

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# فصلنامه دانش حقوق عمومی

علمی - پژوهشی

سال سوم، بهار ۱۳۹۳، شماره ۷

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

# فصلنامه دانش حقوق عمومی

علمی - پژوهشی

سال سوم، بهار ۱۳۹۳، شماره ۷

صاحب امتیاز: پژوهشکده شورای نگهبان

مدیر مسئول: عباسعلی کدخدایی

سر دبیر: سیامک رهپیک

اعضای هیأت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا)

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

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

نقل مطالب تنها با ذکر کامل مأخذ مجاز است.

---

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

روبروی مسجد الرحمن، پلاک ۱۲، پژوهشکده شورای نگهبان

صندوق پستی: تهران ۱۴۶۳ - ۱۳۱۴۵ تلفکس: ۸۸۳۲۵۰۴۵ - ۰۲۱

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

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

صرفاً از طریق سامانه فصلنامه انجام می‌گیرد.

قیمت: ۵۰/۰۰۰ ریال

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

- کلبه حقوق مادی برای فصلنامه «دانش حقوق عمومی» محفوظ است و آن دسته از نویسندگان محترمی که در صدد انتشار مقاله منتشره 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 فصلنامه دانش حقوق عمومی، انتشار مقالات علمی - پژوهشی در حوزه 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 حوزه حقوق عمومی با برخورداری از رویکرد نقد علمی از رؤس این خط‌مشی می‌باشد. محورهای این فصلنامه (اعم از مطالعات نظری و ناظر به یک یا چند کشور) عبارتند از:

- مطالعه نظام‌سازی مبتنی بر موازین اسلامی و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
- مطالعه نقش و جایگاه کارویژه‌های شورای نگهبان در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و بررسی نهادهای مشابه

- مطالعه مبانی، نظریات، ساختار و کارکرد دولت

- مطالعه ابزارهای کنترل حقوقی قدرت، بازنگری و ارتقاء آن

- مطالعه فقه حکومتی

- جایگاه مشارکت مردم در ایجاد مردم‌سالاری دینی

- مقررات‌گذاری و نظارت بر عملکرد دولت

### **راهنمای نگارش مقالات**

از نویسندگان محترم، با رعایت نکات زیر مقالات خود را از طریق سامانه فصلنامه ([mag.shora-gc.ir](http://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 - گروه علمی - دانشکده - دانشگاه - شهر - کشور

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

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

۳. مقدمه مقاله حاوی موضوع و مسئله پژوهش، سؤال تحقیق، دلایل ضرورت تحقیق، تبیین روش تحقیق، ارائه پیشینه 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 استفاده شده به شکل زیر آورده شود:
- ۵-۱. قرآن کریم: (نام سوره، شماره آیه). مثال: (حدید: ۲۵).
- ۵-۲. منابع فارسی: (نام خانوادگی مؤلف، سال نشر، جلد: صفحه - بدون درج مخفف ص): مثال: (حسینی، ۱۳۷۶، ج ۲: ۸۳).
- ۵-۳. منابع لاتین: (صفحه، جلد، سال نشر، نام خانوادگی مؤلف): مثال: (Plantinga, 1998, vol 2: 71).
۶. تکرار ارجاع یا اسناد مثل بار اول بیان شود و از کاربرد کلمات همان، پیشین و... (Ibid, op.cit) خودداری شود.
۷. چنانچه از نویسنده‌ای در یک سال بیش از یک اثر انتشار یافته باشد، با ذکر حروف الفبا (داخل قلاب) پس از سال انتشار، از یکدیگر متمایز شوند. مثال: (حسینی، ۱۳۷۶ [الف]، ج ۲: ۸۵). در چنین مواردی، در فهرست منابع نیز حرف مذکور در داخل قلاب پس از سال انتشار ذکر می‌گردد.
۸. تمام توضیحات اضافی و همچنین معادل انگلیسی اسامی خاص یا اصطلاحات (در صورت لزوم) با عنوان «یادداشت‌ها»، در انتهای متن مقاله آورده شود (ارجاع و اسناد در یادداشت‌ها مثل متن مقاله، به روش درون‌متنی [بند ۵] خواهد بود).
۹. در پایان مقاله، فهرست الفبایی منابع فارسی و لاتین به صورت زیر ارائه شود:
- ۹-۱. ابتدا منابع فارسی و عربی و سپس منابع لاتین.
- ۹-۲. کتاب: نام خانوادگی، نام نویسنده (تاریخ چاپ)، نام کتاب، نام مترجم، محل 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 دایره‌المعارف: نام خانوادگی و نام نویسنده (تاریخ چاپ): «عنوان مقاله»، نام کتاب، نام ویراستار، محل انتشار: نام ناشر، نوبت چاپ، شماره جلد، صفحات مقاله.
۱۰. ترجمه انگلیسی عنوان مقاله، چکیده و کلیدواژه‌ها، نام و مشخصات نویسنده/نویسندگان، تماماً معادل فارسی آنها همراه مقاله ارسال گردد.
۱۱. مقاله در محیط Word ۲۰۰۷، متن مقاله با قلم Lotus 12 (لاتین TimesNewRoman 11)، کتابنامه Lotus 11 (لاتین TimesNewRoman 10) و یادداشت‌ها Lotus 10 (لاتین TimesNewRoman 9) حروفچینی شود.
۱۲. عناوین (تیترها) با روش شماره‌گذاری عددی باشد. ترتیب اعداد در عناوین فرعی مثل حروف از راست به چپ تنظیم شود (تیتروهای اصلی با ۱، ۲ و... - تیتروهای فرعی با ۱-۱، ۱-۲ و... - تیتروهای فرعی تر با ۱-۱-۱، ۱-۱-۲ و... - و پس از آن با حروف ایجاد باشد).
۱۳. حجم مقاله، از 4500 کلمه کمتر و از 7500 کلمه بیشتر نباشد (از ابتدای مقاله تا پایان فهرست منابع).
۱۴. مقاله ارسالی نباید در هیچ مجله داخلی یا خارجی چاپ شده باشد.
۱۵. مقاله ارسالی نباید همزمان به سایر مجلات فرستاده شده باشد.

## فهرست مطالب

- تأملی درباره‌ی تفویض اختیار قانونگذاری در نظریات شورای نگهبان..... ۱  
• جواد تقی‌زاده، مرتضی نجابت‌خواه، سجاد فولادوند
  
- حکومت اسلامی، معیار تشخیص و شاخصه‌های عملی ..... ۲۷  
• محمدجواد ارسطا، علی بهادری جهرمی
  
- بررسی تطبیقی تفکیک ماهوی قوای مقننه و مجریه در رویه‌ی مراجع صیانت  
از قانون اساسی ایران و فرانسه..... ۴۷  
• محمدرضا ویژه
  
- رویکردهای تفسیر قانون اساسی؛ با نگاهی به نظریات شورای نگهبان..... ۷۳  
• حسین خلف‌رضایی
  
- مبانی مسئولیت مدنی دولت در قبال آلودگی‌های زیست‌محیطی ..... ۹۵  
• حمید بهرامی احمدی، اعظم علم‌خانی
  
- عدالت اداری: چارچوب مفهومی و سازوکارهای نهادی ..... ۱۱۵  
• ولی رستمی، احمد رنجبر



## تأملی درباره‌ی تفویض اختیار قانونگذاری در نظریات شورای نگهبان

جواد تقی‌زاده<sup>۱\*</sup>، مرتضی نجابت‌خواه<sup>۲\*\*</sup>، سجاد فولادوند<sup>۳\*\*\*</sup>

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

۲. استادیار دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران، مازندران، ایران

۳. کارشناس ارشد حقوق عمومی دانشگاه مازندران، مازندران، ایران

پذیرش: ۱۳۹۳/۲/۲۰

دریافت: ۱۳۹۲/۱۱/۳

### چکیده

شورای نگهبان تاکنون نظریاتی در خصوص تفویض اختیار قانونگذاری مجلس شورای اسلامی به دولت و کمیسیون‌های داخلی مجلس بیان کرده است. این شورا با این استدلال که قانونگذاری در موضوعات نیازمند تقنین مختص مجلس شورای اسلامی است، مجلس را در موارد متعددی از تفویض اختیار قانونگذاری به دولت منع کرده است. با این حال، شورای نگهبان دولت را در اصلاح اساسنامه‌هایی که در اجرای اصل ۸۵ تصویب کرده است، بدون نیاز به اخذ اجازه‌ی مجدد از مجلس، دارای صلاحیت می‌داند. شورای نگهبان همچنین در مورد لزوم اعمال اصل ۹۶ در مورد اساسنامه‌های مصوب دولت نظر داده است. شورا در حوزه‌ی تفویض تصویب قوانین آزمایشی به کمیسیون‌ها بر ضرورت تفویض این قوانین از جانب مجلس شورای اسلامی تأکید دارد، از این رو تفویض اختیار موجود در قالب قوانین به‌جای‌مانده از دوره‌ی مشروطیت را مغایر اصل ۸۵ قانون اساسی می‌داند. شورای نگهبان بر لزوم تصریح به آزمایشی بودن مصوبات کمیسیون‌ها و تاریخ تصویب و همچنین تاریخ اتمام دوره‌ی آزمایشی و مدت زمان اجرای این مصوبات نظر داده است. با عدم ایراد به تمدید قوانین آزمایشی، شورا موافقت خود را با تمدید مهلت اعتبار آنها حتی برای چندین دوره‌ی متوالی اعلام کرده است.

**کلیدواژه‌ها:** تفویض اختیار، شورای نگهبان، دولت، قوانین آزمایشی، مجلس شورای اسلامی.

E-mail: jtaghizadehd@yahoo.com

\*\* E-mail: m.nejabatkhah@gmail.com

\*\*\* E-mail: sfoladvand@yahoo.com

\* نویسنده‌ی مسئول

## مقدمه

به جز حالت خاص مقرر در اصل ۱۰۸ قانون اساسی که به موجب آن، حق قانونگذاری برای رهبری به کمک فقهای اولین دوره شورای نگهبان و پس از آن، مجلس خبرگان رهبری شناسایی شده،<sup>(۱)</sup> در نظام جمهوری اسلامی ایران مجلس شورای اسلامی مرجع منحصر به فرد قانونگذاری به معنای خاص است. طبق قانون اساسی، نمایندگان مجلس شورای اسلامی اصولاً نمی‌توانند وظیفه‌ی قانونگذاری را جز در مورد مذکور در اصل ۵۹ که به مراجعه‌ی مستقیم به آرای مردم برای اعمال قوه‌ی مقننه بنا به تصویب دوسوم مجموع نمایندگان مجلس اشاره دارد، به شخص یا مرجع دیگری تفویض کنند. در این زمینه اصل ۸۵ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «سمت نمایندگی قائم به شخص است و قابل واگذاری به دیگری نیست، مجلس نمی‌تواند اختیار قانونگذاری را به شخص یا هیأتی واگذار کند...». البته این ممنوعیت به موجب ذیل اصل ۸۵ دو استثنا دارد که عبارت‌اند از: تفویض اختیار قانونگذاری به کمیسیون‌های داخلی مجلس در دو مورد و تفویض اختیار قانونگذاری به دولت در یک مورد (مهرپور، ۱۳۸۷: ۲۰۹).<sup>(۲)</sup>

موارد امکان تفویض اختیار قانونگذاری مجلس به کمیسیون‌های داخلی آن عبارت‌اند از: موردی که مجلس بر حسب ضرورت اختیار وضع آزمایشی بعضی قوانین را به کمیسیون‌های داخلی خود تفویض می‌کند؛ موردی که مجلس اختیار تصویب دائمی اساسنامه‌ی سازمان‌ها، شرکت‌ها و مؤسسات دولتی یا وابسته به دولت را با رعایت اصل ۷۲ به کمیسیون‌های داخلی خود تفویض می‌کند. اما موردی که مجلس می‌تواند اختیار قانونگذاری را به دولت واگذار کند، فقط اختیار تصویب دائمی اساسنامه‌ی سازمان‌ها، شرکت‌ها و مؤسسات دولتی یا وابسته به دولت است. بر این اساس شورای نگهبان تاکنون نظریاتی را در خصوص تفویض اختیار قانونگذاری مجلس بیان کرده است. این نظریات یا تفسیری هستند که در پاسخ به استفساریه‌هایی که از جانب مقاماتی که آیین‌نامه‌ی داخلی شورای نگهبان این حق را برای آنها شناخته است<sup>(۳)</sup> بیان شده‌اند یا نظریاتی هستند که شورای نگهبان در قالب نظارت اساسی بیان کرده است. در این راستا می‌توان نظریات شورای نگهبان در حوزه‌ی تفویض تصویب دائمی اساسنامه‌ها به دولت (مبحث اول) و در خصوص تفویض اختیار تصویب قوانین آزمایشی به کمیسیون‌های داخلی مجلس (مبحث دوم) را بررسی کرد.

## ۱. تفویض تصویب دائمی اساسنامه‌ها به دولت

در دوران مشروطیت بارها مجلس شورای ملی اختیار قانونگذاری را به دیگران واگذار کرده است. مدونین قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در سال ۱۳۵۸ با تصویب اصل ۸۵<sup>(۴)</sup> به این



موضوع واکنش نشان دادند (مدنی، ۱۳۷۵: ۱۵۳). اصل حاکمیت قانون ایجاب می‌کند که شناسایی امور عمومی<sup>(۵)</sup> و تأسیس مؤسسات عمومی به موجب قانون باشد. به این ترتیب، ایجاد مؤسسات عمومی و دولتی با تصویب مجلس امکان‌پذیر است و اصولاً این صلاحیت قابل تفویض نیست. اما هریک از این مؤسسات اساسنامه‌هایی دارند که براساس آنها انجام وظیفه می‌کنند. این اساسنامه‌ها نوعاً دارای جنبه‌ی فنی و تخصصی‌اند و مشتمل بر مطالبی نیستند که در مجلس بتوان آنها را مورد بحث و مذاکره‌ی سیاسی قرار داد. همچنین مطالب این اساسنامه‌ها اصولاً مشابه و بی‌نیاز از بحث هستند. علاوه بر آن ضرورت تسریع در کار بعضی از مؤسسات اقتضا می‌کند که رسمیت دادن به آنها با سرعت بیشتری صورت گیرد (هاشمی، ۱۳۸۲: ۱۳۳).

با وجود این، در مواردی که مجلس به‌منظور تسریع در پیشبرد امور مؤسسات تصویب اساسنامه‌های آنها را به دولت تفویض می‌کرد با ایراد شورای نگهبان مبنی بر ماهیت تقنینی تصویب اساسنامه‌ها مواجه می‌شد.<sup>(۶)</sup> از این رو در بازنگری قانون اساسی در سال ۱۳۶۸ با افزودن الحاقیه به اصل ۸۵ قانون اساسی،<sup>(۷)</sup> به مجلس اجازه داده شد تا بتواند تصویب اساسنامه‌ها را به دولت واگذار کند. بنابراین اصل بر عدم امکان تفویض اختیار قانونگذاری به دولت است، ولی این اصل یک استثنا دارد و آن هم اختیار تفویض تصویب دائمی اساسنامه‌ها به دولت با رعایت اصل ۷۲ قانون اساسی<sup>(۸)</sup> است. از این رو این مبحث، با توجه به نظریاتی که شورای نگهبان در حوزه‌ی تفویض اختیار قانونگذاری به دولت داشته است، به سه بند تقسیم می‌شود؛ اصل منع تفویض اختیار قانونگذاری به دولت (بند اول)؛ امکان تفویض اختیار تصویب و اصلاح اساسنامه‌ها به دولت (بند دوم)؛ لزوم اعمال اصل ۹۶ در مورد اساسنامه‌های مصوب دولت (بند سوم) به ترتیب بررسی می‌شوند.

### ۱-۱. اصل منع تفویض اختیار قانونگذاری به دولت

براساس اصل ۷۱ قانون اساسی نهادی که در عموم مسائل در حدود مقرر در قانون اساسی حق وضع قانون دارد، مجلس شورای اسلامی است. مطابق اصل ۸۵ قانون اساسی نیز اصل بر این است که مجلس حق تفویض اختیار قانونگذاری به دولت یا هر مرجع دیگری را ندارد.<sup>(۹)</sup> به همین دلیل شورای نگهبان در موارد متعددی با این استدلال که قانونگذاری مختص مجلس است و تفویض موارد نیازمند تقنین مجلس به دولت خلاف اصل ۸۵ قانون اساسی است، مصوبات مجلس را مورد ایراد قرار داده است. از جمله می‌توان به بند آخر ماده‌ی ۱۰۱ لایحه‌ی تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب ۱۳۸۰/۱۰/۳۰ اشاره کرد که در این ماده ضوابط و شرایط تعهدات شرکت‌ها و سازمان‌های بخش خصوصی و تعاونی در مقابل تسهیلات و کمک‌های

دریافتی از دولت مشخص نشده و به آیین‌نامه محول شده بود. شورای نگهبان این مورد را از اموری دانست که نیازمند تقنین است، از این رو مغایر با اصل ۸۵ قانون اساسی اعلام کرد (مجموعه نظریات شورای نگهبان، ۱۳۸۲: ۲۴۷).<sup>(۱۰)</sup>

تعداد زیادی از قوانین موجود در نظام حقوقی ایران قوانین مصوب مجلسین مشروطیت هستند. در اینکه مجلس شورای اسلامی تنها نهادی است که حق اصلاح یا تغییر این قوانین را دارد، تردیدی نیست؛ شورای نگهبان نیز به درستی به این واقعیت توجه دارد. از این رو شناسایی صلاحیت توسط مجلس برای دولت جهت اصلاح آیین‌نامه‌ی ایمنی انبارهای کالا مصوب ۱۳۵۲ مورد ایراد شورای نگهبان قرار گرفت. در واقع به این دلیل که آیین‌نامه‌ی مذکور مصوب مجلسین سنا و شورای ملی سابق بوده و قانون محسوب می‌شود و اصلاح قانون به معنای خاص در صلاحیت مجلس است، شورای نگهبان تفویض اصلاح این آیین‌نامه به دولت را مغایر با اصل ۸۵ قانون اساسی دانست (مجموعه نظریات شورای نگهبان، ۱۳۸۲: ۴۱۰).<sup>(۱۱)</sup> تصویب قواعد حقوقی تحت عنوان آیین‌نامه از جانب مجلسین مشروطیت با مانعی مواجه نبوده است. اگرچه از این قواعد تحت عنوان آیین‌نامه یاد می‌شود، به علت اینکه مصوب مجلسین سابق‌اند، قانون به‌شمار می‌روند و در مرتبه‌ای بالاتر از آیین‌نامه‌های مذکور در اصل ۱۳۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی قرار می‌گیرند. این آیین‌نامه‌ها در واقع هم‌تراز با قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی‌اند، از این رو اصلاح آنها از طریق تصویب آیین‌نامه‌های دولتی موضوع اصل ۱۳۸ قانون اساسی خلاف اصل اساسی منع تفویض اختیار قانونگذاری است. اصل بر منع تفویض اختیار قانونگذاری به دولت است، ولی این اصل یک استثنا دارد و آن امکان تفویض اختیار تصویب دائمی و اصلاح اساسنامه‌ها به دولت است.

## ۱-۲. امکان تفویض اختیار تصویب و اصلاح اساسنامه‌ها به دولت

با توجه به صراحت اصل ۸۵ قانون اساسی بی‌تردید دولت می‌تواند اساسنامه‌های سازمان‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی یا وابسته به دولت را در صورت تفویض مجلس تصویب کند. پرسشی که مطرح می‌شود این است که اصلاح و تغییر این اساسنامه‌ها در صلاحیت چه مرجعی است؟ در خصوص اینکه در صورت واگذاری تصویب اساسنامه‌ها به دولت آیا اصلاح آنها در اختیار دولت است یا اینکه اصلاح آنها توسط دولت نیازمند اجازه‌ی مجدد از مجلس می‌باشد، استفساریه‌ای از شورای نگهبان شد، ولی شورا به نظریه‌ی تفسیری نرسید (مجموعه نظریات تفسیری و مشورتی شورای نگهبان در خصوص اصول قانون اساسی ۱۳۸۰-۱۳۵۹، ۱۳۸۱: ۳۷۳).<sup>(۱۲)</sup> به نظر می‌رسد که برای پاسخ به پرسش مطروحه باید نخست

به این پرسش پاسخ داد که مقصود قانونگذار اساسی از کلمه‌ی «دائمی» در عبارت «تصویب دائمی اساسنامه» چیست؟

با توجه به مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی در مورد الحاقیه‌ی اصل ۸۵ قانون اساسی<sup>(۱۳)</sup> و رویه‌ی عملی شورای نگهبان<sup>(۱۴)</sup> می‌توان گفت که مقصود قانونگذار اساسی این است که در صورت تفویض تصویب دائمی اساسنامه‌ها به دولت تا وقتی که سازمان‌ها و شرکت‌های مورد نظر اصل ۸۵ منحل نشده‌اند و مجلس نیز از تفویض خویش عدول نکرده است، دولت حق تصویب اساسنامه‌ها و تغییر آنها را دارد. به عبارت دیگر، در اثر تفویض اختیار تصویب دائمی اساسنامه‌ها به دولت، تصویب این اساسنامه‌ها نه به صورت موقت بلکه برای مدت نامعلومی به دولت واگذار می‌شود و از این رو در مواردی که احساس شود اعمال تغییرات در این اساسنامه‌ها لازم است، دولت نیازی به گرفتن اجازه‌ی مجدد از مجلس ندارد. شایان ذکر است که اختیار دولت در تصویب دائمی این اساسنامه‌ها نافی اختیار قانونگذاری مجلس نیست. به عبارت دیگر با نظر به اینکه تفویض اختیار به صلاحیت و مسئولیت مقام تفویض‌کننده و مقام دریافت‌کننده‌ی اختیار منجر می‌شود (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۹۰: ۶۶)،<sup>(۱۵)</sup> مجلس شورای اسلامی می‌تواند هر وقت که صلاح بداند رأساً به تصویب یا تغییر اساسنامه‌ها مبادرت کند.

به دلیل عدم توفیق شورای نگهبان در دستیابی به نظریه‌ی تفسیری در خصوص استفساریه‌ی مطرح‌شده، تصمیم‌گیری درباره‌ی این مورد به مصوبه‌ی تفسیری مجلس شورای اسلامی موکول شد و نظر مجلس در قالب ماده‌ی واحده‌ای تحت عنوان قانون استفساریه در خصوص اختیار اصلاح اساسنامه‌های سازمان‌ها، شرکت‌ها و مؤسسات دولتی و وابسته به دولت مصوب ۱۳۷۷/۰۱/۲۰ این‌گونه بیان شد: «هر گونه تغییر یا اصلاح اساسنامه‌هایی که به موجب تصویب مجلس شورای اسلامی به هیأت دولت واگذار شده است، چون تغییر نظر دولت محسوب می‌شود با هیأت وزیران است» (ایمانی و قطمیری، ۱۳۸۸: ۵۸۶). این ماده‌ی واحده مورد تأیید شورای نگهبان قرار گرفت. طرز نگارش این ماده ذهنیتی را ایجاد می‌کند که گویا به طور کلی صلاحیت ورود مجلس نیز در این حوزه محدود شده است. این ذهنیت مستلزم آن است که تفویض اختیار تصویب اساسنامه‌ها به دولت را مادام‌العمر بدانیم، به طوری که مجلس حق ورود یا لغو اختیار تفویض‌شده به دولت را نداشته باشد. اما ماده‌ی واحده‌ی مذکور صرفاً در مقام پاسخ به استفساریه مطرح شده که آیا پس از تفویض تصویب دائمی اساسنامه‌ها به دولت، اصلاح و تغییر آنها نیز در اختیار دولت است یا برای اصلاح و تغییر آنها باید از مجلس اجازه‌ی مجدد گرفت؟ بنابراین ماده‌ی واحده‌ی مذکور فقط بیانگر این است که دولت برای اصلاح و تغییر اساسنامه‌ها نیازی به

اجازه‌ی مجدد از مجلس ندارد و از این رو در مقام تحدید صلاحیت تقنینی مجلس نیست. از مطالب گفته‌شده استنباط می‌شود که آوردن واژه‌ی «دائمی» در قسمت دوم اصل ۸۵ به این دلیل بوده است که این ذهنیت به وجود نیاید که تفویض اختیار قسمت دوم اصل ۸۵ مانند قسمت اول آن موقتی و آزمایشی است. در اینجا منظور از مصوبات دائمی مصوبات غیرآزمایشی و روزمره‌ی مجلس است نه تفویض اختیار مادام‌العمری که مجلس حق لغو اختیار تفویض‌شده را نداشته باشد یا خودش رأساً نتواند به تصویب قانون مبادرت کند. به این ترتیب اساسنامه‌های مصوب دولت به چند طریق قابل اصلاح یا نسخ هستند؛ طریق اول آن است که مؤسسات، سازمان‌ها و شرکت‌های دولتی یا وابسته به دولت، که تصویب اساسنامه‌ی آنها به دولت واگذار شده است، منحل شوند؛ طریق دوم آن است که مجلس، پس از تفویض تصویب دائمی اساسنامه‌ها به دولت، خود در آن موضوع قانون وضع کند و به تصویب یا اصلاح اساسنامه‌ها مبادرت ورزد؛ طریق سوم آن است که دولت اساسنامه‌های مصوب خویش را اصلاح کند یا تغییر دهد که در صورت اخیر با توجه به ماده‌ی واحده‌ی مذکور نیازی به اخذ اجازه‌ی مجدد از مجلس نیست. شورای نگهبان معتقد است که مصوبات دولت در قالب اصل ۸۵ قانون اساسی را باید مورد نظارت اساسی و شرعی قرار دهد.

### ۱-۳. لزوم اعمال اصل ۹۶ در اساسنامه‌های مصوب دولت

قانون اساسی در خصوص لزوم اعمال اصل ۹۶<sup>(۱۶)</sup> در مورد اساسنامه‌های مصوب دولت صراحت دارد، زیرا اعتبار آنها را منوط به نظارت شورای نگهبان کرده است. براساس اصل ۸۵ قانون اساسی مجلس می‌تواند تصویب دائمی اساسنامه‌ها را با رعایت اصل ۷۲ به کمیسیون‌های داخلی خویش واگذار کند یا اجازه‌ی تصویب آنها را به دولت بدهد. از این رو این اساسنامه‌ها نباید با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایر باشند، تشخیص این امر براساس اصل ۹۶ به عهده‌ی شورای نگهبان است. با وجود صراحت اصل ۸۵ قانون اساسی مبنی بر لزوم نظارت شورای نگهبان بر اساسنامه‌های مصوب دولت، هیأت وزیران در بادی امر براساس نظر دفتر اداری کل حقوقی ریاست جمهوری وقت عمل می‌کرد. این دفتر بین مواردی که مجلس تصریح می‌داشت که براساس اصل ۸۵ تصویب اساسنامه‌ها را به دولت تفویض کرده است و مواردی که مجلس چنین تصریحی نمی‌داشت، تفکیک قائل می‌شد. در صورت اول نظر دفتر بر لزوم اعمال اصل ۹۶ قانون اساسی و در صورت دوم نظر دفتر بر عدم لزوم اعمال اصل ۹۶ بر اساسنامه‌های مصوب دولت بوده است.<sup>(۱۷)</sup> استدلال دفتر اداری کل حقوقی این بود که اصل ۸۵ اصولاً ناظر بر ممنوعیت تفویض حق قانونگذاری است و اصلاحیه‌ی اصل مزبور موارد

استثنا را توسعه داده است، وگرنه تصویب اساسنامه فی حد نفسه به منزله‌ی قانونگذاری نیست. دفتر حقوقی معتقد بود که اگر اجازه‌ی تصویب اساسنامه‌ها به دولت بدون استناد به اصل ۸۵ قانون اساسی باشد، این اساسنامه‌ها صرفاً در حد تصویب‌نامه اعتبار دارند که الزامی برای اجرای اصل ۹۶ در مورد آنها وجود ندارد. (مجموعه نظریات تفسیری و مشورتی شورای نگهبان در خصوص اصول قانون اساسی ۱۳۸۰-۱۳۵۹، ۱۳۸۱: ۲۱۰) به‌منظور رد این نظریه‌ی دفتر حقوقی ریاست جمهوری می‌توان گفت که آنچه از اصل ۸۵ به‌دست می‌آید این است که دولت فقط در یک حالت حق تصویب اساسنامه را دارد و آن موردی است که طبق اصل ۸۵ قانون اساسی اجازه‌ی آن را از جانب مجلس شورای اسلامی دریافت کرده باشد. با توجه به صراحت اصل ۸۵ قانون اساسی در این صورت باید قطعاً نظارت شورای نگهبان بر مصوبات دولت اعمال شود. به‌عبارت دیگر، قانونگذار اساسی در بازنگری قانون اساسی در سال ۱۳۶۸ اصل قانونی بودن اساسنامه‌ی شرکت‌ها، مؤسسات و سازمان‌های دولتی یا وابسته به دولت را شناسایی کرده است، ازاین‌رو تصویب اساسنامه‌های شرکت‌ها، مؤسسات و سازمان‌های دولتی یا وابسته به دولت از امور تقنینی محسوب می‌شود. مجلس می‌تواند با اجازه‌ی قانونگذار اساسی در این خصوص رأساً اقدام کند یا تصویب آنها را به کمیسیون‌های داخلی خویش یا دولت تفویض کند. با توجه به اینکه تصویب امر تقنینی توسط مجلس به دولت واگذار می‌شود، رعایت مقررات اصل ۹۶ قانون اساسی در خصوص مصوبات دولت به استناد اصل ۸۵ قانون اساسی ضروری است، خواه مجلس در اجازه‌ی خود به دولت به‌صراحت بیان کند که طبق اصل ۸۵ تصویب دائمی اساسنامه را به دولت تفویض می‌کند و خواه بیان نکند. اگرچه شایسته است که مجلس در هر مورد که اجازه‌ی تصویب اساسنامه‌ای را به دولت می‌دهد صراحتاً بیان کند که براساس اصل ۸۵ قانون اساسی آن را تفویض می‌کند تا هیچ ابهامی باقی نماند. ازاین‌رو نظریه‌ی اداره‌ی کل حقوقی ریاست جمهوری وقت مبنی بر اینکه تصویب اساسنامه فی حد نفسه به‌منزله‌ی قانونگذاری نیست، فاقد وجهت حقوقی است. به هر حال از آنجا که دادستان وقت دیوان محاسبات رویه‌ی دولت را خلاف اصل ۸۵ قانون اساسی می‌دانست، موضوع را به شورای نگهبان اعلام کرد. به همین دلیل قائم مقام وقت دبیر شورای نگهبان طی نامه‌ای از معاون اول رئیس‌جمهور خواستار توضیح شد. دولت در توجیه عمل خود به نظر اداره‌ی کل حقوقی ریاست جمهوری استناد کرد و پاسخ داد که اگر استدلال این دفتر بدون اظهار نظر تفسیری شورای نگهبان مورد قبول این شورا باشد، به‌طور عادی و به‌ترتیبی که ذکر شده است عمل خواهد شد، در غیر این صورت شورای نگهبان به‌ترتیبی که مقتضی می‌دانند اعلام نظر فرمایند تا به همان صورت عمل شود.<sup>(۱۸)</sup>

موضوع در شورای نگهبان مطرح و نظریه‌ی تفسیری شورای نگهبان به شرح ذیل اعلام شد: «کلیه‌ی اساسنامه‌های سازمان‌ها، شرکت‌ها، مؤسسات دولتی یا وابسته به دولت که پس از تاریخ اصلاحیه‌ی قانون اساسی به تصویب هیأت دولت رسیده یا برسد خواه اجازه‌ی تصویب آن قبل از تاریخ اصلاحیه‌ی قانون اساسی داده شده و یا بعد از تاریخ مزبور باشد، خواه در ضمن واگذار کردن اجازه‌ی تصویب، تصریح به اصل ۸۵ قانون اساسی شده یا نشده باشد، مشمول حکم مقرر در اصل فوق‌الذکر می‌باشد و باید برای تشخیص عدم مغایرت آنها با موازین شرع و قانون اساسی به شورای نگهبان ارسال شود». (مجموعه نظریات تفسیری و مشورتی شورای نگهبان در خصوص اصول قانون اساسی ۱۳۸۰-۱۳۵۹، ۱۳۸۱: ۲۱۱) بنابراین براساس نظریه‌ی شورای نگهبان اساسنامه‌های مصوب دولت را می‌توان به سه دسته تقسیم کرد:

الف) اساسنامه‌هایی که پیش از بازنگری قانون اساسی در سال ۶۸ تصویب شده‌اند. شورای نگهبان پیش از بازنگری سال ۶۸ در مواردی که مجلس ضوابط تصویب اساسنامه‌ها را تعیین می‌کرد، تفویض تصویب اساسنامه‌ها به دولت را مغایر قانون اساسی نمی‌دانست. در این خصوص می‌توان به تفویض اختیار تصویب اساسنامه‌ها به دولت در ماده‌ی ۲ لایحه‌ی اداره‌ی امور شرکت‌های بیمه اشاره کرد که در جلسه‌ی مورخ ۱۳۶۷/۹/۱۳ به تصویب مجلس رسید.<sup>(۱۹)</sup> به این دلیل که این اساسنامه‌ها پیش از الحاقیه‌ی اصل ۸۵ قانون اساسی در سال ۱۳۶۸ به تصویب دولت رسیده‌اند، ایرادات شرعی و قانونی آنها از طریق اصل ۱۲۶ سابق<sup>(۲۰)</sup> و اصول ۱۷۰ و ۱۷۳ قانون اساسی قابل بررسی است؛

ب) اساسنامه‌هایی که اجازه‌ی تصویب آنها پیش از بازنگری قانون اساسی بوده اما پس از الحاقیه‌ی اصل ۸۵ تصویب شده‌اند. به این دلیل که تصویب این اساسنامه‌ها پس از بازنگری قانون اساسی و الحاقیه‌ی اصل ۸۵ قانون اساسی بوده است مشمول احکام مقرر در الحاقیه‌ی اصل ۸۵ می‌باشند و اعمال اصل ۹۶ در مورد این اساسنامه‌ها براساس نظر شورای نگهبان ضرورت دارد. این اساسنامه‌ها دارای ارزش قانون عادی هستند؛

ج) اساسنامه‌هایی که هم اجازه‌ی تصویب آنها و هم تصویب آنها پس از بازنگری قانون اساسی است. این اساسنامه‌ها همانند اساسنامه‌های قسمت «ب» بلکه به طریق اولی براساس نظر شورای نگهبان و صراحت اصل ۸۵ قانون اساسی باید به منظور اعمال اصل ۹۶ به شورای نگهبان ارجاع شوند. قوانین آزمایشی مصوب کمیسیون‌های داخلی مجلس نیز باید مورد نظارت اساسی و شرعی شورای نگهبان قرار گیرند.

## ۲. تفویض تصویب قوانین آزمایشی به کمیسیون‌ها

طبق اصل ۸۵ قانون اساسی مجلس می‌تواند در موارد ضروری اختیار وضع بعضی از قوانین را به کمیسیون‌های داخلی خود تفویض کند. قوانین مصوب کمیسیون‌ها موقتی‌اند که مدت اجرای آنها توسط مجلس پس از تفویض اختیار قانونگذاری به کمیسیون‌ها و تصویب کمیسیون مربوطه تعیین می‌شود. اجرای این قوانین در مدت تعیین‌شده جنبه‌ی آزمایشی دارد. این قوانین اجرا می‌شوند تا در عمل وضعیت و میزان موفقیت و مفید بودن آنها معلوم شود و پس از آن در صورت لزوم به تصویب نهایی مجلس برسند. پس از انقضای مهلت تعیین‌شده برای اجرای آزمایشی، این قوانین اعتبار قانونی ندارند (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۷۵)،<sup>(۲۱)</sup> بنابراین دولت یا نمایندگان مجلس باید قبل از انقضای مدت آزمایشی آنها به‌منظور تعیین تکلیف دائمی، لایحه یا طرح قانونی لازم را به مجلس ارائه کنند. رویه‌ی جاری بر این قرار گرفته است که اگر طرح یا لایحه‌ی مذکور تهیه نشود، درخواست تمدید مهلت اجرای آزمایشی آن صورت می‌گیرد و مجلس درخواست تمدید مهلت اجرای آزمایشی آن را تصویب می‌کند. نمونه‌ی بارز آن تمدید چندین باره‌ی مهلت اجرای آزمایشی قانون مجازات اسلامی سابق است (مهرپور، ۱۳۸۷: ۲۱۰).

در ادامه لزوم تفویض تصویب قوانین آزمایشی از جانب مجلس شورای اسلامی (بند اول)، لزوم تصریح به آزمایشی بودن مصوبات کمیسیون‌ها (بند دوم) و مسئله‌ی تمدید قوانین آزمایشی توسط کمیسیون‌ها (بند سوم) از منظر شورای نگهبان به‌ترتیب بررسی می‌شوند.

### ۲-۱. ضرورت تفویض تصویب قوانین آزمایشی از جانب مجلس

صدر اصل ۸۵ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «مجلس ... در موارد ضروری می‌تواند اختیار وضع بعضی از قوانین را به کمیسیون‌های ذی‌ربط خود واگذار کند». شورای نگهبان در نظریات خویش<sup>(۲۲)</sup> تاکنون برخی مصادیق موارد ضروری را بیان کرده است. این شورا نداشتن قانون دائمی مصوب مجلس شورای اسلامی و خلأ قانونی را از جمله عواملی می‌داند که ضرورت تفویض تصویب قوانین آزمایشی به کمیسیون‌ها را توجیه می‌کنند. به صراحت قانون اساسی در مواردی که ضرورت ایجاب می‌کند، کمیسیون‌ها در صورتی حق قانونگذاری دارند که این اختیار از جانب مجلس به آنها تفویض شده باشد. به‌نظر می‌رسد منظور از مجلس در اصل ۸۵ قانون اساسی مجلس شورای اسلامی است و قانونگذاری کمیسیون‌های داخلی ذی‌ربط مجلس به استناد تفویض اختیار مجلسین مشروطیت به کمیسیون‌های وقت فاقد اعتبارند. مؤید این برداشت یکی از نظریات شورای نگهبان است که در ذیل بیان می‌شود.

کمیسیون امور اقتصادی و دارایی مجلس شورای اسلامی با عنوان اینکه جانشین کمیسیون دارایی مجلس شورای ملی رژیم سابق است، بدون اینکه از جانب مجلس شورای اسلامی اجازه‌ای مبنی بر اختیار قانونگذاری براساس اصل ۸۵ قانون اساسی دریافت کرده باشد، ماده‌ی ۲۶۸ آیین‌نامه‌ی اجرایی قانون امور گمرکی را به استناد ماده‌ی ۵۹ قانون امور گمرکی مصوب ۱۳۵۰/۳/۳۰<sup>(۳۳)</sup> و ماده‌ی ۳۹۷ آیین‌نامه‌ی قانون مذکور تصویب کرد و در اجرای اصل ۹۴ به شورای نگهبان ارسال کرد. شورای نگهبان به شرح ذیل نظر داد: «لایحه‌ی الحاقیه‌ی ماده‌ی ۲۶۸ آیین‌نامه‌ی اجرای قانون امور گمرکی طبق سوابقی که از مجلس شورای اسلامی فرستاده شده به استناد ماده‌ی ۵۹ قانون امور گمرکی مصوب ۳۰ خرداد ۱۳۵۰ تصویب شده است و کمیسیونی که طبق قانون مذکور حق تصویب این آیین‌نامه را داشته کمیسیون مجلس شورای طاعتی است و کمیسیون مجلس شورای اسلامی قائم مقام آن نمی‌باشد. به نظر می‌رسد که باید اختیار تصویب این ماده‌ی الحاقی به کمیسیون از جانب مجلس شورای اسلامی مستقلاً داده شود» (مدنی، ۱۳۶۶: ۲۰۳). استدلال شورای نگهبان در این نظریه قابل خدشه است، زیرا ورود کمیسیون مجلس شورای اسلامی به این حوزه به استناد اجازه‌ای بوده که قوانین مصوب مجلس مشروطیت داده است و قوانین مصوب مجالس مشروطیت تا وقتی که نسخ نشده‌اند قابل اجرا هستند و حقوقی که به موجب این قوانین تفویض شده‌اند جنبه‌ی قانونی دارند. با وجود این بیان دو نکته‌ی تکمیلی در این خصوص لازم است. اول اینکه ماده‌ی ۵۹ قانون امور گمرکی از این نظر که تصویب آیین‌نامه از وظایف دولت است و این ماده تصویب آیین‌نامه را به کمیسیون داخلی مجلس واگذار کرده، خلاف اصل ۱۳۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران است. شورای نگهبان معتقد است که مجلس از صلاحیت واگذاری تصویب آیین‌نامه به کمیسیون‌های داخلی خویش برخوردار نیست.<sup>(۳۴)</sup> دوم اینکه تفویض اختیاری که از جانب ماده‌ی ۵۹ قانون امور گمرکی به کمیسیون دارایی مجلس برای تصویب آیین‌نامه‌ی اجرایی قانون مذکور صورت گرفته خلاف اصل ۸۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران است، زیرا تفویض اختیاری که ماده‌ی ۵۹ قانون امور گمرکی انجام داده، تفویض اختیار دائمی است و حال آنکه اصل ۸۵ تفویض اختیار تصویب قوانین آزمایشی به کمیسیون‌های داخلی مجلس را اجازه داده است. قوانین متعددی از رژیم سابق در نظام حقوقی ایران وجود دارند که مغایر با قانون اساسی‌اند. شورای نگهبان نمی‌تواند مستقیماً این قوانین را به استناد مغایرت آنها با قانون اساسی مورد نظارت قرار دهد، ولی تا جایی که ممکن است باید از حضور این قوانین در نظام حقوقی کشور جلوگیری به عمل آورد. در قوانین اساسی بعضی از کشورها به صراحت منسوخ بودن قوانین مغایر با قانون اساسی اعلام شده است. برای مثال ماده‌ی ۶۲ قانون اساسی افغانستان مقرر می‌دارد: با



انفاد این قانون قوانین و فرامین تقنینی مغایر با احکام آن ملغی است. قوانین اساسی بعضی کشورها مانند ایتالیا این صلاحیت را برای نهادهای صیانت از قانون اساسی به رسمیت شناخته‌اند که قوانین و مقررات مصوب نظام سابق را که مغایر با قانون اساسی فعلی‌اند ابطال کنند. (تقی‌زاده، ۱۳۹۱ - ۱۳۹۲: ۲۵) دیوان قانون اساسی ایتالیا از همان آغاز یعنی از زمان صدور نخستین رأی در سال ۱۹۵۶، نظارت پسینی بر قوانین تصویب‌شده در دوره‌ی پیش از لازم‌الاجرا شدن قانون اساسی را پذیرفت. (فاورو، ۱۳۸۸: ۱۰۰) در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران هیچ‌یک از دو روش اشاره‌شده برای سلب اعتبار از قوانین مغایر با قانون اساسی که از رژیم گذشته باقی مانده‌اند، وجود ندارد و برای شورای نگهبان فقط یک نظارت پیشینی بر مصوبات مجلس شورای اسلامی شناسایی شده است. (تقی‌زاده، ۱۳۹۱-۱۳۹۲: ۲۵) از این رو همچنان مشکل مغایرت قوانین به‌جای‌مانده از رژیم گذشته با قانون اساسی وجود دارد و شورای نگهبان توانایی مؤثر پاکسازی نظم حقوقی از این قوانین را ندارد.

مصوبات مجلس شورای اسلامی یا کمیسیون‌های داخلی مجلس که مرتبط با قوانین مصوب پیش از انقلاب اسلامی‌اند، زمینه‌ی نظارت احتمالی شورای نگهبان بر قوانین مصوب پیش از انقلاب اسلامی را به‌صورت غیرمستقیم فراهم می‌کنند که نظارت اساسی بر ماده‌ی ۵۹ قانون امور گمرکی یکی از مصادیق آن است. البته در اینجا می‌توان نظریه‌ی نسخ ضمنی قوانین سابق را که مغایر با قانون اساسی‌اند، به‌وسیله‌ی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مطرح کرد. برای مثال می‌توان گفت که ماده‌ی ۵۹ قانون امور گمرکی مصوب ۳۰ خرداد ۱۳۵۰ به‌وسیله‌ی اصل ۸۵ قانون اساسی به‌عنوان یک قانون برتر مؤخر (چون این ماده تفویض اختیار قانونگذاری را به طریقی غیر از طریق مقرر در اصل ۸۵ قانون اساسی اجازه داده است) یا از طریق اصل ۱۳۸ قانون اساسی (چون اصل ۱۳۸ تصویب آیین‌نامه را از وظایف دولت می‌داند، اما ماده‌ی ۵۹ قانون امور گمرکی تصویب آن را به کمیسیون مجلس واگذار کرده است) نسخ ضمنی شده است. وقتی یک قانون عادی به‌وسیله‌ی قانون همسطح مؤخر می‌تواند نسخ ضمنی شود، به طریقی اولی می‌تواند از طریق یک قانون برتر مؤخر مانند قانون اساسی نسخ ضمنی گردد (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۶۸).<sup>(۲۵)</sup> به هر حال به استناد نسخ ضمنی می‌توان گفت که پس از تصویب اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نمی‌بایست دیگر به ماده‌ی ۵۹ قانون امور گمرکی در خصوص تفویض اختیار تصویب قوانین دائمی یا آیین‌نامه به کمیسیون‌ها استناد شود. اگرچه پیش از تصویب اصول ۸۵ و ۱۳۸ استناد به ماده‌ی ۵۹ جایز بوده است و مصوباتی که به استناد ماده‌ی ۵۹ از طریق کمیسیون دارایی مجلس سابق وضع شده‌اند، به اعتبار خود باقی‌اند. از منظر شورای نگهبان تصریح به آزمایشی بودن مصوبات کمیسیون‌ها ضروری است.

## ۲-۲. لزوم تصریح به آزمایشی بودن مصوبات کمیسیون‌ها

از منظر قانونگذار اساسی تفویض اختیار تصویب قوانین به کمیسیون‌ها به صراحت صدر اصل ۸۵ باید به صورت آزمایشی و موقت باشد و گرنه تفویض اختیار مجلس شورای اسلامی خلاف قانون اساسی است. شورای نگهبان به این نکته مهم توجه داشته و در مواردی که به آزمایشی بودن قوانین مصوب کمیسیون‌ها تصریح نشده است، مصوبه‌ی مجلس را خلاف اصل ۸۵ قانون اساسی اعلام کرده است. برای مثال ماده‌ی ۷۵ طرح اصلاح قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی شهر و روستا که ظاهراً حق قانونگذاری را به کمیسیون برنامه و بودجه و محاسبات مجلس شورای اسلامی واگذار می‌کرد، به این دلیل که به آزمایشی بودن مصوبه‌ی کمیسیون مذکور تصریح نداشت، مورد ایراد شورای نگهبان قرار گرفت. ماده‌ی مذکور مقرر می‌داشت: «آیین‌نامه‌ی سازمانی، تشکیلاتی و تعداد و نحوه‌ی تشکیل جلسه‌ی شوراها و دبیرخانه‌ی کلیه‌ی شوراها و تعداد کارکنان آنها و هزینه‌های مربوط و هر گونه پرداختی به اعضای شوراها توسط شورای عالی استانها تهیه و به تصویب کمیسیون برنامه و بودجه و محاسبات مجلس شورای اسلامی می‌رسد» (مجموعه نظریات شورای نگهبان، ۱۳۸۳: ۱۱۰). شورای نگهبان در تاریخ ۸۱/۸/۱۵ در نظریه‌ی شماره‌ی ۸۱/۱۰/۱۸۱۰ در مورد ماده‌ی مذکور اظهار داشت: «اگر منظور از آیین‌نامه قانون است مطابق اصل ۸۵ قانون اساسی باید به صورت آزمایشی باشد و اگر منظور از آیین‌نامه در این ماده قانون نیست بلکه منظور آیین‌نامه‌های مصوب دولت است تصویب این آیین‌نامه‌ها وظیفه‌ی دولت است و واگذاری آن به کمیسیون‌ها بر خلاف اصل ۸۵ و اصل ۱۳۸ قانون اساسی می‌باشد» (مجموعه نظریات شورای نگهبان، ۱۳۸۳: ۱۲۲).

شورای نگهبان به درستی ماده‌ی مذکور را در دو صورت فرض می‌گیرد و هر دو صورت را مورد ایراد قرار می‌دهد؛ اول اینکه چون ماده‌ی مذکور مقرر می‌دارد آیین‌نامه‌ی سازمانی و تشکیلاتی و غیره باید به تصویب کمیسیون برنامه و بودجه و محاسبات مجلس شورای اسلامی برسد، این فرض مورد توجه شورای نگهبان قرار گرفته که منظور از تصویب آیین‌نامه در ماده‌ی مذکور قانونگذاری به وسیله‌ی کمیسیون‌های داخلی مجلس است. بر این اساس به دلیل اینکه به صراحت صدر اصل ۸۵ قانون اساسی تفویض تصویب قانون به کمیسیون‌های داخلی مجلس باید به صورت آزمایشی باشد، شورای نگهبان ماده‌ی مذکور را به علت عدم تصریح به آزمایشی بودن مصوبه‌ی کمیسیون مورد ایراد قرار داده است. فرض دیگر شورای نگهبان از ماده‌ی مذکور این است که اگر منظور از آیین‌نامه قانون نیست بلکه آیین‌نامه‌های دولتی موضوع اصل ۱۳۸ قانون اساسی است، تصویب آنها وظیفه‌ی دولت است و به صراحت

اصول ۱۳۸ و ۸۵ قانون اساسی تصویب آنها توسط کمیسیون‌های داخلی مجلس خلاف اصول مذکور است. شورای نگهبان در تذکراتی که تاکنون به مجلس داشته است، بر این نکته تأکید کرده که در ذیل مصوبات کمیسیون‌ها در قالب اصل ۸۵ قانون اساسی ضروری است به تصویب آنها براساس اصل ۸۵ قانون اساسی، تاریخ تصویب و مدت زمان اجرای آنها به‌صورت آزمایشی اشاره شود (مجموعه نظریات تفسیری و مشورتی شورای نگهبان در خصوص اصول قانون اساسی ۱۳۸۰-۱۳۵۹، ۱۳۸۱: ۴۵۷). تمدید قوانین آزمایشی مصوب کمیسیون‌های داخلی مجلس در نظم اساسی ایران امکان‌پذیر است.

### ۲-۳. تمدید قوانین آزمایشی مصوب کمیسیون‌ها

درباره‌ی اینکه قوانین آزمایشی مصوب کمیسیون‌ها برای یک یا چند دوره‌ی دیگر قابل تمدید هستند، در تاریخ ۱۳۷۳/۶/۵ از شورای نگهبان استفساریه شد، اما شورای نگهبان به نظریه‌ی تفسیری نرسید (مجموعه نظریات شورای نگهبان تفسیری و مشورتی در خصوص اصول قانون اساسی ۱۳۸۰-۱۳۵۹، ۱۳۸۱: ۲۴۵). در عمل مشاهده می‌شود که تمدید مهلت اعتبار قوانین آزمایشی توسط شورای نگهبان پذیرفته شده است. برای مثال شورای نگهبان با تمدید مهلت اعتبار قانون آزمایشی مجازات اسلامی سابق برای چندین دوره‌ی متوالی که اولین بار در تاریخ ۱۳۷۰/۵/۸ به مدت پنج سال به تصویب کمیسیون امور قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی رسید و تمدید آن به مدت ده سال در تاریخ ۱۳۷۵/۲/۱۲ و به مدت یک سال در تاریخ ۱۳۸۵/۵/۲۹ و تمدید یکساله‌ی دیگر آن در سال ۱۳۸۶ و آخرین تمدید آن در تاریخ ۱۳۸۷/۷/۲۸ موافقت کرد و این تمیدهای مکرر را مغایر با قانون اساسی ندانست. به‌عبارت دیگر، شورای نگهبان در مقام مفسر قانون اساسی به این دلیل که صدور نظریه‌ی تفسیری نیازمند آرای حداقل سه‌چهارم اعضای شورای نگهبان است، نتوانست به نظریه‌ی تفسیری برسد، اما در مقام ناظر قانون اساسی به این دلیل که اعلام مغایرت مصوبات مجلس با قانون اساسی نیازمند آرای اکثریت اعضای شورای نگهبان است، با مصوبات مجلس شورای اسلامی که به تمدید اعتبار مهلت آزمایشی مصوبات کمیسیون‌های داخلی مبادرت کرده‌اند، مخالفت نکرد. ازاین‌رو تمدید مهلت اعتبار قوانین آزمایشی دارای وجهت اساسی است. شورای نگهبان همچنین در تاریخ ۱۳۹۲/۸/۲۰ تمدید مدت اجرای آزمایشی قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶/۷/۸ تا پایان ۱۳۹۳ را تأیید کرد. ازاین‌رو نظر شورای نگهبان بر اساسی بودن تمدید مهلت اجرای آزمایشی قوانین است.

با توجه به اینکه از منظر شورای نگهبان وجود ضرورت برای تفویض تصویب قوانین آزمایشی

از جانب مجلس به کمیسیون‌های داخلی آن لازم است، این سؤال مطرح می‌شود که آیا موافقت با تمدید قوانین آزمایشی بدون احراز ضرورت جایز است؟ به عبارت دیگر آیا می‌توان گفت که شورای نگهبان می‌تواند در خصوص ضرورت یا عدم ضرورت تمدید اعتبار قوانین آزمایشی اظهار نظر کند و در صورت عدم احراز ضرورت تمدید از تمدید مهلت اعتبار قوانین آزمایشی با ابراز مغایرت آن با قانون اساسی جلوگیری به عمل آورد؟ از آنجا که قوانین آزمایشی پس از اتمام مدت اجرای آزمایشی آنها دیگر اعتبار قانونی نخواهند داشت، مجلس باید ترتیبی اتخاذ کند که قانون دائمی آن را پیش از اتمام مدت اجرای آزمایشی آن تصویب کند تا خلأ قانونی به وجود نیاید. با وجود این تجربه نشان داده که مجلس شورای اسلامی قانون دائمی را پیش از انقضای مدت اجرای بسیاری از قوانین آزمایشی تصویب نمی‌کند و جامعه با خلأ قانونی مواجه شده است (هاشمی، ۱۳۸۲: ۱۳۵). در این صورت همان‌گونه که از آیین‌نامه‌ی داخلی مجلس شورای اسلامی<sup>(۲۶)</sup> استنباط می‌شود، به این دلیل که قانون دائمی وجود ندارد، چاره‌ای جز تمدید اعتبار قوانین آزمایشی وجود نخواهد داشت. بنابراین در صورت تعلل مجلس شورای اسلامی و عدم تصویب قانون دائمی پیش از پایان مدت اجرای آزمایشی هر قانون، همیشه ضرورت تمدید اعتبار آن وجود دارد. به عبارت دیگر شورای نگهبان نمی‌تواند به استناد عدم احراز ضرورت تمدید، از تمدید مهلت اعتبار قوانین آزمایشی جلوگیری کند.

پرسش دیگری که می‌توان مطرح کرد این است که اگر قانون آزمایشی مصوب کمیسیون داخلی مجلس شورای اسلامی بدون هیچ تغییری به تصویب نهایی مجلس برسد یا مهلت اعتبار اجرای آزمایشی قانون مصوب کمیسیون توسط مجلس تمدید شود، محتوای مصوبه‌ی مجلس باید بار دیگر به تأیید شورای نگهبان برسد یا تأیید اولیه‌ی شورای نگهبان کفایت می‌کند؟ به نظر می‌رسد بیان اصل ۹۴ قانون اساسی مبنی بر لزوم ارسال کلیه‌ی مصوبات مجلس به‌حد کافی صراحت دارد که همه‌ی مصوبات مجلس باید به‌منظور نظارت شرعی و اساسی برای شورای نگهبان ارسال شوند، اما این مسئله که آیا شورای نگهبان می‌تواند از تأییدی که هنگام تصویب اولیه و آزمایشی قانون داشته است به‌هنگام تصویب نهایی یا تمدید مهلت اعتبار آن توسط مجلس عدول کند و نظر دیگری را ابراز دارد، به ثبات و استحکام نظریات شورا وابسته است. تأیید مصوبات توسط شورای نگهبان باید چنان دقیق و حساب‌شده باشد که جز در صورت اعمال تغییرات در مصوبات مجلس نیازی به اصلاح یا احیاناً عدول از نظریات شورا نباشد. با وجود این، در بعضی موارد اصلاح نظر قبلی یا عدول از آن اجتناب‌ناپذیر است، به‌ویژه با تغییر اعضای شورای نگهبان و تحولی که در نظریات فقهی و حقوقی پیش می‌آید (مدنی، ۱۳۶۶: ۱۳۳).

