

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فصلنامه دانش حقوق عمومی

سال نهم، پاییز ۱۳۹۹، شماره ۲۹

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

فصلنامه دانش حقوق عمومی

سال نهم، پاییز ۱۳۹۹، شماره ۲۹

صاحب امتیاز: پژوهشکده شورای نگهبان

مدیر مسئول: عباسعلی کدخدایی

سر دبیر: سیامک ره‌پیک

اعضای هیأت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا)

- فیروز اصلانی، دانشیار حقوق عمومی دانشگاه تهران
- محمدجواد جاوید، استاد 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
- محمدحسن صادقی مقدم، استاد حقوق خصوصی دانشگاه تهران و عضو پژوهشکده شورای نگهبان
- عباسعلی کدخدایی، استاد حقوق عمومی دانشگاه تهران و عضو پژوهشکده شورای نگهبان

ویراستار انگلیسی: مصطفی منصوریان

ویراستار: فاطمه جهانگیری

صفحه آرایی: حمید مزینانی

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

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

روبروی مسجد الرحمن، پلاک ۱۲، پژوهشکده شورای نگهبان

سندوق پستی: تهران ۱۴۶۳ - ۱۳۱۴۵ تلفن: ۰۲۱ - ۸۸۳۲۵۰۴۵ فکس: ۰۲۱ - ۶۴۰۱۴۸۱۷

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

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

صرفاً از طریق سامانه فصلنامه انجام می‌گیرد.

قیمت: ۳۰۰/۰۰۰ ریال

- این فصلنامه در سامانه مخصوص خود به نشانی mag.shora-gc.ir نمایه می‌گردد.

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

- تمامی مقالات این فصلنامه در پایگاه‌های زیر نمایه می‌شود:

www.isc.gov.ir

www.ensani.ir

www.magiran.com

www.noormags.ir

www.civilica.com

پایگاه استنادی علوم جهان اسلام

پرتال جامع علوم انسانی

بانک اطلاعات نشریات کشور

پایگاه مجلات تخصصی نور

سیویلیکا

خط‌مشی فصلنامه دانش حقوق عمومی

خط‌مشی فصلنامه‌ی دانش حقوق عمومی، انتشار مقالات علمی - پژوهشی در حوزه‌ی حقوق عمومی مبتنی بر موازین اسلامی و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران است. لازم است مقالات در جهت پیشرفت مطالعات مربوط به «حقوق عمومی» باشد. تحلیل نظرات و تجارب حقوقی مرتبط با حوزه‌ی حقوق عمومی با برخورداری از رویکرد نقد علمی از رؤس این خط‌مشی می‌باشد.

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

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

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

- مطالعه‌ی مبانی، نظریات، ساختار و کارکرد دولت

- مطالعه‌ی ابزارهای کنترل حقوقی قدرت، بازنگری و ارتقاء آن

- مطالعه‌ی فقه حکومتی

- جایگاه مشارکت مردم در ایجاد مردم‌سالاری دینی

- مقررات‌گذاری و نظارت بر عملکرد دولت

راهنمای نگارش مقالات

از نویسندگان محترم، با رعایت نکات زیر مقالات خود را از طریق سامانه فصلنامه (mag.shora-gc.ir) ارسال نمایند. صرفاً مقالاتی در نوبت ارزیابی قرار می‌گیرند که موارد زیر در آنها مراعات شده باشد:

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 مسئله‌ی پژوهش، سؤال تحقیق، دلایل ضرورت تحقیق، تبیین روش تحقیق، ارائه‌ی پیشینه‌ی موضوع و ادبیات تحقیق و مرور ساختار مقاله باشد.
۴. نتیجه مقاله حاوی پاسخ به سؤال تحقیق و ارزیابی آن باشد.
۵. ارجاع به منابع و مأخذ، در متن مقاله و در پایان نقل قول یا موضوع استفاده‌شده به شکل زیر آورده شود:
- ۵-۱. قرآن کریم: (نام سوره، شماره آیه). مثال: (حدید: ۲۵).
- ۵-۲. منابع فارسی: (نام خانوادگی 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] 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 دایره‌المعارف‌ها: نام خانوادگی و نام نویسنده (تاریخ چاپ): «عنوان مقاله»، نام کتاب، نام ویراستار، محل انتشار: نام ناشر، نوبت چاپ، شماره جلد، صفحات مقاله.
۱۰. ترجمه انگلیسی عنوان مقاله، چکیده و کلیدواژه‌ها، نام و مشخصات نویسنده/نویسندگان، تماماً معادل فارسی آنها همراه مقاله ارسال گردد.
۱۱. مقاله در محیط Word2007، متن مقاله با قلم BLotus12 (لاتین TimesNewRoman11)، کتابنامه BLotus11 (لاتین TimesNewRoman10) و یادداشت‌ها BLotus10 (لاتین TimesNewRoman9) حروفچینی شود.
۱۲. عناوین (تیترها) با روش شماره‌گذاری عددی باشد. ترتیب اعداد در عناوین فرعی مثل حروف از راست به چپ تنظیم شود (تیتربندی اصلی با ۱، ۲، ... - تیتربندی فرعی با ۱-۱، ۲-۱، ... - تیتربندی فرعی تر با ۱-۱-۱، ۲-۱-۱، ... - و پس از آن با حروف ایجاد باشد).
۱۳. حجم مقاله، از ۴۵۰۰ کلمه کمتر و از ۷۵۰۰ کلمه بیشتر نباشد (از ابتدای مقاله تا پایان فهرست منابع).
۱۴. مقاله ارسالی نباید در هیچ مجله داخلی یا خارجی چاپ شده باشد.
۱۵. استناد به مقاله مرتبط که در «فصلنامه دانش حقوق عمومی» منتشر شده اند، موجب می‌گردد مقاله ارسالی در اولویت بررسی و داوری فصلنامه قرار گیرد و علاوه بر آن واجد امتیاز بالاتری در مرحله داوری گردد.
۱۶. مقاله ارسالی نباید همزمان به سایر مجلات فرستاده شده باشد.
۱۷. فصلنامه در اصلاح و ویرایش مقالات آزاد است.

فهرست مطالب

- نقد و بررسی تقنین آزمایشی در حوزه‌ی قانون‌گذاری..... ۱
• امیر بارانی بیرانوند، عبدالله مختاری

- مسئولیت مدنی ناشی از نقض اعتماد به اعلام‌ها و تصمیمات دولت..... ۲۷
• حبیب طالب احمدی، علی رضائی، امیر حسین تقوی

- گستره صلاحیت مقام رهبری در صدور فرمان همه‌پرسی (موضوع بند «۳» اصل ۱۱۰ قانون اساسی)..... ۵۳
• هادی طحان نظیف، علی بهادری‌چهرمی، کمال کدخدامرادی

- آسیب‌شناسی ساختار و مقررات سازمان مناطق آزاد تجاری-صنعتی با معیارهای حکمرانی شرکتی در بخش عمومی..... ۷۱
• عادل شیبانی، ابراهیم عبدی پورفرد

- رویکرد فقهی به رای ممتنع..... ۹۳
• سید محسن قائمی خرق

- حدود استنادپذیری قانون آیین دادرسی مدنی در دیوان عدالت اداری..... ۱۱۵
• محمد امین ابریشمی راد، حسین آئینه‌نگینی

نقد و بررسی تقنین آزمایشی در حوزه قانون‌گذاری

امیر بارانی بیرانوند^{۱*}، عبدالله مختاری^{۲**}

۱. دانش آموخته کارشناسی ارشد فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران

۲. دکتری فقه و حقوق جزا، دانشگاه شهید مطهری تهران، تهران، ایران. سطح ۴ حوزه علمیه قم

تاریخ دریافت: ۹۸/۱۱/۲۱ تاریخ پذیرش: ۹۹/۶/۲۹

چکیده

بر مبنای اصل ۸۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تقنین آزمایشی نوعی قانون‌گذاری است که استثنایی بر اصل «منع تفویض اختیار قانون‌گذاری» به‌شمار می‌رود. هرچند طرح این قوانین در نظام حقوقی ایران پذیرفته شده است و مزایایی چون سرعت در تقنین، کاهش تورم و افزایش کارآمدی قوانین دارد، با ایراداتی چون مغایرت با اصل منع تفویض اختیار، اصل تفکیک قوا، ویژگی‌های جمعی بودن و شفافیت مجلس روبه‌روست. با توجه به استثنایی بودن این نوع تقنین در بسیاری از موارد به‌مثابه اصل با آن برخورد شده و موجب نقض اصل منع تفویض اختیار شده است. همچنین از آن‌جا که در عمل، ارزیابی دقیقی بعد از اتمام دوره آزمایشی صورت نمی‌گیرد، در مقام ضرورت و بر مبنای اصل ۸۵ قانون اساسی، اگر ارزیابی دقیقی بعد از اتمام دوره آزمایشی صورت گیرد، به‌عنوان تقنین مطلوب قابل پذیرش است. این پژوهش با رویکرد توصیفی-تحلیلی و با تکیه بر اطلاعات اسنادی انجام گرفته است، در عین حال به اعتبار آنکه نتایج آن موجب تغییر رویه موجود می‌شود، کاربردی است.

واژگان کلیدی: تفویض اختیار، قانون آزمایشی، قانون اساسی، قانون‌گذاری، مجلس شورای اسلامی.

* Email: A.barani1990@gmail.com

نویسنده مسئول

** Email: Bmmokhtary123@gmail.com

مقدمه

قانون‌گذار وضع قانون آزمایشی را در اصل ۸۵ قانون اساسی تجویز کرده است. قانون آزمایشی، قانونی است که مدت اعتبار آن در قانون پیش‌بینی شده و حاکی از آزمون و خطا در امر تقنین است. از آن‌جا که تصویب یک قانون توسط مجلس نیازمند بررسی کلیات و جزئیات ماده به ماده قانون در صحن علنی، فرایندی زمان‌بر است، قانون‌گذار به منظور تسریع در امور قانون‌گذاری، رعایت اصل تفکیک قوا، پرهیز از تفویض اختیار به قوه مجریه و عدم رعایت تشریفات، اقدام به وضع قانون آزمایشی و تفویض آن به کمیسیون‌های داخلی می‌کند. تصویب این نحوه قوانین ناشی از آن است که قانون‌گذار در زمینه تقنینی به نظر نهایی نرسیده است که گاهی موجب بی‌ثباتی خواهد شد. همین مسئله موجب شده است که با وجود مزایای این قوانین و مثبت بودن اعمال آن در بعضی نظام‌های حقوقی مانند فرانسه، در نظام حقوقی ایران مخالفت‌هایی صورت گیرد. هرچند روش تقنین آزمایشی در قانون اساسی پیش‌بینی شده، آیا شیوه قانون‌گذاری مناسبی است؟ به فرض مناسب بودن آیا همان‌طور که مطمح نظر قانون‌گذار بوده، اجرایی شده است؟

با توجه به اینکه بسیاری از قوانین از جمله قوانین ماهوی مانند قانون مجازات اسلامی به صورت آزمایشی به تصویب رسیده‌اند، قانون‌گذار بر چه مبنایی با این نوع تقنین به قانون‌گذاری پرداخته است؟

با توجه به منابع کتابخانه‌ای و اسنادی و بررسی برخی آرا و نظرات مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان به توصیف و تحلیل این نوع تقنین پرداخته خواهد شد. نظر به اینکه تقنین آزمایشی نوعی قانون‌گذاری معمول است و می‌تواند در تقنین بهتر این قوانین مؤثر واقع شود، کاربردی بودن پژوهش نیز ملحوظ شده است. در خصوص قوانین آزمایشی هنوز کتابی نگاشته نشده است، اما در میان کتاب‌های با موضوع قانون‌گذاری از جمله *گفتارهایی در قانون و قانون‌گذاری*، به تناسب بحث شده است. رساله و پایان‌نامه‌هایی از جمله *جایگاه قوانین آزمایشی در حقوق عمومی ایران و فرانسه و بررسی فقهی و حقوقی قوانین آزمایشی در امور کیفری*^۱ در خصوص موضوع نگاشته شده است. با این همه و با توجه به فقدان برخی مباحث در این نوشته‌ها لازم است بار دیگر تقنین آزمایشی بررسی شود. از این‌رو در پژوهش پیش‌رو، مفهوم قوانین آزمایشی و شرایط تقنینی آزمایشی ارائه شده و مزایا و ایرادات و همچنین برخی نظریات در خصوص قوانین آزمایشی سنجش شده و در نهایت نظریه صواب اتخاذ شده است.

۱. مفهوم قانون آزمایشی

آزمایش در لغت به معنای آزمون، امتحان، تجربه، ارزیابی و بررسی درستی یا نادرستی یک فرضیه است (دهخدا، ۱۳۸۵، ج ۱: ۳۳). واژه امتحان نیز دو معنا دارد؛ در یک معنا آزمایش و

دیگری به معنای خالص کردن است (حسینی زبیدی، ۱۳۰۵ق، ج ۱۸: ۵۲۷)، اما به حسب اصطلاح در قانون تعریفی از قانون آزمایشی ارائه نشده (خانجانی موقر، ۱۳۷۷: ۴۰) و در کتاب‌های حقوقی، کمتر بدان توجه شده است. این قوانین در حقوق دیگر کشورها نیز به رسمیت شناخته شده است، این قوانین در انگلستان با عنوان *Laws Experimental* و در حقوق فرانسه با عنوان *Expérimentales Lois* شناخته می‌شود (آگاه، ۱۳۸۹: ۴۳). این نحوه تقنین سابقاً در قانون اساسی فرانسه مورد اشاره قرار نگرفته بود، ولی در بازنگری سال ۲۰۰۳ در مواد ۷۲ و ۱-۳۷ تقنین آزمایشی رسمیت یافت. مقنن فرانسوی در ماده ۱-۳۷ قانون اساسی بیان می‌دارد: «قوانین و مقررات در موضوع و مدتی محدود می‌توانند حاوی مقررات آزمایشی باشند».^۲

در حقوق آمریکا، در قانون‌های عمومی، عبارتی تحت عنوان ماده یا قانون غروب (*sunset laws*) پیش‌بینی شده که معیاری در یک اساسنامه، آیین‌نامه یا قانون است (Bertil & Cottie:1992: 162) و مقرر می‌دارد که بخشی از مقررات که در تاریخ معینی، منقضی شده‌اند، مقننه نسبت به تجدید آن اقدام کند، مگر اینکه اقدامات قانونی دیگری برای تمدید آن قانون انجام گیرد (Baugus & Bose: 2015: 3). بنابراین دو عنصر اساسی در قوانین آزمایشی وجود دارد؛ زمان و آزمایش. بدین معنا که با توجه به این دو عنصر، دو ویژگی خاص برای قوانین آزمایشی پیش‌بینی می‌شود:

۱. موقتی بودن قوانین آزمایشی: به این صورت که قید زمان و مدت اعتبار آن در خود قانون قید می‌شود، برای مثال در خصوص قانون مجازات مدت پنج‌ساله پیش‌بینی شده است. این خصیصه، قانون آزمایشی را از قانون دائمی متمایز می‌کند؛
۲. آزمایشی بودن: که به ارزیابی و سنجش آن در طول مدت آزمایش منجر می‌شود. بنابراین قانون‌گذار علاوه بر رفع نیازهای حال و موقتی جامعه، همواره در مقام ارزیابی قانون آزمایشی است، تا آن را بررسی و در تدوین و تصویب قانون جدید اعمال و اصلاح کند. وصف آزمایشی در قانون، بیانگر استفاده از یکی از بنیادهای نظری علوم تجربی در حقوق است. بنیادی به نام آزمایش که بهترین وسیله برای تطبیق و ادراک تئوری‌ها و پیش‌بینی‌ها با واقعیت و عمل در اجتماع است (فاینمن، ۱۳۸۵: ۲۰). ابزاری که با آن به مطالعه و دقت در واکنش‌های اجتماعی قانون می‌پردازیم، قوانین و قواعد حقوقی را در مصداق‌های عینی محک می‌زنیم و از این طریق به حقیقت و واقعیت برونی تئوری‌ها نزدیک‌تر می‌شویم و صحت نظریات حاصل از استنباط را در عمل معلوم می‌داریم (موراوتز، ۱۳۸۷: ۳۷).

۲. شرایط تقنین آزمایشی

تقنین آزمایشی شیوه‌ای از قانون‌گذاری است که برخلاف اصل «منع تفویض اختیار» در مواضعی که مجلس ضروری تشخیص دهد، صورت می‌گیرد. مستند به اصل ۸۵ قانون اساسی، مجلس اختیار وضع آزمایشی بعضی از قوانین را که جنبه دائمی دارند، به کمیسیون‌های خود تفویض می‌کند. این امر در سایر نظام‌ها نیز بی‌سابقه نیست، برای مثال مقنن فرانسوی در ماده ۳۸ قانون اساسی بیان داشته است: «دولت برای اجرای برنامه‌های خود می‌تواند از پارلمان کسب اجازه کند که در مدتی مشخص در اموری که مشمول عنوان قانون می‌شوند اقدام به وضع تصویب‌نامه نماید. تصویب‌نامه‌ها در جلسه شورای وزیران پس از مشورت با شورای دولتی تهیه و با چاپ و انتشار لازم‌الاجرا می‌شوند». این تصویب‌نامه‌ها قبل از جمهوری پنجم فرانسه به «فرامین قانونی»^۳ و پس از آن با عنوان «اردنانس»^۴ شناخته می‌شوند (وزیری، ۱۳۴۶: ۳۳) و در حقیقت در راستای وضعیتی است که از آن به اجرای آزمایشی قانون توسط آیین‌نامه یاد می‌شود و قبل از قطعیت قانون، آن را به صورت آزمایشی در قالب مقررات به اجرا می‌گذارند تا پس از رفع نواقص و ایرادات محتمل به شکل قانون درآید (موسی‌زاده، ۱۳۸۸: ۱۵۰). در نظام حقوقی ایران براساس اصل ۸۵ قانون اساسی و مواد آیین‌نامه داخلی مجلس برای وضع یک قانون آزمایشی باید شرایط زیر فراهم باشد:

- تفویض اختیار قانون‌گذاری از جانب مجلس: اصل ۸۵ قانون اساسی اختیار تفویض قانون‌گذاری را به صورت آزمایشی به کمیسیون‌های داخلی مجلس پیش‌بینی کرده است. از این رو کمیسیون‌های مجلس زمانی حق قانون‌گذاری دارند که مجلس بر طبق قانون اساسی، این اختیار را به آنان داده باشد.
- تفویض تصویب قوانین آزمایشی به کمیسیون‌ها: مرجع مشروعیت تقنین مجلس یعنی قانون اساسی در صدر اصل ۸۵ قانون اساسی در بعضی موارد حق تفویض اختیار قانون‌گذاری را داده است؛ مجلس می‌تواند اختیار قانون‌گذاری را به کمیسیون‌های داخلی مجلس واگذار کند؛
- وجود ضرورت در تفویض اختیار: در نظام حقوقی ایران اگرچه در اصل، صلاحیت مجلس شورای اسلامی در تصویب قوانین، انحصاری و تفویض‌ناپذیر است، بعضی ضرورت‌ها موجب شده است که اصل ۸۵ قانون اساسی دست مجلس را در تفویض پاره‌ای از وظایف قانون‌گذاری باز بگذارد (هاشمی، ۱۳۸۲، ج ۱: ۱۳۲)؛
- لزوم تصریح به آزمایشی بودن مصوبات کمیسیون‌ها (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۲: ۱۱۰)؛

- تعیین مدت زمان اجرای آزمایشی (مدنی، ۱۳۶۶: ۱۳۲)؛
- نظارت شورای نگهبان (راسخ، ۱۳۸۴: ۹۸).

۳. ویژگی‌های قوانین آزمایشی

به‌طور کلی می‌توان ویژگی‌های موجود درباره قانون آزمایشی و این رویه قانونی را به مزایا و ایرادات در خصوص آن منقسم کرد که در ذیل به آن می‌پردازیم:

۳-۱. مزایای قوانین آزمایشی

قانون آزمایشی را می‌توان ابزاری برای تقنین بهتر عنوان کرد که برای آن ادله و محاسن زیر ذکر شده است:

۳-۱-۱. سرعت در تقنین و صرفه‌جویی در وقت مجلس

یکی از علل اقبال به قانون‌گذاری به‌صورت آزمایشی، سرعت در قانون‌گذاری و صرفه‌جویی در وقت مجلس است. بدیهی است که جریان عادی تصویب یک قانون آن هم قانونی مثل قانون مجازت با حجم زیاد مواد قانونی و به‌صورت ماده به ماده وقت زیادی از مجلس می‌گیرد. علاوه‌بر آن تکلیف دادگاه‌ها و جامعه حقوقی در این میان چیست؟ این امر در نگاه مقننین اولیه قانون اساسی نیز به چشم می‌خورد (اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس، ۱۳۶۴، ج ۲: ۸۴۴). در طرح تفویض اختیار تصویب اساسنامه به دولت یا کمیسیون‌های مجلس در سال ۱۳۶۸ آمده است: «اگر مشکل، کندی در کار است، از طریق اصل ۸۵ قابل تأمین است» (اداره کل قوانین و تندنویسی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۱: ۱۱۰۷). هدف از وضع آزمایشی لایحه آیین دادرسی کیفری، بالا بودن حجم لایحه این قانون عنوان شده است (میرکوهی، ۱۳۹۸: ۱۳). اقتضای یک جامعه این است که هرچه سریع‌تر قوانین جامع توسط مرجع ذی‌صلاح تصویب شود و امور و مناسبات موجود در جامعه تعدیل و اداره گردد. این مهم با سرعتی که در تصویب قوانین آزمایشی وجود دارد، همخوان و سازگار است. همچنین مجلس می‌تواند وقتی را که در تصویب قوانین می‌گذارد، صرف امور بااهمیت دیگر کند. با وجود این، از نظر نگارنده، بر این مزیت و طرفداران آن، ایرادات زیر نیز لحاظ شده است:

۱. بر طبق این مبنا لوایح و طرح‌ها را باید به دو دسته حجیم و مختصر تقسیم کرد و موارد حجیم چون وقت گیرند، باید در کمیسیون‌ها به‌صورت آزمایشی مطرح شوند، و موارد مختصر در صحن علنی تصویب شود. درحالی‌که این امر خلاف نص قانون اساسی است، زیرا قانون اساسی وظیفه مجلس شورای اسلامی را تقنین می‌داند (زرنگ، ۱۳۸۱، ج ۱: ۴۷۰).

۲. قانون‌گذاری مهم‌ترین وظیفه‌ی مجلس شورای اسلامی است و آیا نمایندگان ملت کاری جزء تصویب و وضع قوانین دارند (نورایی، ۱۳۹۴: ۱۱۸).
۳. برای سرعت در تقنین لازم نیست که قوانین به صورت آزمایشی تصویب شود، بلکه طریقه تصویب فوری بهترین راه حل است. مستند به آیین‌نامه داخلی مجلس طرح‌ها و لوایح، به سه دسته یک، دو و سه فوریتی تقسیم می‌شوند. فارغ از اینکه تصویب فوریتی، خود برای مواقع ضروری است و قوانین آزمایشی برای موارد ضرورت است (پروین، ۱۳۸۷: ۳۵).
۴. شتاب‌زدگی در تقنین قوانین موجب می‌شود، قانونی فاقد جامعیت و مانعیت لازم وضع شود. اگر سرعت در تقنین ملاک باشد، این با نظر بازنگران قانون اساسی که بیان داشتند: «هیچ‌گاه نمی‌خواهیم استحکام و جامعیت قانون اساسی، ملت ایران و جامعه و نظام جمهوری اسلامی ایران فدای سرعت شود» (اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس، ۱۳۶۴، ج ۱: ۱۷۱)، در تعارض است.
۵. سرعت در تصویب ربطی به قوانین آزمایشی ندارد، زیرا هر قانونی در محدوده موضوع خود تخصصی محسوب می‌شود و به این بهانه نمی‌توان هر قانونی را در اسرع وقت تصویب کرد. در آخر به بیان یکی از حقوقدانان اگر سرعت در امر قانون‌گذاری دلیل بر ترقی و پیشرفت بود، ایران باید یکی از مترقی‌ترین کشورهای جهان باشد (صفایی، ۱۳۸۳: ۶۸).

۳-۱-۲. تخصیصی شدن امور

قانون‌گذاری از وظایف اصلی مجلس و امری پیچیده و تخصصی است (زرنگ، ۱۳۸۱، ج ۱: ۴۷۰)، بنابراین مجلس باید نهایت دقت خود را در وضع قوانین داشته باشد. وضع قوانین جامع، سبب اصلاح مناسبات در ارکان جامعه و ترقی کشور خواهد شد. قانون، نماد و سند حقوقی یک کشور است، بنابراین باید با مطالعه عمیق و جامعیت به تصویب برسد، زیرا هر چه دارای این خصیصه باشد، در عمل کمتر مورد اصلاح و تغییر واقع می‌شود (صانعی، ۱۳۸۱: ۱۹۱). بنابراین قوانین حقوقی و قضایی، فنی و مفصل‌اند و طرح آن در کمیسیون‌های که اعضای آن قاعدتاً در امور قضایی تخصص دارند، بهتر است و از سوی دیگر وقت مجلس کمتر صرف این‌گونه قوانین می‌شود (آگاه، ۱۳۸۹: ۱۸).

۳-۱-۳. کاهش تورم قوانین

با وقوع انقلاب جمهوری اسلامی، مقررات و قواعد اسلامی در دستور کار مقنن قرار گرفت، اما این امر سبب سقوط اعتبار قوانین پیش از انقلاب نشد. اگرچه با وقوع انقلاب، نظام سیاسی و مدیریتی کشور به کلی دگرگون می‌شود (متیو، ۱۳۹۱: ۶)، اما مطابق اصول کلی حقوق و

منطق حاکم بر نظام حقوقی، تحولات حقوقی چندان گسترده‌ای مشاهده نمی‌شود و عمدتاً اصولی از قانون اساسی که به تشریفات و اختیارات قانون گذاری مربوط بودند، دگرگون شدند (میرزایی، ۱۳۹۳: ۱۸). مجلس ملی سابق منحل و مجلسی جدید با قواعدی تازه و همچنین نهادهای حقوقی مانند شورای نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت نظام تأسیس شد، اما قوانین مصوب قانون گذاری پیشین، اعتبارشان را از دست ندادند، زیرا تشکیل مجلس جدید معنایی جز این ندارد که مشروعیت مجلس پیشین از دست رفته است. از این تحول نمی‌توان بی‌اعتباری قوانین سابق را به ملازمه نتیجه گرفت. بر این مبنا قوانین مذکور تا زمانی که به دست قانون گذار نسخ و یا به طریق مقرر در قانون اساسی جدید ابطال نشده باشند، کما سبق معتبرند (وکیلان، ۱۳۹۰: ۲۲۲). در طول عمر انقلاب اسلامی، تصویب بیش از ۸۰۰ ماده قانونی کیفری شکلی و ماهوی در سال ۱۳۶۱ توسط کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس شورای اسلامی و نیز وضع بیش از ۲۵۰ ماده قانون کیفری ماهوی صرف نظر از مقررات فراوان شکلی از سوی مراجع مختلف مجلس شورای اسلامی، مجمع تشخیص مصلحت نظام، کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس شورای اسلامی به‌خوبی گویای این ادعاست. اگر آرای هیأت عمومی دیوان عالی کشور و مقررات کیفری مصوب شورای عالی انقلاب فرهنگی را نیز در نظر بگیریم، عدد بزرگی خواهد شد^۵ (آگاه، ۱۳۸۹: ۱۰۷). این حجم از قوانین که تکلیفی در خصوص آن جز بند ۷ ماده ۳۳ آیین‌نامه داخلی مجلس نبود^۶ و پذیرش نظام اسلامی که با دستورها و مقررات دیگر نظام‌ها مانند اعدام یا قصاص مخالف بود و ناآگاهی مقنن از وضعیت موجود کشور همه در ناپایداری نظام ثابت حقوقی در تبعیت از آن دخیل است و مقنن برای رهایی از چنین امری به تقنین آزمایشی دست می‌زند (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۵: ۸). کاهش تورم قوانین به کاهش سردرگمی تابعان قانون و قضات کمک شایانی خواهد کرد.

۳-۱-۴. افزایش کارآمدی و کیفیت قوانین

اجرای آزمایشی قانون با روشن ساختن بسیاری از زوایای پنهان و تاریک آن ضعف‌های آن را آشکار می‌سازد (مهرپور، ۱۳۸۷: ۲۰۹). این مزیت را می‌توان در خصیصه ارزیابی قوانین آزمایشی دنبال کرد. با اتمام دوره اجرای آزمایشی و ارزیابی، پارلمان ملزم است تا در خصوص سرنوشت قانون تصمیم‌گیری کند (ساکت، ۱۳۸۷: ۷۶). اظهار نظر پارلمان با جمع‌بندی مسائل مطروحه و دیدگاه‌های ارائه‌شده از جمله گزارش نهاد خاص ارزیابی‌کننده صورت می‌گیرد. گزارشی که می‌بایست حاوی دو امر مهم باشد:

۱. یافته‌های علمی مدت ارزیابی را به صورت طبقه‌بندی شده و به زبانی ساده و قابل فهم ارائه دهد که نمایندگان پارلمان که اغلب متخصص نیستند، به سادگی از میزان موفقیت یا ناکامی قانون مطلع شوند و بتوانند داده‌های عرضه شده را به نحو مطلوب در قالب اصلاح یا تغییر قانون آزمایشی به کار گیرند تا قانون نهایی، فاقد معایب قانون آزمایشی باشد.

۲. زمان و موعدی مشخص که حداقل سه ماه پیش از پایان اجرای آزمایشی است، به صورت علنی در پارلمان قرائت شود.

۳-۱-۵. تشکیک نسبت به واکنش‌های اجتماعی به قانون

بازنگری در قانون اساسی و لزوم تغییر، تصحیح، تفسیر و اصلاحیه، حاکی از آن است که مقنن به طور قطع به قانون خود مطمئن نیست و از واکنش اجتماع اطلاع دقیقی ندارد (ارسطو، ۱۳۸۷: ۷۷). در واقع قانون‌گذار به تقنین خود مشکوک است و به همین علت قوانین را به صورت آزمایشی وضع می‌کند (جوان، ۱۳۲۶، ج ۱: ۳۷). گاهی در برخی مسائل، مقنن با عنایت به شرایط اقتصادی، اجتماعی، سیاسی و فرهنگی روز جامعه در نظر دارد تا با تصویب قانون، موضوعی نو، پیچیده یا حساس را مطرح کند، اما به سبب پیچیدگی یا حساسیت مسئله و اینکه ارزیابی دقیقی از تأثیرات قانون در ساختار حقوقی و سیاسی کشور و واکنش جامعه به خصوص بخش‌های خاص مرتبط با قانون مورد نظر را ندارد، ترجیح می‌دهد تا با وضع آزمایشی قانون شرایط کلی جامعه را رصد کند (رخشده‌رو، ۱۳۸۶: ۱۴۵). در مجموع، اگر واکنش‌های قضات، نخبگان، رسانه‌ها و در کل افکار عمومی، مطلوب ارزیابی شود، راه برای انشای قانون به صورت غیرآزمایشی هموار می‌شود، اما اگر برداشت نهایی مجلس آن باشد که با توجه به حساسیت‌های جامعه، طرح موضوع به صلاح نباشد، با استفاده از عباراتی چون «قانون آزمایشی بوده و هنوز تصمیم نهایی اخذ نشده است» یا «همچنان در حال کارشناسی موضوع و جمع‌بندی نظرات مختلف هستیم»، می‌تواند با کمترین ایرادی قانون را پس از اجرای آزمایشی و حتی در اثنای آن متوقف سازد.

۳-۲. ایرادات وارد بر قوانین آزمایشی

قوانین آزمایشی مانند سایر پدیده‌های حقوقی از دو جنبه شکلی و محتوایی قابل بررسی است. همچنین نقدهای وارد بر این قوانین گاه به اصل وضع و گاه به نحوه اجرای این قوانین است که در ذیل بیان می‌شود.

۳-۲-۱. صلاحیت انحصاری مجلس در قانون گذاری

ایراد دیگری که متوجه قانون آزمایشی است، این است که امر قانون گذاری بر طبق اصول قانون اساسی بر عهده مجلس شورای اسلامی است و مجلس باید در مورد قوانین کشور تصمیم گیری کند. این دلیل از منظر حقوقی با استناد به اصل ۸۵ قانون اساسی رد می شود، زیرا مبنای وضع قوانین آزمایشی بر طبق اصل ۸۵ قانون اساسی با کمیسیون های مجلس است. کمیسیون های مجلس نیز جزئی از مجلس است، به خصوص اینکه تصویب نهایی این گونه قوانین با مجلس و در صحن علنی خواهد بود.

اگر اشکال به تقنین مجلس شورای اسلامی شود، برای پاسخ به این پرسش باید در پی صلاحیت تقنین مجلس شورای اسلامی باشیم. در این زمینه سه مبنای وجود دارد که عبارت اند از:

- دیدگاه صلاحیت بشری در قانون گذاری؛
- دیدگاه صلاحیت الهی در قانون گذاری؛
- دیدگاه صلاحیت مردمی - توحیدی در قانون گذاری؛ طبق این رویکرد، در صلاحیت تقنین، ضمن تأکید بر حاکمیت الهی به نقش مردم در تدوین قانون نیز اشاره می شود.

اصول کلی اسلامی قانون اساسی به عنوان محور اصلی و مجلس شورای اسلامی باید براساس این موازین به تقنین و وضع قانون بپردازد. این رویکرد در نظرات مرحوم امام و میرزای نائینی مشهود است. از دیدگاه نائینی مشروعیت کار نمایندگان مجلس دو مبناست؛ اذن مجتهد نافذالحکومه و نظارت عده ای از مجتهدان عادل و عالم به سیاست در کار آنها (نائینی، ۱۴۲۴ق: ۹۸). مرحوم امام صلاحیت تقنین را منحصر به خداوند متعال می داند و پذیرفتن قانون گذاری بشری از حکم قرآن و خرد بیرون است (خمینی موسوی، بی تا: ۴۴-۳۰۷)، ولی از آن جا که این خطاب ها کلی اند و خطاب های متعلق به مؤمنان یا مردم یک عنوان کلی است و حجیت بر همه انسان های مکلف خواهد بود، بنابراین خطاب قانونی، شامل همه می شود (سبحانی تبریزی، ۱۳۶۷: ۳۰۵). از این رو اولین مصحح فقهی مرحله تصویب این دسته از قوانین، تصویب آنها توسط مجلس شورای اسلامی است که بر طبق رویکرد صلاحیت تقنینی از نوع مردمی - الهی، مکلف به قانون گذاری در چارچوب و اصول کلی است که از سوی خداوند نازل می شود (تمیمی، ۱۳۸۶: ۳۸۳). مصحح دوم مرحله تصویب را می توان مستند به اصل ۹۴ در نظارت شورای نگهبان یافت؛ «کلیه مصوبات مجلس شورای اسلامی باید به شورای نگهبان فرستاده شود...»، بنابراین مصوبات مجلس، از جمله مصوبه قانون آزمایشی باید به تأیید شورای نگهبان برسد.

۳-۲-۲. مغایرت با اصل منع تفویض اختیار

اصل عدم تفویض قانون‌گذاری بدین معناست که قانون‌گذار نمی‌تواند اختیار وضع قانون را با تمام آثار و خصایص، به دولت یا سایر نهادهای دولتی و غیردولتی تفویض کند (لاک، ۱۳۷۹: ۱۸۹؛ کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۲: ۸۴). در موارد خلاف اصل (یا خلاف عام یعنی تخصیص یا خلاف اطلاق یعنی مقید)، دلیل خلاف باید منقح و روشن باشد (بجنوردی، ۱۴۰۱ق، ج ۱: ۳۶۴) تا حدود و ثغور اصل رعایت شود.

می‌توان گفت که صرف خروج از اصل، دلیل بر ایراد و اشکال تقنین آزمایشی نیست، زیرا ضرورت موجود در وضع قوانین آزمایشی، مقنن را بر آن داشته است تا از حکم اولیه عدول کند. معنای مشابهی که در مفاهیم فقهی برای این امر وجود دارد، تغییر حکم اولی به واسطه عناوین ثانوی موردنظر است. عنوان ثانوی، در مقابل عنوان اولی است و به عنوان و وصفی می‌گویند که برای موضوعات و اشیاء با ملاحظه آنچه خارج از ذات آن‌ها به‌شمار می‌آید، ثابت می‌شود؛ مانند عناوینی چون عسر و حرج، ضرر (مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، ۱۳۸۹: ۵۹۵). از این رو احکام کلی شریعت، قوانینی ثابت و دائمی است و تغییر در آن‌ها راه ندارد، مگر با عروض عناوین ثانوی که مستلزم حکم ثانوی موقت است. وظیفه حکومت اسلامی فقط اجرای این قوانین ثابت است و خود حق قانون‌گذاری در این حوزه را ندارد، امام در مقام اجرای احکام شریعت یا برای اداره امور جامعه حق دارد در محدوده احکام ثابت شریعت و براساس آن‌ها، مقررات لازم را وضع کند که این مقررات مجموعه قوانین متغیر را تشکیل می‌دهد. موضوعاتی شایسته قاعده‌گذاری موقت و آزمایشی است که از حساسیت خاص اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی برخوردار بوده و قانون‌گذار در پی تحلیل افکار عمومی باشد. همچنین موضوعی جدید باشد که در نظام حقوقی کشور فاقد سابقه حقوقی است. مستند به نص صریح قانون اساسی در اصل ۷۱، حق قانون‌گذاری مختص به مجلس شورای اسلامی است و باید گفت تفویض اختیار برخی از موارد قانون‌گذاری و قوانین آزمایشی از باب عناوین ثانوی بوده و تشخیص این امر با مجلس شورای اسلامی است که این عناوین را تشخیص دهد و با توجه به آن اقدام به تفویض اختیار کند.

۳-۲-۳. مغایرت با اصل تفکیک قوا

اصل تفکیک قوا مبنای استمرار قدرت و فعالیت قوه مقننه است، چراکه تقسیم کار و ایجاد نظم و عدم دخالت سایر قوا از اهداف اولیه این اصل است (علوی و صادقیان، ۱۳۸۹: ۱۵). نظریه تفکیک قوا توسط جان لاک تئوریزه و با بسط آن توسط منتسکیو به نظریه‌ای برجسته در

سیاست تبدیل شد. طبق این نظریه باید قوای اصلی یعنی قوای قانون گذاری، اجرایی و قضایی را به نهادهای متعدد و متفاوت واگذار کرد. هدف اصلی تفکیک قوا به عنوان یکی از ارکان دموکراسی، جلوگیری از استبداد و خودکامگی و تمرکز قدرت است (بشیریه، ۱۳۸۴: ۲۴۱)، نظریه ای که برخی علما چون نائینی بدان تصریح دارند (نائینی، ۱۴۲۴ق: ۱۳۸).

مفهوم شکلی دموکراسی، ناظر بر تفکیک قوا و حاکمیت قانون است (Glasius, Kaldor & Anheier, 2005: 12 یکی از مهم ترین توجیحات این نظریه، این است که حاکمیت به مردم تعلق دارد، اما از آن جا که ملت نمی تواند آن را اجرا کند، به دیگری نمایندگی می دهد (اسدآبادی، ۱۳۹۵: ۱۱۵). در هیچ یک از اصول قانون اساسی، واژه تفکیک قوا تصریح نشده است، اما از مشروح مذاکرات قانون اساسی، پیداست که این اصل، مورد توجه قانون گذار اساسی بوده است (فاضلی، ۱۳۹۱: ۲۶). مطابق اصل ۵۷ قانون اساسی، قوای حاکم در جمهوری اسلامی را قوه مقننه، قوه مجریه و قوه قضاییه می داند که زیر نظر ولایت مطلقه فقیه، امر و امامت امت را اعمال می کنند (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۵، ج ۱: ۳۵۴) و این قوا مستقل از هم هستند. بر این اساس اصل تفکیک قوا در ایران پذیرفته شده و بر استقلال قوا نیز تصریح شده است. قوه مقننه بر اساس اصل تفکیک قوا، قوه ناظر و قانون گذار است، و قوای دیگر حق دخالت در اختیارات و وظایف آن را ندارند. با وجود این شورای نگهبان در آرای مختلفی تقنین غیر مجلس را مخالف اصل ۸۵ قانون اساسی قلمداد کرده است. شورای نگهبان در این آرا قوانین و مقرراتی صورت گرفته توسط دولت را نقض کرده است، چراکه تقنین دولت را مغایر با اصل تفکیک قوا و برخلاف مجرای اصل ۵۸ قانون اساسی دانسته است. برخی از این ایرادات از این قرار است:^۷

۱. بند ۱ نظر مورخ ۱۳۷۷/۳/۱۰ در خصوص طرح تشکیل شورای عالی اشتغال. شورای نگهبان در بند مزبور اعلام کرده است: «بخشی از هدف و وظایف مذکور در مواد ۳ و ۴ طرح از مقوله تقنین است...، بنابراین با اصل ۸۵ قانون اساسی مغایر است» (مرکز تحقیقات شورای نگهبان: ۱۳۸۲، ج ۹: ۷۲۳).
۲. اصلاح قوانین امری تقنینی است و نمی توان آن را به غیر، تفویض کرد. چنانکه شورا در نظر شماره ۸۱/۳۰/۲۵۴ مورخ ۱۳۸۱/۲/۵ خود تفویض اختیار اصلاح قانون به دولت را مغایر اصل ۸۵ قانون اساسی اعلام کرده است: «با توجه به اینکه آیین نامه ایمنی انبارهای کالا مصوب ۱۳۵۲ به تصویب کمیسیون های مجلسین سنا و شورای ملی سابق رسیده است و قانون محسوب می شود؛ تفویض اختیار اصلاح آن به دولت، مغایر اصل ۸۵ قانون اساسی است».

۳. در بند ۱ نظر مورخ ۱۳۸۲/۸/۱۲ در خصوص لایحه تأسیس و نحوه اداره کتابخانه‌های عمومی کشور، اعلام کرد: «واگذاری وظایف و اختیارات به هیأت امنای کتابخانه‌های عمومی در ماده ۳ در مواردی که از امور تقنینی باشد، مغایر اصل ۸۵ است» (مرکز تحقیقات شورای نگهبان: ۱۳۸۲، ج ۷: ۱۰۷). از آنجا که در ماده مزبور طی ۷ بند وظایف متعددی به هیأت امنای واگذار شده بود، نمی‌توان گفت شورا کدام‌یک از موارد مزبور را قانون‌گذاری تلقی کرده است. همین ماده نیز با تغییر بسیار جزئی در قانون کنونی تأسیس و نحوه اداره کتابخانه‌های عمومی کشور وجود دارد، این تردید بیشتر می‌شود.

۴. اصل ۳۷ قانون اساسی به‌نوعی اصل قانونی بودن جرائم را پذیرفته است که طبق آن، تعیین جرائم از وظایف قانون‌گذار است. شورای نگهبان در نظر مورخ ۱۳۷۲/۱۱/۶ در خصوص طرح الحاق یک بند و ۳ تبصره به‌عنوان بند ۳ به ماده ۹۹ قانون شهرداری‌ها اعلام کرد: «ذیل تبصره ۲ که تعیین میزان جریمه را منوط به تصویب هیأت وزیران نموده، مغایر با اصل ۸۵ قانون اساسی شناخته شد» (مرکز تحقیقات شورای نگهبان: ۱۳۸۲، ج ۱۰: ۶۷۲).

۵. در نظر مورخ ۱۳۷۳/۱۲/۱۲ در خصوص لایحه وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین، قسمت ۲ ماده ۳۳ لایحه مزبور را بدین سبب که به وزارت کشور اجازه داده بود در تنظیم جرائم با توجه به مکان و زمان وقوع، نوع تخلف‌ها و میزان تأثیر آن در ایمنی و مختل ساختن امر عبور و مرور تفاوت قائل شود، مغایر اصل ۸۵ تلقی کرد (مرکز تحقیقات شورای نگهبان: ۱۳۸۲، ج ۱۰: ۶۷۲). هرچند ایراد مذکور در تفویض تصویب اساسنامه‌ها به دولت وجود دارد، می‌توان اذعان داشت که در خصوص قوانین آزمایشی چنین اشکالی وارد نیست، زیرا این تفویض داخلی محسوب می‌شود و واگذاری قانون‌گذاری به دیگری نیست و نیز طبق اصل ۸۵ قانون اساسی، مجلس برای اجرای این قانون باید مدت آزمایشی را تصویب کند و این امر ناشی از دخالت مجلس است، فارغ از آنکه این قانون در نهایت باید به تصویب مجلس برسد (ماده ۱۶۸ آیین‌نامه داخلی مجلس، مصوب ۱۳۷۹).

۳-۲-۴. خروج از محدوده اصل ۸۵ قانون اساسی

قانون اساسی، شرط لازم در فرایند قانون‌گذاری دموکراتیک است (Golash, 2010: 5). از اهداف مهم تدوین قانون اساسی، تعیین وظایف و اختیارات قوای حاکم بوده است (دبیرنیا، ۱۳۹۳: ۱۶۱). ایراد دیگر وارد بر قوانین آزمایشی، پایبند نبودن به شروط و حدود اصل ۸۵ قانون اساسی است. اصل ۸۵ قانون اساسی در مقام تبیین اصل منع تفویض و تشریح تقنین آزمایشی به چهار مورد مهم اشاره می‌کند:

۱. اصل قائم به شخص بودن سمت نمایندگی؛
 ۲. اصل عدم تفویض اختیار قانون گذاری؛
 ۳. امکان تفویض تصویب قوانین آزمایشی به کمیسیون های داخلی مجلس؛
 ۴. امکان تفویض تصویب دائمی اساسنامه سازمان ها، شرکت ها، مؤسسه های دولتی یا وابسته به دولت به کمیسیون های داخلی یا دولت.
- به نظر می رسد مهم ترین ایراد در خصوص قوانین آزمایشی که نتیجه آن، می تواند کثرت قوانین آزمایشی باشد، خروج از محدوده اصل مذکور است. به همین علت جا دارد از منظر حقوقی و فقهی بررسی شود.
- اصل ۸۵ یک مستثنی منه دارد: «سمت نمایندگی قائم به شخص است و قابل واگذاری به دیگری نیست»، استثنای آن متصل است؛ «ولی در موارد ضروری می تواند اختیار وضع بعضی از قوانین را... به کمیسیون های داخلی خود تفویض کند». آنچه را که در این اصل مورد اشاره قرار گرفت، می توان در موارد زیر خلاصه کرد:
۱. قانون گذاری وظیفه مجلس شورای اسلامی است. براساس مفهوم مخالف ماده ۱۶۸ آیین نامه داخلی مجلس و اصل ۸۵ قانون اساسی، مجلس نمی تواند اختیار قانون گذاری را به دیگری واگذار کند. این دو مسئله هر دو حکم است و مجلس حق سلب آن ها را از خود ندارد، اما در اجرای ذیل اصل ۸۵ قانون اساسی مجلس می تواند تصویب دائمی اساسنامه های سازمان ها، شرکت ها و مؤسسات دولتی را به کمیسیون ها یا دولت واگذار کند. به این امر در ماده ۱۶۸ آیین نامه داخلی مجلس اشاره شده است.^۸ در این مورد اشکالی متوجه تقنین آزمایشی نیست.
 ۲. شأن تصویب آزمایشی قانون ضرورت است که در استثنای این اصل بدان اشاره شده است. هر چند مقنن شرایط استثنا را رعایت کرده، اما در مقام عمل شبیه به استثنا مستغرق شده است (ترحینی العاملی، ۱۴۲۷ق، ج ۷: ۵۳۶). رسمیت تقنین آزمایشی براساس اصل ۸۵ قانون اساسی است که خود این شیوه تقنین استثنایی محسوب می شود و بر طبق قواعد اصولی لازم است، موارد خلاف اصل به تصریح شارع و قانون گذار برسد و چنانچه موردی مشکوک باشد، تحت اصل باقی می ماند (موسوی خویی، ۱۴۱۹ق، ج ۳: ۵۱۰). از این رو اصل ۸۵ قانون اساسی، تنها در مقام ضرورت و به کمیسیون های مجلس واگذار می شود و مطابق رویه نظارتی شورای نگهبان، ضرورت مطرح در این اصل به معنای ضرورت تفویض تصویب قوانین آزمایشی و نهاد تشخیص دهنده ضرورت، خود

- مجلس شورای اسلامی است و از نظر شورای نگهبان، ضرورت در مواردی حاصل می‌شود که الزاماتی در نظم حقوقی کشور مانند خلأ قانونی وجود داشته باشد.
۳. کمیسیون‌های داخلی مجلس واضع این قوانین هستند و هیچ مرجع دیگری چنین حقی ندارد. مقنن نیز با هوشیاری کامل در مورد کمیسیون‌ها از عبارت «وضع» استفاده کرده است که بیانگر آن است که وضع قبل از تصویب قانون است، زیرا در عبارت پایانی اصل، تصویب نهایی را منوط به تصویب مجلس کرده است. بنابراین از این نظر هم خدشه‌ای به تقنین آزمایشی وارد نیست.
۴. بر طبق اصل ۷۲ قانون اساسی، باید نظارت شورای نگهبان بر مصوبه آزمایشی رعایت شود. تأکید مقنن اساسی، به منظور رعایت تشریفات و احتیاط بوده است. در این خصوص نیز مصوبه آزمایشی به نظارت شورای نگهبان می‌رسد و اشکالی پدید نمی‌آید.
۵. بیان مدتی که مجلس برای دوره آزمایشی در نظر می‌گیرد، لازم است. ایراد مهم وارد بر تقنین آزمایشی، این است که پایبند نبودن به مدت مذکور در قانون و تمدید چندباره معضلی را در نظام حقوقی کشور ایجاد کرده است.
۶. تصویب نهایی این قانون با مجلس است. مشارکتی که مجلس در نهایت برای تصویب قانون آزمایشی در نظر دارد، معمولاً صوری است که این امر نیز اشکال دیگری بر این قوانین است.
۷. در اصل ۸۵ قانون اساسی عبارت «در بعضی قوانین» حاکی از آن است که تقنین آزمایشی عمومیت و شمول ندارد؛ امری که بارها توسط قانون‌گذار نقض شده است و گاهی مجلس شورای اسلامی، فلسفه این‌گونه قوانین را فراموش کرده و وظیفه اصلی خود را که قانون‌گذاری باشد، به تقنین آزمایشی تفویض کرده است. در حالی که اصل ۸۵ قانون اساسی صراحت دارد که وظیفه اصلی مجلس، قانون‌گذاری است و مجلس نمی‌تواند اختیار قانون‌گذاری را به شخص یا هیأتی واگذار کند.

۳-۲-۵. مغایرت با ویژگی‌های مجلس

وضع قوانین آزمایشی در کمیسیون‌های داخلی مجلس با برخی ویژگی‌های مجلس مانند جمعی و اکثری بودن مجلس و نیز شفافیت مجلس همخوانی ندارد. در ذیل به تبیین این دو ویژگی می‌پردازیم:

۱. مغایرت با ویژگی جمعی بودن مجلس

قانون نماد اراده عمومی و ملت است، مردم با انتخاب نمایندگان این اراده را به آنان تفویض می‌کنند و این صلاحیت نه برای برخی نمایندگان، بلکه برای تمام آنان ثابت است (نظرپور، ۱۳۸۹: ۱۵۹)،

بنابراین اراده ملی در نمایندگی و قانون جلوه می‌کند (گرچی از ندریانی، ۱۳۹۵: ۸۶۲) و قانون اساسی، صلاحیت مشترک نمایندگان را با مشارکت در امور مجلس مقرر داشته است و نمی‌توان صلاحیت مستقلاً را برای آنان قائل شد (ساعدوکیل و عسکری، ۱۳۸۸: ۳۶۳). این در حالی است که قانون آزمایشی مصوب کمیسیون‌ها از آراء و نظرات ۱۵ تا ۲۰ نفر برخوردار است، با اینکه امکان استفاده از نظرات، ایده‌ها و اصلاحات ۲۹۰ نفر از نمایندگان ملت وجود داشت. در پاسخ این ایراد بیان شده است که وقتی مجلس اجرای موقت قانون را معین می‌کند، در جریان مصوبه قرار می‌گیرد (مدنی، ۱۳۸۰، ج ۳: ۱۸۱)، اما این پاسخ رد می‌شود، زیرا مشارکت مذکور واقعی نیست و مجلس فقط به کلیات مصوبه توجه دارد.

