

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فصلنامه دانش حقوق عمومی

سال دوازدهم، پاییز ۱۴۰۲، شماره ۴۱

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، پاییز ۱۴۰۲، شماره ۴۱

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: ۸۸۵۳۳۴۳۷ - 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

- گستره شفافیت در مذاکرات دادرسان/ اعضای دادگاه‌ها/ شوراهاى قانون اساسى.....۱
- حسین امینی‌پزوه، مصطفی منصوریان
- تأملی فقهی در برخی ابعاد حقوق عمومی «قانون‌گذاری» (جامعه‌پذیری و سکوت).....۲۵
- سیدمحسن قائمی‌خرق
- اصل شفافیت در فرایند قانون‌گذاری جمهوری اسلامی ایران و جمهوری فدرال آلمان، بررسی موردی مشارکت عمومی.....۴۹
- خیراله پروین، محمدمهدی سیفی
- تحلیل حق اشتغال و مصادیق آن در رویه شورای نگهبان و مطالعه تطبیقی آن با دیوان عدالت اداری.....۷۵
- نسترن خرسندموقر، سید محمد هاشمی، محسن محبی، سعیدرضا ابدی
- محدوده نظارتی دیوان محاسبات در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران.....۹۷
- محسن ابوالحسنی، محمدجواد رضایی‌زاده، ولی رستمی
- واکاوی شاخصه‌های تضمین شفافیت در انتخابات ریاست جمهوری (مطالعه ابعاد ناظر به نامزدهای انتخاباتی).....۱۲۷
- محمدحسن باقری‌خوزانی، فرامرز عطریان، غلامحسین مسعود
- مروری بر تعاریف قانون در فلسفه حقوق پوزیتیویستی.....۱۵۱
- مسعود الماسی
- واکاوی واژه «طرز کار» در اصل نود قانون اساسی.....۱۷۳
- رضا محمدی کرجی، علی‌رضا جعفرزاده بهاء‌آبادی

گستره شفافیت در مذاکرات دادرسان / اعضای دادگاه‌ها/

شوراهای قانون اساسی

حسین امینی‌پزوه^{۱*}، مصطفی منصوریان^{۲**}

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۲/۰۳ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۷/۱۶

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: 110.22034/qjplk.2023.1522.1423

چکیده

التزام به شفافیت از موضوعات مهم در حکمرانی است. نهادهای دادرسی اساسی نیز، در اعمال صلاحیت‌های خود، از التزام به آن استثنا نیستند. با این حال، میزان رعایت آن از سوی این مراجع، به‌خصوص در مرحله مذاکرات، همچون برخی نهادهای دیگر، با ملاحظاتی همراه است. مسئله این پژوهش تعیین قلمرو شفافیت در مذاکرات اعضا یا دادرسان نهاد دادرسی اساسی است که به روش توصیفی و تحلیلی مطالعه شد. مذاکرات آن‌ها از این رو مهم است که عملکرد آن‌ها بیش از هر چیز در دل آن جریان دارد. حاصل آنکه با وجود پذیرش تقریباً عمومی اصل محرمانگی مذاکرات در این مراجع راه‌های ساختارمندی برای شفاف شدن آن‌ها در سطوح مختلف پیش‌بینی شده است. این شفافیت، به صورت کلاسیک، در نظام‌های کامن‌لا، سطوح بالاتری دارد و در نظام‌های سیویل‌لا کمتر است. با این حال، بسیاری از دادگاه‌ها/ شوراهای قانون اساسی (ق.ا.) نظام‌های اخیر هم در نظر و عمل به سمت شفافیت بیشتر حرکت کرده‌اند.

واژگان کلیدی: شفافیت، دادگاه‌های چندعضوی، دادگاه قانون اساسی، شورای قانون اساسی، مذاکرات نهاد دادرسی اساسی

۱. دانشجوی دکترای حقوق عمومی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق (ع)، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

* Email: ho.amini.po@gmail.com

۲. استادیار دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران

** Email: Mansourian@ujsas.ac.ir



مقدمه

شفافیت از مؤلفه‌های حکمرانی خوب است که پاسخگویی را به دنبال دارد. این عنصر را می‌توان با مجموعه حق‌ها نیز مرتبط دانست. آزادی بیان شرطی لازم برای تحقق اصول شفافیت و پاسخگویی است. این حق در اغلب کشورها در سطح ارزش‌های ق.ا. به رسمیت شناخته می‌شود. آزادی دسترسی به اطلاعات^۱ از آزادی‌هایی است که زیرمجموعه آن حق قرار می‌گیرد (Human Rights Committee, 2011: para.18). این حق شامل دسترسی و انتشار داده‌های مرتبط با منافع عمومی و از پیش شرط‌های ضروری برای مشارکت در امور عمومی جامعه از سوی شهروندان است. مهم‌ترین اثر آن فراهم کردن امکان نظارت شهروندان بر عملکرد ارکان مختلف حکومت است که آن‌ها را به رعایت اصل قانونیت و اجرای اراده عمومی وامی‌دارد و به بالاتر رفتن کارایی و کارآمدی آن‌ها در مقابل دیدگان ناظر شهروندان نیز کمک می‌کند.

مسئله پژوهش حاضر تعیین قلمرو شفافیت در مذاکرات اعضای نهاد دادرسی اساسی است. گرچه شفافیت در همه دستگاه‌های دولتی و از جمله دادگاه‌ها مهم است، سنجش آن در عملکرد نهادهای دادرسی اساسی، که نگهبان ارزش‌های ق.ا. قلمداد می‌شوند و باید در اجرای آن پیش‌گام باشند، اهمیت بالاتری دارد. شفافیت در این نهادها به دلیل تعارض احتمالی با دغدغه‌ها و ارزش‌های دیگر با ملاحظاتی همراه است. مثلاً، این نهادها که در قالب‌های قضایی یا شبه‌قضایی فعالیت می‌کنند باید در عملکرد خود به ارزش‌های ق.ا. دیگری چون استقلال و بی‌طرفی نیز ملتزم باشند. ایجاد تعادل بین مجموعه این ارزش‌ها و ملاحظات مهم پیچیدگی و دشواری حل این مسئله را نشان می‌دهد. وانگهی، ملاحظات تاریخی و سنت‌های حقوقی نیز در حدود التزام به شفافیت در نظام‌های حقوقی تعیین‌کننده است که میزان تأثیر آن نیازمند بررسی است. در بین تشریفات رسیدگی این مراجع، مذاکرات نقطه مرکزی در اعمال صلاحیت اصلی آن‌ها، یعنی دادرسی اساسی، است. هر آنچه لازم است از کارویژه اصلی آن برای شهروندان به نمایش درآید از گنجینه مذاکرات اعضای آن‌ها خارج می‌شود. بنابراین، اهمیت این مرحله از فرایند دادرسی در مقایسه با مراحل دیگر بسیار بیشتر است. علاوه بر این‌ها، شورای نگهبان به عنوان نهاد دادرسی اساسی در جمهوری اسلامی ایران در سال‌های گذشته در زمینه شفافیت گام‌های مهمی برداشته است. این پژوهش می‌تواند به این نهاد در شناسایی قوت‌ها و ضعف‌های خود در این موضوع یاری رساند.

بر اساس آنچه گفته شد، پرسش مقاله این است که شفافیت تا چه سطحی در مذاکرات اعضای نهاد دادرسی اساسی باید وجود داشته باشد؟ از رهیافت مطالعه‌ای تطبیقی، به روش زمینه‌گرا و نه صرفاً متن‌محور، نیز با روش توصیفی و تحلیلی، با بررسی عملکرد نظام‌های

حقوقی مختلف در دو خانواده سیویل لا و کامن‌لا، به این پرسش پاسخ داده‌ایم. فرضیه این پژوهش آن است که به‌رغم پذیرش اصل محرمانگی این مذاکرات سطوح مختلف قابل قبول از شفافیت در آن بسیار طیفی و تابع عوامل و عناصر متعدد زمینه‌ای-همچون عوامل و عناصر فرهنگی، اجتماعی، تاریخی، صلاحیتی، ساختاری، آیینی- و البته متمایل به سمت شفافیت است. بر این اساس، ابتدا به صورت کلی شفافیت یا محرمانگی مذاکرات در دادگاه‌های با تعدد قضات، که نهادهای دادرسی اساسی از آن جمله‌اند، در نظام‌های حقوقی مختلف بررسی و قلمرو کلی، علل، دلایل، و ریشه‌های تاریخی اتخاذ عملکردهای مختلف از سوی آن‌ها مطالعه می‌شود. پس از آن، به صورت خاص، سطوح متفاوتی از شفافیت که هر یک در بعضی از نهادهای دادرسی اساسی پذیرفته شده است تحلیل می‌شود.

۱. شفافیت یا محرمانگی مذاکرات قضات در دادگاه‌های چندعضوی در نظام‌های حقوقی مختلف

به طور کلی، در دادگاه‌های چندعضوی در کشورهای کامن‌لا، به‌صورت سنتی، استقلال قضات، از آن جهت که بتوانند با صدای خود سخن بگویند، نیز شفافیت فرایند قضایی نقش مهمی دارد؛ درحالی‌که در کشورهای سیویل لا محرمانگی مذاکرات ارزش بالاتری دارد (Commission Européenne pour la Démocratie par le Droit, 2018: 6). با این حال، محرمانگی مذاکرات مختص کشورهای سیویل لا نیست. در دیوان عالی فدرال امریکا نیز، که از بسیاری جهات عملکرد شفاف‌تری نسبت به دادگاه‌های نظام‌های سیویل لا دارد، مذاکرات قضات برای رسیدن به تصمیم نهایی، در جلسه‌ای که از آن به کنفرانس^۲ یاد می‌شود، محرمانه است. گرچه گاهی فرایند رسیدگی در دادگاه‌هایی مانند دیوان عالی بریتانیا و حتی دیوان عالی فدرال امریکا در قدیم، که قضات بعد از استماع شکایات و دفاعیات اطراف دعوا صرفاً رأی فردی خود را صادر می‌کردند و چیزی به عنوان تصمیم نهایی مجموعه دادگاه وجود نداشته است، مخالف با این اصل تلقی می‌شود، باید توجه کرد که این به معنای دسترسی زنده به مذاکرات قضات نبوده؛ بلکه به دلیل استثنای گسترده‌ای بوده که بر این اصل اعمال شده است.^۳ این موضوع با عنوان اصل محرمانه بودن مذاکرات^۴ قضات دادگاه‌ها شناخته می‌شود. بنا بر آنچه گفته شد، به‌رغم اینکه در مطالعات حقوق تطبیقی، بنا بر مشهور و در بسیاری از موارد، اصل محرمانگی مذاکرات به نظام‌های حقوقی سیویل لا و قاره‌ای نسبت داده می‌شود (For instance: Bricker, 2017)، قاعده کلی آن است که امروزه در انواع نظام‌های حقوقی، اعم از سیویل لا و کامن‌لا، مذاکرات قضات دادگاه‌هایی که با تعدد دادرسان برگزار می‌شود، به‌ویژه دادگاه‌های عالی، محرمانه تلقی می‌شود؛ بدین معنا که این بخش از فرایند رسیدگی به پرونده‌ها

علنی نیست و پشت درهای بسته جریان دارد.^۵ در ادامه، درباره این اصل توضیحات بیشتری داده می‌شود.

۱-۱. اصل محرمانگی مذاکرات، قلمرو و مبانی توجیهی آن

محرمانگی مذاکرات مستلزم آن است که هیچ‌کس، اعم از منشی جلسات (در صورت غیر عضو بودن)، مشاوران شخصی دادرسان یا اعضای نهاد خدمات‌دهنده حقوقی به کل دادگاه، اطراف دعوا، ذی‌نفعان، کارمندان نهاد مربوطه و مانند آن‌ها حق حضور در اتاق مذاکرات اعضا را در زمان شور و رسیدگی به پرونده‌ها نداشته باشند.^۶ همچنین، خود اعضا نیز حق ندارند محتوای این مذاکرات را، جز برخی مفاد آن به صورت استثنایی و در بعضی از کشورهایی که بعداً اشاره می‌شود، در بیرون دادگاه افشا کنند.^۷ این ممنوعیت مستلزم جرم‌انگاری و در نظر گرفتن تنبیه‌های انضباطی، متناسب با شخصیت خطاکار، اعم از قاضی دادگاه یا شخصی بیرونی، در صورت تخلف است.^۸

با استفاده از نظرات مجموعه‌ای از حقوق‌دانان، قلمرو این اصل شامل فعالیت‌هایی دانسته شده است که در طول مذاکرات قضایی جریان می‌یابد؛ یعنی مذاکراتی که با هدف دستیابی به تصمیم و رأی‌گیری در پس آن صورت می‌گیرد. این اصل شامل افشای نام اعضایی نمی‌شود که در مذاکرات شرکت کرده‌اند. بنابراین، مانع ذکر اسامی قضاتی که در تصمیم‌گیری حاضر بوده‌اند نیست. مبانی موجه این اصل را تضمین اقتدار دادگاه، جمعی بودن و وحدت هیئت دادگاه، و استقلال قاضی دانسته‌اند (Laffranque, 2003: 168). گفتنی است مرحله مذاکرات مرحله‌ای متمایز از مرحله استماع اطراف دعواست. با اینکه در مرحله مذاکرات اصل بر محرمانگی است، در مرحله استماع که معمولاً پیش از آن است، از باب اجرای عدالت طبیعی^۹ و رعایت اصول دادرسی منصفانه^{۱۰}، اصل بر علنی بودن است.

ادعا بر آن است که شنیده شدن صداهای متعدد و مخالف از درون دادگاه اقتدار آن و ارزش تصمیم‌نهایی را می‌کاهد. دادگاه ق.ا. تنها با تصمیم پایانی خود سخن می‌گوید. همچنین، دادگاه‌های ق.ا. ماهیتی جمعی دارند که شخصیت تک‌تک اعضا در آن منحل است. بنابراین، مردم تنها در برابر دادگاهی متشکل از چند دادرس قرار دارند و نه در برابر چند دادرس که در دادگاهی گرد آمده‌اند. وانگهی، استقلال قضات مستلزم رسیدگی آزادانه آن‌ها به پرونده‌ها و مصونیتشان از فشارها و تطمیع‌های خارجی است که ممکن است به دلیل نظراتشان بر آن‌ها تحمیل شود. دادرسان باید تنها قانون و در دادگاه‌های ق.ا. تنها ق.ا. را در نظر داشته باشند و از سوی مقامات، گروه‌ها، مردم، و حتی اکثریت نمایندگان پارلمان که اکنون مصوبه خود را در بوتۀ آزمایش می‌بینند در معرض فشار قرار نگیرند.

۱-۲. ریشه‌های تاریخی و فرهنگی محرمانگی مذاکرات در نظام‌های حقوقی

به‌رغم اتفاق نظر بر اصل یادشده، مبانی مورد اشاره در همه نظام‌های حقوقی با خوانش رادیکالی که از آن‌ها شد فهم نشده‌اند. چنانکه گفته شد، مشهور است که نظام‌های سیاسی را از نظر میزان پابندی به اصل یادشده و استثناهای آن، به صورت سنتی، بر اساس تبعیتشان از نظام‌های کامن‌لا و سیویل‌لا تقسیم‌بندی می‌کنند. به بیان دیگر، این موضوع از فرهنگ و سنت حقوقی این کشورها نیز متأثر است. دادگاه‌های با تکثر قاضی در نظام‌های کامن‌لا عملکرد شفاف‌تری در مذاکرات دارند. اما نظام‌های سیویل‌لا پایبند به لزوم محرمانگی بیشترند.

میشل لسر، یکی از نویسندگان امریکایی، در بیان دوگانگی‌های بین این دو نظام حقوقی، ویژگی‌های کلی فرایند رسیدگی قضایی را در نظام حقوقی کامن‌لا، با تأکید بر عملکرد دیوان عالی فدرال امریکا، شامل نظردهی فردی قضات، اعم از نظر رقیب یا مخالف تصمیم‌نهایی و افشای آرای [مثبت و منفی] قضات در خصوص آن^{۱۱}، شناسایی صریح دشواری‌های تفسیری، گفت‌وگوی صادقانه درباره توسعه حقوقی و قضایی و بحث عمومی درباره موضوع‌های ذاتاً سیاستی دانسته که منجر به ارتقای پاسخگویی قضایی و نظارت و میدان دادن به گفت‌وگوی دموکراتیک شده و شفافیت و در نتیجه مشروعیت را بالا برده است. در مقابل، فرایند رسیدگی قضایی در نظام حقوقی سیویل‌لا را به دلیل نداشتن شفافیت کافی از مشروعیت مناسب بی‌بهره می‌داند. از نظر او، با تأکید بر عملکرد دیوان نقض حکم^{۱۲} فرانسه، به عنوان دیوانی که از قدیم برای نظام‌های سیویل‌لا جنبه نمادین داشته، احکام آن‌ها چیزی بیش از فرمان‌های قضایی رمزنگاری‌شده [قابل فهم صرفاً برای متخصصان] و تکنیکی نیست. آن‌ها احکامی یک‌تکه و زمخت، بدون امضا و به صورت گروهی، ارائه می‌دهند که از افشای آرای [مثبت و منفی] قضات خودداری می‌کند، از بیان نظرات مخالف یا رقیب [اعضای اقلیت دادگاه] مانع می‌شود، و از بحث باز سیاستی می‌پرهیزد و به توضیح‌های قیاسی یا دست‌کم تا حد زیادی لمی‌گرایش دارد که هر گونه کار تفسیری قضایی معناداری را، اگر نگوئیم بر آن نقاب می‌زند یا نادیده می‌گیرد، کم‌اهمیت قلمداد می‌کند. او، به صورت خلاصه، تصویر امریکایی را از فرایند رسیدن به حکم قضایی در نظام سیویل‌لا این‌طور بیان می‌کند که با استدلال روشن، پاسخگویی فردی قضات [از طریق شفاف شدن نظراتشان]، گفت‌وگوی دموکراتیک [با مردم از طریق نظرات]، و بدین ترتیب فرایند مشروع رسیدن به حکم در نظام کامن‌لا در تضاد است و بر موضع خود ایستادگی دارد (Lasser, 2004: 4-5). طبیعتاً معتقدان به سنت سیویل‌لا، در پاسخ به این ادعاها، بر مبانی و منافعی که برای اصل محرمانگی مذاکرات بیان شد تأکید می‌کنند.^{۱۳}

یکی دیگر از نویسندگان، با تأکید بر هیئت‌گرا بودن^{۱۴} دادگاه‌های ق.ا. اروپایی و تکثرگرا

بودن^{۱۵} دادگاه‌هایی چون دیوان عالی فدرال امریکا، ریشه‌های تاریخی آن را شرح داده است. او می‌گوید در انگلستان در دادگاه‌هایی که با تعدد قضات برگزار می‌شد، از سازوکار نظرات «متعاقب یا پی‌درپی»^{۱۶} استفاده می‌شد. این تصمیم‌ها تصمیم‌های فردی هر یک از دادرسان بود که در برابر نظر واحدی قرار می‌گرفت که از سوی دادگاه به عنوان یک کل اتخاذ می‌شد. بنابراین، هر قاضی صرفاً رأی جداگانه‌اش را در موضوع پرونده صادر می‌کرد و چیزی به عنوان رأی دادگاه وجود نداشت.^{۱۷} این سازوکار در دیوان عالی فدرال امریکا هم تا زمان ریاست قاضی مارشال به کار گرفته شد تا اینکه از آن پس یک تصمیم به عنوان تصمیم نهایی دادگاه ارائه می‌شد.^{۱۸} این در حالی است که در فرانسه با فرمان‌های سلطنتی فرانسوی اول و لویی چهاردهم قوه قضاییه در قرون وسطا امتیاز اساسی و ملوکانه پادشاه به شمار می‌آمد. زیرا او هم قاضی‌القضات و هم فرمانده جنگ بود و دادرسی به دادگاه‌ها تفویض شده بود و دست‌کم از آغاز قرن شانزدهم این دادگاه‌های جمعی باید با یک‌صدا سخن می‌گفتند. چون پادشاه نیز یک اراده بیشتر ندارد. در انقلاب فرانسه، مردم جای پادشاه نشستند و همین شیوه در این دادگاه‌ها ادامه پیدا کرد (Pasquino, 2015: 204-205). بدین ترتیب، بخش‌هایی از مذاکرات در دادگاه‌های انگلستان در آرای فردی قضات منعکس می‌شد؛ درحالی‌که در فرانسه صرفاً در تصمیم نهایی دادگاه تبلور می‌یافت.

بنابراین، اصل محرمانگی مذاکرات در دادگاه‌های چندعضوی تقریباً در همه کشورهای سیویل‌لا و کامن‌لا پذیرفته شده و تفاوت بر اساس ریشه‌های تاریخی، فرهنگی، و مبانی توجیهی متفاوت صرفاً در قلمرو آن است. در ادامه، به موضوع اصلی، یعنی شفافیت، توجه می‌کنیم و در جست‌وجوی آن سطوح مختلفی از آن را که در مذاکرات اعضای نهاد دادرسی اساسی به صورت قانونی پذیرفته شده است در نظام‌های کامن‌لای مدعی شفافیت بیشتر و سیویل‌لای شناخته‌شده به شفافیت کمتر بررسی می‌کنیم.

۲. سطوح‌های مختلف شفافیت در مذاکرات نهادهای دادرسی اساسی

سطح‌های شفافیتی که بیان می‌شود در اکثر قریب به اتفاق دادگاه‌های عالی نظام‌های کامن‌لا، که نقش دادرسی اساسی هم دارند، از گذشته تا کنون، به صورت کامل وجود داشته است. در مقابل، دادگاه‌های ق.ا. کشورهای اروپای قاره‌ای هر یک سطح خاصی را پذیرفته‌اند. دادگاه‌های کشورهای اخیر از حیث تبعیت از سنت‌های سیویل‌لا در این خصوص مراتب مختلفی دارند. در ادامه، این مجاری شفافیت که همه منعکس‌کننده بخش‌هایی از مذاکرات این دادگاه‌هاست طرح و با استفاده از نظرات دکترین استدلال‌های موافق و مخالف درباره آن‌ها بیان می‌شود. البته، این موارد همه موضوعات قابل افشای مذاکرات نیست. مواردی چون نام قاضی

گزارش‌گر^{۱۹}، که افشای آن در دادگاه‌های ق.ا. متفاوت است، یا انتشار احکام در نشریه‌ها یا پایگاه‌های اینترنتی یا گزارش‌دهی در شبکه‌های اجتماعی، به دلیل بدیهی یا کم‌اهمیت‌تر بودن یا نداشتن مشابه در نهاد متناظر داخلی، بیان نشده است. در این قسمت، به نوعی قلمرو تفصیلی‌تر اصل محرمانگی مذاکرات نیز آشکار می‌شود.

۲-۱. انتشار توجیهات تصمیم دادگاه ق.ا.

موجه بودن تصمیم یا مستند و مستدل بودن رأی، بیش از آنکه به شفافیت یا محرمانگی عملکرد نهاد دادرسی اساسی مربوط باشد، به عدالت طبیعی و لزوم رعایت اصول دادرسی منصفانه تا حد امکان و به تناسب این جنس از دادرسی مرتبط است. این موضوع در بسیاری از قوانین اساسی و قوانین مرتبط با دادگاه‌های ق.ا. به عنوان یک حق قلمداد شده است. از آنجا که در تصمیم نهایی نظر مقبول اکثریت بیان می‌شود، توجیهات تصمیم می‌تواند منعکس‌کننده بخش‌های مهمی از مذاکرات باشد.

به صورت کلی، در جامعه‌ای برابرخواه^{۲۰} که در آن اقتدار «طبیعی» وجود ندارد هر فاعلی که تصمیم‌های الزام‌آوری برای شهروندان می‌گیرد باید آن را به گونه‌ای توجیه کند. تنها، شخصی با یک تفنگ می‌تواند اراده‌اش را با تهدید به مرگ تحمیل کند. در این صورت، گرچه آن تهدید بیان شده، موجه نشده است (Pasquino, 2015: 200). یکی از نویسندگان، با تأکید بر لزوم موجه بودن تصمیم‌ها، به عنوان یکی از اقتضات مردم‌سالاری، به جنبه آموزشی آن در دادگاه‌ها اشاره می‌کند و بر آن است که تصمیم‌های آن‌ها دلایل و ارزش‌هایی را بیان می‌کند که می‌تواند از سوی شهروندان و غیر شهروندان یا حقوقدانان و غیر حقوقدانان ارزیابی شود (Kirby, 2008: I-34). نهادهای دادرسی اساسی حتی در قالب‌هایی غیر قضایی یا کمتر قضایی، مانند شورای ق.ا. فرانسه، در صدور انواع تصمیم‌هایشان مقید به این تشریفات^{۲۱} و این موضوع قدر متیقن از شفافیت است.

برای تبیین ماهیت و لزوم انتشار توجیهات آرای این نهادها، مقایسه آرای آن‌ها با آرای رأی‌دهندگان در انتخابات یا رفراندوم‌ها مناسب است. اولی را رأی موجه^{۲۲} و دیگری را رأی حاکمانه^{۲۳} نامیده‌اند. رأی‌دهندگان در انتخاب‌هایشان، مانند پادشاهی مطلقه، حقی مطلق دارند و ترجیح و اراده خود را بی‌نیاز از بیان هیچ دلیلی ابراز می‌کنند. رأی آن‌ها خود دلیل است. بنابراین، محرمانگی آرای آن‌ها حمایتی از این حق آن‌هاست. در مقابل، رأی در دادگاه‌های جمعی بی‌نیاز از توجیه در داخل و خارج دادگاه نیست. همچنین، رأی‌دهندگان بین گزینه‌های از پیش موجود انتخاب می‌کنند؛ درحالی‌که اعضای این دادگاه‌ها باید تحت محدودیت‌های استدلالی مشخصی به صدور رأی بپردازند. این تکلیف منطقی دوگانه دارد. از سویی، بر این مناسبت که هیچ دادگاهی

مانند یک پادشاه حاکم نیست. از دیگر سو، محتوای این تصمیم رویه قضایی الزام‌آوری را برای تصمیم‌های بعدی دادگاه به وجود می‌آورد. این در صورتی است که یک پادشاه یا رأی‌دهنده محدود به تصمیم‌های قبلی خود نیست (Pasquino, 2015: 198-199 & 202).

هر میزان که این تصمیم‌ها توجیهات مفصل‌تری داشته باشند، قاعدتاً، بخش بیشتری از محتوای مذاکرات را فاش کرده‌اند. در دادگاه‌هایی که امکان انتشار نظرات اقلیت به صورت جداگانه نیست، اکثریت ممکن است برای جلب موافقت تعداد بیشتری از قضات از انتشار برخی دلایل خود در تصمیم نهایی خودداری کند. در این باره، در سطح سوم شفافیت مطالبی بیان می‌شود.

۲-۲. افشای آرای موافق یا مخالف با تصمیم نهایی

منظور از آرا^{۲۴} در اینجا صرف آرای موافق و مخالف با تصمیم نهایی، بدون توجه به محتوای نظرات آن‌ها، است. همچنین، شفافیت این آرا را می‌توان منصرف از انتشار نام صاحبانشان یا مشروط به افشای آن فرض کرد. این از حداقلی‌ترین موضوعات قابل افشای مذاکرات است. برخی، با تفصیلی بیشتر، این آرا را به سه دسته تقسیم کرده‌اند که عبارت است از آرای آشکار و غیر آشکار و پنهان. دسته نخست مانند آرای قضات دادگاه‌هایی چون دیوان عالی فدرال امریکا و بسیاری از کشورهای دارای سنت کامن‌لا است که برای عموم علنی است. دسته دوم آرای است که مانند سنت دیرینه هیئت‌های قضایی فرانسه صرفاً تصمیم دادگاه به عنوان یک فاعل دارای نهادی جمعی و در قالب «صدایی واحد» منتشر می‌شود. دسته سوم آرای است که علاوه بر غیر آشکار بودن برای عموم از دید دیگر اعضای آن نهاد هم پنهان است. مثلاً، در دیوان ق.ا. ایتالیا اعضا در رأی‌گیری‌های معمولی در رسیدگی به دستوری بودن قوانین در بین خود باز عمل می‌کنند؛ هرچند آرایشان برای عموم فاش نمی‌شود. اما در رأی‌گیری برای تعیین رئیس دادگاه رأیشان مخفی است و در پایان آیین رأی‌گیری هم آرا را می‌سوزانند (Pasquino, 2015: 196-198). بنابراین، در این تقسیم، همان‌طور که برخی دیگر هم مطرح کرده‌اند (Elster, 2015: 4)، بین انتشار آرا در داخل و خارج دادگاه تفکیک شده است.^{۲۵}

برای افشای آرا در خارج دادگاه، در رأی‌گیری‌ها به مطابقت قوانین با ق.ا.، مزایا و معایبی بیان شده است. در دفاع از آن گفته شده است که موجب پیدا شدن فهم بالاتری از رأی می‌شود و پیش‌بینی بهتر و ارزیابی تغییرات ممکن در تصمیم‌های این نهاد را ممکن می‌کند. همچنین، می‌تواند نشان‌دهنده میزان پایداری راه‌حل اتخاذشده در یک تصمیم باشد که نه فقط برای اطراف دعوا مهم است، بلکه به دیگران نیز امکان پیش‌بینی تحولات بعدی رویه را می‌دهد. وانگهی، می‌تواند سازوکاری مهم برای نظارت عموم بر ارتباط میان تصمیم نهایی

دادگاه با قضاوت‌های فردی دادرسان باشد. علاوه بر این، ممکن است بتوان این‌طور استدلال کرد که می‌تواند ثبات بیشتر در رویه را فراهم کند. در مقابل، در این استدلال این‌طور مناقشه شده که هدف ارائه استدلالی متفاوت است؛ نه پیش‌بینی تحولات بعدی یا میزان قدرت اکثریت. آنچه مهم است قدرت استدلال‌هاست، نه تعداد آرا (Commission Européenne pour la Démocratie par le Droit, 2018: 16). استدلال‌های مخالف یادشده در جهت کم بودن این سطح از شفافیت و لزوم شفافیتی بیش از این است. با این حال، سرّی بودن رأی موافق و مخالف و حتی تعداد هر یک، بدون ذکر نام رأی‌دهندگان، همچنان در برخی از این نهادها مانند شورای ق.ا. فرانسه رایج است. استدلال‌ها در این خصوص همان استدلال‌های کلی در دفاع از اصل محرمانگی مذاکرات است. این سطح از محرمانگی از سوی برخی حقوقدانان فرانسه قابل انتقاد دانسته شده است (Rousseau et al., 2016: 334).

در کشورهای اروپای قاره‌ای، تعداد آرای رأی‌دهندگان منتشر نمی‌شود و مشمول اصل محرمانگی مذاکرات است.^{۲۶} فقط در دیوان ق.ا. فدرال آلمان است که دادگاه می‌تواند تصمیم به انتشار تعداد آرای موافقان و مخالفان بگیرد؛ اما الزامی به آن ندارد. همچنین، نمی‌تواند هویت صاحبان آن‌ها را منتشر کند.^{۲۷} اما در عملکرد امریکایی و انگلیسی انتشار تعداد آرای موافق و مخالف و نام صاحبانشان الزامی است (Kelemen, 2013: 1362-1363).

۲-۳. انتشار محتوای نظرات رقیب یا مخالف تصمیم نهایی

بالاترین سطح شفافیت در مذاکرات را باید در امکان انتشار محتوای آرای قضات مخالف با نظر نهایی، که به آن نظر مخالف می‌گویند، و محتوای آرای قضات موافق با نتیجه، اما، مخالف با استدلال تصمیم نهایی، که به آن نظر رقیب می‌گویند، یافت. نظر جداگانه اصطلاحی است که بر هر دوی آن‌ها قابل اطلاق است. اساساً تفاوت فرهنگی بین کشورهای دارای نظام کامن‌لا و سیویل‌لا در دامنه اصل محرمانگی مذاکرات بیشتر خود را در اینجا نشان می‌دهد و از این رو، بیشتر نیازمند بررسی است. البته، دامنه این استثنا به قدری است که شاید بتوان آن را تخصیصی اکثر بر اصل یادشده دانست. کشورهای کامن‌لا انتشار نظر فردی قضات را از مدت‌ها قبل در دادگاه‌های عالی الزامی می‌دانند؛^{۲۸} اما مشهور است که کشورهای سیویل‌لا این را هم مشمول اصل محرمانگی مذاکرات قلمداد کرده‌اند.

یکی از اعضای دیوان ق.ا. فدرال آلمان، مشابه با عللی که برای اصل محرمانگی مذاکرات بیان شد، عللی را برای چنین عملکردی در اروپای قاره‌ای برشمرده است. یکی وجود پادشاهی مطلقه بوده که همه قوا از جمله قضاییه در اختیارش بوده و تصمیم‌های قضایی به نامش صادر می‌شده و می‌توانسته است تصمیمش را جایگزین تصمیم قاضی کند. با این عملکرد، که تحت

تأثیر روشنگری از سوی بعضی پادشاهان متوقف شد، نظر شخصی قضات موضوعیت نداشت. همچنین، در این نظام‌ها این نهاد است که تصمیم می‌گیرد نه شخص. دادگاه است که به قضاوت می‌پردازد نه قاضی. به بیان دیگر، دادگاه نظری از خود ندارد، بلکه با تصمیم‌ش نشان می‌دهد که چگونه از قانون پیروی می‌کند. کدبندی قوانین، که از قرن ۱۸ آغاز شد، رویکرد روش‌شناسانه جدیدی به نام پوزیتیویسم حقوقی^{۲۹} را تأیید کرد که بر اساس آن هر موضوع حقوقی فقط یک پاسخ صحیح دارد. سایر راه‌حل‌های هم‌گرا جایگزین آن به شمار نمی‌آیند، بلکه خطا تلقی می‌شوند. پاسخ صحیح از تغییر اجتماعی متأثر نمی‌شود، بلکه تا زمانی که قانون لازم‌الاجراست صحیح است. همه این عوامل، گرچه بسیاری‌شان دیگر قابل پذیرش نیست، ولی تأثیرشان در ضدیت این نظام‌ها با نظر مخالف همچنان پابرجاست. اگر دادگاه‌های ق.ا. اخیراً به صورت استثنایی به انتشار نظرات مخالف می‌پردازند به دلیل کارکرد سیاسی است که دارند و این عملکرد صرفاً منحصر به آنهاست (Grimm, 2008: I-I). همان‌طور که نقل شد، امروزه این تفاوت تا حدود زیادی کم‌رنگ شده است. چون اکثریت کشورهای اروپای قاره‌ای دارای نظام سیویل‌لا هم دست‌کم در دادگاه‌های ق.ا. انتشار این آرا را پذیرفته‌اند. در بین کشورهای مطرح، از شوراها/ دادگاه‌های ق.ا.، فقط می‌توان اتریش، بلژیک، فرانسه، ایتالیا، و لوکزامبورگ را مستثنا دانست.

در مورد انتشار یا ممنوعیت افشای این نظرات دلایل متعددی بیان شده که طرح و بررسی همه آنها نیازمند پژوهشی مستقل است. استدلال‌های مخالفان بیشتر همان استدلال‌هایی است که در دفاع از حداکثری بودن قلمرو اصل محرمانگی مذاکرات بیان می‌شود و به گوشه‌ای از آنها اشاره شد. جالب آنکه موافقان نیز بیشتر با تکیه بر همین ارزش‌ها و ملاحظات به دفاع از نظراتشان پرداخته‌اند.

۲-۳-۱. استدلال‌های مخالفان

● پاسداری از استقلال قضات. استقلال قضات، به‌خصوص استقلالشان از خارج دادگاه، از سوی گروه‌های فشار ذی‌نفع یا رسانه‌های عمومی و توجه صرف به قانون و اجتناب از تصمیم‌های سیاسی، به جای تصمیم‌های حقوقی، مستلزم آن است که آرای فردی هر یک از آنها مخفی باشد تا از نتایج سوء بالقوه تصمیم‌هایشان در خارج دادگاه هراسی نداشته باشند و صرفاً وجدان خود را ملاک قرار دهند. اهمیت این به‌خصوص در دادگاه‌هایی که اعضایشان از سوی مقامات یا نهادهای سیاسی و در فرایندی سیاسی تعیین می‌شوند بیشتر است. همچنین است دادگاه‌هایی که مدت زمان مسئولیت اعضایشان مادام‌العمر یا مادام‌الشرایط (مثلاً تا زمان رسیدن به سنی خاص) نیست و امکان تعیین مجددشان، بعد از اتمام دوره، ممکن است.

در این زمینه گفته شده قضاات ممکن است از این طریق در پرونده‌هایی خاص پیام وفاداری به کنشگر سیاسی که آن‌ها را منصوب کرده، هرچند در گروه اقلیت دادگاه باشند، بفرستند (Ginsburg & Garoupa, 2011: 547-548) و در صورتی که قضاات شایسته‌ای باشند و چنین نکنند احتمالاً دوباره به این سمت منصوب نشوند. حتی در صورت محدودیت دوره، ممکن است از این طریق به دنبال امتیازگیری برای مشاغل بعدی‌شان باشند. از این امر به عنوان سیاسی شدن نظرات فردی قضاات یاد کرده‌اند که تهدیدی برای استقلال آن‌هاست (Garlicki, 2008: I-10). حتی در شورای ق.ا. فرانسه، با اینکه اعضای حقیقی آن برای مدت نه سال به صورت غیر قابل تمدید منصوب می‌شوند، برخی اعضای آن نظرات مخالف را به دلیل انتصاب اعضا از سوی قدرت‌های سیاسی و خدشه‌دار شدن بی‌طرفی و استقلال آن‌ها موجب از بین رفتن اعتبار این شورا دانسته‌اند (Luchaire, 2000). همین استدلال در خصوص استقلال قضاات دیوان ق.ا. ایتالیا که دوره آن‌ها بعد از نه سال غیر قابل تمدید است مطرح شده است (Gorlani, 2008: I-30).

● **حفظ اعتبار دادگاه و تصمیم‌های آن.** استدلال بر این است که وجود این نظرات در کنار نظر نهایی منجر به تضعیف رأی دادگاه می‌شود. برخی آن را مغایر با اعتبار امر مختومه دانسته‌اند (Walter, 2000). این تهدید را برای دادگاه‌های جدیدتر و ضعیف‌تر یا دادگاه‌هایی که برخلاف مثلاً دیوان عالی فدرال امریکا ساده‌تر، با پیچیدگی کمتر، و از نظر اداری در زمان‌های کمتری تصمیم‌های خود را صادر می‌کنند جدی‌تر قلمداد کرده‌اند (Scalia, 2008: I-43). از همین رو است که در دیوان ق.ا. فدرال آلمان، با اینکه بعضی بنیان‌گذاران آن در دو دهه نخست به دنبال اجازه انتشار نظرات مخالف بودند، در نهایت، نگرانی‌ها از مصالحه اقتدار این دادگاه جدید غالب شد (Mels, 2008: I-16).

یکی از اعضای شورای ق.ا. فرانسه وجود این نظرات را عاملی برای کاهش اعتبار رویه این شورا در دیدگان بازیگران سیاسی می‌داند. چون بعد از هر سه سال و با تغییر سه عضو شورا انتظار دارند مخالفان در موضوعی خاص به اکثریت تبدیل شوند (Luchaire, 2000). برخی هم بر آن‌اند که این نظرات می‌تواند به صورت بالقوه قطعیت و اطمینان را، که از ارزش‌های اصلی تصمیم‌گیری قضایی است، کاهش دهد. روی دیگر نبود اقتدار، غیر از از بین رفتن اعتبار تصمیم پایانی، نبود امنیت حقوقی و از بین رفتن ثبات و نهایی بودن قانون است. چون هر زمان امکان تغییر قانون می‌رود. این از ایرادهای عمده به نظرات جداگانه در طول قرن گذشته بوده است (Post, 2008: I-59). این نبود قطعیت و امنیت حقوقی، علاوه بر قوانین، متوجه ق.ا. نیز هست. چون هر زمان ممکن است تفاسیر متفاوتی از آن غالب شود.

ادوارد وایت^{۳۰}، یکی از قضات دیوان عالی فدرال امریکا، در این باره گفته است: «تنها هدفی که یک نظر مخالف تفصیلی می‌تواند محقق کند، اگر نگوییم هیچ، تضعیف تأثیر نظر اکثریت و بدین ترتیب ایجاد نیاز به اعتماد به نتایج دادگاه‌های مرحله نهایی است.»^{۳۱}

● **کاهش شفافیت یا نداشتن تأثیر در وضوح تصمیم دادگاه.** این ادعا را بعضی حقوقدانان این‌طور مطرح کرده‌اند که نظرات جداگانه موجب می‌شود به‌درستی نتوان موضع دادگاه را فهمید (Freixes, 2000). به نظر می‌رسد این ایراد نهایتاً به دادگاه‌هایی وارد است که حکم واحد صادر نمی‌کنند، بلکه قضات به شیوه «متعاقب» به وصفی که در انگلستان بیان شد رأی فردی خود را می‌دهند. یکی از اعضای دیوان ق.ا. ایتالیا یکی از دلایل مخالفان را در پاسخ به این ادعا که نظر جداگانه موجب بهبود استدلال و دقت بیشتر در نگارش تصمیم می‌شود این‌طور نقل کرده که لزوماً چنین نیست؛ زیرا قاضی مخالف ممکن است بیان نظرش را به بعد از نگارش نظر نهایی موکول کند (Zagrebel'sky, 2000) و نظرش تأثیری در وضوح تصمیم نهایی نداشته باشد.

● **حفاظت از هیئت‌گرایی و وحدت دادگاه.** دادگاه‌های ق.ا. به عنوان مجموعه‌ای واحد مستقل از قضاتشان فعالیت می‌کنند. مخالفان معتقد به لزوم استحاله فردی قضات در هیئت دادگاه و جلوگیری از چندگانگی آن‌اند. از نظر آنان، امکان نگارش نظرات جداگانه می‌تواند این ماهیت مستقل را از بین ببرد و بافت دادگاه را چندپاره کند. یکی از حقوقدانان مشکل را در آشتی بین «انحلال» وحدت تصمیم قضایی با عینیت و غیر شخصی بودن «حاکمیت قانون» که متمایز از «حاکمیت رجال» است دانسته است. حاکمیت قانون فقط زمانی وجود خواهد داشت که دادگاه بعد از بررسی‌های لازم، به عنوان یک دستگاه نهادی یکپارچه و غیر شخصی، «تصمیم دادگاه» و نه دیدگاه‌های فردی و مخالف قضات را صادر کند (Gorlani, 2008: I-27). یکی از حقوقدانان آلمانی بر آن است که نظرات جداگانه، به دلیل اینکه ضرورتاً دیدگاه‌های سیاسی نویسندگانشان را بازتاب می‌دهند و از نظر سیاسی معنادارند، قطعاً می‌توانند به گروه‌بندی قضات، مثلاً به محافظه‌کار و ترقی‌خواه، منجر شوند (Roellecke, 2008: I-24). از این رو است که ویلیام هوارد تفت^{۳۲}، از رؤسای اسبق دیوان عالی فدرال امریکا، بر آن است که: «آنچه مهم‌تر است ایستادن در کنار دادگاه و وزن‌دهی به تصمیم آن است تا صرف ثبت نظر مخالف فردی خودم.»^{۳۳}

امکان سوءاستفاده اعضای این دادگاه‌ها از این نظرات برای کسب شهرت نیز از دیگر عوامل انتقاد از آن‌هاست. چنین امری می‌تواند وحدت و ماهیت جمعی دادگاه را خدشه‌دار کند. برخی قضات ممکن است بیش از آنکه به فکر رسیدن به توافق بر سر نظری مشترک

باشند، از همان آغاز مذاکرات، صرفاً برای مطرح شدن، ساز مخالف کوک کنند. یکی از اعضای شورای ق.ا. فرانسه بر آن است که این امر به جای یک دادگاه دادرسی، به شهروندان، صحنه نمایشی ارائه می‌دهد که جای آن در برخی برنامه‌های تلویزیونی است (Vedel, 2000)!

● **کاهش سرعت رسیدگی و افزایش هزینه‌های اقتصادی.** مخالفان، غیر از دلایل نظری، بعضی دلایل عملی هم برای مدعای خود بیان کرده‌اند. طولانی شدن فرایند دادرسی یکی از آن‌هاست (Vedel, 2000). در شرح نظر معتقدان به آن، گفته شده نگارش این نظرات زمان‌بر است. چون نیازمند کار اضافه‌ای است. همچنین، به دلیل نداشتن اثر و اجرا نشدن، برخلاف نظر اکثریت، غیر معقول به نظر می‌آید (Wittig, 2016: 72). لزوم ترجمه این نظرات در کشورهایی با بیش از یک زبان رسمی نیز هزینه‌های اقتصادی قابل توجهی به بار می‌آورد (Raffaelli, 2012: 14).

۲-۳-۲. استدلال‌های موافقان

● **حفظ استقلال قضات.** استقلال قضات در آن است که بتوانند نظر خود را، هرچند در اقلیت باشند، آزادانه و بدون در نظر گرفتن ملاحظات نامرتبط بیان کنند و مثلاً تحت تأثیر اکثریت قرار نگیرند. لازمه آن شناسایی و تأکید بر حق آن‌ها بر انتشار نظرات جداگانه است که در مقایسه با وضعیت انکار این حق مصونیت بیشتری به آن‌ها می‌دهد. وانگهی، قضات نیز در اعمال قدرت عمومی از آزادی عقیده و بیان بی‌بهره نیستند و سازوکار تصمیم‌گیری در بین آن‌ها باید به شیوه‌ای دموکراتیک باشد. رئیس دیوان عالی انگلستان بر آن است که اگر در موقعیتی یکی از قضات احساس کند تصمیم گرفته‌شده از سوی اکثریت ناعادلانه یا مبتنی بر استدلال بی‌اساس یا احتمالاً دارای اثر زیان‌بار است، از نظر اخلاقی، الزام او به تن دادن و انکار فرصتی برای بیان نظرش قابل انتقاد است (Bingham, 2008: I32).

● **بی‌تأثیر بودن در اعتبار دادگاه.** یکی از قضات دیوان عالی فدرال امریکا در مخالفت با نظر یکی از قضات بسیار قدیم این دیوان، به نام لرنر هند^{۳۴}، که هشدار داده بود نظر مخالف «تأثیر همبستگی یکپارچه‌ای را که اعتبار کرسی قضات به صورت گسترده بدان وابسته است از بین می‌برد» اعلام کرد این سخن چیزی جز بزرگ‌نمایی این اقتدار نیست؛ چه اینکه در جامعه مردم‌سالار اعتبار همه دستگاه‌ها و از جمله کرسی قضات وابسته به مردم و رأی اکثریت است و اگر آن‌ها چنین شیوه‌ای را بخواهند باید اجرا شود. از نظر او، گرچه وحدت تصنعی قضات و سرکوب انتشار نظر مخالف به پذیرش عمومی حکم دادگاه کمک می‌کند، سخن گفتن از آن حتی در تصمیم‌هایی از دیوان که با رأی ۵ در مقابل ۴ گرفته می‌شوند درست نیست (Scalia, 2008: I-43). یکی از حقوق‌دانان فرانسوی

و عضو دادگاه ق.ا. آندورا نیز بر آن است که اعتبار تصمیم شورای ق.ا. فرانسه به تعداد آرای که در جلسه به دست آورده فروکاسته نمی‌شود، بلکه به صورت قانونی مبتنی بر ماده ۶۲ ق.ا. ۳۵ است. بنابراین، چه با اکثریت ۵ نفر از ۹ عضو چه با اجماع حاصل شود در قدرت حقوقی آن تغییری ایجاد نمی‌کند. همچنین، معرفی تعداد و نام قضات اکثریت و نیز استدلال‌ها و راه‌حل پیشنهادی قضات اقلیت مانع از تحمیل تصمیم بر قوای عمومی و همه دستگاه‌های اداری و قضایی نیست و آن را در معرض هیچ دادخواهی مجددی قرار نمی‌دهد. وانگهی، تنها نظرات مخالف نیست که می‌تواند به تضعیف قدرت حقوقی تصمیم منجر شود، بلکه نگرش اشتباه ملاحظات در متن تصمیم، تفاسیر دگرگین، نقدهای افراد سیاسی، رسانه‌ها، و مانند آن هم در آن سهیم‌اند. ممکن است این‌طور انتقاد شود که اعتبار یک سخن وابسته به اعتبار نویسنده‌اش است^{۳۶} و محکوم کردن یک تصمیم شورا با امضای یکی از قضاتش قدرت حقوقی آن را در مقایسه با محکوم کردن آن از سوی یک استاد حقوقی بیشتر تضعیف می‌کند. این در حالی است که استناد به این قاعده زبان‌شناسی حقوقی بدون تحلیل ملموس و دقیق نظرات نویسندگان درست نیست و لزوماً نظرات مخالف چنین اثری ندارند، بلکه همه چیز وابسته به امضاکننده آن است. قطعاً ذهن‌های آگاهی هست که نظر مخالف را «فرومی‌شکنند» و دلایل شخصی یا سیاسی که قاضی را به سمت دست به قلم شدن سوق داده است می‌یابند و با این کار اثر نظر مخالف را محدود می‌کنند (Rousseau, 2000).

● **ایجاد گفت‌وگو و داشتن جنبه آکادمیک.** برخی با تأکید بر تجربه دیوان عالی کانادا به نقشی که این نظرات در ایجاد گفت‌وگوی ثمربخش بین دادگاه‌ها، دانشگاهی‌ها، مجالس قانون‌گذاری، و نسل‌های بعدی حقوقدانان دارد تأکید کرده‌اند. این نظرات می‌تواند در دانشکده‌های حقوق جنبه آموزشی داشته باشد و نکات مربوط به هر یک در رابطه با دگرگین و اصول حقوقی تحلیل شود. در سطحی فراتر، این گفت‌وگو را می‌توان در سطح بین‌المللی، به‌خصوص در کشورهایی که هنوز اندوخته رویه قضایی چندانی ندارند، مشاهده کرد. مثلاً، برخی نظرات مخالف دیوان عالی کانادا در نظرات اکثریت دادگاه ق.ا. آفریقای جنوبی در تفسیر ق.ا. جدیدشان، به‌ویژه مواد مربوط به برابری، نقل شده است (L'Heureux-Dubé, 2000a: 509-512).

یکی از قضات دیوان عالی فدرال آمریکا ارائه نظر جداگانه را لازمه مشارکت فعال و تعامل پویای اعضای کنونی دادگاه و گفت‌وگو در طول زمان با دادگاه آینده دانسته و از این رو آن را الزامی قلمداد کرده است (Brennan Jr., 2008: I-47). چارلز ایوانز

هیوز^{۳۷}، از رؤسای قدیم دیوان عالی فدرال امریکا در نیمه نخست قرن گذشته، نیز در این زمینه می‌گوید: «یک نظر مخالف در آخرین دادگاه دادخواستی است ... به خرد آینده.» بنیامین ناتان کاردوزو^{۳۸}، از دیگر اعضای این دیوان، هم می‌گوید: «قاضی که نظر مخالف می‌دهد با آینده سخن می‌گوید و صدایش با نئی هم گام می‌شود که در طول سالیان به پیش می‌برد».^{۳۹}

● **تضمین شفافیت، پاسخگویی، و مسئولیت‌پذیری قضات.** به طور کلی، شفافیت مقدمه پاسخگویی و مسئولیت‌پذیری و عامل مشروعیت‌بخشی است. امکان ارائه نظرات جداگانه پاسخگویی و مسئولیت‌پذیری فردی قضات را افزایش می‌دهد. چون موجب تلاش بیشتر آن‌ها برای صورت‌بندی تصمیم‌هایی با کیفیت بالاتر می‌شود. همچنین، برای قاضی جوان‌تر پیروی از نظر شخصیت‌های قوی‌تر در دادگاه دشوارتر است، مگر اینکه بتواند نظرش را به صورت صریح صورت‌بندی کند (Schermers & Waelbroeck, 2008: I-5). نظر مخالف مستلزم این مسئولیت برای قضات است که نقد مفیدی به تصمیم دادگاه، که به عنوان رویه قضایی به کار گرفته می‌شود داشته باشند (Pound, 2008: I-51). در خصوص مشروعیت‌بخشی آن هم باید گفت تصمیم‌ها معمولاً «به نام مردم»^{۴۰} آغاز می‌شود. این در حالی است که قضات انتخابی نیستند و نمایندگی مردم را ندارند. آنچه می‌تواند مشروعیت این اقدامشان را فراهم کند شفافیتی است که در عملکردشان دارند که از جمله با نگارش نظرات جداگانه حاصل می‌شود (Lécuyer, 2004: 220).

● **افزایش وضوح تصمیم‌های دادگاه.** از نظر برخی، تصمیم‌ها زمانی که قضات در خصوص مفاهیم خاصی موافقت، اما، آن‌ها را به صورت مجمل برای جلوگیری از اختلاف رها می‌کنند، کلی‌تر و مبهم‌تر می‌شود (Macfarlane, 2010: 402). به بیان دیگر، زمانی که امکان ارائه نظر مخالف نباشد، برای رسیدن به توافق حداکثری، تصمیم کلی‌تر نوشته می‌شود تا دامنه بیشتری از نظرات مخالفان را در خود جای دهد. در مقابل، نظرهای جداگانه می‌تواند استدلال‌ها را دقیق‌تر و ناب‌تر و از بین گزینه‌های مختلف مطرح‌شده گزینه رسمی پذیرفته‌شده را بیشتر نمایان کند.^{۴۱} از همین رو است که این نظرات را به مثابه تفاسیری بر تصمیم‌های دادگاه دانسته‌اند (Trocsanyi et Horvath, 2000). یکی از قضات دیوان عالی فدرال امریکا در بیان تجربه‌اش در این زمینه می‌گوید چیزی بهتر از یک نظر مخالف جدی نمی‌تواند نویسنده نظر اکثریت را به سمت پالایش و شفاف‌سازی گردش کار اولیه سوق دهد. او تجربه خود را در نگارش یکی از نظرات نهایی اکثریت دادگاه این‌طور بیان می‌کند که محتوای آن به دلیل مخالفت یکی از اعضا

بسیار بهتر از پیش‌نویس اولیه و نهایتاً دست‌کم دوازدهمین پیش‌نویس بوده است (Ginsburg, 2010: 3).

● **نگهبانی از هیئت‌گرایی و وحدت دادگاه.** یکی از قضات دیوان عالی کانادا بر آن است که امکان انتشار نظر جداگانه موجب افزایش انسجام فردی و نهادی قضات و دادگاه می‌شود. از نظر فردی، قاضی ملزم به امضای نظرانی نیست که با آن مخالف است. به‌سادگی می‌توان تضادهای وجدانی و سرخوردگی ناشی از نبود امکان کامل بیان مخالفت عمیق با نظری که از سوی اکثریت صادر می‌شود را فهمید. از نظر انسجام نهادی نیز به قاضی امکان وفادار بودن به نظرش را می‌دهد و از این طریق انسجام بین قضات را بهبود می‌بخشد. از سویی، قضات اقلیت که چشم‌اندازی متفاوت در بعضی موضوعات دارند مجبور به راه انداختن نبردی بی‌رحمانه با همکارانشان برای غالب کردن دیدگاه‌هایشان نیستند. چون نظر آن‌ها نیز می‌تواند به اکثریت دادگاه و عموم مردم ابلاغ شود و در نطفه خفه نشود. از سوی دیگر، قضات اکثریت نیز دیگر مدام مجبور به دست‌یابی هر چه بیشتر به رضایت اقلیت، که گاهی با آسیب به اصول و انسجام استدلال‌هایشان همراه است، نیستند (L'Heureux-Dubé, 2000b). بنابراین، نظرات جداگانه نه‌تنها منجر به تکه‌تکه شدن دادگاه و فردگرایی قضات نمی‌شود، بلکه هیئت‌گرایی قضات و وحدت و انسجام دادگاه را نیز حفاظت و تقویت می‌کند.

● **لزوم جمع بین سرعت در رسیدگی و کاهش هزینه‌ها با شفافیت.** گرچه سرعت رسیدگی و خودداری از تأخیرهای غیرلازم و محدودیت‌های منابع استدلال‌هایی قانع‌کننده به نظر می‌رسند، در صورت پذیرش، نه‌تنها توجیهی بر نبود این نظرات‌اند، بلکه حتی توجیهی برای تصمیم‌های نهایی کوتاه و مختصر و با استدلال سطحی نیز هستند که در نهایت به کارایی قضایی آسیب می‌زنند و به وجود آوردن گفت‌وگوی قضایی را ناممکن می‌کنند. بنابراین، نمی‌توانند توجیهی برای فدا کردن شفافیت، باز بودن، و استدلال‌محوری کامل باشند (Raffaelli, 2012: 18).

در ارزیابی کلی مجموع دلایل موافق و مخالف با انتشار نظرات جداگانه، می‌توان به سخن یکی از حقوقدانان استظهار کرد که می‌گوید تأثیر شناسایی نظرات مستقل در زمان‌های مختلف بررسی شده و نتیجه تقریباً یکسان بوده است. نتایج نه‌آن‌چنان منفی است که از آن بترسیم نه‌آن‌چنان مثبت که به آن امیدوار باشیم (Roellecke, 2008: I-24). در جمع‌بندی ارزیابی موضوع اخیر و به طور کلی گستره شفافیت مذاکرات در دادگاه‌ها/شوراهای ق.ا. چند نکته قابل برداشت است. سخن اخیر حقوقدان یادشده ضرورت

تفکیک بین «علل» و «دلایل» را در تحلیل نشان می‌دهد. در دلایل یادشده درباره انتشار یا سرّی بودن نظرات فردی دادرسان و سایر بخش‌های مذاکرات می‌توان به وضوح تأثیر فرهنگ و سنت منبعث از نوع نظام حقوقی را به عنوان علتی برای این نوع عملکرد مشاهده کرد. عملکرد کنونی کشورها، در مواردی، تابع عملکرد تاریخی آنهاست و ریشه در نوع نظام حقوقی‌شان دارد که در دوره کنونی تلاش شده در تثبیت یا اصلاح جزئی آن دلایل مدرن و مبانی موجهی بیان شود. به بیان دیگر، لازم است به سهم جداگانه هر یک از علل و دلایل این عملکرد نگاهی واقع‌بینانه داشته باشیم. با این حال، گرایش عملی و آکادمیک بیشتر به افشای نظرات فردی قضات و بسنده نکردن به سطوح پایین‌تری از شفافیت را، حتی از سوی نظام‌های حقوقی سیویل‌لا، شاید بتوان دلیلی بر برتری دلایل موافق با انتشار آنها و گسترده‌تر کردن قلمرو شفافیت مذاکرات این مراجع دانست.

نکته قابل برداشت دیگر آنکه انتخاب هر سطحی از شفافیت در کشوری لزوماً به معنای قابل توصیه بودن آن برای سایر کشورها نیست. نمی‌توان به سادگی نهادی حقوقی همچون انتشار نظرات فردی قضات را از دادگاه کشوری وام گرفت و آن را به نهاد سیاسی متناظر با آن در کشوری دیگر پیوند زد. عناصر متعددی چون نوع نظام حقوقی، آبخورهای فرهنگ حقوقی، ترکیب قضات، شیوه نصب آنها، دوره مسئولیتشان، روابط بین کنشگران سیاسی در آن کشور، منزلت نهاد دادرسی اساسی در بین سایر نهادهای سیاسی، میزان آگاهی حقوقی شهروندان جامعه، میزان رشد و توسعه حقوقی در آن کشور، میزان دانش قضات و اشخاص یا نهادهای خدمات‌دهنده حقوقی به آنها، حجم وظایف مربوط به دادرسی اساسی، و وجود یا نبود صلاحیت‌های تبعی دیگر برای این نهاد از مواردی است که در انتخاب شیوه مناسب مؤثرست. بنابراین، در تعیین سطح شفافیت ایجاد تعادل بین همه این ارزش‌ها و مصالح لازم است.

نتیجه‌گیری

در پاسخ به پرسش اصلی این پژوهش و اثبات فرضیه آن در مورد گستره شفافیت در مذاکرات این نهادها چند نتیجه به دست آمد:

۱. اصل کلی در رسیدگی‌های ق.ا. در دادگاه‌های چندعضوی، در مرحله مذاکرات، حتی در دادگاه‌هایی با شفاف‌ترین عملکرد، بر محرمانگی است و جز در موارد نادر اتاق شور قضات به مثابه حریم خصوصی آنها تلقی می‌شود.

۲. هر جا ضرورت‌هایی خاص اقتضای اجرای اصل محرمانگی را نداشت باید به همان شفافیت رجوع کرد. از این رو است که در دادگاه‌های چندعضوی نظام‌های کاملاً اساساً کمتر

سخنی از این اصل می‌شود و آن‌ها بیشتر به همان شفافیت آرای فردی قضات، که به تعبیری تخصیصی اکثر بر اصل محرمانگی است، شناخته می‌شوند.

۳. انتشار تصمیم این دادگاه‌ها، که دست‌کم حاوی توجیحات اعضای اکثریت و تمثیلی ناقص از محتوای مذاکرات آن‌هاست، قدر متیقن شفافیت حتی در نظام‌های سیویل‌لا است که به محرمانگی بیشتر در عملکرد مشهورند. سایر سطوح شفافیت شامل افشای تعداد آرا و انتشار نظرات فردی دادرسان، از قدیم، تقریباً در همه دادگاه‌های نظام‌های کامن‌لا رایج بوده است و بسیاری از دادگاه‌های ق.ا. نظام‌های سیویل‌لا نیز در عمل به این سمت حرکت کرده‌اند.

۴. برای انتشار آرا و نظرات فردی دادرسان مزایا و معایب متعددی بیان کرده‌اند. با این حال، می‌توان ادعا کرد که فرهنگ و سنت حقوقی در به‌کارگیری این دو سطح از شفافیت بیشتر مؤثر بوده و مزایا و معایب یادشده در دوره مدرن برای موجه‌سازی واقعیت طرح شده است؛ هرچند رویکرد نظری و عملی به سمت شفافیت بیشتر حتی در عملکرد دادگاه‌های چندعضوی نظام‌های سیویل‌لا است.

۵. پیوند نهادهایی چون «انتشار نظرات مخالف و رقیب» از نظامی حقوقی به نظامی دیگر آسان نیست و تجویز آن نیازمند در نظر گرفتن ملاحظات حقوقی و غیر حقوقی بسیاری است. از مجموعه علل و دلایل مطرح‌شده در اتخاذ رویکردهای مختلف در موضوع شفافیت در عملکرد دادگاه‌ها/ شوراهای ق.ا. نظام‌های حقوقی و نتایجی که به دست آمد می‌توان عملکرد شورای نگهبان جمهوری اسلامی ایران را از این نظر در پژوهش‌های بعدی بررسی و نقاط قوت و ضعف آن را ارزیابی کرد.

یادداشت‌ها

1. freedom of access to information
2. conference

۳. درباره این شیوه رسیدگی، در ادامه، مطالبی بیان می‌شود.

4. confidentiality (secrecy) of deliberations

۵. بر اساس یافته‌های نگارنده، در نظام‌های بیگانه تنها دیوان عالی فدرال سوئیس (Swiss Federal Supreme Court, 2017: 9)، دیوان عالی مکزیک، و دیوان عالی فدرال برزیل، که صلاحیت دادرسی اساسی هم دارند، مغایر این اصل عمل می‌کنند (برای نقد و بررسی این موضوع در دو دادگاه نخست ← Miller & Sastri, 1973: 811 و برای دو مورد اخیر ← Giménez, 2017: 227-234). با این حال، استنهاها در دادگاه‌های سطوح پایین‌تر بیشتر است. همچنین، در فرانسه نیز با اینکه این اصل به صورت موسعی تفسیر شده از ۲۰۰۸ مذاکرات اعضای شورای ق.ا. مشمول اسنادی قرار گرفته که پس از بیست و پنج سال قابل انتشار است. ←

Ordonnance n 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, Art. 58.

در عمل، مذاکرات اعضای این شورا، پس از بازه مشخص شده، به صورت مکتوب در فضای مجازی قابل مشاهده است: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/comptes-rendus-des-seances>

۶. با این حال، در شورای ق.ا. فرانسه، به‌رغم پایبندی به اصل محرمانگی مذاکرات و شناسایی آن در قوانین، به گفته رئیس سابق خدمات حقوقی این شورا، دبیر کل و سه عضو خدمات حقوقی در مذاکرات اعضا شرکت می‌کنند (Fraisie, 2005: 13). در شورای ق.ا. کامرون نیز، که متأثر از شورای ق.ا. فرانسه است، چنین است و بر اساس ماده ۴۲ مقررات داخلی آن (Règlement intérieur du Conseil constitutionnel) دبیر کل در مذاکرات حضور دارد. همچنین، بر اساس مواد متعددی از مقررات داخلی دادگاه ق.ا. ترکیه (Internal Regulations of the Court Based on the Code Dated: 7/11/1982, No :2709 30/3/2011 6216)، از جمله بند ۲ ماده ۳۷ آن، گزارشگران اصلی و سایر گزارشگران این دادگاه، که از اعضای آن به شمار نمی‌آیند، به‌رغم محرمانه قلمداد کردن مذاکرات در قوانین مربوطه‌شان، باید از جمله در مجلس عمومی دادگاه شرکت کنند.

۷. مثلاً ← مفاد سوگند اعضای شورای ق.ا. فرانسه در حفظ محرمانگی مذاکرات:

Ordonnance n 58-1067, 1958, portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, Art.3.

یا لزوم رعایت این اصل در دیوان ق.ا. فدرال آلمان در:

Federal Constitutional Court Act in the version of 11 August 1993, Art.30.1.

۸. مثلاً ← دادگاه‌های متعدد القضاة در کشور استونی:

Courts Act, 2002, Art.71.4 & Art.88.2.

9. natural justice
10. fair trial

۱۱. این موارد، در ادامه مقاله، به صورت مفصل تبیین و بررسی می‌شود.

12. cour de cassation

۱۳. این موضوع در نوع شخصیت اجتماعی اعضای دادگاه‌های ق.ا. در این دو نظام حقوقی هم مشاهده می‌شود. اعضای آن‌ها در کشورهای سیویل‌لا بین مردم چندان شناخته شده نیستند و عموم مردم از نامشان



هم بی اطلاع‌اند. برعکس، مثلاً در ایالات متحده قضات دیوان عالی فدرال شخصیت اجتماعی مخصوصی دارند و به عنوان چهره شناخته می‌شوند و حتی در موضوعات سیاسی و حزبی نیز موضع دارند و می‌توان هر یک را مثلاً لیبرال یا محافظه‌کار یا میانه‌رو قلمداد کرد. همچنین، مردم حتی زندگینامه‌هایشان را هم از طریق رسانه‌ها به خوبی می‌دانند.

14. collegiality

15. plurality

16. seriatim opinions

۱۷. وکلا و حقوقدانان باید در بین این تصمیم‌ها موضوعی را که حمایت اکثریت قضات را همراه داشت به عنوان تصمیم نهایی کشف می‌کردند.

۱۸. این شیوه با هدف تقویت این نهاد صورت گرفته بود. برای مشاهده اولین تصمیم به این شیوه ←

Talbot v. Seeman, 5 U.S. 1 Cranch 1 1 (1801).

19. juge rapporteur

20. equalitarian society

۲۱. مثلاً در شورای ق.ا. فرانسه ←

Ordonnance n 58-1067, 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel

22. justified or non-sovereign vote

23. sovereign vote

24. vote

۲۵. آرای دسته سوم در نهادهای دادرسی اساسی دیگری چون بلغارستان در رأی‌گیری مربوط به بند ۲ ماده ۱۴۸ و بند ۱ ماده ۱۴۹ ق.ا. درباره مصونیت قضات و استیضاح رئیس‌جمهور و معاون اولش هم دیده می‌شود.

۲۶. استثنایی که می‌توان به بیان این نویسنده افزود دادگاه ق.ا. جمهوری چک است که در مواردی که رأی اکثریت برای ابطال یک قانون به دست می‌آید، اما، اکثریت لازم، یعنی ۹ قاضی از ۱۵ قاضی، نیست، نظر اقلیت حاکم و این موضوع در تصمیم نهایی منعکس می‌شود که از نظر دکتربین انتشار آن امری منفی تلقی شده است (Commission Européenne pour la Démocratie par le) (Droit, 2018: 16).

۲۷. هویت اعضای مخالف در این دادگاه یا دیگر دادگاه‌های ق.ا. مشابه در اروپای قاره‌ای تنها زمانی افشا می‌شود که خودشان نظر مخالف یا رقیب خود را، که در قسمت بعدی توضیح داده می‌شود، منتشر کنند.

۲۸. استثنا دیوان عالی ایرلند است که برخلاف قضات عادی و تنها در رسیدگی به مطابقت قوانین با ق.ا. نظر واحدی صادر می‌کند. ←

Constitution of Ireland, Art.26.2.2.

29. legal positivism

30. Edward White

31. “[t]he only purpose which an elaborate dissent can accomplish, if any, is to weaken the effect of the opinion of the majority, and thus engender want of confidence in the conclusions of courts of last resort.” (Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co., 157 U.S. 429 (1895)).”

32. William Howard Taft

33. “It is more important to stand by the Court and give the judgment weight than

merely to record my individual dissent (cited by O'Connor, 2003: 160).”

34. Learned Hand

۳۵. ماده ۶۲ قانون اساسی فرانسه، مصوب ۴ اکتبر ۱۹۵۸: «... قابلیت دادخواهی از تصمیم‌های شورای قانون

اساسی وجود ندارد. این تصمیم‌ها بر همه قوا و دستگاه‌های اجرایی قضایی تحمیل می‌شوند».

۳۶. حرمت امامزاده با متولی است.

37. Charles Evans Hughes

38. Benjamin Nathan Cardozo

39. “The dissenter speaks to the future, and his voice is pitched to a key that will carry through the years (Cited by Slotnick, 1999: 376).”

40. in the name of people

۴۱. تُعرف الأشياء بأضدادها.

منابع

1. Bingham, Tom. (2008), A Personal Perspective. In Global Constitutionalism, Yale Law School, I31-I32.
2. Brennan Jr., William J. (2008), In Defense of Dissents. In Global Constitutionalism, Yale Law School, I-46-I-51.
3. Bricker, B. (2017), Breaking the Principle of Secrecy: An Examination of Judicial Dissent in the European Constitutional Courts. *Law & Policy*, 39: 170-191.
4. Commission Européenne pour la Démocratie par le Droit (2018): Rapport sur les Opinions Séparées dans les Cours Constitutionnelles, Strasbourg (Avis n° 932/2018 CDL-AD(2018)030rev).
5. Elster, Jon (2015), Introduction. In Jon Elster (Ed.): *Secrecy and publicity in votes and debates*. Cambridge: Cambridge University Press, 1–14.
6. Fraisse, Régis (2005), «Intervention du responsable du service juridique du Conseil constitutionnel français», In *La contribution des services juridiques à la prise de décision des cours constitutionnelles*, Conférence des secrétaires généraux des cours constitutionnelles européennes tenue à Bled, Slovénie.
7. Freixes, Teresa (2000), *La pratique des opinions dissidentes en Espagne*, Au Cahiers du Conseil Constitutionnel N°8.
8. Garlicki, Lech. (2008), Note on Dissent in the European Court of Human Rights. In *Global Constitutionalism*, Yale Law School, I-8-I-10.
9. Giménez, F. (2017), Changing the Channel: Broadcasting Deliberations in the Mexican Supreme Court. In R. Davis & D. Taras (Eds.), *Justices and*

- Journalists: The Global Perspective (209-234). Cambridge: Cambridge University Press.
10. Ginsburg, Ruth (2010), The Role of Dissenting Opinions. In *Minnesota Law Review* 95, 1-8.
11. Ginsburg, Tom; Garoupa, Nuno (2011), Building Reputation in Constitutional Courts: Political and Judicial Audiences. In *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 539-568.
12. Gorlani, Mario. (2008), The Dissenting Opinion in the Jurisprudence of the U.S. Supreme Court: A Model Importable to Italy? In *Global Constitutionalism*, Yale Law School, I-27-I-30.
13. Grimm, Dieter (2008), Some Remarks on the Use of Dissenting Opinions in Continental Europe (Based on My German Experience). In *Global Constitutionalism*, Yale Law School, I-I-I-5.
14. Human Rights Committee (2011), General Comment No.34, Article 19: Freedoms of Opinion and Expression, CCPR/C/GC/34.
15. Kelemen, Katalin (2013), Dissenting Opinions in Constitutional Courts. In *Ger. law j.* 14(8), 1345–1371.
16. Kirby, Michael D. (2008), Judicial Dissent—Common Law and Civil Law Tradition. In *Global Constitutionalism*, Yale Law School, I-32-I-I-36.
17. Lafranche, Julia (2003), Dissenting Opinion and Judicial Independence. In *Jl VIII*, 162–172.
18. Lasser, Mitchel (2004): *Judicial deliberations. A comparative analysis of transparency and legitimacy*. Oxford: Oxford University Press.
19. Lécuyer, Yannick (2004), “Le secret du délibéré, les opinions séparées et la transparence”. In *RevTrimDrH*, nr. 57, 197-223.
20. L'Heureux-Dubé, Claire (2000a): The Dissenting Opinion: Voice of the Future. In *Osgoode Hall L. J.* 38, 495-517.
21. L'Heureux-Dubé, Claire (2000b), La pratique des opinions dissidentes au Canada- L'opinion dissidente: voix de l'avenir? Au *Cahiers du Conseil Constitutionnel* N°8.
22. Luchaire, François. (2000), La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable? «Contre»: Le point de vue de deux anciens membres du Conseil constitutionnel, Au *Cahiers du Conseil Constitutionnel* N°8.
23. Macfarlane, Emmett (2010), Consensus and Unanimity at the Supreme Court of Canada, *52 Supreme Court Law Review* (2d), 379-410.
24. Mels, Philipp. (2008), Disclosure of Separate Opinions and Voting Results. Translated by Tollund, In *Global Constitutionalism*, Yale Law



School, I-13-I-17.

25. Miller, Arthur; Sastri, D. (1973), Secrecy and the Supreme Court: On the Need for Piercing the Red Velour Curtain. In *Buffalo Law Review* 22(3), 799-823.

26. O'Connor, Sandra Day (2003), William Howard Taft and the Importance of Unanimity. In *J Supreme Court History* 28(2), 157–164.

27. Pasquino, Pasquale (2015), E pluribus unum: Disclosed and Undisclosed Votes in Constitutional/Supreme Courts. In Jon Elster (Ed.): *Secrecy and publicity in votes and debates*. Cambridge: Cambridge University Press, 196–208.

28. Post, Robert (2008), The Supreme Court Opinion as Institutional Practice: Dissent, Legal Scholarship, and Decision-making in the Taft Court. In *Global Constitutionalism*, Yale Law School, I-54-I-51.

29. Pound, Roscoe (2008), Cacoethes Dissentiendi: The Heated Judicial Dissent. In *Global Constitutionalism*, Yale Law School, I-51-I-54.

30. Raffaelli, Rosa (2012), Dissenting Opinions in the Supreme Courts of the Member States. European Parliament.

31. Roellecke, Gerd (2008), Sondervotum [Separate Opinions], Translated by Tollund, Inc. In *Global Constitutionalism*, Yale Law School, I-17-I-26.

32. Rousseau, Dominique (2000), La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable? «Pour»: Une opinion dissidente en faveur des opinions dissidents. Au Cahiers du Conseil Constitutionnel N°8.

33. Rousseau, Dominique; Gahdoun, Pierre-Yves; Bonnet, Julien (2016): *Droit du contentieux constitutionnel*. 11e édition (entièrement refondue). Paris: LGDJ-Lextenso éditions (Domat droit public).

34. Scalia, Antonin (2008), The Dissenting Opinion. In *Global Constitutionalism*, Yale Law School, I-42-I-46.

35. Schermers, Henry G.; Waelbroeck, Denis F. (2008), Dissenting Opinions. In *Global Constitutionalism*, Yale Law School, I.5-I.7.

36. Slotnick, E. E. (1999), *Judicial Politics: Readings from Judicature*. United States: American Judicature Society.

37. Swiss Federal Supreme Court, General Secretariat (2017), *The Swiss Federal Supreme Court, The Third Power within the Federal State*.

38. Trocsanyi, László et Horvath, Alexandra (2000), La pratique des opinions dissidentes en Hongrie- Les opinions individuelles en Hongrie: une institution, Au Cahiers du Conseil Constitutionnel N°8.

39. Vedel, George (2000), La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable? «Contre»: Le point de vue de deux anciens membres du Conseil constitutionnel, Au Cahiers du Conseil Constitutionnel

N°8.