## نتیجه‌گیری

با توجه به اصل ۸۵ قانون اساسی و نظریات شورای نگهبان تنها در یک مورد دولت حق قانونگذاری به معنای خاص را دارد و آن موردی است که مجلس اختیار تصویب دائمی اساسنامه‌ی مؤسسات، سازمان‌ها و شرکت‌های دولتی یا وابسته به دولت را به دولت اجازه دهد. با توجه به مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی و نظریات شورای نگهبان اساسنامه‌هایی که به تصویب دائم دولت رسیده‌اند، به سه طریق قابل اصلاح یا نسخ هستند؛ اول آنکه مؤسسات، سازمان‌ها و شرکت‌های دولتی یا وابسته به دولت، که تصویب اساسنامه‌ی آنها به دولت واگذار شده است، منحل شوند؛ دوم آنکه مجلس، پس از تفویض تصویب دائمی اساسنامه‌ها به دولت، رأساً به تصویب اساسنامه‌ها مبادرت ورزد؛ سوم آنکه دولت خود اساسنامه‌های مصوب خود را اصلاح کند یا تغییر دهد که در صورت اخیر نیازمند اخذ اجازه‌ی مجدد از مجلس نیست. اما مجلس در موارد متعددی در حین وضع یک قانون تکالیفی را برای دولت مقرر کرده است که بعداً دولت در قالب آیین‌نامه‌ی اجرایی آن قانون آن تکالیف را انجام دهد. در واقع مجلس در قالب تکلیف دولت برای تدوین آیین‌نامه‌ی اجرایی گاهی اختیار تدوین قانون را در موردی خاص به دولت داده است، برای مثال به دولت اختیار داده است که برای فعل یا ترک فعلی مجازات وضع کند. در اینجا شورای نگهبان بارها با این استدلال که آنچه دولت برای وضع آن صالح شناخته شده است از امور تقنینی به‌شمار می‌آید و خلاف اصل ۸۵ قانون اساسی است، مصوبه‌ی مجلس را مورد ایراد قرار داده است. شورا معتقد است که می‌تواند در خصوص ضرورت یا عدم ضرورت تفویض اختیار تصویب قوانین آزمایشی به کمیسیون‌های داخلی مجلس اظهار نظر کند و در صورت عدم احراز ضرورت از تفویض تصویب قوانین آزمایشی به کمیسیون‌های مجلس جلوگیری به‌عمل آورد. شورای نگهبان تفویض اختیاری را که از جانب قوانین مشروطیت به کمیسیون‌های مجلس شورای ملی سابق صورت گرفته است، فاقد اعتبار اساسی می‌داند و تأکید دارد که تفویض اختیار قانونگذاری به کمیسیون‌های مجلس باید براساس اصل ۸۵ قانون اساسی و از جانب مجلس شورای اسلامی صورت گیرد. این شورا در نظریات خود بر آزمایشی بودن قوانین مصوب کمیسیون‌های مجلس شورای اسلامی و لزوم تصریح به آزمایشی بودن آنها تأکید دارد. همچنین شورای نگهبان با عدم ایراد به تمدید مهلت اعتبار قوانین آزمایشی مصوب کمیسیون‌های مجلس شورای اسلامی در عمل با تمدید این قوانین به‌صورت مکرر موافقت کرده است. در پایان باید گفت که نظارت شورای نگهبان

نه تنها پس از تصویب اساسنامه‌های مصوب دولت و همچنین پس از هر اصلاح و تغییر در آنها لازم است، بلکه در مورد اساسنامه‌های مصوب کمیسیون‌های مجلس شورای اسلامی نیز اعمال نظارت شورای نگهبان به همین ترتیب ضروری است. اعمال اصل ۹۶ قانون اساسی در مورد قوانین آزمایشی مصوب کمیسیون‌های مجلس شورای اسلامی پس از هر دوره تمدید و پس از نهایی شدن آن قوانین در مجلس شورای اسلامی نیز لازم است.

## یادداشت‌ها

۱. اصل ۱۰۸ قانون اساسی: «قانون مربوط به تعداد و شرایط خبرگان و کیفیت انتخاب آنها و آیین‌نامه‌ی داخلی جلسات آنان برای نخستین دوره باید به‌وسیله‌ی فقهای اولین شورای نگهبان تهیه و با اکثریت آراء آنان تصویب شود و به تصویب نهایی رهبر انقلاب برسد. از آن پس هر گونه تغییر و تجدید نظر در این قانون و تصویب سایر مقررات مربوط به وظایف خبرگان در صلاحیت خود آنان است».
  ۲. واگذاری یا تفویض اختیار به معنای سلب صلاحیت و اختیار از مقام تفویض‌کننده نیست، بلکه به صلاحیت مشترک تفویض‌کننده و تفویض‌شونده منجر می‌شود. تفسیر لفظی و تاریخی واگذاری یا تفویض اختیار قانونگذاری در اصل ۸۵ قانون اساسی مؤید این مطلب است که از منظر قانونگذار اساسی بین تفویض و واگذاری تصویب یا حتی دادن اجازه‌ی تصویب تفاوتی وجود ندارد. ماده‌ی ۱۶۷ آیین‌نامه‌ی داخلی مجلس نیز این برداشت را تأیید می‌کند.
  ۳. ماده‌ی ۱۸ آیین‌نامه‌ی داخلی شورای نگهبان مقرر می‌دارد: «تفسیر اصول قانون اساسی با ارجاع مقام معظم رهبری و یا با درخواست رئیس‌جمهور، رئیس مجلس شورای اسلامی و رئیس قوه‌ی قضاییه و یا یکی از اعضای شورای نگهبان صورت می‌گیرد».
  ۴. اصل ۸۵ قانون اساسی مصوب سال ۱۳۵۸ مقرر می‌داشت: «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 ۷۲ به کمیسیون‌های داخلی خود تفویض کند، در این صورت این قوانین در مدتی که مجلس تعیین می‌نماید به‌صورت آزمایشی اجرا می‌شوند و تصویب نهایی آنها با مجلس خواهد بود».
  ۵. منظور از امور عمومی اموری است که تصدی یا نظارت بر آنها به عهده‌ی دولت به معنای قوای حاکم است.
  ۶. در این مورد می‌توان به ایراد شورای نگهبان به تبصره‌ی ۲ ماده‌ی واحده‌ی لایحه‌ی تأسیس شرکت سهامی خاص تأمین ماشین‌آلات و تجهیزات راهسازی و راهداری که در جلسه‌ی ۱۳۶۷/۹/۶ مجلس شورای اسلامی با اصلاحاتی به تصویب رسید اشاره کرد. تبصره‌ی مذکور مقرر می‌داشت: «اساسنامه‌ها و آیین‌نامه‌های مالی و معاملاتی و استخدامی شرکت بنا به پیشنهاد وزارت راه و ترابری و تأیید مجمع عمومی شرکت به تصویب هیأت وزیران خواهد رسید. اساسنامه و آیین‌نامه‌های استخدامی قبل از تصویب هیأت وزیران باید به تأیید سازمان امور اداری و استخدامی کشور نیز برسد». شورای نگهبان در نظریه‌ی شماره‌ی ۳۱۳۲ مورخ ۱۳۶۷/۹/۷ در مقام ایراد به تبصره‌ی مذکور اظهار داشت: «تفویض اختیار در تصویب اساسنامه‌ی مذکور در تبصره‌ی ۲ ماده‌ی واحده به هیأت وزیران خلاف اصل ۸۵ قانون اساسی است».
- شایان ذکر است که شورای نگهبان در شرایطی از جمله در صورت تعیین ضوابط از جانب مجلس تفویض تصویب اساسنامه‌ها را جایز می‌دانست. ن.ک. مجموعه نظریات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۷ - ۱۳۷۱ (۱۳۸۵)، دوره‌ی سوم، تهران: دادگستر، ج اول، ص ۴۳.

۷. الحاقیه‌ی اصل ۸۵ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «... همچنین مجلس شورای اسلامی می‌تواند تصویب دائمی اساسنامه‌ی سازمان‌ها، شرکت‌ها، مؤسسات دولتی یا وابسته به دولت را با رعایت اصل ۷۲ به کمیسیون‌های ذی‌ربط واگذار کند و یا اجازه‌ی تصویب آنها را به دولت بدهد. در این صورت مصوبات دولت نباید با اصول و احکام مذهب رسمی کشور و یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد. تشخیص این امر به ترتیب مذکور در اصل ۹۶ با شورای نگهبان است. علاوه بر این مصوبات دولت نباید مخالف قوانین و مقررات عمومی کشور باشد و به منظور بررسی و اعلام عدم مغایرت آنها با قوانین مزبور باید ضمن ابلاغ برای اجرا به اطلاع رئیس مجلس شورای اسلامی برسد».
۸. اصل ۷۲ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد. تشخیص این امر به ترتیبی که در اصل ۹۶ آمده بر عهده‌ی شورای نگهبان است».
۹. از جمله می‌توان به اصل منع تفویض اختیار قانونگذاری به قوه‌ی قضاییه اشاره کرد. تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۲۶ لایحه‌ی قانون کارشناسان رسمی دادگستری که در جلسه‌ی ۱۳۸۰/۱/۱۳ به تصویب مجلس رسید مقرر می‌داشت: «تطبیق تخلفات انتظامی کارشناسان رسمی و خبرگان محلی با مجازات مندرج در این ماده (ماده‌ی ۲۶) به موجب آیین‌نامه خواهد بود که به پیشنهاد هیأت مدیره‌ی قانون مرکزی به تصویب رئیس قوه‌ی قضاییه می‌رسد». در مورد این تبصره شورای نگهبان اعلام کرد: «با توجه به اینکه تخلفات و جرایم بایستی در قانون معین شود لکن در تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۲۶ این مورد به آیین‌نامه واگذار شده است بنابراین قانونگذاری است لذا این تبصره مغایر اصل ۸۵ قانون اساسی شناخته شده». (مجموعه نظریات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی (۱۳۸۲)، دوره‌ی ششم، سال سوم، تهران: مرکز تحقیقات شورای نگهبان، دادگستر، چ اول، ص ۴۹)
۱۰. همچنین ن.ک. همین مجموعه، صص ۴۶، ۱۴۲، ۳۲۷، ۳۵۷، ۴۷۶، ۵۰۹ و همین مجموعه، سال سوم، ص ۴۳.
۱۱. شورای نگهبان در مورد لایحه‌ی مذکور اظهار داشت: «با توجه به اینکه آیین‌نامه‌ی ایمنی انبارهای کالا مصوب ۱۳۵۲ به تصویب کمیسیون‌های مجلسین سنا و شورای ملی سابق رسیده و قانون محسوب می‌شود، تفویض اختیار اصلاح آن به دولت مغایر اصل ۸۵ قانون اساسی شناخته شد».
۱۲. شورای نگهبان در خصوص استفساریه‌ی مذکور اظهار داشت: «نامه‌ی شماره‌ی ۲۷۰۳۴ مورخ ۱۳۷۴/۵/۲۹ در مورد اینکه چنانچه تصویب اساسنامه‌ی به‌طور مطلق از جانب مجلس شورای اسلامی به دولت واگذار شود آیا اصلاح آن در اختیار دولت است یا نه، در جلسه‌ی ۱۳۷۴/۸/۳ شورای نگهبان مورد بررسی قرار گرفت و شورای نگهبان در این زمینه به رأی تفسیری نرسید».
۱۳. مؤید این برداشت بخشی از صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی است که آقای عبدالله نوری بیان می‌کند: «من پیشنهاد مشخص این است که این عبارت اول را یعنی اینکه حالا باز بحث محتوایی قضیه است اینجا یک کلمه‌ی دائمی آمده چون در اصل ۸۵ اضافه شد باید روشن باشد که اینجا تصویب‌نامه‌ها دو نمره است. یک نمره موضوعات ضروری است به‌طور عام



در زمان موقت که قسمت اول بند است که در اصل هشتادوپنجم هم فعلاً موجود است یک قسمت موضوعات خاص است که اساسنامه‌هاست برای زمان دایم لذا تعبیر دایمی شد برای اینکه این روشن باشد و الا این هم باز مصوبه‌ی همین جا منظور دایمی است یعنی اگر منظور این است که زمان موقت گفته بشود». آقای میرحسین موسوی نیز اظهار کرده است: «الآن پیشنهاد اولی که اینجا داریم این است که کلمه‌ی «دائمی» را به دلیل اینکه اساسنامه‌ها موقت و ضروری نیستند بیاوریم». (ن.ک. صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلسه‌ی بیست‌ونهم تا چهل‌ویکم، تهران: اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، چ اول، ج سوم، ص ۱۵۸۴ - ۱۵۹۰)

۱۴. منظور از رویه‌ی عملی شورای نگهبان عدم ایراد شورای نگهبان به ماده‌ی واحده‌ی مجلس تحت عنوان قانون استفساریه در خصوص اصلاح اساسنامه‌های سازمان‌ها، شرکت‌ها و مؤسسات دولتی و وابسته به دولت است که در ادامه‌ی همین بند ذکر خواهد شد.

۱۵. ن.ک: سنجابی، کریم (۱۳۷۷)، حقوق اداری ایران، تهران: مهرآیین، چ سوم، ص ۵۶؛ انصاری، ولی‌الله (۱۳۷۷)، کلیات حقوق اداری، تهران: میزان، چ دوم، ص ۱۳۸؛ امامی، محمد؛ استوار سنگری، کورش (۱۳۹۱)، حقوق اداری، تهران: میزان، چ پانزدهم، ج اول، ص ۷۹.

۱۶. اصل ۹۶ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام با اکثریت فقهای شورای نگهبان و تشخیص عدم تعارض آنها با قانون اساسی بر عهده‌ی اکثریت همه‌ی اعضای شورای نگهبان است».

۱۷. در این مورد می‌توان به تبصره‌ی ۲ قانون انتزاع سازمان چای کشور از وزارت بازرگانی و الحاق آن به وزارت کشاورزی مصوب ۱۳۶۸/۱۲/۱۶ استناد کرد. دولت معتقد بود که مجلس در تفویض تصویب قانون انتزاع سازمان چای کشور تصریح به اصل ۸۵ نداشته است، از این رو مراجعه به شورای نگهبان لازم نیست.

۱۸. متن نامه‌ی قائم مقام دبیر شورای نگهبان و پاسخ معاون اول رئیس‌جمهور وقت به شرح ذیل است:

شماره: ۱۶۱۹۸

تاریخ: ۱۳۶۹/۰۴/۱۹

جناب آقای دکتر حبیبی

معاون اول محترم ریاست جمهوری

با سلام حَسَبِ اعلام دادستان محترم دیوان محاسبات اخیراً اساسنامه‌هایی در اجرای اصل ۸۵ قانون اساسی به تصویب دولت رسیده و به مورد اجرا گذاشته شده بدون اینکه اصل ۹۶ قانون اساسی رعایت شده و جهت اظهار نظر از لحاظ انطباق با قانون اساسی و موازین شرع به شورای نگهبان فرستاده شده باشد، خواهشمند است دستور فرمائید چگونگی امر به شورای نگهبان اعلام و مفاد اصل ۸۵ در این خصوص رعایت گردد.

دکتر حسین مهرپور

قائم مقام دبیر شورای نگهبان

جناب آقای دکتر مهرپور

قائم مقام محترم دبیر شورای نگهبان

عطف به نامه‌ی شماره‌ی ۲۵۴ مورخ ۱۳۶۹/۰۲/۲۶ به پیوست نظریه‌ی اداره‌ی کل حقوقی ریاست جمهوری را ملاحظه می‌فرمائید. نکته‌ی مهم همان است که در بند دوم نامه آمده است و براساس آن باید به یکی از دو صورت زیر عمل شود.

۱- چنانچه استدلال مذکور در بند ۲ بدون اظهار نظر تفسیری شورای نگهبان مورد قبول باشد به‌طور عادی به‌ترتیبی که ذکر شده است عمل خواهد شد. یعنی در مواردی که اجازه‌ی تصویب اساسنامه نظیر گذشته بدون اشاره به اصل هشتادوپنجم قانون اساسی به دولت اجازه داده می‌شود (نظیر تبصره‌ی ۲ قانون انتزاع سازمان جای کشور از وزارت بازرگانی و الحاق آن به وزارت کشاورزی مصوب شانزدهم اسفندماه ۱۳۸۶) نیاز به مراجعه به شورای محترم نگهبان نیست و در مواردی که تصریح می‌شود باید به شورا مراجعه شود.

۲- در صورتی که به نظر شورای محترم نگهبان اصل هشتادوپنجم از جهت مورد بحث نیاز به تفسیر داشته باشد شورای محترم به‌ترتیبی که مقتضی می‌دانند اعلام نظر فرمایند تا به همان صورت عمل شود.

حسن حبیبی

معاون اول رئیس‌جمهور

۱۹. ماده‌ی ۲ لایحه‌ی اداره‌ی امور شرکت‌های بیمه مقرر می‌دارد: «کلیه‌ی سهام شرکت‌های بیمه موضوع ماده‌ی ۱ این قانون متعلق به دولت بوده و هریک از این شرکت‌ها دارای اساسنامه‌ای خواهد بود که حداکثر ظرف مدت شش ماه از تاریخ تصویب این قانون توسط مجمع عمومی شرکت‌های مذکور تهیه و به تصویب هیأت وزیران می‌رسد و شامل هدف، موضوع شرکت، نحوه‌ی اداره‌ی آن و سایر وظایف و اختیارات می‌باشد. مجمع عمومی هریک از شرکت‌های مزبور مرکب از وزارت اقتصاد و دارایی، بازرگانی و برنامه و بودجه می‌باشد. ریاست مجامع مزبور با وزیر امور اقتصادی و دارایی است». شورای نگهبان در نظریه‌ی شماره‌ی ۳۱۷۳ مورخ ۱۳۶۷/۹/۲۰ در مورد ماده‌ی مذکور اظهار داشت: «تفویض اختیار در تصویب اساسنامه‌ی مذکور در ماده‌ی ۲ بدون تعیین ضوابط، خلاف اصل ۸۵ قانون اساسی است».

مجلس در مقام پاسخ به نظر شورای نگهبان بیان کرد: «عطف به نامه‌ی ۳۱۷۳ مورخ ۱۳۶۷/۹/۲۰ استحضار می‌دهد نظر به اینکه ضوابط مورد نظر آن شورای محترم در خصوص لایحه‌ی اداره‌ی امور شرکت‌های بیمه در قانون بیمه و قانون بیمه‌گری و تأسیس بیمه‌ی مرکزی ایران و ماده‌ی ۴ لایحه‌ی موصوف مقرر گردیده، لذا خواهشمند است پیرو مذاکرات قبلی این کمیسیون و وزیر امور اقتصادی و دارایی نظر جدید مبنی بر تأیید لایحه‌ی مذکور را اعلام فرمایند». به این ترتیب ماده‌ی مذکور مورد تأیید شورای نگهبان قرار گرفت. ن.ک: مجموعه نظریات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۷ - ۱۳۷۱ (۱۳۸۵)، دوره‌ی سوم، تهران، دادگستر، ج اول، ص ۴۷.

۲۰. اصل ۱۲۶ قانون اساسی مصوب ۱۳۵۸ مقرر می‌داشت: «تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولت پس از تصویب هیأت وزیران به اطلاع رئیس‌جمهور می‌رسد و در صورتی که آنها را بر خلاف قوانین بیابد با ذکر دلیل برای تجدید نظر به هیأت وزیران می‌فرستد».

۲۱. ن.ک: کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، تهران: شرکت سهامی انتشار، چ سوم، ص ۳۸۷؛ دانش‌پژوه، مصطفی، مقدمه‌ی علم حقوق با رویکرد به حقوق ایران و اسلام (۱۳۸۹)، تهران: سمت، چ اول، ص ۲۱۷؛ مدنی، سید جلال‌الدین، مبانی و کلیات علم حقوق (۱۳۷۴)، تهران: همراه، چ سوم، ص ۱۸۰.

۲۲. متن کامل یکی از نظریات شورای نگهبان به شرح ذیل است:

شماره: ۸۹/۳۰/۴۱۲۳۰

تاریخ: ۱۳۸۹/۱۰/۲۸

«رئیس محترم مجلس شورای اسلامی

عطف به نامه‌ی شماره‌ی ۲۴۴/۶۶۹۰۳ مورخ ۱۳۸۹/۱۰/۸ و پیرو نامه‌ی شماره‌ی ۸۹/۳۰/۴۱۱۱۱ مورخ ۱۳۸۹/۱۰/۱۵؛ لایحه‌ی تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب جلسه‌ی مورخ یکم دی‌ماه یک‌هزار و سیصد و هشتاد و نه مجلس شورای اسلامی در جلسه‌ی مورخ ۱۳۸۹/۱۰/۲۲ شورای نگهبان مورد بحث و بررسی قرار گرفت که نظر شورا به شرح ذیل اعلام می‌گردد: نظر به اینکه طبق اصل ۸۵ قانون اساسی مجلس نمی‌تواند اختیار قانونگذاری را به شخص یا هیأتی واگذار کند، فقط در موارد ضروری می‌تواند اختیار وضع بعضی از قوانین را به کمیسیون‌های داخلی خود تفویض کند، با توجه به اینکه دیوان عدالت اداری دارای قانون دائمی مصوب مجلس شورای اسلامی است و امور این دیوان به‌طور طبیعی جریان دارد و خلأ قانونی که جبران آن ضروری می‌باشد در این خصوص وجود ندارد و هیچ ضرورتی برای تصویب این مصوبه در کمیسیون بصورت آزمایشی بدون جری مراحل عادی قانونگذاری نیست، علاوه بر وجود ابهام و اشکال عدیده در این مصوبه با عنایت به مراتب مذکور، تصویب آن توسط کمیسیون قضائی و حقوقی مجلس شورای اسلامی، مغایر اصل ۸۵ قانون اساسی تشخیص داده شد. به فرض اینکه قانون موجود در برخی موارد نادر احتیاج تغییر و اصلاح و یا تکمیل داشته باشد باید به این نحو و به همان مقدار اکتفا شود» (Aminizadeh.blogfa.com)

۲۳. ماده‌ی ۵۹ قانون امور گمرکی مقرر می‌دارد: «آئین‌نامه‌ی اجرایی این قانون و همچنین مقررات و شرایط مربوط به حق‌العمل کاری در گمرک از طرف اداره‌ی کل گمرک تهیه و به پیشنهاد وزارت دارایی به تصویب کمیسیون دارایی مجلس شورای ملی خواهد رسید. این قانون از تاریخ تصویب آئین‌نامه‌ی اجرایی آن به موقع اجرا گذارده خواهد شد و از تاریخ مزبور قانون اصلاح تعرفه‌ی گمرکی مصوب دهم تیرماه ۱۳۳۷ به استثنای جدول ضمیمه‌ی آن لغو خواهد شد».

۲۴. البته شورای نگهبان در این خصوص رویکردهای متفاوتی را در پیش گرفته است. در این مورد رویکرد شورای نگهبان در زمینه‌ی ماده‌ی ۱۸ قانون گزینش معلمان و کارکنان آموزش و پرورش شایان توجه به‌نظر می‌رسد. استعلام رئیس‌جمهوری وقت از دبیر شورای نگهبان به شرح ذیل است:

شماره: ۱۴۴۹۰ - ۷۷/م

تاریخ: ۱۳۷۷/۱۲/۱۸

دبیر محترم شورای نگهبان

با سلام

طبق ماده ۱۸ قانون گزینش معلمان و کارکنان آموزش و پرورش مصوب شهریورماه ۱۳۷۴ مجلس شورای اسلامی مقرر شده است آیین‌نامه‌ی اجرایی قانون مزبور توسط هیأت عالی گزینش و سازمان امور اداری و استخدامی کشور تهیه و به تصویب کمیسیون مشترک آموزش و پرورش و امور اداری و استخدامی مجلس شورای اسلامی برسد. در اجرای ماده‌ی مزبور آیین‌نامه‌ی فوق‌الذکر در مردادماه ۱۳۷۷ به تصویب جلسه‌ی مشترک کمیسیون‌های یادشده‌ی مجلس رسیده و ظاهراً بدون ملاحظه‌ی شورای نگهبان و اظهار نظر درباره‌ی آن طی نامه‌ی شماره‌ی ۲۳۶۷ مورخ ۱۳۷۷/۶/۳۱ در اجرای اصل ۱۲۳ قانون اساسی با امضای رییس مجلس شورای اسلامی برای رییس‌جمهور فرستاده شده است و این جانب نیز به حکم قانون طی نامه‌ی شماره‌ی ۴۳۵۸۴ مورخ ۱۳۷۷/۷/۱۱ دستور اجرای آن را داده‌ام. ولی مسأله‌ای که در اینجا مطرح است و خواستم نظر شورای محترم نگهبان را بدانم این است که مصوبه‌ی کمیسیون مشترک یا جلسه‌ی مشترک کمیسیون‌ها چه وضعیتی دارد آیا طبع قانون و مصوبه‌ی مجلس دارد یا طبع آیین‌نامه‌ی اجرایی از نوع آیین‌نامه‌های دولتی؟ طبق اصل ۹۴ قانون اساسی کلیه‌ی مصوبات مجلس شورای اسلامی باید به شورای نگهبان فرستاده شود تا از لحاظ مغایرت یا عدم مغایرت آنها با قانون اساسی و موازین شرع مورد بررسی قرار گیرد، در مواردی هم که طبق اصل ۸۵ قانون اساسی تصویب برخی از قوانین به صورت آزمایشی یا تصویب اساسنامه‌ی سازمان‌ها، شرکت‌ها و مؤسسات دولتی و وابسته به دولت به طور دایم به کمیسیون‌ها تفویض می‌شود باید مصوبه‌ی کمیسیون به شورای نگهبان ارسال شود. بنابراین اگر ارجاع تصویب آیین‌نامه‌ی اجرایی به کمیسیون داخلی مجلس علی‌رغم اسم آن طبع و خاصیت مصوبه‌ی قانون را داشته و از نوع اول باشد می‌بایست به شورای نگهبان ارسال گردد که چنین چیزی صورت نگرفته است. ولی اگر کمیسیون‌های داخلی از سوی مجلس مأموریت پیدا کردند که آیین‌نامه‌ی اجرایی قانونی را تهیه کنند، به نحوی که طبق اصل ۱۳۸ ممکن است هیأت دولت یا یکی از وزرا چنین مأموریتی پیدا نمایند، در این صورت اولاً این سؤال مطرح است که آیا غیر از دولت و وزیر مربوط و یا کمیسیون‌های متشکل از چند وزیر مذکور در اصل ۱۳۸، حق وضع آیین‌نامه به معنای خاص آن را دارد و مجلس می‌تواند حق وضع و تصویب آیین‌نامه را با داشتن طبع آیین‌نامه‌ی اجرایی با همان ماهیت و آثاری که آیین‌نامه‌ی اجرایی دارد به غیر از هیأت وزیران و یا یکی از وزرا و یا کمیسیون‌های مشترک متشکل از چند وزیر واگذار نماید؟ ثانیاً اگر چنین امری مجاز باشد چه مرجعی صلاحیت و بررسی آیین‌نامه‌ی مزبور را از لحاظ عدم مغایرت با قوانین و موازین شرع دارد؟ ذیل اصل ۱۳۸ مقرر می‌دارد که تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی باید به اطلاع مجلس شورای اسلامی برسد، که اگر آنها را بر خلاف قوانین دید، جهت تجدید نظر به هیأت وزیران بفرستد. اصل ۱۷۰ قانون اساسی نیز قضات دادگاه‌ها را از

اجرای تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی که مخالف قوانین و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیارات قوه‌ی مجریه است منع کرده و ابطال آنها را با دیوان عدالت اداری دانسته است، اصل ۱۷۳ نیز مرجع رسیدگی شکایات مردم از آیین‌نامه‌های دولتی را دیوان عدالت اداری دانسته است، حال آیا آیین‌نامه‌های دولتی مصوب کمیسیون‌های داخلی مجلس می‌تواند مورد کنترل و ممیزی رییس مجلس یا دیوان عدالت اداری قرار بگیرند؟ یا در صورت مخالف بودن با موازین شرع و قانون، قضات از عمل کردن به آنها خودداری نمایند؟ با وجود اینکه در هر سه مورد آیین‌نامه‌ی دولتی مورد تصریح قرار گرفته و اطلاق آیین‌نامه‌ی دولتی به مصوبه‌ی کمیسیون مجلس صحیح به نظر نمی‌رسد. اگر همان‌گونه که در شق اول بیان شد برای این نوع مصوبات کمیسیون‌ها نتوان خاصیت مصوبه‌ی قانونی قایل شد، به شورای نگهبان هم فرستاده نخواهد شد همان‌طوری که عملاً چنین شده است و نتیجتاً هیچ کنترلی در زمینه‌ی انطباق یا عدم انطباق آنها با موازین شرع و قانون اساسی و قوانین عادی وجود ندارد. چنانچه صلاح می‌دانید شورای محترم نگهبان موضوع را بررسی نموده و تفسیر خود را از اصول قانون اساسی مربوطه در خصوص سه مسئله‌ی زیر اعلام فرمایند: ۱. آیا ارجاع وضع و تصویب آیین‌نامه‌ی اجرایی قانون به کمیسیون یا کمیسیون‌های داخلی مجلس صحیح است؟ ۲. در صورت صحت، آیا این نوع مصوبات کمیسیون‌ها مانند سایر مصوبات مجلس باید به شورای نگهبان فرستاده شود یا خیر؟ و در صورت عدم لزوم ارسال به شورای نگهبان، آیا رییس مجلس شورای اسلامی یا دیوان عدالت اداری می‌تواند آنها را مورد بررسی قرار دهند یا خیر؟ ۳. آیا این گونه مصوبات کمیسیون‌ها مشمول مصوبات مجلس موضوع اصل ۱۲۳ قانون اساسی می‌باشند و رییس‌جمهور طبق اصل مزبور موظف است آنها را امضا و برای اجراء در اختیار مسئولان قرار دهد با اینکه مورد رسیدگی و اظهار نظر شورای نگهبان قرار نگرفته است؟

رییس جمهوری اسلامی ایران

نظر تفسیری شماره‌ی ۷۸/۲۱/۱۲/۴۵ مورخ ۱۳۷۸/۱/۲۵ شورای نگهبان به شرح ذیل اعلام گردید:  
«ارجاع تصویب آیین‌نامه به کمیسیون یا کمیسیون‌های مجلس خلاف اصل ۱۳۸ قانون اساسی است».

با توجه به نظریه‌ی تفسیری شورای نگهبان در پاسخ به استفساریه‌ی رییس‌جمهور وقت و اعلام مغایرت ارجاع تصویب آیین‌نامه به کمیسیون‌های مجلس، این پرسش مطرح گردید که آیا آیین‌نامه‌های مصوب کمیسیون‌های مجلس که قبل از صدور نظریه‌ی تفسیری شورای نگهبان تصویب شده‌اند معتبر می‌باشند؟

موضوع به شرح ذیل توسط رییس مجلس از شورای نگهبان استفسار شد:

شماره: ۳۱۱۵ - ق

تاریخ: ۱۳۷۸/۳/۱۸

حضرت آیت‌الله جنتی

دبیر محترم شورای نگهبان

سلام علیکم. همان‌گونه که مستحضرد، به موجب ماده‌ی (۱۸) قانون گزینش معلمان و کارکنان آموزش و پرورش مصوب شهریورماه ۱۳۷۴ مجلس شورای اسلامی، مقرر گردیده که آیین‌نامه‌ی

اجرائی آن به تصویب کمیسیون مشترک آموزش و پرورش و امور اداری و استخدامی مجلس برسد که به همین نحو عمل شده است و آیین‌نامه‌ی مزبور پس از تصویب کمیسیون مشترک توسط این جانب به ریاست محترم جمهوری جهت اجراء ابلاغ گردیده است. از سوی دیگر اخیراً در استعلامی که از ناحیه‌ی ریاست جمهوری در خصوص موضوع از شورای محترم نگهبان به عمل آمده، شورای محترم، ارجاع تصویب آیین‌نامه را به کمیسیون یا کمیسیون‌های مجلس بر خلاف اصل (۱۳۸) قانون اساسی دانسته است. اینک خواهشمند است با توجه به اینکه شورای محترم نگهبان در هنگام بررسی قانون گزینش معلمان که متضمن ماده‌ی (۱۸) آن به شرح فوق‌الاشعار بوده است، آن را مغایر با قانون اساسی تشخیص نداده است و روال قانونی آن و تصویب و اجرای آیین‌نامه‌ی اجرائی وفق ماده‌ی (۱۸) طی شده است، آیا نظریه‌ی اخیر شورای محترم نگهبان عطف به ماسبق نیز می‌گردد یا اینکه اعتبار آیین‌نامه‌ی مورد بحث به قوت خود باقی خواهد بود؟

رییس مجلس شورای اسلامی

در مقام پاسخ به استفساریه‌ی فوق، نظریه‌ی تفسیری شماره‌ی ۷۸/۲۱/۴۸۰۰ مورخ ۱۳۷۸/۳/۲۶ شورای نگهبان به شرح ذیل اعلام گردید:

«چون ماده‌ی (۱۸) قانون گزینش معلمان و کارکنان آموزش و پرورش از نظر شورای نگهبان گذشته و مغایر با شرع و قانون اساسی تشخیص داده نشده است، فلذا ماده‌ی مزبور قانونیت دارد و قابل اجرا می‌باشد بالطبع اعتبار آیین‌نامه‌ای که بر مبنای ماده‌ی مذکور به تصویب رسیده است به قوت خود باقی است». (مجموعه‌ی اساسی (۱۳۹۱)، تهران: معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات معاونت حقوقی ریاست جمهوری، چ دوم، ص ۱۶۷)

۲۵. با توجه به نظریه‌ی شورای نگهبان، این شورا مغایرت قوانین و تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌ی مخالف با موازین اسلام را به استناد اصل ۴ قانون اساسی اعلام داشته است. شورای نگهبان در نظریه‌ی شماره‌ی ۱۹۸۳ در پاسخ به استفساریه‌ای که در ۱۳۶۰/۱/۲۵ از جانب شورای عالی قضایی ارائه شد، اظهار داشت: «مستفاد از اصل چهارم قانون اساسی این است که به‌طور اطلاق کلیه‌ی قوانین و مقررات در تمام زمینه‌ها باید مطابق با موازین اسلام باشد و تشخیص این امر به عهده‌ی فقهای شورای نگهبان است. بنابراین قوانین و مقرراتی را که در مراجع قضایی اجرا می‌گردد و شورای عالی قضایی آنها را مخالف موازین اسلام می‌داند جهت بررسی و تشخیص مغایرت و مطابقت با موازین اسلامی برای فقهای شورای نگهبان ارسال دارند». خلأیی که در اینجا احساس می‌شود این است که شورای نگهبان تاکنون به‌طور صریح نسخ قوانین عادی مغایر با قانون اساسی را اعلام نداشته است. ولی به هر حال در اینجا استناد به نسخ ضمنی مانعی ندارد.

۲۶. تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۱۶۷ آیین‌نامه‌ی داخلی مجلس شورای اسلامی مقرر می‌دارد: «دولت باید حداقل شش ماه قبل از پایان مدت آزمایشی قانون مذکور جهت تمدید یا تعیین تکلیف دائمی آن، اقدام قانونی لازم را معمول دارد».

## منابع و مأخذ

- امامی، محمد؛ استوار سنگری، کورش (۱۳۹۱)، *حقوق اداری*، تهران: میزان، چ پانزدهم، ج ۱.
- انصاری، ولی‌الله (۱۳۷۷)، *کلیات حقوق اداری*، تهران: میزان، چ دوم.
- ایمانی، عباس؛ قطمیری، امیررضا (۱۳۸۸)، *قانون اساسی در نظم حقوقی کنونی*، تهران: نامه‌ی هستی، چ اول.
- تقی‌زاده، جواد (۱۳۹۱-۱۳۹۲)، *مجموعه مقالات اساسی‌سازی حقوق*، جزوه‌ی درسی مقطع کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه مازندران، نیمسال دوم تحصیلی.
- دانش‌پژوه، مصطفی (۱۳۸۹)، *مقدمه‌ی علم حقوق با رویکرد به حقوق ایران و اسلام*، تهران: سمت، چ اول.
- سنجابی، کریم (۱۳۷۷)، *حقوق اداری ایران*، تهران: مهر آیین، چ سوم.
- صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلسه‌ی بیست‌ونهم تا چهل‌ویکم (۱۳۶۹)، تهران: اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، چ اول، ج ۳.
- طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۹۰)، *حقوق اداری*، تهران: سمت، چ شانزدهم.
- فاورو، لویی (۱۳۸۸)، *دادگاه‌های قانون اساسی*، ترجمه‌ی علی‌اکبر گرجی ازندریانی، تهران: میزان، چ اول.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، *کلیات حقوق*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چ سوم.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، *مقدمه‌ی علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چ پنجاه‌ویکم.
- مجموعه‌ی اساسی (۱۳۹۱)*، تهران: معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات معاونت حقوقی ریاست جمهوری، چ دوم.
- مجموعه نظریات شورای نگهبان تفسیری و مشورتی در خصوص اصول قانون اساسی ۱۳۵۹-۱۳۸۰* (۱۳۸۱)، تهران: مرکز تحقیقات شورای نگهبان، چ اول.
- مجموعه نظریات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۷-۱۳۷۱* (۱۳۸۵)، دوره‌ی سوم، تهران: دادگستر، چ اول.

- مجموعه نظریات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی (۱۳۸۲)، دوره‌ی ششم، سال دوم، تهران: مرکز تحقیقات شورای نگهبان- دادگستر، چ اول.
- مجموعه نظریات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی (۱۳۸۳)، دوره‌ی ششم، سال سوم، تهران: مرکز تحقیقات شورای نگهبان- دادگستر، چ اول.
- مدنی، سید جلال‌الدین (۱۳۷۴)، حقوق اساسی تطبیقی، تهران: گنج دانش، چ اول.
- مدنی، سید جلال‌الدین (۱۳۶۶)، حقوق اساسی در جمهوری اسلامی ایران، تهران: سروش، چ اول، ج ۴.
- مدنی، سید جلال‌الدین (۱۳۷۴)، مبانی و کلیات علم حقوق، تهران: همراه، چ سوم.
- مهرپور، حسین (۱۳۸۷)، مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: دادگستر، چ اول.
- هاشمی، سید محمد (۱۳۸۲)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: میزان، چ هفتم، ج ۲.



## حکومت اسلامی، معیار تشخیص و شاخصه‌های عملی

محمدجواد ارسطو<sup>۱\*</sup>، علی بهادری جهرمی<sup>۲\*\*</sup>

۱. استادیار دانشکده‌ی حقوق پردیس فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران  
۲. دانشجوی دکتری حقوق عمومی پردیس فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران

پذیرش: ۱۳۹۳/۲/۸

دریافت: ۱۳۹۲/۱۱/۱۵

### چکیده

حکومت اسلامی محوری‌ترین موضوع اندیشه سیاسی اسلام است که اسلام شناسان از مناظر گوناگونی به آن نگریسته‌اند. با وجود این، همچنان معیار واحد و روشنی به منظور تشخیص و قضاوت درباره‌ی اسلامی بودن یا نبودن یک حکومت وجود ندارد. از سوی دیگر، برای تشکیل حکومت اسلامی در عرصه‌ی عمل یا حرکت حکومت‌های موجود در جوامع اسلامی به سمت الگوی مطلوب خود، باید شاخصه‌هایی اجرایی از متن شریعت استخراج کرد تا راهگشای حکمرانان و مردم در تحقق عملی حکومت اسلامی باشند. این مقاله با هدف استخراج این معیار نظری و همچنین شاخصه‌های اجرایی و عملی آن، سعی کرده است با مراجعه به منابع اسلامی و بهره‌گیری از روش تحلیلی به این مهم دست یابد. در این زمینه به نظر می‌رسد حکومتی را می‌توان اسلامی نامید که در صدد اجرایی کردن تمامی ابعاد شریعت اسلام در سطح جامعه باشد؛ به تعبیر دیگر می‌توان از آن با عنوان اصل «حاکمیت شریعت» در حکومت اسلامی یاد کرد. تحقق عملی و واقعی حاکمیت شریعت نیز در گرو وجود سه شاخصه است: ۱- لزوم قانونگذاری منبعث یا در چارچوب شرع، ۲- مشروعیت حاکم و هیأت حاکمه؛ و در نهایت ۳- شیوه‌ی حکمرانی شرعی یا اسلامی.

**کلیدواژه‌ها:** حاکمیت الهی، حاکمیت شریعت، حکمرانی، حکومت اسلامی، مشروعیت.

\* E-mail: arasta@bou.ac.ir

\*\* E-mail: a.bahadori.j@gmail.com

\*\* نویسنده مسئول

## مقدمه

ضرورت تشکیل حکومت اسلامی امری است که غالب اسلام‌شناسان بر آن تأکید ویژه‌ای دارند. از سوی دیگر، کثرت جوامع اسلامی نیز اهمیت موضوع حکومت اسلامی به عنوان ساختارهایی که امور عمومی و سیاسی این جوامع را ساماندهی و مدیریت می‌کنند، دو چندان می‌سازد.

اما حرکت به سمت تشکیل حکومت‌های اسلامی یا حتی بازشناسی حکومت‌های اسلامی از غیر اسلامی، مستلزم وجود معیارهایی به منظور تمایز این دو از یکدیگر است. معیار اسلامی بودن یک حکومت، باید با توجه به مفهوم و جایگاه حکومت مشخص شود و از سوی دیگر مستخرج از اندیشه اسلامی باشد. پس از روشن شدن معیار اسلامی بودن حکومت‌ها می‌توان در خصوص حکومت‌های مختلف و وضعیت آنها نسبت به دین اسلام تحلیل‌هایی را ارائه کرد تا بتوان در مراحل بعدی در مورد سایر موضوعات مرتبط با مسئله‌ی حکومت در اسلام، همچون وظیفه‌ی مردم در قبال حکومت‌های اسلامی یا غیراسلامی، ماهیت دستورها و فرمان‌های حکومتی و موضوعاتی از این دست اظهار نظر کرد.

باید توجه داشت تحقق عملی حکومت اسلامی و سنجش میزان تطابق حکومت‌ها با آنچه اسلام از یک حکومت مدنظر یا انتظار داشته، در گرو استخراج شاخصه‌هایی عینی و عملی از معیاری است که ملاک اسلامی یا غیراسلامی دانستن یک حکومت به شمار می‌رود. این شاخصه‌ها با توجه به معیار استخراج شده و از متن منابع دینی قابل استخراج‌اند و تکلیف حکومت‌ها و همچنین مردم مسلمان را با وضوح بیشتری نمودار می‌سازند.

این مقاله در صدد پاسخگویی به این پرسش است که چه حکومتی را می‌توان اسلامی دانست و معیار یا ضابطه‌ی اسلامی بودن یک حکومت چیست؟ در مرحله‌ی بعد و با اتکا به این معیار، گام دوم ارائه‌ی شاخصه‌هایی اجرایی و عینی به منظور نمودار ساختن روش تحقق حکومت اسلامی در عرصه‌ی عمل خواهد بود. بدین منظور از روش تحقیقات کتابخانه‌ای استفاده و سعی شده است با مراجعه به آثار و نظرهای اسلام‌شناسان، دیدگاه‌های ایشان در مورد موضوعات مقاله استخراج و از منظر حقوقی تحلیل شود.

در این مقاله نخست مفهوم حکومت و سپس با تبیین مفهوم اسلام به منزله‌ی فصل ممیز حکومت اسلامی از سایر انواع حکومت، مفهوم و وجه تمایز حکومت اسلامی از دیگر حکومت‌های موجود تبیین می‌شود. در ادامه با تبیین محتوا و مبانی حکومت اسلامی، باید ماهیت این حکومت و محتوای آن روشن شود تا مشخص گردد لازمه‌ی اسلامی دانستن یک حکومت چیست. در مرحله‌ی آخر به منظور روشن شدن نحوه‌ی اعمال حکومت اسلامی و نمودار ساختن

شاخصه‌های اجرایی آن برای حکام و فرمانبرداران، شاخصه‌هایی از متن منابع دینی استخراج می‌شود تا روشن گردد در عرصه‌ی عمل چگونه یک حکومت اسلامی می‌تواند تحقق پیدا کند یا حرکت آن باید در چارچوب چه ضوابطی باشد یا در راستای چه شاخصه‌هایی طراحی شود. وجود معیاری مشخص به‌منظور تشخیص حکومت‌های اسلامی از غیراسلامی امری ضروری است که می‌تواند ضابطه‌ای در اختیار محققان و اندیشمندان قرار دهد تا امکان تمییز این حکومت‌ها را از یکدیگر داشته باشند. از سوی دیگر ارائه‌ی شاخصه‌های اجرایی و عینی حکومت اسلامی که ناظر بر جنبه‌ی عملی و تحقق‌یافته‌ی حکومت است، بهترین راهنما برای مردم و حاکمان کشورها و ملت‌های مسلمان در راستای تشکیل، اصلاح و تعالی حکومت‌های اسلامی خواهد بود. در این راستا هرچند آثار و کتاب‌های متعددی به موضوع حکومت اسلامی، تعریف، بایسته‌ها و ابعاد مختلف آن پرداخته‌اند، اما نوآوری این مقاله نسبت به سایر پژوهش‌های علمی در این زمینه استخراج این معیار نظری و همچنین شاخصه‌های اجرایی آن از آرای فقها و ارائه‌ی روشن و منسجم آنهاست.

## ۱. چارچوب مفهومی

پیش از تحلیل اندیشه‌ی سیاسی اسلامی به‌منظور استخراج معیار اسلامی بودن حکومت‌ها و شاخصه‌های اجرایی آن در عرصه‌ی عمل، آشنایی با مفاهیم پایه‌ای بحث ضروری است. این امر در سه محور آشنایی با مفهوم حکومت، اسلام و در نتیجه تعریفی اجمالی و اولیه از مفهوم حکومت اسلامی ارائه می‌شود.

### ۱-۱. مفهوم حکومت

واژه‌ی حکومت از ماده‌ی «حکم» گرفته شده که در زبان عربی در مفاهیم منع و بازداشتن جهت اصلاح (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۲۴۸)، جلوگیری از ظلم و ستم ظالم (ابن‌منظور، ۱۴۱۴، ج ۱۲: ۱۴۱) و کار محکم و استوار (مهیار، ۱۴۱۰، ج ۲: ۲۱) به کار رفته است. برای روشن شدن مفهوم حکومت در نگاه حقوق عمومی باید جایگاه این مفهوم در میان سایر مفاهیم حقوق عمومی روشن شود. در این راستا باید گفت، به عرصه‌ی ظهور رسیدن دولت-کشور یا همان جامعه‌ی سازمان‌یافته‌ی سیاسی که از سایر جوامع قابل بازشناسی باشد، نیازمند وجود سه عنصر سرزمین، ملت و قدرت سازمان‌یافته‌ی سیاسی است (قاضی، ۱۳۸۵: ۵۴-۵۶). به بیان دیگر دولت-کشور مجموعه‌ای از گروه‌های انسانی است که در حیطه‌ی جغرافیایی مشخص جامعه‌ای سیاسی تشکیل دهند و قدرتی برتر بر همه‌ی افراد آن حاکم باشد و در آن حفظ نظم عمومی را سازمانی مجهز به اقتدار اجتماعی بر عهده داشته باشد (قاضی، ۱۳۸۳: ۱۹۳).

موجودیت عینی این سازمان مجهز به اقتدار اجتماعی را حکومت گویند (قاضی، ۱۳۸۵: ۶۴). حکومت کردن در معنای موسع خود به مفهوم فرمانروایی یا کنترل دیگران است که بر این اساس حکومت شامل هر سازکاری است که به وسیله‌ی آن فرمانروایی محقق می‌شود. این سازکار به‌طور معمول در نهادهای گوناگون اجتماعی مانند خانواده، مدرسه و شرکت‌ها ملاحظه می‌شود، اما حکومت در مفهوم سیاسی خود به فرایند رسمی و نهادینه‌ای اشاره دارد که در سطح ملی عهده‌دار حفظ نظم و تسهیل اقدامات جمعی است و کارکرد اصلی آن در سه حوزه‌ی تقنین، اجرا و قضا قابل مطالعه است (هیوود، ۱۳۸۷: ۳۰-۳۱). حکومت در این نگاه، ساختار ابزاری دولت است که از مجموعه‌ی مقامات، سازمان‌ها، نهادها و تشکیلات گوناگون تشکیل می‌شود و قدرت برتر سیاسی که مافوق آن قدرتی موجود نیست به‌وسیله‌ی آن اعمال می‌گردد (هاشمی، ۱۳۹۰: ۱۰۱-۱۰۲؛ وفادار، ۱۳۸۲: ۲۴۱).

بنابراین نهاد، مقام و تشکیلاتی که در راستای تحقق حاکمیت سیاسی در نظام اجتماعی ایجاد می‌شود و به‌دنبال حفظ نظم عمومی و جلوگیری از هرج و مرج سیاسی است، حکومت نام می‌گیرد و یا حکومت مجموعه‌ی علل و عواملی است که به اعمال قدرت برتر سیاسی اقدام می‌کند. (پروین-اصلانی، ۱۳۹۱: ۱۲۷).<sup>(۱)</sup> این تشکیلات دارای نهادهای سیاسی مانند قوه‌ی مقننه، قوه‌ی قضائیه و قوه‌ی مجریه است و دولت از طریق این نهادها اعمال حاکمیت می‌کند (عمید زنجانی، ۱۴۲۱، ج ۱: ۷۲).

در مقام جمع‌بندی تعاریف، می‌توان گفت حکومت مجموعه‌ی ساختارها و نهادهایی است که در یک کشور اعمال حاکمیت می‌کنند.

## ۱-۲. مفهوم حاکمیت

همان‌گونه‌که ملاحظه شد حاکمیت عنصر اصلی و تأثیرگذار در تبیین مفهوم حکومت و تمایز میان حکومت‌های مختلف است، چراکه ویژگی اصلی حکومت، اعمال‌کننده بودن حاکمیت است. از این‌رو تبیین دقیق‌تر وجه ممیز حکومت اسلامی از سایر انواع حکومت‌ها منوط به ارائه‌ی درک درستی از حاکمیت به‌عنوان محتوا و درون‌مایه‌ی حکومت است.

مقصود از حاکمیت همان قدرت برتر و والاتری است که هیچ قدرت قانونی دیگری بر آن برتری ندارد (عمید زنجانی، ۱۴۲۱، ج ۱: ۷۳) و گفته می‌شود اصل قدرت و یا قدرت نامحدود است (هیوود، ۱۳۸۷: ۵۵). این قدرت بر مبنای دو عامل اجبار و اعتقاد استوار می‌شود. اجبار مجموعه عوامل بیرونی است که فرد را به تبعیت از اجتماع و ادار می‌کند که تبلیغات سیاسی، اجبار فیزیکی و اقتصادی و حزبی از جمله نمونه‌های آن محسوب می‌شود. در مقابل، گاهی

اعتقاد به مشروعیت قدرت سیاسی به اطاعت مردم و پذیرش اوامر و نواهی حکومت منجر می‌شود که این امر نیازمند پذیرش نظریه‌ی حاکم بر قدرت سیاسی است (قاضی، ۱۳۸۵: ۶۵-۷۰). اما مرکز تولید و منشأ اقتدار یا مشروعیت این قدرت برتر چیست؟ آیا همه‌ی جوامع این قدرت را از منشأ واحدی می‌دانند یا برای آن ریشه‌های متعددی ذکر می‌کنند؟ مردم چرا از این قدرت برتر تبعیت می‌کنند؟ و علل تحمیل حاکمیت چیست؟

پاسخگویی به پرسش‌های مذکور علاوه بر آشکار کردن منشأ حاکمیت که عامل اعتقاد مردم به مشروعیت حکومت‌هاست، محتوا و ساختار حکومت را نیز بیان می‌دارد؛ چراکه پذیرش هر یک از مبانی حاکمیت، شیوه‌ی خاصی از حکومت و شیوه‌ی اجرایی شدن آن را اقتضا می‌کند.

### ۱-۳. مفهوم اسلام

همان‌گونه که پیش از این نیز بیان گردید قید «اسلامی» فصل ممیز بین حکومت‌های اسلامی و غیراسلامی تلقی می‌شود.

اسلام در لغت از ریشه‌ی «س ل م» به معنای صحت، عافیت و در مقابل خصومت است (مصطفوی، ۱۳۶۸، ج ۵: ۱۸۸) و در باب افعال در معنای انقیاد (موسی، بی‌تا، ج ۲: ۱۲۵۸)، طاعت و بندگی، فرمانبرداری و تسلیم شدن به کار رفته است. در ادبیات فارسی نیز اسلام در مفاهیم گردن نهادن، اسلام آوردن (دهخدا، ۱۳۷۳: اسلام)، تسلیم شدن، فرمان بردن (معین، ۱۳۸۸: اسلام)، داخل شدن در صلح و آشتی و پذیرفتن دین اسلام (عمید، ۱۳۸۹: اسلام) استعمال شده است.

اصطلاح اسلام که به آیین و شریعت آسمانی یا دین آسمانی خاصی اطلاق می‌شود،<sup>(۲)</sup> (هاشمی شاهرودی و دیگران، ۱۴۲۶، ج ۱: ۴۸۲)، در دو معنای عام و خاص قابل مطالعه است. منظور از اسلام در معنای عام همه‌ی شریعت‌های الهی را در بر می‌گیرد.<sup>(۳)</sup> اما اسلام در مفهوم خاص، به کامل‌ترین آموزه‌های الهی برای سعادت ابنای بشر گفته می‌شود که توسط خداوند متعال و از طریق پیامبر اکرم، حضرت محمد (ص) به مردم ابلاغ شده است؛ به بیان دیگر اسلام دین یگانه نزد خداوند و مجموعه‌ی دستورهایی است که از طرف حضرت حق و به وسیله پیامبر خاتم به انسان رسیده است، هر کس غیر از آن را انتخاب کند از او پذیرفته نخواهد شد و هر کس به طریقی غیر از طریق اسلام عمل کند، در سرای آخرت زیانکار خواهد بود (مظفر، ۱۳۸۷: ۵۶).

در مقام جمع بین تعریف عام و خاص از اسلام می‌توان گفت که اسلام نام دین خداست که یگانه است و همه‌ی پیامبران نیز بر این دین مبعوث شده‌اند، در حالی که صورت جامع و

کامل دین خدا توسط خاتم پیامبران حضرت محمد بن عبدالله (ص) به انسان‌ها ابلاغ گردید و از این مسیر جریان نبوت خاتمه یافت (مطهری، بی تا، ج ۲: ۲۲۶).

آموزه‌های دین اسلام که تحت عنوان شریعت از آنها یاد می‌شود،<sup>(۴)</sup> عقیده و کرداری است که خداوند برای تنظیم زندگی انسان مقرر فرموده و مردم مکلف به عمل به آن هستند (قرشی، ۱۴۱۲، ج ۴: ۱۵). و آن را شامل عقاید، اخلاق و احکام دانسته‌اند (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۴۵۰-۴۵۱).<sup>(۵)</sup>

برنامه‌های اعتقادی اسلام که از آنها به «اصول دین» تعبیر می‌گردد، با سالم‌سازی افکار و اعتقادات انسان در ارتباط است و انسان موظف است این امور را با دلیل بپذیرد و به آنها یقین داشته باشد. دسته‌ی دوم دستورهای عملی دین است که «فروع دین» یا «احکام» نامیده می‌شود. این برنامه‌های عملی وظیفه‌ی انسان را نسبت به اموری که موظف به انجام و یا ترک آن است روشن می‌کند. دسته‌ی سوم شامل مسائل روانی و رفتاری می‌گردد که «اخلاق» نام دارد و علم اخلاق عهده‌دار بیان آن است. علم اخلاق نیز علمی است که صفات نفسانی خوب و بد و اعمال و رفتارهای اختیاری متناسب با آنها را معرفی می‌کند و شیوه‌ی تحصیل صفات نفسانی خوب و انجام اعمال پسندیده و دوری از صفات نفسانی بد و اعمال ناپسند را نشان می‌دهد (نراقی، ۱۳۷۷: ۳۲). شایان ذکر است که بنابر اندیشه‌ی اسلامی، عمل به مجموعه دستورهای وارده در شریعت موجب سعادت انسان می‌گردد و لازمه‌ی تحقق کامل اهداف دین اسلام عمل به همه‌ی اوامر رسیده از ناحیه‌ی باری تعالی و ترک تمام نواهی است. در تبیین این عبارت باید گفت که همه‌ی برنامه‌های الهی حافظ منافع مادی و معنوی انسان است؛ این در حالی است که در ظاهر برخی از این دستورها با امیال و خواسته‌های انسان مطابقت ندارد، اما از آنجا که همه‌ی الزامات شرعی اعم از عقیدتی، اخلاقی و فقهی (به معنای خاص آن) از ناحیه‌ی خداوند متعال می‌باشد، هیچ‌گونه تجزیه و تقسیمی در آن امکان‌پذیر نیست و همه‌ی آنها الزام آورند (مکارم شیرازی و دیگران، ۱۳۷۴، ج ۱۱: ۱۳۷-۱۳۸). این امر در آیات قرآن کریم نیز تصریح شده است (قرائتی، ۱۳۸۳، ج ۶: ۳۵۶، و ج ۱: ۱۵۴).

## ۲. معیار اسلامی بودن حکومت

پس از آشکار شدن مفهوم واژه‌های «حکومت»، «حاکمیت» و «اسلام» می‌توان گفت حکومت اسلامی ساختارهایی برای اعمال حاکمیت مورد نظر دین اسلام است. به بیان دقیق‌تر حکومت که ساختارهایی است که از طریق آن اعمال حاکمیت سیاسی انجام می‌گیرد، هنگامی اسلامی خواهد بود که در آن حاکمیت سیاسی مورد نظر اسلام اعمال شود.