۲. مغایرت با ویژگی شفافیت مجلس

دسترسی آزادانه شهروندان به اطلاعات در تحقق شفاف بودن کنش‌های حکومت مؤثر است. هرچه دسترسی به اطلاعات در یک نظام دشوار باشد، به همان نسبت از شفافیت در آن نظام کاسته می‌شود (نمک‌دوست تهرانی، ۱۳۸۳: ۲۸). از دموکراسی به حکومت مشارکت تعبیر می‌شود و روشی در حکومت و مبتنی بر اراده ملت و شروع آن، احترام به حق رأی مردم است (اسدآبادی، ۱۳۹۵: ۱۴-۱۵). شفافیت پارلمان یعنی تقنین در دید همگان صورت پذیرد، بنابراین پنهان‌کاری دشمن دموکراسی بوده و می‌تواند به بی‌خبری گسترده مردم از مسائلی که مورد علاقه آنان است، بینجامد (یزدانی زنونز، ۱۳۸۸: ۲۸۰). علنی بودن جلسات مجلس، حاکی از آن است که مردم از نحوه عملکرد نمایندگان خود، آگاهی داشته باشند (هاشمی، ۱۳۸۲، ج ۲: ۱۱۳) و با اطلاع از روند مصوبات، مفاد قانون را برای آنان قابل درک‌تر و اجرای آن را تسهیل می‌کند و دموکراسی معاصر را بیشتر محقق می‌سازد (ساعدوکیل و عسکری، ۱۳۸۸: ۳۴۳)؛ امری که نتیجه آن در دوره‌های بعدی مشخص می‌شود، زیرا انتخاب مجدد آنان در دوره بعدی به این عملکرد بستگی دارد. در قانون اساسی جمهوری اسلامی در اصل ۶۹ این امر مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته است: «مذاکرات مجلس شورای اسلامی باید علنی باشد و گزارش کامل آن از طریق رادیو و روزنامه رسمی برای اطلاع عموم منتشر شود...»، این در حالی است که قوانین آزمایشی در کمیسیون تخصصی مجلس با حضور تعدادی از افراد^۹ و بدون حضور رسانه‌ها و شهروندان به تصویب می‌رسد و این امر با شفافیت پارلمان و دموکراسی، منافات دارد.

۳-۲-۶. کثرت تقنین قوانین آزمایشی

ایراد مهم در تقنین آزمایشی، افراط قانون‌گذار در تصویب این‌گونه قوانین است، از ابتدای تأسیس مجلس شورای ملی، تقنین آزمایشی مورد توجه قرار گرفته است؛ امری که در همان

ابتدا به کمیسیون پارلمان عدلیه تفویض شده است. این رویه در سال ۱۳۲۹ق با تصویب «قانون اصول تشکیلات عدلیه و محاضر شرعیه و حکام صلحیه» ادامه پیدا کرد. سپس «قوانین موقتی اصول محاکمات حقوقی» به تصویب کمیسیون قوانین عدلیه رسید. در همین سال برای اولین عنوان موقتی بودن در عنوان قانون و عنوان آزمایشی بودن در متن قانون استعمال شد (محسنی، ۱۳۵۴، ج ۱: ۴۶). آیین دادرسی کیفری تحت عنوان «قوانین موقتی محاکمات جزایی» در سال ۱۳۳۰ق به تصویب رسید و در سال ۱۳۳۲ق در مجلس سوم «قانون تجارت» در ۶۲ ماده به تصویب کمیسیون عدلیه رسید (آشوری، ۱۳۷۸: ۵۶). تفویض اختیار قانون‌گذاری همچنان ادامه داشت تا اینکه مجلس در سال ۱۳۳۱ق با تصویب قانون مربوط به «اختیارات به جناب دکتر مصدق» حق قانون‌گذاری داده شد (مدنی، ۱۳۸۰، ج ۱: ۴۹۴). بعد از انقلاب، مقنن قانون اساسی متوجه این مطلب بود و با درج اصل ۸۵ قانون اساسی، راه را برای تفویض اختیار مجدد بست، اما استثنای این اصل سبب شد بارها قوانین آزمایشی به خصوص قوانین جزایی تصویب شود. به نظر می‌رسد این عیب بر قوانین آزمایشی وارد است، زیرا اگر منع تفویض اختیار به عنوان یک اصل مورد قبول سیستم قانون‌گذاری کشور واقع شود، خروج از این اصل تخصیص اکثر است و قانون‌گذاری کشور و نظام حقوقی حاکم بر جامعه را دچار اختلال می‌کند، چراکه تصویب چندباره در قالب یک حالت استثنا چیزی جز زیر سؤال بردن اصل منع تفویض اختیار قانون‌گذاری نخواهد بود.

۳-۲-۷. مغایرت با ثبات و دوام قانون

یکی از ایرادات قوانین آزمایشی، مغایرت با ثبات و تداوم قانون است. قانون برای رسیدن به غایت خود، نیازمند ثبات و پایداری در اجراست (افلاطون، ۱۳۸۰، ج ۴: ۲۳۹). تداوم و استمرار، طبع اولیه قانون و خصیصه‌ای است که از سرشت عمومیت و کلیت قانون ناشی می‌شود (ساکت، ۱۳۸۷: ۳۳۲)، چه اینکه تنها در سایه استمرار و تعدد اجرای قانون افراد قادرند از قبل، آثار اعمال خود را پیش‌بینی کنند و بدانند که چه قواعدی شامل حالشان می‌شود (صانعی، ۱۳۸۱: ۱۸۹-۱۹۰). از سویی قانون با وجود نیاز به ثبات نسبی (موحد، ۱۳۸۴: ۲۵۲) به منظور مطابقت با شرایط زمانی که از آن به پویایی قوانین تعبیر می‌شود، لازم است تغییر کند (موراوتز، ۱۳۸۷: ۳۷). در جواب این اشکال باید گفت این ویژگی نیز همانند بسیاری از پدیده‌ها، نسبی است و در مقابل تغییرات دائمی و زودگذر به کار می‌رود که با تزلزل در قابلیت اجرای قوانین، مردم را از ترسیم برنامه بلندمدت زندگی خود ناتوان می‌گرداند. برخی پژوهشگران در تحلیل اثبات اصل دوام و استمرار اعتبار قانون برآمده‌اند و در این مقام از اصول کلی حقوق، یاری

گرفته‌اند. این برداشت که قانون باید دائمی بوده و ثبات داشته باشد و هیچ‌گاه تغییر نکند، اشتباه است، زیرا مفهوم قانون دائمی یا ثابت به معنای اعتبار آن الی الابد نیست، بلکه به معنای آن است که قانون برای مدت معقولی لازم‌الاجرا بماند تا عیوب آن پس از اجرا در مدت مدیدی شناخته شده و برطرف شود (مدنی، ۱۳۸۰، ج ۳: ۴۲۵)، زیرا تغییرات پی‌درپی قانون موجب می‌شود که فرد تابع نتواند اعمال خود را با آن تطبیق دهد و نوعی بی‌نظمی را رواج می‌دهد که با طبع حقوق مخالف است (کلی، ۱۳۸۸: ۶۰۰). از منظر فقهی، می‌توان مخالفت یا عدم مخالفت موقتی بودن قانون آزمایشی با مبانی و احکام شرعی را تبیین کرد. برخی از قوانین شرع از این خصیصه برخوردارند. در احکام فقهی، گاهی شرایطی برای شارع مقدس به‌وجود می‌آید که ضرورت وضع قانون موقت لازم است، مانند قانون زمان جنگ و احکام نزولی‌التدریج (صدر، ۱۴۰۸ق: ۳۴)، همچنین حاکم اسلامی می‌تواند با توجه به قاعده اهم و مهم و لحاظ مصالح مسلمانان و رایزنی با اندیشمندان و صاحب‌نظران، حکم به تقدیم یکی (اهم) بر دیگری (مهم) دهد و اجرای آن را به‌طور موقت، تعطیل کند (جوادی آملی، ۱۳۸۹: ۲۴۶). منطقه‌الفراغ حوزه‌ای از شریعت اسلامی است که به‌سبب ماهیت متغیر آن احکام موضوعات و عناوینی می‌توانند متغیر باشد و جایی است که از جانب شارع توسط حاکم پیشتر اشغال نشده باشد (صدر، ۱۴۱۷ق، ج ۴: ۷۶). از آن‌جا که ملاک و مبنای صدور احکام ولایی، مصالح عمومی است، طول مدت اعتبار آن تا بقای ملاک و مبنا یا همان مصالحی است که حکم حکومتی بر آن بنا شده است (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۹ق: ۲۶۹) که برخی این مصالح موقتی را همان حوادث واقع یا مصالح مقتضیه نامیده‌اند (معرفت، ۱۳۷۷: ۱۷۴). این ویژگی را می‌توان تداوم نسبی یا موقتی بودن حکم حکومتی دانست. از آن‌جا که تغییر جزء ذات قانون آزمایشی است، می‌تواند با روایتی چون «حلال محمد حلال الی الیوم القیامه...» در تعارض باشد، اما با تصحیح فقهی فرایند تقنین آزمایشی در مرحله تفویض به‌واسطه تطبیق با تغییر حکم اولیه با عناوین ثانوی و در مرحله تصویب با نظارت فقهی شورای نگهبان می‌توان قانون آزمایشی را از منظر فقهی تأیید کرد.

۳. تمدید اجرای قوانین آزمایشی

قانون‌گذار با انتخاب گزینه تمدید همچنان به ابهام خود ادامه می‌دهد و در عمل اظهار می‌دارد که فرصت تعیین‌شده‌ای که به اتمام رسیده، برای سنجش کامل قانون موردنظر کافی نبوده است. پیچیدگی و خاص بودن موضوع، عملکرد ضعیف نهاد ارزیابی‌کننده، ارائه نامطلوب تحلیل نهایی یا سیاسی بودن موضوع می‌تواند از دلایل تمدید به‌حساب آید. باید در نظر داشت

که تمدید بیش از یک بار توجیه‌پذیر نیست و می‌تواند بیانگر مشکلات ساختاری در شیوه تقنین یا ارزیابی باشد (آگاه، ۱۳۸۹: ۶۰). از طرفی با توجه به نص اصل ۸۵ قانون اساسی، وقتی مجلس قانونی را برای مدت معین به صورت آزمایشی قابل اجرا می‌داند، مفهوم مخالف این است که پس از انقضای مدت چنین قانونی قابلیت اجرا ندارد و ادامه اجرا با اصل مذکور در تضاد خواهد بود، بنابراین صحیح آن است که قوانین آزمایشی منقضی شده فقط در زمان مصرح در متن، حاکم باشد (مختاری، ۱۳۹۷: ۱۳۶). از سوی دیگر با اینکه قانون آزمایشی مطابق فلسفه قانون‌گذاری آزمایشی بوده و مطابق با تبصره ۲ ماده ۱۶۸ آیین‌نامه داخلی مجلس، پس از انقضای مدت، اعتباری ندارد، می‌توان نتیجه گرفت که به منظور حفظ نظم و حقوق و آزادی‌های بنیادین و تأمین آسایش و امنیت عمومی، تمدید قانون آزمایش بلامانع باشد (ولیدی، ۱۳۷۲: ۱۴۵). در عمل تمدید مدت اعتبار قانون آزمایشی توسط شورای نگهبان پذیرفته شده است، مانند اعتبار قانون آزمایش مجازات اسلامی برای چندین دوره.

نتیجه گیری

مقنن در ایران از زمان تشکیل شورای ملی از قانون آزمایشی استفاده بسیاری کرده و عنوان قانون آزمایشی اولین بار در قوانین موقتی اصول محاکمات جزایی مصوب ۱۳۳۰ق آورده شده است. قانون اساسی با دید استثنا و خلاف اصل به این نحو تقنین توجه دارد، اما رویه جاری به گونه‌ای است که این امر از حالت استثنا به حالت عادی و اصل مبدل شده است. نتایج این پژوهش به قرار ذیل است:

۱. برای تقنین آزمایشی که در نظام حقوقی کشور ما جریان دارد، ضرورت عنصری مهم برای وضع و تصویب این گونه قوانین است. ضرورت زمانی حاصل می‌شود که کشور در شرایط اجتماعی، سیاسی و فرهنگی خاصی باشد یا همانند ابتدای انقلاب کشور در بحران جنگ تحمیلی باشد، اما در عمل مشاهده می‌شود که با گذشت قریب به چهل سال از عمر انقلاب، ضرورت مذکور پایان نیافته است؛ گویی تمام این سال‌ها کشور در وضعیت خاص و ضرورت بوده است، بنابراین نه از نظر حقوقی و نه از نظر فقهی ضرورت مذکور در اصل ۸۵ رعایت نشده است.

۲. تفویض اختیار در بعضی از قوانین است؛ این در حالی است که مجلس به این شرط نیز پایبند نمانده است و بسیاری از قوانین کشور، به خصوص قوانین کیفری که از اهمیت ویژه‌ای برخوردارند و رابطه عمیقی با افراد، اموال و عرض آنان دارند، به روش آزمایشی تصویب شده است. از این رو مقنن جمهوری اسلامی مستثنی‌منه موجود در صدر اصل ۸۵ را رها کرده و اخذ

به مستثنا کرده است. در حالی که بر طبق قواعد ادبی و اصولی تخلف از این اصل قبیح است، از آن جهت که نام نهادن این امر به اصل دیگر وجهی ندارد.

۴. اشکال اساسی به این نحو تقنین را باید در تمديد چندباره همان قانون آزمایشی مصوب کمیسیون دانست؛ امری که نظام حقوقی کشور را متزلزل می‌کند و نتیجه آن سیستم حقوقی بی‌مبنا خواهد بود. این در حالی است که نظام حقوقی یک کشور بر اعتبار آن کشور می‌افزاید. ۵. کاهش تورم کیفری، افزایش کارآمدی قوانین، پاسخ‌های جامعه به تردیدهای مقنن و کاهش تنش‌های اجتماعی در برابر قانون را می‌توان از مزیت‌های این گونه تقنین به‌شمار آورد. از آن‌جا که قوانین کیفری، رابطه تنگاتنگی با زمان و تحولات اجتماعی دارد، این تحولات در تقنین نیز تأثیر دارد و از آن‌جا که تقنین آزمایشی مهلت محدودی دارد، برخلاف قوانینی که عمری ده‌ها ساله دارند، این امر در آن رعایت شده است؛ بنابراین در حال حاضر بهترین روش تقنین محسوب می‌شود.

۶. ارزیابی خصیصه دیگر قوانین آزمایشی است که عنوان آزمایشی حاکی از این مطلب است، به این معنا که قانون‌گذار علاوه بر تصویب قانون آزمایشی برای رفع تکلیف موجود کشور سنجش آن قانون را مدنظر دارد، در صورت اشتباه بودن با تغییر و در صورت غلط بودن با اصلاح و در صورت مفید بودن با ارائه مجدد آن جامعه را مغتنم سازد، اما نه تنها ارزیابی قانون آزمایشی صورت نمی‌گیرد، بلکه تمديد چندباره آن و فقدان نهادی برای ارزیابی، تقنین آزمایشی را به معضلی برای کشور تبدیل کرده است. راقم سطور با پذیرفتن قانون آزمایشی به‌عنوان یک قانون‌گذاری استثنا، برای حل ایرادات و اشکالات آن پیشنهادهای ذیل را مطرح می‌کند:

- استفاده استثنایی از اصل ۸۵ در قانون‌گذاری و در صورت به تصویب رسیدن قانون جامع و نهایی، نسخ کردن آن؛
- علنی بودن جلسات کمیسیون و انتشار کامل مشروح مذاکرات هنگامی که وضع و تصویب یک قانون آزمایشی در میان است؛
- تمديد چندباره یک قانون بیانگر ضعف قانون‌گذاری است، با عدم تمديد بیش از یک بار به تنظیم و تعدیل نظام حقوقی کشور کمک شایانی می‌شود؛
- پایبندی قانون‌گذار به مدت پیشنهادی اجرای آزمایشی قانون مصوب کمیسیون‌ها؛ بعد از اتمام مدت اجرای آزمایشی، نهادی برای ارزیابی قانون آزمایشی تشکیل شود و نقاط قوت و ضعف آن به سمع نمایندگان و کمیسیون‌های مجلس برسد.

یادداشت‌ها

۱. مواردی که در پیشینه پژوهش به آن اشاره شد عبارت‌اند از:

- وکیلان، حسن، گفتارهایی در قانون و قانون‌گذاری، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۰.
- آگاه، وحید، جایگاه قوانین آزمایشی در حقوق عمومی ایران و فرانسه، رساله دکتری، دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۹.
- مختاری، عبدالله، بررسی فقهی و حقوقی قوانین آزمایشی در امور کیفری، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید مطهری، ۱۳۹۷.

۲. ماده ۷۲ قانون اساسی فرانسه بیان می‌دارد: «در شرایطی که به‌واسطه قانون بنیادی مقرر می‌شود، به‌جز در مواردی که شرایط اساسی اجرای یک آزادی عمومی یا یک حق تضمین‌شده توسط قانون اساسی نقض شود، هریک از واحدهای قلمرو یا زیرمجموعه‌های آن‌ها می‌توانند مطابق مورد با وضع قانون یا مقررات به‌صورت آزمایشی برای موضوع و مدتی محدود، قوانین یا مقررات مربوط به صلاحیت و اداره خود را نادیده بگیرند».

3. Decrets- lois

4. Ordonnance

۵. بیش از ۱۰ مورد قانون در مورد انتخابات‌های انتخابی حکومت، بیش از ۱۰ مورد قانون در خصوص مواد مخدر، ۹ مورد قانون در امور تعزیرات حکومتی و ۱۱ مورد قانون درباره تخلفات اداری تصویب شد. در بعضی موارد با تصویب قانون جدید، قانون قدیم نسخ شده است، اما باید توجه داشت که با وجود نسخ قانون قدیم به لحاظ رعایت «اصل هر جرمی تابع قانون زمان وقوع است»، قوانین منسوخ نیز آثار نامطلوب تورم کیفری را بر جای خواهند گذاشت. به‌علاوه در بسیاری از موارد قانون جدید، به نسخ یا عدم نسخ قانون سابق اشاره نکرده و این امر موجب تفسیر گوناگون و متعارض، توسط قضات شده است. برای نمونه می‌توان اختلاف در نسخ یا عدم نسخ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۵۲، در زمان حاکمیت قانون تعزیرات مصوب ۱۳۶۲ را ذکر کرد (شهری و ستوده جهرمی، ۱۳۷۳، ج ۱: ۲۳۱).

۶. ماده ۳۳ آیین‌نامه داخلی مجلس اصلاحی ۱۳۹۱/۲/۳۰ در مقام شرح وظایف کمیسیون‌های مجلس در خصوص قانون آزمایشی در بند ۲ مقرر می‌دارد: «بررسی و تصویب آزمایشی طرح‌ها و لوایح و همچنین تصویب دائمی اساسنامه سازمان‌ها، شرکت‌ها و مؤسسات دولتی یا وابسته به دولت طبق اصل هشتادوپنجم».

۷. برای اطلاع از آراء، رک: مختاری، ۱۳۹۷: ۲۱.

۸. ماده ۱۶۸ آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی اصلاحی ۱۳۸۷/۹/۲۶ مقرر می‌دارد: «در مواردی که مجلس ضروری تشخیص دهد، طبق اصل ۸۵ قانون اساسی اختیار تصویب آزمایشی بعضی از قوانین را که جنبه دائمی دارند به کمیسیون‌های خود و تصویب دائمی اساسنامه سازمان‌ها، شرکت‌ها، مؤسسات دولتی یا وابسته به دولت را به کمیسیون‌های خود یا به دولت تفویض می‌کند».

۹. البته شایان ذکر است در آیین‌نامه داخلی مجلس مصوب ۱۳۷۹ بین حداقل ۱۹ و حداکثر ۲۳ نفر عضو ذکر شده است، اما این قانون در اصلاحیه ۱۳۸۷ اصلاح شد، هرچند مشکل تعداد برطرف نشده و رأی اکثریت نسبی، ملاک عمل قرار گرفته است.

منابع

الف: فارسی و عربی

۱. اسدآبادی، طیبه (۱۳۹۵)، نظام دموکراتیک مبتنی بر قانون اساسی و مفهوم مشروعیت، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشکده قم، دانشگاه قم.
۲. آشوری، محمد (۱۳۷۸)، آیین دادرسی کیفری، تهران: سمت، چ چهارم.
۳. آگاه، وحید (۱۳۸۹)، جایگاه قوانین آزمایشی در حقوق ایران و فرانسه (مطالعه تطبیقی)، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبایی.
۴. ارسطو (۱۳۸۷)، سیاست، ترجمه حمید عنایت، تهران: امیرکبیر، چ پنجم.
۵. اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۴)، صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی، تهران: انتشارات مجلس، چ اول، ج ۲.
۶. اداره کل قوانین و تندنویسی مجلس شورای اسلامی (۱۳۸۱)، صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی، تهران: اداره کل امور فرهنگی و عمومی مجلس شورای اسلامی، چ دوم.
۷. افلاطون (۱۳۸۰)، مجموعه آثار افلاطون، ترجمه محمدحسن لطفی، تهران: خوارزمی، چ سوم، ج ۴.
۸. بشیریه، حسین (۱۳۸۴)، آموزش دانش سیاسی، تهران: نگاه معاصر، چ چهارم.
۹. پروین، خیرالله (۱۳۸۷)، «اختیارات و محدودیت‌های مجلس شورای اسلامی در امر قانون گذاری»، حقوق اساسی، سال پنجم، ش ۱۰.
۱۰. ترحینی العاملی، سید محمدحسین (۱۴۲۷ق)، الزبده الفقهیه فی شرح الروضة البهیة، قم: دار الفقه للطباعة و النشر، چ چهارم.
۱۱. تمیمی، رقیه (۱۳۸۶)، بررسی مفهوم آزادی، و قانون در اندیشه امام خمینی، جان لاک و منتسکیو، تهران: مؤسسه نشر آثار امام خمینی.
۱۲. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۹)، ولایت فقیه، قم: اسراء.
۱۳. جوان، موسی (۱۳۲۶)، مبانی حقوق، تهران: شرکت چاپ رنگین.
۱۴. حسینی زبیدی، محمد مرتضی (۱۲۰۵ق)، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت: نشر دار الهدایة.

۱۵. حاجی ده‌آبادی، احمد (۱۳۸۵)، «قانون مجازات اسلامی، پایان مدت آزمایشی و انتظارات»، *فقه و حقوق*، سال دوم، ش ۸.
۱۶. خانجانی موقر، حسن (۱۳۷۷)، *تفویض اختیار قانون‌گذاری در حقوق اساسی ایران*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز.
۱۷. خمینی موسوی، سید روح‌الله (بی‌تا)، *تحریر الوسیله*، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم، چ اول، ج ۱.
۱۸. دبیرنیا، علیرضا (۱۳۹۳)، *قدرت مؤسس؛ کاوشی در مبانی حقوق اساسی مدرن*، تهران: شهر دانش، چ اول.
۱۹. دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۸۵)، *فرهنگ متوسط دهخدا*، تهران: دانشگاه تهران، چ اول.
۲۰. راسخ، محمد (۱۳۸۴)، *بنیاد نظری اصلاح نظام قانون‌گذاری*، تهران: دفتر مطالعات حقوقی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، چ اول.
۲۱. رخشنده‌رو، علیرضا (۱۳۸۶)، *چگونگی ارزیابی آثار اجرایی قوانین و به‌کارگیری سیستم بازخورد*، در همایش یکصدمین سال قانون‌گذاری (مجموعه مقالات)، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، چ اول.
۲۲. زرنگ، محمد (۱۳۸۱)، *تحول نظام قضایی ایران*، تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی، چ اول، ج ۱.
۲۳. وکیل، امیرساعد و پوریا عسکری (۱۳۸۸)، *قانون اساسی در نظم کنونی*، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، چ سوم.
۲۴. ساکت، محمدحسین (۱۳۸۷)، *حقوق‌شناسی: دیاچه‌ای بر دانش حقوق*، تهران: ثالث، چ اول.
۲۵. سبحانی تبریزی، جعفر (۱۳۶۷)، *تهذیب الأصول (تقریرات درس امام خمینی)*، قم: دارالفکر، چ سوم.
۲۶. _____ (۱۴۱۹)، *مصادر الفقه الإسلامی و منابعه*، بیروت: دار الاضواء.
۲۷. شهری، غلامرضا و سروش ستوده جهرمی (۱۳۷۳)، *نظرات اداره حقوقی قوه قضائیه در زمینه کیفری*، تهران: روزنامه رسش، ج ۱.
۲۸. صانعی، پرویز (۱۳۸۱)، *حقوق و اجتماع*، تهران: طرح نو، چ اول.
۲۹. صدر، محمدباقر (۱۴۱۷ق)، *بحوث فی علم الاصول*، بیروت: دار الاسلامیه، چ اول، ج ۴.
۳۰. _____ (۱۴۰۸ق)، *مباحث الأصول*، قم: مطبعه مرکز النشر- مکتب الإعلام الإسلامی، ج ۴.

۳۱. صفایی، ابراهیم (۱۳۸۳)، دکتر احمد متین دفتری، تهران: نشر قطره، چ اول.
۳۲. فاینمن، ریچارد (۱۳۸۵)، تأثیر علم در اندیشه، ترجمه همایون صنعتی زاده، تهران: فرزانه روز، چ اول.
۳۳. فاضلی، حبیب الله (۱۳۹۱)، «استقلال قوا و سیاست خارجی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، بررسی های حقوق عمومی، سال اول، ش ۱.
۳۴. علوی، پرویز و نادعلی صادقیان (۱۳۸۹)، «ریشه های فکری اصل تفکیک قوا، اهمیت و دسته بندی نظام های سیاسی بر پایه ی تفکیک قوا»، فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰، ش ۲.
۳۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، فلسفه حقوق؛ منابع حقوق، تهران: شرکت سهامی انتشار، چ اول، ج ۱ و ۲.
۳۶. کلی، جان (۱۳۸۸)، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ، تهران: طرح نو، چ دوم.
۳۷. گرجی ازندریانی، علی اکبر (۱۳۹۵)، حقوقی سازی سیاست، تهران: خرسندی، چ اول.
۳۸. لاک، جان (۱۳۷۹)، رساله دوم درباره حکومت (آزادی فرد و قدرت دولت)، ترجمه محمود صناعی، تهران: هرمس.
۳۹. متیو، برتران (۱۳۹۱)، قانون، ترجمه مجید ادیب، تهران: میزان، چ اول.
۴۰. مدنی، سید جلال الدین (۱۳۶۶)، حقوق اساسی در جمهوری اسلامی، تهران: سروش، چ اول.
۴۱. _____ (۱۳۸۰)، تاریخ سیاسی معاصر ایران، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ اول.
۴۲. محسنی، مرتضی (۱۳۵۴)، کلیات حقوق جزا، تهران: انتشارات دانشگاه ملی سابق، چ اول.
۴۳. مجموعه اساسی (۱۳۹۱)، تهران: معاونت تدوین، تنقیح، و انتشار قوانین و مقررات معاونت حقوقی ریاست جمهوری، چ دوم.
۴۴. مختاری، عبدالله (۱۳۹۷)، بررسی فقهی و حقوقی قوانین آزمایشی در امور کیفری، پایان نامه کارشناسی ارشد فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه شهید مطهری.
۴۵. مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی (۱۳۸۹)، فرهنگ نامه اصول فقه، قم، چ اول.
۴۶. مرکز تحقیقات شورای نگهبان (۱۳۸۲)، مجموعه نظریات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی، دوره ی ششم، سال سوم، تهران: نشر مرکز تحقیقات شورای نگهبان، دادگستر، چ اول.

۴۷. مرکز تحقیقات شورای نگهبان (۱۳۸۵)، مجموعه نظریات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی (۱۳۸۴-۱۳۸۵)، تهران: دادگستر، چ اول.
۴۸. معرفت، محمدهادی (۱۳۷۷)، ولایت فقیه، قم: مؤسسه فرهنگی انتشاراتی التمهید، چ دوم.
۴۹. موحد، محمدعلی (۱۳۸۴)، در هوای حق و عدالت، از حقوق طبیعی تا حقوق بشر، تهران: کارنامه، چ سوم.
۵۰. موراوترز، توماس (۱۳۸۷)، فلسفه حقوق، مبانی و کارکردها، ترجمه بهروز جندقی، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چ اول.
۵۱. موسوی بجنوردی، سید محمد بن حسن (۱۴۰۱ق)، قواعد فقهیه، تهران: مؤسسه عروج، چ سوم، ج ۲.
۵۲. موسوی خویی (۱۴۱۹ق)، ابوالقاسم، دراسات فی علم الأصول (تقریر علی هاشمی شاهرودی) قم: مؤسسه دائرهالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، چ اول.
۵۳. موسوی زاده، رضا (۱۳۸۸)، «مفهوم مصلحت نظام و مرجع تشخیص آن در نظام قانون گذاری جمهوری اسلامی ایران»، مجله حقوق اساسی، سال ششم، ش ۱۱.
۵۴. مهرپور، حسین (۱۳۸۷)، مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: دادگستر، چ اول.
۵۵. میرزایی، اقبال علی (۱۳۹۳)، «تصویب مجدد قانون و پیامدهای آن»، فقه و حقوق اسلامی، ش ۹.
۵۶. میرکوهی، عبدالعلی (۱۳۹۸)، لایحه آیین دادرسی کیفری به زودی تصویب می شود، خبر مندرج در روزنامه شرق، سال پنجم، چهارشنبه، ۱۳۹۸/۱/۲۲، ش ۹۶۱.
۵۷. نائینی، محمدحسین (۱۴۲۴ق)، تنبیه الأمه و تنزیه المله، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چ اول.
۵۸. نظرپور، مهدی (۱۳۸۹)، آشنایی با قانون اساسی جمهوری اسلامی، قم: نشر معارف، چ دوم.
۵۹. نمک دوست تهرانی، حسن (۱۳۸۳)، «حق دسترسی آزادانه به اطلاعات و دموکراسی»، مطالعاتی و تحقیقاتی وسایل ارتباط جمعی، سال پانزدهم، ش ۳.
۶۰. نورایی، مهدی (۱۳۹۴)، تعدد مراجع قانون گذاری جمهوری اسلامی ایران، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی.
۶۱. وزیری، ناصر (۱۳۴۶)، جمهوری پنجم فرانسه و حکومت ژنرال دوگل و قانون اساسی ۱۹۵۸، تهران: اندیشه.

۶۲. وکیلان، حسن (۱۳۹۰)، *گفتارهایی در قانون و قانون گذاری (مجموعه مقالات)*، تهران: مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی، چ اول.
۶۳. ولیدی، محمد صالح (۱۳۷۲)، *حقوق جزای عمومی*، تهران: داد، چ اول، ج ۲.
۶۴. هاشمی، سید محمد (۱۳۸۲)، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: میزان، چ هفتم.
۶۵. یزدانی زنوز، هرمز (۱۳۸۸)، «نقش شفافیت در تقنین حکمرانی مطلوب»، *حقوق اساسی*، سال ششم، ش ۱۱.

ب: لاتین

66. Brian, Baugus; Feler Bose (2015), “**Sunset Legislation in the States: Balancing the Legislature and the Executive.**” Mercatus Research, Mercatus Center at George Mason University, Arlington.
67. Cottier, Bertil (1993), “**Les sunset Laws des lois expérimentales à la mode américaine**” in: Charles – Albert Morand, *Évaluation Législative Et Lois Expérimentales*, Universitaires D’Aix – Marseille.
68. Glasius, Marlies; Kaldor, Mary & Anheier, Helmut (2005), **Global Civil Society**, London: Sage.
69. Golash, Deirdre (2010), **Freedom of Expression in Diverse World**, London New York: Springer.

مسئولیت مدنی ناشی از نقض اعتماد به اعلام‌ها و تصمیمات دولت

حبیب طالب احمدی^{۱*}، علی رضائی^{۲**}، امیر حسین نقوی^{۳***}

۱. استادیار، گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران.

۲. استادیار، گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران.

۳. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران.

تاریخ دریافت: ۹۸/۱۱/۲۵ تاریخ پذیرش: ۹۹/۵/۴

چکیده

رشد همزمان دولت رفاه و جامعه اطلاعاتی، موجب دگرگونی ماهیت رابطه بین دولت و شهروندان شده است. تصمیم و اعلام‌های اداری در زندگی اشخاص، مؤثر بوده و مردم با اعتماد و اتکای به آن‌ها برنامه‌ریزی، اقدام و هزینه می‌کنند یا فرصت‌هایی را از دست می‌دهند. با عدول دولت از تصمیم یا اعلام‌های خود، تمام یا بخشی از برنامه‌ریزی، اقدام و هزینه اشخاص یا فرصت‌های ازدست‌رفته بیهوده و بی‌حاصل می‌شود. در چنین مواردی با اثبات تقصیر می‌توان حکم به جبران خسارت علیه دولت صادر کرد. مسئولیت دولت در مقابل شهروندان از نوع قهری و با احراز رابطه سببیت، دولت ملزم به جبران زیان است. در زیان‌های مستقیم، توجیه مسئولیت دولت دشوار نیست، اما در خصوص از دست دادن موقعیت‌ها و اقداماتی که با اتکا به تصمیم یا اعلام دولت انجام می‌گیرد و با عدول دولت از آن‌ها ممکن است به زیان شهروندان منجر شود، توجیه مسئولیت دولت دشوار، ولی ممکن به نظر می‌رسد. هدف مسئولیت مدنی ناشی از نقض اعتماد در راستای حمایت از انتظارات مشروع آن است که طرف زیان‌دیده حداقل در موقعیتی قرار گیرد که اگر چنین تصمیمی اتخاذ یا اعلامی از سوی دولت نبود، در آن موقعیت قرار داشت.

واژگان کلیدی: انتظارات مشروع، تصمیم دولت، خسارات اتکایی، عدول از تصمیم، مسئولیت دولت.

* Email: Talebahmadi@yahoo.co.uk

** Email: A-rezaei@shirazu.ac.ir

*** Email: Barrister.a.h.n@gmail.com

Civil Liability arising from Breach of Reliance to Government Announcements and Decisions

Habib TalebAhmadi ^{1*} & Ali Rezaei ^{2} & AmirHossein Naghavi ^{3***}**

1-Assistant Professor, Department of Islamic and Private Law, Faculty of Law and Political Sciences, Shiraz University, Shiraz, Iran.

2-Assistant Professor, Department of Islamic and Private Law, Faculty of Law and Political Sciences, Shiraz University, Shiraz, Iran.

3- PH. D Student of Private Law, Faculty of Law and Political Sciences, Shiraz University, Shiraz, Iran.

Abstract

The simultaneous growth of the state of welfare and information society has led to a shift in the nature of the relationship between the government and citizens. The administrative decisions and announcements are effective in people's lives, and people are planning and operating with trust and reliance on them or losing opportunities. With the government deviating from its decisions and announcements, all or part of planning, action and expense of people or missed opportunities will be wasted. In such cases, in case of proving fault, the government may be ordered to compensate. The government has coercive responsibility against citizens and by establishing a causal relationship, the government is obliged to compensate the damages. In direct damages, the government's responsibility is not difficult to justify but it is impossible to justify the government's responsibility, especially from the loss of opportunities and measures that have been made due to the government's decisions or announcements that might harm citizens. The purpose of the civil liability for breach of reliance in order to protect the legitimate expectations is to put the harmed party in a situation that if such a decision was not taken, the party would still remain in the same situation.

Keywords

Legitimate Expectations, Government Decision, Reliance Damages, Deviate from the Decision, Liability of the State.

* **Email** Talebahmadi@yahoo.co.uk

** **Email:** A-rezaei@shirazu.ac.ir

*** **Email:** Barrister.a.h.n@gmail.com

Corresponding Author

مقدمه

تصمیم و اعلام‌های دولت ممکن است موجب انتظاراتی برای شهروندان شود و اشخاص براساس این انتظارات هزینه‌هایی را انجام دهند یا برنامه‌هایی را طراحی کنند که عدول دولت از تصمیم یا اعلام، خلاف انصاف است. در جایی که شخص با اعتماد و اتکای به مجوز شورای شهر یا شهرداری در جهت ساخت‌وساز مناطق مسکونی اقدام به انعقاد قرارداد با پیمانکار و خرید مصالح می‌کند، اگر مرجع مذکور از تصمیم خود عدول کند یا آن را تغییر دهد، تعارضی میان اصل منافع عمومی که دولت نماینده آن است و رعایت عدالت به‌وجود می‌آید. بدین شرح که اگر مرجع صادرکننده مجوز اجازه ساخت‌وساز بدهد، این امر مغایر با سیاست جدید اتخاذ شده است که فرض بر این است که این سیاست براساس منافع عمومی گرفته شده است، اما اگر از صدور مجوز امتناع ورزد، انتظاراتی را که این اعلام برای شخص ایجاد می‌کند، برآورده نکرده و خسارات مالی زیادی به وی وارد می‌سازد. به‌منظور رعایت انصاف و حمایت از اعتماد و اطمینان عمومی به دولت، حمایت حقوقی از این انتظارات ضرورت دارد. ضمن اینکه مقامات دولتی و حکومتی نمی‌توانند به‌راحتی از اعلام‌ها یا هرگونه اظهار قبلی عدول کنند و آن را دستاویز خسارت به اشخاص قرار دهند.

اصل حاکمیت قانون در حقوق اداری ایجاب می‌کند در مواردی که مرجع اداری برخلاف قانون اقدام کرده یا به تکالیف قانونی خود عمل نمی‌کند، اشخاص بتوانند به مرجع مستقل مراجعه و احقاق حق کنند و با ابطال تصمیمات خلاف قانون به‌حق خود دست یابند و در صورتی که متحمل خسارت شده‌اند، جبران شود (صدرالحفاظی، ۱۳۷۲: ۲۲). اصل ۱۷۳ قانون اساسی دیوان عدالت اداری را به‌عنوان مرجع رسیدگی‌کننده به شکایات و اعتراضات مردم از اقدامات مأموران دولت مشخص کرده و به موجب ماده ۱۰ قانون دیوان عدالت اداری، رسیدگی به تصمیمات و اقدامات واحدهای دولتی اعم از وزارتخانه‌ها، سازمان‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی و ... بر عهده دیوان عدالت اداری است. وفق تبصره ۱ این ماده پس از صدور رأی در دیوان بر وقوع تخلف، تعیین میزان خسارات وارده از ناحیه مؤسسات و اشخاص مذکور با دادگاه‌های عمومی است.

جبران خسارات ناشی از عدول دولت از تصمیم و اعلام‌های خود تنها به اعاده وجوه و هزینه‌های پرداختی ختم نمی‌شود. اشخاص با اعتماد و اتکا به صحت و اصالت تصمیم یا اعلام‌ها، هزینه‌هایی را تقبل می‌کنند یا فرصت‌هایی را از دست می‌دهند. با رجوع، عدول و لغو تصمیم توسط دولت زیانی ناخواسته به آنها تحمیل می‌شود که جبران نکردن آن به دور از عدالت است. لزوم جبران خسارت در فرضی مطرح می‌شود که بتوان دولت را مقصر یا

به‌عبارت دیگر این خسارات را قابل انتساب به او دانست. مفهوم و قلمرو اعتماد در حوزه حقوق اداری پرسش اصلی این مقاله و پرسش‌های فرعی آن امکان‌سنجی مسئولیت مدنی دولت در فرض عدول از تصمیمات و نحوه جبران خسارت است که مقاله با روشی تحلیلی و با نگاهی به رویه قضایی درصدد پاسخگویی به آن‌هاست. پژوهش‌های پیشین بیشتر به بحث اثبات انتظارات مشروع در حقوق ایران پرداخته‌اند و به نقش اعتماد، انواع خسارات قابل تصور و نحوه جبران آن‌ها اشاره‌ای نکرده‌اند یا به‌صورت گذرا و جزئی مطالبی بیان شده است. مفهوم خسارت ناشی از نقض اعتماد در حقوق اداری، قلمرو اعتماد در حقوق اداری، انتظارات مشروع، مفهوم و شرایط آن، شرایط مسئولیت مدنی ناشی از نقض اعتماد در حقوق اداری و در نهایت شیوه‌های حمایت از زیان‌دیده مطالبی هستند که به‌ترتیب در این مقاله بررسی و خواهد شد.

۱. مفهوم خسارات ناشی از نقض اعتماد در حقوق اداری

در سال‌های ۱۹۳۶ و ۱۹۳۷ فولر و پردو در مقاله‌ای با نام «منفعت اعتماد در خسارت‌های قراردادی»^۱ از سه نوع منفعت اعتماد^۲، منفعت انتظار^۳ و منفعت استرداد^۴ نام بردند. از آن‌جا که از دست دادن هر یک از این منافع به خسارتی متناظر با آن منجر می‌شود، از این‌رو اصطلاح خسارت اعتماد، خسارت انتظار و خسارت استرداد نیز به‌کار برده شده است (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۷: ۱۶۶-۱۶۷). در مسئولیت مدنی غیرقراردادی نیز این تقسیم‌بندی توسط نویسندگان به‌کار رفته است (James Hollyman, 1999: 5). به پیروی از فولر و پردو در حقوق اداری خسارات ناشی از عدول یا لغو تصمیمات به سه دسته کلی خسارات استرداد، خسارات انتظاری و خسارات اتکایی تقسیم شده است (Barak-Erez, 2005: 590). در صورت بطلان تصمیم، شخص می‌تواند وجوه و اموالی را که بر مبنای تصمیم یا اعلام دولت پرداخت کرده است، مسترد کند که به آن خسارات اعاده‌ای یا استردادی گفته می‌شود. برای مثال رأی شماره ۵۹۲-۸۷/۹/۳ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، رأی شعبه سوم دیوان در خصوص محکومیت سازمان آموزش و پرورش استثنایی به استرداد مبالغ کسرشده بابت سنوات ارفاقی را مطابق با قانون و دریافت هرگونه وجه از اشخاص را منوط به حکم مقنن کرده است. خسارات انتظاری، خسارات وارده به منافع است که شخص بر مبنای سیر طبیعی امور انتظار تحصیل آن را دارد. هدف خسارات انتظاری حمایت از ارزش انتظاری است که وعده خوانده (در بحث ما اعلام یا تصمیم دولت) برای خواهان ایجاد کرده است (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۷: ۱۶۸). خسارات ناشی از نقض اعتماد در مسئولیت مدنی، خساراتی دانسته شده است که خواهان با

اعتماد و اتکای به تظاهر و اظهار طرف مقابل و در نتیجه تغییر وضع خود متحمل می‌شود. در واقع اعتماد تابعی است که رابطه علی بین خسارت مورد ادعا و تظاهر ایجاد می‌کند (James, 1999: 9). در حقوق اداری خسارات ناشی از نقض اعتماد را می‌توان خساراتی دانست که شخص در نتیجه سرمایه‌گذاری، تغییر در وضعیت حقوقی خود و از دست دادن فرصت‌ها به سبب اعتماد و اتکای به صحت، ابقا و اجرای تصمیم و اعلام‌های دولت^۵ متحمل می‌شود. گاه تصمیم و اعلام‌های دولت نسخ یا به دلایلی لغو یا باطل^۶ می‌شود (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۷: ۲۸۶)، درحالی‌که طرف مقابل به ابقا یا صحت آن اعتقاد داشته و با اعتماد بر این اعتقاد و به اعتبار تصمیم دولت و با حسن نیت، قراردادهایی منعقد، هزینه‌هایی را صرف می‌کند یا فرصت‌هایی را از دست می‌دهد. با لغو یا ابطال تصمیمات شخص خساراتی را متحمل می‌شود که آن را پیش‌بینی نکرده است. به موجب بند ۱ مصوبه شورای عالی اداری در خصوص منشور حقوق شهروندی در حقوق اداری^۷ مردم حق دارند براساس اطلاعاتی که دستگاه‌های اجرایی در دسترس قرار می‌دهند یا منتشر می‌کنند، برنامه‌های خود را تنظیم کنند. چنانچه دستگاهی برخلاف اطلاعاتی که قبلاً اعلام کرده و آن اطلاعات مبنای تصمیمات و اقدامات مردم قرار گرفته است، عمل کند، باید پاسخگو باشد.

تفاوت خسارات انتظاری با خسارات اتکایی یا همان زیان‌های ناشی از نقض اعتماد آن است که هدف از زیان‌های اتکایی قرار دادن شخص زیان‌دیده در همان موقعیتی است که اگر هرگز به اعلام یا تصمیم دولت اتکا نمی‌کرد، در آن جایگاه قرار داشت. اما هدف از زیان‌های انتظاری قرار دادن شخص در موقعیت و جایگاهی است که در صورت عدم لغو یا بطلان تصمیم یا اعلام در آن موقعیت بود. در واقع درحالی‌که زیان‌های انتظاری از منافع شخص زیان‌دیده حمایت می‌کند، زیان‌های ناشی از نقض اعتماد از سرمایه شخص حمایت می‌کند (Leitzel, 2014: 90). این تمایز در حقوق اداری نیز حائز اهمیت است، چراکه حقوق اداری از زیان‌های انتظاری در بحث انتظارات مشروع، در موارد بسیار محدود حمایت می‌کند، درحالی‌که تکیه اصلی بر خسارات اتکایی است (Barak-Erez, 2005: 600). بحث ما در این مقاله صرفاً در خصوص خسارات ناشی از نقض اعتماد یا همان زیان‌های اتکایی است.

۲. قلمرو اعتماد در حقوق اداری

قلمرو اعتماد در حقوق اداری را می‌توان از دو نظر بررسی کرد؛ نخست از حیث نوع صلاحیت و دیگر از منظر حوزه فعالیت دولت.

۲-۱. از حیث نوع صلاحیت

اعمال دولت به اعمال یکجانبه و اعمال حقوقی دوجانبه تقسیم می‌شود. در حقوق عمومی به‌ویژه در حقوق اداری، اعمال حقوقی دولت بیشتر یکجانبه است، برعکس حوزه حقوق خصوصی که بیشتر اعمال حقوقی دوجانبه و قراردادی است. اعمال اداری یکجانبه دولت گاهی به‌صورت عام و غیرشخصی است، یعنی برای همه افراد یا گروهی از افراد است و ناظر به شخص خاصی نیست، مثل آیین‌نامه و بخشنامه اداری که به‌وسیله مقامات اداری وضع می‌شود و گاهی به‌صورت اعمال اداری انفرادی و شخصی است، مثل گواهی، پروانه‌ها، احکام استخدامی و اخطارهای اداری (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۷: ۲۷۷-۲۷۸). از جهتی صلاحیت اداری به دو دسته صلاحیت تکلیفی یا غیرگزینشی و صلاحیت اختیاری یا گزینشی تقسیم می‌شود. صلاحیت زمانی تکلیفی است که قانونی قبلاً نوع عمل و تصمیمی را که مأمور دولت در اوضاع و احوال معینی باید اتخاذ کند، معین می‌کند و او در انتخاب راه‌حل و اختیار تصمیم آزاد نیست. صلاحیت گزینشی، صلاحیت مأمور یا مقام دولتی در انتخاب یکی از چند گزینه پیش روست که باید گزینه معقول و منطقی را برگزیند (بابازاده و یآوری، ۱۳۹۳: ۴). البته در این موارد اختیار مطلق به مرجع واگذار نمی‌شود تا بدون رعایت هیچ ضابطه‌ای تصمیم‌گیری کند، بلکه باید تصمیمات معقول و در راستای هدف قانون‌گذار باشد (Wade, 2004: 351). صلاحیت تکلیفی موجب ایجاد حق مکتسبه برای اشخاص می‌شود که مبنای آن قانون یا قرارداد است؛ اما صلاحیت‌های اختیاری، انتظارات مشروع ایجاد می‌کند، چراکه اعلام‌ها می‌تواند انتظاراتی درباره اسلوب یا معیار به‌کارگیری اختیارات گزینشی به‌وجود آورد. حداقل این انتظارات لزوم رعایت برابری شکلی و وجود درجه‌ای از ثبات و استمرار در تصمیمات و اعلام‌های دولت است (شونبرگ، ۲۰۰۸: ۳۸). از این رو قلمرو اعتماد در حقوق اداری، اعمال اداری دولت در حوزه صلاحیت گزینشی است، چراکه در اعمال و تصمیمات اداری که جنبه عمومی دارند، آزادی دولت بیشتر است و عدول دولت از تصمیمات ممکن است با انتظارات مشروع افراد منافات داشته باشد. اما در مورد تصمیماتی که برای اشخاص ایجاد حق می‌کند، لغو یا ابطال آن‌ها با توجه به حقوق مکتسبه اشخاص - مگر در شرایط خاص - امکان‌پذیر نیست (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۷: ۲۸۶).

۲-۲. از حیث حوزه فعالیت دولت

اعمال دولت از حیث حوزه فعالیت به دو دسته اعمال تصدی و اعمال حاکمیت تقسیم می‌شود. در اعمال تصدی که اصولاً تجاری و اقتصادی است، دولت مانند اشخاص حقوق

خصوصی از قبیل بازرگانان، صنعتگران و مانند آن‌ها عمل می‌کند، لذا نباید تفاوتی از حیث مسئولیت بین دولت و سایر اشخاص وجود داشته باشد (موسی‌زاده، ۱۳۸۱: ۲۴۸). با توجه به اینکه اعتماد در خصوص اعمال تصدی بیشتر مربوط به قراردادهاست، از این‌رو از شمول بحث ما خارج است. اما در اعمال حاکمیت مسئله به این راحتی نیست. با عنایت به اینکه تصمیمات و اعلام‌های مراجع اداری در راستای وظایف و اعمال حاکمیت است، از این‌رو در خسارات ناشی از نقض اعتماد، مسئولیت دولت در قبال اعمال حاکمیت نمود پیدا می‌کند که در صورت قبول مسئولیت برای دولت در این حوزه از فعالیت، می‌توان مسئولیت مدنی ناشی از نقض اعتماد به اعلام‌ها و تصمیمات دولت را بررسی کرد.

با اینکه برخی معتقدند قانون مسئولیت مدنی^۹ با عنایت به عبارت ذیل ماده ۱۱ که بیان می‌دارد: «...ولی در مورد اعمال حاکمیت دولت هرگاه اقداماتی که برحسب ضرورت برای تأمین منافع اجتماعی طبق قانون به عمل آید و موجب ضرر دیگری شود دولت مجبور به پرداخت خسارت نخواهد بود»، مسئولیت مدنی دولت را صرفاً در اعمال تصدی پذیرفته و زیان‌های وارده به واسطه اعمال حاکمیت مورد قبول قرار نگرفته (امامی و استوار سنگری، ۱۳۹۷، ج ۱: ۳۶۳؛ طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۷: ۳۹۱)، لیکن با توجه دقیق‌تر به عبارات ماده مذکور و ماده ۱ قانون موصوف خلاف این عقیده به ذهن متبادر می‌شود. ماده ۱ با عبارات زیان‌های ناشی از اعمال فاقد مجوز قانونی و یا در نتیجه عمد یا بی‌احتیاطی، مسئولیت مبتنی بر تقصیر را تأسیس کرده است. ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی نیز مسئولیت دولت در فرض نقص وسایل را پذیرفته که نوعی تقصیر محسوب می‌شود. همچنین از مفهوم مخالف ذیل ماده ۱۱ چنین برداشت می‌شود که چنانچه عمل دولت برخلاف قانون صورت گیرد، موجب مسئولیت است (واعظی، ۱۳۹۴: ۲۰۴). از این‌رو دولت نیز باید نسبت به اعمال زیانبار خود، هرچند در خصوص اعمال حاکمیت باشد، مسئول تلقی شود. اگر تأمین منافع عمومی توجیه‌کننده این عدم مسئولیت باشد، در مقابل تساوی همگان در برابر هزینه‌های عمومی اقتضا می‌کند که هرگاه از عملی که دولت به منظور برآوردن منافع جمعی انجام می‌دهد، عده خاصی متضرر شوند، این ضرر نیز باید در برابر نفعی که عاید عمومی می‌شود، بین همگان تقسیم شود و طریق آن هم جبران خسارت زیان‌دیدگان از سوی دولت -البته با وضع قانون و مراجعه به محاکم - است (Barak-Erez, 2005: 592).

اثر دیگر عدم مسئولیت دولت در قبال اعمال حاکمیت، لجام‌گسیختگی و سودجویی از قدرت است. حربه خطرناکی که به دست مأمور دولت به منظور مصونیت در مقابل بخش عمده‌ای از اعمال زیانبار حرفه‌ای است و نتیجه این موضوع اباحه اضرار به دیگران است که با مبانی

مسئولیت مدنی و قواعد لاضرر منافات دارد. از این رو قسمت اخیر ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی باید از چند نظر تعدیل شود. بدین شکل که اولاً اعمال حاکمیت نمی‌تواند خطای اداری را توجیه کند و هرگاه کارمند دولت در اجرای اعمال حاکمیت مرتکب تقصیر اداری شد، جبران خسارت توسط دولت الزامی است. در مواردی که کارمند دولت به قصد انتقام‌جویی یا تعقیب هدف‌های شخصی به دیگری ضرر می‌زند، بی‌تردید تقصیر شخصی است و دولت مسئول نخواهد بود. اما در موردی که خطا غیر عمد و به مناسبت انجام وظیفه باشد، اگر نقصی که سبب ورود زیان شده، نتیجه نادرستی بافت‌های اجتماعی و چگونگی ساختمان حقوقی و اقتصادی سازمان دولتی است، به گونه‌ای که کارمند در آن محیط نمی‌تواند نقش سازنده و فعال داشته باشد، تقصیر اداری و دولت مسئول شناخته می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۲۸۶). دوم اینکه در بیشتر موارد، قوانینی که اعمال حاکمیت زیانبار بر اساس آن‌ها به اجرا درمی‌آید، ضرورت جبران زیان پیش‌بینی شده است، مانند لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی و املاک مورد نیاز برای اجرای برنامه‌های عمومی و عمرانی دولت^{۱۰} که به موجب آن دولت ملزم شده است در مقابل تملک اموال اشخاص خصوصی که از اعمال حاکمیت ناشی می‌شود، بهای آن را به زیان‌دیده بپردازد و ماده ۳ قانون ملی شدن جنگل‌های کشور^{۱۱}، به اشخاصی که دارای سند مالکیت جنگل هستند یا از مراجع قضایی حکم قطعی دال بر مالکیت صادر شده باشد، با ملی اعلام شدن جنگل‌ها، وجوهی به‌عنوان خسارت با رعایت ترتیب مقرر در همان قانون پرداخت می‌شود. سوم اینکه ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی تمامی اعمال حاکمیت را موجب معافیت از پرداخت خسارت ندانسته است، بلکه تنها آن دسته از این اعمال که برحسب ضرورت برای تأمین منافع اجتماعی و طبق قانون به‌عمل آمده باشند، می‌توانند دولت را از مسئولیت معاف کنند. بنابراین باید قانون از قبل آن عمل را در زمره اعمال حاکمیت قرار داده باشد و عمل حاکمیت از سر ضرورت انجام شده باشد. دیگر اینکه آن عمل به‌منظور برآوردن نیازها و تأمین منافع اجتماعی و عمومی باشد (غمامی، ۱۳۷۶: ۱۱۶).

