

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فصلنامه دانش حقوق عمومی

سال دوازدهم، تابستان ۱۴۰۲، شماره ۴۰

به موجب نامه‌ی شماره ۶۳۷۳۱/۱۸/۳ مورخ ۱۳۹۳/۴/۱۵ وزارت علوم، تحقیقات و فناوری
عنوان فصلنامه‌ی «بررسی‌های حقوق عمومی» به «دانش حقوق عمومی» تغییر یافته و
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 دوازدهم، تابستان ۱۴۰۲، شماره ۴۰

صاحب امتیاز: پژوهشکده شورای نگهبان

مدیرمسئول: عباسعلی کدخدایی

سر دبیر: سیامک رهپیک

اعضای هیأت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا)

- فیروز اصلانی، دانشیار حقوق عمومی دانشگاه تهران
- سیدمحمد حسینی، دانشیار حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه تهران
- ولی رستمی، دانشیار حقوق عمومی دانشگاه تهران
- سیامک رهپیک، استاد حقوق خصوصی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری و عضو پژوهشکده شورای نگهبان
- حسینعلی سعدی، استاد فقه و اصول دانشگاه امام صادق علیه السلام
- 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
- محمدرضا ویژه، دانشیار حقوق عمومی دانشگاه علامه طباطبائی

ویراستار: اکرم دژهوست

صفحه آرایی: حمید مزینانی

چاپخانه: تهرانی

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

آدرس: تهران، خیابان شهید مطهری^(ه)، خیابان شهید سرافراز، کوچه پنجم پلاک ۱۱ پژوهشکده شورای نگهبان

کد پستی: ۱۵۹۷۸۵۶۱۱۳ تلفن: ۸۸۵۳۳۴۲۹ - ۰۲۱ فکس: ۶۴۰۱۴۸۱۷ - ۰۲۱

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

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

قیمت: ۵۰۰/۰۰۰ ریال

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

- کلبه 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	پایگاه استنادی علوم جهان اسلام
www.ensani.ir	پرتال جامع علوم انسانی
www.magiran.com	بانک اطلاعات نشریات کشور
www.noormags.ir	پایگاه مجلات تخصصی نور
www.civilica.com	سیویلیکا
https://scholar.google.com	گوگل اسکولار
https://search.ricest.ac.ir	مرکز منطقه‌ای اطلاع‌رسانی علوم و فناوری
https://www.sid.ir	پایگاه اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی

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 رئوس 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.

- ۲-۱. رتبه دانشگاهی - گروه علمی - دانشکده - دانشگاه - شهر - کشور
- ۳-۱. 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 مآخذ، در متن مقاله و در پایان نقل قول یا موضوع استفاده‌شده به شکل زیر آورده شود:
- ۱-۵. قرآن کریم؛ (نام سوره، شماره آیه). مثال: (حدید: ۲۵).
- ۲-۵. منابع فارسی: (نام خانوادگی مؤلف، سال نشر، جلد: صفحه - بدون درج مخفف ص): مثال: (حسینی، ۱۳۷۶، ج ۲: ۸۳).
- ۳-۵. منابع لاتین: (صفحه، جلد، سال نشر، نام خانوادگی مؤلف): مثال: (Plantinga, 1998, vol 2: 71).
۶. تکرار ارجاع یا اسناد مثل بار اول بیان شود و از کاربرد کلمات همان، پیشین و... (Ibid, op.cit) خودداری شود.
۷. چنانچه از نویسنده‌ای در یک سال بیش از یک اثر انتشار یافته باشد، با ذکر حروف الفبا (داخل قلاب) پس از سال انتشار، از یکدیگر متمایز شوند. مثال: (حسینی، ۱۳۷۶ [الف]، ج ۲: ۸۵). در چنین مواردی، در فهرست منابع نیز حرف مذکور در داخل قلاب پس از سال انتشار ذکر می‌گردد.
۸. تمام توضیحات اضافی و همچنین معادل انگلیسی اسامی خاص یا اصطلاحات (در صورت لزوم) با عنوان «یادداشت‌ها»، در انتهای متن مقاله آورده شود (ارجاع و اسناد در یادداشت‌ها مثل متن مقاله، به روش درون‌متنی [بند۵] خواهد بود).
۹. در پایان مقاله، فهرست الفبایی منابع فارسی و لاتین به صورت زیر ارائه شود:
- ۱-۹. ابتدا منابع فارسی و عربی و سپس منابع لاتین.
- ۲-۹. کتاب: نام خانوادگی، نام نویسنده (تاریخ چاپ)، نام کتاب، نام مترجم، محل انتشار: نام ناشر، نوبت چاپ، جلد.
- ۳-۹. مقاله مندرج در مجلات: نام خانوادگی، نام نویسنده (سال انتشار)، «عنوان مقاله»، نام نشریه، دوره نشریه، شماره نشریه، صفحات مقاله.
- ۴-۹. مقاله مندرج در مجموعه مقالات یا دایره‌المعارف‌ها: نام خانوادگی و نام نویسنده (تاریخ چاپ): «عنوان مقاله»، نام کتاب، نام ویراستار، محل انتشار: نام ناشر، نوبت چاپ، شماره جلد، صفحات مقاله.
۱۰. ترجمه انگلیسی عنوان مقاله، چکیده و کلیدواژه‌ها، نام و مشخصات نویسنده/نویسندگان، تماماً معادل فارسی آنها همراه مقاله ارسال گردد.
۱۱. مقاله در محیط Word2007، متن مقاله با قلم BLotus12 (لاتین TimesNewRoman11)، کتابنامه BLotus11 (لاتین TimesNewRoman10) و یادداشت‌ها BLotus10 (لاتین TimesNewRoman9) حروفچینی شود.
۱۲. عناوین (تیترها) با روش شماره‌گذاری عددی باشد. ترتیب اعداد در عناوین فرعی مثل حروف از راست به چپ تنظیم شود (تیتربندی اصلی با ۱، ۲، ... - تیتربندی فرعی با ۱-۱، ۲-۱، ۳-۱ و... - تیتربندی فرعی تر با ۱-۱-۱، ۱-۱-۲ و... - و پس از آن با حروف ایجاد باشد).
۱۳. حجم مقاله، از ۴۵۰۰ کلمه کمتر و از ۷۵۰۰ کلمه بیشتر نباشد (از ابتدای مقاله تا پایان فهرست منابع).
۱۴. مقاله ارسالی نباید در هیچ مجله داخلی یا خارجی چاپ شده باشد.
۱۵. 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

- نظریهٔ تخییر در انتخاب فتاوا در مقام قانون‌گذاری.....۱
• عبدالله حیدری، محمدجواد ارسطا، حسعلی علی‌اکبریان

- الزامات مسئولیت‌مدنی حکومت در امور فرهنگی.....۲۹
• سجاد رسولی جزینی، سیدمصطفی میرمحمدی میبدی، اردوان ارژنگ

- تحلیل فقهی- حقوقی جریان حکمرانی شرعی در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران.....۶۱
• منصور غریب‌پور، سیدمهدی جوکار، مجتبی شریعتی

- مشارکت عمومی در تهیه و اصلاح قانون.....۸۷
• ایرج حسینی صدرآبادی، محمدجواد محمدپور

- چالش نظام حقوقی ایران در مواجهه با آثار قهری معاهدات بین‌المللی و عدم ترتب اثر حق شرط در آنها.....۱۱۵
• عباس‌علی کدخدایی، محمدصادق فراهانی، امیر لهراسبی

- بایسته‌های رسیدگی شورای عالی مالیاتی در مقام رسیدگی به اعتراض به آرای هیئت‌های حل اختلاف مالیاتی.....۱۳۹
• آیت مولائی

- طرح تأسیس نظری ایدهٔ تفکیک قوا به مثابهٔ ویژگی سازمانی مشروطه‌گرایی، با تأکید بر اندیشهٔ فیلمر و لاک.....۱۶۵
• محمد جواهری‌طهرانی، فاطمه مافی

- نظام حقوقی حاکم بر شوراهای اداری درون قوهٔ مجریه، آسیب‌شناسی و ارائهٔ الگوی مطلوب.....۱۸۵
• یحیی مزروعی ایبانه، علی عبدالاحد

نظریه تخییر در انتخاب فتاوا در مقام قانون‌گذاری

عبدالله حیدری^{۱*}، محمدجواد ارسطو^{۲**}، حسنعلی علی‌اکبریان^{۳***}

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۲/۰۴ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۲/۲۶

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: 10.22034/qjplk.2022.938.1093

چکیده

در بسیاری از قوانین اساسی کشورهای اسلامی، از جمله در اصل ۴ قانون اساسی ایران، تصریح شده است که همه قوانین باید بر اساس موازین اسلامی باشد. مطابقت با موازین اسلامی، از راه مطابقت با منابع دینی و فتاوی عالمان دین، میسر است. از این رو این پرسش قابل طرح است که معیار در مطابقت قوانین با شریعت کدام فتواست؟ نظریات متعددی ابراز شده است. می‌توان به نظریه‌های مطابقت با فتوای اعلم، مشهور، ولی امر، و کارآمد اشاره کرد. این نوشتار دیدگاه دیگری را با عنوان «نظریه تخییر در قانون‌گذاری» مطرح کرده و بر آن است که مطابقت با شریعت از راه مطابقت با هر یک از فتاوی فقهای شیعی قابل تحصیل است و با وضع قانون، طبق فتاوی هر یک از مجتهدان صاحب‌نظر، مطابقت با شریعت حاصل می‌شود. با الزام چنین قانونی از سوی نهادهای مسئول، عمل به آن الزام‌آور است. طبق این دیدگاه، الزامی بر وضع قانون مطابق با فتوای اعلم یا کارآمد یا دیدگاه مشهور وجود ندارد. می‌توان گفت طرفداران این نظریه شخصیت‌های برجسته‌ای چون محقق نراقی و صاحب جواهر هستند و سعی شده دلایل این دیدگاه بیان و اشکالات آن در حد توان رفع شود. رهاورد این دیدگاه را می‌توان تخییر در مقام قانون‌گذاری، تخییر در انتخاب فتوا توسط قاضی در موارد خلأ قانون، و تعیین معیار مخالفت با شرع شمرد؛ به این معنا که طبق این دیدگاه قانون‌گذار مخیر است بر اساس فتوای هر یک از فقیهان صاحب اعتبار وضع قانون کند و قاضی در صورت مواجهه با خلأ قانون، طبق فتوای هر یک از فقهای شیعی، رأی صادر کند. قانون و حکمی مخالف با شرع تلقی می‌شود که برخلاف حکم الزامی مورد اتفاق فقهای شیعی باشد. روش تحقیق در این

۱. دکتری فقه و حقوق قضایی جامعه المصطفی العالمیه، قم، ایران (نویسنده مسئول)

* Email: abdollahheydari1713@gmail.com

۲. دانشیار دانشگاه تهران، دانشکده‌گان فارابی، قم، ایران

** Email: mjarasta@ut.ac.ir

۳. دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران

*** Email: ha.aliakbarian@gmail.com



پژوهش توصیفی-تحلیلی است.

واژگان کلیدی: تخییر، شریعت، فتوا، قانون، قانون‌گذاری

درآمد

نظام سیاسی به منظور اداره کشور نیاز به قانون دارد. قانون رابطه شهروندان و دولت را تعیین و دامنه اختیارات قوا را مشخص می‌کند. همچنین رابطه شهروندان را در مسائل مختلف حقوقی بیان می‌کند. مرزهای فعالیت شهروندان با وضع مقررات جزایی معین می‌شود. در صورت نبود قانون، کشور در هرج و مرج و بی‌نظمی فرومی‌رود. نظام سیاسی در جامعه دینی از این قاعده مستثنا نیست. از سوی دیگر جامعه دینی نمی‌تواند در وضع قانون نگاهی به شریعت نداشته باشد. زیرا شریعت، همان‌گونه که افراد را مکلف به عمل به شریعت می‌کند، دولت و نظام سیاسی را نیز موظف به اجرای شریعت می‌داند: «الَّذِينَ إِن مَكَّنَّاهُمْ فِي الْأَرْضِ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ وَآمَرُوا بِالْمَعْرُوفِ وَنَهَوْا عَنِ الْمُنْكَرِ وَلِلَّهِ عَاقِبَةُ الْأُمُورِ» (حج: ۴۱). افزون بر آن، جامعه دینی نمی‌پذیرد در کشور قانون غیر مبتنی بر شریعت وضع و بر جامعه تطبیق شود. قانون در صورتی در جامعه مقبولیت می‌یابد و مؤمنان رفتارشان را بر پایه آن عیار می‌کنند که از مشروعیت برخوردار باشد.

نظام سیاسی مبتنی بر هنجارهای دینی در امر قانون‌گذاری با این پرسش مواجه است: قانون‌گذاری بر اساس شریعت چگونه باید صورت بگیرد؟ دو گزینه جهت اجرایی شدن این امر وجود دارد: یک. وضع قانون بر اساس منابع شریعت، یعنی کتاب و سنت؛ دو. وضع قانون بر پایه فتاوی عالمان دین و فقیهان شریعت. امکان وضع قانون بر پایه منابع شریعت دشوار است. زیرا قوانین و مقررات زندگی در کتاب و سنت به شکل کدهای قانونی نیامده است تا بتوان به‌آسانی به آن‌ها مراجعه کرد، بلکه مضامین قوانین در سراسر کتاب و سنت به صورت پراکنده مطرح شده است. از سوی دیگر آیات مشتمل بر قوانین و مقررات نیاز به مفهوم‌شناسی دقیق دارد و اخبار و روایات، از نظر سندی و متنی و دلالت، نیاز به اعتبارسنجی دارد، نیز بسیاری از مسائل نوپیدا در کتاب و سنت به صورت صریح مطرح نشده است (صدر، ۱/۱۳۷۹: ۱۹ - ۲۲). در نتیجه، به دست آوردن قوانین و مقررات از کتاب و سنت نیاز به فراگیری مقدمات و دانش‌های فراوان سندشناسی و متن‌شناسی و قواعد زبان‌شناختی دارد و تحصیل آن بدون صرف عمر و تلاش و جهد فراوان امکان‌پذیر نیست. بنابراین، استنباط احکام برای همگان مقدور نیست. بدین ترتیب، تنها راه ممکن و معقول وضع قانون بر اساس گزینه دوم است. زیرا به دلیل برخورداری از تلاش و جهد کارشناسان علوم دینی از اتقان لازم برخوردار

است و همچنین از نظر شرعی و عقلایی حجیت و اعتبار مراجعه به آرای کارشناسان خبره دینی و فقهای جامع‌الشرایط در جای خود ثابت شده است که این مقال درصدد شرح آن نیست. مراجعه به فتاوی فقهای جهت وضع قانون اعم از دیدگاه‌ها و نظریاتی است که قبلاً ابراز شده یا در حین وضع قانون توسط کارشناسان دینی ابراز می‌شود و اختصاص به طیف خاصی ندارد.

وضع قانون بر اساس فتاوی عالمان دینی این پرسش را در پی دارد که کدام فتوا را در مقام وضع قانون باید معیار قرار داد؟ احتمالات متعدد در این مورد قابل طرح است؛ بسان وضع قانون بر اساس فتوای ولی امر، فتوای جماعت معین، مثل شورای نگهبان، فتوای اعلیٰ، فتوای مشهور، فتوای کارآمد. هر یک از نظریات یادشده در مقالات دیگران شرح و بسط داده شده است.^۱ اما این نوشتار درصدد تبیین و اثبات دیدگاه دیگری در مقام وضع قانون است و آن «تخییر در انتخاب فتاوا در مقام قانون‌گذاری» است. از این رو، این ایده «نظریه تخییر در قانون‌گذاری» نام نهاده شده است. در این نوشتار کوشش می‌شود این دیدگاه تشریح و مستندات و رهاورد آن بیان شود. ساختار کلی این نوشتار بدین صورت سامان‌دهی شده است: تبیین نظریه تخییر، مستندات نظریه تخییر، گستره تخییر، بررسی اشکالات نظریه تخییر، و در پایان نتایج نظریه تخییر. با توجه به موضوع، شیوه تحقیق در این نوشتار توصیفی-تحلیلی است.

۱. تبیین نظریه تخییر

نظریه تخییر در قانون‌گذاری بر آن است که قانون‌گذار در مقام وضع قانون مخیر است طبق هر یک از فتاوی فقهای شیعی وضع قانون کند و هیچ الزامی بر وضع قانون طبق فتوای اعلیٰ یا طبق فتوای ولی امر یا فتوای کارآمد یا فتاوی مشهور وجود ندارد. این دیدگاه، هرچند در مقام وضع قانون بدیع است، در عرصه اعمال فردی دیدگاه تازه‌ای نیست. جمعی از فقهای بزرگ شیعی، مانند محقق حلی در *شرائع* (حلی، ۱۴۰۸، ج ۴: ۶۱)، علامه حلی در *تحریر* (حلی، ۱۴۲۰، ج ۱: ۱۹۰)، *فخرالمحققین در ایضاح الفوائد* (فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۴: ۲۹۵)، محقق قمی در *قوانین* (قمی، ۱۴۳۰، ج ۴: ۵۱۸ - ۵۱۹)، محقق نراقی در *مستند الشیعه* (نراقی، ۱۴۱۵، ج ۱۷: ۴۶)، حسن کاشف‌الغطاء در *قضاء انوار الفقاهه* (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۹)، محقق نجفی در *جواهر* (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰: ۴۳ - ۴۴)، و مرتضی حائری در *شرح عروه* (حائری، ۱۴۲۶، ج ۱: ۷۱) این نظر را پذیرفته‌اند. مثلاً محقق نراقی می‌گوید: «حق آن است که رجوع به هر یک از آنان (دو مجتهد غیر مساوی از نظر علم) جایز است. مردم مخیرند به هر کدام رجوع نمایند. چراکه مقتضای اصل و اطلاق ادله همین است و عمل صحابه این مدعا را تأیید می‌کند. زیرا آنان، در عین حال که از نظر فضل تفاوت داشتند، هر کدام متصدی افتاء شدند و ردی و انکار

بر عمل آنان صورت نگرفت.» (نراقی، ۱۴۱۵، ج ۱۷: ۴۶).

پیامد اعتبار قول غیراعلم تخییر در عمل به فتاواست؛ به این معنا که شخص مخیر است در مسائل فردی طبق فتوای اعلم یا طبق نظر غیراعلم عمل کند و در مقام قانون‌گذاری مجاز است قانون را طبق فتاوای هر یک از فقهای شیعی وضع کند. یعنی از آرا و نظریات کسانی تبعیت کند که در این زمینه متخصص و صاحب‌نظر شمرده می‌شوند و طبق معیار و ضوابط علم به ابراز رأی و نظر می‌پردازند و دقت نظر لازم را دارند؛ هرچند نسبت به برخی افراد دیگر اعلم به شمار نمی‌روند.

۲. مستندات نظریه تخییر

۲-۱. سیره متشرعه

سیره اصحاب پیامبر و ائمه در عصر حضور و نیز عملکرد جامعه دینی در آن زمان بر این واقعیت استمرار یافت که آنان به عالمان دینی و اصحاب ائمه رجوع می‌کردند؛ درحالی‌که از نظر فضل کاملاً با یک‌دیگر متفاوت بودند و در فهم مسائل دینی چه‌بسا با هم اختلاف داشتند. بنابراین از سیره جامعه مسلمان در عصر پیامبر و امامان معصوم دانسته می‌شود که رجوع به عالمان دینی جهت دریافت مسائل دینی جایز است و فرقی میان اعلم و غیراعلم وجود ندارد؛ بلکه پیامبر و امامان معصوم^(ع) جامعه اسلامی را به رجوع به اصحاب و حواریین خود سفارش کرده‌اند. اگر رجوع به اعلم لازم بود، رجوع به پیامبر و امام معصوم منحصر می‌شد. زیرا در زمان آنان شخصی اعلم از آنان وجود نداشت (نراقی، ۱۴۱۵، ج ۱۷: ۴۶؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰: ۴۳-۴۴). صاحب **مفتاح الکرامه** می‌گوید: «کافی است برای تو آنچه را که حسن و شاء گفته است. او ۹۰۰ شیخ الحدیث را درک کرد که همه آنان می‌گفتند: جعفر بن محمد چنین روایت کرد. آیا گمان می‌کنید اهل کوفه با کثرتشان هرگاه می‌خواستند مسئله‌ای را سؤال کنند یا در موردی با همدیگر نزاع نمایند به افقه فقها و متضلع‌تر در اخبار و روایات مراجعه می‌کردند! (قطعاً چنین نبوده است.) اگر چنین سخنی (مراجعه به اعلم) تمام باشد، رجوع به منصوب از سوی امام نیز در فرض امکان رجوع به اعلم جایز نخواهد بود. امامت شخص مفضول بر فاضل نیز جایز نخواهد بود.» (عاملی، بی‌تا، ج ۱۰: ۴).

۲-۲. اطلاق ادله لفظی

اطلاق آیات کریمه نفر «وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنْفِرُوا كَافَّةً فَلَوْ لَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَ لِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ.» (توبه: ۱۲۲) (شایسته نیست مؤمنان همگی به سوی میدان جهاد کوچ کنند. چرا از هر گروهی طایفه‌ای کوچ نمی‌کند (و

طایفه‌ای در مدینه نمی‌ماند) تا در دین آگاهی یابند و به هنگام بازگشت به سوی قوم خود آن‌ها را بیم دهند، شاید (آنان از مخالفت پروردگار) خودداری کنند.، سؤال از اهل ذکر «فَأَسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ» (نحل: ۴۳؛ انبیاء: ۷) (اگر نمی‌دانید از آگاهان بپرسید.، نیز اطلاق روایات لزوم رجوع به عالمان دین این معنا را افاده می‌کند که دیدگاه‌ها و آرای عالمان مختلف و متعدد برای انسان‌های غیرعالم معتبر است و اشخاص در رجوع به هر یک از آنان مخیرند (نراقی، ۱۴۱۵، ج ۱۷: ۴۶). زیرا از طرفی نصوص شریعت مسلمانان و جامعه اسلامی را به رجوع به عالمان دین، جهت فراگیری مسائل دینی و عمل به آن، موظف می‌کند و از سوی دیگر تردیدی نیست در زمان صدور نص سطح فهم راویان از روایات متفاوت بوده است و در زمان‌های بعد از زمان صدور نص اختلاف در فهم به دلیل اختلاف در برداشتها و پیش‌فرض‌ها راه یافته است. در نتیجه عالمان آرای مختلف ابراز می‌کنند. با وجود این واقعیت شریعت جامعه را به عالمان دین ارجاع داده است. این بدین معناست که این مقدار از اختلاف را مضر ندانسته و برای همه آرا اعتبار قائل شده است. فلسفه این امر را در دو چیز می‌توان جست‌وجو کرد: اول، تسهیل شریعت در امر دین، یعنی بنای شریعت بر دریافت سهل و آسان دین است نه بر سختگیری، و دوم، با نگاه کلامی آنچه در دین‌داری و دین‌مداری مهم است پذیرش و تسلیم در برابر اراده حق است. اگر چنین چیزی رعایت شود، در قرار گرفتن شخص در صراط تعبد کفایت می‌کند. بر این اساس قرار گرفتن در مسیر خطوط کلی دین و مشی طبق آن برای هدایت انسان کافی است و اختلاف در جزئیات، که به غرض تعبد و دین‌ورزی است، اشکال ندارد. چون از روی تسلیم در برابر حق صورت گرفته است. مهم در دین اسلام تسلیم در برابر حق است.

ممکن است بر این استدلال اعتراض شود که اطلاق آیات و روایات در صورتی مورد عمل قرار می‌گیرد که آن دلیل مقید لبی نداشته باشد. در خصوص باب تقلید مقید لبی داریم و آن سیره عقلا بر لزوم تبعیت از متخصص برتر و شخص اعلم است. بنابراین، اطلاقی منعقد نمی‌شود تا به آن تمسک شود. اما این اشکال پذیرفته نیست. زیرا خواهد آمد اولاً وجود چنین سیره‌ای در میان عقلا مسلم نیست. ثانیاً بر فرض که سیره عقلا بر پیروی از اعلم باشد، در این موارد اطلاق آیات و روایات حاکم است. زیرا اصحاب در زمان امامان معصوم طبق اطلاق نصوص متصدی افتا شدند و هیچ اعتراضی به آنان نشد (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۳: ۳۴۳). امام در عین حضور در مدینه به برخی از اصحاب خود دستور داد در مسجد مدینه متصدی فتوا شوند (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۳۰: ۲۹۱). این نشانه آن است که سیره متشرعه در این مورد جاری بر

پیروی از مطلق عالمان دین بوده است و این سیره نشانه آن است که اطلاق آیات و روایات مورد عمل قرار گرفته و این اطلاق تقییدی را نپذیرفته است.

دو وجه فوق حجیت فتاوی فقها را هم در اعمال فردی اثبات می‌کند هم در ارتباط با جامعه و دولت. زیرا مستندات یادشده نفس فتوا را به عنوان حجت معرفی می‌کند و اجتماع و فرد در آن تأثیر نمی‌گذارد. در نتیجه در عرصه اجتماعی و حکومتی رجوع به عالمان و متخصصان مختلف شریعت مجاز است و قانون طبق هر فتوایی وضع شود مطابق با حجت خواهد بود.

۲-۳. ملازمه میان باب قضا و قانون‌گذاری

جمع‌کنندگی از فقهای متقدم و معاصر شیعی، در باب قضا، عمل به حکم قاضی غیراعلم را حتی در فرض حضور قاضی دانانتر کافی می‌دانند. زیرا اطلاق روایات قضا شامل قاضی غیراعلم نیز می‌شود.^۲ لازمه و پیامد این دیدگاه آن است که اعلامیت در مقام قانون‌گذاری نیز لازم نیست. زیرا میان قضا و داوری و قانون‌گذاری نوعی ملازمه وجود دارد. چون قانون‌گذاری مقدمه برای قضا و داوری است و همان‌گونه که گذشت طبق نظر جمع‌کنندگی از فقها قضا و داوری طبق نظر غیراعلم منعی ندارد؛ بلکه گفته شده است قضا و داوری غیراعلم میان صحابه امر اجماعی بوده است (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۳: ۳۴۲). طبق این دیدگاه، قانون‌گذاری نیز طبق فتاوی غیراعلم منعی ندارد.

البته این وجه را نمی‌توان دلیل اثباتی دانست، بلکه صرفاً دلیل اقناعی است، و این معنا را می‌رساند که وضع قانون طبق فتاوی هر مجتهدی غیرمقبول نیست؛ همان‌گونه که در باب قضا داوری هر مجتهدی از نظر مشهور متأخرین فقهای شیعی مجاز است (اسماعیل‌پور، بی‌تا، ج ۱: ۷۹). وضع قانون مشابه باب قضا است. بنابراین، قانون‌گذاری طبق نظریات فقهای غیراعلم نیز جایز است.

۳. گستره تخییر

تخییر در عمل طبق فتاوا دو گونه است: استمراری و ابتدایی. تخییر ابتدایی بدین معناست که شخص قبل از عمل مخیر است یکی از فتاوی معتبر را اخذ کند. اما پس از عمل باید طبق همان فتوا عمل کند و مجاز نیست فتوای مرجع دینی دیگری را در مقام عمل اختیار کند. در برابر، تخییر استمراری به این معناست که شخص همواره در مقام عمل مخیر است طبق یکی از فتاوا عمل کند. اگر در واقعه‌ای طبق فتوایی عمل کرد، در واقعه دیگر می‌تواند طبق فتوای مرجع دینی دیگر عمل کند. فقیهان برجسته‌ای مانند محقق عراقی و اراکی و سید کاظم حائری

این نظر را اختیار کرده‌اند (عراقی، ۱۴۱۵: ۱۰؛ اراکی، ۱۴۱۵: ۴۷۱ - ۴۷۵؛ حائری، ۱۳۸۸: ۵۴).^۳ از علامه حلی، شهید ثانی، و محقق کرکی نیز همین معنا نقل شده است (حلی، ۱۴۲۵، ج ۵: ۲۶۶؛ عاملی، ۱۴۲۰: ۵۱؛ محقق کرکی، ۱۴۰۹، ج ۲: ۲۵۳). با الهام از تخییر در اعمال فردی در عرصه اجتماعی می‌توان گفت تخییر ابتدایی در قانون‌گذاری بدین معناست که نهاد قانون‌گذار در ابتدا مخیر است طبق فتاوی یکی از متخصصان شریعت اقدام به وضع قانون کند. اما، پس از وضع قانون و عمل به آن، دیگر عدول مجاز نیست. در برابر، تخییر استمراری به این معناست که نهاد قانون‌گذار می‌تواند، پس از وضع قانون طبق فتاوی، از آن عدول کند و دیدگاه دیگری را معیار قرار دهد.

دیدگاه تخییر استمراری از اتقان کافی برخوردار است. اطلاق مستندات اعتبار فتاوا مؤید این دیدگاه است. ادله یادشده، همان‌گونه که دلالت بر اعتبار فتاوا قبل از عمل به هر یک دارد، بعد از عمل نیز دلالت بر اعتبار و حجیت آن دارد. در نتیجه شخص می‌تواند طبق آن عمل و نهاد قانون‌گذار طبق فتاوی دیگر اقدام به وضع قانون کند. بر فرض شک در شمول ادله اعتبار بعد از عمل، استصحاب حجیت تخییری به حال خود باقی است. چون قبل از عمل به فتوا هر یک از فتاوا حجیت داشت، بعد از عمل در فرض شک در حجیت استصحاب بقای حجیت هر یک از فتاوا قابل جریان است (خویی، ۱۴۱۸، ج ۱: ۹۴، به نقل از قائلان به تخییر استمراری).

۴. بررسی اشکالات نظریه تخییر

۴ - ۱. سیره عقلا بر تبعیت از اعلم

مهم‌ترین دلیل لزوم تقلید در احکام شرعی و مسائل دینی سیره عقلاست. زندگی اجتماعی انسان‌ها در هم تنیده است. هر شخص متصدی فعالیت و کار در عرصه خاص یا در چند عرصه محدود است و نیازهای دیگران را در حد خود تأمین می‌کند و خود از محصول کار و فعالیت دیگران بهره می‌برد. هیچ انسانی توانایی آن را ندارد که در همه عرصه‌ها به کار و فعالیت بپردازد و نیازهای خود را تأمین کند. بر اساس این ضرورت، انسان در مقام نیاز از کار و محصول دیگران بهره می‌گیرد؛ مثلاً انسان غیرعالم به طب و هندسه، هنگام نیاز، به پزشک و مهندس مراجعه می‌کند. عرصه دین‌داری نیز از این قاعده مستثنا نیست. انسان غیرعالم به احکام شریعت در مقام عمل به انسان عالم و دانا به شریعت رجوع می‌کند و مسائل خود را از او می‌پرسد و طبق آن رفتار می‌کند. افزون بر آنکه عقلا در مسائل مورد نیاز به افراد متخصص رجوع می‌کنند، همه سعی و تلاش آنان بر این واقعیت استوار است که به افراد متخصص درجه اول و اعلم رجوع کنند. بر پایه سیره عقلا در مسائل دینی نیز رجوع به اعلم ضرورت دارد و انسان مجاز نیست به غیراعلم مراجعه کند. از این‌رو، جمع کثیری از فقهای شیعی فتوا به

وجوب تبعیت از اعلم داده‌اند. همه این امور مربوط به عرصه فردی است. در عرصه اجتماعی نیز چنین است. زیرا سیره عقلا بین این دو عرصه تفاوت نمی‌گذارد. در نتیجه، لازم است قانون‌گذاری طبق فتاوی فقیه اعلم صورت بگیرد (قائینی، ۱۳۹۴).

در پاسخ به این اشکال باید گفت: اولاً، جریان سیره عقلا بر رجوع به افراد متخصص و دانا انکارناپذیر است. همه انسان‌ها در موارد نیاز به انسان متخصص مراجعه می‌کنند. ولی رجوع به متخصص اعلم مسلم نیست. اگر انسان نیاز به ساخت خانه‌ای پیدا کند به یکی از مهندسان مراجعه می‌کند. این‌گونه نیست که در همه موارد نیاز به متخصص برتر و داناتر رجوع کند. شاهد بر مدعا آنکه اگر رئیس شهر مبتلا به مرض دشوار شود، این‌گونه نیست که دنبال متخصص‌ترین پزشک جهان بگردد؛ بلکه به یکی از اطباء متخصص مراجعه می‌کند. روی همین جهت، جمعی از فقها اصل جریان سیره عقلا بر رجوع به اعلم را نپذیرفته‌اند (حیدری، ۱۴۱۲: ۳۱۸ - ۳۱۹). کسانی هم که ادعای رجوع به اعلم را مطرح کرده‌اند سخنشان مبتنی بر داده‌های آماری نیست، بلکه بر اساس حدس و احتمال ذهنی است. امام خمینی در رابطه با رجوع به اعلم نیز رجوع به او را از نظر عقلا ضروری نمی‌داند. می‌گوید: «هل بناء العقلاء علی ترجیح قول الأفضل لدی العلم بمخالفته مع غیره إجمالاً أو تفصیلاً، یكون بنحو الإلزام، أو من باب حسن الاحتیاط و لیس بنحو اللزوم؟ لا یبعد الاحتمال الثانی. لوجود تمام الماک فی کلّهما و احتمال أفریئة قول الأعلّم- علی فرض صحته- لم یکن بمثابة یری العقلاء ترجیحه علیه لزومیاً و لهذا تراهم یراجعون المفضول بمجرّد أعدار غیر وجهیة، کبعد الطریق و کثرة المراجعین و مشقة الرجوع إلیه ولو كانت قليلة و أمثال ذلك. ممّا یعلم أنّه لو حکم العقل إلی الزاماً بالترجیح، لما كانت تلك الأعدار وجهیة لدی العقل و العقلاء.» (خمینی، ۱۴۲۶: ۸۷) (آیا بنای عقلا مبنی بر ترجیح رأی اعلم در فرض علم به مخالفت آن با رأی غیراعلم به صورت اجمالی یا تفصیلی به صورت الزامی است یا از باب حسن احتیاط است و به صورت الزامی نیست؟ احتمال دوم (الزامی نبودن) بعید نیست. زیرا ملاک در هر دو وجود دارد. صرف احتمال اقریب قول اعلم- بر فرض صحت آن- از نظر عقلا در حدی نیست که ترجیح رأی اعلم را الزام‌آور بدانند. از این رو می‌بینید مردم به دلیل عذرهای غیرموجه، مانند دوری راه و کثرت مراجعین و مشقت اندک و امثال آن، به غیراعلم مراجعه می‌کنند. اگر حکم عقل بر ترجیح جانب اعلم الزامی بود، چنین عذرهایی از نگاه عقل و در نزد عقلا پذیرفته نبود).

ثانیاً، بر فرض که سیره عقلا بر رجوع به متخصص اعلم جاری باشد، سیره متشرعه از زمان پیامبر و امام در مسائل دینی بر رجوع به همه افراد عالم و آگاه به مسائل دین جریان یافته

است. شاهد صدق مدعا آنکه امام به برخی از اصحاب خود دستور داد در مسجد مدینه بنشینند و احکام دین را برای مردم بازگو کنند، درحالی‌که خود امام در مدینه حضور داشت. اگر رجوع به اعلم ضرورت داشت، ارجاع به اصحاب در مدینه موجه نبود. زیرا هیچ انسانی اعلم از امام نیست.

۴-۲. روایات تبعیت از اعلم

شاید بتوان گفت تبعیت در مسائل دینی از هر عالم دین مجتهد و متخصص در احکام شریعت جایز و رواست. آیات نفر و سؤال از اهل ذکر این معنا را می‌رساند. اما این تبعیت تا زمانی است که اختلاف نظر میان اعلم و غیراعلم آشکار نشود. هرگاه اختلاف نظر میان آنان آشکار شود، طبق روایات، پیروی از اعلم لازم است. سیره عقلا نیز مؤید همین ادعاست. در روایت معتبر راوی از امام صادق^(ع) سؤال می‌کند: «در صورتی که دو نفر در موضوع مورد اختلاف دو نفر را میان خودشان داور قرار دهند، اما داوران اختلاف پیدا کنند، نظر کدام یک باید پذیرفته شود؟» امام می‌فرماید: «يُنْظَرُ إِلَى أَفْقَهِيهِمَا وَأَعْلَمِيهِمَا بِأَحَادِيثِنَا وَأَوْرَعِيهِمَا فَيُنْفَذُ حُكْمَهُ وَلَا يُلْتَفَتُ إِلَى الْآخِرِ.» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۶: ۳۰۱؛ صدوق، ۱۴۱۳، ج ۳: ۸) (هر یک از آن دو فقیه‌تر، عالم‌تر به احادیث ما، و باتقواتر باشد حکم او نافذ است و حکم طرف مقابل مورد توجه قرار نمی‌گیرد).

در روایت عمر بن حنظله راوی از امام صادق^(ع) درباره دو شخصی سؤال می‌کند که درباره میراث یا دین با هم اختلاف دارند. امام، ضمن اینکه آنان را از رجوع به سلطان و قضات برحذر می‌دارد، می‌گوید: «يَنْظُرَانِ إِلَى مَنْ كَانَ مِنْكُمْ مِمَّنْ قَدْ رَوَى حَدِيثَنَا، وَنَظَرَ فِي حَلَالِنَا وَحَرَامِنَا، وَعَرَفَ أَحْكَامَنَا، فَلْيُرْضَوْا بِهِ حَكْمًا. فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا.» (طرفین نزاع شخصی را پیدا کنند که احادیث ما را نقل می‌کند، در مورد حلال و حرام ما تدبیر می‌کند، و احکام ما را می‌شناسد، به حکمیت و داوری او رضایت دهند. زیرا چنین شخصی را من قاضی و حاکم قرار دادم). راوی سؤال می‌کند که اگر طرفین نزاع به دو نفر واجد چنین صفاتی مراجعه کردند تا میانشان داوری کند، اما آنان در داوری و حدیث شما با همدیگر اختلاف پیدا کردند چه کار باید کرد؟ امام در جواب می‌فرماید: «الْحُكْمُ مَا حَكَمَ بِهِ أَعْدَلُهُمَا وَأَفْقَهُهُمَا وَأَصْدَقُهُمَا فِي الْحَدِيثِ وَأَوْرَعُهُمَا وَلَا يُلْتَفَتُ إِلَى مَا يَحْكُمُ بِهِ الْآخِرُ.» (کلینی، ۱۴۲۹، ج ۱: ۱۷۰؛ صدوق، ۱۴۱۳، ج ۳: ۹؛ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۶: ۳۰۲) (حکم همان حکمی است که عادل‌ترین و فقیه‌ترین و راستگوترین آنان در نقل حدیث و ورع‌ترین صادر کند و به حکم طرف دیگر توجه نمی‌شود). این دو روایت می‌رساند در موارد اختلاف داوری نظر شخص اعلم برتری دارد. در باب فتوا و قانون‌گذاری نیز همین معیار باید رعایت شود. یعنی در مسائل مورد اختلاف تقلید از

اعلم لازم است و در مقام قانون‌گذاری باید تقنین بر اساس فتاوی مرجع اعلم صورت بگیرد (قائینی، ۱۳۹۴).

پاسخ این ایراد چنین است: اولاً، اگر بنا شود طبق نص روایت در مورد اختلاف فتاوا در مسائل فردی یا قانون‌گذاری عمل شود، باید فتوای شخصی مقدم شود که واجد صفات عادل‌تر، ورع‌تر، فقیه‌تر، و عالم‌تر (طبق روایت دوم صادق‌تر در نقل حدیث) باشد؛ درحالی‌که کسی چنین سخنی را نگفته است. بر فرض که چنین سخنی را قبول کنیم، در جایی که این صفات از همدیگر تفکیک شود، نمی‌توان طبق روایت حکم به لزوم تقدیم فتوای اعلم کرد. چون این مورد خارج از دایره حکم روایت است (خامنی، ۱۴۲۶: ۱۰۵). ثانیاً، مورد روایات باب قضا و داوری است. روایت در گام اول مردم را ملزم به پیروی از عالمان دین متخصص در احکام شریعت می‌کند. در این مرحله سخنی از لزوم رجوع به اعلم مطرح نیست: «يَنْظُرَانِ إِلَى مَنْ كَانَ مِنْكُمْ مِمَّنْ قَدْ رَوَى حَدِيثَنَا وَنَظَرَ فِي حَلَالِنَا وَحَرَامِنَا وَعَرَفَ أَحْكَامَنَا، فَلْيَرْضَوْا بِهِ حَكْمًا. فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا». در گام دوم در فرضی که طرفین نزاع با اراده و اختیار خود دو نفر را به عنوان حکم قرار دهند و آنان با همدیگر در صدور حکم اختلاف کنند، امام داوری و حکم شخص اعلم و عادل را معیار برتری می‌داند. تقدیم داوری چنین شخصی کاملاً طبق معیار عقلایی است. زیرا اعلیّت و عدلیّت موجب می‌شود شائبه خلاف واقع و قرار گرفتن در معرض تطمیع برطرف شود. حال، اگر بخواهیم این روایت را در باب فتوا و قانون‌گذاری نیز جاری بدانیم، تنها حکم مرحله اول قابل جریان است. یعنی در مقام تقلید شخص می‌تواند از هر مجتهدی در احکام شریعت تقلید کند و در مقام قانون‌گذاری حاکمیت می‌تواند طبق فتاوی هر یک از مجتهدان وضع قانون کند. اما حکم مرحله دوم قابل جریان نیست. چون روایت مردم را ملزم نمی‌کند که فرد اعلم را انتخاب کنند، هرچند بدانند فرد اعلم وجود دارد؛ با اینکه اختلاف میان عالم و اعلم طبیعی است. حکم مرحله دوم اختصاص به فرض خاص قضا دارد. یعنی در فرضی که طرفین نزاع به دو عالم مجتهد رجوع کنند و آنان با همدیگر اختلاف کنند راه حل معقول تقدیم داوری شخص اعلم و عادل است. اما این حکم در جایی که شخص به عالم دین واحد رجوع کند جاری نیست. نمی‌توان حکم فرض خاص را به همه موارد سرایت داد.

۴-۳. وجوب تبعیت از فتوای ولی امر

مسئولیت صیانت از دین‌مداری نظام سیاسی، ترویج دین و حسن اجرای شریعت در جامعه، و تعیین سیاست‌های کلان هم‌سو با اهداف دین و مصالح امت مطابق با شرایط زمان و

مکان به عهده رهبر دینی نظام سیاسی است. اصولاً فلسفه وجودی ولی امر آگاه و خبیر همین است. اگر در نظام سیاسی چنین شخصیتی به عنوان رهبر پذیرفته شود، باید در همه مسائل مربوط به عرصه دین نظریات و فتاوی او پذیرفته شود. زیرا او مسئول ترویج دین و اجرای احکام در جامعه است. او در صورتی می‌تواند دین را در جامعه اجرا کند که خود آن را احکام دینی بداند. اگر آموزه‌ای برخلاف نظریات اجتهادی او باشد، به طور طبیعی، وی آن را جزء دین نمی‌داند و به تبع ملزم به اجرای آن نیست؛ بلکه مجاز به اجرای آن نیست. با این نگاه لازم است قانون‌گذاری طبق فتاوی رهبر دینی- سیاسی مجتهد صورت بگیرد (ارسطا به نقل از هاشمی شاهرودی، ۱۳۹۳؛ یزدی، ۱۳۶۸: ۷۷ - ۷۸؛ کعبی، ۱۳۹۶).

پاسخ این ایراد چنین است: اولاً، دیدگاه‌ها و نظریات در مورد مشروعیت دولت مختلف است. به طور کلی سه دیدگاه عمده در این مورد وجود دارد: الف) نظریه انتصاب؛ این نظریه بر آن است که فقهای عادل خبیر و مدبر از سوی خداوند به عنوان زعیم جامعه اسلامی تعیین شده‌اند. طبق این دیدگاه مشروعیت دولت فقط از سوی خداوند تعیین می‌شود و مردم نقشی در اصل مشروعیت ندارند. مشهور فقهای شیعی این نظر را دارند (محقق کرکی، ۱۴۰۹، ج ۱: ۱۴۲؛ نراقی، ۱۴۱۷: ۵۲۹ - ۵۸۱؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۱: ۳۹۷ - ۳۹۹؛ بروجردی، ۱۴۱۶: ۷۲ - ۸۱). ب) نظریه انتخاب؛ این نظریه بر آن است که فقیه عادل و خبیر و مدبر از سوی جامعه اسلامی با انتخابات به عنوان زعیم جامعه اسلامی تعیین می‌شود. مشروعیت با فراهم شدن دو مؤلفه فقاقت و انتخاب تأمین می‌شود. این نظر منتظری و سبحانی است (منتظری، ۱۴۰۹، ج ۱: ۴۰۴ - ۴۰۵؛ سبحانی، بی‌تا: ۲۰۳ - ۲۹۶). ج) دیدگاه ولایت امت با نظارت فقها؛ این دیدگاه بر آن است که جامعه در تعیین والی و حاکم خود ولایت دارد و می‌تواند حاکم جامعه اسلامی را در فرض فقدان نص تعیین کند. اما لازم است حکومت آنان با نظارت فقهای مسلمان همراه باشد تا از مرزهای دین و شریعت تعدی نکند و از دین به عنوان باارزش‌ترین پدیده جامعه اسلامی صیانت شود. طبق این دیدگاه مشروعیت فقط وابسته به انتخاب امت است. این دیدگاه شهید صدر و شمس‌الدین است (صدر، ۱۴۲۱: ۱۱۹ - ۱۶۲؛ شمس‌الدین، ۱۴۱۱: ۲۳۴ - ۲۳۵). حال وضع قانون طبق فتاوی رهبر دینی- سیاسی جامعه اسلامی در صورتی لازم است که ما از میان نظریه‌های مشروعیت دولت نظریه انتصاب را مبنای مشروعیت بدانیم. چون طبق این نظر مشروعیت او وابسته به آرای مردم نیست. اگر توانست بر اساس مقبولیت میان مردم به عنوان رهبر دینی- سیاسی جامعه پذیرفته شود، می‌تواند طبق فتاوی خود جامعه را ملزم کند و نهادهای حکومت را موظف به وضع قانون طبق فتاوی خود کند. اما طبق سایر نظریات ولایت چنین الزامی وجود ندارد.

ثانیاً، بر فرض که در مبانی مشروعیت نظریه انتصاب را بپذیریم، بر ولی امر واجب نیست ضرورتاً طبق آرای خود اقدام به وضع قانون کند. زیرا آرای فقهی او برای خودش حجت است و الزام دیگران طبق آن واجب نیست. بنابراین، می‌تواند قانون‌گذاری و اجرای قانون را به نهادهای دیگر واگذار کند. شاهد بر ادعا قرائن تاریخی و روایات است. در زمان پیامبر و امیرالمؤمنین، قضات برای شهرهای مختلف تعیین می‌شد، بلکه در زمان امیرالمؤمنین در کوفه مسئولیت قضا به عهده شخص دیگر بود. روشن است فهم قضات منصوب با دیدگاه پیامبر و امیرالمؤمنین چه‌بسا مختلف بود. در عین حال، پیامبر و امیرالمؤمنین آنان را به منصب قضاوت گماشتند. این قرینه آن است که الزامی بر داوری طبق دیدگاه رهبر دینی- سیاسی جامعه اسلامی وجود ندارد. در نظام جمهوری اسلامی ایران نیز مطابق همین رویه رفتار شد. مثلاً نمونه فتوای امام خمینی درباره مالکیت معنوی عدم اعتبار آن است. در عین حال، در زمان ایشان قانون رعایت حقوق معنوی پذیرفته شد و موارد دیگر از این قبیل نیز وجود دارد.

ثالثاً، اگر قانون‌گذاری طبق فتاوی رهبر سیاسی- دینی جامعه را لازم بدانیم، لازمه‌اش آن است که اگر رهبر دینی در همه ابواب فقه و مسائل اجتماعی صاحب‌نظر نباشد یا به اجتهاد در آن ابواب نپرداخته باشد، وضع قانون دچار اشکال شود. زیرا از طرفی مجتهد است و نمی‌تواند طبق نظریات دیگران وضع قانون کند و از طرف دیگر خود نیز به اجتهاد در امور یادشده نپرداخته است. بلکه می‌توان گفت امروزه حتی برای کسانی که همه عمرشان را صرف اجتهاد و استنباط مسائل شرعی می‌کنند بررسی و استنباط در همه مسائل فقهی و اجتماعی برای آنان غیرمقدور است. افزون بر آن، پیامد این دیدگاه آن است که هرگاه دیدگاه رهبر در مسائل دینی تغییر یابد یا رهبری دینی نظام سیاسی تغییر کند، همه قوانین باید طبق دیدگاه نو و رهبری جدید تغییر کند. درحالی‌که تغییر قانون و قانون‌گذاری جدید به‌سهولت ممکن نیست.

رابعاً، طبق آنچه در قانون اساسی در اصل ۹۶ آمده «تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام با اکثریت فقهای شورای نگهبان است». طبق تفسیر شورای نگهبان، معیار در مغایرت و عدم مغایرت قوانین مصوب مجلس نظر فتوایی فقهای شورای نگهبان است (فتحی و کوهی اصفهانی، ۱۳۹۷: ۱۶۹). طبق این تفسیر، معیار قرار دادن فتوای ولی امر با قانون اساسی دچار اشکال می‌شود. البته نظر دیگر آن است که معیار در مطابقت و عدم مطابقت با شرع نظر ولی امر است. در گام دوم نظر مشهور معیار است. این نظر را نگارنده در صحبتی که با یکی از فقهای شورای نگهبان داشت شنید. ایشان چنین استدلال کرد که قانون اساسی تشخیص مغایرت و عدم مغایرت قوانین با شرع را به عهده شورای نگهبان گذاشته، اما مشخص نکرده آنان کدام نظر را در مقام ارزیابی معیار قرار دهند. معیار،

طبق همان دلیل پیشین که گذشت، فتوای ولی امر است. گمان بر آن است که این نظر با روح قانون اساسی سازگار نیست. چون در قانون اساسی شرایط و صفات خاصی برای اعضای فقهای شورای نگهبان ذکر شده و وظایف مهمی به عهده آنان گذاشته شده است. مثلاً در اصل ۹۱ آمده است: «به منظور پاسداری از احکام اسلام و قانون اساسی از نظر عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای ملی با آنها، شورایی به نام شورای نگهبان با ترکیب زیر تشکیل می‌شود: شش نفر از فقهای عادل و آگاه به مقتضیات زمان و مسائل روز. انتخاب این عده با مقام رهبری است». واگذاری مسئولیت مطابقت یا عدم مغایرت قوانین با شریعت به عهده شورای نگهبان با صفات مذکور در قانون شاهد آن است که نظر آنان در قوانین نقش دارد. وگرنه اگر بنا بود صرفاً آرای مرجع اعلم یا ولی امر یا هر مقام علمی دیگری در قوانین لحاظ شود، نیازی به چنین تدابیری نبود. بلکه می‌توان آن را به تعداد افراد آگاه به فتاوی فقیهان واگذار کرد.

۴ - ۴. تبعیت از فتاوی فقهای شورای نگهبان

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در موارد مختلف نظارت بر مصوبات مجلس و قوانین مصوب مجلس را بر عهده شورای نگهبان گذاشته است؛ از جمله در اصل ۹۱ و ۹۶ به جایگاه شورای نگهبان اشاره شده است. در اصل ۹۱ آمده است: «به منظور پاسداری از احکام اسلام و قانون اساسی، از نظر عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای ملی با آنها، شورایی به نام شورای نگهبان با ترکیب زیر تشکیل می‌شود: ۱. شش نفر از فقهای عادل و آگاه به مقتضیات زمان و مسائل روز. انتخاب این عده با رهبر یا شورای رهبری است». در اصل ۹۶ آمده است: «تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام با اکثریت فقهای شورای نگهبان و تشخیص عدم تعارض آنها با قانون اساسی بر عهده اکثریت همه اعضای شورای نگهبان است». در مشروح مذاکرات مجلس قانون اساسی نیز توسط رئیس مجلس قانون اساسی تصریح شده است که معیار در مطابقت یا عدم مخالفت با شریعت نظر فقهی فقهای شورای نگهبان است (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۳، ج ۲: ۹۶۳). همچنین در نامهٔ دبیر شورای نگهبان در سال ۱۳۶۰ به این مطلب تصریح شده است (فتحی و کوهی اصفهانی، ۱۳۹۷: ۱۶۹). شورای نگهبان در بدو تشکیل چنین نظری داشته است. اما به مرور نظر آن به لزوم سنجش با فتاوی ولی امر و رهبر دینی نظام سیاسی تغییر یافته است. این احتمال در مطلب سوم این بحث مورد بررسی قرار گرفت. فعلاً سخن بر سر لزوم تبعیت از فتاوی فقهای شورای نگهبان است در مقام مطابقت و عدم مغایرت با شریعت.

این دیدگاه چند مانع دارد: اولاً، از نظر استنادی مستند روشن و واضح برای خصوص این نظر در نصوص شریعت نمی‌توان یافت. زیرا اگر مستند آن را آیات و روایات مربوط به مشاوره بدانیم، مانند آیه مبارکه «وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ» (آل عمران: ۱۵۹) و آیه مبارکه «وَأْمُرْهُمْ بِشُورَىٰ بَيْنَهُمْ» (شوری: ۳۸) و روایات مربوط به باب مشاورت، شمول آن نسبت به افتا و صدور رأی و تبعیت از رأی اکثریت دشوار است. افزون بر آن الزام به تبعیت از مشاوره را نمی‌رساند. اگر مستند آن را وجوب نصب قضات متعدد توسط پیامبر گرامی اسلام و امیرالمؤمنین بدانیم، به این بیان که قضات در فهمشان از نصوص شریعت متفاوت بوده‌اند، در نتیجه به نحوی کثرت‌گرایی در مقام حکم طبق شریعت پذیرفته شده است. این هم دچار این ایراد است که اگر نص صریح بر قضاوت شورایی و تبعیت از اکثریت می‌داشتیم، این سخن قابل پذیرش بود. ولی چنین نصی نداریم و در آن زمان قضاوت شورایی رایج هم نبوده است. اگر مستند این دیدگاه سیره عقلاییه معاصر باشد، از نظر فقهی سیره عقلاییه که به زمان معصوم منتهی نشود و سکوت امام و به تبع امضای امام را در پی نداشته باشد حجت نیست و اعتبار ندارد. ثانیاً، اگر ادعا شود مستند اعتبار نظریات فقهای شورای نگهبان همان مستند حجیت فتوای هر فقیه صاحب رأی و اعتبار است (نظریه مختار نگارنده در این مقال)، در این صورت لزوم به متابعت از اکثریت نیست، بلکه هر چه هر فتوایی از فقهای شورای نگهبان ابراز کند می‌تواند مدار اعتبار قرار بگیرد. افزون بر آن اگر مستند حجیت و اعتبار فتوای هر فقیهی باشد، اختصاص آن به تعداد محدود به نام شورای نگهبان وجهی ندارد. زیرا سند اعتبار اختصاص به آنان ندارد. بدون شک نمی‌توان گفت مستند اعتبار آرای فقهای شورای نگهبان لزوم تبعیت از فقیه اعلم است. چون واقعیت میدانی نشان‌دهنده آن است که فقهای شورای نگهبان فقهای اعلم معاصر نبوده و نیستند و خود نیز چنین ادعایی ندارند. بنابراین دلیل متابعت از اعلم شامل آنان نمی‌شود. ثالثاً، افزون بر مشکل استنادی، طبق بیان بعضی از استادان، این نظر از نظر عملی و اجرایی نیز مشکلاتی در پی دارد؛ اینکه اگر بنا شود معیار در مطابقت و عدم مطابقت با شریعت یا معیار در مخالفت و عدم مخالفت فتاوی فقهای شورای نگهبان باشد، لازمه‌اش این است که در صورت عدم مخالفت قانون با فتاوی فقهای شورای نگهبان قانون مشروع خواهد بود و در صورت مخالفت نامشروع خواهد بود. با نظرداشت اینکه فقهای شورای نگهبان در اثر سپری شدن مدت زمان معینشان در شورا یا در اثر مرگ و عوارض دیگر تغییر می‌یابند، گاهی فقهای دیگری حضور می‌یابند که فتاوی آنان چه‌بسا با فتاوی فقهای پیشین مخالف‌اند. در این صورت قوانین مخالف با این فتاوا حجیت و اعتبار خود را از دست می‌دهد. از سوی دیگر

تغییر قوانین به سهولت امکان‌پذیر نیست.

۴-۵. حجیت و اعتبار فتاوی کارآمد

یکی از نظریاتی که در باب فتوای معیار در قانون‌گذاری از سوی برخی از استادان و محققان مطرح شده آن است که در مقام قانون‌گذاری باید فتوایی را انتخاب کرد که نسبت به حل معضلات جامعه و نظام کارآمدی بیشتری داشته باشد؛ یعنی فتوایی که دارای سه ویژگی باشد: اول، فتوای شاذ نباشد و بر اساس موازین پذیرفته‌شده اصولی و فقهی باشد؛ دوم، با سایر فتاوایی که قوانین بر محور آن‌ها تدوین می‌شود یک مجموعه هماهنگ را تشکیل بدهد؛ سوم، پاسخگوی نیازهای زمان و حکومت اسلامی باشد (ارسطا، ۱۳۹۳).

پذیرش این دیدگاه دشوار است. زیرا دلیل معتبر فقهی بر اعتبار آن اقامه نشده است. صرف کارآمد بودن دلیل اعتبار نمی‌شود. باید از آیات و روایات دلیل فقهی اقامه شود. چنین دلیلی ذکر نشده است. از این رو نمی‌توان قانون‌گذاری را بر آن بنا نهاد. برخلاف نظریه تخییر که از پشتوانه علمی برخوردار است و مستندات و دلایل فقهی متعدد بر آن اقامه شد، جمع‌کنندگی از فقهای برجسته، مانند محقق حلی و محقق نراقی و محقق قمی، بر پایه همان مستندات جزء طرفداران این نظریه به شمار می‌روند. البته در مقام عمل نظریه فتوای کارآمد و نظریه تخییر چه بسا با همدیگر سازگار می‌شوند. زیرا هرچند نظریه تخییر هر فتوایی را حجت می‌داند، چون دلیل فقهی بر اعتبار آن اقامه شده است، اما در مقام تقنین شایسته است محسنات قانون‌گذاری مانند نزدیک بودن به عدالت، سازگاری با نظام قانونی کشور، سهولت برای جامعه و مردم در آن رعایت شود.

نظریه تخییر در عین حال که به لحاظ گستره با نظریه وضع قانون طبق فتاوی کارآمد متفاوت است و ضرورت ندارد مقنن طبق فتوای کارآمد وضع قانون کند، اما اگر تخییر در انتخاب فتاوا منجر به اختلال نظام یا هرج و مرج در کشور یا مخالفت با هر گونه الزامات شرعی دیگر باشد، تخییر مقید می‌شود. قانون باید طبق فتوایی وضع شود که مانع اختلال نظام شود. اما در همه جا این چنین نیست.

۴-۶. عدم شمول ادله اعتبار فتاوا

طبق نظریه تخییر همه فتاوا حجت و معتبر شمرده می‌شوند. حجیت و اعتبار فتاوا در گرو شمول ادله جواز تقلید نسبت به همه فتاواست. ولی شمول ادله تقلید نسبت به همه فتاوا ممکن نیست. چون چه بسا فتاوا با همدیگر معارض‌اند. ادله اعتبار فتاوا نمی‌تواند شامل دو فتوای متعارض شود. چون تنافی در مقام جعل و تشریح لازم می‌آید و صدور احکام متناقض و متضاد از خداوند حکیم محال است؛ بلکه نوبت به مرجحات باب تعارض می‌رسد. روایت

داود بن حصین و عمر بن حنظله پیشین اعلیت را به عنوان مرجح در فرض تعارض دو فتوا بیان می‌کند. بنابراین در فرض تعارض فتاوا تنها نظر فقیه اعلم حجت است و نظر غیر اعلم حجیت و اعتبار ندارد. در نتیجه قانون‌گذار فقط مجاز به وضع قانون طبق نظر فقیه اعلم است. در مقام پاسخ به این ایراد می‌توان گفت: اولاً، در مورد ادله اعتبار فتوا نسبت به موارد تعارض دو مبنا وجود دارد.^۴ مبنای مشهور آن است که ادله اعتبار فتوا شامل دو یا چند فتوای متعارض نمی‌شود، به این دلیل که شمول آن از چهار حالت خارج نیست و همه حالات باطل است: الف) شمول ادله اعتبار نسبت به هر دو فتوا. این احتمال باطل است، چون مستلزم تعبد به دو امر متعارض است و چنین چیزی محال است؛ ب) شمول ادله اعتبار نسبت به یکی از دو فتوا به صورت معین. این احتمال نیز نادرست است، چون مستلزم ترجیح بلا مرجح است؛ ج) شمول ادله اعتبار نسبت به یکی از فتاوا مشروط به عمل و التزام به آن فتوا. این احتمال نیز ناصواب است، چون لازمه‌اش این است که اگر مکلف همه فتاوی متعارض را رها کند و به هیچ‌یک از آنها عمل نکند باید چیزی به عهده او نباشد. چون تحصیل شرط واجب نیست، چنین امری قابل التزام نیست؛ د) شمول ادله اعتبار نسبت به یکی از فتاوا مشروط به عدم التزام و عمل به فتوای دیگر. این احتمال نیز صحیح نیست، چون مستلزم آن است که در صورتی که شخص عمل و التزام به همه فتاوا را ترک کند، باید همه فتاوا در حق او حجت باشد. لازمه حجیت همه فتاوا تعبد به دو امر متضاد و متناقض است. در نتیجه ادله اعتبار فتاوا شامل هیچ‌یک از دو فتوای متعارض نمی‌شود (خویی، ۱۴۲۰، ج ۳: ۳۶۶؛ نائینی، بی‌تا، ج ۴: ۷۵۵؛ عراقی، بی‌تا، ج ۴: ۱۷۴ - ۱۷۵). مبنای دیگر آن است که ادله اعتبار فتاوا شامل یکی از دو فتوا به صورت مشروط به عدم اخذ فتوای دیگر می‌شود. زیرا آنچه محال است جمع بین ضدین و نقیضین است. اما صرف تعبد و امر به ضدین یا نقیضین محال نیست. در نتیجه ادله اعتبار حجیت فتوا شامل یکی از دو فتوا به صورت مشروط به عدم اخذ دیگری می‌شود (فیاض، ۱۳۹۵، ج ۱۵: ۲۴۷). در نتیجه این‌گونه نیست که عدم شمول ادله اعتبار فتاوا نسبت به دو فتوای متعارض امر مسلم باشد. ثانیاً، بر فرض که عدم شمول ادله اعتبار فتاوا نسبت به موارد تعارض را بپذیریم، آیا هر دو فتوا از حجیت و اعتبار ساقط می‌شود یا فی الجمله حجیت دارد و نتیجه آن نفی نظر ثالث است؟ در این زمینه دو نظر وجود دارد. آخوند خراسانی و محقق نائینی و محقق عراقی بر آن‌اند که فی الجمله هر دو حجت است و با دو فتوای متعارض نفی ثالث می‌شود (خراسانی، ۱۴۱۲: ۴۳۹؛ نائینی، بی‌تا، ج ۴: ۷۵۵؛ عراقی، بی‌تا، ج ۴: ۱۷۵ - ۱۷۶). نتیجه این دیدگاه پس از تعارض باز تخییر در فتاواست. در برابر، محقق خویی بر آن است که هر دو فتوای متعارض به طور کامل از اعتبار ساقط می‌شود و

نسبت به نفی ثالث اثر ندارد (خویی، ۱۴۲۰، ج ۳: ۳۷۰). نتیجه این دیدگاه، پس از سقوط فتاوا، رجوع به عام فوقانی در صورت وجود چنین عامی است. در صورت نبود آن، باید به اصول عملیه به تناسب مورد رجوع شود (وحید خراسانی، ۱۴۴۰: ۷۵). ثالثاً، در آخر نسبت به مرجحیت اعلمیت نسبت به فتاوا در مقام تعارض، باید گفت اولاً اعلمیت از مرجحات نیست. چون اعلمیت و عدلیت از مرجحات باب قضا و داوری است، الغای خصوصیت از باب حکم و قضا به باب فتوا نتوان کرد. بر فرض الغای خصوصیت از نظر عرف میان باب قضا و فتوا، باز اشکال به طور کامل حل نمی‌شود. در فرضی که دو مجتهد از نظر علمی مساوی همدیگر باشند، در فرض تعارض میان فتاوی آنان باید طبق قواعد باب تعارض عمل کرد و همان دیدگاه‌ها و نظریات پیشین در این فرض خواهد آمد. نهایتاً دایره فتاوا قدری مضیق می‌شود.

۵. نتایج دیدگاه تخییر

۵-۱. تخییر در قانون‌گذاری

نظریه تخییر موجب توسعه در مقام قانون‌گذاری می‌شود. قانون‌گذار می‌تواند طبق هر یک از فتاوی فقهای شیعی اقدام به وضع قانون کند. چون طبق این نظریه فتاوی همه فقهایان در عرض هم حجت است، وضع قانون طبق هر یک جایز است. پس از طی فرایند قانون‌گذاری، آن قانون برای جامعه الزام‌آور می‌شود. این ثمره مهم برای دولت و جامعه اسلامی است.

۵-۲. تخییر در خلأ قانون

فتاوی معیار در خلأ قانون جزء مباحث مورد اهتمام است. این پرسش مطرح است که در موارد نبود قانون قاضی طبق کدام فتوا داوری کند؟ طبق نظریه تخییر هر فتاوی معتبری می‌تواند مستند صدور حکم قرار بگیرد. چون همه آرای متخصصان علم شریعت اعتبار دارد. اما در مقام عمل، قاضی شایسته است فتوایی را انتخاب کند که با مجموعه قوانین سازگاری بیشتری دارد و به عدالت نزدیک‌تر است. البته در صورت تشتت آرای قضایی، شایسته است دیوان عالی فتوایی را توصیه کند که سازگار با نظام قضایی است.

البته این نکته را نیز باید در نظر داشت که در مقام قانون‌گذاری و صدور رأی شایسته است جهات دیگری، مانند مطابقت با ساختار نظام حقوقی و قانونی کشور، مورد توجه و التفات قرار گیرد. چون عدم سازگاری قانون با کل ساختار حقوقی نوعی هرج و مرج حقوقی به شمار می‌رود.

۵-۳. تعیین معیار در مخالفت با شرع

نظریه تخییر این پیامد را دارد که مخالفت با شریعت منحصر به مواردی است که قانون برخلاف احکام الزامی مورد اتفاق فقهای شیعی باشد. زیرا طبق این دیدگاه همه آرای فقهای شیعی اعتبار دارد. به تبع هر نظری از سوی فقیهی ارائه شود، طبق ادله حجیت فتوا، اعتبار دارد.

بنابراین، اگر قانون یا تصمیمی مطابق با آن باشد، مخالفت با شریعت تحقق نمی‌یابد. مخالفت با شریعت فقط در صورتی محقق می‌شود که با حکم مورد وفاق فقهای شیعی مخالف باشد.

نتیجه‌گیری

نتیجه‌گیری نهایی اینکه نظریهٔ تخییر این مطلب را افاده می‌کند که وضع قانون طبق هر یک از فتاوای مراجع و مجتهدان صاحب‌نظر مجاز است. این دیدگاه هم در اعمال فردی هم در قانون‌گذاری قابل جریان است. دلایل متقن بر اعتبار آن اقامه شده است و صاحب‌نظران صاحب نام و اعتبار، مانند محقق حلی و محقق نراقی و صاحب **جواهر**، جزء طرفداران این نظریه‌اند. این تخییر به صورت استمراری است؛ یعنی قوهٔ مقننه و سایر نهادهای مسئول قانون‌گذاری هرگاه بخواهند می‌توانند قانون دیگری را مطابق با آرای مجتهدان دیگری تصویب کنند. این نظریه همان‌گونه که گفته آمد نتایج بسیار مهمی دارد و دست قانون‌گذاران یک کشور و نیز نهادهای مسئول را تا حد زیادی در قانون‌گذاری باز می‌گذارد.

یادداشت

۱. محمدجواد ارسطو، «فتاوی معیار در قانون گذاری»، سخنرانی ایرادشده در مؤسسه فهیم به تاریخ ۱۳۹۳/۰۱/۳۰، <http://fahimco.com>؛ حسن علی علی اکبریان، «فتاوی معیار در قانون گذاری»، فصلنامه تخصصی دین و قانون، ۹۷ - ۱۱۶؛ عباس کعبی، «تحلیل مبانی اصول قانون اساسی»، اصل چهارم، بخش چهارم، تاریخ نشر ۱۳۹۶/۰۷/۲۰، vasael.ir؛ مسعود جهان دوست دالتجان، «امکان سنجی فقهی قانون گذاری بر مبنای مشهور»، دوفصلنامه علمی-تخصصی پژوهشنامه فقهی، پاییز و زمستان ۱۳۹۴، ۵ - ۲۶؛ مصطفی جباری، «بن بست های موجود در ساختار اجرایی نظریه علمیت»، فصلنامه مطالعات اسلامی، شماره ۷۱، ۶۷ - ۸۲.
۲. برخی فقها در قاضی اجتهاد را کافی دانسته و اعلمیت را شرط ندانسته اند: ← محمد مفید، المقننه: ۷۲۱؛ محمد بن الحسن طوسی، النهایه: ۳۳۷ و الخلاف، ج ۶: ۲۰۷؛ عبدالعزیز بن براج، المهذب، ج ۲: ۵۹۶ - ۵۹۷؛ ابوالصلاح حلبی، الکافی فی الفقه: ۴۲۲؛ حمزه بن زهره، غنیة النزوع: ۴۳۶؛ محمد بن ادریس، السرائر، ج ۲: ۱۵۴؛ محقق حلی، شرائع الاسلام، ج ۴: ۶۱؛ علامه حلی، قواعد الاحکام، ج ۳: ۴۲۱ - ۴۲۳ و نهایه الوصول، ج ۵: ۶۳؛ محمد بن الحسن حلی، ایضاح الفوائد، ج ۴: ۲۹۸؛ محمد قطان حلی، معالم الدین، ج ۲: ۳۴۰؛ میرزای قمی، رسائل المیرزا القمی، ج ۲: ۵۹۹؛ سید جواد عاملی، مفتاح الکرامه، طبع قدیم، ج ۱۰: ۴؛ احمد نراقی، مستند الشیعه، ج ۱۷: ۴۶؛ محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۰: ۲۹ و ۴۳؛ سید علی قزوینی، التعليقات علی معالم الدین: ۴۹۰؛ حسین حویزی، التوضیح النافع: ۳۸۶؛ ضیاء الدین عراقی، تعلیقه استدلالیه: ۱۴؛ سید احمد خوانساری، جامع المدارک، ج ۶: ۷؛ سید ابوالقاسم خویی، موسوعه الامام الخوئی، ج ۱: ۱۸۱ و ۳۶۳؛ سید محمدرضا گلپایگانی، کتاب القضاء و الشهادات، ج ۱: ۸۲؛ سید جعفر جزائری، منتهی الدرایه، ج ۸: ۵۷۳ - ۵۷۴؛ جواد تبریزی، دروس فی علم الاصول، ج ۶: ۴۰۳؛ حسینعلی منتظری، نظام الحکم فی الاسلام: ۲۶۲؛ سید عبدالکریم اردبیلی، فقه القضاء، ج ۱: ۱۷۲؛ سید کاظم حائری، القضاء فی الفقه الاسلامی: ۵۰.
۳. مثلاً سید کاظم حائری می گوید: «هل إن التخبیر استمراری؟ و الآن وصلت النوبه إلى الحدیث عمّن قلّد فقیهها، فهل يجوز له الرجوع بعد ذلك إلى فقیه آخر غیر أعلم أولاً؟ و أول ما یخطر بالبال بعد فرض إثبات التخبیر كون التخبیر استمراریاً، إمّا تمسکاً بإطلاق دلیل التخبیر لو كان الدلیل لفظیاً، أو بكون الارتکاز علی التخبیر الاستمراری لو كان الدلیل عبارة عن الارتکاز، و إمّا تمسکاً باستصحاب الحجیه التخبیریة بعد الأخذ أو العمل بإحداهما، فالنتیجه جواز العدول.»
۴. قواعد باب تعارض بر دو گونه است: قواعد اولی و قواعد ثانوی. قواعد ثانوی اختصاص به باب اخبار و روایات متعارض دارد و در باب فتاوا قابل جریان نیست. چون مورد آن روایات است. محقق نائینی همین مبنا را دارد (نائینی، بی تا، ج ۴: ۷۶۵). اما قواعد اولی باب تعارض در مورد فتاوا متعارض نیز جاری است. چون معیار در آن شمول ادله اعتبار نسبت به دو امر متعارض است؛ اعم از آنکه آن دو فتوا باشد یا دو روایت. بر همین اساس از قواعد باب تعارض در اصول فقه در این مورد استفاده شده است.
۵. قابل یادآوری است که دیدگاه نظریه تخبیر در انتخاب فتاوا مورد قبول استاد ارسطو و استاد علی اکبریان نمی باشد؛ ولی به عنوان یک دیدگاه علمی قابل طرح و بررسی است.



منابع

قرآن کریم.

۱. ابن براج، عبدالعزيز (۱۴۰۶ ق)، المهدب، قم: انتشارات اسلامی، چ اول.
۲. اراکی، محمدعلی (۱۴۱۵ ق)، رساله فی الاجتهاد و التقليد، قم: مؤسسه در راه حق، چ اول.
۳. اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۴۲۳ ق)، فقه القضاء، بی جا: قم، چ دوم.
۴. ارسطا، محمدجواد، «فتوای معیار در قانون گذاری»، سخنرانی در مؤسسه فهیم، ۱۳۹۳/۰۱/۳۰، <http://fahimco.com>
۵. اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۶ ق)، بحوث فی الاصول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ دوم.
۶. بروجردی، سید حسین (۱۴۱۶ ق)، البدر الزاهر، قم: مکتب آیت الله منتظری، چ سوم.
۷. تبریزی، جواد (بی تا)، أسس القضاء و الشهاده، قم- ایران: دفتر مؤلف، چ اول.
۸. تبریزی، میرزا جواد (۱۳۸۷ ش)، دروس فی مسائل علم الاصول، قم، چ دوم.
۹. جباری، مصطفی (۱۳۸۵)، «بن بست های موجود در ساختار اجرایی نظریه اعلمیت»، فصلنامه مطالعات اسلامی.
۱۰. جزائری، سید جعفر مروج (۱۴۱۵ ق)، منتهی الدراية، قم: مؤسسه دارالکتاب، چ سوم.
۱۱. جهان دوست دالتجان، مسعود (۱۳۹۴)، «امکان سنجی فقهی قانون گذاری بر مبنای مشهور»، دوفصلنامه علمی- تخصصی پژوهشنامه فقهی، پاییز و زمستان.
۱۲. حائری، سید کاظم (۱۳۸۸ ش)، «حقیقه التقليد و حالاته»، مجله فقه اهل البيت، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اهل بيت، شماره ۵۰، تابستان.
۱۳. _____ (۱۴۱۵ ق)، القضاء فی الفقه الإسلامی، قم - ایران: مجمع اندیشه اسلامی، چ اول.
۱۴. حائری، مرتضی بن عبدالکریم (۱۴۲۶ ق)، شرح العروة الوثقی، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ اول.
۱۵. حر عاملی، محمد بن الحسن (۱۴۰۹ ق)، وسائل الشیعه، قم: مؤسسه آل البيت، چ اول.
۱۶. حکیم، سید محسن (۱۴۱۶ ق)، مستمسک العروة الوثقی، قم: مؤسسه دار التفسیر، چ اول.
۱۷. حلبی، ابن زهره، حمزه (۱۴۱۷ ق)، غنیة النزوع، مؤسسه امام صادق (ع)، قم، چ اول.



۱۸. حلبی، ابوالصلاح، تقی‌الدین (۱۴۰۳ ق)، *الكافی فی الفقه*، اصفهان- ایران: کتابخانه امام امیرالمؤمنین، چ اول.
۱۹. حلبی، ابن ادريس، محمد بن منصور (۱۴۱۰ ق)، *السرائر*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ دوم.
۲۰. حلبی، علامه حسن بن یوسف (۱۴۲۰ ق)، *تحریر الأحكام الشرعیه*، قم: مؤسسه امام صادق(ع)، چ اول.
۲۱. _____ (۱۴۱۳ ق)، *قواعد الأحكام*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ اول.
۲۲. _____ (۱۴۲۵ ق)، *نهاية الوصول الى علم الأصول*، قم: مؤسسه امام صادق(ع)، چ اول.
۲۳. _____ (۱۴۲۵ ق)، *نهاية الوصول*، قم، چ اول.
۲۴. حلبی، محقق جعفر بن الحسن (۱۴۰۸ ق)، *شرائع الإسلام*، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چ دوم.
۲۵. حلبی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ ق)، *إيضاح الفوائد*، قم- ایران: مؤسسه اسماعیلیان، چ اول.
۲۶. حلبی، محمد بن شجاع قطان (۱۴۲۴ ق)، *معالم الدين*، قم: مؤسسه امام صادق(ع)، چ اول.
۲۷. حویزی، حسین (۱۴۱۶ ق)، *التوضیح النافع*، قم: انتشارات اسلامی، چ دوم.
۲۸. حیدری، سید علی نقی (۱۴۱۲ ق)، *أصول الاستنباط*، قم: لجنة إدارة حوزة، چ اول.
۲۹. خراسانی، محمدکاظم (۱۴۱۲ ق)، *کفاية الاصول*، بیروت: مؤسسه آل البيت، چ دوم.
۳۰. خمینی، روح‌الله (۱۴۲۶ ق)، *الاجتهاد و التقليد*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چ اول.
۳۱. خوانساری، سید احمد (۱۴۰۵ ق)، *جامع المدارک*، قم- ایران: مؤسسه اسماعیلیان، چ دوم.
۳۲. خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۸ ق)، *موسوعة الامام الخوئی*، قم: مؤسسه احیاء آثار آیت‌الله خویی، چ اول.
۳۳. _____ (۱۴۲۰ ق)، *مصباح الاصول*، تقریر سید محمدرور واعظ، قم: مکتبه الداوری، چ ششم.
۳۴. سبحانی، جعفر (بی‌تا)، *معالم الحكومة الإسلامية*، تقریر جعفر الهادی، مکتبه الامام امیرالمؤمنین.
۳۵. شب‌زنده‌دار، مهدی، *مکاتب اجتهادی*، <http://wikifeqh.ir>.

۳۶. شمس‌الدین، محمدمهدی (۱۴۱۱ ق)، نظام الحكم و الادارة فى الإسلام، بیروت: المؤسسة الدولية، چ دوم.
۳۷. صدر، محمداقبر (۱۳۷۹ ش)، المعالم الجديدة، قم: کنگره شهید صدر، چ اول.
۳۸. _____ (۱۴۲۱ ق)، الإسلام يقود الحياة، قم: المؤتمر العالمى للشهيد الصدر، چ اول.
۳۹. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسى نهايى قانون اساسى جمهورى اسلامى ايران (۱۳۶۴)، تهران: مجلس شورای اسلامى، چ اول.
۴۰. صدوق، محمد بن على (۱۴۱۳ ق)، من لا يحضره الفقيه، تحقيق على اڪبر غفارى، قم: دفتر انتشارات اسلامى، چ دوم.
۴۱. طوسى، محمد بن الحسن (۱۴۱۴ ق)، الامالى، قم: دار الثقافة، چ اول.
۴۲. _____ (۱۴۰۷ ق)، تهذيب الاحكام، تهران: دار الكتب الاسلاميه، چ چهارم.
۴۳. _____ (۱۴۰۰ ق)، النهاية، دار الكتاب العربى، بيروت، چ دوم.
۴۴. _____ (۱۴۰۷ ق)، الخلاف، قم- ايران: دفتر انتشارات اسلامى، چ اول.
۴۵. عاملى، زين الدين بن على (شهيد ثانى) (۱۴۱۳ ق)، مسالك الافهام، قم: مؤسسه المعارف الاسلاميه، چ اول.
۴۶. _____ (۱۴۲۱ ق)، رسائل الشهيد الثانى، قم: انتشارات دفتر تبليغات اسلامى، چ اول.
۴۷. _____ (۱۴۲۰ ق)، المقاصد العلية فى شرح الرسالة الألفية، قم: دفتر تبليغات اسلامى حوزه علمية قم، چ اول.
۴۸. عاملى، سيد جواد (بى تا)، مفتاح الكرامة (ط- القديمة)، دار إحياء التراث العربى، بيروت، چ اول.
۴۹. عراقى، ضياء الدين (بى تا)، نهاية الافكار، تقرير محمدتقى بروجردى، قم: انتشارات اسلامى، چ اول.
۵۰. _____ (۱۴۱۵ ق)، تعليقه استدلالية على العروة الوثقى، قم: انتشارات اسلامى، چ دوم.
۵۱. على اڪبريان، حسن على (۱۳۹۲)، «فتواى معيار در قانون گذارى»، فصلنامه تخصصى دين و قانون، شماره ۲، سال اول.
۵۲. على دوست، ابوالقاسم، روش شناسى فقهى مكتب نجف و مكتب قم، <http://mobaheasat.ir>

۵۳. فتحی، محمد؛ کوهی اصفهانی، کاظم (۱۳۹۷). **قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران همراه با نظرات تفسیری شورای نگهبان**، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، چ اول.
۵۴. فیاض، محمداسحاق (۱۳۹۵ ش)، **المباحث الاصولیة**، قم: نشر صاحب الأمر، چ اول.
۵۵. قائینی، محمد (۱۳۹۳)، نشست علمی با عنوان «بررسی جایگاه فقهی و حقوقی شورای نگهبان در قانون‌گذاری»، توسط محمد قائینی و محمدجواد ارسطو، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۹۳/۱۱/۰۱.
۵۶. قزوینی، سید علی (۱۴۲۷ ق)، **التعلیقه علی معالم الاصول**، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ اول.
۵۷. قمش‌های، محمدعلی اسماعیل‌پور، **البراهین الواضحات - دراسات فی القضاء**، قم، چ اول.
۵۸. قمی، میرزا ابوالقاسم (۱۴۳۰ ق)، **القوانین المحکمة**، قم: احیاء الکتب الإسلامیة، چ اول.
۵۹. _____ (۱۴۲۷ ق)، **رسائل المیرزا القمی**، قم - ایران: دفتر تبلیغات اسلامی - شعبه خراسان، چ اول.
۶۰. کاشف‌الغطاء، حسن بن جعفر (۱۴۲۲ ق)، **أنوار الفقاهة - کتاب القضاء**، نجف: مؤسسه کاشف‌الغطاء، چ اول.
۶۱. کعبی، عباس، **تحلیل مبانی اصول قانون اساسی**، اصل چهارم، بخش چهارم، نشر vasael.ir، ۱۳۹۶/۰۷/۲۰.
۶۲. کرکی، علی بن حسین (۱۴۰۹ ق)، **رسائل المحقق الکرکی**، قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی و دفتر نشر اسلامی، چ اول.
۶۳. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۲۹ ق)، **الکافی (ط - دار الحدیث)**، قم: دار الحدیث للطباعة و النشر، چ اول.
۶۴. گرامی، محمدعلی (۱۳۸۵ ش)، **مکاتب اصولی قم و نجف، افتراق‌ها و اشتراک‌ها**، قم: مرکز مدیریت حوزه علمیه قم، چ اول.
۶۵. گلپایگانی، سید محمدرضا (۱۴۱۳ ق)، **کتاب القضاء**، قم: دار القرآن الکریم، چ اول.
۶۶. محقق کرکی، علی (۱۴۰۹ ق)، **رسائل المحقق الکرکی**، قم: کتابخانه مرعشی نجفی و دفتر انتشارات اسلامی، چ اول.
۶۷. مفید، محمد (۱۴۱۳ ق)، **المقتعة، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید**، قم - ایران، چ اول.

