

جامعه‌شناسی حقوق اداری؛ «کنش‌گری مرزی» مقام اداری در اعمال «صلاحیت‌های اختیاری»

مهدی مهدوی زاهد^۱

چکیده

«حقوق» عام و شامل و راکد و ثابت است. از این رو، اعمال بی‌انعطاف قواعد خشک حقوقی می‌تواند به نتایج تلخ و عبوس منجر شود. بر این اساس، به منظور در نظر گرفتن وضعیت‌های متفاوت ناظر بر اجرای قانون واحد می‌توان و باید نسبت به تفسیر و تعبیر قوانین و مقررات اقدام کرد. این رویکرد در حقوق اداری نیز قابل تسری است، به نحوی که مقام اداری در اعمال «صلاحیت‌های اختیاری»، درصدد منعطف ساختن قواعد اداری برمی‌آید و «هست‌ها» و «بایدها» را قرین هم می‌سازد.

این مقاله در پی پاسخ به این پرسش است که چگونه می‌توان در منظومه حقوق اداری، دوگانه‌های «هست‌ها» و «بایدها»؛ «جامعه مدنی» و «حاکمیت»؛ «ارزش» و «واقعیت»؛ «حق»‌ها و «خیر عمومی»؛ «آزادی» و «امنیت» را به تعادل و تنظیم رساند؟

بر اساس نتایج این تحقیق، «صلاحیت‌های اختیاری»، محل تلاقی دو حوزه «حقوق اداری» و «علوم اجتماعی» قلمداد می‌شود، به نحوی که با پیوند «حقوق عمومی» و «سیاست‌گذاری عمومی»، نکاحی ثبت و با این تلاقی، «کنش‌گری مرزی» واقع و از بطن «مقام اداری»، فرزند حاصل و «صلاحیت‌های تخییری» نام‌گذاری می‌شود.

روش پژوهش این نوشتار که ذیل رویکرد مطالعات میان‌رشته‌ای در حقوق نگاشته شده، توصیفی-تبیینی و شیوه گردآوری اطلاعات نیز کتاب‌خانه‌ای است.

واژگان کلیدی: جامعه‌شناسی حقوق، حقوق اداری، مطالعات میان‌رشته‌ای، کنش‌گری مرزی، واقعیت.

مقدمه

در کنار «حق‌های فردی»، «منافع جمعی» نیز وجود دارد که علاوه بر بهره‌مندی هر شهروند از آن، به یک شخص اختصاص ندارد و «جامعه» به مثابه یک کلِ درهم‌تنیده از آن برخوردار است. این «خیر عمومی»، متعلق به آحاد ملت است، اما گه‌گاه بحران‌هایی، حیات جمعی یک کشور را تهدید و وضعیت استثنایی ایجاد می‌کند که اقتضای حقوقی آن، وجود قوانین و مقررات ویژه است؛ قواعدی که از نظر ماهوی در راستای تحدید یا تعلیق حق‌ها و آزادی‌های عمومی است. حال اگر در این وضعیت، حق‌های شهروندی از یک سو و منفعت جمعی که همانا استواری و نگاه‌داشت «نظم عمومی» است، از سوی دیگر، در تزاخم و رویارویی با یکدیگر قرار گرفت، چه باید کرد؟ اگر در عرصه حقوق زنده و در مصاف جامعه، با الزام قهری و تحمیل هیئت حاکمه^۱، هنجاری لباس قانون به تن کرد که همه معیارهای شکلی حقوقی را به درستی پیموده است و «قانونیت» دارد،^۲ اما ادراک عمومی، آن را از «مقبولیت» تهی دانسته و در تضاد و تعارض با نظام ارزش‌ها و نگرش‌ها یافته است، چگونه باید تدبیر و «واقع‌گرایی» را با «شکل‌گرایی» تقریب کرد؟

اگر تشخیص فردی و تجویز سیاسی حکمران، فرآیندهای صوری قانون‌گذاری را پیمود و آن‌گاه جامعه قانون پوشید،^۳ ولی افکار عمومی و فاهمه جمعی مردم در تقابل با آن اراده به قاعده تبدیل شده قرار داشت، چگونه باید بین سکون و سرسختی هسته سخت قدرت و سیالیت و رونده بودن نهاد و گروه‌های اجتماعی تعادل و توازن برقرار ساخت؟ آیا می‌توان آن‌چه را در مغایرت با واقعیات و در جهت خلاف با روند تغییرات اجتماعی است، «قانون متروک» تلقی و آن را به طور ضمنی و نانوشته حتی از چارچوب قانون اساسی حذف کرد؟

آیا می‌توان نظام حقوقی و همه نهادها، ساختارها و سازوکارهای حقوقی را بر ساخته، محصول و مصنوع و آثار و تبعات یک تصمیم سیاسی از جانب ملت عنوان کرد^۴ و در نتیجه، اراده عمومی

1. Kelsen, Hans "Value Judgement in the science of Law", Journal of Social Philosophy and Jurisprudence, Vol. 7, No. 312, 1942, pp. 311-333

2. Raz, J. Critical Study Kelsen's General Theory Of Norms, Philosophia, Vol. 6, 1976, Pp. 495-504.

3. Murkens, Jo eric Khushal, From Empire to Union: Conceptions of German Constitutional Law since 1871, London, Oxford university press, 2013, pp. 30-31.