۳. انتظارات مشروع^{۱۲}

در حقوق عمومی اقدامات دولت در دو فرض ممکن است با حقوق و منافع افراد در تعارض باشد و سبب مسئولیت مدنی دولت شود. گاه اعلام‌ها و تصمیمات جدید دولت با انتظارات مشروع افراد منافات دارد، از این لحاظ که تصمیمات جدید اتخاذ شده با اعلام‌ها و تصمیمات سابق در تضاد و تعارض است. گاه اقدامات و افعال دولت در تعارض با انتظارات مشروع اشخاص حقوق خصوصی است، چراکه دولت با اتخاذ خط‌مشی و رویه‌ای خاص نشان داده که

در یک حوزه مشخص چگونه رفتار خواهد کرد (Thomas, 2012: 5; Barak-Erez, 2005: 594). انتظارات ایجاد شده در حقوق اداری تحت عنوان انتظارات مشروع بحث و بررسی شده است که درک مفهوم و شرایط آن ضرورت دارد.

۳-۱. مفهوم انتظارات مشروع

«انتظارات مشروع، خواسته‌ها و توقعات موجه و معقولی است که در روابط متقابل افراد با مقامات دولتی به‌ویژه در چارچوب اعمال صلاحیت‌های اختیاری ایجاد می‌شود، به‌نحوی که بی‌توجهی به آن‌ها یا صرف‌نظر کردن از آن‌ها موجب ورود خسارت یا سلب منفعت از شهروندان مخاطب می‌شود» (Paul Craig, 1992: 81). مهم‌ترین نتیجه احترام به انتظار مشروع شهروندان، پیش‌بینی‌پذیر ساختن اوضاع و احوال و استقرار نوعی نظم اجتماعی است. قابلیت پیش‌بینی تصمیم‌ها و اعلام‌های اداری به مردم امکان می‌دهد تا با اطلاع از این تصمیمات و برخورداری از آگاهی کلی از عواقب کار خود، ضمن برنامه‌ریزی برای آینده، اهداف و ایده‌های خود را دنبال کنند (زارعی، ۱۳۸۵: ۴۶).

در تمایز انتظارات از حقوق مکتسبه می‌توان گفت که قانون جدید نمی‌تواند حقوقی را که اشخاص در خصوص وضعیت حقوقی خود کسب کرده‌اند، از بین ببرد، لیکن انتظارات و حقوق احتمالی مانع اجرای قانون جدید نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۲۳۵). منشأ حق مکتسب تکلیف مقرر قانونی یا قراردادی است و از تکیه و تأکید مردم بر قوانین موضوعه و بر مبنای توافق اراده در روابط حقوق خصوصی به‌وجود می‌آید، درحالی‌که انتظار مشروع نشأت گرفته از اختیار و اراده کارگزاران عمومی در حوزه مدیریت امور و خدمات عمومی است و محصول اعتماد مردم به دولت و اتکای وی به تصمیم و اعلام‌های اداری ناشی از اعمال صلاحیت‌های اختیاری در حوزه روابط حقوق عمومی است. بنابراین درحالی‌که می‌توان همواره اجرای حق مکتسب را از دادگاه تقاضا کرد، تشخیص، احراز و اعمال انتظار مشروع صرفاً در شرایط و وضعیت‌های خاصی امکان‌پذیر است (زارعی و بهنیا، ۱۳۹۰: ۱۴۶).

۳-۲. شرایط

هرگونه اعتماد و اتکای به اعلام‌ها و تصمیمات دولت در حوزه انتظارات مشروع قرار نمی‌گیرد، بلکه برای تحقق انتظارات مشروع شرایط ذیل ضروری است (زارعی، ۱۳۹۰: ۱۶۰-۱۶۱؛ شونبرگ، ۲۰۰۸: ۱۰۱-۱۰۸؛ Knight, 2004: 34).

۲-۳-۱. محتوای تصمیم یا اعلام باید واضح و بدون قید و شرط باشد

مفهوم این شرط این است که تمام مخاطبان باید یک برداشت از تصمیم یا اعلام دولت داشته باشند و ابهام وجود نداشته باشد. تصمیمی که به‌صراحت به اتخاذ اقدامی خاص توسط مخاطب یا تحقق رویدادی مشروط باشد تا حصول آن شرایط، از شمول انتظارات مشروع خارج است. برای مثال در دعوی Pearce Homes مرجع محلی بدین‌شرط مجوز ساخت صادر کرده بود که ساخت‌وسازکننده ساختمان را به اشخاص بالای ۶۰ سال اختصاص دهد. تا زمانی که ساخت‌وسازکننده موافقت خود را اعلام نکرده بود، مجوز قابل لغو باقی ماند، بدون آنکه استحقاق دریافت خسارت را به موجب قانون داشته باشد. در حقوق انگلیس چنین تصمیمی «موقت» خوانده می‌شود (شونبرگ، ۲۰۰۸: ۱۰۸). بی‌شک قید و شرط‌هایی که برخلاف قوانین و مقررات وضع می‌شود، تأثیری در موضوع ندارد و باعث نمی‌شود که تصمیم یا اعلان از شمول انتظارات مشروع خارج شود. مثلاً معاونت توسعه مدیریت و سرمایه انسانی ریاست جمهوری در بند ۷ بخشنامه شماره ۱۳۱۳۵۹۸/۹۲/۲۰۰ به استناد تبصره ۲ ماده ۵۷ قانون برنامه پنجم توسعه و تبصره ۲ ماده ۴۶ قانون مدیریت خدمات کشوری، شرط تبدیل وضعیت مستخدمان از پیمانی به رسمی-آزمایشی را قبولی در آزمون ذکر کرده که با شکایت شاکی به موجب رأی شماره ۱۶۳ مورخ ۱۳۹۴/۲/۲۸ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری شرط اخذ آزمون و قبولی در آن خلاف قانون تشخیص داده شده و ابطال شد. بنابراین برای مستخدمان پیمانی این انتظار ایجاد می‌شود که با دریافت مجوز استخدام رسمی از شورای توسعه مدیریت و سرمایه انسانی و تأیید معاونت برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی رئیس‌جمهور، وضعیت آن‌ها به استخدام رسمی-آزمایشی تغییر یابد و شرط قبولی در آزمون مانع تحقق این انتظار مشروع نخواهد بود.

۲-۳-۲. تصمیم یا اعلام مطلوب و مورد درخواست مخاطب باشد

به موجب این شرط باید از رفتار مخاطب تمایل وی به تداوم تصمیم یا اعلام را احراز کرد. برای مثال اگر دولت که بخشی از هزینه‌های مصرف انرژی خانوارها را رأساً تأمین می‌کرده از این اقدام خودداری کند، مورد اعتراضات عمومی قرار می‌گیرد (زارعی، ۱۳۹۰: ۱۶۱). این امر که ملاک تشخیص مطلوب بودن یک تصمیم چیست، اهمیت فراوانی دارد. دو نکته را باید در راستای این هدف در نظر گرفت؛ اول اینکه آثار یک تصمیم را باید نسبت به اقدامی که اداره متعاقباً اتخاذ می‌کند، سنجید. در قضیه Gould V Bacup Local Board هیأت تصمیم‌گیرنده سه گزینه را در نظر داشتند، تحمیل نکردن هزینه‌ها، پرداخت ۷۵ درصد کل هزینه‌ها و تحمیل کل

هزینه‌ها. هیأت ابتدا گزینه دوم را انتخاب کرد، اما متعاقباً از آن عدول کرد و درصدد تحمیل کل هزینه‌ها برآمد. دادگاه رأی داد که هیأت حق نداشته از نفع پیشنهادی اولیه صرف نظر کند؛ دوم اینکه مطلوبیت یک تصمیم را باید از دیدگاه مخاطب سنجید. ممکن است تصمیمی برای مخاطبی نامطلوب باشد، ولی برای ثالث مطلوب باشد یا برعکس. در فرانسه در دعوی Feng به درخواست‌کننده ابتدا مجوز تأسیس داروخانه به‌علت رعایت نکردن فاصله بیش از ۲۵۰ متر داده نشد، اما با تصمیم صادره این فاصله کمتر شد و وی مجدداً می‌توانست درخواست دهد. بنابراین مجوز صادره پس از آن برای گشودن داروخانه به فاصله ۱۳۷ متر قانونی بود، هرچند این تصمیم مطلوب ثالث نبود (شونبرگ، ۲۰۰۸: ۱۰۶).

۳-۲-۳. تصمیم اعلام یا امضا شده باشد

تا زمانی که تصمیم به مخاطب اعلام نشده باشد، قابل لغو شناخته می‌شود، زیرا در حالت عادی این خطر وجود ندارد که انتظاراتی مشروع و اعتماد به دولت با لغو تصمیمی که شخص از آن اطلاع ندارد، از بین برود. مواردی که در قوانین شکل خاصی برای اعلام مانند انتشار در روزنامه رسمی، در نظر گرفته شده باشد، تا زمانی که روند قانونی طی نشده است، تصمیم قابل عدول است، اما اگر شکل خاصی در نظر گرفته نشده باشد، اعلام با یک متن ساده کفایت می‌کند. در حقوق فرانسه تصمیم از لحظه‌ای ایجاد حقوق می‌کند که توسط مقام صلاحیت‌دار امضا شده باشد (شونبرگ، ۲۰۰۸: ۱۰۹). در حقوق ایران نیز روزنامه رسمی، مرجع رسمی چاپ و نشر تمامی قوانین و مصوبات مجلس شورای اسلامی محسوب می‌شود. مطابق ماده ۲ قانون مدنی، قوانین و مقررات، پانزده روز پس از انتشار در روزنامه رسمی در سراسر کشور لازم‌الاجراست، مگر آنکه در خود قانون، ترتیب خاصی برای موقع اجرا مقرر شده باشد. در خصوص آیین‌نامه، بخشنامه‌ها و تصویب‌نامه‌ها هرچند نص خاصی وجود ندارد، اما دولت می‌تواند به‌نحو مقتضی از طریق روزنامه رسمی یا اعلان توسط سخنگوی دولت، درج در جراید، انتشار از طریق رادیو و تلویزیون یا حتی در موارد فوری از طریق الصاق در معابر منتشر کند که از تاریخ اعلان لازم‌الاجرا هستند (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۷: ۲۸۰) و اتکای اشخاص قبل از لازم‌الاجرا شدن معقول و قابل جبران نیست.

۳-۲-۴. اعتماد و اتکای متعارف مخاطب به تصمیم یا اعلام

افراد به‌طور متعارف اعتماد کنند که تصمیم‌های مطلوب، نامشروط و اعلام‌شده لغو نخواهند شد. اگر اقدام شخص بدون اتکای به اعلان یا تصمیم دولت یا به‌صورت غیرمتعارف انجام گرفته باشد، از شمول انتظارات مشروع خارج است. رویه قضایی انگلیس برخلاف نظر کلاسیک، لغو ناپذیری

را منوط به آن می‌داند که ذی‌نفع به تصمیم اتکای مالی کرده باشد (شونبرگ، ۲۰۰۸: ۱۰۱). شرط اعتماد و معقول و متعارف بودن آن در بحث رابطه سببیت بیشتر بررسی می‌شود.

۴. شرایط مسئولیت مدنی ناشی از نقض اعتماد در حقوق اداری

در مسئولیت ناشی از نقض اعتماد نیز شرایط عمومی لازم برای تحقق مسئولیت مدنی ضروری است. مسئولیت و تکلیف دولت به جبران خسارت وارده به دیگری منوط به تحقق و اثبات ضرر، فعل زیانبار و رابطه سببیت است. بررسی این موارد از نظر بررسی تنوع ضرر در مسئولیت ناشی از نقض اعتماد و احراز شرایط تحقق اعتماد، مفید خواهد بود.

۴-۱. زیان ناشی از نقض اعتماد

نخستین رکن یا شرط تحقق مسئولیت مدنی ضرر است که خود نیز اقسام مختلفی دارد.

۴-۱-۱. مفهوم ضرر در مسئولیت مدنی ناشی از نقض اعتماد

ضرر را می‌توان تلف یا نقص اموال یا فوت منفعت یا لطمه به سلامت و حیثیت و عواطف اشخاص دانست (یزدانیان، ۱۳۸۶، ج ۱: ۶۸). به عبارت دیگر کاستن از دارایی شخص یا جلوگیری از فزونی آن به هر عنوانی که باشد ضرر محسوب می‌گردد و میزان آن تفاوت میان دارایی فعلی زیان‌دیده و دارایی سابق اوست، در صورتی که فعل زیانبار رخ نمی‌داد. ضرر دارای معنای عرفی است و برای درک مفهوم آن باید به عرف مراجعه کرد. عرف ضررهایی را قابل جبران می‌داند که فراتر از ضررهای متعارف لازمه زندگی در اجتماع باشد (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۲: ۹۷).

فایده خسارات ناشی از نقض اعتماد و تمایز آن از سایر خسارات نمودار ساختن زیان‌های گوناگون اقتصادی است که ممکن است در دو قالب سنتی تلف مال و فوت منفعت قرار نگیرد و جبران آن را با تردید مواجه سازد. برای مثال در مواردی که شخص به امید دستیابی به شرایط تصمیم یا اعلام دولت، برخلاف میل خود اقدام به فروش خودروی شخصی‌اش می‌کند، با عدول از تصمیم نمی‌توان تغییر در وضعیت معاملاتی وی را نادیده گرفت (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۲: ۲۳۳).

۴-۱-۲. اقسام ضرر

تعیین میزان دقیق خسارت در مسئولیت ناشی از نقض اعتماد، دشوار است، زیرا با پرداخت خسارت، باید زیان‌دیده در وضعیتی قرار گیرد که اگر هرگز به اعلام یا تصمیم دولت اتکا نمی‌کرد، در آن جایگاه قرار داشت. این خسارات می‌تواند شامل هزینه‌ها، فرصت، کار

انجام گرفته یا مبالغ هزینه شده باشد. میزان این خسارت، نمی تواند بیش از منفعت مورد انتظار در فرض اجرای کامل تصمیم یا اعلام باشد (Jaffey, 1997: 4). خسارات ناشی از نقض اعتماد در فرض عدول از اعلام ها یا تصمیمات دولت را می توان به پنج گروه تقسیم کرد:

اول: هزینه هایی که عوض آن در دارایی زیان دیده وجود دارد و در فرض عدول از تصمیمات، ممکن است شخص امکان استفاده از آن ها را نداشته باشد. به عبارت دیگر هزینه های مذکور با فرض اجرای تصمیم برای طرف زیان دیده مطلوبیت داشته است، اما در حال حاضر چنین خاصیتی ندارد. اگر شخص به هر نحوی دیگری امکان استفاده را داشته باشد، ضرر منتفی است (Craswell, 1996: 490). اما در فرضی که این قبیل هزینه ها، کلاً یا برای مدتی بلااستفاده می ماند یا با افت قیمت مواجه می شود، عرفاً می توان آن ها را جزء خسارات ناشی از نقض اعتماد در نظر گرفت. برای مثال در قضیه pernaud یک دارنده پروانه تأسیس داروخانه که توسط مقام فاقد صلاحیت صادر شده بود و مدتی کوتاهی پس از شروع فعالیت، لغو شده بود، برای هزینه خرید دارو خسارت دریافت کرد، اما خسارت عدم النفع به دلیل اینکه چند روز از شروع به کار داروخانه نگذشته بود و سود آینده قطعیت نداشت، رد شد (شونبرگ، ۲۰۰۸: ۲۴۲).

دوم: هزینه هایی که عوض آن در دارایی زیان دیده وجود ندارد و با عدول از تصمیم نیز هدف از این هزینه ها منتفی می شود، مثل هزینه های کارشناسی، تهیه طرح، حق الزحمه دلال و حق الوکاله وکیل.

سوم: تغییر در وضعیت معاملاتی شخص. مثل اینکه شخص به اتکای اعلام و تصمیم دولت و برای به دست آوردن شرایط آن، مجبور به فروش ملک خود می شود یا به امید به دست آوردن شغل موضوع تصمیم دولت از شغل قبلی خود استعفا می دهد یا تسهیلاتی را از بانک اخذ می کند. در حقوق ما به نظر می رسد قرار گرفتن چنین مواردی در زمره خسارات اتکایی وابسته به قضاوت عرف در خصوص مستقیم بودن ضرر و انتساب آن به دولت است. برای مثال، در فرضی که شخص به اعتماد تصمیم استخدام جدید، رابطه سابق خود را قطع می کند، این سببیت عرفی محرز به نظر می رسد، چراکه لازمه پذیرش شغل جدید، قطع رابطه سابق است. چهارم: از دست دادن فرصت ها: شخص با اعتماد به تصمیم یا اعلام و به امید اجرایی شدن آن فرصت هایی را از دست می دهد. زندگی انسان همواره آمیخته با فرصت هایی است که گاه از دست دادن آن ها سبب می شود شانس به دست آوردن یک موقعیت یا دفع مفسده از بین برود. مسلم است که خود آن موقعیت یا دفع ضرر، احتمالی و مبتنی بر شانس است، از این رو نمی توان از این نظر خسارتی را مطالبه کرد. اما خود فرصت از دست رفته را نباید نادیده گرفت

و از دست دادن آن ضرر بالفعل و مسلم است. فوت فرصت تا حدودی بر احتمال استوار است و اگر این احتمال ضعیف باشد، مسئولیت مدنی ایجاد نمی‌شود. اما اگر شانس ازدست‌رفته جدی باشد، فوت آن، ضرر شمرده می‌شود و باید جبران شود. بنابراین فوت فرصت خسارتی بین خسارت قطعی و خسارت احتمالی است (یزدانیان، ۱۳۸۶، ج ۱: ۲۰۰).

پنجم: خسارت معنوی ناشی از عدول از تصمیم یا اعلام دولت. عدول دولت از تصمیم یا اعلان خواه‌ناخواه موجب تألم و ناراحتی اشخاص می‌شود که به آن اعتماد و براساس آن اقدام کرده‌اند. صرف ناراحتی را نمی‌توان با خسارت معنوی یکسان دانست. از این رو باید علت مستقیم ورود خسارت، عدم اجرای تصمیم یا اعلام دولت باشد و خسارت وارده خیلی بعید و دور از ذهن نباشد، زیرا ضرری که پیش‌بینی نمی‌شود، از خطای خواننده دور می‌افتد و جبران‌ناپذیر تلقی می‌شود (شعاریان، ۱۳۹۰: ۳۸۲). برای مثال در دعوی Ordoux برای یک کارمند دولت به دلیل آشفتگی روحی و روانی ناشی از دریافت اطلاعات نادرست درباره مکانی که وی باید در فرانسه بعد از دوره مأموریتی در خارج خدمت کند، خسارت تعیین شد، هرچند وی به اطلاعات اتکای مالی نکرده بود (شونبرگ، ۲۰۰۸: ۲۶۹). در رویه قضایی کشورمان نیز می‌توان به رأی صادره از شعبه ۲۹ دادگاه عمومی حقوقی تهران اشاره کرد که در آن آمده است: «... در خصوص خسارت معنوی مورد مطالبه خواهان دادگاه توجهاً به اینکه قصور خواننده در عدم پذیرش خواهان در دوره دستگیری براساس دادنامه صادره از سوی شعبه سوم دیوان عدالت اداری محرز و مسلم بوده که این عدم پذیرش خواهان در طول مدت نه سال یقیناً موجبات ورود تألمات روحی را برای نامبرده فراهم نموده لذا این دادگاه با احراز ورود خسارت معنوی به خواهان از این حیث مستنداً به مواد ۱ و ۲ و ۳ قانون مسئولیت مدنی حکم بر الزام خواننده به عذرخواهی از نامبرده با درج در یکی از جراید کثیرالانتشار صادر و اعلام می‌نماید».^{۱۴}

۴-۲. فعل زیانبار

یکی از ارکان مهم مسئولیت مدنی وجود فعل زیانبار است. این عمل زیانبار می‌تواند مثبت یا منفی و حقوقی یا مادی باشد. بنابراین چهار حالت در خصوص فعل زیانبار قابل تصور است: فعل منفی مادی مثل عدم نصب علائم راهنمایی و رانندگی، فعل منفی حقوقی مثل امتناع از فروش مال مشرف به خرابی توسط وکیل، فعل مثبت مادی مانند شکستن و تخریب مال غیر و فعل مثبت حقوقی مانند فروش مال غیر که با رد معامله توسط مالک عقد باطل خواهد بود (یزدانیان، ۱۳۸۶، ج ۱: ۱۲۱). مهم‌ترین تصمیمات گزینشی مراجع اداری، تصمیمات منفی است

که در قالب ترک فعل نمود پیدا می‌کند. برای مثال به موجب ماده ۱ قانون نحوه اجرای قانون خدمت نیمه‌وقت بانوان، چنانچه وزیر یا بالاترین مقام مؤسسه متبوع، خدمت نیمه‌وقت بانوان را به علت عدم تأمین نیروی انسانی موجب نقص کارآمدی اداره بداند، می‌تواند با این درخواست موافقت نکند (بابازاده، ۱۳۹۳: ۹).

منشور حقوق شهروندی در نظام حقوق اداری وظایف و حقوقی را بیان می‌کند که عدم رعایت هریک از موارد ذکر شده می‌تواند در خصوص تصمیمات، اعلام‌ها و عملکردهای اداری فعل زیانبار تلقی شود. از جمله عدم تبعیض در ابلاغ و اجرای شیوه‌نامه‌ها، تصمیمات و دستورهای اداری نسبت به مردم، انجام وظایف قانونی در مدت مقرر در قانون یا مقررات و عدم تأخیر در انجام وظایف، اتخاذ تصمیمات براساس ادله معتبر و ذکر استدلال‌ها و استنادات در تصمیمات، انجام تصمیمات و اقدامات وفق مقررات و شرایط و تشریفات قانونی، منع از دریافت هزینه مازاد بر تصریح قوانین و مقررات و داشتن فرایند و رویه مشخص و اعلام شده برای ارائه خدمات.

خسارت اتکایی در فرض عدول از تصمیم یا اعلان، ناشی از تسبیب است. تسبیب به مواردی گفته می‌شود که شخص با واسطه و به‌طور غیرمستقیم و با زمینه‌سازی و فراهم کردن مقدمات سبب تلف مال یا ورود خسارت به دیگری می‌شود. از این رو در فرض عدول یا لغو تصمیمات باید شرایط تسبیب را بررسی کرد. در تسبیب نیاز به احراز تقصیر است. مبنای اصلی مسئولیت مدنی در نظام حقوقی ایران، نظریه تقصیر است، از این رو فعل زیانبار باید تقصیر محسوب شود تا شخص مسئول خسارت شمرده شود (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۲: ۱۴۹).

سؤال دیگری که ممکن است مطرح شود این است که آیا علم مرجع اداری به غیرقابل اجرا بودن یا اجرایی نشدن تصمیم برای احراز تقصیر لازم است؟ در پاسخ باید گفت: مبنای دیگر مسئولیت مدنی ناشی از نقض اعتماد در فرض عدول از تصمیم یا اعلان، غیر از تسبیب، قاعده غرور است. بر مبنای این قاعده هرگاه از شخص عملی صادر شود که موجب فریب خوردن دیگری گردد و از این رهگذر ضرر و زیانی متوجه وی شود، شخص نخست ضامن جبران خسارت است. در فقه در خصوص این امر که آیا علم و اطلاع غار از واقع شرط است یا نه اختلاف وجود دارد. در اینکه مغرور باید جاهل باشد، اتفاق نظر وجود دارد و در صورتی که به غیرقانونی بودن تصمیم علم داشته باشد، اعتماد و اتکای به آن فاقد وصف معقولیت است. در خصوص علم غار برخی فقها علم و اطلاع فریب‌دهنده را شرط می‌دانند، چراکه غرور به معنای خدعه و تدلیس است و در مورد جاهل به‌واقع نمی‌توان به غرور استناد کرد. در مقابل عده‌ای از فقها علم فریب‌دهنده را شرط ندانسته و تقصیر فریب‌دهنده را جایگزین علم و اطلاع

قرار داده‌اند و از نظر آن‌ها مسئله بااهمیت این است که فعل این شخص دیگری را مغرور کرده است و جهل رابطه علیت را بر هم نمی‌زند. در جمع این دو نظر گفته شده است هرگاه تقصیری به فریب‌دهنده نسبت داده شود، غرور تحقق می‌یابد، هرچند قصد فریب نداشته و از حقیقت نیز آگاه نباشد، زیرا برای احراز رابطه سببیت بین فعل مغرورکننده و اغوای فریب‌خورده کافی است (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ج ۱: ۱۷۰). بنابراین به نظر می‌رسد برای صدق انتساب تقصیر به مرجع اداری، کافی است که آن موضوع مربوط به او و در حیطه عمل او باشد، اعم از اینکه آگاه باشد یا خیر. در صورت علم مرجع اداری به اجرایی نشدن تصمیم، تقصیر وی محرز است و اگر جاهل یا در اشتباه باشد، به سبب بی‌دقتی یا عدم بررسی، مسئول است.

۴-۳. رابطه سببیت میان اعتماد زیانبار و زیان

شرط سوم برای تحقق مسئولیت مدنی، وجود رابطه سببیت بین فعل زیانبار و ضرر است. منظور از سبب، سبب تام یا علت تامه نیست، بلکه عاملی است که ضرر مستند به رفتار اوست و عرف خسارت را به وی نسبت می‌دهد (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۲: ۱۹۵). بنابراین اگر دادگاه به این نتیجه برسد که حتی اگر عدول یا لغو تصمیم هم صورت نمی‌گرفت، باز مدعی در همان وضعیت قرار داشت، رابطه سببیت بین عملکرد مرجع اداری و ضرر منتفی است (Caldwell, 1986: 253). تفاوت اساسی رابطه سببیت در مسئولیت ناشی از نقض اعتماد با سبب در سایر موارد مسئولیت، این است که برای احراز آن باید دو رابطه را بررسی کرد و عدم احراز هریک به معنای فقدان رابطه سببیت است و این موضوع را می‌توان ناشی از این امر دانست که زیان‌های اتکایی از باب تسبیب قابلیت مطالبه پیدا می‌کنند. از این رو باید اول رابطه بین فعل زیانبار و اعتماد معقول و در مرحله دوم رابطه بین اعتماد ایجادشده و هزینه و اقدامات صورت گرفته احراز شود. بین اعتماد از یک جهت و هزینه و اقدامات صورت گرفته از جهت دیگر باید رابطه سببیت وجود داشته باشد. بنابراین اگر اعتماد ناشی از فعل زیانبار ایجاد شود و شخص نیز به آن اتکا کند، ولی اقدامات صورت گرفته ربطی به اعتماد مذکور نداشته باشد، مانند اینکه شخص با اعتماد به تصمیم دولت، برای تهیه وجه نقد خودروی خود را بفروشد، درحالی‌که قصد فروش خودرو را از قبل نیز داشته و اعلان دولت صرفاً سبب تسریع در این امر شده باشد، زیان‌های وارده جبران‌شدنی نخواهد بود.

۴-۳-۱. معقول بودن اعتماد

ضرر قابل جبران در زیان‌های اتکایی ضرری است که ناشی از اعتماد به رفتار یا اظهار دولت حادث شده باشد. اگر این رابطه سببیت احراز نشود و رفتار طرف مقابل به هیچ‌وجه تحت تأثیر

فعل وی قرار نگرفته باشد و شخص زیان دیده بر مبنای اظهار عامل زیان اقدام نکرده باشد، بلکه با تکیه بر مهارت یا سنجش شخصی یا بر مبنای تحقیقات و بررسی خود اقدام به انعقاد معامله کرده باشد، خسارت قابل مطالبه نخواهد بود. صرف اعتماد کفایت نمی‌کند، بلکه اعتماد نیز باید معقول باشد. برنامه‌ریزی اشخاص و انتظارات آن‌ها بر مبنای سازوکار قطعی نیست، بلکه براساس متغیرهاست، برخلاف مواردی که قانون حقی را برای اشخاص ایجاد می‌کند؛ یعنی در بررسی معقول بودن اعتماد باید این مسئله را در نظر داشت که در صلاحیت‌های گزینشی، دولت اختیار دارد که از تصمیمات خود عدول کند و ممکن است سیاست‌های کلی دولت تغییر یابد (Knight, 2004: 85). اگرچه اعتماد به صورت سرمایه‌گذاری و با انجام فعل رایج‌تر است، اعتماد می‌تواند به صورت ترک فعل نیز محقق شود (Craswell, 1996: 491). علم و آگاهی شخص مخاطب از اعلام‌های خلاف واقع، نحوه بیان اعلام‌ها و اظهارات مثل کتبی یا شفاهی بودن یا اعلام به صورت رسمی از طریق روزنامه، تلویزیون و رسانه‌های جمعی یا به صورت غیررسمی از طریق تلفن یا نشست‌ها می‌تواند در بررسی وصف معقول بودن اعتماد و اتکا مؤثر باشد. توانایی و قدرت مخاطب نیز در ارزیابی معقول بودن می‌تواند مفید باشد. از فعالان اقتصادی حرفه‌ای و کارکنان دولت انتظار می‌رود از شرایط و ضوابط تصمیمات و اعلام‌های اداری بیشتر از یک فرد عادی مطلع باشند.

آیا اعتماد و اتکا به تصمیمات، اعلام‌ها و اظهارنظرها در خصوص موضوعاتی که خارج از اختیار مرجع یا مأمور اعلام‌کننده قرار دارد، معقول است یا خیر؟ تصمیمات خارج از صلاحیت مرجع تصویب‌کننده بی‌شک فاقد اعتبار بوده و قابل ابطال در دیوان عدالت اداری است. از این رو از یک نظر اعتماد و اتکا به یک امر غیرقانونی و فاقد اعتبار، بلاوجه و غیرمنطقی است و از سوی دیگر، نمی‌توان انتظار داشت که افراد علم و اطلاع کافی در خصوص صلاحیت و حدود اختیارات مراجع اداری و مأموران آن داشته باشند و می‌توان اتکای به آن را معقول دانست. در جمع بین این دو می‌توان گفت در مواردی که شخص از غیرقانونی بودن تصمیم یا اعلام، علم و اطلاع داشته یا با در نظر گرفتن شرایط و اوضاع و احوال باید آگاهی می‌داشت و همچنین در مواردی که ظاهر امر غیرقانونی است، نمی‌توان اعتماد را معقول و مرجع اداری را مسئول جبران خسارات دانست و در غیر این صورت می‌توان تقصیر را منتسب به دولت یا حتی مأمور اظهارکننده دانست.

۴-۳-۲. معقول بودن هزینه و اقدامات

هزینه‌ها و اقدامات صورت گرفته نیز باید موصوف به وصف معقول بودن باشد. برای نمونه، در

پی شکایت سازندگان فیلم سنتوری از وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی و معاونت سینمایی آن وزارتخانه مبنی بر درخواست لغو ممنوعیت اکران فیلم مذکور و تصدیق خسارات وارده، شعبه سوم دیوان عدالت اداری جلوگیری از اکران فیلم سنتوری را در حدود اختیارات ناشی از آیین‌نامه نظارت بر نمایش فیلم، اسلاید، ویدئو و صدور پروانه نمایش^{۱۵} دانست و شکایت شکات در این مورد را رد کرد. اما در خصوص بخش دیگر شکایت در مورد تصدیق خسارت در رأی شعبه سوم دیوان عدالت اداری قید شده است: «نظر به اینکه... برای تهیه فیلم مورد بحث مبالغ زیادی از سوی شکات هزینه شده است تا موفق به دریافت پروانه مالکیت و پروانه نمایش شده‌اند و در نتیجه بر اثر اقدام معاونت سینمایی وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی در ممانعت از اکران فیلم سنتوری که نمایش آن وسیله درآمد و کسب سود شکات بوده است موجب ورود خسارت به آنان شده است، بنابراین شکایت شکات در حد تصدیق خسارت به آنان در نتیجه ممانعت از اکران فیلم سنتوری موجه تشخیص شده...». بی‌شک هزینه‌هایی قابل مطالبه است که معقول باشد و هزینه‌های غیرمعارف و غیرمعقول مانند تبلیغات خارج از عرف سینمایی یا هزینه‌های سنگین پرداختی به بازیگران صرفاً تا سقف معقول قابل مطالبه خواهد بود. نکته شایان توجه دیگر در این پرونده این است که با اینکه جلوگیری از اکران فیلم را در حدود اختیارات قانونی وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی دانسته است، اما خسارات وارده به سازندگان فیلم تصدیق شده است. درحالی‌که به‌ندرت لغو تصمیم‌های قانونی مسئولیت پرداخت خسارت را به‌وجود می‌آورد، چراکه اگر اشخاص بتوانند بابت تصمیمات قانونی غرامت مطالبه کنند، تصمیم‌گیری مختل می‌شود. بنابراین در مواردی که لغو یک تصمیم در راه تحقق منافع عمومی به خسارت نامتناسب و نامتعارف به اشخاص محدودی منجر شود، به‌نظر می‌رسد الزام دولت به جبران خسارت منطقی باشد.

۵. شیوه‌های حمایت از زیان‌دیده

نظام‌های حقوقی مسئولیت مدنی کارکردهای مختلفی در ارتباط با زیان‌دیده، واردکننده زیان و جامعه دارند که می‌توان به جبران خسارات و زیان‌های زیان‌دیده و تسلی خاطر وی، مجازات واردکننده زیان و ارباب وی از ارتکاب مجدد فعل زیانبار، جنبه بازدارندگی نسبت به سایر اشخاص و درونی کردن هزینه‌های اجتماعی حوادث و کاهش این هزینه‌ها از طریق بازدارندگی اقتصادی و توزیع ضرر، اشاره کرد (بادینی، ۱۳۸۳: ۱۰۳). شیوه‌های جبران خسارت در مسئولیت مدنی نیز براساس این کارکردها تعیین می‌شود. در حقوق اداری سه شیوه حمایت از زیان‌دیده در خصوص انتظارات مشروع پیش‌بینی شده است. حمایت شکلی

که بیشتر جنبه پیشگیری دارد تا جبران؛ بدین معنا که با الزام مرجع اداری به اقداماتی مانند هشدار قبلی، مشورت با اشخاص ذی نفع، استماع اظهارات آن‌ها و اطلاع‌رسانی شفاف می‌توان از ایجاد انتظار و اتکای بی‌مورد به اعلام‌ها و تصمیمات جلوگیری کرد. دوم حمایت ماهوی، بدین شکل که با ابطال یا لغو تصمیم یا اقدام مرجع اداری از انتظارات مشروع حمایت کرد (Thomas, 2012: 6). ابطال تصمیمات یا به دلیل مغایرت با قوانین، مقررات و شرع یا خروج از صلاحیت مرجع تصویب‌کننده است. تصمیماتی که با خروج از صلاحیت یا قانون تصویب می‌شوند، هرم هنجارهای حقوقی را نقض و حاکمیت قانون را مخدوش کرده و اعتماد عمومی به نظام حقوقی را تهدید می‌کند. با ابطال مصوبات تمامی اعمال، اقدامات و تصمیماتی که بر مبنای مصوبه باطل شده اتخاذ و اجرا شده است نیز باطل خواهد شد. در این شیوه حمایتی وقوع ضرر الزامی نیست. سومین شیوه حمایت، ترمیمی است (شونبرگ، ۲۰۰۸: ۵۹). در این شیوه که مستلزم ورود خسارت مادی و معنوی، لطمات فیزیکی و زیان‌های اقتصادی به شخص مخاطب است، مرجع اداری ملزم به جبران خسارت اشخاصی می‌شود که با اتکا و اعتماد به اقدامات مرجع اداری متحمل ضرر و زیان شده‌اند. در مسئولیت مدنی ناشی از نقض اعتماد در خصوص نحوه جبران خسارت به شرح ذیل اقدام می‌شود.

۵-۱. پرداخت معادل هزینه‌ها

هزینه‌هایی که طرف با حسن نیت پرداخت کرده، مانند هزینه‌های دلالی، تنظیم سند رسمی، هزینه‌های حمل و نقل و نگهداری کالا در حکم تلف هستند، چراکه این هزینه‌ها از دارایی او خارج شده و متناسب با آن عوضی هم وارد دارایی نشده است. از طرفی، هزینه‌های مذکور در راستای اعلام‌ها و تصمیمات مرجع اداری انجام گرفته و عرف آن‌ها را متناسب به وی می‌داند. برای مثال در پرونده کلاسه ۹۵/۲۳۱ دیوان عدالت اداری، مالکان بعد از اخذ سند مالکیت با اعمال ماده ۱۰۱ قانون شهرداری‌ها برای ۴۳۰ قطعه تفکیک سند صادر می‌شود و شورای عالی شهرسازی نیز طرح احداث دو شهرک مسکونی را تصویب می‌کند و برخی اشخاص بر مبنای پروانه شهرداری اقدام به ساخت‌وساز می‌کنند. با ابطال پروانه صادره خسارات زیادی به مالکان مانند مخارج صدور پروانه، هزینه‌های کارشناسی، نقشه‌کشی و معماری و مصالح وارد شد که در حکم تلف است. در فرضی که شخص با وجود اخذ مجوز، از غیرقانونی بودن مجوز اخذ شده مطلع باشد، مثل ساخت‌وسازهای صورت گرفته در حریم رودخانه در صورت ابطال مجوز و حکم بر تخریب، به سبب غیرمعقول بودن اتکا و قاعده اقدام مطالبه خسارت منتفی است.

۵-۲. جبران خسارت از دست دادن فرصت

صرف فرصت به دست آوردن منفعت یا اجتناب از ضرر می‌تواند دارایی ارزشمندی محسوب شود که از بین بردن آن با جمع سایر شرایط، مسئولیت مدنی ایجاد می‌کند و عامل زیان باید از عهده جبران خسارت برآید. در خصوص نحوه ارزیابی خسارات از دست دادن فرصت سه نظر کلی بیان شده است: جبران کل خسارت، در این روش خسارات صرف نظر از درجه احتمال و به طور کلی جبران می‌شود؛ دوم تعیین خسارت براساس درجه احتمال، در این روش خسارت نهایی ایجادشده در نظر گرفته شده و درصد احتمال که زیان دیده شانس اجتناب از آن را داشت نیز معین و به همان میزان درصد به زیان دیده خسارت پرداخت می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۲۸۰). سوم تعیین خسارت به طریق مستقل و مبلغ مقطوع که نفس فرصت از دست رفته به عنوان زیان مستقل در نظر گرفته می‌شود. اگرچه قاضی برای تعیین میزان خسارت به درجه احتمال توجه می‌کند، ارزیابی خسارت به طور مستقل و به عنوان یک زیان خاص و مستقل در نظر گرفته می‌شود. این روش منطقی‌تر است (کاظمی، ۱۳۸۰: ۲۱۶). برای مثال در قضیه فیلم سنتوری نمی‌توان زیان عوامل و سازندگان فیلم در از دست دادن فرصت تهیه و ساخت یک فیلم دیگر را نادیده گرفت و بی‌شک این خسارت غیر از زیان وارده ناشی از منافع ممکن‌الحصول ناشی از فروش فیلم سنتوری خواهد بود.

۵-۳. جبران خسارت تغییر در وضعیت

در نگاه اول به نظر می‌رسد این نوع خسارات قابل مطالبه نیستند، چون چنین معاملاتی ناشی از وضعیت مالی شخص بوده و رابطه سببیت میان تقصیر مرجع اداری با ضررهای ناشی از این معاملات عرفاً محرز نیست. با این حال نمی‌توان این خسارات را به طور کلی نادیده گرفت و به طور مطلق حکم به عدم قابلیت جبران داد. در فرضی که شخص به اعتماد تصمیم‌آزمایی جدید، از شغل سابق خود استعفا می‌دهد، رابطه سببیت عرفی محرز به نظر می‌رسد. بنابراین ملاک در قابلیت مطالبه، قابلیت انتساب عرفی است. برای مثال در خصوص ثبت نام انتخابات اسفند ۱۳۹۴، وزیر کشور طی دستورالعملی مقرر کرد که «با توجه به برنامه‌ریزی‌های صورت گرفته برای برگزاری انتخابات و به منظور جلوگیری از بروز هرگونه شائبه و شبهه دخالت مدیران اجرایی در انتخابات ضروری است به کلیه مدیران ابلاغ شود که مدیران که قصد کاندیداتوری در انتخابات را دارند می‌بایست حداکثر تا اوایل اسفندماه سال جاری (۱۳۹۳) نسبت به استعفا از سمت خود اقدام نمایند. بدیهی است استعفای افراد مذکور برای انجام فعالیت‌های انتخاباتی بعد از تاریخ یادشده پذیرفته نخواهد شد». درحالی که بند «الف»

ماده ۲۹ قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی مقرر می‌دارد: «اشخاص زیر (مدیران اجرایی) از داوطلب شدن در حوزه‌های انتخابی سراسر کشور محروم‌اند مگر اینکه حداقل شش ماه قبل از ثبت نام از سمت خود استعفا نموده و به هیچ وجه در آن پست شاغل نباشند...». دیوان عدالت اداری وفق رأی شماره ۴۰۰ مورخ ۱۳۹۴/۴/۸ با توجه به اینکه انتخابات مجلس شورای اسلامی در اسفندماه ۱۳۹۴ است و مطابق بند «الف» ماده ۲۹ قانون انتخابات مدیران اجرایی می‌باید شش ماه قبل از ثبت نام نسبت به استعفا از سمت خود اقدام کنند، از این رو دستورالعمل صادر شده از سوی وزیر کشور را مغایر با قانون تشخیص داد و ابطال نکرد. حال اشخاصی که با اعتماد و اتکای به این مصوبه از سمت خود استعفا کرده‌اند، می‌توانند به منظور تغییر در وضعیت خود خسارت مطالبه کنند و عرف نیز رابطه سببیت بین دستورالعمل صادره و استعفای شخص را محرز می‌داند.

نتیجه‌گیری

ممکن است اشخاص با اعتماد به تصمیم، عملکرد یا اعلام‌های دولت، اقداماتی را انجام دهند و عدول از تصمیم‌ها، اتخاذ تصمیم‌های مغایر، عدم اجرا یا اجرای ناقص آن‌ها سبب ورود خسارت شود. برخلاف نظریه انتظارات مشروع که براساس آن ورود ضرر شرط نیست، در مسئولیت مدنی ناشی از نقض اعتماد به مانند سایر مصادیق مسئولیت مدنی، شرط اول، ورود خسارت به خواهان است. این خسارات ممکن است شامل هزینه‌های صورت گرفته، از دست دادن فرصت، تغییر در وضعیت و خسارات معنوی باشد. اقتضای اصل حاکمیت قانون این است که تصمیمات اتخاذ شده توسط دولت در چارچوب صلاحیت، مطابق قانون و قابل اجرا باشد، بنابراین اتخاذ تصمیم غیرقانونی، خارج از صلاحیت، عدول غیرموجه از تصمیمات یا تصمیم‌گیری‌های متعارض می‌تواند تقصیر محسوب شود. برای احراز رابطه سببیت، معقول بودن اعتماد خواهان و نیز معقول بودن هزینه‌ها شرط است، به نحوی که عرفاً خسارات قابل انتساب و استناد به تقصیر دولت باشد. از این رو دولت ملزم به جبران خسارت اشخاصی است که با اتکا و اعتماد به اقدامات دولت متحمل ضرر و زیان شده‌اند. هرچند رویه قضایی در برخورد با خسارات ناشی از نقض اعتماد با احتیاط عمل می‌کند، اما مصادیق قید شده دلالت بر این دارد که جامعه حقوقی ظرفیت پذیرش چنین امری را دارد و شناخت مسئولیت مدنی ناشی از نقض اعتماد برای دولت، نه تنها منافاتی با اقتدار و اعمال حاکمیت دولت ندارد (چراکه هدف مسئولیت مدنی ناشی از نقض اعتماد، جبران خسارت شهروندان زیان دیده از تصمیمات دولت است و نه محدود کردن اقتدار حاکمیت)، بلکه کارکرد بازدارندگی مسئولیت مدنی می‌تواند کیفیت تصمیم‌گیری‌های دولت را ارتقا دهد و از تغییر پی در پی خط‌مشی‌های

جاری جلوگیری کند. همچنین سبب افزایش اعتماد و اطمینان شهروندان به مراجع عمومی دولتی می‌شود که این نیز خود انگیزه افراد برای مشارکت، همیاری و پیروی را افزایش می‌دهد. بنابراین پیشنهاد می‌شود قضات با توجه به قابلیت‌های قانونی کشور با فرض تقصیر در موارد غیرقانونی بودن تصمیم یا اعلام‌های دولت و حتی در موارد قانونی بودن آن‌ها با احراز تقصیر و در صورت اثبات رابطه سببیت بین خسارات و قصور دولت یا حداقل قصور کارمند مربوط، حکم به الزام به پرداخت ضرر و زیان صادر کند و در این زمینه عواملی مثل معقول بودن، قابلیت پیش‌بینی، نقش زیان‌دیده در بروز خسارات، سوءاستفاده از اختیارات توسط مرجع عمومی و مستقیم یا غیرمستقیم بودن خسارات می‌تواند به‌عنوان ابزاری در تعدیل این نوع خسارات به‌خصوص در جایی که منافع شخص فدای مصلحت جامعه می‌شود، به‌کار رود. حتی می‌توان در مواردی که خسارت وارده به منافع عمومی از ضرر وارده به اعتماد و اتکای اشخاص بیشتر نیست و در صورتی که منافاتی با خط‌مشی‌های دولت نداشته باشد، دولت را ملزم به اعلام یا تصمیم‌های خود کرد؛ در واقع حمایت ماهوی را جایگزین حمایت ترمیمی کرد، چراکه پرداخت غرامت همیشه وسیله مناسبی برای جبران خسارت نیست و همچنین سبب اتلاف بیت‌المال خواهد بود و الزام دولت به اجرای تصمیم یا اعلام خود می‌تواند شیوه مناسبی برای جبران خسارت باشد.

یادداشت‌ها

1. Reliance Interest in Contract Damages
2. Reliance Interest
3. Expectation Interest
4. Restitution Interest

۵. دولت در معنای عام خود مدنظر است که دربرگیرنده تمام سازمان‌ها و ارگان‌های اداری، قضایی و قانون‌گذاری است.

۶. نسخ نسبت به آینده و توسط اداره صورت می‌گیرد، ولی ابطال نسبت به گذشته و در فرایند دادرسی اداری و نتیجه یک رأی قضایی است.

۷. شورای عالی اداری در یکصد و هفتاد و هشتمین جلسه مورخ ۱۳۹۵/۱۱/۹ به پیشنهاد سازمان اداری و استخدامی کشور، به منظور رفع تبعیض و ایجاد نظام اداری پاسخگو و کارآمد این مصوبه را در ۱۹ ماده تدوین کرد.

۸. در نظریه حاکمیت قانون به عنوان مبنایی برای حمایت از انتظارات مشروع، صرف اینکه تصمیم یا اعلام دولت موجب ایجاد انتظار برای شهروندان شود کفایت می‌کند، هرچند هیچ‌گونه اتکای مالی یا اقدام فیزیکی توسط شهروندان صورت نگرفته باشد. اتکای زیان‌آور پیش‌شرط حمایت از انتظارات نیست، درحالی‌که در مسئولیت مدنی ناشی از اعتماد، اتکای زیان‌آور رکن اصلی مسئولیت است. رابطه این دو عمومی و خصوص مطلق است. قدر متیقن حمایت از انتظارات مشروع جایی است که به جهت اتکای به تصمیم یا اعلام دولت خسارت وارد شده باشد.

۹. مصوب ۱۳۳۹.

۱۰. مصوب ۱۳۵۸.

۱۱. مصوب ۱۳۴۱.

12. Legitimate Expectation

۱۳. مصوب ۱۳۹۲.

۱۴. در پرونده کلاسه ۳۲۶/۲۹/۸۸ خواهان اظهار داشته در آزمون دوره دستیاری رشته تخصصی ارتودنسی در سال ۱۳۷۳ شرکت کرده و با کسب نمره و شرایط لازم قبول شده است، لیکن وزارت بهداشت درمان و آموزش پزشکی از پذیرش وی بدون عذر موجه خودداری نموده که نهایتاً در سال‌های ۸۱-۸۲ براساس دادنامه صادره از سوی شعبه سوم دیوان عدالت اداری به دانشگاه شهید بهشتی معرفی می‌شود. این اقدام خوانده موجب تضییع حقوق وی به مدت نه سال و محرومیت از حقوق ناشی از این ارتقای علمی شده، از این رو تقاضای صدور حکم بر محکومیت خوانده به پرداخت کلیه خسارات مادی و معنوی وارده ناشی از تأخیر در معرفی را مطالبه کرده است.

۱۵. مصوب ۱۳۶۱ هیأت وزیران.

منابع

الف: فارسی

۱۱. افتخارچهرمی، گودرز و مرتضی شهبازی‌نیا (۱۳۸۳)، «بررسی قاعده استاپل در حقوق انگلیس و آمریکا»، *مجله حقوقی*، ش ۳، صص ۵-۷۳.
۱۲. امامی، محمد و کورش استوار سنگری (۱۳۹۷)، *حقوق اداری*، تهران: میزان، چ بیست‌ودوم، ج ۱.
۱۳. بابازاده، وحید و اسدالله یآوری (۱۳۹۳)، «مفهوم صلاحیت‌گزینشی در آرای دیوان عدالت اداری»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل*، دوره ۷، ش ۲۵، صص ۱-۳۲.
۱۴. بادینی، حسن (۱۳۸۳)، «هدف مسئولیت مدنی»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، ش ۶۶، صص ۵۵-۱۱۳.
۱۵. زارعی، محمدحسین و مسیح بهنیا (۱۳۹۰)، «تأملی بر امکان اعمال اصل انتظار مشروع در دیوان عدالت اداری»، *فصلنامه علمی پژوهشی راهبرد*، سال بیستم، ش ۶۱، صص ۱۵۳-۱۸۹.
۱۶. زارعی، محمدحسین (۱۳۸۵)، «امنیت قضایی»، پروژه تحقیقاتی، تهران: معاونت فقهی و حقوقی مرکز تحقیقات استراتژیک مجمع تشخیص مصلحت نظام.
۱۷. شعاریان، ابراهیم (۱۳۹۰)، «جبران خسارت معنوی ناشی از نقض قرارداد»، *مجله تحقیقات حقوقی*، ش ۵۴، صص ۳۶۷-۴۱۶.
۱۸. شونبرگ، سورن (۱۳۸۷)، «انتظارهای مشروع در حقوق اداری»، ترجمه احمد رنجبر، تهران: میزان، چ اول.
۱۹. صدرالحفاظی، نصراله (۱۳۷۲)، *نظارت قضایی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری*، تهران: شهریار، چ اول.
۱۰. صفایی، سید حسین و حبیب‌الله رحیمی (۱۳۹۲)، *مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)*، تهران: سمت، چ پنجم.
۱۱. طالب احمدی، حبیب (۱۳۹۲)، «مسئولیت پیش قراردادی»، تهران: میزان، چ اول.
۱۲. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۷)، *حقوق اداری تطبیقی*، تهران: سمت، چ چهاردهم.
۱۳. غمامی، مجید (۱۳۷۶)، *مسئولیت مدنی دولت نسبت به اعمال کارکنان خود*، تهران: دادگستر، چ اول.
۱۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ششم، ج ۲.
۱۵. ----- (۱۳۸۶)، *الزام‌های خارج از قرارداد: ضمان قهری*، تهران: دانشگاه تهران، چ ششم، ج اول.

۱۶. ----- (۱۳۸۰)، مقدمه علم حقوق، تهران: شرکت سهامی انتشار، چ بیست و هشتم.
۱۷. کاظمی، محمود (۱۳۸۰)، «نظریه از دست دادن فرصت در مسئولیت مدنی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۵۳، صص ۱۸۵-۲۲۸.
۱۸. موسی‌زاده، رضا (۱۳۸۱)، حقوق اداری ۱ و ۲، تهران: میزان، چ چهارم.
۱۹. نعمت‌اللهی، اسماعیل (۱۳۹۷)، «منافع سه‌گانه در خسارت‌های قراردادی»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۲، ش ۳، صص ۱۶۳-۱۸۹.
۲۰. واعظی، سید مجتبی (۱۳۹۴)، «معیار عمل حاکمیت در حقوق اداری ایران»، مطالعات حقوقی، دوره ۷، ش ۲، صص ۲۰۰-۲۲۰.
۲۱. یزدانیان، علیرضا (۱۳۸۶)، حقوق مدنی، قواعد عمومی مسئولیت مدنی، تهران: میزان، چ اول، ج ۱

ب: لاتین

1. Barak-Erez, Daphne (2005), "The Doctrine of Legitimate Expectations and the Distinction between the Reliance and Expectation Interests", **European Public Law**, Vol. 11, Issue 4
2. Caldwell, J.L. (1986), "Discretionary remedies in administrative law" 6 Otago L.
3. Craswell, R. (1996), Offer, Acceptance, and Efficient Reliance, available at: http://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles
4. Fuller.L.L & Perdue, William R, (1936), **The Reliance Interest in Contract Damages**; available at: cisgw3.law.pace.edu.
5. James Hollyman, Robert (1999), liability and Reliability the reliance interest in negligence damages, available at: <https://tspace.library.utoronto.ca/bitstream/1807/14949/1/MQ46029.pdf>.
6. Jaffey, P. (1997), A new version of reliance theory, Perdue; William R and Fuller. Lon; **The Reliance Interest in Contract Damages**; available at: <http://www.cisg.law.pace.edu>.
7. Jim, Leitzel, (1989), Reliance And Contract Breach, available at: <http://scholarship.law.duke.edu>.
8. Knight, Dean.R ,(2004), **Estoppel (principles?) in Public Law: The Substantive Protection in Legitimate Expectations, a thesis for degree of Master of Laws**, The University of British Columbia.
9. Paul Craig, (1992), Legitimate Expectations: A Conceptual Analysis, the law quarterly review, available at: <https://www.trans-lex.org/123200>,

10. Slawson W. David (2003), Why Expectation Damages for Breach of Contract Must Be the Norm: A Refutation of the Fuller and Perdue "Three Interests" Thesis, available at: [https:// digitalcommons.unl.edu/nlr](https://digitalcommons.unl.edu/nlr)
11. Thomas, Robert (2012), The Protection of Legitimate Expectations in UK Administrative Law, A paper prepared for a conference entitled "The Protection of Legitimate Expectations under Administrative Law" University of Bergen, Norway.
12. Wade (H. W. R.) Henry William Rawson & Forsyth Christopher (2004), **Administrative law**, ninth Edition, New York: Oxford University Press 2004.

