

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فصلنامه دانش حقوق عمومی

علمی - پژوهشی

سال پنجم، پاییز ۱۳۹۵، شماره ۱۵

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
درجه‌ی علمی - پژوهشی به این فصلنامه اعطا شد. این درجه شامل شماره‌های ۱ تا ۴
فصلنامه‌ی بررسی‌های حقوق عمومی نیز می‌شود.

فصلنامه دانش حقوق عمومی

علمی - پژوهشی

سال پنجم، پاییز ۱۳۹۵، شماره ۱۵

صاحب امتیاز: پژوهشکده شورای نگهبان

مدیر مسئول: عباسعلی کدخدایی

سر دبیر: سیامک رهپیک

اعضای هیأت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا)

- محسن اسماعیلی، دانشیار حقوق خصوصی دانشگاه تهران
- فیروز اصلانی، استادیار حقوق عمومی دانشگاه تهران
- غلامحسین الهام، دانشیار حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه تهران
- محمدجواد جاوید، 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
- عباسعلی کدخدایی، استاد حقوق عمومی دانشگاه تهران و عضو پژوهشکده شورای نگهبان
- فرید محسنی، استادیار حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری و عضو پژوهشکده شورای نگهبان

مقالات این فصلنامه لزوماً بیان کننده دیدگاه شورای نگهبان و پژوهشکده نیست.

نقل مطالب تنها با ذکر کامل مأخذ مجاز است.

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

روبروی مسجد الرحمن، پلاک ۱۲، پژوهشکده شورای نگهبان

صندوق پستی: تهران ۱۴۶۳ - ۱۳۱۴۵ تلفن: ۸۸۳۲۵۰۴۵ - ۰۲۱ فکس: ۸۸۳۲۵۰۸۰ - ۰۲۱

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

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

صرفاً از طریق سامانه فصلنامه انجام می گیرد.

قیمت: ۱۰۰/۰۰۰ ریال

- این فصلنامه در سامانه مخصوص خود به نشانی mag.shora-gc.ir و پایگاه استنادی علوم جهان اسلام (ISC) نمایه می‌گردد.

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

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:
- 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.
 - 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.
 - 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.
 - 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 استفاده شده 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 [بند ۵] 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 (تیترهای اصلی با ۱، ۲ و... - تیترهای فرعی با ۱-۱، ۱-۲ و... - تیترهای فرعی تر با ۱-۱-۱، ۱-۱-۲ و... - و پس از آن با حروف ابجد 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. مقاله ارسالی نباید همزمان به سایر مجلات فرستاده شده باشد.
۱۶. فصلنامه در اصلاح و ویرایش مقالات آزاد است.

فهرست مطالب

- تحلیل کارکرد احکام نظامیه‌ی ولی فقیه در آرا و نظرهای شورای نگهبان
(بررسی موردی سیاست جنایی تقنینی) ۱
• امین‌اله زمانی
- ضابطه‌مندی فهم، تطبیق و تفسیر قانون اساسی با تأکید بر ذیل اصل چهارم
قانون اساسی ۲۷
• فیروز اصلانی، رضا محمدی، اکبر طلابکی
- سیاست‌های کلی اصل ۴۴؛ بازنگری غیررسمی قانون اساسی یا استفاده از
ظرفیت اصل ۴۴ ۵۵
• هادی طحان نظیف، مصطفی منصوریان
- «ضرورت» در قانون اساسی؛ مفهوم- مرجع تشخیص و نظارت ۷۹
• بیژن عباسی، علی سهرابلو
- سیاست‌های کلی نظام؛ راهکار ارتقای نظام قانونگذاری در نظام جمهوری
اسلامی ایران ۹۹
• عباس کعبی، علی فتاحی زفرقندی
- بررسی مبانی اعتبار دموکراتیک نظارت اساسی ۱۲۳
• محمد جلالی، قاسم‌علی صداقت

تحلیل کارکرد احکام نظامیه‌ی ولی فقیه در آرا و نظریات شورای نگهبان (بررسی موردی سیاست جنایی تقنینی)

امین‌اله زمانی*

دانش‌آموخته‌ی دوره‌ی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه امام صادق(ع)، تهران، ایران

دریافت: ۱۳۹۵/۴/۲۱

پذیرش: ۱۳۹۵/۸/۱۸

چکیده

ولی فقیه از طریق احکام حکومتی و فتاوی اجتماعی و اجتماعی تبعی، که در این مقاله «احکام نظامیه» خوانده می‌شوند، در قانونگذاری جنایی نقش ساختاری و سنجشی دارد. موضوع اساسی این مقاله، تبیین جایگاه «احکام نظامیه‌ی ولی فقیه» در ساختار نظام جمهوری اسلامی ایران و به‌ویژه شورای نگهبان است. این مسئله می‌تواند به ایجاد رویه‌ای واحد در عملکرد نهادها و مراجع حقوقی جمهوری اسلامی ایران از جمله شورای نگهبان، در استناد به احکام نظامیه‌ی ولی فقیه، کمک شایانی کند. نگارنده با روشی توصیفی - تحلیلی و با اتکا بر منابع معتبر فقهی و نظریات و آرای شورای نگهبان، معتقد به اطلاق «تبعیت از احکام نظامیه‌ی ولی فقیه» از سوی کلیه اشخاص و نهادها (که وظیفه‌ی مقررات‌گذاری یا سنجش مقررات را بر عهده دارند) از جمله شورای نگهبان است. با این توضیح، با وجود احکام نظامیه‌ی مقام رهبری وظیفه‌ی شورای نگهبان بررسی مصوبات و مقررات از نظر مغایرت یا عدم مغایرت با ملاک و سنجه‌ی «احکام نظامیه‌ی ولی فقیه» است و در این موارد نمی‌تواند به نظر فتوایی خود استناد کند. آرا و نظریات شورای نگهبان نشان می‌دهد که استناد شورای نگهبان به احکام نظامیه مطلق نبوده و در برخی موارد با اختلاف مواجه بوده است.

کلیدواژه‌ها: احکام نظامیه، حکم حکومتی، سیاست جنایی، قانونگذاری جنایی، ولی فقیه.

مقدمه

از نظرگاه مبانی سیاسی مذهب شیعه، در زمان غیبت، حق ولایت معصوم (ع) به صورت ولایت بر مدیریت در جامعه‌ی اسلامی بر عهده‌ی فقیه عادل است (جوادی آملی، ۱۳۸۵: ۶۶). چنین فقهی، اختیار اجرای احکام و حدود اسلامی (حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۱: ۳۱۲) و همچنین صلاحیت افتاء و قضا در جامعه‌ی اسلامی را دارد تا آنجا که اطاعت از او نیز بر همه‌ی مسلمانان واجب است (خمینی، ۱۴۰۴ق: ۱۱۱؛ گیلانی، ۱۴۲۷ق: ۵۲؛ اصفهانی، ۱۴۱۶ق، ج ۴: ۲۳۲). هرچند در بین فقها در شمول اختیارات ولی فقیه در مورد افتاء و منصب قضا اتفاق نظر وجود دارد، دیدگاهی که دامنه‌ی اختیارات ولی را تا شئون و امور اجتماعی و سیاسی مسلمانان گسترش می‌دهد، نظریه‌ی «ولایت مطلقه‌ی فقیه» است که در قرن معاصر توسط حضرت امام خمینی (ره) ارائه شده و به عنوان نظریه‌ی سیاسی حاکم بر ساختار جمهوری اسلامی ایران به منصه‌ی ظهور رسیده است.^(۱) در این نظریه، حاکم اسلامی در حکومت اسلامی دارای همان اهداف و وظایف پیامبر (ص) و ائمه‌ی اطهار (ع) است (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۲: ۶۲۳) و این صلاحیت را دارد که ولایت خود را در حوزه‌ی تشریع و حکومت بر انسان اعمال کند (عمید زنجانی، ۱۳۶۸، ج ۱: ۲۶۰).

مطابق با قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ولی فقیه به کلیه‌ی شئون و نهادهای تقنینی، اجرایی و قضایی جمهوری اسلامی ایران مشروعیت می‌بخشد و بر قوای سه گانه نظارت و کنترل عالی دارد.^(۲) در این رویکرد، ولی فقیه جایگاه و نقش اساسی در سیاست جنایی و به ویژه سیاست جنایی تقنینی دارد. سیاست جنایی در مفهوم خود عبارت است از «مجموعه روش‌هایی که به وسیله‌ی آن بدنه‌ی اجتماعی (هیئت اجتماع)، پاسخ‌های خود را به پدیده‌ی مجرمانه سازمان‌دهی می‌کند» (حسینی، ۱۳۸۳: ۱۴). این روش‌ها که از سوی دولت در معنای عام خود یعنی کلیه‌ی نهادها (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۴۵) و جامعه‌ی مدنی اعمال می‌شود، علاوه بر رفتارهای واکنشی بر رفتارهای کنشی و پیشگیرانه در مقابل جرم و انحراف (لازرر، ۱۳۹۰: ۵۳) نیز دلالت دارد و حتی در مبارزه و برخورد با پدیده‌ی مجرمانه، تدابیر اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی را نیز در برمی‌گیرد (قیاسی، ۱۳۸۵: ۴۱). مفهوم سیاست جنایی - متأثر از تعریف مارک آنسل - از نظر کاربردی، یک فن شناخته می‌شود و جنبه‌های گوناگون تقنینی، قضایی، اجرایی و مشارکی به خود می‌گیرد (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۷۸: ۵۱۵). سیاست جنایی قانونی یا تقنینی، ناظر بر فعالیت قانونگذار و مقررات در قالب قوانینی است که اصول اساسی و برنامه‌های سیاست جنایی را تبیین و تشریح می‌کنند و بر تدابیر قانونگذار و مراجع رسمی تقنینی در مورد مبارزه با بزهکاری و کنترل جرم و انحراف تأکید می‌ورزند (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۷۸: ۵۱۵). ولی فقیه از طریق احکام حکومتی و فتاوی خویش، مهم‌ترین نقش را در سیاست جنایی تقنینی، هم از نظر ساختار و هم از نظر سنجش قوانین عادی خواهد داشت. اختلاف در الزام یا اختیار استناد و همچنین دامنه‌ی تبعیت از فتاوی و احکام ولی فقیه در ساختار تقنین سیاست جنایی به ویژه در عملکرد شورای نگهبان و تجربه‌ی

حکومتی جمهوری اسلامی ایران و در نهایت ارائه‌ی الگوی مناسب، مهم‌ترین ضرورت انجام تحقیق حاضر است و از آن جهت که به تبیین نقش عملی دیدگاه‌های رهبر در سیاست جنایی جمهوری اسلامی ایران می‌پردازد، بدیع و جدید است.

۱. ولی فقیه و قانونگذاری جنایی

اطلاق ادله‌ی ولایت فقیه در شرع و اصول متعدد قانون اساسی، مبنای اختیار تشریع و قانونگذاری ولی فقیه در نظام جمهوری اسلامی ایران است. نقش ولی فقیه در قانونگذاری جنایی اغلب از طریق احکام حکومتی یا فتاوی او اجرا می‌شود و بدین سبب فتاوی ولی فقیه در این ساختار سیاسی منبع قانون به‌شمار می‌رود (جوادی آملی، ۱۳۸۵: ۴۶۷).

۱-۱. مبانی و محدوده‌ی تأثیر احکام حکومتی ولی فقیه در قانونگذاری جنایی

«احکام حکومتی، تصمیماتی است که ولی امر می‌تواند به‌حسب مصلحت وقت اتخاذ کند و طبق آن‌ها مقرراتی وضع نموده و به‌موقع اجرا گذارد» (طباطبایی، ۱۳۸۸، ج ۱: ۱۶۴). در حقوق موضوعه و عرفی، این احکام تحت عنوان احکام رئیس کشور (decrets) شناخته می‌شود که ناظر بر «حکم‌های کلی و یا خصوص مورد است که کتباً از سوی رئیس کشور صادر می‌شود» (لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۱: ۱۸۹). در فلسفه‌ی علم سیاست نیز، طرفداران نظام‌های دموکراسی، بر ناتوانی قانون در موارد جزئی و پیش‌بینی‌ناپذیر و ضرورت اعطای اختیار به فرمانروا اجماع داشته و در چنین شرایطی، این موضوع را به حکم عقل و مسلمات بدیهی پذیرفته‌اند (ارسطو، ۱۳۸۶: ۱۸۷ و ۱۹۵)؛ تا آن‌جا که برخی، به‌صراحت از این صلاحیت تحت عنوان اختیار ویژه‌ی حاکم نام برده و مبنای آن را خیر و صلاح جامعه دانسته‌اند و تا آن‌جا پیش رفته‌اند که گفته‌اند در موارد ضرورت به استناد این اختیار ویژه نیز می‌توان تصمیمی خلاف قانون موجود و به مصلحت جامعه، اتخاذ کرد. تعلیل چنین موضوعی را ناتوانی قوانین و وقوع شرایط ضروری بیان می‌کنند و بدهت آن را مستند به قانون عمومی طبیعت برمی‌شمارند (لاک، ۱۳۹۱: ۲۰۷-۲۰۸). مبنای حکم حکومتی و مناط آن «حصول مصلحت مکلفان، حفظ نظام و پیشگیری از هرج و مرج و اختلال نظام» است و از این نظر با فتاوی حکومتی تفاوتی ندارد (علیدوست، ۱۳۸۸: ۶۹۳). در ادبیات فقهی چنین مبنایی اغلب با عبارت «مصلحه المسلمین» و نظایر آن شهرت دارد (کیدری، ۱۴۱۶ق: ۱۲۲؛ عاملی کرکی، ۱۴۰۹ق، ج ۱: ۲۴۰) و قلمرو این احکام نیز امور اجتماعی حکومت و جامعه‌ی اسلامی است (راعی و عطریان، ۱۳۹۱: ۱۳۲). فقهای معاصر ضمن تأکید بر تبعیت از مقررات و قوانین حکومتی، با استناد به معیار «اخلال در نظام»، عدم رعایت احکام حکومتی را خلاف شرع دانسته‌اند (تبریزی، بی‌تا، ج ۱: ۲۷۵) و بر تبعیت از اوامر حکومتی ولی فقیه برای همه‌ی اشخاص، فقهای دیگر و حتی ولی فقیه اتفاق نظر دارند (جوادی آملی، ۱۳۸۵: ۴۶۹؛ خلخالی، ۱۴۲۵ق: ۶۸۴).

۱-۱-۱. مبانی و محدودهی تأثیر فتاوی ولی فقیه در قانونگذاری جنایی

منظور از فتوا - که یکی از شئون ولی فقیه و حاکم اسلامی نیز است (آملی، ۱۳۸۰، ج ۱۰: ۳۷۱) - کشف و اخبار از حکم شرعی کلی است (بیارجمندی خراسانی، بی‌تا، ج ۱: ۱۴۱) (۳) که از سوی مجتهد واجد شرایط، از طریق ادله‌ی شرعی و در مقام یک کارشناس، به‌عنوان احکام الهی استنباط می‌شود (اصفهانی، ۱۴۱۶ق، ج ۳: ۱۶۴). اما حکم ولایی از سوی حاکم انشا و براساس مصلحت جامعه‌ی اسلامی صادر می‌شود (هاشمی شاهرودی و دیگران، ۱۴۲۶ق، ج ۳: ۳۶۲)، از این‌رو ماهیت حکم ولایی ابداع و ماهیت فتوا خبر و گزارش است (برای مطالعه‌ی بیشتر ر.ک: علیدوست، ۱۳۸۸: ۶۶۱-۷۰۲).

در خصوص پیروی از فتاوی مقام رهبری (ولی فقیه) سه وضعیت حصر عقلی قابل بررسی است: اول عدم تبعیت از فتاوی، تبعیت از کلیه‌ی فتاوی و سوم تفکیک فتاوی و پذیرش تبعیت نسبی. رویکرد تبعیت از کلیه‌ی فتاوی مقام رهبری با اصل اختیار مکلفان و رجوع به مجتهد جامع‌الشرایط تقلید و همچنین دیدگاه برگزیده و حجیت دیدگاه فتوایی فقهای عضو شورای نگهبان که در ادامه اشاره خواهد شد، مغایرت دارد. دیدگاه عدم تبعیت از فتاوی نیز با توضیح رویکرد سوم (تبعیت نسبی)، رد خواهد شد. مطابق با رویکرد سوم، باید در خصوص فتاوی مقام رهبری قائل به تفکیک شد. اول فتاوی که مرتبط با اداره‌ی امور حکومت، مصالح اجتماعی و به‌عبارت دیگر نظم عمومی است و دوم فتاوی غیر از این‌ها که شامل فتاوی امور فردی و شخصی افراد است. از آن‌جا که وظیفه‌ی حاکم اسلامی اداره‌ی جامعه‌ی مسلمانان و حفظ مصالح اجتماعی آنان است، تبعیت از فتاوی اجتماعی او برای همگان الزامی خواهد بود، در غیر این صورت با نقض هدف و اغراض ادله‌ی نظریه‌ی ولایت مطلقه‌ی فقیه، مواجه خواهیم شد، زیرا از طریق برهان خلف^(۴) به این نتیجه خواهیم رسید که پیروی نکردن از فتاوی اجتماعی و مرتبط با نظم عمومی ولی فقیه با فقدان ثبات اجتماعی در اثر تضاد فتاوی میان مراجع مختلف با مقام رهبری و در نتیجه ناکارایی نهاد ولایت فقیه مواجه خواهیم شد. به همین دلیل، حکومت و ولایت مطلقه‌ی فقیه از احکام اولیه‌ی اسلام و مقدم بر سایر فروعات مانند نماز، روزه و .. است (خمینی، ۱۳۸۱، ج ۲۰: ۴۵۲) و از آن‌جا که جامعه و حکومت، مکلف خطاب شرعی‌اند (میرباقری، ۱۳۹۱)، نهادها و اشخاص باید در امور اجتماعی و مرتبط با نظم عمومی، تابع فتاوی و دستورهای ولی فقیه باشند. هرچند فقها در خصوص تبعیت از فتاوی ولی فقیه برای همگان بحث مفصلی ارائه نکرده‌اند و بیشتر بر همان احکام حکومتی تأکید شده است، فحوای کلام برخی فقها - بدون تفکیک میان انواع فتاوی - به‌صورت کلی، بر تبعیت از دیدگاه‌های ولی فقیه تأکید می‌کند. به‌نظر می‌رسد در دیدگاه‌های اخیر بیشتر تبعیت از

حاکمیت و نظام سیاسی ولی فقیه، موضوعیت داشته است تا اینکه، در مقام رفع تراحمات میان فتاوی ولی فقیه و سایر فقها باشد. به همین سبب یکی از فقهای معاصر، بر تبعیت از کلیه آرا و عقاید ولی فقیه حتی از سوی سایر فقها و مراجع تأکید می‌کند (خمینی، بی‌تا: ۷۸). نظریه‌پردازان دیدگاه ولایت مطلقه‌ی فقیه در پاسخ به استفتای لزوم یا عدم لزوم پیروی از فتاوی ولی فقیه در مقام تراحم با فتاوی مرجع تقلید اشعار داشته‌اند:

«در مسائل مربوط به اداره کشور اسلامی و اموری که به عموم مسلمانان ارتباط دارد، نظر ولی امر مسلمین باید اطاعت شود. ولی در مسائل فردی محض، هر مکلفی باید از فتاوی مرجع تقلیدش پیروی نماید» (خمینی، ۱۴۲۴ق، ج ۱: ۳۴). این موضوع عیناً در فتاوی مقام معظم رهبری، حضرت آیت‌الله خامنه‌ای نیز تکرار و تأکید شده است (خامنه‌ای، ۱۳۹۲: ۲۲). سایر مراجع تقلید نیز بر این نظر متفق‌اند که در مسائل مربوط به حکومت باید از نظر ولی فقیه پیروی کرد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، ج ۳: ۱۹).

۲. احکام نظامیه‌ی ولی فقیه

نگارنده به‌منظور تبیین میزان تأثیر و تبعیت از دیدگاه‌های ولی فقیه و همچنین جمع میان احکام حکومتی و فتاوی حکومتی ولی فقیه، عبارت «احکام نظامیه» را برگزیده و معتقد است که احکام نظامیه برای همه‌ی نهادها و مراجع قانونگذاری و مقررات‌نویسی واجب و لازم است. در ابتدا لازم است که اصطلاح مزبور تعریف و سپس جایگاه آن در نظام تقنینی جمهوری اسلامی و از جمله شورای نگهبان بررسی شود. در این خصوص باید بر چند نکته تأکید کرد:

۱. واژه‌ی «احکام» که در لغت به معنای قوانین و مقررات است (لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۱: ۱۸۶) و اطلاق آن شامل انواع احکام مقام رهبری (اعم از حکومتی، فتاوی، دستورها و توصیه‌ها و فرمان‌ها) که متصف به «نظامیه» است، می‌شود و صفت «نظامیه» نیز از جهت لغوی به معنای نظم و ترتیب، سازمان، روش و بر یک روش و ترتیب است (بستانی، ۱۳۷۵: ۹۲۰) که بر تبیین احکام مذکور در امور اجتماعی، نظم عمومی، اداره‌ی حکومت و نظم زندگی جامعه (لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۵: ۳۶۵۰) دلالت دارد و از این نظر تنها احکام «غیرنظامیه» یعنی احکام شخصی و فردی که با نظم عمومی مرتبط نیست، از شمول تبعیت برای اشخاص خارج می‌شود.

۲. حکم تبعیت از احکام نظامیه‌ی مقام رهبری برای همه‌ی نهادهای حکومتی از جمله شورای نگهبان، مراجع و مقامات مقررات‌گذاری الزامی است. همان‌طور که در بند ۱ گفتیم، منظور از احکام «غیرنظامیه» با امعان نظر به استفتای پیش‌گفته از حضرت امام خمینی (ره)،

احکام «فردی محض» است. به اعتقاد نگارنده واژه‌ی «محض» در عبارت مذکور، دارای خصوصیت معنایی است؛ بدین توضیح که گاهی ماهیت برخی از فتاوی، فردی است مانند امور عبادی، لیکن در برخی موارد در خصوص یک حکم اجتماعی دیگر یا اعمال در یک «فرایند اجتماعی»، با نظم عمومی جامعه مرتبط می‌شوند، آنگاه این فتاوی فردی، دیگر فردی محض محسوب نمی‌شوند و در حکم احکام نظامیه و مرتبط با مصالح اجتماع هستند. نگارنده، فتاوی دسته‌ی اول را فتاوی «فردی محض» و فتاوی دسته‌ی دوم را فتاوی «اجتماعی تبعی» می‌نامد. مثال برای این موضوع را می‌توان در اعمال نهاد امر به معروف و نهی از منکر یافت. امر یا نهی نسبت به احکام یا خطاهای فردی یک شخص که در منظر عمومی ارتکاب می‌یابد، مرتبط با حاکمیت (مکارم شیرازی، ۱۳۸۶، ج ۱۰: ۵) و یک امر نظامیه است و نمی‌توان به استناد ماهیت فردی فتوا، آن را غیرنظامیه قلمداد کرد. از این‌رو منظور از احکام فردی محض، احکامی است که به هیچ طریق با نظم عمومی و نظام جامعه مرتبط نباشد، هرچند آن حکم و فتوا از نظر ماهیت، فردی باشد. بنابراین، به اعتقاد نگارنده منظور از احکام نظامیه، شامل احکام حکومتی و هم فتاوی اجتماعی تبعی (فردی محض مرتبط با نظم عمومی) و هم فتاوی با محتوای اجتماعی و مسائل سیاسی مدنظر است. قسم اخیر (فتاوی اجتماعی)، که به تعبیری «فتاوی حکومتی» نیز نامیده می‌شوند (علیدوست، ۱۳۸۸: ۶۸۹)، ناظر بر استنباط‌های حاکم در مسائل مربوط به حکومت - و به نظر نگارنده مرتبط با اداره و جامعه‌ی مسلمان - با تکیه بر ادله‌ی شرعی و در مقام کشف و کارشناسی است.

۳. شایان توضیح است که برخلاف تفکیک فتاوی، احکام حکومتی از جهت تبعیت در این مبحث، تفکیک‌پذیر نیستند، زیرا مبنای احکام حکومتی اعم از اینکه ماهیت و موضوع آن فردی یا اجتماعی باشد، مصالح اجتماعی و اداره‌ی جامعه است، و تفکیک این احکام به احکام حکومتی اجتماعی و فردی به هدف تفاوت در تبعیت یا «سنجه‌ای» بودن آن‌ها و در نتیجه خروج احکام حکومتی فردی از شمول پیروی و سنجش، ناصواب است. از این‌رو صفت نظامیه برای احکام حکومتی، یک صفت توضیحی است و برخلاف فتاوی، ناظر بر تفکیک احکام حکومتی به نظامیه و غیرنظامیه نیست. بر همین اساس، احکام نظامیه، مشتمل بر کلیه‌ی احکام حکومتی (اعم از ماهیت و مخاطب فردی یا اجتماعی) و فتاوی اجتماعی و اجتماعی تبعی خواهد بود.

۴. فلسفه و چرایی الزام به تبعیت از «احکام نظامیه»، دلیل عقلی «ضرورت حفظ نظم عمومی و اداره‌ی اجتماع مسلمانان» است؛ زیرا در غیر این صورت نمی‌توان اجتماع را با وجود اختلاف احکام اجتماعی اداره کرد. به عبارت دیگر، عدم رعایت و اطاعت از فتاوی [مرتبط با اداره‌ی جامعه] ولی فقیه، موجب ایجاد فساد و اختلال در نظام اسلامی و تضعیف نفوذ حاکم

اسلامی خواهد بود (مازندرانی، ۱۴۲۸ق: ۲۹؛ مکارم شیرازی، ۱۳۸۶ [الف]، ج ۱۴: ۱۰۴) در این رویکرد، مستند شرعی تبعیت از آرا و نظریات ولی فقیه، اطلاق سرپرستی و اعمال ولایت ولی فقیه بر کلیه امور سیاسی، قضایی و اجرایی است (خمینی، ۱۴۰۴ق: ۱۱۱).

۵. موضوع علوم جنایی و حقوق جزا، پدیده‌ی مجرمانه، مجرم و واکنش‌های اجتماعی علیه پدیده‌ی مجرمانه و تشریفات رسیدگی به آن‌هاست (قیاسی و همکاران، ۱۳۹۱، ج ۱: ۶) که محتوای آن واکنش دولت در برخورد با اعمال ضداجتماعی به منظور برقراری نظم و امنیت است (گلدوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱: ۲۲) و از آن‌جا که تنها حاکمیت، متولی تعقیب، رسیدگی و اجرای مجازات و احکام صادره از دادگاه‌های کیفری است (علی‌آبادی، ۱۳۷۱، ج ۱: و؛ صانعی، بی‌تا، ج ۱: ۲۵)، مصداق بارز و کامل احکام نظامیه‌اند.

نگارنده با استناد به مطالب مذکور، نظریه‌ی «شرعی بودن تبعیت مطلق از احکام نظامیه» ولی فقیه را به عنوان دیدگاه مختار می‌پذیرد و معتقد است که این موضوع باید ملاک و سنجه‌ی تبعیت از احکام و فتاوی ولی فقیه برای همه‌ی نهادهای نظام قرار گیرد و هر کجای ساختار حقوقی و سیاسی جمهوری اسلامی ایران که تبعیت یا نظارت یا استناد به احکام شرعی مدنظر باشد، قاعده‌ی مزبور، حاکمیت دارد. از این رو به نظر نگارنده مبنای کارکرد شورای نگهبان، تشخیص احکام خلاف بین شرع از سوی رئیس قوه‌ی قضائیه و تعیین احکام و فتاوی معتبر موضوع اصل ۱۶۷ قانون اساسی و احراز مصادیق «ارتکاب فعل حرام» موضوع ماده‌ی ۶۳۸ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ باید با در نظر گرفتن آثار احکام نظامیه‌ی ولی فقیه، تبیین و اعمال شوند. بر همین اساس، ترکیب اضافی «احکام نظامیه‌ی ولی فقیه»، به عنوان «دال مرکزی»^(۵) این نظریه مورد نظر خواهد بود.

۲-۱. گستره‌ی مضیق و موسع احکام نظامیه

از یک منظر کلیه‌ی احکام - اعم از با ماهیت اجتماعی و شخصی - که به صورت قانون و مقررات تصویب می‌شود، مرتبط با نظم عمومی و اجتماعی‌اند و از این نظر همه‌ی آن‌ها از مصادیق احکام نظامیه خواهند بود. پرسش اساسی در این خصوص این است که محدوده‌ی احکام نظامیه و با نگاهی کلان‌تر، معیار اساسی در تعریف احکام نظامیه چیست؟ در پاسخ به این پرسش دو رویکرد شایان توجه است. رویکرد «موسع» که براساس آن هر حکم و فتوایی با ماهیت شخصی یا اجتماعی که در قالب «قوانین و مقررات» تصویب می‌شوند، باید منطبق بر فتوای ولی فقیه تنظیم شوند. مطابق با این دیدگاه وظیفه‌ی نهادهای مقررات‌گذاری یا مراجع مؤید مصوبات، تبعیت از فتاوی ولی فقیه یا سنجه قرار دادن آن‌ها، در صورت وجود است. این

رویکرد در پاسخ به این اشکال؛ که پذیرش رویکرد موسع، مستلزم آن است که نهادهای تقنینی و تأییدی (مؤید تقنین) در موارد قانونگذاری که در خصوص آن فتوای ولی فقیه وجود ندارد، ملزم به استفتا از ایشان است و عملاً کارکرد نهادهای تقنینی و سنجشی منطبق با قانون اساسی، منتفی خواهد شد، اشعار می‌دارد که: رویکرد موسع معتقد است در مواردی که در خصوص موضوع، فتوایی از ناحیه‌ی ولی فقیه وجود نداشته باشد، نهادهای تقنینی و مراجع سنجش قوانین، باید براساس خلاقیت مبتنی بر عقلانیت دینی در منطقه‌الفراغ حکمی و فتوایی یا استناد به نظر فتوایی خود، اقدام به مقررات‌گذاری یا سنجش مصوبات کنند. اطلاق فتوای حضرت امام خمینی (ره)، لزوم هماهنگی در امر حکومت‌داری، ادله‌ی اثبات نهاد ولایت فقیه و همچنین عدم تفاوت میان فلسفه‌ی تبعیت از احکام حکومتی و احکام نظامیه در معنای موسع، از دیگر مؤیدات این رویکرد است.

با این حال در رویکردی محدودتر، احکام نظامیه، احکامی است که ارتباط زیاده‌تری با نظم عمومی دارد و ماهیت محض یا ماهیت تبعی آن‌ها (در تعامل یا اجرا در یک فرایند اجتماعی) فراتر از روابط شخصی میان افراد است، به‌گونه‌ای که نقض آن‌ها علاوه بر ضمانت اجرای ترمیمی (جبران خسارت مادی و معنوی)، موجب اعمال ضمانت اجرای تنبیهی از ناحیه‌ی دولت و حاکمیت (نظام) است. این دیدگاه، «نظامیه» را در معنای اصطلاحی و عرفی آن منسوب به نظام می‌داند و بر احکامی تأکید می‌کند که حداقل یک طرف رابطه‌ی آن دولت و نظام باشد. مهم‌ترین مصداق احکام نظامیه در این تعریف، قوانین ماهوی و شکلی جزایی است. با این حال به نظر می‌رسد که تحکیم جایگاه اجتهاد، مرجعیت و تقلید، از قراینی است که نگارنده را به سمت رویکرد اخیر متمایل کرده است. ضمن اینکه پذیرش رویکرد مضیق، انطباق بیشتری با اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران دارد.

۳. کارکرد «احکام نظامیه‌ی ولی فقیه» در ساختار قانونگذاری جنایی جمهوری اسلامی ایران

مستفاد از دیدگاه مختار آن است که در آن قسمت از ساختار نظام جمهوری اسلامی ایران که تبعیت یا نظارت و استناد به احکام شرعی مدنظر باشد، لزوم تبعیت از احکام نظامیه‌ی ولی- فقیه شرط خواهد بود. از این رو در مواردی که تبعیت یا استناد به احکام نظامیه مدنظر باشد، تأثیر این احکام، ساختاری و در موارد نظارت شرعی، کارکردی سنجشی خواهند داشت. بر همین اساس تأثیر احکام نظامیه‌ی ولی فقیه در قانونگذاری جنایی ممکن است به دو صورت «ساختاری» یا «سنجشی» صورت گیرد. در کارکرد ساختاری، احکام نظامیه‌ی ولی فقیه به منزله‌ی

موضوع و منشأ تقنین قوانین سیاست جنایی یا مستند احکام صادره‌ی قضایی است. اعمال موضوع اصل ۱۶۷ قانون اساسی (رجوع به فتاوی معتبر فقهی) و همچنین ماده‌ی ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵ (احراز و تشخیص مصداق ارتکاب فعل حرام در انظار عمومی) که در طول اصل ۱۶۷ قانون اساسی قرار دارد، از مصادیق کارکرد ساختاری احکام نظامیه‌اند. کارکرد سنجشی احکام نظامیه نیز، در جایی است که نهادهای مرتبط وظیفه‌ی احراز مغایرت یا عدم مغایرت مصوبات، مقررات و احکام قضایی با شرع را بر عهده دارند. در این صورت، احکام نظامیه‌ی ولی فقیه به‌عنوان احکام شرعی، ملاک و سنجه‌ی این تشخیص قرار می‌گیرد. مهم‌ترین نهادهای عملگر این وضعیت، شورای نگهبان (در زمینه‌ی مصوبات مجلس و کلیه‌ی مقررات و قوانین)، مجمع تشخیص مصلحت نظام (در زمینه‌ی نظارت بر سیاست‌های کلی نظام) و ریاست قوه‌ی قضائیه (تجویز اعاده‌ی دادرسی در خصوص احکام خلاف بین شرع موضوع ماده‌ی ۴۷۷ قانون آیین دادرسی)، هستند.

نگارنده به استناد نظریه‌ی مختار معتقد است که تمامی نهادها و تأسیسات مذکور باید براساس تبعیت از احکام نظامیه‌ی ولی فقیه اعمال شوند. از این‌رو نگارنده بر این باور است که پذیرش نظریه‌ی مختار، مستلزم آن است که اطلاق رجوع به فتاوی معتبر (موضوع اصل ۱۶۷ قانون اساسی) در زمینه‌ی «احکام نظامیه»، مغایر با مبانی پذیرفته‌شده در شرع در خصوص اختیارات و صلاحیت‌های ولی فقیه و حاکم جامعه‌ی اسلامی است و بر این اساس، دادرسی موظف است در خصوص امور جزایی - که از مصادیق احکام نظامیه است - و همچنین در تطبیق رفتار حرام با حکم (موضوع ماده‌ی ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵)، به احکام نظامیه‌ی ولی فقیه رجوع یا استفتا کند و تفسیر^(۶) یا رویه‌ای غیر از این پذیرفتنی نخواهد بود.^(۷) تبیین هر یک از نهادهای مذکور مستلزم تحقیق و نوشتاری بیش از یک مقاله است، بدین سبب در این مجال تنها به وظیفه و عملکرد نهاد شورای نگهبان در این خصوص می‌پردازیم و نسبت آن را با احکام نظامیه‌ی ولی فقیه به لحاظ نظری و عملی بررسی و نقد خواهیم کرد.

۱-۳. تحلیل عملکرد شورای نگهبان بر مبنای نظریه‌ی احکام نظامیه‌ی ولی فقیه

شورای نگهبان به‌عنوان مرجع رسمی تفسیر قانون اساسی، در نظر تفسیری شماره‌ی ۲۴۳۷ مورخ ۱۳۶۳/۱۰/۱۱، با استناد به ظواهر اصول قانون اساسی، «تشخیص مغایرت یا انطباق قوانین با موازین اسلامی را براساس نظر فتوایی فقهای شورای نگهبان دانسته است» و از آن به‌عنوان یک پاسخ بدیهی یاد می‌کند (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۱: ۱۱۵ و ۱۱۶). بنابراین مطابق با

این تفسیر، نظر مشهور یا نظر رهبری یا فلان مرجع برای شورای نگهبان حجت نیست و فقهای عضو براساس دیدگاه فتوایی خود مصوبات مجلس را بررسی می‌کنند. با این حال برخی از فقهای شورای نگهبان احتیاط می‌کنند و برخلاف نظر مشهور یا اجماعی فتوا نمی‌دهند (یزدی، ۱۳۸۶: ۳۴). این دیدگاه بدون اینکه میان احکام نظامیه و غیرنظامیه‌ی ولی فقیه تفکیکی قائل شود، به اعمال نظر فتوایی اعضای فقیه شورای نگهبان در بررسی مصوبات مجلس شورای اسلامی معتقد است. لیکن نگارنده مطابق با نظریه‌ی پذیرفته‌شده در این مقاله، تبعیت فقهای شورای نگهبان از احکام نظامیه‌ی ولی فقیه را الزامی می‌داند.

۳-۱-۱. احکام نظامیه‌ی ولی فقیه و نظرهای فتوایی فقهای شورای نگهبان

هرچند می‌توان اصل تبعیت از دیدگاه فتوایی مقام رهبری را (بدون تفکیک میان احکام نظامیه و غیرنظامیه) در مقام تعارض با نظر فتوایی عضو فقیه شورای نگهبان، از برخی از اصول قانون اساسی که بر تفوق مشروع و قانونی مقام رهبری بر سایر مقامات، نهادها و قوای سه‌گانه تأکید می‌کند، احراز کرد (مهرپور، ۱۳۷۲: ۶۴) و به‌طور کلی اذعان داشت: از آن جهت که رهبری بالاترین مقام رسمی و مذهبی در نظام حقوقی ایران است و بر سایر قوا و نهادها ولایت، نظارت و کنترل عالی دارد، رعایت احکام و دستورهای ایشان برای مراجع ذی‌ربط - از جمله شورای نگهبان - الزامی است (درویشوند و راجی، ۱۳۹۰: ۱۱۰)، لیکن نگارنده با توجه به ادله‌ی نظریه‌ی مختار در این مقاله، معتقد به تفکیک فتاوی است و اینکه فقهای شورای نگهبان تنها در خصوص احکام غیرنظامیه یا مواردی که ولی فقیه در خصوص احکام نظامیه فتوایی صادر نکرده است، می‌توانند به نظرهای فتوایی خود استناد کنند و در خصوص احکام نظامیه، وظیفه‌ی فقهای عضو، بررسی مصوبات و مقررات از نظر مغایرت یا عدم مغایرت با ملاک و سنجه‌ی «احکام نظامیه‌ی ولی فقیه» است. بنابراین تبعیت و پیروی از کلیه‌ی دیدگاه‌های اجتماعی مقام رهبری (اعم از احکام حکومتی و فتاوی اجتماعی) بر شورای نگهبان الزامی است و از این نظر، دیدگاهی که تنها تبعیت از «احکام حکومتی» - و نه فتاوی (اعم از اجتماعی یا اجتماعی تبعی) - را برای افراد و نهادها از جمله شورای نگهبان می‌پذیرد (درویشوند و راجی، ۱۳۹۰: ۱۱۰)، قابل پذیرش نیست و فقهای شورای نگهبان جز در مواردی که فتوا از سوی مقام معظم رهبری وجود ندارد - مانند مصوبات شکلی سیاست جنایی - می‌توانند براساس دیدگاه فتوایی خود، مصوبات مجلس شورای اسلامی را بررسی و سنجش کنند (کارکرد سنجشی). از سوی دیگر، پذیرش اصل تبعیت از احکام نظامیه‌ی ولی فقیه مستلزم آن است که شورای نگهبان در خصوص مورد، مقنن (مجلس شورای اسلامی) را در خصوص

تقنین و قانونگذاری براساس احکام نظامیه نیز رهنمون سازد (کارکرد ساختاری).

۳-۱-۲. رویکرد عملی شورای نگهبان در خصوص احکام نظامیه‌ی ولی فقیه

شورای نگهبان در آرا و نظرهای خود، در زمینه‌ی مصادیق احکام نظامیه (احکام حکومتی، سیاست‌های کلی نظام و فتاوی) در قانونگذاری جنایی، رویکردهای متفاوتی را اتخاذ کرده است که نشان می‌دهد، اصل تبعیت از احکام نظامیه‌ی ولی فقیه همچنان در مواردی به‌ویژه نسبت به فتاوی ولی فقیه مشوش است. در ذیل رویه‌ی شورای نگهبان در سیاست جنایی تقنینی در خصوص مصادیق احکام نظامیه به‌عنوان سنجه‌های شورای نگهبان بررسی می‌شود.

سنجه‌ی اول - احکام حکومتی (اعم از احکام حکومتی مستقیم و غیرمستقیم)

شورای نگهبان در خصوص احکام حکومتی مقام رهبری، تقریباً از این احکام تبعیت کرده است. برای مثال، در حوزه‌ی قانونگذاری جنایی می‌توان به ماده‌ی ۵۵۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ اشاره کرد که شورای نگهبان ماده‌ی مزبور را از آن‌جا که براساس حکم حکومتی مقام معظم رهبری صادر شده بود، مغایر با شرع تشخیص نداد. مطابق با این ماده، دیه‌ی اقلیت‌های دینی شناخته‌شده در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مساوی و برابر با دیه‌ی مسلمانان تعیین شده است (مشروح مذاکرات شورای نگهبان، جلسه‌ی مورخ ۱۳۸۹/۲/۸).

مطابق با بند ۱ اصل ۱۱۰ قانون اساسی، مقام رهبری، پس از مشورت با مجمع تشخیص مصلحت نظام، سیاست‌های کلی نظام را تعیین می‌کند. این سیاست‌های کلی که از مصادیق احکام حکومتی‌اند (عمید زنجانی، ۱۳۸۵: ۶۳۹) منشأ قانون هستند و سند راهبردی و بالادستی مدیریت اجرایی و تقنینی کشور تلقی می‌شوند (زارعی، ۱۳۸۲: ۳۲۹). مقابله‌ی کارآمد با جرائم سازمان‌یافته‌ی الکترونیکی^(۸)، برخورد قانونی با تخلفات قضایی^(۹)، جرم‌انگاری مصرف مواد مخدر و روان‌گردان^(۱۰)، از مهم‌ترین سیاست‌های کلی مرتبط با جرم‌انگاری است. در زمینه‌ی سیاست‌های کلی پیشگیری از پدیده‌ی مجرمانه نیز می‌توان به اتخاذ راهکارهای پیشگیرانه در مقابله با تهدیدها و آسیب‌های ناشی از مواد مخدر و روان‌گردان^(۱۱)، پیشگیری از فساد اداری^(۱۲)، پیشگیری از وقوع بحران‌ها و مقابله با جرم‌های مالی^(۱۳) اشاره کرد. بازنگری در قوانین به‌منظور کاهش عناوین جرائم و کاهش استفاده از مجازات زندان نیز از مصادیق سیاست‌های کلی نظام در زمینه‌ی جرم‌زدایی و حبس‌زدایی^(۱۴) است.

در میان اعضای شورای نگهبان تا سال ۱۳۹۲، در خصوص صلاحیت یا عدم صلاحیت ورود شورای نگهبان در خصوص بررسی مصوبات مجلس شورای اسلامی از نظر مغایرت یا عدم مغایرت آن‌ها با سیاست‌های کلی نظام، اختلاف نظر وجود داشت. سرانجام در سال

۱۳۹۲، دبیر شورای نگهبان این موضوع را از مقام معظم رهبری (مدظله‌العالی) استعلام کردند و مقام معظم رهبری (مدظله‌العالی) در هاشم نامه‌ی شماره‌ی ۹۲/۳۰/۵۳۲۰۲ مورخ ۱۳۹۳/۳/۱۱، به شورای نگهبان اجازه دادند در مواردی که مجمع تشخیص مصلحت نظام در خصوص موضوع اظهار نظر نکرده است، شورای نگهبان بتواند عدم انطباق یا مغایرت مصوبه‌ی مجلس با سیاست‌های کلی نظام را به مجلس اعلام کند. از جمله مصوباتی که شورای نگهبان به دلیل مغایرت با سیاست‌های کلی نظام، آن‌ها را تأیید نکرده است، در حوزه‌ی قانونگذاری جنایی می‌توان به ماده‌ی ۲۱۵ لایحه‌ی مجازات اسلامی ۱۳۸۸/۹/۲۵ اشاره کرد که شورای نگهبان در بررسی خود اظهار داشته است: «ماده‌ی ۲۱۵ موجب ازدیاد مدت حبس در بسیاری از قوانین موجود می‌شود و مخالف با سیاست‌های کلی نظام در امور قضایی ابلاغی از سوی مقام معظم رهبری است و باید اصلاح گردد» (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۸۱). شایان ذکر است که موضوع ماده‌ی ۲۱۵ نیز فرایند تبدیل کلیه‌ی مجازات تعزیری و بازدارنده‌ی سایر قوانین به شکل مجازات درجه‌بندی‌شده در قانون مجازات بوده است که مجلس نیز برای رفع این موضوع، ماده‌ی مذکور را به کلی حذف کرد.

با این حال، شورای نگهبان تاکنون در بررسی مصوبات، از نظر عدم لحاظ سیاست‌های ابلاغی مقام رهبری که به صورت مستقیم از ناحیه‌ی ایشان صادر شده، ایرادی وارد نکرده است. از جمله‌ی این سیاست‌ها می‌توان به فرمان هشت‌ماده‌ای امام خمینی (ره) به قوه‌ی قضائیه و ارگان‌های اجرایی در سال ۱۳۶۱ و همچنین فرمان هشت‌ماده‌ای رهبر انقلاب، حضرت آیت‌الله خامنه‌ای (مدظله‌العالی) به رؤسای قوا در مبارزه با مفاسد اقتصادی در سال ۱۳۷۷ اشاره کرد. این در حالی است که سیاست‌های مزبور، از مصادیق احکام نظامیه‌ی ولی فقیه است و در صورت مغایرت مصوبات با آن‌ها باید با ایراد شرعی شورای نگهبان مواجه شود.

سنجه‌ی دوم - فتاوی ولی فقیه (اعم از فتاوی اجتماعی و فتاوی اجتماعی تبعی)

شورای نگهبان تاکنون برخی از مصوبات مجلس را که ناظر بر سیاست جنایی، از جمله لایحه‌ی مجازات اسلامی بوده است، براساس آرا و نظرهای فقهی مقام معظم رهبری (مدظله‌العالی) و همچنین فتاوی حضرت امام خمینی (ره) مورد سنجش قرار داده و قانونگذار را به سمت اصلاح مصوبه و تطبیق با فتاوی مزبور، رهنمون کرده است. به اعتقاد نگارنده استناد فقهای عضو به فتاوی حضرت امام خمینی (ره) بدان معنا نیست که همچنان ولایت حضرت امام خمینی (ره) و آرای او جاری و مطاع است، بلکه حاکی از تطبیق آرا و فتاوی مقام معظم رهبری با فتاوی فقهی حضرت امام خمینی (ره) است. مقام معظم رهبری نیز این موضوع را تأیید کرده‌اند. به همین سبب شورای نگهبان در مقام تعارض میان فتاوی مقام

رهبری با دیدگاه‌های حضرت امام خمینی (ره)، تلاش کرده است که به فتوای مقام رهبری استناد کند. با این حال در برخی موارد شورای نگهبان این قاعده را رعایت نکرده است.

اعضای شورای نگهبان در بررسی ماده‌ی ۱۹۶^(۱۵) (۱۹۷ قانون مجازات فعلی) مقید نمودن شرایط و کشف وضعیت شهود به زمان خاصی را مغایر با فتوای حضرت امام خمینی (ره)^(۱۶) تشخیص دادند و چنین اظهار نظر کردند: «ماده (۱۹۶) محدود کردن قاضی به توقف رسیدگی به مدت ده روز به صورت مطلق در مواردی که امکان کشف حال شاهد در مدت متعارف بیش از ده روز ممکن باشد، خلاف موازین شرع است». شورای نگهبان برای رفع این ایراد به مجلس شورای اسلامی توصیه کرده است که «به مسئله‌ی ۱۳ و ذیل مسئله‌ی ۱۶ کتاب القضاء تحریر، ذیل القول فی الجواب بالانکار مراجعه شود» (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۷۶). از موارد دیگر می‌توان به ایرادات شورای نگهبان در زمینه‌ی مواد ۴۴۸، ۴۷۸، ۵۰۳، ۵۵۰، ۶۵۵، ۶۷۰ و ... در نظر شماره‌ی ۸۹/۳۰/۴۰۶۲۷ مورخ ۱۳۸۹/۹/۱ شورای نگهبان در مرحله‌ی اول بررسی لایحه‌ی مزبور اشاره کرد (سایت پژوهشکده‌ی شورای نگهبان).

با این حال، شورای نگهبان در مواردی، نظر فتوایی خود را در مقابل نظر امام (ره) مطرح کرده و نظر مغایر با فتوای امام (ره) را معیار سنجش قرار داده است. در همین زمینه دو دیدگاه فتوایی، میان فقهای شورای نگهبان در بررسی ماده‌ی ۵۵۷ لایحه‌ی مجازات اسلامی [۵۵۳ قانون] مطرح شده است؛ دیدگاهی که نظر فتوایی خود را مطابق با نظر فتوایی حضرت امام (ره) دانسته و ماده‌ی مذکور را مغایر با نظر ایشان و در نتیجه مغایر با شرع دانسته است؛ و دیدگاهی که با نظر فتوایی حضرت امام خمینی (ره) اختلاف داشته و قائل به عدم مغایرت ماده‌ی مذکور با شرع بوده است، که در نهایت دیدگاه اخیر پذیرفته شد (مشروح مذاکرات شورای نگهبان، مورخ ۱۳۸۸/۱۰/۱۶) و ماده‌ی مذکور مغایر با شرع و قانون اساسی شناخته نشد:

«ماده‌ی ۵۵۷- وارث دیه شخص متولد از زنا، در صورتی که فرزند و همسر نداشته باشد و زنا از هر دو طرف با رضایت صورت گرفته باشد، ولی امر است و چنانچه یکی از طرفین شبهه داشته یا اکراه شده باشد، همان طرف یا اقوام او، وارث دیه خواهند بود».

برخی از فقهای عضو حکم مقرر در ماده‌ی ۵۵۷ را مبنی بر اینکه دیه‌ی شخص متولد از زنا یا اکراهی به ارث می‌رسد، مغایر با اطلاق فتوای حضرت امام خمینی (ره) دانسته‌اند؛ زیرا مستفاد از فتاوی امام (ره) در تحریرالوسیله آن است که شخص متولد از زنائی که به صورت اکراه انجام گرفته است، حکم متولد از وطی به شبهه را نداشته بلکه احکام متولد از زنا با رضایت طرفین را دارد و در نتیجه وارث دیه نخواهد بود (خمینی، ۱۴۰۴ق: ۱۹۹)^(۱۷) دانستند؛ درحالی که نظر برخی دیگر، به استناد روایات و نظر فتوایی خود، جواز توارث شخص متولد از زنا بوده است (مشروح

مذاکرات شورای نگهبان، جلسه‌ی مورخ ۱۳۸۸/۱۱/۷). از موارد دیگر می‌توان به مواد ۶۲۳ لایحه‌ی مجازات اسلامی [۶۱۹ قانون]، ۶۹۵ لایحه‌ی مجازات اسلامی [۶۸۷ قانون] در خصوص دیه‌ی تغییر رنگ اصلی دندان و ثبوت دیه در خصوص زوال سمع و ... اشاره کرد.

شورای نگهبان، در بررسی مصوبات سیاست جنایی، در مواردی که فتاوی مقام معظم رهبری حضرت آیت‌الله خامنه‌ای (مدظله‌العالی) وجود داشته است، همواره براساس نظرهای رهبری، اقدام به سنجش مصوبات کرده و قانونگذار را به سمت تطبیق مصوبه با فتاوی مقام معظم رهبری هدایت کرده است. در این خصوص می‌توان به نظرهای شورای نگهبان در بررسی مواد ۴۸۱، ۵۰۸، ۵۷۶، بند «الف» ماده‌ی ۶۶۲ و ... لایحه‌ی مجازات اسلامی مندرج در نظر ۸۹/۳۰/۴۰۶۲۷ مورخ ۱۳۸۹/۹/۱ اشاره کرد (سایت پژوهشکده‌ی شورای نگهبان). با این حال در مواردی نیز، شورای نگهبان مغایر با فتاوی مقام معظم رهبری اقدام به سنجش مقررات جنایی کرده است؛ از جمله‌ی این موارد می‌توان به تعارض احکام مندرج در مواد ۲۴۵ در خصوص عدم اطلاق قذف بر انتساب مساحقه^(۱۸) و ماده‌ی ۲۵۸ در خصوص تداخل حد در مورد قذف فرد واحد به اسباب متعدد و ... با فتاوی مقام رهبری اشاره کرد که این موضوع را باید براساس عدم التفات اعضای فقیه شورای نگهبان نسبت به فتاوی رهبری در زمان بررسی مصوبه‌ی مجازات اسلامی توجیه کرد (اکرمی، ۱۳۹۳: ۲۱).

از سوی دیگر اعضای شورای نگهبان، در مواردی که دیدگاه حضرت امام خمینی (ره) با دیدگاه مقام معظم رهبری متفاوت بوده است، بر سنجش مصوبه براساس دیدگاه‌های مقام معظم رهبری تأکید کرده‌اند. برای نمونه می‌توان به بررسی ماده‌ی ۵۶۶ لایحه‌ی مجازات اسلامی اشاره کرد که در آن برخی از اعضای فقیه شورای نگهبان ماده‌ی ۵۶۶ لایحه‌ی مجازات اسلامی [۵۶۲ قانون] را که بر عدم تفاوت ارش میان زن و مرد تأکید می‌کند، مغایر با فتاوی حضرت امام خمینی (ره) تشخیص دادند، لیکن عده‌ای دیگر از فقها، حکم ماده‌ی مزبور را موافق فتاوی مقام معظم رهبری دانستند و در نهایت ماده‌ی مزبور، مغایر با شرع تشخیص داده نشد (مشروح مذاکرات شورای نگهبان، جلسه‌ی مورخ ۱۳۸۹/۲/۸). همچنین شورای نگهبان حکم ماده‌ی ۵۷۲ لایحه‌ی مجازات اسلامی [۵۶۸ قانون] را که اشعار می‌داشت: «در شکستگی عضوی که دارای دیه مقدر است، چنانچه پس از جنایت به‌گونه‌ای اصلاح شود که هیچ عیب و نقصی در آن باقی نماند، چهار بیست‌وپنجم دیه آن عضو ثابت است و چنانچه با عیب و نقص اصلاح شود، یا برای آن عضو دیه مقدری نباشد، ارش ثابت است مگر در مواردی که در این قانون خلاف آن مقرر شده باشد». از آن‌جا که حضرت امام (ره) در چنین مواردی به مصالحه معتقدند (خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۵۸۷) مغایر شرع تشخیص دادند، لیکن در مقابل نیز برخی فقها، حکم مزبور را منطبق با فتاوی

مقام معظم رهبری دانستند که در نهایت، ماده‌ی مزبور مغایر با موازین شرع شناخته نشد (مشروح مذاکرات شورای نگهبان، جلسه‌ی مورخ ۱۳۸۹/۲/۱۵). این در حالی است که شورای نگهبان در مواردی در مقام تعارض فتاوی حضرت امام خمینی (ره) با مقام رهبری، براساس نظر حضرت امام (ره) موضوع را تأیید کرده است. در این مورد می‌توان به ماده‌ی ۴۵۶ قانون مجازات اسلامی که براساس نظر حضرت امام خمینی (ره) تقنین شده است، اشاره کرد که مطابق با آن در جنایت بر اعضا، قسامه مثبت قصاص نیست. لیکن دیدگاه فتوایی مقام معظم رهبری، قسامه را در موارد لوث نسبت به جنایت علیه عضو و منافع مثبت قصاص است (مؤسسه‌ی آموزشی و پژوهشی قضا، ۱۳۹۰: ۸۳) (برای مطالعه‌ی بیشتر ر.ک: اکرمی، ۱۳۹۳).