4. Arato, Andrew, "Carl Schmitt and the Revival of the Doctrine of the Constituent Power in the United States.", Car-

همیشگی و نامحصور در زمان را ورای هر شکل و ساختار و هر قاعده و قانونی در نظر گرفت؟^۱ آیا می‌توان بین روند تغییرات اجتماعی مستمر و پویا و قالب‌های حقوقی خشک و راکد و ایستا تعادل برقرار کرد و انعکاسی از روندهای عمومی را در آینه قوانین و مقررات بازتاب بخشید؟^۲

بر این بنیاد، پرسش اصلی این مقاله از این دغدغه ریشه گرفته است که آیا می‌توان با بهره‌مندی از ظرفیت‌های نظری و پشتوانه‌های فلسفی مفهوم «کنش‌گری مرزی» که اصالتاً ذیل مفاهیم جامعه‌شناختی قرار می‌گیرد و استفاده از نهاد دیرپای «صلاحیت‌های اختیاری» که در قلمرو حقوق عمومی به طور کلی و در حریم حقوق اداری به طور خاص به رسمیت شناخته شده است، به پیوندی نظری دست زد تا از رکود و رخوت حاکم بر اجرای احکام اداری به وضعیت متناسب با هر فقره حقوقی و اجتماعی رسید؟

این نوشتار درصدد است با روش توصیفی و تحلیلی و با بازتعریف و بازتفسیر مفهوم «قانون»، محدوده قانون‌گذاری را تحدید، قلمرو مداخله «حقوق» در زیست فردی و اجتماعی شهروندان را ترسیم و در نهایت، ایده سیاسی و اجتماعی «کنش‌گران مرزی» را در ساحت حقوق اداری تبیین کند. در این نگرش، قانون‌مداری محدود و متوقف به اجرای مُرّ قانون نیست و مُجریان قانون به مثابه بخشی از پیکره نظام حقوقی می‌توانند^۳ با ایفای نقش، مؤثر در سیاست‌گذاری حقوقی باشند.^۴

گفتمنی است که تاکنون اثر مستقلی در موضوع مقاله نوشته نشده و نظم نظری جدید این متن که محصول هم‌نشین ساختن جنبه‌هایی از مفاهیم پایه جامعه‌شناسی، علم سیاست و حقوق اداری است، بدیع به نظر می‌رسد.

dozo Law Review, vol. 21, 2000, pp. 1739-1748.

1. Schmitt, Carl. *constitutional theory*, Translated and edited by Jeffrey Seitzer. Durham, Duke University Press, 2008, p. 65.

2. Pitkin, Hanna Fenichel, "Idea of a Constitution.", *Journal of Legal Education*, vol. 37, 1987, pp. 167-169.

۳. ملک‌محمدی، حمیدرضا، مبانی و اصول سیاست‌گذاری عمومی، تهران: سمت، چاپ چهارم، ۱۳۹۹، صص ۲۹ و ۵۳.

۴. مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، سیاست‌گذاری عمومی و سیاست‌پژوهی: چستی سیاست‌گذاری عمومی، تهران: دفتر مطالعات بنیادین حکومتی، ۱۳۹۲، ص ۱.

۱. از چرایی تا چیستی «قانون»: بازتعریف و بازتفسیر

در زمانی که نمی‌دانیم «کی» و در مکانی که نمی‌دانیم «کجا»، آدمیان «آزاد» بودند تا هر گفتاری و رفتار و انتخابی داشته باشند. این مطلق‌العنانی مادامی بود که دیگری با «زور» بیش‌تر، «ظفر» پیدا نکند؛ زیرا قاعده نانوشته جاری، «الحقُّ لِمَنْ عَلَبَ» بود. «همه» کسی «هر» کاری می‌توانست انجام دهد تا این‌که شخصی دیگر با قدرت بیش‌تر بر او مسلط شود. این وضعیت ناامن و پیش‌بینی‌ناپذیر، نیاز به «امنیت» و «نظم» را در انسان‌ها ایجاد کرد.^۱ در این شهرآشوب، انسان‌ها در قراردادی فرضی تصمیم گرفتند بخشی از آزادی‌های خویش را در ازای تأمین و تحقق دو کالای اساسی به هیئت حاکمه‌ای واگذار کنند تا از ایشان در برابر یایگان کنند. این‌گونه و با تشکیل حکومت و وضع قاعده، ابنای بشر از «وضع طبیعی» به «وضع مدنی» رسیدند.

بر این بنیاد، «قانون» اولاً و بالذات با هدف مهار قدرت سیاسی، تضمین حق‌ها و آزادی‌های عمومی و با کارکرد پیش‌بینی‌پذیرسازی امور و در جهت امنیت روانی حاصل از آن شکل گرفت.