گستره صلاحیت مقام رهبری در صدور فرمان همه‌پرسی (موضوع بند ۳ اصل ۱۱۰ قانون اساسی)

هادی طحان نظیف^{۱*}، علی بهادری جهرمی^{۲**}، کمال کدخدامرادی^{۳***}

۱. استادیار گروه حقوق عمومی و بین‌الملل دانشگاه امام صادق (ع)، تهران، ایران

۲. استادیار گروه حقوق عمومی دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران

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

تاریخ دریافت: ۹۸/۸/۸ تاریخ پذیرش: ۹۹/۳/۱۱

چکیده

در اصل ۶ قانون اساسی، یکی از شیوه‌های اداره کشور، مراجعه به آرای عمومی و برگزاری همه‌پرسی معرفی شده است. در همین زمینه، بند ۳ اصل ۱۱۰ قانون اساسی یکی از وظایف و اختیارات مقام رهبری را صدور «فرمان همه‌پرسی» برشمرده است. ابهامات این بند سبب شده است تا شمول صلاحیت مقام رهبری در خصوص صدور فرمان همه‌پرسی تقنینی موضوع اصل ۵۹ قانون اساسی محل تأمل و اختلاف نظر باشد. از همین رو سؤال اصلی این پژوهش به تحلیل شمول صلاحیت مقام رهبری در صدور فرمان همه‌پرسی اختصاص یافته است. پژوهش حاضر در قالبی توصیفی-تحلیلی و با استفاده از داده‌های کتابخانه‌ای بر این باور است که مستند به مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی و ادله حقوقی و همچنین با تمسک به اطلاق عبارت بند ۳ اصل ۱۱۰ قانون اساسی، محدود دانستن این صلاحیت مقام رهبری به صدور فرمان همه‌پرسی بازنگری در قانون اساسی صحیح نیست و شمول این صلاحیت، همه‌پرسی تقنینی موضوع اصل ۵۹ قانون اساسی را هم در برمی‌گیرد.

واژگان کلیدی: بند ۳ اصل ۱۱۰، فرمان همه‌پرسی، مقام رهبری، همه‌پرسی، همه‌پرسی تقنینی، همه‌پرسی اساسی.

* Email: Tahan@isu.ac.ir

** Email: A.bahadori.j@modares.ac.ir

*** Email: Kadkhodamoradi@gmail.com

Scope of the Authority of the Supreme Leader in Issuing a Referendum Order (Paragraph 3 of the Article 110 of the Constitution)

Hadi Tahan Nazif ^{1*} & Ali Bahadori Jahromi; ^{2**} & Kamal Kadkhodamoradi ^{3***}

1-Assistant Professor, Department of International and Public Law, Imam Sadiq University, Tehran, Iran.\

2-Assistant Professor, Department of Public Law, Faculty of Law, Tarbiat Modarres University, Tehran, Iran.

3- PH. D Student of Public Law, Imam Sadiq University, Tehran, Iran.

Abstract

According to the Article 6 of the Constitution, one of the methods of governing the country is to refer to public opinion and hold a referendum. In this regard, paragraph 3 of the Article 110 of the Constitution states that one of the duties and powers of the Supreme Leader is to issue a "referendum order". The ambiguities of this paragraph have led to some debates and disagreements regarding the inclusion of the authority of the Supreme Leader in the issuance of the legislative referendum order as the subject of the Article 59 of the Constitution. Therefore, the main question of this research is dedicated to the analysis of the competence of the Supreme Leader in issuing a referendum order. The present study, through a descriptive-analytical form and using library data, based on the detailed negotiations of the Constitutional Review Council and the legal reasoning, as well as adherence to the paragraph 3 of the Article 110 of the Constitution, believes that the authority of the Supreme Leader is not limited just to issue a referendum order on Constitutional revision, but includes the legislative referendum set forth in the Article 59 of the Constitution.

Keywords

Paragraph 3 of the Article 110, Referendum Order Leadership Authority, Referendum, Legislative Referendum, Constitutional Referendum..

* **Email:** Tahan@isu.ac.ir

** **Email:** A.bahadori.j@modares.ac.ir

*** **Email:** Kadkhodamoradi@gmail.com

Corresponding Author

مقدمه

در اصل ۵۶ قانون اساسی بر حق حاکمیت مردم در تعیین سرنوشت اجتماعی خویش در چارچوب شریعت الهی تصریح شده است. بر مبنای شناسایی چنین حقی برای مردم، به موجب بند ۸ اصل ۳ قانون اساسی، دولت جمهوری اسلامی ایران موظف شده است تا زمینه مشارکت عامه مردم را در تعیین سرنوشت سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی فراهم سازد. در راستای تحقق اصول مذکور، در اصل ۶ قانون اساسی بر ضرورت اداره کشور با اتکا به آرای عمومی تصریح شده و برای این منظور دو شیوه پیش‌بینی شده است؛ یکی از شیوه‌های اداره کشور با اتکا به آرای عمومی که در این اصل بیان شده، استفاده از نهاد حقوقی «همه‌پرسی» است که البته تعیین موارد استفاده از آن به اصول دیگر قانون اساسی احاله شده است.

با بررسی اصول قانون اساسی درمی‌یابیم که دو نوع همه‌پرسی در اصول قانون اساسی شناسایی شده است: ۱. همه‌پرسی تقنینی مندرج در اصل ۵۹ قانون اساسی و ۲. همه‌پرسی اساسی مندرج در اصل ۱۷۷ قانون اساسی. در جریان بازنگری قانون اساسی در سال ۱۳۶۸، بند ۳ اصل ۱۱۰ قانون اساسی به این اصل اضافه شد و در قانون اساسی مصوب ۱۳۵۸ این صلاحیت در شمار وظایف و اختیارات مقام رهبری تصریح نشده بود. اضافه شدن صلاحیت صدور فرمان همه‌پرسی به اصل ۱۱۰ قانون اساسی و الحاق همزمان آن با الحاق اصل ۱۷۷ قانون اساسی (ترتیبات بازنگری در قانون اساسی)، سبب بروز اختلاف‌نظرهایی بین حقوقدانان در خصوص شمول و گستره این صلاحیت شده است. برخی حقوقدانان الحاق همزمان عبارت بند ۳ اصل ۱۱۰ و اصل ۱۷۷ قانون اساسی را قرینه‌ای مبنی بر شمول حکم بند ۳ اصل ۱۱۰ نسبت به همه‌پرسی بازنگری قانون اساسی قلمداد کرده و شمول حکم این بند را منصرف از همه‌پرسی تقنینی دانسته‌اند (هاشمی، ۱۳۹۳: ۷۲). در مقابل، برخی دیگر با استناد به اطلاق بند ۳، این صلاحیت مقام رهبری را شامل هر نوع همه‌پرسی اعم از همه‌پرسی تقنینی یا اصلاح قانون اساسی دانسته‌اند (محسنی، ۱۳۹۵: ۱۴۰؛ مهرپور، ۱۳۹۰: ۱۳۰).

بنابر اختلاف‌نظرهای مذکور، بررسی گستره و شمول صلاحیت مقام رهبری در صدور فرمان همه‌پرسی از موضوعات نیازمند تأمل و بررسی است که فارغ از دستاوردهای نظری آن برای نظام حقوقی، مبین این مطلب است که اعمال قوه مقننه از طریق همه‌پرسی پس از تصویب مجلس و تأیید شورای نگهبان مفید الزام ارجاع مصوبه به همه‌پرسی نیست و بر همین اساس در نظام جمهوری اسلامی ایران، اعمال قوه مقننه از طریق همه‌پرسی نیازمند فرایند دیگری نیز است و آن صدور فرمان همه‌پرسی توسط مقام رهبری است.

این پژوهش در قالب توصیفی-تحلیلی در پی تحلیل گستره صلاحیت مقام رهبری در صدور فرمان همه‌پرسی و پاسخگویی به این پرسش اصلی است که آیا صلاحیت مقام رهبری در صدور فرمان همه‌پرسی، شامل همه‌پرسی موضوع اصل ۵۹ قانون اساسی می‌شود یا خیر؟ فرضیه نویسندگان این تحقیق آن است که مبتنی بر مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی، اطلاق بند ۳ اصل ۱۱۰ قانون اساسی و با استناد به ادله حقوقی دیگر، شمول صلاحیت مقام رهبری علاوه بر صلاحیت صدور فرمان همه‌پرسی بازنگری در قانون اساسی، صلاحیت صدور فرمان همه‌پرسی تقنینی را در برمی‌گیرد.

بنابر بررسی انجام گرفته، هرچند در برخی کتاب‌های حقوق اساسی به اجمال و گذرا بر شمول یا عدم شمول صلاحیت مقام رهبری در صدور فرمان همه‌پرسی تقنینی پرداخته شده، اما تاکنون مبتنی بر فرضیه این تحقیق مبنی بر پذیرش شمول صلاحیت مقام رهبری در صدور فرمان همه‌پرسی موضوع اصل ۵۹، ادله مخالفان این فرضیه، به صورت منسجم و با عطف توجه به مباحث مطرح شده در مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی تحلیل و بررسی نشده است. افزون بر این، سایر استناداتی که ممکن است از مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی مبنی بر عدم شمول صلاحیت مقام رهبری در صدور فرمان همه‌پرسی تقنینی مورد استناد قرار گیرد نیز تبیین و تحلیل شده است.

به منظور پاسخگویی به پرسش اصلی پژوهش، ابتدا مفهوم همه‌پرسی و انواع آن در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و مفهوم اصطلاح «فرمان همه‌پرسی در بند ۳ اصل ۱۱۰» تبیین می‌شود، سپس مبانی موجهه واگذاری صلاحیت صدور فرمان همه‌پرسی به مقام رهبری مطالعه و در نهایت شمول صلاحیت مقام رهبری در صدور فرمان همه‌پرسی تقنینی تحلیل و بررسی می‌شود.

۱. مفهوم‌شناسی

اولین گام ضروری در این پژوهش، تبیینی از مفاهیم مورد نظر از واژگان کلیدی آن است تا از این طریق فهم مشترکی میان نویسندگان و خواننده ایجاد شود. از همین رو، در ادامه به واکاوی مفهوم «همه‌پرسی» و انواع آن و تبیین مفهوم اصطلاح «فرمان همه‌پرسی در بند ۳ اصل ۱۱۰» پرداخته می‌شود.

۱-۱. مفهوم همه‌پرسی و انواع آن در نظام جمهوری اسلامی ایران

واژه «همه‌پرسی» معادل واژه انگلیسی «رفراندم» است. از نظر اصطلاحی اندیشمندان حقوقی و سیاسی تعاریف متعددی از این مفهوم ارائه کرده‌اند. برخی همه‌پرسی را به «معنای مراجعه به

آرای ملت در امور مربوط به قانون‌گذاری و غیر آن» تعریف کرده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۳۳۷). برخی دیگر همه‌پرسی را به معنای «رجوع به آرای عمومی و مشورت گرفتن مستقیم از مردم در مورد وضع قانون یا تغییر و اصلاح آن و همچنین کسب نظر شهروندان در خصوص مسائل مهم مملکتی» قلمداد کرده‌اند (قاضی، ۱۳۸۸: ۱۲۷). برخی دیگر همه‌پرسی را «رأی‌گیری مستقیم از همه اعضای تشکیل‌دهنده یک سازمان یا جامعه برای رد یا تصویب سیاستی که رهبران یا نمایندگان پیشنهاد کرده‌اند» (آشوری، ۱۳۸۷: ۳۲۷)، تعریف کرده‌اند. در تعریفی دیگر نیز همه‌پرسی مراجعه مستقیم به عموم شهروندان یک کشور برای دریافت بدون واسطه پاسخ آنان به پرسشی خاص دانسته شده است که این پرسش می‌تواند در مورد قوانین (اساسی یا عادی) یا در مورد موضوعی بسیار مهم باشد که همراهی افکار عمومی در اجرای آن اهمیتی ویژه دارد (اسماعیلی، ۱۳۸۲: ۲۷).

همان‌طور که در تعاریف مذکور مشاهده می‌شود، برداشت‌هایی در تعریف همه‌پرسی بیان شده است که در مجموع با استناد به تعاریف مذکور و وجوه اشتراک و اختلاف آن‌ها و در مقام تعریف همه‌پرسی به‌عنوان یکی از اشکال اعمال مردم‌سالاری مستقیم در نظام‌های مردم‌سالار نیمه‌مستقیم می‌توان همه‌پرسی را به‌عنوان یک نهاد حقوقی - سیاسی این‌گونه تعریف کرد: همه‌پرسی از شیوه‌های مراجعه مستقیم به آرای عمومی است که توسط نهادهای حاکم در کشور از طریق نظرخواهی مستقیم از مردم درباره پذیرش یا رد موضوعی خاص صورت می‌گیرد.

همه‌پرسی را می‌توان از نظرگاه‌های مختلفی دسته‌بندی کرد. همه‌پرسی از نظر میزان اعتبار نتیجه آن به دو گونه‌ی «مشورتی» و «تصویبی» تقسیم می‌شود. در صورتی که همه‌پرسی پیش از شکل‌گیری قانون، برای اخذ نظر مردم استفاده شود، به آن «همه‌پرسی مشورتی» گویند. در این حالت هرگاه به سؤال طرح‌شده رأی مثبت داده شود، خود به‌تنهایی نمی‌تواند قاعده موردنظر را به گونه استقرار یافته آن الزام‌آور سازد، بلکه به‌صورت طرح یا لایحه باید توسط مراجع قانون‌گذاری به تصویب برسد. در صورتی که اکثریت شهروندان به متن قانونی رأی دهند و آن را تصویب کنند و بدون تصویب مؤخر مجلس آن را لازم‌الاجرا نمایند، به آن «همه‌پرسی تصویبی» می‌گویند (قاضی، ۱۳۸۸: ۱۲۷).

همه‌پرسی از منظر اختیار دولت در برگزاری آن نیز به دو نوع «اختیاری» و «اجباری» تقسیم می‌شود. همه‌پرسی اختیاری هنگامی است که قوه مقننه به اختیار خود، قانونی را که تصویب کرده است، به معرض قضاوت عمومی می‌گذارد تا ملت درباره آن نفیاً و اثباتاً اظهار نظر کند (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۸۶: ۷۲). به تعبیر دقیق‌تر در همه‌پرسی اختیاری، قانون به مجلس

قانون‌گذاری یا دولت این اختیار را می‌دهد تا در امور مهم و سرنوشت‌ساز به آرای عمومی مراجعه کنند تا مردم در آن خصوص تصمیم‌گیری کنند. در مقابل همه‌پرسی اجباری هنگامی معنادار می‌شود که مطابق قانون اساسی، قانون مصوب پارلمان یا بعضی امور باید به همه‌پرسی گذاشته شود تا ملت درباره آن اظهارنظر کنند (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۸۶: ۷۲).

همه‌پرسی از نظر موضوعی که به همه‌پرسی گذاشته می‌شود نیز به دو صورت «همه‌پرسی تقنینی» و «همه‌پرسی اساسی» قابل دسته‌بندی است. موضوع همه‌پرسی تقنینی تصویب یا اصلاح قانون عادی است. به عبارت دیگر، همه‌پرسی تقنینی هنگامی صورت می‌گیرد که در مسائل مهم، امر قانون‌گذاری به آرای عمومی گذاشته شود (هاشمی، ۱۳۹۳: ۷۲). موضوع همه‌پرسی اساسی تصویب، اصلاح یا تجدیدنظر در قانون اساسی است (خدایی، ۱۳۸۱: ۴۳؛ هاشمی، ۱۳۹۳: ۷۱).

از منظر نحوه طرح سؤال نیز همه‌پرسی، به صورت «دوگزینه‌ای» مطرح می‌شود و مردم از میان آن دو گزینه، یکی از آن‌ها را انتخاب می‌کنند (هاشمی، ۱۳۹۰: ۲۳۲-۲۳۳).

با توجه به دسته‌بندی‌های مختلف مطرح‌شده و بنابر تشریفات همه‌پرسی موضوع اصل ۵۹ که در قانون همه‌پرسی مصوب ۱۳۶۸/۴/۴ آمده است، همه‌پرسی مذکور در این اصل را می‌توان همه‌پرسی «تقنینی»، «تصویبی»، «اختیاری» و «دوگزینه‌ای» به‌شمار آورد. توضیح آنکه اولاً طبق اصل ۵۹ قانون اساسی که یکی از طرق اعمال قوه مقننه را از طریق همه‌پرسی و مراجعه مستقیم به آرای عمومی دانسته است، می‌توان گفت که موضوع این نوع همه‌پرسی، تقنینی است؛ ثانیاً از آن‌جا که بعد از تصویب درخواست همه‌پرسی توسط دوسوم مجموع نمایندگان و تأیید شورای نگهبان، رأی مردم، سبب تصویب نهایی مصوبه مجلس می‌شود، می‌توان گفت که این نوع همه‌پرسی تصویبی است؛ ثالثاً با توجه به آنکه مسیر اصلی قانون‌گذاری در اصل ۵۸ از طریق مجلس شورای اسلامی مشخص می‌شود و در اصل ۵۹ نیز بیان شده که اعمال قوه مقننه «ممکن است» از راه همه‌پرسی صورت پذیرد، این نوع همه‌پرسی، اختیاری است و مراجع صلاحیت‌دار به‌منظور ارائه درخواست برگزاری این همه‌پرسی تکلیفی در برگزاری آن ندارند؛ رابعاً شکل طرح سؤال به رسمیت شناخته‌شده در قانون همه‌پرسی روش دوگزینه‌ای (آری یا نه) است.

از طرف دیگر در مقام تطبیق همه‌پرسی بازننگری در قانون اساسی با گونه‌های مختلف همه‌پرسی ذکرشده، باید گفت که همه‌پرسی بازننگری در قانون اساسی یک همه‌پرسی «تصویبی»، «دوگزینه‌ای» و «اجباری» است. توضیح آنکه، اولاً با توجه به اینکه پس از تصویب موضوعات بازننگری در قانون اساسی در شورای بازننگری و تأیید و امضای مقام رهبری،

برگزاری همه‌پرسی و رأی مثبت اکثریت مطلق شرکت‌کنندگان، این مصوبه، تصویب شده قلمداد می‌شود، از این رو می‌توان گفت که این نوع همه‌پرسی تصویبی است؛ ثانیاً شکل طرح سؤال به رسمیت شناخته شده در قانون همه‌پرسی، روش دوگزینه‌ای (آری یا نه) است؛ ثالثاً از آنجا که در اصل ۱۷۷ قانون اساسی یکی از مراحل تحقق بازنگری در قانون اساسی، برگزاری همه‌پرسی دانسته شده، از این رو در صورت تحقق سایر شرایط مذکور در این اصل، برگزاری همه‌پرسی، اجباری است.

۱-۲. مفهوم «فرمان همه‌پرسی» در بند ۳ اصل ۱۱۰ قانون اساسی

پس از روشن شدن مفهوم اصطلاح همه‌پرسی، موضوعی که ضرورت دارد تبیین شود و در تحلیل گستره صلاحیت مقام رهبری در صدور فرمان همه‌پرسی اثرگذار است، مفهوم اصطلاح «فرمان همه‌پرسی» است. در توضیح این مفهوم باید گفت که تبیین مفهوم فرمان همه‌پرسی تابعی از مفهوم همه‌پرسی است. بنابراین همان‌طور که در بند قبل مشخص شد، وجه مشترک همه تعاریف ارائه شده از مفهوم همه‌پرسی و تعریف مختار ارائه شده از این مفهوم، مراجعه مستقیم به آرای عمومی است که این مراجعه در مرحله رأی‌گیری متعین می‌گردد. بر همین اساس، از آنجا که اصطلاح همه‌پرسی معادل با رجوع به آرای عمومی است، از همین رو، ظهور فرمان همه‌پرسی نیز معادل با فرمان مرحله رأی‌گیری قلمداد می‌شود. در تأیید این مطلب می‌توان به نسبت مفهومی اصطلاح «همه‌پرسی» با اصطلاح «مراجعه مستقیم به آرای مردم» اشاره کرد که به نظر می‌رسد قانون‌گذار اساسی، مفهوم واحدی از این دو اصطلاح را در نظر داشته است و از نظر وی این دو مفهوم بر معنای یکسانی دلالت می‌کنند؛ به گونه‌ای که در اصول ۵۹، ۹۹ و ۱۷۷ قانون اساسی که قانون‌گذار مفهوم «همه‌پرسی» و «مراجعه به آرای عمومی» را در کنار یکدیگر به کار برده، از مفهوم مراجعه مستقیم به آرای عمومی، مفهوم همه‌پرسی را اراده کرده است (فتاحی، ۱۳۹۷: ۳۲-۳۳؛ منصوریان، ۱۳۹۷: ۱۴۳). در تأیید این برداشت می‌توان به پرسش یکی از اعضای جلسه شورای بازنگری قانون اساسی مبنی بر متفاوت بودن یا یکسان بودن مفاهیم همه‌پرسی و مراجعه به آرای عمومی اشاره کرد (صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۰، ج ۳: ۱۴۶۰) که در پاسخ به این پرسش، بیان شده است که عطف مفهوم همه‌پرسی به مفهوم مراجعه به آرای عمومی از باب «عطف تفسیری» است (صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۰، ج ۳: ۱۴۶۰)، بدین معنا که مقصود از مراجعه به آرای عمومی همان همه‌پرسی است و هیچ تفاوتی با یکدیگر ندارند. البته شایان ذکر است که برخلاف اصل ۹۹ قانون اساسی، در اصل ۵۹، مفهوم مراجعه مستقیم به آرای عمومی به مفهوم

همه‌پرسی عطف شده که می‌توان این عطف را از باب «عطف عام بر خاص» تلقی کرد که البته تفاوتی در قصد قانون‌گذار از افاده معنایی یکسان این دو مفهوم با یکدیگر نمی‌کند. در مقابل این نگاه ممکن است با مقایسه مفهوم انتخابات به‌مثابه مجموعه عملیاتی که همه فرایندهای گزینش‌گری و اقدامات اجرایی انتخابات از مرحله تهیه مقدمات برگزاری انتخابات، ثبت‌نام و بررسی صلاحیت‌ها، تبلیغات، اخذ رأی و شمارش آرا تا صدور اعتبارنامه منتخبان را در برمی‌گیرد (راسخ، ۱۳۹۰: ۱۰۳)، گفته شود که صدور دستور آغاز انتخابات معادل با صدور فرمان آغاز فرایند انتخابات است که اولین مرحله از مراحل انتخابات محسوب می‌شود و بر همین اساس این‌گونه نتیجه‌گیری شود که صدور فرمان همه‌پرسی در بند ۳ اصل ۱۱۰ معادل با صدور فرمان آغاز فرایند بازنگری بوده که این صلاحیت نیز در صدر اصل ۱۷۷ قانون اساسی برای مقام رهبری پیش‌بینی شده است. بنابراین هدف اعضای شورای بازنگری از الحاق بند ۳ اصل ۱۱۰، پیش‌بینی صلاحیت جدیدی برای مقام رهبری نبوده است، بلکه آن‌ها به دنبال شناسایی رسمی اقدام حضرت امام خمینی (ره) به‌منظور صدور فرمان آغاز فرایند بازنگری بوده‌اند که به این صلاحیت نیز در صدر اصل ۱۷۷ قانون اساسی تصریح شده است (ابریشمی‌راد و نیکونهاد، ۱۳۹۹: ۳۹۷-۴۰۲). در واقع مطابق این فرض، صدور فرمان همه‌پرسی توسط مقام رهبری، در اصل ۱۷۷ قانون اساسی به‌مثابه صدور فرمان آغاز فرایند بازنگری در قانون اساسی قلمداد می‌شود (ابریشمی‌راد و نیکونهاد، ۱۳۹۹: ۳۸۵-۳۹۱). این در حالی است که موضوع بازنگری مطرح در اصل ۱۷۷ قانون اساسی، فرایندی متشکل از چندین مرحله مانند تشخیص ضرورت بازنگری، ابتکار بازنگری، تصویب موارد اصلاح یا متمیم قانون اساسی در شورای بازنگری و تأیید و امضای مصوبات شورای بازنگری توسط مقام رهبری است که در این میان، مرحله همه‌پرسی و رأی‌گیری نیز آخرین مرحله فرایند بازنگری محسوب می‌شود و در عرض دیگر مراحل قرار دارد و برگزاری آن نیز مستلزم صدور فرمان همه‌پرسی توسط مقام رهبری است. از طرف دیگر، موضوع قانون‌گذاری اصل ۵۹ قانون اساسی نیز به‌مثابه یک فرایند، از مراحل مختلفی همچون ابتکار همه‌پرسی تقنینی، تصویب درخواست مراجعه به آرای عمومی، نظارت شورای نگهبان بر مصوبه همه‌پرسی تقنینی و غیره تشکیل شده است که در این میان، همه‌پرسی و رأی‌گیری آخرین جزء فرایند قانون‌گذاری است که به عقیده نویسندگان این مقاله برگزاری آن منوط به صدور فرمان همه‌پرسی توسط مقام رهبری است. بنابراین، این مطلب که گفته شود فرمان همه‌پرسی شروع فرایند بازنگری قانون اساسی در اصل ۱۷۷ قانون اساسی (ابریشمی‌راد و نیکونهاد، ۱۳۹۹: ۴۰۲) و شروع فرایند قانون‌گذاری در اصل ۵۹ است، صحیح نیست. البته لازم است به این نکته توجه شود که

برگزاری مرحله همه‌پرسی و مراجعه به آرای عمومی در نظام جمهوری اسلامی ایران یک مرحله فرایندمحور است که برگزاری آن پس از صدور فرمان همه‌پرسی از چند مرحله مانند تعیین و اعلام تاریخ برگزاری همه‌پرسی توسط وزارت کشور ضمن با هماهنگی شورای نگهبان، تشکیل هیأت‌های اجرایی، تعیین تعداد و محل استقرار شعب ثبت‌نام و اخذ رأی، انتشار آگهی همه‌پرسی و نظارت بر همه‌پرسی تشکیل شده است. بنابراین در مقام جمع‌بندی این بند می‌توان گفت که صدور فرمان برگزاری همه‌پرسی معادل صدور فرمان مراجعه به رأی مردم (رأی‌گیری) است که این مرحله خود از مجموعه مراحل لازم برای اجرای این مراجعه تشکیل شده است.

با تبیین مفهوم مدنظر از فرمان همه‌پرسی ذکر این نکته لازم است که صلاحیت مقام رهبری در صدور فرمان همه‌پرسی برخلاف نظر برخی حقوقدانان، صلاحیت تشریفاتی نیست. برخی بر این عقیده‌اند با توجه به اینکه در اصل ۵۹ قانون اساسی درخواست همه‌پرسی به تصویب دوسوم مجموع نمایندگان موکول شده و در ماده ۳۶ قانون همه‌پرسی نیز انجام همه‌پرسی به تصویب نمایندگان واگذار شده است، از این رو این همه‌پرسی با ابتکار و رأی مجلس انجام می‌گیرد و در نتیجه در این فرایند، صدور فرمان همه‌پرسی توسط مقام رهبری به عنوان یک مرحله‌ی تشریفاتی تلقی می‌شود (غمامی، ۱۳۹۰: ۲۲۶). اما در مقابل نگاه مذکور باید گفت که تصویب ارجاع موضوع به همه‌پرسی توسط مجلس شورای اسلامی با صدور فرمان همه‌پرسی توسط مقام رهبری دو مرحله متفاوت از یکدیگر و مکمل فرایند تقنین از طریق همه‌پرسی هستند، به گونه‌ای که تصویب مجلس، شرط تمام‌کننده فرایند ارجاع به همه‌پرسی نیست، بلکه برگزاری همه‌پرسی نیازمند صدور فرمان برگزاری همه‌پرسی توسط مقام رهبری است که البته این صلاحیت در زمره اختیارات مقام رهبری قرار دارد. در این فرض، به عقیده نویسندگان، به صرف تصویب دوسوم نمایندگان مجلس در ارجاع یک مسئله بسیار مهم به همه‌پرسی و تأیید آن توسط شورای نگهبان، لزوماً موضوع به همه‌پرسی ارجاع نخواهد شد؛ بلکه مقام رهبری در صورت صلاحدید فرمان همه‌پرسی را صادر خواهد کرد.

۲. مبانی صلاحیت مقام رهبری در صدور فرمان همه‌پرسی

پس از تبیین مفهوم و انواع همه‌پرسی در نظام جمهوری اسلامی ایران، آنچه محل تأمل به نظر می‌رسد، تبیین مبانی و موجهات سپردن صلاحیت صدور فرمان همه‌پرسی به مقام رهبری است. در تبیین این مطلب باید گفت که مبتنی بر مبانی نظام جمهوری اسلامی ایران و اقتضای نظریه ولایت مطلقه فقیه مصرح در اصل ۵۷ قانون اساسی می‌توان گفت که بنابر دیدگاه مشهور فقها، ولایت برای فقیه در حوزه امور عمومی به نحو اطلاق جعل شده است و عموم

مسائل و موضوعات متعلق به مصالح و منافع عمومی جامعه اسلامی را در برمی‌گیرد (خمینی، ۱۴۱۸ق: ۱۸). بر این اساس در دسته‌بندی امور عمومی جامعه به سه دسته تقنینی، اجرایی و قضایی، تمامی این شئون سه‌گانه و سایر نظامات و مناسبات حکومتی در چارچوب نظریه ولایت مطلقه فقیه در شمول شئون و ذیل ولایت ولی فقیه قرار می‌گیرد (خمینی، ۱۳۷۴: ۳۳-۳۵؛ معرفت، ۱۳۸۹: ۱۳۱). بر این اساس، هرچند مشروعیت اعمال قوای سه‌گانه و سایر نظامات و مناسبات حکومتی، از طریق تنفیذ قانون اساسی توسط ولی فقیه تأمین شده است، اما گفتنی است که مشروعیت بخشی در موضوع بحث حاضر - مشروعیت بخشی به برگزاری همه‌پرسی - باید به مثابه «یک فرایند» در نظر گرفته شود، به گونه‌ای که با انجام هریک از مراحل این فرایند، بخشی از مسیر مشروعیت بخشی به همه‌پرسی تأمین می‌شود. مبتنی بر نگاه فرایندمحور به مشروعیت بخشی به همه‌پرسی، امضا و تنفیذ قانون اساسی که در آن، مفاد اصول مربوط به قوه مقننه و مفاد اصل مربوط به بازنگری در قانون اساسی تنظیم شده، اولین مرحله از فرایند مشروعیت بخشی محسوب می‌شود و بدین ترتیب مشروع بودن برگزاری همه‌پرسی نیازمند وجود مرحله دیگری در تکمیل این فرایند است و آن صدور فرمان همه‌پرسی توسط مقام رهبری است. نتیجه آنکه، تردیدی در تسری مشروعیت به ارکان نظام با اجرای قانون اساسی ممضای ولی فقیه وجود ندارد، اما این مطلب در خصوص مشروع بودن برگزاری انواع همه‌پرسی تمام نیست و یکی از مراحل و ارکان این تسری مشروعیت در خصوص برگزاری همه‌پرسی، صدور فرمان همه‌پرسی توسط مقام رهبری است.

از طرف دیگر، علمای حقوق معتقدند که در مراجعه به آرای عمومی از طریق همه‌پرسی، اتخاذ تصمیم بر مدار گرایش‌های هیجانی، زودگذر و تحت تأثیر نطق و خطابه و روان‌شناسی شتاب‌آلود مردم صورت می‌پذیرد (قاضی، ۱۳۸۱: ۳۳۲). بر همین اساس و به منظور جلوگیری از وقوع تصمیم‌گیری‌های هیجانی و زودگذر اجتماعی، صدور فرمان برگزاری همه‌پرسی در اغلب نظام‌های حقوقی در صلاحیت رؤسای کشورها قرار داده می‌شود و از آن‌جا که در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران نیز صلاحیت صدور فرمان همه‌پرسی فراتر از امور اجرایی حوزه ریاست جمهوری است، از این‌رو این کارویژه در صلاحیت مقام رهبری قرار گرفته است (عمید زنجانی، ۱۳۸۵: ۷۸۷) و بر همین اساس برگزاری همه‌پرسی تقنینی و بازنگری در قانون اساسی با فرمان همه‌پرسی توسط مقام رهبری با الگوهای موجود در کشورهای مختلف تناسب بیشتری دارد.

۳. تحلیل شمول صلاحیت مقام رهبری در صدور فرمان همه‌پرسی

با مشخص شدن مفهوم اصطلاح فرمان همه‌پرسی و مبانی واگذاری این صلاحیت به مقام رهبری، آنچه محل تأمل به نظر می‌رسد، تبیین و تحلیل شمول صلاحیت مقام رهبری در

صدور فرمان همه‌پرسی موضوع اصل ۵۹ قانون اساسی و پاسخگویی به این پرسش است که مقام رهبری علاوه بر صلاحیت صدور فرمان همه‌پرسی بازنگری در قانون اساسی که قدر متیقن این صلاحیت مقام رهبری است، آیا صلاحیت صدور فرمان همه‌پرسی تقنینی را بر عهده دارد یا خیر؟

در پاسخ به پرسش مذکور برخی حقوقدانان با استناد به الحاق همزمان بند ۳ اصل ۱۱۰ قانون اساسی با اصل ۱۷۷ قانون اساسی و با عنایت به اینکه در ماده ۳۶ قانون همه‌پرسی درخواست برگزاری همه‌پرسی محدود به درخواست رئیس‌جمهور یا صد نفر از نمایندگان مجلس شده، صلاحیت مندرج در بند ۳ اصل ۱۱۰ را منصرف از همه‌پرسی موضوع اصل ۵۹ قانون اساسی دانسته و در مقام اثبات مدعیات خویش دلایلی را مطرح کرده‌اند (رستمی، ۱۳۸۷: ۱۹۳؛ هاشمی، ۱۳۹۳: ۷۳).

این گروه معتقدند با توجه به اینکه از یک سو در اصل ۵۹ قانون اساسی از اصطلاح «درخواست مراجعه به آرای عمومی» استفاده شده و از سوی دیگر در ماده ۳۶ قانون همه‌پرسی، درخواست مذکور فقط محدود به پیشنهاد رئیس‌جمهور یا صد تن از نمایندگان مجلس شورای اسلامی دانسته شده است، از این رو شناسایی صلاحیت صدور فرمان همه‌پرسی توسط مقام رهبری در مورد این نوع همه‌پرسی با صلاحیت رئیس‌جمهور یا صد نفر از نمایندگان مجلس در تعارض قرار دارد و در نتیجه اختیار رهبر شامل همه‌پرسی تقنینی موضوع اصل ۵۹ قانون اساسی نمی‌شود (هاشمی، ۱۳۹۳: ۷۳).

در مقابل نگاه مزبور و در مقام تبیین شمول صلاحیت صدور فرمان همه‌پرسی نسبت به همه‌پرسی موضوع اصل ۵۹ قانون اساسی باید بیان گفت که این نظر که صدور فرمان همه‌پرسی توسط مقام رهبری را معارض با پیشنهاد رئیس‌جمهور یا صد نفر از نمایندگان می‌داند، صحیح به نظر نمی‌رسد، چراکه این نظر پیشنهاد رئیس‌جمهور یا صد نفر از نمایندگان مجلس جهت ارجاع مصوبه مجلس به همه‌پرسی را به‌مثابه صدور فرمان همه‌پرسی تصور کرده و بر همین اساس حکم به تعارض میان صلاحیت مندرج در بند ۳ اصل ۱۱۰ و مقامات صالح جهت پیشنهاد رجوع به همه‌پرسی داده است؛ این در حالی است که ابتکار درخواست و پیشنهاد رئیس‌جمهور یا صد نماینده مجلس، موضوع متعلق همه‌پرسی نیست که با فرمان همه‌پرسی در تعارض قرار گیرد، بلکه خود، به موضوع دیگری یعنی به تصویب و تقنین یک مسئله بسیار مهم از طریق همه‌پرسی تعلق دارد که همه‌پرسی نیز از عناصر تقنین به‌شمار می‌آید. توضیح آنکه تقنین از طریق همه‌پرسی فرایندی است که خود از عناصر و اجزای متفاوتی تشکیل شده است که در میان این عناصر، رجوع به همه‌پرسی و رأی‌گیری آخرین

جزء این فرایند محسوب می‌شود و در کنار سایر عناصر این فرایند یعنی درخواست رئیس‌جمهور یا صد نفر از نمایندگان و تصویب توسط حداقل دوسوم مجموع نمایندگان مجلس و تأیید شورای نگهبان قرار دارد. بر همین مبنا باید گفت که درخواست تقنین مصوبه‌ای از طریق همه‌پرسی با صدور فرمان همه‌پرسی دو مرحله مجزا هستند، به گونه‌ای که درخواست یا پیشنهاد توسط رئیس‌جمهور یا صد نماینده ناظر بر تصویب یک مصوبه از طریق همه‌پرسی و رجوع به آرای عمومی است و صدور فرمان همه‌پرسی در بند ۳ اصل ۱۱۰، ناظر بر مرحله رأی‌گیری و فرایند اجرایی همه‌پرسی تقنینی در مسائل بسیار مهم است. در نتیجه باید بیان گفت که این دو جزء با یکدیگر تعارضی ندارند و هر یک جزئی از اجزای فرایند تقنین از طریق همه‌پرسی را تشکیل می‌دهند و معنادار می‌کنند.

در پاسخ به این نظر که الحاق همزمان عبارت بند ۳ اصل ۱۱۰ و اصل ۱۷۷ قانون اساسی را قرینه‌ای مبنی بر شمول حکم بند ۳ اصل ۱۱۰ نسبت به همه‌پرسی بازنگری قانون اساسی قلمداد کرده و شمول حکم این بند را منصرف از همه‌پرسی تقنینی دانسته‌اند، باید گفت که: اولاً قانون‌گذار اساسی در فرایند بازنگری قانون اساسی از وجود دو نوع همه‌پرسی در قانون اساسی اطلاع داشته است و چنانچه می‌خواست صلاحیت مقام رهبری را مقید به اصل ۱۷۷ قانون اساسی کند، باید به صراحت ذکر می‌کرد؛ چراکه امکان برداشت اطلاق از عبارت همه‌پرسی در اصل ۱۱۰ وجود داشت.

ثانیاً توضیح مخبر کمیسیون رهبری در خصوص صلاحیت صدور فرمان همه‌پرسی برای مقام رهبری با بیان این جمله «مسئله صدور فرمان همه‌پرسی که مرجعی باید باشد که دستور بدهد که همه‌پرسی انجام بشود، کما اینکه در مسئله بازنگری در قانون اساسی آقایان عنایت فرموده بودند این هم از اختیارات مقام رهبری دانسته شد» (صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۰: ج ۲: ۶۵۱)، گویای آن است که این کمیسیون درصدد شناسایی مرجعی برای صدور فرمان همه‌پرسی به طور مطلق برآمده و لذا با استناد به عبارت «کما اینکه در مسئله بازنگری در قانون اساسی...» نمی‌توان به این مطلب قائل شد که نظر ایشان صرفاً ناظر بر همه‌پرسی بازنگری در قانون اساسی بوده است، بلکه ایشان در ادامه بیان لزوم وجود مرجعی جهت صدور فرمان همه‌پرسی، از باب بیان نمونه چنین صلاحیتی برای مقام رهبری با استفاده از عبارت «کما اینکه... این هم از اختیارات مقام رهبری دانسته شد» به مسئله بازنگری در قانون اساسی و صلاحیت این مقام در صدور فرمان همه‌پرسی به منظور ارجاع مصوبه شورای بازنگری به همه‌پرسی اشاره کردند و در مقام نفی شمول صلاحیت صدور فرمان همه‌پرسی نسبت به همه‌پرسی تقنینی نبودند. ممکن است در خصوص این عبارت مخبر کمیسیون رهبری

در مذاکرات شورای بازنگری مربوط به صلاحیت‌های مقام رهبری مبنی بر «کما اینکه در مسئله بازنگری در قانون اساسی آقایان عنایت فرموده بودند این هم از اختیارات مقام رهبری دانسته شد»، این ایراد مطرح شود که در جلسه گفت‌وگو در خصوص مسئله بازنگری در قانون اساسی (جلسه قبل)، هیچ‌گونه مطلبی در خصوص فرمان همه‌پرسی در بازنگری قانون اساسی توسط اعضای جلسه مطرح نشده است و بر همین اساس، این مطلب مخبر کمیسیون رهبری که به عنوان نمونه به عنایت آقایان به آن مذاکرات در خصوص فرمان همه‌پرسی اشاره می‌کنند، دقیق و صحیح نیست. در پاسخ باید بیان گفت که این مطلب صحیح به نظر نمی‌رسد، چراکه در جلسه مربوط به تصویب اصل بازنگری در قانون اساسی، یکی از نمایندگان در مقام اظهار نظر در خصوص موضوع بازنگری در قانون اساسی به لزوم صدور فرمان همه‌پرسی توسط مقام رهبری جهت مراجعه به همه‌پرسی اشاره کرده‌اند (صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۰، ج ۳: ۱۶۸۷).

ثالثاً افزون بر دلایل مذکور، مبتنی بر رویکرد تفسیری لفظ‌گرایانه از عبارت بند ۳ اصل ۱۱۰ قانون اساسی، می‌توان با لحاظ شرایط مقدمات حکمت در علم اصول، به اطلاق این عبارت تمسک جست و قائل به شمول این صلاحیت به همه‌پرسی تقنینی شد؛ توضیح آنکه در علم اصول برای تمسک به اطلاق عبارات، شرایطی مشتمل بر در مقام بیان بودن گوینده و نبود قرائن صارفه و مقیده و امکان اطلاق‌گیری از عبارت تحت عنوان «مقدمات حکمت» بیان شده است که در صورت وجود این شرایط می‌توان به اطلاق یک عبارت تمسک کرد. در مقام تطبیق صلاحیت مندرج در عبارت بند ۳ اصل ۱۱۰ با شرایط مقدمات حکمت می‌توان گفت که اولاً قانون‌گذار اساسی در مقام بیان بوده و هنگام اساسی‌سازی صلاحیت صدور فرمان همه‌پرسی، در خود عبارت بند ۳ اصل ۱۱۰ هیچ‌گونه قید و قرینه‌ای مبنی بر انصراف این صلاحیت به همه‌پرسی بازنگری قانون اساسی در نظر نگرفته، ثانیاً در اصل ۱۷۷ قانون اساسی نیز به فرمان همه‌پرسی تصریحی نشده تا صلاحیت صدور فرمان همه‌پرسی منحصر در این اصل تلقی شود و صرفاً به لزوم برگزاری همه‌پرسی تأکید شده و بر همین اساس، قرینه‌ای مبنی بر تقیید صلاحیت صدور فرمان همه‌پرسی به این اصل و انصراف از اصل ۵۹ قانون اساسی وجود ندارد، از این رو نمی‌توان این صلاحیت را محدود به یک نوع همه‌پرسی دانست، بلکه این صلاحیت را می‌بایست شامل هر دو نوع همه‌پرسی مذکور در قانون اساسی اعم از همه‌پرسی تقنینی یا بازنگری در قانون اساسی قلمداد کرد (محسنی، ۱۳۹۵: ۴؛ مهرپور، ۱۳۹۰: ۱۳۰).

ممکن است گفته شود که از مذاکرات شورای بازنگری مربوط به تصویب اصل ۱۷۷ قانون اساسی که در آن به شناسایی لزوم عرضه مصوبات شورای بازنگری به همه‌پرسی پرداخته شده

و برخی از اعضای این شورا نیز به لزوم صدور فرمان همه‌پرسی توسط مقام رهبری اشاره کرده‌اند، این مطلب به دست می‌آید که صلاحیت صدور فرمان همه‌پرسی مندرج در بند ۳ اصل ۱۱۰ قانون اساسی صرفاً ناظر بر موضوع همه‌پرسی بازننگری در قانون اساسی است و همه‌پرسی تقنینی را در بر نمی‌گیرد. اما در پاسخ باید گفت که اولاً اعضای شورای بازننگری در موارد مذکور که به پیشنهاد وجود فرمان همه‌پرسی پرداختند، دنبال این بوده‌اند که از این طریق شبهه شمول ذیل اصل ۵۹ قانون اساسی مبنی بر لزوم تصویب مصوبه شورای بازننگری توسط دوسوم مجموع نمایندگان مجلس را رفع کنند و در مقام بیان انحصار فرمان همه‌پرسی به همه‌پرسی بازننگری قانون اساسی و نفی شمول آن به همه‌پرسی تقنینی نبوده‌اند. برای مثال یکی از نمایندگان در این خصوص می‌فرماید: «در هر حال این ابهام وجود دارد که آیا همه‌پرسی که مربوط به بازننگری در قانون اساسی هم هست بعد از این تصویب در شورای بازننگری قانون اساسی یا پس از تأیید مقام رهبری بایستی به تصویب دوسوم آراء مجلس برسد و بعد به همه‌پرسی گذاشته بشود یا نه؟ این ابهام وجود دارد» (صورت مشروح مذاکرات شورای بازننگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۰، ج ۳: ۱۶۸۵). به‌منظور تأکید بر این مطلب، نماینده دیگری مطرح می‌کند «اشکال این است که الآن نظریه‌ای در مجلس هست خیلی از نمایندگان چنین نظریه دارند که هرگونه همه‌پرسی را باید مجلس شورای اسلامی با دوسوم تصویب کند. این نظریه وجود دارد. اولاً اینجا تصریح بشود که این مشمول آن اصل نیست. این باید بشود، به هر حال شبهه‌ای در ذهن افراد هست. (صورت مشروح مذاکرات شورای بازننگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۰، ج ۳: ۱۶۸۶). در نهایت به‌منظور تأمین این نظرها، عبارت «رعایت ذیل اصل ۵۹ در بازننگری قانون اساسی لازم نیست»، مطرح می‌شود و با کسب رأی اکثریت به تصویب می‌رسد.

ثانیاً نمی‌توان به این استناد که در مشروح مذاکرات اصل ۱۷۷ قانون اساسی تنها بر لزوم ارجاع مصوبات شورای بازننگری به همه‌پرسی تأکید شده و هیچ‌گونه اشاره‌ای به همه‌پرسی تقنینی نشده است و هیچ‌گونه اصلاحاتی هم در خصوص مفاد اصل ۵۹ در مورد پیش‌بینی صدور فرمان همه‌پرسی برای مقام رهبری انجام نگرفته است، صلاحیت صدور فرمان همه‌پرسی را محدود به همه‌پرسی بازننگری در قانون اساسی دانست، چراکه همان‌طور که در اصل ۱۷۷ قانون اساسی به مرجع صدور فرمان همه‌پرسی اشاره نشده و مستند به بند ۳ اصل ۱۱۰ قانون اساسی می‌توان به صلاحیت مقام رهبری در این زمینه پی برد، در اصل ۵۹ قانون اساسی نیز مرجع صدور فرمان همه‌پرسی بیان نشده است و اطلاق بند ۳ اصل ۱۱۰ این نوع همه‌پرسی را هم شامل می‌شود. با وجود این در قوانین اساسی برخی کشورها بر شمول فرمان همه‌پرسی نسبت

به تمامی همه‌پرسی‌های مصرح در قانون اساسی تصریح شده است. به‌طور مثال بخش ۶۲ قانون اساسی اسپانیا در مقام بیان صلاحیت برگزاری همه‌پرسی برای مقام پادشاه، بر عام‌الشمول بودن صدور فرمان همه‌پرسی به هرگونه همه‌پرسی شناسایی شده در قانون اساسی این کشور با عبارت‌پردازی «اعلام همه‌پرسی در موضوعات پیش‌بینی شده در قانون اساسی» تصریح شده است. همچنین ماده ۸۷ قانون اساسی ایتالیا در این زمینه مقرر می‌دارد: «... - برگزاری همه‌پرسی را در مواردی که در قانون اساسی مقرر گردیده است، پیشنهاد می‌کند.»

نتیجه‌گیری

با توجه به مطالب بیان‌شده، الحاق همزمان صلاحیت صدور فرمان همه‌پرسی موضوع بند ۳ اصل ۱۱۰ قانون اساسی با اصل ۱۷۷ این قانون در سال ۱۳۶۸، برخلاف نظر برخی حقوقدانان که معتقد به شمول این صلاحیت به همه‌پرسی بازنگری قانون اساسی و انصراف آن از همه‌پرسی تقنینی موضوع اصل ۵۹ قانون اساسی‌اند، صلاحیت مقام رهبری در صدور فرمان همه‌پرسی علاوه بر صلاحیت صدور فرمان همه‌پرسی بازنگری در قانون اساسی، مشمول صلاحیت صدور فرمان همه‌پرسی تقنینی نیز می‌شود. در تأیید این ادعا، مبتنی بر مبانی حقوقی موجهه واگذاری صلاحیت صدور فرمان همه‌پرسی به رؤسای کشورها و در نظام جمهوری اسلامی ایران به مقام رهبری به‌منظور جلوگیری از وقوع تصمیم‌گیری‌های هیجانی و زودگذر اجتماعی و با عنایت به مبانی نظریه ولایت مطلقه فقیه این مطلب به‌دست آمد که با توجه به آنکه اعمال قوه مقننه از طریق همه‌پرسی از شئون ولی فقیه و اعمال آن مستلزم تأیید مقام رهبری است، از این‌رو قانون‌گذاری از طریق برگزاری همه‌پرسی و رجوع به آرای عمومی منوط به تأیید مقام رهبری در قالب صدور فرمان برگزاری همه‌پرسی خواهد بود.

از طرف دیگر برخلاف این نظر برخی حقوقدانان که الحاق همزمان بند ۳ اصل ۱۱۰ با اصل ۱۷۷ را قرینه‌ای مبنی بر انصراف صلاحیت صدور فرمان همه‌پرسی از همه‌پرسی تقنینی می‌دانند، این مطلب به‌دست آمد که چنانچه قانون‌گذار اساسی در مقام تحدید صلاحیت مقام رهبری به همه‌پرسی موضوع اصل ۱۷۷ قانون اساسی می‌بود، می‌بایست به‌صراحت به تصریح آن می‌پرداخت، درحالی‌که از وجود دو نوع همه‌پرسی در قانون اساسی اطلاع داشته و هیچ‌گونه تصریحی مبنی بر انصراف این صلاحیت از همه‌پرسی تقنینی و انحصار این صلاحیت به همه‌پرسی بازنگری قانون اساسی نداشته است. به‌علاوه بررسی مشروح مذاکرات شورای بازنگری مؤید آن است که کمیسیون رهبری با شناسایی این صلاحیت برای مقام رهبری، در مقام شناسایی مقامی برای صدور فرمان همه‌پرسی به‌طور مطلق بوده و در مقام نفی

شمول صلاحیت صدور فرمان همه‌پرسی نسبت به همه‌پرسی تقنینی نبوده است. افزون بر این، اطلاق عبارت بند ۳ اصل ۱۱۰ قانون اساسی و قابلیت تمسک به آن، مثبت آن است که صلاحیت صدور فرمان همه‌پرسی هر دو نوع همه‌پرسی شناسایی شده در قانون اساسی را در برمی‌گیرد.

از طرف دیگر برخلاف این ادعا که صدور فرمان همه‌پرسی توسط مقام رهبری معارض با پیشنهاد رئیس‌جمهور یا صد نفر از نمایندگان دانسته شده و حکم به انصراف صلاحیت مقام رهبری از همه‌پرسی تقنینی داده شده است، مشخص شد که ابتکار درخواست و پیشنهاد رئیس‌جمهور یا صد نماینده مجلس، موضوع متعلق همه‌پرسی نیست که با فرمان همه‌پرسی در تعارض قرار گیرد، بلکه خود، به موضوع دیگری یعنی به تصویب و تقنین یک مسئله بسیار مهم از طریق همه‌پرسی و رجوع به آرای عمومی تعلق دارد و صدور فرمان همه‌پرسی در بند ۳ اصل ۱۱۰، ناظر بر مرحله رأی‌گیری و فرایند اجرایی همه‌پرسی تقنینی در مسائل بسیار مهم است. از این رو این دو جزء بایکدیگر تعارضی ندارند و هر یک جزئی از اجزای فرایند تقنین از طریق همه‌پرسی را تشکیل می‌دهند و معنادار می‌کنند. بنابراین شمول صلاحیت مقام رهبری در صدور فرمان همه‌پرسی هر دو نوع همه‌پرسی تقنینی و بازنگری در قانون اساسی را در برمی‌گیرد.

