

بررسی نظریه «نظارت انتخاباتی در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران»

سیداحمد مرتضایی*

سیدابراهیم حسینی*

چکیده

براساس اصل نود و نهم قانون اساسی نظارت بر انتخابات بر عهده شورای نگهبان است. درباره‌ی ماهیت این نظارت دیدگاه‌های متفاوتی مطرح شده است؛ برخی ماهیت نظارت را استصوابی و برخی آن را استطلاعی می‌دانند. نظریه‌ی دیگری که در این زمینه مطرح شده است، نظریه «نظارت انتخاباتی» است. بر اساس این نظریه، کاربرد نظارت استصوابی و استطلاعی، هر کدام به تنهایی در حوزه حقوق خصوصی است، ولی نظارت بر انتخابات از مقوله حقوق عمومی است. از این‌رو، ماهیت نظارت شورای نگهبان بر انتخابات، نه استصوابی یا استطلاعی، بلکه «نظارت انتخاباتی» است. در این نوشتار نظریه مذکور با رویکردی فقهی - حقوقی بررسی و نقد می‌شود. براساس یافته‌های این تحقیق، تعریف نویسنده محترم از نظارت استصوابی و انتخابی کامل نیست و نمی‌توان کاربرد نظارت استصوابی و استطلاعی را به حقوق خصوصی منحصر نمود، زیرا ماهیت نظارت با توجه به جایگاه ناظر و استقلال و یا عدم استقلال وی تعیین می‌شود و ماهیت نظارت شورای نگهبان بر انتخابات به ادله متعدد «نظارت استصوابی» است و تفسیر شورای نگهبان نیز مؤید این تحلیل و تفسیر است.

کلید واژه‌ها: نظارت، انتخابات، ماهیت نظارت، استصوابی، استطلاعی، انتخاباتی، حقوق عمومی

* دانش‌آموخته حوزه علمیه قم و کارشناسی ارشد حقوق عمومی مؤسسه امام خمینی(ره)

** عضو هیأت علمی، استادیار مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی(ره)

مقدمه

بر اساس اصل نود و نهم قانون اساسی «شورای نگهبان نظارت بر انتخابات مجلس خبرگان رهبری، ریاست جمهوری، مجلس شورای اسلامی و مراجعه به آراء عمومی و همه‌پرسی را بر عهده دارد». درباره‌ی ماهیت این نظارت سه دیدگاه مهم مطرح شده است. دیدگاه اول نظارت استصوابی است؛ اکثریت صاحب‌نظران و مسؤولان نظام و انقلاب اسلامی معتقدند از اولین انتخابات و در زمان حیات مبارک حضرت امام(ره)، شورای نگهبان این نوع نظارت را اعمال نموده است. بر اساس تفسیر شورای نگهبان «نظارت مذکور در اصل ۹۹ قانون اساسی استصوابی است و شامل تمام مراحل اجرایی انتخابات از جمله تأیید و رد صلاحیت کاندیداها می‌شود» (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۱).

دیدگاه دوم نظارت استطلاعی است؛ تعدادی با مخالفت با تفسیر شورای نگهبان، نظارت استصوابی را مربوط به بعد از رحلت حضرت امام(ره) و ماهیت نظارت شورای نگهبان را استطلاعی می‌دانند.

دیدگاه سوم «نظارت انتخاباتی» است که نویسنده آن معتقد است «با توجه به اینکه «انتخابات» از مقولات مرتبط با حقوق عمومی می‌باشد، نظارت بر فرآیند آن نیز بایستی برگرفته از مفاهیم و اصول حقوق عمومی باشد و نمی‌توان با استفاده از مفاهیم و اصول صرف حقوق خصوصی به تبیین مقولات مرتبط با حقوق عمومی پرداخت. از این‌رو، نظارت‌هایی، چون نظارت استصوابی و نظارت استطلاعی قادر به تبیین و توجیه و پاسخگویی به مسائل مرتبط با انتخابات نبوده و نمی‌توانند برگزاری یک انتخابات سالم، منصفانه، به دور از تقلب و برگرفته از آرای واقعی رأی‌دهندگان را تأمین کنند. لذا در این راستا، «نظارت انتخاباتی» که مجموعه‌ای از نظارت‌های استصوابی، اطلاعی و غیر اینها است، بهترین جایگزین می‌باشد و این نظارت، علاوه بر امر انتخابات، شامل دست‌اندرکاران، کارگزاران و سایر اشخاص مرتبط با انتخابات نیز شده و تمامی مراحل فرآیند انتخابات را دربر می‌گیرد. به همین منظور و با هدف حفظ استقلال هنجاری نهاد ناظر (شورای نگهبان)، باید تشکیلات، سازوکار، قواعد و مقررات مربوط به امر «نظارت بر انتخابات» توسط شورای نگهبان به‌عنوان نهاد ناظر، تهیه و تصویب گردد» (موسی‌زاده، ۱۳۸۷: ۶۳).

دیدگاه‌های اول و دوم توسط افراد مختلفی به‌صورت پراکنده مطرح و نقد و بررسی شده‌است. دیدگاه سوم (نظارت انتخاباتی) توسط نویسنده محترم آن با توضیح بیشتری بیان شده است؛ اما این نظریه نسبت به دو نظریه اول کمتر نقد و بررسی شده است، برای بررسی و نقد نظریه

«نظارت انتخاباتی» این مقاله در شش قسمت سامان یافته است. در قسمت اول مفهوم شناسی نظارت و ناظر به طور مستقل و بدون توجه به «نظارت انتخاباتی» توضیح داده می‌شود. در قسمت دوم مفهوم نظارت انتخاباتی بررسی می‌شود، در قسمت سوم ریشه و اساس نظارت انتخاباتی تبیین می‌شود، بعد از آن در قسمت چهارم تفاوت نظارت انتخاباتی با نظارت‌های استصوابی و اطلاعی ارائه می‌شود، سپس در قسمت پنجم آثار نظارت انتخاباتی بیان می‌شود و در قسمت ششم و پایانی نظارت‌هایی از حقوق عمومی که به گمان نویسنده نظریه سوم، نه استصوابی اند و نه استطلاعی توضیح داده می‌شود.

قسمت اول: مفهوم‌شناسی نظارت

در این قسمت، ابتدا مفهوم لغوی «نظارت» و «ناظر» و بعد از آن مفهوم اصطلاحی آن دو بررسی می‌شود. سپس مفهوم اصطلاحی نظارت «اطلاعی یا استطلاعی» و نظارت «تصویبی یا استصوابی» به دلیل اهمیت و جایگاهی که در این تحقیق دارد، بیان می‌شود.

الف) مفهوم لغوی نظارت و ناظر

مفهوم نظارت و ناظر در زبان فارسی

لغت‌نامه‌ی دهخدا^۱

ناظر (صفت، اسم): نظرکننده، نگرنده، تماشاگر، کنایه از جاسوس و هرکاره، دیدبان، نگهبان.

نظارت (مصدر): مراقبت و در تحت نظر و دیدبانی داشتن کاری.

نظاره‌ی (اسم مصدر): عمل ناظر و مقام ناظر.

فرهنگ فارسی معین^۲

ناظر (nazer): نظرکننده، نگرنده، جاسوس.

نظارت (nazarat) [= ع. نظاره‌ی] (اسم مصدر): عمل ناظر و مقام او، مراقبت در اجرای امور.

نظارت (nezarat) [= ع. نظاره‌ی] (اسم مصدر): زیرکی، فراست. (مصدر متعدی): نظر کردن،

نگریستن. (اسم مصدر): نظر، نگرش.

۱. علی‌اکبر دهخدا، لغت‌نامه، ذیل: «ناظر و نظارت».

۲. محمد معین، فرهنگ فارسی معین، ذیل: «ناظر و نظارت»، ج ۴.

مفهوم نظارت و ناظر در زبان عربی

در زبان عربی واژگان «نَظَر و نظارة»، یعنی بازرسی، رسیدگی، مطالعه‌ی دقیق، تفتیش، بررسی، نظارت، کنترل و مراقبت. واژه‌ی «ناظر» یعنی تماشاگر، ناظر، بازرس، سرپرست، مدیر و مسئول.^۱ «الناظر»، یعنی حافظ و دیدبان و جاسوس. «الناظر: الحافظ.»^۲ «الناظر: العین»^۳ «الناظر» یعنی شخص مورد اعتمادی که حاکم او را برای مراقبت از گروهی می‌فرستد. الناظر: الامین الذي یبعثه السلطان إلی جماعه ی قریه ی لیستبری أمرهم.^۴

ب) مفهوم اصطلاحی نظارت و ناظر

برای تبیین معنا و مفهوم اصطلاحی نظارت و ناظر، ابتدا تعریف نظارت، و پس از آن تعریف ناظر بررسی می‌شود.

تعریف نظارت

درباره‌ی نظارت تعریف‌های مختلفی (در حقوق، مدیریت و...) ارائه شده است. ابتدا برخی از این تعریف‌ها نقل، و سپس تعریف مورد نظر ارائه می‌شود:

۱. «نظارت به مجموعه‌ی عملیاتی گفته می‌شود که طی آن میزان تطابق عملکرد اشخاص با قوانین و مقررات سنجیده شده، تا از این طریق نسبت به مطابقت نتایج عملکرد با هدف‌های مطلوب اطمینان حاصل شود»^۵؛

۲. «نظارت به مشاهده و بررسی مستمر، به منظور کنترل و هدایت فعالیت اعضا و سازمان‌ها و یگان‌های تابعه در اجرای صحیح خط‌مشی‌ها، طرح‌ها و برنامه‌های ابلاغی اطلاق می‌گردد» (شیخی،^۶؛

۳. «وظیفه‌ی نظارت، بررسی و ممیزی و ارزشیابی کارهای انجام‌شده یا در حین انجام و انطباق آنها با تصمیمات اتخاذشده و همچنین با قانون و مقررات در جهت جلوگیری از انحرافات اجرایی است» (قاضی، ۱۳۸۳: ۳۱۵)؛

۱. آذرتاش آذرنوش، فرهنگ معاصر عربی - فارسی، ذیل: «نَظَر».

۲. اسماعیل بن حماد جوهری، الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیة، ج ۲، ص ۸۳۱؛ محمدبن مکرم ابن منظور، لسان العرب، ج ۵، ص ۲۱۸؛ محمدبن ابی بکر زین‌الدین رازی (رازی)، مختار الصحاح، ص ۳۴۱.

۳. محمدبن محمد مرتضی زبیدی، تاج العروس من جواهر القاموس، ج ۷، ص ۵۳۸.

۴. همان، ص ۵۷۶.

۵. محسن ملک افضل‌ی اردکانی، نظارت و نهادهای نظارتی، ص ۲۲.

۶. علی‌اصغر محسن شیخی، نظارت و بازرسی، ص ۲۴؛ به نقل از: علی محمدی، نظارت درون‌سازمانی در اسلام، ص ۷.

