

تحلیل گفتمانی رویکردهای فقهی شورای نگهبان در بررسی معاهدات همکاری در امور کیفری

امین اله زمانی^{*۱}

۱. دانش آموخته دکتری حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه امام صادق (ع)، تهران، ایران

تاریخ دریافت: ۹۸/۴/۲۸ تاریخ پذیرش: ۹۸/۸/۱۷

چکیده

مطابق با اصل ۷۷ قانون اساسی، عهدنامه‌ها و موافقت‌نامه‌های بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران باید به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد و به دلالت سایر اصول قانون اساسی از جمله اصل ۹۱، عهود مزبور از نظر مغایرت یا عدم مغایرت با شرع و قانون اساسی در شورای نگهبان بررسی می‌شوند. شورای نگهبان اغلب موافقت‌نامه‌های ماهوی از جمله معاهدات همکاری در امور کیفری (استرداد، انتقال محکومان و معاضدت کیفری) را به دلیل اینکه پذیرش آن‌ها مستلزم تأیید یا اجرای قوانین و مقررات غیرشرعی یا احکام صادره از محاکم غیراسلامی دولت مقابل است، مغایر با موازین شرع تشخیص داده و با اصرار مجلس بر عهود پیش‌گفته، تصویب آن‌ها مطابق موضوع اصل ۱۱۲ قانون اساسی و به استناد اصل «مصلحت» صورت گرفته است. اظهارنظر نهایی اعضای شورای نگهبان برحسب اکثریت آرای ایشان است و دیدگاه اقلیت فقهی‌های عضو، در خصوص عدم مغایرت عهدنامه‌های بین‌المللی با موازین شرعی در آرای نهایی انعکاس نمی‌یابد؛ همان دیدگاهی که نگارنده در این مقاله تلاش می‌کند که با روش تحلیلی - توصیفی تبیین کند. به نظر می‌رسد که پویایی فقه امامیه، درجه‌بندی مصالح حکومت و اختیارات ولی فقیه، مستلزم آن است که عهود مزبور مغایرتی با موازین شرع نداشته باشد و از این رو تصویب آن‌ها در مجمع تشخیص مصلحت نظام فاقد وجهت تقنینی است.

واژگان کلیدی: عهدنامه‌های بین‌المللی، استرداد مجرمان، معاضدت در امور کیفری، شورای نگهبان، مصلحت، نفی سبیل.

* Email: aminezamani@gmail.com

مقدمه

یکی از الزامات حکومت‌داری در جامعه بین‌المللی ارتباط اقتصادی، حقوقی، سیاسی و ... با سایر دول است. جمهوری اسلامی ایران نیز به‌عنوان عضوی از جامعه بین‌المللی از برقراری چنین روابطی مستثنا نیست. ارتباط ماهوی با دول دیگر نیازمند انعقاد معاهده و موافقت‌نامه میان جمهوری اسلامی ایران با آن‌هاست که براساس اصل ۷۷ قانون اساسی پس از تصویب در مجلس شورای اسلامی، باید به تأیید شورای نگهبان برسد. تعداد انعقاد موافقت‌نامه‌های یک دهه اخیر جمهوری اسلامی به نسبت سال‌های قبل جمهوری اسلامی ایران رشد فزاینده‌ای داشته و در بیشتر موارد این قراردادهای بین‌المللی با عدم تأیید شورای نگهبان - بیشتر به سبب مغایرت با موازین شرع - و اصرار مجلس شورای اسلامی در مجمع تشخیص مصلحت نظام به تصویب رسیده‌اند که این موضوع می‌تواند مؤیدی بر اهمیت این تحقیق باشد. انعکاس نهایی نظر شورای نگهبان در بررسی مغایرت یا عدم مغایرت موافقت‌نامه‌های بین‌المللی با موازین شرع، مبتنی بر نظر اکثریت فقهای معظم است.^۱ این مقاله تلاش می‌کند که به استناد استدلال‌ات مذاکرات شورای نگهبان هر دو دیدگاه اکثریت و اقلیت فقهای شورای نگهبان را براساس استدلال‌ات فقهی و حقوقی تبیین کند. این تحلیل علمی با تبیین نظریه اقلیت، تلاش می‌کند که رویکرد مذکور را به‌عنوان نظریه مختار بپذیرد. این رویکرد با پویایی فقه استدلالی امامیه و همچنین شرایط و اقتضائات اجتماعی و سیاسی و همچنین موقعیت حاکمیت نظام جمهوری اسلامی در منظومه سیاسی بین‌المللی تطبیق بیشتری دارد. انتظار می‌رود که این تحقیق علمی، رویکرد جدیدتری از قواعد فقهی از جمله قاعده نفی سبیل در شرایط امروز ارائه کند. در این مقاله ضمن تبیین ایرادات شرعی شورای نگهبان نسبت به معاهدات قضایی بین‌المللی (دیدگاه اکثریت)، رویکرد اقلیت فقهای عضو که در پاسخ به استدلال‌ات دیدگاه اکثریت ارائه شده است نیز بیان می‌شود.