۴. تحلیل و بررسی

بررسی آرا و نظرهای شورای نگهبان نشان می‌دهد که شورای نگهبان، هرچند در زمینه‌ی تبعیت و پذیرش احکام حکومتی مستقیم یا غیرمستقیم (سیاست‌های کلی نظام) به‌عنوان سنجه‌ی تشخیص مغایرت و عدم مغایرت رویکردی ثابت و پذیرفته‌شده دارد، در خصوص مطلق تبعیت و سنجه قرار دادن احکام نظامیه به‌ویژه در زمینه‌ی فتاوی اجتماعی و اجتماعی تبعی و همچنین برخی از سیاست‌های صادره‌ی مستقیم از سوی مقام رهبری در حوزه‌ی سیاست جنایی، رویکردی متغیر داشته است. با این حال اگرچه برخی از فقهای عضو به‌صورت نظری ضمن پذیرش اعمال نظر فتوایی فقهای شورای نگهبان در بررسی مصوبات مجلس شورای اسلامی، قائل به تبعیت و تقدم نظرهای ولی فقیه «در اجرائیات و اموری که در زندگی و امور مردم تأثیر دارد» - بهتر است بخوانیم احکام نظامیه - بر نظرهای فتوایی فقهای عضو هستند (یزدی، ۱۳۸۶: ۴۴ و ۳۴)، همچنان از نظر عملی و رویه‌ای، موضوع تبعیت مطلق از احکام نظامیه‌ی ولی فقیه به‌صورت یک اصل متقن و منسجم به‌گونه‌ای که حاکم بر ساختار شورای نگهبان باشد، هم به لحاظ علمی و هم نظری تبیین نشده است. برای اثبات این فرضیه علاوه بر مواردی که ذیل عنوان سنجه‌ی فتاوی ولی فقیه مطرح شد، به دو نمونه‌ی دیگر نیز اشاره می‌کنیم:

۱. همان‌طور که بیان شد، پذیرش نظریه‌ی تبعیت از احکام نظامیه‌ی ولی فقیه مستلزم آن است که اعمال موضوع اصل ۱۶۷ قانون اساسی و همچنین ماده‌ی ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ (بخش تعزیرات) منصرف از احکام نظامیه‌ی ولی فقیه باشد. با این حال شورای نگهبان علاوه بر اینکه اطلاق ماده‌ی ۶۳۸ را تاکنون مغایر با موازین شرع تشخیص نداده است، رویکردی مطلق در رجوع به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر فقهی اتخاذ کرده است:

ماده‌ی ۲۲۱ لایحه‌ی مجازات اسلامی مصوب ۱۳۸۸/۹/۲۵ مقرر می‌کرد: «هر گاه رجوع به اصل یکصد و شصت و هفتم (۱۶۷) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران لازم شود، مقام قضایی از رهبری استفتاء می‌کند. مقام رهبری می‌تواند این امر را به فرد یا افرادی تفویض نماید». فقهای شورای نگهبان در بررسی اولیه و غیررسمی، ماده‌ی مزبور را با این استدلال که قضاوت از شئون حکومت است و فتوای حاکم اسلامی معیار رجوع در امر حکومتی خواهد بود؛ هرچند برخی قضات، فقیه دیگری را از نظر علم یا فتوا اعلی و معتبر بدانند، مغایر با شرع و قانون اساسی تشخیص ندادند (مشروح مذاکرات شورای نگهبان، جلسه‌ی مورخ ۱۳۸۹/۹/۲۸). این ماده در بخش حدود تدوین شده بود و از آن‌جا که شورای نگهبان حکم ماده‌ی مذکور را مطلق و شامل کلیه جرائم و امور کیفری می‌داند، به مجلس شورای اسلامی متذکر می‌شود که ماده‌ی مذکور را ذیل مواد عمومی قانون مجازات تصویب کند تا شائبه‌ی تقیید آن نسبت به جرائم حدی رفع شود (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۸۴).^(۱۹) مجلس ماده‌ی مزبور را عیناً در مصوبه‌ی اصلاحی خود تحت عنوان ماده‌ی ۱۲ مکرر به تصویب رساند، لیکن شورای نگهبان این بار آن را مغایر اصل ۱۶۷ قانون اساسی تشخیص داد. هرچند برخی از اعضا به اعتبار فتوای ولی فقیه زمان برای همه‌ی افراد معتقد بودند، برخی دیگر از فقها، الزام قاضی به استفتا از محضر مقام معظم رهبری (مدظله‌العالی) در ماده‌ی مذکور را به‌ویژه در مواردی که فتوایی وجود ندارد، مغایر اصل ۱۶۷ قانون اساسی تشخیص دادند (مشروح مذاکرات شورای نگهبان، جلسه‌ی مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۲۷).

۲. شاهد مثال دوم نگارنده برای اثبات فرضیه‌ی خود، تحلیل بررسی قانون حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر ۱۳۹۴ توسط شورای نگهبان است. شورای نگهبان در بررسی تبصره‌ی ماده‌ی ۱ قانون حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر برخلاف نظریه‌ی تبعیت از احکام نظامیه‌ی مقام رهبری موضوع این مقاله، اظهار نظر کرده است. در مصوبه‌ی اولیه‌ی مجلس شورای اسلامی ماده‌ی مذکور به شرح ذیل بود:

«ماده‌ی ۱- در این قانون، ملاک شناسایی معروف و منکر عبارت‌اند از هر گونه فعل و قول و یا ترک فعل و قولی که در شرع مقدس، قوانین و عرف متشرعه مورد امر قرار گرفته و یا منع شده باشد

تبصره - در مورد اختلاف در احکام شرعی، نظر ولی مسلمین ملاک عمل می‌باشد.»

شورای نگهبان ماده‌ی مذکور و تبصره‌ی آن را با استدلال ذیل مغایر با شرع اعلام کرد: «در ماده یک، اطلاق عبارت «عرف متشرعه» نسبت به مواردی که شرعاً حکمی به‌عنوان اولی و ثانوی ندارد، خلاف موازین شرع شناخته شد. همچنین اطلاق تبصره آن، نسبت به غیر

احکام حکومتی خلاف موازین شرع است و واژه «اختلاف» در این مقام وجهی ندارد.^(۲۰) مجلس نیز در مصوبه‌ی اصلاحی، تبصره‌ی مذکور را مقید به احکام حکومتی دانست و از این نظر مغایرت شرعی شورای نگهبان را برطرف کرد.^(۲۱) این نظر شورای نگهبان با آنچه در مباحث قبل، مبنی بر تبعیت از کلیه‌ی احکام نظامیه‌ی مقام رهبری توسط نهادها و افراد بیان شد، مغایرت دارد؛ به‌ویژه اینکه موضوع امر به معروف و نهی از منکر از آن جهت که در بطن اجتماع و با تذکر و اقدام‌های مسلمانان نسبت به همدیگر یا مسئولان جامعه‌ی اسلامی صورت می‌گیرد، از مصادیق اصلی امور اجتماعی و نظم عمومی جامعه‌ی مسلمانان است (احکام نظامیه) و در نتیجه اختلاف بر اموری که مرتبط با اجتماع و نظم جامعه‌ی مسلمانان باشد (اعم از فتاوی حکومتی یا فتاوی اجتماعی تبعی) (ر.ک: نکته‌ی شماره‌ی ۴ ذیل عنوان مبانی و گستره‌ی فتاوی)، مخل نظم اجتماعی خواهد بود.

نتیجه‌گیری

در جمهوری اسلامی ایران، ولی فقیه، به استناد ادله‌ی نقلی و عقلی بر سیاست جنایی تقنینی (اعم از قانونگذاری و سیاستگذاری) ولایت دارد. اعمال و نقش چنین ولایتی در قانونگذاری جنایی باید از طریق احکام نظامیه صورت پذیرد و دارای کارکرد ساختاری (منبع و تولید قوانین) یا سنجشی (سنجه‌ی مغایرت و عدم مغایرت قوانین و مقررات با شرع) باشد. نظریه‌ی مختار نگارنده، در این مقاله، تبعیت تمامی نهادها و اشخاص (که وظیفه‌ی مقررات‌گذاری یا سنجش مقررات را بر عهده دارند) از جمله شورای نگهبان، در زمینه‌ی «احکام نظامیه‌ی ولی فقیه» است؛ چه آنکه پذیرش هر رویکردی مغایر با این نظریه، با مبانی شرعی اختیارات ولی فقیه به‌عنوان حاکم اسلامی، مغایرت خواهد داشت.

به اعتقاد نگارنده، صلاحیت فقهای عضو شورای نگهبان در خصوص بررسی مصوبات سیاست جنایی با وجود احکام نظامیه‌ی ولی فقیه، صلاحیت بررسی مصوبات و مقررات براساس حکم نظامیه‌ی ولی فقیه است و ازاین‌رو فقهای شورا در این موارد نمی‌توانند به نظر اجتهادی و فتوایی خود رجوع کنند و تنها در مورد احکام غیرنظامیه و در مواردی از احکام نظامیه که از سوی ولی فقیه فتوا یا نظری وجود نداشته باشد، می‌توانند به نظرهای فتوایی خود استناد کنند. به همین سبب اطلاق نظر تفسیری شورای نگهبان، در خصوص وظیفه‌ی فقهای شورای نگهبان در استناد به نظر فتوایی، قابل پذیرش نیست و باید منصرف به احکام غیرنظامیه تبیین شود. بررسی نظرهای شورای نگهبان در خصوص لایحه‌ی مجازات اسلامی نشان می‌دهد که رویه‌ی عملی و نظری شورای نگهبان در تبعیت مطلق از احکام نظامیه، در برخی موارد با اختلاف مواجه بوده است.

شایان ذکر است که با پذیرش نظریه‌ی مختار، اطلاق رجوع به فتاوی معتبر، موضوع اصل ۱۶۷ قانون اساسی، در زمینه‌ی احکام نظامیه، با مبانی شرعی ناسازگار است. ازاین‌رو این موضوع نیازمند بازنگری یا تفسیر شورای نگهبان و تفصیل قانون عادی در جهت الزام و تبعیت کلیه‌ی اشخاص و نهادها از احکام نظامیه‌ی ولی فقیه است. بنابراین، لازم است که نظریه‌ی مختار این مقاله و اطلاق تبعیت از احکام نظامیه‌ی ولی فقیه به‌عنوان یک اصل اساسی در فقه حکومتی جمهوری اسلامی ایران تبیین شود.

یادداشت‌ها

۱. اصل ۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
۲. موضوع اصل ۵۷ قانون اساسی.
۳. المراد بالفتوي هو الاخبار عن الله تعالى بحکم شرعی متعلق بکلی.
۴. برهان خلف یکی از روش‌های اثبات در علم ریاضی و منطق به‌ویژه برای قضیه‌های دوشرطی است. در این روش که روش اثبات غیرمستقیم نیز خوانده می‌شود، برای اثبات هر فرضی، اثبات می‌کنیم که نقیض آن نادر است. در خصوص موضوع می‌توان قضیه را به‌صورت دو شرطی ذیل تبیین کرد: A: حفظ مصالح اجتماعی مسلمین (فلسفه‌ی نظریه‌ی ولی فقیه)، B: رعایت احکام و مقررات اجتماعی قضیه: $A \rightarrow B$
۵. در هر گفتمان، یک یا چند کانون مسنجم‌کننده‌ی عناصر تحت عنوان «دال مرکزی»، وجود دارد که به مفاهیم و فرایندهای اطراف خود معنا می‌بخشد (ربانی خوراسگانی و میرزایی، ۱۳۹۳: ۲۶).
۶. بنابراین نظر اداره‌ی حقوقی قوه‌ی قضائیه که تشخیص اعتبار فتوای موضوع اصل ۱۶۷ را با قاضی رسیدگی‌کننده دانسته است (نظر شماره‌ی ۷/۴۳۶۵ مورخ ۱۳۷۰/۱۰/۲۴) یا در نظری جدیدتر، منظور از فتاوی معتبر را فتاوی مجتهدانی دانسته است که مرجعیت آنان مسلم باشد (نظر شماره‌ی ۷/۲۲۴۸ مورخ ۱۳۷۸/۷/۶)، مغایر با اصل تبعیت از احکام نظامیه‌ی ولی فقیه و در نتیجه واجد ایراد شرعی است.
۷. برای نمونه دادنامه‌های قضایی که در مقام اعمال اصل ۱۶۷ یا تعیین مصداق ارتکاب فعل حرام موضوع ماده‌ی ۶۳۸ قانون تعزیرات ۱۳۷۵ به آرای فقیهی غیر از ولی فقیه استناد کرده‌اند، قابل نقد به‌نظر می‌رسند. در این خصوص می‌توان به دادنامه‌ی شماره‌ی ۹۳۰۹۹۷۰۲۶۹۶۰۰۸۱۵ مورخ ۱۳۹۳/۶/۳۰ شعبه‌ی ۵۳ دادگاه تجدید نظر استان تهران (در خصوص حدود مسئولیت پرداخت دیه از سوی بیت‌المال با استناد به فتوای مراجع عظام مکارم شیرازی، نوری همدانی و صافی گلپایگانی) اشاره کرد. (برگرفته از وبگاه بانک داده‌ی آرای قضایی پژوهشگاه قوه‌ی قضائیه به نشانی: <http://j.ijri.ir>).
۸. بند ۵ سیاست‌های کلی نظام در بخش شبکه‌های اطلاع‌رسانی رایانه‌ای، ابلاغی مصوب ۱۳۷۷/۰۷/۱۱.
۹. بند ۷ سیاست‌های کلی نظام در بخش شبکه‌های اطلاع‌رسانی رایانه‌ای، ابلاغی مصوب ۱۳۷۷/۰۷/۱۱.
۱۰. بند ۵ سیاست‌های کلی مبارزه با مواد مخدر ابلاغی توسط مقام معظم رهبری ۱۳۸۵/۰۷/۱۲.
۱۱. بند ۴ سیاست‌های کلی مبارزه با مواد مخدر ابلاغی توسط مقام معظم رهبری ۱۳۸۵/۰۷/۱۲.
۱۲. بند ۱۷ سیاست‌های کلی برنامه‌ی چهارم توسعه.
۱۳. بند ۴۶ سیاست‌های کلی برنامه‌ی چهارم توسعه.
۱۴. بند ۱۴ سیاست‌های کلی نظام در خصوص امنیت قضایی مصوب ۱۳۸۱/۰۷/۲۸ مقام معظم رهبری.
۱۵. «ماده‌ی ۱۹۶- هر گاه دادگاه، شهود معرفی‌شده را واجد شرایط قانونی تشخیص دهد، شهادت را می‌پذیرد و در غیر این صورت، شهادت را شهادت شرعی محسوب نمی‌کند و اگر از وضعیت آن‌ها

- اطلاع نداشته باشد، تا زمان احراز شرایط و کشف وضعیت که نباید بیش از ده روز طول بکشد، رسیدگی را متوقف و پس از آن، حسب مورد، اتخاذ تصمیم می‌کند.»
۱۶. برای مثال امام خمینی (ره) در این خصوص می‌فرماید: «...و إن جهل حالهما توقف و استکشف من حالهما، و عمل بما یقتضیه» (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۴۲۰).
۱۷. (مسئله‌ی ۱) النسب إما شرعی، و هو ما کان بسبب وطء حلال ذاتا بسبب شرعی، و إما غیر شرعی، و هو ما حصل بالسفاح و الزنا، فموضوع حرمة النکاح أعم، فیعم غیر الشرعی.
۱۸. مطابق با فتوای مقام معظم رهبری، نسبت دادن مساحقه به زن بایمان از موجبات حد قذف است (مؤسسه‌ی آموزشی و پژوهشی قضا، ره‌نوشه‌ی قضایی (استفتائات قضایی از محضر رهبر معظم انقلاب حضرت آیت‌الله العظمی خامنه‌ای (مدظله‌العالی)، قم: نشر قضا، ۱۳۹۰، ص ۴۸).
۱۹. تذکر (۲) نظر شماره‌ی ۹۱/۳۰/۴۸۰۶۳ مورخه‌ی ۱۳۹۱/۶/۲۶ شورای نگهبان.
۲۰. نامه‌ی شماره‌ی ۹۳/۱۰۰/۳۱۸۰ مورخ ۱۳۹۳/۱۰/۱۱.
۲۱. ماده‌ی ۱- در این قانون، معروف و منکر عبارتند از هر گونه فعل، و یا ترک فعل و قولی که به‌عنوان احکام اولی و یا ثانوی در شرع مقدس و یا قوانین، مورد امر قرار گرفته یا منع شده باشد. تبصره- در احکام حکومتی، نظر مقام ولی فقیه ملاک عمل خواهد بود.

منابع و مآخذ

الف) فارسی و عربی

- ابن فارس بن زکریا، ابوالحسین احمد (۱۴۰۴ق)، معجم مقاییس اللغة، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمی قم، چ اول، ج ۶.
- ارسطا، محمدجواد (۱۳۸۹)، مبانی تحلیلی نظام جمهوری اسلامی ایران، قم: بوستان کتاب.
- ارسطو (۱۳۸۶)، سیاست، ترجمه‌ی سید حمید عنایت، تهران: شرکت انتشارات علمی و فرهنگی، چ ششم.
- اصفهان، محمدبن حسن (۱۴۱۶ق)، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه‌ی مدرسین حوزه علمی قم، چ اول، ج ۴.
- اصفهان، محمدحسین (۱۴۱۶ق)، الاجتهاد و التقليد (بحوث فی الأصول)، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمی قم، چ دوم، ج ۳.
- اکرمی، روح‌الله (۱۳۹۳)، «تحلیل فرآیند نظارت شرعی شورای نگهبان بر مصوبات مجلس؛ مطالعه‌ی موردی: قانون مجازات اسلامی»، فصلنامه‌ی دانش حقوق عمومی، سال سوم، ش ۹، صص ۱-۲۶.
- آملی، میرزا محمدتقی (۱۳۸۰)، مصباح الهدی فی شرح العروة الوثقی، تهران: مؤلف، چ اول، ج ۱۰.
- بستانی، فؤاد افرام (۱۳۷۵)، فرهنگ ابجدی، تهران: اسلامی، چ دوم.
- بیارجمندی خراسانی، یوسف (بی‌تا)، مدارک العروة، نجف: مطبعة النعمان، چ اول، ج ۱.
- پژوهشکده‌ی شورای نگهبان (۱۳۹۲)، قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در پرتو نظرات شورای نگهبان، تهران: پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، چ اول.
- پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، مشروح مذاکرات شورای نگهبان، تهران: پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، در دست انتشار.
- تبریزی، جواد (بی‌تا)، استفتانات جدید، قم: سرور، چ دوم، ج ۱.
- جواد آملی، عبدالله (۱۳۸۵)، ولایت فقیه ولایت فقاها و عدالت، قم: اسراء، چ اول.
- حبیب‌زاده، محمدجعفر و جلال‌الدین قیاسی (۱۳۸۰)، «حدود اختیارات قاضی در مراجعه به منابع فقهی در امور کیفری»، مجله‌ی علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز، ش ۳۳، صص ۳۳-۴۲.
- حسینی، سید محمد (۱۳۸۳)، سیاست جنایی اسلام و جمهوری اسلامی ایران، تهران: سمت، چ اول.

- حسینی خامنه‌ای، سید علی (۱۳۹۲)، اجوبه الاستفتائات، تهران: فقه روز، چ اول.
- حلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: مؤسسه‌ی اسماعیلیان، چ دوم، ج ۱.
- درویشوند، ابوالفضل و سید محمدهادی راجی (۱۳۹۰)، «تحلیلی بر نظارت بر قوانین و مقررات در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران»، حکومت اسلامی، سال شانزدهم، ش ۳، پیاپی شصت و یکم، صص ۱۰۳-۱۳۲.
- راعی، مسعود و فرامرز عطریان (۱۳۹۱)، «حاکمیت قانون و احکام حکومتی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، حکومت اسلامی، ش ۶۳، صص ۱۲۳-۱۴۶.
- ربانی خوراسگانی، علی و محمد میرزایی (۱۳۹۳)، «ایدئولوژی، سوژه، هژمونی و امر سیاسی در بستر نظریه‌ی گفتمان»، غرب‌شناسی بنیادی، ش ۹، صص ۲۳-۴۶.
- سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۱۹ق)، مصادر الفقه الإسلامی و منابعه، بیروت: دارالأضواء، چ اول.
- سیفی مازندرانی، علی‌اکبر (۱۴۲۸ق)، دلیل تحریرالوسیله - ولایه الفقیه، تهران: مؤسسه‌ی تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، چ دوم.
- صانعی، پرویز (بی‌تا)، حقوق جزای عمومی، تهران: انتشارات دانشگاه ملی ایران، چ سوم، ج ۱.
- طباطبایی، سید محمدحسین (۱۳۸۸)، شیعه در اسلام (طبع جدید)، قم: مؤسسه‌ی بوستان کتاب (مرکز چاپ و نشر دفتر تبلیغات اسلامی حوزه‌ی علمیه‌ی قم)، ج ۱.
- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۱۴ق)، تکملة العروة الوثقی، قم: کتابفروشی داوری، چ اول، ج ۲.
- عاملی کرکی، علی‌بن حسین (۱۴۰۹ق)، رسائل المحقق الکرکی، قم: دفتر نشر اسلامی، چ اول، ج ۱.
- علی‌آبادی، عبدالحسین (۱۳۷۱)، حقوق جنایی، تهران: فردوس، چ سوم، ج ۱.
- علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۸۸)، فقه و مصلحت، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه‌ی اسلامی، چ اول.
- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۶۸)، فقه سیاسی حقوق اساسی و مبانی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: امیرکبیر، ج ۱.
- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۵)، حقوق اساسی ایران، تهران: مؤسسه‌ی انتشارات و چاپ انتشارات دانشگاه تهران، چ اول.
- قیاسی، جلال‌الدین (۱۳۸۵)، مبانی سیاست جنایی حکومت اسلامی، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چ اول.
- قیاسی، جلال‌الدین؛ دهقان، حمید و قدرت‌الله خسروشاهی و دیگران (۱۳۹۱)، حقوق جزای

- عمومی، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چ چهارم، ج ۱.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، *مقدمه‌ی علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چ هشتاد و هشتم.
- کیدری، محمد بن حسین (۱۴۱۶ق)، *إصباح الشيعة بمصباح الشريعة*، قم: مؤسسه‌ی امام صادق (ع)، چ اول.
- گلدوزیان، ایرج (۱۳۸۵)، *حقوق جزای عمومی ایران*، تهران: مؤسسه‌ی انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چ نهم، ج ۱.
- گیلانی شفتی، سید محمدباقر (۱۴۲۷ق)، *مقاله فی تحقیق إقامة الحدود فی هذه الأعصار*، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه‌ی علمیه‌ی قم، چ اول.
- لازرژی، کریستین (۱۳۹۰)، *درآمدی بر سیاست جنایی*، ترجمه‌ی علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران: میزان، چ اول.
- لاک، جان (۱۳۹۱)، *رساله‌ای درباره‌ی حکومت*، ترجمه‌ی حمید عضدانلو، تهران: نشر نی، چ سوم، ۱۳۹۱.
- لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶)، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، تهران: کتابخانه‌ی گنج دانش، چ سوم، ج ۵۱.
- مرکز تحقیقات شورای نگهبان (۱۳۸۱)، *مجموعه نظریات شورای نگهبان*، تهران: معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات معاونت حقوقی ریاست جمهوری، چ دوم، ویرایش اول.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۶[الف])، *پیام امام امیرالمؤمنین (ع)*، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چ اول، ج ۱۴.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۶[ب])، *پیام قرآن*، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چ نهم، ج ۱۰.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷ق)، *استفتائات جدید*، قم: مدرسه‌ی الامام علی بن ابی طالب (ع)، چ دوم، ج ۳.
- ملک افضلی، محسن (۱۳۸۷)، «جایگاه و اعتبار مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی»، *حکومت اسلامی*، سال سیزدهم، ش ۲، صص ۱۴۴-۱۷۴.
- موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱۴۲۴ق)، *توضیح المسائل*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه‌ی مدرسین حوزه‌ی علمیه‌ی قم، چ هشتم، ج ۱.
- موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱۳۸۱)، *صحیفه‌ی نور*، تهران: مؤسسه‌ی نشر و تنظیم آثار امام خمینی (ره)، ج ۲۰.

موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱۴۰۴ق)، زبدة الأحكام، تهران: سازمان تبلیغات اسلامی، چ اول.
 موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱۴۲۱ق)، کتاب البیع، تهران: مؤسسه‌ی نشر و تنظیم آثار امام خمینی (ره)، ج ۲.

موسوی خمینی، سید روح‌الله (بی‌تا)، تحریر الوسیله، قم: مؤسسه‌ی مطبوعات دارالعلم، چ اول، ج ۲.
 موسوی خمینی، سید مصطفی (بی‌تا)، ولایة الفقیه، تهران: مؤسسه‌ی تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، چ اول.

مؤسسه‌ی آموزشی و پژوهشی قضا (۱۳۹۰)، ره‌توشه‌ی قضایی: استفتائات قضایی از محضر مرجع عالی‌قدر عالم تشیع حضرت آیت‌الله العظمی خامنه‌ای (مدظله‌العالی)، قم: نشر قضا، چ اول.

موسوی خلخالی، سید محمدمهدی (۱۴۲۵ق)، الحاکمیة فی الإسلام، قم: مجمع اندیشه‌ی اسلامی، چ اول.

مهرپور، حسین (۱۳۷۲)، «شورای نگهبان و بررسی قوانین»، مجله‌ی حقوقی دادگستری، ش ۹، صص ۷۴-۵۵.

میرباقری، محمدمهدی (۱۳۹۱)، مبانی فقه حکومتی، گزارش درس خارج (جلسه‌ی هفتم)، مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۹.

نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین (۱۳۷۸)، مباحثی در علوم جنایی (تقریرات درس جرم‌شناسی)، به کوشش شهرام ابراهیمی، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، چ اول.

هاشمی شاهرودی، محمود و دیگران (۱۴۲۶)، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل‌بیت (ع)، قم: مؤسسه‌ی دائرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل‌بیت (ع)، چ اول، ج ۳.

یزدی، محمد (۱۳۸۶)، «جمهوری اسلامی و تحول در قانونگذاری (گفت‌وگو)»، حکومت اسلامی، سال دوازدهم، ش ۲، صص ۱۴-۳۹.

ب) پایگاه‌های اینترنتی

مجموعه نظرات و آرای شورای نگهبان، مندرج در سامانه‌ی جامعه‌ی نظرات شورای نگهبان به آدرس الکترونیکی:

ضابطه‌مندی فهم، تطبیق و تفسیر قانون اساسی با تأکید بر ذیل اصل چهارم قانون اساسی

فیروز اصلانی^{۱*}، رضا محمدی^{۲**}، اکبر طالبکی^{۳***}

۱. استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، ایران

۲. دانشجوی دکتری حقوق عمومی موسسه آموزشی-پژوهشی امام خمینی (ره)، قم، ایران

۳. استادیار مرکز مطالعات عالی انقلاب اسلامی دانشگاه تهران، تهران، ایران

دریافت: ۱۳۹۵/۳/۲۸

پذیرش: ۱۳۹۵/۷/۵

چکیده

شورای نگهبان نقش بی‌بدیلی در حفظ قانون اساسی ایران و اسلامی بودن نظام دارد. طبق ذیل اصل ۴ قانون اساسی، تشخیص اسلامی بودن قوانین با فقهای شورای نگهبان و طبق اصل ۹۸ تفسیر قانون اساسی با این شورا است. بررسی کارآمدی ذیل اصول ۴ و ۹۸ قانون اساسی ایران در مورد مشروعیت شورای نگهبان و ضابطه‌مندی فهم و تطبیق قوانین با اسلام و تفسیر قانون اساسی حائز اهمیت است. این نوشتار با روشی توصیفی-تحلیلی شبهات و ادله‌ی ناکارآمدی در این زمینه و همچنین شبهه‌ی دور در مشروعیت شورای نگهبان را بررسی کرده و به آن پاسخ داده است؛ همچنین هرمنوتیک در قانون اساسی را بررسی کرده و ضمن اثبات عدم امکان تحمیل فهم و نظرهای شخصی و مفروضات ذهنی خلاف ضوابط، رویکرد شورای نگهبان را به‌نوعی منشأگرایی از نوع قصدگرایی و غایت‌گرایی دانسته است؛ علاوه بر این مشکلات سپردن تطبیق مصوبات بر شرع به مراجع تقلید را ذکر کرده و گفته است انحصار فهم و تطبیق و تفسیر قانون اساسی در شورای نگهبان موجب شده است که خرد جمعی متعهد متخصص عهده‌دار تفسیر قانون اساسی باشد.

کلیدواژه‌ها: اصل ۴، تفسیر قانون اساسی، تطبیق قوانین بر شرع، شورای نگهبان، فهم فقهای شورای نگهبان.

* E-mail: Aslanif@ut.ac.ir

E-mail: Rbnmw@yahoo.com

*** E-mail: Tala@ut.ac.ir

** نویسنده‌ی مسئول

مقدمه

اصول قانون اساسی که به توضیح و تفسیر نیاز دارد بر دو نوع است؛ یا در متن اصل، تصریح شده که تفصیل و توضیح آن به عهده‌ی قانونگذار است، یا این‌طور نیست. مرجع نوع اول طبق اصل ۷۴ قانون اساسی، مجلس شورای اسلامی است که از طریق تصویب قانون جدید رفع ابهام و تفسیر می‌کند. این نوع تفسیر، نوعی تفسیر به معنای اعم محسوب می‌شود. ولی تفسیر در نوع دوم که مدنظر این مقاله است، با کدام مرجع است؟ بهترین مرجع تفسیر قانون اساسی کدام مرجع می‌تواند باشد؟ طبق اصل ۹۸ تفسیر قانون اساسی با شورای نگهبان و طبق ذیل اصل ۴، تشخیص اسلامی بودن قوانین نیز با فقهای شورای نگهبان است.

به دلیل اهمیت و جایگاه ویژه‌ی شورای نگهبان از همان اوایل اجرای قانون اساسی تا به امروز اشکالات و شبهات و مباحث مختلفی در مورد این شورا مطرح بوده است. در همین زمینه برخی نشریات مطالبی را در قالب مصاحبه و مقاله به منظور القای شبهاتی در زمینه‌ی ناکارآمدی روش شورای نگهبان در تطبیق قوانین با اسلام و تفسیر قانون اساسی، منتشر کرده‌اند.^(۱) در برخی کتاب‌ها مانند کتاب «اصول حاکم بر تفسیر قانون اساسی در ایران و آمریکا» تألیف محمدحسین جعفری نیز بعضی از این مطالب به چشم می‌خورد. برخی از زوایای این بحث مانند بحث رویکرد تفسیری شورای نگهبان بررسی و نظرهای مختلفی ارائه شده است (ر.ک: موسی‌زاده و منصوریان، ۱۳۹۳). اما بررسی همه‌ی ابعاد و جامع و شبهه‌محور با روشی توصیفی-تحلیلی با بهره‌گیری از مباحث حقوقی، هرمنوتیکی، تاریخی، به‌خصوص پاسخ به دو شبهه‌ی تحمیل مفروضات ذهنی فقهای شورای نگهبان و چرایی عدم تطبیق مصوبات مجلس توسط مراجع ارشد می‌تواند نوآوری این مقاله محسوب شود.

سعی می‌کنیم این اشکالات و شبهات را با ترتیبی منطقی با توجه به اهمیت مسئله تبیین کنیم و به آن‌ها پاسخ دهیم. به همین منظور نخست به شبهه‌ی دور در مشروعیت شورای نگهبان پاسخ می‌دهیم؛ سپس مسئله‌ی تحمیل فهم و نظرهای شخصی و مفروضات ذهنی شورای نگهبان به جای قانون اساسی و هرمنوتیک در قانون اساسی و رویکرد تفسیری شورای نگهبان را بررسی می‌کنیم؛ پس از آن مشکلات تطبیق قانون بر شرع توسط مراجع تقلید ارشد را تبیین می‌کنیم، و جایگاه رأی مردم و نمایندگان به قانون اساسی در خصوص شفافیت این قانون، و علت انحصار فهم و تطبیق و تفسیر قانون اساسی در شورای نگهبان را بررسی می‌کنیم.

۱. ادله‌ی ناکارآمدی و بررسی آن

همان‌طور که گفتیم، ادله‌ای مبنی بر ناکارآمدی ذیل اصول ۴ و ۹۸ قانون اساسی ذکر شده است که در این جا ابتدا آن را تبیین کرده و سپس نقد و بررسی می‌کنیم:

۱-۱. شبهه‌ی دور در مشروعیت شورای نگهبان

برخی مدعی شده‌اند که مشروعیت شورای نگهبان دچار دور باطل است، زیرا با توجه به اینکه طبق اصل ۴ قانون اساسی کلیه‌ی قوانین و مقررات کشور باید براساس موازین اسلامی باشد و این اصل بر اطلاق یا عموم کلیه‌ی اصول دیگر قانون اساسی حاکم است، در واقع می‌توان گفت کل قانون اساسی مشروط به اصل ۴ است و طبق ذیل همین اصل و اصل ۹۸ قانون اساسی تشخیص اسلامی بودن یا نبودن و فهم و تفسیر کلیه‌ی اصول قانون اساسی با شورای نگهبان (گاه مجموع اعضا و گاه فقهای آن) است. در نتیجه قانونیت و مشروعیت قانون اساسی با شورای نگهبان محقق می‌شود، درحالی‌که مشروعیت خود شورای نگهبان و حجیت رأی آن از قانون اساسی است و این دور باطل است (بیات زنجانی، ۱۳۸۷: ۵-۶).

نقد و بررسی

برای نقد این شبهه ذکر نکاتی لازم است؛ یک نهاد گاهی مولد قانون اساسی است، مثل خبرگان قانون اساسی؛ و گاهی مولود و منبعث از قانون اساسی است، مانند مجلس خبرگان رهبری و نهادهای سیاسی دیگر که اقتدارشان منبعث از قانون اساسی است. نهاد شورای نگهبان هم مولود و منبعث از قانون اساسی است، ولی مشروعیت، غیر از منبعث شدن است؛ یعنی ممکن است نهادی منبعث از قانون اساسی نباشد ولی مشروع باشد، مانند ولی فقیه و منصوبان وی قبل از تصویب قانون اساسی. همچنین ممکن است نهادی منبعث از قانون اساسی باشد ولی مشروعیتش از قانون اساسی نباشد، مانند ولی فقیه پس از تصویب قانون اساسی؛ براساس نظریه‌ی نصب، که مشروعیت ولی فقیه از نصب عام شرعی است و بسط ید و مقبولیت وی از رأی مردم و قانون اساسی است.

بر فرض که مشروعیت شورای نگهبان از قانون اساسی باشد، دور کامل نخواهد بود؛ زیرا گزاره‌ی «مشروعیت قانون اساسی از شورای نگهبان است»، مستندی ندارد و ادعای بی‌دلیل است. توضیح اینکه در مورد منشأ مشروعیت قوانین از جمله قانون اساسی بسته به مکاتب مختلف حقوقی، دیدگاه‌های مختلفی مطرح است.

برخی (فلاسفه‌ی حقوق تحقیقی و تاریخی) منشأ اعتبار قانون را مردم می‌دانند و عده‌ای

(طرفداران حقوق طبیعی یا فطری) برای حقوق و قوانین، واقعیت نفس‌الامری قائل‌اند؛ یعنی معتقدند اعتبار قانون، ذاتی آن است و کسی نمی‌تواند آن را جعل کند. براساس نظریه‌ی الهی، حق این است که قوانین اعتبار ذاتی ندارند، بلکه قوانین حقوقی همه اعتباری است، ولی ریشه در واقعیات نفس‌الامری دارد و آن واقعیات مبانی حقوق‌اند نه متن حقوق (مصباح یزدی، ۱۳۸۱: ۷۹). رایج‌ترین پاسخ در مورد مشروعیت قانون اساسی رأی اکثریت مردم است که این نظر حتی در ادبیات سیاسی غربی نیز مورد خدشه واقع شده است و وجود اتفاق آرا در وضع و تصویب قوانین یا عادلانه بودن آن‌ها را جایگزین رأی اکثریت کرده‌اند (ر.ک: بارت، ۱۳۸۴) و آنچه مورد قبول ماست، این است که چون خداوند خالق و مالک تمام هستی از جمله انسان است، حق قانونگذاری به‌صورت انحصاری از آن خداست.

در مورد مشروعیت قانون اساسی ایران نیز دو نظر عمده مطرح است؛ برخی مشروعیت آن را از رأی مردم و برخی ولایت فقیه را منبع مشروعیت قانون می‌دانند (ر.ک: اصلانی و بحرودی، ۱۳۹۱: ۲۰۹-۲۳۶). به هر حال پس از اینکه مردم به قانون اساسی رأی دادند و به امضای ولی فقیه جامع‌الشرایط رسید، براساس هر دو دیدگاه قانون اساسی، مشروعیت پیدا می‌کند و شورای نگهبان در مشروعیت یافتن قانون اساسی نقشی ندارد.

اینکه تفسیر تنها موارد مبهم (و نه صریح) قانون اساسی (اصل ۹۸ ق.ا) و همچنین تشخیص عدم مغایرت قوانین با شرع بر عهده‌ی شورای نگهبان گذاشته شده است (اصل ۴ ق.ا)، به‌هیچ‌وجه به معنای منوط بودن مشروعیت قانون اساسی بر شورای نگهبان نیست. شورای نگهبان نمی‌تواند قانونی را تأیید کند که مغایر خود قانون اساسی باشد. همچنین نمی‌تواند تفسیری ارائه کند که معارض با اصول دیگر قانون اساسی باشد (توضیح کامل این بحث در همین نوشتار خواهد آمد). قانون اساسی ابتدا مشروعیت داشت که توانست نهادی به نام شورای نگهبان را آن هم برای پاسداری از خودش (و نه برای ایجاد خود) به‌وجود بیاورد. بنابراین در مشروعیت قانون اساسی و شورای نگهبان دوری وجود ندارد.

۲-۱. تحمیل فهم و نظرهای شخصی و مفروضات ذهنی شورای نگهبان به‌جای قانون اساسی

با توجه به اینکه از طرفی تفسیر تمام اصول قانون اساسی طبق اصل ۹۸ با شورای نگهبان است و مطابق نظر تفسیری شورای نگهبان این تفسیر انحصاراً بر عهده‌ی شورای نگهبان است و هیچ مرجع دیگری حق تفسیر هیچ‌یک از اصول قانون اساسی را ندارد (نظر شماره‌ی ۷۹/۲۱/۸۹۲ مورخ ۱۳۷۹/۷/۳)، و از طرف دیگر طبق اصل ۴ قانون اساسی تمام اصول قانون

اساسی مشروط به این اصل است و این اصل هم مشروط به موازین اسلامی است و تشخیص موازین اسلامی هم طبق ذیل اصل ۴ با فقهای شورای نگهبان است، ممکن است این شبهه به ذهن خطور کند که تمام قانون اساسی در اختیار شورای نگهبان است و قبض و بسط قانون اساسی و توسعه و تضییق اصول آن طبق نظرهای شخصی اعضای شورای نگهبان امکان‌پذیر است، در واقع این رأی مردم و میثاق ملی و اسلام واقعی نیست که در کشور به اجرا درمی‌آید، بلکه نظرهای شخصی چند نفر در شورای نگهبان است؛ به عبارت دیگر شورای نگهبان به‌خصوص فقهای این شورا از طریق تفسیر و تطبیق قوانین بر شرع، فهم و نظرهای شخصی و مفروضات ذهنی خود را به جای قانون اساسی به مردم و جامعه تحمیل می‌کنند؛ که در این بخش به این شبهه پاسخ خواهیم داد.

برخی نویسندگان با انتقاد به ذیل اصل ۴ قانون اساسی، روش تطبیق و تفسیر شورای نگهبان از قانون اساسی به دلیل استنباطهای شخصی فقهای شورای نگهبان از سند میثاق ملی را ناکارآمد دانسته و ملاک قرار دادن استنباطهای شخصی فقهای شورای نگهبان یا فتاوی مختلف فقها را راهی برای اجتهادهای شخصی از قانون اساسی می‌دانند (جعفری، ۱۳۹۲: ۲۷۱) و بر این اساس چیزی به نام قانون اساسی باقی نمی‌ماند (موسوی تبریزی، ۱۳۸۶: ۲۲-۳۰). برخی نویسندگان به منظور القای ناکارآمدی روش شورای نگهبان در تطبیق قوانین با اسلام و در تفسیر قانون اساسی راه حل را در ملاک قرار دادن خود قانون اساسی (و نه فهم اجتهادی فقهای شورای نگهبان) می‌دانند (انصاری راد، ۱۳۸۷: ۳۲). به اعتقاد این دسته، شورای نگهبان با شفافیت قانون اساسی مقابله کرده و مفروضات و پیش‌داوری‌های خود را بر میثاق ملی ملت تحمیل می‌کند؛ درحالی‌که فهم شورای نگهبان باید مبتنی بر روح قانون و تک تک مواد قانون اساسی باشد.^(۲)

نقد و بررسی

در این جا ابتدا ضابطه‌مند بودن فهم و تطبیق و تفسیر شورای نگهبان را بررسی می‌کنیم و سپس به این پرسش پاسخ می‌دهیم که در صورت رعایت ضوابط تفسیر آیا باز هم امکان تحمیل فهم و مفروضات ذهنی و شخصی اعضای شورای نگهبان به دلایل هرمنوتیکی و رویکردهای خاص تفسیری وجود دارد؟

الف) ضابطه‌مند بودن فهم، تطبیق و تفسیر شورای نگهبان

مطلب مذکور در دو مقام بحث می‌شود: یکی در مورد تطبیق قوانین بر موازین اسلامی توسط فقهای شورای نگهبان، که این تطبیق از نظر وجود ضابطه یا عدم آن باید بررسی شود؛ و

دیگری در مورد تفسیر اصول قانون اساسی توسط اعضای شورای نگهبان که باید دید آیا این تفسیر بدون هیچ گونه ضابطه‌ای و بر مبنای فهم و نظرها و مفروضات ذهنی شخصی صورت می‌گیرد یا اینکه ضابطه‌مند است؟

در خصوص مقام اول باید گفت بر فرض که فقهای شورای نگهبان اجتهاد شخصی را ملاک قرار دهند، سؤال این است که آیا فهم فقهای شورای نگهبان از شرع برای تطبیق قوانین بر موازین اسلامی بی ضابطه است؟ اجتهاد حرکتی چارچوب‌دار و ضابطه‌مند است. هیچ فقیهی در طول تاریخ به اجتهاد آزاد از قیود معتقد نبوده است، بلکه فقیه باید براساس ضوابط خاص معین و معتبر به اجتهاد پردازد که در علوم مختلفی چون فقه و اصول و رجال و درایه به این ضوابط پرداخته شده است.

بخشی از این اشکال در سال ۱۳۶۱ توسط نماینده‌ی شهرستان ساوه طی نامه‌ای به کمیسیون اصل ۹۰ مجلس شورای اسلامی مطرح شده و کمیسیون هم این نامه را طی پیوست نامه‌ی شماره‌ی ۵۲۲۹/۲۵ مورخ ۱۳۶۱/۱/۳۰ به شورای نگهبان فرستاده و درخواست پاسخ کرده است. در این نامه آمده است: «به نظر بنده شورای محترم نگهبان قانون اساسی... خود فاقد هر گونه ضابطه و قانون مشخص برای اعمال این وظایف است و بدون وجود دلائل و مستندات شرعی یا اعلام آن با صدور یک کلمه بدین مضمون که "فلان مصوبه با موازین شرعی مخالف و مغایر شناخته شد" تصمیمات مجلس را وتو می‌کند» (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۱: ۳۹۱).

دبیر شورای نگهبان توضیحاتی را در این زمینه ارائه می‌کند که اولاً قانون اساسی ضوابط لازم را برای اظهار نظر شورای نگهبان ارائه کرده است و ثانیاً نظرهای شورای نگهبان ادله و مستنداتی دارد که بعضاً بیان می‌شود، ولی اغلب چون از لحاظ قانون در اظهار یا عدم اظهار مستندات خود آزاد است و اظهار مستندات را دارای معایبی می‌بیند، آن‌ها را بیان نمی‌کند. عدم اظهار مستندات دلیل بر نبود ادله و مستندات و بی ضابطه بودن نظرهای شورای نگهبان نیست. اما در مورد تفسیر قانون اساسی توسط اعضای شورای نگهبان باید گفت که تفسیر شورای نگهبان نیز براساس ضوابط منطق فهم قانون و اصول فقه و لغت است.

بیشتر قواعد اصولی که در علم اصول فقه بررسی می‌شود، در تفسیر قانون نیز باید مراعات شود. بحث معانی و دلالت الفاظ در اصول فقه از مباحث مهم و اساسی است که دو بحث «مدلول کلام» و «مراد متکلم» دخالت بسیار در بحث ما دارد. یکی از قواعد فهم و تفسیر این است که تمسک به عام یا مطلق، مشروط به این است که مخصص یا مقیدی وجود نداشته باشد. مخصص و مقید می‌تواند به صورت قرینه‌ی مقالیه یا حالیه باشد. مذاکرات قانونگذار

هنگام تهیه و تصویب قانون بعضاً به‌عنوان قرینه‌ی حالیه و کاشف از مراد متکلم (قانونگذار) عمل می‌کند. بنابراین مذاکرات مجلس نهایی بررسی قانون اساسی برای فهم و تفسیر صحیح قانون اساسی قرینه‌ی مناسبی است.

اصل مرجعیت متن، اصل احترام به اراده‌ی قانونگذار، اصل انسجام ساختاری و تمسک به روح قانون، اصل اصالت و حفظ رویه و... (ر.ک: جعفری، ۱۳۹۲: ۳۱۷-۳۲۹) و ضوابط فراوانی که احصای کامل و بررسی آن‌ها نوشتار مستقلاً را می‌طلبد، از ضوابط فهم و تفسیر است. نکته‌ی دیگر اینکه هر کسی که عهده‌دار تفسیر قانون باشد، به‌ناچار طبق نظر خود تفسیر خواهد کرد، ولی این تفسیر باید براساس ضوابط باشد. چنانکه به‌طور مثال «دادگاه قانون اساسی ایتالیا، هنگام مواجهه با درخواست‌های رسیدگی به مطابقت قوانین با قانون اساسی با توجه به مقتضیات حاکم، برداشت خود را از اصول قانون اساسی ابراز می‌کند» (منصوریان، ۱۳۹۳: ۱۶۷). همان‌طور که حقوقدانان شورای نگهبان براساس نظر خود تفسیر می‌کنند، فقهای شورای نگهبان نیز در تفسیر یا تطبیق قوانین بر شرع طبق نظر خود ولی براساس ضوابط عمل می‌کنند. با این حال مفسر قانون حق ایجاد معنای جدید برای متن قانون ندارد، و نمی‌تواند هر گونه که خود می‌خواهد قانون را تفسیر کند، بلکه باید براساس اصول و قواعد تفسیر به‌دنبال فهم مراد قانونگذار باشد.

به لحاظ تطبیقی، اندیشه‌ی هرمنوتیک سنتی (در غرب) شباهت تامی با اندیشه‌ی فقهای اصولی در مبحث الفاظ اصول فقه دارد. در هر دو اندیشه، مبتنی بر فلسفه‌ی واقع‌گرایی، الفاظ، پیشاپیش دارای معانی معین است و برای فهم آن‌ها باید این معانی از پیش موجود را دانست یا کشف کرد (آقایی طوق، ۱۳۸۶: ۴۸).

علاوه بر ضوابط تفسیری و فقهی که سبب محدودیت نظرهای تفسیری و تطبیقی شورای نگهبان می‌شود و در بخش بعدی این نوشتار مباحثی را در این زمینه مطرح خواهیم کرد، محدودیت‌های دیگری نیز پیش روی شورای نگهبان وجود دارد. برای نمونه به برخی از مواردی که به‌واسطه‌ی قانونگذار برای این شورا وضع شده است و از تفسیر شخصی و بی‌ضابطه جلوگیری می‌کند، اشاره می‌کنیم:

۱. قانونگذار برای اتقان و حفظ ثبات و استحکام قانون اساسی و جلوگیری از تفسیرهای نابجا و شخصی، موافقت حتی اکثریت شورای نگهبان را کافی ندانسته بلکه موافقت سه‌چهارم اعضا را خواستار شده است (اصل ۹۸). در بیشتر موارد شورای نگهبان نظرهای تفسیری ارائه نمی‌کند، بلکه نظرهای مشورتی ارائه می‌کند. تعداد اندک نظرهای تفسیری طول سی‌وچند سال گواه بر مطلب است.

تفاوت نظرهای مشورتی و نظرهای تفسیری در این است که نظرهای تفسیری مطابق اصل ۹۸ قانون اساسی حتماً باید با موافقت سه‌چهارم اعضا (۹ نفر) صورت گیرد، از طرفی جلسات شورای نگهبان، مطابق ماده‌ی ۱۰ آیین‌نامه‌ی شورا، با حضور سه‌چهارم اعضا رسمیت پیدا می‌کند. حال اگر در جلساتی که ۹ نفر حضور دارند مورد تفسیری مطرح شود، برای تصویب تفسیر مورد نظر باید کل حاضران موافقت کنند، و این غالباً اتفاق نمی‌افتد، زیرا توافق صددرصدی همه بر یک نظر به‌ندرت اتفاق می‌افتد. بنابراین قانونگذار به‌دلیل اهمیت تفسیر قانون اساسی، روند تفسیر را دشوار قرار داده است. اما اگر اکثریت حاضران به تفسیری رأی مثبت دهند، ولی به سه‌چهارم اعضا نرسد، به‌عنوان نظر مشورتی اعلام می‌شود که صرفاً جنبه‌ی ارشادی دارد و از لحاظ قانونی این مصوبه معتبر نیست و تفسیر قانون اساسی محسوب نمی‌شود.

خلاصه اینکه نظرهای تفسیری به‌ندرت اتفاق می‌افتد و ثبات و استمرار قانون اساسی مورد خدشه واقع نمی‌شود.

۲. تفسیر قانون اساسی پس از طی مراحل و تصویب باید به اطلاع کلیه‌ی نهادها و حتی عموم مردم برسد. در ماده‌ی ۲۰ آیین‌نامه‌ی شورای نگهبان آمده است: «نظرهای تفسیری شورای نگهبان به مرجع درخواست‌کننده‌ی تفسیر و رئیس‌جمهور اعلام می‌گردد و برای روزنامه‌ی رسمی و رسانه‌های همگانی فرستاده می‌شود». بنابراین امر تفسیر شورای نگهبان در مرعی و منظر عموم انجام می‌گیرد و مردم خود شاهد و ناظر تفسیرهای شورای نگهبان هستند.

۳. شورای نگهبان در ابتدا به همه‌ی پرسش‌های مربوط به قانون اساسی پاسخ می‌داد، ولی پس از مدتی در آیین‌نامه‌ی داخلی این امر محدودتر شد، به این نحو که شورا تنها در صورتی مکلف به پاسخ استفساریه‌هاست که از سوی مقامات خاصی صورت گرفته باشد (آدمی ابرقویی، ۱۳۹۲: ۱۰۵). در ماده‌ی ۱۸ این آیین‌نامه آمده است: «تفسیر اصول قانون اساسی با ارجاع مقام معظم رهبری و یا با درخواست رئیس‌جمهور، رئیس مجلس شورای اسلامی، رئیس قوه‌ی قضائیه و یا یکی از اعضای شورای نگهبان صورت می‌گیرد». این هم خود نوعی محدودیت برای تفسیر قانون اساسی است.

بنابراین از مسلمات است که هم تفسیر اصول قانون اساسی توسط اعضای شورای نگهبان و هم فهم فقهی فقهای شورای نگهبان برای تطبیق قوانین با شرع، دارای ضوابط و قواعد معین و فراوانی است که بدون مراعات آن‌ها تفسیر یا فهم و تطبیق صحیح امکان ندارد.

اما پرسش این است که با وجود رعایت ضوابط تفسیر آیا باز هم امکان تحمیل فهم و مفروضات ذهنی و شخصی اعضای شورای نگهبان به دلایل هرمنوتیکی و رویکردهای خاص

تفسیری وجود دارد؟ در بخش بعد این نکته بررسی می‌شود.