۲. مفهوم عصری و کارکرد نسلی «قانون»

مفهوم «قانون» در عصر جدید با دوران پیشامدرن تفاوت‌های معناداری داشته و دارد؛ زیرا در قدیم و پیش از دوره تجدد، مُراد از قانون، قاعده‌ای مبتنی بر یکی از سنت‌ها، اعم از عُرف و اخلاق به ویژه «دین» بود و هنجارهای شرعی به مثابه باید و نبایدهای اجتماعی به کار می‌رفت.^۲ به نحوی که تفکیک بین «نظام باوری» از «نظام بایدی» متصور نبود^۳ و در دوره‌های طولانی از تاریخ اجتماعی انسان ایرانی، قواعد «فقه»، تمشیت «امر عمومی» را عهده‌دار بود. در دوران تجدد و نرم نرمک، مقارن با عهد مشروطه، با پیدایی مفاهیمی چون «ملت»، «برابری»، «عدالت» و دیگر مفاهیم هم‌جوار، «قانون» در طول زمان به قاعده عام، شامل، غیر شخصی، لازم‌الاجرا، مصوب مرجع صلاحیت‌دار با رعایت تشریفات مقرری مبدل شد^۴ که در عصر معاصر، ویژگی‌های ماهیتی و محتوایی چون مغایر با خواست عمومی نبودن و مبتنی و معطوف به نیازهای اجتماعی بودن نیز با آن عجین و بدان افزوده شد.

1. Tuckness, Alex, "Locke's Political Philosophy", The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), 2024, p. 4.

۲. راسخ، محمد و فاطمه بخشی‌زاده، «مفهوم قانون در عصر مشروطه: نویسندگان متقدم»، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۳، ص ۱.

۳. آشوری، محمد و دیگران، «درآمدی بر اخلاق باور در نظام عدالت‌کیفری»، مجله مجلس و راهبرد، شماره ۱۰۷، ۱۴۰۰، ص ۱۷۶.

۴. راسخ، محمد، «ویژگی‌های ذاتی و عرضی قانون»، مجله مجلس و پژوهش، سال سیزدهم، شماره ۵۱، ۱۳۸۵، صص ۱۸-۲۰.

بر این اساس و در طول زمان، با روندی بطئی، کند و تدریجی، «قانون» در مفهوم مدرن یعنی در جایگاه تنظیم تضادهای ناشی از تعارض نظام‌های ارزشی متکثر و سبک‌های گوناگون زندگی زاینده شد. این پدیده برای ایجاد موازنه میان قدرت‌های مدنی و هم‌نشین ساختن مکتب‌های فکری مختلف می‌کوشد.^۱

۳. «قانون» جدید: اقتضای حقوقی جامعه متکثر

پذیرش تکثر به منزله مشروعیت بخشی به آن نیست، بلکه به معنای فهم هم‌دلانه واقعیات و تدبیر برای تنظیم‌گری است. به عبارت دیگر، به جای «وحدت» به معنای یکی شدن، «تعایش» یعنی معاشرت کردن بدون تلاش برای تغییر دیگری یا کوتاه آمدن از عقاید است؛ زیرا در جامعه متکثر ارزشی، بحث بر سر «مبانی»، فقط آتش منازعات را شعله‌ورتر و اختلافات را افزون‌تر خواهد ساخت. در این جامعه باید سراغ مسئله‌های مشترک و الزامات حل مسئله رفت، مسئله‌های کوچک، ولی پُر اثر.

بنابراین، مهم‌ترین ویژگی قانون در عصر حاضر، تنظیم قهری روابط اجتماعی است که با تکیه به قدرت سیاسی انجام می‌شود. از این رو، چون تنظیم‌گری حقوق از خود هنجار حقوقی بر نمی‌آید، بلکه منبعث و متکی به قدرتی است که منشأ آن، خارج از قاعده (مردم یا ریشه‌های الهیاتی) است، جنبه لازم‌الاجرائی آن بایستی نزد عموم به طور نوعی، توجیه نظری و «موجه‌سازی» شود تا «پذیرفته» آید و قابل اجرا گردد. در غیر این صورت، با پدیده‌هایی چون «نافرمانی مدنی» یا «قانون متروک» روبه‌رو خواهیم بود^۲ یا در مواجهه‌ای دیگر، با نقض گسترده قانون به حیثیت آن لطمه وارد می‌آید و از اعتبار قانون‌گذار کاسته می‌شود و اقتدار تقنین تقلیل خواهد یافت.

۴. پیدایش «قانون‌گذاری» و «مقرره‌گذاری» در پرتو «سیاست» و «اداره»

در پس هر «قانون» و مقرره‌ای، یک اراده سیاسی قابل مشاهده است و قانون‌گذاری و تنظیم‌گری در درجه نخست، یک عمل سیاسی است.^۳ بر این بنیاد، بیش و پیش از مباحث شکلی، ذیل عناوینی

۱. وحید، مجید، سیاست‌گذاری عمومی، تهران: میزان، چاپ چهارم، ۱۴۰۰، صص ۷۳ و ۱۴۸.

۲. کیوان فر، شهرام، مبانی فلسفی تفسیر قانون، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، ۱۴۰۳، صص ۳۸۰-۳۸۴.

۳. تنگستانی، محمد قاسم، «تأملی بر ابعاد حقوقی و سیاستی لوائح قضایی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره هشتم و چهارم، شماره ۱۰۹، ۱۳۹۹، صص ۱۶ و ۱۷.