40. Walter, Christian (2000), La pratique des opinions dissidentes en Allemagne, Au Cahiers du Conseil Constitutionnel N°8.

41. Wittig, Caroline (2016): The Occurrence of Separate Opinions at the Federal Constitutional Court. An Analysis with a Novel Database. Berlin: Logos Verlag Berlin.

42. Zagrebelsky, Gustavo (2000), La pratique des opinions dissidentes en Italie, Au Cahiers du Conseil Constitutionnel N°8.

تأملی فقهی در برخی ابعاد حقوق عمومی «قانون‌گذاری» (جامعه‌پذیری و سکوت)

سید محسن قائمی خرق^۱*

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

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: 10.22034/qjplk.2023.1538.1435

چکیده

قانون‌گذاری به مثابه فعلی برنامه‌ریز در زمینه تحقق احکام شرعی یا ماهیتی کارشناسانه و موضوع‌شناسانه برای احکام شرعی یا هویت تقنین در منطقه الفراغ امری است که نمی‌توان آن را جدای از جامعه و اقتضائات آن در نظر انگاشت. واقعیات اجتماعی گاه جنبه کاتالیزر برای تقنین اسلامی دارد و گاه مانعی برای تقنین یا اجرای قانون مبتنی بر شرع است. به هر روی، نگرش فقهی به ابعاد حقوق عمومی قانون‌گذاری و امکان و امتداد توجه به جامعه‌پذیری قانون و نیز جواز و گستره سکوت در قانون‌گذاری، به عنوان مسئله این نوشتار، امری است که فعل قانون‌گذاری را در محک جامعه‌شناسی فقهی قرار می‌دهد و دو راهبرد ضرورت جامعه‌پذیری قانون و سکوت قانون (در برابر تورم در تقنین) را پیش می‌نهد. اهمیت این نوشتار توصیفی-تحلیلی و کتابخانه‌ای از آن روست که عمدتاً با نگاه کل‌نگر تجزیه‌ناپذیر به شریعت، بدون توجه به بسترهای اجتماعی، تمرکز بر تورم قانون‌گذاری و فهم جایگاه مجلس شورای اسلامی به عنوان منشأ زاینده و پویای هنجارسازی بوده است. نوشته پیش‌آیند، ضمن آسیب‌شناسی این روند، به راهبرد تدریج (جامعه‌پذیری قانون) و ضرورت (سکوت نسبت به تقنین و در تقنین) مبتنی بر مبانی و مستندات فقهی و حقوقی دست یافته است.

کلیدواژگان: حقوق عمومی، جامعه‌پذیری قانون، سکوت قانون‌گذار، فقه التقنین، مجلس

شورای اسلامی

۱. دانش‌آموخته دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران

* Email: m.ghaemi313@gmail.com



مقدمه

از منظر حقوق عمومی، «قانون» مهم‌ترین مؤلفه یک نظام حقوقی است. البته این عنصر خود پایدار و ریشه‌دار در مبانی و منابع متعدد است؛ همچنان که اصل ۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز تصریح می‌کند که همه قوانین باید بر مبنای موازین اسلامی باشند. بر این اساس، مسئله اصلی این تحقیق آن است که قانون‌گذاری تابعی از چه اصولی در حقوق عمومی اسلام است؟ در بیان مسئله، گفتنی است عمدتاً نگاه نظام حقوقی به امر تقنین به عنوان امری فعال و ایجابی است. اما اینکه آیا سکوت برای قانون‌گذار و امتناع از تقنین برای وی ممکن بوده یا خیر و در صورت امکان تابع چه معیارها و موازین اسلامی است مورد بحث قرار نگرفته است. البته در تحدید چارچوب و مقصود از این مسئله باید توجه داشت که این نوشتار در پی ملاحظات برای تقنین فقه نیست، بلکه کارویژه آن تأملی فقهی بر برخی ابعاد حقوق عمومی قانون‌گذاری موضوعات است. از این رو، چنان که در قسمت تدریج یا سکوت بیان خواهد شد، این دو راهبرد به تعطیلی یا بر زمین ماندن حکم الله نخواهد انجامید؛ چه آنکه حکم شرعی تابع مصالح و مفاسدی است که در صورت تحقق این مصالح و مفاسد و تشریح حکم فقهی ثابت نسبت به زمان و مکان‌های مختلف نمی‌توان در تقنین آن زمان‌بندی یا تأخیر داشت. چنان که در صورت سکوت قانون نسبت به فقه نیز، در ساخت قضایی، قاضی مستند به فقه (اصل ۱۶۷ قانون اساسی) حکم الهی را اجرا خواهد کرد و حکم بر زمین نخواهد ماند. از این رو، تدریج یا سکوت در این نوشتار به معنای صرف نظر از اقامه احکامی همچون زکات یا حجاب، بر فرض نبود شرایط اقامه آن در برهه‌ای از زمان، نخواهد بود. بنابراین، این نوشتار در تلاش است با الهام‌گیری از اصولی که در تقنین الهی صورت گرفته است این اصول را به نظام تقنینی حکومت اسلامی تسری دهد (اصل تدریج و اصل سکوت).

مسئله این تحقیق تا کنون مورد بحث و گفت‌وگو واقع نشده و پیشینه‌ای در این خصوص یافت نشده است. تنها اثر موجود تحت عنوان درآمدی بر قانون‌گذاری فرهنگی، اصول و مبانی (۱۳۹۵) منتشر شده از سوی مرکز تحقیقات اسلامی مجلس نیز بدون بررسی فقهی و به صورت گذرا به وجود زمینه پذیرش اجتماعی برخورد کیفری پرداخته است. همچنین، تدریج به عنوان یک راهبرد، در صورت شرایط اجتماعی خاص، یا لزوم اقناع شهروندان و مکلفان قانون به منظور کارآمدی نظام سیاسی و کارآمدی قوانین موضوعه در حکومت اسلامی از دیگر راهبردهایی هستند که در صورت بررسی فقهی آن‌ها و تشخیص امتداد و گستره آن‌ها می‌توان به رفع برخی چالش‌های حقوقی موجود در حوزه تقنین، از جمله نقض‌پذیری گسترده و متروک ماندن قوانین، اختلال نظام قانون و قانون‌گذاری (در برابر حفظ نظام)، تورم قوانین و

تأسیس اصل محدود شدن حقوق و آزادی‌های شهروندی در عمل، و بسیاری از چالش‌های دیگر امید داشت و تمامی این موارد، بر اهمیت و ضرورت این تحقیق توصیفی-تحلیلی و مبتنی بر مطالعات کتابخانه‌ای دلالت دارد. بیان این نکته نیز در مقدمه ضرورت دارد که عمده راهبردهای مطرح در این نوشتار نمایانگر کارکردهای مختلف قانون است و ماهیتی بایدانگار دارد و این بدان معناست که ممکن است در میان قوانین ایران مواردی یافت شود که در این سنجه‌ها قابل نقد باشد و راهبردهای یادشده در خصوص آن‌ها رعایت نشده باشد. همچنین عدم رعایت این راهبردها بدان معنا نیست که «ذاتیات قانون» در آن خصوص رعایت نشده و اساساً آن خروجی قانون خوانده نمی‌شود، بلکه برای کارکرد بهتر قانون چنین راهبردهایی بررسی خواهند شد؛ مگر آنکه عدم رعایت این راهبردها منجر به عدم صلاحیت مجلس شورای اسلامی در تقنین شود که در این صورت ذاتی قانون (ذی‌صلاح بودن مرجع تصویب‌کننده) مخدوش می‌شود و اساساً قانون نام نخواهد گرفت. این نوشته بی‌آنکه به سنت اطلاع در تحقیق وفادار باشد، با توجه به تفاهم نویسنده و خوانندگان بر سر مفاهیم تحقیق و همچنین اشاره به مفهوم در ذیل هر یک از ابعاد حقوق عمومی قانون‌گذاری، مطلب را در دو قسمت سامان داده است؛ در قسمت نخست تدرج و جامعه‌پذیری قانون و در قسمت دوم راهبرد سکوت قانون‌گذار مورد بررسی قرار گرفته است.

۱. جامعه‌پذیری قانون و تدریج در تقنین

گاه کارویژه تقنین تنفیذ احکام شرعی و اضافه کردن جنبه اجرایی به این احکام است و این قانون در بستری از جامعه، اقتصاد، فرهنگ، و تمدن اجرا می‌شود که گاه فاصله میان این بسترها با آن احکام غیر قابل گذشت است. بدیهی است، اثبات این امر که قانون برآیندی از واقعیات اجتماعی است، با توجه به پذیرش این امر نزد حقوقدانان اسلامی، کاری سهل خواهد بود. اما، اینکه برنامه‌ریزی «شریعت» را به عدد زمان بسته کرد امری نیازمند بررسی و تحلیل «امکان» و نیز منطق عملکرد شارع در «همنوایی اجتماعی» با برخی اعمال مباح (اما در آینده حرام) در سنت اسلامی است. در ذیل ابتدا به مبانی امکان تدریج و جامعه‌پذیری پرداخته خواهد شد و پس از آن گستره جامعه‌پذیری در تقنین بررسی می‌شود.

۱-۱. مبانی امکان جامعه‌پذیری و تدریج

در حوزه مبانی باید توجه داشت که نسبت به حوزه‌های غیر منصوص با تحلیل عملکرد شارع می‌توان به جواز قانون‌گذار نسبت به تدریج در تقنین آن‌ها نظر داد.

۱-۱-۱. روح و پارادایم حاکم بر تشریحات

باید توجه داشت که منظور از جامعه‌پذیری قانون آن نیست که قانون و مثلاً مجازات تابعی از اثرگذاری و بازدارندگی باشد. گرچه در صورت اعتقاد به «امضایی بودن و توقیفی نبودن» دسته‌ای از کیفرهای شرعی جامعه‌پذیری کیفرهای شرعی امری قابل پذیرش در این دست از کیفرها خواهد بود، در صورت عدم اعتقاد به این باور یا در خصوص دسته‌های دیگر کیفرها (کیفرهای تأسیسی) باید به ادله و متون مراجعه و رویه‌شماره و مناطات فقهی را لحاظ کرد. تدریج، به عنوان راهبردی برآمده از جامعه‌شناسی حقوق، در دو سیاق «تدریج در تشریح» و «تدریج در اجرای شریعت» قابل دسته‌بندی است. بدیهی است، با توجه به ماهیت قوه مقننه در جمهوری اسلامی ایران، می‌توان از قواعد هر دو گستره در اینجا سخن گفت. گرچه در صورت جواز تدریج در تقنین موضوعات مستحدثه یا تقنین شرع، می‌توان در قالب «تاجیل»، حکم نهایی را نیز تقنین کرد ولی سیر نیل به حکم نهایی را مدت‌دار و زمان‌مند قید کرده و اجرا را محدود به قید زمان در نظر گرفت. فارغ از این نکته، احکام دین در مقام تشریح هم‌زمان صادر نشده است (معرفت، ۱۳۸۴: ۷۲)؛ از جمله:

- تقدم تشریحی حکم زکات بر تحریم ربا؛
- تدریج در تحریم شراب (ابتدا در آیه ۹۷ سوره نحل، سپس در آیه ۲۱۹ سوره بقره، و در نهایت در آیه ۴۳ سوره نساء)؛
- تدریج در بیان احکام زکات (اجتهادی، ۱۳۶۳: ۳۰۹)؛
- تدریج در تحریم ربا (برای دیدن نظریه مخالف ← موسویان، ۱۳۸۰: ۹۹؛ جامعه مدرسین، ۱۳۸۱: ۹۷)؛
- در خصوص منظومه کیفری اسلام: تشریح رجم زانی محصنه و حد قذف در سال چهارم هجری، حد محاربه در سال ششم یا هفتم، قصاص نفس و اطراف و حد سرقت در سال هشتم، لعان در سال نه هجرت (القطان، ۲۰۰۱: ۱۶۶ - ۱۷۲)؛
- نوع تعامل حضرت رسول با مخالفان حکومت به منظور تألیف قلوب آنها (ابن کثیر، ۱۹۷۷: ج ۴، ۱۵۸)؛
- وجوب تدریجی جهاد: بدین صورت که ابتدا به صورت منع قتال در مکه (نساء/ ۷۷)، سپس اذن به مؤمنین برای قتال در مدینه (حج/ ۳۹)، و سپس وجوب آن (بقره/ ۲۱۹) تشریح شد.

با ملاحظه‌ای نسبت به منطق تدریج در تشریحات فوق می‌توان به این نتیجه رسید که هرگاه پدیده‌ای در بسترهای اجتماعی ریشه‌دار باشد و شرایط اجتماعی جامعه اسلامی مناسب اجرای

دفعی حکم شرعی نباشد، محو یکباره آن از طریق تقنین و تشریح امکان پذیر نیست و مقصود شارع از رهگذر تدریج محقق خواهد شد.

۱-۱-۲. حفظ نظام به معنای اعم

گاهی بستر اجتماعی می تواند زمینه تدریج را فراهم کند تا مانع از وهن حکم قطعی شرع در جامعه و اقتناع ناپذیری حکم توسط مردم شود؛ خواه این بسترهای اجتماعی به دلیل نوع تربیت مردم و حیات طولانی آنها در شرایط غیر اسلامی باشد، خواه به سبب ریشه داری و رواج یک نهاد در جامعه طی سالیان متمادی، خواه به علت نبود نهاد دینی مناسب و کارآمد جهت جایگزینی نهاد غیر مشروع. بدیهی است در این موارد کلیت یک نظام قانون گذاری نیز مورد وهن و بی اعتنائی قرار خواهد گرفت و از این رو در مقام تراحم شکل گرفته سکوت در برابر چند حکم و عدم تقنین در حوزه برخی مسائل می تواند زمینه های اجرای سایر احکام را سلب نکند.

در تاریخ صدر اسلام نقل شده است که هنگام اعزام معاذ بن جبل، به عنوان کارگزار، به یمن، پیامبر اکرم به وی چنین فرمود: «تو به سوی مردمی از اهل کتاب می روی. بنابراین نخستین چیزی که بدان دعوت می کنی توحید الهی باشد. پس از آن، نمازهای پنجگانه را و پس از آن وجوب زکات اموال را ابلاغ کن.» (سویلیم، ۲۰۰۷: ۱۲). این تراحم با امر مهم و در نتیجه جواز تدریج در تقنین و اجرای شریعت را می توان در نمونه دیگری ملاحظه کرد. امیر مومنان در الزام به ترک بدعت صلاة تراویح در روایتی معتبر به سلیم بن قیسمی فرماید: «اگر بخواهم مردم را بر ترک این بدعت اجبار نمایم، اجتماع مسلمانان بر هم خورده و خلل در لشکر پدید خواهد آمد.» (حر عاملی، ۱۴۰۱: ج ۵، ۱۹۳). در منقول ابراهیم بن عمر یمانی از حضرت صادق (ع) نیز آمده: «خداوند هیچ پیامبری را مبعوث نکرد، مگر آنکه می دانست وقتی دین وی را تکمیل کند حرمت شرب خمر هم جزء مقررات آن دین خواهد بود. خمر همواره حرام بوده و هست و دین به تدریج خصلت های مردم را تغییر می دهد. اگر این امر یکباره صورت پذیرد، مردم از دین کناره خواهند گرفت.» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ج ۱۷، ۲۳۷، ح ۱). یا در مرسله ای آمده: «خداوند وقتی اراده وجوب حکمی می کند به تدریج آن را وضع می کند تا مردم برای پذیرش آن آماده شوند و با امر و نهی الهی انس بگیرند. این سیر خداوند بر پایه تدبیر و به صلاح مردم است و سبب می شود مردم به فرمان خداوند عمل کنند و کمتر از آن بیزار شوند.» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ج ۱۷، ۲۴۲، ح ۱۴).

۱-۱-۳. ماهیت تقنین

افزون بر تراحم و مستندات یادشده، چنانچه تقنین را در پرتو امر به معروف و نهی از منکر (چه از سوی دولت نسبت به مردم چه مردم در قالب نمایندگان منتخب) نسبت به مردم

تحلیل کنیم، از جمله شروط امر و نهی فقدان مفسده و ضرر حتی برای یکی از مسلمانان است. بنا بر هنجارهای فقهی در صورت وجود ضرر و مفسده وجوب ساقط خواهد شد (نجفی، ۱۳۶۳: ج ۴۱، ۳۷۱)؛ همچنان که حکومت قاعده لاضرر بر دیگر احکام (خویی، ۱۳۸۶: ج ۲، ۵۳۰) نیز می‌تواند بر ضرورت سکوت در موارد پیش گفته دلالت کند. همچنین از آنجا که مخاطب خطابات قانونی جامعه بما هو جامعه است، باید شرط امتثال حکم و قانون را قدرت «جامعه» یا حداقل نوع افراد جامعه - بر اتیان فعل به گونه صحیحی که منظور شارع است دانست و با توجه به ماهیت قانون چنانچه چنین امتثالی بر وجه صحیح به طور کلی یا در زمان حاضر ممکن نباشد تدریج در تقنین آن اولویت خواهد داشت. افزون بر این‌ها، برخی احکام جنبه مقدمه برای برخی دیگر از احکام دارند و منطقیاً باید نخست به فراهم شدن مقدمه نظر داشت؛ همچنان که توأمان امکان‌ناپذیری حکم (ذی المقدمه) نمی‌تواند دلیلی برای ترک مقدمه نیز باشد. زیرا «ما لا یدرک کله لا یترک جله».

۴-۱-۱. دوران احکام بر مدار مصالح و مفاسد

احکام دائر مدار مصالح و مفاسد هستند^۱ و چنانچه تقنین یا اجرای حکم در حال حاضر یا به صورت دفعی منجر به نقض مصلحت شود علت حکم منتفی و به تبع حکم نیز منتفی خواهد شد؛ الاحکام تدور مع عللها وجودا و عدما. همچنین، تدریج می‌تواند مدل خاصی از «تغییر فتوا بر حسب تغییر احوال یا شرایط زمان و مکان» باشد.

۵-۱-۱. سایر ادله

همچنین، تدریج از اخف به اثقل یک اصل است و متناسب با فطرت و طبیعت بشری است و می‌توان بر اساس آن به کمال و استقامت و التزام درونی به فضایل (و از جمله قانون) دست یافت (مودودی، ۱۳۹۵: ۵۰) و تدریج به نوعی تشویق به قانون‌گرایی است (شاطبی، ۱۴۱۷: ج ۲، ۱۴۹). شیوه مرسوم میان نظام‌های عقلایی قانون‌گذاری و سیاسی نیز در طول تاریخ تدریج بوده و غیر آن محکوم به نابودی و شکست شده است؛ نظیر نظام‌های توتالیتر و اشتراکی (زحیلی، ۱۴۲۰: ۸۸).

۲-۱. گستره تدریج و جامعه‌پذیری در تقنین

بنا بر آنچه گذشت، تدریج مبتنی بر ادله وقوع احکام اسلامی است و نه مشروعیت احکام و نیز در پی ترک واجب یا انجام دادن حرام نیست؛ بلکه در پی تحقق مناط حکم است. باید توجه داشت که قید «تدریج» منافاتی با اسلامی بودن حکومت یا مسلمانی، که در آیه شریفه «یا ایها الذین آمنوا ادخلوا فی السلم (یعنی اسلام) کافه» ندارد. زیرا کسی که وارد اسلام می‌شود

عزم بر امثال آنچه در استطاعتش هست دارد و این همان قول خداوند در آیه ۱۶ سوره تغابن است؛ «فاتقوا الله ما استطعتم». بنابراین راهبرد تدریج ابزاری برای تبعیض در شریعت نیست؛ بلکه قید استطاعت مجوز راهبرد تدریج است. از این رو، به همان سان که اجرای حد بر زن حامل به دلیل وجود مصلحت راجح به تأخیر می‌افتد و امری نامشروع یا نفی اسلام نیست، تأخیر در اجرای برخی مقررات به دلیل مصالح پیش‌گفته نیز منافاتی با التزام به اسلام و اسلامی بودن حکومت ندارد؛ چه آنکه نظیر کسی است که در دار غصبی است و شروع به خروج از آن برای بازگرداندن مغضوب به مالک کرده است و بدیهی است گرچه هنوز تصرف زایل نشده او در همین حین مطیع به شمار می‌رود (الزرکشی، ۱۹۹۲: ج ۱، ۲۶۷). من شرع فی التوبه فله حکم التائب.

البته در بررسی این راهبرد باید توجه داشت که اولاً این راهبرد فقط یک «وسیله» برای تحقق مصالح ملت و آن هم در صورت ضرورت و نیاز به آن است و نباید نگاه «غایت» بدان اندوخت. بنابراین به محض آنکه تقنین حکم اصلی و اجرای کامل شریعت میسر شد تفریط و تقصیر و عدم عدول در این خصوص پذیرفتنی نخواهد بود. بر این اساس، باید یا تقنین حکم نهایی و تدریج‌پذیر صورت نگیرد یا در صورت تقنین اهداف و مراحل حکم زمان‌بندی شود و عزم بر حکم نهایی و مقدمه‌سازی آن باشد. ثانیاً، نکات پیش‌گفته رافع مسئولیت دولت اسلامی در تحقق زمینه‌های تقنین و اجرای قانون نخواهد بود. زیرا وفق قاعده «یغتفر فی الابتداء ما لا یغتفر فی البقاء»، اگرچه در ابتدای اسلامی شدن یک جامعه یا نبود شرایط برای تقنین حکم اصلی از برخی اقدامات و معاصی چشم‌پوشی می‌شود، با گذشت زمان، چنین نخواهد بود. همچنین تدریج به معنای زدودن حرمت از فتوای حرمت (که به دلایل پیش‌گفته در قالب قانون نمی‌تواند قرار گیرد) نیست و نیز اصول اعتقادی را شامل نمی‌شود و فقط فروع را در بر می‌گیرد (شریف، ۱۹۹۹: ۱۷۵). نکته نهایی نیز آن است که امر تدریج و لزوم جامعه‌پذیری قانون «امر سیاسی محض» نیست، بلکه امری شرعی است که در آن حاجات و مصالح شرعیه لحاظ می‌شود. از این رو صرف تشخیص آن به نظر اهل سیاست صحیح نخواهد بود و نیازمند نظارت فقها است.

بنابراین در کنار توجه به مسئله اصلی این تحقیق، که الهام‌گیری از اصول تقنین الهی برای تقنین در حکومت اسلامی است و نه تقنین فقه، باید در نظر داشت که این راهبرد تحت عنوان تدریج و نه تعطیلی احکام است. توضیح اینکه در نسبت میان «قانون: الزام» و «فرهنگ» چه قانون، خود، تجلی از فرهنگ و ابزاری فرهنگی قلمداد شود چه اقدامات فرهنگی و نرم مقدمه

واجب قانون لحاظ شود این جستار راهبرد تدریج را پی گرفته و طبعاً در تدریج از اخف به اثقل حرکت می‌شود. از این رو، در این راهبرد نه تنها حکمی شرعی تعطیل نخواهد شد، بلکه مقدار ممکن و درصدی از آن اجرا می‌شود و در عین حال نیت و برآورد بر آن است تا زمینه‌های اجتماعی و تقنینی با هدف اجرای کامل و اقامه کامل همه درجات همه اوامر و نواهی الهی فراهم شود.

۲. سکوت در تقنین

سکوت به معنای خلاف نطق است و سکوت را از اصوات الحان شبیه تنفس میان دو نغمه تعبیر کرده‌اند (ابن منظور، ۱۴۰۸: ۳۰۴). سکوت در اصطلاح حقوقدانان نیز عبارت است از وضع کسی که صریحاً اعلام اراده نمی‌کند و نیز کاری انجام نمی‌دهد که با رفتار او بتوان اراده‌اش را استنباط کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ج ۱، ۲۶۱). سکوت قانون نیز به معنای فقدان قانون صریح و به‌خصوص نسبت به موضوعاتی معین است. در تعریفی دیگر، سکوت قانون به موردی معین اطلاق می‌شود که قوانین جاری جامعه از منظر قضایی تکلیف آن را معین نکرده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۱۰۲). به تعبیر حقوقدانان عبارت «ما لا نص فیہ» در فقه اسلامی بسیار رساتر و جامع‌تر از این عنوان می‌تواند باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۵۲۳) (همچنین است عبارت «ما سکت عنه الشارح» و «مسکوت عنه»). ولی نقص قانون و اطلاق قانون را نمی‌توان با سکوت در یک ردیف معنایی (ترادف) قرار داد؛ چه آنکه برای فرض اطلاق شرایط و مقدمات حکمت ضروری است و از این رو بیان بودن «اطلاق در مقام بیان» به نوعی مباین با سکوت خواهد بود. همچنین نقص قانون فروضی همچون اجمال قانون را نیز شامل می‌شود و از این رو نمی‌تواند مترادف با سکوت باشد. به هر روی، بر اساس دلالت‌های معناشناختی اصطلاح سکوت، این دانش‌واژه سکوت عمدی و سهوی، یعنی حتی مواردی را که قانونگذار اساساً به علت بی‌توجهی، قانونی وضع نکرده، نیز در بر می‌گیرد.^۲ سکوت به عنوان یک ترک فعل از سوی قانونگذار نسبت به تقنین امری است که کمتر در مورد امکان و گستره آن سخن به میان آمده است. مسئله اساسی در خصوص این بعد آن است که به‌راستی باید انتظاری گسترده از قانون داشت تا پاسخی برای همه مسائل و امور اجتماعی، سیاسی، اقتصادی، و ... معین کند؟ و چنانچه قانون را بتوان تنها راهبرد برای تعیین تکلیف حکمی موضوعات در حوزه عمومی یا آن دست از موضوعات خصوصی که حکمرانی حق دخالت در آن‌ها خواهد داشت دانست، آیا قانونگذار اجازه یا وظیفه به سکوت و انهدان برخی مسائل را دارد؟

بالاخره اصل ۱۶۷ وضعیت سکوت قانون را به عنوان یک وضعیت ممکن (نه لزوماً بایسته

و به مثابه یک اصل) مطرح کرده و یکی از اصول مهم خود را به حل این چالش اختصاص داده است. اما به نظر می‌رسد برخلاف نگرش به «سکوت به مثابه یک نقص» و گفت‌وگو درباره روش شکست آن^۳ باید از سکوت به عنوان یک راهبرد ضروری در قانون‌گذاری نیز یاد کرد. «ضرورت» را باید معیاری فرازین در ایجاد صلاحیت برای مجلس قانون‌گذار نسبت به تقنین دانست.^۴ به عبارت دیگر، صلاحیت عام مجلس شورای اسلامی به ضرورت پیوند خورده است و لزوماً نباید در پی تقنین و حکم نهادن در هر حوزه و در خصوص هر موضوع جدیدی بود. مقصود از ضرورت نیز وجود مقتضی قانون‌گذاری و فقدان موانع اجرایی (از قبیل فشار افکار عمومی یا بین‌المللی یا ظالمانه و ناکارآمد بودن برخی احکام به دلیل اجرایی نشدن حکم پیشین و مقدماتی آن) است؛ در غیر این صورت سکوت قابل پذیرش است. در ذیل ابتدا به مبانی امکان سکوت در تقنین پرداخته می‌شود و پس از آن گستره سکوت خواهد آمد.

۲-۱. مبانی و مستندات امکان سکوت در قانون‌گذاری

دلایل و مؤیدات متعددی در خصوص امکان سکوت در قانون‌گذاری قابل بیان است که در ادامه بیان می‌شود.

مثلاً از کلام فقها می‌توان به استظهاراتی در این خصوص دست یافت که مناط «ضرورت» بیان در موضع حاجت را تقویت کند. در همین زمینه فقها در مواردی که حرمت تکلیفی سکوت را بیان کرده‌اند عمدتاً تضييع حق دیگران را مبنای حرمت قرار داده‌اند (مثلاً ← طرابلسی، بی تا: ج ۲، ۵۶۱؛ حر عاملی، ۱۴۰۹: ۲۷، ۳۲۰؛ مجلسی اصفهانی، ۱۴۰۱: ۱۰۱، ۳۱۰؛ نجفی، ۱۳۶۳: ۴۱، ۱۸۱).^۵

از ادله دیگری که ضرورت را در مقياس و امتدادی که بیان شد تقویت می‌کند «وجوب امر به معروف و نهی از منکر» و «قیح تأخیر بیان از وقت حاجت» به عنوان یک قاعده مورد اتفاق اصولیون امامیه و معتزله (علم‌الهدی، ۱۳۴۸: ج ۱، ۳۶۱؛ قمی، ۱۳۷۸: ج ۱، ۳۴۱) است. «ادله حرمت کتمان علم» نیز در این خصوص مفید است؛ به خصوص در صورتی که قانون‌گذاری از باب رجوع به خیره و کارشناس در موضوع‌شناسی باشد، خواه موضوع‌شناسی «مسائل مستحدثه» یا «موضوعات سیستمی در حکمرانی» و وظیفه مجلس به عنوان کارشناس باشد یا کارکرد مجلس به عنوان «نماینده عرف» در نظر آید (← امام خمینی، ۱۳۷۸: ۱۷، ۴۲۳) یا کارکرد «مشاوره» برای فقهای شورای نگهبان داشته باشد؛ البته در صورتی که موضوع‌شناسی عملیاتی فقهاتی و استنباطی دانسته شود.^۶ همچنین ادله «منع اغراء به جهل یا افعال قبیح» منافاتی با عنصر ضرورت در قانون‌گذاری ندارد. توضیح آنکه این قاعده به معنای آن است که نباید کاری صورت گیرد تا باعث شود افراد در جهل و گمراهی خود باقی بمانند و مسیر هدایت بر

آنان بسته شود (حلبی، ۱۴۰۳: ۴۶۷). بنابراین، با تحقق زمینه این قاعده، ضرورت قانون‌گذاری نیز پدیدار خواهد شد و منافاتی در میان نخواهد بود.

۲-۲. گستره سکوت در تقنین

به نظر می‌رسد جدای از ضرورت قانون‌گذاری و امکان سکوت در غیر حالت ضرورت بتوان موضوع سکوت را با توجه به مؤلفه‌های فقهی- قانونی زیر تحلیل کرد:

۱. وفق ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، مصوب سال ۱۳۱۸، «دادگاه‌های دادگستری مکلف‌اند به دعاوی موافق قوانین رسیدگی کرده حکم داده یا فصل نمایند و در صورتی که قوانین موضوعه کشوری کامل یا صریح نبوده و یا متناقض باشد یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد دادگاه‌های دادگستری باید موافق روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم قضیه را قطع و فصل نمایند». هم‌سو با این ماده، در ماده ۱ قانون مدنی مصر مقرر شده، در صورت سکوت قانون، عرف و حقوق اسلامی و مبانی حقوق طبیعی و عدالت می‌توانند منبع رفع سکوت و تکمیل حقوق باشند. همچنین در قانون احکام قضایی سودان (۱۹۸۳) مقرر شده: «در صورتی که قاضی نصی نیافت که بر اساس آن اجتهاد کند و حکم صادر کند ملزم به مراعات عرف در خصوص نزاع معاملاتی است؛ البته به شرطی که این عرف برخلاف شریعت اسلامی و مبانی عدالت فطری طبیعی نباشد.» (خیر حسب الرسول، ۲۰۰۱: ۶۷). همچنین، فارغ از اختلاف قرائت‌ها در خصوص گستره اصل ۱۶۸، مطابق این اصل «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد». بنابراین، سکوت مقنن در نگاه اول و در برخی موارد نمی‌تواند سبب تزییع حق طرفین دعوا یا دیگران در سایر ساحت‌ها بشود. چه آنکه از یک سو قاضی طبق مبانی فقهی و نیز قانونی ملزم به رسیدگی به دعوا و صدور حکم (عند الاقتضا) است و چنانچه «هر یک از مقامات قضایی که شکایت و تظلمی مطابق شرایط قانونی نزد آن‌ها برده شود و با وجود اینکه رسیدگی به آن‌ها از وظایف آنان بوده به هر عذر و بهانه اگرچه به عذر سکوت یا اجمال یا تناقض قانون از قبول شکایت یا رسیدگی به آن امتناع کند ... دفعه اول از شش ماه تا یک سال و در صورت تکرار به انفصال دائم از شغل قضایی محکوم می‌شود و در هر صورت به تأدیة خسارات وارده نیز محکوم خواهد شد.» (قانون مجازات اسلامی، کتاب پنجم، مصوب ۱۳۷۵). بنابراین، می‌توان سکوت را از حیث «حکومتی» (اماره) ای برای ارجاع به عرف یا منابع شرعی دانست. همچنین این سکوت به عنوان یک راهبرد می‌تواند در مواردی که مرز میان امر اجرایی

و امر تقنینی چندان شفاف نیست به نوعی نشان‌دهنده اراده مجلس بر ضرورت شبه تقنین از رهگذر آیین‌نامه‌های قوه اجرایی باشد (سکوت ملابس یا سکوت همراه با قرینه به عنوان یک «اماره مرکب»).

۲. این‌گونه سکوت را می‌توان در مورد پارادایم‌ها و پیش‌فرض‌ها و زمینه‌ای که یک قانون یا فتوا در آن معنا می‌یابد و نوعی بستگی میان این زمینه و حکم وجود دارد در نظر داشت. مثلاً می‌توان جدید العهد بودن و تازه‌مسلمانی در فتاوی فقهی را ملاک قرار داد. به دیگر تعبیر، در صورتی که جامعه‌ای به‌تازگی به اسلام گرویده باشد ممکن است در مورد برخی گزاره‌ها و هنجارهای فقهی و قانونی سکوت صورت پذیرد. در این نگاه، رویکرد تدریج در قانون‌گذاری ملازمه با سکوت نسبت به مراحل بعدی حکم خواهد داشت. حوزه‌های منجر به «حرمت تنفیر از دین»^۷ و مفسده‌انگیز را نیز می‌توان به سکوت قانون و نهاد. همچنین در صورتی که ارائه فتوای واحد در «سیاق قانونی» مفسده‌انگیز باشد، مجلس برای استفاده قضات از فتاوی مختلف معتبر، می‌تواند سکوت در تقنین را پیش گیرد.

بنابراین، سکوت عمدی را می‌توان در حکم قانون‌گذاری دانست و آثار و مقاصدی همچون موارد یادشده را به عنوان فلسفه سکوت در نظر انگاشت و به آثار آن ملتزم شد. البته از حیث حقوق اساسی ساختارگرا باید به این نکته نیز رهنمون شد که چنانچه مشروعیت قانون‌گذاری را مجلس ناشی از «ولایی بودن فرایند کلی (نه تفصیلی) قانون‌گذاری در اثر حکم ولایت فقیه» ندانیم یا ماهیت فقهی ساختار پارلمان را به عنوان کارگزار ولی فقیه در نظر نینگاریم، به نظر می‌رسد نتوان سکوت قانون را امری موافق با موازین اسلامی دانست. زیرا اگر محدوده اصل ۱۶۷ قانون اساسی منصرف از امور کیفری باشد، سکوت قانون مانع از اجرای حکم شرعی در حکومت اسلامی خواهد شد. بدیهی است این ایراد از آن رو قوت می‌گیرد که در وضع کنونی نظارت شورای نگهبان و مجمع تشخیص به عنوان نهادهای نظارتی ولی فقیه بر فرایند تقنین صرفاً ناظر بر فعل تقنین است و بر عدم فعل تقنین و سکوت قانون هیچ ولایت و نظارتی قابل اعمال نیست.

۳. افزون بر این، در مستندات شرعی نیز تورم احکام مطلوب دانسته نشده و در مواردی که ضرورتی در میان نباشد سکوت مطلوب است و ارشاد به اباحه دارد. به عبارت دیگر، اگر اصل رکن در شریعت اباحه در نظر گرفته شود، تقنین اباحه ضرورت ندارد و سکوت می‌تواند ارشاد به آن داشته باشد؛ همچنان که تقنین آن امری جز تأکید اباحه نخواهد بود. از امیر مؤمنان علی^(ع) نقل شده خداوند متعال حدودی را معین کرده که نباید از آن حدود تعدی و تجاوز کنید و فرایضی را مشخص کرده که نسبت به آن‌ها نباید نافرمانی کنید و در مورد

چیزهایی هم سکوت کرده که سکوت او از روی فراموشی نبوده و نباید خودتان را به تکلف بیندازید، بلکه آن رحمتی از جانب خداوند برای شماست که آن را قبول کنید (صدوق، ۱۴۰۶: ج ۴، ۷۵).

در برخی دیگر از روایات ناظر به سکوت به آیه ۱۰۱ سوره مائده استناد شده که می‌فرماید: «یا ایها الذین آمنوا لاتسألوا عن اشیاء ان تبد لکم تسوءکم.»؛ ای کسانی که ایمان آورده‌اید از مسائلی سؤال نکنید که اگر برای شما آشکار شود شما را ناراحت می‌کند [و به تکلف می‌اندازد]. (← مجلسی، ۱۴۰۳: ج ۱، ۲۲۴). همچنین سلمان فارسی نقل قولی کرده که «الحلال ما أحله الله فی کتابه و الحرام ما حرّم الله فی کتابه و ما سکت عنه فهو مما عفا عنه.» (سید سابق، بی‌تا: ج ۳، ۲۷۶). در میان مجامع روایی عامه نیز به حدیث معاذ بن جبل اشاره شده که وقتی حضرت رسول (ص) وی را برای امر قضاوت به یمن می‌فرستاد فرمود: «بم تقضی بینهم یا معاذ؟ قال: بکتاب الله. قال رسول الله (ص): فان لم تجد؟ قال: بسنة رسول الله. قال: فان لم تجد؟ قال: أجتهد برأیی و لا آلو. فقال (ص): الحمد لله الذی وفق رسول الله لما یرض الله.» (ابن حنبل، ۱۴۱۹: ج ۵، ۲۳۰؛ ابی داود، ۱۴۱۰: ج ۳، ۳۰۳؛ ترمذی، ۱۴۰۳: ج ۳، ۶۱۶).

مبنای امکان خلو واقعه از حکم نیز می‌تواند بر امکان سکوت از سوی قانون‌گذار در حکومت اسلامی دلالت داشته باشد. در واقع، عقل حاکم به امکان خلو واقعه از حکم و بلکه لزوم آن است و در تقویت این نظر حتی برخی از دانشیان فقه به عدم حکم اباحه در میان احکام تکلیفی تمسک جسته و اظهار داشته‌اند که مؤدای ادله اباحه اخبار از نبود اعتبار و حکم است نه انشای حکم (علی‌دوست، ۱۳۸۱: ۱۷۵). چون هدف از جعل حکم ایجاد بعث و تحریک در مخاطب است و چنین اثری در جعل اباحه یافت نمی‌شود. برخی دیگر نیز نوشته‌اند واقعه پس از تضارب مصالح و مفسد خالی از یکی از وجوه نیست؛ یا ذات مصلحت است یا ذات مفسده است یا خالی از یکی از این دو ملاک مفروض است که خود این دو قسم است: یا راساً و از ابتدا خالی از یکی از مصلحت و مفسده است یا بعد از تعارض مصلحت و مفسده هر دو متساقط شده و در فرض عدم رجحان یکی بر دیگری واقعه خالی از هر یک از دو ملاک شده است (القمی، ۱۴۲۸: ۱۸۹). وجه سوم با هر دو قسمش دو قسم دیگر نیز می‌تواند باشد: گاهی مقتضی برای جعل اباحه برای آن واقعه یافت می‌شود که در این حالت به اباحه مجعوله اباحه اقتضایی گفته می‌شود، مانند مصلحت تسهیل امر بر بندگان و اطلاق عنان آنان در این واقعه، و گاهی چنین مقتضی‌ای یافت نمی‌شود و اباحه در این قسم اباحه لاقتضایی است. اشکال مرحوم امام بر این مورد آن است که جعل اباحه در اینجا معنا ندارد.

زیرا وقتی فعل خالی از هر ملاکی بود مجالی برای تحقق اراده و کراهت وجود ندارد. چون این دو از توابع علم به مصالح و مفساد هستند و مصلحت و مفسده‌ای نیز در بین نیست. از این رو، جعل اباحه معنا ندارد و اباحه در اینجا عقلی است.^۸ کاشف‌الغطاء نیز در همین زمینه معتقد است اخبار زیاد بر خالی بودن واقعه از احکام چهارگانه - چه رسد به خلو از جواز مطلق در موارد غیر ضروری و در مواردی که تصرف در حق بشر پیش نیاید - دلالت دارد. این اعتقاد به سان خورشید در وسط روز نمایان است و شیخ صدوق آن را از اعتقادات امامیه شمرده است (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۳: ۱۹۸). نراقی نیز می‌نویسد: «هیچ‌گونه دلیل عقلی برای ثبوت تکلیف در همه موارد وجود ندارد. چه مانعی دارد که خدا حکم را برای بعضی از کارها تعیین نماید و برای بعضی حکم تعیین ننماید؛ همان‌گونه که حدیث مشهور 'اسکتوا عما سکت الله' (آنچه خدا نگفته شما نیز نگویید) و حدیث 'و سکت عن أشیاء' (خدا اموری را بیان نکرده است) بر این مطلب دلالت دارد.» (نراقی، ۱۳۷۵: ۳۶۹). نراقی نمونه‌هایی برای خلو واقعه از حکم بیان می‌کند؛ نظیر همه کارهای حیوانات و کودکان و دیوانگان، همه اقدامات و حرکات و سکنات آن که اصلاً شریعت را نشنیده، و همه کارهای انسان قبل از بعثت بلکه به سکنات جمادات که خداوند به همه آنان احاطه دارد. و در عین حال هیچ‌یک از این مجموعه مکلف به هیچ حکم پیشینی از سوی خدا نیستند. مستدل به این نظایر می‌توان گفت هیچ معنی نیست که الباقی انسان‌های مکلف نیز نسبت به بعضی از کارهایشان بدون تکلیف باشند (نراقی، ۱۳۷۵: ۳۷۲). همچنین با توجه به مذاق شارع در حوزه غیر عبادات مبنی بر امضایی بودن احکام، عدم ردع (در قالب سکوت) و عدم تأسیس عمدی توسط قانون‌گذار نیز - چنان که قبلاً گذشت - می‌تواند همچون عدم ردع شارع ارشاد و ارجاعی به حکم عرف باشد؛ مگر آنکه خلاف آن با دلیل معتبر اثبات شود.

۴. شأن ولایت فقیه بر قانون‌گذاری قابل تفکیک میان مجلس و شورای نگهبان و قابل تفویض به ایشان است. در این چارچوب، تحلیل ماهیت تقنین فقیه در تراز فقه و در قالب «افتاء فقیه در عصر غیبت» می‌تواند از حیث نهادی نیز مسئله سکوت را تحلیل کند. با مراجعه به متون فقهی، می‌توان به دو رویکرد درباره ماهیت افتاء دست یافت. برخی افتاء را منصب می‌دانند که مختص معصومان و «حکومتی و ولایی» است و تصدی آن برای غیر معصوم نیازمند نصب معصوم است. برخی دیگر آن را جایگاهی علمی و جزء تکالیف مجتهد می‌دانند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲: ۳۹۶). علامه حلی جزء معتقدان به باور نخست است و بر این باور است که امامان معصوم تصدی این منصب را به فقها تفویض کرده‌اند (ولایت عام فقها در عصر غیبت) (حلی، بی‌تا: ج ۹، ۴۴۷؛ همچنین ← عراقی، ۱۳۸۰: ۶۶). عبارت مرحوم فاضل

هندی در کتاب *امر به معروف و نهی از منکر* نیز دال بر این است که افتاء ماهیتی «منصب» گونه دارد. ایشان می‌نویسد: «اگر عمومیت و جوب امر به معروف و نهی از منکر نبود و حرمت کتمان علم و ترک حکم بما انزل الله نبود، بر فقها حکم و افتاء در زمان غیبت تنها با اذن امام زمان عجل الله جاز می‌شد.» (فاضل هندی، ۱۴۱۷: ج ۴، ۲۲۵). بنابراین، افتاء (الافتاء) فی ما یحتاج الیها العامی فی عمله (انصاری، ۱۴۱۵: ج ۳، ۵۴۶) منصبی است که به دلیل اذن صریح معصوم یا به دلایلی مانند حرمت کتمان علم و امر به معروف و حرمت ترک حکم بما انزل الله موجب جواز آن در عصر غیبت می‌شود و در غیر آن صورت ولایتی در این خصوص متصور نخواهد بود. برخی دیگر نیز معتقدند که افتاء مانند قضا از فروع نبوت و ریاست عامه نیست (مخصوص امام نیست) و از این رو نیازمند نصب و جعل نخواهد بود و جوب افتاء بر فقیه به جعل اولی است (آشتیانی، ۱۴۲۵: ج ۲، ۱۱۵۴). برخی دیگر قضا را منصبی حکومتی اما افتاء را حق اظهار نظر در مسائل شرعی و غیر قابل نصب و سلب می‌دانند (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳: ج ۱، ۷؛ موسوی خلخالی، ۱۳۸۰: ۲۴۷). به نظر می‌رسد حتی اگر بتوان افتای فقیه را در مسائل عبادی نوعی واقعیت علمی دانست و بر آن بود که در مورد جنبه شخصی افتاء «در صورتی که خطری فقیه را تهدید نکند، افتاء بر فقیه واجب است» (کاشف الغطا، ۱۴۲۲: ج ۴، ۴۳۰؛ شهید اول، ۱۴۱۷: ج ۲، ۴۸)، بعد از نصب توسط امام مقام اجتماعی افتاء نیز تثبیت و جوب افتاء تأکید می‌شود. به عبارت دیگر، تأثیر افتاء در مسائلی که مقتضی تصرف در امور مردم است نیازمند اذن معصوم است. افزون بر این کارکرد فتوا زمانی حاصل خواهد شد که افزون بر مستفتی فتوا بر سایرین نیز شرعاً حجت باشد تا بتواند به نظم‌بخشی و اجرای شریعت در سطح اجتماع بینجامد و نه آنکه فتوای فقیه تنها برای خودش معتبر بماند.

بنابراین در جمع‌بندی می‌توان گفت که افتاء منصبی ولایی است و از طریق ادله نصب فقها یا عناوینی همچون امر به معروف، منع ترک حکم بما انزل الله، و ... بر عهده فقیه است و نیز قابل تفویض و تفکیک میان مجلس و شورای نگهبان است. در این میان، خصایص ذاتی تقنین از سوی فقیه بر مصوبات نهادهای مفوض‌الیه نیز قابل تطبیق است و از جمله آن‌ها و جوب افتاء در موارد ضرورت و با رعایت مصلحت مولی‌علیهم است. همچنین با توجه به آنکه در سیره شرعیه منصب قضاوت و افتاء از یک‌دیگر جدا نیست (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۴۰۹)، همان‌گونه که «ضرورت» حل و فصل دعوا مانع از امتناع قاضی از رسیدگی به حکم است، در خصوص تقنین نیز همین‌گونه خواهد بود و در صورت عدم ضرورت یا ضرورت عدم تقنین

سکوت مجاز و بلکه لازم خواهد شد. در برخی رویه‌های قانون‌گذاری در عصر مشروطه نیز علما نسبت به امکان سکوت و واگذاری امر به عرف نظراتی بیان داشته‌اند که از آن جمله می‌توان به نامهٔ ثقه‌الاسلام تبریزی به فضل‌علی تبریزی، یکی از نمایندگان آذربایجان در مجلس اول، که هر دو در لباس روحانیت و از امنای آذربایجان بودند، اشاره کرد. این نامه گرچه در خصوص رعایت اصل طراز در قانون‌گذاری است، در انتهای نامه ثقه‌الاسلام به گزاره‌ای کلی اشاره می‌کند: «گاهی ضرورت مقتضی سکوت است» (تبریزی، ۱۳۸۷: ۵۷)؛ همچنان که در قانون مدنی نیز در برخی موارد سکوت اختیار شده و امر به عرف واگذار شده است.

نتیجه‌گیری

در پاسخ به مسئلهٔ تحقیق، تقنین گسترده و متکثر نمی‌تواند فضیلت یا امری ملازم و برآیند وظیفهٔ نمایندگی باشد. به نظر می‌رسد، ضرورت تقنین امری است که با تحقق آن نمایندگی فعال و مقتضی تقنین خواهد بود. ضرورت در این راهبرد دقیقاً هم‌سو با مصلحت عامه فهم می‌شود که تصرفات همهٔ ارکان حاکمیت منوط به احراز آن است. همچنین، تدریج و ضرورت توجه به بسترهای اجتماعی در هنگام قانون‌گذاری نیز گرچه نباید عرف‌گرایی یا حکم به غیر ما انزل الله تعبیر شود، می‌تواند امری هم‌سو با فطرت بشری قید استطاعت در احکام و حفظ نظام تلقی شود و در برابر مانع اختلال نظام تقنین، کارآمدی نظام سیاسی، و تفسیر از دین شود. تدریج در امر تقنین می‌تواند کارکردی دوگانه داشته باشد؛ بدان معنا که اگر استطاعت به عنوان شرط فعلیت در نظر گرفته شود، چنین نصی که شرایط اجتماعی آن در جامعه فراهم نباشد عنوان قانون نخواهد داشت. اما اگر بدون توجه به این امر به مسئلهٔ تدریج نگریده شود، جامعه‌پذیری قانون زمینهٔ کارکرد بهتر قانون را خواهد داشت. البته در این میان باید توجه داشت که ذاتی حاکمیت اسلامی (برخلاف دولت مدرن) هدایت‌محوری و دوران بر حول مفهوم امام است. بر این اساس، ماهیت حکومت آرمان‌گرای اسلامی نظر رو به جلو و پیشبرد امر اجتماعی، سیاسی، فرهنگی، و اقتصادی است. از این رو گرچه به قانون به عنوان امری فرهنگ‌ساز نگریده نمی‌شود و الزام‌آوری و مجازات در برابر نقض آن عنصر ذاتی قانون است، چنانچه «قانون بتواند با درجهٔ تاب‌آوری بالاتر و اغماض در برابر نقض‌های اولیهٔ یک قانون در نظر گرفته شود»، می‌توان تدریج در تقنین اصل حکم را کنار نهاد و تدریج در اجرای قانون یا تدریج در مجازات نقض قانون را به عنوان راهبرد اساسی قوهٔ مقننه در پیش گرفت.

یادداشت‌ها

۱. ← علی دوست، ۱۳۸۴: ۹.
۲. باید دقت که داشت که قاعده اصلی در وضعیت سکوت «لا ینسب الی ساکت قول» است (الشافعی، ۱۳۲۱: ج ۱، ۱۵۲). بر همین اساس، منظور از سکوت در این نوشتار سکوت در مقام بیان نیست، که طبق قاعده معروف «السکوت فی مقامات بیان، یجری البیان شرعاً فیکون من الکاشف الفعلی کالتقدیر» یا همان «السکوت فی معرض حاجه البیان» شرعاً جانشین بیان تلقی می‌شود (دراز، ۲۰۱۱: ۳۵۱).
۳. در خصوص این رویکرد مرسوم به سکوت ← بندرچی، ۱۳۹۸: ۴۹ - ۶۳؛ الهام و زهروی، ۱۳۹۶: ۴۴۳ - ۴۷۳. عمده نگاه در این آثار مختصر در این گزاره است که «عدم سکوت قانون مطلوبی مطلق است».
۴. همچنان که مقام معظم رهبری در خصوص ضرورت قانون‌گذاری، و اینکه حتی قانون بد بهتر از سکوت در تقنین است، می‌فرماید: «بی‌قانونی هرج و مرج است. قانون بد لااقل یک ضابطه‌ای است. خوب، انسان اصلاحش می‌کند.» (بیانات در تاریخ ۱۳۹۰/۱۰/۱۹) و هرج و مرج در جامعه چه از نظر سیاسی چه از نظر اجتماعی در وهله اول تبعات غیر قابل‌تحملی دارد (بیانات در تاریخ ۱۳۸۱/۱۱/۱۵).
۵. در فقه عامه نیز فقط حرمت سکوت منحصر به مواردی مانند سکوت شاهد که منجر به تضییع حق می‌شود نبوده است؛ در این خصوص؛ رک به: ابن جزئی: ۲۰۵؛ البهوتی: ج ۴، ۳۹۰ به نقل از: دراز، ۱۹۸۴: ۱۳۳.
۶. برای ملاحظه نظری که موضوع‌شناسی را عملی فقهاتی می‌انگارد ← خوبی، ۱۴۱۶: ج ۱، ۳۴۹.
۷. برای ملاحظه قاعده ← علم‌الهدی، ۱۴۰۵: ج ۲، ۲۴۶؛ السیوری، ۱۴۰۳: ۱۵؛ اردبیلی: ۴۳۹.
۸. ← الخمینی، ۱۴۱۵: ج ۲، ۱۸. افزون بر آنکه قاعده عدم خلو واقعه از حکم دللی ندارد، بلکه دلیل بر خلافش داریم (سبحانی، ۱۴۲۴: ج ۱، ۴۲۳).

منابع

قرآن کریم.

نهج البلاغه.

۱. ابن حنبل، احمد (۱۴۱۹)، *مسند احمد*، تحقیق گروه محققان، بیروت: عالم‌الکتاب، ط ۱.
۲. ابن کثیر، اسماعیل بن عمر (۱۹۷۷)، *البدایة و النهایة*، بیروت: مکتبه المعارف، ط ۱.
۳. ابن منظور، جمال‌الدین محمد بن مکرم (۱۴۰۸)، *لسان العرب*، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ط ۲.
۴. ابی داوود، سلیمان بن الأشعث (۱۴۱۰)، *سنن*، بیروت: دار الفکر، ط ۲.
۵. اجتهادی، ابوالقاسم (۱۳۶۳)، *بررسی وضع مالی و مالیه مسلمانان*، تهران: سروش.

۶. الاردبیلی، مولی احمد (بی تا)، زبده البیان، تهران: المكتبة المرتضوية، بی چا.
۷. امام خمینی، سید روح الله (۱۳۷۸)، صحیفه امام، تهران: مؤسسه آثار امام، چ ۵.
۸. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵)، المکاسب، قم: کنگره شیخ اعظم انصاری، ط ۲.
۹. آخوندی، محمود (۱۳۷۲)، آیین دادرسی کیفری، در کلیات و دعاوی ناشی از جرم، تهران: طبع و نشر، چ ۵.
۱۰. آشتیانی، میرزاحمد (۱۴۲۵)، القضاء، قم: کنگره علامه آشتیانی، ط ۲.
۱۱. باقری فرد، محمد حسین (۱۳۹۵)، درآمدی بر قانونگذاری فرهنگی: اصول و مبانی، تهران: خرسندی، چ ۱.
۱۲. بخش فرهنگی جامعه مدرسین (۱۳۸۱)، ربا، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۱۳. بندرچی، محمدعلی (۱۳۹۸)، «سکوت قانون و روش شکست آن»، دانشنامه های حقوقی، دوره ۲، شماره ۳، ۴۹ - ۶۳.
۱۴. تبریزی، میرزا فضل علی آقا (۱۳۸۷)، بحران دموکراسی در مجلس اول، یادداشت های میرزا فضل علی آقا تبریزی، تهران: نگاه معاصر، چ ۲.
۱۵. الترمذی، ابی عیسی محمد بن عیسی بن سوره (۱۴۰۳)، سنن الترمذی، بیروت: دار الفکر، چ ۲.
۱۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۰)، مقدمه عمومی علم حقوق، تهران: گنج دانش، چ ۲.
۱۷. _____ (۱۳۷۲)، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، چ ۶.
۱۸. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹)، تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل المسائل الشریعه، قم: مؤسسه آل البیت، ط ۳.
۱۹. حلبی، ابوصلاح تقی الدین (۱۴۰۳)، الکافی فی الفقه، به کوشش رضا استادی، اصفهان: کتابخانه امام امیرالمؤمنین (ع)، ط ۲.
۲۰. حلی، حسن بن یوسف (بی تا)، تذکره الفقهاء، قم: مؤسسه آل البیت، ط ۳.
۲۱. _____ (۱۴۲۲)، تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیة، قم: مؤسسه امام صادق، ط ۲.
۲۲. _____ (۱۴۱۷)، مختلف الشیعه، قم: الاعلام الاسلامی، ط ۱.
۲۳. الخمینی، السید روح الله (۱۴۱۵)، مناهج الوصول، قم: مؤسسه النشر للآثار، ط ۲.

٢٤. خویی، سید ابوالقاسم (١٤١٦)، مبانی تکملة المنهاج، قم: احیاء آثار الخوئی، ط ٢.
٢٥. _____ (١٣٨٦)، مصباح الاصول، نجف: مطبعة النجف، ج ٢.
٢٦. خیر حسب الرسول، محمد (٢٠٠١)، اثر القواعد الفقهية فی التشريع و التقنين الحديث، فی دراسات فی الاجتهاد و التقنين، ماليزيا: كلية الشريعة و القانون جامعة العلوم الاسلامية.
٢٧. دراز، رمزی (٢٠١١)، احكام السكوت فی الفقه الاسلامی، بیروت: الحلبي الحقوقية، ط ١.
٢٨. الزحيلي، محمد مصطفى (١٤٢٠)، التدرج فی التشريع و التطبيق فی الشريعة الإسلامية، بی جا: بی نا، ط ١.
٢٩. سبحانی، جعفر (١٤٢٤)، تهذيب الاصول، تقريرات درس امام خمینی، تهران: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ط ٢.
٣٠. سویلم، سامی ابراهیم (٢٠٠٧)، فقه التدرج فی تطبيق الاقتصاد الاسلامی، بی جا: بی نا، بی جا.
٣١. السیوری، الفاضل المقداد (١٤٠٣)، نضد القواعد الفقهية علی مذهب الامامية، قم: مكتبة المرعشی، ط ١.
٣٢. السيد السابق (بی تا)، فقه السنة، بیروت: دار الکتب العربی، بی جا: بی نا، بی جا.
٣٣. الشاطبي، ابراهیم بن موسی (١٤١٧)، الموافقات، تحقیق مشهور بن حسن آل سلمان، قاهره: دار ابن عفان، ط ١.
٣٤. الشافعی، محمد بن ادريس قريشي (١٣٢١)، الام، قاهره: دار المصریه، بی جا.
٣٥. شربناصي، رمضان علی سید (١٩٨٤)، السكوت و دلالاته علی احكام الشريعة، بیروت: دار الفكر العربی، ط ١.
٣٦. شریف، عبدالغفار محمد (١٩٩٩)، بحوث فقهيه معاصرة، لبنان: ابن حزم، ط ١.
٣٧. صدوق (١٤٠٦)، من لا يحضره الفقيه، بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ط ٢.
٣٨. طرابلسی، قاضی عبدالعزيز (بی تا)، المهذب، قم: انتشارات اسلامی، بی جا.
٣٩. طوسی (شیخ) (١٤٢٨)، المبسوط، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ط ٢.
٤٠. عاملی، محمد بن مکى (١٤١٧)، الدروس الشرعية، قم: جامعه مدرسين، ج ٢.
٤١. عاملی، محمد (١٤٠١)، وسائل الشيعه، قم: انتشارات اسلامی، ج ٥.

۴۲. عراقی، عبدالنبی (۱۳۸۰)، *المعالم الزلفی*، قم: المطبعة العلمية، ج ۲.
۴۳. علم الهدی، سید مرتضی (۱۴۰۵)، *رسائل*، قم: دار القرآن الکریم، ط ۲.
۴۴. _____ (۱۳۴۸)، *الذریعة*، تهران: دانشگاه تهران، ط ۱.
۴۵. علی دوست، ابوالقاسم (۱۳۸۴)، «تبعیت یا عدم تبعیت احکام از مصالح و مفسدات واقعی»، *فقه و حقوق*، شماره ۶، ۱ - ۱۹.
۴۶. _____ (۱۳۸۱)، *فقه و عقل*، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ج ۱.
۴۷. فاضل هندی، محمد (۱۴۱۷)، *کشف اللثام*، قم: جامعه مدرسین، ط ۱.
۴۸. فیض کاشانی، محمدحسن (۱۴۰۱)، *مفاتیح الشرائع*، بی جا: مجمع الذخائر الاسلامیه، ط ۱.
۴۹. القرضاوی، یوسف (۱۴۲۹)، *السیاسة الشرعية فی ضوء نصوص الشریعة و مقاصدها*، القاهرة: مکتبة وهبة، ط ۳.
۵۰. القطان، مناع (۲۰۰۱)، *تاریخ التشريع الاسلامی*، القاهرة: مکتبة وهبة، ط ۵.
۵۱. القمی، محمدحسن (۱۴۲۸)، «قاعدة نفی الخلو»، *دراسات اصولیة، السنة الثالثة، العدد التاسع*، ۱۵۲ - ۱۹۰.
۵۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، *اثبات و دلیل اثبات*، تهران: میزان، ج ۳.
۵۳. کاشف الغطاء، جعفر (۱۴۲۳) *کشف الغطاء*، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ط ۲.
۵۴. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۳۸۸)، *الکافی*، تهران: دار الکتب الاسلامیه، ج ۳.
۵۵. مجلسی اصفهانی، محمدباقر (۱۴۰۱)، *بحار الانوار*، بیروت: مؤسسه الطبع، ط ۲.
۵۶. معرفت، محمدهادی (۱۳۸۴)، *علوم قرآنی*، قم: مؤسسه فرهنگی تمهید، ج ۶.
۵۷. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۵)، *انوار الفقاهة*، قم: مدرسه امام علی (ع)، ج ۳.
۵۸. المودودی، ابوالاعلی (۱۳۹۵)، *القانون الاسلامی و طرق تنفیذه*، بیروت: مؤسسه الرساله، ط ۲.
۵۹. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۴۲۳)، *فقه القضاء*، قم: بی نا، ج ۲.
۶۰. موسویان، سید عباس (۱۳۸۴)، «ثمرات فقهی یا اقتصادی دفعی یا تدریجی بودن ربا»، *اقتصاد اسلامی*، شماره اول، ۸۷ - ۱۰۹.
۶۱. میرزای قمی، ابوالقاسم (۱۳۷۸)، *قوانین الاصول*، تهران: بی نا، ج ۲.

۶۲. نجفی، شیخ محمدحسن (۱۹۸۱)، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت: دار الاحیاء التراث العربی، ج ۷.
۶۳. نراقی، احمد (۱۳۷۵)، *عوائد الایام*، قم: مکتب الاعلام الاسلامی، ط ۱.
۶۴. الهام، غلام حسین؛ رضا زهروی (۱۳۹۶)، «بررسی تطبیقی چالش‌های ناشی از سکوت قانون»، *حقوق تطبیقی*، دوره ۸، شماره ۲، ۴۴۳ - ۴۷۳.



References

The Holy Quran

Nahj Al-Balaghah

1. Ibn Hanbal, Ahmad (1998), Musnad Ahmad, Group of Researchers' Research, Beirut: Alam al-Kitab, vol.1.
2. Ibn Kathir, Ismail Ibn Umar (1977), Al-Bidayah va Al-Nahayah, Beirut: Al-Maarif Library, Volume 1.
3. Ibn Manzoor, Jamal al-Din Muhammad bin Makram (1987), Lisan al-Arab, Beirut: Dar Ihya al-Tarath al-Arabi, Volume 2.
4. Abi Dawood, Suleiman ibn al-Ashaath (1989), Sunan, Beirut: Dar al-Fakr, vol.2.
5. Ijtihadi, Abulqasem (1984), review of the financial situation and finances of Muslims, Tehran: Soroush, vol.1.
6. Al-Ardabili, Molly Ahmed, Zubda-Al-Bayan, Tehran: Al-Maktab Al-Mortazawieh.
7. Imam Khomeini, Seyyed Ruhollah (1998), Sahifeh Imam, Tehran: Institute of Imam's Works, Vol. 5.
8. Ansari, Morteza (1994), Al-Makasab, Qom: Congress of Sheikh Azam Ansari, Vol 2.
9. Akhundi, Mahmoud (1993), Ayine Dadrasi Keyfari: Dar Da'avi Nashi az Jorm, Tehran: Taba and Nash, vol. 5.
10. Ashtiani, Mirza Mohammad (2004), Al-Qada, Qom: Congress of Allameh Ashtiani, Vol. 2.
11. Bagheri Fard, Mohammad Hossein (2015), DarAmadi bar Ghanoongozari Farhangi: Osool va Mabani, Tehran: Khorsandi, vol 1.
12. The cultural section of the community of teachers (2001), Raba, Qom: Islamic Propaganda Office, Vol. 1.
13. Bandarchi, Mohammad Reza (2018), " The Silence of the Law and the Method of its Defeat ", Legal Encyclopedias, Vol. 2, Number 3, 49-63.
14. Tabrizi, Mirza Fazalali Agha (2008), Bohrane Democracy dar Majlise Avval: Yaddashthaye Mirza Fazl Ali Agha Tabrizi, Tehran: Contemporary View, Vol. 2.
15. Al-Tirmidhi, Abi Isa Muhammad bin Isa bin Surah (1983), Sunan al-Tirmidhi, Beirut: Dar al-Fakr, vol.2.
16. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar (2001), Moghadame Omoomi Elme Hoghoogh, Tehran: Ganj Danesh, Vol.2.
17. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar (1993), Terminology Hoghoogh, Tehran: Ganj Danesh, vol. 6.

-
18. Hur Ameli, Muhammad bin Hasan (1988), Tafsil Vasael Al-Shi'a ela Tahsil al-Mas'il al-Shari'a, Qom: Al-Al-Bayt Institute, vol. 3.
19. Halabi, Abu Salah Taqi-al-Din (1983), Al-Kafi fi Fiqh, with the efforts of Reza Ustadi, Isfahan: Library of Imam Amirul Momineen (AS), vol. 2.
20. Heli, Hasan Ibn Yusuf, Tazkira al-Foqaha, Qom: Al-Al-Bayt Institute, vol. 3.
21. Heli, Hasan Ibn Yusuf (2001), Tahrir al-Hakam-al-Shariyah Ala Madhhab-al-Imamiyah, Qom: Imam Sadiq Institute, vol.2.
22. Heli, Hasan Ibn Yusuf (1996), Mokhtalaf Al-Shia'i, Qom: Al-Alam al-Islami, Vol 1.
23. Al-Khomeini, Al-Sayyed Ruhollah (1994), Manahij al-Araqi, Qom: Institute of Al-Nashar Le-Athar, Vol. 2.
24. Khoui, Seyyed Abu-Al-qasem (2005), Mabani Takmala al-Menhaj, Qom: Revival of Al-Khoui's Works, Vol. 2.
25. Khoei, Seyyed Abu-Al-qasem (2007), Misbah-ul-Asul, Najaf: Al-Najaf Press, Vol.2.
26. Khair Hassab al-Rasoul, Muhammad (2001), The effect of al-Qavaed al-Fiqhiyyah fi al-Tashri and al-Taqqinin al-Hadith, in Darasat fi Ijtihad and al-Taqqinin, Malaysia: Al-Sharia and Al-Qunun Jamiat al-Uloom al-Islamiyya.
27. Daraz, Ramzi (2011), The rules of silence in al-Islamic jurisprudence, Beirut: Al-Halabi al-Haqjuyyah, vol.1.
28. Al-Zahili, Muhammad Mustafa (1999), al-Tadaroj fi al-Tashri va al-Taghnin fi al-Sharia al-Islami, vol.1.
29. Sobhani, Jafar (2003), Tahzeeb al-Asul, Lectures of Imam Khomeini, Tehran: Institute for Editing and Publishing the Works of Imam Khomeini, Vol. 2.
30. Suvaylem, Sami Ibrahim (2007), Jurisprudence of Gradation in the Application of Islamic Economy.
31. Al-Siyuri, Al-Fadel al-Maqdad (1982), Nazd al-Qawaed al-Fiqhih Ala Madhhab-ul-Imamiya, Qom: Maktaba Al-Marashi, Vol. 1.
32. Al-Sayed al-Al-Sabegh, Fiqh Al-Sunnah, Beirut: Dar al-Kitab al-Arabi.
33. Al-Shatabi, Ibrahim ibn Musa (1996), al-Mowafeqat, the famous research of ibn Hassan al-Salman, Cairo: Dar Ibn Affan, vol. 1.
34. Al-Shafea'i, Muhammad Ibn Idris Qureshi (1903), Al-Alam, Cairo: Dar al-Masriyyah.
35. Sharbanasi, Ramadan Ali Seyyed (1984), Al-Sukut wa Dalalat Ala Ahkam al-Sharia, Beirut: Dar al-Fikr al-Arabi, vol. 1.



36. Sharif, Abdul Ghafar Mohammad (1999), Buhuth Fiqhiyah Moaserah, Lebanon: Ibn Hazm, vol.1.
37. Sadouq (1984), Man La Yahzorho Al-Faqih, Beirut: Est. Al-Alami Press, Vol. 2
38. Tarablosi, Gazi Abdul Aziz, Al-Muhadzb, Qom: Islamic Publications.
39. Tusi (Sheikh) (2007), Al-Mabsut, Qom: Al-Nashr al-Islami Foundation, Vol. 2.
40. Ameli, Muhammad Ibn Makki (1996), Al-Duros al-Sharia, Qom: Jamia Modaresin, Vol. 2 .
41. Ameli, Muhammad (1980), Wasael al-Shia, Qom: Islamic Publications, Vol. 5.
42. Iraqi, Abdul Nabi (1960), Al-Maalem Al-Zolfa, Qom: Al-Matbaa Al-Alamiya, Vol.2.
43. Alam Al-Huda, Seyyed Morteza (1984), Rasa'il, Qom: Dar al-Qur'an al-Karim, vol.2.
44. Alam Al-Huda, Syed Morteza (1929), Al-Dhari'a, Tehran: University of Tehran, Vol. 1.
45. Alidoost, Abulqasem (2004), " Dependence or Non-dependence of Religious Rules on Real Interests and Losses", Journal of Jurisprudence and Law, No. 6, 1-19.
46. Alidoost, Abulqasem (2002), Fiqh va Aghl, Tehran: Research Institute of Islamic Culture and Thought, Vol.1.
47. Fazel Hendi, Muhammad (1996), Kashf Ul-Latham, Qom: Jamia Modaresin, Vol. 1.
48. Feiz Kashani, Muhammad Mohsen (1980), Mafatih-al-Shari'e, Majma-ul-Zhakhaer al-Islamiya, Vol. 1.
49. Al-Qaradawi, Yusuf (2008), Al-Syasa al-Sharia Fi Zaue Nusus Al-Sharia Va Maqasedoha, Cairo: Maktaba Wahba, Vol. 3.
50. Al-Qatan, Mana (2001), Tarikh-ul-Tashri-ul-Islami, Cairo: Maktaba Wahba, vol.5.
51. Al-Qomi, Muhammad Hassan (2007), "Qa'ida Nafi al-Kholovv", Derasat Usuliya, Sunnah al-Arah, No. 9, 152-190.
52. Katouzian, Nasser (2005), Esbat va Dalil-e Esbat, Tehran: Mizan, vol. 3.
53. Kashef al-Ghita, Jafar, Kashf al-Ghita, Qom: Office of Islamic Propaganda, Vol. 2.
54. Koleini, Muhammad Ibn Yaqoob (1968), Al-Kafi, Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiya, Vol.3.
55. Majlesi Esfahani, Mohammad Baqer (1980), Bihar al-Anwar, Beirut: Al-Tabb Institute, vol.2.

-
56. Maarefat, Mohammad Hadi (2004), Quranic Sciences, Qom: Tamhid Cultural Institute, Vol.6.
57. Makarem Shirazi, Nasser (2004), Anwar al-Faqaha, Qom: Imam Ali (a.s.) school, 1425, Vol. 3.
58. Al-Moodudi, Abul-Ali (2015), Al-Qunun al-Islami and Torogh-e-Tanfizeh, Beirut: Al-Rasalah Institute, Vol. 2.
59. Mousavi Ardabili, Seyyed Abdul Karim (2002), Fiqh-al-Qaza, Qom, vol. 2.
60. Mousaviyan, Seyyed Abbas (2004), "Samarate Fiqhi ya Eghtesadie Daf'ei ya Tadriji Boodane Riba", Islamic Economics Quarterly, vol. 1, 87-109.
61. Mirzai Qomi, Abu al-Qasim (1958), Gavanin Al-Usul, Tehran, Vol. 2.
62. Najafi, Sheikh Mohammad Hassan (1981), Jawaher al-Kalam Fi Sharh Sharaee al-Islam.
63. Naraghi, Ahmed (1996), Awaed Al-Ayam, Qom: Maktab Al-Alam al-Islami, Vol. 1.
64. Elham, Gholamhossein, Reza Zahravi (2016), " A Comparative Analysis of the Challenges Posed by the Silence of the Law in the Iranian Criminal Law and Jurisprudence ", Comparative Law Review, Vol. 8, N. 2, 473-443.

اصل شفافیت در فرایند قانون‌گذاری جمهوری اسلامی ایران و جمهوری فدرال آلمان، بررسی موردی مشارکت عمومی

خیراله پروین^{۱*}، محمدمهدی سیفی^{۲**}

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۳/۲۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۶/۰۵

نوع مقاله: پژوهشی

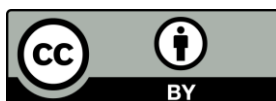
DOI: 10.22034/qjplk.2023.1604.1487

چکیده

قانون‌گذاری یکی از شئون حکمرانی است و شفافیت یکی از عناصر حکمرانی خوب. شفافیت در قانون‌گذاری با مؤلفه‌هایی شناخته می‌شود که مهم‌ترین آن‌ها نقش مشارکت مردم در قانون‌گذاری است. به هر میزان مشارکت عمومی در امری بیشتر باشد شفافیت در آن بیشتر نمایان است. این مقاله درصدد بود، با استفاده از روش بررسی مقایسه‌ای، به توضیح و توصیف شفافیت در فرایند قانون‌گذاری جمهوری اسلامی ایران و جمهوری فدرال آلمان در پنج مرحله «ابتکار پیشنهاد قانون»، «بررسی کمیسیون‌ها»، «بررسی صحن علنی»، «تصمیم نهایی»، و «امضا و انتشار قانون» بپردازد. از مسیر این بررسی مقایسه‌ای این نتیجه به دست آمد که خلأهای شفافیت در فرایند تقنین جمهوری اسلامی ایران در زمینه استماع‌ات عمومی، اعمال نظر گروه‌های ذی‌نفع، وتوی عمومی به عنوان مصادیقی از مشارکت مستقیم مردم در قانون‌گذاری است. در نهایت پیشنهاد شد موارد یادشده در فرآیند تقنین جمهوری اسلامی ایران، به منظور بهبود شفافیت، تدارک دیده شود.

واژگان کلیدی: جمهوری اسلامی ایران، جمهوری فدرال آلمان، شفافیت، قانون‌گذاری، مشارکت عمومی

۱. استاد تمام گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران
* Email: khparvin@ut.ac.ir
۲. دانشجوی مقطع دکتری حقوق عمومی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول)
** Email: m.seyfi313@gmail.com



مقدمه

حقوق عمومی به عنوان شاخه‌ای از دریای بی‌کران حقوق حاوی موضوعات بدیعی است که در توسعه و پیشرفت کشورها حائز اهمیت است. حکمرانی خوب یکی از موضوعات قابل تحقیق در عرصه حقوق عمومی است و شفافیت به عنوان یک موضوع میان‌رشته‌ای شاخصی از حکمرانی خوب شناخته می‌شود. حکمرانی خوب مفهومی است که با مفاهیم و عبارت‌هایی چون دموکراسی، جامعه مدنی، مشارکت عمومی و حقوق انسان، و توسعه اجتماعی و پایدار معنی می‌شود (OKot-uma & rogers, 2001: 3). یونسکو در سال ۲۰۰۲ در تعریفی که از حکمرانی خوب ارائه می‌دهد آن را به معنای سازوکارها، فرایندها، و نهادهایی تعریف می‌کند که به واسطه آنها شهروندان، گروه‌ها، و نهادهای مدنی منافع مدنی خود را دنبال می‌کنند و حقوق مدنی خود را به اجرا درمی‌آورند و تعهداتشان را برآورده می‌کنند. ویژگی‌های اساسی حکمرانی خوب در بیان کمیسیون حقوقی سازمان ملل طی قطعنامه شماره ۲۰۰۰ بدین شرح است: شفافیت^۱، مسئولیت^۲، پاسخگویی^۳، مشارکت^۴، حاکمیت قانون^۵، انعطاف‌پذیری^۶. همچنین شفافیت موضوعی محوری در حکومت‌های مردم‌سالار کنونی و اصلاح اداره عمومی است تا جایی که دسترسی آزادانه به اطلاعات و علنی بودن آن را شرط مقدم مقابله با فساد و تقویت پاسخگویی مقام‌های عمومی دانسته‌اند (پدرام، ۱۳۸۱: ۸۶). بنابراین شفافیت نقش ویژه‌ای در برقراری حکمرانی خوب دارد و یکی از اصول حکمرانی خوب محسوب می‌شود (Hood, & Heald, 2006).