۱. معاهدات همکاری در امور کیفری: استرداد، انتقال محکومان و معاضدت

در امور کیفری

معاهده یا موافقت‌نامه بین‌المللی، «به هرگونه توافق منعقد کتبی میان اشخاص یا تابعان حقوق بین‌الملل (کشورها و سازمان‌های بین‌المللی)» اطلاق می‌شود که از نظر ماهیتی براساس مقررات حقوق و قواعد حقوق بین‌الملل تنظیم شده و دارای آثار حقوقی‌اند (ضیائی بیگدلی، ۱۳۸۷، ۹۷). معاهدات میان کشورها از نظر ماهیت نیز انواعی دارد که بخشی از آنها در زمینه همکاری دوجانبه در زمینه امور کیفری و قضایی است. مهم‌ترین مصادیق معاهدات دوجانبه در امور کیفری میان

جمهوری اسلامی ایران و سایر دولت‌ها معاهده استرداد مجرمان، انتقال محکومان و معاضدت در امور کیفری است. معاهده استرداد ناظر بر بازپس‌گیری متهم یا مجرمی از سوی کشوری است که براساس صلاحیت سرزمینی یا صلاحیت شخصی، توانایی محاکمه او را دارد (پوربافرانی، ۱۳۸۷، ۲۰۵). موضوع موافقت‌نامه‌های انتقال محکومان، توافق دولت‌ها در خصوص انتقال محکومان به حبس یا مجازات سالب آزادی جهت تحمل بقیه مدت مجازات در کشور متبوع خود است.^۲ بخشی از معاهدات همکاری نیز تحت عنوان معاهده معاضدت در امور کیفری طبقه‌بندی می‌شوند. هرچند کلیت این دسته از معاهدات که بیشتر به صورت دوجانبه میان دولت‌ها منعقد می‌شود، شامل همکاری حقوقی و قضایی است، لیکن دامنه اجرای آن‌ها بیشتر ناظر بر معاضدت‌های معین دادرسی از جمله تحقیقات مقدماتی و اجرای احکام در مکان است. همکاری در پیشگیری از جرم، مساعدت در زمینه عواید ناشی از جرم، تبادل اطلاعات، ابلاغ احکام و اسناد، اخذ شهادت یا اظهارات اشخاص، انجام بازرسی یا معاینات، توقیف، و ضبط اشیاء، تبادل اطلاعات در زمینه قوانین^۳، انتقال محکومان به حبس^۴، حمایت از کارشناس و شاهد^۵، تعیین مکان و شناسایی افراد یا اشیاء^۶، بازرسی و توقیف، ضبط یا مصادره عوائد و آلات جرم و همچنین وجوه یا منابع مالی مورد استفاده برای تأمین مالی اقدامات تروریست در سرزمین هر یک از طرفین^۷، اجرای نیابت‌های قضایی^۸، و تأکید می‌کنند. از منظر حقوق بین‌الملل، ماهیت این معاهدات همکاری، به صورت عمده یک توافق‌نامه قراردادی و خاص و محدود است (ضیائی بیگدلی، ۱۳۸۷، ۱۰۰) و به جهت تأمین اهداف طرفین معاهده در تسهیل اجرای موضوعات کیفری میان آنها است و از نظر حقوق جزا، اغلب این معاهدات، استثنایی بر اصل صلاحیت محلی محسوب می‌شود. به موجب اصل درون‌مرزی بودن، رسیدگی به جرم در صلاحیت دولتی است که جرم در قلمرو آن ارتکاب یافته است. این اصل ضمن تسهیل در رسیدگی به دلایل جرم و تأمین حقوق بزه‌دیده و متهم، موجب اقتدار و حاکمیت دولت‌ها نیز محسوب می‌گردد (میرمحمد صادقی، ۱۳۸۳، ۶۲).^۹ ماهیت معاهدات همکاری در امور کیفری نشان می‌دهد که طرفین در راستای حفظ اقتدار و حاکمیت خویش، تنها بخشی از فرایندهای رسیدگی امور کیفری را که جنبه اجرایی دارند نیز مشمول دامنه معاهده قرار می‌دهند و صلاحیت رسیدگی به جرم و دادرسی را از شمول معاهده مستثنا می‌کنند و از این نظر برخلاف معاهدات عام و قانون‌ساز (ضیائی بیگدلی، ۱۳۸۷، ۹۹)، در پی تحمیل قواعد ماهوی به طرفین معاهده نیستند.

