاره به کارویژه‌ی شورای نگهبان از موازین اسلامی استفاده کرده است- استناد می‌کند، ولی در بیان هنجار برتر برای مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام، اصطلاح موازین شرع را برمی‌گزیند. اما در رد این فرض، می‌توان گفت نوع بیان تعابیر در تخطی از هر یک از دو هنجار یادشده در اصل ۴ و نظر تفسیری پیش‌گفته متفاوت است و در یکی «براساس موازین اسلامی» بودن مدنظر است و در دیگری «خلاف موازین شرع» نبودن و این امر نه تنها دلالتی بر هم‌معنی بودن ندارد، بلکه اختلاف در تعابیر گواه بر اختلاف در معنا نیز است. به‌عبارت دیگر، هم‌معنی بودن این دو هنجار ایجاب می‌کرد که ملاک‌های تخطی از آن‌ها هم یکسان باشد. با این حال، اگر قائل به عدم اراده‌ی قانونگذار اساسی و مفسر قانون اساسی بر افاده‌ی معنای خاص در استفاده از تعابیر مختلف یادشده برای هر یک از آن‌ها باشیم، استدلال در رد فرضیه‌ی مذکور صحیح نخواهد بود.[۲]

در صورت پذیرش فرضیه‌ی ترادف موازین اسلامی و موازین شرع، آنگاه نظر تفسیری

شماره‌ی ۴۸۷۲ مورخ ۱۳۷۲/۴/۲۰ که به تعریف «خلاف موازین شرع» بودن پرداخته است و آن را عدم سازگاری با احکام اولیه و ثانویه می‌داند، پرده‌ای از روی مجهولات ما در زمینه‌ی معنای آن برمی‌دارد. بر این اساس، می‌توان گفت موازین اسلامی نیز از نظر گستره‌ی معنایی، هم با احکام اولی و هم ثانوی ارتباط دارد. همچنین، می‌توان هم‌معنی بودن اصطلاح موازین اسلامی با احکام اسلام را مطرح کرد، زیرا موازین شرع بیش از آنکه در نظرهای تفسیری شورای نگهبان قابلیت فرض هم‌معنی بودن با موازین اسلامی داشته باشد، با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا احکام اسلام مترادف به‌نظر می‌رسد. در نظر تفسیری شماره‌ی ۰۵۶۵ مورخ ۱۳۶۹/۶/۱۱ از اصل ۸۵، از عدم مغایرت اساسنامه‌های موضوع اصل یادشده با موازین شرع سخن گفته شده، ولی در متن آن اصل، عدم مغایرت با اصول و احکام مذهب رسمی کشور مطرح و مقام ناظر بر آن بنابر اصل ۹۶، شورای نگهبان دانسته شده است. در اصل ۹۶ نیز وظیفه‌ی شورای نگهبان تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس با احکام اسلام دانسته شده است. بر این اساس، می‌توان ادعای هم‌معنی بودن هر سه اصطلاح موازین اسلامی، موازین شرع و احکام مذهب رسمی کشور یا احکام اسلام را هم مطرح کرد. با این حال، در رد این فرض نیز دلایلی از جنس آنچه پیش از این –مبتنی بر تأثیر تفاوت تعابیر به‌کاررفته در تخطی از هنجارهای یادشده بر معنای آن هنجارها– گفته شد، وجود خواهد داشت که خود مبتنی بر فرض قصد قانونگذار اساسی و مفسر قانونی آن در به‌کارگیری این تعابیر است که این نیز به‌نحوی که بیان شد و نیز بر مبنای تعارضات دیگر در اصول قانون اساسی و نظرهای تفسیری در بیان ملاک تخطی‌ها، خالی از ایراد نیست.[۳] در صورت صحت این فرضیه و ترادف معنایی موازین اسلامی و احکام اسلام، باید گفت که احکام اسلام در مقایسه با موازین اسلامی در ادبیات تخصصی معنایی روشن‌تر دارد و این دانش‌واژه نیز از نظر گستره‌ی معنایی شامل احکام اولی و ثانوی هر دو می‌شود.

می‌توان فرضیه‌ی دیگری را هم مبتنی بر نظر تفسیری شماره‌ی ۸۰/۲۱/۱۲۷۹ مورخ ۱۳۸۰/۲/۱۸ شورا از اصل ۱۷۲ مطرح کرد و آن هم‌معنی بودن اصطلاح موازین اسلامی با «شرع» است. شورا در این نظر، ابطال مقررات «خلاف شرع» را از مصادیق اعمال اصل ۴ دانسته است. با این حال، در این مورد هم ایراداتی مانند ایرادات سابق وجود دارد. اگر کشف معنای اصطلاح موازین اسلامی را به کشف معنای شرع احاله دهیم، با توجه به معلوم بودن معنای شرع در ادبیات تخصصی که شامل احکام اولی و ثانوی و به‌عبارت دیگر، احکام ثابت الهی می‌شود، اصطلاح موازین اسلامی نیز تا حدود زیادی مشخص می‌شود (برای شناخت ویژگی‌های این احکام برای نمونه ن.ک: جوادی آملی، ۱۴۱۲ق: ۳۸؛ صافی، ۱۴۱۲ق: ۲۰؛

سبحانی، ۱۴۰۲ق، ج۳: ۲۹۲؛ مکارم، ۱۴۲۵ق: ۴۹۶؛ صدر، ۱۴۲۸ق: ۲۶۳). بدین ترتیب، این فرض خود می‌تواند به‌نوعی مؤید فرض پیشین نیز باشد، چراکه واژه‌ی شرع در ادبیات تخصصی هم‌معنی با احکام اسلام است.

۳-۲. موازین اسلامی در سایر نظرهای شورای نگهبان

این شورا در اعمال وظیفه‌ی خود در بررسی مصوبات مجلس مبتنی بر اصول ۴ و ۹۴، به تعیین نسبت میان مصوبات مجلس با موازین اسلامی مبادرت کرده است. در این‌گونه نظرها، از دو اصطلاح موازین اسلام و موازین اسلامی در مقایسه با دیگر واژگان مرتبط بسیار کمتر استفاده شده و فقهای شورا اغلب از عباراتی مانند عدم مغایرت با موازین شرعی، عدم مخالفت با موازین شرعی، عدم مغایرت با شرع، شرعی نبودن و سایر عباراتی که در آن، ماده‌ی «شرع» به‌کار رفته است، استفاده کرده‌اند. گاهی هم در رد مصوبات، ملاک انطباق با موازین شرع و نه عدم مغایرت مدنظر قرار گرفته است.[۴] تنها در موارد بسیار معدودی اصطلاح موازین اسلامی و موازین اسلام در این نظرها دیده می‌شود و گاهی این به‌کارگیری، در ظاهر با نظرهای معمول شورا متفاوت است[۵]، ولی بعید به‌نظر می‌رسد که اختلاف تعبیر مفید معنای خاصی بوده باشد. همچنین، در نظرهای شورا به‌ندرت، اصطلاح مخالفت یا مغایرت با احکام شرع[۶] مشاهده می‌شود. گاه نیز تعابیر خاص و غیرمعمول دیگری مانند «خلاف موازین مستنبط از مبانی اسلامی» یافت می‌شود[۷] که از نظر عبارت، ریشه‌ای در قانون اساسی ندارد و به‌نظر می‌رسد، از نظر محتوا با موارد سابق متفاوت باشد. در این مورد، اغلب بر خلاف نمونه‌های قبل که گاهی علاوه‌بر دلایل مغایرت به مستندات آن هم اشاره می‌شد و آن موازین را از حیث محتوا قابل شناسایی می‌کرد، تنها به ذکر دلیل و نه مستندات بسنده شده و مخالفت با قاعده و حکم شرعی خاصی به‌صورت مستقیم مدنظر قرار نگرفته و به نظر چیزی فراتر از این‌ها مطمح نظر بوده است. علاوه‌بر موارد یادشده، می‌توان هنجارهای برتر دیگری را که در قانون اساسی از آن یاد شده و مستقیماً مرتبط با کارویژه شورای نگهبان نیست، یافت که از آن جمله «ضوابط اسلامی» و «مبانی اسلامی»[۸] است. به‌خصوص، اصطلاح ضوابط اسلامی در این نظرها، معمولاً برای احکام دادگاه‌ها به‌کار می‌رود[۹] که به‌نظر می‌رسد این کاربرد عادتاً انجام گرفته و مشعر بر علت خاصی نیست و به‌ویژه با مفهوم موازین اسلامی ارتباطی ندارد.

اصطلاحاتی از این دست از جمله موازین اسلامی در نظرهای فقهای شورا از حیث محتوا گاهی شامل مسائل کلی مانند حرمت تضییع حقوق مکتسب اشخاص[۱۰]، حرمت اشاعه‌ی فحشا، هتک حیثیت اشخاص، حرمت مخالفت با مصالح عمومی و نظام[۱۱]، حرمت تبعیض

ناروا، حرمت تضییع اموال بیت‌المال، حرمت واگذاری امور به افراد فاقد صلاحیت لازم[۱۲]، حرمت تضعیف باورهای دینی، حرمت اضلال و گمراهی[۱۳] و مواردی مانند آن شده و گاهی، دربردارنده‌ی مسائل جزیی مانند حرمت ربای قرضی[۱۴]، انواع مسائل دادرسی مانند تساوی همه‌ی افراد در ترتیب دادرسی اسلامی که در بسیاری از نظرها از آن به مغایرت با موازین قضای شرع[۱۵] یا موازین قضای اسلام[۱۶] تعبیر شده، مسائل جزایی مربوط به انواع جرایم و مجازات اعم از حدود، قصاص، دیات و تعزیرات، مسائل مربوط به انواع عقود و معاملات اسلامی و موارد بسیاری شبیه این می‌شود. به هر حال، می‌توان برای هر کدام از موارد ذکرشده دلیلی شرعی در منابع اسلامی یا قاعده یا حکمی خاص در منابع فقهی یافت.

در نظرهای تفسیری، شمول موازین اسلامی بر احکام اولیه و ثانویه بررسی شد. عدم مغایرت با موازین شرعی یا موازین اسلامی در نظرهای شورا مستند به عناوین ثانویه به‌خصوص ضرورت و گاهی مصلحت، بیشتر در نظرهای شورا تا پیش از تأسیس مجمع تشخیص مصلحت نظام قابل مشاهده است.[۱۷] از این نظرها، می‌توان نتیجه گرفت که موازین شرع محدود به احکام اولیه نیست و شامل عناوین ثانویه نیز می‌شود.[۱۸] علاوه‌بر این، از برخی نظرها می‌توان دریافت که فقهای این شورا هنجارهای دینی برتری از این دست را شامل آن دسته از احکام حکومتی که به‌نوعی نسبت مستقیمی با اختیارات ولی‌فقیه یا نهادهای مرتبط با او دارد نیز می‌دانند. چنین احکام حکومتی شامل مواردی چون فرمان‌های موردی ولی‌فقیه مانند از دستور کار مجلس خارج کردن طرح اصلاح قانون مطبوعات در تاریخ ۱۳۷۶/۵/۱۶[۱۹]، سیاست‌های کلی نظام[۲۰]، مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی[۲۱]، بسیاری از امور مربوط به برخی نهادها که با فرمان ولی‌فقیه تأسیس شده یا مستقیماً زیر نظر ایشان فعالیت می‌کنند مانند صداوسیما[۲۲]، کمیته‌ی امداد[۲۳]، بنیاد شهید، بنیاد جانبازان، دادگاه روحانیت[۲۴]، بسیج، سازمان تبلیغات، دفتر تبلیغات اسلامی[۲۵] و اختیارات مربوط به نیروهای مسلح[۲۶] و موارد دیگر می‌شود. مخالفت با این هنجارها علاوه‌بر اینکه مغایر با اصل۵۷ یا به‌ندرت اصولی چون ۵، ۱۱۰ و ۱۷۵ شناخته شده است، مغایر با هنجارهای دینی برتر نیز است. در این موارد، از تعابیری همچون «مخالفت با موازین شرع»، «مغایرت با شرع» و مانند آن استفاده شده است.

با این حال، این نظرهای شورا به‌نحو دیگری نیز قابل تحلیل است؛ بدین صورت که گفته شود مستند نظر فقهای این شورا در این موارد، نه «حکم حکومتی» بلکه «حکم اولیه‌ی» اطاعت از ولی‌امر یا مسئولیت شرعی مستقیم او در بعضی امور بوده است؛ هرچند بر خلاف بسیاری دیگر از نظرهای ایشان، این استناد در آن‌ها ذکر نشده است. براساس این تحلیل، هنجارهای اشاره‌شده در نظرهای فقهای این شورا از جمله موازین اسلامی فراگیری یادشده را نسبت به

احکام حکومتی نخواهد داشت. در تأیید این تحلیل، می‌توان به نظر تفسیری شماره‌ی ۲۴۳۷ مورخ ۱۳۶۳/۱۰/۱۱ اشاره کرد که تشخیص مغایرت یا انطباق قوانین بر موازین اسلامی را توسط فقهای شورای نگهبان به‌طور نظر فتوایی دانسته است. این نظر تفسیری نشان می‌دهد که ملاک در تعیین این موازین، اولاً نظر فقهی خود اعضای فقیه شوراست؛ ثانیاً این نظرها از جنس فتواست و نه حکم، درحالی‌که احکام حکومتی منتسب به نظرهای اعضا نبوده بلکه صادره از سوی ولی‌فقیه و از جنس حکم است و نه فتوا. بنابراین، فرمان‌های خاص، سیاست‌های کلی و مانند آن جزء موازین اسلامی، موازین شرع یا موازین شرعی نیست. دیدگاه اخیر از نظر فقهی صحیح‌تر به‌نظر می‌آید و می‌توان مؤیداتی نیز در نظرهای شورا برای آن یافت.[۲۷]

۴. موازین اسلامی از منظر مفسران حقوقی (دکترین)

برخی فقها و به‌خصوص حقوقدانان، علاوه‌بر به‌کار بردن اصطلاح موازین اسلام و موازین اسلامی در آثار خود، به تعریف، تفسیر و تعیین حدود معنایی آن از طرق مختلف، از جمله تعیین نسبت بین آن با دیگر هنجارهای ذکرشده در قانون اساسی به‌خصوص احکام اسلام پرداخته‌اند که در این قسمت، بررسی می‌شود.

نظرها در خصوص نسبت بین موازین اسلامی با اصطلاح شناخته‌شده‌تر احکام اسلامی را که دارای معنای پیشینی و محصل است، می‌توان از نظر منطقی به سه دسته‌ی عموم و خصوص مطلق، تباین و تساوی تقسیم کرد.

۴-۱. عموم و خصوص مطلق

این نظر خود به دو قسمت تقسیم می‌شود که یکی موازین اسلامی را در مقایسه با احکام اسلامی عام و دیگری احکام را نسبت به موازین عام می‌داند.

۴-۱-۱. عام بودن موازین اسلامی

الف) آیت‌الله عمید معتقد است، موازین اسلامی اعم از احکام اسلام است، زیرا قواعد کلی فقهی و اصول عقلیه و عملیه جزء موازین اسلامی است، ولی احکام اسلام بر آن‌ها صدق نمی‌کند. هرچند در اسلام حکم شرعی مشخصی درباره‌ی هواپیمایی، اختراعات، راهنمایی و رانندگی و امثال آن وجود ندارد، کلیه‌ی قوانین مربوط به این مسائل، با قواعد کلی فقهی و اصول عملیه قابل تطبیق است. از نظر او، دلیل اینکه در اصل ۴ به‌نوعی به مطابقت با موازین اسلامی اشاره و در اصل ۹۶، عدم مغایرت تصریح شده، در تفاوتی است که بین آن دو وجود

دارد (عمید زنجانی، ۱۴۲۱ق، ج۱: ۴۰۲). فارغ از بررسی چیستی و جایگاه اصول عقلیه و عملیه، نظر اخیر از آن حیث که قواعد فقهی که در معنای دقیق تخصصی، جزو احکام اسلامی به‌شمار می‌آید، از شمول آن‌ها خارج شده، قابل انتقاد است.[۲۸] علاوه‌بر این، پذیرش نسبت عموم و خصوص مطلق بین آن دو، تفاوت تعابیر به‌کاررفته در اصول یادشده‌ی قانون اساسی، اعم از مطابقت یا عدم مغایرت را، توجیه نمی‌کند.

ب) آیت‌الله خامنه‌ای این موازین را نه فقط احکام فرعی و فقهی بلکه اصول عقیدتی نیز می‌داند (خامنه‌ای، ۱۳۶۹: ۱۳) و بدین ترتیب، موازین را اعم از احکام اسلام تلقی می‌کند. به‌نظر می‌رسد، این توسعه در دامنه‌ی معنایی موازین با ملاحظه‌ی مصلحت مصونیت بخشیدن به اصول عقیدتی در مقابل آسیب‌های احتمالی از سوی قانونگذار و مجری قانون صورت گرفته است. این در حالی است که حفظ حرمت این اصول، خود در احکام شرعی هم لحاظ شده و نیازی به این توسعه بدون دلیل نیست.

۴-۱-۲. عام بودن احکام اسلامی

آیت‌الله مظاهری معتقد است که این موازین، ظواهر شرع مقدس و همان واجبات و محرمات است. از نظر او، عقاید پایه‌ی احکام و موازین اسلامی است و نقش زیربنایی دارد و اخلاق نیز بیشتر در مستحبات و مکروهات است؛ بر خلاف احکام شرعی که شامل واجبات و محرمات است (به نقل از پروین و درویش متولی، ۱۳۹۲: ۱۲۱). بنابراین، او موازین اسلامی را تنها شامل احکام الزامی شرعی می‌داند و بر خلاف دو نظر نخست، احکام اسلام را اعم از آن قلمداد می‌کند.

۴-۲. تباین

الف) برخی از قائلان به تباین معتقدند که باید بین اصطلاحات مبانی اسلامی، موازین اسلامی و احکام اسلام تفکیک قائل شد. «مبانی» همان اصول است که هم شامل اصول دین و هم شامل اصولی که در فقه وجود دارد، به‌عنوان اصول درجه‌ی دوم می‌شود و حتی اخلاقیات را هم دربرمی‌گیرد. موازین اسلامی بعد از مبانی، در سطح دوم قرار دارد و شامل قواعدی است که به‌وسیله‌ی آن می‌توان فروع را تفریع کرد. این موازین به‌طور معمول در فقه به‌کار می‌رود، ولی در مسائل ریز اعتقادی نیز می‌توان از آن استفاده کرد. احکام اسلام بعد از موازین، در سطح سوم قرار دارد و از نظر ایشان، دارای معنای واضحی است (هاشمی رفسنجانی، ۱۳۸۳: ۹).

ب) برخی نیز به‌گونه‌ای دیگر این دو را از هم تفکیک کرده و معتقدند که موازین اسلامی قواعد و مقررات کلی اسلام مانند لاضرر، تقدیم اهم بر مهم و مانند آن است، درحالی‌که احکام

اسلام مقررات جزیی اسلامی است. از این منظر، اسلام دارای اصول و قواعد کلی است که زیربنای احکام مختلف قرار می‌گیرد و با توجه به این اصول است که می‌توان حکم اسلامی را در مورد هر موضوعی استنباط کرد و کلام ائمه (ع) که فرموده‌اند: «علینا القاء الاصول و علیکم بالتفریع» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج۲۷: ۶۲) بیانگر همین مطلب است (پروین، ۱۳۸۷: ۳۰).

ج) برخی نیز با نگاهی کاملاً متفاوت، معتقدند موازین اسلامی فتوا نیست، بلکه موازین اجتهاد از نظر شیعه است (مرتضوی، ۱۳۸۶: ۵۱). این نگاه بیشتر رویکرد اصولی و نه فقهی به این اصطلاح دارد و ازاین‌رو از حیث معنای موازین با سایر نظرها متفاوت است. این نظر را نیز می‌توان به دوگانه‌ی بین موازین اسلام و احکام اسلام ارجاع داد و فراتر از آن، به تفاوت بین قاعده‌ی فقهی و اصولی کشانید. در این صورت، باید توجه داشت که فقها و اصولیون همواره دو مفهوم اخیر را متباین فرض کرده و به‌دنبال مایزی بین آن دو بوده‌اند. ازاین‌رو، در تقریر این نظر می‌توان گفت که موازین اسلامی همان موازین اجتهاد و متناظر با قاعده‌ی اصولی است و با احکام اسلامی (فتوا) که متناظر با قاعده‌ی فقهی است، متباین است. در نقد این نظر باید گفت که بسیاری از قواعد اصولی، مضاف بر قواعد فقهی است که مستنبط از روایات بوده و می‌توان آن‌ها را جزو ثابتات به‌حساب آورد و عنوان احکام اسلامی را بر آن‌ها اطلاق کرد. به همین دلیل برخی ظاهر سخن بسیاری از فقها را چنین دانسته‌اند که بحث در مورد بسیاری از مسائل اصولی مانند برائت شرعی در شبهات حکمیه که از سخن معصوم برداشت می‌شود، بحث در مورد نفس حکم شرعی است (مکارم، ۱۳۷۰، ج۱: ۲۳). بنابراین، نمی‌توان تباین بین قواعد فقهی و اصولی را به تباین بین موازین اسلامی، در معنای موازین اجتهاد، با احکام اسلامی سرایت داد، بلکه با پذیرش ترادف بین موازین اسلامی و موازین اجتهاد، لاجرم باید نسبت عموم و خصوص من وجه را بین آن با احکام اسلامی پذیرفت. به هر حال، می‌توان نظر اخیر را به‌عنوان روشن‌کننده‌ی جنبه‌ای از معنای اصطلاح مبهم موازین اسلامی پذیرفت.

۴-۳. تساوی

الف) آیت‌الله صافی موازین اسلامی را همان قوانین اسلامی و احکام شرعیه و آیت‌الله مکارم این مفهوم را مترادف با احکام اسلامی دانسته است. آیت‌الله هاشمی شاهرودی نیز معتقد است که موازین اسلامی همان احکام شرعی است که فقها آن را از آیات و روایات استنباط می‌کنند. آیت‌الله موسوی اردبیلی نیز بر این عقیده است که موازین اسلام در فقه همان قواعد و احکام اسلامی است. آیت‌الله مصباح نیز در اظهار نظری در این زمینه –که به‌صورت ضمنی بر اعتقاد او بر عدم تخصصی بودن این اصطلاح در ادبیات فقهی دلالت دارد– با اشاره به اینکه

این واژه باید با قراین قبل و بعد کلام تفسیر شود، معتقد است که در کتاب‌های قانون، منظور از موازین اسلامی احکام اسلامی و قواعد کلی مربوط به آن‌هاست (به نقل از پروین و درویش متولی، ۱۳۹۲: ۱۲۱و۱۲۲).

ب) برخی با استناد به نظرهای فقهای یادشده در قسمت (الف) که موازین اسلامی را هم‌معنی با احکام اسلام یا احکام شرع دانسته بودند، نسبت موازین اسلامی را با احکام اسلام با تفصیل بیشتری سنجیده و شمول آن را بر احکام اولی، ثانوی و نیز حکومتی نتیجه گرفته‌اند[۲۹] (پروین و درویش متولی، ۱۳۹۲: ۱۲۹). برخی دیگر نیز مشابه با این نظر، به ترادف معنایی موازین اسلامی با احکام اسلام اعتقاد دارند و احکام حکومتی را همان احکام ثانویه دانسته و در این زمینه به نامه‌ی امام (ره) مورخ ۱۹ مهرماه ۱۳۶۰[۳۰] استناد کرده‌اند که در آن، به صلاحیت و قلمرو قانونگذاری مجلس در حوزه‌ی احکام ثانویه اشاره دارد و از آن، شمول موازین اسلامی را بر هر سه دسته از احکام اولی، ثانوی و حکومتی استنباط کرده‌اند (جوان‌آراسته، ۱۳۸۲: ۸۵). ایراد این دو نظر توسعه‌ای است که در دامنه‌ی احکام اسلامی داده و آن را شامل احکام حکومتی نیز دانسته‌اند؛ امری که از منظر فقهایی که این نظر مستظهر به رأی آنان بیان شده است، هم قابل قبول نیست.[۳۱]

ج) بعضی به‌رغم اعتقاد به تساوی موازین اسلام و احکام اسلام و نیز ترادف آن دو با اصطلاحات اصول و احکام مذهب رسمی کشور، حریم اسلام و موازین شرع در قانون اساسی، در تفصیل این مطلب، با نظر پیشین (ب) مخالف‌اند و معتقدند که گستره‌ی احکام اسلام تنها دربرگیرنده‌ی فتاوای فقها و احکام ثابت بوده و احکام حکومتی، که از جنس حکم است و نه فتوا، از شمول آن خارج است (کدیور، ۱۳۸۲: ۵۹). با پذیرش این نظر، موازین اسلامی تنها شامل احکام اولی و ثانوی خواهد شد. فارغ از درستی رابطه‌ی بین موازین اسلامی با احکام اسلام، نظر اخیر در مقایسه با دیگر نظرها، از نظر انحصار شمول احکام اسلام بر احکام اولی و ثانوی صحیح‌تر است، زیرا احکام حکومتی فارغ از نسبت محتوایی که با احکام شرع اعم از اولیه و ثانویه دارد –که البته در نظر اخیر این نسبت نادیده گرفته شده–[۳۲] از حیث بسیاری آثار دیگر، در مقابل احکام شرعی و نه داخل در آن است و نمی‌توان به آن حکم شرعی اطلاق کرد.[۳۳]

در ارزیابی کلی، اختلافات فاحش در این نظرها را باید در عدم سابقه‌ی استعمال این اصطلاح در کتاب‌های فقهی و در نتیجه، نبود معنایی روشن و دقیق برای آن دانست. این در حالی است که لازم است به‌غیر از نسبت بین این مفهوم با سایر مفاهیم، محتوای این اصطلاح نیز به‌صورت شفاف تبیین شود.

۵. تحلیل نهایی

از نظر زبانی، «موازین» واژه‌ای عربی و جمع مکسر «میزان» است. واژه‌ی میزان نیز از ماده‌ی «وزن» و اسم آلت است و به معنای چیزی است که به‌وسیله‌ی آن اشیا وزن می‌شود (فراهیدی، بی‌تا، ج۷: ۳۸۶؛ ازهری، بی‌تا، ج۱۳: ۱۷۶). همچنین برای آن، دو معنای مقدار و عدل را هم ذکر کرده‌اند (ابن‌سیده، بی‌تا، ج۹: ۱۰۹و۱۱۰). در فارسی نیز در معنایی مشابه، این واژه را آلتی که با آن وزن اشیا را می‌سنجند، معنا کرده‌اند (دهخدا، ۱۳۸۵، ج۲: ۲۸۸۵) یا آن را ترازو، مقیاس و نیز اندازه، مقدار و مبلغ دانسته‌اند (معین، ۱۳۸۸، ج۴: ۴۴۹۳؛ عمید، ۱۳۸۹: ۹۹۹). اضافه‌ی «اسلام» و وصف «اسلامی» نیز از نظر معنایی، فی‌الجمله مشخص بوده و لازم است معنای ترکیب اضافی یا وصفی مرکب از هر دو واژه کشف شود.

از رهیافت مطالعه‌ی لغوی و بررسی معنای واژگانی این اصطلاح و نیز کاربردهای واژگان مشابه آن در فقه، این نکته به‌عنوان اولین نکته قابل اصطیاد است که موازین اسلامی، هنجاری است که نقشی ابزاری در قانون اساسی دارد. از همین رو است که برای مثال، این موازین در اصل ۴ در فرایند قانونگذاری و مقرره‌گذاری به‌عنوان ابزاری به‌کار گرفته شده و خطاب این اصل بیش از آنکه به شورای نگهبان باشد، به قانونگذار و مقرره‌گذار است. این اصطلاح از این منظر، در مقابل احکام اسلام است که به‌خصوص بر مبنای اصل ۹۱ جنبه‌ی غایی دارد و فلسفه‌ی وجودی اولیه‌ی شورای نگهبان پاسداری از آن‌هاست. به‌عبارت دیگر، موازین اسلامی ارزش روشی در قانونگذاری و مقرره‌گذاری و پس از آن، نظارت بر آن دارد، درحالی‌که احکام اسلام خود دارای ارزش ذاتی است. موازین اسلامی در فرایندهای یادشده طریقیت دارد، درحالی‌که احکام اسلام موضوعیت دارد. این امر از طریق تعابیری که برای تخطی از هر یک از آن‌ها در قانون اساسی به‌کار رفته نیز قابل فهم است؛ بدین نحو که به‌جز در اصل ۱۰۵ که در آن عدم مخالفت با موازین اسلامی به‌عنوان ملاک بیان شده، در سایر موارد، از تعابیر «براساس»، «با رعایت»، «طبق»، «انطباق بر» و «در حدود» استفاده شده و در مقابل، برای احکام اسلام تعابیری مانند «عدم مغایرت» به‌کار رفته است. نکته‌ی دیگر اینکه یکی دانستن قوانین و مقررات به‌عنوان هنجارهای حقوقی با موازین اسلامی صحیح نیست، زیرا تطبیق زمانی معنا می‌یابد که حداقل دو شیء موجود باشد و تطبیق یک شیء با خودش معنا ندارد. البته هنجارهای نامبرده، بنابر اصل ۴، باید «براساس موازین اسلامی» باشد، ولی این امر موجب الحاق آن‌ها به آن موازین نمی‌شود. از این‌جا، می‌توان سه‌گانه‌ای هنجاری ترسیم کرد که شامل دو هنجار دینی موازین اسلامی و احکام اسلام و انواع هنجارهای موضوعه با عنوان کلی

«هنجار حقوقی» است.

برای شناسایی هنجارهای دینی و حقوقی، از آن‌جا که در نظام جمهوری اسلامی ایران تمامی هنجارها نسبتی مادی و محتوایی با اسلام دارند، لازم است آن‌ها را به منظومه‌ی ادبیات فقهی عرضه کرده و از طریق مقایسه‌ی هر یک از هنجارهای رایج در حقوق اساسی جمهوری اسلامی با هنجارهای موجود در فقه، به شناسایی و تعیین حدود معنایی و نسبت بین آن‌ها مبادرت کنیم تا در نهایت، تصویر روشنی از مفهوم موازین اسلامی به‌دست آوریم. احکام اسلام معنای روشنی دارد و همان احکام شریعت، احکام شرعی و ثابتات در کلام فقهاست و شامل احکام اولیه و ثانویه می‌شود. بی‌شک، این احکام همان احکام مذهب رسمی کشور در اصول قانون اساسی است که بنابر اصل ۱۲، مذهب جعفری اثنی‌عشری است و می‌بایست بنابر اصول ۷۲ و ۸۵، در قانونگذاری و بالتبع نظارت بر آن ملاک عمل قرار گیرد. هنجارهای حقوقی نیز اغلب از منظر فقهی، ماهیت احکام حکومتی را داراست که متغیر بوده و از حیث آثار، ویژگی‌ها و مصادیق با احکام ثابت شرعی متفاوت است و بر آن‌ها حکم شرعی اطلاق نمی‌شود. به‌رغم این تفاوت، نکته‌ی مهم اشتراک مادی است که بین احکام حکومتی و احکام شرعی وجود دارد؛ به این معنا که محتوای ارزشی هنجارهای آن دو را به یکدیگر پیوند می‌دهد.

اما موازین اسلامی نه تنها در فقه اسلامی به‌عنوان یک اصطلاح تخصصی به‌کار نرفته، بلکه حتی شناسایی آن از حیث ماهوی در قالب دیگر واژگان تخصصی فقه نیز دشوار است. فهم مفهوم موازین اسلامی در گرو فهم رابطه‌ی یادشده بین «احکام شرعی» و «احکام حکومتی» در فقه یا احکام اسلام و هنجارهای حقوقی در قانون اساسی است. منظور از رابطه‌ی بین این دو، نسبت منطقی بین مصادیق آن دو نیست، چه اینکه به تباین میان آن‌ها اشاره شد، بلکه رابطه‌ای است که از نظر ماده و محتوا، بین محتوای تک‌تک هنجارهای آن دو وجود دارد و آن هنجارها را حامل ارزش‌های مشترکی می‌کند. موازین اسلامی در قانون اساسی، ابزاری است که هنجارهای حقوقی را به احکام اسلام پیوند می‌زند و اسلامیت نظام را در ساحت قوانین، مقررات و نیز برخی از اقدامات که در قانون اساسی رعایت این موازین در آن شرط شده است، تضمین می‌کند.

چنانچه بخواهیم مفهوم موازین اسلامی را در آثار فقها ردیابی کنیم، می‌توانیم از شاخص‌های عمومی نام ببریم که شهید صدر در آثار فقهی خود از آن، به‌عنوان سازوکاری برای پر کردن حوزه‌ی احکام حکومتی منطقةالفراغ یاد کرده است. این موارد در اندیشه‌ی فقهی او چیزی غیر از احکام شرعی ثابت و نیز متفاوت با احکام حکومتی منطقةالفراغ است، بلکه رابطی میان آن دو است. به‌عبارت دیگر، حاکم با استعانت از این شاخص‌ها در منطقة

الفراغ وضع حکم می‌کند که در عین حال، موجب عدم تخطی از احکام شرعی و رعایت آن‌ها می‌شود. این شاخص‌ها در نظر او شامل پنج مورد سوگیری شریعت، هدف منصوص برای حکم ثابت، ارزش‌های اجتماعی مورد اهتمام اسلام، رویکرد عناصر متحرک (احکام منطقةالفراغ) صادرشده از سوی پیامبر (ص) یا وصی او و اهدافی که اختیارات ولی‌امر را محدود کرده، است (صدر، ۱۴۰۳ق: ۴۱-۵۰). این موازین همچنین در نظرهای فقهی، قابل تطبیق با اصطلاح مصلحت است که برخی فقها با ادبیاتی دیگر –نه به شفافی شاخص‌های عمومی آیت‌الله صدر- بیان کرده و ضوابطی برای انواع مصالح اعم از مشکوک، مظنون و قطعی از حیث حجیت برشمرده‌اند (مکارم، ۱۴۲۵ق: ۵۰۷). شهید صدر خود قائل به ولایت عامه‌ی فقیه بوده است (ن.ک: صدر، ۱۴۲۸ق: ۴۸۴) و نظر او از این حیث با آنچه در اصل ۵۷ در خصوص ولایت مطلقه آمده است، مغایرتی ندارد. ضمن اینکه مطلقه بودن ولایت فقیه به معنای خارج شدن از حدود احکام شرعی نیست، بلکه فقط بر اصل برخورداری فقها از تمامی اختیارات حکومتی ائمه (ع) یا ولایت عامه آن‌ها دلالت دارد.[۳۴] همچنین، این ایراد که ایشان اختیارات حاکم اعم از معصوم یا فقیه را تنها محدود به صدور حکم در محدوده‌ی احکام غیرالزامی شرع کرده است (صدر، ۱۴۲۴ق: ۸۰۴) و در قانون اساسی چنین محدودیتی به‌صراحت پذیرفته نشده، وارد نیست؛ چراکه آنچه او در قالب شاخص‌های عمومی برای صدور این احکام برمی‌شمرد، ارتباطی با حوزه‌ی محدودی که او بدان قائل است، ندارد. همچنین حمل شاخص‌های عمومی او بر عبارت موازین اسلامی را می‌توان حداقل تبیین‌کننده‌ی بخشی از مفاد این مفهوم و نه تمام آن دانست. طبیعتاً، بر مبنای رابطه‌ای که بین موازین اسلامی و احکام اسلام بیان شد و نیز هم‌معنی بودن احکام اسلام با احکام مذهب رسمی کشور، این موازین از این حیث نیز باید با احکام اسلام تناسب داشته باشد و ازاین‌رو موازین اسلامی در مذهب جعفری اثنی‌عشری متفاوت با دیگر مذاهب خواهد بود.

مبتنی بر ویژگی‌هایی که برای موازین اسلامی ذکر شد، می‌توان معنای برخی دیگر از هنجارهای دینی موجود در قانون اساسی را نیز کشف کرد. به‌طور کلی، هنجارهایی که در آن، از واژه‌ی «موازین» استفاده شده، اعم از «موازین شرع» و «موازین فقهی»، با موازین اسلامی هم‌معنی است و اصطلاح «موازین عدل اسلامی» نیز ترکیبی توصیفی است که واژه‌ی عدل در آن صفت بوده و جنبه‌ی توضیحی و نه احترازی دارد و ازاین‌رو هم‌معنی با موازین اسلامی است. همچنین است، اصطلاحات دیگری چون «ضوابط اسلامی» و «معیارهای اسلام» که به‌نوعی معنای ابزاری بودن از ترکیب واژگانی آن‌ها برداشت می‌شود. با این حال، با توجه به معنا و کارکرد این مفاهیم،

باید گفت که اطلاق هنجار به‌عنوان مجموعه‌ای از بایدها و نبایدها بر مفاد آن‌ها خالی از مسامحه نیست. در مقابل، اصطلاحاتی چون «احکام مذهب رسمی کشور»، «قوانین اسلام» و «قوانین و مقررات اسلامی» خود غایت بوده و هم‌معنی با احکام اسلام‌اند؛ با این تفاوت که گفته شود، «قوانین اسلام» احکام کلی اسلام و «مقررات اسلامی» احکام جزیی آن است. بی‌شک اطلاق هنجار برتر بر مفاد این مفاهیم با وصفی که گذشت، کاملاً صحیح است.

نتیجه‌گیری

از آنچه گذشت، نتایج زیر حاصل می‌شود:

الف) موازین اسلامی در قانون اساسی ارزش روشی در قانونگذاری و نظارت بر آن دارد و مسامحتاً به آن هنجار گفته می‌شود، درحالی‌که احکام اسلام خود غایت است، از دست‌یازی قانونگذار مصون بوده و هنجار دینی برتر است.

ب) موازین اسلامی هنجاری است که بین احکام اسلام (احکام شرعی) و هنجارهای حقوقی (احکام حکومتی) واسط است و رابطه‌ی مادی و محتوایی بین هنجارهای آن دو را تضمین می‌کند.

ج) احکام اسلام همان احکام شرعی ثابت است و موازین اسلامی را می‌توان از این نظر، همان شاخص‌های عمومی شهید صدر برای صدور احکام منطقةالفراغ دانست.

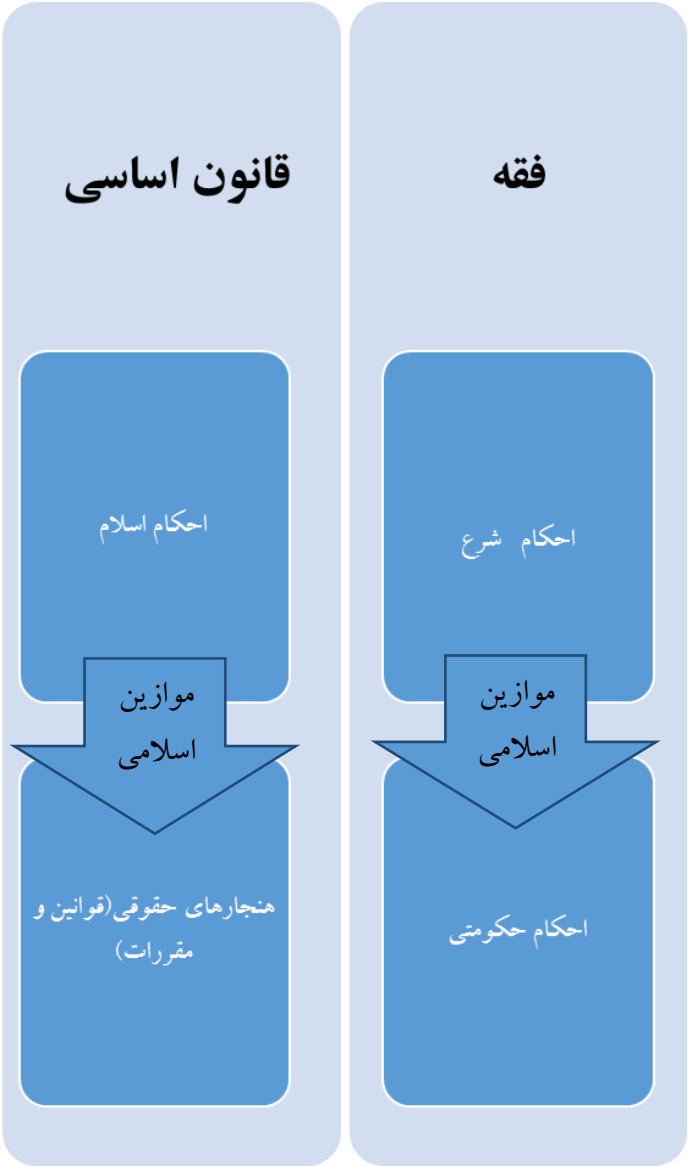
د) در قانون اساسی جمهوری اسلامی، واژگان «موازین شرع»، «موازین فقهی»، «موازین عدل اسلامی»، «ضوابط اسلامی» و «معیارهای اسلام» با «موازین اسلامی» هم‌معنی است و در مقابل، «احکام مذهب رسمی کشور»، «قوانین اسلام» و «قوانین و مقررات اسلامی» با «احکام اسلام» مترادف‌اند.

ه) مصادیق موازین اسلامی در فقه امامیه همچنان خالی از اجمال نیست و لازم است فقها به تبیین بیشتر شاخص‌های آن همت گمارند.

و) لازم است تمامی نهادهای قانونگذار و مقرره‌گذار در نظام جمهوری اسلامی، براساس مفاد موازین اسلامی به تولید هنجار حقوقی اقدام کنند.

ز) لازم است فقهای شورای نگهبان در به‌کارگیری این واژگان در نظرهای خود، دقت بیشتری به خرج دهند و رویه‌ی واحدی را برگزینند. ارائه‌ی نظر تفسیری شورا مبتنی بر آنچه بیان شد، به این امر کمک شایانی خواهد کرد.

شکل زیر بیانگر مفهوم برگزیده‌ی این مقاله از موازین اسلامی در فقه و قانون اساسی می‌باشد.


فقه
احکام شرع
موازین اسلامی
احکام حکومتی
قانون اساسی
احکام اسلام
موازین اسلامی
هنجارهای حقوقی(قوانین و مقررات)

یادداشت‌ها

۱. در این پژوهش، تنها اصطلاح موازین اسلامی موضوع بررسی است، ولی هرچه در مورد معنای این اصطلاح گفته می‌شود، بر اصطلاح موازین اسلام نیز قابل صدق است.

۲. برای مثال، در اصل ۱۰۵ قانون اساسی در مورد عدم تخطی تصمیمات شوراها از هنجار برتر «موازین اسلامی» ملاک «مخالف موازین اسلام» نبودن را به‌کار برده که با تعابیر دیگری چون «براساس» و «انطباق» و مانند آن برای «موازین اسلامی» متفاوت است.

۳. برای مثال، با اینکه موازین اسلامی با تعابیری نظیر «براساس»، «با رعایت»، «طبق» و «انطباق بر» همنشین شده و احکام اسلامی با تعابیری چون «مغایرت» و «عدم مغایرت» همراه شده ولی در اصل ۱۰۵، برای «موازین اسلام» تعبیر «مخالف» نبودن به‌کار رفته است. در نظرهای تفسیری نظیر نظر شماره‌ی ۲۴۳۷ مورخ ۱۳۶۳/۱۰/۱۱ یا نظر شماره‌ی ۱۹۸۳ مورخ ۱۳۶۰/۲/۸، گاه برای «موازین اسلامی» از هر دو تعبیر «مغایرت» و «انطباق» و یا «مخالفت» و «مطابقت« همزمان با هم استفاده شده است.

۴. برای نمونه ر.ک: نظر فقهای شورا به شماره‌ی ۳۳۷۶ مورخ۱۳۶۴/۲/۱۵ در «لایحه‌ی تأمین و توزیع کالا».

۵. در این نظرها، اغلب بعد از اعلام مغایرت با شرع مغایر یا غیرمنطبق با «موازین اسلامی» هم دانسته شده؛ به‌نوعی که گویی دومی نتیجه‌ی اولی است. برای نمونه، ر.ک: نظر فقهای شورا به شماره‌ی ۴۵۸۲/۲۱/۷۸ مورخ ۱۳۷۸/۲/۱۳ در «لایحه‌ی موافقت‌نامه‌ی معاضدت قضایی بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری آذربایجان».

۶. برای نمونه، نک به انتهای نظر فقهای شورا به شماره‌ی ۸۱۰۳ مورخ۱۳۶۱/۱۲/۲۶ در مورد «لایحه بودجه سال۱۳۶۲ کل کشور» و یا نظر شماره‌ی ۸۳۸۴ مورخ۱۳۶۲/۲/۶ درباره «لایحه قانونی راجع به واگذاری اراضی به طور عوض به مالکین اراضی متصرفی سیمان ری».

۷. برای نمونه، ر.ک: نظر شورا به شماره‌ی ۸۰/۲۱۲/۲۰۲ مورخ ۱۳۸۰/۶/۱۱ راجع به «لایحه‌ی موافقت‌نامه‌ی بین دولت جمهوری اسلامی ایران و کمیته‌ی حقوقی و مشورتی آسیایی-آفریقایی راجع به ایجاد مراکز منطقه‌ای داوری در تهران»: «۱ـچون اطلاق این لایحه شامل رژیم صهیونیستی می‌گردد و مستلزم به‌رسمیت شناختن و نفوذ آن رژیم غاصب در جمهوری اسلامی ایران است، خلاف **موازین مستنبط از مبانی اسلامی** و مغایر بند «ج» اصل(۲) و بند«۱۶» اصل (۳) و اصول (۱۵۲) و (۱۵۴) قانون اساسی می‌باشد.» یا نظر شماره‌ی ۸۰/۲۱/۲۱۰۳ مورخ ۱۳۸۰/۶/۱۱ در مورد «طرح ایجاد سازمان نظام پرستاری جمهوری اسلامی ایران»: «۲-اطلاق ماده (۲۲) از این جهت که شامل افراد غیرموثق و یا متجاهر به فسق و همچنین کسانی که تعهد به نظام جمهوری اسلامی

ندارند می‌شود، خلاف **موازین مستنبط از مبانی اسلامی** و مغایر بند «۱» اصل سوّم قانون اساسی شناخته شد.»

۸. برای نمونه، ر.ک: نظر فقهای شورا به شماره‌ی ۲۹۸۲ مورخ ۱۳۶۳/۱۲/۷: «با توجه به ضرورتی که در مورد قراردادها مرقوم داشته‌اید و با توجه به اینکه مسؤولین در عقد قراردادها مهما امکن **ضوابط و مبانی اسلامی** را رعایت می‌نمایند و مخصوصاً با توجه به نظر شریف حضرت امام مدظله، قرارداد موضوع نامه شماره ۹۲۴/ق مورخ ۱۳۶۳/۱۰/۲۶ مجلس شورای اسلامی از سوی فقهای شورای نگهبان نیز تأیید می‌شود.»

۹. برای نمونه، ر.ک: نظر فقهای شورا به شماره‌ی ۸۴/۳۰/۱۲۴۱۰ مورخ ۱۳۸۴/۳/۱۹ در مورد «لایحه‌ی موافقت‌نامه‌ی همکاری‌های حقوقی و قضایی در امور مدنی، تجاری، احوال شخصیه و جزایی بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت کویت».

۱۰. برای نمونه، ر.ک: بند ۶ نظر فقهای شورا به شماره‌ی ۰۱۶۱ مورخ ۱۳۶۹/۲/۱۰ در مورد «طرح قانونی ایجاد تسهیلات برای ایثارگران انقلاب اسلامی و جنگ تحمیلی».

۱۱. برای نمونه، ر.ک: بند ۳ نظر فقهای شورا به شماره‌ی ۵۱۷۳/۲۱/۷۸ مورخ ۲۸ /۱۳۷۸/۵ در مورد «طرح لزوم رسیدگی دقیق به شکایات داوطلبین رد صلاحیت‌شده در انتخابات مختلف».

۱۲. برای نمونه، ر.ک: نظر فقهای شورا به تاریخ ۱۳۸۱/۱۲/۶ در مورد «جزء(۱) بند «ب» تبصره (۴) لایحه‌ی بودجه‌ی سال ۱۳۸۲ کل کشور».

۱۳. برای نمونه، ر.ک: بندهای ۱، ۲ و ۳ نظر فقهای شورا به شماره‌ی ۷۰۱/۳۰/۸۱ مورخ ۱۳۸۱/۳/۲۲ نسبت به «بند ۵ مصوبات جلسات ۴۷۸ و۴۰۸ شورای عالی انقلاب فرهنگی».

۱۴. برای نمونه، ر.ک: نظر فقهای شورا به شماره‌ی ۸۲/۳۰/۳۸۷۰ مورخ ۱۳۸۲/۵/۱۸ نسبت به بند ۴ ماده‌ی ۱۱ «لایحه‌ی موافقت‌نامه‌ی اجتناب از اخذ مالیات مضاعف در مورد مالیات‌های بر درآمد و سرمایه بین دولت جمهوری اسلامی ایران و شورای فدرال سوئیس».

۱۵. برای نمونه، ر.ک: نظر فقهای شورا به شماره‌ی ۴۲۰ مورخ ۱۳۶۸/۴/۶ درباره‌ی «لایحه‌ی تشکیل دادگاه‌های کیفری ۱و۲ و شعب دیوان عالی کشور»: «در تبصره ماده (۴۲)، اطلاق مجاز بودن دادستان نسبت به تقاضای تجدیدنظر در موردی که از حقوق عمومی نباشد و شخص ذیحق ادعایی ننماید، خلاف **موازین قضای شرعی** است».