بنابراین معیار تشخیص حکومت اسلامی از غیراسلامی در گرو تحلیل حاکمیت از منظر

اسلام خواهد بود و تنها حکومتی را می‌توان اسلامی دانست که حاکمیت در آن متعلق به صاحب اصلی حاکمیت از منظر اسلام باشد.

## ۲-۱. حاکمیت الهی ضرورت اسلامی بودن حکومت

به منظور مطالعه‌ی ریشه‌ی قدرت برتر در حکومت اسلامی، باید به مباحث حوزه‌ی اعتقادی اسلام مراجعه نمود؛ چراکه موضوع مبنای حاکمیت و صاحب آن در بخش اعتقادات طرح شده و از جمله لوازم اعتقاد به دین اسلام تلقی می‌گردند. با مراجعه به مبانی کلامی ناظر به مباحث اعتقادی دین اسلام، مشخص می‌گردد که حاکمیت در حکومت اسلامی اختصاص به خداوند متعال دارد و ریشه قدرت برتر در این حکومت در اراده‌ی باری تعالی نهفته است و این حق انحصاری تنها متعلق به اوست.

ریشه‌ی حاکمیت الهی را می‌توان در شئون مختلف جنبه‌های اعتقاد مسلمانان به توحید از جمله توحید ذاتی، توحید در ربوبیت، توحید در خالقیت و توحید در عبادات جست‌وجو کرد که در نهایت به توحید در حاکمیت منجر می‌شود (کعبی، ۱۳۹۲: ۷-۸). براساس توحید ذاتی، خداوند یکی است و هیچ مانندی برای او تصور نمی‌گردد. بر همین اساس هر فعل و حرکتی در جهان از سوی او رخ می‌دهد و هیچ چیز بدون اذن او دارای اثر نیست و همه‌ی اسباب به اراده‌ی او مؤثر است (توحید افعالی) (مطهری، بی‌تا، ج ۲: ۱۰۳). از این رو تدبیر عالم هستی اعم از انسان و جهان در اختیار اوست؛ به عبارت دیگر هنگامی که خداوند آفریدگار هستی است، مدیر و تدبیر کننده امور آن نیز هست. بنابراین از آنجا که خلقت، آثار افعال و تدبیر عالم هستی در اختیار خداوند یکتاست، حاکمیت نیز منحصرأ برای اوست.

به بیان دیگر از آنجا که حاکمیت منفک از تصرف در نفوس و اموال و ایجاد محدودیت برای افراد نیست، این امور تنها در حیطه‌ی اختیارات کسی است که بر دیگران ولایت و سلطنت دارد و هر تصرفی غیر از تصرف او تصرف باطل محسوب می‌شود. از آنجا که حق ولایت، تدبیر و سلطنت تنها در انحصار وجود باری تعالی است، ذاتاً حق حاکمیت نیز برای اوست و غیر از او هیچ موجودی از چنین اختیاری بهره‌مند نیست (رضوانی، ۱۳۸۴، ج ۱: ۴۲۲).

در تفکر اسلامی حق سلطه‌ی مطلقه و حاکمیت بر همه‌ی موجودات انحصاراً در اختیار خداوند متعال است و تنها اوست که می‌تواند در تمام شئون مخلوقات تصرف کند چراکه به مصالح دنیا و آخرت آنان آگاه است و براساس حکمت خویش جز به صلاح موجودات حکم نمی‌کند. از این رو بر انسان واجب است تا در تمام زندگی خویش در برابر این قدرت لایزال سر تسلیم فرود آورد<sup>(۶)</sup> (منتظری، ۱۴۰۹، ج ۱: ۱۱۲).

بر همین اساس خداوند متعال در آیات گوناگونی از قرآن کریم با اشاره به این حقیقت، انحصار حاکمیت را متعلق به خویش می‌داند.<sup>(۷)</sup> علاوه بر این، به دو دلیل عقلی و وجوب اطاعت از منعم و همچنین پیروی از راهنمایی‌های خیرخواه نیز جهت اطاعت و پیروی از حاکمیت الهی استناد شده است. (منتظری، ۱۴۰۹، ج ۱: ۱۱۴)

در نتیجه می‌توان گفت با تکیه بر مبانی اعتقادی دین اسلام، آیات قرآن کریم و مستند به ادله‌ی عقلی ذکر شده، حاکمیت در حکومت اسلامی منحصرأ در اختیار خداوند متعال قرار دارد و این امر معیار اصلی تمایز میان حکومت‌های اسلامی و غیراسلامی به شمار می‌رود. به بیان دیگر مجموعه نهادها و ساختارهایی را که به دنبال تحقق حاکمیت الهی در جامعه هستند می‌توان حکومت اسلامی نامید. در حالی که سایر حکومت‌ها قدرت برتر را از آن دیگران از جمله مردم یا شخص پادشاه می‌دانند و به دنبال تحقق خواسته‌های آنان هستند. در نتیجه حکومتی اسلامی است که در صدد تحقق حاکمیت الهی باشد و به تبع، محتوا، ساختار و روش اعمال این حکومت نیز باید متناسب با این حاکمیت شکل گیرد تا در عمل نیز حکومت ملتزم به اعمال حاکمیت الهی باشد.

## ۲-۲. حاکمیت شریعت، طریقه اعمال حاکمیت الهی و معیار اسلامی بودن حکومت

پس از آنکه روشن شد حاکمیت در حکومت اسلامی متعلق به خداوند متعال است این سؤال در ذهن ایجاد می‌شود که طریقه‌ی اعمال حاکمیت الهی چگونه است؟ چراکه صرف اعتقاد به تعلق حاکمیت به خداوند متعال برای تحقق حکومت اسلامی کافی نیست و باید سازکارهایی به منظور اعمال این حاکمیت وجود داشته باشد. از سوی دیگر از آنجا که ذات الهی اقتضای جسمانیت ندارد و جسم بودن از صفات سلبی او به شمار می‌آید، باید دید حاکمیت او چگونه در جامعه محقق می‌گردد؟

توضیح آنکه بر خلاف تعداد اندکی از مسلمانان مانند خوارج که در اثر نگرش سطحی به دین، اعمال حاکمیت را نیز مخصوص خداوند متعال می‌دانستند،<sup>(۸)</sup> سایر فرق اسلامی بر این نکته متفق‌اند که حاکمیت الهی از طریقی غیر از اراده‌ی تکوینی او محقق می‌گردد. اما طریقه‌ی اعمال این حاکمیت چیست؟ آیا او حاکمیت خویش را به انسان تفویض کرده و خود صحنه‌ی این جهان را ترک گفته است؟ آیا قدرت برتر فرمانروایی الهی به شخص یا گروه خاصی تعلق دارد که در خلقت از دیگران برتر و بالاترند؟ یا راه و روش و شیوه‌ای به منظور اعمال این حاکمیت ارائه شده است؟

در این زمینه می‌توان گفت حاکمیت شریعت و اجرای آن طریقه و راهکار اعمال حاکمیت الهی در حکومت اسلامی است. همانگونه که پیشتر بیان شد، شریعت مجموعه‌ای از احکام،



مقررات و قواعد شرعی است که خداوند متعال برای بندگان خود تشریح کرده و توسط پیامبر خاتم به مردم ابلاغ نموده و این مجموعه‌ی نظام‌مند عهده‌دار هدایت تمام جوانب و زوایای زندگی انسان است.

شریعت الهی یک هدف دارد و آن رساندن انسان و اجتماع به کمال واقعی او و یا به تعبیری سعادت دنیا و آخرت است. از طرف دیگر همان‌گونه‌که بیان شد حکومت اسلامی نیز حکومتی است که حاکمیت در آن متعلق به خداوند بوده و از این‌رو تحقق آن منوط به اجرای اوامر و فرامین الهی است. در نتیجه می‌توان گفت که لازمه‌ی تحقق حکومت اسلامی اجرای شریعت یا همان حاکمیت شریعت به‌عنوان دستورهای صادرشده از سوی خداوند متعال است. بنابراین طریقه‌ی اعمال حاکمیت الهی یا لازمه‌ی تحقق عنوان اسلامی بر یک حکومت، ابتدای حکومت بر اصل اساسی حاکمیت شریعت است. شایان ذکر است همان‌گونه‌که پیشتر نیز گفتیم، شریعت مجموعه‌ای نظام‌مند و دارای ابعاد مشخص می‌باشد که تار و پود آن به هم پیچیده است و دستیابی به اهداف آن و تحقق کامل آن منوط به اجرای کامل همه‌ی ابعاد شریعت اعم از اعتقادات و مقررات اخلاقی و احکام فقهی به معنای خاص آن است (سعیدی شاهرودی، ۱۳۸۸: ۱۹). از این‌رو تنها راه دستیابی به اهداف حکومت اسلامی و تحقق حاکمیت الهی در جامعه، اجرایی کردن حاکمیت شریعت در ابعاد مختلف آن است. شریعتی که از دعوت به توحید آغاز گردید و قوانین خود را بر مبنای آن پایه‌گذاری نمود و علاوه بر قوانین عبادی و غیرعبادی، معارف و اخلاق را نیز بر آن افزود (طباطبایی، ۱۳۷۴، ج ۴: ۱۴۰-۱۸۰).

بر این مبنا می‌توان ادعا نمود حکومتی که مبتنی بر حاکمیت خدا نباشد و رسالت خود را اجرای شریعت الهی در جامعه نداند، حکومت اسلامی محسوب نمی‌گردد (فضلی، ۱۳۸۰: ۸۰)، هرچند به‌دنبال توجیه الهی و شرعی بودن قدرت خویش باشد. به تعبیر دقیق‌تر اختلاف اساسی حکومت‌های اسلامی با حکومت‌های غیراسلامی اعم از دموکراتیک و استبدادی در آن است که در این نوع حکومت‌ها حاکمی که منتخب مردم است یا براساس روش‌های دیگری مانند پذیرش نظریه‌ی وراثت به حکومت دست یافته است، براساس خواست خویش یا در نهایت بنابر خواست و امیال گروه‌های انسانی بر اموال و جان‌های مردم تصرف می‌نماید، درحالی‌که در حکومت اسلامی همه‌ی مردم اعم از فرمانروایان و فرمان‌بران باید خود را مقید به مجموعه‌ی احکام، اخلاق و اعتقادات یا همان شریعت الهی بدانند و از این نظر حکومت اسلامی حکومت شریعت اسلام بر مردم است (خمینی، ۱۴۲۳: ۴۳).

در مقام تحلیل، حکومتی را می‌توان حکومت اسلامی به‌شمار آورد که مبتنی بر شریعت اسلام باشد و هدف خود را تحقق شریعت اسلامی در تمامی ابعاد آن معرفی کرده باشد.

### ۳. شاخصه‌های عملی تحقق حاکمیت شریعت

اما صرف صدق عنوان «اسلامی» بر یک حکومت، به معنای مطلوب بودن آن نیست و اجرای دستورهای اسلامی در عرصه‌های مختلف اجتماعی نیازمند وجود ساختارها و شاخصه‌هایی عینی در حکومت برای پیاده شدن شریعت اسلام در عمل خواهد بود. چراکه بدون روشن کردن شاخصه‌های عملی و عینی حکومت مدنظر اسلام، صرف بیان لزوم حرکت در مسیر شریعت، هرچند در مقام نظر می‌تواند راهگشای محققان در تفکیک حکومت‌های اسلامی از غیراسلامی باشد، اما در مرحله‌ی عمل و تشکیل یا اداره‌ی حکومت اسلامی، نمی‌تواند ابعاد و اجزای حکومت مطلوب را به‌روشنی نمودار سازد و تضمین‌کننده‌ی تحقق واقعی شریعت در سطح حکومتی باشد. از این‌رو نیازمند به استخراج شاخصه‌هایی عینی‌تر خواهیم بود که در مقام اجرا قابل تشخیص و اجرا بوده و حاکمیت عملی شریعت را تضمین کند.

در این خصوص، مطالعه‌ی مجموعه تعلیمات اسلامی بیانگر این موضوع است که خود شریعت اسلامی برای تشکیل حکومت اسلامی یا اجرایی شدن شریعت در عرصه‌ی حکومتی شاخصه‌هایی را بیان کرده است که در زیر به تبیین آنها خواهیم پرداخت.

#### ۳-۱. در چارچوب شرع بودن قانون، اولین شاخصه‌ی حاکمیت شریعت

انسان موجودی مدنی بالطبع است و نمی‌تواند نیازهای روزمره‌ی خویش را بدون تعامل با دیگران در عرصه‌ی اجتماعی برطرف کند. او برای تأمین نیازهای اولیه‌ی خویش مانند خوراک، پوشاک، مسکن، دفاع و حفاظت از خویشتن نیازمند همراهی و مساعدت دیگران است. این نیازمندی مستلزم برقراری ارتباط و همکاری میان افراد خواهد بود (صالحی، ۱۳۹۰: ۹۹).

انسان‌ها برای تنظیم این ارتباط و تضمین دوام زندگی اجتماعی خویش نیازمند دستورالعمل‌ها یا قوانینی هستند که نقش تنظیم‌کننده را ایفا می‌کند و میزان بهره‌مندی هر کس را براساس استحقاق او روشن می‌نماید. بدون قانون، تحقق نظم در زندگی اجتماعی غیرممکن به نظر می‌رسد (جوادی آملی، ۱۳۹۰: ۵۱).

براساس عقاید اسلامی، تنها مرجعی که حق وضع قانون را دارد خداوند متعال است و هر قانونی که از طریق وی صادر نشده باشد، باطل و غیر قابل استناد است. بنابراین قانون حقیقی در حکومت اسلامی امر خدای متعال می‌باشد (جوادی آملی، ۱۳۸۷: ۲۱-۲۲). این امر مکرر در قرآن کریم و روایات اهل بیت مورد استناد قرار گرفته است (مؤمن قمی، ۱۳۸۷: ۶۱-۶۶؛ خمینی، ۱۴۲۳: ۴۴). به‌عبارت دقیق‌تر خداوند متعال در آیات قرآن کریم انحصار قانونگذاری را در اختیار خویش می‌داند.<sup>(۹)</sup>

بنابراین شریعت اسلام اقتضا می‌کند که در حکومت اسلامی قوانین الهی اجرا شود و اگر کسانی نیز به دلایل مختلف معتقد به لزوم قانونگذاری بشری به‌منظور برنامه‌ریزی برای اجرای قانون یا قاعده‌گذاری در موضوعاتی که خداوند متعال برای آنها قانونی وضع نکرده است یا دلایلی از این دست باشند، این قانونگذاری یا برنامه‌ریزی برای اداره‌ی جامعه نیز یا باید صرف بیان قوانین الهی باشد یا دست‌کم این قوانین در چارچوب قوانین الهی ارائه شده و آنها را نقض نکنند، چراکه همه‌ی افراد حتی رسول اکرم (ص) نیز تابع قانونی هستند که توسط خداوند متعال ارسال شده است<sup>(۱۰)</sup> (خمینی، ۱۴۲۳: ۴۵).

حکومتی را که در آن قانون الهی حاکم نباشد یا قوانینی بر خلاف اراده‌ی الهی در آن اجرا شود، نمی‌توان حکومت اسلامی تلقی نمود، چراکه لازمه‌ی ابتدای حکومت بر شریعت اسلام اجرای قوانین شریعت در سطح جامعه خواهد بود.

### ۲-۳. مشروع یا الهی بودن حاکم دومین شاخصه‌ی حاکمیت شریعت

یکی دیگر از شاخصه‌های تحقق شریعت الهی در حکومت اسلامی وجود حاکم صالح در رأس قدرت سیاسی است و فقها اصلی‌ترین رکن مشروعیت‌بخش به یک نظام اسلامی را مشروعیت والی یا حاکم آن دانسته‌اند (سبحانی تبریزی، ۱۳۷۰: ۱۶۹).<sup>(۱۱)</sup>

در تبیین این موضوع باید گفت براساس اندیشه‌ی سیاسی اسلامی اصل اولیه و اساسی در زمینه‌ی اعمال حاکمیت و سلطه‌ی افراد بر یکدیگر اصل عدم ولایت است.<sup>(۱۲)</sup> براساس این اصل همه‌ی انسان‌ها با یکدیگر برابرند و هیچ‌کس بر دیگری حق هیچ‌گونه سلطه و اعمال قدرتی ندارد (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۵۵۶). علت این امر آن است که اولاً حاکمیت مختص ذات باری تعالی است و نمی‌توان ادعا کرد کسی غیر از خدا دارای حاکمیت باشد؛ ثانیاً خداوند انسان را موجودی مختار و آزاد آفریده است تا هر کسی بتواند سرنوشت خود را تعیین نماید. با توجه به مقدمات مذکور هیچ‌کس حق دخالت در هیچ یک از شئون زندگی دیگران را ندارد (خمینی، ۱۴۱۵، ج ۲: ۱۶۰). بنابراین در جریان ولایت اصل بر عدم ولایت است و غیر از خداوند متعال کسی بر دیگری ولایتی ندارد (جوادی آملی، ۱۳۹۱: ۱۴۹).

در نتیجه تنها کسی که می‌تواند فرد یا عده‌ای را از حکم کلی عدم ولایت خارج نموده و برای آنان حق حکمرانی قرار دهد خداوند متعال است (خمینی، ۱۴۲۳: ۲۶). در حقیقت خداوند متعال براساس حکمت و تدبیر خود در هدایت انسان به مسیر سعادت، گروه‌هایی را از این اصل کلی خارج کرده و به آنها حق اعمال حاکمیت در چارچوب شریعت اعطا کرده و تولی اجرای شریعت الهی را به عهده‌ی آنان سپرده است.

شایان ذکر است که مقصود از ولایت در این عبارت، همان تصدی اداره‌ی امور حکومت و

احکام الهی یا همان ولایت تشریحی در چارچوب احکام شرعی است که خداوند برای اداره‌ی شئون اجتماعی و سرپرستی امت اسلامی گروه‌هایی را مأمور به اداره‌ی امور می‌نماید (طاهری، ۱۳۸۱: ۲۹۴). پیامبران الهی اولین گروهی هستند که حق ولایت به آنها تفویض گردیده که آیات و روایات فراوانی مؤید این معناست (جوان آراسته، ۱۳۸۸: ۹۹-۱۰۴). از منظر امامیه، دسته‌ی دوم امامان معصوم هستند که با استناد به آیات قرآن کریم و روایات وارده در این زمینه علاوه بر پیشوایی دینی، رهبری سیاسی و اجتماعی امت را بر عهده دارند و همه‌ی شئون پیامبر اعظم (ص) (غیر از شأن دریافت و ابلاغ وحی) از جمله شأن حاکمیت سیاسی ایشان به ائمه‌ی معصومین (ع) واگذار گردیده و آن بزرگواران نیز از اصل عدم ولایت خارج شده‌اند (جوان آراسته، ۱۳۸۸: ۱۰۶-۱۱۱).<sup>(۱۳)</sup> بر این مبنا مشروعیت حاکمیت سیاسی و ولایت الهی در عصر حضور پیامبر و امام معصوم تنها در اختیار آنان است. (منتظری، ۱۴۰۹، ج ۱: ۱۱۷-۱۸۳) در دوره‌ی غیبت امام معصوم نیز اصل عدم ولایت همچنان به قوت خود باقی است و هیچ‌کس حق اعمال ولایت بر دیگری را ندارد، مگر آنکه شخصی با دلیل شرعی از تحت این اصل خارج شده باشد. در این خصوص غالب فقهای امامیه معتقدند بررسی دلایل عقلی و نقلی بیانگر آن است که بنابر اراده و تدبیر خداوند متعال فقهای جامع‌الشرایط در دوره‌ی غیبت امام معصوم (ع) وظیفه زعامت امت اسلامی را بر عهده دارند و استثنایی بر اصل عدم ولایت می‌باشند (جوادی آملی، ۱۳۹۱: ۱۴۷-۲۰۳).<sup>(۱۴)</sup> مطابق نظر ایشان اداره‌ی امور حکومت و اعمال حاکمیت نظام اسلامی در دوره‌ی غیبت به دلایل مختلف عقلی و نقلی به فقیه جامع‌الشرایط واگذار گردیده است (خامنه‌ی، ۱۴۲۳: ۱۰-۲۵).

شایان ذکر است حتی بر اساس اندیشه‌ی اهل سنت یا اندیشه‌ی سایر فقهای امامیه نیز که معتقد به ولایت مطلقه‌ی فقیه در عصر غیبت نیستند، لزوم مشروعیت حاکم و صدور جواز تصدی این سمت برای وی از سوی خداوند متعال، امری ضروری و از لوازم حاکمیت مطلق خداوند است که پیشتر به آن اشاره شد.<sup>(۱۵)</sup> معتقدان به ولایت فقیه نیز در فرض عدم دسترسی به فقیه جامع‌الشرایط یا عدم امکان تصدی حکومت از سوی وی، مؤمنین عادل (و یا در فرض عدم وجود مؤمن عادل، مؤمن غیر عادل) را مجاز به تصدی حکومت دانسته و در حقیقت مجدداً بر لزوم صلاحیت صاحب حکومت از سوی خداوند متعال، حتی در فرض عدم وجود یا عدم دسترسی به فقیه جامع‌الشرایط تأکید کرده‌اند (خامنه‌ی، ۱۴۲۱، ج ۲: ۶۷۱؛ انصاری، ۱۴۱۰، ج ۹: ۳۴۶).

بنابراین در اندیشه‌ی اسلامی و مبتنی بر دلایل شرعی، یکی از شاخصه‌های تشکیل حکومت اسلامی حضور حاکم صالح در رأس حکومت است و در صورت عدم تصدی شخص صالح در رأس حکومت، نمی‌توان مدعی تشکیل حکومت اسلامی شد.<sup>(۱۶)</sup>

### ۳-۳. شیوه‌ی حکمرانی اسلامی، سومین شاخصه‌ی حاکمیت شریعت

صرف تصویب قانون در چارچوب شرع و انتخاب مجری یا حاکم صالح الزاماً به تحقق حکومت مطلوب اسلامی منجر نخواهد شد و اجرای صحیح این قانون نیز در عرصه‌ی عمل برای وصول به اهداف حکومت اسلامی امری ضروری است. این امر مستلزم رعایت برخی اصول، معیارها و شیوه‌هایی از سوی کارگزاران حکومت اسلامی در هنگام اعمال حکومت یا حکمرانی است که مستخرج از شریعت اسلامی است و شیوه‌ی اجرا و اعمال حاکمیت را مشخص می‌نمایند (کعبی، ۱۳۹۰: ۳۳). به عبارت دیگر اجرای صحیح و کامل اصل حاکمیت شریعت، علاوه بر نیاز به قانونگذاری منبعث و در چارچوب شریعت و حضور حاکم صالح در رأس حکومت اسلامی، نیازمند اجرای قوانین توسط مقامات عمومی از طریق است که خداوند متعال به آن دستور داده و شریعت اسلامی مسیر آن را مشخص کرده است (منتظری، ۱۴۰۹، ج ۵: ۲۰۸).

توضیح آنکه فقها در بررسی شاخص‌های حاکمیت شریعت در حکومت اسلامی اجرای احکام الهی در جامعه مطابق با دستورهای شریعت را از ملزومات مشروعیت حکومت‌های اسلامی می‌دانند و کیفیت اجرای وظایف مقامات عمومی در حکومت اسلامی را مقید به شرایط مندرج در شریعت الهی می‌پندارند. (کعبی، ۱۳۹۰: ۳۳؛ فضلی، ۱۳۸۰: ۸۶؛ منتظری، ۱۴۰۹، ج ۵: ۲۹) برای نمونه، عدالت‌ورزی و اعطای حقوق به صاحبان آن از جمله موضوعاتی است که در شیوه‌ی حکمرانی اسلامی بسیار بر آن تأکید شده است و فقها، حکمرانی براساس عدالت را امری الزامی معرفی نموده‌اند (مکارم شیرازی و دیگران، ۱۳۷۴، ج ۳: ۴۳۰؛ منتظری، ۱۴۰۹، ج ۳: ۲۹۲؛ خمینی، ۱۴۲۳: ۸۴). یا بسیاری از فقها، معتقدند تحقق اهداف حکومت اسلامی نیازمند به رعایت گزاره‌های اخلاقی در حکمرانی از جمله رعایت تقوا و دوری از هواهای نفسانی، ترس از قیامت، ساده‌زیستی و مردمی بودن، عدم خودپسندی و تکبر می‌باشد و بدون رعایت گزاره‌های اخلاقی مذکور تحقق این اهداف غیرممکن به نظر می‌رسد<sup>(۱۷)</sup> (محدثی، ۱۳۹۲: ۴۰-۵۵). اخذ مشورت در امور مختلف نیز یکی دیگر از شیوه‌های حکمرانی اسلامی است که وظیفه و تکلیف شرعی مقامات عمومی محسوب می‌گردد<sup>(۱۸)</sup> (کعبی، ۱۳۹۰: ۱۹۰؛ منتظری، ۱۴۰۹، ج ۳: ۸۳؛ سبحانی، ۱۳۷۰: ۴۰۵). این امر موجب شده است که برخی اسلام‌شناسان عدم مطابقت اعمال مقامات حکومت با طرق شرعی را عامل غیراسلامی و طاغوت دانستن حکومت معرفی کرده‌اند (احمدی طالشیان، ۱۳۸۸: ۱۸).

## نتیجه‌گیری

بررسی راهکار تحقق حکومت اسلامی یا اسلامی دانستن یک حکومت، در مرحله‌ی اول مستلزم شناخت مفهوم حکومت اسلامی است. «حکومت اسلامی» عبارتی متشکل از دو واژه‌ی حکومت و اسلام است که شناخت هر دو جزء این عبارت برای تبیین مفهوم حکومت اسلامی ضروری است. از یک سو حکومت به معنای نهادها و سازکار اعمال حاکمیت یا قدرت برتر سیاسی است و ریشه‌ها و مبانی توجیه حاکمیت نیز محتوا و ساختارهای حکومت را مشخص می‌کند. از سوی دیگر دین اسلام آیینی آسمانی است که از طرف خداوند متعال بر حضرت محمد (ص) به‌منظور هدایت و سعادت بشر در عرصه‌های فردی و اجتماعی نازل شده و مشتمل بر دستورهای اعتقادی، اخلاقی و احکام عملی در همه‌ی زمینه‌های مرتبط با هدایت و سعادت بشر است که مطابق با اندیشه‌ی دینی دستیابی به سعادت منوط به عمل به تمامی گزاره‌های دین است. بر این اساس حکومت اسلامی سازکاری جهت اجرای نظریه‌ی حاکمیت مورد پذیرش اسلام است.

اندیشه‌ی سیاسی اسلام، حاکمیت را منحصر در ذات باری تعالی می‌داند و قدرت برتر براساس مبانی توحیدی و اعتقادی در حکومت اسلامی در اختیار خداوند متعال است. راهکار تحقق حاکمیت خداوند در عرصه‌ی نظر نیز عمل به دستورهای خداوند یا همان اجرای موازین شریعت خواهد بود.

به بیان دیگر حاکمیت شریعت راهکار اعمال حاکمیت الهی است. مقصود از شریعت نیز مجموعه‌ای از بایسته‌ها، احکام، مقررات و قواعد شرعی است که خداوند متعال برای بندگان خود تشریح نموده و توسط پیامبر خاتم به مردم ابلاغ نموده و این مجموعه‌ی نظام‌مند عهده‌دار هدایت تمام جوانب و زوایای زندگی انسان است. از همین رو حکومت اسلامی حکومت اجرای شریعت خداوند است و نه حکومت شخص و یا گروهی خاص و تنها حکومتی را می‌توان اسلامی نامید که در صدد اجرایی کردن حاکمیت شریعت باشد.

با مراجعه به منابع شرعی مشخص می‌گردد شاخصه‌های اجرایی شدن شریعت در سطح حکومت یا راهکار عملی تحقق حکومت اسلامی در گرو تحقق سه محور؛ لزوم قانونگذاری منبعث از شریعت، مشروعیت حاکم و همچنین شیوه‌ی حکمرانی اسلامی و منبعث از شرع است که در صورت عدم تحقق این شاخصه‌ها در عمل، نمی‌توان آن حکومت را به معنای واقعی کلمه یک حکومت اسلامی کامل و مطلوب دانست. همچنین در صورتی می‌توان حکومت اسلامی را در مسیر رشد و ترقی قلمداد نمود و مدعی شد در حال حرکت به سمت الگوی مطلوب خود است که در این شاخصه‌ها از انطباق بیشتری با موازین و دستورهای اسلامی داشته باشد.

## یادداشت‌ها

۱. البته اصطلاح حکومت در حقوق عمومی در سه معنا به کار برده شده است: اولاً در معنای عمل حکومت و رهبری؛ ثانیاً در معنای رژیم سیاسی و ارگان‌هایی که عملاً سررشته فرمانروایی را در یک کشور به دست دارند، به ویژه قوه مجریه؛ و ثالثاً در مفهوم نهادهای سیاسی و شیوهی اعمال قدرت در قالب‌بندی حقوقی. مطابق با تعریف سوم در حقیقت طریقه اعمال حاکمیت در حکومت متجلی می‌گردد. (قاضی، ۱۳۸۵: ۱۰۲-۱۰۰) مفهوم اصطلاحی مورد نظر این مقاله از واژه حکومت، همین معنای سازمان‌ها و نهادهای اعمال حاکمیت است.
۲. دین مجموعه‌ای از معارف عقیدتی، احکام و قوانین عملی و دستورات اخلاقی است که در ابعاد گوناگون خلقت انسان، اعم از فردی و اجتماعی و مادی و معنوی، با عقل و فطرت وی سازگار است و از سوی خداوند متعال به وسیله برترین بندگان یعنی پیامبران برای هدایت بشر و رستگاری دنیا و آخرت وی ارسال گردیده است. (ابراهیم‌زاده آملی، ۱۳۹۰: ۲۴)
۳. در این خصوص می‌توان گفت اسلام به معنای تسلیم شدن در برابر امر پروردگار شامل همه آیین‌ها و شریعت‌های الهی می‌شود و از شریعت نوح (علیه السلام) تا شریعت ختمی مرتبت را در بر می‌گیرد. بنابراین تعریف که مستند به آیات قرآن است آیین حقیقی در پیشگاه خداوند متعال همان تسلیم شدن در برابر فرمان اوست و از این منظر همه ادیان الهی اسلام می‌باشند (مکارم شیرازی و دیگران، ۱۳۷۴، ج ۲: ۴۷۰). علت این امر آن است که گوهر و اصل همه ادیان واحد است و دین حقیقی در نزد خداوند متعال اسلام است (جوادی آملی، ۱۳۸۷: ۲۰-۲۱).
۴. «شرع» در ادبیات عرب به مفهوم راه روشن و آشکار است و «شرعت له طریقاً» یعنی راه را برای او آشکار کردم. کلمه «شریعت» نیز از «شرع» گرفته شده و در معنای طریقه الهی به کار می‌رود (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۴۵۰) و به معنای طریقه واضح و آشکار نیز آورده شده است. (قرشی، ۱۴۱۲، ج ۴: ۱۸) البته معانی دیگری نیز برای شرع آورده شده است. برای دیدن این معانی ر.ک: (هاشمی شاهرودی و دیگران، ۱۴۲۶، ج ۴: ۶۷۴-۶۷۶؛ ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۸: ۱۷۵).
۵. البته کسانی همچون شهید صدر ضمن تفکیک میان عقیده و شریعت به عنوان دو عنصر اساسی در تشکیل مفهوم اسلام، عقیده را مجموعه مفاهیمی مانند وجود آفریدگار، وجود مبدأ و معاد و مسئولیت انسان در برابر خداوند متعال می‌داند. در حالی که تعبیر ایشان از شریعت، مجموعه قوانین و نظاماتی را در بر می‌گیرد که به وسیله پیامبر اکرم (ص) اعلام شده و تمام شئون حیات بشر اعم از فکری و مذهبی و اجتماعی و اقتصادی و سیاسی را در بر می‌گیرد. (فضلی، ۱۳۸۰: ۷۷)
۶. لازم به ذکر است بحث پیرامون حاکمیت الهی در عرصه‌ی سیاسی و اجتماعی منصرف از حاکمیت تکوینی خداوند است و به موضوع حاکمیت تشریحی باری تعالی اشاره می‌نماید. این حاکمیت که در عرصه تشریح و قانون‌گذاری مطرح است همچون اصل حاکمیت الهی نامحدود و غیرمقید و به همه عرصه‌های زندگی انسان‌ها اعم از سیاسی و اجتماعی نیز قابل تعمیم بوده و در عرصه‌های

- «حاکمیت سیاسی و اجتماعی» نیز مطرح می‌گردد. (جوان آراسته، ۱۳۸۸: ۸۸-۸۷)
۷. انعام/۵۷، انعام/۶۲، کهف/۲۶، الشوری/۹-۱۰، غافر/۴۰، مائده/۴۴-۴۵-۴۷، برای مشاهده این آیات ر.ک: خلخالی، ۱۴۲۲: ۳۶۹؛ منتظری، ۱۴۰۹، ج ۱: ۱۱۳ و ۱۱۴.
۸. در پاسخ به همین برداشت نادرست خوارج بود که امیرالمؤمنین (ع) در یکی از خطبه‌های خود متذکر می‌شود که جمله «لا حکم الا لله» سخن حقی است که خوارج از آن باطلی را اراده کرده‌اند و آن اینکه برای مردم امام و امیر لازم نیست؛ در حالی که مردم باید امیری داشته باشند خوب یا بد» (یعقوبی، ۱۳۷۱: ۱۱۴-۱۱۵).
۹. آیات زیر بیانگر این مفهوم است:
- «حکم [قانون و یا حکومت] تنها از آن خداوند است» «إِن الْحُكْمُ لِلَّهِ» (انعام، ۵۷)
- «همانا حکم تنها از آن اوست» «أَلَا لَهُ الْحُكْمُ» (انعام، ۶۲)
- «ای پیامبر! بدانچه خدا نازل فرموده، بین مردم حکم (یا حکومت) کن و هواهای آن‌ها را پیروی مدار و از اینکه تو را نسبت به برخی از آنچه خدا بر تو فرود آورده به فتنه اندازند، برحذر باش ... آیا اینان حکم جاهلیت را می‌طلبند و برای اهل یقین چه کسی در حکم بهتر از خداوند است؟» «وَأَن الْحُكْمُ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِن تَوَلَّوْا فَاعْلَمُوا أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِنَّ كَثِيرًا مِنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنْ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ» (مائده، ۴۹ و ۵۰) (منتظری، ۱۴۰۹، ج ۳: ۱۲۰).
۱۰. حتی پیامبر اکرم (ص) در قرآن کریم به صراحت مکلف به تبعیت از شریعت شده‌اند و از تبعیت از غیر نهی گشته‌اند (جاثیه، ۱۸) و حتی حکم به غیر از آنچه خداوند نازل کرده است از مصادیق فسق دانسته شده است. (مائده، ۴۷) برای مطالعه در خصوص لزوم ابتدای قوانین بشری بر موازین شریعت و ابعاد آن ر.ک: کعبی، ۱۳۹۳: ۱۴-۲۷.
۱۱. به همین دلیل عموم فقها در هنگام طرح بحث حکومت اسلامی و چگونگی تشکیل حکومت مشروع، موضوع مشروعیت حاکم را به عنوان اولین و اصلی‌ترین بحث مورد بررسی قرار داده‌اند. برای آگاهی از اهم نظریات مشروعیت حکومت در فقه شیعه ر.ک: کدیور، ۱۳۷۶: سرتاسر اثر؛ برجی، ۱۳۸۵: سرتاسر اثر. برای آگاهی از اهم این نظریات در فقه اهل سنت ر.ک: السنهوری، ۱۳۸۹: سرتاسر اثر.
۱۲. برای مطالعه‌ی بیشتر ر.ک: بهادری جهرمی، ۱۳۸۹: ۲۶-۳۳.
۱۳. برای مشاهده مستندات فقهی و کلامی این موضوع ر.ک: منتظری، ۱۴۰۹، ج ۱: ۱۱۷-۱۸۱؛ تهرانی، ۱۴۲۱، ج ۱: ۳۳-۹۳.
۱۴. برای مطالعه در این خصوص ر.ک: برجی، ۱۳۸۵: سرتاسر اثر؛ حیدری، ۱۳۸۵: ۱۰۱-۵۹.
۱۵. به عنوان مثال ماوردی از اندیشمندان اهل سنت در بیان شرایط لازم برای تصدی امر رهبری حکومت اسلامی هفت شرط را برشمرده است و فقط دارندگان این شروط را مجاز به تصدی این



- منصب دانسته است. (ماوردی، ۱۹۶۶: ۱) برای دیدن برخی دیگر از نظرات اندیشمندان اهل سنت ر.ک: ابن خلدون، ۱۹۸۸، ج ۱: ۲۴۲؛ السنهوری، ۱۳۸۹: ۹۱.
۱۶. بدیهی است مقصود از لزوم تصدی حکومت توسط فقیه جامع شرایط در دوران غیبت، الزام شرعی در صورت وجود این فرد و وجود شرایط اعمال ولایت از سوی اوست.
۱۷. امام خمینی ره در این زمینه می‌فرماید: «اگر آن کسی که در رأس حکومت است مثلاً رئیس جمهور و نخست وزیر خودش را اصلاح نکند و خودش تابع قوانین اسلام نباشد و قوانین اسلام را در مملکت اجرا نکند، چنین شخصی نمی‌تواند در رأس حکومت اسلامی و حاکم اسلام باشد.» (خمینی، ۱۳۷۸، ج ۸: ۲۸۴)
۱۸. لازم به ذکر است مقصود از لزوم رعایت شیوه‌ی حکمرانی اسلامی، اثبات الزام حرکت حاکمان بر مبنای این اصول به صورت کلی بوده و این مقاله درصدد تبیین جزئیات این امر یا بیان لزوم رعایت هریک از این مصادیق بیان شده، در تک تک اقدامات حکومتی نمی‌باشد.

## منابع و مأخذ

- ابراهیم‌زاده آملی، نبی‌الله (۱۳۹۰)، دین پژوهی، تهران: پژوهشکده‌ی تحقیقات اسلامی سپاه پاسداران.
- ابن خلدون، عبدالرحمن (۱۹۸۸م)، تاریخ ابن خلدون، تحقیق خلیل شحاده، بیروت: دارالفکر.
- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق)، لسان‌العرب، ۱۵ جلد، بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع، ج ۸ و ۱۲.
- احمدی‌طالشیان، محمدرضا (۱۳۸۸)، تحول مفهوم حاکم جائر در فقه سیاسی شیعه، تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۰)، مکاسب، قم: موسسه‌ی مطبوعاتی دارالکتاب، چ سوم، ج ۹.
- برجی، یعقوب‌علی (۱۳۸۵)، ولایت فقیه در اندیشه فقیهان، تهران: انتشارات سمت و دانشگاه امام صادق علیه السلام، چ اول.
- بهادری جهرمی، علی (۱۳۸۹)، روابط میان قوا در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران با نگاهی به نظریه‌ی کنترل و تعادل قوا در امریکا، پایان‌نامه‌ی کارشناسی ارشد دانشگاه امام صادق (ع).
- پروین، خیرالله؛ اصلانی، فیروز (۱۳۹۱)، اصول و مبانی حقوق اساسی، تهران: موسسه‌ی انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
- تهرانی، سید محمدحسین (۱۴۲۱ق)، ولایت فقیه در حکومت اسلام، مشهد: انتشارات علامه طباطبایی، ۴ جلد، چاپ دوم، ج ۱.
- جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۷)، تفسیر موضوعی قرآن کریم (جامعه در قرآن)، قم: مرکز نشر اسراء، ج ۱۷.
- جوادی آملی، عبدالله (۱۳۹۰)، حق و تکلیف در اسلام، قم: مرکز نشر اسراء.
- جوادی آملی، عبدالله (۱۳۹۱)، ولایت فقیه (ولایت فقاها و عدالت)، قم: مرکز نشر اسراء.
- جوان آراسته، حسین (۱۳۸۸)، مبانی حکومت اسلامی، قم: بوستان کتاب.
- حیدری، محسن (۱۳۸۵)، پیشینه‌ها و مبانی ولایت فقیه نزد علمای شیعه، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ سوم.
- خمینی، سید روح‌الله (۱۳۸۷)، صحیفه امام، ۲۲ ج، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (قدس سره)، ج ۸.
- خمینی، سید روح‌الله (۱۴۲۳ق)، ولایت فقیه، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (قدس سره)، چ دوازدهم.
- خمینی، سید روح‌الله (۱۴۱۵ق)، مکاسب المحرمه، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی

(قدس سره).

خمینی، سید روح‌الله (۱۴۲۱ق)، کتاب البیع، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (قدس سره)، ج اول، ج ۲.

راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ق)، مفردات ألفاظ القرآن، بیروت: دارالعلم.  
رضوانی، علی اصغر (۱۳۸۴)، شیعه شناسی و پاسخ به شبهات، ج ۲، تهران: نشر مشعر، ج ۱.  
سبحانی تبریزی جعفر (۱۳۷۰)، مبانی حکومت اسلامی، قم، موسسه علمی و فرهنگی سیدالشهداء علیه‌السلام.

سراج، ابونصر (۱۳۸۲)، اللمع فی التصوف، ترجمه مهدی مجتبی، تهران: نشر اساطیر.  
سعیدی شاهرودی، علی (۱۳۸۸)، حاکمیت دینی اصول و مبانی، قم: زمزمه هدایت.  
السنهوری، عبدالرزاق (۱۳۸۹)، نظریه دولت در فقه اهل سنت، ترجمه‌ی حامد کرمی و داوود محبی، زیر نظر دکتر محمدجواد جاوید، تهران: میزان.

صالحی، جواد (۱۳۹۰)، ضرورت قانون، نشریه‌ی کانون، ش ۱۱۷، ص ۹۱-۱۰۲.  
طاهری، حبیب‌الله (۱۳۸۱)، ولایت فقیه، قم: دفتر انتشارات اسلامی.  
طباطبایی، سید محمدحسین (۱۳۷۴)، تفسیر المیزان، ترجمه‌ی سید محمدباقر موسوی همدانی، ج ۲۰، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

عمید زنجانی، عباسعلی (۱۴۲۱ق)، فقه سیاسی، ۳ جلد، تهران: انتشارات امیرکبیر.  
عمید، حسن (۱۳۸۹)، فرهنگ فارسی عمید، تهران: راه رشد.  
فضلی، عبدالهادی (۱۳۸۰)، «ساختار کلی حکومت اسلامی شرح اصول قانون اساسی اسلامی از دیدگاه شهید صدر»، ترجمه‌ی عبدالله امینی، نشریه‌ی حکومت اسلامی، ش ۲۰، ص ۷۶-۱۰۳.

قاضی (شریعت پناهی)، سیدابوالفضل (۱۳۸۵)، بایسته‌های حقوق اساسی، تهران: نشر میزان.  
قاضی (شریعت پناهی)، سیدابوالفضل (۱۳۸۳)، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، تهران: نشر میزان.  
قرائتی، محسن (۱۳۸۳)، تفسیر نور، تهران: مرکز فرهنگی درس‌هایی از قرآن، ج ۱ و ۶.  
قرشی، سید علی اکبر (۱۴۱۲ق)، قاموس قرآن، ۷ جلد، تهران: دار الکتب الإسلامیه، ج ۴.  
کدیور، محسن (۱۳۷۶)، نظریه‌های دولت در فقه شیعه، تهران: نشر نی، ج اول.  
کعبی، عباس (۱۳۹۰)، بایسته‌های حکمرانی، تهران: موسسه‌ی عالی آموزش، پژوهش مدیریت و برنامه‌ریزی.

کعبی، عباس (۱۳۹۲)، مبانی تحلیلی نظام جمهوری اسلامی ایران (اصل دوم)، تهران: پژوهشکده‌ی شورای نگهبان.

- کعبی، عباس (۱۳۹۳)، *مبانی تحلیلی نظام جمهوری اسلامی ایران (اصل چهارم)*، تهران: پژوهشکده‌ی شورای نگهبان.
- مؤمن قمی، محمد (۱۳۸۷)، «قوانین ثابت و متغیر»، *مجله‌ی فقه اهل بیت*، ش ۵۶، ص ۶۰ - ۸۱.
- ماوردی، علی بن محمد بغدادی (۱۹۶۶م)، *الاحکام السلطانية و الولايات الدينية*، بیروت: دارالتعاون للنشر والتوزيع عباس أحمد الباز مکه المکرمة، ج دوم.
- محدثی محمدجواد (۱۳۹۲)، *عدالت*، مشهد: بنیاد پژوهش‌های اسلامی.
- مراغی، حسین؛ میر، عبدالفتاح (۱۴۱۷ق)، *العناوین الفقهیه*، قم، نشر اسلامی، ج ۲.
- مصطفوی، حسن (۱۳۶۸)، *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ج اول، ج ۵.
- مطهری، مرتضی (بی تا)، *مجموعه‌ی آثار استاد مطهری*، تهران: انتشارات صدرا، ج ۲ و ۲۰؛ قابل دسترسی در نرم‌افزار مجموعه آثار استاد شهید مطهری، مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور).
- مظفر، محمد رضا (۱۳۸۷)، *عقاید الامامیه*، قم: انصاریان.
- مکارم شیرازی، ناصر و دیگران (۱۳۷۴)، *تفسیر نمونه*، تهران: دارالکتب الإسلامیه، ج ۲ و ۱۱.
- منتظری، حسین علی (۱۴۰۹ق)، *مبانی فقهی حکومت اسلامی*، ترجمه‌ی محمود صلواتی و ابوالفضل شکوری، ۸ جلد، قم: مؤسسه‌ی کیهان، ج ۱ و ۳ و ۵.
- موسوی خلیفائی، سید محمد مهدی (۱۴۲۲ق)، *حاکمیت در اسلام یا ولایت فقیه*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- موسی، حسین یوسف (بی تا)، *الإفصاح*، قم: مکتب الاعلام الاسلامی، ج ۲.
- مهیاری، رضا (۱۴۱۰ق)، *فرهنگ ابجدی عربی*، قم: انتشارات اسلامی، ج ۲.
- نراقی، مهدی بن ابی ذر (۱۳۷۷)، *علم اخلاق اسلامی*، ترجمه‌ی کتاب جامع السعادات، ترجمه‌ی جلال‌الدین مجتوبی، تهران: حکمت.
- وفادار، علی (۱۳۸۲)، *حقوق اساسی و تحولات سیاسی*، تهران: وفادار.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود و دیگران (۱۴۲۶ق)، *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام*، ۳ جلد، قم: مؤسسه‌ی دائره‌المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ج ۱ و ۴.
- هاشمی، سید محمد (۱۳۹۰)، *ساختارها و نهادهای سیاسی*، تهران: میزان.
- هیوود، اندرو (۱۳۸۷)، *کلید واژه‌های سیاست و حقوق عمومی*، ترجمه‌ی اردشیر امیرارجمند، تهران: امیرکبیر.
- یعقوبی، جعفر (۱۳۷۱)، *خوارج در تاریخ*، تهران: دفتر نشر فرهنگ اسلامی.

## بررسی تطبیقی تفکیک ماهوی قوای مقننه و مجریه در رویه‌ی مراجع صیانت از قانون اساسی ایران و فرانسه

محمد‌رضا ویژه\*

استادیار دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی (ره)، تهران، ایران

پذیرش: ۱۳۹۳/۱/۳۰

دریافت: ۱۳۹۲/۱۰/۲۶

### چکیده

در نظام‌های حقوقی معاصر اصل تفکیک قوا به فراخور شرایط مکانی و زمانی یکی از اصول بنیادین به‌شمار می‌رود. برای آنکه اصل مذکور از نگرش صرف نظری خارج شده و در عرصه‌های گوناگون اعمال شود، نباید تنها به تفکیک شکلی یا ساختاری قوای سه‌گانه اکتفا کرد. در واقع، تفکیک ماهوی قوای سه‌گانه که در تمایز اعمال قوای مذکور نمود می‌یابد، جلوه‌ی بارز کاربرد این اصل در عرصه‌ی عملی است. به‌رغم تأکید بر این اصل، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تفکیک ساختاری قوا را مدنظر قرار داده و فاقد راهکارهای عینی در تفکیک ماهوی قوا (تفکیک میان قانونگذاری و مقررات اجرایی) است و هنوز مرز دقیقی بین این دو در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران نمی‌توان قائل شد. شورای نگهبان تلاش کرده است تا در رویه‌ی خویش معیارهایی را در این زمینه به‌دست دهد. در عین حال، رویه‌ی شورای قانون اساسی فرانسه نیز بیانگر معیارهای دیگری در این حوزه است که در تحلیلی تطبیقی می‌تواند راهگشا باشد. هدف مقاله‌ی حاضر این است که از رهگذر تحلیل تطبیقی رویه‌ی دو مرجع صیانت از قانون اساسی، معیارهای علمی و دقیق را برای تحقق کامل این تفکیک ماهوی استخراج و ارائه کند.

**کلیدواژه‌ها:** تفکیک قوا، شورای نگهبان، شورای قانون اساسی، قانون، قانون اساسی، مقررات اجرایی.

## مقدمه

اصل تفکیک قوا با همه‌ی نقدهای وارد بر آن، هنوز یکی از اصول بنیادین حقوق عمومی است، ولی بی‌گمان، اعمال آن با زمان نگارش روح‌القوانین متسکیو، تفاوت‌های فراوانی دارد. امروزه، با توجه به تحولات، گفتمان «دولت حقوقی»<sup>(۱)</sup> آشکال نوینی از تفکیک قوا را ارائه کرده که چارچوب نظریه‌ی کلاسیک را پشت سر گذاشته‌اند. تفکیک قوا در کشورهای پیشرفته، دیگر صبغه‌ای نهادی ندارد تا قوه‌ی مجریه را از قوه‌ی مقننه، جدا کند؛ بلکه جنبه‌ای کارکردی به خود گرفته است. برای نمونه، کارکرد اجرایی از کارکرد قضایی، متمایز می‌شود. بنابراین، ارگانی در قوه‌ی مجریه می‌تواند بدون استقرار در قوای مربوطه، کارکرد قانونگذاری یا قضایی داشته باشد. در واقع، پیچیدگی نهادی دولت (در معنای عام)، تفکیک قوا را کارکردی کرده و دولت حقوقی نیز برای نیل به غایت خود، ناگزیر از تبعیت از همین الگوست. علاوه بر این، به لحاظ شباهت میان کارکرد قانونگذاری قوای مقننه و مجریه، ارجاع به مرجع تصویب کافی نیست و در این عرصه، تفکیک ماهوی، مورد نیاز است؛ بدین معنا که فارغ از مرجع تصویب‌کننده باید با معیارهایی قانون و مقررات اجرایی را از یکدیگر جدا کرد.

براساس همین الگوی کارکردی و رد نظریه‌ی کلاسیک تفکیک قوا برخی نویسندگان مانند ژرژ ودل،<sup>(۲)</sup> عنوان «قوه‌ی مجریه» را نیز به چالش کشیدند. بر این اساس، وی پیشنهاد کرد که به‌جای عبارت «قوه‌ی مجریه»، عبارت «قوه‌ی دولتی» به‌کار رود. در پرتو این آموزه، دولت نه تنها به‌عنوان «مجری قوانین» و «اداره‌کننده»، بلکه در معنای مرجع صلاحیتدار برای وضع هنجار، دانسته می‌شود و در واقع، بدون وضع هنجار حقوقی در قالب مقررات اجرایی، اداره‌ی امور کشور و اجرای قوانین مصوب قوه‌ی مقننه، امکان‌پذیر نیست (Feldman, 2010: 489-490).

تفکیک قوا در قانون اساسی حاضر، یکی از مبانی کمابیش پذیرفته‌شده‌ی آن است. در اینجا این پرسش مطرح می‌شود که هدف از جداسازی قوا در کشورهای مختلف و به‌ویژه کشور ما چیست و این هدف تا چه اندازه، دستخوش تغییر شده است؟ آیا تفکیک قوا امری واقعی و ناشی از ماهیت اعمال مختلف حاکمیت است یا امری وضعی و انتزاعی است؟ در کشور ما کدام نظریه، مورد پذیرش قانونگذار اساسی بوده است؟ اگر تفکیک شکلی قوا را به معنای تفکیک نهادهای دارای قدرت بدانیم و تفکیک ماهوی را در مفهوم جداسازی اعمال مختلف این قوا از یکدیگر بشماریم، آیا می‌توان ادعا کرد که در نظام حقوقی یادشده، تفکیک ماهوی اعمال قوا وجود دارد؟ پرسش‌های بالا نمونه‌ای از پرسش‌هایی هستند که در همه‌ی نظام‌های حقوقی، از جمله نظام حقوقی جاری در ایران، مطرح بوده و اندیشمندان حقوقی در صد یافتن پاسخ برای آنها هستند. به‌نظر می‌رسد که قانون اساسی حاضر در این حوزه، بیشتر به

تفکیک ساختاری سه قوه، نظر داشته و حتی مقوله‌هایی مانند تفکیک قانونگذاری و وضع مقررات اجرایی را نیز بیشتر از جنبه‌ی تفکیک ساختاری و مرجع تصویب مورد تأکید قرار داده است. درحالی‌که در نظریه‌ی عمومی تفکیک قوا، تفکیک ماهوی، مکمل تفکیک شکلی و ساختاری است. در عین حال، تمایز بین دو حوزه‌ی قوانین عادی و مقررات اجرایی از مقولاتی است که سلسله مراتب هنجارها و تفکیک قوا در آن، پیوند می‌یابند.<sup>(۳)</sup>

پرسش آن است که چه ضرورتی برای تفکیک ماهوی، وجود دارد؟ به‌علاوه، چه شباهت‌ها و تفاوت‌هایی در رویه‌ی مراجع صیانت از قانون اساسی ایران و فرانسه می‌توان یافت؟ پاسخ این پرسش را می‌توان در حجم بالای قوانین دارای ماهیت اجرایی و مقررات اجرایی دارای ماهیت قانون یافت؛ به‌عبارت دیگر، بروز مشکلات فراوان در تفکیک حوزه‌ی قوانین و مقررات اجرایی، ضرورت تبیین مرز این دو حوزه را دوچندان کرده است. نگاهی به نظریه‌های بسیار شورای نگهبان و تصمیم‌های شورای قانون اساسی در این مقوله، ضرورت این مسئله را نشان می‌دهد. در واقع، به‌نظر می‌رسد که تفکیک شکلی قوانین و مقررات اجرایی از منظر مرجع تصویب دیگر از کارایی لازم، برخوردار نباشد. افزون بر آن، در رویه‌ی مراجع صیانت از قانون اساسی دو کشور بالا معیارهای زیادی در تفکیک ماهوی وجود دارد که نیازمند بررسی دقیق‌تر است.

در این نوشتار در وهله‌ی نخست، با تبیین موضوع در قوانین اساسی ایران و فرانسه، مبانی موضوعه‌ی تفکیک ماهوی قانونگذاری و وضع مقررات اجرایی، ارزیابی می‌شود. سپس، معیارها و شاخص‌های ضروری این تفکیک در رویه‌ی مراجع صیانت از قانون اساسی ایران و فرانسه، شناسایی شده و به تحلیل تطبیقی آنها پرداخته می‌شود. هدف، آنکه به مدد معیارها و شاخص‌های یادشده، راه حل‌هایی برای مشکلات مرزبندی قوانین و مقررات اجرایی، ارائه شود.

## ۱. مبانی تفکیک قانون از مقررات اجرایی در قوانین اساسی ایران و فرانسه

در تحلیل هر موضوع حقوق اساسی، نخست باید به مبانی موضوعه‌ی آن و سپس رویه‌ی قضایی مربوطه پرداخت. در این مقوله، ابتدا تفکیک ساختاری، شکلی و ماهوی قانون و مقررات اجرایی در قوانین اساسی ایران و فرانسه، تحلیل می‌شوند تا مبانی موضوعه‌ی رویه‌ی مراجع صیانت از قانون اساسی آن دو کشور، مشخص شود.

### ۱-۱. مبانی موضوعه‌ی تفکیک قانون از مقررات اجرایی در قانون اساسی ایران

نگاهی اجمالی به قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مبین آن است که قوه‌ی مؤسس کاملاً به تفکیک قوا و سلسله مراتب هنجارهای حقوقی و تضمین این دو توجه داشته است. البته، به‌نظر می‌رسد که ارتباط وثیقی بین این دو برقرار نشده است. حال پرسش این است که

چگونه می‌توان بین این دو ارتباط برقرار کرد؟

یکی از آثار بارزترین نمادهای تفکیک قوا تنظیم روابط بین قوای عمومی است.<sup>(۴)</sup> در دولت حقوقی، مفهوم قدرت عمومی به مراجعی گفته می‌شود که سه کارکرد اصلی دولت (در مفهوم عام) را اعمال می‌کنند.<sup>(۵)</sup> در واقع، باید بین «سازماندهی قوای عمومی» و «تفکیک کارکردی قوای عمومی»، تمایز قائل شد، زیرا مفهوم نخست به ساختار قوای عمومی و مفهوم دوم به کارکرد و در نتیجه، صلاحیت آنها مربوط است. تفکیک صلاحیتی یا کارکردی قوا با هنجارهایی ارتباط مستقیم دارد که تولید می‌شوند. علاوه بر آن، یکی از نمودهای سلسله مراتب هنجارها بر مبنای نهادهایی است که آنها را پدید می‌آورند. در مورد ارتباط نهادهای مولد هنجارهای حقوقی و سلسله مراتب میان هنجارهای تولیدشده باید گفت که سلسله مراتب هنجارهای حقوقی بستگی تام به تفکیک قوای عمومی و سلسله مراتب عمودی و افقی قوا دارد؛ بنابراین، نمی‌توان از تفکیک قوا سخن گفت و به هنجارهای تولیدشده توسط قوای گوناگون، بی‌اعتنا بود. به‌عکس به سلسله مراتب هنجارهای حقوقی پرداخت و از کنار تفکیک مراجع واضح این هنجارها و تفاوت هنجارهای مذکور با یکدیگر به‌سادگی عبور کرد. از این منظر، به‌نظر می‌رسد قانون اساسی ایران، سلسله مراتب هنجارها را بیشتر براساس مراجع واضح آنها بنا کرده است.