۴. بنا بر یک تعریف کلی که بسیاری نیز آن را نقل کرده‌اند، نظارت یعنی «مقایسه‌ی هست‌ها با بایدها، موجودها با مطلوب‌ها، عملکردها با پیش‌بینی‌ها و اهداف»؛
۵. براساس نظر استیفن رایینز، کنترل و نظارت عبارت است از: «فرایند تحت نظر قرار دادن فعالیت‌ها به منظور حصول اطمینان از اینکه آنها همان‌گونه که برنامه‌ریزی شده‌اند، انجام می‌شوند، و اصلاح انحرافات قابل ملاحظه و مهم».^۱

تعریف مورد نظر

بدون توجه به گستره‌ی نظارت، اعم از پیشینی و پسینی، یعنی شرایط و عملکرد اشخاص، و بدون توجه و تصریح به نوع نظارت یا راهکارها، اهداف، نتایج و اقدامات نظارتی که در برخی تعریف‌ها آمده است، می‌توان دو تعریف عام و خاص از ماهیت نظارت ارائه کرد:

۱. نظارت به‌طور عام (که شامل انواع مختلف نظارت می‌شود)، یعنی «فرایند بررسی اجرای صحیح قانون (الهی یا بشری)»؛
۲. نظارت به‌طور خاص (تعریف نظارت متناسب با موضوع نظارت) یعنی:
نخست، فرایند بررسی صحت مصوبات و اقدام متناسب با آن (نظارت بر قانون‌گذاری)؛
دوم، فرایند بررسی وجود و عدم شرایط و صلاحیت اشخاص و اقدام متناسب با آن (نظارت بر گزینش و انتخاب کارگزاران)؛
سوم، فرایند بررسی عملکرد اشخاص و مقایسه‌ی عملکردها با قانون و اهداف تعیین‌شده و اقدام متناسب با آن (نظارت بر عملکرد).^۲

تعریف ناظر

درباره‌ی ناظر نیز تعریف‌های مشابهی وجود دارد:

۱. «ناظر در لغت به معنی نگاه‌کننده است. در اصطلاح به شخصی گویند که عمل یا اعمال نماینده‌ی شخص یا اشخاصی را مورد توجه قرار داده، و صحت و سقم آن عمل یا اعمال را به مقیاس معینی که معهود است می‌سنجد و برای این کار اختیار قانونی داشته باشد (مستفاد از ماده‌ی ۴۲۸ قانون تجارت)»^۳؛

۱. علی‌آقا پیروز و دیگران، مدیریت در اسلام، ص ۲۶۶، به نقل از:

Stoner James & Edward Freeman, *Management*, p. 600.

۲ سیداحمد مرتضایی، نظارت استصوابی یا استتلاعی (بررسی فقهی-حقوقی نظارت شورای نگهبان بر انتخابات)، ص ۴۴.

۳. محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوقی، ش ۵۶۸۲، ص ۷۰۶.

۲. «ناظر (مدنی) در لغت به معنی نگاه‌کننده و نگران است. در اصطلاح کسی را گویند که بر کار دیگری (مانند متولی موقوفه یا وصی یا وکیل یا قیم و غیره) نظارت می‌کند تا عمل صحیحاً صورت گیرد»^۱.

تعریف مورد نظر

با توجه به تعریف ارائه‌شده از نظارت، در تعریف ناظر به معنای عام می‌توان گفت: ناظر شخص حقیقی یا حقوقی است که «فرایند بررسی اجرای صحیح قانون (الهی یا بشری)» را برعهده دارد.^۲

ج) مفهوم‌شناسی انواع نظارت

نظارت انواع متفاوتی دارد؛ اما با توجه به حدود اختیارات ناظر و جایگاه آن، دو نوع نظارت، و به تبع آن دو نوع ناظر وجود دارد: نظارت «اطلاعی یا استطلاعی» و نظارت «تصویبی یا استصوابی».

تعریف نظارت استطلاعی

درباره‌ی نظارت اطلاعی یا استطلاعی تعریف‌های مشابهی ارائه شده است:

۱. نظارت اطلاعی، و آن آگاه شدن بر امور مربوطه به موقوفه از عایدات و مصارف آن می‌باشد، و بدین جهت متولی باید عملیات خود را به اطلاع ناظر برساند؛ ولی لازم نیست که در امور موقوفه با او شور نماید و تصمیم مشترک اتخاذ کنند، و هرگاه ناظر امری را که متولی انجام داده است برخلاف ترتیب معینه در وقف‌نامه بداند، می‌تواند آن را اعلام دارد، و در صورتی که متولی تسلیم نگردید، ناظر می‌تواند به دادگاه مراجعه، و متولی را وادار به متابعت از مندرجات وقف‌نامه بنماید، و هرگاه خسارتی از عمل متولی متوجه موقوفه یا موقوف‌علیهم گردیده، متولی مسئول آن خواهد بود؛^۳

۲. «نظارت اطلاعی در موردی است که اعمال متولی تنها به اطلاع ناظر می‌رسد، تا اگر خیانت یا تقصیر و ناتوانی مشاهده کند، به مقام‌های عمومی اعلام دارد»؛^۴

۱. محمدجعفر جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۵، ش ۱۳۸۲۱، ص ۳۶۰۳.

۲. سیداحمد مرتضایی، نظارت استصوابی یا استطلاعی (بررسی فقهی-حقوقی نظارت شورای نگهبان بر انتخابات)، ص ۴۵.

۳. سیدحسین امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۸۴.

۴. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی: عقود معین، ج ۳، ص ۲۴۱.

۳. «نظارت اطلاعاتی مراقبت داشتن ناظر بر اعمال متولی است در امور وقف؛ بدین صورت که از اقدام متولی آگاه گردد؛ ولیکن تصویب اعمال متولی از طرف ناظر لازم نیست»^۱.

تعریف مورد نظر

با توجه به تعریف‌های ارائه شده از نظارت و انواع آن می‌توان گفت: نظارت اطلاعاتی یا استطلاعی، یعنی کسب اطلاع و آگاهی ناظر از صلاحیت، مصوبات یا عملکرد اشخاص، بدون نیاز به تأیید و تصویب، و اطلاع و گزارش ناظر به مرجع ذی صلاح مافوق.^۲ در نظارت استطلاعی، ناظر براساس قانون یا قرارداد معین، بدون حق دخالت در تصمیم‌گیری و اجرا بر مجری (نماینده، متولی) نظارت می‌کند. این ناظر، مرجع نهایی نیست و مرجع مافوقی دارد؛ بنابراین مجری دارای قدرت تصمیم‌گیری مستقل از ناظر و اختیار تام است؛ یعنی اقدامات او به تصویب و موافقت ناظر نیازی ندارد و در صورت دستور و صدور حکم ناظر، اطاعت از او لازم نیست؛ ولی باید عملکرد خود را به اطلاع ناظر برساند. از این رو اعمال حقوقی مجری بدون موافقت ناظر می‌تواند معتبر و نافذ باشد. ناظر، در صورت نداشتن صلاحیت، تخلف و یا ضعف و ناتوانی مجری، به مراجع تعیین شده (مقام ذی صلاح مافوق) اطلاع و گزارش می‌دهد یا در صورت لزوم درخواست تغییر، یا اقدام به شکایت می‌کند.

نظارت اطلاعاتی یا استطلاعی در موارد مختلفی از قانون اساسی و قوانین عادی آمده است. با توجه به تعریف و مشخصات این نظارت، نظارت «سازمان بازرسی کل کشور» نظارتی استطلاعی است؛ زیرا این سازمان، نتایج بازرسی‌های خود را به مراکز مربوط، مانند مراجع قضایی و دیوان عدالت اداری می‌فرستد. براساس اصل یک‌صد و هفتاد و چهارم، «براساس حق نظارت قوه قضائیه نسبت به حسن جریان امور و اجرای صحیح قوانین در دستگاه‌های اداری، سازمانی به نام «سازمان بازرسی کل کشور» زیر نظر رئیس قوه قضائیه تشکیل می‌گردد. حدود اختیارات و وظایف این سازمان را قانون تعیین می‌کند».

تعریف ناظر اطلاعاتی

با توجه به تعریف ارائه شده از نظارت اطلاعاتی یا استطلاعی، تعریف ناظر اطلاعاتی مشخص می‌شود؛ زیرا ناظر اطلاعاتی ناظری است که با نظارت اطلاعاتی نظارت می‌کند و در واقع، فاعل

۱. محمد معین، فرهنگ فارسی معین، ذیل: «نظارت»، ج ۴.

۲. سیداحمد مرتضایی، نظارت استصوابی یا استطلاعی (بررسی فقهی-حقوقی نظارت شورای نگهبان بر انتخابات)، ص ۴۷.

نظارت اطلاعاتی و استطلاعی است؛ به عبارت دیگر، ناظر اطلاعاتی، یعنی شخصی که از صلاحیت، مصوبات یا عملکرد اشخاص اطلاع کسب می‌کند و بدون نیاز به تأیید و تصویب، به مرجع ذیصلاح مافوق اطلاع و گزارش می‌دهد.

در این باره نیز تعریف‌هایی ارائه شده است:

۱. «ناظر اطلاعاتی (مدنی) ناظری است که اعمال نماینده باید با اطلاع او باشد و عدم تصویب او خدشه به عمل نماینده وارد نمی‌کند (ماده‌ی ۷۸ قانون مدنی) و می‌تواند از طریق اعلام تخلف کسی که ناظر بر اوست به دادگاه نظارت خود را کاملاً عملی سازد»^۱
۲. «ناظر اطلاعاتی (مدنی) ناظری است که اعمال نماینده (وکیل، ولی، وصی، قیم) باید به آگاهی او برسد و مخالفت با نظر او امکان دارد»^۲
۳. «ناظر اطلاعاتی: اگر متولی را ملزم کرده باشند که امور وقف را به نظر و اطلاع ناظر برساند، ناظر را ناظر اطلاعاتی نامند»^۳.

تعریف نظارت استصوابی

در مورد نظارت استصوابی نیز تعریف‌های مشابهی ارائه شده است:

۱. نظارت استصوابی، و آن اظهار نظر در امور مربوطه‌ی به موقوفه قبل از انجام آن می‌باشد؛ بنابراین در صورتی که موقوفه ناظر استصوابی داشته باشد، متولی باید قبل از اقدام به هر عملی در امور موقوفه جلب نظر ناظر را بنماید و در صورت موافقت و تصویب ناظر، متولی آن را انجام خواهد داد و متولی بدون تصویب ناظر نمی‌تواند اقدام به امری بنماید. ناظر استصوابی مانند متولی است و در اخذ کلیه‌ی تصمیمات با متولی شریک خواهد بود؛ ولی اجرای آن تصمیمات منحصراً با متولی می‌باشد؛^۴
۲. نظارت استصوابی که گاه به عنوان «نظارت کامل» نیز به کار می‌رود (بند ۲ ماده‌ی ۱ قانون اوقاف)، در جایی است که اعمال متولی بایستی به تصویب ناظر برسد، بدون اینکه او بتواند پیشنهادکننده و مقدم باشد؛ به عنوان تمثیل، می‌توان گفت ناظر اطلاعاتی مانند بازرس شرکت‌ها و مؤسسه‌ها و ناظر استصوابی به منزله‌ی عضو هیئت‌مدیره است، در برابر مدیرعامل (متولی)؛^۵

۱. محمدجعفر جعفری لنگرودی، *ترمینولوژی حقوق*، ش ۵۶۸۴، ص ۷۰۷.