چون «اصول و فنون قانون‌گذاری» و قاعده‌گذاری بایستی آب را از سرچشمه نوشید و به آن ملاحظات، مصلحت‌اندیشی‌ها، خط‌مشی‌ها و سیاست‌هایی که مورد نظر سیاست‌گذاران بوده است، التفات و آگاهی داشت؛^۱ زیرا «قانون‌گذاری»، ابرازی برای «سیاست‌گذاری» است و «قانون»، جلوه تعین‌یافته و تجسدِ در مرئی و منظرِ اراده‌های سیاسی نامرئی و ناپیداست. بر این اساس، می‌توان گفت که «حقوق» از حیث تقدّم و تأخّر رتبی (و نه ارزش و جایگاه)، دانشی درجه دوم است که مقاصدِ سیاسی اولیه را رؤیت‌پذیر و رُخ آن را برای تابعان حقوق نمایان می‌کند.

برای نمونه می‌توان به سیاست‌گذاری کیفری جرایم اقتصادی در پیش‌گیری از فساد اداری اشاره کرد که نمودِ این اراده سیاسی در قالب جرم‌انگاری‌های متعدد و متورم ذیل انواع عناوین مجرمانه مرتبط با جرایم اقتصادی آشکار شده است، از جمله پول‌شویی، اختلال در نظام اقتصادی کشور، قاچاق کالا و ارز، جرایم مالیاتی، اختلاس، تبانی در معاملات دولتی و قوانین جزایی چون قانون اخلاک‌گران در نظام اقتصادی کشور مصوب ۱۳۶۹؛ قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد مصوب ۱۳۹۰؛ آیین‌نامه پیش‌گیری و مقابله نظام‌مند و پایدار با مفسدات اقتصادی در قوه مجریه در راستای ماده ۳۳ قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد (۱۳۹۰)؛ قانون دایمی نمودن قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد مصوب ۱۳۹۹؛ آیین‌نامه اجرایی نحوه رسیدگی به جرایم عمده و کلان اخلاک‌گران در نظام اقتصادی کشور مصوب ۱۳۹۹ رئیس قوه قضاییه. همه این‌ها، نمونه‌هایی از ازدیاد قوانین و مقررات و کژکارکردی سیاست جنایی توده‌گرایانه است؛ زیرا جهت‌گیری آن، کسب وجهه سیاسی توسط حکمرانان نزد افکار عمومی بوده^۲ و علت اصلی چنین گرایشی در میان سیاست‌گذاران نیز کاهش اعتماد عمومی به حاکمیت است که زمینه‌سازِ عوام‌گرایی کیفری و مواجهه واکنشی درباره جرایم اقتصادی شده است. همانا مصلحتی شدنِ مقابله با برخی از مجرمان و معاف دانستنِ برخی دیگر از مرتکبان، از پی‌آمدهای این نحوه مواجهه است.^۳ چنان‌که بازنمایی رسانه‌ای پرونده‌های مشهور جرایم کیفری

۱. رضایی، مهدی و محمد مهدی رضوانی فر، «دستورگرایی و سیاست‌گذاری عمومی؛ تحلیلی بر جایگاه و کارکرد سیاست‌گذاری عمومی در منظومه حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، سال بیست و یکم، شماره ۶۳، ۱۳۹۸، ص ۹.

۲. حسین‌الحسینی، مینا، «بررسی تحولات عناصر جرم اقتصادی در سیاست جنایی ایران با تأکید بر موازین فقهی در راستای توسعه پایدار اقتصادی مناطق جغرافیایی کشور»، فصل‌نامه جغرافیا و برنامه‌ریزی منطقه‌ای، شماره ۴، ۱۴۰۱، ص ۸۵۴.

۳. گلسر، ویلیام، درآمدی بر روان‌شناسی امید، تئوری انتخاب، ترجمه علی صاحبی، تهران: سایه سخن، چاپ چهل و دوم، ۱۴۰۱، ص ۳۰.

اقتصادی از شهرام جزایری، بابک زنجانی و شب‌نم نعمت‌زاده تا دارندگان عناوین سلاطین سکه، قیر، ارز و نظیر آن ذیل همین سیاست جنایی توده‌گرایانه قابل تحلیل است.^۱ حال آن‌که یک سیاست جنایی مطلوب برخلاف حقوق جزا تنها متکی بر اقدامات تنبیهی نیست،^۲ بلکه با زدودن بسترهای فسادخیز، مانند پدیده درب‌گردانی و ورود کارمندان پس از خاتمه اشتغال دولتی به بخش خصوصی که با سوء استفاده از روابط و رانت‌های ارتباطی، از امتیازات ویژه و انحصاری به طور ناروا بهره‌مند خواهند بود،^۳ برای رفع نظام‌مند تبعیضات قانونی اقدام خواهد کرد.^۴

۵. کدام جامه به از پرده‌پوشی خلق است؟^۵

در منطق نو، لباس «قانون» زمانی دوخته می‌شود که نظام‌های بایدی، دستوری و هنجاری دیگر مانند شریعت، عرف و اخلاق، کارآمد نیست. الزام قانونی در وضعیتی باید باشد که قواعد شرعیه یا عرفیه یا آموزه‌های اخلاقی در تنظیم روابط مؤثر واقع نشده و ناگزیر و ناگزیر بایستی شراغ ضابطه عام «قانون» رفت که از آن چه به دیدگاه عموم، مستلزم حمایت حقوقی است، با ضمانت اجراهای مدنی یا عندالاقضا، کیفری پشتیبانی کند.