ب) هرمنوتیک در قانون اساسی

آیا مفسر خالق معناست یا کاشف آن؟ مفسر از بین رویکردهای مختلف تفسیری کدام رویکرد را باید انتخاب کند؟ آیا مفسر در دخالت دادن فهم و مفروضات ذهنی خود آزاد است؟ اینکه می‌گویند «تک‌تک مواد قانون اساسی در مجلسی به تصویب رسید که ۴۵ مجتهد در آن حضور داشتند و بنیانگذار جمهوری اسلامی و چند مرجع تقلید دیگر نیز بر آن صحنه گذاشتند، چگونه آقایان {فقه‌های شورای نگهبان} به خود اجازه می‌دهند اعتبار و مشروعیت این قانون را منوط به فهم خود نمایند؟» (میثمی، ۱۳۸۶ و ۱۳۸۷: ۴). اگر منظور این باشد که فهم فقها، متفاوت از فهم دیگران بدون در نظر گرفتن مراد قانونگذار و در فضای ذهنی مفسران شکل می‌گیرد و آزادانه هر گونه تفسیری را حتی اگر مخالف با نظر مجلس مؤسسان یا قانون اساسی باشد می‌تواند ارائه دهد، این بحث وامدار مباحث هرمنوتیک است که در جای خود نقد و بررسی شده است؛ ولی برای پاسخ به پرسش‌های مذکور ابتدا باید به‌طور بسیار اجمالی برخی از مطالب مرتبط هرمنوتیکی^(۳) به‌خصوص هرمنوتیک حقوقی، سپس رویکردهای مختلف تفسیر قانون اساسی ذکر شود؛ و پس از آن رویکرد تفسیری شورای نگهبان را بررسی کنیم که آیا در پرتو این مباحث، شورای نگهبان فهم و مفروضات خود را تحمیل می‌کند؟

هرمنوتیک ابتدا توسط «شلایر ماکر» آغاز شد که وی فهم و تفسیر را «بازسازی» و «بازتولید» می‌دانست؛ یعنی برای فهم اثر باید ذهنیت آفریننده آن را بشناسیم (واعظی، ۱۳۸۰: ۸۷). سپس دیلتای بحث هرمنوتیک را از تفسیر متن به ساحت متدولوژی و روش‌شناسی گسترش داد. سپس «مارتین هایدگر» هرمنوتیک را از حوزه‌ی روش‌شناسی به هرمنوتیک فلسفی رساند و فهم را دارای پیش‌ساختاری سه‌ضلعی دانست و بر آن شد که «پیش‌داشت» و «پیش‌دید» و «پیش‌تصور» پیش‌شرط‌های حصول هر گونه فهم و تفسیرند (واعظی، ۱۳۸۰: ۴۵۰). «بتی» معتقد شد که مفسر دنیای ذهنی صاحب اثر را در دنیای خویش ترجمه می‌کند (واعظی، ۱۳۸۰: ۴۴۷) و مفسر اگر قواعد تفسیر را به‌دقت رعایت کند، می‌تواند سخن موضوع (ابژه) را بشنود. قابلیت ذهنی مفسر و میزان آشنایی او با موضوع بحث و پیشینه‌ی ذهنی او به عمل فهم کمک می‌کند. این را نباید در قالب دخالت محتوایی «پیش‌داوری» و «پیش‌دانسته» در شکل‌دهی معنای اثر تفسیر کرد (واعظی، ۱۳۸۰: ۴۴۹). در مقابل این تمایلات نسبی‌گرایانه‌ی پست‌مدرنیته و شکاکیت تفسیری، در نهایت «اریک دونالد هرش» متفکر آمریکایی، متولد ۱۹۲۸ بر امکان ارائه‌ی فهم عینی از متن و لزوم دستیابی به فهم معتبر و وجود معیارهایی برای

تشخیص تفسیر معتبر از نامعتبر، تأکید کرد. هرش با دفاع از تعین معنایی متن و لزوم توجه به قصد مؤلف، هرمنوتیک فلسفی هایدگر و گادامر و همه‌ی گرایش‌های شکاکیت و نسبی‌گرایی را نقد و بررسی کرد (واعظی، ۱۳۸۰: ۴۵۷-۴۹۱).

اندیشمندان غربی نیز ابتدا در پی فهم خالق اثر و مراد گوینده‌ی متن بودند (شلایر ماخر و دیلتای)، سپس به گرداب نسبی‌گرایی «هایدگر»ی و «گادامر»ی افتادند و هیچ فهمی را حجت ندانستند و مفسر را خالق معنا دانستند نه کاشف معنا، و در نهایت تقریباً دوباره به همان جای اول رسیدند؛ چراکه «امیلیو بتی» گفت که «هدف از تفسیر باید وصول به معنای اثر باشد از آن جهت که قالب و تبلور محتوای ذهنی خالق آن است» (واعظی، ۱۳۸۰: ۴۴۵). «هرش» صاحب‌نظر آمریکایی نیت مؤلف را معیاری می‌داند که با آن اعتبار یا صحت تأویل سنجیده می‌شود و از دیدگاه وی مسئله‌ی هرمنوتیکی فقط مسئله‌ی تعیین معنای لفظی مورد نظر مؤلف از راه تحلیل اثر بوده و تحلیل شواهد خارجی که حاکی از نیت مؤلف آن است (جعفری، ۱۳۹۲: ۱۲۵). امیلیو بتی و هرش که هرمنوتیک حقوقی به نام این دو عجین است، از بانیان این گرایش‌اند که معتقدند برای کشف مفهوم قانون باید به کاوش‌های تاریخی مثل رجوع به مشروح مذاکرات تکیه کرد (جعفری، ۱۳۹۲: ۱۲۵).

در زمینه‌ی تفسیر متون حقوقی از جمله تفسیر قانون اساسی رویکردهای تفسیری مختلفی وجود دارد که به‌صورت کلی می‌توان آن‌ها را به دو دسته‌ی منشأگرا و غیرمنشأگرا تقسیم کرد؛ منشأگرایی شامل متن‌گرایی و قصدگرایی؛ و غیرمنشأگرایی که بیشتر به ثمرات و نتایج اجرای قانون می‌اندیشد تا کیفیت آن، و قانون را مقید به اراده‌ی قانونگذار نمی‌داند، بلکه آن‌ها را از طریق تفسیر پویا با مقتضیات زمان همگام می‌کند که شامل تحقیق علمی آزاد، پراگماتیسم حقوقی و پست‌مدرن می‌شود (ر.ک: جعفری، ۱۳۹۲: ۱۰۵-۱۳۹). اما منشأگرایی درصدد کشف معنای قانون یا قصد مقنن در زمان وضع قانون است. در نتیجه، در رویکرد منشأگرایی، قانون موضوعی ایستا در گذشته است که برای فهم آن باید به همان زمان بازگشت. رویکرد دیگر، روی به مخاطب و غایت قوانین دارد و در نتیجه، دلیلی برای محصور کردن قانون در گذشته نمی‌بیند و به‌جای اصالت دادن به متن مکتوب قانون، قانون را ابزاری برای سامان دادن به روابط متحول اجتماعی می‌انگارد. رویکرد قبلی ضمن اذعان به این رسالت حقوق، پاسخ دادن به موضوعات مستحدثه‌ی جدید را کارویژه‌ای تقنینی می‌داند و برای مفسر این جایگاه را قائل نیست که بتواند خود را در جای قانونگذار بنشاند (خلف‌رضایی، ۱۳۹۳: ۸۶ و ۸۷).

موافقان غیرمنشأگرایی به دلایلی از جمله همگام بودن قانون با مقتضیات زمان و مکان و عدم تغییر پی‌درپی قانون اساسی با تفسیر پویا تمسک کرده‌اند و با این نگاه رویکرد تفسیری

شورای نگهبان را با اشکال عدم پویایی تفسیر و قانون اساسی مواجه می‌دانند و می‌نویسند: «در رویکرد شورای نگهبان ایده‌ی "قانون اساسی زنده" ابتدا موضوعیت ندارد؛ آنچه مهم است حفظ اصول و معیارهای پیشینی است که مبنای قانون اساسی است و در این میان "پویایی" تفسیر تنها و تنها در گروی روشن‌بینی و وسعت نظر کسانی است که به آن اشتغال دارند؛ بی‌آنکه واقعیت‌های اجتماعی منبع و متغیر به‌خودی‌خود مستقلاً در استنباط احکام شناخته شود» (جعفری، ۱۳۹۲: ۲۷۲).

در مقابل موافقان منشأگرایی دلایلی چون فرمان حاکم مقتدر بودن قانون (Boyce, 1998: 925) به نقل از موسی‌زاده و منصوریان، ۱۳۹۳: ۶، ارتباط قانون با اصل و خاستگاه آن (خلف‌رضایی، ۱۳۹۳: ۸۶-۸۷)، شکل‌گیری معنای اصلی قانون در زمان تدوین و تصویب، و جلوگیری از تغییر و تحول سریع قانون اساسی را ذکر کرده‌اند (موسی‌زاده و منصوریان، ۱۳۹۳: ۱۵). به نظر می‌رسد رویکرد منشأگرایی و جاهت بیشتری دارد. همان‌طور که گفتیم رویکرد منشأگرایی، محدودیت‌هایی را در زمینه‌ی اختیارات مقام مفسر ایجاد کرده و در مقایسه با دیگر رویکردهای تفسیری، وفاداری بیشتری را نسبت به قانون اساسی تضمین کرده و از تغییر و تحول سریع قانون اساسی نیز جلوگیری می‌کند. بنابراین برای جلوگیری از تحمیل فهم شخصی بی‌ضابطه‌ی مقام مفسر در تفسیر اصول قانون اساسی رویکرد منشأگرایی اولویت دارد، زیرا محدود به متن و قصد قانونگذار است.

از سوی دیگر رویکردهای تفسیری در حوزه‌ی تفسیر قوانین از جمله قانون اساسی را می‌توان به دو رویکرد قصدگرایی و متن‌گرایی تقسیم کرد: رویکرد قصدگرایی در پی کشف مراد قانونگذار است و رویکرد متن‌گرایی با ملاک قرار دادن متن قانون گاه به‌دنبال مراد قانونگذار در متن می‌گردد (ر.ک: خلف‌رضایی، ۱۳۹۳: ۸۶-۸۷)؛ و گاه در پی معنای عرفی متن نزد مخاطبان (زمان تصویب یا زمان حال) است (ر.ک: موسی‌زاده و منصوریان، ۱۳۹۳: ۹). قصدگرایی با اشکالاتی چون دشواری تعیین قصد قانونگذار در صورتی که بیش از یک شخص باشد (موسی‌زاده و منصوریان، ۱۳۹۳: ۵) و عدم اعلام علت رأی خود به مقررّه توسط خیلی از قانونگذاران (موسی‌زاده و منصوریان، ۱۳۹۳: ۵) مواجه است. متن‌گرایی نیز با اشکالاتی چون اینکه مخاطب یک حکم نمی‌تواند خود تعیین‌کننده‌ی نهایی منظور آن حکم باشد (خلف-رضایی، ۱۳۹۳: ۸۶-۸۷) و اینکه قانون به‌عنوان عملی هدفدار نمی‌تواند امری جدا از اراده‌ی واضع آن نگریسته شود (خلف‌رضایی، ۱۳۹۳: ۸۶-۸۷) مواجه است.

برخی معتقدند که علاوه‌بر بهره‌گیری از متن قانون باید از رویکردهای دیگری مانند غایت‌گرایی - که نظر به غایت تقنین دارد و مصلحت‌گرایی - که مطابق آن باید به تبعات

سیاسی، اجتماعی و اقتصادی متعاقب تفسیر توجه کرد- نیز بهره برد (اصغری شورشانی، ۱۳۹۲: چکیده).

امروزه غالب حقوقدانان پذیرفته‌اند که مفسر متن حقوقی در پی کشف معنا و مراد قانونگذار از متن و از بین بردن ابهام و پیچیدگی است. حال نام آن‌ها را متن‌گرایی یا معناگرایی بگذاریم، چندان تفاوتی نمی‌کند. جالب است که حتی گادامر که هرمنوتیک با نام وی و هایدگر عجین شده و مفسر را خالق معنا می‌داند نه کاشف معنای متن، نیز بین متون حقوقی و دینی و دیگر متون علوم انسانی تفاوت می‌گذارد. «گادامر معتقد است که کل هرمنوتیک علوم انسانی باید براساس هرمنوتیک حقوقی و دینی بازسازی شود و هرمنوتیک حقوقی و دینی الگوی واقعی سایر علوم انسانی را به‌دست می‌دهد. چون مفسر در این دو مورد درصدد انطباق موضوع بر خویشتن نیست، بلکه تلاش می‌کند تا اندیشه‌های خود را با خواست قانونگذار یا کلام خداوند تطبیق دهد. او حق دخل و تصرف در متن را با این توجیه که گویا ادعای حاکم بر متن است ندارد؛ چراکه متن دارای سامان و محتوا است. تفسیر خواست قانونگذار و خواست خدا مفسر را حاکم بر متن نمی‌کند بلکه او تنها به خدمت متن درمی‌آید» (آقایی، ۱۳۸۸: ۲۴۸). در واقع گادامر نیز مفسر متون حقوقی را حاکم بر متن و خالق معنا نمی‌داند، بلکه به‌نوعی خواست قانونگذار را در تفسیر متن حقوقی دارای اهمیت می‌داند.

نتیجه اینکه مفسر خالق معنا نیست، بلکه کاشف معناست و از بین رویکردهای مختلف تفسیری رویکرد منشأگرایی برای کشف مراد قانونگذار از متن نسبت به سایر رویکردها از وجاهت منطقی و عرفی و حقوقی بیشتری برخوردار است و موجب وفاداری بیشتری نسبت به قانون اساسی خواهد بود.

حال باید دید رویکرد تفسیری شورای نگهبان با کدام یک از رویکردهای مذکور مطابق است؟

۲. رویه‌ی شورای نگهبان

از ظاهر کلام برخی از اعضای شورای نگهبان چنین برمی‌آید که رویکرد متن‌گرایی و فهم مفهوم عرفی اصلی را معتبر دانسته است. آیت‌الله صافی گلپایگانی: «ما بیشتر باید به روی همین الفاظی که در این قانون است استناد کنیم و تکیه کنیم و مفهوم عرفی این‌ها را بفهمیم و بیان کنیم» (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۹: ۶۰).

نویسندگان نیز رویکردهای تفسیری مختلفی را به شورای نگهبان نسبت داده‌اند که عبارت‌اند از: «لفظ‌گرایی» و «قصدگرایی» (آقایی طوق، ۱۳۸۶: ۴۴)؛ قصدگرایی (خلف رضایی، ۱۳۹۳: ۸۶-۸۷)؛ قصدگرایی با رویکرد غایت‌گرایی (اصغری شورشانی، ۱۳۹۲: چکیده)؛

منشأگرایی و کشف مراد مقنن از متن (با توجه به اینکه در تدوین قانون اساسی و نظریات واضعان آن، شرع اسلام به‌طور جدی و بنیادین مدنظر بوده، محقق ساختن حاکمیت شرع را نیز به‌نوعی موجب کشف مراد مقنن دانسته است) (موسی‌زاده و منصوریان، ۱۳۹۳: ۱۱-۱۴).

شورای نگهبان در تفسیر قانون اساسی رویکرد تفسیری خاصی را به‌صراحت اعلام نکرده است، ولی در پاسخ به استفساری در مورد اصل ۷۳ قانون اساسی بیان می‌کند: «مقصود از تفسیر بیان مراد مقنن است بنابراین تضييق و توسعه قانون در مواردی که رفع ابهام قانون نیست، تفسیر تلقی نمی‌شود» (نظر تفسیری شماره‌ی ۷۶/۲۱/۵۸۳ مورخ ۱۳۷۶/۳/۱۰ شورای نگهبان). همچنین در همین نظر آمده است: «تفسیر از زمان بیان مراد مقنن در کلیه‌ی موارد لازم‌الاجرا است». هرچند این نظر در مقام بیان تفسیر قانون عادی است، ملاک و مناط آن، در مقام تفسیر قانون اساسی نیز قابل اخذ است و رویکرد شورای نگهبان از تفسیر را نشان می‌دهد (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۹: ز).

به‌نظر می‌رسد با توجه به اینکه شورای نگهبان براساس گفته‌ی خود در تفسیر به‌دنبال مراد مقنن است و با عنایت به اینکه در مشروح مذاکرات شورای نگهبان به عباراتی چون «ظاهر بودن مطلب»، «نص قانون اساسی» استناد کرده‌اند (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۶: ۵، ۳۱ و ۶۲)، شورای نگهبان در واقع برداشت و دریافتی از الفاظ قانون و قصد قانونگذار ارائه می‌کند که موافق با برداشت و استنباط اولیه از نصوص و منابع شرعی باشد؛ در واقع رویکرد شورای نگهبان به‌نوعی منشأگرایی از نوع قصدگرایی و غایت‌گرایی است.

بر این اساس شورای نگهبان نه‌تنها اعتبار و مشروعیت قانون اساسی را منوط به فهم خود نمی‌کند، بلکه هیچ‌گونه آزادی عمل از این نظر نداشته و حق ندارد روش «تفسیر علمی آزاد» را انتخاب کند. نمی‌تواند هر طور که می‌خواهد قانون را تفسیر کند؛ بلکه محدود است به اینکه مراد و منظور همان ۴۵ مجتهد عضو مجلس نهایی قانون اساسی و دیگر اعضای آن را به‌عنوان قانونگذار، با توجه به متن اصول قانون اساسی و منابع شرعی کشف کند. نتیجه اینکه نظرهای تفسیری شورای نگهبان نه‌تنها دور انداختن نظرهای آن ۴۵ مجتهد نیست، بلکه برعکس موجب حفظ و احیای نظرهای آن‌ها از طریق کشف مرادشان توسط شورای نگهبان می‌شود.

بنابراین شورای نگهبان رویکرد سخت و پرمحدودیتی را برای فهم و تفسیر قانون اساسی و تطبیق قوانین با شرع در پیش می‌گیرد و نیز وفادارترین راه به قانون اساسی را می‌پیماید. پس فهم و نظرهای شخصی خلاف ضوابط و مفروضات ذهنی خلاف ضوابط را نمی‌تواند تحمیل کند.

۳. تطبیق توسط مراجع ارشد

یکی دیگر از ادله‌ی ناکارآمدی ذیل اصل ۴ این است که مراد از این اصل حفظ قوانین اسلام واقعی است؛ و در صورت دسترسی به مراجع ارشد استفاده از مرجع ضعیف‌تر برای کشف قوانین اسلام منطقی نیست. چرا در تطبیق قوانین بر شرع اسلام فهم مراجع تقلیدی که از فقه‌های شورای نگهبان عالم‌تر و برترند، ملاک نباشد؟

«اگر (فهم فقه‌های شورای نگهبان) مبتنی بر اجتهاد مصطلح و آموزش‌های جاری در حوزه‌ی علمیه باشد فقها باید فهم خود را تابع فهم مراجع ارشد از خود بکنند و از آن‌جا که مراجع معمولاً با هم اختلاف دارند باعث تشتت آرا می‌شود».^(۴) «نظر چند فقیه و مجتهدانی که در سطح مرجعیت نیستند نمی‌تواند معیار مطلق موازین اسلامی باشد... معلوم است صرفاً نظر شورای نگهبان نمی‌تواند ملاک اسلام باشد» (کروبی، ۱۳۸۶: ۱۵). یکی از نویسندگان می‌نویسد: «اگر منظور فهم حوزوی و فقهی این آقایان {۶ فقیه شورای نگهبان} است که در حوزه‌ی فقه، مراجع عظام بر این کار اصلح‌تر و مشروع‌ترند» (میثمی، ۱۳۸۶ و ۱۳۸۷: ۴).

نقد و بررسی:

در پاسخ به اینکه چرا تطبیق قوانین بر شرع به مراجع تقلید واگذار نشده است، باید گفت که اگر قرار باشد مراجع تقلید که دارای مشغله‌ی بسیارند، به بررسی قوانین و مصوبات پی‌درپی مجلس شورای اسلامی بپردازند، اولاً ممکن است با تأخیر بسیار در این زمینه مواجه شویم، درحالی‌که امور کشور را نمی‌توان معطل نگه داشت که مفسده‌ی این کار بسیار بیشتر از تفویت مصلحت نظارت ارجح‌ترین فرد حوزه است. چنانکه شهید بهشتی در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی در مورد اصل ۹۴ که به شورای نگهبان حداکثر ده روز فرصت می‌دهد، می‌گوید هدف از این اصل این بود که شورا موظف شود در مدت زمان مشخص نظر خود را اعلام کند. با این اصل این اختیار از شورا سلب شد تا هر گونه که خودش خواست یا هر زمان که خواست اظهار نظرش را به تعویق نیندازد. همچنین گفته شد اگر شورای نگهبان نتوانست در این مدت ده روز اظهار نظر کند چه می‌شود؟ شهید بهشتی معتقد بود مادام که مغایرت این تصمیم با مبانی اسلام، ظاهر و آشکار نشده است، باید اجرا شود. اصل اولی در تصمیمات این است که تصمیم باید قابل اجرا باشد، مگر مخالفتش با اسلام ثابت شود. ما نمی‌توانیم هیچ‌وقت عنان کشور و دولت را به دست چند نفر بسپاریم، قانونی تصویب می‌شود، کافی است که شورای نگهبان این را عقب بیندازد و این تأخیر خلاف مصلحت ملت باشد (اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ج ۲: ۹۵۸-۹۵۹).

بنابراین همان‌طور که شهید بهشتی به درستی حساسیت زیادی در زمینه‌ی اجرایی شدن سریع قوانین داشتند، گزینه‌ی سپردن نظارت بر مصوبات به مراجعی که ممکن است حاضر به همکاری در این زمینه (به هر دلیلی) نباشند، کار نامعقولی است. بلکه تا وقتی که این مجموعه فقهای که قرار است نظارت کنند به یک نهاد مشخص و دارای شخصیت مستقل حقوقی تبدیل نشود، انتظار پاسخگویی و کارآمدی انتظاری دور از واقعیت است؛ چنانکه در نهضت مشروطه تقریباً همین مسئله تجربه شد. تصویب اصل ۲ متمم قانون اساسی نظارت بر اسلامی بودن قوانین را به «علمای تراز اول» که همان «ارجح‌ترین» افراد حوزه‌ی علمیه بودند می‌سپرد، ولی در عمل با مشکلاتی مواجه شد که این مشکلات می‌تواند وضعیت آینده‌ی ایران را در صورت داشتن چنین اصلی، روشن کند.

اکنون بدون اینکه در حیطه‌ی علل بروز این مشکلات وارد شویم و بدون واکاوی انگیزه‌ی فقها در این امور، بلکه صرفاً به برخی از موارد به‌عنوان وقایعی که به هر دلیلی، اگرچه موجه، سبب تأخیر در نظارت فقها شده است، اشاره می‌کنیم:

۱. پس از شروع مجلس دوم مشروطه که مدت‌ها اصل تراز متروک مانده بود، وقتی که علمای نجف وضعیت را آماده اجرای این اصل دیدند، خواستند فهرست بیست‌نفری را تهیه کنند و به مجلس بفرستند، ولی چون کار مشکل و زمان‌بری بود، مرحوم آخوند خراسانی و ملا عبدالله مازندرانی به تهران تلگراف زدند که تا تهیه‌ی فهرست بیست‌نفری علمای نجف و ارسال آن به‌منظور انتخاب ۵ نفر از علمای تراز اول در مجلس شورای ملی، عده‌ای از علمای تهران را به‌صورت موقت برای نظارت بر قوانین از طرف مجلس انتخاب کنند. ولی این پیشنهاد مورد مناقشه و اختلاف نظر مجلس قرار گرفت (جعفری ندوشن، ۱۳۸۵: ۲۱).

این خود نشانه‌ای از بروز مشکل انتخاب در بین مراجع است. اگر قرار باشد خود مراجع هیأت نظارت را مشخص کنند، ممکن است با چنین مشکلاتی روبه‌رو شوند.

۲. علمای نجف پس از مدتی فهرست بیست‌نفری خود را تهیه کردند که در نهایت تنها امضای دو تن از آیات عظام (مرحوم آخوند و ملا عبدالله مازندرانی) پای این فهرست مشاهده شد.

اگر قرار باشد همه‌ی مراجع تراز اول دخیل باشند، ممکن است برخی علما امضا نکنند؛ چنانکه در مورد مذکور فقط دو نفر امضا کردند.

۳. یک هفته پس از ارسال نامه‌ی اعلام اسامی علمای تراز اول، تلگرافی مبنی بر معرفی ۲ عالم دیگر به نام حاج شیخ مهدی مجتهد قاضی با سفارش مؤکد مبنی بر انتخاب وی از طرف علمای نجف به مجلس واصل شد (جعفری ندوشن، ۱۳۸۵: ۲۳).

این نیز می‌تواند یکی از مشکلات احتمالی باشد که پس از انتخاب یا معرفی برخی مراجع، با تغییر نظر آن‌ها یا به دلیل از قلم افتادن، یا به هر دلیل سیاسی اجتماعی و غیره فرد یا افرادی را اضافه یا کم کنند.

۴. پس از ارسال نامه‌ی اعلام اسامی علمای تراز اول توسط مرحوم آخوند و مرحوم ملا عبدالله مازندرانی به مجلس، کشمکش و اختلاف نظر بر سر انتخاب پنج نفر اول (هیأت مجتهدان خمسه) و نحوه‌ی آن چند ماه به طول انجامید (جعفری ندوشن، ۱۳۸۵: ۲۶).

۵. پس از انتخاب «هیأت مجتهدان خمسه» برای نظارت بر مصوبات مجلس، دو نفر از آن‌ها (آقا سید علی حائری و آقا سید ابوالحسن اصفهانی) استعفا کردند و یکی دیگر از آن‌ها (حاج میرزا زین‌العابدین قمی) از دنیا رفت و این هیأت تنها با دو نفر باقی‌مانده تشکیل می‌شد (جعفری ندوشن، ۱۳۸۵: ۲۶).

ممکن است در هر عصری مجتهد یا مجتهدان تراز اول به دلایل سیاسی، فقهی، ناتوانی جسمی یا روحی یا ... از همکاری با حکومت در این زمینه خودداری ورزند.

۶. پس از آن‌ها، مجلس بعد از مدت طولانی سه نفر جایگزین این هیأت را انتخاب کرد که آن‌ها نیز به دلایل مختلف در عمل در مجلس حضور جدی پیدا نکردند (ر.ک: جعفری ندوشن، ۱۳۸۵: ۲۶-۲۷).

۷. مجلس دوم و سوم مشروطه به پایان رسید، هیچ‌گونه اعتراضی در زمینه‌ی تشکیل نشدن هیأت نظارت علمای تراز اول نشد. شاید رحلت مرحوم آخوند خراسانی و فقدان شخصیت مؤثر و پیگیری همچون وی دلیل مؤثری در راکد ماندن موضوع باشد (ر.ک: جعفری ندوشن، ۱۳۸۵: ۲۷).

۸. در مجلس چهارم در پی فوت فحول علمای عصر از جمله سید محمدکاظم طباطبایی یزدی، میرزا محمدتقی شیرازی، شیخ الشریعه اصفهانی و سید اسماعیل صدر ضعف و تشتتی در نهاد مرجعیت شیعه پدید آمده بود که موجب اختلال در حضور علمای تراز اول در هیأت نظارت می‌شد (جعفری ندوشن، ۱۳۸۵: ۲۷).

علاوه بر اینکه سپردن تطبیق قوانین بر شرع به مراجع تقلید در اصل ۱۴۲ پیش‌نویس قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران پیش‌بینی شده بود، براساس این اصل مجلس شورای ملی می‌بایست پنج نفر از مجتهدان پیشنهادی مراجع معروف تقلید را انتخاب می‌کرد.^(۵) ولی این پیش‌نویس تغییر کرد. ماهیت پیش‌نویس این است که پس از روشن شدن اشکالات و نقایص، تغییر می‌کند و پیشرفته‌تر و کامل‌تر می‌شود. بنابراین همین که سپردن تطبیق قوانین بر شرع به مراجع تقلید در پیش‌نویس وجود داشت و تغییر کرد، دلیل بر نادرستی این کار از نظر

قانونگذار است؛ چراکه وقتی قانونگذار نکته‌ای را در پیش‌نویس می‌بیند، همان را با توجه و عنایت حذف می‌کند یا تغییر می‌دهد؛ یعنی از آن غافل نبوده است و وجود آن نکته به همان وضعیت موجود در پیش‌نویس را به صلاح نمی‌دیده است.

شایان ذکر است که اگر قرار باشد مراجع ارشد ملاک باشد، در مورد حقوقدانان نیز باید همین حرف را بزنید، زیرا همیشه ممکن است حقوقدانانی در کشور وجود داشته باشند که باسوادتر و برتر از حقوقدانان راه‌یافته به شورای نگهبان باشند و به هر دلیلی مثلاً عدم کسب رأی اکثریت نمایندگان مجلس، عضو حقوقدانان شورا نباشند. پس در مورد تطبیق قوانین مجلس بر قانون اساسی و تفسیر قانون اساسی هم باید بگویید که رأی این حقوقدانان معتبر نیست، زیرا واقع قانون اساسی ملاک تطبیق قوانین است و این‌ها ممکن است اشتباه کنند. این مسئله در تمامی مناصب قانونی، قضایی و سیاسی مطرح است. در مورد کسانی که با نصب یا انتخاب مردم منصبی را به‌دست می‌گیرند و حکم یا رأی یا عمل آن‌ها از نظر قانونی حجیت پیدا می‌کند، همیشه این امکان وجود دارد که افراد اصلح و ارشدی در جامعه وجود داشته باشند که به‌دلیلی موجه فعلاً صاحب آن منصب نیستند. بی‌شک در تمام این موارد نمی‌توانیم بگوییم حکم یا رأی یا عمل این صاحب‌منصبان نادرست و باطل است. به‌طور مثال حکم یک قاضی حجت و نافذ است، حتی نسبت به مجتهد دیگر و حتی نسبت به مرجع تقلید خود که به‌مراتب نسبت به او ارشد و بالاتر است، ولی چون منصب قضا را به‌عهده نگرفته است، نمی‌تواند حکم قاضی را رد یا نفی کند.

۴. رأی مردم و نمایندگان به قانون اساسی نشانه‌ی شفافیت و مشروعیت مواد آن

مطلب دیگری که در خصوص ناکارآمدی ذیل اصول ۴ و ۹۸ قانون اساسی مطرح است، این است که با توجه به اینکه اعضای مجلس بررسی نهایی قانون اساسی به‌عنوان نمایندگان خبره‌ی منتخب مردم به این قانون اساسی رأی مثبت داده‌اند و پس از آن مورد تأیید آرای عمومی مردم نیز قرار گرفته است، نشان از شفافیت و مشروعیت اصول این قانون دارد. بسیار روشن است که هر یک از اصول قانون اساسی تا وقتی که شفاف باشد، نیازی به تفسیر ندارد و نوبت به شورای نگهبان نمی‌رسد، ولی در صورت داشتن ابهام یا نقص یا ... باید تفسیر شود. عده‌ای همین مسئله روشن را نادیده گرفته و تمام اصول قانون اساسی را شفاف و بی‌نیاز از تفسیر دانسته و گفته‌اند: «آن‌ها (اعضای خبرگان قانون اساسی) معتقد بودند که قانون اساسی با موازین اسلامی مغایرتی ندارد و یکایک مواد قانون قابل فهم، شفاف و

مشروع است که پس از آن به رأی مردم هم گذاشته شده است» (چشم‌انداز ایران [الف]: ۴؛ چشم‌انداز ایران (دی و بهمن ۱۳۸۶): ۱۴؛ موسوی تبریزی، (اسفند ۱۳۸۶): ۲۲-۳۰؛ و چشم‌انداز ایران [ب]، ش ۲۴: ۴-۵) «آیا مردمی که انقلاب کرده‌اند و یا نمایندگان منتخب این مردم... این قانون را تصویب کردند قادر به فهم قانون اساسی و مواد آن نیستند؟... اگر بنا باشد که قانون و تک تک مواد آن صراحت، شفافیت و مشروعیت نداشته باشد و آنچه هست بازتاب فهم شورای نگهبان باشد، بنابراین باید صراحتاً گفته شود که ما چیزی به نام قانون اساسی ثمره انقلاب و جمهوری اسلامی نداریم» (موسوی تبریزی، ۱۳۸۶: ۲۲-۳۰؛ بی‌نا [ج]: ۴-۵).

نقد و بررسی

اگر تمام اصول قانون اساسی شفافیت کافی و لازم را داشت، نیازی به وضع اصل ۹۶ نبود. نیاز به تفسیر حداقل در زمان پس از عصر وضع قانون به دلایل مختلف وجود دارد. هیچ‌گاه اعضای مجلس خبرگان قانون اساسی ادعایی مبنی بر شفافیت تمام مواد و اصول قانون اساسی نداشته‌اند؛ بلکه تصویب اصل ۹۸ توسط آن‌ها نشان می‌دهد که نیاز قانون اساسی به تفسیر را ضروری می‌دانسته‌اند. علاوه بر اینکه محکم‌ترین دلیل بر عدم شفافیت برخی اصول و نیاز به تفسیر، وجود اختلاف‌هایی است که تا به امروز در فهم برخی از اصول قانون اساسی وجود داشته است.

۵. انحصار فهم و تطبیق و تفسیر قانون اساسی در شورای نگهبان

سؤال این است که چرا شورای نگهبان مرجع قانونی تفسیر قانون اساسی محسوب شده است (اصل ۹۸).

برای پاسخ به این پرسش مراجع دیگری را که اغلب احتمال می‌رود می‌توانستند به عنوان مفسر قانون اساسی تعیین شوند، بررسی و نقد می‌کنیم.

۵-۱. احتمال اول: مجلس مؤسسان

براساس مکتب تفسیری لفظی تحلیلی بهترین مرجع تفسیر خود مقنن و قانونگذار است، زیرا کشف نظر قانونگذار در این مکتب اهمیت فوق‌العاده‌ای دارد. با توجه به انواع مکاتب تفسیری، بهترین مرجع تفسیر برای کشف نظر قانونگذار، مقنن و مؤسس آن و در زمینه‌ی قانون اساسی، مجلس مؤسس آن یا شورای بازنگری است که وظیفه‌ی تفسیر را بر عهده دارند (بجنوردی، ۱۳۹۰: ۶۱).

بررسی احتمال اول:

این مکتب مورد قبول حقوق‌دانان است، ولی چون قانونگذار و مؤسس قانون اساسی، یعنی

مجلس خبرگان قانون اساسی موقتی و ناپایدار و فقط در زمان بررسی و تصویب قانون اساسی موجود بوده است، این مجلس دیگر وجود خارجی ندارد که تفسیر قانون اساسی را به او بسپاریم. به همین سبب تفسیر قانون اساسی را به نهادی پایدار به نام شورای نگهبان سپرده‌اند (ر.ک: بجنوردی، ۱۳۹۰: ۶۱).

۵-۲. احتمال دوم: قانونگذار فعلی (مجلس شورا)

از آن‌جا که تعداد اعضای مجلس شورای اسلامی بیشتر از نهادی مانند شورای نگهبان است و به‌صورت مستقیم توسط مردم انتخاب می‌شوند، و با عنایت به اینکه درست است که مجلس، واضع قانون اساسی نیست، ولی چون نهاد قانونگذار است، بهترین مرجع تفسیر است. شایان ذکر است که پیش از انقلاب نیز انتظار عمومی وجود مرجعی برای بررسی و تفسیر قوانین وجود داشت. برخی مجلس شورای ملی را بهترین مفسر قانون اساسی می‌دانستند. قانون اساسی مشروطه و متمم آن مرجع خاصی را برای تفسیر قانون اساسی مشخص نکرده بود، و فقط اصل ۲۷ متمم قانون اساسی شرح و تفسیر قوانین را از وظایف خاص مجلس شورای ملی می‌دانست. تا مدت‌ها این بحث وجود داشت که منظور از قوانین چیست؟ آیا شامل قانون اساسی هم می‌شود؟ (مدنی، ۱۳۶۶، ج ۴: ۷۱). همچنین گفته می‌شد اصلی که در سال ۱۳۲۸ از طرف مجلس مؤسسان برای امکان تجدید نظر در قانون اساسی الحاق شد و شامل تغییر و تبدیل و نسخ و الحاق اصول قانون اساسی می‌شد و بر عهده مجلس مؤسسان گذاشته شده بود، موضوع تفسیر را در بر نمی‌گیرد، لذا مرجع تفسیر قانون اساسی مانند قانون عادی، مجلس شورای ملی است (جعفری ندوشن، ۱۳۷۵: ۱۰۱).

بررسی احتمال دوم:

این احتمال نیز صحیح نیست، زیرا قانون اساسی قانون مادر کشور، و دارای اهمیت و حساسیت فوق‌العاده، در حدی است که کوچک‌ترین اشتباه در فهم یا تفسیر آن می‌تواند کشور را زیر و رو کرده و آشوب به پا کند، هدف یا اصول کلی نظام و مسیر انقلاب را تغییر دهد؛ و این نقض غرض است. بنابراین باید شخص یا اشخاصی عهده‌دار تفسیر این قانون باشند که علاوه بر تعهد، تخصص و مهارت لازم را برای این کار داشته باشند. درحالی‌که اعضای مجلس به‌ویژه با توجه به تغییر نمایندگان لزوماً دارای این شرایط به‌ویژه تخصص، نیستند.

این احتمال در همان مجلس بررسی نهایی قانون اساسی چنین نقد شده است که با توجه به اصول قبلی که بررسی مصوبات مجلس از نظر انطباق و عدم مغایرت آن‌ها با موازین شرع و قانون اساسی به شورای نگهبان سپرده شده، پرواضح است که شورای نگهبان بهتر از هر مرجع

دیگری قادر به تفسیر قانون اساسی خواهد بود و از اینکه مجلس می‌تواند قانون عادی را که قانونی مادون قانون اساسی است تفسیر کند، نمی‌توان برداشت کرد که او صلاحیت تفسیر قانون عالی را هم دارد. آیت‌الله سبحانی در این مجلس چنین فرموده است: «مناسبت حکم و موضوع در قانونگذاری خودش مسئله‌ای است... قانون اساسی ما تلفیقی است از دو مسئله یکی حقوق و یکی قوانین اسلامی و هر دو جنبه در اعضای شورای نگهبان موجود است... نمایندگان مجلس شورای ملی را که آقایان پیشنهاد می‌کنند این کار را بکنند خوب آن‌ها از همه طبقات خواهند بود ... وجود این شرایط در اکثریت نمایندگان مجلس شورای ملی ممکن است در هر دوره‌ای موجود نباشد» (اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ج ۳: ۱۷۰۷-۱۷۰۸).^(۶)

۵-۳. احتمال سوم: رهبری

احتمال دیگری که برای مرجعیت تفسیر قانون اساسی به ذهن می‌رسد، ولی فقیه و رهبری است، چراکه بر مبنای ولایت مطلقه‌ی فقیه، رهبری می‌تواند در صورت ضرورت و تشخیص مصلحت در چارچوب ضوابط اسلامی هر گونه تصمیمی را برای کشور اتخاذ کند، بنابراین قانون اساسی که مهم‌ترین قانون کشور است نیز در چارچوب ولایت مطلقه قرار می‌گیرد و بهترین مفسر خود رهبری است.

بررسی احتمال سوم:

تصمیم‌گیری رهبری و استفاده از ولایت مطلقه غیر از فهم مراد قانونگذار و تفسیر قانون است. ما به دنبال مرجعی هستیم که بتواند مراد قانونگذار را کشف کند و در مواردی که به تفسیر نیاز است، به جای قانونگذار صحبت کند و این مسئله غیر از استفاده از ولایت مطلقه توسط رهبری است.

علاوه بر اینکه وقتی می‌توان این وظیفه را به خرد جمعی متخصص احاله داد، چه نیازی است که به وظایف رهبری با این همه مشغله‌ی کاری افزوده شود.

۵-۴. احتمال چهارم: شورای نگهبان

با توجه به اینکه قانون اساسی ایران مبتنی بر اسلام و آمیخته با اسلام است، برای تفسیر آن به دو بعد نیاز داریم؛ یکی بعد فقهی و دیگری بعد حقوقی. در ترکیب شورای نگهبان که از شش فقیه و شش حقوقدان تشکیل شده است، تخصص لازم وجود دارد و این دو نیاز پاسخ داده می‌شود. با توجه به شرط عدالت این اعضا و تعداد فقها و حقوقدانان شورای نگهبان می‌توان گفت خرد جمعی متعهد متخصص عهده‌دار تفسیر قانون اساسی‌اند.

کشورهای دیگر نیز مرجعی مشابه شورای نگهبان برای بررسی و تفسیر و پاسداری از قانون اساسی دارند. به‌طور مثال شورای قانون اساسی فرانسه حق تفسیر قانون اساسی را دارد و در این مسیر حتی صلاحیت خود را نیز تفسیر می‌کند (منصوریان، ۱۳۹۳: ۸۳)؛ دادگاه قانون اساسی ایتالیا، هنگام مواجهه با درخواست‌های رسیدگی به مطابقت قوانین با قانون اساسی با توجه به مقتضیات حاکم، برداشت خود را از اصول قانون اساسی ابراز می‌کند (منصوریان، ۱۳۹۳: ۱۶۷)؛ و دیوان عالی فدرال آمریکا قانون اساسی آمریکا را در طول این سال‌ها با سه رویکرد تفسیری مختلف تفسیر کرده است (منصوریان، ۱۳۹۳: ۲۸۰-۲۸۱).

نتیجه‌گیری

ادله‌ای در خصوص القای ناکارآمدی ذیل اصول ۴ و ۹۸ قانون اساسی ایران مبنی بر ناکارآمدی روش شورای نگهبان در تطبیق قوانین با اسلام و تفسیر قانون اساسی ارائه شده است که عبارت‌اند از: شبهه‌ی دور در مشروعیت شورای نگهبان، تحمیل فهم و نظرهای شخصی و مفروضات ذهنی فقهای شورای نگهبان به جای قانون اساسی، رأی مردم و نمایندگان به قانون اساسی نشانه‌ی شفافیت و مشروعیت مواد آن، و انحصار فهم و تفسیر قانون اساسی در شورای نگهبان. پس از تبیین این ادله هر یک جداگانه بررسی شد.

اینکه تفسیر تنها موارد مبهم (و نه صریح) قانون اساسی (اصل ۹۸ ق.ا) و همچنین تشخیص عدم مغایرت قوانین با شرع را بر عهده‌ی شورای نگهبان گذاشته شده است (اصل ۴ ق.ا)، به هیچ وجه به معنای منوط بودن مشروعیت قانون اساسی بر شورای نگهبان نیست. شورای نگهبان نمی‌تواند قانونی را تأیید کند که مغایر خود قانون اساسی باشد. همچنین نمی‌تواند تفسیری ارائه کند که معارض با اصول دیگر قانون اساسی باشد. قانون اساسی ابتدا مشروعیت داشت که توانست نهادی به نام شورای نگهبان را آن هم برای پاسداری از خودش (و نه برای ایجاد خود) به وجود آورد. بنابراین در مشروعیت قانون اساسی و شورای نگهبان دوری وجود ندارد.

از مسلمات است که هم تفسیر اصول قانون اساسی توسط اعضای شورای نگهبان و هم فهم فقهی فقهای شورای نگهبان برای تطبیق قوانین با شرع، ضوابط و قواعد معین و فراوانی دارد که بدون مراعات آن‌ها تفسیر یا فهم و تطبیق صحیح امکان ندارد. اما پرسش این است که با وجود رعایت ضوابط تفسیر آیا باز هم امکان تحمیل فهم و مفروضات ذهنی و شخصی اعضای شورای نگهبان به دلایل هرمنوتیکی و رویکردهای خاص تفسیری وجود دارد؟

به نظر می‌رسد با توجه به اینکه شورای نگهبان براساس گفته‌ی خود در تفسیر در پی مراد مقنن است، در واقع برداشت و دریافتی از الفاظ قانون و قصد قانونگذار ارائه می‌کند که موافق با برداشت و استنباط اولیه از نصوص و منابع شرعی باشد. در واقع رویکرد شورای نگهبان به نوعی منشأگرایی از نوع قصدگرایی و غایت‌گرایی است.

بنابراین شورای نگهبان رویکرد سخت و پرمحدودیتی را برای فهم و تفسیر قانون اساسی و تطبیق قوانین با شرع در پیش می‌گیرد و نیز وفادارترین راه به قانون اساسی را می‌پیماید. پس فهم و نظرهای شخصی خلاف ضوابط و مفروضات ذهنی خلاف ضوابط را نمی‌تواند تحمیل کند. سپردن تطبیق مصوبات بر شرع به مراجعی که ممکن است حاضر به همکاری در این زمینه

(به هر دلیلی) نباشند کار نامعقولی است، بلکه تا وقتی که مجموعه‌ی فقهایی که قرار است بر مصوبات نظارت کنند به یک نهاد مشخص و دارای شخصیت مستقل حقوقی تبدیل نشوند، انتظار پاسخگویی و کارآمدی انتظاری دور از واقعیت است. چنانکه در نهضت مشروطه تقریباً همین مسئله تجربه شد. تصویب اصل ۲ متمم قانون اساسی نظارت بر اسلامی بودن قوانین را به «علمای تراز اول» که همان «ارجم‌ترین» افراد حوزه‌ی علمیه بودند می‌سپرد، ولی در عمل با مشکلاتی مواجه شد که اشاره کردیم.

با توجه به اینکه قانون اساسی ایران مبتنی بر اسلام و آمیخته با اسلام است، برای تفسیر آن به دو بعد نیاز داریم؛ یکی بعد فقهی و دیگری بعد حقوقی. در ترکیب شورای نگهبان که از شش فقیه و شش حقوقدان تشکیل شده است، تخصص لازم وجود دارد و این دو نیاز پاسخ داده می‌شود. با توجه به شرط عدالت این اعضا و تعداد فقها و حقوقدانان شورای نگهبان می‌توان گفت خرد جمعی متعهد متخصص عهده‌دار تفسیر قانون اساسی‌اند.

یادداشت‌ها

۱. نشریاتی که این شبهه را ترویج کرده‌اند: نشریه‌ی چشم‌انداز ایران گفتگوهایی با عنوان «قانون اساسی یا فهم فقهای شورای نگهبان»، ش ۲۴ و ۴۷ (دی و بهمن ۱۳۸۶)، ش ۴۸ (اسفند ۱۳۸۶ و فروردین ۱۳۸۷)، ش ۴۹ (اردیبهشت و خرداد ۱۳۸۷)؛ و نشریه‌ی چشم‌انداز ایران، «نگاهی به کنش‌ها و واکنش‌ها» (لطف‌الله میثمی)، ش ۴۸، اسفند ۱۳۸۶ و فروردین ۱۳۸۷، ص ۴؛ و «قانون اساسی و دیدگاه‌های امام خمینی» (سید علی اکبر محتشمی پور)، ش ۴۸، اسفند ۱۳۸۶ و فروردین ۱۳۸۷.
۲. ر.ک: بی‌نا (دی و بهمن ۱۳۸۶)، «قانون اساسی یا فهم فقهای شورای نگهبان»، نشریه‌ی چشم‌انداز ایران، ش ۴۷، ص ۱۳؛ بی‌نا (بهمن و اسفند ۱۳۸۲)، نشریه‌ی چشم‌انداز ایران، ش ۲۴، ص ۴.
۳. اگرچه هرمنوتیک نه تنها منحصر به حقوق نیست بلکه تمام علوم انسانی را در برمی‌گیرد بلکه منحصر به متن هم نیست ولی در این جا صرفاً آنچه را که مربوط به متن آن هم در حوزه‌ی حقوق است، مدنظر داریم.
۴. این عبارت در تمام گفت‌وگوهایی که با عنوان «قانون اساسی یا فهم فقهای شورای نگهبان» در نشریه‌ی چشم‌انداز ایران به چاپ رسیده است، دیده می‌شود، از جمله ش ۴۷، دی و بهمن ۱۳۸۶، ص ۱۴؛ و نیز موسوی تبریزی، اسفند ۱۳۸۶، ش ۹۵، صص ۲۲ - ۳۰.
۵. «به منظور پاسداری از قانون اساسی از نظر انطباق قوانین عادی با آن، شورای نگهبان قانون اساسی با ترکیب زیر تشکیل می‌شود: ۱- پنج نفر از میان مجتهدان در مسائل شرعی که آگاه به مقتضیات زمان هم باشند. مجلس شورای ملی این پنج نفر را از فهرست اسامی پیشنهادی مراجع معروف تقلید انتخاب می‌کند. ۲- شش نفر از صاحب‌نظران در مسائل حقوقی، سه نفر از اساتید دانشکده‌های حقوق کشور و سه نفر از قضات دیوان عالی کشور که به وسیله مجلس شورای ملی از دو گروه مزبور انتخاب می‌شوند.» (اصل ۱۴۲ پیش‌نویس قانون اساسی).
۶. این اصل با ۴۹ رأی موافق از ۵۹ رأی، و ۴ رأی مخالف و ۶ ممتنع تصویب شد که همان اصل ۹۸ است (اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ج ۴: ۱۷۳).

منابع و مأخذ

قرآن کریم

اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۴)، صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، چ اول، ۴ جلد.

اصغری شورشانی، محمدرضا (۱۳۹۲)، بررسی و نقد آراء تفسیری شورای نگهبان در پرتو مکاتب تفسیری، پایان‌نامه‌ی کارشناسی‌ارشد، دانشکده‌ی معارف اسلامی و حقوق دانشگاه امام صادق (ع).

اصلانی، فیروز و ابوالقاسم بحرودی (۱۳۹۱)، «ولایت فقیه، قانون اساسی، مسئله‌ی مشروعیت»، مجله‌ی پژوهش‌های انقلاب اسلامی، ش ۳، صص ۲۰۹ - ۲۳۶.

آدمی ابرقویی، علی و حسین عطوف (۱۳۹۲)، شورای نگهبان تاریخچه و جایگاه، تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی، چ اول.

آقایی، کامران (۱۳۸۸)، مکتب‌های تفسیر در حقوق بر بنیاد هرمنوتیک حقوقی، تهران: میزان، چ اول.

انصاری راد، حسین (مصاحبه‌شونده) (۱۳۸۷)، «قانون اساسی یا فهم فقهای شورای نگهبان»، بازتاب اندیشه، ش ۹۶، صص ۳۲ - ۳۸.

بجنوردی، محمد و افتخار دانش‌پور (۱۳۹۰)، «بررسی فقهی حقوقی جایگاه شورای نگهبان»، مجله‌ی پژوهشنامه‌ی متین، ش ۵۳، ص ۶۱.

بیات زنجانی، اسدالله (مصاحبه‌شونده)، (۱۳۸۷)، «قانون اساسی یا فهم فقهای شورای نگهبان»، نشریه‌ی چشم‌انداز ایران، ش ۵۰، ص ۶.

بی‌نا (اردیبهشت و خرداد ۱۳۸۷ [الف])، «قانون اساسی یا فهم شورای نگهبان»، چشم‌انداز ایران، ش ۴۹.

بی‌نا (اسفند ۸۶ و فروردین ۱۳۸۷ [ب])، قانون اساسی یا فهم شورای نگهبان، چشم‌انداز ایران، ش ۴۸.

بی‌نا (بهمن و اسفند ۱۳۸۲ [ج])، «قانون اساسی یا فهم شورای نگهبان»، چشم‌انداز ایران، ش ۲۴.

بی‌نا (دی و بهمن ۱۳۸۶ [د])، «قانون اساسی یا فهم فقهای شورای نگهبان»، چشم‌انداز ایران، ش ۴۷.

جعفری ندوشن، علی‌اکبر (۱۳۸۵)، بررسی تطبیقی کارویژه‌های شورای نگهبان، تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی، چ اول.

جعفری، محمدحسین (۱۳۹۲)، اصول حاکم بر تفسیر قانون اساسی در ایران و آمریکا،

تهران: مجد، چ اول.

خلف‌رضایی، حسین (۱۳۹۳)، «رویکردهای تفسیر قانون اساسی؛ با نگاهی به نظریات شورای نگهبان»، فصلنامه‌ی دانش حقوق عمومی، سال سوم، ش ۷، صص ۷۳-۹۳.

دانش‌پژوه، مصطفی (۱۳۹۱)، قلمرو اجرا و تفسیر قواعد حقوقی (کاربست حقوق)، تهران: جنگل؛ قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چ اول.

دانش‌پژوه، مصطفی (۱۳۹۰)، مقدمه‌ی علم حقوق، تهران: سمت، چ چهارم.

کروبی، مهدی (دی و بهمن ۱۳۸۶)، «قانون اساسی یا فهم شورای نگهبان»، چشم‌انداز ایران، ش ۴۷، ص ۱۵.

کعبی، عباس (۱۳۸۰)، قانون اساسی و ضمانت‌های اجرایی آن، قم: مرکز مطالعات و پژوهش‌های فرهنگی حوزه‌ی علمیه، چ اول.

محتشمی‌پور، سید علی‌اکبر (اسفند ۸۶ و فروردین ۸۷)، «قانون اساسی و دیدگاه‌های امام خمینی (ره)»، چشم‌انداز ایران، ش ۴۸.

مدنی، جلال‌الدین (۱۳۶۶)، حقوق اساسی در جمهوری اسلامی ایران، تهران: سروش، چ اول، ج ۴.

مرکز تحقیقات شورای نگهبان (۱۳۸۹)، مشروح مذاکرات شورای نگهبان، تهران: دادگستر، ج ۱.
مرکز تحقیقات شورای نگهبان (۱۳۸۱)، مجموعه نظریات شورای نگهبان (۱۳۵۹-۱۳۸۰)، تهران: مرکز تحقیقات شورای نگهبان، چ اول.

مرکز تحقیقات شورای نگهبان (۱۳۸۹)، مجموعه نظرات تفسیری و مشورتی شورای نگهبان (۱۳۵۹-۱۳۸۸) «در خصوص اصول قانون اساسی به انضمام استفساریه‌ها و تذکرات»، تهران: مرکز تحقیقات شورای نگهبان، چ دوم.

مزارعی، غلامحسین (۱۳۹۲)، «حدود و اختیارات قوه‌ی مجریه در آرای تفسیری شورای نگهبان»، مجموعه مقالات اولین همایش ملی قوه‌ی مجریه در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: معاونت تدوین تنقیح و انتشار قوانین و مقررات، چ اول.

مصباح‌یزدی، محمدتقی (۱۳۸۱)، حقوق و سیاست در قرآن، قم: مؤسسه‌ی آموزشی و پژوهشی امام خمینی (ره)، چ اول.

منصوریان، مصطفی (۱۳۹۳)، «دادرسی اساسی در جمهوری ایتالیا»، دادرسی اساسی تطبیقی مطالعه‌ی مبانی، ساختارها و صلاحیت‌های نهاد دادرسی اساسی، زیر نظر سید محمدمهدی غمامی، تهران: پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، چ اول.

موسوی تبریزی، سیدحسین (مصاحبه‌شونده) (اسفند ۱۳۸۶)، «قانون اساسی یا فهم فقهای شورای نگهبان»، بازتاب اندیشه، ش ۹۵، صص ۲۲ - ۳۰.

موسی‌زاده، ابراهیم و مصطفی منصوریان (۱۳۹۳)، «رویکرد منشأگرایی در تفسیر قانون اساسی و آثار آن در رویه‌ی شورای نگهبان»، فصلنامه‌ی دانش حقوق عمومی، سال سوم، ش ۸، صص ۱-۲۱.

میثمی، لطف‌الله (اسفند ۱۳۸۶ و فروردین ۱۳۸۷)، «نگاهی به کنش‌ها و واکنش‌ها»، چشم‌انداز ایران، ش ۴۸.

واعظی، احمد (۱۳۸۰)، درآمدی بر هرمنوتیک، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه، چ اول.

سیاست‌های کلی اصل ۴۴؛ بازنگری غیررسمی قانون اساسی یا استفاده از ظرفیت اصل ۴۴

هادی طحان نظیف^{۱*}، مصطفی منصوریان^{۲**}

۱. استادیار دانشکده‌ی معارف اسلامی و حقوق دانشگاه امام صادق(ع)، تهران، ایران

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

دریافت: ۱۳۹۵/۵/۱۳

پذیرش: ۱۳۹۵/۹/۲۶

چکیده

تغییر غیررسمی قانون اساسی فرایندی است که در آن مفهوم و محتوا، بدون تغییر متن قانون، دستخوش تغییر می‌شود. این فرایند که ممکن است آگاهانه یا غیرآگاهانه و در نتیجه‌ی رفتارهای مقامات و نهادهای حکومتی واقع شود، قانون اساسی را بدون طی شدن فرایند رسمی بازنگری تغییر می‌دهد و در واقع، به نقض آن منجر می‌شود.