در تفکیک افقی قوا، قوه‌ی مقننه، نخستین مرجعی است که اختیار قانونگذاری یا آفرینش هنجارهای حقوقی را دارد. گفته شده که «قانون اساسی تعریفی از قانون عادی به‌دست نداده بلکه حدود قوانین عادی بیشتر به نهاد واضح آن یعنی، قوه‌ی مقننه، بازمی‌گردد» (ابوالحمدا، ۱۳۶۰: ۲۲). بدین منظور، اصل ۷۱ قانون اساسی، اختیار مجلس شورای اسلامی را در قانونگذاری، مطلق دانسته و شامل عموم مسائل می‌شمارد، اما چارچوبی کلی برای این اختیار در نظر گرفته که مؤید بالاترین لایه‌ی هنجارهای حقوقی یعنی هنجارهای موجود در قانون یادشده، یعنی عبارت «در حدود مقرر در قانون اساسی» است. بدین ترتیب، اعتبار هنجارهای موجود در قوانین عادی را در قانون اساسی می‌توان یافت. اصل ۷۳ آن قانون نیز به‌گونه‌ای ظریف تفسیر قوانین عادی را نیز در همان لایه‌ی مربوط به قوانین عادی، قرار می‌دهد و بدین ترتیب، معیار آفریننده‌ی هنجارها را برای تمیز این گونه از قوانین، اعمال می‌کند.

در لایه‌ی فروتر سلسله مراتب، هنجارهای موجود در مقررات اجرایی قرار می‌گیرند که به فراخور اهمیت قانون‌مداری آنها در اصول ۸۵، ۱۳۸، ۱۷۰ و ۱۷۳ قانون اساسی ایران آمده‌اند. بنابراین، اصل قانون‌مداری نیز به‌منزله‌ی تضمین تبعیت مقررات اجرایی از قوانین عادی به‌عنوان دو سطح از سلسله مراتب هنجارهای حقوقی در قانون اساسی یادشده، وجود دارد. اصل عام در زمینه‌ی وضع مقررات اجرایی، اصل ۱۳۸ قانون اساسی است که حسب آن:



«علاوه بر مواردی که هیئت وزیران یا وزیری مأمور تدوین آیین‌نامه‌های اجرایی قوانین می‌شود، هیئت وزیران حق دارد برای انجام وظایف اداری و تأمین اجرای قوانین و تنظیم سازمان‌های اداری به وضع تصویب‌نامه و آیین‌نامه بپردازد، هر یک از وزیران نیز در حدود وظایف خویش و مصوبات هیئت وزیران حق وضع آیین‌نامه و صدور بخشنامه را دارد ولی مفاد این مقررات نباید با متن و روح قوانین مخالف باشد...».

به طوری که دیده می‌شود، شمول اصل ۱۳۸، هر دو نوع آیین‌نامه‌های مستقل و اجرایی را در بر می‌گیرد. در واقع، در بخش نخست اصل به آیین‌نامه‌های اجرایی،<sup>(۶)</sup> اشاره شده که به تبع قانون، وضع می‌شوند و وضع آنها نیازمند تصریح است. در بخش دوم آیین‌نامه‌های مستقل،<sup>(۷)</sup> بیان شده که به مقتضای کار اداری، وضع شده‌اند و در آنها احراز رابطه‌ی ویژه با قوانین، مورد نظر نیست. به نظر می‌رسد که قوه‌ی مؤسس قانون اساسی ایران، تنها به حفظ جایگاه قوانین عادی و مقررات اجرایی در سلسله مراتب هنجارهای حقوقی، تأکید داشته و کمتر به تفکیک ماهوی این دو لایه پرداخته است. بدیهی است که این مسئله در تجاوز دائمی قوای مقننه و مجریه به حوزه‌ی صلاحیت یکدیگر در این مقوله، شایان اهمیت است. از این رو، در برخی از قوانین اساسی مانند قانون اساسی فرانسه، تلاش شده که حدود قانونگذاری و مصادیق قانون، به دقت تبیین و حوزه‌ی خارج از آن به مقررات اجرایی اختصاص داده شود.

## ۲-۱. مبنای موضوعی تفکیک قانون از مقررات اجرایی در قانون اساسی فرانسه

در فرانسه، مبنای تفکیک قوانین و مقررات اجرایی اصول ۳۴ و ۳۷ قانون اساسی مصوب ۱۹۵۸ است. امروزه، به جز حوزه‌های انحصاری قانونگذاری در قانون اساسی، پارلمان و دولت در اعمال صلاحیت‌های هنجاری خویش در رقابت هستند. باید توجه داشت که اصل ۳۴ قانون اساسی مصوب سال ۱۹۵۸ میلادی، به طور شایان توجهی از سنت فرانسوی، جدا شده و محدودیتی مهم را بر حاکمیت پارلمانی، اعمال کرده است. اما، نتیجه‌ی این جدایی کاملاً با منظور واضعان قانون اساسی، تفاوت دارد (Camby, 2002: 283).<sup>(۸)</sup>

با توجه به رویه‌ی شورای قانون اساسی، دولت می‌تواند قوانینی وارد در قلمرو مقررات اجرایی را اصلاح کند، ولی در مقابل، قانون وارد در قلمرو مقررات اجرایی در همان حوزه را نمی‌توان مغایر با قانون اساسی دانست (Luchoire, 1992: 445).<sup>(۹)</sup> باید بین دو حوزه، توازن برقرار کرد. این توازن بدون ارائه‌ی تفسیری مناسب از سوی شورای قانون اساسی، امکان‌پذیر نیست (Cappelletti, 1990: 222; Maublanc, 2005: 246).

در قانون اساسی سال ۱۹۵۸ میلادی، اصول ۳۴ و ۳۷ (بند الف)، قانون و مقررات اجرایی

مستقل<sup>(۱۰)</sup> را از هم تفکیک کرده‌اند. اصل ۳۴ حوزه‌ی قانونگذاری را محدود کرده، درحالی‌که ماده‌ی اصل حوزه‌ی وضع مقررات اجرایی متعلق به قوه‌ی مجریه را گسترش داده است (Luchoire, 2007: 26). با این حال، باید اذعان کرد که اصل ۳۴ حوزه‌ی انحصاری و مشخص برای قانونگذاری، تعیین نکرده و در واقع، همه‌ی حوزه‌های متعلق به قانونگذار به‌طور سنتی، گرد آورده است. به‌علاوه، به‌نظر می‌رسد که اصل ۳۴ در بیان حوزه‌ی قانونگذاری بیشتر به تعریفی شکلی از «قانون» نظر داشته است (Haquet, 2007: 77). به بیان دیگر، به‌نظر می‌رسد که حوزه‌ی قانونگذاری بسیار گسترده‌تر از حوزه‌ی یادشده، در اصل ۳۴ باشد. حوزه‌هایی نیز وجود دارند که فراموش شده‌اند و سه گروه معرفی‌شده در این ماده، با واقعیت‌های موجود هماهنگ نیست و فقط چارچوبی نسبتاً منعطف و نه مشخص را، معرفی می‌کند (Philip, 1978: 228-230). برخی اندیشمندان حقوق عمومی در آن کشور نیز بر این موضع‌اند که مفاد اصول ۳۴ و ۳۷ بسیار عامیانه، تنظیم شده و تمایز اساسی میان دو صلاحیت قانونگذاری و وضع مقررات اجرایی در آن مواد در نظر گرفته نشده است. در نتیجه، در وضع هنجارهای حقوقی، تنها قوه‌ی مجریه، صلاحیت ذاتی دارد و قوه‌ی مقننه در این عرصه از صلاحیت نسبی برخوردار است (Favoreu, 1978: 26). بنابراین، ملاحظه می‌شود که در قانون اساسی مصوب ۱۹۵۸ میلادی مرز بین قانون و مقررات اجرایی، بسیار سیال و شناور است. برای جبران این ابهام، شورای قانون اساسی نیز در تصمیم شماره‌ی ۱۷۷-۹۵ در ۸ ژوئن ۱۹۹۵ تأکید کرد که صلاحیت وضع مقررات اجرایی نباید از اصل عمومی مقرر در بند نخست اصل ۳۷ فراتر رود که مطابق آن، سایر حوزه‌ها غیر از حوزه‌ی مختص قانونگذاری نیز باید ویژگی مقررات اجرایی را داشته باشد و در مورد هر موضوعی نمی‌توان مقررات اجرایی، وضع کرد (Schrameck, 1995: 519). با وجود این، خطر تجاوز از حدود اختیارات قوه‌ی مجریه، آشکارا وجود دارد و این امکان دارد که شاهد مقررات اجرایی با ماهیت قانون باشیم.

افزون بر موارد مذکور، بند ۲ اصول ۳۷ و ۴۱ قانون اساسی مصوب ۱۹۵۸ میلادی در عمل بسیار کم، استفاده شده و نباید پارلمان در تعیین حوزه‌ی قانونگذاری کاملاً آزاد باشد و به حوزه‌ی وضع مقررات اجرایی، تجاوز کند (Philip, 2007: 369; Auby, 2005: 106). این کاستی مهم به تقویت اختیار مرجع صیانت از قانون اساسی انجامیده است تا مرز سیال قانون و مقررات اجرایی را تعیین کند (Renoux et Villiers, 2005: 404). به‌عبارت دیگر، شورای قانون اساسی، نهادی است که به این موضوع اختصاص یافته است تا از تجاوز هر قوه به صلاحیت قوه‌ی دیگر، جلوگیری کند (Camby, 1997: 29).

در اصل ۳۴ قانون اساسی مصوب ۱۹۵۸ فرانسه، فارغ از معیارهای شکلی و سازمانی، قانون

با معیار ماهوی، تعریف شده است. به عبارت دیگر، قانون متنی است که از سوی پارلمان، در فرایند مشخص قانونگذاری و در حوزه‌های مشخص قانونگذاری مقرر در قانون اساسی، تصویب می‌شود (Carcassonne, 2007: 174). از این رو، برخی حقوقدانان فرانسوی، قوه‌ی مقننه را مرجع دارای صلاحیت خاص و قوه‌ی مجریه را مرجع دارای صلاحیت عام برای وضع هنجارهای حقوقی دانسته‌اند (Fromont, 1984: 591). به دلیل همین نظر خاص قانونگذار اساسی فرانسه، شورای قانون اساسی، ملزم به تفکیک شکل و محتوای قوانین مصوب پارلمان است. مقابل، قانون اساسی ایران، قانون را بیشتر از معیار ماهوی با معیار شکلی تعریف کرده و بر مرجع تصویب، تأکید دارد و این امر، اقتدار مجلس شورای اسلامی را به دنبال دارد. تنها معیار ماهوی قابل تشخیص در قانون اساسی آن کشور برای قانون، اصل ۷۲، دائر بر «عدم امکان وضع قوانین مغایر با قانون اساسی» است.

در نگرشی کلی بر قوانین اساسی ایران و فرانسه، به نظر می‌رسد که در قانون اساسی فرانسه، اصل ۳۷ در مورد مقررات اجرایی، قلمرو عام و اصل ۳۴ در تعیین حوزه‌ی قوانین خاص تر از آن باشد. در مقابل، در قانون اساسی ایران، اصل ۷۱، قلمرو قانونگذاری را عام در نظر گرفته و تنها حد فوقانی آن، یعنی شرع و قانون اساسی را در نظر گرفته است و اصل ۱۳۸ در مورد مقررات اجرایی با واژه‌های به کاررفته در آن، خاص است. در مورد بحث یعنی تفکیک حوزه‌های قانون و مقررات اجرایی، در قانون اساسی ایران، چنین تعیین حوزه‌ای دیده نمی‌شود و این کاستی، لزوم نظارت دقیق بر حوزه‌های مورد نظر را دوچندان می‌کند.<sup>(۱۱)</sup>

## ۲. معیارهای تفکیک قانون از مقررات اجرایی در رویه‌ی مراجع صیانت از قانون اساسی

در بخش پیشین، رویکرد کلی قوانین اساسی و به ویژه قانون اساسی ایران به تفکیک قانون از مقررات اجرایی، بیان شد. در تفکیک ماهوی قانونگذاری و وضع مقررات اجرایی، تنها وجود متن قانونی، کافی نیست و مراجع صیانت از قانون اساسی و قضایی این متون را اعمال می‌کنند. در تفکیک مورد بحث ما مراجع صیانت از قانون اساسی، نقش بسیار مهمی ایفا می‌کنند. در واقع، تفکیک قوای عمومی در همه‌ی جنبه‌ها در تصمیم‌های مربوط به قوای عمومی مراجع صیانت از قانون اساسی نشان داده می‌شود: این تصمیم‌ها صلاحیت‌ها، امتیازها و چارچوب کارکردهای قوای عمومی را مشخص می‌کنند (Avril, 2006: 33). در این مقوله، خط‌مشی مرجع صیانت از قانون اساسی، این است که مراقب باشد تا قانونگذار یا قوه‌ی مقننه به حوزه‌ای وارد شود و به وضع قانون بپردازد، سپس قوه‌ی مجریه برای تدقیق قانون به دنبال

قوه‌ی مقننه، مقررات لازم را وضع کند (Chantebout, 2007: 36). در نتیجه، رویه‌ی این مراجع منبع پویایی برای تحول تفکیک مورد نظر به‌شمار می‌رود. در اینجا معیارهای به‌کاررفته در مراجع صیانت از قانون اساسی ایران و فرانسه، ارزیابی می‌شود.

## ۲-۱. معیارهای شورای نگهبان در تفکیک قانون از مقررات اجرایی

فقدان تفکیک ماهوی قانون و مقررات اجرایی در قانون اساسی، شورای نگهبان را در این حوزه، دچار مشکل کرده است. این مرجع، ناگزیر در این زمینه به اصول دیگری از قانون اساسی، استناد می‌کند. در این قسمت با تقسیم‌بندی نظریه‌های آن شورا براساس اصول استنادی، معیارهای مورد نظر آن از خلال این نظریه‌ها استخراج می‌شود.

در زمینه‌ی صلاحیت قانونگذاری، اصل بر صلاحیت مجلس شورای اسلامی است و جز در موارد معدودی مانند اساسنامه‌ی سازمان‌ها، شرکت‌ها و مؤسسه‌های دولتی یا وابسته به دولت این صلاحیت را نمی‌توان به مرجع دیگر، واگذار کرد. شورای نگهبان نیز بر اعمال موارد بالا با استناد به اصل ۸۵ قانون اساسی به‌دقت نظارت می‌کند.<sup>(۱۲)</sup> آن شورا تعیین ضوابط مربوط به امور استخدامی، مانند حقوق، مزایا و مرخصی،<sup>(۱۳)</sup> ضوابط تأسیس و تنظیم برنامه‌های نهادها،<sup>(۱۴)</sup> استانداردها<sup>(۱۵)</sup> و مانند آنها را به موجب اصل ۸۵ از عرصه‌های ویژه‌ی قانونگذاری می‌داند. همچنین، در نظریه‌های خود، تعیین مقدار جریمه از سوی هیأت وزیران را مغایر با اصل ۸۵ قانون اساسی می‌شمارد<sup>(۱۶)</sup> و این امر را از اختیارات خاص مجلس شورای اسلامی، اعلام کرده است. آن شورا اعمال این اختیار را به سایر مواردی که باید مبلغی تعیین شود نیز تعمیم می‌دهد؛ برای نمونه، هنگامی که مجلس شورای اسلامی در ماده‌ی ۲۵ طرح «اصلاح قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران مصوب ۱۳۷۵» پیش‌بینی کرد که: «داوطلبان شورای شهر موظف هستند هنگام ثبت‌نام، مبلغی را که دولت تعیین می‌کند به حساب اعلام‌شده تودیع نمایند»، مقدار این مبلغ و ضابطه‌ی تعیین آن را مورد پرسش قرار داد و تصریح کرد که این مورد از مواردی است که به استناد اصل ۸۵ نیازمند قانونگذاری است.<sup>(۱۷)</sup> مانند این رویکرد نیز در مورد بیمه‌های اجتماعی و بیکاری، مشاهد می‌شود و شورا بر این موضع است که: «موکول نمودن شرایط استفاده از بیمه‌ی بیکاری به آیین‌نامه، مغایر اصل هشتاد و پنجم قانون اساسی است».<sup>(۱۸)</sup> همین مسئله در مورد تعیین مجازات نیز در رویه‌ی آن شورا دیده می‌شود،<sup>(۱۹)</sup> اگرچه گاه نیز رویکرد متعارض با آن در رویه‌ی این مرجع، وجود دارد.<sup>(۲۰)</sup> در واقع، بر خلاف ظاهر اصل یادشده، آن شورا معیارهای تفکیک حوزه‌ی قانونگذاری و وضع مقررات اجرایی را از آن، استنباط کرده است. براساس آن اصل، گاه شورای یادشده، حوزه‌ی اعمال

قانونگذاری را بسیار گسترده می‌شمارد و این حوزه را به همه‌ی امور اجرایی مؤسسه‌های عمومی، تعمیم می‌دهد.<sup>(۲۱)</sup> بدیهی است این برداشت با قصد قوه‌ی مؤسس، سازگار نیست.

حوزه‌ی دیگر شایان اهمیت در تفکیک صلاحیت‌های قانونگذاری و وضع مقررات اجرایی در آن، حوزه‌ی عوارض و مالیات‌هاست. در اینجا نیز آن شورا معیار دیگری را برای تفکیک به‌دست می‌دهد و آن مفاد و الزامات مقرر در اصل ۵۱ قانون اساسی است. به موجب این اصل، شورا تأکید می‌کند که: «وضع عوارض از امور تقنینی است و باید توسط مجلس شورای اسلامی تعیین و یا ضوابط آن مشخص شود».<sup>(۲۲)</sup> نظیر همین امر نیز در مورد تعیین جریمه‌ها<sup>(۲۳)</sup> و بیمه‌ی خدمات درمانی،<sup>(۲۴)</sup> وجود دارد. در راستای ترسیم مرز فوق بین دو حوزه، آن شورا در برخی نظریه‌ها به دولت، اجازه نمی‌دهد تا قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی را لغو کند.<sup>(۲۵)</sup>

اصل ۷۵، تنها اصلی است که به نوعی این دو حوزه را از یکدیگر در امور مالی و بودجه، تفکیک می‌کند. آن شورا رویه‌ی پربراری در صیانت این هنجار قانون اساسی، فراهم کرده است. به نظر می‌رسد که شورای یادشده می‌تواند با تفسیر و توسعه‌ی مفهومی آن اصل، مفاد آن را به دیگر حوزه‌ها نیز تسری دهد و از معیارهای مطروحه در اصل برای تفکیک قانونگذاری و وضع مقررات اجرایی بهره گیرد. گاه نیز شورای نگهبان بین اصول ۷۱ و ۷۵ برای تفکیک قانون و مقررات اجرایی، ارتباط برقرار می‌کند. با این اوصاف، به نظر می‌رسد که شاهد تصمیم‌های متعارض از سوی شورای نگهبان هستیم. منشأ این تعارض، ارتباط دو اصل یادشده با یکدیگر است؛ به عبارت دیگر، باید دید که رابطه‌ی این دو اصل چگونه باید با یکدیگر بیان شود تا رویه‌ی شورای نگهبان، دچار چنین تعارضی نشود. آیا اصل بر اجرای مفاد اصل ۷۱ است و اصل ۷۵، مخصص آن است؟ یا اینکه باید حوزه‌ی این دو اصل را با دقت در چارچوب منطق کلی حاکم بر قانون اساسی ایران، تبیین کرد؟

به نظر می‌رسد که باید بین مفاد اصول یادشده، نیز تمایز قائل شد: اصل ۷۱<sup>(۲۶)</sup> مربوط به موضوعات قانونگذاری بوده و مفاد آن شخصی (اولویت‌های قانونگذار) است، درحالی‌که مفاد اصل ۷۵<sup>(۲۷)</sup> کاملاً عینی است و در حوزه‌ی مالی، مرزهای قانونگذاری و وضع مقررات اجرایی را ترسیم می‌کند. شاید بتوان مفاد اصل اخیر قانون اساسی را به گونه‌ای تفسیر کرد و آن را به حوزه‌های غیرمالی نیز، تعمیم داد. به بیان دیگر، شورای نگهبان برای تفکیک عینی و دقیق مرز قانونگذاری و وضع مقررات اجرایی، نیازمند مبنای دیگری فراتر از اصل ۶۰<sup>(۲۸)</sup> است که با تفسیر پویا از اصل ۷۵ می‌تواند این مبنا را در این اصل بیابد.

در عین حال، در برخی نظریه‌های آن شورا در تفکیک حوزه‌ی قانونگذاری و وضع مقررات اجرایی، نابسامانی دیده می‌شود. برای مثال، در نظریه‌ی مربوط به «افزودن اپراتور دوم

تلفن همراه» شورا طرحی را تأیید کرد که به موجب آن، دولت به تبعیت از نظر مجلس شورای اسلامی ملزم شده بود. با اینکه ماهیت قانون یادشده، کاملاً جنبه‌ی اجرایی داشت، شورا آن را در قالب اصل ۷۱ قانون اساسی، تبیین کرد که کاملاً با مفاد آن اصل، فاصله داشت. در مقابل، در نظریه‌ی دیگری در ۱۳۸۵/۱۰/۷ در مورد مصوبه‌ی «بازگشت ساعت کار بانک‌ها به وضع سابق»، این مورد را از امور اجرایی دانست. براساس برداشت شورا: «با توجه به اصل پنجاه و هفتم قانون اساسی که مبین استقلال قواست، مغایر این اصل و در این خصوص مغایر اصل شصتم قانون اساسی نیز هست».<sup>(۲۹)</sup> جالب آنکه در نظریه‌ی مربوط به اصلاحیه‌ی این طرح در تاریخ ۲۰ دی ۱۳۸۵ شورا مصوبه‌ی مجلس شورای اسلامی را تأیید کرد، زیرا تنها چارچوبی کلی برای اعمال قوه‌ی مجریه در موضوع مورد بحث، تعیین کرده و از ورود به امور اجرایی امتناع کرده بود. به موجب این مصوبه، دولت موظف است ساعت کار بانک‌ها را به‌گونه‌ای تنظیم کند که پیش از ساعت کار ادارات دولتی و ارائه‌ی خدمات از سوی آنان باشد. شورا در سال‌های بعد نیز چندین بار این عبارت را در مقوله‌ی مورد بحث در نظریه‌های خود به‌کار گرفت. برای مثال، در بند ۴ نظریه‌ی خود به تاریخ ۲ اردیبهشت ۱۳۸۸ در مورد طرح قانونی «نظام جامع دامپروری کشور»، تأکید کرد که: «نظر به اینکه تعیین محدوده‌ی فعالیت و اختیارات برای تشکل‌ها و مراکز خدمات دامپروری غیردولتی و نیز اطلاق تهیه‌ی اساسنامه‌ی نمونه تشکل‌های مذکور در ماده‌ی ۱۵ از این نظر که از امور تقنینی است، واگذاری این وظایف به عهده‌ی دستگاه‌های مزبور، مغایر اصل ۸۵ قانون اساسی شناخته شد».<sup>(۳۰)</sup> بی‌تردید، استدلال شورا این بود که در اصلاح مصوبه، مجلس شورای اسلامی به تعیین مصادیق برای قوه‌ی مجریه نپرداخته بلکه تنها چارچوب کلی فعالیت را برای آن قوه، تعیین کرده است و این امر، مداخله در امور اجرایی نیست. در این زمینه، به‌نظر می‌رسد اصل ۶۰ قانون اساسی، مبنای مناسبی برای تفکیک قانونگذاری از وضع مقررات اجرایی نباشد، زیرا این اصل بیشتر به تفکیک صلاحیت‌ها در درون قوه‌ی مجریه، اختصاص دارد. علاوه بر آن، دقت در سیاق نظریه‌ی ۱۳۸۵/۱۰/۷ بیانگر آن است که شورا به امور اجرایی و نه وضع مقررات اجرایی، اشاره دارد. بدیهی است که این دو مقوله، متفاوت از یکدیگرند. در این زمینه، شاید بتوان تعیین مصادیق از سوی قانونگذار را مداخله در امور اجرایی دانست، ولی چارچوب فعالیت در قانون و مقررات اجرایی، یکسان است. در نهایت، به‌نظر می‌رسد که شورای نگهبان در این نظریه بر این مناسبت که قانونگذار، چارچوب مقررات و امور اجرایی را مقررات یادشده، تعیین می‌کنند؛ درحالی‌که تفکیک چارچوب مورد نظر قانونگذار و واضع مقررات اجرایی، چندان مشخص نیست. در این نظریه به اصل ۶۰ نیز استناد شده که از نظر این مرجع، اختیار وضع مقررات اجرایی به قوه‌ی مجریه،

اختصاص یافته است. بنابراین، شورا اصل دیگری از قانون اساسی، یعنی اصل ۶۰ را برای تضمین اختیار وضع مقررات اجرایی در نظر گرفت. البته ظرفیت اصل مزبور به‌عنوان اساس تضمین اختیار وضع مقررات اجرایی، محل تأمل است، زیرا از منطوق و مفهوم آن، چنین بر می‌آید که قانونگذار، نوعی تقسیم صلاحیت در درون قوه‌ی مجریه را مدنظر داشته و نظریه‌های شورای نگهبان به‌ویژه نظریه‌ی مربوط به طرح قانونی «ساماندهی مد و لباس» به تاریخ ۱۰ آبان ۱۳۸۵ این ادعا را تقویت می‌کند.<sup>(۳۱)</sup> در نتیجه، در این مقوله، بین دو مفهوم «صلاحیت» و «اعمال صلاحیت»، خلط شده است؛ بدین معنا که آن شورا گاهی وجود صلاحیت (تقنینی یا اجرایی) را برای نهادی تضمین می‌کند - که امری شکلی است - و گاه، موضوع اعمال صلاحیت (قانون، مقررات اجرایی یا امور اجرایی) را به رسمیت می‌شناسد. بنابراین، می‌توان از اصل ۶۰، مربوط به صلاحیت برای موضوع اعمال صلاحیت نیز بهره گرفت و آن را به تفکیک ماهوی قوای مقننه و مجریه، تسری داد، اما بی‌گمان، نوع استناد آن شورا در دو مقوله‌ی یادشده، متفاوت است.

در مجموع، در تفکیک قانون و مقررات اجرایی معیار اصلی شورای یادشده، تعیین چارچوب کلی از سوی قانون و تعیین جزئیات در درون چارچوب توسط مقررات اجرایی است. بدیهی است که تمسک به عبارت «چارچوب کلی» به‌تنهایی کفایت نمی‌کند و برای تفکیک به معیارهایی برای تبیین «چارچوب کلی»، نیاز است؛ به‌عبارت دیگر، تفاوت بین چارچوب کلی و مصادیق مداخله در امور اجرایی است که از رویه‌ی آن شورا نمی‌توان معیارهایی برای آن یافت. این امر ممکن است به بی‌نظمی در سلسله مراتب هنجارها بینجامد و به‌جاست که شورا در نظریه‌های آینده‌ی خود، به‌دقت معیارهای آن دو برای تمایز از یکدیگر را مشخص کند.

البته، گاه نیز در آن شورا نظریه‌هایی مطرح شده که براساس آن، برخی حوزه‌ها را ویژه‌ی قانون دانسته و در واقع، معیارهایی برای قانونگذاری، مشخص کرده‌اند. برای نمونه، در نظریه‌ی آن مرجع در مورد لایحه‌ی «هدفمند کردن یارانه‌ها» برخی بر این نظر بودند که اگر منظور از سیاست‌های تشویقی و حمایتی مذکور در ماده‌ی ۶ لایحه، اعمال معافیت‌های مالیاتی یا اعطای کمک‌های بلاعوض و مانند اینها باشد، نیازمند قانون است.

تمایز هنجاری مهم دیگر اعمال‌شده از سوی آن شورا، تفکیک میان هنجارهای موجود در قوانین عادی و مالی است. در این نوع نظارت، شورا از درج هنجارهای غیرمالی بودجه<sup>(۳۲)</sup> در قوانین مالی، جلوگیری می‌کند. رویه‌ی آن مرجع در این زمینه بر مبنای اصل ۵۲ قانون اساسی ایران<sup>(۳۳)</sup> است که به‌صراحت، این قوانین بودجه را از سایر قوانین، متمایز کرده است. طلیعه‌ی این رویه را در سال ۱۳۷۱ و نظریه‌ی شورا در مورد «لایحه‌ی بودجه‌ی سال ۱۳۷۲ کل کشور» می‌توان یافت که هنجارهای غیرمالی در بودجه را فاقد ماهیت بودجه‌ای دانست.<sup>(۳۴)</sup> بی‌گمان،

این جهت‌گیری در رویه‌ی آن شورا را می‌توان نتیجه‌ی تفسیر پویای اصل یادشده دانست که توان تفسیر این مرجع برای نظارت بر محتوای هنجاری قوانین را افزایش داد.

احراز ماهیت مالی مقررات اجرایی، چندان سهل نیست. به نظر می‌رسد که معیار «تأثیر روی درآمد‌ها و هزینه‌های دولت» (Favoreu et Philip, 2007: 907) را می‌توان معیاری اساسی به‌شمار آورد. در این حوزه، رویه‌ی شورای نگهبان اندکی مبهم می‌نماید؛ به نظر می‌رسد که آن شورا به‌روشنی بین هنجارهای غیرمالی بودجه<sup>(۳۵)</sup> و معیارهای مشخص عناصر مقررات مالی یا مقررات ناظر بر نیازهای مالی دولت، تفکیک قائل نمی‌شود؛ به عبارت دیگر، ارزیابی مرجع صیانت از قانون اساسی کشورمان به‌ندرت مستند به آثار مالی اعمال قوانین در آینده است.

نکته‌ی مهم دیگر در این زمینه فقدان تفکیک مشخص بین قانون و امور تقنینی از یک سوی و مقررات اجرایی و امور اجرایی از سوی دیگر است. در مورد امور تقنینی، مشکلی به چشم نمی‌خورد و شورای نگهبان در این زمینه در برخی نظریه‌های خود به‌صراحت بر اختصاص حوزه‌هایی به امور تقنینی، تأکید کرده است.<sup>(۳۶)</sup> اما مشکل، زمانی رخ می‌دهد که شورا در برخی موارد، امور تقنینی را در برابر امور اجرایی، قرار می‌دهد و و استنادات آن (اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی ایران) نیز بیانگر ملازمه‌ی میان «امور اجرایی» و «مقررات اجرایی» است.<sup>(۳۷)</sup> بدیهی است که «امور اجرایی» یا «وظایف اجرایی»<sup>(۳۸)</sup> (اصل ۶۰ قانون اساسی) مفهومی اعم از مفهوم «مقررات اجرایی» (اصل ۱۳۸ قانون اساسی) است و همه‌ی امور و تصمیم‌های اجرایی زیرمجموعه‌ی اصل اخیر نیستند. از این رو یکی از اهداف مهم ارتقای رویه‌ی شورای نگهبان در این خصوص تفکیک میان مصادیق «امور اجرایی» و «مقررات اجرایی» می‌تواند باشد. علاوه بر آن، مقررات اجرایی نیز نباید به تبع اصل ۱۳۸ قانون اساسی به آیین‌نامه، محدود شوند.<sup>(۳۹)</sup>

در واقع، شورای نگهبان، تفکیک انعطاف‌پذیری را بین حوزه‌های قانون و مقررات اجرایی، اعمال نمی‌کند، زیرا این انعطاف‌ناپذیری آثار زیانباری را بر مرزهای نامطمئن این دو مفهوم به‌همراه خواهد داشت. این مرجع همواره از وجود هنجارهای واجد ماهیت مقررات اجرایی در قوانین، جلوگیری می‌کند. به نظر می‌رسد که آن شورا باید رویه‌ی خود را در تفکیک مقررات اجرایی از قانون و جلوگیری از ورود این مقررات در قانون، ارتقا بخشد.

اما مهم‌ترین نظریه‌ی آن شورا - که تلفیقی از اصول متفاوت مربوط به تفکیک حوزه‌ی قانونگذاری و وضع مقررات اجرایی در آن، دیده می‌شود - نظریه‌ی مرجع مذکور در مورد لایحه‌ی «اصلاح موادی از قانون برنامه‌ی چهارم توسعه‌ی اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی» است.<sup>(۴۰)</sup> در نظریه‌ی مذکور،



شورا تلفیقی از مفاد اصول ۶۰، ۸۵ و ۱۳۸ به دست می‌دهد تا بتواند صلاحیت‌های هنجاری دو قوه را به دقت از یکدیگر، تفکیک کند. به نظر می‌رسد الگوی موجود در این نظریه بتواند به آسانی، تفکیک مورد نظر در سلسله مراتب هنجارها را تأمین کند.

## ۲-۲. معیارهای شورای قانون اساسی در تفکیک قانون و مقررات اجرایی و تطبیق آن با رویه‌ی شورای نگهبان

در سال‌های نخستین نظارت شورای قانون اساسی در فرانسه، نوعی محافظه‌کاری آن مرجع به چشم می‌خورد و این مرجع، حوزه‌ی قانونگذاری در اصل ۳۴ را به صورت مضیق، تفسیر می‌کرد؛ بدین صورت که اساس قاعده‌گذاری، متعلق به قانون بود و موضوع‌های فنی به مقررات اجرایی، احاله می‌شد (Camby, 2001: 970). در مراحل بعدی، رویه‌ی آن شورا انعطاف بیشتری یافت و هر دو حوزه‌ی قانونگذاری و مقررات اجرایی را محدود کرد. در مرحله‌ی نخست، آن شورا، تفسیری موسع از اصل ۳۴ ارائه داد. در این روند، مرجع مزبور، اهمیت برخی عبارات‌های به‌کاررفته در اصل ۳۴ مانند نظم حقوقی<sup>(۴۱)</sup> و مؤسسات عمومی<sup>(۴۲)</sup> را به چالش کشید (Luchoire, 1998: 189-191). در مرحله‌ی دوم، منبع صلاحیت قانونگذاری را به منابع دیگری به‌جز اصل ۳۴ مانند اعلامیه‌ی حقوق بشر و شهروند سال ۱۷۸۹ میلادی، مقدمه‌ی قانون اساسی سال ۱۹۴۶ میلادی و قوانین ارگانیک، گسترش داد. در این زمینه، تصمیم شماره‌ی ۳۴-۶۵ به تاریخ ۲ ژوئیه‌ی ۱۹۶۵ میلادی شایان توجه است. شورا در این تصمیم، تصریح می‌کند که: «منبع صلاحیت قانونگذاری، تنها اصل ۳۴ قانون اساسی سال ۱۹۵۸ میلادی نیست، بلکه اصول ۷۲ و ۷۴ این قانون نیز منبع این صلاحیت به‌شمار می‌روند». به عبارت دیگر، رویه‌ی آن شورا، همواره مخالف پارلمان نبوده بلکه در موارد بسیاری نیز اختیارات پارلمان را در قانونگذاری در مقابل قوه‌ی مجریه، تضمین کرده است (Poulet-Gibot leclerc, 1990: 187; Jan et Roy, 1997: 175-176). آن مرجع، همواره کوشید تا از قوه‌ی مجریه در مقابل تعدی قوه‌ی مقننه، حمایت کند، اما در این روند، همواره به اصل تفکیک قوا استناد نکرد. برای نمونه، در تصمیم شماره‌ی ۳-۵۹ به تاریخ ۲۴ و ۲۵ ژوئن ۱۹۵۹ میلادی با آیین‌نامه‌ی داخلی پارلمان (مجلس ملی و سنا)، دائر بر تحمیل مهلت معینی برای پاسخگویی وزیران به مخالفت‌های مطروحه، مخالفت کرد (Luchoire, 1998: 135; Vier, 1972: 177-178). به‌علاوه، از هر گونه دستور به قوه‌ی مجریه در قالب قانون، به‌ویژه الزام قوه‌ی مجریه به تقدیم لایحه‌ی قانونی در موضوع معین، جلوگیری به‌عمل آورد.<sup>(۴۳)</sup> آن مرجع، در مورد تفکیک حوزه‌ی قانونگذاری و وضع مقررات اجرایی، قانون وارد در قلمرو مقررات اجرایی را بر خلاف اصل تفکیک قوا دانست.<sup>(۴۴)</sup> اما این در

سال‌های پس از دهه‌ی هفتاد میلادی، رویه‌ی قضایی خود را ارتقا بخشید. در تصمیم شماره‌ی ۱۴۳-۸۲ به تاریخ ۳۰ ژوئیه‌ی ۱۹۸۲، محدودیت‌های قانونگذار را کاهش داد و قانون دائر بر هدفی غیر از اهداف مطروحه در ماده‌ی ۳۴ قانون اساسی سال ۱۹۵۸ میلادی را مغایر قانون اساسی ندانست (Luchaire, 2007: 26). براساس این موضع نوین، شورا با قوانین وارد در حوزه‌ی مقررات اجرایی نیز، مخالفت نکرد.<sup>(۴۵)</sup> آن شورا در تصمیم‌های بعدی خود بر این موضع، پایدار ماند و حتی آن را تقویت کرد. این مرجع در تصمیم شماره‌ی ۵۱۲-۲۰۰۵ به تاریخ ۲۱ آوریل ۲۰۰۵ تفکیک میان قانون و مقررات اجرایی را گسترش نداد و در تصمیم ۵۴۸-۲۰۰۷ به تاریخ ۲۲ فوریه‌ی ۲۰۰۷ برای تثبیت جایگاه قانونگذار در تعیین چارچوب، تأکید کرد که قانونگذار برای تعریف قواعد تعیین‌کننده‌ی ساختار یک مؤسسه‌ی عمومی نوین، صلاحیت دارد و برای تبیین این صلاحیت، روش ترکیب اصول ۳۴ و ۷۲ قانون اساسی سال ۱۹۵۸ را به‌کار گرفت (Janicot, 2007: 10).

امروزه، در قلمرو بند ۲ اصل ۳۷ قانون اساسی سال ۱۹۵۸ شورای قانون اساسی، بیشتر به دلایل فنی، مداخله می‌کند. این شورا به تفکیک هنجارهایی می‌پردازد که بنا بر ماهیت خود، به قانون یا مقررات اجرایی متعلق هستند. در مقابل، موارد نادری را می‌توان یافت که این مرجع با تمسک به اصل ۳۷ واگرایی میان قوای مقننه و مجریه را بیشتر کند (Feldman, 2005: 401).

این مطلب را باید بر موارد بالا افزود که تعیین مرز بین قانون و مقررات اجرایی در فرانسه، بیشتر ناشی از پدیده‌ی عدم صلاحیت سلبی است که بسیاری از تصمیم‌های شورای قانون اساسی را به خود، اختصاص داده است.<sup>(۴۶)</sup> البته، در سال‌های اخیر، آن شورا به محدودیت رویه‌ی قضایی خویش در مورد عدم صلاحیت سلبی قانونگذار، تمایل نشان داده که در قالب تغییر جهتی اندک در تفکیک عوارض (ناشی از صلاحیت وضع مقررات اجرایی) و هر نوع مالیات (ناشی از همان صلاحیت) دیده می‌شود.<sup>(۴۷)</sup> (Mathieu et Verpeaux, 2006: 1113; Schoetel, 2005: 5-11).

در مجموع، آن شورا بر این نظر است که قانون می‌تواند دربرگیرنده‌ی هنجارهایی باشد که در چارچوب صلاحیت مطروحه در اصل ۳۴ قانون اساسی مربوط به قوه‌ی مقننه، قرار ندارند.<sup>(۴۸)</sup> در این صورت، به فرض رضایت قوه‌ی مجریه، آن شورا نمی‌تواند جلوی قوه‌ی مقننه را بگیرد. از این رویه می‌توان نتیجه گرفت که شورای یادشده به‌دشواری می‌تواند دو حوزه را محدود و از یکدیگر، تفکیک کند. البته، در عین حال، در رویه‌ی شورا نوعی تعلق خاطر به صلاحیت سنتی پارلمان در فرانسه، به‌ویژه در حوزه‌ی حق‌ها و آزادی‌های شهروندی، دیده می‌شود (Delaunay, 1997: 176). علاوه بر آن، به‌نظر می‌رسد که مرجع صیانت از قانون اساسی فرانسه،

تعیین مرز میان صلاحیت قانونگذاری قوه‌ی مقننه و صلاحیت وضع مقررات اجرایی قوه‌ی مجریه را بیشتر بر عهده‌ی خود آنها نهاده است. این امر برای تحقق دولت حقوقی بسیار خطرناک به نظر می‌رسد.

آن شورا در موارد بسیاری کوشیده که صلاحیت هنجاری پارلمان را محدود کند.<sup>(۴۹)</sup> اما، در این حوزه، لازم نیست تا شورا همه‌ی مصوبه‌های پارلمانی را مورد نظارت، قرار دهد. نمونه‌ی بارز این امتناع از نظارت تام بر مصوبه‌های پارلمانی را در مصوبه‌های اصلاحی می‌توان یافت.<sup>(۵۰)</sup> در این زمینه، آشکارا می‌توان دید که نظارت بر اصلاحیه‌ها ابزار مؤثری در تعامل بین دولت، پارلمان و مرجع صیانت از قانون اساسی است.

شورای قانون اساسی ابتدا تفسیری کاملاً لفظی از اختیار اصلاح دولت، پیش رو قرار داد.<sup>(۵۱)</sup> سپس با تفسیر تازه‌ای از متن از اصل ۴۴ قانون اساسی،<sup>(۵۲)</sup> فاصله گرفت و این اختیار دولت را محدود کرد.<sup>(۵۳)</sup> آن شورا در دهه‌ی هشتاد میلادی، این رویکرد خود را گسترش داد، نظارت بر اعمال اختیار اصلاح را تثبیت کرد و مفهومی شکلی از اصلاح را در نظر گرفت (Sommacco, 2002: 415). برای مثال، شورا در تصمیم شماره‌ی ۴۳۰-۲۰۰۰ به تاریخ ۲۰ ژوئن ۲۰۰۰ اعلام کرده بود که: «تنها اصلاحیه‌هایی قابل رسیدگی‌اند که در ارتباط مستقیم با بخشی از لایحه‌ی مطرح در کمیسیون مختلط پارلمانی باشند» و در تصمیم شماره‌ی ۵۳۳-۲۰۰۶ به تاریخ ۱۶ مارس ۲۰۰۶ این رویکرد را ادامه و گسترش داد.<sup>(۵۴)</sup> در نتیجه، این رویکرد سختگیرانه‌ی شورا در مورد شرایط اعمال اختیار اصلاح در راستای حفظ این اختیار برای اعضای پارلمان به‌ویژه، سناتورها بود.<sup>(۵۵)</sup>

در واقع، رویه‌ی شورای یادشده به این مرجع، قدرت مانور بسیاری در مورد توازن میان قوا اعطا کرده،<sup>(۵۶)</sup> اگرچه این قدرت از نظر بسیاری از حقوقدانان، تجاوز از صلاحیت آن است (Camby, 2001: 980). البته، اگر آن شورا نظارت خود بر اصلاحیه‌ها را انعطاف‌پذیرتر می‌کرد، باز هم نظارت بر ارتباط اصلاحیه با هدف متن قانون اصلی، وجود داشت. آن شورا در این زمینه، سیاست مشخصی را پیش رو قرار نداده است. برای نمونه، در تصمیم ۴۷۲-۲۰۰۳ به تاریخ ۲۶ ژوئن ۲۰۰۳، از اعمال این روش، خودداری کرد، ولی در تصمیم ۴۸۱-۲۰۰۳ به تاریخ ۳۰ ژوئیه‌ی ۲۰۰۳، آیین رسیدگی به تخلفات کارمندان سنا را بی‌ارتباط با قانون تأمین مالی دانست.<sup>(۵۷)</sup> با این حال، به نظر می‌رسد آن شورا نظارت به‌مراتب سختگیرانه‌تری را نسبت به گذشته در این زمینه به‌کار می‌برد.<sup>(۵۸)</sup> در تصمیم شماره‌ی ۵۳۲-۲۰۰۶ به تاریخ ۱۹ ژانویه‌ی ۲۰۰۶، شورا نظارت خود را در دو مرحله، انجام می‌دهد: نخست، اصلاحیه‌ها را از منظر شفافیت و ارتباط با هدف متن مصوبه در روند بررسی در مجلس ملی (مجلس نخست)، صحیح تشخیص

داد و سپس، بخش‌هایی از آنها را مغایر قانون اساسی، اعلام کرد که با موارد خلاف قانون اساسی در قانون مرجع، ارتباط داشتند. شایان یادآوری است که این تفکیک براساس ماده‌ی ۴۵ قانون اساسی مصوب سال ۱۹۵۸ صورت گرفته است (Chamussy, 2007: 1079).

در مقابل، این دیدگاه انعطاف‌ناپذیر شورای قانون اساسی در مورد اختیار اصلاح دولت در شورای نگهبان، دیده نمی‌شود. در این زمینه، شورای نگهبان آشکارا در موضوع اختیار اصلاح قوای مقننه و مجریه مداخله‌ی چندانی نمی‌کند و این اختیار را بیشتر به مجلس شورای اسلامی وا می‌نهد.<sup>(۵۹)</sup> در نتیجه، به نظر می‌رسد فقدان توجه شورای نگهبان به ضرورت وجود ارتباط میان اصلاحیه و اهداف قانون، کاستی زیادی به‌شمار می‌رود و باید برای توجه به آن تمهیدی اندیشید. شورای نگهبان در مورد تفسیر قوانین، همین موضع را برگزیده و بر این نکته تأکید دارد که تفسیر قوانین در صلاحیت انحصاری مجلس شورای اسلامی است.<sup>(۶۰)</sup> البته، در این زمینه، مرجع صیانت از قانون اساسی ایران، تصریح کرد که در لوای تفسیر قوانین نباید قانونگذاری انجام گیرد، بلکه تفسیر باید نقاط مبهم و غیرواضح قانون مادر را مشخص کند. در این زمینه، نظریه‌ی تفسیری شماره‌ی ۷۶/۲۱/۵۸۳ به تاریخ ۱۳۷۶/۳/۱۰ در خور اعتناست که آن شورا اعلام داشت «مقصود از تفسیر، بیان مراد مقنن است؛ بنابراین تضييق و توسعه‌ی قانون در مواردی که رفع ابهام قانون نیست، تفسیر تلقی نمی‌شود».<sup>(۶۱)</sup> همان‌طور که ملاحظه می‌شود، بر خلاف رویه‌ی موجود در مورد اصلاحیه‌های قوانین، آن شورا در صدد احراز رابطه‌ی دقیقی بین قانون و تفسیر آن است و این رابطه را در جهتی خاص (تبعیت مطلق محتوایی تفسیر از قانون مادر)، تعریف می‌کند. بر این اساس، شورا این رابطه را در جهات گوناگون، گسترش می‌دهد و برای نمونه، نظارت بر قوانین را از این منظر اعمال می‌کند که قانونگذاری در قالب تفسیر قوانین به افزایش هزینه‌های عمومی نینجامد.<sup>(۶۲)</sup> بی‌گمان، این موضع، اختیار ابتکار قانون پارلمان در حوزه‌ی مالی را محدود می‌کند.<sup>(۶۳)</sup>

بر خلاف سنت حقوق اساسی فرانسوی، تعلق خاطر به قانون، به‌نحو موجود در آن کشور، فاقد زمینه‌ی تاریخی در فرهنگ حقوقی کشورمان است. در نتیجه، شورای نگهبان در صیانت از قانون اساسی با مشکلاتی مانند مشکلات پیش روی شورای قانون اساسی فرانسه، روبه‌رو نمی‌شود و اصول قانون اساسی را به‌طور مساوی در مقابل قوای مجریه و مقننه تضمین می‌کند. در مقابل، شورای قانون اساسی فرانسه که برای مثال در تصمیم شماره‌ی ۱۴۳-۸۲ به تاریخ ۳۰ ژوئیه‌ی ۱۹۸۲ وارد محتوای قوانین نشد، در شماره‌ی ۵۱۲-۲۰۰۵ به تاریخ ۲۱ آوریل ۲۰۰۵ در مورد محتوای قوانین نیز اظهار نظر و اعلام کرد: «که برخی مقررات موجود در این قانون، ویژگی مقررات اجرایی را دارند». به نظر می‌رسد که این تحولی بسیار شگرف در رویه‌ی

قضایی شورای قانون اساسی است و تجربه‌ای مفید برای همتای ایرانی خود، به‌شمار می‌آید. پرسشی که در اینجا مطرح می‌شود آن است که آیا شورای قانون اساسی توانسته تعریفی دیگر از قانون، ارائه دهد؟ به‌نظر می‌رسد که این مرجع در تصمیم مهم شماره‌ی ۸۲-۱۴۳ خویش به تاریخ ۳۰ ژوئیه‌ی ۱۹۸۲ کوشید که چنین تعریفی ارائه دهد و تعریف ماهوی از قانون را واگذارد (Villiers, 1983: 362). در این تصمیم، آن شورا تلاش کرد تا حوزه‌ی قانون و قانونگذاری را حتی در درون حوزه‌ی وضع مقررات اجرایی، گسترش دهد و به تفکیک اصول ۳۴ و ۳۷ قانون اساسی مصوب سال ۱۹۵۸ اکتفا نکند (Favoreu, Philip, 2007: 540). از تصمیم شماره‌ی ۵۱۲-۲۰۰۵ به تاریخ ۲۱ آوریل ۲۰۰۵ نیز شورای قانون اساسی رویه‌ی خویش را به‌کلی، تغییر داد و بر محتوای هنجاری قانون مصوب پارلمان نظارت کرد. برخی حقوقدانان فرانسوی نیز بر این نظرند که شورای قانون اساسی، همچنان بر رویه‌ی تثبیت‌شده از سال ۱۹۸۲ و تصمیم مذکور پایبند است و در تصمیم سال ۲۰۰۵ این رویه را ارتقا داد.<sup>(۶۴)</sup> به هر رو، در این تصمیم، شورا بر مبنای اصل ۶۱ قانون اساسی مصوب سال ۱۹۵۸ تصریح کرد که «برخی از قسمت‌های قانون، ماهیت مقررات اجرایی دارند».

در مقابل، شورای نگهبان عموماً تمایلی به نظارت بر محتوای هنجاری مصوبه‌های مجلس شورای اسلامی نشان نداده است. در واقع، به‌نظر می‌رسد که آن شورا در نظارت خود، بیشتر تفکیکی کارکردی را مدنظر دارد. شاید از این منظر، نظریه‌ی این مرجع در مورد لایحه‌ی «اصلاح موادی از قانون برنامه‌ی چهارم توسعه‌ی اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی» نقطه‌ی عطفی در کارنامه‌ی عملی آن مرجع به‌شمار رود. این معیار جز در مواردی معدود در نظر شورای قانون اساسی فرانسه نبوده است.<sup>(۶۵)</sup>

شورای قانون اساسی در رویه‌ی قضایی خود، معیارهای متنوعی را برای ویژگی مقررات اجرایی، مطرح کرده است.<sup>(۶۶)</sup> در این راستا، اصل ۶۱ قانون اساسی مصوب ۱۹۵۸ این کشور و مواد ۱۷ تا ۲۳ دستورالعمل ۷ نوامبر ۱۹۵۸ قواعد نظارت بر آیین‌نامه‌های داخلی پارلمان را مشخص کرد. در نخستین تصمیم در این زمینه، آن شورا مفهومی مضیق از مقررات اجرایی پارلمانی را پیش رو قرار داد. همزمان، مفهومی موسع از هر مجلس در نظر گرفت تا متون مورد نظارت خود را مشخص کند. در مقابل، شورای نگهبان، معیارهای مشخصی برای تعیین ویژگی‌های مقررات اجرایی، ارائه نداده است.

## نتیجه‌گیری

امروزه، بروز اختلافات فراوان در تصویب قوانین و مقررات اجرایی بین قوای مقننه و مجریه، این ادعا را مورد دفاع قرار می‌دهند که تفکیک ساختاری صلاحیت‌های قوای مقننه و مجریه، به‌نحو مقرر در قانون اساسی ایران، کارایی خود را از دست داده است. به‌عبارت دیگر، اتخاذ رویکردی دیگر به تفکیک صلاحیت‌های قوای مقننه و مجریه برای حل مشکلات در این حوزه ضروری است. در فرانسه نیز، مشکل یادشده، البته نه در حد متداول در کشورمان، به چشم می‌خورد. این رویکرد موسوم به «تفکیک ماهوی» باید از سوی مراجع صیانت از قانون اساسی با تفسیری پویا از متون قانون اساسی، مطرح شود. در این بستر، توسعه‌ی رویه‌ی دو مرجع صیانت از قانون اساسی، بیانگر نوعی پویایی در جنبه‌های خاص است. در واقع، هر دو مرجع، نقش فعالی در تفکیک صلاحیت‌های هنجاری قوای مقننه و مجریه (قانون و مقررات اجرایی) دارند. در مقایسه با سایر حوزه‌ها، شورای نگهبان از رویه‌ی پویایی در حوزه‌ی تفکیک ماهوی قانون و مقررات اجرایی، برخوردار است، اما این رویه باید تعمیق شود و ارتقا یابد. در این زمینه، به‌نظر می‌رسد با وجود تفاوت بنیادین بین مبانی تفکیک ماهوی قانون و مقررات اجرایی، معیارهای شورای قانون اساسی در بسیاری از حوزه‌ها مانند اصلاح قوانین می‌تواند مورد استفاده‌ی شورای نگهبان، قرار گیرد. در عین حال، شورای اخیر، معیارهای گوناگونی را با استناد به اصول قانون اساسی یا تلفیق آنها به توجه به منطق قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به‌کار می‌گیرد. معیارهای تلفیقی یادشده، راهکاری بسیار استوار و قابل تأمل برای تعمیق تفکیک ماهوی قواست.

## یادداشت‌ها

۱. عبارت «دولت حقوقی» معادل Rule of Law یا Etat de droit به کار رفته که در آن، دولت، به هنجارهای حقوقی محدود است و بخشی از این محدودیت، مربوط به قدرت سیاسی است و اصل تفکیک قوا به عنوان ابزار اصلی آن به کار می‌رود.

### 2. Georges Vedel

۳. بدیهی است که در اینجا تفکیک کارکردی قوا مورد نظر نویسنده است. همچنین، مراد از «قانون اساسی»، «قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران» بوده و منصرف از قانون اساسی مشروطیت است.

۴. از اصطلاح «قوای عمومی» نمی‌توان تعریف دقیقی ارائه داد (Billier-Maryoli, 2001: 1624). از نظر برخی نویسندگان، منظور از قوای عمومی نهادهای اساسی برتری هستند که با قانون اساسی، موجودیت یافته‌اند (Duhamel, 1992: 790). قدر مشترک بیشتر تعاریف، قوایی است که ناشی از قانون اساسی‌اند. برخی دیگر از اندیشمندان حقوق اساسی، قوای عمومی را تنها در قوای مقننه و مجریه، خلاصه می‌کنند (Favoreu, 1967: 31)؛ درحالی‌که مردم نیز در مردم‌سالاری نیمه‌مستقیم، اراده‌ی خود را تحقق می‌بخشند.

۵. این تعبیر، نزدیک به همان تعبیری است که سی‌یس (Sieyès) اندیشمند برجسته‌ی فرانسوی به کار برده است. او قدرت عمومی را واحد و تنها ناشی از مردم می‌داند، ولی کارکردهای این قدرت، متنوع است و باید از یکدیگر، تفکیک شوند.

### 6. Règlement d'application

### 7. Règlement autonome

۸. در تأیید این نظر ن.ک:

DE SOTO (L.), «La loi et le règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958», Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger, 1959, p. 275 et CHATENET (P.), «L'application des articles 34 et 37 par le Conseil constitutionnel», Le domaine de la loi et du règlement, colloque organisé par la Faculté de Droit et de Science politique d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 1978, p. 139.

برای آشنایی با نظر مخالف ن.ک:

FAVOREU, Louis, «La loi», La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989, Journée d'études des 16-17 mars 1989, Aix-en-Provence/Paris, P.U.A.M./Economica, 1990, pp. 98-99.

۹. همچنین ن.ک:

FAVOREU, Louis, «De la démocratie à l'État de droit», Le débat, n° 64, 1991, p. 160.

### 10. Autonome

۱۱. در برخی موارد، این‌طور استنباط می‌شود که برخی از اعضای مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز تفکیک مشخصی بین قوانین عادی و مقررات اجرایی، قائل نبوده‌اند (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ج ۳: ۱۶۳۱).