یادداشت‌ها

۱. اصل ۵۹ قانون اساسی: «در مسائل بسیار مهم اقتصادی، سیاسی، اجتماعی و فرهنگی ممکن است اعمال قوه مقننه از راه همه‌پرسی و مراجعه مستقیم به آراء مردم صورت گیرد. درخواست مراجعه به آراء عمومی باید به تصویب دوسوم مجموع نمایندگان مجلس برسد.»
 ۲. اصل ۹۹ قانون اساسی: «شورای نگهبان نظارت بر انتخابات مجلس خبرگان رهبری، ریاست جمهوری، مجلس شورای اسلامی و مراجعه به آراء عمومی و همه‌پرسی را بر عهده دارد.»
 ۳. اصل ۱۷۷ قانون اساسی: «... مصوبات شورا پس از تأیید و امضای مقام رهبری باید از طریق مراجعه به آراء عمومی به تصویب اکثریت مطلق شرکت‌کنندگان در همه‌پرسی برسد...»
 ۴. «سؤال من این است که این «مراجعه به آراء عمومی و همه‌پرسی» این دو تا است یا یکی است؟ اگر دو تا است فرقی چیست؟ چطور شده که ذکر شده؟»
 ۵. «آراء عمومی و همه‌پرسی عطف تفسیر است.»
 ۶. اصل ۱۷۷ قانون اساسی: «مصوبات شورا پس از تأیید و امضای مقام رهبری باید از طریق مراجعه به آراء عمومی به تصویب اکثریت مطلق شرکت‌کنندگان در همه‌پرسی برسد.»
 ۷. صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ج ۳، ص ۱۶۸۹.
 ۸. صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ج ۳، ص ۱۶۸۹.
9. Part c of Section 62 of Spanish Constitution, (1978,)It is incumbent upon the King:
c) To call for a referendum in the cases provided for in the Constitution., Available at: http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/Norm/const_espa_texto_ingles_0.pdf
10. Art 87 of the Constitution of the Italian Republic (1947), The President shall: call a general referendum in the cases provided for by the Constitution, Available at: https://www.constituteproject.org/constitution/Italy_2012.pdf?lang=en

منابع

الف: فارسی

۱. ابریشمی‌راد، محمدمامین و حامد نیکونهاد (۱۳۹۹)، «تفسیری قصدگرایانه از صلاحیت مقام رهبری در صدور فرمان همه‌پرسی؛ موضوع بند ۳ اصل ۱۱۰ قانون اساسی»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، دوره ۲۱، ش ۶۶.
۲. اسماعیلی، محسن (۱۳۸۲)، «همه‌پرسی و شورای نگهبان»، فصلنامه روش‌شناسی علوم انسانی.
۳. آشوری، داریوش (۱۳۸۷)، دانشنامه سیاسی (فرهنگ اصطلاحات و مکتب‌های سیاسی)، تهران: مروارید.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷)، ترمینولوژی حقوق، تهران: انتشارات گنج دانش.
۵. خدایی، بهمن (۱۳۸۱)، همه‌پرسی رژیم‌های شاه، تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی.
۶. خمینی، روح‌الله (۱۳۷۴)، شئون و اختیارات ولی‌فقیه؛ ترجمه مبحث ولایت فقیه از کتاب البیع، ترجمه جعفر کیوانی، بازبینی و ویرایش مرتضی شفیعی شکیب، تهران: انتشارات پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۷. ----- (۱۴۱۸ق)، الاجتهاد و التقليد، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۸. راسخ، محمد (۱۳۹۰)، نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی، تهران: دراک.
۹. رستمی، ولی (۱۳۸۷)، «مشارکت مردم در قانون‌گذاری جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۸، ش ۱.
۱۰. صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۸۰)، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ج ۲ و ۳.
۱۱. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۶۴)، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ج اول، ج ۳.
۱۲. طباطبائی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۶)، حقوق اساسی، تهران: میزان، چ دوازدهم.
۱۳. عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۵)، حقوق اساسی ایران، تهران: موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چ اول.
۱۴. غمامی، سید محمدمهدی (۱۳۹۰)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی، چ اول.
۱۵. فتاحی، علی (۱۳۹۷)، شورای نگهبان: نظارت بر انتخابات، تبیین و تحلیل صلاحیت شورای نگهبان در نظارت بر انتخابات و بررسی شبهات پیرامون آن، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.

۱۶. قاضی، ابوالفضل (۱۳۸۸)، *بایسته‌های حقوق اساسی*، تهران: میزان.
۱۷. ----- (۱۳۸۱)، *حقوق اساسی و نهادهای سیاسی*، تهران: میزان، چ یازدهم.
۱۸. محسنی، فرید (۱۳۹۵)، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، چ اول.
۱۹. معرفت، محمدهادی (۱۳۸۹)، *ولایت فقیه*، قم: مؤسسه فرهنگی تمهید.
۲۰. منصوریان، مصطفی (۱۳۹۷)، *شرح قانون اساسی، فصل چهاردهم - بازنگری در قانون اساسی اصل ۱۷۷*، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
۲۱. مهرپور، حسین (۱۳۹۱)، *مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: دادگستر، چ سوم.
۲۲. هاشمی، سید محمد (۱۳۹۰)، *حقوق اساسی و ساختارهای سیاسی*، تهران: میزان.
- (۱۳۹۳)، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: دادگستر.

ب: لاتین

1. the Constitution of the Spanish (1978), Available at:
2. http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/Norm/const_espa_texto_ingles_0.pdf
3. the Constitution of the Italian Republic (1947), Available at:
4. https://www.constituteproject.org/constitution/Italy_2012.pdf?lang=en

آسیب‌شناسی ساختار و مقررات سازمان مناطق آزاد تجاری-صنعتی با معیارهای حکمرانی شرکتی در بخش عمومی

عادل شیبانی^{۱*}، ابراهیم عبدی پورفرد^{۲**}

۱. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشگاه قم، قم، ایران.

۲. استاد گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه قم، قم، ایران.

تاریخ دریافت: ۹۹/۳/۳۰ تاریخ پذیرش: ۹۹/۷/۵

چکیده

مناطق آزاد با جذب سرمایه‌گذاری خارجی و تقویت تولید مبتنی بر صادرات، نقش مهمی در توسعه اقتصادی کشورها دارند. در ایران براساس ماده ۵ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد، اداره هریک از این مناطق بر عهده سازمانی دولتی است که ارکان شرکت‌های تجاری را دارد، در عین حال از رعایت تمامی قوانین و مقررات ناظر بر اداره و نظارت بر شرکت‌های دولتی مستثناست. براساس مطالعات موجود، مناطق آزاد ایران توفیق چندانی در دستیابی به اهداف سیاست‌گذاری شده، نداشته‌اند. از جمله رهیافت‌هایی که می‌تواند به اصلاح و بهبود عملکرد این مناطق منجر شود، آسیب‌شناسی حقوقی سازمان اداری مناطق یادشده است. طی دو دهه گذشته، حکمرانی شرکتی الگوی اصلی مطالعه ساختار و قواعد شرکت‌ها -در بخش‌های خصوصی و دولتی- شناخته شده است. پژوهش حاضر در پی ارزیابی ساختار و قواعد راهبری سازمان مناطق آزاد با معیارهای حکمرانی شرکتی است. یافته‌های تحقیق نشان می‌دهد طراحی قواعد راهبری سازمان مناطق آزاد ایران، با معیارهای حکمرانی شرکتی همسو نیست. به عبارتی، وضعیت حقوقی این سازمان، محصول تلفیق معیوب وظایف گسترده حاکمیتی، با اهداف اقتصادی است. بنابراین، یکی از راه‌های بهینه‌سازی و کارآمدی آن، جداسازی اختیارات حاکمیتی از فعالیت‌های مدیریتی و تجاری معطوف به توسعه اقتصادی است.

واژگان کلیدی: بنگاه‌های عمومی، حکمرانی شرکتی، سیاست‌های اصل ۴۴ قانون اساسی، مناطق آزاد، مالکیت دولتی.

* Email: Adel.sheibani@yahoo.com

نویسنده مسئول

** Email: Drabdipour@yahoo.com

مقدمه

پیش‌بینی مناطق آزاد تجاری-صنعتی از جمله سازوکارهایی است که زمینه توسعه اقتصاد ملی را فراهم می‌کند، از این‌رو پرداختن به آن‌ها در تحقیقات و سیاست‌گذاری جوامع در حال توسعه اهمیت فراوانی دارد. این مناطق با کاهش موانع تجارت و سرمایه‌گذاری می‌توانند زمینه مساعدی را برای جذب سرمایه‌گذاران داخلی و خارجی فراهم کرده و تولید مبتنی بر صادرات را تقویت کنند (ره‌نورد، ۱۳۸۹: ۴۷). اساس شکل‌گیری مناطق آزاد، انتخاب راهبرد صادرات‌گرا به‌عنوان محور توسعه است. در این رویکرد تأسیس مناطق آزاد تجاری-صنعتی یا به‌عبارت بهتر «مناطق پردازش صادرات» به‌عنوان راهکار جهت‌دهی کلی اقتصاد، از درون‌گرایی به برون‌گرایی مورد توجه کشورها قرار می‌گیرد (التجایی، ۱۳۸۸: ۱۹۱).

در تعریف، منطقه آزاد تجاری بخشی از قلمرو یک کشور به‌شمار می‌رود که خارج از محدوده قانونی، اداری و فیزیکی تأسیسات گمرکی و معمولاً در محدوده یک بندر قرار گرفته است و در آن تجارت آزاد با سایر نقاط جهان مجاز شمرده می‌شود. این مناطق جهت‌گیری صادراتی دارند و در آن‌ها ورود و خروج کالا، سرمایه، همچنین جابه‌جایی نیروی کار متخصص به‌سهولت صورت می‌گیرد. دولت‌ها برای تأسیس مناطق علاوه بر مدنظر قرار دادن ملاحظات اقلیمی، جغرافیایی و طبیعی تلاش می‌کنند در تدوین مقررات، برتری رقابتی مناطق یادشده را نسبت به بخش کلان شکل دهند تا از این راه سرمایه‌ها را در مسیری که حداکثر منافع را برای جامعه داشته باشد، هدایت کنند (گرجی ازندریانی و باران‌زهی، ۱۳۹۸: ۱۵۰).

از جمله مهم‌ترین تفاوت‌های مناطق آزاد با سایر نقاط قلمرو یک کشور از منظر حقوق اقتصادی، در نظر نگرفتن مالیات برای کالاهای کشور میزبان است. همچنین در محدوده این مناطق بسیاری از محدودیت‌های تجارت خارجی برای صادرات و واردات اعمال نمی‌شود (Grubel, 1982: 40). در واقع می‌توان مناطق آزاد را بخشی از قلمرو داخلی به‌شمار آورد که از نظر مقررات تجاری خارج از مرزهای ملی تلقی می‌شود (Xia Lu, 2014: 361).

در مجموع مناطق آزاد ایران به‌خصوص در قیاس با مناطق مشابه خارجی نتوانسته‌اند اهداف^۲ سیاست‌گذاری شده را محقق سازند (مرکز پژوهش‌های مجلس، ۱۳۹۵: ۷۸؛ اسفندیار و همکاران، ۱۳۸۷، ۱۴۳؛ ره‌نورد، ۱۳۸۹: ۵۰).^۳ بی‌شک عوامل و نارسایی‌های متعددی در این ناکامی نقش

داشته است. در عین حال همان‌طور که دیگر نویسندگان نیز اشاره کرده‌اند، می‌توان ساختار اداره این مناطق را از دلایل عمده ناکارآمدی آن تلقی کرد (افتخارجهرمی و رضوانی، ۱۳۹۵: ۲۵۲). منظور از ساختار اداره مناطق آزاد، آن دسته از قوانین، هنجارها و فرایندهای اداری است که نهاد متولی اداره هر یک از مناطق آزاد اقدامات و تصمیمات خود را براساس آن اتخاذ می‌کند. در واقع مسئله پژوهش حاضر در نگاهی گسترده، ارزیابی و آسیب‌شناسی مقررات حاکم بر سازمان اداری مناطق آزاد تجاری-صنعتی ایران است. برای تحقق این امر مجموعه‌ای از اصول و شاخص‌های مدیریت سازمانی به کار می‌رود که در ادبیات حقوقی و اقتصادی تحت عنوان حکمرانی شرکتی^۴ از آن‌ها یاد می‌شود. حکمرانی شرکتی در مفهومی ساده شامل سازوکارهای حقوقی و اقتصادی است که می‌توانند در فرایندهای سیاسی متحول شوند (La Porta et al., 1997: 1150). مطالعات متعددی در خصوص مفهوم حاکمیت شرکتی انجام گرفته است که می‌توان آن‌ها را به دو دسته تفکیک کرد؛ دسته اول، به الگوهای رفتاری می‌پردازند و شیوه‌های اجرایی سازمان‌ها را از نظر ساختار، عملکرد، وضعیت سهامداران و ذی‌نفعان بررسی می‌کنند. این الگو برای مطالعه وضعیت یک بنگاه به‌ویژه از بعد شاخص‌های اقتصادی مناسب به نظر می‌رسد.

دسته دوم، چارچوب‌های هنجاری را مدنظر قرار می‌دهند و از جمله به مطالعه مقررات حاکم بر فعالیت بنگاه، ارتباط آن با نظام حقوقی و قضایی، بازارهای مالی و شرایط نیروی کار می‌پردازند. برای انجام مطالعه تطبیقی به‌خصوص از نظر تحلیل قوانین و هنجارهای حاکم بر مؤسسات، رویکرد اخیر مناسب‌تر است، زیرا نشان می‌دهد چگونه اختلاف در چارچوب هنجاری حاکم بر مؤسسات، بر الگوی رفتاری آن مؤسسه، سرمایه‌گذاران و سایر اشخاص تأثیر می‌گذارد (Claessens & Yurtoglu, 2013: 3). واضح است که روش پژوهش حاضر با الگوی اخیر مناسب‌تر است.

با این توضیح، پرسش اصلی تحقیق پیش‌رو این است که نسبت قواعد راهبری سازمان مناطق آزاد با معیارهای حکمرانی شرکتی چیست و معیارهای حکمرانی شرکتی در طراحی حقوقی سازمان اداری مناطق آزاد تجاری-صنعتی چه جایگاهی دارند؟ در تلاش برای پاسخگویی به این پرسش، سؤالات فرعی دیگری نیز قابل طرح و بررسی است، از جمله اینکه مفهوم حکمرانی شرکتی چیست؟ اصول بایسته آن در بخش دولتی و بنگاه‌های عمومی کدام است؟

روش تحقیق حاضر عمدتاً توصیفی، تحلیلی و تطبیقی است و تلاش خواهد شد در ابتدا با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و پژوهش‌های موجود، مفهوم و هنجارهای حکمرانی شرکتی توصیف شود و در تطبیق با آن، مقررات حاکم بر سازمان اداری مناطق آزاد تجاری-صنعتی از منظر حقوقی تحلیل گردد. به این منظور نخست پیشینه تقنینی تأسیس مناطق آزاد در ایران و ساختار کنونی آن بررسی می‌شود. سپس با نگاهی به مفهوم حکمرانی شرکتی، مهم‌ترین معیارها و اصول آن ارزیابی خواهد شد و در ادامه، ضمن بررسی و تطبیق مقررات حاکم بر تأسیس و اداره سازمان مناطق آزاد تجاری-صنعتی با معیارهای موصوف، به تحلیلی مهم‌ترین نکات و نتایج آن خواهیم پرداخت.

۱. پیشینه مناطق آزاد تجاری-صنعتی و راهبری آن

در ایران نخستین سابقه تقنینی در خصوص مناطق آزاد به اواخر دهه شصت و اولین قانون برنامه توسعه اقتصادی اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران به سال ۱۳۶۸ می‌رسد.^۵ پس از آن در دهه ۷۰ روند قانون‌گذاری و تأسیس مناطق آزاد تسریع شد و در سال ۱۳۷۲ «قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری-صنعتی جمهوری اسلامی ایران» به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید. براساس ماده ۵ این قانون: «هر منطقه توسط سازمانی که به صورت شرکت با شخصیت حقوقی مستقل تشکیل می‌گردد و سرمایه آن متعلق به دولت است اداره می‌شود. این شرکت‌ها و شرکت‌های وابسته از شمول قوانین و مقررات حاکم بر شرکت‌های دولتی و سایر مقررات عمومی دولت مستثنا بوده و منحصرأ براساس این قانون و اساسنامه‌های مربوط اداره خواهد شد و در موارد پیش‌بینی نشده در این قانون و اساسنامه، تابع قانون تجارت خواهند بود».

بر این اساس متولی اداره هر منطقه آزاد تجاری-صنعتی سازمانی است که در قالب یک شرکت تأسیس می‌شود و در اجرای اختیارات خود از رعایت کلیه قوانین و مقررات عمومی ناظر بر اداره و نظارت بر شرکت‌های دولتی مستثناست. اختیاراتی که براساس مواد ۷ تا ۱۱ قانون یادشده به این سازمان اعطا شده است، حیظه بسیار گسترده‌ای را در برمی‌گیرد. به موجب مواد ۷ و ۸ قانون یادشده سازمان مجاز است با تصویب هیأت وزیران نسبت به تأسیس شرکت‌های لازم مطابق با قانون تجارت اقدام کند، آنگاه از طریق این شرکت‌ها قراردادهای

لازم را با اشخاص حقیقی و حقوقی داخلی یا خارجی منعقد سازد و با مشارکت سرمایه‌گذاران داخلی و خارجی به اجرای طرح‌های تولیدی و عمرانی اقدام کند.

همچنین به موجب ماده ۱۱ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری-صنعتی: «صدور مجوز برای انجام هر نوع فعالیت اقتصادی مجاز، ایجاد بنا و تأسیسات و تصدی به انواع مشاغل توسط اشخاص حقیقی و حقوقی، در مورد مشاغلی که متصدی مستقیم ندارند در محدوده منطقه فقط در اختیار سازمان می‌باشد».

ماده ۱۱۲ قانون برنامه پنجم توسعه اقتصادی اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران نیز، در چند بند بر اختصاص تمامی وظایف و اختیارات دستگاه‌های اجرایی به استثنای اختیارات دفاعی و امنیتی به مدیران سازمان مناطق آزاد تجاری-صنعتی، تأکید کرده است.^۶ حکم ماده ۱۱۲ قانون برنامه پنجم توسعه سرانجام، عیناً در بند «الف» ماده ۶۵ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور تکرار و به بیان دیگر تثبیت شد.^۷

صرف‌نظر از وضعیت اختیارات اعطایی، چالش دیگر در مواجهه با دستگاه اداره‌کننده مناطق آزاد، استفاده قانون‌گذار از دو عنوان «سازمان» و «شرکت» برای توصیف این نهاد است. سازمان در قوانین اداری، تعریف مشخص و روشنی ندارد. با این حال به نظر می‌رسد در معنایی عام سازمان اداری یا دولتی، نهادی فرادست محسوب می‌شود که برای تحقق اهداف کلان حاکمیتی یا انجام بخشی از وظایف و امور مربوط به یکی از قوای سه‌گانه به‌کار می‌رود.^۸ در معنای خاص اما، شاید بتوان سازمان را معادل وضعیت حقوقی «مؤسسه دولتی» در ماده ۲ قانون مدیریت خدمات کشوری^۹ و ماده ۳ قانون محاسبات عمومی^{۱۰} تلقی کرد. این برداشت، با وظایف حاکمیتی و اختیارات قانونی سازمان مناطق آزاد منطبق است، هرچند ممکن است برای تحقق سودآوری و اهداف اقتصادی تأسیس مناطق آزاد تجاری-صنعتی، همچنین با ساختار شرکتی پیش‌بینی شده در قانون و اساسنامه حاکم بر آن سازمان، نامتناسب به نظر برسد.^{۱۱} البته همان‌طور که بیان شد، قانون‌گذار در عین حال عنوان شرکت را هم به‌کار برده و بر پیچیدگی آثار حقوقی این نهاد افزوده است. شرکت به تعبیر ماده ۴ قانون مدیریت خدمات کشوری و ماده ۴ قانون محاسبات عمومی، بنگاهی اقتصادی است که به‌منظور انجام قسمتی از تصدی‌های دولت ایجاد می‌شود. از نظر منطقی به‌کارگیری عنوان شرکت جایی توجیه‌پذیر است که مسئله

تصدی‌گری و سود و زیان، محور اصلی باشد و این ساختار در ماهیت خود، تاب اعمال حاکمیت و تحقق اهداف کلان سیاسی اداری را ندارد.

به‌طور کلی به‌نظر می‌رسد قانون‌گذار از میان عناوین سه‌گانه پیش‌بینی‌شده در ماده ۱۳۰ قانون محاسبات عمومی کشور^{۱۲}، وظایف و اختیارات «مؤسسه دولتی» را با اهداف و ساختارهای «شرکت دولتی» تلفیق کرده و عنوان آن را سازمان گذارده است. در تحلیل نهایی می‌توان سازمان مناطق آزاد را یک شرکت دولتی خاص تلقی کرد که از اقتدارت گسترده حاکمیتی بهره‌مند است و در عین حال از مقررات حاکم بر شرکت‌های دولتی تبعیت نمی‌کند.

ساختار شرکتی سازمان مناطق آزاد تجاری-صنعتی و ابتدای آن بر ارکان شرکت‌های تجاری از جمله مجمع عمومی، هیأت مدیره و مدیر عامل^{۱۳}، امکان سنجش آن را با معیارهای حکمرانی شرکتی فراهم می‌کند. در ادامه مفهوم حکمرانی شرکتی و عناصر آن به‌اجمال بررسی خواهد شد.

۱-۱. حکمرانی شرکتی؛ مفهوم و مؤلفه‌های بنیادین

پس از گذار از نظریات دولت رفاهی بزرگ^{۱۴} و دولت ژاندارم حداقلی^{۱۵}، آخرین مرحله تکامل اداری دولت نظریه «حکمرانی شایسته»^{۱۶} است. در دوره نخست، گسترش مالکیت دولتی مهم‌ترین رهیافت توسعه اقتصادی به‌شمار می‌رفت. در دوره دوم، خصوصی‌سازی شرکت‌های دولتی و کوچک‌سازی دولت جایگزین آن شد و در دوره سوم، مداخله دولت برای زدودن آثار منفی خصوصی‌سازی، مدنظر قرار گرفت (میدری، ۱۳۸۵: ۲۶۲-۲۶۵).

حکمرانی شایسته به نظامی از ارزش‌ها اشاره می‌کند که جامعه با استفاده از آن قادر می‌شود اقتصاد، سیاست و مسائل اجتماعی خود را از طریق تعامل سه بخش دولت، بازار و جامعه مدنی مدیریت کند (قلی‌پور، ۱۳۸۳: ۸۶). از نظر کمیسیون اروپا حکمرانی شایسته عبارت است از مدیریت شفاف و مسئولانه منابع یک کشور برای توسعه اقتصادی اجتماعی پایدار و عادلانه (Landman, 2002: 2).

مطابق این الگو که توسط محافل بین‌المللی سیاست‌گذار اقتصادی مانند بانک جهانی توصیه شده است^{۱۷}، دولت‌ها باید با به‌کارگیری رهیافت‌های مختلف، نتایج منفی خصوصی‌سازی و کاهش مداخله دولت را رفع کنند، همچنین عملکرد شرکت‌ها و بخش‌های دولتی را با سیاست‌گذاری مناسب ارتقا بخشند. از نظر بانک جهانی ویژگی‌های حکمرانی

خوب عبارت است از: حق اظهارنظر و پاسخگویی، کیفیت مقررات، اثربخش دولت، ثبات سیاسی و نبود خشونت، حاکمیت قانون و مهار فساد (Kaufmann et al., 2002: 5-6). یکی از توصیه‌های اجرایی نظریه حکمرانی خوب در زمینه راهبری و مدیریت بنگاه‌های اقتصادی، نظریه «حکمرانی شرکتی»^{۱۸} است. در مفهوم کلی، حکمرانی شرکتی به شیوه‌ها، فرایندها و پیوندهایی اطلاق می‌شود که از طریق آن‌ها بنگاه‌ها قانون‌گذاری و مدیریت می‌شوند (Subramanian, 2015: 97). پیشینه و نقطه عزیمت شکل‌گیری مفهوم حکمرانی شرکتی، به جداسازی مدیریت از مالکیت، و تفکیک هیأت مدیره از سهامداران شرکت بازمی‌گردد (Bainbridge, 2008: 4-6). مسئله اصلی حکمرانی شرکتی، ترغیب سهامداران و جلب اطمینان آنان برای واگذاری اختیار اموال خود به مدیران شرکت است. این مفهوم با هدف دستیابی به سازوکارهایی که ضمن صیانت از حقوق همه ذی‌نفعان کارایی اقتصادی را نیز بهبود بخشد، در دو دهه گذشته به الگوی اصلی تحقیقات در حوزه‌های مدیریت، اقتصاد و حقوق مبدل شده است (Hess & Impavido, 2003: 2).

رهیافت‌های حکمرانی شرکتی با نزدیک کردن منافع سهامداران و مدیران شرکت هزینه‌های نمایندگی^{۱۹} را کاهش می‌دهند. رابطه نمایندگی در حقوق و اقتصاد چنانچه در چارچوب قوانین و رویه‌های روشن و کارآمد مهار نشود، همواره مستعد تولید تعارض منافع^{۲۰}، ناکارآمدی و فساد است (Zacharias, 1998: 437). بنابراین یکی از مزیت‌های به‌کارگیری توصیه‌های حکمرانی شرکتی در بخش‌های عمومی، کاهش مشکلات نمایندگی در این بخش‌هاست (Hess & Impavido, 2003: 14).

در قیاس با بخش خصوصی، بنگاه‌ها و شرکت‌های دولتی با چالش‌های ویژه حکمرانی هم مواجهند که بر عملکردشان تأثیر می‌گذارد. مهم‌ترین چالش آن‌ها اتخاذ تصمیمات اقتصادی است؛ درحالی‌که شیوه ارائه محصولات و خدمات آن‌ها متأثر از اهداف سیاسی است (مهاجرانی و همکاران، ۱۳۹۸: ۶). بنابراین استفاده از اصول و معیارهای حکمرانی شرکتی در این حوزه نیز بسیار مؤثر است.

۲. اصول و هنجارهای حکمرانی شرکتی

ضرورت توجه به اصول و معیارهای حکمرانی شرکتی در بخش عمومی موجب شد سازمان توسعه همکاری‌های اقتصادی^{۲۱} به‌عنوان مرجع اصلی سیاست‌گذار در این حوزه،

مجموعه توصیه‌های خود را در خصوص حاکمیت شرکتی در بخش عمومی منتشر کند. این راهنمایی‌ها که در سال ۲۰۱۵ بازبینی و تکمیل شده است، دامنه‌ای از اصول مرتبط با قاعده‌گذاری، هدایت و مدیریت در بخش‌های عمومی را عرضه می‌دارد.^{۲۲}

از میان هفت اصل توصیه‌شده از سوی سازمان توسعه همکاری‌های اقتصادی، در ادامه به تبیین پنج اصل منتخب می‌پردازیم و با استفاده از آن‌ها وضعیت حقوقی سازمان مناطق آزاد را بررسی می‌کنیم.^{۲۳}

۲-۱. دلایل و منطق مالکیت دولت^{۲۴}

از نظر سازمان توسعه همکاری‌های اقتصادی، بیشینه‌سازی ارزش مالکیت برای جامعه از طریق تخصیص کارآمد منابع توسط دولت صورت می‌گیرد و دولت باید از این راه، مالکیت خود را به نفع عموم مردم اعمال کند. همچنین دولت باید اهداف و توجیحات خود را با دقت ارزیابی و منتشر کند، به طوری که دلایل و اهداف مالکانه دولت، همواره به روشنی در معرض بررسی انتقادی افکار عمومی قرار گیرد. تحقق این امر مستلزم سیاست‌گذاری جامع در حوزه مالکیت دولت است. این سیاست‌گذاری باید تمام جوانب مالکیت دولت را توضیح دهد و دولت را متعهد به پاسخگویی گرداند (OECD, 2015: 29-32).

در خصوص سازمان مناطق آزاد تجاری-صنعتی، اولاً مطابق ماده ۵ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد و ماده ۱۴ اساسنامه آن، سرمایه و به تبع آن مالکیت سازمان یادشده تماماً متعلق به دولت است. به عبارت دیگر براساس قانون، بخش خصوصی امکان شراکت در مالکیت این سازمان را ندارد.

ثانیاً، در شرایط کنونی مهم‌ترین متون قانونی در خصوص سیاست‌گذاری در حوزه مالکیت دولت در ایران، سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، ابلاغی خرداد ۱۳۸۴ و قانون اجرای این سیاست‌ها مصوب ۱۳۸۶/۱۱/۰۸ است. از این رو برای ارزیابی مالکیت دولتی در این سازمان، باید الزامات متون قانونی یادشده به خصوص احکام مواد ۲ و ۳ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ را مدنظر قرار داد.

بر این اساس به نظر می‌رسد موضوع بخش عمده‌ای از فعالیت‌های سازمان مناطق آزاد تجاری-صنعتی از نوع فعالیت‌های احصاشده در بند ۱ ماده ۲ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ است؛ فعالیت‌هایی که به موجب بند «الف» ماده ۳ همان قانون؛ مالکیت،

سرمایه‌گذاری و مدیریت دولت در این فعالیت‌ها به هر نحو و هر میزان ممنوع است و دولت مکلف شده براساس تبصره ۱ ماده ۳ مذکور، تا پایان برنامه چهارم توسعه تمام حقوق متعلق به آن از جمله حقوق مالکانه، سهم‌الشرکه، حق تقدم ناشی از سهام، حق بهره‌برداری و حق مدیریت خود را به بخش‌های خصوصی، تعاونی و عمومی غیردولتی واگذار کند.

با توجه مواد قانونی مذکور و با در نظر داشتن محتوای توصیه‌های سازمان توسعه همکاری‌های اقتصادی در خصوص مالکیت دولت، نمی‌توان توجیه روشنی برای وضعیت فعلی سازمان مناطق آزاد تجاری-صنعتی ارائه کرد. از سوی دیگر با توجه به عدم توفیق سازمان مناطق آزاد تجاری-صنعتی در رسیدن به اهداف سیاست‌گذاری شده^{۲۵}، به نظر نمی‌رسد تخصیص منابع در این زمینه سبب بیشینه‌سازی ارزش‌داری جامع و رسیدن به شرایط بهینه شده باشد. در واقع در اینجا نیز ناکارآمدی ناشی از مالکیت گسترده دولتی به‌عنوان یکی از ویژگی‌های اقتصاد ایران، می‌تواند به‌عنوان علت اصلی ناکامی تلقی شود (Omidvar & Faghih, 2011: 13). در چنین شرایطی، و با ملاحظه تجربه موفق کشورهای که از رهیافت‌های خصوصی‌سازی برای تأسیس و اداره مناطق آزاد بهره گرفته‌اند^{۲۶}، انتظار می‌رود که ساختار این سازمان براساس تجویزهای اسناد بالادستی مورد بازبینی قرار گیرد.

۲-۲. نقش دولت به عنوان مالک^{۲۷}

براساس توصیه‌های سازمان توسعه همکاری‌های اقتصادی، دولت باید راهبرد مالکانه خود را به‌صورت آگاهانه و فعال اعمال کرده و اطمینان حاصل کند که راهبری شرکت‌ها به‌صورت شفاف، مسئولانه و با حداکثر تخصص و اثربخشی انجام می‌گیرد. برای تحقق این امر می‌بایست شیوه‌های عملیاتی مورد استفاده در بنگاه‌های عمومی و دولتی، استاندارد و مطابق با هنجارهای متداول باشد. تغییر یا تعریف مجدد اهداف به روشی غیرشفاف و مداخله در مدیریت و استقلال عمل شرکت‌ها، مغایر با الزامات یادشده است و نباید صورت گیرد. همچنین لازم است حقوق مالکانه دولت به‌طور مشخص تعیین و در نهاد ذی‌صلاح متمرکز شود. اهداف اصلی حقوق مالکانه دولت براساس هنجارهای سازمان توسعه همکاری‌های اقتصادی، عبارت است از حضور مؤثر در مجامع عمومی، تلاش برای شکل‌گیری هیأت مدیره براساس اصل شایستگی و تکثر، نظارت بر تحقق اهداف اقتصادی و تنظیم فرایندهای

گزارش‌دهی و نظارت. این اهداف باید مطابق با ساختار قانونی هر بنگاه اقتصادی، تنظیم و اعمال شود (OECD, 2015: 33-43).

عمده تأکیدات این بخش ناظر بر تفکیک مالکیت از اداره و لزوم تلاش دولت برای تضمین اصل تخصص و شایستگی در مدیریت شرکت است. این توصیه‌ها در صورت وجود خط و مشی مشخص برای مالکیت بخش عمومی و تضمین استقلال هیأت مدیره شرکت‌ها در تصمیم‌گیری محقق می‌شود.

همان‌گونه که گفتیم، چنانچه مبنای مالکیت دولت صحیح و مطابق با سیاست‌گذاری‌های پیشینی و کارآمد باشد، باید به افزایش ارزش‌داری و منافع عمومی منجر شود. نکته مهم این است که حتی در چنین شرایطی نیز نباید مدیریت شرکت را جزء حقوق مالکانه دولت فرض کرد، بلکه نقش سازنده دولت در این‌جا محدود به نظارت بر فرایندهایی است که استقلال و تخصص مدیران شرکت را فراهم می‌آورد.

با این اوصاف حتی اگر مالکیت دولت بر سازمان مناطق آزاد تجاری-صنعتی به موجب داده‌های اطمینان‌بخش سودآور و توجیه‌پذیر می‌بود، باز هم براساس آموزه‌های حکمرانی شرکتی، ترتیبات انتخاب هیأت مدیره و مدیرعامل به شرح ماده ۶ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری-صنعتی^{۲۸} و مواد ۱۲ و ۱۳ اساسنامه آن^{۲۹}، غیرقابل قبول و ناکارآمد تلقی می‌شد. براساس ترتیبات یادشده، اعضای هیأت مدیره توسط هیأت وزرا (نماینده صاحبان سهام در مجمع عمومی) و مدیر عامل به‌عنوان بالاترین مقام اجرایی، از میان آنان و با حکم رئیس‌جمهور منصوب خواهد شد. این ترکیب کاملاً دولتی از یک سو انتخاب مدیران براساس معیارهای تخصص و اثربخشی را تضمین نمی‌کند، از سوی دیگر مانعی در برابر استقلال عمل و مدیریت شایسته سازمان خواهد بود. به این ترتیب می‌توان گفت سازمان مناطق آزاد تجاری-صنعتی دارای یک ساختار بسیار متمرکز و دولتی است که در آن جدایی مدیریت از مالکیت به‌سختی اتفاق می‌افتد؛ آسیبی که سایر شرکت‌های دولتی ایران نیز از آن رنج می‌برند (Omidvar & Faghih, 2011: 15).

۲-۳. اطمینان از رابطه با ذی‌نفعان^{۳۰}

سیاست مالکیت دولتی باید مسئولیت اشخاص و بنگاه‌های عمومی را در برابر ذی‌نفعان به‌طور کامل شناسایی و مطالبه کند. لازم است سیاست‌های یادشده انتظارات مربوط به رفتار

مسئولانه در این زمینه را روشن کرده و از حقوق قانونی یا قراردادی ذی‌نفعان در برابر اشخاص عمومی و دولتی، صیانت کنند. این امر در گرو گزارش مستمر امور مرتبط با ذی‌نفعان و گروه‌های وابسته است.

تدوین و اجرای منشور اخلاقی و پیش‌بینی رویه‌های نظارت درونی الزامات دیگری هستند که ارتباط با ذی‌نفعان و درک مطالبات آن‌ها را ممکن می‌سازند. همچنین سیاست‌گذاری مالکیت عمومی باید به‌گونه‌ای باشد که راه سوءاستفاده از مؤسسات و شرکت‌های عمومی جهت تأمین هزینه فعالیت‌های سیاسی را مسدود کند و اجازه ندهد این بخش‌ها مبدل به سکه دولت در بازار سیاست شوند (OECD, 2015: 57-60).

توصیه‌های سازمان توسعه همکاری‌های اقتصادی در زمینه اطمینان از رابطه با ذی‌نفعان را می‌توان حول سه محور خلاصه کرد؛ نخست لزوم صیانت از حقوق ذی‌نفعان و تدوین کدهای اخلاقی لازم برای تعامل با آن‌ها، دوم گزارش و ارزیابی مستمر وضعیت ارتباط با ذی‌نفعان، و در آخر ممانعت از تبدیل شرکت‌ها و بنگاه‌های عمومی به‌عنوان منبع مالی فعالیت‌های حزبی سیاسی.

منظور از ذی‌نفعان، اشخاص و بازیگرانی غیر از سهامداران شرکت است که حقوق و منافع آن‌ها مستقیماً از تصمیمات و اقدامات سازمان متأثر می‌شود (Claessens & Yurtoglu, 2013: 18-19). به همین دلیل هنجارهای حکمرانی شرکتی برای اطمینان از بررسی و اعمال دیدگاه‌های آن‌ها در راهبری سازمان‌ها، الزاماتی را توصیه می‌کند.

واقعیت این است که مبنای طراحی ساختار و شیوه‌های راهبری سازمان مناطق آزاد در ایران، نگاهی حاکمیتی و مشارکت‌ناپذیر بوده است و از این‌رو مسئله لزوم تعامل با ذی‌نفعان و شنیدن صدای آن‌ها^{۳۱} در قوانین حاکم بر سازمان، به‌عنوان یک دغدغه مدنظر قرار نگرفته است. صرف‌نظر از ماده ۸ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد که اجازه انعقاد قرارداد با اشخاص یا سرمایه‌گذاران داخلی و خارجی را برای انجام طرح‌های عمرانی و تولیدی به سازمان داده، قانون‌گذار حاکمیت اندیش از استماع نقطه‌نظرات و مطالبات ذی‌نفعان کاملاً فارغ بوده است. برای نمونه براساس ماده ۱۱: «صدور مجوز برای انجام هر نوع فعالیت اقتصادی مجاز، ایجاد بنا و تأسیسات و تصدی به انواع مشاغل توسط اشخاص حقیقی و حقوقی در مورد مشاغلی که متصدی مستقیم ندارند، در محدوده منطقه فقط در اختیار سازمان می‌باشد». همچنین

براساس ماده ۱۱۲ قانون برنامه پنجم توسعه و متعاقب آن بند «الف» ماده ۶۵ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور: «مدیران سازمان‌های مناطق آزاد به نمایندگی از طرف دولت، بالاترین مقام منطقه محسوب می‌شوند و کلیه وظایف، اختیارات و مسئولیت‌های دستگاه‌های اجرایی دولتی مستقر در این مناطق به استثناء نهادهای دفاعی و امنیتی به عهده آن‌ها است. سازمان‌های مناطق آزاد منحصراً براساس قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری-صنعتی و اصلاحات بعدی آن و قانون کار اداره می‌شوند».

بنابراین نه تنها صدور مجوز فعالیت و سرمایه‌گذاری در بسیاری از زمینه‌ها در انحصار سازمان است، بلکه این نهاد به‌عنوان بالاترین مقام محلی از اقتدارات عمومی فراوانی بهره‌مند است و هیچ‌گونه تکلیف قانونی یا رویه‌ای برای استماع مطالبات ذی‌نفعان یا ارائه گزارش و ارزیابی دیدگاه‌های آن‌ها ندارد. از سوی دیگر ساختار متمرکز و تماماً دولتی مدیریت سازمان^{۳۲} و نهاد سیاست‌گذار و بالادستی آن (شورای عالی مناطق آزاد)^{۳۳} نیز، سازمان یادشده را به گزینه‌ای مناسب جهت تأمین اهداف و منافع حزبی سیاسی تبدیل کرده است؛ مضافاً اینکه این به ظاهر شرکت دولتی، مطابق ماده ۵ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد از رعایت تمام قوانین ناظر و محدودکننده عملکرد شرکت‌های دولتی (با تمام نواقصشان) معاف است و نظارت‌ناپذیری، معضل دیگری است که در جای خود به آن می‌پردازیم^{۳۴}.

۲-۴. مسئولیت‌های هیأت مدیره^{۳۵}

مطابق توصیه‌های سازمان توسعه همکاری‌های اقتصادی، هیأت مدیره شرکت‌های دولتی باید از اقتدار، صلاحیت و بی‌طرفی لازم برخوردار باشد تا بتواند به وظایف خود در زمینه جهت‌دهی راهبردی و نظارت بر مدیریت سازمان اقدام کند و مسئولیت‌نهایی عملکرد شرکت به آن منتسب شود. لازم است هیأت مدیره با همه سهامداران رفتاری منصفانه داشته و در برابر آن‌ها پاسخگو باشد. همچنین این هیأت باید تماماً در جهت منافع بنگاه عمل کند.

هیأت مدیره باید قدرت تعیین و برکناری مدیرعامل و تخصیص پاداش کارکنان را براساس اهداف بلندمدت سازمان داشته باشد. ترکیب هیأت مدیره باید امکان داوری عینی و مستقل در امور شرکت را فراهم کند. لازم است انتخاب تمامی اعضا حتی اعضای دولتی، براساس تخصص و شایستگی صورت گیرد و مسئولیت آن‌ها در برابر قانون یکسان باشد. همچنین اعضای هیأت باید از هرگونه سوداگری و رابطه با شرکت، مدیران و سهامداران عمده آنکه

ممکن است بی‌طرفی عمل آن‌ها را دچار مخاطره کند، عاری باشند. در واقع فرایندهای راهبری شرکت باید به‌گونه‌ای سامان‌دهی شود تا مانع از شکل‌گیری تعارض منافع^{۳۶} و خروج اعضای هیأت مدیره از بی‌طرفی شود و دخالت سیاسی در امور آن‌ها را محدود گرداند.

رئیس هیأت مدیره باید مسئولیت کارایی هیأت را بر عهده بگیرد و با هماهنگی سایر اعضا، به‌عنوان رابط میان رکن مدیریت و مالکیت عمل کند.

به‌منظور ارتقای عملکرد هیأت مدیره لازم است آموزش‌های لازم برای بهبود مهارت‌ها، اطلاعات و استقلال بیشتر در نظر گرفته شود. توصیه دیگر این است که سازوکار نظارت درونی و حسابرسی داخلی توسط هیأت مدیره به‌کار گرفته شود و کمیته‌های حسابرسی، مدیریت ریسک، پاداش و ارزیابی عملکرد سالانه پیش‌بینی شود (OECD, 2015: 69-76).

در خصوص وضعیت هیأت مدیره سازمان منطقه آزاد تجاری صنعتی، مطابق ماده ۶ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد و مواد ۱۲ تا ۱۷ اساسنامه آن، انتخاب و عزل کلیه اعضای هیأت مدیره در اختیار تنها سهامدار یعنی همان دولت است. طبعاً این ترکیب منتخب، مستعد تبدیل شدن به حیات خلوت و باشگاه دولتی است. چنین ساختاری ظرفیت خود را در خدمت منافع فاتحان صندوق‌های رأی قرار می‌دهد و نمی‌تواند اهداف بلندمدت و تجویزهای مبتنی بر دانش و تجربه را بر منافع کوتاه‌مدت ترجیح دهد.

براساس نتایج مطالعات، استقلال هیأت مدیره نقش تعیین‌کننده‌ای در ارتقای عملکردی بنگاه‌های اقتصادی در کشورهای در حال توسعه و اقتصادهای نوظهور دارد (Claessens & Yurtoglu, 2013: 25). بنابراین فقدان استقلال هیأت مدیره سازمان منطقه آزاد می‌تواند موجب شود سازمان یادشده از هدایت راهبردی شرکت و انجام وظایفی که در ماده ۱۷ اساسنامه به آن اشاره شده است، باز ماند و نتواند اهداف سیاست‌گذاری شده را محقق سازد.

نکته دیگر، در خصوص تعداد اعضای هیأت مدیره است. براساس معیارهای حکمرانی شرکتی، تعداد اعضای هیأت مدیره باید به‌گونه‌ای باشد که افرادی با طیف وسیعی از مهارت‌های مالی، تجاری و حقوقی را در برگیرد. به‌نظر می‌رسد حداقل مذکور در ماده ۶ (سه نفر) برای پوشش تخصص‌های لازم کافی نیست و لازم است تعداد و تخصص اعضا بازبینی شود.

علاوه‌بر موارد مذکور، ابهام در خصوص وظایف و مسئولیت‌ها، نبود دستورالعمل ارزیابی، و ناتوانی در انتخاب مدیرعامل از جمله خلأهای دیگری است که حکمی در خصوص آن در

قانون و اساسنامه سازمان قید نشده و قانون الزام آور دیگری نیز بر آن تأکید نکرده است. از این نظر نیز ساختار دولتی سازمان مناطق آزاد تجاری-صنعتی با معضلی مشابه با سایر شرکت‌های دولتی روبه‌روست (Omidvar & Faghih, 2011: 24).

۲-۵. افشای اطلاعات و شفاف‌سازی^{۳۷}

بنگاه‌های عمومی باید بالاترین معیارهای شفافیت را رعایت کنند و از این نظر تابع همان استانداردهای مطلوب حسابرسی و شفافیت در شرکت‌های غیردولتی باشند. این سازمان‌ها باید داده‌های مالی و غیرمالی بااهمیت را، براساس شاخص‌های پذیرفته‌شده بین‌المللی منتشر کنند و در دسترس عموم قرار دهند. با توجه به ظرفیت و میدان فعالیت بنگاه، اطلاعات منتشرشده می‌تواند شامل موارد زیر باشد:

- اظهارنامه روشن در خصوص اهداف سازمانی و شیوه‌های تحقق آن‌ها؛
 - منابع مالی و عملیاتی بنگاه عمومی؛ از جمله داده‌های مربوط به ترتیبات بودجه و هزینه‌های اهداف سیاست‌گذاری شده؛
 - اطلاعات مربوط به چگونگی مالکیت، سیستم رأی‌گیری و راهبری اجرایی شرکت؛
 - میزان پاداش اعضای هیأت مدیره و مدیران کلیدی؛
 - داده‌های مربوط به چگونگی انتخاب، اطمینان از صلاحیت، استقلال و تکرر اعضای هیأت مدیره؛
 - اطلاعات هرگونه مخاطره قابل پیش‌بینی که می‌تواند موجب تغییر ارزش دارایی‌ها شود و اقدامات اتخاذشده برای مدیریت این مخاطرات؛
 - جزئیات مربوط به هرگونه کمک مالی از جمله اطلاعات قراردادهای مهم و ضمانت‌نامه‌های دریافت‌شده از دولت، قراردادهای ناشی از مشارکت‌های دولتی و خصوصی؛
 - داده‌های مرتبط با کارمندان و سایر ذی‌نفعان.
- علاوه بر انتشار موارد مذکور، سازمان توسعه همکاری‌های اقتصادی توصیه می‌کند صورت‌های مالی سالانه بنگاه‌های عمومی براساس معیارهای مطلوب، تحت حسابرسی مستقل قرار گیرد. همچنین نهاد مالکیت دولتی باید توسعه و استمرار گزارش‌های تجویزشده را مدنظر قرار دهد و تضمین کند. در نهایت از نظر سازمان توسعه همکاری‌های اقتصادی استفاده از

ارتباطات مبتنی بر وب به منظور تسهیل دسترسی همگانی به داده‌ها، اقدامی مطلوب برای تحقق اهداف این بخش به‌شمار می‌رود (OECD, 2015: 61-67).

مبنای بحث شفافیت و افشای اطلاعات، تسهیل در نظارت‌پذیری به منظور اطمینان از سلامت سازوکارهای اداره یک سازمان است. بنابراین میزان افشای داده‌های عملکردی و انتشار فعال آن‌ها، معیاری است که می‌تواند کیفیت راهبری، سطح فسادپذیری و حتی ارزش بنگاه و اقبال سرمایه‌گذاران نسبت به آن را نشان دهد (Claessens & Yurtoglu, 2013: 24).

اغلب سازمان اداری کشورهایی که اقتصاد خود را با تکیه بر فروش منابع طبیعی اداره می‌کنند، در برابر شفافیت و پاسخگویی مقاومت می‌کنند و خصلت نظارت‌ناپذیر دارند^{۳۸} در خصوص سازمان مناطق آزاد تجاری-صنعتی نیز، نه تنها در قانون و اساسنامه آن هیچ‌گونه حکمی مبنی بر لزوم افشا و انتشار اطلاعات وجود ندارد، بلکه برعکس، این سازمان همان‌طور که گفتیم، براساس ماده ۵ قانون تأسیس خود از قوانین عمومی نظارت نیز مستثنا شده و با این اوصاف، حتی توجیه لزوم اعمال نظارت بر آن مستلزم اجتهاد حقوقی است!^{۳۹} امری که در حالت عادی از فرط بدهت نیازی به تأکید ندارد.

در مجموع دخالت قانون‌گذار و پیش‌بینی مقرراتی که افشای اطلاعات را الزامی سازند، ضروری به نظر می‌رسد، چراکه در ایران از یک سو پنهان‌سازی اطلاعات و «چراغ خاموش» کار کردن روشی سودمند به‌شمار می‌رود، و از سوی دیگر، براساس نتایج پژوهش‌های انجام‌گرفته مهم‌ترین علت خودداری از افشای اطلاعات، نبود احکام قانونی الزام‌آور در این خصوص برای بازیگران عرصه اقتصادی است (Omidvar & Faghih, 2011: 45-48).

هرچند در سال‌های اخیر با تصویب قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات و آیین‌نامه اجرایی آن برخی تکالیف در خصوص انتشار فعال اطلاعات برای دستگاه‌های اجرایی و از جمله سازمان منطقه آزاد تجاری-صنعتی مقرر شده است^{۴۰}، با وجود این احکام قانون یادشده یا اجرا نمی‌شود یا ناقص اجرا می‌شود. صرف‌نظر از این موضوع ماهیت اطلاعاتی که تحقق حکمرانی شرکتی در بخش عمومی مستلزم افشای آن‌هاست، داده‌هایی است که به صورت‌های مالی، پاداش مدیران، قراردادهای مهم و ... مربوط می‌شود، از این رو به نظر می‌رسد تکلیف به انتشار آن‌ها نیاز به قانون‌گذاری مستقل دارد.

نتیجه‌گیری

سازمان مناطق آزاد تجاری-صنعتی، مؤسسه‌ای دولتی با ارکان شرکت است و قانون‌گذار دو عنوان سازمان و شرکت را برای آن به کار برده است. به نظر می‌رسد دوگانگی عنوان، ریشه در دوگانگی اهداف و کارکردهای سازمان یادشده دارد، که همزمان تلفیقی از اقتدارات عالی حاکمیتی در کنار اهداف اقتصادی مبتنی بر تجارت آزاد را در برمی‌گیرد. این ابداع قانون‌گذارانه محصول ناتوانی دستگاه تقنین در انطباق وظایف حاکمیتی با اهداف توسعه اقتصادی است و شاید بتوان منشأ آن را ناسازگاری مبانی اقتصادی قانون اساسی با طرح‌ها و انتظارات کنونی دانست.

در پژوهش حاضر تلاش شد قواعد راهبری سازمان منطقه آزاد تجاری-صنعتی، با معیارهای حکمرانی شرکتی -به‌مثابه الگوی اصلی مطالعات مربوط به راهبری شرکت‌ها در بخش‌های خصوصی و دولتی- ارزیابی شود. این سنجش که براساس پنج معیار منتخب صورت گرفت، نشان داد الگوی فعلی راهبری سازمان مناطق آزاد در ایران، فارغ از هنجارهای حکمرانی شرکتی طراحی شده و در نتیجه این دو الگو کاملاً ناهمسو به نظر می‌رسند، زیرا الگوی حکمرانی شرکتی در بخش عمومی، براساس منطق اقتصادی و با هدف تأمین بیشترین منافع ارکان شرکت و ذی‌نفعان آن شکل گرفته است، و این الگو در راهبری خود از فنون مدیریت دولتی نوین بهره می‌برد. اما الگوی راهبری سازمان مناطق آزاد تجاری-صنعتی، عبارت است از واگذاری دامنه وسیعی از اختیارات حاکمیتی به یک ساختار متمرکز دولتی، با کمترین میزان نظارت و پاسخگویی. بنابراین جداسازی اختیارات حاکمیتی از فعالیت‌های مدیریتی و تجاری معطوف به توسعه اقتصادی را می‌توان نخستین گام تحقق حکمرانی شرکتی در سازمان مناطق آزاد تجاری-صنعتی، تلقی کرد.

بازسازی حقوقی سازمان جایگزین، باید با رعایت سیاست‌های اصل ۴۴ قانون اساسی در خصوص مالکیت دولتی در بخش عمومی صورت گیرد و احکام مواد ۲ و ۳ قانون اجرای این سیاست‌ها، در آن رعایت شود. علاوه بر آن در طراحی حقوقی ساختار جایگزین پیشنهاد می‌شود: - الزامات قانونی ساختار شرکت‌ها از جمله استقلال اعضای هیأت مدیره و عدم دخالت دولت در امور آن‌ها تثبیت شود؛

- برخورد عادلانه با همه سهامداران و مشارکت آن‌ها در تصمیم‌گیری‌های شرکت تضمین شود؛

- با تهیه منشور اخلاقی مناسب، خط و مشی ارتباط با ذی‌نفعان و استماع مطالبات آن‌ها تدوین و گزارش‌های آن به‌طور مستمر منتشر شود؛
- سازوکارهای حسابرسی داخلی کارآمد، و حسابرسی مستقل خارجی پیش‌بینی شود و گزارش‌های عملکرد سالانه به‌همراه سایر اطلاعاتی که مورد توجه عموم است، با استفاده از ارتباطات مبتنی بر وب در اختیار عموم قرار گیرد؛
- هدایت راهبردی شرکت بر عهده هیأت مدیره‌ای که از ترکیب و مهارت‌های لازم برخوردار است گذاشته شود و این هیأت، آموزش‌های دوره‌ای مورد نیاز را دریافت کند؛
- سرانجام، هیأت مدیره با پایش مدیران، تشکیل کمیته‌های مدیریت ریسک، حقوق و مزایا مسئولیت نهایی عملکرد شرکت را بر عهده گیرد.