۲. محمدجعفر جعفری لنگرودی، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، ش ۱۳۸۲۳، ص ۳۶۰۴.

۳. محمد معین، *فرهنگ فارسی معین*، ذیل: «ناظر»، ج ۴.

۴. سیدحسن امامی، *حقوق مدنی*، ج ۱، ص ۸۵.

۵. ناصر کاتوزیان، *حقوق مدنی: عقود معین*، ج ۳، ص ۲۴۱.

۳. «نظارت استصوابی: مراقبت داشتن ناظر بر اقدامات متولی و تصویب کردن اعمال وی پیش از اجرای آن؛ بدین صورت که متولی پیش از اقدام به هر عملی با ناظر مشورت می‌کند و در صورت موافقت وی عمل می‌نماید، و متولی بدون موافقت ناظر نباید به هیچ کاری اقدام کند»^۱.

تعریف مورد نظر

با توجه به تعریف ارائه شده از نظارت و انواع آن می‌توان گفت: نظارت استصوابی، یعنی افزون بر کسب اطلاع و آگاهی، صلاحیت، مصوبات یا عملکرد اشخاص باید به تأیید و تصویب ناظر برسد.^۲

در نظارت استصوابی، ناظر براساس قانون یا قرارداد معین، با حق تصمیم‌گیری نهایی، بر مجری (نماینده، متولی) نظارت می‌کند. در این نظارت مرجع مافوقی وجود ندارد و همین ناظر، مرجع نهایی است؛ بنابراین، مجری قدرت تصمیم‌گیری مستقل از ناظر و اختیار تام ندارد؛ یعنی اقدامات او نیازمند تصویب و موافقت ناظر است و در صورت دستور و صدور حکم ناظر، اطاعت از او لازم است. از این رو تأیید و تصویب ناظر شرط صحت و اعتبار حقوقی صلاحیت، مصوبات و عملکرد مجری است و بدون تصویب ناظر، فاقد مشروعیت، اعتبار قانونی و ضمانت اجراست.

نظارت استصوابی نیز در مواد مختلفی از قانون اساسی و قوانین عادی وجود دارد. با توجه به تعریف و مشخصات این نظارت، افزون بر نظارت شورای نگهبان بر قوانین و انتخابات، نظارت «دیوان عالی کشور» نیز در موارد تصمیم‌گیری نهایی، نظارتی استصوابی است. براساس اصل یک‌صد و شصت و یکم، «دیوان عالی کشور به منظور نظارت بر اجرای صحیح قوانین در محاکم و ایجاد وحدت رویه قضایی و انجام مسئولیت‌هایی که طبق قانون به آن محول می‌شود، براساس ضوابطی که رئیس قوه قضائیه تعیین می‌کند، تشکیل می‌گردد».

تعریف ناظر استصوابی

با توجه به تعریف ارائه شده از نظارت استصوابی، تعریف ناظر استصوابی نیز همانند ناظر استطلاعی مشخص است؛ زیرا ناظر استصوابی ناظری است که با نظارت استصوابی نظارت می‌کند و در واقع فاعل نظارت استصوابی است؛ به عبارت دیگر، ناظر استصوابی، یعنی شخصی که افزون بر کسب اطلاع و آگاهی، صلاحیت، مصوبات یا عملکرد اشخاص باید به تأیید و تصویب او برسد. در این باره نیز تعریف‌هایی ارائه شده است:

۱. محمد معین، فرهنگ فارسی معین، ج ۴، ذیل: «نظارت».

۲. سیداحمد مرتضایی، نظارت استصوابی یا استطلاعی (بررسی فقهی-حقوقی نظارت شورای نگهبان بر انتخابات)، ص ۴۹.

۱. «ناظر استصوابی (مدنی) ناظری است که جلب نظر او در مورد نظارت ضرورت دارد و مخالف نظر او اگر کاری صورت گیرد، اعتبار قانونی ندارد»^۱؛
۲. «ناظر استصوابی: اگر واقف کارهای متولی را در موقوفه منوط به تصویب و امضای ناظر کرده باشد، این گونه ناظر را ناظر استصوابی می‌گویند»^۲.

قسمت دوم: مفهوم نظارت انتخاباتی

نویسنده مقاله «نظارت انتخاباتی» در تبیین مفهوم نظارت انتخاباتی می‌گوید: «انتخابات از مفاهیم بسیار اساسی در حقوق عمومی می‌باشد، به عبارت دیگر، اجزا، عناصر و روند شکل‌گیری آن در بطن حقوق عمومی، نضج گرفته است. پس مفاهیم، واژه‌ها و اصطلاحات رایج در حقوق خصوصی، توان و ظرفیت تبیین آن را ندارند ... کاربرد اصل نظارت استصوابی و استطلاعی، هر کدام به تنهایی در حوزه حقوق خصوصی است، ولی نظارت بر انتخابات از مقوله حقوق عمومی است. [این دیدگاه را برخی دیگر نیز مطرح کرده اند]^۳... بنابراین، نظارت انتخاباتی مفهومی از مفاهیم حقوق عمومی و مشتمل بر نظارت استصوابی و اطلاعی و غیر آن دو نیز بوده و فرآیندی است که طی آن مرجع ناظر، با هدف تحقق‌گزینشی آزاد و منصفانه و به‌منظور صیانت از آرای ملت و حفاظت از حق بنیادین تعیین سرنوشت افراد و تأمین رقابت سالم انتخاباتی و پاسداری از حقوق نامزدها و شرایط مقرر در قوانین انتخاباتی، بر عملکرد مجریان و دست‌اندرکاران مدیریت انتخاباتی از نقطه‌ی آغازین تا پایان آن و شکل‌گیری مراجع قدرت و انتقال و مهار آن، اعمال می‌نماید»^۴.

۱. محمدجعفر جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ش ۱۳۸۲۲، ص ۳۶۰۴.

۲. محمد معین، فرهنگ فارسی معین، ج ۴، ذیل: «ناظر».

۳ «استصوابی یا اطلاعی بودن نظارت در حوزه‌ی حقوق خصوصی محل طرح دارد که مرتبط با روابط حقوقی مردم با یکدیگر است. حال آنکه مقوله‌ی نظارت بر انتخابات در حوزه‌ی حقوق عمومی محل طرح دارد که مرتبط با روابط دولت و مردم است» شریف محمد، «نگرشی حقوقی به مقوله‌ی نظارت استصوابی»، نظارت استصوابی، چ ۱، تهران: نشر افکار، ۱۳۷۸، ص ۲۲. و «سابقه‌ی مباحث مربوط به استصوابی و اطلاعی بودن نظارت در فقه یا حقوق موضوعه‌ی ایران (تا قبل از تفسیر اصل ۹۹) به حوزه‌ی حقوق خصوصی باز می‌گردد». علینقی، امیر حسین، نظارت بر انتخابات و تشخیص صلاحیت داوطلبان، بحثی حقوقی پیرامون نظارت استصوابی و قانون انتخابات، چ ۱، تهران: نشر نی، ۱۳۷۸، صص ۴۸ - ۵۰.

۴ موسی زاده، پیشین، صص ۸۲ و ۸۳.

نقد و بررسی

۱. ادعای نویسنده محترم مبنی بر «کاربرد اصل نظارت استصوابی و استطلاعی، در حوزه حقوق خصوصی» حداقل با دو عبارت خودشان تناقض دارد؛ زیرا علی رغم این که نظارت استصوابی و استطلاعی را از مفاهیم و اصطلاحات حقوق خصوصی می‌داند، ولی تعریف مورد نظر را شامل آن دو و غیر آن دو می‌داند و می‌گوید «نظارت انتخاباتی مفهومی از مفاهیم حقوق عمومی و مشتمل بر نظارت استصوابی و اطلاعی و غیر آن دو نیز بوده ...»^۱ و در جای دیگری نیز می‌گوید: «چون نظارت شورای نگهبان در اصل نود و نهم (۹۹) قانون اساسی مطلق آمده است. لذا اطلاق، شامل تمام انواع نظارت (اعم از استصوابی و استطلاعی) می‌شود».^۲
۲. در تعریف «نظارت انتخاباتی»، اهداف نظارت بیان شده است، ولی این اهداف از اصطلاح «نظارت انتخاباتی» قابل برداشت نیست و در صورت ادعای ارائه تعریف و تأسیس یک اصطلاح جدید با اهداف و ویژگی‌های مذکور، می‌توان گفت این اهداف و ویژگی‌ها اختصاصی به این تعریف ندارد. تنها نظارت استصوابی تأمین کننده سلامت انتخابات و اهداف نظارت است، زیرا استصوابی به معنای تصویب و تأیید است و فقط انتخابات سالم تأیید می‌شود. به عبارت دیگر تضمین کامل یا حداکثری این اهداف با نظارت استصوابی امکانپذیر خواهد بود. علاوه بر این، اصطلاحات، اعتباری و جعلی و قراردادی هستند و برای هر معنایی با رعایت تناسب وضع می‌شوند به همان معنا دلالت دارند، اما جعل اصطلاح جدید باید مزیت و رجحانی نسبت به اصطلاح سابق داشته باشد و تغییر اسم مشکلی را حل نمی‌کند.
۳. برخی قیود تعریف مانند «مهار آن [قدرت]» که در پایان تعریف آمده است، هیچ ارتباطی به شورای نگهبان ندارد و شورای نگهبان بعد از انتقال قدرت و اتمام انتخابات بر عملکردها نظارت نمی‌کند و مهار قدرت، وظیفه نهادهای دیگری همچون مجلس شورای اسلامی است. می‌توان گفت انتقال سالم قدرت به وجه احسن آن با نظارت استصوابی امکانپذیر خواهد بود.
۴. «نظارت انتخاباتی»، یعنی نظارت بر انتخابات و در واقع انتخابات متعلق و موضوع نظارت است، نه نوع آن و «نظارت انتخاباتی» از بیان ماهیت فقهی حقوقی نظارت بی‌بهره است، حداکثر می‌توان نظارت انتخاباتی را یک قسم از اقسام نظارت محسوب نمود، ولی هر قسم از اقسام نظارت می‌تواند دو نوع یا دو مرحله (نظارت استصوابی و استطلاعی) داشته باشد و شاید به همین دلیل

۱ موسی زاده، پیشین، ص ۸۳.

۲ همان، ص ۸۳ و ۸۴.

نویسنده محترم نظارت انتخاباتی را مشتمل بر «نظارت استصوابی و اطلاعی و غیر آن دو» می‌داند.