از طرفی، در یک تقسیم‌شکلی، تقنین یکی از شئون حکمرانی محسوب می‌شود که رعایت اصل شفافیت در هر یک از شئون می‌تواند حکمرانی خوب را به ایده‌آل خود نزدیک کند. در واقع، در یک ترسیم ماتریسی، امر تقنین و امر قضا و امر اجرا به عنوان شئون حکمرانی در یک ضلع جدول و شفافیت، مسئولیت، پاسخگویی، انعطاف‌پذیری، و ... به عنوان ویژگی‌های حکمرانی خوب در ضلع دیگر جدول قرار می‌گیرد که این مقاله درصدد پژوهش درباره یکی از خانه‌های این ماتریس، یعنی بررسی و تحلیل «شفافیت در امر تقنین»، برآمده است و در این موضوع نیز یکی از مؤلفه‌های شفافیت، یعنی مشارکت مستقیم مردم در امر تقنین، را مورد بررسی قرار داده است.

در مقاله حاضر و با توجه به ماهیت مطالعه و تطبیق جایگاه شفافیت در فرایند قانون‌گذاری میان دو کشور، جهت گردآوری داده‌ها، از روش کتابخانه‌ای و اسنادی استفاده شد. برای تحلیل داده‌ها نیز از آنجا که قرار است این مقایسه میان دو کشور جمهوری اسلامی ایران و جمهوری فدرال آلمان صورت گیرد روش تطبیقی به کار گرفته شد تا با استفاده از این روش فرایند

یادشده در هر دو کشور با هم مقایسه شود. برای این تطبیق و مقایسه باید مؤلفه‌هایی وجود داشته باشد که زوایای بحث را مشخص کند و فرایند مقایسه را کامل سازد.

حسن روش مقایسه‌ای در این است که در مورد ساختار حقوقی و سیاستی کشورها کاربرد مناسبی دارد. در باب تعریف این روش به‌اجمال می‌توان گفت که روش مقایسه‌ای روشی است جهت استنباط علمی از طریق نظام‌مند کردن وجوه اشتراک و افتراق پدیده‌های اجتماعی با یک‌دیگر (کوثری، ۱۳۹۰: ۲۵۵). روش مقایسه‌ای چهار هدف را دنبال می‌کند. به عبارت دیگر برای نیل به یکی از این چهار هدف می‌توان از روش مقایسه‌ای بهره جست: توصیف زمینه‌ای، طبقه‌بندی، آزمون فرضیه‌ها، پیش‌بینی (کوثری، ۱۳۹۰: ۲۵۶) که تحقیق حاضر از سنخ توصیف زمینه‌ای است. چون درصدد مقایسه مفهوم شفافیت در میان سپهر اندیشه‌ها و نظریات سیاسی قدیم و جدید است و از خلال مقایسه آن‌ها به شناخت بیشتر و بهتر و دقیق‌تر شفافیت در فرایند قانون‌گذاری نائل خواهد آمد.

بدین منظور در این مقاله بررسی مقایسه‌ای در فرایند قانون‌گذاری در دو کشور صورت می‌گیرد. این فرایند دارای پنج مرحله «ابتکار پیشنهاد قانون»، «بررسی کمیسیون‌ها»، «بررسی صحن علنی»، «تصمیم نهایی»، «امضا و انتشار قانون» است. گام‌های اجرای این روش نیز بدین صورت است که در هر مرحله ابتدا شیوه اجرای آن مرحله در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران مورد بررسی قرار می‌گیرد. در گام دوم همین مسیر در نظام حقوقی جمهوری فدرال آلمان طی می‌شود. در گام سوم به تحلیل و بررسی تطبیقی شباهت‌ها و تفاوت‌های این دو نظام حقوقی در هر مرحله پرداخته می‌شود. در نهایت، این مسیر کمک خواهد کرد تا ضمن شناسایی خلأهای شفافیت در فرایند قانون‌گذاری جمهوری اسلامی ایران از ایده‌های شفافیت در فرایند قانون‌گذاری در جمهوری فدرال آلمان برای ارتقای نظام قانون‌گذاری جمهوری اسلامی ایران بهره‌مند شد.

گفتنی است بررسی مقایسه‌ای انجام‌شده در این مقاله به صورت مزجی نگارش یافته است. زیرا مطالعه تطبیقی غیر مزجی در جایی مناسب است که تفاوت بین دو موضوع زیاد باشد و تفکیک آن‌ها و ارائه تصویری روشن از هر یک مد نظر باشد. ولی در مواردی که می‌توان سامان مشخصی در میان دو موضوع یافت بررسی مزجی اثربخش‌تر است. بنابراین در این مقاله چون موضوع شفافیت در فرایند قانون‌گذاری دارای نوعی سامان‌دهی مشخص قابل بیان است شیوه بررسی مزجی انتخاب شده و موضوع شفافیت در دو نظام قانون‌گذاری جمهوری اسلامی ایران و جمهوری فدرال آلمان در ذیل هر عنوان بررسی شده و وجوه اشتراک و اختلاف آن‌ها به دست آمده است.

در بیان پیشینه و سابقه این پژوهش نیز گفتنی است که موضوع شفافیت یکی از موضوعات نوظهور و میان‌رشته‌ای است که با توجه به اهمیت آن در حقوق عمومی در سال‌های اخیر بسیار مورد توجه قرار گرفته است. بین‌رشته‌ای بودن موضوع شفافیت منجر به مقالاتی در حوزه مدیریت و علوم سیاسی و حقوق شده است. مقاله «تبیین مفهوم و کاربرد شفافیت در عرصه حکمرانی و اداره امور دولتی» به مطالعه پژوهش‌ها و تجربیات در حوزه شفافیت و مصادیق کاربردی- از جمله شفافیت در قراردادهای شفافیت جلسات شورایی، ارزیابی کارکنان، عملکرد- پرداخته است. در خصوص آزادی اطلاعات و حق دسترسی به اطلاعات نیز مقالات علمی- پژوهشی از جمله مقاله «مبانی حق دسترسی شهروندان به اسناد اطلاعاتی دولتی» نگارش شده است. در زمینه قانون‌گذاری نیز مقاله‌ای علمی- پژوهشی با عنوان «شفافیت به مثابه عنصری بایسته در اداره خوب مجلس شورای اسلامی» ناظر به اداره خوب تدوین شده است. اما هیچ‌یک از مقالات نام‌برده در زمینه اصل شفافیت در فرایند قانون‌گذاری موضوع را بررسی و تحلیل نکرده‌اند.

در این مقاله، ضمن بیان جزئیاتی در خصوص اصل شفافیت و بیان عناصر و مؤلفه‌های آن، فرایند تقنین در جمهوری اسلامی ایران و جمهوری فدرال آلمان به صورت مزجی مورد مقایسه قرار گرفته است و به این سؤال پاسخ داده می‌شود که چگونه شفافیت در فرایند قانون‌گذاری جمهوری اسلامی ایران و جمهوری فدرال آلمان از طریق مشارکت عمومی محقق می‌شود. در این بررسی و تحلیل عنصر مشارکت مردم به عنوان یکی از مؤلفه‌های شفافیت در تک تک فرایندها و مراحل قانون‌گذاری موشکافی شده است.

۱. مفهوم‌شناسی شفافیت

در شروع بحث ارائه تعریفی از مفاهیم مورد استفاده در انتقال مفهوم به مخاطب بسیار کمک‌کننده خواهد بود. به همین منظور ضمن اشاره مختصر به معنای لغوی شفافیت معنای اصطلاحی آن شرح داده می‌شود.

۱-۱. تعریف شفافیت

شفافیت از ریشه «شف» و به معنای شفاف بودن و تابانی و درخشانی است (دهخدا، ۱۳۷۷). در تعریف دیگر، شفافیت به معنای «ویژگی هر چیز لطیف و نازک که از پشت آن اشیای دیگر نمایان باشند، مانند بلور و شیشه» به کار رفته است (عمید، ۱۳۸۹: ۷۰۲). این واژه معادل کلمه «transparency» است که بیشتر در مباحث حکمرانی استفاده می‌شود و ریشه لاتین آن عبارت است از «transparere» که از دو بخش «trans» به اضافه «parere» تشکیل شده است. کلمه «trans» به معنای «درون» است و کلمه «parere» برگرفته از لغت «appear» به معنای «آشکار»

است (Harper, 2007). برخی دیگر در معنای این کلمه بر آن‌اند که این واژه از «Trans» به معنای «حرکت و جنبش» و واژه «parent» به معنای «قابل مشاهده» ترکیب شده است (الویر، ۲۰۰۴). عده‌ای دیگر بر این باورند که این واژه از دو ریشه لاتین «Trans» به معنای «از میان» و واژه «parere» به مفهوم «نمایان‌شده» اشتقاق یافته است (کارل هینز، ۲۰۰۴) و در نهایت می‌توان «Transparency» را به معنای لغوی «آشکارکننده درون» معنا کرد.

سازمان شفافیت بین‌الملل نیز در تعریف شفافیت می‌گوید شفافیت اصلی است که افراد بتوانند از تصمیمات اداری و معاملات تجاری و امور خیریه‌ای که زندگی آن‌ها را تحت تأثیر قرار می‌دهد مطلع شوند و وظیفه مسئولان و مدیران دولتی این است که رفتارشان قابل رؤیت و قابل پیش‌بینی و قابل درک باشد (سازمان شفافیت بین‌الملل، ۲۰۱۵). شفافیت تضمین می‌کند که مسئولان، خدمتگزاران عمومی، مدیران، اعضای هیئت مدیره، و صاحبان کسب‌وکار به صورت قابل رؤیت و قابل فهم فعالیت می‌کنند و گزارش اقداماتشان انتشار می‌یابد.

شفافیت در مورد آشکار بودن و در دسترس بودن اطلاعات و داده‌ها و رویه‌ها جهت بررسی و نظارت بر آن‌ها به کار می‌رود (اسکوئر، ۲۰۱۱) و شفافیت یعنی حق مردم برای دسترسی به اطلاعات عمومی (بوذرجمهری و هرنندی، ۱۳۹۵: ۱۸). به صورت پیش‌فرض اطلاعات عمومی باید در دسترس همه مردم قرار گیرد. چون دانستن آن‌ها «حق» مردم تلقی شده است (بوذرجمهری و ثنایی، ۱۳۹۴: ۱۶) و این دسترسی به اطلاعات و انتشار اطلاعات به صورت قاعده‌مند^۷ و دقیق^۸ (Mitchell, 1998) را شفافیت می‌نامند. در یک تعریف، شفافیت وضوح و اثربخشی فعالیت‌ها با تأثیر بر سیاست عمومی (Drabek & Payne, 2002) تعریف شده است و در تعریفی دیگر می‌توان به این عبارت اشاره کرد که جریان اطلاعات قابل اتکا^۹ و به‌هنگام^{۱۰} اقتصادی، اجتماعی، و سیاسی که برای همه ذی‌نفعان مرتبط در دسترس^{۱۱} باشد (Bellver & Kaufmann, 2005) شفافیت نامیده می‌شود.

با این تعاریف مشخص می‌شود که شفافیت در مقابل پنهان و پنهان‌کاری به کار می‌رود. به عبارت ساده‌تر، هر چیزی از دید عموم پنهان نباشد معنای شفافیت را می‌رساند. به بیان دیگر در شفافیت اصل بر این است که «اعمالی که با حق دیگران ارتباط دارد، اگر اصل پایه‌ای این اعمال اجازه در منظر عموم قرار گرفتن را ندهد، ضد حق و قانون است.» (Cahmbers, 2004). بر این اساس شفافیت به معنای اعطای حق اطلاعاتی مردم به آن‌هاست و ارائه اطلاعات مناسب در زمان مناسب، با کیفیت مناسب، و به افراد مناسب مبنای آن است. بنابراین ارائه اطلاعاتی از حاکمیت که آگاهی از آن حق مردم است رکن شفافیت را تشکیل می‌دهد. می‌توان تبیین کرد که اطلاعات تولیدشده به وسیله شهروندان یا به نمایندگی از آن‌ها به

مثابه جریان خون و عامل حیات اقتصاد و ملت است. دولت وظیفه دارد با این اطلاعات به عنوان دارایی و سرمایه ملی رفتار کند (T. O'Reilly, 2011). به صورت پیش فرض اطلاعات عمومی، جز مواردی که شفافیت عمومی ایجاد ضرر می‌کند، باید در دسترس همه مردم قرار گیرد. چون دانستن آن‌ها «حق» مردم تلقی شده است (بوذرجمهری و ثنایی، ۱۳۹۴: ۱۶). بر این اساس، شفافیت الزاماً به معنای ارائه اطلاعات مناسب و نه همه اطلاعات به افراد است. در بررسی تعاریف بیان شده می‌توان قدر متیقن تعاریف را دسترسی به اطلاعات بیان کرد و دسترسی به اطلاعات را کلیدواژه رسیدن به مفهوم شفافیت در نظر گرفت. بدین صورت که اولاً شفافیت به عنوان ارزشی همگانی برای مقابله با فساد پذیرفته شده است که این یعنی پاسخگویی در ورای شفافیت پنهان است. ثانیاً شفافیت مترادف با تصمیم‌گیری باز^{۱۲} توسط دولت‌ها و سازمان‌های غیرانتفاعی است و همان‌طور که باز بودن^{۱۳} و آشکار بودن را تقویت می‌کند نگرانی‌ها درباره محرمانگی و حریم‌ها را تشدید می‌کند. ثالثاً شفافیت ابزاری مرکب از نظارت خوب بر برنامه‌ها، سیاست‌ها، سازمان‌ها، و کشورها است و سیاست‌گذاران شفافیت را همراه پاسخگویی و کارایی و اثربخشی ایجاد می‌کنند (ball, 2009). تحلیل انجام‌شده این نتیجه را می‌دهد که این معانی طرز رفتار روزانه اعضای سازمان‌ها را و همچنین نحوه شکل‌گیری و ایجاد سیاست‌ها را تحت تأثیر قرار می‌دهد. شفافیت در حال تبدیل شدن به حاکمیتی غیر رسمی و اغلب مشروع و قانونی توسط عموم مردم است.

۲-۱. ضرورت شفافیت

در خصوص ضرورت شفافیت دلایلی مطرح می‌شود که بدون آن عوامل پایداری یک حکومت ممکن است دچار تزلزل شود. عدم شفافیت و نیز فقدان آزادی اطلاعات و طفره رفتن از شناسایی آن معلول وجود فرهنگ اسرارگرایی در بسیاری از حکومت‌های جهان است (انصاری، ۱۳۸۷: ۱۵۱). فرایند تقنین (که موضوع محوری این مقاله است) یکی از ارکان مهم یک حکومت است و شفافیت در آن بنا بر آنچه در ادامه می‌آید یک ضرورت محسوب می‌شود.

الف) پیش شرط نظارت و کنترل آگاهی و بصیرت ناظر و کنترل‌کننده بیرونی است. هر چه بصیرت عمومی افزایش پیدا کند زمینه‌های فساد کاهش می‌یابد یا از بین می‌رود (Berge, 2000). در محیط‌های غیر شفاف و مبهم، امکان کجروی افزایش می‌یابد و انجام دادن رفتارهای فسادآلود تسهیل می‌شود (کمالی، ۱۳۹۲: ۱۴). در فرایند قانون‌گذاری نیز نظارت بر این فرایند و آگاهی کنترل‌کننده بیرونی (به‌خصوص اگر مردم هم ناظر بیرونی باشند) آن‌قدر ضرورت می‌یابد که اتاق تقنین را به اتاقی شیشه‌ای مبدل می‌کند تا با شفاف کردن فرایند زمینه‌های فساد را کاهش دهد یا از بین ببرد.

ب) افزایش عقلانیت و کارآمدی فرایندهای تصمیم‌سازی و در نتیجه اعتماد عمومی. تمایل به ارتقای کارشناسی و کارایی در فرایند تصمیم‌گیری عمومی به‌خصوص در زمینه قانون‌گذاری از نتایج دیگر شفافیت است. علنی بودن و به‌ویژه پاسخگویی در برابر انتقادات شرکت‌کنندگان در بحث را تشویق می‌کند تا در باورها و استدلال‌های خود بیشتر دقت کنند. در حقیقت، بحث در ملاء عام معمولاً بیان دقیق موضع، دفاع از آن در برابر استدلال‌های نامنتظره مخالف، در نظر گرفتن دیدگاه‌های مخالف، آشکار کردن مراحل استدلالی بیان، و اظهار صریح اصولی را که فرد به آن‌ها متوسل می‌شود ضروری می‌سازد (Verhoeven, 2000). طبیعتاً در موضوع تقنین و فرایند آن این شفافیت جدی‌تر است.

پ) تقویت مشارکت فعال شهروندان در امور سیاسی. شفافیت یکی از شروط اساسی برای جهت‌گیری اراده اشخاص است که این اراده برای ایجاد جامعه مردم‌سالار نقشی حیاتی دارد. بنابراین شفافیت پیش‌شرطی برای مشارکت شهروندان در نظام سیاسی است. به همین دلیل به نظر می‌رسد شفافیت و مردم‌سالاری دو اصل ملازم همدیگر هستند (Curtin, 1996) که برای تداوم یک حکومت مردم‌سالار ضرورت دارند. چون جوهر مردم‌سالاری را آگاهی مردم شکل می‌دهد و وظیفه حاکم به عنوان امانت‌دار مردم این است که مسائل جامعه را به گونه شفاف و صادقانه با مردم در میان بگذارد (طاهری و همکاران، ۱۳۹۸: ۸۱). زیرا جامعه بر اساس برخی پیش‌فرض‌های مبتنی بر اعتماد عمل می‌کند و اعتماد در یک فضای شفاف می‌تواند به بهترین وجه شکل بگیرد (ضمیری، ۱۳۸۹: ۱۸۵). به همین سبب نظارت، کارآمدی، و مشارکت فعال شهروندان سه ضرورت وجود شفافیت است.

۲. شفافیت در فرایند قانون‌گذاری

قانون کارکردهای متنوعی دارد که یکی از آن‌ها بیان ارزش‌ها و یکی دیگر حل و فصل مشکلات و مسائل است (انگ، ۱۳۹۲: ۹۱). اگر مسیر و مراحل قانون‌گذاری مشکل‌دار باشد نمی‌تواند مشکل‌گشا باشد. مرحله‌ای که یک متن پیشنهادی به یک متن قانونی تبدیل می‌شود شامل سه مرحله تصویب و امضا و انتشار است و پس از آن به صورت قاعده حقوقی درمی‌آید (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۳۱) و لازم‌الاجرا می‌شود که اگر با شفافیت همراه باشد چه‌بسا بتواند حکمرانی خوب را پدید آورد. تقنین یکی از شئون حکمرانی است و مشارکت مردم یکی از مؤلفه‌های شفافیت است که اگر در تک‌تک فرایندهای قانون‌گذاری از مرحله ابتکار پیشنهاد قانون تا مرحله امضا و انتشار قانون وجود مؤثری داشته باشد می‌تواند شفافیت در حکمرانی را به ایده‌آل خود نزدیک کند. مشارکت مردم همانند شفافیت در انتخاب نیروی انسانی، شفافیت در هزینه‌های انجام‌شده، زمان شفافیت، مکان شفافیت از مؤلفه‌های شفافیت محسوب می‌شود

که بررسی مشارکت مردم در فرایند قانون‌گذاری موضوع مورد پژوهش این مقاله است.

۳. مشارکت مستقیم مردم در ابتکار پیشنهاد قانون

ابتکار پیشنهاد قانون در تعریفی کلی به معنای آن است که متنی برای وضع یا اصلاح قانون به مرجع قانون‌گذاری پیشنهاد شود. در این مرحله که نخستین مرحله از مراحل قانون‌گذاری به شمار می‌رود مرجعی که در روند شکل‌گیری پیشنهاد قانونی نقش مهم‌تری ایفا می‌کند ابتکار عمل را در پیشنهاد طرح یا لایحه قانونی به دست می‌گیرد. قدرت اصلی در شکل‌گیری محورهای اصلی یک قانون است و نقش اصلی را در تعیین محورهای یک قانون دارد. بنابراین ابتکار پیشنهاد قانون و تصویب آن با همکاری جمعی مقامات و مسئولان دولتی و نمایندگان مجلس و با به کار انداختن استعدادها و به‌کارگیری روش‌ها و تشریفات معین صورت می‌گیرد (هاشمی، ۱۳۸۹: ۱۳۷).

شروع به قانون‌نویسی و تهیه پیش‌نویس یکی از مراحل مهم تدوین قانون محسوب می‌شود. در حقیقت شناسایی مبدأ و منشأ هر قانونی می‌تواند اهداف آن قانون و آثار آن قانون را تغییر دهد. از این رو شفافیت در مرحله ابتکار قانون می‌تواند هم مسیر قانون‌گذاری را برای عموم مردم واضح کند هم اینکه از فسادهای ناشی از تدوین یک قانون جلوگیری کند. طبق قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران ابتکار عمل در پیشنهاد قانون در اختیار دو مرجع اصلی است:

۱. نمایندگان مجالس قانون‌گذاری که پیشنهاد آن‌ها طرح قانونی^{۱۴} خوانده می‌شود.
۲. قوه مجریه که پیشنهادهايش در قالب لوایح قانونی^{۱۵} به مجلس ارائه می‌شود (قاضی، ۱۳۷۵: ۴۹۹).

طرح قانونی را در نظام حقوق اساسی ایران می‌توان پیشنهادی دانست که از جانب نمایندگان مجلس شورای اسلامی به مجلس تقدیم می‌شود تا مورد رسیدگی و مذاکره و در نهایت تصویب قرار گیرد. اصل ۷۴ قانون اساسی در این خصوص مقرر می‌دارد: «طرح‌های قانونی به پیشنهاد حداقل پانزده نفر از نمایندگان در مجلس شورای اسلامی قابل طرح است». علاوه بر امکان ارائه طرح‌های قانونی توسط نمایندگان بر اساس اصل ۱۰۲ قانون اساسی که مفاد آن در قالب ماده ۱۲۶ آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی ظهور و بروز یافته است شورای عالی استان‌ها نیز می‌تواند در حدود وظایف خود طرح‌های مورد نظرش را تهیه کند و مستقیم یا از طریق دولت به مجلس شورای اسلامی پیشنهاد دهد. وصول این طرح‌ها توسط رئیس جلسه یا یکی از دبیران اعلام و برای بررسی به کمیسیون ذی‌ربط ارجاع می‌شود و سپس چاپ و بین نمایندگان توزیع می‌شود و نسخه‌ای از آن برای هیئت وزیران به منظور حضور و

دفاع از مواضع خود ارسال می‌شود.^{۱۶} نحوه رسیدگی به این طرح‌ها و نیز تقاضای استرداد آن‌ها مشابه لوایح دولت خواهد بود.

مبتنی بر بررسی شیوه‌های ارائه طرح، نتیجه کلی آن است که ارائه طرح‌های قانونی در نظام حقوقی ایران مبتنی بر ابتکار جمعی است و به صورت فردی امکان‌پذیر نیست. لایحه نیز عبارت است از متن مدون و منقحی که از سوی قوه مجریه برای تصویب و طی سایر مراحل قانونی به پارلمان پیشنهاد می‌شود تا در قالب چارچوب لازم‌الاجرائی که قانون نامیده می‌شود درآید.

«قوه مجریه، به علت سروکار داشتن روزمره با اجرای قوانین، بهتر و بیشتر از مجالس مقننه به نقایص و کمبودهای قانونی واقف است و می‌تواند در عمل بهترین پیشنهاددهنده و مبتکر متون قانونی باشد؛ به‌ویژه آنکه وسایل و امکانات بیشتری برای تهیه و تنظیم متون قانونی در اختیار دارد و به‌سهولت می‌تواند از نظرات مشورتی و فنی متخصصان بهره‌مند شود. بنابراین در غالب کشورها حق ابتکار و پیشنهاد به قوه مجریه داده شده است؛ چه وزرا عضو پارلمان باشند و چه نباشند.» (قاضی، ۱۳۷۵: ۵۰۱).

در هر حال پس از آنکه دولت با رعایت مراحل قانونی اقدام به تهیه لایحه کرد و آن را برای تصویب به مجلس تقدیم کرد لایحه مربوطه با توجه به فوریت آن در دستور کار مجلس قرار می‌گیرد و ضمن بررسی در کمیسیون‌های مربوطه و تخصصی در صحن علنی مجلس نیز باید مطرح شود تا نمایندگان موافق و مخالف در خصوص آن صحبت و نماینده دولت هم از لایحه مربوطه دفاع کند. در صورتی که لایحه به تصویب نمایندگان مجلس برسد برای تأیید نهایی به شورای نگهبان ارسال خواهد شد.

یکی از مؤلفه‌های شفافیت امکان مشارکت مردم در مرحله ابتکار پیشنهاد قانون است. در نظام قانون‌گذاری ایران نمایندگان مجلس شورای اسلامی، اعضای دولت، شورای عالی استان‌ها، رئیس قوه قضاییه هر یک به نحوی در پیشنهاد قانون دخیل‌اند. اما مشارکت مستقیم مردم در ارائه یک طرح به عنوان پیشنهاد قانون مشاهده نمی‌شود. این در حالی است که یکی از مؤلفه‌های شفافیت امکان مشارکت مردم در آن امر است. قانون‌گذاری به عنوان یکی از شئون حکمرانی مستلزم شفافیت است و شفافیت با همین مشارکت مردم می‌تواند محقق شود. ارائه طرح‌های پیشنهادی می‌تواند طی سامانه‌ای از طریق یک پیشنهادیه از طرف مردم، اصلاحیه مردم، وتوی عمومی مردم، ایده‌پردازی مردم، و حتی تصمیم‌گیری مردم به حد اعلای شفافیت دست پیدا کند. اما این امر در مجلس شورای اسلامی صورت نگرفته است و فقط پیشنهادهای مردم به واسطه نمایندگانشان به صورت شخصی و موردی در این خصوص اجرا می‌شود. بنابراین، این مؤلفه از شفافیت در فرایند قانون‌گذاری ایران قابل رؤیت نیست.

مشارکت مردم در لوایح نیز فقط در سطح ارائه پیشنهاد به صورت شخصی و موردی وجود دارد و هیچ‌یک از روش‌های مترقی جمع‌سپاری و بیرون‌سپاری مورد استفاده قرار نمی‌گیرد. در آلمان اولین تجربه‌ها در مورد مشارکت شهروندان از طریق رسانه‌های الکترونیکی، که در آن زمان «تل دموکراسی» از طریق تلویزیون و تلفن خوانده می‌شد، در دهه ۱۹۷۰ صورت پذیرفت که با پیدایش اینترنت در دهه ۱۹۹۰ روند جدیدی به این مفهوم داد.

استاندارد استفاده از فناوری اطلاعات و ارتباطات در بخش اطلاعات آلمان بسیار بالاست. مثلاً، U Portal آلمانی الگوی بین‌المللی برای مشارکت در موضوع محیط زیست محسوب می‌شود. مشارکت در سطح مشاوره در حال حاضر مهم‌ترین نوع مشارکت الکترونیکی شهروندان در آلمان است. تعداد و تنوع پیشنهادهای ارائه‌شده در این بخش قابل توجه است. در بخش برنامه‌ها/ شکایات/ طومارها شهروندان درخواست‌های آن‌لاین خود را به پارلمان آلمان ارائه می‌دهند. علاوه بر مشاوره، بخش فعالیت/ مبارزات انتخاباتی/ لابی‌گری نیز به صورت الکترونیکی فعال است و پیشنهادهای آن ارائه می‌شود (Lippa & Barbara, 2008: 123-130). بر اساس گزارش سازمان ملل متحد (۲۰۱۸) در خصوص مطالعه دولت الکترونیک شاخص مشارکت الکترونیک این کشور ۰/۹۲۱۳ و رتبه آن ۲۳ در جهان بود.

با وجود اعلام نظر گروه‌های ذی‌نفع در پیش‌نویس قوانین و نیز پافشاری گروه‌های پارلمانی در زمینه اصلاح یا تنظیم قانون می‌توان گفت امکان مشارکت مردم در ابتکار پیشنهاد قانون قابل مشاهده است. این در حالی است که یکی از خلأهای نظام قانون‌گذاری ایران عدم مشارکت مستقیم مردم در ابتکار پیشنهاد قانون است. درست است که اعضای پارلمان ایران نماینده مردم هستند و مردم به طور غیر مستقیم در ابتکار پیشنهاد قانون حضور دارند، مشارکت مستقیم مردم یکی از مؤلفه‌ها و جلوه‌های شفافیت در امر تقنین است. مردم با حضور مؤثر خود در فرایند قانون‌گذاری به شفافیت کمک می‌کنند و البته اجرای آن قانون توسط مردم هم با استقبال بیشتری روبه‌رو می‌شود.

در این مؤلفه نظام حقوقی آلمان یک قدم جلوتر و شفاف‌تر عمل کرده است. گروه‌های ذی‌نفع در مرحله ابتکار قانون از جمله نوآوری‌های نظام حقوقی جمهوری فدرال آلمان است. در فرایند قانون‌گذاری در جمهوری فدرال آلمان گروه‌های ذی‌نفع (غیر از احزاب سیاسی) هم در مرحله تهیه پیش‌نویس قوانین هم در مرحله استماع عمومی که در طول رسیدگی به طرح یا لایحه‌ای انجام می‌شود نقش اساسی ایفا می‌کنند (زارعی، ۱۳۸۴: ۴۶۳). در مرحله تهیه پیش‌نویس یک لایحه، رئیس بخش مربوطه در هر وزارت‌خانه همه گروه‌ها و اشخاص (حقیقی- حقوقی) را که تحت تأثیر آن لایحه قرار می‌گیرند به ابراز نظر و انتقاد دعوت می‌کند.

به این طریق در حقیقت متخصصان جامعه نیز تخصص و تجربه‌شان را در اختیار تدوین‌کنندگان قانون قرار می‌دهند. باید توجه داشت که گروه‌های ذی‌نفع نمی‌توانند صرفاً حقوق گروه یا صنف خاصی را در نظرها و انتقادهای خود ملحوظ دارند، بلکه باید منافع همه شهروندان را مورد ارزیابی قرار دهند.

قبل از اینکه پیش‌نویس لایحه برای تصویب به دولت فدرال ارائه شود، وزارت فدرال باید وزارتخانه‌های متأثر از این لایحه و شورای کنترل مقررات ملی را در محدوده صلاحیت قانونی خود در مراحل اولیه کار مقدماتی مشارکت دهد (Bundesministerium des Inner, 2020: 34). مردم و شهروندان به‌خصوص در مواردی که قانون در خصوص شغل یا حرفه آن‌ها سخن می‌گوید اظهار نظر می‌کنند و رئیس‌بخش در وزارتخانه مربوطه را در زمینه جنبه‌های مختلف آن پیش‌نویس آگاه می‌کنند. مشارکت مستقیم مردم یک بار دیگر در مرحله استماع عمومی نیز مورد استفاده قرار می‌گیرد که در محل خود درباره آن بحث خواهد شد.

۴. مشارکت مردم در تعیین فوریت یا عادی بودن یک طرح

با پیشنهاد لایحه یا طرح قانونی به مجلس جریان تصویب قوانین در مجلس آغاز می‌شود. این جریان مبتنی بر طی مراحل مختلفی است که عنصر زمان در آن‌ها نقش مهمی را ایفا می‌کند و در خصوص هر یک از لوایح یا طرح‌های عادی و فوری با ماهیتی متفاوت اعمال می‌شود. در ایران جریان تصویب قوانین دارای دو مرحله متمایز است: مرحله مقدماتی که در جریان آن طرح یا لایحه پیشنهادی در کمیسیون بررسی می‌شود. در این زمینه ماده ۱۴۱ آیین‌نامه داخلی مجلس مقرر کرده است رئیس مجلس شورای اسلامی موظف است یک نسخه از طرح‌ها و لوایح عادی و یک‌فوریتی را پس از اعلام وصول به کمیسیون اصلی و کمیسیون‌های فرعی جهت رسیدگی به مواد مرتبط و همچنین به مرکز پژوهش‌های مجلس جهت رسیدگی و اظهار نظر کارشناسی ارجاع کند.

در نظام حقوق اساسی ایران نیز چنانچه طرح یا لایحه قانونی دوفوریتی باشد، مستقیم، در جلسه عمومی مجلس بررسی می‌شود (قاضی، ۱۳۷۵: ۵۰۳). وقتی فوریت طرح یا لایحه‌ای تقاضا می‌شود، پس از توضیح پیشنهادکننده یا یکی از پیشنهادکنندگان و اظهارات مخالف و موافق، درباره فوریت رأی گرفته می‌شود. در صورتی که تقاضای فوریت ضمن طرح یا لایحه مطرح نشده باشد پانزده نفر از نمایندگان نیز می‌توانند کتباً فوریت آن طرح یا لایحه را تقاضا کنند. تصویب فوریت طرح‌ها و لوایح با توجه به درجه فوریت بدین ترتیب است: یک فوریت با صحبت یک مخالف و یک موافق و با رأی اکثریت مطلق حاضران تصویب

می‌شود و دوفوریت و سه‌فوریت با صحبت دو مخالف و دو موافق و به ترتیب با رأی اکثریت دوسوم حاضران و دوسوم مجموع نمایندگان به تصویب می‌رسد.

مستند به مواد ۱۵۶ - ۱۶۲ آیین‌نامه داخلی مجلس اصل بر عادی بودن رسیدگی طرح‌ها و لوایح است. بنابراین فوریت طرح‌ها و لوایح باید مبین ضرورت یا حالت استثنایی و مستند به دلایلی باشد:

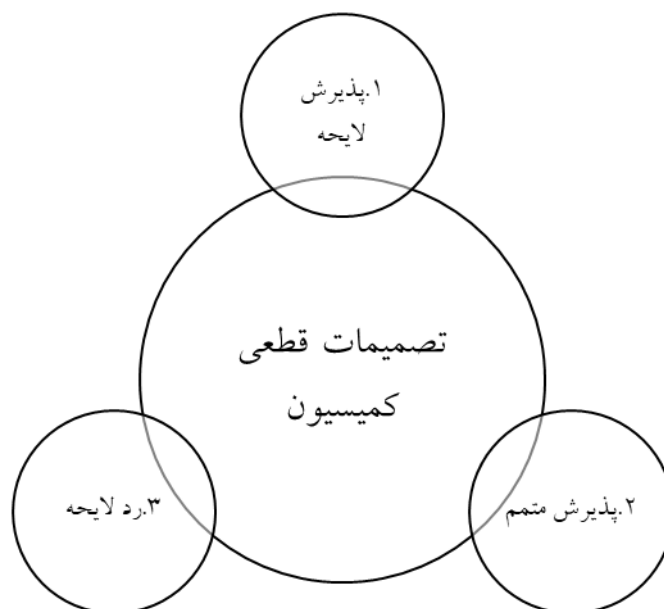
یک‌فوریت: نیاز فوری جامعه و اولویت طرح یا لایحه مورد نظر نسبت به سایر موارد مطروحه؛

دوفوریت: ضرورت جلوگیری از وقوع خسارت احتمالی و فوت فرصت؛

سه‌فوریت: حالت کاملاً اضطراری و حیاتی و برای مقابله سریع با خسارت حتمی.

اینکه مردم به طور مستقیم در تشخیص فوریت یا عادی بودن یک مسئله دخیل باشند و نحوه دخالت مردم در قالب پیشنهاد وتوی عمومی، اصلاحیه، فراخوان، و سایر موارد جمع‌سپاری باشد می‌تواند شفافیت را دوچندان کند. حتی مشارکت مردم به صورت مشورتی و غیر الزام‌آور امر قانون‌گذاری را بسیار شفاف‌تر می‌کند. در فرایند قانون‌گذاری ایران در مرحله رسیدگی فوری و عادی «مشارکت مردم» به عنوان یکی از مؤلفه‌های شفافیت قابل مشاهده نیست و مردم در تعیین فوریت یا عادی بودن یک طرح یا لایحه حضور مستقیم ندارند. مشارکت مردم در تعیین فوریت یا عادی بودن یک طرح نه تنها به شفافیت در این مرحله از قانون‌گذاری بسیار کمک می‌کند بلکه اجرای آن قانون توسط مردم بسیار بیشتر از قبل مورد اهتمام قرار خواهد گرفت و از قانون‌گریزی نیز جلوگیری می‌شود.

در جمهوری فدرال آلمان، مرحله رسیدگی در پارلمان با بررسی کمیسیون‌ها^{۱۷} همراه است. عضویت در کمیسیون‌ها فقط با اعضای فراکسیون‌هاست و هر حزب فراکسیونی دارد مشروط بر اینکه تعداد اعضایش کمتر از پانزده نفر نباشد (پروین و سیفی، ۱۴۰۰: ۷۴). بعد از مباحثات و مذاکرات در شور نخست، طرح یا لایحه ابتدا به کمیسیون مالی به عنوان «کمیسیون مسئول»^{۱۸} ارجاع می‌شود. علاوه بر آن به کمیسیون امور اقتصادی و کمیسیون بودجه نیز ارجاع می‌شود.^{۱۹} در آغاز از کمیسیون مالی به عنوان کمیسیون مسئول یاد می‌شود و سپس یکی از کمیسیون‌های تخصصی تحت این عنوان به بررسی لایحه یا طرح مربوطه می‌پردازد. در واقع، کمیسیون یادشده مسئول بیشترین «ارزیابی و تجزیه و تحلیل»^{۲۰} مفاد طرح یا لایحه مربوطه است. کمیسیون مسئول باید مطابق ماده ۹۲ آیین‌نامه داخلی باندستاگ یک تصمیم قطعی به باندستاگ پیشنهاد دهد. این تصمیم قطعی باید متضمن یکی از حالات ذیل باشد: ۱. پذیرش طرح یا لایحه؛ ۲. پذیرش متمم‌های معین‌شده به وسیله کمیسیون؛ ۳. رد طرح یا لایحه.



کمیسیون همچنین متعهد است که موضوعات ارجاعی را بدون تأخیر مورد رسیدگی قرار دهد و نمی تواند به بهانه دلایل سیاسی یا پیچیدگی طرح یا لایحه از بررسی آن خودداری کند. اگر کمیسیون مبادرت به چنین عملی کند این احتمال وجود خواهد داشت که وفق بند ۲ ماده ۹۲ آیین نامه داخلی یک گروه پارلمانی بعد از دو هفته نشست خواستار آن شود که کمیسیون گزارشی از دلایل توجیهی عمل خود را به جلسه علنی تقدیم کند. چنین گزارشی ممکن است برای بحث در دستور کار مجلس باندستاگ قرار گیرد و در نهایت کمیسیون ممکن است به «کم کاری» متهم شود و مورد انتقاد قرار گیرد.

اگر طرح یا لایحه خاصی شامل موضوعات مختلفی باشد، علاوه بر کمیسیون مسئول به یک یا چند کمیسیون دیگر نیز ارجاع می شود. این کمیسیون ها نظرات خویش را به انضمام اصلاحیه های پیشنهادی تقدیم کمیسیون مسئول می کنند و کمیسیون یاد شده ملزم است از نظرات آن ها در گزارش نهایی، که به صحن مجلس می فرستد، استفاده کند. وظایف کمیسیون مسئول با تقدیم یک گزارش و توصیه به مجلس خاتمه می یابد و بر اساس آن زمان و چگونگی برگزاری شور دوم معلوم می شود.

مطابق با قواعد رویه ای مجلس، کمیسیون ها در تنظیم جلسات و سازمان دادن به کارشان آزاد هستند. با این حال قواعد رویه ای مشترکی وجود دارد که هر کمیسیون باید از آن پیروی کند.

برای هر طرحی که به کمیسیون‌ها ارجاع می‌شود آن‌ها باید «مخبرین» لازم را از میان اعضای خویش انتخاب و منصوب کنند. این مخبرین به پیشنهاد گروه‌های پارلمانی منصوب می‌شوند. مخبرین یادشده همراه رئیس کمیسیون^{۲۱} مسئولیت نظارت بر پیشرفت مذاکرات و تهیه نتایج مذاکرات و به‌خصوص امضای گزارش تقدیمی به «نشست عمومی» را بر عهده دارند. مخبرین باید با محتوا و دیدگاه‌های سیاسی مندرج در طرح یا لایحه مربوطه آشنا باشند. آن‌ها باید دلایل توجیهی طرح یا لایحه را در نظر بگیرند و عقاید و ایده‌های متخصصان را در موضوع مربوطه مطالعه کنند. به‌علاوه، آن‌ها باید تمایلات و خواسته‌های «گروه‌های ذی‌نفع» و همچنین عقاید و نظرات مطبوعات را در مورد طرح یا لایحه مربوطه مد نظر قرار دهند. در واقع مطبوعات و گروه‌های ذی‌نفع بخشی از مردم و مشارکت آن‌ها در یک رسیدگی به معنای مشارکت مستقیم مردم است و این مرحله از تقنین نیز با مشارکت مردم و دریافت عقاید و نظرات آنان همراه است. اگرچه عموم مردم به گروه‌های ذی‌نفع تقلیل یافته است، همین که یک قانون برای افراد مرتبط و ذی‌نفع مورد مشارکت قرار می‌گیرد سطحی از شفافیت را داراست.

بعد از اینکه رئیس کمیسیون و مخبرین با محتوا و موضوع طرح یا لایحه آشنا شدند و به محض اینکه تصمیمات نخستین کمیته‌های فرعی گروه‌های پارلمانی درباره طرح یا لایحه مورد نظر خاتمه یافت، رئیس کمیسیون با موافقت سخنگویان گروه‌های پارلمانی تصمیم می‌گیرد که چه موقع طرح یا لایحه در دستور کار مجلس قرار گیرد. در طول این جلسه، محتوای طرح یا لایحه عرضه‌شده به طور مفصل به وسیله مخبر یا به وسیله نماینده دولت توضیح داده خواهد شد.

همه اعضای دولت فدرال و نمایندگان قانونی آن‌ها حق حضور در جلسات کمیسیون‌های باندستاگ را دارند.^{۲۲} با وجود این، حضور متخصصان وزارتخانه‌های فدرال یا ایالات در جلسات کمیسیون‌ها مفید و مطلوب است. زیرا اعضای کمیسیون‌ها می‌توانند مستقیم درباره دلایل قواعد خاص و زمینه آن و پیامدهای ممکن طرح یا لایحه از آن‌ها سؤال کنند. کارمندان دولتی استخدام‌شده به وسیله دولت فدرال باید به تدوین ساختار شکلی و جمله‌بندی^{۲۳} طرح یا لایحه مورد نظر کمک کنند.

در طول مذاکرات نخستین کمیسیون درباره طرح یا لایحه یک بحث عمومی با هدف مقایسه مشکلات و مسائل عمده و دیدگاه‌های سیاسی مربوط به طرح یا لایحه برگزار می‌شود. در موارد استثنایی این بحث می‌تواند به صورت عمومی برگزار شود. مطابق قواعد رویه‌ای، اصل بر غیر علنی بودن جلسات کمیسیون است. با این حال کمیسیون می‌تواند در بخش‌هایی از

بحث مردم را به حضور بپذیرد. این بدین معناست که روزنامه‌نگاران، گروه‌های ذی‌نفع، و احزاب علاقه‌مند می‌توانند آزادانه در جلسات کمیسیون حاضر شوند. نوع مشارکت روزنامه‌نگاران، احزاب، و حتی در برخی مواقع عموم مردم در جریان رسیدگی طرح‌ها در کمیسیون‌ها نشان از مشارکت مستقیم مردم در رسیدگی‌های یک پیش‌نویس قانونی دارد و در این قسمت نیز سطحی از مشارکت مردم در جریان رسیدگی یک طرح یا لایحه مشاهده می‌شود که می‌تواند شفافیت در تقنین را بیشتر جلوه‌گر کند.

در سال ۱۹۹۰ باندستاگ به منظور اصلاح رویه‌اش تصمیماتی گرفت و در میان یکی از این تصمیمات حق حضور در جلسات عمومی کمیسیون‌ها را گسترش داد. در نتیجه نه تنها شرکت در مباحثات خاص برای عموم شهروندان میسر شد بلکه در حال حاضر بیشتر کمیسیون‌ها موظف‌اند در نشست‌های مربوط به طرح‌ها و لوایح خاص از عموم شهروندان برای مشارکت در تصمیم‌گیری نهایی دعوت کنند. هدف این است که به مردم و رسانه‌ها دید بهتری درباره مذاکرات قانون‌گذاری و رویه‌های پارلمانی ارائه شود تا با ماهیت و جزئیات خاص قانون‌گذاری بیشتر آشنا شوند. در این قسمت نیز مشارکت مردم و شهروندان در مرحله رسیدگی یک طرح مشهود است.

در حال حاضر «ساختمان آب‌رسانی»^{۲۴} برای این کار مورد استفاده قرار می‌گیرد. این ساختمان دارای تالار یا راهروی ملاقات‌کنندگان رسانه‌ها و مطبوعات است و مجهز به دوربین‌های پیشرفته تلویزیونی است تا نمایندگان رسانه‌ها و گروه‌های ملاقات‌کننده و افراد بتوانند مباحثات را دنبال کنند. این جلسات عمومی گسترش‌یافته فقط در رابطه با بحث نهایی برگزار می‌شود و با تنظیم پیشنهادها به وسیله کمیسیون پایان می‌پذیرد. قبل از اینکه بحث نهایی صورت بگیرد، کمیسیون هر یک از مواد طرح یا لایحه را مورد بررسی قرار می‌دهد. رئیس کمیسیون فصول و بخش‌ها را تک‌تک قرائت می‌کند و سپس مخبرین و دیگر اعضای کمیسیون یا نمایندگان دولت فدرال یا باندهرات می‌توانند نظرات خویش را ابراز کنند. در این مرحله، اصلاحیه‌ها و دیگر پیشنهادها رسمی برای اصلاحیه‌ها می‌تواند مطرح شود. درباره پیشنهادها رسمی برای اصلاحیه‌ها در پایان بحث از هر فصل خاص رأی‌گیری می‌شود. اگر اصلاحیه با «اکثریت ساده»^{۲۵} حضار به تصویب رسید، شرح اصلاح‌شده‌ای از طرح یا لایحه به وسیله فرم‌های دولتی عرضه می‌شود. در طول مرحله بررسی کمیسیون، اعضا «سخنرانی رسمی»^{۲۶} ایراد نمی‌کنند، بلکه صرفاً به یک‌دیگر نکات خاص را تذکر می‌دهند. بنابراین مرحله

کمیسیون مرحله انجام دادن مباحثات تخصصی است که برای وضع قوانین «کارا و معقول»^{۲۷} طرح‌ریزی شده است.

در خصوص مشارکت مردم در این مرحله از فرایند قانون‌گذاری آلمان باید گفت که با توجه به گسترش حق حضور در جلسات عمومی کمیسیون‌ها توسط باندستاگ نه فقط شرکت در مباحثات خاص بلکه در بیشتر کمیسیون‌ها دعوت از عموم شهروندان برای مشارکت در تصمیم‌گیری نهایی یک وظیفه در نشست‌های مربوط به طرح‌ها و لوایح خاص محسوب می‌شود تا در نتیجه آن به مردم و رسانه‌ها دید بهتری درباره مذاکرات قانون‌گذاری و رویه‌های پارلمانی ارائه شود و با ماهیت و جزئیات خاص قانون‌گذاری بیشتر آشنا شوند که این امر موجبات دسترسی به سطح بالاتری از شفافیت را فراهم کرده است و از جمله نقاط مثبت فرایند قانون‌گذاری در آلمان از حیث شفافیت محسوب می‌شود.

۵. استماعات عمومی^{۲۸} در جریان رسیدگی

استماع عمومی به جلسه و نشستی گفته می‌شود که عموم مردم می‌توانند در آن شرکت جویند. در اینجا عموم مردم منصرف از اشخاصی نظیر طرفین، نمایندگان، وکلا، شهود، و تصمیم‌گیرندگان و کارمندان است. این نوع استماع یکی از مکانیسم‌های مؤثر جهت مشارکت شهروندان در فرایند تصمیم‌گیری است (Ebdon, 2002: 273). استماعات عمومی در مقابل استماعات محدود (بسته) تعریف می‌شود و به استماعی گفته می‌شود که بر عموم مردم بسته است و اطلاعات و مسائل باید محرمانه بماند (Cole & Caputo, 1984). اغلب طرح‌ها و لوایح نمی‌توانند به طور قطعی در طول مذاکرات کمیسیون مورد بررسی قرار گیرند؛ حتی اگر کار مقدماتی به وسیله گروه‌های پارلمانی به طور بسیار جزئی انجام گرفته باشد. اگر موضوع طرح یا لایحه بسیار پیچیده و مربوط به امر سیاسی مناقشه‌برانگیزی باشد، نشست «استماع عمومی» از متخصصان و نمایندگان گروه‌های ذی‌نفع برگزار می‌شود. این امر همیشه در مورد لوایح یا طرح‌های مهم صادق است. یکی از دلایل برگزاری این نشست به دست آوردن اطلاعات تخصصی اضافی و آگاهی درباره مسائل خاص مربوط به یک طرح یا لایحه به منظور کمک به پیشرفت مذاکرات نهایی است. هدف دیگر جذب علاقه رسانه‌ها به سمت طرح یا لایحه است که باعث می‌شود مشکلات طرح یا لایحه مربوطه، به وضوح مشخص شود. بنابراین گروه‌های پارلمانی به طور منظم در تلاش‌اند متخصصانی را انتخاب کنند که مشکلات و آثار و شانس‌های موفقیت هر طرح یا لایحه‌ای را ارزیابی و دلایل گروه‌های پارلمانی مخالف را تحلیل کنند. این رویه در مورد سازمان‌های پر قدرتی نظیر اتحادیه‌های تجاری و سازمان‌های

محیط زیستی نیز به کار برده می‌شود. نظرات این گروه‌ها که علناً در ارتباط با لایحه یا طرح خاصی ابراز می‌شود دارای نفوذی بالقوه بر افکار عمومی است. در گذشته، پاره‌ای از طرح‌ها و لوایح به این دلیل که اکثریت قریب به اتفاق متخصصان در جلسات استماع عمومی آن‌ها را مضر و ناکافی تشخیص داده بودند به طور کلی مردود اعلام شدند و به صحن علنی مجلس گزارش نشدند. بنابراین یکی از جلوه‌های شفافیت در فرایند قانون‌گذاری آلمان توجه به «استماع‌ات عمومی» است. در حقیقت این استماع‌ات عمومی اگر به مرحله‌ای برسد که پیش‌نویس قانون مضر شناخته شود نوعی وتوی عمومی در تصویب قانون ایجاد می‌شود و قانون از دستور کار رسیدگی خارج می‌شود. این در حالی است که در فرایند قانون‌گذاری جمهوری اسلامی ایران چنین مرحله‌ای پیش‌بینی نشده است.

۶. تصمیم نهایی و گزارش

تصمیم نهایی و گزارش^{۲۹} یکی از بخش‌های مرحله رسیدگی برای قانون‌گذاری در جمهوری فدرال آلمان است. به محض اینکه کمیسیون طرح یا لایحه را بررسی^{۳۰} کرد، مخبرین بخش دوم کار خویش را شروع می‌کنند. آن‌ها گزارش مکتوبی تقدیم باندستاگ می‌کنند که در آن مسیر مباحثات انجام‌شده در کمیسیون مسئول و سایر کمیسیون‌هایی که از آن‌ها درخواست نظر مشورتی شده است نشان داده می‌شود. به علاوه، آن‌ها متعهدند که در گزارش خود نظرات اقلیت را نیز درج کنند. گزارش با توصیه یا پیشنهاد کمیسیون و شرح طرح یا لایحه که در کمیسیون مورد موافقت قرار گرفته و قرار است به تصویب برسد شروع می‌شود. توصیه و اصلاحیه‌های صورت‌گرفته نسبت به لایحه یا طرح، که در کمیسیون به عمل آمده، به تفصیل بیان می‌شود و غالباً متون اصلاحی و متون اصلی در کنار هم قرار داده می‌شوند تا به راحتی مقایسه شوند. صفحه‌ای در ابتدای هر گزارش یا توصیه وجود دارد که خلاصه‌ای از متن گزارش را شرح می‌دهد. این مرحله از فرایند قانون‌گذاری بیان‌کننده انعکاس نظرات مردم و ماحصل بررسی‌های به‌عمل‌آمده در ایجاد یک پیش‌نویس قانونی است. این انعکاس نظرات مردمی نقش مشارکت مردم در فرایند قانون‌گذاری را بیان می‌کند. به نظر می‌رسد فقدان این مرحله در فرایند قانون‌گذاری ایران مشهود است و مشارکت مردم در تک‌تک مراحل می‌تواند شفافیت در امر تقنین را بیشتر از قبل ایجاد کند.

۷. امضا و انتشار قانون

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل ۱۲۳ امضای مصوبات مجلس را از وظایف رئیس‌جمهور می‌داند: «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». مصوبات مجلس شورای اسلامی و نتیجه همه‌پرسی پس از طی مراحل قانونی به رئیس‌جمهور ابلاغ می‌شود. رئیس‌جمهور باید ظرف مدت پنج روز آن را امضا و به دولت ابلاغ کند. این حکم در ماده اول قانون مدنی درج شده که فرایند قانون‌گذاری را تکمیل می‌کند. انتشار قوانین پس از تأیید شورای نگهبان و امضای رئیس‌جمهور از باب اطلاع‌رسانی به عموم مردم صورت می‌گیرد. علم به قانون اولین مرحله از اجرایی شدن یک قانون است و قانون باید به اطلاع مردم برسد تا ادعای عقاب بلایبان برای افراد رفع شود. در جمهوری فدرال آلمان نیز، بر اساس بند اول اصل ۸۲ قانون بنیادین، قانون تصویب‌شده از سوی باندستاگ و باندسرات برای امضا به وسیله وزیر فدرال مربوطه و صدر اعظم فدرال تقدیم دولت فدرال خواهد شد. این رویه، که آن را «تأیید امضا»^{۳۱} می‌نامند، در اصل ۵۸ قانون بنیادین تصریح شده و برای اطمینان از اعتبار دستورهای رئیس‌جمهور فدرال است. مشارکت مردم در مراحل قانون‌گذاری ایران و آلمان مشاهده نمی‌شود. اما از آنجا که توشیح قانون توسط منتخب مردم صورت می‌گیرد باید گفت مشارکت مردم به صورت غیر مستقیم قابل رؤیت است. اما مشارکت مستقیم مردم در امضای قانون از طریق روش‌های جمع‌سپاری نظیر وتوی عمومی یا پذیرش عمومی فراهم نشده است. این اقدام می‌تواند شفافیت را در فرایند قانون‌گذاری بسیار بهبود بخشد و مردم را هم‌عالم به قانون و هم‌عامل به قانون‌گرداند. زیرا هنگامی که موضوع وتوی عمومی نسبت به قانونی در میان جوامع مردمی و اجتماعی مطرح می‌شود زوایای آن برای عموم روشن می‌شود، طرفداران آن قانون و مخالفان آن به بیان دلایل خود می‌پردازند، و بر ترغیب افراد و اقناع آنان نسبت به تصویب یک قانون یا وتوی یک قانون تلاش می‌کنند. کم‌کم محیط‌های کوچک اجتماعی و بعد سایر جوامع به محفلی برای آشنایی با آن حق‌ها تبدیل می‌شود و در نتیجه شفافیت در تصویب یک قانون به تراز قابل قبولی می‌رسد.

امکان مشارکت مردم در انتشار قانون میسر نیست، مگر اینکه خود مردم از طریق رسانه‌های مجازی اقدام به انتشار قانون کنند؛ الگوهایی که در خصوص جمع‌سپاری نظیر وتوی عمومی یا پیشنهادهای مردمی برای انتشار قانون می‌تواند در بیشتر شدن شفافیت این اقدام تأثیر بگذارد، اما در انتشار قانون به آن عمل نمی‌شود.

۸. آخرین اقدامات مجلس شورای اسلامی در تصویب قوانین شفافیت

مجلس شورای اسلامی در سال‌های اخیر تلاش‌های متعددی در زمینه شفافیت به‌خصوص شفافیت در آرای نمایندگان کرده است و این موضوع از دغدغه‌های اصلی نمایندگان در دستور

کارهای کمیسیون‌های تخصصی بوده است. «طرح اصلاح ماده ۱۱۷ قانون آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی»، «طرح الحاق دو تبصره به ماده ۱۱۹ قانون آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی»، «طرح شفافیت آرای نظام تقنینی»، «طرح اصلاح موادی از قانون آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی»، و «لایحه شفافیت» از اقدامات و تلاش‌های صورت‌گرفته در دوره‌های اخیر بوده است که هیچ‌یک نهایی نشده و به ثمر ننشسته است. پیش‌نویس لایحه شفافیت مشتمل بر ۲۰۲ ماده مقوله شفاف‌سازی را به صورت جامع و کامل پیگیری می‌کرد که در مسیرهای کارشناسانه با جداسازی برخی احکام مضیق‌تر شد. لایحه شفافیت به پیشنهاد معاونت حقوقی رئیس‌جمهور در جلسه ۱۳۹۸/۰۲/۲۵ هئیت وزیران به تصویب رسید و به مجلس شورای اسلامی ارسال شد. پیش‌نویس تهیه‌شده آن شامل ۳۶ ماده در ۵ بخش بود. بخش اول به تعاریف و اهداف پرداخته است، بخش دوم به تکالیف عمومی شفافیت، و بخش سوم به تکالیف اختصاصی شفافیت؛ شامل شفافیت در قانون‌گذاری، شفافیت اجرایی، شفافیت در رسیدگی مراجع قضایی و غیر قضایی، شفافیت اقتصادی، شفافیت سیاسی و اجتماعی، شفافیت آموزشی و فرهنگی. بخش چهارم به ایجاد شورای عالی شفافیت با ریاست رئیس‌جمهور اشاره کرده است و در نهایت بخش پنجم از سایر مقررات در این حوزه صحبت کرده است.

لایحه یادشده، در بخش مربوط به تکالیف عام، انتشار یک سری اطلاعات نظیر سند تأسیس، حدود وظایف، اختیارات، فرایند انتخاب و انتصاب مدیران، مشخصات کارکنان، فرصت‌های استخدامی و فرایندهای مربوط، بودجه، برنامه‌ها و طرح‌های مصوب، فهرست خدمات و تعرفه ارائه خدمات، فرصت‌های سرمایه‌گذاری، آمار فعالیت‌های پژوهشی و آموزشی، آمار و اطلاعات مأموریت‌های ثابت، متن قراردادهای و کمک‌ها و مساعدت‌ها از محل بودجه عمومی را مورد حکم قرار داده است و در بخش مربوط به تکالیف اختصاصی تکالیف اشخاص مشمول را در سه فصل «مقررات‌گذاری» و «رسیدگی‌های قضایی و غیر قضایی» و «اجرایی» مد نظر قرار داده است. این لایحه در حوزه مقررات‌گذاری، انتشار اطلاعات مربوط به ماهیت و عملکرد نهادهای واضع قوانین و مقررات، جلسات، دستور جلسات، وضعیت حضور و غیاب تصمیم‌گیرندگان، آرای موافق و مخالف آنان، مشروح مذاکرات جلسات یادشده، گزارش ارزیابی تأثیرات لوایح و مصوبات، متن تذکرها و سؤالات نمایندگان مجلس شورای اسلامی و گزارش عملکرد حرفه‌ای آنان، و انتشار پیش‌نویس لوایح و مصوبات را مورد حکم قرار داده است. به نظر می‌رسد فصل مشترک این رساله و لایحه یادشده در خصوص انتشار اطلاعات و شفافیت در آرای موافق و مخالف باشد و برخی از خلأهای شفافیت را پوشش دهد. با وجود این، این لایحه همچنان مانند تلاش‌های قبلی به ثمر ننشسته است.

در سال ۱۴۰۱ نیز طرح دوفوریتی «شفافیت قوای سه‌گانه و دستگاه‌های اجرایی و سایر نهادها» در مجلس شورای اسلامی تصویب شد که به موجب این طرح دامنه شمول شفافیت آراء، علاوه بر قوه مقننه، شامل قوه مجریه و قوه قضاییه نیز شده است. این طرح قبلاً با عنوان طرح شفافیت آراء نمایندگان به تصویب صحن علنی نرسید و موجب اعتراضات رسانه‌ای شدیدی علیه نمایندگان مدعی شفافیت شد. طرح قبلی فقط شفافیت آراء نمایندگان مجلس را مورد نظر قرار داده بود که در طرح جدید شامل همه دستگاه‌های اجرایی قوای سه‌گانه شده است. این پیش‌نویس‌های قوانین هیچ در خصوص موردکاوی این مقاله، یعنی مشارکت مردم و تأثیر آن در شفافیت، قدم رو به جلویی نداشته است.

نتیجه‌گیری

بنا بر نتایج این مقاله، یکی از محل‌های بروز شفافیت شئون حکمرانی است و تقنین یکی از مهم‌ترین این شئون است که شفافیت در آن منجر به کاهش فساد می‌شود. امکان مشارکت مستقیم مردم در امر تقنین یکی از مؤلفه‌های مهمی است که لازم است در این فرایند مورد بررسی قرار گیرد. بررسی تطبیقی امکان مشارکت مستقیم مردم در جمهوری اسلامی ایران و جمهوری فدرال آلمان را می‌توان در جدول ۱ نشان داد.

جدول ۱. مشارکت مستقیم مردم در فرآیند قانون‌گذاری جمهوری اسلامی ایران و جمهوری فدرال آلمان همراه با پیشنهاد‌های پژوهشگر

پیشنهاد پژوهشگر	جمهوری اسلامی ایران	جمهوری فدرال آلمان	پیشنهاد پژوهشگر
ابتکار قانون با درخواست‌های نصابی از مردم	امکان ارائه از سوی گروه‌های ذی‌نفع	فقط از طریق طرح و لایحه	الف) ابتکار پیشنهاد قانون
تأثیر‌گذاری گروه‌های ذی‌نفع	تأثیر مخبرین و گروه‌های ذی‌نفع در نحوه بررسی	تشخیص فوریت صرفاً با نمایندگان	ب) بررسی کمیسیون‌ها
برگزاری نشست‌های مردمی	نشست استماعات عمومی	عدم مشارکت مستقیم مردم	پ) بررسی صحن علنی
ورود نتایج حاصل از نشست‌های مردمی در	درج گزارش‌های استماعات عمومی در	عدم مشارکت مستقیم مردم	ت) تصمیم نهایی

تصویب نهایی	پیوست قوانین		
وتوی عمومی، پذیرش عمومی	رویه تأیید امضا توسط صدراعظم	با تصویب نمایندگان و دستور رئیس‌جمهور	ث) امضا و انتشار قانون

با توجه به جدول ۱، می‌توان چند نتیجه را به عنوان خلأهای شفافیت در نظام قانون‌گذاری جمهوری اسلامی ایران و راه‌حل‌های رفع آن‌ها در مسیر این بررسی مقایسه‌ای بدین شرح برشمرد:

الف) یکی از خلأهای شفافیت در نظام قانون‌گذاری ایران عدم مشارکت مستقیم مردم در ابتکار پیشنهاد قانون است. فرایند قانون‌گذاری جمهوری فدرال آلمان برای این خلأ مسیری را ایجاد کرده است که شفافیت را بیشتر می‌کند. گروه‌های ذی‌نفع (غیر از احزاب سیاسی) هم در مرحله تهیه پیش‌نویس قوانین و هم در مرحله استماع عمومی، که در طول رسیدگی به طرح یا لایحه‌ای انجام می‌شود، نقش اساسی ایفا می‌کنند. در مرحله تهیه پیش‌نویس یک لایحه رئیس بخش مربوطه در هر وزارتخانه همه گروه‌ها و اشخاص (حقیقی- حقوقی) را که تحت تأثیر آن لایحه قرار می‌گیرند به ابراز نظر و انتقاد دعوت می‌کند. گروه‌های ذی‌نفع یا نصابی از عموم مردم می‌توانند در پیشنهاد قانون خلأ شفافیت در ایران را پر کنند.

ب) در فرایند قانون‌گذاری ایران، در مرحله رسیدگی فوری و عادی، «مشارکت مردم» به عنوان یکی از مؤلفه‌های شفافیت قابل مشاهده نیست و مردم در تعیین فوریت یا عادی بودن یک طرح یا لایحه حضور مستقیم ندارند. در آلمان مخبرین یعنی منتخبان کمیسیون‌های پارلمان باید دلایل توجیهی طرح یا لایحه را در نظر بگیرند و عقاید و ایده‌های متخصصان را در موضوع مربوطه مطالعه کنند. به علاوه، آن‌ها باید تمایلات و خواسته‌های «گروه‌های ذی‌نفع» و همچنین عقاید و نظرات مطبوعات را در مورد طرح یا لایحه مربوطه مد نظر قرار دهند و مردم را در رسیدگی طرح‌ها مشارکت دهند.

پ) یکی از جلوه‌های شفافیت در فرایند قانون‌گذاری آلمان توجه به «استماع عمومی» است. استماع عمومی به جلسه و نشستی گفته می‌شود که عموم مردم می‌توانند در آن شرکت جویند. اگر موضوع طرح یا لایحه بسیار پیچیده و مربوط به امر سیاسی مناقشه‌برانگیزی باشد، نشست «استماع عمومی» از متخصصان و نمایندگان گروه‌های ذی‌نفع برگزار می‌شود. بنابراین یکی از مسیرهای پیشنهادی برای ایجاد شفافیت در ایران تشکیل استماع عمومی در فرایند قانون‌گذاری است.

ت) گزارش نتایج نهایی حاصل از استماع عمومی و نشست‌های مردمی در ضمیمه پیش‌نویس قوانین تا زمانی که به مرحله تصویب نهایی برسد یکی دیگر از مسیرهای پیشنهادی

شفافیت با افزایش مشارکت مردم در فرایند قانون‌گذاری است که در فرایند قانون‌گذاری ایران پیش‌بینی نشده است.

ث) حق وتوی عمومی نیز یکی از مسیرهای پیشنهادی شفافیت در فرایند قانون‌گذاری است. اگر استماع‌ات عمومی به مرحله‌ای برسد که پیش‌نویس قانون مضر شناخته شود نوعی وتوی عمومی در تصویب قانون ایجاد می‌شود و قانون از دستور کار رسیدگی خارج می‌شود.^{۳۲}

یادداشت‌ها

1. transparency
2. responsibility
3. accountability
4. participation
5. the rule of law
6. responsiveness
7. regular
8. accurate
9. reliable
10. timely
11. accessible
12. open decision-making
13. openness
14. proposition of laws
15. project of laws

۱۶. ماده ۱۳۶ آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی.

17. committee stage
18. committee responsible

۱۹. در هر موضوعی، دو کمیسیون یادشده به عنوان کمیسیون‌های فرعی مورد نظرخواهی قرار می‌گیرند.

20. handing
21. chairman

۲۲. اصل ۴۳ قانون بنیادین.

23. wording of the bill
24. waterworks
25. simple majority
26. formal speeches
27. sensible and workable
28. public hearing
29. the committees recommendation for a decision and report
30. discussed
31. counter signature

منابع

۱. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
۲. قانون بنیادین جمهوری فدرال آلمان.
۳. آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی ایران.
۴. انصاری، باقر (۱۳۸۶)، «مفهوم، مبانی و لوازم آزادی اطلاعات»، مفید، شماره ۶۱.
۵. انگ، سوین (۱۳۹۰)، تورم قانون‌گذاری و کیفیت قانون، مؤلف و مترجم: حسن و کیلیان، گفتارهایی در قانون و قانون‌گذاری، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.



۶. بوذرجمهری (۱۳۹۷)، «شفاف کردن شفافیت»، **هگمتانه**، سال سوم، شماره سوم.
۷. بوذرجمهری، حسین؛ مهدی ثنایی (۱۳۹۴)، «بررسی اقدامات راهبردی به منظور ارتقای نظام سلامت، مبتنی بر شفافیت»، نخستین کنفرانس مدیریت دولتی ایران.
۸. بوذرجمهری، حسین؛ یاسمن هرندی (۱۳۹۵)، «شفافیت و تغییر پارادایم در مبارزه با فساد»، اولین کنگره ملی عملیاتی کردن اقتصاد اسلامی در اقتصاد ایران.
۹. پدرام، سعید؛ حمیدرضا رحمانی‌زاده دهکردی (۱۳۸۱)، «شفاف‌سازی و پاسخگویی در نهادهای رسمی»، **مجلس و راهبرد**، شماره ۳۶.
۱۰. پروین، خیرالله؛ محمدمهدی سیفی (۱۴۰۰)، **حقوق اساسی تطبیقی**، انتشارات دانشگاه تهران.
۱۱. دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۷۷)، **لغت‌نامه**، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
۱۲. زارعی، محمدحسین (۱۳۸۴)، **مطالعه تطبیقی مجالس قانون‌گذاری**، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی،
۱۳. ضمیری، عبدالحسین؛ حامدرضا نصیری (۱۳۸۹)، «حکمرانی خوب و نقش شفافیت در تحقق آن»، **تحقیقات راهبردی مجمع تشخیص مصلحت نظام**، شماره ۵۲.
۱۴. طاهری، محسن؛ محمدجواد ارسطا؛ محسن ملک‌افضلی (۱۳۹۸)، «مبانی و آثار اصل شفافیت از منظر اندیشه سیاسی اسلام»، **سیاست متعالیه**، شماره ۲۴.
۱۵. قاضی، ابوالفضل (۱۳۷۵)، **حقوق اساسی و نهادهای سیاسی**، تهران: دانشگاه تهران.
۱۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹)، **مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران**، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۷. کمالی، یحیی (۱۳۹۲)، «تأثیر شفافیت اقتصادی در پیشگیری و مبارزه با فساد اقتصادی»، **مرکز مطالعات و پژوهش‌های سلامت اداری**، شماره ۴۹.
۱۸. کوثری، مسعود (۱۳۹۰)، **روش مقایسه‌ای در رهیافت و روش در علوم سیاسی**، به اهتمام عباس منوچهری، تهران: سمت، ج ۲.
۱۹. هاشمی، سید محمد (۱۳۸۹)، **حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران**، تهران: میزان، تهران، ج ۲.

References

- Ball, C. (2009), "What is Transparency?", **Public Integrity**, 11(4), 293-308.
- Bellver, A. & Kaufmann, D. (2005), **Transparenting Transparency: Initial Empirics and Policy Applications**

3. Berge, T. I. (2000), "Public Awareness, Information Sources and Evaluation of Oral Implant Treatment in Norway", **Clinical Oral Implants Research**, 11, 5, 401-408.
4. Bundesministerium des Innern (2020), Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien, MEDIA CONSULTA Deutschland GmbH ORCA Affairs GmbH, Berlin.
5. Chambers, S. (2004), **Behind closed Doors: Publicity, Secrecy, and The Quality of Deliberation**, Oxford, UK: Blackwell.
6. Curtin, D. M. (1996), *Betwixt and between: democracy and transparency in the governance of the European Union, Reforming the Treaty on European Union: the Legal Debate/ Edited by Jan A. Winter ... [et Al.]*.
7. Ansari, Bagher (2007), "Concept, Foundations and Requirements of Freedom of Information", *Mofid Journal*, No. 61.
8. Ball, C. (2009), "What is transparency?", *Public Integrity*, 11(4), 293-308.
9. Bellver, A. & Kaufmann, D. (2005), *Transparenting transparency: Initial empirics and*
10. Berge, T. I. (2000). *Public awareness, information sources and evaluation of oral implant treatment in Norway. Clinical Oral Implants Research*, 11, 5, 401-408
11. Bouzarjamehri, Hossein and Harandi, Yasman (2015), *Transparency and Paradigm Change in Fighting Corruption, The First National Congress of Operationalizing Islamic Economy in Iran's Economy.* (in Persian)
12. Bouzarjamehri, Hossein and Sanai, Mehdi (2014), *a survey of strategic actions to improve the health system on the basis of transparency, the first conference of public management in Iran, Tehran .* (in Persian)
13. Bundesministerium des Innern (2020), *Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien, MEDIA CONSULTA Deutschland GmbH ORCA Affairs GmbH, Berlin.*
14. Chambers, S. (2004). *Behind closed Doors: Publicity, Secrecy, and The Quality of Deliberation*, Oxford, UK: Blackwell.
15. Curtin, D. M. (1996). *Betwixt and between: democracy and transparency in the governance of the European Union. Reforming the Treaty on European Union: the Legal Debate / Edited by Jan A. Winter... [et Al.]*.
16. Dehkhoda, Ali Akbar (1377), *Dictionary*. Tehran: Publishing and Printing Institute of Tehran University. (in Persian)
17. Eng, Svein, (2011), *Legislative Inflation and the Quality of Law*, *Traslate by Hasan Vakilian, Majles Pajuhesh Journal*, No54. (In Persian)
18. Hashemi, Seyyed Mohammad, (2008). *Constitutional Law of the Islamic Republic of Iran*, Tehran: Mizan Publications. (in Persian)

-
19. Hood, C., & Heald, D. (2006). Transparency: The key to better governance?. Oxford: Oxford University Press.
20. Kamali, Yahya (2012), Tasire Shafafiate Eghtesadi dar Pishgiri va Mobareze ba Fesade Eghtesadi, Administrative Health Studies and Research Center, No49. (in Persian)
21. Katouzian, Nasser (2008), Moghadame Elme Hoghoogh va Motalee dar Nezame Hoghooghi Iran, Tehran: Mizan Publications. (in Persian)
22. Kothari, Massoud (2013), Raveshe Moghayese'ei dar Rahyafte va Raveshe dar Oloome Siyasi, edited by: Abbas Manouchehri, Tehran: Samt Publications. (in Persian)
23. OKot-uma & Rogers, W. (2001). Electronic Governance Re-inventing Good Governance, commonwealth Severriat lonon r.okot uma @ commonwealth.int
24. Parvin, Kherollah & Seyfi, Mohammad Mahdi, (), Hoquq Asasi-e Tatbighi, Tehran: University of Tehran Publications, . (In Persian)
25. Pedram, Saeed & Rahmanizadeh Dehkordi, Hamidreza, (2002), Transparency and accountability in official institutions, Majlis & Rahbord Journal, No 34. (In Persian)
26. Qazi, Abolfazl (2005), Hoquq Asasi va Nahad'haye Siyasi, Tehran: University of Tehran Publication. (in Persian)
27. Taheri, Mohsen and Arasta, Mohammad Javad and Malik Afzali, Mohsen (2018), The basis and effects of the principle of transparency in Islamic political thought, Siasate Motealiyeh journal, No 24. (in Persian)
28. Zamiri, Abdul Hossein and Nasiri, Hamed Reza (2008), Good governance and the role of transparency in its implementation, Strategic Research Journal of Expediency Analysis Council, No52. (in Persian)
29. Zarei, Mohammad Hossein (2005), Comparative Study of Legislative Assemblies, First Edition, Tehran, Islamic Council Research Center. (in Persian)
30. The constitution law of Islamic republic of Iran
31. Internal Regulations of the Islamic Council of Iran
32. The Basic Law of the Federal Republic of Germany

تحلیل حق اشتغال و مصادیق آن در رویه شورای نگهبان و مطالعه تطبیقی آن با دیوان عدالت اداری

نسترن خرسندموقر^۱، سید محمد هاشمی^{۲*}، محسن محبی^{۳***}، سعیدرضا ابدی^{۴****}

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۳/۰۲ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۵/۲۳

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: 10.22034/qjplk.2022.1000.1064

چکیده

یکی از وظایف مهم دولت ایجاد و توسعه بستر بروز استعدادها و توانایی اشخاص در جهت انتخاب شغل و اشتغال به کار است. تاریخ طولانی زندگی بشر گویای این حقیقت است که انسان، علاوه بر نیازهای جمعی و عمومی، به منظور رشد شخصیت خود نیازمند اشتغال و انجام دادن فعالیت‌های شغلی است. اشتغال و شقوق آن از موضوعات مهم مطروحه در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران است که مصادیق مختلف آن در اصول متعدد مورد توجه و اهتمام ویژه قانون‌گذار اساسی قرار گرفته است. این موضوع صرفاً مخصوص اشتغال به امور خاص و دولتی نیست، بلکه به شکل حداکثری در قاموس قانون اساسی مورد تصریح واقع شده است. حق اشتغال با همه اهمیت که دارد حق مطلق نیست و در قوانین اساسی و عادی برای اعمال این حق استثنائاتی در نظر گرفته شده است. صیانت از این حق نیز بر عهده شورای نگهبان قرار گرفته است. از این رو، هم در تصویب طرح‌ها و لوایح لزوم توجه به حقوق شغلی افراد از سوی شورای نگهبان مورد صیانت واقع می‌شود هم در استعلامات دیوان عدالت اداری این مهم مورد مذاقه شورای نگهبان قرار می‌گیرد. ترسیم و تحلیل رویه و نوع مبانی نظری شورای نگهبان در زمینه موضوع اشتغال نوع مواجهه با مواردی که تضييع کننده این مهم است را به‌خوبی نشان می‌دهد. در پژوهش حاضر برخی از طرح‌ها و مصوباتی که از حیث مغایرت

۱. دانشجوی دکتری رشته حقوق عمومی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

* Email: khorsand7580@yahoo.com

۲. استاد، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

** Email: dsmh99@gmail.com

۳. استادیار، گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

*** Email: m-mohebi@srbiau.ac.ir

۴. دانشیار، گروه حقوق عمومی و حقوق اقتصادی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

**** Email: s_abadi@sbu.ac.ir

با مبانی حق اشتغال به شورای نگهبان واصل شده است یا شورای نگهبان بر اساس استعلامات واصله مبادرت به ورود و اعمال نظر کرده است مورد تحلیل قرار گرفته است تا از این طریق بتوان نوع نگاه و مبانی نظری شورای نگهبان را نقد و بررسی کرد.