یکی از مواردی که شائبه‌ی تغییر قانون اساسی را خارج از فرایند مقرر در اصل ۱۷۷ پدید آورده، سیاست‌های کلی اصل ۴۴ ابلاغی مقام رهبری است؛ چه اینکه در نتیجه‌ی ابلاغ این سیاست‌ها تغییرات مهمی در نحوه‌ی سرمایه‌گذاری، مالکیت و مدیریت موارد صدر اصل ۴۴ پدید آمده است.

این نوشتار درصدد است با رویکردی تحلیلی نسبت میان سیاست‌های کلی اصل ۴۴ را با مفاد اصل ۴۴ بررسی کند و به این پرسش پاسخ دهد که آیا قانون اساسی از طریق این سیاست‌ها دچار تغییر و بازنگری شده است یا خیر.

توجه توأم به مفاد صدر و ذیل اصل ۴۴، توجه به محتوای سیاست‌های کلی، تحول‌پذیری اصل ۴۴ از منظر قانونگذار اساسی، امکان‌پذیر بودن واگذاری موارد صدر اصل به بخش غیردولتی حتی پیش از ابلاغ سیاست‌ها و دیگر شواهد و قراین، همگی اثبات می‌کنند که سیاست‌های مزبور مطابق با قانون اساسی و در راستای ذیل اصل ۴۴ بوده‌اند.

کلیدواژه‌ها: اصل ۴۴، اقتصاد دولتی، بازنگری غیررسمی قانون اساسی، خصوصی‌سازی، مالکیت عمومی.

* E-mail: Tahan@isu.ac.ir

E-mail: Mansourian@isu.ac.ir

** نویسنده‌ی مسئول

مقدمه

قانون اساسی مهم‌ترین سند سیاسی - حقوقی و والاترین میثاق ملی جامعه است که به دلیل اهمیتی که دارد، باید از کلیت، عمومیت و استحکام کافی برخوردار باشد تا به آسانی از سوی زمامداران تغییرپذیر نباشد. این قانون، مهم‌ترین منبع حقوق اساسی و شاخص‌ترین سند لازم‌الاجرا برای کلیه کنشگران اجتماعی (اعم از دولتی و غیردولتی) است که نسبت به تمامی قوانین کشور برتری دارد و در رأس سلسله مراتب قواعد مندرج در نظام حقوقی داخلی یک کشور است.

اهمیت ویژه‌ی قانون اساسی و برجسته بودن آن در میان سایر قوانین به دلیل ارتباط این قانون با ساختار کلی حقوقی - سیاسی هر کشور است؛ از همین روی، احترام به قانون اساسی به معنای تضمین ثبات و تداوم و استحکام چارچوب‌های دولت - کشور و نظام سیاسی مستقر در هر جامعه است (قاضی، ۱۳۸۴: ۴۶). از جمله ملزومات برتری قانون اساسی نیز آن است که نتوان آن را به راحتی تغییر داد؛ چه اینکه سهولت در بازنگری و تغییر قانون اساسی، از آنجا که موجب بروز و ظهور تزلزل در نهادهای سیاسی کشور و چه بسا حقوق اساسی شهروندان می‌شود، نگران‌کننده است و قانونی را که همواره مستعد تغییر و بازنگری باشد، نمی‌توان قانون اساسی و بنیادی دانست. بر همین اساس نیز قوانین اساسی از یک سو با توجه به واقعیات بیرونی مجال بازنگری را فراهم کرده و از سوی دیگر، فرایند بازنگری را با احتیاط و دوراندیشی دشوار می‌کنند.

یکی از موضوعات مهم در این زمینه آن است که قوانین اساسی و از جمله قانون اساسی ایران ممکن است به شیوه‌ای غیر از آنچه در آن‌ها تصریح شده است، دچار تغییر شده و در نتیجه نقض شوند؛ یعنی هرچند اصل ۱۷۷ قانون اساسی ایران به ترسیم فرایند تغییر قانون اساسی و ضوابط حاکم بر آن پرداخته^(۱)، کاملاً محتمل است که این قانون، در عمل، به طریق دیگری غیر از سازوکار مندرج در این اصل تغییر کند. این مسئله ممکن است به طور آگاهانه یا ناآگاهانه و در نتیجه‌ی رفتارها و اعمال مقامات و نهادهای حکومتی اعم از قانونگذار عادی، مفسر رسمی قانون اساسی، قضات دادگاه‌ها و مجریان قانون صورت پذیرد که در نتیجه، به نسخ عملی قانون اساسی منجر می‌شود و برتری و حاکمیت آن را مخدوش می‌کند.^(۲)

از جمله مسائل چالش برانگیز در این خصوص که شائبه‌ی تغییر قانون اساسی را خارج از چارچوب اصل ۱۷۷ به وجود آورده، سیاست‌های کلی اصل ۴۴ ابلاغی مقام رهبری است؛ یعنی هرچند اصل ۱۷۷ ترتیب و شرایط بازنگری در اصول قانون اساسی را بیان کرده، سیاست‌های کلی اصل ۴۴ خارج از ترتیبات مذکور در اصل ۱۷۷ و در عوض، مطابق با بند ۱ اصل ۱۱۰ تصویب و ابلاغ شده و تغییرات مهمی را در اجرای اصل ۴۴ پدید آورده است. توضیح آنکه، صدر اصل ۴۴ تمامی صنایع بزرگ و مادر و مهم‌ترین فعالیت‌های اقتصادی را به طور مطلق در انحصار دولت دانسته و حتی با آوردن قید «مانند این‌ها»، نظایر این صنایع و فعالیت‌ها را نیز داخل در این بخش دانسته است. افزون بر این، بخش

خصوصی در حاشیه‌ی بخش‌های دولتی و تعاونی و به‌منزله‌ی مکمل فعالیت‌های اقتصادی دولتی و تعاونی قلمداد شده است. این در حالی است که در سیاست‌های کلی اصل ۴۴، اجرای تدریجی مراحل آزادسازی و خصوصی‌سازی و انتقال مالکیت عمومی به خصوصی در دستور کار نظام حقوقی قرار گرفته و دولت موظف شده است با توجه به ابلاغ این سیاست‌ها و تغییر وظایف حاکمیتی، نقش جدید خود در سیاست‌گذاری، هدایت و نظارت بر اقتصاد ملی را تدوین و اجرا کند.

بر همین اساس نیز برخی حقوقدانان با تکیه بر ظاهر صدر اصل ۴۴ به ناسازگاری آشکار این سیاست‌ها با قانون اساسی نظر داده‌اند و بر این باورند که سیاست‌های یادشده بدون آنکه فرایند مندرج در اصل ۱۷۷ قانون اساسی را طی کند، اصل ۴۴ را تغییر داده و در نتیجه قانون اساسی نقض شده است (قاسمی و ذکریایی، ۱۳۹۲: ۳۸-۳۹؛ اسماعیلی و غمامی، ۱۳۸۹: ۱۸۱).^(۳) چه اینکه پذیرش تعارض سیاست‌های کلی با اصل ۴۴ به معنای نسخ عملی قانون اساسی، و مستلزم عدم مشروعیت و بی‌اعتباری قوانین و مقرراتی است که بر مبنای این سیاست‌ها به تصویب رسیده‌اند. در عین حال برخی نیز چنین عقیده‌ای نداشته و تصویب و ابلاغ سیاست‌ها را موافق قانون اساسی قلمداد کرده‌اند (مهرپور، ۱۳۹۱: ۹۸؛ کنعانی، ۱۳۸۷: ۲۵۲). البته باید خاطر نشان کرد که به‌طور کلی در خصوص نسبت میان سیاست‌های کلی ابلاغی و اصل ۴۴ - چه مغایرت و چه عدم مغایرت - پژوهش مستقل و مفصلی انجام نگرفته است و حقوقدانان - همان‌گونه که اشاره شد - یا صرفاً ضمن تبیین انواع بخش‌های اقتصادی به‌طور اجمالی به این مسئله اشاره کرده‌اند یا اساساً در آثار خود متعرض چنین بحثی نشده‌اند.^(۴)

با توجه به اینکه تاکنون این موضوع به‌طور تفصیلی و مستدل ارزیابی نشده است، مسئله‌ی اساسی این نوشتار آن است که با رویکردی تحلیلی به نسبت‌سنجی این سیاست‌ها و اصل ۴۴ بپردازد و در نهایت، به این پرسش پاسخ دهد که آیا قانون اساسی از طریق این سیاست‌ها دچار تغییر و بازنگری شده است یا خیر. بدین منظور در راستای پاسخ به این پرسش، در گام نخست به‌اجمال به تبیین مفهوم بازنگری غیررسمی و چگونگی تحقق آن می‌پردازیم^(۵) (۱). سپس، استدلال‌ها و مؤیدات رویکردی را که قائل است قانون اساسی توسط سیاست‌ها تغییر یافته و در نتیجه نقض شده است، بررسی کرده و با توجه به آنکه فرضیه‌ی این نوشتار آن است که قانون اساسی دستخوش تغییر نشده و ابلاغ سیاست‌های کلی مغایر قانون اساسی نبوده است، به پاسخ و رد این دلایل خواهیم پرداخت (۲). در گام بعد نیز این مدعا را اثبات خواهیم کرد که سیاست‌های کلی اصل ۴۴ با قانون اساسی همسویی داشته و آن را تغییر نداده است (۳).

۱. بازنگری غیررسمی قانون اساسی

پیشرفت زمان و تحولات گوناگون اجتماعی، اقتصادی و سیاسی، روابط و موضوعات جدیدی را مطرح می‌کند که مستلزم اصلاح، نسخ و تغییر قوانین سابق است و عدم امکان اصلاح و تغییر قانون اساسی و الزام تمامی نسل‌ها به پذیرش آن در همه‌ی شرایط نیز ناکارآمدی و اختلال در امور حکومت را موجب می‌شود. در واقع تجربه‌ی گذشته در اجرای قانون اساسی و اشکالات ناشی از آن، جامعه‌ی سیاسی را متقاعد می‌کند تا از طریق بازنگری معقولانه و منطقی، اصلاحات لازم را در قوانین به‌عمل آورد و از همین روی، پیش‌بینی امکان اصلاح قانون اساسی امری خردمندانه و مبتنی بر توجه به واقعیات است و اساساً تصور یک قانون اساسی ابدی و جاودانه، از کوتاه‌بینی سیاسی و بی‌توجهی به تحولات اجتناب‌ناپذیر زمان ناشی می‌شود (هاشمی، ۱۳۶۹: ۱۶۱-۱۶۲).

بازنگری غیررسمی قانون اساسی بدین ترتیب محقق می‌شود که معنا و مفهوم قانون اساسی تغییر یابد، بدون آنکه متن قانون اساسی دستخوش تغییر شود (Albert, 2014 [a]: 642). بسیاری از تغییرات قانون اساسی نیز از طرق غیررسمی مانند تفسیر قانون اساسی یا عرف‌های سیاسی - و نه اصلاح رسمی متن قانون اساسی - پدید آمده‌اند. در واقع، طرق رسمی بازنگری قانون اساسی به‌طور مشخص و صریح در متن قانون اساسی ریشه دارند، حال آنکه طرق غیررسمی چنین نیستند و مواردی مانند تفسیر قانون اساسی، تفسیر قضایی، قانونگذاری، اعمال قوه‌ی مجریه و عرف‌های سیاسی را شامل می‌شوند (Albert, 2014 [b]: 1062).

معیار و شاخص اصلی در این تقسیم‌بندی، استفاده از فرایند خاص و مشخصی با قصد اعلام‌شده مبنی بر تغییر قانون اساسی است. در بازنگری رسمی، چنین قصدی به‌صورت عام یا علنی اعلام می‌شود و بدین ترتیب سازوکار خاصی برای تغییر قانون اساسی مانند همه‌پرسی، اصلاح از طریق نهادی خاص مانند قوه‌ی مقننه یا نهاد ویژه‌ی بازنگری یا ترکیبی از این‌ها به‌کار می‌رود؛ چنانکه در اصل ۱۷۷ قانون اساسی نیز فرایند خاصی در این خصوص پیش‌بینی شده است. اما در بازنگری غیررسمی بدون آنکه فرایند رسمی و آشکار مربوط به بازنگری طی شود، تغییر قانون اساسی واقع می‌شود. به بیان دیگر در فرایند رسمی، تغییر قانون اساسی به‌طور مشخص از طریق نهادهای صالح حکومتی برای بازنگری مطرح می‌شود و سازوکارهای مقرر در قانون اساسی به‌منظور تغییر وضعیت موجود در آن به فعلیت درمی‌آیند. در عین حال در فرایند غیررسمی، اعلام رسمی تغییر قانون اساسی، توسل به نهادها و سازوکارهای مقرر در قانون اساسی برای بازنگری و احتمالاً به مشارکت طلبیدن مردم برای حضور در همه‌پرسی

تغییر قانون اساسی وجود ندارد، بلکه در نتیجه‌ی عملکرد نهادهای سیاسی - اجتماعی، وضعیت مفاد قانون اساسی با گذر از آنچه هست یا قبلاً بوده، تغییر می‌یابد (تیلا، ۱۳۸۴: ۵۸). به هر ترتیب، هرچند تنها طریق مشروع و موجه در تغییر قانون اساسی، فرایند رسمی مندرج در متن قانون اساسی است و هر گونه تغییر قانون اساسی خارج از این فرایند، غیرمشروع و غیرقانونی قلمداد می‌شود، اما به‌مزه‌ی یک واقعیت بیرونی، این امکان وجود دارد که قانون اساسی خارج از فرایند رسمی مصرح در آن دستخوش تغییر و تحول شود. در واقع، ضرورت‌ها و بن‌بست‌های عینی موجود در نظام حقوقی و عدم امکان حل و فصل آن‌ها از طریق فرایند رسمی تغییر قانون اساسی موجب می‌شود که مقامات حکومتی (اعم از اجرایی، تقنینی و قضایی) به اعمال این فرایند رسمی اهتمام نداشته و به‌طور اجتناب‌ناپذیر و به‌عنوان یک ضرورت عملی درصدد توسل به اعمال طرق غیررسمی تغییر قانون اساسی برآیند و بدین ترتیب، قانون اساسی را اصلاح کنند. طولانی بودن فرایند رسمی، پیچیدگی بیش‌ازحد آن و لزوم مواجهه‌ی سریع با معضل و بن‌بست به‌وجودآمده، از جمله‌ی این دلایل‌اند. البته در بسیاری از موارد مقامات حکومتی عامدانه و آگاهانه درصدد تغییر قانون اساسی نیستند. در واقع، بسیار محتمل است قانون اساسی به‌صورت ناخودآگاه و متعاقب اعمال وظیفه‌ی قانونی مقامات مزبور به‌گونه‌ی نادرست دستخوش تغییر شود؛ یعنی مثلاً نهاد مفسر قانون اساسی درصدد اعمال وظیفه‌ی خود در تفسیر قانون اساسی برمی‌آید، اما در عمل - به هر دلیلی مانند عدم التزام به بایسته‌های تفسیری - قانون اساسی را تغییر می‌دهد و آن را نقض می‌کند.

یکی از مواردی که شائبه‌ی تغییر قانون اساسی را خارج از اصل ۱۷۷ پدید آورده، سیاست‌های کلی اصل ۴۴ است که بر مبنای بند ۱ اصل ۱۱۰ تصویب و ابلاغ شده‌اند. این سیاست‌ها در قالب پنج بند (بندهای «الف»، «ب»، «د» و «ه» در تاریخ ۱۳۸۴/۳/۱ و بند «ج» آن در تاریخ ۱۳۸۵/۴/۱۰) توسط مقام رهبری و برای تحقق اهدافی مشخص ابلاغ شد و تغییرات مهمی را - که در ادامه اشاره خواهد شد - در زمینه‌ی اصل ۴۴ و بخش‌های اقتصادی کشور پدید آورده است. بنابراین، چنانچه قائل شویم سیاست‌های مزبور، قانون اساسی را خارج از چارچوب اصل ۱۷۷ اصلاح کرده است، به‌طور قطع قانون اساسی نقض می‌شود و نه‌تنها مشروعیت ابلاغ این سیاست‌ها، بلکه مشروعیت قوانین و مقرراتی که بر مبنای آن‌ها به تصویب رسیده‌اند نیز - مانند قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی - دچار خدشه می‌شود. در ادامه، به ادله‌ای که قائل به تعارض سیاست‌های کلی با اصل ۴۴ است، می‌پردازیم و در مقام پاسخگویی به آن‌ها برمی‌آییم؛

۲. دیدگاه نخست: تغییر و نقض قانون اساسی با ابلاغ سیاست‌های کلی اصل ۴۴

در این قسمت به تبیین ادله‌ی رویکردی که فائل است قانون اساسی از طریق سیاست‌های کلی اصل ۴۴ دچار تغییر و بازنگری شده است، می‌پردازیم. البته از آنجا که به باور نگارندگان، این دلایل و مؤیدات کامل نبوده و واجد اشکال هستند، پس از طرح هر یک از این استدلال‌ها به ارائه‌ی پاسخ و رد آن‌ها می‌پردازیم.

۲-۱. تمسک به منطوق اصل ۴۴

مهم‌ترین استدلالی که مؤید تغییر قانون اساسی از طریق سیاست‌هاست، توجه به ظاهر اصل ۴۴ و سیاست‌های ابلاغی مربوط به آن است. صدر اصل ۴۴ قانون اساسی کلیه‌ی صنایع بزرگ، صنایع مادر، بازرگانی خارجی، معادن بزرگ، بانکداری، بیمه، تأمین نیرو، سدها و شبکه‌های بزرگ آب‌رسانی، رادیو و تلویزیون، پست و تلگراف و تلفن، هواپیمایی، کشتیرانی، راه و راه‌آهن و مانند این‌ها را در اختیار دولت و به‌عنوان بخش دولتی قلمداد کرده است؛ این در حالی است که به‌منظور توسعه‌ی بخش‌های غیردولتی و جلوگیری از بزرگ شدن بخش دولتی، دولت براساس بند «الف» سیاست‌ها حق فعالیت اقتصادی جدیدی خارج از موارد صدر اصل ۴۴ را ندارد و از ابتدای برنامه‌ی پنج‌ساله‌ی چهارم توسعه نیز دولت موظف است سالانه ۲۰ درصد از این فعالیت‌ها را واگذار کند. همچنین در این بند، ترتیب سرمایه‌گذاری و مالکیت و مدیریت در موارد صدر اصل ۴۴ توسط بنگاه‌ها و نهادهای عمومی غیردولتی و بخش‌های تعاونی و خصوصی بیان شده است. بند «ج» سیاست‌ها نیز سیاست‌های کلی توسعه‌ی بخش‌های غیردولتی از طریق واگذاری فعالیت‌ها و بنگاه‌های دولتی را بیان داشته و ترتیب واگذاری ۸۰ درصد از سهام بنگاه‌های دولتی مشمول صدر اصل ۴۴ به بخش‌های خصوصی، شرکت‌های تعاونی سهامی عام و بنگاه‌های عمومی غیردولتی را ذکر کرده است. همچنین در بند «د» بر سیاست‌های کلی واگذاری تأکید شده و الزامات واگذاری و نحوه‌ی مصارف درآمدهای حاصل از آن‌ها بیان شده است.

در این دیدگاه هرچند ذیل اصل ۴۴ مقرر داشته که «تعیین ضوابط، قلمرو و شرایط هر سه بخش را قانون معین می‌کند»، این گزاره بدین معنا نیست که قانون می‌تواند تعیین کند که موارد صدر اصل تا چه حد در اختیار بخش دولتی و تا چه حد در اختیار سایر بخش‌ها باشند. به بیان دیگر، قانونگذار اساسی تعیین ضوابط و شرایط بخش‌های دولتی، تعاونی و خصوصی را صرفاً در محدوده‌ی همان بخش‌ها به قانون عادی واگذار کرده است؛ یعنی تعیین اینکه مثلاً صنایع

بزرگ و مادر چه صنایعی‌اند، سد چیست، معادن بزرگ چه معادنی را شامل می‌شوند و مانند این‌ها به قانونگذار عادی سپرده شده است. بر این اساس، قانونگذار عادی تنها می‌تواند منظور و مراد از موارد صدر اصل را مشخص کند، نه اینکه میزان مالکیت عمومی در آن‌ها را تغییر دهد؛ چراکه این موارد براساس تصریح صدر اصل ۴۴ جزء بخش دولتی به‌شمار رفته‌اند. افزون‌بر این مسئله، هرچند در اصل ۴۴ تنها به سه بخش دولتی، تعاونی و خصوصی تصریح شده است، به موجب سیاست‌های کلی اصل ۴۴ و قانون اجرای این سیاست‌ها، بخش دیگری نیز با عنوان «بخش عمومی غیردولتی» قسیم بخش‌های سه‌گانه‌ی مزبور قرار گرفته است. برای مثال در جزء نخست بند «الف» سیاست‌ها تصریح شده است که دولت باید فعالیت‌هایی را که مشمول عناوین صدر اصل نباشد، به بخش‌های تعاونی، خصوصی و عمومی غیردولتی واگذار کند. در ماده‌ی ۳ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ نیز به همین ترتیب تصریح شده است.

برخی اظهار نظرهای شورای نگهبان به‌عنوان مفسر رسمی قانون اساسی نیز مؤید این مسئله است. برای نمونه، شورای نگهبان در نظر تفسیری مورخ ۱۳۷۹/۷/۱۰ در خصوص رادیو و تلویزیون مقرر داشته است: «مطابق نصّ صریح اصل ۴۴ در نظام جمهوری اسلامی ایران رادیو و تلویزیون دولتی است و تأسیس و راه‌اندازی شبکه‌های خصوصی رادیویی و تلویزیونی به هر نحو مغایر این اصل است. بدین‌جهت، انتشار و پخش برنامه‌های صوتی و تصویری از طریق سیستم‌های فنی قابل انتشار فراگیر (همانند ماهواره، فرستنده، فیبر نوری و غیره) برای مردم در قالب امواج رادیویی و کابلی غیر از سازمان صداوسیما ایران خلاف اصل مذکور است» (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۹: ۲۱۵). نمونه‌ی دیگر، نظر مشورتی شورا مورخ ۱۳۷۲/۱/۲۱ در خصوص شمول اصل ۴۴ بر مؤسسات اعتباری غیربانکی است که براساس آن، مؤسسات مزبور چنانچه فعالیت خود را به عملیات بانکی توسعه ندهند، در انحصار بخش دولتی قلمداد نمی‌شوند (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۹: ۲۸۳-۲۸۴). توجه به چنین اظهار نظرهایی نشان می‌دهد که شورای نگهبان نیز اموال و فعالیت‌های بخش دولتی را منحصراً در اختیار دولت دانسته و از عبارت ذیل اصل، مسئله‌ای غیر از تعیین حدود دخالت دولت در بخش‌های سه‌گانه -یعنی صرفاً تعریف و تبیین این موارد- را برداشت کرده است.

به‌نظر می‌رسد که تصریح ذیل اصل، ظهور در این مسئله دارد که صرف تعریف موارد صدر اصل به قانونگذار عادی واگذار نشده، بلکه قانونگذار اساسی درصدد بوده تا انواع فعالیت اشاره‌شده در اصل به زیان جامعه و عدم رشد و توسعه‌ی اقتصادی کشور منجر نشود. در واقع، مقتضای عبارت ذیل اصل آن است که قانونگذار با در نظر گرفتن اوضاع و احوال و تجربیات به‌عمل آمده و جلب نظر صاحب‌نظران و کارشناسان با وضع قانون، تصمیم مقتضی را اتخاذ کند و

محدوده را مشخص سازد و در صورت لزوم نیز تغییرات لازم را با معیارهای ذکرشده در ذیل اصل بدهد و طبعاً شورای نگهبان نیز با توجه به همین ملاحظات در مورد مغایر نبودن مصوبه‌ی مجلس با قانون اساسی اظهار نظر کند (مهرپور، ۱۳۹۱: ۹۸). به بیان دیگر، اصل ۴۴ با درایت قانونگذار اساسی به‌ترتیبی منعطف تنظیم شده است که مجال تغییر مالکیت در حوزه‌های گوناگون اقتصادی را با تشخیص قانونگذار عادی بر مبنای شرایط ذیل اصل وجود داشته باشد.

در خصوص «بخش عمومی غیردولتی» که در سیاست‌ها تأکید شده است نیز باید توجه داشت که دولت در اصل ۴۴ به معنای اعم یعنی حکومت است، بنابراین، بخش اقتصادی حکومت مشتمل بر بخش دولتی به معنای اخص و بخش عمومی است (نجفی‌اسفاد و محسنی، ۱۳۸۸: ۴۲۰). به بیان دیگر، پیش از ابلاغ سیاست‌ها نیز چنین بخشی البته ذیل بخش دولتی وجود داشته است، در نتیجه، سیاست‌های کلی اصل ۴۴ بخش جدیدی را پدید نیاورده و صرفاً در خصوص واگذاری‌های مربوط به این بخش احکامی را مقرر کرده است.

از تحلیل مجموعه اظهار نظرهای شورای نگهبان در خصوص مصوبات ناظر بر موارد صدر اصل ۴۴^(۶)، می‌توان گفت که این شورا در موارد متعدد بر تفسیر منطقی اصل ۴۴ قانون اساسی نظر داشته و صدر و ذیل اصل را در کنار یکدیگر و به‌عنوان یک کل منسجم مدنظر قرار داده است. از همین رو نیز تصدی دولتی را تا حدی مورد احترام و حمایت دانسته است که موجب رشد و شکوفایی اقتصاد کشور باشد و مایه‌ی زیان جامعه نباشد.

پیرو همین رویکرد قانونگذار در برنامه‌های پنج‌ساله‌ی اول تا چهارم توسعه و نیز دیگر قوانین و مقررات - که به برخی از آن‌ها اشاره شد - به‌تدریج چنین امکانی را فراهم آورده و در همین زمینه برخی از فعالیت‌های صدر اصل ۴۴ عرصه‌ی فعالیت بخش خصوصی شده و شورای نگهبان نیز مغایرتی را اعلام نکرده است. البته شورای نگهبان در این خصوص رویکردی سخت‌گیرانه داشته و پذیرش این مهم را صرفاً با تصریح بر مالکیت دولت و به استناد ذیل اصل ۴۴ و همچنین تعیین ضوابط، قلمرو و شرایط مربوط به آن تأیید کرده است. برای نمونه، شورای نگهبان در اظهار نظر در خصوص برخی مفاد لایحه‌ی برنامه‌ی پنج‌ساله‌ی دوم توسعه مصوب ۱۳۷۳/۸/۲۴ که به واگذاری برخی فعالیت‌های بخش دولتی به بخش‌های خصوصی و تعاونی اشاره می‌داشت، به مغایرت با اصل ۴۴ استناد کرده بود که این ایراد با اضافه کردن قید «با رعایت اصل ۴۴» از سوی مجلس، با تأیید شورای نگهبان مواجه شد (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان: ۱۳۹۴: ۴۰۷-۴۰۸). نمونه‌ی دیگر، اظهار نظر شورا در خصوص لایحه‌ی برنامه‌ی سوم توسعه مصوب ۱۳۷۸/۹/۷ است که به‌وضوح به این مهم اشاره کرده و تغییر مالکیت و مدیریت هر یک از اموال و فعالیت‌ها در بخش‌های سه‌گانه را مشروط به رشد و توسعه‌ی اقتصادی مجاز دانسته

است: «موادی از این قانون که با توجه به ذیل اصل ۴۴، سرمایه‌گذاری یا بهره‌برداری و نظایر این‌ها را برای بخش خصوصی (اعم از حقیقی و حقوقی) و یا تعاونی مجاز دانسته است، مطلق است و شامل بخش خصوصی (حقیقی و حقوقی) خارجی نیز می‌شود. با توجه به اینکه ذیل اصل ۴۴ خروج از اصل را مقید به تعیین ضوابط، قلمرو و شرایط کرده است، مجلس باید در هر یک از موارد مذکور در مواد برنامه صریحاً معین کند که واگذاری این موارد را به شخص حقیقی و حقوقی خارجی مفید یا مضر می‌داند» (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۵ [ب]: ۵۹۴). البته در تحلیل عملکرد شورای نگهبان در خصوص موارد صدر اصل - مندرج در شمول بخش دولتی - باید قائل به تفصیل شد؛ بدین ترتیب که امکان واگذاری برخی از موارد صدر به بخش غیردولتی به سبب اهمیت و نقش محوری آن‌ها در اقتصاد کشور اساساً هیچ‌گاه پذیرفته نشده است؛ یعنی واگذاری این موارد همواره به گونه‌ای تلقی شده است که با ذیل اصل تطبیق نداشته و برای مثال، مایه‌ی زیان جامعه یا مانع رشد و توسعه‌ی اقتصادی کشور به شمار رفته‌اند. چنانکه حتی پس از ابلاغ سیاست‌های کلی اصل ۴۴ نیز چنین بوده و سرمایه‌گذاری، مالکیت و مدیریت در فعالیت‌ها و بنگاه‌هایی مانند شبکه‌های مادر مخابراتی، معادن نفت و گاز، بانک مرکزی، بیمه‌ی مرکزی، شبکه‌های اصلی انتقال برق، سازمان هواپیمایی، سازمان بنادر و کشتیرانی، سدها و شبکه‌های بزرگ آب‌رسانی و رادیو و تلویزیون منحصراً در اختیار دولت قلمداد شده است (مواد ۲ و ۳ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴). به عبارت دیگر، شورای نگهبان در خصوص تحقق مفاد ذیل اصل در برخی موارد همچون رادیو و تلویزیون به ارزیابی پرداخته و تشخیص خود را معتبر دانسته است. در واقع، شورای نگهبان ارزیابی تشخیص مجلس را از نظر رعایت قیود چهارگانه‌ی ذیل اصل در صلاحیت خود می‌داند؛ یعنی ممکن است تغییر حوزه‌ی فعالیت‌های بخش‌های سه‌گانه به تشخیص شورا موجب زیان جامعه شود یا موجب توسعه‌ی کشور نشود و به این سبب، مصوبه‌ی مجلس را مغایر ذیل اصل ۴۴ اعلام کند. البته این در حالی است که شورای نگهبان در بسیاری موارد دیگر همچون بانکداری و بیمه، صرف عنایت مجلس به ذیل اصل و تصریح به اینکه مصوبه‌ی مدنظر شرایط ذیل اصل را محقق می‌کند، کافی به مقصود دانسته و به ارزیابی تشخیص اینکه آیا در عمل شرایط ذیل اصل محقق می‌شود یا خیر، نپرداخته است. به هر ترتیب، تحلیل عملکرد شورای نگهبان - چه در خصوص مصوباتی که تشخیص خود را معتبر دانسته و چه در مواردی که صرف توجه به شرایط ذیل اصل را کافی تلقی کرده - مؤید آن است که این شورا نیز صدر و ذیل اصل را در کنار یکدیگر لحاظ کرده و مصوباتی را که به تغییر مفاد صدر اصل ۴۴ منجر بوده‌اند، با عنایت به شرایط ذیل اصل غیرمغایر با قانون اساسی قلمداد کرده است.

۲-۲. دولتی بودن اقتصاد و تغییر یافتن آن

تنظیم اصل ۴۴ به‌ترتیبی که بسیاری از اموال و فعالیت‌های عمده و مهم اقتصادی به‌صورت مالکیت عمومی در اختیار دولت قرار گرفته و بخش خصوصی نیز مکمل فعالیت‌های اقتصادی دولتی و تعاونی به‌حساب آمده، نمایانگر آن است که نظام اقتصادی کشور دولتی و مشابه نظام‌های اقتصادی سوسیالیستی است. بر همین اساس، پاره‌ای از حقوقدانان بر این باورند که بخش خصوصی باید فعالیت‌های خود را به‌گونه‌ای گسترش و توسعه دهد که علاوه بر محدودیت‌های مذکور در اصل ۴۴، صرفاً به‌عنوان مکمل فعالیت‌های اقتصادی دولتی و تعاونی باشد، نه آنکه خود به‌طور مستقل و در عرض فعالیت‌های دولتی به هر میزان که مایل باشد به فعالیت بپردازد (شعبانی، ۱۳۸۶: ۲۳۶). همچنین، برخی این مسئله را به‌مثابه‌ی مالکیت خصوصی در کشورهای سوسیالیستی عنوان کرده‌اند که در این کشورها سعی می‌شود تا حد ممکن از گسترش مالکیت خصوصی حداکثر جلوگیری به‌عمل آید (هاشمی، ۱۳۸۸، ج ۱: ۳۷۶). به‌عبارت دیگر، اساسی‌سازی اصل ۴۴ به‌ترتیبی که عمده‌ی فعالیت‌های اقتصادی داخل در مالکیت عمومی و بخش دولتی دانسته شده، بیانگر آن است که قانونگذار اساسی درصدد ایجاد اقتصاد دولتی بوده است. این در حالی است که مطابق سیاست‌های کلی ابلاغی، برخلاف اصل ۴۴، بخش دولتی مکمل بخش خصوصی به‌شمار رفته است؛ چراکه سرمایه‌گذاری، مالکیت و مدیریت معدودی از فعالیت‌ها و بنگاه‌های صدر اصل صرفاً در انحصار دولت قرار گرفته و در بقیه‌ی موارد مزبور، دولت مکلف است ۸۰ درصد از ارزش مجموع سهام بنگاه‌های دولتی در هر فعالیت (به‌استثنای راه و راه‌آهن) را به بخش‌های خصوصی، تعاونی و عمومی غیردولتی واگذار کند. تغییر اقتصاد دولتی نیز هرچند در حال حاضر امری مطلوب به‌شمار می‌رود، به هر ترتیب نیازمند به‌کارگیری فرایند مربوط به بازنگری در اصل ۱۷۷ است. در پاسخ به این ادعا باید توجه داشت که قانونگذار اساسی اساساً درصدد ایجاد اقتصاد دولتی نبوده و بنابر دلایل و محظورات ذیل، اصل ۴۴ را بدین شکل تنظیم کرده است:

اولاً قانون اساسی در فضای حمایت از محرومان و مستضعفان و ضدیت با امپریالیسم و مبارزه با حاکمیت سرمایه‌داری و همه‌ی مظاهر تجمل و ثروت‌اندوزی و دنیاپرستی به تصویب رسید. اعضای مجلس بررسی نهایی قانون اساسی نیز از یک سو به‌منظور طرد نظام سوسیالیستی و کاپیتالیستی رایج در اوایل انقلاب اسلامی ایران به‌صراحت موضع گرفته و از سوی دیگر، درصدد ارائه‌ی چارچوب نظام اقتصاد اسلامی برآمده و با چنین رویکردی به بحث و تبادل نظر پرداخته‌اند. برای نمونه در مجلس بررسی نهایی، فلسفه‌ی تنظیم اصل ۴۴ بدین صورت طرح می‌شود که اقتصاد اسلامی، نه سرمایه‌داری غربی است و نه سوسیالیسم

شرقی و نه تلفیقی از آن دو، به‌طوری‌که اگر زیربنای اقتصاد اسلامی در این اصل معین نشود، ممکن است اقتصاد کشور از مسیر اسلامی آن منحرف شود (اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ج ۳: ۱۵۴۵ و ۱۵۴۷). برخی نمایندگان نیز بر این مسئله تأکید می‌ورزیدند که نظام اقتصادی جدیدی باید در این اصل بنیان نهاده شود تا مشخص شود که اقتصاد جمهوری اسلامی به معنای ابطال نظام سرمایه‌داری گذشته و بنای نظام جدیدی است و از همین رو معتقد بودند تفاوت‌های نظام اقتصادی جدید با نظام اقتصادی زمان طاغوت باید در این اصل گنجانده شود (اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ج ۳: ۱۵۴۵). همچنین از جمله پیشنهادهایی که در زمینه‌ی نحوه‌ی تدوین اصل ۴۴ مطرح شد، تبدیل اصل ۴۴ به دو اصل مجزا بود؛ بدین ترتیب که در یک اصل، ابتدای نظام اقتصادی جمهوری اسلامی بر پایه‌ی پذیرش عدالت اجتماعی و آزادی‌های فردی اعلام شود و در اصل دیگر نظام سرمایه‌داری و فئودالی محکوم و مردود اعلام شود (اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ج ۳: ۱۵۴۵). البته این پیشنهاد با موافقت اکثریت دوسوم نمایندگان که برای تصویب اصول قانون اساسی مورد نیاز بود، مواجه نشد و رد شد.

ثانیاً شرایط نخستین پس از پیروزی انقلاب نیز در موسع در نظر گرفتن قلمرو اختیارات دولت کاملاً مؤثر بوده است؛ چه اینکه از یک‌سو واگذاری واحدهای مهم اقتصادی به بخش غیردولتی به‌دلیل شرایط ملتهب ناشی از انقلاب و آماده نبودن نظام اقتصادی در آزادسازی واحدهای اقتصادی اساساً امکان‌پذیر نبود (کنعانی، ۱۳۹۲: ۲۳۸). از سوی دیگر، در زمان تدوین اصل ۴۴ بدبینی و وحشت بسیاری از تسلط بخش خصوصی بر اقتصاد و حرکت به سمت انحصار و احتکار وجود داشت (مهرپور، ۱۳۹۱: ۹۵). از همین رو قانونگذار اساسی تلاش کرد تا از واحدهای صدر اصل ۴۴ صیانت کرده و از نابودی آن‌ها ممانعت کند.

ثالثاً با نگاهی ساختاری و منطقی به قانون اساسی می‌توان دریافت که نه‌تنها اقتصاد دولتی به هیچ عنوان مطلوب فرض نشده، بلکه در اصل ۴۳ بر اینکه دولت نباید به کارفرمای مطلق تبدیل شود نیز تصریح شده است. این امر در حالی است که در اصول ۴۶ و ۴۷ نیز به‌صراحت اصل مالکیت شخصی محترم شمرده شده است. افزون‌بر اینکه ذیل اصل ۴۴ نیز محدوده‌ی مالکیت در هر سه بخش نظام اقتصادی را مقید و محدود به تطابق با دیگر اصول فصل چهارم قانون اساسی، عدم خروج از دایره‌ی قوانین اسلام، عدم جلوگیری از رشد و توسعه‌ی اقتصادی کشور و عدم ورود زیان به کشور دانسته است. جدای از این موارد که نشان می‌دهد اقتصاد دولتی مقصود قانونگذار اساسی نبوده، در خصوص اینکه بخش خصوصی مکمل بخش دولتی و تعاونی عنوان

شده است نیز می‌توان برداشت دیگری ارائه داد. در واقع، مکمل بودن بخش خصوصی به معنای طفیلی بودن و در حاشیه بودن یا در درجه‌ی دوم بودن بخش خصوصی نیست، بلکه مقصود از قید «مکمل» مفهوم آن است، یعنی بخش خصوصی در فعالیت‌های خود تا جایی آزاد است که بخش دولتی یا تعاونی را مختل نکند و بنابراین اگر یک صنعت، دآمداری یا خدمت رابطه‌ی تکمیلی با فعالیت‌های دولتی و تعاونی و نیز رابطه‌ی تخریبی نداشته باشد، بی‌شک آزاد است و نمی‌توان از آن جلوگیری کرد. این مسئله با کلیات اسلام مخالفتی نداشته و قانونگذار اساسی نیز صرفاً چنین ترتیبی را سالم‌تر تلقی کرده است (یزدی، ۱۳۷۵: ۳۷۱ و ۳۷۳).

۲-۳. نفس تصویب و ابلاغ سیاست‌های کلی اصل ۴۴

امعان‌نظر به لزوم تدوین و ابلاغ سیاست‌های کلی اصل ۴۴ نیز مؤید آن است که قانون اساسی بدین ترتیب تغییر یافته است. در واقع، چنانچه بدون ابلاغ سیاست‌های کلی اصل ۴۴، از منظر حقوق اساسی جمهوری اسلامی این امکان وجود داشت که موارد صدر اصل به بخش غیردولتی واگذار شود، چه نیازی به تدوین و ابلاغ این سیاست‌ها بوده است؟ در تأیید این مسئله می‌توان به قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ نیز اشاره داشت که در تاریخ ۱۳۸۶/۱۱/۸ و پس از ابلاغ سیاست‌ها به تصویب قانونگذار عادی رسیده است. این قانون به تفصیل محدوده‌ی فعالیت هر یک از بخش‌های دولتی، تعاونی و خصوصی و ضوابط و واگذاری بخش دولتی را بیان داشته است. این در حالی است که پیش از ابلاغ سیاست‌ها اساساً چنین امکانی وجود نداشت و در نهایت برخی واگذاری‌ها یا مشارکت بخش غیردولتی به‌طور جزئی و موردی مجاز قلمداد شده بود. در واقع، ناتوانی سرمایه‌گذاران بخش خصوصی در رقابت با بخش دولتی به دلیل استیلای دولت بر موارد صدر اصل ۴۴، فربه شدن دولت، کاهش بهره‌وری، رد بسیاری از لوایح و طرح‌های مصوب مجلس شورای اسلامی توسط شورای نگهبان به استناد مغایرت با اصل ۴۴، تداعی و استنباط اقتصاد دولتی از متن اصل ۴۴ توسط سرمایه‌گذاران داخلی و خارجی و البته دیگر موانع رشد و توسعه‌ی اقتصادی (نظری علی‌آباد و عطایی، ۱۳۸۶: ۳۵) موجب شد تا سیاست‌های کلی اصل ۴۴ به‌منظور شتاب بخشیدن به رشد اقتصاد ملی، گسترش مالکیت در سطح عموم، ارتقای کارایی بنگاه‌های اقتصادی و کاهش بار مالی و مدیریتی دولت در تصدی فعالیت‌های اقتصادی ابلاغ شود. بنابراین، نفس ابلاغ چنین سیاست‌هایی بیانگر آن است که از اصل ۴۴ چنین برداشت و تفسیری امکان‌پذیر نبوده و این سیاست‌ها به تغییر اصل منجر شده است.

اما این مسئله که پیش از ابلاغ سیاست‌های کلی اصل ۴۴، واگذاری موارد صدر اصل به

بخش‌های غیردولتی ممکن نبوده است، ادعایی بیش نبوده و مطابق با واقع نیست. در واقع، ضرورت حضور فعال‌تر بخش خصوصی در اقتصاد ملی و نیز تسهیل یا فراهم کردن زمینه‌ی واگذاری سهام بنگاه‌های دولتی کوچک و متناسب‌سازی اندازه‌ی دولت موجب شد تا پس از خاتمه‌ی جنگ تحمیلی قوانین و مقرراتی در همین زمینه به تصویب برسند. برای مثال در قانون برنامه‌ی پنج‌ساله‌ی سوم توسعه (۱۳۷۹-۱۳۸۳)، برنامه‌ی خصوصی‌سازی شرکت‌های دولتی با عنوان «واگذاری سهام و مدیریت شرکت‌های دولتی» مدنظر قرار گرفت.^(۷) در قانون برنامه‌ی چهارم توسعه (۱۳۸۴-۱۳۸۸) نیز با ۱۳ ماده‌ی مرتبط با خصوصی‌سازی (به‌علاوه‌ی تنفيذ فصل سوم قانون برنامه‌ی سوم توسعه)، انجام واگذاری‌های هدفمند پیش‌بینی شد. همچنین، قانون اجازه‌ی تأسیس بانک‌های غیردولتی مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱، ماده‌ی واحده‌ی قانون تأسیس مؤسسات بیمه‌ی غیردولتی در تاریخ ۱۳۸۰/۶/۶ و قانون تشویق سرمایه‌گذاری در طرح‌های آب کشور در تاریخ ۱۳۸۱/۳/۵ نیز از جمله قوانینی‌اند که پیش از ابلاغ سیاست‌ها به تصویب رسیده و در عین حال، مغایر اصل ۴۴ قانون اساسی نیز تشخیص داده نشده‌اند. به بیان دیگر، عنایت به قوانین مختلف این ادعا را کاملاً تأیید می‌کند که امکان واگذاری‌های مزبور پیش از ابلاغ سیاست‌های کلی اصل ۴۴ نیز وجود داشته است و صرف ابلاغ سیاست‌ها نمی‌تواند به معنای تغییر قانون اساسی باشد. نهایت آن است که بگوییم به موجب ابلاغ این سیاست‌ها این روند تسهیل شده و با سخت‌گیری کمتری مواجه شده است.

۲-۴. عدم امکان تغییر صریح نص قانون اساسی خارج از فرایند رسمی بازنگری

یکی از دیگر مؤیدات دال بر تغییر قانون اساسی از طریق سیاست‌های کلی اصل ۴۴، آن است که نص قانون اساسی به‌طور مشخص به بخش‌های دولتی، تعاونی و خصوصی و فعالیت‌های داخل در هر یک تصریح کرده است، بنابراین هر گونه تغییری در این نص مستلزم آن است که فرایند رسمی بازنگری به‌کار گرفته شود. در واقع، معقول و منطقی نیست که متن رسمی قانون اساسی در یک موضوع به‌طور مشخص و صریح موضع‌گیری کرده باشد و در عین حال، قطع‌نظر از آن موضع‌گیری و صراحت که در نص قانون اساسی مشخص است، ترتیبات دیگری مجری و معتبر قلمداد شوند. به بیان دیگر، چنانچه مقصود آن باشد که یکی از موارد مذکور در عبارت صدر اصل از اختیار دولت خارج شود و داخل در بخش دولتی نباشد، ضروری است که این متن و این عبارت‌پردازی تغییر کند. اصل ۴۴ قانون اساسی در مقام بیان بوده و محدوده‌ی فعالیت هر یک از بخش‌های سه‌گانه را مشخص کرده است. بنابراین

نمی‌توان بدون بازنگری در قانون اساسی از این مسئله دست کشید و محدوده‌ی فعالیت هر یک از بخش‌های مزبور را متحول ساخت. در رد این ادعا باید به ظرفیت تحول‌پذیری نص قانون اساسی خارج از اصل ۱۷۷ توجه داشت، یعنی افزون‌بر مواردی که از طریق فرایند بازنگری تغییر می‌کنند، مواردی نیز ممکن است وجود داشته باشند که تغییر آن‌ها در قانون اساسی مجاز دانسته شده است. بدین ترتیب، با اینکه نص قانون اساسی در خصوص یک موضوع ترتیب خاصی را پیش‌بینی کرده، این مسئله کاملاً محتمل است که به موجب همان مقرر، ترتیب دیگری مقرر شود و برخلاف متن قانون اساسی از اعتبار قانونی برخوردار گردد. یک نمونه که می‌تواند این مسئله را اثبات کند، اصل ۶۴ قانون اساسی است. این اصل، تعداد نمایندگان مجلس را ۲۷۰ نفر عنوان کرده و پس از هر ۱۰ سال نیز - مشروط به تحقق عواملی - امکان اضافه شدن حداکثر ۲۰ نفر را به این تعداد مجاز دانسته است. در حال حاضر نیز براساس این اصل و به موجب قانون اصلاح جدول حوزه‌های انتخابیه‌ی مجلس شورای اسلامی و تعداد نمایندگان آن‌ها مصوب ۱۳۷۸/۸/۱۲، تعداد نمایندگان مجلس به ۲۹۰ نفر افزایش یافته است. یعنی هرچند تعداد ۲۷۰ نفر در قانون اساسی قید شده، در متنی دیگر و البته به موجب همین اصل تعداد دیگری دارای اعتبار است. بر این اساس نیز پذیرفتنی است که نص قانون اساسی خارج از اصل ۱۷۷ و بر مبنای ذیل اصل ۴۴ به‌طور مشروع و قانونی دچار تغییر و اصلاح شود. به عبارت دیگر، اینکه تغییر مفاد صدر اصل ۴۴ به موجب همین اصل بوده، مغایر با قانون اساسی نیست، در واقع، ذیل اصل ۴۴ جواز تغییر مالکیت در بخش‌های سه‌گانه را تحت شرایطی صادر کرده است.

۳. همخوانی سیاست‌های کلی اصل ۴۴ با قانون اساسی

در قسمت پیشین استدلال‌ها و مؤیداتی که سیاست‌های کلی اصل ۴۴ را موجب بازنگری در قانون اساسی می‌دانست، بیان شد، البته تلاش شد تا به هر یک از ادعاهای مزبور پاسخ داده شده و بطلان آن‌ها اثبات شود (پاسخ نقضی). در این قسمت مقصود آن است تا به صورت ایجابی همسویی و عدم مغایرت سیاست‌ها با قانون اساسی اثبات شود (پاسخ حلی). توجه به مفهوم فقهی مالکیت عمومی و در اختیار دولت بودن، توجه به مفهوم سیاست‌های کلی نظام و تحول‌پذیری و سیال بودن اصل ۴۴، از جمله استدلال‌هایی هستند که در ادامه اشاره خواهند شد:

۳-۱. انعطاف‌پذیری اصل ۴۴ از منظر قانونگذار اساسی

توجه به دیدگاه قانونگذار اساسی برای کشف مراد ایشان از اصل ۴۴ قانون اساسی

راهگشاست. بررسی مذاکرات نمایندگان مجلس بررسی نهایی مربوط به اصل ۴۴ نشان می‌دهد که این اصل به شکلی تصویب شده است که از امکان تغییر حدود و قلمرو مالکیت بخش‌های سه‌گانه برخوردار باشد.

عنایت به دغدغه‌های نمایندگان مجلس بررسی نهایی به منظور صیانت از مصالح نظام و حفظ اهداف اقتصادی مندرج در قانون اساسی مانند تأمین استقلال اقتصادی جامعه، ریشه‌کن کردن فقر، جلوگیری از کارفرمای مطلق شدن دولت و مانند این‌ها، مؤید این ادعاست؛ چنانکه یکی از نمایندگان مجلس بررسی نهایی اصل ۴۴ در این زمینه پیشنهاد می‌کند که چون در بعضی موارد ضرورت اقتضا می‌کند که مقام رهبری در حدود ولایت فقیه و برحسب مصالح مسلمین تصرفاتی در هر یک از این سه بخش بنماید، در انتهای اصل اضافه شود: «مقام رهبری، در حدود ولایت فقیه برحسب ضرورت و مصالح مسلمین در هر یک از سه بخش حق اظهار نظر و تصرف دارد» (اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ج ۳: ۱۵۴۰)، در عین حال در جواب به این پیشنهاد، پاسخ داده می‌شود که ذیل اصل قیودی آمده است که مطابق با آن تفصیل ضوابط و قلمرو و شرایط هر سه بخش توسط قانون معین می‌شود و تصویب قانون نیز از طریق مجلس و با نظارت شورای نگهبان امکان‌پذیر است (اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ج ۳: ۱۵۴۶)، از همین رو پیشنهاد مزبور با استقبال مواجه نمی‌شود؛ یعنی از نظر ایشان، ذیل اصل از سازوکاری منعطف برخوردار بوده است که می‌تواند در دوره‌های مختلف متناسب با اقتضائات و شرایط اقتصادی متفاوت و در راستای مصالح و منافع مردم اصل را تغییر دهد. البته شاید گفته شود که این بیانات قابل استناد به همه‌ی نمایندگان مجلس بررسی نهایی نیست و در نهایت اینکه چنین برداشتی تنها به تعداد محدودی از ایشان قابل استناد باشد. در پاسخ به این شبهه باید توجه داشت که پیشنهاد مزبور با ابتنا بر استدلالی که طرح شد، با پذیرش دیگران مواجه نشد. پایه‌ی استدلال نیز بر آن بود که ذیل اصل برای دغدغه‌ی مذکور راهکاری را در زمینه‌ی توجه به مصلحت کشور پیش‌بینی کرده و از این نظر، تصویب چنین پیشنهادی ضروری به نظر نرسیده است. بنابراین، می‌توان گفت که این مسئله تنها محدود به نظر یک نماینده نبوده است. برای تقویت این نظر می‌توان از دیگر پیشنهادها و اصلاحی مربوط به این اصل نیز استمداد جست: در متن پیشنهادی اولیه، قیود ذیل اصل ۴۴ صرفاً در مورد بخش خصوصی طرح شده بودند که برخی نمایندگان نیز تحدید بخش خصوصی با قیود مزبور را «جان مطلب» دانسته و از آن دفاع می‌کردند و حتی به عنوان مدافعان وجود قیود و شروط ذیل اصل ۴۴ و لزوم محدودیت آن‌ها به فعالیت بخش خصوصی، خواستار افزودن قید چهارمی بر

فعالیت بخش خصوصی به این شرح شدند که «به نظام عدل اسلامی زیان وارد نیاورد» (اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ج ۳: ۱۵۳۲ و ۱۵۵۹) یا «استقلال کشور را به خطر نیندازد» (اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ج ۳: ۱۵۳۹). در عین حال برخی دیگر از نمایندگان، قیود و شروط ذیل اصل را نه تنها بر بخش خصوصی بلکه به هر سه بخش دولتی، تعاونی و خصوصی وارد دانستند؛ ایشان در این راستا مبنای محدودیت بخش خصوصی را اصل «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام»^(۸) عنوان کرده و با توجه به اینکه دولت نیز می‌تواند موجب «اضرار جامعه» باشد، فعالیت آن را نیز مشروط به این قیود اعلام کردند و از همین روی، حمایت قانون از فعالیت هر سه بخش، و نه فقط بخش خصوصی، را مقید به شروط سه‌گانه بیان داشتند (اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ج ۳: ۱۵۳۴).

بنابراین، تعمیم محدودیت‌های ذیل اصل به هر سه بخش دولتی، تعاونی و خصوصی که بر مبنای قاعده‌ی «لا ضرر» صورت پذیرفت، نشان می‌دهد که همه یا اکثریت حاضر در مجلس بررسی نهایی اصل ۴۴ به میزانی بر فعالیت بخش‌های سه‌گانه مهر تأیید زده‌اند که به ورود ضرر به جامعه منجر نشود. به بیان دیگر، قانونگذار اساسی سیال بودن این اصل را مدنظر داشته و با علم به اینکه ممکن است تغییر این بخش‌ها ضرورت پیدا کند، به تصویب رسیده است.