تشخیص این‌که کدام موضوع در نظام ارزش‌ها و نگرش‌های عموم، «ضرر» و «زیان» محسوب می‌شود و بایستی وقوع آن را با اعمال تضامین قانونی، تهدید و تحدید کرد یا کدام طیف از مسائل «ارزش» قلمداد می‌شود و به مثابه باید و نبایدهایی که مطلوبیت دارند، پس باید با ابزار قانون از آن‌ها نگه‌داشت کرد، دیگر یک بحث محض حقوقی نیست و باید سرنخ‌های پاسخ به این سنخ

۱. باوی، علی‌رضا و دیگران، «آسیب‌شناسی سیاست کیفری ایران در حوزه جرایم اقتصادی»، فصل‌نامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، شماره ۴۳، ۱۳۹۹، ص ۱۱.

۲. نیازپور، امیرحسین، «رویکرد سیاست جنایی لایحه نحوه مدیریت تعارض منافع در انجام وظایف قانونی و ارائه خدمات عمومی»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، شماره ۱۱، ۱۴۰۱، ص ۲۱۹.

۳. اکرمی، روح‌الله و آیت‌الله جلیلی، «سیاست جنایی مقابله با پدیده درب‌گردانی از بخش دولتی به خصوصی با تأکید بر مجازات‌های انتظامی و اداری»، فصل‌نامه حقوق اداری، شماره ۳۳، ۱۴۰۱، ص ۳۶.

۴. تاجمیر ریاحی، حسین و سیده فاطمه آل محمد؛ «واکاوی و نقد سیاست جنایی تقنینی جرایم مالیاتی در قانون مالیات‌های مستقیم اصلاحی ۱۳۹۴»، پژوهش‌نامه مالیات، شماره ۴۶، ۱۳۹۹، ص ۳۳.

۵. غزل شماره ۴۹۹۹ صائب تبریزی.

از پرسش‌های بنیادی را در قلمرو دیگر حوزه‌های علوم اجتماعی جست‌وجو کرد.^۱ بر این بنیاد، سیاست‌گذاری حقوقی و اداری را می‌توان نقطه تقاطع سه حوزه حقوق عمومی، سیاست و اقتصاد دانست. به نظر می‌رسد که یکی از مهم‌ترین علل نابسامانی نظام حقوقی فعلی ایران نیز این است که رابطه رشته حقوق با رشته‌های زیربنایی که باید حقوق را تغذیه کنند، مانند جامعه‌شناسی، روان‌شناسی و اخلاق منقطع و بُریده شده و با اِبتِنای سیاست‌های کلان بر گزاره‌های سنجش‌ناپذیر و آزمون‌ناپذیر، ضرب‌آهنگ حرکت جامعه و حکمرانی ناکوک شده و موسیقی فالش می‌نوازد.

چنان‌که این ناسازگاری ژرف میان «آرزوها» و «توان‌مندی‌ها»، درد و رنجی بر پیکره نحیف جامعه مدنی تحمیل کرده که نمود عینی آن در سیاست خارجی ایران رؤیت‌پذیر است که کمینه در پانصد سال گذشته، در دَوَران بین «رؤیا» و «واقعیت» در نوسان است؛^۲ زیرا اصولاً تاریخ ما بر مدار سیاست «مصالحه» و وفاق نبوده، بلکه سیاست «منازعه» و شکاف بوده است. چنان‌که در فرهنگ سیاسی ایرانیان، «سازش»، یک ناسزای سیاسی و «سازش‌کار» در معنای خیانت‌کار به مُلک و ملت به کار می‌رود. از این رو، انطباق نداشتن بین «ذهنیت» و «عینیت» از چالش‌های تاریخی حکمرانی در ایران بوده و مهم‌ترین مسئله و موضوع سیاست‌گذاری حقوقی نیز از قدیم تا عصر جدید، دوگانه «هست» و «باید» یا همان «واقعیت» و «ارزش» است که شکاف بین آن‌ها در وضعیت شاخص‌های کلان اقتصادی و به زبان عدد و رقم، بی‌نیاز از هیچ تعبیر و تفسیری برای همگان قابل مشاهده است.

بر این اساس، باید گفت که کارکرد ذاتی حقوق به طور کلی و حقوق اداری به طور خاص، سامان‌دهی روابط اجتماعی و این «کارکرد»، محل تلاقی آن با سیاست‌گذاری عمومی است؛ زیرا هرچند می‌توان مسائل اجتماعی را شناخت، ولی الزاماً نمی‌توان تغییرشان داد. همانا «حقوق اداری»، ابزار تنظیم‌گری و تعادل‌بخشی است و نه ابزار ساخت و ایجاد تغییرات اجتماعی. «قانون»، خالق روابط و ایجادکننده آن‌ها نیست، بلکه صرفاً تنظیم‌کننده است. فهم نقش و کارکرد قانون می‌تواند قانون‌گذار را از ورطه مداخله‌های ناروا باز دارد^۳ و حکمران را از رابطه دیالکتیک بین واقعیات و ارزش‌ها آگاه سازد؛ زیرا

۱. مهدوی زاهد، مهدی، «اقتضائات حقوقی حکمرانی در جامعه هم‌سود: موردکاوی ایران معاصر»، پژوهش حقوق عمومی، شماره ۲۴ (۷۸)، ۱۴۰۲، ص ۱۷۵.