واژگان کلیدی: آزادی شغل، حق اشتغال، شورای نگهبان، قانون اساسی

درآمد

در قانون اساسی ایران حق اشتغال به نحو شایسته و بارز مورد توجه واقع شده است. این حق از جمله حقوقی است که در زمره حقوق اقتصادی و اجتماعی قرار می‌گیرد (سطوتی، ۱۳۹۷). قانون‌گذار اساسی نگاهی مبسوط به حق اشتغال داشته است. زیرا جنبه‌های اقتصادی و اجتماعی آن را نیز مد نظر قرار داده است. این حق یکی از حق‌های اصلی بشری است که به موجب آن دولت‌ها مکلف‌اند شرایطی پدید آورند تا همه افراد جویای کار فرصت اشتغال داشته باشند (طاهری، ۱۳۹۱). ایجاد فرصت اشتغال برای افراد جویای کار در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به نحو قابل قبولی بیان شده است. مستفاد از مقدمه قانون اساسی، «قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مبین نهادهای فرهنگی، اجتماعی، سیاسی، و اقتصادی جامعه ایران بر اساس اصول و ضوابط اسلامی است». حق اشتغال نیز بر همین اساس و با تکیه بر اصول و ضوابط اسلامی در قانون اساسی بیان شده است. حق اشتغال از گستردگی بالایی برخوردار است. از این رو، در اصول متناوب قانون اساسی جنبه‌های مختلف آن اساسی‌سازی شده است. قانون‌گذار اساسی تلاش کرده است هر گونه استبداد و انحصار، بالاخص استبدادهای اجتماعی و انحصارهای اقتصادی، را نفی کند (خسروی، ۱۳۹۷). از شقوق مهمی که ابزاری جهت نفی انحصار اقتصادی است حق اشتغال و ایجاد کار برای همه افراد توسط حکومت اسلامی است. در مقدمه قانون اساسی این مهم ذیل معرفی وسیله بودن اقتصاد بدین شکل مورد تصریح قرار گرفته است: «... با این دیدگاه برنامه اقتصادی اسلامی فراهم کردن زمینه مناسب برای بروز خلاقیت‌های متفاوت انسانی است و بدین جهت تأمین امکانات مساوی و متناسب و ایجاد کار برای همه افراد و رفع نیازهای ضروری جهت استمرار حرکت تکاملی او بر عهده حکومت اسلامی است». از این منظر، به نظر می‌رسد بندهای اصل ۴۳ قانون اساسی دنباله منطقی تصریح یادشده در مقدمه قانون اساسی باشد. فصل چهارم قانون اساسی، با عنوان اقتصاد و امور مالی، به موضوع اشتغال افراد جامعه، آزادی انتخاب شغل، قرار دادن وسایل کار در اختیار کسانی که قادر به کار هستند اما وسیله کار ندارند، و برآوردن نیازهای شغلی افراد جامعه اشاره شده است. در بند ۱ اصل ۴۳ قانون اساسی، تأمین نیازهای

اساسی به عنوان یکی از ضوابطی که اقتصاد باید بر آن استوار شود درج شده است. گرچه در این بند به طور مستقیم به تأمین اشتغال به عنوان یکی از نیازهای اساسی اشاره نشده است، عبارت «امکانات لازم برای تشکیل خانواده برای همه» ذهن را به سمت تأمین اشتغال به عنوان یکی از همین نیازهای اساسی سوق می‌دهد. زیرا یکی از لوازم تشکیل خانواده استقلال اقتصادی است که از پی اشتغال افراد جامعه حاصل می‌شود. بنابراین تأمین شغل افراد جامعه را نیز باید در زمره نیازهای اساسی ذیل بند ۱ اصل ۴۳ به حساب آورد. در بند ۲ اصل ۴۳ قانون اساسی نیز به صراحت آمده است: «تأمین شرایط و امکانات کار برای همه به منظور رسیدن به اشتغال کامل و قرار دادن وسایل کار در اختیار همه کسانی که قادر به کارند ولی وسایل کار ندارند، در شکل تعاونی، از راه وام بدون بهره یا هر راه مشروع دیگر، که نه به تمرکز و تداول ثروت در دست افراد و گروه‌های خاص منتهی شود و نه دولت را به صورت یک کارفرمای بزرگ مطلق درآورد...». از این رو نظام اقتصادی ایران به نحوی پی‌ریزی شده است که شرایط و امکانات کار برای همه جهت رسیدن به اشتغال کامل فراهم شود و دولت نیز مکلف شده است وسایل کار را از راه ایجاد تسهیلات بدون بهره و تعاونی در اختیار افرادی که قادر به انجام دادن کار هستند اما وسیله کار ندارند قرار دهد. بنابراین چشم‌انداز اقتصادی جمهوری اسلامی ایران مبتنی بر بندهای اصل ۴۳ قانون اساسی جامعه عمل پوشاندن به گزاره اشتغال کامل افراد جامعه است (محمدی، ۱۳۹۲). در خصوص بند ۲ اصل ۴۳ باید افزود از آنجا که ایجاد اشتغال به طور کامل برای همه افراد جامعه وظیفه دولت معرفی شده است، قاعدتاً این وظیفه ممکن است دولت را با مشکل مواجه کند. بنابراین منظور قانون‌گذار اساسی این بوده که دولت در حد بضاعت خود و صرفاً تا حدی که می‌تواند وسایل کار در اختیار افرادی که قادر به انجام دادن کار هستند اما وسیله کار ندارند عمل کند و با استفاده از عبارتی که منطوق آن این است که دولت یک کارفرمای بزرگ مطلق نباشد از تحمیل فشار مضاعف بر دولت کاسته شود. اما در نهایت این دولت است که باید ضوابط اقتصادی یادشده را اجرایی کند و در جهت تحقق اشتغال کامل برای همه افراد جامعه حرکت کند (قاضی، ۱۳۸۸). بند ۴ اصل ۴۳ قانون اساسی رعایت آزادی انتخاب شغل و عدم اجبار افراد به کاری معین و جلوگیری از بهره‌کشی از کار دیگری را یکی دیگر از ضوابط اساسی تأمین استقلال اقتصادی کشور عنوان کرده است. مبتنی بر این بند از اصل ۴۳ افراد جامعه آزادند شغل مورد نظر خود را انتخاب کنند و به کار مورد علاقه خود اشتغال داشته باشند. از این رو، نه دولت نه هیچ شخص حقیقی و حقوقی دیگری حق ندارد اشتغال افراد جامعه به شغل مورد نظرشان را سلب و مخدوش کند. همچنین اجبار افراد به کار معین نیز آزادی شغلی افراد را مسلوب می‌کند. اجبار افراد به

انجام دادن کار معین و بهره‌کشی از آنان با انجام دادن کارهای سخت یا طولانی و تحمیلی از مواردی به شمار می‌رود که در پرتو وضع ضمانت اجرا معنا می‌یابد. با هدف جلوگیری از ارتکاب به این اعمال، در قوانین کشور، بالاخص قانون کار، ضمانت اجراهای مناسب در نظر گرفته شده است.

۱. مبانی شناسایی حق اشتغال مبتنی بر اصول قانون اساسی

۱-۱. مبانی شناسایی مبتنی بر اصل ۴۴ قانون اساسی

اصل ۴۴ قانون اساسی نظام اقتصادی جمهوری اسلامی ایران را دارای سه بخش دولتی، تعاونی، و خصوصی معرفی می‌کند. از این رو نیروی کار در سه بخش یادشده مشغول کار و فعالیت می‌شوند. با توجه به اینکه انتهای اصل ۴۴ ضوابط و شرایط این سه بخش را منوط به تعیین قانون کرده است، همه افراد داوطلب می‌توانند وفق قوانین وضع شده و با توجه به ضوابط ترسیمی و توانایی‌ها و علاقه‌مندی خود در این سه بخش به کار اشتغال داشته باشند. بنابراین، فعالیت در این سه بخش برای افراد آزاد است و همه می‌توانند با توجه شرایط اشتغال در هر بخش به فعالیت شغلی مورد نظر خود مبادرت ورزند (عباسی، ۱۳۹۰).

۲-۱. مبانی شناسایی مبتنی بر بند ۱۲ اصل ۳ قانون اساسی

بند ۱۲ اصل ۳ قانون اساسی پی‌ریزی اقتصاد صحیح و عادلانه جهت برطرف کردن هر نوع محرومیت در زمینه کار را مورد تأکید قرار داده است. صدر اصل ۳ قانون اساسی دولت را مکلف می‌کند جهت نیل به اهداف درج شده در اصل ۲ همه امکانات خود را جهت انجام دادن امور یادشده در بندهای شانزده‌گانه ذیل اصل ۳ به کار گیرد. یکی از اموری که دولت مکلف به انجام دادن آن شده است رفع محرومیت در زمینه کار است. با توجه به بندهای اصل ۴۳ قانون اساسی، به نظر می‌رسد قانون‌گذار اساسی طریقت تحقق رفع محرومیت در زمینه کار را در اصل ۴۳ بیان کرده است. اما یکی دیگر از مواردی که می‌توان به عنوان شقوق رفع محرومیت در زمینه کار بدان اشاره کرد ایجاد کار برای افراد جامعه توسط دولت است. از این منظر دستگاه‌های حاکمیتی باید شرایط اشتغال افراد در بخش‌های دولتی و خصوصی را فراهم کنند. قاعدتاً دولت در ایجاد سیاست‌های لازم جهت اشتغال افراد در بخش دولتی اقتدار و میدان عمل وسیعی دارد. اما به نظر می‌رسد با وضع سیاست‌های حمایتی در بخش خصوصی و وضع لوایح خاص جهت حمایت از افراد کارآفرین، که در بخش خصوصی فعالیت می‌کنند، دولت می‌تواند سیاست‌هایی در زمینه ایجاد اشتغال در این بخش پی‌ریزی کند (جعفری، ۱۳۹۰).

۳-۱. مبانی شناسایی مبتنی بر اصل ۱۹ قانون اساسی

اصل ۱۹ قانون اساسی برخورداری مردم از حقوق مساوی را مورد تأکید قرار داده است. یکی از مواردی که جزء مصادیق حقوق مساوی قرار دارد تساوی در اشتغال اعم از انتخاب شغل و به‌کارگیری در دستگاه‌های مختلف است. از این منظر در دسترسی افراد به مشاغل نباید تفوق و رجحان غیر معقول و تبعیض‌آمیز وجود داشته باشد؛ امری که بارها از سوی دستگاه‌های مختلف دولتی و خصوصی نقض شده است و در بسیاری از موارد که دستگاه‌های دولتی خلاف مفاد اصل یادشده عمل کرده‌اند و شرایط نابرابری برای جذب و به‌کارگیری افراد وضع کرده‌اند دیوان عدالت اداری به عنوان مرجع وصول اعتراضات و شکایات مردم به منظور رفع تبعیضات ورود کرده و دستورالعمل‌ها و بخش‌نامه‌های مغایر قانون دستگاه‌های اجرایی را ابطال کرده است. اما متأسفانه عدم وضع ضمانت اجراهای مناسب برای جلوگیری از وضع این آیین‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌ها باعث تضييع حقوق بسیاری از افراد جامعه شده است؛ به نحوی که بارها شاهد طرح دعاوی و دادخواست‌های این‌چنینی در دیوان عدالت اداری بوده‌ایم. با این وصف، مبتنی بر اصل ۱۹ همه افراد با یک‌دیگر برابرند و این برابری به حوزه اشتغال نیز تسری می‌یابد. بنابراین، هیچ فرد یا گروهی نسبت به فرد یا گروه دیگر برتر نیست و هیچ‌کس نسبت به دیگری از امتیاز ویژه‌ای برخوردار نیست.

۴-۱. مبانی شناسایی مبتنی بر اصل ۲۲ قانون اساسی

اصل ۲۲ قانون اساسی، به عنوان یکی از اصولی که متجلی‌کننده حقوق ملت است، شغل اشخاص را مصون از تعرض معرفی می‌کند. قانون‌گذار اساسی، علاوه بر اینکه به دنبال استقلال شغلی افراد بوده است، حرمت شغل افراد را نیز مد نظر قرار داده است و در اصل ۲۲ تعرض به شغل افراد را ممنوع اعلام کرده است. وقتی «شغل» افراد در اصل ۲۲ در کنار واژگان «حیثیت»، «جان»، «مال»، «حقوق»، و «مسکن» قرار می‌گیرد و هم‌پایه این موارد تعرض‌ناپذیر معرفی می‌شود مشخص است که شغل افراد و حقوق مختلف آن دارای ارزش و اهمیت والایی است. قانون‌گذار اساسی تعرض‌ناپذیری شغل افراد را به شکل مطلق بیان نکرده است و تقیید تعرض به شغل افراد ذیل اصل ۲۲ را در مواردی که قانون تجویز کرده یادآور شده است. این یعنی اصل بر تعرض‌ناپذیری شغل افراد جامعه است؛ مگر اینکه قانون در مواردی اجازه تعرض به شغل افراد را بدهد. افراد حاضر در جامعه محترم‌اند و شغل آن‌ها نیز دارای احترام است. اما تقیید تعرض‌ناپذیری به موارد قانونی منطقی و معقولانه به نظر می‌رسد. در چنین شرایطی، دیگر افراد نمی‌توانند با تکیه بر تعرض‌ناپذیری شغلی فعالیت‌هایی را در پیش گیرند که مغایر مبانی اسلام و موجب ورود ضرر به سایر افراد جامعه است. تعرض‌ناپذیری و احترام

به شغل افراد تا آنجا مهم و اساسی تلقی شده که نه تنها مشاغل دولتی بلکه مشاغل غیر دولتی و حتی روابط کارگری و کارفرمایی نیز از مبانی آن متأثر شده است. مذاقه در مواد قانون کار گواهی بر این مدعاست؛ جایی که قانون‌گذار حداکثر اهتمام لازم را در زمینه تعرض ناپذیری به شغل کارگران مبذول داشته است، به نحوی که کارفرما و سایر افراد نتوانند به راحتی امنیت و استقلال شغلی کارگران را از بین ببرند و حتی نتوانند کوچک‌ترین تعرضی به شغل کارگران بکنند، حتی اگر کارگر به واسطه ادعای کارفرما از کار معلق یا بازداشت شود نیز پس از رفع اتهام می‌تواند به کار قبلی خود بازگردد و کارفرما نمی‌تواند کوچک‌ترین خدشه‌ای به شغل کارگر خود وارد کند. گفتنی است، تعرض ناپذیری با عدم مسئولیت متفاوت است. افراد شاغل در دستگاه‌های مختلف در رابطه با گفتار و کردار خود مسئول‌اند (قاضی، ۱۳۸۸). تعرض ناپذیری شغل افراد بدین معنا نیست که افراد از امنیت شغلی مطلق برخوردارند و به واسطه جایگاه شغلی خود مورد تعقیب و مؤاخذه واقع نمی‌شوند، بلکه این تعرض ناپذیری مقید است. از این رو اولاً تعرض ناپذیری مشمول استثناست و ثانیاً تعرض ناپذیری مداوم نیست؛ ممکن است شخصی را که کار خطیری انجام می‌دهد نتوان حین کار مورد بازخواست یا تعلیق شغلی قرار داد، اما، پس از اتمام کار، آن شخص را می‌توان مورد تعقیب و بازخواست قانونی قرار داد.

۵-۱. مبانی شناسایی مبتنی بر اصل ۲۸ قانون اساسی

اصل ۲۸ قانون اساسی حق اشتغال افراد را جامع‌تر از سایر اصول قانون اساسی مورد تصریح قرار داده است. صدر این اصل شرط تمایل افراد به کار مورد نظرشان جهت مبادرت به آن را یادآور شده است. از این رو افراد جامعه آزادند شغلی را که به آن متمایل‌اند انتخاب کنند. بنابراین، افراد جامعه در انتخاب شغل مورد نظر خود حق‌گزینه‌گری دارند. مبتنی بر اصل ۲۸ شغل افراد نباید «مخالف اسلام»، «مصلح عمومی»، و «حقوق دیگران» باشد. بنابراین، مبادرت به اشتغال در کشور منوط به رعایت مقدماتی است که به عنوان ویژگی و شرایط اشتغال به یک شغل در نظر گرفته خواهد شد. گرچه آزادی انتخاب شغل وفق اصل ۲۸ برای افراد در نظر گرفته شده است، شغل افراد باید در قاموس تعریفی این اصل بگنجد. شغل افراد در درجه اول باید منطبق بر ضوابط اسلامی باشد. بنابراین افراد جامعه نباید مشاغلی را، که از منظر اسلام نهی شده‌اند، انتخاب کنند (قرائتی، ۱۳۸۰). مثلاً فروش آلات لهو از منظر اسلام نکوهش شده است و نمی‌توان به قید آزادی انتخاب شغل به آن مبادرت ورزید. در درجه دوم، شغل افراد جامعه نباید با مصالح عمومی منافات داشته باشد (عمیدزنجانی، ۱۳۸۸). گرچه تعریف قانونی از مصالح عمومی ارائه نشده و قانون‌گذار مشخص نکرده مصالح عمومی به چه معناست، شغل

مورد نظر افراد جامعه عرفاً باید منطبق با مصالح عمومی کشور باشد. مثلاً ممکن است مصلحت کشور ایجاب کند در بازه‌های زمانی خاص و در مناطق مشخص شده از کثرت بعضی مشاغل کاسته شود تا مدیریت آن منطقه راحت‌تر و مبتنی بر اقتضائات روز پیش برود. از آنجا که مصالح عمومی معمولاً به شکل موقت و مقطعی وضع می‌شود رعایت این گزاره به طور مطلق جلوه‌گر نمی‌شود و مغایرتی با آزادی انتخاب شغل افراد ندارد. در درجه بعد شغل انتخابی افراد نباید مخالف حقوق دیگران باشد. حقوق افراد در هر شغل و هر صنف متفاوت است. با این حال قانون‌گذار اساسی در پی این مهم بوده است که تعارض منافی در انتخاب شغل ایجاد نشود و افراد با رعایت حقوق مکنتسبه سایرین و با احترام به حقوق مختلف حقوق افراد جامعه مبادرت به انتخاب شغل و اشتغال در حرفه و صنوف خاص کنند. ذیل اصل ۲۸ نیز دولت را موظف کرده است تا با رعایت نیاز جامعه به مشاغل گوناگون برای همه افراد جامعه امکان اشتغال به کار و شرایط مساوی برای احراز مشاغل را ایجاد کند. تحقق این وظیفه دولت مستلزم این است که ابتدا دولت نیاز جامعه به مشاغل گوناگون را احراز کند و با توجه به نیازسنجی شکل گرفته مشاغل گوناگونی را که نیاز بیشتری به ارائه خدمات از سوی آنها در سطح جامعه وجود دارد تعیین کند و نهایتاً شرایط و تسهیلاتی فراهم آورد تا افراد بتوانند مشاغل مورد نیاز جامعه را انتخاب کنند و امکان اشتغال در آن مشاغل را نیز داشته باشند. انتهای این اصل، شرایط مساوی افراد در احراز مشاغل را ذکر کرده است. بنابراین دولت نمی‌تواند مشاغل گوناگونی را که مورد نیاز افراد جامعه است، بدون رعایت تساوی افراد، به دیگران بسپارد.

۲. تحلیل مصادیق اشتغال در رویه شورای نگهبان

۲-۱. ممنوعیت اخذ هر نوع دریافتی برای عضویت در بیش از یک شرکت به عنوان عضو هیئت‌مدیره

طرح یک‌فوریتی «اصلاح ماده ۲۴۱ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت» با اصلاحاتی در جلسه علنی مورخ ۱۳۹۴/۰۷/۱۳ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید. مجلس شورای اسلامی طبق اصل ۹۴ قانون اساسی این مصوبه را به شورای نگهبان ارسال کرد. این مصوبه مجموعاً دو بار بین مجلس و شورای نگهبان رد و بدل شده است. شورای نگهبان در جلسه مورخ ۱۳۹۴/۰۷/۲۲ خود این مصوبه را مورد بررسی قرار داد که منجر به صدور نظر شماره ۹۴/۱۰۲/۴۱۸۶ شد. نظر یادشده بدین قرار است: «- اطلاق تبصره ۲ نسبت به عدم جواز هر گونه دریافتی در ازای کار در شرکت دیگر حتی نسبت به مواردی که عضویت در شرکت مزاحمتی برای مصالح لازم‌الرعايه کشور نداشته باشد بلکه موجب انگیزه برای کار بیشتر شود

مغایر اصل ۲۸ و بند ۱۲ اصل سوم و نیز بند ۲ اصل ۴۳ قانون اساسی شناخته شد.^۱ تبصره ۲ مصوبه یادشده عضویت جدید در هیئت مدیره شرکت‌های مختلف را واجد ایراد نمی‌داند. اما مطلقاً اخذ هر نوع دریافتی، از قبیل حقوق و مزایا و پاداش، را ممنوع دانسته است. به نظر می‌رسد اطلاق این تبصره محل ایراد باشد. چون بسیاری از شرکت‌ها ماهیت خصوصی دارند و این اختیار عمل برای افراد وجود دارد که به عضویت در هیئت مدیره این شرکت‌ها درآیند. این در حالی است که ممنوعیت یادشده در اصل ۱۴۱ قانون اساسی برای افرادی است که یک شغل دولتی دارند و با توجه به اشتغال در بخش دولتی از تعدد مشاغل آن‌ها جلوگیری شده است و عضویت در هیئت مدیره انواع مختلف شرکت‌های خصوصی، جز شرکت‌های تعاونی ادارات و مؤسسات، برایشان ممنوع اعلام شده است. بنابراین، وضع تبصره ۲ و اطلاق عدم جواز هر نوع پرداختی برای عضویت مضاعف در هیئت مدیره شرکت‌ها واجد ایرادات متعدد است. از سوی دیگر محدودیت اصل ۱۴۱ قانون اساسی مطلق نیست و قید «جز شرکت‌های تعاونی ادارات و مؤسسات» اصل را از اطلاق خارج کرده است و ممنوعیت عضویت افرادی که مشغول فعالیت‌های دولتی هستند در هیئت مدیره شرکت‌های تعاونی ادارات و مؤسسات را از بین برده است. از این حیث، بهتر بود مرجع واضع این محدودیت را برای کسانی که بیش از یک شغل دولتی دارند در نظر می‌گرفت و عضویت در شرکت‌های تعاونی ادارات و مؤسسات را برای افراد ممنوع اعلام نمی‌کرد. همچنین، ذکر قیودی از جمله قید «در صورت وجود نیاز مبرم شرکت به تخصص افراد، ممنوعیت عضویت فرد در هیئت مدیره از بین می‌رود» می‌توانست نیاز مبرم شرکت به حضور افراد متخصص را جامعه عمل بپوشاند. وفق اصل ۴۶ قانون اساسی، هر کس مالک حاصل کسب و کار مشروع خویش است و هیچ‌کس نمی‌تواند امکان کسب و کار را از دیگری سلب کند. تبصره معترض‌عنه گرچه امکان کار و فعالیت را از افراد سلب نکرده است، عملاً امکان کسب را از افراد سلب کرده است. از آنجا که عضویت در هیئت مدیره شرکت‌ها جزء کسب و کارهای مشروع به حساب می‌آید، نمی‌توان با ایجاد محدودیت افراد را از دسترسی به کسب مشروع خود محروم کرد. از سوی دیگر، اشتغال مضاعف افراد در صورتی که به کارایی و پویایی شرکت‌ها کمک کند و موجبی باشد تا از تجربه اعضای هیئت مدیره استفاده شود بسیار قابل تأمل به نظر می‌رسد. زیرا اعضا تلاش می‌کنند خود و شرکت تابعه را از جهات مختلف تقویت کنند. در ادامه باید افزود، وفق بند ۲ اصل ۴۳ قانون اساسی، «رسیدن به اشتغال کامل» از اهدافی است که اقتصاد جمهوری اسلامی ایران در پرتو ضوابط درج‌شده در ذیل اصل ۴۳ بر آن استوار شده است. یکی از شقوق رسیدن به اشتغال کامل و تحقق این مهم این است که افراد با رعایت مصالح

یادشده بتوانند در شرکت‌های مختلف به عنوان عضو هیئت‌مدیره حضور داشته باشند و برای فعالیت‌ها و خدماتی که ارائه می‌دهند حقوق و دستمزد دریافت کنند. جلوگیری مطلق از پرداخت هر گونه وجه به افراد در قبال عضویت در هیئت‌مدیره اولاً انگیزه کار را در آن‌ها از بین می‌برد و ثانیاً تحقق اشتغال کامل را تحت‌الشعاع قرار می‌دهد. زیرا بسیاری از افراد به شکل غیر مستقیم از انجام دادن فعالیت شغلی محروم می‌شوند. گرچه امکان فعالیت تبرعی وجود دارد، عدم پرداخت حقوق و دستمزد به اعضای هیئت‌مدیره عملاً انگیزه اعضا را در زمینه ارائه خدمات کاهش می‌دهد. این در حالی است که بند ۱۲ اصل ۳ قانون اساسی برطرف کردن هر نوع محرومیت در زمینه کار را مورد تصریح قرار داده است. محرومیت از پرداخت دستمزد به افراد آن‌ها را بی‌انگیزه می‌کند و پیرو آن موجبات محرومیت افراد از اشتغال را در پی خواهد داشت. بنابراین اگر عضویت افراد در هیئت‌مدیره شرکت‌های مختلف مخالف موارد لازم‌الرعايه نباشد و کار و فعالیت افراد به پیشرفت شرکت‌های کشور منجر شود، این امکان نباید با محدودیت و ممنوعیت روبه‌رو باشد.

۲-۲. تخصیص گزینش به کارکنان رسمی دولت و عدم ترتب شرایط گزینش برای نیروهای پیمانی و قراردادی

طرح «گزینش کشور» در تاریخ ۱۳۸۰/۰۷/۰۱ با اصلاحاتی در عنوان و متن به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید. مجلس وفق طریقتی درج‌شده در اصل ۹۴ قانون اساسی این مصوبه را در تاریخ ۱۳۸۰/۰۷/۰۲ برای شورای نگهبان ارسال کرد. این مصوبه مجموعاً دو بار بین مجلس و شورای نگهبان رفت و برگشت داشت. شورای نگهبان در جلسات متعدد خود این مصوبه را بررسی کرد که منجر به صدور نظر شماره ۸۰/۲۱/۲۳۸۳ شد. بند ۲ نظر یادشده بدین شرح است: «۲. ماده ۱ که گزینش را مخصوص کارکنان رسمی دولت (مشمول قانون استخدام کشوری) نموده است، با عنایت به مفاد ماده ۸ مصوبه، شامل کارکنان رسمی تعدادی از دستگاه‌ها و کارکنان قراردادی و پیمانی نمی‌شود و اجازه ورود افراد ناصالح را در موارد فوق می‌دهد؛ لذا خلاف موازین شرع و مغایر با صدر اصل سوم قانون اساسی و بند ۹ این اصل شناخته شد.»^۲

در ماده ۸ طرح گزینش کشور، جایگزینی مفاد این طرح با قانون گزینش معلمان بدین شکل بیان شده است: «ماده ۸. مفاد این قانون جایگزین قانون گزینش معلمان مصوب ۱۳۷۴/۶/۱۴ و قانون تسری آن مصوب ۱۳۷۵/۲/۹ گردیده و کلیه قوانین و مقررات مغایر از تاریخ ابلاغ آیین‌نامه اجرایی موضوع ماده ۷ ملغی و بلااثر خواهد بود». از آنجا که ماده ۱ این مصوبه صرفاً کارکنان رسمی دولت را مشمول گزینش دانسته است و ترتب شرایط یادشده در

قانون‌گزینش را نسبت به افرادی که به شکل قراردادی و پیمانی در دستگاه‌های مختلف مشغول کارند روا ندانسته است، از منظر شورای نگهبان، واجد ایراد شناخته شده است. عدم تسری شرایط گزینش به سایر افرادی که به شکلی غیر از قرارداد رسمی در دستگاه‌ها مشغول کارند هم نوعی تبعیض نارواست. چون باعث می‌شود افرادی که شرایط یادشده در قانون گزینش را ندارند بتوانند به شکل غیر رسمی در دستگاه‌های اجرایی فعالیت کنند. استثنا شدن این افراد از گزینش روزنه‌ای برای ورود افراد ناصالح به دستگاه‌های اجرایی کشور می‌گشاید. از سوی دیگر باید خاطر نشان کرد با توجه به کثرت تعداد کارکنان غیر رسمی کشور نمی‌توان ملاکی متفاوت در گزینش برای آن‌ها در نظر گرفت. بنابراین، ضرورت دارد جذب و به‌کارگیری کارکنان دستگاه‌های اجرایی واجد شیوه‌های گزینش یکسان باشد. در ادامه باید افزود ذیل ماده ۱ این مصوبه آمده است گزینش کارکنان رسمی دولت فقط برای یک بار در آغاز ورود به دستگاه دولتی و مطابق این قانون خواهد بود. عبارات این ماده نیز از جهاتی محل نقد است. اینکه گزینش کارکنان رسمی فقط در آغاز ورود به دستگاه دولتی لازم باشد صحیح به نظر نمی‌رسد. زیرا ممکن است شخصی که می‌خواهد به عنوان داوطلب رسمی به دستگاهی وارد شود قبلاً به شکل پیمانی و قراردادی در همان دستگاه مشغول کار بوده باشد. در این وضعیت «آغاز ورود به دستگاه دولتی» مشخص نیست و بین زمانی که شخص در ضمن قرارداد پیمانی به کار مبادرت داشته است و زمانی که می‌خواهد تبدیل وضعیت دهد و نیروی رسمی آن دستگاه شود تعارض وجود دارد. باید افزود تأکید بر گزینش فقط برای یک بار محل نقد به نظر می‌رسد. زیرا این امکان وجود دارد که دستگاه قبلی که داوطلب در آنجا مشغول خدمت بوده است بتواند پرونده گزینش وی را در اختیار دستگاه جدید قرار دهد. از سوی دیگر مشخص نیست چرا گزینش داوطلب فقط برای یک بار لازم شمرده شده است؛ چون این امکان وجود دارد که داوطلب پس از استخدام در دستگاه جدید اعمال و رفتاری از خود بروز دهد که تأیید گزینش سابق را زایل کند. بنابراین، دستگاه اجرایی باید بتواند در موضوع گزینش افراد حق انتخاب داشته باشد و صرفاً بر مبنای استصحاب عمل نکند. همچنین در ماده ۱ این مصوبه گزینش کارکنان رسمی «دولت» مورد تصریح قرار گرفته است. در اینجا اگر دولت را در معنای قوه مجریه بدانیم، مفاد این قانون نیز صرفاً به دستگاه‌های دولتی و تابع قوه مجریه تسری پیدا خواهد کرد. اما اگر دولت را در معنای دستگاه‌های حاکمیتی قلمداد کنیم، مفاد این قانون به همه دستگاه‌های حاکمیتی حتی دستگاه‌های زیر نظر قوه قضاییه- از قبیل پزشکی قانونی، سازمان امور زندان‌ها، سازمان ثبت، و غیره- تسری پیدا خواهد کرد. از سوی دیگر عبارت «مشمول قانون استخدام کشوری» در صدر ماده ۱ نشان‌دهنده گستره افراد مشمول این

قانون است. اکنون، با توجه به وضع قانون مدیریت خدمات کشوری و لزوم رعایت آن در دستگاه‌های اجرایی، وفق ماده ۱۱۷ قانون یادشده افراد و نهادهای مستثنی‌شده از این قانون مشخص شده‌اند.^۳ از این رو، جز افراد و نهادهای مستثنی‌شده از ترتب قانون مدیریت خدمات کشوری، مفاد مصوبه حاضر مشمول سایر کارکنان دستگاه‌های اجرایی می‌شود. با این حال به نظر می‌رسد، با توجه به ضرورت وجود وحدت ملاک در گزینش نیروها در دستگاه‌های اجرایی و با توجه به عدم تفوق قوا بر یکدیگر، مراد واضعان تسری مفاد این قانون در کل دستگاه‌های اجرایی و حاکمیتی بوده است. چون دستگاه‌ها نمی‌توانند در گزینش نیروها جزیره‌ای و پراکنده عمل کنند و هر یک ضوابط خاصی برای خود در گزینش نیروها در نظر بگیرند. با این وصف، ایراد شورای نگهبان به این مصوبه کاملاً صحیح و درست بوده است؛ گرچه شورای نگهبان می‌توانست در نظر خود موارد دیگری را نیز ذکر کند تا مصادیق مبهم به طور کامل برطرف شود.

۲-۳. ممنوعیت اشتغال افراد متخصص که سلامت کامل ندارند، اما، توانایی انجام دادن کار دارند

بند ۴ نظر شماره ۸۰/۲۱/۲۳۸۳ مورخ ۱۳۸۰/۰۷/۲۲ شورای نگهبان در رسیدگی به طرح گزینش از این قرار است: «بند ۲ ماده ۲ از این جهت که اطلاقش شامل افرادی می‌شود که به تخصص آن‌ها نیاز است و عدم سلامت جسمی آنان در حدی نیست که به کار آن‌ها لطمه بزند مغایر بند ۹ اصل ۳ و اصل ۲۸ قانون اساسی شناخته شد».^۴

بند ۲ ماده ۲ طرح گزینش کشور شرط «دارا بودن سلامت جسمی و روانی» را به طور مطلق بیان کرده است. عدم درج قیود مرتبط باعث محرومیت از اشتغال افرادی می‌شود که سلامت جسمانی کامل و صد درصدی ندارند، اما، برای انجام دادن کار و ایفای وظایف لاینفک مشاغل هیچ مشکلی ندارند. بهتر بود قانون‌گذار شرط سلامت جسمی و روانی را به طور مقید ذکر می‌کرد و از قیودی مثل «دارای توانایی لازم جهت انجام دادن کار» یا «متناسب با کار محوله» و غیره استفاده می‌کرد. هم‌اکنون افراد بسیاری در دستگاه‌های مختلف اجرایی مشغول کارند که سلامت جسمانی کامل ندارند؛ اما توانایی کافی برای انجام دادن کار محوله را دارند. در اصل، بین میزان سلامت جسمانی افراد و فعالیت شغلی مورد نظر هم‌خوانی و ارتباط مستقیم وجود دارد. از این رو، داشتن سلامت جسمی به طور مطلق مصداق محرومیت شغلی برای افرادی است که سلامت جسمی کامل ندارند، اما، برای انجام دادن کار و فعالیت‌های شغلی توانا هستند. به نظر می‌رسد اگر چنین قیدی در قانون گزینش مورد تصریح قرار می‌گرفت، افرادی که معلولیت و محدودیت‌های جزئی داشتند از اشتغال در دستگاه‌های

حاکمیتی محروم می‌شدند. این موضوع خود به مقوله تبعیض ناروا دامن می‌زد و افراد سالم را به شکل بلامرجح برتر از دیگرانی قرار می‌داد که سلامت کافی برای انجام دادن کار دارند، اما، سلامت کامل ندارند. و بدین ترتیب برابری افراد در استخدام و فعالیت‌های شغلی را خدشه‌دار می‌کرد. البته در این بند سلامت جسمی و روانی ذکر شده است و موارد یادشده در نقد سلامت جسمی بود؛ اما در خصوص سلامت روانی به نظر می‌رسد نتوان قائل به تفکیک و مرزبندی شد. انجام دادن کارهای شغلی و به‌خصوص ارائه خدمات به مردم در دستگاه‌های اجرایی در درجه اول نیاز به سلامت روانی کامل دارد. از این رو، اطلاق در ذکر سلامت روانی به عنوان یکی از شرایط استخدام به عالم عمل و واقعیت نزدیک‌تر است. بنابراین، برخورداری از سلامت روحی به شکل حداکثری کاملاً صحیح و منطقی به نظر می‌رسد. اما اطلاق سلامت جسمی ایرادات یادشده را به ذهن متبادر می‌کند. از این رو صحیح‌تر بود در بندهای ماده ۲ سلامت جسمانی با ذکر قیودی مورد تصریح وارد می‌شد و سلامت روانی نیز در بند دیگری به طور مجزا ذکر می‌شد. با این وصف ایراد شورای نگهبان باعث اصلاح این بند از ماده ۲ توسط مجلس شد و نهایتاً «دارا بودن سلامت جسمی و روانی متناسب با نیاز شغلی مذکور در سایر قوانین» به عنوان یکی از شرایطی که باید رعایت شود در ماده ۲ ذکر شد. از سوی دیگر باید خاطر نشان کرد، چون معمولاً نیازهای شغلی در قوانین بیان نمی‌شوند و جزئیات آن در مقرره‌ها، اعم از بخش‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌ها، مورد تصریح قرار می‌گیرد، بهتر بود در اصلاح مجلس از عبارت «داشتن سلامت جسمی و روانی متناسب با نیاز شغلی مربوطه» استفاده می‌شد. چون عبارت «نیاز شغلی مذکور در سایر قوانین» هم واجد ابهام است هم بسیار کلی به نظر می‌رسد.

۲-۴. عدم کفایت التزام کتبی به اسلام در افرادی که اعتقاد و التزام عملی به احکام اسلام، ولایت فقیه، و نظام جمهوری اسلامی ایران ندارند

لزوم التزام عملی به احکام اسلام از ایراداتی است که شورای نگهبان در بند ۶ نظر شماره ۸۰/۲۱/۲۳۸۳ مورخ ۱۳۸۰/۰۷/۲۲ در رسیدگی به طرح گزینش صادر کرد: «۶. بند ۴ ماده ۲ از این جهت که اطلاقش شامل فرد یا افرادی می‌شود که علی‌رغم عدم اعتقاد و عدم التزام عملی به احکام اسلام، ولایت فقیه، و نظام جمهوری اسلامی صرفاً به صورت کتبی التزام خود را اعلام نمایند با توجه به فرمان حضرت امام^(ره) خلاف شرع شناخته شد».^۵

در خصوص این نظر شورای نگهبان باید گفت پی بردن به اینکه شخص به اسلام و ولایت فقیه و نظام مقدس جمهوری اسلامی ایران التزام عملی دارد یا خیر بسیار مشکل است. چون نمی‌توان به قصد و نیت درونی افراد وقوف پیدا کرد. ممکن است اشخاصی با

ظاهرسازی و عوام‌فریبی بتوانند وجهه و شخصیت متشرع و مقبولی برای خود پیدا کنند و به‌راحتی نمی‌توان از باطن و خط فکری افراد اطمینان حاصل کرد. در بند ۴ ماده ۲ این مصوبه لزوم اعلام کتبی التزام عملی به قانون اساسی به عنوان ضوابط عمومی گزینش کارکنان دولت ذکر شده است. به نظر می‌رسد ذکر این شرط برای گزینش افراد کفایت کند؛ مگر اینکه قرائن و مدارکی در دست باشد که نشان دهد شخص التزام عملی به قانون اساسی ندارد یا افرادی گزارش‌هایی مبنی بر عدم التزام شخص به قانون اساسی به دستگاه گزینش اعلام کنند. البته ارتکاب بسیاری از اعمال و ثبت آن در کارنامه داوطلب را می‌توان قرینه‌ای صارفه بر عدم التزام وی به قانون اساسی در نظر گرفت. اما اینکه داوطلب، علاوه بر اعلام کتبی التزام به قانون اساسی و نظام جمهوری اسلامی، التزام عملی خود به اسلام را نشان دهد غیر معقول و سخت به نظر می‌رسد. عبارت بیان‌شده در نظر شورای نگهبان این است که ممکن است افرادی به‌رغم عدم اعتقاد و التزام عملی به احکام اسلام و ولایت فقیه و نظام جمهوری اسلامی صرفاً به طور کتبی التزام خود را اعلام کنند. در این خصوص باید خاطر نشان کرد اگر علم قطعی به عدم اعتقاد و عدم التزام عملی به احکام اسلام و ولایت فقیه و نظام جمهوری اسلامی ایران در داوطلب وجود دارد، دیگر ادامه فرایند گزینش و لزوم امضای کتبی شرط التزام به قانون اساسی ضرورتی ندارد. چون داوطلب فاقد التزام عملی به قانون اساسی است. از این رو، باید گفت داشتن قرائن و دلایل قطعی که نشان دهد شخص التزام عملی به مؤلفه‌های یادشده ندارد باعث توقف ادامه فرایند گزینش است و کار به مرحله التزام کتبی شخص به قانون اساسی نمی‌رسد. این رویه در صورتی است که عدم التزام شخص در مقدمه و به شکل پیشینی احراز شود. اما اگر التزام عملی داوطلب به موازین یادشده احراز شود و وی کتباً التزام عملی خود به قانون اساسی را اعلام کند و بعد از گزینش یا در اثنای اشتغال مشخص شود وی التزام عملی به مصادیق یادشده در قانون اساسی - از جمله احکام اسلام و ولایت فقیه - را ندارد، آن وقت هیئت گزینش یا مراجع قانونی رسیدگی به تخلفات، مانند هیئت رسیدگی به تخلفات اداری دستگاه تابعه، ضمن تعلیق شخص، به موضوع عدم التزام وی ورود خواهد کرد و در صورت اثبات عدم التزام حکم مقتضی را درباره موضوع صادر خواهد کرد. بنابراین، به نظر می‌رسد نظر شورای نگهبان در خصوص این بند کمی سختگیرانه است و ممکن است با آزادی شغلی افراد در تعارض باشد. ضمن اینکه این نظر مغایر قاعده برائت و صحت نیز به نظر می‌رسد.

۲-۵. ممنوعیت محدودیت آزادی شغلی مردم با ایجاد انحصار برای دولت در بخش‌های تولید، توزیع، خدمات

لایحه تأمین و توزیع کالا در جلسه علنی مورخ ۱۳۶۴/۰۱/۲۲ مجلس شورای اسلامی با اصلاحاتی در عنوان و متن به تصویب رسید. مجلس وفق طریقت یادشده در اصل ۹۴ قانون اساسی در تاریخ ۱۳۶۴/۰۱/۲۶ این مصوبه را به شورای نگهبان ارسال کرد. شورای نگهبان در جلسات متعدد خود این مصوبه را بررسی کرد و در نهایت نظر شماره ۳۳۷۶ از سوی شورای نگهبان صادر شد. نظر یادشده از این قرار است: «لایحه تأمین و توزیع کالا که به صورت قانون دائمی و نه فقط برای مواقع ضرورت و بحرانی نظام توزیع کالا را تعیین و مسئول آن را وزارت بازرگانی قرار داده (ماده ۳) و مبادرت به طبقه‌بندی کالاها به سه دسته اساسی، ضروری، و عادی نموده و تعیین طبقه‌بندی را در اختیار دولت (وزارت بازرگانی) گذاشته (بند ۱ ماده ۳) و توزیع برخی کالاها را در انحصار دولت قرار داده (مستفاد از بند ۱ و ۳ ماده ۵) و تعیین دستگاه‌های مسئول توزیع (بند ۵ ماده ۳) و ایجاد واحدهای تأمین و توزیع (بند ۳ ماده ۸) را به دست دولت سپرده و امکان توزیع کلیه کالاها را که از تولیدات داخلی با واردات توسط دولت تأمین می‌شود به دولت داده و تشخیص مصلحت را به عهده وزارت بازرگانی گذاشته (بند ۳ ماده ۵ و تبصره آن) با توجه به امکانات عظیم دولت در تأمین کالا به وسایل مزبور و وجود بیش از دو واسطه را در توزیع کالا از تولید تا مصرف ممنوع نموده حتی در مواردی که این امر تأثیری در افزایش قیمت نداشته بلکه موجب تسهیل در امر توزیع و رسیدن کالا به دست مصرف‌کننده می‌باشد و ... کلاً در مسیر سلب اختیار از مردم و محدود کردن بی‌جهت آزادی شغلی افراد و دخالت آن‌ها در امور کشور و دادن سررشته همه امور در نظام توزیع کالا به دست دولت می‌باشد و آن را به صورت کارفرمای بزرگ درمی‌آورد. لذا این لایحه با این صورت و محتوا که تنظیم شده با اصول ۴۳ و ۴۴ قانون اساسی مغایر است و از لحاظ شرعی نیز به نظر اکثریت فقها با موازین شرع انطباق ندارد».

شورای نگهبان در این مصوبه از جهات مختلف موضوع حقوق شغلی افراد را مورد مذاقه قرار داده است. مصوبه حاضر امکان شرکت افراد در برخی از فعالیت‌های شغلی را سلب کرده است. در اصل توزیع کالا و ایجاد واحدهای خاص جهت تأمین کالا به شکل انحصاری در اختیار دولت قرار گرفته است و افراد جامعه به شکل غیر مستقیم از این فعالیت‌ها محروم شده‌اند. هدف از وضع چنین مصوبه‌ای تسهیل در توزیع کالاها و دسترسی راحت مردم به کالاها عنوان شده است؛ در صورتی که این کار قبلاً با مشارکت خود مردم انجام می‌گرفت. وضع این مصوبه گرچه در پی تسهیل در طرق توزیع کالا است، بسیاری از افراد جامعه را از

اشتغال محروم می‌کند. در این مصوبه دولت به شکل حداکثری در تأمین و توزیع کالاها دخالت می‌کند و عملاً با سازوکار منحصر به خود سیکل و فرایند منجر به تأمین و توزیع کالاها را پیش می‌برد. با وضع این مصوبه افرادی که مبادرت به تأمین و توزیع کالاها و خدمات مبتنی بر آن را در کشور انجام می‌دادند تحت تأثیر مستقیم دولت قرار می‌گیرند. در اینجا دولت است که سیاست‌های خاص خود در تولید و توزیع کالاها را پیش می‌گیرد و سررشته امور در نظام توزیع کالا به دست دولت می‌افتد. در چنین وضعی بسیاری از مشاغل مرتبط تحت تأثیر مستقیم سیاست‌های دولت قرار می‌گیرند. آزادی شغلی افراد نقض می‌شود و شاغلان حوزه تولید و توزیع کالاها شرایط مساوی برای احراز مشاغل خود را از دست می‌دهند. مستفاد از اصل ۲۸ قانون اساسی، دولت موظف است با رعایت نیاز جامعه به مشاغل گوناگون برای همه افراد امکان اشتغال به کار و شرایط مساوی برای احراز مشاغل ایجاد کند. در درجه اول باید گفت این دولت است که باید برای مشاغل شرایطی مساوی ایجاد کند و به نوعی کمک کند تا امکان اشتغال و شرایط مساوی برای اشتغال افراد جامعه ایجاد شود. در مرحله بعد باید خاطر نشان کرد انحصار دولت در نظام تولید و توزیع کالاها عملاً شرایط مساوی برای احراز مشاغل را، که خود دولت باید متولی این مهم باشد، از بین می‌برد. در واقع دولت علاوه بر عدم تحقق امکان اشتغال به کار در مشاغل گوناگون برای افراد جامعه شرایط مساوی در احراز مشاغل را نیز از بین می‌برد. چون ایجاد انحصار در امر تولید و توزیع کالاها دولت را به عنوان قدرت برتر در این حوزه مطرح می‌کند و مشاغل مختلف در مقیاس‌های کوچک‌تر در پرتو انحصار ایجاد شده بسیار آسیب‌پذیر و شکننده می‌شوند.

اصل ۴۴ قانون اساسی نظام اقتصادی جمهوری اسلامی ایران را بر پایه سه بخش دولتی و تعاونی و خصوصی استوار دانسته است. بخش دولتی به شکل انحصاری در اختیار دولت قرار دارد. اما در بخش‌های تعاونی و خصوصی دولت حق انحصارگری ندارد. بخش تعاونی در قانون اساسی به این شکل تعریف شده است: «بخش تعاونی شامل شرکت‌ها و مؤسسات تعاونی تولید و توزیع است که در شهر و روستا بر طبق ضوابط اسلامی تشکیل می‌شود». این تعریف بر پایه تولید و توزیع ارائه شده است. بنابراین، اصل بر این است که تولید و توزیع کالاها زیرمجموعه بخش تعاونی است؛ مگر تولید و توزیع کالاها و خدمات بخش دولتی که مصادیقش در صدر اصل ۴۴ احصا شده است. از این رو، انحصار دولت در امر تولید و توزیع کالاها و خدمات مغایرت فعالیت بخش تعاونی است. با توجه به اینکه بخش تعاونی نیز طبق ضوابط اسلام تشکیل شده است و به ارائه و تولید و توزیع کالاها و خدمات در شهرها و روستاها مبادرت می‌کند از احترام کامل برخوردار است. بنابراین، دولت نمی‌تواند بدون

اضطرار در بخش تولید و توزیع انحصار ایجاد کند و فعالیت‌های شغلی افراد در زمینه تولید و توزیع را مخدوش کند.

از سوی دیگر، بند ۲ اصل ۴۳ نیز متضمن تأمین شرایط کار برای همه و تحقق اشتغال کامل است. اما تحقق این موارد در پرتو تأمین وسایل کار توسط دولت برای افرادی که قادر به انجام دادن کار هستند اما وسیله کار ندارند در نظر گرفته شده است. به نظر می‌رسد قیود یادشده در بند ۲ اصل ۴۳ قانون اساسی در این مصوبه مورد توجه قرار نگرفته است. زیرا مواد مختلف مصوبه صدرالاشاره طریقی کاملاً جدا از طریقی موجود در بند ۲ اصل ۴۳ در پیش گرفته است. بند ۲ اصل ۴۳ یکی از ضوابط اقتصاد جمهوری اسلامی ایران را بدین شکل معرفی می‌کند: «۲. تأمین شرایط و امکانات کار برای همه به منظور رسیدن به اشتغال کامل و قرار دادن وسایل کار در اختیار همه کسانی که قادر به کارند ولی وسایل کار ندارند، در شکل تعاونی، از راه وام بدون بهره یا هر راه مشروع دیگر، که نه به تمرکز و تداول ثروت در دست افراد و گروه‌های خاص منتهی شود و نه دولت را به صورت یک کارفرمای بزرگ مطلق درآورد. این اقدام باید با رعایت ضرورت‌های حاکم بر برنامه‌ریزی عمومی اقتصاد کشور در هر یک از مراحل رشد صورت گیرد».

شورای نگهبان در ذیل نظر خود درباره این مصوبه دولت را به کارفرمای مطلق تشبیه کرده است و تحقق نظام تأمین و توزیع کالاها و خدمات توسط دولت را مغایر بند ۲ اصل ۴۳ و مصداق کارفرمای مطلق شدن دولت در ارائه خدمات دانسته است. به نظر می‌رسد ایراد شورای نگهبان به بند ۲ اصل ۴۳ وارد باشد؛ اما نه با این گزاره که دولت کارفرمای مطلق است، بلکه ایراد شورای نگهبان بیشتر ناظر به مغایرت مصوبه با صدر بند ۲ اصل ۴۳ به نظر می‌رسد. از این رو در صورتی دولت به کارفرمای بزرگ مطلق تبدیل می‌شود که وسایل کار را در اختیار کسانی که قادر به انجام دادن کار هستند، اما، وسایل کار در اختیار ندارند، قرار دهد. این کار دولت هم باید در شکل تعاونی و از راه وام‌های بدون بهره باشد هم از طرق مشروع دیگر انجام شود. این خدمات توسط دولت نیز باید به نحوی باشد که خود کارفرمای بزرگ مطلق نشود. حال این مصوبه انحصار در نظام تولید و توزیع کالاها و خدمات را برای دولت در نظر گرفته است و آزادی شغلی افراد و تحقق اشتغال کامل، که در صدر بند ۲ اصل ۴۳ درج شده است، را خدشه‌دار کرده است و مخالف ضوابط یادشده عمل کرده است. در این مصوبه، دولت اصلاً به افرادی که قادر به انجام دادن کار هستند اما وسیله کار ندارند خدمات و تسهیلاتی اعم از وام بدون بهره یا تسهیلات مشروع دیگر ارائه نمی‌دهد که کارفرمای مطلق تلقی شود! برعکس، دولت با ایجاد انحصار فعالیت‌های شغلی افراد را دچار نقص و خلل می‌کند و به

آن‌ها آسیب می‌زند. بنابراین ذکر گزاره تبدیل دولت به کارفرمای بزرگ در این مصوبه مترتب نیست و محلی از اعراب ندارد. از این رو، بهتر بود شورای نگهبان مغایرت منطوق مصوبه با صدر بند ۲ اصل ۴۳ و عبارت رسیدن به اشتغال کامل را در نظر خود متجلی می‌کرد.

نتیجه‌گیری

موضوع اشتغال با توجه به پیچیدگی و تکامل جوامع امروزی ابعاد مختلفی پیدا کرده است. تتبع در سیر تاریخی حق اشتغال و شقوق آن به شکل بارز نشان‌دهنده اهمیت جوامع جهانی به ترسیم شقوق مبنی بر صیانت از اشتغال افراد جامعه است. این حق ابتدا در قانون اساسی مشروطه مفعول واقع شد. اما پس از پیشرفت جوامع غربی در کنوانسیون‌ها و مجامع بین‌المللی به رسمیت شناخته شد و کم‌کم وارد قوانین اساسی کشورهای مختلف شد. این موضوع مورد توجه ویژه قانون‌گذار اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز قرار گرفت. چون هم در مقدمه هم در ذیل اصول متعدد قانون اساسی مبانی و کیفیت اشتغال افراد و لزوم صیانت از آن به تصویب رسیده و مورد مذاقه حداکتری قرار گرفته است. با این حال شورای نگهبان به عنوان پاسدار قانون اساسی همواره در تلاش بوده اشتغال و مبانی آن را از محدودیت و تعرضات خواسته یا ناخواسته، که منجر به تضییع حقوق ملت می‌شود، صیانت کند. وجود مقرره‌های کثیر و لزوم توجه به حقوق شغلی همه اقشار جامعه کار نظارت شورای نگهبان را کمی پیچیده می‌کند. با این حال از آنجا که وضع ضوابط قانونی برای بخش‌های مختلف، از قبیل بخش‌های دولتی و تعاونی، از طریق طرح و لایحه، نظارت شورای نگهبان را در بر خواهد داشت، نوع نگرش شورای نگهبان و بررسی مبانی نظری شورا جهت شفافیت نظارت بر حق اشتغال امری ضروری به نظر می‌رسد. با این حال شورای نگهبان در بسیاری از موارد با نگاه ریز و جزئی در پی رفع موانع اشتغال بوده است و در برخی موارد نیز مذاقه و نگاهی سخت‌گیرانه به مصوبات یادشده داشته است. به نظر می‌رسد در این خصوص شورای نگهبان با کمک از کارشناسان خبره می‌تواند رویه‌ای واحدتر و به دور از تشتت در پیش گیرد تا هم از حق اشتغال افراد جامعه صیانت شود هم از اعمال نظرات سختگیرانه کاسته شود هم مواردی که از روی تسامح از ذیل نظارت شورای نگهبان خارج می‌شود و شورا ایرادات خاصی به برخی مصوبات جهت جلوگیری از تضییع حق اشتغال افراد نمی‌گیرد به حداقل ممکن برسد. با این حال شورای نگهبان با اهتمام حداکتری در زمینه رعایت موازین حق اشتغال افراد مصوبات را بررسی می‌کند و حتی استعلامات دیوان عدالت اداری را نیز بر مبنای رعایت حقوق شغلی افراد مورد بررسی قرار می‌دهد.

یادداشت‌ها

۱. تبصره ۲ طرح اصلاح ماده ۲۴۱ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۹۴/۰۷/۱۳ مجلس شورای اسلامی، که منجر به صدور این نظر شورای نگهبان شد، بدین ترتیب است: «تبصره ۲. چنانچه شخصی که عضو هیئت‌مدیره یک شرکت است مجدداً به عنوان عضو هیئت‌مدیره شرکت دیگر انتخاب شود، بابت عضویت جدید مجاز به اخذ هیچ نوع دریافتی اعم از حقوق، مزایا، حق حضور در جلسه، و پاداش نمی‌باشد. متخلف از حکم این تبصره ملزم به استرداد وجوه دریافتی به شرکت و نیز پرداخت جزای نقدی معادل وجوه مذکور است.»
۲. ماده ۱ طرح «گزینش کشور» مصوب ۱۳۸۰/۰۷/۰۱ مجلس شورای اسلامی که منجر به صدور این نظر شورای نگهبان شد از این قرار است: «ماده ۱. گزینش کارکنان رسمی دولت (مشمول قانون استخدام کشوری) فقط یک بار در آغاز ورود به دستگاه دولتی و مطابق این قانون خواهد بود.»
۳. ماده ۱۱۷ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶/۰۷/۰۸ مجلس شورای اسلامی: «ماده ۱۱۷. کلیه دستگاه‌های اجرایی به استثنای نهادها، مؤسسات، و تشکیلات و سازمان‌هایی که زیر نظر مستقیم مقام معظم رهبری اداره می‌شوند، وزارت اطلاعات، نهادهای عمومی غیر دولتی که با تعریف مذکور در ماده ۳ تطبیق دارند، اعضای هیئت‌علمی و قضات، هیئت‌های مستشاری دیوان محاسبات، شورای نگهبان، مجمع تشخیص مصلحت نظام، و مجلس خبرگان رهبری مشمول مقررات این قانون می‌شوند و در خصوص نیروهای نظامی و انتظامی مطابق نظر مقام معظم رهبری عمل می‌شود.»
۴. بند ۲ ماده ۲ طرح «گزینش کشور» مصوب ۱۳۸۰/۰۷/۰۱ مجلس شورای اسلامی که منجر به صدور این نظر شورای نگهبان شد از این قرار است: «ماده ۲. ضوابط عمومی گزینش کارکنان دولت به قرار زیر است:
 ۱. ...
 ۲. دارا بودن سلامت جسمی و روانی.»
 ۵. بند ۴ ماده ۲ طرح «گزینش کشور» مصوب ۱۳۸۰/۰۷/۰۱ مجلس شورای اسلامی که منجر به صدور این نظر شورای نگهبان شد از این قرار است: «۴. متقاضی استخدام باید کتباً التزام عملی خود را به قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران اعلام دارد.»

منابع

۱. جعفری، محمدتقی (۱۳۹۰)، *حقوق جهانی بشر*، تهران: مؤسسه تدوین و نشر آثار علامه جعفری، چ ۵.
۲. خسروی، حسن (۱۳۹۷)، *حقوق اساسی ۳ (حقوق ملت در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران)*، انتشارات دانشگاه پیام نور.
۳. سامانه جامع نظرات شورای نگهبان <http://nazarat.shora-rc.ir>
۴. سطوتی، جعفر؛ علی اکبر گرجی ازندریانی (۱۳۹۷)، «تحلیلی بر جایگاه حق اشتغال جوانان در قانون اساسی و اسناد فرادستی توسعه ملی»، *مطالعات راهبردی ورزش و جوانان*، ۱۷.
۵. طاهری، آزاده سادات؛ سید عزت‌الله عراقی (۱۳۹۱)، «بررسی انتخاب آزادانه شغل در پرتو حق اشتغال»، *تحقیقات حقوقی*، شماره ۵۹، ۶۴.
۶. عباسی، بیژن (۱۳۹۰)، *حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین*، تهران: دادگستر.
۷. عمیدزنجانی، عباس‌علی (۱۳۸۸)، *مبانی حقوق بشر در اسلام و دنیای معاصر*، تهران: مجلد.
۸. فهیمی، فاطمه (۱۳۹۰)، *حقوق مالی زن*، تهران: خرسندی.
۹. قاضی، سید ابوالفضل (۱۳۸۸)، *بایسته‌های حقوق اساسی*، تهران: میزان، چ ۳۵.
۱۰. قانون اساسی جمهوری اسلامی.
۱۱. قرائتی، محسن (۱۳۸۰)، *تفسیر نور*، تهران: مؤسسه فرهنگی درس‌هایی از قرآن، ج ۲.
۱۲. محمدی، فاطمه (۱۳۹۲)، «تحلیل و مفهوم اصل برابری در آرا و نظرات شورای نگهبان»، پایان‌نامه مقطع کارشناسی ارشد، رشته حقوق عمومی، دانشگاه بهشتی.

References

A) Books

1. khosravi, Hasan (2019), *Hoquq Asasi 3 (Hoquq-e Mellat dar Hoquq Asasi-e Jomhuri Eslami Iran)*, Payam-e Noor University Publication. (In Persian)
2. Jafari, Muhammadtaghi (2012), *Universal Human Rights*, Tehran: Allameh Jafari Institute for Compilation and Publishing, 5th edition
3. Qaraati, Mohsen (2002), *Tafsir-e Noor*, Tehran: Cultural Institute of Lessons from the Qur'an, first edition, volume 2. (In Persian)
4. Ghazi, Seyyed Abolfazl (2010), *Bayestehaye Hoquq Asasi*, Tehran: Mizan, 35th edition. (In Persian)
5. Abbasi, Bijan (2012), *Hoquq Bashar va Azadi'have Bonyadin*, Tehran: Dadgstar, First Edition. (In Persian)

6. Fahimi, Fatemeh (2018), *Hoquq-e Mali-e Zan*, Tehran: Khorsandi Publications, First Edition. (In Persian)
7. Amid Zanjani, Abbas Ali (2010), *Mabani-e Hoquq Bashari dar Islam va Donyay-e Moaser*, Tehran: Majd. (In Persian)

B) Articles

1. Sotuti, Jafar and Ali Akbar Gurji Azandriani (2019), An Analysis on the "Youth Right to Employment" in the Constitution and Upstream Regulations of National Development Plans, *Strategic Studies of Sports and Youth*.
2. Taheri, Azadeh Sadat and Seyyed Ezzatullah Iraqi (2013), *Barresi-e Entekhabe Azadaneye Shoql dar Partoye Haghe Eshteghal*, *Legal Research Quarterly*, No. 59. (In Persian)
3. Mohammadi, Fatemeh (2014), *Analysis and Concept of the Principle of Equality in the Votes and Opinions of the Guardian Council*, Beheshti University Master's Thesis in Public Law.

C) International laws, conventions and documents

1. The Constitution of the Islamic Republic of Iran.
2. Comprehensive System of Opinions of the Guardian Council.

محدوده نظارتی دیوان محاسبات در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران

محسن ابوالحسنی^{۱*}، محمدجواد رضایی زاده^{۲**}، ولی رستمی^{۳***}

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۳/۰۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۵/۰۱

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: 10.22034/qjplk.2023.1856.1684

چکیده

اگرچه مقوله ایجاد یک نهاد ناظر تخصصی مالی در عموم نظام‌های حقوقی دنیا پذیرفته شده است، جایگاه شکل‌گیری این نهاد و وظایف و صلاحیت‌های آن، با توجه به اقتضات خاص هر نظام حقوقی، تعیین می‌شود. یکی از موضوعات مهم درباره وظایف و صلاحیت‌های دیوان محاسبات کشور، که بر اساس قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به منزله نهاد ناظر مالی پیش‌بینی شده است، تعیین محدوده‌ای است که این دیوان بر آن نظارت می‌کند. محققان در این تحقیق در پی پاسخ دادن به این سؤال هستند که محدوده نظارتی دیوان محاسبات یا به عبارت دیگر دایره مشمولان نظارت دیوان محاسبات به چه میزان است؟ پژوهش حاضر با استفاده از داده‌های کتابخانه‌ای و در تحقیقی تحلیلی و کاربردی با بررسی رویکردهای مختلف مضیق تا موسع، ناظر به محدوده نظارتی دیوان محاسبات و تحلیل آن‌ها، چنین نتیجه داد که به‌رغم رویکرد غالب، که نظارت دیوان را محدود به اعتبارات مندرج در قانون بودجه می‌داند، نظارت دیوان بر «کلیه حساب‌های دستگاه‌هایی که از قانون بودجه کل کشور استفاده می‌نمایند»، بر اساس نص قانون اساسی و ادله دیگر، صحیح‌تر به نظر می‌رسد. رویکرد سوم در خصوص «نظارت بر مبنای مالکیت عمومی» نیز، اگرچه در قانون دیوان آمده و شاید با تفسیر غایت‌گرایانه از قانون اساسی قابل دفاع باشد، مخالفت آن با نص قانون اساسی پذیرش آن را دچار مشکل می‌سازد.

۱. دانشجوی دکتری گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

* Email: abolhasani70@gmail.com

۲. دانشیار، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

** Email: rezaeizd@ut.ac.ir

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

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



واژگان کلیدی: دیوان محاسبات کشور، بودجه، مالکیت عمومی، نظارت، نظارت مالی.

مقدمه

پیش‌بینی وجود نهادهای ناظر مالی، که به صورت مستقل یا غیر مستقل نحوه استفاده از منابع مالی را در کشور زیر ذره‌بین خود دارند، از اشتراکاتی است که فارغ از نوع اندیشه حاکم بر نظام‌های سیاسی در عموم دولت‌های مدرن قابل مشاهده است. با افزایش کیفی جایگاه مالیه عمومی در نظام حقوقی کشورها، در چند قرن اخیر، ساماندهی و نظام‌مندسازی دخل و خرج به تدریج در دستور کار همه حکومت‌ها قرار گرفت و مفهوم «بودجه» جای خود را در مباحث حقوقی و مالی کلان کشورها، به مثابه یکی از ارکان مالیه عمومی، باز کرد. بر این مبنا نظام بودجه‌ریزی در نظام‌های حقوقی مختلف بر اساس اصولی عمدتاً یکسان و اختلافاتی جزئی، متناسب با شرایط و اقتضائات هر کشور، تدوین شد. اما در فرایند نظام‌مند شدن امور مالی دولت‌ها آنچه شاید بیش از مرحله تصویب و اجرای بودجه خود را نشان می‌داد ضرورت نظارت بر چگونگی انجام دادن این برنامه‌ها بود.

نظارت در حوزه امور مالی به طور خلاصه اقداماتی است که به منظور بررسی و تطبیق عملیات با برنامه و جلوگیری از انحرافات عملیات مالی دولت در زمینه هدف‌های تعیین شده در برنامه و تصحیح انحرافات احتمالی صورت می‌پذیرد (امامی، ۱۳۸۷: ۱۷۲). به عبارت دیگر در نظارت بر امور مالی همه اقدامات حول اقدام مطابق با برنامه‌های پیشینی صورت می‌گیرد که در قالب قوانین یا آیین‌نامه‌ها و مهم‌تر از همه در قالب قانون بودجه سالیانه تهیه شده و به تصویب رسیده است. بدین معنا نظارت و کنترل بودجه به معنای نظارت بر بودجه از جهت صحت عملیات اجرایی و انطباق آن با هدف‌ها و برنامه‌های تصویب شده است (الماسی و اشرف‌پور، ۱۳۹۲: ۱۰۶).

عموم کشورها در ایجاد نهادهایی برای نظارت بر امور مالی در دولت با یکدیگر اشتراک دارند. اما در هر کشوری با توجه به مختصات خاص هر نظام حقوقی نهاد خاصی با نام و نشانی خاص و در جایگاه مشخصی از نظام حقوقی مشغول فعالیت می‌شود و از این حیث الگوهای مختلفی در نظام‌های حقوقی عملیاتی شده است.

در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران دیوان محاسبات در مقام نهاد ناظر مالی، به موجب اصل ۵۴^۱ مستقیم زیر نظر مجلس شورای اسلامی قرار داده شده و اصل ۵۵ به موضوع وظایف و صلاحیت‌های این دیوان اختصاص داده شده است و به صورت مفصل و جزئی جوانب مختلف موضوع را تعیین کرده است. یکی از مسائلی که درباره دیوان محاسبات در این اصل نیز مورد تصریح قرار گرفته است «محدوده نظارتی دیوان محاسبات» است.

در بررسی صلاحیت و وظایف دیوان محاسبات، یکی از موضوعات مهم که باید بررسی شود این است که این نهاد محاسبات مالی در کدام محدوده صلاحیت دارد و وظیفه نظارتی خود در امور مالی را در ارتباط با کدام دستگاه‌ها و نهادها در جامعه اعمال خواهد کرد؟ به عبارت دیگر، آن‌گونه که اصل ۵۵ نیز به همین منوال عمل کرده است، مهم‌ترین پایه بحث درباره فعالیت نهاد ناظر مالی در نظام حقوقی کشور ما مشخص کردن این است که دیوان محاسبات، در جایگاه نهاد ناظر، متکفل رسیدگی به امور مالی کدام دستگاه‌ها، نهادها، و اشخاص است؟ و در مراحل بعدی و تحقیقات و مقالات دیگر این موضوع مشخص شود که در این محدوده صلاحیت نظارتی باید چه اموری را بررسی کند و چه صلاحیتی در رسیدگی به آن امور خواهد داشت و نتیجه نظارت خود را چگونه متبلور می‌سازد.

پژوهش‌های متعددی در حوزه صلاحیت دیوان محاسبات کشور انجام شده است که از آن‌ها می‌توان به مقاله «صلاحیت دیوان محاسبات کشور در نظارت مالی بر مؤسسات عمومی غیر دولتی (مطالعه موردی: رأی هیئت تخصصی دیوان عدالت اداری در خصوص نظارت دیوان محاسبات بر حساب شهرداری‌ها)» (کدخدایی و همکاران، ۱۳۹۸) و مقاله «صلاحیت دیوان محاسبات کشور در پاسداری از بیت‌المال با نگاهی بر نقش نظارت دیوان بر شهرداری‌ها» (مرادخانی و فرشیدبنده، ۱۳۹۷) اشاره کرد. اما آنچه این مقاله را از نوشتارهای پیشین متمایز و دارای خصیصه نوآوری می‌سازد آن است که: ۱. وجهه همت این مقاله تحلیل و بررسی مفاد مورد نظر قانون اساسی در خصوص محدوده نظارتی دیوان محاسبات است و نه تحلیل ایجابی یا سلبی در زمینه صلاحیت دیوان محاسبات نسبت به نهادهای خاص و ۲. تحلیل جامعی از رویکردهای قابل برداشت از اصل ۵۵ قانون اساسی در خصوص محدوده نظارت دیوان محاسبات ارائه می‌شود و ذیل هر یک از آن‌ها ضمن بیان ادله مطروحه مستندات قانونی رویکرد یادشده، از تفاسیر شورای نگهبان تا قوانین عادی مصوب مجلس، بر مبنای آن رویکردها تحلیل می‌شود تا از این رهاورد بتوان به نظریه مختار این نوشتار رسید. علاوه بر این، فرضیه مورد نظر این مقاله نیز با نگاهی انتقادی به نظریه غالب، از جمله رویکرد تفسیری شورای نگهبان، است و رویکرد متفاوت و نویی را متناسب با نص اصل ۵۵ قانون اساسی ارائه می‌کند.

از این رو، این پژوهش در تحقیقی تحلیلی و کاربردی و با استفاده از داده‌های کتابخانه‌ای درصدد پاسخ دادن به این سؤال اصلی است که «محدوده نظارتی دیوان محاسبات شامل کدام دستگاه‌هاست؟». بدین منظور پس از بررسی روند تاریخی محدوده نظارتی دیوان محاسبات، از بدو تأسیس این نهاد ناظر مالی در نظام حقوقی ایران، به بیان سه رویکرد اصلی «نظارت در محدوده قانون بودجه» و «نظارت بر همه حساب‌های استفاده‌کنندگان از بودجه» و «نظارت بر

مبنای مالکیت عمومی» پرداخته خواهد شد و ضمن بیان هر یک از این نظرات و بررسی قوانین مصوب کشور و رویه شورای نگهبان در مورد این رویکردها هر سه رویکرد نقد و با بیانی مستدل به پذیرش رویکرد مختار این مقاله پرداخته خواهد شد.

۱. محدوده نظارتی دیوان محاسبات در قانون اساسی مشروطه و قوانین عادی مربوطه

اصولاً در نهادهای عالی محاسباتی دامنه حسابرسی دولتی نسبت به دیگر نهادها بسیار گسترده است و معمولاً حسابرسی دولتی شامل نهادهای دولتی، حسابرسی‌های داخلی^۲، و نهادهای استفاده‌کننده از بودجه می‌شود. این مقوله در کشورهایی که ساختار فدرال دارند شامل آژانس‌های فدرال، حسابرسی‌های داخلی، و شرکت‌هایی می‌شود که از حکومت فدرال کمک‌های مالی دریافت می‌کنند (شفیعی، ۱۳۹۵: ۸۹).

در ایران، در متمم قانون اساسی مشروطه، که برای اولین بار نهادی تحت عنوان «دیوان محاسبات» پیش‌بینی شده بود، اصل ۱۰۲، در کنار تبیین وظایف و صلاحیت‌ها، محدوده نظارتی دیوان محاسبات را نیز مشخص کرده بود: «دیوان محاسبات مأمور به معاینه و تفکیک محاسبات اداره مالیه و تفریغ حساب کلیه محاسبین خزانه است و مخصوصاً مواظب است که هیچ‌یک از فقرات مخارج معینه در بودجه از میزان مقرر تجاوز ننموده تغییر و تبدیل نپذیرد و هر وجهی در محل خود به مصرف برسد و همچنین معاینه و تفکیک محاسبه مختلفه کلیه ادارات دولتی را نموده اوراق سند خرج محاسبات را جمع‌آوری خواهد کرد و صورت کلیه محاسبات مملکتی را باید به انضمام ملاحظات خود تسلیم مجلس شورای ملی نماید.» بر این اساس، به موجب متمم قانون اساسی مشروطه، نظارت دیوان محاسبات اصولاً بر گزارش‌های حسابرسی که در اداره مالیه و همچنین توسط حسابرسان خزانه تهیه شده اعمال می‌شده و بدین معنا اگرچه «ادارات دولتی» در سطور بعدی دوباره تکرار شده است، می‌توان این‌گونه گفت که متمم قانون اساسی مشروطه هر سازمان یا نهادی را که از خزانه بهره می‌برده مشمول نظارت دیوان محسوب کرده است.