۶۸. منتظری، حسین علی (۱۴۱۷ ق)، نظام الحكم في الإسلام، قم- ایران: نشر سرایی، چ دوم.
۶۹. _____ (۱۴۰۹ ق)، دراسات في ولاية الفقيه، قم: نشر تفکر، چ دوم.
۷۰. نائینی، محمدحسین (بی تا)، فوائد الاصول، تقرير محمدعلی کاظمی، قم: مؤسسه انتشارات اسلامی، چ دوم.
۷۱. نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ ق)، جواهر الکلام، بیروت: دار احیاء التراث العربی، چ هفتم.
۷۲. نراقی، احمد (۱۴۱۵ ق)، مستند الشیعة، قم: مؤسسه آل البيت (ع)، چ اول.
۷۳. _____ (۱۴۱۷ ق)، عوائد الايام، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، چ اول.
۷۴. وحید خراسانی، حسین (۱۴۴۰ ق)، المعنى في الاصول، تقرير نزار آل سنبل القطیفی، مدرسه امام باقر العلوم، چ اول.
۷۵. یزدی، محمد (۱۳۶۸ ش)، شرح و تفسیر قانون اساسی، بی جا: مؤسسه تحقیق و نشر نور، چ اول.

References

The Holy Quran

1. Ibb Barraj, Abdul Aziz (1406 AH), *al-Muhazzab*, Qom, Islamic Publications, first edition.
2. Araki, Muhammad Ali, (1415 AH), *Resalah fi al-Ijtihad wa al-Taqlid*, Qom, Dar Rah Haqq Institute, first edition.
3. Ardabili, Sayyid Abdul Karim (1423 AH), *Fiqh al-Qadha* (np), Qom, - Iran, second edition.
4. Arasta, Muhammad Jawad, "The Standard Fatwa in Legislation", Lecture delivered in Fahim Institute, 20 April 2014, <http://fahimco.com>.
5. Isfahani, Muhammad Husayn (1416), *Buhuth fi al-Usul*, Qom, Islamic Publications Office, second edition.
6. Imam Khomeini, Rohullah (1426 AH), *al-Ijtihad wa al-Taqlid*, Tehran, Institute for Preparation and Compilation of Imam Khomeini's Works, first edition.
7. Boroujerdi, Sayyid Husayn (1416 AH) *al-Badr al-Zāhir*, Qom, Ayatollah Montazeri Office, third edition.
8. Tabrizi, Jawad (nd), *Usas al-Qadha wa al-Shahāda*, Mu'allif Office, Qom, Iran, first edition.
9. Tabrizi, Mirza Jawad, (1387 of Persian solar calendar), *Durūs fi Masā'il Ilm al-Usul*, Qom, second edition.
10. Jabbar, Mustafa, *The Existing Obstacles in the Executive Structure of the Theory of Knowledge*, Islamic Studies Periodical, 1385 (Persian calendar).

11. Jazā'iri, Sayyid Ja'far Murawwij (1415 AH), *Muntaha al-Dirāya*, Qom, Dar al-Kitāb Institute, third edition.
12. Jahān Dust Dālinjan, Mas'ud, *Jurisprudential Feasibility of Legislation based on Widely Held Opinion*, Bi-Quarterly Journal of Jurisprudence, Fall and Winter 2015.
13. Ha'eri, Sayyid Kazem (2009), *The Reality of Taqlid and Its Various Conditions*, Journal of Ahl al-Bayt Jurisprudence, Institute of Encyclopedia of Ahl al-Bayt Jurisprudence, Issue No.50, Summer, 2009.
14. Ha'eri, Murteza b. Abdul Karim (1426 AH), *al-Urwah al-Wuthqa*, Qom, Islamic Publications Office, first edition.
15. Ha'eri, Sayyid Kazem (1415 AH), *al-Qadha fi al-Fiqh al-Islamic*, Islamic Thought Assembly, Qom, Iran, first edition.
16. Hurr Amili, Muhammad b. al-Hasan (1409 AH), *Wasā'il al-Shī'a*, Qom, Aalulbayt (as) Institute, first edition.
17. Hakim, Sayyid Mohsen (1416 AH), *Mustamsak al-'Urwah al-Wuthqa*, Qom, Dar al-Tafsir al-Institute, first edition.
18. Halabi, Ibn Zuhra, Hamza (1417 AH) *Ghunyat al-Nuzū'*, Imam Sadiq (as) Institute, Qom, Iran, first edition.
19. Halabi, Abu al-Salah, Taqi al-Dīn (1403 AH), *al-Kafi fi al-Fiqh*, Imam Amir al-Muminin Library, Isfahan, Iran, first edition.
20. Hilli, Allama Hasan b. Yusuf (1420 AH), *Tahrir al-Ahkām al-Shar'iyya*, Qom, Imam al-Sadiq Institute, first edition.
21. Hilli, Mohaqiq Ja'far b. al-Hasan (1408 AH), *Sharāyi' al-Islam*, Qom, Isma'iliyan Institute, second edition.
22. Hilli, Ibn Idris, Muhammad b. Mansur (1410 AH), *al-Sarā'ir*, Islamic Publications Office, Qom, second edition.
23. Hilli, Hasan b. Yusuf (1425 AH), *Nihayat al-Usul*, Qom, first edition.
24. Hilli, 'Allama Hasan b. Yusuf (1413 AH), *Qawā'id al-Ahkām*, Islamic Publications Office, Qom, first edition.
25. Hilli, 'Allama Hasan b. Yusuf (1425 AH), *Nihāyat al-Usul ila 'Ilm al-Usul*, Qom, Imam Sadiq Institute, Qom, Iran, first edition.
26. Hilli, Muhammad b. Hasan (1387 AH), *Idhāh al-Fawā'id*, Isma'iliyan Institute, Qom, Iran, first edition.
27. Hilli, Muhammad b. Shujā' Qatṭān (1424 AH), *Ma'ālim al-Dīn*, Imam Sadiq Institute, Qom, Iran, first edition.
28. Huwayzi, Husayn (1416 AH), *al-Tawdhih al-Nāfi'*, Islamic Publications Office, Qom, Iran, second edition.

29. Haydari, Sayyid Ali Naqi (1412 AH), *Usūl al-Istinbāṭ*, Qom, Administrative Board of the Islamic Seminary, first edition.
30. Khusāni, Muhammad Kazem (1412 AH), *Kifāyat al-Usul*, Beirut, Aalulbayt Institute, second edition.
31. Khansāri, Sayyid Ahmad (1405 AH), *Jami' al-Madarik*, Isma'iliyan Institute, Qom, Iran, second edition.
32. Kheoi, Sayyid Abulqasim, (1418 AH), *al-Imam al-Kheoi Encyclopedia*, Qom, Institute for the Revival of Ayatollah Kheoi's Works, first edition.
33. Kheoi, Sayyid Abulqasim, (1420 AH), *Misbāh al-Usul*, explained and expounded by Sayyid Muhammad Sarwar Wā'iz, Qom, Qom, Al-Dāwari Library, sixth edition.
34. Subhani, Ja'far, *Ma'ālim al-Hukuma al-Islamiyya*, expounded by Ja'far al-Hādī (nd), al-Imam Amir al-Mu'mini Library.
35. Shab Zinda Dar, Mahdi, Ijtihādi Libraries, <http://wikifeqh.ir>
36. Shams al-Din, Muhammad Mahdi, 1411 AH), *Nizām al-Hukm wa al-Idāra fi al-Islam*, Beirut, al-Mu'assisa al-Duwaliyya, second edition.
37. Sadr, Muhammad Baqir (1379 Persian solar calendar), *al-Ma'ālim al-Jadida*, Qom, Shahid al-Sadr Congress, first edition.
38. Sadr, Muhammad Baqir (1421 AH), *al-Islam Yaqudu al-Hayāt*, Qom, Shahid Sadr International Conference, first edition.
39. Annotated Report of the Negotiations of the Parliament of the Final Review of the Constitution of the Islamic Republic of Iran (1364), Tehran, Islamic Council, first edition.
40. Sadūq, Muhammad Ali (1413 AH), *Man la Yahdhuruhu al-Faqih*, researched by Ali Akbar Ghaffari, Qom, Islamic Publications Office, second edition.
41. Ṭūsī, Muḥammad b. al-Ḥasan (1414 AH), *al-Amāli*, Qom, Dar al-Thaqāfa, first edition.
42. Ṭūsī, Muḥammad b. al-Ḥasan (1407 AH), *Tahdhīb al-Ahkām*, Tehran, Dar al-Kutub al-Islamiyya, fourth edition.
43. Ṭūsī, Muḥammad b. al-Ḥasan (1400 AH), *al-Nihāya*, Dar al-Kitab al-'Arabī, Beirut, second edition.
44. Ṭūsī, Muḥammad b. al-Ḥasan (1407 AH), *al-Khilaf*, Islamic Publications Office, Qom, Iran, first edition.
45. 'Amilī, Zayn al-Dīn (1413 AH), *Masālik al-Ifhām*, Qom, al-Ma'ārif al-Islamiyya Institute, first edition.
46. 'Amilī, Zayn al-Dīn (1421 AH), *Rasā'il al-Shahīd al-Thani*, Qom, publication of the Islamic Propagation Office, first edition.

47. Āmilī, Shahīd Zayn al-Dīn b. ‘Alī (1420 AH), *al-Maqāsid al-‘Aliyya fi Sharḥ al-Resala al-Alifa*, Qom, Islamic Propagations Office in the Islamic Seminary of Qom, first edition.
48. Āmilī, Sayyid Jawad (nd), *Miftāḥ al-Karāma* (old edition), Dar Ihya al-Turath al-Arabi, Beirut, first edition.
49. ‘Araqi, Ziā al-Din (nd), *Nihāyat al-Afkār*, annotated by Muhammad Taqi Boroujerdi, Qom, Islamic Publications, First edition.
50. ‘Araqi, Ziā al-Din, (1415 AH), *A Demonstrative Annotation on al-‘Urwa al-Wuthqa*, Qom, Islamic Publications, second edition.
51. Ali Akbariyan, Hasan Ali, *Standar Fatwa in Legislation*, Professional Periodical on Religion and Law, Issue no.2, first year, winter 2013.
52. Ali Dust, Abulqasim, *Jurisprudential Methodology*, Qom and Najaf Office, <http://mobaheasat.ir>
53. Fathi, Muhammad, Kuhi Isfahani, Kazem (1397 Persian calendar), *the Constitution of the Islamic Republic of Iran along with the exegetic opinions of the Guardian Council*, Tehran, Guardian Council Research Office, first edition.
54. Fayyāz, Muhammad Ishāq (1395 Persian calendar), *al-Mabaheth al-Usuliyya*, Qom, Sahib al-Amr Publications, first edition.
55. Qaeini, Muhammad (1393 Persian calendar), dubbed "Investigating the Juridical and Legal status of the Guardian Council in Legislation" by Muhammad Qa‘ini and Muhammad Jawad Arasta, Research Institute of Islamic Sciences and Culture, Qom, 2014.
56. Qazwini, Sayyid Ali (1427 AH), *al-Ta‘liqa ‘Alā Ma‘ālim al-Usul*, Qom, Islamic Publications Office, first edition.
57. Qumsha-e, Muhammad Ali Isma‘ilpour, *al-Barahin al-Wazehāt – Dirāsāt fi al-Qadhā*, Qom, first edition.
58. Qummi, Abulqasim (1427 AH), *al-Qawānin al-Muhkama*, Qom Revival of Islamic Books, first edition.
59. Qummi, Abulqasim, (1427 AH), *Rasā‘il al-Mirza al-Qummi*, Islamic Propagations Office, Khurasan Branch, Qom, Iran, first edition.
60. Kāshif al-Ghita, Hasan b. Ja‘far (1422 AH), *Anwār al-Faqāha – Kitāb al-Qadha*, Najaf, Kāshif al-Ghita Institute, first edition.
61. Ka‘bi, Abbas, *Analysis of the Fundamentals of the Articles of the Constitution*, Article IV, part four, dated 20/7/1396 (2017), <http://vasael.ir>
62. Karaki, Ali b. Husayn (1409 AH), *Rasā‘il al-Muhaqiq al-Karaki*, Qom, Ayatollah Mar‘ashi Najafi Library and Islamic Publications Office, first edition.

63. Kulayni, Muhammad Ya'qub (1429 AH), *al-Kafi*, printed by Al-Hadith Center for Printing and Publication, Qom, first edition.
64. Gرامي, Muhammad Ali (1385 Persian solar calendar), *The Usuli Schools of Qom and Najaf, Differences and Commonalities*, Qom, the Islamic Seminary Management Center, Qom, first edition.
65. Gulpaygani, Sayyid Muhammad Reza (1413 AH), *Kitab al-Qadha*, Dar al-Qur'an, Qom, first edition.
66. Muhaqiq Karaki, Ali (1409 AH), *Rasā'il al-Muhaqiq al-Karaki*, Qom, Ayatollah Mar'ashi Najafi Library and Islamic Publications Office, first edition.
67. Mufid, Muhammad (1413 AH), *al-Muqni'a, Shaykh Mufid Millennium Conference*, Qom, Iran, first edition.
68. Montazeri, Husayn Ali (1417 AH), *the Government System in Islam*, Sarāyi Publications, Qom, Iran, second edition.
69. Montazeri, Husayn Ali (1409 AH), *Dirāsāt fī Wilyat al-Faqih*, Qom, Tafakkur Publications, second edition.
70. Na'eini, Muhammad Husayn (nd), *Fawā'id al-Usul*, Annotated by Muhammad Ali Kazemi, Qom, Islamic Publications Office, second edition.
71. Najafi, Muhammad Hasan (1404 AH), *Jawāhir al-Kalam*, Beirut, Dar Ihyat al-Turath al-Arabi, seventh edition.
72. Naraqī, Ahmad (1417 AH), *Mustanad al-Shi'a*, Qom, Aalulbayt (a) Institute, first edition.
73. Naraqī, Ahmad, (1417 AH), *'Awā'id al-Ayyām*, Qom, Islamic Propagations Office, first edition.
74. Wahīd Khurasani, Husayn (1440 AH), *al-Mughni fī al-Usūl*, annotated by Nazzār Aal Sunbul al-Qaṭīfī, Imam Baqir al-'Ulūm School, first edition.
75. Yazdi, Muhammad (1989 AD), *Exposition and Interpretation of the Constitution*, (np), Noor Research and Publication Institute, first edition.

الزامات مسئولیت مدنی حکومت در امور فرهنگی

سجاد رسولی جزی^{۱*}، سید مصطفی میرمحمدی میبدی^{۲**}، اردوان ارژنگ^{۳***}

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۶/۰۲ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۵/۰۲

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: 10.22034/qjplk.2022.1080.1122

چکیده

عدم تبیین ضمانت اجرای کارآمد برای ایفای تعهدات فرهنگی دولت در حوزه‌های سیاست‌گذاری، تقنینی، اجرایی، و قضایی باعث شده تا برخلاف احکام قانونی، مانند اصل ۳ قانون اساسی، کاستی‌هایی شکل بگیرد و بخشی از حقوق فرهنگی افراد تضییع شود. علاوه بر آن، ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی در همه امور حاکمیتی، صرف نظر از اهمیت و آسیب‌پذیری اقشار گوناگون، با ذکر چند شرط دولت را از مسئولیت مدنی معاف کرده و به این ترتیب خلأ بزرگی در جبران خسارات وارده از محل آسیب‌های ناشی از فعل یا ترک فعل اشخاص حقیقی و حقوقی در تأمین حقوق فرهنگی ایجاد کرده است. اگر چالش‌های حقوقی همچون نحوه اثبات تقصیر در امور فرهنگی با ریشه‌یابی به‌موقع چاره‌اندیشی نشود، علاوه بر آنکه نظم و امنیت عمومی را تحت تأثیر قرار می‌دهد، باعث افزایش تضییع حقوق و ایراد خسارات جانی و مادی و معنوی می‌شود. اکنون سؤال اینجاست که شیوه مطالبه جبران این‌گونه زیان‌ها، به‌ویژه از نهادهای حاکمیتی، چون شورای عالی انقلاب فرهنگی و وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چگونه است؟ در این پژوهش، که به روش توصیفی-تحلیلی انجام شده است، ضمن تشریح برخی اصول حقوق اداری و حکمرانی شایسته، از قبیل مسئولیت‌پذیری و لزوم پاسخگویی، این نتیجه حاصل شد که اهمیت بالا و ویژگی‌های خاص حقوق فرهنگی ایجاب می‌کند خسارات ناشی از آن از سوی نهادهای حاکمیتی نباید بدون جبران باقی بماند. واژگان کلیدی: امور فرهنگی، حقوق فرهنگی، دولت، ضمان، مسئولیت مدنی.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه میبد، میبد، ایران

* Email: Sajjad75jazi@gmail.com

۲. استادیار گروه حقوق، دانشکده الهیات، دانشگاه میبد، میبد، ایران (نویسنده مسئول)

** Email: mirmohamadi@meybod.ac.ir

۳. دانشیار گروه حقوق، دانشکده الهیات، دانشگاه یاسوج، یاسوج، ایران

*** Email: arzhang1345@gmail.com



مقدمه

امور فرهنگی در نظام حقوقی اسلام جایگاهی بی‌بدیل دارد و حکومت اسلامی، علاوه بر رعایت حقوق مادی شهروندان و تأمین رفاه و معیشت آنان، مکلف به رعایت حقوق فرهنگی آحاد جامعه است (موسوی خمینی، ۱۳۹۷، ج ۲: ۴۹۷) و باید همه‌اهتمام خود را در جهت صیانت از فضای معنوی و ارتقای سلامت فرهنگی جامعه به کار بندد. نظام مسئولیت‌مدنی در حقوق ایران، اگرچه گام‌های بلندی در جهت تحقق جامعه اسلامی متمدن برداشته است، همچنان در تأمین حقوق فرهنگی و معنوی کاستی‌های جدی دارد و به موازات گسترش روابط اجتماعی و پیشرفت فناوری‌های نوین این معضل هرروزه ابعاد جدیدتری به خود می‌گیرد. با تبیین شروط مناسب برای ضمانت اجرای تعهدات و تکالیف دولت در امور فرهنگی، حجم وسیع حوادث و خسارات فرهنگی عصر حاضر پیشگیری و درمان خواهد شد. در واقع، عدم پیش‌بینی راه‌حلی مناسب برای جبران خسارات ناشی از قصور یا تقصیر دولت در مدیریت امور فرهنگی باعث شده خلاً جدی در صیانت از حقوق فرهنگی مردم، که قطعاً یکی از مصادیق مهم حقوق عامه محسوب می‌شود، احساس شود. بنابراین، ضرورت دارد نظام حقوقی کشور در جهت پاسداری از این حق ممتاز ملت و نیز جبران خسارت‌های ناشی از سوء عملکرد دولت در این حوزه گام جدی بردارد. این موارد اقتضا می‌کند به دنبال پاسخی راهگشا برای این پرسش باشیم که دولت در امور فرهنگی چگونه و تحت چه شرایطی مسئولیت‌مدنی پیدا می‌کند؟ طبعاً، در کنار این سؤال اصلی، پرسش‌های دیگری مطرح می‌شود؛ از جمله آنکه بین زیان‌ها و خسارات فرهنگی با زیان‌های مادی چه تفاوتی وجود دارد؟ پژوهش در این زمینه می‌تواند، علاوه بر تبیین ضمانت اجرای مسئولیت‌مدنی در خصوص تعهدات و تکالیف فرهنگی دولت‌ها، به احیای بخشی از حقوق فرهنگی ملت و تحقق تمدن‌عاری از مفاسد و رذایل اخلاقی کمک کند. جست‌وجوی نویسندگان این نوشتار نشان می‌دهد کتب و مقالاتی با هدف تفسیر حقوق فرهنگی و وظایف نهادهای رسمی در تأمین آن یا مسئولیت‌مدنی دولت به طور عام به رشته تحریر درآمده است. برخی از آن‌ها -مانند **حقوق فرهنگی شهروندان، رویکردی اسلامی** نوشته محسن داوری (۱۳۸۹)، «حقوق فرهنگی در فرمان حکومتی حضرت رسول (ص) به معاذ بن جبل با نگاهی به قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران» نوشته محمود جمال‌الدین زنجانی و ولی‌الله حیدرنژاد (۱۳۹۸)، «بررسی اهداف و وظایف نهادهای رسمی فرهنگی در ایران و ارائه راهکار هماهنگ‌سازی این نهادها» نوشته هاشم نیکومرام و مسعود حداد (۱۳۸۶) - اگرچه به تبیین حقوق فرهنگی و وظایف دستگاه‌های حکومتی در تأمین آن

پرداخته‌اند، به بحث ضمانت اجرای تأمین حقوق فرهنگی ورود نکرده‌اند. بعضی دیگر- مانند ماهیت فقهی دولت و ضمان اقدام‌های زیان‌بار آن نوشته سید ضیاء مرتضوی (۱۳۹۶)، مسئولیت‌مدنی دولت نوشته مشتاق زرگوش (۱۳۸۹)- به لحاظ کثرت مواردی که در عمل اتفاق افتاده عموماً به مسئولیت‌مدنی دولت پرداخته‌اند و بدون بررسی شرایط و سازوکار آن در تأمین حقوق فرهنگی درصدد تبیین نواقص قانون مسئولیت‌مدنی برآمده‌اند. دسته دیگر- مانند «مبانی شرعی مسئولیت‌مدنی دولت در امور فرهنگی» نوشته اردوان ارژنگ و سجاد رسولی جزی (۱۳۹۸)، فقط به بحث مبنای مسئولیت‌مدنی دولت در امور فرهنگی پرداخته‌اند و برخی چالش‌های اجرایی آن را معرفی کرده‌اند. ظرافت و حساسیت خاص خسارات امور فرهنگی اقتضا می‌کند شرایط و الزامات ضمان ناشی از تضييع حقوق فرهنگی از سوی سازمان‌های حکومتی به طور تخصصی سنجیده و تبیین شود. شیوه گردآوری اطلاعات در این پژوهش کتابخانه‌ای با الگوی توصیفی-تحلیلی است. ابتدا مفاهیم کلیدی پژوهش تبیین و در ادامه بایسته‌های تحقق مسئولیت‌مدنی دولت در امور فرهنگی بررسی خواهد شد و دست‌آخر مصادیق و معیارهای تشخیص زیان‌های فرهنگی و مسئولیت‌مدنی دولت بر اساس سنخ‌شناسی تقنینی و اجرایی و قضایی ارائه خواهد شد.

۱. مفاهیم

با توجه به جایگاه موضوع‌شناسی در مباحث فقهی و حقوقی، برای تبیین هر چه بهتر موضوع در اولین مرحله ضرورت دارد تعریفی روشن از مفاهیم کلیدی این تحقیق ارائه شود.

۱-۱. مفهوم دولت^۱

در علم حقوق مرسوم‌ترین تعریفی که از «دولت» به عمل آمده در سه مفهوم «کشور» و «حکومت» و «قوه مجریه» متجلی است (قاضی شریعت‌پناهی، ۱۳۹۲: ۵۴). بر این مبنا گاهی دولت به معنای کشور به کار رفته و در این معنا دولت جامعۀ سیاسی سازمان‌یافته و نهادبندی‌شده‌ای است که سایر نهادهای سیاسی از آن ناشی شده‌اند و شامل عناصری چون جمعیت و سرزمین و حکومت است. گاهی نیز دولت به معنای «لایه سیاسی قوه مجریه» به کار رفته است؛ شامل رئیس کشور، رئیس هیئت دولت، وزرا، دستگاه‌های اجرایی قوه مجریه (قاضی شریعت‌پناهی، ۱۳۹۲: ۵۵). اما معنای سومی که از دولت بسیار به کار رفته و منظور تحقیق پیش رو از «دولت» نیز همین معنا است جبهه فرمانروایان یک کشور (هیئت حاکم و متصدیان سیاسی) در برابر حکومت‌شوندگان و فرمانبران است. در این تعریف، دولت به معنای طبقه حاکم یا نهادهای فرمانرواست. در این معنا، علاوه بر قشر سیاسی، قوه مجریه شامل مجلس و سایر دستگاه‌های دیوانی، اداری، اجرایی، و قضایی نیز می‌شود (قاضی شریعت‌پناهی،

۱۳۹۲: ۵۷). در واقع، مقصود از دولت در این نوشتار حکومت است؛ شامل شورای عالی انقلاب فرهنگی و شوراهای فرعی آن، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی و کارمندان شاغل در ادارات دولتی وابسته به آن، و همه دستگاه‌ها و نهادهای فرهنگی کشور.

۱- ۲. مفهوم امور فرهنگی

از فرهنگ تعاریف متعدد با عبارات مبهم ارائه شده و جمع‌بندی و ارائه یک تعریف مشترک از همه آن‌ها شاید دشوار یا حتی ناممکن باشد؛ به‌ویژه اینکه برخی از آن‌ها صرفاً در لفظ «فرهنگ» اشتراک دارند و به‌کلی متفاوت از یک‌دیگرند. اما از آنجا که این پژوهش در محدوده نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران انجام گرفته، به نظر می‌رسد تعریفی را که مهم‌ترین متولی فرهنگ در نظام جمهوری اسلامی ایران- یعنی شورای عالی انقلاب فرهنگی- از این واژه ارائه داده می‌توان مبنا قرار داد. در سند «نقشه مهندسی فرهنگی کشور»، فرهنگ مجموعه‌ای از «عقاید و باورهای اساسی»، «ارزش‌ها، آداب، و الگوهای رفتاری ریشه‌دار و دیرپا»، «نمادها» و «مصنوعات» معرفی شده که ادراکات و رفتار و مناسبات جامعه را شکل و جهت می‌دهد و هویت آن را می‌سازد (نقشه جامع مهندسی کشور، ۱۳۹۳: ۲). در این سند حقوق فرهنگی در سه سطح مورد شناسایی و بررسی و تحلیل قرار گرفته است: ۱. فرهنگ ملی (اسلامی- ایرانی)؛ ۲. فرهنگ عمومی؛ ۳. فرهنگ حرفه‌ای (فرهنگ معلمان، بازاریان، روحانیان، سیاستمداران، پزشکان، قضات) (← نقشه جامع مهندسی کشور، ۱۳۹۳: ۲). حقوق و امور فرهنگی بخش قابل توجهی از حقوق قانونی شهروندان را در سطح ملی و بین‌المللی به خود اختصاص می‌دهد و در قانون اساسی اغلب کشورها دولت در برابر ادعاهای فرهنگی مردم تعهدات و تکالیفی دارد (اسماعیلی و همکاران، ۱۳۹۵). در مبحث زیان فرهنگی و مادی، این نوع حقوق به طور مفصل بررسی می‌شوند.

۱- ۳. مفهوم ضرر

زیان و ضرر و خسارت بر یک معنا دلالت دارند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱: ۵۰). در تعریف اصطلاحی آن می‌توان گفت نقصانی در اموال اشخاص یا تقویت و تضییع منافع مسلم و قطعی‌الحصول یا خدشه به سلامت و حیثیت و آبروی شخص وارد کردن است (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۲۴۴). در رویه قضایی و حقوق خصوصی ضرر به معنی از بین رفتن مال یا فوت شدن منفعتی که از نقض تعهد حاصل می‌شود آمده است.^۳ مقصود تحقیق حاضر مفهوم عرفی آن است (نراقی، ۱۳۷۵: ۵۷)؛ بدین معنا که برای شناخت وقوع آن باید به قضاوت عرف مراجعه کرد (نیک‌فرجام، ۱۳۹۲: ۱۲۵). بنابراین، طبق عرف ممکن است برخی از صدمات روحی و معنوی نیز قابل ترمیم و جبران تلقی شوند.

۲. شرایط اساسی مسئولیت مدنی دولت در امور فرهنگی

ملاحظه قوانین و مقررات مختلف نشان می‌دهد برای تحقق مسئولیت مدنی دولت در امور فرهنگی وجود سه شرط لازم است؛ زیان، ارتکاب فعل زیان‌بار، رابطه سببیت. عادلانه نیست که دولت تحت هر شرایطی ضامن خساراتی باشد که در امور فرهنگی بر شهروندان وارد آمده است (امامی و استوارسنگری، ۱۳۸۹، بخش سوم). در ادامه هر یک از شروط بررسی می‌شوند. الف) تحقق خسارت: برای اینکه بتوان دولت را واجد مسئولیت مدنی در امور فرهنگی دانست لازم است ابتدا تحقق ضرر از ناحیه دولت در این امور اثبات شود. بنابراین اگر فعل یا ترک فعل دستگاه‌های مختلف دولتی مشخصاً باعث بروز خسارت نشود، در نظر گرفتن مسئولیت مدنی برای دستگاه‌های یادشده فاقد مبنای منطقی است. البته باید توجه داشت که چه‌بسا زیان ناشی از عملکرد دولت در حوزه فرهنگ صرفاً مادی نباشد و اتفاقاً فرهنگ عرصه‌ای است که خسارات ناشی از سوء عملکرد دولت در آن بیشتر ماهیت معنوی دارد تا مادی. زیان‌دیدگان نیز عمدتاً به دنبال تأمین خسارات معنوی هستند که بر آنان وارد آمده است. ب) ارتکاب فعل زیان‌بار: در مباحث سنتی نظام مسئولیت مدنی یکی از ارکان مسئولیت مدنی ارتکاب فعل زیان‌بار است و با همین فعل است که فاعل آن مسئول جبران خسارت خواهد بود. این رکن از مبنای عقلی برخوردار است. زیرا به موجب آن هر فاعلی مأخوذ به فعل خود است. فعل زیان‌باری که سبب تحقق مسئولیت مدنی می‌شود ممکن است مثبت (ایجابی) یا منفی (سلبی) باشد؛ یعنی همان‌گونه که ارتکاب عملی می‌تواند زیان‌بار باشد، گاهی انجام ندادن عملی نیز سبب ایراد خسارت می‌شود. بر اساس ماده ۳۲۸ قانون مدنی، فعل زیان‌بار ایجابی می‌تواند به دو صورت مستقیم (مباشرتی) یا غیرمستقیم (تسبیح) صورت گیرد و در حالت عمدی یا غیرعمدی منتهی به خسارت شود. امروزه برخی این تقسیم‌بندی‌ها را در مورد فعل سلبی نیز به کار برده‌اند و با طرح نظریاتی- مثل مسئولیت ناشی از فعل و نگهداری اشیاء، مسئولیت در برابر منفعت، مسئولیت بر مبنای آلوده‌کننده، مسئولیت بر مبنای مداخله دولت، و غیره- تلاش کرده‌اند به متحول شدن حقوق مسئولیت مدنی در دهه اخیر کمک کنند (یزدانیان، ۱۳۹۴). وجه پیوند این موضوع با نوشتار حاضر این است که گاهی عملکرد حاکمیتی یا تصدیگری دولت در امور فرهنگی، به‌رغم اینکه دارای منافع عمومی یا بر مبنای مصلحت عمومی است، زیان‌بار نیز هست. چالش این است که چگونه می‌توان به صرف حاکمیتی قلمداد کردن اقدامات زیان‌بار دولت در امور فرهنگی او را از جبران خسارات زیان‌دیدگان معاف کرد؟ یا اینکه اصولاً تفکیک اقدامات و اختیارات دولت به حاکمیتی یا تصدی امری لازم و شایسته است یا نه؟ (ج) رابطه سببیت: منظور اظهار و تبیین رابطه‌ای است که بین فعل و

عامل زیان و خسارت برقرار است؛ به گونه‌ای که اگر عمل آن شخص نبود زیان نیز رخ نمی‌داد. در واقع برای تحقق مسئولیت مدنی فقط وجود خسارت و فعل زیان‌بار فاعل کافی نیست و منطق عدالت حکم می‌کند هیچ شخصی مسئول زبانی که ناشی از تقصیر یا فعل ضرری او نیست نباشد و باید رابطه سببیت بین فعل فاعل و ایراد خسارت اثبات شود. در برخی موارد، قانون‌گذار برای حمایت از زیان‌دیدگان فرض را بر مقصر بودن شخص قرار داده است که البته این امر مانع اثبات رابطه سببیت نمی‌شود، بلکه اثبات رابطه سببیت است که می‌تواند، هرچند بدون تقصیر، برای اشخاصی مسئولیت ایجاد کند؛ یعنی همین که زیان‌دیده توانست رابطه سببیت بین ضررهای دیده را در اثر اقدام یک نفر ثابت کند، در مسئول بودن آن شخص کافی است و در اغلب فروض ممکن است احراز عنصر تقصیر مشکلی را حل نکند (زرگوش، ۱۳۸۸: ۱۳۹). بنابراین باید بین عوامل اصلی و فرعی ایجاد حادثه تفکیک قائل شد. در مباحث حقوقی، بر اساس قضاوت عرف، تفکیکی گسترده میان سبب و شرط صورت می‌گیرد و مسئولیت متوجه مسبب حادثه می‌شود (نوری و بزرگمهر، ۱۳۹۵). در فقه و حقوق ایران منظور از شرط مجموعه عواملی است که با هم منجر به ایجاد حادثه و خسارت می‌شوند. اما سبب فقط به عواملی گفته می‌شود که از نظر حقوقی و عرفی می‌توان ضرر و احکام حقوقی را به آن‌ها مرتبط کرد. برای تشخیص این تفکیک در مرحله اول آزمون «اگر نبود» را جاری می‌کنند و می‌گویند «اگر این عامل نبود آیا باز هم حادثه رخ می‌داد یا نه؟». اگر حادثه رخ نمی‌داد آن را طبق ماده ۳۳۱ قانون مدنی سبب می‌دانند. البته برخی سعی دارند از میان اسباب ایجاد حادثه سبب مؤثر و اقوی را شناسایی کنند (بابایی، ۱۳۹۴: ۸۵). در بحث ما، افرادی که از افعال و ترک افعال مسئولان رسمی و دولتی مربوط به حوزه فرهنگ دچار خسارت و آسیب معنوی و روحی شده‌اند باید اثبات کنند که در اثر و به علت اقدامات و ترک اقدامات اشخاصی (حقیقی یا حقوقی) دچار خسارت شده‌اند؛ هرچند به نظر می‌رسد اثبات این رابطه سببیت در امور فرهنگی و معنوی در کشور ایران چندان هم مشکل و طاقت‌فرسا نیست. البته باید گفت جز در موارد استثنایی، همچون غصب و شبه‌غصب که برای مسئولیت مدنی نیازی به احراز رابطه سببیت بین فعل زیان‌بار و زیان ایجادشده وجود ندارد (لطفی، ۱۳۹۳: ۲۶۷)، در دیگر موارد برای مطالبه جبران خسارت باید وجود این رابطه اثبات شود.

۳. چالش‌ها و راهکارهای مسئولیت مدنی حکومت در امور فرهنگی

برای تحقق مسئولیت مدنی دولت در امور فرهنگی با موانعی روبه‌رو خواهیم شد که هر یک از آن‌ها مستلزم تحلیل و بررسی جداگانه است. مهم‌ترینشان، چالش‌های تقنینی و اجرایی هستند که در جهت حمایت از نموده‌های فرهنگ عامه، اهمیت حیاتی داشته و توجیهات

حقوقی، اجتماعی و اقتصادی نیز دارد (حبیبی درگاه، ۱۳۹۵)؛ علاوه بر آن، ادله اسقاط ضمان اقدامات حکومتی شامل قاعده احسان و عدم ضمان امین نیز که در جهت نفی مسئولیت‌مدنی دستگاه‌های حاکمیتی همچون شورای عالی انقلاب فرهنگی و وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی به کار می‌روند، بخشی از چالش‌های گفته شده است. البته پشتوانه عدم مسئولیت دولت در برابر خسارات با قواعد فقهی دیگری، نظیر تحذیر و اضطرار، هم مطرح شده است (علی‌شاهی قلعه‌جوئی، ۱۳۹۶). مفهوم و مصداق ضررهای فرهنگی، حق اعمال حاکمیت و تلازم آن با اقدامات زیان‌بار، نحوه اثبات تقصیر دولت در امور فرهنگی، و مصادیق مسئولیت‌مدنی دولت در امور مربوطه نیز از جمله چالش‌های این پژوهش محسوب می‌شود که در ادامه تحلیل خواهند شد.

۳-۱. زیان فرهنگی و مادی

ضررهای فرهنگی و معنوی محصور و محدود به انواع خاصی نیستند و تشخیصشان امری عقلانی و عرفی است (فیض، ۱۳۸۴: ۱۳۴). مثلاً اصل دقت که یکی از اصول عقلی حقوق اداری بوده (هداوند و همکاران، ۱۳۹۲: ۷۳) و در مواد متعدد قانون مدیریت خدمات کشوری- نظیر مواد ۳۶، تبصره ۲ ماده ۴۲، بند «الف» ماده ۴۶ و ۹۰- به آن تصریح شده، باید به جوانب و آثار جزئی اقدامات حساس توجه شود (معینی، ۱۳۸۰: ۹۵ و انوری، ۱۳۸۱، ۳۲۳۵). به موجب این اصل در بحث ماباید گفت ظرافت‌های خاص امور فرهنگی اقتضا دارد زیان‌ها از هم تفکیک شوند و به پیامد و تبعات فعالیت‌های فرهنگی توجه شود تا بتوان در مواقع لازم از بروز خسارات فرهنگی جلوگیری کرد. در واقع مسئولان و مدیران تأمین‌کننده حقوق فرهنگی^۴ در حوزه‌های باور و گرایش و رفتار- که شامل وزارت آموزش و پرورش، وزارت علوم، تحقیقات و فناوری، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، سازمان تبلیغات اسلامی، شورای عالی انقلاب فرهنگی، نیروهای انتظامی و پاسداران ارزش‌های اسلامی، صداوسیما و مطبوعات، معاونت فرهنگی ادارات دولتی و غیردولتی، نظیر شهرداری‌ها و مؤسسات عمومی و مردمی، کانون‌های فرهنگی مساجد و پایگاه‌های بسیج می‌شود (داوری، ۱۳۸۹: ۲۲۸ - ۲۶۰)- باید به جوانب یا پیامدها یا آثار امور فرهنگی خود دقت لازم را داشته باشند. در غیر این صورت ضامن تضییع آن حقوق یا خسارات امور ضد فرهنگی خواهند بود.^۵ همچنین، اگر آموزش‌های لازم و کامل را در زمینه برگزاری مراسم فرهنگی دیده باشند به‌خوبی می‌توانند زیان‌های فرهنگی را از غیر آن تشخیص داده و با هدف پیشگیری از وقوع زیان، اقدامات شایسته‌ای را به عمل آورند. بنابراین، بحث اصلی تفاوت بین ضررهای مادی با زیان‌های فرهنگی و دقت

لازم برای تشخیص، اهمیت‌گذاری، و اولویت‌بندی امور است. استیفای حقوق فرهنگی زبانی است که مشابه ضرر عدم نفع احتمال تحقق و نبود آن برابر است (فهیمی، ۱۳۹۶).^۶

ضررهای مادی اغلب در همین دنیا قابل جبران‌اند. اما بسیاری از زیان‌های فرهنگی در این دنیا قابل جبران نیستند و معمولاً جبران هم نمی‌شوند. مثلاً شکستن حرمت ذوی‌الحقوق و مؤمنان در ملاء عام، اگرچه ممکن است با یک یا چند عذرخواهی همراه باشد، زیان‌های معنوی حاصله در اثر آن به راحتی قابل جبران نیست. تفاوت دیگر گذر زمانی است که باعث فراموش شدن حادثه و ضرر وارده می‌شود؛ یعنی معمولاً زیان‌های مادی پس از گذشت زمان به فراموشی سپرده می‌شوند و باعث رنجش خاطر نمی‌شوند، اما زیان‌های معنوی می‌توانند حتی تا آخر عمر در ذهن متضرر و عموم افراد حاضر در هنگام ایجاد حادثه باقی بمانند و روحیات زیان‌دیدگان را از حالت تعادل خارج کنند. دیگر تفاوت آنکه تا موقع جبران خسارت در اثر زیان‌های مادی برای زیان‌دیده ضررهای جدیدتر ایجاد نمی‌شود، اما زیان‌های فرهنگی اگر سریع جبران نشوند می‌توانند مسبب ایراد خسارت‌های جبران‌ناپذیر دیگری شوند. مثلاً اگر در فضای مجازی علیه یک قشر اثرگذار جامعه (روحانیان، دبیران، استادان) در مدت زمان طولانی تبلیغات سوء و ضد فرهنگی یا توهین به محترمان ترویج و نشر یابد، قبح گناه از بین می‌رود یا موقعیت اجتماعی ایشان نزد دیدگاه عمومی جامعه دچار تزلزل می‌شود و پیامدها و آسیب‌هایی در آینده ایجاد می‌کند که به راحتی قابل اصلاح نیست. تفاوت دیگر آنکه در ضررهای فرهنگی، علاوه بر از بین رفتن حقوق فرهنگی و معنوی فرد خسارت‌دیده، غالباً افراد نزدیک و مرتبط با زیان‌دیده نیز دچار خسارت می‌شوند، درحالی‌که زیان‌های مادی این‌گونه نیست.

۲-۳. ادله اسقاط ضمان دولت

موارد اسقاط ضمان شامل قواعد و فروضاتی است که در برخی مصادیق از دولت رفع و دفع ضمان می‌کند یا در جواب ادله اثبات ضمان، که در کتب فقهی آورده شده است (بجنوردی، ۱۳۷۱، ج ۱: ۱۷۶)، استدلال می‌شود.

۱-۲-۳. اعمال حاکمیت و تلازم آن با اقدامات زیان‌بار

چنان که اصل ارائه خدمات عمومی^۷ به مثابه مبنای حقوق اداری و حکمرانی شایسته^۸ فلسفه وجودی حکومت دانسته شده و امتیازات قانونی خاصی برای ارائه‌دهندگان این‌گونه خدمات ذکر شده است^۹ لازم است تأمین حقوق فرهنگی، که مهم‌ترین خدمات عمومی تلقی می‌شود (واثق و همکاران، ۱۳۹۳)، متناسب با میزان تأثیرگذاری و آسیب‌پذیری اقشار گوناگون، مورد توجه و اولویت اول حوزه‌های مختلف سیاست‌گذاری، تقنینی، اجرایی، قضایی، و نظارتی حکومت قرار گیرد و از تضییع آن جلوگیری شود. ماده ۱۱ قانون مسئولیت‌مدنی

مصوب ۱۳۳۹ در این زمینه مقرر داشته است در صورتی که اعمال حاکمیت دولت بر حسب ضرورت برای تأمین منافع اجتماعی موجب ضرر شود، دولت مجبور به پرداخت خسارت وارده نخواهد بود. بنابراین ماده مذکور- صرف‌نظر از نوع، اهمیت، میزان، و تأثیر ضرر وارده- دولت را از ضمان اقدامات زیان‌بار خود معاف کرده است؛ یعنی هرچند تصویب یک قانون یا اجرای آیین‌نامه دادرسی و اقدامات و تصمیمات فرهنگی می‌تواند منجر به ایراد خسارت شود (مرتضوی، ۱۳۹۶: ۱۱۱)، ثبوت ضمان در برابر زیان ظنی با تقدم مصالح عمومی به منزله یک اصل حاکم منافات دارد. استنتاج عدم مسئولیت مطلق دولت در ماده ۱۱ قانون مسئولیت‌مدنی هم بر پایه تقدم منافع عمومی است. گفتنی است استدلال فوق (تقدم مصالح و منافع عمومی بر ثبوت ضمان و مسئولیت) با اشکال مواجه است. زیرا اگر این اصل، عدم مسئولیت مطلق در اعمال حاکمیت را نتیجه بدهد، دولت در برابر بخش قابل توجهی از فعل‌ها و ترک فعل‌های زیان‌بار خود بدان استناد می‌کند و از بار به عهده گرفتن ضمان به‌راحتی شانه خالی می‌کند و در پی آن حجم وسیعی از خسارات بدون جبران باقی می‌ماند؛ امری که با مبانی شرعی و عقلی نفی ضرر سازگار نیست (ارژنگ و همکاران، ۱۳۹۸: ۹). بدین ترتیب، بخش زیادی از اقدامات دولت از گستره اعمال حاکمیتی خارج می‌شود یا با صرف تمسک به آن نمی‌توان قائل به دفع و رفع ضمان شد (غمامی، ۱۳۷۶: ۱۱۵). البته در دولت‌های مردم‌سالار تفاوتی میان امور حاکمیتی و اعمال تصدی وجود ندارد؛ یعنی مسئولان حکومتی با وجود اینکه در انجام وظایف ذاتی خود آزادی و مصونیت‌هایی دارند حق ندارند از آن‌ها سوءاستفاده کرده و در اثر آن اقدام به ایراد خسارت‌های معنوی و فرهنگی کنند (زرگوش، ۱۳۸۹: ۱۵۱). مقایسه بحث ما با ضمان ناشی از خطای قاضی که مصونیت داشته و وظایفش از مصادیق آشکار اعمال حاکمیتی است (غمامی، ۱۳۷۶: ۱۱۷)، بیانگر این نکته می‌باشد که باید در میان موارد اعمال حاکمیتی تفکیک قائل شده و حکم هر مورد را با در نظر گرفتن میزان اهمیت و اثرگذاری، نحوه خسارت وارده، خطا، تقصیر، اهمال، قابلیت کنترل یا کنترل‌ناپذیر بودن، اضطراری بودن یا نبودن اقدام مشخص کرد.

۳- ۲- ۲. قاعده عدم ضمان امین

همان‌طور که اصل «امانت و انصاف» به منزله یکی از اصول مهم حقوق اداری معروف شده،^{۱۰} در اصول ۶۷ و ۱۲۱ قانون اساسی نیز به متن سوگندنامه مسئولان تصریح شده و قانون مدیریت خدمات کشوری مسئولان اداری و کارکنان دستگاه‌های حاکمیتی را موظف کرده با رعایت انصاف و ملزومات آن- یعنی وجدان کاری و اخلاقی، رعایت برابری و بی‌طرفی، انصاف، امانت‌داری- به انجام دادن تکالیف خود بپردازند (هداوند، ۱۳۹۲: ۸۸). مفاد قاعده عدم ضمان امین نیز ضامن ندانستن امین در خساراتی است که بدون تقصیر وی به مال امانی وارد

شده است. این قاعده شامل انواع اموال امانی و امانت شرعیه است؛ مثل مسئولیت و کارگزاری در حکومت اسلامی (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ۲۶۷). در خصوص ارتباط آن با بحث نوشتار حاضر باید گفت مسئولان و کارکنان دولت امین مردم به شمار می‌روند تا در جهت مصالح حکومت و تأمین حقوق افراد وظایفشان را به نحو احسن انجام دهند. آنچه ضمان را نفی می‌کند امین بودن شخص، عدم کوتاهی، مأذون از سوی مالک یا شارع برای تصرف در اموال و حقوق بیت‌المال است (مرتضوی، ۱۳۹۶: ۳۶۹). مسئولان مربوطه باید تأمین حقوق فرهنگی را منصفانه سرلوحه برنامه‌ها و سیاست‌گذاری‌های خود قرار دهند و در اجرای عادلانه همه مراسم و امور فرهنگی خود ارزش‌ها و هنجارهای عرفی و آبرو و حریم خصوصی اشخاص و اقشار را محترم شمارند؛ در غیر این صورت مرتکب تقصیر شده‌اند و ضامن خسارات معنوی وارده خواهند بود.^{۱۱} زیرا اگر به صرف استناد به قاعده بتوان نفی ضمان ناشی از خسارت‌های فرهنگی و معنوی را اثبات کرد، نقض غرض خواهد شد و هدف شارع از تشریح قاعده با تضييع حقوق جمع زيادی از زیان‌دیدگان در تعارض است. به بیان دیگر، متولی امور فرهنگی امین انجام دادن اموری است که به تعالی اخلاق و فرهنگ عمومی و در نهایت تأمین حقوق فرهنگی شهروندان منجر می‌شود که در غیر این صورت مرتکب کوتاهی شده و وصف امین بودن را از دست داده است و باید وی را مکلف به پاسخگویی و جبران خسارت‌های فرهنگی ناشی از اقدامات زیان‌بار خود دانست. بنابراین، امکان نفی انواع ضمان از طریق استناد به صرف خود قاعده با تردید مواجه است و باید قائل به تفکیک شد.

۳-۲-۳. قاعده احسان

مستند اصلی این قاعده که در شمار قواعد مسقط ضمان به آن استناد می‌شود آیه شریفه «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» (۹: ۹۱) است. مفاد قاعده این است که نیکوکاران مسئول شمرده نمی‌شوند. عمومیت آیه شامل نفی مسئولیت کیفری و مدنی می‌شود (مرتضوی، ۱۳۹۶: ۳۶۲). وجه ارتباط این قاعده با موضوع پژوهش این است که اقدامات حکومت اسلامی در امور فرهنگی صرفاً احسان به شهروندان است. کار دولت تأمین حقوق آنان و جلوگیری از تضييع است. بنابراین دولت ضامن ضررهای احتمالی نیست. ثبوت ضمان با احسانی بودن فعل به صورت مطلق ناسازگار نیست؛ همانند موردی که یابنده مالی را از سوی مالک صدقه می‌دهد، اما در قبال مالک ضامن مال است. اگرچه فرد یابنده محسن است، ضامن مال هم هست. ضمان پزشک و مسئولیت مربی نیز همین‌گونه است (مرتضوی، ۱۳۹۶: ۳۶۵). اگرچه دولت در مفهوم عام خود برای تأمین منافع عمومی خدماتی را ارائه می‌دهد، ارائه خدمات دولتی عموماً با دریافت هزینه است. در موردی هم که مسئولی به قصد تبرع عمل کند عمومیت ندارد. اگر

همه را محسن بدانیم، بی‌جهت دایرهٔ تخصیص ادلهٔ ضمان خسارت‌زننده وسیع و گسترده خواهد شد. بنابراین چاره‌ای جز پذیرش امکان جمع میان صدق احسان و ثبوت ضمان نیست.

۳- ۲- ۴. اصل مسئولیت‌پذیری

پاسخگویی و مسئولیت‌پذیری در قالب تکالیف دستگاه‌های اجرایی و حاکمیتی، به عنوان یکی از اصول حقوق اداری و حکمرانی شایسته، ذیل مادهٔ ۹۰ قانون مدیریت خدمات کشوری و بسیاری از متون شرعی، به‌خوبی تشریح شده است (میدری و همکاران، ۱۳۸۳: ۴۹۸).^{۱۲} یکی از مسائلی که باعث سردرگمی و نقض مستقیم حقوق شهروندان و کاهش کارآمدی ادارات و دستگاه‌های دولتی شده است عدم راهنمایی و آگاه‌سازی و ارائهٔ اطلاعات به مراجعه‌کنندگان است. این اصل در مادهٔ ۲۵ قانون آیین اداری آلمان و مادهٔ ۷ این قانون در دانمارک تصریح شده است (هداوند و مشهدی، ۱۳۸۹: ۳۱۸). در کشور ایران به موجب قانون مدیریت خدمات کشوری در دو بعد ایجابی و سلبی ظهور یافته است. در مادهٔ ۹۰ این قانون کارمندان را از بی‌اعتنایی به حضور مراجعان و عدم پاسخگویی به آنان منع کرده و در مواد ۲۶ و ۲۷ و ۳۷ به صورت یک تکلیف ایجابی دستگاه‌های حاکمیتی را مکلف کرده شهروندان را از ارائهٔ خدمات خود آگاه کنند. در بحث ما مسئولیت‌پذیری در ارائهٔ اطلاعات و آموزش‌های لازم به شهروندان از مصادیق حقوق فرهنگی محسوب می‌شود. از سوی دیگر کارآمدترین ابزار تأمین‌کنندهٔ حقوق فرهنگی شهروندان پاسخگویی و مسئولیت‌پذیری دستگاه‌ها و نهادهای حاکمیتی است (هداوند و همکاران، ۱۳۹۲: ۷۹). این اصل، که با قواعد دیگری- همچون داشتن عملکرد شفاف و مشارکت عمومی و نظارت همگانی- کامل می‌شود (Fuents, 2008)، از حیث حقوقی دارای اهمیت فراوان است. مواد ۱۶، ۱۸، ۲۷، ۹۰، ۹۲، ۹۶، ۱۱۴ آن قانون‌گویای آن است. مسئولیت‌پذیری در برابر شهروندان و پاسخگویی در برابر دستگاه مربوطه و نهادهای نظارتی دو مورد پیش‌بینی‌شده در مادهٔ ۹۰ قانون یادشده و اصل ۵۵ قانون اساسی است (فاضلی‌نژاد و همکاران، ۱۴۰۰). با وجود اینکه تأمین حقوق فرهنگی جامعهٔ توحیدی در متون و فرمان‌های شرعی به مثابهٔ تکالیف سنگین حکومت اسلامی دیده می‌شود (زنجانی و همکاران، ۱۳۹۸: ۶۰)، بررسی‌های میدانی بیانگر آن است که در برخی مواقع اغلب دستگاه‌ها و اشخاص مسئول نه تنها حقوق فرهنگی را تأمین نکرده‌اند، بلکه به قدر کافی و به‌موقع وظایف را انجام نداده‌اند و این دسته از حقوق مهم را مباحثاً یا به نحو تسیب تزییع کرده‌اند.^{۱۳} این موارد می‌تواند موجب طرح دعوای مسئولیت‌مدنی علیه آنان شود که در ادامه سازوکار نحوهٔ اثبات تقصیر مسئولان و مصادیق مسئولیت‌مدنی آن‌ها بررسی خواهد شد.

۳-۳. نحوه اثبات تقصیر دولت در امور فرهنگی

این مبحث به مبنای پذیرفته شده در نظام مسئولیت مدنی برمی گردد؛ یعنی اگر تئوری تقصیر مبنای مسئولیت مدنی باشد، اثبات تقصیر با دشواری های این نظریه و مشکلات خاص اثباتی در امور فرهنگی به زیان دیده تحمیل خواهد شد و تا زیان دیده تقصیر دولت یا مسئول فرهنگی را اثبات نکند ضمانتی ایجاد نخواهد شد و خسارت سنگینی را باید تحمل کند. اما این نظریه دارای اشکال است و در بحث ما نمی تواند مبنا باشد (← ارژنگ و همکاران، ۱۳۹۸). دشواری های خاص زیان فرهنگی می طلبد که قانون گذار از خسارت دیدگان حمایت کند و در اغلب فروض بر مبنای فرض تقصیر یا با ملاک قرار دادن مبانی- همچون تضمین حق و عدالت در امور فرهنگی- یا همچون ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی بار اثبات عدم تقصیر یا ارائه هشداری قبل از حادثه را لااقل در برخی فروض به دستگاه های حکومتی تحمیل کند. در این صورت برنامه های فرهنگی منظم و کارآمدتری برای اصلاح افراد آسیب دیده تنظیم می شود و هر چه سریع تر در جهت تأمین و تضمین حقوق فرهنگی سایر اشخاص اقدامات شایسته ای انجام گرفته و متولیان و مسئولان متخلف یا مجرم مکلف به جبران همه خسارات وارده در اثر سهل انگاری و ترک فعل ها خواهند شد. بنابراین بسیاری از قانون گذاران با عنایت به تجربه موارد مختلف به این واقعیت اهتمام دارند که مسئولیت مبتنی بر تقصیر به صورت اصل و قاعده پذیرفته شود (نقیبی، ۱۳۸۶: ۳۰) و نظریه خطر در مواردی که عدالت و انصاف انسان اقتضا دارد به صورت فرعی و استثنایی اجرا شود. در بحث ما نیز قانون گذار به اهداف حمایتی خود می رسد.

۳-۳-۱. مسئولیت مدنی ناشی از قانون گذاری

اصل قانونی بودن و مقرره گذاری در اصول متعدد قانون اساسی تصریح شده^{۱۴} و بدنه اصلی حقوق اداری را تشکیل می دهد (Harlow, 2006: 190). چون به موجب آن قدرت نامحدود دولت کنترل و ضابطه مند گردیده و مقامات اداری به حاکمیت قانون پایبند می شوند و اختیارات، عملکردها و صلاحیتشان در نهادهای اداری خاص تشریح می شود (هداوند، ۱۳۹۲: ۷۴). این موضوع از اهمیت فراوانی برخوردار است و اصل برابری همه طبقات اجتماعی مقابل قوانین با این اصل ارتباط دارد. در واقع به موجب اصول گفته شده و همچنین اصل حاکمیت قانون هر گونه معافیت یا مصونیت قانونی مقامات و مسئولان حکومتی مردود است» (Allen, 2005: 199). بنابراین برخی از مسئولان و مدیران امور فرهنگی از طرف خود مجاز نخواهند بود مواردی را که مخالف هدف و حکم مقنن باشد به قانون اضافه کنند یا در مواردی چشم پوشی کنند (ویژه، ۱۳۹۰: ۲۸۰). با توجه به اصل ۸۶ قانون اساسی، استنباط می شود که اگر قوه مقننه

در اثر اعمال قانون‌گذاری خود یا میان اعلام نظرهای نمایندگان به اشخاصی ضرر فرهنگی و غیرفرهنگی وارد کرد، اشخاص حاضر در قوه مقننه (نمایندگان مجلس) مسئولیت ندارند و مجلس متشکل از نمایندگان نیز مسئولیت نخواهد داشت (ابوالحمد، ۱۳۷۱: ۲۸). در واقع اگر سخنان نمایندگان مجلس با وظایف نمایندگی آنها ارتباطی نداشته باشد، مشمول قواعد عمومی حاکم بر مردم (در داشتن مسئولیت‌مدنی) خواهند بود. نماینده، اگرچه حق دارد در مقام ایفای نمایندگی‌اش آزادی و مصونیت‌هایی داشته باشد، نمی‌تواند از حقوق خود سوءاستفاده کند و با ارتکاب خطاهای انضباطی و نقض آیین‌نامه‌های داخلی به نحو غیرمتعارف مسبب و مباشر ایراد خسارت‌های معنوی و فرهنگی شود. زیرا در این صورت دارای مسئولیت خواهد بود (رسولی جزئی، ۱۳۹۸: ۱۱۹)؛ خواه ناشی از وضع مقررات نامطلوب باشد خواه ناشی از عدم وضع مقررات و انجام ندادن پیش‌بینی‌های تقنینی لازم.^{۱۵}

۳-۲- مسئولیت‌مدنی ناشی از امور اجرایی

مقصود از مسئولیت‌مدنی ناشی از امور اجرایی ضمان برگرفته از ارتکاب هر گونه تقصیر و تعدی از انجام دادن وظایف قانونی و شرعی مسئولان و متولیان امور فرهنگی جامعه در حوزه‌های حاکمیتی و تصدیگری^{۱۶} هست که با فعل و ترک فعل خود مباشر تضییع حقوق فرهنگی و مسبب اشاعه فحشا، توهین به محترمان، تبدیل ارزش‌ها و هنجارهای اسلامی به ضد آن، افزایش آسیب‌های اجتماعی و حقوقی، یا ایراد خسارت می‌شوند. تحقیقات صورت‌گرفته در خصوص ایفای تعهدات فرهنگی مسئولان اجرایی در ده سال اخیر نشان داده تعلق برخی از نهادها و اشخاص موجب ایراد خسارت‌های فاجعه‌آمیز یا جبران‌ناپذیر برای عموم مردم، به‌خصوص اقشار در معرض آسیب، شده است.^{۱۷} با وجود اینکه ضرورت اجرای تصمیمات مهم شورای عالی انقلاب فرهنگی مورد تأکید علما و کارشناسان قرار گرفته است،^{۱۸} برخی مواقع مسئولان حکومتی مربوطه- شامل وزارت آموزش و پرورش، وزارت علوم، تحقیقات و فناوری، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، سازمان تبلیغات اسلامی، شورای عالی انقلاب فرهنگی، نیروهای انتظامی و پاسداران ارزش‌های اسلامی، صداوسیما و مطبوعات، معاونت فرهنگی ادارات دولتی و غیردولتی نظیر شهرداری‌ها و مؤسسات عمومی و مردمی، قانون‌های فرهنگی مساجد و پایگاه‌های بسیج- حقوق فرهنگی را در اثر فعل یا ترک فعل یا نادرست انجام دادن امور فرهنگی تضییع می‌کنند و به دلیل ایراد خسارات وارده مشمول ضمانت اجرای مسئولیت‌مدنی می‌شوند.^{۱۹}

۳-۳-۳. مسئولیت مدنی ناشی از سیاست‌گذاری و نظارت‌ها

مقصود از سیاست‌گذاری فرهنگی تدابیر و تصمیمات کلانی است که حاکمیت به معنای مجموع قوای سه‌گانه و دولت به معنی عام در مواجهه با یک مسئله و چالش فرهنگی اتخاذ می‌کند (قانع، ۱۳۹۶: ۴۱۹). در واقع نقص تصمیم‌ها و ضعف در اجرای برنامه‌ها و ناکارآمدی ارزیابی و نظارت بر فعالیت‌های فرهنگی به تضييع حقوق فرهنگی شهروندان منجر شده و چالش‌های مهمی ایجاد کرده است.^{۲۰} در کشور ایران، با وجود اینکه وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی بزرگ‌ترین دستگاه دولتی و شورای عالی انقلاب فرهنگی عالی‌ترین مرکز سیاست‌گذاری حکومتی محسوب می‌شوند، نهادها و مراکز متعدد دیگری در بدنه حکومت به وجود آمده که به طور رسمی متولی توسعه فرهنگ عمومی می‌باشند و با بودجه‌های کلان مشغول فعالیت‌اند که اگرچه تاکنون اقدامات فرهنگی زیادی انجام داده‌اند، تأثیر چندانی بر بهبود یا ترویج ارزش‌های فرهنگ اسلامی نداشته‌اند (نیکومرام و همکاران، ۱۳۸۶: ۱۲۰). البته در حوزه سیاست‌گذاری رعایت اصل آزادی و امنیت و عدالت ضروری است و مهم‌ترین حوزه آن فرهنگ دینی است (رکوعی، ۱۳۸۵). زیرا هنجارشکنی علنی، ترویج سبک زندگی غیراسلامی، کوچک‌شماری ارزش‌های دینی و ملی، عادی‌سازی ارتباط با نامحرم و عشوه‌گری، ترویج موسیقی‌های غیربومی، و غیره دستاورد برخی از آن‌ها بوده است؛ یعنی هر یک از نهادهای فرهنگی برای خود هدفی تعیین کرده‌اند و بدون تعامل با سایر سازمان‌ها سعی می‌کنند به‌تنهایی در حیطه امور فرهنگی انجام وظیفه کنند. اما باید گفت اگر تکالیف فرهنگی هر سازمان توسط مرکزیتی با همه اعضا تعیین و ابلاغ شود و مورد پیگیری و ارزیابی میزان موفقیت قرار گیرد، نه تنها حقوق فرهنگی تأمین خواهد شد، بلکه از بروز خسارت و مسئولیت مدنی ناشی از آن جلوگیری خواهد شد. در واقع یکی از عوامل موفقیت هر یک از آن سازمان‌ها داشتن هدف واحد و تعیین نقش و مسئولیت مدنی خسارات است.

۳-۳-۴. مسئولیت مدنی ناشی از امور قضایی

اقدامات قضایی قسم دیگری از امور حاکمیتی است و هرگاه در هر مرحله از رسیدگی‌های قضایی، به دلیل تقصیر یا اشتباه، ضرر معنوی و فرهنگی وارد آید یا در زمینه پیشگیری از وقوع جرم سهل‌انگاری شود مسئولیت مدنی حکم به اعاده حیثیت متهم یا جبران کامل خسارات وارده می‌کند. البته پیشگیری از رفتارهای مجرمانه فقط وظیفه قوه قضاییه نیست و سایر نهادهای دولتی و حتی غیردولتی در این موضوع باید مشارکت داده شوند (تقی‌پور، ۱۳۹۸). مفاد اصول ۱۵۶ و ۱۷۱ قانون اساسی، ماده ۱۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، مواد ۲۵۵ و ۲۵۶ و ۲۶۰ قانون آیین دادرسی کیفری هر یک اصل فوق را تشریح کرده‌اند.^{۲۱} اگر قوه

قضایه و سایر اشخاص مرتبط با آن، نظیر دادستان و رئیس دیوان عالی کشور و غیره، جهت پیشگیری از وقوع جرم، کاهش حجم پرونده‌ها، رفع اختلافات فرهنگی اشخاص مثل روابط نامشروع، قذف، فحاشی، کشف حجاب، و سایر اعمال خلاف عفت عمومی و اخلاق حسنه در ملاً عام به‌درستی امور فرهنگی لازم برای اصلاح متهمان و دفع و رفع خسارات مرتبط را انجام ندهند و از عهده تأمین حقوق فرهنگی و جلوگیری از ایراد خسارات جانی و مالی به اقشار آسیب‌پذیر و اموال عمومی برنیایند یا به موجب ترک فعل یا سهل‌انگاری در انجام وظایف مسبب ایراد خسارات مخرب‌تری شوند، دارای مسئولیت‌مدنی خواهند بود. البته مسئولیت‌مدنی ناشی از ترک فعل و جرم از جمله مسائلی است که منجر به آرای متناقض در شعب مختلف دیوان عالی کشور شده است. در این زمینه می‌توان به تناقض آرای شعبه ۳ دیوان عالی کشور و هیئت عمومی دیوان عالی، مورخ ۱۳۶۸/۰۹/۱۴، با رأی شماره ۱۰۴، مراجعه کرد.^{۲۲}

۴. مصادیق مسئولیت‌مدنی حکومت در امور فرهنگی

بخشی از قواعد عام مسئولیت‌مدنی ناشی از دخالت فعل زیان‌بار واحد است و بخشی از آن ناشی از دخالت چند فعل متعدد (عباسلو، ۱۳۹۴: ۶۶-۶۸). در مسئولیت‌مدنی ناشی از دخالت عامل واحد، دولت به معنای عام به وظایف خود در امور فرهنگی جامعه اسلامی عمل نمی‌کند و اهتمام و توجه لازم را در انجام دادن وظایفش ندارد. اما در مسئولیت‌مدنی ناشی از دخالت عوامل متعدد، اقدامات دو یا چند نهاد دولتی به طور طولی یا عرضی سبب ورود ضررهای فرهنگی می‌شود. مثلاً اقدامات یا ترک فعل‌های کمیسیون فرهنگی مجلس شورای اسلامی، شورای عالی انقلاب فرهنگی، معاونت‌های فرهنگی شهرداری‌ها، آموزش و پرورش، وزارت علوم، و غیره گاهی به طور هم‌زمان یا عرضی و گاهی به صورت طولی مسبب و مباشر در ایراد خسارت‌ها محسوب می‌شوند. برای تعیین مسئولان اصلی در مرحله اول باید بحث تعدد مباشران و مسببان ایراد ضرر را از هم تفکیک کرد و به طور جداگانه احکام هر یک را معلوم ساخت.^{۲۳} مثلاً می‌توان به پرونده‌های شکایت از وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی به دلیل توقیف یا ممانعت از اکران فیلم‌های سینمایی اشاره کرد که در ادامه به یکی از آن‌ها اشاره می‌شود. آنچه مهم است این است که خلأهای تقنینی علاوه بر آنکه می‌توانند موجب ایراد خسارت به سازندگان فیلم‌ها و مخاطبان شوند می‌توانند به طرح دعوی مسئولیت‌مدنی مسئولان اجرایی و سردرگمی محاکم قضایی بینجامند.^{۲۴}

در خصوص نمونه آرای قضایی صادرشده در این بخش می‌توان به پرونده فیلم سنتوری و رأی شعبه ۳ دیوان عدالت اداری اشاره کرد که در نهایت، به موجب اصل مسئولیت‌مدنی

دولت، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی به پرداخت خسارت محکوم شد.^{۲۵} در واقع، به دنبال شکایت سازندگان فیلم **سنتوری** از وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی و معاونت سینمایی آن وزارتخانه مبنی بر درخواست لغو ممنوعیت اکران فیلم یادشده و تصدیق خسارات وارده، شعبه ۳ دیوان عدالت اداری جلوگیری از اکران فیلم **سنتوری** را در حدود اختیارات ناشی از ماده ۴ آیین‌نامه نظارت بر نمایش فیلم، اسلاید، ویدئو، و صدور پروانه نمایش- مصوب ۱۳۶۱ هیئت وزیران- دانست و اگرچه شکایت شکات در این مورد را رد کرد، تصدیق خسارات وارده به سازندگان فیلم در نتیجه ممانعت از اکران آن فیلم را موجه دانست و ضمن تصدیق خسارات وارده رأی به ورود شکایت در این خصوص را صادر و اعلام کرد. متن رأی صادره از سوی شعبه ۳ دیوان عدالت اداری بدین شرح است:^{۲۶} «وکلائی شکات در دادخواست تقدیمی خلاصتاً چنین عنوان داشته‌اند که 'موکلان با صرف منابع هنگفتی وام بانکی اقدام به تهیه فیلم **سنتوری** کرده‌اند. این فیلم، پس از بررسی‌های کارشناسانه، پروانه مالکیت تحت شماره ۱۵۴/۵۹۲۶۸ - ۸۶/۳/۷ دریافت کرده است. سپس در هیئت نظارت و ارزیابی متشکل از یک نفر روحانی آگاه و آشنا به مسائل هنری و سه نفر دارای بینش سیاسی، اجتماعی، اخلاقی، و مذهبی مورد بررسی قرار گرفته و پس از رفع ایرادات جزئی تحت شماره ۵۴-۵۹/۱۵۴ مورخه ۸۶/۳/۷ موفق به کسب پروانه نمایش شده است و پیش‌تر نیز در جشنواره فیلم فجر با آمار ۹۶ درصد به عنوان بهترین فیلم تماشاگران انتخاب و آقای بهرام رادان، هنرپیشه نقش اول مرد این فیلم، به عنوان بهترین هنرپیشه نقش اول مرد، برنده سیمرغ بلورین شده است. با این وجود و درحالی‌که قرار بود این فیلم طبق برنامه اعلامی از طرف معاونت سینمایی وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی به شرکت هدایت (پخش‌کننده فیلم) در تاریخ ۸۶/۵/۲ در ۴۵ سینمای کشور به نمایش درآید و در این اثنا مبالغ زیادی برای تبلیغ فیلم هزینه شد، ناگاه چند روز قبل از آن به دستور شخصی به نام محمدرضا جعفری‌جلوه (معاونت سینمایی) از نمایش فیلم جلوگیری به عمل آمد.' وکلای شکات در پایان با این ادعا که 'اقدام وزارت ارشاد خلاف قانون است' به طور خلاصه خواهان لغو دستور منع نمایش فیلم (**سنتوری**) و تصدیق خسارت‌های ناشی از اقدام مذکور به موکلان خود شده‌اند. مفاد لایحه دفاعیه مشتکی‌عنه مبنی بر این است که با توجه به تبعات ناخوشایندی که قبلاً در اثر نمایش یکی از فیلم‌ها در جامعه ایجاد شده بود این معاونت، به عنوان اقدام پیشگیرانه، خواستار شکیبایی و همراهی تهیه‌کننده و کارگردان فیلم **سنتوری** و تعویق نمایش آن شد. ولی متأسفانه اقدامات در این خصوص مؤثر واقع نشد و تهیه‌کنندگان فیلم، بدون مجوز، مبادرت به نمایش آن در خارج از کشور کردند و

در نتیجه تحمیل فضای ملت اکران فیلم را غیرممکن ساخت. بنابراین، به استناد ماده ۴ آیین‌نامه نظارت بر نمایش فیلم، اسلاید، ویدئو، و صدور پروانه نمایش- مصوب هیئت وزیران- که اجازه می‌دهد بنا به ضرورت‌های سیاسی و فرهنگی از نمایش فیلمی که دارای پروانه نمایش است جلوگیری شود تا پس از رفع موانع (در صورت امکان) مجدداً اجازه نمایش داده شود، از اکران فیلم مذکور جلوگیری به عمل آمده است. توجهاً به مراتب فوق و سایر محتویات پرونده اولاً در خصوص خواسته اول شکات، مبنی بر لغو ممنوعیت اکران فیلم **ستوری**، نظر به اینکه بر طبق ماده ۴ از آیین‌نامه فوق‌الذکر اقدام مشتکی‌عنه در جلوگیری از اکران فیلم **ستوری** در حدود اختیارات ناشی از ماده ۴ موصوف بوده و مغایر موازین و مقررات موضوعه به نظر نمی‌رسد، بنابراین، رأی به رد شکایت در این خصوص صادر و اعلام می‌شود. در خصوص بخش دیگر شکایت شکات در مورد تصدیق خسارت، نظر به اینکه بر اساس اوراق و محتویات پرونده و مضمون جوابیه ارسالی از سوی مشتکی‌عنه 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 **ستوری**، 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 **ستوری** موجه تشخیص داده شده و مستنداً به تبصره ۱ ذیل ماده ۳ قانون دیوان عدالت اداری رأی به ورود آن صادر و اعلام می‌شود. این رأی بر طبق ماده ۷ قانون دیوان عدالت اداری مصوب سال ۸۵ قطعی است.^{۳۷} آنچه با مطالعه این پرونده می‌توان گفت این است که قانون‌گذار باید در زمینه ممیزی فیلم‌ها و سایر رسانه‌ها به طور مشخص و به نام یک قانون مصوب مقرره‌گذاری‌های لازم را به عمل آورد تا از اعمال سلیقه‌های شخصی و ایراد خسارات مالی و معنوی ناشی از آن جلوگیری شود. همچنین می‌توان، پس از تدوین چنین قانونی، نظارت بر آثار ممیزی را به صنوف واگذار کرد و همان‌گونه که صنوف دیگر، نظیر خیاطان و نجاران و ناویان، بر کیفیت و کمیت و تخلفات اعضایشان نظارت و با متخلفان برخورد می‌کنند، ممیزی فیلم‌ها را نیز به شورایی متشکل از نمایندگان کارگردان‌ها، تهیه‌کننده‌ها، فیلم‌برداران، بازیگران، جامعه‌شناسان، و روان‌شناسان اجتماعی واگذار کرد که با قانون ممیزی تطبیق داده شود و از این پس ممیزی‌ها جنبه دولتی نداشته باشد تا اگر اثری نیز واجد اشکال بود متوجه دولت نشود و اصناف سینمایی راساً پاسخگو باشند. بی‌تردید این شیوه عمل بازخورد بسیار بهتر و دقیق‌تری خواهد داشت که به انصاف نیز نزدیک‌تر است.

نتیجه‌گیری

دین اسلام به دفاع از حقوق فرهنگی انسان‌ها برخاسته است و قانون‌گذار کشور ما نیز به پیروی از این دین در متون متعدد شرعی، همچون اصول ۳ و ۱۵۶ قانون اساسی، حکومت را مکلف به تأمین حقوق فرهنگی و مقابله با زیان‌های ناشی از آن کرده است و در صورت ارتکاب اعمال ضد فرهنگی ضمان آن را متوجه دولت دانسته است. امروزه، به دلیل عدم توجه کافی و لازم از سوی مسئولان حکومتی در سطح تقنینی و اجرایی و قضایی در زمینه امور فرهنگی جامعه، همچنان چالش‌ها و مسائل حل‌نشده‌ای در خصوص شرایط تحقق مسئولیت‌مدنی دولت در امور مهم فرهنگی باقی است. ماده ۱۱ قانون مسئولیت‌مدنی، که پیش از انقلاب اسلامی به تصویب رسیده است، بدون هیچ تقسیمی مطلق اقدامات حاکمیتی دولت را از مسئولیت و ضمان اقدامات زیان‌بارش معاف کرده و باعث شده دولت در قبال اعمال خود در ساحت فرهنگ و هنر احساس مسئولیت نکند و کمتر پاسخگو باشد. این در حالی است که قواعد فقهی لاضرر و اصول حقوق اداری و حکمرانی شایسته، از قبیل مسئولیت‌پذیری و لزوم پاسخگویی، بیانگر این نکته است که اهمیت بالا و ویژگی‌های خاص حقوق فرهنگی ایجاب می‌کند خسارات ناشی از آن توسط نهادهای حاکمیتی نباید بدون جبران باقی بماند و دولت نیز از این قاعده مستثنی نیست. به نظر می‌رسد معیار تعیین زیان‌های فرهنگی موقوف به نظر عرف جامعه است و قواعد مسقط ضمان، مثل احسان و نفی ضمان امین، نیز به طور مطلق نمی‌توانند قواعد ثبوت ضمان در امور فرهنگی را اسقاط کنند و لازم است بین امور حاکمیتی دولت تفکیک قائل شد و در برخی امور حاکمیتی دولت را مکلف به جبران خسارات دانست. شرایط تحقق آن شامل ارکان اساسی مسئولیت‌مدنی است که برای احراز آسان‌تر رابطه سببیت نیز بهتر است بین اشکال مختلف مسئولیت دولت در امور فرهنگی، اعم از تعدد اسباب و مباشران، تفکیک قائل شد و برای فروض مختلف احکام جداگانه‌ای در نظر گرفت. مثلاً در فرض تعدد مباشران، تفکیک قائل شد و برای فروض مختلف احکام جداگانه‌ای در نظر گرفت. مثلاً در فرض تعدد مباشران، که چند نهاد فرهنگی با همکاری یک‌دیگر در برپایی یک اقدام زیان‌بار به طور مستقیم نقش داشته و در عرض یک‌دیگر قرار گرفته‌اند، عمل ضرری ضد فرهنگی منسوب به همه آن‌ها باشد و همه آن مباشران (نهادهای اشخاص، مسئولان مربوط به امور فرهنگی) فاعل فعل زیان تلقی شوند و ضمان به نسبت تساوی بین آن‌ها تقسیم شود.

یادداشت‌ها

1. government

۲. فرهنگ عمومی بر ارزش‌ها، گرایش‌ها، الگوهای رفتاری، و الگوی زندگی آحاد جامعه تأکید می‌کند و در مقایسه با فرهنگ ملی پایداری کمتری دارد. فرهنگ عمومی تا حدود زیادی تابع مقتضیات زمانی و مکانی جامعه و منعکس‌کننده عملکرد سایر نظام‌ها- همچون نظام‌های فرهنگی، اجتماعی، سیاسی، اقتصادی، قضایی، حقوقی، و ... است (نقشه جامع مهندسی کشور، ۱۳۹۳: ۲).

۳. ← غمامی، ۱۳۸۴.

۴. بسیاری از حق‌ها و آزادی‌های انسانی زیرمجموعه حقوق فرهنگی قرار می‌گیرد و اکثر مصادیق آن مبنای حقوق بشر است. برخی از آن‌ها شامل اقامه نماز و ترویج ارزش‌های دینی و اخلاقی در جامعه، موعظه و ارشاد و تبلیغ، علم‌آموزی، مبارزه با سنت‌های جاهلی، قاطعیت در اجرای دستورات شرعی، شایسته‌سالاری می‌شود (← زنجانی و حیدرنژاد، ۱۳۹۸). (برای درک بهتر معنا و مفهوم حقوق فرهنگی (صفاری‌نیا، محیا (۱۳۹۴)، «حقوق فرهنگی در نظام بین‌المللی حقوق بشر، حرکت کم‌شتاب در بستر پرتلاطم»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۰، شماره ۲، ۷۷-۱۰۳)

۵. از سنجش عملکرد بعضی از مسئولان حکومتی جمهوری اسلامی معلوم می‌شود نه تنها جوانان را از انحرافات دینی و معنوی جامعه حفظ نکرده و حقوق فرهنگی را تأمین نکرده‌اند، بلکه خود با برگزاری جشن‌هایی (مثل جشنی که معاونت فرهنگی شهرداری تهران در تاریخ ۱۳۹۷/۱۲/۰۲ در سالن ایوان شمس شهرداری تهران برگزار کرد) حقوق فرهنگی افراد را تضییع کرده‌اند.

۶. برای مطالعه بیشتر امامی، ۱۳۶۴: ۳۹۶؛ بهرامی احمدی، ۱۳۷۷: ۶۰؛ احمدی، ۱۳۹۲: ۳۲؛ پورامینی، ۱۳۸۳: ۴۶.

۷. این اصل یکی از مبانی حقوق اداری در قانون اساسی و فلسفه وجودی حکومت محسوب می‌شود، شامل فعالیت‌های عام‌المنفعه اعم از فرهنگی و غیرفرهنگی، و از طریق نهادهای عمومی یا نهادهای خصوصی زیر نظر اشخاص عمومی اعمال می‌شود (رضایی‌زاده و همکاران، ۱۳۹۱). در متون شرعی نظیر سوره اعراف: ۱۰، سوره یوسف: ۵۶، سوره جمعه: ۲، و نامه ۵۳ و خطبه ۴۰ نهج البلاغه، و اصول ۳ و ۲۹ و ۳۰ و ۳۱ و ۴۰ قانون اساسی نیز بدان تصریح شده است (رستمی و همکاران، ۱۳۹۶: ۱۵۷-۱۶۰)

8. good governance

۹. برخی از مهم‌ترین آن‌ها عبارت‌اند از: معافیت ضمان در قبال اقدامات زیان‌بار خود صرف‌نظر از انواع آسیب‌ها و پیامدهای خاص امور فرهنگی؛ مجوز تأخیر اجرای احکام قضایی و ممنوعیت توقیف اموال دولتی؛ موضوع ماده واحده قانون نحوه پرداخت محکوم به دولت و عدم تأمین توقیف اموال دولتی مصوب ۱۳۶۵؛ موضوع قانون راجع به منع توقیف اموال منقول و غیرمنقول متعلق به شهرداری‌ها مصوب ۱۳۶۱؛ مجوز تملکات قهری دولت؛ موضوع لایحه قانونی نحوه خرید و تملک اراضی برای اجرای برنامه‌های عمومی، عمرانی، و نظامی دولت مصوب ۱۳۵۸؛ معافیت‌های مالیاتی موضوع ماده ۲ قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۶۶ (← واعظی و

همکاران، ۱۳۹۶: ۲۸ - ۲۲).