۳-۲. عنایت به مفهوم مالکیت عمومی

در اصل ۴۴ بخش عمده‌ای از اقتصاد کشور «به صورت مالکیت عمومی و در اختیار دولت» قرار گرفته است. این عبارت مستلزم مداخله‌ی مستقیم دولت در همه‌ی اموال و فعالیت‌های مندرج در صدر اصل نیست، بلکه بدین معناست که اموال مزبور، ملک دولت نیست و دولت موظف است آن‌ها را صرفاً در جهت مصالح عمومی به کار گیرد (یزدی، ۱۳۷۵: ۳۶۹)، زیرا موارد صدر اصل در زمره‌ی اموال عمومی قرار دارند و این اموال، متعلق حق عموم مردم هستند. دولت نیز به عنوان نماینده‌ی مردم و به منظور حفظ نظم و عدالت و جلوگیری از هرج و مرج و تضییع حقوق مردم، مدیریت و اداره‌ی این اموال را بر عهده دارد (منتظری نجف‌آبادی، ۱۴۰۹ق، ج ۷: ۳۲۶-۳۲۷). بنابراین، در بسیاری موارد لزومی به مباشرت مستقیم دولت وجود ندارد و حتی در برخی موارد، صرف نظارت دولت و عدم تصدی آن است که می‌تواند موجب تحقق شرایط ذیل اصل و از جمله، رشد و توسعه‌ی نظام اقتصادی شود. به بیان دیگر، چنانچه اثبات شود که دخالت مستقیم دولت موجب تضییع مصالح و منافع عمومی می‌شود و نظارت به گونه‌ی مطلوب‌تری می‌تواند مصالح عمومی را تأمین کند، نباید به

مداخله‌ی مستقیم دولت نظر داشت. این در حالی است که دولت می‌تواند بدون مباشرت مستقیم و با سیاستگذاری، قانونگذاری و مقررگذاری، مدیریت و اداره‌ی مطلوب این اموال را در صورت واگذاری به بخش خصوصی نیز در اختیار داشته باشد. بر این اساس، اینکه - مثلاً - بانکداری یکی از موارد صدر اصل است، ملازمه‌ای با آن ندارد که حوزه‌ی بانکداری به‌طور مطلق در تصدی دولت باشد یا بانک‌های خصوصی امکان فعالیت نداشته باشند یا امکان واگذاری برخی بانک‌های دولتی به بخش غیردولتی وجود نداشته باشد. از این رو برخی حقوقدانان بر این باورند که اصولاً انتقال مالکیت عمومی به خصوصی به موجب قانون امکان‌پذیر است، البته مشروط بر آنکه جوهر مالکیت دولت در حوزه‌ی مربوط همچنان باقی بماند و واگذاری اموال و فعالیت‌ها به بخش خصوصی به‌گونه‌ای نباشد که موجب استحاله‌ی مالکیت عمومی و تبدیل کامل همه‌ی حوزه‌های صدر اصل ۴۴ به مالکیت خصوصی شود. به بیان دیگر، مالکیت خصوصی دولت و مالکیت خصوصی بخش خصوصی در جزئیات و بخش‌های فرعی عرصه‌های صدر اصل امری بدیهی و اجتناب‌ناپذیر است، اما مالکیت دولت در خصوص تأسیسات زیربنایی عرصه‌های اقتصادی و عمومی همچنان باید صیانت شود (کنعانی، ۱۳۹۲: ۲۴۱)؛ یعنی بر این اساس، هرچند می‌توان - مثلاً - به واگذاری بانک‌ها نظر داشت، این مسئله به معنای جواز واگذاری همه‌ی بانک‌ها و حتی بانک مرکزی به بخش غیردولتی نیست.

بنابراین، اموال و فعالیت‌های صدر اصل در انحصار مطلق دولت قرار ندارد و در صورتی‌که رشد و توسعه‌ی نظام اقتصادی و جلوگیری از ورود زیان در عدم تصدی دولت باشد، دولت موظف است به‌منظور حفظ مصالح عمومی آن‌ها را واگذار کند. سیاست‌های کلی اصل ۴۴ نیز چنین منطقی را رعایت کرده است؛ یعنی ابلاغ این سیاست‌ها کاشف از آن است که حکومت به این تشخیص رسید که مصلحت نظام اقتصادی اقتضای دیگری دارد و این مسئله با مفهوم مالکیت عمومی تعارضی ندارد. در عین حال چنانچه بر این عقیده باشیم که واگذاری‌ها نباید موجب استحاله‌ی اصل ۴۴ و مثلاً تبدیل کامل حوزه‌های بخش دولتی به خصوصی باشد، باید گفت که این منطق در سیاست‌های کلی رعایت شده است و همچنان پایه‌های بنیادین اموال و فعالیت‌های اقتصادی در اختیار بخش دولتی قرار دارد. چه اینکه، مطابق سیاست‌های مزبور مواردی مانند شرکت ملی نفت ایران و شرکت‌های استخراج و تولید نفت خام و گاز، بانک مرکزی، بیمه‌ی مرکزی، سازمان هواپیمایی کشوری و سازمان بنادر و کشتیرانی، شبکه‌های اصلی انتقال برق و شبکه‌های مادر مخابراتی همچنان در اختیار بخش دولتی قرار دارند.

۳-۳. توجه به مفاد سیاست‌های کلی نظام

سیاست‌های کلی نظام و از جمله سیاست‌های کلی اصل ۴۴ متضمن چارچوب وضع قوانین و مقررات و خط‌مشی مربوط به آن است و ملاک و معیاری مهم در تعیین اولویت وضع الزامات قانونی به‌شمار می‌روند. در واقع سیاست‌های کلی نظام - جدا از این موضوع که الزام‌آور تلقی شوند یا ارشادی^(۹) - مشتمل بر مجموعه‌ای از اهداف، آرمان‌ها و خط‌مشی‌ها هستند که به‌منظور تسریع در پیشبرد اهداف و آرمان‌ها و ایجاد شفافیت در آن‌ها و نیز از بین بردن ابهام‌های موجود تنظیم می‌شوند و بستری مناسب برای رفتارهای بعدی نهادهای حکومتی از جمله نهادهای قانونگذار قلمداد می‌شوند. این اهداف، آرمان‌ها و خط‌مشی‌ها ممکن است جزء مواردی باشند که:

- به‌طور مشخص مدنظر و مراد قانونگذار اساسی بوده، اما در اصول مختلفی تبلور یافته‌اند؛

- به‌طور صریح در متن قانون اساسی به رشته‌ی تحریر در نیامده، اما منطبق بر روح و غایت قانون اساسی‌اند؛

- از تحلیل و ارزیابی مفاد اصول مختلف قانون اساسی قابل استنباط‌اند.

بدین ترتیب، سیاست‌های کلی از استنباط و استخراج اهداف و خط‌مشی‌های مزبور که منقح و مدون شده‌اند، حاصل می‌شوند، البته باید توجه داشت که این سیاست‌ها نمی‌توانند و نباید برخلاف قانون اساسی صادر شوند؛ چه اینکه به تصریح مقام رهبری نیز «سیاست‌های ابلاغی در چارچوب قانون اساسی نافذ است و تخطی از این قانون در اجرای سیاست‌های کلی پذیرفته نیست» (سیاست‌های کلی جمهوری اسلامی در موضوعات امنیت اقتصادی، انرژی، منابع آب، بخش معدن، منابع طبیعی و بخش حمل‌ونقل، ۱۳۷۹/۱۱/۳).

سیاست‌های کلی اصل ۴۴ نیز بر همین مبنا تنظیم شده‌اند؛ یعنی سیاست‌های مزبور با توجه به اهداف اقتصادی قانون اساسی که در جای‌جای مختلف آن از جمله، مقدمه و فصل اقتصاد و امور مالی (فصل ۴ قانون اساسی) بر آن‌ها تصریح شده و البته براساس تجزیه و تحلیل منطقی و صحیح اصل ۴۴ ابلاغ شده‌اند. در واقع تأمین عدالت اجتماعی، جلوگیری از کارفرمای مطلق شدن دولت (مندرج در بند ۲ اصل ۴۳)، تحقق رشد و توسعه‌ی اقتصادی کشور و عدم ورود زیان به جامعه (ذیل اصل ۴۴)، دستیابی به اشتغال کامل و قرار دادن وسایل کار در اختیار کسانی که قادر به کارند، ولی وسایل کار ندارند (مندرج در بند ۲ اصل ۴۳) و مواردی از این دست، از جمله اهداف و آرمان‌هایی بوده‌اند که چارچوب سیاست‌های کلی اصل ۴۴ را شکل داده‌اند.

کارویژه‌ی اصلی سیاست‌های کلی اصل ۴۴ آن بوده است که مبتنی بر اهداف و آرمان‌های

پیش‌گفته و براساس برداشت درست و منطقی از اصل ۴۴ خط‌مشی‌هایی را مشخص کرده تا هر گونه ابهام و اجمالی در این خصوص برداشته شود و سرمایه‌گذاری، مالکیت و مدیریت بخش غیردولتی در موارد صدر اصل با مانعی روبه‌رو نباشد. بنابراین باید گفت که سیاست‌های کلی اصل ۴۴ در مقام بازنگری در قانون اساسی نبوده و بلکه با توجه به اهداف و چارچوب‌های حاکم بر اقتصاد کشور در قانون اساسی به‌ویژه براساس ذیل اصل ۴۴، خط‌مشی و بستر مطلوب قانونگذاری را در این حوزه ابلاغ کرده است. این مسئله به بعد از ابلاغ سیاست‌ها اختصاص نداشته و پیش از این نیز – البته با سخت‌گیری‌هایی – امکان‌پذیر بوده است؛ چنانکه اشاره شد، برخی قوانین نیز پیش از ابلاغ سیاست‌ها با استناد به ذیل اصل به تصویب رسیدند و زمینه‌ی واگذاری موارد صدر اصل به بخش غیردولتی یا سرمایه‌گذاری این بخش در این حوزه را تمهید کردند.

نتیجه‌گیری

اصل ۴۴ قانون اساسی در مقام بیان بخش‌های اقتصادی، ساختار اقتصادی کشور را ترسیم و اقسام مالکیت در بخش‌های دولتی، خصوصی و تعاونی را پیش‌بینی کرده است. تنظیم اصل بدین ترتیب که بسیاری از فعالیت‌های اقتصادی به صورت مالکیت عمومی در اختیار دولت قرار گرفته و بخش خصوصی نیز به منزله‌ی مکمل فعالیت‌های اقتصادی دولتی و تعاونی به حساب آمده است، در نگاه نخست این شائبه را به ذهن متبادر می‌کند که نظام اقتصادی کشور، دولتی و مشابه با نظام‌های اقتصادی سوسیالیستی است و امکان واگذاری موارد صدر اصل به بخش‌های غیردولتی وجود ندارد.

توجه به مفاد ذیل اصل مبنی بر تحدید مالکیت در سه بخش مزبور با توجه به رشد و توسعه‌ی اقتصادی کشور، زیان رساندن به جامعه، خارج نشدن از محدوده‌ی اسلام و نیز عدم مغایرت با دیگر اصول فصل چهارم قانون اساسی مبین آن است که چنین برداشتی روا نباشد و اساسی‌سازی اصل بدین ترتیب، به دلیل برخی ملاحظات و محظورات پس از پیروزی انقلاب اسلامی بوده است؛ چه اینکه امعان نظر به تأکید اصل ۴۳ بر «کارفرمای بزرگ مطلق نشدن دولت» و «رعایت ضرورت‌های حاکم بر برنامه‌ریزی عمومی اقتصاد کشور» به عنوان ضوابط اقتصاد جمهوری اسلامی ایران نیز پذیرش این امر را تقویت می‌کند.

بر همین اساس، ابلاغ سیاست‌های کلی اصل ۴۴ مغایر و ناقض قانون اساسی نیست و بلکه، در راستا و همسو با منطق و مفهوم اصل ۴۴ ارزیابی می‌شود. امعان نظر به مراد قانونگذار اساسی که دغدغه‌ی صیانت از مصالح نظام و حفظ اهداف اقتصادی مندرج در قانون اساسی را داشته است، توجه به مفهوم مالکیت عمومی که ملازمه‌ای با انحصار اموال و فعالیت‌های صدر اصل در بخش دولتی ندارد، همچنین عنایت به مفاد سیاست‌های کلی اصل ۴۴ که مبتنی بر اهداف و چارچوب قانون اساسی ابلاغ شده‌اند، این مدعا را اثبات می‌کنند و تحول‌پذیری این اصل را طبق ضوابطی نشان می‌دهند؛ یعنی اصل ۴۴ اصلی منعطف است که قابلیت تطبیق با شرایط متحول اجتماعی بر اثر گذشت زمان را دارد. افزون بر این موارد، بررسی قوانین و مقررات و همچنین اظهار نظرهای شورای نگهبان نیز نشان می‌دهد که همواره تفسیر منطقی مبنی بر توجه توأمان به صدر و ذیل اصل به عنوان یک کل منسجم مدنظر بوده است. بنابراین، ذکر مصادیق متعدد در اصل ۴۴ برای بخش دولتی نه به معنای منع ورود سایر بخش‌ها در این حوزه بوده و نه به معنای حضور همیشگی بخش دولتی در این حوزه‌ها؛ بلکه به معنای آن بوده است که اولویت تصرف در این اموال و خدمات با دولت است، مشروط بر

اینکه قیود چهارگانه‌ی ذیل اصل رعایت شده باشد. البته مسئله‌ای که در این خصوص نیازمند مذاقه بیشتر و پژوهش مستقل دیگری می‌باشد، آن است که آیا اساسی‌سازی اصل بدین ترتیب مطلوب است یا خیر؛ اینکه بتوان بدون نیاز به طی تشریفات رسمی بازنگری به استخراج یک حکم کلی انتزاعی دست یافت و در نتیجه، وضعیت حقوقی تمامی مصادیق خارجی مندرج در یک اصل را تغییر داد.

یادداشت‌ها

۱. براساس اصل ۱۷۷، بازنگری در قانون اساسی صرفاً در موارد ضروری و با دستور مقام رهبری پس از مشورت با مجمع تشخیص مصلحت نظام صورت می‌پذیرد. رهبر موارد اصلاح و متمیم را به شورای بازنگری قانون اساسی پیشنهاد می‌دهد. مصوبات شورای مذکور نیز پس از تأیید و امضای رهبری باید به تصویب اکثریت مطلق شرکت‌کنندگان در همه‌پرسی برسد.
۲. اصل این مدعا نیازمند اثبات است که مجال این پژوهش نیست. پیش‌فرض این نوشتار آن است که تغییر قانون اساسی از طریق غیر از اصل ۱۷۷ قانون اساسی امکان‌پذیر است. برای توضیحات بیشتر ن.ک: منصوریان، مصطفی (۱۳۹۴)، «اصلاح قانون اساسی»، گزارش پژوهشی پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، شماره‌ی مسلسل ۱۳۲، ۱۳۹۴، صص ۵-۱۶.
۳. پاره‌ای از حقوقدانان نیز بدون آنکه در آثار خود به این موضوع پرداخته باشند (هاشمی، ۱۳۸۸، ج ۱: ۳۷۸-۳۵۲)، در برخی مصاحبه‌ها به‌طور کاملاً اجمالی به مغایرت سیاست‌های کلی اصل ۴۴ با قانون اساسی نظر داده‌اند. ن.ک: هاشمی، محمد (۱۳۹۲)، مصاحبه با خبرگزاری دانشجویان ایران «ایسنا»، کد خبر 92091006671، قابل‌دسترسی در: <http://isna.ir/fa/news/92091006671/> (آخرین بازبینی: ۱۳۹۵/۱/۱۵)
۴. برای مشاهده‌ی برخی آثار که به تبیین بخش‌های اقتصادی و انواع مالکیت پرداخته ولی اساساً به این موضوع اشاره‌ای نکرده‌اند، ن.ک: شعبانی، ۱۳۹۲: ۲۳۱-۲۴۲؛ محسنی و نجفی، ۱۳۸۸: ۴۱۳-۴۲۳.
۵. البته باید توجه داشت که مقصود از طرح بحث این موضوع، اثبات آن نبوده و مراد آن است که صرفاً امکان‌پذیری این مسئله طرح شود؛ چه اینکه بررسی تفصیلی و اثبات این موضوع نیازمند پژوهش مستقل دیگری است.
۶. برای مشاهده‌ی تفصیلی تحلیل نظرهای شورای نگهبان در خصوص این دسته از مصوبات، ن.ک: منصوریان، ۱۳۹۴: ۳۲-۵۶؛ همچنین برای مشاهده‌ی مجموعه‌ی کامل اظهار نظرهای شورای نگهبان در خصوص مصوباتی که در آن‌ها به اصل ۴۴ استناد شده است، ن.ک: پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۴: ۳۹۹-۴۶۹.
۷. فصول سوم و چهارم این قانون به‌طور خاص، «واگذاری سهام و مدیریت شرکت‌های دولتی» و «تنظیم انحصارات و رقابتی کردن فعالیت‌های اقتصادی» را در مواد ۹-۳۵ بیان کرده است.
۸. معنای قاعده‌ی مزبور آن است که در حقوق و به‌طور عموم در فقه اسلامی، حکم ضرری وضع نشده و هر حکم که اصل وجود یا توسعه و استمرار آن مستلزم ضرر و ضرار بوده باشد، در اسلام منتفی است. همچنین، اینکه ضرری جبران نشود، در اسلام تجویز نشده است. برای توضیحات بیشتر ن.ک: محقق داماد یزدی، ۱۴۰۶ ق، ج ۱: ۱۳۱-۱۶۲.
۹. برای توضیحات بیشتر ن.ک: اسماعیلی و طحان‌نظیف، ۱۳۸۷: ۹۳-۱۲۷.

منابع و مآخذ

الف) فارسی

- اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۴)، صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، تهران: اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، چ اول، ج ۳.
- اسماعیلی، محسن و سید محمدمهدی غمامی (۱۳۸۹)، «مطالعه‌ی تطبیقی نظام حقوقی رقابت در ایران و فرانسه»، پژوهشنامه‌ی حقوق اسلامی، سال یازدهم، ش ۲، صص ۱۵۳-۱۸۸.
- اسماعیلی، محسن و هادی طحان‌نظیف (۱۳۸۷)، «تحلیل ماهیت نهاد سیاست‌های کلی نظام در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران»، دوفصلنامه‌ی معارف اسلامی و حقوق، دوره‌ی ۹، ش ۲۸، صص ۹۳-۱۲۷.
- پژوهشکده‌ی شورای نگهبان (۱۳۹۴)، اصول قانون اساسی در پرتو نظرات شورای نگهبان (۱۳۹۴-۱۳۵۹)؛ اصول ۱ تا ۵۵ قانون اساسی، تحقیق و تدوین محمد فتحي و کاظم کوهی اصفهانی، تهران: پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ج ۱.
- تیلا، پروانه (۱۳۸۴)، «تحلیل چارچوب نظری بازنگری در قانون اساسی»، مجله‌ی حقوق اساسی، ش ۵، صص ۵۳-۸۰.
- شعبانی، قاسم (۱۳۸۶)، حقوق اساسی و ساختار حکومت جمهوری اسلامی ایران، تهران: اطلاعات، چ بیست‌ونهم.
- عطایی، امید (۱۳۸۹)، مروری بر روند تهیه و تصویب قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، چ اول.
- قاسمی، داود و راویه ذکریایی (۱۳۹۲)، خرید و فروش اموال دولتی و عمومی، تهران: میزان، چ اول.
- قاضی، ابوالفضل (۱۳۸۴)، بایسته‌های حقوق اساسی، تهران: میزان، چ بیست‌وچهارم.
- کنعانی، محمدطاهر (۱۳۸۷)، تملک اموال عمومی و مباحات، تهران: میزان، چ اول.
- محقق داماد یزدی، سید مصطفی (۱۴۰۶ق)، قواعد فقه، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چ دوازدهم، ج ۱.
- مرکز تحقیقات شورای نگهبان (۱۳۸۵)، مجموعه نظریات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی (دوره‌ی چهارم) خرداد ۱۳۷۱ تا خرداد ۱۳۷۵، تهران: دادگستر، چ اول.
- مرکز تحقیقات شورای نگهبان (۱۳۸۹)، مجموعه نظرات تفسیری و مشورتی شورای نگهبان

«در خصوص اصول قانون اساسی به انضمام استفساریه‌ها و تذکرات» ۱۳۵۹-۱۳۸۸، تهران: مرکز تحقیقات شورای نگهبان، چ دوم، ویرایش اول.

منتظری نجف‌آبادی، حسین‌علی (۱۴۰۹ق)، *مبانی فقهی حکومت اسلامی*، ترجمه‌ی محمود صلواتی و ابوالفضل شکوری، قم: مؤسسه‌ی کیهان، چ اول، ج ۷.

منصوریان، مصطفی (۱۳۹۴)، «اصلاح قانون اساسی»، گزارش پژوهشی پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، شماره‌ی مسلسل ۱۳۲، ۱۳۹۴۰۱۳۲.

منصوریان، مصطفی (۱۳۹۴)، «شرح مبسوط اصل ۴۴ قانون اساسی»، گزارش پژوهشی پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، شماره‌ی مسلسل ۱۳۹۴۰۰۶۴.

مهرپور، حسین (۱۳۹۱)، *مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: دادگستر، چ سوم.

نجفی‌اسفاد، مرتضی و فرید محسنی (۱۳۸۸)، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: انتشارات بین‌المللی الهدی، چ هشتم.

نظری‌آباد، مریم و امید عطایی (۱۳۸۶)، «تحلیلی بر سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و مقایسه‌ی لایحه‌ی قانونی اجرای این سیاست‌ها با مصوبات کمیسیون ویژه‌ی سیاست‌های کلی اصل ۴۴ مجلس شورای اسلامی»، گزارش پژوهشی دفتر مطالعات اقتصادی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره‌ی مسلسل ۸۵۰۶.

هاشمی، سید محمد (۱۳۶۹)، «بررسی تطبیقی و موضوعی بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، *مجله‌ی تحقیقات حقوقی*، ش ۸، صص ۱۵۱-۲۲۸.

هاشمی، سید محمد (۱۳۸۸)، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: میزان، چ نهم، ج ۱.

یزدی، محمد (۱۳۷۵)، *قانون اساسی برای همه*، تهران: امیرکبیر، چ اول.

(ب) لاتین

- Albert, Richard (2014) [a], "Constitutional Amendment by Constitutional Desuetude", *American Journal of Comparative Law*, vol. 62, pp. 641-686.
- Albert, Richard (2014) [b] "Constitutional Disuse or Desuetude: The Case of Article V." *Boston University Law Review*, vol. 94, pp. 1029-1081.

«ضرورت» در قانون اساسی؛ مفهوم - مرجع تشخیص و نظارت

بیژن عباسی^{۱*}، علی سهرابلو^{۲**}

۱. دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، ایران

۲. دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه تهران، تهران، ایران

پذیرش: ۱۳۹۵/۹/۱۲

دریافت: ۱۳۹۵/۶/۱۸

چکیده

مفهوم و مصادیق ضرورت در موارد متعددی در اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران پیش‌بینی و مقرر شده است. این مصادیق را می‌توان بر مبنای مرجع تشخیص ضرورت، در سه دسته ضرورت تقنینی، اجرایی و خاص که نهاد ذیصلاح تشخیص ضرورت در آن‌ها به‌ترتیب عبارت‌اند از: مجلس شورای اسلامی، قوه مجریه و نهادهایی به‌جز دو نهاد پیشین دسته‌بندی و مطالعه کرد. بر این اساس، تشخیص ضرورت‌های حاکم بر برنامه‌ریزی عمومی اقتصاد کشور و ضرورت تفویض قانونگذاری به کمیسیون‌های داخلی مجلس مقرر در اصل ۸۵ قانون اساسی در صلاحیت مجلس است (ضرورت تقنینی). نظارت در دو ضرورت مذکور در صلاحیت شورای نگهبان است. ضرورت برقراری محدودیت در مواقع اضطراری و ضرورت استخدام کارشناسان خارجی مندرج در اصول ۷۹ و ۸۲ قانون اساسی نیز توسط قوه مجریه تشخیص داده می‌شوند (ضرورت اجرایی). نظارت بر این ضرورت‌ها نیز بر عهده مجلس شورای اسلامی است. در نهایت، تشخیص ضرورت تعیین نماینده ویژه مندرج در اصل ۱۲۷ در صلاحیت رئیس‌جمهور (صرفاً) و نظارت بر تشخیص ضرورت تعیین نماینده ویژه نیز بر عهده هیأت وزیران است (ضرورت خاص). بنابراین، نوشتار حاضر با شمول موارد مذکور به بررسی جامع مفهوم ضرورت در اصول قانون اساسی و مراجع تشخیص و نظارت بر آن می‌پردازد.

کلیدواژه‌ها: امور اجرایی، امور خاص، امور تقنینی، ضرورت، مرجع تشخیص.

* E-mail: Babbasi@ut.ac.ir

E-mail: Asohrablu@yahoo.com

** نویسنده مسئول

مقدمه

حقوق اساسی عرصه‌ی تقابل و کشاکش میان آزادی و قدرت است. میل آزادی به اطلاق و قدرت به همه‌گیری می‌بایست از طریق ابزارهایی کنترل شود. بر این اساس است که قانون اساسی با پیش‌بینی و تعبیه‌ی ابزار و راهکارهایی تعادل و تناسب را بین این دو برقرار و مستقر می‌سازد و این‌گونه است که نهادها و مراجعی عهده‌دار صلاحیت‌ها و اختیاراتی در این زمینه می‌شوند. در این میان، تنسيق و ساماندهی این صلاحیت‌ها و اختیارات براساس متون قانونی اهمیت بسزایی دارد، به‌نحوی که اختلاف بر سر تفاسیر این متون به‌ویژه در اموری که به اعطای صلاحیتی مشخص به نهادی خاص منجر شود، از مباحث چالش‌برانگیز در حوزه‌ی مطالعات قانون اساسی محسوب می‌شود.

در برخی از اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مفهوم ضرورت مطرح شده است. اصولی همانند اصل ۸۵ قانون اساسی که از تفویض جزئی قانونگذاری مجلس به کمیسیون‌های داخلی و همچنین دولت در موارد ضروری بحث می‌کند؛ یا اصل ۷۹ که از حق دولت در برقراری محدودیت‌های ضروری در مواقع اضطراری با تصویب مجلس سخن به میان می‌آورد. در این‌جا این پرسش مطرح می‌شود که این ضرورت در اصول مزبور در قانون اساسی به چه معناست و چه نوع ضرورتی را شامل می‌شود؟ پرسش مهم‌تر دیگری که مطرح می‌شود این است که مرجع تشخیص این ضرورت، کدام نهاد و مرجع نظارت بر این ضرورت و تشخیص آن چه شخصی است؟ این مسئله یکی از موضوعات مبتلا به نظام حقوقی ماست، به‌نحوی که چالش‌هایی در این زمینه در میان نهادهای ذی‌ربط وجود دارد. برای نمونه، شورای نگهبان با استناد به اصل ۸۵ قانون اساسی و اینکه این نهاد عهده‌دار تشخیص ضرورت تفویض قانونگذاری مجلس به کمیسیون‌های داخلی است، در مواردی از تأیید مصوبه‌ی مجلس خودداری کرده است؛ درحالی‌که مجلس خود را در تشخیص ضرورت تفویض تقنین به کمیسیون‌های داخلی خود ذی‌صلاح می‌داند و همین مسئله ضرورت پرداختن به این موضوع را خاطرنشان می‌سازد که با وجود اهمیت آن تاکنون مورد عنایت محققان قرار نگرفته است. بر این اساس، در مقاله‌ی حاضر با رویکردی تحلیلی-توصیفی و با بهره‌گیری از منابع موجود و به‌ویژه نظرهای شورای نگهبان و قوانین اساسی و عادی، نخست مفهوم ضرورت و انواع آن بررسی و مطالعه شده (گفتار نخست)، سپس در خصوص ضرورت در قانون اساسی بحث می‌شود. بدین صورت که مفهوم این واژه در اصول قانون اساسی، مرجع تشخیص ضرورت در اصول مربوط و مرجع نظارت بر این ضرورت و تشخیص آن، از نظر خواهد گذشت (گفتار دوم).

۱. مفهوم و اقسام ضرورت

پرداختن به ضرورت و مصادیق آن در قانون اساسی، مستلزم روشن شدن مفهوم این واژه و انواع آن خواهد بود که در مبحث حاضر، شرح داده خواهد شد.

۱-۱. مفهوم لغوی

معنای لغوی ضرورت را باید در ضرر و زیان حاصل از امری جست‌وجو کرد. دهخدا این واژه را به نیاز، حاجت، درماندگی و بیچارگی معنا می‌کند (دهخدا، ۱۳۷۷: ۱۶۱۶۵). معین نیز در فرهنگ فارسی علاوه بر این موارد، اجبار و الزام را نیز در محدوده‌ی معانی ضرورت وارد می‌داند (معین، ۱۳۸۸: ۷۸۶). ابن‌منظور ضرورت را بدین نحو تعریف می‌کند: «ریشه واژه ضرورت، ضرر می‌باشد. ضرر فلانا او بفلان؛ یعنی به او ضرر و زیان زد. ضرر الی کذا یعنی او را به چیزی مجبور کرد و ناچار ساخت. ضرورت اسم برای مصدر اضطرار می‌باشد» (ابن‌منظور، بی‌تا: ۴۶). جرجانی نیز در تعریف این واژه می‌نویسد: «ضرورت از واژه ضرر مشتق شده و ضرر عبارت است از آنچه بر انسان وارد آید و انسان گریزی از آن نیابد» (به نقل از: زحیلی، ۱۳۸۸: ۹۵). پس ضرورت را می‌توان بدین صورت تعریف کرد: نیاز و الزام برآمده از ضرر و زیان حاصل از امری. در واقع، ضرر و به عبارتی ترس از ورود ضرر، موجب حالتی است که ضرورت نام می‌گیرد، و باید میان ورود ضرر و حالتی دیگر که ضرر در آن وجود ندارد، انتخاب صورت گیرد.

۱-۲. مفهوم تخصصی - حقوقی

در بیان مفهوم ضرورت، برخی فقها نیاز به رفع گرسنگی و نجات جان فرد را عنصر و مؤلفه‌ی تعریف دانسته‌اند. برای نمونه، بیان شده است ضرورت به معنای ترس از دست دادن جان یا اندام بدن در نتیجه‌ی خودداری از خوردن است (جصاص، بی‌تا: ۱۵۰؛ البزدوی، ۱۳۰۷ق: ۱۵۱۸). ولی بی‌شک نمی‌توان ضرورت را منحصر و محدود به ترس از ضرر و زیان جسمی ناشی از گرسنگی دانست. آنچه در فقه شهرت دارد، «الضرورات تبیح المحظورات» است که بنابر اطلاق قاعده، تمامی ضرورات ناشی از ضرر و زیان‌های مادی و معنوی بر اشخاص و جامعه را شامل می‌شود و منحصر کردن آن به مبحث اطعمه و اشربه صحیح نخواهد بود. وهبه زحیلی با توجه به این نکته در تعریف ضرورت می‌نویسد: عارض شدن حالتی از خطر یا مشقت زیاد، به گونه‌ای که ترس پیش آمدن زیان، آزار و آسیب به جان، اعضا، آبرو، عقل، مال و توابع آن‌ها باشد، در نتیجه مباح یا لازم گشتن احتراز از این حالت (زحیلی، ۱۳۸۸: ۹۷). صبحی محمضانی نیز ضرورت را به حالتی که شخص

برای صیانت از دین، جان، مال، عقل یا اولاد خود به آن پناه می‌برد (محمصانی، ۱۳۵۸: ۲۶۲)، تعریف کرده است. این تعاریف در مقایسه با تعاریف پیشین جامع‌تر می‌نماید، ولی محدود به ضرر و زیان وارده بر انسان است. درحالی‌که ضرر و زیان وارده بر جامعه، ضرورتی اقوی را موجب می‌شود. بنابراین، باید ضرورت را بدین صورت تعریف کرد: حالت ترس یا نیاز و الزام حاصل از ضرر بر شخص یا جامعه یا به‌طور کلی، موقعیتی که ایجاب‌کننده‌ی انتخاب میان دو ضرر یا منفعت باشد. یا به‌عبارتی، ضرورت عذری است که به موجب آن ارتکاب پاره‌ای از امور ممنوعه مجاز است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶: ۱۶).

۳-۱. انواع ضرورت

بحث در اقسام و انواع ضرورت اغلب در فلسفه و کلام مطرح می‌شود. چنانکه فلاسفه ضرورت را دارای اقسامی به شرح ذیل می‌دانند: ضرورت ازلی، ضرورت ذاتی، ضرورت وصفی، ضرورت وقتی و ضرورت به شرط محمول (صدرالمتألهین شیرازی، ۱۳۸۰، ج ۴: ۲۸۰)، یا تقسیم ضرورت به منطقی و تجربی (صانعی دره‌بیدی، ۱۳۸۷: ۴۹-۶۱). ولی از آنجا که مفهوم ضرورت محدود و منحصر به علم فلسفه نیست و در دیگر علوم نیز موضوعیت دارد، بررسی اقسام ضرورت از دیدگاه علم حقوق لازم است. در بیان اقسام ضرورت می‌توان از دسته‌بندی‌های مفاهیم مشابه ضرورت یاری گرفت. همانند تقسیم‌بندی منفعت و مصلحت به عمومی و خصوصی. بر این اساس، و از دیدگاه حقوقی می‌توان ضرورت را به دو دسته‌ی ضرورت خصوصی و ضرورت عمومی تقسیم کرد. ضرورت خصوصی بدین معنا که منفعت افراد و اشخاص در آن نهفته است و ضرورت عمومی بدین معنا که منفعت عمومی شاکله‌ی آن را تشکیل می‌دهد. همچنین می‌توان ضرورت را بر مبنای شدت ضرر و زبانی که ممکن است حاصل شود، به ضرورت اساسی و ضرورت عادی تقسیم کرد. در ضرورت اساسی، ترس از ایراد ضرر و زیان اساسی و جبران‌ناپذیری می‌رود و در ضرورت معمولی یا عادی، ترس از ضرر و زیان وجود دارد، ولی این ضرر قریب‌الوقوع نیست. تقسیم‌بندی دیگری که می‌توان در این زمینه ارائه کرد و در این نوشتار مدنظر ما خواهد بود، تقسیم ضرورت به ضرورت تقنینی، اجرایی و خاص به اعتبار مرجع تشخیص ضرورت در قانون اساسی است که در گفتارهای مربوط بیان و بررسی خواهد شد.

۲. ضرورت در قانون اساسی ج. ا. ا، مرجع تشخیص و نظارت

با عنایت به تقسیم‌بندی ضرورت به تقنینی، اجرایی و خاص؛ مصادیق این ضرورت‌ها، مرجع تشخیص و نظارت بر آن‌ها در اصول قانون اساسی، در گفتار پیش‌رو تشریح خواهد شد.

۲-۱. ضرورت تقنینی در قانون اساسی، مرجع تشخیص - مرجع نظارت

در ضرورت تقنینی، مرجع و نهاد ذیصلاح تشخیص ضرورت، مجلس شورای اسلامی است. با تدقیق در اصول قانون اساسی، نتیجه‌ی حاصله این است که ضرورت تقنینی در دو اصل ۴۳ و ۸۵ قانون اساسی پیش‌بینی و مقرر شده است؛ این امری است که در بند زیر تبیین خواهد شد. افزون‌بر این موضوع، مرجع تشخیص ضرورت و نهاد ذیصلاح ناظر بر این ضرورت و تشخیص آن نیز در اصل تحلیل می‌شود.

۲-۱-۱. اصل ۴۳ قانون اساسی^(۱)

در این قسمت، مفهوم و نوع ضرورت، مرجع تشخیص ضرورت و مرجع نظارت بر این تشخیص بررسی خواهد شد.

الف) مفهوم و نوع ضرورت

پیش‌نویس اصل ۴۳ قانون اساسی مقرر می‌داشت: «تأمین شرایط و وسائل کار برای همه کسانی که توانایی کار دارند، ولی قادر بر تهیه وسایل کار خود نیستند. ضوابط و کیفیت این تأمین را با رعایت مصالح جامعه و برنامه‌ریزی عمومی اقتصاد کشور، قانون معین می‌کند» (اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ج ۳: ۱۴۴۸). در پیش‌نویس این اصل، نامی از واژه‌ی ضرورت به میان نیامده بود و در اصلاح پایانی این واژه به اصل مزبور افزوده شد. این بند در مقام بیان یکی از ضوابط اقتصاد اسلامی برای نیل به استقلال اقتصادی، مقرر می‌دارد که تأمین شرایط و امکانات کار برای کسانی که قادر به کارند، ولی امکانات آن را ندارند، باید با توجه به ضرورت‌های حاکم بر برنامه‌ریزی عمومی اقتصاد کشور صورت پذیرد. شایان ذکر است برنامه‌ریزی‌ها در کشور ما، در حوزه‌ی اقتصاد، فرهنگ، اجتماع و دیگر حوزه‌ها، تحت عنوان برنامه‌ی توسعه‌ی اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی توسط دولت تهیه و توسط مجلس تصویب می‌شود. این برنامه‌ها با در نظر داشتن شرایط و نیازهای جامعه در هر دوره‌ی زمانی، به صورت پنج‌ساله تهیه و تنظیم می‌شوند. در زمینه‌ی اقتصادی نیز، برنامه‌ریزی‌ها باید با عنایت به شرایط و موقعیت اقتصادی کشور تنظیم شوند. به عبارتی، هر دوره‌ی زمانی، برنامه، سیاست و ضرورت خاصی را در طرح‌های کلی توسعه ایجاب می‌کند. بنابراین، دولت باید با در نظر داشتن این ضرورت‌ها، برنامه‌های اقتصادی کشور را تهیه و مجلس نیز با عنایت به این ضرورت‌ها، برنامه‌های مذکور را تصویب کند.

ب) مرجع تشخیص ضرورت

در پیش‌نویس اصل ۴۳ مشاهده می‌شود که تشخیص ضرورت مندرج در آن اصل

(ضرورت‌های حاکم بر برنامه‌ریزی عمومی اقتصاد کشور در هر یک از مراحل رشد) به قانون مصوب مجلس واگذار شده است. با تصویب نهایی این اصل نیز آنچه از منطوق این بند مستفاد می‌شود، این است که تشخیص «ضرورت‌های حاکم بر برنامه‌ریزی عمومی اقتصاد کشور در هر یک از مراحل رشد»، از حوزه‌ی اختیارات قوه‌ی مجریه که محدود به حوزه‌ی امور اجرایی است، خارج می‌شود و در اختیار مجلس شورای اسلامی قرار می‌گیرد که وضع و تصویب قوانین در همه‌ی زمینه‌ها را بر عهده دارد و باید با توجه به این اختیار در وضع قوانین در عموم زمینه‌ها، این قوانین را به‌گونه‌ای هماهنگ تصویب کند. بنابراین، تشخیص ضرورت مقرر در این بند از اصل ۴۳ قانون اساسی از نوع ضرورت تقنینی بوده و بر عهده‌ی مجلس شورای اسلامی است. براساس نقش دولت در زمینه‌ی تهیه‌ی برنامه‌های توسعه‌ی اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، شاید این امر به ذهن متبادر شود که ضرورت حاکم بر این برنامه‌ها نیز توسط دولت تشخیص داده می‌شود. همچنین می‌توان از ذی‌صلاح بودن مقام رهبری برای تشخیص این ضرورت بر مبنای مرجعیت این نهاد در وضع سیاست‌های کلی نظام سخن گفت. ولی با تدقیق در موضوع مشخص می‌شود که دولت هرچند عهده‌دار تهیه‌ی برنامه‌های توسعه است، لوایح مربوطه با ارسال به مجلس، تحت بررسی نهاد مزبور قرار می‌گیرند و این مجلس است که ضرورت‌های حاکم بر برنامه‌ریزی عمومی اقتصاد کشور را تشخیص می‌دهد. تشخیص ضرورت مقرر در بند ۲ اصل ۴۳، در مرحله‌ی رسیدگی مجلس (که وظیفه‌ی قاعده‌گذاری و تصمیم‌گیری در امور مختلف جامعه را بر عهده دارد) موضوعیت می‌یابد و نه در اقدام‌های قوه‌ی مجریه که محدود به امور اجرایی است. در زمینه‌ی ذی‌صلاح بودن مقام رهبری برای تشخیص ضرورت مقرر در این اصل بر مبنای وضع سیاست‌های کلی نظام نیز باید متذکر شد که رعایت ضرورت‌های حاکم بر برنامه‌ریزی عمومی اقتصاد کشور برای نیل به هدف مقرر در این بند از اصل ۴۳، در تطبیق قوانین با برنامه‌ریزی عمومی اقتصاد کشور موضوعیت می‌یابد. مقام رهبری با مشورت مجمع تشخیص مصلحت، سیاست‌های کلی نظام را وضع می‌کند و مداخلیتی در جزییات که تشخیص ضرورت در آن‌ها اتفاق می‌افتد، ندارد.

ج) مرجع نظارت بر ضرورت و تشخیص آن

در مورد مرجع و نهاد ذی‌صلاح برای نظارت بر ضرورت تشخیص‌داده‌شده از سوی مجلس شورای اسلامی فروضی مطرح می‌شود که تدقیق در آن‌ها، یاریگر ما در نیل به مرجع صالح خواهد بود.

فرض نخست: مرجع صالح برای نظارت بر ضرورت مندرج در بند ۲ اصل ۴۳ قانون اساسی که توسط مجلس شورای اسلامی تشخیص داده شده، شورای نگهبان است. بدین

ترتیب که طرح یا لایحه‌ای که ضرورت مندرج در اصل ۴۳ قانون اساسی در آن مندرج شده است، باید به تأیید شورای نگهبان برسد^(۲). بنابراین، همان‌گونه که کلیه مصوبات مجلس شورای اسلامی باید از نظر انطباق و عدم مغایرت با موازین شرعی و قانون اساسی به تأیید شورای نگهبان برسد، مصوباتی که نیز ضرورت مذکور در آن‌ها تشخیص داده شده است، از لحاظ تطابق با شرع و قانون اساسی توسط شورای نگهبان بررسی خواهد شد. ضرورت مندرج در این اصل نیز یکی از قواعد مقرر در قانون اساسی است و مطابقت قوانین با این قاعده (رعایت ضرورت‌های حاکم بر برنامه‌ریزی عمومی اقتصاد کشور در تأمین شرایط و امکانات کار برای همه) باید به تأیید شورای نگهبان برسد.

فرض دوم: این فرض مرجع تشخیص ضرورت مندرج در این اصل را قوه‌ی مجریه و مرجع نظارت بر این تشخیص را مجلس شورای اسلامی بیان می‌کند؛ بدین صورت که فرض مرجعیت نظارت مجلس شورای اسلامی تنها در زمینه‌ی طرح‌ها می‌تواند مورد قبول باشد. ولی در خصوص لوایح ارسالی از سوی قوه‌ی مجریه در حقیقت این هیأت دولت است که ضرورت مندرج در موضوعی را تشخیص می‌دهد و نظارت بر این تشخیص ضرورت باید توسط مجلس شورای اسلامی که لایحه را بررسی و تصویب می‌کند، صورت پذیرد و در این حالت، نظارت شورای نگهبان در این زمینه نظارت ثانوی است و بی‌معنا خواهد بود.

برخلاف استدلال مندرج در فرض دوم باید گفت که مرجع صالح برای تشخیص ضرورت مندرج در بند ۲ اصل ۴۳ قانون اساسی مجلس شورای اسلامی است. بنابراین با توجه به لزوم جدایی مرجع تشخیص و مرجع نظارت (که اجتماع آن‌ها امری لغو و بی‌فایده خواهد بود)، این شورای نگهبان است که صلاحیت نظارت بر ضرورت مندرج در این اصل را بر عهده دارد. همچنین، این سخن که در خصوص لوایح، قوه‌ی مجریه مرجع تشخیص ضرورت است، صحیح نیست، چراکه این ضرورت از نوع ضرورت تقنینی بوده و مرجع تشخیص آن مجلس است.

۲-۱-۲. اصل ۸۵ قانون اساسی^(۳)

در این قسمت مفهوم و نوع ضرورت مندرج در اصل ۸۵، مرجع تشخیص این ضرورت و مرجع نظارت بر آن بررسی و مطالعه می‌شود.

الف) مفهوم و نوع ضرورت

ضرورت مقرر در این اصل، اختیار تفویض قانونگذاری توسط مجلس به کمیسیون‌های داخلی آن است. مجالس قانونگذاری در برخی موارد، به دلایلی امکان رسیدگی و تصویب قانون در آن زمینه را ندارند یا اینکه، رسیدگی توسط کمیسیون‌ها از ترجیحاتی همچون سرعت

و دقت رسیدگی، تخصص در رسیدگی و تصویب و موارد دیگری برخوردار است که موجب واگذاری اختیار تصویب قانون در آن زمینه به کمیسیون مربوطه در مجلس می‌شود. در زمینه‌ی ضرورت مندرج در این اصل، باید گفت با عنایت به اینکه تنها مرجع ذی‌صلاح برای تقنین، مجلس شورای اسلامی است و مطابق قسمت نخست اصل مذکور مبنی بر اینکه مجلس می‌تواند در موارد ضروری اختیار وضع برخی از قوانین را با رعایت اصل ۷۲ به کمیسیون‌های داخلی خود تفویض کند، که به صراحت اختیار و صلاحیت تفویض را بر عهده‌ی مجلس قرار داده است، مرجعیت تشخیص ضرورت این تفویض نیز بر عهده‌ی مجلس شورای اسلامی است و بر این اساس، ضرورت مقرر در این اصل از نوع تقنینی بوده و این مجلس است که تشخیص می‌دهد در چه مواردی، ضرورت تفویض قانونگذاری وجود دارد.

ب) مرجع تشخیص ضرورت

چنانکه بیان شد ضرورت مقرر در اصل ۸۵ از نوع تقنینی است و بر این اساس، مرجع تشخیص آن، مجلس شورای اسلامی خواهد بود. اما مرجعیت شورای نگهبان در تشخیص این ضرورت نیز از فروضی است که در این زمینه مطرح است. این شورا نیز بر همین اساس، در برخی موارد، با استناد به عدم ضرورت در تفویض اختیار قانونگذاری به کمیسیون، از تأیید قانون مصوب مجلس خودداری ورزیده است. از دلایل ذی‌صلاح بودن شورای نگهبان در تشخیص ضرورت تفویض اختیار قانونگذاری به کمیسیون‌های داخلی مجلس، این است که این شورا مطابق اصل ۹۶ قانون اساسی^(۴)، تشخیص مغایرت قانون مصوب مجلس با موازین شرعی و اصول قانون اساسی را بر عهده دارد و بر همین مبنا، ضرورت مقرر در اصل ۸۵ را نیز به‌عنوان یکی از قواعد مندرج در قانون اساسی در نظر داشته و قانون مصوب کمیسیون داخلی مجلس را که بدون ضرورت مقرر در قانون اساسی به آن کمیسیون تفویض شده است، مغایر قانون اساسی اعلام می‌کند. اما در پاسخ باید گفت مطابق اصل ۹۶ قانون اساسی تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس بر عهده‌ی این شورا است، و با توجه به قید آن شامل مصوبات مجلس می‌شود. درحالی‌که تشخیص ضرورت یک امر مقدماتی است و مجلس عهده‌دار تشخیص آن است.

ج) مرجع نظارت بر ضرورت و تشخیص آن

همان‌طور که گفتیم نوع ضرورت مقرر در اصل ۸۵ تقنینی و مرجع تشخیص ضرورت مقرر در این اصل، مجلس شورای اسلامی است. حال این پرسش مطرح می‌شود که مرجع نظارت بر ضرورت مندرج در این اصل و تشخیص آن، کدام نهاد است؟ در پاسخ باید گفت با توجه به نظارت شورای نگهبان بر مصوبات مجلس شورای اسلامی و مطابقت مصوبات با موازین شرع و اصول قانون اساسی، این شورا ضرورت مزبور را نیز بررسی کرده و از باب نظارت بر آن،

تصمیم‌گیری می‌کند. شاید برخی بر این اعتقاد باشند که مجلس هم تشخیص ضرورت این اصل را بر عهده دارد و هم مرجع نظارت بر آن است که این امر با توجه به یکی بودن مرجع تشخیص و نظارت، بی‌معنا و خارج از منطق حقوقی است. این موضوع را می‌توان در نظرهای استدلالی شورای نگهبان در خصوص بررسی لایحه‌ی تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۹/۷/۲۱ کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی مشاهده کرد که مرجعیت مجلس در تشخیص ضرورت تفویض اختیار قانونگذاری به کمیسیون‌های داخلی اذعان می‌شود و نقش شورای نگهبان را در این زمینه، نظارت بر این تشخیص و مطابقت آن با موازین مقرر در قانون اساسی (همچون خارج نشدن از روال عادی قانونگذاری توسط مجلس) می‌داند.^(۵)

شورای نگهبان نظراتی در این زمینه بیان کرده است که یکی از مهم‌ترین آن‌ها در زمینه‌ی لایحه‌ی تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۹/۷/۲۱ کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی است که شورای نگهبان در نظر شماره‌ی ۸۹/۳۰/۴۱۲۳۰ مورخ ۱۳۸۹/۱۰/۲۸ در مورد این قانون بیان می‌دارد: با توجه به اینکه دیوان عدالت اداری دارای قانون دائمی است و امور آن به‌صورت طبیعی جریان دارد و هیچ ضرورتی برای تصویب این مصوبه در کمیسیون به‌صورت آزمایشی بدون جری مراحل عادی قانونگذاری نیست، تصویب این قانون توسط کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس، مغایر با اصل ۸۵ قانون اساسی است (موسی‌زاده و همکاران، ۱۳۹۰: ۵۱۹). از دیگر موارد می‌توان به نظرهای شورای نگهبان به شماره‌ی ۳۶۹۷ مورخ ۱۳۷۱/۷/۱۲ در زمینه‌ی لایحه هزینه‌ی قطعی منظور نمودن پرداخت حقوق ایام بلا تکلیفی کارگران کارگاه‌های تعطیل‌شده بر اثر جنگ تحمیلی مورخ ۱۳۷۱/۶/۱۱ مصوب کمیسیون امور اقتصادی و دارایی (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۵: ۴۴-۴۵) و اظهار نظر شماره‌ی ۸۸/۳۰/۳۲۸۵۲ مورخ ۱۳۸۸/۳/۱۳ شورای نگهبان در خصوص طرح نظام جامع دامپروری کشور مصوب ۱۳۸۸/۲/۳۰ مجلس شورای اسلامی (موسی‌زاده و همکاران، ۱۳۹۰: ۵۱۵) اشاره کرد.

۲-۲. ضرورت اجرایی در قانون اساسی، مرجع تشخیص- مرجع نظارت

در ضرورت اجرایی، مرجع و نهاد ذی‌صلاح تشخیص ضرورت، قوه‌ی مجریه است. با تدقیق در اصول قانون اساسی مشهود است که در مواردی همچون استخدام کارشناسان خارجی یا برقراری محدودیت‌های ضروری در شرایط اضطراری، مقنن اساسی قوه‌ی مجریه را نهاد صلاحیت‌دار برای تشخیص ضرورت مقرر، بیان کرده است که در مبحث حاضر، مرجع تشخیص و نظارت بر این نوع ضرورت (ضرورت اجرایی) مطالعه و بررسی می‌شود.

۲-۱-۲. اصل ۷۹ قانون اساسی^(۶)

در خصوص اصل ۷۹ قانون اساسی نیز مفهوم و نوع ضرورت، مرجع تشخیص و نظارت بر ضرورت بررسی می‌شود.

الف) مفهوم و نوع ضرورت

اصل ۷۹ قانون اساسی از جمله اصولی است که تاکنون در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران موضوعیت نیافته و اعمال نشده است. ضرورت مقرر در این اصل عبارت است از «برقراری برخی محدودیت‌ها در حالت‌های اضطراری از سوی قوهی مجریه با تصویب مجلس». در خصوص این ضرورت باید گفت که در برخی مواقع، موقعیت سیاسی و اجتماعی کشورها شرایط خاصی را ایجاد می‌کند که از آن به حالات فوق‌العاده تعبیر می‌شود. در گذشته اغلب ابزار حکومت نظامی، حاکم بر این موقعیت بود که البته به تضییع حقوق و آزادی‌های شهروندان منجر می‌شد. مقنن اساسی جمهوری اسلامی ایران با عنایت به این امر، در اصل ۷۹ با بیان ممنوعیت مطلق برقراری حکومت نظامی سخن از برقراری برخی محدودیت‌ها در شرایطی مانند جنگ سخن به میان آورده است. این اصل به‌صراحت از حق برقراری محدودیت‌ها توسط دولت می‌گوید که البته موکول به تصویب مجلس خواهد بود، اما بی‌شک قوهی مجریه تصمیم‌گیر اصلی و اولیه در این زمینه است. بنابراین، این اصل در عداد ضرورت‌های اجرایی جای می‌گیرد.

ب) مرجع تشخیص ضرورت

همان‌طور که در مبحث پیشین اشاره شد، ضرورت مندرج در اصل ۷۹ از نوع اجرایی است که مرجع تشخیص آن قوهی مجریه است. مقنن اساسی در اصل مذکور، به‌صراحت اختیار قوهی مجریه در این زمینه را بیان کرده است. هرچند با توجه به‌صراحت متن اصل ۷۹، مرجعیت قوهی مجریه در تشخیص ضرورت مندرج در این ماده قطعی به‌نظر می‌رسد، فرض دیگری که در این زمینه مطرح است، مرجعیت مجلس شورای اسلامی در تشخیص ضرورت مقرر در این اصل است. این فرض را می‌توان در مذاکرات اعضای مجلس بررسی قانون اساسی نیز مشاهده کرد (اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ج ۲: ۸۸۲-۸۸۳). اما باید گفت وظیفه‌ی مجلس در این زمینه، نظارت بر اقدام قوهی مجریه و تأیید یا رد لایحه‌ی پیشنهادی دولت در برقراری محدودیت خواهد بود. در این زمینه می‌توان به ماده‌ی ۲۱۰ آیین‌نامه‌ی داخلی مجلس شورای اسلامی اشاره کرد که بیان می‌دارد دولت باید متن کامل محدودیت‌هایی را که قصد اعمال آن‌ها را دارد، با دلایل توجیهی طی لایحه‌ای به مجلس تقدیم کند و مجلس نیز آن را بررسی خواهد کرد.^(۷)

ج) مرجع نظارت بر ضرورت و تشخیص آن

در زمینه‌ی مرجع نظارت بر ضرورت مندرج در اصل ۷۹ قانون اساسی می‌توان از مرجعیت مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان سخن گفت. قوه‌ی مجریه ضرورت مقرر در این اصل را تشخیص می‌دهد و مجلس بر آن نظارت می‌کند و این امر به‌صراحت در اصل ۷۹ مقرر شده است. اما ممکن است مرجعیت شورای نگهبان به‌سبب اینکه مصوبات مجلس شورای اسلامی باید به تأیید شورای نگهبان برسد، مطرح شود و مرجع نهایی نظارت بر ضرورت مندرج در اصل ۷۹ قانون اساسی، شورای نگهبان دانسته شود. اما باید خاطرنشان کرد که نظارت بر نظارت در زمانی که کشور دچار شرایط اضطراری است، چندان با عقل و منطق سازگار نیست. همچنین فرض نظارت اولیه و نهایی در این‌جا موضوعیت نخواهد داشت. بنابراین، مرجع نظارت بر تشخیص ضرورت مندرج در این اصل، مجلس شورای اسلامی است.

۲-۲-۲. اصل ۸۲ قانون اساسی^(۸)

ابتدا مفهوم و نوع ضرورت مندرج در این اصل بررسی و سپس مرجع تشخیص و نظارت بر آن مطالعه خواهد شد.

الف) مفهوم و نوع ضرورت

اصل مذکور از ممنوعیت استخدام کارشناسان خارجی توسط دولت بدون تصویب مجلس سخن می‌گوید. دولت که بر مبنای اصل استقلال قوا عهده‌دار امور اجرایی است، در برخی موارد نیازمند استخدام کارشناسان خارجی برای پیشبرد امور است. اما به دلایل امنیتی، سیاسی و اقتصادی (هاشمی، ۱۳۹۱، ج ۲: ۱۹۶)، این امر ممکن است برای کشور زیانبار باشد. ضرورت مندرج در این اصل: «استخدام کارشناسان خارجی» است که بر عهده‌ی قوه‌ی مجریه قرار دارد.