۱۶. برای نمونه، ر.ک: نظر فقهای شورا به شماره‌ی ۱۰۵۱ مورخ ۱۳۶۸/۷/۱۳ در مورد «طرح نحوه‌ی رسیدگی به مسائل قضایی مربوط به نمایندگان مجلس».

۱۷. برای نمونه، ر.ک: نظر فقهای شورا به شماره‌ی ۴۴۵۳ مورخ ۶۰/۱۲/۲۹ در مورد «طرح اراضی شهری»: «با توجه به اینکه حضرت امام خمینی مدظله‌العالی تشخیص ضرورت‌های اجتماعی و

تصویب قوانین را در این‌گونه موارد از طرف مجلس شورای اسلامی مجاز دانسته‌اند، لذا مواد مصوبه در لایحه مذکور مغایر موازین اسلامی شناخته نشد».

۱۸. در این‌گونه نظرها، فقهای شورا به حکم امام در تاریخ ۱۳۶۰/۶/۱۹ در پاسخ به رئیس مجلس استناد کرده‌اند که در آن، فرموده‌اند: «آنچه در حفظ نظام جمهوری اسلامی دخالت دارد که فعل یا ترک آن موجب اختلال نظام می‌شود و آنچه ضرورت دارد که ترک یا فعل آن مستلزم فسادست و آنچه فعل یا ترک مستلزم حرج است، پس از تشخیص موضوع به‌وسیله اکثریت وکلای مجلس شورای اسلامی با تصریح موقت بودن آن مادام که موضوع محقق است و پس از رفع موضوع خود به خود لغو می‌شود، مجازاند در تصویب و اجرای آن. و باید تصریح شود که هر یک از متصدیان اجرا که از حدود مقرر تجاوز نمود مجرم شناخته می‌شود و تعقیب قانونی و تعریز شرعی می‌شود» (خمینی، ۱۳۹۰، ج۱۵: ۲۹۷). با این حال، این حکم به‌عنوان حکمی حکومتی مستقیماً مستند اظهار نظر فقهای این شورا در رد مصوبات قرار نگرفته و ازاین‌رو نمی‌توان با استناد به این نظرهای فقهای شورا، مدعی شد از منظر ایشان این حکم به‌عنوان حکمی حکومتی خود جزیی از موازین اسلامی است.

۱۹. برای نمونه، ر.ک: نظر فقهای شورا به شماره‌ی ۸۲/۳۰/۵۶۵۴ مورخ ۱۳۸۲/۸/۲۶ «طرح محدودیت توقیف مطبوعات».

۲۰. برای نمونه، ر.ک: نظر فقهای شورا به شماره‌ی ۸۰/۲۱/۲۷۱۵ مورخ ۱۳۸۰/۸/۱۹ راجع به «طرح ماده (۱۸۷) قانون برنامه‌ی سوم توسعه‌ی اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران».

۲۱. برای نمونه، ر.ک: نظر فقهای شورا به شماره‌ی ۸۳/۳۰/۷۵۱۶ مورخ ۱۳۸۳/۳/۹ «طرح نحوه‌ی انجام فعالیت‌های تشکل‌های دانشجوئی و دانشگاهی».

۲۲. برای نمونه، نک به نظر فقهای شورا به شماره‌ی ۸۰/۲۱/۲۴۲۵ مورخ ۱۳۸۰/۷/۲۸ در مورد «طرح اختصاص درصدی از درآمد حاصله از پخش مسابقات ورزشی توسط صدا و سیمای جمهوری اسلامی ایران به فدراسیون‌های ورزشی».

۲۳. برای نمونه، ر.ک: نظر فقهای شورا به شماره‌ی ۸۱/۳۰/۱۳۲۷ مورخ ۸۱/۵/۲۲ در مورد «طرح ساماندهی بهداشت و درمان براساس اصل سوم، بیست‌ونهم و چهل‌وسوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران».

۲۴. برای نمونه، ر.ک: نظر فقهای شورا به شماره‌ی ۴۹۱۱/۲۱/۷۸ مورخ ۱۳۷۸/۴/۸ در مورد «لایحه‌ی آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی».

۲۵. برای نمونه، ر.ک: نظر فقهای شورا به شماره‌ی ۵۸۵۸/۲۱/۷۸ مورخ ۱۳۷۸/۹/۳۰ در مورد «لایحه‌ی برنامه‌ی سوم توسعه‌ی اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران».

۲۶. برای نمونه، ر.ک: نظر فقهای شورا به شماره‌ی ۸۱/۳۰/۶۰۲ مورخ ۱۳۸۱/۳/۷ در مورد «لایحه‌ی تشکیل سازمان صنایع هوایی نیروهای مسلح».

۲۷. برای نمونه، ر.ک: نظر فقهای شورا به شماره‌ی ۱۴۴۶/۲۱/۷۵ مورخ ۱۳۷۵/۱۱/۲۸ در مورد «لایحه‌ی الحاق یک بند و یک تبصره به ماده‌ی ۱ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه مصوب ۱۳۶۳».

۲۸. برخی قواعد فقهی را همان احکام کلی الهی می‌دانند که مبتنی بر آن، عنوان احکام اسلام بر آن‌ها قابل اطلاق است (برای دیدن معنای دقیق، ر.ک: مکارم، ۱۳۷۰، ج۱: ۲۴؛ محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج۱: ۳).

۲۹. این نظر نویسندگان(پروین و درویش متولی)، با نظری که پیش از این از آنها بیان شد، متفاوت است.

۳۰. ر.ک: یادداشت شماره‌ی ۱۸.

۳۱. در مورد تفاوت حکم شرعی، اعم از اولی و ثانوی، با حکم حکومتی در اندیشه‌ی برخی از فقهایی که نام آنان برده شد، برای نمونه، ر.ک: صافی، ۱۴۱۲ق: ۲۰؛ یا مکارم، ۱۴۲۵ق: ۴۹۶.

۳۲. در این نظر، هرچند به‌درستی بر تفاوت میان احکام اسلام با احکام حکومتی اشاره شده، با این حال، نسبت مادی (محتوایی) بین آن دو نادیده و در نتیجه، نتایج اشتباهی از آن گرفته شده است، این در حالی است که احکام حکومتی از نظر مفاد برگرفته از همان احکام شرع‌اند.

۳۳. این تفاوت‌ها را می‌توان در مرجع وضع که اولی شارع و دومی حاکم است؛ در فتوا بودن یکی و حکم بودن دیگری، در ثابت بودن اولی و متغیر بودن دومی و بسیاری دیگر از این موارد دانست.

۳۴. بنابر آنچه گفته شد و به موجب اصل ۴، شورای نگهبان نه تنها درخصوص قوانین و مقررات مجلس، بلکه نسبت به سایر هنجارهای حقوقی مجرا در نظام جمهوری اسلامی نیز صلاحیت این تشخیص را دارد و حتی شمول آن بر احکام حکومتی مستقیم صادرشده از سوی ولی‌فقیه نیز قابل بررسی است، هرچند در عمل نظارتی بر مصوبات بسیاری از نهادها و شوراهای عالی از نظر ابتنا بر موازین اسلامی نمی‌شود.

منابع و مآخذ

ابن‌سیده، علی‌بن‌اسماعیل (بی‌تا)، **المحکم و المحیط الأعظم**، بیروت: دارالکتب العلمیهٔ، چ اول، ج۹.

اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۴)، **صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران**، تهران: چاپخانه‌ی مجلس شورای اسلامی با همکاری سازمان انتشارات انقلاب اسلامی، چ اول، ج۱و۳.

ازهری، محمدبن‌احمد (بی‌تا)، **تهذیب‌اللغهٔ**، بیروت: دارإحیاء التراث العربی، چ اول، ج۱۳.

آخوند خراسانی، محمدکاظم‌بن‌حسین (۱۴۰۶ق)، **حاشیهٔ المکاسب**، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چ اول.

آشتیانی، محمدحسن‌بن‌جعفر (۱۴۲۵ق)، **کتاب القضاء**، قم: زهیر، چ اول.

بهشتی، محمد (۱۳۸۶)، **بانکداری، ربا و قوانین مالی اسلام**، تهران: بقعه، چ اول.

بهشتی، محمد؛ باهنر، محمدجواد؛ گلزاده، علی (۱۳۹۰)، **شناخت اسلام**، تهران: بقعه، چ دوم.

پروین، خیرالله؛ درویش متولی، میثم (۱۳۹۲)، «مأخذ شریعت ناظر در نظام تقنینی جمهوری اسلامی ایران»، **حکومت اسلامی**، ش۶۷، صص ۱۱۵– ۱۳۶.

پروین، خیرالله (۱۳۸۷)، «اختیارات و محدودیت‌های مجلس شورای اسلامی در امر قانونگذاری»، **حقوق اساسی**، ش۱۰، صص۱۹– ۳۸.

جوادی آملی، عبدالله (۱۴۱۲ق)، «حکم الحکومهٔ و الحکم الثانوی»، لبنان: **بقیهٔالله**، ش۷، صص۳۵–۳۸.

جوان‌آراسته، حسین (۱۳۸۲)، «قانون اساسی، مبانی حاکمیت دینی در قانونگذاری (بررسی اصول دوم و چهارم)»، **حکومت اسلامی**، ش۲۸، صص۷۲–۱۰۵.

حرعاملی، محمدبن‌حسن (۱۴۰۹ق)، **وسائل‌الشیعهٔ**، قم: آل‌البیت (ع)، چ اول.

خامنه‌ای، سید محمد (۱۳۶۹)، «اصل چهارم قانون اساسی»، **کانون وکلا**، ش۱۵۲و۱۵۳، صص۷–۴۲.

خمینی، سید روح‌الله (۱۳۹۰)، **صحیفه نور**، تهران: مؤسسه‌ی تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره)، ج۵و۱۵.

خمینی، سید روح‌الله (۱۴۲۳ق)، **ولایت فقیه**، تهران: مؤسسه‌ی تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره)، چ دوازدهم.

دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۸۵)، **فرهنگ متوسط دهخدا**، تهران: دانشگاه تهران، چ اول، ج۲.

رشتی، میرزا حبیب‌الله (۱۴۰۱ق)، **کتاب القضاء**، قم: دارالقرآن الکریم، چ اول.
رشتی، میرزا حبیب‌الله (بی‌تا)، **کتاب الغصب**، بی‌جا.
سبحانی، جعفر (۱۴۰۲ق)، **مفاهیم القرآن، معالم النبوة فی القرآن الکریم**، اصفهان: مکتبة الامام امیرالمؤمنین(ع)، ج۳.
صافی گلپایگانی، لطف‌الله (۱۴۱۲ق)، **الاحکام الشرعیة ثابتة لاتتغیر**، قم: دارالقرآن الکریم، چ اول.
صدر، سید محمدباقر (۱۴۰۳ق)، «صورة عن اقتصاد المجتمع الاسلامی»، **الاسلام یقود الحیاة**، تهران: وزارة الارشاد الاسلامی، چ دوم.
صدر، سید محمدباقر (۱۴۲۴ق)، **اقتصادنا**، قم: مرکز الابحاث و الدراسات التخصصیة للشهید الصدر، چ اول.
صدر، سید محمدباقر (۱۴۲۸ق)، **ومضات، مجموعة من مقالات و محاضرات و وثائق**، قم: مرکز الابحاث و الدراسات التخصصیة للشهید الصدر، چ اول.
عمید، حسن (۱۳۸۹)، **فرهنگ فارسی عمید**، تهران: راه رشد، چ اول.
عمید زنجانی، عباسعلی (۱۴۲۱ق)، **فقه سیاسی**، تهران: امیرکبیر، چ چهارم، ج۱.
فراهیدی، خلیل‌بن‌احمد (بی‌تا)، **کتاب العین**، قم: هجرت، چ دوم، ج۷.
کدیور، محسن (۱۳۸۲)، «شرع شورای نگهبان در برابر قانون مجلس»، **بازتاب اندیشه**، ش۴۳، صص ۵۵-۶۲.
محقق داماد، مصطفی (۱۴۰۶ق)، **قواعد فقه**، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چ دوازدهم، ج۱.
مرتضوی، سید ضیاء (۱۳۸۶)، «مبانی کلی فقهی حجاب و مسؤولیت دولت اسلامی»، **فقه**، ش۵۲، صص۱۲-۵۲.
مطهری، مرتضی (۱۳۸۱)، **امامت و رهبری**، تهران: صدرا، چ بیست‌وهفتم.
مطهری، مرتضی (۱۳۹۱)، **آینده انقلاب اسلامی ایران**، تهران: صدرا، چ سی‌وپنجم.
معین، محمد (۱۳۸۸)، **فرهنگ فارسی**، تهران: امیرکبیر، چ بیست وپنجم، ج۴.
مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۰)، **القواعد الفقهیة**، قم: مدرسة الإمام علی‌بن‌أبیطالب(ع)، چ سوم، ج۱.
مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۵ق)، **أنوار الفقاهة**، قم: مدرسة الإمام علی‌بن‌أبیطالب (ع)، چ اول.
نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام**، بیروت: دارإحیاء التراث العربی، چ هفتم، ج۴۰.
هاشمی رفسنجانی، اکبر (۱۳۸۳)، «شکاف انتظار شریعت و اقتضای واقعیت در حکومتداری ایران امروز»، **راهبرد**، ش۳۲، صص ۹-۳۲.

دوفصلنامه دانش حقوق عمومی/ سال چهارم، بهار و تابستان ۱۳۹۴، شماره ۱۱، صفحات ۲۵ تا ۴۶

صلاحیت قضایی کیفرگذاریِ مبتنی بر منابع اسلامی در پرتو اصول قانونِ اساسی و قوانین عادی

روح‌الله اکرمی*

استادیار دانشکده‌ی حقوق دانشگاه قم، قم، ایران

دریافت: ۱۳۹۴/۱/۲۰ پذیرش: ۱۳۹۴/۴/۵

چکیده

خلأ قانونی در کلیه‌ی نظام‌های حقوق موضوعه امری کاملاً عادی و قابل تصور است که بر قانونگذار فرض است راهکاری برای این موارد بیندیشد. قانونگذار اساسی در اصل ۱۶۷ منابع و فتاوای معتبر اسلامی را به‌عنوان مرجع قابل استناد قضات شناسایی کرده است. با وجود این، در شمول این قاعده در دعاوی کیفری، به‌خصوص موضوع مهم تعیین مجازات اختلاف نظر شدیدی وجود دارد. انعکاس مفاد اصل ۱۶۷ در برخی از قوانین عادی مصوب مجلس شورای اسلامی و تأیید مفاد آن‌ها از سوی شورای نگهبان، به‌عنوان مفسر قانون اساسی، در کنار شیوه‌ی بیان الفاظ در اصل ۱۶۷ و پیشینه‌ی تقنینی این اصل، همگی بر تقویت دکترینی دلالت دارد که قائل به تعمیم قاعده‌ی مورد بحث به امور جزایی و از جمله موضوع کیفرگذاری است.

در مقاله‌ی حاضر با بررسی دلایل اندیشه‌ی مذکور، قلمرو اجرایی آن با لحاظ تحولات اخیر صورت‌گرفته در قانون مجازات اسلامی، منصرف از مجازات تعزیری که اتفاقاً سهم عمده‌ی سیاهه‌ی کیفری را نیز به خود اختصاص می‌دهند، دانسته شد.

کلیدواژه‌ها: اصل ۱۶۷ قانون اساسی، اصل قانونی بودن مجازات، خلأ قانونی، کیفرگذاری، منابع معتبر اسلامی.

***E-mail:** R.akrami@qom.ac.ir

مقدمه

با پیروزی انقلاب اسلامی، نهضت اسلامی‌سازی قوانین مورد اهتمام ویژه قرار گرفت. اصل ۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به‌صراحت ضرورت ابتنای کلیه‌ی قوانین و مقررات را بر موازین اسلامی مورد تأکید قرار داده، و در بیانی منحصربه‌فرد، حاکمیت این اصل را بر اطلاق یا عموم همه‌ی اصول و مقررات دیگر تصریح کرده است. با وجود این، نظر بر آنکه در دوران قبل از انقلاب، مقررات کیفری فاصله‌ی بیشتری از موازین اسلامی، در مقایسه با سایر قوانین مهم دیگر چون قانون مدنی داشته‌اند، تحولات رخ‌داده، ساحت مزبور را بیش از هر عرصه‌ی دیگر متأثر ساخت. تعجیل در تصویب قوانین کیفری متعدد در شورای انقلاب جمهوری اسلامی و پس از آن مجلس شورای اسلامی، گواه بر این مدعاست. روند مزبور به‌گونه‌ای بود که ظرف همان چند سال اولیه‌ی پس از پیروزی انقلاب، یعنی در نهایت تا سال ۱۳۶۲، کلیه‌ی قوانین جزایی ماهوی، چه در بخش مقررات عمومی، و چه در بخش‌های اختصاصی بازنگری و تصویب شدند.

به‌رغم تلاش‌های مذکور، واقعیت آن است که تدوین احکام فقهی در قالب قانون، به‌صورت جامع، دقیق و گویا، مسئله‌ای بس دشوار است، که جز با داشتن فرصت و تخصص کافی، آن هم در پرتو اقدام کارشناسی جمعی، میسر نخواهد بود. فوریت اسلامی‌سازی قوانین، در کنار دشواری ذاتی انجام چنین رسالتی، به‌طور طبیعی وجود نقص در قوانین را متصور می‌نمود. ازاین‌رو، قانونگذار اساسی در اصل ۱۶۷ درصدد ارائه‌ی راهکاری برای احتراز از پیامدهای مزبور برآمد و منابع و فتاوای معتبر اسلامی را به‌عنوان مرجعی در حالات سکوت، نقص، اجمال و تعارض قوانین مدون پیش‌بینی کرد. مطابق این اصل «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 بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد».

یکی از مهم‌ترین مسائل مطرح در راستای تفسیر اصل ۱۶۷ ناظر بر این موضوع بود که آیا اصل مذکور می‌تواند مستمسکی برای مراجعه به منابع اسلامی و فتاوای فقهی از سوی قضات به‌منظور تعیین مجازات رفتارهایی قرار گیرد که قوانین نسبت به مجرمانه بودن آن‌ها سکوت کرده‌اند؟ از یک سو عموم الفاظ عبارات در اصل ۱۶۷، به‌نحوی بود که کلیه‌ی دعاوی کیفری و غیرکیفری را در برمی‌گرفت؛ از سوی دیگر، بیم خدشه‌دار شدن حقوق و آزادی‌های شهروندی در پرتو ارجاع قضات نه چندان فقه‌آشنا به منابعی اغلب به زبان عربی و ورای قانون وجود

داشت، اموری که سبب شدند تا دکترین حقوقی در تفسیر اصل ۱۶۷، از نظر شمول بر امور جزایی، دچار تشتت و تهافت شود و به پیدایی نظریات مختلفی در این زمینه بینجامد.

برخی برای احتراز از اعطای اختیار جرم‌انگاری به مراجع قضایی، به شیوه‌ای افراط‌گونه، شمول اصلِ ۱۶۷ نسبت به حوزه‌ی کیفری را نفی کردند و سایرین ضمن پذیرش قابلیت اجرایی این اصل در حقوق کیفری، خود به دو دسته تقسیم شدند؛ عده‌ای قلمرو جرم‌انگاری و کیفرگذاری را از این قاعده‌ی عام مستثنا کردند، و گروهی دیگر در مطلق مسائل کیفری، هرچند به تعیین مجازات منتج شود، قضات را در رجوع به منابع فقهی مجاز دانستند.

ارائه‌ی تصویری دقیق از موقعیت منابع فقهی در عرصه‌ی کیفری مستلزم کشف اراده‌ی واضع قانون اساسی، و تدقیق در نگرش شورای نگهبان، به‌عنوان مفسر این قانون، در برخورد با مصوبات مجلس شورای اسلامی است. در این زمینه، قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، به‌عنوان آخرین قانون کیفری مادر، متضمن نکاتی بس مهم، در واکاوی نظرگاه شورای نگهبان نسبت به این مقوله است.

ازاین‌رو، در مقاله‌ی حاضر ضمن تبیین چارچوب مورد بحث (بند ۱)، رویکردی که منابع و فتاوای معتبر اسلامی را به‌عنوان یکی از منابع حقوق کیفری قلمداد می‌کند، بررسی شده است (بند ۲). در ادامه امکان استناد قضات به منابع مزبور جهت حکم به کیفر، به تفکیک انواع مجازات، از بعد نظری و عملی مطالعه (بند ۳) و در نهایت، شناسایی چنین صلاحیتی برای قضات نقد شده است (بند ۴).

۱. تبیین موضوع

در تحریر محل نزاع مورد بحث در این مقاله بیان نکاتی ضرورت دارد:

نکته‌ی اول. اینکه بی‌تردید فقه اسلامی مهم‌ترین منبع تقنین در امور کیفری است فارغ از اینکه قانونگذار در تدوین مقررات کیفری از مصادر فقهی، مستقیم یا غیرمستقیم، استفاده کرده باشد. در بسیاری از موارد مفاد قانون ترجمه‌ی عبارات فقهی‌اند، و کسی در این زمینه تردید ندارد. اما این سؤال مطرح است که آیا قاضی در مقام تشخیص حکم، به‌خصوص در زمینه‌ی تعیین مجازات، و نه صرفاً احراز موضوع[1] نیز می‌تواند به آن‌ها استناد کند.

نکته‌ی دوم. این مسئله که به‌طور کلی منابع و فتاوای معتبر فقهی در عداد منابع قضایی اصلی در حقوق کیفری بوده، مسلم و انکارناپذیر است. اینکه برخی حقوقدانان بر این باورند اصل ۱۶۷ قانون اساسی که در مقام الزام محاکم به اصدار رأی وفق منابع فقهی در حالات چهارگانه‌ی سکوت، نقص، اجمال و تعارض قوانین مدون است، شامل دعاوی جزایی نیست و

به سایر حوزه‌های حقوقی نظر دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۲۱۸ و ۱۳۷۷، ج۲: ۴۱۶؛ محقق داماد، ۱۳۸۶: ۳۸؛ هاشمی، ۱۳۸۰، ج۲: ۴۰۴؛ آخوندی، ۱۳۸۰، ج۱: ۱۱۷؛ گلدوزیان، ۱۳۸۳، ج۱: ۱۶۱؛ حبیب‌زاده، بی‌تا: ۱۴۰)؛ قابل پذیرش نبوده و دلایل اقامه‌شده‌ی ایشان قابل مناقشه است.

این دسته برای تقویت موضع خویش دلایلی چند اقامه کرده‌اند که نظریه‌ی مورد ادعا را اثبات نمی‌کنند:

مهم‌ترین دلیل ایشان تخصیص اصل ۱۶۷ قانون اساسی در اثر تعارض با اصل قانونی بودن جرم و مجازات، به شرح منعکس در اصل ۳۶ است؛ چه مطابق اصل اخیر «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد». ازاین‌رو بیان شده «جمع دو اصل بدین گونه است که حکم عام اصل ۱۶۷ در اثر حکم خاص اصل ۳۶ در امور کیفری، مخصوص به مواردی شود که دادگاه حکم به مجازات نمی‌دهد» (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۲۱۹؛ و ۱۳۷۷، ج۲: ۴۱۶)، چه عمل به عام قبل از تفحص برای مخصص جایز نیست، لذا اصولی مانند اصل ۳۶، اصل ۱۶۷ را از عمومیت خارج می‌کند و آن را به امور حقوقی اختصاص می‌دهد (محقق داماد، ۱۳۸۶: ۳۸؛ حبیب‌زاده، بی‌تا: ۱۴۰). اینکه آیا اصل ۳۶ قانون اساسی می‌تواند عموم اصل ۱۶۷ را تخصیص بزند یا خیر، بررسی خواهد شد. لکن نکته‌ی مهم آن است که حتی بر فرض پذیرش چنین استدلالی، در نهایت می‌توان به عدم استنادپذیری فقه در عرصه‌ی جرم‌انگاری نظر داد، نه آنکه به منبع نبودن مصادر فقهی در کلیت قلمرو کیفری قائل شد، زیرا دلیل اخص از مدعاست. اختصاص اصل ۱۶۷ به حوزه‌ی غیرکیفری صرفاً در صورتی قابل طرح بود که تنها موضوع قلمرو جزا به مسئله‌ی جرم‌انگاری محدود شود، زیرا اصل ۳۶ تنها بر ضرورت ابتنای جرم‌انگاری و تعیین مجازات بر قانون دلالت دارد. این در حالی است که مسائل کیفری شامل موارد دیگری جز مسئله‌ی جرم‌انگاری نیز خواهند شد، در این صورت اصل ۳۶ قابلیت تحدیدِ امکانِ استناد به اصل ۱۶۷ در چنین مواردی را ندارد. به‌طور نمونه، استناد به منابع فقهی در یافتن اَحکام فاقد صبغه‌ی جرم‌انگاری، مطابق اصل ۱۶۷، امری جایز و بلکه ضروری است، مثلاً مسئله‌ی جواز یا ممنوعیت پیوند عضو قصاص‌شده توسط جانی در مقررات کیفری تصریح نشده است، ازاین‌رو در صورت اختلاف جانی و مجنی‌علیه در این زمینه، دادگاه مکلف است وفق منابع فقهی تعیین تکلیف کند. همچنین اینکه آیا جنایت بر شخص مبتلای به مرگ مغزی، حکم جنایت بر انسان زنده و یا میت را دارد، قانون مدون تصریحی ندارد، و لذا استناد به منابع فقهی در این موارد راهگشاست. گاه در برخی از مقررات کیفری موضوعاتی بیان شده، که تشخیص آن‌ها در گرو مراجعه به منابع فقهی است؛ تشخیص مفاهیمی چون کافر ذمی، مستأمن و معاهد در ماده‌ی ۳۱۰، تعزیر منصوص شرعی در تبصره‌ی

۲ مادهی ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در زمرهی چنین مواردی هستند.

به نظر توجه در ایراد اخیر موجب شده برخی، فتاوای فقهی را در زمرهی منابع حقوق کیفری بدانند، بدون آنکه تعیین مجازات براساس آنها را تجویز کنند (سپهوند، ۱۳۸۶: ۲۳؛ شامبیاتی، ۱۳۹۳، ج۲: ۳۲-۳۳؛ اردبیلی، ۱۳۹۲، ج۱: ۲۰۳-۲۰۴).[۲]

دلیل دومی که بر آن احتجاج شده، در لحاظ توالی عملی منبع دانستن مصادر و فتاوای فقهی در امور کیفری است، به این معنا که شمول اصل ۱۶۷ به دعاوی کیفری با توجه به اختلاف نظر فقها در فتوا، مستلزم صدور آرای نامشابه یا نابرابر و بر خلاف مصلحت نظام قضایی و حقوق فردی بوده (هاشمی و کوشا، ۱۳۸۰: ۹۴ و ۷۳)، و از طرفی چون اغلب منابع فقهی به زبان عربی هستند، شناسایی جواز رجوع به فقه در دعاوی کیفری، مستلزم الزام افراد به یادگیری عربی است که تکلیفی مالایطاق محسوب میشود و از نظر اقتصادی نیز سبب بیرغبتی اشخاص به سرمایهگذاریهای سازنده خواهد شد (حبیبزاده، ۱۳۷۷: ۳۲-۳۳). در نقد این استدلال نیز باید گفت اولاً غایت تفسیر قانون کشف ارادهی مقنن است، اگر نظر قانونگذار با مصالح نیز مطابقت نداشته و متضمن اشکالاتی در عمل باشد، نباید انتقاد به قانون، که از سوی اهل فن امری جایز و بلکه لازم است، با تفسیر آن خلط شود و با اجتهاد در مقابل نص، موضع مطلوب از دیدگاه خویش را به قانونگذار منتسب کنیم. ثانیاً ایراد وجود فتاوی متفاوت در منابع فقهی هم در مسائل کیفری و هم در موضوعات غیرکیفری قابل تصور است، ازاینرو انصراف اصل ۱۶۷ از حقوق کیفری و اختصاص آن به قلمرو غیرجزایی با مبنای اتخاذشدهی ایشان سازگاری ندارد، و مشخص نیست چرا همین ایراد را در این قسمت وارد نکردهاند؛ ثالثاً از آنجا که تجویز رجوع به منابع فقهی وفق اصل ۱۶۷ در وضعیت خلأ قانونی پذیرفته شده است، قائلان به انصراف اصل ۱۶۷ از دعاوی کیفری مشخص نکردهاند که قضات در حالات سکوت، نقص، اجمال و تعارض قوانین مدون چگونه باید عمل کنند؟ آیا عدم تعیین تکلیف برای قضات که میتواند زمینهی بروز سلایق مختلف و ظهور عقاید شخصی را فراهم کند، مناسبتر است یا اینکه قضات را به منابع معتبر فقهی ارجاع دهیم که اختلاف موردی آنها هرگز آثار وضعیت نخست را در پی نخواهد داشت؟

۲. تبیین دکترین حقوقی قائل به منبع بودن مصادر فقهی در نظام کیفری

با توضیحات پیشگفته مشخص میشود، دکترینی که قائل به شمول اصل ۱۶۷ قانون اساسی در قلمرو جزایی است، از صلابت و اتقان برخوردار است؛ دیدگاهی که منابع معتبر اسلامی و فتاوای فقهی را در زمرهی مصادر الزامی و اصلی نظام کیفری جمهوری اسلامی

ایران می‌داند (نوربها، ۱۳۹۱: ۳۱؛ صادقی، ۱۳۸۰: ۲۰-۲۱؛ سپهوند، ۱۳۸۶: ۲۳؛ قیاسی و دیگران، ۱۳۸۰، ج۱: ۳۵-۳۶).

دلایل متعددی بر این نظرگاه قابل استناد است و می‌توان در تأیید آن از کلیه‌ی روش‌های تفسیر حقوقی بهره جست. از منظر تفسیر لفظی و ادبی باید گفت عموم اصل ۱۶۷ قانون اساسی مقتضی تعمیم اصل به دعاوی کیفری است، دلالت عبارت عام «هر دعوا» در اصل ۱۶۷ بر کلیه‌ی دعاوی قوی‌ترین دلیل بر منحصر نبودن مفاد اصل ۱۶۷ به دعاوی غیرکیفری است. با فرض تردید در مسئله، هرچند به‌دلیل عموم الفاظ قانون قابل اعتنا نیز نیست، می‌توان سراغ روش تفسیر منطقی و غایی رفت. دقت در پیشینه‌ی تقنینی اصل ۱۶۷ حکایت از اراده‌ی قانونگذار اساسی بر الزام قضات به منابع فقهی در حالت فقدان یا نقص قوانین مدون در دعاوی کیفری دارد. توضیح آنکه پیش‌نویس اصل ۱۶۷ بدین صورت تدوین شده بود: «در مواردی که قاضی نتواند حکم دعاوی حقوق را در قوانین موضوعه بیابد، باید با الهام از قواعد شرع، عرف و عادت مسلم و آنچه عدالت و مصالح عمومی اقتضا دارد حکم قضیه را صادر کند» (اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۸: ۱۹). در گروه بررسی اصول، با حذف تقیید دعاوی به وصف حقوقی، اصل بدین صورت تغییر کرد و اصلاح شد که «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را، در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد» (اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۸: ۲۵۷). اصلاحی که حکایت از اراده‌ی قانونگذار در تعمیم این اصل قانون اساسی به دعاوی جزایی دارد؛ به‌خصوص آنکه در جلسه‌ی بررسی اصل ۱۶۷ برخی از اعضا بر تصریح قانون اساسی به اصل قانونی بودن جرم و مجازات و فراخواندن دیگر اعضا به تأمل در این زمینه دعوت کرده بودند، و نمایندگان با این توجه به اصل ۱۶۷ رأی موافق دادند (اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ج۳: ۱۶۵۱).

علاوه‌بر این، مفاد اصل ۱۶۷ در بسیاری از قوانین عادی ناظر بر امور کیفری نظیر ماده‌ی ۲۸۹ قانون اصلاح موادی از قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۶۱، ماده‌ی ۲۹ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری ۱ و۲ و شعب دیوان عالی کشور در ۱۳۶۸، ماده‌ی ۸ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳، ماده‌ی ۲۱۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری به سال ۱۳۷۸ و در نهایت بند ۲ ماده‌واحده‌ی قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی به سال ۱۳۸۳ تکرار شده است؛ مسئله‌ای که از

اراده‌ی قانونگذار بر شمول اصل ۱۶۷ نسبت به امور کیفری حکایت دارد. اگرچه برخی بیان داشته‌اند چون «تصویب قانون اساسی و قانون عادی توسط دو نهاد مختلف [مجلس بررسی نهایی قانون اساسی و مجلس شورای اسلامی] صورت گرفته است، طبعاً برداشت قانونگذار عادی از قانون اساسی را نمی‌توان کاشف از اراده‌ی تصویب‌کنندگان قانون اساسی دانست» (حبیب‌زاده و قیاسی، ۱۳۸۰: ۳۶)؛ اما اولاً از این منظر که قوانین عادی مزبور توسط شورای نگهبان به تأیید رسیده‌اند، بدان معناست که مرجع مذکور، به‌عنوان مفسر قانون اساسی، قائل به تعمیم مفاد اصل ۱۶۷ به حوزه‌ی دعاوی جزایی بوده است؛ به‌گونه‌ای که نقل شده در بررسی ماده‌ی ۲۸۹ قانون اصلاح موادی از قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۶۱، به‌رغم اعلام نظر برخی از اعضای شورا مبنی بر مغایرت ماده با اصل ۳۶ قانون اساسی، اکثریت اعضای شورا ماده را مغایر قانون اساسی ندانستند (مهرپور، نگاهی به آخرین دور بررسی گزارش ایران در کمیته‌ی حقوق بشر، روزنامه‌ی اطلاعات، ش ۱۹۹۹۵– ۱۳۷۲/۶/۱۰، به نقل از: هاشمی، ۱۳۸۰، ج۲: ۴۰۵). تکرار حکم مزبور در قوانین بعدی نیز مؤید استمرار اتخاذ چنین برداشتی از قانون اساسی توسط شورای نگهبان است. ثانیاً نفس حکم قوانین عادی مزبور، صرف‌نظر از متمایز بودن واضع آن نسبت به واضع قانون اساسی، و اینکه مفاد آن انعکاسی از اصول قانون اساسی باشد یا خیر، الزام‌آور است.[۳]

حقوقدانان طرفدار دکترین شمول اصل ۱۶۷ به دعاوی کیفری، و حتی کسانی که این اصل را منصرف به امور غیرکیفری دانسته‌اند، در مواجهه با قوانین عادی، مواضع مختلفی را اتخاذ کرده‌اند؛ که در یک تقسیم‌بندی کلی می‌توان آن‌ها را به دو گروه تفکیک کرد. دسته‌ی نخست معتقدند این اصل شامل مطلق امور کیفری، حتی مقوله‌ی جرم‌انگاری و کیفرگذاری است (حبیب‌زاده و قیاسی، ۱۳۸۰: ۳۷–۳۸). کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی سابقاً نیز همین موضع را اتخاذ کرده بود (افراسیابی، ۱۳۷۴، ج۱: ۱۸۱). اداره‌ی حقوقی قوه‌ی قضاییه نیز در برخی نظرهای خویش از جمله نظر ۷/۱۹۴۸ به تاریخ ۱۳۷۹/۳/۲۹ از همین موضع حمایت کرده است (اردبیلی، ۱۳۹۲، ج۱: ۲۰۳). رویه‌ی قضایی نیز در بسیاری از موارد همین مبنا را پذیرفته و موارد متعددی مانند ارتداد (بازگیر، ۱۳۷۹، ج۲: ۲۷۸–۲۷۹)، معاونت در قتل و جرایم مستوجب حد[۴] (حبیب‌زاده و قیاسی، ۱۳۸۰: ۳۴)، حضور در مجالس لهو و لعب (پژوهشکده‌ی استخراج و مطالعات رویه‌ی قضایی، ۱۳۹۳: ۱۰۷ و ۲۱) را به استناد منابع فقهی مشمول حکم جزایی قرار داده است. حتی گاه گرایش به این موضع در بالاترین سطح آرای قضایی نیز دیده می‌شود؛ به‌طوری‌که در رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور به شماره‌ی ۵۳۰ ۱۳۶۹/۲/۳ در خصوص اختلاف مراجع قضایی از نظر لزوم طرح دعوای کیفری سرقت در

موارد گذشت شاکی، به‌صراحت با استناد به فتوای فقهی از حیث امکان تعزیر مرتکب، ارجاع پرونده را به دادگاه لازم دانسته است (ر.ک. http://rc.majlis.ir/fa/law/show/۱۰۱۴۷۵).

دسته‌ی دوم اصل ۱۶۷ را منصرف از مسئله‌ی تعیین مجازات برای رفتارهای غیرمصرح در قانون مدون دانسته‌اند. البته قائلان به موضع اخیر در محدوده‌ی کیفریِ مشمول اصل مزبور اتفاق نظر ندارند. برخی حکم قوانین عادی را ناظر بر دعوای خصوصی ناشی از جرم (گلدوزیان، ۱۳۸۳، ج۱: ۱۶۱)، و عده‌ای آن را مربوط به مقررات شکلی (آخوندی، ۱۳۸۰، ج۱: ۱۱۸) دانسته‌اند. هر دو تفسیر صورت‌گرفته جای تأمل دارد، زیرا از یک سو ظاهر عبارات قوانین عادی تخصیص‌بردار نبوده و مقید به دعاوی خصوصی ناشی از جرم نیستند، وجود عبارات عامی چون «هر قضیه» که نسبت به جنبه‌ی کیفری دعوا نیز شمول دارد، و اطلاق تعابیری مانند «حکم یا رأی دادگاه» در مواد مزبور، که اگر گفته نشود ظهور در جنبه‌ی جزایی دارد، دست‌کم مشمول اطلاق آن خواهد شد، مانع از تحدید به جنبه‌ی خصوصی دعواست. به‌خصوص آنکه مثلاً در ماده‌ی ۸ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب از الزام قضات دادگاه‌ها و دادسراهای عمومی و انقلاب در رسیدگی به شکایات براساس اصل ۱۶۷ حکم داده شده است، شکایت در ترمینولوژی حقوقی در دعاوی کیفری و نه خصوصی استعمال می‌شود. این نیز که بیان شود مقررات قانونگذار عادی به ساحت امور شکلی نظر دارد، با سیاق عبارات قانون همخوانی ندارد؛ زیرا در بسیاری از این مقررات بر ضرورت یافتن حکم هر قضیه براساس قوانین مدون و منابع فقهی تصریح شده است. «حکم قضایا» اگر مختص مسائل ماهوی نباشد، از آن تفکیک‌پذیر نیز نیست؛ مضافاً به اینکه اغلب خلأهای قانونی به مسائل ماهوی و نه شکلی برمی‌گردد، و بسیار بعید است قانونگذار اساسی در اصل ۱۶۷، و به تبعیت او قانونگذار عادی به فکر راهکاری برای خلأهای شکلی بوده، اما خلأهای موجود در مقررات ماهوی را فراموش کرده باشد. به‌ویژه آنکه همان‌طورکه برخی نیز خاطرنشان شده‌اند، «حمل اصل ۱۶۷ ق.ا. بر خصوص قوانین کیفری شکلی... «حمل قانون بر فرد نادر» است، که این‌گونه شیوه تقنین از قانونگذار حکیم بعید به‌نظر می‌رسد».(هاشمی و کوشا، ۱۳۸۰: ۷۹). برخی نیز منابع فقهی را در مطلق امور کیفری، به استثنای مسئله‌ی جرم‌انگاری، قابل استناد دانسته‌اند (سپهوند، ۱۳۸۶: ۲۳). اداره‌ی حقوقی قوه‌ی قضاییه در نظر مشورتی شماره‌ی ۷/۶۳۸۱ مورخ ۶۹/۱۲/۱۸ همین موضع را اختیار کرده است.

به‌نظر می‌رسد اختلاف اصلی طرفداران شمول اصل ۱۶۷ به موضوع جرم‌انگاری و مخالفان در نوع برخورد ایشان با رابطه‌ی میان دو اصل ۱۶۷ و ۳۶ قانون اساسی نهفته است. وفق آنچه مذکور افتاد، مخالفان معتقد به تعارض بین دو اصل مزبور و در نتیجه تخصیص عموم اصل

۱۶۷ به‌واسطه‌ی اصل ۳۶ هستند. باید گفت استفاده‌ی تعارض مبتنی بر رابطه‌ی عام و خاص میان دو اصل ۱۶۷ و ۳۶ قانون اساسی توجیه‌پذیر نیست، تا از این طریق بتوان تخصیص اصل ۱۶۷ را استنتاج کرد؛ زیرا از نظر اصولی اصل ۱۶۷ حاکم بر اصل ۳۶ است، و رابطه‌ی حکومت نافی بروز تعارض است. توضیح آنکه اصل ۳۶ حکم به مجازات را صرفاً براساس قانون جایز می‌داند، و اصل ۱۶۷ با توسعه‌ی موضوع اصل ۳۶ در حالات چهارگانه، مصداق قانون را به فتاوا و منابع معتبر اسلامی تعمیم داده و آن‌ها را به‌منزله‌ی قانون دانسته است، ازاین‌رو اصدار حکم به مجازات براساس منابع فقهی و مستند به اصل ۱۶۷ قانون اساسی، در حقیقت صدور حکم به موجب قانون تلقی می‌شود (برای دیدن استدلال موافق، ر.ک: حبیب‌زاده و قیاسی، ۱۳۸۰: ۳۹؛ هاشمی و کوشا، ۱۳۸۰: ۸۵).

۳. قابلیت استنادپذیری منابع فقهی در حکم به انواع مجازات

با تدقیق در مطالب پیش‌گفته روشن می‌شود مبانی نظریه‌ی شمول اصل ۱۶۷ نسبت به مطلق امور کیفری، به‌نحوی که موضع جرم‌انگاری را نیز شامل شود، بر سایر دیدگاه‌ها رجحان دارد. اکنون لازم است قابلیت اعمال این قاعده را در انواع مجازات، به‌تفصیل بررسی کنیم.

در این زمینه می‌توان کیفرها را در یک طبقه‌بندی کلی بر دو دسته تقسیم کرد؛ نخست کیفرهای شرعی ثابت بوده و نوع و میزان آن‌ها در نصوص شرعی تعیین شده است و قضات صرفاً مکلف‌اند مطابق آن حکم دهند و اختیاری در اعمال تغییر در آن‌ها ندارند؛ حد، قصاص و دیه در این قسم جای می‌گیرند. نقش قوانین مصوب در ارتباط با مجازات مذکور جنبه‌ی اعلامی و کشفی دارد، به‌خصوص از آن جهت که گاه ممکن است بین نصوص وارده، در خصوص مجازات معینی تفاوت مشاهده شود، و فقها حسب ضوابط جمع بین نصوص به راه‌حل‌های متفاوتی برسند، که در این میان قانونگذار باید یکی از فتاوای مبتنی بر نص را اختیار کند و جامه‌ی قانون بپوشاند. با وجود این رویه‌ی قضایی در ادوار مختلف هرگز خلأ قانونی پیرامون این مجازات را مانعی در صدور حکم محکومیت مرتکبان ندانسته است. چه اینکه محاکم قضایی اصولاً حتی در شرایط سکوت قانونی حکم به حدودی چون ارتداد، قصاص و دیه می‌دادند. آرای وحدت رویه‌ی شماره‌ی ۴۵ به سال ۱۳۶۵ در خصوص قصاص[۵] و شماره‌ی ۱۱ به تاریخ ۱۳۶۴ در مورد دیه[۶]، مهر تأییدی بر این رویه در لزوم حکم به مجازات مذکور به‌رغم فقدان حکم قانونی در زمان ارتکاب رفتار بوده است، چه وفق این رأی قاعده‌ی عطف بماسبق نشدن قوانین جزایی شامل این دسته از کیفرها نیست. اثر آرای وحدت رویه‌ی مزبور در تحولات تقنینی بعدی، از نظر محدود کردن قاعده‌ی ممنوعیت عطف به ماسبق نمودن قوانین به چارچوب

مقررات و نظامات دولتی در قوانین کیفری بعدی (مادهی ۱۱ ق.م.ا ۱۳۷۰ و مادهی۱۰ ق.م.ا ۱۳۹۲) گواهی بر شفافیت موضع نظام کیفری کشور در این عرصه است.

تردیدهایی نیز که در گذشته در جواز حکم به حدود به استناد منابع فقهی وجود داشت، با تصویب مادهی ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ رفع شد؛ چه وفق این ماده «در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده است طبق اصل یکصدوشصت‌وهفتم (۱۶۷) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران عمل می‌شود».

دستهی دوم از مجازات به کیفرهایی برمی‌گردد که کیفیت و کمیت آن دقیقاً در شرع انور اسلام تعیین نشده و به نظر حاکم واگذار شده‌اند؛ تعزیرات در این طبقه قرار دارند. قاعدهی بنیادین در تعزیرات، «التعزیر بما یراه الحاکم»، مقتضی آن است که حاکم شرعی صلاحیت تعیین تعزیر را دارد، این قاعده را فقها پذیرفته‌اند (شهید اول،۱۴۱۰ق: ۲۵۹؛ محقق ثانی، ۱۴۱۴ق: ۳۲۰)

برخی معتقدند منظور از حاکم، قاضی رسیدگی‌کننده به دعواست، بر اساس چنین برداشتی بود که شورای نگهبان در نامهی ۱۳۶۲/۱۰/۲۱، تعیین تعزیرات به شرح مندرج در لایحهی قانونی تعزیرات مصوب ۱۳۶۲ را که اختیار تعیین تعزیر را از قضات سلب می‌کرد، مغایر موازین شرعی اعلام داشت (مهرپور، ۱۳۶۸: ۳۸). قائلان به دیدگاه اخیر در پیاده‌سازی آن در شرایط فعلی نظام قضایی کشور با دو مانع مواجه بودند: نخست آنکه تفویض تعیین تعزیرات به قضات کنونی، مشکلات اجرایی متعددی مانند بروز تشتت در رویهی قضایی را به‌دنبال خواهد داشت، ازاین‌رو برخی از طرفداران نظریهی اخیر را بر آن داشت این اختیار را از جهت عنوان ثانوی، برای حکومت اسلامی قائل شوند که برای هر جرمی مجازات معینی قرار دهند، تا هرج‌ومرج از بین برود و امور قضایی دچار اختلال نگردد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق: ۱۱۴). مبنایی که در نامهی آیت‌الله یزدی، رئیس وقت کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی، به حضرت امام (ره) در آبان ۱۳۶۴ از نظر تأکید بر ضرورت تقنین در عرصهی تعزیرات مشهود بود (مهرپور، ۱۳۶۸: ۴۱).[۷] دوم اینکه اساساً مخاطب این قاعده قضات جامع شرایط اسلامی‌اند (صدر، ۱۴۲۰ق: ۳۴۹ و ۱۱۷)؛ بر این مبنا تفویض تعزیرانگاری به قضات حاضر، حتی براساس این قاعده توجیه‌پذیر نیست. حضرت امام خمینی (ره) در جریان اختلاف ناظر بر تحدید قانونی صلاحیت قضات در تعزیرات، همین ایراد را مطمح نظر داشته و فرموده بودند: «در این موقع که اکثریت قاطع متصدیان امر قضا واجد شرایط شرعیهی قضاوت نیستند، و از باب ضرورت اجازه به آنان داده شده است، حق تعیین حدود تعزیر را بدون اجازهی فقیه جامع‌الشرایط ندارند» (مهرپور، ۱۳۶۸: ۴۱). ایشان متعاقباً در پاسخ به استناد شورای نگهبان به قاعدهی «التعزیر بما یراه الحاکم» با تأکید بر عدم صدق حاکم شرعی بر

قضات مأذون کنونی فرموده بودند: «بیان آقایان فقها مبتنی بر فرض حاکم شرعی بودن قضات شاغل بالفعل است، درصورتی‌که اکثر این شاغلین شروط شرعیه‌ی قضا را ندارند و حتی به نظر من با اذن و یا نصب از جانب ولی امر نیز عنوان حاکم بودن شرعی برایشان ثابت نمی‌شود، و تصدی آنان در امور قضا فعلاً از باب أکل میته است، زیرا در صورت عدم تصدی آن‌ها، یا افراد خارج از اسلام و یا غالباً بی‌مبالات‌هایی از منتحلین به اسلام، متصدی امر قضا خواهند شد. لذا دستور دادیم که آقایان با تحدید مناسب، درجات تعزیر را حسب موارد موقتاً تعیین نمایند» (مهرپور، ۱۳۶۸: ۴۵). برخی فقهای معاصر نیز با لحاظ هر دو مانع مزبور بر لزوم ابتنای تعیین تعزیرات بر قوانین موضوعه تأکید کرده‌اند. (موسوی اردبیلی، ۱۳۹۲: ۴۶۰). با وجود این، عده‌ای دیگر اساساً معتقدند چون عبارت «**التعزیر بما یراه الحاکم**» در هیچ نص معتبری بیان نشده است (معرفت، ۱۳۶۶: ۶۹؛ محقق داماد، ۱۳۸۶: ۲۲۸)، بلکه در نصوص وارده تعزیر به نظر امام یا والی موکول شده، ازاین‌رو به‌طور کلی اختیار تعیین تعزیر در صلاحیت اختصاصی ولایت جامعه‌ی اسلامی قرار دارد (معرفت، ۱۳۶۶: ۶۹؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۱۹: ۲۰۸؛ محقق داماد، ۱۳۸۶: ۲۳۳). در همین زمینه در روایات متعدد از امام معصوم (ع) در مورد مقدار تعزیر استعلام شده است، این سؤالات حکایت از آن دارد مسئولیت این موضوع با ولی جامعه‌ی اسلامی است، و همگان می‌دانسته‌اند در این خصوص باید از ایشان سؤال شود (معرفت، ۱۳۶۶: ۷۰). در تعابیر قدما نیز تعیین تعزیر به نظر امام (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۶۹؛ ابن براج طرابلسی، ۱۴۰۶ق: ۵۵۴، ۵۳۵ و ۵۳۱)، سلطان یا سلطان اسلام (شیخ مفید، ۱۴۱۳ق: ۷۹۷؛ سید مرتضی، ۱۴۱۵: ۵۲۷؛ حلبی، ۱۴۰۳ق: ۴۱۷؛ ابن‌ادریس، ۱۴۱۰ق: ۵۳۵) و ولی‌امر (ابن‌زهره، ۱۴۱۷ق: ۴۳۵) موکول شده است. حسب این دیدگاه در نظام حقوقی ما موافق مقتضای قانون اساسی، قوه‌ی مقننه به‌عنوان یکی از ارکانِ تحت نظارت ولی‌فقیه، این امر را بر عهده دارد.