۱۰. وقتی که اجرای قاعده عادلانه نتایج نامطلوب و به مراتب مخرب‌تری داشته باشد و وجدان اخلاقی تشخیص دهد اجرای قاعده‌ای فراتر از آن لازم است، به این دو اصل می‌توان عمل کرد (مظاهری و همکاران، ۱۳۹۱).
۱۱. نمونه این بحث را می‌توان در ماده ۸ قانون تأسیس سازمان جمع‌آوری و فروش اموال تملیکی، مصوب ۱۳۷۰، مشاهده کرد. زیرا این سازمان مکلف شده محصولات و کالاهای فرهنگی قاچاقی، که به موجب سایر قوانین و احکام قطعی مراجع قضایی و شبه‌قضایی به تملک یا تصرف دولت درآمده، را حداکثر ظرف یک سال از تاریخ تحویل به فروش رساند یا به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی تحویل دهد (زارع، ۱۳۹۶: ۱۰۰)؛ در غیر این صورت ضامن خسارات وارده خواهد بود.
۱۲. مرتبط‌ترین اصول حکمرانی شایسته با تأمین حقوق فرهنگی و ضمان ناشی از تضييع آن شامل اصول ارائه خدمات عمومی، شفافیت عملکرد، سرعت و استمرار، دقت، قانونی بودن، امانت‌داری، و مسئولیت‌پذیری است. (برای اطلاعات بیشتر ← هداوند و همکاران، ۱۳۹۲: ۶۹؛ درخنده و موسوی‌نیا، ۱۳۹۷)
۱۳. مثلاً برخی از کارکنان نیروی انتظامی حاضر در خیابان چهارباغ استان اصفهان، مورخ ۱۴۰۱/۰۳/۰۶، در برخورد با مظاهر و نمادهای فساد علنی، بدحجابی، اشاعه فحشا، نقض عفت عمومی، و هتک حرمت شهادت امام جعفر صادق^(ع) بی‌اعتنا بودند و مسئولیت خود را انجام ندادند.
۱۴. یعنی اصول ۲۰، ۳۲، ۳۶، ۳۷، ۱۳۸، ۱۶۶، ۱۶۹ قانون اساسی.
۱۵. ← ارژنگ و همکاران، ۱۳۹۸.
۱۶. ← رسولی جزی، ۱۳۹۸: ۱۲۴.
۱۷. یزدانیان، ۱۳۹۶: ۳۶۳ - ۳۸۱.
۱۸. سخنان فرهنگی مقام معظم رهبری به تاریخ ۱۳۷۶/۱۱/۰۴ و ۱۳۸۱/۰۹/۲۶.
۱۹. بند ۱۱ ماده ۲ و ماده ۳ و ماده ۱۳ مصوبه شورای عالی اداری در خصوص حقوق شهروندی در نظام اداری مصوب ۱۳۹۵/۱۱/۰۹.
۲۰. صالح‌اولیاء، محمد؛ بهجت، محسن؛ مدرسی، سید ناصر (۱۳۸۴)، طرح تدوین مبانی ارزیابی عملکرد سازمان‌های فرهنگی، دبیرخانه شورای عالی انقلاب فرهنگی، کمیسیون فرهنگی.
۲۱. ماده ۱۳ قانون مجازات اسلامی: «هر گونه صدمه و خسارتی که از این جهت حاصل شود، در صورتی که از روی عمد یا تقصیر باشد، حسب مورد، موجب مسئولیت کیفری و مدنی است».
۲۲. شریعتی، الهام؛ موسوی، سیده لیلا (۱۳۹۳)، فقه پویا، مجموعه آراء و نظریات آیت‌الله سید محمدحسن مرعشی نجفی، تهران: خرسندی، ج ۱، ۲۷۴ - ۲۸۷.
۲۳. ← رسولی جزی، ۱۳۹۸.

۲۴. نقص و ابهامات بند ۱۴ ماده ۳ و ماده ۴ آیین‌نامه نظارت بر نمایش فیلم و اسلاید و ویدئو و صدور پروانه نمایش آن‌ها، مصوب ۱۳۸۲/۰۵/۱۹ هیئت وزیران، منجر به استعلام مورخ ۱۳۹۶/۰۱/۲۳ دیوان عدالت اداری مبنی بر ادعای خلاف شرع بودن بند ۱۴ ماده ۳ و ماده ۴ آیین‌نامه مذکور از شورای نگهبان شده که در نهایت به موجب نامه شماره ۹۶/۱۰۲/۱۹۳۱ مورخ ۱۳۹۶/۰۴/۳۱ شورای نگهبان بندهای مذکور آیین‌نامه موافق موازین شرع دانسته شده است.

۲۵. برای اطلاعات بیشتر در مورد مبانی و ارکان مسئولیت‌مدنی وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی ← امامی و استوارسنگری، ۱۳۸۹، بخش سوم.

۲۶. گزارش خبرنگار حقوقی ایسنا به نشانی: <https://www.isna.ir/news/۸۷۰۴-۱۳۳۴۶>.

۲۷. در خصوص اطلاع از میزان محکومیت وزارت فرهنگ و ارشاد به عنوان مسئولیت‌مدنی ← گزارش خبرگزاری تابناک، مورخ ۱۰ اسفندماه ۱۳۹۲، به نشانی: <https://www.tabnak.ir/fa/news/۳۸۳۲۰۷>.





منابع

الف) کتاب‌ها

۱. ابوالحمد، عبدالحمید (۱۳۷۱)، «مسئولیت مدنی دولت»، مندرج در کتاب تحولات حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، چ دوم.
۲. امامی، سید حسن (۱۳۶۴)، حقوق مدنی، کتاب‌فروشی اسلامی، چ سوم، ج ۱.
۳. امامی، محمد؛ استوارسنگری، کوروش (۱۳۸۹)، حقوق اداری، تهران: میزان، ج ۱۲.
۴. انوری، حسن (۱۳۸۱)، فرهنگ بزرگ سخن، تهران: سخن، چ اول، ج ۴.
۵. بابایی، ایرج (۱۳۹۴)، حقوق مسئولیت مدنی و الزامات خارج از قرارداد، تهران: میزان.
۶. بهرامی احمدی، حمید (۱۳۷۷)، سوءاستفاده از حق، مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام و دیگر نظام‌های حقوقی، تهران: اطلاعات، چ سوم.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۱)، مجموعه محشا قانون مدنی، تهران: انتشارات کتابخانه گنج دانش، چ چهارم.
۸. داوری، محسن (۱۳۸۹)، حقوق فرهنگی شهروندان رویکرد اسلامی، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق، چ اول.
۹. زرگوش، مشتاق (۱۳۸۹)، مسئولیت مدنی دولت، تهران: میزان، چ اول، ج ۲.
۱۰. عباس‌لو، بختیار (۱۳۹۴)، مسئولیت مدنی ناشی از سوانح رانندگی، تهران: میزان، چ چهارم.
۱۱. عباسی، بیژن (۱۳۸۹)، حقوق اداری، تهران: دادگستر، چ اول، ج ۱.
۱۲. غمامی، مجید (۱۳۷۶)، مسئولیت مدنی دولت نسبت به اعمال کارکنان خود، تهران: دادگستر.
۱۳. قاسم‌زاده، سید مرتضی (۱۳۸۹)، الزام‌های مسئولیت مدنی بدون قرارداد، تهران: میزان.
۱۴. قاضی شریعت‌پناهی، ابوالفضل (۱۳۹۲)، بایسته‌های حقوق اساسی، تهران: میزان.
۱۵. قانع، احمدعلی (۱۳۹۶)، گفتارهایی در فقه فرهنگ و ارتباطات، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق، چ اول، ج ۱.
۱۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱)، الزامات خارج از قرارداد، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ویراست سوم، ج ۱.



۱۷. لطفی، اسدالله (۱۳۹۳)، سلسله مباحث فقهی حقوقی مسئولیت‌مدن، تهران: جاودانه.
۱۸. محقق‌داماد، سید مصطفی (۱۳۹۱)، قواعد فقه بخش مدنی، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چ سی و هفتم، ج ۱.
۱۹. مرتضوی، سید ضیاء (۱۳۹۶)، ماهیت فقهی دولت و ضمان اقدام‌های زیان‌بار آن، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چ اول.
۲۰. معینی، صغری (۱۳۷۰)، فرهنگ واژه‌ها و اصطلاحات مدیریت و سازمان، تهران: انتشارات وزارت جهاد کشاورزی، دفتر تشکیلات و طبقه‌بندی مشاغل.
۲۱. موسوی خمینی، روح‌الله (۱۳۹۷ ق)، کتاب البیع، نجف: مطبعة الآداب، چ اول، ج ۲.
۲۲. میدری، احمد؛ خیرخواهان، جعفر (۱۳۸۳)، حکمرانی خوب، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، چ اول.
۲۳. نقیعی، سید ابوالقاسم (۱۳۸۶)، خسارت معنوی در حقوق اسلام، ایران و نظام‌های حقوقی معاصر، تهران: امیرکبیر.
۲۴. ویژه، محمدرضا (۱۳۹۰)، مبانی ساختار دولت حقوقی، تهران: جنگل.
۲۵. هداوند، مهدی؛ مشهدی، علی (۱۳۸۹)، اصول حقوق اداری در پرتو آرای دیوان عدالت اداری، تهران: خرسندی، چ اول.
- (ب) پایان‌نامه‌ها
۱. رسولی جزی، سجاد (۱۳۹۸)، مسئولیت‌مدنی حکومت در امور فرهنگی، استاد راهنما: سید مصطفی میرمحمدی میبیدی، میبد: دانشگاه میبد.
۲. زارع، محسن (۱۳۹۶)، نقد کارکردهای تنظیمی دولت در تنظیم بازار با تأکید بر اموال تملیکی، استاد راهنما: بابک باصری، سال دفاع: ۱۳۹۶ دانشگاه آزاد اسلامی مرودشت.
۳. عسکری فرسنگی، مریم (۱۳۹۱)، مسئولیت دولت در قبال حقوق فرهنگی شهروندان، استاد راهنما: محمدجواد جاوید، تهران: دانشگاه آزاد اسلامی.
۴. میرمحمدصادقی، مریم (۱۳۸۷)، چالش‌های حقوق فرهنگی، استاد راهنما: امیر نیک‌پی، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق.

۵. یزدانیا، علی‌رضا (۱۳۸۲)، اصول مسئولیت مدنی، استاد راهنما: مهدی شهیدی، رساله دکتری، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق.
- ج) مقالات
۱. احمدی، حسین؛ ذکاییان، پرویز (۱۳۹۲)، «مطالعه تطبیقی خسارات عدم نفع در فقه امامیه و قوانین ایران و کنوانسیون ۱۹۸۰ وین»، نشریه پژوهشگاه فقه و حقوق اسلامی، سال نهم، شماره ۳۲.
۲. ارژنگ، اردوان؛ رسولی جزی، سجاد (۱۳۹۸)، «مبانی شرعی مسئولیت مدنی دولت در امور فرهنگی»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، شماره ۱۰، ۱ - ۲۹.
۳. اسماعیلی، محسن؛ امینی پزوه، حسین (۱۳۹۵)، «تحلیل ماهیت و نظام حقوقی حاکم بر تعهدات دولت در میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی، و فرهنگی و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، ۵(۱۴)، ۶۹ - ۹۴.
۴. آقای طوق، مسلم (۱۳۹۸)، «تحلیلی تاریخی بر دوگانگی فرایند رسیدگی به دعاوی مسئولیت به طرفیت دولت در حقوق ایران»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال ۲۱، شماره ۶۲، ۲۴۴ - ۲۶۵.
۵. پورامینی، محمدحسین (۱۳۸۳)، «بررسی عدم نفع در فقه و حقوق موضوعه»، نشریه پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، سال ۸، شماره ۴۶.
۶. تقی‌پور، علی‌رضا (۱۳۹۸)، «پیشگیری غیرکیفری از جرم در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، ۸(۲۴)، ۱ - ۱۸.
۷. حبیبی‌درگاه، بهنام (۱۳۹۵)، «چالش‌های حمایت حقوقی از نمودهای فرهنگ عامه در ایران و راهکارهای آن»، دوفصلنامه حقوق اداری، سال سوم، شماره ۱۱، ۶۱ - ۷۵.
۸. رستمی، ولی؛ رشیدی، رضا (۱۳۹۶)، «نقد و تحلیل نظریه خدمات عمومی و اصول حاکم بر آن، مبتنی بر آموزه‌های اسلامی»، فصلنامه علمی- پژوهشی حکومت اسلامی، ۲۲(۴)، ۱۵۷ - ۱۸۶.
۹. رضایی‌زاده، محمدجواد؛ کاظمی، داود (۱۳۹۱)، «بازشناسی نظریه خدمات عمومی» و اصول حاکم بر آن در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ۳(۵)، ۲۳ - ۴۶.

۱۰. رکوعی، ایمان (۱۳۸۵)، «تعیین سهم تأثیر دستگاه‌های دولتی بر فرهنگ کشور»، **مهندسی فرهنگی**، شماره ۲، قابل دسترسی در سایت شورای عالی انقلاب فرهنگی، بخش مقالات.
۱۱. زارعی، سعدالله (۱۳۹۴)، «بررسی انطباقی نظریه مردم‌سالاری دینی و دموکراسی»، **مطالعات راهبردی جهان اسلام**، شماره ۶۴، ۲۹ - ۵۰.
۱۲. زرگوش، مشتاق؛ امیرارجمند، اردشیر (۱۳۸۸)، «تقصیر در حقوق مسئولیت مدنی دولت، مطالعه تحلیلی تطبیقی»، **مجله تحقیقات حقوقی**، شماره ۴۹، ۸۵ - ۱۴۳.
۱۳. زنجانی، محمود جمال‌الدین؛ حیدر نژاد، ولی‌الله (۱۳۹۸)، «حقوق فرهنگی در فرمان حکومتی حضرت رسول (ص) به معاذ بن جبل با نگاهی به قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، **فصلنامه دانش حقوق عمومی**، سال ۸، شماره ۲۳، ۴۳ - ۶۲.
۱۴. درخشه، جلال؛ موسوی‌نیا، مهدی (۱۳۹۷)، «مؤلفه‌های حکمرانی شایسته در سیره حکومتی پیامبر اسلام (ص)»، **پژوهش‌های علم و دین**، ۹(۱)، ۱ - ۲۸.
۱۵. صفاری‌نیا، محیا (۱۳۹۴)، «حقوق فرهنگی در نظام بین‌المللی حقوق بشر، حرکت کم‌شتاب در بستر پرتلاطم»، **پژوهش‌های حقوق تطبیقی**، دوره ۲۰، شماره ۲، ۷۷ - ۱۰۳.
۱۶. علی‌شاهی قلعه‌جوقی، ابوالفضل؛ دانش‌نهاد، محمد (۱۳۹۶)، «مبانی قاعده اضطرار در مسئولیت مدنی اشخاص و دولت»، **فصلنامه جستارهای فقهی و اصولی**، دوره ۳، شماره ۱، بهار، ۶۵ - ۹۷.
۱۷. غمامی، مجید (۱۳۸۴)، «ضرر جبران‌پذیر از دیدگاه رویه قضایی»، **مطالعات حقوق خصوصی**، شماره ۷۰، ۲۶۱ - ۲۷۶.
۱۸. فهیمی، عزیزاله (۱۳۹۶)، «ضرر در خسارت‌های زیست‌محیطی بحث تطبیقی در فقه و حقوق ایران و فرانسه و اسناد بین‌المللی»، **نشریه حقوق تطبیقی**، شماره ۱۰۷، ۱۱۲ - ۱۲۷.
۱۹. فاضلی‌نژاد، جواد؛ شفیع‌سردشت، جعفر (۱۴۰۰)، «آسیب‌شناسی نقش دیوان محاسبات کشور در تحقق پاسخگویی و حاکمیت قانون»، **فصلنامه دانش حقوق عمومی**، ۱۰(۳۳)، ۳۳ - ۵۶.
۲۰. فیض، علی‌رضا (۱۳۸۴)، «عرف عقلا، برهان و عرفان»، **نشریه دانشگاه آزاد اسلامی**، واحد علوم و تحقیقات.

۲۱. مرتضوی، سید ضیاء (۱۳۹۵)، «سازگار ساختن دولت با جبران خسارت، گامی در استوارسازی عدالت»، نشریه علوم سیاسی دانشگاه باقرالعلوم، دوره ۱۹، شماره ۷۶، ۱۲۳ - ۱۵۰.
۲۲. مظاهری، معصومه؛ آل اسحق خوئینی، زهرا (۱۳۹۱)، «قاعده فقهی - حقوقی انصاف (عنوان عربی: قاعده الانصاف، فقها و حقوقا)»، پژوهش های فقه و حقوق اسلامی (فقه و مبانی حقوق اسلامی)، ۸(۲۷)، ۱۳۵ - ۱۶۴.
۲۳. مظهرقراملکی، علی؛ نظری توکلی، سعید؛ قدرتی، فاطمه (۱۳۹۳)، «معناشناسی حق معنوی در گفتمان حقوقی اسلام و ایران»، مجله فقه اسلامی، شماره ۹، ۱۶۱ - ۱۹۰.
۲۴. میرمحمدی میبدی، سید مصطفی (۱۳۹۲)، «بررسی تداخل مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی با مصوبات مجلس شورای اسلامی، دولت، و مجمع تشخیص مصلحت نظام»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال ۱۴، شماره ۱، ۱۵۵ - ۱۷۹.
۲۵. نوری، علی؛ بزرگمهر، داود (۱۳۹۷)، «جایگاه عرف در مسئولیت مدنی»، کنفرانس ملی دستاوردهای نوین جهان در تعلیم و تربیت، روانشناسی، حقوق و مطالعات فرهنگی - اجتماعی، خوی، <https://civilica.com/doc/823326>.
۲۶. نیک فرجام، زهره (۱۳۹۲)، «جبران خسارت معنوی در فقه و حقوق»، دوفصلنامه فقه و حقوق اسلامی دانشگاه آزاد، بهار و تابستان، شماره ۱۱، ۱۰۵ - ۱۲۷.
۲۷. نیکومرام، هاشم؛ حداد، مسعود (۱۳۸۶)، «بررسی اهداف و وظایف نهادهای رسمی فرهنگی در ایران و ارائه راهکار هماهنگ سازی این نهادها»، مجله مدیریت فرهنگی، سال ۱، پیش شماره ۱، ۱۰۷ - ۱۲۸.
۲۸. واعظی، سید مجتبی؛ البرزی، زهرا (۱۳۹۶)، «جایگاه مفهوم خدمات عمومی در حقوق اداری ایران»، دوفصلنامه حقوق اداری، ۴(۱۲)، ۹ - ۳۱.
۲۹. واثق، قادرعلی؛ حسینی تاش، سید علی (۱۳۹۳)، «حکمرانی خوب و ارائه حکمرانی شایسته بررسی و شاخص های این دو از دیدگاه امیرالمؤمنین علی(ع)»، اسلام و پژوهش های مدیریتی، سال سوم، ۲(۸)، ۷ - ۲۸.

۳۰. هداوند، مهدی؛ کاظمی، داوود (۱۳۹۲)، «تأملی بر اصول مدرن حقوق اداری در قانون مدیریت خدمات کشوری، تحلیل ماده ۹۰ قانون مدیریت خدمات کشوری»، فصلنامه راهبرد، سال ۲۲، شماره ۶۷، ۶۳ - ۹۳.

منابع عربی

۱. بجنوردی، میرزا حسن (۱۳۷۱)، القواعد الفقهیه، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ج ۲.
۲. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱ ق)، القواعد الفقهیه، قم: مدرسه امیرالمؤمنین، ج سوم، ج ۲.
۳. موسوی خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۲ ق)، مبانی تکملة المنهاج، جامعه بغداد، ج ۲.
۴. نجفی، محمدحسن بن باقر (۱۳۷۴)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، تهران: دار الکتب الاسلامیه، ج ۳۷.
۵. نراقی، احمد بن محمد (۱۳۷۵)، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام، قم: مرکز النشر التابع لمکتب الاعلام الاسلامی.

منابع انگلیسی

1. Alen, Michel, Cases & Materials on Constitutional and Administrative Law, Oxford University press, 2005.
2. Harlow, Carol, 2006, Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values, European Journal of International Law, Volume 17, Issue 1, February 2006, Pages 187-214, <https://doi.org/10.1093/ejil/chi158>.
3. Ivan Fuentes, 2008, Transparency as a Global Goal: Towards an Unity of Principles in Global Administrative, www.irpa.eu

References

A) Books

- 1- Abolhamad, Abdulhamid, (1992), the civil responsibility of the government, included in the book "Transformations of Private Laws", 2nd edition, University of Tehran. (In Persian)
- 2- Emami, Seyyed Hassan, (1985), Civil Rights, Islamia bookstore, third edition, vol 1. (In Persian)
- 3- Emami, Mohammad, Astvar Sangri, Kurosh, (2009), Administrative Law, Tehran, Mizan, Vol 12. (In Persian)
- 4- Anuri, Hassan, (2002), Farhang Bozor Sokhn, Volume 4, Tehran, Sokhn Publications, first edition. (In Persian)
- 5- Babaei, Iraj, (2014), civil liability rights and non-contractual requirements,

- Tehran, Mizan. (In Persian) ▶
- 6- Bahrami Ahmadi, Hamid, (1998), abuse of right, a comparative study in Islamic law and other legal systems, Tehran, information publications, third edition. (In Persian)
 - 7- Jafari Langroudi, Mohammad Jaafar, (2012), Mahsha Civil Law Collection, Tehran, Ganj Danesh Library Publications, fourth edition. (In Persian)
 - 8- Davari, Mohsen, (2009), Cultural Rights of Citizens in Islamic Approach, Tehran, Imam Sadiq University. A. First Edition. (In Persian)
 - 9- Zargosh, Mushtaq, (2009), civil responsibility of the government, Tehran, Mizan publishing house, first edition, vol. 2.
 - 10- Abbas Lo, Bakhtiar, (2014), civil liability due to driving accidents, Tehran, Mizan, 4th edition. (In Persian)
 - 11- Abbasi, Bijan, (2010), Administrative Law, first edition, Tehran, Justice Court, Volume 1.
 - 12- Ghamami, Majid, (1997), civil responsibility of the government towards the actions of its employees, Tehran, Dadggostar Publishing House.
 - 13- Qasimzadeh, Seyyed Morteza, (2009), requirements of civil liability without contract, Tehran, Mizan.
 - 14- Judge Shariat Panahi, Abolfazl, (2020), Fundamental rights requirements, Tehran, Mizan. (In Persian)
 - 15- Qaneh, Ahmad Ali, (2016), discourses in the jurisprudence of culture and communication, Tehran, Imam Sadiq University. First edition, vol.1. (In Persian)
 - 16- Katouzian, Nasser,(2011), requirements outside the contract, Tehran, Tehran University Press, third edition, vol. 1. (In Persian)
 - 17- Lotfi, Asadullah, (2014), series of jurisprudential discussions on civil liability, Tehran, Javadane Publications. (In Persian)
 - 18- Mohaghig Damad, Seyyed Mostafa,(2011), Civil Jurisprudence Rules, Tehran, Islamic Sciences Publishing Center, 37th edition, Volume 1. (In Persian)
 - 19- Mortazavi, Seyyed Zia, (2016), The Jurisprudential Nature of the State and the Guarantee of its Harmful Actions, Qom, Research Institute of Islamic Sciences and Culture, first edition. (In Persian)
 - 20- Moini, Soghra, (1991), Glossary of management and organization terms and terms, Tehran, Publications of the Ministry of Jihad Agriculture, Office of Formations and Classification of Jobs. (In Persian)
 - 21- Mousavi Khomeini, Ruhollah, (2018) A.H., Kitab al-Bay, Najaf, Al-Adab Press, first edition, vol. 2. (In Persian)
 - 22- Midari, Ahmad, Khairkahan, Jafar, (2003), Good governance, Tehran, Research Center of Islamic Council, first edition. (In Persian)
- ◀

- 23- Naqeibi, Seyyed Abolqasem,(2006), moral damage in Islamic law, Iran and contemporary legal systems, Tehran, Amir Kabir Publications. (In Persian)
- 24- Vijeh, Mohammad Reza, (2013), The Basics of Legal State Structure, Tehran, Jangal. (In Persian)
- 25- Hadavand, Mehdi, Mashhadi, Ali, (2010), principles of administrative law in the light of the decisions of the Administrative Court, Tehran, Khorsandi, first edition. (In Persian)
- 26- Alen, Michel, Cases, (2005) , Materials on Constitutional and Administrative Law, Oxford University press.
- 27- Bejnordi, Mirza Hassan, (1992), Rules of Jurisprudence, Qom, Ismailian Institute, Volume 2. (in Arabic)
- 28- Makarem Shirazi, Nasser, (1990) AH, Jurisprudence Rules, Qom, Amir al-Momenin School (AS), third edition, vol. 2. (in Arabic)
- 29- Mousavi Khoi, Seyyed Abul Qasim, (2001) A.H., Basics of Takmal al-Manhaj, Baghdad society, vol. (in Arabic)
- 30- Najafi, Mohammad Hasan bin Baqir, (1995), Javaher al-Kalam fi Sharh Shariah al-Islam, Tehran, Dar al-Kitab al-Islamiya publication, vol37. (in Arabic)
31. Naraghi, Ahmad, (1996), Awaed al-Ayayam fi Bayan Qa'aw al-Ahkam, Qom, Al-Nashar al-Taab Publishing Center of Al-Alam al-Islami School. (in Arabic)

B) Student theses

- 1- Rasouli Jezi, Sajjad,(2018), civil responsibility of the government in cultural affairs, supervisor: Seyyed Mostafa Mir Mohamadi Meybodi, Meybod, Meybod University. (In Persian)
- 2- Zare, Mohsen, (2016), Criticism of the regulatory functions of the government in regulating the market with an emphasis on ownership, supervisor: Babak Basri, year of defense: Maroodasht Islamic Azad University. (In Persian)
- 3- Askari Farsangi, Maryam, (2011), Government's responsibility towards citizens' cultural rights, supervisor: Mohammad Javad Javed, Tehran, Islamic Azad University. (In Persian)
- 4- Mir Mohammad Sadeghi, Maryam, (2018), Cultural Law Challenges, Supervisor: Amir Nikpi, Shahid Beheshti University, Faculty of Law, Tehran. (In Persian)
- 5- Yazdaniyan, Alireza, (2003), Principles of Civil Responsibility, Supervisor: Mehdi Shahidi, Doctoral Dissertation, Tehran, Shahid Beheshti University, Faculty of Law. (In Persian)

C) Articles

- 1-Harlow, Carol, (2006), Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values, *European Journal of International Law*, Volume 17, Issue 1, February 2006, Pages 187–214, <https://doi.org/10.1093/ejil/chi158>.
- 2.Ivan Fuentes, (2008), Transparency as a Global Goal: Towards an Unity of Principles in Global Administrative, www.irpa.eu.
- 3-Ahmadi, Hossein, Zakaiyan, Parviz, (2013), comparative study of loss of benefit in Imamiyyah jurisprudence and Iranian laws and 1980 Vienna Convention, *Islamic Jurisprudence and Law Research Institute*, 9th year, number 32. (In Persian)
- 4-arzhang, Ardavan, Rasouli Jezi, Sajjad, (2018), Sharia foundations of the government's civil responsibility in cultural affairs. *Contemporary Comparative Law Studies*, No. 10, 1 29. (In Persian)
- 5-Esmaili, Mohsen, Amini Pezoh, Hossein, (2016), Analysis of the nature and legal system governing government obligations in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the Constitution of the Islamic Republic of Iran. *Knowledge of Public Law Quarterly*, 5(14), 69-94. (In Persian)
- 6-Aghaei-Touq, Muslim, (2018), a historical analysis on the duality of the process of dealing with claims of responsibility towards the government in Iranian law, *Public Law Research Quarterly*, 2018, No. 62, pp. 265-244. (In Persian)
- 7-Pouramini, Mohammad Hossein, (2013), research on the lack of interest in jurisprudence and jurisprudence, *Research Institute of Humanities and Cultural Studies*, Year 8, Monthly No. 46. (In Persian)
- 8-Taghipour, Alireza, (2018), non-criminal prevention of crime in the Constitution of the Islamic Republic of Iran, *Knowledge Quarterly of Public Law*, 8(24), 1-18. (In Persian)
- 9-Habibi Dargah, Behnam, (2016), challenges of legal protection of public culture manifestations in Iran and its solutions, two quarterly administrative law journals, third year, number 11, 61-75. (In Persian)
- 10-Rostami, Wali and Rashidi, Reza, (2016), Criticism and analysis of the theory of public services and the principles governing it, based on Islamic teachings, *Scientific-Research Quarterly of Islamic Government*, 22(4), 186-157. (In Persian)
- 11-Rezaeizadeh, Mohammad Javad, Kazemi, Daoud, (2013), Recognizing the theory of "public services" and its governing principles in the Constitution of the Islamic Republic of Iran, *Contemporary Comparative*



- Law Studies, 3(5), 23-46. (In Persian)
- 12-Rakuei, Iman, (2006), Determining the impact of government agencies on the country's culture, Cultural Engineering, No. 2, available on the website of the Supreme Council of Cultural Revolution, articles section. (In Persian)
- 13-Zarei, Saadullah, (2014), an adaptive review of the theory of religious democracy and democracy, Strategic Studies of the Islamic World, 64, pp. 29-50. (In Persian)
- 14-Zargosh, Mushtaq, Amir Arjamand, Ardeshir, (2008), fault in civil liability rights of the government; A comparative analytical study, Journal of Legal Research, No. 49, pp. 143-85. (In Persian)
- 15-Zanjani, Mahmoud Jamaluddin, Heydar Nejad, Waliullah, (2018), Cultural rights in the government decree of the Prophet (PBUH) to Moaz bin Jabal Bangahi to the Constitution of the Islamic Republic of Iran, Danesh Public Law Quarterly, year 8, number 23, 43-62. (In Persian)
- 16-Derakhsha, Jalal, and Mousavinia, Mahdi, (2017), the components of good governance in the government history of the Prophet of Islam (PBUH). Science and Religion Research, 9(1), 1-28. (In Persian)
- 17-Safari Nia, Mohia, (2014), Cultural rights in the international human rights system slow movement in a turbulent environment, comparative law researches, volume 20, number 2, 77-103. (In Persian)
- 18-Alishahi Qalajoqi, Abolfazl, Daneshnahad, Mohammad, (2017), The Basics of the Rule of Contingency in the Civil Liability of Individuals and the State, Jurisprudential and Usuli Essays Quarterly, Volume 3, Number 1, Spring, pp. 65-97. (In Persian)
- 19-Ghamami, Majid, (2004), Compensable loss from the perspective of judicial procedure, Private Law Studies, 70, 276-261. (In Persian)
- 20-Fahimi, Aziz Elah, (2016), harm in environmental damages, a comparative discussion in Iranian and French jurisprudence and international documents, Comparative Law Journal, 107, pp. 112-127. (In Persian)
- 21-Fazelinejad, Javad, Shafiei Sardasht, Jafar, (2021), pathology of the role of the Court of Accounts in realizing accountability and the rule of law. Knowledge Quarterly of Public Law, 10(33), 33-56. (In Persian)
- 22-Faiz, Alireza, (2004), Araf Aqla, Burhan and Irfan, Tehran, Islamic Azad University, Science and Research Department. (In Persian)
- 23-Mortazavi, Seyyed Zia, (2015), Making the government compatible with compensation is a step in strengthening justice, Bagheral Uloom University Political Science Journal, Volume 19, Number 76, pp. 150-123. (In Persian)
- 24-Mazaheri, Masoumeh and Al-Ishaq Khoeni, Zahra, (2013), the

- jurisprudential-legal rule of insaf (Arabic title: Qaaz al-Ansaf, jurisprudence and jurisprudence), Islamic Jurisprudence and Law Researches (Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law), 8(27), 135-164. (In Persian)
- 25-Mazhar Qara Maleki, Ali Nazari Tavakoli, Saeed, Gudari, Fatemeh, (2014), Semantics of Spiritual Right in the Legal Discourse of Islam and Iran, Journal of Islamic Jurisprudence, No. 9, pp. 161-190. (In Persian)
- 26-Mirmohamadi Meybodi, Seyyed Mostafa; (2013), review of the interference of the Supreme Council of Cultural Revolution with the resolutions of the Islamic Council, the government and the Expediency Council, Islamic Law Research Journal, year 14, number 1, pp. 179-155. (In Persian)
- 27-) Nouri, Ali and Bozormehr, Daoud, 2017, the place of custom in civil responsibility, National Conference on New World Achievements in Education, Psychology, Law and Cultural-Social Studies, Khoi, <https://civilica.com/doc/823326>.(In Persian)
- 28-Nik Farjam, Zohra, (2013), compensation for moral damage in jurisprudence and law, Islamic jurisprudence and jurisprudence journal of Azad University, spring and summer, number 11, pp. 105-127. (In Persian)
- 29-Niko Maram, Hashem, Haddad, Masoud, (2006), Studying the goals and duties of official cultural institutions in Iran and providing a solution for harmonizing these symbols, Journal of Cultural Management, Year 1, Issue 1, 107-128. (In Persian)
- 30-Vaezi, Seyyed Mojtaba and Albarzi, Zahra, (2016), the position of the concept of public services in Iranian administrative law, two quarterly administrative law, 4(12), 9-31. (In Persian)
- 31-Vasheq, Qadir Ali, Hosseini Tash, Seyed Ali, (2013), good governance and presentation of worthy governance, investigation and indicators of these two from the perspective of Amirul Momineen Ali (AS), Islam and management researches, third year, number 2 (consecutive 8), 7-28. (In Persian)
- 32-Hadavand, Mehdi, Kazemi, Davood, (2013), a reflection on the modern principles of administrative law in the Civil Service Management Law, analysis of Article 90 of the Civil Service Management Law, Strategy Quarterly, year 22, number 67, 63-93. (In Persian)

تحلیل فقهی- حقوقی جریان حکمرانی شرعی در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران

منصور غریب پور^{۱*}، سیدمهدی جوکار^{۲**}، مجتبی شریعتی^{۳***}

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۹/۰۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۴/۱۱

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: 10.22034/qjplk.2022.1446.1364

چکیده

یکی از مسائل پیرامون نظریه ولایت فقیه تحلیل جریان تسری مشروعیت شرعی و توجیه شرعی حکمرانی قوای سه گانه و ارکان حکومت بود. بر اساس ادله نقلی و عقلی و نیز منشورات کلامی و فقهی، مشروعیت شرعی حاکمیت چندان دور از ذهن نیست. زیرا حاکمیت بالاطلاق و الاصله حق خالق و مالک و رب هستی است و بر این پایه حاکمیت باید مأذون از او باشد و به اراده او در امور تصرف شود. مأخوذ از این مبانی، به لحاظ ثبوتی و مطابق مبانی فقهی- کلامی، قانون گذار اساسی باید قائل به مشروعیت یکپارچه شود. اما آنچه مهم است بعد اثباتی و استدلالی این رویه است. بر این مبنا، مسئله اساسی این نوشتار این است که توجیه حق حاکمیت و حکمرانی شرعی قوای سه گانه به طور کلی در نظام ولایتی از ولی به دیگر ارکان چگونه تحلیل و توصیف می شود؟ به تعبیر دیگر آیا متوقف بر طریق و روش خاصی است یا از شئون و اختیارات حاکم مشروع است و می تواند به انحاء و اقتضائات گوناگون روشی را برگزیند؟

رهیافت پژوهش: در این تحقیق علمی- کاربردی، با بهره گیری از منابع کتابخانه ای، نظریه مشروعیت یکپارچه با استناد به ادله فقهی و نظرات فقها توصیف و تحلیل شده و سپس با بررسی برخی انگاره های متصور (نهاد نصب، تنفیذ و اذن شرعی، وکالت، ولایت، و ...) در جهت تسری مشروعیت به قوای حاکمیتی، از باب تطبیق و به اجمال و تفکیک، توجیه شرعی قوای حاکمیتی نظام جمهوری اسلامی ایران بررسی شده است.

واژگان کلیدی: حکومت، فقه، قانون اساسی، مشروعیت شرعی، ولایت

۱. استادیار گروه فقه دانشگاه یاسوج، یاسوج، ایران (نویسنده مسئول)

* Email: ma.gharibpoor@gmail.com

۲. استادیار گروه فقه دانشگاه یاسوج، یاسوج، ایران

** Email: m.jokar@gmail.com

۳. استادیار گروه علوم سیاسی دانشگاه یاسوج، یاسوج، ایران

*** Email: m.shariati17@gmail.com



مقدمه

اهمیت و کاربست واژه ولایت از جهات گوناگون- مانند ولایت در امور حقیقی و اعتباری، سرپرستی مولی علیهم و شئون آن، ولایت در امور فردی و اجتماعی، و ... قابل تصور و موضوع بسیاری از قواعد و گزاره‌های فقهی و حقوقی در نظام حقوقی اسلام است. واژه ولایت در فقه سیاسی در معنای حکومت، زعامت، و ریاست به کار می‌رود و در متون فقهی نیز یک حق و یک حکم وضعی شرعی است که از آن احکام تکلیفی مختلف، مانند جواز تصرف ولی شرعی و ممنوعیت غیر ولی شرعی، استخراج می‌شود. یکی از مباحث ضروری درباره این مفهوم در حقوق اساسی جمهوری اسلامی و نیز اندیشه سیاسی اسلامی و فقه السیاسه چگونگی و توجیه حکمرانی شرعی در ارکان و قوای حاکمیتی است که پرداختن به آن از جهاتی ضروری می‌نماید؛ از جمله ابهام در کلیت مسئله در حقوق اساسی، استخدام واژه‌های مبهم برای انتقال منظور قانون‌گذار، اختلاف و مناقشه در برداشت‌های حقوقی و فقهی در محافل علمی و میان اندیشمندان، و در نهایت فقدان پژوهش مستقل در این زمینه.

در باب پیشینه پژوهش باید گفت اولاً با جست‌وجو در منابع کتابخانه‌ای و مراکز علم‌سنجی، نظیر ایران‌داک، نیز سامانه‌های همانندجویی، مثل صمیم نور و ...، عنوان مقاله پیدا نشد. در کتب متقدمان و متأخران و بلکه تا قبل از امام خمینی نوعاً به اصل ضرورت و ادله اثبات ولایت و نیز تا حدی اختیارات ولی پرداخته شده است. امام خمینی در کتاب **ولایت فقیه** (۱۳۷۳) و نیز **کتاب البیع** (۱۳۷۹) به طور روشن و مستدل از مبنای مشروعیت حاکمیت و نیز انحصار حق ولایت در فقیه مآذون و شکل‌گیری مشروعیت اعمال و تصرفات نهادهای حاکمیتی با اجازه او سخن گفته و به تأثر از او آثار فراوانی بر همین مبنای تولید شده است. برای پرهیز از تفصیل‌گویی، به برخی آثار که در ضمن مباحث به مسئله این پژوهش ورود کرده‌اند اشاره می‌شود: کتاب **ولایت فقیه، ولایت فقاقت و عدالت** از جوادی آملی (۱۳۷۸)، **حقوق و سیاست در قرآن** (۱۳۹۲)، **مشکات ولایت** (۱۳۹۱) از علامه مصباح، **چالش‌های پیش روی نظریه ولایت فقیه** از جعفری‌پیشه‌فرد (۱۳۸۵)، **حاکمیت قانون و ولایت مطلقه فقیه** از عباس‌علی کدخدایی (۱۳۹۱) (این کتاب با ایده مقاله تناسب بیشتری دارد)، **الولایه الالهیه الاسلامیه** از مؤمن (۱۳۸۶)، و نیز مقاله «انتصاب کارگزاران» از ملک‌افضلی (۱۳۹۳). همان‌گونه که گفته شد وجه تمایز این نوشتار با آثار پژوهشی یادشده اولاً این است که هیچ‌یک از آن آثار به مثابه مسئله‌ای مستقل به این موضوع نپرداخته‌اند، بلکه در ضمن موضوع دیگری به آن اشاره کرده‌اند

و ثانیاً در روش تحلیل هم در این نوشتار ابتدا مبانی و داده‌ها و اتخاذ مبنای فقهی مورد نظر قرار گرفته و سپس به تحلیل و تعمیم حقوقی پرداخته شده است.

برای فهم مسئله این پژوهش باید گفت، بر اساس اندیشه توحیدی، ولایت در همه اقسام اصالتاً از آن خداوند است که در بُعد تکوینی به معنای اقتدار بر تصرف در ماده کائنات و در بُعد تشریحی به معنای جعل آیین و شریعت (حسن‌زاده آملی، ۱۳۸۳: ۵۷) و مدیریت و تدبیر فرد و جامعه است. طبق نظریه امامیه، در زمان حضور معصوم، امر رهبری جامعه و ولایت سیاسی در اختیار ایشان است و در زمان غیبت، طبق نظریه ولایت فقیه، ولایت باید به فقیه جامع الشرایط سپرده شود. مراجعه به میراث مکتوب فقیهان این حقیقت را روشن می‌کند که ایشان، ضمن توجه به شرایط حاکم بر زمان و نیازهای اجتماعی، همواره اصل مسئله ولایت فقیه را مورد توجه قرار داده‌اند؛ اگرچه در زمینه قلمرو و اختیارات و نیز نحوه ارتباط ولی با شارع به‌ظاهر اختلافاتی وجود دارد. یکی از مباحث مهم درباره این نظریه چگونگی و توجیه شرعی حکمرانی ولایی در ارکان حکومت است که به بررسی فقهی و حقوقی بیشتر نیاز دارد.

در حکومت اسلامی هیچ‌کس بدون اجازه مستقیم یا غیرمستقیم از خداوند اجازه دخل و تصرف در امور اجتماعی را ندارد و حق حاکمیت بالاصاله از آن اوست و با اذن او به معصومین و سپس به فقیه عادل سرایت می‌کند. اما سؤال اساسی تحقیق این است که در نظام ولایی، در سطوح کلان و خرد، قوا و ارکان حاکمیتی چگونه و با چه توجیه و منطق فقهی- حقوقی از حق یا جواز و مشروعیت شرعی حکمرانی برخوردار و مشروب می‌شوند و چه آثار احتمالی دارد؟ برای رسیدن به پاسخ مواد و مراحل بررسی و به استنباط و استنتاج پرداخته شده است؛ از جمله سیره پیامبر و اهل بیت، اقوال و روش فقها در مقام اعمال ولایت، و نیز انگاره‌هایی نظیر تفویض و اذن و تنفیذ و توکیل و نصب ... همچنین به طور خلاصه تحقیق و پاسخ در دو مرحله ساماندهی شده است:

۱. **منشأ ولایت:** این مرحله در قالب سه نهاد قابل تحلیل است: الف) نهاد نصب که بر اساس آن تعیین حاکم حق خداست و خداوند آن را جعل می‌کند و پذیرش مردم در مرحله اثبات مؤثر است نه در مرحله ثبوت و بیعت علامت حق است نه علت حق؛ ب) نهاد انتخاب که مستفاد از آن این است که ولی باید شرایطی را که شارع مشخص کرده داشته باشد و از طرف دیگر اقبال مردم شرط است و به نحو جزء الموضوع دخالت دارد. بنابراین توجیه حکمرانی ارکان حاکمیتی در چارچوب قرارداد منعقد بین ولی و مردم امکان‌پذیر است؛ ج) نهاد حسب که توضیح آن در متن خواهد آمد.

۲. **اعمال ولایت:** پس از تحلیل و توجیه منشأ مشروعیت شرعی، تحقق و فعلیت حاکمیت و نحوه آن ملاحظه می‌شود که حق و اختیارات ولایی چگونه باید اعمال شود و به چه شیوه‌ای تحقق یابد. آیا همه جلوه‌های ولایت مستقیم توسط فقیه اعمال می‌شود یا فقیه می‌تواند در شیوه اعمال و اجرای ولایت به تناسب مقتضیات عصر به هر طریقی که مصلحت می‌داند (مثل شیوه تفکیک قوا) مدیریت کند و با فرض دوم توجیه شرعی حکمرانی ارکان و قوای حاکمیتی چیست؟ به عبارت دیگر، از منظر کلی، مشروعیت در قانون اساسی بر اساس کدام انگاره تحلیل می‌شود و توجیه یکپارچه یا دوگانه بودن آن و نحوه یا انحاء جریان آن در سطوح حاکمیت چگونه تصویر می‌شود؟

روش و مواد تحقیق: برای جمع‌آوری داده‌های تحقیق و رسیدن به جواب، از منابع کتابخانه‌ای (مقالات، کتب، پایان‌نامه‌ها، و ...) و جست‌وجو در پایگاه‌ها و سایت‌های اینترنتی به روش کیفی (تحلیلی - توصیفی) استفاده شده است.

تذکر: مسئله اصلی این نوشتار تحلیل مشروعیت یکپارچه و اثبات و مبنا و روش‌های آن (به طور کلی) در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران است. بنابراین، ممکن است بررسی ماهیت شرعی اعمال و جریان قوای سه‌گانه نیازمند بررسی تفکیکی بیشتری باشد که موضوع این مقاله نیست.

۲. مفهوم‌شناسی

الف) ولایت در لغت و اصطلاح

«ولایت» از ریشه «ولی» به معنای «قرب» و «نزدیکی» است. این واژه و مشتقاتش در معانی متعددی به کار رفته‌اند. در **معجم مقاییس اللغة** آمده است: «ولی دلالت بر قرب می‌کند و والی هم به معنای قرب است و گفته می‌شود تباعد بعد ولی ای قرب.» (احمد بن فارس، ۱۴۰۱: ۶). در کتاب مذکور، علاوه بر معانی یادشده، به معانی دیگری نیز اشاره شده است؛ همچون: صاحب، هم‌پیمان، ناصر، همسایه، سزاوار و شایسته. در **صحاح اللغة** آمده است: «ولی به معنی قرب و نزدیکی است و واژه ولایت با کسر (واو) به معنای سلطان و ولایت به فتح (واو) به مفهوم نصرت است.» (الجوهری، ۱۳۶۳، ج ۶: ۲۵۲۸). ولایت در اصطلاح بدین معانی آمده است: ولایت عبارت از امارت و سلطنت بر نفس و مال و امور دیگری (بیزدی، ۱۳۵۸، ج ۳: ۲) و بودن زمام امر یک شیء و یا یک شخص به دست دیگری با اختیار تصرف در امور آن شخص و آن شیء (مدنی تبریزی، ۱۴۰۶: ۱۶ - ۱۷) و در نهایت به معنای اولویت تصرف در مال و جان دیگران (روحانی، ۱۴۰۶، ج ۱۳: ۱۹۴) است.

ب) مشروعیت شرعی

واژه «مشروعیت» در علوم سیاسی و علوم اجتماعی و ... معانی مختلفی دارد که اینجا مراد نیستند، بلکه همان معنای مصطلح فقهی یعنی «اذن و اجازه شارع» مورد نظر است. جهت فهم تناسب، ابتدا به وضع لغوی آن اشاره و سپس معنای مورد نظر در اصطلاح فقهی بیان می‌شود. در فارسی، مشروعیت مصدر جعلی از کلمه مشروع است و آن را به این معانی آورده‌اند: الف) آنچه موافق شرع باشد و حکومتی که منطبق بر قوانین شرع اسلام باشد؛ ب) کاری که شرع آن را روا داشته است (فرهنگ لاروس، ۱۳۶۵: ۹۰۴). در عربی به جای واژه «مشروعیت» از کلمه «شرعیت» استفاده می‌شود و شرعی به معنای «المنسوب به شرع»، مطابق احکام شرع و موافق دین، آمده است (فرهنگ لاروس، ۱۳۶۵: ۹۰۴). در انگلیسی برای این مفهوم از لغت legitimize استفاده می‌شود و به معنای «روایی» و «حقانیت و قانونی بودن» آمده است (آریان‌پور، ۱۳۶۳: ۴۱۹). اما در اینجا و در مصطلح فقه سیاسی-اسلامی، منظور از مشروعیت این است که کسی حق حاکمیت و در دست گرفتن قدرت و حکومت را داشته باشد و مردم طبق وظیفه از آن حاکم اطاعت کنند (مصباح یزدی، ۱۳۷۷: ۴۳). به تعبیر دیگر، مشروعیت قوا در نظام اسلامی این است که ساختاری الهی و اسلامی داشته باشند و به نوعی به مبدأ آفرینش متصل شوند (مصباح یزدی، ۱۳۹۴: ۴۲). با ترسیم مفهومی واژگان کلیدی، رسیدن به پاسخ مسئله مستلزم طی مراحل است که ارائه می‌شود.

۲-۱. تقسیم ثنایی مشروعیت در ساختار نظام ولایی

مشروعیت به نحو کلی در ساختار نظام ولایی یا دوگانه است یا یکپارچه.

الف) دوگانه: این نظریه، با تقسیم مناصب با ماهیت شرعی و مناصب با ماهیت عرفی، پذیرش ولایت فقیه را برای مشروعیت قسم اول لازم شمرده است. اما، مشروعیت مناصب با ماهیت عرفی را از طریق رأی مردم و کسب وکالت سیاسی قلمداد می‌کند. توضیح مطلب اینکه این نظریه ریشه در باورهای وفادار به وکالت سیاسی دارد که منشأ ایجاد و مشروعیت آن همان انتخاب اکثریت است. بنا بر مراتب فوق، در تصدی مناصب عرفی در نظام اسلامی نیز شرایط و مختصات نظام‌های عرفی دیگر خواهد بود و نباید اوصاف یا بسته‌های شرعی در تصدی این مقامات مقرر شود (کدخدایی و جواهری طهرانی، ۱۳۹۱: ۱۱۶). در نقد و بررسی این دیدگاه نکاتی قابل بیان است.

اولاً تفکیک مناصب حکومتی به عرفی و شرعی واجد دو اشکال مبنایی است. زیرا از یک سو عملاً مغایر با اندیشه بنیادی شیعه در حداکثری دانستن صلاحیت‌های ولایی رهبر است و بخش قابل ملاحظه‌ای از نهادها را از حیطه ولایی ایشان خارج می‌کند و در نهایت رهبری بر عملکرد این نهادها فقط می‌تواند نوعی نظارت داشته باشد (کدخدایی و جواهری طهرانی، ۱۳۹۱: ۱۱۶).

و از سوی دیگر، طبق مبنای توحیدی، مشروعیت دولت وابسته به نصب الهی است. آرای مردم تأثیری در مشروعیت ندارد و وکالت هرگز نمی‌تواند مطرح شود. چون، در وکالت، موکل حق خویش را به وکیل می‌سپارد و طبق این نظر چنین حقی برای مردم وجود ندارد. در مناظره امام رضا^(ع) با گروهی از صاحب‌نظران، که می‌خواستند با طرح نظریه وکالت شبهات مطرح در مورد خلافت را حل کنند، آمده: «قال قائلٌ منهم: لأنَّ الامام وکیل المسلمین إذا رضوا عنه وکوه و اذا سخطوا علیه عَزَّوَه. قال^(ع): فَلَمَنْ المسلمون و العیاد و البلاد؟ قالوا: الله. قال^(ع): فانه اولی أن یوکل علی عبادہ و بلادہ من غیره. لأنَّ من اجماع الامة أنه من احدث فی ملک غیره حدثاً فهو ضامن من لیس له أن یحدث، فان فاعل فائم عازم.» (جعفرپیشه‌فرد، ۱۳۸۵: ۷۹).

ثانیاً یکی از تمایزات شیعه از اهل سنت در موضوع حکومت و سیاست این است که «ان الامر الوحید الذی یفرق بین الشیعه و اهل السنه فی امر الخلافه ان الشیعه تعتقد بان الامام علیه السلام و لابد أن یكون معصوماً منصوباً من قبل الله بواسطه البنی^(ص) أو بتنصیص امام قبله و اهل السنه یعتقدون بانه^(ص) و اله لم ینص علی احد فعلی الناس انتخاب الامام و الخلیفه فهذا هو الفارق بین المذهبین ... ثم یجری هذا الکلام بعینه فی ولاء الامر من غیر المعصومین من بعدهم فهم منصوبون من قبلهم لامن قبل الناس مأمورین بأمرهم لا بأمر الناس ...» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۴۷۳).

ثانیاً وظایفی که بر عهده ولی امر است همسان با یک‌دیگرند. همه آن‌ها از طرف شریعت اعطا شده و تفکیک در آن‌ها راه ندارد که برخی از آن‌ها از طرف خداوند و برخی دیگر از سوی مردم پدید آمده باشد. این وظایف مهم و اساسی عبارت‌اند از ولایت و رهبری، مسئولیت افتاء، سمت قضا، و ... که همه این سمت‌ها از جانب شریعت به فقیه داده شده تا در پرتو حکومت بتواند حکم کند و احکام صادرشده را تنفیذ کند (جوادی آملی، بی‌تا: ۱۶۲ - ۱۶۴).

ب) یکپارچه: در دیدگاه دوم همه مناصب سیاسی در حکومت از سوی رهبر مأذون کسب مشروعیت و حق ولایت می‌کند. زیرا حاکمیت از آن خداوند و کسی است که از ناحیه او اذن دارد. پس نهادهای حکومتی لازم است به نوعی از سوی ایشان کسب مشروعیت کنند (کدخدایی و جواهری طهرانی، ۱۳۹۱: ۱۱۸). این دیدگاه، بر اساس دکترین نصب، حاکم را منصوب از ناحیه خدا می‌داند و بنابراین مشروعیت را مطلقاً الهی تلقی می‌کند و برای اثبات این نظریه ادله نقلی و عقلی و مرکب از نقل و عقل ارائه شده است و خلاصه استدلال بر این دیدگاه از جهت فقهی - کلامی همان ادله و مبانی امامت و ولایت فقیه است که در مجال و محل خودش از ناحیه محققان تحریر و تحلیل شده است و بیان مجدد خروج از محل بحث در مقاله است. مهم دیدگاه حقوق اساسی ایران است که نظم مشروع حاکمیتی را چگونه تعبیه و توجیه کرده است. برخی صاحب‌نظران درصدد توجیه نظریه انتخاب (مشروعیت دوگانه)، به منزله عامل مشروعیت‌بخش

توزیع قدرت در این ساختار، هستند و در این زمینه به اصولی از قانون اساسی استناد کرده و گفته‌اند با ژرف‌نگری می‌توان رد پای نظریه ولایت الهی- مردمی فقیه یا همان دیدگاه مشروعیت دوگانه را از لابه‌لای مجموع اصول قانون اساسی سراغ گرفت و آن را نظریه حاکم بر روح این قانون تلقی کرد و به این منظور به اصولی تمسک جستند؛ از جمله اصل ۱، ۲، ۵، ۸۹، ۹۱، ۱۱۰، و ... و در همین زمینه یکی از صاحب نظران مذکور گفته است: نکته‌ای که به صورت بسیار شفاف و واضح دیدگاه مشروعیت دوگانه ولایت فقیه یا همان نظریه ولایت الهی- مردمی فقیه را در زمینه نحوه عملکرد مجلس خبرگان منتخب ملت به اثبات می‌رساند متن سوگندی است که اعضای این مجلس باید در جلسه افتتاحیه یاد کنند. در این سوگندنامه، در کنار بحث از ودیعه‌ای که ملت به اعضای مجلس خبرگان داده‌اند تا بهترین فرد را برای مقام الای رهبری امت معرفی کنند (مشروعیت مردمی)، صراحتاً از مقام رهبری با تعبیری همچون «منصب الهی» و «نعمت عظیم الهی» یاد شده است (مشروعیت الهی) (کواکبیان، ۱۳۸۵: ۲-۵). اگرچه از نظریه انتخاب تقریرهای مختلف ارائه شده است، وجه مشترک آن‌ها وابسته بودن مشروعیت رهبر ولی امر به رأی مردم است. برخی این وابستگی را تمام‌عیار می‌دانند و برخی دیگر، در کنار مشروعیت الهی، انتخاب مردمی را هم در نظر می‌گیرند و مشروعیت را الهی- مردمی تلقی می‌کنند. این نظریه بر این باور است که فقیهان واجد شرایط رهبری از سوی ائمه یا شارع مقدس به ولایت نصب نشده‌اند تا ولایت فعلیه داشته باشند؛ بلکه تنها به مردم معرفی شده‌اند تا مردم آنان را به ولایت برگزینند. مادامی که این گزینش به صورت مستقیم یا غیرمستقیم صورت نپذیرد فقیه یا فقهای واجد شرایط فقط صلاحیت و شأنت برای رهبری دارند. این شأنت ولایت زمانی از قوه به فعل می‌رسد که رضایت و انتخاب مردم را پشت سر خود داشته باشد (جوان‌آرسته، ۱۳۹۱، قسمت چهارم). در مقابل نظریه نصب و شواهد آن است که به نظر نگارنده به روح قانون اساسی، نظریه مشهور فقهی، دیدگاه غالب بر مجلس قانون اساسی و اصول متعدد آن نزدیک‌تر و بلکه منصوص است. در اینجا به برخی اصول اشاره می‌شود. دلیل بر نظریه نصب و مشروعیت یکپارچه و الهی حاکمیت، بعد از تقریرات صریح و مشهور فقیهانه، اولاً در مجلس شورای قانون اساسی و نیز شورای بازنگری به‌صراحت از ناحیه اعضا بیان شده است: «مسئله رهبر که انتخابی نیست. خدا یک قدرتی را به او داده است. مسئله پذیرش غیر از انتخاب است. به عقیده ما، مسلمانان، حکومت مال خداست (إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ). دستور و حکومت و سرپرستی و ولایت همه از آن خداست. این ولایت از خدا به پیامبر و از پیامبر به امامان و از امامان به فقیهان تفویض می‌شود.» (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۴) و برخی اعضای شورای بازنگری هم به‌صراحت تذکر داده‌اند: «به آن‌ها مقامی داده نشده است. خبرگان هم این‌ها

را شناسایی و به مردم معرفی کردند و از نظر موازین شرعی در کمیسیون در این مورد صحبت شد که ما دلیلی نداریم بر اینکه بیعت، حتی فعلیت رهبری، را به اشخاص بدهد. برای اینکه ادله بیعت اتفاقاً در مورد معصومین - سلام الله علیهم - وارد شده و این معصومین بزرگوار ما شکی نداریم که امامت و ولایتشان به بیعت منوط نبوده. بیعت ارزشی که فقط داشته 'قیام الحجه' بوجود الناصر' بوده است. حجت را برای آنها تمام می‌کرد که آن ولایت واقعی را که داشت بتواند اعمال بکند.» (صورت مشروح مذاکرت شورای بازنگری قانون اساسی، ۱۳۶۸). ثانیاً عبارات مقدمه قانون اساسی، اصل ۲ (بند ۵)، اصل ۶ (که بیانگر نهادهای انتخابی است و اسمی از رهبری نبرده است)، اصل ۱۰۷ (که در خصوص گزینش رهبر هیچ لفظ یا معنایی از انتخاب را استفاده نکرده است)، عدم توقیت مدت رهبری در قانون اساسی به قرینه تقابل مشخص کردن مدت مسئولیت زمان ریاست جمهوری و رئیس قوه قضاییه و ... بند ۹ اصل ۱۱۰ مبنی بر امضای حکم ریاست جمهوری و همین‌طور بند ۱۰ همین اصل بیانگر پذیرش نظریه نصب و ایده مشروعیت الهی و یکپارچه حاکمیت در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران است. با روشن شدن این مبنا، سؤال اساسی این است که این ماهیت یکپارچه مشروعیت چگونه و تحت کدام نهاد و منطق حقوقی در اجزای حاکمیت تسری پیدا کرده است که در ادامه به نحو کلی بررسی می‌شود.

۳. نهادها و الگوهای تسری بخش مشروعیت یکپارچه در نظام ولایی

طبق نظریه مشروعیت یکپارچه ولایی مستفیض از منبع حاکمیت (انعام: ۵۷) و مالکیت (آل عمران: ۲۶) و ربوبیت (فاتحه: ۲) و الوهیت (بقره: ۱۰۷) و خالقیت (انعام: ۱۰۲) علی الاطلاق بالذات حق ولایت و اعمال آن در شخصیت حقوقی مأذونین از او، یعنی پیامبر و امام و فقیه عادل (در زمان غیبت)، متمرکز است که یا باید مباشرة به مدیریت همه مناصب ضروری حکومتی پردازد یا باید از طریق شخصیت‌ها و نهادهای گمارده و ایجاد شده به این مهم اقدام کند. در فرض دوم، که سیره عقلایی امضایی و نیز ضروری و ناگزیر (به نسبت گستردگی مسئولیت‌های حاکمیتی) است، روش و توجیه حکمرانی شرعی این شخصیت‌ها و نهادها ممکن است از الگوهای ذیل به نحو استقرایی میسور شود.

الف) اذن رضایت به فعل یا ترک فعل از سوی دیگری است که ابراز شده باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۲۳۶). به تعبیر دیگر، اذن در تصرف و رضایت به دخالت است، بدون آنکه بین دو طرف پیمان و قرارداد صریحی مبادله شده باشد. «رخصه المالك و من بحمكه فی التصرف و اثبات الیه و هو قد یكون قبل التصرف و هو المسمى بالاذن ...» (مراغه‌ای، ۱۴۱۷، ج ۲: ۶۸).

ب) **استنابه:** استنابه به معنای نیابت گرفتن در تصرف است و پیمانی است که بین نایب و منوب عنه (موکل) منعقد می‌شود و به آن «عقد الوکاله» گویند. وکالت یکی از عقود شرعی است که به «الاستنابه فی التصرف» تعریف می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۲: ۱۱). البته برخی بین وکالت و نیابت فرق گذاشته و گفته‌اند: «میان وکالت و نیابت این فرق وجود دارد که نیابت به شخص فاعل برمی‌گردد و وکالت به عمل. یک وقت کسی می‌خواهد خودش جایی برود، ولی معذور است. در اینجا نایب می‌گیرد که شخص نایب در این حالت جایگزین شخص منوب عنه می‌شود. اما گاهی انسان شخصی را برمی‌گزیند تا کاری را برای او انجام دهد. در اینجا خود کار مهم است و شخص وکیل جانشین موکل نیست، بلکه کار او به منزله کار موکل است. خلاصه آنکه، اگر فاعل به منزله فاعل باشد، می‌شود نیابت و اگر فعل به منزله فعل باشد، می‌شود وکالت.» (جوادی آملی، ۱۳۷۸: ۳۹۳). البته ظاهراً این فرق‌های دقیق کمتر مورد توجه واقع می‌شود و هر دو تعبیر وکالت و نیابت به جای هم به کار رفته است.

ج) **تسلط استقلالی:** این نوع تسلط تنفیذ کار به دیگری است و شخص صاحب اختیار و تصمیم‌گیرنده مستقل است. چنین تسلطی را ولایت گویند. آنچه در اینجا مهم است اشاره به تفاوت‌های هر یک است که آن را ذیل همین عنوان تسلط استقلالی ذکر می‌کنیم تا در نهایت مفهوم ولایت آشکار شود. در خصوص تفاوت وکالت و اذن گفته شده: «اذن اعم از وکالت است. پس تا زمانی که قصد استنابه محرز نشده وکالت صدق نمی‌کند.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۲۳۷). اما برخی دیگر مستند نبودن به هیچ نوع عقدی را وجه ممیز اذن از وکالت دانسته‌اند: «اذن رخصت در تصرف ... بدون پیمان و قرارداد و عقد الوکاله: عقد و پیمانی بین نایب و منوب عنه است.» (جعفری‌پیشه‌فرد، ۱۳۷۸: ۷۹). کارایی کاربست ولایت و تسلط استقلالی به وکالت با توجه به مواردی مشخص می‌شود که در ادامه می‌آید. محقق اخیر می‌گوید:

«الف) در وکالت موکل دارای اصالت رأی و معیار تشخیص است. اما در ولایت مسئله برعکس است و ولی استقلال در رأی دارد و جریان امر با محوریت اوست.

ب) استمرار سمت وکیل و مأذون وابسته به زنده بودن موکل و اذن‌دهنده است. اما در ولایت سمت مداوم دارد؛ هرچند کسی که منصب ولایت را در اختیار ولی قرار داده وفات کرده باشد و یا از منصب خود کناره‌گیری کرده باشد.

ج) وکالت متفرع بر حق اولویت در تصرف است؛ یعنی موکل زمانی که حق تصرف نداشته باشد حق توکیل ندارد و وکالتش بی‌اعتبار است. کسی که ولایت دارد به دو شیوه می‌تواند به تدبیر امور مربوط به ولایت خویش بپردازد: یا به طور مستقیم تمامی امور را تدبیر و اعمال

ولایت کند یا در بخشی از امور کارها را در چارچوب عقد وکالت به دیگری بسپارد. به علاوه، در برخی ولایات شرعی ولی حق نصب ولی دیگر را دارد و می‌تواند بخشی از حوزه مأموریت ولایی خویش را در چارچوب ولایت به دیگری تفویض کند؛ مثلاً در ولایت تدبیری امامان معصوم^(ع) شاهد نصب والیانی مانند مالک اشتر و ابن عباس برای مدیریت نواحی مختلفی از حکومت هستیم. اما در وکالت چنین حقی برای وکیل قابل تصور نیست و او نمی‌تواند فردی را به عنوان وکیل موازی خویش یا در طول وکالت خود انتخاب کند؛ مگر از موکل اذن بگیرد.

د) وکالت پیمان متزلزل و به اصطلاح فقیهان جایز است. اما در تمام اقسام ولایات الغای ولایت و کناره‌گیری جایز نیست. ولایت ذاتاً اقتضای دوام دارد؛ مگر آنکه زمان مقرر در ولایت به سر آید و یا یکی از شرایط دوام ولایت به اتمام رسد. البته از آنجا که جاعل ولایت از استقلال رأی برخوردار است، در صورت صلاح‌دید، می‌تواند ولی منصوب خویش را عزل کند. از این رو، مواردی که امام مسلمین به کسی مسئولیت ولایی تفویض می‌کند، اگر لازم باشد، می‌تواند در زمان مناسب او را عزل کند. کما اینکه وقتی عدم کفایت یکی از اولیای شرعی، مانند متولی وقف یا قیم صغار، برای حاکم شرع به اثبات رسید و یا خیانت آن‌ها برملا شد حق دخالت دارد و می‌تواند او را معزول دارد و یا فردی امین را برای مراقبت آن‌ها در کنارشان بگمارد.» (جعفرپیشه‌فرد، ۱۳۷۸: ۸۴).

نتیجه اینکه توجیه و تسری مشروعیت شرعی در نظام ولایی از طریق حاکم مآذون به یکی از انحاء سه‌گانه مذکور (استقرایی) انجام می‌گیرد. اما سؤال اصلی این است که قانون‌گذار اساسی در حقوق اساسی به عنوان ساختار نظام‌مند و مبین تشکیلاتی حکومتی نظام ولایی در ایران برای جریان حکمرانی شرعی در ارکان حکومت و نهادهای حاکمیتی خود از چه الگوهایی استفاده کرده است؟ گفتنی است محقق در این نوشتار درصدد بررسی ارکان به نحو تفکیکی نبوده است؛ از آنجا که سؤال تحقیق در خصوص ماهیت مشروع حاکمیت و انگاره‌های مشروعیت‌بخش و نیز انحاء تسری آن است، جهت تطبیق عناوین و مبنای اخذشده، در حد میسور، به توجیه جریان مشروعیت یکپارچه در ارکان حکومتی بر اساس داده‌های قانون اساسی پرداخته است.

۳- ۱. قوه قضاییه

منصب قضا به طور مسلم برای فقیهان ثابت است؛ به نحوی که حتی آنان که قائل به نظریه حسیبه‌اند در بحث قضاوت معتقد به ولایت‌اند: «فی حال الغیبه ینفذ قضاء الفقه الجامع شرائط الافتاء فمن عدل عنه إلى قضاء الجورکان عاصياً.» (حلی، ۱۴۱۹، ج ۳: ۱۹۱). حتی جزء ضروریات است: «إن ثبوت الاذن للفقهاء فی القضاء ممّا لا شک فیہ ولا یبعد و صوله إلى حد ضروری المذهب ...»

(شیخ انصاری، ۱۳۸۳: ۴۷) و هیچ خلافتی در آن نیست، بلکه اجماعی است: «لا خلاف عندنا بل الاجماع بقسیمه علیه فی أنه یشرط فی ثبوت الولاية للقضاء و توابعه اذن الامام أو من فوض الیه الامام.» (نجفی، ۱۳۶۲: ج ۴۰: ۲۳ و بردن ترفع نزد غیر مجتهد خروج از جاده شرع شمرده شده است: «و لا يجوز الترفع الا إلى المجتهد فمن ترفع إلى غیره خرج عن جاده الشرع.» (کاشف الغطاء، بی تا، ج ۲: ۴۲۰).

بر این اساس، مشروعیت قضاوت فقط از ناحیه فقیه و با نصب و اذن او صورت می گیرد. بنابراین، قانون گذار ایران بدون تردید نصب رئیس قوه قضائیه را جهت مشروعیت از ناحیه ولی فقیه می داند و در بند ۶ اصل ۱۱۰ قانون اساسی آن را در اختیارات رهبری آورده است. بنابراین، متولیان قضاوت با نصب مستقیم رئیس آن، توسط ولی فقیه، از ناحیه او اعمال ولایت می کنند و کارگزاران ایشان محسوب می شوند و از آنجا که در بحث ولایت القضا و اعمال آن به صورت مستقیم یا غیرمستقیم از سوی حاکم مناقشه ای نیست و قانون نیز مشروعیت آن را پذیرفته به همین مقدار اشاره اکتفا می شود.

۳-۲. قوه مجریه

گفتیم که نظام اسلامی حکومتی است دارای ماهیت اسلامی و بر مبنای قوانین دینی پایه گذاری می شود که در عصر غیبت در رأس این نظام ولی فقیه قرار دارد و بر همه ارکان سیاسی، اجتماعی، اقتصادی، فرهنگی، و نظامی ولایت دارد و این از اختیارات و وظایف او شمرده می شود؛ چنان که در اصل ۵ قانون اساسی ایران آمده: «در زمان غیبت، در ایران ولایت امر و امامت امت بر عهده فقیه عادل و ... است که طبق اصل یکصد و هفتم عهده دار آن می گردد.» و مشروعیت کارگزاران نظامی اسلامی باید از او ناشی شود. قوه مجریه، در مقام قوه اجراییه، یکی از شئون ولایت است و متولی آن کارگزار ولی محسوب می شود و با نصب و تنفیذ او مشروعیت پیدا می کند. مهم این است که باید بررسی شود در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران این دیدگاه چگونه و با کدام روش تحقق پیدا کرده است. به نظر می رسد این مهم در قوه مجریه از طریق امضای حکم ریاست جمهوری محقق می شود. در اصل ۱۱۰، که به برخی وظایف ولی فقیه اختصاص دارد، در بند ۹ آمده یکی از اختیارات رهبری «امضای حکم ریاست جمهوری پس از انتخاب مردم» است. از مفهوم «امضای حکم ریاست جمهوری» به تنفیذ تعبیر می شود. البته این تعبیر در قانون اساسی نیامده است؛ اما در ماده ۱ قانون انتخابات ریاست جمهوری، مصوب ۱۳۹۴/۰۴/۰۵، آمده: «دوره ریاست جمهوری ایران چهار سال است و از تاریخ تنفیذ اعتبارنامه مقام رهبری آغاز می گردد.» با بررسی مفهوم و ماهیت تنفیذ، مشروعیت قوه اجراییه نیز مشخص می شود.

۳- ۲- ۱. مفهوم تنفیذ و امضا

اهل لغت معنای «به اجرا درآوردن» را برای این دو لغت ضبط کرده‌اند. فرهنگ ابجدی تنفیذ را «اجرا» معنا کرده است: «التنفیذ (نقد) دخل فی الطور (أو فی حیث) التنفیذ: آغاز به آن کار شد آن حکم به اجرا درآمد.» (افرام بستانی، ۱۳۷۵، ذیل «تنفیذ»). «تنفیذ الحکم: تطبیق حکم، اجرای حکم»؛ «التنفیذی: آنچه قابل اجرا شد»؛ «السلطه التنفیذیه: قوه اجرائیه و دولت»؛ «نقد الامر: امر به اجرا درآمد» (افرام بستانی، ۱۳۷۵). در ذیل واژه «امضا» آمده: «امضی امضاء (مضی): آن امر را به اجرا درآورد»؛ «امضی الحکم حکمه: حاکم رأی خود را به اجرا درآورد»؛ «امضی البیع: معامله را قطعی کرد، به اجرا درآورد» (افرام بستانی، ۱۳۷۵، ذیل «امضا»). بنابراین استعمال هر یک از «امضا» و «تنفیذ» به جای دیگری از نظر لغت صحیح خواهد بود.

تنفیذ و امضا در مباحث فقهی و حقوقی مترادف هم استعمال می‌شوند؛ با این تفاوت که در اصطلاح فقهی و حقوقی، علاوه بر معنای لغوی، به معنای «اعتبار بخشیدن و تأیید» هستند. از این معنا در باب‌های «صلوه»، «وصیت»، و «قضا» سخن رفته است. مثلاً در باب «صلوه» آمده: «در کراهت انفاذ حکم (اجرای حکم) در مسجد اختلاف است.» (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۳: ۴۲۰). اما در معنای دوم (اعتبار بخشیدن و تأیید) عمل حقوقی قابل ابطال است. مثلاً عقد فضولی، که فاقد اعتبار است و اثری بر آن مرتب نمی‌شود، با امضا و تنفیذ مالک اعتبار پیدا می‌کند: «ظاهر تنفیذ حکم نیز که در کلمات فقها به کار می‌رود از همین باب است.» (هدایت‌نیا، ۱۳۹۲: ۸).

تنفیذ در معنای دوم حقی در اختیار مالک یا شخص ذی‌حق است و الزامی برای آن وجود ندارد. اما تنفیذ در معنای اول نوعی تکلیف و عمل است که در جهت تحقق یک حکم معتبر انجام می‌گیرد. مثلاً در قانون اساسی به صراحت آمده است: «رئیس‌جمهور موظف است مصوبات مجلس یا نتیجه همه‌پرسی را پس از طی مراحل قانونی و ابلاغ به وی امضا کند و برای اجرا در اختیار مسئولان بگذارد.» (اصل ۱۲۳ ق. ا.). اکنون، با روشن شدن مفهوم تنفیذ، بحث این است که آیا امضای حکم ریاست‌جمهوری توسط ولی فقیه اعتبار بخشیدن است یا با امضای خود دستور اجرایی شدن یک امر معتبر را می‌دهد؟

قبل از ورود به بررسی دیدگاه‌ها، باید دانست نصب و تنفیذ کارگزار در سیره معصومان پیشینه دارد و دارای سابقه در سیره فقیهان است و فقهای شیعه در زمان غیبت در دو حوزه نظر و عمل در لابه‌لای بحث‌های فقهی تصریح کرده‌اند که نصب کارگزاران از اختیارات ولی فقیه است و کارگزار حکومت نیازمند تنفیذ و نصب ولی فقیه است که در بحث ادله تسری ولایت بررسی شد و نیازی به تکرار نیست. از وقتی اصل امضای حکم ریاست‌جمهوری به دست ولی

فقیه در قانون اساسی آمده، همواره بین صاحب‌نظران سیاست و حقوق در خصوص ماهیت آن اختلاف است که به اهم نظرات اشاره می‌شود.

۳- ۲- ۱- دیدگاه‌ها در مسئلهٔ تنفیذ

نظریهٔ اول. این نظریه را دو گروه قبول دارند: الف) گروهی معتقدند مردم با رأی خود به رئیس‌جمهور مشروعیت می‌دهند و نیازی به تنفیذ نیست و تنفیذ یک موضوع تشریفاتی است. ب) گروهی معتقدند درست است که مشروعیت نظام و کارگزاران باید از طرف ولی فقیه باشد؛ اما مشروعیت رئیس‌جمهور قبلاً از سوی شورای نگهبان تأمین شده و امضا و تنفیذ یک کار زاید و تشریفاتی است. در واقع، گروه اول اصلاً مشروعیت نظام را از طرف ولی فقیه نمی‌دانند و حتی معتقدند ولی فقیه هم مشروعیت خود را از مردم می‌گیرد.

استدلال این گروه چنین است: ۱. «حاکمیت ملت در تعیین سرنوشت خود (اصل ۵۶ ق.ا.) نوعاً از طریق آرای مردم اعمال می‌شود (اصل ۶ ق.ا.) و انتخاب رئیس‌جمهور با رأی مستقیم مردم صورت می‌گیرد. پس می‌توان گفت شرط لازم برای احراز مقام ریاست‌جمهوری کسب رأی مردم است؛ همچنان که تعیین رهبر نیز بر عهدهٔ خبرگان منتخب مردم است. لذا مخالفت و عدم امضای حکم ریاست‌جمهوری بی‌اعتنایی به آرای ملی تلقی می‌گردد.» (حائری، ۱۹۹۵: ۱۴۳ و ۱۵۹ و ۱۷۰)؛ ۲. مطابق اصل ۱۲۱ قانون اساسی، که مفاد سوگندنامهٔ رئیس‌جمهور است، حکومت امانتی است از ناحیهٔ مردم که به وی اعطا می‌شود و مردم طبق اصل ۵۶ قانون اساسی از سوی خداوند بر سرنوشت اجتماعی‌شان حاکم شده‌اند. با توجه به مبانی مشروعیت نظام، که همانا از مردم است، عدم تمکین رهبر در قبال رأی مردم با توجه به قانون اساسی پذیرفته نیست. این گروه اعتقاد دارند: «عدم امضای حکم ریاست‌جمهوری به معنای مخالفت با بعد جمهوری است که رهبری از قبل آن را پذیرفته است.» (حجاریان، ۱۳۸۸: ۲۹۶).

در پاسخ باید گفت گزینش مردم شرط لازمی است که مقبولیت ایجاد می‌کند و در عینیت بخشی حکومت نقش اساسی دارد؛ ولی هیچ مشروعیتی به حکومت نمی‌دهد و مشروعیت از ناحیهٔ خداوند است و این مطلب به معنای بی‌اعتنایی به رأی مردم نیست. زیرا بدون خواست آنان حکومت تحقق پیدا نمی‌کند. «بند ۹ از اصل ۱۱۰ قانون اساسی به نکتهٔ بسیار دقیقی اشاره می‌کند که انتخاب مردم برای مشروعیت حکومت کافی نیست، بلکه برای تشخیص مصداق و تعیین صلاحیت از رأی مردم استفاده می‌شود. اما اصل مشروعیت تصرف در امور مردم که باید از خداوند سرچشمه گیرد، از طریق ولی فقیه، که از طرف امام معصوم معین شده، صورت می‌گیرد. پس وقتی مردم صلاحیت رئیس‌جمهور را مشخص کردند، ولی فقیه اجازهٔ دخالت در امور را به او خواهد داد و بدین وسیله رئیس‌جمهور مشروعیت خواهد داشت.» (یزدی، ۱۳۸۲:

۵۵۱ - ۵۵۲). به هر حال، استدلال این گروه ناتمام است و این دیدگاه به مثابه این است که اصل ولایت فقیه تشریفاتی تلقی شود.

گروه دوم این نظریه، که معتقدند مشروعیت نظام و همه کارگزاران از طرف ولی فقیه تأمین شود، بر آنند که مشروعیت رئیس‌جمهور به شورای نگهبان است که خود متشکل از فقهایی است که ولی فقیه به طور مستقیم نصب کرده است. آن‌ها این‌گونه استدلال می‌کنند: «صلاحیت داوطلبان ریاست‌جمهوری از جهت دارا بودن شرایطی که در قانون اساسی آمده باید قبل از انتخابات به تأیید شورای نگهبان و در دور اول به تأیید رهبری برسد (بند ۹ اصل ۱۱۰ ق.ا). در این خصوص شورای نگهبان نظارت لازم را با دقت تمام بر شرایط داوطلبان ریاست‌جمهوری می‌نماید و صلاحیت آنان را مورد تأیید قرار می‌دهد. از طرف دیگر، شورای مذکور بر انتخاب ریاست‌جمهوری نظارت دارد (اصول ۹۹ و ۱۱۸ ق.ا). بنابراین یکی از داوطلبان صالح به ریاست‌جمهوری نایل می‌شود. با توجه به اینکه نظر مقام رهبری در نظارت‌های مذکور کاملاً تأمین شده است، صلاحیت و درستی رئیس‌جمهور بدون تردید به نظر می‌رسد و مقام مذکور جز امضا راه دیگری پیش رو نخواهد داشت.» (هاشمی، ۱۳۸۶: ۷۷). در استدلالی دیگر می‌گویند: «تأیید ولی فقیه حتماً لازم نیست به شکل تنفیذ رأی مردم انجام گیرد؛ بلکه همین که کاندیدای ریاست‌جمهوری از رأی فقیه جامع‌الشرایط برخوردار باشد از جنبه شرعی کفایت می‌کند. از این رو، وقتی کاندیدای مورد نظر در ضمن میلیون‌ها رأی خود رأی برخی فقها را هم داشته باشد سمت او به لحاظ شرعی نقصانی ندارد و نیازی نیست حتماً یک فقیه خاص حکم او را امضا کند تا از مشروعیت برخوردار گردد.» (محلّاتی، ۱۳۹۲: ۲).

در پاسخ می‌توان گفت اولاً شورای نگهبان فقط صلاحیت نامزدهای انتخاباتی را بررسی و تأیید می‌کند، نه اینکه به آن‌ها مشروعیت در حکومت کردن ببخشد. «کار شورای نگهبان اظهار نظر کارشناسی است که این اظهار نظر و تأیید فصل الخطاب است. ولی در تنفیذ و نصب رهبر، اعطای حق حاکمیت است.» (رجبی، ۱۳۹۲: ۵). بنابراین، ولی فقیه، طبق مبانی دینی و قانون اساسی، امامت و ولایت بر کشور را بر عهده دارد و بخشی از اختیارات خود را به رئیس‌جمهور یا قوای دیگر واگذار می‌کند (اصول ۵ و ۵۷ ق.ا). ثانیاً این سخن که با شرکت کردن یک فقیه در انتخابات و رأی دادن به یک نامزد ریاست‌جمهوری مشروعیت برای آن شخص حاصل می‌شود و دیگر نیازی به تنفیذ نیست ناصواب است. زیرا فرق است بین شخصیت و شخص ولی فقیه. در رأی دادن شخص ولی فقیه مد نظر است که طبق شرع و قانون اساسی با بقیه مردم مساوی است. ولی تنفیذ مصدر مشروعیت تصرفات و ثبوت اختیارات و تکالیف رئیس‌جمهور در محدوده قانون اساسی است که توسط شخصیت رهبری مشروعیت آن تأمین

می‌شود. یکی از فقهای معاصر می‌گوید: «ولایت فقیه که خود از پیشروترین قواعد اسلام در عصر غیبت است به ولایت فقاها و عدالت بازمی‌گردد، نه حکومت فرد از جهت شخصیت حقیقی‌اش؛ همچنان که امام راحل^(ره) در این نظام به عنوان روح‌الله خمینی جز یک رأی نداشت. همانند سایر شهروندان پای صندوق اخذ آرا می‌رفت و رأی می‌داد. اگر رأی شخصیت حقیقی امام معیار اسلامی بود، دیگر چه نیازی به تنفیذ مسئولیت مسئول برگزیده مردم بود؟ سر مطلب آن است که رأی به صندوق انداخته نظر شخص حقیقی امام راحل بود که از حیث حقوقی همانند رأی سایر شهروندان بود. ولی تنفیذ حکم نه به شخص حقیقی بلکه به شخصیت حقوقی ولایت فقیه بازمی‌گردد که در آن مقام نه نظر شخص که رأی اسلام است. از این رو، تا ولی فقیه حکم را تنفیذ نکند یا اذن ندهد، نه شورای نگهبان و نه ریاست جمهوری و نه هیچ نهاد دیگری مشروعیت نمی‌یابد.» (جوادی آملی، ۱۳۸۹: ۱۵۱).