۲. تبیین رویکرد «اکثریت» فقه‌های شورای نگهبان در بررسی معاهدات همکاری در امور کیفری

مطابق با ماده ۱۹ آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان مصوب ۱۳۷۹، اعلام مغایرت قوانین و

مقررات یا موادی از آن‌ها با شرع توسط اکثریت فقهای شورای نگهبان انجام می‌یابد. از این‌رو منظور از رویکرد «اکثریت» دیدگاهی است که در مقابل نظر «اقلیت»، به‌عنوان نظر نهایی شورای نگهبان در خصوص مصوبات به مجلس شورای اسلامی ارائه می‌شود. بررسی نظرهای استدلالی مشروح مذاکرات فقهای شورای نگهبان، نشان می‌دهد که دیدگاه اکثریت مبنی بر خلاف شرع بودن معاهدات همکاری در امور کیفری بر چند محور استوار است. برخی از این ایرادات شرعی به‌صورت کلی و ناظر بر کلیت معاهدات است یا تقریباً در همه معاهدات به‌عنوان ایراد مغایر شرع مشترک وارد شده‌اند و در برخی موارد دیگر فقهای معظم شورای نگهبان ایراد شرعی را به‌صورت موردی در خصوص ماهیت معاهده وارد دانسته‌اند.

۲-۱. ایرادات مشترک رویکرد اکثریت: غیرشرعی بودن قوانین، احکام و دادرسی نظام قضایی دول خارجی

این ایرادات در کلیه معاهدات وارد شده که خود نیز مبتنی بر چند دیدگاه است. در یک دیدگاه ماهوی - و به‌عنوان مهم‌ترین ایراد - ماهیت قوانین و مقررات دولت‌های خارجی را مغایر با شرع دانسته و الزام جمهوری اسلامی ایران به اجرای این مقررات را مغایر با موازین اسلام می‌داند.^{۱۰} این دیدگاه صرف‌نظر از توجه به ماهیت و مبنای واقعی و همچنین آثار مقررات دول خارجی، با فرض غیراسلامی بودن دولت‌های دیگر، صرف اصدار مقررات و قوانین آن‌ها را غیرشرعی می‌داند. به همین سبب دیدگاه دوم - که متعادل‌تر و به نظر واقعی‌تر به موضوع نگریسته است - کلیه قوانین و مقررات طرف مقابل را غیرشرعی نمی‌داند و تنها با احتمال وجود قوانین غیرشرعی در نظام حقوقی دولت مقابل و با تمسک به اصل «احتیاط»، اجرای آن توسط جمهوری اسلامی ایران را مغایر با موازین شرع می‌داند. از جمله این موارد می‌توان به اظهارنظر شورای نگهبان در خصوص قانون موافقت‌نامه معاضدت حقوقی در امور مدنی و کیفری بین جمهوری اسلامی ایران و بوسنی و هرزگوین مصوب ۱۳۹۱/۱۰/۲ (جمععی از پژوهشگران، ۱۳۹۴، ۳۰۸) قانون موافقت‌نامه استرداد مجرمان بین جمهوری اسلامی ایران و جمهوری تاجیکستان مصوب ۱۳۹۱/۱۰/۲ (جمععی از پژوهشگران، ۱۳۹۴، ۳۱۲)، قانون موافقت‌نامه استرداد مجرمان بین جمهوری اسلامی ایران و جمهوری بلاروس مصوب ۱۳۹۱/۱۰/۲ (جمععی از پژوهشگران، ۱۳۹۴، ۳۱۷) اشاره کرد. در دیدگاه سوم که رویکرد شکلی دارد، صرف‌نظر از ماهیت قوانین دولت مقابل، از آن‌جا که قضات دول خارجی و نظام قضایی آن را واجد شرایط اجتهاد یا منصوب و مأذون از سوی حاکم اسلامی نمی‌داند، نظام قضایی و دادرسی آن و در نتیجه اجرای احکام آن را توسط جمهوری اسلامی ایران مغایر با

موازین شرع می‌داند.^{۱۱} با این حال شایان توضیح است که شورای نگهبان در برخی موارد و با وجود شباهت ماهیت معاهدات دوجانبه با یکدیگر، تصویب و انعقاد آن‌ها را مغایر با موازین شرع تشخیص نداده است.^{۱۲}