ب) مرجع تشخیص ضرورت

استخدام کارشناس بی‌شک از جمله امور اجرایی است و در حیطه‌ی صلاحیت‌های قوه‌ی مجریه قرار می‌گیرد. بر این اساس، تشخیص ضرورت استخدام این کارشناسان نیز که از لوازم صلاحیت دولت در این زمینه است، بر عهده‌ی او قرار دارد. فرض دیگر این است که مرجع تشخیص ضرورت، مجلس شورای اسلامی است که دلایلی از این فرض را می‌توان در مذاکرات مجلس بررسی قانون اساسی نیز مشاهده کرد که مجلس را مرجع تشخیص ضرورت می‌داند (اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ج ۲: ۸۹۳). اما به‌نظر می‌رسد منظور نظارت مجلس در این زمینه است و بر همین اساس ذیل این اصل بیان می‌شود که مجلس ناظر بر اقدام دولت در زمینه‌ی استخدام کارشناس خارجی است (اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ج ۲: ۸۹۳). شورای نگهبان که نظر

به مرجعیت مجلس در تشخیص این ضرورت دارد، در نظر شماره‌ی ۴۱۰۰ مورخ ۱۳۶۰/۱۰/۳ در زمینه‌ی لایحه‌ی اجازه‌ی به کار گماردن متخصصان رشته‌های پزشکی خارجی به وزارت بهداشت مصوب ۱۳۶۰/۹/۳۰ مجلس شورای اسلامی، تشخیص موارد ضرورت مندرج در اصل ۸۲ را به صراحت در صلاحیت مجلس شورای اسلامی می‌داند (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۹۰: ۵۴۶-۵۴۷). در این زمینه همچنین می‌توان به بند ۷ نظر شماره‌ی ۱۶۵۲ مورخ ۱۳۶۸/۱۱/۵ در خصوص لایحه‌ی برنامه‌ی اول توسعه‌ی اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۶۸/۱۰/۱۹ مجلس شورای اسلامی (موسی‌زاده، ابراهیم و همکاران، ۱۳۹۰: ۴۵۵) اشاره کرد. اما برخلاف نظر شورای نگهبان باید گفت قائل بودن به مرجعیت مجلس در تشخیص ضرورت استخدام کارشناس خارجی، براساس منطق حقوقی تخطی از اصل استقلال قوا و دخالت در صلاحیت‌های دیگر قواست و وظیفه و صلاحیت این نهاد در این زمینه، نظارت بر ضرورت استخدام کارشناسان خارجی است.

ج) مرجع نظارت بر ضرورت و تشخیص آن

با مشخص شدن این امر که قوه‌ی مجریه تشخیص ضرورت استخدام کارشناسان خارجی را بر عهده دارد، این سؤال مطرح است که کدامین نهاد مرجع نظارت بر این تشخیص خواهد بود. در این زمینه دو نهاد مجلس و شورای نگهبان مطرح‌اند که مشابه استدلالات پیشین در مباحث پیرامون اصل پیشین، شورای نگهبان صلاحیتی در این زمینه ندارد و مجلس شورای اسلامی مطابق مفاد اصل ۸۲ قانون اساسی و همچنین مشروح مذاکرات خبرگان قانون اساسی ذیل این اصل و با توجه به مرجع تشخیص بودن دولت، عهده‌دار نظارت بر این تشخیص خواهد بود. بند ۲ ماده‌ی ۲۱۲ آیین‌نامه‌ی داخلی مجلس نیز به این موضوع اشاره دارد^(۹).

۲-۳. ضرورت‌های خاص در قانون اساسی، مرجع تشخیص - مرجع نظارت

در برخی اصول قانون اساسی، مواردی وجود دارد که تشخیص ضرورت مندرج در آن به عهده‌ی برخی نهادها همچون رئیس‌جمهوری یا رهبری نهاده شده است که در عداد ضرورت خاص جای می‌گیرند. بدین منظور، در بند زیر اصول ۱۲۷ و ۱۷۷ قانون اساسی تبیین و تشریح خواهند شد.

۲-۳-۱. اصل ۱۲۷ قانون اساسی^(۱۰)

با بررسی مفهوم ضرورت مقرر در این اصل، مرجع تشخیص و نظارت بر آن نیز تبیین می‌شود.

الف) مفهوم و نوع ضرورت

اصل ۱۲۷ که به تعیین نمایندگان ویژه‌ی دولت و به قولی رئیس‌جمهور اختصاص یافته است،

این تعیین را منوط به تصویب هیأت وزیران می‌داند. ضرورت مندرج در این اصل، «ضرورت تعیین نماینده‌ی ویژه» است. هدف از وضع این اصل چاره‌اندیشی در وقوع برخی بحران‌ها و مسائل اقتصادی یا امنیتی و ... بوده است که به طرق عادی حل‌شدنی نیست (جهان‌بین، ۱۳۶۸: ۵). انتصاب نماینده‌ی ویژه بر مبنای این اصل در مواقع ضروری و به‌صورت موقت صورت می‌پذیرد. در مشروح مذاکرات مجلس بازنگری قانون اساسی ذیل این اصل در خصوص «موارد خاص» هیأت وزیران مرجع تشخیص موارد مزبور تلقی شده است (اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۹، ج ۲: ۱۱۳۲)، اما این موضوع جدای از ضرورت مقرر در این اصل (تعیین نماینده‌ی ویژه) است که تشخیص آن بر عهده‌ی رئیس‌جمهور قرار گرفته است. این امر به‌وضوح در اصل ۱۲۷ مشهود است که در ذیل تبیین خواهد شد.

(ب) مرجع تشخیص ضرورت

در زمینه‌ی مرجع تشخیص ضرورت تعیین نماینده‌ی ویژه می‌توان قائل به دو فرض بود: فرض نخست، مرجع تشخیص رئیس‌جمهور است. براساس منطوق اصل ۱۲۷ که مقرر می‌دارد: «رئیس‌جمهور می‌تواند ... برحسب ضرورت ...»، رئیس‌جمهور مرجع ذی‌صلاح برای تشخیص ضرورت مندرج در این اصل است و با توجه به منوط گردیدن آن به تصویب هیأت وزیران نهاد مزبور نقش نظارتی در این زمینه دارد و لا غیر. بنابراین، تشخیص ضرورت تعیین نماینده‌ی ویژه صرفاً بر عهده‌ی رئیس‌جمهور است. فرض دوم، مرجع تشخیص رئیس‌جمهور و هیأت وزیران است. با توجه به اینکه مقنن اساسی در اصل ۱۲۷ رئیس‌جمهور و هیأت وزیران را به‌صورت مشترک عهده‌دار تعیین نماینده‌ی ویژه ساخته است، بنابراین، تشخیص ضرورت تعیین نیز با هر دو خواهد بود. اما با عنایت به دلالت صریح منطوق و مفهوم اصل ۱۲۷ باید گفت که مرجعیت تشخیص این ضرورت صرفاً بر عهده‌ی رئیس‌جمهور قرار گرفته است. عبارت «رئیس‌جمهوری می‌تواند ... برحسب ضرورت ...» به‌روشنی مرجعیت این مقام در تشخیص ضرورت را بیان می‌کند و عبارت «با تصویب هیأت وزیران» حاکی از نقش نظارتی هیأت وزیران در تشخیص ضرورت مزبور است.

(ج) مرجع نظارت بر ضرورت و تشخیص آن

با توجه به فروض مطرح‌شده در مرجع تشخیص ضرورت مقرر در اصل ۱۲۷ قانون اساسی می‌توان قائل به فروضی در زمینه‌ی مرجع نظارت نیز شد. در صورت قائل بودن به مرجعیت رئیس‌جمهور و هیأت وزیران در تشخیص ضرورت تعیین نماینده‌ی ویژه باید قائل به نظارت رئیس مجلس از باب نظارت بر مصوبات هیأت (اصل ۱۳۸ قانون اساسی) وزیران بود. اما در صورتی‌که عقیده بر مرجع تشخیص بودن صرفاً رئیس‌جمهور باشد، با توجه به قید

تصویب در اصل مزبور مرجع نظارت را باید هیأت وزیران دانست و نظارت رئیس مجلس از باب نظارت ثانوی بی معنا خواهد بود. همچنین می توان از مرجعیت رئیس جمهور در نظارت بر این ضرورت مطابق اختیارات وی در نظارت بر هماهنگ ساختن کار وزرا سخن گفت. در زمینه نظر نخست که قائل به نظارت رئیس مجلس بر این ضرورت است، باید گفت که نظارت رئیس مجلس بر ضرورت تعیین نمایندگان ویژه توسط دولت، با عنایت به اصل ۱۳۸ قوت می گیرد. اما با توجه به اینکه تشخیص ضرورت تعیین نماینده ی ویژه امری موضوعی و در حیطه ی امور اجرایی است و صلاحیت رئیس مجلس در نظارت امری حکمی و منحصر به تطبیق مصوبات با قوانین عادی است، نظارت این مقام بی مفهوم خواهد بود. همچنین با توجه به نظارت هیأت وزیران بر این موضوع نظارت ثانوی معنایی نخواهد داشت. در زمینه ی نظارت رئیس جمهور نیز باید گفت رئیس جمهور خود مرجع تشخیص ضرورت تعیین نمایندگان ویژه است و بی شک نمی تواند مرجع نظارت بر آن نیز باشد. بنابراین با توجه به مرجعیت رئیس جمهور در تشخیص ضرورت مقرر در این اصل، مرجع نظارت بر تشخیص این ضرورت هیأت وزیران است که مطابق اصل مزبور، با تصویب تعیین نماینده ی ویژه بر این امر نظارت می کند.

نتیجه‌گیری

ضرورت مفهومی است که عنصر اساسی آن احتراز از ورود ضرر و زیان است. بنابراین، در این میان امر انتخاب اهمیت بسزایی دارد. در برخی از اصول قانون اساسی ایران که کلیدواژه و مفهوم ضرورت مطرح شده است، این پرسش مطرح می‌شود که مرجع انتخاب و تشخیص ضرورت مزبور و نظارت بر آن کدام نهاد و مرجع است که با تدقیق در خصوص این موضوع نتایج زیر حاصل شد:

الف) تشخیص ضرورت‌های حاکم بر برنامه‌ریزی عمومی اقتصاد کشور مندرج در بند ۲ اصل ۴۳ و ضرورت تفویض قانونگذاری به کمیسیون‌های داخلی مجلس شورای اسلامی مقرر در اصل ۸۵ قانون اساسی، در عداد ضرورت‌های تقنینی قرار می‌گیرند که تشخیص آن‌ها بر عهده مجلس قرار دارد. مرجعیت مجلس در زمینه قانونگذاری و برنامه‌ریزی در امور مختلف این امر را ایجاب می‌کند.

ب) ضرورت‌های مندرج در اصول ۷۹ و ۸۲ قانون اساسی که به ترتیب عبارت‌اند از: ضرورت برقراری محدودیت در شرایط اضطراری و ضرورت استخدام کارشناسان خارجی، در ذیل ضرورت اجرایی قرار می‌گیرند که نهاد ذی‌صلاح در تشخیص ضرورت در آن‌ها، قوهی مجریه به‌شمار می‌رود. در خصوص اصل ۷۹ مفاد اصل مربوطه و مشروح مذاکرات مجلس بررسی قانون اساسی در این زمینه، صراحت دارد. اما در زمینه اصل ۸۲ قانون اساسی، شورای نگهبان، مرجع تشخیص ضرورت مقرر در آن را مجلس می‌داند که به‌نظر نمی‌رسد صحیح باشد. استخدام کارشناس در حیطه‌ی صلاحیت‌های قوهی مجریه است و مرجعیت مجلس در تشخیص ضرورت استخدام کارشناس خارجی مخالف صریح اصول ۵۷، ۵۸ و ۶۰ قانون اساسی است و مقنن اساسی با عنایت به این امر، در اصل ۸۲، صرفاً نظارت مجلس شورای اسلامی را در این زمینه اراده کرده است.

ج) اصل ۱۲۷ قانون اساسی نیز با عنایت به ضرورت مقرر در آن (ضرورت تعیین نماینده‌ی ویژه)، ذیل ضرورت خاص دسته‌بندی می‌شود. تشخیص ضرورت تعیین نماینده‌ی ویژه با توجه به موقعیت و جایگاه رئیس‌جمهور در رأس قوهی اجرایی و وظیفه‌ی این مقام در ریاست و هماهنگی امور قوهی مجریه، بر عهده‌ی مقام مزبور قرار می‌گیرد و این ضرورت مورد نظارت هیأت وزیران قرار می‌گیرد. در نهایت باید گفت که تفسیر ضرورت‌های مندرج در قانون اساسی باید با توجه دقیق به همه‌ی جوانب موضوع از جمله هدف و قصد قانونگذار اساسی و اصول و قواعد حاکم بر ساختارهای حقوقی و سیاسی کشور، صورت پذیرد.

بی توجهی به این موضوعات، بی شک به تخطی از اهداف مقررۀ توسط مقنن اساسی در استقرار صلاحیت برای نهادهای مقرر در قانون اساسی منجر خواهد شد.

یادداشت‌ها

۱. بند ۲ اصل ۴۳ قانون اساسی: «تأمین شرایط و امکانات کار برای همه به‌منظور 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 به‌صورت 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».
۲. اصل ۹۴ قانون اساسی: «کلیه مصوبات مجلس شورای اسلامی باید به شورای نگهبان فرستاده شود. شورای نگهبان موظف است آن را حداکثر ظرف ده روز از تاریخ وصول از نظر انطباق بر موازین اسلام و قانون اساسی مورد بررسی قرار دهد و چنانچه آن را مغایر ببیند برای تجدید نظر به مجلس بازگرداند. در غیر این صورت مصوبه قابل اجرا است».
۳. اصل ۸۵ قانون اساسی: «سمت نمایندگی قائم به شخص بوده و قابل واگذاری به دیگری نیست. مجلس نمی‌تواند اختیار قانونگذاری را به شخص یا هیأتی واگذار کند، ولی در موارد ضروری می‌تواند اختیار وضع بعضی از قوانین را با رعایت اصل ۷۲ به کمیسیون‌های داخلی خود تفویض کند، ... همچنین مجلس شورای اسلامی می‌تواند تصویب دائمی اساسنامه‌ی سازمان‌ها، شرکت‌ها، مؤسسات دولتی یا وابسته به دولت را با رعایت اصل ۷۲ به کمیسیون‌های ذی‌ربط واگذار کند و یا اجازه‌ی تصویب آن‌ها را به دولت بدهد. در این صورت مصوبات دولت نباید با اصول و احکام مذهب رسمی کشور و یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد، تشخیص این امر به‌ترتیب مذکور در اصل ۹۶ با شورای نگهبان است ...».
۴. اصل ۹۶ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام با اکثریت فقهای شورای نگهبان و تشخیص عدم تعارض آن‌ها با قانون اساسی بر عهده اکثریت همه اعضای شورای نگهبان است».
۵. با این بیان که: «هرچند تشخیص «ضرورت» مورد اشاره در اصل ۸۵ برای واگذاری اختیار قانونگذاری مجلس به کمیسیون‌های داخلی، در درجه اول، مجلس شورای اسلامی است، لیکن شورای نگهبان نیز در حیطه مسئولیت خویش، باید به تشخیص مزبور برسد و آن را تأیید کند؛ زیرا شورای نگهبان مسئول بررسی عدم مغایرت مصوبات مجلس با قانون اساسی؛ از جمله عدم مغایرت مصوبات با اصل ۸۵ است...» (نظرات استدلالی شورای نگهبان پیرامون بررسی لایحه‌ی تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، ۱۳۹۱: ۳).
۶. اصل ۷۹ قانون اساسی: «برقراری حکومت نظامی ممنوع است. در حالت جنگ و شرایط اضطراری نظیر آن، دولت حق دارد با تصویب مجلس شورای اسلامی موقتاً محدودیت‌های ضروری را برقرار نماید، ولی مدت آن به هر حال نمی‌تواند بیش از سی روز باشد و در صورتی که ضرورت همینان باقی باشد دولت موظف است مجدداً از مجلس کسب مجوز کند».

۷. ماده‌ی ۲۱۰ آیین‌نامه‌ی داخلی مجلس شورای اسلامی: «براساس اصل هفتادونهم (۷۹) قانون اساسی، در حالت جنگ و شرایط اضطراری نظیر آنکه دولت حق دارد با تصویب مجلس شورای اسلامی محدودیت‌های ضروری برقرار نماید، قبل از اعمال محدودیت، متن کامل و دقیق محدودیت‌های ضروری با دلایل توجیهی لازم، همراه با لایحه قانونی جهت بررسی تقدیم مجلس می‌شود.»
۸. اصل ۸۲ قانون اساسی: «استخدام کارشناسان خارجی از طرف دولت ممنوع است مگر در موارد ضرورت با تصویب مجلس شورای اسلامی.»
۹. ماده‌ی ۲۱۲ آیین‌نامه‌ی داخلی مجلس شورای اسلامی: «براساس اصول ...، هشتاد و دوم قانون اساسی، اقدامات دولت در موارد ذیل قبلاً باید به تصویب مجلس برسد: ...، ۲- استخدام کارشناسان خارجی در موارد ضروری، در تمام موارد مذکور، دولت موظف است متن تفصیلی آن‌ها را همراه با لایحه قانونی تقدیم مجلس نماید تا به‌صورت یک شوری مورد رسیدگی قرار گیرد ...»
۱۰. اصل ۱۲۷ قانون اساسی: «رییس‌جمهور می‌تواند در موارد خاص، برحسب ضرورت با تصویب هیأت وزیران نماینده، یا نمایندگان ویژه با اختیارات مشخص تعیین نماید. در این موارد تصمیمات نماینده یا نمایندگان مذکور در حکم تصمیمات رییس‌جمهور و هیأت وزیران خواهد بود.»

منابع و مأخذ

- ابن منظور، محمد بن مکرم (بی تا)، لسان العرب، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۴)، صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی ج. ا. ا، تهران: اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ج ۱- اول، ج ۱-۳.
- اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۹)، صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی ج. ا. ا، تهران: اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ج ۲.
- البزدوی، علی بن محمد (۱۳۰۷ق)، کشف الاسرار، بی جا: مکتب الصنائع.
- جصاص، احمد بن علی (بی تا)، احکام القرآن، بیروت: دارالفکر.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۶)، ترمینولوژی حقوق، تهران: کتابخانه‌ی گنج دانش.
- جهان‌بین، عبدالله (۱۳۹۲)، سلسله جلسات بازخوانی مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی سال ۱۳۶۸: بررسی اصل یکصد و بیست و هفتم، تهران: پژوهشکده‌ی شورای نگهبان.
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۷)، لغت نامه، تهران: مؤسسه‌ی انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
- زحیلی، وهبه (۱۳۸۸)، نظریه‌ی ضرورت در فقه اسلامی، ترجمه‌ی حسین صابری، قم: مؤسسه‌ی بوستان کتاب.
- صانع‌ی دره‌بیدی، منوچهر (۱۳۸۷)، «ضرورت و دوام از دیدگاه ابن سینا و ارسطو»، حکمت سینوی، ش ۳۹، صص ۴۹-۶۲.
- صدرالمآلهین شیرازی، ملاصدرا (۱۳۸۰)، اسفار اربعه، ترجمه‌ی محمد خواجوی، تهران: انتشارات مولی.
- محمصانی، صبحی (۱۳۵۸)، فلسفه‌ی قانونگذاری در اسلام، ترجمه‌ی اسماعیل گلستانی، تهران: امیرکبیر.
- مرکز تحقیقات شورای نگهبان (۱۳۹۰)، مجموعه نظریات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی (دوره‌های اول، سوم و چهارم)، تهران: معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات معاونت حقوقی ریاست جمهوری.
- معین، محمد (۱۳۸۸)، فرهنگ فارسی، تهران: نشر اشجع - میکایل.
- موسی‌زاده، ابراهیم و همکاران (۱۳۹۰)، دادرسی اساسی در جمهوری اسلامی ایران: اصول

قانون اساسی در پرتو نظرات شورای نگهبان ۱۳۸۹-۱۳۵۹، تهران: معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات ریاست جمهوری.

هاشمی، محمد (۱۳۹۱)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: میزان، چ بیست و سوم، ج ۲.

نظرات استدلالی شورای نگهبان پیرامون بررسی لایحه ی تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری (۱۳۹۱)، قابل دسترس در نشانی اینترنتی:

<http://www.shora-rc.ir/Portal/Home/>

سیاست‌های کلی نظام؛ راهکار ارتقای نظام قانونگذاری در نظام جمهوری اسلامی ایران

عباس کعبی^۱، علی فتاحی زفرقندی^{۲*}

۱. استادیار مؤسسه‌ی آموزشی - پژوهشی امام خمینی (ره)، قم، ایران

۲. دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه تهران، تهران، ایران

پذیرش: ۱۳۹۵/۹/۱۶

دریافت: ۱۳۹۵/۶/۱

چکیده

یافتن راهکارهایی در قانون اساسی، به‌منظور حرکت از نظام حقوقی موجود به سمت نظام حقوقی مطلوب و برآمده از آموزه‌های شریعت، یکی از ضروریات امروز نظام جمهوری اسلامی ایران محسوب می‌شود. یکی از ساختارهای موجود در نظام حقوقی ایران که بازطراحی و ارتقای آن براساس آموزه‌های دینی ضروری به‌نظر می‌رسد، ساختار قوه‌ی مقننه است. بر این اساس پرسش اصلی این پژوهش عبارت است از اینکه در قانون اساسی چه راهکاری به‌منظور اصلاح نظام تقنینی، در جهت حرکت به سمت نظام قانونگذاری مطلوب و منبعث از شریعت وجود دارد. این پژوهش در تحقیقی توصیفی-تحلیلی و با بهره‌گیری از روش کتابخانه‌ای در پی پاسخگویی به پرسش مطرح‌شده است. با نگاهی به ظرفیت‌های سیاست‌های کلی نظام از جمله جایگاه آن در سلسله‌مراتب قوانین و الزامی بودن اجرای سیاست‌های کلی، می‌توان از این سیاست‌ها به‌منظور تحقق اجتهاد تنظیمی به‌عنوان بخشی از مدل قانونگذاری مطلوب اسلامی بهره برد.

کلیدواژه‌ها: اجتهاد، اجتهاد تنظیمی، سیاست‌های کلی نظام، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، قانونگذاری.

مقدمه

نهضت مردم مسلمان ایران به رهبری امام خمینی (ره) علیه حکومت ظالم پهلوی به منظور استقرار حکومت اسلامی و بر پایه‌ی اعتقاد به آموزه‌های شریعت اسلام و حاکمیت کامل قوانین الهی در عرصه‌های فردی و اجتماعی شکل گرفت و به پیروزی انقلاب اسلامی در سال ۱۳۵۷ منجر شد.

پس از پیروزی انقلاب و استقرار نظام جمهوری اسلامی ایران، به علت اهمیت و حساسیت آن دوره، بیش از هر چیز نسبت به ایجاد ساختارها و نهادهای حقوقی، به منظور ساماندهی امور عمومی و اداره‌ی حکومت متناسب با اهداف حکومت اسلامی احساس نیاز می‌شد تا شرایط بحرانی پس از انقلاب اتمام یابد و روال امور در جریان عادی خود قرار گیرد. امام خمینی (ره) به عنوان رهبر انقلاب اسلامی، در تدبیری هوشمندانه نگارش متن قانون اساسی را بر عهده‌ی خبرگان منتخب ملت قرار دادند. خبرگان منتخب ملت نیز که اکثریت آنان را فقها تشکیل می‌دادند (اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ج ۴: ۳۳۴-۴۰۵)، با توجه به شرایط حساس کشور و نیاز فوری به تصویب قانون اساسی از یک سو و پایه‌های اعتقادی مردم در تشکیل حکومت اسلامی و خواسته‌ی مردم مبنی بر ایجاد نظامی مبتنی بر آموزه‌های شریعت اسلام از سوی دیگر، با نگاهی به ساختارهای موجود در جوامع سیاسی گوناگون که مبتنی بر تجربیات بشری در عرصه‌ی حکومت‌داری شکل گرفته بود و اعمال اصلاحات بومی و دینی نسبت به این تجربیات و حذف مغایرت‌های آن با آموزه‌های اسلامی، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران را به نگارش درآوردند. در نتیجه، هرچند نظام برآمده از قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مغایرتی با شریعت اسلام نداشت، بسیاری از ساختارها و نهادهای مذکور در قانون اساسی منبعث و برآمده از آموزه‌های دینی نیز نبود.

اکنون پس از گذشت بیش از سه دهه از تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران^(۱) و نمایان شدن ضعف‌ها و قوت‌های آن، آنچه بیش از پیش اهمیت دارد، طراحی سیر حرکت از نظام موجود به سمت نظام مطلوب برآمده از شریعت اسلام و نظام‌سازی اسلامی به منظور انطباق هرچه بیشتر ساختارهای حکومت اسلامی با آموزه‌های اسلامی است. یکی از ساختارهای مذکور در قانون اساسی، که بازخوانی و بازطراحی آن براساس اندیشه‌ی اسلامی و مطالعه‌ی آن در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران ضروری به نظر می‌رسد، نهاد تقنین، یکی از مهم‌ترین قوای حکومتی است. به بیان دقیق‌تر، هرچند نظام قانونگذاری فعلی جمهوری اسلامی ایران با آموزه‌های شریعت مقدس اسلام مغایر نیست، با نظام مطلوب اسلامی نیز فاصله دارد. آنچه دارای اهمیت و ضرورت است، بررسی راهکارهای موجود در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به منظور ارتقای نظام فعلی به سمت نظام قانونگذاری مطلوب شریعت است؛ گذار از وضع موجود به وضع مطلوب بدون نیازمندی به اصلاح و بازنگری در قانون اساسی و تنها با استفاده از ظرفیت‌های فعلی نظام قانونگذاری.

بر این اساس پرسش بنیادین این نوشتار آن است که در چارچوب قانون اساسی جمهوری اسلامی

ایران، چه راهکاری به‌منظور ارتقای نظام قانونگذاری، بدون نیازمندی به بازنگری در قانون اساسی، به‌منظور حرکت به سمت نظام قانونگذاری مطلوب و منبعث از شریعت وجود دارد؟ از این رهگذر این پژوهش در تحقیقی توصیفی-تحلیلی و با بهره‌گیری از روش کتابخانه‌ای به بررسی راهکارهای اصلاح نظام قانونگذاری موجود و حرکت به سمت نظام قانونگذاری مطلوب خواهد پرداخت.

به‌منظور پاسخگویی به پرسش اصلی، ابتدا چارچوب مفهومی واژگان کلیدی پژوهش بررسی می‌شود. سپس روند قانونگذاری مطلوب در حکومت برآمده از شریعت اسلام مطالعه می‌شود. پس از آن جایگاه سیاست‌های کلی نظام تبیین شده و در پایان ظرفیت‌های موجود در سیاست‌های کلی نظام به‌منظور اصلاح نظام قانونگذاری در جمهوری اسلامی ایران بررسی و مطالعه می‌شود.

۱. چارچوب مفهومی

اولین گام در هر پژوهش علمی تبیین مفاهیم کلیدی آن پژوهش به منظور ایجاد فهم مشترک میان نگارندگان و مخاطبان است. از همین رو در ادامه مفاهیم قانون و قانونگذاری و سیاست‌های کلی نظام به عنوان کلیدی‌ترین مفاهیم پژوهش حاضر بررسی می‌شود. شایان ذکر است که علت بازخوانی مفهوم قانون تفاوت‌هایی است که بین این مفهوم در اندیشه‌ی اسلامی و اندیشه‌ی حقوقی معاصر وجود دارد و نتیجه‌ی آن در فرایند قانونگذاری تأثیرات فراوانی می‌گذارد.

۱-۱. قانون و قانونگذاری

واژه‌ی قانون از زبان یونانی وارد ادبیات عرب شده و اصل آن «kanon» به معنای خط‌کش بوده است (محمصانی، ۱۳۸۶: ۱۲-۱۴؛ جوهری، ۱۴۱۰ق: ۲۱۸۵). در ادبیات فارسی قانون در معنای قاعده، رسم و حکم اجباری که از ناحیه‌ی دستگاه حکومت صادر گردد؛ به کار رفته است (دهخدا، ۱۳۷۳: قانون) و در ادبیات عرب نیز قانون به معنای مقیاس هر چیز است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳: ۳۴۹).

در اصطلاح تعاریف گوناگونی از قانون ارائه شده است. در یک دیدگاه قانون به آن دسته از قواعد حقوقی اطلاق می‌شود که به صورت گزاره‌ی مکتوب توسط مقامات صلاحیت‌دار وضع می‌شود و فارغ از آنکه چه عنوانی (اعم از قانون، آیین‌نامه، بخشنامه و غیر این‌ها) برای آن انتخاب شود، دارای دو وصف ماهوی و شکلی است. وصف ماهوی قانون به خصوصیت کلیت و شمول آن اشاره دارد و وصف شکلی خصوصیات همچون لفظی، مکتوب، رسمی و تشریفاتی بودن را بیان می‌دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴: ۹۴ و ۹۵؛ دانش‌پژوه، ۱۳۸۹: ۱۵۱). از دیدگاهی دیگر برخی با تفکیک میان دو مفهوم قانون به معنای خاص و قانون به معنای عام، بر این باورند که قانون در معنای عام، وقتی به عنوان یکی از منابع حقوقی و در برابر عرف به کار می‌رود، همه‌ی مقرراتی را در برمی‌گیرد که توسط مقامات صالح دولتی وضع شده و قانون به معنای خاص (در نظام حقوقی ایران) قواعدی است که با تشریفات مقرر در قانون اساسی و توسط قوه‌ی مقننه (مجلس شورای اسلامی) وضع می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۲۰). در یک دیدگاه قانون، مجموعه قراردادهای اجتماعی است که برای تنظیم ساختار امور عامه وضع می‌شود (جوادی‌آملی، بی‌تا: ۴۴).

برخی با تفکیک میان امور کلی و تقنینی و امور جزئی و اجرایی بر این باورند که قانون به معنای تخصصی و اصطلاحی آن، قاعده‌ای حقوقی است که دارای درجه‌ای از کلیت بوده و از امور اجرایی و جزئی بالاتر است (داوید و اسپونیزی، ۱۳۸۷: ۹۲).

از سوی دیگر برخی معتقدند با توجه به استعمالات گوناگون از واژه‌ی قانون در ادبیات حقوقی، می‌توان مفهوم این اصطلاح را در سه تعریف کلی مطالعه کرد. گاهی مقصود از قانون به آن دسته از مقررات الزام‌آوری اشاره دارد که وظیفه‌ی تنظیم رفتار اجتماعی انسان را برعهده دارند، و مخالفت با آن مستوجب کیفر از سوی قدرت حاکم می‌شود. گاهی اصطلاح قانون به مجموعه قواعدی اشاره دارد که مربوط به کشوری خاص است و در دوره‌ی زمانی معین اجرا می‌شود، و از آن‌جا که وضع و اجرای آن با قدرت حاکم در جامعه است و به اعتبار تفاوت آن با احکام و مقررات دیگری همانند اصول اخلاق، شرف، کرامت و شئونی که مرجع اجرایی معینی ندارد، قانون وضعی نیز نامیده می‌شوند. گاهی نیز قانون به مجموعه قواعد حقوقی اطلاق می‌شود که قوه‌ی مقننه تصویب کرده است (محمصانی، ۱۳۸۶: ۸ و ۹؛ کعبی، ۱۳۸۲: ۱۰۶).^(۲)

از تعاریف مذکور چنین برداشت می‌شود که یکی از اجزای ذاتی تعریف قانون «قاعده‌ی حقوقی بودن» آن است. به عبارت دیگر، اوصاف قاعده‌ی حقوقی همانند الزام‌آور بودن، اجتماعی بودن^(۳)، کلی و عمومی بودن^(۴) و تضمین آن از طرف دولت (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۵۹) وجهه‌ی بارز تعریف قانون به حساب می‌آید (داوید و اسپونیزی، ۱۳۸۷: ۹۴).

بر این اساس با نگاهی به مجموعه تعاریف مذکور می‌توان تعریف قانون را در دو بعد ماهوی و شکلی مطالعه کرد. بعد ماهوی قانون، فارغ از مرجع تصویب‌کننده به آن دسته از قواعدی اشاره می‌کند که زندگی اجتماعی را سامان می‌بخشد و افراد به علت وجود اجبار دولت، ملزم به رعایت آن‌اند. درحالی‌که از بعد شکلی، قانون تنها شامل قواعد حقوقی می‌گردد که توسط مرجع دارای صلاحیت وضع می‌شود.

در مقام نتیجه‌گیری از مقصود مورد نظر این پژوهش از اصطلاح قانون باید گفت که قانون به آن دسته از «قواعد حقوقی» اطلاق می‌شود که قوه‌ی مقننه به تصویب رسانده است. در تبیین تعریف مذکور می‌توان گفت اولاً جزء ذاتی قانون از این منظر داشتن ویژگی‌های لازم برای یک قاعده‌ی حقوقی است و از سوی دیگر، قانون به آن قاعده‌ی حقوقی اطلاق می‌شود که توسط قوه‌ی مقننه و با طی تشریفات قانونی به تصویب رسیده است.

۱-۲. سیاست‌های کلی نظام

سیاست در لغت به معنای حفاظت، نگاهداری، حراست، حکم راندن بر رعیت، حکومت، ریاست، داوری، مصلحت، تدبیر، دوراندیشی و... آمده است (معین، ۱۳۸۸: سیاست؛ دهخدا، ۱۳۷۳: سیاست). به نظر تدبیر، مصلحت و دوراندیشی نزدیک‌ترین تعاریف به مفهوم مورد نظر قانون اساسی از سیاست‌های کلی نظام است (موسی‌زاده، ۱۳۹۳: ۳۳). در اصطلاح سیاست یا

سیاستگذاری از امور مدیریت سیاسی برشمرده شده که متکی بر اصول برنامه‌ریزی، سازمان‌دهی، نظارت و کنترل است. براساس این تعریف سیاست‌های کلی یا خط‌مشی‌های عمومی، اصولی‌اند که توسط مقامات صالح به‌عنوان الگو و راهنمایی برای راهبری اقدام‌ها و فعالیت‌ها وضع شده‌اند (الوانی، ۱۳۸۰: ۲۰). حقوق‌دانان نیز سیاستگذاری را تعیین، تدوین و ارائه‌ی ضوابطی می‌دانند که در آن مقتضیات دولت اعمال می‌شود؛ مصالح جمعی از طریق آن تأمین می‌شود و هدف از آن نیز در درجه‌ی اول تثبیت حاکمیت، استقرار نظم و حفظ حدود و ثغور استقلال کشور است (هاشمی، ۱۳۸۵، ج ۲: ۶۷).

مجمع تشخیص مصلحت نظام در مصوبات خود سیاستگذاری و برنامه‌ریزی به‌منظور دستیابی به اهداف را به سه حوزه‌ی سیاست کلی، سیاست اجرایی^(۵) و برنامه^(۶) تقسیم کرده است. از این منظر مراد از سیاست‌های کلی، سیاست‌هایی است که «برای تحقق آرمان‌ها و اهداف پس از مجموعه‌ی آرمان‌ها قرار می‌گیرند و حاوی اصولی هستند که آرمان‌ها را به مفاهیم اجرایی نزدیک می‌کنند و آن سیاست‌هایی هستند که در درون نظام عمل می‌نمایند، اعم از قوای سه‌گانه، نیروهای مسلح، صداوسیما و همچنین نیروهایی می‌باشند که در درون جامعه‌ی کل فعالیت دارند که شامل سیاست‌های کلی بخشی و فرابخشی می‌شود. سیاست‌های کلی بخشی، در مواردی است که هدف یا آرمانی از نظام، حرکت یک بخش را در برمی‌گیرد و برای وصول به آن هدف یا اهداف نیازمند تدوین سیاست‌های کلی آن بخش می‌باشد و سیاست‌های اجرایی و برنامه چند بخش در قالب این سیاست‌ها تدوین می‌گردد» (مصوبه‌ی مجمع تشخیص مصلحت نظام در مورد سیاست‌های کلی: ۱۳۷۶/۱۰/۱۳).

بر مبنای تعاریف صورت‌گرفته می‌توان گفت سیاست‌های کلی نظام مجموعه‌ای از جهت‌گیری‌ها و راهبردهای کلان برای تحقق اهداف نظام و قانون اساسی در دوره‌ی زمانی مشخص است (انصاری، ۱۳۸۵: ۱۸۵). به بیان دیگر، بند ۱ اصل ۱۱۰ قانون اساسی به سیاست‌های کلان اشاره دارد و سیاست‌های کلان همان تعیین اهداف و خط‌مشی‌های کلی است که خارج از حیطه‌ی تقنینی بوده، بر مبنای مصالح وضع می‌شود و تقریباً معادل مبنای قانون و روح کلی حاکم بر قانون است؛ همانند قواعد کلی فقهی مانند لاضرر، نفی حرج و مانند این‌ها که براساس آن‌ها فتاوی زیادی صادر شده است (ارسطا، ۱۳۸۰: ۳۷۷).

علاوه بر تعاریف مذکور که از حیث محتوایی به موضوع سیاست‌های کلی نظام توجه کرده بود، می‌توان از حیث شکلی و مرجع صالح صدور نیز سیاست‌های کلی نظام را تعریف کرد. بر این اساس سیاست‌های کلی نظام سیاست‌هایی است که از سوی مقام معظم رهبری پس از مشورت با مجمع تشخیص مصلحت نظام و به موجب بند ۱ اصل ۱۱۲ قانون اساسی تعیین

می‌شود.^(۷) در مقام جمع‌بندی مجموعه تعاریف مذکور از سیاست‌های کلی نظام می‌توان گفت سیاست‌های کلی نظام به آن دسته از تدابیر و خط‌مشی‌های کلانی اطلاق می‌شود که براساس بند ۱ اصل ۱۱۰، در راستای تحقق قانون اساسی و با رعایت مصالح عمومی توسط مقام رهبری پس از مشورت با مجمع تشخیص مصلحت نظام وضع می‌شود.

۱-۲-۱. جایگاه سیاست‌های کلی نظام در سلسله‌مراتب هنجارهای حقوقی

در نظام حقوقی سلسله‌مراتبی از هنجارهای حقوقی قابل تصور است که از تأثیر، اعتبار و ضمانت اجرای گوناگونی برخوردار است. بر این اساس هر مفهوم در ساختار کلی نظام حقوقی باید جایگاه روشن و متناسبی داشته باشد و رابطه‌ی آن با هنجارهای فرازین و فرودین به‌وضوح تبیین گردد (زارعی، ۱۳۸۳: ۳۲۷). سیاست‌های کلی نظام نیز از این حکم کلی مستثنا نیست و باید جایگاه آن‌ها در سلسله‌مراتب هنجارهای حقوقی نسبت به سایر هنجارها روشن شود.

در خصوص جایگاه سیاست‌های کلی نظام در سلسله‌مراتب حقوقی و در مقایسه با سایر هنجارهای قانونی نیز نظرهای گوناگونی مطرح شده است. برخی بر این باورند که سیاست‌های کلی نظام در رأس سلسله‌مراتب قوانین و مافوق قانون اساسی است؛ چراکه در زمره‌ی اوامر ولایی قرار می‌گیرد و مصلحت عمل به آن از مصلحت عمل به قانون اساسی فراتر است و هیچ مقام سازمانی غیر از رهبری، حق تقیید، اصلاح یا الغای آن را نخواهد داشت (خلیلی، ۱۳۸۳: ۷۴). به بیان دیگر، سیاست‌های کلی ممکن است با مصالح قانون اساسی مغایر باشد و موقتاً اجرای اصل یا اصولی از قانون اساسی را تعطیل کند (خلیلی، ۱۳۸۳: ۸۲). در مقابل، گروه عمده‌ای از صاحب‌نظران معتقدند سیاست‌های کلی نظام مادون قانون اساسی و مافوق سایر هنجارهای حقوقی است. در تبیین این عبارت می‌توان گفت قانون اساسی آرمان و میثاق ملی و سند حقوقی و سیاسی یک کشور است و اصل برتری و حاکمیت آن ایجاب می‌کند که هیچ هنجاری بالاتر از آن نباشد (موسی‌زاده، ۱۳۹۳: ۴۹). به عبارت دیگر سیاست‌های کلی از نظر نظم هنجاری و حقوق اساسی در مرتبه‌ی پایین‌تری از اصول قانون اساسی قرار دارد، هرچند بالاتر از قوانین عادی و مقررات دولتی است و به همین دلیل نمی‌تواند نسبت به اصول قانون اساسی از ارجحیت برخوردار باشد (زارعی، ۱۳۸۳: ۳۳۰). در نتیجه در خصوص نسبت سیاست‌های کلی نظام با سایر هنجارهای حقوقی می‌توان گفت که سیاست‌های کلی مجموعه تدابیر و خط‌مشی‌هایی است که نسبت به قانون اساسی در مرتبه‌ی پایین‌تری قرار دارد و بالاتر از مقررات عادی به دنبال سیر جامعه به سمت و سوی اهداف آرمانی و تحقق قانون اساسی است (انصاری، ۱۳۸۵: ۱۸۴).

۱-۲-۲. الزام یا عدم الزام به اجرای سیاست‌های کلی نظام

در خصوص الزام یا عدم الزام به اجرای سیاست‌های کلی نظام نیز میان اندیشمندان حوزه‌ی حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران اختلاف نظر وجود دارد. برخی با نگاهی به سیاست‌های کلی نظام آن را صرفاً از جنس رهنمود، توصیه و ارشاد تلقی می‌کنند و بر این باورند از آن‌جا که سیاست‌گذاری، از مقوله‌های مدیریتی به حساب می‌آید، ارزش حقوقی ندارد. آنان معتقدند نظارت پیش‌بینی‌شده در بند ۲ اصل ۱۱۰ قانون اساسی نیز صرفاً نظارتی سیاسی است و بر آن آثار حقوقی بار نمی‌گردد.^(۸)

در مقابل آنچه در عمل رخ داده و ملاک عمل قرار گرفته، دیدگاهی است که به سیاست‌ها به‌عنوان مقوله‌ی مدیریتی صرف نمی‌نگرد و آن را دارای ضمانت اجراهای حقوقی می‌داند. مستندات این نظر از یک سو به مجموعه مؤیدات قانونی به‌ویژه مشروح مذاکرات مجلس بازننگری قانون اساسی و متن اصل ۱۱۰ و از سوی دیگر به اهمیت سیاست‌های کلی نظام در روند امور بازمی‌گردد. در تبیین این موضوع می‌توان گفت اولاً با عنایت به مشروح مذاکرات بازننگری قانون اساسی سال ۱۳۶۸ و نیز تأکیدات اعضای مجلس بر موضوع ولایت فقیه و تضمین اجرای اوامر وی، محقق ساختن اوامر صادره از سوی وی، که سیاست‌های کلی نظام مصداقی از آن محسوب می‌شود، اقتضای الزام‌آور بودن سیاست‌های مزبور را دارد^(۹) (اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۰، ج ۲: ۶۴۹). از سوی دیگر به‌نظر می‌رسد آنچه موجب ورود چنین تدابیری به قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران شد، بیش از هر چیز فقدان و خلأ قانونی وجود نهادی برای تعیین خط‌مشی‌های کلی حرکت نظام بود که ارشادی دانستن سیاست‌ها موجب نقض غرض می‌شود. علاوه بر این آوردن دو موضوع ارشادی در صدر اصلی از قانون اساسی که تمام مفاد آن الزام‌آور است، بعید به‌نظر می‌رسد. ثانیاً جایگاه سیاست‌های کلی نظام خود دلیلی بر الزامی بودن این سیاست‌ها در ساختار حقوقی جمهوری اسلامی ایران است. به بیان دقیق‌تر، قرار دادن سیاست‌های کلی نظام به‌عنوان اولین وظیفه و اختیار رهبری در اصل ۱۱۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی نمایانگر اهمیت و جایگاه والای آن در نظام حقوقی ایران است. از همین‌رو مقام معظم رهبری در این خصوص می‌فرماید: «درباره‌ی سیاست‌های کلی عرض کنم که مهم‌ترین وظیفه‌ی رهبری در قانون اساسی، تنظیم سیاست‌های کلی است».^(۱۰) مطالعه‌ی نظرهای مذکور در مورد سیاست‌های کلی نظام بی‌تردید بیانگر آن است که این سیاست‌ها تنها هنگامی مهم‌ترین وظیفه‌ی رهبری تلقی می‌شود که موجب انضباط در کشور شود و مانع بروز لطمات جبران‌ناپذیر شود که یکی از قواعد و بایسته‌های الزام‌آور حقوقی در عرصه‌های گوناگون اداره‌ی جامعه اعم از تقنین، اجرا و قضا تلقی می‌گردد.

شایان ذکر است که به‌عنوان مهم‌ترین مستند قانونی الزام‌آور بودن سیاست‌های کلی نظام می‌توان به «مقررات نظارت بر حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام» مصوب مجمع تشخیص مصلحت با تأیید رهبری اشاره کرد. برای نمونه ماده‌ی ۲ این مقرر در این خصوص بیان می‌دارد: «قوانین و مقررات به‌خصوص قانون برنامه و بودجه‌های سنواتی باید در چارچوب سیاست‌های کلی تنظیم شود. قوانین و مقررات در هیچ موردی نباید مغایر سیاست‌های کلی باشد». ماده‌ی ۳ نیز مقامات مسئول در قوای سه‌گانه، نیروهای مسلح، صداوسیما و نهادهای عمومی را به‌عنوان مقام مسئول اجرای سیاست‌های کلی نظام در دستگاه‌های مربوطه تعیین می‌کند.

۲. روند قانونگذاری در حکومت اسلامی

پس از روشن شدن مفهوم قانون و مفهوم سیاست‌های کلی نظام، به‌منظور پاسخگویی به پرسش اصلی پژوهش، ضروری است مفهوم و روند قانونگذاری در حکومت اسلامی مطالعه شود. به بیان دقیق‌تر برای حرکت به سمت نظام مطلوب قانونگذاری، برآمده از شریعت اسلام، مطالعه‌ی مفهوم و روند قانونگذاری مطلوب شرعی مهم و ضروری است.

مفهوم قانونگذاری در اندیشه‌ی اسلامی با مفهوم مدرن آن در حقوق موضوعه تفاوت دارد و قیدهایی در تعریف قانونگذاری در اندیشه‌ی اسلامی وجود دارد که آن را از قانونگذاری موضوعه‌ی مرسوم متمایز می‌سازد و علت آن، ریشه در آموزه‌های اعتقادی مسلمانان و نحوه‌ی جهان‌بینی و هستی‌شناسی آنان دارد. در این خصوص می‌توان گفت براساس اندیشه‌ی اسلامی خداوند متعال به‌عنوان ولی و سرپرست عالم دارای ربوبیت تشریعی است و حق امر و نهی منحصرأ از آن اوست (سبحانی، ۱۳۷۰: ۲۵۹). بر همین اساس تنها اوست که حق وضع قوانین و مقررات در ابعاد فردی و اجتماعی را دارد، هر قانونی غیر از طریق وی صادر شود، باطل و غیرقابل استناد است (خمینی، ۱۴۲۳ق: ۴۴). بر این مبنا پذیرش اوامر و نواهی اعم از قوانین و مقررات فردی و اجتماعی مصداق شرک در ربوبیت محسوب می‌شود (جوادی آملی، بی‌تا: ۵۸۲). لذا تنها قانونگذار نیز ذات باری تعالی خواهد بود؛ تشریع و جعل قانون منحصر به اوست و جز او قانونگذاری وجود ندارد (سبحانی، ۱۳۷۴: ۲۵۹). در نتیجه قدرت مقننه و اختیار تشریع در اسلام به خداوند متعال اختصاص دارد و شارع مقدس یگانه قدرت قانونگذاری است و در حکومت اسلامی به‌عنوان حکومت اجرای قانون الهی بر مردم، هیچ‌کس حق قانونگذاری ندارد و هیچ قانونی جز حکم شارع را نمی‌توان به اجرا گذاشت (خمینی، ۱۴۲۳ق: ۴۳ و ۴۴). براساس این مبنای عقیدتی، می‌توان فرایند قانونگذاری در اندیشه‌ی اسلامی را در چهار مرحله مطالعه کرد.

۱-۲. مرحله‌ی جعل و تشریع احکام

مرحله‌ی اول، مرحله‌ی جعل و تشریع حکم است. این مرحله مطابق با آنچه بیان شد، انحصاراً در اختیار خداوند متعال است و هیچ موجودی غیر از ذات باری تعالی حق وضع و جعل قوانین و امر و نهی به دیگران را ندارد. آیات قرآن کریم و روایات ائمه‌ی معصومین (ع) نیز بیانگر آن است (مؤمن قمی، ۱۳۸۷: ۶۱-۶۶) که خداوند متعال حق قانونگذاری را انحصاراً در اختیار خود قرار داده است. برای نمونه آیات زیر به این مفهوم اشاره می‌کنند:

«حکم [قانون و یا حکومت] تنها از آن خداوند است»^(۱۱) (انعام: ۵۷).

«همانا حکم تنها از آن اوست»^(۱۲) (انعام: ۶۲).

«ای پیامبر! بدانچه خدا نازل فرموده، بین مردم حکم (یا حکومت) کن و هواهای آن‌ها را پیروی مدار و از اینکه تو را نسبت به برخی از آنچه خدا بر تو فرود آورده به فتنه اندازند، برحذر باش... آیا اینان حکم جاهلیت را می‌طلبند، و برای ایمان‌باوران چه کسی در حکم بهتر از خداوند است؟»^(۱۳) (مائده: ۴۹ و ۵۰).

در نتیجه براساس آموزه‌های اسلامی مرحله‌ی تشریع قوانین صرفاً بر اختیار خداوند است و این امر حق وی تلقی می‌شود، چراکه او مالک همه‌ی افراد و سرزمین‌ها و آگاه به مصالح و مفاسد و سود و زیان مردم است و در این جهت هیچ‌یک از مخلوقات شریک او نیست (منتظری، ۱۴۰۹ق، ج ۳: ۱۱۳).

۲-۲. مرحله‌ی تبیین و تفسیر احکام

مرحله‌ی دوم، مرحله‌ی تفسیر و تبیین وحی الهی و تشریح اهداف و مقاصد آن توسط پیامبر اکرم (ص) و ائمه‌ی معصومین (ع) است (سبحانی، ۱۳۷۰: ۲۵۹). در این خصوص باید گفت یکی از شئون زندگی پیامبر اکرم (ص) و اهل بیت عصمت و طهارت (ع) به‌عنوان جانشینان پیامبر (ص)، تفسیر و تبیین آموزه‌ها و قوانینی است که توسط خداوند متعال جعل شده است. آنان با اتصال به سرچشمه‌ی وحی و فهم دقیق، قوانین و قواعدی را که خداوند متعال برای سعادت ابنا‌ی بشر وضع کرده است، به انسان ابلاغ می‌دارند و به تبیین و تفسیر آن‌ها می‌پردازند. به بیان دیگر اگرچه پیامبر (ص) و امامان معصوم (ع) به نصب خاص الهی به مقام نبوت و امامت نائل شدند، آنان نیز حق تشریع و جعل احکام الهی را نداشتند و وظیفه‌ی آنان تبیین، تشریح و اجرای قوانین شریعت اسلام بود، چراکه حاکمیت در تشریع و قانونگذاری انحصار به خداوند متعال دارد و تفسیر و تبیین قوانین الهی در جامعه نیازمند کسانی از جنس بشر است که قوانین را از منبع وحی دریافت نمایند و بدون هیچ‌گونه کم و کاستی به بشر ابلاغ کنند

(مکارم شیرازی، ۱۴۲۸ق، ج ۳: ۲۸۴ و ۲۸۵). شایان ذکر است که در زمان پیامبر (ص) دریافت وحی نیز در عرصه‌ی قانونگذاری وجود داشت، اما در زمان ائمه‌ی معصومین (ع) مبنای روند اجرای قوانین تفسیر و تبیین وحی بوده است (حبیبی، ۱۳۸۹: ۵۵).

۲-۳. مرحله‌ی اجتهاد و استنباط احکام

هرچند مراجعه به پیامبر (ص) و ائمه‌ی معصومین (ع) به‌عنوان منصوبان خاصی که با منبع وحی ارتباط دارند یا از عصمت برخوردارند، مطمئن‌ترین راه کشف قوانین الهی است، در عصر حاضر به‌علت غیبت امام معصوم (ع) امکان بهره‌گیری از این مسیر وجود ندارد. از همین رو باید به‌دنبال راهکاری برای کشف و فهم قوانین وضع‌شده از ناحیه‌ی پروردگار، در دوره‌ی غیبت امام معصوم (ع) بود.

نگاهی به مجموعه قواعد و آموزه‌های شریعت مقدس اسلام بیانگر آن است که در دوره‌ی غیبت امام معصوم (ع)، کشف قوانین و شناخت آن از طریق استخراج احکام از منابع شرعی و توسط فقها و کارشناسان امور دینی صورت می‌گیرد (سبحانی، ۱۳۷۰: ۲۶۰). در این خصوص می‌توان گفت که هرچند در دوره‌ی غیبت، امکان حضور در پیشگاه امام به‌عنوان منبع متصل به وحی وجود ندارد، می‌توان با بهره‌گیری از روش‌ها و ضوابطی، توسط کارشناسان امور دینی، به استنباط و استخراج احکام و قوانین الهی از منابع صحیح آن (کتاب، سنت، عقل و اجماع) پرداخت (منتظری، ۱۴۰۹ق، ج ۳: ۱۱۲).

این مرحله بر مجموعه روش‌هایی استوار است که در ادبیات دینی اجتهاد خوانده می‌شود. مقصود از اجتهاد استخراج و استنباط حکم شرعی فرعی، یا حجتی شرعی بر حکم شرعی فرعی از طریق ادله‌ی تفصیلی است (خویی، ۱۳۸۰، ج ۳: ۴۳۷). به بیان دیگر اجتهاد تلاش برای یافتن دلیل و حجت بر احکام شرعی است یا کوششی برای به‌دست آوردن احکام شرعی از ادله و منابع آن یعنی قرآن، سنت، عقل و اجماع است (هاشمی شاهرودی و دیگران، ۱۴۲۶ق، ج ۱: ۲۴۴؛ مطهری، بی‌تا، ج ۲۰: ۱۶۳).

ذکر این نکته در خصوص موضوع اجتهاد ضروری به‌نظر می‌رسد که توانایی استخراج احکام و دستورهای الهی از منابع شرعی نیازمند آشنایی با پیش‌نیازهای اجتهاد است و بدون تحقق این مقدمات رجوع به منابع شرعی و استنباط حکم از شریعت اسلامی غیرممکن است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق: ۳۰۰). اجتهاد مشروع، رجوع به منابع شریعت اسلام پس از کسب مقدمات لازم و به‌کارگیری اسلوب صحیح شرعی استنباط احکام است (مطهری، بی‌تا، ج ۲۰: ۱۶۴-۱۷۰). بر این اساس شخصی که به مقام اجتهاد دست نیافته است، یا باید احتیاط نماید یا

تقلید کند (منتظری، ۱۴۰۹ق، ج ۳: ۱۵۵).