نظریه دوم. قایلان نظریه دوم معتقدند امضای حکم ریاست جمهوری توسط رهبری یک امر تنفیذی است که مشروعیت کارهای ریاست جمهوری متوقف بر این امضاست. زیرا اولاً «بنا بر مبنای مشروعیت ولایت فقیه مذکور در اصل ۵۷ و ۵ و مقدمه قانون اساسی سرایت مشروعیت الهی حکومت به قوای سه‌گانه از رهبری نشئت می‌گیرد؛ بدین ترتیب که قوه مجریه با امضای رهبری، قوه مقننه از طریق نصب فقهای شورای نگهبان، و قوه قضاییه از طریق نصب ریاست آن توسط رهبری مشروعیت می‌یابند و به همین دلیل در قانون اساسی قوای سه‌گانه زیر نظر و در طول اختیارات ولایت امت قرار داده شده‌اند.» (عمید زنجانی، ۱۳۶۲: ۲۹۴) و ثانیاً «اساساً تشکیل هر کدام از قوای سه‌گانه به منزله واگذاری و اعطای بخشی از اختیارات رهبری است و امضای حکم ریاست جمهوری نیز نشان واگذاری قسمتی از اختیارات اجرایی ولی فقیه به فردی به نام رئیس جمهور است که می‌تواند این اختیارات را تقلیل دهد و یا اختیارات بیشتری تفویض نماید.» (ایمانی، ۱۳۸۸: ش ۶۷۶۵) و ثالثاً «در این خصوص مذاکرات بررسی قانون اساسی حکایت از تنفیذی بودن امضا دارد. علاوه بر آن، ماده یک قانون انتخابات ریاست جمهوری ایران، مصوب ۱۳۶۴/۰۴/۰۵، در این ارتباط مقرر می‌دارد: دوره ریاست جمهوری اسلامی ایران چهار سال است و از تاریخ تنفیذ اعتبارنامه به وسیله مقام رهبری آغاز می‌گردد.» (هاشمی، ۱۳۷۸: ۱۷). با عنایت به ادله و تحلیل مذکور، قول دوم منطقی و هماهنگ با مبانی تفکر سیاسی شیعه است.

۳-۳. قوه مقننه

برای توجیه حکمرانی مشروع در بعد تقنینی (قوه مقننه) به طور کلی باید گفت طبق مواد حقوقی اساسی این قوه حق اعمال دو شأن حاکمیتی «قانون‌گذاری» و «نظارت بر اجرا» را دارد و بر اساس مبانی تصدیقی نظریه ولایت فقیه و تقریری، که در دیدگاه مشروعیت یکپارچه ارائه شد،

اعمال صلاحیت و دخالت و تصرف، بدون اذن ولی، غیر شرعی و طاغوت خواهد بود و «هر نوع سلطه مادی و معنوی از نظر اسلام بر انسان‌ها ممنوع است ... مادامی که منتهی به خدا نباشد ... میزان و معیار حاکمیت و قالب کلی نظام را کتاب الهی معین می‌کند.» (خامنه‌ای، ۱۳۹۴: ۶۸ - ۱۷۰) و «فرق اساسی حکومت اسلامی با حکومت‌های مشروطه سلطنتی و جمهوری در همین است؛ در اینکه نمایندگان مردم با شاه در این‌گونه رژیم‌ها به قانون‌گذاری می‌پردازند. در صورتی که قدرت مقننه و اختیار تشریح در اسلام به خداوند متعال اختصاص یافته است. شارع مقدس اسلام یگانه قدرت مقننه است. هیچ کس حق قانون‌گذاری ندارد و هیچ قانونی جز حکم شارع را نمی‌توان به مورد اجرا گذاشت.» (خمینی، ۱۳۷۳: ۴۴). بنابراین در باب قانون‌گذاری اساسی و عادی باید گفت «مقررات جمهوری اسلامی مقررات اسلامی و واجب الاطاعه است. آنچه که امروز در جامعه اسلامی به همین شکلی که دستگاه قانون‌گذاری مملکت دارد اجرا می‌کند و قانون می‌گذارد و دستگاه اجراکننده آن را اجرا می‌کند این‌ها همه‌اش احکام حکومتی ولی فقیه است ... تمام قوانینی که در مجلس شورای اسلامی می‌گذرد ... همه این‌ها مظاهر حاکمیت ولایت فقیه است. در حقیقت به خاطر مشروعیت ولایت فقیه است که همه این‌ها مشروعیت پیدا می‌کند ... مجلس شورای اسلامی که قانون وضع می‌کند، معنای قانون وضع کردن چیست؟ معنای قانون وضع کردن این است که محدودیت‌هایی را در زندگی مردم بر طبق یک مصالحی ایجاد می‌کنند. خُب، یک چنین کاری بنا بر مبانی فقهی اسلامی و بنا بر اصل ولایت فقیه برای هیچ‌کس جایز نیست و از هیچ‌کس مشروع نیست، مگر ولی فقیه ... و بالاتر از این، من بگویم قانون اساسی در جمهوری اسلامی، که ملاک و معیار و چارچوب قوانین است، اعتبارش به خاطر قبول و تأیید ولی فقیه است.» (خامنه‌ای، ۱۳۹۴: ۶۸ - ۱۷۰). بنابراین، از دیدگاه دینی همه قوانین یک حکومت و یک کشور، چه قانون اساسی چه سایر قوانین مصوب، وقتی مشروعیت پیدا می‌کند که به گونه‌ای به تأیید ولی فقیه رسیده باشد (مصباح یزدی، ۱۳۷۷: ۱۱۱). زیرا ولی فقیه منشأ مشروعیت نظام است و همه نهادهای حکومت، از جمله قوای سه‌گانه و قانون اساسی و قوانین عادی، با تنفیذ وی مشروع می‌شود (مؤمن، ۱۳۸۶: ۱۱ - ۱۲).

اما محل بحث موضع حقوق اساسی در این زمینه است. در باب ماهیت قوه مقننه و توجیه مشروعیت شرعی شئون حاکمیتی آن در قانون اساسی نظراتی داده شده است که پرداختن به آن مقاله‌ای جداگانه می‌طلبد. در این نوشتار دنبال این نکته هستیم که توجیه حکمرانی شرعی در نظام ولایی در قلمرو قانون‌گذاری، به معنای شاخه و شأنی از ولایت، چگونه صورت می‌گیرد. قبلاً به قواعد عام فقهی اشاره کردیم و در اینجا با استناد به اصول قانون اساسی و دیدگاه‌های حقوقی به این مهم می‌پردازیم.

الف) اولین نشانه مشروعیّت قوانین لزوم تأیید و تنفیذ قانون اساسی از سوی ولی امر است. زیرا «قانون اساسی ایران مبین نهادهای فرهنگی، اجتماعی، سیاسی، و اقتصادی جامعه بر اساس ضوابط اسلامی [است] که انعکاس خواست قلبی امت اسلامی می‌باشد» (مقدمه قانون اساسی) و بنابراین «مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد» (اصل ۷۲ ق.ا). از سوی دیگر خواست ملت ایران پذیرش مکتب و نظام ولایی بوده است: «مطلبی که می‌فرمایند ما تمام اختیار را بدون هیچ قیدی به آرای عامه بدهیم و نگذاریم هر قیدی در خارج قانون به وجود بیاید این متناسب با قانون اساسی و نظام مکتبی نیست و چون ملت ما در طول انقلاب و در فرآیند اول انتخاب خودش را کرد، گفت جمهوری اسلامی ... در این اصل و اصول دیگر این قانون اساسی که می‌گوییم بر طبق ضوابط و احکام اسلام، در چارچوب قواعد اسلام، ... همه به خاطر آن انتخاب اول ملت ماست.» (روابط عمومی مجلس، ۱۳۶۴: ۳۸۰ - ۳۸۱). همچنین «با توجه به گستردگی قلمرو موضوعات در صلاحیت‌های حکومت‌های امروزی و پیچیده شدن امور، لازم است ولی فقیه صلاحیت‌های خود را به صورت ساختارمند و مکانیسم‌محور در هرم حکومت در جامعه اسلامی اعمال کند» (روابط عمومی مجلس، ۱۳۶۴). بنابراین، قانون اساسی که بر مبنای مکتب اسلام تنظیم و با خواست قلبی ملت مسلمان پذیرفته شده و ولی فقیه آن را امضا و تأیید کرده است «همان منشور ملی تعریف نهادها و مناصب عمومی است که در حدود مقرر در آن هر مقام و مسئولی صلاحیت لازم در اعمال حکومت را کسب می‌نماید» (کدخدایی و جواهری طهرانی، ۱۳۹۱: ۱۱۹) و جالب اینکه همین قانون اطلاق ولایت امر را بر اساس اصول متعدد خود، به‌خصوص اصل ۵۷، پذیرفته است.

ب) تسری ولایت و نظارت شرعی از طریق شورای نگهبان صورت می‌گیرد «که متشکل از شش نفر فقیه و شش نفر حقوقدان مسلمان می‌باشد». قانون اساسی از یک سو فلسفه شورای نگهبان را «به منظور پاسداری از احکام اسلامی و قانون اساسی از نظر عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی» (اصل ۹۱ ق.ا) تأیید می‌کند و از سوی دیگر تأکید می‌کند: «مجلس شورای اسلامی بدون وجود شورای نگهبان اعتبار قانونی ندارد.» (اصل ۹۳ ق.ا). همچنین نظارت بر انتخابات مجلس شورای اسلامی بر عهده شورای نگهبان است و این نظارت «عام و استصوابی و در تمام مراحل و در همه امور مربوط به انتخابات جاری است» (قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی، ماده ۳، ۱۳۷۴/۰۵/۰۶) که بر اساس این قانون نظارت غیرمستقیم رهبری بر صلاحیت شخص نمایندگان مجلس شورای اسلامی و صحت انتخابات تضمین شده است.

ج) از منظر قانون اساسی «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی، و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد...» (اصل ۴ ق.ا). بدین منظور قانون اساسی فرستادن همه مصوبات مجلس شورای اسلامی به شورای نگهبان را الزامی کرده است (اصل ۹۴ ق.ا). زیرا «تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام با اکثریت فقهای شورای نگهبان و تشخیص عدم تعارض آن‌ها با قانون اساسی بر عهده اکثریت همه اعضای شورای نگهبان است» (اصل ۹۶ ق.ا). بدین ترتیب از منظر قانون اساسی اعتبار قانونی قوه مقننه به وجود شورای نگهبان و تمامیت شورای نگهبان به فقیهان منصوب از سوی مقام رهبری بستگی دارد. این سازوکار همان مشروعیت‌بخشی و نظارت و اذن شرعی ولایت فقیه بر مجلس شورای اسلامی است.

د) رهبری در حوزه مقننه، قبل از بازنگری، فقط تعیین فقهای شورای نگهبان را بر عهده داشت. اما، پس از بازنگری، واژه «تعیین» به «عزل، نصب، و پذیرش استعفا» تغییر یافت که نشان‌دهنده اهتمام قانون‌گذار به جایگاه این نهاد است و فرمان همه‌پرسی هم به وظایف رهبری در این حوزه افزوده شد که شامل سه شکل همه‌پرسی سیاسی، اساسی، تقنینی می‌شود و این خود و همچنین احکام حکومتی ضروری، که توضیح آن پیش‌تر آمد، یکی از مظاهر اعمال حاکمیت مستقیم در سیستم قانون‌گذاری کشور است. از سوی دیگر، رهبری به وسیله احکام حکومتی، به مفهوم سلبی آن، می‌تواند جلوی هر قانونی که مصالح اسلام و مسلمین را خدشه‌دار می‌کند بگیرد. در این زمینه می‌توان به احکام حکومتی صادره از سوی امام خمینی^(ره) و رهبر معظم انقلاب استناد کرد؛ که به دو مورد اشاره می‌شود. الف) حکم بازنگری در قانون اساسی از سوی امام خمینی^(ره): پس از کسب ده سال تجربه عینی و عملی از اداره کشور، اکثر مسئولان نظام جمهوری اسلامی ایران به این باور رسیدند که قانون اساسی با همه خوبی‌هایش نقایص و کمبودهایی دارد. بنابراین، هیئتی را برای رسیدگی به این امر مهم تعیین کردند. ب) تأیید انتخابات مجلس ششم در حوزه تهران: «پس از مخدوش شدن برخی صندوق‌های تهران، شورای نگهبان در نامه‌ای به مقام معظم رهبری اعلام نمود که با توجه به مدارک موجود نمی‌توان صحت انتخابات تهران را تأیید کرد. این شورا، پس از ذکر دلایل خود، از رهبر انقلاب مصلحت‌اندیشی نمود. ایشان با توجه به شرایط حساس کشور با استفاده از حق شرعی خود انتخابات تهران را تأیید و برای بررسی تخلفات نکاتی را متذکر شدند.» (رسایی، ۱۳۸۱: ۶۱).

ه) دستور کنار گذاشتن طرح تغییر قانون مطبوعات در مجلس ششم: «پس از اصرار چند تن از نمایندگان مجلس شورای اسلامی و کشاندن طرح تغییر قانون مطبوعات به صحن علنی مجلس، در روز یکشنبه، ۱۶ مرداد ۷۹، از آنجا که این طرح با اشکالات اساسی همراه بود و

همچنین رضایت دشمنان نظام اسلامی و نگرانی دلسوزان انقلاب ... را به دنبال داشت، مقام معظم رهبری بر اساس حق شرعی ولی فقیه، که در اصول متعدد قانون اساسی- از جمله اصول ۵، ۵۷، ۱۱۰- بر آن تصریح شده، با نوشتن نامه‌ای خطاب به ریاست مجلس شورای اسلامی، از فتنه‌ای خطرناک جلوگیری کردند.» (رسایی، ۱۳۸۱: ۲۴۷). پس نتیجه این می‌شود که قانون‌گذاری به شکل مصرح در قانون اساسی به قوه مقننه تفویض شده است و در ماهیت خود هم برخوردار از مقبولیت مردمی و مشارکت سیاسی آنان است و هم دارای اذن و نظارت شرعی ولی فقیه. بنابراین، باید ماهیت نمایندگی با توجه به همین دو مطلب تحلیل و تفسیر شود. توضیح اینکه یکی از چالش‌های حقوق اساسی ماهیت نمایندگی مجلس در نظام جمهوری اسلامی ایران، با توجه به ویژگی‌های خاص این نظام، است که باعث شده از ابتدای مجلس و در ادامه بعد از انقلاب اسلامی از موضوعات مورد بحث اندیشمندان باشد و تا کنون نظریاتی مانند وکالت، نقابت، عقدی جدید (غیر معین)، کارگزاری ولایت، وکالت قانونی مأذون از ولی فقیه در زمینه تحلیل ماهیت موضوع نمایندگی ارائه شده است که برخی از آن‌ها برخلاف مبانی هستند و برخی دیگر کمبود دارند. البته آخرین نظریه تا حد زیادی توانسته است مبنای مشروعیت نظام را رعایت کند. به هر حال، تحلیل درست آن است که انتخاب مردم به همان مقبولیت و عینیت دادن و مشارکت سیاسی ارجاع شود و لازمه اعمال صلاحیت و تصرف در شأن ولایی قانون‌گذاری تأیید و اذن ولی فقیه دانسته شود که بر این اساس نمایندگان از وکالت سیاسی- قانونی مأذون از ولی فقیه برخوردار می‌شوند که با رأی مردم تک‌به‌تک انتخاب می‌شوند و با اجتماع خود کل انتزاعی مجلس شورای اسلامی را تشکیل می‌دهند و با ضمیمه شدن به نهاد شرعی شورای نگهبان شأن قانون‌گذاری را با اذن ولی فقیه و نظارت مستمر او انجام می‌دهند. این نظر در بیان رهبری این‌طور آمده است: «ولایتی که امروز شما دارید قانون‌گذاری ولایت است. یک ولایت الهی است. ریشه در ولایت الهی دارد. برخاسته و پدیدآمده از ولایت الهی است. این مردم‌سالاری که ما می‌گوییم معنایش این است؛ یعنی نماینده مجلس شورای اسلامی از این طریق که در قانون اساسی برای مجاری اعمال ولایت الهی معین شده یک ولایتی پیدا کرده است که این شد یک تکلیف.» (خامنه‌ای، ۱۳۷۸).

نتیجه‌گیری

بر اساس یافته‌های این نوشتار روشن شد که اولاً در حکومت دینی اعمال حاکمیت از شئون خداوند است و فقط مأذونین از ناحیه او می‌توانند در امور مردم، به عنوان حاکم، دخل و تصرف کنند. ثانیاً در نظام ولایی، حاکم عادل، با واسطه از جانب خداوند تعیین می‌شود و حاکم عادل مأذون، مسئولیت سایر مسئولان را مشخص می‌کند و به تعبیر دیگر به اذن و تنفیذ ایشان قلمرو

و حق حاکمیتی هر یک از مسئولان معین می‌گردد. ثالثاً با تطور و جست‌وجو در آرای حقوقی و فقهی این گزاره به دست آمد که فقیه حاکم مبسوط‌الید می‌تواند با توجه به قلمرو اختیارات خود، برای تأمین مصالح حکومت، بهترین شیوه و قالب تشکیلاتی را انتخاب کند و با گماردن عمال و کارگزاران در نواحی و بخش‌های مختلف به اعمال ولایت بپردازد و نیازی نیست که خود رأساً در همه امور به صورت مستقیم دخالت کند. رابعاً نحوه اعطای صلاحیت ولایی عمدتاً بر پایه سه گزاره ولایت، وکالت، اذن شکل می‌گیرد و حدود هر یک با توجه به اهمیت و مقتضای آن مسئولیت معین می‌شود. خامساً در زمان تشکیل حکومت جمهوری اسلامی ایران، به منزله تنها حکومت ولایی، قانون اساسی، که از ناحیه ولی فقیه تنفیذ شده، به مثابه یک میثاق‌نامه بین ولی و امت، مادامی که مصالح را به نحو مطلوب تأمین کند، مجاری اجرای امور حاکمیتی و نحوه اعطای صلاحیت و قلمرو آن را در اصول خود به نحو ساختارمند تبیین کرده است. بنابراین روشن شد که صدر و ساقه نظام ولایی از یک منبع مشروعیت می‌یابد و این مشروعیت به دست و اذن حاکم در ارکان حکومت ساری و جاری می‌شود.

منابع

۱. قرآن کریم
۲. افرام بستانی، فؤاد (۱۳۷۵)، فرهنگ ابجدی، تهران: نشر اسلامی.
۳. انصاری، شیخ مرتضی (۱۳۸۴)، القضا و الشهادات، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۴. _____ (۱۳۸۵)، کتاب الخمس، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۵. بهروز لک، غلامرضا (۱۳۹۳)، «بررسی فقهی- حقوقی تنفیذ حکم ریاست جمهوری»، مجله علوم سیاسی، سال ۱۷، ۶۵.
۶. جعفریپیشه فرد، مصطفی (۱۳۸۵)، چالش‌های فکری نظریه ولایت فقیه، قم: مؤسسه بوستان کتاب.
۷. _____ (۱۳۸۰)، مفاهیم اساسی نظریه ولایت فقیه، قم: دبیرخانه مجلس خبرگان.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش.
۹. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۷۸)، ولایت فقیه، ولایت فقاها و عدالت، قم: نشر اسراء.
۱۰. حائری یزدی، مهدی (۱۹۹۵ م)، حکمت و حکومت، لندن: بی‌نا.
۱۱. حجاریان، سعید (۱۳۸۸)، جمهوریت؛ افسون‌زدایی از قدرت، تهران: نی.
۱۲. حسینی مراغه‌ای، سید میرعبدالفتاح (۱۴۱۷ ق)، العناوین، قم: تحقیق مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۳. حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۵ ق)، تذکره الفقهاء، قم: مؤسسه آل بیت لاحیاء التراث.
۱۴. _____ (۱۴۱۹ ق)، قواعد الاحکام، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۵. خامنه‌ای، سید علی (۱۳۹۴)، ولایت و حکومت، تهران: مؤسسه جهادی.
۱۶. زنجانی، عمید (۱۳۶۲)، «پرسش و پاسخ در مورد قانون اساسی و ولایت مطلقه فقیه»، روزنامه رسالت، شماره ۱۸۵۰.
۱۷. _____ (۱۳۶۲)، مبانی فقهی کلیات قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: جهاد دانشگاهی.
۱۸. زنجانی، عمید (۱۳۷۶)، «دیدگاه حکومتی در نظریه حسیه»، مجله حکومت اسلامی، سال دوم، ۱.

۱۹. شفیعی فر، محمد (۱۳۷۸)، «جایگاه ولایت فقیه در حقوق اساسی»، مجله حکومت اسلامی، قم: دبیرخانه مجلس خبرگان.
۲۰. شعبانی، قاسم (۱۳۷۳)، حقوق اساسی و ساختار حکومت جمهوری اسلامی ایران، تهران: اطلاعات، چ سوم.
۲۱. صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی (۱۳۶۹)، تهران: اداره کل قوانین، چ اول.
۲۲. صورت مشروح مذاکرات مجلس، بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، اداره کل امور فرهنگی.
۲۳. طباطبایی، محمدحسین (۱۳۹۴ ق)، المیزان فی التفسیر القرآن، بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.
۲۴. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین (۱۴۱۳ ق)، مسالک الافهام، قم: مؤسسه معارف اسلامی.
۲۵. _____ (۱۴۱۰ ق)، الروضه البیبه فی شرح اللمعه دمشقیه، قم: داوری.
۲۶. عمید زنجانی، عباس علی (۱۳۸۶)، قواعد فقه، تهران: مؤسسه مطالعات و تحقیقات علوم اسلامی.
۲۷. _____ (۱۳۳۶)، فقه سیاسی، تهران: امیرکبیر.
۲۸. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مصوب سال ۱۳۶۸.
۲۹. قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۴)، ماده ۳ اصلاحی، مصوب ۱۳۷۴/۰۵/۰۶، روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، چ اول.
۳۰. کاشف الغطاء، جعفر (بی تا)، کشف الغطاء عن مبهمات شریعه الغراء، اصفهان: مهدوی.
۳۱. کدخدایی، عباس علی؛ جواهری طهرانی، محمد (۱۳۹۱)، حاکمیت قانون و ولایت فقیه، تهران: دادگستر.
۳۲. مدنی، سید جلال الدین (۱۳۷۰)، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی جمهوری اسلامی ایران، تهران.
۳۳. مصباح یزدی، محمدتقی (۱۳۸۰)، پرسش و پاسخها (مجموعه ۵ جلدی)، قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی.

۳۴. _____ (۱۳۹۱)، نگاهی گذرا به نظریه ولایت فقیه، قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی.
۳۵. _____ (۱۳۹۲)، حقوق و سیاست در قرآن، قم، مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی.
۳۶. _____ (۱۳۹۱)، مشکلات ولایت، قم، مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی
۳۷. ملک افضل، محسن و سلیمانی، عباس (۱۳۹۳)، مجله حکومت اسلامی، شماره ۷۴
۳۸. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷ق)، دایره المعارف فقه مقارن، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع).
۳۹. موسوی خمینی، سید روح الله (۱۳۷۹)، کتاب البیع، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۴۰. _____ (۱۳۳۳ ق)، صحیفه نور، تهران: سازمان مدارک فرهنگی انقلاب اسلامی.
۴۱. _____ (۱۳۷۳)، ولایت فقیه، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۴۲. _____ (بی تا)، کشف الاسرار، بی جا، بی نا.
۴۳. مؤمن، محمد (۱۳۸۶)، الولایه الهیه الاسلامیه او الحکومه الاسلامیه، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۴۴. _____ (۱۴۱۵ ق)، کلمات سدیده فی مسائل جدیده، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۴۵. نجفی، اسفاد؛ محسنی، فرید (۱۳۸۶)، حقوق اساسی، تهران: هدی.
۴۶. نجفی، محمد حسن (۱۳۶۲)، جواهر الکلام، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
۴۷. هاشمی، سید محمد (۱۳۸۶)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: میزان.
۴۸. یزدی، محمد (۱۳۸۲)، شرح و تبیین قانون اساسی، تهران: امام عصر.

References

1. The Jurisprudential Foundations of the Constitution of the Islamic Republic of Iran". Tehran:
2. Academic Jihad, second edition, 1983
3. Afram Bustani, Fouad (1996), Abjedi culture, Tehran: Islamic Publishing House, 2nd edition.
4. Ansari, Sheikh Morteza (2005), Al-Qada and Testimony, Qom: Jamal al-Fikr al-Islami, second edition
5. Ansari, Sheikh Morteza (2004), Profits, Qom: Armos, 2nd edition
6. Behrozilek, Gholam Reza (2013), "Jurisprudential-legal examination of the implementation of the presidential decree", Journal of Political Science, Year 17, 65
7. Jafarpishefard, Mustafa (2006), Intellectual challenges of the theory of religious authority, Qom: Bostan Kitab Institute, second edition.
8. Jafarpishefard, Mustafa (2001), The basic concepts of the theory of velayat al-faqih, Qom: Secretariat of the Council of Experts, first edition.
9. Jafari Langroudi, Mohammad Jaafar (1999), Expanded in Law Terminology, Tehran: Ganj Danesh, first edition.
10. Javadi Amoli, Abdullah (1999), Province of jurisprudence, jurisdiction of jurisprudence and justice, Qom: Esra Publishing House, first edition.
11. Haeri Yazdi, Mahdi (1995), Wisdom and Government, London: Bina, Shadi Publications.
12. Hajjarian, Saeed (2009), Republic; Disenchantment of power, Tehran: Nei Publishing House, 2nd edition.
13. Hosseini Maragheh, Seyyedmir Abdul Fattah (1996), Al-Anaween, Qom: Research Institute of Al-Nashr al-Islami, first edition, Volume 2.
14. Heli, Hassan bin Yusuf (1994), The Reminder of the Jurists, Qom: Al-Bayt Lahia Al-Tarath Institute, Volume 2
15. Heli, Hassan bin Yusuf (1998), Rules of the Rules, Qom: Islamic Publications Office, first edition, Volume 3.
16. Khamenei, Seyyed Ali (2015), Province and Government, Tehran: Jihadi Institute, 4th edition.
17. Zanjani, Omid (?), "Questions and answers about the constitution and absolute authority of the jurist", Resalat newspaper, number 1850
18. Zanjani, Omid (1997), "Government point of view in the theory of calculation", Journal of Islamic Government, second year, 1
19. Shafiifar, Mohammad(?), "The place of religious authority in fundamental rights", Journal of Islamic Government, Qom: Secretariat of the Assembly of Experts
20. Shabani, Qasim (1994), Fundamental rights and government structure of the Islamic Republic of Iran, Tehran: Information, third edition.

- 21.(?)Annotated report of the deliberations of the Constitutional Revision Council, Tehran: General Directorate of Laws, first edition, 1990
- 22.(?)Annotated report of the deliberations of the Parliament of the Final Review of the Constitution of the Islamic Republic of Iran, General Directorate of Cultural Affairs
- 23.Tabatabai, Mohammad Hossein (1974), Al-Mizan fi al-Tafseer al-Qur'an, Beirut: Al-Alami Press Institute, 3rd, Volume 16
- 24.Ameli (Shahid Sani), Zainuddin (1992), Issues of Al-Afham, Qom: Institute of Islamic Studies, 3rd, Volume 4.
- 25.Ameli (Shahid Sani), Zainuddin (1989), Al-Rawzah al-Bihah in the description of al-Lama' al-Damashqiyyah, Qom: Davari Publications, first edition, Volume 2.
- 26.Omid Zanjani, Abbas Ali (2007), Rules of jurisprudence, Tehran: Institute of Islamic Sciences Studies and Research, first edition.
- 27.Omid Zanjani, Abbas Ali (1957), Political Jurisprudence, Tehran: Amir Kabir, first edition, Volume 2.
- 28.The Constitution of the Islamic Republic of Iran, approved in 1989
- 29.Election Law of the Islamic Council, Article 3 of Amendment, approved 27/8/1995, Public Relations of the Islamic Council, first edition, 1985
- 30.Kashif al-Ghita, Jafar (?), Revelation of Al-Ghita about the ambiguities of Sharia al-Ghara, Isfahan: Mahdavi Publications, Beta, Volume 2.
- 31.Kadkhodaei, Abbasali; Javaheri Tehrani, Mohammad (2012), Sovereignty of Law and the Jurisprudence of Faqih, Tehran: Judges Publications, 1st edition.
- 32.Madani, Seyed Jalaluddin (1991), Fundamental rights and political institutions of the Islamic Republic of Iran. Tehran: The first companion publication.
- 33.Mesbah Yazdi, Mohammad Taghi (2009), Questions and Answers (a collection of 5 volumes), Qom: Imam Khomeini Educational and Research Institute (RA), third edition, Volume 5.
34. Mesbah Yazdi, Mohammad Taghi (2012), Law and Politics in the Qur'an, Qom, Imam Khomeini Educational and Research Institute.
- 35.Mesbah Yazdi, Mohammad Taqi (1391), Mashkat Velayat, Qom, Imam Khomeini Educational and Research Institute
- 36.Mesbah Yazdi, Mohammad Taghi (2012), A brief look at the theory of Velayat al-Faqih, Qom: Imam Khomeini Institute of Education and Research, 26th edition.
- 37.. Malek Afzali, Mohsen and Soleimani, Abbas (2013), Islamic Government Magazine, No. 74
- 38.Makarem Shirazi, Nasser (2006), Encyclopedic Encyclopedia of Jurisprudence, Qom: Publications of Imam Ali Bin Abi Talib School, p. 427.

39. Mousavi Khomeini, Seyyed Ruhollah (2000), Kitab al-Ba'i, Tehran: Imam Khomeini Editing and Publishing Institute, first edition, Volume 2.
40. Mousavi Khomeini, Seyyed Ruhollah (2000), Sahifeh Noor, Tehran: Islamic Revolution Culture Documents Organization, 4th edition.
41. Mousavi Khomeini, Seyyed Ruhollah (1994), Province of Faqih, Tehran: Institute for editing and publishing works.
42. Mousavi Khomeini, Seyyed Ruhollah (?), Kashf al-Asrar, bija, bina, bita, p. 188-189
43. Momen, Muhammad (2007), Al-Walaiya Elahiya al-Islamiyya O Al-Hukuma al-Islamiyya, Qom: Al-Nashar al-Islami Institute, first edition.
44. Momen, Muhammad (1994), Standed words in new problems, Qom: Islamic Publishing Institute, first edition.
45. Najafi, Esfad; Mohseni, Farid (2007), Fundamental rights, Tehran: Hoda Publications, 4th edition.
46. Najafi, Mohammad Hassan (1983), Javahar al-Kalam, Tehran: Darul Kitab al-Islamiya, third edition, Volume 21.
47. Hashemi, Seyyed Mohammad (2007), The Fundamental Rights of the Islamic Republic of Iran, Tehran: Mizan Publishing, 19th.
48. Yazdi, Mohammad (2003), Description and Explanation of the Basic Law, Tehran: Imam Asr Publishing House, first edition.

مشارکت عمومی در تهیه و اصلاح قانون

ایرج حسینی صدرآبادی^{*۱}، محمدجواد محمدپور^{**۲}

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۹/۲۶ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۵/۰۲

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: 10.22034/qjplk.2022.1468.1379

چکیده

قانون‌گذاری یکی از امور مهم حاکمیتی است که در جوامع دموکراتیک معمولاً بر عهده مجالس مقنن، مرکب از نمایندگان منتخب مردم، است. به علت پیچیده و مهم بودن امر قانون‌گذاری حقوقدانان، با هدف ارتقای کیفیت قوانین، اصولی را برشمرده‌اند. یکی از این اصول مشارکت حداکثری شهروندان در فرایند قانون‌گذاری است. از آسیب‌های پیش روی نظام قانون‌گذاری ایران، که ریشه در عدم توجه به کیفیت قوانین دارد، متروک شدن قانون و سرپیچی شهروندان از اجرای قانون است که در نهایت به تزلزل اصل حاکمیت قانون خواهد انجامید. حل این آسیب در گرو بررسی راهکارهای ارتقای کیفیت قوانین است. این موضوع پژوهش در زمینه مشارکت عمومی در قانون‌گذاری، به مثابه راهکار ارتقای کیفیت قوانین، را ضرورت و اهمیت می‌بخشد. این نوشتار با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و با روش توصیفی-تحلیلی به دنبال بررسی چرایی مشارکت عمومی در قانون‌گذاری و مبانی و اهداف آن است. نتیجه پژوهش حکایت از آن دارد که مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون یکی از حقوق ملت است که مطابق آن قانون‌گذار ملزم می‌شود، حین تهیه پیش‌نویس قوانین، نظرات مردم و ذی‌نفعان و متخصصان را اخذ و تا جای ممکن در متن قانون لحاظ کند. یکی از مبانی و همچنین اهداف مشارکت عمومی در قانون‌گذاری ارتقای کیفیت و مقبولیت قانون است. **واژه‌های کلیدی:** پیش‌نویس تقنینی، سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری، کیفیت قوانین، مشارکت عمومی.

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

* Email: iraj.sadrabadi@gmail.com

۲. دانش‌آموخته کارشناسی‌ارشد حقوق عمومی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

** Email: m.j_mohammadpour@yahoo.com



مقدمه

فرایند قانون‌گذاری یکی از امور مهم حاکمیتی و عمومی است. زیرا نتیجه آن وضع قانونی خواهد بود که لازم‌الاجرا است و دولت اجرای آن را تضمین می‌کند. بنابراین می‌توان گفت مهم‌ترین منبع دانش حقوق قانون است (اسلامی، ۱۳۹۷: ۱۳). با توجه به این حد از اهمیت قانون، اندیشمندان حقوق جهت ارتقای کیفیت قانون اصول متعددی را برشمرده‌اند. یکی از این اصول مشارکت حداکثری ذی‌نفعان در فرایند قانون‌گذاری است (عبداله‌زاده شهربابکی، ۱۳۹۹: ۷۵۸ - ۷۶۱).

یکی از آسیب‌های نظام قانون‌گذاری ایران عدم مشارکت و عدم کسب نظر ذی‌نفعان در مرحله تهیه و تدارک پیش‌نویس قوانین است (عبدالاحد و همکاران، ۱۳۹۸: ۳۵) که ممکن است به عدم اجرای قانون توسط شهروندان (ابریشمی‌راد و اسدی‌اوجاق، ۱۴۰۱: ۱۲۳)، متروک شدن قوانین (میرزایی، ۱۳۹۰: ۹۲)، و در نهایت تزلزل اصل حاکمیت قانون بینجامد. علت این چالش‌ها را می‌توان در مغایرت قانون با خواست واقعی شهروندان جست‌وجو کرد. بنابراین، جهت ارائه راه‌حلی برای چالش‌های نظام قانون‌گذاری ایران پرداختن به پژوهشی با این موضوع از ضرورت و اهمیت برخوردار است.

محققان در این نوشتار بر آن‌اند که با بررسی منابع کتابخانه‌ای، با روش توصیف و تحلیل داده‌ها، به این سؤال پاسخ دهند که مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون چیست و مبانی و اهداف آن کدام است.

در خصوص پیشینه تحقیق می‌توان گفت مباحث حقوقی از غنای لازم برخوردار نیستند. یکی از نویسندگان صرفاً به ضرورت مشورت با گروه‌های متخصص، ذی‌نفعان، میان‌سازمانی، و عمومی اشاره کرده است (انصاری، ۱۳۹۹: ۱۵۲ - ۱۵۵). در اثری دیگر، نویسنده به صورت گذرا به لزوم مشارکت‌طلبی در فرایند تقنین‌گری زده است (اسلامی، ۱۳۹۷: ۶۲). در گزارش پژوهشی مرکز پژوهش‌های مجلس، که ترجمه‌ای از صفحات یک کتاب به زبان انگلیسی است، صرفاً مصادیقی از مشارکت شهروندان در فرایند تقنین در بعضی از کشورها ارائه شده است (بیتام، ۱۳۹۰: ۲ و ۱۱). یکی از پژوهشگران در اثرش کلیاتی دربارهٔ دموکراسی مستقیم و

غیرمستقیم ارائه داده و در دو گفتار ابعاد مختلف اصل ۵۸ و ۵۹ قانون اساسی ایران را شرح و بسط داده است (رستمی، ۱۳۸۷: ۱۸۰ و ۱۹۳) که گستره موضوعی آن غیر از موضوع این نوشتار است. در مقاله‌ای دیگر فناوری‌های مجازی و اینترنت ابزاری برای مشارکت عمومی معرفی شده است (رضایی جوزانی و حاکمی، ۱۳۹۵: ۱۹۸). در تحقیقی دیگر، گونه‌های پیش‌نویس‌نگاری تقنینی در سه مدل دسته‌بندی و مدل تکثرگرا شامل فرایندهای مشارکت عمومی قلمداد شده است (حبیب‌نژاد و عامری، ۱۳۹۹: ۲۵۳). هیچ‌یک از آثار پیش‌گفته از زاویه نگرش این نوشتار به موضوع مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون پرداخته‌اند.

برای پاسخ به پرسش تحقیق، ابتدا به مفهوم و مبانی و اهداف مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون خواهیم پرداخت. ایجاد سازوکار مشارکت عمومی مستلزم پیش‌شرط‌هایی است که در قسمت بعد بررسی خواهد شد. در واپسین بخش به ظرفیت قانونی امکان تحقق مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون در نظام حقوقی ایران پرداخته خواهد شد.

۱. مفهوم مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون

در این قسمت، ابتدا مفهوم لغوی مشارکت عمومی در فرهنگ‌های لغت و سپس مفهوم اصطلاحی آن بررسی می‌شود.

۱ - ۱. مفهوم لغوی مشارکت عمومی

مشارکت عمومی از اضافه شدن واژه «عمومی» به واژه «مشارکت» ساخته شده است و معادل اصطلاح انگلیسی «public participation» است. در لغت‌نامه دهخدا، اسم مصدر «مشارکت»، که از زبان عربی اخذ شده، در معانی «شراکت، انبازی، حصه‌داری و بهره‌برداری، شرکت دادن، شریک ساختن» آمده است. همچنین واژه «عمومی» صفت نسبی تلقی شده و در معانی «منسوب به عموم، چیزی که شامل همه گردد، عام، کلی، آنچه متعلق و مربوط به عموم باشد، همگانی» و در مقابل خصوصی آمده است.^۱

در فرهنگ‌های لغت لاتین، واژه «public» به عنوان اسم در معنای «جمع شهروندان یک دولت، بخش، یا شهرداری» و «ساکنان یک ایالت یا شهر یا جامعه» و به عنوان صفت در معنای «مرتبط به یک دولت، ملت، یا همه جامعه» آمده است (Campbell Black, 1968: 1393).

همچنین واژه «participate» در معانی «دریافت، داشتن یا به اشتراک گذاشتن بخشی از»، «تجربه مشترک با دیگران»، «داشتن بخش مشترک با دیگران»، «بهره بردن از یک قسمت مشترک با دیگران»، «شریک شدن» آمده است (Campbell Black, 1968: 1275).

بنابراین می‌توان گفت ترکیب «مشارکت عمومی» به معنای شریک شدن یا شرکت داشتن عموم مردم یا شهروندان در چیزی است. با اضافه شدن «قانون‌گذاری» به عبارت فوق، «مشارکت عمومی در قانون‌گذاری» به معنای شریک شدن عموم مردم با قانون‌گذار در امر تهیه و تدارک قانون خواهد بود.

۱-۲. مفهوم اصطلاحی مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون

یکی از نویسندگان مشارکت عمومی در قانون‌گذاری را ایجاد فضای باز و فراهم کردن امکان استماع نظرات موافقان و مخالفان با هدف تضمین کارایی^۲ و اثربخشی^۳ لازم قوانین به نحو معقول دانسته است (اسلامی، ۱۳۹۷: ۶۲).

سازمان همکاری و توسعه اقتصادی^۴ مشارکت فعال را رابطه‌ای می‌داند مبتنی بر شراکت^۵ با دولت که مطابق آن شهروندان به صورت فعالانه در تعریف فرایند و محتوای سیاست‌گذاری نقش داشته باشند؛ اگرچه تصمیم نهایی با دولت است (OECD, 2001: 23).

یکی از پژوهشگران از مشارکت مردم در قانون‌گذاری به منزله عالی‌ترین جلوه حق حاکمیت مردم در تعیین سرنوشت سیاسی و اجتماعی خود نام برده است که به دو شکل مستقیم و غیرمستقیم قابل اعمال است (رستمی، ۱۳۸۷: ۱۷۹).

مشارکت عمومی واقعی را گروهی از پژوهشگران توانایی و فرصت تأثیرگذاری بر فرایند تصمیم‌گیری عمومی از طریق مشورت و رای‌زنی میان تصمیم‌گیرندگان و همه طرف‌های ذی‌نفع و تحت تأثیر واقع شده تعریف کرده‌اند (علیخانی و همکاران، ۱۳۹۸: ۱۲).

جهت تبیین بهتر مفهوم مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون باید تفاوت آن را با همه‌پرسی تقنینی و قانون‌گذاری نماینده‌سالار برجسته کرد. با الحاق لفظ «مشارکت»، امر همه‌پرسی تقنینی، که در آن مردم تنها قانون‌گذار هستند، از موضوع خارج می‌شود (Vidal-Naquet, 2016: 19). زیرا در فرایند مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون، عموم مردم صرفاً

در تهیه متن پیش نویس قانون مشارکت خواهند داشت و تصمیم گیرنده نهایی نهاد قانونگذاری خواهد بود. همچنین، لفظ مشارکت بیانگر نوعی رابطه برابری میان شهروندان و قانونگذار سستی در امر قانونگذاری است (Vidal-Naquet, 2016: 19). بنابراین، مشارکت در تهیه و تدارک قانون از قانونگذاری نماینده سالار، که مردم در آن تأثیری دور و غیرمستقیم دارند، نیز متمایز می‌شود.

برای ارائه یک تعریف جامع از مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون می‌توان گفت: «مشارکت در تهیه و تدارک قانون یکی از حقوق مردم است که مطابق آن قانونگذار ملزم می‌شود نظرات مردم (متخصصان، ذی‌نفعان، شهروندان) را در زمان تهیه و تدوین پیش‌نویس قوانین اخذ کند و تا جای ممکن در متن قانون به کار گیرد».

یکی از پژوهشگران مشارکت عمومی را شامل سه مرحله اجرایی دانسته است: ۱. مشورت با ذی‌نفعان؛ ۲. مشورت با متخصصان؛ ۳. مشورت با شهروندان. ذی‌نفعان نگرانی‌های واقعی را برجسته می‌کنند، متخصصان فهم عمیق خود از موضوع را به اشتراک می‌گذارند و رابطه میان موارد در نظر گرفته شده و آثار آن را مشخص می‌کنند، شهروندان یا ذی‌نفعان متضرران از هر پیشنهاد قانونگذاری هستند و بنابراین اغلب در خصوص فهم و ارزیابی نتایج قانون بهترین قضاوت را می‌کنند (Renn et al., 1993: 189).

۲. مبانی مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون

موضوع مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون بیشتر در جهت ارتقای کیفیت قانون و مقبولیت آن مطرح شده است. لیکن می‌توان آن را از منظر حقوق بشری نیز مورد مطالعه قرار داد. همچنین می‌توان از زاویه اصول حاکم بر دموکراسی به تحلیل موضوع پرداخت.

۲ - ۱. کیفیت و مقبولیت قانون

مطالعه کیفیت قانون در پی شناخت مشکلات عملی در زمینه اجرای قانون در نظام‌های حقوقی است (عبداله‌زاده شهربابکی، ۱۴۰۰: ۱۳). وقتی اندیشمندان در آثار خود مباحثی را تحت عنوان ویژگی‌های ذاتی و عرضی قانون یا اصول قانونگذاری مورد مطالعه قرار می‌دهند (راسخ، ۱۳۸۵: ۱۵ و ۲۶؛ انصاری، ۱۳۹۹: ۵۶)، در حقیقت در پی ارائه معیاری جهت شناسایی قانون

با کیفیت هستند. از نظر تاریخی نمی‌توان شروع منسجم و نظام‌مندی را برای اندیشه کیفیت قانون متصور بود (عبداله‌زاده شهربابکی، ۱۴۰۰: ۱۳). تأمل در باب قانون و کیفیت آن سابقه زیادی دارد و حتی می‌توان آن را تا زمان ارسطو و افلاطون پی گرفت (وکیلان و مرکز‌المیری، ۱۳۹۵: ۳۲).

اصل حاکمیت قانون به منزله مبنای نظری پرداختن به کیفیت قانون مطرح است (عبداله‌زاده شهربابکی، ۱۳۹۸: ۳۰۳). امروزه دو برداشت عمده از حاکمیت قانون وجود دارد؛ برداشت شکلی^۶ و برداشت ماهوی^۷ (Rose, 2004: 460 & 464). در برداشت شکلی از حاکمیت قانون، برای جلوگیری از سوءاستفاده از قدرت، بیشتر بر مجموعه‌ای از تضمین‌های شکلی-شامل فرایندها و محدودیت‌های مبتنی بر قانون اساسی، قوانین رویه‌ای، ترتیبات نهادی- تأکید می‌شود (مرکز‌المیری، ۱۳۸۵: ۵۷ و ۵۸). طرفداران برداشت ماهوی از حاکمیت قانون، با ملاحظه ارزش‌های بنیادین دیگر و ملزم کردن قانون به رعایت برخی ویژگی‌های ماهوی، حاکمیت قانون را تفسیر می‌کنند (مرکز‌المیری، ۱۳۸۵: ۶۶). در این برداشت‌ها از حاکمیت قانون، ویژگی‌های خاص قوانین دارای اهمیت است. مثلاً فولر و رز و فینیس روشن^۸ بودن قانون را از ویژگی‌های مهم قلمداد می‌کنند (Fuller, 1969: 63; Raz, 1983: 223; Skaanning, 2010: 452). به طور خلاصه، مبنای نظری ضرورت پرداختن به مسئله کیفیت قوانین به این مهم بازمی‌گردد که صرف وجود قانون برای رسیدن به اهداف مورد نظر جوامع در به‌کارگیری قانون کافی نیست (عبداله‌زاده شهربابکی، ۱۳۹۸: ۳۰۲)؛ بلکه باید کیفیت قانون به لحاظ داشتن ویژگی‌های ذاتی و عرضی، مانند وضوح و شفافیت و ... نیز مورد توجه قرار گیرد.

در عرصه عمل نیز نمونه قوانین بی‌کیفیت در نظام‌های حقوقی کم نیست. یکی از اقسام قانون بی‌کیفیت قوانینی هستند که با نیازها و خواست عموم تناسب ندارند و این امر موجب متروک شدن قانون و مقاومت عموم در مقابل اجرای آن می‌شود. یکی از مصادیق این قسم قوانین بی‌کیفیت در نظام حقوقی ایران قانون ممنوعیت به‌کارگیری تجهیزات دریافت از ماهواره، مصوب ۱۳۷۳، است که در عمل اجرا نمی‌شود (ابریشمی‌راد و اسدی‌اوجاق، ۱۴۰۱: ۱۲۴). مصداق دیگر قانون نظام وظیفه عمومی، مصوب ۱۳۶۳، است که مطابق آن اعزام به

خدمت سربازی برای افراد ذکور بالای ۱۸ سال اجباری است. این قانون نیز با خواست و نیاز عمومی تناسب ندارد. وجود حدود ۲ میلیون و ۹۰۰ هزار مشمول غایب^۹ و عدم برخورد جدی با آنها، با وجود ضمانت اجرای کیفری، نشان‌دهنده این موضوع است (ابریشمی‌راد و اسدی‌اوجاق، ۱۴۰۱: ۱۲۴). بنابراین، لازم است این قوانین اصلاح شوند.

ضرورت پرداختن به موضوع کیفیت قانون با توجه به آنچه گذشت روشن است. یکی از وجوه بحث کیفیت قانون «میزان سطح پذیرش قانون در جامعه» (عبداله‌زاده شهربابکی، ۱۳۹۸: ۳۰۹) یا مقبولیت قانون است. شاید بتوان رعایت قانون از سوی بیشتر افراد جامعه را حاکی از مقبولیت قانون دانست؛ البته در جایی که بر مبنای رضایت باشد نه ترس و اجبار. بنابراین، در تعریف مقبولیت قانون باید گفت باور بیشتر افراد جامعه به برحق بودن حاکمیت قانون و احساس تکلیف در قبال پیروی از آن (چلبی، ۱۳۹۷: ۲۶). برای ارتقای این وجه از کیفیت قانون، می‌توان مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون را پیشنهاد داد. زیرا یکی از علل اصلی مقبولیت قانون در جامعه آن است که قانون در کتاب برخاسته از مطالبات آحاد جامعه باشد و قانون، در عمل، به این مطالبات جامعه عمل ببوشاند (چلبی، ۱۳۹۷: ۴۸).

وقتی از کیفیت قانون صحبت می‌شود دو نکته را باید در نظر داشت. اول اینکه هدف از کیفیت قانون بهبود ویژگی‌های آن و حرکتی است که نتیجه آن ارتقای وضعیت قانون نسبت به وضعیت پیشین آن است و دوم اینکه برای حرکت از یک وضعیت به وضعیت بهتر به راهکار نیاز است (عبداله‌زاده شهربابکی، ۱۳۹۸: ۳۰۰). یکی از راهکارهای ارتقای کیفیت قوانین استماع خواست و نظرات عموم و ذی‌نفعان و متخصصان است (عبداله‌زاده شهربابکی، ۱۳۹۹: ۷۵۸ و ۷۵۹). در صورتی که تهیه و تدوین قوانین با مشارکت مستقیم مردم انجام شود این حس به جامعه القا خواهد شد که قانون تصویب‌شده بهترین راه‌حل برای مشکل است و بدین وسیله قانون از یک بایسته تحت کنترل دولت به یک ارزش عقلی تبدیل خواهد شد (اسلامی، ۱۳۹۷: ۶۲).

بنابراین، یکی از مبانی الزام به ایجاد سازوکار مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون موضوع کیفیت قانون و مقبولیت قانون خواهد بود که خود ریشه در اصل حاکمیت قانون دارد.

به عبارت بهتر، برای اینکه اجرای قوانین تسهیل شود یا در برابر اجرای قوانین مقاومتی شکل نگیرد و احترام به قانون میان عموم نهادینه شود، باید مشارکت عمومی در فرایند قانون‌گذاری به منزله فرایندی الزام‌آور شناخته شود.

۲-۲. اصول حاکم بر حقوق بشر

حقوق بشر را از دو جهت می‌توان به مثابه مبنای مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون تحلیل کرد. اول اینکه تضمین حقوق بشر مستلزم شناسایی این حقوق در قوانینی باکیفیت است و یکی از راه‌های ارتقای کیفیت قوانین تحقق فرایند مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون است. از جهت دیگر، یکی از حقوق شناخته‌شده به منزله حقوق بشر حق تعیین سرنوشت است و یکی از راه‌های اعمال حق تعیین سرنوشت مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون است.

در تحلیل اول باید گفت اصل حاکمیت قانون رابطه بسیار نزدیکی با حقوق بشر دارد. این پیوند عمیق در مقدمه اعلامیه جهانی حقوق بشر^۱ ذکر شده است: «برای اینکه بشر، به عنوان آخرین راه، به شورش علیه استبداد و ظلم مجبور نشود ضروری است حقوق بشر را حاکمیت قانون حمایت کند.» (Lautenbach, 2013: 54). زمانی که دموکراسی ایجاد و حقوق شهروندان محترم شمرده می‌شود (در قانون اساسی) این ضرورت (برخاسته از قانون اساسی) ایجاد می‌شود که هر کس بداند حکومت چه زمانی در امور او وارد می‌شود، از او چه می‌خواهد، در مقابل حکومت چه وظایف و تکالیفی دارد، و همه این موارد به شکلی روشن و ساده بیان شده باشد (Dworkin, 2013: 9 & 10). بنابراین، برای اینکه حقوق بشر تضمین شود، ابتدا باید اصل حاکمیت قانون این حقوق را حمایت کند. این اصل، به‌خصوص برداشت ماهوی از آن، ایجاد می‌کند قانونی که ناظر بر حمایت از حقوق شهروندان وضع می‌شود «روشن» و «ساده» (عبداله‌زاده شهرابکی، ۱۳۹۸: ۳۰۳) یا به عبارتی دیگر باکیفیت باشد. با توجه به اینکه یکی از راه‌های ارتقای کیفیت قوانین توسل به فرایند مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون است، می‌توان گفت حقوق بشر از این حیث مبنایی برای این فرایند در نظر گرفته می‌شود.

در تحلیل دوم باید بررسی شود آیا مفاد حق تعیین سرنوشت توانایی شمول و توسعه تا تحقق مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون را دارد یا خیر. حق تعیین سرنوشت یکی از حقوق شناخته شده در نسل سوم حقوق بشر است که در اسناد متعدد بین‌المللی به رسمیت شناخته شده است. در مواد ۱، ۵۵، ۷۳، ۷۶ منشور ملل متحد^{۱۱}، ماده ۱ مشترک از میثاقین حقوق مدنی و سیاسی^{۱۲}، و حقوق اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی^{۱۳} مصوب سال ۱۹۶۶ بر حق تعیین سرنوشت تأکید شده است. امروزه این حق جزء حقوق موضوعه مصوب سازمان ملل و یکی از حقوق مسلم در حقوق بین‌الملل و بخشی از حقوق بشر به شمار می‌آید (عباسی، ۱۳۹۵: ۴۲۷). حق تعیین سرنوشت دارای دو بعد بیرونی^{۱۴} و درونی^{۱۵} است. حق تعیین سرنوشت بیرونی به معنی حاکمیت مردم در بعد خارجی و بین‌المللی و استقلال و عدم مداخله بیگانه در امور آنهاست و حق تعیین سرنوشت درونی به معنی مردم‌سالاری و حق حاکمیت ملت در برابر دولت‌های خود است (عباسی، ۱۳۹۵: ۴۱۷ و ۴۱۸).

مفهوم حق تعیین سرنوشت در بعد بیرونی راه خود را از بستر استعمارزدایی پیدا کرد؛ اما کم‌کم نقش پررنگ خود را در حقوق بین‌الملل از دست داد. امروزه، موضوع تا حدودی تغییر کرده و بعد درونی مفهوم حق تعیین سرنوشت نقش مهم‌تری ایفا می‌کند (Barten, 2015: 191 & 193). حق تعیین سرنوشت را می‌توان یک نتیجه^{۱۶} دانست یا آن را یک فرایند^{۱۷} در نظر گرفت. در صورتی که آن را نتیجه در نظر بگیریم، حق تعیین سرنوشت به معنای تعیین وضعیت و حقوق یک بار برای همیشه خواهد بود. اما اگر آن را یک فرایند بدانیم، حق تعیین سرنوشت به معنای تعیین مسائلی چون توسعه اقتصادی و فرهنگی و اجتماعی به صورت پایدار و مستمر خواهد بود (Barten, 2015: 201). یکی از پژوهشگران چنین استدلال می‌کند که حق تعیین سرنوشت حقی ثابت و مستمر است و صرفاً به لحظه استقلال از استعمار محدود نمی‌شود؛ بلکه مردم باید بتوانند آزادانه توسعه اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی خود را دنبال کنند. این یک حق پایدار است (Higgins, 1994: 120). دیوان بین‌المللی دادگستری^{۱۸} در موضوع Western Sahara^{۱۹}، با تأکید بر انتخاب آزادانه وضعیت سیاسی صحرای غربی توسط مردم ساکن در آن، حق تعیین سرنوشت را یک فرایند در نظر گرفت (Barten, 2015: 201). با توجه به مطالب

پیش گفته، می توان ادعا کرد حق تعیین سرنوشت (در بعد داخلی) موضوعی نیست که صرفاً در چارچوب یک نظام نمایندگی محقق شود، بلکه حضور فعال و مشارکت مردم در عرصه های مختلف زندگی می تواند به مفهوم حق تعیین سرنوشت غنا بخشد (دبیرنیا، ۱۳۹۵: ۲۲). بنابراین، مشارکت عمومی در امر قانون گذاری را باید یکی از مصادیق حق تعیین سرنوشت دانست که رعایت آن از الزام حقوقی برخوردار است.

۲-۳. اصول دموکراسی

دموکراسی یک امر در حال پیشرفت است و فهم ما از معنای دموکراسی در طول زمان تکامل یافته است. امروزه تجربه جدیدی از دموکراسی، به نام مشارکت عمومی در تصمیم گیری ها، در حال شکل گیری است که بخشی از تعریف دموکراسی در نظر گرفته می شود (Creighton, 2005: 1). دو مورد از شاخصه های مهم و مسلم دموکراسی برابری (چیتگران، ۱۳۹۷: ۱۱۱) و مشارکت همگانی (دو بنوا، ۱۳۷۸: ۱۱۵) است. بسیاری از نظریه پردازان سیاسی معاصر مشارکت عمومی را یکی از مشخصه های تعریف دموکراسی مدرن می دانند (Creighton, 2005: 1). مثلاً دو تن از نظریه پردازان اعلام کرده اند: «دموکراسی بدون مشورت و مشارکت شهروندان در نهایت مفهومی پوچ و بی معناست.» (Pimbert & Wakeford, 2001: 23).

برابری یعنی دولت باید با همه افراد ملت به طور برابر رفتار کند و قانون نباید مشتمل بر تبعیض میان افراد باشد (عباسی، ۱۳۹۵: ۲۷۵ و ۲۷۶). بنا بر اصل برابری، همه افرادی که در یک جامعه زندگی می کنند به یک اندازه از وضع قانون بهره مند یا متضرر خواهند شد (چیتگران، ۱۳۹۷: ۱۱۱). برابری دارای وجوه مختلفی است. یکی از وجوه آن برابری در حقوق سیاسی است. اصل اساسی در دموکراسی آن است که مردم از حقوق سیاسی برابر برخوردار باشند و این حقوق برابر است که مشارکت صاحب حق را در امور عمومی ممکن می سازد (دو بنوا، ۱۳۷۸: ۱۲۱).

امروزه، با آمدن عبارت مشارکت سیاسی آنچه به ذهن متبادر می شود حق انتخاب کردن و انتخاب شدن در صحنه حاکمیت یا به عبارت مشهور دموکراسی غیرمستقیم است؛ اما مشارکت سیاسی به این امر محدود نمی شود. لازمه بازگشت به اصل دموکراسی و روش های سیاسی آن

بهره‌برداری از همه امکاناتی است که مردم را بیشتر به حاکمان پیوند می‌دهد (دو بنوا، ۱۳۷۸: ۱۲۴). اساس دموکراسی اصل مشارکت است (دو بنوا، ۱۳۷۸: ۱۱۵). به دیگر سخن، نماینده‌سالاری نهایت و پایان دموکراسی نیست؛ «بلکه دموکراسی همیشه باید خود را دوباره اختراع کند تا به خواب نرود.» (Barraud, 2016: 5) و امروزه مشارکت مستقیم مردم در تهیه و تدارک قانون یکی دیگر از جلوه‌های دموکراسی است که بروز و ظهور کرده است.

اصول بنیادین دموکراسی، یعنی برابری و مشارکت، ایجاد می‌کند که مردم در فرایند قانون‌گذاری مشارکت حداکثری داشته باشند. محدوده این مشارکت باید توسعه یابد و به انتخاب نمایندگان محدود نشود. تحقق دموکراسی، به معنای پیش‌گفته، احترام به قانون از سوی شهروندان را در پی خواهد داشت. اگر شهروندان در فرایند شناسایی ضرورت‌های قانون‌گذاری و نیز تدوین قاعده مشارکت نداشته باشند، الزام درونی لازم برای احترام به قانون را نخواهند داشت (نیاورانی، ۱۳۸۶: ۲۵۹).

۳. اهداف مورد نظر از مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون

یکی از اهداف مهمی که نظریه‌پردازان ایده مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون دنبال می‌کنند بهبود کیفیت تصمیمات و کارآمدی آن و مشروعیت‌بخشی به قانون است.

۳ - ۱. بهبود کیفیت قوانین

فرایند مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون در پی بهبود کیفیت قوانین در بعد ماهوی و شکلی آن است (Vidal-Naquet, 2016: 26). مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون از دو جهت موجب بهبود کیفیت تصمیمات خواهد شد. اول اینکه به واسطه استفاده از خرد جمعی راه‌حل‌های بهتری برای مشکلات عمومی پیشنهاد می‌شود. دوم اینکه با کسب نظر عموم به شناسایی «نیازهای واقعی جامعه، که قانون‌گذاری بر اساس آن از عناصر مؤثر بر ارتقای کیفیت قانون است» (حیب‌نژاد و تقی‌زاده، ۱۳۹۸: ۲۵) کمک می‌کند.

فرایند مشارکت عمومی اغلب به شفاف شدن اهداف و الزامات یک پروژه یا سیاست کمک می‌کند و عموم معمولاً اطلاعات مهمی درباره شرایط موجود، نحوه اجرا، و جایگزین‌های احتمالی دارند (Creighton, 2005: 18). مشارکت بیشتر شهروندان طیف

گسترده‌تری از اطلاعات، دیدگاه‌ها، اولویت‌ها، و راه‌حل‌ها را به همراه دارد و در نتیجه به ارتقای استانداردهای تصمیم‌گیری کمک می‌کند (OECD, 2001: 74). عموم مردم راهکارهای متفاوت و بهتر و متعددی برای مسائل طرح می‌کنند. استفاده از خرد جمعی موجب تصمیم‌گیری بهتر خواهد شد.

از طرف دیگر، یکی از شاخصه‌های ارتقای کیفیت قوانین قانون‌گذاری بر اساس نیازهای واقعی جامعه است (حبیب‌نژاد و تقی‌زاده، ۱۳۹۸: ۲۵). مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون کمک می‌کند ارزش‌های مورد نظر عموم در تصمیمات در نظر گرفته شود. بنابراین، یکی از اهداف به‌کارگیری مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون کمک به نیازسنجی تقنینی است.

۳-۲. کارآمدی قوانین

کارآمدی یک تصمیم را نمی‌توان صرفاً بر اساس هزینه و زمان اندازه‌گیری کرد. مثلاً ممکن است یک تصمیم سریع باشد، اما گروه‌های ذی‌نفع را از خود دور کند و در درازمدت موجب بروز هزینه‌های اجتماعی شود (Creighton, 2005: 18). در نگاه اول ممکن است فرایند مشارکت عمومی یک فرایند زمان‌بر و پرهزینه تلقی شود. اما با دقت بیشتر درک خواهد شد که مشارکت عمومی در تصمیم‌گیری‌ها موجب می‌شود مردم خود را در تصمیم‌گیری‌ها دارای نقش اساسی بدانند. مشارکت در یک تصمیم به افراد احساس مالکیت در ارتباط با آن تصمیم می‌دهد و پس از اتخاذ آن مایل به مشاهده کارایی آن می‌شوند (Creighton, 2005: 19). بنابراین، برای اجرای تصمیمات نیز تلاش خواهند کرد. بدین ترتیب هزینه‌های سیاسی و اجتماعی اجرای تصمیمات به مقدار زیادی کاهش خواهد یافت. مشارکت عمومی اجرای اثربخش‌تر تصمیم را تضمین می‌کند. زیرا شهروندان به‌خوبی از تصمیمات آگاه شده‌اند و در توسعه آن مشارکت داشته‌اند.

۳-۳. تأمین مقبولیت قانون

پذیرش قانون از سوی عموم، همان‌طور که یکی از مبانی الزام‌آور تحقق مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون است، یکی از اهداف این فرایند نیز خواهد بود. قانونی که حاکمیت عرضه می‌کند از مقبولیت ذاتی برخوردار نیست؛ بلکه مقبولیت آن وابسته به اجماعی است

که پیرامون آن شکل گرفته است. بنابراین ضرورت دارد شهروندان (متأثران از قانون) در توسعه آن نقش داشته باشند (Barraud, 2016: 20).

وضع قوانینی که تضمین‌کننده مشارکت بیشتر عموم در تهیه و تدارک قانون باشد به فرایند قانون‌گذاری اعتبار بیشتری می‌بخشد، حتی اگر بخشی از شهروندان مخالف قانون باشند (OECD, 2001: 74). راه دستیابی و حفظ مشروعیت پیروی از یک فرایند تصمیم‌گیری است که توسط عموم قابل مشاهده و معتبر و همچنین با مشارکت عموم باشد (Creighton, 2005: 19). مردم، وقتی خود را در کنار قانون‌گذار بدانند، به تصمیمات اتخاذ شده اعتماد بیشتری خواهند داشت. زیرا خود را در جایگاه یک تصمیم‌گیر و شریک قانون‌گذار می‌بینند.

۴. پیش‌شرط‌های مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون

پیش‌شرط‌های مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون شرایطی است که در صورت فقدان آن‌ها اصولاً مشارکت عمومی تحقق نخواهد یافت یا در صورت تحقق به درستی برای نیل به اهداف خود عمل نخواهد کرد.

۴-۱. شناسایی مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون در قوانین موضوعه

اولین شرط تحقق مشارکت عمومی در تهیه و ادارک قانون پیش‌بینی و شناسایی این مهم در قوانین موضوعه و اسناد بالادستی است. زیرا در حقوق عمومی اصل بر عدم صلاحیت مقامات عمومی و اداری است (گرگی ازندریانی، ۱۳۹۶: ۱۱۷). این امر می‌تواند در قانون اساسی پیش‌بینی یا برابر یک کنوانسیون بین‌المللی الزام‌آور شود. مثلاً بیش از سی و پنج کشور اروپایی به کنوانسیون آرهوس^{۲۱} پیوسته‌اند که به طور رسمی با عنوان «کنوانسیون اقتصادی سازمان ملل متحد برای اروپا در مورد دسترسی به اطلاعات، مشارکت عمومی در تصمیم‌گیری، و دسترسی به عدالت در مسائل زیست‌محیطی»^{۲۲} شناخته می‌شود (Creighton, 2005: 1). مطابق ماده ۳۱ این کنوانسیون و بند ۱ ماده ۲۴۳ آن^{۲۵}، دول عضو متعهد شدند در جهت اجرا و تضمین مشارکت عمومی اقداماتی انجام دهند؛ از جمله قانون‌گذاری، مقررات‌گذاری، و هر اقدام لازم دیگری.

باید به این مهم توجه داد که مطالبه این حق از سوی مردم نیز مستلزم وجود یک الزام قانونی، مبنی بر تحقق مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون، در قوانین بالادستی است.

ظرفیت قانونی موجود در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران در واپسین بخش مقاله به صورت مستقل بررسی خواهد شد.

۴ - ۲. فراهم بودن زیرساخت‌های لازم برای مشارکت عمومی

زیرساخت‌های لازم برای مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون شامل دو دسته زیرساخت‌های ناظر بر ارسال اطلاعات به عموم و کسب اطلاعات از عموم است. زیرا مشارکت عمومی مستلزم یک ارتباط دوسویه و تعامل واقعی با عموم است (Creighton, 2005: 86).

۴ - ۲ - ۱. زیرساخت‌های لازم برای ارسال اطلاعات به عموم مردم

درون هر برنامه مشارکت عمومی خوب یک برنامه اطلاعات عمومی خوب وجود دارد (Creighton, 2005: 89). یکی از ویژگی‌ها و جزء ضروری مشارکت خوب ارائه اطلاعات واقعی در مورد مشکلات عمومی است (Nabatchi & Leighninger, 2015: 25). قوانینی که حق دسترسی به اطلاعات را ایجاد می‌کنند عنصر اساسی افزایش شفافیت و پاسخگویی دولت‌اند. همچنین، دسترسی به اطلاعات پیش‌نیاز اقدام شهروندان است (OECD, 2001: 28). بنابراین، اولین اقدام برای ارسال اطلاعات به عموم تضمین دستیابی عموم مردم به اطلاعات در یک قانون لازم‌الاجراست. برای تحقق مشارکت عمومی در قانون‌گذاری باید گردش آزاد و سالم اطلاعات میان مردم و دولت وجود داشته باشد. پیش از آنکه مردم بتوانند مشارکتی انجام دهند، به اطلاعاتی کامل و بی‌طرفانه نیاز دارند تا با آگاهی کامل از چگونگی تأثیر یک تصمیم بر منافعشان اقدام به مشارکت کنند (Creighton, 2005: 89).

کشورها با توجه به نحوه دسترسی به اطلاعات به دو دسته دسترسی منفعل و دسترسی فعال به اطلاعات قابل تقسیم‌اند (OECD, 2001: 32 & 33). درحالی‌که بیشتر قوانین بر تعهد دولت‌ها به ارائه اطلاعات مبتنی بر تقاضا (دسترسی منفعل) متمرکزند، قوانین در برخی از کشورها (مانند فنلاند، نیوزلند، اسپانیا) بر انتشار فعال (دسترسی فعال) اطلاعات کلیدی تأکید دارند (OECD, 2001: 30). در این زمینه، صرف قانون‌گذاری کافی نیست؛ بلکه وجود سیاست‌هایی که رسیدن اطلاعات مورد نیاز به شهروندان را تضمین کند به همان اندازه اهمیت دارد (OECD, 2001: 32).

یکی از پیش شرط‌های تحقق مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون ایجاد زیرساخت لازم برای ارائه اطلاعات به مردم است. روش‌های مختلفی وجود دارد، مانند جزوه‌های چاپی ساده، اینفوگرافیک، داده‌های قابل اجرا با نرم‌افزارها، نقشه‌های آنلاین (Nabatchi & Leighninger, 2015: 26)، جلسات توجیهی، نمایشگاه‌ها، روایت ویژه خبری، ایجاد مخازن اطلاعاتی، اینترنت، ارسال انبوه اطلاعات به صورت پستی، ارائه مصاحبه رسانه‌ای، بسته‌های خبری رسانه‌ای (Creighton, 2005: 90-96)، و نمونه‌های متعدد دیگری که امروزه بر بستر تکنولوژی‌های نوین قابل ارائه‌اند.

۴-۲-۲. زیرساخت‌های لازم برای دریافت اطلاعات از عموم شهروندان

باید توجه کرد که «مشارکت عمومی صرفاً ارائه اطلاعات به عموم نیست. مشارکت عمومی تعامل میان سازمان تصمیم‌گیر و افراد خواستار مشارکت است.» (Creighton, 2005: 7). به دیگر سخن، پس از ارائه اطلاعات به عموم، باید سازوکاری تعبیه شود که نظرات و اطلاعات از طرف مردم به مرجع تصمیم‌گیر بازگردد.

راهکاری که برخی از کشورها برای کسب مشورت عمومی به کار گرفته‌اند استفاده از فناوری‌های نوین و فضای سایبر است. مثلاً ایالات متحده بیش از سه دهه است که از دولت الکترونیک و فناوری‌های مربوط به آن استفاده می‌کند؛ که یکی از کاربری‌های نخستین آن در دفاتر قانون‌گذاری بود. سپس، بریتانیا سامانه عریضه‌نویسی پارلمان انگلیس را در سال ۲۰۰۶ ایجاد کرد. از دیگر نمونه‌ها خدمت Wikilegis از مجموعه خدمات اینترنتی e-Democracia در پارلمان برزیل است (رضایی جوزانی و حاکمی، ۱۳۹۵: ۱۹۹ - ۲۰۱). سازمان همکاری و توسعه اقتصادی نیز استفاده از فناوری اطلاعات و ارتباطات^{۲۶} را به منزله ابزاری برای بهبود مشارکت به کشورهای عضو توصیه کرده است (OECD, 2001: 50).

رویه کسب مشورت عمومی در ایران به موجب ماده ۱۳۵ قانون آیین‌نامه داخلی مجلس پیش‌بینی شده و مطابق آن یک نسخه از همه طرح‌ها و لوایحی که تقدیم مجلس می‌شود، پس از اعلام وصول، از طریق رسانه‌ها در اختیار عموم قرار می‌گیرد. اما نهادی که باید به کسب

نظرات عمومی پردازد و همچنین نحوه بررسی و استفاده از نظرات کسب شده مشخص نشده است (انصاری، ۱۳۹۹: ۱۵۶).

۴-۳. آزادی بیان به عنوان اصل اساسی مشارکت عمومی

مشارکت عمومی نیازمند اطلاع‌رسانی و سازماندهی است؛ به این معنی که باید از یک طرف آزادی تشکل و آزادی بیان و از طرف دیگر یک جامعه مدنی سازمان‌یافته وجود داشته باشد (UNESCAP, n. d.: 2). یکی از شرایط بنیادین ایجاد سازوکار مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون شناسایی و احترام به حق آزادی بیان در نظام حقوقی مربوطه است. زیرا مشارکت و مشورت در هر امری مستلزم اظهار عقیده و نظر در آن خصوص است. بنابراین، در صورت فقدان حق آزادی بیان، مشارکت عمومی در قانون‌گذاری در عمل ممنوع خواهد بود.

احترام به این اصل ایجاب می‌کند نظرات مختلف انتقادی و اصلاحی شنیده شود. اگر چنین فرض شود که همه تفاوت‌ها فقط از جهل و انحراف ناشی می‌شود و در غیر این صورت به سبب رقابت برای کسب قدرت یا موقعیت یا منافع اقتصادی است، تحلیلی غیر واقعی انجام شده است یا بدتر از آن ممکن است سوءظن و خصومت متقابل را برانگیزد. (Rawls, 2005: 58). رالز این تحلیل را برای توصیف عدم توافق اخلاقی و مذهبی به کار برد. اما والدرون از این تحلیل برای توضیح عدم توافق در زمینه عدالت و سیاست عمومی استفاده کرد با تأکید بر اینکه ضرورت دارد این اختلافات حل و فصل شود (والدرون، ۱۳۹۷: ۱۳۷). والدرون این موضوع را یکی از اصول قانون‌گذاری، تحت عنوان «احترام به عدم توافق و اصل مخالف وفادار»، می‌داند و توضیح می‌دهد که هیچ فردی نباید صرفاً به سبب مخالفت علنی‌اش با برخی از اجماع‌های اجتماعی خرابکار و خائن به جامعه تلقی شود (والدرون، ۱۳۹۷: ۱۳۷ و ۱۳۸). بنابراین، می‌توان گفت تا آزادی بیان و احترام به آن در جامعه نهادینه نشود، مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون تحقق نخواهد یافت. زیرا لازمه این مشارکت ابراز و استماع نظرات مختلف است.

در مواد ۱۸ و ۱۹ اعلامیه جهانی حقوق بشر و مواد ۱۸ و ۱۹ میثاق حقوق مدنی و سیاسی، آزادی بیان یک حق شناسایی شده است. در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، آزادی بیان از راه سخن و گفتار و به طور شفاهی، نه به صورت مستقل، بلکه به آزادی بیان در مطبوعات

و نشریات و در اصطلاح «آزادی مطبوعات» در اصل ۲۴ و آزادی بیان و نشر افکار در رادیو و تلویزیون در اصل ۱۷۵ اشاره شده است (عباسی، ۱۳۹۵: ۱۷۲).

۵. ظرفیت‌های قانونی نظام حقوقی ایران در تحقق مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون

ظرفیت‌های لازم در قانون اساسی، اسناد بالادستی، قوانین عادی، و مقررات موضوعه دیگر نشان‌دهنده آن است که می‌توان به نوعی به اصول و شرایط لازم برای تحقق مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون دست یافت.

۵-۱. مشارکت عمومی در قانون اساسی و سیاست‌های کلی نظام

مشارکت، به منزله یک اصل اساسی در اداره امور کشور، در موارد مختلف در قانون اساسی مورد تأکید قرار گرفته است. این مهم به صورت کلی در اصل ۶ متبلور شده است. همچنین به اشکال دیگر مشارکت در اصول ۷ و ۸ قانون اساسی و اصول مربوط به آزادی احزاب و جامعه مدنی و اصول مربوط به موضوع شوراها اشاره شده است (علیخانی و همکاران، ۱۳۹۸: ۱۴). گرچه اصل مشارکت در قانون اساسی آمده است، در زمان تصویب قانون اساسی اساساً فرایند مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون به منزله راهکاری جهت ارتقای کیفیت قانون مطرح نبوده است تا با این عنوان در قانون اساسی انعکاس یابد.

در یکی از پژوهش‌های انجام‌شده در زمینه امر قانون‌گذاری، راهکار ارتقای نظام قانون‌گذاری ایران استفاده از ظرفیت سیاست‌های کلی نظام معرفی شده است (کعبی و فتاحی زفرقندی، ۱۳۹۵: ۹۹ و ۱۱۳). به عبارت دیگر، تأسیس حقوقی سیاست‌های کلی نظام ابزاری است برای انعطاف بیشتر اصول قانون اساسی و همخوانی بیشتر آن با شرایط متغیر (غلامی و بهادری جهرمی، ۱۳۹۲: ۶۴). از طرفی مهم‌ترین هنجار حقوقی، که بعد از قانون اساسی در نظام حقوقی ایران قابل شناسایی است، سیاست‌های کلی نظام موضوع بند ۱ اصل ۱۱۰ قانون اساسی است.

سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری ابلاغی سال ۱۳۹۸، در جزء ۹ از بند ۹، مشارکت عمومی در قانون‌گذاری را با این عبارت الزامی کرده است: «جلب مشارکت حداکثری مردم، ذی‌نفعان، و نهادهای قانونی مردم‌نهاد تخصصی و صنفی در فرایند قانون‌گذاری». آنچه در این قسمت از سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری مقرر شده چیزی فراتر از مشارکت غیرمستقیم مردم در قالب رأی دادن در انتخابات نمایندگان است. مقصود از این مشارکت استماع نظرات عموم و ذی‌نفعان و متخصصان در فرایند تهیه و تدارک قانون است.

با توجه به اینکه سیاست‌های کلی نظام از هنجارهای حقوقی الزام‌آور و بالادستی در نظام حقوقی ایران است، نیز در بند ۲ اصل ۱۱۰ قانون اساسی بر حسن اجرای آن تأکید شده، می‌توان گفت ظرفیت قانونی اولیه برای تحقق مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون اساسی ایجاد شده است.

۵-۲. نقش قوانین عادی در تحقق مشارکت عمومی

سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری، به منزله یک سند بالادستی در نظام حقوقی ایران، مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون را مقرر کرده است. حال، تحقق این مهم منوط به شناسایی آن در قانون عادی است. قانون عادی باید فرایند دقیق نحوه استفاده از سازوکار مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون و تحقق الزامات مشارکت عمومی را مشخص کند.

در قوانین عادی موجود، مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون به منزله یک فرایند الزام‌آور کلی در قانون‌گذاری شناسایی نشده است. در برخی از قوانین به صورت موردی بر کسب نظرات ذی‌نفعان تأکید شده است. مثلاً، چنان که پیش از این اشاره شد، ماده ۱۳۵ قانون آیین‌نامه داخلی مجلس مقرر کرده یک نسخه از همه طرح‌ها و لوایحی که در مجلس اعلام وصول می‌شود از طریق رسانه‌ها به اطلاع عموم برسد. اما باید متذکر شد این مقرر برای تحقق مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون کافی نیست. زیرا صرفاً فرایند ارائه اطلاعات به عموم مردم را مشخص کرده است. سازوکار دریافت نظرات شهروندان و به‌کارگیری آن در متن قانون مانده و اصولاً الزامی نیز نیست.

یکی از مصادیق الزام به کسب مشورت عمومی در ماده ۲ قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار، مصوب ۱۳۹۰، مقرر شده است. البته این الزام صرفاً در جهت اصلاح و تدوین مقررات مرتبط با محیط کسب و کار است. مطابق این ماده، دولت ملزم شده، در مرحله بررسی موضوعات مرتبط با محیط کسب و کار، نظر ذی‌نفعان را به صورت مکتوب اخذ کند. بنابراین، اولین شرط برای جامه عمل پوشاندن بر مقررۀ مذکور در سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری مبنی بر مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون و توسعه و تحول آن در نظام حقوقی آن است که سازوکار ارسال اطلاعات به عموم مردم، سازوکار کسب نظرات عمومی، و سایر شرایط به صورت دقیق و شفاف در یک قانون عادی در مجلس تصویب شود.

نتیجه‌گیری و پیشنهادهای

یافته‌های تحقیق حاکی از آن است که مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون یکی از حقوق شهروندان و بیانگر الزام قانون‌گذار به اخذ نظرات تابعین قانون و ترتیب اثر دادن به آن حین تهیه و تدوین پیش‌نویس قوانین است. در خصوص آثاری که مسئله مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون بر ارتقای کیفیت قوانین دارد باید گفت از یک طرف ارتقای کیفیت قانون یکی از مبانی الزام‌آور فرایند مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون است و از طرف دیگر یکی از اهداف مشارکت عمومی نیز بهبود کیفیت قوانین است. این فرایند از دو طریق به بهبود کیفیت تصمیمات کمک می‌کند؛ اول از طریق استفاده از خرد جمعی در قانون‌گذاری برای حل مسائل و چالش‌های موجود و دوم از طریق نزدیک کردن تصمیمات اتخاذی به خواست و نیاز عموم و در نتیجه تحقق مقبولیت قانون.

با توجه به یافته‌های تحقیق، مبنی بر شناسایی مفهوم مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون و آثار آن بر ارتقای کیفیت قوانین، همچنین، با توجه به اینکه تحقق مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون در سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری یکی از راهکارهای ارتقای کیفیت قوانین معرفی شده است، پیشنهاد می‌شود جهت حل مشکلات در زمینه کیفیت قوانین:

۱. مجلس شورای اسلامی با تصویب یک طرح راجع به تحقق مشارکت عمومی، تهیه و تدارک قانون، این فرایند را در خصوص طرح‌ها و لوایح تقدیمی به مجلس الزامی کند.