بنابر مبانی فقهی پیش‌گفته، قانونگذار در برخی از ادوارِ وضع مقررات کیفری، حکم به تعزیر را متکی بر وجود قانون مدون کرده، و برای قضات صلاحیتی در این زمینه قائل نشد. تصویب مقررات متضمن جرایم تعزیری از یک سو و مخالفت شورای نگهبان با اعطای صلاحیت تعزیرگذاری به قضات ورای وجود متون قانونی مدون از سوی دیگر در برخورد با مصوبات مجلس شورای اسلامی همه مؤید اتخاذ چنین نگرشی در نظام حقوقی کشور بوده است. به‌طور نمونه شورای نگهبان در خصوص لایحه‌ی انتخاب رئیس‌جمهور کشور جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۶۰ طی نظر شماره‌ی ۲۰۹۷ مورخ ۱۳۶۰/۴/۱۵ اظهار داشته «ماده ۶۶ که مقرر داشته مرتکبین جرایم انتخاباتی مندرج در این ماده طبق نظر حاکم شرع تعزیر

می‌شوند، به نظر اکثریت اعضا با اصل ۳۶ قانون اساسی مغایر است» (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۳: ۳). یا شورا در نظر شماره‌ی ۲۹۴۴ مورخ ۱۳۶۰/۴/۲۰ در مورد طرح قانونی الحاق دادگاه‌های انقلاب به دادگستری جمهوری اسلامی ایران اشعار داشته بود: «ذیل تبصره ۴ نیز که پس از برشمردن اعمال ضد انقلاب و آن‌ها را در صلاحیت دادگاه انقلاب قرار دادن، مقرر داشته «حکم مقتضی طبق احکام اسلام صادر می‌شود»، چون مجازات اعمال مزبور مشخصاً تعیین نشده و به قانون خاصی ارجاع نگردیده، با اصل ۳۶ قانون اساسی مغایرت دارد.» (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۳: ۳-۴).

با وجود این در برخی ادوار دیگر مجلس شورای اسلامی قوانینی وضع شده که تعزیر بزه ارتکابی به صلاحدید قاضی واگذار شده است، با این حال تأیید شورای نگهبان را نیز کسب کرده است. مواد ۲۸ و ۳۲ قانون مطبوعات مصوب ۱۳۶۴، مواد ۱۶، ۸۵، ۱۴۳، ۱۴۴، ۱۴۷، ۱۵۵، ۱۷۸ از قانون حدود و قصاص مصوب ۱۳۶۱؛ تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۵۸ قانون خدمت وظیفه‌ی عمومی مصوب ۱۳۶۳[۸]، مواد ۴۳، ۶۸، ۱۰۶، ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ در زمره‌ی مواردی هستند که قانونگذار نوع و میزان تعزیر را به نظر قاضی واگذاشته است.

وجود مقرراتی که اصل تعزیرانگاری را به نظر قاضی واگذار کرده، یا به‌رغم تصریح بر تعزیری بودن جرم، تعیین نوع و میزان آن به مراجع قضایی موکول شده است، مغایر رویه‌ی غالب قانونگذار، در معنای اعم از مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان، در ادوار مختلف بوده است، ضمن آنکه با مبنای فقهی پیش‌گفته نیز در تعارض بود. قانونگذار در آخرین قانون جامع کیفری، یعنی قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، در تحولی ستودنی ضمن تأکید بر ضرورت ابتنای تعزیرات بر قوانین مدون، مقررات سابق را نیز مورد توجه قرار داد، تا زمینه‌ی مداخله‌ی قضایی در ساحت تعزیرگذاری را منتفی کند و مصدر تعیین مجازات به قوانین مدون محدود شود. وفق ماده‌ی ۱۸ «تعزیر مجازاتی است که مشمول عنوان حد، قصاص یا دیه نیست و به موجب قانون در موارد ارتکاب محرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می‌گردد. نوع، مقدار، کیفیت اجرا و مقررات مربوط به تخفیف، تعلیق، سقوط و سایر احکام تعزیر به موجب قانون تعیین می‌شود». دلایل و مؤیداتی چند استنباط مبتنی بر ممنوعیت مراجعه‌ی قضات به منابع فقهی در راستای جرم‌انگاری رفتارهای موجب تعزیر را تقویت می‌کند.

نخست آنکه قانونگذار به‌صراحت بر اینکه تعزیر مجازاتی است که به موجب قانون تعیین و اعمال می‌شود، تأکید کرده است. ممکن است در این‌جا این شبهه مطرح شود که واژه‌ی «قانون» در ماده‌ی ۱۸ در معنایی اعم از قانون مدون، که شامل منابع فقهی نیز شود، استعمال شده است، لیکن چنین برداشتی مقرون به صواب نیست؛ چراکه اولاً سیاق نگارش قانون بیانگر

آن است که مقنن لغت مذکور را در معنای خاص قانون موضوعه به‌کار برده و هر گاه اراده‌ی منابع اسلامی را داشته، بر عبارت «شرع» تصریح کرده است؛ تقابل اصطلاحات قانون و شرع در مواد ۱۰۳ و ۵۵۹ تأییدی بر این استظهار است؛ ممکن است اشکال شود حسب مقتضای قاعده‌ی «إذا اجتمعا افترقا، و إذا افترقا اجتمعا» فقط بدین سبب که لغت «قانون» در مواد اخیرالذکر در کنار «شرع» ذکر شده است، پذیرش چنین استنباطی ممکن خواهد شد. در پاسخ به این ایراد باید گفت استقرا در مواد قانون مجازات اسلامی جدید وارد نبودن این مطلب را اثبات می‌کند، زیرا هر جا قانونگذار لغت قانون را به‌تنهایی بیان داشته، در معنای قانون مدون بوده و هر جا نظر بر منابع فقهی داشته است، از کلمه‌ی شرع استفاده کرده است، به‌گونه‌ای که قراین موجود در متن مواد مؤید آن‌اند.[۹] ثانیاً نحوه‌ی نگارش ماده‌ی ۱۸ نیز قرینه بر آن است که منظور از قانون، در معنای مشتمل بر شرع نیست، زیرا در ماده مقرر شده تعزیر مجازاتی است که به موجب قانون تعیین می‌گردد و احکام آن به موجب قانون تعیین می‌شود. نظر بر آنکه فعل جمله به زمان حال بیان شده، درحالی‌که هر جا در قانون از شرع استفاده شده، فعل به شکل ماضی نقلی نگارش یافته است، مانند آنچه در مواد ۱۵، ۴۴۸، ۴۴۹، ۵۴۹ و ۵۵۹ مشهود است. ثالثاً مراجعه به پیشینه‌ی تصویب قانون مجازات اسلامی و مذاکرات قوه‌ی قانونگذاری نیز گواه بر انصراف مفهوم واژه‌ی «قانون» از منابع فقهی است. به‌طور نمونه درحالی‌که ماده‌ی ۲ مصوبه‌ی کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس بدین شکل تنظیم شده بود: «جرم، فعل یا ترک فعلی است که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است و هیچ فعل یا ترک فعلی را نمی‌توان جرم دانست مگر آنکه در قانون برای آن مجازات در نظر گرفته شده باشد»، شورای نگهبان در نظر شماره‌ی ۸۸/۳۰/۳۷۱۳۵ مورخ ۱۳۸۸/۱۰/۲۹ چنین اشکال گرفت: «ماده (۲) از این جهت که فعل یا ترک فعلی را که شرعاً مجازات داشته باشد ولی قانون متعرض مجازات آن نشده مستوجب مجازات نمی‌داند، خلاف موازین شرع شناخته شد»؛ متعاقب ایراد مزبور فراز اخیر ماده‌ی ۲ حذف شد (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۱۹). سابقه‌ی مذکور دلیل دیگری بر آن است که در ترمینولوژی قانون مجازات اسلامی، واژه‌ی قانون دلالت بر مقررات مدون دارد و متضمن مفهومی موسع نیست.

دومین استدلال بر اینکه ماده‌ی ۱۸ اجازه‌ی تعزیرانگاری با رجوع به منابع فقهی را به مجریان قانون نداده است، این است که مقنن تعیین چارچوب احکام تعزیر را از حیث نوع، مقدار، کیفیت اجرا و سایر مقررات به حکم قانون موکول کرده است. درحالی‌که اگر بخواهیم قانون را به منبعی چون فقه تعمیم دهیم، عدم وجاهت این سخن به لحاظ آنکه از نظر فقهی تعزیرات متصف به خصیصه‌ی مقدر نبودن هستند، روشن خواهد شد، چه اینکه در منابع فقهی

نوع، میزان و کیفیت اجرای تعزیرات اصولاً معین نشده و به صلاحدید حاکم واگذار شده است، به‌گونه‌ای که به میزان حد نرسد (محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ۱۵۵ و ۱۳۶).[۱۰] از طرف دیگر چون وجه ممیزه‌ی حدود معین بودن احکام آن در منابع فقه است، بدین مناسبت ماده‌ی ۱۷ ق.م.ا. به‌جای واژه‌ی «قانون» از واژه‌ی «شرع» استفاده کرده است. مطابق این ماده «حد مجازاتی است که موجب، نوع، میزان و کیفیت اجرای آن در شرع مقدس، تعیین شده است».

در کنار ادله‌ی مورد بحث که بر لزوم مستند بودن احکام مجازات تعزیری به مقررات موضوعه تأکید می‌کنند، قانونگذار مجازات اسلامی نسبت به سلب صلاحیت تعیین تعزیر از قضات در مواردی که حسب مقررات سابق، چنین اختیاری پیش‌بینی شده بود، توجه کرده و در ماده‌ی ۶۹ به مجازات جایگزین حبس برای آن‌ها نظر داده و ضوابط این مجازات نیز در خود قانون مشخص شده است. رویکردی که نشان از آن دارد مقنن نه فقط اختیار جرم‌انگاری در ساحت تعزیرات را به محاکم تفویض نکرده، بلکه حتی تعیین حدود و ثغور مجازات تعزیری را نیز فقط براساس قانون مدون موجه دانسته است.

۴. نقد صلاحیت قضایی تعیین مجازات به استناد منابع اسلامی

همان‌طورکه در بند قبلی مذکور افتاد، قانونگذار کیفری در تحولات اخیر اختیار تعیین مجازات به استناد منابع فقهی را از قضات در عرصه‌ی مجازات شرعیِ غیرثابت، تعزیرات، سلب، و در مورد مجازات ثابت، نسبت به دو کیفر قصاص و دیه، تلاش کرده رأساً کیفرها را در مقررات تعیین کند. لیکن در زمینه‌ی حدود، ماده‌ی ۲۲۰ ق.م.ا. به‌صراحت محاکم دادگستری را در موارد سکوت قانون مکلف به رجوع به فقه کرده است؛ این موضع با نقدهای جدی مواجه است.

اولاً، بنابر اصل ۱۶۷، مستند شرعی قضات حسب اینکه مجتهد یا غیرمجتهد باشند متفاوت است. قضات مجتهد می‌بایست براساس برداشت خویش از منابع معتبر اسلامی، کتاب، سنت، عقل و اجماع، حکم قضیه را صادر کنند[۱۱]؛ و قضات غیرمجتهد باید براساس فتاوای معتبر سایر مجتهدان رسیدگی کنند.[۱۲] اشکال ناظر بر استنباط قضات مجتهد، که اتفاقاً سهم بسیار ناچیزی از مأموران قضایی مشغول به کار را به خود اختصاص می‌دهند، آن است که ضمن جمع شأن تقنین و قضا در فرد واحد، طرفین دعوا را در معرض حکمی قرار داده‌ایم که مسبوق به اعلام نبوده، و به‌خصوص در جایی که فتوای مزبور ناظر بر تعیین کیفر باشد، قاعده‌ی شرعی قبح عقاب بلابیان نقض خواهد شد. اما در مورد قضات غیرمجتهد، که اغلب شامل دانش‌آموختگان دانشگاهی رشته‌ی حقوق بوده، و در دوره‌ی تحصیل دروس فقهی اندکی را مطالعه کرده‌اند، تخصص لازم در ایشان به‌منظور استفاده از منابع فقهی، که اغلب به

زبان عربی‌اند، به‌طور جدی محل تردید است. علاوه‌بر این فتوای فقهیِ قابل استناد برای این دسته از قضات نیز معین نشده، که فتوای مشهور است، یا فتوای ولی‌فقیه، یا فتوای مرجع تقلید قاضی یا متهم؟ اطلاق قانون مقتضی عدم محدودیت قضات غیرمجتهد در گزینش فتواست، امری که می‌تواند به‌شدت همسانی و وحدت رویه‌ی قضایی را متزلزل سازد. البته در برخی ادوار تقنینی تلاش شده بود با تعیین مأخذ معینی در مراجعات فقهی مراجع قضایی راهکاری برای غلبه بر این خلأ اندیشیده شود، که با تأیید شورای نگهبان مواجه نشده بود. به‌طور نمونه، در ماده‌ی ۲ طرح قانونی الحاق دادگاه‌های انقلاب به دادگستری جمهوری اسلامی ایران آمده بود: «در جهت اجرای اصل یکصدوشصت‌وهفتم قانون اساسی، دادگاه‌های انقلاب اسلامی موظفند در مواردی که قانون مصوب شورای انقلاب اسلامی یا مجلس شورای اسلامی وجود دارد، طبق این قوانین عمل کنند، و گر نه طبق فتاوای امام (دام‌ظله)و در مواردی که از جانب امام فتوایی صادر نشده است، طبق منابع دیگر معتبر اسلامی که از جانب شورای عالی قضایی به آن‌ها ابلاغ می‌گردد، عمل کرده و رأی لازم را صادر کنند». شورای نگهبان طی نظر مورخ ۱۳۶۰/۳/۳۰ به مغایرت آن با اصل ۱۶۷ رأی داد (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۰: ۱۲۹). همین رویه در لایحه‌ی مجازات اسلامی جدید نیز مشهود بود؛ به‌رغم اینکه کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس مصوب کرده بود: «هر گاه رجوع به اصل یکصدوشصت‌وهفتم (۱۶۷) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران لازم شود، مقام قضایی از رهبری استفتاء می‌کند، مقام رهبری می‌تواند این امر را به فرد یا افرادی تفویض نماید». با این ایراد شورای نگهبان در نظر مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۹ روبه‌رو شد که «در مواردی که مقام معظم رهبری (مدظله‌العالی) فتوایی ندارند و قاضی می‌تواند از منابع معتبر اسلامی یا فتاوای معتبر حکم قضیه را استنباط نماید، الزام قاضی به استفتاء از محضر مقام معظم رهبری (مدظله‌العالی) مغایر اصل ۱۶۷ قانون اساسی شناخته شد» (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۸۴). به نظر چنین برخوردی از سوی شورا چندان توجیه‌پذیر نیست؛ زیرا اگر مبنای مخالفت شورا در ارجاع قضات به فتوای ولی‌فقیه به لحاظ اخلال در اجرای اصل ۱۶۷ در موارد عدم افتا از سوی ایشان است، چرا لااقل چنین الزامی در موارد وجود فتوای ولی‌فقیه پذیرفته نشده است؛ از طرفی چرا در طرح سابق الحاق دادگاه‌های انقلاب که حتی برای موارد خلأ فتوای ولی‌فقیه راهکار اندیشیده شده بود، در آن موارد نیز حاضر به تأیید مصوبه نشده و چنانچه اشکال خاصی نیز بر آن راه‌حل داشتند، با اندیشیدن جایگزین از رد اصل مصوبه خودداری نورزیدند!

ثانیاً، با توجه به وضوح امکان بروز اختلاف در رویه‌ی قضایی، به لحاظ مشخص نبودن مأخذ فقهی برای قضات غیرمجتهد و محتمل بودن تفاوت در استنباطِ فقهی قضات مجتهد، این

سؤال مطرح می‌شود در این موارد چگونه می‌توان انسجام رویه‌ی قضایی را حفظ کرد. تنها راه‌حل حقوقی متصور یا به وضع قانون در مجلس یا اصدار رأی وحدت رویه از سوی هیأت عمومی دیوان عالی کشور محدود خواهد بود. تحقق راهکار اول، با لحاظ رویه‌ی عملی مجلس در ادوار مختلف تقنین و به‌خصوص وظایف فراوان این مرجع چندان در دسترس به‌نظر نمی‌رسد، به‌ویژه آنکه اساساً فلسفه‌ی اصلی قانونگذار از وضع قاعده‌ی مندرج در اصل ۱۶۷، تمهید طریقی در موارد خلأ قانونی بوده، در غیر این صورت اگر بنا بر جعل قانون در کلیه‌ی موارد مزبور باشد، دیگر زمینه‌ی اجرایی اصل ۱۶۷ چندان پیش نخواهد آمد. راهکار دوم هم با این ایراد روبه‌روست که اولاً وفق ماده‌ی ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری شأن ورود دیوان برای ایجاد وحدت رویه ناظر به مواردی است که محاکم با استنباط مختلف از قوانین آرای مختلفی صادر کنند، نه جایی که قانون مدونی که در معرض تفاسیر مختلف باشد وجود نداشته، و مراجع قضایی وفق منابع اسلامی، که استنباط حقوقی آن‌ها در آن مدخلیت ندارد، تعیین تکلیف می‌کنند. ممکن است گفته شود این اختلاف آرا ناشی از برداشت متفاوت از قوانینی چون اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده‌ی ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی است؛ در پاسخ می‌توان گفت در موارد مبحوث‌عنه در برداشت از این قوانین اختلافی رخ نداده، بلکه در اختیار گسترده‌ی فتواگزینی حاصل از حکم قوانین مذکور، که اتفاقاً محل اختلاف نیز نیست، زمینه‌ی مراجعه به مواضع فقهی بعضاً متعارض پدیدار می‌شود. بر فرض آنکه در چنین مواردی صدور رأی وحدت رویه را نیز تجویز کنیم، آنگاه با محذور دیگری مواجه‌ایم که قضات دیوان، که اغلب غیرمجتهدند، چگونه می‌توانند رأی یک مرجع قضایی را که بر مبنای فتوایی معتبر صادر شده است بر رأی مرجع دیگر، که آن نیز بر فتوای معتبر دیگری مبتنی است ترجیح دهند؟! به تعبیر برخی «اکنون که معیار ارزش، تنها اعتبار مرجع و فتواست، و می‌دانیم که مراجع و فتاوای معتبر فراوان و گوناگون است، هیچ راه متعارفی برای هماهنگ ساختن این پراکندگی وجود ندارد»(کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج۲: ۴۱۵).

نتیجه‌گیری

۱. اصل ۱۶۷ قانون اساسی که بر مرجعیت منابع و فتاوای معتبر اسلامی در حالات چهارگانه‌ی سکوت، نقص، اجمال و تعارض قوانین مدون به‌منظور رسیدگی قضایی به دعاوی تصریح کرده است، به‌سبب سیاق نگارش عبارات مندرج در آن، پیشینه‌ی وضع اصل مزبور در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، بازتاب در قوانین عادی که تأیید مفسر قانون اساسی، شورای نگهبان، را به‌همراه داشته، ناظر بر دعاوی کیفری نیز است.

۲. در خصوص شمول اصل ۱۶۷ در مسئله‌ی تعیین کیفر، با عنایت به حاکمیت اصل ۱۶۷ بر اصل ۳۶ از یک سو، و عموم اصل ۱۶۷ از سوی دیگر تردید نیست. لکن این شمول منصرف به مجازات شرعی ثابت است. در خصوص تعزیرات، نظر بر آنکه وفق مبنای قانونگذار در اغلب ادوار قانونگذاری، به‌ویژه در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، تعیین آن‌ها در اختیار انحصاری حاکمیت است، قضات حق کیفرگذاری را به استناد منابع فقهی ندارند.

۳. اعطای صلاحیت تعیین مجازات در مجازات ثابتی چون حدود به قضات به‌دلیل عدم تسلط کافی قضات شاغل بر منابع فقهی، امکان بروز تشتت در آرای قضایی و فقدان راهکاری برای ایجاد وحدت رویه با اشکالات عملی متعددی مواجه است؛ که بر قانونگذار فرض است یا با مدون کردن مجازات مزبور در قالب قانون، یا تحدید منبع و فتوای قابل استناد از سوی مراجع قضایی، برای برون‌رفت از آن راهکاری اتخاذ کند.

یادداشت‌ها

۱. همین نکته وجه تمایز رویکرد ما به منبع را از ادله‌ی اثباتی نظیر اقرار و شهادت، و حتی منابعی مانند عرف که در احراز موضوع مؤثر بوده، ولی مسقلاً در وضع قاعده‌ی کیفری نقشی ندارند، نشان می‌دهد.

۲. از نظر منطقی یک نقد بنایی بر این دسته از نویسندگان حسب مبانی مختار ایشان وارد است. توضیح آنکه با اینکه ایشان قابلیت استناد به منابع فقهی در حوزه‌ی خارج از جرم‌انگاری را پذیرفته‌اند، باز آن‌ها را در زمره‌ی منابع تکمیلی و غیرالزامی ذکر کرده‌اند. این در شرایطی است که ایشان منابع دیگری چون آیین‌نامه (اردبیلی، ۱۳۹۲، ج۱: ۱۹۱) یا آرای وحدت رویه‌ی دیوان عالی کشور (گلدوزیان، ۱۳۸۳، ج۱: ۱۷۱) را جزء منابع اصلی و الزامی دانسته‌اند؛ درحالی‌که حسب اصل ۳۶، این‌گونه منابع نیز نمی‌توانند مستند حکم به مجازات باشند، و کارکرد آن‌ها در تسهیل اجرای قانون و تفسیر آن است، نظیر کارکردی که خود ایشان برای منابع فقهی نیز قائل‌اند، با وجود این از احتساب آن در زمره‌ی منابع اصلی به استناد اصل ۳۶ خودداری کرده‌اند، ولی همین استناد را در فرعی دانستن منابعی چون آرای وحدت رویه یا آیین‌نامه‌ها مطرح نمی‌کنند.

۳. عده‌ای معتقد به رجحان حکم اصل ۳۶ قانون اساسی بر قوانین عادی مزبور در مقام عمل بوده، زیرا پیش‌بینی شورای نگهبان صلاحیت دادرس را در تمییز قانون حاکم بر دعوا از بین نمی‌برد و او می‌تواند قانون عالی را بر مقررات عادی و پایین حاکم سازد (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۲۱۹؛ و ۱۳۷۷، ج۲: ۴۱۶). این دیدگاه که مبتنی بر نظریه‌ی نظارت قضایی محاکم بر قوانین عادی از نظر انطباق با قانون اساسی است، توجیه‌ناپذیر است، زیرا زمانی‌که اصل ۹۸ قانون اساسی، شورای نگهبان را به‌عنوان مرجع تفسیر قانون اساسی شناخته، و این شورا قوانین عادی مزبور را مغایر قانون اساسی تشخیص نداده است، بدین معناست تعارضی بین قانون اساسی و قانون عادی وجود ندارد، تا دادگاه اجازه یابد قانون عادی را کنار گذارد، و تفسیر خویش از قانون اساسی را جانشین تفسیر شورای نگهبان سازد، چه اتخاذ چنین رویکردی جز نقض قانون اساسی و جعل صلاحیت فراقانونی برای مرجع قضایی نخواهد بود.

۴. این آرا مربوط به دوره‌ی زمانی قبل از تصویب قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ است که چنین عناوینی در قوانین مدون فاقد مجازات بودند.

۵. رأی مزبور به‌رغم آنکه در راستای موضوع قصاص اصدار یافته، با عبارات کلی، و با تصریح بر قوانین و احکام الهی همه‌ی مصادیق کیفر شرعی ثابت را مطمح نظر داشته است (ر.ک: http://rc.majlis.ir/fa/law/show/۱۰۱۳۹۸).

۶. شایان توجه آنکه در رأی وحدت رویه‌ی شماره‌ی ۱۱ صریحاً عطف بماسبق نشدن قوانین کیفری را صرفاً در خصوص حکم به تعزیر و نه دیه، پذیرفته است (ر.ک: http://rc.majlis.ir/fa/law/show/۱۰۱۳۷۵).

۷. در فرازی از این نامه آمده است: «به‌نظر می‌رسد چنانچه در قوانین، نوع و مقدار تعزیر مشخص نگردد، علاوه‌بر اینکه تصویب قانون معنی نخواهد داشت، مشکلاتی را نیز در برخواهد داشت: اولاً عدم وحدت رویه‌ی قضایی و تفاوت فاحش در احکام صادره به‌وجود خواهد آمد و هر دادگاه برای یک جرم نوعی مجازات معیّن خواهد کرد که سیستم قضایی را دگرگون خواهد ساخت؛ ثانیاً، مصوبات گذشته‌ی مجلس با این استظهار سست شده و دستگاه قضایی متزلزل می‌گردد».

۸. این تبصره در سال ۱۳۹۰ اصلاح شد.

۹. به‌طور نمونه، ر.ک: مواد ۴۴۹ و ۹۷ که به‌ترتیب واژگان شرع و قانون در هر یک به معنای منابع فقهی و مقررات موضوعه به‌کار رفته‌اند.

۱۰. در مواردی نیز که در منابع فقهی نوع و میزان تعزیر به دلالت روایات بیان شده است، قانونگذار با آوردن قید شرعی برای آن‌ها در قالب تعبیر «تعزیر منصوص شرعی» (تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۱۱۵) یا «تعزیر معین شرعی» (ماده‌ی ۱۳۵)آن را مطمح نظر داشته است تا خود قرینه‌ی دیگری بر انصراف مرجع تعیین تعزیر موضوع ماده‌ی ۱۸ ق.م.ا. به مقررات موضوعه باشد.

۱۱. البته پرواضح است اگر قاضی مجتهد در خصوص موضوع مطروحه فتوا نداده باشد، منع شرعی در عمل وفق رأی سایر فقها را ندارد؛ در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی نیز این نکته مورد توجه نمایندگان قرار گرفته بود (ر.ک: اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ج۳: ۱۶۵۱).

۱۲. در جلسه‌ی بررسی اصل ۱۶۷ آیت‌الله ربانی شیرازی از اعضای مجلس بررسی نهایی قانون اساسی نسبت به این فراز پیشنهادی که قاضی در خلأ قوانین مدون باید «با استناد به منابع معتبر اسلامی حکم قضیه را صادر نماید»، این تذکر را داده که در کنار منابع از رجوع به مراجع تقلید هم باید یاد شود، متعاقب پیشنهاد مزبور عبارت فتاوی معتبر در کنار منابع معتبر، به‌عنوان مرجع استناد اضافه شد و آیت‌الله شهید بهشتی، نایب رئیس مجلس، در تأیید پیشنهاد آیت‌الله ربانی تصریح کردند اگر قاضی فاقد فتوا باشد، فتوای معتبر را ملاک قرار می‌دهد (اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ج۳: ۱۶۵۱). این خود دلیلی بر توجه قانونگذار اساسی بر اختصاص منابع معتبر برای قضات مجتهد و فتاوای معتبر برای قضات غیر مجتهد است.

منابع و مآخذ

آخوندی، محمود (۱۳۸۰)، **آیین دادرسی کیفری**، تهران: سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چ نهم، ج۱.

ابن‌ادریس حلی، محمد (۱۴۱۰ق)، **السرائرالحاوی لتحریرالفتاوی**، قم: مؤسسهٔ النشرالاسلامی، چ دوم، ج۳.

ابن‌براج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز (۱۴۰۶ق)، **المهذب**، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ اول.

ابن‌زهره حلبی، سید أبوالمکارم حمزه‌بن علی (۱۴۱۷ق)، **غنیه النزوع إلی علمی الاصول و الفروع**، قم: مؤسسهٔ الإمام الصادق (ع)، چ اول.

اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۸)، **راهنمای استفاده از صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران**، تهران: اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی.

اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۴)، **صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران**، تهران: اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، چ اول، ج۳.

اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۲)، **حقوق جزای عمومی**، تهران: میزان، چ سی‌ودوم، ج۱.

افراسیابی، محمداسماعیل (۱۳۷۴)، **حقوق جزای عمومی**، تهران: فردوسی، چ اول، ج۱.

بازگیر، یدالله (۱۳۷۹)، **منتخب آراء قطعیت‌یافته دادگاه‌ها در امور جزایی: تعزیرات**، تهران: دانش نگار، چ اول، ج۲.

بغدادی [شیخ مفید]، أبی‌عبدالله محمد (۱۴۱۳ق)، **المقنعه**، قم: کنگره‌ی جهانی هزاره‌ی شیخ مفید (ره)، چ اول.

پژوهشکده‌ی استخراج و مطالعات رویه‌ی قضایی (۱۳۹۳)، **مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدید نظر استان تهران: کیفری سال ۱۳۹۱**، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه‌ی قضاییه، چ اول.

پژوهشکده‌ی شورای نگهبان (۱۳۹۰)، **مشروح مذاکرات شورای نگهبان: دوره‌ی اول- سال ۱۳۶۰**، تدوین و تنقیح فهیم مصطفی‌زاده، تهران: معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و

مقررات معاونت حقوقی ریاست جمهوری، چ اول.

پژوهشکده‌ی شورای نگهبان (۱۳۹۲)، **قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در پرتو نظرات شورای نگهبان**، تهیه و تنظیم فهیم مصطفی‌زاده، تهران: پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، چ اول.

پژوهشکده‌ی شورای نگهبان (۱۳۹۳)، **اصول قانون اساسی در پرتو نظرات شورای نگهبان: اصل سی‌وششم**، تدوین محمد فتحی، نظارت علمی: کاظم کوهی، تهران: پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، شماره‌ی مسلسل: ۱۳۹۳۰۱۴۰.

حبیب‌زاده، محمدجعفر (بی‌تا)، **تقریرات حقوق جزای عمومی: پدیده مجرمانه**، تهران: دانشگاه تربیت مدرس.

حبیب‌زاده، محمدجعفر (۱۳۷۷)، «رژیم قانونی بودن حقوق کیفری عامل مؤثر در رشد و توسعه»، **فصلنامه‌ی حقوقی دادگستری**، ش ۲۳، صص ۳۱-۵۵.

حبیب‌زاده، محمدجعفر؛ قیاسی، جلال‌الدین (۱۳۸۰)، «حدود اختیارات قاضی در مراجعه به منابع فقهی در امور کیفری»، **مجله‌ی علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز**، ش ۳۳، صص ۳۳-۴۲.

حلبی، أبی‌الصلاح تقی‌الدین (۱۴۰۳ق)، **الکافی فی الفقه**، اصفهان: کتابخانه‌ی عمومی امام امیرالمؤمنین (ع)، چ اول.

حلی[محقق]، نجم‌الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق)، **شرائع‌الاسلام فی مسائل الحلال والحرام**، قم: نشر اسماعیلیان، چ دوم، ج۴.

سپهوند، امیرخان (۱۳۸۶)، **حقوق کیفری اختصاصی۱: جرایم علیه اشخاص**، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، چ اول.

سید مرتضی، علی‌بن حسین (۱۴۱۵ق)، **الإنتصار**، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ اول.

شامبیاتی، هوشنگ (۱۳۹۳)، **حقوق جزای عمومی**، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، چ سوم، ج۲.

صادقی، محمدهادی (۱۳۸۰)، **جرایم علیه اشخاص: صدمات جسمانی**، تهران: میزان، چ اول.

صدر، سید محمد (۱۴۲۰ق)، **ماوراء الفقه**، بیروت: دار الأضواء للطباعه و النشر و التوزیع، چ اول، ج۹.

طوسی[شیخ]، محمدبن حسن (۱۳۸۷)، **المبسوط فی فقه الإمامیه**، تهران: المکتبه المرتضویه

لإحیاء الآثار الجعفریه، چ سوم، ج۸.
عاملی [شهید اول]، شمس‌الدین محمد بن مکی (۱۴۱۰ق)، **اللمعه‌الدمشقیه فی فقه الإمامیه**، بیروت، دارالتراث دار الإسلامیه، چ اول.
قیاسی، جلال‌الدین؛ دهقان، حمید؛ خسروشاهی، قدرت‌الله (۱۳۸۰)، **مطالعه‌ی تطبیقی حقوق جزای عمومی: اسلام و حقوق موضوعه**، قم: پژوهشکده‌ی حوزه و دانشگاه، چ اول، ج۱.
کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴)، **مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران**، تهران: شرکت سهامی انتشار، چ چهل و ششم.
کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، **فلسفه حقوق**، تهران: شرکت سهامی انتشار، چ اول، ج۲.
کرکی[محقق ثانی]، علی بن حسین(۱۴۱۴ق)، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، قم، مؤسسهٔ آل‌البیت (ع)، چ دوم، ج۱.
گلدوزیان، ایرج (۱۳۸۳)، **حقوق جزای عمومی ایران**، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چ هفتم، ج۱.
محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۶)، **قواعد فقه: بخش جزایی**، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چ هفتم.
معرفت، محمدهادی (۱۳۶۶)، «بحثی در تعزیرات ۲»، **فصلنامه‌ی حق: مطالعات حقوقی و قضایی**، ش ۱۰، صص ۶۶-۸۶.
مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۵ق)، **تعزیر و گستره‌ی آن**، قم: مدرسه الامام علی‌بن ابی‌طالب (ع)، چ اول.
موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۳۹۲)، **حقوق و دادرسی کیفری در آیینه‌ی فقه**، قم: انتشارات راد نگار، چ اول، ج۱.
مهرپور، حسین (۱۳۶۸)، «سرگذشت تعزیرات»، **مجله‌ی کانون وکلا**، ش ۱۴۸-۱۴۹، صص ۹-۶۸.
نوربها، رضا (۱۳۹۱)، **زمینه‌ی حقوق جزای عمومی**، تهران: انتشارات گنج دانش، چ سی‌وسوم.
هاشمی، سیدحسین؛ کوشا، جعفر (۱۳۸۰)، «بررسی تعارض اصل ۱۶۷ قانون اساسی با اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها»، **نامه‌ی مفید**، ش ۲۶، صص ۶۹-۹۶.
هاشمی، سیدمحمد (۱۳۸۰)، **حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران: حاکمیت و نهادهای سیاسی**، تهران: دادگستر، چ پنجم، ج۲.
هاشمی شاهرودی، سیدمحمود (۱۳۸۷)، **بایسته‌های فقه جزا**، تهران: میزان، چ اول.

دوفصلنامه دانش حقوق عمومی/ سال چهارم، بهار و تابستان ۱۳۹۴، شماره ۱۱، صفحات ۴۷ تا ۶۷

حدود و حوزه‌های صلاحیت قانونگذاری مجلس در زمینه‌ی نشریات و مطبوعات

محمد بهادری‌جهرمی[۱*]، محمدامین ابریشمی راد[۲**]

۱. دکتری حقوق عمومی پردیس فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران
۲. کارشناس ارشد حقوق عمومی دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران

دریافت: ۱۳۹۳/۱۲/۸ پذیرش: ۱۳۹۴/۲/۱

چکیده

تبیین صلاحیت قانونگذاری مجلس در زمینه‌ی آزادی نشریات و مطبوعات، نیازمند بررسی حدود و حوزه‌های این صلاحیت است. به‌منظور تبیین حدود این صلاحیت، به تعیین قیود محدودکننده‌ی این آزادی و مشخص کردن مفهوم این قیود نیاز بود که در این مقاله علاوه‌بر قیود مصرح در اصل ۲۴، قید «منع اضرار به غیر» در اصل ۴۰ به‌عنوان محدودیت‌های آزادی نشریات معرفی شدند. در این خصوص، قید «اخلال به مبانی اسلام» در اصل ۲۴ به معنای ایجاد خدشه یا تزلزل در اعتقادات مردم نسبت به ضروریات اسلام است و از این نظر با قیود موازین اسلام و احکام اسلام متفاوت است. قید «اخلال به حقوق عمومی» نیز به معنای تجاوز و تعدی به حقوقی است که به عموم مردم و جامعه مرتبط می‌شود؛ ازاین‌رو مجلس تنها می‌تواند در حدود این معانی به‌تفصیل مصادیق این قیود بپردازد.
در زمینه‌ی تبیین حوزه‌های صلاحیت قانونگذاری مجلس نیز با عطف توجه به مشروح مذاکرات اصل ۲۴ و عموم اصل ۷۱ قانون اساسی مشخص شد که در حوزه‌هایی که به اقتضای نظم، جامعه به قانونگذاری در آن موارد نیاز دارد، مجلس می‌تواند در حوزه‌هایی مانند احصای اقسام جدید رسانه‌ها، تعیین مجازات برای موارد نقض این اصل، طریق نظارت بر این ابزارها و سایر حوزه‌های مربوط قانونگذاری کند و از این نظر صلاحیت قانونگذاری مجلس تنها به تفصیل قیود محدودکننده‌ی این آزادی محدود نیست.

کلیدواژه‌ها: آزادی نشریات، آزادی مطبوعات، حقوق عمومی، قانونگذاری، قانون اساسی، مبانی اسلام، مجلس شورای اسلامی.

*E-mail: Bahadori.iran@gmail.com
** نویسنده‌ی مسئول E-mail: Abrishami.law@gmail.com

مقدمه

نشریات و مطبوعات[1] از جمله مهم‌ترین ابزارهای ارتباطی در قرن حاضرند که نقش بی‌بدیلی در تحقق آزادی بیان و اطلاعات در جوامع دارند. قانونگذار اساسی جمهوری اسلامی ایران با توجه به اهمیت و کارکرد ویژه‌ی نشریات در گردش آزاد اطلاعات و افزایش آگاهی عمومی و همچنین توجه به این موضوع که آزادی مطبوعات یکی از موضوعات رایج در قوانین اساسی بیشتر کشورهای جهان است، در اصل ۲۴ حدود این آزادی را تبیین کرده است.

با وجود تصریح قانونگذار اساسی به آزاد بودن نشریات در بیان مطالبشان، این اصل آزادی مطلق را برای نشریات به رسمیت نشناخته و آن را مقید به عدم اخلال به مبانی اسلام و حقوق عمومی دانسته و تفصیل آن را به قانونگذار عادی واگذار کرده است؛ ازاین‌رو تبیین مفهوم قیود مقرر در اصل ۲۴، در واقع روشنگر حدود صلاحیت قانونگذاری مجلس در تفصیل این قیود است. در این خصوص، تبیین نسبت محدودیت‌های مقرر در سایر اصول قانون اساسی با آزادی نشریات نیز می‌تواند حدود صلاحیت قانونگذاری مجلس را توسعه دهد. از سوی دیگر، علاوه‌بر صلاحیت قانونگذار در زمینه‌ی تعیین مصادیقِ قیودِ مورد اشاره که قدر متیقن صلاحیت قانونگذاری مجلس است، صلاحیت مجلس در سایر حوزه‌های مربوط به نشریات همچون تعریف اقسام نشریات، شیوه‌ی نظارت بر هر یک از آن‌ها، نحوه‌ی رسیدگی به تخلفات آن و ... نیازمند بررسی است.

به‌منظور تبیین موضوعات مذکور، این تحقیق در قالب پژوهشی تحلیلی- اکتشافی به‌دنبال پاسخ به پرسش‌های زیر است:

- سؤال اصلی:

صلاحیت قانونگذاری مجلس در زمینه‌ی نشریات و مطبوعات در چه حدود و حوزه‌هایی است؟

- سؤالات فرعی:

۱. قیود «اخلال به مبانی اسلام» و «اخلال به حقوق عمومی» که تفصیل آن‌ها در صلاحیت مجلس قرار گرفته، به چه معناست؟

۲. آیا محدودیت نشریات منحصر به دو قید مصرح در اصل ۲۴ قانون اساسی است یا محدودیت‌های کلی مقرر در سایر اصول قانون اساسی نیز در زمینه‌ی نشریات باید مفروض قانونگذار باشند؟

۳. آیا مجلس شورای اسلامی می‌تواند به‌غیر از تعیین مصادیق قیود محدودکننده‌ی آزادی نشریات، در سایر حوزه‌های مربوط قانونگذاری کند؟

بنابر تحقیقات انجام‌گرفته، هرچند در زمینه‌ی آزادی مطبوعات مقالات و کتاب‌های متعددی انتشار یافته، تاکنون هیچ‌یک از این آثار به‌صورت ویژه و تفصیلی در مقام تبیین حدود صلاحیت قانونگذاری مجلس در این زمینه نبوده است و این موضوع بر اهمیت این تحقیق می‌افزاید.

به‌منظور یافتن پاسخ پرسش‌های مذکور، پس از بیان مختصری از مبانی نظری موضوعِ این تحقیق (بند ۱)، تلاش خواهد شد تا از طریق بیان مفهوم قیودِ مقرر در اصل ۲۴ و بررسی شمول محدودیت‌های کلی مقرر در سایر اصول قانون اساسی نسبت به نشریات، حدود صلاحیت قانونگذاری مجلس در زمینه‌ی تفصیل این قیود مشخص شود (بند ۲)؛ در ادامه نیز صلاحیت قانونگذاری مجلس در سایر حوزه‌های مربوط به نشریات مشخص خواهد شد (بند ۳).

۱. مبانی آزادی نشریات

با توجه به جایگاه ویژه و سنتی «مطبوعات» به‌عنوان یکی از مهم‌ترین ابزار تحقق آزادی بیان در جامعه، حقوقدانان اغلب «آزادی مطبوعات» را موضوع بررسی‌های خود قرار داده‌اند؛ حال آنکه در واقع بررسی‌های آن‌ها معطوف به همه‌ی «نشریات» و «رسانه‌های انتشار عمومی» بوده است. بنابراین آنچه در مقام بیان معنا، مبنا، کاربرد و اهمیت «آزادی مطبوعات» گفته شده است، در حقیقت سایر ابزار تحقق آزادی بیان در جامعه را نیز شامل می‌شود.

با توجه به این نکته، صاحب‌نظران در مقام بیان تعاریف خود از آزادی مطبوعات، تعاریف مختلفی را بیان کرده‌اند. برخی آزادی مطبوعات را حق نشر افکار و عقاید از طریق نوشته‌ها یا مطبوعات دانسته‌اند؛ بدون اینکه نشر آن‌ها موقوف بر تحصیل اذن یا محکوم به سانسور باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۳۲). برخی نیز نظام مطبوعاتی آزاد را سیستمی دانسته‌اند که در آن «روزنامه‌ها، مجلات، آژانس‌های خبری، کتاب‌ها، رادیو و تلویزیون استقلال کامل و توانایی انتقاد دارند» (محمد صفر، ۱۳۷۶: ۳۱). در تعریف دیگر از این عبارت نیز آزادی مطبوعات را در معنای عام آن به جست‌وجو، جمع‌آوری و کسب آزادانه‌ی اخبار و اطلاعات و عقاید عمومی، انتقال و مخابره‌ی آزادانه‌ی آن‌ها، انتشار آزادانه‌ی روزنامه‌ها و پخش آزادانه‌ی برنامه‌های رادیویی و تلویزیونی، دریافت و مطالعه‌ی آزادانه‌ی مطبوعات و دریافت آزادانه‌ی برنامه‌های یادشده معنا کرده‌اند (معتمدنژاد و همکار، ۱۳۷۷: ۲۳).

آزادی مطبوعات آثار متنوع و متعددی نسبت به سایر آزادی‌ها دارد. برای نمونه تحقق آزادی مطبوعات را باید اولین گام برای حمایت از آزادی اطلاعات به‌حساب آورد (انصاری، ۱۳۸۷: ۳۲)؛ در مقابل نیز این آزادی، ثمره و بروز آزادی اطلاعات است. علاوه‌بر آزادی

اطلاعات، چنین نسبتی در خصوص آزادی مطبوعات با آزادی بیان و عقیده نیز صادق است و این نوع آزادی‌ها نسبتی دوسویه با آزادی مطبوعات دارند.

در تقسیم‌بندی حقوق و آزادی‌ها، برخی این آزادی را یکی از مصادیق آزادی‌های فردی و در زمره‌ی حقوق و آزادی‌های مدنی و سیاسی به‌شمار آورده‌اند (شیخ‌الاسلامی، ۱۳۸۰: ۲۳). هرچند برخی حقوقدانان این آزادی و به‌طور کلی آزادی بیان[۲] را در زمره‌ی آزادی‌های عمومی دانسته‌اند و در میان این دسته از آزادی‌ها نیز این آزادی از جمله آزادی‌های فکر قلمداد شده است (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۶: ۱۹۸). بنابراین با توجه به اینکه حق بر آزادی بیان، ماهیتاً جزء حقوق منفی و در تحلیل هوفلدی در زمره‌ی حق–ادعاها به‌شمار می‌آید (سید فاطمی، ۱۳۸۸، ج۲: ۱۲۰و۱۲۱)، حق بر آزادی نشریات نیز جزء این دسته از حقوق محسوب خواهد شد.

از جمله مهم‌ترین کارکردهای مطبوعات که بر اهمیت این آزادی افزوده است، باید به این موضوع اشاره کرد که مطبوعات آگاهی‌های لازم برای مشارکت مردم در امور جامعه را به آن‌ها اعطا می‌کنند (انصاری، ۱۳۸۷: ۳۲). اهمیت این آزادی امروزه به‌حدی رسیده است که مطبوعات آزاد را واجد نقش بی‌مانندی در تکوین، هدایت و جهت‌دهی افکار عمومی می‌دانند (بشیریه، ۱۳۸۲: ۴۰۹) و از این نظر مطبوعات آزاد رکن چهارم دموکراسی محسوب می‌شود. همچنین مطبوعات آزاد نقش بی‌بدیلی در تحقق شفافیت و پاسخگویی، به‌عنوان دو عنصر اصلی تحقق حکمرانی خوب دارند (سهرابلو، ۱۳۸۷: ۱۲۲). مطبوعات با افزایش امکان نظارت عمومی بر عملکرد مسئولان، جلوی انحرافات و کجروی‌های آن‌ها را می‌گیرند (هاشمی، ۱۳۸۷: ۲۵۷). انتشار خبر و پیام، انعکاس نظرهای مردم و نارضایتی‌های عمومی از سیاست‌های حاکمان جامعه، ایجاد ثبات سیاسی و اجتماعی از طریق تعامل آرام دولت و مردم، انتقاد و طرح پیشنهاد، ایجاد محیط همدلی و تعامل، آگاه ساختن جامعه از وقایع و حوادث محیط پیرامون، ایفای نقش آموزشی برای جامعه، ایجاد همبستگی و وحدت در سطح ملی و بین‌المللی و توجه دادن جامعه به اخلاق و مذهب نیز دیگر کارکردهای مطبوعات به‌شمار می‌روند. ازاین‌رو همه‌ی این عوامل سبب شده است تا میزان توسعه و رشد مطبوعات، بیانگر میزان رشد و آگاهی یک ملت باشد (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۹۰: ۱۰۱).

با وجود مزایای اشاره‌شده برای این آزادی، آزادی مطلق و بدون قید در هیچ کجا پذیرفته نیست و آزادی از همه چیز به فساد و هرج‌ومرج خواهد گرایید و با شخصیت و کرامت انسان ناسازگار است (آیتی، ۱۳۷۳: ۳۵). بنابراین حکومت‌ها نسبت به این نوع آزادی دو تکلیف سلبی و ایجابی دارند. از یک سوی، حکومت‌ها مکلف به عدم مداخله‌ی تحدیدی جز در موارد موجه‌اند که طبیعتاً این استثنائات توسط مرجع قانونگذاری هر کشور مشخص می‌شوند؛

از سوی دیگر، دولت‌ها موظف به بهره‌گیری از ابزار لازم به‌منظور تضمین حق شهروندان در برابر تهدیدهای احتمالی این نوع آزادی هستند.