مبتنی بر آنچه بیان شد، می‌توان گفت که در دوره‌ی غیبت، روند قانونگذاری در حکومت اسلامی مبتنی بر عنصر اجتهاد صورت می‌گیرد و کشف قوانینی که توسط خداوند متعال جعل شده است، نیازمند بهره‌گیری از تخصص و ابزار و ضوابط استنباط احکام شرع است. بر همین اساس اگر سازوکار قانونگذاری مبتنی بر اجتهاد طراحی نشده باشد، نمی‌تواند پاسخگوی نیاز جامعه‌ی اسلامی در اجرای قوانین الهی به‌عنوان یکی از اصلی‌ترین وظایف نظام سیاسی مبتنی بر شریعت اسلام باشد. با نگاهی به سابقه‌ی فقه از آغاز عصر غیبت تاکنون می‌توان به سه روش اجتهادی در زمینه‌ی قانونگذاری اشاره کرد:

۲-۳-۱. اجتهاد تبیینی

مقصود از اجتهاد تبیینی همان اجتهاد مرسوم، رایج و مصطلح در فقه شیعه است که مقصود از آن به‌کارگیری تمام تلاش در جهت استنباط احکام شرعی از منابع آن است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸ق، ج ۳: ۵۳۲). براساس این نوع از اجتهاد که فقه افتایی نیز خوانده می‌شود، مجتهد با رویکردی اکتشافی و تبیینی در پی کشف قانون شرع برای اداره‌ی زندگی است. خروجی این-گونه از اجتهاد فتوا بوده و هدف از فتوا نیز بیان حکم مائزل‌الله است.

۲-۳-۲. اجتهاد تطبیقی

گونه‌ی دیگر اجتهاد، اجتهاد تطبیقی و مقصود از آن تشخیص احکام شرعی است. در این خصوص می‌توان گفت که در اجتهاد تطبیقی الزاماً نیازی به مراجعه‌ی مجتهد به منابع شرعی (قرآن، سنت، اجماع و عقل) و استنباط حکم از آن‌ها نیست، بلکه فقیه نظریات فقهی موجود را بر حوادث و وقایع پیشامد براساس نیازهای روز تطبیق می‌دهد و تنها پاسخگوی این پرسش است که آیا موضوع مورد بحث خلاف آموزه‌های شریعت اسلام است یا خیر؟^(۱۴) نتیجه‌ی این‌گونه از اجتهاد تطبیق موضوعات با نظریات فقهی مرسوم است.

۲-۳-۳. اجتهاد تنظیمی

سومین روش از روش‌های اجتهادی در فقه شیعه، اجتهاد تنظیمی است. مقصود از اجتهاد تنظیمی استنباط احکام شرعی از منابع آن با توجه به عناصر مدیریت جامعه و تنظیم و ساماندهی امور و روابط فرد با فرد و فرد با جامعه است. در خصوص تفاوت میان اجتهاد تنظیمی با اجتهاد تطبیقی و تبیینی باید گفت که هرچند همه‌ی احکام شریعت اسلام مبتنی بر تنظیم روابط است و به تعبیر دقیق‌تر تنظیم روابط در خود احکام شرع لحاظ شده است، در اجتهاد تطبیقی و تبیینی عنصر تنظیم در مبادی، مدخل‌ها و مقدمات حکم دخالت دارد.^(۱۵) اما

در اجتهاد تنظیمی، عنصر مدیریت و تنظیم روابط، عنصر سازنده حکم شرعی به حساب می‌آید. در خصوص تفاوت این دو شیوهی نگرش می‌توان گفت گاهی احکام فقهی مربوط به اداره‌ی یک فرد، بدون توجه به محیط زندگی اوست؛ و گاهی هم در تعیین حکم شرعی انسان به منزله‌ی بخشی کوچک یا بزرگ از چگونگی اداره‌ی یک جامعه در نظر گرفته می‌شود. گاهی احکام شرعی به عنوان جزئی از مجموعه‌ی اداره‌کننده‌ی فرد و جامعه در حاکمیت اسلام مطرح می‌شود؛ گاهی هم فقط به عنوان حکمی برای یک فرد مطرح است. این دو نوع نگرش با یکدیگر متفاوت است؛ این تفاوت در نگرش منجر به استنباط احکام متفاوت حتی در فردی‌ترین مسائل همانند مسئله طهارت و نجاست می‌شود» (خامنه‌ای، ۱۳۷۶/۲/۱۳).

بر همین مبنا تفاوت نگرش هدف از اجتهاد تنظیمی، تنظیم روابط انسان‌ها در چارچوب شریعت، به منظور دستیابی به سعادت دنیوی و اخروی است و در پی آن است که به این پرسش پاسخ گوید که مبتنی بر اجتهاد چگونه جامعه‌ی اسلامی را به سوی اهدافش مدیریت کنیم (کعبی، ۱۳۹۱: ۱۱-۱۳). بر این اساس اجتهاد تنظیمی باید به دنبال استنباط فقهی براساس فقه اداره‌ی نظام باشد؛ نه فقه اداره‌ی فرد (خامنه‌ای، ۷۰/۶/۳۱)، هرچند خروجی این گونه از اجتهاد نیز صدور احکام شرعی همانند گونه‌های دیگر اجتهاد است.

۲-۴. مرحله‌ی برنامه‌ریزی

پس از آنکه حکم شرعی توسط خداوند متعال جعل شد و از طریق پیامبر (ص) یا ائمه‌ی معصومین (ع) ابلاغ و تبیین و از طریق بهره‌گیری از ابزار اجتهاد مشروع اوامر و نواهی الهی کشف شد، مرحله‌ی نهایی برنامه‌ریزی و ترسیم خطوط بر مبنای فتاوی مستخرج از شریعت است. در تبیین این موضوع می‌توان گفت پس از آنکه فقها قوانین الهی را براساس جریان اجتهاد از منابع شرع استخراج کردند، برنامه‌های اساسی و خطوط کلی جامعه‌ی اسلامی ترسیم می‌شود (منتظری، ۱۴۰۹ق، ج ۳: ۱۲۱؛ سبحانی، ۱۳۷۰: ۲۶۰). بر این اساس وظیفه‌ی مجالس شورا در حکومت اسلامی، جعل قوانین و استخراج آن از منابع اولیه‌ی شرعی نیست، بلکه تنها برنامه‌ریزی بر مبنای احکامی است که فقها از منابع شرع استنباط کرده‌اند. از همین رو بعضاً عنوان مجالس برنامه‌ریز به آن اطلاق می‌گردد. امام خمینی (ره) در این زمینه می‌فرماید: «شارع مقدس اسلام یگانه قدرت مقننه است. هیچ‌کس حق قانونگذاری ندارد؛ و هیچ قانونی جز حکم شارع را نمی‌توان به مورد اجرا گذاشت. به همین سبب، در حکومت اسلامی به جای «مجلس قانونگذاری» که یکی از سه دسته حکومت‌کنندگان را تشکیل می‌دهد، «مجلس برنامه‌ریزی» وجود دارد که برای وزارتخانه‌های مختلف در پرتو احکام اسلام برنامه ترتیب می‌دهد؛ و با این برنامه‌ها کیفیت

انجام خدمات عمومی را در سراسر کشور تعیین می‌کند» (خمینی، ۱۴۲۳ق: ۴۴). مبتنی بر تعریف قانون و انحصار قانونگذاری در ذات حضرت حق روند قانونگذاری در چهار مرحله قابل بررسی است: مرحله‌ی اول که مرحله‌ی تشریع و جعل قوانین است و به خداوند متعال اختصاص دارد؛ مرحله‌ی دوم ابلاغ و تبیین قوانین است که توسط پیامبر (ص) و اهل بیت معصومین ایشان انجام گرفته است؛ مرحله‌ی سوم استنباط احکام و قوانین از منابع شریعت (قرآن، سنت، اجماع و عقل) با بهره‌گیری از ابزار اجتهاد مشروع است؛ مرحله‌ی چهارم نیز برنامه‌ریزی مطابق با نیازها، پیشامدها و حوادث نوپدید، در چارچوب قواعد مستنبط از شریعت است.

۳. جایگاه اجتهاد در روند قانونگذاری در نظام جمهوری اسلامی ایران

پس از آنکه روند قانونگذاری مطلوب در نظام اسلامی روشن شد، ضروری است که جایگاه اجتهاد در روند قانونگذاری در نظام جمهوری اسلامی ایران مطالعه شود. در این خصوص باید گفت که براساس اصل ۵۷^(۱۶) قانون اساسی، قوای حاکم در جمهوری اسلامی ایران عبارت‌اند از: قوه‌ی مقننه، مجریه و قضائیه که زیر نظر ولایت مطلقه‌ی امر و امامت امت اعمال می‌شوند. همچنین مطابق اصول ۵۸^(۱۷) و ۵۹^(۱۸) قانون اساسی اعمال قوه‌ی مقننه از طریق مجلس شورای اسلامی که از نمایندگان منتخب مردم تشکیل می‌شود یا در مسائل بسیار مهم اقتصادی، سیاسی، اجتماعی و فرهنگی ممکن است، از راه همه‌پرسی و مراجعه‌ی مستقیم به آرای مردم صورت گیرد.

قانون اساسی در فصل ششم و تحت عنوان قوه‌ی مقننه به‌صورت تفصیلی جایگاه مجلس شورای اسلامی و حیطه‌ی صلاحیت آن در امر قانونگذاری را بیان کرده است. بر این اساس اولاً بر مبنای اصل ۷۱^(۱۹) مجلس شورای اسلامی که اعضای آن نمایندگان منتخب مردم هستند، می‌تواند در عموم مسائل در حدود مقرر در قانون اساسی قانون وضع کند و صلاحیت عام قانونگذاری در اختیار مجلس شورای اسلامی قرار دارد؛ ثانیاً مطابق با اصل ۷۲^(۲۰) مجلس شورای اسلامی در وضع قوانین و مقررات با دو محدودیت روبه‌روست و نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی جمهوری اسلامی مغایرت داشته باشد.

از سوی دیگر اصل ۴ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزائی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی و سیاسی باید براساس موازین اسلامی باشد و این اصل بر همه قوانین و مقررات حتی سایر اصول قانون اساسی حاکم می‌باشد و تشخیص این

امر بر عهده فقهاء شورای نگهبان است». اصول ۹۱ تا ۹۶ قانون اساسی نیز در تبیین صلاحیت شورای نگهبان در رسیدگی به مصوبات مجلس، مجلس شورای اسلامی را بدون وجود شورای نگهبان از نظر قانونی بی‌اعتبار می‌داند^(۲۱) و بیان می‌کند همه‌ی مصوبات مجلس باید برای نظارت به شورای نگهبان ارسال شود.^(۲۲) همچنین نظارت بر عدم مغایرت مصوبات مجلس با شریعت اسلام را به فقهای شورای نگهبان واگذار کرده است.^(۲۳) در نتیجه مبتنی بر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران صلاحیت عام قانونگذاری در اختیار مجلس شورای اسلامی قرار دارد و شورای نگهبان مصوبات مجلس را صرفاً از نظر «عدم مغایرت» با موازین اسلامی و قانون اساسی مورد بررسی و نظارت قرار می‌دهد.

با نگاهی به اقسام روش‌های اجتهاد در فقه شیعه از یک سو و روند قانونگذاری در نظام جمهوری اسلامی ایران از سوی دیگر، درمی‌یابیم که نظام موجود قانونگذاری مبتنی بر اجتهاد تطبیقی طراحی شده است. به بیان دیگر، در نظام موجود، فقهای شورای نگهبان متن قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی را با نظریات فقهی موجود مطابقت می‌دهند و در صورت اعلام عدم مغایرت مصوبات با شریعت اسلام، مصوبه‌ی مزبور لازم‌الاجرا تلقی می‌شود. شیوه‌ی موجود هرچند مبتنی بر اجتهاد است، مبتنی بر اجتهاد تطبیقی بوده و نقش استنباط احکام شرعی در آن حداقلی است و به عدم مغایرت مصوبات با شریعت مقدس اسلام اکتفا می‌کند. در نتیجه می‌توان گفت که نقش اجتهاد به‌عنوان یکی از مهم‌ترین مراحل قانونگذاری در شریعت اسلام، در جریان فعلی قانونگذاری حداقلی بوده و با حرکت به‌سوی نظام مطلوب قانونگذاری که مبتنی بر اجتهاد پویاست، فاصله دارد.

۴. ظرفیت‌سازی سیاست‌های کلی در اصلاح قوانین

با توجه به آنچه گفتیم، درمی‌یابیم که از یک سو نظام قانونگذاری در جمهوری اسلامی ایران هرچند مغایر با موازین شرعی نیست، با نظام مطلوب اسلامی که بر مبنای اجتهاد تنظیمی طراحی شده، متفاوت است. از سوی دیگر، سیاست‌های کلی نظام به‌عنوان راهبردها و خط‌مشی‌های کلان نظام جمهوری اسلامی ایران که توسط مقام رهبری پس از مشورت با مجمع تشخیص مصلحت نظام ابلاغ می‌شود، در جایگاه بالایی از سلسله‌مراتب هنجارهای حقوقی قرار دارد و قواعدی لازم‌الاجرا برای کلیه‌ی مقامات حکومتی الزام‌آور تلقی می‌شود. از همین رو می‌توان با بهره‌گیری از ظرفیت‌های موجود در سیاست‌های کلی نظام که رعایت آن بر همه‌ی قوای حکومتی از جمله قوه‌ی مقننه الزام‌آور است، اقدام به اصلاح نظام قانونگذاری موجود به سمت نظام قانونگذاری مطلوب کرد.

در تبیین این موضوع می‌توان گفت با توجه به جایگاه و قابلیت‌های سیاست‌های کلی در نظام حقوقی ایران، همه‌ی مراحل قانونگذاری مطابق با اندیشه‌ی اسلامی آن هم مبتنی بر اجتهاد تنظیمی در جهت اصلاح نظام قانونگذاری قابل طراحی است. به بیان دیگر از آن‌جا که مرحله‌ی تشریع و تبیین قوانین توسط خداوند متعال، پیامبر اعظم (ص) و ائمه‌ی معصومین (ع) به انجام رسیده است، در صورتی که راهبردها و خط‌مشی‌های کلان نظام اسلامی در قالب سیاست‌های کلی نظام مبتنی بر دستگاه اجتهاد و توسط فقها تنظیم شود، اولاً اجتهاد به‌عنوان عنصر سازنده‌ی قوانین و مقررات از جایگاه منفعلانه دارای نقشی فعال و ابتکاری می‌گردد^(۲۴) و ثانیاً مجلس در انجام وظیفه‌ی قانونگذاری که موظف به تبعیت از سیاست‌های کلی نظام است، در چارچوب آموزه‌ها و موازین اسلامی قرار می‌گیرد.

بر این اساس مقام رهبری پس از مشورت با مجمع تشخیص مصلحت نظام در خصوص هر یک از موضوعات کلان و کلی، خط‌مشی‌ها و سیاست‌هایی را ابلاغ می‌کند که مبتنی بر منابع شرعی و با بهره‌گیری از دستگاه اجتهاد وضع شده است؛ از یک سو مبتنی بر الزام موجود در اجرایی کردن سیاست‌ها در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران نمایندگان مجلس مصوباتی را در این خصوص تصویب می‌کنند و از سوی دیگر اعضای شورای نگهبان به‌عنوان پاسداران موازین اسلامی و قانون اساسی، علاوه بر انجام وظیفه‌ی فعلی، مصوبات مجلس شورای اسلامی را از نظر مطابقت با سیاست‌های کلی نظام که برآمده از اجتهاد تنظیمی است هم تطبیق می‌دهند و در نتیجه فرایند حرکت نظام موجود قانونگذاری به سمت نظام مطلوب را مهیا می‌کنند. شایان ذکر است یکی از پیش‌فرض‌های تحقق این موضوع تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام در موضوع تصویب سیاست‌های کلی نظام با حضور اکثریت فقها و مجتهدان است.

شایان ذکر است که در حال حاضر مبتنی بر اصل ۱۱۰ قانون اساسی نظارت بر حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام از اختیارات مقام رهبری است که ایشان نیز این اختیار را مستند به مقررات نظارت بر سیاست‌های کلی نظام به مجمع تشخیص مصلحت نظام واگذار کرده‌اند. بر همین اساس مقررات نظارت بر سیاست‌های کلی نظام در سال ۱۳۸۴ به تأیید مقام رهبری رسید.^(۲۵) براساس ماده‌ی ۱ این مقررات به موجب تفویض اختیار از سوی مقام معظم رهبری، نظارت بر سیاست‌های کلی نظام توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام صورت می‌گیرد و براساس ماده‌ی ۲، قوانین و مقررات کشور نباید در هیچ موردی مغایر یا غیرمنطبق با سیاست‌های کلی مربوط باشد. به‌منظور نظارت بر این موضوع نیز کمیسیونی به نام کمیسیون نظارت، بررسی مغایرت یا عدم انطباق مصوبات مجلس شورای اسلامی با سیاست‌های کلی

نظام را بر عهده دارد. بر این اساس در صورتی که پس از اعلام مغایرت توسط مجمع، در مصوبه‌ی نهایی مجلس مغایرت و عدم انطباق باقی ماند، شورای نگهبان مطابق با نظر مجمع، نظر خود را بیان می‌دارد.

این در حالی بود که تا پیش از اصلاح این مقررات مجمع تشخیص مصلحت نظام از اهرم‌های کافی برای نظارت بر مصوبات مجلس شورای برخورداری نبود و بسیاری از قوانین مجلس بدون مطابقت با سیاست‌های کلی نظام لازم‌الاجرا تلقی می‌شد. به‌منظور رفع این معضل مقام معظم رهبری در پاسخ به نامه‌ی دبیر شورای نگهبان، اختیار نظارت بر مصوبات مجلس را در موضوعاتی که مجمع تشخیص مصلحت نظام در خصوص آن اظهار نظر نکرده است، به شورای نگهبان واگذار کردند.^(۲۶) علاوه بر این مجلس شورای اسلامی نیز باید در همه‌ی موضوعاتی که سیاست‌های کلی مرتبط با آن به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسیده است، متناسب با این سیاست‌ها قانونگذاری کند. در نتیجه نظام قانونگذاری فعلی در جمهوری اسلامی ایران بر مبنای اجتهاد تطبیقی و نقش حداقلی اجتهاد در فرایند تقنین طراحی شده است، درحالی‌که از یک سو با استفاده از ظرفیت‌های موجود در سیاست‌های کلی نظام در اصل ۱۱۰ قانون اساسی همانند الزام‌آور بودن سیاست‌ها برای همه‌ی ارکان و ساختارهای حکومت، تأیید و ابلاغ آن توسط ولی فقیه پس از مشورت با مجمع تشخیص مصلحت نظام و امکان تغییر ساختار مجمع و نقش آفرینی اکثریت مجتهدان و فقها در فرایند تصویب سیاست‌های کلی نظام مبتنی بر صلاحیت رهبری در تعیین اعضای مجمع تشخیص مصلحت مذکور در اصل ۱۱۲ قانون اساسی می‌توان سیاست‌های کلی نظام را بر پایه‌ی اجتهاد تنظیمی بنا کرد. از سوی دیگر نمایندگان مجلس شورای اسلامی با انجام وظیفه‌ی قانونی مذکور در ماده‌ی ۲ «مقررات نظارت بر حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام» در راستای اجرای سیاست‌ها اقدام به قانونگذاری کنند و شورای نگهبان نیز مصوبات مجلس را از حیث انطباق یا عدم انطباق با سیاست‌های کلی نظام ارزیابی کند تا از این طریق در مسیر ارتقای قانونگذاری در راستای قانونگذاری اسلامی گام برداشته شود.

نتیجه‌گیری

با عنایت به آنچه در خصوص سیاست‌های کلی نظام به‌عنوان راهکار ارتقای نظام قانونگذاری موجود در جهت حرکت در مسیر قانونگذاری مطلوب مبتنی بر اندیشه‌ی اسلامی بیان شد، می‌توان گفت ظرفیت‌سازی برای سیاست‌های کلی نظام می‌تواند یکی از راهکارهای موجود به‌منظور ارتقای وضعیت نظام قانونگذاری ایران به سمت وضعیت مطلوب و در چارچوب قانون اساسی باشد؛ به‌نحوی که سیاست‌های کلی ابلاغی مقام رهبری در موضوعات مختلف مبتنی بر آموزه‌های شریعت اسلام استنباط شود و مجلس نیز که ملزم به در نظر گرفتن چارچوب‌های موجود در سیاست‌هاست، متناسب با آن قانونگذاری کند. تحقق این امر در نظام حقوق اساسی ایران الزاماتی دارد که از جمله‌ی آنها می‌توان به بهره‌گیری بیشتر از فقها و مجتهدان آگاه به مقتضیات زمان در ترکیب مجمع تشخیص مصلحت نظام، استنباط مبانی موضوعات کلان و کلی از منابع شرع، تدوین و ابلاغ سیاست‌های کلی نظام در تمامی ابعاد و زوایای مختلف نظامات اجتماعی مورد نیاز جامعه و التزام عملی بیشتر مجمع تشخیص مصلحت نظام، مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان به تطبیق مصوبات مجلس با سیاست‌های کلی نظام اشاره کرد.

یادداشت‌ها

۱. شایان ذکر است که قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در سال ۱۳۶۸ بازنگری شد، اما بسیاری از نهادها و ساختارهای مذکور در آن تغییری نکرد.
۲. برای مطالعه‌ی بیشتر در زمینه‌ی تعاریف ارائه‌شده از قانون از نظر ماهوی در دیدگاه‌های مختلف ر.ک: راسخ، محمد، بنیاد نظری اصلاح نظام قانونگذاری، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۴، صص ۱۱-۲۱.
۳. اجتماعی بودن یک قاعده‌ی حقوقی اشاره به هدف آن دارد که تنظیم روابط اجتماعی است.
۴. کلی و عمومی بودن قانون به این معنا نیست که همه‌ی مردم موضوع آن باشند بلکه نباید مقید به فرد و شخص خاصی باشد و نباید با یکبار انجام شدن آن از بین برود.
۵. سیاست اجرایی: مجموعه تدبیرها و سیاست‌هایی‌اند که برای تحقق سیاست‌های کلی توسط قوای مختلف کشور و دستگاه‌های اجرایی به موجب و بر اساس مقررات قانونی تدوین می‌شوند.
۶. برنامه: طراحی عملی و وجه اجرای سیاست‌های اجرایی برای دوره‌ی مشخصی تدوین و تنظیم می‌شود.
۷. تبصره‌ی ماده‌ی ۱ مقررات نظارت بر حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۴/۶/۲۰.
۸. برای مطالعه‌ی دقیق‌تر این تفکر ر.ک: طحان نظیف، هادی، ماهیت و جایگاه سیاست‌های کلی نظام در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، پیوست پایان‌نامه‌ی کارشناسی‌ارشد حقوق عمومی دانشگاه امام صادق (ع)، مصاحبه با دکتر سید محمد هاشمی، بهار ۱۳۸۸.
۹. برای نمونه یکی از اعضای شورای بازنگری در قانون اساسی در این خصوص بیان می‌دارد: «از مواردی که اضافه شده اول تعیین اهداف و خط‌مشی کلی و سیاستگذاری کشور است. سیاست‌های کلی کشور در تمام ابعاد باید مشخص شود تا اینکه اگر قو مجریه می‌خواهد تصمیم‌گیری کند از این سیاست‌های کلی انحراف نباشد، مجلس می‌خواهد قانونگذاری کند از آن سیاست‌های کلی انحراف نباشد، آن کسی که صلاحیت این را دارد که سیاست کلی کشور را تعیین کند، مقام ولایت فقیه است. برای اینکه اوست که شناخت از اسلام کما هو حقّه دارد و بینش و آگاهی صحیح هم دارد» (مؤمن: اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۰، ج ۲: ۶۴۹).
۱۰. بیانات در دیدار جمعی از دانشجویان قزوین، ۱۳۸۲/۹/۲۶.
۱۱. «إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ».
۱۲. «أَلَا لَهُ الْحُكْمُ».
۱۳. «وَأَنَّ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَاعْلَمُوا أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِنَّ كَثِيرًا مِنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ أَمْ فَحُكْمُ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ».

۱۴. در بیان تعریف فقهی این قسم از اجتهاد می‌توان گفت: «استفراغ الوسع لتطبيق ما يعرف على الفقيه على الاحكام المستنبطه».
۱۵. الاحكام الشرعيه تابعه للمصالح و المفسدات الواقعيه.
- صدوق، محمد بن علی بن بابویه (۱۳۸۶ق)، علل الشرائع، قم: کتابفروشی داوری، ج ۳، ص ۱۹۳.
- مطهری، مرتضی، مجموعه آثار استاد مطهری، تهران: صدرا، بی‌تا، ج ۲، ص ۵۹۲.
- منتظری، حسین علی (۱۴۰۹ق)، مبانی فقهی حکومت اسلامی، ترجمه‌ی محمود صلواتی و ابوالفضل شکوری، قم: مؤسسه‌ی کیهان، ج ۳، ص ۳۰.
۱۶. اصل ۵۷: «قوای حاکم در جمهوری اسلامی ایران عبارتند از: قوه مقننه، قوه مجریه و قوه قضائیه که زیر نظر ولایت مطلقه امر و امامت امت بر طبق اصول آینده این قانون اعمال می‌گردند. این قوا مستقل از یکدیگرند».
۱۷. اصل ۵۸: «اعمال قوه مقننه از طریق مجلس شورای اسلامی است که از نمایندگان منتخب مردم تشکیل می‌شود و مصوبات آن پس از طی مراحل که در اصول بعد می‌آید برای اجرا به قوه مجریه و قضائیه ابلاغ می‌گردد».
۱۸. اصل ۵۹: «در مسائل بسیار مهم اقتصادی، سیاسی، اجتماعی و فرهنگی ممکن است اعمال قوه مقننه از راه همه‌پرسی و مراجعه مستقیم به آراء مردم صورت گیرد. در خواست مراجعه به آراء عمومی باید به تصویب دوسوم مجموع نمایندگان مجلس برسد».
۱۹. اصل ۷۱: «مجلس شورای اسلامی در عموم مسایل در حدود مقرر در قانون اساسی می‌تواند قانون وضع کند».
۲۰. اصل ۷۲: «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 نودوششم آمده بر عهده شورای نگهبان است».
۲۱. اصل ۹۳: «مجلس شورای اسلامی بدون وجود شورای نگهبان اعتبار قانونی ندارد، مگر در مورد تصویب اعتبارنامه نمایندگان و انتخاب شش نفر حقوقدان اعضای شورای نگهبان».
۲۲. اصل ۹۴: «کلیه مصوبات مجلس شورای اسلامی باید به شورای نگهبان فرستاده شود...».
۲۳. اصل ۹۶: «تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام با اکثریت فقهای شورای نگهبان و تشخیص عدم تعارض آنها با قانون اساسی بر عهده اکثریت همه اعضای شورای نگهبان است».
۲۴. هرچند در صورت استفاده از این ظرفیت همچنان شورای نگهبان به عنوان ناظر پسینی براساس اصول گوناگون قانون اساسی نظارت شرعی و قانونی بر مصوبات خواهد داشت.
۲۵. این مقرر در سال ۱۳۹۲ بازنگری شده و اصلاحاتی در آن انجام گرفته است. براساس مقرره‌ی جدید، رئیس مجلس شورای اسلامی موظف است پس از اعلام وصول طرح‌ها و لوایح در مجلس،

نسخه‌ای از آن‌ها را برای اطلاع مجمع ارسال کند. همزمان با بررسی طرح‌ها و لوایح به‌خصوص قانون برنامه، قانون بودجه و تغییرات بعدی آن‌ها در مجلس شورای اسلامی، کمیسیون نظارت مجمع نیز محتوای آن‌ها را از نظر انطباق و عدم مغایرت با سیاست‌های کلی مصوب بررسی می‌نماید. کمیسیون نظارت مواردی را که مغایر یا غیرمنطبق (حسب مورد) با سیاست‌های کلی می‌بیند به شورای مجمع گزارش می‌نماید. در صورتی که مجمع هم مغایرت یا عدم انطباق را پذیرفت، نمایندگان مجمع مورد مغایرت و عدم انطباق (حسب مورد) را در کمیسیون‌های ذی‌ربط مجلس مطرح می‌کنند و نهایتاً اگر در مصوبه‌ی نهایی مجلس مغایرت و عدم انطباق باقی ماند، شورای نگهبان مطابق اختیارات و وظایف خویش براساس نظر مجمع تشخیص مصلحت اعمال نظر می‌نماید (ماده‌ی ۷).

۲۶. ایشان در این خصوص مرقوم کرده‌اند: «در مواردی که مجمع تشخیص مصلحت نظام، مغایرت یا عدم انطباق مصوبات مجلس را - بالاخص در قانون برنامه‌های پنج‌ساله یا قانون برنامه و بودجه - با سیاست‌های کلی به شورای نگهبان اعلام کند، شورای محترم موظف است براساس نظر مجمع، اقدام و مخالفت آن مصوبات را به مجلس اعلام نماید. لکن در مواردی که مجمع در این باره اعلام نظر نکرده است، شورای نگهبان بر طبق وظیفه ذاتی خود درباره‌ی مغایرت و عدم انطباق مصوبه با سیاست‌ها عمل خواهد کرد». تصویر نامه و مرقومه قابل دسترسی در پایگاه اطلاع‌رسانی خبرگزاری دانشجو به آدرس:

<http://snn.ir/print/324493>

منابع و مأخذ

- ابن منظور محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق)، لسان العرب، بیروت: دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع - دار صادر.
- اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (۱۳۸۰)، صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ج ۲.
- الوانی، سید مهدی (۱۳۸۰)، تصمیم‌گیری و تعیین خط‌مشی دولتی، تهران: سمت، چ نهم.
- انصاری، مجید (۱۳۸۵)، «جایگاه سیاست‌های کلی در نظام قانونگذاری ایران»، مجموعه مقالات همایش یکصدمین سال قانونگذاری، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۴)، مقدمه‌ی عمومی علم حقوق، تهران: کتابخانه‌ی گنج دانش.
- جمعی از اساتید (ارسطا، امیرارجمند، زارعی، مهرپور و هاشمی) (۱۳۸۰)، «کندوکاوی در جایگاه سیاست‌های کلی نظام»، تهران: فصلنامه‌ی راهبرد، ش ۲۰.
- جمعی از محققان مرکز اطلاعات و مدارک رسمی (۱۳۸۹)، فرهنگ‌نامه‌ی اصول فقه، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- جوادی آملی، عبدالله (بی‌تا)، حق و تکلیف در اسلام، قم: اسراء.
- جوادی آملی، عبدالله (بی‌تا)، توحید در قرآن، قم: اسراء.
- جوهری، اسماعیل (۱۴۱۰ق)، تاج اللغة و صحاح العربیة، بیروت: دارالعلم للملایین.
- حبیبی، ضامن‌علی (۱۳۸۹)، مبانی کلامی حکومت دینی در اندیشه‌ی امام خمینی (ره)، قم: چاپ و نشر عروج.
- حسینی خامنه‌ای، سید علی، مجموعه‌ی بیانات، قابل دسترسی در پایگاه اطلاع‌رسانی دفتر حفظ و نشر آثار آیت‌الله‌العظمی خامنه‌ای.
- خلیلی، محسن (۱۳۸۳)، «نظارت بر اجرای سیاست‌های کلی نظام»، نشریه‌ی حقوق اساسی، ش ۳، صص ۶۵-۹۰.
- خویی، سید ابوالقاسم (۱۳۸۰ق)، مصابیح الاصول، تهران: مرکز نشر کتاب.
- دانش‌پژوه، مصطفی (۱۳۸۹)، مقدمه‌ی علم حقوق، تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۷۳)، لغت‌نامه‌ی دهخدا، تهران: انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
- راسخ، محمد (۱۳۸۴)، بنیاد نظری اصلاح نظام قانونگذاری، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.

- رنه دیوید، کامی ژوفره اسپونیزی (۱۳۸۷)، درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه‌ی سید حسین صفایی، تهران: میزان.
- زارعی، محمدحسین (۱۳۸۳)، «نظام قانونگذاری ایران و جایگاه مجمع تشخیص مصلحت (با تأملی در ماهیت حقوقی سیاست‌های کلی نظام)»، راهبرد، ش ۳۴، صص ۳۲۰ - ۳۳۳.
- سبحانی، جعفر (۱۳۷۰)، مبانی حکومت اسلامی، قم: انتشارات توحید.
- صبحی محمضانی، رجب (۱۳۸۶)، فلسفه‌ی قانونگذاری در اسلام، ترجمه‌ی اسمعیل گلستانی، تهران: انتشارات آثار اندیشه، چ سوم.
- طحان نظیف، هادی (۱۳۸۸)، ماهیت و جایگاه سیاست‌های کلی نظام در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، پیوست پایان‌نامه‌ی کارشناسی‌ارشد حقوق عمومی دانشگاه امام صادق (ع)، مصاحبه با دکتر سید محمد هاشمی.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، مقدمه‌ی علم حقوق، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کعبی، عباس (۱۳۹۱)، بازخوانی روند قانونگذاری در جمهوری اسلامی ایران، پژوهشکده‌ی مجازی حقوق بسیج حقوقدانان.
- کعبی، عباس (۱۳۸۲)، «تطبیق نظام حقوقی اسلام با حقوق وضعی معاصر»، فقه اهل بیت (ع)، ش ۳۶، صص ۱۰۰ - ۱۲۶.
- مطهری، مرتضی (بی‌تا)، مجموعه آثار استاد مطهری، تهران: صدرا.
- معین، محمد (۱۳۸۸)، فرهنگ فارسی، تهران: امیرکبیر.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷ق)، دائرةالمعارف فقه مقارن، قم: انتشارات مدرسه‌ی امام علی بن ابی‌طالب (ع).
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۸ق)، انوار الأصول، قم: مدرسه‌ی الامام علی بن ابی‌طالب (ع).
- منتظری، حسینعلی (۱۴۰۹ق)، مبانی فقهی حکومت اسلامی، ترجمه‌ی محمود صلواتی و ابوالفضل شکوری، قم: مؤسسه‌ی کیهان، ج ۳.
- موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱۴۲۳ق)، ولایت فقیه، تهران: مؤسسه‌ی تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- موسی‌زاده، ابراهیم (۱۳۹۳)، جستارهایی در حقوق عمومی، تهران: خرسندی.
- مؤمن قمی، محمد (۱۳۸۷)، «قوانین ثابت و متغیر»، مجله‌ی فقه اهل بیت (ع)، ش ۵۶، صص ۶۰ - ۸۱.
- هاشمی، سید محمد (۱۳۸۵)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: میزان.

هاشمی شاهرودی، سید محمود و دیگران (۱۴۲۶ق)، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (ع)، قم: مؤسسه‌ی دائرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، ج ۱.

بررسی مبانی اعتبار دموکراتیک نظارت اساسی

محمد جلالی^{۱*}، قاسم علی صداقت^{۲**}

۱. استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
۲. دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

پذیرش: ۱۳۹۵/۸/۱۶

دریافت: ۱۳۹۵/۴/۲۱

چکیده

مشروعیت نهاد ناظر اساسی به اعتبار و جایگاه آن کمک کرده و تمامی اشخاص اعم از عمومی و خصوصی را به احتمال زیاد قانع می‌کند که به تصمیمات آن احترام بگذارند و همچنین بر کارآمدی آن تأثیرگذار است. از این رو، اثبات مشروعیت نظارت اساسی امری سودمند و لازم است. با عنایت به مطالب مزبور، در مقاله‌ی حاضر این سؤال مطرح شده است که با اینکه نهاد ناظر اساسی به صورت مستقیم منتخب مردم نیست، چگونه می‌تواند مشروعیت دموکراتیک داشته باشد؟ فرض این تحقیق بر آن است که به رغم وضعیت مذکور، این نهاد می‌تواند مشروعیت دموکراتیک به صورت غیرمستقیم داشته باشد و برای اثبات مشروعیت نهاد ناظر اساسی، راهکارهای علمی مشخصی وجود دارد. اصلاح دموکراسی، نگاه تاریخی به پیدایش نهاد ناظر اساسی، اهداف دموکراسی، احترام به حقوق اقلیت و نفی استبداد اکثریت و عدم امکان مشروع‌سازی همه‌ی نهادهای سیاسی از طریق دموکراسی مستقیم، از مهم‌ترین عناصری است که در این مقاله بر آن‌ها به عنوان سازوکارهای مشروعیت‌ساز نهاد ناظر اساسی تأکید شده است. به هر حال، این مقاله درصدد رفع شبهه‌ی ناسازگاری دموکراسی با نظارت اساسی است.

کلیدواژه‌ها: دموکراسی مستقیم و غیرمستقیم، مشروعیت دموکراتیک، ناسازگاری دموکراسی و نظارت اساسی، نظارت اساسی، نهاد ناظر اساسی.

* E-mail: Mdjalali@gmail.com

** E-mail: Sadaqat0020@gmail.com

** نویسنده‌ی مسئول

مقدمه

هدف نوشتار حاضر بررسی چالش دموکراتیک نظارت اساسی است و پاسخ احتمالی به این پرسش که آیا نهاد ناظر اساسی مشروعیت دموکراتیک می‌تواند داشته باشد یا خیر؟ زیرا مشروعیت نهاد ناظر اساسی به‌ویژه در الگوی کلسنی - اروپایی آن محل تردید و بحث‌های جدی بوده و است و تقریباً از چالش‌های اساسی نظارت اساسی همین موضوع محسوب می‌شود، چراکه در الگوی کلسنی این نهاد فراتر از قوای سه‌گانه و خارج از تفکیک قوای سنتی قرار دارد و حتی در الگوی آمریکایی قاضی دادگاه عالی قانونگذار تلقی شده و قانون ساخت قضات دانسته شده است.

با عنایت به اینکه دادرسی اساسی نهاد انتخابی مستقیم نیست و در عین حال، با نظارت بر قوانین مصوب پارلمان، در برابر اراده‌ی مردم و نمایندگان آن‌ها قرار می‌گیرد و در اروپا نیز تا مدت زیادی به‌دلیل برتری پارلمانی، حاکمیت اکثریت و اراده‌ی مردم و دیگر عوامل در برابر نظارت اساسی مقاومت شد، باید مشخص شود، چه عوامل و دلایلی می‌تواند مشروعیت آن را موجه سازد. دلیل اهمیت این موضوع این است که در بیشتر کشورها و دموکراسی‌های نوظهور نیز اعضای نهاد ناظر اساسی از سوی مردم انتخاب نمی‌شوند و انتصابی‌اند و باید مشروعیت نهادهای ناظر اساسی مورد توجه قرار گیرد. از این‌رو لازم است مبانی نظارت اساسی بررسی و ارزیابی شود.

از طرفی، توجیه‌های درونی که نظارت اساسی بر مبنای آن‌ها سازمان‌دهی شده است یا به‌وسیله‌ی حقوق موضوعه تجویز می‌شود، مورد نظر ما نیست. از آن‌جا که مشروعیت نهاد ناظر اساسی به‌صورت بنیادی و اساسی، باید موجه شود، فقط توجیه‌های بیرون از حقوق موضوعه و با عنایت به اصول سیاسی - اخلاقی یا سیاسی - حقوقی در این‌جا بررسی خواهد شد.

در مبانی نظری پژوهش از بین سه «تئوری مادر»، «چند تئوری خرد» و «تئوری ترکیبی» از تئوری ترکیبی استفاده خواهد شد. در این روش، پژوهشگر برای تبیین روابط بین متغیرها، می‌تواند از ترکیب دو روش مذکور، یعنی یک تئوری مادر به‌همراه چند تئوری خرد استفاده کند. با عنایت به آنچه گفته شد، در این پژوهش، بیشتر از نظریه‌های «هانس کلسن» در کنار برخی نظریه‌های دیگر، به‌عنوان تئوری ترکیبی استفاده شده که به‌عنوان مبانی نظری پژوهش انتخاب شده که قادر به تبیین روابط بین متغیرهایی پژوهش است. با این رویکرد، تحقیق از انسجام و هماهنگی لازم برخوردار خواهد شد و در عین حال، سبب می‌شود نتایج پژوهش دقیق‌تر و جزئی‌تر باشد. در نهایت براساس رویکرد مدنظر، ریز موضوعات پژوهش با دقت لازم و مناسب بررسی و ارزیابی خواهد شد. البته نظریات دیگر نیز کم‌وبیش، به‌عنوان مؤید یا اثبات برتری نظریه‌های انتخابی و احیاناً کاستی آن، ارزیابی و تحلیل خواهد شد. در عین حال، محور مبانی نظری پژوهش، نظریه‌ی هانس کلسن خواهد بود. از منظر مبانی نظری پژوهش برای کلسن مشروعیت دادگاه قانون اساسی یک نگرانی اصلی و عمده بود و از نظر تاریخی این نگرانی قابل توضیح است، چراکه پادشاهی به نظام جمهوری تغییر یافته بود. در قدم نخست از دیدگاه کلسن پاسخ به این

پرسش مهم است که دادگاه اساسی از نظر دموکراتیک چگونه مشروع خواهد بود؟ و در گام بعدی از منظر حقوقی و قانونی چگونه مشروعیت آن توجیه‌پذیر است؟ با عنایت به اینکه دادگاه اساسی در قانون اساسی پیش‌بینی می‌شود، باید قانون اساسی که برای آیندگان الزام‌آور است، مشروعیت داشته باشد. از سوی دیگر، اینکه خود قانون اساسی بر مصوبات پارلمان و اقدامات آن برتر باشد، مشکل دیگری است؛ به‌خصوص اینکه کلسن برخلاف منتسکیو معتقد است که پارلمان نمی‌تواند قانون دلخواه خود را وضع کند، بلکه باید در چارچوب قانون اساسی محدود باشد؛ به اضافه‌ی آنکه قدرت قضایی نیز مصوبات پارلمان را منطبق با هنجار برتری (قانون اساسی) اجرا کند (tetzlaff, 2000: 79). از سوی دیگر، به‌رغم آنکه کارل اشمیت مخالف برتری پارلمانی و از این نظر موافق با کلسن بود، ایراد او بر دادگاه اساسی کلسنی بر این امر استوار بود که دادگاه اساسی از مرز اقتدار و محدوده‌ی اختیارات مشروع خود تخطی و تجاوز می‌کند (Vinx, 2015: 9). از این‌رو، چالش دموکراتیک دادگاه اساسی مسئله‌ی کم‌اهمیتی نیست که بتوان به‌سادگی از کنار آن عبور کرد، مسئله‌ای که موجب شد کارل اشمیت در عین موافقت با کلسن در مورد مخالفت با برتری پارلمانی، نگران مشروعیت و تخطی دادگاه اساسی بود.

فرضیه‌ی پژوهش بر این امر استوار است که در نظام مردم‌سالار و دموکراتیک، نظارت اساسی می‌تواند مشروعیت دموکراتیک داشته باشد، البته نه به مفهوم دموکراسی مستقیم. در واقع پیش‌فرض بحث ما وجود یک نظام دموکراتیک و مردم‌سالار است؛ نه نظام‌های سیاسی که به‌ظاهر انتخابات و عنوان دموکراتیک دارند؛ اما در واقع اراده‌ی مردم در آن نقش بسیار محدود و کم‌رنگ دارد. از سوی دیگر، مشروعیت دموکراتیک نهاد ناظر اساسی لزوماً به معنای رأی مستقیم مردم به دادگاه اساسی نیست. در نتیجه درصدد اثبات مشروعیت نظارت اساسی از طریق دموکراسی مستقیم نیستیم و این نوع مشروعیت را برای آن مناسب هم نمی‌دانیم که به دلایل آن اشاره خواهد شد.

نکته‌ی دیگری که نباید از آن غافل شد، این است که این نوشتار درصدد اثبات مشروعیت نظارت اساسی است؛ اعم از آنکه در قالب نهادهای قضایی متمرکز باشد یا دادگاه اساسی یا در قالب نهادهای سیاسی همانند شورای نگهبان یا شورای قانون اساسی فرانسه؛ اگرچه با توجه به مبانی نظری پژوهش بیشتر بر نهاد سیاسی مستقل یا دادگاه اساسی تمرکز دارد. به عبارت دیگر تمرکز این تحقیق بر مشروعیت الگویی اروپایی است که در مقایسه با الگویی آمریکایی بیشتر قوه‌ی مقننه را در معرض حمله قرار می‌دهد، زیرا اروپایی‌ها سامانه‌ای را انتخاب کردند که متضمن مواجهه‌ی مستقیم و آشکارا با قانونگذار است (فاورو، ۱۳۸۸: ۲۳)؛ چنانکه این وضعیت در ایران، فرانسه، عراق و تا حدودی در افغانستان مشاهده می‌شود.

نظارت به مفهوم مطلق عبارت است از: «کنترل و بررسی اقدامات یک مقام و نهاد حکومتی که از سوی مقام و نهادی دیگر است که غایت آن حصول اطمینان از باقی‌ماندن اقدامات یادشده در حدود و ثغور قانون است. به دیگر سخن، منظور از نظارت در حقیقت «کنترل قدرت با قدرت

است» (راسخ، ۱۳۸۸: ۵). در یک برداشت، نظارت اساسی، قدرتی تلقی شده که به نهاد یا نهادهای دولتی واگذار شده است، تا اساسی بودن اقدامات دیگر نهادهای دولتی را بررسی و ارزیابی کند. (Ginsburg, 2008. 1)

در پایان مقدمه لازم است معنای مورد نظر از واژه‌ی «مشروعیت» مشخص شود که عبارت است از: دلایل و عوامل عقلی و منطقی که نظارت اساسی را موجه و مدلل ساخته و تصمیمات نهاد ناظر اساسی را الزام‌آور می‌سازد.

۱. راهکار تاریخی برون‌رفت از چالش دموکراتیک

شاید بتوان گفت مهم‌ترین چالش نظارت اساسی، قرار گرفتن این نهاد در برابر اراده‌ی مردم است، که در گذشته نماد آن پارلمان بوده است که از آن به‌عنوان «برتری پارلمانی» (Parlementary Sovereignty) یاد می‌شود. «اصل برتری پارلمانی» به نظر دایسی عبارت است از: «اینکه پارلمان حق دارد هر قانونی را که خواست وضع کند یا وضع نکند؛ نه یک کلمه زیاد، نه یک کلمه کم. علاوه بر اینکه هیچ شخص و هیأتی از سوی قانون انگلستان به رسمیت شناخته نشده است؛ که حق لغو یا ابطال مصوبه پارلمان را داشته باشد» (Dicey, 1982: 3&4). نهاد ناظر اساسی که معمولاً نهاد غیرانتخابی است، بر قدرت قانونگذاری و سایر نهادهای دموکراتیک و منتخب مستقیم مردم نظارت می‌کند و چه‌بسا به ابطال و الغای اقدامات و تصمیمات آنان اقدام می‌کند. از این نظر چالش و شبهه‌ی دموکراتیک نبودن نظارت اساسی واضح و روشن است و برای بیان این شبهه نباید درنگ کرد و باید بر حل و رفع این شبهه و چالش تمرکز کرد.

در گام نخست به‌دلیل خاستگاه تاریخی «برتری پارلمانی» باید راهکار تاریخی را برای حل این تعارض مدنظر قرار داد؛ زیرا در گذشته بر اثر برتری اراده‌ی شاه و قدرت آن به‌عنوان تهدیدی برای حقوق و آزادی‌ها، این ایده به‌وجود آمد که در برابر قدرت برتر شاه، باید اراده‌ی مردم (که نماد آن پارلمان بود) به برتری برسد و پارلمان هر قانونی را می‌خواهد وضع کند یا نکند و در نهایت قدرت شاه تحت انقیاد اراده‌ی مردم قرار گیرد و این یک هدف اساسی بود. به همین سبب مهم‌ترین قانونی که در انگلستان در زمینه‌ی صلاحیت پارلمان وجود دارد، لایحه‌ی حقوق سال ۱۶۸۹ است که اساساً به حمایت حقوق پارلمان در برابر مداخله‌های پادشاه مرتبط است؛ که در میان سایر امور در این قانون اعلام شده است که پادشاه نمی‌تواند بدون رضایت پارلمان مالیات وضع کند یا مصوبات پارلمان را لغو یا ابطال کند (Barendt, 1998: 86). اما با افول قدرت شاه و در نتیجه تهدید نبودن آن برای حقوق و آزادی‌های مردم و با پیدایش مشروطه‌خواهی مدرن و اینکه قانون باید از همه برتر باشد و نه نهادها و اینکه قدرت قانونگذاری ممکن است ناقض حقوق و آزادی‌های مردم باشد و به‌خصوص دموکراسی‌های «نماینده‌سالار» به‌جای اراده‌ی مردم، خواست‌های نمایندگان مردم را بر مردم تحمیل می‌کرد، این فکر پدید آمد که برتری قانون اساسی به‌جای برتری پارلمان امری مطلوب است و حتی در مهد ایده «برتری پارلمانی» یعنی انگلستان نیز برتری پارلمانی با حملات شدید روبه‌رو شد و با پدید آمدن اتحادیه‌ی اروپا، برتری پارلمانی در انگلستان کمرنگ شد. حضور یک‌هزاره‌سالانه‌ی اکثریت ثابت و یکدست در قدرت سبب ایجاد ضرورت دادرسی اساسی در نظام‌های پارلمان و نیمه‌پارلمانی شد. از نظر استاد

هوریو قانونگذاری‌های متغیر در اثر هیجان‌های انتخاباتی تهدید خطرناکی برای آزادی‌هاست و به همین دلیل ضرورت نظارت بر مجالس قانونگذاری در اروپا احساس شد (فاورو، ۱۳۸۸: ۳۳) که در کشورهای نیز می‌تواند مصداق داشته باشد.

از سوی دیگر، منبع تهدید آزادی‌ها در رژیم‌های سستی (قدرت شاه و کلیسا)، جای خود را به تهدیدی جدیدی داد و آن عبارت بود از رژیم‌های فاشیستی که به صورت دموکراتیک انتخاب شدند و به جنگ جهانی دوم انجامید؛ رژیم‌ها منبع جدیدی از تهدیدها برای آزادی‌های مردم تلقی شده و این طرز فکر رایج شد که نهادهای سیاسی، حتی نهادهایی که به صورت دموکراتیک مشروعیت دارند، ظرفیت پایمال کردن آزادی‌های اساسی مردم را دارند. چنانکه در آلمان: «... اختیارات دادگاه اساسی واکنشی در برابر گذشته‌ی آلمان نازی بود. از پیامدهای دوره‌ی حکومت نازی‌ها بر آلمان، این استدلال بود که پارلمان دیگر نمی‌تواند در زمینه‌ی حمایت از حقوق مورد اطمینان باشد و بنابراین، ضروری بود که دادگاهی به وجود آید که این نقش را به عهده گیرد» (Hailbronner, 2014: 628). پس در پیدایش نظریه‌ی جدید در کنار عوامل حقوقی و سیاسی نباید عامل تاریخی جنگ جهانی دوم و تجربه‌ی فاشیسم و نازیسم را نادیده گرفت (کارگزاری، ۱۳۸۳: ۲۷۶). از این رو، تدوین کنندگان قانون اساسی پس از جنگ جهانی دوم بر دو امر تاکید کردند: ۱. محدوده‌ای برای استقلال افراد تعیین کردند تا دولت نتواند آن را نقض کند؛ و ۲. دادگاه خاصی را پایه‌گذاری کردند که حقوق مردم را تضمین و حمایت کند و در عین حال، ارزش‌های ماهوی دموکراسی را از ناحیه‌ی نهادهای انتخابی به صورت دموکراتیک صیانت کنند. از آن‌جا که این دادگاه در جهت مخالف اکثریت قرار دارد (Ginsburg, 2003: 1-11)، سیاستمداران همواره با نظارت قضایی مخالف بودند و برعکس، دانشمندان علم حقوق از آن حمایت می‌کردند و کلسن سعی کرد از طریق پیش‌بینی دادگاه اساسی، بین این دو قطب مخالف، اجماع نظر ایجاد کند تا به حاکمیت قضات نینجامد و برخی از اعضای غیر از قضات نیز باشند و در عین حال، صیانت از قانون اساسی نیز محقق شود. در تقابل دو فکر و اندیشه‌ی متعارض، برخلاف نظر متسکیو که پارلمان هر قانونی را می‌تواند وضع کند، کلسن معتقد بود که پارلمان نمی‌تواند هر قانونی را تصویب کند و باید محدود به قانون اساسی شود. از سوی دیگر، کلسن معتقد بود که هم دادرسی اساسی و هم قدرت قانونگذاری باید تابع قانون اساسی و وفادار به هنجار برین باشند (tetzlaff, 2006: 79).

۲. اهداف دموکراسی و حل شبهه‌ی ناسازگاری نظارت اساسی با دموکراسی

در گام بعدی برای حل چالش دموکراتیک نظارت اساسی، توجه به اهداف دموکراسی

لازم و ضروری است. در همین زمینه، این ادعا که هیچ جامعه‌ای نمی‌تواند دموکراتیک باشد؛ مگر آنکه قدرت قانونگذاری آن برتر باشد، بسیار ساده تلقی شده است. از نهاد اجتماعی دموکراسی نمی‌توان چنین فرمول انعطاف‌ناپذیری ارائه کرد. نهادهای دولتی و سیاستمداران، بازوهای زندگی اجتماعی‌اند نه فرجام آن و هدف قانون اساسی تضمین آزادی و جامعه‌ی دموکراتیک برای مردم است. هدف نهایی جامعه آزادی بیشتر برای اشخاص و موجود انسانی تا حد ممکن است (Rostow, 1952: 195- 196).

خود دموکراسی یک هدف نیست، بلکه برای تأمین منافع فردی و جمعی است. به همین دلیل دموکراسی خود یک ارزش نیست و تاریخ آن نیز گواه بر همین امر است که رشد و گسترش جوامع دموکراتیک در برابر جوامع استبدادی به دلیل نقض حقوق و آزادی‌های مردم از سوی پادشاهان و نظام‌های استبدادی بوده است. اگر در گذشته و از نظر تاریخی، اصل برتری پارلمانی این‌گونه تفسیر می‌شد که پارلمان هر قانونی را خواست می‌تواند وضع کند و اگر نخواست وضع نمی‌کند و هیچ نهادی نمی‌تواند مصوبات آن را باطل یا لغو کند، به دلیل استبداد شاهان و حکومت‌های استبدادی دینی و غیردینی بوده است و امروزه اگر پارلمان چنین وضعیتی داشته باشد، دموکراسی به ضد خود تبدیل خواهد شد و با هدف اولیه‌ی آن، مغایر خواهد بود. آیا در کشورهایی مثل ایالات متحده که برتری پارلمانی وجود نداشته و ندارد، می‌توان گفت دموکراسی وجود ندارد. در واقع در دموکراسی، اراده‌ی مردم برتر است بر هر دو، نه آنکه اراده‌ی پارلمان برتر بر نهاد ناظر اساسی باشد. به هر حال، برتری پارلمانی مدلی از دموکراسی است و وجود واقعی دموکراسی در جامعه منوط به آن نیست، چراکه این الگو به حسب بسترهای تاریخی، حقوقی و سیاسی کشورها شکل گرفته است که امروزه آن وضعیت دیگر وجود ندارد.