۲. در جهت آشنایی بیشتر مردم با فرایند مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون، دولت بر اساس وظایف خود، ناظر بر بند ۲ و بند ۸ اصل ۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، اقدامات لازم را از طریق رسانه و مطبوعات انجام دهد.

۳. مجمع تشخیص مصلحت نظام در اجرای وظایف خود ناظر بر نظارت بر حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام می‌تواند مواردی را که در مصوبه مجلس از فرایند مشارکت عمومی در تهیه و تدارک قانون بهره برده نشده مغایر سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری اعلام کند.

یادداشت‌ها

۱. لغت‌نامهٔ دهخدا (نسخهٔ دیجیتال) بر اساس نسخهٔ فیزیکی ۱۵ جلدی، قابل دسترسی در <http://dehkhoda.ut.ac.ir> (آخرین مشاهده: ۱۴۰۰/۰۱/۲۸).

2. effectiveness
3. efficiency
4. organization for economic co-operation and development (oecd)
5. partnership
6. formal conception of rule of law
7. substantive conception of rule of law
8. clarity

۹. ← پایگاه خبری ایسنا (آخرین مشاهده: ۱۴۰۱/۰۱/۲۴):

<https://www.isna.ir/news/1400011707895/>

10. Universal Declaration of Human Rights
11. Charter of the United Nations
12. International Covenant on Civil and Political Rights
13. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights
14. external
15. internal
16. self-determination as result
17. self-determination as process
18. international court of justice (ICJ)
19. Available in «<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/61/061-19751016-ADV-01-00-EN.pdf>» (Last visited 2022/04/21)

20. légitimité /legitimacy
21. aarhus convention
22. The United Nations Economic Commission for Europe (UNECE) Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters

۲۳. مادهٔ ۱. به منظور مشارکت در حمایت از حق زندگی هر شخص از نسل حاضر و آینده در یک محیط زیست مناسب برای سلامتی و بهروزی او، هر عضو باید مطابق با مواد این کنوانسیون حق دسترسی به اطلاعات، مشارکت عمومی در تصمیم‌گیری، و دسترسی به عدالت در زمینهٔ موضوعات زیست‌محیطی را تضمین کند.

۲۴. بند ۱ مادهٔ ۳. هر عضو باید اقدامات ضروری قانون‌گذاری، مقررات‌گذاری، و سایر اقدامات لازم برای ایجاد سازگاری میان مقررات مربوط به دسترسی به اطلاعات، مشارکت عمومی، و دسترسی به عدالت مندرج در این کنوانسیون و همچنین اقدامات اجرایی مناسب به منظور ایجاد و نگهداری چارچوبی روشن، شفاف، و سازگار با اجرای مقررات این کنوانسیون را اتخاذ کند.

25. Available in «<https://unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf>» (Last visited 2022/04/19).

26. information and communication technologies (ICTs)



منابع

الف) فارسی

۱. ایریشمی‌راد، محمدمامین؛ اسدی‌اوجاق، نادر (۱۴۰۱)، «مهم‌ترین علل قابل اجرا نبودن قوانین در نظام حقوقی ایران»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال یازدهم، شماره ۳۵، ۱۱۹ - ۱۴۴.
۲. اسلامی، سید محمدهادی (۱۳۹۷)، اصول و فنون قانون‌گذاری، تهران: جنگل، چ اول.
۳. انصاری، باقر (۱۳۹۹)، اصول و فنون قانون‌گذاری؛ تنظیم پیش‌نویس طرح‌ها و لوایح، تنقیح و تدوین قوانین، تهران: دادگستر، چ اول.
۴. بیتام، دی (۱۳۹۰)، «مشارکت شهروندان در روند قانون‌گذاری»، ترجمه حامد کرمی، مرکز پژوهش‌های مجلس (دفتر مطالعات حقوقی)، شماره مسلسل ۱۱۰۵۹.
۵. چلبی، آزاده (۱۳۹۷)، فساد و مقبولیت قانون از منظر جامعه‌شناسی حقوق، تهران: نی، چ دوم.
۶. چیتگران، محمدصالح (۱۳۹۷)، «پایه‌های ضروری تشکیل‌دهنده نظام دموکراسی و تضمین‌های آن»، فصلنامه مطالعات حقوق، دوره ۲، شماره ۲۱، ۱۰۷ - ۱۲۷.
۷. حبیب‌نژاد، سید احمد؛ تقی‌زاده، احمد (۱۳۹۸)، «نیازسنجی تقنینی؛ عنصری بایسته در قانون‌گذاری شایسته»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال ۸، شماره ۲۶، ۲۵ - ۴۶.
۸. حبیب‌نژاد، سید احمد؛ عامری، زهرا (۱۳۹۹)، «قانون‌نویسی در نظام تقنینی ایران در پرتو مدل‌های پیش‌نویس‌نگاری تقنینی»، فصلنامه مجلس و راهبرد، سال ۲۷، شماره ۱۰۲، ۲۴۱ - ۲۶۵.
۹. دبیرنیا، علی‌رضا (۱۳۹۵)، «تحلیلی بر حقوق بنیادین در قانون اساسی ایران (۱) حق تعیین سرنوشت مردم»، نشریه کانون وکلا، سال ۶۸، شماره (پیاپی) ۲۳۴، ۱۳ - ۲۴.
۱۰. دو بنوا، آلن (۱۳۷۸)، تأملی در مبانی دموکراسی، ترجمه بزرگ نادرزاده، تهران: چشمه، چ اول.
۱۱. رستمی، ولی (۱۳۸۷)، «مشارکت مردم در قانون‌گذاری جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه حقوق، دوره ۳۸، شماره ۱، ۱۷۹ - ۲۰۴.
۱۲. راسخ، محمد (۱۳۸۵)، «ویژگی‌های ذاتی و عرضی قانون»، فصلنامه مجلس و پژوهش، سال ۱۳، شماره ۵۱، صص ۱۳-۴۰.

۱۳. رضایی جوزانی، محمد؛ حاکمی، محمدمبین (۱۳۹۵)، «مطالعه حق مشارکت شهروندان در قانون‌گذاری متکی بر فناوری‌های نوظهور»، دوفصلنامه حقوق بشر و شهروندی، سال اول، شماره ۲، ۱۸۵ - ۲۰۶.
۱۴. عباسی، بیژن (۱۳۹۵)، حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین، تهران: دادگستر، چ دوم.
۱۵. عبدالاحد، علی و همکاران (۱۳۹۸)، آسیب‌شناسی نظام قانون‌گذاری جمهوری اسلامی ایران، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس، ویرایش دوم.
۱۶. عبداله‌زاده شهربابکی، آزاده (۱۳۹۸)، «مبنای نظری بحث پیرامون مسئله کیفیت قانون: چیستی و چرایی»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال ۲۱، شماره ۶۳، ۲۹۶ - ۳۱۵.
۱۷. _____ (۱۳۹۹)، «روش‌های ارتقای کیفیت قوانین»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۵۰، شماره ۲، صص ۷۵۷ - ۷۷۰.
۱۸. _____ (۱۴۰۰)، درآمدی بر کیفیت قانون، تهران: شرکت سهامی انتشار، چ اول.
۱۹. علیخانی، صادق؛ اسلامی، رضا؛ نیاورانی، صابر (۱۳۹۸)، «ظرفیت‌های قانون اساسی ایران در افزایش مشارکت شهروندان در پرتو راهبردهای حکمرانی خوب»، فصلنامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، دوره ۱۵، شماره ۲ (پیاپی ۴۰)، ۱۱ - ۳۱.
۲۰. غلامی، علی؛ بهادری جهرمی، علی (۱۳۹۲)، «مفهوم، ماهیت، و نظارت بر اجرای سیاست‌های کلی نظام»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال ۲، شماره ۱، ۵۱ - ۷۲.
۲۱. کعبی، عباس؛ فتاحی زفرقندی، علی (۱۳۹۵)، «سیاست‌های کلی نظام؛ راهکار ارتقای نظام قانون‌گذاری در نظام جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال ۵، شماره ۱۵، ۹۹ - ۱۲۲.
۲۲. گرجی ازندریانی، علی‌اکبر (۱۳۹۶)، مبانی حقوق عمومی، تهران: جنگل، چ ششم.
۲۳. مرکز‌المیری، احمد (۱۳۸۵)، حاکمیت قانون، مفاهیم، مبانی و برداشت‌ها، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس، چ دوم.

۲۴. میرزایی، اقبال‌علی (۱۳۹۰)، «قانون متروک: مبانی، مفهوم، و مصادیق»، مجله حقوقی دادگستری، سال ۴۵، شماره ۷۴، ۶۹ - ۱۰۲.
۲۵. نیاورانی، صابر (۱۳۸۶). «نسبت دموکراسی و احترام به قانون: پژوهش در مبانی فلسفی احترام به قانون»، نشریه حقوق اساسی، سال ۴، شماره ۸، ۲۵۹ - ۲۷۰.
۲۶. والدرون، جرمی (۱۳۹۷)، قانون‌گذاری: مفاهیم، نظریه‌ها، و اصول، ترجمه حسن وکیلان، تهران: نگاه معاصر، چ اول.

(ب) انگلیسی

26. Barten, Ulrike (2015), *Minorities, Minority Rights and Internal Self-Determination*, New Yorker: Springer.
27. Campbell Black, Henry (1968), *Black's Law Dictionary, Fourth Edition*, Minnesota, USA: West Publishing CO, 4th Ed.
28. Creighton, James L (2005), *Public Participation Handbook Making Better Decisions through the Citizen Involvement*, San Francisco: Jossey-Bass, 1st Ed.
29. Dworkin, R (2013), «the Rule of Law and Human Rights in Contemporary World», in *Law of Ukraine*, NO. 3, pp 7-13; Quoted from; Abdollahzadeh Shahrabaki, Azade (2019), «Theoretical Basis for the Discussion on the Quality of Law: Concept and Requirement», *Public Law Research*, Vol. 21, Issue 63, pp 297-317.
30. Fuller, Lon I (1969), *the Morality of Law*, New Haven and London: Yale University Press, the Second Edition.
31. Higgins, Rosalyne (1994), *Problems and Process International Law and How We Use It*, New York: Oxford University Press; Available in «<https://books.google.com/books?id=QEVPAx9qkScC&lpg=PP1&pg=PR3#v=onepage&q&f=false>» (Last visited 2022/04/21).
32. Lautenbach, Geranne (2013), *the Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*, UK: Oxford University Press.
33. Nabatchi, Tina & Matt Leighninger (2015), *Public Participation for 21st Century Democracy*, New Jersey: Jossey-Bass a Wiley Brand.
34. OECD (2001), *Citizens as Partners*, Paris: OECD Publications.
35. Pimbert, Michel & Tom Wakeford (2001), «Overview – Deliberative Democracy and Citizen Empowerment», in *Deliberative Democracy and Citizen Empowerment*, Michel Pimbert and Tom Wakeford eds, PLA Notes,

pp 23-28. Available in «<https://pubs.iied.org/6345iied?r=p>», (Last visited 2022/04/19).

36. Rawls, John (2005), Political Liberalism, New York: Columbia University Press. Available in «<https://books.google.com/books?id=vICsAgAAQBAJ&lpg=PP1&pg=PR4#v=onepage&q&f=false>», (Last visited 2022/04/18).

37. Raz, Joseph (1983), the Authority of Law Essays on Law and Morality, New York: Oxford University Press.

38. Renn, Ortwin & Thomas Webler & Horst Rakel & Peter Dienel & Branden Johnson (1993), «Public Participation in Decision Making: A Three-step Procedure», Policy Sciences, Vol. 26, No. 3.

39. Rose, Jonathan (2004), «the Rule of Law in the Western World: An Overview», Journal of Social Philosophy, Vol. 35, No. 4.

40. Skaaning, Sevend-Eric (2010), «Measuring the Rule of Law», Political Research Quarterly, Vol. 63, No. 2, pp 449-460.

41. UNESCAP (n. d.), «what is good governance?» , available in «<https://www.unescap.org/sites/default/d8files/knowledge-products/good-governance.pdf> », (Last visited 2021/03/03).

(ج) فرانسوی

42. Barraud, Boris (2016), «La co-écriture citoyenne des projets de loi: la participation au service de la représentation», Politeia-Les Cahiers de l'Association Française des Auditeurs de l'Académie Internationale de Droit constitutionnel, Association Française des Auditeurs de l'Académie Internationale de Droit constitutionnel, pp 1-25.

43. Vidal-Naquet, Ariane (2016), «Le citoyen co-législateur: quand, comment, pour quels résultats?» , in La démocratie connectée: ambitions, enjeux, réalités, Novembre 2016, Toulon, France, pp 17-28.

References

A) Books

1. Ealami, Seyed Mohammad Hadi (2018), Principles and Techniques of Legislation, Tehran: Jangal Publication, First edition. (in Persian)
2. Ansari, Bagher (2020), Principles and Techniques of Legislation; Bill Drafting and Codification, Tehran: Dadgostar Publication, First edition. (in Persian)



-
3. Beetham, D (2011), Parliament and Democracy in the twenty First Century, Translated by Hamed karami, Tehran: Islamic Parliament Research Center of the Islamic Republic of Iran. (in Persian)
4. Chalabi, Azadeh (2018), corruption and Legitimacy of Law, Tehran: Nashreney Publication, Second edition. (in Persian)
5. Benoist, Alain de (1999), The foundation of Democracy, Translated by Bozorg Naderzadeh, Tehran: Nashre Cheshmeh Publication, First edition. (in Persian)
6. Abbasi, Bizhan (2016), Human Rights and Fundamental Liberty, Tehran: Dadgostar Publication, Second edition. (in Persian)
7. Abdollahzadeh Shahbabaki, Azadeh (2021), Introduction to Quality of Law, Tehran: Sahamienteshar Publication, First edition.
8. Abdolahad, Ali and Others (2020), Pathology of the Legislative System of the Islamic Republic of Iran, Tehran: Islamic Parliament Research Center of the Islamic Republic of Iran, First edition. (in Persian)
9. Gordgi, Ali-Akbar (2017), the Fundamentals of Public Law, Tehran: Jangal Publication, Sixth edition. (in Persian)
10. Markaz Malmiri, Ahmad (2007), the Rule of Law; Concepts, Fundamentals and Perception, Tehran: Islamic Parliament Research Center of the Islamic Republic of Iran, First edition. (in Persian)
11. Walderon, Jeremy (2018), Legislation: Concepts Theories and Principles, Translated and Edited by Hasan Vakilian, Tehran: Negah Moaser Publication, First edition. (in Persian)

B) Articles

12. Abrishami Rad, Mohammad Amin and Nader Asadi oojagh (2022), The most important reasons for the non-enforcement of laws in the Iranian legal system, Journal of Public Law Knowledge, Volume 11, Issue 35, Spring, pp. 119-144. (in Persian)
13. Chitgaran, Mohammad Saleh (2018), The Essential Foundations of the Democratic System and its Guarantees, Journal of Legal Study, Volume 2, No. 21, Spring, pp. 107-127. (in Persian)
14. Habib Nezhad, Seyyed Ahmad and Ahmad Taghi Zadeh (2020), Legislative Needs Assessment; A required Element in Competent Legislation, Journal of Public Law Knowledge, Volume 8, Issue 26, Spring, pp. 25-46. (in Persian)
15. Habib Nezhad, Seyyed Ahmad and Zahra Ameri (2020), Law-making in the Iranian Legislative System in the Light of Legislative-Drafting Models,

- Journal of Majlis and Rahbord, Volume 27, Issue 102, Spring, pp. 241-265. (in Persian)
16. Dabirnia, Alireza (2016), An Analysis of Fundamental Rights in Iran's Constitution; the Right of People to Self-Determination, Journal of Iran Bar Association, Volume 68, Issue 234, Autumn, pp. 13-24. (in Persian)
17. Rasekh, Mohammad (2005), intrinsic and transvers features of the law, journal of majlis and rahbord, volume 13, issue 51, pp. 13-40.
18. Rostami, Vali (2008), Peoples participation in Legislation of Islamic Republic of Iran, Journal of Private Law studies (Law Studies), Volume 38, Issue 1, Spring, pp. 179-204. (in Persian)
19. Rezaee jozani, Mohammad and Mohammadamin Hakemi (2016), The Study of Citizen's Participation Right in Legislation Relies on New Technologies, Journal of Human Rights and Citizenship, Volume 1, Issue 2, Autumn 2016 and Winter 2017, pp. 185-206. (in Persian)
20. Abdollahzadeh Shahbabaki, Azadeh (2019), Theoretical Basis for the Discussion on the Quality of Law: Concept and Requirement, Journal of Public Law Research, Volume 21, Issue 63, Summer, pp. 297-317. (in Persian)
21. Abdollahzadeh Shahbabaki, Azadeh (2020), Techniques for Improving the Quality of Laws, Journal of Public law Studies, Volume 50, No. 2, Summer, pp. 757-770. (in Persian)
22. Alikhani, Sadegh and Reza Eslami and Saber niavarani (2019), The Capacities of Iran's Constitution in Increasing Citizen's Participation in the Light of Good Governance Strategies, Journal of Criminal and Private Law studies, Volume 15, Issue 40, Summer, pp. 11-31. (in Persian)
23. Kabi, Abbas and Ali Fattahi Zafarghandi (2016), General Policies of the system; the Strategy of promoting the Legislative System in the Islamic Republic of Iran, Journal of Public Law Knowledge, Volume 5, Issue 15, Autumn, pp. 99-122. (in Persian)
24. Mirzaei, Eghbalali (2011), Abandoned Act: Fundamentals Concepts and Examples, Journal of Judiciary Law, Volume 74, Summer, 69-102. (in Persian)
25. Niavarani, Saber (2007), the Democracy and Respect for the Law; Research in philosophical Foundations, Journal of Constitution Law, Volume 4, Issue 8, Summer, pp. 259-270. (in Persian)
26. Barraud, Boris (2016), Citizen Co-Writing of Bills: Participation in the Service of Representation, Politeia-Les Cahiers de l'Association Française des Auditeurs de l'Académie Internationale de Droit constitutionnel,

Association Française des Auditeurs de l'Académie Internationale de Droit constitutionnel, pp. 1-25. (in French) ▶

Vidal-Naquet, Ariane (2016), The Citizen co-Legislators: When How For What Results?, in La démocratie connectée: ambitions, enjeux, réalités, Novembre 2016, Toulon, France, pp 17-28. (in French)

چالش نظام حقوقی ایران در مواجهه با آثار قهری معاهدات بین‌المللی و عدم ترتب اثر حق شرط در آنها

عباس علی کدخدایی^{۱*}، محمدصادق فراهانی^{۲**}، امیر لهراسبی^{۳***}

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۱/۰۶ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۶/۱۶

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: 10.22034/qjplk.2022.1496.1399

چکیده

جلوه آشکار نظام معاهداتی کشور خود را در طنین نظرات و تصمیمات مجلس شورای اسلامی یا شورای نگهبان در پذیرش یا رد موافقت‌نامه‌های بین‌المللی نمایان می‌سازد. چنانچه بر وسعت و عمق نگاه حاکم بر این فرایند افزوده شود، چندین ابهام مکنون در مضامین حقوق اساسی را می‌توان متوجه کشور دانست که هر یک به مثابه تهدیدی بر امنیت و منافع ملی سایه می‌افکند. از یک منظر معاهدات بین‌المللی می‌توانند آثاری را قهرماً بر دایره تعهدات فراملی کشور تحمیل کنند بدون آنکه مورد پذیرش نظام داخلی کشور قرار گرفته باشند و از منظری دیگر به علت فقدان سازوکار نظارتی احتمال مغایرت در مفاد تصویب‌شده داخلی و خارجی وجود دارد. نوشتار پیش رو با روش تحقیق توصیفی-تحلیلی به تبیین خلأ موجود در نظام معاهداتی جمهوری اسلامی ایران می‌پردازد. آنچه در این تحقیق از نظر گذرانده می‌شود لزوم تدوین نظام کنش و واکنش در رویه بین‌المللی کشور و همچنین تهیه سازوکاری جهت اطلاع نهادهای ذی‌صلاح از فرایند پساتصویب معاهدات بین‌المللی است تا بتوان آثار قهری و مکتوم معاهدات را به حداقل رساند.

کلمات کلیدی: حق شرط، حقوق اساسی، حقوق بین‌الملل عرفی، شورای نگهبان، قهری،

مجلس شورای اسلامی، معاهدات بین‌المللی

۱. استاد گروه حقوق عمومی و بین‌الملل دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ایران

* Email: kakhoda@ut.ac.ir

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

** Email: msfarahani72@ut.ac.ir

۳. دانش‌آموخته کارشناسی‌ارشد حقوق بین‌الملل دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ایران

(نویسنده مسئول)

*** Email: amir.lohrasbi@ut.ac.ir



مقدمه

معاهدات و موافقت‌نامه‌های بین‌المللی یکی از ابزار اصلی دولت‌ها و تابعان حقوق بین‌الملل در تنظیم و پیشبرد روابط سیاسی دولت‌ها در جامعه بین‌الملل محسوب می‌شوند که به سبب نقش اثرگذارشان در تأمین اهداف و منافع ملی قانون‌گذاران را، به جهت صیانت از ملت در برابر تعهداتی که به تضييع منافع داخلی و بین‌المللی کشور منجر می‌شود، به سمت تعیین محدودیت و به‌کارگیری ضوابط انعقاد معاهدات سوق داده است تا از تعدی به حقوق ملت جلوگیری شود (بهادری جهرمی و فتاحی زفرقندی، ۱۳۹۴: ۱۱۵).

در این میان اگرچه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران سخنی از جایگاه معاهدات و موافقت‌نامه‌های بین‌المللی مرتبط با دولت ایران به لحاظ مختصات آن‌ها در سلسله مراتب هنجارهای حقوقی لازم‌الاجرای کشور به میان نیاورده است، وفق ماده ۹ قانون مدنی^۱، که معاهدات ایران با سایر دول را در حکم قانون قلمداد می‌کند، می‌توان ماهیت حقوقی عهدنامه‌های بین‌المللی را در قالب «قانون عادی» شناسایی کرد که در پرتو اصول ۷۷ و ۱۲۵ قانون اساسی مستلزم تصویب و نظارت مجلس شورای اسلامی قرار گرفته است (ضیائی بیگدلی، ۱۳۹۲: ۶۳). بر همین اساس، همه الزامات قانونی حاکم بر قوانین عادی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران در خصوص معاهدات و کنوانسیون‌های بین‌المللی نیز معتبر و مجری خواهد بود که به تبع با مذاقه در اصل ۷۲ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران^۲ می‌توان اعتبار و صحت جملگی قراردادهای دولت ایران با تابعان جامعه بین‌الملل را در گرو مطابقت آنان با شریعت و قانون اساسی، به منزله مبنای خدشه‌ناپذیر حاکمیت ملت ایران، دانست که ضامن پاسداری از منافع برخاسته از پیوند متقابل میان نظام داخلی ایران با جامعه بین‌الملل است (لهراسبی، ۱۴۰۱).

لیکن چالشی که در ورای فرایند تصویب یا عدم تصویب معاهدات بین‌المللی در نظام حقوقی کشور ناپیداست مواجهه با الزامات و جوانب قهری معاهداتی است که خواسته یا ناخواسته بر نظام حقوقی کشور تحمیل می‌شوند. اکنون، با گذشت بیش از چهل سال از انقلاب اسلامی ایران، همچنان آثار لازم‌الاجرای معاهدات مغایر با شرع و قانون اساسی در جامعه بین‌المللی و نیز عدم وقوف نهادهای ناظر بر سیر پساتصویب معاهدات از جمله محظوراتی است که بر لایه‌های زیرین نظام حقوقی سایه افکنده است. چه بسا معاهداتی که به تأیید مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان نرسند، لیکن اثر قهری و الزام‌آور آن‌ها همچنان بر دایره تعهدات داخلی و بین‌المللی ایران بماند و چه تعداد معاهداتی که به‌رغم تأیید و پذیرش در نظام داخلی به نحو و نمط دیگری در جامعه بین‌الملل به ثبت رسیده باشند.

نوشتار حاضر در پی توصیف چالش‌های برخاسته از مواجهه نظام حقوقی کشور با معاهدات بین‌المللی است که در سیر فرایند تصویب یا عدم تصویب آنان واجد تحمیل آثار حقوقی و سیاسی ناپیدا در مجامع بین‌المللی می‌شوند.

این تحقیق، در دو بخش، ابتدا به تبیین مبانی مضمحل تعهدات برخاسته از هنجارهای لازم‌الاتباع جامعه جهانی بر دایره نظام حقوقی کشور می‌پردازد و سپس خلأ قانونی رژیم تصویب معاهدات در جمهوری اسلامی ایران را بازگو می‌کند تا از این رهگذر به رفع هر گونه تحمیل تعهد الزام‌آور بر کشور بینجامد. آنچه وجه متمایز این تحقیق را نسبت به سایر آثار پژوهشی دانشگاهی شکل می‌دهد تبیین الزامات و جوانب نامشهود از تلاقی نظام حقوقی کشور با موافقت‌نامه‌های بین‌المللی است که در بطن منابع اصلی و سایر آثار پژوهشی مرتبط تا کنون مورد مذاقه قرار نگرفته است. اگرچه می‌توان به آثاری همچون مقاله سید حسین عنایت با عنوان «تنظیم معاهدات بین‌المللی در حقوق کنونی ایران و مطالعه تطبیقی آن با فقه اسلامی و حقوق بین‌الملل معاصر» که در مجله حقوقی بین‌المللی ریاست‌جمهوری به چاپ رسیده است یا کتاب خلف رضایی با عنوان موافقت‌نامه‌های بین‌المللی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران که انتشارات پژوهشکده شورای نگهبان آن را به چاپ رسانده است اشاره کرد، مسئله اصلی هر دو اثر بررسی نظام حقوقی معاهدات در قانون کشور و همچنین نحوه تنظیم معاهدات در حقوق کنونی ایران بوده است که با وجود کاوش دقیق معاهدات در کشور جوانب ناپیدای تلاقی معاهدات متضمن عرف بین‌الملل یا چالش فرایند پساتصویب معاهدات از جمله موضوعات پرداخته‌نشده این آثار محسوب می‌شود. از این رو، ضرورت پرداختن به موضوع فعلی اهمیت دوچندان می‌یابد.

۱. تأملی بر اصل نسبی بودن قراردادهای در حقوق بین‌الملل

هر معاهده یا موافقت‌نامه بین‌المللی محصول رضایت و اراده مشترک دو یا چند دولت است که بدان موجب همه آثار و نتایج را متوجه طرفین و متعاهدین می‌کند. اما در این بین نیازهای جامعه بشری، اقتضائات مستحدثه، یا منافع دول متنفذ دامنه اثر برخی از معاهدات بین‌المللی را به قلمرویی فراتر از تعهدات متعاهدین تسری می‌دهد تا به یک هنجار لازم‌الاجرا نزد جامعه بین‌المللی مبدل شود. بخش حاضر مقاله، در دو گفتار، به احصا و تبیین معاهدات واجد وصف مذکور و طرق و راهکارهای بی‌اثرسازی آن در نظام بین‌الملل می‌پردازد.

۱-۱. تشریح مسئله

همان‌طور که اشاره شد، جایگاه برخی از پیمان‌های بین‌المللی در حقوق بین‌الملل به گونه‌ای

است که پذیرش یا عدم پذیرش آن‌ها از سوی دولت‌ها تأثیری بر ماهیت لازم‌الاجرای سند یادشده ندارد و حتی در صورت عدم پذیرش سند اثر حقوقی آن در ارکان جامعه بین‌المللی برای دولت مورد نظر پابرجا باقی خواهد ماند. اگرچه در حقوق بین‌الملل هم، مانند سایر شعب حقوق^۳، بنا بر اصل «نسبی بودن قراردادها»، هر قرارداد اصولاً فقط در ارتباط با متعاقدين معتبر و قابل اجرا است، استثنائاتی مطرح است که قواعد و مفاد منبعث از معاهدات را عمومیت می‌بخشند و وسعت اعتبار معاهده را فراتر از قلمرو دولت‌های عضو قرار می‌دهند.

آن قسم از معاهداتی که واضع یک قاعده عمومی جدید در حقوق بین‌الملل باشند و جنبه عام‌المنفعه داشته باشند، به مرور و خواه ناخواه، بر دولت‌های دیگری که عضو معاهده نیستند اثرگذار می‌گذارند و سایه‌ای از اجبار بر تابعان حقوق بین‌الملل می‌افکنند.^۴

قسمی دیگر از معاهدات، که دامنه اعتبار و تکلیف آن‌ها به خارج از دولت‌های عضو گسترش می‌یابد، قراردادهایی هستند که متضمن قواعد عرفی بین‌المللی‌اند. در این موارد، به صرف تحریر قواعد عرفی در سیاق یک معاهده یا موافقت‌نامه، اثر حقوقی آن‌ها شامل همه تابعان حقوق بین‌الملل می‌شود. در واقع، دلیل این اجبار نه آنکه بسته به وجود قرارداد باشد، بلکه این حقیقت و ماهیت و جایگاه عرف بین‌الملل نزد جامعه جهانی است که این بار قدرت خود را در جلوه معاهده منعکس می‌کند.^۵ نکته قابل تأملی که در این مبحث باید افزود جایگاه قواعد آمره است. قواعد آمره، که در بخشی از حقوق بین‌الملل عرفی تجلی می‌یابد، آن دسته از قواعدی را گویند که حتی در صورت عدم قید آن در موافقت‌نامه‌های بین‌المللی طرفین را ملزم به رعایت آن می‌کند (Hannikainen, 1998: 2). بنابراین، اهمیت عمده قاعده آمره از آنجا ناشی می‌شود که همه این هنجارها، که ماهیت حقوق عرفی پیدا کرده‌اند، از تعهدات ناشی از حقوق معاهدات نشئت نمی‌گیرند، بلکه این رویه دولت‌ها و رویه قضایی است که چنین هنجاری را فارغ از مبنای معاهداتی آن شکل داده است (Crawford, 2012: 824). در پرونده‌های مختلف نزد دیوان بین‌المللی دادگستری، دیوان بدون در نظر داشتن مبنای معاهداتی تعهدات، صرفاً بر اساس جایگاه متمایز قواعد آمره، رأی خود را صادر کرده است.^۶

اما دسته دیگری از قراردادها وجود دارند که صرفاً بنا بر مصالح سیاسی و منافع دولت‌های متنفذ بین‌المللی منعقد شده‌اند تا آنان به واسطه اقتدار خود به قرارداد جنبه الزامی بخشند و جامعه بین‌الملل را با خود هم‌سو سازند. در حقیقت، دول متنفذ بین‌المللی با سه هدف «حفظ منفعت»، «قدرت ایجاد تغییر در قرارداد»، و «گذر از موانع سیاسی موجود» ضوابطی را در سطح جامعه بین‌الملل به هنجاری لازم‌الاجرا تبدیل می‌کنند که کاملاً هم‌سو با مصالح اقتصادی و سیاسی و نظامی خود باشد. بنابراین، امروزه توافق دولت‌های پرنفوذ بین‌المللی بر سر

قاعده‌ای مانند قانون برای سایر دول عملاً واجب‌الرعايه می‌شود و تعهد حقوقی برای کشورها شکل می‌گیرد. دستورالعمل‌های ۴۹گانه گروه ویژه اقدام مالی (FATF) یا رژیم کنترل فناوری موشکی (MTCR)، که اساس هجمه‌ها علیه برنامه موشکی ایران است^۷، کاملاً اسنادی هستند که با هدف تأمین منافع دول پرنفوذ تهیه و تنظیم شده‌اند و با پیوستن چندین کشور دنباله‌رو روی‌گردانی از آن سبب نقض تعهد و مسئولیت بین‌المللی خواهد شد.

به موازات تعمیق روابط میان دولت‌ها، قلمرو نفوذ چنین معاهدات و اسنادی گسترش یافته و موضوعات بنیادین روابط بین‌الملل را در بر گرفته است. بنابراین، بجاست که معاهدات مزبور را به مثابه قواعد اساسی حقیقی جامعه بین‌الملل در نظر بگیریم.

عدم تأیید یا تصویب موافقت‌نامه‌های سه‌گانه یادشده در نظام حقوقی کشور، عملاً، تأثیر چندانی بر استقرار تعهدات لازم‌الاجرای ایران در جامعه بین‌الملل ندارد. مضاف بر اینکه مسکوت ماندن جایگاه عرف بین‌المللی و نحوه اجرای تعهدات برخاسته از آن در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بیش از پیش بر این چالش افزوده است.

اما در این بین چگونگی اثر موافقت‌نامه‌های بین‌المللی مصوب پیش از انقلاب اسلامی بر دایره تعهدات جمهوری اسلامی ایران نیز از چالش‌های مطرح در نظام حقوقی کشور است که واجد آثار حقوقی متعدد در سطوح داخلی و بین‌المللی است. سکوت نظام حقوقی کشور در مواجهه با معاهدات بین‌المللی، که ایران پیش از انقلاب اسلامی به عضویت آن درآمده است، را باید مبتنی بر آموزه‌های حقوق بین‌الملل تفسیر کرد. از این حیث، تغییرات داخلی بر مناسبات حقوقی بین‌المللی کشورها، از جمله موافقت‌نامه‌های بین‌المللی، اثری ایجاد نخواهد کرد و همین امر، که به نام «اصل تداوم دولت» در حقوق بین‌الملل شناخته می‌شود، به طور ضمنی در رویه جمهوری اسلامی ایران مورد پذیرش قرار گرفته است.^۸ اسناد بین‌المللی متعددی - از جمله میثاقین بین‌المللی حقوق بشر، عهدنامه مودت ۱۹۵۵ میان ایران و امریکا، کنوانسیون حقوق پناهندگان، و سایر موارد - که به‌رغم تعهدزا بودن آن به حیات حقوقی خود بعد از انقلاب اسلامی ادامه دادند مبین پذیرش اصل تداوم دولت در سلوک سیاست خارجی حکومت جمهوری اسلامی ایران است که بر استقرار تعهدات لازم‌الاجرای ایران در جامعه بین‌الملل می‌انجامد.

لیکن، نکته حائز اهمیت در این میان مواجهه با اسناد بین‌المللی است که حتی به‌رغم عدم تصویب یا پذیرش آن در نظام حقوق داخلی ایران مفاد آن توسط دولت و بدون رعایت مناسبات اصل ۷۷ و ۱۲۵ قانون اساسی در سطح بین‌الملل به اجرا گذارده می‌شوند. مثال واضح این گزاره را می‌توان اجرای «توافق‌نامه پاریس»^۹ توسط دولت یازدهم دانست که با وجود عدم

ارائه لایحه الحاقی آن به مجلس و طی تشریفات قانون اساسی تعهداتی از جانب دولت مبنی بر رعایت مفاد عهدنامه به دبیرخانه کنوانسیون تغییرات آب و هوای سازمان ملل ارائه شد.^{۱۰} توافق نامه پاریس، که رژیم حقوقی بین‌المللی برای کاهش انتشار گازهای گلخانه‌ای به شمار می‌رود، مطابق بند ۲ ماده ۴ خود از متعهدین می‌خواهد با تنظیم «سند مشارکت تعیین شده ملی»^{۱۱} (NDC) میزان کاهش گازهای گلخانه‌ای خود را طی پنج سال اعلام دارند. اما دولت وقت جمهوری اسلامی ایران بدون تصویب مجلس شورای اسلامی و تأیید شورای نگهبان، مبنی بر الحاق به عهدنامه مزبور، سندی تحت عنوان «برنامه مد نظر مشارکت ملی ایران» را در سال ۱۳۹۴ در هیئت دولت تصویب^{۱۲} کرد و همان را به عنوان سند مشارکت تعیین شده ملی کشور جمهوری اسلامی ایران، مطابق ماده ۴ توافق نامه، به ثبت دبیرخانه کنوانسیون تغییرات آب و هوای سازمان ملل رساند تا در زمینه کاهش ۴ درصدی گازهای گلخانه‌ای تا سال ۲۰۳۰ ابراز تعهد و همکاری کند.^{۱۳}

بر این اساس، عدم تصویب و پذیرش اسناد بین‌المللی در نظام داخلی حقوق ایران را نیز نمی‌توان به منزله رفع اثر حقوقی برخاسته از اسناد مذکور دانست. گاه این جامعه بین‌الملل است که به واسطه اقتضائات ناشی از عرف بین‌الملل و قواعد آمره، قهرآ، تعهداتی را بر دامنه تعهدات بین‌المللی کشور تحمیل می‌کند و گاه این دولت است که خود را عامدانه یا سهوی در چنین ورطه زیان‌آوری قرار می‌دهد. بدین منظور یکی از پیش‌نیازهای اساسی آسیب‌شناسی نظام حقوق بین‌الملل معاهدات کشور وقوف بر چنین جوانب مستتری از بطن مفاهیم حقوق بین‌الملل معاهدات است که در این مبحث بدان پرداخته شد. در مبحث آتی، سازوکارهای بدون اثر ساختن تقبل چنین ضمانتی مورد مذاقه قرار خواهد گرفت.

۱-۲. تدوین نظام کنش و واکنش در رویه بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران

اساساً آنچه می‌تواند تعهدات برخاسته از اسناد یادشده را از دایره تعهدات بین‌المللی ایران ساقط کند ثبت مخالفت و اعتراض دائم کشور جمهوری اسلامی ایران در قالب ادعا و ادعای متقابل (پاسخ)^{۱۴} نزد ارکان جامعه بین‌الملل، جهت ثبت یک رویه بین‌المللی، است. اعتراض یک دولت به اقدام یا تصمیم ارکان جامعه بین‌المللی، نظیر وضع معاهده، دلالت بر این دارد که دولت اعتراض‌کننده اقدام یا تصمیم مورد اعتراض را از نظر حقوق بین‌الملل غیرقانونی تلقی می‌کند (Lauterpacht, 2011: 286). هدف دولت اعتراض‌کننده از تنظیم و ابلاغ اعتراض، در وهله نخست، این است که هر گونه رضایت ضمنی به آنچه مورد اعتراض واقع شده را منتفی سازد (Lindley, 1969: 216). افزون بر این، اعتراض بدین معناست که دولت اعتراض‌کننده آثار حقوقی اقدام یا تصمیم مورد اعتراض را به رسمیت نمی‌شناسد و آن را در مقابل خود نافذ و قابل استناد نمی‌داند.

همچنین، دولت اعتراض‌کننده اعتراض خود را محملی برای اتخاذ تدابیر دیگر جهت مقابله یا رفع آثار اقدام یا تصمیم مورد اعتراض قلمداد می‌کند (MacGibbon, 1953: 297).

بر این اساس، فقدان توجه به مؤلفه اعتراض دائم و مستمر جمهوری اسلامی ایران را قهراً به سمت اجرای معاهدات مغایر با شرع یا قانون اساسی که به آن‌ها نپیوسته است یا حق شرط‌هایی را - احياناً جهت رفع ایرادات شورای نگهبان - بر آن‌ها اعمال کرده است سوق می‌دهد که رویه مشابه آن در جامعه بین‌المللی قابل مشاهده است. مثلاً دولت کلمبیا در پرونده هایتا دولاتتوره، به‌رغم عدم عضویت در معاهده ۱۹۱۱ استرداد مجرمین، بر اساس رأی دیوان بین‌المللی دادگستری، موظف به تحویل هایتا دولاتتوره به دولت پرو بود و به جهت فقدان عنصر مادی و معنوی اعتراض دائم، اساساً، دولت کلمبیا نتوانست تعریف خود از جرم را اثرساز و برخلاف معاهده لازم‌الاجرای یادشده جلوه دهد. بنابراین، ایجاد یک رویه در سطح جامعه بین‌الملل، که با ثبت اعتراض مستمر از طریق عملکرد یا بیانیه یا مکاتبات دیپلماتیک قابل تحقق است، تعمیم اجباری موافقت‌نامه‌های بین‌المللی را بر دایره تعهدات بین‌المللی کشور به حداقل ممکن می‌رساند (رنجبریان و صیرفی، ۱۳۹۴: ۱۳۰).

با این حال، مادامی که رویه دولت جمهوری اسلامی ایران با ثبت اعتراض و مواضع دائم نزد تابعان حقوق بین‌الملل محرز نشود، همچنان آثار قهری و واجب‌الرعاية معاهدات و موافقت‌نامه‌های بین‌المللی بر دامنه تعهدات ملی و فراملی کشور سایه می‌افکند. الزام به ثبت رویه یا اعتراض جمهوری اسلامی ایران به مفاد اسناد لازم‌الاتباع یادشده نزد ارکان جامعه بین‌المللی، که مانند سایر کشورها در سیاق گزارش‌های سالیانه نمود پیدا می‌کند، می‌تواند به تدوین و شکل‌گیری رویه دولت ایران نزد تابعین حقوق بین‌الملل منجر شود که این مهم را می‌توان طی الزامی در طرح یا لایحه قانونی توسط دولت یا مجلس شورای اسلامی یا وفق اصلاح آیین‌نامه چگونگی تنظیم و انعقاد توافقات بین‌المللی برآورده ساخت.^{۱۵}

این مهم، علاوه بر اینکه رکن مادی نظام واکنش در حقوق بین‌الملل جهت اسقاط اثر قهری معاهدات را محقق می‌سازد، یک سابقه منفرد از سلسله هنجارهایی که مستعد اثرگذاری بر دولت ایران نیستند را ایجاد خواهد کرد تا با اعانت از رکن مؤثر دیگر در تثبیت رویه کشور در جامعه بین‌المللی، که همان اعتقاد به پذیرش یا عدم پذیرش تصمیمات حقوقی لازم‌الاتباع در سطح فراملی است و در قاعده OPINIO JURIS نمود پیدا می‌کند^{۱۶}، آثار حقوقی اقدام مورد کنش را از قابلیت نفوذ و استناد مضمحل سازد.

جمهوری اسلامی ایران در موارد مهمی، از جمله موضوع موشک‌های بالستیک، با به‌کارگیری این قاعده در سیاست خارجی خود، مشروعیت بهره‌مندی کشور از فناوری موشکی

را مسجل ساخته است. بدین منظور دولت ایران با ثبت مخالفت و اعتراض دائم خود به رژیم کنترل فناوری موشکی، که به‌رغم عدم عضویت ایران در آن همواره مبنای هجمه علیه برنامه موشکی ایران بوده است^{۱۷}، اساساً، هر گونه شرایط لازم برای صحت قاعده‌گذاری این رژیم بر مواضع ایران را منتفی کرد. زیرا اساس الزام دولت‌ها به یک‌دیگر در حقوق بین‌الملل هنگامی است که رضایت آن دولت به طور خاص با عملکرد و رویه خود محرز شده باشد (Lepard, 2010: 123) و دولت ایران توانست با ثبت رویه خود در قالب ادعاهای متقابلی که علیه برنامه موشکی کشور مطرح بوده است در برابر این مهم واکنش مستمر حقوقی داشته باشد. بدین حیث، از مجموع ۱۹ ادعایی که ایالات متحده آمریکا، سه کشور اروپایی (فرانسه، آلمان، انگلیس)، و رژیم صیہونیستی علیه برنامه موشکی ایران مطرح کردند و به موجب ضابطه رژیم کنترل فناوری موشکی موشک‌های بالستیک ایران هسته‌ای قلمداد شده‌اند^{۱۸} جمهوری اسلامی ایران تا به امروز هیچ‌یک از ادعاهای طرف‌های نام‌برده را بدون پاسخ نگذاشته است و در مقام ادعای متقابل ۱۷ نامه به شورای امنیت یا دبیرکل سازمان ملل متحد ارسال کرده و در همه موارد اعتراض خود را به رژیم و ضابطه آن اعلام کرده است و آن را فاقد جایگاه حقوقی در جامعه بین‌المللی دانسته است.^{۱۹} بنابراین، استناد به ضابطه رژیم که ایران هیچ‌گاه عضو آن نبوده، ولیکن مبنای هسته‌ای خواندن موشک‌های بالستیک ایران در جامعه بین‌الملل محسوب می‌شده است، با مخالفت دائم ایران همراه شد که باعث تثبیت حق اساسی در بهره‌مندی از توان موشکی شد.

۲. عدم ترتیب اثر حق تحفظ معاهدات مصوب جمهوری اسلامی ایران در نظام بین‌الملل

یکی از ابهاماتی که همواره متوجه نظام حقوقی کشور بوده بررسی و رصد اعمال قیود تحفظ بر معاهداتی است که به علل مختلف ارائه یا مورد پذیرش امین معاهده واقع نشدند. در این بخش از تحقیق، حق شرط یا اعلامیه‌های تفسیری معاهدات یا کنوانسیون‌هایی بررسی می‌شوند که به‌رغم وجود قید تحفظ از جانب جمهوری اسلامی ایران هیچ‌گاه ارائه یا مورد پذیرش امین معاهده (که در این مقاله صرفاً دبیرخانه سازمان ملل متحد بوده‌اند) واقع نشده‌اند.

۲-۱. تبیین مباینات تصویب معاهدات بین‌المللی در داخل و خارج

تحمیل الزامات قهری معاهدات زمانی است که چنین اسنادی با لحاظ قیودات و تحفظات مورد تأیید مجلس و شورای نگهبان به تأیید رسند، اما، نزد دبیرخانه یا امین معاهده به نحو دیگری ارائه یا مورد پذیرش واقع شوند. در واقع، با فرامرزی بودن اغلب پدیده‌ها در دنیای کنونی، که به سوی جهانی شدن پیش می‌روند، گه‌گاه شماری از تصمیم‌های ملی به فراخور اقتضات

بین‌المللی اتخاذ و اعمال می‌شوند. از طرف دیگر، مصالح ملی و منافع نهفته در پرتو شرع و قانون اساسی می‌طلبد که در قبول تعهدات بین‌المللی جوانب احتیاط مراعات شود (ساعد، ۱۳۹۴: ۱۸۸). در نتیجه، با توجه به اینکه در مفاد بسیاری از معاهدات و موافقت‌نامه‌ها ابهامات و گریزهایی وجود دارد که برخی کشورها با تدقیق در آن‌ها به فکر چاره‌جویی برای به حداکثر رساندن منافع ملی خود هستند، بایسته است با اتخاذ اقدامات مناسب حقوقی درصدد استفاده از موقعیت‌ها بود (راعی دهقی، ۱۳۹۰: ۱ - ۴۰). بنابراین، اعمال حق شرط (تحدید تعهد) در خصوص مفادی که احتمال مغایرت آنان با موازین اسلامی و اصول قانون اساسی می‌رود ضرورت می‌یابد. بدین ترتیب، هر یک از دولت‌ها در برابر معاهده‌ای که موضوع و هدف و محتوای آن را مجموعاً، به استثنای برخی مقرراتش، شایسته و مناسب می‌بینند می‌توانند رضایتشان به عضویت در سند مزبور را در ازای بخشیدن معنای مورد قبول خود به مفاد معاهده متجلی سازند تا پذیرش معاهدات تسهیل شود (کک دین و همکاران، ۱۳۸۲: ۲۸۶).

لیکن در این میان چه‌بسا موافقت‌نامه یا کنوانسیون به صرف اعمال حق شرط به تصویب نهاد ذی‌صلاح داخلی رسیده باشد، ولیکن، هنگام تبادل اسناد و ثبت معاهده نزد امین یا دبیرخانه، حق شرط مورد نظر توسط دولت به امین معاهده ارائه نشده باشد.

موضوع مربوط در شماری از معاهدات بین‌المللی، که جمهوری اسلامی ایران تاکنون بدان پیوسته است، ملاحظه می‌شود و میان متن و حق شرط اعلام‌شده به شورای نگهبان و سند ارائه‌شده از سوی دولت به امین معاهده تفاوت‌هایی به چشم می‌خورد که به علت نبود ساختار نظارتی در فرایند تصویب و الحاق اسناد بین‌المللی اطلاعاتی از فرایند پساتصویب داخلی معاهدات صورت نمی‌گیرد. در ادامه به نمونه‌هایی برجسته از معاهداتی پرداخته می‌شود که با وجود تأیید آن همراه حق شرط، در اسناد ارائه‌شده به دبیرخانه و امین معاهده، نه‌تنها تصریحی به حق تحفظ‌های اعلامی ایران صورت نگرفته است، بلکه مفادی خارج از وقوف و اطلاع نهادهای ذی‌صلاح داخلی، به عنوان اعلامیه تفسیری ایران، در معاهده به ثبت رسیده است.

در اولین مورد می‌توان به حق شرط ایران در «کنوانسیون میناماتا در مورد جیوه»^{۲۰} اشاره کرد که وفق نظر شماره ۹۴/۱۰۲/۲۶۸۷ در تاریخ ۱۳۹۴/۰۶/۰۴ به تأیید شورای نگهبان رسید. با مراجعه به تبصره ۲ ماده واحده این کنوانسیون، رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران برای ارجاع هر گونه اختلاف به داوری در اجرای ماده ۲۵ کنوانسیون و رعایت اصل ۷۷ قانون یادشده برای هر گونه اصلاح کنوانسیون یا پیوست‌های آن در اجرای مواد ۲۶ و ۲۷ کنوانسیون، به عنوان حق شرط جمهوری اسلامی ایران، در نظر گرفته شده بود. اما به موجب ثبت این سند در دبیرخانه کنوانسیون، که در تاریخ ۱۳۹۶/۰۳/۲۶ انجام شد، هیچ‌گونه

اشاره‌ای به تحفظ ایران در ارتباط با مواد ۲۶ و ۲۷ کنوانسیون نشد. همچنین، موضوع ماده ۲۵ این کنوانسیون، که منوط به رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی شده بود، جزء قیود تحفظ جمهوری اسلامی ایران قرار نگرفت. مضاف بر آن، مفادی بدون اطلاع و تصویب مجلس و شورای نگهبان، به عنوان اعلامیه تفسیری ایران، به دبیرخانه کنوانسیون اعلام شد که در پانویس قابل مشاهده است.^{۲۱}

نکته قابل تأمل آن است که با توجه به حق شرط‌های پذیرفته شده دولت‌های دیگر در این کنوانسیون، نظیر ارمنستان و استرالیا، اعمال حق شرط‌های ماده ۲۵ کنوانسیون هیچ‌گونه ممانعت و مغایرتی با هدف و ماهیت کنوانسیون نداشت که مورد پذیرش واقع نشد.^{۲۲} در واقع، کارایی و اثر تصریح به رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی در معاهدات بین‌المللی از جمله در این سند، که مغفول ماند، مانع از ارجاع اجباری اختلاف به محاکم بین‌المللی خواهد شد. اشارات صریح یا ضمنی به لزوم رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی در ماده واحده اسناد تصویب معاهدات، که نوعی اقدام به تحفظ یک‌جانبه از سوی جمهوری اسلامی ایران قلمداد می‌شود، هر گونه ارجاع اختلاف به داوری یا دیوان بین‌المللی دادگستری را منوط به تصمیم ایران می‌سازد و دول عضو معاهده نمی‌توانند از مفاد آن سند بدون رضایت ایران در محاکم بین‌المللی علیه جمهوری اسلامی اقدام دعوی کنند.

در غیاب تصریح به ضرورت اخذ مجوز اصل ۱۳۹ در متن معاهده، اصل محترم شمردن تمامیت معاهدات مطلقاً حاکمیت پیدا می‌کند و تصمیم به ارجاع اختلاف به محاکم بین‌المللی، صرف‌نظر از رضایت ایران، در زمره تعهد لازم‌الاتباع جمهوری اسلامی قرار می‌گیرد که خلاف قانون اساسی است.

بنابراین، با وجود ضرورت انکارناپذیر پیش‌بینی و قید چنین حق تحفظی از جانب ایران در معاهدات بین‌المللی، به وضوح در اسناد قابل دسترسی که ایران بدان پیوسته است، مانند کنوانسیون میناماتا، هیچ‌گونه لزومی به تصریح چنین تحفظی از جانب دولت دیده نمی‌شود که به نظر می‌رسد قابل تأمل است.

مورد دیگر مربوط به لایحه الحاق به «موافقت‌نامه بین‌دولتی بنادر خشک»^{۲۳} است که طی نظریه شماره ۹۴/۱۰۲/۵۸۲۳ مورخ ۱۳/۱۲/۱۳۹۴ به تأیید شورای نگهبان رسید. مطابق نظر اخیر، مواد ۷ و ۸ و ۹ و ۱۳ موافقت‌نامه مورد تحفظ از سوی جمهوری اسلامی ایران در نظر گرفته شد که وفق تبصره ۱ حل‌وفصل اختلافات موضوع ماده ۱۳ این موافقت‌نامه منوط به رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی شد. همچنین طی تبصره ۲ هر گونه اصلاحات بعدی موضوع مواد ۷ و ۸ و ۹ این موافقت‌نامه منوط به رعایت اصل ۷۷ قانون اساسی و تصویب مجلس

شورای اسلامی ایران شد. اما تنها حق شرط ارائه شده از سوی دولت در تاریخ ۱۳۹۶/۰۱/۲۱، صرفاً اختصاص به ماده ۱۳ موافقت‌نامه داشته و موضوع مواد ۷ و ۸ و ۹ پیمان جزء هیچ‌یک از حق شرط‌های جمهوری اسلامی ایران قرار نگرفته است.^{۲۴}

لایحه الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون تحدید مسئولیت برای دعاوی دریایی^{۲۵} نیز از دیگر مواردی است که با ارائه حق شرط‌های کامل ایران به دبیرخانه کنوانسیون همراه نشده است. تبصره ۱ ماده واحده کنوانسیون جزءهای «ت» و «ث» بند ۱ ماده ۲ این سند را از سوی جمهوری اسلامی ایران قابل اعمال نمی‌داند و تبصره ۲ کنوانسیون اجرای مواد ۲۰ و ۲۱ سند یادشده را فقط با رعایت اصل ۷۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران لازم‌الرعایه می‌داند. طی اعلامیه ایران نزد امین کنوانسیون، صرفاً حق شرط جزءهای «ت» و «ث» ماده ۲ از سوی دولت ایران به دبیرخانه اعلام شده است و موضوع مواد ۲۰ و ۲۱ این کنوانسیون از سوی دولت ایران به عنوان حق شرط ارائه (یا پذیرفته) نشده است.^{۲۶}

موافقت‌نامه حمل و نقل بین‌المللی مواد غذایی فسادپذیر و تجهیزات خاص کاربردی برای این‌گونه جابه‌جایی‌ها^{۲۷} در تاریخ ۱۳۹۹/۰۳/۰۷ به تأیید شورای نگهبان رسید که طی حق شرط ایران موضوع بندهای ۲ و ۳ ماده ۱۵ موافقت‌نامه مشروط به رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بدین شرح شده بود: «... تبصره ۱ ماده واحده. جمهوری اسلامی ایران، طبق بند ۱ ماده ۱۶ موافقت‌نامه، خود را ملزم به ترتیبات موضوع بندهای ۲ و ۳ ماده ۱۵ آن در خصوص ارجاع به داوری هر گونه اختلاف ناشی از تفسیر یا اجرای آن، که از طریق مذاکره حل و فصل نشود، نمی‌داند. ارجاع اختلاف به داوری صرفاً در صورت رضایت کلیه طرف‌های اختلاف و با رعایت اصل یکصد و سی و نهم (۱۳۹) قانون اساسی ممکن می‌باشد. دولت جمهوری اسلامی ایران می‌تواند در هر مورد که ارجاع به داوری را برای حل و فصل هر اختلاف ناشی از تفسیر یا اجرای موافقت‌نامه به مصلحت بداند، با رعایت اصل یکصد و سی و نهم (۱۳۹) قانون اساسی، طبق قوانین مربوط اقدام نماید...» حال آنکه مطالعه سند تصویب ارائه شده نزد امین معاهده نشان از آن دارد که در این سند به حق تحفظ در نظر گرفته شده در ماده ۱۵ موافقت‌نامه هیچ‌گونه اشاره‌ای نشده است.^{۲۸}

لایحه الحاق دولت به پروتکل ریشه‌کنی تجارت غیرقانونی محصولات دخانی^{۲۹} نیز یکی دیگر از مواردی است که همراه حق شرط در اجرای مواد ۳۷ و ۳۸ و ۳۹ این پروتکل، مبنی بر رعایت اصل ۷۷ و ۱۳۹ قانون اساسی، در تاریخ ۱۳۹۴/۰۶/۰۴، به تأیید شورای نگهبان رسید. لیکن اسناد موجود مبین آن است که هنگام ثبت سند تصویب پروتکل، که در تاریخ ۱۳۹۷/۰۶/۰۵ صورت گرفت، اشاره‌ای به حق تحفظ جمهوری اسلامی ایران نشده است.^{۳۰}

در لایحه الحاق به موافقت‌نامه بین‌المللی روغن زیتون و کنسرو زیتون^{۳۱}، که در تاریخ ۱۳۹۷/۰۳/۰۳ به تأیید شورای نگهبان رسید، بند ۴ ماده ۲۶ و همچنین ماده ۳۲ این موافقت‌نامه منوط به رعایت اصول ۷۷ و ۱۳۹ قانون اساسی شد. متعاقباً در ثبت سند تصویب معاهده نزد امین، که در تاریخ ۱۳۹۷/۰۸/۰۲ صورت پذیرفت، تصریحی به قید تحدید تعهد جمهوری اسلامی ایران در مواد ۲۶ و ۳۲ موافقت‌نامه صورت نگرفت و حق تحفظ ایران نزد دبیرخانه اعلام (یا پذیرفته) نشد.^{۳۲}

نهایتاً موافقت‌نامه چارچوب تسهیل تجارت بدون کاغذ فرامرزی در آسیا و اقیانوسیه^{۳۳} را می‌توان از جمله لوایحی دانست که حق شرط مصرح آن اعمال نشد. به موجب تبصره‌های ۱ و ۲ ماده واحده، موضوع مواد ۱۱ و ۱۲ و ۱۷ و ۲۰ این موافقت‌نامه در گرو اجرا و رعایت اصول ۷۷ و ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بود که طبق آخرین نسخه رسمی اسناد تصویب هیچ‌گونه اعلامیه و حق شرطی در این خصوص ارائه (یا پذیرفته) نشده است.^{۳۴}

۲-۲. الزامات مطابقت معاهدات بین‌المللی مبتنی بر نظام تصویب داخلی

موارد یادشده صرفاً روایتگر گوشه‌ای از یک خلأ مستور در بطن نظام حقوقی کشور است که در این بخش مقاله به ارائه راهکارهای واجد اثر حقوقی جهت رفع آسیب موجود خواهیم پرداخت.

نخست آنکه اشکال فعلی سازوکار موجود را می‌توان عدم اطلاع از مراحل پساتأیید معاهده در نظام داخلی کشور دانست. در واقع، هیچ نهاد ناظری، اعم از مجلس یا شورای نگهبان، از سند تصویبی که نزد امین معاهده یا دبیرخانه کنوانسیون ارائه می‌شود مطلع نیست و این مهم عامل مغایرت میان مفاد سند مصوب در داخل و محیط بین‌الملل است. شماری از کشورها، از جمله فرانسه، آیین کار مدونی را، جهت تدوین سند تصویب، تهیه و تنظیم کرده‌اند تا مفاد معاهده ثبت‌شده در دبیرخانه کنوانسیون منطبق بر آن چیزی باشد که در نظام داخلی کشور به تصویب رسیده است.

این سند در فرانسه بدین شکل تنظیم و ارائه می‌شود (کک‌دین و همکاران، ۱۳۸۲: ۲۱۶):

«... رئیس‌جمهور فرانسه بر همه کسانی که نامه‌های حاضر را خواهند دید درود می‌فرستد.

ما، با ملاحظه و بررسی معاهده یادشده، به موجب مقررات مندرج در آن و مطابق ماده ۵۲

قانون اساسی، همه آن و هر یک از اجزای آن را تصدیق کرده‌ایم و تصدیق می‌کنیم.

(متن کامل اعلامیه‌ها و حق شرط ملحق به قرارداد)

ما اعلام می‌کنیم این معاهده پذیرفته شده، به تصویب رسیده، و تأیید شده است و متعهدیم

که بدون هیچ‌گونه تخطی بدان عمل خواهد شد.

با اطمینان به این امر، متن حاضر را ممهور به مهر جمهوری کرده‌ایم.»
چنانچه تصویب معاهدات یا کنوانسیون‌های بین‌المللی مشروط به ارائه سند تصویب معاهده نزد امین شود، که معمولاً توسط دولت یا سازمان‌ها و وزارت‌خانه‌های متبوع صورت می‌گیرد، احتمال اختلاف میان مفاد مصوب معاهده در حوزه داخلی و بین‌المللی به حداقل می‌رسد. شاید بتوان با چینش سازوکاری مطلوب (اعم از اصلاح آیین‌نامه چگونگی تنظیم و انعقاد توافقی‌های بین‌المللی یا مصوبه قانونی) ارائه سند تصویب معاهده را جهت اطلاع نهادهای ناظر الزامی کرد. به هر ترتیب، بایسته است خلأ موجود در تصویب معاهدات بین‌المللی به نحوی پوشش داده شود تا ایراد مزبور مرتفع شود.

راهکار دیگر تدقیق و ملاحظه «اعلامیه‌های تفسیری (مشروط)»^{۳۵} است که اساساً هیچ‌گونه الزامی به ارائه مفاد آن از جانب دولت به مجلس یا شورای نگهبان وجود ندارد و فقط هنگام تودیع اسناد تصویب نزد امین معاهده می‌توان از مفاد آن مطلع شد. صدور اعلامیه‌های تفسیری به‌خصوص هنگامی اهمیت دوچندان می‌یابد که پذیرش حق شرط از جانب دول در معاهدات نهی شده باشد تا بدین وسیله حق تحفظ را ملحوظ نگاه داشت. این موضوعی است که به شکل نانوشته در سیر فرایند تصویب معاهدات نهفته مانده است و در پیمان‌های فاقد اعمال حق شرط می‌توان از آن بهره جست. مثلاً حق تحفظ به موجب ماده ۳۰۹ کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها منع شده است؛ لیکن طی ماده ۳۱۰ همین کنوانسیون جواز صدور اعلامیه تفسیری به اعضا داده شده که پنجاه و پنج کشور از آن بهره برده‌اند.^{۳۶}

با وجود این، اگرچه طبق تبصره ۲ ماده ۸ آیین‌نامه چگونگی تنظیم و انعقاد توافقی‌های بین‌المللی دستگاه مسئول موظف است در معاهداتی که در آن حق شرط ممنوع شده به تهیه و تنظیم اعلامیه‌های تفسیری اقدام کند تا موضع جمهوری اسلامی ایران معین شود، در عمل، به علت عدم هر گونه الزام به ارائه چنین سندی به مجلس یا شورای نگهبان از جانب دولت یا اطلاع از مفاد آن، جمهوری اسلامی ایران مکرراً از کاربرد چنین ظرفیتی بی‌بهره مانده است.

در نهایت، فعال ساختن فرصت استعلام از رکن صالح معاهده و ذی‌صلاح سازمان‌های بین‌المللی را می‌توان آخرین سازوکاری دانست که از مغایرت مفاد مصوب معاهده در نظام حقوقی داخلی و بین‌المللی جلوگیری به عمل می‌آورد. معمولاً در معاهدات سند مؤسس سازمان‌های بین‌المللی اعمال تحفظ مستلزم پذیرش رکن صالح این سازمان است. با این حال، در برخی معاهدات (اکثراً حقوق بشری) پیش‌بینی مشروعیت و پذیرش اعمال حق شرط با رکن نظارت و کنترل تعهدات معاهده است که وظیفه ارزیابی قیود تحفظ را عهده‌دار می‌شود.

بنابراین، قبل از تصویب نهایی معاهده از سوی شورای نگهبان، می‌توان با اخذ نظر و مکاتبات دیپلماتیک با سازمان یا رکن نظارتی مربوطه از پذیرش و ارائه حق شرط‌های جمهوری اسلامی ایران مطمئن شد.

نتیجه‌گیری

مواجهه جمهوری اسلامی ایران با معاهدات بین‌المللی در دو سیاق نمود پیدا می‌کند که از یک منظر آثاری را قهراً بر دایره تعهدات فراملی کشور تحمیل می‌کند و از منظری دیگر به علت فقدان سازوکار نظارتی و اطلاعی باعث تبدیل اثر ناخواسته معاهدات در جامعه بین‌الملل می‌شود. آنچه بایسته توجه است لزوم تدوین مکتوب نظام کنش و واکنش در رویه بین‌المللی کشور است تا بدان موجب تحمیل اثر معاهدات برخاسته از عرف به حداقل برسد. واکنش در سلسله مراتب هنجارین حقوق بین‌الملل آثار حقوقی اقدام مورد کنش را از قابلیت نفوذ و استناد ساقط می‌کند. تدوین نظام کنش و واکنش در عرصه حقوق بین‌الملل مستلزم احراز دو رکن اثرگذار در شکل‌گیری این واقعه است. رکن اول، که خود رکنی مادی است، موضع‌گیری‌های مستمر مأموران سیاسی و دیپلماتیک دولت در جریان رسیدگی‌های قضایی یا بیانات و اعلامیه‌های آنان در صحن سازمان‌های بین‌المللی را اصلی‌ترین منبع مدون‌سازی پذیرش یا عدم پذیرش یک هنجار بین‌المللی می‌داند که تکرار و اصرار بر آن شرط استحکام و استواری سلوک بین‌المللی دولت‌هاست. بنابراین، یک سابقه منفرد از چنین سلسله هنجاری هیچ‌گاه مستعد ایجاد یک رویه قاعده‌ساز نخواهد بود. اما رکن دیگر مؤثر در تثبیت رویه بین‌المللی کشور اعتقاد به پذیرش یا عدم پذیرش تصمیم حقوقی در پس هر گونه اعمال و تکرار کنش و واکنش است که در قاعده *OPINIO JURIS*^{۳۷} نمود پیدا می‌کند.

فقدان سازوکار نظارتی در سیر مراحل پساتصویب از جمله اشکالات واضح و برجسته نظام حقوقی کشور است. بنابراین، ارائه سند تصویب اعلامی به دبیرخانه کنوانسیون به ارکان ذیصلاح داخلی، صدور اعلامیه‌های تفسیری (مشروط) در موارد ممنوعیت حق شرط در معاهدات، و همچنین استعمال نظر از رکن صلاح کنوانسیون در چگونگی پذیرش حق شرط جمله فروض و الزاماتی است که خلأ موجود را پر و از آسیب‌پذیری و تحمیل ناخواسته تعهدات جلوگیری به عمل می‌آورد.

یادداشت‌ها

۱. ماده ۹ قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷: «مقررات عهودی که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول منعقد شده باشد در حکم قانون است.»
۲. اصل ۷۲ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۵۸: «مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد. تشخیص این امر به ترتیبی که در اصل نود و ششم آمده بر عهده شورای نگهبان است.»
۳. ماده ۱۹۶ قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷: «معاملات و عقود فقط درباره طرفین متعاملین و قائم‌مقام قانونی آن‌ها مؤثر است؛ مگر در مورد ماده ۱۹۶.»
۴. در پرونده پرو علیه کلمبیا، رهبر شورشیان نظامی پرو (ویکتور راتول هایتا دولاتوره) به سفارت کلمبیا در این کشور متواری شد و به دنبال آن کلمبیا به تعریف جرم بر اساس مفهوم پناهندگی پرداخت و به این شخص پناهندگی سیاسی اعطا کرد. کلمبیا، طبق تعریف خود، بر آن بود که شخص مورد استرداد یک پناهنده سیاسی است و از استرداد آن به پرو خودداری کرد. متعاقب آن، دولت پرو طی دادخواستی نزد دیوان بین‌المللی دادگستری تقاضای استرداد شخص مورد نظر را کرد و دیوان در سال ۱۹۵۱ رأی خود را مستند به اصول کلی حقوقی و منبعث از معاهده ۱۹۱۱ استرداد به سود پرو صادر کرد. بر اساس اصول مسلم حقوقی و با اِبتنای بر معاهده استرداد ۱۹۱۱، کلمبیا، به‌رغم عدم عضویت در معاهده یادشده، موظف به استرداد شخص مورد نظر به دولت پرو بود و اساساً نمی‌توانست تعریفی از جرم طبق تفسیر خود ارائه دهد (ICJ Reports, 1951: 81).
۵. مثلاً دیوان بین‌المللی دادگستری در قضایای فلات قاره دریای شمال این اصل قبول داشت که مبنای تعهد آلمان به کنوانسیون فلات قاره، راجع به اصل خط میانه، نه بر اساس ارزش قراردادی این کنوانسیون، بلکه جایگاه و ماهیت عرفی مفاد کنوانسیون است؛ که به‌رغم عدم عضویت آلمان در آن اثر لازم‌الاجرای کنوانسیون بر این کشور مترتب است (ICJ Reports, 1969: para. 63).
۶. دیوان بین‌المللی دادگستری در پرونده نیکاراگوئه علیه ایالات متحده آمریکا ممنوعیت تجاوز را فارغ از منشأ معاهداتی آن جزء قواعد آمره قلمداد کرد (ICJ Reports, 1986: para. 14). همچنین این محکمه در قضیه تیمور شرقی اصل تعیین سرنوشت را از دیگر هنجارهای نام‌برده دانست که قهراً بر همه اعضای جامعه بین‌الملل قابل تحمیل است (ICJ Reports, 1955: para. 29).
۷. اساس حمله علیه برنامه موشکی بالتستیک جمهوری اسلامی ایران ضابطه‌ای است که رژیم فناوری موشکی برای موشک‌های قادر به حمل سلاح‌های هسته‌ای اعمال می‌کند. به ظن این رژیم، سامانه‌های موشکی با برد حداقل ۳۰۰ کیلومتر، که قادر به حمل کلاهک‌هایی با وزن بیش از ۵۰۰ کیلوگرم باشند، موشک‌های قادر به حمل سلاح هسته‌ای شناخته می‌شوند. هرچند در ابتدا ممکن است این فرضیه متصور شود که اعمال ضابطه فوق فقط باید در چارچوب و در جهت ایفای وظایف این رژیم به کار بسته شود، کشورهای غربی ادعای جهان‌شمولی معیار یادشده را دارند و به این ضابطه جهت هسته‌ای خواندن موشک‌های بالتستیک ایران در سطح ارکان‌های بین‌المللی، از جمله شورای امنیت، استناد می‌کنند. این در حالی است که ضابطه فوق حاصل تصمیم یک نهاد انحصاری با هدف کنترل صادرات، آن هم در خارج از چارچوب سازمان ملل متحد، است که تعداد اعضای آن



حتی یک چهارم کشورهای جهان را هم شامل نمی‌شود. این وضعیت نشان می‌دهد به‌رغم اینکه سند سیاسی یادشده فاقد جایگاه حقوقی نزد غیر متعاهدین است، به دنبال ایجاد ضوابط واجب‌الرعايه در سطح جهان جهت تثبیت یک رویه بین‌المللی در خصوص مسئله موشکی است. مثلاً ایالات متحده در آخرین نامه خود به شورای امنیت ضابطه این رژیم را دستاویزی برای هسته‌ای خواندن موشک‌های بالستیک ایران دانست و حتی پرتاب ماهواره بر قاصد را وسیله‌ای برای حمل تسلیحات اتمی قلمداد کرد (امین‌زاده و لهراسبی، ۱۴۰۰: ۱۵۱).

۸. زیرا طبق این قاعده این دولت است که تابع حقوق بین‌الملل قلمداد می‌شود و حکومت‌ها (پیش یا پس از انقلاب) صرفاً در مقام نماینده دولت عمل می‌کنند. در واقع، این دولت است که به عضویت در یک معاهده بین‌المللی درمی‌آید نه حکومت (Noonan, 1984: 302).

9. Paris Agreement

۱۰. شورای نگهبان طی نظریه ۹۵/۱۰۰/۳۲۲۰ بررسی و اظهارنظر در خصوص این موافقت‌نامه را منوط به ارائه سند مشارکت تعیین‌شده ملی می‌کند و ایراد ابهام را وارد می‌سازد.

11. nationally determined contributions

۱۲. جهت مطالعه سند ← تصویب‌نامه شماره ۱۱۲۴۱۱/ت/۵۲۵۱۳ هیئت وزیران در خصوص اقدامات مربوط به برنامه مشارکت ملی در زمینه کاهش انتشار گازهای گلخانه‌ای:

<https://rc.majlis.ir/fa/law/show/946142>

۱۳. ←

<https://unfccc.int/news/iran-submits-its-climate-action-plan-ahead-of-2015-paris-agreement>

۱۴. اساساً اعتراض به هر قاعده لازم‌الاجرا، اعم از معاهدات بین‌المللی یا عرف، در نتیجه فرایند ادعا (کنش) و ادعای متقابل (واکنش) صلح‌آمیز دولت‌ها صورت می‌گیرد. همان‌طور که کنش‌های دولت رویه منشأ قاعده الزام‌آور را پدید می‌آورد، واکنش دولت به این کنش‌ها نیز به منزله رویه آنان منظور می‌شود (Abass, 2012: 305). به بیان دیگر، چنانچه ادعاهای پدیدآورنده یک قاعده لازم‌الاجرا در حقوق بین‌الملل با ادعای متقابل از جانب جمهوری اسلامی ایران نزد جامعه بین‌المللی مطرح شود، قاعده یا معاهده یا عرف مورد بحث دیگر در زمره تعهدات واجب‌الرعايه دولت ایران تحقق نخواهد یافت.

۱۵. سیاست فوق را همه‌ساله دولت ایالات متحده آمریکا به منصفه ظهور می‌رساند و رویه جابرانه خود را قهراً بر همه تابعان حقوق بین‌الملل تحمیل می‌کند. مثلاً می‌توان از برنامه آزادی دریانوردی این کشور نام برد که از سال ۱۹۷۹ درصدد مقابله با ادعاهای دریایی کشورهای ساحلی برآمده است تا موضع خود را بر آنان مستولی سازد. طی این برنامه، دولت آمریکا ابتدا در قالب اعتراض رسمی به ادعاهای دریایی کشورهای ساحلی، از جمله جمهوری اسلامی ایران، واکنش نشان می‌دهد. دولت آمریکا بر آن است که قانون مناطق دریایی ایران در خلیج فارس و دریای عمان مغایر حقوق بین‌الملل دریاهاست و خط مبدأ جمهوری اسلامی ایران در خلیج فارس و دریای عمان فراتر از آن مقداری است که در حقوق بین‌الملل مقرر شده است. بر این اساس آمریکا اعتراض رسمی خود را با استفاده از همه انواع مکاتبات دیپلماتیک جهت عقب راندن جمهوری اسلامی ایران از منطقه دریایی خلیج فارس و دریای عمان به کار گرفته است. در مرحله بعدی این کشور متوسل به اقدام نظامی و

عملیاتی در حوزه‌های مورد بحث می‌شود تا بدین رهگذر ادعای دریایی جمهوری اسلامی ایران را به چالش بکشد. بنابراین، پس از هر مانور نظامی در منطقه مورد اعتراض، اطلاعات و جزئیات رزمایش خود را در گزارش‌های سالیانه خود ثبت و اعلام می‌کند تا اولاً موضع خود را در قبال ایران تثبیت کند و در ثانی خط مبدأ جمهوری اسلامی ایران را از اعتبار حقوقی نزد جامعه بین‌الملل ساقط کند؛ موضوعی که اغلب از جانب جمهوری اسلامی ایران واکنش (حقوقی) در پی نداشته است (رنجبریان و صیرفی، ۱۳۹۴: ۱۳۷).

۱۶. فرایند عرف بین‌المللی، که موجودیت عرف را معلق به خود می‌سازد، به دو رکن اساسی محدود است: عنصر مادی و عنصر معنوی (روانی). به عنصر معنوی عرف، که اعتقاد به الزام‌آور بودن یا بر حق بودن یا عقیده به ضروری بودن یک قاعده حقوقی را در بر می‌گیرد، *OPINIO JURIS* گفته می‌شود (ضیائی بیگدلی، ۱۳۹۴: ۱۵۵).

۱۷. به ظن این رژیم، سامانه‌های موشکی با برد حداقل ۳۰۰ کیلومتر، که قادر به حمل کلاهک‌هایی با وزن بیش از ۵۰۰ کیلوگرم باشند، موشک‌های قادر به حمل سلاح هسته‌ای شناخته می‌شوند (CRS Report, 2003: 5). بر این اساس، کشورهای جهان، از جمله دولت‌های اروپایی، به ضابطه این رژیم جهت هسته‌ای خواندن موشک‌های بالستیک ایران در سطح ارکان‌های بین‌المللی، از جمله شورای امنیت، استناد می‌کنند.

← ۱۸

S/2020/531; S/2019/934, 492; S/2018/1089, 602; S/2017/1030, 515; S/2016/1136, 589

← ۱۹

S/2020/443, 513; S/2019/49, 315, 457, 752, 863, 907, 926; S/2018/511, 967, 1061, 1073; S/2017/205, 719, 731; S/2016/279

20. Minamata Convention on Mercury (10 October 2013), Entry into force: 16 August 2017.

21. "... pursuant to Article 30, paragraph 5 of the Convention, the Islamic Republic of Iran hereby declares that any amendment to an annex to the Convention shall enter into force for the Islamic Republic of Iran only upon the deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession with respect thereto ... Consistent with its principal policy of protecting and promoting the environment and human health, the Islamic Republic of Iran has ratified the Minamata Convention on Mercury.

Fulfilling the obligations enshrined in the Convention is a clear duty of all relevant stakeholders including governmental or non-governmental; the Ministry of Foreign Affairs as the National Focal Point and the Organization of Protection of Environment as the National Authority of the Convention are assigned with the task of handling and monitoring the national implementation of the Convention.

It is the understanding of the Islamic Republic of Iran that implementation of the Convention is subject to providing the developing countries with sustainable, adequate and accessible financial support, technical assistance, technology transfer as well as capacity building and proper training which are recognized in the Articles 13 and 14 of the Convention as part of responsibilities of all parties, specifically the developed country parties.



► The Islamic Republic of Iran is of the view that full and accurate implementation of the said articles is as necessary as other articles of the Convention and non-implementation of the said Articles may raise the issue of compliance.

Should the above assistance and support fail to be adequate, timely and sustainable; the extension of the exemptions will be a necessity.

The Islamic Republic of Iran would like to encourage all countries that have not yet done so, in particular developed countries to join the Convention and emphasizes that the whole international community should work together to realize the accepted principle of 'Common but Differentiated Responsibilities.'

بر اساس بند ۵ ماده ۳۰ کنوانسیون، جمهوری اسلامی ایران پیوسته اعلام می‌دارد که هر گونه اصلاحیه ضمیمه کنوانسیون برای جمهوری اسلامی ایران تنها پس از تودیع سند تصویب پذیرفته یا الحاق به آن لازم‌الاجرا می‌شود. جمهوری اسلامی ایران مطابق سیاست‌های کلی (اساسی) خود، مبنی بر حفاظت و ارتقای محیط زیست و سلامت انسان، کنوانسیون میناماتا دربارهٔ جیوه را تصویب می‌کند.

عمل به تعهدات مندرج در کنوانسیون وظیفه روشن همهٔ ذی‌نفعان، اعم از دولتی و غیردولتی، است. وزارت امور خارجه در مقام مرجع کانونی و سازمان حفاظت از محیط زیست وظیفه رسیدگی و نظارت بر حسن اجرای کنوانسیون را بر عهده دارند.

جمهوری اسلامی ایران بر این باور است که اجرای کنوانسیون منوط به ارائهٔ حمایت‌های مالی پایدار، کافی و در دسترس، کمک‌های فنی، انتقال فناوری، و همچنین ارتقای استعداد و آموزش متناسب برای کشورهای در حال توسعه است که در مواد ۱۳ و ۱۴ به منزلهٔ بخشی از مسئولیت‌های طرفین (ویژهٔ کشورهای توسعه‌یافته) به رسمیت شناخته شده است.

جمهوری اسلامی ایران بر این باور است که اجرای کامل و دقیق مواد یادشده (۱۳ و ۱۴) به اندازهٔ سایر مفاد کنوانسیون لازم و ضروری است و عدم اجرای آن موضوع (عدم) پایبندی به معاهده را ایجاد می‌کند. در صورتی که کمک و حمایت‌های فوق کافی، به‌موقع، و مستمر نباشد تمدید یا گسترش معافیت‌ها یک ضرورت خواهد بود.

جمهوری اسلامی ایران همهٔ کشورهای را که تا کنون به عضویت در این کنوانسیون اقدام نکرده‌اند، به‌ویژه کشورهای توسعه‌یافته را، تشویق به پیوستن به کنوانسیون می‌کند و تأکید می‌کند که همهٔ جامعهٔ بین‌المللی باید برای تحقق اصول پذیرفته‌شده «مسئولیت‌های مشترک اما متمایز» با یکدیگر همکاری کنند.

22.

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXVII17&chapter=27&clang=_en#EndDec
<https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20II/Chapter%20XXVII/XVII-17.en.pdf>

23. Intergovernmental Agreement on Dry Ports (1 May 2013), Entry into force: 23 April 2016

۲۴. متن اعلامیهٔ حق شرط ایران در این موافقت‌نامه بدین شرح است:

“the implementation of the provisions of Article 13 of the Agreement is subject to



fulfilment of the requirements of Article 139 of the Constitution of the Islamic Republic of Iran.”

https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=treaty&mtdsg_no=xi-e-3&chapter=11&clang=_en

25. Convention on limitation of liability for maritime claims (19 November 1976), Entry into force: 1 December 1986.

۲۶. متن اعلامیه حق شرط ایران در این موافقت‌نامه بدین شرح است:

The instrument of accession was accompanied by the following reservation: "The Government of the Islamic Republic of Iran reserves its right to exclude the application of the provisions of article 2, paragraphs (d) and (e), according to article 18(1) of the Convention.

https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_isn=103159&p_lang=en

27. Agreement on the International Carriage of Perishable Foodstuffs and on the Special Equipment to be used for such Carriage (1 September 1970), Entry into force: 21 November 1976.

28. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XI-B-22&chapter=11&clang=_en

29. a Protocol to Eliminate Illicit Trade in Tobacco Products (12 November 2012), Entry into force: 1 October 2018.

30. https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IX-4-a&chapter=9&clang=_en

31. International Agreement on Olive Oil and Table Olives (9 October 2015), Entry into force: 1 January 2017.

https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XIX-49&chapter=19&clang=_en

33. Framework Agreement on Facilitation of Cross-border Paperless Trade in Asia and the Pacific (19 May 2016), Entry into force: 20 February 2021.

34.

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=UNTSOONLINE&mtdsg_no=X-20&chapter=10&clang=_en

۳۵. اصطلاح اعلامیه تفسیری به معنای اعلامیه یک‌جانبه‌ای است که از طرف دولت به دبیرخانه کنوانسیون یا امین

معاهده سپرده می‌شود تا برخی از مقررات متناسب به پیمان را منطبق با برداشت خود تفسیر کند. هنگامی که

اعلام‌کننده رضایت خود را صرفاً منوط به تفسیر خود سازد به آن «اعلامیه تفسیری مشروط» می‌گویند که متضمن

قید تحفظ در مفاد اعلام‌شده است.