۲-۲. ایرادات موردی دیدگاه اکثریت

اکثریت فقه‌های شورای نگهبان در بررسی توافق‌نامه‌های بین‌المللی به‌صورت موردی نیز در خصوص مغایرت مفاد معاهده با موازین شرع اظهارنظر می‌کنند. به‌نظر می‌رسد این اظهارنظر، زمانی است که اکثریت فقها کلیت معاهده را مغایر با موازین شرع ندانسته و به ماهیت مصوبه ورود پیدا کرده‌اند. از جمله این موارد می‌توان به ایراد غیرشرعی بودن حضور کارشناس یا شاهد دولت طرف مقابل که شرایط شرعی کارشناس و شاهد را ندارد، در جمهوری اسلامی ایران که با اعطای مصونیت موقت قضایی همراه است، اشاره کرد.^{۱۳} مغایر شرعی بودن «منع محاکمه بر غایب» از دیگر ایرادات شرعی و موردی شورای نگهبان است که در برخی مصوبات از جمله موافقت‌نامه معاضدت در پرونده‌های مدنی و جزایی میان دولت جمهوری اسلامی ایران با روسیه به آن اشاره شده است.

۳. تبیین مبانی فقهی رویکرد اکثریت

از نظر فقهی دو قاعده مهم نفی سبیل و تحریم تحاکم نزد طاغوت مبنای نظریه اکثریت فقه‌های شورای نگهبان در بررسی معاهدات همکاری در امور کیفری است. مستند قرآنی قاعده نفی سبیل آیه «لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا»^{۱۴} است که به نظر منظور از سبیل اعم از تسلط در دنیا باشد، بدین‌معنا که کفار نه در دنیا و نه در آخرت بر مؤمنان تسلط ندارند و تا زمانی که مؤمنان به ایمان و لوازم آن پایبند باشند، همچنان بر کفار غالب‌اند (طباطبایی، ۱۳۷۴، ج ۵: ۱۸۹-۱۹۰). از این رو مفاد قاعده نفی سبیل آن است که خداوند حکمی را تشریع نکرده است که اجرای آن موجب تسلط کافران بر امت اسلامی یا مسلمانان شود (علی‌دوست، ۱۳۸۳، ۲۳۲). قانونگذار اساسی ضمن نفی هرگونه سلطه‌پذیری در روابط خارجی^{۱۵}، مبتنی بر این قاعده در اصل ۱۵۳ قانون اساسی نیز اشعار می‌دارد که «هرگونه قرارداد که موجب سلطه بیگانه بر منابع طبیعی و اقتصادی، فرهنگ، ارتش و دیگر شئون کشور گردد ممنوع است» و از این نظر قاعده نفی سبیل از مهم‌ترین مبانی فقهی و شرعی نظام جمهوری اسلامی ایران در ارتباط با سایر ملل و ادیان است. از سوی دیگر، فقها به استناد آیه ۶۰ سوره مبارکه نساء^{۱۶}، طرح دعوا در نزد قضات جور [=حکام] را حرام و از گناهان کبیره دانسته‌اند (عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۳: ۶۷) و چنین شخصی شریک در گناه قاضی جور است^{۱۷} (حرّ عاملی، ۱۴۰۹ ه.ق، ج ۲۷: ۱۱) و آن را مصداق رجوع به حاکمیت طاغوت می‌دانند (نجف‌آبادی، ۴۳۱) و در تعلیل آن و از جهت

مناسبت حکم و موضوع، تحاکم نزد حکومت‌های طاغوت را موجب ایجاد مفسد اجتماعی دانسته‌اند (حائری، ۱۴۱۵ق، ۱۷).

در تعریف قاضی جور برخی فقها آن را مصداق کسی می‌دانند که شرایط قضاوت را ندارد (خمینی، ۱۴۰۴ق، ۲۲۳؛ فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۷ق، ۲۶) یا اینکه منظور حاکمی است که به‌طور غالب به ظلم و ستم قضاوت می‌کند (حائری، ۱۴۱۵ق، ۱۷). برخی دیگر از فقهای معظم نیز به صرف انتصاب قاضی از سوی حاکم جائز یا حکومت سلطه آن را مصداق قاضی جور و در نتیجه تحریم رجوع به آن تشخیص داده‌اند (مشکینی، ۴۲۹؛ معرفت، ۲۶۲).

رویکرد اکثریت فقهای شورای نگهبان در دیدگاه اول به‌طور مطلق و به صرف انعقاد معاهده و در دیدگاه دوم با التزام جمهوری اسلامی به مقررات مغایر با شرع معاهده، بر این باورند که معاهدات مزبور موجب سبیل و تسلط طرف دیگر معاهده بر نظام جمهوری اسلامی ایران و در نتیجه تابعان آن می‌شود.^{۱۸}

دیدگاه سوم این رویکرد نیز تحاکم طرف دیگر معاهده را از مصادیق آیه ۶۰ سوره مبارکه نساء و تحاکم نزد طاغوت می‌داند و در نتیجه پذیرش فرایندهای دادرسی دولت‌های غیراسلامی و کفر را حرام و مغایر با موازین شرع می‌داند.