با توجه به اینکه اصل ۱۰۳ متمم قانون اساسی مشروطه ترتیب و تنظیم اداره دیوان را به قانون احاله داده است، بررسی قوانینی که در مجلس شورای ملی درباره دیوان محاسبات وضع شده نشان‌دهنده این است که محدوده نظارتی دیوان در قوانین مختلف دچار توسعه و تضییق شده است. در قانون دیوان محاسبات، مصوب ۱۳۲۹ قمری (۱۲۸۹/۱۲/۰۴ شمسی)، به منزله اولین قانون دیوان محاسبات در کشور، حدود اختیارات دیوان محاسبات در زمینه رسیدگی و

نظارت بر دخل و خرج دستگاه‌های مختلف کشور بسیار وسیع بوده و دیوان محاسبات بر دخل و خرج همه وزارتخانه‌ها و بانک‌ها و شرکت‌های دولتی و صاحبان امتیاز رسیدگی می‌کرده است.^۳ اما در قانون «راجع به دیوان محاسبات»، مصوب ۱۳۱۲/۱۰/۲۴ شمسی، حیطة نظارتی دیوان تا حد زیادی محدود شد و آن‌گونه که ماده ۷ این قانون بیان می‌کند^۴ به نظارت بر حساب‌های وزارتخانه‌ها و ادارات مستقل دولتی خلاصه شد و در نتیجه شرکت‌های دولتی و بانک‌ها و ... از شمول نظارتی دیوان خارج شدند (کیانی‌نژاد، ۱۳۴۲: ۷۸ و ۷۹). در ماده ۱ قانون دیوان محاسبات، مصوب ۱۳۵۲/۰۲/۳۱، نیز رسیدگی و اتخاذ تصمیم در زمینه حساب درآمد و هزینه و ... وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی و اظهارنظر درباره گردش امور مالی وزارتخانه‌ها و مؤسسات و شرکت‌های دولتی بر عهده دیوان محاسبات گذارده شده است که گویا، با یک تقسیم‌بندی، صرفاً اظهارنظر درباره گردش مالی شرکت‌های دولتی را پذیرفته و در حیطة وزارتخانه‌ها و ... نظارت را شامل رسیدگی و اتخاذ تصمیم دانسته است.^۵

۲. محدوده نظارتی دیوان محاسبات در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و قوانین مربوطه

پس از انقلاب اسلامی و با تصویب قانون اساسی، موضوع به این نحو مشخص شد که دیوان محاسبات «به کلیه حساب‌های وزارتخانه‌ها، مؤسسات، شرکت‌های دولتی، و سایر دستگاه‌هایی که به نحوی از انحاء از بودجه کل کشور استفاده می‌کنند» رسیدگی خواهد کرد. در اولین قانون دیوان محاسبات پس از پیروزی انقلاب اسلامی نیز، که تا کنون به‌رغم اصلاحات جزئی انجام‌شده به منزله قانون اصلی این دیوان مجراست، در ماده ۱، هدف دیوان محاسبات کشور با توجه به اصول مندرج در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران اعمال کنترل و نظارت مستمر مالی به منظور پاسداری از بیت‌المال از طرق مختلف، از جمله «کنترل عملیات و فعالیت‌های مالی کلیه وزارتخانه‌ها، مؤسسات، شرکت‌های دولتی، و سایر دستگاه‌هایی که به نحوی از انحاء از بودجه کل کشور استفاده می‌کنند» اعلام شده بود و در ماده ۲ در بیان وظایف این دیوان «حسابرسی یا رسیدگی کلیه حساب‌ها، درآمد و هزینه و سایر دریافت‌ها و پرداخت‌ها و نیز صورت‌های مالی دستگاه‌ها، از نظر مطابقت با قوانین و مقررات مالی و سایر قوانین مربوط و ضوابط لازم الاجرا» به منزله موضوع نظارت تعیین شده بود و در تبصره این ماده با تعریف دستگاه‌ها به «کلیه وزارتخانه‌ها، سازمان‌ها، مؤسسات، شرکت‌های دولتی، و سایر واحدها که به نحوی از انحاء از بودجه کل کشور استفاده می‌نمایند و به طور کلی هر واحد اجرایی که بر طبق اصول ۴۴ و ۴۵ قانون اساسی مالکیت عمومی بر آن‌ها مترتب

بشود» عملاً محدوده نظارتی دیوان مورد تصریح قانون قرار گرفته بود. اگرچه در ظاهر امر، با توجه به تفصیل قانون اساسی، موضوع محدوده نظارتی دیوان به صراحت مشخص شده، در طول زمان و در فرایند تصویب قوانین اجرایی مربوط به دیوان محاسبات، برداشتهای مختلفی از این عبارت صورت گرفته است. اختلاف و تفاوت رویکردی حاصل شده در مورد محدوده نظارتی دیوان حاصل نگاه و برداشت موسع یا مضیق از نص قانون اساسی و البته با نیم‌نگاهی غایت‌گرایانه به فلسفه وجودی نهاد ناظر مالی است که منجر به وضعیتی شده است که آن را بتوان ذیل سه رویکرد اصلی تقسیم‌بندی کرد که در ادامه به بررسی و تحلیل آن‌ها پرداخته خواهد شد.

۳. رویکردهای ناظر به محدوده نظارتی دیوان محاسبات

در ادامه، رویکردهای مربوط به محدوده نظارتی دیوان محاسبات به ترتیب مضیق به موسع بیان خواهد شد و ذیل هر یک به تحلیل و بررسی جوانب و آثار آن خواهیم پرداخت.

۳-۱. نظارت در محدوده قانون بودجه

اصل ۵۵ قانون اساسی، علاوه بر نام بردن تمثیلی از نهادهای دولتی، یعنی وزارتخانه‌ها و مؤسسات و شرکت‌های دولتی، به منزله مشمولان نظارت دیوان محاسبات، با ذکر یک قاعده، دستگاه‌های دیگری را نیز در محدوده نظارتی دیوان قرار داده است. بر اساس این ملاک و قاعده «استفاده از بودجه به هر نحوی از انحاء» موجب خواهد شد تا شخص حقوقی مربوطه، فارغ از عنوان و قالب شکل‌گیری و نحوه مالکیت و وابستگی مالکیتی آن، مشمول نظارت‌های دیوان محاسبات قرار گیرد و در محدوده نظارتی این دیوان تعریف شود. تعیین این قاعده دو نتیجه منطقی را در مورد دستگاه‌های غیر مذکور در اصل ۵۵ قانون اساسی به همراه دارد. اولاً صرفاً دستگاه‌هایی که از بودجه استفاده می‌کنند مشمول نظارت دیوان خواهند بود و ثانیاً دستگاه‌های یادشده صرفاً به میزان استفاده از بودجه مورد نظارت دیوان قرار خواهند گرفت. به این معنا، چنانچه یک شخصیت حقوقی با ماهیت «عمومی غیر دولتی» در یک سال بر اساس آنچه در جدول‌ها و ردیف‌های قانون بودجه کل کشور درج می‌شود از بودجه کل کشور استفاده کرد، نام آن دستگاه در زمره دستگاه‌های مورد نظارت دیوان محاسبات در آن سال قرار خواهد گرفت و البته چنانچه نهاد یادشده بخشی از درآمد خود را از محل بودجه عمومی کل کشور حاصل کند و بخشی از منابع نیز از محل‌های دیگر - نظیر موقوفات، هدایا، املاک، منابع موجود خود آن نهاد - تحصیل شود، دیوان محاسبات صلاحیتی برای رسیدگی به سایر اعتبارات و درآمدهای این نهادها نخواهد داشت (کدخدایی و همکاران، ۱۳۹۸: ۳۹).

برگزیدن ملاک «استفاده از بودجه» برای تعیین سایر دستگاه‌های مورد نظارت دیوان باعث

شده است به موجب این رویکرد نسبت وثیقی میان دیوان محاسبات و قانون بودجه برقرار شود که البته در شکل‌گیری نهاد ناظر مالی در نظام‌های مختلف حقوقی مسبوق به سابقه است. یکی از ادله رویکرد «وابستگی نهاد ناظر مالی به پارلمان» در نظام‌های مختلف حقوقی این استدلال است که نهادی که متکفل تصویب بودجه کشور است باید بر اجرایی شدن قانون بودجه نیز نظارت داشته باشد (هاشمی، ۱۳۸۰، ج ۲: ۲۰۵). از این رو در جریان تصویب قانون اساسی نیز این نگاه که محاسبات مربوط به بودجه مملکت است و در نتیجه باید در اختیار نمایندگان مردم باشد (طاهری اصفهانی، مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ج ۳: ۱۴۲۷) در میان نمایندگان مجلس بررسی نهایی قانون اساسی وجود داشته است.

بر این اساس دیوان محاسبات صرفاً رکن اجرایی اعمال مرحله چهارم از مراحل چهارگانه «نظام بودجه»- یعنی تدوین، تصویب، اجرا، و نظارت بر بودجه (رستمی، ۱۳۹۰: ۲۰۳)- است که به منزله بازوی نظارتی مجلس شورای اسلامی اجرای این امر را بر عهده دارد. ظاهراً بر همین مبناست که گزارش «تفریغ بودجه» در اصل ۵۵ خروجی نظارت‌های دیوان محاسبات شناخته شده است. زیرا وقتی قرار است دیوان بر اجرای بودجه نظارت کند خروجی آن نیز منطقی‌تر گزارش تفریغ بودجه خواهد بود. از این رو می‌توان این‌گونه استدلال کرد که از منظر قانون‌گذار اساسی نظارت بر اجرایی شدن قانون بودجه وظیفه ذاتی دیوان محاسبات به شمار می‌رود و به همین دلیل ملاک شمول محدوده نظارتی دیوان نسبت به سایر دستگاه‌های ذکر نشده در اصل «استفاده از بودجه» قرار داده شده است؛ با این تأکید که نحوه این استفاده موضوعیت ندارد و «به هر نحوی از انحاء» که استفاده صورت گیرد مشمول نظارت‌های دیوان محاسبات خواهد شد.

یکی از دلایلی که این رویکرد مضیق و محدود نسبت به محدوده نظارتی دیوان محاسبات را تأیید می‌کند، نظریات تفسیری شورای نگهبان در مقام نهاد قانونی متولی تفسیر قانون اساسی از این اصل است. شورای نگهبان در نظریه تفسیری شماره ۷۵/۲۱/۱۱۱۶ خود، در تاریخ ۱۳۷۵/۰۹/۱۴، در پاسخ به استفساریه رئیس‌جمهور وقت، درباره محدوده نظارتی دیوان محاسبات در زمینه همه حساب‌های دستگاه‌های بهره‌مند از بودجه عمومی یا نظارت در محدوده قانون بودجه به صراحت اعلام می‌دارد: «اصل پنجاه و پنجم (۵۵) قانون اساسی ناظر به اعتباراتی است که در بودجه کل کشور منظور شده و صلاحیت دیوان محاسبات در رسیدگی و حسابرسی محدود به همان موارد است». شورای نگهبان هشت سال بعد از این در پاسخ به استفسار رئیس دانشگاه تهران در خصوص شمول اصل ۵۵ قانون اساسی و صلاحیت دیوان

محاسبات درباره رسیدگی و حسابرسی همه امور مالیاتی و حساب‌های خارج از بودجه تخصیصی، از جمله حساب هدایا و کمک‌های مردمی، نیز همان نظر سابق را عیناً اعلام کرده است تا مؤکداً بیان کند از نگاه نهاد مفسر قانون اساسی محدوده صلاحیت نظارتی دیوان محاسبات مضیق و محدود به اعتباراتی است که در قانون بودجه سالیانه مشخص شده است. به این معنا و بر اساس این رویکرد، مؤسساتی که قسمتی از بودجه خود را به صورت مستقل تأمین می‌کنند و فقط قسمتی از اعتبارات آن‌ها توسط بودجه کل کشور تأمین می‌شود نیز تنها در حیطه اعتبارات مندرج در بودجه تحت نظارت دیوان محاسبات قرار خواهند گرفت (رستمی و حسینی‌پور، ۱۳۸۹: ۲۰۵). شورای نگهبان در رویه خود در زمینه مصوبات مجلس شورای اسلامی نیز این نظر را اعمال کرده است و جزء ۳ بند «ب» ماده ۱۴۲ مصوبه اولیه برنامه پنج‌ساله ششم توسعه را، که با اصلاح تبصره ماده ۲ قانون دیوان محاسبات محدوده نظارتی دیوان را به نهادهای دیگری از جمله شهرداری‌ها و سازمان تأمین اجتماعی و ... تعمیم داده بود، با همان استدلال محدودیت صلاحیت دیوان محاسبات به اعتبارات قانون بودجه، خلاف اصل ۵۵ و نظر تفسیری شورا قلمداد کرده است.

بر این اساس این رویکرد، با استفاده از قرائن درج‌شده در اصل و با نگاه به دیوان محاسبات، به عنوان نهاد متولی کارویژه مرحله چهارم نظام بودجه‌ریزی، شکل گرفته و نگاه غالب نظام حقوقی کشور ایران است که البته نقدهایی نیز درباره آن وجود دارد که منجر به ایجاد رویکردهای بعد شده است. اما، فارغ از نقدها و برداشتهای متفاوتی که در ادامه بیان خواهد شد، به فرض پذیرش این رویکرد، یکی از مسائلی که در منابع حقوقی در این فرض بدون پاسخ مانده آن است که آیا اگر دستگاه یا مؤسسه‌ای به صورت غیر مستقیم از بودجه کشور بهره‌مند شود نیز مشمول نظارت خواهد بود یا خیر؟ توضیح آنکه اگر یک شخص حقوقی بدون اینکه از ردیف بودجه مشخصی در قانون بودجه کل کشور برخوردار باشد، به صورت غیر مستقیم از بودجه وزارتخانه‌ها یا سایر نهادهای دولتی در قالب کمک یا ... استفاده کند، در این صورت نیز مشمول ملاک «استفاده از بودجه به هر نحوی از انحاء» و در نتیجه در محدوده نظارتی دیوان خواهد بود؟

پاسخ به استناد ظاهر اصل قطعاً مثبت خواهد بود. چون قطعاً «نحوی از انحاء» استفاده غیر مستقیم از منابع بودجه عمومی کل کشور را نیز در بر خواهد گرفت. لکن در عمل در قوانین و رویه دیوان محاسبات به این موضوع کمتر پرداخته شده و محدوده صلاحیتی دیوان تا کنون به این حد گسترده نشده است. مثلاً، به موجب تبصره ۶۳ قانون برنامه پنج‌ساله دوم توسعه اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۷۳/۰۹/۲۰، دولت

مكلف شده است همه ساله مبلغی را که به همین منظور در بودجه سالیانه منظور می شود به صندوق ذخیره فرهنگیان پرداخت کند. تصویب نامه «کسر ۵ درصد حقوق و فوق العاده شغل ماهیانه فرهنگیان و واریز آن به حساب صندوق ذخیره فرهنگیان»، مصوب ۱۳۷۴/۰۲/۰۳، در اجرای تبصره فوق مقرر داشته است: «سازمان برنامه و بودجه، پس از انجام مقدمات لازم، اعتبار مصوب را تخصیص و در اختیار آموزش و پرورش قرار داده و این وزارتخانه نیز آن را به حساب صندوق ذخیره فرهنگیان واریز کرده و با اخذ رسید از صندوق مذکور به عنوان هزینه قطعی منظور نماید». بدین معنا، با هزینه قطعی تلقی شدن این پرداخت، دیوان محاسبات دیگر تکلیفی در قبال مبلغ واریز شده ندارد و بر نحوه هزینه کرد آن مطابق با مصوبات و ... نظارت نخواهد کرد. این در حالی است که این صندوق از بودجه کل کشور استفاده کرده، اما، فرایندی برای نظارت بر آن توسط دیوان محاسبات پیش بینی نشده است و به نظر می رسد دیوان محاسبات باید بر اینکه این کمک دولت به آن مجموعه در محل مربوطه صرف شده است یا خیر امکان نظارت داشته باشد؛ اما نظارت فعلی در این مثال صرفاً درباره وزارت آموزش و پرورش صورت می گیرد که آیا مبلغ تعیین شده را به صندوق ذخیره فرهنگیان داده است یا خیر و هیچ نظارتی بر عملکرد دستگاه اصلی بهره مند از بودجه وجود ندارد. این در حالی است که دیوان مکلف شده است بر مصرف وجوه در محل تعیین شده نظارت کند و باید این حق را داشته باشد که بر این موضوع نظارت کند که آیا دستگاه بهره مند از بودجه آن را در محلی که قانون گذار بدان دلیل بودجه را به آن اختصاص داده است استفاده کرده است؟

این موضوع در مورد مصادیق دیگری نیز صدق می کند که در قانون بودجه برای بعضی از دستگاه ها تحت عنوان کمک و به صورت مستقیم در نظر گرفته می شود. در آن موارد نیز دیوان باید بر مصرف وجوه در محلی که قانون گذار به آن واسطه شخصیت حقوقی را مشمول کمک در بودجه دانسته است نظارت داشته باشد.

فقط در صورت تحقق این امر می توان نظارت بر اساس این رویکرد را کامل و جامع دانست و چنانچه نظارت بر این قالب های استفاده از بودجه صورت نگیرد این رویکرد اول به صورت ناقص اجرایی شده است.

۲-۳. نظارت بر کلیه حساب های استفاده کنندگان از بودجه

رویکرد دوم در مورد محدوده صلاحیت نظارتی دیوان محاسبات نگاهی موسع تر از رویکرد اول به موضوع مندرج در اصل ۵۵ دارد و برخلاف رویکرد قبل، که صرفاً اعتبارات مندرج در بودجه را مشمول نظارت دیوان محاسبات قرار می داد تا هیچ هزینه ای از اعتبارات مصوب تجاوز نکند و هر وجهی در محل خود به مصرف برسد، «کلیه حساب های دستگاه های مندرج در اصل»

را به منزلهٔ محدودهٔ نظارتی دیوان محاسبات قلمداد می‌کند. بر اساس این رویکرد همهٔ دستگاه‌هایی که به نحوی از انحاء از بودجهٔ کل کشور بهره‌مند می‌شوند به صورت کامل تحت نظارت مالی دیوان محاسبات خواهند بود و همهٔ درآمدها و هزینه‌های ایشان فارغ از اینکه به موجب قانون بودجه باشد یا از طرق دیگر باید تحت نظارت دیوان محاسبات قرار گیرد تا بر اساس قانون رسیدگی و حسابرسی شود. برخلاف تفسیر شورای نگهبان از اصل ۵۵ قانون اساسی، که نظارت دیوان را در حیطهٔ اعتبارات مندرج در بودجهٔ کل کشور دانسته است، این رویکرد به جای تمرکز بر قید «بودجه»، به منزلهٔ ملاک محدودهٔ نظارتی دیوان، به عبارت «کلیهٔ حساب‌ها» در ابتدای اصل توجه کرده است. بر اساس این رویکرد، تعیین ملاک «استفاده از بودجه به نحوی از انحاء» برای این است که مشخص شود کدام دستگاه مشمول نظارت مالی دیوان محاسبات قرار خواهد گرفت و دربارهٔ اینکه کدام بخش از درآمد و هزینه‌های این دستگاه‌ها مشمول نظارت قرار گیرد باید به صدر اصل رجوع کرد و «کلیهٔ حساب‌های» این دستگاه‌ها را مشمول نظارت تلقی کرد. این برداشت از اصل، که همهٔ حساب‌های دستگاه‌ها باید تحت نظارت قرار گیرد، دقیقاً مطابق با صراحت نص اصل است که قانون‌گذار اساسی در جایی که در مقام بیان محدودهٔ نظارتی دیوان است مشخصاً اعلام می‌کند: «دیوان محاسبات به کلیهٔ حساب‌های ... رسیدگی یا حسابرسی می‌نماید». بنابراین، برداشتی خلاف این نیازمند دلیلی قانع‌کننده است که این تخصیص و نگاه مضیق را موجه سازد. قانون‌گذار در این اصل به طور مشخص در مقام بیان وظایف و صلاحیت‌های دیوان محاسبات بوده است و به صورت تفصیلی به این موضوع پرداخته است. با توجه به این موضوع که قانون‌گذار در ابتدای اصل در مقام بیان محدودهٔ صلاحیتی دیوان محاسبات است، ذکر نظارت بر کلیهٔ حساب‌های دستگاه‌های یادشده به عنوان این محدوده را نمی‌توان مورد غفلت قرار داد و به اعتبار اماراتی دیگر نص بیان قانون‌گذار اساسی را فاقد مفهوم دانست یا آن را تخصیص زد.

دقیقاً بر اساس همین نص بوده است که قانون‌گذار عادی نیز در مقام تصویب قانون دیوان محاسبات، مصوب ۱۳۶۱/۱۱/۱۱، به منزلهٔ اولین قانون جامع دیوان محاسبات در کشور، که به موجب اصل ۵۴ قانون اساسی به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید، با تکرار عبارت قانون‌گذار اساسی در مادهٔ ۲ وظیفهٔ دیوان محاسبات را «حسابرسی یا رسیدگی کلیهٔ حساب‌های درآمد و هزینه و سایر دریافت‌ها و پرداخت‌ها و نیز صورت‌های مالی دستگاه‌ها از نظر مطابقت با قوانین و مقررات مالی و سایر قوانین مربوط و ضوابط لازم‌الاجرا» معرفی می‌کند که از نظر شورای نگهبان نیز تأیید می‌شود. بدین معنا، بر اساس قانون، کلیهٔ دریافت‌ها و پرداخت‌ها و صورت‌های مالی دستگاه‌های مشمول قانون، که در تبصرهٔ این ماده نیز ذکر شده‌اند، مشمول

نظارت و حسابرسی دیوان خواهند بود.

پرسش احتمالی در این موضوع این خواهد بود که مگر در دستگاه‌های دولتی به جز آنچه در ردیف درآمدها و هزینه‌های یک دستگاه در قانون بودجه کشور وضع می‌شود دریافت و پرداخت دیگری نیز وجود دارد که مشمول نظارت دانستن همه حساب‌های این دستگاه‌ها باعث ایجاد رویکردی جدید در محدوده نظارت دیوان محاسبات شود؟

با توجه به اصل ۵۳ قانون اساسی ایران «همه دریافت‌های دولت در حساب‌های خزانه‌داری کل متمرکز می‌شود و همه پرداخت‌ها در حدود اعتبارات مصوب به موجب قانون انجام می‌گیرد». بدین معنا در دولت- که مصادیق آن یعنی وزارتخانه‌ها، مؤسسات، و شرکت‌های دولتی^۶ در اصل ۵۵ ذکر شده است- و در قبال بعضی از مخاطبان نظارت دیوان محاسبات، یعنی وزارتخانه‌ها و غالب مؤسسات دولتی، پیش‌بینی تفاوت در موضوع یادشده خالی از وجه خواهد بود. چون هر دستگاه دولتی مکلف است همه دریافت‌های خود را به حساب خزانه واریز و در حدود اعتبار مصوب به موجب قانون هزینه کند و حساب‌های دیگری برای درآمدهای اختصاصی نداشته باشد.^۷ اما نکته قابل توجه و ایجادکننده تفاوت در موضوع در خصوص دستگاه‌هایی است که به نحوی از انحاء از بودجه کل کشور استفاده می‌کنند. آن‌گونه که در استفسار رئیس‌جمهور وقت از شورای نگهبان نیز بیان شده بود، مؤسسات عمومی غیر دولتی و بعضی از شرکت‌های خصوصی و تعاونی به نحوی از انحاء از بودجه کل کشور استفاده می‌کنند. بعضی از آن‌ها به صورت مستمر دارای ردیف بودجه مستقل‌اند و بعضی نیز حسب شرایط خاص در بعضی از لوایح بودجه رقمی به ایشان تعلق می‌گیرد. رویکرد دوم در اینجا عملیاتی می‌شود که در این مؤسسات عمومی غیر دولتی یا شرکت‌هایی که دولت در آن‌ها سهم کمتر از پنجاه درصد داشته و به هر حال به هر نحوی از انحاء از بودجه کشور بهره‌مند هستند نیز همه حساب‌ها باید تحت نظارت دیوان محاسبات واقع شود؛ ولو اینکه آن دریافت و پرداخت‌ها در قانون بودجه سالیانه مشخص نشده و از محل‌های دیگری صورت گرفته باشند. چون عبارت «کلیه حساب‌ها» در ابتدای اصل افاده مفهومی جز این نمی‌کند.

تفسیر غایت‌گرایانه از اصل ۵۵ قانون اساسی نیز این برداشت را تأیید می‌کند. آن‌گونه که در مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی نیز مورد اشاره قرار گرفته است، فلسفه تشکیل دیوان محاسبات وجود ناظرانی با مبنای حکومتی و قانون اساسی بر دخل و خرج مملکت است (بهشتی، مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ج ۳: ۱۴۲۶). بدین معنا نگاه قانون‌گذاران اساسی کشور در مورد دیوان محاسبات تشکیل نهادی برای نظارت مالی بر درآمدها و هزینه‌های کشور است که ملاک آن نیز همه

دستگاه‌هایی قرار داده شده است که به نحوی از انحاء از بودجه کل کشور استفاده می‌کنند. با توجه به نظر قانون‌گذار اساسی، تحدید موضوع نظارت مالی به قانون بودجه کل کشور نمی‌تواند اهداف ایشان را از پیش‌بینی چنین نهادی به صورت کامل محقق سازد. بدین معنا شاید بتوان این‌گونه گفت که قانون اساسی با ملاک قرار دادن بهره‌مندی از بودجه کل کشور به هر صورت ممکن دستگاه‌ها و اشخاص حقوقی استفاده‌کننده از بودجه عمومی کل کشور را به نوعی شخصیت حقوقی عمومی تلقی کرده است که باید مورد نظارت مالی قرار گیرند؛ یعنی قانون‌گذار این‌گونه قرارداد کرده است که هر شخص حقوقی که به هر دلیلی و به هر میزان از بودجه کل کشور استفاده می‌کند شخصیت عمومی به حساب می‌آید که دخل و خرج آن‌ها در زمره دخل و خرج عمومی کشور محسوب می‌شود و از این رو باید به صورت کلی مورد نظارت قرار گیرند. چنانچه قانون اساسی، آن‌گونه که در رویکرد اول برداشت شده است، نظارت بر مبنای قانون بودجه را مد نظر داشت، نیازی به این تفصیل در متن و ذکر مصادیق مورد نظارت و تعیین ملاک برای نظارت وجود نداشت و آن مفهوم با این عبارت که «دیوان محاسبات به اجرای قانون بودجه کل کشور رسیدگی و حسابرسی می‌کند» منتقل می‌شد؛ حال آنکه در این اصل کلیه حساب‌های مجموعه‌ای از اشخاص حقوقی با این ملاک که «به هر نحوی از انحاء از بودجه کل کشور استفاده می‌کنند» علت قرار گرفتن یک دستگاه در صلاحیت نظارت مالی دیوان محاسبات قرار گرفته است که از کنار این موضوع نمی‌توان به سادگی گذشت.

گذشته از این، اصولاً حتی نظارت بر بخش اموال بودجه‌ای یک دستگاه نیز بدون احاطه و حسابرسی بر همه حساب‌های آن دستگاه کاملاً ممکن نخواهد بود. چون عملاً دست دستگاه مربوطه در سندسازی در زمینه منابع بودجه‌ای و غیر بودجه‌ای خود باز خواهد بود تا اعتبارات بودجه‌ای در محل غیر خود یا به صورت برعکس استفاده شود.

البته شاید بتوان گفت علت تفاوت میان این دو رویکرد را باید در جای دیگری جست. اگرچه در ظاهر امر و بر اساس موازین حقوقی، که در مالیه عمومی تحت عنوان اصول بودجه‌ریزی از آن یاد می‌شود، کشور باید دارای یک بودجه باشد و در بودجه واحد همه درآمدها و هزینه‌های دستگاه‌ها و سازمان‌های دولتی پیش‌بینی شود (اصل وحدت بودجه) و بر اساس اصل جامعیت بودجه باید همه درآمدها و هزینه‌های عمومی را شامل شود (رستمی، ۱۳۹۰: ۲۱۰-۲۱۴) و به عبارت دیگر بر اساس ادله یادشده همه مبادلاتی را که با منابع مالی عمومی تأمین مالی می‌شود پوشش دهد (آذر و امیرخانی، ۱۳۹۰: ۴۵)، بودجه‌ای که هم‌اکنون به عنوان قانون بودجه کل کشور نوشته می‌شود واقعاً بودجه کل کشور نیست. منابع پنهان و

غیر پنهان لحاظ شده در بودجه در قالب شرکت‌ها، بنگاه‌ها، نهادها، و وزارتخانه‌ها بسیار زیاد است (رحمانی فضلی، ۱۳۸۸: ۹). در نظام حقوقی کشور ایران، به صورت متعدد، در قوانین مختلف، غیر از قانون بودجه سالیانه، درآمدها و هزینه‌هایی برای بعضی از دستگاه‌های عمومی معین شده است که این درآمدها و هزینه‌ها به هیچ وجه ارتباطی با خزانه ندارد و در بودجه کل کشور نیز درج نمی‌شود. مثلاً، به موجب قانون تشکیلات، وظایف، و انتخاب شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران مصوب سال ۱۳۷۵ مجلس شورای اسلامی شهر، که تصویب بودجه و اصلاح و متمم بودجه و تفریح بودجه سالیانه شهرداری و مؤسسات و شرکت‌های وابسته به آن را بر عهده دارد، به منزله یکی از وظایف خود، حق تصویب لوایح برقراری یا لغو عوارض شهر و همچنین تغییر نوع و میزان آن را خواهد داشت. به موجب همان قانون، این‌گونه درآمدهای حاصل از عوارض و سایر طرق به حساب‌هایی که با تأیید شورای شهر در بانک‌ها افتتاح می‌شود واریز و طبق قوانین مربوطه هزینه خواهد شد. این موضوع که مصادیق بسیار متعددی در نظام حقوقی ایران دارد بدین معناست که بسیاری از درآمدها و هزینه‌ها در بخش عمومی کشور خارج از عناوینی است که در قانون بودجه سالیانه بیان می‌شود و به این سبب محدود کردن نظارت نهاد ناظر مالی کشور به اعتبارات مندرج در بودجه عملاً به معنای خارج کردن بخش بسیار بزرگی از گردش حساب مالی بخش عمومی از نظارت نهاد اصلی متولی نظارت مالی در کشور است که قطعاً منظور نظر قانون‌گذار اساسی نبوده است. بدین معنا، چنانچه نظام بودجه‌ریزی کشور، آن‌گونه که در ادامه توضیح داده می‌شود، اصلاح شود که به معنای واقعی بودجه عمومی کل کشور باشد، این مشکل نیز حل خواهد شد و چه بسا نیازی به تفاوت‌گذاری میان رویکرد اول و دوم وجود نداشته باشد.

در مقابل این نگاه به محدوده صلاحیتی دیوان، این ایراد نیز ممکن است مطرح شود که اصل ۵۵، با بیان خروجی دیوان محاسبات در قالب تفریح بودجه، عملاً نشان داده که به بودجه کشور نظر داشته است و از این رو قابل تعمیم به سایر موارد نیست. در پاسخ به این ایراد باید گفت دقت در متن اصل نشان می‌دهد که دیوان محاسبات در محدوده مقرر خود «به ترتیبی که قانون مقرر می‌دارد رسیدگی یا حسابرسی می‌نماید». بررسی قانون دیوان محاسبات کشور، مصوب ۱۳۶۱/۱۱/۱۱، نشان می‌دهد که از میان هفت وظیفه‌ای که برای دیوان در مواد ۲ تا ۸ این قانون برشمرده شده است آخرین آن‌ها به تهیه گزارش تفریح بودجه اختصاص دارد و شش مورد دیگر به بررسی و رسیدگی به مسائل مختلفی اختصاص دارد که به موجب بند «ی» ماده ۲۳ همان قانون منجر به صدور رأی توسط هیئت‌های مستشاری خواهد شد و طبق تبصره همان ماده در صورت وقوع جرم جهت صدور حکم مقتضی به مراجع صالحه ارسال خواهد

شد. از سوی دیگر به موجب ماده ۶ قانون تفریغ بودجه سال‌های پس از انقلاب، مصوب ۱۳۶۵/۰۴/۲۲، که به موضوع چگونگی تفریغ بودجه می‌پردازد، دیوان محاسبات، با بررسی حساب‌ها و اسناد و مدارک، گزارش تفریغ بودجه سال قبل را به انضمام نظرات خود به مجلس شورای اسلامی ارسال و در کنار آن تخلف از مقررات قانونی را رسیدگی می‌کند و به هیئت‌های مستشاری ارجاع می‌دهد. بدین معنا، تهیه گزارش تفریغ بودجه و رسیدگی در هیئت‌های مستشاری دو کار مجزا و هم‌عرض یک‌دیگرند که هر دو توسط دیوان محاسبات صورت می‌گیرد. این تصور که صلاحیت دیوان محاسبات صرفاً تهیه گزارش تفریغ بودجه است ظاهراً از اینجا نشئت گرفته است که دیوان محاسبات به موجب اصل ۵۴ قانون اساسی مستقیم زیر نظر مجلس شورای اسلامی قرار گرفته و این باعث شده با توجه به جنس نظارت مجلس، که از نوع نظارت سیاسی است، شائبه صلاحیت محدود دیوان محاسبات به تهیه گزارش تفریغ بودجه در اذهان ایجاد شود. این در حالی است که گزارش تفریغ، حسب آنچه در قوانین کشور پیش‌بینی شده است، صرفاً یکی از خروجی‌های نظارت دیوان محاسبات خواهد بود که در مورد مندرجات قانون بودجه اعمال می‌شود که باید به مجلس ارسال شود و به اطلاع عموم مردم نیز برسد. اما رسیدگی و حسابرسی دیوان مطابق با قانون اساسی در مورد پرونده‌ها و اسناد مالی - از نوع اداری یا قضایی که در مباحث آتی به آن‌ها پرداخته خواهد شد - لزوماً ارتباطی با قانون بودجه کشور نخواهد داشت و با توجه به آنچه پیش از این مطرح شد می‌تواند همه حساب‌ها را در بر گیرد.

یکی دیگر از ایراداتی که درباره این رویکرد ممکن است مطرح شود این است که با توجه به تصریح اصل ۵۵ در مورد موضوع نظارت دیوان محاسبات به اینکه «هیچ هزینه‌ای از اعتبارات مصوب تجاوز نکرده و هر وجهی در محل خود به مصرف رسیده باشد» - که در جای خود در این نوشتار شرح آن بیان خواهد شد - در عمل، احکام و جدول‌های قانون بودجه معیار نظارت دیوان قرار گرفته است و نمی‌توان این نگاه موسع‌تر به موضوع را پذیرفت و در نتیجه مأموریت دیوان حداکثر به اجرای صحیح قانون بودجه محدود خواهد بود. در پاسخ به این ایراد نیز می‌توان این‌گونه گفت که اگرچه قانون بودجه بارزترین سند برای تصویب اعتبارات و محل مصرف آن‌هاست، مجموعه‌ای از آیین‌نامه‌ها و قوانین هستند که نحوه هزینه‌کرد منابع مالی در دستگاه‌های مختلف را مقرر و محل مصرف آن‌ها را مشخص می‌کنند. بدین معنا می‌توان منظور از اعتبارات مصوب را هر گونه اعتبار به تصویب رسیده از مجاری صالحه دانست که محل هزینه آن‌ها نیز در مجموعه‌ای از قوانین و مقررات مالی کشور و حتی اساسنامه‌های سازمان‌ها و مؤسسات عمومی غیر دولتی قید شده است که دیوان محاسبات مکلف است با در

نظر گرفتن این مجموعه مقررات درآمدها و هزینه‌ها را با آن سنجه‌ها رسیدگی و حسابرسی کند (جوهری طهرانی، ۱۳۹۲: ۵۴ و ۵۵). مثلاً به موجب بند «ج» ماده ۷ قانون تشکیل هیئت امنای دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی و پژوهشی، مصوب جلسات ۱۸۱ و ۱۸۳، مورخ ۱۳۶۷/۱۲/۲۳، شورای عالی انقلاب فرهنگی، یکی از وظایف هیئت امنای دانشگاه‌ها بررسی و تصویب بودجه مؤسسه است که از طرف رئیس مؤسسه پیشنهاد می‌شود. بدین معنا، اگرچه بر اساس رویکرد اول در مورد یک دانشگاه، نظیر دانشگاه تهران، دیوان محاسبات صرفاً امکان نظارت بر مبلغی را خواهد داشت که در قانون بودجه برای دانشگاه تهران اختصاص یافته است، بر اساس این رویکرد و با تفسیر موسع‌تر، دیوان محاسبات بر همه حساب‌های این دانشگاه نظارت خواهد کرد و انطباق عملیات مالی انجام‌شده را با مجموعه مقررات حاکم بر دانشگاه تهران، اعم از قوانین و مصوبات هیئت امنای، رسیدگی و حسابرسی خواهد کرد یا در مورد شهرداری‌ها، که در نظام حقوقی ایران نهاد عمومی غیر دولتی شناخته شده‌اند و بودجه آن‌ها بر اساس بند ۱۲ ماده ۸۰ قانون تشکیلات، وظایف، و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران مصوب ۱۳۷۵/۰۳/۰۱ و اصلاحات بعدی آن به تصویب شورای اسلامی شهر می‌رسد، بر اساس این رویکرد، چنانچه بخشی از درآمد خود را از محل بودجه عمومی کل کشور تأمین می‌کنند، دیوان محاسبات باید به همه حساب‌های آن‌ها رسیدگی کند و عملیات مالی این دستگاه را بر اساس بودجه مصوب شورای اسلامی شهر رسیدگی و حسابرسی کند.

۳-۳. نظارت بر مبنای مالکیت عمومی

اگرچه در اصل ۵۵ قانون اساسی، علاوه بر نهادهای یادشده، استفاده از بودجه به هر نحوی از انحاء معیار شمول محدوده نظارتی دیوان محاسبات بیان شده است، در تبصره ماده ۲ قانون دیوان محاسبات، علاوه بر این معیار، ضابطه دیگری بیان شده است که می‌توان آن را نوعی توسعه محدوده نظارتی دیوان و به نوعی رویکرد سوم در مورد محدوده نظارتی دیوان محاسبات دانست.

به موجب این تبصره «منظور از دستگاه‌ها در این قانون کلیه وزارتخانه‌ها، سازمان‌ها، مؤسسات، شرکت‌های دولتی، و سایر واحدها که به نحوی از انحاء از بودجه کل کشور استفاده می‌نمایند و به طور کلی هر واحد اجرایی که بر طبق اصول ۴۴ و ۴۵ قانون اساسی مالکیت عمومی بر آن‌ها مترتب بشود می‌باشد. واحدهایی که شمول مقررات عمومی در مورد آن‌ها مستلزم ذکر نام است نیز مشمول این تعریف می‌باشند».

بر مبنای تعریف مندرج در این تبصره، هر واحد اجرایی که عنوان «مالکیت عمومی» بر آن

صدق کند در زمره نظارت دیوان محاسبات قرار می‌گیرد. بدین معنا، قانون‌گذار عادی، با نگاه موسع به محدوده نظارتی دیوان، معیار را، فراتر از آنچه در قانون اساسی مشخص شده، مالکیت عمومی قرار داده و هر آنچه را بر اساس اصول دیگر قانون اساسی در مالکیت عمومی قرار دارد مشمول نظارت دیوان معرفی کرده و شورای نگهبان نیز در سال ۱۳۶۱ آن را مغایر قانون اساسی تشخیص نداده و در نتیجه تبدیل به قانون مورد عمل دیوان محاسبات شده است. بنابراین، با این نگاه، مؤسسات عمومی غیر دولتی، نظیر شهرداری‌ها و هلال احمر و ...، حتی اگر از بودجه عمومی استفاده نکنند، با توجه به اینکه اموال عمومی در اختیار آنهاست، در محدوده حسابرسی دیوان قرار می‌گیرند (وحیدزاده، ۱۳۷۳: ۴۰، به نقل از منصوریان و آگاه، ۱۳۸۹: ۳۷۷). عدم توجه به این رویکرد باعث می‌شود با توسعه غیر منطقی اختیارات مالی برخی واحدهای اجرایی، مانند شهرداری‌ها، دیوان نیز امکان نظارت بر آنها را نیابد و زمینه مشکلات عدیده‌ای ایجاد شود (مرادخانی و بنده‌علی، ۱۳۹۷: ۲۰۲).

معیار قرار دادن مالکیت عمومی، اگرچه با نص اصل ۵۵ قانون اساسی تطابق ندارد، هدف از تشکیل دیوان محاسبات، آن‌گونه که در قانون نیز آمده است، نظارت بر امور مالی کشور توسط نهادی مستقل از دستگاه‌های اجرایی است. با این نگاه کلان، سپردن نظارت بر هر آنچه در مالکیت عمومی قرار دارد دور از ذهن نیست و در پرتو نگاه قانون‌گذار اساسی قابل تأمل است. اگرچه از قانون اساسی مدون و مصوب فعلی چنین چیزی بر نمی‌آید، به مثابه رویکردی ایده‌آل که به سمت آن باید حرکت کرد، می‌توان از این رویکرد نام برد تا در آینده بتوان مقدمات آن را ایجاد کرد. چون، با توجه به فلسفه وجودی و مأموریت سازمانی دیوان محاسبات در نظر تدوین‌کنندگان قانون اساسی و همچنین ضرورت شرعی و عقلانی صیانت از بیت‌المال در برابر اتلاف احتمالی، شایسته است به گونه‌ای تدبیر شود که هر گونه دخل و تصرف در اموال عمومی از نظارت مالی دور نماند. به عبارت دیگر، اگر مانع و معذوریت نص قانون اساسی وجود نداشت، با تفسیر غایت‌گرا از اصل ۵۵ قانون اساسی نیز می‌شد چنین امری را توجیه کرد. لکن در وضعیت فعلی پذیرش این رویکرد، با همه محسناتش، مبتنی بر قانون اساسی، بسیار دشوار و چه‌بسا غیر ممکن است.

توجه به این نکته نیز ضروری است که گسترش چتر نظارتی بر اموال عمومی به هیچ وجه نباید به معنای جلوگیری از فعالیت‌های ایشان و مانعی بر سر راه تحقق اهداف تلقی شود. چون نظارت مالی، آن‌گونه که بیان شد، اقداماتی است که به منظور بررسی و تطبیق عملیات با برنامه و جلوگیری از انحرافات عملیات مالی در ارتباط با هدف‌های تعیین‌شده در برنامه و تصحیح انحرافات احتمالی صورت می‌پذیرد (امامی، ۱۳۸۷: ۱۷۲). با این نگاه، افزایش محدوده

نظارتی دستگاه‌های ناظر، به شرط پیش‌بینی فرایندهای صحیح و قوانین مناسب، اقدامی پیش‌گیرانه است در جهت جلوگیری از هر گونه انحراف که بدیهی است حکومت باید در زمینه همه اموال عمومی آن را پیش‌بینی کند.

البته آن‌گونه که پیش از این به صورت مختصر اشاره شد یکی از دلایلی که باعث ایجاد چنین رویکردی می‌شود وجود نقضی جدی در نظام بودجه‌ریزی کشور ایران است. قوانین بودجه مصوب مجلس شورای اسلامی، به گواه گزارش تفریغ بودجه دیوان محاسبات، به دلیل عدم درج بودجه برخی از دستگاه‌های عمومی، نظیر شهرداری‌ها و تعداد کثیری از شرکت‌های دولتی، که نام آن‌ها در قوانین بودجه نیامده است، از قبیل مناطق آزاد تجاری-صنعتی، همچنین عدم درج منابع و مصارف ۸۹ شرکت دولتی مندرج در فهرست واگذاری اصل جامعیت بودجه کل کشور را نقض می‌کند (خلاصه گزارش تفریغ بودجه سال ۱۳۹۴ کشور). مثلاً، به موجب ماده ۱ قانون محاسبات عمومی کشور، بودجه شرکت‌های دولتی از اجزای تشکیل‌دهنده بودجه کل کشور است که باید در لایحه بودجه کل کشور منعکس شود. بر این اساس، بودجه شرکت‌های دولتی از ارکان بودجه کل کشور به حساب می‌آید که بر اساس رویه شکل‌گرفته طی سالیان مختلف، پیوست شماره ۳ لایحه بودجه، به «بودجه شرکت‌های دولتی، بانک‌ها، و مؤسسات انتفاعی وابسته به دولت» اختصاص داده می‌شود. بر این اساس، هر شرکتی که تحت تعریف شرکت دولتی قرار گیرد، باید در قانون بودجه مورد اشاره قرار گیرد، این در حالی است که بنا بر اعلام دولت شرکت‌های دولتی متعددی وجود دارد که بودجه آن‌ها در لایحه بودجه درج نشده است. رئیس‌جمهور اواخر سال ۱۳۹۵ در سخننامه‌ای خطاب به همه شرکت‌های دولتی آن‌ها را مکلف به تجمیع حساب‌هایشان در حساب‌های خزانه‌داری کل کشور نزد بانک مرکزی کرد و در پیوست فهرست شرکت‌های دولتی درج شده بود. اما از مقایسه فهرست شرکت‌های دولتی مندرج در سخننامه یادشده و قانون بودجه فهرست بلندبالایی از شرکت‌ها حاصل می‌شود که بودجه آن‌ها در بودجه کل کشور منظور نشده است که از آن‌ها می‌توان به صندوق بیمه کشاورزی، سازمان صنایع دریایی، شرکت پارس گرما، شرکت دارویی و تجهیزات پزشکی کشور اشاره کرد.

این بدین معناست که قانونی که باید قانون بودجه عمومی کل کشور باشد معطوف به بودجه نهادهای دولتی شده است که البته از همان حیث نیز دارای نقایص جدی است. این موضوع باعث می‌شود رویکردهای مختلفی درباره محدوده نظارتی دیوان محاسبات ایجاد شود؛ وگرنه چنانچه قانون بودجه عمومی کل کشور از جامعیت کافی برخوردار باشد، شاید تفاوتی میان رویکردهای سه‌گانه مطرح‌شده وجود نداشته باشد و نیازی به بحث از اختلافات آن‌ها نشود.

حتی بالاتر از این شاید بتوان این گونه ادعا کرد که قانون‌گذار اساسی کشور ما با این پیش‌فرض که اصول ۵۲ و ۵۳ قانون اساسی به طور کامل اجرا شده و سند بودجه سالیانه کل کشور نشان‌دهنده همه هزینه‌ها و درآمدهای عمومی است این‌گونه اصل را تنظیم کرده است. این در حالی است که ایرادات نظام بودجه‌ریزی در کشور باعث می‌شود دغدغه نظارت مالی بر اموال عمومی و حراست از بیت‌المال، رویکردهایی موسع‌تر از نگاه حداقلی غالب، مطرح و در جهت تحقق آن تلاش شود؛ هرچند بعضی از آن‌ها، نظیر رویکرد دوم مطروحه، از جهت نص قانون اساسی نیز قابل دفاع به نظر می‌رسد. با این حال، از آنجا که این نوشتار در مقام بحث در مورد نظام بودجه و ایرادات آن نیست، موضوع محدوده نظارتی دیوان نیز با توجه به وجود این ایرادات و با پیش‌فرض قرار دادن شرایط فعلی در نظام حقوقی کشور ایران مطرح شد.

نتیجه

در نظام قانونی ایران در مورد محدوده صلاحیتی دیوان محاسبات ابهاماتی وجود دارد که این ابهامات از جمله عوامل تضعیف دیوان در طول سال‌های فعالیت خود بوده است (امامی و نادری باب‌اناری، ۱۳۸۶: ۵۳). در حال حاضر، بر اساس نظریه تفسیری شورای نگهبان، رسیدگی و حسابرسی دیوان محاسبات محدود است به اعتبارات مندرج در بودجه برای وزارتخانه‌ها، مؤسسات، شرکت‌های دولتی، و سایر دستگاه‌هایی که به نحوی از انحاء از بودجه کل کشور استفاده می‌کنند و این دیوان صرفاً بر آنچه در قانون بودجه درج شده است رسیدگی و حسابرسی می‌کند. اما، با توجه به استدلال‌های مختلفی که در مباحث قبلی بیان شد، به نظر می‌رسد بتوان گفت امکان رسیدگی دیوان محاسبات به «کلیه حساب‌های» دستگاه‌های فوق با قانون اساسی، قانون عادی، و سایر ادله حقوقی و عقلی بیشتر سازگار است و از این حیث نظریه تفسیری شورای نگهبان را قابل نقد دانست. بر این اساس، دیوان محاسبات، با ملاک استفاده از بودجه به هر نحو، دستگاه‌ها و اشخاص حقوقی را تقسیم‌بندی کرده و بر همه حساب‌های همه دستگاه‌های بهره‌مند از بودجه عمومی کل کشور نظارت خواهد کرد. از طرف دیگر، گسترش محدوده نظارتی دیوان به همه اموال عمومی، آن‌گونه که در قانون دیوان محاسبات آمده، از قانون اساسی قابل برداشت نیست و نمی‌توان آن را اثبات کرد. اما، بر اساس غایتی که از ایجاد دستگاه‌های نظارتی در کشور مورد انتظار است، قابل توجیه است و نقطه ایده‌آل و قابل پیشنهاد برای تغییرات آتی به حساب می‌آید.

مهم‌ترین اشکالی که در محدوده نظارتی دیوان محاسبات در نظام حقوقی کشور ایران وجود دارد به نظام بودجه‌ریزی کشور برمی‌گردد. شاید بتوان این‌گونه گفت که تلقی قانون‌گذار اساسی این بوده است که همان‌گونه که در اصل ۵۳ مقرر شده و اصول حقوقی مالیه عمومی

گویای آن هستند جامعیت بودجه رعایت می‌شود که در آن صورت تفاوت جدی میان رویکردهای مختلف بیان شده باقی نمی‌ماند و با درج همه مخارج و هزینه‌های کشور در قانون بودجه نظارت بر اجرای بودجه به معنای نظارت بر منابع عمومی کشور محسوب می‌شود. اما وجود مشکلات فعلی نظام بودجه‌ریزی در کشور باعث شده است غایت هدف قانون‌گذار اساسی با اتخاذ رویکرد اول عملیاتی نشود و به این دلیل رویکردهای دیگری ایجاد شود و دیوان محاسبات نیز در جهت تحقق اهداف خود همواره به دنبال افزایش محدوده صلاحیت نظارتی خود بر دستگاه‌هایی باشد که از منابع عمومی استفاده می‌کنند، اما، با تفسیر شورای نگهبان در محدوده نظارتی دیوان قرار نمی‌گیرند.

یادداشت‌ها

۱. اصل پنجاه و چهارم - دیوان محاسبات کشور مستقیماً زیر نظر مجلس شورای اسلامی می‌باشد. سازمان و اداره امور آن در تهران و مراکز استان‌ها به موجب قانون تعیین خواهد شد.
۲. بر اساس نظریات ارائه شده، حسابرسی داخلی به‌عنوان یک فعالیت ارزیابی داخلی در خدمت سازمان به کار می‌رود و بر روی حوزه وسیعی از فعالیت مجموعه که شامل امور مالی و دیگر عملیات است، فعالیت و کنترل دارد. (کورت‌منج، ۱۳۷۶، ۳۵) شمول حسابرسی دولتی بر حسابرسی‌های داخلی بدین معناست که نهادهای عالی محاسباتی علاوه بر نظارت جداگانه بر نهادهای دولتی و بهره‌مندان از بودجه، بر عملکرد حساب‌برسان داخلی نیز نظارت کرده و گزارش‌های حسابرسی ایشان را نیز با واقعیت تطبیق می‌دهند.
۳. ماده ۳۹: دیوان محاسبات حساب‌های وزارتخانه‌ها را به ترتیبی که در فصل (۴) ذکر می‌شود رسیدگی کرده در صورت صحت تصدیق‌نامه مطابقت می‌دهد و درباره اشخاصی که نقود دولتی و یا اجناسی را که در حکم نقود است متصدی می‌باشند و باید حساب خود را به دیوان محاسبات بدهند رسیدگی کرده و حکم می‌دهد.
- ماده ۴۰: دیوان محاسبات همه‌ساله به کلیه حساب‌های بانک‌ها و کمپانی‌های داخلی و خارجی و اشخاصی که دارای امتیاز بوده و باید حقی به دولت بدهند رسیدگی و تفتیش می‌نماید.
۴. ماده ۷: دیوان محاسبات در حدود قوانین و نظامنامه‌های مربوطه حساب‌های وزارتخانه‌ها و ادارات مستقلة دولتی و صاحبان جمع را رسیدگی کرده، در صورت صحت حساب تصدیق‌نامه مطابقت و مفاسد می‌دهد.
۵. ماده ۱: بمنظور رسیدگی و اتخاذ تصمیم نسبت بحساب درآمد و هزینه و اسناد هزینه و سایر دریافت‌ها و پرداخت‌ها و کلیه عملیات محاسباتی و مدارک و اسناد هزینه وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی و تفریح حساب‌های مربوط و همچنین اظهارنظر درباره گردش امور مالی وزارتخانه‌ها و مؤسسات و شرکت‌های دولتی و نیز اجرای وظائف مندرج در قانون محاسبات عمومی و سایر قوانین و مقررات مربوط دیوان محاسبات طبق مقررات این قانون اداره می‌شود.
۶. البته شرکت‌های دولتی که در قانون بودجه کل کشور ذکر می‌شوند و درآمدها و مصارف آن‌ها در قانون بودجه به تصویب مجلس شورای اسلامی می‌رسند. با توجه به اینکه به اعتقاد بعضی کارشناسان، اسامی شرکت‌های دولتی مذکور در پیوست سه لایحه بودجه سالانه کل کشور، جامع نیست، این رویکرد نسبت به آن دسته از شرکت‌های دولتی که در قانون بودجه تعیین تکلیف نمی‌شوند نیز محل تفاوت خواهد بود.
۷. برای بررسی بیشتر این موضوع می‌توان به نظرات متعدد شورای نگهبان در مغایرت قوانین متعدد مصوب

مجلس شورای اسلامی با اصل ۵۳ قانون اساسی اشاره کرد که به موجب آن هرگونه درآمد اختصاصی برای دستگاه‌های دولتی بدون واریز به خزانه و برداشت به موجب قانون، مغایر اصل ۵۳ قانون اساسی شناخته شده است. برای مشاهده این نظرات رک: (فتحی و کوهی اصفهانی، ۱۳۹۴، ج ۱، ۶۴۴-۸۰)

منابع و مآخذ

الف) فارسی و عربی

۱. آذر، عادل؛ طیبه امیرخانی (۱۳۹۰). بودجه‌ریزی عمومی: نهادهای بودجه‌ریزی و بودجه محلی، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت).
۲. الماسی، حسن؛ ابوالفضل اشرف‌پور (۱۳۹۲)، «شناسایی مبانی قانونی و حقوقی تفریح بودجه و جایگاه دیوان محاسبات کشور در تهیه آن»، بررسی‌های حقوقی، شماره ۵.
۳. امامی، محمد؛ مسعود نادری باباناری (۱۳۸۶)، «تأملاتی پیرامون نظارت مالی بر دستگاه‌های دولتی در ایران»، حقوق اساسی، شماره ۸.
۴. امامی، محمد (۱۳۸۷)، حقوق مالیه عمومی، تهران: میزان، ج ۲.
۵. جواهری طهرانی، محمد (۱۳۹۲)، «تحلیلی بر جایگاه و صلاحیت‌های دیوان محاسبات در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران»، گزارش پژوهشی پژوهشکده شورای نگهبان، شماره مسلسل ۱۳۹۲۰۰۶۱.
۶. خلاصه گزارش تفریح بودجه سال ۱۳۹۴ کشور، قابل دسترسی در: yon.ir/j232.
۷. رحمانی فضلی، عبدالرضا (۱۳۸۸)، «چالش‌های نظام بودجه‌ریزی کنونی و مزایای بودجه‌ریزی عملیاتی از منظر دیوان محاسبات کشور»، دانش حسابرسی، شماره ۳۵.
۸. رستمی، ولی؛ سید مجتبی حسینی‌پور (۱۳۸۹)، «نظارت مالی بر مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی»، حقوق، شماره ۴.
۹. رستمی، ولی (۱۳۹۰)، مالیه عمومی، تهران: میزان.
۱۰. شفیعی، مهدی (۱۳۹۵)، «مطالعه تطبیقی ماهیت و حدود نظارت دیوان محاسبات در ایران و ایالات متحده آمریکا»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، تهران، دانشگاه شهید بهشتی (ره).
۱۱. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران، اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ج ۳.
۱۲. فتحی، محمد؛ کاظم کوهی اصفهانی (۱۳۹۴)، اصول قانون اساسی در پرتو نظرات شورای نگهبان (۱۳۵۹ - ۱۳۹۴)، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ج ۱، اصول ۱ تا ۵۵ قانون اساسی.



۱۳. کدخدایی، عباس علی؛ سید محمد طباطبایی نژاد؛ علی فتاحی زفرقندی (۱۳۹۸)، «صلاحیت دیوان محاسبات کشور در نظارت مالی بر مؤسسات عمومی غیر دولتی (مطالعه موردی: رأی هیئت تخصصی دیوان عدالت اداری در خصوص نظارت دیوان محاسبات بر حساب‌های شهرداری‌ها)»، *دانش حقوق عمومی*، شماره ۲۳.
۱۴. کورت‌منچ، جی (۱۳۷۶)، «تکامل حرفه حسابرسی داخلی»، مترجم: عیسی مشایخی، *حسابدار*، شماره ۱۱۹.
۱۵. کیانی نژاد، زین‌الدین (۱۳۴۲)، «دیوان محاسبات و قدرت قانونی آن»، *کانون وکلا*، شماره ۸۸.
۱۶. مرادخانی، فردین؛ فرشید بنده‌علی (۱۳۹۷)، «صلاحیت دیوان محاسبات کشور در پاسداری از بیت‌المال؛ با نگاهی به نقش نظارت دیوان بر شهرداری‌ها»، *حقوق اداری*، شماره ۱۶.
۱۷. منصوریان، ناصر علی؛ وحید آگاه (۱۳۸۹)، «جایگاه دیوان محاسبات در نظام حقوقی ایران و فرانسه (مطالعه تطبیقی)»، *پژوهش حقوق و سیاست*، شماره ۳۱.
۱۸. هاشمی، محمد (۱۳۸۰)، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران؛ حاکمیت و نهادهای سیاسی*، تهران: دادگستر، ج ۵، ج ۲.

References

A) Books

1. Adel, Azar & Amirkhani Tayebah (2010), Budget-rizi Omoomi: Nahadhaye Budget-rizi va Boodje Mahali, Tehran: Samt Publications. (In Persian)
2. Emami, Mohammad (2008), Huquqe Maliye Omoomi, Second Edition. (In Persian)
3. Rostami, Vali (2011), Maliye Omoomi, Tehran: Mizan Publications. (In Persian)
4. Shafiei, Mahdi (2015), Motaleye Tatbighie Mahiat va Hodoode Nezarat Divan Mohasebat dar Iran va America, Master's thesis in public law, Shahid Beheshti University, Tehran. (In Persian)
5. Annotated deliberations of the Parliament of the final review of the Constitution of the Islamic Republic of Iran, General Department of Cultural Affairs and Public Relations of the Islamic Council, Volume three. (In Persian)
6. Fathi, Mohammad & Kouhi esfahani Kazem (2015), The Principles of the Constitution in light of the Opinions of the Guardian Council (1359-1394), Tehran: Guardian Council Research Institute, Volume one. (In Persian)
7. Hashemi Mohammad, (2001) Hoquq Asasie Jomhuri Eslami Iran: Hakemiyat va Nahadhaye Siaisi, Tehran: Publications of Dadgostar. (In Persian)

Persian)

B) Articles

1. Almasi, Hasan & Ashrafpour Abolfazl (2013), Identifying the Legal and Legal Bases of Budget Discharge and the Position of the Court of Accounts in Preparing it, Quarterly Journal of Legal Studies, Issue ۶, Spring & Summer. (In Persian)
2. Emami mohammad & Naderi bab Anari masoud (2007), Reflections on Financial Supervision of Government Institutions in Iran, Quarterly Journal Constitutional Rights, Issue 8, Summer. (In Persian)
3. Javaheri Tehrani Mohammad (2013), An Analysis of the Position and Competences of the Court of Accounts in the Legal System of the Islamic Republic of Iran, Guardian Council Research Institute, No. 13920061. (In Persian)
4. Rahmani Fazli Abdolreza (2009), The Challenges of the Current Budgeting System and the Advantages of Operational Budgeting from the Perspective of the Country's Audit Court, Journal of Audit knowledge, , Issue ۳۶, (In Persian)
5. Rostami Vali & Hoseinipour Seyed Mojtaba (2011) Financial Supervision of Non-governmental Public Institutions, Quarterly Journal of Law, No. ۴, winter. (In Persian)
6. Kadkhodaei Abbasali & Tabatabaeinejad seyed Mohammad & Fattahi Zafarghandi Ali (2019), Qualification of the State's Supreme Audit Court in Financial Supervision on Public Non-Governmental Institutions, Quarterly Journal of Public Law Knowledge , No. 23, spring. (In Persian)
7. Kurt Mench J (۱۹۹۷), Development of internal audit profession, Translated by Isa Mashaikhi, Journal of Accountant, No. 119. (In Persian)
8. Kianinijad, Zeinoldin (1964), Court of Accounts and its legal power, Journal Bar association, March, No. 88. (In Persian)
9. Moradkhani, Fardin & Bandeh ali Farshid (2018), The Jurisdiction of the Country's court of Computation for Protecting Bait "Looking at the Role of the Court in Municipality Supervision", Administrative Law Quarterly, , Fall, No. 16. (In Persian)
10. Mansourian Naserali & Agah Vahid (2011), Court of Accounts in the Legal System of Iran and France (Comparative Study), Quarterly Journal Law and Politics Research, Winter, No. 31. (In Persian)

C) documents

1. Summary of the Budget Discharge Report for the Year 2014 of the Islamic Republic of Iran.

واکاوی شاخصه‌های تضمین شفافیت در انتخابات ریاست‌جمهوری (مطالعه ابعاد ناظر به نامزدهای انتخاباتی)

محمد حسن باقری خوزانی^{۱*}، فرامرز عطریان^{۲**}، غلامحسین مسعود^{۳***}

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۵/۰۶ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۶/۲۹

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: 10.22034/qjplk.2023.1641.1512

چکیده

تعمیم شفافیت به عنوان یکی از شاخصه‌های حکمرانی خوب در همه جنبه‌های حکمرانی نیاز ضروری حکومت‌هاست. قطعاً شفافیت در فرایند برگزاری انتخابات یکی از راه‌های پیمایش این مسیر به شمار می‌آید. بر همین اساس سنجه شفافیت در انتخابات می‌تواند از یک سو نامزدهای انتخاباتی و از سوی دیگر ناظران و مجریان انتخابات را در بر گیرد. بررسی اصل شفافیت در ارتباط با نامزدهای انتخابات می‌تواند ناظر به شرایط انتخاب‌شوندگی، سوابق و مواضع، برنامه‌های اجرایی، اموال و دارایی، هزینه‌های تبلیغات، و وعده‌های انتخاباتی باشد. این مقاله با شیوه توصیفی-تحلیلی اثبات می‌کند که قوانین و مقررات انتخابات ریاست‌جمهوری در ارتباط با شفاف کردن اموال و دارایی، هزینه‌های تبلیغات، و وعده‌های انتخاباتی نامزدهای ریاست‌جمهوری سازوکاری پیش‌بینی نکرده است. ضروری می‌نماید، با توجه به خلأهای قانونی یادشده، مجلس شورای اسلامی مبتنی بر ظرفیت بندهای ۴، ۵، ۸ سیاست‌های کلی انتخابات در حوزه‌های پیش‌گفته قانون‌گذاری کند. واژگان کلیدی: انتخابات ریاست‌جمهوری، حکمرانی خوب، سیاست‌های کلی انتخابات، شفافیت، نامزدهای انتخابات.

۱. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، گروه حقوق، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران.

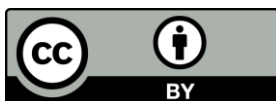
* Email: mohamadhasan92@yahoo.com

۲. استادیار گروه حقوق، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران. (نویسنده مسئول)

** Email: atrian.f.1001@gmail.com

۳. استادیار گروه حقوق، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران.

*** Email: Dr.gh.masoud@gmail.com



مقدمه

امروزه انتخابات به عنوان یک نهاد حقوقی در بیشتر جوامع سیاسی، که از ساختار مردم‌سالار برخوردارند، نهادینه شده است و مشروع‌ترین ابزار وصول به قدرت و رایج‌ترین شیوه اعمال اراده عمومی در نظام‌های مردم‌سالار محسوب می‌شود. در نظام‌های مختلف دنیا، با توجه به فراگیری و عمومیت حوزه اثرگذاری انتخابات، راهکارها و مؤلفه‌های مختلفی به کار گرفته می‌شود. شفافیت را می‌توان یکی از رویکردهای مؤثر اصلاحی و ارتقایی نظام‌های انتخاباتی تلقی کرد. شفافیت در انتخابات از یک سو شامل نامزدها و احزاب می‌شود و از سوی دیگر شامل حاکمیت، اعم از ناظران و مجریانی که تعیین‌کننده فرایند و نتایج انتخابات هستند. شفافیت در ارتباط با مجریان و ناظران انتخابات ناظر بر شفافیت در شیوه اخذ و شمارش آرا و نیز شفافیت در معیارهای احراز صلاحیت و اعلام دلایل رد صلاحیت نامزدهای انتخاباتی است. شفافیت ناظر بر مسائل مرتبط با نامزدها شامل شرایط انتخاب‌شوندگی، سوابق و مواضع، برنامه‌های اجرایی، اموال و دارایی، هزینه‌های تبلیغات، و وعده‌های انتخاباتی است. در نظام جمهوری اسلامی ایران، در اصل ۶ قانون اساسی بر ضرورت اداره عمومی کشور از مجرای انتخابات و رأی مردم تأکید شده است. همچنین مطابق مقدمه قانون اساسی «در ایجاد نهادها و بنیادهای سیاسی که خود پایه تشکیل جامعه است بر اساس تلقی مکتبی باید صالحان عهده‌دار حکومت و اداره مملکت گردند تا حکومت مستضعفین در زمین تحقق یابد». از همین رو قواعد و نظامات انتخابات در نظام جمهوری اسلامی ایران باید به نحوی تعیین شود که بتواند موجب ارتقای شایسته‌گزینی در انتخاب داوطلبان تراز شایسته جمهوری اسلامی و انتخاب اصلح شود و از این رهگذر افزایش سطح اعتماد عمومی مردم به نظام اسلامی را به دنبال بیاورد.

با عنایت به نکات یادشده، این مقاله به دنبال یافتن پاسخ این سؤال است که وضعیت نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران از جهت توجه به شاخصه‌های شفافیت مسائل مرتبط با نامزدهای انتخابات ریاست‌جمهوری چگونه ارزیابی می‌شود؟

در مقام اثبات ضرورت انجام دادن این تحقیق باید توجه کرد که علاوه بر اینکه شفافیت مسائل مرتبط با نامزدهای انتخابات ریاست‌جمهوری می‌تواند در جهت ارتقای کیفیت انتخابات مفید باشد، این موضوع به صورت پراکنده در «سیاست‌های کلی انتخابات» ابلاغی توسط مقام معظم رهبری در سال ۱۳۹۵ مورد تأکید بوده است. از این جهت لازم است نظام حقوقی آسیب‌شناسی شود.^۱

در خصوص موضوع نوشتار حاضر، پژوهش‌هایی که تاکنون صورت گرفته غالباً ناظر بر شفافیت در هزینه‌های تبلیغاتی نامزدهای انتخاباتی بوده است.^۲ بنابراین، جامعیت این پژوهش نسبت به آثار مشابه و توجه آن به تطبیق ملاک‌های مورد اشاره با سیاست‌های کلی ابلاغی مقام معظم رهبری وجه بدیع بودن آن را می‌رساند.

برای تحصیل مقصود در این پژوهش، اصل شفافیت در زمینه ۱. شرایط انتخاب‌شوندگی؛ ۲. سوابق و مواضع؛ ۳. برنامه‌های اجرایی؛ ۴. اموال و دارایی؛ ۵. هزینه‌های تبلیغات؛ ۶. و وعده‌های انتخاباتی نامزدهای انتخابات ریاست‌جمهوری با شیوه‌توصیفی-تحلیلی ارزیابی شد.

۱. شفافیت شرایط نامزدهای انتخابات ریاست‌جمهوری

امروزه دولت‌ها برای انتخاب‌شوندگان شرایط سخت‌تری را در مقایسه با انتخاب‌کنندگان در نظر می‌گیرند و این شرایط به تناسب اهمیت نمایندگی موضوع انتخاب متغیر است (تقی‌زاده، ۱۳۸۵: ۵۸). بر این اساس بدیهی است هر کسی شایستگی نامزدی انتخابات را نخواهد داشت و وضع برخی شروط به منظور تشخیص واجدین شرایط امری ضروری است. قبول این اصل منطقی مستلزم تعیین شرایطی برای انتخاب‌شوندگان در قوانین اساسی یا عادی است. البته این شرایط و معیارها نیز خود تابعی از مطالبات ارزشی و اخلاقی عموم جامعه است (فتاحی زفرقندی، ۱۳۹۷: ۳۰). مثلاً، در قوانین اساسی برخی از کشورها علاوه بر درج موضوعات کلان انتخابات، از جمله حق رأی و نوع نظام انتخاباتی، برخی از شرایط انتخاب‌شوندگان، از جمله سن، نیز تعیین شده است (ماسکیو و بلز، ۱۳۹۰: ۵۲۳). اما صرف نظر از اینکه شرایط انتخاب‌شوندگان در قانون اساسی یا قوانین انتخاباتی کشورها تعیین شود، این شرایط باید به نحوی روشن، شفاف، عینی، و کمی باشد که نهاد ناظر بر انتخابات در مقام بررسی آن‌ها دچار برداشت‌ها و سلیقه‌های گوناگون نشود. قانون‌گذار اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل ۱۱۵ قانون اساسی شرایط داوطلبان ریاست‌جمهوری را تعیین کرده است. به موجب این اصل «رئیس‌جمهور باید از میان رجال مذهبی و سیاسی که واجد شرایط زیر باشند انتخاب گردد: ایرانی‌الاصل، تابع ایران، مدیر و مدبر، دارای حُسن سابقه و امانت و تقوا، مؤمن و معتقد به مبانی جمهوری اسلامی ایران و مذهب رسمی کشور». در حال حاضر نیز آنچه در ارتباط با شرایط نامزدهای ریاست‌جمهوری در قوانین و مقررات انتخاباتی قابل مشاهده است همان شرایط مصرح در اصل ۱۱۵ قانون اساسی است. موارد یادشده در ماده ۳۵ قانون انتخابات ریاست‌جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۶۴/۰۴/۰۵ مجلس شورای اسلامی، عیناً تکرار شده است.^۳ این در حالی است که با استناد به کیفی بودن شرایط مصرح در اصل ۱۱۵ و تأکید بندهای متعدد سیاست‌های کلی انتخابات، از جمله بندهای ۱۰^۴ و ۱۰-۱ و ۲-

۱۰، مجلس شورای اسلامی می‌تواند به استناد اصل ۷۱ قانون اساسی، علاوه بر تعیین شرایط عمومی رئیس‌جمهور، معیارها و شرایط رئیس‌جمهور را در چارچوب اصل ۱۱۵ و سایر اصول این قانون به شکل دقیق‌تر و شفاف تعیین کند. رویه شورای نگهبان به عنوان نهاد دادرسی اساسی در سال‌های قبل نشان از این دارد که این نهاد شرایط مصرح در اصل ۱۱۵ قانون اساسی را حصری دانسته و در مقام تطبیق مصوبات مجلس با شرع و قانون اساسی مصوباتی را که در جهت اضافه کردن برخی از شرایط به اصل یادشده بوده است مغایر با قانون اساسی اعلام کرده است.^۵ اما مبتنی بر اظهار نظر شورای نگهبان راجع به «طرح اصلاح قانون انتخابات ریاست‌جمهوری» مصوب ۱۳۹۹/۱۰/۲۱ می‌توان استنباط کرد که پس از سال‌ها حصری نبودن شرایط رئیس‌جمهور به موارد مصرح در اصل ۱۱۵ قانون اساسی با رعایت قیودی پذیرفته شده است. در واقع، مجلس در زمینه تعیین شرایط عمومی - همچون حداقل و حداکثر سن، حداقل مدرک تحصیلی، نداشتن محکومیت کیفری مؤثر یا محکومیت در جرایم خاص (اقتصادی، انتخاباتی، امنیتی، و ...)، کارت پایان خدمت یا معافیت، و نظایر آن - در جهت بیشتر شدن شفافیت شرایط نامزدهای ریاست‌جمهوری صالح دانسته شده است (باقری خوزانی و همکاران، ۱۴۰۰: ۷۲).

۲. شفافیت سوابق و مواضع نامزدهای انتخابات ریاست‌جمهوری

منظور از شفافیت سوابق و مواضع نامزدهای انتخابات در معرض قرار گرفتن سوابق و مواضع نامزدهای انتخابات برای عموم مردم و انتخاب‌کنندگان است تا آن‌ها بتوانند با آگاهی بیشتر نامزد مطلوب خود را انتخاب کنند (مرکز بررسی‌های استراتژیک ریاست‌جمهوری، ۱۳۹۸: ۱۶). بررسی سوابق نامزدهای انتخاباتی توسط انتخاب‌کنندگان امری مجزا از بررسی سوابق نامزدهای انتخاباتی توسط نهادهای نظارتی بر انتخابات است. نامزدهای انتخاباتی باید هنگام ورود به عرصه انتخابات سوابق و عملکردهای خود را در معرض نقد دیگران بگذارند. با این کار، مردم می‌توانند متناسب با سوابق کاری هر نامزد، علاوه بر ارزیابی توان وی در تصدی این مسئولیت خطیر، سیاست‌های کاری و خط‌مشی او را نیز در صحنه عمل دریابند و انتخاب خود را صرفاً تحت تأثیر شعارها و تبلیغات انتخاباتی انجام ندهند (حبیب‌نژاد و داودی، ۱۳۹۷: ۷۴). علاوه بر سوابق و مواضع گذشته نامزدهای انتخاباتی، اظهار نظرها و مواضع آن‌ها در ایام برگزاری انتخابات نیز می‌تواند یکی از جلوه‌های شفاف‌سازی باشد و جهت‌گیری‌های نامزدهای انتخاباتی در مورد موضوعات و مسائل مختلف را نمایان سازد. در ایالات متحده آمریکا سامانه‌ای طراحی شده که با ثبت اظهارات و مواضع نامزدهای انتخاباتی زمینه مطالبه مردم و پاسخگویی مسئولان را در زمان بعد از انتخابات فراهم می‌سازد.^۶ همچنین

در سامانه‌ای دیگر نظرات نامزدها در مورد موضوعات مختلف به صورت نموداری با تحلیل‌های متفاوت ارائه شده است.^۷ در نظام حقوقی ایران سوابق نامزدها از چنان اهمیتی برخوردار است که مقنن اساسی در اصل ۱۱۵ یکی از شرایط رئیس‌جمهور را داشتن حسن سابقه قرار داده است.^۸ گفتنی است مجلس شورای اسلامی در تبصره ۳ ماده ۱ «طرح اصلاح قانون انتخابات ریاست‌جمهوری» مصوب ۱۳۹۹/۱۰/۲۱ جهت ارزیابی شرط «حسن سابقه» مصرح در اصل ۱۱۵ قانون اساسی مقرر کرده بود: «داوطلبان ریاست‌جمهوری موظف‌اند به هنگام ثبت‌نام سوابق قابل ارزیابی در خصوص تصدی مسئولیت‌ها و مدیریت‌های محوله را ارائه دهند». شورای نگهبان نیز این الزام را معایر با قانون اساسی اعلام نکرد.^۹ در حال حاضر نیز مطابق ماده ۲ مصوبه شورای نگهبان مورخ ۱۴۰۰/۰۲/۰۸ در ارتباط با «تعریف و اعلام معیارها و شرایط لازم برای تشخیص رجل سیاسی و مذهبی» نامزدها مکلف‌اند سوابق کافی و قابل ارزیابی خود را به شورای نگهبان ارائه دهند.^{۱۰} به نظر می‌رسد اگرچه در قانون اساسی و اسناد انتخاباتی سوابق نامزدها مورد توجه قرار گرفته است، باید قوانین و مقررات انتخابات ریاست‌جمهوری به نحوی اصلاح و تکمیل شود که علاوه بر اشراف نهاد ناظر بر انتخابات در زمینه سوابق نامزدها مردم نیز بتوانند به شکل دقیق از این سوابق مطلع شوند. مستمسک این برداشت، بند ۸^{۱۱} سیاست‌های کلی انتخابات است. یکی دیگر از محاسن روشن بودن سوابق نامزدهای ریاست‌جمهوری ناظر به اصل «پاسخگویی انتخاباتی» است. مطابق با این اصل، از نامزدهای انتخابات خواسته می‌شود، در زمان انتخابات، گزارش عملکرد خود یا مسئولان منصوب‌کرده خود، طی دوره تصدی قبلی، را ارائه دهند. به عبارت دقیق‌تر، این انتخابات مجدد است که فرصتی برای پاسخگویی انتخاباتی فراهم می‌آورد. در واقع، سیاستمداران تا زمانی که امکان انجام دادن اقداماتی در مقام یک مسئول دولتی را نداشته باشند سابقه عملکردی ندارند تا در قبال آن پاسخگو باشند (گودوین گیل، ۱۳۷۹: ۱۴۵). بر همین اساس از آنجا که در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و به موجب اصل ۱۱۴^{۱۲} قانون اساسی رئیس‌جمهور به صورت متوالی برای یک دوره دیگر نیز می‌تواند انتخاب شود، این امکان وجود دارد که اگر رئیس‌جمهور در انتخابات جدید به عنوان نامزد انتخابات شرکت کند در قبال اقدامات و سوابق گذشته خود در مقابل مردم پاسخگو باشد.