۱۲. نظریه‌ی شماره‌ی ۸۱/۳۰/۱۳۹۶ به تاریخ ۱۳۸۱/۶/۲

۱۳. بند ۲ نظریه‌ی شماره‌ی ۱۰۲۲۴ به تاریخ ۱۳۶۶/۱۱/۱۴ در مورد لایحه‌ی قانونی «مقررات مالی»

- اداری، استخدامی و تشکیلات جهاد سازندگی». همچنین، ر.ک: نظریه‌ی شماره‌ی ۵۱۱۳ به تاریخ ۱۳۶۴/۹/۲۷ در مورد لایحه‌ی قانونی «واگذاری پرداخت حقوق و مزایای ماهیانه‌ی وراث شهدا و مفقودین نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران و کارمندان کشوری به بنیاد شهید انقلاب اسلامی».
۱۴. بند ۲ نظریه‌ی شماره‌ی ۱۱۷۸ به تاریخ ۱۳۶۹/۹/۱۸ در مورد طرح قانونی «آیین‌نامه‌ی استخدامی دیوان محاسبات کشور» و بند ۱ نظریه‌ی شماره‌ی ۱۴۴۵ به تاریخ ۱۳۷۴/۱۱/۱ در مورد طرح قانونی «حمل و نقل و عبور کالاهای خارجی از قلمرو جمهوری اسلامی ایران».
۱۵. بند ۷ نظریه‌ی شماره‌ی ۷۴/۲۱/۱۵۰۴ به تاریخ ۱۳۷۴/۱۱/۸ در مورد لایحه‌ی قانونی «بودجه‌ی سال ۱۳۷۵ کل کشور».
۱۶. نظریه‌ی شماره‌ی ۵۷۸۸ به تاریخ ۱۳۷۲/۱۱/۶ در مورد طرح قانونی «الحاق یک بند و سه تبصره به‌عنوان بند ۳ به ماده‌ی ۹۹ قانون شهرداری‌ها». نظیر همین ممنوعیت در مورد وضع جریمه توسط بانک مرکزی هم در رویه‌ی شورا دیده می‌شود. ر.ک: بند ۸ نظریه‌ی شماره‌ی ۸۹/۳۰/۴۱۱۱۴ به تاریخ ۱۳۸۹/۱۰/۱۵ در مورد لایحه‌ی قانونی «برنامه‌ی پنج‌ساله‌ی پنجم توسعه‌ی جمهوری اسلامی ایران».
۱۷. نظریه‌ی شماره‌ی ۸۱/۱۰/۱۸۱۰ به تاریخ ۱۳۸۱/۸/۱۵.
۱۸. بند ۱۲ نظریه‌ی شماره‌ی ۸۵/۳۰/۲۰۷۴۹ به تاریخ ۱۳۸۵/۱۲/۱۳ در مورد لایحه‌ی قانونی «مدیریت خدمات کشوری».
۱۹. نظریه‌ی شماره‌ی ۶۴۸۸ به تاریخ ۱۳۶۵/۵/۱۱ در مورد طرح قانونی «تشدید مجازات محکومان و گرانفروشان».
۲۰. ماده‌ی ۲۴ قانون تشکیل سازمان نظام پزشکی مصوب ۱۳۷۴/۱۰/۲۰ که شورای نگهبان آن را تأیید کرده است. ر.ک: معاونت حقوقی ریاست جمهوری (۱۳۸۹)، مرزهای تقنین و اجرا در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات، ص ۱۰۴-۱۰۵.
۲۱. نظریه‌ی شماره‌ی ۸۱/۳۰/۲۵۲۴ به تاریخ ۱۳۸۱/۱۱/۲۹ در مورد طرح قانونی «تشکیل سازمان نظام روان‌شناسی و مشاوره‌ی جمهوری اسلامی ایران».
۲۲. بند ۳ نظریه‌ی شماره‌ی ۸۱/۳۰/۲۱۹۰ به تاریخ ۱۳۸۱/۱۰/۱۲.
۲۳. نظریه‌ی مورخ ۱۳۸۵/۹/۲۲.
۲۴. نظریه‌ی شماره‌ی ۵۷۸۸ به تاریخ ۱۳۷۲/۱۱/۶.
۲۵. نظریه‌ی شماره‌ی ۷۱۴۵ به تاریخ ۱۳۷۳/۹/۲.
۲۶. اصل ۷۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «مجلس شورای اسلامی در عموم مسایل در حدود مقرر در قانون اساسی می‌تواند قانون وضع کند».
۲۷. اصل ۷۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «طرح‌های قانونی و پیشنهادها و اصلاحاتی که نمایندگان در خصوص لوایح قانونی عنوان می‌کنند و به تقلیل درآمد عمومی یا افزایش هزینه‌ی



عمومی می‌انجامد، در صورتی قابل طرح در مجلس است که در آن طریق جبران کاهش درآمد یا تأمین هزینه‌ی جدید نیز معلوم شده باشد».

۲۸. اصل ۶۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «اعمال قوه‌ی مجریه جز در اموری که در این قانون مستقیماً بر عهده‌ی رهبری گذارده شده، از طریق رئیس‌جمهور و وزراء است».

۲۹. نظریه‌ی شماره‌ی ۸۵/۳۰/۱۸۸۰۸ به تاریخ ۱۳۸۵/۱۰/۷.

۳۰. نظریه‌ی شماره‌ی ۸۵/۳۰/۱۹۹۷۸ به تاریخ ۱۳۸۵/۱۰/۲۰.

۳۱. «ماده‌ی ۲ به دلیل اجرایی بودن کمیته، واگذاری آن به اشخاص غیر از وزیر بدون تأیید رئیس‌جمهور و وزراء مغایر اصل شصتم قانون اساسی است». به نقل از: مرکز تحقیقات شورای نگهبان، شرح تفصیلی بررسی طرح ساماندهی مد و لباس.

#### 32. Cavaliers budgétaires

۳۳. اصل ۵۲ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «بودجه‌ی سالانه‌ی کل کشور به‌ترتیبی که در قانون مقرر می‌شود از طرف دولت تهیه و برای رسیدگی و تصویب به مجلس شورای اسلامی تسلیم می‌گردد. هر گونه تغییر در ارقام بودجه نیز تابع مراتب مقرر در قانون خواهد بود».

۳۴. بند ۷ نظریه‌ی شماره‌ی ۴۱۹۳ به تاریخ ۱۳۷۱/۱۱/۱۲.

#### 35. Cavaliers budgétaires

۳۶. بند ۳ نظریه‌ی شماره‌ی ۹۰/۳۰/۴۲۲۲۳ به تاریخ ۱۳۹۰/۲/۱۹: «از آنجا که تعیین موارد استثناء در قسمت اخیر بند ۱۸ از امور تقنینی است، لذا واگذاری تعیین آن به غیر مجلس شورای اسلامی، مغایر اصل ۸۵ قانون اساسی شناخته شد». همچنین، ر.ک: نظریه‌های شماره‌ی ۹۰/۳۰/۴۶۱۴۱ به تاریخ ۱۳۹۰/۱۲/۲۳ در مورد لایحه‌ی قانونی «آیین دادرسی کیفری» و شماره‌ی ۸۷/۳۰/۳۱۸۰۰ به تاریخ ۱۳۸۷/۱۲/۲۷ در مورد لایحه‌ی قانونی «اصلاح قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری-صنعتی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۷۲».

۳۷. قسمت «الف» نظریه‌ی شماره‌ی ۸۹/۳۰/۴۰۹۶۸ به تاریخ ۱۳۸۹/۱۰/۶: «در ماده‌ی ( ۲۰۰ مکرر ۴) با توجه به اینکه تصویب موارد مذکور در این ماده بر عهده‌ی مرکز امور زنان و خانواده گذاشته شده است و این امور بعضاً تقنینی یا اجرایی هستند، لذا مغایر اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی شناخته شد». همچنین، ر.ک: بند ۶ نظریه‌ی شماره‌ی ۸۹/۳۰/۴۱۰۲۱ به تاریخ ۱۳۸۹/۱۰/۹ در مورد لایحه‌ی قانونی «برنامه‌ی پنج‌ساله‌ی پنجم توسعه‌ی جمهوری اسلامی ایران».

۳۸. بند ۲ نظریه‌ی شماره‌ی ۴۵۹۴ به تاریخ ۱۳۶۱/۳/۴ در مورد «اساسنامه‌ی سپاه پاسداران انقلاب اسلامی».

۳۹. بند ۲ نظریه‌ی شماره‌ی ۹۰/۳۰/۴۵۱۹۵ به تاریخ ۱۳۹۰/۱۰/۲۱ در مورد طرح قانونی «بهبود مستمر محیط کسب و کار».

۴۰. نظریه‌ی شماره‌ی ۸۶/۳۰/۲۳۱۰۷ به تاریخ ۱۳۸۶/۸/۱۶.

#### 41. Ordres juridiques

#### 42. Etablissements publics

۴۳. تصمیم شماره‌ی ۷۳-۷۶ به تاریخ ۲۸ دسامبر ۱۹۷۶.
۴۴. تصمیم‌های شماره‌ی ۷۸-۹۵ به تاریخ ۲۷ ژوئیه‌ی ۱۹۷۸ و شماره‌ی ۱۰۴-۷۹ به تاریخ ۲۳ مه ۱۹۷۹.
۴۵. تصمیم‌های شماره‌ی ۸۳-۱۶۲ به تاریخ ۱۹ و ۲۰ ژوئیه‌ی ۱۹۸۳ و شماره‌ی ۱۶۷-۸۳ به تاریخ ۱۹ ژانویه‌ی ۱۹۸۴.
۴۶. تصمیم‌های شماره‌ی ۸۱-۱۳۲ به تاریخ ۱۶ ژانویه‌ی ۱۹۸۲، شماره‌ی ۸۴-۱۸۳ به تاریخ ۱۸ ژانویه‌ی ۱۹۸۵، شماره‌ی ۸۵-۱۹۸ به تاریخ ۱۳ دسامبر ۱۹۸۵، شماره‌ی ۸۶-۲۱۷ به تاریخ ۱۸ سپتامبر ۱۹۸۶، شماره‌ی ۸۷-۲۳۳ به تاریخ ۵ ژانویه‌ی ۱۹۸۸، شماره‌ی ۹۳-۳۲۲ به تاریخ ۲۸ ژوئیه‌ی ۱۹۹۳، شماره‌ی ۹۴-۳۵۸ به تاریخ ۲۶ ژانویه‌ی ۱۹۹۵، شماره‌ی ۹۶-۳۷۸ به تاریخ ۲۳ ژوئیه‌ی ۱۹۹۶، شماره‌ی ۹۸-۳۹۹ به تاریخ ۵ مه ۱۹۹۸، شماره‌ی ۴۵۵-۲۰۰۱ به تاریخ ۱۲ ژانویه‌ی ۲۰۰۲.
۴۷. تصمیم شماره‌ی ۵۱۳-۲۰۰۵ به تاریخ ۱۴ آوریل ۲۰۰۵.
۴۸. ر.ک: تصمیم شماره‌ی ۱۴۳-۸۲ به تاریخ ۳۰ ژوئیه‌ی ۱۹۸۲.
۴۹. برای مثال: تصمیم شماره‌ی ۱۰-۷۹ به تاریخ ۲۶ آوریل ۱۹۷۹.
۵۰. در این زمینه ر.ک: تصمیم‌های شماره‌ی ۲۲۱-۸۶ به تاریخ ۲۹ دسامبر ۱۹۸۶ و شماره‌ی ۲۲۴-۸۶ به تاریخ ۲۳ ژانویه‌ی ۱۹۸۶.
۵۱. برای مثال ر.ک: تصمیم شماره‌ی ۲۲۱-۸۶ به تاریخ ۲۹ دسامبر ۱۹۸۶.
۵۲. ماده‌ی ۴۴ قانون اساسی مصوب ۱۹۵۸ مقرر می‌دارد: «اعضای پارلمان و اعضای دولت دارای حق پیشنهاد اصلاحی هستند. بعد از شروع مذاکرات، دولت می‌تواند با بررسی هر اصلاحیه‌ای که قبلاً به کمیسیون ارجاع نشده است، مخالفت نماید. در صورت تمایل دولت، مجلس تمام یا قسمتی از متن مورد بحث یا اصلاحات پیشنهادی مورد قبول دولت را برای یک مرتبه به رأی می‌گذارد».
۵۳. برای مثال ر.ک: تصمیم‌های شماره‌ی ۲۲۴-۸۶ به تاریخ ۲۳ ژانویه‌ی ۱۹۸۷ و شماره‌ی ۳۳۴-۹۳ به تاریخ ۲۰ ژانویه‌ی ۱۹۹۴.
۵۴. برای مطالعه‌ی بیشتر، ر.ک:
- MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M), « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », JCP, 2006, I 191, p. 2167. Dans les autres décisions, le Conseil ne paraît pas disposer à adoucir sa jurisprudence. Voir : CC, n° 2006-544DC du 14 décembre 2006, Rec. 129 ; n° 2007-546DC du 25 janvier 2007 ; n° 2007-549DC du 19 février 2007 et n° 2007-552DC du 1er mars 2007. ROUSSEAU (D.), « Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2006-2007 », R.D.P., 2007, p. 1148.
۵۵. برای مثال ر.ک: تصمیم شماره‌ی ۴۰۲-۹۸ به تاریخ ۲۵ ژوئن ۱۹۹۸.
۵۶. برای مثال ر.ک: تصمیم شماره‌ی ۴۴۵-۲۰۰۱ به تاریخ ۱۹ ژوئن ۲۰۰۱.
۵۷. در این زمینه همچنین ر.ک: تصمیم‌های شماره‌ی ۴۳۶-۲۰۰۰ به تاریخ ۷ دسامبر ۲۰۰۰ و شماره‌ی ۴۷۹-۲۰۰۳ به تاریخ ۳۰ ژوئیه‌ی ۲۰۰۳.
۵۸. برای مثال ر.ک: تصمیم‌های شماره‌ی ۵۳۴-۲۰۰۶ به تاریخ ۱۶ مارس ۲۰۰۶ و شماره‌ی ۵۳۵-۲۰۰۶ به تاریخ ۳۰ مارس ۲۰۰۶.

۵۹. برای مثال ر.ک: پاسخ شماره‌ی ۲۵۳۹ شورای نگهبان به تاریخ ۲۷ اسفند ۱۳۷۰ به سؤال وزیر کار و تأمین اجتماعی.

۶۰. برای مثال ر.ک: پاسخ شماره‌ی ۴۲۸۶ شورای نگهبان به تاریخ ۲۲ فروردین ۱۳۶۱ به سؤال تولیت آستان قدس رضوی.

۶۱. در این موضع، نظریه‌های بسیار وجود دارد. برای مثال، شورا در نظریه‌ی شماره‌ی ۸۶/۳۰/۲۴۸۹۸ به تاریخ ۱۳۸۶/۱۱/۹ مربوط به طرح «استفساریه‌ی ماده‌ی ۶۱ قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۶۸» تصریح می‌کند: «با توجه به نظریه‌ی تفسیری شورای نگهبان از اصل ۷۳ قانون اساسی، طرح استفساریه‌ی ماده‌ی ۶۱ قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۶۸ تفسیر نیست بلکه قانونگذاری است، لذا مغایر اصل ۷۳ قانون اساسی شناخته شد».

۶۲. نظریه‌ی شماره‌ی ۸۶/۳۰/۲۴۷۴۱ به تاریخ ۱۳۸۶/۱۰/۲۰ مربوط به طرح «استفساریه‌ی قانون اصلاح مواد ۹ و ۱۰ قانون تنظیم بخشی از مقررات تسهیل نوسازی صنایع کشور و اصلاح ماده‌ی ۱۱۳ قانون برنامه‌ی سوم توسعه‌ی اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران».

۶۳. برای تطبیق با نظام حقوقی فرانسه باید به ماده‌ی ۴۰ قانون اساسی مصوب سال ۱۹۵۸ مراجعه کرد. این ماده، ابتکار پارلمان را در این زمینه، محدود می‌کند. شورای قانون اساسی در تصمیم شماره‌ی ۸-۶۰ به تاریخ ۱۱ اوت ۱۹۶۰ تفسیری موسع ارائه می‌کند که بر مبنای آن نه فقط افزایش هزینه‌های اشخاص حقوقی حقوق عمومی بلکه نظام‌های تأمین اجتماعی را نیز در بر می‌گیرد (Philip, 2007: 366).

۶۴. برای نمونه، ر.ک:

FATIN-ROUGE STÉFANINI (M.), «Chronique de la France», *Annuaire International de la Justice Constitutionnelle*, 2005, p. 557.

۶۵. در حوزه‌ی تفکیک مبتنی بر ماده‌ی ۳۷ قانون اساسی مصوب ۱۹۵۸، شرایط شکلی باید به گونه‌ای باشد که شورای قانون اساسی متقاعد شود که هنجارهای موضوع نظارت شکل تقنینی دارند.

۶۶. برای مثال، تصمیم‌های شماره‌ی ۱۹۹L-۲۰۰۵ به تاریخ ۲۴ مارس ۲۰۰۵، شماره‌ی ۲۰۰L-۲۰۰۵ به تاریخ ۲۴ مارس ۲۰۰۵ و شماره‌ی ۲۰۱L-۲۰۰۵ به تاریخ ۱۳ اکتبر ۲۰۰۵.

## منابع و مآخذ

### الف) فارسی

- الهام، غلامحسین؛ موسی‌زاده، ابراهیم (۱۳۹۱)، *دادرسی اساسی در جمهوری اسلامی ایران: اصول قانون اساسی در پرتو نظرات شورای نگهبان (۱۳۵۹-۱۳۸۹)*، تهران: مرکز تحقیقات شورای نگهبان.
- تیلا، پروانه (۱۳۸۳)، «گستره‌ی صلاحیت آیین‌نامه‌سازی قوه‌ی مجریه از منظر حقوق عمومی»، *اطلاع‌رسانی حقوقی*، ش ۶، ص ۱۲.
- شورای نگهبان، *شرح تفصیلی نظر شورای نگهبان درباره‌ی لایحه‌ی «هدفمند کردن یارانه‌ها»*، [www.shora-gc.ir](http://www.shora-gc.ir)، تاریخ بازدید ۱۳۸۹/۲/۲۸.
- صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۶۴)، تهران: اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ج ۳.
- مرکز تحقیقات شورای نگهبان (۱۳۹۰)، *مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی دوره‌ی اول (خرداد ۱۳۵۹ تا خرداد ۱۳۶۳)*، تهران: معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات.
- مرکز تحقیقات شورای نگهبان (۱۳۸۹)، *مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی دوره‌ی دوم (خرداد ۱۳۶۳ تا خرداد ۱۳۶۷)*، تهران: معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات.
- مرکز تحقیقات شورای نگهبان (۱۳۸۵)، *مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی دوره‌ی سوم (خرداد ۱۳۶۷ تا خرداد ۱۳۷۱)*، تهران: دادگستر.
- مرکز تحقیقات شورای نگهبان (۱۳۸۵)، *مجموعه نظریات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی دوره‌ی چهارم (خرداد ۱۳۷۱ تا خرداد ۱۳۷۵)*، تهران: دادگستر.
- مرکز تحقیقات شورای نگهبان (۱۳۸۵)، *مجموعه نظریات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی دوره‌ی پنجم (خرداد ۱۳۷۵ تا خرداد ۱۳۷۹)*، تهران: دادگستر.
- مرکز تحقیقات شورای نگهبان (۱۳۸۴)، *مجموعه نظریات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی دوره‌ی ششم - سال چهارم (خرداد ۱۳۸۲ تا خرداد ۱۳۸۳)*، تهران: دادگستر.
- مرکز تحقیقات شورای نگهبان (۱۳۸۹)، *مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی دوره‌ی هفتم (خرداد ۱۳۸۳ تا خرداد ۱۳۸۷)*، تهران: معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات.

پژوهشکده‌ی شورای نگهبان (۱۳۹۲)، مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی دوره‌ی هشتم (خرداد ۱۳۸۷ تا خرداد ۱۳۹۱)، تهران: پژوهشکده‌ی شورای نگهبان.  
معاونت حقوقی ریاست جمهوری (۱۳۸۹)، مرزهای تقنین و اجرا در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات.

### ب) لاتین

- AUBY, Jean-Bernard (2005), «L'avenir de la jurisprudence Blocage des prix et des revenus», **Les Cahiers du Conseil Constitutionnel**, n°19, p. 106.
- AVRIL, Pierre (2006), «La jurisprudence institutionnelle du Conseil constitutionnel est-elle créatrice de droit ? », **Archives de Philosophie du Droit**, n° 50, p. 33.
- BILLIER-MARYIOLI, Aglaé (2001), «La notion de pouvoirs publics », **Revue de la Recherche Juridique – Droit prospectif**, p. 1623.
- CAMBY, Jean-Pierre (1997), «Le Conseil constitutionnel et la régulation de l'activité des pouvoirs publics», **Administration**, n° 177, p. 28.
- CAMBY, Jean-Pierre (2001), «Le droit d'amendement : un droit jurisprudentiel ?», **Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger**, p. 967.
- CAMBY, Jean-Pierre (2002), «34/37 : Des frontières perméables», **Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger**, p. 280.
- CAPPELLETTI, Mauro (1990), **Le pouvoir des juges**, trad. par René David, Paris, P.U.A.M./Economica, p. 222.
- CARCASSONNE (G.)(2007), **La Constitution**, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Seuil.
- CHAMUSSY, Damien (2007), « Le Conseil constitutionnel, le droit d'amendement et la qualité de la législation – évolutions récentes de la jurisprudence », **Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger**, p. 1073.
- CHANTEBOUT, Bernard (2007), **Droit constitutionnel**, 24<sup>e</sup> éd., Paris, A. Colin.
- DELAUNAY, Bénédicte (1997), «Le Conseil constitutionnel : protecteur de l'exécutif», **Le Conseil constitutionnel vu du Parlement**, Paris, Ellipses, p. 169.
- DUGUIT, Léon (1928), **Traité de droit constitutionnel**, T.2, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Ancienne Librairie Fontemoing & C.
- DRUESNE, Gérard (1976), «Réflexions sur la notion de pouvoirs publics en droit français», **Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger**, p. 1149.
- DUHAMEL, Olivier (1992), « Pouvoirs publics », **Dictionnaire constitutionnel**, Paris, P.U.F., p.790
- FAVOREU, Louis (1967), « Le Conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », **Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger**, p. 5.
- FAVOREU, Louis (1978), «Rapport introductif », **Le domaine de la loi et du règlement**, colloque organisé par la Faculté de Droit et de Science politique d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, P.U.A.M, p. 25.
- FAVOREU, Louis, PHILIP, Loïc avec la collaboration de GAÏA, Patrick, GHEVONTIAN, Richard, MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand, ROUX, André (2007), **Les grandes décisions du Conseil constitutionnel**, 14<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz.
- FELDMAN, Jean Philipe (2010), « La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. Mythes et réalités d'une doctrine et de ses critiques », **Revue Française de Droit Constitutionnel**, n°83, p.481.

- FELDMAN, Jean-Philippe (2005), «Sur la proposition de loi constitutionnelle “tendant à renforcer l’autorité de la loi”», *Dalloz*, Chronique, p. 399.
- FROMONT, Michel (1984), «La séparation des pouvoirs selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Mélanges Karl CARSTENS, Köln, C. Heymann*, p. 589.
- HAQUET, André (2007), *La loi et le règlement*, Paris, L.G.D.J.
- JAN, Pascal et ROY, Philippe (1997), *Le Conseil constitutionnel vu du parlement*, Paris, Ellipses.
- JANICOT, Laetitia (2007), «Chronique de jurisprudence constitutionnelle n° 4 (premier semestre 2007) [1<sup>er</sup> partie]», *Les Petites Affiches*, n° 216, p. 10.
- KNAUB, Gérard (1983), « Le Conseil constitutionnel et la régulation des rapports entre les organes de l’État », *Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l’étranger*, p. 1149.
- LUCHAIRE, François (1992), «Le droit de l’homme à la séparation des pouvoirs d’après la jurisprudence du Conseil constitutionnel français», *Présence du droit public et des droits de l’homme, Mélanges offerts à Jacques VELU*, Bruxelles, Bruylant, p. 441.
- LUCHAIRE, François (1998), *Le Conseil constitutionnel*, T. II, Jurisprudence, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Economica.
- LUCHAIRE, François (2007), «Déformation et reformation de la Constitution de 1958», *Demain. La Sixième République?*, colloque des 6 et 7 avril 2006, l’Université de Toulouse 1, P.U.S.S.T., p. 23.
- MAUBLANC, Jean-Pierre (2005), «Les nouveaux mythes constitutionnels de la rationalité de la loi », *La Constitution et les valeurs, Mélanges en l’honneur de Dmitri Georges LAVROFF*, Paris, Dalloz, p. 246.
- MATHIEU, Bertrand et VERPEAUX, Michel (2006), «Chronique de jurisprudence constitutionnelle», *Juris – Classeur Périodique. La semaine juridique*, p. 1111.
- PHILIP, Loïc (1978), «Les lacunes et les imperfections des articles 34 et 37, le problème de leur réforme », *Le domaine de la loi et du règlement*, colloque organisé par la Faculté de Droit et de Science politique d’Aix-Marseille, Aix-en-Provence, P.U.A.M., p.227.
- PHILIP, Loïc (2007), «Dialogue sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel», *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l’honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, p. 361.
- POULET-GIBOT LECLERC, Nadine (1990), *La place de la loi dans l’ordre juridique interne*, Limoges, Faculté de Droit et des Sciences économiques de l’Université de Limoges, 1990.
- RENOUX, Thierry S. et VILLIERS, Michel de (2005), *Code constitutionnel*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Litec.
- SCHOETEL, Jean-Eric (2005), *Les Petites Affiches*, 6 mai, p. 5.
- SCHRAMECK, Olivier (1995), «Décision n° 95-177DC du 8 juin 1995», *Actualité Juridique de Droit Administratif*, p. 519.
- SOMMACCO, Valérie (2002), *Le droit d’amendement et le juge constitutionnel en France et en Italie*, Paris, L.G.D.J.
- VIER, Charles-Louis (1972), «Le contrôle du Conseil constitutionnel sur les règlements des assemblées», *Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l’étranger*, p. 165.
- VILLIERS, Michel de (1983), «Vers la neutralisation des articles 34 et 37 ?», *Revue Administrative*, p. 362.

## رویکردهای تفسیر قانون اساسی؛ با نگاهی به نظریات شورای نگهبان

حسین خلف‌رضایی\*

دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه تهران و مدرس دانشگاه، تهران، ایران

پذیرش: ۱۳۹۳/۲/۲۵

دریافت: ۱۳۹۲/۹/۹

### چکیده

هر قاعده‌ی حقوقی در مقام اجرا نیازمند تفسیر است، این در حالی است که قواعد به دلایلی چون اجمال و ابهام تاب تفاسیر گوناگونی دارند. قانون اساسی نیز از این اصل کلی مستثنا نیست، بلکه به سبب کلیت، عمومیت و کلان‌نگری و صعوبت نسبی اصلاح و بازنگری در آن، در مواردی تاب تفاسیر بیشتری نسبت به سایر قوانین دارد. به سبب اینکه هر مرجعی برای نظارت بر اجرای قانون به ناچار آن را تفسیر می‌کند، در بیشتر نظام‌های سیاسی دنیا نظارت بر اجرای قانون اساسی و تفسیر آن به مرجعی خاص سپرده شده است؛ البته ماهیت مراجع تفسیر قانون بر رویکردها و روش‌هایی که این مراجع برای تفسیر قانون پی می‌گیرند، نیز مؤثر است.

در این مقاله رویکردها و روش‌های تفسیری بررسی می‌شود و از این رهگذر می‌توان تناسب هر یک از این رویکردها را با نظام‌های حقوقی مختلف ارزیابی کرد. در این چارچوب، تحلیل علمی و عینی نظریات شورای نگهبان به عنوان متولی تفسیر قانون اساسی در نظام حقوقی ایران نیز بهتر صورت خواهد گرفت.

**کلیدواژه‌ها:** تفسیر، شورای نگهبان، قانون اساسی، قصد قانونگذار، متن قانون.

---

\* E-mail: h.rezaei@mail.ut.ac.ir

## مقدمه

اجرای قوانین جز از راه تفسیر ممکن نیست؛ به دیگر سخن، تفسیر، مقدمه و پیش شرط اجرای قانون است. پیداست که هر گاه مفاد قانون روشن باشد، نمی‌توان به بهانه‌ی تفسیر از آن معنا طفره رفت.<sup>(۱)</sup> اما واقعیت این است که قوانین بشری به دلیل بی‌بهره بودن بشر از علم مطلق و پیش‌بینی آینده، ناگزیر به ورطه‌ی ابهام، اجمال، نقص، سکوت و تعارض می‌غلتنند و حتی قوانین الهی نیز از آنجا که مخاطب آنها بشر است، بر حسب افق نگرش و اندیشه‌ی مفسران، تفاسیر مختلفی به خود می‌گیرند. بر این اساس، تفسیر قانون نیازمند رعایت اصول و ضوابطی خاص است.

اجرای حکم قانون در وهله‌ی نخست، منوط به فهمیدن آن است و شناختن حقوق به‌منظور اجرای آن تنها از طریق یک فعالیت ذهنی حاصل می‌شود. این فعالیت از آن نظر که استدلالی است، از منطق سرچشمه می‌گیرد. در نتیجه، تفسیر حقوق همزمان یک وجه حقوقی و یک وجه منطقی دارد؛ بنابراین، از یک سو، تابع قواعد حقوقی یعنی قواعد خاصی است که فعالیت تفسیری<sup>(۲)</sup> حقوق را رهبری می‌کنند و از سوی دیگر، تابع قواعد منطقی یعنی قواعدی است که متضمن وظایف ذهنی استدلالی<sup>(۳)</sup> به‌ویژه وظایف تقسیم و تعریف و استنتاج‌اند (کالینوسکی، ۱۳۷۳: ۲۷).

در این میان، تفسیر قانون اساسی جایگاه و آثار ویژه‌ای دارد و دادرسان اساسی نیز نقش متفاوتی نسبت به دیگر دادرسان (دادرسان محاکم عادی) دارند و آن چیزی است که کلسن، قانونگذار سلبی خوانده است، بدین معنا که دادرسان اساسی در صورت احراز مغایرت قوانین با قانون اساسی، قوانین مغایر را از اعتبار ساقط می‌کند (Kelsen, 1945: 268). نظریه‌ی تفسیری که از سوی مرجع متولی تفسیر رسمی به‌عمل می‌آید، ارزشی برابر با خود موضوع تفسیر می‌یابد.<sup>(۴)</sup>

مرجع مفسر به‌طور معمول در مورد رویکرد یا روش تفسیری اتخاذی خود چیزی نمی‌گوید، اما این مراجع برای رسیدن به حکم ناگزیر از به‌کارگیری روش‌های منطقی تفسیرند. مکاتب تفسیری را از جهات مختلف می‌توان دسته‌بندی کرد. از یک منظر می‌توان آنها را در مکاتبی که به منبع یا مبنای قانون توجه می‌کنند و مکاتبی که به مخاطب یا غایت قانون تأکید دارند، بررسی کرد. از سوی دیگر، مکاتب تفسیری را می‌توان با توجه به تحلیل آنها از قانون دسته‌بندی کرد: آن دسته از مکاتبی که در تفسیر قانون به زمان وضع و انتشار آن توجه می‌کنند و دسته‌ای دیگر که قانون را در همان ظرف زمانی تفسیر مدنظر قرار می‌دهند.

در این مقاله، در دو بخش به مطالعه و نقد مهم‌ترین مکاتب تفسیر قانون اساسی می‌پردازیم. در ابتدا رویکردهای منشأگرا یا تفاسیر معطوف به متن و اصل قانون بررسی می‌شود و پس از آن، رویکردهای غیرمنشأگرا یا تفاسیر معطوف به مخاطب و غایت قوانین مورد بحث قرار می‌گیرند. بررسی رویکردها و روش‌های تفسیری در نظام‌های حقوقی می‌تواند تناسب هر یک از روش‌ها با



رویکردهای کلی تفسیر را نشان دهد و تجربه‌ی سایر نظام‌های حقوقی و روش‌هایی را که با توجه به نظام خاص خود اتخاذ کرده‌اند، به ارزیابی و سنجه‌ی قضاوت بگذارد. برای عینیت یافتن بیشتر رویکردهای تفسیری، به برخی نظریات شورای نگهبان نیز اشاره می‌شود. بدیهی است که هدف از این تحقیق، تحلیل رویکردهای تفسیری شورای نگهبان نیست و پرداختن به آن مجال دیگری می‌طلبد.

## ۱. رویکردهای منشأگرا یا تفسیر معطوف به متن و اصل قانون

### ۱-۱. لفظ‌گرایی در نظام حقوقی رومی-ژرمنی

در این دیدگاه، قانون مظهر اراده‌ی قانونگذار و قانونگذاری تنها منشأ حقوق است و برای تفسیر قانون باید به جست‌وجوی اراده‌ی واقعی قانونگذار در زمان وضع قانون پرداخت. هر گاه مفاد قانون روشن باشد، منظور قانونگذار که در متن قانون متجلی است، از طریق به‌کار بردن قواعد دستور زبان و اصول منطقی قابل استنباط خواهد بود.<sup>(۵)</sup> بر این اساس، معنای عادی<sup>(۶)</sup> یا متداول کلمات در زمان تدوین متن یا همان زمان استعمال (و نه زمان تفسیر) مورد توجه قرار می‌گیرد.<sup>(۷،۸)</sup>

دوران خودنمایی مکتب تفسیر تحت‌اللفظی را به اوایل قرن نوزدهم میلادی و زمان تصویب قانون مدنی فرانسه یا همان کُد ناپلئون منتسب می‌کنند، اما می‌توان ادعا کرد که تفسیر تحت‌اللفظی یا تعبد به صریح قانون رویکردی بوده که طی قرون متمادی دنبال شده است. یکی از ریشه‌های کهن این رویکرد، مبنای مذهبی قوانین بوده و در واقع، خضوع در برابر قانون به سبب تعبد نسبت به فرمان‌های الهی بوده است (صانعی، ۱۳۸۹: ۴۲۲).

در دوران جدید که نظریه‌ی تفکیک قوا به گفتمان غالب در حقوق اساسی کشورها مبدل شده است، این نظریه و نظرهای مبتکر آن یعنی، منتسکیو مبنایی برای مخالفت با اختیارات وسیع دادرسان شده است. در این رویکرد که به نظر می‌رسد بر برداشتی متعصبانه از اصل تفکیک قوا اتکا دارد، حقوق تنها ساخته و پرداخته‌ی قانونگذار است که نماینده‌ی ملت است و دادرسی کاری جز فهم و اجرای این حقوق ندارد. «تفسیر نیز چیزی جز کشف مقصود قانونگذار از طریق بررسی کلام وی نیست» (الشریف، ۱۳۹۱: ۳۳۷-۳۳۸).

از نظر منتسکیو، قضات سخنگویان یا زبان قانون‌اند و از زبان آنان چیزی جز مقررات قانون نباید خارج شود. در حکومت مطلوب منتسکیو که جمهوری مبتنی بر تفکیک قواست، طبیعت و اساس حکومت به‌گونه‌ای است که قضات باید مطابق مفاد دقیق قانون رفتار کنند. به‌زعم وی، هر اندازه که حکومت به اصول جمهوریت نزدیک شود، به همان اندازه روش

قضاوت نیز ثابت می‌گردد (منتسکیو، ۱۳۶۸: ۱۸۹).

یکی از زمینه‌های تقویت این رویکرد آن بوده که قانونگذار فرانسه به دلیل سابقه‌ی نامطلوب اعمال نظرهای قضات، در صدد ضابطه‌مند کردن تفسیر دادرسان و جلوگیری از اعطای اختیارات وسیع به دادرسان بر آمده است تا قوانین به شکل یکسان اجرا شود و زمینه‌ی انحراف از آن به وسیله‌ی تفسیر به رأی قضات فراهم نیاید. ضمن آنکه رواج مکتب حقوق طبیعی در آن دوران عاملی برای تقید به نص قانون شده بود؛ با این فرض که قانونگذار، حقوق طبیعی و فطری افراد را شناسایی کرده و از آنجا که این حقوق لایتغیر و ثابت‌اند، هر گونه انحراف از متن قانون ممنوع خواهد بود (صانعی، ۱۳۸۹: ۴۲۴-۴۲۵).

احترام و تقید به قانون و جست‌وجوی اراده‌ی واقعی یا مقدر قانونگذار، اساسی‌ترین مبنای این مکتب به‌شمار می‌رود. قاضی در تفسیر قوانین وظیفه‌ای جز کشف اراده‌ی قانونگذار از ظواهر الفاظ قانون ندارد و مصلحت عمل به ظاهر قانون بر دیگر مصالح برتری دارد (صاحبی، ۱۳۷۶: ۵۰). فرض طرفداران این رویکرد این است که مقررات قانونی از جمله قانون اساسی بی‌هیچ اشکالی بیان شده‌اند و قانونگذار در زمان وضع قانون به همه چیز از جمله معنای دقیق آنچه می‌گوید، اشراف داشته است. نظر هیچ‌کس بر قانون برتری ندارد و همه باید در برابر چنین قانونی خاضع باشند و از نظر شخصی خود پیروی نکنند.

از آنجا که ممکن است گاهی معنای عادی کلمات به نتیجه‌ای لغو بینجامد، در این رویکرد قواعدی تعبیه شده است تا از رسیدن به نتایج غیرمنطقی یا بی‌معنا و لغو اجتناب شود.<sup>(۹)</sup> موضوع دلالت الفاظ که به دلالت‌های منطوقی و مفهومی و همچنین دلالت‌های مطابقی، التزامی و تضمینی تقسیم شده است،<sup>(۱۰)</sup> از مقولات مورد استفاده در تفسیر لفظی است. پیروان مکتب تفسیر ادبی یا تحلیلی - منطقی<sup>(۱۱)</sup> با این فرض که قانونگذار حکیم است و به لوازم عقل و منطق پایبند، از قواعد منطقی (مانند قیاس یا تمثیل، مفهوم موافق یا قیاس اولویت، مفهوم مخالف و...) برای کشف اراده‌ی قانونگذار نیز به‌نحو گسترده‌ای بهره می‌گیرند.

علاوه بر این، مفسر باید هریک از مقررات قانونی را با توجه به سایر مقررات مطالعه کند؛ به دیگر سخن، اجزا را در کل متن و یک پیوستار مورد توجه قرار دهد. اراده‌ی واقعی قانونگذار علاوه بر اجزا در کل متن نیز نمودار می‌شود و برای آنکه این اراده به‌درستی کشف شود، باید سیاق و چارچوب عبارات مورد توجه قرار گیرد. چنانکه ممکن است برخی از مقررات یک قانون به‌صورت جداگانه متعارض با یکدیگر تلقی شوند، اما هر گاه این مقررات در کنار یکدیگر قرار گیرد و تخصیصات احتمالی دیده شود، این مشکل مرتفع گردد. در نتیجه، اصل بر آن است که میان مقررات یک قانون، تفسیری هماهنگ به‌عمل آید تا زمینه‌ی اجرای تمامی مقررات ممکن شود.

این مکتب با التزام و تقید خود به نصوص قانونی، موجب دقت مفسران، ثبات قانون، جلوگیری از تأثیر تمایلات شخصی در امر تفسیر و احترام به اراده‌ی قانونگذار می‌شود (نیکوگفتار صفا، ۱۳۸۷: ۱۹۹). از سوی دیگر منتقدان معتقدند که این مکتب، مقتضیات و شرایط اقتصادی و اجتماعی را نادیده می‌گیرد و به عقب‌ماندگی حقوقی و اجتماعی منجر می‌شود. به‌علاوه، حقوقدانان برای درست جلوه دادن نظرهای خود، آنها را (با استناد به نظر برخی تدوین‌کنندگان قانون) به قانونگذار منتسب کرده و دیدگاه مقبول خود را به نام قانونگذار مطرح می‌کنند (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۵۲۳). این ایراد اگرچه محتمل به نظر می‌رسد، امکان دخالت دیدگاه‌های مفسر در مکاتب دیگر بیشتر است. همچنین گفته می‌شود که این مکتب موجب جمود و ایستایی قانون می‌شود و آن را از پاسخگویی به مقتضیات یا نیازهای زمانه وا می‌دارد. به نظر این دسته، عدالت اجتماعی ایجاب می‌کند که قانون بر حسب شرایط و اوضاع و احوال زمان اجرا شود، زیرا قانون تابع مصالح اجتماعی است نه مصالح اجتماعی تابع قانون (دیلمی، ۱۳۸۲: ۷۴). البته می‌توان گفت که این منتقدان به مبنایی متفاوت با مبنای مکتب تفسیر تحت‌اللفظی قائل‌اند، زیرا در مکتب اخیر، اراده‌ی قانونگذار در عالم حقوق بر همه چیز اولویت داده می‌شود، حال آنکه نقطه‌ی عزیمت ایراد مورد بحث آن است که مصالح اجتماعی بر قانون برتری دارند. از نیمه‌ی دوم قرن نوزدهم به این سو، رویکرد مضیق تفسیر تحت‌اللفظی که برخی آن را «رویه‌ی قضایی ماشینی» نامیده‌اند، چندان طرفداری ندارد (پرلمان، ۱۳۷۳: ۵۱).<sup>(۱۲)</sup> واقعیت آن است که حتی با فرض قبول فرضیات این مکتب نیز نمی‌توان انکار کرد که ممکن است قانون در مورد موضوعات جدیدی که حادث شده است ساکت باشد. از اینجاست که برخی قانونگذاران با توجه به همین مشکلات، خود اختیاری نسبتاً وسیع به دادرسان داده‌اند تا بتوانند با تفسیر موسع خود بر مشکلات و نیازهای متحول زمانه فائق آیند. قانون مدنی سوئیس (مصوب ۱۹۰۷) در این زمینه گوی سبقت را ربوده و قضات را مکلف کرده است تا در صورت نقص قوانین، خود را در جای قانونگذار قرار دهند؛ به عبارت دیگر، اراده‌ی فرضی قانونگذار را بیان کنند.<sup>(۱۳)</sup> علت این حکم آن است که قانونگذار واقف است که برخی امور یا واقعیت‌ها را پیش‌بینی نکرده یا نمی‌تواند پیش‌بینی کند، از این رو، در مواقعی به مجری قانون، صلاح‌دید قرار گرفتن در جایگاه قانونگذار و ایفای نقش به‌عنوان «قانونگذار نیابتی»<sup>(۱۴)</sup> را اعطا کرده است (کلسن، ۱۳۸۷: ۱۲۹).<sup>(۱۵)</sup>

## ۲-۱. متن‌گرایی در نظام کامن‌لا

در نظام حقوقی کامن‌لا که نظام حقوق نانوشته یا عرفی نیز خوانده می‌شود، قانون موضوعه نقش متفاوتی در مقایسه با نظام حقوق نوشته دارد و کاربرد رویکرد تفسیری تحت‌اللفظی نیز منطقی‌تر است، اما در این نظام حقوقی نیز رویکرد تفسیر ادبی که متن‌گرایی نیز خوانده

می‌شود، از جایگاه انکارناپذیری برخوردار است.

تعبیر «متن‌گرایی»<sup>(۱۶)</sup> را نخستین بار مارک پتیسون (Mark Pattison) در سال ۱۸۶۳ برای نقد الهیات پیوریتن<sup>(۱۷)</sup> به‌کار گرفت (Simpson, 1989: 854). متن‌گرایی به‌عنوان رویکردی مشابه رویکرد تفسیری تحت‌اللفظی که در نظام‌های حقوقی رومی-ژرمنی مرسوم است، از گذشته در نظام کامن‌لا مطرح بوده است. مبنای اصلی مشابهت این دو رویکرد، تأکید اصلی مفسر بر متن است. متن‌گراها به ساختار قانون نگاه می‌کنند و عبارات را آن‌گونه‌که به ذهن کاربر ماهر و منطقی و هدفدار متبادر می‌شود، می‌فهمند (Easterbrook, 1988: 65). البته در متن‌گرایی، معنای عادی و متبادر از کل «متن»<sup>(۱۸)</sup> مورد توجه قرار می‌گیرد و نه معنای تحت‌اللفظی و عادی «الفاظ».

طرفداران این رویکرد به عوامل خارج از متن مانند زمینه‌های تاریخی یا مشروح مذاکرات تدوین‌کنندگان قانون وقعی نمی‌نهند. طرفداران این رویکرد اظهار می‌دارند: «ما به جست‌وجوی منظور قانونگذار نمی‌پردازیم؛ مسئله ما تنها این است که قانون چه معنایی دارد» (Holmes, 1899: 420). علت این رویکرد این است که «این قانون است که حاکمیت دارد نه اراده‌ی قانونگذار» (Scalia, 1997: 17).<sup>(۱۹)</sup> ماننینگ -یکی دیگر از حقوقدانان برجسته‌ی متن‌گرا- نیز گفته است که قضات به دو علت و پیش‌فرض نباید در تفسیر قوانین به گزارش کمیسیون‌ها و این قبیل اسناد توجه کنند؛ یکی آنکه، اعضای نهاد قانونگذار نظری واحد در مورد چگونگی ابهام‌زدایی از متن قانون ندارند و به فرض هم که اتفاق نظر داشته باشند، نظر آنها نمی‌تواند به‌مثابه‌ی نظر کل‌کنگره تلقی شود؛ دوم آنکه، اعتبار دادن به مشروح مذاکرات به نظام دوجملسی خدشه وارد می‌کند (Manning, 1997: 718-719). به‌عبارت دیگر، از آنجا که کنگره‌ی آمریکا از دو مجلس نمایندگان و سنا تشکیل شده است، نظر نمایندگان و اعضای هر یک از مجالس نمی‌تواند کاشف از اراده‌ی قانونگذار انگاشته شود. در دیدگاه دیگر یا قرائت جدیدی از متن‌گرایی، اگرچه اساس تفسیر خود متن است، تاریخ قانونگذاری را به‌عنوان سیاق و چارچوبی که متن در آن قالب باید خوانده و فهمیده شود، مورد توجه قرار می‌دهد (Davis, 2007: 984).

از شفافیت نظام حقوقی، قابل پیش‌بینی بودن حقوق و تکالیف شهروندان، تفکیک قوا و لزوم تبعیت همه -حتی قضات و مفسران- از قانون را می‌توان مهم‌ترین اهداف تفسیر متن‌گرایانه دانست. در مقابل، بی‌توجهی به زمینه‌ها و چارچوب وضع قانون که یکی از ارکان رویکرد متن‌گرایی است، با انتقاد بسیاری از حقوقدانان مواجه شده و جدا کردن این دو واقعیت، امری تصنعی و گمراه‌کننده دانسته شده است. این دسته بر این باورند که هر گفته‌ای در صورتی به‌درستی فهمیده می‌شود که مقام (مکان و زمان) بیان آن نیز معلوم باشد. در این زمینه مثال‌های فراوانی وجود دارد که یک عبارت می‌تواند در شرایط و اوضاع و احوال

گوناگون، معانی متفاوتی را متبادر کند.<sup>(۲۰)</sup> این ایراد اگرچه در جای خود درست است، نمی‌تواند دعوی متقابل متن‌گرایان را پاسخ دهد که قانون محصول نظر یا نظرهای چند نماینده‌ی پارلمان نیست، بلکه مراجع مختلفی در فرایند قانونگذاری دخالت می‌کنند و قانون محصول کل این فرایند است.

### ۱-۳. تفسیر اصل‌گرا

نظریه‌ی «اصل‌گرایی»<sup>(۲۱)</sup> عبارات قانون را در همان «معنای اصلی»<sup>(۲۲)</sup> خودشان یعنی معنایی که از آنها در زمان انتشار در نظر بوده است، تفسیر می‌کند. متن -که هم عبارات و هم ساختار و سیاق عبارات را شامل می‌شود- در درجه‌ی اول اهمیت برای دریافت معنای اصلی قرار دارد (Whittington, 1999: 35). نظریه‌ی «قصد اصلی»<sup>(۲۳)</sup> دیگر نظریه‌ی مطرح در رویکرد اصل‌گرایی است. در واقع، اصل‌گرایان با توجه به قرائت یا مشرب خود که به دنبال معنای اصلی یا قصد اصلی‌اند، در دو دسته قرار می‌گیرند؛ دسته‌ی نخست از اصل‌گرایان، معنای اصلی عمومی<sup>(۲۴)</sup> یا همان معنایی را که اغلب از عبارات قانون (در زمان انتشار آن) فهمیده می‌شده است (مفهوم آشکار و متبادر به ذهن عموم)، ملاک تفسیر قرار می‌دهند و دسته‌ی دوم، قصد اصلی<sup>(۲۵)</sup> تدوین‌کنندگان قانون یا همان قانونگذار را مبنای تفسیر می‌دانند (Cornell, 2008: 625). دسته‌ی اول به مذاکرات تدوین‌کنندگان اعتنای چندانی نشان نمی‌دهند، حال آنکه این مذاکرات از ابزارهای مهم تفسیری دسته‌ی دوم به‌شمار می‌رود. مقدمه‌ی قانون نیز در نگاه این دو گروه ارزش یکسانی ندارد؛ در نگاه دسته‌ی نخست، هر گاه عبارات قانون معنای صریح و روشنی داشته باشند، مقدمه، محلی از اعراب پیدا نمی‌کند و حتی در صورتی که عبارات معانی مختلفی داشته باشند، مقدمه نمی‌تواند تعیین‌کننده‌ی معنای اصلی باشد؛ اما دسته‌ی دوم، مقدمه را بیانگر ذهن، غرض و منظور قانونگذار قلمداد می‌کنند و به‌عنوان جزئی از سیاق متن،<sup>(۲۶)</sup> برای آن ارزش استنادی برای تبیین معنای عبارات متن قائل‌اند و عبارات را در پرتو آن تفسیر می‌کنند (Cornell, 2008: 631).<sup>(۲۷)</sup> برخی از اینان، اصل‌گرایی را بدون توجه به آنچه تدوین‌کنندگان و واضعان قانون انتظار داشته‌اند، تصنعی می‌انگارند (Posner, 2008: 32).

برخی تا بدان‌جا پیش رفته‌اند که قائل شده‌اند متن تنها دلیلی بر قصد و اراده‌ی واضع آن است و این اراده است که قانون واقعی است (Easterbrook, 1994: 64-65). پاره‌ای دیگر، «اراده‌ی قانونگذار» را اساساً نفی کرده و آن را مفهومی موهوم انگاشته‌اند و برخی دیگر گفته‌اند که نمی‌توان فکر قانونگذار را خواند. در مقابل، گفته شده است که آیا قانون می‌تواند بی‌هیچ اراده‌ای

وضع شود؟ آیا اشخاص حقوقی مانند شرکت‌ها نمی‌توانند اراده‌ای داشته باشند و اگر این موضوع از نظر قانون پذیرفته شده است، چه ابهامی و استبعادی در پذیرش اراده‌ی قانونگذار وجود دارد؟ (Nourse, 2012: 85-86).

به نظر می‌رسد قانون را باید مظهر اراده و حاکمیت ملی دانست و نه پارلمان که تنها جزء و نمادی از حاکمیت ملی است. از اینجاست که به‌طور معمول مصوبات مجلس نیازمند توشیح یا امضای رئیس کشور است تا الزام قانونی پیدا کند. به‌علاوه، در صورتی که قانون مترادف با اراده‌ی قوه‌ی مقننه تلقی شود، تبعیت از آن با اصل تفکیک قوا مغایرت می‌یابد؛ حال آنکه در عمل، قانون برای تمامی قوا لازم‌الاتباع است. بنابراین، نظرهای نمایندگان پارلمان غیر از اراده‌ی قوه‌ی مقننه است و اراده‌ی قوه‌ی مقننه غیر از قانون است. بدین معنا، شاید بتوان گفت استفاده از عنوان قانونگذار برای قوه‌ی مقننه مسامحه‌آمیز است، چراکه در این صورت می‌بایست قوه‌ی مقننه علت تامه‌ی وضع قوانین باشد، حال آنکه در عمل چنین نیست.

اصل‌گرایی در هر دو قالب آن، یعنی رویکرد ناظر بر معنای اصلی و رویکرد ناظر بر قصد اصلی در رویه‌ی شورای نگهبان نیز مشهود است. در تعقیب رویکرد نخست که براساس آن، معنای الفاظ امری عرفی دانسته می‌شود،<sup>(۲۸)</sup> می‌توان به نظریه‌ی شماره‌ی ۱۳۸۴ شورای نگهبان (مورخ ۱۳۵۹/۱۲/۱۴) اشاره داشت که اعلام می‌دارد: «بکار گرفتن کارشناسان خارجی و استفاده از تخصص آنان به‌طور موقت در ارتش، عضویت در ارتش که در اصل ۱۴۵ قانون اساسی ممنوع شده محسوب نمی‌گردد».

در رویکرد دوم، الفاظ برای معانی خاصی به‌کار گرفته می‌شوند<sup>(۲۹)</sup> و در نتیجه فهم الفاظ در گرو فهم مراد گوینده‌ی آن است. شورای نگهبان نیز در یکی از نظریات خود به پیروی از این دیدگاه اظهار داشته است: «مقصود از تفسیر، بیان مراد مقنن است».<sup>(۳۰)</sup> نظریه‌ی تفسیری شماره‌ی ۸۰/۲۱/۳۰۳۶ (مورخ ۱۳۸۰/۱۰/۲۰) با استناد به «مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در خصوص اصل هشتادوششم» و «نظر مبارک حضرت امام خمینی(ره) به‌عنوان ناظر و راهنمای تدوین قانون اساسی دایر بر ضرورت پرهیز از هتک حرمت اشخاص و لزوم جبران آن در مجلس و رسیدگی توسط قوه‌ی قضاییه» به چنین رویکردی اشاره دارد. البته در هر دو رویکرد مذکور، الفاظ دارای معانی از پیش موجود و ثابت‌اند که یک بار و برای همیشه متعین شده‌اند. مفسر در رویکرد نخست، باید «مراد» یا منظور گوینده را آن‌گونه که بوده است کشف کند و در رویکرد دوم، «مدلول» عرفی الفاظ، آن‌گونه که بوده است یافته می‌شود (آقایی طوق، ۱۳۸۶: ۴۸).

## ۲. رویکردهای غیرمنشأگرا یا تفسیر معطوف به مخاطب و غایت قوانین

یکی از دلایل مخالفت با رویکرد اصل‌گرا آن است که گفته می‌شود در نظام مردم‌سالار، نباید مردم امروز فرمانبر حکم مردم دیروز باشند و به‌ویژه قانون اساسی نباید به‌عنوان سندی متعلق به دوران گذشته تفسیر شود، بلکه باید به‌مثابه‌ی سندی زنده در شرایط فعلی جامعه ارزیابی و تفسیر شود (تروپه، ۱۳۹۰: ۱۳۵). این دیدگاه در نظام حقوقی کانادا به نام دکترین «درخت زنده» مطرح شده است که براساس آن، در تفسیر نباید بر «معنای اصلی» یا اولیه‌ی سند متوقف شد، بلکه باید تفسیر به‌صورت پویا و متکامل درآید؛ همان‌طورکه قانون اساسی مانند درختی زنده است که مطابق شرایط به‌صورت تدریجی رشد و نمو می‌یابد (Hogg, 2006: 55, 85-87). در کنار این نظریه‌ی تفسیری، شاهد رویکردهای دیگری هستیم که هریک به‌نحوی دست دادرسی یا مفسر را در تفسیر به‌روز، کارآمد و غایت‌گرا از قوانین باز می‌گذارند که در ادامه به بحث در مورد آنها می‌پردازیم.

### ۲-۱. تحقیق علمی آزاد

روابط اجتماعی محدود و اندیشه‌ی بشری محدود است و در مواقعی، گستردگی روابط اجتماعی بر ضوابط پیش‌بینی‌شده‌ی قانونی که محصول اندیشه‌ی بشری است سایه می‌افکند. از سوی دیگر، قاضی مکلف است که دعاوی و اختلافات حقوقی را فیصله دهد و نمی‌تواند به استناد اجمال یا ابهام یا سکوت قانون از وظیفه‌ی ذاتی خود شانه خالی کند. در چنین وضعیتی، مفسر یا دادرسی ضمن رسیدگی به دعوا نباید به ورطه‌ی استبداد رأی بیفتد و عوامل فردی یا بیرونی بر نظر وی غلبه کند. بنابراین، مفسر باید از اثرپذیری از عوامل و اموری غیر از واقعیات و حتی آنچه اراده‌ی فرضی قانونگذار می‌خوانند، «آزاد» باشد و به‌طور «علمی» به تحلیل واقعیات و عوامل عینی پردازد که از نظر علمی اثبات‌پذیر باشد. به همین دلیل گفته شده است که مفسر باید به «تحقیق آزاد علمی»<sup>(۳۱)</sup> پردازد.