یادداشت‌ها

۱. برای دیدن تعاریف بیشتر ر.ک:

گزارش مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی (۱۳۹۵)، فراتحلیل مطالعات مناطق آزاد، ص ۱۶.

قابل دسترسی در: <https://rc.majlis.ir/fa/report/show/991799>

۲. ر.ک: ماده ۱ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری صنعتی جمهوری اسلامی ایران، ماده ۵ اساسنامه سازمان‌های مناطق آزاد تجاری صنعتی و بند ۱۱ سیاست‌های کلی اقتصاد مقاومتی ابلاغی ۱۳۹۲/۱۱/۲۹.

۳. همچنین ر.ک:

- دلایل ناکامی مناطق آزاد ایران در مقایسه با منطقه آزاد جبل علی؛ گزارش مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی (۱۳۷۷)، قابل دسترسی در: <https://rc.majlis.ir/fa/report/show/729504>

- کامران، ۱۳۸۱: صص ۳۲-۴۲.

4. Corporate Governance.

۵. تبصره ۱۹ قانون برنامه اول توسعه: «به دولت اجازه داده می‌شود که حداکثر در سه نقطه از نقاط مرزی کشور، مناطق آزاد تجاری صنعتی تأسیس نماید.»

۶ «الف - مدیران سازمان‌های مناطق آزاد به نمایندگی از طرف دولت، بالاترین مقام منطقه محسوب می‌شوند و کلیه وظایف، اختیارات و مسئولیت‌های دستگاه‌های اجرایی دولتی مستقر در این مناطق به استثناء نهادهای دفاعی و امنیتی به عهده آن‌ها است. سازمان‌های مناطق آزاد منحصراً براساس قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری صنعتی و اصلاحات بعدی آن و قانون کار اداره می‌شوند.»

تبصره ۱: «واگذاری وظایف، اختیارات و مسئولیت‌های دستگاه‌های تحت نظر مقام معظم رهبری، با موافقت ایشان صورت می‌پذیرد.»

تبصره ۲: «اختیارات فرماندار در مورد مصوبات شوراهای اسلامی شهر و روستا در مناطق آزاد به مدیر سازمان منطقه آزاد واگذار می‌شود.»

۷. ر.ک: ماده ۶۵ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور.

۸ در مصوبات دولتی اشاراتی به مفهوم سازمان شده است. از جمله مطابق ماده ۱ آیین‌نامه چگونگی تنظیم و انعقاد توافق‌های بین‌المللی مصوب ۱۳۷۱/۰۲/۱۳، دستگاه یا سازمان دولتی عبارت است از وزارتخانه، مؤسسه یا شرکتی که مطابق قوانین و مقررات، اعمال حاکمیت یا تصدی دولت جمهوری اسلامی ایران را در امری به عهده دارد. در مواردی که موضوع در ارتباط با وظایف و مسئولیت‌های چند دستگاه باشد، تعیین دستگاه مسئول بر عهده هیأت وزیران می‌باشد.

۹. ماده ۲ قانون مدیریت خدمات کشوری: «مؤسسه دولتی: واحد سازمانی مشخصی است که به موجب قانون ایجاد شده یا می‌شود و با داشتن استقلال حقوقی، بخشی از وظایف و اموری را که بر عهده یکی از قوای سه‌گانه و سایر مراجع قانونی می‌باشد انجام می‌دهد»

۱۰. ماده ۳ قانون محاسبات عمومی: «مؤسسه دولتی واحد سازمانی مشخصی است که به موجب قانون ایجاد و زیر نظر یکی از قوای سه‌گانه اداره می‌شود و عنوان وزارتخانه ندارد.»

۱۱. ر.ک: مواد ۵ و ۶ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری صنعتی جمهوری اسلامی ایران، و مواد ۴ و ۶ اساسنامه سازمان‌های مناطق آزاد تجاری صنعتی.

۱۲. ماده ۱۳۰ قانون محاسبات عمومی کشور: «از تاریخ تصویب این قانون ایجاد یا تشکیل سازمان دولتی با توجه به مواد ۲ و ۳ و ۴ این قانون منحصراً به صورت وزارتخانه یا مؤسسه دولتی یا شرکت دولتی مجاز خواهد بود کلیه مؤسسات انتفاعی و بازرگانی وابسته به دولت و سایر دستگاه‌های دولتی که به صورتی غیر از وزارتخانه یا مؤسسه دولتی یا شرکت دولتی ایجاد شده و اداره می‌شوند مکلف‌اند حداکثر ظرف مدت یک سال از تاریخ اجرای این قانون با رعایت مقررات مربوط وضع خود را با یکی از سه وضع حقوقی فوق تطبیق دهند والا با انقضای این فرصت مؤسسه دولتی و حسب و تابع مقررات این قانون در مورد مؤسسات دولتی خواهند بود.»

۱۳. ر.ک: ماده ۶ قانون و اساسنامه مناطق آزاد تجاری صنعتی.

14. Welfare State.

15. Night-watchman state.

16. Good Governance.

17. see: World Bank. (2003), Better Governance for Development in the Middle East and North Africa. available at:

<http://documents.worldbank.org/curated/en/558101468776955399/Better-governance-for-development-in-the-Middle-East-and-North-Africa-enhancing-inclusiveness-and-accountability>

18. Corporate Governance.

19. Representation.

20. Conflict of Interest.

21. The Organization for Economic Co-operation and Development (OECD).

22. See: OECD (2005), OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises, 2015 Edition, OECD Publishing, Paris. Available at:

<http://dx.doi.org/10.1787/9789264244160-en>.

۲۳. از میان اصول هفت‌گانه پیشنهادی، به دو اصل شرکت‌های دولتی در بازار « State-owned enterprises in the marketplace » و « روابط سهامداران و تجارت مسئولانه » Stakeholder relations and responsible business که به معیارهای هنجاری تجارت و رفتار حرفه‌ای در بازار پرداخته‌اند، اشاره نخواهد شد. این امر اولاً به سبب رعایت اختصار است، ثانیاً، با توجه به این واقعیت که سازمان مناطق آزاد تجاری صنعتی با وجود اهداف اقتصادی تأسیس آن، ماهیتاً شرکت دولتی صرف نیست.

24. Rationales for state ownership.

۲۵. ر.ک: مقدمه همین نوشتار.

۲۶. ر.ک:

- گزارش مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی (۱۳۹۵)، فراتحلیل مطالعات مناطق آزاد، صص ۱۸-۲۲.

-التجایی، ۱۳۸۸: ۱۹۴-۲۰۶.

-افتخار جهرمی و رضوانی، ۱۳۹۵: ۲۵۴-۲۵۵.

27. The state's role as an owner.

۲۸. ماده ۶: «سازمان توسط هیأت مدیره متشکل از سه یا پنج نفر اداره خواهد شد. اعضای هیأت مدیره توسط هیأت وزیران انتخاب خواهند شد. مدیرعامل سازمان که ریاست هیأت مدیره را به عهده خواهد داشت، به موجب حکم ریاست جمهوری و از میان اعضای هیأت مدیره منصوب و بالاترین مقام اجرایی در زمینه‌های اقتصادی و زیربنایی منطقه می‌باشد. انتخاب مدیر عامل و اعضای هیأت مدیره برای مدت سه سال بوده و انتخاب مجدد آنان بلامانع است. عزل مدیر عامل و اعضای هیأت مدیره با همان مراجع انتخاب‌کننده می‌باشد. هیأت وزیران مسئولیت و اختیار مجامع عمومی سازمان هر منطقه را به عهده دارد.»

۲۹. ماده ۱۲: «سازمان توسط هیأت مدیره‌ای متشکل از سه یا پنج نفر با تشخیص مجمع عمومی اداره می‌گردد. اعضای هیأت مدیره توسط مجمع عمومی انتخاب می‌شوند. عزل اعضای هیأت مدیره با همان مرجع انتخاب‌کننده می‌باشد.»

ماده ۱۳: «اعضای هیأت مدیره برای مدت سه سال انتخاب می‌شوند. انتخاب مجدد آنان بلامانع است. تا زمانی که اعضای هیأت مدیره جدید انتخاب نشده‌اند، هیأت مدیره سابق به کار خود ادامه خواهد داد.»

30. Equitable treatment of shareholders and other investors.

31. Hearing.

۳۲. ر.ک: ماده ۶ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری-صنعتی، همچنین مواد ۱۲ و ۱۳ اساسنامه آن.

۳۳. برای دیدن ترکیب و اختیارات شورای عالی مناطق آزاد ر.ک:

<http://www.dastour.ir/Print/?LID=173356>

۳۴. ر.ک: بخش ۵-۲ همین مقاله.

همچنین ر.ک: فضلی و هداوند، ۱۳۹۶: ۹ - ۳۱.

35. The responsibilities of the boards of state-owned enterprises.

36. Conflict of Interest.

37. Disclosure and transparency.

38. See: "The Rentier State in the Arab World", Beblawi, Hazem, Arab Studies Quarterly, Vol. 9, No. 4, 1987, pp. 383-398.

۳۹. ر.ک: فضلی و هداوند، ۱۳۹۶.

۴۰. ر.ک: ماده ۱۰ قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات مصوب ۱۳۸۷/۱۱/۰۶ و ماده ۲ آیین‌نامه اجرایی آن.

منابع

الف) فارسی

۱. افتخار جهرمی، گودرز و ابراهیم رضوانی (۱۳۹۵)، «الگوی خصوصی‌سازی ساختار اداره مناطق آزاد تجاری»، **فصلنامه مطالعات مدیریت راهبردی**، دوره ۷، ش ۲۷، ص ۲۴۹ - ۲۵۷.
۲. اسفندیاری، علی‌اصغر؛ مقدس حسین‌زاده، سمیره و مجید دلاوری (۱۳۸۷)، «ارزیابی عملکرد مناطق آزاد تجاری ایران و تأثیر آن در توسعه اقتصادی این مناطق»، **فصلنامه پژوهشنامه اقتصادی**، دوره ۸، ش ۲۸، ص ۱۱۹ - ۱۴۶.
۳. التجایی، ابراهیم (۱۳۸۸)، «مناطق آزاد تجاری و صنعتی: ابزار راهبرد توسعه صادرات در مقایسه با سه کشور دیگر آسیایی»، **فصلنامه پژوهشنامه اقتصادی**، دوره ۹، ش ۳۳، ص ۱۸۹ - ۲۲۲.
۴. رهنورد، فرج‌الله (۱۳۸۹)، «عوامل مؤثر بر عملکرد مناطق آزاد تجاری-صنعتی ایران»، **فصلنامه فرایند مدیریت و توسعه**، دوره ۲۳، ش ۲، ص ۴۵ - ۵۹.
۵. قلی‌پور، رحمت‌اله (۱۳۸۳)، «تحلیل و امکان‌سنجی الگوی حکمرانی خوب در ایران با تأکید بر نقش دولت»، **فصلنامه دانش مدیریت**، دوره ۱۷، ش ۵، ص ۸۵ - ۱۱۲.
۶. طباطبائی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۷۸)، **حقوق اداری**، تهران: سمت، چ پانزدهم.
۷. فضلی، عزیزالله و مهدی هداوند (۱۳۹۶)، «ماهیت حقوقی نظارت بر سازمان مناطق آزاد تجاری صنعتی ایران»، **فصلنامه حقوق اداری**، دوره ۵، ش ۱۳، ص ۹ - ۳۱.
۸. کامران، حسن (۱۳۸۱)، «علل توسعه‌نیافتگی مناطق آزاد ایران»، **فصلنامه تحقیقات جغرافیایی**، دوره ۱۷، ش ۳-۲، ص ۳۲ - ۴۲.
۹. گرجی ازندریانی، علی‌اکبر و محمد باران زهی (۱۳۹۸)، «امکان استقلال اداری مناطق آزاد تجاری-صنعتی در ایران»، **نشریه حقوق اداری**، دوره ۶، ش ۱۹، ص ۱۴۹ - ۱۷۰.
۱۰. گزارش مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی (۱۳۹۵)، **فرا تحلیل مطالعات مناطق آزاد**، تهران: دفتر مطالعات اقتصادی.
۱۱. گزارش مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی (۱۳۷۷)، **دلایل ناکامی مناطق آزاد ایران در مقایسه با منطقه آزاد جبل علی**، تهران: دفتر مطالعات اقتصادی.
۱۲. مشهدی، علی (۱۳۹۷)، **فرهنگ اصطلاحات حقوق اداری**، تهران: شرکت سهامی انتشار، چ اول.
۱۳. مهاجرانی، امیرعلی؛ مشایخی، علینقی و مسعود طالبیان (۱۳۹۸)، «حکمرانی شرکتی در ایران: پژوهش موردی شرکت های دولتی»، **فصلنامه علوم مدیریت ایران**، دوره ۱۴، ش ۵۳، ص ۱ - ۱۹.
۱۴. میدری، احمد (۱۳۸۵)، «مقدمه‌ای بر نظریه حکمرانی خوب»، **فصلنامه رفاه اجتماعی**، دوره ۶، ش ۲۲، ص ۲۶۱ - ۲۸۷.

ب) انگلیسی

1. Beblawi, H. (1987), "The Rentier State in the Arab World", **Arab Studies Quarterly**, Vol. 9, No. 4, pp. 383-398.

2. Bainbridge, Stephen (2008), **The New Corporate Governance in Theory and Practice**, New York: Oxford University Press.
3. Claessens, Stijn & Yurtoglu, B. (2012), "Corporate Governance in Emerging Markets: A Survey", **Emerging Markets Review**, available at: https://www.researchgate.net/publication/228241635_Corporate_Governance_in_Emerging_Markets_A_Survey
4. Grubel, H. (1982), "Towards a Theory of Free Economic Zones". **Weltwirtschaftliches Archiv**, Vol. 118, No. 1, pp. 39 – 61.
5. Hess, David; Impavido, Gregorio (2003), **Governance of Public Pension Funds: Lessons from Corporate Governance and International Evidence**, Policy Research Working paper; No. 3110, World Bank, Washington, DC: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/18125> License: CC BY 3.0 IGO.
6. Kaufmann, Daniel; Kraay, Aart; Zoido-Lobaton, Pablo (2002), **Governance Matters II: Updated Indicators for 2000-01**, Policy Research Working Paper; No. 2772. available at: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/15733>.
7. Landman, Todd & Häusermann, Mrs. (2002), **Map-making and analysis of the main international initiatives on developing indicators on democracy and good governance**, available at: https://www.researchgate.net/publication/228814760_Map-making_and_analysis_of_the_main_international_initiatives_on_developing_indicators_on_democracy_and_good_governance Development Process.
8. La Porta, R., F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer, R.W. Vishny, (1997), "Legal determinants of external finance". **The Journal of Finance**, Vol 52, Nom 3.
9. OECD (2005), **OECD Guidelines on Corporate Governance** of State-Owned Enterprises, 2015 Edition, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264244160-en>.
10. Omidvar, A, Faghih, H (2011), **Iran corporate governance country report**, CSR Iran. available at: <http://www.inexlibris.com/Articles/download/be191acc-5830-45a6-8240-240683222896>
11. **Oxford Advanced Learners Dictionary** (2004), Edited by Sally Wehmeier, Oxford, Oxford University Press.
12. Subramanian, Guhan (2015), "Corporate Governance 2.0." **Harvard Business Review**, Vol. 93, Nom 3, p. 96-105 available at: <https://hbr.org/2015/03/corporate-governance-2-0>
13. World Bank. (2003), **Better Governance for Development in the Middle East and North Africa**, available at: <http://documents.worldbank.org/curated/en/558101468776955399/Better-governance-for-development-in-the-Middle-East-and-North-Africa-enhancing-inclusiveness-and-accountability>
14. Xia Lu. (2014), "The Development Process, Functional Evaluation, and Implications of World Free Trade Zones". **World Review of Political Economy**, Vol. 5, No. 3, p 359 – 371.
15. Zacharias, F. (1998), "Waiving Conflicts of Interest", **The Yale Law Journal**, Vol. 108, No. 2, pp. 407 – 438.

رویکرد فقهی به رأی ممتنع

سید محسن قائمی خرق^{۱*}

۱. استاد حوزه علمیه قم، قم، ایران

تاریخ دریافت: ۹۷/۹/۱۸ تاریخ پذیرش: ۹۹/۴/۳

چکیده

رأی به‌مثابه فعل سرنوشت‌ساز در انتخابات، فارغ از میزان تأثیر در نظم مردم‌سالاری دینی، در همه‌پرسی و انتخابات، گاه شکل ممتنع به خود می‌گیرد و به‌صورت سفید انداخته می‌شود. نظام‌های حقوقی، هر یک تحلیلی در هویت و اثر رأی ممتنع برگزیده‌اند؛ اما در نظام حقوق اساسی ایران، رأی ممتنع در زمره آرای مأخوذه و باطل انگاشته می‌شود. مسئله اساسی این اثر، تحلیل رأی ممتنع در دو جنب شهنورد و نیز مواجهه حقوقی نظام انتخاباتی حاکم است. در سوی اول، هویت حق‌انگار یا حکم‌انگار رأی ممتنع، وضعیت حقوقی انتخاب‌کننده در قبال شرکت در انتخابات را مشخص می‌سازد و تکلیف یا حق او را نسبت به نظام سیاسی و نیز نامزدهای انتخاباتی روشن می‌کند. در مقابل، رأی ممتنع اخذشده از سوی مجریان، چه هویت و اثری بر سرنوشت انتخابات و نظام سیاسی خواهد داشت. این نوشته براساس مطالعات کتابخانه‌ای و رویکرد توصیفی-تحلیلی، بی‌آنکه در دوگانه حق یا تکلیف گرفتار آید، حفظ نظام سیاسی و وجوب مشورت‌دهی به حاکم اسلامی را قیودی بر حق رأی یا مبنایی برای حرمت‌دهی به رأی ممتنع می‌داند و ماهیت رأی ممتنع را نیز از قبیل سکوت یا «لا ادری» تحلیل می‌کند.

واژگان کلیدی: رأی ممتنع، امتناع از رأی، رأی ممتنع به‌مثابه سکوت، رأی ممتنع به‌مثابه کتمان شهادت، فقه انتخابات.

* Email: M.ghaemi313@gmail.com

مقدمه

انتخابات به منزله خون، مایه حیات دموکراسی محسوب می‌شود (Douglas, 2013: 81). رأی‌گیری هم برای انتخابات عمومی که مردم باید نمایندگان خود در نهادهای دموکراتیک را انتخاب کنند، امری حیاتی و هم برای نهادهای شورایی و مظاهر تجلی خرد نمایندگی امری بی‌بدیل به‌شمار می‌رود که در آن‌ها لازمه پیشرفت امور و تحقق هویت شورایی، رأی‌گیری و به‌دست آوردن برابری از اظهارات اعضای مجامع شورایی در قالب «رأی» است.

آنچه پیشبرد مسائل کشور از رهگذر «مردم‌سالاری» و «خرد جمعی» ایجاب می‌کند، تحقق مشارکت همگانی از طریق «رأی‌گویا و غیرممتنع» است. اما در برابر، رأی ممتنع می‌تواند فرایند اخیر را تا حدودی آسیب‌پذیر سازد. از این‌رو، چالش و مسئله اصلی مقاله حاضر در خصوص رأی ممتنع است؛ بدین‌شکل که «رأی ممتنع» در سیاق و رویکرد فقهی، چه ماهیت و اقتضائاتی از حیث حکم‌شناختی دارد؟ همچنین سؤالات فرعی مانند اینکه رأی ممتنع نوعی حق است یا تکلیف و نیز در صورتی که جنبه اعتراضی به خود گیرد، چه احکامی بر آن مترتب خواهد شد؟ ضرورت بررسی این مسئله از آن‌روست که تقریباً در برخی انتخابات نظام جمهوری اسلامی ایران برخی آراء، ممتنع در صندوق آراء انداخته می‌شوند و فارغ از مسئله فقهی عملکرد «رأی‌دهنده» که با توجه به گفت‌وگوهای فقه حکومتی، در این مقاله بررسی می‌شود، شیوه مواجهه ناظران و شمارش‌کنندگان آراء و به‌طور کلی «حکومت اسلامی» با رأی ممتنع نیز امری نیازمند بررسی و گفت‌وگوست؛ به‌ویژه اینکه این مسئله با وجود بسامدهای اگرچه متفاوت در انتخابات گوناگون در قوانین انتخاباتی ایران مسکوت باقی مانده است. در برخی موارد نیز موضع قانون‌گذار ایران نسبت به رأی ممتنع را امری قابل تحلیل و تأمل می‌داند؛ توضیح اینکه در نظام حقوقی حاکم بر انتخابات ایران، در چندین مورد به رأی ممتنع اشاره شده است؛ از جمله ماده ۳۷ قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی^۱، ماده ۱۹ قانون انتخابات مجلس (اصلاحی ۱۳۸۶/۱۲/۱)^۲ و تبصره ماده ۵ مواد الحاقی مصوب ۱۳۹۵/۳/۳ مجلس شورای اسلامی.^۳

تحقیق حاضر، در بخش نخست به ماهیت و درون‌مایه رأی ممتنع، در بخش دوم به امکان‌سنجی مشروعیت رأی ممتنع (به‌عنوان عملی از سوی انتخاب‌کنندگان) و در بخش سوم به مواجهه حکومت اسلامی با رأی ممتنع و کارکرد رأی ممتنع می‌پردازد.

۱. مفهوم و درون‌مایه رأی ممتنع

مطابق لغت‌نامه حقوقی Black's رأی ممتنع عبارت است از عملی مبنی بر انصراف یا خودداری

از چیزی به خصوص رأی دادن. بنابراین می‌توان کسی را که در جلسه حاضر است و از رأی دادن مثبت یا منفی خودداری می‌ورزد، نماینده‌ای دارای رأی ممتنع نامید. بنابراین آرای ممتنع شامل آرای سفید یا نانوخته‌ای است که نماینده با وجود شرکت در جلسه از دادن رأی خودداری می‌کند (Home Affairs Department, 2006: 1). در واقع رأی ممتنع فرصتی را برای رأی‌دهندگان به‌هنگام تصویب و ارزیابی پیشنهادهای رسمی ایجاد می‌کند که گزینه‌ای غیر از «آری» یا «خیر» را انتخاب کنند، بنابراین رأی ممتنع همان‌گونه که در انتخابات مردمی وجود دارد، در نهادهای تصمیم‌گیری همچون مجالس قانون‌گذاری، دادگاه و هیأت مدیره شرکت‌ها نیز رخ می‌دهد (Hayden, 2010: 588) و مورد اخیر موضوع پژوهش پیش‌رو است. ولی از حیث دلالت و درون‌مایه رأی ممتنع، باید به آثار این رأی مراجعه کرد که بالتبع با توجه به تفاوت آثار، درون‌مایه نیز تحت تأثیر قرار می‌گیرد؛ در واقع، رأی ممتنع را باید از نگاه معناشناختی، نوعی عدم اعمال حق رأی دانست؛ به‌خصوص اینکه میزان آرای مأخوذه ممتنع در کل مشارکت سیاسی به‌شمار نیاید. ولی در صورت احتساب آرای ممتنع در زمره مشارکت، نمی‌توان یکسره آن را از قبیل عدم اعمال حق رأی دانست. در حقیقت باید در این مورد میان نیامدن به پای صندوق رأی (امتناع از رأی) و افکندن رأی ممتنع درون صندوق تفاوت قائل شد. بنابراین برخلاف رأی ممتنع در ساحت دموکراسی‌های مشورتی نظیر استیضاح وزرا که عملاً به نفع اصل عدم اعتماد به‌کار می‌آید، درون‌مایه رأی ممتنع بسته به تعامل نظام سیاسی متفاوت می‌شود.

۲. مشروعیت رأی ممتنع در پرتو مبانی فقهی

با توجه به اینکه ماهیت رأی در نظم حقوق اساسی مدرن، برابر معنایی دقیق یا به‌عبارت بهتر واحدی ندارد و چه‌بسا بتوان آن را بر مجموعه‌ای از مبانی و برابرها استوار دانست، از این‌رو در ذیل قالب‌ها متعددی برای تحلیل پیشنهاد می‌شود.

۲-۱. رأی ممتنع بر پایه «بیعت»

بیعت، در لغت، از ریشه «بیع» و به «دست به دست هم دادن بر ایجاب بیع و معامله»، «دست به هم دادن برای اطاعت»، (خلیل بن احمد، بی‌تا، ماده بیع) شناخته شده است. از این‌رو می‌توان مهم‌ترین مؤلفه مندرج در اصطلاح «بیعت» را «تعهد» دانست. در اصطلاح، مراد از آن «پیمان بستن برای فرمانبری و اطاعت است. بیعت‌کننده با امیر خویش پیمان می‌بندد که در امور مربوط به خود و مسلمانان، تسلیم نظر وی باشد و در هیچ‌چیز از امور مزبور با او به ستیز برنخیزد و تکالیفی که بر عهده وی می‌گذارد و وی را به انجام دادن آن مکلف می‌سازد اطاعت

کند؛ خواه تکالیف به دلخواه او باشد یا مخالف میلش» (قلقشندی، ۱۴۰۷ق: ۲۸۱). بیعت خلافت و امامت، به معنای پذیرش ولایت امر در تمام امور و به تمام معناست؛ نظیر بیعت گرفتن پیامبر برای علی (ع) (طبری، بی تا، ج ۲: ۹۶).

بیعت اخیر از جانب ماهیت حقوقی، پدیده‌ای ذوظرفین و عقد به‌شمار می‌رود. اگرچه بیعت از ابعاد مختلفی قابل تحلیل است، در آموزه‌های روایی، برای فرد غایب «اجازه رد کردن بیعت» در نظر گرفته نشده و او حق رد بیعت شکل گرفته از سوی مردم را ندارد (شیخ مفید، ۴۱۳ق: ۹۵). به نظر می‌رسد این بخش را نباید به معنای عدم امکان انداختن رأی ممتنع تلقی کرد، بلکه به معنای عدم امکان برهم زدن بیعت شکل گرفته از سوی شرکت‌کنندگان در بیعت توسط غایبان در بیعت بوده است. مفهوم غیبت در بیعت اگرچه تا حدودی می‌تواند به معنای نتیجه رأی ممتنع باشد، با حضور در صحنه بیعت و امتناع از بیعت متفاوت است. از این رو آموزه‌هایی از این قبیل، بر فرض پذیرش انطباق رأی بر بیعت در حقوق اسلامی، در تحلیل رأی ممتنع کارساز نیست. در حقیقت، در ماهیت عقدی بودن رأی و شباهت آن به اصلی‌ترین رکن بیعت، تردید راه دارد و استقلال حقوق عمومی از حقوق خصوصی و ممنوعیت «همسان‌انگاری پدیده‌های حقوق عمومی (بیعت) با مفاهیم رایج در ساحت حقوق خصوصی» نیز بر این مطلب دامن می‌زند. افزون بر این، مسائلی همچون توسعه آثار رأی به همه شهروندان (حتی ممتنعان و مخالفان) برخلاف آثار بیعت است.

به هر روی نویسندگان مسلمان، بیعت را در قالب‌های متعددی تحلیل کرده‌اند؛ از جمله بیع (که طی آن مسلمانان، مال و جان و اختیار خود را به خلیفه می‌سپارند و او نیز در مقابل بر طبق مصالح آنان عمل می‌کند)، هبه از سوی مردم، وکالت (وکالت منتخب از امت اسلامی) و امانت (ر.ک: عبدالمجید، ۱۹۹۸). در همه این موارد، امتناع از رأی، امری مشروع و مانع از بیعت خواهد بود، ولی در سویه ناگزیر دیگری، امتناع عده‌ای از بیعت، به معنای فرار از تکالیف قدرت یا مصلحت‌اندیشی حکومت علیه آنان نیست^۴؛ این منطبق در رویکرد امامیه که بیعت را زمینه‌ساز ولایت امامان و نه ایجادکننده مشروعیت می‌داند، امری قابل پذیرش است. در این اندیشه، قلمرو بیعت، مقام تولی است نه جعل و وضع ولایت. در رویکردهای جدید اهل سنت نیز که بیعت را در دو مرحله ترشیح اهل حل و عقد و بیعت مردم می‌دانند نیز امری پذیرفتنی می‌نماید. در این تحول، بیعت مردم، صرفاً بیعتی تأییدی و از نوع بیعت اطاعت تلقی می‌شود -چندانکه اصطلاح بیعت تأییدی از سوی یحیی اسماعیل مورد استعمال قرار گرفته است (اسماعیل، ۱۴۰۶ق: ۱۷۹) - و بلکه مردمان موظف‌اند با کسی که به یکی از راه‌های سه‌گانه به امامت رسیده، بیعت کنند (شمس‌الدین، ۱۴۱۲ق: ۱۹). در همین زمینه، شرکت در

رأی مصطلح، امری تکلیف‌انگار تلقی می‌شود که حتی امتناع از آن به معنای تأثیرگذاری بر فرایندها که درون‌مایه «اعمال حق» یا «ترک فعل» را شکل می‌دهد، نخواهد بود. در مقام جمع‌بندی باید گفت که نمی‌توان انتخابات و رأی را با ماهیت بیعت بازگشایی هویتی کرد و فراتر از این، از گزاره‌های پیرامون امتناع از بیعت برای تحلیل رأی ممتنع بهره جست.

۲-۲. رأی ممتنع بر پایه تئوری «رأی به‌مثابه شهادت»

نویسنده سعی در تکرار تحلیل‌های صورت‌گرفته در خصوص ماهیت فقهی انتخابات ندارد و به همین دلیل، افزون‌بر اینکه در این قسمت به تئوری خود در خصوص ماهیت شهادت‌گونه رأی اشاره می‌کند، رأی ممتنع را نیز در این قالب تحلیل می‌کند. البته این نظریه، پیشتر نه به‌عنوان یک تئوری مستقل، بلکه در ضمن برخی نوشته‌ها مورد اشاره قرار گرفته است (مصباح یزدی، ۱۳۸۶: ۲۵۰؛ الشنتوت، ۲۰۰۸: ۲۷).

شهادت عبارت است از خبر دادن از حق ثابتی برای شخص دیگر، به شرطی که خبردهنده قاضی یا حاکم نباشد، زیرا در این صورت حکم محسوب می‌شود نه شهادت (عاملی جبعی، ۱۳۱۳ق، ج ۱۴: ۱۵۳). قیود تعریف اخیر، ماهیت عمل انتخابات را به شهادت نزدیک می‌سازد (از جمله حق ثابت، به خصوص در حالتی که ماهیت انتخابات، کشف‌کنندگی از انتصاب الهی باشد و قید احتراز آن از حکم بودگی و خصلتی چون اعطای تولیت). در این نظریه، ماهیت رأی در نظم حقوق اساسی جوهرگرای اسلامی، مانند شهادت دانسته می‌شود. انتخاب‌کنندگان به‌مثابه عاملان و فاعلان انتخابات، در فرایند انتخاب، به صلاحیت و مقبولیت نامزد انتخابات از حیث واجدیت شرایط و اصلحیت شهادت می‌دهند.

بر پایه آموزه‌های فقهی نیز ادای شهادت واجب است و دلیل آن صریح آیات شریفه، روایات و اتفاق مسلمین است. در ۱۷ آیه قرآن، واژه کتمان شهادت به‌کار رفته که در ۱۶ مورد خداوند کتمان حقیقت را مذموم دانسته و به کتمان‌کننده هشدار داده است (بقره: ۳۳، ۴۲، ۲۸۳). همچنین باید توجه داشت در برخی آیات نظیر آیه ۲۸۳ سوره بقره اگرچه بر حرمت کتمان شهادت در دین اشاره دارد، بدیهی است که مورد مخصص نیست؛ چون کتمان گواهی ناشی از گناه قلبی است و این معنای کتمان در کلیه شهادت‌ها موجود است (نجارزادگان و مسعودیان، ۱۳۸۸: ۳۸) (همچنین ر.ک: بقره: ۱۴۰، ۱۷۴، ۱۵۹، ۱۴۶؛ آل‌عمران: ۷۱؛ نساء: ۳۷؛ مائده: ۱۰۶). بدین ترتیب، شهادت حقی است که خداوند آن را بین بندگان خود مقرر فرموده و بر ایشان واجب است که آن را بدون تحریف آنچنان‌که هست، اقامه کنند و چیزی از آن را کتمان نکنند

(طباطبایی، ۱۳۶۲، ج ۶: ۲۸۷). البته استدلال بر برخی این آیات در راستای حرمت کتمان شهادت و وجوب ادای آن محل تأمل است. برای نمونه شیخ طوسی در تفسیر آیه ۱۵۹ سوره بقره می‌گوید: از آیه تنها حرمت کتمان علم دین استفاده می‌شود و حرمت کتمان علوم (و حقایق) دیگر را باید از ادله دیگر مانند «من سئل عن علم یعلمه، فکتمه أَلجم یوم القیامه بلجام من نار» استفاده کرد (۱۴۰۹ق، ج ۲: ۴۶). در روایات نیز گزاره‌های متعددی بر این منظور دلالت می‌کند؛ از جمله:

- کسی که چون برای شهادت دادن فراخوانده شود، آن را کتمان کند، همانند کسی است که شهادت دروغ دهد» (متقی هندی، ۱۳۹۷، ج ۷: ۱۴).
- «هر که شهادتی را کتمان کند یا شهادتی دهد که خون مسلمانی را پایمال کند یا مال مسلمانی را از بین ببرد، روز قیامت در حالی آورده شود که چهره‌اش تاریک است و ظلمت آن تا جایی که چشم کار می‌کند، کشیده شده است و در صورتش خراش‌هایی است و مردمان او را به نام و نسبش می‌شناسند» (مجلسی، ۱۳۷۴، ج ۹: ۳۱۱).
- همچنین در روایات متعددی با توجه به وعده عذاب برای این فرد، می‌توان حرمت این عمل را استنباط کرد (مجلسی، ۱۳۷۴، ج ۵: ۳۱۰).

با توجه به تحلیل‌های صورت‌گرفته، سکوت و رأی ممتنع به فرد یا افرادی مشخص، مصداق کتمان شهادت است. در این تحلیل، رأی، ماهیتی کارکردگرا پیدا می‌کند که اثر آن، در تحقق حقوق عمومی مردم از رهگذر توزیع صحیح مناصب است. هرچند در کفایی یا عینی بودن وجوب ادای شهادت اختلاف است (بهوتی، ۱۴۱۸ق، ج ۶: ۵۱۴)؛ ولی در هر حال همه معتقدند که اگر کس دیگری برای ادای شهادت نباشد، وجوب آن عینی است (ابن‌قدمه، بی‌تا، ج ۱۲: ۱۸). همچنین اگر عدم ادای شهادت، موجب ضرر به صاحب حق شود (حائری، ۱۴۱۵ق: ۴۱۳). البته برخی کتمان شهادت را ضمان آور ندانسته‌اند (گلپایگانی، بی‌تا، ج ۱: ۱۰) که برابر این مبنا، مسئولیت آسیب‌های ناشی از رأی ممتنع متوجه انتخاب‌کننده نخواهد بود. شایان ذکر است که نمی‌توان با حرمت تکلیفی رأی ممتنع به حرمت وضعی و بی‌اعتباری مطلق رأی ممتنع نظر داد؛ چه آنکه می‌تواند اثر مشارکت در حفظ نظام سیاسی را داشته باشد، ولی فراتر از آن در انتخاب فردی مشخص بی‌تأثیر باشد.

قید دیگری بر تحلیل‌های صورت‌گرفته می‌توان طرح کرد؛ توضیح اینکه، عدول، وقتی که کسان دیگری را تعدیل می‌کنند، جز در حوزه علم و اطلاع خود شهادت نمی‌دهند. از این رو در صورتی که فرد با وجود بررسی، به فرد خاصی نظر نیافته باشد، چه بسا بتوان حق بر سکوت در رأی را برای وی در نظر انگاشت؛ بی‌آنکه حق بر امتناع از شرکت در اصل انتخابات داشته

باشد. ولی به هر روی، چنانکه تبیین شد، می‌توان رأی را در قالب شهادت تحلیل کرد که قدر متیقن از حرمت رأی ممتنع در این قالب، دو حالت «فقدان شاهد و یا ضرر به حقوق دیگران در اثر رأی ممتنع» است.

۲-۳. تحلیل در پرتو ماهیت حق گونه یا تکلیفی رأی

از دیگر مبانی تحلیل رأی ممتنع در شریعت اسلامی، تمرکز بر ماهیت رأی است. نظرات متعددی در خصوص رأی وجود دارد که برخی آن را حقی از حقوق ذاتی افراد می‌دانند. نظر دیگری آن از صرفاً وظیفه‌ای از وظایف عمومی می‌داند. نظر سوم رأی را آمیزه‌ای همزمان از حق و وظیفه می‌داند.

نظریه نخست مبتنی بر مبنای حاکمیت ملت است؛ برخلاف رویکرد وظیفه‌گرا که براساس نظریه حاکمیت امت است (Hauriou, 1967: 244, 245). این نظریه، حق را امری ذاتی و شخصی می‌داند که برای هر فرد ثابت است. همچنین با توجه به ماهیت پیشاتقنینی این حق، حکومت نمی‌تواند این حق را مقید یا برای عدم استعمال آن مجازات بینگارد (صبری، ۱۹۴۹: ۱۳۲). شارحان این ماهیت چنان در وصف و توسعه اختیارات دارنده آن ستوده و اغراق کرده‌اند که دارنده آن می‌تواند هرگونه تصرفی در اعمال این حق، از جمله انداختن رأی ممتنع، فروش رأی و... داشته باشد (عفیفی، ۲۰۰۲: ۴۴۲؛ العطار، ۱۹۶۸: ۲۵۲).

نظریه دوم، انتخاب را به‌مثابه وظیفه قلمداد می‌کند که در طی آن، مقتضای رأی، انتخاب صالح‌ترین اشخاص بنا بر وظیفه و خدمت عمومی به امت است (شیخا، ۲۰۰۰: ۲۶۹). درون‌مایه این نظریه، لزوم انتخاب افرادی است که به مصالح امت و نه مصالح شخصی نزدیک باشند. بر این اساس، در صورت تشریح قانون یا اضرار رأی ممتنع به مصالح عمومی، مجاز نخواهد بود. نظریه سوم از آن سوی که محرومیت برخی افراد از حق انتخاب‌کنندگی را ضروری می‌داند (مانند محکومان به جرائم حیثیتی)، نظریه حق مطلق را نمی‌پذیرد و نیز بدان‌سبب که تکلیف مطلق پنداشتن آن نیز انتخابات آزاد و مشارکت ملی را به حاشیه می‌کشانند، نمی‌پسندد و به میانه‌ای از این دو رهنمون می‌شود. بر این اساس، انتخاب، حقی شخصی است که قانون به‌واسطه دعاوی قضایی از آن حمایت می‌کند و در عین حال، انتخاب‌کننده، حق شخصی خود را در انتخابات اعمال نمی‌کند؛ بلکه او به وظیفه خود در قبال «شرکت در اعطای تولیت به نهادهای عمومی» جامه عمل پوشانده است (دله، ۲۰۰۲: ۲۷۸ و ۲۷۹). این نظریه با وجود تناقض نظری، به نظریه جدیدی نقل یافته که طبق آن، رأی، سلطه‌ای قانونی است که قانون برای افراد تثبیت کرده است، ولی مناط اثبات آن، مصالح خصوصی نیست، بلکه مصالح عمومی

در آن اهمیت دارد (شیخا، بی‌تا: ۲۷۰). بنابر این نظریه، امکان تحدید حق مردم به ممنوعیت‌انگاری رأی ممتنع وجود دارد، ولی این ممنوعیت باید در راستای مصالح عمومی مردم باشد. بنابراین از حیث مبانی حق، تنها در قالب دو نظریه «انتخاب به‌مثابه وظیفه» و «انتخاب به‌مثابه سلطه قانونی» می‌توان به امکان ممنوع‌انگاری رأی ممتنع رهنمون شد.

۲-۴. رأی سفید به‌مثابه رأی اعتراضی^۵

گاهی مصداق اعتراض به انتخابات (اعم از فرایندهای انتخاباتی یا افراد کاندید) و سیاست‌های یک دولت می‌تواند در قالب تحریم انتخابات مطرح شود؛ در حقیقت، شهروندان زمانی به رأی دادن ترغیب می‌شوند که منافع مورد انتظار از رأی دادن بیشتر از رأی ممتنع یا هزینه‌های رأی دادن باشد. بدین معنی که اگر آنان فکر کنند که در صورت رأی دادن تغییری در خروجی سیاست‌ها پدید نمی‌آید، در این صورت از رأی دادن امتناع خواهند کرد، ولی در صورتی که به این واقعیت برسند که رأی آنان در اثرگذاری بر سیاست‌های آتی مؤثر است، در این‌جا منافع رأی دادن بر امتناع و عدم شرکت در انتخابات غلبه پیدا می‌کند (Blais et al., 2014: 42).

ولی آنچه در آستان این نوشته مدنظر است، کاربست رأی ممتنع به‌عنوان رأی اعتراضی از منظر مشروعیت اسلامی است. نظیر آنکه، فردی از گزینه‌های انتخابات ناراضی باشد، به نشانه حمایت از فردی که بختی برای پیروزی ندارد، از رأی ممتنع استفاده کند. در واقع، آرای ممتنع می‌تواند وجهه دموکراتیک دولت را مخدوش کند و از مردم‌سالاری موجود در جامعه بکاهد. از جمله دلایلی که می‌توان برای افزایش آرای ممتنع ذکر کرد، عدم مشروعیت نظام سیاسی و بی‌طرفانه نبودن انتخابات است (Hanna, 2009: 278) یا اینکه بسیاری از آنان اعتقاد دارند که سیاستمداران به‌دنبال منافع خود هستند و وقعی برای منافع مردم نمی‌نهند (Rosema, 2007: 612).

اگرچه حق ترمرد در قوانین موضوعه، گنجانده نمی‌شود و حتی درج آن در عمل سودمند نیست، کاربست رأی در قالب «رأی ممتنع» می‌تواند در قالب حق ترمرد مطرح شود و به‌نوعی به شکست نظام سیاسی بینجامد؛ چه مقبولیت و تولی‌سازی در حکومت اسلامی از رهگذر آرای عمومی فراهم می‌شود. الزام سیاسی شهروندان به عدم امتناع در رأی، از اساسی‌ترین مسائل فلسفه سیاسی است؛ بدین معنا که آیا تعهد فرد به حفظ نظام سیاسی دینی به معنای پذیرفتن حق الزام دولت «در هر شرایطی» است یا حق الزام در راستای اهداف غایی خاصی پذیرفته شده است.

بر همین اساس، می‌توان در انتخابات حکومت جور، افزون‌بر تحریم شرکت در انتخابات، به

«حق رأی ممتنع» نظر داد. حکومت جور در عصر غیبت حکومت حاکمی است که از سوی «امام اصل» مأذون نباشد و از آن جا که چنین اذنی اختصاص به فقیه عادل دارد و یا برای غیر از ایشان به اثبات نرسیده است، دولتی که تحت زعامت فقیه نباشد، دولت جور به شمار می‌رود (خمینی، ۱۳۷۹، ج ۱۰: ۲۲۱). در این موارد، مشارکت فعال در انتخابات، مصداقی از همکاری با دولت جور است که حرمت آن در نزد فقها به اثبات رسیده است. شایان ذکر است که اگر حکومت جنبه اضطراری بیابد، در صورتی که عدم استفاده از حق رأی ممتنع برای حراست از جامعه اسلامی باشد و نه تقویت سلطان، کاربست اعتراضی خود را از دست داده و وجوب می‌یابد (سنهوری، ۲۰۰۱: ۲۳۳).

در این جا خودداری از بیعت در قالب رأی ممتنع یا امتناع از رأی به‌عنوان مرحله‌ای از نهی از منکر و تابع شرایط آن نیست؛ بلکه خود تکلیف مستقلی است که باید به‌عنوان «واجب عینی» بدان عمل شود. این تکلیف، خود مشروط به شرایطی است، از جمله:

- عدم توجه ضرر به خود یا یکی از مسلمانان (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۱: ۳۷۲). البته این شرط مخالفانی دارد که طبق آن دیدگاه باید ملاحظه اهمیت موضوع را داشته و اقداماتی نظیر رأی ممتنع با علم به ترتب ضرر هم واجب باشد (خمینی، بی‌تا، ج ۱: ۴۴۹).

- شرط قدرت داشتن برای رسیدن به پیروزی در نظر اهل سنت (ابن‌خلدون، ۱۳۶۶: ۱۶۱) تا بتوان از اقداماتی نظیر امتناع در رأی به‌منظور براندازی استفاده کرد.

اما نسبت به حکومت عدل، رأی ممتنع بنا بر فرض حاضر در دولت مبتنی بر نظریه ولایت فقیه، می‌تواند متوجه فرمانروایان میانی و مدیران میانی باشد؛ چه آنکه در مقبوله عمر بن حنظله آمده است که وقتی حاکم «بر طبق حکم ما» حکم بنماید و پذیرفته نشود، با ما مخالفت شده و چنین کاری در نهایت، در حد شرک است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷: ۴۱۲). البته مدیران نیز از حیث اعتبار متفاوت‌اند؛ برای نمونه، فردی همچون مالک اشتر است که هیچ اقدامی بدون امر حضرت انجام نمی‌دهد، «لا یقدم و لا یحجم و لا یؤخر و لا یقدم الا عن امری: او پیش نمی‌تازد و هجوم نمی‌برد و گامی به عقب یا جلو نمی‌گذارد مگر طبق دستور من» (نهج‌البلاغه، نامه ۳۸). البته باید در نظر داشت که بهره‌گیری از رأی ممتنع در انتخابات ناظر بر نامزدهایی که مورد تأیید فقیه باشد یا نامزد انتخاباتی، فقیه باشد، می‌تواند به دلایل متعددی باشد، از جمله:

۱. انحراف فرمانروا یا فقیه از میانی فقهی: چنین اشتباهاتی هرچند نادر، نشانه خلل در ملکه اجتهاد فقیه نیست، ولی تکرار آن با شرط اجتهاد و فقاقت وی ناسازگار است. البته تا وقتی

این مسئله به شکل کلی به ورطه اثبات نیاید، هتک حرمت و تزلزل منصب وی جایز نیست (ر.ک: شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۱۱).

۲. خطای سیاسی: برخی اشتباهات حاکم ناشی از خطا در شناخت رخدادهای و درک مصالح جامعه است که اگر به صورت مکرر نباشد تا نشانی بر عدم درک اجتماعی صحیح و سیاست و تدبیر لازم برای ولایت محسوب گردد، برخی متفکران معاصر، چنین احکامی را با «یقین به خطا» بی اعتبار دانسته و لزوم پیروی از آن را نفی کرده‌اند (جوادی آملی، ۱۳۹۲: ۴۶۹)؛ ولی شهید محمدباقر صدر می‌نویسد:

«در صورتی که مجتهد از جایگاه ولایت عامه بر شئون مسلمین - و نه قضاوت - حکمی صادر کند، نقض آن حتی با علم به مخالفت، جایز نیست و کسی که به خطای آن پی می‌برد نمی‌تواند بر طبق علم خود عمل کند و حکم حاکم را نادیده گیرد. شرح یکی از شاگردان شهید صدر بر این سخن این است که در موارد حکم ولایی، چون حاکم شخصاً به انشاء حکم می‌پردازد لذا به دلیل نبود چنین حکمی قبل از انشای حکم، علم به خطای حاکم اساساً بی‌معناست. حتی اگر کسی بدین نحو گوید که حاکم در شناخت اوضاع و احوال اشتباه کرده است و لذا باید به گونه دیگری حکم می‌شد باید بدو گفت: سپردن ولایت به شخصی به معنای آن است که تشخیص وی ملاک است؛ نه تشخیص مولی علیه» (حائری، ۱۳۹۹: ۱۸۳).

بنابراین اگرچه برخی دیدگاه‌ها حسب اینکه وجود حداقل نظم و حاکم - حتی اگر ستمگر و نامشروع باشد، بهتر از فتنه و هرج و مرج است، نافرمانی مدنی در قالب رأی را در مقابل حکام غاصب منع کرده‌اند، ولی در رویکردهای دیگر، استدلال می‌شود که چنین ابزاری تنها زمانی موجه است که راه‌های قانونی برای ابراز مخالفت و اصلاح وضع موجود مسدود شده باشد (Kent Greenwalt, 1998: 366-367; John W.D. Gruchy, 1997: 152-153).

۳. وجود تأویل یا شبهه نسبت به حکومت و حکمرانان یا قصد براندازی در منتخبان: این حالت با وجود شرایطی می‌تواند تحت عنوان بغی طرح شود. بغات در اصطلاح شرع و متشرعه کسانی هستند که بر دولت اسلامی که به صورت صحیح و مشروع به وجود آمده است، قیام کنند و فرقی نمی‌کند که رهبر دولت، پیامبر یا امام یا نایب خاص یا نایب عام آن‌ها یعنی فقیه جامع‌الشرایط باشد» (حسینی شیرازی، ۱۴۰۹ق، ج ۴۸: ۱۳۱). خروج علیه حکومت و منع از تسلیم حق به امام (طوسی، بی‌تا، ج ۲: ۱۶۷)، وجود تفسیر و تأویل ناروا در تفکر و ذهنیت آنان و گروهی و دارای تشکیلات و سازمان بودن (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰ق: ۱۸۴) از جمله شرایطی است که رأی ممتنع را به عنوان اقدامی ارادی و هماهنگ شده مصداق بغی قرار می‌دهد. البته برخی گروهی نبودن و انفرادی بودن را نیز منشأ اثر دانسته‌اند (عاملی، ۱۳۸۴، ج ۱: ۲۶۱). از

نظر فقهی نیز حقوقدانان اسلامی ذیل عنوان بغی به قصد جنایی باغیان مبنی بر قصد خروج بر امام با توسل به سلاح و قصد خاص عزل و خلع حاکم یا عدم اطاعت از او تأکید کرده‌اند (زحیلی، ۱۹۹۷، ج ۷: ۵۴۸۳؛ عوده، ۱۹۵۹، ج ۲: ۶۷۸). البته تحلیل رأی ممتنع در قالب بغی به معنای نفی گزاره‌هایی از جمله «نصیحت ائمه مسلمین» و یا امر به معروف به حکام و لزوم پاسخگویی به شهروندان نیست، همچنان‌که پیش از بغی، سازوکارهای متعددی برای نفی تأویل و تحقق خواسته‌های مشروع شهروندان وجود دارد.

در مجموع، در این فرضیه، باید قائل به تفصیل میان حکومت جور و حکومت عدل شد؛ به این معنا که در حکومت جور بسته به تقویت سلطان جور یا حراست از کیان و جامعه اسلامی، رأی ممتنع، به ترتیب، حکم و جوب و حرمت می‌گیرد. اما در حکومت عدل، رأی ممتنع می‌تواند در صورت وجود انحراف حاکم از مبانی فقهی و یا وجود خطای سیاسی در حکم ولایی (نه قضایی) و نیز براندازی حکومت اسلامی مجال یابد. در صورت نخست، هتک حرمت حکمران اسلامی جایز نیست و در صورت دوم نیز تشخیص ولی، ملاک است و در صورت نهایی نیز رأی ممتنع جایز نیست.

۲-۵. رأی ممتنع در قالب «مشورت»

بر طبق برخی مبانی می‌توان ماهیت انتخابات را مانند مشورت دانست؛ برای نمونه در صورتی که رابطه میان «حاکم اسلامی» و «نمایندگان منتخب» را از قبیل کارگزار یا وکالت قانونی مأذون از ولایت فقیه (کعبی و حکیمی، ۱۳۹۳: ۱۴۱) دانست که حاکم اسلامی برای تعیین آن‌ها از مشورت مردم بهره‌مند می‌شود (خرد جمعی)؛ فارغ از وجوب رجوع به خرد جمعی یا عدم وجوب آن و نیز وجوب عمل به نتیجه آن یا فراغت از آن و نیز متعلق مشورت که عموم مردم باشد (حسینی شیرازی، ۱۳۷۰: ۱۴-۱۷) یا تنها متخصصان امر (منتظری، ۱۴۰۸ق: ۳۷)، مفهوم رأی ممتنع نیز در این زمینه قابل تحلیل است. بنابراین برخلاف آنچه گاه گفته می‌شود، چنین نیست که نقش مشارکت جدی و فعالانه و نهادینه مردم در حکومت اسلامی نفی شود (سیف‌زاده، ۱۳۷۳: ۱۱۱).