۳. اعلام برنامه‌های نامزدهای انتخابات ریاست‌جمهوری

برنامه‌ریزی به قصد دستیابی به هدفی صورت می‌گیرد و برای این منظور اقدام‌های لازم با نظم و ترتیبی خاص به دنبال هم پییده می‌شوند (Hall, ۲۰۰۲: ۱). به عبارت دیگر، برنامه‌ریزی تصور آینده‌ای دلخواه و راه‌های عملی دست یافتن به آن است (اکاف به نقل از

توفیق، ۱۳۹۱: ۵۳) که ضمن ترسیم اهداف مطلوب در یک دوره زمانی معین طرق نیل به هر یک و ابزار تحقق آن‌ها نیز باید به طور دقیق معلوم شود (طحان‌نظیف و هادی‌زاده، ۱۳۹۷: ۴). با وجود اینکه برنامه‌های اجرایی نامزدهای انتخابات قرابت نزدیکی با وعده‌های انتخاباتی دارد، این دو موضوع را باید از یک‌دیگر تفکیک کرد. در ارتباط با اعلام برنامه‌های نامزدهای انتخابات باید گفت در برخی از کشورها سامانه‌هایی مورد استفاده قرار گرفته که با توجه به قرابت فکری و بررسی تعامل نظری شهروندان با نامزدها به رأی‌دهندگان برای یک تصمیم‌گیری دقیق‌تر کمک می‌کنند. سامانه‌های یادشده سؤال‌هایی را درباره مسائل مهم کشور، همچون اقتصاد و فرهنگ و ... مطرح می‌کنند و بر اساس پاسخی که مخاطب می‌دهد نزدیک‌ترین کاندیدا به دیدگاه‌های رأی‌دهنده را معرفی می‌کند. این سامانه‌ها و موارد مشابه آن برای سی و یک کشور- از جمله برزیل، کلمبیا، ژاپن، دانمارک، هندوستان، ونزوئلا- فعال است (مرکز بررسی‌های استراتژیک ریاست‌جمهوری، ۱۳۹۸: ۱۹). در ارتباط با اعلام برنامه‌های نامزدهای انتخابات ریاست‌جمهوری در نظام حقوقی کشور ایران باید گفت مبتنی بر اصول ۱۲۶ و ۱۳۴ قانون اساسی، لزوم داشتن برنامه و ارائه آن توسط رئیس‌جمهور به مردم و نهاد ناظر بر انتخابات قابل برداشت است. در اصل ۱۲۶ قانون اساسی با عنایت به قرینه واژه بودجه در کنار برنامه می‌توان نتیجه گرفت مسئولیت این دو موضوع در کنار هم به رئیس‌جمهور واگذار شده است. همچنین رئیس‌جمهور مستقیم مسئولیت امور برنامه و بودجه را بر عهده دارد و قانون‌گذار رأساً نمی‌تواند برای این موضوعات وزارتخانه یا مؤسسه دولتی یا شرکت دولتی تأسیس کند (بانکی، ۱۳۶۵: ۴۹). به موجب اصل ۱۳۴ قانون اساسی، رئیس‌جمهور با همکاری وزیران برنامه و خط‌مشی دولت را تعیین و قوانین را اجرا می‌کند؛ یعنی رئیس‌جمهور در مقام رئیس دولت، پس از مشورت و برخورداری از همکاری وزرا، برنامه‌های دولت خود را ارائه می‌کند. برنامه‌های دولت به صورت پیشینی به مردم و نمایندگان آن‌ها در مجلس شورای اسلامی عرضه می‌شود و مبنای رأی اعتماد مجلس به دولت خواهد بود.

ارائه برنامه توسط دولت در ابتدای تشکیل آن در ماده ۲۰۴ قانون آیین‌نامه داخلی مجلس^{۱۶} مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته و رئیس‌جمهور مکلف شده هنگام معرفی وزیران برنامه‌های دولت را نیز به مجلس تسلیم کند (هاشمی، ۱۳۸۶: ۱۵۷ - ۱۵۸). بنابراین، ضروری می‌نماید افرادی که در رقابت‌های انتخاباتی وارد می‌شوند، پیش از تکیه زدن بر چنین جایگاهی، برنامه و نقشه اجرایی کشور را تهیه کنند و آن را در معرض دید همگان قرار دهند. این موضوع می‌تواند برای سنجش میزان توانایی رئیس‌جمهور، در مقام بالاترین مقام اجرایی کشور، سنجه

مناسبی باشد. در قوانین و مقررات انتخابات ریاست‌جمهوری حکمی مبنی بر اعلام برنامه‌های نامزدهای ریاست‌جمهوری به شکل خاص وجود نداشته و نامزدها الزام و تکلیف قانونی از این حیث ندارند. مطابق ماده ۶۵^{۱۷} «قانون انتخابات ریاست‌جمهوری اسلامی ایران»، مصوب ۱۳۶۴/۰۴/۰۵ مجلس شورای اسلامی، نامزدهای انتخابات در ارائه برنامه از طریق صداوسیما اختیار دارند و می‌توانند برنامه‌های خود را در اختیار عموم قرار دهند. تجربه اجرای برنامه‌های تبلیغاتی و مناظرات انتخاباتی نامزدهای ریاست‌جمهوری در صداوسیما گواه این موضوع است که در بیشتر موارد نامزدها به ذکر کلیات اکتفا می‌کنند و راه‌حل مشکلات و مسائل اجرایی کشور را به شکل جزئی بیان نمی‌کنند (بهادری جهرمی و باقری خوزانی، ۱۳۹۷: ۶۵). گفتنی است در بند ۶ ماده ۲ مصوبه شورای نگهبان در «تعریف و اعلام معیارها و شرایط لازم برای تشخیص رجل سیاسی، مذهبی و مدیر و مدبر بودن نامزدهای ریاست‌جمهوری»^{۱۸} مقرر شده است: «ارائه برنامه‌ها و خط‌مشی‌های اجرایی در چارچوب صلاحیت و اختیارات قوه مجریه مبتنی بر اسناد بالادستی از جمله قانون اساسی و سیاست‌های کلی نظام». در ارتباط با بند یادشده باید بیان کرد اولاً تا پیش از تصویب این مصوبه در قوانین و مقررات انتخابات ریاست‌جمهوری موضوع ارائه برنامه‌ها و خط‌مشی‌های اجرایی نامزدهای ریاست‌جمهوری پیش‌بینی نشده بود و در نتیجه این مصوبه را می‌توان گام مهمی در جهت الزام به داشتن برنامه و نقشه راه توسط نامزدهای ریاست‌جمهوری و ارائه آن‌ها دانست. ثانیاً همان‌طور که اشاره شد، ارائه برنامه می‌تواند میزان انطباق آن‌ها را با اختیارات و صلاحیت‌های قانونی شناخته‌شده رئیس‌جمهور نمایان سازد. به همین دلیل، شورای نگهبان نامزدهای ریاست‌جمهوری را ملزم کرده است که برنامه و خط‌مشی خود را در چارچوب صلاحیت و اختیارات قوه مجریه ارائه کنند. ثالثاً آنچه از بند اشاره‌شده فهم می‌شود آن است که شورای نگهبان تطبیق برنامه‌های نامزدها را با اسناد بالادستی، از جمله قانون اساسی و سیاست‌های کلی نظام، لازم و ضروری می‌داند. به نظر می‌رسد ارائه برنامه و خط‌مشی اجرایی نامزدهای انتخابات به شورای نگهبان با ارائه این برنامه‌ها به عموم مردم و شرکت‌کنندگان در انتخابات نیز قابل جمع است. زیرا شورای نگهبان در جایگاه نهاد ناظر بر احراز صلاحیت‌های داوطلبان ریاست‌جمهوری برنامه‌های ارائه‌شده را در جهت تطبیق معیارهای لازم جهت تشخیص رجل سیاسی، مذهبی، مدیر و مدبر بودن نامزدهای ریاست‌جمهوری مورد سنجش قرار می‌دهد و مردم نیز از بین کسانی که دارای شرایط مصرح در اصل ۱۱۵ قانون اساسی هستند و مورد تأیید شورای نگهبان قرار گرفته‌اند، مطابق با تشخیص خود، بهترین برنامه ارائه‌شده را انتخاب می‌کنند. در نهایت، باید گفت یکی از راهکارهای افزایش مشارکت و حضور آگاهانه مردم در انتخابات^{۱۹}، که مورد

تأکید سیاست‌های کلی انتخابات نیز قرار گرفته، اعلام برنامه‌های اجرایی نامزدهای انتخابات است. چون در شرایطی عموم سلیق می‌توانند در انتخابات شرکت کنند که با برنامه‌های مختلف و متعدد از سوی نامزدها مواجه شوند و به زعم خود بهترین برنامه مطابق با سلیقه خود را بیابند و آنگاه در انتخابات شرکت کنند.^{۲۰} به عبارت دیگر می‌توان گفت به‌رغم اینکه شرکت‌کنندگان در انتخابات به نامزد انتخاباتی مورد نظر خود رأی می‌دهند، در واقع، رأی آن‌ها به یک برنامه و نقشه راه کلی و آینده‌نگر برای حل و فصل مشکلات و مسائل مطرح در سطح جامعه است (عالی‌پور، ۱۳۹۴: ۷۲).

۴. شفافیت اموال و دارایی نامزدهای انتخابات ریاست جمهوری

نظارت مالی بر مسئولان سبب افزایش اعتماد شهروندان به مسئولان خواهد شد. زیرا روشن شدن اقدامات و تصمیمات کارگزاران شائبه فساد آن‌ها را نزد مردم از بین خواهد برد. شفافیت اموال و دارایی‌های نامزدهای انتخابات از دو بعد اهمیت دارد. اول آنکه با اعلام عمومی میزان اموال و دارایی و درآمدهای نامزد مردم شناخت بهتری از وی پیدا می‌کند و از خاستگاه اجتماعی و نوع نگاه او به مسائلی نظیر ثروت‌اندوزی، اشرافیت‌گرایی، و رسیدگی به محرومان آگاه می‌شوند. ثانیاً با ثبت این اموال و دارایی‌ها و مقایسه آن‌ها در ابتدا و انتهای دوره تصدی مسئولیت گام بزرگی در راه مبارزه با فساد و مال‌اندوزی مسئولان برداشته می‌شود و از سوءاستفاده افراد از جایگاه‌های حاکمیتی جلوگیری به عمل می‌آید. در کشور آمریکا به موجب ماده ۳۳ قانون اخلاق در دولت، مصوب ۱۹۷۸، کاندیداهای انتخابات باید ظرف یازده روز از اعلام نامزدی خود گزارش اموال و دارایی‌های خود را به کمیته استانداردهای رفتار حرفه‌ای ارائه دهند. کمیته همه گزارش‌ها را از بعد کامل بودن، تطبیق با قوانین و مقررات، و ارائه در فرجه اعلام‌شده بررسی می‌کند. گزارش‌ها ظرف یازده روز پس از تاریخ تکمیل باید به آگاهی عموم برسد. در فرانسه نیز مطابق دستور ۵۱ قانون مدیریت انتخاباتی، مصوب ۲۰۰۶، دخل و خرج احزاب باید در کمیسیون انتخاباتی ثبت شود (مرکز بررسی‌های استراتژیک ریاست جمهوری، ۱۳۹۸: ۱۲).

در نظام جمهوری اسلامی ایران، به موجب اصل ۱۴۲ قانون اساسی، رسیدگی به دارایی مسئولان کشور توسط رئیس قوه قضاییه، قبل و بعد از خدمت آنان، مورد رسیدگی قرار می‌گیرد تا برخلاف حق افزایش نیافته باشد. گفتنی است در جریان تصویب اصل یادشده برخی از اعضای مجلس بررسی نهایی خبرگان قانون اساسی، در دفاع از این اصل، به نامه حضرت امیرالمؤمنین^(ع) به مالک اشتر استناد کردند و بر این باور بودند که «در جایی که مظان خیانت و جور است» باید اقدامات پیشگیرانه اتخاذ کرد (صورت مشروح مذاکرات مجلس

بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۴: ۱۲۸۷). بنابراین از این حیث اعلام دارایی اموال نامزدهای انتخابات ریاست‌جمهوری به شکل قانونمند برای مردم قابل توجیه است. در نظام حقوقی ایران قوانینی که در حوزه شفافیت و اعلام اموال و دارایی مورد شناسایی قرار گرفته ناظر به مقامات و مسئولان و کارگزاران است و نه نامزدهای انتخابات.^{۲۱} البته در ادوار گذشته مجلس شورای اسلامی طرح‌هایی را می‌توان یافت که در آنها داوطلبان انتخابات ملزم به اعلام لیست همه دارایی‌های منقول و غیر منقول خود و همسر و فرزندان خود همراه فرم ثبت‌نام شده بودند. اما، طرح‌های یادشده نهایتاً لباس قانون بر تن نکردند.^{۲۲} در اسناد انتخاباتی ایران، در ارتباط با اعلام اموال و دارایی نامزدهای انتخابات ریاست‌جمهوری، تا کنون مقرره خاصی به تصویب نرسیده است؛ هرچند مستند به برخی از اصول قانون اساسی و سیاست‌های کلی انتخابات این مهم قابل اثبات است. به موجب اصل ۱۱۵ قانون اساسی رئیس‌جمهور باید از بین رجال سیاسی و مذهبی انتخاب شود و امانت‌دار و باتقوی باشد. شورای نگهبان در ماده ۲۳۲ مصوبه خود، در ارتباط با تعریف رجل سیاسی و مذهبی، سابقه تصدی حداقل مجموعاً چهار سال در مناصب مهم- از جمله معاونان رؤسای قوای سه‌گانه، اعضای شورای عالی امنیت ملی، اعضای مجمع تشخیص مصلحت نظام، و ... را از شرایط و معیارهای لازم جهت تشخیص رجل سیاسی مذهبی و مدیر و مدبر بودن نامزدهای ریاست‌جمهوری قرار داده است. بر همین اساس می‌توان گفت از آنجا که افراد تعیین‌شده در این مصوبه قبلاً در دستگاه‌های اجرایی و نهادهای عمومی و دولتی مشغول خدمت بوده‌اند و به نحوی از انجا از بودجه عمومی کشور و بیت‌المال استفاده کرده‌اند و به واسطه جایگاه خود در نهادهای دولتی ارتباطات وسیعی با مراکز قدرت و ثروت داشته‌اند، ضروری می‌نماید در مینه اموال و دارایی‌های خود شفاف‌سازی کنند. بدیهی است فراهم شدن سازوکارهای نظارت عمومی سبب افزایش اعتماد شهروندان به حکومت می‌شود و زمینه مشارکت آنان را در مسائل مختلف اجتماعی فراهم می‌سازد (قلی‌پور، ۱۳۸۴: ۱۲۳). گزاره‌های متعددی از سیاست‌های کلی انتخابات نیز به شکل مستقیم و غیر مستقیم ضرورت قانون‌گذاری توسط مجلس شورای اسلامی را در این حوزه نمایان می‌سازد؛ از جمله این موارد می‌توان به ارتقای سطح شناخت و آگاهی به منظور افزایش مشارکت و حضور آگاهانه و بانشاط مردم و کمک به انتخاب اصلاح، ارتقای شایسته‌گزینی همراه با زمینه‌سازی مناسب در انتخاب داوطلبان تراز شایسته جمهوری اسلامی ایران، تعیین دقیق معیارها و شاخص‌ها و شرایط عمومی و اختصاصی داوطلبان در چارچوب قانون اساسی و سلامت اخلاقی- اقتصادی، و رعایت قسم‌نامه توسط نامزدهای انتخابات اشاره کرد.^{۲۴}

در انتخابات اخیر که در کشور برگزار شده این مطالبه از سوی مردم بروز و ظهور بیشتری داشته است. از همین رو برخی از نامزدهای انتخابات، بدون الزام قانونی و تحت تأثیر افکار عمومی یا حتی برای جلب آرای شرکت‌کنندگان در انتخابات، دست به انتشار عمومی اموال و دارایی‌های خود زده‌اند. مثلاً در دوازدهمین دوره انتخابات ریاست‌جمهوری یکی از نامزدهای انتخابات لیست اموال و دارایی خود را در اختیار رسانه‌های گروهی و مردم قرار داد تا عموم مردم از اموال و دارایی ایشان باخبر باشند (بهادری جهرمی و باقری خوزانی، ۱۳۹۷: ۴۴).

نکته دیگر آنکه اعلام دارایی‌ها و اموال نامزدهای انتخابات در بسترهای قانونی^{۲۵} و در ایام تبلیغات انتخاباتی راستی‌آزمایی می‌شود. این امر از یک سو می‌تواند ابزاری بازدارنده در جهت اظهار نظر خلاف واقع نامزدهای انتخابات باشد و از سوی دیگر موجب می‌شود نامزدهای رقیب نتوانند درباره نامزدهای پاک‌دست که در گذشته فساد مالی و اقتصادی نداشته‌اند شایعه‌سازی کنند و آن‌ها را با تبلیغات ناصحیح از عرصه رقابت خارج سازند. ممنوعیت تخریب نامزدهای انتخاباتی در بند ۵^{۲۶} سیاست‌های کلی انتخابات نیز مورد توجه قرار گرفت و از این رهگذر نیز می‌توان لزوم وضع قوانین و مقررات خاص در ارتباط با شفافیت اموال و دارایی نامزدهای انتخابات ریاست‌جمهوری را برداشت کرد. همچنان که در بند ۸ همان سند «تعیین قواعد و ضوابط رقابت سیاسی سالم» نیز می‌تواند اماره‌ای دیگر بر اهمیت موضوع باشد.

۵. شفافیت هزینه‌های تبلیغات انتخاباتی نامزدهای ریاست‌جمهوری

یکی از دغدغه‌های مهم کاندیداها در کارزار انتخابات تأمین مالی هزینه‌های تبلیغات است. آنان همواره سعی در تأمین مالی هزینه‌های گزافی دارند که در رقابت‌های انتخاباتی و جلب آرای مردم مصروف می‌دارند. هزینه‌های تبلیغات و نیز تأمین مالی مبارزات انتخاباتی ارتباط گسترده‌ای با فساد مالی، سلامت انتخابات، رانت‌خواری و رانت‌جویی، اسراف و تبذیر، پول‌شویی و جرایم سازمان‌یافته، دستبرد به بیت‌المال، کاهش یا افزایش تخلفات و جرایم انتخاباتی، سوءاستفاده از اموال و امکانات دولتی، اشرافی‌گری و سرمایه‌داری، و ... دارد و شفافیت هزینه‌های انتخاباتی تأثیرات مهمی بر هر یک از موارد یادشده خواهد داشت (گودوین گیل، ۱۳۷۹: ۱۴۵). عدم شفافیت هزینه‌های تبلیغاتی و نیز عدم تعیین سقفی برای این هزینه‌ها باعث می‌شود افراد دارای صلاحیت و اهلیت کمتر اما امکانات زیاد دامنه تبلیغات خود را گسترش دهند و آرای بیشتری را جذب کنند و در عوض افراد دارای صلاحیت و وجاهت بیشتر اما امکانات کمتر از صحنه رقابت خارج شوند (مصطفی‌زاده، ۱۳۹۷: ۸۵). تأمین هزینه‌های انتخاباتی گاهی در قالب پول‌شویی صورت می‌گیرد. اگر منابع مالی هزینه‌های انتخاباتی کاندیداها شفاف شود و نهاد ناظر بر انتخابات این موضوع را کنترل کند، تأثیر بسزایی

در کاهش پول‌شویی خواهد داشت و جلوی ارتکاب این عمل توسط کاندیداها و نیز نفوذ مرتکبان این پدیده شوم و نامشروع در انتخابات و کسب امتیازات مالی و سیاسی و اقتصادی نامشروع بعدی توسط آن‌ها گرفته خواهد شد (شمس ناتری، ۱۳۸۲: ۹۱). بر اساس قانون انتخابات روسیه، همه افراد و سازمان‌ها می‌توانند در جهت تأمین مالی کاندیداها مشارکت کنند؛ اما برخی از آن‌ها از این جهت ممنوع شده‌اند که عبارت‌اند از: دولت‌های خارجی، شرکت‌های خارجی، افراد بیگانه، سازمان‌های بین‌المللی، شرکت‌های تجاری روسی با بیش از ۳۰ درصد سرمایه خارجی، خیریه‌ها و سازمان‌های مذهبی (کدخدایی، ۱۳۸۱: ۴۷). در کشور انگلستان نیز نامزدها باید نماینده‌ای را جهت پرداخت و مسئولیت هزینه‌های خود منصوب کنند و ظرف سی و پنج روز بعد از انتخابات حساب مبالغ هزینه‌شده را ارائه دهند؛ اما درباره احزاب سیاسی شرکت‌کننده در انتخابات چنین محدودیتی وضع نشده است^{۲۷} (سیفی و همکاران، ۱۳۷۹: ۹۷). در نظام انتخاباتی فرانسه، که تأمین مالی هزینه‌ها مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته است^{۲۸}، نه تنها هزینه‌های انتخاباتی بلکه مساعدت مالی انتخاباتی نیز محدود و مقررات سختگیرانه‌ای در خصوص افشای هزینه‌ها و منشأ آن‌ها مقرر شده است. همچنین، در سال ۱۹۹۵ میلادی قانون‌گذار فرانسه طی مصوبه‌ای حمایت و تأمین مالی توسط شرکت‌ها را برای احزاب سیاسی و رقابت‌های انتخاباتی ممنوع کرد (کدخدایی، ۱۳۸۶: ۱۹۳). در ایران، با توجه به اصل ۴۳ قانون اساسی، اقتصاد جمهوری اسلامی ایران بر منع اسراف و تبذیر در همه شئون مربوط به اقتصاد- اعم از مصرف، سرمایه‌گذاری، توزیع، خدمات- و نیز جلوگیری از سلطه اقتصادی بیگانه بر اقتصاد کشور استوار است. شفاف‌سازی هزینه‌های انتخاباتی و نظارت مالی بر آن ارتباطی تنگاتنگ با تحقق آمال و اهداف مورد نظر قانون اساسی دارد. چون نظارت مالی بر هزینه‌های انتخاباتی نقش مهمی در جلوگیری از نفوذ بیگانگان و پیشگیری از اسراف و تبذیر و حفظ بیت‌المال دارد. در بند ۴ «سیاست‌های کلی انتخابات» نیز مقرر شده است: «تعیین حدود و نوع هزینه‌ها و منابع مجاز و غیر مجاز انتخاباتی، شفاف‌سازی منابع و هزینه‌های انتخاباتی داوطلبان و تشکل‌های سیاسی و اعلام به مراجع ذیصلاح و اعمال نظارت دقیق بر آن و تعیین شیوه و چگونگی برخورد با تخلفات مالی». یکی از قوانینی که در همین زمینه به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده «قانون شفافیت و نظارت بر تأمین مالی فعالیت‌های انتخاباتی در انتخابات مجلس شورای اسلامی» مصوب ۱۳۹۸/۱۱/۰۶ است. البته این قانون فقط ناظر به نامزدهای انتخابات مجلس شورای اسلامی است. در قانون انتخابات ریاست‌جمهوری مصوب ۱۳۶۴/۰۴/۰۵ صرفاً مقررات پراکنده و محدودی در خصوص هزینه‌های تبلیغات انتخاباتی وجود دارد. در قانون «اصلاح ماده واحده الحاقی به قانون انتخابات مجلس شورای

اسلامی» مصوب ۱۳۷۰/۰۵/۰۶ شیوه‌های تبلیغات انتخاباتی نامزدها و احزاب سیاسی (استفاده از پلاکارد، کاروان‌های تبلیغاتی، ...) محدود شده است که در خصوص ریاست‌جمهوری نیز اجرا می‌شود. بر اساس ماده ۶۱ قانون انتخابات ریاست‌جمهوری، استفاده از وسایل و سایر امکانات دولتی و مؤسسات و نهادهایی که از بودجه عمومی استفاده می‌کنند و نیز مؤسسات و نهادهایی که دارایی آن‌ها از اموال عمومی است در انتخابات ریاست‌جمهوری ممنوع شده است. با عنایت به مطالب یادشده، ضروری می‌نماید مجلس شورای اسلامی همان‌طور که در ارتباط با شفاف شدن هزینه‌های تبلیغات نامزدهای انتخابات مجلس شورای اسلامی قانون خاص به تصویب رسانده است، با هدف تحقق بندهای ۴ و ۶^{۲۹} و ۷^{۳۰} سیاست‌های کلی انتخابات، در مورد شفافیت هزینه‌های تبلیغات نامزدهای انتخابات ریاست‌جمهوری نیز قانون وضع کند.

۶. شفافیت وعده‌های نامزدهای انتخابات ریاست‌جمهوری

وعده انتخاباتی عبارت است از وعده و تعهد و قولی که نامزد تصدی یک پست سیاسی به منظور جلب نظر و رأی انتخاب‌کنندگان و به جهت برانگیختن ایشان به حمایت از خود ابراز و اعلان می‌دارد (احسانی، ۱۳۹۶: ۸). امروزه وعده‌محوری به یک رویه عمومی در تبلیغات انتخاباتی تبدیل شده است که عدم شفافیت در آن می‌تواند آثار نامطلوبی همراه داشته باشد؛ از جمله این آثار می‌توان به ایجاد یأس و سرخوردگی در جامعه، کاهش اعتماد مردم به مسئولان در صورت عدم تحقق وعده‌های ارائه‌شده، برهم زدن نظام قانونی و اداره صحیح کشور از طریق ارائه وعده‌های خارج از چارچوب، و تلاش در جهت تحقق آن‌ها اشاره کرد (اسماعیلی و حبیب‌نژاد، ۱۳۹۶: ۱۴۸). شعارهای انتخاباتی نیز منبعث از وعده‌هایی است که نامزدها در عرصه رقابت خود با دیگر نامزدها مطرح می‌کنند تا وعده و پیام تبلیغاتی به نحو بهتری در ذهن مخاطبان بنشیند و به سرعت تداعی‌گر حزب یا نامزد مورد نظر باشد (محمدیان، ۱۳۸۵: ۲۵). برخی از کشورها سازوکارهایی را جهت شفاف‌سازی، اعتبارسنجی، و نظارت بر میزان تحقق وعده‌های نامزدهای انتخابات ایجاد کرده‌اند. در کشور استرالیا سامانه‌ای به ثبت و بررسی وعده‌ها و برنامه‌های اشخاص و احزاب می‌پردازد.^{۳۱} در امریکا نیز وب‌سایتی برای وعده‌های انتخاباتی رؤسای جمهور طراحی و راه‌اندازی شده که از جمله دسته‌بندی‌های آن می‌توان به ۲۵ وعده مهم رؤسای جمهور، تقسیم‌بندی بر اساس موضوع، وعده‌های اجراشده، وعده‌های شکست‌خورده، و وعده‌های در حال اجرا اشاره کرد.^{۳۲} در کشور هندوستان این وعده‌ها در موضوعاتی از قبیل آموزش، بهداشت، و ... بررسی می‌شود. در این سامانه‌ها، وعده‌ها به چند دسته وعده‌های اجراشده، دارای پیشرفت کافی، عدم پیشرفت کافی، برنامه‌های

درصد اجرا، و برنامه شکست‌خورده از یک‌دیگر تفکیک شده‌اند^{۳۳} (گزارش مرکز بررسی‌های استراتژیک ریاست‌جمهوری، ۱۳۹۸: ۹). در ارتباط با وعده‌های انتخاباتی نامزدهای ریاست‌جمهوری در نظام حقوقی ایران باید بیان کرد اولاً با مراجعه به قانون اساسی می‌توان مبانی را در خصوص جایز نبودن وعده‌های دروغین انتخاباتی و لزوم مقابله با آن استنباط کرد. مثلاً مبتنی بر اصل ۲ قانون اساسی^{۳۴} پایه‌های ایمانی نظام جمهوری اسلامی توحید و معاد و کرامت انسانی است. بنابراین وعده‌های مبهم و غیر واقعی و غیر قانونی مصداق تضاد با پایه‌های ایمانی نظام جمهوری اسلامی ایران است. همچنین مستنبط از بند ۱ اصل ۳ قانون اساسی^{۳۵} وعده‌های دروغین برخلاف فضایل اخلاقی و ایمان و تقواست و یکی از مصادیق فساد و تباهی است که باید با آن مبارزه کرد. همچنین مطابق اصل ۱۲۱ قانون اساسی رئیس‌جمهور سوگند یاد می‌کند: «خود را وقف خدمت به مردم و اعتلای کشور، ترویج دین و اخلاق، پشتیبانی از حق و گسترش عدالت سازد». بدون شک، اعلام وعده‌های دروغین در انتخابات نه تنها با ترویج دین و اخلاق مغایرت دارد، بلکه آن‌ها را دچار ضعف و تزلزل می‌کند. مبتنی بر بند ۵^{۳۶} «سیاست‌های کلی انتخابات» دادن وعده‌های خارج از اختیارات قانونی توسط نامزدهای انتخابات ممنوع است. از آنجا که صرف ممنوعیت، نمی‌تواند ضمانت اجرای کافی جهت پرهیز از وعده‌های خارج از اختیارات قانونی نامزدهای انتخابات باشد و مصداق بارز اجرای سیاست‌های کلی قانون‌گذاری است (اسماعیلی و منصوریان، ۱۳۹۱: ۱۴) مجلس شورای اسلامی باید ضمانت اجرای قانونی مناسب و بازدارنده برای وعده‌های خارج از اختیارات قانونی نامزدهای ریاست‌جمهوری پیش‌بینی کند. مثلاً، در صورتی که نامزدهای انتخابات در دوران تبلیغات انتخاباتی وعده غیر قانونی و مبهم و بدون زمان‌بندی مناسب ارائه دهند صلاحیت آن‌ها توسط نهاد ناظر، یعنی شورای نگهبان، رد شود یا در صورتی که مصداق فریب و تطمیع باشد، توسط قوه قضائیه رسیدگی شود. گفتنی است این امر نافی نظارت سیاسی مجلس شورای اسلامی بر وظایف رئیس‌جمهور، منبث از اصول ۸۸ و ۸۹ قانون اساسی، نیست. نکته دیگر آنکه سازوکارهایی باید وجود داشته باشد که رأی‌دهندگان با توجه به حدود صلاحیت و اختیارات قانونی نامزدهای انتخابات وعده‌های آنان را صحت‌سنجی کنند و موارد غیر قانونی را تشخیص دهند. این امر می‌تواند یک امر بازدارنده نیز تلقی شود و از دادن وعده‌های غیر قانونی توسط نامزدها جلوگیری کند. گفتنی است گاه ممکن است نامزدهای انتخابات به‌رغم اعلام اولیه وعده‌های خود، پس از برگزیده شدن، منکر این وعده‌ها شوند. از این رو لازم است، به موجب قانون، نامزدهای انتخابات را ملزم ساخت در زمان ثبت‌نام نسخه‌ای مکتوب و مشروح و امضاشده از برنامه‌ها و وعده‌های خویش به شورای

نگهبان تسلیم کنند یا هم‌زمان با آغاز تبلیغات نامزدها سامانه‌ای برخط ایجاد شود تا همه وعده‌های نامزدها ثبت شود و در معرض انظار عموم مردم و صاحب‌نظران قرار گیرد. این سامانه می‌تواند به صورت رسمی از جانب صداوسیما، به عنوان متولی برگزاری مناظرات انتخاباتی، راه‌اندازی شود. همچنین به منظور ایجاد اطمینان اولیه در مردم، در زمینه عملی بودن وعده‌ها، هر یک از نامزدها مکلف شوند برای حوزه‌های متعدد اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی، و ... تأیید و امضای تعداد قابل توجهی از استادان دانشگاه و جامعه نخبگان کشور را کسب کنند. شورای نگهبان نیز می‌تواند در زمینه بررسی مغایرت یا عدم مغایرت وعده‌ها و برنامه‌های نامزدها با قانون اساسی و سیاست‌های کلی نظام مکلف شود. همچنین این نهاد، به عنوان نهاد ناظر بر انتخابات، در مواردی که نامزد انتخابات با استفاده از وعده‌های دروغین در دوره‌های پیشین انتخاب شده است باید در زمان بررسی صلاحیت نامزدهای انتخابات این امر را به منزله نکته‌ای منفی برای وی لحاظ کند (اسماعیلی و حبیب‌نژاد، ۱۳۹۶: ۱۴۸). در ارتباط با رصد کردن وعده‌های انتخاباتی نامزدهای ریاست‌جمهوری، مرکز آمار ایران نیز به عنوان یک نهاد تخصصی می‌تواند در بهاء میزان تحقق وعده‌ها اعلام نظر کند.

نتیجه

شفافیت را می‌توان یکی از رویکردهای مؤثر ارتقایی نظام انتخاباتی تلقی کرد. شفاف‌سازی فرایندهای انتخابات می‌تواند ساختار سالمی برای «انتخابات درست» و «انتخاب درست» فراهم کند. «انتخاب درست» زمانی محقق خواهد شد که شرکت‌کنندگان در انتخابات بتوانند با در اختیار داشتن اطلاعات و شناخت کافی درباره نامزدها بستر مطمئن و قابل محاسبه‌ای برای شرکت در انتخابات داشته باشند. شناخت کامل و صحیح نامزدها برای مردم در حوزه‌های مختلف می‌تواند زمینه‌ساز انتخاب «اصلح» برای شهروندان باشد که خود موجب کارآمدی نظام مدیریتی کشور خواهد شد. سنجه شفافیت در ارتباط با نامزدهای انتخابات می‌تواند ناظر بر شرایط انتخاب‌شوندگی، سوابق و مواضع، برنامه‌های اجرایی، اموال و دارایی، هزینه‌های تبلیغات، و وعده‌های انتخاباتی آنان باشد. در ارتباط با شرایط انتخاب‌شوندگی نامزدهای ریاست‌جمهوری در نظام حقوقی ایران، با توجه به کیفی بودن شرایط مصرح در اصل ۱۱۵ قانون اساسی و بندهای متعدد سیاست‌های کلی انتخابات، از جمله بندهای ۱۰ و ۱-۱۰ و ۲-۱۰، مجلس شورای اسلامی می‌تواند شرایط رئیس‌جمهور را در چارچوب اصل ۱۱۵ و سایر اصول قانون اساسی به شکل دقیق‌تر و شفاف تعیین کند. عدم ایراد شورای نگهبان راجع به «طرح اصلاح قانون انتخابات ریاست‌جمهوری»، مصوب ۱۳۹۹/۱۰/۲۱، مؤید چنین برداشتی است. در ارتباط با شفافیت در سوابق و مواضع و برنامه‌های اجرایی نامزدها باید گفت اگرچه

مطابق ماده ۲ مصوبه شورای نگهبان، مورخ ۱۴۰۰/۰۲/۰۸، در ارتباط با «تعریف و اعلام معیارها و شرایط لازم برای تشخیص رجل سیاسی و مذهبی» نامزدهای ریاست‌جمهوری مکلف‌اند سوابق کافی و قابل ارزیابی و برنامه‌ها و خط‌مشی‌های اجرایی خود را به شورای نگهبان ارائه دهند، این امر نافی ایجاد سازوکار قانونی توسط مجلس شورای اسلامی جهت اعلام سوابق و مواضع و برنامه‌های اجرایی نامزدهای ریاست‌جمهوری برای شرکت‌کنندگان در انتخابات نیست. مستمسک این برداشت، بند ۸ سیاست‌های کلی انتخابات با هدف «ارتقای سطح شناخت» نامزدهای انتخاباتی به «منظور افزایش مشارکت و حضور آگاهانه و بانشاط مردم و کمک به انتخاب اصلح» است. سلامت اقتصادی نامزدها از دیگر مسائل مهم و ضروری انتخابات ریاست‌جمهوری است که می‌تواند نقش بسزایی در جلب مشارکت عمومی در انتخابات داشته باشد که تاکنون سازوکاری جهت تضمین آن در قوانین و مقررات انتخابات ریاست‌جمهوری پیش‌بینی نشده است. این امر به شکل ویژه در بند ۱-۱۰ سیاست‌های کلی انتخابات مورد تأکید قرار گرفته است. بر همین اساس ضروری است مجلس شورای اسلامی در این زمینه قانون‌گذاری کند. در مورد شفافیت هزینه‌های تبلیغات انتخاباتی نامزدهای ریاست‌جمهوری پیشنهاد می‌شود مجلس شورای اسلامی همچون «قانون شفافیت و نظارت بر تأمین مالی فعالیت‌های انتخاباتی در انتخابات مجلس شورای اسلامی» مصوب ۱۳۹۸/۱۱/۰۶ و با هدف تحقق بندهای ۴ و ۶ و ۷ سیاست‌های کلی انتخابات قانون وضع کند. ایجاد سامانه‌های قانونی جهت ثبت و ضبط وعده‌های نامزدهای انتخابات ریاست‌جمهوری نیز می‌تواند اولاً ملاکی جهت تطبیق وعده‌ها با حدود صلاحیت و اختیارات قانونی آنان باشد و ثانیاً تضمینی جهت عدم انکار وعده‌های انتخاباتی مطروحه پس از منتخب شدن نامزدهای ریاست‌جمهوری باشد.

یادداشت‌ها

۱. رهبر انقلاب در تاریخ ۱۴۰۱/۰۳/۰۴ در دیدار خود با نمایندگان مجلس شورای اسلامی بر ضرورت قانون‌گذاری ذیل سیاست‌های کلی انتخابات تأکید کرد. مشروح بیانات قابل دسترس در تارنمای:

<https://farsi.khamenei.ir/speech-content?id=50317>

۱. مصطفی‌زاده، فهیم (۱۳۹۸)، «رویکرد نظام‌های انتخاباتی به تعیین حدود، نوع، و منابع هزینه‌های انتخاباتی با تأکید بر سیاست‌های کلی انتخابات»، اندیشه‌های حقوق عمومی، سال هفتم، شماره دوم؛ ۲. هاشمی، سید محمد؛ محمدتقی اکبری؛ ولی رستمی (۱۳۹۹)، «هزینه‌های انتخاباتی و آزادی سخن»، تعالی حقوق، سال ششم، شماره ۲؛ ۳. مهری، مریم؛ اسماعیل هادی‌تبار (۱۳۹۴)، «پیشگیری از افزایش جرایم اقتصادی از طریق شفاف‌سازی هزینه‌های تبلیغات انتخاباتی»، کارآگاه، شماره ۳۲.

۳. ماده ۳۵. انتخاب‌شوندگان هنگام ثبت‌نام باید دارای شرایط زیر باشند:
۱. از رجال مذهبی، سیاسی؛ ۲. ایرانی‌الاصل؛ ۳. تابعیت کشور جمهوری اسلامی ایران؛ ۴. مدیر و مدبر؛ ۵. دارای حسن سابقه و امانت و تقوی.
 ۴. ۱۰. ارتقای شایسته‌گزینی- همراه با زمینه‌سازی مناسب- در انتخاب داوطلبان تراز شایسته جمهوری اسلامی ایران و دارای ویژگی‌هایی متناسب با جایگاه مربوط از طریق: ۱- ۱۰. تعیین دقیق معیارها و شاخص‌ها و شرایط عمومی و اختصاصی داوطلبان در چارچوب قانون اساسی با تأکید بر کارآمدی علمی، جسمی، و شایستگی متناسب با مسئولیت‌های مربوط و تعهد به اسلام، انقلاب، و نظام اسلامی و قانون اساسی به‌ویژه التزام به ولایت فقیه و سلامت اخلاقی- اقتصادی؛ ۲- ۱۰. شناسایی اولیه توانایی و شایستگی داوطلبان در مرحله ثبت‌نام به شیوه‌های مناسب قانونی و متناسب با هر انتخابات.
 ۵. نظرات شماره ۲۰۹۷ مورخ ۱۳۶۰/۰۴/۱۵، ۳۶۸۱ مورخ ۱۳۶۴/۰۳/۲۵، ۱۳۶۴/۰۳/۲۹ مورخ ۸۷/۳۰/۲۹۴۴۱، ۱۳۸۷/۰۹/۱۱.
6. <https://www.ontheissues.org/default.htm>
7. <http://www.nytimes.com/interactive/2016/us/elections/candidates-on-the-issues.html>
۸. این شرط در ماده ۳۵ قانون انتخابات ریاست‌جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۶۴/۰۴/۰۵ مجلس شورای اسلامی نیز تکرار شده است: «۵. دارای حسن سابقه و امانت و تقوی ...».
 ۹. این طرح در نهایت با ایراد هیئت عالی نظارت بر حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام مواجه شد و شورای نگهبان در نظر شماره ۱۰۲/۲۴۸۶۷ مورخ ۱۴۰۰/۰۱/۲۹ خود به مجلس شورای اسلامی اعلام کرد. متن نظر قابل دسترس در سامانه جامع نظرات شورای نگهبان به آدرس <http://nazarat.shora>.
 ۱۰. ماده ۲. شرایط و معیارهای لازم جهت تشخیص رجل سیاسی مذهبی و مدیر و مدبر بودن نامزدهای ریاست‌جمهوری عبارت‌اند از: ۱. سوابق کافی و قابل ارزیابی در فعالیت‌های مذهبی و سیاسی از قبیل مکتوبات، سخنرانی‌ها، و اعلام مواضع؛ ۲. ...
 ۱۱. ۸. ارتقای سطح شناخت و آگاهی و آموزش‌های عمومی و ترویج هنجارهای انتخاباتی و نهادینه کردن آن در فرهنگ عمومی و تعیین قواعد و ضوابط رقابت سیاسی سالم به منظور افزایش مشارکت و حضور آگاهانه و بانشاط مردم و کمک به انتخاب اصلاح.
 ۱۲. اصل ۱۱۴ قانون اساسی: «رئیس‌جمهور برای مدت چهار سال با رأی مستقیم مردم انتخاب می‌شود و انتخاب مجدد او به صورت متوالی تنها برای یک دوره بلامانع است».
 ۱۳. اصل ۱۱۳ قانون اساسی: «پس از مقام رهبری، رئیس‌جمهور عالی‌ترین مقام رسمی کشور است و مسئولیت اجرای قانون اساسی و ریاست قوه مجریه را جز در اموری که مستقیماً به رهبری مربوط می‌شود بر عهده دارد».
 ۱۴. اصل ۱۲۶ قانون اساسی: «رئیس‌جمهور مسئولیت امور برنامه و بودجه و امور اداری و استخدامی کشور را مستقیماً بر عهده دارد و می‌تواند اداره آن‌ها را به عهده دیگری بگذارد».
 ۱۵. اصل ۱۳۴ قانون اساسی: «ریاست هیئت وزیران با رئیس‌جمهور است که بر کار وزیران نظارت دارد و با اتخاذ تدابیر لازم به هماهنگ ساختن تصمیم‌های وزیران و هیئت دولت می‌پردازد و با همکاری وزیران برنامه و

خط‌مشی دولت را تعیین و قوانین را اجرا می‌کند. در موارد اختلاف نظر و یا تداخل در وظایف قانونی دستگاه‌های دولتی در صورتی که نیاز به تفسیر یا تغییر قانون نداشته باشد تصمیم هیئت وزیران که به پیشنهاد رئیس‌جمهور اتخاذ می‌شود لازم‌الاجرا است. رئیس‌جمهور در برابر مجلس مسئول اقدامات هیئت وزیران است.»
۱۶. ماده ۲۰۴. آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی: «قبل از تشکیل اولین جلسه بررسی برنامه‌های دولت و اخذ رأی اعتماد هیئت وزیران، نمایندگان مخالف و موافق برنامه خط‌مشی و اصول کلی و ترکیب هیئت وزیران و نیز نمایندگان مخالف و موافق هر یک از وزیران به تفکیک برنامه و هر وزیر در برهه‌های جداگانه یا دستگاه الکترونیک ثبت‌نام می‌نمایند...».

۱۷. ماده ۶۵. نامزدهای ریاست‌جمهوری که صلاحیت آنان توسط شورای نگهبان تأیید و اسامی آن‌ها از طرف وزارت کشور اعلام می‌گردد هر یک حق دارند به طور مساوی از صداوسیما جمهوری اسلامی ایران برای معرفی و ارائه برنامه‌های خود استفاده نمایند. ترتیب و تنظیم برنامه تبلیغات نامزدهای انتخاباتی از طریق صداوسیما به عهده کمیسیون بررسی تبلیغات می‌باشد.

۱۸. شورای نگهبان در اجرای جزء ۵ بند ۱۰ سیاست‌های کلی انتخابات شرایط مذکور را در مورخ ۱۳۹۶/۱۰/۲۰ اعلام نمود. در تاریخ ۱۴۰۰/۰۲/۰۸ نیز این مصوبه اصلاح شد.

۱۹. ارتقای سطح شناخت و آگاهی و آموزش‌های عمومی و ترویج هنجارهای انتخاباتی و نهادینه کردن آن در فرهنگ عمومی و تعیین قواعد و ضوابط رقابت سیاسی سالم به منظور افزایش مشارکت و حضور آگاهانه و بانشاط مردم و کمک به انتخاب اصلح.

۲۰. بیانات مقام معظم رهبری در تاریخ ۱۳۸۰/۰۲/۲۸؛ قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

<https://farsi.khamenei.ir/speech-content?id=3066>

۲۱. مثلاً می‌توان به «قانون رسیدگی به دزایی مقامات، مسئولان، و کارگزاران جمهوری اسلامی ایران» مصوب ۱۳۹۴/۰۸/۰۹ مجمع تشخیص مصلحت نظام اشاره کرد.

۲۲. مثلاً در مجلس هشتم طرح اصلاح موادی از قانون انتخابات مجلس تحت عنوان «طرح شفاف‌سازی هزینه‌های انتخاباتی» با قید دوفوریت تقدیم مجلس شد که دوفوریت آن رد و با مخالفت مجلس روبه‌رو شد. بر اساس ماده ۵ این طرح، تبصره ۳ ماده ۴۵ قانون انتخابات مجلس به تبصره ۴ تبدیل و تبصره زیر به عنوان تبصره ۳ به آن ماده الحاق شده بود: «تبصره ۳. داوطلبان انتخابات باید همراه به فرم ثبت‌نام لیست تمامی دزایی‌های منقول و غیر منقول خود و همسر و فرزندان خود را اعلام کنند...».

۲۳. ماده ۲. شرایط و معیارهای لازم جهت تشخیص رجل سیاسی مذهبی و مدیر و مدبر بودن نامزدهای ریاست‌جمهوری عبارت‌اند از: ... ۲-۲. معاونین رؤسای قوای سه‌گانه؛ ۳-۲. اعضای شورای عالی امنیت ملی؛ ۴-۲. اعضای مجمع تشخیص مصلحت نظام؛ ۵-۲. مدیر مرکز مدیریت حوزه‌های علمیه کشور؛ ۶-۲. رؤسای سازمان‌ها، مؤسسات، و نهادهای دولتی و مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی در سطح ملی...»

۲۴. بندهای ۸ و ۱۰ و ۱۳ سیاست‌های کلی انتخابات.

۲۵. مثلاً در ماده ۹ «قانون شفافیت و نظارت بر تأمین مالی فعالیت‌های انتخاباتی در انتخابات مجلس شورای اسلامی» مصوب ۱۳۹۸/۱۱/۰۶ مقرر شده است: «نامزدها موظف‌اند تمامی مصارف و مخارج مرتبط با فعالیت‌های انتخاباتی و هزینه‌های تبلیغاتی خود و منابع تأمین مالی این هزینه‌ها و میزان کمک‌های مالی نقدی و غیر نقدی دریافتی را به نحو شفاف در سامانه مالی انتخابات ثبت نمایند...».
۲۶. ۵. ممنوعیت هر گونه تخریب، تهدید، تطمیع، فریب، و وعده‌های خارج از اختیارات قانونی و هر گونه اقدام مغایر امنیت ملی نظیر تفرقه قومی و مذهبی در تبلیغات انتخاباتی.
۲۷. بخش‌های ۷۲-۹۰ قانون نمایندگی از سوی مردم.
۲۸. مواد L.52-4 تا L.52-18 قانون انتخابات فرانسه.
۲۹. ۶. ممنوعیت استفاده از حمایت و امکانات بیگانگان اعم از مالی و تبلیغاتی توسط نامزدها و احزاب و برخورد به موقع دستگاه‌های ذی‌ربط.
۳۰. ۷. پیشگیری از جرایم و تخلفات انتخاباتی و هر گونه اقدام مغایر قانون، منافع ملی، وحدت ملی، و امنیت ملی و رسیدگی سریع و خارج از نوبت حسب مورد به آن‌ها به‌ویژه جرایم امنیتی، مالی، و تبلیغاتی و اقدامات تخریبی ضد داوطلبان.

31. <http://www.abc.net.au/news/factcheck/promisetracker>

32. www.politifact.com

33. <http://www.electionpromisestracker.in>

۳۴. اصل ۲ قانون اساسی: «جمهوری اسلامی نظامی است بر پایه ایمان به: ۱. خدای یکتا (لا اله الا الله) و اختصاص حاکمیت و تشریح به او و لزوم تسلیم در برابر امر او؛ ۲. وحی الهی و نقش بنیادی آن در بیان قوانین؛ ۳. معاد و نقش سازنده آن در سیر تکاملی انسان به سوی خدا...؛ ۶. کرامت و ارزش والای انسان و آزادی توأم با مسئولیت او در برابر خدا...».

۳۵. ۱. ایجاد محیط مساعد برای رشد فضایل اخلاقی بر اساس ایمان و تقوا و مبارزه با کلیه مظاهر فساد و تباهی.
۳۶. ۵. ممنوعیت هر گونه تخریب، تهدید، تطمیع، فریب، و وعده‌های خارج از اختیارات قانونی و هر گونه اقدام مغایر امنیت ملی نظیر تفرقه قومی و مذهبی در تبلیغات انتخاباتی.

منابع

۱. احسانی، رضا (۱۳۹۶)، «بررسی تحلیلی وعده‌های انتخاباتی از منظر مبانی فقهی، حقوقی، و اخلاق سیاسی»، گزارش سازمان بسیج حقوقدانان، شماره مسلسل ۹۶۰۵۰۰۶.
۲. اسماعیلی، محسن؛ سید احمد حبیب‌نژاد (۱۳۹۶)، «مبانی فقهی حقوقی لزوم عمل به وعده‌های انتخاباتی و مقابله با وعده‌های دروغین»، مطالعات حقوق عمومی، شماره ۱.
۳. اسماعیلی، محسن؛ مصطفی منصوریان (۱۳۹۱)، «درآمدی بر نقش مجلس شورای اسلامی در حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام»، دانش حقوق عمومی، شماره ۲.
۴. بارت، اریک (۱۳۸۶)، مقدمه‌ای بر حقوق اساسی، مترجم: عباس‌علی کدخدایی، تهران: میزان، چ ۲.
۵. باقری خوزانی، محمدحسن؛ فرامرز عطریان؛ غلام‌حسین مسعود (۱۴۰۰)، «حدود صلاحیت مجلس شورای اسلامی در تفصیل و تبیین شرایط رئیس‌جمهور با تأکید بر سیاست‌های کلی انتخابات»، دانش حقوق عمومی، شماره ۳۳.
۶. بانکی، محمدتقی (۱۳۶۵)، «بازنگری و بیان یک تجربه»، برنامه و توسعه، شماره ۴ و ۵.
۷. بهادری، علی؛ محمدحسن باقری خوزانی (۱۳۹۷)، «نگاهی به عملکرد شورای نگهبان در نظارت بر انتخابات و صیانت از آرای مردم در دوازدهمین دوره انتخابات ریاست‌جمهوری»، پژوهشکده شورای نگهبان.
۸. تقی‌زاده، جواد (۱۳۸۵)، «شرایط خاص انتخاب‌پذیری در انتخابات سیاسی»، حقوق اساسی، شماره ۶ و ۷.
۹. حبیب‌نژاد، سید احمد؛ حدیثه داودی (۱۳۹۷)، «الگوی تبلیغات انتخاباتی ایران در پرتو مؤلفه‌های تبلیغات انتخاباتی شایسته»، دانش حقوق عمومی، شماره ۲۰.
۱۰. حبیب‌نژاد، احمد (۱۳۹۰)، «شرایط انتخاب‌شوندگی در انتخابات مجلس شورای اسلامی در نظام حقوق اساسی ایران با نگاهی تطبیقی»، علوم سیاسی، شماره ۵۵.
۱۱. دایرة‌المعارف بین‌المللی انتخابات، ویراستار: ریچارد رز (۱۳۹۰)، مترجم: محمدتقی دلفروز، تهران: مرکز مطالعات، تحقیقات، و آموزش وزارت کشور با همکاری نشر میزان.
۱۲. شمس‌ناتری، محمدابراهیم (۱۳۸۲)، «پول‌شویی، آثار و عکس‌العمل‌ها»، اندیشه‌های حقوقی، سال اول، شماره ۵.

۱۳. صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۶۴)، جلسه اول تا سی و یکم، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی.
۱۴. طحان‌نظیف، هادی؛ علی‌هادی‌زاده (۱۳۹۷)، «ماهیت قوانین برنامه توسعه در نظام حقوقی ایران»، دانش حقوق عمومی، شماره ۲۱.
۱۵. طحان‌نظیف، هادی؛ ابوالفضل درویشوند؛ علی فتاحی زفرقندی (زیر نظر عباس‌علی کدخدایی) (۱۳۹۶)، شرح قانون اساسی، تهران: انتشارات پژوهشکده شورای نگهبان، ج ۱، فصل هشتم: رهبر.
۱۶. طحان‌نظیف، هادی؛ محمدجواد مطیعی (۱۳۹۹)، «واکاوی تعاریف مصوبه شورای نگهبان از رجل مذهبی-سیاسی، مدیر و مدبر»، دانش حقوق عمومی، سال نهم، شماره ۲۷.
۱۷. عالی‌پور، حسن (۱۳۹۴)، «نظام حقوقی انتخابات و حق انتخاب در جمهوری اسلامی ایران»، مطالعات راهبردی، شماره ۳.
۱۸. فتاحی زفرقندی، علی (۱۳۹۷)، شورای نگهبان: نظارت بر انتخابات، تهران: انتشارات پژوهشکده شورای نگهبان.
۱۹. قلی‌پور، رحمت‌الله (۱۳۸۴)، «تحلیل رابطه الگوی حکمرانی خوب و فساد اداری»، مدیریت فرهنگ سازمانی، شماره ۱۰.
۲۰. کدخدایی، عباس‌علی (اسفند ۱۳۸۱)، «نگاهی کوتاه به قانون جدید حقوق انتخابات روسیه»، ناظر امین، شماره ۳.
۲۱. گودوین گیل، گای اس. (۱۳۷۹)، انتخابات آزاد و منصفانه در حقوق و رویه بین‌المللی، مترجم: سید جمال سیفی و سید قاسم زمانی، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
۲۲. ماسکیو، لوئیس؛ آندره بلز (۱۳۹۰)، دایره‌المعارف بین‌المللی انتخابات، ویراستار: ریچارد رز، مترجم: محمدتقی دلفروز، تهران: مرکز مطالعات، تحقیقات، و آموزش وزارت کشور با همکاری نشر میزان.
۲۳. محمدیان، محمود (۱۳۸۵)، مدیریت تبلیغات از دید بازاریابی، تهران: حروفیه.
۲۴. مرکز بررسی‌های استراتژیک ریاست‌جمهوری (۱۳۹۸)، شفافیت انتخابات (تأمین حق مسلم شهروندان در انتخابات از رهگذر شفافیت)، شماره مسلسل ۳۶۰.

۲۵. مصطفی‌زاده، فهیم (۱۳۹۷)، «رویکرد نظام‌های انتخاباتی به تعیین حدود، نوع، و منابع هزینه‌های انتخاباتی با تأکید بر سیاست‌های کلی انتخابات»، اندیشه‌های حقوق عمومی، سال هفتم، شماره ۲.

۲۶. هاشمی، سید محمد (۱۳۸۶)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران: حاکمیت و نهادهای سیاسی، تهران: بنیاد حقوقی میزان، چ ۱۴، ج ۲.

1. Hall, p. (2002), Urban and Regional Planning, 4th ed, London, Routledge.
2. Ackoff, R. L. (1970), A Concept of Corporate Planning, New York, Wiley Interscience

اسناد، قوانین و مقررات

۱. آیین‌نامه اجرایی انتخابات ریاست جمهوری، مصوب ۱۳۶۴/۰۴/۱۶ هیئت وزیران با اصلاحات بعدی.
۲. سیاست‌های کلی انتخابات ابلاغی ۱۳۹۵/۰۷/۲۴ مقام معظم رهبری.
۳. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۵۸.

پایگاه‌های اینترنتی

1. <https://www.ontheissues.org/default.htm>
2. <http://www.nytimes.com/interactive/2016/us/elections/candidates-on-the-issues.html>
3. <https://farsi.khamenei.ir>
4. <http://www.abc.net.au/news/factcheck/promisetracker>
5. www.politifact.com
6. <http://www.electionpromisetracker.in>
7. <http://nazarat.shora-rc.ir>

References

A) Books

1. Barnett, Eric (2007), An Introduction to Fundamental Rights, Translated by Abbas Ali Kadkhodaei, Tehran: Mizan Publishing, Second Edition. (In Persian)
2. Bahadori, Ali and Bagheri Khozani, Mohammad Hassan (2018), A Look at the Performance of the Guardian Council in Monitoring the Elections and Safeguarding People's Votes in the 12th Presidential Election, Research Institute of the Guardian Council. (In Persian)

3. Encyclopedia of International Elections, edited by Richard Rose (2011), translated by Mohammad Taghi Delfrooz, Tehran: Research and Education Center of the Ministry of Interior in collaboration with Mizan Publishing House, first edition. (In Persian)
4. W. Paati Ofuso-Amah; Raj Super Amanin; Kishore Aperti (1384), legal frameworks for dealing with corruption (financial), translated by Ahmad Ranjbar, Tehran: Office of Political Studies of the Research Center of the Islamic Council, Bita. (In Persian)
5. Annotated report of the deliberations of the Constitutional Revision Council of the Islamic Republic of Iran (1985), the first session to the 31th session, Tehran: General Department of Cultural Affairs and Public Relations of the Islamic Council, first edition. (In Persian)
6. Fatahi Zafarkandi, Ali (2017), Guardian Council; Election monitoring, Tehran: Guardian Council Research Institute Publications. (In Persian)
7. Goodwin Gill, Guy S. (2000), Free and fair elections in international law and practice, translated by Seyed Jamal Seifi and Seyed Qasem Zamani, Tehran: Shahr Danesh Institute of Legal Studies and Research. (In Persian)
8. Lewis, Maskio and Andre, Blaze (2011), International Encyclopedia of Elections, edited by Richard Rose, translated by Mohammad Taghi Delfrooz, Tehran: Research and Education Center of the Ministry of Interior in cooperation with Mizan Publishing, first edition.
9. Mohammadian, Mahmoud (2016), Advertising Management from the Marketing Perspective, Tehran: Horufiyeh.
10. Hashemi, Seyyed Mohammad (2007), Fundamental Rights of the Islamic Republic of Iran: Sovereignty and Political Institutions, Tehran: Mizan Legal Foundation, 14th edition, Volume 2.

B) Articles

1. Ehsani, Reza (2017), Analytical Examination of Election Promises from the Perspective of Jurisprudence, Law and Political Ethics, Report of the Basij Organization of Lawyers, Series number: 9605006. (In Persian)
2. Ismaili, Mohsen and Habibenjad, Seyed Ahmad (2017), Necessity of Fulfilling Election Promises by Candidates and Fight against Empty Election Promises and their Jurisprudential Principles, Public Law Studies Quarterly, No. 1.
3. Ismaili, Mohsen and Mansourian, Mostafi (2012), An Introduction to the Role of Iran's Islamic Parliament in the Proper Execution of the General Policies, Quarterly Journal of Public Law Knowledge, No. 2.
4. Bagheri Khozani, Mohammad Hassan and Atrian, Faramarz and Masoud, Allamhossein (2021), Scope of Competence of the Islamic Consultative

- Assembly in Detailing and Explaining the Conditions of the President with Emphasis on General Policies of the Elections, Quarterly Journal of Public Law Knowledge, No. 33. (In Persian)
5. Banki, Mohammad Taqi (1986), Reviewing and expressing an experience, Program and Development Magazine, No. 4 and 5. (In Persian)
 6. Taghizah, Javad (2015), special conditions of electability in political elections, Fundamental Rights Journal, Winter 2015, No. 6 and 7. (In Persian)
 7. Habibnejad, Ahmed and Davodi, Haditha (2017), The Iran Electoral Advertising Model in light of the Good Electoral Advertising Requirements, Quarterly Journal of Public Law Knowledge, No. 20. (In Persian)
 8. Habib Nejad, Ahmad (2019), The Conditions of Being Elected in the Elections of the Islamic Council in Iran's Fundamental Rights System, Hittabighi Bank, Political Science, Fall 2019, No. 55. (In Persian)
 9. Shams Natari, Mohammad Ebrahim (2003), "Money Laundering, Works and Reactions", Journal of Legal Thoughts, First Year, No. 5. (In Persian)
 10. Tahan Nazeef, Hadi and Hadizadeh, Ali (2018), The Nature of the Development Plan Laws in the Legal System of Iran, Public Law Knowledge, No. 21. (In Persian)
 11. Tahan Nazif, Hadi and Dervishund, Abolfazl and Fatahizfarqandi, Ali, Under the supervision of Abbas Ali Kadkhodaei (2017), Commentary on the Constitution-Chapter 8-Lehbar (Volume 1), Tehran: Guardian Council Research Institute Publications. (In Persian)
 12. Tahan Nazif, Hadi, Motiee, Mohammad Javad (2020), Elucidation of the Iranian Guardian Council's definitions of "manager", "contriver and solution finder", "politician" and "religious person" in its legislation, Quarterly of Public Law Knowledge, 9th year, NO. 27. (In Persian)
 13. Alipour, Hassan (2015), The legal system of elections and the right to vote in the Islamic Republic of Iran, Strategic Studies Quarterly journal, No. 3. (In Persian)
 14. Qolipour, Rahmat Elah (2005), Analysis of the relationship between good governance model and administrative corruption, Organizational Culture Management, No. 10. (In Persian)
 15. Kadkhodaei, Abbas Ali (February 2003), "A brief look at the new law of election rights in Russia", Nazer Amin quarterly magazine, No. 3. (In Persian)
 16. Presidential Strategic Research Center (2019), transparency of elections (ensuring the Muslim rights of citizens in elections through transparency), Serial number 360. (In Persian)
 17. Mustafazadeh, Fahim (2018), Electoral systems' approach to determining the limits, types and sources of election expenses with an emphasis on

general election policies, Journal of Public Law Thoughts, 7th year, No. 2.
(In Persian)

C) Documents, rules and regulations

1. The Executive Regulations of the Presidential Elections approved by the Council of Ministers on 1985/7 /7 with subsequent amendments.
2. The general election policies announced on 2016/10/15 by the Supreme Leader.
3. The Constitution of the Islamic Republic of Iran approved in 1979.

تحلیل انتقادی بر تعاریف قانون در فلسفه حقوق

پوزیتیویستی

مسعود الماسی^{۱*}

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۸/۱۷ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۷/۲۴

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: 10.22034/qjplk.2022.1648.1517

چکیده

هرچند فلسفیدن، در مفهوم قانون، تاریخی به قدمت تاریخ فلسفه و تاریخ حقوق دارد، سؤال از چیستی قانون به‌ویژه در قرون معاصر از مباحث محوری فلسفه حقوق به‌ویژه در سنت پوزیتیویستی آن بوده است. اهمیت فلسفه قانون به دلیل نقش ویژه قانون در تحولات اجتماعی-سیاسی جوامع بشری و گذار از حقوق سنتی و حقوق دینی به حقوق مدرن و پسامدرن ارزیابی می‌شود زیرا قانون ابزاری منطقی و عقلانی برای کاربست آخرین اراده عمومی تلقی می‌شود که خود ناشی از شکل‌گیری حکومت‌های برآمده از همان قرارداد اجتماعی است. این پژوهش درصدد مقایسه تطبیقی پرسش از ماهیت قانون در اندیشه فیلسوفان حقوق در «سنت پوزیتیویستی» آن و پاسخ به این پرسش مهم است که آیا با شکل‌گیری جوامع مدرن و مدرنیته حقوقی می‌توان گریزی از قانون و حکومت قانون یا بدیلی برای آن یافت. یافته این پژوهش مبین آن است که قانون و حاکمیت آن به عنوان نماد بارز اراده عمومی حاصل از قرارداد اجتماعی در اندیشه فیلسوفان حقوق در سنت پوزیتیویستی آن دارای چه وجوه اشتراک و افتراقی است و نتیجه این پژوهش مبین آن است که با شکل‌گیری جوامع مدرن و مدرنیته حقوقی تاکنون گریز یا بدیلی برای قانون ارائه نشده است و پارادایم قانون و حاکمیت آن همچنان پارادایم غالب است.

واژگان کلیدی: حاکمیت قانون، فلسفه قانون، قانون‌گرایی، ماهیت قانون، مفهوم قانون.

۱. دکترای فلسفه حقوق دانشگاه باقرالعلوم، قم، ایران

* Email: masaudalmasy@gmail.com



مقدمه

شمار اندکی از پرسش‌ها در جامعه بشری به اندازه پرسش از «قانون چیست» به شکل پایدار مطرح بوده‌اند و به این پرسش به شیوه‌های گوناگون و حتی متناقض پاسخ داده شده است (هارت، ۱۳۹۳: ۳۱). عبارت یادشده از هربرت هارت بیانگر دشواری ارائه یک مفهوم از قانون است. زیرا این مفهوم دارای تنوع و تکثری به طول تاریخ بشریت است.

ژوزف رز^۱ در همین خصوص بیان داشته ما واژه قانون را در مواردی چون قوانین علمی، قوانین ریاضی، و قوانین الهی به کار می‌بریم. بنابراین باید تصور خود را از این مفهوم مشخص کنیم تا امکان تفکیک این مفاهیم متعدد به وجود آید (ابدالی، ۱۳۹۳: ۱۷۴). به راستی قانون، که ما با آن زندگی می‌کنیم و ما را شهروند و کارمند و زوج و مالک اشیا می‌کند، چیست (Dworkin, ۱۹۸۶: VII) و چه چیز در قانون وجود دارد که کسانی را که از ماهیت قانون پرسیده‌اند یا سعی در پاسخگویی داشته‌اند در حیرت فروبرده است (هارت، ۱۳۹۳: ۳۷) و چرا فلسفیدن در ماهیت قانون چنان در فلسفه حقوق معاصر اهمیت یافته که هر یک از فیلسوفان حقوق مستقلاً در این باب به اظهار نظر و تألیف کتب و مقالات متعدد پرداخته‌اند.

در پاسخ به این سؤال و به شکل عام می‌توان گفت گذار از حقوق سنتی به حقوق مدرن، که ناشی از شکل‌گیری حکومت‌های برآمده از قرارداد اجتماعی بود، موجب شد قانون ابزاری منطقی و عقلانی برای کاربری آخرین اراده عمومی حاصل از قرارداد اجتماعی تلقی شود و از این پس قانون به عنوان ابزاری جهت تضمین ارزش‌های حقوق مدرن و مدرنیته حقوقی بر همه شئون فردی و اجتماعی حاکم شد که می‌توان از آن با عنوان حکومت قانون^۲ تعبیر کرد. این پارادایم، که متأثر از اندیشه‌های افرادی چون کانت و هابز و لاک است، با تکیه بر آزادی و استقلال فرد انسان، جامعه مدرن را پی ریخت که مبتنی بر قرارداد اجتماعی و اراده‌های مستقل افراد انسانی به عنوان شهروندان دولت-ملت است.

بدین ترتیب گذار از حقوق سنتی به حقوق مدرن موجب شکل‌گیری حکومت قانون و التزام به قانون به عنوان یگانه تجلی اراده عمومی حاصل از قرارداد اجتماعی شد و بر این اساس می‌توان گفت قانون‌خواهی و التزام به قانون، که با هدف محدود کردن قدرت حاکمان آغاز شد، برای رسیدن به قوانین عادلانه ادامه یافت (Sellers, ۲۰۱۰: ۱-۲).

بدین اعتبار هرچند گفته می‌شود به لحاظ تاریخی حاکمیت قانون را نخستین بار آلبرت ون دایسی^۳ به عنوان ویژگی نهادهای سیاسی در انگلستان، در اثر معروفش، مقدمه‌ای بر مطالعه حقوق اساسی^۴، به کار برد، می‌توان اندیشه حاکمیت قانون را حتی در دوره یونان باستان یافت؛ یعنی دوره‌ای که مردم می‌توانستند برای خود قوانین عرفی وضع کنند که پیروی از آن را آزادی

تلقی می‌کردند (کلی، ۱۳۹۸: ۴۵). حکومت قانون البته در دوران حقوق مدرن از نظر برخی اندیشمندان از ملزومات دموکراسی تلقی می‌شود (Habermas, ۱۹۹۹: ۳۲۷-۳۲۸) که بر این اساس حاکمیت قانون امری ایدئولوژیک و متأثر از نظام سیاسی و متفاوت از دوره پیشامدرن باید تلقی شود.

به هر روی، دایسی بیان داشت بر اساس حاکمیت قانون هیچ فردی برتر از قانون نیست، بلکه قانون برتر از هر چیز است و هیچ‌کس را نمی‌توان جز بر اساس تخلف از قانون به طور غیر قانونی مجازات بدنی یا مالی کرد (Dicey, ۱۹۶۰: ۱۸۳-۱۹۹). بر این اساس می‌توان حاکمیت قانون بر همه افراد و همه شئون جامعه را مهم‌ترین مبنا برای فلسفه قانون در فلسفه حقوق تلقی کرد که موجب گذار از حقوق سنتی به حقوق مدرن و شکل‌گیری حکومت‌های برآمده از قرارداد اجتماعی می‌شود که قانون در آن ابزاری منطقی و عقلانی برای کاربست آخرین اراده عمومی حاصل از قرارداد اجتماعی و ابزاری جهت تضمین ارزش‌های حقوق مدرن و مدرنیته حقوقی می‌شود.

در این پژوهش برای فلسفیدن بیشتر در چرایی حاکمیت قانون و به عبارت دیگر برای کنکاش در فلسفه قانون ناچار از کنکاش در مفهوم‌شناسی عام قانون و سپس کنکاش در مفهوم‌شناسی فنی این واژه در فلسفه حقوق به‌ویژه در سنت پوزیتیویستی آن هستیم. ضرورت این امر به‌ویژه بدان دلیل است که در بررسی سابقه این پژوهش نمی‌توان به مقالات یا کتبی دست یافت که به شکل منقح و یکپارچه به جمع‌آوری آرای فیلسوفان حقوق در باب ماهیت قانون و چرایی حاکمیت قانون پرداخته باشند و آنچه در این باب وجود دارد عمدتاً به شکل مجمع‌الجزایر متفرقه‌ای است که مسئله مطمح نظر ایشان فلسفه قانون و کنکاش از چرایی حاکمیت قانون نبوده است. بر این اساس ما در پژوهش حاضر نخست به مفهوم‌شناسی عام قانون و سپس مفهوم‌شناسی فنی آن در سنت پوزیتیویستی فلسفه حقوق خواهیم پرداخت تا در ادامه به اقتراح در حاکمیت قانون پردازیم.

۱. مفهوم‌شناسی عام قانون

غالباً در مفهوم‌شناسی عام قانون گفته می‌شود این واژه معرب واژه «*canon*» است (دهخدا، ۱۳۷۷: ۱۷۳۹۵) و برخلاف استظهار صاحب کتاب شرح مطالع، که آن را لفظی سریانی دانسته، اصلاً یونانی است و به معنای راه باریک و بعداً به استعاره در معنای قاعده اعلی استعمال شده است (غیایی، ۱۳۱۷: ۳۷۲) و به همین اعتبار واژه «*canon law*» از ریشه لاتین «*Juscanonicum*» به مجموعه قوانین وضع شده توسط مقامات کلیسایی در کلیساها اطلاق می‌شود.

هرچند البته مفهوم‌شناسی این واژه دشواری‌های فراوانی دارد، دشواری مفهوم‌شناسی قانون به‌خصوص هنگامی بیشتر رخ می‌نماید که حتی در روش‌شناسی دستیابی به مفهوم قانون اختلاف نظر وجود دارد. زیرا درحالی‌که تعریف لفظی نشان‌دهنده کاربردهای این واژه نیست (هارت، ۱۳۹۳: ۴۹) هر یک از پژوهشگران عرصه حقوق نیز با روش خاصی به ارائه مفهوم قانون پرداخته‌اند. مثلاً هربرت هارت در عرصه فلسفه حقوق با اعلام ناکارآمدی و بصیرت‌زا نبودن روش‌های مبتنی بر ارائه جنس و فصل برای تعریف قانون (هارت، ۱۳۹۳: ۵۰) با استفاده از روش‌های تحلیلی مبادرت به تحلیل مفهوم قانون کرد. اما شاگردش، دورکین، بر آن بود که برای دستیابی به مفاهیم حقوقی باید از رویکرد تفسیری استفاده شود (Dworkin, ۱۹۸۶: ۴۶).

تعریف قانون با روش‌های رهیافت تاریخی^۵، مکتب جامعه‌شناختی^۶، مکتب کارکردی^۷، مکتب غایت‌شناسانه^۸ نیز از دیگر روش‌های متفاوت ارائه تعریف برای مفهوم قانون است.

بر این اساس درحالی‌که روش رهیافت تاریخی در پی ارائه مفهوم قانون بر پایه چگونگی شکل‌گیری تاریخی مفهوم قانون با معیارهای تمدنی و فرهنگی یک جامعه است، مکتب جامعه‌شناختی، چون قانون را نمودی از هنجارهای مورد پذیرش یک جامعه تلقی می‌کند، به تعریف مفهوم قانون بر پایه ارتباط قانون با نهادهای اجتماعی می‌پردازد.

در مقابل این دو رویکرد، مکتب کارکردی چون بر هماهنگ کردن رقابت‌های نهادهای جامعه و مهندسی اجتماعی تأکید دارد با غفلت از رویکرد تاریخی و جامعه‌شناختی و با نگرشی عمدتاً سیاسی به تعریف مفهوم قانون پرداخته و مکتب غایت‌شناختی نیز عمده توجه خود در تعریف قانون را به اهداف عقلانی انسان معطوف کرده و قانون را محصول فرهنگ و ابزاری برای دستیابی به مفاهیمی چون عدالت به عنوان یک غایت تلقی می‌کند.

اما، صرف نظر از دشواری‌های روش‌شناختی در ارائه تعریف قانون، دشواری دیگر در این خصوص عام بودن استعمال این واژه در تمدن‌های مختلف با عناوین متفاوت است که حاکی از تطور تاریخی تعریف و ماهیت این واژه در طول تاریخ و در تمدن‌های گوناگون است.

بر این اساس تعریف قانون به عنوان امری کشفی و اسطوره‌ای در تمدن‌های باستانی آریایی و آسیای شرقی و تفکر یونانی دارای همان ابهام‌زایی‌هایی است که تعریف این واژه بر پایه مکاتب حقوق طبیعی و پوزیتیویسم حقوقی دارد. به دلیل همین دشواری‌ها و با توجه به اهمیت مفهوم‌شناسی این واژه، در بخش بعد به مفهوم‌شناسی تاریخی واژه قانون در دوره پیشامدرن پرداخته می‌شود تا بتوان گزارشی اجمالی از مهم‌ترین آرای فیلسوفان حقوق در باب چیستی قانون در دوره مدرن و در سنت پوزیتیویستی آن به دست داد.

۲. مفهوم قانون در دوره پیشامدرن

می‌توان گفت مفهوم قانون در دوره پیشامدرن، به معنای نظم پایدار جهان‌شمول و نیز سامان‌بخشِ جوامع انسانی، در مفهوم کلمه ودایی «رتا»^۹ و کلمه اوستایی «آسا»^{۱۰} در تمدن آریایی و «ساماوایا»^{۱۱} در هند و «شوتوکو»^{۱۲} در ژاپن وجود داشت (Nakamura, ۱۹۸۶: ۴۵, ۳۲۶) و نیز، به حکایت مورخان تاریخ حقوق، قوانین آتن که قرن پنجم قبل از میلاد مسیح توسط حکاکان^{۱۳} بر سنگ حک می‌شده به «nomoi» موسوم بوده که ریشه واژه «nomos» در مفهوم «law» به معنای قانون بوده است (Letwin, ۲۰۰۵: ۱).

این قوانین که از کدهای دراکو^{۱۴} اقتباس شده بود یک قرن بعد توسط سولون^{۱۵} بازنگری شد و به گفته ارسطو^{۱۶} تحت عنوان قوانین سولون^{۱۷} بر الواح چوبی و سنگ نگاشته شد (Letwin, ۲۰۰۵: ۱). بر این اساس کهن‌ترین مرحله قانون‌گذاری یونانی با نام افرادی چون دراکو و سولون در آتن، لیکورگوس در اسپارت، کارونداس در کاتانا، و زالثوکوس در لوکری همراه بود و این قانون‌گذاری دموکراتیک به گسترش معنای نوموس منجر شد به گونه‌ای که واژه نوموس علاوه بر معنای عرف معنای قانون، یعنی قانون موضوعه، را نیز در بر گرفت (کلی، ۱۳۹۸: ۲۰).