۳. اصلاح دموکراسی از طریق نظارت اساسی

در این قسمت به دنبال تبیین دیدگاهی هستیم که براساس آن تصمیمات اکثریت در قالب دموکراسی ممکن است که اشتباه، نادرست و خطرناک باشد. یکی از راهکارهای موجود برای کاهش خطرهای دموکراسی و تصمیم‌های ناصواب اکثریت، وجود نهادی است که فیلتری برای اعمال حاکمیت افراد و مشورت همگانی باشد. زیرا تجربه‌ی اروپا نشان داد که دموکراسی هم می‌تواند برای حقوق مردم خطرهای جدی در پی داشته باشد؛ به خصوص ممکن است به صورت جدی حقوق اقلیت را در معرض خطر نقض قرار دهد. در این نظریه و دیدگاه نهاد نظارت اساسی به ظاهر ضددموکراسی تلقی شده است، زیرا

تصمیم‌ها در دموکراسی از سوی اکثریت مردم یا نمایندگان آنان اتخاذ می‌شود؛ درحالی‌که اعضای دادگاه‌ها از اشخاص غیرانتخابی تشکیل شده‌اند، اختیاراتی دارد که مغایر با تصمیمات اتخاذشده از سوی مقامات انتخابی است. این دیدگاه از طریق اصلاح تعریف دموکراسی مبتنی بر قانون اساسی ممکن است قابل تبیین باشد که دموکراسی شامل عناصر حمایت از ارزش‌های بنیادین یا پروسه‌ی مشورت همگانی باشد یا از این طریق این ادعا که مردم نمی‌توانند به‌صورت درست حاکمیت خود را اعمال کنند؛ مگر از طریق اختیارات مبتنی بر قانون اساسی. البته این استدلال زمانی درست خواهد بود که قضات صلاحیت‌های گزینشی و فرعی وسیعی نداشته باشند که کاملاً در برابر اکثریت ایستادگی کنند؛ هم‌چنین حقیقتاً حافظ ارزش‌های بنیادین باشند. (Troper, 2003: 118 & 119)

از سوی دیگر، اندیشه‌ی دولت محدود یا مشروطه‌خواهی، مغایر با اصل برتری پارلمانی است و این ناهمخوانی و ناسازگاری هنگامی هویدا خواهد شد که مشروطه‌خواهی از طریق نظارت قضایی تضمین شود. با این همه، امروزه مشروطه‌خواهی طرفداران زیادی دارد که به‌تدریج اصل برتری پارلمانی را به وادی فراموشی می‌سپارد و از طرفی، تجربیات جنگ جهانی دوم نیز نشان داد که نهادهای برآمده از دل دموکراسی، ممکن است حقوق و آزادی‌های بنیادین را نقض کند و برخلاف ارزش‌های ماهوی دموکراسی گام بردارد. از سوی دیگر، همان‌گونه‌که با پدیده‌ی مشکل مخالفت با اکثریت در دادرسی اساسی مواجهیم، دموکراسی ممکن است از ارزش‌های ذاتی خود دور شود و به پوپولیسم بینجامد؛ یعنی «ماهیت مشکل این است که اگر قرار باشد همه‌ی اعضای جامعه در تمشیت امور عمومی حق مداخله‌ی برابر داشته باشند؛ رأی جاهل همانند عالم در تصمیم‌گیری دخالت داده می‌شود. اما همه‌ی مشکل این است که اگر، در اداره‌ی امور عمومی (مستقیم و غیرمستقیم)، افراد جاهل و ناتوان در کنار افراد آگاه و متخصص قرار گیرند، نتیجه‌ی آن چیزی جز افزایش احتمال تصمیم‌گیری‌های نامناسب نخواهد بود و در واقع نمونه‌های تاریخی بسیاری از این‌گونه تصمیم‌ها وجود دارد» (راسخ، ۱۳۹۳: ۴۱۶)؛ چنانکه انتخاب رژیم‌های فاشیستی در اروپا فجایع جنگ جهانی دوم را به‌بار آورد. ازاین‌رو دادرسی اساسی در واقع نوعی فشارسنج برای اراده‌ی عمومی به‌حساب می‌آید و از استبداد اکثریت پیشگیری خواهد کرد. روسو هم می‌پذیرد که اکثریت ممکن است اشتباه کند: «اراده‌ی عمومی همواره درست و صحیح است و تمایل به سود همگانی دارد؛ اما این بدان معنا نیست که مشاوره‌ی همگانی نیز همیشه درست است. خواست و اراده‌ی ما برای منافع ماست. اما همیشه نمی‌دانیم که منافع ما چیست؟ مردم هیچ‌وقت خطا نمی‌کنند، اما این امر اغلب فریبنده است و در چنان موقعیت تنها به‌نظر می‌رسد

خواست مردم به چیزی تعلق گرفته است که نادرست می‌باشد» (Rousseau, 1973: 184). پس مشورت توده‌ی مردم ممکن است خطا و نادرست باشد و با توجه به پیامدهای بسیار گسترده و خطرناک آن؛ باید آن را در صورت لزوم تصحیح کرد. به عبارت دیگر، «روسو این احتمال را نادیده نمی‌گیرد که سنجش‌های مردم ممکن است همیشه درست نباشد، و سیاست‌های دولت معین هم ممکن است در راستای بهترین منافع مردم نباشد» (عالم، ۱۳۹۰: ۲۰۱).

علاوه بر اینکه اخلاقاً درست نیست بگوییم که اگر مردم اشتباه تصمیم گرفتند، باز خلاف اخلاق و عدالت نیست. درست است که مردم در مسائل فردی حق اشتباه کردن دارند، اما اینکه در مسائل عمومی حق اشتباه کردن داشته باشند و اشتباه تصحیح و پیشگیری نشود، از نظر اخلاقی نادرست است، زیرا پیامدهای بسیار خطرناکی دارد. از سوی دیگر، نمی‌توان گفت اگر دولت و مردم تصمیم اشتباهی گرفتند، لازم‌الاجرا نیست. لازمه‌ی برخورداری از قدرت، استقلال و خودمختاری، لزوم اتخاذ تصمیم است؛ حتی اگر تصمیم دولت اشتباه باشد، باز لازم‌الاجراست. چنانکه آقای رز ابراز داشته است: «اگر سلطه بر خطا وجود نداشته باشد، استقلال و خودمختاری در کار نخواهد بود» (Kavanagh, 2003: 363). از این رو واقعیت‌های زندگی اجتماعی و سیاسی اقتضا دارد که علاوه بر حفظ استقلال و خودمختاری مردم، باید از خطای بسیار خطرناک مردم در به کارگیری دموکراسی و مشورت همگانی پیشگیری شود یا تصحیح صورت گیرد.

در نتیجه این ادعا که محدودیت‌های اساسی و نظارت قضایی غیردموکراتیک است، خیلی ضعیف است، زیرا دادرسی و محدودیت‌های اساسی در زمینه‌ی دموکراسی مشورتی، به دموکراسی کمک می‌کند به سمت جلو حرکت کند و در فرض اتخاذ تصمیمات نادرست باید از سوی دادرسی اساسی تصحیح شود تا دموکراسی مشورتی به راه خود ادامه دهد. معیار درست و نادرست بودن مشورت همگانی و تصمیم اکثریت، ارزش‌های بنیادین یک جامعه است (Kavanagh, 200: 317-320). با عنایت به اینکه در دموکراسی مشورتی همگانی و رأی اکثریت، احتمال اشتباه اکثریت زیاد است، پس نمی‌توان از کنار آن به راحتی گذشت، زیرا آرای عالم و جاهل کارشناس و غیرکارشناس در آن مساوی است و رأی توده‌ی مردم که تخصص و توانایی زیادی ندارند، بیشتر از انسان متخصص و فهمیده است. البته با ذکر این نکته که نظارت اساسی براساس یک قاعده‌ی بازی به نام قانون اساسی (میثاق ملی) باید به کار گرفته شود و به همین سبب قانون اساسی محدودیت‌هایی را برای دموکراسی مشورتی پیش‌بینی کرده است. پس باید تصمیم‌های نادرست که از سوی اکثریت اتخاذ می‌شود، اصلاح شود؛ تا دموکراسی همچنان به عنوان یک ارزش باقی بماند؛ چنانکه نظم حقوقی کشورهای اروپایی مقامات مستبد

و فاشیست را شکل داد که به فجایع جنگ جهانی دوم انجامید و موجب شد نهاد ناظر دیگر از فجایع مذکور جلوگیری کند که محتمل است در اثر حکومت فاشیستی به بار آید که با رأی مردم به سر کار آیند. به همین دلیل پوپولیسم از ابعاد منفی دموکراسی است که برای نجات از پیامدهای آن باید فکری شود و نظارت اساسی می‌تواند یکی از ایده‌ها باشد که بر مبنای قانون اساسی از خطرهای آن، به‌ویژه در زمینه حقوق و آزادی‌های اساسی بکاهد.

امروزه دموکراسی به مفهوم واقعی و حتی رأی اکثریت کمتر وجود دارد، زیرا یک اقلیت در انتخابات رأی مثبت می‌دهند و گاهی حتی کمتر از بیست درصد واجدان شرایط به یک موضوع رأی مثبت می‌دهند و چیزی به نام اکثریت وجود ندارد. از این رو کسانی که از طریق رأی مردم به قدرت می‌رسند نیز با عدم مشروعیت دموکراتیک با مفهوم رأی اکثریت روبه‌رو هستند، یعنی در عمل کمتر اتفاق می‌افتد که دادرسی اساسی در برابر اکثریت قرار گیرد. در واقع مهار یک اقلیت از سوی دادرسی اساسی به معنای قرار گرفتن آن در برابر اراده‌ی مردم و دموکراسی نخواهد بود؛ تا مشروعیت آن خدشه‌دار شود. از سوی دیگر، قضات اگرچه مشروعیت دموکراتیک و مستقیم ندارند، به‌صورت غیرمستقیم از سوی مردم انتخاب می‌شوند و این امر مشروعیت دموکراتیک آنان را فراهم خواهد کرد. همان‌گونه که مشروعیت دموکراتیک بسیاری از نهادهای دولتی به‌ویژه در کشورهای پرجمعیت، در عصر حاضر مبتنی بر دموکراسی غیرمستقیم است و نهاد ناظر یکی از آنهاست. مشکلی دیگر، برگزاری انتخابات برای اعضای هر نهاد سیاسی و قضایی است، زیرا هم هزینه نیاز دارد و هم در مورد نهاد ناظر اساسی سبب می‌شود که این نهاد رنگ کاملاً سیاسی به خود بگیرد و پیامدهای نامطلوب برگزاری انتخابات دامنگیر آن شود و بی‌طرفی آن را خدشه‌دار کند.

۴. دموکراسی؛ احترام به حقوق اقلیت و نفی استبداد اکثریت

دموکراسی بر رعایت کورکورانه‌ی اراده و خواست اکثریت مبتنی نیست و حقوق اشخاص و اقلیت‌ها از جمله مهم‌ترین محدودیت‌های است که بر اراده‌ی اکثریت وجود دارد. طبعاً این محدودیت‌ها در قوانین اساسی پیش‌بینی شده است و فراتر از آن هیچ‌هنجاری قرار ندارد، زیرا اگر دموکراسی به معنای حکومت اکثریت باشد، در کشورهایی که اکثریت دائمی و اقلیت دائمی وجود دارد، بسیار خطرناک خواهد بود. چنانکه در جوامع غیرپیشرفته و حکومت‌های غیرمردمی یک اکثریت همیشگی در برابر اقلیت دائمی قرار داشت و چنین وضعیتی، خطرناک و عامل بی‌ثباتی بود. اکثریت به‌شدت وسوسه می‌شدند که ظالمانه بر اقلیت حکومت کنند و اقلیت نیز وسوسه می‌شدند که متقابلاً برخورد کنند، تا جلوی استبداد را بگیرند (آلمن، ۱۳۸۵: ۱۶۴).

چنانکه در افغانستان اکثریت قومی، مذهبی و زبانی همواره زمینه را برای حکومت ظالمانه‌ی اکثریت فراهم کرده است. اکثریت پشتون به‌عنوان برادر بزرگ‌تر در حق برادرهای کوچک تاجیک، هزاره، ازبک و غیره همواره ظلم و ستم روا داشته است. از طرفی، اقلیت نیز در جاهایی که توان داشته، به انتقامی سخت دست یازیده است. انتخابات ریاست جمهوری سال ۱۳۹۳ خود گواه بر این موضوع است و به همین علت در اجلاس بن و موافقت‌نامه‌ی بن (به‌عنوان نقشه‌ی راه آینده‌ی افغانستان)، به‌سبب مشروع‌سازی حکومت بر مشارکت همه‌ی اقوام و ملیت‌ها تأکید شده است. از طرفی براساس عرف سیاسی معاونان رئیس‌جمهور از قوم خود او نباید باشند و باید از دو قوم متفاوت دیگر باشند. تمام این تلاش‌ها به‌منظور کاهش پیامدهای ناگوار استبداد اکثریت دائمی در افغانستان است. نمونه‌ی دیگر ترکیه است که اکثریت ممکن است حقوق اقلیت را نقض کند. یا در کشورهای اروپایی اقلیت مسلمان در معرض خطر جدی قرار دارد که باید از آن‌ها حمایت شود. یا اقلیت‌های دینی در کشورهای اسلامی همین وضعیت را دارند که نیازمند حمایت دادرسی اساسی است.

برخلاف وضعیت پیشین، یعنی در کشورهای بدون اقلیت و اکثریت دائمی و اینکه هر اکثریت در واقع مجموعه‌ای متغیر از اقلیت‌هاست که هر یک تمایلات و دیدگاه‌های گوناگون دارند، نوعی تعادل در تصمیم‌گیری جمعی به‌وجود می‌آید و تا حدودی از استبداد اکثریت کاسته می‌شود، در نتیجه با یک نظام خوب طراحی شده و متشکل از نهادهای سیاسی و قانونی، می‌توان حکومت تحت حاکمیت قانون داشت (آلتن، ۱۳۸۵: ۱۶۴)، اما در افغانستان، عراق، ترکیه، سوریه و کشورهای مشابه به‌دلیل معضل مذکور و تنش‌های شدید قومی و مذهبی از حاکمیت قانون خبری نخواهد بود؛ به‌ویژه اینکه هنوز نهاد ناظر اساسی قدرتمند به‌عنوان نگهبان حاکمیت قانون به‌ویژه قانون اساسی در عمل شکل نگرفته است و این وضعیت با تفاوت‌هایی در عراق در عصر حاضر نیز تا حدودی قابل دریافت است.

به همین دلیل برخی در توجیه نظارت اساسی نوشته‌اند که دموکراسی از طریق نظارت اساسی محدود می‌شود؛ با این بیان که قدرت قانونگذار در اختیار اکثریت است و این امر زمینه‌ی ظلم و ستم اکثریت را فراهم می‌کند، چراکه آنان به دنبال منافع خود هستند و در همین زمینه احتمال زیاد وجود دارد که منافع اقلیت و حقوق آنان را نقض کند. به همین علت باید حقوق بنیادین در قانون اساسی بیان شود که نباید اکثریت به آن آسیب برساند و نظارت اساسی باید تضمین‌کننده‌ی این حقوق باشد (troper, 2003:115).

دموکراسی در یک برداشت خود ایزاری برای تأمین منافع جمعی و فردی است و در نتیجه هدف نیست، بلکه وسیله‌ای برای رسیدن به اهداف دیگر است و اگر این اهداف برآورده شود،

دیگر دموکراسی خود موضوعیت ندارد. اگر دموکراسی را ابزاری بدانیم برای به جلو بردن منافع افراد، طبعاً نمی‌توان نظارت اساسی را مغایر با آن دانست. چنانکه جرمی والدین معتقد است که براساس دیدگاه روسو و طرفدارانش، دموکراسی دیدگاهی در زمینه‌ی منافع عمومی است. به نظر جرمی والدین در دموکراسی روسویی حقوق فردی امری حیاتی نیست، زیرا آرا به نظر روسو منعکس‌کننده‌ی منافع نیست، بلکه نظرهایی در خصوص منافع جمعی است. از آنجا که نظر و رأی در خصوص منافع جمعی پیش‌فرض آن رعایت حقوق است، برای سنجش تأثیرات حقوق بر تصمیمات جمعی، مکانیسم دیگری لازم نیست (troper, 2003: 315). معلوم می‌شود که دموکراسی به نظر روسو یک هدف نیست و یک ابزار است. به همین سبب از نظر آقای والدین، براساس دیدگاه بن‌تام شهروندان موضع می‌گیرند و رأی می‌دهند، تا منافع شخصی خود را به پیش ببرند. جرمی والدین معتقد است که براساس دموکراسی بن‌تام اکثریت بر اقلیت یا اشخاص ظلم می‌کند (troper, 2003: 315) و در این فرض می‌توان با مکانیسم دیگری منافع افراد را تعیین کرد و سنجید. به هر حال، اگر میزان رأی همه‌ی مردم باشد، اگر همه‌ی مردم اجماع نظر داشته باشند، در این صورت خطا و اشتباه معنا ندارد، اما رضایت همه؛ هیچ‌وقت محقق نخواهد شد و در نتیجه رأی اکثریت و چه‌بسا اقلیت، خطا و اشتباه در آن معنا پیدا می‌کند و باید نهادی با معیار معین باشد که اشتباه و خطای آن‌ها را تصحیح کند یا از آن پیشگیری به‌عمل آورد. از سوی دیگر، اینکه مجالس بتوانند تصمیمات عادلانه و بی‌طرفانه اتخاذ کنند، به‌صورت جدی محل تردید است و جامعه‌ی دموکراتیک برای تکمیل و تصحیح تصمیم قدرت قانونگذاری باید سازوکاری تأسیس کند، زیرا هیچ تضمینی وجود ندارد که مشورت همگانی از مسیر درست منحرف نشود و احتمال اینکه بر ضد اقلیت و حقوق افراد، تصمیم بگیرند، بسیار زیاد است. از طرفی، محتمل آن نیز نقض حقوق و منافع افراد و اقلیت است، که مسئله‌ی مهمی است و نمی‌توان آن را نادیده گرفت.

مهم‌تر از همه برای نظارت بر تصمیمات اکثریت، نظارت اساسی بهترین راهکار است و در عین حال عدالت را محقق می‌سازد، زیرا نهادهای قضایی از جمله دادرسی اساسی با معیار قانون اساسی و سایر قوانین مربوطه اعمال نظارت می‌کنند. چنانکه جان رالز در این زمینه اظهار می‌دارد: به‌وسیله‌ی نظارت اساسی خرد جمعی در قوه‌ی قضائیه و بالاتر از همه در دادگاه عالی در دموکراسی‌های مبتنی بر قانون اساسی به‌کار می‌رود، زیرا دادگستری بر مبنای فهم خود از قانون اساسی، قوانین عادی مربوط و رویه‌ی قضایی، باید تصمیمات خود را توضیح دهد و توجیه کند. حال آنکه قوای مقننه و مجریه نیاز نیست که تصمیمات خود را بدین شکل موجه سازند؛ نقش خاص دادگاه‌ها آن را نماد عقلانیت و خرد جمعی می‌سازد

(troper, 2003: 321). البته این شیوه‌ی رسیدگی در صورتی‌که در دادگاه‌های اساسی رعایت شود، می‌تواند مصداق استدلال جان رالز واقع شود و وجود دادگاه‌های اساسی را موجه کند. از منظر تئوریک، طرفداران نظارت قضایی و اساسی با استناد به مهم‌تر بودن حق بر برابری و آزادی نسبت به حق مشارکت جایگاه نظارت اساسی را تقویت کرده‌اند و از این‌رو، نقض حق مشارکت را به‌منظور تضمین دیگر حقوق موجه دانسته‌اند، زیرا در مواردی رأی اکثریت حقوق مذکور را نقض می‌کند و به‌عنوان یک پیامد نامطلوب می‌توان گفت که در فرض مذکور دموکراسی نادیده گرفته خواهد شد.

اما پاسخ مذکور قابل نقد است؛ بدین بیان که پاسخ مزبور بر مسلم گرفتن نظریه‌ی «پیامدگرایی حقوق»^(۱) مبتنی است که براساس آن همیشه نقض یک حق مجاز است؛ هنگامی‌که نقض آن از پایمال شدن حقوق مهم‌تر یا حقوق بیشتر از همان نوع پیشگیری کند (Harel, 2003: 255). اگر کسی نظریه‌ی پیامدگرایی حقوق را رد کند و معتقد شود که تأسیس سیستم نظارتی مجاز نیست (و در نتیجه نباید حق مشارکت کسی را نقض کند)، حتی اگر از طریق این سیستم از حقوق بیشتر یا حقوق مهم‌تر حمایت کنیم (Harel, 2003: 255). به همین علت ممکن است کسی نظریه‌ی پیامدگرایی حقوق را رد کند و قضاوت در مورد حقوق افراد و اشخاص براساس پیامدهای آن را قبول نداشته باشد. در نتیجه چون حقوق مشارکت موجب نقض حقوق مهم‌تر یا بیشتر از نوع مشارکت می‌شود، باید آن را نادیده گرفت، قابل قبول نباشد، زیرا در این دیدگاه به پیامدهای حقوق توجه نخواهد شد. از سوی دیگر، قضات نهاد ناظر اساسی نباید به‌عنوان کارشناس اخلاقی و معنوی عمل کنند و ما را از حق مشارکت سیاسی محروم کنند. اما به نظر نویسنده هنگامی‌که جمع بین دو حق یا حق و حقوق در عمل ممکن نباشد، عقل اقتضا دارد که حق مهم‌تر مقدم شود یا حقوق بیشتر بر یک حق مقدم گردد؛ مگر آنکه یک حق اهمیت بنیادین داشته باشد. در موضوع بحث مسلم است که حق مشارکت و رأی دادن را نمی‌توان بر حقوق دیگر مقدم داشت یا بر حق مهم‌تر؛ که آزادی و برابری است، زیرا حق مشارکت و پدیده‌ی دموکراسی را نمی‌توان یک هدف تلقی کرد. همان‌گونه‌که گفتیم، دموکراسی مشورتی برای دستیابی به منافع خصوصی یا عمومی است و خود هدف نهایی نیست. قاعده‌ی عقلایی است که در فرض ناممکن بودن جمع بین دو امر اهم و مهم، باید اهم را مقدم داشت، به‌خصوص در جایی که دموکراسی پیامدهای ناگواری هم داشته باشد و گاهی تصمیم اکثریت کاملاً نادرست و ناقض حقوق و آزادی‌های مردم باشد و به تراژدی بینجامد؛ همانند آنچه در اروپا به جنگ جهانی دوم منجر شد. از سوی دیگر، هنگام تعارض حقوق با هم، به‌نظر می‌رسد که قضات و دادرس اساسی، چون بی‌طرف‌اند، می‌توانند از نظر

اخلاقی و حقوقی نظر بی‌طرفانه دهند. اما اگر قضات نمی‌توانند به‌عنوان کارشناس اخلاقی عمل کنند، چه کسانی بهتر از آن‌ها می‌توان یافت. دست‌کم یک راه‌حل مناسب برای انجام داوری هست؛ اگر تنها راه‌حل نباشد. از سوی دیگر، از منظر جامعه‌شناسی سیاسی، مشارکت مردم، عملاً در رأی دادن خلاصه می‌شود که در واقع رأی می‌دهند و دنبال کار خود می‌روند و انتخاب‌شدگان نیز پس از انتخاب شدن راه خود را ادامه می‌دهند. باید دقت کرد که تمامی این نکات در فرضی درست تلقی خواهد شد که نظام سیاسی دموکراتیک باشد و نه استبدادی و این استدلال در درون نظام سیاسی دموکراتیک معنا پیدا خواهد کرد. این بدان معنا نیست که اصل نظام سیاسی، غیردموکراتیک باشد. اما در نهایت باید خاطرنشان کرد که دیدگاه‌ها در مورد حقوق اهم و مهم متفاوت است و از این نظر این استدلال ممکن است خدشه‌دار شود؛ یعنی حق مشارکت و رأی را مهم‌تر بدانند. اما واقعیت این نیست که حق مشارکت و رأی و تعیین سرنوشت به شکل صوری آن که در کشورهای پرجمعیت در عمل به کار می‌رود، نمی‌تواند بر سایر حقوق و آزادی‌ها برتری داشته باشد.

نظارت قضایی در مقایسه با دموکراسی و مشارکت شهروندان از طریق رأی، امتیازهایی دارد که در مشروعیت نظارت اساسی تأثیرگذار است. دسترسی به محاکم در مقایسه با مقامات سیاسی آسان‌تر است، چنانکه در برخی کشورها افراد می‌توانند به دادگاه‌های اساسی نزدیک شوند؛ اگر دلیلی بر نقض حقوق خود داشته باشند. درحالی‌که این امر آشکارا در برابر حق بر رأی قرار دارد، که تنها پس از چند سال قابل به‌کارگیری است. از سوی دیگر، تأکید بیش‌ازحد بر مشارکت انتخاب‌کنندگان در دموکراسی‌های قدیمی، موجب از بازی خارج کردن سایر شیوه‌هایی خواهد شد که به مردم اجازه می‌دهد امکاناتی را بگشایند که حقوق بنیادین موجب آن‌ها شده است. علاوه بر آنکه هیأت‌های سیاسی، مشارکت سیاسی کسانی را مجاز می‌شمارند که حقوق سیاسی معین داشته باشند، چیزی که پیش‌شرط دسترسی به دادگاه‌ها نیست و بنابراین، نهاد ناظر اساسی می‌تواند به حمایت از غیر شهروندان نیز متعهد باشد. علاوه بر اینکه اقلیت دائمی و غیردائم می‌تواند دعوای خود را نزد نهادهای ناظر اساسی اقامه کنند. در دسترسی به محاکم و نهاد ناظر اساسی پیوند سیاسی و شهروندی ممکن است شرط نباشد، درحالی‌که برای رأی دادن، تابعیت و شهروندی لازم و ضروری است. بنابراین، مشارکت سیاسی در قالب دموکراسی مشکلاتی زیادی دارد، علاوه بر اینکه تعداد آن بسیار محدود است و از طرفی، تأثیرگذاری آن در عمل از منظر جامعه‌شناسی سیاسی بر منافع و حقوق مردم بسیار ناچیز و اندک است. علاوه بر این نظارت اساسی خود می‌تواند کانال ارزشمندی برای مشارکت سیاسی باشد، به‌خصوص برای کسانی که در روند سیاسی عادی در حاشیه قرار دارند یا از قدرت کمی برخوردارند.

از سوی دیگر، واقعیت آن است که دموکراسی مبتنی بر قانون اساسی یک تناقض درونی را در پی دارد. دموکراسی به معنای خود حاکمیتی است و حال آنکه لازمه‌ی مشروطه‌خواهی وضع محدودیت‌های بر انتخاب مردمی است که باید خودگردان باشند (Tushnet, 2003: 353). همچنین لیبرال‌دموکراسی ایده‌ای قابل نقد و اعتراض است. مردم در زمینه‌ی قلمرو و ماهیت دموکراسی اتفاق نظر ندارند و دموکراسی در لیبرال‌دموکراسی دو عنصر دارد: مردم از حق معنوی بر آزادی و برابری برخوردارند و از سوی دیگر، باید تصمیمات جمعی قابل اجرا از سوی مردم به دلیل برتری آنان یا براساس اصل اکثریت از سوی نمایندگان آنان (که به‌طور آزاد انتخاب شده‌اند) اتخاذ شود. لیبرال‌دموکراسی دو عنصر آزادی و دموکراسی را سازگار کرد؛ بدین صورت که تصمیمات از سوی مقامات به‌وسیله‌ی حقوق بنیادین مندرج در قانون اساسی محدود شده‌اند. اما واقعیت این است که سازگاری دو عنصر مذکور مسئله‌ای بسیار غامض است (specter, 2003: 285). به همین دلیل، به‌رغم تناقض نظارت اساسی با دموکراسی، در نهایت به دلیل تصمیمات خطرناک و نادرست اکثریت و تجربه‌ی خرابی‌های جنگ جهانی دوم، اروپایی‌ها مجبور به پذیرش نظارت اساسی شدند. مشروطه‌خواهی مدرن با دموکراسی، به مفهوم اراده‌ی برتر مردم و نمایندگان منتخب آنان، سازگاری ندارد که دستاورد بسیار خوبی برای جلوگیری از استبداد و خودکامگی، از جمله استبداد اکثریت، بلکه اقلیت در قالب ظاهر اکثریت است. در کشورهای مثل افغانستان و عراق بین حاکمیت اکثریت و حفظ حقوق و آزادی‌های مردم، بی‌شک ترجیح با تضمین حقوق و آزادی‌های مردم خواهد بود که با سازوکار متفاوت، از جمله نظارت اساسی قابل تضمین است. به‌خصوص اینکه چیزی با رأی اکثریت بر شیء واحد توافق داشته باشند، کمتر به‌وجود می‌آید، به‌ویژه اینکه در کشورهای چندقومی، مذهبی و زبانی اکثریت همیشه حقوق اقلیت و حتی حقوق اکثریت را نقض کرده‌اند و در عصر حاضر ممکن است در قالب مفاهیم مدرن سیاسی و حقوقی این امر واقعیت خارجی پیدا کند.

در نهایت باید گفت که مفهوم دموکراسی از نظر کلسن مفهوم تازه و جدیدی است. در دیدگاه کلسن، دموکراسی مبتنی بر قانون اساسی، در واقع باوری است درباره‌ی اینکه چگونه اصل حاکمیت قانون در چارچوب دموکراسی اجرا می‌شود و چگونه دموکراسی و مشروطه‌خواهی با هم سازگار باشند. برداشت کلسن از دموکراسی مبتنی بر قانون اساسی، تعریف جدیدی از آن به‌دست می‌دهد. دموکراسی، در پرتو کثرت‌گرایی و آزادی به‌عنوان مشخصات جامعه‌ای سیاسی، از مفهوم برتری مردم جدا می‌شود؛ یعنی تصمیم اکثریت با کثرت‌گرایی و حقوق افراد محدود شده است (Bongiovanni, 2007: 304). به عبارت دیگر، برتری قانون اساسی

ارزش مضاعف دارد؛ از یک طرف قواعد شکلی را تضمین می‌کند که به شکل‌گیری خواست سیاسی منجر می‌شود و از سوی دیگر، برتری قانون اساسی از اقلیت و کثرت‌گرایی در یک نظام دموکراتیک حمایت می‌کند. از آن‌جا که آزادی مثبت افراد نیازمند تنظیم اساسی بیان و محتوای خواست سیاسی است، برتری قانون اساسی عنصر اصلی دموکراسی است (Bongiovanni, 2007: 308). همچنین از دیدگاه کلسن تعقیب مسالمت‌آمیز و مداوم سازش خواست‌های سیاسی است که تمامی گروه‌های اجتماعی حق دارند در شرایط برابر در این بازی سیاسی و دموکراتیک مشارکت کنند. سازش سیاسی به نظر کلسن آزادی تمامی کسانی را که تحت محدودیت‌ها قهری که ما آن را قانون یا دولت می‌نامیم، به حداکثر می‌رساند. این فرایند برخلاف هر نوع حکومت مستبد به بیشترین تعداد ممکن شهروندان اجازه می‌دهد که به اولویت و ترجیحات خود دست یابند. دموکراسی اساساً امری ضروری است؛ از آن‌جا که تعقیب مسالمت‌آمیز نیازمند شناسایی برتری نظام از قواعد آیینی، حقوق اقلیت که صدایی در میان گروه‌های اجتماعی داشته باشند و در برابر آن بایستند، است. از نظر کلسن دادگاه اساسی حافظ این آیین‌ها حقوقی است، بنابراین در یک جامعه‌ی دموکراتیک بسیار بااهمیت است (vinx, 2015: 15).

از طرفی، مشروعیت نهاد ناظر اساسی از طریق مشروعیت قانون اساسی نیز ایده‌ای است که از سوی برخی تقویت شده است. از این‌رو در گام نخست، دادگاه اساسی از نظر دموکراتیک چگونه مشروع خواهد بود و از نظر حقوقی چگونه حقانی خواهد شد؟ دو پرسش اساسی که در پاسخ به دومی برخی مشروعیت حقوقی نهاد ناظر اساسی را در مشروعیت قانون اساسی جست‌وجو کرده‌اند، زیرا در الگوی اروپایی این نهاد در قانون اساسی درج شده است (Tetzlaff, 2006, 78). اما باید خاطرنشان کرد که اثبات مشروعیت قانون اساسی نیز به‌آسانی امکان‌پذیر نیست و در برخی موارد مشروعیت آن هم بر مبنای دموکراسی و به‌ویژه رضایت تمامی مردم، یا دست‌کم اکثریت، با چالش‌های جدی روبه‌روست.

۵. نظارت اساسی و دموکراسی مستقیم

نکته‌ای دیگر که نباید از آن غفلت کرد آن است که مشروعیت تمامی نهادها را نمی‌توان به دموکراسی مستقیم منوط کرد و با آن گره زد، چراکه انحصار مشروعیت نهادها، به‌خصوص در کشورهای پرجمعیت، دموکراسی مستقیم و رأی مردم صحیح و منطقی نخواهد بود. چنانکه تقریباً در همه‌ی کشورها امروزه مردم اعضای نهاد ناظر را به‌صورت مستقیم انتخاب نمی‌کنند. البته وضعیت مطلوب شاید همین باشد، اما خالی از مشکلات هم نیست، به‌ویژه اگر ما بر قاضی بودن اعضای آن تأکید داشته باشیم و اینکه کاملاً بی‌طرفی خود را حفظ کنند.

به هر حال، اگر مشروعیت تمامی نهادها از جمله نهاد ناظر اساسی را به انتخابات منوط سازیم، دام و تله‌ی این دیدگاه آن است که در این دیدگاه به صورت عمدی مشروعیت به آنچه منوط به انتخابات شده است، محدود می‌شود که به شدت کوتاه‌فکری است و موجب این خطر خواهد شد که تمامی تخم‌مرغ‌ها در یک سبد قرار داده شود (sprniger, 2014: 56). اگر انتخابات دچار انحراف شود یا مشکلی در آن‌جا به وجود آید یا برگزار نشود، همه‌ی مسائل و امور کشور با سؤال و عدم مشروعیت روبه‌رو خواهد شد.

ایده‌ی وجود قانون اساسی و نظارت اساسی به عنوان حافظ آن، در واقع جمع بین دو دیدگاه متفاوت است که در دو سر طیف قرار دارد. دیدگاه افلاطون، ارسطو و طرفداران آن‌ها که حاکمیت مردمی با حاکمیت قانون را با هم ناسازگار می‌دانستند و معتقد بودند مردم حوصله ندارند از رویه‌های مقرر در قانون اطاعت کنند. آن‌ها چون اراده کنند چیزی بخواهند، می‌خواهند، و چنانچه حاکمیت قانون بر سر راه مردم باشد، دولت تحت تأثیر افکار عمومی آن را لغو می‌کند. به هر حال، حکومت مردمی با حاکمیت قانون مغایرت دارد و افلاطون و ارسطو چنین دیدگاهی داشتند. از طرف دیگر، تعدادی به حاکمیت مطلق مردم می‌اندیشند و محدودیت برای اراده و آزادی مردم قائل نیستند؛ جز آزادی و حقوق دیگران، که لیبرال‌های سنتی و کلاسیک و فلاسفه‌ی قرون هجدهم و نوزدهم بر این باور بودند. در این میان مشروطه‌خواهی به عنوان یک پدیده، به مفهوم مدرن با ایجاد جنبش مشروطه‌خواهی و اعتقاد به وجود قانون اساسی، نماد تلاش برای ایجاد یک حکومت مردمی منطبق بر حاکمیت قانون است. در واقع فرضیه‌ی شگفت‌آور در پس تدوین قانون اساسی نهفته، این است که می‌توان ترتیبی داد که این دو مفهوم یکدیگر را تقویت کنند. پس می‌توان حکومت مردم را برای حمایت از قانون تشکیل داد و حاکمیت قانون را طوری تنظیم کرد که حامی حکومت مردمی باشد (آلتمن، ۱۳۸۵: ۱۶۳ و ۱۶۴).

در این بخش باید خاطرنشان کرد که کلسن برای مشروعیت نهاد ناظر اساسی ابراز می‌دارد: اعضای دادگاه اساسی باید از سوی پارلمان انتخاب شوند (keksen, 2006: 269)، یعنی مشروعیت آن غیرمستقیم تأمین شود. همان‌گونه که بیان شد، تمامی نهادها لازم یا مناسب یا ممکن نیست که از طریق دموکراسی مستقیم مشروعیت یابند، زیرا گره زدن سرنوشت مشروعیت این نهاد به آرای مردم آن را وارد بازی‌های سیاسی و مسائل انتخاباتی می‌کند و استقلال آن را مخدوش خواهد کرد.

نتیجه‌گیری

در این نوشتار سعی شد مشروعیت نهاد ناظر اساسی، با عنایت به دلایلی (پیشگیری از استبداد اکثریت و حمایت از اقلیت، توجه به اهداف دموکراسی، اینکه تمامی نهاد نمی‌تواند از طریق دموکراسی مستقیم مشروعیت یابد)، اثبات شود. همچنان با نگاه تاریخی تلاش شده است که با بررسی تاریخ پیدایش نهاد ناظر اساسی در برابر پارلمان، مشروعیت آن به اثبات برسد. از طرفی، اصلاح دموکراسی و کاهش خطرهای آن از طریق نظارت اساسی از دیگر موضوعاتی است که به مشروعیت نهاد ناظر اساسی کمک می‌کند. علاوه بر این این مقاله بر حل شبهه‌ی ناسازگاری دموکراسی و نظارت اساسی تأکید دارد و سعی شد که بین دموکراسی به‌ویژه دموکراسی پارلمانی و نظارت اساسی نوعی سازش برقرار شود؛ در این زمینه با توجه به مبانی نظری پژوهش دلایلی برای رفع شبهه‌ی مذکور ارائه شد. از طرفی سعی شد مشروعیت دموکراتیک نهاد ناظر اساسی از طریق دموکراسی غیرمستقیم و اهداف دموکراسی به اثبات برسد. به اضافه‌ی آنکه نویسنده بر این باور است که گزینش اعضای نهاد ناظر اساسی از طریق شیوه‌ای کاملاً سیاسی به نام «انتخابات» این نهاد را کاملاً سیاسی ساخته است و نمی‌توان انتظار داشت در آن رهیافت حقوقی و قضایی حاکم شود. در نتیجه نمی‌توان انتظار داشت که حافظ قانون اساسی و ارزش‌های اساسی یک جامعه باشد. به هر حال این نهاد را نیز نمی‌توان در اختیار اکثریت قرار داد.

یادداشت‌ها

۱. نظریه‌ی مذکور عبارت از دکترینی است که بر اساس آن اخلاقی بودن یک عمل صرفاً از طریق پیامدهای آن مورد قضاوت قرار گیرد.

منابع و مآخذ

الف) فارسی

- آلتمن، اندرو (۱۳۸۵)، *فلسفه‌ی حقوق*، ترجمه‌ی بهروز جندقی، قم: انتشارات مؤسسه‌ی آموزشی پژوهشی امام خمینی (ره)، چ اول.
- راسخ، محمد (۱۳۸۸)، *نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی*، تهران: دراک.
- راسخ، محمد (۱۳۹۳)، *حق و مصلحت مقالات فلسفی در فلسفه‌ی حقوق*، فلسفه‌ی حق و فلسفه ارزش، تهران: نشر نی، چ دوم.
- عالم، عبدالرحمن (۱۳۹۰)، *بنیادهای علم سیاست*، تهران: نشر نی، چ بیست و دوم.
- کارگزاری، جواد (۱۳۸۳)، «دادگاه اساسی، مراحل تاریخی پیشرفت و توسعه‌ی نظام‌های نظارت اساسی»، *نشریه‌ی حقوق اساسی*، سال دوم، ش ۳، صص ۲۷۳-۲۸۸.
- لویی، فاورو (۱۳۸۸)، *دادگاه‌های قانون اساسی*، ترجمه علی‌اکبر گرجی ازندریانی، تهران: میزان، چ اول.

ب) لاتین

- Aileece, n kavanagh (2003), "participation and judicial review: a reply to jeremy waldron", **law and philosophy**, kluwer academic publishers. Printed in the netherland. S, pp. 451-486
- Barendt, eric (1998), **An introduction to constitutional law**, london, oxford university prees, first published.
- Dicey, a. V. (1982), **Introduction to the study of the law of the constitution**, liberty classics indianapolis.
- Ginsburg, tom (2003), **Judicial review in new democracies, constitutional courts in asian cases**, new york, cambridge university press.
- Tom Ginsburg (2008), **Comparative Constitutional Review**, University Of Chicago Law School, July 30.
- Giorgio bongiovanni (2007), **Rechtsstaat and constitutional justice in austria: hans kelsen's contribution, the rule of law: history, theory and criticism**, springer.
- Hailbronner, michaela (2014), "rethinking the rise of the german constitutional court: from anti- nazism to value formalism", **international jornal of constitutional law, oxford jornal**, vol. 12 no. 3, pp 626-649.
- Hans keksen (2006), **Jeneal theory of law and state**, with a new introduction by a. Javier trevino, transcatin publisher, new brunswik (u. S. A) and lodon (u.k).
- Harel, alon (2003), "rights- judicial review: a democratic, justification", **law and philosophy**, kluwer academic publishers. Printed in the netherlands, vol 22, issue 3-4, pp. 247-276.
- kavanagh, aileen (2003), "participation and judicial review: a reply to jeremy waldron", **law and philosophy**, kluwer academic publishers. Printed in the netherlands, pp. 451-486.
- Rawls, john (2003), **political liberalism**, p. horacio specter, judicial review, rights, and democracy, springer, kluwer academic publishers, printed in the netherlands, law and philosophy, pp. 216 & 285-334.

- Rostow, eugene v, december (1952), "the democratic character of judicial review", **Yale law school legal scholarship repository, faculty scholarship serie**, part of the law commons , volume 66, number 2, pp. 195- 196.
- Rousseau, jean-jacques,(1973) **the social contract and discourses**, g.d.h. Cole, trans. (new york: everyman's library, bk. Ii, chap. Iii, Horacio spectator, judicial review, rights, and democracy, law and philosophy, kluwer academic publishers. Printed in the netherlands, p. 184 & 285-334.
- Spector, horacio (2003), "judicial review, rights, and democracy", springer, kluwer academic publishers, printed in the netherlands, **law and philosophy**, vol 22: number 3 &4, pp 285-334.
- Springe, judiciak review of legislation, comparative study of the united kingdom, netherlan and soth africa, p. 56.
- Tetzlaff, thilo, september (2006), "kelsen's concept of constitutional review accord in europe and asia: the grand justices in taiwan", **national taiwan university law review**, vol 1, number 2.
- Troper, michel (2003), "the logic of justification of judicial review", **international jornal of constitutional law**, oxford university press and new york university school of law, volume 1. pp. 99- 121.
- Tushnet, mark (2003), "forms of judicial review as expressions of constitutional patriotism", kluwer academic publishers. Printed in the netherlands, **law and philosophy**, vol 22, number 3-4, pp. 353-379.
- Vinx, lar (2015), translation, introduction, and notes by the vinx lar, **guardian of the constitution: hans kelsen, and carl schmitt on the limits of constitutional law**, cambridge university prees, united kingdom.

فصلنامه‌ی علمی - پژوهشی
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): ۲۳۰/۰۰۰ ریال

* اساتید و دانشجویان از تخفیف ۳۰٪ برخوردارند.

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

شماره حساب: ۰۱۰۸۱۲۹۰۹۳۰۰۹ شماره کارت: ۶۰۳۷۶۹۱۹۸۰۰۰۱۳۷۴

شماره شبا: ۰۹ ۰۹۳۰ ۸۱۲۹ ۰۰۱۰ ۰۰۰۰ ۰۱۹۰ IR۸۷

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

پلاک ۱۲، پژوهشکده شورای نگهبان، فصلنامه دانش حقوق عمومی

کدپستی: ۱۴۶۳-۱۳۱۴۵

تلفن: ۰۲۱-۸۸۳۲۵۰۴۵ فکس: ۰۲۱-۸۸۳۲۵۰۸۰

Examining the Foundations of the Democratic Validation of Constitutional Review

Mohammad Jalali ¹& GhasemAli Sedaghat ^{2*}

1- Assistant Professor, Shahid Beheshti University

2- Ph.D. student of Public Law, Shahid Beheshti University

Abstract

The legitimacy of the Constitutional review authority contributes to its validation and status. This matter most likely convinces all the public and private persons to respect its decisions and also affects its efficacy. Therefore, it is not only useful but also essential to prove the legitimacy of Constitutional review. Accordingly, the question is that although this entity isn't directly elected, how it can have legitimacy? The assumption of this article is that in spite of such status, the democratic legitimacy can be also produced indirectly and determinant scientific solutions are presented to prove such legitimacy. Reforming the democracy, a historical viewpoint toward the emergence of the Constitutional review entity, the goals of the democracy, respect for minority rights and denial of the tyranny of the majority, and the impossibility to legitimize all the political institutions through direct democracy are as the most important elements which are emphasized in this article as the legitimating mechanisms of the Constitutional review entity. By the way, this article seeks to solve the doubt of incompatibility of democracy with Constitutional review.

Key words

Direct and Indirect Democracy, Democratic Legitimacy, Incompatibility of Democracy and Constitutional Review, Constitutional Review, Constitutional Review Authority.

*E-mail: Sadaqat0020@gmail.com

General Policies of the System; The Strategy of Promoting the Legislative System in the Islamic Republic of Iran

Abbas Kabi¹ & Ali Fattahi Zafarghandi^{2*}

1- Assistant Professor, Imam Khomeini Education & Research Institute

2- Ph. D Student of Public Law, Tehran University

Abstract

Necessary to the Islamic Republic of Iran toward the favorable legal system arising from the teachings of the Sharia is to discover strategies in the Constitution. One of the existing structures in the legal system of Iran which is essential to be redesigned and improved based on the religious teachings is the structure of the legislature. Accordingly, the main question of this research is to present the strategies set forth in the Constitution so as to reform the legislative system in this regard. This paper seeks to answer the mentioned question through a descriptive-analytic research by using the library method. Regarding to the capacities of the general policies of the system, including its status in the hierarchy of laws and obligatory implementation of the general policies, it would benefit from these policies in order to realize the regulatory Ijtihad as a part of the favorable Islamic legislation.

Key words

Ijtihad, Regulatory Ijtihad, General Policies of the System, Constitution of the Islamic Republic of Iran, Legislation.

*E-mail: A.fattahi.zafarghandi@gmail.com

Necessity in Constitution; Concept-Detection and Monitoring Authority

Bijan Abbasi¹ & Ali Sohrabloo^{2*}

1- Associate Professor, Tehran University

2- Ph. D Student of Public Law, Tehran University

Abstract

The concept of necessity and its instances are prescribed in numerous principles of the Constitution of the Islamic Republic of Iran. These instances can be divided and studied in three categories of legislative, executive and particular cases on the basis of the detection authority which respectively the Islamic Consultative Assembly, the executive power and other institutions except the previous ones are the competent entities. Accordingly, The Assembly is in charge of detecting the governing necessities on the general planning of the economy and the necessity of delegating the power of legislation to internal committees of the Assembly set forth in principle 85 of the Constitution (legislative necessity). The competent authority for monitoring these necessities is also the Guardian Council. The necessity of making restrictions in emergency situations and the necessity of employing foreign experts laid down in principles 78 and 82 of the Constitution are also detected by the executive power (executive necessity) and monitored by the Assembly. Finally, the necessity of appointing a special representative (principle 127) is also in the competence of the president and the council of ministers monitors this detection. Therefore, this article will study the comprehensive concept of necessity in the principles of the Constitution and their detection and monitoring authorities.

Key words

Necessity, Legislative Affairs, Executive Affairs, Particular Affairs, Detecting Authority.

*E-mail: Asohrablu@yahoo.com

General Policies of Principle 44 of the Constitution; Informal Constitutional Amendment or Using the Capacity of Principle 44 System of Iran

Hadi Tahannazif¹ & Mostafa Mansourian^{2*}

1- Assistant Professor, Imam Sadiq University
2- Ph. D Student of Public Law, Imam Sadiq University

Abstract

The informal Constitutional amendment is a process which alters the meaning and concept of the Constitution without changing its text. This process which may happen consciously or unconsciously as a result of the actions of governmental authorities and entities, changes the Constitution outside its formal amendment mechanism and in fact infringes that. One of the issues likely to have altered the Constitution in this way is the adoption of general policies of principle 44 by the Supreme Leader so that as a result of these policies, important evolutions have taken place in the way of investment, ownership and management of those envisioned in the beginning of the principle.

This paper seeks to examine the ratio between the general policies of principle 44 and the content of this principle with an analytic approach. The question is whether the Constitution has been changed with these policies or not. Simultaneous regard to the content of the beginning and last paragraph of principle 44, alternativeness of principle 44 from the viewpoint of Constitutional legislator, possibility of devolving the issues set forth in the beginning of the principle to non-governmental sector even prior to the adoption of the mentioned policies and other evidences all prove that the general policies have been in accordance with the Constitution and in line with principle 44.

Key words

Principle 44, Governmental Economics, Informal Constitutional Amendment, Privatization, Public Ownership.

*E-mail: Mansourian@isu.ac.ir

Framed Understanding, Consistency and Interpretation of the Constitution with Emphasis on the Last Paragraph of Principle 4

Firouz Aslani¹ & Reza Mohammadi^{2*} & Akbar Talabaki³

1- Assistant Professor, Tehran University

2- Ph.D Student of Public Law, Imam Khomeini Education & Research Institute

3- Assistant Professor, Center Of High Studies on Islamic Revolution, Tehran University

Abstract

Preserving the Constitution of the Islamic Republic of Iran and its Islamic nature is the unique role of the Guardian Council. According to the last paragraph of principle 4 of the Constitution, determining the consistency of the laws with Islam is devolved to the jurists of the Guardian Council and Constitutional interpretation to the whole members of this council in accordance with principle 98. Important to examine the efficacy of the last paragraph of principle 4 and principle 98 of the Constitution regarding the legitimacy of the Guardian Council and Framed Understanding, consistency of the laws with Islam and Constitutional Interpretation. This article through a descriptive-analytic method examines the inefficiency reasons and doubts including the Circle doubt regarding the legitimacy of the Guardian Council and addresses the responses. In addition, the hermeneutic is considered in the Constitution and besides proving the impossibility of imposing understanding, personal views and subjective assumptions contrary to the criteria, the approach of the Guardian Council is a kind of purposive and intentional originalism. Having mentioned the problems of devolving the Constitutional consistency of the laws to the authorities on matters of religion (Marja'-e-Taqlid), the uniqueness of the Guardian Council in understanding, implementing and interpreting the Constitution has caused that a committed expert of collective wisdom is in charge of Constitutional interpretation.

Key words

Principle 4, Constitutional Interpretation, Consistency of Laws with Sharia, Guardian Council, Understanding of the Jurists of the Guardian Council.

*E-mail: Rbnmw@yahoo.com

Analysis of the Function of the Orders of Vali-e-Faqih in Decisions and Comments of the Guardian Council

(The Case Study of Legislative Criminal Policy)

AminAllah Zamani^{*}

Ph.D Of Criminal Law and Criminology, Imam Sadiq University

Abstract

Structural and evaluational in criminal legislation is the role of Vali-e-Faqih through governmental rules and social and subordinate social Fatwas (orders) which are called in this article as “Ahkam-e-Nezamia” (Nezamia rules). The main subject of this paper is to clarify the status of Nezamia rules of Vali-e-Faqih in the structure of the Islamic Republic of Iran, especially in the Guardian Council. This can significantly contribute to create a single procedure in the operation of institutions and legal authorities of the Islamic Republic of Iran, including the Guardian Council in citation to the Nezamia rules of Vali-e-Faqih. The author believes in the absoluteness of obeying the Nezamia rules of Vali-e-Faqih by all persons and institutions (with the duty of legislation or measuring the regulations) including the Guardian Council through a descriptive-analytic method based on reliable jurisprudential sources, and comments and decisions of the Guardian Council. Therefore, while examining the regulations and acts of the parliament in terms of consistency or inconsistency, The Guardian Council with the presence of the Nezamia rules of Vali-e-Faqih shouldn't refer to their jurisprudential views. The comments and decisions of the Guardian Council in this respect have been in some instances different.

Key words

Criminal policy, Vali-e-Faqih, Criminal Legislation, Governmental Rule, Ahkam-e-Nezamia.

^{*}E-mail: Aminezamani@gmail.com

Contents

■ Analysis of the Function of the Orders of Vali-e-Faqih in Decisions and Comments of the Guardian Council (The Case Study of Legislative Criminal Policy).....	1
● AminAllah Zamani	
■ Framed Understanding, Consistency and Interpretation of the Constitution with Emphasis on the Last Paragraph of Principle 4.....	27
● Firouz Aslani & Reza Mohammadi & Akbar Talabaki	
■ General Policies of Principle 44 of the Constitution; Informal Constitutional Amendment or Using the Capacity of Principle 44.....	55
● Hadi Tahannazif & Mostafa Mansourian	
■ Necessity in Constitution; Concept- Detection and Monitoring Authority.....	79
● Bijan Abbasi & Ali Sohrabloo	
■ General Policies of the System; The Strategy of Promoting the Legislative System in the Islamic Republic of Iran.....	99
● Abbas Kabi & Ali Fattahi Zafarghandi	
■ Examining the Foundations of the Democratic Validation of Constitutional Review	123
● Mohammad Jalali & GhasemAli Sedaghat	

In The Name Of Allah the Compassionate the Merciful

Public Law Knowledge Quarterly

Vol. 5, Autumn 2016, No. 15

Publisher: Guardian Council Research Institute

Responsible Editor: Abbas Ali Kadkhodaei

Chief Editor: Siyamak Rahpeyk

The Editorial Board:

- Mohsen Esmaeili (Associate Professor of Private Law, Tehran University)
- Firooz Aslani (Assistant Professor of Public Law, Tehran University)
- Gholam Hossein Elham (Associate Professor of Criminal Law & Criminology, Tehran University)
- Mohammad Javad Javid (Associate Professor of Public Law, Tehran University)
- Sayyed Mohammad Hosseini (Associate Professor of Criminal Law & Criminology, Tehran University)
- Vali Rostami (Associate Professor of Public Law, Tehran University)
- Siyamak Rahpeyk (Professor of Private Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services & Member of Guardian Council Research Institute)
- Abbas Ali Kadkhodaei (Professor of Public Law, Tehran University & Member of Guardian Council Research Institute)
- Farid Mohseni (Assistant Professor of Criminal Law & Criminology, University of Judicial Sciences and Administrative Services & Member of Guardian Council Research Institute)

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

P.O.Box: 13145-1463

Tel: +98 21 88325045 Fax: +98 21 88325080

E-mail: mag@shora-rc.ir

mag.shora-gc.ir