۲. تبیین حدود صلاحیت قانونگذاری مجلس

قانونگذار اساسی در اصل ۲۴ قانون اساسی، آزادی نشریات را مشروط به عدم اخلال به مبانی اسلام و حقوق عمومی دانسته و تفصیل این دو قید را در صلاحیت قانون عادی قرار داده است. ازاین‌رو بی‌تردید آنچه در خصوص صلاحیت قانونگذاری مجلس به‌صورت قدر متیقن مفروض است، تفصیل و احصای مصادیق جزیی‌تر این قیود است. اما با توجه به مشخص نبودن منظور قانونگذار اساسی از این دو قید، تبیین معنای پذیرفته‌شده برای آن‌ها، روشنگر حدود صلاحیت قانونگذاری مجلس است و مجلس را ملزم می‌سازد تا در حدود این مفاهیم اقدام به تفصیل آن‌ها کند. از سوی دیگر، تبیین دقیق حدود صلاحیت قانونگذاری مجلس نیازمند آن است تا این نکته اثبات شود که قیود محدودکننده‌ی آزادی نشریات تنها همان مواردی است که در اصل ۲۴ بدان‌ها تصریح شده است؛ در غیر این صورت، اثبات شمول برخی از قیود کلی مقرر در سایر اصول قانون اساسی در زمینه‌ی آزادی نشریات، موجب می‌شود که مجلس آن موارد را نیز در قانونگذاری خود به‌عنوان محدودیت آزادی نشریات شناسایی کند.

۲-۱. تبیین مفاهیم قیود مصرح در اصل ۲۴

عدم اخلال به «مبانی اسلام» و «حقوق عمومی» دو قید اصلی مصرح در اصل ۲۴ قانون اساسی‌اند، که در این قسمت بنا داریم منظور قانونگذار اساسی از این قیود را مشخص کنیم. البته پیش از بررسی این موضوع، با توجه به اهمیت واژه‌ی «اخلال» در برداشت ما از این قیود، به‌صورت مختصر نکاتی در خصوص این اصطلاح بیان می‌شود و در ادامه، دو اصطلاح «مخل به مبانی اسلام» و «مخل به حقوق عمومی» بررسی خواهد شد.

در لغت اخلال را به معنای «خلل آوردن، خلل و رخنه کردن، خلل رسانیدن، زیان‌دیده، به هم زدن و درهم و برهم کردن» (معین، ۱۳۸۸، ج۱: ۱۷۴) تعریف کرده‌اند. برخی این واژه را به «ایجاد بی‌نظمی و آشفتگی» (انوری، ۱۳۸۶، ج۱: ۲۹۲) نیز تعبیر کرده‌اند. در تعریف دیگری از این واژه آن را به معنای «مداخله کردن در کار برای برهم زدن» (طهرانی، ۱۳۸۳: ۳۱) توصیف کرده‌اند. بر مبنای این تعاریف، اصطلاح «اخلال‌گر» را باید به معنای «برهم‌زننده‌ی نظم و امنیت» (انوری، ۱۳۸۶، ج۱: ۲۹۲) یا «برهم‌زننده‌ی نظم و ترتیب امور» (دهخدا، ۱۳۸۵: ۱۰۴) معنا کرد.

در مقام بیان مفهوم واژه‌ی «اخلال» در اصل ۲۴، برخی بهترین معادل آن را «خدشه وارد کردن» دانسته‌اند (ویژه، ۱۳۸۹: ۱۵۹) و بعضی دیگر آن را به معنای «متوقف یا تعطیل کردن

امری» معرفی کرده‌اند (مرتضوی، ۱۳۸۶: ۵۰). در تعریف دیگر از این واژه نیز آن را به آشفته کردن ذهن‌ها تعبیر کرده‌اند (عمید زنجانی، ۱۳۸۹: ۲۶). تفاوت در تعاریف ارائه‌شده می‌تواند نمایانگر این مسئله باشد که واژه‌ی «اخلال» با توجه به متعلق آن معانی مختلفی دارد. ازاین‌رو، قانونگذار و مجریان قانون باید در مقام «تعیین مصادیق اخلال» و «تشخیص تحقق آن»، به ظرافت‌ها و عدم شفافیت‌های این اصطلاح توجه لازم را داشته باشند. این موضوع سبب شده است تا برخی از استادان، بر لزوم وجود ضوابط و اصولی خاص در جهت تشخیص اینکه چه عملی مصداق اخلال است، اصرار کرده و تلاش کنند تا مرجع خاصی برای تشخیص این موارد مشخص شود (یزدی، ۱۳۷۵: ۲۶۳).

با این مقدمه، چند نمونه از این اصول که از مشروح مذاکرات اصل ۲۴ و منابع حقوقی استخراج شده و در قانونگذاری مجلس و نظارت بر آن اثرگذار است، بیان می‌شود:

اولاً: بنابر مشروح مذاکرات قانون اساسی باید بین «نقد علمی و تخریبی»، «بحث منطقی و سیاسی» و «تحلیل مسائل دینی و تضعیف باورهای دینی» تمایز قائل شد. همچنان‌که در این مذاکرات بین عناوین قیام و اقدام علیه اصل نظام و اظهار نظر و بیان عقیده در آن خصوص تفاوت قائل شده‌اند (اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (باهنر)، ۱۳۶۴، ج۱: ۶۵۱).

ثانیاً: با توجه به اینکه اخلال در معانی همچون آشفته کردن اذهان یا اختلال در امور جاری و ... تعریف شد، باید نتیجه گرفت که حسن‌نیت یا سوءنیت شخص در تحقق آن اثری ندارد (عمید زنجانی، ۱۳۸۹: ۲۶). بنابراین، اخلال را باید یک عنوان قصدی دانست که نیازی به اثبات تحقق عنصر معنوی جرم (قصد) ندارد.

ثالثاً: بنابر تعاریف بیان‌شده از واژه‌ی اخلال اوضاع و احوال، شرایط اجتماعی و زمان و مکان در صدق عنوان اخلال به یک عمل، واجد اثرند. همچنان‌که برخی فقها در مقام بیان اسباب تحقق اخلال، مابین طرح سؤال و برداشت‌های جدید در مجلات علمی و تخصصی با طرح آن‌ها در نشریات عمومی تفاوت قائل شده‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، ج۳: ۵۹۵). بنابراین علاوه‌بر اینکه مرجع تشخیص اخلال (دادگاه صالح) باید به شرایط تحقق عمل توجه کند، لازم است تا مجلس نیز در قانونگذاری خود حداکثر توجه را به این موارد مبذول دارد تا ضوابط شفاف‌تری در اختیار مجریان و ناظران قانون قرار گیرد.

۲-۱-۱. مفهوم قید «مخل به مبانی اسلام»

قید «اخلال به مبانی اسلام» علاوه‌بر اصل ۲۴، در اصل ۲۷ قانون اساسی به‌منزله‌ی

محدودیت آزادی تشکیل اجتماعات و راه‌پیمایی‌ها قلمداد شده است. در مقام بیان معنای این اصطلاح، برخی با توجه به بندهای شش‌گانه‌ی مقرر در اصل ۲ –که در مقام بیان پایه و مبانی نظام جمهوری اسلامی بوده– «مبانی اسلام» در اصل ۲۴ را به اصول دین و مذهب در بندهای پنج‌گانه‌ی این اصل تعمیم داده‌اند (بردبار، ۱۳۸۸: ۱۹). همچنین برخی با اشاره به مشروح مذاکرات مربوط به اصل ۲۴، مصادیق مطرح‌شده در مشروح مذاکرات این اصل را منظور قانونگذار اساسی از اصطلاح مبانی اسلام بیان کرده‌اند (آیتی، ۱۳۷۳: ۳۹).

در تعریف دیگری که به‌خوبی تمایز این اصطلاح با اصطلاحات مشابهی همچون «موازین اسلام» و «احکام اسلام» را مشخص می‌کند، «مبانی اسلام» را معادل با مسائل ضروری دین – «خواه در مسائل اعتقادی باشد، مانند توحید و معاد و عصمت انبیا و ائمه‌ی معصومین (ع) و امثال آن، و خواه در فروع دین و احکام و قوانین اسلام، و خواه در مسائل اخلاقی و اجتماعی»– دانسته است (مکارم‌شیرازی، ۱۴۲۷ق، ج۳: ۵۹۴). در این تعریف، منظور از ضروری دین آن چیزی است که هر کس با مسلمین معاشرت داشته باشد، درمی‌یابد مسلمانان به آن پایبندند (مکارم‌شیرازی، ۱۴۲۸ق: ۱۸۵). به‌عبارتی ضروریات دین موضوعاتی را شامل می‌شود که برای هر که داخل در آن دین باشد، بدیهی قلمداد می‌شود (نراقی، ۱۴۲۲ق، ج۲: ۲۱۵). بنابراین آنچه در ضروری دانستن یک عمل به‌عنوان شاخص و معیار قلمداد می‌شود، فقدان تردید در آن موضوع و بدیهی بودن آن است که از بارزترین مصادیق آن می‌توان به وجوب نماز، روزه و حجاب در اسلام اشاره کرد (شیخ انصاری، ۱۴۱۵ق: ۳۲۹). اهمیت ضروریات اسلام از این نکته سرچشمه می‌گیرد که مسلمانانی که منکر خدا یا پیغمبر شوند، یا حکم ضروری دین را انکار کنند، درصورتی‌که منکر شدن آن حکم، به انکار خدا یا پیغمبر برگردد، مرتد محسوب می‌شوند (موحدی لنکرانی، ۱۴۲۶ق: ۴۳۷)، حال آنکه چنین حکمی در خصوص مطلق احکام و موازین اسلام وجود ندارد.

با پذیرش این تعریف، در خصوص اینکه به‌منظور ضروری شناختن یک حکم شرعی باید اجماع مسلمین را معیار قرار داد یا اجماع شیعیان کافی است، باید به این نکته توجه کرد که بیشتر فقها ضروریات اسلام را مبتنی بر نظر اجماعی تمام مسلمانان اعم از شیعه و اهل سنت دانسته‌اند (مجلسی اصفهانی، بی‌تا: ۳۲)؛ هرچند برخی حکمی را که بین اهل دین یا اهل مذهب تشیع قطعی و مسلّم باشد نیز ضروری دین خوانده‌اند (منتظری، بی‌تا، ج۱: ۲۹۰). البته در موضوع مورد بررسی ما بی‌تردید با توجه به اصل ۱۲ قانون اساسی که دین رسمی ایران را اسلام و مذهب جعفری اثنی‌عشری اعلام کرده، منظور قانونگذار اساسی از اسلام در این اصل، معطوف به مبنای مستنبط از مذهب تشیع بوده است؛ همچنان‌که منظور قانونگذار اساسی از

عبارت «موازین اسلام» در اصل ۴، مسلماً موازینی بوده که توسط فقهای شیعه در شورای نگهبان مدنظر قرار می‌گیرند. بنابراین باید آن دسته از ضروریات اسلام را مشمول عبارت «مبانی اسلام» در اصل ۲۴ دانست که از نظر شیعیان در خصوص آن موضوع تردید و اختلافی وجود ندارد. بر مبنای این تعریف، موضوعاتی مانند نقد تفاوت دیهٔ مسلمان و غیرمسلمان که از ضروریات فقه شیعه نیست و برخی فقهای شیعه در آن موضوع اختلاف نظر دارند (منتظری، ۱۴۲۹ق: ۷۴)، جزء مصادیق محدودیت‌های اصل ۲۴ نیستند. همچنین مسئله‌ی ولایت فقیه و صلاحیت‌های ایشان، با توجه به اختلافی بودن آن بین فقهای شیعه، در زمره‌ی مبانی اسلام به‌شمار نمی‌آید و از این نظر مشمول محدودیت ذکرشده نیست.(۳)

بررسی مشروح مذاکرات اصل ۲۴ نیز مؤید آن است که نمایندگان به‌دنبال قیدی بوده‌اند تا به استناد آن کسی نتواند، از نشریات در جهت توهین به اسلام و مسلمین، مقدسات و شعائر اسلامی، گمراه کردن مردم، مبارزه‌ی فکری با اسلام، ترویج و تبلیغ عقاید الحادی، متزلزل ساختن عقاید اسلامی و ترویج فساد و بی‌دینی استفاده کند. ازاین‌رو همان‌طورکه از این موارد مشخص است، بیشتر این قیود، جزء قیودی هستند که هر مسلمان شیعه‌ای بر ضروری بودن آن‌ها اعتقاد دارد و از این جهت به‌نظر می‌رسد که قانونگذار اساسی با عطف توجه به مفهوم این عبارت، اصطلاح مبانی اسلام را به‌درستی اختیار کرده است.

با روشن شدن معنای اصطلاح «مبانی اسلام» باید نتیجه گرفت که منظور قانونگذار اساسی از محدود کردن نشریات به اینکه مطالبشان «مخل به مبانی اسلام» نباشد، در حقیقت مقید کردن آزادی نشریات به «عدم ایجاد تزلزل در ذهن و اعتقاد مردم نسبت به ضروریات اسلام (با توجه به معنای مصطلح فقهی آن)» است. همچنان‌که برخی فقها «تضعیف اعتقادات مردم» و «ایجاد بدبینی و شک و تردید» نسبت به ضروریات اسلام را از جمله مصادیق اخلال به مبانی اسلام معرفی کرده‌اند (مکارم‌شیرازی، ۱۴۲۷ق، ج ۳: ۵۹۵). با این تعریف به‌نظر می‌رسد که قانونگذار اساسی برگرفته از رویکرد اسلام بنا داشته تا ضمن ایجاد فضای باز به‌منظور طرح بحث‌های علمی و تخصصی در حوزه‌های اختلافی، در عین حال جامعه را از تهاجم نظری به حوزه‌هایی که در آن موارد تردیدی وجود ندارد، مصون بدارد و اجازه‌ی سوء استفاده از این آزادی را ندهد.(۴)

با توجه به آنچه در این قسمت گفته شد، مجلس شورای اسلامی صلاحیت دارد تا در حدود تعریف بیان‌شده، اقدام به احصای مصادیق ضروریات اسلام کند و از این طریق آزادی نشریات را در موارد مخل به آن‌ها محدود سازد. بنابراین تسری دادن این اصطلاح به مصادیقی از احکام و موازین اسلام که جزء ضروریات اسلام به‌شمار نمی‌آیند، بر خلاف منظور قانونگذار اساسی بوده و به‌نوعی محدود کردن ناروای آزادی نشریات است. البته متأسفانه این

اشتباه در ماده‌ی ۶ قانون مطبوعات رخ داده و عبارت «احکام اسلام» پس از واژه‌ی «مبانی» به‌عنوان قیود محدودکننده‌ی آزادی مطبوعات ذکر شده است. بر خلاف این مورد، بسیاری از مصادیق مذکور در ذیل این ماده همچون نشر مطالب الحادی (موضوع بند ۱)، اشاعه‌ی فحشا و منکرات و انتشار عکس‌ها و تصاویر و مطالب خلاف عفت عمومی (موضوع بند ۲) و تبلیغ و ترویج اسراف و تبذیر (موضوع بند ۳)، اهانت به دین مبین اسلام و مقدسات آن (موضوع بند ۷)، همگی با توجه به تعریف بیان‌شده جزء مبانی اسلام به‌شمار می‌آیند و قانونگذار به‌درستی اخلال به آن‌ها را ممنوع دانسته است.

۲-۱-۲. مفهوم قید «مخل به حقوق عمومی»

برخی منظور از «حقوق عمومی» در اصل ۲۴ قانون اساسی را حقوق مردم یا ملت که به‌صورت تمثیلی در قانون اساسی به آن‌ها اشاره شده است، دانسته‌اند (قطبی، ۱۳۹۲: ۱۴). در این تعریف که به مفهوم اصطلاح «حقوق عمومی افراد» در ترمینولوژی حقوقی نظر داشته، این حقوق را شامل «انواع آزادی‌ها و مساوات و اقسام آن» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۲۳۸) می‌دانند که مصادیقی همچون آزادی شغل، کار، عقیده، تعلیم و تربیت، تساوی در برابر قانون، تساوی در مقابل دادگاه‌ها، تساوی در تصدی مشاغل رسمی و غیره را شامل می‌شود. این حقوق از چنان اهمیت و جایگاهی برخوردارند که احترام به آن‌ها جزء تکالیف دولت‌هاست (عمید زنجانی، ۱۴۲۱ق، ج۱: ۳۸) و شاید به این دلیل باشد که قانونگذار اساسی این حقوق را در اصل ۲۴ مورد حمایت قرار داده باشد. اما در تعریفی جامع‌تر، «حقوق عمومی» را شامل حقوق افراد و حقوق عامه دانسته‌اند (عمید زنجانی، ۱۳۸۹: ۲۷؛ ویژه، ۱۳۸۹: ۱۵۹). در این تعریف علاوه‌بر حقوق تک‌تک افراد جامعه، آن دسته از حقوقی که از کلیت جامعه حمایت می‌کنند و جنبه‌ی عمومی دارند نیز شناسایی شده است. اما بر خلاف دو تعریف مذکور که بر حقوق افراد تأکید دارند، برخی اصطلاح «حقوق عمومی» را تنها شامل آن دسته از حقوقی می‌دانند که به‌تبع عمومی بودن آن‌ها به جامعیت کشور از جمیع اطراف مرتبط است (آیتی، ۱۳۷۳: ۳۹). براساس این تعریف، حمایت از مصادیق حقوق ملت که در قانون اساسی بدان‌ها اشاره شده، مدنظر قانونگذار اساسی نبوده است.

به‌منظور بررسی این موضوع، با مراجعه به مشروح مذاکرات و پیش‌نویس‌های اصل ۲۴ قانون اساسی با مواردی مواجه می‌شویم که شاید بتوان ذکر قید «حقوق عمومی» در این اصل را به‌سبب پیش‌بینی و تأمین این موارد دانست. از جمله‌ی این موارد می‌توان به مقابله با تحریک و توطئه علیه استقلال کشور، جلوگیری از فاش شدن اسرار نظامی، حراست از

تمامیت ارضی، حفظ انسجام و اتحاد ملت، تبلیغات علیه نظام، حراست از امنیت عمومی، اقدام علیه اصل نظام، تحریک و ایجاد اغتشاشات، توطئه یا تحریف حقایق و توهین به مراجع تقلید و ولی‌فقیه اشاره کرد. همچنان‌که از این مصادیق مشخص است، همه‌ی این موارد به موضوعاتی مرتبط می‌شوند که جنبه‌ی عمومی دارند و اثر آن به کلیت جامعه و مردم باز می‌گردد. از طرفی، با تأمل در اصل ۲۴ و تعاریف بیان‌شده از اصطلاح «حقوق عمومی»، به‌نظر می‌رسد که برداشت مدنظر قانونگذار اساسی شمول این عنوان نسبت به مصادیق حقوق افراد و ملت نبوده است؛ چراکه با این برداشت منظور اصل ۲۴ این است که نشریات در بیان مطالبشان آزادند، مگر اینکه به حقوق و آزادی‌های ملت که در فصل حقوق ملت آمده اخلال وارد کنند و حال آنکه، فرض این مطلب که نشریات چگونه می‌توانند به حقوق و آزادی‌های مردم مانند آزادی عقیده، آزادی شغل، یا آزادی اجتماع، یا حق بر تأمین اجتماعی و آموزش و پرورش و ... خلل وارد کنند، غیرمنطقی و نادرست بودن این نظر را اثبات می‌کند. بنابراین به‌نظر می‌رسد که هدف قانونگذار اساسی از ذکر قید «حقوق عمومی» در اصل ۲۴، منع استفاده از نشریات به‌منظور اخلال به مصادیقی همچون امنیت، نظم عمومی، اخلاق حسنه، وحدت و انسجام ملی، استقلال، مصالح عمومی[۵]، منافع عمومی[۶]، ارزش‌های جامعه، احساسات جامعه و ... بوده که به اثر آن‌ها به کلیت جامعه معطوف بوده و فارغ از حقوق تک‌تک افراد و دولت است. در تأیید این نظر، می‌توان گفت که قدر متیقن معنای ترکیب لغوی اصطلاح «حقوق عمومی» نیز بر آن دسته از حقوقی متمرکز است که به عموم جامعه مربوط است و آنچه اضافه بر این حقوق ادعا می‌شود، به اثبات نیاز دارند.

با پذیرش این نظر، به‌نظر می‌رسد که تعریف شورای عالی انقلاب فرهنگی از عبارت «حقوق عمومی»[۷] مبنی بر اینکه این عبارت شامل «همه حقوق الزامی پذیرفته‌شده در اسلام و قانون اساسی برای فرد، جامعه و حکومت در روابط گوناگون فردی و اجتماعی که شامل حقوق خصوصی حاکم میان افراد و شخصیت‌ها و نیز حقوق عمومی در قلمرو روابط میان مردم و حکومت می‌شود»، تعریفی بسیار عام‌تر از منظور قانونگذار اساسی است و از این نظر اشکال دارد؛ هرچند برخی از مصادیق بیان‌شده در آن همچون «کلیت نظام اسلامی، نظم اجتماعی، امنیت، شئون اخلاقی و ...» را می‌توان به‌عنوان مصادیق این مفهوم به‌حساب آورد.

با بررسی اسناد حقوقی بین‌المللی نیز مشاهده می‌شود که محدود بودن آزادی بیان به مواردی همچون عدم اختلال در ارزش‌ها، برهم نزدن ثبات جامعه و ایجاد نکردن تشتت در جامعه، برانگیخته نساختن احساسات قومی و تبعیض نژادی در اعلامیه‌ی اسلامی حقوق بشر؛ همچنین محدود بودن آزادی اشخاص به مصادیقی مانند حفظ امنیت ملی، نظم و سلامت و

اخلاق عمومی یا هر گونه ترغیب به تنفر ملی یا نژادی یا مذهبی که باعث تحریک به تبعیض یا دشمنی و خشونت شود، در مواد ۱۹ و ۲۰ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی- سیاسی در مقام بیان استانداردهایی در سطح بین‌المللی بوده است.

با توجه به آنچه در مقام بیان مفهوم اصطلاح «حقوق عمومی» گفته شد، باید نتیجه گرفت که مجلس می‌تواند در حدود مفهوم بیان‌شده اقدام به احصای مصادیق این محدودیت کند و از این طریق امکان تعرض نشریات به این موارد را بگیرد. همچنان‌که در قانون مطبوعات فعلی مواردی همچون ترویج مطالبی که به اساس جمهوری اسلامی لطمه وارد کند (موضوع بند ۱ ماده‌ی ۶)، ایجاد اختلاف مابین اقشار جامعه، به‌ویژه از طریق مسائل نژادی و قومی (موضوع بند ۴)، تحریض و تشویق افراد و گروه‌ها به ارتکاب اعمالی علیه امنیت، حیثیت و منافع جمهوری اسلامی ایران در داخل یا خارج (موضوع بند ۵)، فاش کردن و انتشار اسناد و دستورها و مسائل محرمانه (موضوع بند ۶)، انتشار مذاکرات غیرعلنی مجلس شورای اسلامی (موضوع بند ۶)، افترا به مقامات، نهادها، ارگان‌ها (موضوع بند ۸)، نقل مطالب از مطبوعات و احزاب و گروه‌های منحرف و مخالف اسلام به‌نحوی که تبلیغ از آن‌ها باشد (موضوع بند ۹) را می‌توان مصادیق اصطلاح «حقوق عمومی» در اصل ۲۴ دانست.

۲-۲. محدودیت‌های نشریات در سایر اصول قانون اساسی

تبیین نسبت محدودیت‌های کلی مقرر در سایر اصول قانون اساسی با آزادی نشریات، اثر ویژه‌ای بر حدود صلاحیت قانونگذاری مجلس در این حوزه دارد. توضیح آنکه با پذیرش شمول این آزادی، تحت هر یک از محدودیت‌های کلی مقرر در قانون اساسی و پذیرش این مطلب که منظور قانونگذار اساسی از عبارت ذیل اصل ۲۴ («تفصیل آن را قانون معین می‌کند») علی‌الاصول تعیین تفصیل محدودیت‌های این آزادی در قانون اساسی است و نه به‌طور مشخص دو قید مصرح در اصل ۲۴، مجلس صلاحیت دارد تا با احصای مصادیق این قیود، محدودیت‌هایی را – علاوه‌بر آنچه در اصل ۲۴ بدان‌ها تصریح شده است- برای نشریات ایجاد کند.

در این زمینه اصل ۴ قانون اساسی مقرر داشته که اطلاق و عموم این اصل –مبنی بر لزوم مطابقت کلیه‌ی قوانین و مقررات با موازین اسلام- بر همه‌ی اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است، که در موضوع مورد بررسی ما این نکته بدین معناست که قید «موازین اسلام» یکی از قیود محدودکننده‌ی آزادی نشریات در جریان قانونگذاری مجلس است.

اما بنابر آنچه در مقام بیان معنای عبارت «اخلال به مبانی اسلام» گفته شد، اگر این عبارت را معادل با عدم امکان ایجاد تزلزل و اخلال در ضروریات اسلام در نظر بگیریم، با توجه به

نسبت عموم و خصوص مطلق دو مفهوم «موازین اسلام» و «مبانی اسلام» و عام بودن حوزه‌ی «موازین اسلام» نسبت به «مبانی اسلام»، در عمل چنین برداشتی بیانگر زائد بودن و عبث بودن قید «مبانی اسلام» در اصل ۲۴ است. ازاین‌رو با فرض حکمت قانونگذار اساسی باید این دو اصل را به‌صورتی با یکدیگر جمع کرد که جمع آن‌ها منطقی و قابل پذیرش باشد. با این نگاه، تنها نتیجه‌ای که می‌توان از اطلاق و عموم اصل ۴ و جمع آن با اصل ۲۴ گرفت، این است که قانونگذار اساسی با ذکر قید «مبانی اسلام» در اصل ۲۴، عملاً این حوزه را از شمول اطلاق و عموم اصل ۴ مستثنا کرده است و در نتیجه قانونگذار از این طریق به‌دنبال فضایی بازتر (محدودیت کمتر و در حد ضرورت) برای نشریات بوده است. شایان ذکر است که پذیرش این مطلب اثر ویژه‌ای بر نظارت فقهای شورای نگهبان در مقام تطبیق مصوبات مجلس با شرع دارد که باید مورد توجه ایشان قرار گیرد.

علاوه‌بر محدودیت مقرر در اصل ۴، محدودیت کلی پیش‌بینی‌شده در اصل ۹ قانون اساسی مبنی بر عدم امکان خدشه وارد کردن به استقلال سیاسی، فرهنگی، اقتصادی، نظامی و تمامیت ارضی کشور به نام استفاده از آزادی، با توجه به اینکه معنای عبارت «اخلال به حقوق عمومی»، این موارد را شامل می‌شود، عملاً در حوزه‌ی مورد نظر ما بلااثر بوده است و محدودیت جدیدی نسبت به نشریات به‌شمار نمی‌آید.

اما، یکی از محدودیت‌های مهم وارد بر آزادی نشریات که در اصل ۲۴ به‌صراحت به آن اشاره نشده، موضوع مجاز نبودن تعرض به حرمت و حیثیت اشخاص به بهانه‌ی استفاده از آزادی است. البته در این خصوص اصل ۴۰ قانون اساسی با بیان اینکه «هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد»، اساساً چنین موردی را از محدوده‌ی همه‌ی آزادی‌ها خارج کرده و بر مبنای این اصل آزادی نشریات نیز محدود به رعایت حقوق سایر اشخاص جامعه شده‌اند و علی‌الاصول مجلس در قانونگذاری خود باید تفصیل این قید را نیز مدنظر قرار دهد.

علاوه‌بر این موارد، بر مبنای بند ۳ اصل ۱۷۶ قانون اساسی یکی از وظایف شورای عالی امنیت ملی «بهره‌گیری از امکانات مادی و معنوی کشور برای مقابله با تهدیدهای داخلی و خارجی» است. اطلاق این اصل در کنار اصل ۷۹ قانون اساسی که به امکان ایجاد محدودیت‌های ضروری در حالت جنگ و شرایط اضطراری مانند آن توسط دولت و با تصویب مجلس توجه داشته است، گویای این مطلب است که قانونگذار اساسی سازوکار ویژه‌ای را برای حالت‌های اضطراری پیش‌بینی کرده است و در موضوع مورد بررسی ما آزادی نشریات در این شرایط ممکن است با محدودیت‌های موقتی –حتی خارج از حدود مقرر در

اصل ۲۴- مواجه شود.

از آنچه در این قسمت گفته شد، این نتیجه به‌دست می‌آید که محدودیت‌های نشریات تنها به موارد مصرح در اصل ۲۴ محدود نیست و هر آنچه مجلس در مقام بیان محدودیت‌های این ابزارهای ارتباطی به تصویب می‌رساند، علاوه‌بر اینکه می‌تواند تحت شمول قیود مصرح در این اصل باشد، می‌تواند از مصادیق محدودیت مقرر در اصل ۴۰ خواهد بود. همچنین به موجب اصول متعدد قانون اساسی ممکن است محدودیت‌های موقتی و ویژه‌ای در شرایط خاص و اضطراری برای نشریات ایجاد شود که با توجه به ماهیت این محدودیت‌ها و هدف آن‌ها، در این موارد لزومی به مقید بودن آن‌ها به قیود مقرر در اصل ۲۴ نیست و اساساً این محدودیت‌ها تابع نظام خاص و ویژه‌ای هستند.

۳. تبیین حوزه‌های صلاحیت قانونگذاری مجلس

با توجه به آنچه گفتیم، حدود صلاحیت قانونگذاری مجلس در تفصیل قیود کلی محدودکننده‌ی آزادی نشریات مشخص شد. ازاین‌رو در ادامه حوزه‌هایی که مجلس به استناد عبارت ذیل اصل ۲۴ و عموم اصل ۷۱ قانون اساسی صلاحیت قانونگذاری در آن موارد را دارد، شناسایی خواهد شد.

با مطالعه‌ی مشروح مذاکرات اصل ۲۴ قانون اساسی، مشخص می‌شود که با توجه به اهمیت مسئله‌ی تعیین حدود آزادی نشریات برای قانونگذار اساسی، این موضوع محوریت بحث‌های نمایندگان مجلس بررسی نهایی قانون اساسی بود و بیشتر وقت این مجلس مصروف تعیین قیود محدودکننده‌ی این آزادی شد. در چنین فضایی، بسیاری از حوزه‌ها و موضوعاتی که نیاز به تعیین تکلیف آن‌ها در این اصل می‌بود، مغفول ماندند. این غفلت حتی سبب شد، با اینکه در دو متن پیشنهادی قبلی این اصل، قانونگذار با عباراتی همچون «مجازات تخلف از این اصل را قانون معین می‌کند» یا «حدود این امور و جرائم مطبوعاتی و کیفیت رسیدگی و مجازات آن‌ها را قانون معین می‌کند»، به‌دنبال فراهم کردن امکان قانونگذاری مجلس در این حوزه‌ها بود؛ اما در نهایت، در تدوین متن نهایی به‌غیر از تفصیل قیود محدودکننده‌ی این آزادی، تعیین تکلیف در خصوص سایر حوزه‌ها مسکوت باقی ماند.

با این مقدمه، با توجه به عبارت ذیل اصل ۲۴ قانون اساسی و اهمیت حقوق و آزادی‌های ملت و لزوم صیانت از آن‌ها، برخی نتیجه گرفته‌اند که «هیچ تکلیف و وظیفه‌ای را نمی‌توان متوجه مطبوعات نمود و آن‌ها را وادار به انجام دادن آن کرد، زیرا منع مطبوعات یا مکلف کردن آن‌ها به هر امری که به‌نوعی خارج از محدوده «اخلال به مبانی اسلام یا حقوق عمومی» باشد

لطمه زدن به آزادی است که قانون اساسی به مطبوعات اعطا کرده است» (انصاری لاری، ۱۳۷۵: ۱۳۰-۱۳۱). بر مبنای همین استدلال، برخی این‌گونه تلقی کرده‌اند که بسیاری از افزوده‌های قانون مطبوعات، خروج قانونگذار از دایره‌ی تعریف «تفصیل» اصل ۲۴ هستند (بردبار، ۱۳۸۸: ۲۵).

نکته‌ی شایان توجه در این خصوص این است که با پذیرش این نظر، چگونگی اِعمال این اصل چالش مهمی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران ایجاد می‌کند و تعیین قیود محدودکننده‌ی این آزادی را بی‌فایده و بلااثر می‌سازد؛ چراکه این تلقی از اصل ۲۴ و حدود صلاحیت مجلس، منجر به این نتیجه می‌شود که مجلس نتواند حتی ضمانت اجرای نقض هر یک از این قیود، نحوه‌ی رسیدگی به تخلفات و مرجع تشخیص نقض این قیود را مشخص کند و در نتیجه هیچ‌گونه نظارتی به‌منظور اجرایی شدن این اصل اعمال نخواهد شد.

همان‌طورکه مشخص است، توجه به این نکته، درستی نظریه‌ی مذکور را زیر سؤال می‌برد و نگارندگان را بر آن می‌دارد تا با بررسی مشروح مذاکرات این اصل و همچنین تأمل در سایر اصول قانون اساسی تبیین دقیق‌تری از حدود صلاحیت قانونگذاری مجلس در این زمینه ارائه دهند.

در این زمینه، از معدود مطالبی که در مشروح مذاکرات اصل ۲۴ در خصوص سایر حوزه‌های مرتبط با آزادی نشریات مطرح شده است، می‌توان دریافت که با وجود سکوت اصول پیشنهادی این اصل، صلاحیت قانونگذاری مجلس در بسیاری از حوزه‌های مرتبط با این آزادی مانند امکان شناسایی سایر مصادیق ابزار ارتباط جمعی، از جمله مفروضات نمایندگان حاضر در این مجلس بوده است.[۸]

علاوه‌بر این، صلاحیت عام قانونگذاری مجلس –موضوع اصل ۷۱ قانون اساسی– از جمله ادله‌ای است که برای مجلس، امکان قانونگذاری در همه‌ی حوزه‌های مرتبط با نشریات را فراهم می‌سازد. به موجب این اصل، مجلس صلاحیت یافته تا در تمامی حوزه‌هایی که به اقتضای نظم، جامعه به قانونگذاری در آن موارد نیاز دارد و قانون اساسی نیز در آن حوزه ساکت است، اقدام به ضابطه‌گذاری کند. در چنین برداشتی از صلاحیت قانونگذاری مجلس، بیش از اینکه محدود کردن نشریات هدف قانونگذار باشد، ایجاد نظم و انضباط در امور به‌عنوان لازمه‌ی اداره‌ی امور کشور مدنظر است، البته روشن است هر نظمی در دل خود محدودیت‌هایی را نیز به‌همراه دارد. ازاین‌رو نادیده گرفتن اقتضائات نظم اجتماعی به استناد آزادی، درصورتی‌که محدودیتِ ناشی از آن منطبق بر قواعد عدل و انصاف باشد و با اصول قانون اساسی و موازین شرع مغایرت نداشته باشد، نه تنها پسندیده نیست، بلکه به هرج‌ومرج در جامعه منجر می‌شود.

با چنین برداشتی از صلاحیت قانونگذاری مجلس، علاوه‌بر فراهم شدن امکان قانونگذاری

مجلس در شناسایی اقسام جدید نشریات، نوع و میزان مجازات تخلف از این اصل، کیفیت رسیدگی و مجازات آن‌ها، شیوه‌ی نظارت بر هر یک از آن‌ها که در اصول پیشنهادی مذکور به آن‌ها اشاره شده بود و متأسفانه در متن مصوب فعلی مغفول مانده‌اند، تعریف هر یک از ابزارهای ارتباطی و بیان ویژگی‌های آن‌ها، تعیین قواعد شکلی انتشار، تعیین شرایط و ضوابط اخذ مجوز انتشار، احصای زمینه‌های فعالیت[۹]، تعیین قواعد در زمینه‌ی زمان و دوره‌های انتشار، تعیین قواعد در مورد حوزه‌ی فعالیت هر یک از نشریات[۱۰]، و سایر شرایط و ضوابط شکلی حاکم بر آن در صلاحیت مجلس‌اند.

شایان ذکر است، استناد به عموم اصل ۷۱ قانون اساسی علاوه‌بر اینکه در اثبات صلاحیت قانونگذاری مجلس در زمینه‌ی نشریات قابل استفاده است، در سایر زمینه‌های قانونگذاری مجلس که موضوع بیشتر قوانین جاری کشور است نیز کاربرد دارد؛ و به اقتضای نظم جامعه، امکان قاعده‌گذاری و ایجاد محدودیت‌های لازم را برای مجلس فراهم می‌کند. همان‌طورکه گفته شد، تنها محدودیت مجلس در اعمال این صلاحیت عام موضوع مغایرت این مصوبات با قانون اساسی یا موازین شرع است که توسط شورای نگهبان نظارت می‌شود.

نتیجه‌گیری

تبیین حدود و حوزه‌های صلاحیت قانونگذاری مجلس شورای اسلامی در زمینه‌ی نشریات و مطبوعات، به بررسی مجزای این دو موضوع نیاز داشت. لازمه‌ی تبیین حدود صلاحیت قانونگذاری مجلس، مشخص شدن قیود محدودکننده‌ی آزادی نشریات و مفهوم آن‌ها بود که در بند دوم تحقیق بررسی شد و بررسی حوزه‌های صلاحیت قانونگذاری مجلس رسالت بند سوم تحقیق بود.

بنابر آنچه در خصوص حدود صلاحیت قانونگذاری مجلس گفته شد، علاوه‌بر قیود «مبانی اسلام» و «حقوق عمومی» در اصل ۲۴ قانون اساسی، منع «اضرار به غیر» در مقام اعمال حق، که در اصل ۴۰ قانون اساسی بدان تصریح شده، محدودیت‌های آزادی نشریات در قانون اساسی را شکل می‌دهند. در این خصوص، قید «مبانی اسلام» معادل اصطلاح «ضروریات اسلام» در علوم اسلامی است و شامل آن دسته از احکام و موازین اسلام می‌شود که در میان همه‌ی شیعیان پذیرفته شده و مسلم است. قید «حقوق عمومی» نیز به معنای «حقوق متعلق به عموم مردم و جامعه» است. در این میان، واژه‌ی «مخل» در اصل ۲۴ قانون اساسی معنای ثابت و مشخصی ندارد و با توجه به متعلق آن دارای معانی مختلفی است. ازاین‌رو عبارت «مخل به مبانی اسلام» به معنای «ایجاد تزلزل در ذهن و اعتقاد مردم نسبت به ضروریات اسلام» است و عبارت «مخل به حقوق عمومی» در معنای «تعرض یا تجاوز به حقوق عامه و یا منافع جامعه» به‌کار رفته است.

با توجه به این تعاریف، حدود قانونگذاری مجلس در زمینه‌ی نشریات، محدود به تفصیل و احصای مصادیق این قیود محدودکننده‌ی آزادی نشریات است و مجلس نمی‌تواند در قانونگذاری خود از مفهوم بیان‌شده برای این قیود فراتر رود یا از آن‌ها عدول کند. البته محدودیت‌های احتمالی که به موجب اصول ۷۹ و ۱۷۶ قانون اساسی توسط مجلس شورای اسلامی و شورای عالی امنیت ملی، ممکن است به‌صورت اضطراری و موقتی در حوزه‌ی نشریات ایجاد شوند، از شمول این قیود مستثنا هستند و می‌توانند محدودیت‌های دیگری خارج از این موارد باشند.

اما در خصوص حوزه‌های صلاحیت قانونگذاری مجلس در زمینه‌ی نشریات این نکته به‌دست آمد که برگرفته از مشروح مذاکرات اصل ۲۴ و عموم اصل ۷۱ قانون اساسی، صلاحیت قانونگذاری مجلس محدود به تفصیل قیود محدودکننده‌ی این آزادی نیست و حوزه‌هایی مانند تعریف هر یک از ابزارهای ارتباطی و بیان ویژگی‌های آن‌ها، تعیین قواعد شکلی انتشار، تعیین شرایط و ضوابط اخذ مجوز انتشار، احصای زمینه‌های فعالیت، تعیین قواعد در زمینه‌ی زمان و دوره‌های انتشار، تعیین قواعد در مورد حوزه‌ی فعالیت هر یک از نشریات و سایر شرایط و ضوابط شکلی حاکم بر آن‌ها را شامل می‌شود.

یادداشت‌ها

۱. به‌منظور جلوگیری از اطاله‌ی کلام، هرچند ممکن است در خصوص مصادیق هر یک از واژگان «نشریات» و «مطبوعات» تفاوت‌هایی وجود داشته باشد، در این مقاله به‌جای استفاده‌ی مکرر از عبارت «نشریات و مطبوعات» مقرر در اصل ۲۴، از واژه‌ی «نشریات» که به نظر عام‌تر از «مطبوعات» است، استفاده خواهد شد. همچنین در مواردی که در این مقاله ضرورتاً از «آزادی مطبوعات» یا «مطبوعات» سخن گفته شده، منظور آزادی مطلق نشریات و یا رسانه‌های انتشار عمومی است.

۲. معمولاً آزادی مطبوعات را مهم‌ترین حق و آزادی می‌دانند که از «آزادی بیان» نتیجه گرفته می‌شود (ویژه، ۱۳۹۰: ۳۹۷).

۳. مقام معظم رهبری به‌عنوان یکی از مراجع معظم شیعه، در پاسخ به استفتایی، عدم اعتقاد به ولایت مطلقه‌ی فقیه را، اعم از اینکه بر اثر اجتهاد باشد یا تقلید، در عصر غیبت حضرت حجت «ارواحنا فداه» موجب ارتداد و خروج از دین اسلام ندانسته‌اند (خامنه‌ای، ۱۴۲۴ق: ۱۲) که این مطلب مؤید خروج صدق عنوان «اخلال به مبانی اسلام» در خصوص انتشار مطلب در رد نظریه‌ی ولایت فقیه است. البته باید به این نکته اشاره کرد که انتشار مطلب در رد ولایت فقیه به طریق غیرتخصصی و عمومی می‌تواند مصداق بارز «اخلال به حقوق عمومی» باشد که از این جهت در زمره‌ی محدودیت‌های آزادی نشریات و مطبوعات است.

۴. شورای عالی انقلاب فرهنگی در بند ۲ سیاست‌های فرهنگی جمهوری اسلامی ایران در حوزه‌ی مطبوعات –مصوب ۱۳۸۰/۴/۱۲–، عبارت «مخل به مبانی اسلام» را بیان یا اثری دانست که در اعتقاد یا التزام عملی جامعه به ضروریات اسلام ایجاد رخنه و تزلزل بنماید و یا موجب هتک حرمت اسلام، ضروریات دینی و شعائر و مقدسات آن شود. البته شایان ذکر است که فقهای شورای نگهبان در پاسخ به استعلام دیوان نسبت به شکایت مطروحه در خصوص این مصوبه، بندهای ۲، ۳ و ۵ فوق‌الذکر را از این جهت که موجب تضعیف باورهای دینی و اضلال و گمراهی اشخاص می‌شود، خلاف شرع دانستند و در حال حاضر این مصوبه به موجب رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره‌ی هـ/۳۰۱/۸۰ مورخ ۱۳۸۱/۵/۱۷ ابطال شده است و دیگر اعتبار حقوقی ندارد.

همچنین شورای نگهبان پیش از تصویب این مصوبه، در تذکری خطاب به ریاست این شورا، به موجب نامه‌ی شماره‌ی ۷۹/۲۱/۸۹۲ مورخ ۱۳۷۹/۷/۳ بیان می‌دارد: «مطابق اصل ۹۸ قانون اساسی تفسیر هریک از اصول آن انحصاراً بر عهده شورای نگهبان است و هیچ مرجع دیگری حق تفسیر هیچ یک از اصول قانون اساسی را ندارد» و از این طریق از شورای عالی انقلاب فرهنگی می‌خواهد تا این موضوع را از دستور کار آن شورا خارج کند.

۵. مقرر در اصل ۲۸ قانون اساسی.

۶. مقرر در اصل ۴۰ قانون اساسی.

۷. بند ۳ سیاست‌های فرهنگی جمهوری اسلامی ایران در حوزه‌ی مطبوعات –مصوب ۱۳۸۰/۴/۱۲.

۸. برای مشاهده‌ی این مطلب ر.ک: اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ج۳: ۱۷۳۱.

۹. در این زمینه با توجه به بند ۱ نظر شماره‌ی ۴۹۵۰ مورخ ۱۳۶۴/۹/۵ شورای نگهبان که مقرر داشته است: «ماده یک که ظاهر آن حصر نشریه در زمینه‌های مذکور در آن ماده است و سایر زمینه‌های متصور مشروع را شامل نمی‌شود مخالف آزادی مطبوعات و با اصل ۲۴ قانون اساسی مغایر است. ...»، باید گفت که مجلس تنها می‌تواند به‌صورت تمثیلی این زمینه‌ها را احصا کند و بیان حصری آن‌ها به نوعی محدود کردن آزادی نشریات به‌شمار می‌آید.

۱۰. در زمینه‌ی تعیین قواعد راجع به حوزه‌ی فعالیت هر یک از نشریات لازم است به این نکته توجه شود که به موجب بند ۴ نظر شماره‌ی ۴۹۵۰ مورخ ۱۳۶۴/۹/۵ شورای نگهبان، بند «ب» ماده‌ی ۷ که به‌طور مطلق درج هر مطلب مغایر با نوع نشریه را ممنوع اعلام کرده بود، با آزادی مطبوعات و اصل ۲۴ مغایر دانست. مجلس شورای اسلامی نیز به‌منظور رفع ایراد شورای نگهبان متن این بند را بدین صورت اصلاح کرد: «انتشار نشریه به‌گونه‌ای که اکثر مطالب آن مغایر باشد با آنچه که متقاضی به نوع آن متعهد شده» ممنوع است و از این طریق ایراد شورا را برطرف کرد.

از نظر نگارندگان با پذیرش صلاحیت قانونگذاری مجلس در این حوزه‌ها، این نظر شورای نگهبان را باید کاملاً قابل انتقاد دانست؛ چراکه تحقق آزادی مطبوعات منافاتی با این نکته ندارد که هر مطلب چاپ شده یا نشریه‌ای تنها در حوزه‌ای که جهت فعالیت در آن عرصه مجوز گرفته آزاد باشد، و به درج مطلب بپردازد. همچنین اقتضای نظم این است که چنین شرطی به‌عنوان پیش‌فرض این آزادی مدنظر قرار گیرد.

منابع و مآخذ

آیتی، حمید (۱۳۷۳)، **آزادی عقیده و بیان**، تهران: فردوسی، چ اول.

اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۴)، **صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران**، تهران: اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، چ اول، ج۱ و ۳.

انصاری دزفولی، مرتضی‌بن‌محمدامین (۱۴۱۵ق)، **صراط‌النجاه (محشّی، شیخ‌انصاری)**، قم: کنگره‌ی جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چ اول.

انصاری، باقر (۱۳۸۷)، **آزادی اطلاعات**، تهران: دادگستر، چ اول.

انصاری لاری، محمدابراهیم (۱۳۷۵)، **نظارت بر مطبوعات در حقوق ایران**، تهران: سروش، چ اول.

انوری، حسن (۱۳۸۶)، **فرهنگ بزرگ سخن**، تهران: سخن، چ چهارم، ج ۱.

بردبار، محمدحسن (۱۳۸۸)، **درآمدی بر حقوق ارتباط جمعی**، تهران: ققنوس، چ سوم.

بشیریه، حسین (۱۳۸۲)، «آموزش دانش سیاسی (مبانی علم سیاست نظری و تأسیس)»، تهران: **نشریه‌ی نگاه معاصر**، چ سوم.

جعفری، محمدجعفر(۱۳۸۷)، **ترمینولوژی حقوق**، تهران: گنج دانش، چ نوزدهم.

دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۸۵)، **فرهنگ متوسط دهخدا**، تهران: مؤسسه‌ی انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چ اول.

سهراب‌لو، پدرام (۱۳۸۷)، «تبیین نسبت آزادی مطبوعات و مفاسد اقتصادی؛ پیشگیری و مقابله»، **فصلنامه‌ی مطالعات پیشگیری از جرم**، ش۷، صص ۱۱۹ -۱۳۰.

سید فاطمی، سید محمد (۱۳۸۸)، **حقوق بشر در جهان معاصر**، تهران: نشر شهر دانش، چ اول، ج ۲.

شیخ‌الاسلامی، عباس (۱۳۸۰)، **جرایم مطبوعاتی (بررسی تطبیقی سیاست جنایی جمهوری اسلامی ایران و انگلستان)**، مشهد: انتشارات جهاد دانشگاهی مشهد، چ اول.

طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۹۰)، **آزادی‌های عمومی و حقوق بشر**، تهران: مؤسسه‌ی انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چ پنجم.

طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۶)، **حقوق اساسی**، تهران، میزان، چ یازدهم.

طهرانی (کاتوزیان)، محمدعلی (۱۳۸۳)، **فرهنگ کاتوزیان**، تهران: دادگستر، چ سوم.

عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۹)، «بررسی حقوق مطبوعات از دیدگاه قانون اساسی»، **مجموعه مقالات همایش حقوق مطبوعات**، تهران: انتشارات دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی

دانشگاه تهران، چ اول.
عمید زنجانی، عباسعلی (۱۴۲۱ق)، **فقه سیاسی**، تهران: امیرکبیر، چ چهارم، ج اول.
قطبی، میلاد (۱۳۹۲)، آزادی و محدودیت‌های آن؛ با تأکید بر اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، **گزارش پژوهشی پژوهشکده‌ی شورای نگهبان**، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، شماره‌ی مسلسل ۱۳۹۲۰۰۹۴، تاریخ ۱۳۹۲/۱۰/۲۸.
مجلسی اصفهانی، محمدباقر (بی‌تا)، **حدود و قصاص و دیات**، تهران: مؤسسه‌ی نشر آثار اسلامی، چ اول.
محمدصفر، هاشم (۱۳۷۶)، «مطبوعات جهان: قدرت و تئوری‌های مطبوعات»، ترجمه‌ی مینو بهتاش، **فصلنامه‌ی رسانه**، ش ۲۹، صص ۲۶ – ۳۴.
مرتضوی، سعید (۱۳۸۶)، **جرایم مطبوعاتی**، تهران: چاپ و نشر بین‌الملل، چ دوم.
معتمدنژاد، کاظم؛ معتمدنژاد، رؤیا (۱۳۷۷)، «ارکان حقوقی آزادی مطبوعات (اصل انتشار آزادانه مطبوعات و استثناها و محدودیت‌های آن)»، **نشریه‌ی رسانه**، ش ۳۴، صص ۲۲ – ۴۳.
معین، محمد (۱۳۸۸)، **فرهنگ فارسی**، تهران: امیرکبیر، چ بیست‌وپنجم، ج ۱.
مکارم‌شیرازی، ناصر (۱۴۲۷هـق)، **استفتائات جدید**، قم: انتشارات مدرسه امام علی‌بن‌ابی‌طالب (ع)، چ دوم، ج ۳.
مکارم‌شیرازی، ناصر (۱۴۲۸هـق)، **احکام بانوان**، قم: انتشارات مدرسه‌ی امام علی‌بن‌ابی‌طالب (ع)، چ یازدهم.
منتظری‌نجف‌آبادی، حسینعلی (۱۴۲۹ق)، **مجازات‌های اسلامی و حقوق بشر**، قم: ارغوان دانش، چ اول.
منتظری‌نجف‌آبادی، حسینعلی (بی‌تا)، **رسالهٔ استفتائات**، قم، چ اول، ج ۱.
موحدی‌لنکرانی، محمدفاضل (۱۴۲۶ق)، **رساله توضیح المسائل**، قم: آدینه سبز، چ صدوچهاردهم.
نراقی، مولی‌احمد (۱۴۲۲ق)، **رسائل و مسائل**، قم: کنگره‌ی نراقیین ملامهدی و ملااحمد، چ اول، ج ۲.
ویژه، محمدرضا (۱۳۸۹)، «مبانی محدودیت‌های آزادی مطبوعات در قانون اساسی و تجلی آن‌ها در قانون مطبوعات»، **مجموعه مقالات همایش حقوق مطبوعات**، تهران: انتشارات دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، چ اول.
ویژه، محمدرضا (۱۳۹۰)، **مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی**، تهران: جنگل، چ اول.

هاشمی، محمد (۱۳۸۷)، **حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران**، تهران: میزان، چ هشتم، ج ۱.
یزدی، محمد (۱۳۷۵)، **قانون اساسی برای همه**، تهران: امیرکبیر، چ اول.

دوفصلنامه دانش حقوق عمومی/ سال چهارم، بهار و تابستان ۱۳۹۴، شماره ۱۱، صفحات ۶۹ تا ۸۷

نسبت بین نظرهای تفسیری شورای نگهبان و رویه‌ی قضایی درباره‌ی داوری راجع به اموال عمومی و دولتی

مهدی فتاحی*

دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران، تهران، ایران

دریافت: ۱۳۹۴/۱/۵ پذیرش: ۱۳۹۴/۳/۲۲

چکیده

داوری به‌عنوان یکی از شیوه‌های حل‌وفصل اختلاف‌ها در دعاوی داخلی و بین‌المللی، جایگاهی در خور توجه دارد. دولت و نهادهای وابسته، به‌خصوص در قراردادهای بین‌المللی، از این روش استفاده کرده و شرطی را برای رفع دعاوی احتمالی، پیش‌بینی می‌کنند. محدودیت مشخصی که در این زمینه وجود دارد، همانا، مفاد اصل ۱۳۹ قانون اساسی است. این مقاله، درصدد است تا با نگرشی تحلیلی – توصیفی، رویکرد رویه‌ی قضایی درباره‌ی داوری راجع به اموال عمومی و دولتی را بررسی کند تا مشخص شود که تلقی دادگاه‌ها از مفاد این اصل و مصادیق اموال عمومی و دولتی چیست و این رویکردها، چه تناسب و سنخیتی با نظرهای تفسیری شورای نگهبان دارد.

مطالعه‌ی رویه‌ی قضایی نشان می‌دهد که دیدگاه‌های متفاوتی در این زمینه وجود دارد. اما نکته‌ی اساسی آن است که اغلب دادگاه‌ها، آرایی متناسب با نظرهای شورای نگهبان صادر می‌کنند و اعتقاد دارند که محدودیت‌های مندرج در اصل یادشده، ناظر و معطوف به اموال عمومی و دولتی است و شخصیت حقوقی نهاد اداره‌کننده یا مالک اموال، اعم از اینکه دولتی یا مؤسسه‌ی عمومی غیردولتی باشد، مؤثر در مقام نیست.

کلیدواژه‌ها: اصل ۱۳۹ قانون اساسی، اموال عمومی، اموال دولتی، داوری، رویه‌ی قضایی، نظرهای شورای نگهبان.

***E-mail:** Mfatahi8205@gmail.com

مقدمه

مطابق اصل ۱۳۹ قانون اساسی، «صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری، در هر مورد، موکول به تصویب هیأت وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. در مواردی که طرف دعوی خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می‌کند». ماده‌ی ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ نیز می‌گوید: «ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری پس از تصویب هیأت وزیران[۱] و اطلاع مجلس شورای اسلامی صورت می‌گیرد. در مواردی که طرف دعوا خارجی و یا موضوع دعوا از موضوعاتی باشد که قانون آن را مهم تشخیص داده، تصویب مجلس شورای اسلامی نیز ضروری است».

پرسش درباره‌ی مفاد و دامنه‌ی شمول اصل ۱۳۹ قانون اساسی و نیز مصادیق اموال عمومی و دولتی، از نخستین استفساریه‌های تقدیمی به شورای نگهبان است. به‌طوری‌که رئیس بانک مرکزی و رئیس کمیته‌ی رسیدگی به دعاوی مالی و حقوقی بین‌المللی، در تاریخ ۱۳۵۹/۷/۳ طی نامه‌ی شماره‌ی ۱۴۹ک، سؤالی در خصوص عطف به ماسبق شدن یا نشدن اصل یادشده طرح و خواستار تفسیر شورای نگهبان می‌شود که این شورا به موجب نظر مورخ ۱۳۵۹/۸/۲۶، اعلام می‌کند که «مورد سؤال از موارد تفسیر قانون اساسی نیست» (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۶: ۱۰). با این حال، شورای نگهبان طی نظر تفسیری شماره‌ی ۵۹۳۹ مورخ ۱۳۶۵/۲/۱۰ اعلام می‌کند که مفاد اصل مذکور، در خصوص قراردادهای پیش از انقلاب اسلامی نیز لازم‌الرعایه است (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۹: ۲۷۳).[۲]

استفسار مذکور، آخرین سؤال درباره‌ی اصل یادشده نبود و در موارد متعددی، اعم از داوری‌های بین‌المللی و داخلی، در مورد اصل یادشده، پرسش‌هایی از شورای نگهبان، به‌عنوان مفسر قانون اساسی به‌عمل آمد که به تناسب بحث، به برخی از آن‌ها اشاره خواهد شد.

دلایل ضرورت انجام این تحقیق و اهداف اصلی این نوشتار، بررسی رویکرد مراجع قضایی در خصوص شرط یا قراردادهای داوری راجع به اموال عمومی و دولتی و تحلیلِ تفسیر و تلقی آن‌ها از قلمرو محدودیت مذکور در اصل مذکور و ماده‌ی پیش‌گفته و مداقه در میزان تبعیت و التزام دادگاه‌ها از نظرهای شورای نگهبان است. شایان ذکر است که دادگاه‌ها در راستای اعمال قوانین، باید نظرهای تفسیری شورای نگهبان را مدنظر قرار دهند، زیرا هرچند به موجب مفاد اصل ۷۳ قانون اساسی و نظر تفسیری این شورا، به شماره‌ی ۶۷۸۸ مورخ ۶۵/۷/۱۵، «دادگاه طبق استنباط خود از قانون اساسی و عادی رای صادر می‌نماید» (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۹: ۲۹۵-۲۹۶). اما با عنایت به اینکه قانون اساسی در رأس هرم

نظام قانونی کشور ما قرار دارد و تبعاً تفسیرهای شورای نگهبان نیز واجد چنین ویژگی و اعتباری است و با توجه به اصل ۱۶۹ قانون اساسی، دادگاه‌ها باید در مقام فصل خصومت، از تفسیرهای اصل ۱۳۹ قانون اساسی تبعیت کنند.

از سوی دیگر، با توجه به ارتباط مستقیم دادگاه‌ها با مسائل واقعیِ جامعه‌ی حقوقی و تبلور حقوق زنده در آیینه‌ی این آرا، بررسی و تحلیل آن‌ها می‌تواند معضلات و مشکلات مربوط را شناسایی کند تا پاسخگویی و رفع این چالش‌ها، مورد اهتمام قرار گیرد. ازاین‌رو کارایی اصل ۱۳۹ قانون اساسی و تفسیرهای به‌عمل‌آمده از آن، از دیگر مسائل مورد توجه در این مقاله است. بنابراین، سؤال اساسی مورد بحث در این نوشتار، تفسیر محاکم قضایی از مفهوم اموال عمومی و دولتی و تشریفات ضروری مربوط به ارجاع دعاوی راجع به این اموال به داوری و میزان سازگاری و انطباق این آرا با نظرهای تفسیری شورای نگهبان است.

در خصوص پیشینه‌ی موضوع نیز، شایان ذکر است که در کتاب‌ها و مقالات مرتبط با اصل ۱۳۹ قانون اساسی، واکاوی نسبت میان تفسیرهای شورای نگهبان و آرای قضایی مورد توجه نبوده و اهتمام آن‌ها به تحلیل مفاد اصل و تشخیص مصادیق اموال عمومی و دولتی و غیره معطوف شده است، برای نمونه، به تحلیل و بررسی مفهوم اموال عمومی و دولتی مذکور در اصل پیش‌گفته یا داوری‌پذیری اختلاف‌ها در زمینه‌ی اموال شرکت‌های دولتی اهتمام ورزیده‌اند که در این مقاله از برخی از آن‌ها استفاده و به آن‌ها استناد شده است. بنابراین مطالعه و تحلیل مقایسه‌ای میان دیدگاه‌های دو مرجع یادشده، یعنی شورای نگهبان به‌عنوان پاسدار قانون اساسی و مراجع قضایی به‌عنوان ملجأ تظلمات، امری جدید و فاقد سابقه است.

بررسی درباره‌ی موضوع یادشده و سؤالات مطروحه، منوط به شناسایی نظرهای شورای نگهبان، اعم از تفسیری و غیر آن، از اصل ۱۳۹ قانون اساسی و رویه‌ی قضایی محاکم قضایی در خصوص داوری راجع به اموال عمومی و دولتی و آنگاه تحلیل داده‌های فراهم‌آمده به‌منظور بررسی نسبت میان رویکردهاست. بنابراین روش این مقاله، تحلیلی- توصیفی است و می‌کوشد تا مطالعه‌ای مقایسه‌ای میان آرای قضایی و تفسیرهای شورای نگهبان به‌دست دهد.

در ادامه، پس از تحلیل واژگان اموال عمومی و دولتی و بررسی مفهوم و مصداق آن‌ها در قوانین عادی، آرای دادگاه‌ها و میزان تطابق آن‌ها با نظرهای شورای نگهبان بررسی می‌شود. بررسی محدودیت‌های مرتبط با ارجاع دعاوی در مورد اموال دولتی و عمومی، در خصوص اموال شرکت‌های دولتی و شهرداری‌ها، نیز بخشی از مباحث این مقاله را به خود اختصاص داده است. مطالعه‌ی تأثیر کارکرد حاکمیتی یا تصدی‌گری شرکت‌های دولتی و نیز ماهیت اموال آن‌ها، در ارجاع دعاوی و اختلافات این شرکت‌ها به داوری از دیگر اموری است که در این مقاله تجزیه‌وتحلیل می‌شود.

۱. مفهوم‌شناسی اموال عمومی و دولتی و مصادیق آن‌ها در قوانین و مقررات

در ابتدا برای روشن شدن دامنه‌ی بحث، واژگان مندرج در اصل ۱۳۹ قانون اساسی تجزیه‌وتحلیل می‌شود.

تعریف اموال دولتی و عمومی، از این حیث اهمیت دارد که در اصل ۱۳۹ قانون اساسی، دعاوی راجع به آن، در شرایط خاصی قابل ارجاع به داوری شناخته شده است. بنابراین تعیین مفهوم این اصطلاح و تمییز حدود آن، در شناسایی مجرای اصل مذکور شایان توجه است.

علاوه‌بر اصل ۱۳۹ قانون اساسی، که از اصطلاح اموال عمومی و دولتی استفاده کرده است، در اصل ۸۳ این قانون نیز، به اموال دولتی (که از نفایس ملی باشند) اشاره شده، اما تعریفی از آن ذکر نشده و صرفاً امکان یا عدم امکان انتقال این اموال و تشریفات انتقال مورد توجه قرار گرفته است. همچنین در اصل ۴۵ همین قانون، مصادیق انفال و ثروت‌های عمومی مانند زمین‌های موات یا رهاشده، معادن و غیره تصریح شده است.

۱-۱. تعریف اموال دولتی و عمومی در قانون مدنی

به موجب ماده‌ی ۲۶ قانون مدنی «اموال دولتی که معد است برای مصالح یا انتفاعات عمومی مثل استحکامات و امثال آن‌ها ... که دولت به‌عنوان مصالح عمومی و منافع ملی در تحت تصرف دارد، قابل تملک خصوصی نیست....» و مطابق ماده‌ی ۲۵ این قانون، « هیچکس نمی‌تواند اموالی را که مورد استفاده عموم است و مالک خاص ندارد از قبیل پل‌ها و کاروانسراها و... تملک کند...».

قانون مدنی، اموال عمومی و دولتی را در ذیل فصل سوم از کتاب اول قانون مدنی با عبارت «اموالی که مالک خاص ندارد»، ذکر کرده اما این توصیف، درباره‌ی اموال دولتی صحیح نیست، زیرا اموال دولتی، ملک دولت محسوب می‌شود و مؤسسات دولتی، حق مالکیتی مانند سایر اشخاص بر این اموال دارند (کاتوزیان، ۱۳۸۱ : ۶۵). اما اموال عمومی، به شرح ماده‌ی ۲۵ قانون مدنی، که به مصالح عمومی اختصاص دارد، مالک خاص ندارد و دولت، تنها اداره‌کننده‌ی آن‌ها محسوب می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۶۵). با این حال، امکان تغییر وصف اموال وجود دارد و مراجع صالح می‌تواند پس از سیر تشریفات قانونی، اموال عمومی را به دولتی تغییر دهد یا حتی اموال خصوصی را مطابق تشریفات لایحه‌ی قانونی نحوه‌ی خرید و تملک اراضی و املاک برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸ و دیگر قوانین مرتبط، با پرداخت قیمت روز آن در زمره‌ی اموال دولتی و عمومی قرار دهد.

نویسنده دیگری، با تفکیک بین اموال عمومی، که به‌طور مستقیم برای بهره‌برداری، در اختیار عموم قرار می‌گیرد، مانند پل‌ها، میدان‌های عمومی، پارک‌ها و اموالی که به یک خدمت عمومی اختصاص داده شده (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰ : ۴۶)، اعتقاد دارند که تفاوت ملک خصوصی و عمومی، آن است که ملک عمومی، تا زمانی‌که وصف عمومی آن باقی است، قابل نقل و انتقال نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰ : ۴۸).

با دقت در مفاد مواد ۲۴، ۲۵، ۲۶ و ۲۷ قانون مدنی، به‌نظر می‌رسد که اموال عمومی، اموالی است که برای نیازمندی‌های عمومی، اختصاص یافته یا در قوانین و مقررات، از آن‌ها به‌عنوان انفال و ثروت‌های عمومی و تحت مالکیت عمومی یاد شده است (اصول ۴۴ و ۴۵ قانون اساسی). سایر اموال تحت تصرف و اداره‌ی دولت، به‌شرط آنکه مشمول عنوان اموال عمومی نباشند، از جمله اموال دولتی محسوب می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۶۶).

۱-۲. مفهوم اموال عمومی و دولتی در قانون شهرداری‌ها و سایر مقررات

با توجه به اینکه در قانون شهرداری‌ها و سایر قوانین، در خصوص تفکیک اموال دولتی و عمومی، معیارهایی ارائه شده است، این قوانین، به‌اختصار بررسی می‌شوند.

به موجب تبصره‌ی ۶ ماده‌ی ۹۶ قانون شهرداری‌ها مصوب ۱۳۳۴ با اصلاحات بعدی، اراضی کوچه‌های عمومی و میدان‌ها و پیاده‌روها و درخت‌های معابر عمومی، ملک عمومی محسوب می‌شود و در مالکیت شهرداری است. همچنین حسب ماده‌ی ۴۵ آیین‌نامه‌ی مالی شهرداری‌ها مصوب ۱۳۴۶، اموال اختصاصی شهرداری، اموالی است که شهرداری حق تصرف مالکانه نسبت به آن‌ها را دارد، مانند اراضی و ابنیه و اثاثه و نظایر آن. اموال عمومی شهرداری نیز، اموالی است که متعلق به شهر بوده و برای استفاده‌ی عموم اختصاص یافته است، مانند معابر عمومی و خیابان‌ها.

با اینکه در قانون شهرداری‌ها، از مالکیت شهرداری بر اموال عمومی سخن به میان آمده، به‌نظر می‌رسد منظور از آن، نوعی «مالکیت اداری» است که به هدف اداره و نگهداری این اموال، چنین امتیازی به شهرداری اعطا شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۶۸). بنابراین، شهرداری حق نقل و انتقال این اموال را ندارند. با این حال، تقاضای ثبت از سوی شهرداری نسبت به آن‌ها و صدور سند به نام این نهاد، بلااشکال است، زیرا مالکیت شهرداری بر این اموال، مالکیت عمومی است نه خصوصی (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۴۸).

به‌نظر می‌رسد که قانون شهرداری‌ها، در تعریف اموال عمومی و دولتی و ذکر مصادیق و احکام این اموال، از قانونی مدنی تبعیت کرده و همان مبانی را پذیرفته است.

موضوع شایان ذکر دیگر، آن است که اگر اموال عمومی یا دولتی، براساس ماده‌ی ۱۱۰ قانون محاسبات عمومی کشور و ماده‌ی ۳ آیین‌نامه‌ی اموال دولتی مصوب ۱۳۷۲، به‌صورت امانی[۳] در اختیار نهادهای عمومی غیردولتی قرار گیرد، با توجه به بقای وصف عمومی یا دولتی این اموال، ارجاع دعوای آن‌ها به داوری، با رعایت مفاد اصل ۱۳۹ قانون اساسی انجام می‌گیرد.

اداره‌ی حقوقی قوه‌ی قضاییه در نظر شماره‌ی ۷/۶۱۶۶ مورخ ۷۳/۹/۱۵ اموال دولتی را از اموالی دانسته که «از بودجه عمومی کل کشور تهیه شده و در اختیار قوای مقننه، قضاییه، شورای نگهبان، وزارتخانه‌ها، موسسات و شرکت‌های دولتی می‌باشد» (کریمی، ۱۳۹۱: ۱۶۸).

بنابر مراتب مذکور، به‌نظر می‌رسد اموال عمومی، اموالی‌اند که نمی‌توان نهادی از نهادهای دولتی را مالک آن معرفی کرد و دستگاه‌های دولتی نمی‌توانند آن را منتقل کنند، از طرف طلبکاران دولت قابل توقیف نبوده، اماره‌ی تصرف و مرور زمان در خصوص آن‌ها جاری نیست و تجاوز به آن‌ها جرم محسوب می‌شود (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۹۰: ۲۷۲).

اما اموال دولتی، اموال تحت تملک نهادهای دولتی‌اند. در خصوص این‌گونه اموال، این پرسش که فلان مال متعلق به کیست، پاسخ روشنی وجود دارد و به نهادی از نهادهای دولتی (مانند وزارتخانه‌ها، قوای سه‌گانه و غیره)، اشاره می‌شود. اصل بر امکان واگذاری این اموال است و انتقال آن براساس قوانین عام صورت می‌پذیرد (کریمی، ۱۳۸۱: ۱۰).

۲. رویه‌ی قضایی و نسبت آن با نظرهای شورای نگهبان

دادگاه‌ها در مقام فصل خصومت، حکم هر دعوا را از قوانین و مقررات مختلف، استنباط کرده و بر موضوعِ مورد اختلاف اعمال می‌کنند. ضرورت مستند بودن آرای محاکم، در اصل ۱۶۶ قانون اساسی ذکر شده است. با وجود تکلیف قضات در استناد به قوانین و تفسیر آن‌ها، با توجه به جایگاهِ نظرهای تفسیری شورای نگهبان، محاکم مأخوذ به این تفاسیرند و در مواردی که نظرِ تفسیری خاصی وجود دارد، از جمله تفسیرهای مرتبط با اصل ۱۳۹ قانون اساسی، موظف به رعایت آن‌ها هستند. در این قسمت، آرای دادگاه‌ها درباره‌ی داوری راجع به اموال عمومی و دولتی و نظرهای تفسیری شورای نگهبان مطرح و بررسی می‌شود.

۲-۱. بررسی رویه‌ی غالب دادگاه‌ها

به موجب نظرهای تفسیری شورای نگهبان، از جمله نظر تفسیری شماره‌ی ۵۶۰۶ مورخ ۹/۱۷/ ۱۳۷۲ (معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین و مقررات، ۱۳۸۱: ۲۲۰) و دیگر نظرهایی که به‌تناسب بحث به آن‌ها اشاره خواهد شد، قرارداد داوری در زمینه‌ی اموال دولتی و عمومی در تمام موارد، حتی در خصوص قراردادهای قبل از تصویب اصل ۱۳۹ قانون اساسی

و نیز اموال تحت تصرف شرکت‌های دولتی و سایر نهادها و مؤسسات عمومی و دولتی، نیازمند تأیید هیأت وزیران و در برخی موارد، تصویب مجلس شورای اسلامی است.

بیشتر مراجع قضایی نیز در راستای اجرا و اعمال اصل ۱۳۹ قانون اساسی و دیگر قوانین، در صورت عدم رعایت تشریفات یادشده، قرارداد داوری را به‌سبب مغایرت آن‌ها با مقررات امری، فاقد اثر قانونی دانسته و درصورتی‌که داور، در خصوص اختلاف راجع به اموال دولتی یا عمومی رأیی صادر کرده باشد، این رأی – به‌علت آنکه قرارداد رجوع به داوری بدون رعایت تشریفات قانونی تنظیم شده و بنابراین فاقد اعتبار قانونی است (بند ۷ ماده‌ی ۴۸۹ قانون آیین دادرسی مدنی)، در مراجع قضایی قابل ابطال است.

شعبه‌ی ۳۵ دادگاه تجدید نظر استان تهران، به موجب دادنامه شماره‌ی ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۳۵۰۰۶۵۶ مورخ ۹۱/۶/۲۰، رأی شماره‌ی ۸۹۰۰۱۰۷۳ مورخ ۸۹/۱۲/۸ شعبه‌ی ۱۲۳ دادگاه عمومی حقوقی تهران را با این استدلال که «با عنایت به مفاد ماده‌ی ۴۵۷ از قانون آیین دادرسی مدنی، مصوبه هیئت وزیران راجع به ارجاع دعاوی موضوع اموال عمومی و دولتی به داوری ضروری می‌باشد و با توجه به اینکه، هیچ‌گونه دلیلی که حکایت از تصویب هیئت وزیران در خصوص موضوع قرارداد باشد، ارائه نگردیده و در صورت تردید نسبت به این امر، با توجه به صلاحیت محاکم، دادگاه بدوی مکلّف به رسیدگی بوده»، نقض کرده است. رأی دادگاه بدوی، متضمن آن است که ماده‌ی ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی، خدشه‌ای به شرط داوری وارد نمی‌کند، زیرا اولاً تنظیم قرارداد از سوی خواهان (دانشگاه دولتی) و گنجاندن شرط داوری در قرارداد، دلالت بر آن دارد که خواهان، تشریفات قانونی را رعایت کرده و در فرض اینکه نیاز به اجازه از مرجع خاص دارد، قبلاً اقدامات لازم را انجام داده است، ثانیاً ماده‌ی مذکور مربوط به ادارات و نهادهای دولتی است نه نهادهای اقماری و مؤسسات وابسته به آن، بنابراین شرط داوری صحیح و مطابق مقررات است (پژوهشگاه قوه‌ی قضاییه، ۱۳۹۲[الف]: ۴۲–۴۳).

در رأی مذکور، استقلال شخصیت حقوقی دانشگاه دولتی، موجب عدم حاکمیت اصل ۱۳۹ قانون اساسی تلقی نشده و با توجه دولتی بودن اموال دانشگاه، رأی بر عدم نفوذ شرط داوری و بنابراین ضرورت رسیدگی دادگاه صادر شده است.

شعبه‌ی ۱۵ دادگاه تجدید نظر استان تهران نیز در رأی شماره‌ی ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۷۲۰ مورخ ۹۱/۶/۲۰، به‌علت عدم رعایت تشریفات اصل مذکور (عدم تصویب هیأت وزیران و عدم اطلاع مجلس)، رأی به ابطال رای داور داده است (پژوهشگاه قوه‌ی قضاییه، ۱۳۹۲[الف]: ۴۳).

نکته‌ی شایان ذکر در خصوص اصل مورد بحث، آن است که مفاد این اصل حاوی محدودیت‌هایی در زمینه‌ی ارجاع دعاوی مربوط به اموال عمومی و دولتی به داوری است، نه

آنکه حکم آن به دولت و شرکت‌های دولتی اختصاص داشته باشد. بنابراین ارجاع دعاوی مربوط به این اموال، حتی در مواردی که در اختیار نهادهای عمومی غیردولتی نیز باشد، مشمول مقررات اصل یادشده است (جنیدی، ۱۳۷۶: ۹۳).

همچنین اگر اموال اشخاص حقوقی حقوق خصوصی تحت مدیریت دولت باشد، اصل پیش‌گفته بر موضوع حاکمیت ندارد. بر این اساس کمیته‌ی بررسی و تفسیر بیانیه‌ی الجزایر در تاریخ ۱۳۶۳/۸/۳۰، در مورد اموال اشخاص حقوقی حقوق خصوصی، که بعد از انقلاب در اختیار و نظارت دولت قرار گرفته بود، چنین نظر داده است: «در موردی که دعوی مربوط به یک شخص حقوقی حقوق خصوصی باشد که مدیر یا ناظر دولتی دارد، اصل ۱۳۹ شمول ندارد زیرا مقررات اصل مذکور در مورد اموال عمومی و دولتی جاری است» (احمدی واستانی، ۱۳۶۳: ۳۱).

۲-۲. شرط داوری در قراردادهای شرکت‌های دولتی

برخی دادگاه‌ها تفسیر منعطفی از اصل یادشده، در خصوص اموال شرکت‌های دولتی ارائه می‌کنند. به موجب این رویکرد، تشریفات مندرج در اصل، صرفاً معطوف به اموال دولتی و عمومی است و شامل اموال شرکت‌های دولتی نمی‌شود، زیرا برابر با ماده‌ی ۲ آیین‌نامه‌ی اموال دولتی مصوب ۱۳۷۳ هیأت وزیران، اموالی که توسط وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی خریداری می‌شود یا به طرق قانونی دیگر به تملک دولت درآمده یا در می‌آید، اموال دولتی تلقی شده‌اند. بنابراین اموال شرکت‌های دولتی، جزء مصادیق اموال دولت محسوب نمی‌شود و از شمول اصل ۱۳۹، خروج موضوعی دارد (پژوهشگاه قوه‌ی قضاییه، ۱۳۹۲[ج]: ۲۲).

برخی حقوقدان‌ها (هندی، ۱۳۸۶: ۸۵- ۸۶) نیز با این استدلال که شرکت دولتی با داشتن شخصیت حقوقی، مستقل از دولت است، اعتقاد دارند که استقلال شخصیت حقوقی شرکت‌های دولتی از دولت، وصفِ اموال متعلق‌به این شرکت‌ها را تعیین می‌کند و بر این اساس اموال آن‌ها «اموال عمومی» یا «دولتی» قلمداد نمی‌شوند. همچنین در تمام قوانین و مقررات از جمله قانون محاسبات عمومی، اموال شرکت‌های دولتی مستقل و جدا از اموال دولتی ذکر شده است.

استدلال دیگر، تکیه به تفکیک اعمال حاکمیتی و تصدی‌گری است، به این نحو که تنها دعاوی راجع به اموالی که به‌منظور اعمال حاکمیت در اختیار دولت است، بدون رعایت تشریفات قابل ارجاع به داوری نیست و درصورتی‌که دولت، اموالی را در راستای انجام فعالیت‌های بازرگانی و تصدی‌گری در اختیار داشته باشد، دعوای راجع به آن‌ها، بدون نیاز به

رعایت تشریفات، قابل ارجاع به داوری است. بنابراین درصورتی‌که دامنه‌ی فعالیت شرکت دولتی، صرفاً انجام اعمال تجارتی به‌منظور تحصیل سود باشد نه اعمال حاکمیت دولت، قراردادهای داوری آن‌ها، منصرف از اموال دولتی و عمومی موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی است (کاکاوند، ۱۳۸۹: ۳۱۶).

در راستای تقویت موضع حقوقی مذکور، می‌توان به دادنامه‌ی شماره‌ی ۹۲۰۰۵۷ مورخ ۱۳۹۲/۹/۲، شعبه‌ی ۳۰ دادگاه عمومی حقوقی تهران اشاره کرد که به‌صراحت بر عدم تلقی اموال شرکت‌های دولتی به‌عنوان اموال دولتی تأکید شده است. در این رأی آمده است که «دولت به‌عنوان متولی امور سیاسی و اقتصادی، بنابر سیاست‌های اقتصادی اجتماعی خود و به‌منظور تسهیل در ورود به حوزه امور بازرگانی و خدمات تجاری، به دور از ضوابط آمرانه و سخت‌گیرانه، که با اصول امر تجارت و لزوم سرعت و تسهیل این امور انطباق نداشته و باعث کندی امر تجارت می‌گردد، اقدام به تأسیس شرکت‌هایی نموده که ... فلسفه تشکیل چنین شرکت‌هایی، ورود مستقیم در عرصه تجارت و **تصدی‌گری**، به دور از محدودیت‌های مقررات حقوق اداری و عمومی می‌باشد. شرکت‌های تجاری، علی‌الخصوص دولتی یا خصوصی، واجد شخصیت حقوقی مستقل می‌باشند و اموال و دارایی آن شرکت مربوط به شخص حقوقی شرکت بوده و جزء اموال و دارایی صاحبان سهام آن نمی‌باشد و همان‌گونه‌که اطلاق دارایی یک شرکت غیردولتی، به سهامداران آن، غیرحقوقی و فاقد مبنای قانونی می‌باشد، همین طور، اموال و دارایی یک شرکت دولتی هم به سهامداران آن، که دولت می‌باشد، تعلق ندارد. موضوع ممنوعیت ارجاع امور به داوری، بدون حصول توافق هیئت وزیران در اصل ۱۳۹ قانون اساسی، صرفاً ناظر به اموال دولتی بوده نه اموال و دارایی‌های شرکت‌های دولتی و ماده‌ی ۲ آیین‌نامه اموال دولتی مصوب ۱۳۷۴/۹/۱ هیئت وزیران نیز اموال دولتی، را صرفاً اموال وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی قلمداد نمود و با فسخ آیین‌نامه سابق مصوب ۱۳۷۲/۴/۲۷ و با عدم قید اموال شرکت‌های دولتی، اراده خود را به خروج موضوعی اموال شرکت‌های دولتی از ردیف اموال دولتی بیان نموده است ... لذا به نظر این دادگاه تعیین اموال و دارایی‌های شرکت‌های دولتی را غیر از اموال عمومی و دولتی تلقی نموده و دولت را صرفاً سهامدار این قبیل شرکت‌ها دانسته ... و تمامی قیود فوق دلالت بر عدم اطلاق اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی، بر قراردادهای شرکت‌های دولتی در ارجاع امر به داوری می‌نماید».[۴]

در رأی مذکور، که ناظر بر ارجاع دعاوی شرکت‌های بازرگانی دولتی به داوری است، ضمن تأکید بر تصدی‌گری این شرکت‌ها، اموال آن‌ها در زمره‌ی اموال دولتی قلمداد نشده و بنابراین ارجاع دعاوی این شرکت‌ها به داوری، نیازمند طی تشریفات قانونی اصل ۱۳۹ قانون

اساسی تشخیص داده نشده است.[۵]

با این حال، اعتقاد به اینکه اموال شرکت‌های دولتی جزء اموال عمومی و دولتی محسوب نمی‌شود، به این علت که شخصیت حقوقی مستقل از دولت دارند، مخدوش است، زیرا در این صورت اموال شهرداری‌ها نیز، با توجه به شخصیت حقوقی مستقل آن‌ها، در زمره‌ی اموال عمومی تلقی نشده و ارجاع دعاوی مربوط به آن‌ها به داوری نیازمند طی تشریفات قانونی نیست. بنابراین به‌نظر می‌رسد که اموال شرکت‌های دولتی نیز، جزء اموال دولت تلقی می‌شود و داوری در خصوص آن‌ها، محتاج اخذ مجوزهای لازم است.

نکته‌ی در خور تأمل این است که محدودیت مذکور در اصل ۱۳۹ قانون اساسی، ناظر بر اموال عمومی و دولتی است. به‌عبارت دیگر، محدودیت موضوعی است و نه شخصی. بنابراین، غیر از اموال خصوصی، سایر اموال تابع اصل یادشده، و اموال شرکت‌های دولتی، با توجه به خصوصی نبودن آن‌ها، مشمول محدودیت‌های پیش‌گفته هستند. نکته‌ی شایان تأمل دیگر آنکه اگر این دیدگاه که اموال شرکت‌های دولتی، اموال دولتی تلقی نمی‌شود، پذیرفته شود، دعاوی شرکت‌های دولتی اعم از شرکت‌های بازرگانی و غیربازرگانی (حاکمیتی) (برای نمونه شرکت پژوهش و فناوری پتروشیمی)[۶] بدون نیاز به تشریفات، قابل ارجاع به داوری خواهد بود. اما در صورت پذیرش رویکردی که بر تفکیک شرکت‌های تصدی‌گر و حاکمیتی، پرداخته و صرفاً دعاوی راجع به شرکت‌های بازرگانی دولتی را، بدون نیاز به رعایت تشریفات، قابل ارجاع به داوری می‌داند، اختلافات شرکت‌های حاکمیتی، تنها در صورتی قابل ارجاع به داوری خواهد بود، که تشریفات مذکور رعایت شده باشد.

آرای یادشده با نظر تفسیری شورای نگهبان به شماره‌ی ۵۶۰۶ مورخ ۱۳۷۲/۹/۱۷ مغایر است. شورای نگهبان با اعلام اینکه اصل ۱۳۹ قانون اساسی، به لحاظ صراحت و وضوح نیاز به تفسیر ندارد، اضافه می‌کند که «اعضای شورای نگهبان، به اتفاق آراء، اصل مذکور را شامل اموال شرکت‌های دولتی نیز می‌دانند» (معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین و مقررات، ۱۳۸۱: ۲۲۰).

با این حال، شعبه‌ی ۱۷ دادگاه تجدید نظر استان تهران در رأیی با این عبارت که «شرکت عمران {شرکت عمران شهرهای جدید (مادر تخصصی)} از زیرمجموعه‌های وزارت مسکن و شهرسازی بوده ... و به لحاظ اینکه شرط داوری در دعوی مربوط به دولت تابع تشریفات خاص است که این تشریفات رعایت نشده است» ارجاع دعوا به داوری را ممکن ندانسته است (رأی شماره‌ی ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۷۰۰۷۶۲ مورخ ۱۳۹۳/۶/۲۳). در این رأی، شخصیت حقوقی مستقل شرکت، تأثیری در عدم حاکمیت اصل ۱۳۹ درباره‌ی قراردادهای داوری نداشته

و نظری بر خلاف دادنامه‌ی فوق ابراز شده است.

بنابراین براساس نظر شورای نگهبان، ارجاع دعاوی در مورد اموال شرکت‌های دولتی به داوری نیز، محتاج طی تشریفات قانونی بوده و بازرگانی یا غیربازرگانی بودن شرکت مؤثر نیست. نتیجه آنکه، هرچند تفکیک شرکت‌های بازرگانی دولتی از غیر آن و نیز دولتی تلقی نکردن اموال شرکت‌های دولتی، که در برخی آرای دادگاه‌ها و نظرهای حقوقدان‌ها تبلور یافته و نهادهای داوری نیز به این دیدگاه گرایش دارند، می‌تواند از برخی جهات راهگشا باشد، اما آشکارا مغایر تفسیر شورای نگهبان از اصل ۱۳۹ قانون اساسی بوده و تنها زمانی می‌تواند مبنای عمل دادگاه‌ها قرار گیرد که یا نظر تفسیری جدیدی از سوی این شورا اتخاذ شود یا پس از وضع قانون توسط مجلس شورای اسلامی در این زمینه، عدم مغایرت آن با قانون اساسی و شرع اعلام شود یا اینکه مجمع تشخیص مصلحت نظام، پس از ارجاع مصوبه‌ی مجلس، با لحاظ مصلحت، آن را تأیید کند.

۲-۳. داوری در مورد اموال شرکت‌های وابسته به شهرداری

شعبه‌ی ۸ دادگاه تجدید نظر استان تهران در رأی شماره‌ی ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۸۰۱۱۲۶ مورخ ۹۱/۹/۲۵، ارجاع دعاوی در زمینه‌ی شرکت‌های وابسته به شهرداری را منوط به تصویب هیأت وزیران دانسته است. به موجب این رأی، «اموال شرکت عمران و توسعه شهرداری تهران (دارای نشان شهرداری در سربرگ آن)، از اموال عمومی بوده و ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی به داوری، پس از تصویب هیأت وزیران و اطلاع مجلس شورای اسلامی صورت می‌گیرد» (پژوهشگاه قوه‌ی قضاییه، ۱۳۹۲[ج]: ۱۳).

در رأی شماره‌ی ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۱۶۲۵ مورخ ۹۲/۱۲/۱۳ شعبه‌ی ۱۵ دادگاه تجدید نظر استان تهران نیز، داوری در مورد اموال شرکت راه‌آهن شهری تهران و حومه (مترو)، تابع محدودیت‌های اصل ۱۳۹ قانون اساسی دانسته شده است (پژوهشگاه قوه‌ی قضاییه، ۱۳۹۲[ب]: ۲۰۰). همچنین شعبه‌ی ۵۱ دادگاه تجدید نظر استان تهران طی دادنامه‌ی شماره‌ی ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۰۰۱۱۵ (پژوهشگاه قوه‌ی قضاییه، ۱۳۹۳: ۱۵۵)، به‌صراحت اعلام کرده که «با توجه به اینکه ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری، منوط به تصویب هیئت وزیران است بنابراین چنانچه خواهان اداره‌ای از ادارات زیرمجموعه شهرداری باشد که اموال آن اداره از اموال عمومی محسوب می‌شود، امکان ارجاع دعاوی ناشی از قراردادهای آن اداره به داوری، بدون طی تشریفات قانونی وجود ندارد».

رویکرد مذکور در نظر شماره‌ی ۷/۷۰۰ مورخ ۷۸/۴/۱۳ اداره‌ی حقوقی و تدوین قوانین

قوه‌ی قضاییه نیز، تبلور یافته و این اداره با تلقی اموال شهرداری به‌عنوان اموال عمومی و دولتی، قرارداد داوری را، که بدون توجه به تشریفات اصل ۱۳۹ قانون اساسی منعقد شده، فاقد اثر قانونی، و تبعاً رأی داوری صادره را قابل ابطال به‌شمار آورده است (مجموعه‌ی اساسی، معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین و مقررات، ۱۳۸۱: ۲۲۵).

۲-۴. تفکیک میان مرحله‌ی انعقاد قرارداد داوری و ارجاع دعوا به داوری

اصل ۱۳۹ قانون اساسی مقرر می‌دارد که ارجاع دعاوی در زمینه‌ی اموال عمومی و دولتی به داوری، موکول به تصویب هیأت وزیران است. آیا محدودیت یادشده، صرفاً دربرگیرنده‌ی مرحله‌ی ارجاع دعوا به داور است یا شامل مقطع انعقاد قرارداد داوری نیز می‌شود؟

ظاهر اصل، متضمن بیان رعایت تشریفات قانونی در مرحله‌ی ارجاع دعوا به داوری است و محدودیتی از حیث توافق در مقطع انعقاد قرارداد داوری را بیان نمی‌کند. اثر تفکیک دو مرحله‌ی مذکور، از این حیث مهم است که در صورت پذیرش استدلال یادشده، شرط داوری صحیح تلقی شده و طرف دولتی متعهد شود که پس از آن (انعقاد قرارداد متضمن شرط داوری)، اقدامات لازم برای اخذ مجوزها را فراهم آورد. بنابراین در این حالت، تشریفات مقرر در اصل ۱۳۹ قانون اساسی، صرفاً، باید هنگام ارجاع اختلاف، رعایت شود.

شعبه‌ی ۱۵ دادگاه تجدید نظر استان تهران در رأی شماره‌ی ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۱۶۲۵ مورخ ۹۲/۱۲/۱۳ با این استدلال که «درج شرط داوری در قراردادهای مشمول اصل ۱۳۹ قانون اساسی، فاقد منع قانونی بوده لیکن ارجاع دعاوی مسبوق به اخذ مصوبه هیئت وزیران و سایر شرایط» است، دیدگاه مذکور را اتخاذ کرده است (پژوهشگاه قوه‌ی قضاییه، ۱۳۹۲: ۲۰۰).

شعبه‌ی ۱۵ دادگاه تجدید نظر استان تهران نیز، ضمن تأیید دادنامه‌ی شماره‌ی ۱۰۴۹-۹۲/۱۱/۲ شعبه‌ی ۱۱ دادگاه عمومی تهران مبنی بر ابطال رأی داوری به‌سبب آنکه یکی از طرفین داوری، شرکت دولتی بوده و موافقت هیأت وزیران به‌منظور ارجاع اختلاف به داوری اخذ نشده، در استدلالی جالب توجه، با بیان اینکه مجرای اصل، محدودیت راجع به اموال دولتی است نه طرفین قرارداد، اضافه می‌کند که «بحث داوری در این خصوص، به اموال موضوع داوری باز می‌گردد نه عنوان متعاملین و قرارداد داوری هرگز محل نزاع نبوده، بلکه ارجاع دعوی مورد نظر می‌باشد زیرا بین انعقاد عقد و ارجاع دعوی به داوری، فرق اساسی وجود دارد ...» (دادنامه‌ی شماره‌ی ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۴۷۸ مورخ ۱۳۹۳/۴/۲۵).

دو رأی مذکور، مبین پذیرش تفکیک بین مراحل انعقاد و ارجاع دعوا به داوری و ضرورت اخذ مصوبات لازم در زمان ارجاع دعوا به داوری است و نه انعقاد قرارداد متضمن شرط داوری.

با این حال دیوان عدالت اداری، به موجب رأی‌های شماره‌ی ۱۳۹–۱۳۸ مورخ ۱۳۹۱/۳/۲۲، با استناد به اصل ۱۳۹ قانون اساسی بیان می‌دارد که «علی‌الأصول مأموران دولت، در زمان انعقاد قرارداد داوری، مکلف هستند حسب مورد مصوبه هیأت وزیران یا مصوبه مجلس شورای اسلامی را اخذ کنند». رأی مذکور، که به ابطال مصوبه‌ی ۱۶۸۶۹۲/ت۳۶۹۵۹هـ–۱۶/۱۲/۱۳۸۵ هیأت وزیران، که مشعر بر تجویز ارجاع اختلاف سازمان منطقه‌ی آزاد کیش به داوری است، منتج شده، بر این امر دلالت دارد که تشریفات ارجاع دعاوی اموال عمومی و دولتی به داوری، باید در زمان انعقاد قرارداد رعایت شود، بنابراین تصویب هیأت وزیران پس از آن یا در زمان حدوث اختلاف و ارجاع به داوری، کفایت نمی‌کند.

به‌نظر می‌رسد مبنای رأی یادشده، این است که در صورت تصویب قرارداد داوری، نهادهای داوری، به‌خصوص نهادی‌های داوری بین‌المللی، به محدودیت‌های قوانین داخلی طرف‌های داوری، توجه نمی‌کنند و صلاحیت خویش را براساس قرارداد احراز و مبادرت به رسیدگی و صدور رأی می‌کنند. بنابراین وجهی جهت استناد به عدم رعایت تشریفات، باقی نخواهد ماند و حتی در فرض عدم تصویب هیأت وزیران، رسیدگی توسط داور انجام می‌گیرد و عملاً قانون اساسی نقض می‌شود. برای رفع این مشکل، می‌توان از حق شرط استفاده کرد، به این صورت که در قرارداد داوری، شرط شود که ارجاع اختلافات به داوری منوط به تصویب مراجع قانونی کشور ایران است (علیدوستی، ۱۳۸۷: ۸۴).

با این حال، با عنایت به الزام‌آور نبودن آرای هیأت عمومی دیوان عدالت اداری برای دادگاه‌ها، مناقشه همچنان باقی است، مگر آنکه هیأت عمومی دیوان عالی کشور، به‌علت تهافت آرا مبادرت به صدور رأی وحدت رویه کند که در این صورت تمام مراجع قضایی، اعم از محاکم دادگستری و دیوان عدالت اداری، ملزم به تبعیت از مفاد آن رأی خواهند بود.

نتیجه‌گیری

۱. رویکرد غالب در آرای دادگاه‌ها، به‌خصوص دادگاه‌های تجدید نظر استان تهران، این است که محدودیت‌های اصل ۱۳۹ قانون اساسی را شامل اموال شرکت‌های دولتی و شهرداری‌ها و شرکت‌های وابسته و تابعه‌ی آن‌ها نیز می‌دانند و از تفسیرهای شورای نگهبان در این زمینه تبعیت می‌کنند. با این حال، نظرهای متهافتی نیز وجود دارد که مفاد اصل را ناظر بر اموال شرکت‌های بازرگانی دولتی نمی‌داند.

۲. برخی دادگاه‌ها با تفکیک مرحله‌ی توافق در خصوص درج شرط داوری راجع به اموال عمومی و دولتی و مرحله‌ی ارجاع دعوا به داوری، اعتقاد دارند که مفاد اصل مذکور و ماده‌ی

۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی، تنها مربوط به مقطع داوری است، بنابراین نهادهای دولتی و عمومی، می‌توانند بدون اخذ مجوز از هیأت وزیران، شرط داوری را در قرارداد بگنجانند و پس از آن، در راستای تأمین شروط اصل یادشده اقدام لازم را مبذول دارند. این موضوع که با فلسفه‌ی وضع اصل پیش‌گفته و ظاهر آن نیز سازگار است، می‌تواند به توسعه‌ی شرط داوری در خصوص اموال عمومی و دولتی بینجامد. این استنباط، با توجه به نظر تفسیری شماره‌ی ۶۷۸۸ مورخ ۶۵/۷/۱۵ شورای نگهبان، که متضمن جواز عمل دادگاه‌ها به استنباط خویش از اصل یادشده است، با مشکلی مواجه نیست.

دیوان عدالت اداری، به موجب رأی‌های شماره‌ی ۱۳۹-۱۳۸ مورخ ۱۳۹۱/۳/۲۲، با استناد به اصل ۱۳۹ قانون اساسی بیان داشته که «علی‌الأصول مأموران دولت، در زمان انعقاد قرارداد داوری، مکلف هستند حسب مورد مصوبه هیأت وزیران یا مصوبه مجلس شورای اسلامی را اخذ کنند»، اما با توجه به الزام‌آور نبودن آرای دیوان عدالت اداری برای محاکم دادگستری، به‌نظر می‌رسد نظر یادشده راهگشای برخی مشکلات نیست.

۳. برخی دادگاه‌ها اعتقاد دارند که محدودیت مندرج در این اصل، معطوف و متوجه موضوع داوری است. به‌عبارت دیگر آنچه در اصل یادشده مورد نظر است، داوری در زمینه‌ی «اموال عمومی و دولتی» است و نه شرکت‌های دولتی و شهرداری‌ها و... .

اثر این تفسیر در مواردی مشخص می‌شود که اموال دولتی در اختیار نهادهای غیردولتی باشد که در این صورت نیز، محدودیت‌های یادشده، برقرار است. بنابراین محدودیت مذکور، از نوع موضوعی است و نه شخصی. همچنین درصورتی‌که اموال اشخاص حقوقی حقوق خصوصی در اختیار و تحت نظارت دولت باشد، مقررات اصل ۱۳۹ قانون اساسی قابل اعمال نیست، زیرا موضوع اصل، اموال عمومی و دولتی است.

مفاد نظرهای تفسیری شورای نگهبان، نیز، معطوف به اطلاق موضوع اموال عمومی و دولتی و استثناناپذیری این اصل است.