36. United Nations Convention on the Law of the Sea (10 December 1982), Entry into force: 16 November 1994.

۳۷. عنصر ذهنی (معنوی)

منابع

الف) کتاب

۱. راعی دهقی، مسعود (۱۳۹۰)، حق شرط بر اسناد حقوق بشر از دیدگاه حقوق بین‌الملل عمومی و حقوق بین‌الملل اسلام، مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (ره).
۲. ساعد، نادر (۱۳۹۴)، حقوق بین‌الملل معاصر، خرسندی.
۳. ضیائی بیگدلی، محمدرضا (۱۳۹۲)، حقوق معاهدات بین‌المللی، گنج دانش.
۴. _____ (۱۳۹۴)، حقوق بین‌الملل عمومی، گنج دانش.
۵. کک‌دین، نگوین؛ دیبه، پاتریک؛ پله، آلن (۱۳۸۲)، حقوق بین‌الملل عمومی، ترجمه حسن حبیبی، مؤسسه اطلاعات، ج ۱.

ب) مقاله

۶. امین‌زاده، الهام؛ لهراسبی، امیر (۱۴۰۰)، «مبانی حقوقی پاسداری از توانمندی موشکی بالاستیک جمهوری اسلامی ایران در نظام بین‌الملل، آفاق امنیت دانشگاه امام حسین (ع)»، دوره ۱۴، شماره ۵۱.
۷. بهادری جهرمی، علی؛ فتاحی زفرقندی، علی (۱۳۹۴)، «بررسی ابهامات صلاحیت مجلس شورای اسلامی در تصویب موافقت‌نامه‌های بین‌المللی با نگاهی به نظرهای شورای نگهبان»، مجله دانش حقوق عمومی، سال چهارم، شماره ۱۲.
۸. رنجبریان، امیرحسین؛ صیرفی، ساسان (۱۳۹۴)، «ایران و برنامه آزادی دریانوردی»، مجله حقوقی بین‌المللی، دوره ۳۲، شماره ۵۲.

پایگاه اینترنتی

۹. لهراسبی، امیر (۱۴۰۱)، «شورای نگهبان بر طلیعه صیانت از تعهدات بین‌المللی ملت»، ویژه‌نامه ناظر امین، قابل دسترسی در:

<https://www.shora-gc.ir/fa/news/8654>

Book

10. Abass, Ademola (2012), *International Law Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press.
11. Crawford, James (2012), *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press,
12. Hannikainen, Lauri (1988), *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law: Historical Development*, Finnish Lawyers' Publishing Company.
13. Lauterpacht, Hersch (2011), *The Function of Law in the International Community*, Oxford University Press;
14. LePard, Brian D. (2010). *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications (ASIL Studies in International Legal Theory)*, UK, Cambridge University Press.
15. Lindley, M. F. (1969), *The acquisition and government of backward territory in international law;: Being a treatise on the law and practice relating to colonial expansion*, Negro Universities Press.

Article

16. MacGibbon, I. I. (1953). "Some Observations on the Part of Protest in International Law", *British Year Book of International Law*
17. Noonan, Philip. (1984), "Revolutions and Treaty Termination", *Dickinson International Law Annual*, Vol. 2, No. 2.

Document

18. Agreement on the International Carriage of Perishable Foodstuffs and on the Special Equipment to be used for such Carriage (1 September 1970), Entry into force: 21 November 1976
19. Convention on limitation of liability for maritime claims (19 November 1976), Entry into force: 1 December 1986
20. CRS Report (2003). *Missile Technology Control Regime (MTCR) and International Code of Conduct Against Ballistic Missile Proliferation (ICOC): Background and Issues for Congress (CRS Report No. RL31848)*, Retrieved from Congressional Research Service website: <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/RL/RL31848/3>
21. Framework Agreement on Facilitation of Cross-border Paperless Trade in Asia and the Pacific (19 May 2016), Entry into force: 20 February 2021
22. ICJ Reports (1951), *Haya de la Torre (Colombia v. Peru)*,
23. ICJ Reports (1955), *East Timor (Portugal v. Australia)*
24. ICJ Reports (1969), *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)*

25. ICJ Reports (1986), Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)
26. Intergovernmental Agreement on Dry Ports (1 May 2013), Entry into force: 23 April 2016
27. International Agreement on Olive Oil and Table Olives (9 October 2015), Entry into force: 1 January 2017
28. Minamata Convention on Mercury (10 October 2013), Entry into force: 16 August 2017
29. United Nations Convention on the Law of the Sea (10 December 1982), Entry into force: 16 November 1994

Sites

30. <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20II/Chapter%20XXVII/XXVII-17.en.pdf>
31. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXVII17&chapter=27&clang=en#EndDec
32. https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=treaty&mtdsg_no=xi-e-3&chapter=11&clang=en
33. https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XI-B-22&chapter=11&clang=en
34. https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XIX-49&chapter=19&clang=en
35. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=UNTSOnline&mtdsg_no=X-20&chapter=10&clang=en
36. https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_isn=103159&p_lang=en

References

Book

1. Rai Dehaghi, Massoud (2013), the right to reservation on human rights documents from the perspective of public international law and Islamic international law, Imam Khomeini Educational and Research Institute Publications
2. Saed, Nader (2014), Contemporary International Law, Khorsandi Publications
3. Ziai Begdali, Mohammad Reza (2012), Law of Treaties, Ganj Danesh Publications
4. Ziai Begdali, Mohammad Reza (2014), Public International Law, Ganj Danesh Publications
5. Kekdin, Nguyen, Diyeh, Patrick, Pele, Alan (1382) Public International Law, Volume 1, translated by Hassan Habibi, ettelaat Institute Publications

Article

6..Aminzadeh, Elham, Lohrasbi, Amir (1400), Legal Basis for Defending the Ballistic Missile Capability of the Islamic Republic of Iran in the International Community, Scientific Journal of Security Horizons of Imam Hossein University (AS), Volume 14, No 51

7.Bahadri Jahormi, Ali, Fatahi Zafarqandi, Ali (2014), Review of the Ambiguities of the Islamic Consultative Assembly's Competence in Approving International Agreements with Regard to the Decisions of the Guardian, Quarterly Journal of Public Law Knowledge, Volume 4, Issue 12, No 12.

8.Ranjbarian, Amir Hossein, Sirfi, Sasan (2014), Iran and the United States Freedom of Navigation Program, International Law Review, Volume 32, No 52

Sites

9.Lohrasbi, Amir (1401), The Constitutional Council on the Protection of the International Obligations, Amin's Special Report, available at:

<https://www.shora-gc.ir/fa/news/8654>

بایسته‌های رسیدگی شورای عالی مالیاتی در مقام رسیدگی به اعتراض به آرای هیئت‌های حل اختلاف مالیاتی

آیت مولائی*^۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۲/۱۷ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۸/۰۴

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: 10.22034/qjplk.2022.1535.1432

چکیده

ماده ۲۵۶ قانون مالیات‌های مستقیم را باید مهم‌ترین ماده در این قانون دانست که در آن به صلاحیت «شورای عالی مالیاتی» در خصوص «دادرسی شبه قضایی» پرداخته شده است. به این اعتبار، این ماده محوری‌ترین ماده در مورد شأن دادرسی شبه قضایی شورای عالی مالیاتی است. نوشتار حاضر با درک چنین اهمیتی درصدد پاسخ به این سؤال برآمده است که در چارچوب ماده ۲۵۶ چه شاخصه‌هایی برای رسیدگی در شورای عالی مالیاتی پیش‌بینی شده است. در پاسخ به این سؤال، با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی، نتایجی حاصل شد که عبارت است از: اولاً، این ماده دربرگیرنده برخی معیارهای مهم اصول دادرسی منصفانه و اصول حق‌بنیاد است که ضرورت توجه به این ماده را دوچندان می‌سازد؛ ثانیاً، معیارها و ضوابط حاکم بر دادرسی در شورای عالی مالیاتی را می‌توان به سه بخش «مقدماتی» و «رسیدگی» و «اصدار رأی» تقسیم کرد؛ ثالثاً، معیارهای مقرر در این ماده مهم‌ترین شاخص‌هایی هستند که در ترسیم مرزها و محدوده‌های قانونی مربوط به صلاحیت اعضای شعب شورا و حقوق طرفین پرونده نقش دارند؛ رابعاً، منطوق و مفهوم این ماده راجع به جهات اعتراض از آرای هیئت‌های حل اختلاف مالیاتی متفاوت از سایر مواد مربوط به تجدیدنظرخواهی از آرای هیئت‌های یادشده است و این وضعیت می‌تواند یکی از موجبات سردرگمی در مورد دادرسی نزد شورا باشد. واژگان کلیدی: دادرسی شبه قضایی، شورای عالی مالیاتی، قانون مالیات‌های مستقیم، ماده ۲۵۶، معیارهای قانونی

۱. استادیار، گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران (نویسنده مسئول)

* Email: amulaee@tabrizu.ac.ir



مقدمه

امروزه دادرسی «شبه قضایی» هم پای دادرسی «قضایی» در دفاع از حقا و ترسیم مرزها و محدوده‌های مربوط به حقوق و تکالیف قانونی شهروندان نقش اساسی دارد؛ به صورتی که بخش اعظمی از اختلافات اداره با شهروندان در گام نخست توسط این گونه مراجع رسیدگی می‌شود. این گزاره می‌تواند نمودی از اهمیت مراجع شبه قضایی دادرسی در جهان مدرن باشد. در قلمرو حقوق مالی، یکی از فضاهاى مربوط به تداخل احتمالی منافع رقیب حوزه مالیات-ستانی-پردازی است. احتمال حدوث چنین اختلافی موجب شکل‌گیری مراجعی از جنس شبه قضایی در این ساحت شده است. یکی از مهم‌ترین مراجع مربوطه شبه قضایی در روابط دستگاه مالیاتی و مؤدی مالیاتی «شورای عالی مالیاتی» است. اگرچه قانون‌گذار مالیاتی برای این مرجع در ماده ۲۵۵ صلاحیت‌های گوناگونی در نظر گرفته است، در میانه این صلاحیت‌ها، یکی از موارد شایع صلاحیت مربوط به دادرسی شبه قضایی این مرجع است^۱ و به نظر می‌رسد یکی از دلایل شناختگی این مرجع نزد عامه مردم ناشی از همین شأن شورا است که بحث علمی نوشتار حاضر متمرکز بر این جنبه از شورا است. بر اساس شأن رسیدگی شبه قضایی شورا، ماده ۲۵۶ قانون مالیات‌های مستقیم مهم‌ترین ماده در این قانون است که در آن به صلاحیت شورای عالی مالیاتی در خصوص دادرسی شبه قضایی پرداخته شده است. به این اعتبار، این ماده محوری‌ترین ماده در مورد شأن دادرسی شبه قضایی شورای عالی مالیاتی است. هرچند به یک اعتبار این ماده ادامه منطقی بند ۴ ماده ۲۵۵ قانون مالیات‌های مستقیم و تکمیل‌کننده این بند و به اعتبار دیگر تکرار بخشی از ماده ۲۵۱ همین قانون است، در ادامه خواهیم دید که ماده ۲۵۶ با مواد یادشده تفاوت‌هایی دارد که شایسته توجه است. یکی از وجوه اهمیت نوشتار حاضر نیز از همین‌جا برمی‌خیزد.

در خصوص سابقه تحقیق در این مورد، تا آنجا که نویسنده اطلاع دارد، متن مستقلى که به این ماده پرداخته باشد وجود ندارد و مقاله حاضر با درک اهمیت پرداختن به ماده یادشده نوشته شده است تا از این طریق زوایای گوناگون حقوقی این ماده را روشن سازد. نوشتار حاضر درصدد است به این سؤال پاسخ دهد که در چارچوب ماده ۲۵۶ چه شاخصه‌هایی برای رسیدگی در شورای عالی مالیاتی پیش‌بینی شده است. اهمیت پاسخ به این سؤال زمانی آشکارتر می‌شود که در نظر داشته باشیم این ماده دربرگیرنده شاخص‌های مختلف در دل یک ماده است؛ مقوله‌ای که از دیدگاه اصول و فنون قانون‌گذاری محل تأمل است. زیرا در این ماده «حریم معنایی مواد قانون» (بیگزاده، ۱۳۸۷: ۱۷۲ - ۱۷۴) رعایت نشده است. در واقع،

قانون‌گذار، به سبب ناآشنایی با حریم ماده‌نویسی، موضوعات مختلف را در قالب یک ماده جمع کرده است و این وضعیت می‌تواند موجب سردرگمی ذی‌نفعان و مخاطبان ماده شود که البته پرداختن به جنبه‌های اخیر مجال دیگری می‌طلبد؛ اما به فراخور اقتضا بدان اشاره خواهد شد. در پاسخ به سؤال یادشده با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی و با تکیه بر منطق متن و مدلول ماده تلاش خواهد شد با تکیه بر دانش حقوق عمومی مهم‌ترین معیارها، اصول، ضوابط، و مفروضات قابل استخراج به بحث و فحص گذاشته شود. به نظر می‌رسد با تکیه بر معیارهای مختلف می‌توان اصول و ضوابط و مفروضات مطروحه در درون این ماده را دسته‌بندی کرد. یکی از موارد مهم معیار زمانی دادرسی است که در این نوشتار با تکیه بر این شاخص به تبیین موضوع در سه مرحله مقدماتی و رسیدگی و اصدار رأی پرداخته می‌شود. پایان‌بخش نوشتار نتیجه‌گیری خواهد بود.

۱. مرحله مقدماتی

شورای عالی مالیاتی قدمتی در حدود شش دهه دارد. این نهاد از سال ۱۳۴۲ تا امروز تحولاتی را پشت سر گذارده و در حال حاضر قانون‌گذار مالیاتی صلاحیت‌های مختلفی را برای این ارگان تعریف کرده است (← طاهری تاری، ۱۳۹۴ [ب]: ۱۸۹ - ۱۹۳؛ عبداللهی و مولایی، ۱۴۰۰: ۳۰۷). یکی از این صلاحیت‌ها رسیدگی فرجامی به اختلافات طرفین مالیات است که با مرحله مقدماتی آغاز می‌شود. این مرحله دربرگیرنده آن بازه زمانی است که یکی از طرفین پرونده به رأی صادره از هیئت‌های حل اختلاف مالیاتی معترض و خواهان تجدیدنظر در آن است. معیارها و اصول و ضوابط قابل استخراج از ماده بدین قرار است:

۱-۱. حق دادخواهی طرفین پرونده نزد شورا

شناسایی حق دادخواهی بنیاد به جریان افتادن دادرسی در شورای عالی مالیاتی است. دادخواهی، به منزله یکی از اصول حق‌بنیاد دادرسی، در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، به‌ویژه در اصل ۳۴ قانون اساسی، شناسایی شده و در این زمینه محاکم با صلاحیت عام و محاکم با صلاحیت خاص شکل گرفته است تا از رهگذر این مراجع به همه دعاوی رسیدگی شود (آیین‌نگینی، ۱۳۹۸: ۱۸۳). قلمرو چنین حقی بی‌تردید در مورد نهادهای شبه‌قضایی نیز صادق است؛ آن‌سان که در موارد مختلف رویکرد صیانت‌گرایانه شورای نگهبان در مورد «حق دادخواهی» در زمینه آرای صادره از مراجع شبه‌قضایی منعکس شده است (← درویشوند و همکاران، ۱۴۰۰: ۳۴ - ۳۷). مبرهن است که چنین حقی به «اصالت» یا به «وکالت» امکان‌پذیر است و دستورالعمل دادرسی مالیاتی شرایط استفاده از وکیل را، که مضموناً از مقررات مواد ۳۱ تا ۴۷ قانون آیین دادرسی مدنی اخذ شده است، تبیین کرده است (طاهری تاری، ۱۳۹۴ [الف]،

ج ۲: ۴۹). اما، برخلاف دادرسی مدنی، شکایت مؤدی از رأی هیئت نزد شورا موجب توقف اجرای رأی نخواهد شد؛ مگر اینکه در چارچوب ترتیبات مقرر در ماده ۲۵۹ تضمین مناسبی در این خصوص داده باشد (رستمی، ۱۳۹۲: ۱۸۳). در این زمینه، قانون‌گذار مالیاتی، به استناد ماده ۲۵۶، به هر دو طرف دعوا، اهلیت و صلاحیت شکایت نزد شورا را قائل شده است؛ هرچند به این اصل، به نوع دیگر، هم در بند ۴ ماده ۲۵۵ هم در ماده ۲۵۱ اشاره شده است. نکته قابل بیان این است که نظر به اصلاحات سال ۱۴۰۰ در ماده ۲۵۱ از طرف سازمان امور مالیاتی فقط «دادستان انتظامی مالیاتی» به عنوان «پلیس مالیاتی» (← طاهری تازی، ۱۳۹۴ [الف]: ۲۹۲) از چنین صلاحیتی برخوردار است و به‌رغم اصلاح ماده ۲۵۱ مواد مرتبط با آن، مثل ماده ۲۵۶، اصلاح نشده‌اند. از دیدگاه اصول و فنون قانون‌گذاری، یکی از بدسلیقگی‌های قانون‌گذاری در ایران این است که وقتی ماده‌ای اصلاح می‌شود قانون‌گذار زحمت اصلاح مواد مرتبط را، متناسب با ماده اصلاح‌شده، به خود نمی‌دهد. این وضعیت به بغرنج شدن تفسیر مواد قانونی می‌انجامد. البته مکانیسم «تنقیح قوانین» تا حدودی می‌تواند پیامدهای چنین آفتی را تقلیل دهد؛ آن‌سان که این وضعیت نامیمون حقوقی در این ماده مشاهده می‌شود و شایسته است قانون‌گذار مالیاتی مواد مرتبط به یک‌دیگر را متناسب با هم اصلاح کند.

ظهور شورای عالی مالیاتی در نقش دادرس نشان‌دهنده اهمیت این مرجع در منظومه دادرسی شبه‌قضایی است. سؤال این است که اگر خارج از موعد مقرر شکایتی تسلیم شده باشد تکلیف چیست؟ آیا باز هم فضایی برای استماع شکایت باقی می‌ماند؟ در پاسخ باید گفت منطوق قانون راهگشا نیست. به نظر می‌رسد با وحدت ملاک از نظر مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه بتوان به این پرسش پاسخ داد. از نظر اداره یادشده، «چنانچه دادخواست یا درخواست تجدیدنظر خارج از مهلت مقرر تقدیم شده باشد، رئیس دادگاه دستور اجرای حکم را صادر می‌نماید و این دادخواست یا درخواست تجدیدنظر را جهت اتخاذ تصمیم نهایی (صدور قرار رد) به مرجع تجدیدنظر ارسال می‌دارد.» (نظریه مشورتی شماره ۷/۸۶۶۰، مورخ ۱۳۷۴/۰۲/۱۴). بر مبنای این نظر، رأیی که قطعی شده و موعد مقرر دوماهه اعتراض منقضی شده باشد، منطوقاً باید برای اجرا به اجرائیات اداره امور مالیاتی ارسال شود. اما رسیدگی به اعتراض مؤدی باید بر مبنای حق دادخواهی به شورای عالی مالیاتی ارسال شود تا این مرجع تصمیم شایسته را اتخاذ کند. البته این اداره در رأی مشورتی دیگری اعلام کرده در رسیدگی به پرونده‌ای که «تجدیدنظرخواهی خارج از مهلت قانونی صورت گرفته ... باشد باید قرار رد تجدیدنظرخواهی صادر گردد.» (نظریه مشورتی شماره ۷/۱۸۳۳، مورخ ۱۳۷۴/۰۶/۱۸). بر این اساس، حق دادخواهی یک مفهوم رها نیست و با قیوداتی مواجه است

و دلیلی برای پذیرش هر نوع خواسته نیست که در ادامه به فراخور ظرفیت این ماده به برخی از آن‌ها اشاره خواهد شد.

در حقوق عمومی مفهوم «حق دادخواهی» با «حق استماع» مرزهای هم‌پوشان زیادی دارند و این دو یک جایی به هم می‌رسند و آن لحظه مربوط به «شنیده شدن تظلم یا اعتراض ذی‌نفع» است. به نظر می‌رسد، به یک اعتبار، حق دادخواهی حکایت از «نفس شنیده شدن» دارد، اما، حق استماع به «شنیده شدن عملی» نظر دارد؛ به صورتی که به ذی‌نفع امکان عملی شنیده شدن کتبی یا شفاهی داده می‌شود. در نتیجه، استماع ادامه منطقی دادخواهی است. در غیر این صورت، دادخواهی به مفهوم «درراه‌مانده» و «ابتر» تبدیل خواهد شد. با این توصیف، سؤال این است که آیا حق استماع نیز بر مبنای توضیحات پیشین در این ماده قابل اثبات است؟ به نظر می‌رسد نه تنها منطوق بلکه سیاق ماده ۲۵۶ مجالی برای پرداختن شایسته به موضوع بسیار مهم آیینی ذیل عنوان «حق استماع» پیدا نکرده است. البته شنیده شدن از حقوق طبیعی آیینی طرفین پرونده است و در ادامه حق دادخواهی به منزله یکی از اصول دادرسی منصفانه شایسته توجه دوچندان است؛ وضعیتی که در سایر نظام‌های توسعه‌یافته بدان توجه شده است. مثلاً در نظام دادرسی مالیاتی امریکا رعایت الزامات دادرسی منصفانه و استانداردهای قانون دادرسی اداری ضروری دانسته شده است (Hoffer & Walker, 2014: 225). اما در اینجا اثری از جایگاه مستحکم آن در ماده مشاهده نمی‌شود. این در حالی است که در ماده ۲۴۴ به این حق در هیئت‌های حل اختلاف مالیاتی پرداخته شده است. بنابراین، حق استماع محدود به شکایتی است که ذی‌نفع پرونده در چارچوب ماده ۲۵۱ به صورت کتبی به شورای عالی مالیاتی ارسال کرده است که بدین نحو در حد حق دادخواهی باقی خواهد ماند. اگر قائل به این گزاره باشیم که قانون‌گذار با سکوت خویش در این ماده در مقام بیان آمده است، ناگزیر به عدم شناسایی استماع در مرحله شورای عالی مالیاتی خواهیم بود. اما اگر از دیدگاه حق‌بنیاد به موضوع بنگریم، چنین فرض خواهد شد که «حق»ها نیازمند تصریح از سوی قانون‌گذار نیستند. در نتیجه، شورای عالی مالیاتی مکلف است این حق‌های شکلی، مثل حق شنیده شدن، را مستقل بررسی کند؛ وضعیتی که پذیرشش در عمل بسیار سخت است. زیرا، به غلط، عموماً با مانع «مجوز قانونی» مواجه می‌شود. یعنی اگر ذی‌نفعی در پرونده چنین ادعایی را بکند، اعضای شورا برای خود چنین تکلیفی را احساس نمی‌کنند؛ مگر اینکه امیدوار باشیم دیوان عدالت اداری به عنوان مرحله نهایی دفاع از «حق»ها از چنین حقی دفاع کند.

۱-۲. معیار زمانمندی حق شکایت

گرچه حق شکایت در این ماده و به حکایت عمومات قانونی شناسایی شده است و از این

حیث اساس حق دادخواهی پذیرفته شده است، در این گونه دادخواهی، همانند سایر دادخواهی‌ها، محدوده زمانی برای آن تعریف شده است. بنابراین، با فرض محدودیت زمانی حق شکایت مواجه هستیم. به استناد عبارت «در موعد مقرر»، طرفین پرونده برای احقاق حقشان باید بازه زمانی تعیین شده از طرف قانون‌گذار را رعایت کنند. بنابراین، در چارچوب این فرض، طرفین پرونده صرفاً در بازه زمانی تعیین شده می‌توانند شکایت خود را به شورای عالی مالیاتی تقدیم کنند و عدم رعایت این بازه زمانی موجب زایل شدن حق شکایت آن‌ها خواهد شد. الزام متناظر با رعایت بازه زمانی، به یک اعتبار، برای پاسداشت ساختاری «حق» هاست و همچنین مبتنی بر لزوم تعیین تکلیف مسائل حقوقی در مدت زمان مشخص است. در غیر این صورت، امنیت حقوقی - قضایی و اعتماد عمومی به دادرسی شکل نخواهد گرفت یا از بین خواهد رفت. بدیهی است «تعیین مهلت تجدیدنظر منحصرأً مشخص کردن مدتی است که پس از آن تجدیدنظرخواهی مسموع نخواهد بود.» (شمس، ۱۳۸۳: ۳۶۸). همچنین، باید توجه داشت که شروع «موعد مقرر» در این ماده از تاریخ ابلاغ رأی هیئت حل اختلاف مالیاتی است؛ چنان که محکمه عالی انتظامی قضات در یکی از آرای صادره‌اش به این موضوع بدین شکل تصریح کرده است: «شروع مهلت استینافی از تاریخ حکم محسوب است نه اعلام رأی.» (رأی شماره ۱۰۵۷، مورخ ۱۳۱۱/۰۲/۱۰). بنابراین احتساب مدت از تاریخ اعلام رأی اعتباری ندارد. از آنجا که رأی یادشده آیینی است و فاقد خصوصیت، در نتیجه مدلول آن بر آرای صادره از هیئت‌ها نیز ساری و جاری است. به علاوه، با وحدت ملاک از رأی شماره ۳۰/۵۴۷۴ مورخ ۱۳۷۳/۱۱/۲۹ صادره از شورای عالی مالیاتی، می‌توان گفت انقضای مهلت قانونی مقرر از سوی قانون‌گذار موجب سقوط حق اعتراض به رأی صادره از هیئت حل اختلاف مالیاتی خواهد بود (← میرکمانداری و سلطانی‌نژاد، ۱۳۹۹: ۲۳۵ - ۲۳۶).

۱ - ۳. حق شکایت مبتنی بر نقض اصل قانونی بودن

حق شکایت را می‌توان مهم‌ترین حق مؤدی مالیاتی به شمار آورد (رستمی، ۱۳۸۸: ۱۲۲)؛ به نحوی که نفی این حق نفی کلیت حقوق مؤدی در برابر دستگاه مالیاتی را در پی خواهد داشت. با این حال، چنین حقی را نباید مفهومی رها در دست مؤدی به شمار آورد. از جمله محدودیت‌های معقول وارده بر حق شکایت معیار قانونی بودن است. این مفهوم، که خوانشی شکل‌گرا از مفهوم حکومت قانون است، مفهوم اخیر را در لایه مطابقت با هنجارهای آیینی فرض می‌کند (Goldsworthy, 2001: 64). به استناد عبارت «صراحتاً یا تلویحاً ادعای نقض قوانین و مقررات موضوعه یا ادعای نقض رسیدگی»، طرفین دعوا در مقام شکایت نزد شورا زمانی از این حق برخوردارند که ادعا کنند هیئت حل اختلاف مالیاتی مربوطه اصل قانونی

بودن را نقض کرده است. در چنین شرایطی، طرفین می‌توانند شکایت خود را نزد شورا مطرح کنند. بر این مبنا، باید طرف مدعی ادعای خود را، نه بر بنیاد امور دلبخواه یا برداشت‌های فردی، بلکه، مبتنی بر قراین و شواهدی که حاکی از نقض قوانین و مقررات است بنیاد گذارد؛ به نحوی که چنین ادعایی مبین نفی حق قانونی وی یا تحمیل تکلیف غیر قانونی یا فراقانونی باشد. به نظر می‌رسد گذار از وجه شکلی حکومت قانون به جنبه حق بنیاد آن می‌تواند ظرفیت جدیدی را پیش روی مؤدیان مالیاتی بگشاید و از این طریق امکان بیشتری برای اعتراض به آرای هیئت‌های حل اختلاف مالیاتی نزد شورای عالی مالیاتی داشته باشند. بدیهی است «قانون» بنیاد اداره مدرن است و نفی چنین بنیادی به چالش کشاندن فلسفه وجودی اداره مدرن خواهد بود و عدم توجه شورا به این موضوع نفی فلسفه وجودی اداره امور مالیاتی را در پی خواهد داشت. باید توجه داشت که اصل قانونی بودن «به عنوان مبنای حقوق و تکالیف مالیاتی ... است. در نتیجه این اصل قانون مبنای منحصر مطالبه مالیات بوده و قلمرو حقوق و تعهدات مالیاتی متأثر از تفسیر آن توسط دادرس و مقامات اجرایی است.» (شهنیایی، ۱۴۰۱: ۵۰۹ - ۵۱۰). در این زمینه، اصل یادشده از جمله اصول کلی حقوقی برای نیل به عدالت حقوقی مالیاتی فرض شده است (← طاهری تازی، ۱۳۹۳ [الف]: ۱۲۳). بنابراین، همه موضوعان دعوا، اعم از طرفین پرونده و دادرس مالیاتی، محاط در قانون فرض می‌شوند و فراتر از این اصل حکمی که طرفین را محق یا مکلف سازد قابل پذیرش نیست. این فرض در رویه شورای عالی مالیاتی به فراخور موضوع مطروحه مورد تصریح قرار گرفته است؛ آن‌سان که رأی شماره ۵۰۱۱۰۲/۳۰ مورخ ۱۳۶۸/۰۴/۲۸، صادره از هیئت عمومی شورای عالی مالیاتی، مفروضاً به ابتنای شاخص «قانونی بودن» صادر شده است یا در رأی شماره ۱۹۱۴۱/۴/۳۰ مورخ ۱۳۶۸/۱۱/۱۵، صادره از همان هیئت، مستثنا نبودن شرکت ملی نفت ایران و سایر شرکت‌های تابعه وزارت نفت از معافیت قانونی مورد تصریح قرار گرفته است. در رأی دیگری به شماره ۱۶۳۷۳/۴/۳۰ مورخ ۱۳۶۸/۱۰/۱۰، معافیت مغایر با «مقررات قانون مالیات‌های مستقیم» نفی شده است.

۱ - ۴. فرض امکان شکایت از آرای قطعی

اگر بتوان امکان شکایت و اعتراض به آرای هیئت‌ها را سازوکاری در جهت «به چالش کشاندن دوباره دادرسی انجام‌شده» (السان و ضرونی، ۱۳۹۷: ۹۵) فرض کرد، چنین امکانی با محدودیت مواجه است. در واقع، محدودیت معقول دیگر وارده به قلمرو حق شکایت از آرای هیئت‌های حل اختلاف مالیاتی «قطعیت» رأی است. به استناد ماده ۲۵۶، صرفاً از آن دسته آرا می‌توان نزد شورای عالی مالیاتی شکایت کرد که اولاً از طرف هیئت‌ها صادر شده باشند؛ ثانیاً

صلاحیت زمانی مراجع دیگر به انتها رسیده باشد، به نحوی که مرجع دیگر صلاحیت رسیدگی نداشته باشد؛ ثالثاً رأی قطعی شده باشد (مقصود از قطعیت در اینجا تمرکز بر پایان مواعد تعیین شده در ماده ۲۴۷ قانون مالیات‌های مستقیم است که به درستی از منطبق عقلی تبعیت کرده است. در نتیجه، در اینجا مفهوم قطعیت رأی با تکیه بر مدلول ماده اخیر مورد خوانش است)؛ رابعاً قانون‌گذار مالیاتی در تبصره ۴ این ماده آرای قطعی هیئت‌های حل اختلاف مالیاتی را، به استثنای مواردی که رأی هیئت حل اختلاف مالیاتی بدوی با عدم اعتراض مؤدی یا مأمور مالیاتی مربوط قطعیت می‌یابد، برابر مقررات ماده ۲۵۱ این قانون، قابل شکایت و رسیدگی در شورای عالی مالیاتی دانسته است و بدین ترتیب از هر رأی قطعی نیز امکان شکایت وجود ندارد، مگر در چارچوب ماده ۲۵۱؛ خامساً به صراحت تبصره ۶ از همین ماده، اگر شکایت مؤدیان مالیاتی از آرای هیئت‌های بدوی از طرف هیئت حل اختلاف مالیاتی تجدیدنظر رد شود و همچنین در مواردی که شکایت از آرای هیئت‌های تجدیدنظر از طرف شعب شورای عالی مالیاتی مردود اعلام شود، برای هر مرحله معادل ۱ درصد (۱٪) تفاوت مالیات موضوع رأی مورد شکایت و مالیات ابرازی مؤدی در اظهارنامه تسلیمی هزینه رسیدگی تعلق خواهد گرفت که مؤدی مکلف به پرداخت آن خواهد بود. بدیهی است این تمهیدات برای پیشگیری از طرح دعاوی واهی در شورای عالی مالیاتی است؛ سادساً امکان شکایت از آرای «غیر قطعی» هیئت‌ها فقط از طریق «حوزه مالیاتی مربوط یا قسمت وصول و ابلاغ و خدمات مالیاتی» مربوطه امکان‌پذیر است. این موضوع به صراحت در رأی شماره ۳۷۰۰/۴/۳۰، مورخ ۱۳۷۶/۰۴/۰۸، صادره از هیئت عمومی شورای عالی مالیاتی آمده است. اما امکان شکایت از رأی «قطعی» به صراحت منطوق ماده ۲۵۱ در شورای عالی مالیاتی خواهد بود.

۱- ۵. اصل استدلالی یا استنادی بودن دعوی

به استناد منطوق ماده، طرفین پرونده مکلف‌اند در مقام اقامه شکایت دلایل یا اسناد یا مدارک خود را ضمیمه شکایت خود کنند. به بیان دیگر، در چارچوب این اصل، زمانی که یکی از طرفین پرونده از آرای هیئت‌های حل اختلاف مالیاتی شکایتی را نزد شورا مطرح کند، اولاً چنین شکایتی به صراحت منطوق ماده باید مبتنی بر «دلایل کافی» باشد (رستمی و کاظمی، ۱۳۹۸: ۱۰۸۲). بنابراین هر دلیلی کافی نیست، بلکه دلیل باید واجد وصف «کافی» بودن باشد که البته احراز آن با اعضای شعبه شورا خواهد بود. ثانیاً در پاسخ به این سؤال که ادله اثبات دعوا در چارچوب این نوع از رسیدگی چیست، قانون‌گذار مسیر راهگشایی را ارائه نداده است. این در حالی است که در دادرسی مدنی قانون‌گذار از پیش ادله اثبات دعوا را بیان کرده و حقوقدانان به شایستگی در آثار خودشان به آن‌ها پرداخته‌اند و راجع به «اسناد، گواهی،

سوگند (قسم)، اقرار، کارشناسی، معاینه محل، تحقیقات محلی، و اماره» (مثلاً ← شمس، ۱۴۰۱ [ب]: ۱۳۴ - ۳۶۲) به صورت مفصل توضیح داده‌اند. ثالثاً پرونده در چارچوب قانون به یکی از شعب شورا ارجاع خواهد شد و ترکیب اعضای شعب در قانون مشخص شده است (← عبداللهی و مولاییگی، ۱۴۰۰: ۳۰۷ - ۳۰۹) و شعبه رسیدگی‌کننده بر مبنای دلایل یا مدارک طرفین شروع به رسیدگی خواهد کرد. در نتیجه، با وضعیت الزام طرفین دعوا به ارائه «دلایل» یا «اسناد و مدارک» روبه‌رو هستیم. سؤال این است که اگر یکی از طرفین بدون پیوست کردن دلایل یا مدارک و اسناد اقدام به تقدیم شکایت نزد رئیس شورا کند، آیا چنین شکایتی قابل استماع خواهد بود؟ در پاسخ دو فرض مطرح است:

فرض نخست: پاسخ از دیدگاه منطوق‌محور. نص ماده مقرر داشته است: «هرگاه ... شکایتی ... واصل شود که ضمن آن با اقامه دلایل یا ارائه اسناد و مدارک صراحتاً یا تلویحاً ادعای نقض قوانین و مقررات موضوعه یا ادعای نقض رسیدگی شده باشد، رئیس شورای عالی مالیاتی شکایت را جهت رسیدگی به یکی از شعب مربوطه ارجاع خواهد نمود.» از این منظر، مقدمه واجب به جریان افتادن شکایت در این مرحله منضم کردن دلایل یا مدارک و اسناد به شکایت است. در غیر این صورت، شکایت قابل استماع نخواهد بود. پذیرش این فرض مفروضاً به معنای شناسایی تحدید حق شکایت اشخاص است که در این صورت با مقصود قانون‌گذار اساسی بدان نحو که در اصل ۳۴ به عنوان حق مطرح شده است در تغایر قرار می‌گیرد.

فرض دوم: پاسخ از چشم‌انداز مفهومی. بر مبنای این نگرش، از آنجا که «حق شکایت» مفهومی حق‌بنیاد است، هیچ قید دیگری نمی‌تواند این حق را نفی کند یا به محاق ببرد. در نتیجه، شکایت هر یک از طرفین پرونده، به صرف ارائه آن توسط هر یک از طرفین پرونده، باید دریافت شود و امور اداری و اجرایی آن به جریان افتد و به شعبه مربوطه ارجاع شود. این اعضای شعبه هستند که در جریان رسیدگی به شکایت اگر در پرونده با فقدان مدارک و اسناد یا دلایل روبه‌رو شدند شکایت را رد می‌کنند.

هرچند فرض دوم ظرفیت همدلی بیشتری دارد، فارغ از اینکه کدام فرض را بپذیریم، نتیجه واحد است و آن اینکه رعایت مدلول این اصل از مقدمات واجب رسیدگی به پرونده‌های مالیاتی در شورای عالی مالیاتی است. در غیر این صورت، پرونده بدون اینکه امکان ورود به مراحل جدی را پیدا کند مختومه خواهد شد. با این حال، از دیدگاه حق‌بنیاد، آن‌سان که اداره حقوقی قوه قضاییه به درستی در یکی از نظرات مشورتی‌اش اعلام کرده است: «عدم ذکر جهات تجدیدنظرخواهی یا پیوست نکردن دلایل و مستندات در نتیجه تجدیدنظرخواهی می‌تواند مؤثر باشد. ولی در هر حال پرونده باید برای رسیدگی به مرجع تجدیدنظر فرستاده

شود.» (نظریه مشورتی شماره ۷/۸۶۰۰، مورخ ۱۳۷۴/۰۲/۱۴). بر این مبنا، ادبیات منطوقی قانون‌گذار مالیاتی در این ماده موافق اصول حق‌بنیاد دادرسی نیست.

۲. مرحله رسیدگی

بازه زمانی رسیدگی به پرونده مهم‌ترین مرحله در میان مراحل دادرسی است. زیرا در این بخش است که دادرسان پرونده با تکیه بر محتویات پرونده اقدام به رسیدگی و رفع اختلاف می‌کنند. به این اعتبار، این مرحله از دیدگاه عدالت و انصاف محوری‌ترین قسمت دادرسی است که با موضوع ارجاع پرونده به شعب آغاز می‌شود و تا پیش از اصدار رأی ادامه دارد. با نگاهی با منطوق و مفروض ماده، می‌توان به چند مورد اشاره کرد:

۲-۱. اصل صلاح‌دیدگی بودن تقسیم پرونده‌ها

از صلاحیت‌های اختیاری رئیس شورا تقسیم پرونده‌ها میان شعب است. این اختیار از شئون مدیریتی ریاست شورا است و امر اداری شناخته می‌شود. البته ممکن است در مقام عمل آثار حقوقی در حوزه دادرسی مالیاتی داشته باشد؛ اما، در نفس امر، یک موضوع مدیریتی و اداری و اجرایی است. هرچند در متن ماده به اختیار صلاح‌دیدگی رئیس شورا تصریح نشده است، با وحدت ملاک از ماده ۵۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، می‌توان فرض بالا را قوت بخشید.

۲-۲. اصل صلاحیت ذاتی شورا در دادرسی مالیاتی

صلاحیت ذاتی یا مطلق، که در برابر صلاحیت نسبی مطرح است، با در نظر گرفتن «صنف»، مراجع را به دو دسته قضایی و اداری تقسیم می‌کند (حیاتی، ۱۳۸۴: ۱۹ - ۲۰). بر مبنای این تقسیم‌بندی، شورای عالی مالیاتی را باید در دسته مراجع اداری فرض کرد که واجد صلاحیت ذاتی رسیدگی به پرونده‌های مالیاتی در چارچوب ماده ۲۵۶ هستند. البته در مقام شک در صلاحیت این مرجع باید حکم به صلاحیت مراجع عام (دادگستری، موضوع اصل ۱۵۹) داد؛ آن‌سان که در آرای مختلف دیوان عالی کشور به این موضوع توجه شده است. مثلاً در رأی شماره ۴۰، مورخ ۱۳۶۰/۱۱/۱۹، آمده است: «دادگستری مرجع تظلمات عمومی است». با در نظر گرفتن اینکه منطوق ماده ۲۵۶ راه هر گونه شک در صلاحیت ذاتی این مرجع را منتفی ساخته است، ابهامی در این خصوص موجود نیست. در این زمینه، به استناد اصل صلاحیت ذاتی، رسیدگی به پرونده نه از شئون رئیس شورا بلکه از شئون شعب است. بنابراین، وی صرفاً می‌تواند، در چارچوب اختیارات مدیریتی‌اش و بنا به اقتضای اداره، پرونده‌ها را متناسب با وضعیت شعب به یکی از آن‌ها ارجاع دهد. اما هیچ‌گونه اختیار یا اقتداری در جریان دادرسی مالیاتی ندارد. به بیان دیگر، «صلاحیت تقسیم پرونده‌ها» هیچ ربطی به «صلاحیت ذاتی

شعب در دادرسی مالیاتی» ندارد. با این حال، باید توجه داشت که هرچند در لایه نظر مقوله تقسیم پرونده‌ها، به مثابه امر مدیریتی، ربطی به دادرسی مالیاتی ندارد، با در نظر گرفتن ذهنیت و شیوه برخورد اعضا با موضوعات پرونده‌ها، چنین تقسیمی می‌تواند تأثیر غیرمستقیم و چه بسا جدی بر جریان رسیدگی پرونده‌ها داشته باشد.

۲-۳. اصل صلاحیت شکلی شورا در دادرسی مالیاتی

به صراحت ماده ۲۵۶، گستره صلاحیت شورا محدود به موارد شکلی و آیینی است و شورا صلاحیت ورود به ماهیت پرونده‌ها را ندارد. با این حال، شکلی بودن رسیدگی در اینجا به معنای رسیدگی اولیه از سوی شورا است و شورا حسب مورد اگر اقدام به نقض رأی صادره از هیئت حل اختلاف مالیاتی و ارجاع پرونده به هیئت هم‌عرض کند، مرجع یادشده اقدام به رسیدگی نهایی یا همان ماهوی می‌کند. نکته این است که در این‌گونه رسیدگی رأی صادره از هیئت هم‌عرض لاجرم با رأی هیئت قبلی یکسان نخواهد بود (← منصوریان و چشم‌پیام، ۱۳۹۲: ۱۱۶). قانون‌گذار در ماده ۲۵۶ با اشاره به عبارت «بدون ورود به ماهیت» دعوا تصریحاً شورا را از ورود به ماهیت دعوا منع کرده است. به یک اعتبار، صلاحیت این مرجع، با وحدت ملاک از مراجع فرجامی، محدود به این است که آیا در دادگاه پایین قانون اجرا شده است؛ بنابراین، رأی فقط «از نظر اجرای قانون» (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۱۵۹) ارزیابی می‌شود. یعنی «آیا رأی دادگاه مطابق قانون صادر شده است یا خیر» (متین‌دفتری، ۱۳۴۸: ۶۱۳). بنابراین، شورا به استناد عبارت «صرفاً از لحاظ رعایت تشریفات و کامل بودن رسیدگی‌های قانونی و مطابقت مورد با قوانین و مقررات موضوعه» فقط صلاحیت شکلی دارد. در نوشته‌ای از این صلاحیت تعبیر به «اعلام نظر مقدماتی» (عبداللهی و مولاییگی، ۱۴۰۰: ۳۰۹) شده است که قرار است در یکی از شعب هیئت‌های حل اختلاف مالیاتی «حکم نهایی» (عبداللهی و مولاییگی، ۱۴۰۰: ۳۰۹) صادر شود. به نظر می‌رسد این تعبیر خالی از اشکال نیست. زیرا در ماده ۲۵۷ مقرر شده است: «در مواردی که رأی مورد شکایت از طرف شعبه نقض می‌گردد پرونده امر جهت رسیدگی مجدد به هیئت حل اختلاف مالیاتی دیگر ارجاع خواهد شد و ... هیئت حل اختلاف مالیاتی ... مجدداً به موضوع مالیاتی، بر طبق فصل سوم این باب و با رعایت نظر شعبه شورای عالی مالیاتی، رسیدگی و رأی مقتضی می‌دهد». بر این اساس، رأی مبتنی بر جنبه شکلی صادره از شورا برای شعبه صلاحیت‌دار هیئت حل اختلاف مالیاتی «خط‌مشی‌ساز و اساسی» است و منطقی‌تاً نباید شعبه مربوطه تالی از منطق رأی صادره از شعبه عالی استنکاف ورزد. جالب این است که قانون‌گذار واژه «صرفاً» را آورده است. این واژه گویای تأکید قانون‌گذار به این جنبه از صلاحیت شورا است؛ هرچند به نظر می‌رسد دست‌کم در مواردی تفکیک این دو و استقلال

این دو از هم در دادرسی با مشقت فراوان روبه‌رو باشد.

مشاهده می‌شود که منطوق ماده ۲۵۶ شکل را از ماهیت تفکیک کرده است. این تفکیک به‌ظاهر ساده البته می‌تواند چالش‌هایی در پی باشد. مسئله این است که دادرسان در مقام عمل چگونه می‌خواهند بین دادرسی شکلی و ماهوی تفکیک قائل شوند. با در نظر گرفتن اینکه عموم اعضا غیر حقوقدان هستند و به‌ویژه با توجه به عبارت سوم، یعنی «مطابقت مورد با قوانین و مقررات موضوعه»، ممکن است مطابقت مورد با قوانین و مقررات موضوعه دادرس را وادار به ورود در ماهیت دعوا کند. به نظر می‌رسد چنین ورود کردنی ایراد اساسی نداشته باشد. اما اعضا مجاز نیستند پرونده را بر مبنای ایراد ماهوی نقض کنند. البته حدوث چنین وضعیتی می‌تواند به یک اعتبار به معنای طغیان «مفهوم» علیه «منطوق» باشد. زیرا منطوق ماده به‌صراحت به ممنوعیت ورود در «ماهیت» حکم داده است. این وضعیت می‌تواند به مثابه پدیده پارادوکسیکال جلوه کند. بنابراین، در مقام عمل، دست‌کم در برخی از پرونده‌ها، تفکیک بین این دو از هم سخت است و چه‌بسا با امتناع روبه‌رو باشد و دادرسان پرونده جهت احراز مسائل شکلی ناگزیر از بررسی جنبه‌هایی از ماهیت پرونده باشند. در این صورت، منطوقاً باید پذیرفت آن جنبه از ماهیت پرونده ادامه ضروری مسائل شکلی است، به نحوی که فهم مسئله شکلی منوط به بررسی «بخشی» از ماهیت دعواست. در اینجا ناگزیر باید پذیرفت که شعبه مربوطه صلاحیت ورود «استثنایی» و «موردی» و «بخشی» به ماهیت پرونده را خواهد داشت. حدوث چنین وضعیتی گویای قیام مفهوم علیه منطوق است و می‌تواند انقلابی در جمله تلقی شود. به نظر می‌رسد اعضای شعبه در این‌گونه موارد واجد صلاحیت «بررسی» ماهیت پرونده برای فهم درست و دقیق موارد مربوط به امور شکلی پرونده باشند. زیرا قانون‌گذار این مقوله را آشکارا نفی نکرده است و منطوقاً ممنوعه ماده «ورود» به ماهیت و «رسیدگی» به این جنبه از پرونده است. بنابراین، اگر پرونده مقتضی «بررسی بدون رسیدگی» در ماهیت دعوا باشد، اعضای شعب لاجرم آن را بررسی خواهند کرد. اما، به صراحت منطوق ماده، صلاحیت ورود جهت رسیدگی را نخواهند داشت؛ امری که در مقام عمل با مشقت روبه‌روست.

۲-۴. فرض صلاحیت معین شورا

به یک اعتبار، قلمرو صلاحیت شکلی شورا محدود به موارد سه‌گانه مصرح در ماده است:

۱. رعایت تشریفات در برابر نقض تشریفات؛ ۲. کامل بودن رسیدگی‌های قانونی در برابر ناقص بودن رسیدگی‌های قانونی؛ ۳. مطابقت مورد با قوانین و مقررات موضوعه در برابر عدم مطابقت مورد با قوانین و مقررات موضوعه.

ملاحظه می‌شود که گستره شکلی صلاحیت شورا محدود به همین موارد سه‌گانه است و شورا

خارج از این سه مورد نمی‌تواند در خصوص پرونده‌ها اظهار نظر کند. به این اعتبار، این نهاد مرجع فرجامی رسیدگی به پرونده‌های مربوط به اختلاف مالیاتی میان مؤدی و دستگاه مالیاتی به شمار می‌آید (غفارزاده، ۱۴۰۰: ۶۱)؛ هرچند می‌توان تفسیری دیگر از این موضوع داشت.^۲

در ارتباط با مقوله رعایت تشریفات، سؤال این است: آیا هر نقض تشریفاتی قابلیت نقض پرونده را دارد؟ دو فرض مطرح است. فرض نخست: فرض وابستگی تشریفات. اگر به فلسفه وجودی الزامات شکلی توجه کنیم، می‌توان گفت هر نقض شکلی قابلیت نقض پرونده را نخواهد داشت؛ مگر اینکه نقض تشریفات در نتیجه‌گیری و غایت رأی تأثیر داشته باشد و آن را احتمالاً عوض یا وارونه کند یا تغییر دهد یا بر ماهیت دعوا تأثیر بگذارد. بنابراین، دادرسان این‌گونه پرونده‌ها باید به این موضوع توجه کنند که به آن دسته از نقض‌های شکلی توجه داشته باشند که احتمالاً بر ماهیت پرونده تأثیر می‌گذارند. در این صورت، شایسته و بایسته خواهد بود که شورا پرونده را نقض کند و به مرجع هم‌عرض بفرستد تا مجدداً به آن رسیدگی شود تا احقاق حق صورت بگیرد. فرض دوم: استقلال شکل از ماهیت. اگر قائل به اصالت شکل در حقوق عمومی باشیم و منطوق ماده را در نظر بگیریم، پاسخ سؤال مطرح‌شده مثبت خواهد بود. چون تشریفات امری مستقل است و در نتیجه بدان به منزله معیار مستقل، نه به مثابه شاخص تکمیلی یا وابسته، نگریسته می‌شود. این وضعیت به نوعی در آیین دادرسی مدنی نیز مورد تأیید است؛ منوط به اینکه قانون‌گذار چنین وضعیتی را پیش‌بینی کرده باشد. مثلاً در ارتباط با تشریفات و شرایط دادخواست (ماده ۵) این وضعیت مورد تأیید و توجه حقوقدانان (← محسنی، ۱۳۹۳: ۱۴۲ - ۱۴۳) و آرای از دیوان عالی کشور (رأی شماره ۱۱، مورخ ۱۳۲۷/۰۱/۱۱، شعبه ۸ دیوان عالی کشور) قرار گرفته است.

به نظر می‌رسد اقتضای حق‌بنیادی دادرسی شبه‌قضایی دفاع از فرض دوم باشد. در غیر این صورت، مقوله «تشریفات و لزوم رعایت آن» به مفهومی حاشیه‌ای و چه‌بسا میان‌تهی تبدیل می‌شود. دومین سؤالی که در اینجا قابل طرح است این است که آیا هر نقصانی در دادرسی مالیاتی قابلیت نقض دارد؟ پاسخ منطقی به این سؤال مثبت است. در واقع، در اینجا اعضای رسیدگی‌کننده باید توجه خود را معطوف بر این سازند که آیا نقصان در رسیدگی هیئت ناقض یکی از اصول حقوقی، مثل اصل استماع، شده است یا خیر؟ یا نقصان در دادرسی بر ماهیت دعوا و بر نتیجه رأی تأثیرگذار بوده است یا خیر؟ پاسخ مثبت به هر یک از این سؤالات اعضای شعب را موظف به نقض رأی صادره از هیئت‌ها خواهد کرد. در غیر این صورت، بایسته است که رأی صادره از هیئت‌ها از سوی شورا تأیید شود. همچنین، اگر نقص رسیدگی مربوط به موضوعی از موضوعات داخل در محدوده صلاحیت‌های تکلیفی هیئت‌ها بوده و

مورد توجه اعضا نبوده، باز هم رأی بایسته نقض خواهد بود.

سومین سؤال این است که آیا هر عدم مطابقتی زمینه‌ساز نقض رأی صادره از مرجع تالی است یا خیر؟ نگاهی به ماده گویای این نکته است که قانون‌گذار مالی بر لزوم مطابقت مورد با قوانین و مقررات موضوعه تصریح داشته است. چنین نگاهی از دیدگاه پوزیتیویستی موجب این فرض می‌شود که قانون‌گذار شمول قوانین و مقررات موضوعه مربوطه مالیاتی را جامع و مانع تلقی کرده است. به این اعتبار، مفروض آن است که قوانین و مقررات مربوطه برای هر وضعیتی پاسخ‌مکفی و بسنده دارد و بدین وسیله اعضای هیئت‌ها مکلف‌اند، در مقام اصدار رأی، عمل خود را مطابق با قوانین و مقررات مربوطه تنظیم کنند. بنابراین، طرفین به ادعای نقض اصول حقوقی عام یا خاص توسط هیئت‌ها نمی‌توانند مستقلاً نزد شورا شکایت کنند. این سبک از پوزیتیویسم حقوقی نمی‌تواند نکته مثبتی برای قانون‌نویسی باشد. چون موجب انجماد قضایی و قانونی می‌شود. به نظر می‌رسد در مقوله سوم ماده ۲۵۶، قانون‌گذار با آوردن واژه «موضوعه» بیش از پیش در دامن پوزیتیویسم حقوقی افتاده است و این وضعیت می‌تواند قدرت استنباط و قدرت نوآوری و ابتکاری دادرسان مالیاتی را به شدت کاهش دهد و آن‌ها را به ماشین‌های اجرایی و اداری دستگاه مالیاتی تقلیل دهد که در این صورت اعضای شورا فاقد هر گونه نقش پیش‌ران در انجام دادن بهینه وظایف قانونی خودشان می‌شوند. از این حیث، شایسته است قانون‌گذار کلمه «موضوعه» را از ماده ۲۵۶ حذف کند تا بدین وسیله دست دادرسان جهت رسیدگی عادلانه باز باشد. چون وقتی این واژه حذف شود دادرسان پرونده‌ها متن قانون را با روح قانون و با فلسفه وجودی قانون و با غایت‌های برتر انسانی، مثل عدالت و انصاف، مطابقت خواهند داد و مطابق آن غایت‌های برتر متن را بازنگری و تفسیر خواهند کرد. به بیان دیگر، اگر واژه «موضوعه» را حذف کنیم، زمینه برای اینکه متون و اسناد با اصول کلی حقوقی هم‌سو باشند فراهم خواهد شد و بین متون بی‌جان و غایت‌های عالی قضاوتی، که همانا عدالت و برابری است، پیوندی وثیق و حتمی ایجاد خواهد شد و زمینه برای اتصال متون بی‌جان به هدف‌های برتر و والای انسانی فراهم خواهد آمد. در غیر این صورت، دادرسان حاضر در این شعب به ماشین‌هایی تبدیل خواهند شد که سخن‌گوی قانون‌گذار هستند و این سبک از دادرسی به نظر می‌آید با الزامات و اقتضائات قرن بیست و یک فاصله معنادار داشته باشد. نگاهی به اسناد «موضوعه» مالیاتی در ایران گویای آن است که در آن‌ها به عدالت و برابری میان مؤدیان توجه شده و در این خصوص تمهیداتی پیش‌بینی شده است (← ظاهری تاری، ۱۳۹۳ [الف]: ۱۶۳ - ۱۶۹).

نکته پایانی دربارهٔ فروض پیش‌گفته این است که در صورتی که رأی صادره از سوی

هیئت‌ها را شعب شورا نقض کنند، پرونده به هیئت هم‌عرض جهت رسیدگی ارجاع خواهد شد و هیئت یادشده مکلف است مطابق نظر اعضای شورا به پرونده رسیدگی کند. در غیر این صورت، مطابق بخشنامه شماره ۳۰/۴۷۴۱/۱۳۰۹۴، مورخ ۱۳۶۹/۰۳/۳۰، صدور رأی خلاف نظر شعبه شورای عالی مالیاتی تخلف انتظامی محسوب خواهد شد (منصوریان و چشم‌پیام، ۱۳۹۲: ۱۱۵) و به لحاظ منطبق حقوقی رأیی که شرایط یادشده را نداشته باشد از اعتبار قانونی برخوردار نیست.

۲- ۵. اصالت شکل در دعاوی مالیاتی

مفروض ماده ۲۵۶ بر فرض اصالت شکل استوار شده است. در نتیجه، هر بخشی مستقل از سایر عناصر موضوع بحث خواهد بود. بر این مبنا، نقض هر یک از موارد مذکور در ماده مستقلاً از موجبات رسیدگی در شورا و نقض رأی هیئت‌ها توسط شعبه صلاحیت‌دار شورای عالی مالیاتی خواهد بود. در واقع، برای نقض آرای صادره از هیئت‌ها ضرورتی ندارد که هر سه مورد از موارد سه‌گانه موضوع ماده ۲۵۶ احراز شود و همین که یکی از موارد سه‌گانه احراز شود کافی است که اعضای شورا رأی لازم را جهت نقض رأی صادره از هیئت‌ها صادر کنند. با این حال، به نظر می‌رسد مفهوم اصالت شکل را نباید مطلق فرض کرد؛ بلکه شکل‌ها به دو دسته قابل تقسیم‌اند.

نخست، شکل‌های اساسی. این دسته از شکل‌ها ممکن است: الف) ناظر بر حق ذی‌نفع باشند، به نحوی که توجه نکردن بدان موجب به خطر افتادن احتمالی یا قطعی حق وی شود؛ ب) در دسته موارد مربوط به نظم عمومی باشند؛ پ) به صراحت قانون مربوطه لزوم رعایت آن‌ها مورد تصریح قرار گرفته باشد. مثلاً در اصل ۱۵ قانون اساسی بر لزوم رعایت زبان رسمی در مکاتبات، همچون آرای دادگاه‌ها، تصریح شده است که رعایت آن از سوی موضوعان دعوا توسط برخی نویسندگان «آمره» (بهشتی و مردانی، ۱۳۸۵: ۲۹) فرض شده است. در ارتباط با هر سه دسته اخیر، لزوم رعایت مسائل شکلی لازم است. در غیر این صورت، رأی صادره از هیئت‌ها به‌درستی از طرف شورای عالی مالیاتی نقض خواهد شد.

دوم، شکل ارشادی یا صلاح‌دید. این دسته از شکل‌ها در دسته موارد غیرمهم قرار دارند و عموماً یا در دسته صلاح‌دید اعضای هیئت‌ها قرار می‌گیرند یا موارد ارشادی به شمار می‌آیند؛ به نحوی که هر دوی آن‌ها نوعاً یا به صورت موردی بر حقوق ماهوی طرف ذی‌نفع مؤثر نباشند و در غیر این صورت حقاً باید مورد توجه اعضای شورا باشند.

چ ۲- ۶. فرض محدودیت قلمرو صلاحیتی شعب به نقض رأی یا رد شکایت

در چارچوب این اصل، شعب شورا صلاحیت رسیدگی شکلی دارند، اما، صلاحیت آنها محدود به دو مورد است: یا رأی هیئت را نقض می‌کنند که در این صورت پرونده در چارچوب ماده ۲۵۷ به شعبه هم‌عرض ارسال خواهد شد یا شکایت شاکی را رد می‌کنند که در نتیجه رأی مرجع تالی تأیید خواهد شد و در این صورت مفاد رأی صادره از مرجع تالی برای اجرا به اداره امور مالیاتی محل ارسال خواهد شد (برای دیدن نظر موافق ← منصوریان و چشم‌پیام، ۱۳۹۲: ۱۱۵ - ۱۱۶).

۳. مرحله اصدار رأی

هر نوع دادرسی لاجرم با صدور رأی پایان می‌پذیرد. به این اعتبار، این قسمت از فرایند دادرسی از طریق انشای رأی ظاهر می‌شود و نمود عینی جریان عدالت در دادرسی مالیاتی در مرحله شورای عالی مالیاتی است. با نگاهی به ماده ۲۵۶، می‌توان اصول و معیارها و ضوابط قابل استخراج را به قرار آتی ذکر کرد.

۳- ۱. اصل الزام به بیان دلایل رأی

این اصل، که نمودی بارز از اصول «اداره خوب» و از ارکان اصلی آن است، بر ضرورت بیان روشن مبانی و دلایل تصمیم ناظر است؛ به گونه‌ای که آشکارا مشخص شود نظر و تصمیم متخذه با چه توجیهی و بر اساس چه قوانینی اتخاذ شده است (رضایی‌زاده و عطریان، ۱۳۹۳: ۹۲). در چارچوب ماده ۲۵۶، می‌توان از منطوق و مفهوم و سیاق ماده چنین استنباط کرد که شعب شورا مکلف‌اند، در مقام رسیدگی و اصدار رأی، به جهات و اسباب و دلایل رأی خود توجه کنند؛ یعنی چنان که رأی مرجع مادون را بر مبنای این معیار می‌سنجند رأی خود را هم بر اساس این سنجه صادر کنند. در این زمینه هیئت عمومی شورای عالی مالیاتی در یکی از آرای خود، با تکیه بر رویکرد استدلالی، رأی را صادر کرده است^۳ یا اینکه در رأی دیگری به شماره ۱۳۶۴۳/۴۰/۳۰ مورخ ۱۳۷۵/۱۲/۲۶ بر اساس اصل مستند بودن عمل اداری مقرر داشته است: «با عنایت به اینکه در مادتهای ۱۹ و ۲۴ و سایر مقررات قانون مالیات‌های مستقیم حکمی برای کسر وجوه پرداختی توسط وراثت مقتول جهت قصاص قاتل یا قاتلین از ماترک مقتول پیش‌بینی نگردیده است، وجوه مذکور قابل کسر از ماترک نمی‌باشد.» بنابراین، نه تنها مراجع قانونی مکلف‌اند آرای صادره را بر مبنای اصل یادشده ارزیابی کنند، بلکه باید عمل خودشان هم بر همان منطق و مبنا باشد و رأی صادر کنند. در نتیجه، آرای صادره از شعب شورا نمی‌تواند آرای بدون استناد، بدون استدلال، بدون اتکا به دلایل یا مدارک و جهات قانونی باشد؛ بلکه همانند آرای مراجع پایین باید مدلل و موجه و با تکیه بر «جهت و اسباب و دلایل

قانونی» باشد. یکی از پیامدهای مثبت این وضعیت پیشگیری از ظهور پدیده تبعیض نارواست که از آن به اصل عدم تبعیض مالیاتی تعبیر می‌شود تا از این طریق حقوق مالیاتی مؤدیان دچار تحدید یا تضییق یا تقیید نشود (← طاهری تاری، ۱۳۹۳ [ب]: ۳۹۳).

مدلل و موجه بودن رأی دادرس را ناگزیر می‌سازد در انشای رأی بین مقدمات، توضیحات، تحلیل، و نتیجه‌گیری رأی رابطه منطقی و هم‌سو برقرار کند؛ یعنی در ارتباط بین سه قسمت (مقدمات رأی، استدلالات رأی، استنتاجات رأی) از طریق مستندات قانونی و از طریق استدلالات عقلی موجه‌سازی صورت گیرد و یک رابطه عاقلانه و خردمندانه و اخلاقی و وجدانی بین این‌ها برقرار شود؛ به نحوی که خواننده رأی در مقام استماع و خواندن رأی متوجه شود که جملات رأی نه بر حسب اتفاق بلکه به شکلی عامدانه تشکیل‌دهنده ساختار رأی هستند و جمله دوم ادامه منطقی و اخلاقی و وجدانی و قانونی جمله اول و پیونددهنده جملات اول و سوم است و الی آخر. در چنین وضعیتی، جمله‌بندی‌های موجود در رأی واجد یک نظم هم‌ساز و هماهنگ‌اند که در ارتباط با هم مقصودی هم‌سو را دنبال می‌کنند.

ناگفته پیداست یکی از مقدمات نظری این سبک از انشای رأی تلفیق دانش و تجربه در کنار هم است که در آن سعی می‌شود «علم» و «فن» انشای رأی با در نظر گرفتن دو عنصر دانش و تجربه به درستی محقق شود. بر این اساس، شایسته است در مراجع مربوط به حل و فصل اختلافات منطقی امتزاج دانش و تجربه برای نیل به انشای رأی بهتر به کار گرفته شود. پس، در چیدمان اعضای شعبه باید طوری عمل شود که بین آن‌ها یک عضو با سابقه وجود داشته باشد که زمینه برای درهم آمیختگی تجربه وی با اعضای جوان (به مثابه نماینده دانش روز) فراهم آید. با تلاقی تجربه و دانش است که زمینه برای صدور رأی عادلانه فراهم می‌شود.

۳-۲. اصل اکثریتی بودن رسیدگی شورا

در نگاه نخست چنین به نظر می‌آید که اصل اکثریتی بودن دادرسی مالیاتی مبین لزوم حضور هر سه عضو است. زیرا قانون‌گذار مقرر داشته است: «رأی شعبه با اکثریت مناط اعتبار است». بر این اساس، هر یک از این سه عضو رأی مرجع تالی را یا تأیید می‌کند یا نقض می‌کند و شق سومی متصور نیست؛ هرچند ممکن است مبانی استدلالی اعضا با هم متفاوت باشد. از آنجا که اعضا در مقام نتیجه‌گیری ناگزیر از انتخاب یکی از دو گزینه «رد» یا «تأیید» هستند، در عمل، مشکلی در تحصیل رأی اکثریت پیش نخواهد آمد. زیرا مهم نتیجه رأی است که از دو حالت رد یا تأیید خارج نیست. حتی ممکن است نظر هر سه عضو بر رد شکایت یا نقض رأی باشد، اما مبانی استدلالی و استنادی آن‌ها متفاوت باشد که این رأی را قطعاً باید رأی واحد تلقی کرد؛ ولو اینکه مبانی استدلالی و استنادی آن‌ها متفاوت باشد.

۳-۳. الزام به ذکر نظر اقلیت در متن رأی شورا

در چارچوب منطوق ماده ۲۵۶ ملاحظه می‌شود که آخرین گزاره ماده به این عبارت ختم شده است: «نظر اقلیت باید در متن رأی قید گردد». بر مبنای این گزاره، باید گفت اولاً مفروض در رسیدگی این است که اعضای رسیدگی‌کننده باید با حضور هر سه عضو شورا باشد. بنابراین، هر سه عضو باید نظر خود را نفیماً یا اثباتاً در خصوص وضعیت شکلی پرونده اظهار و اعلام کنند؛ در غیر این صورت گزاره لزوم ذکر نظر اقلیت در رأی بی‌معنا خواهد بود. البته ممکن است هر سه عضو رسیدگی‌کننده نظر واحدی داشته باشند که در نتیجه این گزاره موضوعیت خود را منطقیاً از دست خواهد داد. به این اعتبار اولاً اینکه دو عضو از سه عضو برای رسیدگی به پرونده کافی هستند قابل پذیرش و قابل دفاع نیست و ثانیاً هیچ عضوی از اعضای سه‌گانه نمی‌توانند از حضور در انشای رأی امتناع ورزند و به صرف استنکاف یک عضو از همراهی با بقیه اعضا در مقام انشای رأی امکان اصدار رأی موضوعاً منتفی خواهد شد و مراتب به سبب تخلف انتظامی عضو توسط رئیس شعبه قابل پیگیری خواهد بود.

نتیجه‌گیری

نوشتاری که از نظر گذشت در پی پرتوافکنی به ماده ۲۵۶ قانون مالیات‌های مستقیم از زوایای حقوقی در جهت استخراج و استنباط اصول و معیارها و شاخص‌های مدنظر قانون‌گذار در این ماده بود. در مقام نتیجه‌گیری، رئوس نتایج و استنتاجات بدین قرار است:

۱. مشاهده شد که این ماده محوری‌ترین ماده قانونی در قانون مالیات‌های مستقیم است که بخش مهمی از زوایای مربوط به آیین دادرسی را در ارتباط با شورای عالی مالیاتی مطرح کرده است. در نتیجه، این ماده بر مفاهیم آیینی متمرکز است.
۲. این ماده همانند برخی از مواد این قانون، نظیر ماده ۲۴۴، دربرگیرنده انبوهی از اصول و معیارها و استانداردهای قانونی است که البته از نظر امر قانون‌گذاری مطلوب قابل دفاع نیست.
۳. این ماده در نگاه آغازین، به لحاظ تمرکز بر امور تشریفاتی، دربرگیرنده معیارهای مهم اصول دادرسی منصفانه و اصول حق‌بنیاد است؛ به گونه‌ای که اصولی همچون «تجدیدنظرخواهی» در این ماده به مثابه یکی از اصول دادرسی منصفانه جا خوش کرده است. در مقابل، برخی از اصول این‌چنینی، نظیر استماع، مجالی برای پیدا کردن شأن شایسته نیافته‌اند. این وضعیت می‌تواند نشانه‌ای از سرچشمه‌های رقیب برای موضوع واحد (یعنی دادرسی شبه‌قضای مالیاتی) به شمار آید.
۴. منطوق و مفهوم این ماده، راجع به جهات اعتراض از آرای هیئت‌های حل اختلاف مالیاتی، متفاوت از سایر مواد مربوط به تجدیدنظرخواهی از آرای هیئت‌های یادشده است. در

نتیجه، مشخص نیست قانون‌گذار با چه هدفی در مواد مختلف راجع به موضوع واحد از ادبیات گوناگون استفاده کرده است. همین وضعیت می‌تواند یکی از موجبات سردرگمی در مورد دادرسی نزد شورای عالی مالیاتی باشد.

۵. پرداختن به ماده ۲۵۶، به قراری که آمد، نه تنها می‌تواند زوایای پیدا و پنهان ماده را برای طرفین پرونده‌های مالیاتی و اعضای شورای عالی مالیاتی روشن سازد، بلکه می‌تواند در منقح‌سازی این ماده و ترسیم مرزها و ظرفیت‌های این ماده مفید باشد.

۶. این شیوه از پرداختن به یک ماده قانونی گویای آن است که تا چه اندازه ادبیات قانون‌گذار مالیاتی تحت تأثیر اصول حقوقی است و قانون‌گذار تا چه حد، خواه ناخواه، این اصول را در منطوق و مفهوم و متن و زمینه متن می‌آورد؛ گو اینکه برای وزین شدن ماده گریزی از گذار به فضای اصول حقوقی و انتخاب برخی از آن‌ها برای ترسیم فضای حقوقی نیست. پذیرش این فرض برداشت رایج راجع به نظام حقوقی، دال بر اینکه این نظام در سیطره پوزیتیویسم حقوقی گرفتار شده است، را سخت بی‌معنا می‌سازد و ما را ناگزیر می‌سازد نقطه ثقل معضل را در لایه قانون‌گذاری نفی کنیم.

۷. به نظر می‌رسد یکی از مواردی که در چارچوب این ماده و سایر مواد مربوطه در خصوص نظام حل و فصل اختلافات مالیاتی مغفول مانده است دادرسی از طریق نظام «داوری» است. ممکن است در نگاه نخست این موضوع با اصل ۱۳۹ در تغایر فرض شود؛ اما، با در نظر گرفتن فلسفه وجودی نظام داوری و محسنات آن، می‌توان فضا را برای بهره‌برداری از ظرفیت داوری در امور مالیات‌ستانی فراهم کرد که البته بحث مفصل در این خصوص مجال مستقل می‌طلبد.

پیشنهادها

بر مبنای توضیحاتی که از نظر گذشت، مطلوب است ماده ۲۵۶ با چند پیشنهاد اصلاح شود تا به قله رفیع معماری نظام مالیاتی شایسته نزدیک‌تر شود.

- مطلوب است قانون‌گذار، به جای ماده ۲۵۶، بخش مستقلی را برای رسیدگی در این مرحله تعریف کند.

- از آنجا که رسیدگی نزد شورای عالی مالیاتی مبتنی بر حقوق و تکالیف طرفین پرونده است، مطلوب است قانون‌گذار در این قسمت حقوق و تکالیف مهم طرفین را تعیین کند.

- نظر به رویکرد محافظه‌کارانه مراجع تظلم‌خواهی در ایران، در خصوص استناد به اصول حقوقی، در مقام اصدار رأی، بر قانون‌گذار عادل است که شورای عالی مالیاتی را دست‌کم در یک ماده قانونی مکلف به تبعیت از اصول کلی حقوقی و اصول اختصاصی دادرسی مالیاتی کند.

یادداشت‌ها

۱. در نوشته‌ای، شورای عالی مالیاتی «مرجع عالی اداری» (باقری و همکاران، ۱۳۹۸: ۴۷) نامیده شده است که با در نظر گرفتن بند ۴ ماده ۲۵۵ این فرض پذیرفتنی نیست. همچنین برخی از حقوقدانان و استادان حقوق خصوصی، اساساً نهادهایی همچون شورای عالی مالیاتی را در دسته «مراجع اداری» (شمس، ۱۴۰۱ [الف]: ۱۱۶ - ۱۲۱) فرض می‌کنند که البته این نظر نیز پذیرفتنی نیست.

۲. در منطوق ماده ۲۵۶ قانون‌گذار، نخست، به عبارت «ادعای نقض قوانین و مقررات موضوعه یا ادعای نقض رسیدگی» تصریح کرده است. در ادامه ماده به عبارت «از لحاظ رعایت تشریفات و کامل بودن رسیدگی‌های قانونی و مطابقت مورد با قوانین و مقررات موضوعه» اشاره کرده است. بدیهی است عبارت نخست در مواد ۲۵۱ و ۲۵۵ تکرار شده است. در هر سه ماده یادشده قانون‌گذار به طرفین دعوای مالیاتی، تحت شرایط دوگانه «ادعای نقض قوانین و مقررات موضوعه» یا «ادعای نقض رسیدگی»، اجازه شکایت از آرای هیئت‌ها را داده است. این در حالی است که قانون‌گذار در ماده ۲۵۶ به اعضای شورا اجازه داده است پرونده‌ها را از سه حیث «از لحاظ رعایت تشریفات» و «کامل بودن رسیدگی‌های قانونی» و «مطابقت مورد با قوانین و مقررات موضوعه» بررسی کنند. سؤال این است که آیا در ماده ۲۵۶ دو گونه شرایط برای شکایت پیش‌بینی شده است؟ در پاسخ دو فرض در این رابطه قابل طرح است.

فرض نخست، هم‌سویی. در این چارچوب، به‌رغم تفاوت واژگانی به‌کاررفته در ماده همه آن‌ها دنبال مقصودی واحدند. بنابراین از آنجا که دو عبارت: «از لحاظ رعایت تشریفات» و «کامل بودن رسیدگی‌های قانونی» با حرف عطف «و» جدا شده‌اند این دو دنبال یک مقصود هستند. در این صورت عبارت: «نقص رسیدگی» در ماده ۲۵۶ واجد همان معنای کارکردی است که در عبارت «از لحاظ رعایت تشریفات» و «کامل بودن رسیدگی‌های قانونی» به کار رفته است. با این فرض، تفاوتی میان مواد ۲۵۱ و ۲۵۵ و ۲۵۶ وجود ندارد. این دیدگاه تفسیری ادعای اشتباه قانون‌گذار را نمی‌پذیرد و در تلاش است واژگان و عبارات را در فضایی تعریف کند که حاصل آن فرض هم‌سویی معنایی واژگان به‌ظاهر متفاوت است.

فرض دوم، تفاوت. برابر این فرض، از این حیث که واژگان واجد معنای خاص هستند و قانون‌گذار مجاز به استفاده تفنی از کلمات مختلف برای رساندن یک مقصود نیست، آنجا که قانون‌گذار از واژگان مختلف در مواد استفاده می‌کند ناگزیر باید گفت قانون‌گذار دنبال هدف خاصی بوده و با تغییر واژه خواسته است اراده جدیدش را در قالب واژه جدید بگنجانند و اعلام کند. بر این مبنای تفسیری، صدر ماده ۲۵۶ با ذیل آن تفاوت دارد. بر اساس این فرض، قانون‌گذار دچار «خطای سندنویسی» شده است. زیرا، در صدر ماده، طرفین پرونده، تحت شرایط دوگانه پیش‌بینی شده در ماده، حق شکایت از آرای هیئت‌ها را دارند، اما، اعضای شورا، تحت شرایط سه‌گانه مذکور در ذیل ماده، صلاحیت بررسی پرونده و اظهار نظر دارند.

بسته به اینکه کدام‌یک از فروض یادشده را بپذیریم وضعیت متفاوت خواهد بود که البته در اینجا فرض دوم پذیرفته شده است. آنچه مسجل است این است که این سبک از قانون‌نویسی شایسته قانون‌گذار مدرن نیست. زیرا چنین انشایی در نوشتار مواد زمینه را برای سوءاستفاده اشخاص فراهم می‌کند و از این حیث شایسته است قانون‌گذار واژگان و عبارات را دقیق و درست به کار برد. در واقع، در اینجا هیچ‌یک از دو طرف دعوا و اعضای شورا تکلیف خودشان را نمی‌دانند و فضا برای سردرگمی زیاد است.

۳. هیئت عمومی شورای عالی مالیاتی در رأی شماره ۳۰/۴/۲۹۱۱، مورخ ۱۳۷۶/۰۳/۱۹، چنین آورده است: «گزارش شماره ۳۰/۴-۹۰۹، مورخ ۱۳۷۶/۰۱/۳۱، شورای عالی مالیاتی عنوان معاونت محترم درآمدهای مالیاتی حسب ارجاع آن مقام در جلسه مورخ ۱۳۷۶/۰۳/۰۷ هیئت عمومی شورای عالی مالیاتی مطرح است. مضمون

گزارش دایر بر پیشنهاد بررسی شمول یا عدم شمول مالیات نسبت به وجوه پرداختی طبق ماده ۳ قانون پرداخت پاداش پایان خدمت و بخشی از هزینه‌های ضروری به کارکنان دولت، متعاقب بخشنامه شماره ۳۰/۴-۸۷۴۸/۴۰۴۴ می‌باشد. به این دلیل که چون قانون اخیر در جهت کمک به قشر آسیب‌پذیر کارمند و تأمین بخشی از نیازها و هزینه‌های ضروری آنان تهیه و به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده است، علی‌رغم بندهای ۲ و ۳ بخشنامه یادشده، ممکن است موضوع شمول مالیات متفی بوده باشد. هیئت عمومی شورای عالی مالیاتی در اجرای بند ۳ ماده ۲۵۵ قانون مالیات‌های مستقیم، مصوب اسفندماه ۱۳۶۶، پس از مطالعه سوابق امر و تبادل نظر در این خصوص به شرح آتی مبادرت به صدور رأی می‌نمایند: نظر به اینکه کمک‌هزینه‌های موضوع ماده ۳ قانون پرداخت پاداش پایان خدمت و بخشی از هزینه‌های ضروری به کارکنان دولت مصوب ۱۳۷۵/۰۲/۲۶ مجلس شورای اسلامی، برای جبران بخشی از هزینه‌ها در مواقع ضرورت و اضطرار نظیر ازدواج»

منابع

الف) کتب و مقالات

۱. آینه‌نگینی، حسین (۱۳۹۸)، آسیب‌شناسی نظام حقوقی ریاست قوه قضاییه و ارائه الگوی مطلوب آن، رساله دکتری دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران.
۲. باقری، مصطفی؛ توسلی نایینی، منوچهر؛ دالمن پور، محمد (۱۳۹۸)، «تأملی در نظام دادرسی مالیاتی (اداری-قضایی) ایران و امریکا»، پژوهشنامه مالیات، شماره ۴۴.
۳. بهشتی، محمدجواد؛ مردانی، نادر (۱۳۸۵)، آیین دادرسی مدنی، تهران: میزان، ج ۲.
۴. بیگزاده، صفر (۱۳۸۷)، شیوه‌نامه نگارش قانون، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
۵. درویشوند، ابوالفضل؛ کدخدامرادی، کمال؛ فتاحی زفرقندی، علی (۱۴۰۰)، «تضمینات حق دادخواهی در نظام جمهوری اسلامی ایران مبتنی بر نظرهای شورای نگهبان»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، شماره ۳۴.
۶. رستمی، ولی (۱۳۸۸)، «حقوق مؤدیان مالیاتی»، فصلنامه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۹، شماره ۱.
۷. _____ (۱۳۹۲)، مالیه عمومی، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
۸. رستمی، ولی؛ کاظمی، داود (۱۳۹۸)، «ارزیابی اصول حق دفاع و علنی بودن دادرسی مالیاتی در نظام حقوقی ایران و انگلیس»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۴۹، شماره ۴.
۹. رضایی‌زاده، محمدجواد؛ عطریان، محمد (۱۳۹۳)، «اصل الزام به ارائه دلایل تصمیمات اداری در پرتو مفهوم اداره خوب: مطالعه تطبیقی نظام حقوقی ایران و اتحادیه اروپا»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، شماره ۱۰.
۱۰. السان، مصطفی؛ ضرونی، داریوش (۱۳۹۷)، «جایگاه اصل تناظر و حق تجدیدنظرخواهی در نظام دادرسی مالیاتی ایران»، پژوهشنامه مالیات، شماره ۳۹.
۱۱. شمس، عبدالله (۱۳۸۳)، آیین دادرسی مدنی، تهران: دراک، چ پنجم، ج ۲.
۱۲. _____ (۱۴۰۱ [الف])، آیین دادرسی مدنی، دوره پیشرفته، تهران: دراک، ج ۱.
۱۳. _____ (۱۴۰۱ [ب])، آیین دادرسی مدنی، دوره پیشرفته، تهران: دراک، ج ۳.