بر مبنای «و شاورهم فی الامر» حاکم اسلامی موظف به رجوع به مشورت است و بر پایه «و امرهم شورا بینهم» بر مردم واجب است تا در مشورت با امام مسلمین شرکت جویند و نظر ارائه دهند (شمس‌الدین، ۱۴۱۴ق: ۱۰۷) این وجوب دوسویه مشارکت فعال و آگاهانه مردم در حیطه‌های مختلف اجتماعی، حرمت رأی ممتنع و ضرورت کسب آمادگی لازم و رفع جهل از گزینه‌های انتخاباتی را لازم می‌دارد. در حقیقت، مردم موظف‌اند در اجرای حکومت اسلامی

به‌عنوان مقدمه واجب اجرای احکام اسلامی به ولی فقیه کمک نمایند (جوادی آملی، ۱۳۷۸: ۸۲) که این امر خود نیازمند ایجاد تشکیلات و انتخاب نمایندگان برای مدیریت آن‌ها از سوی مردم و طبعاً انداختن رای غیرممتنع و مصرح در انتخابات خواهد بود. در آرای فقهی معاصر نیز نگرش‌های متعددی وجود دارد؛ در یک نگاه، سعی بر ارائه منظری از حق بر رأی ممتنع به‌عنوان آخرین راهکار و در صورتی است که فرد با مشورت و مطالعه نتوانسته به شخص خاصی اعتماد کند (<https://makarem.ir>). اما نظر دیگری حتی در صورت تحیر پس از فحص و بررسی، آن را در صورتی که موجب تضعیف نظام اسلامی باشد، حرام می‌داند (سایت فارسی مقام معظم رهبری و نیز ر.ک: بیانات مقام معظم رهبری در جمع مردم استان کردستان، ۱۳۸۸/۲/۲۲).

گویی در نظریه اخیر، برخلاف نظریه اول، افزون بر اینکه شرکت در انتخابات، برای حمایت از نظام اسلامی ضرورت دارد، رأی به فردی مشخص حتی در صورت تحیر نیز امری ضرورت‌بردار است. در رویکرد اخیر، مشارکت مؤثر و فعال در انتخابات موضوعیت دارد که افزون بر شرکت در انتخابات به تعیین افراد اصلح و شایسته نظر دارد. تبیین آنکه، وقتی از مبانی وجوب شرکت در انتخابات، مصلحت مسلمین است، بدیهی است که رأی دادن هم باید به‌گونه‌ای باشد که آن مصلحت اصلی یعنی تحکیم نظام اسلامی را هم در برداشته باشد. به‌طور کلی و بنابر آنچه در قسمت دوم طرح شد، بنابر مبانی و راهبردهای «رأی به‌مثابه شهادت»، «انتخاب به‌مثابه وظیفه و یا سلطه قانونی»، «رأی به‌مثابه مشورت» و نیز «امکان کاربست رأی ممتنع به‌عنوان اقدامی برانداز و یا فعلی برخلاف مصلحت مسلمین» قائل به عدم مشروعیت رأی ممتنع شد. اما در برخی موارد که رأی ممتنع در مقام مبارزه با حکومت جور باشد، می‌تواند صورت جواز بیابد.

۳. تحلیل کارکرد رأی ممتنع به‌مثابه سکوت یا «لا ادری»

در خصوص ماهیت رأی ممتنع می‌توان دو حالت را فرض کرد؛ نخست اینکه آن را «سکوت» دانست و دیگر اینکه آن را از قبیل گفتن «لا ادری [نمی‌دانم]» به‌عنوان ماهیتی فقهی فهم کرد. اگرچه زمینه دو ماهیت نامبرده که اغلب در بستر و بانی تحت عنوان کتاب القضا طرح می‌شود، با بحث حاضر نمایان است؛ چه شأن بحث حاضر، ایجاد و انشایی است، ولی در مباحث قضایی، مسئله در خصوص حق از پیش موجود و اخبار به آن است. بنابراین، بی‌آنکه تمامی مباحث آن‌جا منطبق بر بحث فعلی باشد، از حیث ماهیت رأی ممتنع، تحلیل‌های فقهی و دقیقی را در پی خواهد داشت.

حالت ساکت در متون فقهی، به مانند کسی است که اگرچه فعلی ایجابی و اعلامی از وی صادر می‌شود، ولی در اثر سکوتش نه امضای عقد و نفی خیار و نه بقای خیار به او نسبت داده نمی‌شود (ابن براج، ۱۴۰۶ق، ج ۱: ۳۵۷). در این میان، برخی بقای خیار ساکت را ظاهر دانسته‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۳: ۱۹۷). همچنان‌که صلح علیه او امضا نمی‌شود، ولو اینکه حاضر در مجلس باشد (حلی، ۱۴۱۳ق: ۳۲۰). برخی نیز در پی تعریف ایمان به اجزایی چون اقرار لسانی، در خصوص کفر فرد ساکت بحث کرده‌اند (مجلسی دوم، ۱۴۰۴ق، ج ۷: ۱۴۹).

برخی اصولیین نیز از بحث سکوت در بحث «اجماع سکوتی» استفاده کرده‌اند که در آن، سکوت به‌عنوان عدم مخالفت احراز می‌شود و از این رو، موضوع، امری اجماعی تلقی شده و سکوت به اثبات ملحق می‌شود. البته در خصوص اجماع به‌شمار آمدن آن و نیز حجت بودن آن حدود شش نظر وجود دارد که برخی به دلیل لزوم احراز «وفاق»، عدم علم به مخالفت را دلیلی بر تحقق اجماع ندانسته‌اند. ولی موافقان، عادت را چنین دانسته‌اند که در صورت انکار و مخالفت، عموماً سکوت ترک می‌شود (بحرانی، ۱۴۱۹ق، ج ۳: ۲۰۹). در همین زمینه، سکوت بر فعل یک قوم درحالی‌که قدرت بر رد و انکار یا منع از آن وجود داشته باشد، بنابر گزاره‌هایی چون «الساکت عن الحق شیطان أخرس»، «الساکت شریک المغتاب» و «الراضی بفعل قوم کالداخل فیه معهم» به‌مثابه رضایت به فعل آن قوم خواهد بود (حسینی شیرازی، ۱۴۲۸ق، ج ۳: ۲۱۸ و ۳۴۷). برخی چون شیخ انصاری نیز با ذکر اینکه سکوت اعم از رضاست، ولی سکوت را ظاهر در رضایت دانسته‌اند؛ ولو اینکه مفید قطع نیست و دلیل این برداشت را دفع حرج بر فرد و دیگران تحلیل کرده‌اند. همچنین صرف اینکه فرد پس از علم به مطلب، سکوت کرده است، در اجازه و رضایت کفایت می‌کند (شیخ انصاری، ۱۴۱۰ق، ج ۸: ۳۴۱). کاشف‌الغطا نیز این نظریه را در حد احتمال پذیرفته است (کاشف‌الغطا، ۱۴۲۲ق: ۳۹).

برخی دیگر، سکوت را لاقتضا دانسته (لا ینسب القول للساکت) و آن را اعم از رضایت دانسته‌اند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۳: ۱۶) و در برابر فقهی، در صورتی‌که اخذ حق و تعیین تکلیف با سکوت از روی عناد فرد مواجه شود، او را تا زمانی‌که جواب دهد و یا حکم نکول در خصوص او صادر شود (پس از عرضه جواب بر او که اگر جواب ندهی تو را ناکل قرار خواهم داد)، حبس می‌کنند (شهید ثانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱: ۲۴۵)؛ زیرا جواب، حقی واجب بر اوست و سکوت او تزییع‌کننده حق دیگری است^۶ (وجدانی، ۱۴۲۶ق، ج ۵: ۳۲۷). حاکم وی را براساس امر به معروف و نهی از منکر ابتدا از روی لطف و رفق و پس از آن به غلظت و شدت به جواب فرا می‌خواند، ولی به مرحله ضرب و شتم نمی‌رسد؛ چون اقرار پس از این‌ها مستند به ضرب و اهانت و اکراهی و بلااثر است (مؤمن قمی، ۱۴۲۲ق: ۲۵۳).

دسته سوم از فقها، انصاف را در آن دانسته‌اند که سکوت از روی تعنت و عناد، در حکم ناکل (امتناع از رأی) و بلکه بدتر از آن تلقی شود؛ چه آنکه تلفظ در نکول موضوعیت خاصی ندارد؛ بلکه کسی که عملی نتیجه مخالفت را ابراز نماید، به طریق اولی در حکم ناکل محسوب خواهد شد (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳ق، ج ۲: ۱۵۹). برخی نیز حتی بر فرض اینکه ساکت، ناکل محسوب نشود، در خصوص میزان الحاق حکمی ساکت به ناکل سخن گفته و سه راهکار در این خصوص طرح کرده‌اند؛ از جمله شمول ادله حکم ناکل بر ساکت، یا تعدی حکم ناکل به ساکت بنا بر اولویت، و یا مساوات این دو در فهم عرفی (حسینی حائری، ۱۴۱۵ق: ۶۸۲). اما در خصوص «لا اداری»، روایات متعددی در نهی از فتوا و ارائه نظر به آنچه نسبت به آن علم وجود ندارد، وارد شده است؛ برخی از آن‌ها انصراف به حرمت افتاء از روی جهل دارد، ولی دسته‌ای دیگر به دلیل عمومیت، ناظر بر بحث حاضر است و وزر و مسئولیت عمل به رأی ناشی از عدم علم را بر عهده فرد قرار می‌دهد (برقی، ۱۳۷۱، ج ۱: ۲۰۴). ولی به نظر می‌رسد این روایات از محل بحث انصراف دارد، چراکه در این جا امکان تحصیل علم تفصیلی وجود دارد.

به هر روی، اگر ماهیت رأی ممتنع از قبیل «لا اداری» (نمی‌دانم) دانسته شود، برخی آن را ذیل سکوت درج کرده‌اند که مباحث گفته‌شده در مورد سکوت پیرامون آن خواهد آمد. برخی نیز لا اداری را ظاهر در «مخالفت» دانسته‌اند (آشتیانی، ۱۴۲۵ق، ج ۱: ۲۵۵) که بایستی مدنظر ناظران انتخابات و شمارش‌کنندگان آرا قرار گیرد؛ ولی قول لا اداری، بیانگر جهل فرد به حال است و نه علم او به عدم؛ در حقیقت عدم علم اعم از علم به عدم است (رشتی، ۱۴۰۱ق، ج ۱: ۲۶۳). این مبانی، با وجود تفاوت در تفسیر، بینگرا این است که ممتنع از رأی، اجبار به مشارکت نمی‌شود، ولی فرد دارای رأی ممتنع مجبور به تعیین منظور می‌شود و در صورت عرضه جواب بر وی، به نکول حکم می‌شود و در زمره امتناع از رأی درمی‌آید (ر.ک: مؤمن قمی، ۱۴۲۲ق: ۲۶۰). نکول چه در بحث قضا و چه در بحث پیش‌رو، به معنای تمکین او به «رأی اکثریت سایرین» و «واگذاری» حق خویش به ایشان در جهت «انتفاع متناسب اکثریت از امتناع او» است. ولی اگر سکوت و لا اداری را به معنای مخالفت در نظر آوریم، حقوق «رأی ممتنع» نه در جهت انتفاع متناسب اکثریت، بلکه در جهت «انتفاع انحصاری مجموع آرای مخالف چه حداقل باشد چه حداکثر» خرج می‌شود.

افزون بر این، رأی ممتنع حتی اگر بنا به این دلیل باشد که شخص رأی‌دهنده به حجت عقلی و شرعی نرسیده و می‌خواهد از ذمه رأی ناصواب برحذر باشد، وی را به مقصود خود نمی‌رساند، چراکه به‌هنگام احتساب حد نصاب خاص یا اکثریت نسبی به‌عنوان معیار

تعیین‌کننده سرنوشت رأی‌گیری، «هر رأی ممتنع» در حقیقت به‌مثابه «یک رأی مخالف» شمارش می‌شود، به این معنا که فرد بدون رسیدن به حجت عقلی و شرعی، «رأی مخالف دادن» را بر ذمه خویش گردن گرفته است. در حقیقت، نه‌تنها هیچ امتناعی از رأی‌گیری صورت نگرفته است، بلکه او به‌طور جبری و غیراختیاری (فقط و فقط) رأی مخالف داده است. بنابراین، رأی ممتنعی که به صندوق انداخته می‌شود، حقیقتاً نمی‌تواند ممتنع باشد؛ معنا آنکه تنها حاضرانی موفق به «امتناع» می‌شوند که اساساً هیچ بلیتی به صندوق نیندازند. از این‌رو امتناع صوری و رفع تکلیف مورد خواست او را ملغی می‌سازد.

بنابراین به‌طور کلی می‌توان نتیجه این بخش را چنین جمع‌بندی کرد که اگرچه در تحلیل رأی ممتنع به‌مثابه سکوت و نیز «لاادری» اختلاف نظرهایی وجود دارد؛ از جمله اینکه برخی این ممتنع بودن را به رضایت، اعم از رضایت و نیز مخالفت محسوب کرده بودند، با وجود این و چه‌بسا برخلاف مقصود رأی‌دهنده ممتنع، اثری حاصل شود.

نتیجه‌گیری

در مجموع آنچه در این نگاره گذشت، می‌توان ملاحظات فقهی در تحلیل رأی ممتنع را در دو قسمت قابل پیگیری دانست؛ نخست از حیث مشروعیت و امکان رأی ممتنع. در این خصوص، عمل فرد انتخاب‌کننده، تحت عنوان «مشارکت فعال» موضوع حکم و جوب قرار گرفته است. بنابراین چه رأی را مصداق «بیعت»، «مشورت به حکومت» یا «شهادت» در نظر بگیریم، مبانی نامبرده می‌تواند تحت عنوان قاعده حفظ نظام، «مشارکت فعال و ممنوعیت رأی ممتنع» را تقویت کند. در مقابل در صورتی که کارکرد رأی، شهادت به نفع حکومت جور یا تقویت مبانی آن باشد، رأی سفید می‌تواند به‌عنوان نافرمانی مدنی و رأی اعتراضی کارکردی موجه در برخی حالات داشته باشد.

قوانین انتخاباتی ایران، اگرچه به ابهام و اختصار موضوع رأی ممتنع را مطرح کرده‌اند، از سیاق مقررات، برمی‌آید که قانون‌گذار ایران، بدون توجه به رویکرد احتیاط‌انگار که محذوراتی فقهی از قبیل کتمان شهادت و حفظ نظام را در نظر دارد، یکسره، رأی ممتنع را امری در حوزه فردی و نوعی حق مطلق فرض کرده است.

قسمت دیگر این مقاله به تفسیر و کارکرد رأی ممتنع از منظر فقه اختصاص داشت که با توجه به تحلیل‌های ارائه‌شده در آن قسمت، اکنون می‌توان پرسش مقاله را پاسخ گفت. پاسخ به کارکرد رأی ممتنع، باید با توجه به مؤلفه‌های مختلف باشد:

مؤلفه نخست: ماهیت رأی، ولو ممتنع باید به عنوان «حق الناس» لحاظ شود؛ به این معنا که نباید تفسیر و اثری مغایر نیت و اراده رأی دهنده از آن اراده شود. این در حالی است که سازوکار فعلی می‌تواند رأی ممتنع را به ورطه‌ای مخالف آنچه منظور واقعی رأی دهنده بوده است، بکشاند.

مؤلفه دوم: تفاوت میان تاثیر «امتناع از رأی» و «امتناع در رأی»؛ منطق این تفاوت نیز در الزامات فقهی و حقوقی این دو است؛ زیرا ممتنع از رأی، اجبار به مشارکت نمی‌شود ولی ممتنع در رأی، مجبور به تعیین منظور می‌شود و نکول وی، به معنای تمکین او به «رأی اکثریت» می‌باشد. البته اگر امتناع در رأی، به معنای رأی مخالف فهم شود، رأی وی، نه در جهت انتفاع متناسب اکثریت، بلکه در جهت «انتفاع انحصاری مجموع آراء مخالف چه حداقل باشد چه حداکثر» خرج می‌شود.

مؤلفه سوم: بیان صریح اراده قانون‌گذار با توجه به مبنای فقهی برتر در طول تحقیق (از جمله سکوت و لادری) در قوانین. در صورت رعایت این مؤلفه، افزون‌بر اینکه مؤلفه‌های قبل نیز رعایت می‌شود، موجب خواهد شد که مواجهه نظام انتخاباتی با رأی ممتنع، اثری خلاف آنچه مقصود رأی دهنده بوده است، بر جای نگذارد.

یادداشت‌ها

۱. «جلسات هیأت‌های اجرای اصلی و فرعی با حضور دوسوم کلیه اعضا رسمیت یافته و اخذ تصمیم با اکثریت مطلق حاضرین خواهد بود.
 - تبصره: رأی ممتنع در حکم رأی مخالف خواهد بود.»
 ۲. «در موارد ذیل با تأیید هیأت نظارت حوزه انتخابیه مربوطه، برگ‌های رأی، باطل و مراتب در صورت‌جلسه، قید و آرای مذکور ضمیمه صورت‌جلسه خواهد شد:
 - الف- در موارد ذیل برگ‌های رأی، باطل و جزء آرای مأخوذه محسوب می‌گردد: ۳- آرای که سفید به صندوق ریخته شده باشد.»
 ۳. «در سامانه انتخابات الکترونیکی باید امکان انتخاب رأی سفید را پیش‌بینی کرد تا افراد بتوانند در صورت تمایل، از حق قانونی خود استفاده کنند.»
 ۴. از جمله از نامه حضرت امیرالمؤمنین (ع) به معاویه استفاده می‌شود که مردم مدینه، با حضرت بیعت کردند و همین بیعت، برای مردم ساکن در شهرهای دیگر نیز کافی است و مردم شام نمی‌توانند به بهانه عدم شرکت در بیعت، از اطاعت امام جامعه سر باز زنند: «فإن بیعتی بالمدينة لزمتمک و أنت بالشام؛ لأنَّه بايعنی القوم (شیخ مفید، ۴۱۳ق: ۹۵).
- 5 . Protest vote.
۶. البته تعبیر صحیح این است که جواب حق طرف مقابل نیست، بلکه مقدمه وصول او به حق است (آشتیانی، ۴۲۵ق: ج ۱: ۴۰۲).

منابع

الف: فارسی و عربی

۱. ابن ادریس، جعفر (۴۱۰ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چ دوم.
۲. ابن خلدون، عبدالرحمان (۱۳۶۶)، المقدمه، برگردان محمد پروین گنابادی، تهران: علمی و فرهنگی، چ دوم.
۳. ابن قدامه، عبدالله (بی تا)، المغنی، بیروت: دار الکتب العربی، بی جا.
۴. اسماعیل، یحیی (۴۰۶ق)، منهج السنه فی العلاقة بین الحاكم والمحکوم، قاهره: دارالوفاء، الطبعة الأولى.
۵. انصاری، مرتضی (۴۱۰ق)، کتاب مکاسب، قم: دارالکتب، چ سوم.
۶. آشتیانی، میرزا محمدحسن (۴۲۵ق)، کتاب القضاء، قم: زهیر، چ اول.
۷. بحرانی، احمد (۴۱۹ق)، الرسائل الأحمدیة، قم: دار المصطفی لإحياء التراث، چ اول.
۸. البحرى، حسن (۲۰۰۹)، القانون الدستوري "النظرية العامة"، دمشق: الجامعة الافتراضية السورية، الطبعة الأولى.
۹. برقی، احمد (۱۳۷۱)، المحاسن، قم: دار الکتب الإسلامية، دوم.
۱۰. بهوتی، منصور (۴۱۸ق)، کشف القناع، بیروت: دار الکتب العلمیه، بی جا.
۱۱. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۷۸)، ولایت فقیه، ولایت فقه و عدالت، قم: اسراء، چ دوم.
۱۲. حائری، سید کاظم (۳۹۹ق)، أساس الحكومة الإسلامية، بیروت: مطبعة النيل، چ اول.
۱۳. _____ (۴۱۵ق)، القضاء فی الفقه الإسلامی، قم: مجمع انديشه اسلامی، چ اول.
۱۴. حسینی شیرازی، سید محمد (۴۰۹ق)، الفقه، بیروت: دارالعلوم، چ دوم.
۱۵. _____ (۴۲۸ق)، من فقه الزهراء علیها السلام، قم: رشید، چ اول.
۱۶. حلّی، نجم الدین (۴۱۳ق)، الرسائل التسع، قم: کتابخانه آیة الله مرعشی، چ اول.
۱۷. خمینی موسوی، سید روح الله (۱۳۷۹)، صحیفه امام، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام، بی جا.
۱۸. _____ (بی تا)، تحریر الوسیلة، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم، چ اول.
۱۹. دة، سام سلیمان (۲۰۰۲)، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية، دمشق: مطبعة المحبة، الطبعة الثانية.
۲۰. زحیلی، وهبه (۱۹۹۷)، الفقه الاسلامی و ادلته، دمشق: دارالفکر المعاصر، الطبعة الثانية.

۲۱. سیف‌زاده، حسین (۱۳۷۳)، «تحول از مشارکت منفعلانه به مشارکت فعالانه: تأمل نظری»، فصلنامه دانشکده حقوق و علوم سیاسی، سال هفتم، دور دوم، ش ۳۲، صص ۴۵-۷۸.
۲۲. السنهوری، عبدالرزاق (۲۰۰۱)، فقه الخلافة و تطوره لتصبح عصبه امم شرقیه، تحقیق توفیق الشاوی و نادى عبدالرزاق، بیروت: دارالفکر العربی، الطبعة الاولى.
۲۳. شمس‌الدین، محمدمهدی (۱۴۰۳ق)، اصول الحكم والادارة فى الاسلام، قم: دارالثقافة، الطبعة الثالثة.
۲۴. _____ (۱۴۱۲ق)، نظام الحكم و الادارة فى الاسلام، بیروت: دارالثقافة، الطبعة الثانية.
۲۵. الشنتوت، خالد احمد (۲۰۰۸)، الانتخابات أمانة و شهادة، بی جا: بی نا، الطبعة الثالثة.
۲۶. شیحا، إبراهيم عبد العزيز (۲۰۰۰)، النظم السياسية والقانون الدستوري، تحليل النظام الدستوري المصري، الإسكندرية: منشأة المعارف، الطبعة الثالثة.
۲۷. صبری، السيد (۱۹۴۹)، مبادئ القانون الدستوري، القاهرة: المطبعة العالمية، طبعة عام ۱۹۴۹.
۲۸. طباطبائی، سید محمدحسین (۱۳۶۲)، المیزان فى تفسیر القرآن، تهران: دار الكتب الاسلامیة، چهارم.
۲۹. طرابلسی، ابن براج (۱۴۰۶ق)، المهذب، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ج اول.
۳۰. طوسی، ابوجعفر (۱۴۰۹ق)، التبیان فى تفسیر القرآن، قم: اسلامی، بی جا.
۳۱. _____ (بی تا)، المبسوط فى فقه الامامیه، تصحیح محمد باقر بهبودی، بیروت: مکتبه المرتضویة، الطبعة الاولى.
۳۲. عاملی، زین الدین بن علی (۱۴۱۲ق)، الروضة البهية فى شرح اللمعة الدمشقية، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ج اول.
۳۳. _____ (۱۴۱۳ق)، مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام، قم: موسسه معارف اسلامی، لا ط.
۳۴. عبدالمجید، احمد فؤاد عبدالجواد (۱۹۹۸)، البيعة عند مفكرى اهل السنة و العقد الاجتماعى فى الفكر السياسى الحديث: دراسة مقارنة فى الفلسفة السياسية، قاهره: بی نا، بی جا.
۳۵. العطار، فؤاد (۱۹۶۸)، النظم السياسية، القاهرة: دار النهضة العربية، طبعة الاولى.
۳۶. غفیفی، کامل (۲۰۰۲)، الأنظمة النيابية الرئيسية، نشاتها، تطورها، تطبيقاتها، دراسة تحليلية مقارنة، الإسكندرية: منشأة المعارف، طبعة سنة ۲۰۰۲.
۳۷. عوده، عبدالقادر (۱۹۵۹م)، التشريع الجنائى الاسلامى مقارناً بالقانون الوضعى، قاهره: دارالعروبة، الطبعة الاولى.

۳۸. فلقشندی، احمد بن عبدالله الشافعی (۱۴۰۷ق)، *صبح الاعشى*، بیروت: دارالکتب العلمیه، بی‌چا.
۳۹. کاشف الغطاء، حسن بن جعفر (۱۴۲۲ق)، *أنوار الفقاهة*، نجف: مؤسسه کاشف الغطاء، چ اول.
۴۰. کعبی، عباس؛ حکیمی، سجاد (۱۳۹۲)، «ماهیت نمایندگی مجلس در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران»، *مجله حکومت اسلامی*، سال نوزدهم، ش دوم، پیاپی ۷۲، صص ۵۶-۹۲.
۴۱. گیلانی، میرزا حبیب‌الله رشتی (۱۴۰۱ق)، *کتاب القضاء*، قم: دار القرآن الکریم، چ اول.
۴۲. متقی هندی، علاء‌الدین (۱۳۹۷ق)، *کنز العمال فی سنن الاقوال و الافعال*، تصحیح صفوة السقا، بیروت: مکتبه التراث الاسلامی، لا.ط.
۴۳. مجلسی، محمدباقر (۱۳۷۴)، *بحار الانوار*، تهران: کتابفروشی اسلامی، چ سوم.
۴۴. _____ (۱۴۰۴ق)، *مرآة العقول*، تهران: دار الکتب الإسلامیه، چ دوم.
۴۵. مفید، محمد بن محمد بن النعمان العکبری (۱۴۱۳ق)، *الجمال*، قم: کنگره شیخ مفید، چ سوم.
۴۶. منتظری، حسینعلی (۱۴۰۸ق)، *مبانی فقهی حکومت اسلامی*، ترجمه محمود صلواتی و ابوالفضل شکوری، قم: مؤسسه کیهان، چ اول.
۴۷. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۴۲۳ق)، *فقه القضاء*، قم: دفتر معظم‌له، چ دوم.
۴۸. مؤمن قمی، محمد (۱۴۲۲ق)، *مبانی تحریر الوسیله - القضاء و الشهادات*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چ اول.
۴۹. نجارزادگان، فتح‌اله و مصطفی مسعودیان (۱۳۸۸)، «بررسی تطبیقی جرائم علیه عدالت قضایی از دیدگاه قرآن و حقوق کیفری ایران»، *پژوهش‌های میان‌رشته‌ای قرآن کریم*، دوره اول، ش ۳، صص ۲۹-۴۶.
۵۰. نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق)، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، بیروت: دار احیاء التراث العربی، هفتم.
۵۱. وجدانی فخر، قدرت‌الله (۱۴۲۶ق)، *الجواهر الفخریه فی شرح الروضة البهیة*، قم: سماء قلم، چ دوم.

ب: لاتین

1. Frazier, Robert, L., (1998), "Duty", in **Routledge Encyclopedia of philosophy**, General Editor: Eduard Craig, New Fetterland, London: Routledge, Vol.3.

2. GreenWalt, Kent (1998), "Civil Disobedience" in **Routledge Encyclopedia of Philosophy**, General Editor : Eduard craig , New Fetter land , London: Routledge, Vol.2.
3. Hauriou, André (1967), **Droit Constitutionnel et Institutions Politique, Paris Montchrestien**, Deuxième Edition.
4. Hayden, Grant M, (2010), "Abstention: The Unexpected Power of Withholding Your Vote", **CONNECTICUT LAW REVIEW**, Vol. 43, No. 2, pp: 585- 615.
5. Home Affairs Department (2006), Further Interpretation of the Term "Majority" – How Abstention Votes should be Counted, LC Paper No. CB(2)954/05-06(01).

حدود استنادپذیری قانون آیین دادرسی مدنی در دیوان عدالت اداری

محمد امین ابریشمی راد^{۱*}، حسین آئینه‌نگینی^{۲**}

۱. استادیار گروه حقوق دانشگاه سمنان، سمنان، ایران

۲. دانش‌آموخته حقوق عمومی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، ایران

تاریخ دریافت: ۹۹/۴/۲۲ تاریخ پذیرش: ۹۹/۸/۲۵

چکیده

بر طبق قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری (مصوب ۱۳۹۲)، آیین دادرسی در دیوان به سه صورت پیش‌بینی صریح احکام در این قانون، ارجاع صریح برخی موضوعات به قانون آیین دادرسی مدنی و قانون اجرای احکام مدنی و ارجاع کلی در موارد سکوت در این قانون به قوانین مذکور تعیین شده است. در قالب پژوهشی توصیفی-تحلیلی، به منظور تبیین حدود استنادپذیری قانون آیین دادرسی مدنی در دیوان عدالت اداری این نتیجه به دست آمد که در هیچ‌یک از دو حالت اخیر که امکان استناد به قانون آیین دادرسی مدنی در دیوان عدالت اداری فراهم شده است، به صورت مطلق نمی‌توان به مفاد آن قانون استناد کرد، بلکه در مقام استناد به قانون آیین دادرسی مدنی در دیوان عدالت اداری تنها باید به آن دسته از احکام این قانون استناد کرد که با اقتضائات ساختاری، صلاحیتی و ماهیت دعوی مطروحه در دیوان همخوانی دارند. با توجه به اینکه عدم تبیین ضوابط مذکور، موجبات بروز تشتت در رویه قضایی یا تضییع حقوق اشخاص را فراهم می‌کند، پیشنهاد شد تا قانون جامع آیین دادرسی دیوان عدالت اداری با تفصیل و دقت بیشتری تصویب شود.

واژگان کلیدی: آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، سکوت نسبی، سکوت مطلق، قانون آیین دادرسی مدنی، ماده ۱۲۲ قانون دیوان.

* Email: Abrishmirad@semnan.ac.ir

** Email: Hosseinayene69@gmail.com

Citation Limits of the Civil Procedure Act in the Administrative Justice Court

Mohammad Amin Abrishami Rad ^{1*} & Hossein AyeneNegini ^{2**}

1-Assistant Professor, Faculty of Law, Semnan University, Semnan, Iran,

2-PH. D in Public Law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran.

Abstract

According to the Act on the Organization and Procedure the Administrative Justice Court - passed in 2013 - the procedure of the Court is predicted in three forms: explicit stipulation of the provisions in this Act, explicit reference of some issues to the Civil Procedure Act and the Act on the Enforcement of Civil Judgments, and general reference to mentioned acts in cases of silence. This research through a descriptive-analytical method seeks to explain the citation limits of the Civil Procedure Act in the Administrative Justice Court. It was concluded that in none of the two recent above-mentioned cases, it is possible to cite to the Civil Procedure Act in the Administrative Justice Court. The provisions of this Act cannot be invoked. Therefore, so as to cite to the Civil Procedure Act in the Administrative Justice Court, only those provisions of this Act can be invoked that are consistent with the structural requirements, jurisdiction and nature of the lawsuits filed in the Court. Due to the fact that the lack of explanation of the above-mentioned criteria causes divisions in the judicial precedent or violation of the rights of the individuals, it was suggested that the Comprehensive Act on the Procedure of the Administrative Justice Court be passed.

Keywords:

Procedure of the Administrative Justice Court, Relative Silence, Absolute Silence, Civil Procedure Act, Article 122 of the Act on the Administrative Justice Court.

* **Email:** Abrishamirad@semnan.ac.ir

** **Email:** Hosseinayene69@gmail.com

Corresponding Author

مقدمه

اصل ۱۷۳ قانون اساسی در مقام تبیین نظام حقوقی حاکم بر دیوان عدالت اداری پس از معرفی مبنای تشکیل و ساختار آن دیوان، تعیین «حدود اختیارات و نحوه عمل این دیوان» را در صلاحیت قانون دانسته است. هرچند نحوه عمل دیوان می‌تواند ابعاد مختلفی داشته باشد، اما با توجه به اینکه ماهیت و وجه غالب عملکرد دیوان عدالت اداری به‌عنوان یک محکمه اختصاصی، «قضایی» است، باید عبارت «تعیین نحوه عمل دیوان» در ذیل اصل مزبور را ناظر بر «آیین دادرسی دیوان» دانست. بنابراین مستند به این حکم، آیین دادرسی دیوان باید توسط مجلس شورای اسلامی و در قالب «قانون» تعیین شود.

با وجود تأکید اصل ۱۷۳ قانون اساسی بر لزوم تصویب آیین دادرسی دیوان عدالت اداری در قالب قانون، نحوه پیش‌بینی آیین دادرسی دیوان از بدو تشکیل این نهاد تاکنون تحولات زیادی را به خود دیده است؛ گاهی آیین دادرسی دیوان در قالب «قانون» متجلی شده و گاهی در قالب «آیین‌نامه». گاهی در قانون به‌اجمال و مختصر بدان پرداخته شده است و گاهی به‌صورت مفصل‌تر. ثمره تحولات ذکرشده، امروزه در قالب «قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری - مصوب ۱۳۹۲» تجلی یافته است.

اگرچه تبادر اولیه از عنوان این قانون، پیش‌بینی همه احکام مربوط به تشکیلات و آیین دادرسی دیوان در این قانون است، بررسی مفاد این قانون مؤید آن است که در متن این قانون صرفاً بخشی از فرایند دادرسی و آیین رسیدگی در دیوان عدالت اداری پیش‌بینی شده و به موجب مواد مختلف آن از جمله ماده ۱۲۲، بخش زیادی از آیین دادرسی در دیوان عدالت اداری به قانون آیین دادرسی مدنی و قانون اجرای احکام مدنی احاله شده است. در این زمینه، ماده مذکور مقرر داشته است: «مقررات مربوط به رد دادرسی و نحوه ابلاغ اوراق، آرا و تصمیمات دیوان و وکالت و سایر موارد سکوت در این قانون به‌ترتیبی است که در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی) و قانون اجرای احکام مدنی مقرر شده است».

با عنایت به حکم ماده ۱۲۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری^۱ که به‌صورت مطلق در «موارد سکوت» قانون دیوان، استناد به قانون آیین دادرسی مدنی را ممکن ساخته، این سؤالات مطرح خواهد شد که آیا همه موضوعات، موارد و فرایندهای مندرج در قانون آیین دادرسی مدنی امکان به‌کارگیری و اعمال در فرایند دادرسی دیوان عدالت اداری را دارند؟ آیا به موجب حکم مذکور می‌توان در مواردی که قانون دیوان در خصوص یک موضوع ساکت

نیست، ولیکن احکام آن نسبت به قانون آیین دادرسی مدنی ناقص است، به قانون آیین دادرسی مدنی نیز استناد کرد؟

مبتنی بر ابهامات ذکرشده، این تحقیق بنا دارد تا در قالبی توصیفی-تحلیلی به این پرسش محوری پاسخ گوید که شمول و گستره امکان رجوع به قانون آیین دادرسی مدنی در فرایند دادرسی در دیوان عدالت اداری چگونه است؟

فرضیه نویسندگان آن است که مبتنی بر تبادر اولیه از ماده ۱۲۲ قانون دیوان، باید قاضی دیوان را مجاز دانست که در خصوص هر موردی که در این قانون تعیین تکلیف نشده است، به قانون آیین دادرسی مدنی استناد کند.

بررسی‌های صورت‌گرفته گواه آن‌اند که اگرچه در کتاب‌ها و مقالات راجع به دیوان عدالت اداری به موضوعات مربوط به دادرسی در دیوان پرداخته شده، در این منابع اختصاصاً درباره تعیین حدود استناد به قانون آیین دادرسی مدنی در دیوان عدالت اداری سخنی گفته نشده است. از طرفی، سؤالات و یافته‌های این تحقیق با مقاله «عدم استقلال آیین دادرسی اداری در چارچوب قانون دیوان عدالت اداری» (مرادخانی و مولایی، ۱۳۹۶) تمایز چشمگیری دارد.

علاوه بر اینکه بدیع بودن موضوع این تحقیق، ضرورت پرداختن به آن را توجیه می‌سازد، با توجه به آثار متعددی که انجام این تحقیق بر کیفیت فرایند دادرسی در دیوان عدالت اداری دارد، باید انجام این تحقیق را ضروری دانست.

مبتنی بر مطالب ذکرشده، در این تحقیق ابتدا مفهوم و تاریخچه آیین دادرسی دیوان عدالت اداری تبیین می‌شود (بند ۱)؛ در ادامه، استنادپذیری آیین دادرسی مدنی در موارد ارجاع صریح موضوعات به آن تحلیل می‌شود (بند ۲)؛ در نهایت، استنادپذیری آیین دادرسی مدنی در وضعیت ارجاع کلی موضوعات به آن تحلیل خواهد شد (بند ۳).

۱. مفهوم و تاریخچه آیین دادرسی دیوان عدالت اداری

با اقتباس از ماده ۱ قانون آیین دادرسی مدنی^۱، آیین دادرسی در دیوان عدالت اداری را می‌توان مجموعه اصول و مقرراتی دانست که در فرایند تظلم‌خواهی و رسیدگی به شکایات مردم از مراجع دولتی و مأموران آن‌ها، در دیوان عدالت اداری مورد عمل قرار می‌گیرند. همچنین، با اقتباس از تعاریف حقوقدانان برای آیین دادرسی مدنی (شمس، ۱۳۹۷: ۱۹)، آیین دادرسی در دیوان عدالت اداری را می‌توان مجموعه قواعد و احکامی معرفی کرد که بر شاکه در مقام طرح دعوا، بر طرف شکایت در مقام دفاع و پاسخ و بر دیوان در مقام رسیدگی به دعوا، صدور رأی و حتی اجرای رأی حاکم است. مبتنی بر تعاریف ذکرشده، در دسته‌بندی قوانین به

«قوانین شکلی»^۲ و «قوانین ماهوی»^۳ باید قوانین مربوط به آیین دادرسی دیوان عدالت اداری را در زمره «قوانین شکلی» تلقی کرد.

همان‌طور که ذکر شد، مستند به عبارت ذیل اصل ۱۷۳ قانون اساسی تعیین نحوه عمل و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری از سال ۱۳۵۸ تاکنون، در صلاحیت خاص تقنینی مجلس قرار گرفته است. در این زمینه توجه به این نکته مفید خواهد بود که مبتنی بر اصول متعدد قانون اساسی، صلاحیت تقنینی مجلس شورای اسلامی به دو حوزه عام و خاص قانون‌گذاری قابل تقسیم است. به استناد اصل ۷۱ قانون اساسی، مقصود از صلاحیت عام قانون‌گذاری مجلس، آن است که این نهاد صلاحیت وضع قانون در عموم مسائل را دارد. در مقابل، صلاحیت خاص قانون‌گذاری مجلس مربوط به موضوعاتی است که قانون‌گذار اساسی به صراحت تصویب قانون در موضوع خاصی را بر عهده مجلس شورای اسلامی گذاشته است^۴ که این امر آثار حقوقی ویژه‌ای خواهد داشت که بررسی آن از ظرفیت این تحقیق خارج است. علی‌ای حال، بررسی سیر تطور آیین دادرسی در دیوان عدالت اداری گویای آن است که هرچند به صراحت عبارت ذیل اصل ۱۷۳ قانون اساسی، تعیین نحوه عمل دیوان مشخصاً در صلاحیت قانون‌گذار بوده، این موضوع در ادوار مختلف، تحولات عدیده‌ای به خود دیده و در قالب‌های مختلف به شرح ذیل ظهور و بروز یافته است.

۱-۱. در زمان حکومت قانون دیوان عدالت اداری (مصوب ۱۳۶۰)

قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۶۰ را باید قانون نسبتاً مختصری قلمداد کرد. این قانون، در ۲۶ ماده به تبیین ساختار، ارکان، صلاحیت و ترتیب رسیدگی در دیوان عدالت اداری پرداخته بود. طبیعی است که در این قانون بسیاری از موضوعات مربوط به آیین دادرسی در دیوان مغفول مانده باشند. از سوی دیگر، با توجه به اختصار این قانون و تعیین تکلیف نکردن بسیاری از موضوعات مرتبط با عملکرد دیوان، در مواد مختلف قانون مذکور، به اجرای برخی از مقررات قانون آیین دادرسی مدنی تأکید شده بود. برای نمونه، ماده ۱۷ این قانون مقرر داشته بود: «ابلاغ اوراق و احکام و تصمیمات دیوان به وسیله مأمورین ابلاغ و اجرای دادگستری و با ضوابط آیین دادرسی مدنی می‌باشد». مشخص است که قانون مزبور در جهت پوشش نواقص آیین دادرسی خود تنها به امکان استناد به قانون آیین دادرسی مدنی در موضوعات مشخصی تصریح داشته است.

مبتنی بر این موضوع، ابهامی که در خصوص دادرسی دیوان در آن بازه زمانی وجود داشته است، امکان رجوع به قانون آیین دادرسی مدنی در سایر موارد و موضوعاتی است که قانون دیوان راجع به آن‌ها فاقد حکم بوده است. مبتنی بر این موضوع و اینکه قانون مختصر سال

۱۳۶۰ نواقص و کاستی‌های مشهودی در حوزه آیین دادرسی در دیوان داشته، شورای عالی قضایی از طریق «آیین‌نامه آیین دادرسی دیوان عدالت اداری» (مصوب ۱۳۶۲/۷/۱۰) به تبیین برخی از فرایندهای مربوط به رسیدگی و صدور حکم در دیوان عدالت اداری پرداخت که این آیین‌نامه تا زمان ابلاغ آیین‌نامه جدید توسط رئیس وقت قوه قضاییه در تاریخ ۱۳۷۹/۲/۱۹ واجد اعتبار بود.

در خصوص مبنا و مستند صلاحیت شورای عالی قضایی و همچنین رئیس قوه قضاییه به‌منظور وضع آیین‌نامه در این زمینه باید توجه داشت که به موجب ماده ۲۳ قانون دیوان عدالت اداری (مصوب ۱۳۶۰) مقرر شده بود: «آیین‌نامه‌های مربوط به این قانون به‌وسیله هیأت عمومی دیوان تنظیم و پس از تصویب شورای عالی قضایی به مورد اجرا درمی‌آید».^۵ از این‌رو هرچند مستند به عبارت ذیل اصل ۱۷۳ باید آیین دادرسی دیوان توسط مجلس وضع و ابلاغ می‌شد، ولیکن مستنبط از صلاحیت ذکرشده در ماده ۲۳ قانون مذکور، عملاً شورای عالی قضایی و رئیس قوه قضاییه خودشان را در این زمینه واجد صلاحیت دانستند. این در حالی است که به‌منظور تفسیر منطقی ماده ۲۳ قانون دیوان عدالت اداری به‌گونه‌ای که مغایر با اصل ۱۷۳ نباشد، باید صلاحیت مذکور در ماده ۲۳ آن قانون را از موضوعات مربوط به صلاحیت خاص قانون‌گذاری مجلس منصرف تلقی کرد. بنابراین، تصویب آیین‌نامه آیین دادرسی دیوان عدالت اداری توسط شورای عالی قضایی و رئیس قوه قضاییه در آن برهه زمانی مغایر قانون اساسی بوده و با توجه به گستره صلاحیت دیوان در آن زمان، این موضوع نه‌تنها قابل ابطال در دیوان عدالت اداری بوده، بلکه در آن بازه زمانی (از تصویب قانون دیوان در سال ۱۳۶۰ تا ۱۳۸۳/۱۰/۲۱) مستند به اصل ۱۷۰ قانون اساسی می‌بایست از سوی قضات دیوان در جریان رسیدگی‌ها نادیده گرفته می‌شد.^۶ البته به عقیده نویسندگان این تحقیق، با عنایت به اصل ۱۶۷ که مقرر داشته است قضات دادگاه‌ها نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع کنند، در آن بازه زمانی، در موارد سکوت قانون دیوان (مصوب ۱۳۶۰) قضات صلاحیت استناد به قانون آیین دادرسی مدنی را داشته‌اند.

۱-۲. در زمان حکومت قانون دیوان عدالت اداری (مصوب ۱۳۸۵)

اصلاح قانون دیوان عدالت اداری در سال ۱۳۸۵ موجب شد تا قانون‌گذار موضوعات مرتبط با آیین دادرسی در دیوان را با تفصیل بیشتری مورد توجه قرار دهد. با این حال، این قانون نیز نواقص و کاستی‌های متعددی در زمینه آیین دادرسی در دیوان داشت. بر این اساس، در مواد مختلف قانون مزبور به اجرای احکام قانون آیین دادرسی مدنی در دیوان تصریح شده بود.

برای نمونه، ماده ۲۳ این قانون مقرر داشته بود که «وکالت در دیوان وفق مقررات قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی) است».

نکته مهم در خصوص قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵ آن است که با اینکه این قانون در زمینه آیین دادرسی در دیوان واجد احکام متعددی بود، ولیکن در ماده ۴۸، قوه قضاییه را موظف کرده بود تا «ظرف شش ماه لایحه آیین دادرسی دیوان را تهیه و از طریق دولت تقدیم مجلس شورای اسلامی نماید». از این رو علم قانون‌گذار به ناقص بودن احکام مذکور در این قانون در خصوص آیین دادرسی در دیوان، به تکلیف قوه قضاییه به ارائه لایحه‌ای جامع در این زمینه منجر شد. البته با وجود تکلیف منجز قوه قضاییه برای ارائه لایحه آیین دادرسی دیوان، هیچ‌گاه این موضوع در مجلس مطرح نشد.

با توجه به عدم تصویب قانون آیین دادرسی دیوان در مهلت ذکر شده و اینکه به موجب عبارت ذیل ماده ۴۸ قانون مزبور مقرر شده بود که «تا زمان تصویب آیین دادرسی مزبور، بر طبق این قانون و قوانین سابق عمل خواهد شد»، این سؤال مطرح خواهد شد که در مدت اجرای قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵ تا زمان تصویب قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری که به صراحت در ماده ۱۲۴، آیین‌نامه رئیس وقت قوه قضاییه (مصوب ۱۳۷۹/۲/۲۶) منسوخ اعلام شد، آیا امکان استناد به آیین‌نامه مورد اشاره وجود داشته است یا خیر؟

به عقیده نویسندگان این تحقیق، با توجه به اینکه در ماده ۴۸ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵ تا زمان تصویب قانون آیین دادرسی دیوان، بایستی به موجب این قانون و «قوانین سابق» عمل می‌شده و حال آنکه بر آیین‌نامه مصوب رئیس قوه قضاییه صدق عنوان قانون نمی‌شود، از این رو از زمان تصویب قانون ۱۳۸۵، استناد به آیین‌نامه مزبور خلاف بوده است. با این حال، تصریح ماده ۱۲۴ قانون دیوان مصوب ۱۳۹۲ بر اینکه «از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون، ... آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۷۹/۲/۲۶ قوه قضاییه لغو می‌شود» حاکی از آن است که آیین‌نامه یادشده تا زمان تصویب این قانون در نظم حقوقی ایران مجرا بوده است.

مبتنی بر نکات مذکور در این قسمت، روشن است که در زمان حکومت قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵، موضوع آیین دادرسی در دیوان از پیچیدگی خاصی برخوردار بوده و در عمل نسبت به آیین دادرسی در دیوان در این دوره، سه هنجار قانون دیوان عدالت اداری، قانون آیین دادرسی مدنی در موارد خاص و آیین‌نامه رئیس قوه قضاییه در موارد سکوت در دو منبع ذکر شده، مورد عمل بوده است.

۱-۳. در زمان حکومت قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲

با توجه به تجربه ناموفق ماده ۴۸ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵، نظام قانون‌گذاری ایران در قانون مصوب ۱۳۹۲ که با عنوان «لایحه آیین دادرسی دیوان عدالت اداری» مطرح شد، تلاش کرد تا تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری را در قالب قانونی واحد و یکپارچه به تصویب برساند. بررسی قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان مؤید آن است که موضوع آیین دادرسی در دیوان در قانون مزبور به سه طریق مختلف مورد توجه قرار گرفته است:

الف) پیش‌بینی به صورت صریح: برخلاف قوانین قبلی دیوان عدالت اداری، در قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان با تفصیل بیشتری به ذکر احکام مربوط به آیین دادرسی در دیوان پرداخته شده است. برای نمونه، برخلاف قوانین قبلی، در این قانون ویژگی‌های «دادخواست» و «درخواست» در مواد ۱۸، ۶۷، ۸۰ و ۱۰۰ به تفصیل مشخص شده است.

ب) ارجاع صریح موضوعات به سایر قوانین: در برخی از مواد قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان، مشابه قوانین قبلی دیوان، شیوه عمل دیوان در زمینه برخی از موضوعات به صراحت به قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی یا قانون اجرای احکام مدنی ارجاع شده است. از جمله این موارد می‌توان به تبصره ۲ ماده ۱۶ (مهلت تقدیم دادخواست)، بند «ب» ماده ۶۲ (ابلاغ آرای دیوان)، تبصره ماده ۹۷ (ابلاغ و اصلاح آرای هیأت عمومی)، بند ۳ ماده ۱۱۱ (دستور توقیف و ضبط اموال اشخاص) و صدر ماده ۱۲۲ (رد دادرس و نحوه ابلاغ اوراق، آرا و تصمیمات دیوان و وکالت در دیوان) اشاره کرد.

ج) ارجاع کلی موضوعات به سایر قوانین: علاوه بر دو طریق ذکرشده که در قوانین قبلی دیوان دارای سابقه بوده‌اند، در ماده ۱۲۲ قانون دیوان، به صورت مطلق «موارد سکوت در این قانون» به قانون آیین دادرسی مدنی و قانون اجرای احکام مدنی ارجاع داده شده است. از این رو در هر موضوعی که قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان حکم منجزی نداشته باشد، قانون آیین دادرسی مدنی و قانون اجرای احکام مدنی حاکم است و قضات دیوان باید احکام مزبور را مورد عمل قرار دهند.

مبتنی بر دسته‌بندی ذکرشده، بدیهی است که در حال حاضر، به موجب قانون دیوان، در دو وضعیت «ارجاع صریح موضوعات به سایر قوانین» و «ارجاع کلی موضوعات به سایر قوانین» امکان استناد به قانون آیین دادرسی مدنی در فرایند دادرسی دیوان عدالت اداری فراهم شده

است. با این مقدمه، در ادامه مبتنی بر دو وضعیت ذکر شده، حدود استنادپذیری قانون آیین دادرسی مدنی در دیوان عدالت اداری بررسی خواهد شد.

۲. استنادپذیری آیین دادرسی مدنی در موارد ارجاع صریح موضوعات به آن

همان‌طور که توضیح داده شد، آیین دادرسی به مجموعه اصول و مقرراتی اطلاق می‌شود که در فرایند دادرسی مورد استناد و استفاده قرار می‌گیرند. در واقع آیین دادرسی ترتیبات و تشریفات فرایند دادرسی در محاکم را تبیین و تنظیم می‌کند. مبتنی بر تعریف و ویژگی‌های آیین دادرسی، بی‌تردید آیین دادرسی هر محکمه باید متناسب با ویژگی‌ها و اقتضائات خاص ساختاری، صلاحیتی و اقتضایی آن محکمه پیش‌بینی و تدوین شود. به عبارتی، مفاد آیین دادرسی باید متناسب با جایگاه، ساختار، صلاحیت‌ها و ماهیت دعاوی مطروحه در محاکم باشد. علی‌رغم ضرورت توجه به نکته کلیدی ذکر شده، با توجه به اینکه برخی از موضوعات مرتبط با آیین دادرسی، در محاکم مختلف یکسان‌اند، به‌منظور خودداری از تکرار و حجیم شدن قوانین و صرف زمان در تصویب قوانین مؤخر، ارجاع موضوعات مشابه به سایر قوانینی که پیشتر به تصویب رسیده‌اند، امری متداول و معمول در رویه‌های قانون‌گذاری محسوب می‌شود که طبیعتاً امکان بروز این وضعیت در حوزه‌های مشابه همچون آیین‌های دادرسی در محاکم مختلف به سبب وجود وجوه اشتراک بین آن‌ها از فراوانی بیشتری برخوردار است.

در این زمینه، با توجه به قدمت و جامعیت قانون آیین دادرسی مدنی و نوظهور و ناقص بودن آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، کاملاً معقول بوده است که قانون‌گذار در جریان تصویب قانون آیین دادرسی دیوان، به جای تصویب برخی موضوعات مشابه، قواعد آن را به آیین دادرسی مدنی ارجاع دهد. این وضعیت در فرایند تصویب قانون دیوان موجب شد تا قانون‌گذار به صراحت برخی از موضوعات مشابه در فرایند دادرسی دیوان و آیین دادرسی مدنی مشابه را به قانون آیین دادرسی مدنی ارجاع دهد که نمونه‌های آن پیشتر ذکر شد.

بررسی تطبیقی این رویکرد مؤید آن است که در کشورهای تابع الگوی دادگاه اختصاصی که مشابه جمهوری اسلامی ایران به‌منظور رسیدگی به دعاوی اداری اقدام به پیش‌بینی ساختار و تشکیلات خاص و مستقلی از دادگاه‌های عمومی کرده‌اند، مبتنی بر اقتضائات این الگو، معمولاً در عرض آیین دادرسی مدنی و کیفری، تحت عناوین مختلف آیین دادرسی خاص دعاوی اداری پیش‌بینی شده است. نکته شایان توجه در خصوص شیوه شناسایی آیین دادرسی اداری در قوانین و مقررات خاص آیین دادرسی اداری در کشورهای اخیرالذکر این است که با اینکه آیین دادرسی اداری در این کشورها در قالب قانون و آیین‌نامه‌هایی خاص و مجزا شناسایی شده، معمولاً در این قوانین، نحوه عمل در خصوص بخشی از فرایندها و ترتیبات مرتبط با

آیین دادرسی اداری به صورت موردی به سایر اقسام قوانین آیین دادرسی به‌ویژه «قانون آیین دادرسی مدنی» ارجاع داده شده است. برای نمونه، در ماده (۳-۶۲۶) آیین‌نامه اجرایی قانون عدالت اداری فرانسه، موضوعاتی همچون نحوه اعمال «نیابت قضایی داخلی» به مواد ۷۳۰ تا ۷۳۲ قانون آیین دادرسی مدنی ارجاع داده شده است. در قانون آیین دادرسی اداری ایتالیا نیز به دفعات و تکرار، موضوعات مختلفی به قانون آیین دادرسی مدنی این کشور ارجاع داده شده است. همچنین، در قانون آیین دادرسی اداری آلمان، در مواد متعددی همچون مواد ۵۴، ۵۶، ۵۷، ۶۲ و نظایر آن بخشی از فرایندهای دادرسی اداری به قانون آیین دادرسی مدنی آن کشور ارجاع داده شده است.