۲. ظریف، محمدجواد، پایاب شکیبایی، برداشت‌هایی از هشت سال وزارت، تهران: اطلاعات، ۱۴۰۲، صص ۲۷ و ۲۴۶.

۳. بشیریه، حسین، احیای علوم سیاسی، گفتاری در پیشه سیاستگری، تهران: نی، چاپ اول، ۱۳۹۶، صص ۶۱ و ۱۴۰.

واقعیات بر اساس ارزش‌ها خوانش می‌شوند و «ارزش‌ها» در مواجهه با «واقعیت‌ها» شکل می‌گیرند، ساخته و ساخت‌زدایی می‌شوند. امروز جامعه ما با پدیده «ناهم‌ترازی» بین تغییرات اجتماعی و نهادهای سیاسی و حقوقی مواجه است. چنان‌که سرعت تحولات اجتماعی از سرعت فهم حکمرانی بیش‌تر است و در این هنگامه، نظام حکمرانی فقط با جامعه خودش مخاطب می‌کند و بخشی از جامعه را نامرئی تلقی می‌کند، حال آن‌که در حوزه اجتماعی، امر خوب یا «خیر همگانی» در خلأ و انتزاع ارزیابی نمی‌شود، بلکه در نسبت با واقعیات عینی سنجش‌پذیر اعتبار پیدا می‌کند.

۶. معمای چیستی سیاست‌گذاری حقوقی و اداری

سیاست‌گذاری حقوقی باید خصلت «بومی-جهانی» داشته باشد، زیرا از یک سو، ریشه در «سنت»‌ها دارد تا پایه‌های قوام و استواری جامعه را در سیر درازآهنگ تحولات بشری حفظ کند و از سوی دیگر، هم‌آهنگ با «تغییرات اجتماعی» است تا جنبه واگرایی و تضاد با روندهای عمومی پیدا نکند؛ زیرا راه حل واحد برای کل جهان وجود ندارد و هر اتمسفری می‌تواند مسیر متفاوتی را بپیماید که متأثر از فهمی زمینه‌مند از شرایط محلی باشد. نظریه «زمینه‌بنیاد» ظهور یافته از شواهد جامعه و بر مبنای روش استنتاج از جزئیات و رسیدن به کلیات است. بر این اساس، حفظ تعادل در میانه «سنت» و «تجدد» و انعکاس میراث تاریخی پیشینیان از یک طرف و بازتاب تحولات جمعی جامعه از طرف دیگر، به راه رفتن بر لبه تیغ می‌ماند که بایستی با حزم و احتیاط انجام شود.

تحقق این مهم را می‌توان ذیل مفهوم «کنش‌گری مرزی» تعقیب کرد؛ زیرا کنش‌گر مرزی به مثابه یک فرد قوی با باردارشدن از جامعه قوی^۱ و پروراندن و تبدیل خواست عمومی به مطالبات شهروندی، گفت‌وگو بین مردم و هسته سخت؛ قدرت سیاسی را تسهیل‌گری می‌کند. برای نمونه، قاضیان نیز به مثابه دیگر کنش‌گران مرزی با تفسیر مضیق قواعد کیفری، تفسیر به نفع متهم یا تفسیر کارکردگرایانه و معطوف به عمل می‌توانند دامنه شمول جرایم را در مقام قضا محدود کنند. از باب مثال می‌توان به رابطه زناشویی بدون علقه زوجیت اشاره کرد که قاضی می‌تواند ذیل ماده ۱۰ قانون مدنی و با استفاده از نهاد «فرض قضایی» و با استفاده از ظرفیت‌های میراث فقه، آن را به مثابه «نکاح معاطاتی» تفسیر کند.^۲ نکاح معاطاتی در فقه به معنی وجود اراده باطنی بر برقراری

۱. فیرحی، داوود، عاشورا در میانه عقل، اخلاق و سیاست، تهران: نگاه معاصر، ۱۴۰۱، ص ۱۶۷.

۲. جعفری تبار، حسن، منطق حیرانی، در باب استدلال حقوقی، تهران: فرهنگ نشر نو، ۱۳۹۹، صص ۲۴۱ و ۲۴۸.

روابط زناشویی بین زوجین و عدم اظهار الفاظ دال بر صیغه ایجاب و قبول است، چنان‌که آیت‌الله محمد صادقی تهرانی، از جمله فقهای معاصر، موافق با صحت نکاح معاطاتی بود و در صفحه ۲۸۱ از رساله نوین خود می‌نویسد: «عقد یا قرارداد ازدواج به هر زبانی که باشد، درست است و اگر هم بدون لفظ ویژه‌اش که اُنْكَحْتُ. نکاح کردم. باشد؛ در صورتی که جریانی نمایانگر زناشویی میان مرد و زنی انجام گردد، چه با نوشتن و یا گفتن و یا اشاره و هر طوری دیگر که به روشنی دلالت بر انجام ازدواج کند، کافی است و تنها طلاق است که چنان‌که خواهد آمد، در صورت امکان، نیازمند به لفظ است و بالاخره اگر هم لفظ در انجام ازدواج شرط باشد، در اختصاص الفاظ خاصی که معمول است، نیست، بلکه هر لفظی که دلالت بر انجام ازدواج کند، کافی است. لکن شرایط دیگرش نیز باید رعایت گردد که در عقد منقطع از جمله، زمان آن است که تا چه زمان و با چه شرط. عمده این است که معلوم باشد قضیه رفیق‌بازی و زنا در کار نیست، بلکه مقصود زناشویی و تشکیل زندگی جدید است؛ چه دایمیش و چه موقتش. در صورتی که صیغه عقد بخوانی که چه بهتر و دلالتش هم روشن‌تر است، برحسب دو آیه: «زَوْجُنَا كَهَا» (سوره احزاب، آیه ۳۷) و «إِنِّي أَرِيدُ أَنْ أُنْكَحَكَ أَخْدَى أَبْتَنِي هَاتَيْنِ» (سوره قصص، آیه ۲۷) «می‌خواهم تو را به نکاح یکی از دخترانم درآورم» کافی است...».