۱۴. شهنیایی، احمد (۱۴۰۱)، «مبانی تفسیر قانون در حقوق مالیاتی با نگاهی به آرای مالیاتی و قضایی»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، شماره ۱.
۱۵. طاهری تازی، میرمحسن (۱۳۹۳ [الف])، اصل برابری و عدالت مالیاتی در آیین حقوق بشر و حقوق مالیاتی نوین، تهران: شهر دانش.
۱۶. _____ (۱۳۹۳ [ب])، جایگاه رویه قضایی در حقوق مالیاتی ایران، تهران: جنگل.
۱۷. _____ (۱۳۹۴ [الف])، آیین دادرسی مالیاتی، تهران: شهر دانش، ج ۲.
۱۸. _____ (۱۳۹۴ [ب])، آیین دادرسی مالیاتی، پاره سوم، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی.
۱۹. عبداللهی، حسین؛ مولایی، غلامرضا (۱۴۰۰)، حقوق مالیاتی، تهران: جنگل.
۲۰. غفارزاده، احمد (۱۴۰۰)، آیین دادرسی مالیاتی، تهران: دانش‌پذیر.
۲۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۲). مقدمه علم حقوق، تهران: شرکت انتشارات با همکاری بهمن برنا، چ شانزدهم.
۲۲. متین‌دفتری، احمد (۱۳۴۸)، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چ دوم، ج ۲.
۲۳. محسنی، حسن (۱۳۹۳)، «نقض شکلی و ماهوی در دادرسی مدنی»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال دوم، شماره ۶.
۲۴. منصوریان، ناصرعلی؛ چشم‌پیام، بهرام (۱۳۹۲)، «تحلیل حقوقی- تطبیقی مراجع دادرسی مالیاتی ایران»، پژوهشنامه مالیات، شماره ۱۹ (مسلسل ۶۷).
۲۵. میرکمانداری، لیدا؛ سلطانی‌نژاد، محسن (۱۳۹۹)، حقوق مؤدیان مالیاتی در امر دادرسی عادلانه، تهران: بنیاد حقوقی میزان.

ب) آرا و نظریه‌ها

۱. بخشنامه شماره ۳۰/۴۷۴۱/۱۳۰۹۴ مورخ ۳۰/۰۳/۱۳۶۹، وزارت امور اقتصادی و دارایی.
۲. رأی شماره ۱۰۵۷، مورخ ۱۳۱۱/۰۲/۱۰، محکمه عالی انتظامی قضات.
۳. رأی وحدت رویه شماره ۴۰، مورخ ۱۳۶۰/۱۱/۱۹، هیئت عمومی دیوان عالی کشور.
۴. رأی شماره ۱۱، مورخ ۱۳۲۷/۰۱/۱۱، شعبه ۸ دیوان عالی کشور.
۵. رأی شماره ۳۷۰۰/۴/۳۰، مورخ ۱۳۷۶/۰۴/۰۸، صادره از هیئت عمومی شورای عالی مالیاتی.
۶. رأی شماره ۵۰۱۱۰۲/۳۰، مورخ ۱۳۶۸/۰۴/۲۸، صادره از هیئت عمومی شورای عالی مالیاتی.

۷. رأی شماره ۱۹۱۴۱/۴/۳۰، مورخ ۱۳۶۸/۱۱/۱۵، صادره از هیئت عمومی شورای عالی مالیاتی.
۸. رأی شماره ۱۶۳۷۳/۴/۳۰، مورخ ۱۳۶۸/۱۰/۱۰، صادره از هیئت عمومی شورای عالی مالیاتی.
۹. رأی شماره ۱۳۶۴۳/۴۰/۳۰، مورخ ۱۳۷۵/۱۲/۲۶، صادره از هیئت عمومی شورای عالی مالیاتی.
۱۰. رأی شماره ۳۰/۴/۲۹۱۱، مورخ ۱۳۷۶/۰۳/۱۹، صادره از هیئت عمومی شورای عالی مالیاتی.
۱۱. رأی شماره ۳۰/۵۴۷۴، مورخ ۱۳۷۳/۱۱/۲۹، صادره از هیئت عمومی شورای عالی مالیاتی.
۱۲. نظریه مشورتی شماره ۷/۱۸۳۳، مورخ ۱۳۷۴/۰۶/۱۸، اداره حقوقی قوه قضاییه.
۱۳. نظریه مشورتی شماره ۷/۸۶۰۰، مورخ ۱۳۷۴/۰۲/۱۴، اداره حقوقی قوه قضاییه.
۱۴. نظریه مشورتی شماره ۷/۸۶۶۰، مورخ ۱۳۷۴/۰۲/۱۴، اداره حقوقی قوه قضاییه.

References

15. Goldsworthy, Jeff, **Legislative Sovereignty and the Rule of Law**, in: Campbell, Tom, Ewing, Keith and Tomkins, Adam (eds.), (2001). *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press.
16. Hoffer, Stephanie & Walker, Christopher J., (2014), **The Death of Tax Court**, *Minnesota Law Review*, Vol. 99.

A) Books

1. Abdullahi, Hossein; Molabighi, Gholamreza (2021), *Tax Laws*, Tehran: Jangal Publications. (In Persian)
2. Aine Nagini, Hossein (2018), *Pathology of the Judiciary's Legal System and Presenting its Ideal Model*, Doctoral Dissertation of Faculty of Law and Political Science, University of Tehran. (In Persian)
3. Beheshti, Mohammad Javad; Mardani, Nader (2015), *Civil Procedure Rules*, Tehran: Mizan Legal Foundation, Vol. 2. (In Persian)
4. Beygzadeh, Safar (2019), *Law Writing Methodology*, Tehran: Research Center of the Islamic Consultative Assembly. (In Persian)
5. Ghafarzadeh, Ahmad (2021), *Tax Procedures*, Tehran: Daneshesh Pazir Publications. (In Persian)
6. Goldsworthy, Jeff, *Legislative Sovereignty and the Rule of Law*, in: Campbell, Tom, Ewing, Keith and Tomkins, Adam (eds.), (2001). *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press. (In English)
7. Katouzian, Nasser (1993). *Introduction to Law*, Tehran: Publishing Company in Collaboration with Bahman Barna, 16th Edition. (In Persian)
8. Matin Daftari, Ahmad (1969), *Civil and Commercial Procedures*, Tehran: Tehran University Press, second Edition, Vol. 2.
9. Mir Kamandari, Lida; Soltaninejad, Mohsen (2019), *Taxpayers' Rights in Fair Proceedings*, Tehran: Mizan Legal Foundation. (In Persian)
10. Rostami, Vali (2012), *Public Finance*, Tehran: Mizan Legal Foundation. (In Persian)

11. Shams, Abdullah (2013), Civil Procedure Code, Tehran: Derak Publications, Fifth Edition, Vol. 2. (In Persian)
12. Shams, Abdullah, [A] (2022), Civil Procedure Code, Advanced Course, Tehran: Darak Publications, Vol. 1. (In Persian)
13. Shams, Abdullah, [A] (2022), Civil Procedure Code, Advanced Course, Tehran: Darak Publications, Vol. 3. (In Persian)
14. Taheri Tari, Mirmohsen, [A] (2013), The Principle of Equality and Tax Justice in the Mirror of Human Rights and Modern Tax Laws, Tehran: Shahr Danesh. (In Persian)
15. Taheri Tari, Mirmohsen, [B] (2014), The Place of Jurisdiction in Iran's Tax Law, Tehran: Jangal Publications. (In Persian)
16. Taheri Tari, Mirmohsen, [A] (2014), Tax Procedure Code, Tehran: Shahr Danesh Publications, Vol. 2. (In Persian)
17. Taheri Tari, Mirmohsan [B] (2014), Tax Procedures, Part III, Tehran: Institute of Legal Studies and Research. (In Persian)

B) Articles:

18. Bagheri, Mustafa; Tausli Nayini, Manouchehr; Dalmanpour, Mohammad (2018), a Reflection on the Tax Proceedings (Administrative-Judicial) System of Iran and America, Research Journal of Taxation, No. 44. (In Persian)
19. Dervishund, Abolfazl; Kodkhodamoradi, Kamal; Fatahi Zafarqandi, Ali (2021), Guarantees of the Right to Sue in the System of the Islamic Republic of Iran Based on the Opinions of the Guardian Council, Quarterly Journal of Public Law Knowledge, No. 34. (In Persian)
20. Elsan, Mustafa; Zarooni, Dariush (2017), the Position of the Correspondence Principle and the Right of Appeal in the Tax Judicial System of Iran, Research Journal of Taxation, No. 39. (In Persian)
21. Hoffer, Stephanie & Walker, Christopher J. (2014), The Death of Tax Court, Minnesota Law Review, Vol. 99. (In English)
22. Mansourian, Naser Ali; Chashm-Payam, Bahram (2012), Comparative Legal Analysis of Tax Authorities of Iran, Research Journal of Taxation, No. 19 (Series 67). (In Persian)
23. Mohseni, Hassan (2013), Formal and Substantive Defects in Civil Proceedings, Private Law Research Quarterly, Second Year, No. 6. (In Persian)
24. Rezaizadeh, Mohammad Javad; Atrian, Mohammad (2013), the Principle of Obligation to Provide Reasons for Administrative Decisions in the Light of the Concept of Good Administration: a Comparative Study of the Legal System of Iran and the European Union, Quarterly Journal of Public Law Knowledge, No. 10. (In Persian)

25. Rostami, Vali (2008), Taxpayers' Rights, Law Quarterly, Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran, Vol. 39, No. 1. (In Persian)
26. Rostami, Vali; Kazemi, Daoud (2018), Evaluation of the Principles of the Right of Defense and the Openness of Tax Proceedings in the Legal System of Iran and England, Public Law Studies Quarterly, Vol. 49, No. 4. (In Persian)
27. Shahnyai, Ahmed (2022), Basics of Law Interpretation in Tax Laws with a Look at Tax and Judicial Opinions, Public Law Studies Quarterly, No. 1. (In Persian)

C) Votes and Opinions:

1. Advisory Opinion No. 1833/7 dated 18/6/1374, Legal Department of the Judiciary.
2. Advisory Opinion No. 8600/7 dated 2/14/1374, Legal Department of the Judiciary.
3. Advisory Opinion No. 8660/7 dated 2/14/1374, Legal Department of the Judiciary.
4. Circular No. 13094/4741/30 dated 30/3/1369 Ministry of Economic Affairs and Finance.
5. Vote No. 1057 dated 10/2/1311, Supreme Court of Judges.
6. Unanimous Vote No. 40 dated 19/11/1360 of the General Board of the Supreme Court.
7. Vote No. 11 dated 11/1/1327, Branch 8 of the Supreme Court.
8. Vote No. 30/4/3700 dated 8/4/1376 Issued by the General Board of the Supreme Tax Council.
9. Vote No. 30/501102 dated: 4/28/68 Issued by the General Board of the Supreme Tax Council.
10. Vote No. 30/4/19141 dated 15/11/1368 Issued by the General Board of the Supreme Tax Council.
11. Vote No. 30/4/16373 dated 10/10/1368 issued by the General Board of the Supreme Tax Council.
12. Vote No. 30/40/13643 dated 26/12/1375 issued by the General Board of the Supreme Tax Council.
13. Vote No. 2911/4/30, date: 19/03/1376 issued by the General Board of the Supreme Tax Council.
14. Vote No. 5474 / 30 dated 29/11/1373 issued by the General Board of the Supreme Tax Council.

طرح تأسیس نظری ایده تفکیک قوا به مثابه ویژگی سازمانی مشروطه‌گرایی، با تأکید بر اندیشه فیلمر و لاک

محمد جواهری طهرانی^{۱*}، فاطمه مافی^{۲**}

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۲/۲۶ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۵/۱۰

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: 10.22034/qjplk.2022.1584.1470

چکیده

تفکیک قوا مبتنی بر برابری طبیعی انسان‌ها ویژگی سازمانی ضروری حکومت مشروطه است. ایضاح این دکتین، که رسالت این مقاله است، منوط به پیگیری آن تا مفهوم برابری در آزادی است. با بررسی آثار فیلمر و لاک تلاش شده، پس از ایضاح این بنیاد، مسیر حرکت به سوی تفکیک قوا ترسیم شود. نتایج این مطالعه این است که برابری طبیعی در عدم تبعیت از اراده فردی دیگران قانون را به مثابه تجلی اراده‌ای غیر فردی و سطح وحدت جامعه برابرها پیش می‌کشد. چنین طرحی از قانون مستلزم تبعیت همه افراد و نهادهای حاکم از قانون است. در نظام حکومت قانون هیچ اراده مطلقه مشروعیست تحمیل خود بر سایرین را ندارد. بنابراین، مشروعیست کنش مجریان و واضعان قانون «مشروط» به چارچوب قانونی است. از آنجا که دولت قدرت قاهره محسوب می‌شود، جز از طریق ایجاد تعارض ساختاری میان بخش‌های مستقل آن نمی‌توان تقید به قانون را در آن تضمین کرد. از همین رو تفکیک قوا، با انشقاق نهادهای مجری کارکردهای مختلف دولت، راهکاری نهادی برای حفاظت از حکومت مشروطه ارائه می‌دهد. بر اساس این نتایج، علاوه بر ایضاح ارتباط تفکیک قوا با مشروطه‌گرایی، شرایط امکان ورودی بنیادین به بحث از مطلوبیت این دکتین برای وضعیت کنونی و نسبت‌سنجی آن با سنت ایرانی-اسلامی فراهم می‌شود.

واژگان کلیدی: تفکیک قوا، حکومت قانون، حکومت مشروطه، حکومت مطلقه، دولت

مدرن، مشروطه‌گرایی

۱. استادیار، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران

* Email: Tehrani.mj@gmail.com

۲. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران (نویسنده مسئول)

** Email: mo.mafi1375@gmail.com



مقدمه

ایده تفکیک قوا امروزه در جایگاه یکی از اصول موضوعه دولت مدرن قرار می‌گیرد. این ایده چنان در تاروپود حکومت‌های جدید تنیده شده که طرفداران دموکراسی و حکومت قانون آن را به مثابه امری طبیعی بی‌نیاز از هر گونه اثبات و استدلال می‌دانند. با این حال، این ایده نیز همچون بقیه مقومات دولت جدید در نقطه سرآغاز خود با مسیر استدلالی نظری بدیعی همراه بوده است. محققان در این نوشتار در پی دنبال کردن این مسیر استدلالی و ارائه تقریری قابل دفاع و مبتنی بر مقدمات و مبانی نظری از دکتربین تفکیک قوا نزد اندیشمندان دوران جدیدند.

البته روشن است که صرف توجیه و تبیین نظری یک ایده تأثیری بی‌واسطه بر ساختار و سازمان قدرت سیاسی نمی‌تواند داشته باشد. همواره شرایط انضمامی و مادی متعددی در کارند تا دکتربینی در این سطح اولاً قبول عام پیدا کند و ثانیاً به مثابه یکی از عناصر کلیدی ساختار دولت نهادمندی خود را تثبیت کند.

بنابراین، مطلوب این یادداشت نمی‌تواند اثبات جدلی و کلامی ایده تفکیک قوا و دفاع از آن به منزله حقیقتی لایتغیر باشد. چنین کاری، حتی اگر ممکن باشد، نه مطلوب است نه تأثیری در ساختار انضمامی قدرت بر جای می‌گذارد؛ چنان که نقدهای متعدد و گسترده جریان چپ بر این ایده نیز نتوانسته از قدرت و استحکام آن در ساحت سیاسی بکاهد.

در عوض بررسی مبانی و سیر پیدایش ایده تفکیک قوا می‌تواند نقشی کلیدی در ایضاح مفهومی آن و پیش کشیدن مقومات و عناصر موجهه آن داشته باشد. شناخت بیشتر و دقیق‌تر این ایده نیز علاوه بر آنکه اقتضائات و استلزامات آن را در ارتباط با دیگر مقومات دولت مدرن برجسته می‌سازد، راه را برای درک نقاط قوت و ضعف و همچنین علل کارآمدی‌ها یا ناکارآمدی‌های آن باز می‌کند؛ دانشی که در عصر غلبه این ایده می‌تواند فواید نظری و عملی گسترده‌ای در کاهش چالش‌ها و اختلاف نظرها درباره آن داشته باشد، در شرایطی که فضای سیاسی-حقوقی ایران امروز نیز از این چالش‌ها بی‌نصیب نمانده است.

در فضای اندیشه سیاسی-حقوقی ایران، منازعه درازدامن و بی‌پایانی بر سر دکتربین تفکیک قوا وجود دارد. یک سوی این منازعه اندیشمندانی هستند که این دکتربین را به مثابه یکی از بنائات عقلا راهکاری کارآمد به منظور جلوگیری از استبداد و انباشت قدرت سیاسی می‌دانند. این گروه، با اتکا به این فهم، در درجه اول این ایده را، بر اساس اقتضائات سنتی و الهیاتی

اسلامی، ایده‌ای ختشی به شمار می‌آورند که تعارضی با آموزه‌های دینی و استلزامات فرهنگی ما ندارد و در گام بعد، با استناد به «بنای عقلا» بودن این ایده و سودمندی‌هایی که در جهت تحدید و کنترل قدرت استبدادی دارد، آن را در امتداد آموزه‌های شرعی و اخلاقی قرار می‌دهند. در امتداد این نگرش، این دسته از متفکران غالباً به تفسیری از قانون اساسی جمهوری اسلامی گرایش دارند که دکترین تفکیک قوا را در خود جای می‌دهد. به تبع عناصری مانند نهاد ولایت فقیه و ارتباط آن با قوای سه‌گانه در نظام فکری آن‌ها به امری خلاف قاعده بدل می‌شود که در مقام تراحم و در وضعیت عادی^۱ باید به نفع دکترین تفکیک قوا تحدید شود. در مقابل، اندیشمندانی قرار دارند که با استناد به ارتباط مفهومی این ایده با مبانی فلسفی و فرهنگی اندیشه لیبرال مدرن تفکیک قوا را در تعارضی ذاتی با شرایط اجتماعی- فرهنگی ایران و آموزه‌های الهیاتی اسلام می‌دانند. در نتیجه غالباً خوانش این جریان از قانون اساسی جمهوری اسلامی به سمت ایده استقلال کارکردی قوا از یک‌دیگر ذیل نهاد بالاتر- ولایت فقیه- حرکت می‌کند.

طرفداری از هر یک از دو سوی این منازعه مشروط به فهم ایده تفکیک قوا در چارچوب نظری خاص آن است. به بیان دیگر، قضاوت درباره اینکه این دکترین چه اقتضائات و الزاماتی را با خود دارد، مبتنی بر کدام مبانی نظری است، و چه ارتباطی با زیست‌بوم فرهنگی و فضای حقوقی- سیاسی ما دارد فرع بر آن است که تقریری منسجم از سلسله روابط مفهومی و استدلالی توجیه‌کننده آن مبتنی بر مبانی نظری دولت لیبرال مدرن ارائه شود. این همان ضرورتی است که این نوشتار در مسیر نیل به آن گام برمی‌دارد. این ضرورت مستلزم صرف‌نظر کردن از هر گونه قضاوت درباره منازعه و ارائه تصویری توصیفی و بی‌طرفانه از دکترین مورد بحث است.

در این مسیر نقطه کانونی نوشتار حاضر کشف مفهوم برابری در آزادی به مثابه بنیاد ایده تفکیک قوا در اختلاف نظر بنیادین میان دو اندیشمند برجسته دوران جدید- فیلمر سلطنت‌طلب و لاک جمهوری‌خواه- است؛ اختلاف نظری که آیینۀ مناقشه‌ای سیاسی در انگلستان قرن هفدهم محسوب می‌شود.

در بخش نخست، به تبیین ایده فیلمر در توجیه مشروعیت سیاسی قدرت مطلقه شاه می‌پردازیم و سپس با نقادی این طرح و شرح ایده لاک، در مقابل، تلاش می‌کنیم از درون این مناقشه به ضرورت طرح ایده تفکیک قوا را استنتاج کنیم.

اگرچه در آثار متعدد فارسی و انگلیسی درباره تفکیک قوا بحث شده است، در نوشتار پیش

رو با نظر به آن‌ها تلاش شده گامی فراتر نهاده شود. در فصل دوم اثر دقیق و جامع مرز تقنین و اجرا؛ تحلیل مرزهای صلاحیت تقنینی در روابط قوای مجریه و مقننه، به انتشار مرکز تحقیقات شورای نگهبان (۱۳۹۱)، مبانی و مفاهیم استقلال و تفکیک قوا بررسی شده‌اند. اما این بررسی، به فراخور اثر، بررسی فلسفی و مفهومی نبوده است. همچنین، در این تحلیل، برخلاف آنچه در این پژوهش دنبال شده، نگاهی به منازعات اساسی و تاریخی در این رابطه نشده است. یکی از آثار بسیار خوب در حوزه بررسی تاریخی و مفهومی تفکیک قوا فصل پنجم کتاب **خوانش حقوقی از انقلاب مشروطه ایران**، از فردین مرادخانی (۱۳۹۶)، است. در این بخش از کتاب، نویسنده تلاش کرده با پیگیری این ایده در تاریخ مختصات، ویژگی‌ها، تحولات معنایی، و سنت‌های برآمده از آن را بیاید. با این حال، آنچه پژوهش حاضر را متمایز از اثر یادشده می‌کند جزئی شدن در منازعه‌ای تاریخی و تحلیل آن است. در مقاله «مبانی و مدل‌های تفکیک قوا در ایران و نظام‌های سیاسی مردم‌سالار» نیز اگرچه تلاش شده مبانی دکتربین قوا برشمرده شود، این مبانی از حیث اجتماعی و کارکردی مورد ملاحظه قرار گرفته‌اند و جای پرداختن به مبانی فلسفی و مفهومی در این تحلیل خالی است.

در مجموع می‌توان گفت آنچه در مباحث حقوقی فارسی‌زبان بیشتر به آن توجه شده است کارکرد و مدل‌های تفکیک قواست؛ مانند آنچه در مقالات «فسادزایی از نهادهای رسمی با بهره‌گیری از تئوری تفکیک قوا» و «تفکیک قوا در عمل، نگاهی اجمالی به مدل‌های تفکیک قوا در سه کشور ایران، آمریکا، و فرانسه» آمده است. اما در پژوهش حاضر تلاش شده با رویکردی فلسفه حقوقی مبانی این دکتربین مورد کاوش قرار گیرد.

در پایان گفتنی است آنچه در این نوشتار با عنوان حکومت مطلقه در تقابل با حکومت مبتنی بر تفکیک قوا بررسی می‌شود مفهومی مدرن است که سابقه‌ای در دولت‌های پیشامدرن - به‌ویژه حکومت‌های دینی - ندارد. برای روشن ساختن بهتر این موضوع باید به تفکیکی در معنای «مطلقه بودن حکومت» اشاره کرد. توضیح آنکه آنچه در دولت‌های پیشامدرن ذیل عنوان دولت مطلقه قرار می‌گیرد اطلاق موضوعی حکومت است؛ بدین معنا که حکومت عهده‌دار همه مسائل مربوط به حیات اجتماعی - و حتی سطوحی از آنچه امروزه حیات فردی نامیده می‌شود - است. در مقابل این معنا از اطلاق، در معنای مدرن از حکومت مطلقه، مقصود از این اصطلاح رهایی حاکم از قید و بندهای اشرافی، الهیاتی، اخلاقی، سنتی، و ... است. این معنای دوم را می‌توان، در برابر «اطلاق موضوعی»، «اطلاق حدود کیفی اعمال اقتدار» نامید.

در دولت‌های پیشامدرن حاکم به حیث موضوعی، تقریباً، در همه حوزه‌ها از حق اعمال قدرت مشروع برخوردار بود^۲ (مفهومی که در فقه شیعی به ولایت عامه مشهور است)، اما در کیفیت اعمال اقتدار خود در این حوزه‌ها آزاد نبود. به بیان دیگر، همواره چارچوب‌ها و حدودی وجود داشت که نحوه اعمال قدرت حاکم را کنترل می‌کرد. اما در تلقی جدید از حکومت مطلقه، نزد اندیشمندانی نظیر فیلمر یا هابز، علاوه بر بسط اطلاق موضوعی (جمع قلمرو دین و دنیا در دست حاکم)، کیفیت اعمال اقتدار حاکم نیز از قید و بند اشرافیت، اخلاق، الهیات، و ... آزاد می‌شود. این معنا از حکومت مطلقه است که دکترین تفکیک قوا در اندیشه لیبرال در برابر آن قرار می‌گیرد.

با این حساب دکترین تفکیک قوا از طرفی تلاش می‌کند با تقسیم کارکردهای قوای حکومتی از طرفی اطلاق بیشینه‌شده موضوعی حکومت مطلقه مدرن را از میان بردارد و از طرف دیگر با تحدید قوا به قانون با اطلاق در کیفیت اعمال اقتدار مقابله کند. قضاوت در این باره که آیا دکترین تفکیک قوا عملاً در این مسیر موفق بوده است یا نه در حدود بحث این نوشتار نیست. بدین ترتیب می‌توان ادعا کرد که دکترین تفکیک قوا در ارتباط با دولت پیشامدرن هم به حیث موضوعی از جهاتی بسط یافته (مثلاً اجازه مداخله در مسائلی که پیش از این در حیطه قدرت کلیسا بود) هم به حیث کیفیت اعمال قدرت در سطوحی گسترش یافته است. جنبه دوم هرچند در بادی امر عجیب به نظر می‌رسد، با ذکر این نکته روشن می‌شود که همه هنجارها و اقتضائاتی که حاکم پیشامدرن ملزم به عمل در حیطه آنها بود (فارغ از اینکه ضمانت اجرای کافی برای الزام او وجود داشته است یا نه)، با انحصاری که در ایده حکومت قانون وجود دارد، کنار گذاشته شده و فقط قانون عهده‌دار تعیین چارچوب عمل نهادهای قدرت شده است.

۱. برابری در آزادی، ثمره نقادی حکومت مطلقه

۱ - ۱. حکومت مطلقه در اندیشه فیلمر

به پدرت احترام بگذار!^۳

در مباحث اندیشه مدرن، حکومت مطلقه به حکومت‌هایی گفته می‌شود که در آنها هیچ محدودیتی، اعم از قوانین نوشته و نانوشته یا رسوم و سنت‌ها، بر سر راه اراده حکومت وجود ندارد (Pierson, 1991: 13). این حکومت می‌تواند در اختیار یک تن، اقلیتی از مردم، یا حتی اکثریت آنها باشد. چنین حکومتی قدرت نامشروطی بر جان و مال شهروندان دارد و ارتباط

آن با اتباعش مانند خداوندگار و بنده است.

غالباً این شکل از حکومت با استدلال‌هایی توجیه می‌شود که براهین مبتنی بر قدرت پدری^۴ نامیده می‌شود. الگوی این استدلال‌ها به این شکل است که قدرت حکومت و ارتباط آن با مردم با ارتباط پدر و فرزندان قیاس می‌شود و با استناد به ضرورت نامحدود و نامشروط بودن قدرت پدر بر فرزندان، برای تأمین مصالح و خیر ایشان و خانواده، ادعا می‌شود که حکومت نیز باید قدرتی با همین درجه از اطلاق (برای حفظ امنیت و رفاه مردم) داشته باشد.^۵

بنیاد این استدلال پذیرش سلسله مراتب^۶ میان انسان‌هاست. به بیان دیگر این استدلال‌ها مبتنی بر این پیش‌فرض هستند که اولاً برخی از افراد نسبت به برخی دیگر (در موضوعی) برترند و ثانیاً این برتری اقتضای آن را دارد که گروه اول بر گروه اخیر حکومت کنند. از استدلال‌های الهیاتی (مثل فروتر بودن مسیحیان از پاپ در سلسله مراتب کلیسا) گرفته تا نظریات شاه آرمانی (مبتنی بر برتری شخصی پیشوا) و ایده‌های سلطنت‌طلبانه در این گروه قرار می‌گیرند. با این حال، چنان که در مقدمه به تفصیل اشاره شد، استدلال‌هایی از این دست، که بر اساس قدرت مطلقه دولت مدرن مطرح می‌شوند، تمایزی بنیادین با استدلال‌های پیشین دارند. این تمایز در معنایی است که در مقدمات و نتیجه آن‌ها از «مطلقه بودن» مراد می‌شود. به علاوه، به‌ویژه در مدل هابزی، وجه شبه میان پدر و حاکم توجه به خیر و صلاح افراد تحت ولایت نیست، بلکه نقشی است که هر دو در قوام بخشیدن به وحدت جامعه در بنیاد و امنیت افراد به تبع آن دارند. به بیان دیگر مثلاً هرچند در ایده شاه آرمانی شاهنشاه پدر خانواده‌ای به گستره جامعه فرض می‌شود، این مقام محدود به شرایط و اقتضائات اخلاقی و الهیاتی‌ای است که به منظور سعادت مردمان طرح شده‌اند. برتری شاه آرمانی بر مردمان در این ایده، که مشروعیت ولایت او را تأمین می‌کند، ناشی از سرشت عقلانی و تأیید الهی اوست که او را در تضمین سعادت همگان توانا می‌سازد. در مقابل، شاه حکومت مطلقه مدرن در سیمای جباری مقتدر نمود می‌یابد که با اتکا به قدرت بی‌حد و حصر خود نظم دائماً رو به زوال جامعه را حفظ می‌کند تا در سایه این نظم مستبدانه افراد ترس کمتری از توحش دیگر اعضای جامعه داشته باشند.

برای درک دقیق‌تر معنای حکومت مطلقه در اندیشه مدرن به نمونه‌ای از این استدلال‌ها در

اندیشه فیلمر در کتابی با نام **پدرسالار یا قدرت طبیعی شاهان**^۷ می‌پردازیم.

سر رابرت فیلمر^۸ (۱۵۸۸ - ۱۶۵۳) از اندیشمندان سیاسی و صاحب‌منصبان انگلیسی قرن

۱۷ است که به واسطه کتاب **پدرسالار** و جوابیه لاک، در رساله نخست اثر **دو رساله درباره حکومت**، به او از جایگاهی برجسته در تاریخ اندیشه سیاسی برخوردار است. دوره زندگی او مصادف بود با اختلافات میان مشروطه‌خواهان و سلطنت‌طلبان که در نهایت در سال ۱۶۸۸ با پیروزی بدون خونریزی مشروطه‌خواهان به پایان رسید. او هرچند تا اواخر عمر کمتر خود را درگیر این مناقشات می‌ساخت، به منزله اندیشمندی سلطنت‌طلب مورد توجه قرار گرفت (Daly, 2017: 3-4).

کتاب **پدرسالار** او رساله‌ای است در طرفداری از قدرت مطلقه شاهان و شهریاران در برابر حقوق طبیعی‌انگاشته‌شده مردم. به بیان دیگر او در این کتاب تلاش کرد نشان دهد که طبیعی‌انگاشتن برابری و آزادی انسان‌ها قادر به تبیین تعهد سیاسی مردمان به شهریاران نیست. بدین معنا، فیلمر نمی‌خواهد- یا نمی‌تواند- پدرسالاری را به منزله اصل تعهد سیاسی اثبات کند، بلکه فقط می‌خواهد نشان دهد این یگانه تبیین موجه برای نشان دادن سرچشمه قدرت سیاسی است (Filmer & Laslett, 1949: 15).

باید توجه داشت، همان‌طور که لاک نیز به این موضوع التفات دارد (← لاک، ۱۳۹۲: ۱۷)، رساله **پدرسالار** کتابی برای شناسایی انواع حکومت یا توضیح اجزای نظام سیاسی سلطنتی نیست، بلکه موضوع آن تعهد سیاسی و خاستگاه تاریخی قدرت سیاسی است (Filmer & Laslett, 1949: 11). این عبور فیلمر از صرف نوعی رژیم‌شناسی و حرکت به سمت پرسش از بنیاد جامعه سیاسی و منشأ قدرت شاه طلیعه‌ای است که او را در مقام یک فیلسوف سیاسی مدرن در کنار لاک و هابز برجسته می‌سازد.

در مسیر پاسخ به این سؤال- همان‌طور که اشاره شد- ایده برابری و آزادی طبیعی انسان‌ها دشمن درجه یک اوست؛ چنان که به باور او میل به آزادی علت‌العلل هبوط آدم^(ع) است (فیلمر، ۱۳۹۶: ۸۱) و آزادی طبیعی یا برابر انسان اصل خطرناک اولیه و موتور عظیم فتنه‌ای است که دوران او با آن مواجه شده است (فیلمر، ۱۳۹۶: ۸۳). البته این احتیاط او در برابر آزادی و برابری طبیعی با هدف نقض و تردید در همه حقوق و آزادی‌های انسانی نیست، بلکه او درصدد است با پرسش از بنیاد این آزادی‌ها نشان دهد توصیف‌های مبتنی بر طبیعی بودن این آزادی‌ها اولاً قادر به تبیین و توجیه خود این آزادی‌ها نیست و ثانیاً نمی‌تواند مبنایی برای درک تعهد سیاسی

مردمان به شاه یا مملکت باشد. در عوض، به نظر او، منشأ این آزادی‌ها لطف و مرحمت شه‌یاران است (فیلمر، ۱۳۹۶: ۸۹).

روشن است که با چنین تبیینی از منشأ آزادی‌های انسانی، در وضع تعارض میان اقتدار پادشاه و آزادی‌های مردم، همواره اقتدار پادشاه است که دست برتر را دارد و بزرگ‌ترین آزادی برای مردمان در چنین وضعی همانا زیستن تحت فرمان آن شاه پدرسالار است (فیلمر، ۱۳۹۶: ۸۹).
فیلمر، که مسیحی معتقدی است، کتاب مقدس را وحی حقیقی و بی‌همتا و کامل اراده‌خداوند در مورد همه چیز می‌داند (Filmer & Laslett, 1949: 12). چنین نگاهی به کتاب مقدس به او این امکان را می‌دهد تا به داده‌های تاریخی غیر مأخوذ از کتاب مقدس - آنجا که آن‌ها را با وحی الهی در تعارض می‌بیند - وقعی نهد و مبتنی بر تفسیری خاص از آن نشانه‌هایی برای تقویت موضع خود ارائه دهد. اعتقاد به اینکه کتاب مقدس شامل هر آن چیزی است که آدمی به آن احتیاج دارد و تنها روایت موثق از تاریخ انسان را در خود دارد، او را ناچار می‌سازد، علاوه بر تصریحات متن مقدس، کنایه‌ها و تبادلات ضمنی را نیز - حتی آنجا که با عقاید مشهور در تعارض است - جدی بگیرد.

با ابتدا بر این روش، فیلمر از روایت آفرینش در سفر پیدایش چنین نتیجه می‌گیرد که بنیاد جامعه سیاسی در اصل در یک نفر (حضرت آدم) قرار داده شده است. از این یک نفر است که حوا و فرزندان آن‌ها تا به امروز پدید می‌آیند. تعلق اراده‌خدا به آغاز نژاد انسان با یک نفر برای فیلمر نشانه این است که همه باید از این نخستین انسان اطاعت کنند (Filmer & Laslett, 1949: 12).

در فاصله آفرینش آدم تا خلقت حوا، آدم مالک کل جهان و کل زمین و کل موجودات در آن بوده است. از این رو، پس از پیدایش انسان‌های دیگر، اوست که اجازه دارد بر زمین و آدمیان حکم براند. بدین معنا، روابط آدمیان از آغاز به شکلی طبیعی و فیزیولوژیک شکل گرفته است؛ پس، آدم در مقام پدر و در جایگاه نخستین انسان حاکمیتی مطلق بر همسر و فرزندان خود دارد (Filmer & Laslett, 1949: 12).

از این سیر تبیینی چنین نتیجه گرفته می‌شود که قدرت همواره متعلق به پدر است و زنان همیشه در موضعی فرودست قرار دارند و پس از پدر نخست‌زاده او قدرت مطلق را از او به ارث می‌برد. مهم‌تر از همه اینکه همه انسان‌ها غیر آزاد و نابرابر زاده شده‌اند و همواره این‌گونه باقی خواهند ماند (Filmer & Laslett, 1949: 13).

پس از زمان حضرت آدم، تا زمان حضرت نوح، جامعه انسان عبارت بود از «یک» خانواده بزرگ با «یک شهریار» پدرسالار. اما، پس از نجات خانواده نوح از طوفان، او، با بهره‌گیری از ولایت ناشی از حق پدری، فرمانروایی هر یک از مناطق زمین تا آن روز شناخته شده را به یکی از فرزندان خود اعطا می‌کند. هر یک از این فرزندان پدر خانواده و شهریار سرزمین خود هستند و به همین نحو این قدرت را برای فرزندان خود به ارث می‌گذارند. به همین سبب از نظر فیلمر تأسیس پادشاهی‌ها در ابتدا به واسطه تمایز خانواده‌ها به وجود آمده است (فیلمر، ۱۳۹۶: ۹۰ و ۹۱).

با این حساب، قدرت ناشی از حق پدری طبیعی‌ترین و بی‌واسطه‌ترین شکل اقتدار سیاسی است. به بیان دیگر خانواده همان جامعه سیاسی است که پدر، به سبب تقدم در خلقت، اقتداری بی‌رقیب بر اعضای آن دارد (Filmer & Laslett, 1949: 16): به پدرت احترام بگذار! (فیلمر، ۱۳۹۶: ۹۲).

از این رو، فیلمر حکومت‌های مردم‌سالار را نسبت به حکومت‌های استبدادی نظام‌هایی خشن‌تر می‌بیند. زیرا در دولت مردم‌سالار چون افراد بر این باورند که خیر عمومی فقط با عمل آن‌ها تأمین نمی‌شود، به امور عمومی توجه نشان نمی‌دهند و کارها دچار فترت و تعطیل می‌شود (طباطبایی، ۱۳۹۶: ۵۲۴).

۱ - ۲. نقادی حکومت مطلقه در اندیشه لاک

من خداوند، خدای تو، هستم؛ همان خدایی که تو را از اسارت و بندگی مصر «آزاد» کرد.^۹ فیلسوفانی نظیر لاک و سیدنی و مونتسکیو، به منظور توجیه آزادی طبیعی شهروندان، کار خود را با رد استدلال‌های مبتنی بر قدرت پدری آغاز کردند. در ادامه به توضیح نقد لاک بر استدلال فیلمر اکتفا می‌شود.

جان لاک^{۱۰} (۱۶۳۲ - ۱۷۰۴) در رساله اول دو رساله درباره حکومت به نقادی استدلال فیلمر و به تبع حکومت مطلقه می‌پردازد (Gencer, 2010: 326). لاک در فصل اول این رساله می‌نویسد: «علی‌رغم تمام هیاهوها و سروصدایی که طرفداران حق الهی سلطنت به راه انداخته‌اند، که گویا اقتدار الهی ما را تحت فرمان اراده بی‌منتهای دیگری قرار داده است، مطمئن هستم کتاب مقدس و عقل هیچ‌جا چنین نگفته است.» (لاک، ۱۳۹۲: ۱۷).

از این بند برمی‌آید که نقطه آغاز نقادی لاک بر استدلال فیلمر از سویی استناد نابجای او به کتاب مقدس و از سوی دیگر ناتوانی در ارائه استدلالی عقلانی (یا حتی تاریخی) است. توضیح

آنکه نقطه مرکزی استدلال فیلمر تفسیر خاص او از دو ایده در سنت یهودی- مسیحی است؛ یکی داستان خلقت حضرت آدم در سفر پیدایش و دیگری یکی از فرامین ده گانه حضرت موسی (ع) ناظر بر احترام و فرمان برداری از پدر.

تا آنجا که به خلقت آدم مربوط می شود، به باور لاک، فیلمر نتوانسته تفسیر خود را بر پایگاهی مطمئن موجه کند. به بیان دیگر، از صرف اینکه آدم نخستین انسان و قدیم تر از همه ابنا (و همسر) خود است نمی توان به ولایتی مطلقه برای او راه برد (لاک، ۱۳۹۲: ۲۵).

در سفر پیدایش آمده: «و خدا به آن ها نعمت داد و خدا به آن ها گفت زمین را آماده کنید و زاد و ولد کنید و دوباره آن را پرجمعیت کنید و آن را تحت سلطه در آورید و بر ماهی دریا و پرندۀ هوا و همه چیزهایی که بر زمین حرکت می کنند مسلط شوید». فیلمر بدون هیچ توجیهی عبارتی از این دست را نشانه انتصاب خداوندی و اعطای قدرتی انحصاری به نخست زادگان می داند؛ حال آنکه در بهترین حالت تنها چیزی که با قطعیت نسبی می توان از این دسته آیات استنتاج کرد سلطه ای همگانی و مشترک است که خداوند به همه ابنا بشر اعطا کرده است (لاک، ۱۳۹۲: ۳۸).

لاک، با رویکردی کنایه وار درباره تفسیر فیلمر، می نویسد تصور آن سخت است که خدا در یک زمان آدم را پادشاه جهانی همه انواع انسانی کند و همان روز او را به کار گمارد؛ از یک طرف او را از بهشت اخراج کند که برود کشاورزی کند (آیه ۲۳) و از طرف دیگر او را به تخت بنشاند و همه امتیازات و تسهیلات قدرت مطلقه را در اختیار او قرار دهد (لاک، ۱۳۹۲: ۵۶).

مفهوم «انتصاب خداوندی» در اندیشه فیلمر حد وسطی حیاتی است که در بزنگاه های متعدد به کمک استدلال های ناقص او می شتابد. او هیچ جا توجیه و توضیح روشن کننده ای درباره منشأ و محتوای این مفهوم به دست نداده است؛ اما از اشارات او می توان دریافت که از این مفهوم نوعی اعمال اراده تکوینی از سوی خداوند را مد نظر داشته است. مثلاً در مقام توجیه طبیعی بودن حق پدری به مثال های متعدد تاریخی اشاره می کند که قدرت هایی پدرسالار مدت ها- شاید همیشه- فرمانروایی کشورها را در اختیار دارند. اما چگونه می توان از این مثال ها طبیعی بودن و مشروعیت این شکل از قدرت را به اثبات رساند؟ مقدمه مفقوده- که در مواضع دیگر به آن تصریح می شود- در اینجا همان مفهوم انتصاب خداوندی است. به بیان دیگر، فیلمر از «آنچه اتفاق افتاده» به علاوه «اراده نامتناهی خداوند» نتیجه می گیرد که اراده خداوند به شکلی

«تأییدگرانه» قدرت پدری را تصدیق می‌کند. لاک نیز با التفات به ابهام موجود در این مفهوم، در نهایت، آن را بیان دیگری از مشیت الهی یا قانون طبیعت تعبیر می‌کند (لاک، ۱۳۹۲: ۳۰). با این حال، موضوع آن است که به باور منتقدان فیلمر هرچند استناد به «آنچه اتفاق افتاده» برای دریافتن مشیت و اراده عام الهی معقول به نظر می‌رسد، نمی‌توان آن را نشانه‌ای برای مشروعیت یک وضعیت دانست. به بیان دیگر، هر آنچه اتفاق افتاده، از جمله همه ظلم‌ها و شرور تاریخ، به این معنای عام ذیل مشیت و اراده عام الهی قرار می‌گیرد. اما دور از ذهن است که همه این مصادیق را مشروع بدانیم و آن‌ها را به مثابه پایه‌ای برای استنتاج وضع درست (مشروع) وضع کنیم.

از طرف دیگر استناد فیلمر به فرمان «به پدرت احترام بگذار!» با این اعتراض لاک مواجه می‌شود که اصل فرمانی که فیلمر فقط بخشی از آن را نقل کرده به این شکل است که «به پدر و مادرت احترام بگذار!». با این حساب، با روش فیلمر، باید چنین ولایتی را برای مادر نیز قائل شد یا حتی آن را مبنایی برای حق ولایت ملکه در نظر گرفت^{۱۱} (لاک، ۱۳۹۲: ۲۶). به علاوه، احترام پدری لزوماً ارتباطی با حق فرمانروایی پدرسالارانه ندارد؛ چنان که می‌تواند - و باید - به پدر احترام گذاشت و تا حد امکان از فرامین او اطاعت کرد. اما در بسیاری از موارد - از جمله تعارض فرمان او با فرمان حاکم یا فرامین اخلاقی - حتی از نظر فیلمر نیز پیروی از او نمی‌تواند مطلوب تشریح خداوند باشد.

بدین ترتیب، استنادات فیلمر به فرامین حضرت موسی، سفر پیدایش، و روایت خلقت حضرت آدم از منظر لاک چیزی جز یک تفسیر به رأی ناموجه نیست. اگر حضرت آدم و پیامبران دیگر دارای ولایتی بودند، این ولایت نه نتیجه تقدم در خلقت یا مقام پدری، بلکه ناشی از اراده تشریحی خداوند به پیروی از آن‌ها بوده است. بنابراین، در زمانه‌ای که نشانی از چنین اراده تشریحی آشکاری نیست موجه است که نسبت ابنای بشر در امر ولایت را نسبتی برابر و فاقد اولویت بدانیم.

البته باید به این نکته توجه کرد که دیدگاه لاک به یک زمانه خاص (زمانه معاصر) فاقد پیامبران محدود نمی‌شود. با روشن شدن ایرادات تفسیری فیلمر در نهایت این نتیجه حاصل می‌شود که وضعیت برابری در آزادی از ولایت دیگران وضعیتی «طبیعی» است که هر گونه عدول از آن نیازمند دلیلی است. توضیح آنکه همین که ولایت پیامبران بر مردمان را ناشی از

اراده تشریحی خداوند بدانیم روشن می‌شود که اصل بر عدم ولایت انسانی بر انسان دیگر است و فقط خداست که می‌تواند. اگر بخواهد. کسی را بر دیگران برتری دهد. به بیان دیگر انحصار ولایت مطلقه در خداوند مستلزم برابری طبیعی انسان‌ها در آزادی است. اقتدار مطلق «تنها» متعلق به خداوند است و همه انسان‌ها در مقابل او برابرند و به تبع اقتدار انسان‌ها در ارتباط با یکدیگر «نسبی» است.

لاک مطیع یک هم‌نوع شدن، به جای خدا، را بردگی برای بردگان می‌داند. از دیدگاه او، نه حضرت آدم ارباب و صاحب مطلق و فرمانروای حواست نه هیچ مردی بر هیچ زنی و نه هیچ پدری بر فرزندانش و نه هیچ پادشاهی بر مردمانش این فرمانروایی را دارد. خداوند به تنهایی خالق^{۱۲} همه چیز و همه کس است و فقط اوست که به جهانیان زندگی می‌بخشد.^{۱۳}

۱-۳. برابری^{۱۴} در آزادی، نتیجه رد استدلال قدرت پدری

با رد استدلال‌های مبتنی بر قدرت پدری، سلسله مراتب بین انسان‌ها از میان می‌رود. به تبع انسان‌ها در جایگاهی برابر در مقابل خداوند قرار می‌گیرند. این برابری در وهله اول برابری در آزادی است. توضیح آنکه وقتی هیچ فردی حق تحمیل اراده خود بر دیگری را نداشته باشد (اصل عدم ولایت) همه انسان‌ها به نحو برابر از سلطه اراده فردی هم‌نوعان خود آزادند. بنابراین، آزادی در نخستین گام عبارت است از رهایی از اراده فردی دیگران (مفهوم آزادی منفی)^{۱۵}.

۲. استنتاج ایده تفکیک قوا از برابری در آزادی

۲-۱. قانون و برابری در آزادی

با اثبات برابری در آزادی این سؤال بار دیگر در مرکز توجه قرار می‌گیرد که پس چه کسی باید بر اجتماع انسان‌ها حکومت کند. پاسخ این سؤال «قانون» است. برای درک استنتاج قانون از آزادی باید توجه داشت که قانون در اینجا به معنای «هنجاری فرای اراده‌های فردی» است.^{۱۶} به بیان دیگر، اگر آزادی به معنای رهایی از اراده‌های فردی باشد، امری باید حکومت کند که فرای اراده‌های فردی قرار گیرد. آن امر را در اندیشه حقوق مدرن قانون می‌نامند (اینکه ماهیت و فلسفه قانون چیست و چگونه فرای اراده قرار می‌گیرد بحثی مفصل است که از حدود موضوع این مقاله خارج است). به بیان دیگر، از آنجا که آزادی عبارت است از رهایی از اراده فردی دیگران و همه انسان‌ها در این معنا از آزادی برابرند، اراده فردی هیچ‌کس نمی‌تواند بر اراده فردی دیگران حکومت کند. با این حال «یک جامعه» بودن یک جامعه اقتضای آن را دارد که نوعی

اراده واحد بر آن حاکم باشد.^{۱۷} این اراده واحد (با استناد به برابری در آزادی) نمی‌تواند یکی از اراده‌های فردی باشد. اراده فرافردی (در اینجا «فرا» به معنای غیر است، نه بالا) را قانون می‌نامیم. از اینجاست که می‌توان ادعا کرد از منظر فیلسوفان لیبرال اقتضای آزادی آن است که تنها^{۱۸} قانون بر انسان‌ها حکومت کند (Neuhouser, 1993: 394).

مونتسکیو، با نظر به معنای گفته‌شده از قانون، در کتاب ۱۱ روح القوانین خود میان آزادی و استقلال (Independence) تفاوت می‌گذارد؛ استقلال انجام دادن هر آن کاری است که فرد می‌خواهد (حاکمیت اراده فردی) و آزادی سیاسی^{۱۹} حق انجام دادن هر کاری است که قانون اجازه می‌دهد.

استقلال به معنای قدرت و حاکمیت کنترل‌نشده (جمعی یا فردی) است. این مفهوم در تعارض با آزادی سیاسی قرار می‌گیرد. زیرا اعمال اراده فردی مستلزم محدودیت‌هایی بر اراده‌های فردی دیگر است. اگر فرد بتواند برخلاف این محدودیت‌ها عمل کند، باید انتظار داشته باشد که دیگران نیز به این محدودیت‌ها پایبند نباشند. در این صورت هیچ‌کس نمی‌تواند با اطمینان اراده فردی خود را اعمال کند. بنابراین، در یک اجتماع آزاد افراد باید به حدودی (قوانینی) مقید باشند تا همه بتوانند در این حدود اراده خود را اعمال کنند.^{۲۰}

بدین ترتیب، یک گام در فهم معنای آزادی به پیش می‌رویم. اگر آزادی رهایی از اراده فردی دیگران است و اگر قانون امری فرای اراده‌های فردی است، نتیجه آن می‌شود که فرد آزاد باید بتواند در محدوده‌ای که قانون منعی مقرر نکرده هر کاری که می‌خواهد انجام دهد. روشن است که این معنا از آزادی با بی‌قانونی و هرج و مرج متفاوت است، اما همچنان معنایی منفی دارد. از نظر مونتسکیو، برای دستیابی به آزادی سیاسی باید از استقلال^{۲۱} صرف‌نظر کرد. چون آزادی اقتضای زیستن ذیل قوانین سیاسی و مدنی را دارد. امری فرای اراده‌های فردی (قانون) باید اراده‌های فردی را محدود کند. به بیان دیگر، آزادی به معنای آن است که اعمال اراده فردی فقط محدود به قانون باشد (Shklar, 1987: 100-105).

در اینجا معنای قانون نیز یک مرحله غنی‌تر می‌شود؛ بدین معنا که بحث بند پیشین ناظر به قانون به مثابه وحدت‌بخش یک اجتماع سیاسی آزاد بود. اما اینجا به مثابه سامان‌بخش روابط بین‌فردی و در واقع «حد آزادی اراده‌های فردی» استنتاج می‌شود.^{۲۲}

۲-۲. حکومت قانون، اقتضای آزادی

با نظر به معنای اخیر از آزادی، حکومتی آزاد است که در آن هر منع و الزامی فقط به موجب قانون باشد، نه اراده فردی صاحب‌منصبان یا مسئولان حکومتی. چنین وضعیتی «حکومت قانون» نامیده می‌شود. حکومت قانون به معنای تفوق قانون بر همه اراده‌های فردی در یک حکومت است. چنان که نشان داده شد، این تفوق به‌ضرورت از معنای آزادی استنتاج شده است.

۲-۳. مشروطه‌گرایی، بهترین شکل حمایت از برابری در آزادی

حکومت مشروطه^{۲۳} حکومتی است که در آن هیچ فرد و نهادی قدرت مطلقه ندارد. توجیه این نوع از حکومت به طرق مختلفی انجام شده است. مثلاً، چنان که در بخش پیشین آمد، لاک، با انحصار قدرت مطلقه در خداوند، قدرت همه افراد را در ارتباط با یکدیگر نسبی و مشروط می‌دانست. قدرت مطلقه را چه مانند لاک منحصر در خداوند بدانیم چه مانند روسو منحصر در مردم، در هر حال، حکومتی با اقتضائات آزادی (در معنای گفته‌شده) سازگار است که هیچ فرد و نهادی در آن قدرت مطلق نداشته باشد (Preuss, 1998). در این معنا، نظام مشروطه پیوندی وثیق با حکومت قانون دارد. زیرا اقتضای رهایی از اراده‌های فردی و حکومت قانون آن است که همه افراد و نهادها مقید و «مشروط» به قانون باشند. بدین ترتیب، از دیدگاه اندیشمندان مشروطه‌خواه هیچ‌یک از اراده‌های فردی (از جمله نهادهای حکومتی) نباید دارای قدرت مطلقه (استقلال) باشند و باید مقید و محدود به قانون باشند.

۲-۴. تفکیک قوا، ویژگی سازمانی حامی مشروطه‌گرایی

در ادامه این سؤال برای متفکران لیبرال پدیدار می‌شود که چگونه می‌توان حکومت را مقید به قانون کرد. روشن است که افراد و به‌ویژه حاکمان نباید بتوانند با اراده‌های فردی‌شان حکومت را مجبور به کاری کنند. زیرا، طبق تعریف، حکومت فرای این اراده‌ها قرار می‌گیرد و این اراده‌ها باید تابع آن باشند.^{۲۴} از طرف دیگر، قدرتی بالاتر از حکومت را هم نمی‌توان سازمان داد تا حکومت را به رعایت قانون مقید کند. زیرا خود آن قدرت در جایگاه حکومت قرار می‌گیرد و مانند وضعیت قبلی، خود، باید مقید به قانون شود. راه‌حل مونتسکیو برای این چالش تفکیک قواست.

تفکیک قوا نظریه‌ای است که مطابق با آن، به جای آنکه قدرتی بالاتر یا پایین‌تر از حکومت تقید آن را به قانون تضمین کند، خود حکومت عهده‌دار این کار می‌شود؛ بدین نحو که حکومت بر اساس وظایفی که در ارتباط با قانون بر عهده دارد به بخش‌هایی تقسیم می‌شود و این بخش‌ها

با ابزارهایی که در اختیار دارند به نحو متقابل بر تقید یکدیگر به قانون نظارت می‌کنند (مرادخانی، ۱۳۹۶: ۳۳۳ - ۳۳۸). شکل مشهور تفکیک قوا تفکیک حکومت به سه قوه مقننه و مجریه و قضاییه است که به ترتیب عهده‌دار قانون‌گذاری و اجرای قانون و نظارت بر اجرای قانون‌اند. فقط خود حکومت می‌تواند تقید خود به قانون را ضمانت کند.

نتیجه‌گیری

چنان که دیدیم، ایده تفکیک قوا تداوم «خواست» تحدید قدرت در اندیشه مشروطه‌خواهانه است. بنیاد چنین خواستی مفهومی از قانون به مثابه اراده فرافردی و یگانه مرجع اقتدار جامعه سیاسی است. توضیح آنکه در اندیشه مشروطه‌خواهانه اراده سیاسی مردان سیاسی اراده‌هایی فردی در نظر گرفته می‌شوند که مشروعیتی برای غلبه بر اراده‌های فردی دیگر ندارند. چنین نگرشی به اراده سیاسی لاجرم به نفی و تحدید این اراده‌ها در چارچوب اقتدار مطلقه قانون می‌انجامد. این عدم مشروعیت نیز در جای خود در ایده برابری طبیعی انسان‌ها در آزادی ریشه دارد؛ ایده‌ای که محل نزاع اصلی میان فیلمر و لاک بوده است.

با نظر به مسیر استدلالی قوام یافتن ایده تفکیک قوا، مناسبت وثیق آن را با ایده‌های حکومت قانون و مشروطه‌خواهی درمی‌یابیم؛ چنان مناسبتی که سخن گفتن از یکی بدون دیگری - که درجاتی از آن را در بسیاری از کشورها مشاهده می‌کنیم - از جاهت و استحکام نظری می‌کاهد. این پژوهش گامی ابتدایی برای حرکت به سمت ایضاح مفهومی مقومات دولت مدرن است. چالش‌های موجود میان اخذ این مقومات، از سویی با نظر به مقبولیت جهانی آن‌ها و از سوی دیگر اقتضائات ویژه سیاسی و فرهنگی ایران، این هدف را به مقصودی ضروری در حوزه حقوق اساسی و فلسفه سیاسی بدل کرده است.

چنان که در مقدمه نیز اشاره شد، با ایضاح مفهومی مقومات دولت مدرن، از جمله دکترین تفکیک قوا در چارچوب مبانی فلسفه سیاسی کلاسیک، می‌توان جهت حل مناقشات نظری فعلی در این حوزه تلاشی معنادار صورت داد. این تلاش - بدون آنکه قضاوت درباره این مناقشه را پی بگیرد - از جهتی در به دست دادن تفسیری دقیق‌تر از رابطه قانون اساسی جمهوری اسلامی و ایده تفکیک قوا کمک‌کننده است و از جهتی دیگر می‌تواند راه گفت‌وگویی ثمربخش درباره مطلوبیت این دکترین را برای نظام سیاسی ایران باز کند.

یادداشت‌ها

۱. مقصود از وضعیت عادی در اینجا شرایطی است که قواعد معمول قانون اساسی با نظر به شرایط موجود برای حل چالش‌ها کافی است و ضرورتی (ضرورت‌هایی از جنس ناامنی، جنگ، بحران غذایی، اختلافات شدید و لاینحل میان نهادهای حاکمیتی) برای استفاده از امتیازات ویژه وجود ندارد.

۲. گفتنی است دولت پیشامدرن در غالب نمونه‌های خود حتی در همین معنا هم مطلقه نبود. مثلاً دولت‌های اروپایی در عصر قرون وسطی در حوزه‌هایی که مربوط به کلیسا تلقی می‌شد حق دخالت نداشتند.

۳. از ده فرمان موسی^(ع).

۴. قدرت پدری (Paternal Power) یا پدرسالاری (Paternalism) عبارت است از مداخله یک دولت یا فرد در زندگی فرد دیگر، برخلاف میل آن‌ها، با این توجیه که این مداخله به صلاح فردی است که در زندگی و تصمیمات او دخالت شده است (مدخل Paternalism، در دانشنامه استنفورد). در قوانین دولت پدرسالار، با اتکا به مفاهیمی نظیر منفعت و صلاح و سعادت و ... آزادی افراد سلب می‌شود. وجه تسمیه این مکتب آن است که دولت در جایگاه پدر قرار می‌گیرد. آنچه در متن با عنوان استدلال‌های مبتنی بر قدرت پدری آمده است نیز اشاره به استدلال‌هایی دارد که برای توجیه قدرت مطلقه حکومت ارتباط حکومت با افراد را با ارتباط پدر و فرزندان یکی می‌گیرد.

5. Coons, Christian & Weber, Michael (eds) (2013), **Paternalism: Theory and Practice**, Cambridge: Cambridge University Press.

۶. ریشه نگاه سلسله مراتبی به عالم در مکاتب سنتی به «قاعده الواحد» بازمی‌گردد. توضیح آنکه فیلسوفان سنتی با اتکا به این قاعده جهان هستی را همچون هرمی می‌دیدند که در بالای آن خداوند قرار دارد و در مراتب پایین‌تر عقول مجرد و سپس جهان مادی قرار می‌گیرد. در فلسفه اسلامی (← فارابی، آرای اهل مدینه فاضله) و مسیحی این نگاه سلسله مراتبی به عالم به اجتماع انسانی نیز تعمیم داده می‌شود. فلسفه مدرن، طبق یک تقریر، با گسست از نگاه سلسله مراتبی و قرار گرفتن انسان‌ها به نحو برابر در مقابل خداوند آغاز می‌شود (← کاسیرر، فرد و کیهان).

7. Patriarcha or the Natural Power of Kings

8. Sir Robert Filmer

۹. از ده فرمان موسی^(ع).

10. John Locke

۱۱. توضیح آنکه از دیدگاه فیلمر قدرت پدرسالارانه زمانی به زنان منتقل می‌شود که هیچ وارث مردی در آن طبقه وجود نداشته باشد. به عبارت دیگر مقام ملکه فقط واسطه‌ای است برای انتقال قدرت از شاه پیشین به وارث مذکر بعدی در زمانه اضطراب.

Filmer, Robert & Laslett, Peter (1950). "Patriarcha and Other Political Works", *Philosophy*, 25(94), pp. 280-281.

۱۲. لفظ Author، که در آثار فلسفه سیاسی به «اقتدار» ترجمه می‌شود، به معنای خالق و موجد و پدر نیز هست. لاک فقط خداوند را خالق و پدر جهان و انسان و حاکم مطلق بر آن‌ها می‌داند.

۱۳. برای گزارش کامل استدلال لاک و درک عمق آن به ترجمه مقاله «حاکمیت و تفکیک قوا در جان لاک» اثر بردی گنسر مراجعه کنید.



۱۴. در درک معنای برابری نخستین سؤالی که مطرح می‌شود این است که «برابری در چه چیزی؟». آنچه در متن مورد اشاره قرار گرفته است (هرچند به مورد ۳ شباهت دارد) مفهومی سلبی است. بدین معنا که چون تفاوتی میان انسان‌ها از منظر آزادی و تسلط بر دیگران قابل اثبات «نیست» آن‌ها از این حیث برابرنند. برای درک بهتر این موضوع به مفهوم مشترکی از آخوند خراسانی اشاره می‌شود. ایشان بر آن بود که نقطه اشتراک همه اهالی مملکت ایران جهل به نحوه حکومت‌داری است. همین جهل (امری سلبی) بنیاد برابری میان آن‌هاست. بدین معنا که چون هیچ‌کس در فرمانروایی علم بیشتری «ندارد» همگان به نحو برابر باید فرمانروایی کنند (برای اطلاعات بیشتر به مقاله «آخوند خراسانی و کشف مابه‌الاشتراک میان عموم مردم در مشروطیت»، اثر سید ناصر سلطانی، مراجعه کنید).

۱۵. آزادی منفی در برابر آزادی مثبت قرار می‌گیرد. اجمالاً آزادی منفی به معنای «مقید نشدن» به اراده فردی دیگران و آزادی مثبت به معنای «مقید شدن» به اراده خود است. البته عبارت اخیر به معنای تبعیت از اراده «فردی» و امیال «خود» نیست، بلکه معادل تبعیت از «قانون» است.

۱۶. مفهوم قانون در فلسفه مدرن غنی‌تر از این تعریف ابتدایی است. ولی، چنان که کانت نشان می‌دهد، تمامیت معنای قانون از همین نقطه استنتاج می‌شود (← بنیادگذاری مابعدالطبیعه اخلاق، اثر کانت).

۱۷. ضرورت وجود حکومت واحد (واحد بودن در معنای حکومت وجود دارد. زیرا برتری و تفوق بر همه اراده‌ها مقتضی وحدت است) به طرق مختلف اثبات شده است. گفتنی است نحوه اثبات این ضرورت بر معنا و حدود حکومت اثرگذار است. به بیان دیگر، این‌گونه نیست که همه اندیشمندان سیاسی امر واحدی را اثبات کرده باشند. تصویر هر یک از این اندیشمندان از وضع «پیشامدنی» معنای وضع مدنی (که در آن حکومت واحدی در حدود خاصی بر اراده‌های فردی مسلط است) را متعین می‌کند. توجه به معانی مختلف وضع طبیعی، در کتاب دو رساله در باب حکومت لاک و لویاتان هابز، برای درک این موضوع راهگشاست. مونتسکیو اجمالاً ضرورت وجود حکومت را مبتنی بر ترس از سلطه دیگران در وضع پیشامدنی می‌داند. صراحتاً در کتاب روح القوانین خود بحث مجزایی را به وضع پیشامدنی اختصاص نداده است. اما می‌توان این بخش از دیدگاه او را (علاوه بر اشاراتی از کتاب روح القوانین و حتی اندیشه‌های من) در اثر تمثیلی نامه‌های ایرانی جست‌وجو کرد. در اینجا به این دلیل مضیق اکتفا می‌شود که وحدت و وجود مساوق یک‌دیگرند و موجود بودن یک اجتماع سیاسی به معنای وحدت داشتن آن است. این وحدت در حکومت مجسم می‌شود.

۱۸. کلمه «تنها» به این سبب اضافه شده که بر انحصار حکومت در قانون تأکید کند. چون هر آنچه قانون نیست، نظر لاک، ذیل اراده‌های فردی قرار می‌گیرد.

۱۹. آزادی سیاسی در برابر آزادی فلسفی قرار می‌گیرد که بدین معناست که یک فرد محکوم قوانین علی نیست (← فصل دوم کتاب ۱۲ روح القوانین).

۲۰. توجه به این نکته که ما در جامعه تنها نیستیم و دیگرانی نیز هستند که «مانند ما» آزادند مفهوم آزادی و قانون را به مفهوم «حق» پیوند می‌دهد. یکی از منابع اصلی برای پیگیری این مفهوم کتاب بنیاد حق طبیعی، اثر فیشته، است.

۲۱. استقلال ویژگی وضع بربریت است. توضیح آنکه مونتسکیو پیش از وضع مدنی به دوره‌هایی قائل است. یکی از این دوره‌ها وضعی است که هر کس جز به منافع خود نمی‌اندیشد و جز اراده خود را اعمال نمی‌کند (←

▶ نامه‌های ایرانی.

۲۲. در این استدلال خصوصیتی نیست که آن را محدود به اشخاص حقیقی کند. بنابراین، قانون در معنا هم سامان‌بخش روابط اشخاص حقیقی است و هم روابط اشخاص حقیقی با نهادها و هم نهادها با یکدیگر.
۲۳. در وجه تسمیه لفظ مشروطه اختلاف نظر وجود دارد. برخی آن را از ریشه «شرط» عربی می‌دانند، برخی آن را به «Le Charte» فرانسوی به معنای «منشور» بازمی‌گردانند، برخی نیز بر این باورند که این کلمه از عثمانی وارد شده است. اما به نظر نگارنده در درک وجه تسمیه آن باید به لفظ **Constitutional** نظر داشت. این واژه در معنای «تأسیس‌شده» است. توضیح آنکه پرسش از مشروعیت حکومت در واقع پرسش از اساس (بنیاد) «تأسیس» آن و کنار زدن نگاه «طبیعی» به آن است. هر چه بنیادی دارد مقید و «مشروط» به آن بنیاد است. مثلاً اگر ذات مثلث «سه ضلعی بودن» باشد، مثلث شکلی است که «محدود» به این سه ضلع است و تا حدود این بنیاد امتداد می‌یابد. به نحو مشابه، حکومت مشروطه مشروط و مقید به بنیاد خود است. اگر بنیاد حکومتی آزادی باشد، یعنی بر اساس آزادی تأسیس شده باشد، نمی‌تواند عملی در تعارض با آن انجام دهد.
۲۴. باید توجه داشت که در اینجا بحث از امکان عملی این موضوع که مردم حکومت را وادار به تبعیت از قانون کنند مطرح نیست، بلکه چالشی نظری بر سر راه این موضوع وجود دارد. به عبارت دیگر نکته آنجاست که اراده‌های فردی مطابق ماهیتشان نمی‌توانند به نحو منفرد تصمیم بگیرند که عملی تخطی از قانون است یا نه.



منابع

الف) منابع فارسی

۱. عهد عتیق (۱۴۰۰)، ترجمه پیروز سیار، تهران: نی و هرمس، ج ۱.
۲. طباطبایی، سید جواد (۱۳۹۶)، *تاریخ اندیشه سیاسی جدید در اروپا*، تهران: مینوی خرد، ج ۱، دفتر نخست.
۳. فیلمر، رابرت (۱۳۹۶)، *پدرسالار یا قدرت طبیعی شاهان*، ترجمه علی اردستانی، تهران: نگاه معاصر.
۴. فلاح‌زاده. علی محمد، همتی. محتبی، جواهری طهرانی. محمد، فتحی. جواد، مزروعی ابیانه. یحیی، بهادری جهرمی. علی، طحان نظیف. هادی، علی، (۱۳۹۱)، *تفکیک تقنین و اجرا؛ تحلیل مرزهای صلاحیت تقنینی در روابط قوای مقننه و مجریه*، تهران: مرکز تحقیقات شورای نگهبان.
۵. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۳۷۵)، *اصول کافی*، ترجمه محمدباقر کمره‌ای، قم: اسوه، ج ۱.
۶. لاک، جان (۱۳۹۲)، *دو رساله حکومت*، ترجمه فرشاد شریعت، تهران: نگاه معاصر.
۷. مرادخانی، فردین (۱۳۹۶)، *خوانش حقوقی از انقلاب مشروطه ایران*: (تاریخ مفاهیم حقوق عمومی در ایران)، تهران: میزان.
۸. مونتسکیو، شارل لوئی دو سکوندا (۱۳۶۲)، *روح القوانین*، ترجمه علی‌اکبر مهتدی، تهران: امیرکبیر.

ب) منابع انگلیسی

9. Bedri Gencer (2010), *Sovereignty and the Separation of Powers in John Locke*, *The European Legacy*, 15:3, 323-339
10. Coons, Christian and Michael Weber (eds) (2013), *Paternalism: Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press.
11. Daly, J. (2017), *Sir Robert Filmer and English Political Thought*, Toronto, University of Toronto Press.
12. Filmer, & Laslett, P. (1949), *Patriarcha, and other political works of Sir Robert Filmer*, New Jersey: Blackwell.
13. Neuhaus, Frederick. (1993). *Freedom, Dependence, and the General Will*. *The Philosophical Review*.

-
14. Pierson, Christopher (1991), *The modern state*, London and New York. Routledge.
15. Preuss, U. (1998). Constitutionalism. In *The Routledge Encyclopedia of Philosophy*. Taylor and Francis.
16. Shklar, Judith N. (1987), *Montesquieu*, Oxford, Oxford University Press.

References

1. Tabatabai, Javad (2017), *History of new political thought in Europe*, Tehran: Minooye Kherad Publication. (In persian)
2. Old Testament, Translated by Pirouz Sayar, Tehran: Ney and Hermes Publication. (In persian)
3. Filmer, Robert, *Patriarcha, or the Natural Power of Kings*, Translated by Ali Ardestani (2017), Tehran: Negahe Moaser Publication. (In persian)
4. Al-Kulayni, *Uṣūl al-kāfī*, Translated by Muhammad Baqir Kamara'I, Qom: Osveh Publication. (In persian)
5. Locke, John, *Two Treatises of Government*, Translated by Farshad Shari'at (2013), Tehran: Negahe Moaser Publication. (In persian)
6. Montesquieu, Charles de Secondat, *The Spirit of Law*, Translated by Ali Akbar Mohtadi (1983), Tehran: AmirKabir Publication. (In persian)
7. Moradkhani, Farid (2017), *Legal reading from Iran constitutional revolution: History of concepts and institutions of public law in Iran*, Tehran: Mizan Publication. (In persian)

نظام حقوقی حاکم بر شوراهای اداری درون قوه مجریه، آسیب‌شناسی و ارائه الگوی مطلوب

یحیی مزروعی ایبانه^{۱*}، علی عبدالاحد^{۲**}

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۲/۳۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۷/۰۸

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: 10.22034/qjplk.2022.1585.1471

چکیده

یکی از ارکان نظام حکمرانی در قوه مجریه شوراهای اداری هستند. ایجاد و توسعه روزافزون و بدون قاعده این شوراهای چالش‌ها و آسیب‌هایی را در منظومه حقوق عمومی ایجاد کرده است. با توجه به آنکه مقنن از سال ۱۳۰۰ تاکنون اقدام به تأسیس این شوراهای در نظام حقوقی ایران کرده است، این پرسش مطرح می‌شود که آیا این اقدام منطبق با موازین حقوق عمومی و اصول قانون اساسی است. نتایج این پژوهش با بهره‌گیری از اسناد قانونی و اتخاذ رویکردی تحلیلی-توصیفی نشان داد تجویز تأسیس شورا درون قوه مجریه خلاف موازین یادشده و اصول ۶۰ و ۱۳۸ و ۵۷ قانون اساسی است؛ یعنی تنها نهاد شورایی درون قوه مجریه که مقنن اساسی آن را به رسمیت شناخته هیئت وزیران است و هرچند در اصل ۱۳۸ تشکیل کمیسیون مشکل از چند وزیر پیش‌بینی شده است، این امر منوط به اراده هیئت وزیران است نه مجلس. بنابراین، در این نوشتار به بررسی این موضوع و ارائه سازوکاری جهت رفع اشکالات و ایرادات موضوع یادشده پرداخته خواهد شد.

واژگان کلیدی: اصل تفکیک قوا، شوراهای اداری، صلاحیت، قانون اساسی، هیئت وزیران.

۱. دانش‌آموخته دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه علامه طباطبایی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

* Email: yahiamazroei@gmail.com

۲. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه علامه طباطبایی، تهران، ایران

** Email: abdolahad.ali@gmail.com



مقدمه

شوراهای اداری یکی از ارکان نظام تصمیم‌گیری، برنامه‌ریزی، سیاست‌گذاری، مقررات‌گذاری، ایجاد هماهنگی بین دستگاه‌ها، و نظارت بر اجرای قوانین و مقررات شناخته می‌شوند. «شوراهای عالی اداری شوراهایی هستند که در درون قوه مجریه و در کنار سازمان‌های اداری مرکزی و دستگاه‌های اجرایی مرکزی زیر نظر قوه مجریه تشکیل می‌شوند.» (محبی انجدانی، ۱۳۸۹: ۷۶). در خصوص نظریات موجه تأسیس شورای اداری می‌توان به مواردی همچون «رویکرد هماهنگی و همکاری شامل صلاحیت‌های مشترک، نفی مدیریت جزیره‌ای، هماهنگی تشکیلاتی و هماهنگی موضوعی، رویکرد مقررات‌گذاری بهتر، رویکرد مشورت و مشارکت، رویکرد نظارت و کنترل، و رویکرد حل‌وفصل اختلافات» (مشهدی و فریادی، ۱۴۰۰: ۲۰ - ۲۸) اشاره کرد. با عنایت به گسترش نقش و کارکردهای دولت در امور اجتماعی، سیاسی، اقتصادی، و فرهنگی از سال ۱۳۰۰ مقنن عادی در حوزه‌های یادشده اقدام به تأسیس این شوراها داخل قوه مجریه کرده است؛ با این فرض که در مورد موضوعی خاص مشکلات و چالش‌هایی پدید می‌آید و برای حل آن‌ها مقنن راه‌حل را در تشکیل شورایی متشکل از نمایندگان قوه مجریه یا ترکیبی از نمایندگان قوه مجریه و سایر قوا و حتی در مواردی بخش غیردولتی می‌داند. در واقع، موازی و هم‌عرض نهاد هیئت وزیران منبث از اصل ۱۳۸ قانون اساسی، قانون‌گذار شوراهایی را مثل ستاد مرکزی مبارزه با قاچاق کالا و ارز تأسیس می‌کند و به آن‌ها، علاوه بر صلاحیت وضع مقررات مادون قانون، صلاحیت‌های دیگری از قبیل نظارت بر نحوه اجرای قوانین، هماهنگی بین دستگاه‌ها، و اجرای برخی از تصمیمات را می‌دهد.

«عدم ذکر جایگاه و صلاحیت‌های این شوراها در قانون اساسی ابهامات بسیاری را در مورد جایگاه، ماهیت، و صلاحیت‌های این شوراها به وجود آورده است» (محبی انجدانی، ۱۳۸۹: ۹۱). همچنین، در خصوص فلسفه و محدوده صلاحیت مجلس، مبانی حقوقی، حدود و ثغور فعالیت، قلمرو وظایف و اختیارات، چگونگی ارتباطات و تعاملات شوراها با سایر اجزای قوه مجریه، مثل نهاد هیئت وزیران، و نحوه نظارت بر مصوبات آن‌ها به‌رغم چالش‌های ایجادشده بحث انتقادی صورت نگرفته است.

بررسی نحوه عملکرد این شوراها و ایرادات و چالش‌های موجود، ضرورت تحول در طراحی جدید آن‌ها را آشکار می‌کند. به دلیل نابسامانی در نحوه عملکرد این نهادها، شورای

عالی اداری در سال ۱۳۸۶ اقدام به ساماندهی این شوراها کرد. اما، مجلس در مقابل این اقدام مقاومت و ۱۸ شورای عالی را در قانون تعیین وضعیت شوراهای عالی (۱۳۸۶) تثبیت و ابقا کرد و به دولت اختیار داده شد که لایحه ساماندهی شوراها را به مجلس ارائه کند که تاکنون اتفاقی رخ نداده است.

دلایل متعددی بر ضرورت بازمهندسی شوراهای اداری قابل شمارش است که از آن‌ها می‌توان به «تکثیر نهادهای تصمیم‌گیر جمعی و رشد بیمارگونه آن‌ها به عنوان یک روش مرسوم و راه‌حل برخی از مشکلات، وجود شوراهای اداری متروک، اطلاع در تصمیم‌گیری، موازی‌کاری و تداخل وظایف، تحمیل هزینه‌های عمومی، ضعف مسئولیت و پاسخگویی و فرایندهای دیوانسالارانه» (مشهدی، ۱۳۹۲: ۲۵۹ - ۲۶۱) اشاره کرد.

سؤال اصلی این پژوهش این است که آیا مجلس به استناد اصل ۷۱ قانون اساسی می‌تواند درون قوه مجریه اقدام به تأسیس شورای اداری کند و این امر منطبق با موازین حقوق عمومی و اصول قانون اساسی است. در این نوشتار می‌کوشیم با هدف بازشناسی و ارائه رویکردی جدید از این شوراها، ضمن بیان پیشینه تاریخی موضوع و بررسی و ارزیابی حقوقی عملکرد نهادهای تقنینی و نظارتی در انطباق با بایسته‌های حقوق عمومی و تبیین آسیب‌های ناشی از تأسیس این شوراها در نظام حقوقی و اداری ایران، راهکاری برای حل ریشه‌ای این موضوع ارائه دهیم. در جهت تحقق این هدف، در آغاز، به پیشینه تاریخی و سوابق قانونی اشاره می‌کنیم و در گام بعد به جایگاه و ماهیت این شوراها در نظام حقوقی و تحلیل حقوقی عملکرد مجلس در خصوص تأسیس شوراها می‌پردازیم. مرحله سوم به آسیب‌شناسی شوراها اختصاص دارد. و در انتها، ضمن ارائه الگوی مطلوب، راه‌حل و سازوکاری مبتنی بر موازین حقوق عمومی برای اصلاح وضع نابسامان موجود ارائه می‌کنیم.

۱. پیشینه تاریخی و سوابق قانونی

قانون‌گذار اساسی، در اصول ۳۹ و ۴۱ قانون اساسی مشروطه، نهاد شورایی هیئت وزیران را به رسمیت شناخت بدون آنکه به صلاحیت‌های آن اشاره کند. مقنن عادی در سال ۱۳۰۰، تحت عنوان قانون شورای عالی معارف، اقدام به تأسیس اولین شورای اداری در قوه مجریه کرد و این روند بعد از صد سال همچنان ادامه دارد. در سال ۱۳۵۸، مقنن اساسی، ضمن به رسمیت شناختن مجدد هیئت وزیران در اصل ۱۳۸، در این اصل و سایر اصول، صلاحیت‌هایی

را برای آن نهاد تعیین کرد. در بازنگری قانون اساسی (۱۳۶۸) عبارت «دولت می‌تواند تصویب برخی از امور مربوط به وظایف خود را به کمیسیون‌های متشکل از چند وزیر واگذار نماید. مصوبات این کمیسیون‌ها در محدوده قوانین پس از تأیید رئیس‌جمهور لازم‌الاجرا است.» به انتهای اصل یادشده اضافه شد.

شورای عالی اداری (۱۳۸۶) با هدف اصلاح نظام اداری، افزایش تحرک و کارایی و بهره‌وری، بهبود خدمت‌رسانی به مردم با حفظ کرامت آنان، ادغام مدیریت‌های موازی، کوچک‌سازی، روان‌سازی، سرعت و دقت، کارآمدی، جلوگیری از بوروکراسی زاید و اتلاف وقت، پرهیز از تصمیمات پراکنده و متنوع و متراکم و مشابه یا متعارض در موضوع واحد، پرهیز از شرکت در جلسات متعدد و مشابه و زاید که مانع کار و تلاش است و بیشتر وقت مدیران ارشد را نیز به خود اختصاص داده است، صرفه‌جویی، ارتقای سطح کیفی تصمیمات، و تمرکز بر موضوعات با محتوای واحد ۲۸ شورا را در یک‌دیگر یا کمیسیون‌های دولت ادغام کرد.

مجلس در قانون تعیین وضعیت شوراهای عالی (۱۳۸۷)، ضمن مخالفت با این اقدام، ۱۸ شورا را تثبیت و ابقا و مجمع تشخیص مصلحت نظام نیز در انتهای مصوبه مجلس مقرر کرد دولت می‌تواند پیشنهادهای لازم را برای بازنگری در وضعیت شوراهای از حیث اصلاح وظایف و اختیارات و تعداد اعضا و حذف یا ادغام آن‌ها در یک‌دیگر برای افزایش کارایی و تشکیل مستمر آن‌ها به مجلس تقدیم کند.

بعد از گذشت چهارده سال از تصویب این قانون، هیچ اقدامی از سوی دولت و مجلس صورت نگرفته است و روزبه‌روز با مصوبات مجلس و تأیید شورای نگهبان به تعداد شوراهای بدون داشتن یک نقشه راه اصولی اضافه می‌شود. رویه شورای نگهبان در مورد تأسیس شوراهای دچار تشتت و ناهمگونی بوده است؛ اگرچه در حال حاضر ایجاد این شوراهای پذیرفته است. طبق نظر مشورتی ۱۹۴۹، مورخ ۱۳۶۳/۰۷/۲۵، تشکیل شوراهای تصمیم‌گیرنده در رابطه با امور اجرایی با عضویت افراد خارج از هیئت وزرا با قانون اساسی مغایرت دارد. در واقع، از دیدگاه شورا می‌توان شورایی در رابطه با امور اجرایی با عضویت اعضای هیئت وزیران (رئیس‌جمهور و وزرا) تشکیل داد. رویه شورا تاکنون نیز مؤید این رویکرد است. مجلس در مصوبه مربوط به عضویت وزیر راه و ترابری در شورای عالی شهرسازی و معماری ایران (۱۳۷۲) مقرر کرد وزیر راه و ترابری به اعضای شورای عالی شهرسازی و معماری ایران اضافه می‌شود. شورا

اعلام کرد: «نظر به اینکه این‌گونه شوراها که متکفل قانون‌گذاری یا امور اجرایی می‌شوند و قانون اساسی این مسئولیت‌ها را به مراجع قانونی یا اجرایی مذکور در اصول ۶۰ و ۱۳۷ و ۱۳۸ واگذار کرده مصوبه خلاف اصول مذکور شناخته شد». این رویکرد شورا منطبق با موازین حقوق عمومی بود. ولی برخی حقوقدانان بر آن‌اند که «استناد به اصل ۶۰ قانون اساسی نمی‌تواند مورد قبول باشد؛ چراکه این شوراها خود در بطن قوه مجریه تشکیل می‌شوند و جزئی از قوه مزبور محسوب می‌شوند. بنابراین ممنوعیتی برای عهده‌دار شدن کارکردهای اجرایی توسط آن وجود نخواهد داشت.» (سهراب‌لو و اصلانی، ۱۳۹۶: ۲۵۵). مجلس در قانون الحاق یک بند به ماده ۳ قانون تأسیس شورای عالی شهرسازی و معماری ایران (۱۳۷۶) تصویب کرد وزیر راه و ترابری به اعضای شورای عالی شهرسازی و معماری افزوده می‌شود و این حکم به تأیید شورا رسید. یعنی شورا از نظر قبلی خود عدول کرد. شورا در سال ۱۳۷۶ و تقریباً چهار ماه بعد از تصویب قانون اخیرالذکر در خصوص لایحه اصلاح آیین‌نامه ترکیب شورای عالی هماهنگی ترابری کشور و وظایف و اختیارات شورا (۱۳۷۵) از نظر قبلی خود عدول کرد. مجلس در ماده ۲ وظایف و اختیارات شورا را بدین شرح تعیین کرد:

(الف) تصویب برنامه‌ها و خط‌مشی‌های اجرایی ترابری کشور؛

(ب) تصویب ضوابط پیشنهادی وزارت راه و ترابری در مورد روابط بین مؤسسات ترابری و کامیون‌داران و اتوبوس‌داران؛

(ج) تصویب آیین‌نامه مربوط به صدور اجازه تأسیس مؤسسات، دفاتر، شعبه‌ها، و نمایندگی‌های ترابری خارجی؛

(و) تعیین ضابطه و معیارهای لازم با همکاری دستگاه‌های مربوط برای ایجاد و اداره و توسعه مؤسسات ترابری؛

(ز) تصویب ضوابط و معیارهای پیشنهادی در مورد امور مربوط به ترابری سازمان‌های دولتی؛

(ح) اتخاذ سیاست‌های لازم برای تشویق بخش خصوصی به سرمایه‌گذاری در امور مربوط به ترابری؛

(ک) ایجاد هماهنگی در امور ترانزیت داخلی و خارجی کشور.»