فرانسوا ژنی<sup>(۳۲)</sup> - حقوقدان معروف فرانسوی - برای دوری از قشری‌گری و تفسیر کورکورانه و تحت‌اللفظی قانون از یک سو، و تفسیر خودسرانه و آزادی عمل بی‌حد و حصر قضات در تفسیر قوانین از سوی دیگر، راهی میانه برگزید.<sup>(۳۳)</sup> در دیدگاه وی، در تفسیر باید به‌دنبال شناخت اراده‌ی واقعی قانونگذار در زمان وضع قانون بود، چراکه قانونگذاری عملی آگاهانه و هدفمند است. بنابراین، در این گزاره با رویکرد تفسیر لفظی همراه است، اما اختلاف آن با این مکتب از آنجا شروع می‌شود که به‌دلیل فقدان نص یا سکوت قانون، اراده‌ی واقعی قانونگذار در یک مسئله وجود نداشته باشد. در این صورت، به‌جای جست‌وجوی اراده‌ی

فرضی قانونگذار، مفسر باید با دنبال کردن روش‌های علمی و تحقیق آزادانه و رجوع به منابع، مبادی و مصادر قانون، یعنی واقعیت‌های عقلی و عینی به حل و فصل موضوع بپردازد (فرج‌الصد، ۱۹۷۸: ۲۸۱). در نتیجه، در صورت فقدان نص و در نتیجه نبود اراده‌ی واقعی قانونگذار، مفسر نظر خود را به‌عنوان اراده‌ی فرضی یا مقدر قانونگذار مطرح نمی‌کند، چراکه معتقد به جامعیت قانون یا اشراف قانونگذار به جمیع امور نیست.

در نظر پیروان این مکتب، قدرت واقعی از آن خود قانون است، نه کسانی که آن را وضع کرده‌اند. پس از اجرای تشریفات قانونی و الزام‌آور شدن قانون، قانون به‌خودی‌خود و صرف نظر از اراده‌ی کسانی که آن را تدوین و تصویب کرده‌اند، اعتبار و الزام دارد. دادرسی مجبور به اطاعت از قانون است و برای یافتن معنای واقعی آن، همانند سایر دانشمندان آزادانه به تحقیق علمی می‌پردازد و تقیدی به کشف اراده‌ی قانونگذار ندارد. ضمن آنکه حقوق به‌عنوان قواعد حاکم بر روابط اجتماعی باید با نیازهای زمانه همراه باشد و از این نظر، دادرسی می‌بایست تا حد امکان، متون قانونی را سازگار با شرایط و مقتضیات زمانه تفسیر کند (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۵۲۴-۵۲۵).

مکتب تحقیق آزاد علمی از بسیاری از ایرادات مکاتب متن‌گرا و تاریخی رهایی جسته است. در این مکتب نص قانون و اراده‌ی واقعی قانونگذار جایگاهی مستحکم داشته و از این نظر، قانون در جامعه ثابت دارد. اما در جایی که اراده‌ی واقعی قانونگذار به دلیل نقص یا فقدان قانون در میان نباشد، راه استنتاج ضابطه‌مند و اجتهاد در منابع علمی و مصادر قانون مسدود نیست و از آنجا که این منابع و طریق حصول آنها دلخواهانه نیست و روح کلی حاکم بر قانون باید در نظر گرفته شود (فرج‌الصد، ۱۹۷۸: ۲۸۱-۲۸۲)، راه تفسیر به رأی تا حدودی بسته می‌شود. با این حال، آزادی عمل قاضی و مآلاً عدم امنیت حقوقی از دلایل اصلی مخالفت با این رویکرد بیان شده است. چنانکه گفته شده است اگر قاضی به پیروی از اراده‌ی قانونگذار موظف نباشد و بتواند به اراده‌ی خویش قوانین را براساس آنچه خود مصالح اجتماعی می‌خواند، تفسیر کند، این امکان وجود دارد که قانون بر خلاف قصد و نظر قانونگذار تفسیر و اجرا شود و این امر با اصل تفکیک قوا مغایرت دارد و سبب می‌شود قوه‌ی قضاییه به بهانه‌ی رعایت مصالح اجتماعی در کار قوه‌ی مقننه دخالت کند. به عبارت دیگر، این مکتب تفسیری سبب می‌شود که «حکومت به دست دادرسان باشد و نه نمایندگان ملت» (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۵۲۶-۵۲۷).

## ۲-۲. عمل‌گرایی

یکی از مهم‌ترین نحله‌های فکری غیر اصل‌گرا،<sup>(۳۴)</sup> مکتب «عمل‌گرایی»<sup>(۳۵)</sup> است. چارلز سندرز پیرس،<sup>(۳۶)</sup> پدر مکتب پراگماتیسم یا عمل‌گرایی شناخته می‌شود.<sup>(۳۷)</sup> در دیدگاه ویلیام



جیمز از نظریه‌پردازان اصلی این دیدگاه فکری، دانش واقعی ثمره‌ی توجه به واقعیت‌های عملی و بررسی رخدادهاست و نه آنکه مفاهیم کلی و انتزاعی از پیش ساخته شود و آنگاه با رویکردی استنتاجی در میان واقعیت‌ها به دنبال چیزهایی مشابه با آن برساخته‌های کلی و انتزاعی باشیم (علیزاده، ۱۳۸۷: ۱۴۷). جان دیویی نیز بر ضد صورت‌گرایی و اندیشه‌های منطقی صوری و استدلال قیاسی در حقوق به‌پا خاست. به‌زعم وی، کلی‌گویی‌های پیش‌ساخته اهمیتی ندارد، بلکه مسئله‌ی اساسی، بررسی نتایج اندیشه‌ی حقوقی در جریان امور واقعی است (علیزاده، ۱۳۸۷: ۱۴۷).

بنیامین کاردوزو (Benjamin N. Cardozo) از دیگر نظریه‌پردازان اصلی پراگماتیسم حقوقی، هدف و غایت اصلی قانون را رفاه جامعه و رفع نیازهای انسانی می‌داند و همین تلقی ابزاری از قانون، اصل راهنمای قضات یا مفسران قانون خواهد بود. در دیدگاه وی: «هدف و نه منشأ موضوع اصلی است. انتخاب آگاهانه مسیر بدون علم به اینکه [آن] به کجا می‌انجامد، ممکن نیست... اصل نهایی انتخاب برای قضاوت... [انتخاب] آن چیزی است که مناسب با هدف باشد» (Quoted in: Posner, 1990: 1657).

### ۲-۳. تفسیر غایت‌گرا

قانون ابزاری است که قانونگذار برای نیل به اهداف خود و ارتقای برخی ارزش‌ها به خدمت می‌گیرد. بنابراین، قاضی نباید به ظواهر الفاظ قانون اکتفا کند و باید در پس الفاظ، قصد و اراده‌ی قانونگذار از وضع قانون را در نظر گیرد و آن را مبنای قضاوت خود قرار دهد (الشریف، ۱۳۹۱: ۳۴۰). به بیان دیگر، مفسر می‌بایست قانون را ابزار یا وسیله‌ای برای نیل به ارزش‌ها، اهداف و نتایج مورد نظر قانونگذار بداند (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۱۱۷-۱۱۸). در این رویکرد فراتر از نص یا متن سند و سیاق یا چارچوب آن به قصد یا علت حکم توجه می‌شود و حتی ممکن است ملاحظات غیرحقوقی مانند ملاحظات اخلاقی، اجتماعی یا اقتصادی مدنظر قرار گیرد. غایت‌گرایی یا توجه به اهداف قانون و قانونگذار را در دو بعد می‌توان ارزیابی کرد که در ادامه به آن پرداخته خواهد شد.

### ۲-۳-۱. تکیه بر هدف ذهنی وضع قاعده یا اراده‌ی احتمالی قانونگذار

رویکردهایی که در پی کشف اراده‌ی قانونگذارند، به دو دسته طبقه‌بندی می‌شوند؛ در دسته‌ی اول، اراده‌ی قانونگذار در زمان وضع قاعده یا «قصد اصلی»<sup>(۳۸)</sup> و اولیه مورد توجه قرار می‌گیرد که همان چیزی است که در نظریه‌ی اصل‌گرایی مورد بحث قرار گرفت؛ در دسته‌ی دوم، مفسر به دنبال کشف اراده یا قصد فرضی قانونگذار در زمان حاضر است؛ بدین معنا که

اگر قانونگذار در زمان حاضر بخواهد قانونگذاری کند چه خواهد گفت. در رویکرد اول، ملاحظات تاریخی و در رویکرد دوم، مقتضیات کنونی بررسی می‌شود. در رویکرد اول، بازگشت به گذشته است و اراده‌ی قانونگذار در همان زمان ایستاست، اما در رویکرد دوم، این اراده پویاست و قاعده در زمان باید تفسیر شود. در رویکرد اول، مفسر به جایگاه قانونگذار نظر دارد و در رویکرد دوم، مفسر خود به جای قانونگذار می‌نشیند و از او الهام می‌گیرد (Jakab, 2013: 1246).

ایراداتی که به رویکرد کشف اراده‌ی مقنن می‌شود در مورد رهیافت اخیر با شدت بیشتری صدق می‌کند. در واقع، اظهار نظر در مورد اراده‌ی احتمالی قانونگذار در شرایط فعلی موضوعی است که از معنای تفسیر قاعده عدول کرده و به خلق قاعده و قانونگذاری می‌ماند. به علاوه، مبنای الزام قانونی اراده‌ی فرضی قانونگذار مشخص نیست.

### ۲-۳-۲. تکیه بر هدف عینی قاعده

در این شیوه، تفسیر با استناد به هدف عینی از وضع قاعده توجیه می‌شود. این قصد از خود متن نیز قابل استنباط است؛ برای مثال از عنوان یا مقدمه‌ی آن قانون یا فصل مربوطه آن. به عبارت دیگر، در اینجا قصد عینی قانونگذار به طور مستقیم کشف می‌شود. همچنین ممکن است این قصد به صورت مقدر یا فرضی استنباط شود. به این شیوه، تفسیر غایی یا هدف‌گرا<sup>(۳۹)</sup> می‌گویند. این رویکرد در سنت نظام حقوقی روم نیز سابقه دارد، چنانکه در این نظام گفته می‌شده است که فهم قانون به معنای فهمیدن واژه‌ها و عبارات آن نیست، بلکه دریافتن قصد و هدف وضع آن است.<sup>(۴۰)</sup> البته باید توجه داشت که در این روش منظور یافتن هدف یک موضوع یا قاعده است و نه قصد واضع یا قانونگذار و به عبارت دیگر، در اینجا هدف یک قاعده کشف یا فرض می‌شود و توجه مفسر به خود قاعده یا همان موضوع عینی است و نه خواندن ذهن واضع قانون. به همین منظور ابزار کشف این هدف نیز همان طور که اشاره شد، عنوان یا فصل مربوطه قانون مورد نظر یا دلالت‌هایی است که منطقیاً و به تعبیر دیگر، از حکیمانه خواندن متن قانون فهمیده می‌شود یا همان چیزی که گفته می‌شود: «قانونگذار حکیم است». به همین صورت، فرض می‌شود که قانونگذار خواسته است که یک حکم قانونی اثری معنادار داشته باشد و نه آنکه معنایی لغو و بی‌فایده داشته باشد؛<sup>(۴۱)</sup> یعنی، همان چیزی که «تفسیر مفید» نامیده می‌شود. این هدف ممکن است گاهی موجب تفسیر موسع یا مضیق از یک قاعده شود (Jakab, 2013: 1241).

شورای نگهبان در تفسیر اصل ۱۳۱ قانون اساسی و در پاسخ به این پرسش که «آیا طبق

این اصل با وجود اکثریت اعضای این شورا [ی موقت ریاست جمهوری]، شورا قانونی است و می‌تواند به وظایف محوله در قانون عمل کند؟» چنین نظر داده است:

«با توجه به اینکه عمده نظر قانون اساسی در اصول ۱۳۰ و ۱۳۱ عدم وقوع فترت و جلوگیری از تعطیل امور کشور می‌باشد و نظر به اینکه در صورت اتفاق رأی دو نفر از سه عضو شورای موقت ریاست جمهوری اکثریت که مناط اعتبار قانونی است حاصل می‌شود در صورت فوت یکی از سه نفر اعضای شورای مذکور در مواردی که دو نفر اتفاق رأی داشته باشند اقدامات و تصمیمات آنها به‌عنوان شورای ریاست جمهوری قانونی و معتبر است.»<sup>(۴۲)</sup>

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، در این نظریه «عدم وقوع فترت و جلوگیری از تعطیل امور کشور» به‌عنوان علت حکم اصول مورد بحث تلقی شده و چنین هدفی نیز مستند به قصد قانونگذار نشده است.

توجه به هدف از وضع قاعده یا غایت‌گرایی ممکن است به اخذ ملاک و الغای خصوصیت نیز بینجامد که شورای نگهبان در یکی از نظریات خود در مورد آن اظهار نظر کرده است:

«در مواردی که تفسیر به‌عنوان الغاء خصوصیت و یا توسعه و تضییق موضوع مذکور در اصلی از اصول قانون اساسی باشد، در صورتی که احتیاج مبرم کشور به تفسیر احساس شود، و شورای نگهبان این احتیاج را تشخیص داد، اصل مورد نظر را تفسیر خواهد نمود.»<sup>(۴۳)</sup>

این در حالی است که شورای نگهبان در نظریات تفسیری خود در سال‌های بعد، توسعه و تضییق مصوبه<sup>(۴۴)</sup> یا قانون<sup>(۴۵)</sup> را از معنای تفسیر منصرف دانسته است.

در مجموع، با نگاهی به رویه‌ی شورای نگهبان به‌عنوان مفسر رسمی قانون اساسی (اصل ۹۸ قانون اساسی) می‌توان گفت که این نهاد، منظور از تفسیر را «بیان مراد مقنن» یا همان قصد اصلی قانونگذار در زمان وضع قانون دانسته است و در نتیجه، هر گاه مدلول قانون صراحت داشته و به‌عبارت دیگر، اراده‌ی واقعی قانونگذار در متن قانون اساسی متبلور شده است، قانون را بی‌نیاز از تفسیر دانسته است. اگرچه این رویکرد در مورد تفسیر قضایی دادرسان از قوانین (به موجب ذیل اصل ۷۳) و تفسیر قانون اساسی توسط شورای نگهبان (وفق اصل ۹۸)،<sup>(۴۶)</sup> اصولی و منطقی به‌نظر می‌رسد، اتخاذ آن در تفسیر قانونی قابل تأمل است. به‌نظر نمی‌رسد قانونگذار در زمان استفسار مکلف باشد به اراده‌ی قانونگذار در زمان وضع قانون بازگردد. ضمن آنکه، در مقام «بیان مراد مقنن» که خود اوست، شخص دیگری نمی‌تواند ورود کند و مراد قانونگذار را غیر از آن چیزی بداند که خود او مطرح کرده است. به‌علاوه، یادآور می‌شود

که اصل ۷۳ قانون اساسی بر خلاف عبارات صرف «تفسیر» که در مورد دادرسان و شورای نگهبان (وفق اصول مزبور) به کار رفته است، از «شرح و تفسیر» قوانین توسط مجلس سخن گفته است<sup>(۴۷)</sup> و طبعاً واژه‌ی «شرح» باید مفید معنایی غیر از تفسیر باشد تا لغو نماند. بنابراین، توسعه‌ی قانون می‌تواند تحت عنوان شرح قانون معنا یابد و البته همان‌طور که اشاره شد، توسعه‌ی عملی قلمرو قانون تحت عنوان تفسیر قانون و بیان مراد مقنن نیز از سوی قانونگذار ممکن است و تصمیم‌گیر نهایی در این خصوص نیز خود اوست.

### نتیجه‌گیری

در تفسیر قوانین از جمله قانون اساسی دو رویکرد کلی منشأگرا و غیرمنشأگرا مشاهده می‌شود. رویکرد نخست درصدد کشف معنای قانون یا قصد مقنن در زمان وضع قانون است. در نتیجه، در رویکرد منشأگرایی، قانون موضوعی ایستا در گذشته است که برای فهم آن باید به همان زمان بازگشت. رویکرد دیگر، روی به مخاطب و غایت قوانین دارد و در نتیجه، دلیلی برای محصور کردن قانون در گذشته نمی‌بیند و به جای اصالت دادن به متن مکتوب قانون، قانون را به مثابه‌ی ابزاری برای سامان دادن به روابط متحول اجتماعی می‌انگارد. رویکرد قبلی ضمن اذعان به این رسالت حقوق، پاسخ دادن به موضوعات مستحدثه‌ی جدید را کارویژه‌ای تقنینی می‌داند و برای مفسر این جایگاه را قائل نیست که بتواند خود را در جای قانونگذار بنشاناند.

از سوی دیگر، می‌توان از دو رویکرد قصدگرا و معناگرا در حوزه‌ی تفسیر قوانین سخن گفت. دسته‌ای که قصدگرایی را دنبال می‌کنند، کشف اراده‌ی واقعی، مقدر یا فرضی یا اراده‌ی احتمالی قانونگذار را وجهه‌ی همت خود در تفسیر قرار می‌دهند. دسته‌ی دیگر که معناگرایی را فراروی خود در تفسیر قرار داده‌اند؛ یا منظور قانونگذار را در کلمات و عبارات قانون جست‌وجو می‌کنند یا قانون را به مثابه‌ی چیزی که پس از وضع، موجودیتی مستقل از قانونگذار می‌یابد می‌انگارند و در پی فهم خاص (فهم مفسر) یا فهم عمومی و معنای متبادر از قانون نزد افکار مخاطبان قانون می‌گردند. دسته‌ی اخیر نیز یا قانون را متعلق به گذشته می‌دانند و به فهم مخاطبان قانون در زمان وضع اهمیت می‌دهند؛ یا با قانون به مثابه‌ی موجودی زنده، پویا و متکامل برخورد می‌کنند و آن را با توجه به شرایط کنونی تفسیر می‌کنند.

به نظر می‌رسد قانون به عنوان عملی هدفدار نمی‌تواند امری جدا از اراده‌ی واضح آن نگریسته شود، هرچند یافتن اراده‌ی واضح قانون به دلیل دخالت مراجع متعدد قانونی نمی‌تواند به سادگی صورت پذیرد. از سوی دیگر، حقوق و قانون پدیداری اجتماعی و متعلق به حیات جامعه است و علت بقا و دوام و کارآمدی آن در گرو ارتباط با اصل و خاستگاه آن است. در نتیجه، قانون از

یک سو، با اراده‌ی قانونگذار در زمان وضع قانون وابستگی دارد و از سوی دیگر، با مردم و جامعه پیوستگی دارد و طبعاً در این بازه‌ی زمانی بدون تفاوت میان نسل‌ها - تا زمانی که نسخ یا اصلاح نشده است - دارای الزام قانونی است. در مجموع، به نظر می‌رسد رویکرد قصدگرا از وجاهت و منطق حقوقی بیشتری برخوردار است، زیرا فهم مخاطبان قانونی هیچ‌گاه نمی‌تواند با خود قانون برابر دانسته شود و به دیگر سخن، مخاطب یک حکم نمی‌تواند خود تعیین‌کننده‌ی نهایی منظور آن حکم باشد، مگر آنکه چنین اختیار و صلاحیتی به مخاطب اعطا شده باشد.

با نگاهی به رویه‌ی شورای نگهبان می‌توان گفت که این نهاد، منظور از تفسیر را «بیان مراد مقنن» یا همان قصد اصلی قانونگذار در زمان وضع قانون دانسته است و با وجود تغییر رویکردها و روش‌های تفسیر در برخی موارد، به‌طور کلی خود را ملزم به اراده‌ی قانونگذار اساسی دانسته است. طبعاً چنین رویکردی می‌تواند به استقرار و استحکام هر چه بیشتر قانون کمک کند. با این حال، قانون اساسی همانند هر قانون دیگری ممکن است از همراهی با مقتضیات زمانه باز ماند و کارآمدی سابق را نداشته باشد. در چنین مواردی دو راه پیش رو است: اصلاح و بازنگری قانون اساسی؛ تفسیر متکامل و پویا از آن. دشواری بازنگری در قانون اساسی در نظام حقوقی ایران، راهکار اخیر را تقویت می‌کند. در واقع، کلیت قانون اساسی و این ذهنیت قانونگذار اساسی که بناست این قانون در مدت نسبتاً طولانی، نظامات کلان سیاسی را سامان دهد، می‌تواند حاشیه‌ی انعطافی برای تفسیر در اختیار بگذارد تا مفسر (شورای نگهبان) بتواند با توجه به قصد عینی از وضع قانون، تفسیری به‌روز و کارآمد ارائه کند. این رویکرد به تنظیم روابط قوا و پیشگیری از بروز معضلات نظام و اختلاف میان قوا نیز کمک شایانی می‌کند.

## یادداشت‌ها

## 1. Absoluta sententia expositore non indigent

این عبارت لاتین به معنای مثلی است که در زبان فارسی گفته می‌شود: چیزی که عیان است چه حاجت به بیان است. به همین صورت در اصول فقه، «اجتهاد در مقابل نص» مردود شمرده می‌شود.

## 2. Interpretation

## 3. Argumentation or reasoning

۴. شورای نگهبان در نظریه‌ی تفسیری شماره‌ی ۷۶/۲۱/۵۸۳ (مورخ ۱۳۷۶/۳/۱۰) اعلام می‌دارد: «تفسیر از زمان بیان مراد مقنن در کلیه‌ی موارد لازم‌الاجراست».

۵. شورای نگهبان به کرات به اصل مزبور اشاره داشته است، برای مثال، در نظریه‌ی تفسیری شماره‌ی ۱۹۴۷ (مورخ ۱۳۶۳/۷/۲۵) در خصوص تفسیر اصل ۱۲۶ قانون اساسی بیان داشته است: «در اینکه تشخیص مغایرت تصویب‌نامه‌ها و آئین‌نامه‌ها با رئیس‌جمهور است اصل ۱۲۶ به وضوح دلالت دارد و محتاج به تفسیر نیست». همچنین، ن.ک: نظریه‌ی تفسیری شماره‌ی ۱۰۸۷۰ (مورخ ۱۳۶۲/۱۲/۲۹) شورای نگهبان در خصوص تفسیر اصل ۱۴۰ قانون اساسی؛ نظریه‌ی تفسیری شماره‌ی ۱۷۹۰ (مورخ ۱۳۶۳/۷/۲) در خصوص تفسیر اصل ۱۷۲ قانون اساسی.

## 6. ordinary meaning

7. See Mark Tushnet, "The United States: Eclecticism in the Service of Pragmatism", in: Jeffrey Goldsworthy (ed.), *Interpreting Constitutions: A Comparative Study*, 2006, p. 28.

۸. از نمونه‌های رویکرد لفظ‌گرایی شورای نگهبان می‌توان به تفسیر این شورا از معنای واژه‌ی «نظارت» در اصل ۱۰۰ قانون اساسی اشاره کرد که با توجه به معنای آن، از افزایش صلاحیت‌های شوراهای محلی جلوگیری شده است. برای آگاهی از این نظر و تحلیل آن، ن.ک: آقایی طوق، مسلم، «بررسی رویکرد تفسیری شورای نگهبان در پرتو هرمنوتیک فلسفی گادامر»، پژوهشنامه‌ی حقوق اسلامی (معارف اسلامی و حقوق) (۱۳۸۶)، سال هشتم، ش اول، صص ۴۵-۴۷.

9. For more information see, Allan, T. R. S., "Text, Context, and Constitution: The Common Law as Public Reason", in: Douglas E. Edlin (ed.), *Common Law Theory*, Cambridge University Press, 2007, p. 189.

۱۰. برای مطالعه‌ی بیشتر، ن.ک: جمعی از محققان، فرهنگ‌نامه‌ی اصول فقه (۱۳۹۰)، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چ سوم، صص ۴۵۶-۴۶۱.

## 11. logical interpretation

۱۲. در نظام حقوقی فرانسه، مکتب تفسیر لفظی را در سه دوره بررسی می‌کنند: دوره‌ی اول یا دوره‌ی شکل‌گیری که از سال ۱۸۰۴ یعنی همزمان با تصویب قانون مدنی فرانسه آغاز شد و تا حوالی سال‌های ۱۸۳۰ و ۱۸۴۰ به طول انجامید؛ دوره‌ی دوم یا دوران اوج‌گیری این مکتب تا سال ۱۸۸۰ ادامه یافت و دوره‌ی سوم یا مرحله‌ی افول این مکتب از سال ۱۸۹۹ یعنی، زمان انتشار کتاب روش تفسیر و منابع در حقوق خصوصی تحقیقی اثر فرانسوا ژنی آغاز شد (الشریف، محمدمهدی (۱۳۹۱)، منطق حقوق، شرکت سهامی انتشار، چ اول، ص ۳۳۸).

۱۳. ماده‌ی ۱ قانون مدنی سوئیس مقرر داشته است: «قانون بر همه‌ی اموری که در قلمرو حکم یا روح احکام آن قرار دارد حکومت می‌کند. در صورتی که [در زمینه‌ی] قانون وجود نداشته باشد

قاضی باید بر مبنای حقوق عرفی و در صورت فقدان عرف، بر مبنای قواعدی که خود او اگر قرار بود نقش مقنن را ایفا کند وضع می‌کرد، اعلام رأی کند. لکن باید از راه‌حلهایی که به‌وسیله‌ی نظریات حقوقی و رویه‌ی قضایی پیش‌بینی شده است الهام گیرد».

14. delegated legislator

۱۵. گفتنی است که ماده‌ی ۳ قانون آیین دادرسی مدنی سابق ایران (مصوب ۱۳۱۸) نیز مقرر می‌داشت: «دادگاه‌های دادگستری مکلفند به دعاوی موافق قوانین رسیدگی کرده حکم داده یا فصل نمایند و در صورتی که قوانین موضوعه‌ی کشوری کامل یا صریح نبوده و یا متناقض باشد یا اصلاً قانون در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد دادگاه‌های دادگستری باید موافق روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم قضیه را قطع و فصل نمایند».

16. textualism

17. "Puritan divines"

18. *noscitur a sociis* (Latin) means that: "It is known from its associates".

19. "It is the law that governs, not the intent of the lawgiver".

20. For more information see, McGreal, Paul E., "A Constitutional Defense of Legislative History", *William & Mary Bill of Rights Journal*, Vol. 13, Issue 4, 2005, pp. 1267-1268.

21. originalism

22. original meaning

23. original intent

24. Original public meaning ("plain-meaning originalism")

25. original intent ("original-intent originalism")

26. context

۲۷. برای مطالعه و آگاهی بیشتر از تفاوت عملی دو دسته‌ی اصل‌گرایان به یکی از آرای اخیر دیوان عالی ایالات متحده در تفسیر متمم دوم قانون اساسی این کشور (حق داشتن و حمل اسلحه) مراجعه کنید:

*District of Columbia v. Heller*, 554 U.S., 128 S. Ct. 2783, 171 L. Ed. 2d 637 (2008).

۲۸. ماده‌ی ۲۲۴ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد: «الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه».

۲۹. قاعده‌ای که برخی فقها و عرفا از آن به «وضع الفاظ برای حقایق و ارواح معانی» یاد می‌کنند نیز دلالت به رویکردی اصل‌گرا دارد که غایت تفسیر را پی بردن به معنای اصلی کلمات می‌انگارد و نه معنای ظاهری یا عرفی آن. این نظریه توسط فیض کاشانی در تفسیر صافی بیان شده است که می‌گوید: «ان لكل معنى من المعانى حقيقة و روحاً و له صورة و قالباً و قد يتعدد الصور و القوالب لحقيقه واحدة و إنما وضعت الالفاظ للحقائق و الارواح و لوجودهما فى القوالب تستعمل الالفاظ فيها على الحقيقة لاتحاد ما بينهما» (الفيض الكاشانى، المولى محسن (۱۳۹۹ق)، تفسیر الصافی، ج ۱، بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، الطبعة الأولى، ص ۲۹).

۳۰. نظریه‌ی تفسیری شماره‌ی ۷۶/۲۱/۵۸۳ (مورخ ۱۳۷۶/۳/۱۰) شورای نگهبان.

31. Libre Recherche Scientifique

32. François Géný (1861–1959)

۳۳. کتاب روش تفسیر و منابع در حقوق خصوصی تحقیقی شاهکار فرانسوا ژنی و مشتمل بر مهم‌ترین نظرهای وی در زمینه‌ی تفسیر قوانین است. ن.ک:

François Géný, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique* ("Method of interpretation and sources in positive law - critical essay"), 1899.

34. Non-Originalism

35. Pragmatism

36. Charles Sanders Peirce (1839-1914)

۳۷. ویلیام جیمز (William James)، جان دیویی (John Dewey)، جرج مید (George Mead) و شیلر (F.S.C. Schiller) از دیگر پیشگامان پراگماتیسم هستند.

38. original intent

39. purposive or teleological interpretation (in English); méthode téléologique (in French); objektiv-teleologische Auslegung (in German).

40. Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem

41. argumentum ad absurdum

۴۲. نظریه‌ی شماره‌ی ۳۵۵۶ مورخ ۱۳۶۰/۶/۹ شورای نگهبان.

۴۳. نظریه‌ی مورخ ۱۳۶۲/۷/۲۷ شورای نگهبان در خصوص طرح قانونی در زمینه‌ی تفسیر اصل یا اصولی از قانون اساسی (مصوب ۱۳۶۲/۷/۱۷ مجلس شورای اسلامی).

۴۴. شورای نگهبان در بند ۲ نظریه‌ی تفسیری شماره‌ی ۴۵۷۵ (مورخ ۱۳۷۲/۳/۳) در تفسیر اصل ۱۱۲ قانون اساسی (در خصوص مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام) اعلام داشته است: «تفسیر مواد قانونی مصوب مجمع در محدوده‌ی تبیین مراد با مجمع است. اما اگر مجمع در مقام توسعه و تضييق مصوبه‌ی خود باشد مستقلاً نمی‌تواند اقدام نماید.»

۴۵. بند ۱ نظریه‌ی تفسیری شماره‌ی ۷۶/۲۱/۵۸۳ شورای نگهبان (مورخ ۱۳۷۶/۳/۱۰) در تفسیر اصل ۷۳ قانون اساسی (در خصوص تفسیر قوانین عادی) اعلام می‌دارد: «مقصود از تفسیر، بیان مراد مقنن است بنابراین تضييق و توسعه‌ی قانون در مواردی که رفع ابهام قانون نیست، تفسیر، تلقی نمی‌شود.»

شورای نگهبان در بررسی تفسیر قانونی قانونگذار نیز همین رویکرد را دنبال کرده است. برای مثال، طرح استفساریه‌ی تبصره‌ی ماده‌ی ۷۷ قانون تأمین اجتماعی (مصوب ۱۳۹۲/۷/۱۴ مجلس شورای اسلامی) در جلسه‌ی مورخ ۱۳۹۲/۸/۱ شورای نگهبان بحث و بررسی شد که نظر این شورا به شرح زیر اعلام شد: «با توجه به نظریه‌ی تفسیری شماره‌ی ۵۸۳/۲۱/۷۶ مورخ ۱۰/۳/۱۳۷۶ شورای نگهبان از اصل ۷۳ قانون اساسی، طرح فوق‌الذکر تفسیر نیست بلکه قانونگذاری است، لذا مغایر اصل مذکور شناخته شد.» پیداست که در نظر شورای نگهبان تفسیر به معنای بیان مراد مقنن در زمان وضع قانون است و نه در زمان تفسیر آن.

۴۶. اصل ۹۸ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «تفسیر قانون اساسی به عهده‌ی شورای نگهبان است که با تصویب سه‌چهارم آنان انجام می‌شود.»

۴۷. صدر اصل ۷۳ قانون اساسی بیان می‌دارد: «شرح و تفسیر قوانین عادی در صلاحیت مجلس شورای اسلامی است.»



## منابع و مأخذ

### الف) فارسی و عربی

- آقای طوق، مسلم (۱۳۸۶)، «بررسی رویکرد تفسیری شورای نگهبان در پرتو هرمنوتیک فلسفی گادامر»، پژوهشنامه‌ی حقوق اسلامی (معارف اسلامی و حقوق)، سال هشتم، ش ۱.
- امیدی، جلیل (۱۳۷۷)، «قواعد تفسیر قوانین جزائی»، مجله‌ی دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی، ش ۴۱.
- بکاریا، سزار (۱۳۶۸)، جرایم و مجازات‌ها، ترجمه‌ی محمدعلی اردبیلی، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، چ اول.
- پرلمان، ش. (۱۳۷۳)، «قضاوت، قاعده و منطق حقوقی»، در: منطق حقوقی و انفورماتیک حقوقی، ترجمه‌ی حسن حبیبی، تهران: اطلاعات، چ اول.
- تروپه، میشل (۱۳۹۰)، فلسفه‌ی حقوق، ترجمه‌ی مرتضی کلانتریان، تهران: نشر آگه، چ دوم.
- جمعی از محققان (۱۳۹۰)، فرهنگ‌نامه‌ی اصول فقه، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چ سوم.
- دیلمی، احمد (۱۳۸۲)، بایسته‌های تفسیر قوانین؛ با تأکید بر قوانین اساسی و مدنی، قم: دانشگاه قم، چ اول.
- الشریف، محمد مهدی (۱۳۹۱)، منطق حقوق، تهران: شرکت سهامی انتشار، چ اول.
- صاحبی، مهدی (۱۳۷۶)، تفسیر قراردادها در حقوق خصوصی، تهران: ققنوس، چ اول.
- صانعی، پرویز (۱۳۸۹)، حقوق و اجتماع (رابطه‌ی حقوق با عوامل اجتماعی و روانی)، تهران: طرح نو، چ دوم.
- علیزاده، عبدالرضا (۱۳۸۷)، مبانی رویکرد اجتماعی به حقوق؛ جستاری در نظریه‌های جامعه‌شناسی حقوق و بنیادهای حقوق ایران، تهران: سمت، چ اول.
- فرج الصده، عبدالمنعم (۱۹۸۷)، اصول القانون، بیروت: دارالنهضة العربية للطباعة و النشر.
- الفیض الکاشانی، المولی محسن (۱۳۹۹ق)، تفسیر الصافی، بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، الطبعة الأولى، ج ۱.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، فلسفه‌ی حقوق، تهران: شرکت سهامی انتشار، چ اول، ج ۳.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، کلیات حقوق: نظریه‌ی عمومی، تهران: شرکت سهامی انتشار، چ سوم.

کالینوسکی، ژ. (۱۳۷۳)، «تفسیر حقوق: قواعد حقوقی و منطقی آن» در: *منطق حقوقی و انفورماتیک حقوقی*، ترجمه‌ی حسن حبیبی، تهران: اطلاعات، چ اول.

کلسن، هانس (۱۳۸۷)، *نظریه‌ی ناب حقوقی*، ترجمه‌ی اسماعیل نعمت‌اللهی، تهران: سمت، چ اول.

منتسکیو، شارل لویی (۱۳۶۸)، *روح القوانین*، ترجمه و نگارش علی‌اکبر معتدی، تهران: امیرکبیر، چ ۸.

مؤذنیان، محمدرضا (۱۳۸۹)، *مجموعه نظریات شورای نگهبان (تفسیری و مشورتی در خصوص اصول قانون اساسی به انضمام استفساریه‌ها و تذکرات، ۱۳۵۹ الی ۱۳۸۰)*، تهران: مرکز تحقیقات شورای نگهبان، چ دوم، ویرایش دوم.

نیکوگفتار صفا، حمیدرضا (۱۳۸۷)، «رویکردهای تفسیر قانون اساسی در ایران و آمریکا»، *پژوهشنامه‌ی حقوق اسلامی*، دوره‌ی ۹، ش ۲۸.

### (ب) لاتین

- Allan, T. R. S. (2007), "Text, Context, and Constitution: The Common Law as Public Reason", in: Douglas E. Edlin (ed.), **Common Law Theory**, Cambridge University Press.
- Cornell, Saul (2008), "Originalism on Trial: The Use and Abuse of History in *District of Columbia v. Heller*", **Ohio State Law Journal**, Vol. 69.
- Davis, Elliott M. (2007), "The Newer Textualism: Justice Alito's Statutory Interpretation", **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Vol. 30, No. 3.
- District of Columbia v. Heller** (2008), 554 U.S., 128 S. Ct. 2783, 171 L. Ed. 2d 637.
- Driedger, Elmer (1983), **Construction of Statutes**, Toronto: Butterworths.
- Easterbrook, Frank H. (1994), "Text, History, and Structure in Statutory Interpretation", **Harvard Journal of Law and Public Policy**, vol. 17.
- Easterbrook, Frank H. (1988), "The Role of Original Intent in Statutory Construction", **Harvard Journal of Law & Public Policy**, vol. 11.
- Hogg, Peter W. (2006), "Canada: From Privy Council to Supreme Court", in: Goldsworthy, Jeffrey (ed.), **Interpreting Constitutions: A Comparative Study**, Oxford University Press.
- Holmes, Oliver Wendell (1899), "The Theory of Legal Interpretation", **Harvard Law Review**, vol. 12.
- Jakab, András (2013), "Judicial Reasoning in Constitutional Courts: A European Perspective", **German Law Journal**, Vol. 14, No. 8.
- Kelsen, Hans (1945), **General Theory of Law and State**, Translated by: Anders Wedberg, The Lawbook Exchange, Ltd.
- Manning, John F. (1997), "Textualism as a Nondelegation Doctrine", **Columbia Law Review**, vol. 97.

- McGreal, Paul E. (2005), "A Constitutional Defense of Legislative History", **William & Mary Bill of Rights Journal**, Vol. 13, Issue 4.
- Nourse, Victoria (2012), "A Decision Theory of Statutory Interpretation: Legislative History by the Rules", **Yale Law Journal**, vol. 122.
- Posner, Richard A. (1990), "What Has Pragmatism to Offer Law?", **Southern California Law Review**, vol. 63.
- Posner, Richard (2008), "In Defense of Looseness: The Supreme Court and Gun Control", **The New Republic**, 27 August 2008. Available at: <http://www.newrepublic.com/article/books/defense-looseness>
- Rosenfeld, Michel (2004), "Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and Contrast", **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 2, No. 4.
- Savigny, Friedrich Karl von (1867), **System of the Modern Roman Law**, translated by: William Holloway, Madras: J. Higginbotham.
- Scalia, Antonin (1996), "Judicial Adherence to the Text of Our Basic Law: A Theory of Constitutional Interpretation", **Remarks at the Catholic University of America** (Oct. 18, 1996), available at: <http://www.proconservative.net/pcvol5is225-scaliatheoryconstlinterpretation.shtml>
- Scalia, Antonin (1997), **A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law**, Princeton University Press.
- Simpson, John A. (ed.) (1989), **The Oxford English Dictionary**, Oxford University Press, Second Edition, vol. 17.
- Treanor, William Michael (2009), "Against Textualism", **Northwestern University Law Review**, Vol. 103, No. 2.
- Tushnet, Mark (2006), "The United States: Eclecticism in the Service of Pragmatism", in: Jeffrey Goldsworthy (ed.), **Interpreting Constitutions: A Comparative Study**, Oxford: Oxford University Press.
- Whittington, Keith E. (1999), **Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review**, University Press of Kansas.



## مبانی مسئولیت مدنی دولت در قبال آلودگی‌های زیست‌محیطی

حمید بهرامی احمدی<sup>۱\*</sup>، اعظم علم‌خانی<sup>۲\*\*</sup>

۱. استاد حقوق خصوصی و رئیس پژوهشکده‌ی فرهنگ اسلام و ایران دانشگاه شهید باهنر کرمان، کرمان، ایران

۲. کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشگاه شهید باهنر کرمان، کرمان، ایران

پذیرش: ۱۳۹۳/۲/۳

دریافت: ۱۳۹۲/۱۰/۱۹

### چکیده

اهمیت جبران مناسب خسارت‌های زیست‌محیطی اخیراً توجه بیشتر حقوقدانان را به خود معطوف داشته است. پیچیدگی‌های ماهیت خسارت‌های زیست‌محیطی و جبران آنها از طریق مبنایی مناسب می‌تواند از دلایل مهم اختلاف نظرهای حقوقی موجود برای جبران این زیان‌ها باشد. در این نوشتار با عنوان «مبانی مسئولیت مدنی دولت در قبال آلودگی‌های زیست‌محیطی»، به شیوه‌ی تحلیلی در پی پاسخ به این پرسش‌ها هستیم که آیا دولت نیز مانند سایر اشخاص تنها زمانی مسئول جبران خسارت‌های زیست‌محیطی است که بین فعل یا ترک فعل او و ورود زیان رابطه‌ی سببیت برقرار باشد؟ و اینکه استفاده از کدام مبنا برای جبران آلودگی‌های زیست‌محیطی توسط دولت مناسب‌تر است؟ از آنجا که دولت حافظ منافع عموم است و مردم نیز به موجب قوانین و مقررات مختلف حق برخورداری از محیط زیست سالم را دارند، در شرایطی جبران زیان‌هایی که متناسب به دولت نیست، ضروری به نظر می‌رسد. زمانی که آلودگی‌های زیست‌محیطی متناسب به دولت باشد، در نظر گرفتن مسئولیت محض برای دولت در جبران خسارت، موجب سهولت در دادرسی و جبران بهتر خسارت‌های زیست‌محیطی می‌شود.

**کلیدواژه‌ها:** جبران خسارت، رابطه‌ی سببیت، مبانی مسئولیت مدنی دولت، محیط زیست، مسئولیت محض.

\* E-mail: Bahramy.Hamid@Gmail.com

E-mail: Azam\_Alamkhani@yahoo.com

\*\* نویسنده مسئول

### مقدمه

محیط زیست، موهبت و نتیجه‌ی لطف الهی به بشر است و بر همین اساس، به همه‌ی انسان‌ها تعلق دارد تا همانند سایر نعمت‌ها و مواهب الهی مورد استفاده‌ی خردمندانه قرار گیرد. با توجه به آیه‌ی ۵۵ سوره‌ی مبارکه‌ی یوسف ( *اجعلنی علی خزائن الأرض ائنی حفیظاً علیم* ) امر تدبیر و اداره‌ی سرمایه‌های طبیعی تنها باید بر عهده‌ی اشخاصی باشد که ویژگی حفیظ بودن و مسئولیت‌شناسی و کاردانی و تخصص را دارا باشند (تاریمرادی و فخلعی، ۱۳۸۴: ۴۳). اما متأسفانه امانتداران محیط زیست گاهی نه تنها وظیفه‌ی حمایت از مواهب طبیعی را به جا نمی‌آورند، بلکه با اقدامات یا ترک وظایف خود، مقدمات ویرانی محیط زیست را نیز فراهم می‌کنند و از آنجا که معضلات مربوط به محیط زیست چند سالی است دیدگان نگران بشر را به خود معطوف داشته است، قانونگذاری‌های چندانی، خصوصاً در کشور ما در زمینه‌ی حمایت از محیط زیست و شیوه‌های جبران خسارت‌های وارد بر آن صورت نگرفته است تا در وهله‌ی اول از آلودگی‌های محیط زیست جلوگیری شود و در مرحله‌ی بعد اگر خسارتی به محیط زیست وارد آمد، از راه‌های مناسب جبران شود.

یکی از مشکلات قوانینی که براساس آنها در کشور ما می‌توان خسارت‌های زیست‌محیطی را جبران کرد (اعم از اینکه این خسارت‌ها به‌طور مستقیم موجب زیان به اشخاص شده یا اینکه صرفاً متوجه محیط زیست شده باشند)، نبودن مبنایی مناسب برای مسئولیت مدنی دولت در آن قوانین است. چراکه به‌طور معمول دادگاه‌ها به موجب قوانین، براساس نظریه‌ی تقصیر، آلوده‌کنندگان محیط زیست را به جبران خسارت محکوم می‌کنند که این نظریه در مباحث زیست‌محیطی مشکلات فراوانی را به‌دنبال دارد، زیرا اثبات تقصیر آلوده‌کننده کاری بس دشوار است و زمانی که آلودگی‌های زیست‌محیطی به‌طور مستقیم زیان‌دیدگانی هم داشته باشد، انگیزه‌ی قربانیان برای طرح دعوا و مطالبه‌ی خسارت کاهش پیدا می‌کند. این دشواری در جایی که عامل زیان، دولت باشد، دوچندان می‌شود، چراکه ساختار دولت متشکل از کارکنانی است که ممکن است اقداماتشان بدون ارتباط به دستگاه دولتی موجب خسارت‌های زیادی به محیط زیست شود، در نتیجه زیان‌دیده در پیچ و خم‌های اثبات رابطه‌ی سببیت بین فعل یا ترک فعل عامل زیان و زیان وارده و بعد اثبات تقصیر عامل زیان گرفتار می‌شود و چه بسا از طرح چنین دعوایی منصرف شود. با توجه به مطالب مذکور در این مقاله پس از بررسی مبانی مختلف مسئولیت مدنی دولت با عنایت به مباحث محیط زیست، بهترین مبنا برای پیشگیری و جبران خسارت‌های زیست‌محیطی که از اقدامات دولت ناشی می‌شود، برگزیده شد.

## ۱. مفهوم آلودگی‌های زیست‌محیطی

آلودگی ترجمه‌ی فارسی واژه‌ی «pollution» است. این اصطلاح مشتق از کلمه‌ی یونانی پلوتوس «pollutus» می‌باشد که از معنای ناپاکی و کثیفی گرفته شده است (مشهدی، ۱۳۸۹: ۲۴). از نظر اصطلاحی تعاریف مختلفی برای آلودگی ذکر شده است، چراکه همگان بر سر تعریف یکسانی از آلودگی به توافق نرسیده‌اند. یکی از مشکلات ارائه‌ی تعریفی مناسب از آلودگی تمایز بین منابع آلاینده‌ی انسانی و منابع آلاینده‌ی طبیعی است که موجب می‌شود برخی محققان برای مثال آتشفشان را که یک پدیده‌ی طبیعی است، به‌عنوان آلوده‌کننده‌ی محیط زیست در نظر نگیرند (عرفان‌منش، ۱۳۸۱: ۲۰).

طبق ماده‌ی ۹ قانون حفاظت و بهسازی محیط زیست (مصوب ۵۳/۳/۲۸ و اصلاحیه‌ی ۷۱/۸/۲۴): «منظور از آلوده ساختن محیط زیست عبارت است از پخش یا آمیختن مواد خارجی به آب یا هوا یا خاک یا زمین به میزانی که کیفیت فیزیکی یا شیمیایی یا بیولوژیک آن را به‌طوری‌که زیان‌آور به حال انسان یا سایر موجودات زنده یا گیاهان و یا آثار و ابنیه باشد، تغییر دهد». با توجه به این تعریف هر تغییری در محیط زیست آلودگی محسوب نمی‌شود، بلکه باید آن تغییر برای موجودات یا ابنیه مضر باشد. همچنین این تعبیر، محیط را در مبنای بیوسفر که اعم از محیط هوا، خشکی و آب است، در نظر گرفته است (تقی‌زاده انصاری، ۱۳۸۷: ۷۱؛ قاسم‌زاده، ۱۳۸۶: ۱۱۲).

## ۲. مفهوم مسئولیت مدنی دولت

مسئولیت مدنی در دو معنای عام و خاص کاربرد دارد. معنای عام مسئولیت مدنی اعم از این است که ریشه‌ی مسئولیت، قراردادی باشد یا قهری و معنای خاص آن منصرف از مسئولیت قراردادی است (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۳). به‌عبارت دیگر مسئولیت غیرقراردادی به مواردی مربوط می‌شود که قانونگذار تکالیف عامی را برای همگان تعیین کرده و در اثر تخلف از این تکالیف عمومی خسارتی به دیگران وارد شود و بر مبنای این مسئولیت، رابطه‌ی دینی بین زیان‌دیده و مسئول به‌وجود آید (موسی‌زاده، ۱۳۸۷: ۲۶۳). شایان ذکر است که مراد از مسئولیت مدنی در این نوشتار معنای خاص آن است.

واژه‌ی دولت نیز گاهی در معنای عام به‌کار می‌رود و گاهی هم در معنای خاص. دولت به معنای عام کلمه شامل همه‌ی قوای عمومی و دستگاه‌های حاکمیتی است. آرای صادره از هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، بیانگر این است که دیوان عدالت اداری به کلیه‌ی شکایات مردم علیه قوای حاکمیتی رسیدگی می‌کند، یعنی دولت را در معنای عام آن به‌کار می‌برد (استوارسنگری، ۱۳۹۰: ۵).

ولی دولت به معنای خاص (که در این نوشتار منظور است) تنها شامل قوهی مجریه است. مسئولیت مدنی دولت، نتیجهی منطقی حاکمیت قانون است و عدالت حکم می‌کند که هیچ قانون‌شکنی و زیانی چه مادی و چه معنوی بدون جبران باقی نماند (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۷: ۶۲). از آنجا که دولت به‌عنوان خدمتگزار مردم گاهی زیان‌هایی را جبران می‌کند که آنها را به‌وجود نیاورده، لازم است مبانی مسئولیت مدنی دولت با تأکید ویژه بر رابطه‌ی سببیت بین فعل یا ترک فعل دولت و ایجاد آلودگی در محیط زیست بررسی شود. از این رو بحث را با تفکیک بین آلودگی‌های قابل انتساب به دولت و آلودگی‌های غیر قابل انتساب به دولت پی می‌گیریم.

### ۳. مبانی مسئولیت مدنی دولت در قبال آلودگی‌های زیست‌محیطی قابل انتساب به دولت

عمده مبانی ایجاد مسئولیت مدنی در این دسته از آلودگی‌ها، در حقوق خصوصی مطرح‌اند که قدیمی‌ترین آنها نظریه‌ی تقصیر است.

#### ۳-۱. نظریه‌ی تقصیر

در حقوق رم مبنای تقصیر به‌عنوان مبنایی برای مسئولیت پذیرفته شده بود (ژولیو دولاموراندر، ۱۹۶۶، ج ۲: ۳۱۳). مبنای نظریه‌ی تقصیر این بود که انسان در جایی مسئولیت دارد که احساس ناراحتی وجدان کند و از نظر اخلاقی مسئول باشد (walker, 1980: 110). در این مورد بین مسئولیت کیفری و مسئولیت مدنی وحدت مبنا بود.

سرانجام در سال ۱۸۰۴ میلادی قانون مدنی فرانسه تحت تأثیر اندیشه‌های حقوقی دو حقوقدان عهد کهن این کشور یعنی دوما (۱۶۲۷-۱۶۹۷) و پوتیه (۱۶۹۵-۱۷۷۲) استاد حقوق دانشگاه اُرلئان تدوین شد (البوت؛ ورنون، ۱۳۸۲: ۸۳). قانون مدنی فرانسه بخش تعهدات و حقوق قراردادها را از حقوق رم اقتباس کرد و تقصیر به‌عنوان مبنای مسئولیت مدنی از این طریق وارد قانون مدنی فرانسه شد و از آنجا به دیگر قوانین دنیا راه یافت (پراسر، ۱۹۶۴: ۳۷۱).

در آغاز، تقصیر جنبه‌ی شخصی داشت، اما رفته‌رفته معیاری نوعی به خود گرفت و رفتار انسانی متعارف برای سنجش میزان خطا و در نهایت مسئولیت در نظر گرفته شد. البته برای شناسایی عمد مرتکب، معیار شخصی تنها راه احراز آن است و این حکم از ماهیت ویژه‌ی عمد ناشی بوده و استثنایی بر آنچه گفته شد تلقی نمی‌شود (اصلانی، ۱۳۸۴: ۷۹).

پس از پذیرش امکان مسئولیت دولت نسبت به زیان‌های وارده به اشخاص، تقصیر، نخستین معیاری بود که پذیرفته شد. البته نسبت دادن خطا و تقصیر به دولت صحیح نیست،



چون دولت شخصیت حقیقی ندارد که از خود اراده‌ای داشته باشد و در عالم واقع، زیان وارده به افراد که به دولت ربط داده می‌شود، زبانی است که توسط مستخدمان دولت وارد می‌شود (زرگوش، ۱۳۸۹، ج ۲: ۳۵) و این نوعی ارفاق است که ما بعضی خطاها و تقصیرات کارمندان را به گردن دولت می‌اندازیم (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۶: ۳۸۸ و ۳۸۷).

برای جبران زیان وارده، خواهان می‌بایست تقصیر اداره و رابطه‌ی علیت میان ضرر و رفتار اداره‌ی دولتی را به اثبات برساند. احراز این رابطه در بدو امر، ساده به نظر می‌رسد، اما در عمل، خواهان به دشواری امکان اثبات می‌یابد، چراکه مأموران دولت، افرادی هستند که ممکن است به‌هنگام انجام وظایف اداری خود مرتکب رفتار خطاکارانه‌ای شوند که گاه کاملاً با اعمال اداری آنان بی‌ارتباط است. در نتیجه نمی‌توان زیان را به دولت منتسب کرد (یوسفی فر، ۱۳۸۱: ۱۱۶). بنابراین طبق مضمون ماده‌ی ۱۱ قانون مسئولیت مدنی اگر زیان‌های وارده به محیط زیست نتیجه‌ی رفتار عمدی یا خطای مستخدم باشد، خود مستخدم مسئول پرداخت زیان‌هاست. ولی هر گاه این زیان‌ها از کمبود، نارسایی و نقص وسایل اداری ریشه گرفته باشد، اداره مسئول پرداخت خسارت خواهد بود.

واقعیت این است که علاوه بر نقص وسایل اداری، جبران خطاهای ناشناخته نیز به وسیله‌ی دولت صورت می‌گیرد (زرگوش، ۱۳۸۹، ج ۲: ۱۷۴). تصور کنید که شهرداری، در یک مراسم یا جشن ملی یا محلی، توسط کارکنان خود و با تجهیزاتی که در اختیار دارد، اقدام به آتش‌پرانی می‌کند و در این حین، در اثر اصابت بخشی از این مواد اشتعال‌زا با جنگلی که در آن اطراف است، آتش‌سوزی ایجاد می‌شود و بسیاری از درختان آن جنگل از بین می‌روند؛ بی‌آنکه بتوان مشخص کرد که آن مواد از کدام اسلحه و توسط کدام یک از مأموران شهرداری، پرتاب شده است. از آنجا که در این موارد، مقام عمومی که بتوان عمل خطاکارانه را به او نسبت داد، وجود ندارد و زیان مربوط به کارکرد ناقص نظام خدمت عمومی است، مسئولیت بر دوش دولت بار می‌شود.

در ماده‌ی ۴۶ قانون توزیع عادلانه‌ی آب مقرر شده است که:

«آلوده ساختن آب ممنوع است، مسئولیت پیشگیری و ممانعت و جلوگیری از

آلودگی منابع آب به سازمان حفاظت محیط زیست محول می‌شود...».

در این مقرر «مسئولیت» در درجه‌ی نخست مترادف با «صلاحیت» است، اما در کنار منطق اولیه‌ی قانون که همانا حمایت از حقوق شهروندان است، لحن این مقرر نیز به گونه‌ای است که زمینه‌ی استناد به خود را حداقل در مواردی که نتوان عامل آلودگی را شناسایی کرد، فراهم نموده است (زرگوش، ۱۳۸۹، ج ۱: ۴۰۲).

نظریه‌ی تقصیر بر آرای دادگاه اروپایی حقوق بشر نیز تأثیرات فراوانی داشته است. در یک دادرسی بی‌سابقه<sup>(۱)</sup> دادگاه اروپایی حقوق بشر تقصیر دولت روسیه را در عدم جلوگیری از آلودگی یا اصلاح آلودگی ناشی از کارخانه‌ی فولاد اعلام کرد. این پرونده که توسط یک زن روسی مطرح شد، به پرداخت ۶۰۰۰ یورو در حق آن زن منجر گردید.

(Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-69315>, The date of usage: 07/02/2013)

در پی شکایت گروهی علیه دولت اوکراین مبنی بر اینکه به دلیل عملکرد معدن زغال سنگ و کارخانه‌ای در نزدیکی آنها، به سلامتی و خانه‌های آنها ضرر وارد شده، دادگاه اروپایی حقوق بشر رأی به تخلف از ماده‌ی ۸ میثاق اروپایی حقوق بشر (حق احترام به زندگی خصوصی و خانوادگی و خانه‌ی افراد) داد و دولت را مسئول جبران خسارت وارده به خواهان‌ها دانست.<sup>(۲)</sup>

(Available at: <http://www.elaw.org/node/5655>, The date of usage: 05/07/2014)

به موجب ماده‌ی ۱۱ قانون مسئولیت مدنی، زیان‌های ناشی از اعمال حاکمیت قابلیت جبران الزامی توسط دولت را ندارند، چراکه در ایجاد این‌گونه زیان‌ها تقصیری متوجه دولت نیست. از آنجا که این نظریه موجب جبران نشدن بسیاری از خسارات می‌شود، باید به موارد مذکور در نص اکتفا شود و از تفسیر موسع آن جلوگیری به عمل آید، یعنی دولت وقتی از پرداخت خسارت معاف باشد که در مقام اعمال حاکمیت باشد و آن عمل بر حسب ضرورت، برای تأمین منافع اجتماعی و طبق قانون به عمل آید (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۶: ۳۹۰-۳۹۲). به نظر برخی دولت باید مسئولیت زیان‌های وارده به اشخاص را که به واسطه‌ی اعمال حاکمیت به وجود می‌آیند، قبول کند، زیرا قبول حاکمیت از طرف دولت‌ها یا به دست گرفتن قهری آن خود به منزله‌ی التزام به همه‌ی آثار حقوقی ناشی از اعمال حاکمیت است و هیچ نوع قرارداد یا قاعده‌ی عرفی که دولت‌ها را در برابر موجبات ضمان معاف نماید وجود ندارد (عمید زنجانی، ۱۳۸۲: ۳۵۶).