۴. تبیین رویکرد «اقلیت» فقهای شورای نگهبان در بررسی معاهدات دوجانبه معاضدت در امور کیفری

در مقابل دیدگاه اکثریت فقهای شورای نگهبان، دیدگاه اقلیتی وجود دارد که برخی عهود و معاهدات بین‌المللی را مغایر با موازین شرع نمی‌داند. این رویکرد اغلب متناظر با دیدگاه‌های اکثریت فقها در ایراد شرعی توافق‌نامه و معاهدات مطرح شده است. این رویکرد خود به دو دیدگاه تقسیم می‌شود؛ یک دیدگاه از نظر حکم اولیه، معاهدات را مغایر با موازین شرعی نمی‌داند و دیدگاه دوم معتقد است مصلحت و منافع حکومت اسلامی مستلزم انعقاد چنین معاهداتی است و از جهت «ضرورت» ارتباط حکومت اسلامی با سایر دول، این دسته از معاهدات مغایر با موازین شرعی محسوب نمی‌شود.

۴-۱. دیدگاه معتقد به عدم موضوعیت معیار غیرشرعی بودن معاهدات همکاری در امور کیفری

بررسی رویکرد اقلیت نشان می‌دهد از دو منظر معیار غیرشرعی بودن در خصوص معاهدات همکاری در امور کیفری موضوعیت ندارد. یک دیدگاه معتقد است که ضابطه بررسی مغایرت و عدم مغایرت مقررات با موازین شرع تنها در حکومت اسلامی موضوعیت دارد و از این نظر

اشعار دارد که معیار مغایرت شرعی قوانین و مقررات تنها در دولت اسلامی موضوعیت دارد و این مسئله در کشورهای غیراسلامی منتفی است.^{۱۹} به نظر می‌رسد که قائلان به این نظر، مشروعیت یا عدم مشروعیت قوانین و مقررات دول دیگر را براساس موازین و اصول خود آن‌ها می‌توان تشخیص داد.^{۲۰} همچنین برخی از فقهای شورای نگهبان در پاسخ به استدلال مغایرت قوانین و مقررات دولت طرف مقابل، اذعان داشته‌اند که هرچند برخی قوانین طرف معاهده مغایر با موازین شرع است، این موضوع به معنای پذیرش این مغایرت‌ها توسط دولت جمهوری اسلامی ایران نیست، زیرا در هر حال قوانین کشور مقابل در حال اجراست و با این موافقت‌نامه‌ها محدوده اجرای این قوانین و مقررات محدود می‌شود.^{۲۱} از این رو اشعار داشته‌اند که انتقال محکوم ژاپنی مسلمان توسط جمهوری اسلامی ایران از آن‌جا که منوط به اجازه محکوم و در راستای احسان در حق ایشان از جهت فرصت دیدار با خانواده و بستگان وی است، منافاتی با قاعده نفی سبیل ندارد (جمعی از پژوهشگران، ۱۳۹۸، ۷۲۳). برخی از فقهای عضو در پاسخ به ایراد مغایر شرع بودن قوانین و مقررات دولت طرف معاهده به این استدلال عقلی و شرعی تمسک جسته‌اند که انعقاد این موافقت‌نامه‌ها به منظور تسهیل امور کشورها بوده و نمی‌توان در یک قرارداد دو طرف قوانین و مقررات جمهوری اسلامی ایران را لازم‌الاجرا و مقررات طرف دیگر را نادیده گرفت (جمعی از پژوهشگران، ۱۳۹۴، ۲۸۳).

از منظر این دیدگاه، این دسته از معاهدات، به صورت متقابل و با رعایت حق حاکمیت طرفین و به منظور تسهیل امور منعقد می‌شود و از این نظر موجبات تسلط بر حاکمیت دیگری نیست. براساس دیدگاه دوم از آن‌جا که دولت جمهوری اسلامی ایران زیر نظر ولی امر اداره می‌شود و دولت و مجلس از مقام ولایت تنفیذ می‌شوند، اقدامات قوای مزبور از جمله برقراری ارتباط با سایر دول نیز تحت ولایت امر است و از این نظر انعقاد معاهده معاضدت با دول دیگر مغایرتی با موازین شرع ندارد.^{۲۲} در همین زمینه یکی از فقهای شورای نگهبان به استناد پاسخی از مقام معظم رهبری، بیان داشته است که ولی امر نیز چنین قراردادهایی را در شرایط فعلی از آن جهت که متضمن منافع و حقوق مردم است، از قراردادهای حکومتی دانسته و انعقاد آن‌ها را از سوی دولت را بلاشکال می‌داند.^{۲۳} به همین علت در برخی موارد، دیدگاه اقلیت بر این باور است که موضوع معاهدات همکاری در امور کیفری، ناظر بر امور با ماهیت تعزیری است و به این دلیل که مجلس شورای اسلامی در حوزه تعزیرات دارای اختیارات است، تصویب معاهده توسط مجلس مغایرتی با موازین شرع ندارد.^{۲۴}