در حقیقت می‌توان از این طرز تلقی از قانون به مثابه «قانون متصل به نظم کیهانی»^{۱۸} تعبیر کرد که در تفکر افلاطون و ارسطو و سیسرو قابل ملاحظه است (Letwin, ۲۰۰۵: ۹-۴۲). مثلاً ذات قانون در تفکر افلاطون از یک سو معطوف به نظم کیهانی و از سوی دیگر نوعی نظم بشری برای حفظ نظم در جهان ممکن الوقوع انسانی است (Letwin, ۲۰۰۵: ۱۵). او در رساله جمهوری از زبان سقراط بیان می‌دارد که قانون اصلی عقلانی^{۱۹} در حیات دولت شهر است و بر این اساس قانون^{۲۰} را مشتق از عقل^{۲۱} مطرح می‌کند (Letwin, ۲۰۰۵: ۱۵-۱۶). قانون بر همین اساس از نظر ارسطو باید عقلِ رها از هوس باشد^{۲۲} که بنیان هر نظامی در زندگی انسان را سامان بخشد (Aristotle, ۱۹۴۶: ۱۴۶) و عام‌ترین جنبه قانون نیز قانون اساسی^{۲۳} است که سازمان اداره حکومت را تعیین می‌کند (Aristotle, ۱۹۴۶: ۱۵۸). می‌توان گفت در این دو ایده که از یونان باستان به ما رسیده قانون از یک سو وسیله‌ای برای حفظ صلح میان اعضای ناهمگون^{۲۴} و از دیگر سو وسیله‌ای برای رسیدن به کمال است (Letwin, ۲۰۰۵: ۴۱).

مفهوم قانون اما نزد سیسرو^{۲۵} از بن و اساس متفاوت شد. زیرا او علاقه‌ای به ثبات قانون نشان نمی‌داد و به همین دلیل از اصطلاحات Lex و Ius استفاده کرد که به معنای اعلان یک تصمیم و بنیاد این اعلان است (Letwin, ۲۰۰۵: ۴۲-۴۳).

همین دیدگاه از نظر آبابی کلیسا، همچون آگوستین، به گونه‌ای دیگر مطرح شد. زیرا از نظر آگوستین قانون زمانمند^{۲۶} فقط در صورتی معتبر بود که برگرفته از قانون ابدی باشد و هر نوع قانونی که فاقد این ویژگی باشد از نظر وی اصولاً قانون نبود (Augustine, ۱۹۹۳: ۱۳-۱۵). آکویناس^{۲۷} (۱۹۴۸: ۱۷۷)، از دیگر آبابی کلیسا، نیز قانون را فرمان عقل می‌داند^{۲۸} که از سوی کسی که مراقب جامعه است صادر و اعلان می‌شود. او چهار نوع قانون ازلی، قانون طبیعی، قانون انسانی، و قانون الهی را از یک‌دیگر تفکیک کرد (Aquinas, ۱۹۴۸: ۱۸۷). آکویناس تلاش کرد با آشتی دادن مفهوم ارسطویی قانون به عنوان عامل قوام‌دهنده اجتماع، که چون قانون است باید از آن اطاعت شود، و قانون به عنوان یک امر مطلق اخلاقی، که چون ظهور حقیقت ابدی است باید از آن اطاعت شود، قانون را تعریف کند (Letwin, ۲۰۰۵: ۸۶). آنچه گذشت گزارشی مختصر از مفهوم عام قانون در دوران پیشامدرن بود تا مقدمه‌ای برای بررسی مفهوم قانون در دوره مدرن باشد.

۳. مفهوم قانون در دوره مدرن

با گذر از دوران پیشامدرن می‌توان دوره مدرن را دوره جدا شدن از تلقی قانون به مثابه قانون متصل به نظم کیهانی با رویکرد مابعدالطبیعی و نزدیک شدن به مفهوم قانون بر اساس اصول مدرنیته دانست که از جمله آن اصول انسان‌محوری، سودگرایی، ماده‌باوری، و لیبرالیسم بود. این اصول عمدتاً متأثر از اندیشه‌های اصحاب قرارداد اجتماعی- نظیر توماس هابز، جان لاک، روسو، مونتسکیو- بود که از طرفداران قانون طبیعی در مفهوم ماده‌باورانه آن بودند. از نظر ایشان قانون طبیعی را باید با به‌کارگیری اصول عقلی بر داده‌های حسی مکتسب از ادراکات حسی کشف کرد. مثلاً قانون از نظر هابز فعل یا ترک فعلی را معین و عمل بدان را الزام‌آور می‌کند که به موجب یک حق انسان آزاد در انجام دادن آن یا ترک آن است (Hobbes, ۱۶۵۱: ۸۰). هابز این قانون را قانون طبیعی^{۲۹} می‌نامد و آن را قانونی معرفی می‌کند که شروط مناسب صلح را پیش روی آدمیان قرار می‌دهد (Hobbes, ۱۶۵۱) که وضعیت مقابل وضع طبیعی است که از نظر او وضع جنگ است.

جان لاک نیز یک قانون اخلاقی طبیعی را تصدیق داشت که به عقل مکشوف می‌شود (کاپلستون، ۱۳۸۲: ۱۴۵). در حقیقت اندیشه لاک در باب مفهوم قانون بسط آموزه آگوستین و با خلق نسخه مدرن نظریه قانون طبیعی بود که بیش از آکویناس به سیسرو شبیه است (Letwin, ۲۰۰۵: ۱۰۸).

منتسکیو نیز قانون طبیعی را مقدم بر حیات انسانی می‌دانست و معتقد بود پیش از همه قوانین این عالم قوانین طبیعی وجود داشته است و چون اشتقاق آن‌ها از ترکیب ساختمان

وجود ماست، آن‌ها را قوانین طبیعت می‌نامیم (مونتسکیو، ۱۳۴۹: ۸۷). او به قوانین طبیعی مانند حفظ خویشتن، میل به زندگی اجتماعی، صلح، جست‌وجوی غذا، میل جنسی، و سه دسته قوانین مدنی و اخلاقی و مذهبی در طول تاریخ بشر اشاره کرده است.

روسو نیز ماهیت قانون را بر اساس نوعی مشارکت اجتماعی تعریف می‌کند و در پاسخ به سؤال «می‌خواهیم بدانیم قانون چیست» بیان می‌دارد اگر به معنای متافیزیکی این کلمه اکتفا کنیم مدت‌ها بدون گرفتن نتیجه بحث خواهیم کرد و اگر لغت قانون را به مفهومی که علمای فیزیک و تاریخ طبیعی استعمال می‌کنند در نظر بگیریم باز هم نخواهیم فهمید قانون دولتی یعنی چه (روسو، ۱۳۴۱: ۷۷). در ادامه، وی بیان می‌دارد قوانین به منزله شرایط و مقررات شرکتی است که از اجتماع افراد بشر تشکیل یافته است و بدیهی است که فقط شرکا حق دارند شرایط مشارکت را تنظیم کنند (روسو، ۱۳۴۱: ۸۰).

بنابراین قانون از نظر روسو حاصل تصمیم همه ملت برای همه ملت است و مردم با ورود در یک قرارداد اجتماعی اراده جمعی به وجود می‌آورند که آن اراده قانون را ایجاد می‌کند. آنچه گذشت بیان مختصری از مهم‌ترین آرای معطوف به مفهوم‌شناسی قانون در دوران پیشامدرن و مدرن بود و از این به بعد با ورود در دوران معاصر به مفهوم‌شناسی قانون در پارادایم پوزیتیویستی خواهیم پرداخت.

۴. مفهوم قانون در پارادایم پوزیتیویستی حقوق

هرچند واژه پوزیتیویسم یا مکتب تحصیل‌گرایی با نام آگوست کنت، پدر جامعه‌شناسی نوین، و آن تفکر فلسفی قرن نوزدهم و بیستم میلادی گره خورده که معتقد بر یگانگی و حاکمیت روش تجربی برای تحصیل دانش بشری است، این واژه در دانش حقوق معانی متفاوتی دارد.

در حقیقت، می‌توان آغاز جریان پوزیتیویسم حقوقی را با نوشته‌های جرمی بنتام^۳، فیلسوف و حقوقدان انگلیسی، دانست (۱۶: ۲۰۱۶، Tebbit) که معتقد به اصالت سود^۴ و اصلاح حقوق عرفی از طریق جدایی اخلاق و حقوق بود.

پیروان این مکتب حقوقی عمدتاً معتقدند نظام حقوقی، در عین حال که با اخلاق و مذهب پیوند دارد، نظامی مستقل از آن‌هاست؛ چنان که جوزف رز بیان داشته اصول مربوط به قانون‌گذاری و دادرسی و تفسیر قوانین از مختصات نظام حقوقی است و بیرون از عالم حقوق همانندی برای آن‌ها نمی‌توان یافت (میرزایی، ۱۳۹۹: ۳۱۳). ویژگی‌های عام این جریان فراگیر حقوقی را می‌توان در قالب این دکرین حقوقی بیان کرد که قوانین حاصل قرارداد و امر و نهی انسان‌ها هستند و هیچ پیوندی میان حقوق و اخلاق وجود ندارد.

گفتنی است در مقابل پوزیتیویست‌هایی که با برداشت صوری از مفهوم قانون آن را شامل قواعد یا اصول می‌دانند طبیعت‌گرایان قرار می‌گیرند که حقوق را با توجه به اصول اخلاقی طبیعی تبیین می‌کنند و مدعی‌اند می‌توان با شناخت قوانین حاکم بر طبیعت انسان به شناخت قانون دست یافت.

هرچند پوزیتیویست‌های نرم و شمول‌گرا، نظیر هارت و دورکین، به محتوای حداقلی حقوق طبیعی^{۳۲} و اصل‌های اخلاقی معتقدند که بدون آن نمی‌توان هدف حداقلی بقا را برای انسان‌ها تأمین کرد (هارت، ۱۳۹۳: ۲۹۷)، به طور کلی، می‌توان گفت پوزیتیویست‌ها در مقابل طبیعت‌گرایان دست‌کم یکی از سه ادعا را رد می‌کنند: الف) یک نظام اخلاقی طبیعی وجود دارد؛ ب) نظام اخلاقی طبیعی برای بشر قابل فهم است؛ ج) مفهوم قانون را باید با توجه به نظام اخلاقی طبیعی درک کرد (موراوتز، ۱۳۹۱: ۵۲).

با بیان این مقدمات در مورد پارادایم پوزیتیویستی حقوق شاید مناسب‌ترین نقطه شروع برای بررسی مفهوم قانون در این رویکرد همان نقطه آغازی باشد که هارت در کتاب *مفهوم قانون* از آن نقطه آغازید.

هارت در بخش پرسش‌های پایدار کتاب *مفهوم قانون* با طرح این سؤال که چرا پرسش از مفهوم قانون از پرسش‌های پایدار در فلسفه حقوق محسوب می‌شود نقطه آغازین تحلیل خود از مفهوم قانون را با انتقاد از نظریه فرمان‌جان آستین و جرمی بنتام آغاز می‌کند. هارت اعلام کرد نظریه آستین بیانگر این ادعاست که کلید فهم قانون را باید در مفهوم ساده دستور متکی به تهدید یافت (هارت، ۱۳۹۳: ۵۳). زیرا قانون از نظر آستین صرفاً قاعده‌ای برای هدایت یک موجود باهوش بود که توسط موجود باهوش دیگری که بر او قدرت دارد^{۳۳} وضع شده است (Austin, ۱۹۹۵: ۱۸).

هابس بیان کرده بود که موجود باهوش با قدرت که قانون‌گذار است آن کسی نیست که قوانین در ابتدا بر اساس اقتدار او وضع شده‌اند، بلکه کسی است که قوانین بر مبنای اقتدار او هنوز اعتبار قانونی دارند (Hobbes, ۱۶۴: ۱۶۵۱) و آستین نیز همین نظر را منعکس می‌کند (هارت، ۱۳۹۳: ۱۱۷).

این نظریه را هرچند در آغاز ژان بودن^{۳۴} با عنوان «نظریه فرمان»^{۳۵} مطرح کرد، بعدها به نقطه عزیمت بسیاری دیگر از فیلسوفان حقوق، نظیر آستین و بنتام، تبدیل شد. مثلاً جرمی بنتام تعریف خود از قانون را بر اساس همین نظریه ارائه کرد و بیان داشت مجموعه‌ای از نشانه‌ها^{۳۶} که بیانگر اراده حاکم است یک قانون است و هر فرمانی به هر شکلی که از حاکم صادر شود قانون است (Letwin, ۲۰۰۵: ۱۵۸). البته بنتام بعدها تعریف خود از قانون بر مبنای ماهیت امرانه قانون^{۳۷} را

کنار گذاشت و نظریه الزام را با نظریه پذیرش عقلانی^{۳۸} جایگزین کرد (Letwin, ۲۰۰۵: ۱۷۸) و اعلام کرد ادامه و استمرار یک قانون وابسته به عقل است؛ زیرا قدرت فقط تا زمان معینی می‌تواند به یک قانون موجودیت دهد (Bentham, ۱۹۷۷: IV۳۱۰).

هارت نیز، چنان که گذشت، نقطه آغازین تحلیل خود از مفهوم قانون را با انتقاد از نظریه فرمان و انتقاد از تعریف قانون بر حسب اوامر و فرمان‌ها آغاز کرد و بیان داشت الگوی ساده قانون به مثابه دستورهای اجباری از سوی حاکم توانایی توضیح ویژگی‌های برجسته نظام حقوقی را ندارد (هارت، ۱۳۹۳: ۱۳۹). و در این صورت طیف گسترده‌ای از عقود و ایقاعات در یک نظام حقوقی - شامل قراردادها، قواعد انتقال مالکیت، وصیت‌نامه‌ها، قوانین معطوف به ازدواج - تحت مفهوم قانون گرد نمی‌آیند.

هارت بر آن بود که ریشه اصلی ضعف و ناتوانی یادشده این است که عناصری که نظریه فرمان بر آن‌ها بنا شده است - یعنی مفاهیم دستور، اطاعت، عادت، تهدید - مفهوم قاعده را در بر نمی‌گیرند و با ترکیب آن‌ها نیز نمی‌توان این مفهوم را به دست آورد؛ مفهومی که بدون آن نمی‌توان امید داشت بتوان حتی ابتدایی‌ترین شکل‌های قانون را توضیح داد (هارت، ۱۳۹۳: ۱۴۱). مفهوم قاعده اجتماعی که هارت معتقد بود مفهوم قانون باید بر اساس آن تعریف شود نوعی عادت اجتماعی است. هارت این عادت اجتماعی را، که آن را قاعده اجتماعی می‌نامید، هم واجد جنبه‌های خارجی نظیر نظم و وحدت رفتاری هم واجد جنبه التزام درونی افراد اجتماع به تبعیت از آن می‌دانست (هارت، ۱۳۹۳: ۱۰۸).

بر این اساس، هارت بیان داشت مفهوم قانون نه بر اساس فرمان حاکم که باید در قالب قاعده اجتماعی بیان شود که یک مفهوم ساده نیست و اگر قرار است حق پیچیدگی نظام حقوقی ادا شود تفکیک دو نوع قاعده اولی و ثانوی لازم است (هارت، ۱۳۹۳: ۱۴۱). زیرا قانون از نظر هارت به مثابه اتحاد قواعد اولی^{۳۹} و ثانوی^{۴۰} است.

دورکین، اما، در انتقاد به این تعریف هارت از مفهوم قانون بیان داشت توصیف هارت از قانون به مثابه قاعده اشتباه است. زیرا حقوق مشتمل بر معیارهایی است که به صورت قاعده عمل نمی‌کنند، بلکه عملکردهای متفاوت، مانند اصول و سیاست‌ها و دیگر انواع معیارها، دارند (موراوتر، ۱۳۹۱: ۴۶). او مفهوم حقوق را از مفهوم یک قاعده یا مجموعه‌ای از قواعد تفکیک و استدلال کرد این اصول جزء حقوق هستند؛ اگرچه قواعد اولیه و ثانویه نیستند و اگرچه به موجب قاعده شناسایی شناخته نشده‌اند (موراوتر، ۱۳۹۱: ۴۷). دورکین بر معیارها^{۴۱} در یک نظام حقوقی تأکید می‌ورزید و آن را شامل سیاست‌ها^{۴۲} و اصول^{۴۳} می‌دانست. او توضیح می‌داد که سیاست نوعی معیار است که هدف بهبود در سیمای اقتصادی یا سیاسی یا اجتماعی جامعه

را سامان می‌دهد و اصل معیاری به عنوان لازمه عدالت یا انصاف یا سایر ابعاد اخلاق است (Dworkin, ۱۹۶۷: ۲۳).

این تعریف پوزیتیویستی از مفهوم قانون البته با انتقادات فراوانی مواجه شد. ژوزف رز بیان داشت توصیف دورکین و هارت از مفهوم قانون هر دو صوری است و حتی می‌توان آن‌ها را با هم جابه‌جا کرد (Dworkin, ۱۹۶۷: ۵۰). از نظر جوزف رز، اعتبار قانون باید بر پایه اقتدار قانون تعریف شود. او به عنوان یک پوزیتیویست سخت^{۴۴} با تعریفی کارکردگرایانه از مفهوم قانون بیان می‌دارد قانون آن چیزی است که قابلیت هدایت رفتار^{۴۵} تابعانش را داشته باشد. از نظر جوزف رز این قابلیت قانون ناشی از سرشت قانون به عنوان نوعی نهاد اقتدارگرا است که صلاحیت تصاحب قدرت را دارد (Raz, ۱۹۷۹: ۲۱۷-۲۱۸).

چنان که گذشت طبیعت‌گرایان در مقابل پوزیتیویست‌ها به یک نظام اخلاقی طبیعی قابل فهم برای بشر باور دارند که باید مفهوم قانون را بر پایه آن نظام اخلاقی طبیعی درک کرد. این یادآوری نقطه عزیمتی برای بررسی مفهوم قانون از نگاه طبیعت‌گرایان معاصر نظیر فولر است که بر آن بود که حقوق باید به حکومت قوانینی منجر شود که واجد جنبه‌های اخلاقی درونی هستند (Fuller, ۱۹۶۹: ۵۳). از نظر وی قوانین باید واجد عمومیت^{۴۶} باشند، به صورت رسمی اعلام شوند^{۴۷}، تا حد ممکن عطف بما سبق نشوند^{۴۸}، واضح و درک‌شدنی باشند^{۴۹}، متناقض نباشند^{۵۰}، اطاعت از آن‌ها ناممکن نباشد^{۵۱}، اثبات باشند^{۵۲}، مطابقت در به‌کارگیری و اعلام داشته باشند^{۵۳} (Fuller, ۱۹۶۹: ۴۶-۸۱). بر این اساس مفهوم قانون از نظر فولر با معیارهای صوری اشاره‌شده تعریف و تحدید می‌شود که معیارهای شناخت حقوق طبیعی از نگاه فولر نیز هستند.

با معرفی هشت قاعده یادشده، فولر این شکل از حقوق طبیعی را حقوقی طبیعی شکلی^{۵۴} نامید (Fuller, ۱۹۶۹: ۱۸۴) که در تقابل با نظریه‌های مسیحی و نیز نظریه‌های عقل‌گرایانه حقوق طبیعی بود که پیش‌تر توماس هابز و جان لاک و منتسکیو اعلام کرده بودند.

این نگاه شکلی به حقوق طبیعی عمدتاً ادامه سکولاریزه شدن حقوق طبیعی از همه عناصر دینی یا ماوراء طبیعی و نیل به اخلاق آرمانی^{۵۵} سکولار است که در حقیقت اخلاق زندگی خوب^{۵۶} در سایه متابعت قانون از قواعد و حکومت قواعد^{۵۷} است. فولر این حقوق طبیعی را متابعت رفتار انسان از حکومت قواعد^{۵۸} معرفی کرد که نه در آسمان‌هاست و نه قوانین الهی (Fuller, ۱۹۶۹: ۹۶) بلکه صرفاً زمینه‌ساز زندگی خوب انسان در اجتماع است.

از نظر جان فینیس نیز حقوق طبیعی تعریفی مشابه دارد. زیرا وی حقوق طبیعی را مجموعه اصول معقول عملی برای نظم دادن به حیات انسان و جامعه بشری می‌داند که نقش آن ارزیابی

قوانین موضوعه و اعتباردهی به آنهاست (ابدالی، ۱۳۹۳: ۲۲۰ - ۲۲۱). از نظر وی مفهوم قانون باید در مطابقت با قواعد حقوقی تعریف شود که دارای محدوده معین و اعتبار مؤثر برای یک جامعه کامل هستند (Finnis, ۱۹۷۹: ۲۷۶) و با اصول اخلاقی که موضوع معقول بودن عینی هستند هدایت شود.

به باور فینیس اصول اولیه حقوق طبیعی از خیرهای اصیل انسان استنتاج می‌شود و خیرهای اصیل از نظر فینیس هفت خیر هستند که آدمی در پی دستیابی به آنهاست. به عبارت دیگر از دیدگاه فینیس این هفت خیر اصیل غایت یا دلیل کار عاقلانه برای انسان است. این هفت خیر، که فینیس به شکل استقرایی آنها را احصا کرده است، عبارت‌اند از: حیات^{۵۹}، دانش^{۶۰}، بازی^{۶۱}، تجربه زیباشناختی^{۶۲}، معاشرت‌پذیری^{۶۳}، عقلانیت عملی^{۶۴}، مذهب^{۶۵} (Finnis, ۱۹۷۹: ۸۶-۸۹). در این بخش اما لازم است نگاهی به شکل‌گراترین تعریف از مفهوم قانون بپردازیم که بر پایه عناصر صوری معرفت‌شناختی و با وام‌گیری از نظام معرفت‌شناسی ایمانوئل کانت به بررسی مفهوم قانون پرداخته است. این دیدگاه کاملاً صوری به مفهوم قانون متعلق به هانس کلسن است که در مقام یک فیلسوف نئوکانتی با تفکیک عناصر صوری تعریف قانون از همه عناصر محتوایی دیگر نظریه حقوقی ناب^{۶۶} را مطرح کرد. نظریه حقوقی ناب با جدا ساختن کامل مفهوم هنجار حقوقی از مفهوم هنجار اخلاقی می‌کوشد توصیف مفهومی قانون را از عنصر ایدئولوژیک اخلاق رها سازد (کلسن، ۱۳۹۱: ۶۵). کلسن سعی می‌کند قانون را با تحلیل مفهوم «باید» به عنوان یک «مقوله پیشین نسبی»^{۶۷} تعریف کند (کلسن، ۱۳۹۱: ۶۶). او مفهوم «باید» را معرفت‌مقوله صوری هنجار^{۶۸} می‌داند (کلسن، ۱۳۹۱: ۶۸) که از نظر کلسن معنای ذاتی اوامر و نواهی قانون‌گذار را تشکیل می‌دهد (کلسن، ۱۳۹۱: ۷۶). بدین ترتیب تعریف صوری کلسن از مفهوم قانون بر اساس مفهوم هنجار صورت می‌پذیرد و نظام حقوقی نیز مجموعه متعددی از هنجارها تلقی می‌شود که هر هنجار اعتبار خود را از هنجار دیگر اخذ می‌کند.

نظام هنجارها از دیدگاه کلسن هرم‌شکل است و در این هرم همه هنجارها نهایتاً اعتبار خود را از رأس هرم، یعنی هنجار پایه^{۶۹}، اخذ می‌کنند. از نظر وی مجموعه متعددی از هنجارها در صورتی یک واحد و یک نظام یا یک نظم را تشکیل می‌دهند که بتوان منشأ اعتبار آنها را به این هنجار پایه به عنوان مبنای نهایی اعتبار بازگرداند (کلسن، ۱۳۹۱: ۹۷).

با بررسی اجمالی مفهوم‌شناسی قانون در پارادایم پوزیتیویستی اکنون می‌توان به مفهوم‌شناسی قانون در پارادایم‌های انتقادی در زمینه سنت پوزیتیویستی حقوق، یعنی مفهوم‌شناسی قانون در جنبش مطالعات حقوقی انتقادی و واقع‌گرایی حقوقی، پرداخت.

۵. مفهوم قانون در پارادایم‌های انتقادی در زمینه سنت پوزیتیویستی حقوق

۵-۱. مفهوم قانون در جنبش مطالعات حقوقی

چنان که اشاره شد در دوران معاصر پارادایم انتقادی پوزیتیویستی شکل گرفت که موسوم به جنبش مطالعات حقوقی انتقادی^{۷۰} (به اختصار CLS) شد و بیشتر به چالش با مبانی تئوریک و لایه‌های زیرین و بنیادین پوزیتیویسم حقوقی پرداخت. رهبران اصلی جنبش افرادی نظیر پیتر گابل^{۷۱}، مورتون هورویتز^{۷۲}، دانکن کندی^{۷۳}، کارل کلر^{۷۴}، مارک توشنت^{۷۵}، روبرتو آنگر^{۷۶} بودند (Hutchinson & Monahan, ۱۹۸۴: ۲۰۱). نظریه‌پردازان نخستین جنبش هویت خود را در جریان‌های چپ تعریف می‌کردند که شعارشان «حقوق خود سیاست است» بود و بر این اساس علاقه چندانی به پیگیری مباحث کلاسیک فلسفه حقوق، نظیر سؤال از چیستی حقوق یا ارتباط حقوق با اخلاق، نداشتند (۸۰: Tushnet, ۲۰۰۵) بلکه عموماً به نقد نرم‌افزارهای نظام طبقاتی موجود، از جمله حاکمیت قانون لیبرالی به عنوان ابزار قدرت سرمایه‌داری، می‌پرداختند.

از نظر ایشان حقوق در مفهوم خاص لیبرالی، که در قالب قانون شکل یافته، نظامی متناقض و ایدئولوژیک است که در خدمت منافع و باورهای لیبرالیسم فلسفی-سیاسی قرار گرفته است. ایشان بر آن‌اند که شاکله اصلی قانون‌نویسی، که تکیه آن بر آرمان‌های لیبرالیسم در مفهوم رایج و کلاسیک آن است، عدالت‌محور نیست، بلکه بیشتر در جهت تثبیت نظم طبقاتی موجود است که یک نظم سرمایه‌داری محسوب می‌شود. از نظر ایشان نظام حقوقی لیبرال، به عنوان نظامی متناقض و ایدئولوژیک، بی‌عدالتی و طبیعت ظالمانه جامعه را بازتولید می‌کند و حاکمیت قانون در خدمت منافع ایدئولوژیک و باورهای سیاسی و اجتماعی قانون‌گذار و قضات قرار می‌گیرد. بر این اساس مجموعه‌ای از فرایندها با عنوان حقوق و انقیاد و سلطه بر انسان را بازتولید می‌کند (۴۳: Hunt, ۱۹۸۶)؛ مجموعه فرایندهایی که حتی نمی‌تواند یک شاخه علمی مجزا و یک نظام تلقی شود، بلکه امری مبهم و نامشخص و نامتعیین^{۷۷} است (۲: Unger, ۱۹۸۶).

بدین ترتیب دکترین حقوقی حاوی دیدگاه‌های متضادی است که نمی‌توان هیچ‌یک را غالب دانست. زیرا اولاً تضاد بین اصل‌ها^{۷۸} و ضد اصها^{۷۹} بر هیچ اصل بنیادی تری استوار نیست و ثانیاً هیچ‌یک از اصل‌ها و ضد اصها دارای چنان قطعیت و فراگیری منسجمی نیست که استدلال حقوقی بر آن استوار شود و توسل به هر یک از آن‌ها همانند توسل به قرعه است (Collins, ۱۹۸۷: ۳۹۲). مثلاً در دکترین حقوقی اصل آزادی قراردادی^{۸۰} در مقابل ضد اصل انصاف^{۸۱} هیچ‌یک به تنهایی نظریه‌ای کامل و غالب محسوب نمی‌شود (۶۶: Unger, ۱۹۸۶).

بنابراین در نظام‌های حقوقی لیبرال می‌توان قانون را تلاش برای دستیابی به نتایجی دانست که بیشینه‌سازی مجموعه‌ای از اغراض و ارزش‌های متعارض است و عموماً از طریق نوعی قاعده‌سازی عقلانی و اعمال مکانیکی آن قواعد صورت می‌پذیرد که می‌توان آن را فرمالیته حقوقی^{۸۲} نامید (Kennedy, ۱۹۸۶: ۳۵۱-۳۵۸).

از نظر کندی کاربست قاعده حقوقی و قانون باید به شکل مکانیکی باشد (Kennedy, ۱۹۸۶: ۳۵۹) و اعمال‌کننده قاعده نباید تحت هیچ شرایطی به هیچ قاعده دیگری عمل کند. زیرا در این صورت تصمیمی که برآمده از ارزش‌ها و امیال اکثریت افراد جامعه است و به شکل فرمالیته حقوقی تبلور یافته از میان می‌رود و به تبع آن نظم لیبرالی حاکم نیز نابود می‌شود. به عبارت دیگر تصمیم در ماهیت معقول، که تبدیل به قاعده شده است، برای آنکه دقیق اجرا شود لازمه‌اش فرمالیته حقوقی است و اگر هر گونه ملاحظه دیگری اعمال شود دیگر به آن قاعده عمل نشده است و دولت دیگر مشروع قانونی نخواهد بود، بلکه دولت شخصی خواهد بود.

از نظر کندی دولت مشروع قانونی در مقابل دولت تئوکراتیک یا ایدئولوژیک دولت ابزار محاسبه و سنجش امیال افراد و انتخاب اکثریت سود برای اکثریت افراد است و فقط این دولت مشروع است که می‌تواند چنین کاری را انجام دهد نه هیچ دولت دیگر. نکته بسیار مهم آن است که از نظر کندی محصول آن تصمیم در ماهیت عقلانی و قاعده حاصل از آن، یعنی قانون، چیزی است که صرفاً آشتی و مصالح بین ارزش‌های متفاوت افراد را برقرار می‌کند و لزوماً این محصول اخلاقی یا عادلانه نیست (Kennedy, ۱۹۸۶: ۳۷۰). بدین ترتیب از نظر کندی این مصالح هیچ‌گاه ارزش استقلال‌ی ندارد و به محض آنکه افراد یک جامعه بر قاعده حقوقی مصالح نداشته باشند قاعده مشروعیتش را از دست می‌دهد، ولو آنکه عادلانه یا اخلاقی باشد.

کندی بر آن است که در نگاه لیبرالیستی به قانون مراد از بیشینه‌سازی تأمین خودمختاری فرد است (Kennedy, ۱۹۸۶: ۳۷۱)؛ یعنی هر فرد بتواند آگاهانه در مورد سرنوشت خود تصمیم بگیرد و اگر این تصمیم آگاهانه نیز نباشد یا مبتنی بر شرایط پیش‌بینی‌پذیر نباشد از نظر کندی خودمختاری فرد محقق نشده است.

۲-۵. مفهوم قانون در واقع‌گرایی حقوقی

واقع‌گرایی حقوقی را می‌توان به دو گروه امریکایی و اسکانندیناوی تقسیم کرد؛ تقسیمی که صرفاً معطوف به جنبه‌های صوری یا جغرافیایی نیست. می‌توان گفت به لحاظ ماهوی واقع‌گرایان امریکایی در حوزه سنت فلسفه تجربی انگلیسی عمل‌گرا و شکاکان به قاعده^{۸۳}

هستند و واقع‌گرایان اسکاندیناوی با سنت اروپایی فلسفه در ارتباط‌اند و بیشتر به مبانی متافیزیکی حقوق حمله می‌کنند و شکاکان به متافیزیک هستند (ابدالی، ۱۳۹۳: ۲۴۲). در دو بخش بعد به توضیح مفهوم قانون در این دو نوع واقع‌گرایی حقوقی پرداخته می‌شود.

الف) مفهوم قانون در واقع‌گرایی حقوقی امریکایی

واقع‌گرایی امریکایی به عنوان مهم‌ترین جنبش فلسفه حقوق در ایالات متحده آمریکا در قرن بیستم، که هم بر مطالعات آکادمیک فلسفه حقوق هم بر شیوه قضات تأثیر گذارد، برخلاف گونه اسکاندیناوی، از متفرعات نظریات معناشناسانه یا معرفت‌شناختی معطوف به حقوق نبود و بیشتر آن واقع‌گرایان نه فیلسوف که حقوقدان و در موارد معدودی جامعه‌شناس بودند (Leiter, ۲۰۰۶: ۵۰). گروهی که عموماً می‌توان آن‌ها را واقع‌گرا تلقی کرد افرادی نظیر کارل لولین^{۸۴}، جروم فرانک^{۸۵}، والتر کوک^{۸۶}، فلیکس کوهن^{۸۷}، هرمان اولیفانت^{۸۸} هستند (Steven Green, ۱۹۱۹: ۲۰۰۶). سه نظریه مهم واقع‌گرایان امریکایی را می‌توان در قالب انکار قواعد حقوقی^{۸۹}، نظریه تصمیم در مورد حقوق^{۹۰}، نظریه پیشگویی در مورد حقوق^{۹۱} بیان کرد (Steven Green, ۱۹۳۶: ۲۰۰۶). بر اساس دیدگاه نخست، یعنی انکار قواعد حقوقی، حقوق عاجز از برآوردن مطالبات و نیازهایش است و بر اساس دیدگاه دوم فقط تصمیمات عینی دادگاه‌ها حقوق هستند و بر اساس نظریه سوم جملات در مورد حقوق معادل پیشگویی‌ها در خصوص تصمیمات دادگاه‌ها در حوزه قضایی هستند (Steven Green, ۲۰۰۶).

بدین ترتیب واقع‌گرایان امریکایی چون استفاده از روش‌های قیاسی پیشاتجربی در قالب نظریه‌های مفهوم‌گرایانه را نفی می‌کنند بر آن‌اند که حدس‌های نظری در مورد مفهوم قانون را باید به تصمیم‌گیری قضات در حوزه عمل موکول کرد؛ هرچند پیش‌بینی‌پذیری آینده در قالب آنچه قبلاً به عنوان یک رویه در دادگاه‌ها مطرح بوده را نفی نمی‌کنند. بر این اساس ایشان ادعا می‌کردند ملاحظه تجربی بر عملکرد دادگاه‌ها نشان می‌دهد دادگاه نه بر اساس قانون که بر اساس حسی که درباره انصاف دارد تصمیم می‌گیرد (Steven Green, ۲۰۰۶). مثلاً والتر کوک بیان داشت اینکه فلان قاعده حقوقی در انگلستان قانون تلقی می‌شود در صورتی درست است که از یک پدیدار در گذشته بتوان در مورد آینده پیشگویی کرد (Steven Green, ۱۹۳۴: ۲۰۰۶). این پیش‌بینی یا پیشگویی البته پیش‌بینی آن چیزی است که قضات در عمل انجام خواهند داد. زیرا آنچه حقوق را می‌سازد از نظر واقع‌گرایان امریکایی، به‌خصوص پیشگامان واقع‌گرایی امریکایی، نظیر اولیور وندل هلمز، چیزی است که توسط دادگاه‌ها تعیین می‌شود (Holmes, ۲۰۰۹: ۸). هلمز مدعی بود علم واقعی حقوق عبارت از استقرار اصول موضوعه آن در قلمرو خواسته‌های اجتماعی^{۹۲} و نه سنت است (Wacks, ۲۰۰۶: ۹۴). او بر

آن بود که اگر بخواهیم قانون را بشناسیم باید با نگاه یک انسان بد^{۹۳}، که فارغ از ارزش‌های اخلاقی است و فقط بر اساس نتایج مادی قادر به پیش‌بینی است، به مطالعه قانون بپردازیم. زیرا چشم‌اندازهای انسان نیک مبتنی بر دلایل دیگری است که بعضاً جنبه اخلاقی دارند و برای رفتارشان دلایل خود را دارد؛ چه داخل حقوق چه خارج از آن (Holmes, ۲۰۰۹: ۷). اما چون توجه به رویکرد جامعه‌شناختی یا کارکردگرایی قانونی که در آثار افرادی نظیر کارل لولین و در قالب کار-حقوق^{۹۴} مطرح شد (Wacks, ۲۰۰۶: ۹۴) نقش مهمی در شناخت مفهوم قانون نزد واقع‌گرایان امریکائی دارد در این بخش اشاره مختصری خواهیم داشت به کار-حقوق‌ها از منظر لولین که برای پاسخ به نیازهای جامعه به قانون صورت‌بندی شده‌اند. رویکرد جامعه‌شناختی یا کارکردگرایی معطوف به قانون در قالب کار-حقوق‌ها از نظر کارل لولین عبارت‌اند از (Llewellyn, ۱۹۴۰: ۱۳۷۳):

الف) تعدیل و تنظیم دعاوی سخت؛^{۹۵}

ب) پیشگیری سامان‌مند و بازجهت‌دهی به رفتارها و توقعات برای جلوگیری از مشکلات؛^{۹۶}

ج) اختصاص قدرت و نظم به رویه‌هایی که کنش به شکل خودکار را مشروعیت می‌بخشند؛^{۹۷}

د) سازمان دادن شبکه‌ای گروه یا جامعه به شکل یک کل به منظور فراهم آوردن

جهت‌گیری و انگیزه.^{۹۸}

او اعلام کرد برای تحقق کار-حقوق‌ها باید از مهارت‌های حقوقی^{۹۹} استفاده کرد (Llewellyn, ۱۹۴۰: ۱۳۶۳) که در حقیقت حرفه‌های حقوقی نظیر قضاوت و وکالت هستند. بازشناسی مفهوم قانون نزد واقع‌گرایان حقوقی امریکایی منوط به توضیح بیشتر در زمینه نظریه انکار قطعیت نزد ایشان نیز هست و به همین دلیل در پایان این بخش نگاهی گذرا و مختصر به تئوری تشکیک در واقعیت و عدم قطعیت در حقوق جروم فرانک خواهیم داشت. فرانک تلقی از حقوق به مثابه مجموعه‌ای ثابت از قواعد معین را خودفربیی شگفت‌آور می‌خواند و بر آن بود که اندیشه قطعیت در حوزه حقوق بسیاری از ابعاد نظریه حقوقی را تحت تأثیر خود قرار می‌دهد. زیرا قطعیت حقوق نیاز روان‌شناختی مهمی را از میان می‌برد (Llewellyn, ۱۹۴۰: ۲۴۹). از نظر فرانک عدم قطعیت در مورد بیشتر حقوق و تکالیف قانونی مربوط به تصمیماتی می‌شود که در هر دعوی حقوقی در آینده اتخاذ خواهد شد که خود متأثر از سه عنصر است: الف) بیشتر قواعد حقوقی بی‌سامان یا مبهم‌اند^{۱۰۰}؛ ب) برخی قواعد حقوقی واضح و دقیق‌اند، اما حدس قاضی یا هیئت منصفه در مباحثات و مشاجرات یک دعوی قابل حدس زدن نیست؛ ج) واکنش قاضی یا هیئت منصفه به حدس‌هایشان پیش‌بینی‌ناپذیر است (Frank, ۱۹۳۱: ۴۸). فرانک نیز واقع‌گرایان را به دو گروه اهل تشکیک در قاعده و اهل

تشکیک در مبانی متافیزیکی حقوق تقسیم می‌کرد. بر اساس همین تقسیم‌بندی، که نویسندگان حقوقی دیگر نیز بدان اشاره کرده‌اند، اکنون نوبت به بررسی مفهوم قانون نزد واقع‌گرایان حقوقی اسکاندیناوی می‌رسد که اهل تشکیک در مبانی متافیزیکی حقوق هستند.

ب) مفهوم قانون در واقع‌گرایی حقوقی اسکاندیناوی

پیشگامان واقع‌گرایی حقوقی اسکاندیناوی که با بی‌اعتمادی به مفاهیم متافیزیکی شکل گرفت افرادی نظیر اکسل هگرستروم^{۱۱}، آلف راس^{۱۲}، کارل اولیور کرونا^{۱۳}، آندرس ویلهلم لاندستد^{۱۴} بودند و برخلاف واقع‌گرایان امریکایی، که عملگرا و رفتارگرا و اهل تشکیک در قاعده^{۱۵} بودند، ایشان اهل تشکیک در مبانی متافیزیکی^{۱۶} حقوق بودند (Wacks, ۲۰۰۶: ۱۱۰). ایشان مبانی متافیزیکی در باب طبیعت قانون، طبیعت انسان، و مفاهیم حقوقی نظیر عدالت را انکار کردند. زیرا تأکید ایشان بر به‌کارگیری روش‌های تجربی بود.

هگرستروم بنیان‌گذار واقع‌گرایی اسکاندیناوی با این نگاه که مفاهیم حق و تکلیف در حوزه تجربه قرار نمی‌گیرند و بقایای حقوق کهن هستند حق و تکلیف را اصولاً بی‌معنا دانست و انکار مفاهیم حقوقی به مثابه چیزهایی که فقط تخیلات ذهنی است در قانون اندیشه آلف راس، کرونا، لاندستد قرار گرفت (ابدالی، ۱۳۹۳: ۲۵۰).

آلف راس در توضیح این مطلب از مثال بازی شطرنج استفاده می‌کند. او می‌گوید فرض کنید دو نفر شطرنج بازی می‌کنند و فرد سومی که شطرنج نمی‌داند بازی آن‌ها را تماشا می‌کند. فرد سوم چون از قواعد بازی بی‌اطلاع است فقط نظاره‌گر حرکات مهره‌های شطرنج است که برای او معنایی ندارد. زیرا رابطه حرکات را نمی‌داند (Ross, ۲۰۱۹: ۲۰). راس در پاسخ به این سؤال که چگونه می‌توان تعیین کرد چه قواعدی بر بازی شطرنج حاکم است بیان می‌دارد باید به حوزه حاکمیت قواعد بازی و کاربرست قواعدی که در آن حوزه استفاده می‌شود توجه کرد و اکتفا به تخیلات ذهنی بدون توجه به روش درون‌نگرانه^{۱۷} کافی نیست. او بر آن است که بر اساس روش درون‌نگرانه وظیفه ما کشف آن است که ببینیم چه قواعدی واقعاً توسط خود بازیگران شطرنج به لحاظ درونی الزامی تلقی می‌شوند و کدامیک از قواعد اولیه شطرنج (مثل آنکه سرباز فقط باید به سمت جلو حرکت کند) برای آن‌ها الزامی در نظر گرفته می‌شود (Ross, ۲۰۱۹: ۲۳).

بنابراین ما باید توضیح دهیم اینکه یک قاعده شطرنج به لحاظ علمی معتبر^{۱۸} است یعنی آنکه در یک اجتماع خاص (مثل اجتماع خاصی که دو بازیکن یک بازی واقعی مثل شطرنج بازی می‌کنند) یک قاعده واقعاً مورد توافق است. بر این اساس مفهوم اعتبار علمی شامل دو

عنصر می‌شود که اولی بازگشت به تأثیر واقعی^{۱۰۹} قاعده دارد که خود مبتنی بر نگرش بیرونی^{۱۱۰} است و دومی بازگشت به الزام اجتماعی قاعده دارد (Ross, ۲۰۱۹).

به هر تقدیر می‌توان گفت پوچ‌انگاری در قاعده چنان که مقتضی واقع‌گرایی اسکاندیناوی است و تشکیک در قواعد^{۱۱۱} چنان که مقتضی واقع‌گرایی امریکایی است بزرگ‌ترین چالش عینی در مفهوم‌نگاری قانون در عصر حاضر محسوب می‌شود که به علاوه اعتبار حقوق به مثابه یک نهاد و مجموعه‌ای از قواعد حاکم را سست کرد.

نتیجه

مقایسه تطبیقی اندیشه فیلسوفان حقوق در پرسش از مفهوم و ماهیت قانون مبین طیف گسترده‌ای از وجوه اشتراک و افتراق است؛ به نحوی که در یک سر این طیف نفی روش‌های قیاسی پیشاتجربی و مفهوم‌گرایانه ملاحظه می‌شود که مآلاً به نفی حدس‌های نظری در مورد مفهوم قانون و پوچ‌انگاری معطوف به مفهوم‌نگاری قانون در واقع‌گرایی اسکاندیناوی و نگاه‌های پراگماتیستی واقع‌گرایان امریکایی می‌انجامد و در سر دیگر این طیف نگاه‌های فیلسوفان تحلیلی ملاحظه می‌شود که سعی دارند با روش‌های تحلیل زبانی و روش‌های تفسیری مفهوم قانون را تبیین کنند.

اما منشور طیف‌نگار بررسی تطبیقی اندیشه فیلسوفان حقوق طیف دیگری از اندیشه‌های فلسفی معطوف به قانون را آشکار کرد که بر آن است حقوق در مفهوم خاص لیبرالی، در قالب قانون شکل‌یافته و نظامی متناقض و ایدئولوژیک، را تولید کند که کاملاً در خدمت منافع و باورهای لیبرالیسم فلسفی-سیاسی قرار گرفته است.

ایشان بر آن‌اند که مفهوم رایج و کلاسیک قانون در مفهوم خاص لیبرالی به نحوی است که می‌توان گفت شاکله اصلی قانون‌نویسی عدالت‌محور نیست، بلکه بیشتر در جهت تثبیت نظم طبقاتی موجود و بیشینه‌سازی سود برای بیشترین افراد جامعه است که لزوماً اخلاقی یا عادلانه نیست.

به هر تقدیر به‌رغم تضاد گسترده‌ای که در اندیشه‌ورزی فیلسوفان حقوق در باب فلسفه قانون ملاحظه می‌شود به نظر می‌رسد با شکل‌گیری جوامع مدرن و مدرنیته حقوقی تا کنون گریز یا بدیلی برای قانون ارائه نشده است و پارادایم قانون و حاکمیت آن تا حیات مدرنیته حقوقی باقی خواهد ماند. آنچه مطمح نظر این پژوهش بود تمهید مقدمه‌ای برای کنکاش در مفهوم قانون در نظام قضایی ایران و بررسی امکان شیفت پارادایمی از نظام قانون‌محور به نظامی دیگر بود که در مقالی دیگر بدان خواهیم پرداخت.

یادداشت‌ها

1. Joseph Raz
2. rule of law
3. Albert Van Dicey (1832-1911)
4. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885)
5. historical school
6. sociological school
7. functional school
8. teleological school
9. rta
10. asa
11. samavaya
12. shotoku
13. inscribers or anagrapheis
14. Draco's Code
15. Solon
16. in the Athenian Constitution
17. Solon's laws
18. law anchored to a cosmic order
19. rational element in the life of the polis
20. nomos
21. nous
22. reason free from all passion
23. constitution
24. heterogeneous associates
25. cicero
26. lex temporalis
27. Aquinas
28. Law is nothing other than a certain ordinance of reason for the common good, promulgated by the person who has the care of the community.
29. lex naturalis
30. Jeremy Bentham (1748-1832)
31. utilitarianism
32. minimum content of natural law
33. a rule laid down for the guidance of an intelligent being by an intelligent being having power over him
34. Jean Bodin(1530-1596)
35. command theory of law
36. an assemblage of signs
37. peremptory nature of law
38. rational assent
39. primary rules
40. secondary rules
41. standards
42. policies
43. principle
44. hard positivist
45. guide action
46. generality
47. promulgation
48. non retroactive
49. clarity of laws

50. non contradictive
51. non requiring the impossible
52. constancy of the law
53. congruence between official action and declared rule
54. procedural or institutional kind of natural law
55. morality of aspiration
56. morality of the Good Life
57. governance of rules
58. subjecting human conduct to the governance of rules
59. life
60. knowledge
61. play
62. aesthetic experience
63. sociability (friendship)
64. practical reasonableness
65. religion
66. pure theory of law
67. relative a priori category
68. norm
69. basic norm
70. critical legal studies
71. Peter Gabel (born 1947)
72. Morton Horwitz (born 1938)
73. Duncan Kennedy (born 1942)
74. Karl Klare (born 1947)
75. Mark Victor Tushnet (born 1945)
76. Roberto Mangabeira Unger (born 1947)
77. indeterminate
78. principles
79. counterprinciples
80. the principle of freedom to contract
81. counterprinciple of fairness
82. legal formality
83. rule-sceptics
84. Karl Llewellyn
85. Jerome Frank
86. Walter Wheeler Cook
87. Felix Cohen
88. Herman Oliphant
89. rejection of legal rules
90. decision theory of law
91. prediction theory of law
92. social desires
93. bad man
94. law-jobs
95. adjustment of the trouble-casc
96. The preventive channeling and the reorientation of conduct and expectations so as to avoid trouble
97. The allocation of authority and the arrangement of procedures which legitimize action as being authoritative
98. The net organization of the group or society as a whole so as to provide direction and incentive
99. legal crafts

100. unsettled or vague
101. Axel Hägerström (1868–1939)
102. Alf Ross (1899–1979)
103. Karl Olivecrona (1897–1980)
104. Anders Vilhelm Lundstedt (1882–1955)
105. rule-sceptics
106. metaphysics-sceptics
107. introspective method
108. scientifically valid
109. actual efficacy
110. external observation
111. rule-scepticism

منابع

الف) فارسی

۱. ابدالی، مهرداد (۱۳۹۳)، *فلسفه حقوق و نظریه‌های حقوقی*، تهران: مجد، چ ۲.
۲. دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۷۷)، *لغت‌نامه (دوره جدید)*، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چ ۲، ج ۱۱.
۳. روسو، ژان ژاک (۱۳۴۱)، *قرارداد اجتماعی*، مترجم: غلام‌حسین زیرک‌زاده، تهران: انتشارات سهامی چهر، چ ۴.
۴. غیبایی، عبدالحمید (۱۳۱۹)، «تعریف قانون و شریعت قانون»، *مجموعه حقوقی*، دوره ۱۵۹، شماره ۱۳.
۵. کاپلستون، فردریک (۱۳۸۲)، *تاریخ فلسفه*، مترجم: امیر جلال‌الدین اعلم، تهران: سروش، چ ۴، ج ۵.
۶. کلسن، هانس (۱۳۹۱)، *نظریه حقوقی ناب*، مترجم: اسماعیل نعمت‌اللهی، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چ ۲.
۷. کلی، جان موریس (۱۳۹۸)، *تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب*، مترجم: محمد راسخ، تهران: نی.
۸. موراوتز، توماس (۱۳۹۱)، *فلسفه حقوق*، مترجم: بهروز جندقی، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چ ۲.
۹. مونتسکیو، شارل (۱۳۴۹)، *روح القوانين*، مترجم: علی‌اکبر مهتدی، تهران: امیرکبیر، چ ۶.
۱۰. هارت، هربرت (۱۳۹۳)، *مفهوم قانون*، مترجم: محمد راسخ، تهران: نی، چ ۴.

ب) انگلیسی

- 1- Aquinas, St. Thomas (1948), *Summa Theologiae*, Trans. by Fathers of the English Dominican Provinc, Five Volumes, QUESTION 90. OF THE ESSENCE OF LAW, Newyork, Christian classics, Volume I
- 2- Aristotle (1946), *The Politics of Aristotle III 1287a*, Trans. Ernest Barker, 1st Edition, Oxford, Clarendon Press

- 3-Augustine(1993), Augustine On Free Choice of the Will, Trans by Thomas Williams, Indianapolis/Cambridge, Hahett publishing company
- 4-Austin, John(1995), The Province of Jurisprudence Determined 1832, edited by Wifrid E. Rumble, United States of America New York, Cambridge University Press
- 5-Bentham, Jeremy(1977), The Collected Works of Jeremy Bentham (A Comment on the Commentaries And a Fragment on Government), ed. J. H. Burns and H. L. A. Hart, London, Clarendon Press, 1977, Works "Judicial Establishment"
- 6-Collins, Hugh (1987), Roberto Unger and the Critical Legal Studies Movement, Journal of Law and Society, Vol. 14, No. 4
- 7-Dicey, Albert Van(1960), Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 10th edition, London and New York, 1960, pp183-199
- 8-Dworkin, Ronald M. (1967), The Model of Rules, Yale Law School Legal Scholarship Repository, Vol. 35:14
- 9-Dworkin, Ronald M. (1975), Hard cases, Harvard Law Review, Vol. 88, No. 6
- 10-Dworkin, Ronald(1986), Law's Empire, United States of America, Harvard University Press
- 11-Finnis, John(1979), Natural Law and Natural Rights, New York, Oxford University Press, Second Edition
- 12-Frank, Jerome N. (1931), Are Judges Human, University of Pennsylvania Law Review and American Law Register, Vol. 80, No. 1
- 13-Fuller, Lon L. (1969), The Morality of Law, New Haven, Yale University Press, second edition
- 14-Habermas, Jürgen(1999), On the Internal Relation Between Rule of Law and Democracy, in: Philosophical perspectives on law and politics, edited by Patrick Hayden, New York, Peter Lang Publishing
- 15-Hobbes, Thomas(1651), Leviathan, London, printed for Andrew Crooke at the Green Dragon in St. Pauls Church-yard
- 16-Holmes, Oliver Wendell, (2009), The Path of the Law, Auckland, The Floating Press
- 17-Hunt, Alan(1986), The Theory of Critical Legal Studies, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 6, No. 1, pp. 1-45
- 18-Hutchinson, Allan C & Monahan, Patrick J. (1984), Law Politics and Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought, Stan Law Rev., No. 36, 1984, P. 201
- 19-Kennedy, Duncan(2016), Legal Formality THE JOURNAL OF LEGAL STUDIES. Volume 45, Number S2, University of Chicago Press journals
- 20-Leiter, Brian(2006), American Legal Realism, in: Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory, Edited by Martin P. Golding and William A. Edmundson, Blackwell Publishing, 3th.ed
- 21-Letwin, Shirley Robin(2005), On the History of the Idea of Law, Edited By Noel B. Reynolds, New York, Cambridge University Press
- 22-Llewellyn, Karl(1940), The Normative The Legal and The Law Lobs: The Problem of Juristic Method, The Yale Law Journal, Vol. 49, No. 8, pp. 1355-1400(45 pages)

- 23-Unger,Roberto Mangabera(1986), the Critical Legal Studies Movement,United States of America, Harvard university press
- 24-Nakamura ,Hajime(1986) A comparative history of Ideas, Second revised edition, London: Kegan Paul International & Routledge
- 25-Raz,Joseph(1979), The authority of law, New York, Oxford University Press, First published
- 26-Ross, Alf, (2019), On Law and Justice, Translated by Uta Bindreiter, United Kingdom, Oxford University Press
- 27-Sellers,Mortimer (2010) An Introduction to the Rule of Law in Comparative Perspective, in: The Rule of Law in Comparative Perspective, , Edited by Mortimer Sellers and Tadeusz Tomaszewski, London, Springer
- 28-Sтивен Green,Michael(2005), Legal Realism as Theory of Law,William & Mary Law Review , Volume 46, No. 6
- 27-Tushnet,Mark V. (2005) Critical Legal Theory,in: The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory,Edited by Martin P. Golding and William A.Edmundson,Blackwell Publishing
- 28-Wacks,Raymond(2006), Philosophy of Law: A Very Short Introduction, Oxford New York, Oxford University Press

References

1. Abdaly, Mehrzad (2014), Philosophy of law and legal theories, Tehran: Majd Publications, second edition. (In Persian)
2. Dehkhoda, Aliakbar (1998), Dictionary of the new period, Tehran: Tehran university Publications, second edition, 11th volume. (In Persian)
3. Jean-Jacques Rousseau (1962), Social contract, translated by Zirakzadeh Ggolamhosein, Tehran: chehr Publications, 4th edition. (In Persian)
4. Ghiaby, Abdolhamid (1942), Definition of law and sharia law, quarterly of Legal collection, No. 159, Issue 13. (In Persian)
5. Copleston, Frederick (2003), history of philosophy, translated by Aalam Amirjalalodin, Tehran: soroush Publications, 5th volume, 4th edition. (In Persian)
6. Kelsen, Hans (2012), Pure legal theory, translated by Nematolahy Esmail, Qom: Research institute of the Howzeh and university Publications, second edition. (In Persian)
7. Kelly, John (2019), A Short History of western legal theory, translated by Rasekh Mohammad, Tehran: Ney Publications, 4th edition. (In Persian)
8. Morawetz, Thomas (2012), The Philosophy of Law: An Introduction, translated by Jandaghy Behruz, Qom: Research institute of the Howzeh and university Publications, second edition. (In Persian)
9. Charles-Louis de Secondat (1972), De l'esprit des lois (The Spirit of Law), translated by Mohtadi Aliakbar , Tehran: Amirkabir Publications, 6th edition. (In Persian)
10. Hart ,Herbert (2014), The concept of Law, translated by Rasekh Mohammad, Tehran: Ney Publications, 4th edition. (In Persian)

واکاوی واژه «طرز کار» در اصل نود قانون اساسی

رضا محمدی کرجی^{۱*}، علی‌رضا جعفرزاده بهاء‌آبادی^{۲*}

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۵/۲۳ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۱

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: 10.22034/qjplk.2023.1653.1519

چکیده

اصل ۹۰ قانون اساسی فریادرسی مردم نزد نمایندگان خویش را اساسی‌سازی کرده است که بر مبنای آن هر کس به طرز کار مجلس یا قوه مجریه یا قوه قضائیه شکایتی داشته باشد می‌تواند آن را به مجلس شورای اسلامی عرضه کند. مبتنی بر این اصل، کمیسیون اصل ۹۰ به وجود آمد که موظف است به شکایات موضوع این اصل از طرز کار قوای سه‌گانه رسیدگی کند. اما ابهام و کلیت واژه «طرز کار» در اصل یادشده حد معینی از حدود شکایت موضوع این اصل، از جهت لزوم یا عدم لزوم کلی بودن و تبدیل به روش شدن رویه مورد شکایت و همچنین عمومیت یا عدم عمومیت خواننده و خواهان شکایت، به دست نمی‌دهد. از این رو، پژوهشگران در پژوهش حاضر با روش توصیفی-تحلیلی به دنبال تبیین واژه «طرز کار» و حدود و ثغور شکایت موضوع اصل ۹۰ بودند. بر اساس یافته‌های این پژوهش، مبتنی بر ادله قانونی و حقوقی، هر امری که به نوعی حاکی از یک روش مستمر در قوای سه‌گانه باشد قابل شکایت در کمیسیون اصل ۹۰ است و در این خصوص فرقی میان امور کلی و غیر کلی نیست و همچنین خواننده و خواهان این شکایت انحصاری در عموم اداره ندارد و شکایت از فرد مسئول در یکی از قوا نیز، مادامی که بازگشت به امور روشمند دارد، امکان‌پذیر خواهد بود. به طور کلی می‌توان گفت با تکیه بر مدلول واژه «طرز کار»، هم‌زمان با احراز روشمند شدن مورد شکایت، کمیسیون اصل ۹۰ قانون اساسی برای پیگیری شکایت صالح است و هر گونه امر فاقد این وصف از دایره شمول اصل یادشده خارج خواهد بود. کلیدواژگان: اصل ۹۰، اطلاق، طرز کار، عموم، کمیسیون اصل ۹۰.

۱. استادیار، گروه حقوق، مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (ره)، قم، ایران

* Email: rbnmw@yahoo.com

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشکده حقوق، پردیس فارابی، دانشگاه تهران، قم، ایران (نویسنده مسئول)

* Email: ar.jafarzadeh@ut.ac.ir



مقدمه

بازرسی و نظارت بر دستگاه‌های اجرایی از خصایص انکارناپذیر «حکمرانی خوب» و «مدیریت شایسته» است و همواره نتایج قابل توجهی همچون تحقق اهداف قانون‌گذار، تضمین حقوق ملت، تعمیم عدالت، ایجاد نظام اداری کارآمد و سالم، و ... را به دنبال دارد (موسی‌زاده، ۱۳۹۱: ۱۵۸). این مهم اگر از سوی شهروندان و از کانال‌های قابل اطمینان صورت پذیرد، می‌تواند کارایی یک نظام نظارتی را ارتقا بخشد. نهاد مشهور آنبودزمان^۱ در دیگر کشورها نیز با همین هدف تشکیل و ترویج شده است که پیدایش آن به عصر امپراطوری عثمانی برمی‌گردد و بعدها از کشورهای اسلامی به سوئد انتقال و از واژه «آمات عثمان» به «آنبودزمان» تغییر یافت (عمیدزنجانی و موسی‌زاده، ۱۳۹۰: ۳۴۳ - ۳۵۵). در طول تاریخ مفاهیم و پدیده‌هایی همچون تظلم، دادخواهی، شکوه، و ... همواره وجود داشته است و افراد بشر مقارن وجود پدیده فرمانروایی و فرمانبرداری برای احقاق حقوق خویش به نهادهای مختلف حاکم مراجعه می‌کردند که در تاریخ نیز اشکال متنوعی از رسیدگی به این اعتراضات بیان شده است (شیرین‌کام، ۱۳۹۳: ۱۳۳). اما گونه‌ای خاص از دادطلبی وجود دارد که غیر از پیگیری حق از مجاری عادی قضایی است و آن مرحله‌ای متأخر یا متمایز از مراجعه به نهاد قضایی و نرسیدن به نتیجه مطلوب است. زیرا در هر حکومتی قضاوت و داوری از شئون اصلی و ابتدایی است و در وجود آن تردیدی نیست (امین، ۱۳۸۲: ۷۵). از این رو، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل ۹۰ اشعار می‌دارد: «هر کس شکایتی از طرز کار مجلس یا قوه مجریه یا قوه قضاییه داشته باشد می‌تواند شکایت خود را کتباً به مجلس شورای اسلامی عرضه کند. مجلس موظف است به این شکایات رسیدگی کند و پاسخ کافی دهد و در مواردی که شکایت به قوه مجریه یا قوه قضاییه مربوط است رسیدگی و پاسخ کافی از آن‌ها بخواهد و در مدت متناسب نتیجه را اعلام نماید و در موردی که مربوط به عموم باشد به اطلاع عامه برساند». ماده ۲۹ قانون آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی مأموریت اجرای این وظیفه را بر عهده کمیسیون اصل ۹۰ گذاشته است. این کمیسیون، با اطلاع از تعدی یا تظلمی که به شاکی وارد آمده، به موضوع رسیدگی سیاسی- معنوی می‌کند و از طرز کار قوه مورد شکایت تحقیق و سؤال می‌کند که نتیجه آن نیز اطلاعی و غیرقضایی خواهد بود (ایمانی و قطمیری، ۱۳۸۸: ۶۰۷). برای جست‌وجوی این نهاد در حقوق اساسی دیگر کشورها می‌توان نهاد آنبودزمان را جست‌وجو کرد که شباهت‌های بسیاری به این کمیسیون دارد.

اما به‌رغم اهمیت صلاحیت رسیدگی یادشده و همچنین گستره کاربرد حق به‌رسمیت‌شناخته‌شده در اصل ۹۰ قانون اساسی حدود و دایره شکایت موضوع آن تا حد

زیادی ابهام دارد که در این خصوص عدم وضوح واژه «طرز کار»، در صدر اصل، عامل اساسی پیچیدگی یادشده به شمار می‌رود. با تأمل در این واژه سؤالاتی به وجود می‌آید که پاسخ به هر یک در توسعه و تضییق دایره صلاحیت و حق یادشده مؤثر است؛ سؤالاتی از قبیل اینکه: آیا طرز کار صرفاً امور روشمند با قید استمرار را در بر می‌گیرد یا اینکه موارد فاقد این وصف نیز طرز کار محسوب می‌شود؟ آیا موارد شکایت باید واجد وصف کلیت و عمومیت باشد یا اینکه موارد جزئی و موردی نیز مشمول این اصل است؟ آیا شخص حقیقی به تنهایی طرف خوانده و خواهان این شکایت واقع می‌شود یا اینکه شکایت لزوماً باید از سوی جمعی از مردم و از عموم مجموعه یک قوه باشد؟ در پاسخ به این سؤالات، ارائه تفسیر مضیق و موسع از معنای طرز کار به ترتیب به انحصار و عدم انحصار شکایت موضوع اصل ۹۰ در امور روشمند کلی از سوی عموم و از عموم منجر خواهد شد. بنابراین، ضرورت دارد مبتنی بر ادله قانونی و حقوقی به سؤالات مطروحه پاسخ داده شود و حدود شکایت مقصود اصل ۹۰ تبیین شود. در این پژوهش سعی شده است ضمن در نظر گرفتن اهداف اصل ۹۰ و همچنین مفهوم‌شناسی طرز کار، با کاوش اسناد قانونی و ادله حقوقی، لزوم یا عدم لزوم روشمندی و کلیت طرز کار و همچنین عمومیت در طرف خواهان و خوانده شکایت موضوع اصل ۹۰ مبتنی بر معنای طرز کار بررسی و تحلیل شود و ابعاد و ادله مختلف اطلاق و عدم اطلاق اصطلاح طرز کار در موارد یادشده واری شود.

تا کنون پژوهش‌هایی در قالب مقاله یا پایان‌نامه درباره کمیسیون اصل ۹۰ به صورت کلی و عام، موردی و مطالعه تطبیقی، انجام شده است که به ترتیب و برای نمونه می‌توان اشاره کرد به پایان‌نامه کارشناسی‌ارشد «کمیسیون اصل ۹۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، نوشته الهه زارعی، مقاله «نظارت دیوان عدالت اداری و کمیسیون اصل نودم قانون اساسی بر مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی»، نوشته سید محمد حسینی و سنا قاسمی کهریزه، و مقاله «بررسی تطبیقی کمیسیون اصل نود و نهاد آمبودزمان (نهاد بازرسی و نظارت)»، نوشته ابراهیم موسی‌زاده. اما نوآوری پژوهش حاضر نسبت به پژوهش‌های سابق از دو جهت است: ۱. این مقاله با رویکرد متمرکز شرح و بسط واژگان و تفسیر نص قانون اساسی، مبتنی بر ادله حقوقی و قانونی، به رشته تحریر درآمده است، در حالی که آثار یادشده فاقد این ویژگی هستند و بدون واکاوی لفظی بر ظاهر اصل ۹۰ تکیه دارند و ۲. تحلیل موجود در این مقاله آثار عملی و تعیین محدوده کارکرد اصل یادشده را به دنبال خواهد داشت، برخلاف آثار دیگر که در فضای بررسی نظری یا تحلیل جزءنگر صلاحیت کمیسیون موضوع این اصل هستند.

این پژوهش در تحقیقی تحلیلی و کاربردی و با استفاده از داده‌های کتابخانه‌ای درصدد پاسخ به سؤال اصلی متصور خود است که می‌پرسد «حدود واژه طرز کار در اصل ۹۰ قانون اساسی در ساحت‌های چهارگانه یادشده چیست؟».

۱. اهداف اصل نود

قانون‌گذار اساسی در پی تأمین چند هدف به تعبیه این اصل پرداخته است که با توجه به مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی می‌توان به اهم آن‌ها اشاره کرد (اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴: ۹۲۴ - ۹۳۰). اولین هدف مطرح دستیابی حداکثری مظلومان به حقوق خود است. گاهی وسعت امور اجرایی در قوای مختلف، تعدد و تنوع قوانین، و نظایر آن در عمل موجب سوءاستفاده در ادارات و در نتیجه محرومیت مظلومان از حقوق خود می‌شود. در چنین مواقعی لازم است مجلس، که محل امن و برخاسته از خود ملت است، در جریان امور قرار گیرد (نجفی و محسنی، ۱۳۸۸: ۲۲۵). در نتیجه این فرایند، نمایندگان موظف‌اند هم‌سو با وظایف ذاتی خود در امر نظارت بر عملکرد قوای دیگر، ضمن بررسی طرز کار، در صورت ضایع شدن حق مظلومان به بازستانی حقوق از دست‌رفته آن‌ها به پا خیزند. اقدامات مجلس در این زمینه، علاوه بر استفاده از حقوق عام و کلی، مثل استیضاح و سؤال، می‌تواند از مجرای قوانین عادی مصوب که اختیاراتی را به نمایندگان جهت ایصال به نتیجه اعطا کرده است جریان یابد (هاشمی، ۱۳۹۴: ۱۶۷). از این رو نظارت سیاسی بر عملکرد مجریان قانون از وظایف ذاتی پارلمان است و حتی می‌توان گفت از لحاظ سیاسی اختیار نظارتی پارلمان بر اختیار قانون‌گذاری آن تفوق دارد (طباطبایی، ۱۳۹۶: ۱۲۱).

هدف دوم اطلاع نمایندگان از امور و اصلاح قوانین مجری است. اطلاعات مردمی از روش‌های مطلوب برای آگاه‌سازی نمایندگان جهت اصلاح قوانین بسیار سودمند است (نجفی و محسنی، ۱۳۸۸: ۲۲۵) و مضافاً باعث بهبود کار مجلس و تحریک مردم به مشارکت در امور مملکت است (هاشمی، ۱۳۹۴: ۱۶۷).

تضمین حسن اجرای قانون هدف سوم است که می‌توان از آن یاد کرد. بدین معنا که متصدیان امور و مأموران اجرای قانون در سراسر بخش‌های حکومتی می‌دانند که آحاد ملت امکان مراجعه به مجلس و استفاده از روش ذکرشده در این اصل را دارند و به همین دلیل ممکن است موضوع به نحو قانونی پیگیری شود (نجفی و محسنی، ۱۳۸۸: ۲۲۶).

چهارمین هدف اساسی در پیش‌بینی اصل ۹۰ قانون اساسی، شناسایی سازمان‌های دچار اختلال کارکردی است که نقش بسزایی در ارتقای کارآمدی نظام اداری خواهد داشت. طرح این شکایات باعث آگاهی اعضای مجلس از وضع سازمان‌های دولتی است و ایشان را در

زمینه سازمان‌های بیمار یا دارای اختلال کارکردی- خدماتی آگاه می‌سازد که خود مقدمه‌ای برای رفع نقایص ساختاری و ایجاد نظام اداری احسن است (مدنی، ۱۳۸۰: ۱۸۵). سه هدف اخیر را می‌توان هم‌سو با اصل نظارت پارلمان بر اجرای قوانین دانست که از شئون و لوازم قانون‌گذاری به شمار می‌رود. این اصل از مجاری مختلف در حقوق اساسی کشورهای همچون آمریکا، فرانسه، انگلستان، بلژیک، آلمان، و ... جای‌گذاری شده است (عمیدزنجانی، ۱۳۸۴، ۱۶۶ - ۱۶۹).

۲. مفهوم‌شناسی واژه «طرز کار»

واژه «طرز» در لغت به معنای روش، نوع، سبک، شکل، قاعده، و گونه به کار رفته است (آذرنوش، ۱۳۹۸: ۶۲۰؛ عمید، ۱۳۹۰: ۵۷۴). همچنین مفهوم «اسلوب» و «طریقه‌ای در عمل» نیز در معانی این واژه ذکر شده است (دهخدا، ۱۳۶۳: ذیل واژه «طرز کار»). بنابراین طرز کار به معنی روش کار، اسلوب کار، نوع کار، و مترادف‌هایی شبیه به آن می‌آید و مقصود کلی از آن شیوه اداره امور مربوطه است. در قانون اما برای این واژه تعریفی در دست نیست و با بررسی مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی به دست می‌آید که تلقی و درک مشترک از این کلیدواژه شیوه و نوع عمل است و هنگام وضع و به‌کارگیری آن حساسیت و اختلاف برداشتی درباره مدلول و معنای دقیق آن وجود نداشته است (اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴: ۹۲۴). به نظر می‌رسد درک مشترک یادشده را بتوان چنین تعریف کرد: «کنش روشمند و مستمر صادره از قوای سه‌گانه که ارتباط و تأثیر مستقیم یا غیر مستقیم بر زندگی شهروندان دارد». این تعریف با توجه به معنای لغوی واژه طرز کار و همچنین ماده ۵ «قانون نحوه اجرای اصل نودم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران» که در آن قانون‌گذار عادی واژه «روش» را مترادف و معطوف طرز کار قرار داده است^۲ و همچنین اصل استمرار در اصول حاکم بر خدمات عمومی که مدلول آن لزوم ارائه خدمات عمومی به طور مستمر و بلاانقطاع و در هر شرایطی است (موسی‌زاده، ۱۳۸۶: ۵۵) نیز قابل تأیید و اثبات به نظر می‌رسد. در ادامه، با توجه به ادله قانونی و حقوقی، تعریف یا فرضیه یادشده را در بوتۀ صحت‌سنجی قرار می‌دهیم.

۳. تحلیل قانونی و حقوقی دایره شمول اصل ۹۰

آنچه ساختار این تحلیل را تشکیل می‌دهد پرداختن به چهار موضوع در زمینه حدود صلاحیت کمیسیون اصل ۹۰ مجلس شورای اسلامی است که روشن شدن ابعاد آن به تبیین اصل ۹۰ قانون اساسی و دایره کارایی آن منتهی خواهد شد.

اولین سؤال این است که آیا کلیدواژه «طرز کار» فقط شامل آن دسته اموری می‌شود که روش و رویه محسوب می‌شوند یا اینکه امور موردی و خارج از روش و روال را نیز در بر می‌گیرد؟ مثلاً اگر شهروندی از نظام قضایی و مراحل دادرسی و به طور کلی روش رسیدگی شکایتی نداشته باشد، اما، بر این باور باشد که حکم خاص دادگاه که علیه او صادر شده ناعادلانه و غلط است و این اعتراض خود را به مجلس ببرد آیا در چنین موردی رسیدگی به شکایت در صلاحیت کمیسیون اصل ۹۰ خواهد بود یا خیر؟ به دیگر عبارت آیا صلاحیت رسیدگی کمیسیون یادشده صرفاً درباره روش است یا اینکه شامل محتوا و ماهیت و امور موردی نیز می‌شود؟

سؤال دوم این است که آیا شکایت موضوع اصل ۹۰ فقط شامل امور کلی قوای سه‌گانه است یا امور جزئی نیز مشمول حق شکایت اصل ۹۰ خواهد بود؟ به دیگر عبارت، آیا فقط از امور کلی و فراگیری همچون فساد نظام‌مند در یکی از قوا، بی‌عدالتی و تبعیض گسترده در امور مختلف، عدم شفافیت مالی مجموعه یک قوه، و ... می‌توان به کمیسیون اصل ۹۰ شکایت برد یا اینکه شکایت درباره امور جزئی و فردی هم در اصل ۹۰ مشروع شناخته شده است؟ مثلاً اگر شهروندی در اعتراض به اینکه دولت او را یک‌باره و به ناحق از پرداخت یارانه ماهیانه حذف کرده و چند ماه از این کمک محروم شده است به کمیسیون اصل ۹۰ مراجعه کند شکایت او مورد قبول واقع می‌شود یا اینکه فقط شکایتی قابلیت رسیدگی دارد که مربوط به امور کلی، مانند بی‌عدالتی فراگیر و عام‌الشمول، باشد؟ تفاوت سؤال یادشده با سؤال اول نیز روشن است. چون موضوع سؤال اول ماهیت فردی و محتوایی بود که در برابر روش و شیوه عمل قرار می‌گرفت. اما در سؤال دوم موضوع کلیت یا جزئیت مورد شکایت است و ای‌بسا کلیتی وجود داشته باشد که روش نباشد یا روشی در جریان باشد که کلیت نداشته باشد. به دیگر عبارت، میان موضوع سؤال اول و دوم رابطه عموم و خصوص من وجه برقرار است.

سؤال سوم این است که مستفاد از اصل ۹۰ قانون اساسی آیا خوانده شکایت در قوای سه‌گانه لزوماً باید عموم اداره، نهاد، و مجموعه بالادستی باشد یا اینکه شکایت از یک مسئول به منزله جزئی از کل نیز امکان‌پذیر است؟ مثلاً آیا شخص وزیر یا رئیس‌جمهور نیز می‌تواند موضوع شکایت به کمیسیون اصل ۹۰ قرار گیرد یا اینکه فقط شکایتی پذیرفته است که از مجموعه قوه مجریه به منزله یک کل باشد؟ و نهایتاً سؤال چهارم، در جهت عکس سؤال سوم، این است که آیا خواهان شکایت در پرتو اصل ۹۰ لزوماً باید عموم و گروهی از مردم باشد یا اینکه یک فرد هم به تنهایی می‌تواند شکایت خود از طرز کار مجلس، قوه مجریه، و قوه قضاییه را به کمیسیون اصل ۹۰ ببرد و نیازی به شکایت عموم نیست؟

این‌ها مجموعه سؤالاتی است که ذیل اصل ۹۰ قانون اساسی و به‌ویژه واژه «طرز کار» قابل طرح است که بسته به نوع پاسخ به هر یک از آن‌ها حدود صلاحیت کمیسیون اصل ۹۰ قابل تغییر و تعیین خواهد بود. در ادامه، مستند به ادله قانونی و حقوقی موجود، به بررسی و تحلیل هر یک از مسائل مطرح‌شده پرداخته می‌شود.