۵. نظارت و همچنین نظارت استطلاعی و استصوابی از الفاظ مشترک هستند و در علوم مختلف کاربرد دارند و در مشترک لفظی، هر لفظی در هر علم معنای خاصی دارد نه اینکه کاربرد نداشته باشد. واژه‌ی نظارت نیز در حقوق خصوصی استعمال شده است و کاربرد دارد، اگر بنا بر عدم استفاده از واژگان و اصطلاحات حقوق خصوصی باشد، در حقوق عمومی از واژه نظارت هم نباید استفاده شود. ولی استفاده از یک اصطلاح در یک رشته یا حوزه علمی مانع استفاده و کاربرد آن در رشته یا حوزه علمی دیگر به همان معنا یا معنای دیگر نمی‌شود.

۶. «استصوابی و استطلاعی بودن نظارت» اختصاص به حقوق خصوصی ندارد، زیرا نوع نظارت در حقوق عمومی نیز استصوابی و یا استطلاعی است و در اصول متفاوتی از قانون اساسی نظارت ذکر شده است و نوع نظارت به تناسب جایگاه ناظر، نظارت استصوابی و یا استطلاعی است. نویسنده نیز می‌گوید: «هر یک از شقوق نظارتی فوق [پارلمانی، سیاسی، قضایی، مالی، اداری و...] در بطن خود می‌تواند هم استصوابی باشد و هم استطلاعی»^۱. علاوه بر این نظارت استصوابی در حقوق عمومی نسبت به حقوق خصوصی، از ضرورت بیشتری برخوردار است؛ زیرا در حقوق عمومی منافع تمام جامعه مورد نظر است و ناظر برای حفاظت از منافع و حقوق تمام افراد جامعه اعمال نظارت می‌نماید و این نظارت مهم بدون نظارت استصوابی محقق نمی‌شود.

۷. مرز میان حقوق عمومی و حقوق خصوصی، یک مرز ثابت نیست و این مرزبندی و تقسیم‌بندی هیچ‌گونه منشا حقیقی و شرعی ندارد. تعیین حد و مرز میان رشته‌های حقوقی و تقسیم آن‌ها به عمومی و خصوصی با گسترش بیش از پیش دخالت دولت‌ها با چالش جدی روبرو شده است، به نحوی که دولت در اکثر حوزه‌های حقوقی دخالت دارد و برخی رشته‌ها مانند حقوق کار^۲ که زمانی در زمره حقوق خصوصی به شمار می‌رفتند، اکنون از رشته‌های حقوق عمومی محسوب می‌شوند، بنابراین نمی‌توان گفت هیچ‌گونه ارتباطی بین آن‌ها وجود ندارد. به عبارت دیگر مرز میان حقوق عمومی و حقوق خصوصی، متغیر است؛ بسیاری از مسائل به مرور زمان از حوزه حقوق خصوصی خارج و به حوزه حقوق عمومی وارد می‌شوند.

۸. یکی از موارد مهم و باسابقه‌ای که نظارت استصوابی و استطلاعی در آن وجود دارد، وقف و موقوفات است. وقف اختصاصی به حقوق خصوصی ندارد؛ زیرا هم وقف برای منافع عمومی انجام

۱ همان، پاورقی ص ۶۸، ش ۲.

۲ کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، ص ۹۷ - ۹۸

می شود و هم اداره موقوفات با دولتهاست و در برخی کشورها نیز وزارت اوقاف یا سازمان حج و اوقاف و امور خیریه وجود دارد.

کیفیت وقف تابع نظر و شرایط واقف است و ممکن است وقف برای افراد خاص و یا برای عموم مردم باشد؛ به تعبیر شیخ طوسی(ره) در کتاب نهاییه:

«الوقف یجری علی حسب ما یقفه الانسان و یشرط فیہ. فإن وقف علی قوم مخصوصین، کان لهم ذلك، و لیس لغيرهم معهم شیء علی حال. و إن وقف عاماً، کان علی حسب ذلك أيضاً، یجری علی من یتناوله ذلك الاسم.»^۱

یعنی کیفیت وقف براساس نظر واقف و شرایط او است، پس اگر وقف برای قوم و گروه خاصی باشد، این وقف برای آنهاست و در هیچ صورتی غیر از آنها حق در این وقف ندارد و اگر وقف عام باشد، بر همین اساس شامل تمام کسانی می شود که این اسم آنها را در بر می گیرد.

و به تعبیر شیخ انصاری(ره):

«قد الحق بالمسجد... المدارس و القناطر الموقوفه علی الطریقهی المعروفه، ... و الأشجار الموقوفه لانتفاع المارهی، ... و غیر ذلك مما قصد بوقفه الانتفاع العام لجميع الناس أو للمسلمین.»^۲

گاهی الحاق می شود به مسجد؛ ... مدارس و پلهای وقفی در راههای معروف و درختان وقفی برای بهره‌مندی رهگذران ... و امثال اینها از مواردی که وقف آنها به قصد و نیت انتفاع عمومی، برای تمام مردم یا تمام مسلمین است.

قسمت سوم: ریشه و اساس نظارت انتخاباتی

نویسنده در بیان ریشه و اساس نظارت انتخاباتی می گوید:

«ریشه و اساس نظارت انتخاباتی، قانون اساسی، به‌ویژه اصل نود و نهم (۹۹) آن قانون می باشد. به این معنا که قانونگذار قانون اساسی، تعیین شرایط و کیفیت نظارت بر انتخابات را بر عهده شورای نگهبان گذاشته است و مرجع دیگری حق وضع قواعد در این زمینه را ندارد؛ چرا که این امر، مغایر با استقلال نهاد ناظر می باشد. قوهی مؤسس، به منظور حفظ استقلال مجلس خبرگان رهبری و مجمع تشخیص مصلحت نظام، وضع مقررات مربوط به آنها را به خود آنان واگذار نموده است. پس کیفیت و شرایط نظارت بر انتخابات نیز باید توسط خود ناظر تعیین گردد، آنگونه که شورای نگهبان به منظور نحوه اعمال نظارت خویش بر مصوبات مجلس شورای اسلامی و

۱ طوسی، محمد بن حسن، النهایة فی مجرد الفقه والفتاوی، قم: انتشارات قدس محمدی، ص ۵۹۶.

۲ انصاری، مرتضی(شیخ انصاری)، مکاسب، ج ۴، چ ۱، قم: مؤسسه الهادی، ۱۴۱۹ ه. ق. مکاسب، ص ۶۰.

همچنین تفسیر قانون اساسی و در راستای اصول نود و یکم تا نود و هشتم قانون اساسی، مقررات مربوط را، خود تصویب نموده و مجلس شورای اسلامی یا نهاد دیگری مداخله نموده است.^۱ همچنین درباره‌ی تصویب «قانون نظارت شورای نگهبان بر انتخابات مجلس شورای اسلامی و ریاست جمهوری» می‌گوید: «اولین قانون نظارت شورای نگهبان بر انتخابات مجلس شورای اسلامی و ریاست جمهوری در سال (۱۳۵۹) به تصویب کمیسیون امور داخلی مجلس شورای اسلامی رسیده و مجلس مجدداً آن را طی دو بار و به مدت چهار سال تمدید نموده و در سالهای (۱۳۶۴ و ۱۳۶۵) به تصویب نهایی رسانده است که به نظر می‌رسد این امر، مغایر با اصول قانون اساسی و اصول حقوقی می‌باشد؛ چرا که اولاً: مجلس شورای اسلامی و ریاست جمهوری، خود یکی از موضوعات مورد نظارت شورای نگهبان بوده و شکل‌گیری آن منوط به نظارت صحیح این شورا می‌باشد. بنابراین، منطقی نیست که مشمول نظارت، برای ناظر، تعیین قواعد و تکلیف نماید. ثانیاً: صلاحیت مجلس شورای اسلامی در قانونگذاری عام نبوده، بلکه به استناد اصل هفتاد و یکم (۷۱)، در حدود مقرر در قانون اساسی می‌تواند قانون وضع کند که یکی از حدود مقرر، اصل نود و نهم (۹۹) می‌باشد و این اصل در واقع حاکم بر اصل هفتاد و یکم می‌باشد. ثالثاً: عبارت «کیفیت انتخابات را قانون معین خواهد کرد» مصرح در اصل شصت و دوم (۶۲) قانون اساسی، ناظر بر نحوه برگزاری، اجرا و مدیریت انتخابات بوده و موضوع نظارت را شامل نمی‌شود و کیفیت انتخابات، موضوعاتی، چون مستقیم یا غیرمستقیم بودن انتخابات، مخفی یا علنی بودن رأی‌گیری، نظام نسبی یا اکثریت، الکترونیکی یا ساده بودن و شرایطی چون سن، تحصیلات، تبلیغات و... را شامل شده و انصراف از موضوع نظارت دارد.»^۲

نقد و بررسی

۱. اصل نود و نهم نظارت بر انتخابات را بیان می‌کند، در واقع موضوع نظارت آن انتخابات است. ریشه نظارت بر انتخابات در این اصل بیان نشده است بلکه یک امر فقهی و عقلی برای صیانت از انتخابات و حفظ حقوق عامه و پاسداری از جمهوریت نظام است که در انتخابات نمود پیدا می‌کند. بنابراین نمی‌توان گفت نظارت انتخاباتی ریشه در این اصل دارد، بلکه با ادله متعدد همچون نهایی بودن نظارت شورای نگهبان و نداشتن مرجع مافوق برای ارجاع و تصمیم‌گیری و نظر

۱ موسی زاده، پیشین، ص ۸۵.

۲ همان، صص ۸۵ و ۸۶.

تفسیری شورای نگهبان، می‌توان گفت نظارت شورای نگهبان استصوابی است و اصل نود و نهم ریشه نظارت استصوابی است.

۲. نویسنده در توضیح ریشه و اساس نظارت انتخاباتی می‌گوید «قانونگذار قانون اساسی، تعیین شرایط و کیفیت نظارت بر انتخابات را بر عهده شورای نگهبان گذاشته است و مرجع دیگری حق وضع قواعد در این زمینه را ندارد»، ولی هیچ اصلی در قانون اساسی دال بر قانونگذار بودن شورای نگهبان وجود ندارد و تهیه قانون، موضوع اصل یکصد و هشتم اختصاص به دوره اول دارد؛ زیرا براساس اصل مذکور «قانون مربوط به تعداد و شرایط خبرگان، کیفیت انتخاب آنها و آیین نامه داخلی جلسات آنان برای نخستین دوره باید به وسیله‌ی فقهای اولین شورای نگهبان تهیه و با اکثریت آراء آنان تصویب شود و به تصویب نهایی رهبر انقلاب برسد. از آن پس هر گونه تغییر و تجدید نظر در این قانون و تصویب سایر مقررات مربوط به وظایف خبرگان در صلاحیت خود آنان است.» علاوه بر این بر اساس اصول مختلف قانون اساسی از جمله اصل پنجاه و هشتم و هفتاد و یکم، فقط مجلس صلاحیت قانونگذاری دارد و صلاحیت آن عام است. همچنین «استقلال نهاد ناظر» به معنای این نیست که قوانین مربوط به نظارت را نهاد ناظر تهیه و تصویب کند، زیرا قانون نظارت بر انتخابات مجلس و ریاست جمهوری را مجلس شورای اسلامی تصویب و شورای نگهبان براساس همان قانون، بر انتخابات نظارت می‌کند.