۴-۲. دیدگاه مصلحت‌محور

یکی از استدلال‌ات اقلیت فقهای شورای نگهبان، استناد به اصل «مصلحت» جمهوری اسلامی

ایران است. ایشان، بدون اینکه به مصداق یا شرح مصلحت اشاره کنند، انعقاد قراردادهای بین‌المللی را از آن جهت که براساس مصلحت و منافع جمهوری اسلامی ایران هستند، مغایر با موازین شرع نمی‌دانند.^{۲۵} فرض این نظر آن است که چنین قراردادهایی در مجموع به نفع جمهوری اسلامی ایران و اتباع آن است.^{۲۶}

براساس این دیدگاه چنین موافقت‌نامه‌هایی با توجه به ضرورت ارتباطات و مصالح جمهوری اسلامی ایران لازم است از باب احکام ثانویه از طرف شورای نگهبان تأیید شوند.^{۲۷} از منظر این دیدگاه انعقاد قراردادهای متقابل در دنیای امروز امری متداول و در راستای ضرورت ارتباط کشورها با یکدیگر است و مصلحت نظام اسلامی نیز در برقراری این نوع از ارتباطات است.^{۲۸} با این حال در برخی توافق‌نامه‌ها همین استدلال به‌عنوان دیدگاه اکثریت پذیرفته شده و در نتیجه ایراد مغایرت شرعی رأی لازم را به‌دست نیاورده است (جمعی از پژوهشگران، ۱۳۹۴، ۲۳).

به‌نظر می‌رسد که این دیدگاه توجه بیشتری به پویایی فقه و شرایط و مقتضیات زمان و مکان نشان می‌دهد، به‌گونه‌ای که تداوم حکومت جمهوری اسلامی را منوط به ارتباط با سایر دول و پذیرش برخی قوانین و مقررات آنها می‌داند (جمعی از پژوهشگران، ۱۳۹۴، ۲۳). شایان ذکر است که برخی از فقهای شورای نگهبان با این استدلال که تنها راه انحصاری به‌دست آوردن حق، رجوع به حاکمیت طاغوت و مقررات سایر دول است (مانند دوران قبل از انقلاب)، موافقت‌نامه را مغایر با موازین شرع تشخیص ندادند (جمعی از پژوهشگران، ۱۳۹۴، ۲۸۱).

۵. مبانی فقهی رویکرد اقلیت

مبانی فقهی رویکرد اقلیت نیز مبتنی بر همان قواعد نفی سبیل و همچنین حرمت قضاوت نزد طاغوت است، لیکن تفاوت در تفسیر، برداشت و احراز مصداق قواعد مزبور موجب اختلاف میان آنها شده است. به‌نظر می‌رسد رویکرد اقلیت در دیدگاه اول، مبتنی بر آن است که پس از قرآن مهم‌ترین دلیل قاعده نفی سبیل را «عقل» دانسته (علی‌دوست، ۱۳۸۳، ۲۳۷) و به همین علت معتقد است که احراز مصداق «سبیل» و «سلطه» نیازمند امر کارشناسی [= عقلانی] است و چنین موضوعی نیز ارتباط تنگاتنگ و مستقیمی با فرهنگ و اقتضائات زمان و مکان دارد (علی‌دوست، ۱۳۸۳، ۲۴۷). ضمن اینکه مستفاد از پژوهش‌های فقهی، آن است که متقن‌ترین دلیل قاعده نفی سبیل، عقل و ادراک آن است و بدین سبب، محدوده و مصداق نفی سبیل نیز محتاج درک عقلی است (رضایی و هاشمی، ۱۳۹۱، ۷۵). به همین دلیل، دیدگاه اول رویکرد اقلیت، معتقد است که موضوع این معاهدات از آن‌جا که ناظر بر امور اجرایی فرایندهای دادرسی است، در مجموع متضمن منافع و حقوق مردم است^{۲۹} و از این نظر مصداق سبیل و

سلطه بر جامعه اسلامی محسوب نمی‌شود. همچنین این دیدگاه، طرف دیگر معاهده را مصداق «طاغوت» نمی‌داند تا اجرای احکام آن یا تحاکم نزد آن‌ها مصداق قاعده حرمت تحاکم نزد طاغوت بدانند.