۴. با توجه به گسترش شایان توجه داوری در حل‌وفصل اختلافات، خاصه در عرصه‌ی بین‌المللی، رعایت دقیق مفاد اصل و تبعیت از نظرهای تفسیری شورای نگهبان، مشکلات زیادی را برای شرکت‌های دولتی به‌وجود می‌آورد. بنابراین، تصویب قانون برای حل این معضل ضروری به‌نظر می‌رسد. بدیهی است در صورت اعلام مغایرت قانون مصوب مجلس با قانون اساسی، مجمع تشخیص مصلحت نظام می‌تواند با ارجاع مصوبه از سوی مجلس شورای اسلامی، رافع معضل و مشکل یادشده شود.

یادداشت‌ها

۱. یکی از راهکارهای پیشنهادی در تسهیل روند اجرای تشریفات اصل ۱۳۹ قانون اساسی، استفاده از ظرفیت اصل ۱۲۷ است. برابر با مفاد این اصل، رئیس‌جمهور می‌تواند در موارد خاص، بر حسب ضرورت با تصویب هیأت وزیران، نماینده یا نمایندگان ویژه با اختیارات مشخص تعیین کند. در این موارد تصمیمات نماینده یا نمایندگان مذکور در حکم تصمیمات رئیس‌جمهور و هیأت وزیران خواهد بود.

آیا تصمیم نماینده یا نمایندگان مذکور، می‌تواند جایگزین تأیید هیأت وزیران در خصوص ارجاع دعاوی راجع به اموال دولتی به داوری شود؟ یا آیا هیأت وزیران می‌تواند اختیاری مندرج در اصل ۱۳۹ را به نماینده یا نمایندگان ویژه واگذار کند، به‌نحوی که موافقت نماینده، جایگزین و قائم‌مقام تأیید هیأت وزیران شود؟

پاسخ مثبت به پرسش مذکور، از این حیث می‌تواند راهگشا باشد که با توجه به تعدد نهادها، شرکت‌ها و مؤسسات دولتی، امکان بررسی تمام قراردادهای داوری در هیأت وزیران میسور به‌نظر نمی‌رسد، بنابراین تعیین نماینده یا نمایندگان ویژه می‌تواند از منظر فوق، رافع برخی معضلات باشد.

رأی شماره‌ی ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۱۲۵۳ مورخ ۹۱/۱۰/۴ شعبه ۱۵ دادگاه تجدید نظر استان تهران، نکته‌ی پیش‌گفته را پذیرفته است. این رأی بیان می‌دارد که «نظر به ارجاع اختلاف فی‌مابین خواهان و خوانده به داوری شورای عالی فنی معاونت برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی رئیس‌جمهوری، به شرح تصمیم شماره‌ی ۶۵۸۹۱/ت۳۷۸۸۸ن مورخ ۱۳۸۶/۵/۷ نماینده رئیس‌جمهوری در راستای اصل ۱۲۷ قانون اساسی، مستند به تصویب‌نامه هیأت وزیران شماره ۵۰۰۵/ ت ۲۸۵۹۱ه مورخ ۸۲/۳/۱۲ و توجهاً به مصوبه ۵۴۰۹۰ مورخ ۱۳۷۷/۸/۲۱ در راستای اصل ۱۲۷ و ۱۳۹ قانون اساسی که تصمیم نماینده رئیس‌جمهوری را در حکم تصمیم رئیس‌جمهوری اعلام نموده، و توجهاً به درخواست ارجاع اختلاف به داوری شورای عالی فنی به شرح تقاضای شماره ۲۶/۶۳۲۷۷ مورخ ۹۰/۷/۱۱ از شرکت خواهان و با عنایت به اینکه تصمیمات نماینده رئیس‌جمهوری جانب توافق دستگاه اجرایی در بحث ارجاع به امر به داوری است»، ارجاع اختلاف یادشده به داوری صحیح و مطابق مقررات است (پژوهشگاه قوه‌ی قضاییه، ۱۳۹۲[د]: ۲۱).

اشکال دیدگاه مذکور و رأی یادشده این است که تعیین نماینده‌ی ویژه در اصل ۱۲۷، به موارد خاص اختصاص دارد و نمی‌توان با تفسیر موسع، «ارجاع اختلافات راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری» را خاص تلقی کرد. همچنین تعیین نماینده‌ی ویژه از وظایف و اختیارات رئیس‌جمهور است، درحالی‌که براساس اصل ۱۳۹ قانون اساسی، ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی آن به داوری در هر مورد موکول به تصویب هیات وزیران است. مفاد اصل عدم تفویض نیز، مؤید ادعای مذکور است.

۲. استفسار مذکور از سوی نخست‌وزیر وقت، به موجب نامه‌ی شماره‌ی ۱۰۱/۲– ۲/۸ م ن مورخ ۱۳۶۵/۲/۳ صورت پذیرفت. موضوع عنوان‌شده در نامه‌ی مذکور، مربوط به ماده‌ی ۱۰ موافقت‌نامه‌ی مورخ بهمن‌ماه ۱۳۵۳، میان سازمان سرمایه‌گذاری و کمک‌های اقتصادی و فنی ایران و کمیساریای انرژی اتمی فرانسه است که به موجب این ماده، کلیه‌ی اختلافات راجع به موافقت‌نامه تحت مقررات سازش و داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی حل‌وفصل می‌شود. سؤال مطروحه درباره‌ی رعایت یا عدم رعایت مقررات اصل ۱۳۹ قانون اساسی در خصوص موافقت‌نامه‌ی پیش‌گفته است.

با این حال، شورای نگهبان در پی استفسار مجدد مقام اجرایی یادشده، طی نامه‌ی ۶۲–۴۳/۱۷ م ن مورخ ۱۳۶۵/۲/۲۴، با اعلام عدم دستیابی به نظر تفسیری، می‌گوید: «ارجاع به داوری از طرف دولت بدون کسب مجوز از مجلس شورای اسلامی با قانون اساسی مغایرت ندارد» (نظر تفسیری شماره‌ی ۶۰۲۵ مورخ ۱۳۶۵/۴/۱۸؛ مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۹: ۱۷۴).

۳. ماده‌ی ۱۱۰ قانون محاسبات عمومی کشور مصوب ۱۳۶۶ می‌گوید: وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی و شرکت‌های دولتی می‌توانند اموال منقول خود را به‌طور امانی در اختیار سایر وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی و شرکت‌های دولتی و مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی قرار دهند. در این صورت وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی و شرکت‌های دولتی و مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی تحویل‌گیرنده بدون اینکه حق تصرفات مالکانه نسبت به اموال امانی مذکور داشته باشند مسئول حفظ و حراست و نگهداری حساب این اموال خواهند بود و باید فهرست اموال مزبور را به وزارت امور اقتصادی و دارایی ارسال و عین اموال را پس از رفع نیاز به وزارتخانه یا مؤسسه دولتی و یا شرکت دولتی ذی‌ربط اعاده و مراتب را به وزارت امور اقتصادی و دارایی اطلاع دهند.

منظور از «اموال امانی» در آیین‌نامه‌ی اموال دولتی مصوب ۱۳۷۲ هیأت وزیران، اموال منقول یا غیرمنقولی است که از طرف وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی و شرکت‌های دولتی براساس ماده‌ی ۱۱۰ قانون محاسبات عمومی، به‌طور موقت در اختیار سایر وزارتخانه‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی و نیز مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی قرار گرفته یا می‌گیرند.

۴. رأی یادشده، طی دادنامه‌ی شماره‌ی۹۳۰۰۰۷۰۲۲۱۵۰۰۴۶۰ مورخ ۱۳۹۳/۵/۲۹ شعبه‌ی ۱۵ دادگاه تجدید نظر استان تهران تأیید شده است.

۵. در پیش‌نویس لایحه‌ی «قانون جامع داوری ایران» آمده است که «دعاوی که موضوع آن امور تجاری است و نیز دعاوی له یا علیه شرکت‌ها، نهادها و مؤسسات عمومی یا دولتی که موضوع فعالیت اصلی آنها امور تجاری است، از شمول این ماده مستثنی هستند».

تبصره‌ی مذکور که بر خروج داوری امور تجاری از تشریفات اصل ۱۳۹ قانون اساسی تأکید دارد، بر مبنای تفکیک امور تصدی‌گری و حاکمیتی دولت استوار است.

۶. تبصره‌ی ۶ بند «الف» ماده‌ی ۳ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی: «شرکت پژوهش و فناوری پتروشیمی به‌عنوان یک واحد پژوهش بنیادی و توسعه‌ای است که در جهت خودکفایی به‌صورت یک شرکت حاکمیتی فعالیت می‌کند».

منابع و مآخذ

احمدی واستانی، عبدالغنی (۱۳۶۳)، «شرح مختصر بیانیه‌های الجزایر»، **مجله‌ی حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران**، زمستان ۱۳۶۳، ش ۱۹، صص ۹-۶۳.

اداره‌ی چاپ و انتشار معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین و مقررات (۱۳۸۱)، **مجموعه‌ی اساسی**، تهران: معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین و مقررات، چ اول.

پژوهشگاه قوه‌ی قضاییه (۱۳۹۲)، **مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدید نظر استان تهران (حقوقی) شهریور ۱۳۹۱**[الف]، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه‌ی قضائیه، چ اول.

پژوهشگاه قوه‌ی قضاییه (۱۳۹۲)، **مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدید نظر استان تهران (حقوقی) مهر ۱۳۹۱**[ب]، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارت قوه‌ی قضاییه، چ اول.

پژوهشگاه قوه‌ی قضاییه (۱۳۹۲)، **مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدید نظر استان تهران (حقوقی) ۱۳۹۱[ج]**، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه‌ی قضاییه، چ اول.

پژوهشگاه قوه‌ی قضاییه (۱۳۹۲)، **مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدید نظر استان تهران (حقوقی) دی ۱۳۹۱**[د]، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه‌ی قضائیه، چ اول.

پژوهشگاه قوه‌ی قضاییه (۱۳۹۳)، **مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدید نظر استان تهران (حقوقی) زمستان ۱۳۹۲**، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه‌ی قضاییه، چ اول.

پژوهشگاه قوه‌ی قضاییه (۱۳۹۴)، **مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدید نظر استان تهران (حقوقی) بهار ۱۳۹۳**، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه‌ی قضاییه، چ اول.

پژوهشگاه قوه‌ی قضاییه (۱۳۹۵)، **مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدید نظر استان تهران (حقوقی) ۱۳۹۲**، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه‌ی قضاییه، چ اول.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱)، **ترمینولوژی حقوق**، تهران: گنج دانش، چ دوازدهم.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۰)، **حقوق اموال**، تهران: گنج دانش، چ پنجم.

جنیدی، لعیا (۱۳۷۶)، **قانون حاکم در داوری تجاری بین‌المللی**، تهران: دادگستر، چ اول.

طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۹۰)، **حقوق اداری**، تهران: سمت، چ پانزدهم.

علیدوستی، ناصر (۱۳۸۷)، «ظرفیت‌های اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، **فصلنامه‌ی مطالعات راهبردی**، سال اول، ش ۱۱ (ش مسلسل ۳۹)، صص ۷۵-۹۸.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱)، **دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت**، تهران: میزان، چ پنجم.

کاکاوند، محمد (۱۳۸۹)، **گزیده‌ی آرای داوری مرکز داوری اتاق ایران**، تهران: مؤسسه‌ی مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.

کریمی، عباس (۱۳۸۱)، **جزوه درسی حقوق اموال و مالکیت**، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

کریمی، عباس؛ پرتو، حمیدرضا (۱۳۹۱)، «داوری‌پذیری دعاوی مربوط به اموال عمومی و دولتی»، **فصلنامه‌ی پژوهش حقوق**، سال چهاردهم، ش ۳۶، صص ۱۵۷-۱۸۴.

مرکز تحقیقات شورای نگهبان (۱۳۸۹)، **مجموعه نظریات شورای نگهبان(تفسیری و مشورتی در خصوص اصول قانون اساسی)**، تهران: معاونت تدوین و تنقیح و انتشار قوانین و مقررات حقوقی ریاست جمهوری، چ دوم.

مرکز تحقیقات شورای نگهبان (۱۳۸۶)، **مشروح مذاکرات شورای نگهبان**، دوره‌ی اول- سال ۱۳۵۹، تهران: دادگستر، چ اول.

هندی، اصغر (۱۳۸۶)، بررسی تسری شروط اصل ۱۳۹ قانون اساسی به اموال شرکت‌های دولتی»، **مجله‌ی حقوقی دادگستری، دوره‌ی جدید**، ش ۶۱، صص ۶۳-۸۶.

دوفصلنامه دانش حقوق عمومی/ سال چهارم، بهار و تابستان ۱۳۹۴، شماره ۱۱، صفحات ۸۹ تا ۱۱۰

صلاحیت وضع عوارض و اصول حاکم بر آن در پرتو آرای دیوان عدالت اداری

ابراهیم موسی‌زاده[۱*]، علی سهرابلو[۲**]

۱. دانشیار دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، ایران
۲. کارشناس ارشد حقوق عمومی دانشگاه تهران، تهران، ایران

دریافت: ۱۳۹۴/۴/۱ **پذیرش: ۱۳۹۴/۶/۲۹**

چکیده

عوارض از مهم‌ترین منابع درآمدی دولت و نهادهای عمومی است که به‌سبب فراوانی مصادیق آن در نظام حقوقی کشور و موضوعات مطرح در این زمینه، در سال‌های اخیر موضوع برخی پژوهش‌ها قرار گرفته است. در این میان بحث صلاحیت وضع عوارض و اصول حاکم بر وضع آن از مباحث مهمی است که کمتر مورد توجه صاحب‌نظران قرار گرفته است. حاکمیت قانون ایجاب می‌کند که صرفاً مراجع ذی‌صلاح بتوانند عوارض وضع کنند و اصول حقوقی موجود در این زمینه رعایت شود. در قانون اساسی ایران سخن از وضع عوارض و اصول حاکم بر آن به میان نیامده است؛ اما دیوان عدالت اداری در آرای متعددی که در زمینه‌ی عوارض صادر کرده، اصولی همچون اصل قانونی بودن، صلاحیت، رعایت تشریفات قانونی، عطف به ماسبق نشدن قوانین و تصمیمات اداری، رعایت موازین شرعی، تناسب، عدم وضع عوارض مجدد و عدم تضییق و توسیع قانون را مورد نظر قرار داده است. موضوعی که این پژوهش با روشی توصیفی- تحلیلی و با استفاده از قوانین و مقررات موجود و آرای هیأت عمومی دیوان عدالت اداری بدان پرداخته، اشاره‌ای مختصر به مراجع صالح وضع عوارض در نظام حقوقی ایران و بررسی و تدقیق در اصول حاکم بر این عمل در پرتو آرای دیوان عدالت اداری است.

کلیدواژه‌ها: اصل ۵۱ قانون اساسی، اصول حاکم بر وضع عوارض، دیوان عدالت اداری، منابع درآمدی دولت، مراجع وضع عوارض.

*E-mail: E.mousazadeh@ut.ac.ir
** نویسندی مسئول E-mail: Asohrablu@yahoo.com

مقدمه

اهمیت عوارض را باید در نقش و جایگاه آن در منابع درآمدی دولت و مؤسسات و نهادهای عمومی جست‌وجو کرد. هرچند عوارض بر خلاف مالیات در قبال خدمات ارائه‌شده وضع و وصول می‌شود، با وجود این به‌سبب تکلیف دولت و مؤسسات عمومی در ارائه‌ی خدمات عمومی، نقش عوارض در تداوم ارائه‌ی این خدمات و تضمین کیفیت و به روز شدن آن‌ها بی‌تأثیر نیست. با عنایت به اینکه اخذ وجوه از اموال افراد ممنوع و منوط به اجازه‌ی مقنن است، موضوع وضع عوارض و مراجع صلاحیتدار در این زمینه و اصول حاکم بر عمل وضع اهمیت شایانی پیدا می‌کند. شاهد این مدعا را می‌توان در جایگاه نهاد مشابه عوارض یعنی مالیات مشاهده کرد که مورد توجه مقنن اساسی در اکثریت قریب به اتفاق نظام‌های حقوق موضوعه بوده و در نظام حقوقی کشور ما نیز در اصل ۵۱ قانون اساسی، اساسی‌سازی شده است.

در کشور ما عوارض در موارد متعددی و به موجب مصوبات نهادهای گوناگون از مجلس و هیأت وزیران گرفته تا مؤسسات عمومی و شوراهای اسلامی وضع و وصول می‌شود. با وجود این، تاکنون پژوهشی مستقیم در زمینه‌ی وضع عوارض و اصول حاکم بر آن صورت نگرفته است. اهمیت این امر زمانی پدیدار می‌شود که وضع عوارض توسط نهادهای گوناگون موضوع آرای متعدد دیوان عدالت اداری بوده است.

ضرورت پرداختن به این موضوع را باید در جایگاه و اهمیت اصل حاکمیت قانون و قاعده‌ی تسلیط و مالکیت در منطق حقوقی، فقه اسلامی و نظام حقوقی کشورمان و ممنوعیت اخذ وجوه از اشخاص بدون وجود لزوم و مستند قانونی و لزوم متکی بودن این عمل به اصول و قواعد حقوقی جست‌وجو کرد. بر این اساس، نوشتار پیش‌رو با هدف ارائه‌ی تحلیلی جامع در زمینه‌ی اصول حاکم بر وضع عوارض در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران در پرتو آرای دیوان عدالت اداری با روش تحلیلی- توصیفی و با عنایت به منابع موجود در دو بخش به این موضوع خواهد پرداخت؛ بدین صورت که نخست، پس از ارائه‌ی تعریفی مختصر از مفهوم عوارض به بررسی و مطالعه‌ی مراجع ذی‌صلاح در وضع عوارض در اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و قوانین و مقررات پرداخته می‌شود و در بخش دوم نیز اصول حاکم بر وضع عوارض از دیدگاه آرای صادره از هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مورد تدقیق و بررسی قرار خواهد گرفت.

۱. مفهوم و مرجع وضع عوارض

۱-۱. مفهوم عوارض

عوارض که شبه‌مالیات نیز خوانده می‌شود (رستمی، ۱۳۹۰: ۵۰)، یکی از منابع درآمدی دولت و نهادهای عمومی است. عوارض را در لغت به مالیات، باج (معین، ۱۳۸۸: ذیل واژه عوارض)، خراج و مالیات فوق‌العاده و غیرمعهود که علاوه‌بر مالیات معین از رعایا اخذ می‌شود (دهخدا، ۱۳۷۷: ذیل واژه‌ی عوارض)، تعریف کرده‌اند. این واژه در اصطلاح حقوقی به مبلغی که توسط دولت یا سازمان‌های اداری محلی همانند شهرداری‌ها یا مؤسسات عمومی به موجب قانون و به‌اجبار در قبال انجام خدمت عمومی معینی بدون تناسب با قیمت آن از استفاده‌کنندگان خاص آن خدمت وصول می‌شو (رستمی، ۱۳۹۰: ۵۰؛ تقوی و مهندس، ۱۳۸۵: ۴۷؛ موسی‌زاده، ۱۳۸۸: ۶۷)، تعریف شده است. نکته‌ای که در مورد مفهوم عوارض مطرح می‌شود و باید دقت فراوانی به آن مبذول شود، تفاوت عوارض با مالیات است. عوارض بر خلاف مالیات در مقابل خدمت معین و مشخصی قرار می‌گیرد (رستمی، ۱۳۹۰: ۸۳؛ کامیار، ۱۳۸۵: ۱۳۴)، اما مالیات در مقابل خدمت معینی قرار نمی‌گیرد. بنابراین عوارض نهادی اختیاری است که مخاطب آن می‌تواند از آن استفاده کرده و عوارض را پرداخت کند یا اینکه از خدمت مزبور استفاده نکرده و عوارضی پرداخت نکند. اصل قانونی بودن در ارتباط با مالیات به‌صراحت در اصل ۵۱ قانون اساسی مقرر گشته است و صرفاً مجلس صلاحیت وضع آن را دارد، درحالی‌که این اصل در ارتباط با عوارض تصریح نشده است و مجلس می‌تواند اختیار و صلاحیت وضع عوارض را به دیگر نهادها و مراجع واگذار کند. بنابراین شاخصه‌های تعریف عوارض را می‌توان: ۱. دریافت به موجب قانون، ۲. وصول به اجبار، ۳. قرار گرفتن در قبال خدمت معین، ۴. عدم تناسب با قیمت خدمات ارائه‌شده و ۵. اختیاری بودن نهاد عوارض (اختیاری بودن استفاده از خدمتی که عوارض در قبال آن معین شده است و در نتیجه اختیاری بودن پرداخت عوارض) عنوان کرد.

۱-۲. مراجع صلاحیتدار وضع عوارض در نظام حقوقی ایران

این موضوع در ذیل در چارچوب قانون اساسی و قوانین و مقررات بحث و بررسی خواهد شد.

۱-۲-۱. قانون اساسی

برای تعیین مرجع ذی‌صلاح وضع عوارض در قانون اساسی نخست ضروری است که وجود این نهاد در قانون اساسی و به‌عبارتی شمول یا عدم شمول اصل ۵۱ قانون اساسی بر عوارض بررسی شود. در اصول قانون اساسی نامی از عوارض به میان نیامده و صرفاً در اصل

۵۱ مقرر شده است که: «هیچ نوع مالیات وضع نمی‌شود مگر به موجب قانون. موارد معافیت و بخشودگی و تخفیف مالیاتی به موجب قانون مشخص می‌شود». بحثی که در این بین مطرح است شمول یا عدم شمول این اصل بر عوارض است. شمول یا عدم شمول اصل ۵۱ بر عوارض نتایجی دربر خواهد داشت؛ از جمله اینکه در صورت شمول اصل مذکور بر عوارض، مجلس شورای اسلامی تنها نهاد ذی‌صلاح برای وضع عوارض خواهد بود و این اختیار قابل واگذاری به نهادی دیگر نخواهد بود. اما در صورت عدم شمول، مجلس خواهد توانست این صلاحیت را در مورد نهادهای دیگر مقرر دارد. بنابراین دو فرض در این زمینه مطرح می‌شود:

الف) شمول اصل ۵۱ قانون اساسی بر عوارض: دلایلی چند بر این مدعا می‌توان ارائه کرد. عوارض نیز نوعی مالیات است، چنانکه از آن به‌عنوان «شبه‌مالیات» یاد می‌شود و در ردیف درآمدهای مالیاتی قرار می‌گیرد (رستمی، ۱۳۹۱: ۵۰). لفظ «هیچ نوع مالیات» در اصل ۵۱ ظهور در انواع مالیات‌ها از جمله عوارض دارد، چراکه عوارض به‌رغم برخی تفاوت‌ها با مالیات، ماهیتاً تفاوتی با آن ندارد. هر دو مبلغی هستند که به حکم قانون از مخاطب آن دریافت می‌شوند. بنابراین منطقی نخواهد بود که در رابطه با مالیات، وضع و اخذ آن را صرفاً به حکم قانون مصوب مجلس مجاز بدانیم و در مورد عوارض، این حکم را جاری ندانیم. این امر نوعی نقض غرض در زمینه‌ی حکم مقرر در اصل ۵۱ قانون اساسی خواهد بود. همچنین احترام به حقوق اشخاص بر اموال خویش و جایگاه قاعده‌ی تسلیط در فقه اسلامی و نظام حقوقی کشورمان، ایجاب می‌کند که اخذ مبلغی از اموال مردم تحت عنوان عوارض به موجب قانون مصوب مجلس باشد. در راستای این فرض می‌توان به برخی آرای دیوان عدالت اداری استناد جست که در آن‌ها اخذ هر گونه وجه از جمله عوارض را منوط به حکم قانونگذار می‌داند. از جمله رأی شماره‌ی ۸۲/۱۹۹ مورخ ۱۳۸۲/۵/۱۹ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری که در آن دیوان به‌صراحت وضع عوارض را صرفاً در صلاحیت مجلس شورای اسلامی دانسته و بیان داشته است که: «اخذ هر گونه وجه اعم از مالیات، عوارض و غیره از اشخاص منوط به حکم صریح قانونگذار است».

ب) عدم شمول اصل ۵۱ قانون اساسی بر عوارض: دلایلی که می‌توان بر این نظر اقامه کرد به این شرح است: نخست اینکه براساس منطوق صریح اصل مذکور، صرفاً مالیات‌ها در شمول این اصل قرار می‌گیرند و عوارض به‌رغم وجود شباهت با مالیات مشمول این اصل نخواهد بود. ثانیاً این دلیل که عوارض ماهیتاً تفاوتی با مالیات ندارد و در هر دو مبلغی از اموال اشخاص دریافت می‌شود صحیح نیست، چراکه در مالیات مبلغ دریافتی در مقابل خدمت معینی قرار نمی‌گیرد و دولت به استناد حق حاکمیت خویش و به‌منظور تأمین هزینه‌های

عمومی آن را دریافت می‌دارد، درحالی‌که در عوارض، خدمت معینی مدنظر و منظور است و فرد در صورت استفاده از این خدمت ملزم به پرداخت عوارض است. بنابراین فرد می‌تواند از این خدمات استفاده نکند و در نتیجه عوارضی نپردازد. بنابراین حساسیت مقرر در مالیات، در عوارض جاری نیست. رویه‌ی شورای نگهبان به‌عنوان مفسر قانون اساسی نیز این فرض را تقویت می‌کند. این شورا مصوبات مجلس شورای اسلامی را در استقرار صلاحیت وضع عوارض برای نهادهایی همچون هیأت وزیران، شوراهای اسلامی و مناطق آزاد تجاری تأیید کرد است، درحالی‌که اگر اعتقاد به شمول اصل ۵۱ قانون اساسی به عوارض داشت، می‌بایست این مصوبات را به‌دلیل مغایرت با اصل ۸۵ قانون اساسی[1] رد می‌کرد.

باید گفت که فرض دوم مبنی بر عدم شمول اصل ۵۱ قانون اساسی بر عوارض قابل قبول‌تر می‌نماید. به‌رغم شباهت‌هایی که عوارض با مالیات دارد، اما این دو، دو مفهوم و نهاد جدا و مستقل‌اند و عوارض با قرار گرفتن در قبال خدمت معین و اخذ به شرط استفاده از آن خدمت، ماهیتی جداگانه از مالیات می‌یابد. همچنین واقعیت اداره‌ی جامعه چه در سطوح ملی و چه در سطوح محلی، نیازمند اختیار و صلاحیت نهادهای محلی و نهادهای ملی ذی‌صلاح در امور محلی در زمینه‌ی وضع و اخذ عوارض است. بی‌شک این صلاحیت صرفاً به موجب قانون مصوب مجلس به نهادهای مزبور اعطا می‌شود.

بر این اساس چنانکه مشخص شد مفهوم عوارض در قانون اساسی بیان نشده و مقرره‌ای در زمینه‌ی آن وضع نشده است و اصل ۵۱ قانون اساسی صرفاً به مفهوم مالیات اختصاص دارد. بدین ترتیب هرچند صلاحیت وضع عوارض در اختیار مجلس است، اما این نهاد می‌تواند اختیار وضع آن را در قوانین مصوب به نهادهای دیگر واگذار کند؛ چنانکه این امر برای نمونه برای شوراهای اسلامی در قانون شوراها مقرر شده است.

۱-۲-۲. قوانین و مقررات

مطابق قوانین موضوعه نهادهای متعددی عهده‌دار صلاحیت وضع عوارض بنابر اهداف مقرره برای آن‌ها در مواردی معین شده‌اند که اشاره به همه‌ی آن‌ها در فرصت این نوشتار نخواهد بود؛ ازاین‌رو در ادامه به مهم‌ترین نهادهای ذی‌صلاح در این زمینه اشاره می‌شود. مراجع صلاحیتدار برای وضع عوارض را می‌توان در دو دسته‌ی اشخاص حقوقی و حقیقی به شرح زیر مطالعه کرد:

۱-۲-۲-۱. اشخاص حقوقی

اشخاص حقوقی صلاحیتدار وضع عوارض را می‌توان به دو دسته: نهادها و مراجع دولتی

و شوراهای اسلامی تقسیم کرد و مورد مطالعه قرار داد.

۱-۲-۲-۲. نهادها و مراجع دولتی

ابتدائاً متذکر می‌شود که منظور از واژه‌ی دولت در این مبحث، معنای عام آن و شامل سه قوه خواهد بود.

الف) مجلس شورای اسلامی: مجلس شورای اسلامی تنها نهادی است که صلاحیت وضع مقرره در زمینه‌ی اخذ عوارض از اشخاص را دارد. دلیل این قاعده اصل ۵۱ قانون اساسی نیست که وضع مالیات را صرفاً در اختیار مجلس شورای اسلامی می‌داند. جدای از تفاوت‌های مالیات و عوارض، هر دو در مبنا و ماهیت یکسان‌اند و از اموال شخصی افراد به موجب قانون اخذ می‌شود. بنابراین احترام به مالکیت افراد بر اموال خویش (قاعده‌ی تسلیط) ایجاب می‌کند که تنها مرجع صلاحیتدار برای وضع عوارض، مجلس باشد. پرسشی که شاید در این بین مطرح شود این است که اگر مجلس تنها نهاد صالح وضع عوارض است، پس چگونه قوه‌ی مجریه و نهادهایی همچون شوراهای اسلامی از اختیار وضع عوارض برخوردارند. باید دقت داشت که صلاحیت وضع عوارض توسط هیأت وزیران و شوراهای محلی ذاتی نیست و به موجب قانون مصوب مجلس شورای اسلامی به نهادهای مزبور واگذار شده است.

ب) قوه‌ی مجریه: قوه‌ی مجریه در موارد متعددی به موجب قوانین مربوطه از صلاحیت وضع عوارض برخوردار شده است. این امر به‌واسطه‌ی خدماتی که این قوه به شهروندان ارائه می‌کند، بدیهی می‌نماید. در درون قوه‌ی مجریه نهادهای متعددی متکفل و ذی‌صلاح در وضع عوارض‌اند که مهم‌ترین آن‌ها هیأت وزیران است که در موارد متعددی اختیار وضع عوارض را مطابق قوانین مصوب مجلس پیدا کرده است. نهادهای متعددی در قوه‌ی مجریه همچون وزارتخانه‌های مختلف به مقتضای مورد و نهادهایی چون شورای عالی اقتصاد، کمیسیون‌های متشکل از چند وزیر و شرکت‌ها و مؤسسات دولتی و دیگر نهادها صلاحیت وضع عوارض را در برخی موارد دارند که به‌سبب فراوانی آن‌ها و عدم گنجایش در نوشتار حاضر از پرداختن به آن‌ها صرف‌نظر می‌شود[۲].

ج) قوه‌ی قضاییه: وضع عوارض در فرضی موضوعیت می‌یابد که خدماتی به شهروندان ارائه شود. قوه‌ی قضاییه نیز به‌نوعی در حدود اختیارات و صلاحیت‌های خویش خدماتی (خدمات قضایی) به مردم ارائه می‌دهد. بنابراین وضع عوارض توسط این قوه در قبال خدمات ارائه‌شده می‌تواند موضوعیت یابد. البته جایگاه قضاوت و حل‌وفصل دعاوی در جامعه به‌گونه‌ای است که نمی‌توان این خدمات را با دیگر خدماتی که نهادهای دیگر ارائه و در قبال آن عوارض اخذ می‌کنند، مقایسه کرد.

۱-۲-۲-۳. شوراهای محلی

قانونگذار شوراهای ذی‌صلاح در امر وضع عوارض را صرفاً شورای شهر و بخش دانسته است که در مباحث ذیل تشریح خواهد شد.

الف) شورای شهر: شورای شهر از مصادیق نهاد شوراست که جایگاه و تأثیر بسیاری در اداره‌ی امور شهری دارد. بدین منظور، استقرار حق وضع عوارض برای این نهاد برای تحقق مدیریت مطلوب این شورا لازم و ضروری است. بر این اساس، در قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران، مقنن در بیان صلاحیت‌های شورای شهر در بند ۱۶ ماده‌ی ۷۱، تصویب لوایح برقراری یا لغو عوارض شهر و تغییر نوع و میزان آن را از اختیارات این شورا مقرر کرده است. در این زمینه باید گفت بنابر مفاد ماده‌ی مزبور، این موضوع به‌صورت لایحه تقدیم شورای شهر می‌شود و شورا در این زمینه صرفاً صلاحیت تصویب یا رد لایحه‌ی پیشنهادی شهرداری را به‌عهده خواهد داشت. همچنین با عنایت به صراحت قانون در ارائه‌ی این امر به‌صورت لایحه، اعضای شورای شهر حق ابتکار مقررات‌گذاری در این زمینه را نداند و نمی‌توانند وضع عوارض را به‌صورت طرح در صحن شورا مطرح کنند. البته تغییر نوع و میزان این عوارض، به‌صورت طرح ممکن خواهد بود.

در ماده‌ی ۷۷ اصلاحی ۱۳۸۶/۸/۲۷ نیز قانونگذار وضع عوارض متناسب با تولیدات و درآمدهای اهالی به‌منظور تأمین بخشی از هزینه‌های خدماتی و عمرانی مورد نیاز شهر براساس آیین‌نامه‌ی مصوب هیأت وزیران توسط شورای شهر (ماده‌ی ۷۷ اصلاحی ۱۳۸۶/۸/۲۷) را از دیگر اختیارات شورای شهر دانسته است.

ب) شورای بخش: در قانون شوراها، صلاحیت وضع عوارض برای شورای بخش مقرر نشده است. البته در آیین‌نامه‌ی اجرایی نحوه‌ی وضع و وصول عوارض توسط شوراهای اسلامی، شورای بخش نیز از صلاحیت وضع عوارض برخوردار شده است که با توجه به عدم برقراری این صلاحیت در قانون مربوط برای شورای بخش، تخطی آیین‌نامه‌ی مزبور از حدود قانونی محرز به‌نظر می‌رسد. اما در تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۵۰ قانون مالیات بر ارزش افزوده مصوب ۱۳۸۷/۲/۱۷ این صلاحیت برای شورای بخش مقرر شده است. استقرار صلاحیت وضع عوارض برای شورای بخش به‌صورت تلویحی در تبصره‌ی مزبور صورت گرفته است، اما مشخص نیست که دلیل این امر چیست. شورای بخش نقشی همانند آنچه شورای شهر در اداره‌ی امور محلی بر عهده دارد را عهده‌دار نیست و اغلب جایگاه و نقشی نظارتی دارد. اما قانون مالیات بر ارزش افزوده، بدون مشخص ساختن محدوده‌ی این اختیار به‌صورت مطلق، شورای بخش را ذی‌صلاح در وضع عوارض محلی دانسته است.

در ادامه خاطرنشان می‌شود که عوارض وضع‌شده توسط شوراهای محلی، عوارض محلی نام دارد که در مقابل عوارض ملی که توسط نهادهایی همچون مجلس شورا در موضوعات ملی وضع می‌شود، قرار می‌گیرد. این امر ایجاب می‌کند که شمول عوارض وضع‌شده توسط نهادهای محلی، صرفاً محدود به امور محلی باشد و این نهادها در امور و موضوعات ملی صلاحیتی در زمینه‌ی وضع عوارض نداشته باشند که در بخش دوم و در بحث اصل صلاحیت محلی در وضع عوارض، این موضوع در آرای دیوان بررسی شده است.

۱-۲-۲-۴. اشخاص حقیقی

به‌نظر می‌رسد تنها شخص حقیقی که قانونگذار برای وی صلاحیت وضع عوارض را مقرر کرده، رئیس‌جمهور است. این صلاحیت در بند «الف» ماده‌ی ۴۳ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت مصوب ۱۳۶۹ مجلس شورای اسلامی مقرر شده است. بدین بیان که: «درصورتی‌که درآمدهای وصولی ناشی از عوارض تکافوی هزینه‌های شهرداری‌ها را ننماید وضع عوارض جدید و افزایش عوارض موجود صرفاً با پیشنهاد وزیر کشور و تصویب رئیس‌جمهور خواهد بود». دلیل این امر را می‌توان در نقش رئیس‌جمهور در هدایت و تثبیت برنامه‌های مالی قوه‌ی مجریه دانست.

۲. صلاحیت وضع عوارض توسط مراجع ذی‌صلاح در پرتو آرای دیوان عدالت اداری

این مبحث در دو بخش مراجع صلاحیتدار وضع عوارض از نظر دیوان و اصول و تحدیدات مقرر در این زمینه پی گرفته خواهد شد.

۲-۱. مراجع صالح وضع عوارض از نظر دیوان عدالت اداری

دیوان عدالت اداری با استناد به اصول و مواد قانونی مبادرت به صدور رأی می‌کند؛ بنابراین شاید بررسی مرجع صالح برای وضع عوارض از نظر دیوان صحیح ننماید. اما مطالعه‌ی این موضوع در آرای صادره از دیوان جالب و مفید فایده خواهد بود. این دیوان در رأی شماره‌ی ۸۲/۱۷۲ مورخ ۱۳۸۲/۴/۲۹ در مورد درخواست ابطال بند ۴-۵۶-۴ آیین‌نامه‌ی تکمیلی تعرفه‌های برق شرکت توزیع برق بیان می‌دارد: «نظر به اینکه اخذ هر گونه وجه از اشخاص توسط واحدهای دولتی منوط به حکم صریح و یا مجوز مأدون از قبل قانونگذار است وضع قاعده آمره در این خصوص بدون اتکا به اجازه مقنن وجاهت قانونی ندارد...». در این رأی دیوان صلاحیت وضع عوارض در اختیار مجلس شورای اسلامی (به حکم صریح قانونگذار) و دیگر نهادهای

مأذون از سوی مجلس دانسته شده است. براساس این رأی، دیوان وضع عوارض را از صلاحیت‌های اختصاصی مجلس و تحت شمول اصل ۵۱ قانون اساسی ندانسته و صلاحیت وضع آن را قابل تفویض به دیگر نهادها مطابق قانون مصوب مجلس می‌داند. اما آرایی دیگر از دیوان صادر شده که مخالف با نظر پیشین است. در رأی شماره‌ی ۸۲/۱۹۹ مورخ ۱۳۸۲/۵/۱۹ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در زمینه‌ی درخواست ابطال دستورالعمل‌های شماره‌ی ۲۳۲-۳۶ مورخ ۱۳۸۰/۲/۱ و ۳۶/۶۵/۳۰۷/۰۳/۵ مورخ ۱۳۸۰/۱۰/۱۶و ۱۰/۱/۷/۱۱۲۹۱ مورخ ۱۳۸۱/۱۲/۶ و ۲۸/۹۶۰۱-۳۶/۶۵/۲۰۴ مورخ ۱۳۸۱/۹/۵ نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران بیان شده است: «نظر باینکه اخذ هر گونه وجه اعم از مالیات، عوارض و غیره از اشخاص منوط به حکم صریح قانونگذار است...». به‌نظر می‌رسد دیوان در این رأی نظر به صلاحیت صرفاً مجلس در وضع عوارض داشته است. همچنین هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی شماره‌ی ۲۵۰ مورخ ۱۳۸۱/۷/۲۱ به‌صراحت مقرر داشته است: «تعیین مرجع و مقام وضع عوارض و تغییر میزان آن علی‌الاصول از وظایف و اختیارات خاص قانونگذار می‌باشد». اما در نهایت باید گفت با عنایت به آرای متعدد صادره از دیوان در زمینه‌ی عوارض و رویه‌ی دیوان در این مورد، نظر مستنبط از رأی نخست مورد قبول خواهد بود.

۲-۲. اصول حاکم بر صلاحیت وضع عوارض در آرای دیوان عدالت اداری

قبل از پرداختن به موضوع اصلی شایان ذکر است که در اصول حاکم بر عوارض می‌توان اصول حاکم بر وضع مالیات‌ها (اصولی همانند اصل شخصی بودن، قانونی بودن، تساوی افراد، عطف به ماسبق نشدن، مرور زمان و ...) را به‌سبب شباهت این دو نهاد به آن تسری داد و بررسی و مطالعه کرد. اما از آن‌جا که موضوع این پژوهش اصول حاکم بر وضع عوارض از دیدگاه دیوان عدالت اداری است، موضوع مذکور را به فرصتی مقتضی ارجاع داده و به بررسی اصول حاکم بر وضع عوارض در آرای صادره از هیأت عمومی دیوان عدالت اداری خواهیم پرداخت.

۲-۲-۱. اصل قانونی بودن وضع عوارض

اصل قانونی بودن یکی از بدیهی‌ترین اصول حقوقی است که حاکم بر حیات و ممات هر عمل حقوقی است. مطابق اصل قانونی بودن وضع عوارض، این عمل صرفاً می‌بایست براساس مجوز و مستند قانونی و توسط قوه‌ی قانونگذار یا مقام مأذون از قبل وی صورت پذیرد. عوارضی که مستند آن مجوز قانونی نباشد، پشتوانه‌ی حقوقی ندارد و لازم‌الاجرا نخواهد بود. دیوان عدالت اداری نیز در بسیاری از آرای صادره به این اصل توجه کرده و براساس آن مبادرت به صدور رأی کرده است. از جمله رأی شماره‌ی ۸۲/۱۹۹ مورخ ۱۳۸۲/۵/۱۹ هیأت عمومی

دیوان عدالت اداری که مقرر می‌دارد: «اخذ هر گونه وجه اعم از مالیات، عوارض و غیره از اشخاص منوط به حکم صریح قانونگذار است». البته این اصل به انحای گوناگون و در حوزه‌های مختلف مورد توجه قرار گرفته است که به‌سبب پرداختن برخی نویسندگان به آن (ر.ک: هداوند و مشهدی، ۱۳۹۱: ۲۵۹-۲۶۶) به‌اختصار به آن‌ها اشاره می‌شود.

دیوان در رأی شماره‌ی ۷۴/۱۰۴ مورخ ۱۳۷۴/۶/۲۵ رأی به ابطال قسمتی از بخشنامه‌ی شماره‌ی ۱۰/۳۱۶۴- ۷۲/۱/۲۴ شهردار تهران به‌سبب «وضع مقررات در باب عوارض توسط مرجع غیر صالح» صادر می‌کند. این اصل همچنین با عناوینی همانند «خلاف قانون و خارج از حدود اختیارات شوراهای اسلامی» (رأی شماره‌ی ۲۹۴ تا ۳۰۷ و ۳۳۴ و ۳۳۶ مورخ ۱۳۹۴/۵/۱۲ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مبنی بر عدم وضع عوارض برای خدمات تعیین‌تکلیف‌شده در قانون مالیات بر ارزش افزوده مصوب ۱۳۸۷؛ رأی شماره‌ی دادنامه‌ی ۶۶-۸۶ مورخ ۱۳۹۲/۲/۲، رأی شماره‌ی ۲۶۴ مورخ ۱۳۹۴/۳/۱۱ و رأی شماره‌ی ۱۵۰۷ تا ۱۵۲۷ مورخ ۱۳۹۳/۱۰/۱۴ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مبنی بر ممنوعیت برقراری حق‌الارض در حریم اماکن و معابر عمومی شهرها؛ آرای شماره‌ی ۲۷۳ مورخ ۱۳۹۴/۳/۳۰ و شماره‌ی ۶۶۴ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۱۱ دیوان عدالت اداری مبنی بر ممنوعیت برقراری حق‌النظاره؛ رأی شماره‌ی ۱۷۷۵ تا ۱۷۶۳ مورخ ۱۳۹۳/۱۱/۲۸ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مبنی بر ممنوعیت تعیین عوارض بر قراردادهای پیمانکاری توسط شورای شهر؛ رأی شماره‌ی ۱۷۹۶ تا ۱۸۰۵-۱۸۰۸ مورخ ۱۳۹۳/۱۱/۱۹ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مبنی بر ممنوعیت اخذ عوارض از دکل‌ها و آنتن‌های مخابراتی توسط شورای شهر)، «مغایر قانون» (رأی شماره‌ی ۱۹۰۶ مورخ ۱۳۹۳/۱۲/۱۲ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مبنی بر ممنوعیت تعیین عوارض بر معامله‌ی املاک، مستغلات، مستحدثات و سرقفلی توسط شورای شهر)، «مغایرت با قانون و رأی هیأت عمومی» (رأی شماره‌ی ۸۷۹ مورخ ۱۳۹۴/۷/۲۱ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مبنی بر ابطال مصوبه‌ی شورای شهر کبودرآهنگ در خصوص وضع عوارض نصب و عوارض سالیانه‌ی عابر بانک‌ها) و «مغایر هدف و حکم مقنن و خارج از حدود اختیارات» (رأی شماره‌ی ۸۵۰ مورخ ۱۳۹۴/۷/۲۵ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مبنی بر ابطال مصوبه‌ی شورای شهر تهران در خصوص لزوم اخذ عوارض بابت تابلوهای منصوبه بر سر در شرکت‌های دولتی، شعب بانک‌ها و مؤسسات اعتباری مازاد بر ۳ متر مربع) در آرای دیوان عدالت اداری اشاره شده است.

۲-۲-۲. اصل صلاحیت

صلاحیت را به اختیار قانونی مأمور رسمی برای انجام برخی امور همانند اختیار مأمور در

تنظیم سند رسمی تعریف کرده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۴۰۷). مفهوم صلاحیت در حقوق اساسی را باید در اصل تفکیک قوا و نحوه‌ی تنظیم و تفکیک قدرت جست‌وجو کرد (گرجی، ۱۳۹۳: ۹۴؛ هداوند و مشهدی، ۱۳۹۱: ۱۱۰). در حقوق اداری نیز معنای مذکور در فوق برای صلاحیت منظور شده است و آن را به شایستگی و اجازه‌ی قانونی اعطایی از سوی قانون به مقام و نهاد مأمور اداری به‌منظور ایفای صلاحیت‌های مقرر برای وی تعریف کرده‌اند (هداوند و مشهدی، ۱۳۹۱: ۱۱۱؛ طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۷: ۴۶۱؛ خالد سماره زغبی به نقل از: فلاح‌زاده، ۱۳۹۴: ۹۶-۹۷). بنابراین صلاحیت، حدود و قلمرو اختیار مقرر در قانون برای یک مأمور یا مقام و نهاد برای ایفای وظایف و اختیارات آن است. صلاحیت را در حقوق عمومی از حیث میزان اختیار مأمور و مقام ذی‌صلاح در ایفای صلاحیت به دو نوع مقید و تخییری تقسیم و دسته‌بندی کرده‌اند. اما دسته‌بندی دیگری که می‌توان در این‌جا ارائه کرد و در بحث مورد نظر ما مفید فایده خواهد بود، تقسیم صلاحیت به ذاتی، نسبی و محلی و شخصی است که در حقوق خصوصی و در بحث صلاحیت‌های محاکم رایج است.[۳] دیوان عدالت اداری در زمینه‌ی صلاحیت وضع عوارض توسط مراجع ذی‌صلاح آرایی صادر کرده که مرتبط با صلاحیت ذاتی و اغلب محلی این مراجع است.[۴] بدین‌گونه که مرجع وضع عوارض (این موضوع اغلب در مورد شوراهای اسلامی موضوع بحث بوده است) بر مبنای قوانین موجود یا صلاحیتی در وضع عوارض نداشته یا صلاحیت و اختیار وضع عوارض در گستره‌ی محلی را دارند و عوارضی که جنبه‌ی ملی و کشوری دارند، از حوزه‌ی صلاحیت‌های این نهاد خارج است.

الف) صلاحیت ذاتی: دیوان عدالت اداری در موارد متعددی رأی به عدم صلاحیت ذاتی مراجع و نهادهای واضع عوارض صادر کرده است که به‌سبب فراوانی این موضوع به‌اختصار مورد اشاره قرار می‌گیرد و بحث صلاحیت محلی به‌تفصیل بیان خواهد شد. در زمینه‌ی صلاحیت ذاتی می‌توان به رأی شماره‌ی ۲۵ مورخ ۱۳۷۵/۲/۲۲ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری اشاره کرد که به‌دلیل عدم صلاحیت استانداری در وضع عوارض، دیوان رأی به ابطال دستورالعمل شماره‌ی ۲۱/۵۳۰۵۰- ۷۲/۱۲/۲۱ (عوارض ارزش افزوده) این نهاد صادر می‌کند. همچنین می‌توان رأی شماره‌ی ۶۰ مورخ ۱۳۸۱/۲/۲۴ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری را بیان کرد که به‌سبب عدم صلاحیت ذاتی استانداری کرمان، بخشنامه‌ی شماره‌ی ۴/۹۲۳۴ مورخ ۱۳۷۸/۸/۹ معاون امور عمرانی استانداری کرمان در خصوص تعیین تکلیف نسبت به عوارض حمل بارهای پسته و خرما، خارج از حدود اختیارات قانونی مرجع مربوط تشخیص داده شده و دیوان رأی به ابطال آن صادر کرده است.