در این موارد، هرچند فرض اولیه آن است که قانون‌گذار ایران با عنایت به کاربست قواعد مربوط به این حوزه‌ها در فرایند دادرسی دیوان عدالت اداری و فرض یکسان بودن فرایند دادرسی در این زمینه‌ها بین محاکم حقوقی و اداری، اقدام به ارجاع این موضوعات به قانون آیین دادرسی مدنی کرده است و در غالب موارد هم چنین فرضی صحیح به نظر می‌رسد، ولیکن با تطبیق قواعد مربوط به موضوعات ذکر شده با ساختار، صلاحیت و ماهیت دعاوی مطروحه در دیوان عدالت اداری به نظر می‌رسد که قانون‌گذار در مواردی به خوبی در این زمینه عمل نکرده است و ارجاع مطلق این موضوعات به قانون آیین دادرسی مدنی، بعضاً ابهامات و اشکالاتی را در زمینه تدبیر قانون‌گذار نمایان می‌سازد. برای نمونه، رد دادرس از جمله تمهیدات قانون‌گذار به منظور تضمین دادرسی منصفانه، صیانت دادرسی از هرگونه اعمال نفوذ احتمالی توسط قاضی و رعایت اصل بی‌طرفی در رسیدگی‌هاست که ضوابط آن در ماده ۹۱ قانون آیین دادرسی مدنی تعیین شده است. این موضوع از جمله موضوعاتی است که به‌صراحت در ماده ۱۲۲ قانون دیوان تابع مقررات آیین دادرسی مدنی دانسته شده است. با اینکه ماده ۱۲۲ قانون دیوان موضوع «رد دادرس» در فرایند دادرسی در دیوان را به قانون آیین دادرسی مدنی ارجاع داده، ولیکن تطبیق ضوابط مذکور با ساختارهای پیش‌بینی شده در دیوان عدالت اداری مؤید وجود ابهاماتی در این خصوص است که لازم بود قانون‌گذار در قانون دیوان با بیان تفصیلی این موضوع (متناسب با ساختارهای دادرسی در دیوان)، به‌گونه‌ای عمل می‌کرد که این ابهامات ایجاد نشود. توضیح آنکه، هرچند از نظر منطقی و مبتنی بر مبانی رد دادرس، بی‌تردید چنین وضعیتی تنها در خصوص شعب دیوان قابل تصور نیست و در شکایات مطروحه در هیأت عمومی دیوان نیز این موضوع قابل تصور و محتمل است، اما این موضوع در رویه هیأت عمومی دیوان عملاً مورد عمل قرار نمی‌گیرد و اساساً شمول این حکم به هیأت عمومی دیوان با توجه به ترکیب خاص آن (همه قضات دیوان) محل تأمل جدی

است. مهم‌تر آنکه، در مواردی همچون فرایند اعمال ماده ۸۶ قانون دیوان، وقتی رئیس دیوان مصوبه‌ای را در هیأت عمومی دیوان طرح می‌کند، در این فرض، رئیس دیوان هم در نقش شاکی است و هم می‌تواند در مقام رئیس هیأت عمومی ایفای وظیفه کند. از این رو در این فرض، به طریق اولی نباید رئیس دیوان در فرایند دادرسی مداخله کند و از مصادیق رد دادرسی خواهد بود؛ حال آنکه این موضوع در رویه دیوان مورد عمل قرار نمی‌گیرد و نیازمند تمهید قانون‌گذار است.

۳. استنادپذیری آیین دادرسی مدنی در وضعیت ارجاع کلی موضوعات به آن

همان‌طورکه اشاره شد، ماده ۱۲۲ قانون دیوان علاوه بر اینکه برخی موضوعات مربوط به دادرسی در دیوان مثل رد دادرسی و وکالت را به صراحت به قانون آیین دادرسی مدنی ارجاع داده، سایر موارد سکوت در این قانون را نیز به قانون آیین دادرسی مدنی و قانون اجرای احکام مدنی ارجاع داده است. در مقام تبیین این حکم قانون‌گذار لازم است تا دو فرض «حوزه‌های سکوت مطلق قانون دیوان» و «حوزه‌های سکوت نسبی قانون دیوان» بررسی شوند.

۳-۱. حوزه‌های سکوت مطلق قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان

برخی موضوعات مربوط به آیین دادرسی در دیوان، فاقد هرگونه حکمی در قانون دیوان هستند. به عبارتی، قانون دیوان در این موارد دارای سکوت مطلق است. از جمله این موضوعات می‌توان به «ایرادات و موانع رسیدگی» و صلاحیت خواننده دعوا در این زمینه اشاره کرد. در این خصوص، ماده ۸۴ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر داشته است: «در موارد زیر خواننده می‌تواند ضمن پاسخ نسبت به ماهیت دعوا ایراد کند: ۱- دادگاه صلاحیت نداشته باشد. ۲- دعوا بین همان اشخاص در همان دادگاه یا دادگاه هم عرض دیگری قبلاً اقامه شده و تحت رسیدگی باشد و یا اگر همان دعوا نیست دعوایی باشد که با ادعای خواهان ارتباط کامل دارد. ۳- ...». نمونه دیگر، موضوع «اصالت اسناد و مدارک» در جریان دادرسی در دیوان است. در این زمینه برخلاف سکوت قانون دیوان، در مواد ۲۱۶ تا ۲۲۸ به تفصیل در خصوص «انکار و تردید»، «ادعای جعلیت» و «رسیدگی به صحت و اصالت سند» تعیین تکلیف شده است. در این موارد، با توجه به سکوت قانون دیوان در جهت تبیین ضوابط این موضوعات و مورد استفاده بودن این ضوابط در دادرسی دیوان، تردیدی در امکان استناد به قانون آیین دادرسی مدنی نیست و این موارد مشمول حکم «سایر موارد سکوت در این قانون» در ماده ۱۲۲ قانون دیوان هستند.

نکته مهم در این زمینه آن است که رجوع به قانون آیین دادرسی مدنی تنها در موارد سکوت مطلق قانون دیوان، با ظاهر ماده ۱۲۲ قانون دیوان همخوانی بیشتری دارد. توضیح آنکه، عبارت

«موارد سکوت» در ماده ۱۲۲ این قانون ظهور در این مطلب دارد که رجوع به قانون آیین دادرسی مدنی و قانون اجرای احکام مدنی مختص به موضوعاتی است که قانون دیوان در آن زمینه‌ها کاملاً ساکت و فاقد هرگونه حکم باشد. از سوی دیگر، با عنایت به اینکه عبارت «و سایر موارد سکوت در این قانون» پس از موضوع «وکالت» ذکر شده که در خصوص این موضوع قانون دیوان به صورت مطلق ساکت است، مبتنی بر ظاهر ماده مزبور باید «سایر موارد سکوت» را هم ناظر بر موضوعاتی دانست که مشابه موضوع «وکالت»، قانون دیوان در این زمینه کاملاً ساکت است.

با اثبات محرز بودن امکان استناد به قانون آیین دادرسی مدنی در هر مورد و موضوعی که قانون دیوان در آن زمینه ساکت است، این سؤال مطرح خواهد شد که آیا فرض مذکور با اقتضائات دادرسی در دیوان متناسب است؟ به عبارت دیگر، آیا چنین استنباطی از ماده ۱۲۲ قانون دیوان با ساختار، صلاحیت‌ها و اقتضائات حاکم بر دعاوی مطروحه در دیوان عدالت اداری همخوانی دارد؟

پیش از بیان پاسخ تفصیلی پرسش‌های ذکرشده، مجدداً باید به این نکته تأکید کرد که از جمله ضرورت‌های تدوین آیین دادرسی برای محاکم، توجه به ویژگی‌ها و اقتضائات خاص هر محکمه و دعاوی مطروحه در آن است و طبیعتاً استناد به مطلق مفاد قانون آیین دادرسی مدنی در موارد سکوت قانون دیوان موجبات نادیده گرفته شدن این اصل کلیدی را فراهم می‌سازد. در این زمینه، در حال حاضر با توجه به اطلاق حکم ماده ۱۲۲ قانون دیوان، حتی امکان استناد به آن دسته از مفاد مذکور در قانون آیین دادرسی مدنی که متناسب با ساختار، صلاحیت‌ها و ماهیت دعاوی مطروحه در دیوان عدالت اداری نیستند نیز فراهم شده است. این در حالی است که به عقیده نویسندگان این تحقیق، چنین استنباطی از ماده مذکور مغایر با اصول و مبانی حقوق عمومی است و برخی از موضوعات مذکور در قانون آیین دادرسی مدنی، تخصصاً از شمول حکم ماده ۱۲۲ قانون دیوان خارج هستند.

مبتنی بر مقدمات مذکور، در ادامه تلاش خواهد شد تا مبتنی بر ملاک‌های ذکرشده، برخی از مهم‌ترین موضوعاتی که در فرایند دادرسی مدنی قابل اعمال هستند، ولیکن استفاده از آن‌ها در فرایند دادرسی در دیوان عدالت اداری ممکن نیست یا واجد اشکال است، شناسایی و تبیین شوند.

۳-۱-۱. موضوعات غیرمتناسب با ساختار دیوان

با وجود اطلاق ماده ۱۲۲ قانون دیوان در امکان رجوع به قانون آیین دادرسی مدنی در موارد سکوت این قانون، برخی احکام قانون آیین دادرسی مدنی با توجه به ساختار دیوان عدالت

اداری و تمایز آن از ساختار سایر محاکم، قابلیت استفاده در دادرسی دیوان را ندارند یا موضوعاً منتفی‌اند. از جمله این موضوعات می‌توان به احکام ناظر بر اختلاف در صلاحیت محلی اشاره کرد که در مواد ۲۶ تا ۳۰ قانون آیین دادرسی مدنی به بیان ترتیبات آن پرداخته شده است. در این زمینه، با وجود اینکه حوزه صلاحیت دیوان عدالت اداری سراسر کشور است، ولی با توجه به اینکه این نهاد در سطوح واحدهای تقسیمات کشوری اعم از استان و شهرستان فاقد شعب قضایی است، از این رو امکان بروز اختلاف در صلاحیت محلی در مورد دیوان عدالت اداری قابل تصور نیست. بنابراین، با توجه به بلا موضوع بودن «صلاحیت محلی» در خصوص دیوان عدالت اداری، از جمله موضوعاتی که اگرچه در قانون آیین دادرسی مدنی تعیین تکلیف شده، اما نظر به وضعیت ساختاری دیوان عدالت اداری در آیین دادرسی این نهاد جایگاهی ندارد و استفاده از آن در دیوان عدالت اداری موضوعاً منتفی است، بحث اختلاف در صلاحیت محلی است.

۳-۱-۲. موضوعات غیرمتناسب با صلاحیت دیوان

مبتنی بر دسته‌بندی الگوهای نظارت قضایی بر اعمال اداره، به الگوی دادگاه‌های اختصاصی و الگوی دادگاه‌های عمومی (ابریشمی‌راد، ۱۳۹۹: ۴۳)، الگوی نظام قضایی تک‌پایه و الگوی نظام قضایی دو ایه (زارعی و مولائی، ۱۳۹۲: ۱۹۴) یا الگوی متمرکز نظارت قضایی و الگوی غیرمتمرکز نظارت قضایی (زارعی و مرکز مالگیری، ۱۳۸۴: ۱۵۹ و ۱۶۱)، بی‌تردید نظام قضایی جمهوری اسلامی ایران با پیش‌بینی دیوان عدالت اداری در عرض محاکم عمومی تابع الگوی دوگانه قضایی است. در الگوی ذکرشده، مستنبط از ظاهر اصل ۱۷۳ قانون اساسی و مبتنی بر معیار «شکلی» و «سازمانی»، صلاحیت دیوان عدالت اداری منحصر به رسیدگی به شکایت «مردم» از «مأموران یا واحدها یا آیین‌نامه‌های دولتی» است (آئینه‌نگینی و ابریشمی‌راد، ۱۳۹۸: ۴۲). از این رو مبتنی بر ملاک ذکرشده که تا حدودی مورد پذیرش نظام حقوقی کشور قرار گرفته است، امکان طرح شکایت از اشخاص خصوصی یا طرح شکایت دولت در دیوان وجود ندارد.

به جهت امکان‌پذیر نبودن طرح شکایت دولت از اشخاص خصوصی در دیوان عدالت اداری، تسری برخی از موضوعات قانون آیین دادرسی مدنی به دعاوی مطروحه در دیوان، عملاً موجبات نقض قاعده ذکرشده را فراهم خواهد کرد. برای نمونه، یکی از ظرفیت‌های قانون آیین دادرسی مدنی، پیش‌بینی امکان طرح «دعوی متقابل» در دادگاه است. ماده ۱۴۱ این قانون به خواننده حق داده است تا در مقابل ادعای خواهان اقامه دعوا کند. در این حالت، در صورتی که این دعوا با دعوی اصلی ناشی از یک منشأ بوده یا ارتباط کاملی با آن دعوا داشته

باشد، دعوای متقابل نامیده شده و توأم با دعوای اصلی رسیدگی می‌شود. با توجه به اطلاق حکم ماده ۱۲۲ قانون دیوان، یکی از موضوعاتی که به واسطه سکوت قانون مذکور، می‌توان به قانون آیین دادرسی مدنی رجوع کرد، دعوای متقابل است. این در حالی است که به موجب اصل ۱۷۳ قانون اساسی و ماده ۱۰ قانون دیوان، اشخاص دولتی صلاحیت طرح دعوا در شعب بدوی دیوان را ندارند. بنابراین، با توجه به اینکه طرح دعوای متقابل در دیوان الزاماً باید از طرف نهادها و مأموران دولتی باشد و از سوی دیگر این نهادها صلاحیت طرح دعوا در شعب بدوی دیوان را ندارند، اگرچه ظاهر ماده ۱۲۲ قانون دیوان امکان استفاده از فرایند دعوای متقابل در دیوان را امکان‌پذیر جلوه می‌دهد، با عنایت به حدود صلاحیت دیوان نمی‌توان فرایند طرح دعوای متقابل در شعب بدوی دیوان را پذیرفت.

۳-۱-۳. موضوعات غیرمتناسب با ماهیت دعوای مطروحه در دیوان

با توجه به گستره وسیع قوانین و مقررات در حوزه‌های مختلف و تفاوت در مبانی و اصول حاکم بر هر حوزه، تخصصی‌سازی حوزه‌های قضاوت ضرورتی انکارناپذیر است. بر این اساس، نظام‌های حقوقی به تجربه دریافته‌اند که به منظور رسیدگی به پرونده‌های مربوط به حوزه‌ای خاص، باید شعب یا دادگاه‌های خاصی که قضات آن در آن حوزه دارای تخصص باشند، ایجاد کنند (مایر و سترین، ۱۳۸۶: ۶۱). این واقعیت موجب شده که حتی در کشورهایی مانند انگلستان که مشخصه اصلی آن‌ها «وحدت حقوق» و «وحدت قضایی» است (سوادکوهی فر، ۱۳۸۴: ۱۱۹)، به دنبال ایجاد دیوان‌های اداری همسو با دادگاه‌های اداری فرانسه باشند و از بنیان‌های تاریخی خودشان فاصله بگیرند. مبتنی بر مقدمات ذکرشده، اقتضائات حاکم بر دعوای مطروحه در دادگاه‌های مختلف، متفاوت است و آیین دادرسی در هر محکمه‌ای متناسب با اقتضائات مذکور پیش‌بینی می‌شود.

یکی از اشکالات ارجاع کلی موضوعات دادرسی اداری به قانون آیین دادرسی مدنی آن است که در این فرایند دقت کافی به انطباق تک‌تک موضوعات مربوط به دعوای مدنی با دعوای اداری نمی‌شود و از این نظر، نظام حقوقی در زمینه امکان به‌کارگیری برخی از ضوابط دادرسی مدنی در دعوای اداری با ابهام مواجه خواهد شد. در حال حاضر، این موضوع از ابهامات نظام حقوقی ایران محسوب می‌شود و امکان اعمال برخی از ضوابط مذکور در قانون آیین دادرسی مدنی در دیوان عدالت اداری محل تردید جدی است. برای نمونه، سازش، یکی از فرایندهای مذکور در قانون آیین دادرسی مدنی و از جمله شیوه‌های ختم دادرسی است. در این زمینه، ماده ۱۷۸ قانون آیین دادرسی مدنی امکان سازش را در هر مرحله از دادرسی برای اصحاب دعوا فراهم کرده است. با پذیرش این مطلب که قانون دیوان در زمینه سازش در فرایند رسیدگی در

شعب یا هیأت عمومی ساکت است و این موضوع از موضوعاتی است که به استناد ماده ۱۲۲ قانون مذکور باید به قانون آیین دادرسی مدنی رجوع کرد، این سؤال مطرح خواهد شد که آیا در دعاوی مطروحه در دیوان امکان سازش وجود دارد؟

در این زمینه، هرچند مبتنی بر ظاهر ماده ۱۲۲ قانون دیوان باید امکان سازش در دیوان را فراهم دانست؛ ولیکن، با عنایت به ماهیت دعاوی مطروحه در دیوان که برخلاف دعاوی مدنی واجد آثار اجتماعی زیادی هستند، به نظر می‌رسد که نباید سازش در خصوص بخش شایان توجهی از دعاوی مطروحه در شعب دیوان و همچنین همه دعاوی مطروحه در هیأت عمومی دیوان را مجاز دانست. توضیح آنکه، اگرچه تبادر اولیه از مفاد ماده ۱۰ قانون دیوان آن است که موضوعات مطروحه در شعب دیوان واجد آثار موردی و شخصی‌اند و از این نظر با دعاوی مدنی از جهت سازش‌پذیر بودن تفاوتی ندارند، ولیکن، به سبب اینکه طرف شکایت در دیوان، ادارات و مأموران دولتی‌اند، بخش زیادی از دعاوی مطروحه در شعب دیوان دارای ابعاد اجتماعی و مرتبط با نظم اداری و عمومی‌اند؛ از این رو پذیرش سازش در این موارد می‌تواند موجبات تضییع حقوق عمومی یا تضییع بیت‌المال را فراهم کند و این دسته از دعاوی باید مبتنی بر مرقع قانون خاتمه یابند.

علاوه بر این، با عنایت به اینکه به موجب بند ۱ ماده ۱۲ قانون دیوان، هیأت عمومی دیوان صلاحیت رسیدگی به آن دسته از شکایاتی را که موضوع آن یک تصمیم نوعی و کلی دولتی (مقرره دولتی) است، دارد، اساساً صدق عنوان دعوی شخصی بر این دسته از دعاوی نمی‌شود و فرض سازش‌پذیر بودن این دسته از دعاوی به منزله نادیده گرفتن حقوق عمومی و ترجیح حقوق شخص بر حقوق جامعه تلقی می‌شود. از این رو از این نظر، اقتضائات حاکم بر دعاوی دیوان را باید بیشتر مشابه ضوابط حاکم بر آیین دادرسی کیفری دانست و نتیجه گرفت همچنان که در آیین دادرسی کیفری امکان سازش بین مجرم و دادستان در خصوص جنبه عمومی جرم وجود ندارد، در زمینه دعاوی مطروحه در دیوان نیز اصل بر عدم امکان سازش است.

نمونه دیگر در این خصوص، امکان یا عدم امکان ارجاع دعاوی در صلاحیت دیوان به داوری است. توضیح آنکه، امکان ارجاع دعوا با تراضی طرفین اختلاف به داوری یکی از تمهیدات قانون آیین دادرسی مدنی است. از مزایای این طریق آن است که در صورت ارجاع موضوع به داوری، نیازی به رعایت ترتیبات و تشریفات دادرسی نیست و از این نظر حصول به نتیجه تسریع خواهد شد. در این زمینه، ماده ۴۵۴ قانون مزبور مقرر داشته است که اطراف دعوا می‌توانند با تراضی، اختلاف خود را قبل از طرح در دادگاه یا در هر مرحله از رسیدگی، به

داوری ارجاع دهند. از این رو با توجه به سکوت قانون دیوان در این زمینه و به استناد اطلاق حکم ماده ۱۲۲، ممکن است امکان ارجاع دعاوی مطروحه در دیوان به داوری ممکن دانسته شود. این در حالی است که با توجه به اینکه در فرایند داوری اساساً وجود تخصص و تبحر حقوقی برای داور شرط نبوده و از سوی دیگر، مخاطب دعاوی مطروحه در دیوان، دولتی است و بی شک پیش‌بینی حل و فصل دعاوی از طریق داوری و مصالحه می‌تواند موجبات تضییع حقوق عمومی و بیت‌المال را فراهم کند، نباید دعاوی مطروحه در دیوان را قابل ارجاع به داوری دانست. به عبارتی، در این مورد و سایر موارد مشابه باید به این نکته توجه داشت که در این دعاوی در معنای حقیقی طرف دولتی اصیل نیست و نمی‌توان اراده و رضایت او را منشأ اثر دانست. در تأیید این رویکرد، می‌توان به ملاک مذکور در ماده ۴۷۸ قانون آیین دادرسی مدنی اشاره کرد که با توجه به جنبه عمومی دعاوی جزایی، ارجاع این موضوعات به داوری را ممنوع کرده است.

نکته مهم نیازمند تأمل و توجه آن است که با وجود احراز تفاوت ماهوی دعاوی خصوصی و عمومی و امکان‌پذیر ندانستن امکان ارجاع دعاوی مطروحه در دیوان به داوری، با توجه به اصل ۱۳۹ قانون اساسی که ارجاع دعاوی مربوط به «اموال عمومی و دولتی» به داوری را به صورت مطلق نفی نکرده و اینکه ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی مشابه حکم مزبور را تکرار کرده است، در این موارد (دعاوی مربوط به «اموال عمومی و دولتی») ارجاع به داوری ممنوع نبوده و تنها مشمول تشریفات خاصی (تصویب هیأت وزیران و اطلاع مجلس و در دعاوی مهم و دعاوی که طرف آن‌ها خارجی است، تصویب هیأت وزیران و تصویب مجلس) خواهد بود. البته باید به این نکته ظریف توجه داشت که اگر عبارت «دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی» در اصل ۱۳۹ تنها ناظر بر دعاوی مربوط به «اموال دولتی» باشد و نه مطلق «دعاوی دولتی»، در این صورت، مجوز مذکور در اصل ۱۳۹ و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی تنها مربوط به دعاوی راجع به اموال دولتی است و در نتیجه در سایر دعاوی دولتی کماکان امکان ارجاع موضوع به داوری به استناد اطلاق ماده ۱۲۲ قانون دیوان وجود ندارد.

بر اساس نکات معروضه، با وجود اطلاق ماده ۱۲۲ قانون دیوان مبنی بر اینکه در موارد سکوت در این قانون، می‌توان به قانون آیین دادرسی مدنی رجوع کرد، ولیکن مبتنی بر سه ملاک ساختاری، صلاحیتی و ماهیت دعاوی مطروحه باید اعمال برخی از موضوعات مذکور در قانون آیین دادرسی مدنی در دعاوی مطروحه در دیوان را غیرممکن یا خلاف اصول و قواعد کلی حقوق عمومی دانست. از این رو باید ماده ۱۲۲ قانون دیوان را منصرف از این موارد دانست و نباید اطلاق ماده مزبور را قابل استناد دانست.

۲-۳. حوزه‌های سکوت نسبی قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان

برخی موضوعات در قانون دیوان واجد حکم مشخص‌اند و یا حداقل برخی از ابعاد و جهات آن‌ها در قانون مزبور مشخص شده، اما قانون آیین دادرسی مدنی در خصوص آن موضوعات با تفصیل بیشتری سخن گفته است. به عبارت دیگر، قانون دیوان در خصوص برخی موضوعات نسبت به قانون آیین دادرسی مدنی سکوت نسبی دارد. برای نمونه، هزینه دادرسی از جمله موضوعاتی است که قانون دیوان نسبت به قانون آیین دادرسی مدنی در این خصوص سکوت نسبی دارد. توضیح اینکه اگرچه هزینه طرح دادخواست در دیوان در ماده ۱۹ (در مورد شعب دیوان)، تبصره ماده ۸۰ (در خصوص هیأت عمومی) و ماده ۱۰۱ قانون دیوان (در مورد اعاده دادرسی) پیش‌بینی شده است، اما برخلاف قانون آیین دادرسی مدنی که در مواد ۵۰۴ تا ۵۱۴ به موضوع اعسار از پرداخت هزینه دادرسی اختصاص یافته است، قانون دیوان در خصوص موضوع اعسار از هزینه دادرسی و در صورت درخواست این موضوع، نحوه تصمیم‌گیری در مورد آن، فاقد حکم است. به عبارت دیگر، قانون دیوان موضوع هزینه دادرسی را در مقایسه با قانون آیین دادرسی مدنی به صورت ناقص تبیین کرده است و در این موضوع سکوت نسبی دارد.

برخلاف حوزه‌های سکوت مطلق قانون دیوان که مبتنی بر فرض اولیه در زمینه امکان استناد به قانون آیین دادرسی مدنی در آن موارد، تردیدی وجود ندارد، در حوزه‌های سکوت نسبی قانون دیوان این ابهام وجود دارد که آیا در این موارد نیز باید مقررات مذکور در قانون آیین دادرسی مدنی را در دیوان لازم‌الاتباع دانست؟

به‌منظور رفع ابهام ذکر شده باید به این نکته توجه داشت که هرچند ممکن است به سبب عدم سکوت قانون دیوان در این موضوعات، امکان استناد به قانون آیین دادرسی مدنی در این موارد منتفی تلقی شود (مشهدی، ۱۳۹۵: ۵۵۳)، همچنان‌که براساس ادعای برخی نویسندگان در رویه جاری دیوان نیز چنین است (مرادخانی، مولایی، ۱۳۹۶: ۱۳۹)؛ اما در این زمینه اولاً با عنایت به هدف قانون‌گذار در ماده ۱۲۲ قانون دیوان که به دنبال تعیین تکلیف در زمینه هر موضوع و وضعیتی بوده که در قانون سکوت وجود دارد، به نظر می‌رسد که باید در موارد سکوت نسبی قانون دیوان نیز در حدودی که با ساختار، صلاحیت و ماهیت دعاوی مطروحه در دیوان عدالت اداری انطباق دارد، قانون آیین دادرسی مدنی را قابل استناد دانست. این نظر از آن جهت صحیح به نظر می‌رسد که ارجاع کلی موضوعات به سایر قوانین در قانون دیوان را می‌توان تمهید قانون‌گذار جهت عدم بروز اشکالات ذکر شده به رویه‌های قبلی در خصوص آیین دادرسی در دیوان (وضع آیین‌نامه توسط قوه قضاییه) تلقی کرد؛ از این رو به‌منظور بی‌نیازی

از بازگشت به رویه غلط سابق باید تا حد امکان تلاش کرد که امکان استناد به احکام قانون آیین دادرسی مدنی را در دیوان عدالت اداری فراهم کرد. ثانیاً، اطلاق عبارت «موارد سکوت» در ماده ۱۲۲ امکان تمسک به قانون آیین دادرسی مدنی در موارد سکوت نسبی قانون دیوان را فراهم می‌کند. ثالثاً، در ماده ۱۲۲ قانون دیوان، عبارت «و سایر موارد سکوت در این قانون» در عرض مقررات مربوط به «رد دادرسی» و «نحوه ابلاغ اوراق، آرا و تصمیمات دیوان» و «وکالت» ذکر شده است، درحالی‌که در زمینه موضوعاتی همچون «نحوه ابلاغ اوراق، آرا و تصمیمات دیوان» قانون دیوان سکوت مطلق ندارد. بنابراین، همچنان‌که در موضوعات یادشده، با وجود سکوت نسبی این قانون نسبت به قانون آیین دادرسی مدنی، قانون دیوان به‌صراحت امکان رجوع به قانون آیین دادرسی مدنی را مجاز دانسته است، در سایر موارد سکوت نسبی نیز می‌توان به احکام قانون آیین دادرسی مدنی رجوع کرد. بنابراین عبارت «سایر موارد سکوت» در ماده مزبور، در حدود ذکرشده و به شرط آنکه با ساختار، صلاحیت و ماهیت دعاوی مطروحه در دیوان منطبق باشد، علی‌الاصول امکان تسری به موارد سکوت نسبی در این قانون را دارد.

فارغ از استدلال‌های یادشده، نتیجه ذکرشده در مورد امکان رجوع به قانون آیین دادرسی مدنی در موارد سکوت نسبی قانون دیوان با مبنای مدنظر تدوین‌کنندگان قانون اساسی از پیش‌بینی اصل ۱۶۷ قانون اساسی و همچنین منظور مدنظر قانون‌گذار عادی در ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی که امکان استتکاف قضات از رسیدگی به دعاوی و صدور رأی به بهانه سکوت یا وجود نقص یا اجمال در قوانین را منتفی دانسته و نیز حکم ماده ۵۹۷ قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات) که این عمل را جرم‌انگاری کرده است، منطبق است و بی‌گمان ممکن دانستن امکان استناد به قانون آیین دادرسی مدنی در این موارد می‌تواند از بروز اشکالات ذکرشده جلوگیری کند. البته در این زمینه ممکن است دو اشکال به رویکرد ذکرشده وارد باشد که باید به‌منظور رفع آن تمهیداتی در آیین دادرسی دیوان اندیشیده شود:

اولاً) مبتنی بر این رویکرد، برخی از مفاد قانون آیین دادرسی مدنی تکالیف و الزامات شکلی را برای اطراف شکایت پیش‌بینی کرده‌اند، این در حالی است که در قانون دیوان به‌صراحت چنین تکالیف و الزاماتی پیش‌بینی نشده و از این نظر ممکن است به‌واسطه جهل طرفین دعوا نسبت به این قبیل تشریفات که شناخت آن‌ها از پیچیدگی زیادی برخوردار است، حقوق طرفین دعوا تضییع شود.

ثانیاً) مطلق دانستن امکان استناد به قانون آیین دادرسی مدنی در موارد سکوت نسبی قانون دیوان از این نظر قابل انتقاد می‌باشد که ممکن است در مواردی سکوت قانون دیوان در

خصوص قانون آیین دادرسی مدنی بدین دلیل باشد که اتفاقاً قانون‌گذار نمی‌خواسته بنا به دلایل و جهات خاصی برخی از احکام قانون آیین دادرسی مدنی که متناسب با ویژگی‌های دادرسی مدنی بوده‌اند، در فرایند دادرسی اداری مورد توجه و اعمال قرار گیرند. از این رو در این موارد تکلیف دیوان و طرفین شکایت به رعایت این موارد مغایر با خواست قانون‌گذار و اقتضائات دادرسی دیوان است.

علاوه بر اشکالات خاص ذکر شده، به طریق قانون‌گذاری مجلس در ماده ۱۲۲ قانون دیوان این اشکال کلی وارد است که این شیوه قانون‌گذاری موجب خواهد شد که در عمل تعیین و گزینش قواعد ناظر بر دادرسی دیوان تا حد زیادی در صلاحیت قضات این محکمه قرار بگیرد که طبیعتاً در مواردی این موضوع به صورت سلیقه‌ای اعمال خواهد شد. از این رو اعمال دقیق حکم ذیل اصل ۱۷۳ قانون اساسی مبنی بر تعیین نحوه عمل دیوان توسط قانون، مستلزم آن است که به شکل مطلوبی ترتیبات دادرسی دیوان با دقت و شفافیت تعیین شوند.

نتیجه‌گیری

مستند به ذیل اصل ۱۷۳ قانون اساسی، آیین دادرسی در دیوان عدالت اداری از جمله موضوعاتی است که در حیطه صلاحیت ویژه و خاص قانون‌گذاری مجلس قرار دارد. بنابراین مستند به این حکم از یک سو مجلس شورای اسلامی ملزم به تصویب قانون آیین دادرسی دیوان عدالت اداری بوده و از سوی دیگر تبیین شیوه دادرسی در دیوان در قالب سایر هنجارهای حقوقی همچون آیین‌نامه مغایر اصل یاد شده است.

با وجود تأکید قانون اساسی بر این موضوع، آیین دادرسی دیوان عدالت اداری از بدو پیدایش این نهاد تحولات عدیده‌ای را به خود دیده و در قالب‌های مختلفی چون قانون و آیین‌نامه تبیین شده است. در نهایت قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری در تبیین آیین دادرسی در دیوان ضمن تبیین صریح برخی احکام در خصوص شیوه دادرسی، نحوه جریان برخی موضوعات در دادرسی دیوان را به صراحت به قانون آیین دادرسی مدنی ارجاع داده است. علاوه بر این، ذیل ماده ۱۲۲ قانون اخیرالذکر به صورت مطلق موارد سکوت در قانون دیوان را به قانون آیین دادرسی مدنی و قانون اجرای احکام مدنی ارجاع کرده که در هر دو فرض مذکور، اشکالاتی در زمینه عدم انطباق بخشی از احکام قانون آیین دادرسی مدنی با اقتضائات دادرسی در دیوان قابل شناسایی است.

از سوی دیگر، اگرچه بررسی‌های انجام‌گرفته نشان داد که فرض منطقی در رجوع به قانون آیین دادرسی مدنی، چه در موارد سکوت نسبی و چه در موارد سکوت مطلق قانون دیوان، در نظر

گرفتن اقتضائات خاص حاکم بر ساختار، صلاحیت و ماهیت خاص دعاوی مطروحه در دیوان عدالت اداری است و مبتنی بر این تفسیر، تکلیف قضات این دادگاه در استناد به قانون آیین دادرسی مدنی مشخص شد، اما این شیوه قانون‌گذاری زمینه بروز آسیب‌های متعددی چون ایجاد رویه‌های مختلف و گاه متناقض در دادرسی دیوان، ایجاد زمینه سوءاستفاده از قواعد و احکام حقوقی و تضییع حقوق عمومی و بیت‌المال و حتی اصحاب دعوا را فراهم می‌آورد. بنابراین، با توجه به تمایز ماهوی و اساسی دعاوی در صلاحیت دیوان با دعاوی در صلاحیت سایر مراجع قضایی و مبتنی بر تکلیف مقرر در ذیل اصل ۱۷۳ قانون اساسی، شایسته است قانون‌گذار با تصویب «قانون جامع آیین دادرسی دیوان عدالت اداری»، تا حد امکان احکام ناظر بر دادرسی در این نهاد را به‌صراحت و به‌صورت مجزا پیش‌بینی کند و در غیر این صورت نیز به‌صورت دقیق و موردی موارد امکان رجوع دادرسان به قوانین دیگر را مشخص سازد؛ نه اینکه به‌صورت کلی این امر را به تفسیر قضات و رویه قضایی واگذارد.

یادداشت‌ها

۱. ماده ۱: «آیین دادرسی مدنی، مجموعه اصول و مقرراتی است که در مقام رسیدگی به امور حسبی و کلیه دعاوی مدنی و بازرگانی در دادگاه‌های عمومی، انقلاب، تجدیدنظر، دیوان عالی کشور و سایر مراجعی که به موجب قانون موظف به رعایت آن می‌باشند به کار می‌رود.»
۲. قوانین شکلی قوانینی هستند که صورت خارجی اعمال حقوقی و آداب و تشریفات دادرسی، تنظیم اسناد و اثبات دعوا و امثال آن را تعیین می‌کنند (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۵۵-۱۵۶).
۳. مقصود از قوانین ماهوی قوانینی هستند که از یک سو اصل وجود حق یا استیفاء و انتقال و اجرا و انتقال حقوق افراد را تعیین می‌کنند (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۵۵-۱۵۶) و از سویی در مقام تبیین محدوده مجاز رفتاری شهروندان، تعیین بایدها و نبایدهای زندگی در حوزه روابط و مناسبات اجتماعی و جعل حقوق و تکالیف برای افراد جامعه برمی‌آیند (شعبانی، ۱۳۹۲: ۲۶). مبتنی بر این تعریف باید گفت که قانون در معنای ماهوی خود گزاره بایدانگاری است که جوهر آن از جعل حق و تکلیف برای راهنمایی عمل و رفتار انسان تشکیل می‌شود (راسخ، ۱۳۸۵: ۲۱).
۴. بنابر مطالعات انجام‌گرفته، قانون اساسی در ۴۸ مورد، به صورت خاص بر صلاحیت قانون‌گذاری مجلس تصریح کرده است. برای مطالعه بیشتر در این خصوص ر.ک: کدخدایی و آقای طوق، ۱۳۹۱: ۸۷.
۵. ماده ۳۰ قانون راجع به شورای دولتی (مصوب ۱۳۳۹) نیز ترتیب رسیدگی در این مرجع را به آیین‌نامه مصوب هیأت عمومی شورای دولتی واگذار نموده بود.
۶. در تبیین این موضوع باید به این نکته توجه کرد که نظر تفسیری شماره ۸۳/۳۰/۹۳۸۷ شورای نگهبان که شمول و قلمرو تکلیف مقرر برای قضات دادگاه‌ها در صدر اصل ۱۷۰ را به مقررات و مصوبات قوه مجریه تحدید نموده، فارغ از ایرادات وارد بر آن، مربوط به تاریخ ۱۳۸۳/۱۰/۲۱ است و از این نظر تا تاریخ مذکور منعی برای قضات دیوان جهت خودداری از اجرای مقرره شورای عالی قضایی و رئیس قوه قضاییه وجود نداشته است.

منابع

الف: کتابها و مقالات

۱. ابریشمی‌راد، محمدمامین (۱۳۹۹)، نظارت قضایی بر مقررات دولتی با تأکید بر ارتقای کارآمدی دیوان عدالت اداری، تهران: مجد.
۲. آئینه‌نگینی، حسین و محمدمامین ابریشمی‌راد (۱۳۹۸)، «نقد رویه قضایی محاکم ایران در رسیدگی به دعاوی راجع به قراردادهای اداری»، فصلنامه حقوق اداری، ش ۲۱، صص ۳۳-۵۵.
۳. راسخ، محمد (۱۳۸۵)، «ویژگی‌های ذاتی و عرضی قانون»، فصلنامه مجلس و پژوهش، ش ۵۱.
۴. زارعی، محمدحسین و آیت مولایی (۱۳۹۲)، «آسیب‌شناسی ویژگی‌های قرارداد اداری ایران در مقایسه با حقوق فرانسه و انگلستان»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، ش ۶۳.
۵. زارعی، محمدحسین و احمد مرکزالمیری (۱۳۸۴)، «مفهوم و مبانی کنترل قضایی با تأکید بر نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا»، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۴۲.
۶. سوادکوهی‌فر، سام (۱۳۸۴)، «بررسی تطبیقی اصل وحدت یا تفکیک قوا در دادرسی ایران و سه سیستم حقوقی خارجی آلمان، فرانسه و انگلیس»، نشریه حقوق اساسی، ش ۵.
۷. شعبانی، قاسم (۱۳۹۲)، حقوق اساسی و ساختار حکومت جمهوری اسلامی ایران، تهران: اطلاعات.
۸. شمس، عبدالله (۱۳۹۷)، آیین دادرسی مدنی دوره بنیادین، تهران: دراک، چ پنجاهویکم، ج ۱.
۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۰. کدخدایی، عباسعلی و مسلم آقایی طوق (۱۳۹۱)، «تبیین مفهوم اصل عدم تفویض قانون‌گذاری در پرتو اصل برتری قانون اساسی؛ نقدی بر رویه شورای نگهبان»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، ش ۳۸.
۱۱. مایر، سوفی، سترین، برناد (۱۳۸۶)، «روابط قاضی اداری با قاضی مدنی»، مترجم: محمدهادی سلیمانیان، نشریه حقوق عمومی، ش ۳.
۱۲. مرادخانی، فردین و آیت مولایی (۱۳۹۶)، «عدم استقلال آیین دادرسی اداری در چارچوب قانون دیوان عدالت اداری»، فقه و حقوق، ش ۱۵، صص ۱۳۵-۱۵۹.

۱۳. مشهدی، علی (۱۳۹۵)، قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری در نظم حقوقی کنونی، تهران: خرسندی.

ب: قوانین و مقررات

۱. قانون اساسی.
۲. قانون راجع به شورای دولتی مصوب ۱۳۳۹.
۳. قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی) مصوب ۱۳۷۹.
۴. قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۶۰.
۵. قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵.
۶. قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲.
۷. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵.
۸. آیین‌نامه آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۷۹.

**درخواست اشتراک
فصلنامه‌ی دانش حقوق عمومی**

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

بهای اشتراک سالانه (چهار شماره): ۲۰۰/۰۰۰/۱۰۰۰ ریال به‌علاوه‌ی هزینه‌ی ارسال
علاقه‌مندان می‌توانند بهای اشتراک سالانه را که شامل هزینه‌های ارسال نیز می‌شود، به حساب
زیر نزد بانک صادرات ایران به نام «انتشارات پژوهشکده شورای نگهبان» واریز و علاوه بر
تکمیل فرم مربوطه در سامانه فصلنامه به آدرس mag.shora-rc.ir تصویر فیش را در
سامانه پیوست نمایند.

شماره حساب: ۰۱۰۸۱۲۹۰۹۳۰۰۹ شماره کارت: ۶۰۳۷۶۹۱۹۸۰۰۴۷۳۷۷

شماره شبا: ۰۹ ۰۹۳۰ ۸۱۲۹ ۰۰۱۰ ۰۰۰۰ ۰۱۹۰ ۰۱۸۷ IR

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

پلاک ۱۲، پژوهشکده شورای نگهبان، فصلنامه دانش حقوق عمومی

کدپستی: ۱۵۸۴۶۱۴۸۱۱

تلفن: ۰۲۱-۸۸۳۲۵۰۴۵ فکس: ۰۲۱-۶۴۰۱۴۸۱۷

Citation Limits of the Civil Procedure Act in the Administrative Justice Court

Mohammad Amin Abrishami Rad ^{1*} & Hossein AyeneNegini ^{2**}

1-Assistant Professor, Faculty of Law, Semnan University, Semnan, Iran,

2-PH. D in Public Law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran.

Abstract

According to the Act on the Organization and Procedure the Administrative Justice Court - passed in 2013 - the procedure of the Court is predicted in three forms: explicit stipulation of the provisions in this Act, explicit reference of some issues to the Civil Procedure Act and the Act on the Enforcement of Civil Judgments, and general reference to mentioned acts in cases of silence. This research through a descriptive-analytical method seeks to explain the citation limits of the Civil Procedure Act in the Administrative Justice Court. It was concluded that in none of the two recent above-mentioned cases, it is possible to cite to the Civil Procedure Act in the Administrative Justice Court. The provisions of this Act cannot be invoked. Therefore, so as to cite to the Civil Procedure Act in the Administrative Justice Court, only those provisions of this Act can be invoked that are consistent with the structural requirements, jurisdiction and nature of the lawsuits filed in the Court. Due to the fact that the lack of explanation of the above-mentioned criteria causes divisions in the judicial precedent or violation of the rights of the individuals, it was suggested that the Comprehensive Act on the Procedure of the Administrative Justice Court be passed.

Keywords:

Procedure of the Administrative Justice Court, Relative Silence, Absolute Silence, Civil Procedure Act, Article 122 of the Act on the Administrative Justice Court.

* **Email:** Abrishamirad@semnan.ac.ir

** **Email:** Hosseinayene69@gmail.com

Corresponding Author

Jurisprudential Approach to Blank Vote

Mohsen Ghaemi Kharag^{1*}

1- Professor, Islamic Seminary Qom, Qom, Iran.

Abstract

Voting as a decisive act in elections, regardless of the degree of influence on the order of religious democracy, in all referendums and elections, sometimes takes a deterrent form and is cast white. Legal systems have each chosen an analysis of the identity and effect of the blank vote; But in the Constitutional law order of Iran, blank votes are considered as cast and invalid votes. The main issue of this work is the analysis of blank vote on both sides of the citizen and also the legal confrontation of the ruling electoral system. On the one hand, the identity of the right-holder or abuser of the blank vote determines the legal status of the voter in relation to the election and clarifies his or her duty or right to the political system as well as to the candidates. On the other hand, what identity and effect will the blank vote received by the executors have on the fate of the elections and the political system? According to the library studies and descriptive-analytical approaches, this article, without being caught in the dilemma of right or duty, considers the preservation of the political system and the necessity of consulting the Islamic ruler as a constraint on the right to vote or a basis for disrespecting the blank vote. It also analyzes the nature of blank vote as silence or "La Adri".

Keywords:

Blank Vote, Abstention, Blank Vote as Silence, Blank Vote as Concealment of Testimony, Electoral jurisprudence.

* Email: M.ghaemi313@gmail.com

Pathology of the Structure and Regulations of the Free Trade Zones Organization with Corporate Governance Norms in the Public Sector

Adel Sheibani ^{1*} & Ebrahim Abdipour Fard ^{2}**

1-Ph. D Student of Public Law, Qom University, Qom, Iran.

2- Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, Qom University, Qom, Iran.

Abstract

Free trade zones play an important role in the economic development of countries by attracting foreign investment and strengthening export-based production. In Iran, according to the Article 5 of the Act on the Administration of Free Zones, the trustee of the administration of each organizational zone is a governmental organization, which is one of the pillars of commercial companies. According to existing studies, Iran's free zones have not been very successful in achieving policy goals. One of the approaches that can improve and reform the performance of these areas is the legal pathology of the administrative organization of the mentioned areas. Over the past two decades, corporate governance has been the main model for studying the structure and rules of companies. The present study has tried to evaluate the structure and rules of governing the Free Zones Organization with the criteria of corporate governance. The findings of the study indicate that the design of the rules of management of the Free Zones Organization, is not in line with the criteria of corporate governance. In fact, the legal status of this organization is the product of a flawed integration of the broad tasks of governance with economic goals in the legislative process. Therefore, one of the optimization ways in this regard is to separate the governing powers from the managerial and business activities focused on economic development.

Keywords

Free Zones, Government Ownership, Corporate Governance, General Policies of the Article 44 of the Constitution, Public Enterprises.

* **Email:** Adel.sheibani@yahoo.com

** **Email:** Drabdipour@yahoo.com

Corresponding Author

Scope of the Authority of the Supreme Leader in Issuing a Referendum Order (Paragraph 3 of the Article 110 of the Constitution)

Hadi Tahan Nazif ^{1*} & Ali Bahadori Jahromi; ^{2**} & Kamal Kadkhodamoradi ^{3***}

1-Assistant Professor, Department of International and Public Law, Imam Sadiq University, Tehran, Iran.\

2-Assistant Professor, Department of Public Law, Faculty of Law, Tarbiat Modarres University, Tehran, Iran.

3- PH. D Student of Public Law, Imam Sadiq University, Tehran, Iran.

Abstract

According to the Article 6 of the Constitution, one of the methods of governing the country is to refer to public opinion and hold a referendum. In this regard, paragraph 3 of the Article 110 of the Constitution states that one of the duties and powers of the Supreme Leader is to issue a "referendum order". The ambiguities of this paragraph have led to some debates and disagreements regarding the inclusion of the authority of the Supreme Leader in the issuance of the legislative referendum order as the subject of the Article 59 of the Constitution. Therefore, the main question of this research is dedicated to the analysis of the competence of the Supreme Leader in issuing a referendum order. The present study, through a descriptive-analytical form and using library data, based on the detailed negotiations of the Constitutional Review Council and the legal reasoning, as well as adherence to the paragraph 3 of the Article 110 of the Constitution, believes that the authority of the Supreme Leader is not limited just to issue a referendum order on Constitutional revision, but includes the legislative referendum set forth in the Article 59 of the Constitution.

Keywords

Paragraph 3 of the Article 110, Referendum Order Leadership Authority, Referendum, Legislative Referendum, Constitutional Referendum.

* Email: Tahan@isu.ac.ir

** Email: A.bahadori.j@modares.ac.ir

*** Email: Kadkhodamoradi@gmail.com

Corresponding Author

Civil Liability arising from Breach of Reliance to Government Announcements and Decisions

Habib TalebAhmadi ^{1*} & Ali Rezaei ^{2} & AmirHossein Naghavi ^{3***}**

1-Assistant Professor, Department of Islamic and Private Law, Faculty of Law and Political Sciences, Shiraz University, Shiraz, Iran.

2-Assistant Professor, Department of Islamic and Private Law, Faculty of Law and Political Sciences, Shiraz University, Shiraz, Iran.

3- PH. D Student of Private Law, Faculty of Law and Political Sciences, Shiraz University, Shiraz, Iran.

Abstract

The simultaneous growth of the state of welfare and information society has led to a shift in the nature of the relationship between the government and citizens. The administrative decisions and announcements are effective in people's lives, and people are planning and operating with trust and reliance on them or losing opportunities. With the government deviating from its decisions and announcements, all or part of planning, action and expense of people or missed opportunities will be wasted. In such cases, in case of proving fault, the government may be ordered to compensate. The government has coercive responsibility against citizens and by establishing a causal relationship, the government is obliged to compensate the damages. In direct damages, the government's responsibility is not difficult to justify but it is impossible to justify the government's responsibility, especially from the loss of opportunities and measures that have been made due to the government's decisions or announcements that might harm citizens. The purpose of the civil liability for breach of reliance in order to protect the legitimate expectations is to put the harmed party in a situation that if such a decision was not taken, the party would still remain in the same situation.

Keywords

Legitimate Expectations, Government Decision, Reliance Damages, Deviate from the Decision, Liability of the State.

* **Email** Talebahmadi@yahoo.co.uk

** **Email:** A-rezaei@shirazu.ac.ir

*** **Email:** Barrister.a.h.n@gmail.com

Corresponding Author

Review and Critique of the Experimental Legislation in the Field of Law-Making

Amir Barani Beiranvand ^{1*} & Abdollah Mokhtary ^{2**}

1-M.S in Jurisprudence and Private Law, University of Shahid Motahhari, Tehran, Iran

2-Ph. D of Jurisprudence and Criminal Law, University of Shahid Motahhari, Tehran, Iran

Abstract

According to the Article 85 of the Constitution of the Islamic Republic of Iran, legislative and experimental legislation is a type of law-making that is an exception to the principle of “prohibition of delegation of legislative authority”. Although such laws are accepted in the Iranian legal system and have advantages such as speed in legislation, reducing inflation and increasing the efficiency of laws, but confronts with objections like contradiction with the principle of prohibition of delegation of authority, the principle of separation of powers, the characteristics of collectiveness and transparency of the parliament. Despite the exceptional nature of this type of legislation, in many cases, it has been treated as a principle and this has resulted in violation of the principle of prohibition of delegation. Also, since in practice, a precise assessment is not made after the end of the probationary period, as a matter of necessity and in accordance with the Article 85 of the Constitution, if a precise assessment is made after the end of the probationary period, it is acceptable as a desirable law. This research is done through a descriptive-analytical method based on the documentary data, but is also an applicable research because its results change the existing procedure.

Keywords

Delegation, Experimental Law, Constitution, Legislation, Islamic Consultative Assembly.

* Email: A.barani1990@gmail.com

** Email: Bmmokhtary123@gmail.com

Corresponding Author

Contents

■ Review and Critique of the Experimental Legislation in the Field of Law-Making	1
● Amir Barani Beiranvand & Abdollah Mokhtary	
■ Civil Liability arising from Breach of Reliance to Government Announcements and Decisions	27
● Habib TalebAhmadi & Ali Rezaei & AmirHossein Naghavi	
■ Scope of the Authority of the Supreme Leader in Issuing a Referendum Order (Paragraph 3 of the Article 110 of the Constitution)	53
● Hadi Tahan Nazif & Ali Bahadori Jahromi & Kamal Kadkhodamoradi	
■ Pathology of the Structure and Regulations of the Free Trade Zones Organization with Corporate Governance Norms in the Public Sector ...	71
● Adel Sheibani & Ebrahim Abdipour Fard	
■ Jurisprudential Approach to Blank Vote	93
● Mohsen Ghaemi Kharraq	
■ Citation Limits of the Civil Procedure Act in the Administrative Justice Court	115
● Mohammad Amin Abrishami Rad & Hossein AyeneNegini	

In The Name Of Allah the Compassionate the Merciful

Public Law Knowledge Quarterly

Vol. 9, Autumn 2020, No. 29

Publisher: Guardian Council Research Institute

Responsible Editor: Abbas Ali Kadkhodaei

Chief Editor: Siyamak Rahpeyk

The Editorial Board:

- Firooz Aslani (Associate Professor of Public Law, Tehran University)
- Mohammad Javad Javid (Professor of Public Law, Tehran University)
- Sayyed Mohammad Hosseini (Associate Professor of Criminal Law & Criminology, Tehran University)
- Vali Rostami (Associate Professor of Public Law, Tehran University)
- Siyamak Rahpeyk (Professor of Private Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services & Member of Guardian Council Research Institute)
- Mohamad hasan sadeghi moghaddam (Professor of Private Law, Tehran University & Member of Guardian Council Research Institute)
- Abbas Ali Kadkhodaei (Professor of Public Law, Tehran University & Member of Guardian Council Research Institute)

English Text Editor: Mostafa Mansourian

Editor: Fateme Jahangiri

Page Designer: Hamid Mazinani

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

P.O.Box: 13145-1463

Tel: +98 21 88325045 Fax: +98 21 64014817

E-mail: mag@shora-rc.ir

mag.shora-gc.ir