برخی فقها نیز با استناد به روایت علی‌بن مهزیار رجوع به قضات جور را به استناد تقیه جایز دانسته‌اند^{۳۰} (قمی، ۱۴۲۵ق، ۲۲)، لیکن از آن‌جا که شرایط تقیه در خصوص انعقاد معاهدات منتفی است، به نظر می‌رسد این استدلال در خصوص مبانی دیدگاه اقلیت شورای نگهبان موضوعیت نخواهد داشت و نگارنده نیز چنین استدلالی را از سوی فقهای معظم شورای نگهبان در اسناد موجود نیافته است.

مبنای فقهی دیدگاه مصلحت‌محور رویکرد اقلیت را باید در مبانی صدور احکام ثانوی دانست که مبتنی بر عنوان ضرورت، عسر، حرج (شیرازی، ۱۴۲۷ق، ۲۱۵) یا مصلحت حکومت اسلامی جست‌وجو کرد. مستند به روایات^{۳۱} برخی فقها تحاکم نزد طاغوت را تنها در شرایط ضرورت و اضطرار و از باب نفی ضرر و حرج جایز دانسته است (اصفهانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰: ۸؛ نجفی، ۱۴۲۲ق، ۸۴) و به همین سبب در برخی روایات با وجود قاضی آشنا به احکام قضا اسلامی، ترافع نزد اهل جور را منع کرده‌اند (اصفهانی (مجلسی دوم)، ۱۴۰۴ق، ج ۲۴: ۲۷۵).^{۳۲} مصلحت در مقابل مفسده (ابن‌منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۲: ۵۱۶) و به معنای صلاح و شایستگی و فایده‌ای است که در نتیجه انجام کاری حاصل می‌شود (خسروپناه، ۱۳۸۹، ۷۱). احکام مصلحتی دائرمدار ضرورت و مصلحت مردم و جامعه هستند و تا زمانی که مصلحت وجود دارد، آن احکام نیز ساری و جاری است (ارسطا و اکبری، ۱۳۹۰، ۳۶). مصلحت از لحاظ اندیشمندان شیعه معیارهایی دارد که عدم مخالفت با اهداف شریعت و مقاصد شارع، در نظر داشتن اهم و مهم، مصلحت نظام اسلامی و عموم مسلمانان از مهم‌ترین معیارهای مصلحت است (خسروپناه، ۱۳۸۹، ۱۵۴). یکی از جهات مصلحت نیز «حفظ نظام یا حرمت اختلال در نظام» است (برای مطالعه بیشتر ر.ک: ورعی، ۱۳۹۳)، بر همین اساس دیدگاه مصلحت‌محور، معتقد است که پذیرش معاهدات با سایر دول، هرچند در برخی موارد مشتمل بر احکام غیرشرعی یا پذیرش حکم حکومت غیراسلامی است، لیکن حفظ حکومت اسلامی و مصلحت آن و جامعه مسلمان مستلزم پذیرش چنین معاهداتی است. همچنین مطابق این دیدگاه، قاعده نفی سبیل به مثابه بسیاری از قواعد دیگری فقهی در تراحم با مصالح مهم‌تر تخصص‌پذیر است تا آن‌جا که حکومت اسلامی به منظور «نفی هرگونه سبیل و سلطه در آینده به طور موقت و گذرا پذیرای نوعی سلطه باشد» (علی‌دوست، ۱۳۸۳، ۲۵۰). به همین دلیل برخی فقهای شورای نگهبان در راستای دیدگاه عدم مغایرت موافقت‌نامه‌های مذکور به موضوع تراحم استناد

کرده‌اند. تراحم میان اجرا یا پذیرش محدود برخی احکام با احتمال غیرشرعی با مسئله ارفاق در حق مسلمان تابع ایران از نظر انتقال محکومان ایرانی به کشور که به نظر می‌رسد در وضعیت تراحم باید مصلحت مسلمان اولویت داشته باشد.^{۳۳}

۶. تحلیل و بررسی دیدگاه اکثریت و اقلیت (نظریه مختار)