یا در نمونه‌ای دیگر و بدین منظور می‌توان از ظرفیت نهاد «تقیه» در فقه شیعه بهره جست؛ زیرا «تقیه» در معنای اصلی به معنی «وقایه» و خویشتن‌داری در اظهار رفتار و گفتارهایی است که فاقد ویژگی اقناع‌کنندگی عام است. بنابراین، فرد مؤمن حق ندارد باورهای ایمانی خود را تا زمانی که نتوانسته آن‌ها را به زبان بین‌الذلهانی تبدیل کند، به مثابه «امر عمومی» تلقی و بر دیگران عرضه و تحمیل کند. مادامی که امکان اقناع جامعه و هم‌ادراکی وجود ندارد، برای حفظ انسجام و جلوگیری از ایجاد تفرقه و شقاق در جامعه باید «تقیه» کرد؛ زیرا این نهاد به معنای رفتار برآمده از ترس و اظهار نکردن عقاید برای مصونیت از ضرر و انگیزه‌های مصلحت‌جویانه نیست.

بر این اساس، مجریان قانون و اداره‌کنندگان امور می‌توانند در فقره‌های پُرچالشی نظیر موضوع «حجاب» به دلیل تعین نیافتن زبان قانون یا روش تفسیر، از این استعداد‌های فقهی بهره‌برند و هر جا که قدرت و آزادی عمل داشته باشند، سرباز عدالت و آزادی به مثابه راهبردهای سیاست‌گذاری‌های کلان حقوقی باشند؛ زیرا انعطاف، سازگاری و اصلاحات، عقب‌نشینی نیست، بلکه «تکامل» است.

۷. «مقام اداری» و کنش‌گری مرزی

سیاست‌گذاری حقوقی، محصور در قانون‌گذاری نیست. هرچند هم‌راه با الزام و ضمانت اجراست، ولی این بایسته‌ها همواره از رهگذر «قانون» عبور نمی‌کند؛ زیرا اساساً «حقوق»، متوقف بر «قانون» نیست.^۱ سیاست‌گذاری حقوقی می‌تواند در دو قالب تدبیر و اقدام نمود پیدا کند: «اقدام» همان قانون‌گذاری است، ولی «تدبیر»، مجموعه سیاست‌هایی است که هرچند در پس آن‌ها اراده وجود دارد و به نحوی در قالب «تفسیر» قانون در مقام اجرا و قضاوت اعمال می‌شود، ولی لزوماً لباس قانون به تن نمی‌کند. برای نمونه، سیاست حبس‌زدایی که ناشی از تورم جمعیت کیفری زندان‌ها بود، در شمایل یک سیاست‌گذاری حقوقی با آثار عمیق اجتماعی به کار گرفته شد.

از این رو، در منطق کنش‌گری مرزی، مأمور اداری در رویارویی با واقعیات هسته سخت قدرت سیاسی می‌کوشد آن چه را که می‌تواند، «تغییر» دهد و آن چه را که نمی‌تواند تغییر دهد، بر پایه «خردمندی»، کارکردگرایانه و معطوف به نتیجه و عمل، «تفسیر» کند؛ زیرا کنش‌گر مرزی گرایش به «میانجی‌گری» در معرکه آرا و تضارب تضادها و «سنتز» ارزش‌ها دارد و این خصلت هم‌آمیزی و ادغام و تلفیق در قالب ارتباط برقرار کردن با «دیگری» و تأثیر و تأثر داشتن نمود عینی و بیرونی پیدا می‌کند.^۲ بر این بنیاد، «خلافت» مقامات اداری به مثابه کنش‌گران مرزی در درونی کردن بیرون؛ یعنی به فرم درآوردن، مرئی کردن و افزودن بیرون به درون است. مقام یا قاضی اداری در این موقعیت در ناسازی زیست می‌کنند و با افزایش ظرفیت‌های سیاست‌گذاری و تصمیم‌گیری‌های خادم خیر همگانی در دولت^۳ به گسترش فضای حوزه عمومی و حرکت برای پیش‌روی و نوآوری در جهت بسامان ساختن زیست جمعی یاری می‌رسانند. انسان‌های معمولی هنگام مواجهه با تناقض‌ها دچار اضطراب می‌شوند و به دنبال رفع آن هستند، اما فرد خلاق با آن زندگی می‌کند؛ زیرا گسترش فضا برای حرکت‌های عظیم، هم در حوزه روان فرد و هم در اجتماع، با برخورد امور متناقض به وجود می‌آید.^۴

۱. وکیلان، حسن و احمد مرکز مالگیری، «مقدمه‌ای بر فلسفه قانون‌گذاری: در تکاپوی ارتقای کیفیت قانون»، فصل‌نامه پژوهش حقوق عمومی، سال هجدهم، شماره ۵۱، ۱۳۹۵، ص ۴۲.