به‌علت اشکالات و نارسایی‌های ماده‌ی ۱۱ قانون مسئولیت مدنی، از زمان دولت هشتم، از سوی اداره‌ی کل پژوهش و اطلاع‌رسانی ریاست جمهوری لایحه‌ی جدیدی در هشت ماده و چهار تبصره در مورد مسئولیت مدنی دولت، تدوین و بعد از جرح و تعدیل زیاد به مجلس شورای اسلامی تقدیم شده ولی لایحه‌ی مزبور هنوز به تصویب نرسیده است (بهرامی احمدی، ۱۳۹۱: ۵۰۷).

پذیرش نظریه‌ی تقصیر امکان جبران بسیاری از خسارات زیست‌محیطی را دشوار می‌نماید. این امر بیشتر ناشی از ماهیت خسارات زیست‌محیطی، کثرت آلوده‌کنندگان، انگیزه‌ی پایین قربانیان خسارات زیست‌محیطی برای طرح دعواست (بابایی مقدم، نقل از: فهیمی و مشهدی، ۱۳۹۰: ۳۱۶). همچنین اگر زیان وارده ناشی از آن چیزی باشد که اعمال حاکمیت نامیده

می‌شود، چون در این حوزه‌ها امکان تحقق تقصیر وجود ندارد، زیان مذکور هرچند هم گسترده باشد جز با اختیار همان مرجع، جبران نمی‌شود (قاسم‌زاده، ۱۳۸۷: ۳۲۵ و ۳۲۴). برای جبران خسارت‌های زیست‌محیطی از طریق مبنای تقصیر راهکارهایی پیشنهاد شده است؛ یکی اینکه بگوییم چون تقصیر، تجاوز از رفتاری است که شخص متعارف در همان اوضاع و احوال دارد، بنابراین رفتار آلوده‌کنندگان محیط زیست تجاوز از رفتار متعارف است. دیگر اینکه بگوییم اصل بر تقصیر آلوده‌کننده‌ی محیط زیست است، مگر اینکه خلاف آن را ثابت کند (انصاری، ۱۳۸۲: ۱۳۲؛ هیثم، ۲۰۰۴م: ۱۱-۱۴). اما شورای نگهبان در نظریه‌ی خود در خصوص قانون بیمه‌ی اجباری اعلام کرد اینکه مسئولیت تنها ناشی از تقصیر باشد خلاف شرع است (نامه‌ی شماره‌ی ۷/۳۰/۲۷۲۹۵ مورخ ۱۳۸۷/۳/۲۲). به همین دلیل لازم است به سایر مبانی نیز توجه شود که اگرچه ممکن است در آنها تقصیری متوجه دولت باشد، نیازی به اثبات آن از سوی خواننده نیست و صرف وجود رابطه‌ی سببیت بین فعل یا ترک فعل دولت و ورود زیان برای ایجاد مسئولیت کفایت می‌کند.

### ۳-۲. نظریات مطرح در راستای مسئولیت مدنی دولت بدون نیاز به اثبات تقصیر

در این نظریات، ارزیابی ایجاد مسئولیت در آثار عمل صورت‌گرفته (وقوع زیان) متمرکز است. نظریات موجود در این قسم، مسئولیت محض را تداعی می‌کنند. آن‌گونه‌که از آثار نویسندگان بر می‌آید، واژه‌ی مسئولیت محض با واژه‌های مسئولیت مطلق، مسئولیت عینی و مسئولیت موضوعی مترادف است (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۵۹۰؛ وحدتی شبیری، ۱۳۸۵: ۹۹). ولی در برخی آثار بین مسئولیت مطلق و محض تفاوت نهاده شده و آورده‌اند:

مبنای مسئولیت مقرر در دستورالعمل مصوب ۲۰۰۴ اروپا مطلق نیست، بلکه

مسئولیت محض است.<sup>(۳)</sup>

به نظر می‌رسد که در واقع مسئولیت محض با مسئولیت مطلق تفاوت دارد، زیرا در مسئولیت محض با اثبات قوه‌ی قاهره می‌توان خواننده را از مسئولیت معاف کرد، درحالی‌که در مسئولیت مطلق (مانند مسئولیت غاصب) چنین امکانی وجود ندارد.

در مورد آلودگی‌های محیط زیست به نظر می‌رسد در جاهایی از قانون که لفظ «ممنوع است» به کار رفته، نهی قانونگذار بیانگر این است که ارتکاب عمل نیاز به دلیل دارد و در واقع صرف وجود رابطه‌ی سببیت به اضافه‌ی وجود زیان برای مسئولیت کفایت می‌کند و به اثبات تقصیر یا بی‌مبالاتی خواننده در این فرض نیازی نیست. به عبارت دیگر به دلایلی که قانونگذار پیش‌بینی کرده و در نهایت انجام عملی را ممنوع اعلام نموده است، اگر شخصی بر خلاف

قانون عملی را انجام دهد، صرف انجام عمل تقصیر و بی‌مبالاتی است و عامل زیان باید مسئولیت ناشی از آن را قبول کند (فهیمی، ۱۳۹۱: ۳۶۲-۳۶۵). مثلاً در ماده‌ی ۹ قانون حفاظت و بهسازی محیط زیست آمده است:

«اقدام به هر عملی که آلودگی محیط زیست را فراهم سازد ممنوع است.»

علاوه بر قوانین خاص، در اصل ۵۰ قانون اساسی نیز پیش‌بینی شده که:

«... فعالیت‌های اقتصادی و غیر آن که با آلودگی محیط زیست یا تخریب غیر

قابل جبران آن ملازمه پیدا کند، ممنوع است.»

امروزه دست کم در زمینه‌ی مسئولیت مبتنی بر حقوق عمومی، در تمام کشورهای اتحادیه‌ی اروپا تقریباً مسئولیت محض مورد پذیرش دکترین و رویه‌ی قضایی قرار گرفته است به این صورت که نیاز به اثبات بی‌مبالاتی عامل زیان نیست و تنها نیاز است که فعل یا ترک فعل زیانبار و رابطه‌ی آن با ورود ضرر اثبات شود (انصاری، ۱۳۸۲: ۶۶). در مورد این پرسش که چرا بدون نیاز به اثبات تقصیر عامل زیان، وی موظف به جبران خسارت است، پاسخ‌های گوناگونی وجود دارد که در ادامه بررسی خواهند شد.

### ۳-۲-۱. نظریه‌ی خطر

این نظریه که دکتر سید حسن امامی از آن به نظریه‌ی علیت یاد کرده‌اند (امامی، ۱۳۸۵: ۸۵۸)، توسط دو حقوقدان فرانسوی به نام‌های «ژوسران» و «سالی» مطرح شد و توسعه یافت. طرفداران این نظریه می‌گویند: هر کس که به فعالیتی می‌پردازد و پیرامون خود محیطی خطرناک ایجاد می‌کند باید مسئولیت ناشی از ایجاد خطر را تحمل نماید (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰: ۶۴). بین طرفداران این نظریه اختلاف نظرهایی وجود دارد، گروهی اعتقاد دارند که «شخص مسئول در نظریه‌ی خطر ایجادشده شخصی است که از استفاده از چیزی نفع می‌برد و خطر ایجادشده همان خطر ناشی از انتفاع اوست» (محمد لیبب شنب، نقل از: بریک، ۲۰۱۰-۲۰۱۱م: ۵۳). عمده دستاورد این نظریه اثبات مسئولیت کارفرما در حوادث ناشی از کار است که چون کارفرما از نیروی کار کارگر استفاده‌ی مادی می‌برد، مسئولیت مدنی ناشی از کار را نیز باید متحمل شود (باریکلو، ۱۳۸۷: ۴۷ و ۴۸). این نظریه تنها قادر به توجیه آن دسته از الزامات دولت است که ناشی از فعالیت‌های انتفاعی او باشد. همین بیان به‌خوبی نارسایی این نظریه را نشان می‌دهد، چراکه هیچ توجیهی برای مسئولیت بدون تقصیری که ناشی از فعالیت‌های غیرانتفاعی است، ارائه نمی‌دهد (زرگوش، ۱۳۸۹، ج ۲: ۲۹۲). ایراد دیگر وارد به این نظریه این است که به همان نسبت که می‌توان گفت دولت از فعالیت مستخدم سود می‌برد، پس باید زیان ناشی از آن را هم بپذیرد، می‌توان گفت این مستخدم است که از استخدام شدن در دستگاه دولتی سود می‌برد و ریسک

ناشی از فعالیت خود را از بدو استخدام باید بپذیرد (زرگوش، ۱۳۸۹، ج ۲: ۳۰۷). گروه دوم از معتقدان به نظریه‌ی خطر اشخاصی هستند که معتقدند هر فعالیتی که ذاتاً خطرناک باشد، اگر به زیانی منجر شود، به‌طور خودکار مسئولیت دولت را به‌دنبال خواهد داشت، اعم از اینکه این فعالیت برای او سود مادی به‌دنبال داشته باشد یا خیر یا اینکه وی در انجام این فعالیت و ایجاد خطر تقصیری مرتکب شده باشد یا نشده باشد (William K. Jones نقل از زرگوش، ۱۳۸۹، ج ۲: ۲۹۵؛ Prieur, 2004: 920). بنابراین هرگاه فعالیت خواننده‌ی دعوا از نظر جامعه غیرعادی و نامتعارف باشد و برای دیگران خطری ایجاد کند، شخص مسئول پرداخت خسارت خواهد بود (میشل لوراسا، نقل از: حکمت‌نیا، ۱۳۸۶: ۷۶).

از دید برخی (زرگوش، ۱۳۸۹، ج ۲: ۲۸۰ و ۲۷۹) این نظریه، ریشه در تقصیر دارد و می‌توان استدلال کرد که ایجاد خطر خود نوعی تقصیر است. ایشان برای اثبات ادعای خود به ماده‌ی ۱-۱۶۲ از کد محیط زیست فرانسه استناد می‌کنند که با قرار دادن معنادار دو واژه‌ی «خطر» و «تقصیر» در کنار هم، به‌طور تلویحی، خطر را نیز نوعی تقصیر دانسته است. به موجب این ماده:

[خسارات زیر] «مطابق روش‌های معین‌شده در این سرفصل، جبران می‌شود:

۱. خسارات وارده بر محیط زیست بر اثر فعالیت‌های حرفه‌ای که فهرست آنها

مطابق مصوبه‌ی پیش‌بینی‌شده در ماده‌ی ۲-۱۶۵ تعیین گردیده و همچنین بر فرض

عدم وجود خطر یا بی‌مبالاتی (تقصیر) بهره‌بردار» (زرگوش، ۱۳۸۹، ج ۲: ۲۸۰).

امروزه نظریه‌ی خطر؛ نظریه‌ای مناسب برای جبران خسارت زیست‌محیطی است و می‌تواند نقش بسیار مهمی در تقویت حمایت از محیط زیست داشته باشد. در واقع آلوده‌کننده‌ی محیط زیست براساس این نظریه «مسئولیت عینی» پیدا می‌کند، لیکن این دیدگاه نیز از جنبه‌های گوناگونی مورد انتقاد قرار گرفته است. مثلاً اعتقاد به این نظر موجب افزایش ریسک فعالیت اقتصادی و کاهش انگیزه‌ی افراد در اجتماع برای انجام فعالیت‌های گوناگون می‌شود (بهرامی احمدی و فهیمی، ۱۳۸۶: ۱۳۴ و ۱۳۳).

### ۲-۲-۲. نظریه‌ی نفی ضرر

براساس این نظریه که مبین مفاد حدیث لاضرر است: در اسلام از طرف شارع هیچ حکم ضرری وضع نشده است. بنابراین ضرر زدن به دیگران نیز جایز نیست. از این‌رو آلوده ساختن محیط زیست و تخریب و نابود کردن طبیعت و منابع طبیعی از روشن‌ترین نمونه‌های زیان زدن به دیگران است که اسلام آن را نفی کرده است. قاعده‌ی لاضرر مشمول امور عدمی نیز می‌شود. (بهرامی، ۱۳۹۰: ۱۳۵-۱۴۲). بنابراین چنانچه ترک اقدام‌های اصلاحی و سازنده هم به‌ضرار در محیط زیست بینجامد، این قاعده با آن مقابله خواهد کرد. از جمله نتایج مترتب بر شمول قاعده

بر امور عدمی، اثبات ضمان است. این قاعده نه تنها مانع از اضرار به محیط زیست می‌شود، بلکه ضمان خسارت‌های ناشی از فعالیت‌های آلوده‌کننده یا ترک اقدام اصلاحی را هم بر عهده‌ی خسارت‌زننده قرار می‌دهد (تاریمرادی و فخلعی، ۱۳۸۵: ۵۴)

### ۳-۲-۳. نظریه‌ی احترام اموال

منظور از این نظریه این است که مال یا عمل انسان نباید مجانی مورد استفاده‌ی دیگری قرار گیرد (بهرامی احمدی، ۱۳۸۸: ۴۵). این قاعده از حدیث نبوی سرچشمه می‌گیرد که فرموده‌اند:

«ساب المؤمن فسوق و قتاله کفر و اکل لحمه من معصیه الله و حرمة ماله

کحرمة دمه».

ناسزا گفتن به مؤمن گناه، قتل او کفر، غیبت او از معاصی و احترام مال او مثل احترام خون اوست (حر عاملی، ۴۱۴ق، ج ۸، باب ۱۴۷، ح ۱۲).

امام خمینی (ره) در مورد احترام مال مؤمن می‌گویند که هدر نبودن خون مؤمن که به‌عنوان ضمانت اجرا، متناسب با شرایط برای آن قصاص یا دیه تعیین شده، می‌رساند که همین ضمانت اجرا در مال مؤمن نیز وجود دارد. بنابراین اگر کسی مال مؤمن را تلف کند، ضامن خواهد بود (نقل از فهیمی، ۱۳۹۱: ۱۷۰).

برای تمسک به این نظریه باید ثابت کرد که محیط زیست و عناصر آن مال محسوب می‌شوند. از این رو تعریفی از مال ضروری است:

از نظر لغوی مال را چنین تعریف کرده‌اند: «المال ما یبدل بازائه المال»؛ مال چیزی است که در مقابل آن مال داده شود (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۲: ۲۰).

از نظر اصطلاحی نیز مال چیزی است که نزد مردم مطلوب است و به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم نیازهای معیشتی آنان را بر طرف می‌کند (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۲: ۳۰). طبق این تعریف عناصر و اجزای محیط زیست مال محسوب می‌شوند، چراکه نیازهای معیشتی افراد به‌وسیله‌ی آنها تأمین می‌شود. همچنین از آنجا که بسیاری از عناصر محیط زیست جزء انفال هستند، روشن شدن حکم مالیت و مالکیت انفال، مؤیدی بر مالیت عناصری از محیط زیست که قابل قیمت‌گذاری هستند نیز خواهد بود.

با استناد به قرآن<sup>(۴)</sup> و روایات<sup>(۵)</sup> انفال مال پیامبر اکرم (ص) و ائمه‌ی معصومین (ع) است و آنان به هر نحو که صلاح بدانند، می‌توانند در آن تصرف کنند.

طبق اصل ۴۵ قانون اساسی انفال «... در اختیار حکومت اسلامی است تا بر طبق مصالح عامه نسبت به آنها عمل نماید. تفصیل و ترتیب استفاده از هر یک را قانون معین می‌کند».

امام صادق (ع) می‌فرمایند:

«إِذْ كَانَ الْمَالِكُ لِلنَّفُوسِ وَالْأَمْوَالِ وَ سَائِرِ الْأَشْيَاءِ الْمَلَكَ الْحَقِيقِيَّ وَ كَانَ مَا فِي أَيْدِي النَّاسِ عَوَارِيَّ» (مجلسی، ۱۴۰۴ق، ج ۹۳: ۱۹۲) «از آنجا که مالکیت حقیقی بر نفوس و اموال و سایر اشیاء از آن خداست، مالکیت آنچه مردم در دست دارند، به صورت عاریه است». این مالکیت اعتباری در فقه به سه نوع تقسیم می‌شود:

یکم؛ مالکیت امام (حکومت اسلامی)، دوم؛ مالکیت عموم مسلمین، سوم؛ مالکیت خصوصی (فهیمی، ۱۳۹۱: ۱۰۸).

اموال و مشترکات عمومی، اموالی هستند که متعلق به عموم هستند و مالک خاصی ندارند (صفایی، ۱۳۸۶: ۱۴۰) و دولت تنها از جهت ولایتی که بر عموم دارد می‌تواند آنها را اداره کند. از آنجا که عناصر و اجزای محیط زیست نیز چنین ویژگی‌هایی دارند، در زمره‌ی اموال و مشترکات عمومی قرار می‌گیرند و دولت به‌عنوان امین مردم در جهت تأمین منافع عمومی باید از مواهب طبیعی مراقبت کند و از آلودگی و تخریب محیط زیست جلوگیری به‌عمل آورد. توصیه‌ی امام علی (ع) به مالک اشتر نیز مؤید همین مطلب است: «باید بیش از تحصیل خراج در اندیشه‌ی آبادانی زمین باشی؛ زیرا خراج حاصل نشود مگر به آبادانی زمین؛ و هر که خراج طلبد و زمین را آباد نسازد، شهرها و مردم را هلاک کرده است و کارش استقامت نیابد مگر اندکی» (نهج‌البلاغه، نامه‌ی ۵۳). بنابراین می‌توان اقدامات آلوده‌کننده‌ی دولت را رفتاری مغایر با زمامداری و تخلف از ید امانی دانست.

پس از اثبات مالیت عناصر محیط زیست، طبق نظر برخی حقوقدانان بهترین مبنا در باب مسئولیت مدنی و به‌تبع آن جبران خسارت‌های زیست‌محیطی، نظریه‌ی احترام اموال است (فهیمی، ۱۳۹۱: ۱۷۵). براساس این نظریه که جامع دو نظریه‌ی اتلاف و لاضرر است، مادامی که بتوان رابطه‌ی سببیت را بین فعل یا ترک فعل عامل زیان و زیان وارده ثابت کرد، عامل زیان طبق قاعده‌ی اتلاف، مسئول جبران زیان است و در مواردی که اسناد بین زیان و زیانکار وجود دارد، ولی رابطه‌ی سببیت به‌دلیل دخالت فاعل مختار، محقق نیست، مسئول جبران ضرر فاعل مختار است و چنانچه واسطه‌ی بین عامل زیان و زیان، چیزی غیر از فاعل مختار باشد، در این موارد قاعده‌ی لاضرر حاکم خواهد بود و عامل زیان مسئول است تا زیانی جبران‌نشده باقی نماند (فهیمی، ۱۳۹۱: ۱۷۵-۱۷۶). بنابراین چنانچه در اثر دودی که از یک کارخانه منتشر می‌شود، تعدادی از گوسفندان یک نفر که در آن محل چرا می‌کنند، تلف شوند، براساس قاعده‌ی اتلاف می‌توان کارخانه را مسئول شناخت، زیرا در اینجا رابطه‌ی سببیت به‌وضوح بین

اقدامات کارخانه و تلف شدن گوسفندان برقرار است، ولی اگر صاحب گله بدون اطلاع از بیماری سایر گوسفندان یکی از آنها را ذبح کند و در اثر خوردن گوشت این گوسفند بیمار شود، این زیان باید براساس قاعده‌ی لاضرر توسط کارخانه جبران شود، چراکه بیماری شخص ناشی از خوردن گوشت آلوده است و به‌طور مستقیم ناشی از اقدامات عامل مختار نیست.

این نظریه با توجه به اینکه عناصر محیط زیست را مال می‌داند، نظریه‌ی مناسبی برای جبران خسارت‌های زیست‌محیطی است، هرچند در نهایت بازگشت آن نیز به قاعده‌ی لاضرر است. همان‌طور که گفتیم، طرفداران این نظریه آن را جامع بین قاعده‌ی اتلاف و لاضرر می‌دانند، اما به‌نظر می‌رسد در جایی که شخصی براساس قاعده‌ی اتلاف مسئول جبران ضرر شناخته می‌شود نیز مسئولیت او به‌دلیل ضرری است که به دیگری وارد آورده است. در نتیجه قاعده‌ی لاضرر می‌تواند توجیه مناسبی برای مسئولیت وی به‌شمار آید.

پاره‌ای از نظریات موجود در مسئولیت بدون نیاز به اثبات تقصیر دولت از نظر گذشت، لیکن شایان ذکر است که اگرچه این نظریات به‌دلیل رفع ایرادات وارد بر نظریه‌ی تقصیر یا به‌عرصه‌ی وجود گذاشت، اعمال بی‌چون‌وچرای آن نیز علاوه‌بر اینکه قدرت بازدارندگی مسئولیت مدنی را کاهش می‌دهد، سبب افزایش هزینه‌های دولت نیز می‌شود (زرگوش، ۱۳۸۹، ج ۲: ۳۹۰ و ۳۸۹). اما در مجموع برای جبران خسارت‌های زیست‌محیطی، محاسن آن از معایب بیشتر است؛ در عین حال راه حل میانه برای جبران خسارت‌های زیست‌محیطی و اجتناب از معایب نظریه‌ی تقصیر و بدون تقصیر وجود دارد که در انتها به شرح آن خواهیم پرداخت.

آنچه به‌طور بارز به‌عنوان وجه تمایز بین مسئولیت مدنی دولت و مسئولیت مدنی در حقوق خصوصی مطرح است، الزام دولت به جبران ضررهایی است که هیچ ارتباطی به او ندارند، اینکه بر چه اساس دولت خود را ملزم به جبران چنین زیان‌هایی می‌داند، در ادامه بررسی خواهد شد.

#### **۴. مبانی مسئولیت مدنی دولت در قبال آلودگی‌های زیست‌محیطی غیر قابل انتساب به دولت**

در پاسخ به چرایی این نوع مسئولیت نظریات متفاوتی بیان شده است که تنها به ذکر دو مورد اکتفا می‌شود.

##### **۴-۱. نظریه‌ی خدمت عمومی**

این نظریه عبارت است از مجموعه وظایف و اختیاراتی که به‌وسیله‌ی آن، به نیازمندی‌های عمومی پاسخ داده می‌شود (Bell; Boyron; Whittaker نقل از: زرگوش، ۱۳۸۹، ج ۲: ۳۵۲). به‌عبارت دیگر، خدمت عمومی کارهای عام‌المنفعه‌ای است که دولت و سازمان‌های عمومی



برای برآورده ساختن نیازهایی که مرتبط با نفع عمومی است، انجام می‌دهند (زرگوش، ۱۳۸۹، ج ۲: ۳۵۲-۳۵۳)، مانند ساختن پارک‌ها و فضای سبز. آنچه موجب ملزم دانستن دولت نسبت به چنین اعمالی می‌شود، همان الزامی است که موجب برخورداری گسترده‌ی او از معافیت‌ها، مصونیت‌ها و امتیازات ترجیحی شده است (زرگوش، ۱۳۸۹، ج ۲: ۳۵۳).

در مواقعی که خسارت‌های زیست‌محیطی قابل جبران به‌وسیله‌ی عامل زیان نیستند یا اصلاً فاعل مختاری در ایجاد ضرر نقش نداشته، ضروری است که دولت در راستای تأمین منافع عمومی خسارت‌های ایجادشده را جبران کند. شاید تصور شود که استفاده از نظریه‌ی خدمت عمومی می‌تواند توجیه مناسبی برای الزام دولت به جبران آلودگی‌های زیست‌محیطی غیر قابل انتساب به او باشد، اما واقعیت این است که خدمت عمومی چهره‌ی غیرمالی دارد (زرگوش، ۱۳۸۹، ج ۲: ۳۵۶). بنابراین قانونمند ساختن الزام دولت به جبران خسارت‌های زیست‌محیطی در چنین شرایطی، با تمسک به این مبنا قابل توجیه نخواهد بود.

#### ۴-۲. نظریه‌ی استحقاق

طبق این نظریه آنچه مسئولیت مدنی را به‌دنبال دارد، محروم کردن یا محروم شدن شخص از استحقاق است و استحقاق نیز عبارت از حقی است که دولت در صدد تأمین، تضمین و تحقق حتمی آن نسبت به اشخاص است و محرومیت اشخاص از این استحقاق الزام‌آور است (زرگوش، ۱۳۸۹، ج ۲: ۳۶۲). برای شکل‌گیری استحقاق دو مرحله نیاز است؛ مرحله‌ی اول به رسمیت شناختن حقی توسط قانونگذار است و مرحله‌ی دوم این است که قانونگذار به دستگاه مجریه اجازه می‌دهد که اعمال یا گستره‌ی استحقاق را مشخص کند (زرگوش، ۱۳۸۹، ج ۲: ۳۶۳). اینکه قانونگذار با استفاده از قوانین مختلف سعی در حفاظت از محیط زیست و مجازات تخریبگران آن دارد، به‌خوبی گویای این واقعیت است که حق برخورداری از محیط زیست سالم را به‌عنوان یک حق همگانی به رسمیت می‌شناسد و حفاظت از آن را طبق اصل ۵۰ قانون اساسی وظیفه‌ی عمومی می‌داند. اختصاص دادن اصلی از قانون اساسی به حفاظت از محیط زیست مؤید اهمیت فراوان این موضوع در جمهوری اسلامی ایران است. مقررات متعددی که از سوی قوه‌ی مجریه برای اجرای بهتر قوانین زیست‌محیطی وضع شده نیز در راستای شرح جزئیات حمایت از این حق بنیادین است. بنابراین اگر بگوییم چنانچه زیان وارده به‌وسیله‌ی عامل زیان قابل جبران نبود، دولت باید با بخشندگی خود جبران خسارت کند تا به این وسیله از حقی که ملت را مستحق آن می‌داند حمایت نماید، سخنی به‌گراف نگفته‌ایم، چراکه تحمل چنین هزینه‌هایی برای دفع مفسده‌ای بزرگ نه تنها عاقلانه است، بلکه با سیاست کلی نظام نیز هماهنگ است.

## ۵. انتخاب مبنایی مناسب برای مسئولیت مدنی دولت در جبران خسارت‌های زیست‌محیطی

در انتخاب مبنایی برای جبران خسارت‌های زیست‌محیطی به‌وسیله‌ی دولت، بهتر است بین چند فرض تفکیک قائل شد:

در فرضی که ورود زیان قابل انتساب به دولت است، بهترین راه معتقد شدن به مسئولیت محض در راستای قاعده‌ی لاضرر یا احترام اموال که آن هم در نهایت به قاعده‌ی لاضرر منتهی می‌شود، است؛ یعنی در وهله‌ی اول زبانی که در اثر عملکرد مقام عمومی یا نقص وسایل اداری به محیط زیست وارد می‌شود، توسط دولت جبران شود و در نهایت برای حفظ جنبه‌ی بازدارندگی مسئولیت مدنی و کاهش هزینه‌های دولت چنانچه تشخیص داده شود که زیان در نتیجه‌ی رفتار نامتعارف مقام عمومی حاصل شده است، دولت غرامت پرداختی را از او دریافت کند. با این شیوه خسارت‌های زیست‌محیطی بهتر جبران می‌شود و مسئولیت مدنی نیز جنبه‌ی بازدارندگی خود را حفظ می‌کند و هزینه‌های دولت نیز بی‌رویه افزایش نمی‌یابد.

اما در فرضی که زیان قابل انتساب به دولت نیست، برای مثال زمانی که عامل زیان قادر به پرداخت غرامت نباشد یا شناسایی نشود یا اصلاً فاعل مختاری در ورود ضرر نقش نداشته باشد، نظر به اهمیت فراوان محیط زیست بهتر است دولت وارد عمل شود و براساس نظریه‌ی استحقاق، جامعه را از تحمل آلودگی‌های محیط زیست برهاند، زیرا همان‌طور که گفته شد، حق برخورداری از محیط زیست حق همگانی است که در قوانین و مقررات مختلف مورد حمایت قرار گرفته است و این نشان‌دهنده می‌دهد که دولت ایران خود را موظف دانسته که از هر طریقی دستیابی مردم به این حق را تضمین کند و جبران خسارت‌های زیست‌محیطی نیز یکی از همان راه‌هاست.

## نتیجه‌گیری

در این مقاله مبانی مختلف مسئولیت مدنی دولت بررسی شد. عمده دستاورد این بررسی این است که هیچ‌کدام از مبانی مذکور نمی‌تواند به‌تنهایی و بدون ایراد، چرایی مسئولیت مدنی دولت را در قبال آلودگی‌های زیست‌محیطی پاسخگو باشد. نظریه‌ی تقصیر از بین نظریات مطرح‌شده جبران خسارت‌های زیست‌محیطی را با دشواری‌های زیادی روبه‌رو می‌کند. این دشواری‌ها هرچه بیشتر از انگیزه‌ی قربانیان خسارت‌های زیست‌محیطی برای طرح دعوا می‌کاهد، بر جسارت آلوده‌کنندگان محیط زیست می‌افزاید. نظریات مشمول مسئولیت بدون نیاز به اثبات تقصیر دولت، ساده‌ترین راه حل برای جبران خسارت‌های زیست‌محیطی

محسوب می‌شوند؛ لیکن همیشه ساده‌ترین راه حل‌ها مناسب‌ترین آنها نیست، چراکه اگر قرار باشد دولت به‌عنوان مجموعه‌ای از مستخدمان، مسئولیت اعمال آنان را بر دوش کشد، نه تنها مستخدمان دقت کافی را در اقدامات خود به‌کار نمی‌گیرند، هزینه‌های دولت نیز بی‌رویه افزایش پیدا می‌کند. بنابراین راه حل میانه‌ای لازم است تا علاوه بر اینکه بیشترین نفع را برای حفظ محیط زیست و شهروندان داشته باشد، کمترین ضرر را نیز به‌دنبال داشته باشد. از این‌رو با تمایز قائل شدن بین زیان‌های قابل انتساب به دولت و زیان‌های غیر قابل انتساب به او، سعی در انتخاب مبنایی مناسب کردیم. در فرض اول ابتدا دولت بار مسئولیت ناشی از نقص وسایل اداری یا رفتار مستخدمان را به دوش می‌کشد و زیان‌دیده را از پیچ و خم‌های اثبات تقصیر می‌رهاند، اما در نهایت برای حفظ جنبه‌ی بازدارندگی مسئولیت مدنی، غرامت پرداختی را از کارمندی که زیان در نتیجه‌ی رفتار نامتعارف او حاصل شده است، دریافت می‌کند. اما در فرض دوم نظر به اهمیت مسائل زیست‌محیطی چاره‌ای نیست جز اینکه دولت به‌عنوان خدمتگزار شهروندان، بار مسئولیت را به‌تنهایی متحمل شود؛ چراکه وضع قوانین زیست‌محیطی مختلف از سوی قانونگذار، بیانگر به رسمیت شناختن حق برخورداری از محیط زیست سالم به‌عنوان یک حق همگانی از سوی او و به‌تبع آن حمایت از محیط زیست تا حد امکان است که دولت نیز به‌وسیله‌ی مقررات مختلف در صدد تأمین این حق برای شهروندان برآمده است؛ بنابراین جا دارد در مواقعی که محیط زیست دچار آسیب شده و به هر دلیلی این آسیب توسط عامل زیان قابل جبران نیست، دولت در راستای نظریه‌ی استحقاق به وظیفه‌ی خود که همانا جبران ضرر است، عمل کند.

## یادداشت‌ها

1. Fadeyeva V. Russia (no.55723/00), 9 June 2005

2. Dabetska & others V. Ukraine (no.30499/03,10/02/2011)

۳. دکتر کاتوزیان در صفحه ۶۱ کتاب *مسئولیت ناشی از عیب تولید می‌گویند*: نباید مسئولیت مطلق و محض با هم یکی گرفته شوند و با هم فرق دارند.

دکتر بادینی نیز در صفحه‌ی ۲۱۳ کتاب *فلسفه‌ی مسئولیت مدنی*، مسئولیت محض را به معنی فرض تقصیر به‌کار برده‌اند که تنها در صورتی عامل زیان، معاف از مسئولیت شناخته می‌شود که ورود زیان، در اثر تقصیر زیان‌دیده باشد.

۴. «یسنلونک عن الانفال قل الانفال لله و الرسول» (انفال: ۱).

۵. «محمد بن یعقوب عن علی بن ابراهیم عن ایبه عن ابن ابی عمیر عن حفص البختری عن ابی عبدالله (ع) قال: الانفال... لرسول الله (ص) و هو للامام من بعده لیضعه حیث یشاء» (حر عاملی، ۱۴۱۴، ج ۶: ۳۶۴).

## منابع و مأخذ

### الف) فارسی و عربی

قرآن کریم

نهج البلاغه

استوارسنگری، کورش (۱۳۹۰)، «مفهوم دولت در آراء وحدت رویه‌ی دیوان عدالت اداری»، *مطالعات حقوقی*، ش ۱، ص ۱-۳۴.

اصلائی، حمیدرضا (۱۳۸۴)، «مفهوم و جایگاه تفصیر در مسئولیت مدنی قهری و قراردادی»، *مجله‌ی تخصصی هیات و حقوق*، دانشگاه رضوی، ش ۱۶ و ۱۵، ص ۵۱-۹۴.

الیوت، کاترین؛ ورنون، کاترین (۱۳۸۲)، *نظام حقوقی فرانسه*، ترجمه‌ی صفر بیگزاده، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.

امامی، سید حسن (۱۳۸۵)، *حقوق مدنی*، تهران: انتشارات اسلامی، چ بیست و ششم، ج ۱.  
انصاری، باقر (۱۳۸۲)، *مبانی مسئولیت مدنی آلوده‌کنندگان آب‌های عمومی*، تهران: اندیشه‌ی رفیع، چ اول.

انصاری، مهدی (۱۳۸۲)، «بررسی تطبیقی مسئولیت مدنی ناشی از آلودگی محیط زیست در حقوق ایران و اتحادیه‌ی اروپا»، پایان‌نامه‌ی کارشناسی ارشد دانشگاه قم.

بادینی، حسن (۱۳۸۴)، *فلسفه‌ی مسئولیت مدنی*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چ اول.

باریکلو، علی‌رضا (۱۳۸۷)، *مسئولیت مدنی*، تهران: میزان، چ دوم.

بریک، عبدالرحمان (۲۰۱۰-۲۰۱۱)، «المسؤولية الإدارية دون خطأ و أهم تطبيقاتها في القضاء الإداري مذكرة مكتملة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية»، *كلية الحقوق والعلوم السياسية*، جامعة الحاج لخضر باتنه.

بهرامی احمدی، حمید (۱۳۸۸)، *قواعد فقه*، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، چ اول، ج ۱.

بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۰)، «تحول جهانی مبانی مسئولیت مدنی به‌سوی مبانی نفی ضرر»، *مجله‌ی دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی*، دوره‌ی ۴۱، ش ۲، ص ۵۹-۷۴.

بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۱)، *ضمان قهری*، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، چ اول.

بهرامی احمدی، حمید؛ فهیمی، عزیزالله (۱۳۸۶)، «مبانی مسئولیت مدنی زیست‌محیطی در فقه و حقوق ایران»، *مجله‌ی معارف اسلامی و حقوق*، سال هشتم، ش ۲، ص ۱۲۱-۱۵۰.

- تاریمرادی، احسان؛ فخلعی، محمدتقی (۱۳۸۴)، «مبانی و احکام فقهی محیط زیست»، *مطالعات اسلامی*، ش ۷۱، ص ۳۱-۶۶.
- تقی زاده انصاری، مصطفی (۱۳۸۷)، *حقوق محیط زیست در ایران*، تهران: سمت، چ دوم.
- حر عاملی، محمد بن حسن بن علی (۴۱۴ق)، *وسائل الشیعه*، قم: مؤسسه آل البیت، چ دوم، ج ۸ حکمت‌نیا، محمود (۱۳۸۶)، *مسئولیت مدنی در فقه امامیه*، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چ اول.
- زرگوش، مشتاق (۱۳۸۹)، *مسئولیت مدنی دولت*، تهران: میزان، چ اول، ج ۲.
- طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۶)، *حقوق اداری*، تهران: سمت، چ سیزدهم.
- طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۷)، *حقوق اداری تطبیقی*، تهران: سمت، چ دوم.
- عرفان‌منش، مجید؛ افیونی، مجید (۱۳۸۱)، *آلودگی محیط زیست*، اصفهان: ارکان، چ دوم.
- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۲)، *موجبات ضمان*، تهران: میزان، چ اول.
- فهیمی، عزیزالله (۱۳۹۱)، *مسئولیت مدنی ناشی از تخریب محیط زیست در فقه و حقوق ایران (مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه و اسناد بین‌المللی)*، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چ اول.
- فهیمی، عزیزالله؛ مشهدی، علی (۱۳۹۰)، «فقه شیعه و تحول در مبانی مسئولیت مدنی زیست‌محیطی»، *فصلنامه حقوق*، مجله‌ی دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی، دوره‌ی ۴۱، ش ۱، ص ۳۱۳-۳۲۶.
- قاسم‌زاده، سید روح‌الله (۱۳۸۶)، «بررسی ابعاد حقوق محیط زیست با تأکید بر جنبه‌های پیشگیری از آلودگی محیط زیست»، *فصلنامه‌ی علامه*، ش ۱۵، ص ۱۰۷-۱۳۴.
- قاسم‌زاده، مرتضی (۱۳۸۷)، *مبانی مسئولیت مدنی*، تهران: میزان، چ پنجم.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱)، *مسئولیت ناشی از عیب تولید*، تهران: مؤسسه‌ی انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲)، *الزام‌های خارج از قرارداد (ضمان قهری)*، تهران: مؤسسه‌ی انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چ سوم.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، *وقایع حقوقی*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چ سیزدهم.
- کاتوزیان، ناصر؛ انصاری، مهدی (۱۳۸۷)، «مسئولیت ناشی از خسارت‌های زیست‌محیطی»، *مجله‌ی دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، دوره‌ی ۳۸، ش ۲، ص ۲۸۵-۳۱۴.

- گوهری، عباس؛ بیژنی، مهدی (۱۳۹۰)، «مسئولیت مطلق در تخریب محیط زیست از دیدگاه فقهی»، فصلنامه‌ی تخصصی فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال هفتم، ش ۲۴، ص ۱۱۳-۱۴۶.
- مجلسی، محمدباقر (۱۴۰۴ق)، بحارالانوار، بیروت: مؤسسه الوفاء، ج ۹۳.
- مشهدی، علی (۱۳۸۹)، ترمینولوژی حقوق محیط زیست، تهران: خرسندی، چ اول.
- موسوی بجنوردی، سید محمدحسین (۱۴۱۹ق)، القواعد الفقهیه، تحقیق: محمدحسین درایتی و مهدی مهریزی، قم: الهادی، چ اول.
- موسی‌زاده، رضا (۱۳۸۷)، حقوق اداری، تهران: میزان، چ دهم.
- هیثم، محمد (۲۰۰۴)، «المسئولیه عن تعویض اضرار تلوث البيئته فی القانون»، دراسته مقارنه، جامعه العدن، کلیه الحقوق.
- وحدتی شبیری، سیدحسن (۱۳۸۸)، مبانی مسئولیت مدنی قراردادی (مطالعه‌ی تطبیقی در حقوق و فقه)، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چ اول.
- یوسفی‌فر، شهروز (۱۳۸۱)، «مسئولیت مدنی دولت (در برابر اشخاص) در حقوق ایران با مطالعه‌ی تطبیقی فقهی»، پایان‌نامه‌ی کارشناسی ارشد دانشگاه امام صادق (ع).

### (ب) لاتین

- David M. walker (1980), **The Oxford Companion to law**, Oxford, Clarendon press.
- Morandiere (Julliot de la) (1966), **Droit civil**, tom 2, 4em edition.
- Prieur, Miehcel (2004), **Droit de l'environnement**, Paris, Dalloz.
- Prosser. (William L.) (1964), **Law of torts**. West publishing co. Third edition.
- The European court of human rights, "**Case of dubetska and others v.ukraine**", available at: <http://www.elaw.org/node/5655>, the date of usage: 05/07/2014.
- The European court of human rights, **Case of Fadeyeva v. Russia**, Available at: <http://www.hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-69315>, The date of usage: 07/02/2013)





## عدالت اداری: چارچوب مفهومی و سازوکارهای نهادی

ولی رستمی<sup>۱\*</sup>، احمد رنجبر<sup>۲\*\*</sup>

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

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

پذیرش: ۱۳۹۳/۲/۱۸

دریافت: ۱۳۹۲/۱۰/۱۶

### چکیده

یکی از مهم‌ترین دغدغه‌های حقوق‌دانان عمومی، کمک به توسعه‌ی سازوکارهایی است که بتوانند انتظارات گسترده‌ی عمومی در زمینه‌ی تحقق عدالت در سازوکار تصمیم‌گیری و عمل اداری را برآورده کنند. این مهم اساساً از طریق ایجاد فرایندهای کامل مشارکت‌جویی (مشورت و انصاف رویه‌ای) و پاسخگویی و مسئولیت‌پذیری (سازوکارهای جبرانی دادخواهی و حل اختلاف) حاصل می‌شود. تنها در این صورت تصویر روشنی از فعالیت، بی‌عملی و تصمیم‌گیری‌ها در ادارات ظهور می‌کند و در نهایت حصول تغییراتی همخوان و سازگار با اصول اساسی عدالت اداری، ممکن می‌شود. این تحقیق به شیوه‌ای تحلیلی-توصیفی به دنبال درکی تجربی از عدالت اداری است که با کلیه‌ی سازوکارهای شناخته‌شده برای تحقق عدالت سازگار باشد. با توجه به حجم عظیم فعالیت‌ها و مداخلات دولت در همه‌ی عرصه‌های عمومی به‌ویژه در کشورهایی چون ایران، استقرار «نظام عدالت اداری» مرکب از سازوکارهای مختلف مشارکتی و جبرانی ضرورتی اجتناب‌ناپذیر است.

**کلیدواژه‌ها:** تصمیم‌گیری اداری، حقوق مشارکتی، عدالت اداری، عدالت اداری پسینی، عدالت اداری پیشینی، عدالت قضایی.

\* E-mail: vrostami@ut.ac.ir

E-mail: ranjbar\_ahd@yahoo.com

\*\* نویسنده مسئول

## مقدمه

عدالت اداری<sup>(۱)</sup> بخشی از انتظارات عمومی از نظام حقوقی و سیاسی هر کشور را تشکیل می‌دهد. این یک اصل بنیادی است که دولت در همه‌ی سطوح و ابعادش در مسائلی که با عموم سروکار دارد، باید با عدالت عمل کند. اما نکته این است که نه تنها وسایل و ابزار دستیابی به عدالت اداری، موضوعی بحث‌برانگیز و مسئله‌ساز است، بلکه مفهوم عدالت نیز سخت مبهم و مناقشه‌انگیز است.

مسیر عدالت اداری مسیری پرچالش است؛ در جوامع پیشرفته و پیچیده‌ی کنونی، چگونه می‌توان اطمینان حاصل کرد که اعمال و تصمیمات مؤسسات و نهادهای عمومی عادلانه است؟ چگونه می‌توان به عدالت اداری دست یافت؟ سازوکارهای عدالت اداری کدامند؟ برای استقرار نظامی که قادر باشد در انتخاب‌های سیاسی پیش رو برای تعیین اولویت‌ها، تخصیص منابع و دسترسی به خدمات عمومی، عادلانه عمل کند، چه چیزی لازم و ضروری است؟ در نتیجه چه از نظر رویه‌ای (شکلی)، چه ماهوی، و چه مفهومی، امروزه عدالت اداری یکی از محوری‌ترین و پیچیده‌ترین موضوعات در زمینه‌ی حقوق عمومی است. سؤال این است که آیا می‌توان بدون غوطه‌ور شدن در مباحث نظری به درکی از عدالت اداری دست یافت که با همه‌ی سازوکارهایی که در عمل می‌تواند به تحقق عدالت اداری کمک کند، سازگار باشد؟

به گمان ما با وجود مشکلات و سؤالات بسیار، تصور عناصر اساسی یک نظام اداری عادلانه امکان‌پذیر است؛ یک نظام اداری زمانی عادلانه خواهد بود که بتواند روابط بین اداره و اداره‌شوندگان را به شیوه‌ای مسئولانه تنظیم کند؛ سیستمی انعطاف‌پذیر که قوت‌ها و ضعف‌های خود را در تدارک و ارائه‌ی خدمات عمومی، به‌منزله‌ی هدف نهایی نظام اداری، به‌خوبی بشناسد و قادر به حفظ قوت‌ها و اصلاح ضعف‌ها باشد. براساس چنین دیدگاهی، عدالت اداری به تبادل نظرهای موجود در روابط اجتماعی راه می‌یابد و حیثیتی واقعی، تجربی و دموکراتیک می‌یابد. در این راه، فهم و انتظار از حقوق و مجموعه‌ی نظام حقوقی چونان ابزاری برای پیشبرد و تحقق پاسخگویی و مشروعیت و نه صرفاً وسیله‌ی رسیدن به اهداف عمومی و اجتماعی از پیش تعیین‌شده، اهمیت بنیادی دارد.

از این چشم‌انداز، عدالت اداری را می‌توان دارای دو بعد پیشینی و پسینی دانست؛ تصمیمات اداری پس از اتخاذ نه تنها به توجیه و گشودگی در زمینه‌ی نقد و بازنگری نیاز دارد، بلکه باید سازوکاری برای مشارکت دادن طرف‌های ذی‌نفع یا ذی‌ربط در فرایند تصمیم‌گیری اندیشیده شود. تدارک فرایندهای مؤثر پسینی برای دادخواهی و جبران (خسارت) و روندهای پیشینی به‌منظور تأمین مشارکت در تصمیم‌گیری به تحقق حکومت مشروع و مسئول برای تأمین

خواست‌ها و لوازم عدالت اداری کمک می‌کند (Longley and James, 1999: 4). به عبارت دیگر، انتظارات از عدالت اداری تنها در نظامی برآورده می‌شود که مشروعیت تصمیمات عمومی از طریق ایجاد فرایندهایی برای تحقق سطح شایسته‌ای از مشارکت عمومی در فرایند تصمیم‌گیری و وجود روندهایی برای رسیدگی به شکایاتی که شهروندان در اعتراض به تصمیمات اتخاذ شده انجام می‌دهند، تأمین و تضمین شود. در این شرایط، حقوق که تا مدت‌ها عمدتاً گستره یا کمیت قوا و اختیارات عمومی را تعیین می‌کرد، اکنون علاوه بر آن، می‌تواند بر کیفیت قدرت عمومی تأثیر نهد و به‌عنوان سازوکاری برای کنترل کیفی سیاستگذارهای عمومی و اجرای آن، صرف‌نظر از شکل و صورت نهادینه‌اش، عمل کند.

بر این اساس، در این مقاله ابتدا مفهوم عدالت اداری و عناصر آن، سپس سازوکارهای مختلفی که برای تحقق عدالت اداری در هر کشوری ممکن است وجود داشته باشد و سرانجام دو جنبه‌ی ذکر شده‌ی عدالت اداری و سازوکارهای مربوط به هر یک بحث خواهد شد.

## ۱. مفهوم عدالت اداری

عدالت اداری مفهومی سیال و بحث‌برانگیز در حقوق عمومی است (Buck et al, 2011: 53). بخشی از این ابهام ناشی از ابهام در نفس مفهوم عدالت است.<sup>(۲)</sup>

اول اینکه هر تعریفی از عدالت اداری درست همانند تعریف عدالت مستلزم حل یا جمع تعارض منافع مختلف (و البته مشروع) است. برای نمونه، تعارض کارآمدی<sup>(۳)</sup> اداره به‌عنوان منفعتی عمومی با حقوق فردی یا تعارض حقوق فردی با یکدیگر وجهی از این تعارض است. دوم اینکه، عدالت اداری ناظر بر عمل (تصمیم) اداری است و عمل اداری نیز تعیین‌کننده‌ی حقوق و تکالیف اشخاص و گروه‌های مختلف اجتماعی است. در واقع اهمیت عمل اداری در اینجا و در این مقال عمدتاً به دلیل تأثیری است که بر حقوق و منافع اشخاص می‌نهد.<sup>(۴)</sup> بنابراین هر کوششی برای تعریف عدالت اداری باید به حفظ توازن بین منافع و مصالح مختلف اعم از عمومی و خصوصی معطوف باشد.

نکته‌ی بعدی نسبت ارزش‌های حقوقی و اداری است؛ موازین و ارزش‌های حقوقی و اداری وفق شرایط فرهنگی و تاریخی هر جامعه تعریف می‌شود، البته به سهم خود توان مرتفع کردن نابرابری‌های تاریخی، فرهنگی و اجتماعی را خواهد داشت.

مفهوم عدالت اداری را می‌توان با هدف توصیف یا تجویز یک وضعیت به‌کار گرفت: از نظر توصیفی، از مفهوم عدالت اداری برای شناسایی قلمرو عدالت اداری و گستره‌ی نقش و سهم دولت و اشخاص و شهروندان خصوصی در تصمیم‌گیری‌های اداری استفاده می‌شود؛

درحالی که از نظر هنجاری موضوع این است که تصمیم اداری (در متن ارزش‌های حقوقی و چارچوب اداری و سیاسی) چگونه باید اتخاذ شود (Buck et al, 2011: 54). اما توصیف همیشه آسان نیست؛ برای نمونه، توصیف یک فعالیت، که پیشتر بر عهده‌ی دولت بوده، به‌عنوان «خصوصی» هر زمان ممکن است به‌دلیل مداخله‌ی دولت و امکان مقررات‌گذاری برای تعدیل تبعات اجتماعی تصمیم نهاد مورد نظر، به هم بریزد؛ یا نهادی عمومی ممکن است به شکایات از فعالیت یک بخش خصوصی رسیدگی کند.<sup>(۵)</sup> آنگاه پرسش این خواهد بود که خط فاصل امر عمومی از خصوصی کجا باید ترسیم شود و حیطة عدالت اداری تا کجاست؟ واقعیت این است که «کارکردها برچسب «عمومی» یا «خصوصی» به‌خود نمی‌گیرند؛ عمومی بودن، چیزی مثل قرمز بودن نیست؛ ویژگی‌ای که به‌راحتی قابل مشاهده باشد» (Cassie and Knight, 2007: 65). فعالیت‌های دولت در ادوار مختلف و البته در کشورهای مختلف، متفاوت بوده است. از این رو هر کوششی برای یافتن پاسخی «درست» یا نهایی درباره‌ی تمایز عمومی - خصوصی یا عمومی (دولتی) بودن کارکردی خاص به‌ویژه در حوزه‌های مرزی راه به جایی نخواهد برد و در نهایت مستلزم قضاوت ارزشی و سیاسی است. بنابراین، گویا گریزی از اتخاذ رویکردی تاریخی و تجربی برای دستیابی به راه حل یا پاسخ مناسب برای چالش‌های نظری در حقوق اداری از جمله شناخت مفهوم و حیطة «عدالت اداری» وجود ندارد.<sup>(۶)</sup>

مسئله‌ی بعدی در این زمینه «نظام عدالت اداری»<sup>(۷)</sup> است. نظام عدالت اداری بخشی از «نظام عدالت»<sup>(۸)</sup> در هر کشوری است. نظام عدالت را می‌توان به کیفری، مدنی، اداری، استخدامی و غیره تقسیم کرد.<sup>(۹)</sup> اما نکته‌ی اساسی این است که عدالت در درون هر یک از این نظام‌ها تنها از طریق دادگاه‌ها تأمین نمی‌شود، بلکه دامنه‌ای از سازوکارها و نهادهای به‌هم‌پیوسته در این کار نقش و سهم دارند (Cane, 2009: 210).

با این حال، می‌توان رویکردهای مختلفی به سازوکارهای موجود عدالت اداری داشت؛ برای مثال، می‌توان انحصاراً بر سازوکارهای جبرانی تأکید کرد؛ در این صورت دادگاه‌ها، دیوان‌های اداری<sup>(۱۰)</sup> و امبودزمن سه سازوکار اصلی برای جبران کم‌کاری‌ها یا زیاده‌روی‌ها در اداره خواهند بود.<sup>(۱۱)</sup> روندهای داخلی رسیدگی و اقسام مختلف روش‌های حل اختلاف، سازوکارهای جبرانی دیگری است که با مداخلات بیشتر دولت و گسترش بخش عمومی اهمیت بیشتری یافته است. از طرف دیگر، می‌توان صرفاً بر روند<sup>(۱۲)</sup> تصمیم‌گیری اولیه‌ی نهادهای اداری به‌ویژه از منظر مخاطبان تصمیم تأکید کرد و با نگاهی پیشگیرانه، کیفیت عمل اداری را از نظر رعایت اصول حرفه‌ای و روندهای مشارکتی و راهکارهایی که برای ارتقای آن وجود دارد، مورد توجه قرار داد. رویکرد اخیر گونه‌ای «حقوق اداری داخلی»<sup>(۱۳)</sup> را القا می‌کند که بهبود عملکرد

تصمیم‌گیرندگان را برای تحقق عدالت در اداره مؤثرتر از نظارت‌های بیرونی می‌بیند.<sup>(۱۴)</sup> در دنیای کنونی از هیچ‌یک از این رویکردها گریزی نیست؛ وجود روندهای پیشینی عدالت اداری مؤید شناسایی عقل جمعی است که در عین حال مسیری شفاف‌تر را در تصمیم‌گیری اداری ترسیم می‌کند؛ وجود سازوکارهای مناسب (و البته سالم) جبرانی یا پسینی قهرماً ضامن پاسخگویی و مسئولیت‌پذیری بیشتر تصمیم‌گیرندگان خواهد بود.

## ۲. سازوکارهای عدالت اداری

در تعریف کلی سازوکار عدالت اداری را می‌توان مجموعه ابزاری دانست که مخاطبان اداره برای رساندن «صدا»ی خود به تصمیم‌گیرندگان اداری یا ثبت اعتراض خود به روند تصمیم‌گیری یا محتوای تصمیم اتخاذشده در اختیار دارند. به عبارت دیگر، سازوکار عدالت اداری مجاری افقی و عمودی تعبیه‌شده در بخش عمومی و در بطن نظام اداری-سیاسی است تا اشخاص خصوصی و شهروندان به‌عنوان ذی‌نفع یا زیان‌دیده بتوانند از طریق فرایندهای مشارکت و پاسخگویی سهمی در پی‌ریزی نظام عدالت اداری داشته باشند.

قانون دیوان‌ها، دادگاه‌ها و اجرا در انگلیس<sup>(۱۵)</sup> مصوب ۲۰۰۷ نظام (سیستم) عدالت اداری را این‌گونه تعریف می‌کند:

کل سیستمی که از طریق آن تصمیمات دارای ماهیت اداری و اجرایی در مورد اشخاصی خاص اتخاذ می‌شود و شامل الف) آیین اتخاذ این تصمیمات؛ ب) قانونی که به موجب آن این تصمیمات اتخاذ می‌شود؛ و ج) نظام‌های حل اختلاف و رفع نارضایتی‌ها از این تصمیمات، می‌شود. در این تعریف نظام عدالت اداری قواعد ماهوی، آیین و تشریفات تصمیم‌گیری و نهادها را در بر می‌گیرد. از نظر نهادی، عدالت اداری شامل تصمیم‌گیرندگان اولیه، کسانی که تصمیمات را بازبینی می‌کنند، امبودزمن‌ها و دیگر مراجع مستقل رسیدگی به شکایات، دیوان‌های اداری و محاکم می‌شود (Cane, 2009: 210).

در مجموع سازوکارهای عدالت اداری را می‌توان به سه گونه‌ی سیاسی، حقوقی، اداری تقسیم کرد. هریک از این سازوکارها یا الگوهای عدالت اداری با آسیب‌شناسی سازمانی خاصی پیوند دارد.

سازوکار سیاسی با نقش سیاستمداران انتخابی در رسیدگی به دادخواهی‌ها و به‌ویژه با به‌کارگیری ابزار پارلمانی برای کنترل فعالیت‌های دولت ارتباط دارد. کنترل سیاسی قوه مجریه توسط پارلمان از طریق ابزاری چون سؤال، استیضاح یا حسابرسی مالی مخارج دولت یا ابزار غیر پارلمانی مانند توسل به رسانه‌ها صورت می‌گیرد. ویژگی اساسی این شکل

رسیدگی، مداخله‌ی اعضای پارلمان به نمایندگی از افراد حوزه‌ی انتخابی و پیگیری شکایات آنان از مجاری سیاسی و غیررسمی است. البته میزان اهمیت این سازوکار به عوامل مختلفی چون نوع «پارلمان‌تاریسم» حاکم و نقش و جایگاهی که اعضای پارلمان در حمایت از شهروندان (به‌ویژه در سطح حوزه‌ی انتخابی) بر عهده دارند یا می‌توانند بر عهده داشته باشند، بستگی دارد. بی‌تردید از نظر اداری تأثیر این روش‌ها می‌تواند مثبت باشد. با این حال روشن است که به‌عنوان یک شگرد فردی برای کسب آراء، این سازوکار با آرمان اداره‌ی عینی و بی‌طرف ناسازگار است<sup>(۱۶)</sup> و در برخی فرهنگ‌های سیاسی می‌تواند به نهادینه شدن «مشتری‌مداری» در اداره منجر شود (Clark, 1999: 474-475).