۳. نویسنده با سه دلیل، تصویب «قانون نظارت شورای نگهبان بر انتخابات مجلس شورای اسلامی و ریاست جمهوری» توسط مجلس شورای اسلامی را مغایر با قانون اساسی می‌داند که هر سه دلیل قابل خدشه است:

اولاً نظارت شورای نگهبان بر مجلس در امر قانونگذاری است، زیرا بر اساس اصل هفتاد و دوم «مجلس شورای اسلامی نمیتواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد. تشخیص این امر به ترتیبی که در اصل نود و ششم آمده بر عهده‌ی شورای نگهبان است.» نظارت شورای نگهبان بر مجلس در امر قانونگذاری منافاتی با قانونگذاری مجلس در امر انتخابات ندارد، زیرا آن شورا تنها از دو جهت مذکور بر مصوبات مجلس نظارت دارد و قانون انتخابات و یا قانون نظارت بر انتخابات مصوب مجلس نیز مانند سایر قوانین از این دو جهت بررسی می‌شود و تصمیم نهایی با شورای نگهبان است و می‌تواند این قوانین را تأیید نکند بنا بر این نمی‌توان گفت مضمول نظارت، برای ناظر، تعیین قواعد و تکلیف می‌کند، ولی اگر راهکاری اندیشیده شود تا قوانین نظارت توسط نهاد ناظر تهیه شود، نظارت با استقلال بیشتری اعمال می‌شد.

ثانیاً اصل نود و نهم و هفتاد و یکم، هیچ ارتباطی با هم ندارند تا یکی حاکم بر دیگری باشد، زیرا موضوع اصل نود و نهم نظارت بر انتخابات و موضوع اصل هفتاد و یکم قانون گذاری مجلس است.

ثالثاً نویسنده می گوید: «عبارت «کیفیت انتخابات را قانون معین خواهد کرد» موضوع نظارت را شامل نمی شود»، ولی مجلس شورای اسلامی براساس همان اصل شصت و دوم، قانون نظارت شورای نگهبان بر انتخابات را تصویب و در قانون انتخابات نیز به نظارت شورای نگهبان تصریح کرده است.

قسمت چهارم: تفاوت نظارت انتخاباتی با نظارت‌های استصوابی و اطلاعی

نویسنده با بیان دو عنصر اساسی برای نظارت استصوابی آن را با نظارت انتخاباتی مقایسه می‌کند: «در نظارت استصوابی، اعمال مجری زیر نظر مستقیم ناظر و با تصویب و صلاحدید او انجام می‌شود. پس این نوع از نظارت در ماهیت خود از دو عنصر اساسی شکل گرفته است: ۱- هر امری که مجری انجام می‌دهد، باید با تصویب ناظر باشد. ۲- ملاک تصویب اقدامات مجری از سوی ناظر، صلاحدید او می‌باشد؛ یعنی ناظر آنچه را که صلاح می‌داند، تأیید کند و آنچه را که صلاح نداند، مورد تأیید قرار ندهد که دو عنصر فوق، اساس تشکیل دهنده‌ی نظارت استصوابی می‌باشد. در حالی که نظارت انتخاباتی اولاً: مبتنی بر قوانین و مقررات می‌باشد، نه صلاحدید مرجع ناظر... ثانیاً: در نظارت استصوابی، شرط اعمال نظارت از جانب ناظر، تحقق اقدامات مسبوق به آن از سوی مجری است. در حالی که در انتخابات، در برخی مواقع مقام ناظر، بی‌آنکه اقدامی از جانب مجری انجام گیرد، به اعمال نظارت می‌پردازد. به عنوان مثال، در انتخابات ریاست جمهوری و مجلس خبرگان رهبری، شرط نظارت بر تأیید صلاحیت داوطلبان، منوط به اقدام از جانب مجری نیست، بلکه این ناظر است که ابتدائاً و بدون اینکه اقدامی از جانب مجری انجام گیرد، اقدام به نظارت نموده و صلاحیت داوطلبان را با شرایط مقرر قانونی می‌سنجد. ثالثاً: در نظارت استصوابی، تمامی اقدامات مجری به تصویب ناظر می‌رسد، اما در انتخابات به منظور تسریع در روند امور و مدیریت بهتر امر انتخابات، اقدامات متعددی از جانب مجری اعمال می‌شود، بی‌آنکه به تصویب ناظر برسد.»^۱

۱. همان، صص ۸۶ و ۸۷.

نقد و بررسی

۱. نویسنده در تفاوت نظارت انتخاباتی با نظارت‌های استصوابی و اطلاعی، دو عنصر اساسی تشکیل‌دهنده نظارت استصوابی را بیان می‌کند، ولی عنصر دوم یعنی این که «ملاک تصویب اقدامات مجری از سوی ناظر، صلاحدید او می‌باشد»، قابل پذیرش نیست، زیرا هیچکدام از قانونگذار، ناظر و موافقان نظارت استصوابی، این ملاک را مطرح نکرده‌اند، بلکه قبل از نویسنده نیز شخص دیگری آن را مطرح نموده است و همچون نویسنده با این عنصر ادعایی به مخالفت با نظارت استصوابی پرداخته است:

«منظور از نظارت استصوابی این است که اعمال حقوقی زیر نظر مستقیم و با تصویب و صلاحدید ناظر انجام می‌شود. این اعمال، البته بدون موافقت ناظر اعتبار ندارد. بنابر این تعریف، چنین به نظر می‌رسد که تمام امور انتخاباتی زیر نظر و با صلاحدید شورای نگهبان اعتبار می‌یابد. این صلاحدید، یا مصلحت‌اندیشی، می‌تواند ابتکار عمل شورا را تا آن حد بالا ببرد که آنچه را صلاح بدانند تأیید کند و آنچه را صلاح نداند مورد تأیید قرار ندهد؛ به عبارت بهتر؛ در مراحل انتخاباتی دخل و تصرف نماید.»^۱

اولاً اگر مقصود از صلاحدید، صوابدید و انطباق بر موازین قانونی باشد قابل پذیرش است؛ ولی قید صلاحدید و مصلحت‌اندیشی، بی منبع و مبناست؛ به تعبیر دیگر، قید مذکور، برخلاف نظر فقها و حقوقدانان و بدون سابقه فقهی و حقوقی است؛ زیرا نظارت استصوابی؛ یعنی در صورت صواب، درستی و مطابقت با قانون، تصویب و تأیید می‌شود.

ثانیاً صلاحدید یا مصلحت‌اندیشی؛ یعنی تصمیمی که به خاطر مصلحت عامه مردم و برای جلوگیری از مشکلات اجتماعی، فراتر از برخی قوانین و به صورت موقت اتخاذ می‌گردد؛ ولی شورای نگهبان تنها براساس قوانین مدون تصمیم‌گیری می‌نماید و صلاحدید یا مصلحت‌اندیشی، خارج از حدود صلاحیت و اختیار آن شورا است؛ به همین دلیل در موارد مختلفی صلاحیت برخی افراد با حکم حکومتی مقام معظم رهبری (مد ظله العالی)، به خاطر مصلحت جامعه تأیید می‌شود. بنابراین، معیار و ضابطه شورای نگهبان قانون است، نه صلاحدید و مصلحت‌اندیشی. مقام معظم رهبری (مد ظله العالی) در دیدار اعضای شورای نگهبان قانون اساسی و مسؤولین بخشهای نظارتی در تاریخ ۲۰/۰۴/۱۳۸۶ در باره‌ی معیار و ضابطه شورای نگهبان در نظارت فرمودند:

۱. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران: حاکمیت و نهادهای سیاسی، ج ۲، چ ۷، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۲، صص ۲۵۹ و ۲۶۰.

«معیار عبارت است از مقررات و قانون. سلائق نباید دخالت کند. گرایش سیاسی، گرایش گروهی، گرایش جناحی نباید دخالت کند. سفارش و توصیه نباید دخالت کند. معیار بایستی بین خود و خدا، همان معیار قانونی باشد؛ هم در مسئله‌ی نظارتها، هم در مسئله‌ی قبول یا رد قوانین مجلس. فقط باید معیار را معیار قانون قرار داد. مرّ قانون باید رعایت شود. گاهی ممکن است انسان به نظرش برسد که اگر اینجا بر طبق قانون عمل کنیم، مصلحت نباشد. در همان جا رعایت قانون از رعایت آن مصلحت بالاتر و لازم‌تر است؛ چون اگر چنانچه بنا شد که با نظر اشخاص و افراد و مصلحت‌اندیشی این و آن، معیارها و ضابطه‌ها به هم بخورد، دیگر ضابطه‌ای باقی نخواهد ماند؛ یک روز یک کسی یک جور مصلحت میداند، یک روز دیگر کس دیگری جور دیگری ممکن است مصلحت بداند، یا در یک روز دو نفر دو جور مصلحت بدانند؛ لذا دیگر قانونی باقی نمی‌ماند، ضابطه‌ای باقی نمی‌ماند. ضابطه مقدم است بر هر مصلحت‌اندیشی، بر هر نگاه و دید و بینش.»^۱

۲. نویسنده سه مبنا برای نظارت انتخاباتی و یا سه تفاوت نظارت استصوابی و نظارت انتخاباتی را بیان می‌کند:

الف) مبتنی بودن نظارت انتخاباتی بر قوانین و مقررات: این مبنا از تعریف نظارت انتخاباتی قابل برداشت نیست و در حد یک ادعا است و در فرض پذیرش این ادعا، مبتنی بودن بر قانون اختصاص به نظارت انتخاباتی ندارد، زیرا نظارت استصوابی تاکنون براساس قوانین اعمال شده است و مبتنی بودن نظارت استصوابی بر قوانین و مقررات، آشکارتر است، زیرا علاوه بر تصریح قوانین، اصطلاح استصوابی متضمن معنای تصویب و تأیید است. بنابراین نظارت استصوابی هم مبتنی بر ملاک شرعی و هم قوانین موضوعه است.

ب) نویسنده می‌گوید: «در نظارت استصوابی، شرط اعمال نظارت از جانب ناظر، تحقق اقدامات مسبوق به آن از سوی مجری است»، ولی نظارت استصوابی به تصریح قوانین مختلف انتخابات، شامل تمام مراحل می‌شود و میتواند در مواقع نیاز یا ضرورت پیشگیرانه باشد.

ج) نویسنده می‌گوید: «در نظارت استصوابی، تمامی اقدامات مجری به تصویب ناظر می‌رسد»، این را نمی‌توان به عنوان یک انتقاد مطرح نمود زیرا این یکی از محسنات نظارت استصوابی است که اعتبار اقدامات مجری به تأیید ناظر است.