شورا اعلام کرد: «نظر به اینکه شورای مذکور مرکب از تعدادی از وزیران و تعدادی از مسئولان سازمان‌های دولتی و تعداد دیگری از مسئولان تعاونی و بخش خصوصی است و نظر

به اینکه بندهای الف، ب، ج، و، ز جزء وظایف وزارت راه و ترابری است و بندهای ح و ک از وظایف هیئت دولت است و نظر به اینکه این وظایف و اختیارات چنانچه متعلق به هر یک از وزرا است باید تصمیم به تصویب وزیر مربوط برسد و در مواردی که متعلق به هیئت وزیران باشد تصمیم مذکور باید به تصویب هیئت وزیران برسد و یا جمعی از وزرا با تصویب هیئت وزیران مطابق اصل ۱۳۸ قانون اساسی آن را به تصویب برسانند، بنابراین، ماده ۲ مغایر اصل ۱۳۸ قانون اساسی است.»

با توجه به اینکه رهبر معظم انقلاب، به موجب بند ۱۴ سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری، رعایت صلاحیت ذاتی قوای سه‌گانه در قوانین مربوط به تشکیل نهادهایی از قبیل شوراهای عالی، بازنگری در قوانین موجود این نهادها، پیش‌بینی سازوکار کارآمد قانونی لازم برای تضمین عدم مغایرت مصوبات آن‌ها با قوانین عادی را به عنوان نقشه راه قوای یادشده معین کرد و نه دولت نه مجلس هیچ‌گونه اقدامی جهت ساماندهی شوراهای مذکور نکردند، ضرورت تدوین قانون نحوه اجرای بند ۱۴ سیاست‌های یادشده بیش از پیش احساس می‌شود. دولت در سند تحول دولت مردمی (۱۴۰۰) با توجه به اینکه تعدد ساختارهای تصمیم‌گیری و برنامه‌ریزی درون دولت موجب چالش ظرفیت محدود و نامناسب نظام اداری برای تحقق مأموریت‌ها و انتظارات شده است لذا اقدام به تقویت ساختاری، کارکردی، و کارشناسی کمیسیون‌های دولت و دبیرخانه آن‌ها با حذف یا تجمیع وظایف و اختیارات شوراهای موازی در سطح نهاد ریاست‌جمهوری، وزارتخانه‌ها، و سایر دستگاه‌های دولتی را به عنوان راهبرد بازمهندسی شوراهای اداری تعیین کرده است.

۲. ارزیابی عملکرد نهادهای تقنینی و نظارتی در خصوص تأسیس شوراهای اداری از لحاظ انطباق با موازین حقوق عمومی

عملکرد نهادهای یادشده از چند منظر قابل بررسی است.

الف) ترکیب اعضای شوراها در قوانین بدین شرح است:

۱. اعضای قوه مجریه، متشکل از وزیر یا غیر وزیر مثل شورای اقتصاد؛ که در این حالت

دخالت افراد غیر وزیر مغایر اصول ۶۰ و ۱۳۴ و ۱۳۸ قانون اساسی است.

۲. اعضای قوه مجریه همراه اعضای قوای مقننه و قضاییه؛ که البته در اکثر موارد عضو قوه

مقننه به صورت ناظر و بدون حق رأی در جلسات شرکت می‌کند، اما، عضو قوه قضاییه دارای

حق رأی است و معلوم نیست علت این تفاوت چیست، مثل کمیسیون ماده ۱۰ قانون احزاب. در این حالت دخالت افراد غیر وزیر مغایر اصول ۵۷ و ۶۰ و ۱۳۸ قانون اساسی است.

۳. اعضای قوای سه‌گانه همراه اشخاص بخش غیردولتی؛ که در برخی موارد این اشخاص دارای حق رأی نیز هستند، مثل شورای عالی بیمه، که دخالت افراد غیر وزیر مغایر اصول ۵۷ و ۶۰ و ۱۳۸ قانون اساسی است.

عضویت نمایندگان مجلس در شوراها حتی به عنوان عضو ناظر مغایر اصل ۵۷ قانون اساسی است. صلاحیت نظارتی مجلس از طریق روش‌های مقرر در قانون اساسی، یعنی اصول ۷۶ و ۸۸ و ۸۹ و ۹۰، صورت می‌گیرد، نه عضویت در شوراهای یادشده. بنابراین، اگر این موضوع را بپذیریم، باید نمایندگان قوه قضاییه مثل سازمان بازرسی کل کشور نیز در این شوراها به عنوان ناظر عضو باشند. به موجب ماده ۳ قانون تأسیس وزارت اطلاعات (۱۳۶۱) مقرر شد، به منظور نظارت بر حسن اجرای قوانین در امر اطلاعات، شورای عالی قضایی نماینده‌ای در وزارت اطلاعات تعیین کند. شورای نگهبان اعلام کرد این حکم مغایر اصل ۵۷ قانون اساسی است و اگر مقصود از ماده یادشده نظارت قوه قضاییه بر حسن اجرای قوانین طبق بند ۳ اصل ۱۵۶ قانون اساسی باشد، ترتیب اجرای نظارت یادشده طبق اصل ۱۷۴ قانون اساسی و بعضی اصول دیگر مربوط به قوه قضاییه تعیین شده است و باید به نحو تعیین شده اعمال شود.

ب) همه ارکان سه‌گانه قوه مجریه بر اساس اصول قانون اساسی در برابر مجلس مسئولیت سیاسی دارند. بر اساس اصل ۱۳۷ هر یک از وزیران مسئول وظایف خاص خویش در برابر مجلس است و در اموری که به تصویب هیئت وزیران می‌رسد مسئول اعمال دیگران نیز هست. با توجه به اینکه قانون‌گذار اساسی از عبارت «به تصویب هیئت وزیران می‌رسد» استفاده کرده است و این امر اماره‌ای بر حصر است، نمی‌توان در سایر موارد، یعنی تصمیماتی که به تصویب اعضای شورای اداری می‌رسد، اعضای یادشده را در قبال مجلس مسئول دانست. به عبارت دیگر، نمی‌توان دامنه شمول اصل ۱۳۷ را توسعه داد. زیرا عبارت هیئت وزیران با توجه به سایر اصول قانون اساسی، مثل ۸۵ و ۱۲۷ و ۱۳۴ و ۱۳۸ و ۱۳۹، ناظر بر نهاد هیئت وزیران است و نمی‌توان قلمرو شمول اصل ۱۳۷ را به شوراهای اداری تسری داد. زیرا اعضای شوراها هیئت وزیران محسوب نمی‌شوند و این دو یکی نیستند و هر یک

شخصیت حقوقی خاص خود را دارند و نمی‌توان گفت وزیران عضو شوراها همان نهاد هیئت وزیران هستند. به موجب ماده ۳ آیین‌نامه داخلی هیئت دولت، اعضای صاحب رأی دولت عبارت‌اند از رئیس‌جمهور و وزرا. بر این اساس، نهاد هیئت وزیران متشکل از رئیس‌جمهور (بر اساس اصل ۱۳۴ قانون اساسی) و وزیران (فعالاً نوزده نفر) است. بر این مبنا، هیئت وزیران مرکب از بیست نفر است و این ترکیب و ساختار قابل اصلاح نیست. به عبارت دیگر، هر شورایی که در آن همه این بیست نفر عضو نباشند نهاد هیئت وزیران محسوب نمی‌شود و مرجعی غیر از هیئت وزیران است. بنابراین، ترکیب و ساختار هیئت وزیران بر اساس قوانین معلوم است و نمی‌توان این ترکیب را از طریق ایجاد شوراها اصلاح کرد. پس تأسیس شوراها توسط قوه مقننه مغایر اصل ۱۳۷ است.

پ) نحوه تصویب موضوعات در شوراها در قوانین بدین شرح است:

۱. در برخی موارد مصوبات پس از تأیید وزیر لازم‌الاجرا می‌شوند؛ مثل شورای عالی بورس و اوراق بهادار. بر اساس اصل ۱۳۸، وزیر صلاحیت وضع تصویب‌نامه را دارد. مقنن اساسی این صلاحیت را مقید و مشروط به موضوعات پیشینی، مثل تشکیل شورای اداری و تصمیم‌گیری این شورا، نکرده است؛ درحالی‌که مقنن عادی برخلاف نظر مقنن اساسی اجرای صلاحیت وزیر، که بدون قید و شرط و به صورت مطلق است، را مقید به تشریفات کرده است که در قانون اساسی تصریحی به آن نشده است. همین ایراد در مورد تشریفات پیشینی وضع تصویب‌نامه توسط هیئت وزیران نیز وجود دارد. مثلاً قانون‌گذار در موارد متعددی، مثل ماده ۶ قانون برنامه سوم توسعه، تصویب اساسنامه را منوط به پیشنهاد دستگاه ذی‌ربط و تأیید سازمان اداری و استخدامی کرده است. در واقع، هیئت وزیران بدون رعایت این تشریفات قادر نیست صلاحیت خود را اعمال کند. این ایراد در خصوص اعمال صلاحیت هیئت وزیران مندرج در اصول ۷۴ و ۵۲ قانون اساسی نیز وجود دارد؛ یعنی مقنن عادی تنظیم و ارائه لایحه بودجه سالیانه را مقید و مشروط به رعایت احکام مصوب خود کرده است. بنابراین، اگر دولت بخواهد لایحه بودجه را تنظیم و به مجلس ارائه کند، باید احکامی را که مجلس در این زمینه تصویب کرده است رعایت کند و به آن‌ها ترتیب اثر بدهد؛ درحالی‌که در اصل ۵۲ قانون اساسی صلاحیت هیئت وزیران در تنظیم و ارائه لایحه بودجه به مجلس مطلق و بدون قید و شرط است و بر این اساس مجلس حق ندارد صلاحیت دولت را مضیق و محدود کند.

همین استدلال در خصوص اصل ۷۴ نیز حاکم است؛ یعنی صلاحیت هیئت وزیران در تصویب لایحه و ارائه آن به مجلس مطلق است و مجلس حق ندارد دولت را ملزم به ارائه لایحه کند و شورای نگهبان بارها از این امر ایراد گرفته است با این توجیه که صلاحیت مندرج در اصل ۷۴ متعلق به دولت است و دولت در صورت صلاح دید و به شکل اختیاری می‌تواند از این ظرفیت قانونی استفاده کند، وگرنه مجلس حق ندارد دولت را ملزم به ارائه لایحه کند. بنابراین اگر در قانون اساسی صلاحیتی به هیئت وزیران یا وزیری داده شده است و هیچ‌گونه قید و شرطی در اعمال آن منظور نشده است، باید آن را طوری تفسیر کنیم که این صلاحیت مضیق و محدود نشود. پس، مجلس نباید در قوانین عادی صلاحیت هیئت وزیران یا وزیر را به نحوی محدود کند که موجب اختلال در اجرای وظایف قانونی قوه مجریه شود. زیرا این امر بر اساس اصل ۵۷ قانون اساسی نوعی دخالت در محدوده صلاحیت‌های قوه مجریه و موجب اختلال در اعمال صلاحیت‌های قانونی آن می‌شود و اصل تفکیک قوا را خدشه‌دار می‌سازد.

۲. در برخی موارد، برای رفع ایرادات شورای نگهبان، مقنن صلاحیت وضع مقررات توسط شورای اداری را منوط به تأیید رئیس‌جمهور می‌کند. در واقع، به رئیس‌جمهور صلاحیت وضع مقررات داده می‌شود. ولی این امر مغایر قانون اساسی است. زیرا در هیچ بخشی از قانون اساسی اختیار وضع مقررات به رئیس‌جمهور داده نشده است، جز مورد مندرج در اصل ۱۳۸ قانون اساسی و آن هم با طی تشریفات قانونی مربوط به آن؛ یعنی تفویض صلاحیت وضع مقررات از سوی هیئت وزیران به کمیسیونی متشکل از چند وزیر و تصویب مقررات توسط وزیران یادشده و تأیید نهایی آن توسط رئیس‌جمهور.

۳. گاهی نیز تصمیمات شورای اداری، در صورت تأیید وزیران عضو شورا، لازم‌الاجرا می‌شوند. در مورد ماهیت حقوقی این شوراها ممکن است گفته شود «اگر ماهیت این شوراها را بر اساس اصل ۱۳۸ قانون اساسی کمیسیونی متشکل از چند وزیر بدانیم، ایجاد این شوراها با این اصل مغایرت خواهد داشت. زیرا کمیسیون‌های موضوع اصل ۱۳۸ صرفاً باید مرکب از وزرای دولت باشند. لذا در این کمیسیون‌ها افرادی غیر از وزرا نمی‌توانند عضویت داشته باشند. این در حالی است که در شوراها، نه تنها افراد غیر وزیر حضور دارند، بلکه ریاست برخی از این شوراها با افرادی خارج از هیئت وزیران است.» (آیین‌نگینی، ۱۳۹۳: ۲۴). همچنین، از دیدگاه این حقوقدانان «این شوراها را باید ماهیتاً نهاد و واحدی غیر از کمیسیون‌های موضوع اصل ۱۳۸

بدانیم.» (آیین‌نگینی، ۱۳۹۳: ۲۴). با این وصف، حتی اگر این شورا متشکل از چند وزیر باشد محل ایراد است. زیرا بر اساس اصل ۱۳۸ فقط می‌توان صلاحیت وضع آیین‌نامه اجرایی قانون را آن هم تنها به یک وزیر داد. بنابراین دو شرط در اصل ۱۳۸ پیش‌بینی شده است. اول آنکه فقط به یک وزیر می‌توان صلاحیت داد نه چند وزیر و دوم اینکه فقط می‌توان صلاحیت وضع آیین‌نامه اجرایی قانون را به وزیر محول کرد نه صلاحیت‌هایی مثل نظارت، هماهنگ‌سازی، برنامه‌ریزی، سیاست‌گذاری، و اخذ تصمیمات اجرایی.

۴. در بعضی از شوراها تصمیمات پس از تصویب اکثریت اعضا اعم از دولتی و غیردولتی یا وزیر و غیر وزیر لازم‌الاجرا می‌شوند که این امر به دلیل عدم صلاحیت افراد غیر وزیر مغایر اصول ۵۷ و ۶۰ و ۱۳۸ قانون اساسی است.

ت) با توجه به اصول ۶۰، ۱۳۴، ۱۳۷، و ۱۳۸ قانون اساسی واگذاری امور مربوط به اعمال قوه مجریه نظیر نظارت، هماهنگ ساختن تصمیمات وزیران و هیئت وزیران، تعیین برنامه‌ها و خط‌مشی دولت، وضع تصویب‌نامه و آیین‌نامه، و وظایف اداری و اتخاذ تصمیمات اجرایی از قبیل صدور مجوز یا تأیید صلاحیت افراد توسط مجلس به شوراهای اداری امکان‌پذیر نیست. زیرا مرجع مسئول در این زمینه بر مبنای اصول قانون اساسی بر حسب مورد شخص رئیس‌جمهور، هیئت وزیران، و هر وزیر است. مؤید این استدلال نظر شورا در مورد ماده ۲ لایحه اصلاح قانون آیین‌نامه ترکیب شورای عالی هماهنگی ترابری کشور و وظایف و اختیارات شورا (۱۳۷۶) است.

ممکن است بگوییم، به موجب اصل ۷۱ قانون اساسی، مجلس شورای اسلامی در عموم مسائل در حدود مقرر در قانون اساسی می‌تواند قانون وضع کند. بنابراین «نظام‌مند کردن سازمان اداری کشور از طریق تأسیس نهادها و مؤسسات قانونی و تعیین وظایف و صلاحیت‌های آنها در حوزه صلاحیت تقنینی مجلس است که در این راستا مؤسسات عمومی بسیاری در کشور به موجب قانون تأسیس شده‌اند. بنابراین مجلس رأساً می‌تواند به تأسیس شوراهای اداری اقدام کند.» (فریادی، ۱۳۸۷: ۴۲). عبارت «در حدود مقرر در قانون اساسی» صلاحیت مجلس را مضیق و محدود می‌کند. یکی از مصادیق این حدود رعایت قاعده تفکیک قوا و عدم مداخله در کار قوا و احترام به صلاحیت‌های ذاتی هر قوه موضوع اصل ۵۷ قانون اساسی است. بنابراین، قلمرو و دامنه عام و مطلق قانون‌گذاری مجلس توسط این اصل محدود

و از اطلاق خارج می‌شود. قانون‌گذار اساسی اختیارات قوه مجریه را در برخی از اصول قانون اساسی تعیین کرده است. لازمه اجرا و عملی شدن اصول ۶۰ و ۱۳۴ و ۱۳۸ آن است که هر امر و موضوع دارای ماهیت اجرایی و مربوط به قوه مجریه تحت سیطره و هدایت و مدیریت مطلق و بدون قید و شرط رئیس‌جمهور یا یکی از وزیران باشد. مجلس با ایجاد شوراها در قوه مجریه، موازی با سازوکار پیش‌بینی‌شده در اصول یادشده، تصمیم‌گیری در امور اجرایی و وضع مقررات مادون قانون و هدایت و هماهنگی بین ارکان قوه مجریه را بر عهده آن‌ها قرار می‌دهد. تأیید تصمیمات این شوراها به وسیله چند وزیر یا یک وزیر یا رئیس‌جمهور به نحو مقرر در قانون مصوب مجلس برطرف‌کننده ایراد نیست. زیرا اگر رئیس‌جمهور یا چند وزیر یا یک وزیر موظف به امضا و تأیید تصمیمات آن‌ها باشد، در این صورت، فلسفه و هدف اصول ۱۲۲ و ۱۳۷ قانون اساسی در خصوص مسئولیت اشخاص یادشده زیر سؤال می‌رود. زیرا مسئولیت در مقابل اختیار است و اگر اختیاری نباشد مسئولیت نیز بی‌معناست و اگر بگوییم تصمیمات شوراها الزامی برای این اشخاص ایجاد نمی‌کند، باز هم اشکال باقی است؛ یعنی این پرسش مطرح می‌شود که چرا باید این فرایند طولانی تصمیم‌سازی را که هزینه‌بر و وقت‌گیر است ایجاد کرد که در نهایت منجر به اتلاف و هدررفت منابع و امکانات کشور شود!

ممکن است بگوییم این شوراها موضوعیت ندارند و صرفاً طریقت و جنبه مشورتی دارند که در این صورت باز هم دارای ایراد است. زیرا باعث طولانی شدن زمان تصمیم‌گیری می‌شوند. درحالی‌که بر اساس مقدمه قانون اساسی «قوه مجریه به دلیل اهمیت ویژه‌ای که در رابطه با اجرای احکام و مقررات اسلامی به منظور رسیدن به روابط و مناسبات عادلانه حاکم بر جامعه دارد و همچنین ضرورتی که این مسئله حیاتی در زمینه‌سازی وصول به هدف نهایی حیات خواهد داشت بایستی راهگشای ایجاد جامعه اسلامی باشد. نتیجتاً محصور شدن در هر نوع نظام دست‌وپاگیر پیچیده که وصول به این هدف را کند یا خدشه‌دار کند از دیدگاه اسلامی نفی خواهد شد. بدین جهت نظام بوروکراسی که زاینده و حاصل حاکمیت‌های طاغوتی است به شدت طرد خواهد شد تا نظام اجرایی با کارایی بیشتر و سرعت افزون‌تر در اجرای تعهدات اداری به وجود آید.» علاوه بر آن، از جهت انطباق با اصول ۶۰ و ۱۳۴ نیز واجد اشکال است. زیرا مفاد و محتوای این اصول مطلق هستند و شوراهای تأسیس‌شده توسط مقنن عادی اعمال قوه مجریه توسط رئیس‌جمهور و وزیران را مقید و محدود می‌کند. بر اساس اصول ۶۰ و ۱۳۴

رئیس‌جمهور و وزیران به طور مطلق و بدون قید مشارکت دیگران یا مشورت با آنها تصمیم‌گیرنده هستند. ولی این شوراها آنان را با شرط مشورت یا مشارکت موظف به اعمال قوه مجریه می‌کند. البته مجلس می‌تواند مقرر کند که رئیس‌جمهور و وزیران موظف‌اند در اجرای اصول ۶۰ و ۱۳۴ و ۱۳۸ از ظرفیت و توان کارشناسی و علمی اشخاص حقیقی و حقوقی دولتی و غیردولتی استفاده کنند، اما نمی‌تواند اعمال قوه مجریه را محدود و مقید و مضیق به یک شیوه خاص، یعنی از طریق فرایند شوراهای اداری، کند.

ث) بر اساس اصل ۷ قانون اساسی شوراهای (مجلس شورای اسلامی، شورای استان، شهرستان، شهر، محل، بخش، روستا) و نظایر این‌ها از ارکان تصمیم‌گیری و اداره امور کشورند. موارد و طرز تشکیل و حدود اختیارات و وظایف شوراهای این قانون و قوانین ناشی از آن معین می‌کند. با مذاقه در اصول قانون اساسی، مصادیق شوراهای یادشده عبارت‌اند از شوراهای محلی (اصول ۱۰۰ تا ۱۰۶)، مجلس شورای اسلامی (اصل ۵۸)، شورای عالی امنیت ملی (اصل ۱۷۶)، شورای بازنگری قانون اساسی (اصل ۱۷۷)، شورای نظارت بر سازمان صداوسیما (اصل ۱۷۵)، هیئت وزیران (اصول ۸۵، ۱۲۷، ۱۳۴، ۱۳۸، ۱۳۹)، شورای موضوع اصل ۱۳۱، مجمع تشخیص مصلحت نظام (اصل ۱۱۲)، شورای موضوع اصل ۱۱۱، مجلس خبرگان رهبری (اصول ۱۰۷ و ۱۰۸)، و شورای نگهبان (اصول ۹۱ تا ۹۹). با توجه به اینکه طبق قانون اساسی در قوه مجریه، غیر از نهاد هیئت وزیران، هیچ شورایی پیش‌بینی نشده است و با عنایت به عبارت «این قانون»، مندرج در اصل ۷ قانون اساسی، تأسیس این‌گونه شوراهای درون قوه مجریه توسط مجلس محمل و توجیه قانونی ندارد و مغایر اصل ۷ است و تنها استثنایی که در این زمینه در قوه مجریه توسط مقنن اساسی پیش‌بینی شده است موضوع فراز سوم اصل ۱۳۸ قانون اساسی است که در سال ۱۳۶۸ هنگام اصلاح قانون اساسی به این اصل اضافه شد و بر اساس آن هیئت وزیران می‌تواند در صورت صلاح‌دید خودش و نه نهاد دیگری، مثل مجلس، اختیارات ناشی از اصل ۱۳۸ را تحت شرایطی به کمیسیون متشکل از چند وزیر تفویض کند. بنابراین، مجلس نمی‌تواند به جای دولت و نیابتاً از جانب هیئت وزیران و به جانشینی از آن اقدام به تأسیس شورای اداری در قوه مجریه کند. «بر همین مبنا مقنن اساسی به برخی اختیارات قاعده‌گذاری در قوه مجریه تصریح کرده است و قوه مقننه نمی‌تواند این صلاحیت را نادیده بگیرد یا آنکه به شوراهای عالی اعطا شود، به نحوی که

موجب محرومیت یا محدودیت صلاحیت‌های مصرح در قانون اساسی برای قوه مجریه شود.» (دبیرنیا، ۱۳۹۳: ۱۲۷)؛ یعنی «قوه مقننه نمی‌تواند صلاحیت‌های قاعده‌گذاری قوه مجریه را با تشکیل شوراهای عالی محدود کند.» (دبیرنیا، ۱۳۹۳: ۱۲۸). واژه «شوراها» مندرج در اصل ۷ قانون اساسی بیانگر آن است که خارج از موارد پیش‌بینی شده در قانون اساسی نمی‌توان بر اساس قانون عادی اقدام به تأسیس شوراهای اداری در قوه مجریه کرد. علاوه بر آن، هیئت وزیران نیز اگر بخواهد اختیارات خود را تفویض کند باید در چارچوب اصل ۱۳۸ قانون اساسی باشد (کمیسیون متشکل از چند وزیر). بنابراین، وجود شوراها در پیکره قوه مجریه جهت وضع مقررات مادون قانون مغایر اصل ۱۳۸ است و تأیید آن توسط شورای نگهبان واجد اشکال است.

ج) «در حقوق عمومی و اداری اصل بر عدم صلاحیت مقام عمومی و اداری است، مگر آنکه صلاحیتی به موجب قانون به وی داده شود.» (فلاح‌زاده، ۱۳۹۱: ۱۹). «اصل عدم صلاحیت یکی از اصول پایه‌ای حقوق عمومی را تشکیل می‌دهد و منظور از آن این است که در مواردی که در صلاحیت قانونی نهادها تردید وجود دارد اصل بر عدم صلاحیت است. زیرا تجویز و گسترش محدوده صلاحیت ممکن است موجبات مداخله قوا را در امور یک‌دیگر فراهم سازد و این امر ناقض اصل استقلال و تفکیک قواست» (آقایی طوق و همکاران، ۱۳۸۹: ۵۱). قانون‌گذار اساسی در اصول ۶۰ و ۱۳۸ ساختار و پیکره قوه مجریه را در سه قالب و عنوان (رئیس‌جمهور، وزیران، هیئت وزیران) تعیین کرده است. اما، علاوه بر ارکان سه‌گانه، رکن چهارم دیگری توسط مقنن عادی در منظومه حقوقی کشور به نام شوراهای اداری برخلاف قانون اساسی ایجاد شده است. بنابراین، شق چهارمی وجود ندارد و نمی‌توان این ساختار را اصلاح کرد؛ یعنی چیزی تحت عنوان شورای اداری را به آن اضافه یا از آن کم کرد. مقنن اساسی اختیارات و صلاحیت‌هایی را به قوای سه‌گانه داده است و نحوه توزیع قدرت سیاسی بین قوای سه‌گانه و حدود صلاحیت‌های هر یک از آنها را نیز مشخص و نحوه تأثیر و مداخله هر یک از قوا بر قوای دیگر را نیز تعیین کرده است. بنابراین، اصل عدم صلاحیت در حوزه حقوق عمومی به مجلس اجازه نمی‌دهد که بدون دلیل و بدون وجود نص قانونی در حوزه اختیارات قوه مجریه دست‌درازی و ایجاد اختلال کند. «در حقوق اساسی برخی از کشورها به رئیس کشور یا نهادهای خاص، نظیر قوه مقننه، اجازه داده می‌شود که اقدام به

تأسیس شوراهای اداری نمایند.» (مشهدی، ۱۳۸۸: ۲۰)؛ مثل ماده ۱۱۵ قانون اساسی سوریه که بر اساس آن رئیس‌جمهور می‌تواند مجامع و شوراها و کمیته‌های ویژه تشکیل دهد و صلاحیت و حدود وظایف آن‌ها در احکام مربوط تعیین می‌شود.

ج) تشکیل شوراهای اداری در درون قوه مجریه توسط مجلس نوعی دخالت و ایجاد اختلال در کار قوه مجریه است که از این لحاظ مغایر اصل ۵۷ قانون اساسی است. بر اساس اصل یادشده، قوای سه‌گانه از یک‌دیگر مستقل‌اند. این استقلال بدین معناست که هر قوه‌ای در محدوده تعیین‌شده توسط مقنن اساسی باید وظایف خود را انجام دهد و هیچ قوه‌ای نباید به حریم قوه دیگر تجاوز کند. البته قانون‌گذار اساسی محدوده تأثیرپذیری قوای سه‌گانه از یک‌دیگر را تعیین کرده است. اما، این بدان معنا نیست که قوای سه‌گانه می‌توانند خارج از محدوده یادشده در حوزه و قلمرو اختصاصی یک‌دیگر دخالت کنند.

ح) قانون‌گذار اساسی در سال ۱۳۶۸ به موضوع نظام تصمیم‌سازی و تصمیم‌گیری به نحو شورایی توجه داشت و آن را از نظام حقوقی کشور حذف کرد که می‌توان به حذف شورای عالی قضایی و تمرکز مدیریت قوه قضاییه از طریق رئیس قوه قضاییه و حذف شورای سرپرستی سازمان صداوسیما و تمرکز مدیریت از طریق رئیس سازمان صداوسیما و حذف شورای رهبری اشاره کرد. بنابراین مجلس نباید برخلاف رویکرد مقنن اساسی به دنبال گسترش نظام شورایی در داخل قوه مجریه باشد. زیرا تنها نهاد شورایی که درون قوه مجریه از سوی مقنن اساسی به رسمیت شناخته شده است نهاد هیئت وزیران است و لاغیر. بنابراین، نمی‌توان با قانون عادی در کنار نهاد هیئت وزیران شورای اداری تأسیس کرد که اقدام به وضع مقررات مادون قانون، نظارت، هماهنگ‌سازی، تعیین برنامه و خط‌مشی، و اتخاذ تصمیمات اجرایی کند.

خ) مجلس، در بعضی موارد، به شوراهای اداری تأسیس‌شده توسط هیئت وزیران بر اساس اصل ۱۳۸ قانون اساسی جنبه قانونی می‌دهد و دست قوه مجریه را در تعیین وضعیت شورایی که خودش آن را ایجاد کرده است می‌بندد؛ یعنی چه‌بسا دولت بخواهد شورای تأسیس‌شده توسط خودش را به استناد اصل ۱۳۸ قانون اساسی منحل کند، مثل شورای عالی مناطق آزاد تجاری صنعتی و ویژه اقتصادی، که بر اساس تصویب‌نامه شماره ۱۶۶۳۲/ت ۳۰ ه مورخ ۱۳۷۳/۰۲/۱۳ و به استناد ماده ۴ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد (۱۳۷۲) توسط هیئت وزیران

بر اساس اصل ۱۳۸ قانون اساسی تأسیس شد و بر مبنای آن اختیارات هیئت وزیران در قانون یادشده به این شورا تفویض شد، اما، مجلس در تبصره ماده ۲۳ قانون برنامه ششم توسعه مقرر کرد: «کلیه وظایف، اختیارات، ساختار، و تشکیلات دبیرخانه شورای عالی مناطق آزاد و ویژه اقتصادی با حفظ شخصیت حقوقی مستقل و با رعایت ضوابط و مقررات مربوطه به وزارت امور اقتصادی و دارایی منتقل و وزیر ذی‌ربط مسئول اجرای قوانین مرتبط با حوزه مناطق آزاد و ویژه اقتصادی خواهد بود». این در حالی است که تأسیس این شورا بر اساس صلاحیتی است که مقنن اساسی به دولت در اصل ۱۳۸ قانون اساسی داده است و دولت می‌تواند به استناد صلاحیت یادشده شورا را منحل و مصوبه قبلی خود را لغو کند؛ اما، با حکم مقنن دیگر نمی‌تواند از این صلاحیت قانونی خود استفاده کند. در واقع، مجلس دست قوه مجریه را در کاربست و ایفای صلاحیت‌های قانونی خود بسته است و این امر نقض فاحش اصل تفکیک قوا مندرج در اصل ۵۷ قانون اساسی است و به نوعی دخالت قوه مقننه به عنوان نهاد ناظر در حوزه اختیارات و وظایف قوه مجریه محسوب می‌شود. «دخالت ناظر در اجرا، در حقیقت، دخالت در اختیارات مجری است و اجرای کارکردهای حکومتی را به انحراف می‌کشاند. در این صورت، نه عامل اختیار و ابتکار لازم را برای انجام وظایف قانونی دارد و نه ناظر به وظیفه بسیار مهم خود مبنی بر بازبینی اقدام عامل می‌پردازد.» (راسخ، ۱۳۸۸: ۱۷). بر این مبنای «دخالت ناظر در اجرا ناقض اصل مسئولیت است. اگر مقام مجری نتواند به طور مستقل و دور از دخالت اشخاص دیگر اختیارات قانونی خود را به کار گیرد، دیگر نمی‌توان او را مسئول دانست.» (راسخ، ۱۳۸۸: ۱۷).

۳. آسیب‌شناسی شوراهای اداری از منظر فنی و حقوقی

از لحاظ فنی، ایجاد شوراها با توجه به ظرفیت نهاد هیئت وزیران و به تبع آن دفتر هیئت دولت، مغایر نظام اداری صحیح موضوع بند ۱۰ اصل ۳ قانون اساسی، بند ۱۰ سیاست‌های کلی نظام اداری، و بند ۱۶ سیاست‌های کلی اقتصاد مقاومتی است. بر اساس ماده ۶ آیین‌نامه داخلی هیئت دولت، کمیسیون‌های دائمی هیئت دولت عبارت‌اند از:

الف) کمیسیون اقتصاد متشکل از وزیران امور اقتصادی و دارایی، صنعت، معدن و تجارت، جهاد کشاورزی، تعاون، کار و رفاه اجتماعی، راه و شهرسازی، نیرو، نفت، رئیس سازمان برنامه

و بودجه، رئیس سازمان امور اداری و استخدامی، معاون علمی و فناوری رئیس‌جمهور، و رئیس کل بانک مرکزی؛

ب) کمیسیون مدیریت امور عمومی و سرمایه‌انسانی متشکل از وزیران تعاون، کار و رفاه اجتماعی، فرهنگ و ارشاد اسلامی، بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، آموزش و پرورش، کشور، رئیس سازمان برنامه و بودجه، رئیس سازمان امور اداری و استخدامی، و رئیس بنیاد شهید و امور ایثارگران؛

پ) کمیسیون فرهنگی و اجتماعی متشکل از وزیران علوم، تحقیقات و فناوری، آموزش و پرورش، فرهنگ و ارشاد اسلامی، تعاون، کار و رفاه اجتماعی، ورزش و جوانان، میراث فرهنگی، صنایع دستی و گردشگری، بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، رئیس سازمان امور اداری و استخدامی، رئیس سازمان حفاظت محیط زیست، رئیس بنیاد شهید و امور ایثارگران، معاون رئیس‌جمهور در امور زنان و خانواده، و رئیس سازمان صداوسیما؛

ت) کمیسیون زیربنایی، صنعت، و محیط زیست متشکل از وزیران جهاد کشاورزی، صنعت، معدن و تجارت، نیرو، دفاع و پشتیبانی نیروهای مسلح، ارتباطات و فناوری اطلاعات، راه و شهرسازی، میراث فرهنگی، صنایع دستی و گردشگری، رئیس سازمان برنامه و بودجه، معاون اجرایی رئیس‌جمهور، رئیس سازمان حفاظت محیط زیست، و رئیس سازمان انرژی اتمی؛

ث) کمیسیون حقوقی و قضایی متشکل از وزیران دادگستری، جهاد کشاورزی، امور اقتصادی و دارایی، معاون حقوقی رئیس‌جمهور، معاون امور مجلس رئیس‌جمهور، رئیس سازمان اداری و استخدامی، معاون رئیس‌جمهور در امور زنان و خانواده، و رئیس سازمان حفاظت محیط زیست؛

ج) کمیسیون سیاسی و دفاعی متشکل از وزیران کشور، امور خارجه، دفاع و پشتیبانی نیروهای مسلح، اطلاعات، رئیس سازمان برنامه و بودجه، رئیس سازمان امور اداری و استخدامی، و معاون امور مجلس رئیس‌جمهور؛

چ) کمیسیون علمی فناوری و هوشمندسازی متشکل از وزیران صنعت، معدن و تجارت، امور اقتصادی و دارایی، علوم، تحقیقات و فناوری، ارتباطات و فناوری اطلاعات، بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، آموزش و پرورش، دفاع و پشتیبانی نیروهای مسلح، رئیس سازمان

حفاظت محیط زیست، رئیس سازمان انرژی اتمی، معاون علمی و فناوری رئیس‌جمهور، رئیس سازمان برنامه و بودجه، و رئیس سازمان امور اداری و استخدامی.

همچنین، بر اساس تبصره ماده ۶ آیین‌نامه یادشده، در موارد ضروری یا اموری که مربوط به چند کمیسیون باشد، با تصویب هیئت دولت، کمیسیون خاص تشکیل خواهد شد و اعضای کمیسیون خاص را هیئت دولت تعیین می‌کند.

عناوین کمیسیون‌های یادشده و ترکیب اعضای آن‌ها بیانگر آن است که همه ابعاد حکمرانی شایسته و توسعه از لحاظ اجتماعی، اقتصادی، سیاسی، فرهنگی، زیربنایی، علمی، و حقوقی تحت پوشش قرار گرفته است و دولت می‌تواند اولاً همه مسائل و موضوعات مبتلابه در امر حکمرانی را در کمیسیون‌های تخصصی بررسی و سیاست‌گذاری کند و ثانیاً اگر موضوعی جنبه‌های متعدد و متنوعی داشته باشد دبیر هیئت دولت می‌تواند از ظرفیت کمیسیون‌ها به صورت مشترک استفاده کند.

در تبصره ۲ ماده ۱۲ آیین‌نامه یادشده مقرر شده است اعضای هیئت دولت می‌توانند با حق رأی در جلسه کمیسیون‌ها شرکت کنند. بر اساس تبصره ۱ ماده ۱۴ آیین‌نامه یادشده، دفتر هیئت دولت باید دستور جلسه هر کمیسیون را حداقل ۴۸ ساعت قبل از تشکیل جلسه به اطلاع اعضای دولت برساند. این حکم باعث می‌شود اگر وزیری درباره موضوعی نظری داشته باشد، بتواند با آگاهی و شناخت کامل در جلسه حضور یابد و موجب پربار شدن و افزایش کیفیت رسیدگی در جلسه کمیسیون شود.

به موجب ماده ۲۳ آیین‌نامه داخلی هیئت دولت، در صورتی که موضوع تصویب‌نامه پیشنهادی با وظایف مستقیم دیگر وزارتخانه‌ها یا سازمان برنامه و بودجه و سازمان اداری و استخدامی مرتبط باشد یا قانوناً موکول به موافقت آن‌ها باشد یا بار مالی داشته باشد، دفتر هیئت دولت حسب مورد قبلاً نظر وزارتخانه یا سازمان‌های یادشده را کسب و همراه موضوع مربوط در کمیسیون یا کمیسیون‌های ذی‌ربط مطرح می‌کند. دستگاه‌هایی که به موجب این ماده از آن‌ها استعلام می‌شود باید درباره موضوعات عادی حداکثر ظرف دو هفته و در خصوص موضوعات فوری ظرف یک هفته اعلام نظر کنند. در مورد تصویب‌نامه‌های اساسی و مهم، که نیاز به فرصت بیشتر باشد، زمان مقرر با تأیید دفتر هیئت دولت به دو برابر افزایش می‌یابد.

چنانچه نظریه دستگاه‌ها ظرف مهلت مقرر با امضای وزیر یا معاون رئیس‌جمهور ارسال نشود، به منزله موافقت تلقی می‌شود و پیشنهاد برای بررسی به کمیسیون مربوط ارسال می‌شود. بر اساس ماده ۲۶ آیین‌نامه داخلی هیئت دولت، اعضای هیئت دولت می‌توانند هنگام بررسی پیشنهادشان در کمیسیون‌های دائمی و ویژه با حق رأی حضور یابند و در مواردی که کمیسیون‌های یادشده لازم بدانند موظف به شرکت هستند. همچنین، کمیسیون‌ها باید هر یک از اعضای هیئت دولت را، که پیشنهاد یا موضوع دستور به وظایف آن‌ها مربوط می‌شود، به کمیسیون دعوت کنند. در صورت دعوت کمیسیون و عدم حضور دعوت‌شدگان مصوبه کمیسیون از لحاظ بررسی در کمیسیون قطعی تلقی می‌شود و پیشنهاددهنده فقط می‌تواند نظرات خود را در جلسه هیئت دولت مطرح کند.

سازوکارهای یادشده نشان‌دهنده آن است که نظام تصمیم‌گیری در هیئت وزیران یک نظام منسجم، یکپارچه، جامع، همه‌جانبه، هماهنگ، و متضمن بهره‌گیری از همه ظرفیت‌های کارشناسی قوه مجریه است و اگر نظر بر کار مشورتی و ایجاد هماهنگی بین دستگاه‌های اجرایی و ملاحظه همه نظرات کارشناسی در اخذ تصمیم نهایی است، این ظرفیت در اصل ۱۳۸ قانون اساسی از طریق نهاد هیئت وزیران فراهم شده است. با توجه به جامعیت نظام یادشده ضروری است از پیش‌بینی و تعیین سازوکارها و نظام‌های موازی و غیر جامع توسط مقنن عادی خودداری شود و از ظرفیت‌های قانونی موجود حداکثر بهره‌برداری صورت گیرد.

مطابق ماده ۱۹ آیین‌نامه داخلی هیئت دولت، به منظور تنظیم جلسات و تهیه صورت مذاکرات و ترتیب همه امور مربوط به تشکیل جلسات هیئت دولت و کمیسیون‌های آن و همچنین ثبت و نگهداری و ابلاغ مصوبات هیئت وزیران و تنظیم و تدوین پیش‌نویس تصویب‌نامه‌ها، دفتری زیر نظر معاون اول رئیس‌جمهور به نام دفتر هیئت دولت تشکیل می‌شود. ریاست این دفتر با دبیر هیئت دولت است که با حکم معاون اول رئیس‌جمهور منصوب می‌شود. بر اساس ماده ۲۰ آیین‌نامه یادشده، دبیر هیئت دولت مسئول حسن اجرای مقررات مربوط به کمیسیون‌هاست و موظف است همه‌ماهه وضعیت تشکیل کمیسیون‌ها و موضوعاتی را که در دستور است و همچنین حضور و غیاب اعضای کمیسیون را به رئیس‌جمهور و معاون اول وی گزارش کند. بنابراین دفتر هیئت دولت یک ساختار و تشکیلات ستادی هماهنگ‌کننده و انسجام‌بخش سازمان‌های اداری قوه مجریه در امور و

موضوعات مرتبط با دولت در همه ابعاد توسعه اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی، و سیاسی محسوب می‌شود و به دلیل تمرکز ابعاد یادشده در یک ساختار و تشکیلات واحد می‌تواند نقش راهبری خود را در تحقق اهداف دولت ایفا کند.

برخی بر این باورند که «وجود شوراهای عالی در جهت اصلاح امور اداری و اجرایی کشور امری لازم و مهم است.» (آیین‌نگینی، ۱۳۹۳: ۴۲) یا «هر گونه فعالیت نهادهایی که ماهیت کار شورایی انجام می‌دهند منبعث و بر پایه مبنای اصل خرد جمعی است و به هر عنوانی که شکل گرفته‌اند تصمیم بر پایه خرد جمعی و کاهش مخاطرات احتمالی ناشی از تصمیمات انفرادی در مدیریت امور عمومی هدف اصلی آن‌ها بوده است.» (ابوالحسنی و گرجی ازندریانی، ۱۳۹۵: ۱۴) یا «هدف اساسی و مهم تشکیل شوراهای ورود خرد جمعی در تصمیم‌گیری‌های حاکمیتی در عرصه‌های مختلف بوده است.» (عبدالحسین‌زاده، ۱۳۹۹: ۸).

استفاده از خرد جمعی در تصمیم‌گیری امری مستحسن و پسندیده است. اما، این ظرفیت در اصل ۱۳۸ قانون اساسی توسط قانون‌گذار اساسی تأمین شده است و نیازی به قانون‌گذاری جدید از سوی مقنن عادی نیست. بنابراین، ایجاد تشکیلات موازی و هم‌ردیف به صورت بخشی در قالب شوراهای اداری درون قوه مجریه موجب نوعی موازی‌کاری و اتلاف منابع و بخشی‌نگری به موضوعات می‌شود و این امر مغایر بند ۱۰ سیاست‌های کلی نظام اداری، بند ۱۶ سیاست‌های کلی اقتصاد مقاومتی، و بند ۱۰ اصل ۳ قانون اساسی است. در خصوص امور ستادی لازم است سیاست تمرکزگرایی اتخاذ شود تا دولت بر اساس آن در یک قرارگاه واحد فرابخشی (دفتر هیئت دولت) امور را سازماندهی و مدیریت کند. بنابراین، نباید در امور ستادی قرارگاه‌های متعدد بخشی در کنار قرارگاه فرابخشی ایجاد شوند. البته در خصوص امور صف باید نگاه به سمت عدم تمرکز باشد؛ همان‌گونه که در بند ۱۱ سیاست‌های کلی نظام اداری به آن اشاره شده است (انعطاف‌پذیری و عدم تمرکز اداری و سازمانی با رویکرد افزایش اثربخشی و سرعت و کیفیت خدمات کشوری). این موضوع در بنده ماده ۲۲۴ قانون برنامه پنجم توسعه (با هدف تسهیل امور و تسریع در خدمت‌رسانی به مردم و تمرکززدایی در تصمیم‌گیری‌های اداری و مالی و اجتناب از موازی‌کاری و پاسخگویی مدیران، اختیارات و وظایف و مسئولیت‌هایی که در قوانین و مقررات برای دستگاه‌های اجرایی یا رؤسا و بالاترین مقام آن‌ها پیش‌بینی شده است حسب مورد به مدیران واحدهای ذی‌ربط استانی و ستادی دستگاه‌های

یادشده بر اساس شرح وظایف پست‌های سازمانی یا احکام انتصاب یا تفویض اختیار قابل تفویض است، لکن در هیچ موردی مسئولیت مدیران استانی یا ستادی یادشده رافع اختیار رئیس یا بالاترین مقام دستگاه نیست) و جزء ۴ بند الف ماده ۲۶ قانون برنامه ششم توسعه (همه اختیارات و وظایف قابل واگذاری دستگاه‌های اجرایی به واحدهای مربوطه خود در استان‌ها و شهرستان‌ها را واگذار کند) نیز مورد توجه و تصریح قانون‌گذار عادی قرار گرفته است.

از منظر حقوقی نیز این شوراها آسیب‌ها و مشکلات زیادی برای نظام اداری و حقوقی کشور ایجاد کرده‌اند. با توجه به اینکه تصمیمات این شوراها در زندگی سیاسی، اجتماعی، و اقتصادی مردم و حقوق ملت تأثیرگذار است، لزوم نظارت پیشینی و پسینی بر تصمیمات یادشده ضروری و حیاتی است. ولی این نظارت جامع نیست. در بند ۱۴ سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری به این بند تصریح شده است؛ بدین شرح که باید سازوکار کارآمد قانونی لازم برای تضمین عدم مغایرت مصوبات آن‌ها با قوانین عادی پیش‌بینی شود. هیئت وزیران بر اساس ماده ۲۱ آیین‌نامه داخلی هیئت دولت از پشتوانه کارشناسی و علمی معاونت حقوقی بهره‌مند است. ولی این شوراها واحد حقوقی ندارند و مصوبات آن‌ها از لحاظ حقوقی ارزیابی پیشینی نمی‌شود.

با توجه به حکم فراز چهارم اصل ۸۵ قانون اساسی، مصوب ۱۳۶۸، رئیس مجلس از صلاحیت نظارت پسینی بر همه مصوبات هیئت وزیران برخوردار شد که این امر عامل مهمی در جلوگیری از تصویب و اجرای مقررات مغایر و مخالف قانون عادی بود؛ اما، رویه قانون‌گذاری مجلس در زمینه تأسیس شوراهای اداری باعث شد مصوبات این شوراها از چرخه نظارتی رئیس مجلس خارج شود و فقط در صورت شکایت از آن‌ها در دیوان عدالت اداری می‌توان امیدوار به ابطال آن‌ها بود. البته، سازوکار نظارت رئیس مجلس بر مصوبات هیئت وزیران به نحوی است که همه مصوبات به طور خودکار مورد نظارت قرار می‌گیرند و این نقطه برتری نظارت رئیس مجلس بر نظارت دیوان عدالت اداری است. اما، با نحوه قانون‌گذاری مجلس در سال‌های گذشته و تأیید آن از سوی شورای نگهبان، بسیاری از مقررات مادون قانون مصوب قوه مجریه از گردونه نظارت رئیس مجلس خارج شده‌اند و از این جهت آسیب جدی به نظام حقوقی وارد شده است. بنابراین، با هدف پاسداشت اصل ۱۳۸ قانون

اساسی و بند ۱۴ سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری لازم است همه شوراهای اداری درون قوه مجریه، که اقدام به تصویب مقررات مادون قانون می‌کنند، از نظام حقوقی کشور حذف و همه صلاحیت‌های آن‌ها به هیئت وزیران برگشت داده شود و تصویب مقررات مادون قانون بر اساس اصل ۱۳۸ قانون اساسی فقط از یک مسیر و آن هم هیئت وزیران صورت گیرد. در حال حاضر، با تأسیس شوراهای اداری متعدد در درون قوه مجریه توسط قوه مقننه، تصمیم‌گیری در قوه مجریه به شکل پراکنده و متشتت و جزیره‌ای درآمده است. در واقع، وحدت و یکپارچگی و انسجام قوه مجریه (هیئت وزیران) با ایجاد نهاد موازی و هم‌عرض در قالب شوراهای اداری در اخذ تصمیم و وضع مقررات مورد خدشه و آسیب قرار گرفته است و رفع این ایراد مستلزم آن است که در خصوص شوراهای یادشده بازنگری جدی و بنیادین صورت گیرد.

پاسخگو نبودن اعضای شوراهای عالی و عدم امکان بازخواست از اعضای یادشده آسیب مهمی است که نظام اداری کشور را دچار چالش کرده است. بنابراین، نتیجه این می‌شود که «نه فرد یا دستگاه مشخصی پاسخگوی تصمیمات شوراها به نمایندگان مردم در مجلس می‌شود و نه مجلس به عنوان قوه نظارتی نظام امکان مطالبه از شوراها را دارد» (عبدالحسین‌زاده، ۱۳۹۹: ۱۲). در قانون اساسی بازخواست از هیئت وزیران در اصل ۱۳۷ پیش‌بینی شده است. ولی کاربست آن بسیار سخت و تقریباً غیرممکن است. زیرا حتی یک بار نیز در طول چهل و دو سال گذشته این اصل اجرایی نشده است. بنابراین درست نیست حکم چیزی را که اجرای آن دشوار و سخت است، با ایجاد شوراهای اداری، به سایر قسمت‌ها تسری و تعمیم داد.

این شوراها حوزه فعالیت مشترکی دارند و برخی از صلاحیت‌های آن‌ها با یکدیگر همپوشانی دارد. آسیب و مشکلی که وجود دارد تعارض بین مصوبات شوراهای مشابه است؛ مثل شورای عالی اشتغال، شورای عالی کار، و شورای عالی رفاه و تأمین اجتماعی. از آنجا که صلاحیت‌های متعددی به شوراها واگذار شده است و شوراها اغلب تداخل وظیفه و اختیار دارند، تصمیمات متراکم و شاید گاهی متعارض در موضوع واحد اتخاذ می‌کنند که به جای تسهیل و هدایت کارشناسانه امور اجرایی، خود، به معضل بزرگی تبدیل شده است.

بر این اساس می‌توان گفت «نظام‌های شورایی در عرصه عمل باعث چالش‌آفرینی و مشکلات زیادی شده‌اند که برخی از مهم‌ترین آن‌ها عبارت‌اند از نبود فرصت تشکیل جلسات

و یا رسیدگی به امور مبتنی بر کارشناسی‌های دقیق، تداخل حوزه‌های کاری شوراهای و ناهماهنگی در اجرای مصوبات شوراهای، هزینه‌های مادی و معنوی مدیریت‌های ستادها و دبیرخانه‌های شوراهای، و عدم طراحی سازوکار پاسخگویی شوراهای نسبت به تصمیمات خود.» (عبدالاحسین زاده، ۱۳۹۹: ۹).

۴. الگوی مطلوب

با توجه به اینکه تعداد شوراهای توسط مقنن رو به فزونی است و ساماندهی این شوراهای در جهت کارآمدی نظام اداری و اجرایی کشور ضروری به نظر می‌رسد، جهت کاهش هزینه‌های عمومی، رفع تداخل وظایف و موازی‌کاری، یکپارچگی و ایجاد انسجام در نظام مدیریت تصمیم‌گیری و تصمیم‌سازی در سطح کلان قوه مجریه، و تقویت و اثربخشی نقش تنظیم‌گری و هماهنگ‌سازی نهاد هیئت وزیران پیشنهادهایی ارائه می‌شود:

اولاً، بر اساس اصل ۱۳۸ قانون اساسی مبنی بر صلاحیت هیئت وزیران در وضع مقررات مادون قانون و نیز ضرورت نظارت کامل و جامع رئیس مجلس شورای اسلامی بر مصوبات هیئت وزیران و لزوم تمرکز و یکپارچگی در تصمیم‌سازی توسط یک مرجع واحد، مراجع وضع مقررات مادون قانون در قوه مجریه، که قوه مقننه قبل از انقلاب تأسیس کرده، و شورای انقلاب و مجلس شورای اسلامی، تحت هر عنوان (کمیسیون، ستاد، کمیته، هیئت، شورا، کارگروه، شورای عالی، و سایر عناوین مشابه)، که مصوبات آنها پس از تأیید وزیران عضو یا وزیر مربوط یا رئیس‌جمهور یا معاون اول رئیس‌جمهور یا اعضای آنها لازم‌الاجرا می‌شوند منحل و صلاحیت مقررات‌گذاری آنها به هیئت وزیران منتقل شود.

ثانیاً صلاحیت‌های ایجاد هماهنگی بین دستگاه‌های اجرایی، نظارتی، برنامه‌ریزی و سیاست‌گذاری شوراهای یادشده بر اساس اصول ۶۰ و ۱۳۴ قانون اساسی از طریق رئیس‌جمهور، هیئت وزیران، و هر یک از وزیران انجام شود.

ثالثاً هیئت وزیران موظف شود مقررات یادشده را در یک بازه زمانی دوساله پالایش و بازنگری و مقررات جدید را در قالب اصل ۱۳۸ قانون اساسی تصویب کند. در غیر این صورت، پس از پایان مهلت مورد اشاره، همه مقررات یادشده فاقد اثر حقوقی و از درجه اعتبار ساقط شوند.

رابعاً صلاحیت‌های مقررات‌گذاری که توسط قوه مقننه قبل از انقلاب، شورای انقلاب، و مجلس شورای اسلامی بر اساس اصل ۱۳۸ قانون اساسی به چند وزیر یا یک وزیر داده شده است به هیئت وزیران واگذار شود و هیئت وزیران موظف شود این مقررات را در بازه زمانی یک‌ساله پالایش و بازنگری و مقررات جدید را در قالب اصل ۱۳۸ قانون اساسی تصویب کند و در غیر این صورت، پس از پایان این مهلت، همه مقررات یادشده فاقد اثر حقوقی و از درجه اعتبار ساقط شوند.

خامساً تشکیل شوراهای یادشده به هر نحو و در هر قالبی توسط مجلس شورای اسلامی ممنوع شود.

نتیجه‌گیری

قانون‌گذار عادی در صد سال اخیر اقدام به تشکیل شوراهای اداری متشکل از اعضای قوه مجریه یا در مواردی مرکب از اعضای قوه مجریه و غیر قوه مجریه و حتی غیردولتی در درون قوه مجریه کرده است که آسیب‌هایی در پی داشته است. بعد از انقلاب اسلامی، مقنن اساسی به صراحت صلاحیت وضع مقررات مادون قانون را بر اساس اصل ۱۳۸ قانون اساسی صرفاً به هیئت وزیران واگذار کرد که در صورت صلاح‌دید دولت می‌تواند صلاحیت یادشده را به کمیسیون متشکل از چند وزیر با رعایت شرایطی تفویض کند. اما، مقنن عادی برخلاف نظر مقنن اساسی با ایجاد بدعت در قانون‌گذاری و انحراف از قانون اساسی، که به تأیید شورای نگهبان نیز رسیده است، در موارد متعدد، به جای دولت و بدون موافقت دولت، با تأیید شورای نگهبان، در درون قوه مجریه، شوراهای اداری متعددی را با صلاحیت وضع مقررات ایجاد کرده است که وحدت، جامعیت، انسجام، و یکپارچگی مقررات‌گذاری متمرکز توسط هیئت وزیران را دچار خدشه و آسیب کرده است. نظام‌مند کردن تشکیلات اداری کشور از طریق تأسیس ساختارها و سازمان‌های اداری جزء صلاحیت‌های تقنینی مجلس شورای اسلامی است که به استناد اصل ۸۵ (مؤسسات دولتی و شرکت‌های دولتی و نظایر آنها وابسته و زیرمجموعه وزارتخانه‌ها) و اصل ۱۳۳ قانون اساسی (وزارتخانه‌ها) تحقق می‌یابد. اما، در هیچ بخشی از قانون اساسی به مجلس اجازه داده نشده است که در چارچوب منظومه اداری کشور اقدام به تأسیس شوراهای اداری درون قوه مجریه کند. در واقع، چارچوب ساختار اداری کشور در داخل قوه مجریه، به استناد اصول ۶۰ و ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی، مبتنی بر تشکیلات

وزارتخانه و نهادهای زیرمجموعه آن، در قالب عناوین رایج و متداول- از قبیل مؤسسه دولتی، شرکت دولتی، مؤسسه عمومی غیردولتی، مؤسسه انتفاعی وابسته به دولت، و غیره- سازماندهی می‌شوند و تنها نهاد شورایی که در ساختار قوه مجریه توسط مقنن اساسی پیش‌بینی شده است هیئت وزیران است که مستند به اصول ۸۵، ۱۲۷، ۱۳۴، ۱۳۸، و ۱۳۹ است. بنابراین، نمی‌توان با قانون‌گذاری عادی این ساختار را کم یا زیاد کرد. موارد موجه تأسیس شوراهای اداری نظیر هماهنگی و همکاری، هماهنگی تشکیلاتی و هماهنگی موضوعی، مقررات‌گذاری بهتر، مشورت و مشارکت، نظارت و حل‌وفصل اختلافات توسط قانون‌گذار اساسی در اصول ۱۲۷ و ۱۳۴ و ۱۳۸ قانون اساسی از طریق نهاد هیئت وزیران پیش‌بینی شده است. بنابراین، ضرورتی به تأسیس تشکیلات موازی و هم‌عرض با نهاد هیئت وزیران نیست. پس، از جنبه فنی نیز تأسیس شوراهای اداری امری لغو و بیهوده است. ایرادات و اشکالات حقوقی تأسیس شوراهای اداری در نداشتن صلاحیت قانونی مجلس در مورد تأسیس شوراهای اداری، دخالت قوه مقننه در کار قوه مجریه، توسعه و گسترش بی‌دلیل صلاحیت‌های قوه مقننه، عدم مسئولیت اعضای این شوراهای اداری برابر مجلس شورای اسلامی و پاسخگو نبودن آنها، نقض اصل تفکیک قوا و به هم خوردن توازن و تعادل بین قوای مقننه و مجریه خلاصه کرد. ضرورت مهندسی نوین و بازنگری در وضعیت حقوقی شوراهای اداری به دلیل رشد بیمارگونه آنها به مثابه یک روش مرسوم و راه‌حل برخی از مشکلات، وجود شوراهای اداری متروک، اطلاع در تصمیم‌گیری، موازی‌کاری و تداخل وظایف، تحمیل هزینه‌های عمومی و ضعف مسئولیت و پاسخگویی مستند به بند ۱۰ سیاست‌های کلی نظام اداری، بند ۱۴ سیاست‌های کلی نظام اداری، بند ۲۵ سیاست‌های کلی نظام اداری، بند ۱۶ سیاست‌های کلی اقتصاد مقاومتی، و بند ۱۰ اصل ۳ قانون اساسی است. بر این اساس لازم است مقنن عادی بر مبنای نظر مقنن اساسی از تأسیس شوراهای اداری در درون قوه مجریه در قالب نهادهای موازی و هم‌عرض با نهاد هیئت وزیران خودداری و شوراهای اداری فعلی را منحل کند و نهاد یادشده را به عنوان تنها تشکیلات شورایی قوه مجریه به معنای واقعی کلمه به رسمیت بشناسد.

منابع

۱. ابوالحسنی، محسن؛ گرجی ازندریانی، علی‌اکبر (۱۳۹۵)، «نقش شورا در مدیریت امور عمومی تصمیم‌گیر یا تصمیم‌ساز»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، شماره ۱۳.
۲. آقای طوق، مسلم؛ شمس، عرفان؛ فریادی، مسعود؛ مشهدی، علی (۱۳۸۹)، «مرزهای تقنین و اجرا در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، معاونت حقوقی رئیس‌جمهور».
۳. آیین‌نگینی، حسین (۱۳۹۳)، «ادغام شوراهای عالی، فراز و فرودها»، تحلیل وقایع روز از دیدگاه حقوق عمومی، پژوهشکده شورای نگهبان، چ اول، ۱۹ - ۵۰.
۴. دبیرنیا، علی‌رضا (۱۳۹۳)، «صلاحیت مجلس شورای اسلامی در تأسیس شوراهای عالی اجرایی استقلال قوا یا تحدید صلاحیت‌های قوه مجریه»، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۸، شماره ۸۸.
۵. راسخ، محمد (۱۳۸۸)، نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی، دراک.
۶. سهراب‌لو، علی؛ اصلانی، فیروز (۱۳۹۶)، «کارکرد اجرایی نهاد شورا در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال پنجاهم، شماره ۲.
۷. عبدالحسین‌زاده، محمد (۱۳۹۹)، «نظام شورایی و شوراهای عالی در نظام حکمرانی»، فصلنامه تحول اداری، شماره ۶۱.
۸. فریادی، مسعود (۱۳۸۷)، «بررسی روند تعیین وضعیت حقوقی شوراهای اداری»، فصلنامه اطلاع‌رسانی حقوقی، سال ششم، شماره ۱۳.
۹. فلاح‌زاده، علی‌محمد (۱۳۹۱)، تفکیک تقنین و اجرای تحلیل مرزهای صلاحیت تقنینی در روابط قوای مقننه و مجریه، پژوهشکده شورای نگهبان.
۱۰. محبی‌انجدانی، داوود (۱۳۸۹)، «ماهیت حقوقی و صلاحیت شوراهای عالی اداری در حقوق ایران»، ماهنامه کانون سردفتران، شماره ۱۰۹.
۱۱. مشهدی، علی (۱۳۹۲)، «بازمهندسی نهادهای تصمیم‌گیر جمعی در قوه مجریه ایران و فرانسه»، مجموعه مقالات اولین همایش ملی قوه مجریه در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، معاونت حقوقی رئیس‌جمهور، چ اول، ۲۴۶ - ۲۶۴.

۱۲. _____ (۱۳۸۸)، «بررسی نظام حقوقی نهادهای تصمیم‌گیر جمعی در ساختار قوه مجریه ایران»، فصلنامه اطلاع‌رسانی حقوقی، سال ششم، شماره ۱۹ و ۲۰.
۱۳. مشهدی، علی؛ فریادی، مسعود (۱۴۰۰)، حقوق شوراهای اداری، بررسی حقوقی جایگاه و وضعیت شوراهای اداری در قوه مجریه، معاونت حقوقی رئیس‌جمهور.

References

1. Abolhasani, Mohsen and Gorji Azandariani, Ali Akbar (2015) , "The role of the council in the management of public affairs, a decision-maker or a decision-maker", Danesh Public Law Quarterly, No. 13
2. Aghaei Touq, Moslem, Shams, Erfan, Faryadi, Masoud and Mashhadi, Ali (2009) , Limits of Legislation and Implementation in the Constitution of the Islamic Republic of Iran, Legal Deputy of the President
3. Aineh Nagini, Hossein (2013) : "Integration of High Councils of Ups and Downs", analysis of current events from the point of view of public law, Guardian Council Research Institute, first edition, pp. 19-50
4. Dabir Nia, Alireza (2013) , "The competence of the Islamic Council in establishing supreme executive councils, the independence of powers or limiting the powers of the executive branch", Judiciary Legal Journal, year 78, number 88
5. Rasekh, Mohammad, (1388) , supervision and balance in the constitutional rights system, Drak Publishing
6. Sohrablo, Ali and Aslani, Firouz (2016) , "Executive Functioning of the Council Institution in the Legal System of the Islamic Republic of Iran", Fiqh and Fundamentals of Islamic Law Quarterly, 50th Year, Number 2
7. Abdol Hosseinzadeh, Mohammad (2019) , "Council System and Supreme Councils in the Governance System", Administrative Development Quarterly, No. 61
8. Faryadi, Masoud (2007) , "Investigation of the process of determining the legal status of administrative councils", Legal Information Quarterly, Year 6, Number 13
9. Fallahzadeh, Ali Mohammad (2012) , separation of legislation and implementation of the analysis of the boundaries of legislative competence in the relations between the legislative and executive powers, Guardian Council Research Institute
10. Mohebbi Anjedani, Davood (2009) , "Legal Nature and Competence of Supreme Administrative Councils in Iranian Law", Sardfatran Association Monthly, No. 109
11. Mashhadi, Ali (2012) : "Reengineering collective decision-making institutions in the executive branch of Iran and France", collection of articles of the first national conference of the executive branch on the constitutional

rights of the Islamic Republic of Iran, Legal Deputy of the President, first edition, pp. 246-264

12. Mashhadi, Ali (2008) , "Investigation of the legal system of collective decision-making institutions in the structure of the executive branch of Iran", Legal Information Quarterly, 6th year, numbers 19 and 20

13. Mashhadi, Ali and Faryadi, Masoud (1400) , Laws of Administrative Councils, Legal Review of the Position and Status of Administrative Councils in the Executive Branch, Legal Deputy of the President

**درخواست اشتراک
فصلنامه‌ی دانش حقوق عمومی**

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

بهای اشتراک سالانه (چهار شماره): ۲/۲۰۰/۰۰۰ ریال بعلاوه‌ی هزینه‌ی ارسال
علاقتمندان می‌توانند بهای اشتراک سالانه را که شامل هزینه‌های ارسال نیز می‌شود، به حساب
زیر نزد بانک صادرات ایران به نام «انتشارات پژوهشکده شورای نگهبان» واریز و علاوه بر
تکمیل فرم مربوطه در سامانه فصلنامه به آدرس mag.shora-rc.ir، تصویر فیش را در
سامانه پیوست نمایند.

شماره حساب: ۰۱۰۸۱۲۹۰۹۳۰۰۹ شماره کارت: ۶۰۳۷۶۹۱۹۸۰۰۴۷۳۷۷

شماره شبانه: ۰۹ ۰۹۳۰ ۸۱۲۹ ۰۰۱۰ ۰۰۰۰ ۰۱۹۰ IR۸۷

تهران، خیابان شهید مطهری^(ره)، خیابان شهید سرافراز، کوچه پنجم پلاک ۱۱

پژوهشکده شورای نگهبان، فصلنامه دانش حقوق عمومی

کدپستی: ۱۵۹۷۸۵۶۱۱۳

تلفن: ۰۲۱-۸۸۵۳۳۴۲۹ فکس: ۰۲۱-۶۴۰۱۴۸۱۷

Examining the Legal System Governing Administrative Councils within the Executive Branch, Pathology and Providing a Favorable Model

Yahia Mazroei^{1*} Ali Abdolahad^{2}**

1- ph.d of public law, allameh tabatabaei university

2- ph.d student of public law, allameh tabatabaei university

Abstract

One of the pillars of the governing system in the executive branch are the administrative councils. These councils have been developed and increased in a way that has created challenges and problems for the system of public law. Given the fact that the legislature established these councils in the Iranian legal system in [the Persian year of] 1300, the question arises whether this action was in accordance with the standards of public law and the principles of the constitution. Therefore, this paper will examine this issue and a mechanism will be suggested to resolve the problems related thereto. The findings of this study, using legal documents and adopting an analytical-descriptive approach, suggest that the establishment of a council within the executive branch is against the principles of the [Iranian] constitution regarding the structure of the executive, namely articles 60, 57 and 138, and that the only council body within the executive branch recognized by the constitution is the cabinet. However, under article 138 of the constitution, the formation of a commission composed of several ministers is foreseen. This is subject to the will of the cabinet, not the parliament.

Keywords:

administrative councils, jurisdiction, principle of separation of powers, constitution, the council of ministers.

* **Email:** yahiamazroei@gmail.com (Corresponding Author)

****Email:** abdolahad.ali@gmail.com

The Theoretical Establishment Plan of Separation of Powers as an Organizational Feature of Constitutionalism with Emphasis on the Ideas of Filmer and Locke

Mohammad Javaheri Tehrani ^{1*}, Fatemeh Mafi ^{2}**

1- Assistant professor, Public law, Faculty of law, Shiraz University, Shiraz, Iran

2- Phd student, Public law, Faculty of law, Shiraz University, Shiraz, Iran

Abstract

The separation of powers based on the natural equality of human beings is an essential organizational feature of constitutional government. The clarification of this doctrine - which is the mission of this paper - depends on its pursuit to the concept of equality in freedom. By examining the works of Filmer and Locke, an attempt has been made to draw the direction of movement towards the separation of powers after the impeachment of this foundation. The results of this study are as follows: natural equality in disobeying the individual will of others, promotes the law as a non-individual will and the level of unity of the society of equals. Such plan of the law requires all people and ruling institutions to obey the law. In the rule of law system, no absolute will has the legitimacy to impose itself on others; therefore, the legitimacy of the actions of law enforcers and drafters is "conditional" to the legal framework. Since the government is considered the executive power, it is not possible to guarantee compliance with the law except by creating a structural conflict between its independent parts. Therefore, the separation of powers with the separation of institutions that perform various functions of the government provides an institutional solution to protect the constitutional government. Based on these results, in addition to clarifying the relationship between the separation of powers and constitutionalism, the conditions for the fundamental entry into the discussion of the usefulness of this doctrine for the current situation and its comparison with the Iranian-Islamic tradition are provided.

Keywords:

separation of powers, rule of law, constitutional government, absolute sovereignty, modern governance, constitutionalism.

* **Email:** Tehrani.mj@gmail.com

****Email** mo.mafi1375@gmail.com (Corresponding Author)

The Responsibilities of the Supreme Tax Council in Hearing Appeals from the Tax Dispute- Resolution Boards

Ayat Mulaee ^{1*}

1- Assistant Professor, Law Department, Faculty of Law & Social Sciences, University of Tabriz, Tabriz, Iran

Abstract

Article 256 of the [Iranian] Tax Code is an important article, which deals with the competence of the Supreme Tax Council regarding "quasi-judicial proceedings". In this respect, this article is the central article regarding the status of the quasi-judicial Supreme Tax Council. The present paper, realizing such importance, seeks to answer the question: under Article 256 what are the criteria for the appellate jurisdiction of the Supreme Tax Council? In response to this question, using a descriptive-analytical method, some results have been obtained. Firstly, Article 256 contains some important criteria of the principles of fair trial and fundamental rights, which doubles the need to pay attention to this article. Secondly, the criteria and rules related to the proceedings in the Supreme Tax Council can be divided into the preliminary, review and issuance of judgment stages. Thirdly, the criteria set forth in Article 256 are the most important indicators that have played a role in drawing the legal boundaries and scope related to the competence of the Council's branches and the rights of the parties to the case. Fourthly, the text and content of this article with regard to appealing from the decisions of the tax dispute-resolution boards is different from other provisions related to appealing decisions of the said boards. This situation can be a source of confusion for the council.

Keywords:

Article 256, the Law on Direct Taxes, legal criteria, Quasi-Judicial Proceedings, Supreme Tax Council.

* **Email:** amulaee@tabrizu.ac.ir

The Challenge of Iran's Legal System Regarding the Forcible Effects of Treaties and Ineffectiveness of Reservations Thereto

AbbasAli Kadkhodaei ^{1*}, Mohammad Sadegh Farahani ^{2**}, Amir Lohrasbi ^{3***}

1- Professor, Department of Public and International Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Iran

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

3- MA. in International Law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran, Iran

Abstract

The clear manifestation of the country's treaty system is reflected in the opinions and decisions of the Islamic Consultative Assembly or the Guardian Council in accepting or rejecting international agreements. In this perspective, several ambiguities in the issue of constitutional law can be seen as a threat to the national security of the Iran. On one hand, international treaties can forcefully impose their effects on Iran's transnational obligations without being considered by the parliament and the Guardian Council, while on the other hand, due to the lack of a monitoring mechanism, it is possible to change the approved internal and external documents. What was discussed in this study is the need to formulate a system of claim and counterclaim in the international practice of Iran and also to prepare a special mechanism to inform the competent institutions about the post-ratification process of treaties.

Keywords:

constitutional law, customary international law, forcible, Guardian Council, law of treaties, reservation.

* **Email:** kadkhoda@ut.ac.ir

****Email** msfarahani72@ut.ac.ir

*****Email:** amir.lohrasbi@ut.ac.ir (Corresponding Author)

Public Participation in Drafting and Amending the Law

Iraj Hosseini Sadrabadi ^{1*}, Mohammad Javad MohammadPoor ^{1**}

1- Assistant Professor, Public and International Law Department, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran

2- Master of Public Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran

Abstract

Legislation is one of the most important matters of governance. In democratic societies the responsibility usually lies with the legislative assembly composed of elected representatives of the people. Because of the complexity and importance of legislation jurists have enumerated certain principles for improving the quality of laws. Among these principles is the maximum participation of citizens in the legislative process. One of the issues faced by the legislative system of Iran is facing, due to its disregard for the quality of laws, is the desuetude of laws and citizens' disobedience to them. This will eventually lead to the weakening of the rule of law. Solving this problem depends on the examination of ways to improve the quality of laws. This issue makes research on public participation in the legislative process necessary. This paper, using library sources, and with a descriptive-analytical method, seeks to investigate the place of public participation in legislation and its and goals. The findings of the research indicate that public participation in the drafting of laws is a right of the nation. As such, the legislator is required to take the opinions of the people, stakeholders and experts into account when drafting laws. One of the basics and goals of public participation in legislation is to improve the quality and acceptability of laws.

Keywords

legislative draft, public participation, the quality of the law, general policies of the legislative system.

* Email: iraj.sadrabadi@gmail.com

** Email: m.j_mohammadpour@yahoo.com (Corresponding Author)

Jurisprudential-Legal Analysis of Sharia Rule in the Constitutional Law of the Islamic Republic of Iran

Mansor Gharibpoor ^{1*}, Sayed Mehdi Jokar ^{2**}, Mojtaba Shariati ^{3***}

- 1- Assistant professor of jurisprudence department of Yasouj University, Yasouj Iran
- 2- Assistant Professor of Jurisprudence Department, Yasouj University, Yasouj, Iran
- 3- Assistant Professor of Political Science Department, Yasouj University, Yasouj, Iran

Abstract

One of the problems encountered by the theory of Velayat-e-Faqih (Supreme Leader) is the extension of religious legitimacy and justification to the three powers and the main organs of the state. Absolute sovereignty is the right of God, the owner of the universe, and on this basis, sovereignty must be authorized by him and implement his will in all matters. Based on these principles, as well as jurisprudential-theological principles, the constitutional legislator must adhere to an integrated form of legitimacy. However, what is important is the positive and argumentative dimensions of this procedure. Accordingly, the main question of this article is how the sovereignty and religious rule of the three powers emanating from the supreme leader are justified?

Research approach: In this study, using library resources, the theory of integrated legitimacy has been described and analyzed based on jurisprudential arguments and opinions of jurists. Moreover, the religious legitimacy of the ruling powers of the Islamic Republic of Iran has been explained based on concepts such as appointment, legal permission, representation and guardianship.

Keywords:

Province, government, religious legitimacy, constitution.

* **Email:** ma.gharibpoor@gmail.com (Corresponding Author)

** **Email:** m.moradib@umz.ac.ir

*****Email:** m.shariati17@gmail.com

Requirements for Government Civil Liability in Cultural Matters

Sajjad Rasuli Jazi ^{1*}, Seyed Mostafa Mirmohamadi Meybodi ^{2**}, Ardavan Arzhang ^{3***}

1- PhD student, private law, Meybod University, Yazd, Iran

2- Assistant Professor, Law Department, Faculty of Theology, Meybod University, Yazd, Iran

3- Associate Professor, Department of Law, Faculty of Theology, Yasouj University, Yasouj, Iran

Abstract

Lack of sanctions for the efficient fulfillment of cultural obligations of the government in policy, legislative, executive and judicial terms has created shortcomings as regards legal provisions such as article 3 of the [Iranian] Constitution. It has also led to the violation of individuals cultural rights. In addition, article 11 of the Civil Liability Act exempts the government from liability in all governance matters, regardless of the importance and vulnerability of the victim. This has created a large gap in compensating damages caused by the actions or omissions of natural and legal persons in respect of cultural rights. If legal challenges such as how to prove fault in cultural affairs are not resolved in a timely manner, beside affecting public order and security, it will further increase the violation of rights and cause human, material and moral damage to individuals. The question that arises is, what is the way to demand such damages, especially from the sovereign institutions such as the Supreme Council of the Cultural Revolution and the Ministry of Culture and Islamic Guidance? In this descriptive-analytical study, while explaining some principles of administrative law and good governance such as responsibility and accountability, it will be argued that due to the high importance and particular features of cultural rights, damages caused by government institutions to such rights should not remain without compensation.

Keywords

cultural rights, civil liability, government, sanction, cultural affairs.

* **Email:** Sajjad75jazi@gmail.com

** **Email:** mirmohamadi@meybod.ac.ir (Corresponding Author)

*****Email:** arzhang1345@gmail.com

The Theory of the Choice of Fatwa for Legislation

Abdullah Heydari ^{1*}, Mohammad Javad Arasta ^{2**}, Hassan Ali Ali Akbarian ^{3***}

1- Doctoral student of jurisprudence and judicial law, Al-Mustafa International University, Qom, Iran

2- Assistant Professor of Farabi Campus University, Qom, Iran

3- Associate Professor of Islamic Science and Culture Research Institute, Qom, Iran

Abstract

The constitution of many Islamic countries, including Iran, requires that all laws be based on Islamic rules. To comply with Islamic rules, religious sources and fatwa [religious decree] of religious scholars should be followed. The question, therefore, is which fatwa is the criterion by which legislative compliance with Sharia [Islamic law] can be achieved? Several theories have been expressed, such as the most knowledgeable scholar's fatwa, the most famous fatwa, valiye amr [supreme leader]'s fatwa, and the most effective fatwa. This paper presents an alternative view, namely the theory of choice of fatwa for legislation. According to this theory, compliance with Sharia can be achieved by using any fatwa so long as it is issued by Shi'a jurists. Thus, enacting laws according to the fatwas of the mujtahids [Islamic jurists] will secure compliance with the Sharia. Based on this thesis, it is not necessary to enact laws according to the fatwa of the most knowledgeable scholar, or the most efficient or famous fatwa. Supporters of this theory are such prominent figures as Muhaqiq Naraqi and Sahib Javahir. In this research, the arguments for this theory have been stated and its problems have been resolved as much as possible. The adoption of this theory will offer a choice of fatwa in the legislative process, as well as a choice of fatwa by the judge in cases of non liquet. A law or judicial decision is considered to be contrary to Sharia when it is inconsistent with the consensus opinion of Shia scholars. The research method in this study is descriptive-analytical.

Keywords

fatwa, decision, legislation, law, Sharia.

* **Email:** abdollahheydari1713@gmail.com (Corresponding Author)

** **Email:** mjarasta@ut.ac.ir

*** **Email:** ha.aliakbarian@gmail.com

Contents

- **The Theory of the Choice of Fatwa for Legislation1**
 - Abdullah Heydari & Mohammad Javad Arista & Hassan Ali Akbarian
- **Requirements for Government Civil Liability in Cultural Matters ..29**
 - Sajjad rasuli jazi & Seyed Mostafa Mirmohamadi Meybodi & Ardavan Arzhang
- **Jurisprudential-Legal Analysis of Sharia Rule in the Constitutional Law of the Islamic Republic of Iran 61**
 - Mansor Gharibpoor & Sayed Mehdi Jokar & Mojtaba Shariati
- **Public Participation in Drafting and Amending the Law.....87**
 - Iraj Hosseini Sadrabadi & Mohammad Javad MohammadPoor
- **The Challenge of Iran's Legal System Regarding the Forcible Effects of Treaties and Ineffectiveness of Reservations Thereto..... 115**
 - AbbasAli Kadkhodaei & Mohammad Sadegh Farahani & Amir Lohrasbi
- **The Responsibilities of the Supreme Tax Council in Hearing Appeals from the Tax Dispute-Resolution Boards 139**
 - Ayat Mulaee
- **separation of powers, rule of law, constitutional government, absolute sovereignty, modern governance, constitutionalism 165**
 - Mohammad Javaheri Tehrani & Fatemeh Mafi
- **Examining the Legal System Governing Administrative Councils within the Executive Branch, Pathology and Providing a Favorable Model 185**
 - Yahia Mazroei & Ali Abdolahad

In The Name Of Allah the Compassionate the Merciful

Public Law Knowledge Quarterly

Vol. 12, Summer 2023, No. 40

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 Reza Vijeh (Assistant Professor, Allameh Tabatabaei University)
- Hossein Ali Saadi (Associate Professor, Faculty of Islamic Studies and Theology, Imam Sadegh (AS) 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)

Editor: Akram Dezhhoost

Page Designer: Hamid Mazinani

**Address: Constitutional Council Research Institute, No. 11, Fifth Alley,
Sarafraz St, Shahid Beheshti St., Tehran, Iran**

P.O.Box: 13145-1463

Tel: +98 21 88533437 Fax: +98 21 88533437

E-mail: mag@shora-rc.ir

mag.shora-gc.ir