اما الگوی حقوقی عدالت اداری بر امکان بازنگری قضایی و کنترل قانونی بودن اعمال اداری توسط دادگاه‌ها مبتنی است. در این زمینه، به‌کارگیری اصول «عدالت طبیعی» و «دادرسی مشارکتی» از جمله روش‌هایی است که اکنون در بسیاری از نظام‌های حقوق اداری بر آن تأکید می‌شود. سرانجام مدل اداری نیز با اصول اداره‌ی خوب و منصفانه از راه به‌کارگیری موازین تشریفات قانونی<sup>(۱۷)</sup> در روندهای اداری و وجود روندهای مستقل رسیدگی اداری در اختلافات بین ادارات و شهروندان شناخته می‌شود. نقشی که امبودزمن‌ها در رسیدگی به سوء مدیریت‌ها در کشورهای مختلف بر عهده دارند، یا انجام دادن تحقیقات عمومی<sup>(۱۸)</sup> که با اهداف مختلفی مانند حقیقت‌یابی یا شنیدن اعتراضات اشخاص ذی‌نفع به طرح‌های دولتی در حقوق اداری انگلستان صورت می‌گیرد، با الگوی اخیر عدالت اداری مرتبط است. در واقع الگوی اداری نوعی «حقوقی‌سازی» روند اداری است؛ یعنی روندی که تصمیمات اداری را تابع سلطه‌ی قواعد از پیش تعیین‌شده می‌کند. این در حالی است که الگوی حقوقی عدالت اداری، روند «قضایی‌سازی» برای سپردن تصمیمات اداری به روندهای قضایی است و از نظر آسیب‌شناختی می‌تواند به تصمیم‌گیری‌های انفعالی، ظاهرگرایی افراطی و تأخیر و پیچیدگی‌های غیرضروری در روند تصمیم‌گیری اداری بینجامد (Clark, 1999: 476).

### ۳. دو جنبه‌ی عدالت اداری

هدف و غایت نهایی عدالت اداری این است که تصمیمات نهادها و مراجع مختلف دولتی و عمومی نزد کسانی که از آن تأثیر می‌پذیرند مشروع و قابل قبول باشد. پیداست که علاوه بر نقش تصمیم‌گیرندگان اولیه در متن و چارچوب اداری، مراجع نظارتی بیرونی و درونی همانند دادگاه‌ها و مراجع «شبه‌قضایی» نیز می‌توانند به تحقق این هدف کمک کنند. واقعیت این است که تعیین هر گونه روند مخصوص یا معیار تصمیم‌گیری در مرحله‌ی اول تصمیم‌گیری<sup>(۱۹)</sup>

زمینه‌ی طرح شکایت و احیاناً درخواست بازنگری توسط اشخاص ذی‌نفع علیه تصمیم اداری را در مرحله‌ی ثانوی فراهم می‌کند و پیداست که تأیید یک تصمیم توسط مراجع نظارتی مزبور به مشروعیت آن نزد اشخاص ذی‌نفع کمک می‌کند. همین‌طور زمانی که تصمیمی توسط مرجع حل اختلاف تغییر می‌کند یا تصمیم دیگری جایگزین آن می‌شود، چنانچه تصمیم جایگزین، قابل قبول باشد، می‌تواند به حفظ و افزایش مشروعیت روند تصمیم‌گیری به‌طور کلی از جمله روند تصمیم‌گیری اولیه کمک کند.

با توجه به مجموعه مطالب بالا می‌توان عدالت اداری را دارای دو بعد پیشینی و پسینی دانست.

### ۳-۱. عدالت اداری پیشینی

منظور از عدالت اداری پیشینی مجموعه تدابیری است که برای اصلاح و بهبود «روند» تصمیم‌گیری اداری اتخاذ می‌شود. این یک واقعیت است که برای عموم شهروندان تصمیم‌گیری درست و مناسب در همان گام اول، دست کم در کوتاه‌مدت، به مراتب مهم‌تر از امکان اصلاح تصمیم در مراحل بعدی است. آنچه در روند تصمیم‌گیری اهمیت دارد، چگونگی اتخاذ تصمیماتی است که بر حقوق شهروندان تأثیر مستقیم می‌نهد. در این رویکرد به عدالت اداری که رواج آن مقارن بود با افزایش حوزه‌های سیاستگذاری دولت،<sup>(۲۰)</sup> عدالت اداری حالت انتزاعی ندارد و بیرون از اداره پا نمی‌گیرد، بلکه مجموعه ابزاری است در درون اداره برای ارتقای کیفیت تصمیمات اداری. پیداست که کیفیت روند تصمیم‌گیری قابلیت پذیرش تصمیم را بیشتر می‌کند و مشروعیت آن را افزایش می‌دهد و در نتیجه از حجم فعالیت سازوکارهای جبرانی می‌کاهد. این رویکرد درونی به عدالت اداری همان چیزی است که «عدالت بوروکراتیک» خوانده می‌شود.<sup>(۲۱)</sup> شهروندان حق دارند انتظار داشته باشند نهادهای دولتی با نظر به وضعیت فردیشان تصمیم درستی درباره‌ی آنان اتخاذ کنند. کار تصمیم‌گیرندگان اتخاذ تصمیمات درست است. کسانی که سازماندهی و رهبری مراجع و نهادهای عمومی را بر عهده دارند، باید برای استقرار، حفظ و اصلاح مستمر سازوکارهایی که تصمیم‌گیرندگان فردی را قادر به اتخاذ تصمیمات درست می‌کند، تلاش کنند؛ وظیفه‌ای که درست در ذیل مقوله‌ی عدالت اداری جای می‌گیرد.

واقعیت این است که تصمیم‌گیری توسط مراجع عمومی اکنون صرفاً یک عمل اداری در درون مجموعه‌ای بسته به نام «سازمان» است؛ بلکه فعالیتی است که مشارکت هرچه بیشتر شهروندان را طلب می‌کند و همانند هر عمل مشارکتی مستلزم اطلاع‌رسانی و شفافیت است. در واقع سیر تغییر از اداره‌ی خودبسنده و خودکفا<sup>(۲۲)</sup> به حاکمیت مشارکتی<sup>(۲۳)</sup> مبتنی بر همکاری، شکل‌گیری «حقوق اداری نوین» را با گذر از حقوق اداری دولت-قانون محور نوید می‌دهد.<sup>(۲۴)</sup>

### ۳-۱-۱. تصمیم‌گیری چنان عملی مشارکتی: تصمیم‌گیری اولیه و حقوق مشارکت

در بسیاری از موارد تصمیمات اداری علاوه بر حقوق فردی اشخاص، موضوعاتی مانند کیفیت زندگی، شرایط زیست‌محیطی، نحوه توزیع اعتبارات عمومی یا بهای کالاهای خاص و در واقع اشخاص مشمول مقررات‌گذاری دولتی را به‌طور مستقیم تحت تأثیر قرار می‌دهد. این موضوع، کارکرد «توزیعی» و عدالت‌جویانه‌ی تصمیم‌گیری‌های اداری را به‌خوبی نشان می‌دهد و اهمیتی که انصاف به معنای رویه‌ای یا شکلی‌اش در تصمیم‌گیری‌های اداری دارد. زمانی که هیچ معیار تعریف‌شده‌ای برای تعیین نقطه‌ی توازن یا قضاوت عادلانه بین منافع مختلف درگیر وجود ندارد، یعنی وضعیتی که در بسیاری موارد در تصمیم‌گیری‌های اداری یا قضاوت اداری حاکم است، تضمین منصفانه بودن روند تصمیم برای شنیدن همه‌ی «صداها» و منافع در معرض خطر، اهمیت دوچندان دارد. در این وضعیت فرض بر این است که همه‌ی منافع درگیر مشروعیت دارند، بنابراین امکان اتخاذ تصمیمات مختلف وجود دارد (Barak-Erez, 2005: 194). اهمیت منصفانه بودن رویه‌ی تصمیم و شناسایی حق مشارکت اشخاص ذی‌نفع در آن نیز دقیقاً به همین نکته باز می‌گردد.<sup>(۲۵)</sup> با وجود این، پیامدها و نتایج وجود سازوکارهای مناسب اداری برای امکان‌نماینده‌ی گروه‌های مختلف ذی‌نفع در روندهای تصمیم‌گیری اداری همیشه مثبت و خوشایند نیست. واقعیت این است که در بسیاری موارد تأثیر گروه‌های ذی‌نفع در روند اداری به نسبت روند قانونگذاری سهل‌تر و به همین نسبت ممکن است خطرناک‌تر باشد. اول اینکه «لابی‌گری» در نهادهای اداری برای تعداد محدودتری از تصمیم‌گیرندگان صورت می‌گیرد، بنابراین ارزان‌تر و متمرکزتر است. به‌علاوه مدیریت روندهای اداری به نسبت روندهای قانونگذاری آسان‌تر است؛ چراکه روندهای اداری کمتر در معرض دید رسانه‌ها قرار دارد. مسئله‌ی دیگر، هزینه‌های مالی و زمانی مشارکت است. این هزینه‌ها نباید اصل مشارکت را خدشه‌دار کند، بلکه باید از آن برای تضمین و نظارت بر سطح مشارکت مورد نظر قانونگذار بهره جست (Barak-Erez, 2005: 202-203).

بنابراین یکی از چالش‌های کنونی حقوق اداری، طراحی اشکال نوین مشارکت شهروندان در روند تصمیم‌گیری است، نه کنار گذاشتن کامل اصل مشارکت. قواعد ناظر بر دسترسی عموم به اطلاعات یکی از راه‌های پیشبرد و توسعه‌ی مشارکت عمومی است، چراکه دسترسی محدود به اطلاعات یکی از موانع مشارکت مؤثر است.

### ۳-۱-۲. اهمیت شفافیت در تصمیم‌گیری اداری

شفافیت در نظام اداری را می‌توان یک هدف مستقل اداری تلقی کرد. تعهد به شفافیت اهمیت برجسته‌ای در مقابله با هر تمایلی دارد که ممکن است برای هر کس در هر بخش،



برای کنترل یا تحریف اطلاعات خروجی یا دسترسی به آن وجود داشته باشد. چنین گرایشی نه تنها ممکن است مانع داده‌هایی که برای موضوع مربوطه مناسب است، شود، بلکه احتمال دارد از طرح موضوعات و مسائل جلوگیری کند. هر محدودیتی از این گونه، ظرفیت اتخاذ تصمیمات معقولانه را کاهش می‌دهد. به‌علاوه علنی بودن، اعتراض به فرایند تصمیم‌گیری و محتوای تصمیمات را، با افشای دلایل و روندهای شکلی و ماهوی اخذ تصمیم تسهیل می‌سازد (Longley and James, 1999: 6-7).

تعهدی مشابه برای تصمیم‌گیران برای توجیه و تبیین تصمیماتشان وجود دارد. افشای دلایل عمل یا بی‌عملی و ترک فعل، از طرق مختلف برای اجرای عدالت مفید است؛ این امر علاوه بر توسعه‌ی موازین و اصول، موجب بحث و مراقبت بیشتر در مورد اهداف تصمیم می‌شود و پایه‌ی نقد و تسهیل اعتراض به تصمیماتی را که خودسرانه به‌نظر می‌رسند، فراهم می‌آورد.

### ۳-۱-۳. موازین خدمت عمومی

خدمات عمومی دامنه‌ی وسیع و متنوعی از بخش‌ها و فعالیت‌ها را در بر می‌گیرد؛ از بهداشت درمان، تأمین اجتماعی تا اداره‌ی زندان‌ها و امور آموزش؛ از ثبت احوال و اسناد و شرکت‌ها تا خدمات بانکی و پستی و اخذ مالیات. سؤال این است که آیا می‌توان اصول و ضوابط عمومی و یکسانی ناظر بر اصلاح و بهبود اداره و اجرای همه‌ی این فعالیت‌ها مقرر کرد؟ اصلاحات اساسی و اداری در پوشش‌های مختلفی می‌تواند روی دهد. واقعیت این است که حقوق عمومی در کشورهای مختلف به شیوه‌های متفاوت در حال مبارزه برای رفع کاستی‌ها در سازوکارها و رویه‌های مرسوم و متداول موجود خدمت‌رسانی برای غلبه بر بحران‌های مشروعیت و پاسخگویی نهادهای عمومی است. ابتکار «منشور شهروندی»<sup>(۲۶)</sup> در سال ۱۹۹۱ در بریتانیا از تازه‌ترین سازوکارهای تدبیرشده برای افزایش پاسخگویی بیشتر دولت (قوه‌ی مجریه) در ارائه‌ی خدمات عمومی و کیفیت خدمت‌رسانی است. درون‌مایه‌ی برنامه‌ی منشور شامل موضوعات به‌هم‌مرتبطی چون کیفیت و استاندارد، انتخاب و ارزش می‌شود. این موضوعات، اساسی را برای اصول کلی خدمات عمومی پی می‌ریزد که در واقع اعلام چیزی است که هر شهروند می‌تواند از خدمات عمومی انتظار داشته باشد. ابتکارات منشور علاوه بر حوزه‌های عمومی معمول، بخش‌های بینابین خصوصی- عمومی مانند خدمات گاز، برق و آب، خدمات مالی و صنعت بانکداری را نیز در بر می‌گیرد. این ابتکارات، در ممالک دیگر نیز اثرگذار بوده است (Longley and James, 1999: 29-30). اکنون بسیاری از کشورها از کلیه‌ی قاره‌ها از این ابتکار البته با محتوا و انگیزه‌های گوناگون برای هدف اعلام‌شده‌ی افزایش مسئولیت‌پذیری ادارات در ارائه‌ی خدمات عمومی، شفافیت عمل، توجه به نیازها و انتظارات

شهروندان به عنوان «مشتریان» و مصرف‌کنندگان و بهبود روندهای رسیدگی به شکایت استفاده کرده‌اند (Drewry, 2005).

اهمیت منشور شهروندی را می‌توان از دو جهت دانست: گسترش نظارت‌های مرکزی اداری به روابط دولت و شهروندان که به‌طور سنتی به ادارات واگذار می‌شد؛ و دوم، از نظر نقشی که در شکل‌گیری «نظام» عدالت اداری در «حقوق اداری نوین» دارد (Page, 1999).

### ۳-۲. عدالت اداری پسینی

نارضایتی از تصمیم اولیه‌ی اداری و بروز اختلاف میان مخاطب یا مخاطبان تصمیم و مرجع تصمیم‌گیرنده و خواست ذی‌نفع برای اصلاح، جایگزینی یا ابطال تصمیم اولیه و احیاناً جبران خسارت ناشی از تصمیم، نقش حیاتی نهادها و سازوکارهای پسینی برای تحقق عدالت اداری را پیش می‌کشد. البته تأکید صرف بر نقش جبرانی مراجع رسیدگی و حل اختلاف بیرونی در اصلاح اشتباهات اداری می‌تواند تأثیر معکوسی بر مشروعیت روندهای اداری داشته باشد. بنابراین وجود راهکارهای ارفاقی<sup>(۲۷)</sup> و سازوکارهای اصلاحی مختلف در درون اداره می‌تواند بسیار مطلوب باشد.

در رسیدگی به نارضایتی‌ها و شکایات باید بین رسیدگی‌های اولیه در سلسله مراتب اداری و احیاناً بازبینی<sup>(۲۸)</sup> تصمیم توسط مقامات عالی‌تر اداری و مواردی که پرونده به مرجع «ثالث» ارجاع می‌شود، تفکیک قائل شد. رجوع به «ثالث» الگوی نظم‌بخشی اجتماعی<sup>(۲۹)</sup> است که با ادعای «حق» و تلاش برای رسیدگی و فیصله بخشیدن<sup>(۳۰)</sup> موضوع همراه است و مشارکت ذی‌نفع یا زیان‌دیده در آن علی‌القاعده از طریق ارائه‌ی دلیل و اظهارات مدلل صورت می‌گیرد. این تعهد به منطق و «عقلانیت» مبتنی بر اصول (قانونی) عنصری است که فیصله‌بخشی (قضایی یا شبه‌قضایی) را از الگوهای دیگر نظم‌بخشی اجتماعی متمایز می‌کند<sup>(۳۱)</sup> (Fuller, 1978).

### ۴. دادخواهی قضایی: عدالت اداری و عدالت قضایی

در هر نظام حقوقی روش‌های احقاق حق اهمیت زیادی دارد. بدون تدارک روش‌ها و ابزار مختلف احقاق حق نمی‌توان امیدوار بود دادخواهی‌ها و شکایات مطروحه به‌نحو مطلوب حل و فصل شود. اما در این زمینه و در حقوق اداری، رسیدگی قضایی تنها یک جنبه از رسیدگی‌ها در زمینه‌ی اعتراض‌ها و شکایات علیه تصمیمات و اقدامات نهادهای اداری و مأموران آنهاست.<sup>(۳۲)</sup> از نظر کمیت، در بسیاری کشورها، به نسبت دادگاه‌ها و سازوکارهای قضایی، دعوی‌ی‌های بیشتری از طریق مجاری غیر قضایی حل و فصل می‌شود<sup>(۳۳)</sup> و این راه‌ها ممکن است برای حل بسیاری از اختلافات مناسب‌تر باشد؛ هرچند اهمیت روندهای قضایی از نظر کیفیت و تأثیری که بر

تصمیم‌گیری‌های اداری دارد، به مراتب بیشتر است. البته به هیچ‌وجه نباید در مورد تأثیر سازوکارهای قضایی بر عملکرد اداره مبالغه کرد. ظرفیت اثرگذاری «بازنگری قضایی» و به‌طور کلی «نظام هنجاری حقوق» در تغییر عملکرد اداری تابع شرایط و ملاحظات مختلفی است که بحث در مورد آن فرصت دیگری را می‌طلبد (برای دیدن نمونه‌ای از مطالعات مربوط به تأثیر بازنگری قضایی بر تغییر رفتار اداری و تضمین رعایت حقوق اداری ر.ک: Halliday, 2004).

با این حال بی‌گمان افزایش نقش دادگاه‌ها در شکل‌گیری و تنظیم سیاستگذاری عمومی در کشورهای مختلف 'Judicialization' یا «قضایی‌سازی» حکمرانی خوانده می‌شود. این روند «قضایی‌سازی» به معنای وسیع چیزی فراتر از تعیین و اعمال مستقیم قواعد توسط قضات است و شامل مواردی نیز می‌شود که تصمیم‌گیری‌های اداری در سایه تأثیر آرا و روندهای قضایی اتخاذ می‌شود؛ خودداری یک مرجع اداری از انجام یک رفتار یا سعی در مدلل‌سازی و توجیه تصمیمات اتخاذشده یا ایجاد روندهای شبه‌قضایی داخلی همگی برای جلوگیری از طرح موضوع نزد دادگاه‌ها صورت می‌گیرد. بنابراین تعیین دقیق مرز و گستره‌ی «قضایی‌سازی» دشوار می‌نماید (Gingburg, 2009).

به‌طور سنتی ساختار تصمیم‌گیری قضایی جنبه‌ی انفعالی دارد و برای اثربخشی، به طرح دعوا توسط دیگران وابسته است. ورود دادگاه به حیطه‌های سیاستگذاری بدون درخواست عموم امکان‌پذیر نیست. از سوی دیگر امکانات مناسب برای طرح دعوا و دسترسی به محاکم به‌منظور ایجاد تغییر اجتماعی، مشوق عاملان بیرونی برای طرح دعوا نزد محاکم قضایی خواهد بود. استفاده از دادگاه‌ها و طرح دعوا برای پیشبرد تغییرات اجتماعی که «دعوی حقوق عمومی» یا 'public law litigation' خوانده می‌شود، از این نظر اهمیت دارد.<sup>(۳۴)</sup> در این میان، خلق دادگاه‌های قانون اساسی و اداری نوین می‌تواند محیط مناسبی برای قضایی‌سازی فراهم کند. برای مثال اگر امکان به چالش کشیدن یک قانون مصوب پارلمان به‌عنوان یک نهاد دموکراتیک به‌دلیل ناسازگاری با قانون اساسی (نزد دادگاه قانون اساسی) وجود داشته باشد، بی‌شک به همان دلیل، امکان لغو و ابطال اعمال و تصمیمات مراجع و مقامات اداری غیرانتخابی و مقررات‌گذاری‌های قوه‌ی مجریه وجود خواهد داشت.

از اهمیت تأثیر ترتیبات نهادی بین‌المللی نیز نباید غافل بود. برای نمونه الزامات سازمان تجارت جهانی مبنی بر انتشار قوانین و مقررات مربوط به تجارت، آگاهی دادن از اقدامات تازه، امکان اظهار نظر و رسیدگی مستقل و پژوهش‌خواهی در زمینه‌ی اعمال اداری مربوط، تأثیرات مهمی بر سازوکارهای نهادی داخلی دست کم مرتبط با بخش تجارت یا به‌طور کلی نظام حقوق اداری دولت‌های عضو خواهد داشت (Gingburg, 2009: 9).

یکی از مهم‌ترین و آشکارترین تأثیرات عدالت قضایی در عدالت اداری، در الزام به به‌کارگیری اصول «عدالت طبیعی» حاکم بر روندهای قضایی در تصمیم‌گیری‌های اداری است. این تأثیر «آیین دادرسی» بر آیین‌های اداری را در کجا جز در نظام حقوق عرفی می‌توان انتظار داشت؟<sup>(۳۵)</sup> در حقوق عرفی آیین‌ها و قواعد شکلی علاوه بر اینکه ابزاری برای احقاق حقوق فردی هستند، به‌خودی‌خود ارزش دارند. به رسمیت نشناختن منطق ابزاری صرف برای طرق دادرسی در بریتانیا می‌تواند به‌خوبی توضیح دهد که چرا گستره‌ی حقوق شکلی یا رویه‌ای در این کشور همچنان وسیع‌تر از فرانسه و دیگر کشورهای اروپای قاره‌ای است (هداوند، ۱۳۹۰: ۴۸۱-۴۸۲؛ شونبرگ، ۱۳۸۶: ۶۱-۶۲). با توجه به گستره‌ی اختیارات‌گزینشی اداره پیداست که این وضعیت می‌توانست پیامدهای بسیار مثبتی برای حقوق اداری بریتانیا از نظر فراهم‌سازی منابع حمایت شکلی از شهروندان به‌دنبال داشته باشد.

## ۵. ابعاد حمایت‌های قضایی

به‌طور کلی نقش دادگاه‌ها در حمایت قضایی از حقوق شهروندان و تأمین عدالت اداری را می‌توان در سه سطح شکلی (رویه‌ای)، ماهوی و جبرانی (ترمیمی) بررسی کرد. هدف حمایت قضایی شکلی، تضمین شفافیت و تأمین انصاف یا بی‌طرفی در فرایندهای تصمیم‌گیری اداری از راه اجبار اداره به اعمال رویه‌های شکلی منصفانه (مانند اخطار پیشینی، استماع نظرهای طرف‌های ذی‌نفع یا ارائه‌ی ادله‌ی توجیهی) است؛ یعنی همان اصول «عدالت طبیعی» که اساساً محصول دادرسی قضایی است که به‌تدریج تکامل یافته و اکنون به‌عنوان «انصاف رویه‌ای» به روندهای تصمیم‌گیری اداری (البته با محدودیت‌هایی) تسری یافته است. البته گستره‌ی این حمایت، به جدیت یا شدت نقض رویه‌ی شکلی توسط اداره، اهمیت حقوق و منافع مشروع و قانونی درگیر موضوع یا از آن سو، هزینه‌ی اداره در اعمال تشریفات و روندهای مورد نظر و سایر محدودیت‌ها و ملاحظات «عمومی» بستگی دارد که در نظام‌های حقوقی-اداری مختلف، متفاوت است.

در حمایت ماهوی، هدف از یک سو وادار کردن اداره به عمل در چارچوب قانون (اصل قانونی بودن) و از دیگر سو، حمایت مستقیم از حقوق، منافع و گاه «انتظار»های مشروع شهروندانی است که با فعل یا ترک فعل اداری پایمال شده است.<sup>(۳۶)</sup> اما همه‌ی بحث این است که چه حقوقی در چه شرایطی مشمول چه نوع حمایتی قرار می‌گیرد؟ به‌عبارت دیگر، چه تصمیمات، اقدامات یا عملکردهای، حق و نفع قانونی و مشروع شهروندان را زیر پا می‌نهد و بدین سبب مشمول نظارت قضایی و احیاناً حکم منع، لغو، ابطال یا اصلاح واقع می‌شود؟ بخش مهمی از تفاوت‌ها در سازوکار حمایتی کشورهای مختلف در همین جا آشکار می‌شود.

البته در بازنگری ماهوی اعمال و تصمیمات اداری توسط قضات، درست همسان بازنگری شکلی، علاوه بر حفظ حقوق شهروندان، منافع و ملاحظات عمومی عینی دیگری نیز در کار است که چه بسا با منافع خصوصی اشخاص همسنگ باشد.

ناگفته پیداست که دامنه‌ی حمایت‌های ماهوی که از آن سخن می‌رود، شامل همه‌ی تصمیمات اداری نمی‌شود؛ برخی تصمیمات اداری در اساس یا در عمل مشمول نظارت قضایی واقع نمی‌شوند. اما دشواری‌ها در این است که در حیطه‌های مشمول کنترل قضایی و به‌طور مشخص، جایی که مسئله‌ی رعایت حقی ماهوی در میان است، چگونه می‌توان توازن منصفانه‌ای بین احقاق حقوق فردی و منافع عمومی برقرار کرد؟ اساساً حفظ منافع و مصالح عمومی قانوناً شناخته‌شده (امنیت، ایمنی، بهداشت، اخلاق و نظم عمومی) یک پایه‌ی اختلاف میان نظام‌های مختلف حقوقی در این عرصه است؛ هرچند دغدغه‌ی حفظ مشروعیت و مقبولیت نظام اداری، اختلاف‌ها را در سطح نتایج تخفیف می‌دهد. ریشه‌ی این تفاوت‌ها را باید در ایدئولوژی، فلسفه‌ی حقوق و سپس سنن تاریخی - نهادی کم و بیش متفاوتی پی جست که نظام‌های حقوقی مختلف را پایبند می‌سازد. بنابراین شاید بهترین راه، کشف معیارهایی است که بتواند با گذر از مرزهای اختلافی موجود، راه حل مطلوبی بر پایه‌ی اصول کلی انصاف به‌منظور حمایت از حقوق و منافع شهروندان فراهم کند. در این زمینه، قضات دادگاه‌ها همواره باید مراقب باشند تا صلاحیت‌های مقامات عمومی، خاصه صلاحیت‌های اختیاری آنان در چارچوب اصول کلی تأمین‌کننده‌ی حقوق و منافع مردم به‌کار گرفته شود. بررسی مناسب عمل اداری با اهداف مورد نظر قانونگذار یا اساساً ضرورت آن در قیاس با گزینه‌های دیگر پیش روی اداره برای دستیابی به اهداف عمومی شیوه‌ای است که دادگاه‌ها می‌توانند برای حفظ موازنه میان منافع عمومی و خصوصی به‌کار گیرند؛ همان شیوه‌ای که به‌عنوان «اصل تناسب» سال‌هاست توسط دادگاه‌های اتحادیه‌ی اروپایی و دادگاه‌های کشورهای مختلف به‌منظور حفظ و رعایت حقوق بنیادین شهروندان استفاده می‌شود.<sup>(۳۷)</sup>

سرانجام، در حمایت ترمیمی، هدف، صدور احکام و دستورهای ترمیمی و جبرانی برای خسارت احتمالی یا همان تحمیل مسئولیت مدنی بر دولت است. به‌طور کلی خساراتی که از فعالیت‌های دولت به‌بار می‌آید بر سه گونه‌اند: لطمات وارده بر حقوق و آزادی‌های بنیادی؛ خسارات ناشی از عملکرد ناقص در ارائه‌ی خدمات عمومی؛ و خسارات وارده به‌واسطه‌ی فعالیت‌های اقتصادی دولت.<sup>(۳۸)</sup> یک نظام جامع مسئولیت مدنی علی‌القاعده باید دربرگیرنده‌ی عموم لطمات و خساراتی باشد که به هر نحو در اثر فعالیت‌های دولت (سه قوه) حتی در مقام اعمال حاکمیت به اشخاص حقیقی و حقوقی خصوصی وارد شده است.

## نتیجه‌گیری

یکی از مهم‌ترین دغدغه‌های حقوق‌دانان عمومی در همه جای دنیا، کمک به توسعه‌ی سازوکارهایی است که قادر باشند انتظارات گسترده‌ی عمومی در زمینه‌ی تحقق عدالت در سازوکار تصمیم‌گیری و عمل نهادهای عمومی و دولتی را برآورده کنند. این مهم اساساً از طریق ایجاد فرایندهای کامل مشارکت‌جویی (مشورت و انصاف رویه‌ای) و پاسخگویی و مسئولیت‌پذیری (سازوکارهای جبرانی دادخواهی و حل اختلاف) حاصل می‌شود. ظاهراً تنها در این صورت تصویر روشنی از فعالیت‌ها، بی‌عملی‌ها و تصمیم‌گیری‌ها در ادارات ظهور می‌کند؛ ضعف‌ها آشکار می‌شود و فرصتی برای در نظر گرفتن دیدگاه‌ها و تجارب مختلف فراهم می‌آید و در نهایت حصول تغییرات همخوان و سازگار با اصول اساسی عدالت اداری، ممکن می‌شود.

این رویکرد جامع نسبت به عدالت اداری مستلزم رویکردی متوازن و همدلانه به حقوق و منافع افراد و گروه‌های مختلف اجتماعی به‌عنوان مخاطبان تصمیمات اداری است. با این حال، محدودیت منابع مالی در کنار ملاحظات دیگر «عمومی»، انعطاف و سیالیت ویژه‌ای به مفهوم و مرزهای عدالت اداری می‌بخشد و آن را از تنگنای تعاریف و چارچوب‌های محدود، غیرتاریخی و غیرتجربی می‌رهاند. بنابراین شاید بی‌آنکه به تعریفی از عدالت اداری و شناسایی حیطه‌ی دقیق آن نیاز باشد، با تعبیه‌ی سازوکارهای جلب اعتماد و مشارکت در «روند» تصمیم‌گیری و تأسیس روندهای اداری و قضایی جبرانی برای اصلاح، تعدیل یا ابطال تصمیمات اداری نامشروع، بتوان در عمل مرزهای عدالت اداری را گسترش داد.

با توجه به حجم عظیم فعالیت‌ها و مداخلات دولت در همه‌ی عرصه‌های عمومی در کشورهایی مانند ایران، استقرار «نظام عدالت اداری» مرکب از سازوکارهای مختلف مشارکتی و جبرانی ضرورتی اجتناب‌ناپذیر است.

## یادداشت‌ها

## 1. Administrative justice

۲. به گفته‌ی رونالد دورکین، فیلسوف آمریکایی، «یافتن شرحی از مفهوم عدالت که همزمان آنقدر انتزاعی باشد که مناقشه‌ای بین ما برنینگیزد و به اندازه‌ی کافی انضمامی باشد که مفید واقع شود، دشوار است.» به نقل از قاضی فرنچ (قاضی دادگاه فدرال استرالیا) (French, 2000: 10).

## 3. Efficiency

۴. باید توجه داشت که عدالت اداری ناظر بر همه گونه عمل اداری نیست. برای نمونه، تعامل نهادهای اداری با یکدیگر از این مقوله بیرون است. بنابراین عدالت اداری همه‌ی حیطه‌های حقوق اداری را در بر نمی‌گیرد.

۵. امبودزمن خدمات مالی (Financial Services Ombudsman) در انگلستان نمونه‌ای از این نهادهاست.  
۶. در واقع نظام حقوقی در هر کشور در متن وسیع‌تر سیاسی جای می‌گیرد. از این رو گفته می‌شود «در پس هر نظریه‌ی حقوق اداری یک نظریه‌ی دولت وجود دارد» (Harlow and Rawlings, 2009: 2).

## 7. Administrative justice system

## 8. System of justice

۹. البته این تقسیم‌بندی‌ها جنبه‌ی توصیفی دارد و لفظ «عدالت» در آنها ملازم تحقق عملی عدالت در این حیطه‌ها نیست. اما برای مثال وقتی از «عدالت طبیعی» سخن گفته می‌شود، لفظ «عدالت» بار ارزشی و هنجاری دارد و قویاً خواست تحقق اصول بنیادی «انصاف رویه‌ای» (بی‌طرفی قاضی و مشارکت ذی‌نفع در تصمیم‌گیری) در تصمیمات اداری و قضایی را القا می‌کند.

## 10. Tribunals

۱۱. در مطالعات سنتی حقوق اداری در دنیای انگلیسی‌زبان تأکید بر شیوه‌ای است که یک دولت (حداقلی) می‌تواند بر فراروی از قدرت اداری نظارت کند و آن را تحت کنترل حقوقی درآورد. در این رویکرد، دادگاه‌ها نقش محوری در تضمین اداره‌ی خوب ایفا می‌کنند و نقش حقوق اداری تأمین سازوکار کنترل بیرونی بر اداره به هنگامی است که از قدرت سوء استفاده می‌شود. از این رویکرد به‌عنوان «نظریه‌ی چراغ قرمز» یاد می‌شود. بر عکس، در «نظریه‌ی چراغ سبز» نقش دادگاه‌ها حاشیه‌ای است و روندهای سیاسی محور توجه است. در این رویکرد مأموریت حقوق اداری تسهیل اعمال ایجابی دولت از راه اتخاذ سیاست‌های اجتماعی است؛ تأکید آن بر روندهای نظارت داخلی است تا خارجی و بر ابزاری چون مسئولیت وزارتی و مقررات اداری داخلی تأکید می‌شود. پیدایی مفهوم «عدالت اداری» در دو سه دهه‌ی اخیر تا حدودی نتیجه‌ی گسترش رویکرد اخیر به حقوق اداری است. در واقع، افزایش مداخلات دولت، رویکردی فراگیر به مقوله‌ی «عدالت اداری» را می‌طلبد که از تأکید صرف بر عدالت قضایی فراتر می‌رود. (Buch et al, 2011: 60-61)

## 12. Process

## 13. Internal law of administration

۱۴. بحث‌های جری مشاو (Mashaw, J) محقق آمریکایی، یکی از پرنفوذترین مطالعات در این زمینه است.

مشاو که تفکر نوین عدالت اداری با او آغاز می شود، با تأکید بر «ارزش های روند» (process values) در سنت لیبرال دموکراسی آمریکایی، نقش فراوانی در برجسته سازی این بعد عدالت اداری دارد. برای دیدن شرح ایده ها و تحقیقات وی، ر.ک: Buck, 2011, chap3:53-88; Halliday, 2004:116-121.

**15. Tribunals, Courts and Enforcement Act (TCEA), Para, 13 (1)-(3)**

۱۶. از دید ماکس وبر (۱۸۶۴-۱۹۲۰) بوروکراسی یا نظام عقلایی و قانونی اداره ی سازمان، یکی از بهترین شیوه ها در مدیریت و اداره ی سازمان هاست. بوروکراسی، به معنی روش سازماندهی و مدیریت است که در آن به رعایت قوانین و مقررات، ثبت کلیه ی مکاتبات و جریان امور، رعایت سلسله مراتب، تخصص گرایی و ساختار رسمی توجه اکید می شود. وبر معتقد بود اثربخش ترین و کاراترین سازمان ها دارای ساختار مبتنی بر سلسله مراتب هستند. در این سازمان ها کارکنان در انجام دادن کارهایشان براساس مجموعه ای از مقررات و دستورالعمل ها هدایت می شوند. ر.ک: رابینز (۱۳۷۹)، مبانی رفتار سازمانی.

**17. Due Process**

**18. Public inquiry**

**19. Primary decision- making**

۲۰. ر.ک: پاورقی ۱۱.

۲۱. جری مشاو در اثر مشهورش با عنوان «Bureaucratic Justice» یا «عدالت بوروکراتیک» که در سال ۱۹۸۳ منتشر شد، دقیقاً بر همین اهمیت و نقش روند تصمیم در افزایش مشروعیت تصمیم گیری های عمومی نزد مشارکت کنندگان، تأکید می کند. مشاو در مطالعه و نقد برنامه های تأمین اجتماعی معلولیت در آمریکا، سه گونه استدلال عدالت محور و بر آن اساس سه الگوی عدالت اداری را در فرایند اتخاذ تصمیم از هم تمییز می دهد: **عقلانیت بوروکراتیک، رفتار حرفه ای و قضاوت عادلانه**. هر سه الگو ناظر بر تصمیم گیری اولیه ی نهادهای اداری است که در خط مقدم تصمیم گیری های اداری قرار دارند. از نظر مشاو براساس این سه الگو می توان همه ی خدمات و برنامه های اداری کارگزاری های دولتی را تحلیل کرد. (ر.ک: Buck et al, chap3: 65-68; Craig, 2000: 28-30)

**22. Autharchical administration**

**23. Collaborative governance**

۲۴. گفته می شود عبور از سه نوع مرز و تفاوت گذاری سنتی به پیدایی «حقوق اداری نوین» منجر شده است؛ اول، مرز ملی - بین المللی و تغییر اداره ی دولت محور به اعمال اداری فراملی و بین المللی که برای نمونه در اتحادیه ی اروپا شاهدیم؛ دوم، مرز عمومی - خصوصی و تغییر از اداره ی خودکفا به حاکمیت مشارکتی و سهم کردن جامعه و بخش خصوصی در هزینه ها و اداره ی عمومی، البته با حفظ نظارت دولت؛ و سوم، مرز قانون گذاری - اجرا و سهم و نقش بیشتر دولت در حیطه های تخصصی چون حفظ محیط زیست، بازارهای مالی، بهداشت و سلامت عمومی و جانوری یا ایمنی غذایی که در آنها وضع قواعد و معیارهای ماهوی امکان پذیر نیست و قانونگذار تنها به ترسیم چارچوب اهداف تصمیم گیری بسنده می کند (Barnes, 2010).



۲۵. گفته می‌شود این فرایند در نتیجه‌ی کاسته شدن از قابلیت قوه‌ی مقننه در تحقق عدالت توزیعی در نظام‌های حقوقی مدرن اهمیت بیشتری یافته است. اکنون در بسیاری حیطه‌ها به جای اتخاذ قوانین توزیعی ماهوی توسط قانونگذار به اختیارات وسیع اداری، خواه به شکل مقررات‌گذاری و خواه اعمال فردی اداری، تکیه می‌شود که در قیاس با قانونگذاری به اداره، انعطاف‌پذیری بیشتری در برخورد با تغییرات سریع بازار، قابلیت‌های تکنولوژیک و شرایط زندگی یا مدیریت ریسک در موضوعاتی چون محیط زیست می‌بخشد. در این شرایط بی‌اطمینانی از حصول عدالت توزیعی و انتخاب سیاست‌ها و نبود کنترل ماهوی از طریق قانونگذاری، رعایت عدالت شکلی (رویه‌ای) مشروعیت بیشتری به تصمیمات توزیعی ماهوی خواهد بخشید. نقش بازنگری قضایی در حمایت‌های رویه‌ای در اینجا به‌خوبی خود را نشان می‌دهد (ر.ک: Nehl, 2006: 25).

#### 26. Citizen's Charter

#### 27. Gracious way

#### 28. Reconsideration

#### 29. Social ordering

#### 30. Adjudication

۳۱. برای مثال قرارداد و رأی دادن دو نمونه‌ی دیگر از نظم‌بخشی اجتماعی‌اند که از این جهات با فیصله‌بخشی موضوعات (Adjudication) به معنایی که در اینجا ذکر شده است، متمایزند؛ در قرارداد و رأی دادن هیچ‌یک از طرفین به‌دنبال احقاق «حق» نیستند. به‌علاوه در فیصله‌بخشی به دعوا، نتیجه‌ی حاصل از رسیدگی به موضوع توسط ثالث باید بر اثبات و استدلال مبتنی باشد و حال آنکه قرارداد تنها محصول توافق طرفین است و در رأی‌دهی نیز آنچه مهم است، تحقق نظم اجتماعی مبتنی بر رأی اکثریت است که با فرض سلامت انتخابات تنها از طریق رأی‌دهی رقبا حاصل می‌شود. (ر.ک: Fuller, 1978)

۳۲. البته در ایران با نظر به سابقه‌ی به‌کارگیری اصطلاح عدالت اداری در اصل ۱۷۳ قانون اساسی و تشکیل «دیوان عدالت اداری»، نیز فرهنگ سیاسی و اداری حاکم، عمدتاً وجه جبرانی (پسینی) عدالت اداری به‌ویژه بعد قضایی آن شناخته شده است.

۳۳. حل اختلافات و رسیدگی به دعاوی از طریق مراجع اختصاصی اداری و نهاد آموذمن اکنون در بسیاری از کشورها رویه‌ی معمول و شناخته‌شده‌ای است.

۳۴. این روند ابتدا به ایالات متحده‌ی آمریکا منحصر بود و سپس به پدیده‌ای جهانی بدل شد. از دید پروفیسور آبراهام چیس (Abraham Chayes) مبدع اصطلاح یادشده در مقاله‌ای به همین عنوان (public law litigation) در مجله‌ی حقوقی دانشگاه هاروارد در سال ۱۹۷۶، دعاوی مشهور *Brown v. Board of Education* که در سال ۱۹۵۴ به تفکیک نژادی در مدارس ایالات متحده‌ی آمریکا پایان داد، حاوی اوصاف اصلی «دعای حقوق عمومی» است: خواننده نهادی عمومی بود؛ خواهان‌ها، گروهی خودبنیاد بودند با اعضایی که طی زمان تغییر یافتند؛ خواسته‌ی

دعوا موضوعی رو به آینده است (نه معطوف به گذشته) به منظور تأثیر بر اعمال آینده‌ی حکومت؛ قاضی دارای نقش مدیریتی و حتی رهبری دعوا بود؛ و اشخاص درگیر دعوا طی فعالیت‌های بیرون از دادگاه، نظیر مطبوعات و تظاهراتی که مشمول حمایت‌های اصلاحیه‌ی اول قانون اساسی آمریکا بود، حمایت می‌شدند. پروفیسور چیس بین این دعاوی و دعاوی کلاسیک خصوصی و دوجانبه که معطوف به گذشته بوده و به‌منظور جبران لطمات و خسارات گذشته اقامه می‌شود، تفاوت می‌نهد (Hershkoff, 2008: 161-162).

۳۵. رأی صادره توسط مجلس لردها در دعوی بسیار مشهور *Ridge v. Baldwin* (1964) از این نظر بسیار اهمیت دارد. اثر این رأی در این بوده که اصول «عدالت طبیعی» را در هر تصمیمی (هرچند اداری) که بر حقوق مدنی افراد تأثیر نهد، قابل اعمال شناخته است.

۳۶. «انتظارهای مشروع» اکنون در کشورهایی چون انگلستان، آلمان، هند و آفریقای جنوبی و اتحادیه‌ی اروپایی مبنای مستقلی برای حمایت قضایی از حقوق رویه‌ای و ماهوی شهروندان در برابر تصمیم‌ها، اعلام‌ها، وعده‌ها و عملکردهای مراجع عمومی که در مخاطبان با حسن نیت «انتظار معقول» مبنی بر حفظ وضع موجود یا اتخاذ یا عدم اتخاذ تصمیم یا رویه‌ای نو در آینده ایجاد کرده باشد، محسوب می‌شود. در این مورد ر.ک: شونبرگ، ۱۳۸۶؛ زارعی و بهنیا، ۱۳۹۰.

۳۷. در خصوص اصل تناسب ر.ک: مرادی برلیان (۱۳۹۲)، اصل تناسب در نظام حقوقی اتحادیه‌ی اروپایی با نگاهی به آرای دیوان عدالت اداری.

۳۸. غمامی (۱۳۷۶)، مسئولیت مدنی دولت، ص ۱۴.

## منابع و مآخذ

## الف) فارسی

- رابینز، استیفن (۱۳۷۹)، *مبانی رفتار سازمانی*، ترجمه‌ی علی پارسائیان، سیدمحمد اعرابی، تهران: دفتر پژوهش‌های فرهنگی.
- زارعی، محمدحسین؛ بهنیا، مسیح (۱۳۹۰)، «تأملی بر امکان اعمال اصل انتظار مشروع در دیوان عدالت اداری»، راهبرد، ش ۶۱.
- شونبرگ، سورن (۱۳۸۶)، *انتظارهای مشروع در حقوق اداری*، ترجمه‌ی احمد رنجبر، تهران: میزان.
- غمامی، مجید (۱۳۷۶)، *مسئولیت مدنی دولت*، تهران: دادگستر.
- مرادی برلیان، مهدی (۱۳۹۲)، *اصل تناسب در نظام حقوقی اتحادیه‌ی اروپایی با نگاهی به آرای دیوان عدالت اداری*، تهران: خرسندی.
- هداوند، مهدی (۱۳۹۰)، *حقوق اداری تطبیقی*، تهران: سمت، ج ۲.

## ب) لاتین

- Barak- Erez, Daphne, (2012), "The Administrative Process as a Domain of Conflicting Interest", **Theoretical Inquiries in Law**, Vol 6.
- Barnes, Javier, (2010), "Towards a third generation of Administrative procedure", in: Susan-Rose Acherman Peter L. Lindseth, (eds), **Comparative Administrative Law**, Edward Elgar.
- Cane, peter, (2009), **Administrative Tribunals and Adjudication**, Oxford and Portland, Oregon
- Cassie, Jenny and Knight, Dean (2007), **The scope of judicial review: who and what may be reviewed**, NZLS CLE's Administrative Law Intensive, Wellington.
- Clark, David, (1999), "Managerialism, Administrative Justice and Public Service Reform in Britain", **International Review of Administrative Sciences**, Vol. 65
- Craig, Paul, (2000), "Three Perspectives on the Relationship Between Administrative Justice and Administrative Law", in: Creyke, Robin McMillan, John, (eds), **Administrative Justice, The Core and The Fringe**, Canberra, AIAL.
- Drewry, Gavin, (2005), **Citizens as Customers- Charters and the Contractualisation of Quality in Public Service**, EGPA Conference Bern, Switzerland.
- French, R. S, (2000), "Administrative Justice in Australian Administrative Law", in: Creyke, Robin McMillan, John, (eds), **Administrative Justice, The Core and The Fringe**, Canberra, AIAL.

- 
- Fuller, Lon. L, (1978), "The Forms and Limits of Adjudication", **Harvard Law Review**, Vol. 92, No. 2
- Halliday, Simon, (2004), **Judicial Review and Compliance with Administrative law**, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon
- Harlow and Rawlings, (2009), **Law and Administration**, Cambridge University Press, New York.
- Hershkoff, Helen, (2008), **Public law litigation: lessons and questions**, Hum Rights, Rev 10
- Gingburg, Tom, (2009), "The judicialization of Administrative Governance: Causes, Consequences and Limits", in: Gingburg, Tom and Chen, Albert H.Y (eds), **Administrative Law and Governance in Asia, Comparative Perspectives**, Routledge.
- Longley, Diane and James Rhoda, (1999), **Administrative Justice: Central Issues in UK and European Administrative Law**, London, Cavendish Publishing.
- Nehl, Hanns Peter,(2006) "Administrative Law", IN: Smits, Jan M, (ed) Elgar **Encyclopedia of Comparative Law**.
- Page, Alan, (1999), "Citizen's Charter and Administrative Justice", in: Harris, Michael and Partington, Martin,(eds), **Administrative Justice in the 21 st Century**, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon.

درخواست اشتراک  
فصلنامه علمی - پژوهشی  
دانش حقوق عمومی

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

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 ۲۱۷۰۴۴۸۰۰۵۰۰۰ به نام پژوهشکده شورای نگهبان نزد بانک ملی، شعبه شهدای خانه ملت واریز و علاوه بر تکمیل فرم مربوطه در سامانه فصلنامه به آدرس [mag.shora-rc.ir](http://mag.shora-rc.ir) تصویر فیش را در سامانه پیوست نمایند.

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

پلاک ۱۲، پژوهشکده شورای نگهبان، فصلنامه دانش حقوق عمومی

کدپستی: ۱۴۶۳-۱۳۱۴۵

تلفکس: ۸۸۳۲۵۰۴۵



# **Administrative Justice: Conceptual Framework and Institutional Mechanisms**

**Vali Rostami<sup>1</sup> & Ahmad Ranjbar<sup>2\*</sup>**

1-Associate Professor, Tehran University  
2- Ph.D student of Public Law, Tehran University

## **Abstract**

One of The main concerns for public lawyers in all of the world is to assist in the development of mechanisms that be able to realize and infuse the broad and far-reaching expectations of justice into mechanisms of decision making and administrative action. This can only be realized through creating properly processes of participation (consultation and procedural fairness) and accountability and responsibility (mechanisms of redress and dispute resolution). It is through these processes of accountability and legitimacy that a clear picture of public action, or inaction, and decision making may emerge and making changes compatible with principles of administrative justice may be realized. This research with an analytical- descriptive method present a concrete approach compatible with all known mechanisms of administrative justice. Considering massive activities and interferences of state in all dimensions of public sphere, especially in countries such as Iran, establishment of an administrative justice system comprised of mechanisms of participation and redress is an undeniable necessity.

## **Key words**

Administrative justice, A priori Administrative justice, A posteriori Administrative justice, Judicial justice, Administrative decision making, participation Rights.

---

\* E-mail: ranjbar\_ahd@yahoo.com

# **The Bases of the Government's Civil Liability Against the Environmental Pollutions**

**Hamid Bahrami Ahmadi<sup>1</sup> & Azam Alam Khani<sup>2\*</sup>**

1- Professor, Shahid Bahonar University

2- Private Law Master, Shahid Bahonar University

## **Abstract**

Recently the importance of proper compensation of the environmental damages has attracted the attention of many lawyers. The complexity of nature of the environmental damages and the compensation of them by using an appropriate basis can be important reasons of the differences in legal opinions about compensating these losses. Thus, in this study with the title of "The bases of the government's civil liability against the environmental pollutions", an analytical method is chosen to answer these questions that whether the government, like the others, is responsible for compensation of the environmental pollution just when there is a causal connection between the act or omission and the incurring of loss, and which basis is better to compensate the environmental damages by the government? Since the government is the keeper of public interests and people based on various laws and regulations have the right to have a healthy environment, in some situations, it is necessary for the government to compensate the damages which even are not attributable to it. When the environmental pollution is caused by the government, considering strict liability for it would facilitate the justice and compensation of loss.

## **Key words**

Compensation of loss, causal connection, The bases of the government's civil liability, Environment, strict liability.

---

\* E-mail: Azam\_Alamkhani@yahoo.com



# **Approaches to Constitutional Interpretation; with Regard to the Guardian Council's Decisions**

**Hossein Khalaf Rezaei**\*

Doctorate in International Law, Tehran University

## **Abstract**

The interpretation of law is prerequisite to implementing the law. Though, the rules, because of reasons such as brevity and ambiguity endures different interpretations. The constitution was not excluded thereto rather because of its generality and relatively difficult of revision process it is more capable of different interpretations. Since, each institution that monitors the implementation of the law will inevitably interpret it, in majority of the world's political systems, monitoring of implementing, and interpretation of the constitution has been entrusted to certain body. Obviously, the nature of Interpreting body has some effects on the approaches and methods of interpretation.

The purpose of this Article is to evaluate approaches and methods of interpretation. It can facilitate analyzing of fitness of each approach with any legal system, particularly the decisions of the Guardian Council as responsible authority for interpretation of the constitution in Iranian legal system.

## **Key words**

Interpretation, Text of Law, Legislator's Intent, Guardian Council, Constitution.

---

\* E-mail: h.rezaei@mail.ut.ac.ir

# **A Comparative Review on Substantive Separation of Legislative and Executive Powers in Procedures of Iranian and France's Guardians of Constitutionality**

**Mohammad Reza Vijeh\***

Assistant Professor, Allameh Tabatabaeei University

## **Abstract**

In the contemporary legal systems, the separation of powers principle with respect to the location and time is one of the most important basic principles. In order to consider the aspects other than the pure theoretical ones of this principle and to apply it in different contexts, we should not only look at formal or structural separation of powers. In fact, the substantive separation of powers, which appears in the differences of functions of those powers, is the clear aspect of application of this principle in practice. Although this principle is emphasized, the Islamic Republic Constitution considers the structural separation of powers and lacks objective strategies in substantive separation of powers (separation between legislations and regulations) and there is no clear boundary between these two in the Islamic Republic of Iran's legal system. The Guardian Council has tried to provide some criteria in this context through its procedure. On the other hand, the approach of the France's Constitutional Council, indicates some other criteria in this area that could be helpful through a comparative analysis. The goal of this article is to extract scientific and accurate criteria to accomplish this substantive separation through comparative analysis of these two guardians of constitutionality.

## **Key words**

Separation of powers, Guardian Council, Constitutional Council, Law, Constitution, Regulations.

---

\* E-mail: Mrezavijeh@yahoo.com

# Islamic government, diagnostic criterion and practical characteristics

Mohammad Javad Arasta<sup>1</sup> & Ali Bahadori Jahromi<sup>2\*</sup>

1- Assistant Professor, Tehran university - Farabi campus  
2- Ph.D student of public law ,Tehran university - Farabi campus

## Abstract

Islamic government is the pivotal issue of Islamic political thought that The Islamologists have viewed it from different perspectives. However, there is still no single and clear criterion to determine whether a government is Islamic or not and so by using it, "Being Islamic" can be judged.

On the other hand, for establishing the Islamic government in practice or movement of existing governments in Muslim communities toward the desired pattern, practical characteristics of the Sharia (law of Islam) must be extracted which could be helpful for rulers and people in realization of Islamic government. In this paper, in order to derive the theoretical criterion, and the practical and implementational characteristics, tried to achieve to this goal by referring to Islamic sources and through analytical method.

In this way, it seems a government can be named Islamic which seeks to enforce all aspects of Islamic Sharia in the society; in other words, we can mention it as principle of "rule of Sharia".

The actual realization of the rule of Sharia also depends on three criteria: 1) the essence of legislating emanating from, or within the framework of Sharia; 2) The legitimacy of the ruler and the governing body; 3) the Islamic way or method of Governance.

## Key words

Islamic government, rule of Sharia, governance, God's sovereignty, Legitimacy.

---

\* E-mail: a.bahadori.j@gmail.com

# Reflections on the Delegation of Legislative Power in the Guardian Council's Decisions

Javad Taghizade<sup>1\*</sup>, Morteza Nejabatkhah<sup>2</sup> & Sajjad Fooladvand<sup>3</sup>

1- Associate Professor, Mazandaran University

2- Assistant Professor, Mazandaran University

3- Public Law Master, Mazandaran University

## Abstract

Guardian Council, so far, has stated decisions on the delegation of legislative power by the parliament to the government and to its internal commissions. The Council, in several cases, has declared the law-making delegation of legislative power by the parliament to the government as unconstitutional arguing that legislating in subjects requiring legislation are exclusively granted to the parliament. Guardian Council, however, believes that the government, needing no reauthorization from the parliament, can independently amend the statutes which has enacted according to principle 85 of the Constitution. Guardian Council has stated opinions on the necessity of applying the principle 96 for the statutes enacted by the government. For the delegation of the experimental laws to the internal commissions, Guardian Council insists that it must be delegated only by the Islamic parliament. Thus, the council believes that the delegation based on laws remained from the past regime is contrary to principle 85 of the Constitution. Whereas declaring decisions implying that the experimental nature of the commissions' enactments, the approval date, the expiration date of the experimental period, and, the implementation time of the experimental enactments should be stipulated in the law, the Guardian Council has agreed to the extension of the validity period of the experimental laws even for several periods, by showing no objection to them.

## Key words

Delegation of legislative power, Guardian Council, Government, Experimental Laws, Islamic Parliament.

---

\* E-mail: jtaghizadehd@yahoo.com

# Contents

■ Reflections on the Delegation of Legislative Power in the Guardian Council's Decisions .....	1
● Javad Taghizade, Morteza Nejabatkhah & Sajjad Fooladvand	
■ Islamic government, diagnostic criterion and practical characteristics .....	27
● Mohammad Javad Arasta & Ali Bahadori Jahromi	
■ A Comparative Review on Substantive Separation of Legislative and Executive Powers in Procedures of Iranian and France's Guardians of Constitutionality .....	47
● Mohammad Reza Vijeh	
■ Approaches to Constitutional Interpretation; with Regard to the Guardian Council's Decisions .....	73
● Hossein Khalaf Rezaei	
■ The Bases of the Government's Civil Liability Against the Environmental Pollutions .....	95
● Hamid Bahrami Ahmadi & Azam Alam Khani	
■ Administrative Justice: Conceptual Framework and Institutional Mechanisms .....	115
● Vali Rostami & Ahmad Ranjbar	

In The Name Of Allah the Compassionate the Merciful

# **Public Law Knowledge Quarterly**

**Vol. 3, Spring 2014, No. 7**

**Publisher: Guardian Council Research Institute**

**Responsible Editor: Abbas Ali Kadkhodaei**

**Chief Editor: Siyamak Rahpeyk**

## **The Editorial Board:**

- 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)
- 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)
- Mohsen Esmaeili (Associate Professor of Private Law, Tehran University)
- Sayyed Mohammad Hosseini (Associate Professor of Criminal Law & Criminology, Tehran University)
- Siyamak Rahpeyk (Professor of Private Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services & Member of Guardian Council Research Institute)
- Vali Rostami (Associate Professor of Public Law, Tehran University)

---

**Address: Guardian Council Research Institute, No. 12, Dehghaninia Alley,  
Sepahbod Gharani St, Tehran. Iran**  
P.O.Box: 13145-1463  
Tel & Fax: +98 21 88325045  
E-mail: mag@shora-rc.ir  
mag.shora-gc.ir