۱ حسینی خامنه‌ای، سید علی (مقام معظم رهبری)، بیانات مقام معظم رهبری در دیدار اعضای شورای نگهبان قانون اساسی و مسئولین بخشهای نظارتی، ۱۳۸۶/۴/۲۰، پایگاه اطلاع رسانی دفتر مقام معظم رهبری، <http://www.leader.ir/langs/fa>

۳. تعاریف متعددی از نظارت استصوابی توسط حقوقدانان ارائه شده است،^۱ ولی هیچکدام قید «صلاحید» را در آن تعاریف ذکر نکرده‌اند. و در تعریف نظارت استصوابی می‌توان گفت: نظارت استصوابی، یعنی علاوه بر کسب اطلاع و آگاهی؛ صلاحیت، مصوبات یا عملکرد اشخاص، باید به تأیید و تصویب ناظر برسد.

در نظارت استصوابی، ناظر براساس قانون و یا قرارداد معین، با حق تصمیم‌گیری نهایی، بر مجری (نماینده، مباشر، متولی) نظارت می‌کند؛ در این نظارت مرجع مافوقی وجود ندارد و همین ناظر، مرجع نهایی است، بنابر این، مجری دارای قدرت تصمیم‌گیری مستقل از ناظر نیست و اختیار تام ندارد، یعنی اقدامات او نیازمند تصویب و موافقت ناظر است و در صورت دستور و صدور حکم ناظر، اطاعت از او لازم است، از این‌رو تأیید و تصویب ناظر، شرط صحت و اعتبار حقوقی صلاحیت، تصمیم و عملکرد مجری است و بدون تصویب ناظر، فاقد مشروعیت، اعتبار قانونی و ضمانت اجرا است.

قسمت پنجم: آثار نظارت انتخاباتی

نویسنده نظریه‌ی نظارت انتخاباتی، پنج اثر برای آن ذکر می‌کند: «وقتی که نظارت بر انتخابات را یک فرآیند مستمر تلقی نماییم، این نگرش خود به خود آثار مفید و انعطاف‌پذیر و همچنین ابزار و تشکیلات لازم را در پی خواهد داشت که عبارتند از: الف - از آنجا که نظارت بر انتخابات، یک امر مستمر می‌باشد به این منظور، نظارت بر آن باید تشکیلاتی و در قالب یک سازمان دائمی اعمال گردد. ب - همانگونه که نظارت‌های اداری، قضایی و سایر نظارت‌های مقرر در حقوق عمومی، علاوه بر اعمال، افراد و احوال اشخاص را نیز شامل می‌شود، لذا نظارت انتخاباتی هم که از جنس نظارت‌های حقوق عمومی می‌باشد، دارای چنین ویژگی و آثاری خواهد بود. به این معنا که این نظارت، علاوه بر امر انتخابات، شامل اشخاص، کارگزاران و کلیه دست‌اندرکاران انتخابات (اعم از مجریان، نامزدها و...) خواهد بود. ج - نظارت بر انتخابات، شرایط انعطاف‌پذیری در پی خواهد داشت. به این معنا که خصوصیات، شرایط و ویژگی‌های نظارت، توسط ناظر تعیین و بر حسب اختلاف زمان‌ها و مکان‌ها قابل بازنگری خواهد بود. بر این اساس، ناظر در برخی شرایط می‌تواند بسیاری از امور را به مجری

۱. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، تهران: کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۷۴، چ ۱۵، ج ۱، ص ۸۵ و کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: عقود معین، تهران: یلدا، ۱۳۷۳، چ ۲، ج ۳، ص ۲۴۱ و معین، محمد، فرهنگ فارسی، تهران: ۱۳۶۲، ج ۴، ص ۴۷۴۷.

تفویض نموده و صرفاً در قالب نظارت استطلاعی بر عملکرد مجری نظارت نماید و یا صرفاً به شکایت‌هایی که از عملکرد مجری واصل می‌شود، رسیدگی نماید.

د- برخلاف نظارت استصوابی که ناظر صرفاً در پی انجام عملی، اعمال نظارت می‌کند، نظارت انتخاباتی محدود به اقدام و عمل نبوده، بلکه شامل حسن جریان امور نیز می‌گردد؛ یعنی اینکه لازم نیست نظارت حتماً محدود به اقدام و انجام عملی گردد، بلکه اگر مجموع قرائن و شواهد، حاکی از حسن جریان نباشد، ناظر صلاحیت اعمال نظارت را خواهد داشت، هر چند اقدامی از جانب مجری به وقوع نپیوندد.

ه- از آنجا که این نظارت، در قالب فرآیند مستمر اعمال می‌شود، سایر نظارت‌ها نیز باید در همین راستا و در پی تحقق هدفی واحد اعمال شوند. لذا نظارتی که مغایر با نظارت شورای نگهبان باشد، اعتبار قانونی نداشته و مغایر با اصل نود و نهم (۹۹) خواهد بود. بر این اساس، تصویب اعتبارنامه نمایندگان منتخب در مجلس شورای اسلامی، باید در راستای هدفی واحد و ناظر به مواردی باشد که احیاناً مقام ناظر، متوجه موضوع نبوده یا پس از اتمام مراحل انتخابات، حادث گردیده باشد و لذا در خصوص شرایط و اوضاع و احوالی که قبلاً ناظر اظهار نظر نموده، موضوع اعتبار «امر مختوم» به» را داشته و سایر مراجع حق اظهار نظر مجدد را ندارند.»^۱

نقد و بررسی

اثر اول (الف)، یعنی تشکیلاتی بودن نظارت در قالب یک سازمان دائمی، در نظارت استصوابی وجود دارد و شورای نگهبان یک نهاد نظارتی دائمی است که در تمام شهرستان‌ها دفتر نظارت دارد و این دفاتر دائمی و دارای مکان و مسؤل مشخص هستند.

اثر دوم (ب)، یعنی اینکه نظارت انتخاباتی علاوه بر امر انتخابات، شامل اشخاص، کارگزاران و کلیه دست‌اندرکاران انتخابات خواهد بود، چیز جدیدی نیست و نظارت استصوابی نیز این کاربرد را دارد و اساساً انتخابات چیزی غیر از عملکرد اشخاص، کارگزاران و دست‌اندرکاران انتخابات نیست.

اثر سوم (ج)، نویسنده می‌گوید: «نظارت بر انتخابات، شرایط انعطاف‌پذیری در پی خواهد داشت»، ولی مشخص نیست که آیا این را ویژگی نظارت انتخاباتی می‌داند یا نه؟ ولی در ادامه به موادی از قانون کنونی انتخابات استناد می‌کند دال بر این انعطاف‌پذیری هستند، بنابر این نمی‌توان این را ویژگی نظارت انتخاباتی محسوب نمود.

۱ موسی زاده، پیشین، صص ۸۷ تا ۸۹.

اثر چهارم(د)، یعنی نظارت بر حسن جریان امور، این اثر نیز اختصاصی به نظارت انتخاباتی ندارد و اساساً حسن جریان امور با اقدام و انجام عملی تحقق می‌یابد. علاوه بر آن براساس قانون نظارت کنونی که مبتنی بر نظارت استصوابی است، به نظارت بر حسن جریان امور تصریح شده است، بنابراین، ویژگی مذکور نیز مربوط به نظارت کنونی یعنی استصوابی است. براساس ماده ۳ و ۸ «قانون نظارت شورای نگهبان بر انتخابات مجلس شورای اسلامی» مصوب ۱۳۶۵/۵/۹: «هیأت مرکزی نظارت بر کلیه مراحل و جریان‌های انتخاباتی و اقدامات وزارت کشور در امر انتخابات و هیاتهای اجرایی و تشخیص صلاحیت نامزدهای نمایندگی و حسن جریان انتخابات نظارت خواهد کرد.» و «در تمام مدتی که انتخابات برگزار می‌شود، هیأت مرکزی نظارت در تمام کشور و هیأت پنج نفره استانها و هیاتهای سه نفره حوزه‌های انتخابیه بر کیفیت انتخابات نظارت کامل دارند و در هر مورد که سو جریان یا تخلفی مشاهده کنند، به فرمانداران و بخشداران اعلام و آنان موظفند بنا به نظر هیأت‌های مذکور طبق قانون انتخابات در رفع نواقص اقدام کنند هیأت‌های نظارت در صورتی که مقامات وزارت کشور نظرات آنان را ملحوظ ندارند مراتب را به شورای نگهبان گزارش خواهند کرد.»

اثر پنجم(ه)، یعنی اعمال نظارت‌ها برای تحقق هدف واحد، از نظارت انتخاباتی قابل برداشت نیست، بلکه بر اساس قانون اساسی و آیین نامه‌ی داخلی مجلس شورای اسلامی با نظارت استصوابی قابل تحقق است، زیرا براساس اصل نود و سوم قانون اساسی: «مجلس شورای اسلامی بدون وجود شورای نگهبان اعتبار قانونی ندارد، مگر در مورد تصویب اعتبارنامه نمایندگان و انتخاب شش نفر حقوقدان اعضای شورای نگهبان.» بنابراین تصویب اعتبارنامه نمایندگان دلیل خاص در قانون اساسی دارد. علاوه بر این، ماده ۶۵ آیین نامه‌ی داخلی مجلس شورای اسلامی در باره‌ی رسیدگی به اعتبارنامه نمایندگان می‌گوید: «شعب به موجب جدول حوزه‌های انتخابی مجلس شورای اسلامی که براساس حروف الفبا از طرف اداره کل قوانین مجلس با نظارت هیأت رئیسه تنظیم و توزیع می‌شود، رسیدگی به اعتبارنامه‌ها را شروع و نسبت به مدارکی که در شورای نگهبان مورد رسیدگی قرار نگرفته و یا پس از رسیدگی شورای نگهبان بدست آمده است اتخاذ تصمیم خواهد نمود و گزارش تصویب یا رد آن را از طریق هیأت رئیسه به مجلس تقدیم می‌دارند.»