۳-۱. بررسی لزوم یا عدم لزوم «روش بودن» مورد شکایت

ادله مرتبط با موضوع فوق را می‌توان در دو دسته جای‌گذاری کرد که دسته اول عدم لزوم روش بودن و دسته دوم لزوم آن را مدلل می‌کند.

۳-۱-۱. ادله تفسیر موسع

برای ادعای تفسیری موسع از طرز کار و مستدل کردن اطلاق شکایت در اصل ۹۰، که هم شامل روش و رویه معمول و مکرر قوا شود هم اموری که مرتبط به روش نیست بلکه با عزل نظر از چگونگی روش یا حتی با فرض پذیرش بدون اشکال بودن آن با عموم خود آن روش را نیز در بر بگیرد می‌توان به دلایلی تمسک جست که برخی از آن‌ها اختصاص به سؤال اول مبنی بر لزوم یا عدم لزوم روش بودن مورد شکایت ندارد و در پاسخ به سؤال‌های دوم و سوم و چهارم، یعنی لزوم یا عدم لزوم کلیت مورد شکایت و عمومیت در طرف شاکی یا مشتکی‌عنه، نیز ذیل واژه طرز کار قابل طرح و استناد است.

اولین استدلال ناظر به اصل تفسیر موسع به نفع ملت در قانون اساسی است. مبتنی بر این اصل پذیرفته‌شده در حقوق عمومی، در موارد ابهام و اجمال قانون اساسی که ناظر به حقوق ملت است باید تفسیر به نحو موسع و به نفع ملت باشد (جوکار، ۱۳۹۰: ۶۱). چون در تفسیر قانون اگر مورد ابهام ناظر به قلمرو کیفری باشد باید از تفسیر مضیق و اگر ناظر به قلمرو مدنی باشد باید از تفسیر موسع استفاده کرد (دانش‌پژوه، ۱۳۹۲: ۲۴۰). بر این اساس اصطلاح طرز کار قوای سه‌گانه را باید به امور جزئی و موردی، که ربطی به روش ندارد، نیز تعمیم داد و با تعبیه مرجع نظارتی دیگری در نظام حقوقی کشور ضریب تضمین عدالت و احقاق حقوق را ارتقا بخشید.

دومین دلیل آن است که با توجه به اهداف پیش‌گفته در ابتکار اصل ۹۰ قانون اساسی منطقی نیست که لزوماً شکایت ناظر به امور مربوط به روش باشد، بلکه زمانی اهداف مدنظر تأمین خواهد شد که این انحصار وجود نداشته باشد. با این توضیح که اهدافی همچون دستیابی مظلومان به حقوق خود، اطلاع نمایندگان از امور و اصلاح قوانین، تضمین حسن اجرای قانون، و شناسایی سازمان‌های دچار اختلال کارکردی زمانی به نحو مطلوب محقق خواهد شد که حق شکایت در اصل یادشده محدود به امور روشمند نباشد.

دیگر استدلالی که در این زمینه می‌توان ارائه داد این است که رویه موجود کمیسیون اصل ۹۰ و به عبارتی فهم مجری قانون نیز مؤید اطلاق صلاحیت نظارت و پیگیری آن و عدم انحصار شکایت در امور مرتبط با روش است؛ چه آنکه در موارد متعدد کمیسیون یادشده خود را صالح برای بررسی و پیگیری پرونده‌های شخصی و موردی دانسته و بر اساس آن از ابزارهای قانونی خود بهره گرفته است که نمونه‌های رخ داده آن قابل دسترسی است (کدیور، ۱۳۸۳: ۹۶۰). دلایل سه‌گانه فوق در پاسخ به دیگر سؤالات مطرح نیز قابل استناد است. چون تفسیر موسع به نفع ملت، تأمین حداکثری اهداف اصل ۹۰، و همچنین رویه جاری کمیسیون جملگی مؤید عدم انحصار شکایت بردن به مجلس در کلی بودن و عموم بودن خواهان و خواننده است. بنابراین، جملگی این ادله دلالت بر این دارند که هم شکایات ناظر به روش‌ها و رفتارهای نهادینه و تکراری و هم شکایات ناظر به موارد جزئی و غیر روش و خارج از روال مشمول اطلاق طرز کار خواهند بود.

پذیرش این ادله اما با توجه به معنای صریح و واضح واژه طرز کار امکان‌پذیر نیست. زیرا دلالت واژه یادشده به نحوی است که به‌هیچ‌روی گنجاندن امور شخصی و بی‌ارتباط با روش را ذیل اصل ۹۰ قانون اساسی بر نمی‌تابد. از این رو می‌توان چنین استدلال کرد که با وجود صراحت واژه طرز کار در امور روشمند و مستمر، اساساً، ابهام و تعقیدی در دلالت اصل ۹۰ درباره عدم شمول شکایات بی‌ارتباط با روش اعمال قوا وجود نخواهد داشت تا در پی آن بخواهیم با استناد به چنین استدلال‌هایی ضد آن، یعنی شکایت‌پذیر بودن امور شخصی و فاقد وصف روال و نظام، را به اثبات برسانیم.

اما توجه داشتن به این نکته حائز اهمیت است که لزوماً جای دادن امور جزئی و بی‌ارتباط با روش تأمین‌کننده منافع ملت نخواهد بود تا بتوان با ارائه تفسیری موسع از اصل ۹۰ به دنبال تحقق نفع حداکثری مردم بود. زیرا در موارد بسیاری، به گواهی عقل و تجربه، ازدیاد و انباشت شکایات موجب ناکارآمدی مرجع رسیدگی به تظلمات و به تبع آن تضییع حقوق محققان خواهد بود. با این توضیح که اگر امکان شکایت از اموری که هیچ ارتباطی با روش قوا در اعمال خود ندارد تجویز شود منجر به تلنبار شدن انبوهی از شکایات در کمیسیون اصل ۹۰ خواهد شد که به تبع آن درصد احتمال به نتیجه نرسیدن شکایات صحیح ناظر به روش، که بر زندگی آحاد مردم تأثیر مستقیم و غیر مستقیم دارد، افزایش خواهد یافت. احتمال به حاشیه رفتن چنین شکایات به‌جایی در اثر تجویز بخت‌آزمایی اشخاص درباره مشکلات و شکایات خرد و شخصی خود، که ارتباطی با روش قوای حکمرانی ندارد، نه تنها هم‌سو با تأمین منافع ملت نیست و با اصل تقدم خدمات عمومی که بر ارجحیت امتیازات حقوق عمومی تأکید دارد

(موسی‌زاده، ۱۳۸۶: ۵۶) مخالف است، بلکه، دقیقاً در جهت عکس منافع ملت، یعنی تضییع و به مخاطره انداختن مصالح آنان و ناکارآمدی اصل ۹۰، خواهد بود؛ ضمن اینکه با توجه به دلالت واژه طرز کار می‌توان با اطمینان گفت که رویه عملی کمیسیون اصل ۹۰ اگر منتهی به این باور نشود که مورد شکایت جزئی موجود حاکی از وجود نوعی روش است و به شکایت از یک روش و اسلوب بازگشت دارد، بدون شک، برخلاف اصل یادشده است و مغایر قانون اساسی تلقی می‌شود.

۳-۱-۲. ادله تفسیر مضیق

می‌توان، با توجه به معنای لغوی طرز کار و مستند به ظهور آن در روش مستمر، این‌گونه استدلال کرد که فقط اموری مبتنی به اصل ۹۰ قابل شکایت خواهند بود که ارتباط مستقیم با روش اعمال قوا داشته باشند و در نتیجه شکایت از اموری که فارغ از روش و فاقد وصف تکرار و دوام باشند امکان‌پذیر نیست. نگاهی به مشروح مذاکرات جلسه علنی ۱۳۶۵/۰۷/۱۳ نشان می‌دهد که هنگام بحث درباره «قانون نحوه اجرای اصل ۹۰» نیز چنین اختلافی بین نمایندگان وجود داشته است.^۳ آقای اسماعیل شوشتری، ممبر کمیسیون قضایی مجلس، در این جلسه اظهار می‌دارد: «اصل ۹۰ ... غیر از رسیدگی به تظلمات است ... [اصل ۹۰ یعنی] اگر کسی از طرز کار دولت شکایت دارد، از طرز کار قوه قضاییه شکایت دارد، از طرز کار دادگاه‌ها شکایت می‌کند که آقا این چه طرز رسیدگی به پرونده‌هاست که به یک پرونده دو سال طول می‌کشد تا رسیدگی کنند. در حقیقت نحوه رسیدگی است، روش و طرز کار این‌ها مربوط به مجلس است. این صریح اصل ۹۰ است ...». همچنین در این جلسه دکتر حبیبی، وزیر وقت دادگستری، تلقی خود را از این اصل چنین بیان می‌کند: «... وقتی که طرز کار گفته می‌شود [مقصود] این بوده است که بیایند یک فکر تازه‌ای را مطرح کنند و آن این است که اگر مردم یک جامعه نسبت به نحوه کار، طرز عمل، و روش کار دستگاه‌ها و مجموعاً یعنی قوه مجریه یا قوه قضاییه نظراتی داشته و دیدند که این طرز کار معین در کل دستگاه مجریه موجب اشکالاتی می‌شود و احتمالاً شکایت‌هایی را سبب می‌شود ... خوب است این نظرات را عنوان کنند ...» این مکالمات و استدلال‌ها به‌خوبی این نکته را تبیین می‌کند که این استنباط از اصل ۹۰ بین برخی نمایندگان مجلس وجود داشته است که شکایات لزوماً باید از روش و منهج قوا باشد نه از امور جزئی و فردی و فارغ از روش رایج دستگاه‌ها که فاقد وصف دوام و تکرار است. به نظر می‌رسد عطف طرز کار به واژه «روش» در ماده ۵ قانون نحوه اجرای اصل ۹۰ نیز به همین منظور صورت پذیرفته است.

کوتاه سخن اینکه ملاک اساسی در شمول اصل ۹۰ دربارهٔ یک شکایت بازگشت آن به یک روش موجود در اعمال یکی از قوای سه‌گانه است و اگر وجود چنین ملاکی در شکایت احراز شود قطعاً قابل پیگیری و بررسی از طریق ظرفیت اصل ۹۰ خواهد بود. بنابراین، ماهیت طرز کار صرفاً شامل امور روشمند است و نمی‌توان با برداشت مطلق از اصل یادشده موارد شکایت را به امور غیر مرتبط با روش نیز تسری داد.

در تکمیل استدلال یادشده گفتنی است مضاف بر تمرکز بر معنای لغوی واژه طرز کار، جهت اثبات لزوم روشمند بودن مورد شکایت، توجه به این نکته نیز ضروری است که شکایت در اصل ۹۰ مقید به طرز کار شده است و بنا بر قاعدهٔ مشهور اصولی اصل در قیود احترازی بودن آنهاست (آخوند خراسانی، ۱۳۸۶: ۲۰۶). به عبارت دیگر، مورد شکایت در این اصل موصوف است به صفت طرز کار و از آنجا که صفات جملگی قید هستند و اصل در قیود نیز احترازی بودن آنهاست اتیان این صفت دال بر خروج هر آنچه طرز کار و روش نیست از موضوع اصل یادشده است.

۲-۳. بررسی لزوم یا عدم لزوم «کلی بودن» مورد شکایت

تفسیر مضیق و موسع از طرز کار هر یک به ترتیب لزوم و عدم لزوم کلی بودن شکایت را

نتیجه می‌دهد.

۳-۲-۱. ادلهٔ تفسیر موسع

همان‌طور که بیان شد برای ارائهٔ برداشتی موسع از اصل ۹۰ و مشخصاً واژه طرز کار، به نحوی که امور جزئی و غیر کلی را نیز شامل شود، می‌توان به هر سه استدلال یادشده یعنی لزوم تفسیر موسع به نفع ملت، لزوم تأمین حداکثری اهداف تعبیهٔ اصل ۹۰، رویهٔ عملی کمیسیون اصل ۹۰- استناد جست. ناظر به رویهٔ کمیسیون نیز، چنان که بیان شد، در موارد متعدد کمیسیون یادشده با استفاده از اختیارات خود به پیگیری موارد جزئی و غیر کلی پرداخته و عملاً خود را واجد این صلاحیت تشخیص داده است. از این رو امور فردی و موردی، که غیر کلی است و ناظر به مجموعهٔ یک قوه و کلیت آن نیست، نیز قابل پیگیری از سوی کمیسیون اصل ۹۰ خواهد بود.

دلیل چهارمی که می‌توان بدان استدلال کرد توجه به اصل ۷۲ پیش‌نویس قانون اساسی است که مقرر می‌داشت: «هر کس شکایتی از چگونگی ادارهٔ کشور یا شیوهٔ قانون‌گذاری یا سیاست قضایی داشته باشد می‌تواند به مجلس شورای ملی اعلام کند. هر گاه شکایت دربارهٔ مجلس باشد باید به او پاسخ کافی داده شود و اگر راجع به دولت یا سیاست قضایی باشد به وزارت مسئول فرستاده می‌شود تا مورد رسیدگی قرار گیرد». این متن به وضوح بر کلی بودن

امور مشمول اصل ۹۰ دلالت داشت که طی فرایند بحث و بررسی به شکل فعلی اصل ۹۰ که صراحتی در امور کلی ندارد تغییر یافت. بنابراین با توجه به اصل پذیرفته شده در تفسیر قانون اساسی، مبنی بر عدم استفاده بدون دلیل قانون‌گذار از عبارات و واژگان (جوکار، ۱۳۹۰: ۶۱)، می‌توان استدلال کرد که مراد قانون‌گذار از عبارت مصرح در قانون اساسی امور و سیاست‌های کلی نبوده است؛ وگرنه عقلانی و صحیح به نظر نمی‌رسد که عبارتی صریح در امور کلی را حذف کند و با حفظ مقصود سابق از عبارتی دوپهلوی و شک‌برانگیز استفاده کند. توجه به این نکته نیز اهمیت دارد که آمبودزمان در اکثر کشورهای دنیا، علاوه بر امور کلی، صلاحیت رسیدگی به امور جزئی را نیز داراست (موسی‌زاده، ۱۳۹۱: ۱۷۴). مثلاً در کشور اسپانیا کمیسیون شکایات مجلس نمایندگان همه شکایات فردی و جمعی را به بازپرس پارلمانی یا سایر مراجع نظارتی ارجاع می‌دهد (زارعی، ۱۳۸۹: ۹۱ - ۹۲).^۴

۳-۲-۲. ادله تفسیر مضیق

برای اثبات اینکه مورد شکایت مطروحه در این کمیسیون لزوماً باید از امور کلی و ناظر به راهبردهای کلان قوای سه‌گانه باشد به دلایلی می‌توان استناد کرد که در ادامه تبیین و سپس تحلیل و بررسی خواهند شد.

اولین دلیل آن است که قانون اساسی در اصول ۳۴ و ۱۵۹ به‌وضوح اختیار شکایت شهروندان علیه موارد جزئی و موردی را بر عهده دادگاه‌های صالح ذیل قوه قضاییه گذاشته است و مبتنی بر اصل استقلال قوا، که صراحتاً در اصل ۵۷ ذکر شده است، اعطای اختیار رسیدگی و پیگیری شکایات جزئی و خرد به مجلس در تناقض با استقلال قوا و خلاف قانون اساسی خواهد بود. بنابراین با خلق تدبیر قانون‌گذار اساسی درباره شکایات غیر کلی با پیش‌بینی قوه قضاییه و زیرمجموعه‌هایی همچون دادگاه تجدیدنظر، دیوان عدالت اداری، و ... مشخص می‌شود طرز کاری که امکان شکایت از آن به کمیسیون اصل ۹۰ وجود دارد غیر از رسیدگی به تظلمات جزئی و موردی است.^۵

اما این استدلال نمی‌تواند تام باشد. زیرا چنان که بیان شد ماهیت رسیدگی کمیسیون اصل ۹۰ سیاسی است و به‌هیچ‌وجه نظارت و رسیدگی قضایی به شمار نمی‌رود تا پذیرفتن شکایات موردی توسط این کمیسیون دخالت در امر قضا محسوب شود، بلکه مجلس که برآمده از آرای افراد ملت است در نقش یک واسطه و وکیل آگاه از ساختار قوا، با توجه به قدرت نظارتی خود، از مسئولان و مراجع مربوطه در دیگر قوا پیگیری و متعاقباً نتایج را به موکل یا موکلان خود منتقل خواهد کرد. بنابراین کمیسیون اصل ۹۰ مجلس، با پیگیری شکایات موردی افراد، نه در اجرا نه در امر قضا دخالتی ندارد و طبیعتاً خدشه‌ای به استقلال

قوا وارد نخواهد شد و می‌توان گفت همان‌طور که رسیدگی دیوان عالی کشور به تخلفات دادگاه‌ها توسط دادگاه انتظامی قضات نقض استقلال قضایی محسوب نمی‌شود نظارت در نظر گرفته شده در اصل ۹۰ نیز ناقض استقلال دادگاه و قاضی نیست (عمیدزنجانی و موسی‌زاده، ۱۳۸۹: ۱۰۱). همچنین، چنان که گذشت، هرچند وجود نظام دادگستری برای تحقق عدالت و رسیدگی به شکایات و تظلمات در هر حکومتی مفروض گرفته شده است، نمی‌توان احتمال ظلم و عدم تحقق عدل و انصاف را به کلی منتفی دانست. از این رو یکی از اهداف اعطای صلاحیت نظارتی مجلس در اصل ۹۰ در نظر گرفتن آن به منزله ملجأ و پناه نهایی مظلومان و ستم‌دیدگان برشمرده شده است.

دلیل دوم این است که اگر عملکرد دستگاه‌ها موجب ورود لطمه به حقوق فردی افراد به طور مستقیم باشد، دیوان عدالت اداری و سایر محاکم صلاحیت پذیرش شکایت را خواهند داشت (ساعدوکیل و عسکری، ۱۳۹۸: ۳۹۷) و با وجود دیوان عدالت اداری و مراجع تجدیدنظر قضایی و شبه قضایی دیگر عقلاً لزومی وجود ندارد که قانون‌گذار اساسی در پی ایجاد نهاد دیگری برای رسیدگی به شکایات موردی مردم باشد.^۶ از این رو مراد از طرز کار در اصل ۹۰ امور کلی و کلانی است که امکان شکایت آن‌ها در محاکم و نهادهای دیگر وجود ندارد؛ مانند اعتراض یک شهروند به وجود فساد نظام‌مند در یکی از قوا که قابل طرح در دیوان عدالت اداری نیست.^۷ بنابراین، اساس تشکیل کمیسیون اصل ۹۰ برای پاسخگویی به شکایاتی بوده است که به نحو نوعی و کلی موجب خسارت افراد می‌شود و نه مواردی که عملکرد دستگاه‌ها موجب تضییع حقوق فردی شود (هاشمی، ۱۳۹۴: ۱۶۹).

اما این دلیل نیز قابل نقد است. زیرا اساساً آنچه از اندیشه حاکم بر اصل ۹۰ استفاده می‌شود آن است که در ابتدای امر متظلمان و شکات به مراجع ذیصلاح مراجعه می‌کنند و در صورت عدم حصول نتیجه، در قالب یک تظلم سیاسی، شکایت خود از طرز قوا را به مجلس می‌برند (هاشمی، ۱۳۹۴: ۱۶۷). بنابراین، با توجه به اهداف مطرح در پیش‌بینی این اصل و ماهیت آن، که به مجلس هویتی در قالب آخرین ملجأ و پناهگاه برای مردم بخشیده است، این‌گونه استنباط می‌شود که مراجعه به مجلس برای شکایت در مرحله‌ای متأخر از دادخواهی در مراجع قضایی و شبه قضایی متداول، همچون دیوان عدالت اداری، قرار می‌گیرد و مآلاً منافاتی بین تعبیه دادگری در مجلس با دیگر مراجع قضایی و شبه قضایی نیست. استدلال آیت‌الله مکارم شیرازی، از اعضای مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، مبنی بر سابقه داشتن شکایت موضوع اصل ۹۰ در اسلام نیز بر همین معنا تأکید دارد (اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴: ۹۲۸). ایشان طی سخنان خود

می‌گوید: «بحث در این است که ما برای احقاق حقوق مردم از دو راه می‌توانیم وارد شویم؛ یک وقت است که من از کسی شکایتی دارم و به دادگاه مراجعه می‌کنم تا آن‌ها رسیدگی کنند، ولی، گاهی هم هست که از طریق باخبر کردن نمایندگان مجلس و منعکس شدن در مجلس جوئی به وجود می‌آورد تا من را به حقم برساند، یعنی در واقع این یک نوع ضمانت اجرای معنوی برای رسیدن به حقوق است و این راه مانع از طرح شکایت در مراجع صلاحیت‌دار دیگر نیست. این در حقیقت مضمون همان مطلب است که «لا یحب الله الجهر بالسوء من القول الا من ظلم و کان الله سمیعاً علیماً». ظلمی به من شده؛ هم می‌توانم به محکمه صالحه شکایت کنم و هم می‌توانم از طریق نمایندگان مجلس به حق خود برسم. این دو راه به هیچ‌وجه با هم منافات ندارد ... در اسلام هم اگر به من ظلمی بشود می‌توانم در مسجد برخیزم و داد بزنم؛ در حالی که محکمه در مسجد نیست، من به دادگاه مراجعه می‌کنم. ولی در مسجد هم دادم را می‌زنم».

مضاف بر ادله حقوقی فوق، عبارت «رسیدگی به شکایاتی کتبی که از طرف مسئولان مربوطه بدون جواب مانده و یا جواب قانع‌کننده بدان‌ها داده نشده» در «قانون اجازه مکاتبه و تحقیق مستقیم به کمیسیون اصل ۹۰ با دستگاه‌های دولتی جهت رسیدگی به شکایات مردم» نیز دلالت آشکاری بر ماهیت متأخر شکایت در کمیسیون اصل ۹۰ دارد.^۸

فقدان ضمانت اجرای حقوقی برای تصمیمات کمیسیون اصل ۹۰ دلیل سومی است که برای لزوم کلی بودن مورد شکایت قابل طرح است. دلالت این برهان آن است که خروجی نهایی شکایت به کمیسیون ارائه پاسخ کافی به شاکی و اطلاع‌رسانی به عموم در موارد لازم است و نظارت این کمیسیون صرفاً جنبه سیاسی و معنوی دارد و اثر روانی و ارشادی بر جامعه و دستگاه‌های تحت نظارت خواهد داشت. از این رو با توجه به عدم پیش‌بینی ضمانت اجرای مؤثر برای تصمیمات کمیسیون یادشده پذیرش صلاحیت رسیدگی به شکایات فردی و موردی دشوار می‌نماید. زیرا تصور به کارگیری ابزارهایی همچون استیضاح، سؤال، علنی کردن تخلف از طریق رسانه‌ها، و ... در موارد جزئی تصویری بعید به نظر می‌رسد و نتیجه آنکه با توجه به درصد پایین احتمال احقاق حقوق جزئی و موردی از طریق شکوه به کمیسیون اصل ۹۰ و با توجه به عدم ضمانت اجرای مؤثر آن، مضاف به طبیعت کثرت مراجعات فردی و موردی در صورت قبول شکایات، عقلاً می‌توان گفت که قبول صلاحیت رسیدگی موردی و غیر کلی در عمل امری بیهوده و لغو خواهد بود؛ ضمن اینکه نظر به عدم نتیجه‌گیری شاکی از مراجع دیگر قضایی قبل از مراجعه به کمیسیون محق بودن او بسیار ضعیف به نظر می‌رسد. با این مقدمات می‌توان استنتاج کرد که قبول صلاحیت پذیرش و پیگیری شکایات جزئی چیزی جز مراجعه

جمع کثیری از افراد به کمیسیونی که توانایی پیگیری و به نتیجه رساندن همه اعتراضات و شکایات را ندارد در پی نخواهد داشت و جز ناامیدی و بدبینی و انباشته شدن حجم زیادی از شکایات در مجلس ثمره‌ای به بار نخواهد آورد. بر این اساس باید گفت که فلسفه ابداع اصل ۹۰ فقط امکان شکایت از امور کلی و راهبردهای کلان سه قوه است و امکان اطلاق و تسری آن به موارد جزئی وجود ندارد.

اما به نظر می‌رسد این استدلال برای اثبات انحصار طرز کار در امور کلی صحیح نیست. زیرا نمی‌توان ثمره تظلم سیاسی به مجلس را فقط در نتیجه بخشی مورد شکایت دید، بلکه چنان که در اهداف مطرح در اصل ۹۰ نیز بیان شد یکی از آثار مهم ارجاع شکایات به مجلس آگاهی نمایندگان از نارسایی‌ها و ناکارآمدی‌های موجود در ساختار قوا بر اساس نظارت اطلاعاتی مجلس است که خود فی‌نفسه مطلوب است و زمینه را برای اصلاح فراهم می‌سازد. زیرا اساساً فلسفه اصل ۹۰ اعمال نوعی نظارت اطلاعاتی از طرز کار قوای سه‌گانه است (راسخ، ۱۳۷۸: ۷۸). از این رو نفس مواجه شدن نمایندگان با انبوه اطلاعات مردمی موجب بهبود کار مجلس، تحرک مردم، و اقدام برای اصلاح خطاهای پرتکرار خواهد شد (هاشمی، ۱۳۹۴: ۱۶۷) که این مهم با اطلاق کلیدواژه طرز کار سازگارتر و سهل‌الوصول‌تر است. به دیگر عبارت می‌توان گفت اساساً فراهم آوردن امکان رسیدن شکایات شخصی به کمیسیون اصل ۹۰ می‌تواند، در صورت تکرار، نمایندگان را به نارسایی‌های کلان رهنمون سازد و از این جهت مفید واقع شود. صحبت رئیس وقت مجلس در جلسه علنی ۱۳۶۵/۰۷/۱۳ هنگام بحث درباره طرح نحوه اجرای اصل ۹۰ ناظر امکان پذیرش شکایات شخصی برای کشف طرز کار و رویه و نقایص کلی است.^۹ در نظام حقوقی فرانسه نیز نمایندگان برای تشخیص مسائل مبتلابه و ارتقای نظام قانونی از طرق مردمی آدرس پستی و پست الکترونیک خود را در پایگاه اینترنتی مجلس ملی و سنا لیست می‌کنند و همواره از یک روابط عمومی قوی بهره می‌برند (زارعی، ۱۳۸۴: ۲۹۱)؛ همچنان که کمیسیون‌های مختلف مجلس قانون‌گذاری مصر نیز ملزم به نشست‌های عمومی برای شناخت مسائل مورد نیاز و مبتلابه پیش از تقنین و اطلاع‌رسانی آن‌ها از طریق رسانه‌های گروهی هستند (زارعی، ۱۳۸۴: ۷۰۹).

۳-۳. بررسی لزوم یا عدم لزوم عموم در «خوانده» شکایت

عموم در طرف خوانده نیز می‌تواند با دو تفسیر موسع و مضیق از طرز کار مواجه باشد.

۳-۳-۱. ادله تفسیر موسع

علاوه بر دلایل سه‌گانه پیش گفته، یکی از دلایل اساسی دیگر مبنی بر امکان شکایت از عضو یا جزء یکی از قوا و عدم لزوم شکایت از مجموعه مرور صورت مشروح مذاکرات

مجلس بررسی نهایی قانون اساسی است که نشان می‌دهد موضوع امکان شکایت از عضو یا اعضای مجلس، قوه مجریه، و قوه قضاییه به مجلس از دغدغه‌ها و مقاصد اصلی قانون‌گذاران اساسی بوده است. آیت‌الله سبحانی، از اعضای این مجلس، در بخشی از نطق خود می‌گوید: «... نکته دیگر اینکه گاهی شکایت از نحوه کار مجلس است و گاهی شکایت از گروهی از نمایندگان مجلس و یا گروهی از اعضای دولت و یا گروهی از قوه قضاییه، آیا جمله‌ای که در این اصل هست، این مطلب را می‌رساند؟». نایب‌رئیس مجلس، شهید بهشتی، بلافاصله تصریح می‌کند: «فکر می‌کنم جمله رسا باشد و مطلب را برساند. به هر حال اگر پیشنهاد اصلاح عبارتی دارید مرقوم بفرمایید». این دیالوگ به خوبی مراد قانون‌گذار در امکان شکایت از عضو و فرد در ساختار قوا را تبیین می‌کند. همچنین، علت تغییر واژه «دولت» در پیش‌نویس به «قوه مجریه» در متن نهایی مصوب نیز بر همین امر دلالت دارد؛ بدین توضیح که یکی از اعضا می‌گوید: «سؤال من این بود: در مقابل 'قوه قضاییه' باید در سطر اول نوشته شود 'قوه مجریه'؛ یعنی هر کس شکایتی از مجلس و یا قوه مجریه دارد، مگر اینکه آوردن دولت در سطر اول شامل رئیس‌جمهور هم بشود. بنابراین سؤال من این است که آیا شکایت شامل رئیس‌جمهور هم می‌شود یا خیر؟» و در واکنش به این نکته شهید بهشتی اظهار می‌دارد: «اگر به جای 'دولت' بنویسیم 'قوه مجریه' شاید اشکال ایشان رفع بشود. چون ما گفته‌ایم رئیس‌جمهور رئیس قوه مجریه است.» و از این رو عبارت قوه مجریه جایگزین واژه دولت می‌شود.

سیری در قوانین عادی مرتبط با اصل ۹۰ نیز به خوبی تفسیر موسع این اصل در زمینه عمومیت شکایت از کلیت یا اعضای قوا را مدلل و مبرهن می‌سازد. استناد به قوانین عادی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران از این جهت مهم است که جملگی آن‌ها قبل از ابلاغ و اجرا به تأیید دادرسی اساسی، یعنی شورای نگهبان، می‌رسند و از آنجا که یکی از وظایف و کارکردهای اصلی دادگستری اساسی تفسیر قانون اساسی و همچنین نظارت بر انطباق مصوبات پارلمان با قانون اساسی است می‌توان گفت قوانین عادی واجد عنوان انطباق با قانون اساسی هستند و می‌توانند جهت فهم آن به کار گرفته شوند (گرچی از ندریانی، ۱۳۹۴: ۱۸؛ طاهری، ۱۳۹۵: ۱۵۸).

ماده ۶ «قانون نحوه اجرای اصل نودم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران» بیان داشته: «تغییر شغل و پست در وضعیت مسئول و یا مأمور متخلف از نظر رسیدگی تأثیری نخواهد داشت.» و این بدان معناست که طرز کار کارمندان و مسئولان هر یک از قوای سه‌گانه و سازمان‌های وابسته می‌تواند مورد شکایت واقع شود. همچنین «قانون الحاق یک تبصره به ماده

واحد، مصوب ۱۳۵۹/۱۱/۰۱ مجلس شورای اسلامی، راجع به اجازه مکاتبه و تحقیق مستقیم به کمیسیون اصل ۹۰ با دستگاه‌های دولتی» اشعار می‌دارد: «مسئولان و مأموران مذکور در ماده واحد، مصوب ۱۳۵۹/۱۱/۰۱ مجلس شورای اسلامی، مکلف‌اند پاسخ کافی و مستند خود را حداکثر ظرف مدت یک ماه از تاریخ وصول کتباً به کمیسیون اصل ۹۰ اعلام دارند. تخلف از این قانون جرم محسوب و متخلف به مجازات حبس از سه ماه تا یک سال و انفصال از خدمات دولتی از شش ماه تا یک سال محکوم خواهد شد و موضوع تخلف در مراجع صالحه قضایی با درخواست کمیسیون قابل رسیدگی است...». مذاقه در موضوع و نوع مجازات یادشده در این قانون به‌خوبی گویای این نکته است که فرد و عضوی از قوای سه‌گانه نیز به منزله جزئی از کل می‌تواند طرف خوانده شکایت در کمیسیون اصل ۹۰ واقع شود.

۳-۲-۳. ادله تفسیر مضیق

از جمله دلایل مطرح در این تفسیر سخنان دکتر ضیائی، از اعضای مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، است که در جریان این اصل تصریح می‌کند: «در این مورد از طرز کار نمایندگان و قوه مجریه و قوه قضاییه دارند شکایت می‌کنند. شکایت برای عموم است از عموم.» (اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴: ۹۳۹). همچنین سخنان دکتر حبیبی، وزیر وقت دادگستری، در جلسه ۳۲۱ دوره دوم مجلس شورای اسلامی مؤید همین برداشت است که فرد و عضو یک قوه نمی‌تواند مدعی علیه شکایت موضوع اصل ۹۰ باشد. وی در این جلسه می‌گوید: «عنایت بفرمایید که ما یک مشکلی را در طی سال‌های گذشته داشته‌ایم که قوه مجریه با فرد فرد افراد تخلیط و اشتباه شده است. یعنی یک کارمند ساده را به عنوان قوه مجریه تلقی کرده‌اند. یک نماینده مجلس را قوه مقننه تلقی کرده‌اند. و در دستگاه قضایی الی‌ماشاءالله وقتی که یک مطلبی را به یک بازپرس یا دادیاری ارجاع شده و او مثلاً حتی خلاف مقررات و قوانین یک نظری داده است گفته‌اند مطلب را به قوه قضاییه بردیم و آنجا هم اشتباه کردند و اشکال گرفتند. در صورتی که در اصول متعدد قانون اساسی اصل ۶۰ در مورد تعریف قوه مجریه، اصل ۶۱ در مورد تعریف قوه قضاییه، و اصل ۵۸ در تعریف قوه مقننه تصریح می‌کنند که این کل و این مجموعه قوه مجریه و قوه قضاییه و قوه مقننه هستند نه یک فرد معین و نه حتی رؤسایی که در رأس این سه قوه قرار گرفته‌اند، آن قوه نیستند و تجسم و تجسد آن قوه نیستند، شورای عالی قضایی (سابق) تجسم و تجسد قوه قضاییه نیست...».

اما چنین برداشتی که مراد از طرز کار صرفاً کلیت قوا است و اعضای آن را شامل نمی‌شود بسیار بعید به نظر می‌رسد. زیرا با ادله سه‌گانه پیش‌گفته^۱ مغایرت دارد. همچنین از مجموع

سخنان اعضای مجلس خبرگان قانون اساسی چنین برداشت می‌شود که شمول اصطلاح «طرز کار قوای سه‌گانه» نسبت به طرز کار هر یک از قوای یادشده و طرز کار اجزا و زیرمجموعه‌های هر یک از قوای سه‌گانه با روح قانون اساسی مطابق‌تر است و تدوین‌کنندگان قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز با پیروی از این نظر اصل ۹۰ را تصویب کرده‌اند (بادامچی، ۱۳۷۶: ۶۹).

۳-۴. بررسی لزوم یا عدم لزوم عموم در «خواهان» شکایت

همچون مسائل پیشین، می‌توان از تفسیر مضیق و موسع طرز کار به ترتیب لزوم و عدم لزوم عموم در طرف خوانده را نتیجه گرفت.

۳-۴-۱. ادله تفسیر موسع

همان‌طور که اشاره شد همه ادله سه‌گانه پیشین قابلیت اثبات اطلاق در خواهان را دارد. اما از دیگر ادله مطرح در اثبات اینکه شکایت موضوع اصل ۹۰ محدود به شکایت عموم نیست و فرد نیز می‌تواند به‌تنهایی به مجلس مراجعه کند مفهوم مخالف عبارت ذیل اصل یادشده است که تصریح دارد: «... در مواردی که شکایت به قوه مجریه و یا قوه قضاییه مربوط است رسیدگی و پاسخ کافی از آن‌ها بخواهد و در مدت متناسب نتیجه را اعلام نماید و در موردی که مربوط به عموم باشد به اطلاع عامه برساند». این بدان معناست که اگر نتیجه رسیدگی مجلس به عموم مربوط نباشد، لزومی به اطلاع عامه وجود نخواهد داشت. پس استنباط می‌شود که شکایت فرد که طبعاً ارتباطی با عموم ندارد نیز توسط این اصل به رسمیت شناخته شده است. چون اگر شکایت از طرز کار منحصر در شکایت عموم باشد، ذیل اصل بیهوده و بی‌معنا خواهد بود. نمی‌توان تصور کرد که شکایتی از سوی عموم در مجلس مطرح شود و مجلس نیز بررسی و پیگیری کند؛ اما نتیجه آن مربوط به عموم نباشد (جوکار، ۱۳۹۰: ۶۲).

حاصل آنکه وفق اصل ۹۰ قانون اساسی نتیجه اقدامات مجلس پس از بررسی در موارد فردی «ارائه پاسخ کافی» و در مواردی که مربوط به عموم باشد «اطلاع عامه» است (هاشمی، ۱۳۹۴: ۱۶۸). پس شاکی می‌تواند هم فرد هم عموم باشد.

استدلال یادشده یکی از استدلال‌های ابتدایی در پاسخ به سؤال بیان‌شده است. اما در نقد آن می‌توان گفت که لزوماً عبارت «در موردی که مربوط به عموم باشد به اطلاع عامه برساند» مستلزم و مثبت امکان شکایت فرد از طرز کار قوا نیست. زیرا این امکان وجود دارد که شکایتی از سوی بیش از یک فرد مطرح باشد، اما مربوط به عموم و نیاز به اطلاع عامه نباشد و بنابراین ذیل اصل به منظور خروج چنین موردی از لزوم اطلاع‌رسانی عموم مردم اضافه شده باشد نه اینکه بر گزاره «جواز طرح شکایت از سوی فرد با توجه به امکان مربوط نبودن به

عموم» دلالت کند. مثلاً ممکن است گروهی درباره مسئله‌ای از مسائل مرتبط با امنیت ملی از یکی از دستگاه‌های مربوطه در قوای سه‌گانه به کمیسیون اصل ۹۰ شکایت کنند، اما کمیسیون پس از بررسی، با توجه به ملاحظات امنیتی، نتیجه را به عموم مرتبط نداند. در چنین موردی با وجود اینکه این شکایت از سوی بیش از یک فرد بوده ارتباطی به عموم و نیاز به اطلاع عامه ندارد. بنابراین استدلال یادشده برای اثبات عدم لزوم عموم در طرف خواهان تمام نیست.

دلیل دیگر بر عدم موضوعیت عموم در شکایت از طرز کار قوای سه‌گانه در اصل ۹۰ وجوب امر به معروف و نهی از منکر بر هر مکلفی است که در عرصه حکمرانی نیز مجری و در اصل ۸ قانون اساسی وظیفه همگانی مردم در قبال دولت دانسته شده است؛ بدین معنا که نظارت بر حاکم و کارگزاران حکومت از مصادیق مهم این واجب محسوب می‌شود که اسلام آن را بر عهده تک‌تک مسلمانان نهاده است (ایزدهی، ۱۳۸۷: ۱۵۰). بنابراین، اصل ۹۰ قانون اساسی نیز از ابزارهای اجرایی وظیفه همگانی امر به معروف و نهی از منکر قلمداد می‌شود (طاهری، ۱۳۹۵: ۱۵۵) و فرد بودن یا عموم بودن امر و ناهی موضوعیت ندارد.

استدلال دیگر استناد به صدر اصل ۹۰ است که با کلمه «هر کس» شروع می‌شود و این یعنی هر شخص حقیقی یا حقوقی می‌تواند صاحب شکایت باشد (مدنی، ۱۳۷۰: ۲۷۹). مضاف بر اینکه سخن اخیر آیت‌الله مکارم شیرازی در مشروح مذاکرات این اصل، مبنی بر سابقه دینی دادخواهی فرد در مسجد، نیز در همین زمینه قابل استناد است.

مداقه در پاسخ استعلام کمیسیون اصل ۹۰ از شورای نگهبان نیز مشیر به امکان شکایت فرد است؛ بدین بیان که کمیسیون یادشده در خصوص صلاحیت خود درباره بررسی شکایات افراد در زمینه تخلف مسئولان در رژیم سابق اقدام به سؤال از شورای نگهبان می‌کند. این شورا نیز در تاریخ ۱۳۶۶/۱۰/۲۳ در نظر شماره ۹۹۰۶ خود اشعار می‌دارد: «چنانچه شکایت مربوط به تخلفات مسئولان فعلی در ارتباط با وظایف آنها بعد از انقلاب اسلامی است (مثل اینکه موظف به رسیدگی به شکایت شاکی باشد) قابل طرح و رسیدگی در کمیسیون اصل ۹۰ است». کاربرد واژه «شاکی» بر این نکته دلالت دارد که فرد نیز امکان شکایت انفرادی به کمیسیون اصل ۹۰ را خواهد داشت.

۳-۴-۲. ادله تفسیر مضیق

یکی از ادله سخنان آقای رشیدیان، یکی از اعضای مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، است که به عدم امکان شکایت فرد اشاره دارد. وی تصریح می‌کند: «توجه باید بفرمایید که این مسئله راجع به شکایت یک فرد از دولت نیست، بلکه شکایت مردم از نحوه کار قوای چندگانه است که احتمالاً از طرف مردم شکایتی مطرح می‌شود...» (اداره کل امور فرهنگی و روابط

عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴: ۹۲۸). ضمن اینکه نقل یادشده از دکتر ضیائی که می‌گوید: «در این مورد ... شکایت برای عموم است از عموم» نیز بر همین تفسیر دلالت دارد. اما با توجه به وجود استدلال‌های خلاف این تفسیر از سوی دیگر اعضای مجلس بررسی نهایی قانون اساسی و همچنین ادله سه‌گانه ذیل تفسیر موسع، لزوم انحصار شکایت از سوی عموم و سلب این امکان از فرد نه منطقی به نظر می‌رسد نه از قانون اساسی استنباط می‌شود. ناظر به بیان دکتر ضیائی هم می‌توان گفت که لزوماً اثبات شیء نفی ما عدا نمی‌کند و امکان شکایت عموم نافی امکان شکایت فرد نخواهد بود. در آمبودزمان و نهادهای مشابه در نظام حقوقی دیگر کشورها نیز حق شکایت فرد اغلب مورد پذیرش است. مثلاً در ایالات متحده آمریکا مردم می‌توانند به صورت فردی یا گروهی، با استفاده از «حق دادخواهی یا اعلام شکایت»، مسائل و مشکلات خویش را به همراه پیشنهادهای به نماینده یا نمایندگان خویش ارائه کنند (زارعی، ۱۳۸۴: ۵۳۳).

نتیجه

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل ۹۰، به منظور تأمین حداکثری عدالت و پیشگیری از تضییع حقوق شهروندان و نیل به اهدافی همچون دستیابی حداکثری مظلومان به حقوق خود، اطلاع نمایندگان از امور و اصلاح قوانین مجری، تضمین حسن اجرای قانون و شناسایی سازمان‌های دچار اختلال کارکردی، فراتر از نظام قضایی و شبه‌قضایی معمول، مجلس شورای اسلامی را به منزله مرجع بررسی دادخواهی و شکایات مردم مشخص کرده است. مجلس این صلاحیت را از طریق کمیسیون اصل ۹۰ اعمال می‌کند.

اما ذیل واژه «طرز کار» قوا و گستره شمول آن، که می‌تواند مورد شکایت واقع شود، سؤالاتی مطرح است. به نظر می‌رسد، با توجه به معنای واژه طرز کار و ظهور آن در روش و مستمر بودن اعمال قوا و همچنین خاصیت احترازی بودن اوصاف، شکایاتی که ناظر به امور فاقد وصف روش باشند مشمول رسیدگی اصل یادشده نخواهند بود. این گزاره با استدلال‌هایی همچون اصل تفسیر موسع به نفع ملت، تأمین حداکثری اهداف اصل ۹۰، و حتی رویه عملی کمیسیون نیز قابل خدشه نیست.

در اینکه آیا لزوماً شکایات مشمول این اصل باید از امور کلی باشد یا اینکه امور جزئی نیز قابل شکایت است، علاوه بر دلالت سه استدلال یادشده، با عنایت به متن اصل ۷۲ پیش‌نویس قانون اساسی، می‌توان عدم انحصار این شکایات در امور کلی را نتیجه گرفت. بنابراین هر امر جزئی که حاکی از وجود یک روش باشد قابل شکایت در کمیسیون اصل ۹۰ خواهد بود و ادله قابل طرح برای اثبات انحصار شکایت به امور کلی نیز قابل نقد است.

همچنین توجه به ادله سه‌گانه فوق، مرور صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، مضاف بر تأمل در دیگر اصول قانون اساسی و مواد قوانین عادی کاملاً مشیر به آن است که عمومیت نه در خواهان و نه در خواننده شکایت مشمول اصل ۹۰ قانون اساسی شرط نیست و شکایت فرد از فرد نیز در صلاحیت کمیسیون اصل ۹۰ مجلس شورای اسلامی خواهد بود؛ مشروط بر آنکه مشتکی‌عنه از زیرمجموعه یکی از قوای سه‌گانه باشد و موضوع شکایت بازگشت به روش و طرز کار قوای داشته باشد. ادله‌ای که جهت رد عمومیت در خواننده و خواهان شکایت طرح می‌شود نیز مردود است.

یادداشت‌ها

۱. آموذمان نهادی است که معمولاً با پارلمان در ارتباط بوده و به شکایات شهروندان علیه سوء عملکرد و تخلفات دستگاه‌های دولتی و عمومی رسیدگی می‌کند و نتایج خود را به صورت توصیه‌نامه، گزارش و ... به نهادهای مشخص شده در قانون ارائه می‌دهد. برای مطالعه بیشتر مراجعه شود به: شفیع سردشت، جعفر و علی‌اکبر گرجی از ندریانی (۱۳۹۶)، گونه شناسی نهاد آموذمان: رهیافتی بر بازشناسی آموذمان اصیل، نشریه: پژوهش حقوق عمومی (پژوهش حقوق) (حقوق و سیاست)، شماره ۵۶، ص ۳۸-۵۹ و موسی‌زاده، ابراهیم (۱۳۹۱)، بررسی تطبیقی کمیسیون اصل نود و نهاد آموذمان (نهاد بازرسی و نظارت)، فصلنامه علمی پژوهشی دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۵۸، ص ۱۵۸-۱۸۰ و بهینا، مسیح و امیرحسین صادقی (۱۳۹۹)، کمیسیون اصل نود یا سازمان بازرسی کل کشور؟ مقایسه با نهاد آموذمان (نگاهی به ویژگی‌های حداقلی آموذمان‌ها با تأکید بر آموذمان پارلمانی انگلستان)، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۹۱، ص ۴۲۸-۴۲۱.

۲. ماده ۵: کمیسیون صرفاً به شکایاتی که از روش و طرز کار مجلس یا قوای مجریه و قضائیه باشد رسیدگی می‌نماید.

۳. قابل ملاحظه در لینک مقابل: <https://b2n.ir/x34993>

۴. همچنان‌که در انگلستان نیز، آموذمان پارلمانی به‌عنوان دستیار پارلمان در نظارت، برای رسیدگی به تمامی امور خرد و کلان صالح است. (Wade, Op. Cit. p. 140) همچنین در استرالیا، در پی شکایت یک شهروند علیه شورای شهر Alice، شاکی خواهان رسیدگی به تصمیم شورا مبنی بر تغییر محل پارک اتومبیل بوده و نهاد آموذمان به این موضوع رسیدگی کرده است. به نقل از: حسینی، سیدمحمد و سنا قاسمی (۱۳۹۷)، نظارت قضایی دیوان عدالت اداری و کمیسیون اصل نودم قانون اساسی بر مصوبات شورای انقلاب فرهنگی، فقه، حقوق و علوم جزا، شماره ۷، ص ۱۰.

۵. مرحوم آیت‌الله شاهرودی، رئیس وقت قوه قضائیه در پاسخ به نامه کمیسیون در تاریخ ۱۳۸۰/۷/۸ به قوه قضائیه در خصوص مشکل آقای عباس امیرانتظام در نامه شماره ۱/۸۰۸۶۲۶۶ مورخ ۱۳۸۰/۱۱/۲۲ مرقوم می‌دارند: «باسمه تعالی - کمیسیون ۹۰ حق این قبیل دخالت‌ها را در محاکم قضایی ندارد.»

۶. این اشکال در سخنان اعضای مجلس بررسی نهایی قانون اساسی نیز مشاهده به چشم می‌خورد. مرحوم آیت‌الله موسوی اصفهانی می‌گوید: «در اصل ۱۴۱ که دادگاه اداری مطرح شده است اگر قرار است این دادگاه بر حسن

جریان امور نظارت داشته باشد و به او شکایت بشود، دیگر چه نیازی است که دوباره در این اصل مطلب را می‌آورید؟» شهید بهشتی در پاسخ به این پرسش می‌گوید: «توضیحش این است که مراجعه مردم به نمایندگانشان تا وقتی که یک نظام جدیدی پیش بیاید و این زمینه را ضعیف کند و یاز بین ببرد، حالا حالاها یک امر طبیعی خواهد بود، و اما خواسته‌ایم برای این امر طبیعی که خودبه‌خود پیش می‌آید، طرحی را در نظر گرفته باشیم.»

۷. چنین استدلالی بعضاً در ادوار مختلف قوا و بخصوص قوه قضائیه، مورد استناد مسئولین در جهت اثبات عدم صلاحیت کمیسیون اصل نود برای پیگیری شکایات موردی و جزئی بوده است. محمود شیرج، رئیس نهاد قوه قضائیه با توجه به نظر رئیس قوه قضائیه در رابطه با شکایاتی که علیه قوای سه‌گانه و از جمله قوه قضائیه به کمیسیون می‌رسد، در نامه شماره ۱/۸۰/۲۷۵۷ مورخ ۱۳۸۰/۲/۱۶ خطاب به کمیسیون اصل ۹۰ می‌نویسد: «همان‌طور که اطلاع دارید، موضوع شکایت قابل عرضه کتبی به مجلس شورای اسلامی را اصل نودم قانون اساسی به روشنی مشخص کرده است و آن نمی‌تواند خارج از «طرز کار» یکی از قوا باشد... هرگز نباید مدلول اصل به این روشنی؛ به کیفیتی تعبیر گردد که حسب آن کمیسیون موظف باشد به حقوق و دعاوی افراد یا صحت و سقم احکام قضایی، رسیدگی کند... چنانچه کسی احساس کند که در جریان رسیدگی به امری، حقی از وی تضییع یا آن‌گونه که تصور می‌کند به دلایلش توجه نشده است، قانون در مراحل رسیدگی به اعتراض و تجدیدنظر، این امکان را داده است تا چنانچه مدارکش کافی و صحت و صحت مطالبش احراز شود جبران گردد...»

۸. ماده واحده - کمیسیون اصل ۹۰ می‌تواند با قوای سه‌گانه جمهوری اسلامی و تمام وزارتخانه‌ها و ادارات و سازمانهای وابسته به آنها و بنیادها و نهادهای انقلابی و مؤسساتی که به نحوی از انحاء به یکی از قوای فوق‌الذکر مربوط می‌باشند، مستقیماً مکاتبه یا به آنها مراجعه نماید و برای رسیدگی به شکایاتی کتبی که از طرف مسئولین مربوطه بدون جواب مانده و یا جواب قانع‌کننده بدانها داده نشده و رفع مشکلات توضیح بخواهد و آنها مکلفند در اسرع وقت جواب کافی بدهند.

۹. قابل ملاحظه در لینک مقابل: <https://b2n.ir/x34993>

۱۰. در رویه عملی کمیسیون اصل نود شکایت از شخص رئیس‌جمهور نیز سابقه داشته است.

منابع و مأخذ

الف: کتب و مقالات

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۳۸۶)، کفایة‌الاصول، ج ۱، قم: انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲. اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (۱۳۱۰)، صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهائی قانون اساسی، تهران: روابط عمومی مجلس شورای اسلامی.
۳. امین، سیدحسن (۱۳۸۲)، تاریخ حقوق ایران، تهران: انتشارات دایرة‌المعارف ایران.

۴. ایزدهی، سجاد (۱۳۸۶)، نظارت بر قدرت در فقه سیاسی، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۵. ایمانی، عباس و امیررضا قطمیری (۱۳۸۸)، قانون اساسی در نظام حقوق ایران: پیشینه، آموزه‌ها، قوانین، تهران: انتشارات نامه هستی، نسل نوین.
۶. آذرنوش، آذرتاش (۱۳۹۸)، فرهنگ معاصر عربی - فارسی، تهران: نشر نی.
۷. بادامچی، علی (۱۳۷۶)، کمیسیون اصل نود قانون اساسی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه تهران.
۸. بهینا، مسیح و امیرحسین صادقی (۱۳۹۹)، کمیسیون اصل نود یا سازمان بازرسی کل کشور؟ مقایسه با نهاد آمبودزمان (نگاهی به ویژگی‌های حداقلی آمبودزمان‌ها با تأکید بر آمبودزمان پارلمانی انگلستان)، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۹۱.
۹. حسینی، سیدمحمد و سنا قاسمی (۱۳۹۷)، نظارت قضایی دیوان عدالت اداری و کمیسیون اصل نودم قانون اساسی بر مصوبات شورای انقلاب فرهنگی، فقه، حقوق و علوم جزا، شماره ۷.
۱۰. جوکار، فضل‌الله (۱۳۹۰)، بررسی تطبیقی کمیسیون اصل نود قانون اساسی ج.ا.ا و آمبودزمان پارلمانی انگلستان، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه تهران.
۱۱. دانش‌پژوه، مصطفی (۱۳۹۲)، مقدمه علم حقوق، قم: پژوهشگاه حوزه دانشگاه.
۱۲. راسخ، محمد (۱۳۹۶)، نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی، تهران: نشر دراک.
۱۳. زارعی، محمدحسین (۱۳۸۴)، مطالعه تطبیقی مجالس قانون‌گذاری، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
۱۴. زارعی، محمدحسین (۱۳۸۹)، نقش کمیسیون‌های داخلی در نظارت پارلمانی، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
۱۵. ساعدوکیل، امیر و پوریا عسکری (۱۳۹۸)، قانون اساسی در نظم حقوقی کنونی، تهران، انتشارات مجد.
۱۶. شفیعی سردشت، جعفر و علی‌اکبر گرجی ازندریانی (۱۳۹۶)، گونه‌شناسی نهاد آمبودزمان: رهیافتی بر بازشناسی آمبودزمان اصیل، نشریه: پژوهش حقوق عمومی (پژوهش حقوق) (حقوق و سیاست)، شماره ۵۶.

۱۷. شیرین کام، فریدون (۱۳۹۳)، کالبدشکافی کمیسیون عرایض در جامعه ایران؛ با نگاهی به کتاب اسناد قم در دوره پهلوی اول (مجلس ششم تا دوازدهم ملی)، اسناد بهارستان دوره جدید بهار و تابستان ۱۳۹۳ شماره ۴.
۱۸. طاهری، محسن (۱۳۹۵)، محشای قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: انتشارات جنگل - جاودانه.
۱۹. طباطبایی، منوچهر (۱۳۹۶)، حقوق اساسی، تهران: نشر میزان.
۲۰. عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۴)، حقوق اساسی تطبیقی: حقوق اساسی کشورهای غربی و کشورهای اسلامی، تهران: نشر میزان.
۲۱. عمید زنجانی، عباسعلی و ابراهیم موسی زاده (۱۳۸۹)، نظارت بر اعمال حکومت و عدالت اداری، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۲۲. عمید زنجانی، عباسعلی و ابراهیم موسی زاده (۱۳۹۰)، دانشنامه فقه سیاسی، چاپ اول، تهران: سازمان انتشارات دانشگاه تهران.
۲۳. عمید، حسن (۱۳۶۳)، فرهنگ عمید، تهران: انتشارات امیرکبیر.
۲۴. کدیور، جمیله (۱۳۸۳)، کمیسیون اصل نود: کارنامه اصل نود در اصل ششم، تهران: انتشارات امید ایرانیان.
۲۵. گرجی ازندریانی، علی اکبر (۱۳۹۴)، دادگاه‌های قانون اساسی، تهران: انتشارات جنگل - جاودانه.
۲۶. مدنی، جلال‌الدین (۱۳۸۰)، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: پایدار.
۲۷. موسی زاده، ابراهیم (۱۳۸۶)، حقوق اداری، تهران: نشر میزان.
۲۸. موسی زاده، ابراهیم (۱۳۹۱)، بررسی تطبیقی کمیسیون اصل نود و نهاد آبودزمان (نهاد بازرسی و نظارت)، فصلنامه علمی پژوهشی دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۵۸، ص ۱۵۸-۱۸۰.
۲۹. نجفی، مرتضی و فرید محسنی (۱۳۸۸)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: انتشارات بین‌المللی الهدی.

۳۰. هاشمی، سیدمحمد (۱۳۹۴)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، ج ۲، تهران: نشر میزان.

31. Wade, W. H. R. "The British Ombudsman: A Lawyer's View".
Administrative Law Review, 1972, 24 (2).

ب: قوانین و مقررات

۱. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
۲. قانون نحوه اجرای اصل نودم قانون اساسی مصوب ۱۳۶۵/۸/۲۵.
۳. ماده واحده قانون اجازه مکاتبه و تحقیق مستقیم به کمیسیون اصل نود با دستگاه‌ها جهت رسیدگی به شکایات مردم مصوب ۱۳۵۹/۱۱/۱ و تبصره الحاقی آن مصوب ۱۳۶۴/۱۰/۲.
۴. قانون آیین نامه داخلی مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۷۸/۷/۱۸.

ج: سایتها

www.lib.ir

References:

A) Books and articles

1. Akhund Khorasani, Mohammad Kazem (2007), Kefaiya al-Asul, Vol. 1, Qom: Publications of Qom Seminary Society of Teachers.
2. The General Department of Cultural Affairs and Public Relations of the Islamic Council (1931), the detailed report of the deliberations of the Council of the Final Review of the Constitution, Tehran: Public Relations of the Islamic Council.
3. Amin, Seyed Hasan (2003), History of Iranian Law, Tehran: Iran Encyclopaedia Publications.
4. Izadehi, Sajjad (2007), Monitoring Power in Political Jurisprudence, Qom: Research Institute of Islamic Sciences and Culture. (In Persian)
5. Imani, Abbas and Amirreza Qatmiri (2009), Constitution in Iran's Legal System: Background, Doctrines, Laws, Tehran: Nameh Hasti Publications, Nasl Novin. (In Persian)
6. Azarnoush, Azartash (2019), Contemporary Arabic-Persian Culture, Tehran: Nei Publishing.
7. Badamchi, Ali (1997), Commission on Article 90 of the Constitution, Master's Thesis of Public Law, University of Tehran. (In Persian)
8. Bahina, Masih and Amirhossein Sadeghi (2020), Commission of Article 90 or State Inspection Organization? Comparison of Two Ombudsman Institutions, with Emphasis on Parliamentary Ombudsman of England, Legal Research Quarterly.
9. Hosseini, Seyed Mohammad and Sana Ghasemi (2018), Judicial supervision of the Court of Administrative Justice and the 9th Article

Commission of the Constitution on the approvals of the Cultural Revolution Council, Jurisprudence, Law and Criminal Sciences.

10. Jokar, Fazlollah (2019), Comparative Study of the Commission on Article Ninety of the Constitution of the Republic of Iran and the British Parliamentary Ombudsman, Tehran University Master's Thesis. (In Persian)

11. Daneshpajoh, Mustafa (2013), Introduction to Law, Qom: University Research Center.

12. Rasakh, Mohammad (2017), Supervision and balance in the constitutional rights system, Tehran: Nash Drak.

13. Zarei, Mohammad Hossein (2005), Comparative Study of Legislative Assemblies, Tehran: Research Center of the Islamic Council.

14. Zarei, Mohammad Hossein (2010), The role of Internal Commissions in Parliamentary Supervision, Tehran: Research Center of the Islamic Council.

15. Saedokil, Amir and Pouria Askari (2019), The Constitution in the Current Legal Order, Tehran, Majd Publications.

16. Shafiei Sardasht, Jafar and Aliakbar Gurji Azandriani (2017), Typology of the Ombudsman Institution: An Approach to Recognizing the Genuine Ombudsman, Publication: Public Law Research (Law and Politics).

17. Shirinkam, Fereydoun (2014), Autopsy of the Complaints Commission in Iranian Society; Looking at the book of documents of Qom in the first Pahlavi period (6th to 12th national parliament), Baharestan documents of the new period of spring and summer 2013, number 4.

18. Taheri, Mohsen (2017), Outline of the Constitution of the Islamic Republic of Iran, Tehran: Jangal-Javadane Publications.

19. Tabatabai, Manouchehr (2017), Fundamental Rights, Tehran: Mizan Publishing.

20. Omid Zanjani, Abbas Ali (2005), Comparative Basic Laws: Basic Laws of Western and Islamic Countries, Tehran: Mizan Publishing.

21. Omid Zanjani, Abbas Ali and Ebrahim Mosizadeh (2010), Monitoring the Government and Administrative Justice, Tehran, Tehran University Press.

22. Omid Zanjani, Abbas Ali and Ebrahim Mouszadeh (2011), Political Jurisprudence Encyclopedia, first edition, Tehran: Tehran University Publishing Organization.

23. Omid, Hassan (1984), Farhang Omid, Tehran: Amirkabir Publications.

24. Kadivar, Jameela (2014), Asl Nod Commission: Record of Asl Nod in Asl 6, Tehran: Omid Iranian Publications.

25. Gurji Azandriani, Aliakbar (2015), Constitutional Courts, Tehran: Jangal-Javadane Publications.

26. Madani, Jalaluddin (2001), Fundamental Rights and Political Institutions of the Islamic Republic of Iran, Tehran: Padayar.

27. Mosizadeh, Ebrahim (2007), Administrative Law, Tehran: Mezan

Publishing.

28. Mousazadeh, Ebrahim (2013), Comparative study of the Ninety Principles Commission and the Abudzaman Institution (Inspection and Monitoring Institution), Scientific Research Quarterly of Judicial Law Perspectives, No. 58.

29. Najafi, Morteza and Farid Mohseni (2009), Fundamental Rights of the Islamic Republic of Iran, Tehran: Al-Hadi International Publications.

30. Hashemi, Seyyed Mohammad (20143), Fundamental Rights of the Islamic Republic of Iran, vol. 2, Tehran: Mizan Publishing.

31. Wade, W. H. R (1972)." The British Ombudsman: A Lawyer's View". Administrative Law Review, 24 (2).

B) Terms and Conditions

1. The Constitution of the Islamic Republic of Iran 1989.

2. Law on how to implement Article 90 of the Constitution approved on 1986.

3. Article 1 of the law allowing correspondence and direct investigation to the Ninth Commission with institutions to handle people's complaints approved on 1981 and its supplementary note approved on 1985.

4. The Law of Internal Regulations of the Islamic Council approved on 1999.

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 شبا: ۰۹ ۰۹۳۰ ۸۱۲۹ ۰۰۱۰ ۰۰۰۰ ۰۱۹۰ IR۸۷

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

پژوهشکده شورای نگهبان، فصلنامه دانش حقوق عمومی

کدپستی: ۱۵۹۷۸۵۶۱۱۳

تلفن: ۰۲۱- ۸۸۵۳۳۴۳۷ فکس: ۰۲۱-۶۴۰۱۴۸۱۷

Analyzing the Term "Performance" in the 90th Article of the Constitution

Reza Mohammadi Karji ^{1*} Alireza Jafarzadeh Bahaabadi ^{2**}

1 -Assistant Professor, Department of Law, Imam Khomeini Educational and Research Institute, Qom, Iran

2- MA. student in Public Law, Faculty of Law, Farabi Campus, University of Tehran, Qom, Iran

Abstract

Article 90 of the Constitution has established the appeal of the people to their representatives, according to which, anyone who has a complaint about the performance of the parliament, the executive or the judiciary, can present it to the Islamic Council. Based on this principle, the 90th principle commission was created, which is obliged to deal with the complaints about the functioning of the three powers. However, the vagueness and generality of the word "methodology" in the aforementioned principle does not give certain limits to the limits of the complaint subject of this principle, due to the necessity or lack of necessity of generality and becoming a method of the complained procedure, as well as the generality or lack of generality of the defendant and the plaintiff. Therefore, the current research has been descriptive and analytical in order to explain the term working method and the limits and loopholes of the complaint subject to Article 90. According to the findings of this research, based on legal and legal evidence, any matter that in some way indicates a continuous method in the three powers, can be complained to in the principle 90 commission, and in this regard there is no difference between general and non-general matters, as well as the defendant and The petitioner does not have an exclusive complaint in the public office, and it will be possible to complain to the responsible person in one of the authorities as long as he returns to the methodical affairs. In general, it can be said that by relying on the meaning of the word "performance", at the same time as confirming the methodical nature of the complaint, the commission of Article 90 of the Constitution is competent to pursue the complaint, and any matter that does not have this description will be outside the scope of the mentioned principle.

Keywords:

Principle 90, commission of principle 90, performance, public, application.

* **Email:** rbnmw@yahoo.com (Corresponding Author)

****Email:** ar.jafarzadeh@ut.ac.ir

Critical Analysis of the Definitions of Law in the Positivist Legal Philosophy

Masaud Almasi ^{1*}

1- Ph.D in Philosophy of Law, Baqir al-Olum University, Qom, Iran

Abstract

Although philosophizing in the concept of law is as old as the history of philosophy and the history of law, the question of what law is, especially in contemporary centuries, has been one of the most central topics of legal philosophy, especially in its positivist tradition. The importance of the philosophy of law is evaluated due to the special role of the law in the socio-political developments of human societies and the transition from traditional rights and religious rights to modern and post-modern laws, because the law is considered a logical and rational tool for the application of the last public will, which itself results from the formation of Governments arise from the same social contract. This research aims to compare the question of the nature of law in the thought of legal philosophers in its positivist tradition and to answer this important question whether with the formation of modern societies and legal modernity it is possible to find an escape from the law and the rule of law or an alternative to it. The findings of this research will show the law and its sovereignty as a clear symbol of the public will resulting from the social contract in the thought of legal philosophers In its positivist tradition, what are the commonalities and differences and the result of this research will show that with the formation of modern societies and legal modernity, no escape or alternative has been provided for the law and the paradigm of law and its rule is still the dominant paradigm.

Keywords:

philosophy of law, concept of law, nature of law, legalism, rule of law.

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

Analyzing the Indicators of Guaranteeing Transparency in the Presidential Elections (Studying the Candidate-Related Aspects)

Mohammad Hassan Bagheri Khouzani ^{1*}, Faramarz Atrian^{2**},
Gholamhossein Masoud ^{3***}

1. Ph.D. Student in Public Law, Faculty of Law, Islamic Studies and Theology, Islamic Azad University, Najaf Abad branch, Najaf Abad, Iran
2. Assistant Professor, Department of Law, Najaf Abad Branch, Islamic Azad University, Najaf Abad, Iran.
3. Assistant Professor of Law Department, Najaf Abad Branch, Islamic Azad University, Najaf Abad, Iran

Abstract

The generalization of transparency as one of the indicators of good governance in all aspects of governance is the essential need of governments. Transparency in the process of holding elections is definitely one of the ways to navigate this path. Based on this, the measurement of transparency in elections can include election candidates on one hand and election observers and administrators on the other hand. Examining the principle of transparency in connection with election candidates can monitor the conditions of being elected, records and positions, implementation plans, property and assets, advertising expenses and election promises. This article proved in a descriptive-analytical way that the laws and regulations of the presidential election did not foresee any mechanism related to clarifying the properties and assets, advertising expenses and electoral promises of the presidential candidates. It is necessary to take into account the mentioned legal loopholes, the Islamic Council, based on the capacity of clauses "4", "5" and "8" of general election policies, should legislate in the aforementioned areas.

Keywords:

transparency, presidential elections, election candidates, general election policies, good governance.

* **Email:** mohamadhasan92@yahoo.com

****Email** atrian.f.1001@gmail.com (Corresponding Author)

*****Email:** Dr.gh.masoud@gmail.com

The Supreme Audit Court's Scope of Discretion in the Legal System of Islamic Republic of Iran

Mohsen Abolhasani^{1*}, Mohammad Javad Rezaeizadeh^{2**}, Vali Rostami^{3***}

1 -Ph.D. Student in Department of Constitutional & international law, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

2 -Assistant Professor, Department of Public Law& International, Faculty of Law& political science, University of Tehran, Tehran, Iran

3- Professor, Department of Public Law& International, Faculty of Law& political science, University of Tehran, Tehran, Iran

Abstract

Although creating independent financial supervisory institutions is accepted in the general legal systems of the world, audit institutions' jurisdiction and powers are determined according to the specific requirements of each legal system. One key point about the duties and powers of the Supreme Court of Audit- which Iran's Constitution provides the basic framework for and defines- is the supervisory discretion of this financial institution. This research seeks to address the scope of the discretion of the court while it monitors, reviews, and controls sources and revenues and expenditures specified in the national budget. This paper, in an analytical way, using library method, suggests that adopting extensive and limited approaches with respect to the discretion of the Court, finds out that the Court's supervision is not limited to what is prescribed in the budget law. The Court is constitutionally mandated to exert its supervision on "all the accounts of ministries, government institutions and companies as well as other organizations that draw, in any way, on the general budget of the country". The third approach- laid out in the Court's bylaw- is about exercising supervision on Public Property. This may be defensible through an extensive interpretation of the Constitution but is against the text of the Constitution which makes it difficult to embrace it.

Keywords

Supreme Audit Court, supervision, financial supervision, budget, public property.

* **Email:** abolhasani70@gmail.com

****Email** rezaeizd@ut.ac.ir (Corresponding Author)

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

An Analysis of the Right to Employment in the Practice of the Guardian Council and its Comparative Study with the Court of Administrative Justice

Nastaran Khorsand Movaghar^{1*}, Seyed Mohammad Hashemi^{2}, Mohsen Mohebbi^{3***} & Saeed Reza Abadi^{4****}**

1- Ph.D. Student of Public Law, Department of Law, Theology and Political Science, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

2- Professor of Public Law, Department of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

3- Assistant Professor of International and Public Law, Department of Law, Theology and Political Science, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

4- Associated Professor of Public Law, Department of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran

Abstract

One of the primary duties of governments is to create and expand the context for personal talent development, enabling individuals to choose a job and get employed. The long history of human life indicates that, personality development is closely linked to the satisfaction of collective and general needs as well as employment and occupational activities. Employment and its subdivisions make up a substantial part of the Constitution of the Islamic Republic of Iran, and related instances are specified and heeded by legislators in numerous sections. The issue of employment is not limited to particular, state-related affairs but rather stressed throughout the body of the Constitution. Nevertheless, despite its significance, it is not an absolute right, and there are exceptions introduced in the constitutional and ordinary laws for this right. Iran's Guardian Council is responsible for the protection of this right through undivided attention to the matter when approving drafts and bills. They also scrutinize occupational rights in inquiries by the Administrative Court of Justice. The analysis of the procedures and theoretical principles adopted by the Guardian Council regarding the issue of employment sheds light on stances against violations of this right. This paper reviewed a number of bills and approvals as well as inquiries analyzed and commented on by the Guardian Council in terms of conflict with the principles of the right to employment to examine the council's attitude and theoretical principles.

Keywords

The right to employment, freedom of employment, the Guardian Council, the Constitution.

* **Email:** khorsand7580@yahoo.com

****Email:** dsmh99@gmail.com (Corresponding Author)

*****Email:** m-mohebi@srbiau.ac.ir

******Email:** s_abadi@sbu.ac.ir

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

Kheirollah Parvin^{1*}, **MohammadMahdi Seyfi**^{2**}

1- Prof., Department of Public Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran

2- Ph.D. Student in Public Law, faculty of law, university of Tehran. Tehran, Iran

Abstract

Lawmaking is a matter of governance and transparency is one of the elements of good governance. Transparency is identified with components, the most important of which is the role of public participation. The greater the public participation in something, the more transparent it is. This paper seeks to describe and explain the transparency in the legislative process of the Islamic Republic of Iran and the Federal Republic of Germany in five steps including: “proposing a bill”, “review commissions”, “deliberation in parliament”, “final decision” and “signing and publishing the law”. In conclusion, the gaps of transparency in the legislative process of the Islamic Republic of Iran recognized in the field of public hearings, the influence of influential groups, and public vetoes. Therefore, increasing the public participation in these fields can improve the transparency of the legislative process of Islamic Republic of Iran.

Keywords

Islamic Republic of Iran, the Federal Republic of Germany, transparency, legislative, public participation.

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

** **Email:** m.seyfi313@gmail.com (Corresponding Author)

A Jurisprudential Reflection on the Public-Law Aspects of Legislation (Socialization and Silence)

Seyyed Mohsen Ghaemi Khargh ^{1*}

1- PhD in Public Law, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabatabai University,
Tehran, Iran

Abstract

expertise and thematics for Shari'a rulings or legislation in the Al-Faragh area can not be considered apart from society and its requirements. Social realities have sometimes been a catalyst for Islamic legislation and sometimes an obstacle to legislation or the implementation of sharia law. However, the jurisprudential attitude to the dimensions of public law and the possibility and extension of attention to the sociability of law, as well as the permission and extension of silence in legislation, as the issue of this paper, is what has put the act of legislation in the test of jurisprudential sociology. And the two strategies advance the necessity of the socialization of the law and the silence of the law (against inflation in legislation). The importance of this descriptive-analytical paper, using a library method is due to the fact that it mainly tries to multiply legislation with an integral view of Sharia, regardless of social contexts, and the necessity of the position of the Islamic Consultative Assembly as a productive and dynamic source of normalization. While the pathology of this process, has achieved a strategy of gradual (sociability of law) and necessity (silence towards legislation and in legislation) based on jurisprudential and legal principles and documents.

Keywords

public law, sociability of law, legislator silence, jurisprudence, Islamic Consultative Assembly.

* **Email:** m.ghaemi313@gmail.com

The Theory of the Choice of Fatwa for Legislation

Hossein Amini Pozveh ^{1*}, Mostafa Mansourian ^{2**}

1- Doctoral student of jurisprudence and judicial law, Al-Mustafa International University, Qom, Iran

2- Assistant Professor, Faculty of Judicial rights, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran

Abstract

The adherence to transparency is one of the important issues in governance. The institutions for constitutional review are also not exempted from the obligation to exercise their powers. However, the degree of adherence by these authorities, especially in the deliberation stage, like some other institutions, needs some points to be considered. This paper, using a descriptive-analytical method, seeks to determine the scope of transparency in the deliberations of the members or judges of the Constitutional review bodies. The deliberation stage is important since the performance of these bodies is crystallized in these deliberations more than anything else. As a result, despite the almost universal acceptance of the principle of confidentiality of deliberations in these authorities, there are the structured ways to make them transparent at different levels. Classically, the transparency has higher levels in common law systems and less in civil law systems. However, many constitutional courts/councils of recent systems have moved towards more transparency in theory and practices.

Keywords

Transparency; multi-member courts; constitutional court; constitutional council; deliberations of the constitutional review bodies.

* **Email:** ho.amini.po@gmail.com (Corresponding Author)

** **Email:** : Mansourian@ujsas.ac.ir

Contents

- **The Extent of Transparency in the Deliberations of Judges/Members of Constitutional Courts and Councils 1**
 - Hossein Amini Pozveh & Mostafa Mansourian
- **A Jurisprudential Reflection on the Public-Law Aspects of Legislation (Socialization and Silence) 25**
 - Seyyed Mohsen Ghaemi Khargh
- **Republic of Iran and the Federal Republic of Germany: A Case Study of Public Participation 49**
 - Kheirollah Parvin & MohammadMahdi Seyfi
- **An Analysis of the Right to Employment in the Practice of the Guardian Council and its Comparative Study with the Court of Administrative Justice..... 75**
 - Nastaran Khorsand Movaghar & Seyed Mohammad Hashemi & Mohsen Mohebbi & Saeed Reza Abadi
- **The Supreme Audit Court's Scope of Discretion in the Legal System of Islamic Republic of Iran 97**
 - Mohsen Abolhasani & Mohammadjavad Rezaeizadeh & Vali Rostami
- **Analyzing the Indicators of Guaranteeing Transparency in the Presidential Elections (Studying the Candidate-Related Aspects) 127**
 - Mohammad Hassan Bagheri Khouzani & Faramarz Atrian & Gholamhossein Masoud
- **Critical Analysis of the Definitions of Law in the Positivist Legal Philosophy 151**
 - Masaud Almasi
- **Analyzing the Term "Performance" in the 90th Article of the Constitution..... 173**
 - Reza Mohammadi Karji & Alireza Jafarzadeh Bahaabadi

In The Name Of Allah the Compassionate the Merciful

Public Law Knowledge Quarterly

Vol. 12, Autumn 2023, No. 41

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