ب) صلاحیت محلی: چنانکه ذکر شد این موضوع اغلب در مورد شوراهای اسلامی

موضوع آرای دیوان عدالت اداری بوده است. دیوان عدالت اداری در آرای بسیاری بر گستره‌ی محلی عوارض تعیین‌شده توسط این شوراهای اسلامی تأکید کرده و براساس آن حکم داده است. برای نمونه می‌توان به رأی شماره‌ی ۲۵۴ تا ۲۶۰ مورخ ۱۳۹۲/۴/۱۰ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری اشاره کرد که بیان می‌دارد وضع عوارض کسب و پیشه برای بانک‌ها، مؤسسات مالی و صندوق‌های قرض‌الحسنه، به‌علت حوزه‌ی کشوری فعالیت این نهادها، خارج از صلاحیت شوراهای شهر است:

«مطابق بند ۱۶ از ماده ۷۱ قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران اصلاحی مصوب سال ۱۳۷۵، تصویب لوایح برقراری یا لغو عوارض شهر و همچنین تغییر نوع و میزان آن از جمله وظایف شوراهای اسلامی شهرها است و حکم مقرر در تبصره ماده ۵۰ قانون مالیات بر ارزش افزوده مصوب سال ۱۳۸۷ دلالت بر این معنی دارد که شوراهای اسلامی شهر برای تصویب عوارض محلی صلاحیت دارند و مجاز به تعیین و تصویب عوارض کشوری و ملی نیست. با توجه به مراتب فوق‌الذکر مصوبات شوراهای اسلامی شهرهای مندرج در گردش کار در قسمت تعیین و وضع عوارض کسب و پیشه برای بانک‌ها، مؤسسات مالی و صندوق‌های قرض‌الحسنه که حوزه فعالیت کشوری و غی محلی دارند، خلاف قانون و خارج از حدود اختیارات شوراهای اسلامی تشخیص می‌شود و به استناد بند ۱ ماده ۱۹ و ماده ۴۲ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می‌گردد».

از دیگر آرای صادره‌ی دیوان در این زمینه می‌توان به رأی شماره‌ی ۷۲۴ تا ۷۵۹ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۱۱؛ رأی شماره‌ی ۲۱۹ و ۲۲۰ مورخ ۱۳۹۱/۴/۲۶؛ رأی شماره‌ی ۲ مورخ ۱۳۸۹/۱/۱۶ و رأی شماره‌ی ۳۴۴ مورخ ۱۳۸۸/۴/۳۰ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری اشاره کرد که به‌صراحت و با استناد به تبصره‌ی ماده‌ی ۵۰ قانون مالیات بر ارزش افزوده، صلاحیت شوراهای اسلامی در وضع عوارض را محدود و منحصر در عوارض محلی می‌داند و اموری را که محدوده‌ی کشوری و ملی داشته باشند، خارج از قلمرو صلاحیت این شوراها می‌داند. توجه دیوان عدالت اداری به اصل صلاحیت محلی مراجع وضع عوارض همچنین در زمینه‌ی اخذ عوارض استقرار بانک، عوارض و بهای سالیانه، عوارض بهای خدمات افتتاح و فعالیت سالیانه، عوارض و بهای خدمات شروع به کار و عوارض نصب و سالیانه‌ی عابر بانک توسط شورای شهر موضوع آرای دیوان بوده است که مطابق آن‌ها دیوان وضع و اخذ این عوارض را به‌سبب کشوری بودن بانک‌ها در صلاحیت شورای شهر ندانسته است. از جمله آرای صادرشده در این زمینه رأی شماره‌ی ۲۷۵ تا ۲۹۳ مورخ ۱۳۹۴/۳/۱۸ و شماره‌ی ۱۶۸۱ تا ۱۷۳۵ مورخ ۱۳۹۳/۱۱/۴ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری است. ممنوعیت وضع و اخذ عوارض از بانک‌ها به‌صورت کلی نیز مورد توجه دیوان عدالت اداری بوده

و دیوان آرایی در این زمینه صادر کرده است که از جمله‌ی آن‌ها می‌توان به آرای شماره‌ی ۳۴۴ مورخ ۱۳۸۸/۴/۳۰؛ شماره‌ی ۲ مورخ ۱۳۸۹/۲/۱۶؛ شماره‌ی ۲۱۹ و ۲۲۰ مورخ ۱۳۹۱/۴/۲۶؛ شماره‌ی ۷۲۴ تا ۷۵۹ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۱۱ و شماره‌ی ۲۵۴ تا ۲۶۰ مورخ ۱۳۹۲/۴/۱۰ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری اشاره کرد.

۲-۲-۳. رعایت تشریفات قانونی

رعایت تشریفات و مراحل مقرر در قوانین از جمله اصول حاکم بر حقوق عمومی به‌شمار می‌رود که عدم رعایت آن ممکن است به ابطال تصمیم مقامات و نهادهای اداری منجر شود. امروزه و در حقوق اساسی و اداری که خصلت رویه‌ای از مهم‌ترین ویژگی‌های مقرر برای این دو است، اصل مذکور برای حفظ حقوق افراد و اشخاص اهمیت بسزایی دارد. دیوان عدالت اداری نیز در موارد متعددی به اصل رعایت تشریفات قانونی در زمینه‌ی صلاحیت وضع عوارض توجه داشته و آرایی نیز در این زمینه صادر کرده است که به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود. هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی شماره‌ی ۸۸/۶۴۷ مورخ ۱۳۸۸/۹/۲ به‌صراحت این اصل را مورد توجه قرار داده و در زمینه‌ی درخواست ابطال تصویب‌نامه‌ی شماره‌ی ۲۰۷۹۶/ت ۲۹۷۱۶ مورخ ۱۳۸۷/۲/۱۶ هیأت وزیران در خصوص عوارض صادراتی کنجاله‌ی سویا به شرح زیر رأی صادر کرده است:

«قانونگذار در بند (د) ماده ۳۳ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران به دولت اجازه داده با تشخیص شورای عالی صادرات، عوارض ویژه برای صادرات مواد اولیه فرآوری‌نشده وضع و دریافت نماید و تعیین میزان عوارض مذکور را به پیشنهاد وزارتخانه‌های بازرگانی، امور اقتصادی و دارائی، صنایع و معادن و جهاد کشاورزی و تصویب هیأت وزیران موکول نموده است. لیکن وزرا عضو کمیسیون ماده یک آیین‌نامه اجرائی قانون مقررات صادرات و واردات خارج از حدود اختیارات قانونی مبادرت به وضع و تصویب مصوبه شماره‌ی ۲۰۲۹۶ت۳۹۷۱۶ مورخ ۱۳۸۷/۲/۱۶ نموده‌اند. علی‌هذا مصوبه معترض‌عنه به لحاظ عدم رعایت تشریفات قانونی مقرر، خلاف قانون و خارج از حدود اختیارات تشخیص و به استناد قسمت دوم اصل ۱۷۰ قانون اساسی و ماده یک و بند یک ماده ۱۹ و ماده ۴۲ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می‌گردد».

این اصل همچنین در رأی شماره‌ی ۶۹۳ مورخ ۱۳۹۲/۱۰/۹ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری با عنوان «عدم رعایت تشریفات مقرر در بند «د» ماده‌ی ۳۳ قانون برنامه‌ی چهارم توسعه‌ی اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب سال ۱۳۸۳» از جهات

ابطال مصوبه‌ی شماره‌ی ۲۱۸۵۸۶/ت۴۱۹۹۷ک- ۱۳۸۷/۱۲/۱۴ وزرای عضو کمیسیون ماده‌ی ۱ آیین‌نامه‌ی اجرایی قانون مقررات صادرات و واردات مبنی بر تعیین وضع عوارض بر صادرات زعفران؛ و در رأی شماره‌ی ۶۹/۱۶۰ مورخ ۱۳۶۹/۶/۱۵ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری با عنوان «عدم مراعات اصول و ضوابط پیش‌بینی‌شده در قوانین مربوط» به‌منظور ابطال مصوبه‌ی شماره‌ی ۲۸۸۰۲/۵ مورخ ۶۲/۱۲/۲۱ استانداری مازندران و لغو اثر از وضع عوارض و رأی کمیسیون ماده‌ی ۷۷ قانون شهرداری بهشهر؛ و در رأی شماره‌ی ۸۴/۳۸۶ مورخ ۱۳۸۴/۷/۲۴ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری با عنوان «تعیین عوارض مصرف گاز به میزان ۵٪ بهای آن و وصول آن از مشترکین مبتنی بر تحقق و اجتماع شرایط قانونی نبوده و تنفیذ آن توسط نماینده‌ی محترم ولایت امر مشروط به عدم تأثیر تورمی محسوس آن گردیده که در این باب رسیدگی و تحقیق کارشناسی لازم به‌عمل نیامده و اظهار نظر قاطع و معتبری در خصوص تحقق شرط مذکور ابراز نشده» به‌منظور ابطال مصوبات وزیر کشور در مورد اخذ عوارض ۵ درصد توسط شهرداری‌های کشور از بهای گاز مصرفی از جمله مصوبات شماره‌ی ۱۳۸۰۵/۲۸۵۵۴/۳۴/۳/۱ مورخ ۱۳۶۴/۱۲/۱۲ و ۱/۳/۳۴/۱۲۲۶ مورخ ۱۳۶۶/۲/۵ و ۱/۳/۳۴/۳۴۱۷ مورخ ۱۳۶۶/۳/۷ و ۱/۳/۳۴/۳۴۱۹ مورخ ۱۳۶۶/۳/۷ و ۴۸۴۲/۳۴/۳/۱ مورخ ۱۳۶۶/۳/۳۱ و ۱/۳/۳۴/۴۸۴۲ مورخ ۱۳۶۶/۳/۳۱ و رأی شماره‌ی ۷۷۴ مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۷ با عنوان «عدم رعایت شرایط مورد نظر مقنن» جهت ابطال مصوبه‌ی شماره‌ی ۹۷۳۷۸/ت۴۰۴۳۹ک- ۱۳۸۷/۶/۱۶ وزیران عضو کمیسیون ماده‌ی ۱ آیین‌نامه‌ی اجرایی قانون مقررات صادرات و واردات دانسته شده است. در این زمینه همچنین می‌توان به رأی شماره‌ی ۱۹۸۵ مورخ ۱۳۹۳/۱۲/۱۱ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مبنی بر ابطال ماده‌ی ۴۳ عوارض ورود به داخل محدوده‌ی شهر از تعرفه‌ی مصوب عوارض محلی سال ۱۳۸۹ شورای اسلامی شهر اردبیل به‌سبب «عدم رعایت ضوابط مقرر در تبصره‌ی ۴ ماده‌واحده‌ی قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌ها مصوب سال ۱۳۶۷» و رأی شماره‌ی ۷۷۴ مورخ ۱۳۹۲/۱۱/۷ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مبنی بر ابطال تصویب‌نامه‌های شماره‌ی ۹۷۳۷۸/ت۴۰۴۳۹ک-۱۳۸۷/۶/۱۶ وزیران عضو کمیسیون ماده ی۱ آیین‌نامه‌ی اجرایی قانون مقررات صادرات و واردات به‌علت «عدم رعایت شرایط مورد نظر مقنن» و همچنین رأی شماره‌ی ۱۱۰ مورخ ۱۳۸۱/۳/۲۶ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مبنی بر ابطال مصوبه‌ی مورخ ۱۳۶۱/۱/۲۳ قائم‌مقام وزارت کشور در شهرداری تهران و بخشنامه‌ی شماره‌ی ۱۰۷۴۱/۱/۳/۳۴ مورخ ۱۳۷۲/۸/۱۰ وزارت کشور با عنوان «بدون تحقق و اجتماع شرایط مربوط» اشاره کرد.

۲-۲-۴. عطف به ماسبق نشدن قوانین و تصمیمات اداری

این اصل در مادهی ۲ قانون مدنی بدین صورت بیان شده است: «اثر قانون نسبت به آتیه است و قانون نسبت به ماقبل خود اثر ندارد، مگر اینکه در خود قانون مقررات خاصی نسبت به این موضوع اتخاذ شده باشد». مطابق این اصل هر گاه عملی انجام گیرد و پس از آن قانون یا آیین‌نامه‌ای وضع شود، نمی‌توان بر آن مبنا، فرد انجام‌دهنده را مسئول تلقی کرد و اثر قانون یا آیین‌نامه و تصمیم را به عمل مذکور تسری داد. در حقوق اداری نیز همین معنا برداشت می‌شود (هداوند و مشهدی، ۱۳۹۱: ۱۷۴) و اهمیت این اصل به‌گونه‌ای است که یکی از ارکان اصلی و پایه‌ای حاکمیت قانون تلقی می‌شود (زارعی، ۱۳۷۸: ۶۰). اصل عطف به ماسبق نشدن قوانین و تصمیمات در حقوق اداری و لزوم احترام به آن نیز از سوی مقامات اداری، یکی از اصول عدالت رویه‌ای در حقوق اداری و تضمین‌کننده‌ی حقوق مکتسب اشخاص و انتظار موجه آن‌ها و تأمین‌کننده‌ی ثبات و امنیت روابط متقابل افراد است (فلاح‌زاده، ۱۳۹۴: ۲۲۴-۲۲۵) که لزوم رعایت آن در منطق حقوقی بدیهی می‌نماید.

این اصل در موارد متعددی مورد توجه دیوان عدالت اداری بوده است. در زمینه‌ی وضع عوارض نیز این اصل مدنظر دیوان بوده و آرایی در این زمینه صادر شده است که از جمله‌ی آن‌ها می‌توان به رأی شماره‌ی ۶۸/۱۰۸ مورخ ۱۳۶۸/۱۱/۲۶ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری اشاره کرد. براساس این پرونده، استانداری آذربایجان شرقی طی مصوبه‌ای در تاریخ ۱۳۶۲/۱۱/۲ اعلام داشته است که وکلای استان می‌بایست مبلغ معینی به‌عنوان عوارض شهرداری بپردازند. این وضع عوارض با استناد به بند ۸ قانون شهرداری‌ها مبنی بر صلاحیت انجمن شهر در تصویب لوایح برقراری یا الغای عوارض شهر و مادهی ۴۲ این قانون مبنی بر جانشین انجمن شهر بودن وزارت کشور صورت می‌گیرد. این در حالی است که بند ۱ مادهی ۳۵ قانون تشکیلات شوراهای اسلامی مصوب ۱۳۶۱/۹/۲۰ وضع عوارض را از صلاحیت‌های شورای شهر می‌داند و مطابق مادهی ۵۳ این قانون کلیه‌ی قوانین مغایر با این قانون لغو شده‌اند. بر این اساس استناد استانداری مربوط به قانون الحاق یک تبصره به مادهی ۵۳ قانون تشکیلات شورای‌های اسلامی کشوری مصوب ۱۳۶۴/۷/۲۸ مبنی بر جانشینی شورای شهر توسط وزیر کشور یا سرپرست وزارت کشور عطف قانون مزبور به ماسبق محسوب و بر این مبنا مصوبه، نقض شده است. رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در این زمینه به‌صورت ذیل است:

«نظر به اینکه عوارض دفاتر وکالت موضوع نامه شماره‌ی ۲۱/۱۸۷۱۵/۵۴ مورخه ۶۲/۱۱/۲ استانداری آذربایجان شرقی، مستنداً بماده ۴۲ و بند ۸ از ماده ۴۵ قانون شهرداری‌ها و اختیارات تفویضی وزیر محترم کشور برقرار گردیده، درحالی‌که مطابق ماده ۵۳ قانون تشکیلات

شوراهای اسلامی کشوری مصوب اول آذرماه سال ۱۳۶۱ از تاریخ تصویب این قانون کلیه قوانین مغایر لغو و بلااثر اعلام گردیده است، و علی‌القاعده از تاریخ تصویب قانون تشکیلات شوراهای اسلامی کشوری، جهت برقراری هر گونه عوارض، باید به‌ترتیب مقرر در بند ۱ از ماده ۳۵ قانون فوق، عمل گردد. و با عنایت به اینکه قانون الحاق یک تبصره به ماده ۵۳ قانون تشکیلات شوراهای اسلامی کشوری مصوب ۶۴/۷/۲۸ ناظر به اقدامات و تصمیمات و بخشنامه‌های صادره مؤخر بر تاریخ تصویب قانون است، نمی‌تواند عطف به ماسبق شود. لهذا، عوارض مقرر به موجب نامه شماره‌ی ۲۱/۱۸۷۱۵/۵۴ مورخه ۶۲/۱۱/۲ استانداری آذربایجان شرقی، مخالف قانون تشخیص، و مستنداً به ماده ۲۵ با ملاحظه بند. پ. ماده ۱۱ قانون دیوان عدالت اداری، ابطال می‌گردد».

مشاهده می‌شود که اصل عطف به ماسبق نشدن قوانین و تصمیمات اداری در زمینه‌ی صلاحیت وضع عوارض توسط مراجع ذی‌صلاح مورد توجه دیوان عدالت اداری بوده و این نهاد تصمیمات مغایر این اصل را ابطال کرده است.

۲-۲-۵. رعایت موازین شرعی

این اصل را می‌توان ذیل اصل قانونی بودن نیز بررسی کرد، چراکه اصل ۴ قانون اساسی وضع همه‌ی قوانین و مقررات کشور را منوط به انطباق با موازین شرعی دانسته است. این اصل همچنین در زمینه‌ی صلاحیت وضع عوارض توسط مراجع ذی‌صلاح به‌صراحت مقرر شده است که نمونه‌ی آن در بند ۱ ماده‌ی ۳۵ قانون تشکیلات شوراهای اسلامی کشور مصوب ۱۳۶۱/۹/۱ مقرر شده است. بدین صورت که در برهه‌ای تنفیذ ولی‌امر یکی از شرایط صحت وضع عوارض توسط شورای شهر قلمداد شده است. در پرونده‌ی کلاسه‌ی ۴۰۶/۷۷ به شماره‌ی دادنامه‌ی ۸۰/۳۷۶ مورخ ۱۳۸۰/۱۱/۲۸ در درخواست اتحادیه‌ی صنف فخاری یزد به ابطال مصوبه‌ی شماره‌ی ۱/۳/۳۴/۱۸۳۵ مورخ ۱۳۶۶/۲/۹ وزارت کشور در خصوص ۱۰ درصد عوارض تولید فخاری‌ها این اصل به‌نوعی مورد توجه دیوان قرار می‌گیرد. در این پرونده شاکی بیان می‌دارد که مصوبه‌ی شهرداری در خصوص وضع و اخذ عوارض از فخاری‌ها (آجرپزی‌ها) منوط به نداشتن اثر تورمی در تنفیذ مصوبه توسط نماینده‌ی ولی‌فقیه بوده که محقق نشده است. فقهای شورای نگهبان در خصوص ادعای خلاف شرع بودن مصوبه‌ی شماره‌ی ۱۳۸۵/۳۴/۳/۱ مورخ ۱۳۶۶/۲/۹ وزارت کشور از طرف اتحادیه‌ی صنف فخاری یزد در جلسه‌ی مورخ ۱۳۸۰/۹/۲۹ بیان می‌دارند: «چون تأیید نماینده ولی‌امر منوط به این است که عوارض ۱۰٪ مذکور اثر تورمی نداشته باشد، بنابراین اگر به نظر کارشناسان اخذ عوارض ۱۰٪

اثر تورمی داشته باشد، اخذ آن خلاف شرع است». در نهایت هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در این زمینه رأی خود را بدین صورت صادر می‌کند:

«به موجب نظریه مورخ ۱۳۸۰/۹/۲۹ فقهای محترم شورای نگهبان اخذ عوارض از فخاری‌ها به میزان ۱۰٪ بر مبنای تولید به شرط این‌که به نظر کارشناسان دارای اثر تورمی باشد، خلاف شرع است. و چون مفاد نامه شماره‌ی ۱۰۱۶۴۱۳ مورخ ۱۳۷۹/۹/۲۱ وزراء صنایع و بازرگانی براساس نظریه کارشناسان کمیسیون تبصره ذیل ماده ۱۱ آیین‌نامه اجرایی مربوط و همچنین دستور ریاست جمهوری در خصوص تسریع در کاهش میزان عوارض مذکور مفید تأیید آثار تورمی عوارض فخاری‌ها به میزان ۱۰٪ و در نتیجه متضمن حصول شرایط مندرج در نظریه فقهای محترم شورای نگهبان است، بنابراین بند ۳۸۰ مصوبه شماره‌ی ۱/۳/۳۴/۱۸۳۵ مورخ ۱۳۶۶/۲/۹ وزارت کشور به استناد قسمت اول ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می‌گردد».

البته این مورد می‌تواند در ذیل اصل رعایت تشریفات قانونی نیز مطرح شود که به‌سبب اهمیت اصل شرعی بودن قوانین و مقررات و عنایت دیوان به شرعی بودن وضع عوارض در مبحثی جداگانه ذکر شد.

۲-۲-۶. اصل تناسب

اصل تناسب از اصول مورد توجه در حقوق عمومی معاصر است که در بسیاری از نظام‌های حقوقی اهمیت بسیاری پیدا کرده است. این اصل در پی ایجاد رابطه‌ی منطقی بین اهداف مورد نظر و ابزار مورد استفاده در تصمیم متخذه برای نیل به اهداف مزبور است (هداوند، ۱۳۸۷: ۲۷). بر این اساس، مقام عمومی و اداری باید در اتخاذ تصمیم و استفاده از ابزار و روش‌های تصمیم‌گیری به معنا و هدف قانون توجه کند (مشهدی، ۱۳۹۱: ۲۹۹). اصل تناسب در زمینه‌ی وضع عوارض مورد توجه برخی نویسندگان قرار گرفته است. بدین صورت که آرای شماره‌ی ۳۶۳ مورخ ۱۳۸۶/۵/۲۳ و شماره‌ی ۳۳۸ مورخ ۱۳۸۶/۵/۱۴ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در مورد رعایت نکردن تناسب در وضع عوارض مورد استناد نویسندگان مزبور قرار گرفته است (هداوند و مشهدی، ۱۳۹۰: ۱۸۵-۱۸۷). البته استناد به رأی نخست که در آن جهت ابطال به‌صراحت «اخذ عوارض خارج از حدود اختیارات توسط انجمن شهر (وضع عوارض خارج از محدوده‌ی قانونی شهر)» عنوان شده است، صحیح نمی‌نماید و صرف وجود واژه‌ی تناسب در رأی دیوان را نباید دلیل بر استناد به اصل تناسب قلمداد کرد. از دیگر آرایی که دیوان در آن به استناد اصل تناسب اقدام به ابطال عوارض وضع‌شده کرده است، می‌توان به رأی شماره‌ی ۲۴۱ مورخ ۱۳۹۰/۶/۷ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری اشاره کرد

که در آن، هیأت عمومی دیوان، رأی به ابطال مادهی ۱ و بندهای ۱ و ۲ مادهی ۱ از آیین‌نامهی مقررات و اخذ بهای خدمات و هزینهی خسارت از نصب‌کنندگان انواع تابلو و تبلیغات در معابر عمومی شهر برای سال ۱۳۸۸ و بعد از آن مصوب یکصدوچهل‌وهفتمین جلسهی شورای اسلامی شهر گرگان به‌سبب عدم رعایت تناسب در شرایط مقرر در قانون با عنوان «مغایر هدف و حکم مقنن» صادر کرده است. بدین بیان که:

«هرچند مطابق بند ۲۶ ماده ۷۱ "قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران مصوب ۱۳۷۵/۳/۱" تصویب نرخ خدمات ارائه‌شده توسط شهرداری و سازمان‌های وابسته بـه آن بـا رعایت آیین‌نامه‌های مـالی و معاملاتی شهرداری‌ها از جمله وظایف شورای اسلامی شهر است، لیکن بـه‌جهت این که تابلوهای منصوبه بر سردر اماکن تجاری و اداری علی‌القاعده مبیّن معرفی محل استقرار و فعالیت اماکن مذکور است و الزاماً متضمن تبلیغاتی در زمینه ارائه خدمات مربوط نیست و اصولاً شهرداری در خصوص مورد ارائه‌کننده خدمتی نیست تا به دریافت بهای آن محق باشد، بنابراین ماده ۱ و بندهای ۱/۱ و ۱/۲ آیین‌نامه مقررات و اخذ بهای خدمات و هزینه خسارت از نصب‌کنندگان انواع تابلو و تبلیغات در معابر عمومی شهر برای سال ۱۳۸۸ و بعد از آن مصوب یکصدوچهل‌وهفتمین جلسه شورای اسلامی شهر گرگان مبنی بر اجازه شهرداری گرگان به اخذ مبالغی بابت نصب انواع تابلوهای ثابت و سیّار در کلیه نقاط شهر (پارچه و دیوارنویسی و نقاشی دیواری و تابلوهای دیواری مغازه‌ها –محل‌های کسب و پیشه، تجارت– ادارات و نهادها– دفاتر پزشکان، وکلا، بانک‌ها، مؤسسات و موارد مشابه) مغایر هدف و حکم مقنن و خارج از حدود اختیارات شورای اسلامی شهر گرگان تشخیص داده می‌شود و مستنداً به بند ۱ ماده ۱۹ و ماده ۴۲ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می‌شود».

در این رأی مصوبه‌ی مورد اعتراض به‌سبب عدم رعایت تناسب در تطبیق مصداق با حکم قانونگذار ابطال شده است.

۲-۲-۷. عدم وصول عوارض مجدد

این اصل به‌صورت صریح در قوانین مقرر نشده است، اما اقتضای عدالت و منطق حقوقی ایجاب می‌کند که پرداخت‌کننده‌ی عوارض بیش از یک بار عوارض پرداخت نکند. این موضوع مورد توجه دیوان عدالت اداری نیز بوده است. هیأت عمومی دیوان در رأی شماره‌ی ۳۶۶ مورخ ۱۳۸۰/۱۱/۲۳ در این زمینه بیان می‌دارد: «هرچند عوارض صدور پروانه ساختمان براساس ضوابط و مآخذ معتبر در تاریخ صدور آن قابل وصول است، لیکن اطلاق قسمت دوم

بخشنامه شماره‌ی ۸۵۵۶۸/۳/۳۴/۲ مورخ ۱۳۷۶/۵/۸ وزارت کشور که مفید تعلق عوارض مجدد به تمدید پروانه ساختمان پس از اتمام مهلت مندرج در آن بدون احتساب و کسر عوارض پرداخت‌شده بابت صدور پروانه ساختمان و نتیجتاً مفهم وصول عوارض مضاعف می‌باشد مغایر قانون و خلاف حدود اختیارات دستگاه مربوط تشخیص داده می‌شود و بدین جهت این قسمت از بخشنامه فوق‌الذکر به استناد قسمت دوم ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می‌گردد».

۲-۲-۸. عدم تضییق و توسیع دایره‌ی شمول قانون

محدوده و قلمرو قانون نمی‌تواند توسط آیین‌نامه یا تصمیمات اداری محدود شود یا گسترش یابد. این اصل را می‌توان در ذیل اصل قانونی بودن مطالعه و بررسی کرد، اما به‌دلیل اهمیت اصل قانونی بودن و گستردگی قلمرو آن و در نتیجه انشعاب اصول جدید به‌صورت جداگانه و مستقل مورد تدقیق و بررسی قرار می‌گیرد. اصل مذکور در آرای متعددی مورد استناد دیوان عدالت اداری در زمینه‌ی صلاحیت وضع عوارض قرار گرفته است. از جمله‌ی این موارد می‌توان به رأی شماره‌ی ۹۲۸ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۱۴ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری اشاره کرد که بیان می‌دارد:

«... نظر به اینکه در بند الف ردیف ۳ تصویب‌نامه شماره ۷۶۲۵۴/ت۳۶۰۹۵هـ- ۱۳۸۸/۴/۱۰ هیأت وزیران، برخورداری واحدهای صنعتی و معدنی از معافیت مذکور به بهره‌برداری تا پایان تیرماه سال ۱۳۸۸ مقید شده است که در همان حال موجب تضییق دایره شمول قانون نیز شده است، بنابراین بند الف ردیف ۳ مصوبه مذکور به لحاظ مغایرت با قانون پیش‌گفته مستند به بند یک ماده ۱۹ و ماده ۴۲ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می‌شود».

همچنین رأی شماره‌ی ۱۰۴ مورخ ۱۳۷۴/۶/۲۵ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در این زمینه قابل ذکر خواهد بود که بیان می‌دارد:

«... از آن‌جا که مدلول بخشنامه اجرایی مصوبات قانونی علی‌الاصول باید متضمن مفاد کامل مصوبه به‌ویژه از حیث موارد و اوصاف و شرایط مورد نظر مندرج در آن باشد تا زمینه توسیع یا تضییق قلمرو آن از حیث مصادیق فراهم نشود. نقل عبارت «۱٪ عوارض از کارخانجات...» با عنایت به عموم و اطلاق آن و بدون ذکر «واحدهای صنعتی و معدنی و کارگاه‌های غیر مشمول قانون نظام صنفی» در بخشنامه مورد اعتراض موجب دخل و تصرف در مصوبه مرجع قانونی صلاحیتدار و از مقوله وضع مقررات در باب عوارض توسط مرجع غیر صالح ... تشخیص داده می‌شود ...».

نتیجه‌گیری

امروزه در کشور ما عوارض دریافتی از افراد و اشخاص مصادیق متعددی پیدا کرده‌اند که لزوم توجه و پرداختن به این نهاد را خاطرنشان می‌سازد. این امر به‌خصوص در مورد شوراهای اسلامی به‌عنوان دولت‌های محلی به‌سبب نقش و جایگاه عوارض در تأمین بودجه‌ی این نهاد و تضمین استقلال مالی آن‌ها اهمیت شایان ملاحظه‌ای یافته است. موضوعی که در پژوهش حاضر بدان پرداخته شد صلاحیت وضع عوارض و اصول حاکم بر آن در آرای دیوان عدالت اداری بود که موضوع آرای متعدد این دیوان بوده است. نتایج این پژوهش را می‌توان به‌اختصار به‌صورت ذیل بیان کرد:

الف) عوارض را نمی‌توان مشمول اصل ۵۱ قانون اساسی دانست و آن را نوعی مالیات یا زیرمجموعه این مفهوم محسوب کرد. اما این امر به معنای عدم شمول اصل قانونی بودن وضع و وصول عوارض نخواهد بود و مرجع وضع عوارض که مورد تصریح آرای متعدد دیوان نیز قرار گرفته است، مجلس شورای اسلامی و نهادهای مأذون از طرف این نهاد خواهند بود و نهاد دیگری بدون مجوز مجلس صلاحیتی در این زمینه نخواهند داشت.

ب) دیوان عدالت اداری اصول متعددی را در زمینه‌ی وضع مالیات‌ها مورد توجه قرار داده و آرای بسیاری با استناد به این اصول صادر شده است که نشان از توجه و دقت این نهاد به اهمیت عوارض و البته حفظ و تضمین حقوق افراد و اشخاص دارد. بسیاری از این اصول، از اصول جدید حقوق عمومی (به‌خصوص حقوق اداری) هستند که مورد عنایت دیوان قرار گرفته‌اند. اصولی همانند اصل تناسب و اصل رعایت تشریفات قانونی که نشان از نقش و جایگاه رویه‌ی حقوقی در توسعه‌ی حقوق اداری کشورمان و برجسته شدن خصلت رویه‌ای در حقوق عمومی دارد. همچنین اصولی همانند اصول قانونی بودن وضع عوارض که مصادیق گوناگون این اصل مورد عنایت دیوان قرار گرفته و اصولی همانند اصل عدم وضع مجدد عوارض که نشان‌دهنده‌ی رویه‌ی حق‌مدار دیوان عدالت اداری و سعی این نهاد در حفظ و بسط حقوق اشخاص است.

البته اصول حاکم بر وضع عوارض را نباید منحصر به اصول ذکرشده در این پژوهش دانست. تحقیقات و پژوهش‌های افزون بی‌شک اصول جدیدی به این فهرست خواهند افزود و نظام وضع عوارض را ساختارمندتر خواهند کرد.

یادداشت‌ها

۱. اصل ۸۵ قانون اساسی: «سمت نمایندگی قائم به شخص است و قابل واگذاری به دیگری نیست. مجلس نمی‌تواند اختیار قانونگذاری را به شخص یا هیأتی واگذار کند ولی در موارد ضروری می‌تواند اختیار وضع بعضی از قوانین را با رعایت اصل هفتادودوم به کمیسیون‌های داخلی خود تفویض کند...».

۲. در این‌جا باید به نهادهایی چون سازمان حمل‌ونقل جاده‌ای و پایانه‌های کشور که مطابق بند «الف» ماده‌ی ۱۳۲ قانون برنامه‌ی سوم صلاحیت اخذ عوارض با تصویب شورای اقتصاد را خواهد داشت یا سازمان مناطق آزاد تجاری صنعتی مطابق ماده‌ی ۱۰ قانون چگونگی اداره‌ی مناطق آزاد تجاری-صنعتی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۷۲ می‌تواند با تصویب هیأت وزیران در مقابل انجام خدمات شهری و فراهم نمودن تسهیلات مواصلاتی، بهداشت، امور فرهنگی، آموزشی و رفاهی از اشخاص حقیقی و حقوقی منطقه‌ی عوارض اخذ نماید، اشاره کرد که صلاحیت این نهادها صرفاً پیشنهاد و اخذ عوارض است و نه وضع عوارض.

۳. صلاحیت محلی در آیین دادرسی مدنی به صلاحیتی که به اعتبار محل استقرار دادگاه تعیین می‌شود، تعریف کرده‌اند که در بحث مورد نظر ما صلاحیت محلی به صلاحیت مرجع صالح در وضع عوارض در گستره و محدوده‌ی محلی و نه ملی تعریف می‌شود.

۴. برخی نویسندگان از این موضوع با عنوان «رعایت قلمرو جغرافیایی در وضع عوارض» یاد کرده‌اند (هداوند و مشهدی، ۱۳۹۱: ۲۶۱-۲۶۲).

منابع و مآخذ

تقوی، مهدی؛ مهندس، ابوطالب (۱۳۸۵)، **مالیه‌ی عمومی**، تهران: کتابخانه‌ی فروردین.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸)، **ترمینولوژی حقوق**، تهران: کتابخانه‌ی گنج دانش، چ دهم.

دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۷۷)، **لغت‌نامه**، تهران: مؤسسه‌ی انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.

رستمی، ولی (۱۳۹۰)، **مالیه‌ی عمومی**، تهران: میزان.

زارعی، محمدحسین (۱۳۷۸)، **جزوه‌ی حقوق اداری تطبیقی**، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز.

فلاح‌زاده، علی‌محمد (۱۳۹۴)، **حقوق اداری تطبیقی: عدالت رویه‌ای**، تهران: مؤسسه‌ی مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.

کامیار، غلامرضا (۱۳۸۵)، **حقوق شهری و شهرسازی**، تهران: مجد.

گرجی ازندریانی، علی‌اکبر (۱۳۹۳)، **مبانی حقوق عمومی**، تهران: جنگل، چ چهارم.

مشهدی، علی (۱۳۹۱)، «اصول و معیارهای کنترل قضایی اداری در حقوق سوئیس»، **فصلنامه‌ی حقوق**، دوره‌ی ۴۲، ش ۳، صص ۲۹۱-۳۰۱.

معین، محمد (۱۳۸۸)، **فرهنگ فارسی**، تهران: اشجع- میکاییل.

موسی‌زاده، رضا (۱۳۸۸)، **مالیه‌ی عمومی**، تهران: میزان.

هداوند، مهدی؛ مشهدی، علی (۱۳۹۱)، **اصول حقوق اداری (در پرتو آرای دیوان عدالت اداری)**، تهران: خرسندی، چ دوم.

هداوند، مهدی (۱۳۸۷)، «**نظارت قضایی: تحلیل مفهومی تحولات اساسی (طرحی برای توسعه‌ی حقوق اداری و ارتقاء نظارت قضایی)**»، مجله‌ی حقوق اساسی، سال هفتم، ش ۹، صص ۷-۵۶.

دوفصلنامه دانش حقوق عمومی/ سال چهارم، بهار و تابستان ۱۳۹۴، شماره ۱۱، صفحات ۱۱۱ تا ۱۲۸

تضمین محدودیت‌های اصلاح قانون اساسی با تأمل بر آموزه‌ی محدودیت‌های ضمنی

سید محمدمهدی غمامی[۱*]، مصطفی منصوریان [۲**]

۱. استادیار دانشکده‌ی معارف اسلامی و حقوق دانشگاه امام صادق(ع)، تهران، ایران
۲. دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه امام صادق(ع)، تهران، ایران

دریافت: ۱۳۹۴/۱/۱۵ پذیرش: ۱۳۹۴/۴/۲۶

چکیده

نظام‌های حقوقی مختلف، انواع گوناگونی از محدودیت‌ها را در فرایند اصلاح قانون اساسی به رسمیت شناخته و درصدد تضمین آن‌ها برآمده‌اند. در همین زمینه، برخی قوانین اساسی با پیش‌بینی سازوکاری ویژه، نظارت بر مطابقت اصلاحات قانون اساسی با این محدودیت‌ها را در صلاحیت نهادی مشخص قرار داده‌اند و برخی دیگر نیز تنها به چنین محدودیت‌هایی اشاره کرده و متعرض مرجع تضمین آن‌ها نشده‌اند.

پرسش اساسی این پژوهش آن است که چه سازوکارهایی در تضمین محدودیت‌های اصلاح قانون اساسی وجود دارد و همچنین، در مواردی که مرجعی خاص برای تضمین این مهم پیش‌بینی نشده باشد یا اینکه قانون اساسی اساساً از حیث موضوع فاقد محدودیت در اصلاح باشد، آیا می‌توان به نظارت بر اصلاحات قانون اساسی مبادرت ورزید یا خیر؟ امری که این نوشتار با استفاده از مطالعه‌ی تطبیقی و با رویکردی تحلیلی درصدد پاسخگویی به آن است.

به‌نظر می‌رسد که حتی در فرض عدم پیش‌بینی مرجعی خاص برای تضمین محدودیت‌های قانون اساسی یا عدم پیش‌بینی هر گونه محدودیت در اصلاح قانون اساسی، با اتکا به آموزه‌ی محدودیت‌های ضمنی و با این استدلال که بنیان و ساختار پایه‌ای یک نظام حقوقی در معرض تغییر قرار گرفته است، می‌توان بر اصلاحات پیشنهادی قانون اساسی نظارت کرد.

کلیدواژه‌ها: اصلاح قانون اساسی، نظارت بر اصلاحات قانون اساسی، محدودیت‌های اصلاح قانون اساسی، آموزه محدودیت‌های ضمنی، ایجاد قانون اساسی جدید.

***E-mail:** Mmghamamy@gmail.com
E-mail: Mansourian@isu.ac.ir **نویسنده‌ی مسئول

مقدمه

قانون اساسی، نتیجه‌ی اراده‌ی قدرت برتری است (قوه‌ی مؤسس) که ورای تمام قوای حاکم بر جامعه است و به موجب آن، نهادها و قوای گوناگون حکومت به‌منظور اعمال قدرت تأسیس می‌شوند. به همین دلیل نیز قانون اساسی در رأس سلسله‌مراتب قوانین و بالاتر از قوانین عادی قرار می‌گیرد و هر گونه دخل و تصرف در آن، مستلزم اعمال از سوی قوه‌ی مؤسس است. به‌عبارت دیگر، آنچه به یک قانون وصف «اساسی» را اعطا می‌کند، مقام واضع آن است و از آن‌جا که قوه‌ی مؤسس، قانون اساسی را وضع می‌کند و این قانون به تأسیس نهادهای حکومتی و سازمان‌ها و نظایر این‌ها می‌پردازد، بالاتر از قانون عادی قرار می‌گیرد.

قوه‌ی مؤسس، قوه‌ای برتر است که از طریق قانون اساسی به تضمین حقوق و آزادی‌های مردم، و تعیین چارچوب و صلاحیت‌های قوا و نهادهای دیگر می‌پردازد و این برتری مستلزم آن است که قانون اساسی که توسط قوه‌ی مؤسس به تصویب رسیده است، توسط قوای دیگر به‌ویژه قانونگذار عادی تغییرپذیر نباشد (عباسی، ۱۳۸۳: ۹۹). به‌عبارت دیگر، همان‌طورکه قوای تأسیس‌شده (قوای مقننه، مجریه و قضاییه) قانون اساسی تصویب کنند، حق تغییر و بازنگری در آن را نیز ندارند و از همین روی به‌طور معمول در نظام‌های حقوق اساسی کشورهای مختلف، اصلاح قانون اساسی منوط به تحقق شرایطی پیچیده و سخت و نیز مشارکت نهادهای مختلف به‌ویژه مردم است.

بنابراین، اِعمال قوه‌ی مؤسس در دو حالت متصور است: ۱. قوه‌ی مؤسس اصلی که به‌هنگام تأسیس یک دولت جدید یا در آستانه‌ی یک انقلاب و دگرگونی رژیم سیاسی ایجاد می‌شود و به تهیه و تدوین یک قانون اساسی مبادرت می‌ورزد[1]؛ ۲. قوه‌ی مؤسس تجدید نظر که براساس اقتضائات جامعه بازبینی، تغییر اصول یا تکمیل قانون اساسی حاکم و در حال اجرا را در دستور کار قرار می‌دهد، بدون آنکه به تمامیت قانون اساسی خدشه‌ای وارد شود. البته قانون اساسی همانند سایر قواعد هنجاری توسط افراد و گروه‌های انسانی خلق می‌شود و بر همین اساس نیز نمی‌تواند مدعی دوام و بقایی ابدی باشد، چراکه دستاوردهای بشری علی‌الاصول در معرض دگرگونی و تغییر قرار دارند. به‌عبارت دیگر، تنها قوانین الهی و نظام طبیعت و هر آنچه مطابق با آن‌ها نظم و نسق یافته باشد، دائمی و ابدی است و متن قانون اساسی نیز مانند کلیه‌ی قاعده‌گذاری‌های حقوقی، پاسخگوی نیازهای مقطعی جوامع سیاسی است. بنابراین با توجه به اینکه کلیه‌ی قوانین، مولود نیازها و شرایط اجتماعی، اقتصادی و سیاسی یک جامعه‌ی بشری است و این نیازها و اقتضائات به‌طور پیوسته در حال تغییر و پیشرفت‌اند، قانون و از جمله قانون اساسی باید به‌گونه‌ای تنظیم شود که امکان تجدید نظر در

آن وجود داشته باشد (قاضی، ۱۳۷۱: ۴۷).

جلوگیری از بی‌ثباتی قانون اساسی و اعمال سلیقه‌ای بازنگری در قانون اساسی نیز مستلزم آن است که جواز تجدید نظر با تشریفات پیچیده و دشواری همراه شود تا قانون اساسی به‌صورت خودسرانه و بی‌ضابطه دچار دگرگونی نشود. به‌عبارت دیگر مطلوب آن است که قانون اساسی، انعطاف‌ناپذیر (سخت) بوده و برای تدوین و تغییر آن، آیین و روش خاصی وجود داشته باشد تا بازنگری قانون اساسی پس از تفکر و اندیشه‌ی معقولانه امکان‌پذیر باشد و بدین‌سان از انعطاف و عدم انعطاف افراطی آن نیز جلوگیری شود.

بدین‌سان، نظام‌های حقوقی مختلف، محدودیت‌هایی را برای اصلاح قانون اساسی مطمح نظر قرار داده‌اند تا قانون اساسی دستخوش تمایلات و صلاحدیدهای شخصی نشود و استحکام نظام سیاسی دچار چالش نگردد. این مسئله منافی حق تعیین سرنوشت مردم نیست؛ چنانکه اصل پذیرش چنین سازوکاری در اصلاح قانون اساسی به‌منزله‌ی توجه به حق مزبور و پذیرش آن است و در این فرض نیز تنها، اعمال حق مزبور بنا به دلایلی منطقی و موجه، با محدودیت‌هایی مواجه می‌شود.

در این خصوص در آثار و پژوهش‌های موجود تنها به سه نوع محدودیت موضوعی، صوری و زمانی اشاره شده[۲] و بحثی تفصیلی در زمینه‌ی شیوه‌ی نظارت بر این محدودیت‌ها انجام نگرفته است. به‌عبارت دیگر، چنانچه مرجعی خاص صلاحیت نظارت بر این اصلاحات را بر عهده داشته باشد وضعیت مشخص است، اما موضوع زمانی بحث‌برانگیز است که مرجعی خاص برای تضمین محدودیت‌های اصلاح قانون اساسی تعیین نشده باشد یا اینکه قانون اساسی به هیچ محدودیت موضوعی خاصی برای اصلاح اشاره نکرده باشد.

افزون‌بر این، ضرورت این نظارت را در توجه به تفکیک میان دو مفهوم «اصلاح قانون اساسی» و «ایجاد قانون اساسی جدید»[۳] نیز می‌توان یافت؛ بدین ترتیب که برخی تغییرات را به‌سبب تأثیراتی که بر روح و ساختار اصلی و بنیادین یک قانون اساسی می‌گذارند، نمی‌توان در زمره‌ی اصلاحات قانون اساسی به‌شمار آورد و چنین مواردی را باید به‌منزله‌ی تغییراتی دانست که به ایجاد یک قانون اساسی جدید منجر می‌شوند. به‌عبارت دیگر، اصلاحی را که به تغییر بنیان یک نظام حقوقی بینجامد، باید به‌منزله‌ی ایجاد یک قانون اساسی جدید در چارچوب نظم حقوقی موجود دانست.

اهمیت این مسئله موجب پدیداری آموزه‌ای با عنوان «محدودیت‌های ضمنی یا تلویحی»[۴] شده که قانون اساسی صراحتی در شناخت آن به‌عنوان محدودیت ندارد، اما می‌توان آن را در زمره‌ی انواع محدودیت اصلاح قانون اساسی تلقی کرد و سازوکاری برای تضمین آن ارائه

کرد؛ موضوعی که در آثار موجود مورد اشاره‌ی حقوقدانان قرار نگرفته است و این پژوهش با رویکردی تحلیلی به بحث و بررسی در این خصوص می‌پردازد.

بدین ترتیب به‌منظور پاسخ به پرسش این پژوهش، نخست به مرور اجمالی انواع محدودیت اصلاح قانون اساسی اشاره می‌شود (۱)؛ سپس سازوکارهای نظارت بر مطابقت اصلاحات قانون اساسی با این محدودیت‌ها تبیین خواهد شد (۲)؛ در ادامه به‌منظور بررسی و تحلیل این مسئله که اگر قانون اساسی مرجعی را برای نظارت بر محدودیت‌های اصلاح قانون اساسی در نظر نگرفته باشد یا اینکه به‌طور کلی، محدودیتی را در اصلاح قانون اساسی پیش‌بینی نکرده باشد، چه وضعیت حقوقی قابل تصور است، آموزه‌ی محدودیت‌های ضمنی و فروض متصور مربوط به آن تبیین می‌شود (۳).

۱. مروری بر محدودیت‌های اصلاح قانون اساسی

به‌طور کلی سه دسته محدودیت در اصلاح قانون اساسی شایان ذکرند؛ دسته‌ی نخست، «محدودیت‌های موضوعی» که اصلاح قانون اساسی را از نظر موضوع دچار محدودیت می‌کنند. اصول بنیادین حکومت و ارزش‌های اساسی حکمرانی در زمره‌ی مواردی قرار دارند که تغییر آن‌ها حتی از طریق بازنگری میسر نیست، چراکه چنانچه در ارکان نظام مانند شکل حکومت، ارزش‌های حاکم بر جامعه، وحدت و تمامیت ارضی کشور تزلزلی ایجاد شود یا تغییراتی پدید آید، اصل آن نظام در معرض فروپاشی قرار می‌گیرد؛ بنابراین نظام‌های حقوق اساسی به‌منظور صیانت از کیان نظام و تمامیت آن معمولاً محدودیت‌هایی را در خصوص این موارد در نظر می‌گیرند.

قوانین اساسی بسیاری از کشورهای جهان بر همین اساس به این مسئله تصریح کرده و بنیان‌های حکومت را اصلاح‌ناپذیر عنوان کرده‌اند. برای مثال به موجب ماده‌ی ۸۹ قانون اساسی فرانسه، جمهوریت حکومت قابل بازنگری نیست؛ زیرا اندیشه‌های استبدادی از دیرباز در فرانسه وجود داشته و در دوره‌هایی نیز حتی پس از تحقق عملی شکل جمهوری در این کشور، نظام استبدادی احیا شده است و از همین روی برای جلوگیری از این مسئله، چنین تضمینی در قانون اساسی این کشور در نظر گرفته شده است. ماده‌ی ۱۱۲ قانون اساسی نروژ نیز محدودیتی را بدین ترتیب مقرر کرده است: «... تغییرات مواد خاصی از قانون نباید روح قانون اساسی را تغییر دهد». نمونه‌ی دیگر، ماده‌ی ۷۹ قانون اساسی آلمان است که کرامت انسانی و تفکیک قوا را به‌عنوان عکس‌العمل و تضمینی در مقابل نظام فاشیستی یا نظام‌های غیردموکراتیک، غیرقابل تجدید نظر عنوان کرده است. بر همین اساس و به‌منظور تداوم

فدراسیون در ایالات متحده‌ی آمریکا ماده‌ی ۵ قانون اساسی این کشور، اصل تساوی نمایندگی دولت‌های عضو در مجلس سنا (هر ایالت دو عضو) را غیرقابل بازنگری دانسته است.

دسته‌ی دوم، «محدودیت‌های صوری» هستند و مقصود، ترتیبات شکلی و سازوکارهایی است که اعمال تغییر در قانون اساسی را با پیچیدگی‌هایی مواجه می‌کنند. در واقع هرچند هر سازوکاری که در قانون اساسی در زمینه‌ی تشریفات و نهادهای مختلف پیش‌بینی شده است، به‌گونه‌ای دربردارنده‌ی نوعی محدودیت نیز است، اما از آن‌جا که سازوکار بسیار منعطف و ساده‌ی بازنگری، قانون اساسی را در معرض تغییرات بسیار و پی‌درپی قرار می‌دهد و ثبات قانون را دچار چالش می‌کند، سازوکارهای اصلاح قانون اساسی در راستای حفظ ثبات و استحکام قانون اساسی و جلوگیری از تغییرات و اصلاحات غیرمعقول و غیرمنطقی مدنظر قرار می‌گیرند و به‌طور ویژه، به‌منظور ایجاد محدودیت هرچه بیشتر در قوانین اساسی پیش‌بینی می‌شوند.