قسمت ششم: نظارت‌هایی از حقوق عمومی که نه استصوابی اند و نه استطلاعی

نویسنده نظریه‌ی نظارت انتخاباتی، علی‌رغم اعتقاد به اختصاص نظارت استطلاعی و استصوابی به حقوق خصوصی، به استطلاعی و استصوابی بودن نظارت در موارد زیادی از حقوق عمومی و قانون اساسی تصریح می‌کند و مثال‌هایی برای نظارت در حقوق عمومی بیان می‌کند؛ برخی مثال‌ها را مصداق نظارت استطلاعی و یا استصوابی، برخی را مصداق هردو و برخی دیگر را مصداق هیچ‌یک از این دو نمی‌داند. در این قسمت مثال‌هایی بررسی می‌شود که نویسنده آنها را مصداق هیچ‌کدام از دو نوع نظارت (استطلاعی و استصوابی) نمی‌داند:

الف) نظارت پارلمانی

نویسنده براین باور است که نظارت پارلمانی و نظارت بر آیین‌نامه‌های دولتی در برخی موارد نه استصوابی هستند و نه استطلاعی:

۱. «نظارت پارلمانی» که یکی از مفاهیم و نهادهای حقوق عمومی می‌باشد، منحصر به یکی از نظارت‌های مقرر در حقوق خصوصی (اطلاعی، استصوابی) نبوده، بلکه به مقتضای امر و بر حسب موضوع از ابعاد متفاوتی برخوردار است که گاهی جنبه اطلاعی داشته (نظیر اصل نودم قانون اساسی) و گاهی جنبه استصوابی (نظیر اصل هفتاد و هشتم) و گاهی نیز هر دو را شامل شده و گاهی نیز هیچ‌کدام از آنها تلقی نمی‌شود (نظیر استیضاح وزرا یا دولت). به عبارت بهتر، نظارت اخیر، نه استصوابی تلقی می‌شود و نه استطلاعی؛ چرا که مرجع نظارت، پس از اطلاع، به جای اینکه موضوع را به مرجع دیگری گزارش نماید، خود رأساً با متخلف برخورد می‌نماید که از این جهت، اطلاعی محسوب نشده و از آن جهت که دولت و یا هر یک از وزرا قبل از اخذ تصویب و صوابدید ناظر اقدام می‌کنند، استصوابی نیز تلقی نمی‌شود.^۱

۲. «همچنین نظارت بر آیین‌نامه‌های دولتی توسط رئیس مجلس شورای اسلامی (موضوع اصل ۱۳۸ قانون اساسی)^۱ از چنین وضعیتی برخوردار می‌باشد؛ چرا که از آن حیث که رئیس مجلس شورای اسلامی، پس از اطلاع از مغایرت آیین‌نامه‌ها و مصوبات دولت با قوانین، آنها را رأساً و بدون ارجاع به مرجع دیگری برای تجدیدنظر، به هیأت وزیران ارسال می‌دارد و نظر او که برای دولت متبع می‌باشد، نظارت استطلاعی محسوب نگردیده و از آن حیث که دولت قبل از اخذ صوابدید و تصویب و تأیید ناظر، (رئیس مجلس شورای اسلامی) آن آیین‌نامه‌ها را برای اجرا ارسال می‌دارد نیز استصوابی تلقی نمی‌شود»^۲

نقد و بررسی

۱. تصریح به استطلاعی و یا استصوابی بودن برخی از نظارت‌های موجود در حقوق عمومی، ادعای نویسنده مبنی بر اختصاص نظارت استطلاعی و استصوابی به حقوق خصوصی را نقض می‌کند.

۲. استصوابی بودن نظارت لزوماً به معنای تصویب قبل از اجرا نیست، بلکه به تناسب موارد ممکن است قبل از اجرا باشد، مانند رأی اعتماد به دولت و وزراء و بررسی صلاحیت کاندیداهای ریاست جمهوری و ممکن است هم‌زمان و در هنگام اجرا باشد، مانند بسیاری از مراحل انتخابات و ممکن است بعد از اجرا باشد، مانند تأیید صحت انتخابات.

۳. وزرا قبل از تصویب ناظر یعنی رأی اعتماد اولیه اقدام نمی‌کنند. در رأی اعتماد به دولت و وزراء مرجع نظارت موضوع را به مرجع دیگری گزارش نمی‌کند، بلکه مستقلاً و بدون ارجاع به مرجع دیگری تصمیم می‌گیرد و به تعبیر نویسنده با متخلف برخورد می‌کند، بنابراین، این نظارت استصوابی است.

۱. اصل (۱۳۸) قانون اساسی: «علاوه بر مواردی که هیأت وزیران یا وزیری مأمور تدوین آیین‌نامه‌های اجرایی قوانین می‌شود، هیأت وزیران حق دارد برای انجام وظایف اداری و تأمین اجرای قوانین و تنظیم سازمان‌های اداری به وضع تصویب‌نامه و آیین‌نامه بپردازد. هر یک از وزیران نیز در حدود وظایف خویش و مصوبات هیأت وزیران حق وضع آیین‌نامه و صدور بخشنامه را دارد، ولی مفاد این مقررات نباید با متن و روح قوانین مخالف باشد. دولت می‌تواند تصویب برخی از امور مربوط به وظایف خود را به کمیسیون‌های متشکل از چند وزیر واگذار نماید. مصوبات این کمیسیون‌ها در محدوده قوانین پس از تأیید رئیس جمهور لازم الاجرا است. تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولت و مصوبات کمیسیون‌های مذکور در این اصل، ضمن ابلاغ برای اجرا به اطلاع رئیس مجلس شورای اسلامی می‌رسد تا در صورتی که آنها را بر خلاف قوانین بیابد با ذکر دلیل برای تجدیدنظر به هیأت وزیران بفرستد».

۲. موسی زاده، پیشین، ص ۷۰ و ۷۱.

۴. در مثال دوم، ارسال هم‌زمان به ناظر و برای اجرا، با اجازه قانون است و منافاتی با استصوابی بودن ندارد، بلکه همانگونه که نویسنده محترم گفته است «نظر او برای دولت متبع می‌باشد»، تبعیت از نظر ناظر، دلیل بر استصوابی بودن نظارت است.

ب) نظارت اداری

نویسنده در نظارت اداری نیز انواع نظارت را پذیرفته است:

«در نظارت اداری، علاوه بر نظارت بیرونی، نظارت درونی نیز وجود دارد؛ یعنی نظارتی که خود اداره بر اعمال و کارکنان خویش اعمال می‌نماید. این نظارت نیز دارای ابعاد متعدد و روش‌های مختلفی می‌باشد که از آن جمله می‌توان به نظارت سلسله مراتبی (نظارت مقام مافوق) و نظارت قیمومتی (نظارت قانونی) اشاره داشت. در هر دو شیوه، مقام ناظر به نوع خاصی از نظارت پای بند نبوده، بلکه بر حسب مورد، گاهی نظارت استطلاعی و گاهی استصوابی و گاهی هر دو را اعمال می‌نماید ... «نظارت اداری» دربرگیرنده یک فرایند و فعالیت مستمر به منظور تحقق نظام اداری کارآمد بوده و نظارت‌های اعمال شده شامل همه مراحل؛ اعم از قبل (استصوابی یا پیشینی)، حین و بعد از اقدامات دستگاه‌های اجرایی (استطلاعی یا پسینی) می‌گردد»^۱

نقد و بررسی

۱. نویسنده خود اعتراف می‌کند که در نظارت اداری «بر حسب مورد، گاهی نظارت استطلاعی و گاهی استصوابی و گاهی هر دو را اعمال می‌نماید»

۲. نویسنده در پاورقی ص ۷۳ می‌گوید: «به نظر نگارنده واژه‌های پیشینی و پسینی، جایگزین‌ها و برگردان‌های مناسب حقوقی به جای واژه‌های استصوابی و استطلاعی می‌باشند. با این تفاوت که در نظارت پسینی ضمانت اجرا، مستقیماً از سوی ناظر اعمال می‌شود، اما در نظارت استطلاعی، ناظر فقط وظیفه اطلاع رسانی به مقام ذی صلاح را داشته و خود صلاحیت اتخاذ تصمیم راجع به موضوع را ندارد.»

این نظریه نیز مبهم و بدون تعریف پیشینی و پسینی است و علاوه بر آن نمی‌توان نظارت استصوابی را مختص به قبل از اقدام و پیشینی و نظارت استطلاعی را مختص به بعد از اقدام و پسینی دانست.

۱. همان، صص ۷۲ و ۷۳.

ج) نظارت قضایی

نویسنده محترم نظارت دادستان بر بازپرس، نظارت دیوان عدالت اداری، دیوان عالی کشور یا دادگاه‌های تجدیدنظر بر سازمان‌های دولتی، اداری، مراجع بدوی و دادگاه‌های تالی را خارج از چارچوب نظارت استصوابی و استطلاعی و متمایز از آنها می‌داند:

۱. «در برخی موارد، نظارت دادستان بر بازپرس از ماهیت ویژه‌ای برخوردار است و در چارچوب نظارت اطلاعاتی و استصوابی نمی‌گنجد. به‌عنوان مثال، برابر بند(ط) ماده‌ی(۳) قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، مصوب ۱۳۸۱، فک قرار بازداشت متهم از طرف بازپرس با موافقت دادستان به عمل می‌آید و در صورت حدوث اختلاف بین دادستان و بازپرس، حل اختلاف با دادگاه خواهد بود. با این توضیح که اگر بازپرس عقیده بر فک قرار بازداشت داشته باشد، باید دادستان (ناظر) با آن موافقت نماید و در صورت عدم موافقت ناظر (دادستان) بازپرس موضوع را به مرجع دیگری احاله خواهد داد. در واقع این ناظر نیست که از موضوع اطلاع یافته تا درصدد ارسال آن به مرجع دیگری باشد، بلکه این شخص منظور و تحت نظارت است که از اقدام ناظر به مرجع ذی‌صلاح گزارش می‌نماید»^۱.

نقد و بررسی

براساس بند(ط) ماده‌ی(۳) قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، مصوب ۱۳۸۱: «... قرار بازداشت متهم از طرف بازپرس با موافقت دادستان بعمل می‌آید و در صورت حدوث اختلاف بین دادستان و بازپرس حل اختلاف با دادگاه خواهد بود...»

بنابراین توضیح نویسنده با بند(ط) ماده‌ی(۳) سازگار نیست و عبارت «این شخص منظور و تحت نظارت است که از اقدام ناظر به مرجع ذی‌صلاح گزارش می‌نماید» که سند استدلال نویسنده است، از ماده مذکور قابل برداشت نیست. در نظارت استصوابی ناظر مرجع مافوق ندارد و در نظارت استطلاعی که مرجع مافوق وجود دارد، این مرجع، مافوق ناظر است نه مافوق منظور. علاوه بر آن عبارت بند فوق یعنی «فک قرار بازداشت متهم از طرف بازپرس با موافقت دادستان به عمل می‌آید» به معنای الزام دادستان به تبعیت از نظر بازپرس نیست تا نویسنده بگوید: «اگر بازپرس عقیده بر فک قرار بازداشت داشته باشد، باید دادستان (ناظر) با آن موافقت نماید».