۲. شایگان، داریوش، آسیا در برابر غرب، تهران: فرزانه روز، چاپ ششم، ۱۴۰۱، ص ۱۷۲.

۳. سینگر، پیتر، دیگر دوستی مؤثر، ترجمه: آرمین نیاکان، تهران: نی، چاپ اول، ۱۳۹۸، ص ۲۴.

۴. شهسواری، محمدحسن، داستان خلاقیت، راهنمای سبک زندگی برای رسیدن به تداوم در خلاقیت و شادی، تهران: دیوار،

از این رو، کنش‌گران مرزی هم منعکس‌کننده تحولات سیاسی و اجتماعی‌اند و هم در پی تضمین کردن ارزش‌های عمومی. این مهم با ایجاد «هم‌مسئله‌گی» به مثابه ساخت فهم مشترک از مسائل در لایه‌های قدرت مدنی و سیاسی واقع می‌شود؛ زیرا چندپارگی‌های جامعه سیاسی-نخبگانی ایران که تفاهم و اجماع سیاسی را سخت، دشوار کرده است، از یک سو و ایدئولوژی‌گرایی، آخرالزمانی و انتزاعی‌اندیشی لایه‌های مؤثری از هیئت حاکمه، از سوی دیگر، «گفت‌وگو» برای رسیدن به فهم و معنای مشترک و «اجماع‌سازی» را که شرط سیاست‌گذاری کارآمد است، سخت ساخته است، به نحوی که در جامعه ایران بر سر موضوعات ساده مانند ورود زنان به ورزشگاه‌ها یا صدور گواهی‌نامه موتور سیکلت برای زنان، «تخاصم‌گفتمانی» می‌شود. در شرایط ایران امروز که یک اکثریت ولو نسبی نداریم و جامعه متشکل از اقلیت‌های متعدد و متنوع است، سیاست‌گذاری یک معطله است؛ زیرا باید با رویکرد تدریجی‌گرایی، توافق‌گرایی و ائتلاف‌های موضوعی و موقتی در پی تعادل بخشی به نیروهای متضاد اجتماعی و ایجاد اجماع، دست‌کم برای گفت‌وگو در خصوص موضوعات مسئله‌مند باشد. حال چون در ایران امروز، هنوز «نهادها» قوی نیستند، مصالحه باید توسط «افراد» صورت پذیرد؛ زیرا مهم‌ترین چالش احزاب در ایران، نبود ایده تمایزبخش و نبود نمایندگی قشر یا گروه مشخصی است. هم‌چنین احزاب از ظرفیت سیاسی برای ایجاد فضای گفت‌وگو میان حکومت متشکل و مردم نامتشکل بی‌بهره‌اند.

«حرکت در مه»؛ کنش‌گری مرزی مقام اداری در اجرای قاعده حقوقی

در رویکرد واقع‌گرایی حقوقی، «حقوق زنده»، عمل‌مُجری است. از این رو، «رویه»، واجد جایگاهی بی‌بدیل در پویایی و در نتیجه، کارآمدی نظم و نظام حقوقی است. بر این اساس، در چارچوب موضوعی این مقاله، «صلاحیت‌های اختیاری» نیز مبنای دیگری برای ایجاد هنجارهای نرم حقوقی در اعمال اداری محسوب می‌شود.

مقام اداری می‌تواند با تفسیر کارکردگرایانه از منطبق قوانین و مقررات به منظور شناسایی و تضمین حق‌ها و آزادی‌های عمومی به ویژه در محدوده حقوق اداری-استخدامی و در فقره‌هایی مانند

Sociology of Administrative Law

“Borderline Activism” of Administrative Officials in the Exercise of “Discretionary Powers”

Mahdi Mahdavi Zahed¹

Abstract

“Law” is general, inclusive, static, and fixed; therefore, the inflexible application of rigid legal rules can lead to bitter and gloomy results. Accordingly, in the different situations and circumstances regarding the implementation of a single law, one can and should interpret and interpret laws and regulations. The “discretionary powers” of an administrative authority are the product of the necessity arising from making the rules flexible in order to bring “is” and “ought” closer together.

The subject of this article seeks to answer the question of how to have efficient regulation in the duality of “is” and “ought”; “civil society” and “sovereignty”; “value” and “reality”; “rights” and “public interest”; “freedom” and “security”?

Based on the results of this research, “discretionary powers” are considered to be the intersection of the two fields of “administrative law” and “social sciences”, in such a way that a marriage is registered with the connection of “public law” and “public policymaking”, and with this intersection, “border activism” occurs, and a child is born from the womb of the “administrative position” and is named “discretionary powers”.

This article was written under the approach of interdisciplinary studies in law, its research method is descriptive-explanatory and the method of collecting information is “library”.

KeyWords: Sociology of Law, Administrative Law, Interdisciplinary studies, Border activism, Reality.

1. Faculty Member in ATU, mahdavi zahed@gmail.com