اهمیت در نظر گرفتن این سازوکارها به‌عنوان محدودیت به‌حدی است که طراحی سازوکار بسیار دشوار و پیچیده‌ی بازنگری ممکن است موجب شود که اساساً مقامات ذی‌ربط درصدد برآیند از روش‌های جایگزین دیگر مانند تفاسیر قضایی و مداخلات تقنینی درصدد اصلاح قانون اساسی برآیند؛ چنانکه برای نمونه پیش‌بینی سازوکار بسیار دشوار در قانون اساسی ایالات متحده موجب شده است تا با وجود تلاش‌های بسیار در اعمال فرایند رسمی اصلاح قانون اساسی (۱۱۰۰۰ مرتبه)، این امر تنها برای ۲۷ مرتبه امکان‌پذیر شود و در نتیجه، تلاش برای اصلاح قانون اساسی خارج از فرایند رسمی اصلاح قانون اساسی این کشور بیشتر مورد توجه قرار گیرد (Vile, 2010: 565).

دسته‌ی سوم نیز «محدودیت‌های زمانی» هستند که برخی قوانین اساسی بدان تصریح می‌کنند و اصلاح قانون اساسی را برای یک دوره‌ی موقتی و خاص ممنوع عنوان می‌کنند. این نوع محدودیت، گاهی برای مدت و دوره‌ی مشخصی پس از تصویب قانون اساسی وضع می‌شود و بدین ترتیب، مقصود آن است که اشکالات و نقایص قانون اساسی به‌خوبی آشکار شود و سپس نسبت به اصلاح آن مبادرت شود. برای مثال قانون اساسی فرانسه مصوب سال ۱۷۹۱م، بازنگری قانون اساسی را قبل از دو دوره‌ی قانونگذاری (چهار سال) ممنوع کرده بود. گاهی نیز اصلاح قانون اساسی در صورت پدیداری وضعیت‌هایی خاص ممنوع دانسته شده است. جنگ و اشغال نظامی، بلایای طبیعی، بحران‌های داخلی که به اخلال در امنیت ملی کشور منجر می‌شود و نیز اختلال در روند اداره و اجرای امور کشور از جمله‌ی این وضعیت‌ها هستند و اصلاح قانون اساسی در برخی کشورها منوط به رفع چنین وضعیت‌هایی است. برای مثال ماده‌ی ۸۹ قانون اساسی فرانسه تصریح می‌کند که چنانچه تمامیت کشور در معرض

تهدید و خطر باشد، امکان هیچ‌گونه بازنگری و تغییر قانون اساسی وجود ندارد. اصل ۱۳۲ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز در مدتی که اختیارات و مسئولیت‌های رئیس‌جمهور، در شرایط خاصی، بر عهده‌ی معاون اول یا فرد دیگری است، اقدام به تجدید نظر در قانون اساسی را مجاز ندانسته است.

۲. سازوکارهای نظارت بر مطابقت اصلاحات قانون اساسی با محدودیت‌ها

نظارت بر مطابقت اصلاحات اعمال‌شده با محدودیت‌های مندرج در قانون اساسی به تمهیداتی بستگی دارد که هر قانون اساسی با توجه به ساختار حکومتی خود آن را مدنظر قرار می‌دهد. در این زمینه برخی قوانین اساسی، ماده یا موادی را بدین منظور در نظر می‌گیرند و به شیوه‌ی این نظارت تصریح نیز می‌کنند. برای مثال ماده‌ی ۱۴۸ قانون اساسی ترکیه مصوب سال ۱۹۸۲م تصریح می‌دارد که دادگاه قانون اساسی ترکیه از لحاظ شکلی بر مطابقت اصلاحات به‌عمل‌آمده با قانون اساسی نظارت می‌کند. بند «الف» ماده‌ی ۱۴۶ قانون اساسی رومانی مصوب سال ۲۰۰۳م نیز دادگاه قانون اساسی این کشور را از چنین اختیاری برخوردار کرده است.

برخی قوانین اساسی نیز به‌طور صریح نظارت بر اصلاحات قانون اساسی را ممنوع اعلام می‌کنند و نهاد مؤسس را در این خصوص دارای اختیار مطلق می‌دانند. برای مثال بند ۴ ماده‌ی ۳۶۸ قانون اساسی هند مصوب سال ۱۹۷۱م به‌طور صریح، نظارت قضایی بر اصلاحات قانون اساسی را که توسط پارلمان این کشور به‌عنوان نهاد مؤسس قانون اساسی اعمال می‌شود، ممنوع عنوان کرده و بند ۵ ماده‌ی مذکور نیز برای پارلمان در این خصوص، هیچ محدودیتی را نپذیرفته است.[۵]

برخی قوانین اساسی نیز در مورد این مسئله ساکت‌اند، یعنی نه به‌طور صریح چنین نظارتی را به رسمیت شناخته‌اند و نه بر ممنوعیت آن مقرره‌ای را وضع کرده‌اند. در این صورت، امکان یا عدم امکان نظارت بر مطابقت اصلاحات قانون اساسی به الگوی دادرسی اساسی[۶] کشور مزبور بستگی دارد (Gözler, 2008: 13).

در الگوی آمریکایی، تمامی دادگاه‌ها از صلاحیت بررسی مطابقت قوانین با قانون اساسی برخوردارند. ازاین‌رو در این الگو می‌توان نظارت بر مطابقت اصلاحات با قانون اساسی را نیز امکان‌پذیر دانست، چراکه در این دادگاه‌ها نسبت به هر مقرره‌ای که بر خلاف ضوابط شکلی یا ماهوی قانون اساسی به تصویب رسیده‌اند، امکان طرح دعوا وجود دارد، بنابراین، هرچند چنین نظارتی در قانون اساسی به رسمیت شناخته نشده است، اعمال آن از سوی دادگاه‌ها کاملاً قابل پذیرش است. در تأیید این مسئله نیز می‌توان به برخی دعاوی در کشورهای ایالات متحده‌ی

آمریکا، ایرلند و هند اشاره کرد که دادگاه‌های مزبور بدین ترتیب به نظارت بر اصلاحات قانون اساسی پرداخته‌اند.[۷]

در الگوی اروپایی دادرسی اساسی، تنها دادگاه‌های خاصی که اغلب دادگاه‌های قانون اساسی خوانده می‌شوند یا نهادهای متناظر دیگر مانند شورای قانون اساسی، از صلاحیت نظارت بر مطابقت قوانین با قانون اساسی برخوردارند. در این الگو، چنانچه قانون اساسی به‌صراحت چنین اختیاری را در صلاحیت نهاد مزبور قرار نداده باشد، نظارت بر اصلاحات قانون اساسی امکان‌پذیر نیست، چراکه این نهادها صلاحیت عام ندارند و فقط در موارد محدود و مصرح دارای صلاحیت‌اند. به‌عبارت دیگر، سکوت قانون اساسی در این مورد بدین معناست که نهاد مزبور چنین اختیاری ندارد، چراکه قانون اساسی در مقام بیان بوده و چنانچه نویسندگان قانون اساسی قصد واگذاری چنین اختیاری را به نهاد مزبور داشتند، بدان تصریح می‌کردند.

مطالعه‌ی عملکرد چنین نهادهایی نیز این مسئله را تأیید می‌کند. برای مثال، شورای قانون اساسی فرانسه در یکی از تصمیمات خود در سال ۱۹۶۲م اعلام داشت که در زمینه‌ی نظارت بر اصلاحات قانون اساسی که از طریق همه‌پرسی به تصویب رسیده است، صلاحیت ندارد (Decision no. 1962-20 DC, 1962)[۸]. شورای مزبور در سال ۲۰۰۳م اعلام داشت که در نظارت بر اصلاحات قانون اساسی که از طریق پارلمان به تصویب رسیده‌اند نیز صالح نیست (Decision no. 2003-469 DC, 2003).[۹]

دادگاه قانون اساسی مجارستان نیز نمونه‌ی دیگری است که در یکی از تصمیمات خود اعلام داشت صلاحیت آن دربردارنده‌ی نظارت بر اصلاحات قانون اساسی نیست (Decision no. 1260/B/1997, 1998)[۱۰]

۳. دکترین محدودیت‌های ضمنی

افزون‌بر محدودیت‌هایی که در خصوص اصلاح قوانین اساسی صریحاً ذکر می‌شوند، محدودیت‌های دیگری نیز به‌طور تلویحی از روح حاکم بر قانون اساسی قابل استنباط‌اند که می‌توان این موارد را نیز غیرقابل بازنگری دانست؛ یعنی علاوه‌بر محدودیت‌هایی که مرجع صالح برای اصلاح به‌طور صریح با آن‌ها مواجه است، آنچه به‌عنوان بنیان یک حکومت و اصل اساسی حاکم بر آن شناخته می‌شود نیز از تغییر مصون است.

این آموزه بدین معناست که هر نهاد صالح برای اصلاح قانون، هرچند اختیارات نامحدودی در این خصوص داشته باشد، نمی‌تواند ارکان اساسی نظام حقوقی را تغییر دهد؛ چراکه این عمل، اصلاح به‌شمار نمی‌رود، بلکه ایجاد یک قانون اساسی جدید است و این مسئله مستلزم

اعمال قوه‌ی مؤسس است.

پذیرش چنین آموزه‌ای در اعلامیه‌ی حقوق بشر و شهروند فرانسه نیز مشاهده می‌شود؛ ماده‌ی ۱۶ این اعلامیه مقرر داشته است که: «هر جامعه‌ای که در آن حقوق شهروندان تضمین نشده و یا تفکیک قوا اعمال نشده است، اساساً قانون اساسی ندارد»؛ یعنی چنانچه وجود یک قانون اساسی منوط به حراست از برخی حقوق خاص و تفکیک قوا باشد، هر گونه تلاش برای از بین بردن این اصول حتی با رعایت طریق رسمی مشخص‌شده در قانون اساسی، اصلاح قانون اساسی نیست و بلکه موجب تخریب ساخت قانون اساسی فعلی می‌شود.[۱۱]

بنابراین آموزه‌ی محدودیت‌های ضمنی موجب تمایز بین تغییر قانون اساسی از طریق عادی و تغییر آن از طریق اعمال قوه‌ی مؤسس می‌شود. توضیح آنکه قوای مجریه، قضاییه و مقننه قوای حکومتی هستند که در چارچوب قانون اساسی فعالیت می‌کنند، یعنی ساختار و وظایف این قوا به‌واسطه‌ی قانون اساسی تعیین شده و حال آنکه قانون اساسی، خود، محصول قوه‌ی مؤسس است. این قوه که مبتنی بر اراده‌ی مردم است، خارج و پیش از حکومت پدیدار شده و فراتر از آن وجود دارد؛ زیرا این قوه زمانی‌که هنوز حکومتی در یک سرزمین وجود ندارد، حکومتی را خلق کرده و شرایط اجرای قدرت سیاسی را در آن مشخص می‌کند[۱۲] و بنابراین، تنها همین قوه صلاحیت خلق قانون اساسی جدید را دارد. به همین سبب نیز، اینکه آموزه‌ی مزبور اصلاح قانون اساسی و ایجاد یک قانون اساسی جدید را از یکدیگر متمایز می‌کند، اهمیتی اساسی دارد (Colon-Rios, 2012: 440)

بر همین اساس در هر قانون اساسی، دو نوع مقرره می‌توان یافت؛ دسته‌ی اول، مفادی است که جنبه‌ی بنیادین و اساسی دارد و وجود نظام حقوقی وابسته به وجود آن‌هاست؛ دسته‌ی دوم نیز مفاد مهمی است که قانونگذار اساسی با درج آن‌ها در متن مدون قانون اساسی درصدد بوده تا اعتبار بالاتر آن‌ها را نسبت به قوانین عادی نشان دهد و بدین ترتیب، از تغییر ساده‌ی آن‌ها یعنی با اعمال قوه‌ی مقننه نیز ممانعت به‌عمل آورد. برای مثال، ابتنای قوانین و مقررات بر موازین اسلامی مندرج در اصل ۴ قانون اساسی ایران، رکن نظام حقوقی به‌شمار می‌رود و فقدان آن موجب دگرگونی در بنیان‌های نظام می‌شود و بنابراین، در دسته‌ی اول قرار می‌گیرد و از همین روی نیز، تغییر آن به اعمال قوه‌ی مؤسس نیاز دارد. به‌عبارت دیگر، چنانچه در اصل ۱۷۷ قانون اساسی ایران «ابتنای کلیه‌ی قوانین و مقررات براساس موازین اسلامی»، غیرقابل بازنگری عنوان نمی‌شد، همچنان امکان اصلاح چنین امری در چارچوب نظم حقوقی موجود وجود نداشت؛ چراکه تشکیل نظام جمهوری اسلامی بر این اساس بوده و این مسئله رکن محوری و بنیادین نظام حکومتی ایران به‌شمار می‌رود.

در عین حال اصل ۱۸ قانون اساسی که مقرر می‌دارد: «پرچم رسمی ایران به رنگ‌های سبز و سفید و سرخ ... است»، جزء دسته‌ی دوم قرار دارد، یعنی هرچند اهمیت والایی دارد و به‌سبب همین اهمیت نیز در عالی‌ترین سند حقوقی- سیاسی کشور درج شده است، رکن و پایه‌ی نظام جمهوری اسلامی قلمداد نمی‌شود.

البته از آن‌جا که آموزه‌ی محدودیت‌های ضمنی جایگاهی در منطوق قانون اساسی ندارد، بسیار مناقشه‌انگیز است و به‌طور خاص، مسائلی را در زمینه‌ی امکان نظارت بر اصلاحات وارد بر این محدودیت‌ها مطرح می‌کند. شورای قانون اساسی فرانسه و دیوان عالی ایرلند در زمره‌ی کشورهایی هستند که نظارت بر عدم مطابقت اصلاحات قانون اساسی با چنین محدودیت‌هایی را فاقد اعتبار قلمداد کرده‌اند و در مقابل، برخی کشورها مانند هند، بنگلادش و پاکستان بر مشروعیت چنین نظارتی نظر داده‌اند (klein and Sajó,2012: 440) .

دیوان عالی هند در سال ۱۹۸۰م، بندهای ۴ و ۵ قانون اساسی هند را که در اصلاحات قانون اساسی در سال ۱۹۷۶م پیش‌بینی شدند و در نتیجه، پارلمان این کشور را در اصلاح قانون اساسی بدون محدودیت دانستند، با این استدلال که «ساختار پایه‌ای قانون اساسی» را مخدوش می‌کند، مغایر قانون اساسی و فاقد اعتبار اعلام داشت (Minerva Mills Ltd. And others versus Union of India and others, AIR, 1980: 1789)

دیوان عالی هند در نظارت بر یکی از اصلاحات قانون اساسی این کشور، استدلال کرده است: «مسئله آن است که درک مشترکی وجود دارد که حقوق بنیادین همواره وجود خواهند داشت و قابل بازنگری نیستند. همچنین به‌نظر می‌رسد که درک مشترک دیگری نیز وجود دارد که خصیصه‌های اساسی قانون اساسی، یعنی سکولاریسم، دموکراسی و آزادی افراد نیز همواره در دولت رفاه وجود خواهند داشت. در همین زمینه و به دلالت التزامی محدودیت‌هایی تلویحی، حاکم بر اختیار پارلمان وجود دارند... » (Kesavananda Bharati Sripadagalvaru and others Versus State of Kerala and Anr. , 1973, vol. 4: 225)

مسئله‌ی مهم در این خصوص آن است که چگونه می‌توان اصول بنیادین قانون اساسی را از اصول عادی قانون اساسی تشخیص داد؟

برخی قوانین اساسی آشکارا به این تمایز تصریح کرده و برخی مفاد را به‌طور مطلق اصلاح‌ناپذیر عنوان کرده‌اند و از همین روی این موارد، خارج از سازوکار رسمی اصلاح قانون اساسی بوده و اصلاح آن‌ها، مستلزم اعمال قوه‌ی مؤسس است. به‌عبارت دیگر، قانونگذار اساسی خود، به ارکان و بنیان‌های نظام حقوقی تصریح کرده و آن‌ها را مصون از بازنگری دانسته است. تغییر چنین مقرره‌هایی که اصلاح‌ناپذیر عنوان شده‌اند نیز مستلزم اراده‌ی قدرت برتری است که ورای تمام قوای حاکم بر جامعه است و به موجب آن، نهادها و قوای گوناگون

حکومت به‌منظور اعمال قدرت تأسیس شده‌اند؛ کشورهایی مانند ایران و فرانسه در زمره‌ی این دسته قرار دارند. البته باید توجه داشت که هرچند تصریح قانون اساسی به اصلاح‌ناپذیر بودن برخی مفاد بسیار راهگشاست، همچنان امکان تفاسیر مختلف و متفاوت از چنین مقرره‌هایی نیز وجود دارد. برای مثال، ماده‌ی ۸۹ قانون اساسی فرانسه تصریح می‌دارد که شکل جمهوری اصلاح‌ناپذیر است؛ در عین حال، به اعتقاد برخی این مقرره برای جلوگیری از احیای سلطنت است و برخی دیگر بر این باورند که این ماده باید به‌طور موسع تفسیر شود، بنابراین اصول دیگری همچون سکولاریسم، حاکمیت قانون و مواردی از این دست نیز مشمول مفاد ماده‌ی ۸۹ هستند (Colon-Rios ,2010:224).

معدودی از قوانین اساسی نیز همه‌ی مندرجات قانون اساسی اعم از اصول بنیادین و فرا قانون اساسی را قابل بازنگری دانسته‌اند که این امر ریشه در توجه بیش از حد این نظام‌های حقوقی به حق تعیین سرنوشت و طراحی سازوکاری برای اعمال آن دارد. در واقع، نظم حقوقی موجود در این موارد به‌گونه‌ای به شناسایی قوه‌ی مؤسس پرداخته و این امر را به سکوت برگزار نکرده است. بدین ترتیب، این دسته از قوانین اساسی نه تنها حق تعیین سرنوشت مردم را به‌طور کامل به رسمیت شناخته‌اند، بلکه با طراحی سازوکاری خاص، بازنگری کامل در قانون اساسی و تغییر ساختارها و بنیان‌های یک نظام حقوقی و در حقیقت، ایجاد یک قانون اساسی جدید (و نه صرفاً اصلاح آن) را امکان‌پذیر قلمداد کرده‌اند. برای مثال، قانون اساسی اسپانیا مصوب سال ۱۹۷۸م دو سازوکار متفاوت را برای اصلاح قانون اساسی طراحی کرده است؛ اولین رویه که در بخش ۱۶۷ قانون اساسی این کشور بیان شده و ناظر بر اصلاح جزیی قانون اساسی است، مستلزم رأی مثبت سه‌پنجم هر یک از مجالس قانونگذاری اسپانیاست که البته چنانچه یک‌دهم اعضای یکی از مجالس مزبور، درخواست مراجعه به آرای عمومی کنند، اصلاحیه‌ی مزبور به‌منظور تصویب به همه‌پرسی نیز گذاشته می‌شود.[۱۳] در عین حال، از این رویه نمی‌توان برای بازنگری کامل قانون اساسی یا بازنگری نسبی قانون اساسی که اصول محوری قانون اساسی و حقوق بنیادین را تحت‌الشعاع قرار می‌دهد، استفاده کرد. به‌عبارت دیگر، طبق بخش ۱۶۸ قانون اساسی اسپانیا درصورتی‌که بازنگری قانون اساسی بر مفادی مانند اساس و نوع حکومت، خودمختاری منطقه‌ای، زبان رسمی، پرچم، پایتخت، حقوق و آزادی‌ها مانند تساوی و آزادی عقیده و مذهب، و مواد ناظر به سلطنت تأثیرگذار باشد، از طریق رویه‌ی مندرج در بخش ۱۶۷ قابل بازنگری نیست. در واقع، اصلاح اصول اساسی و حقوق بنیادین مستلزم به‌کارگیری رویه‌ای استثنایی است که در بخش ۱۶۸ قانون اساسی اسپانیا ذکر شده است؛ بدین ترتیب که علاوه‌بر لزوم رأی مثبت دوسوم هر یک از مجالس، مستلزم

انحلال سریع پارلمان (هر دو مجلس) و برگزاری انتخابات پارلمان جدید نیز است، البته تأیید اصلاحات مزبور به‌طور مجدد منوط به رأی مثبت دوسوم هر یک از مجالس قانونگذاری است و اصلاحات برای تصویب نهایی، به همه‌پرسی نیز گذاشته می‌شوند.

نمونه‌ی دیگر، قانون اساسی کاناداست که در سال ۱۹۸۲م به تصویب رسید و اصلاح مفاد مربوط به زبان‌های ملی، حکومت سلطنتی (ملکه، فرماندار کل و قائم‌مقام فرماندار کل)، نمایندگی ایالات در پارلمان، ترکیب دیوان عالی کانادا و قواعد مربوط به اصلاح قانون اساسی تنها از طریق بیانیه‌ی فرماندار کل ممهور به مهر بزرگ کانادا و با مجوز قطعنامه‌های سنا و مجلس عوام و نیز، رأی مثبت همه‌ی ایالات یعنی تأیید مجالس قانونگذاری تمامی ایالات امکان‌پذیر دانسته شده است. این در حالی است که طبق بخش ۳۸ همین قانون اساسی، بیانیه‌ی فرماندار کل ممهور به مهر بزرگ کانادا و به‌واسطه‌ی الف) قطعنامه‌های مجلس سنا و عوام و ب) قطعنامه‌های مجالس قانونگذاری حداقل دوسوم ایالاتی که جمعیت آن‌ها حداقل نیمی از کل جمعیت ایالات باشد، می‌تواند قانون اساسی را اصلاح کند.

قانون اساسی بلغارستان مصوب سال ۱۹۹۱م که آخرین اصلاحات آن مربوط به سال ۲۰۰۷م است نیز، فرایند تدوین و تصویب یک قانون اساسی جدید را تبیین کرده است.

طبق ماده‌ی ۱۵۳ قانون اساسی بلغارستان، مجلس ملی این کشور می‌تواند به استثنای مواردی که در صلاحیت مجلس اعلای ملی[۱۴] این کشور قرار دارد، به اصلاح همه‌ی مواد قانون اساسی بپردازد که فرایند آن پیشتر ذکر شد. ماده‌ی ۱۵۷ قانون اساسی بلغارستان، مجلس اعلای ملی را مشتمل بر ۴۰۰ عضو دانسته و ترتیب انتخاب اعضای آن را براساس قانون انتخابات این کشور عنوان کرده است. صلاحیت‌های این مجلس براساس ماده‌ی ۱۵۸ به شرح ذیل است:

الف) تصویب پیش‌نویس قانون اساسی جدید؛ ب) هر گونه تصمیم در خصوص قلمرو جمهوری بلغارستان و تصویب هر گونه معاهده‌ی بین‌المللی در این زمینه؛ ج) هر گونه تصمیم در خصوص ساختار حکومت و شکل دولت؛ د) هر گونه تصمیم در مورد اصلاح فصل نهم قانون اساسی (فصل مربوط به اصلاح قانون اساسی و تصویب قانون اساسی جدید)؛ و هـ) هر گونه تصمیم در زمینه‌ی اصلاح برخی مواد خاص قانون اساسی مانند مواردی که مربوط به تغییر در حقوق مدنی افراد است.

طرح پیش‌نویس قانون اساسی جدید یا طرح دیگر موارد مذکور براساس ماده‌ی ۱۵۹ تنها در صلاحیت رئیس‌جمهور یا حداقل نیمی از اعضای مجلس اعلای ملی قرار دارد که تصویب آن‌ها براساس ماده‌ی ۱۶۱ منوط به رأی مثبت دوسوم اعضای مجلس اعلای ملی در سه مرحله

رأی‌گیری و در سه روز مختلف است.

در نهایت طرح‌های اصلاح قانون اساسی که از سوی مجلس اعلای ملی ارائه می‌شود، باید حداقل پس از دو ماه و حداکثر پس از پنج ماه از تاریخ ارائه، در مجلس ملی به بحث گذارده شوند و در این مجلس نیز در سه مرحله رأی‌گیری و در سه روز مختلف به تأیید دوسوم اعضا برسد.

برخی قوانین اساسی نیز اساساً به این مسئله تصریحی نکرده‌اند و این امر به‌طور گسترده‌ای به تاریخ و فرهنگ سیاسی آن کشور بستگی دارد و با امعان نظر به بنیان‌های هر نظام حقوقی قابل کشف است، از همین روی نیز، این مسئله در نظام‌های حقوق اساسی مختلف بسیار متفاوت است. برای مثال، همان‌طورکه بیان شد، دیوان عالی هند با وجود تصریح قانون اساسی این کشور، مواردی همچون سکولاریسم و دموکراسی را ارکان پایه‌ای نظام حقوقی هند دانسته است.

ملاحظه می‌شود که بسیاری از قوانین اساسی، اصلاح برخی مفاد قانون اساسی را یا به‌طور صریح غیرممکن دانسته‌اند (مانند قوانین اساسی ایران، فرانسه و ایتالیا) یا اصلاح چنین مفادی را منوط به شرایطی کرده‌اند که تحقق آن‌ها بسیار دشوار و غیرممکن به‌نظر می‌رسد (مانند قوانین اساسی کانادا و اسپانیا) یا در عمل براساس دکترین محدودیت‌های ضمنی، چنین مواردی را اصلاح‌ناپذیر عنوان کرده‌اند (مانند هند).

نتیجه‌گیری

قانون اساسی مهم‌ترین سند سیاسی- حقوقی و والاترین میثاق ملی جامعه است که به‌دلیل اهمیت آن باید از کلیت، عمومیت و استحکام کافی برخوردار باشد تا از سوی زمامداران به‌آسانی قابل تغییر نباشد. اهمیت ویژه‌ی قانون اساسی و برجسته بودن آن نیز در میان سایر قوانین به‌دلیل ارتباط این قانون با ساختار کلی حقوقی- سیاسی هر کشور است، ازاین‌رو احترام به قانون اساسی به معنای تضمین ثبات و تداوم و استحکام چارچوب‌های دولت- کشور و نظام سیاسی مستقر در هر جامعه است. از جمله ملزومات این مسئله و در واقع پاسداری از برتری قانون اساسی نیز آن است که نتوان آن را به‌راحتی تغییر داد؛ چه اینکه سهولت در بازنگری و تغییر قانون اساسی، از آن‌جا که موجب بروز و ظهور تزلزل در نهادهای سیاسی کشور می‌شود، نگران‌کننده است و قانونی را که همواره مستعد تغییر و بازنگری باشد، نمی‌توان قانون اساسی و بنیادی دانست.

توجه به این موضوع موجب شده است تا فرایند بازنگری در غالب قوانین اساسی مدون، تابع تشریفات پیچیده و خاصی باشد و به همین دلیل نیز، از این قوانین به‌عنوان قوانین اساسی انعطاف‌ناپذیر یا سخت یاد می‌شود. این تشریفات به‌طور معمول محدودیت‌های اصلاح قانون

اساسی به‌شمار می‌روند. البته باید گفت که محدودیت‌های اصلاح قانون اساسی را می‌توان بر دو قسم کلی طبقه‌بندی کرد:

الف) گاهی محدودیت‌های بازنگری تنها به‌منظور پیچیده ساختن تغییر قانون اساسی و در راستای حفظ نظم و استحکام نظام سیاسی طراحی شده‌اند (محدودیت‌های صوری و زمانی) و ب) گاهی محدودیت‌های اصلاح قانون اساسی، ابتنای نظام سیاسی کشور بر ارزش‌ها و اصولی بنیادین را نشان می‌دهد و پذیرش تغییر در این محدودیت‌ها به دلالت التزامی به‌منزله‌ی پذیرش تغییر در اصل آن نظام سیاسی و ساخت یک قانون اساسی جدید – و نه اصلاح بخشی از قانون اساسی است (محدودیت‌های موضوعی).

در خصوص صیانت از این محدودیت‌ها در فرایند اصلاح قانون اساسی، کشورهای مختلف، متفاوت برخورد کرده‌اند. برخی قوانین اساسی محدودیت‌هایی را مشخص کرده و تضمین رعایت آن‌ها را نیز در صلاحیت نهاد خاصی قرار داده‌اند؛ برخی تنها به محدودیت‌هایی در این خصوص اشاره کرده اما به مرجع تضمین آن‌ها تصریحی نکرده‌اند، و پاره‌ای دیگر اساساً محدودیت‌ها را در این فرایند نپذیرفته یا مشخص نکرده‌اند.

در مورد قسم نخست، وضعیت نظارت بر مطابقت اصلاحات قانون اساسی با محدودیت‌ها مشخص است. در خصوص قوانین اساسی دسته‌ی دوم، الگوی دادرسی اساسی موجود در کشورها ملاک است و براساس آن الگو عمل می‌شود. در خصوص دسته‌ی سوم نیز، آموزه‌ی محدودیت‌های ضمنی قابل تمسک است تا بدین ترتیب مانع ایجاد یک قانون اساسی جدید شود. البته این آموزه در صورتی مطمح نظر خواهد بود که قانون اساسی به امکان اصلاح کامل قانون اساسی تصریح نکرده باشد و به‌عبارت دیگر، تأسیس یک قانون اساسی نوین را براساس سازوکارهای قانون اساسی فعلی به رسمیت نشناخته باشد که در این صورت، اصلاح کامل قانون اساسی از جمله ساختار پایه‌ای آن کاملاً امکان‌پذیر و مطابق با قانون اساسی موجود قلمداد می‌شود.

رایج‌ترین رویکرد نظام‌های حقوقی در این خصوص آن است که قدرت مردم در تعیین سرنوشت خود را به رسمیت شناخته، اما طریق و ابزار اعمال این قدرت را پیش‌بینی نمی‌کنند؛ یعنی هرچند اندیشمندان و نظریه‌پردازان حقوقی برای مردم قدرتی نامحدود در نظر می‌گیرند، معمولاً از ارائه‌ی سازوکاری رسمی برای اعمال این قدرت پرهیز می‌کنند؛ چراکه هیچ نظام حقوقی‌ای درصدد قانونمند ساختن ابزار و شیوه‌ی براندازی خود نیست و از همین روی نیز، این امر نوعاً به سکوت برگزار می‌شود. در واقع، عمده نظام‌های حقوقی به طریقی درصدد حفظ و حراست از ارزش‌ها و اصول بنیادین خود برآمده و به امکان تغییر نظام سیاسی خود

تصریح نکرده‌اند؛ چراکه ادعا می‌شود که هر نظام حقوقی بر ارزش‌ها و اصولی محوری ابتنا یافته که تغییر در آن‌ها، به‌منزله‌ی تغییر آن نظام حقوقی و ایجاد نظام جدید است. البته گاهی نیز یک نظام حقوقی، سازوکاری را برای تغییر هر گونه مفادی از قانون اساسی پیش‌بینی می‌کند، اما ملزومات تحقق سازوکار مربوط به آن را آن‌قدر پیچیده و سخت طراحی می‌کند که تحقق آن در عمل غیرممکن قلمداد می‌شود.

به هر ترتیب، مبانی طراحی سازوکاری برای اصلاح کامل قانون اساسی و به تعبیر دیگر، ایجاد یک قانون اساسی جدید در چارچوب نظم حقوقی موجود و راهکارهای اعمال آن موضوعی مهم و اساسی است که به پژوهش مستقل دیگری نیاز دارد.

یادداشت‌ها

۱. برای توضیحات بیشتر ن.ک: منصوریان، مصطفی (۱۳۹۳)، «فرایند تدوین و تصویب قانون اساسی»، گزارش پژوهشی، تهران: پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، شماره‌ی مسلسل ۱۳۹۳۰۱۸۰.

۲. برای نمونه ن.ک: مهرپور، حسین (۱۳۸۷)، مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: دادگستر، چ اول، ص ۳۲؛ هاشمی، سید محمد (۱۳۸۴)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران: اصول و مبانی کلی، تهران: میزان، صص ۶۷-۶۸؛ عباسی (لاهیجی)، بیژن (۱۳۸۸)، مبانی حقوق اساسی، تهران: جاودانه، جنگل، چ اول، صص ۱۰۴-۱۰۷؛ پروین، خیرالله؛ اصلانی، فیروز (۱۳۹۱)، اصول و مبانی حقوق اساسی، تهران: مؤسسه‌ی انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، صص ۵۲-۵۳؛ مرزدارانی، هادی (۱۳۸۲)، «مروری اجمالی بر شیوه‌های بازنگری قانون اساسی در حقوق تطبیقی»، گزارش پژوهشی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره‌ی مسلسل ۶۷۴۸، صص ۱۲-۱۳.

3.Re-Constitution.

4.Implicit Limitations.

۵. این دو بند در اصلاحات چهل‌ودوم قانون اساسی که در سال ۱۹۷۶م اعمال شد، به این قانون اضافه شدند.

۶. برای توضیحات بیشتر در خصوص مفهوم دادرسی اساسی و الگوهای آن، ن.ک: منصوریان، مصطفی؛ غمامی، سیدمحمدمهدی (۱۳۹۳)، «مفاهیم، مبانی و الگوهای دادرسی اساسی»، در دادرسی اساسی تطبیقی: مطالعه‌ی مبانی، ساختارها و صلاحیت‌های نهاد دادرسی اساسی، جمعی از نویسندگان، پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، صص ۱۳-۶۳.

7. See: Hollingsworth, et al. versus Virginia. 1798, national prohibition cases, 1920, Dillon versus Gloss, 1921 before the United States Supreme Court; The state versus Lennon, 1935 before the Supreme Court of Ireland and Kesavananda Bharati Sripadagalvaru and others Versus State of Kerala and Anr. , 1973 before the Supreme Court of India. For the details see: Gözler (2008), pp. 28-34, 82-83 and 88-94.

8. Available at:
http://codices.coe.int/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm.

9. Available at:
http://codices.coe.int/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm.

10. Available at:
http://codices.coe.int/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm.

۱۱. البته باید توجه داشت که تأکید در این قسمت بر آن نیست که چگونه و با چه سازوکاری (مثلاً با استفاده از نظارت قضایی بر اصلاحات قانون اساسی) می‌توان این آموزه را اجرایی ساخت، بلکه مقصود آن است که مشخص شود در هر قانون اساسی برخی اصول نسبت به برخی دیگر اعتبار بیشتری دارند.

۱۲. برای توضیحات بیشتر در این خصوص ن.ک: عباسی، بیژن (۱۳۸۳)، «تمایز قوه‌ی مؤسس و قوای تأسیسی»، مجله‌ی حقوق اساسی، ش ۳، صص ۹۳-۹۹؛ همچنین ن.ک: دبیرنیا، علیرضا (۱۳۹۳)،

قدرت مؤسس: کاوشی در مبانی حقوق اساسی مدرن، تهران: مؤسسه‌ی مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چ اول، صص ۱۸۳-۱۹۰.

۱۳. شایان ذکر است که براساس بخش ۱۶۷ قانون اساسی اسپانیا، درصورتی‌که بین دو مجلس توافقی به‌وجود نیاید، کمیسیونی مشترک از نمایندگان هر دو مجلس تشکیل می‌شود و متن نهایی را برای رأی‌گیری در هر دو مجلس تهیه می‌کند. همچنین چنانچه متن پیشنهادی به‌ترتیب مزبور به تصویب نرسد، در صورت موافقت اکثریت مطلق نمایندگان سنا، مجلس نمایندگان می‌تواند پیشنهاد اصلاحی را با رأی موافق دوسوم نمایندگان تصویب کند.

14. Grand National Assembly.

منابع و مآخذ

الف) فارسی

پروین، خیرالله؛ اصلانی، فیروز (۱۳۹۱)، **اصول و مبانی حقوق اساسی**، تهران: مؤسسه‌ی انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.

دبیرنیا، علیرضا (۱۳۹۳)، **قدرت مؤسس: کاوشی در مبانی حقوق اساسی مدرن**، تهران: مؤسسه‌ی مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.

عباسی (لاهیجی)، بیژن (۱۳۸۸)، **مبانی حقوق اساسی**، تهران: جاودانه، جنگل، چ اول.

عباسی (لاهیجی)، بیژن (۱۳۸۳)، «تمایز قوه‌ی مؤسس و قوای تأسیسی»، **مجله‌ی حقوق اساسی**، ش ۳، صص ۹۱-۱۰۴.

قاضی، ابوالفضل (۱۳۷۱)، قانون اساسی سیر مفهوم و منطوق از دید تطبیقی»، **مجله‌ی دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران**، ش ۲۸، صص ۲۹-۷۸.

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

مرزدارانی، هادی (۱۳۸۲)، **مروری اجمالی بر شیوه‌های بازنگری قانون اساسی در حقوق تطبیقی**، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره‌ی مسلسل ۶۷۴۸.

منصوریان، مصطفی (۱۳۹۳)، «فرایند تدوین و تصویب قانون اساسی»، **گزارش پژوهشی**، تهران: پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، شماره‌ی مسلسل ۱۳۹۳۰۱۸۰.

منصوریان، مصطفی؛ غمامی، سیدمحمدمهدی (۱۳۹۳)، «مفاهیم، مبانی و الگوهای دادرسی اساسی»، **دادرسی اساسی تطبیقی: مطالعه‌ی مبانی، ساختارها و صلاحیت‌های نهاد دادرسی اساسی**، جمعی از نویسندگان، تهران: پژوهشکده‌ی شورای نگهبان.

مهرپور، حسین (۱۳۸۷)، **مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران**، تهران: دادگستر، چ اول.

هاشمی، سیدمحمد (۱۳۶۹)، «بررسی تطبیقی و موضوعی بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، **مجله‌ی تحقیقات حقوقی**، ش ۸، صص ۱۵۱-۲۲۸.

ب) لاتین

Colon-Rios, Joel (2010), "The Legitimacy of the Juridical: Constituent Power, Democracy, and the Limits of Constitutional Reform", **Osgoode Hall Law Journal**, Volume 48, Number 2, Article 1, pp. 199-245.

Gözler, Kemal (2008), **Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study**, Turkey: Ekin press.

klein, Claude and Sajó, András (2012), “Constitution-Making: Process and Substance”, **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, Edited by Michel Rosenfeld and András Sajó, UK: Oxford University Press.

Vile, John R. (2010), **Encyclopedia of Constitutional Amendments, Proposed Amendments and Amending Issues, 1789–2002**, third edition, USA: ABC-CLIO, LLC.

Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, 1789.

Constitution of the Kingdom of Norway, 17 May 1814.

Constitution of Republic of Bulgaria, 13 Jul 1991.

Dillon v. Gloss, 256 U.S. 368, 375 (1921).

Kesavananda Bharati Sripadagalvaru and others Versus State of Kerala and Anr. (1973), Supreme Court cases, vol. 4.

Constitution of Spain, 1978.

Minerva Mills Ltd. And others versus Union of India and others, AIR (1980) Supreme Court of India.

درخواست اشتراک
فصلنامه‌ی علمی ـ پژوهشی
دانش حقوق عمومی

الف) اطلاعات فردی:		
نام خانوادگی:	نام:	محلّ فعالیت:
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): ۲۳۰/۰۰۰ ریال

*** اساتید و دانشجویان از تخفیف ۳۰٪ برخوردارند.**

علاقمندان 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: IR۸۷ ۰۱۹۰ ۰۰۰۰ ۰۰۱۰ ۸۱۲۹ ۰۹۳۰ ۰۹

تهران، خیابان شهید سپهبد قرنی، کوچه شهید دهقانی‌نیا (خسرو سابق)، روبروی مسجد الرحمن، پلاک۱۲، پژوهشکده شورای نگهبان، فصلنامه دانش حقوق عمومی

کدپستی: ۱۴۶۳-۱۳۱۴۵

تلفن: ۸۸۳۲۵۰۴۵-۰۲۱ فکس: ۸۸۳۲۵۰۸۰-۰۲۱

The Guarantee of the Constitutional Amendment Restrictions with Reflection on the Doctrine of Implicit Limitations

Sayyed MohammadMahdi Ghamami[1] & Mostafa Mansourian[2]*

1- Assistant Professor, Imam Sadiq University
2- Ph. D Student of Public Law, Imam Sadiq University

Abstract

Different legal systems have recognized various types of restrictions in the process of constitutional amendment and have tried to guarantee them. In this regard, some Constitutions have provided a specific institution for review of the constitutionality of constitutional amendments and some others have only referred to such restrictions without determining the responsible entity. The main issue of this research is to explain the mechanisms predicted to guarantee this constitutionality and in addition, in the case of non-determination of a specific institution or in the case the Constitution is basically free from limitations in terms of the subject, this article examines the possibility to review the constitutional amendments; The issue this article seeks to answer by using the comparative study and through an analytic approach.

It seems that even in the case of predicting no specific institution for review of the constitutionality of constitutional amendments or prediction of no limitation clauses in amending the Constitution, it is possible to review the proposed constitutional amendments based on the doctrine of implicit limitations and on this ground that the basic foundation and structure of a legal system shouldn't change in this way

.

Key words

Amending the Constitution, Review of the Constitutional Amendments, Constitutional Amendment Restrictions, Doctrine of Implicit Limitations, Making a New Constitution (Re-Constitution).

***E-mail:** Mansourian@isu.ac.ir

The Competence of Imposing Charges and their Governing Principles in the Light of the Administrative Justice Court's Decisions

Ebrahim Mousazadeh[1] & Ali Sohrabloo[2]*

1- Associate Professor, Tehran University
2- Public Law Master, Tehran University

Abstract

Charges are one of the most important revenue sources of the government and public institutions which have been the subject of some researches due to their numerous instances in our legal system and issues raised in this regard in recent years. In the meantime, the competence of imposing charges and their governing principles are among the important issues lowly discussed by the experts. The rule of law requires the observance of the legal principles and that only the competent authorities can impose charges. The Constitution of Iran has no stipulation regarding the competence of imposing charges and their governing principles. But the Administrative Justice Court has considered some principles in many decisions issued in this regard; Principles such as the legality, the competence, due process of law, non-retroactivity of laws and administrative decisions, observance of religious criteria, proportionality, prohibition of re-imposing charges and prohibition of restriction and extension of the law. Therefore, this article through an analytic-descriptive method and by using the existing laws and regulations and the Administrative Justice Court's decisions seeks to briefly refer to the competent authorities of imposing charges in the legal system of Iran and to scrutinize the governing principles on this matter in the light of the Administrative Justice Court's decisions.

Key words

Authorities of Imposing Charges, Governing Principles on Imposing Charges, Administrative Justice Court, Principle 50 of the Constitution, Revenue Sources of the Government.

***E-mail:** Asohrablu@gmail.com

Precedent about the Public and State-Owned Properties

Mahdi Fattahi[*]

Ph.D Of Private law, Tehran university

Abstract

Arbitration is an important means of dispute settlement in internal and external lawsuits. The government and its entities, particularly in international contracts enjoy of this means and predict such condition in settlement of possible lawsuits. The distinctive restriction in this regard is the principle 139 of the Constitution. This article with an analytic and descriptive attitude seeks to study the judicial precedent about the public and state-owned properties so as to determine the courts' views based on the provision of this principle and manifestations of public and state-owned properties and to indicate the ratio of these conceptions with the Guardian Council's interpretive decisions.

The study of the judicial precedent shows that there are different viewpoints in this regard. The essential point is that most of the courts issue the verdicts compatible with the Guardian Council's decisions and they believe the restrictions laid down in the aforesaid principle focus on public and state-owned properties and the juristic personality of the administrator or the property owner whether governmental or non-governmental public institution is irrelevant.

Key words

Principle 139 of the Constitution, Public Properties, State-Owned Properties, Arbitration, Judicial Precedent, Guardian Council's Decisions.

[*]**E-mail:** Mfatahi8205@gmail.com

The Scope and Area of the Legislative Competence of the Assembly in the field of Publications and the Press

Mohammad Bahadori Jahromi[1] & Mohammad Amin Abrishamirad[2]*

1- Ph.D Of Public law, Tehran University
2- Public law Master, Tarbiat Modarres University

Abstract

Explaining the legislative competence of the Assembly in the field of freedom of publications and the press needs to determination of the scope and areas of such authority. For this purpose, it was needed to determine the constraints of this freedom and their meanings. In addition to the constraints stipulated in Principle 24, "prohibition of causing harm to others" set forth in Principle 40 is also introduced as a restriction of the freedom of publications in this research. In this regard, the constraint of "disturbance in foundations of Islam" in Principle 24 means to undermine and irresolute the beliefs of people regarding the essentialities of Islam and therefore, it is different from the Islamic criteria and Islamic ordinances. The constraint of "disturbance in public rights" is also the violation of rights belonging to the whole of the people and society. Hence, the Assembly can just detail these constraints in the scope of such meanings.

Regarding the clarification of the areas of legislative competence of the Assembly, it is also determined that in spheres in which the order of society demands to legislate, the Assembly can legislate due to the details of the negotiations of Principle 24 and generality of the Principle 71; In spheres such as: recognizing the new media types, determination of penalties for cases violating this Principle, determining the mechanism of monitoring these instruments and the other relevant fields. Therefore, the legislative competence of the Assembly isn't restricted to the details of these freedom constraints

Key words

Freedom of Publications, Freedom of the Press, Islamic Consultative Assembly, Legislation, Constitution, Foundations of Islam, Public Rights.

The Ratio between the Guardian Council's Interpretive Decisions and the Judicial

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

The Judicial Jurisdiction of Penalization Based on the Islamic Resources in the light of Principles of the Constitution and Ordinary Laws

Ruhollah Akrami[*]

Assistant Professor, Qom University

Abstract

The existence of legal gaps is quite usual and conceivable in all statute legal systems and it is the duty of the legislator to find the solutions for these cases. The constitutional legislator has recognized Islamic sources and valid juristic opinions (Fatwas) as referable sources for judges in principle 167.

However, there is severe disagreement on the inclusion of this rule in criminal cases, particularly on the important issue of determining the punishments. The reflection of the provisions of the principle 167 in some of the acts passed by the Islamic Consultative Assembly and confirming them by the Guardian Council as the interpreter of the constitution, the manner in which the terms of the principle 167 are expressed and the legislative history of this principle all strengthen the doctrine that try to extend the mentioned rule to the criminal matters, including the issue of penalization.

This paper due to the examination of the reasons and with regard to the recent changes taken place in the Islamic penal code believes the executive scope of that aforesaid doctrine doesn't include the discretionary punishments (Ta`zirat) which by the way constitutes the main criminal punishments.

Key words

Principle 167 of the Constitution, Principle of Legality of Punishments, Penalization, Islamic Valid Sources, Legal Gap.

[*]**E-mail:** R.akrami@qom.ac.ir

The Semantics of Some of the Islamic Norms in the Constitution Based on the Concept of "Islamic Criteria"

Mohsen Esmaeili[1] & Hossein Amini Pozveh[2]*

1- Associate Professor, Tehran University
2- Public Law Master, Imam Sadiq University

Abstract

The Constitution due to its role in regulating the relations between individuals and the state is greatly important and therefore, determination of the precise meaning of the concepts set forth in that is significant too. The Islamic norms mentioned in the Constitution are among the concepts playing an important role in this document and although the superficial meaning of them is clear, but their detailed meaning isn't explicit. Among them, the concept of "Islamic criteria" (Mavaazin-e-Islam), for the various quantitative and qualitative reasons, is much more important. The issue of this paper is the determination of the precise meaning of some of these religious norms based on the concept of "Islamic criteria". It is proved in this research with different reasons, including comparison of these norms with the common norms of Islamic jurisprudence that the concept of Islamic criteria is semantically different from the concept of "Islamic ordinances" set forth in the Constitution. Accordingly, the meaning of many other of mentioned norms also refers to one of these two norms.

Key words

Islamic Norms, Constitution, Islamic Criteria, Islamic Ordinances, Martyr Sadr.

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

Contents

■ **The Semantics of Some of the Islamic Norms in the Constitution Based on the Concept of "Islamic Criteria"** **1**
● **Mohsen Esmaeili & Hossein Amini Pozveh**

■ **The Judicial Jurisdiction of Penalization Based on the Islamic Resources in the light of Principles of the Constitution and Ordinary Laws**..... **25**
● **Ruhollah Akrami**

■ **The Scope and Area of the Legislative Competence of the Assembly in the field of Publications and the Press** **47**
● **Mohammad Bahadori Jahromi & Mohammad Amin Abrishamirad**

■ **The Ratio between the Guardian Council's Interpretive Decisions and the Judicial Precedent about the Public and State-Owned Properties** **69**
● **Mahdi Fattahi**

■ **The Competence of Imposing Charges and their Governing Principle in the Light of the Administrative Justice Court's Decisions** **89**
● **Ebrahim Mousazadeh & Ali Sohrabloo**

■ **The Guarantee of the Constitutional Amendment Restrictions with Reflection on the Doctrine of Implicit Limitations**..... **111**
● **Sayyed MohammadMahdi Ghamami & Mostafa Mansourian**

In The Name Of Allah the Compassionate the Merciful

Public Law Knowledge Bi-Quarterly Journal

Vol. 4, Spring and Summer 2015, No. 11
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