۲. «یکی از ابعاد مهم نظارت قضایی، نظارت دیوان عدالت اداری، دیوان عالی کشور یا دادگاه‌های تجدیدنظر بر سازمان‌های دولتی، اداری، مراجع بدوی و دادگاه‌های تالی می‌باشد. وجود برخی از

خصوصیات و ویژگی‌های مهم در این نوع از نظارت‌ها، آنها را کاملاً از نظارت‌های استصوابی یا استطلاعی متمایز می‌سازد. به‌عنوان مثال، اگر درخواست تجدیدنظر به استناد یکی از جهات مقرر در قانون به عمل آمده باشد، مرجع ناظر خود را محدود به آن نکرده، بلکه در صورت وجود جهات دیگر نیز به آن رسیدگی می‌نماید (ماده‌ی ۳۸۴ ق.ا.د.م). به عبارت بهتر، هر چند اطلاع و گزارش در برخی جهات داده نشده است، اما مرجع ناظر، مکلف است به آن جهات هم رسیدگی نماید. در حالی که در نظارت استطلاعی، فقط به موارد اعلامی رسیدگی می‌شود. یا چنانچه هر یک از اعضای دیوان عالی کشور (مرجع ناظر) در حین رسیدگی، تخلف از مواد قانونی یا اعمال غرض و بی‌اطلاعی از مبانی قضایی مشاهده نماید، آن را به‌طور مشروح تذکر داده و رونوشتی را به دادگاه عالی انتظامی قضات ارسال خواهد نمود (ماده‌ی ۳۹۲ همان قانون).^۱

نقد و بررسی

درباره‌ی مثال اول (ماده‌ی ۳۸۴ ق.ا.د.م) چند اشکال وجود دارد:

اولاً، مطلب مذکور در ماده‌ی ۳۸۴ نیست و در ماده‌ی ۳۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی^۲ است. ثانیاً، این مثال ارتباطی با بحث نظارت ندارد، زیرا دادگاه رسیدگی قضایی می‌کند و تجدیدنظر با نظارت ماهیتاً متفاوت است و اگر درخواست تجدیدنظر وجود نداشته باشد، حکم قطعی می‌شود و دادگاه تجدید نظر دخالتی در حکم نمی‌کند. ثالثاً، در این مثال مرجع تجدید نظر به‌عنوان ناظر مطرح شده و تجدیدنظر خواه به‌عنوان اطلاع رسان و گزارشگر، در صورتی که در نظارت، ناظر استطلاعی به مقام و مرجع مافوق خود اطلاع و گزارش می‌دهد، ولی مرجع تجدید نظر، مقام و مرجع مافوق تجدیدنظرخواه نیست. رابعاً، بر فرض استطلاعی بودن نظارت، نظارت استطلاعی لزوماً به معنای این نیست که مرجع مافوق تنها به گزارش‌های ناظر اکتفا نماید و در واقع اثبات شی نفی ماعدا نمی‌کند.

۱. همان، ص ۷۵.

۲. «جهت درخواست تجدیدنظر به قرار زیر است:

الف - ادعای عدم اعتبار مستندات دادگاه.

ب - ادعای فقدان شرایط قانونی شهادت شهود.

ج - ادعای عدم توجه قاضی به دلایل ابرازی.

د - ادعای عدم صلاحیت قاضی یا دادگاه صادر کننده رأی.

ه - ادعای مخالف بودن رأی با موازین شرعی و یا مقررات قانونی.

تبصره: اگر درخواست تجدید نظر به استناد یکی از جهات مذکور در این ماده به عمل آمده باشد در صورت وجود جهات دیگر، مرجع

تجدید نظر به آن جهت هم رسیدگی می‌نماید.»

مثال دوم یعنی ماده‌ی ۳۹۲ نیز با اشکال مواجه است؛ زیرا براساس ماده‌ی ۳۹۲ قانون آیین دادرسی مدنی: «رئیس شعبه، موضوع دادخواست فرجامی را مطالعه و گزارش تهیه می‌کند یا به نوبت، به یکی از اعضای شعبه برای تهیه‌ی گزارش ارجاع می‌نماید. گزارش باید جامع یعنی حاوی جریان ماهیت دعوا و بررسی کامل در اطراف اعتراضات فرجام‌خواه و جهات قانونی مورد رسیدگی فرجامی با ذکر استدلال باشد. عضو شعبه مکلف است ضمن مراجعه به پرونده برای تهیه‌ی گزارش، چنانچه از هر یک از قضات که در آن پرونده دخالت داشته‌اند تخلف از مواد قانونی، یا اعمال غرض و بی‌اطلاعی از مبانی قضایی مشاهده نمود، آن را به‌طور مشروح و با استدلال در گزارش خود تذکر دهد. به دستور رئیس شعبه رونوشتی از گزارش یاد شده به دادگاه عالی انتظامی قضات ارسال خواهد شد»

بنابر فرض نظارت بودن، تهیه‌ی گزارش و ارسال گزارش از شاخصه‌های نظارت استطلاعی هستند و این مثال نیز ادعای نویسنده را ثابت نمی‌کند.

نتیجه‌گیری

نویسنده محترم مقاله نظارت انتخاباتی، ماهیت نظارت شورای نگهبان بر انتخابات را استصوابی و یا استطلاعی ندانسته، بلکه آن را نظارت انتخاباتی نامیده است و برای اثبات این نظریه، مثال‌های متعددی را ذکر کرده است، ولی این نظریه و مثال‌های آن بررسی و نقد شد و نتیجه این بررسی یافته‌های ذیل است:

۱. در تعریف نظارت استصوابی، صلاحدید جایگاهی ندارد، زیرا قید صلاحدید در این تعریف، بی‌سابقه و بی‌مناسبت است و نظارت استصوابی؛ یعنی در صورت صواب، درست و مطابق قانون بودن، تصویب و تأیید می‌شود، ولی صلاحدید؛ یعنی تصمیمی که به‌خاطر مصلحت عامه مردم و برای جلوگیری از مشکلات اجتماعی، فراتر از برخی قوانین و به صورت موقت اتخاذ می‌گردد.

۲. نظارت استطلاعی و استصوابی اختصاص به حقوق خصوصی ندارند، زیرا آنها نوع و یا مراحل نظارت محسوب می‌شوند و در هر نظارتی به تناسب جایگاه ناظر یکی از این دو نوع نظارت وجود دارد.

۳. ماهیت نظارت شورای نگهبان انتخاباتی نیست، زیرا انتخابات موضوع و متعلق نظارت است نه ماهیت نظارت. در نظارت بر انتخابات مراحل و انواع نظارت استصوابی و استطلاعی وجود دارد.

۴. مفهوم نظارت انتخاباتی از اصل نود و نهم قانون اساسی و یا تفسیر آن قابل برداشت نیست و آنچه که مفهوماً و منطوقاً از قانون و تفسیر آن قابل برداشت است، نظارت استصوابی است.

مثال‌های نویسنده محترم برای اثبات نظارت انتخاباتی، یا نظارت نیستند و یا یکی از انواع نظارت استطلاعی و استصوابی محسوب می‌شوند.

منابع

۱. ابن منظور، محمدبن مكرم، ۱۴۰۵، *لسان العرب*، جلد ۱۵، ج ۵، چ ۱، نشر أدب الحوزه‌ی، قم.
۲. امامی، سید حسن، ۱۳۷۴، *حقوق مدنی*، تهران، کتابفروشی اسلامیة، چ ۱۵، ج ۱.
۳. امامی، سیدحسن، ۱۳۷۴، *حقوق مدنی*، جلد ۶، چ ۱، ج ۱۵، کتابفروشی اسلامیة، تهران.
۴. انصاری، مرتضی (شیخ انصاری)، ۱۴۱۹ هـ. ق، مکاسب، قم، مؤسسه‌ی الهادی، چ ۱، ج ۴.
۵. آذرنوش، آذرتاش، ۱۳۸۳، *فرهنگ معاصر عربی-فارسی*، نشر نی، تهران.
۶. آیین‌نامه‌ی داخلی مجلس شورای اسلامی.
۷. پیروز، علی‌آقا و دیگران، ۱۳۸۴، *مدیریت در اسلام*، چ ۳، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، قم.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۸۰، *ترمینولوژی حقوق*، کتابخانه‌ی گنج دانش، تهران.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۷۹، *حقوق مدنی*، وصیت، چ ۲، کتابخانه‌ی گنج دانش، تهران.
۱۰. جوهری، اسماعیل‌بن حماد، ۱۴۰۷ق/۱۹۸۷م، *الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیة*، جلد ۶، ج ۲، دار العلم للملایین، بیروت.
۱۱. حسینی خامنه‌ای، سید علی (مقام معظم رهبری)، *بیانات مقام معظم رهبری در دیدار اعضای شورای نگهبان قانون اساسی و مسئولین بخش‌های نظارتی*، ۱۳۸۶/۴/۲۰، پایگاه اطلاع‌رسانی دفتر مقام معظم رهبری، <http://www.leader.ir/langs/fa>
۱۲. دهخدا، علی‌اکبر، ۱۳۷۳، *لغت‌نامه‌ی دهخدا*، جلد ۱۵، مؤسسه‌ی انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، تهران.
۱۳. روابط عمومی دفتر تحکیم وحدت، *نظارت استصوابی*، چ ۱، افکار، تهران، ۱۳۷۸.
۱۴. زین‌الدین رازی (رازی)، ۱۹۹۴م، محمدبن‌ابی‌بکر، *مختار الصحاح*، دار الکتب العلمیه‌ی، بیروت، ۱۴۱۵ق.
۱۵. طوسی، محمدبن‌حسن، *النهاية في مجرد الفقه والفتاوي*، قدس محمدی، قم، [بی‌تا].

بررسی نظریه «نظارت انتخاباتی در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران» □ ۱۷۱

۱۶. علینقی، امیرحسین، ۱۳۷۸، نظارت بر انتخابات و تشخیص صلاحیت داوطلبان: بحثی حقوقی پیرامون نظارت استصوابی و قانون انتخابات، چ ۱، نشر نی، تهران.
۱۷. قاضی، سیدابوالفضل، ۱۳۸۳، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، چ ۱۲، میزان، تهران.
۱۸. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
۱۹. قانون آیین دادرسی مدنی
۲۰. قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، مصوب ۱۳۸۱.
۲۱. قانون نظارت شورای نگهبان بر انتخابات مجلس شورای اسلامی» مصوب ۱۳۶۵/۵/۹
۲۲. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۳، حقوق مدنی: عقود معین، ج ۳، چ ۲، یلدا، تهران.
۲۳. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۹، مقدمه‌ی علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، چ ۲۷، شرکت سهامی انتشار، تهران.
۲۴. محسن شیخی، علی اصغر، نظارت و بازرسی، چ ۱، زمزم هدایت، قم، ۱۳۸۴.
۲۵. مرتضایی، سیداحمد، ۱۳۹۰، نظارت استصوابی یا استطلاعی (بررسی فقهی-حقوقی نظارت شورای نگهبان بر انتخابات)، چ ۱، مؤسسه‌ی آموزشی و پژوهشی امام خمینی (ره)، قم.
۲۶. مرتضی زبیدی، محمدبن محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، ۲۰ جلد، ج ۷، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، بیروت.
۲۷. مرکز تحقیقات شورای نگهبان، مجموعه نظریات شورای نگهبان، چ ۱، مرکز تحقیقات شورای نگهبان، تهران، ۱۳۸۱.
۲۸. معین، محمد، ۱۳۶۲، فرهنگ فارسی معین، ۶ جلد، ج ۴، تهران.
۲۹. ملک‌افضلی اردکانی، محسن، ۱۳۸۲، نظارت و نهادهای نظارتی، چ ۱، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه‌ی اسلامی، تهران.
۳۰. موسی‌زاده، ابراهیم، ۱۳۸۷، «نظارت انتخاباتی (ماهیت نظارت شورای نگهبان بر انتخابات)»، فصلنامه‌ی حکومت اسلامی، شماره‌ی ۴۸.
۳۱. هاشمی، سیدمحمد، ۱۳۸۲، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، ج ۲: حاکمیت و نهادهای سیاسی، چ ۷، تهران: نشر میزان.