مستمسک نظریه مختار، نگاه جدید و پویا به فقه حکومتی امامیه است که آن را می‌توان در دیدگاه‌های بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران حضرت امام خمینی (ره) ریشه‌یابی کرد و نگارنده بر این است که تجربه حکومت‌داری حاکم اسلامی در سه دهه اخیر، محکم‌کننده این نگاه اجتهادی است. براساس این رویکرد اجتهاد مصطلح برای اداره جامعه در شرایط امروزی کافی نیست و حضور در اجتماع و درک^{۳۴} ضروریات و شرایط گوناگون اجتماع را برای فقیه جامع‌الشرایط لازم می‌داند.^{۳۵} این دیدگاه بر تأثیر مقتضیات زمان و مکان بر استنباط احکام تأکید می‌کند و مصلحت به معنای مصطلح آن یعنی منفعت جامعه اسلامی و حکومت اسلامی را به‌عنوان یکی از مقاصد در احراز احکام شرعی می‌داند. ریشه این مصلحت را نیز می‌توان در موضوع «عقل» و «عقلانیت» به‌عنوان ادله احکام دانست، هرچند مصلحت خود در فقه امامیه واجد حیثیت استقلالی در استنباط احکام نیست و باید ریشه این مصلحت و به‌عبارت دیگر مصدر و منشأ آن نصوص معتبر شرعی از جمله سنت و قرآن باشد، در همین زمینه به‌نظر می‌رسد که یکی از مصادیق مصلحت شرعی که مصالح مسلمین و حکومت اسلامی است که باید در فقه حکومتی مذهب تشیع مورد توجه جدی قرار گیرد و به‌نظر می‌رسد که حضرت امام خمینی (ره) نیز به استناد همین رویکرد به شورای نگهبان توصیه می‌کند که در بررسی مصوبات مجلس شورای اسلامی، مصالح مسلمین و مقتضیات زمان و مکان را در نظر بگیرند.^{۳۶} با این حال شبهه‌ای که در این میان وجود دارد آن است که اگر شورای نگهبان متولی احراز «مصلحت» باشد، آیا این موضوع مغایرتی با اصل ۱۱۲ قانون اساسی و وظیفه تشخیص مصلحت توسط مجمع نخواهد داشت؟ در پاسخ نگارنده بر این باور است که توجیه و رفع چنین مشکلی بدون در نظر گرفتن حاکمیت نظریه ولایت مطلقه فقیه امکان‌پذیر نخواهد بود، این همان موضوعی است که حضرت امام خمینی (ره) به آن اشاره داشته^{۳۷} و برخی فقهای عضو شورای نگهبان از جهت تنفیذ اختیارات حکومت اسلامی از ناحیه ولی فقیه در عدم مغایرت توافق‌نامه‌ها با شرع به آن استناد می‌کنند.^{۳۸} از این رو باید گفت «مصلحت» در حکومت اسلامی مبتنی بر نظریه ولایت فقیه که در رأس آن ولی فقیه جامع‌الشرایط قرار دارد، تحلیل شود. به‌عبارت دیگر، «مصلحت» در استنباط احکام حکومتی، تنها در فضای حکومت و شرایط جامعه اسلامی قابل بررسی است. با این مقدمه، نگارنده معتقد است که «مصلحت» را

می‌توان به‌صورت طیفی و دارای شدت و ضعف منفعت برای جامعه و حکومت اسلامی درجه‌بندی و بررسی کرد. بر این اساس گاه «مصلحت» حکومت و جامعه اسلامی فراگیر است و مستلزم تعطیلی یک یا چند حکم اولیه اسلامی یا ایجاد سبیل «عمده» و «غالب» بر مسلمین می‌شود، در این وضعیت‌ها تشخیص مصلحت به قطع و یقین بر عهده حاکم اسلامی یا مرجع مأذون ایشان یعنی مجمع تشخیص مصلحت نظام است. لیکن، در برخی موارد منافع و مصالح غیرفراگیر و جزئی است، به‌گونه‌ای است که موجب تعطیلی حکم اولیه اسلام نمی‌شود یا زمینه سبیل عمده کفار بر حکومت و جامعه اسلامی را ایجاد نخواهد کرد، بلکه اجرای یک حکم اولیه شرعی را در زمان یا مکان و ... محدود، مضیق یا مشروط می‌کند. در این موارد منظور از مصلحت، ضرورت‌های اجتماعی است که گاه زمینه مناسب‌تری را برای تداوم حکومت اسلامی و اسلامی شدن جامعه اسلامی به‌همراه دارد. به نظر نگارنده اختیار چنین مصالح جزئی - در مقابل مصالح عمده - در درجه اول بر عهده مجلس شورای اسلامی به‌عنوان نماد «عقلانیت» جامعه اسلامی است و در مرحله بعد - اینکه این مصالح جزئی برای تداوم و استمرار جامعه ضرورت داشته باشد - بر عهده شورای نگهبان است. به نظر می‌رسد ذکر مثالی در این خصوص به فهم موضوع بیشتر کمک می‌کند.

مطابق با احکام اولیه اسلام، به‌طور مطلق تمامی مراتب امر به معروف و نهی از منکر از وظایف و حقوق یک مسلمان است. حال فرض کنیم که مجلس شورای اسلامی دو مصوبه در خصوص موضوع امر به معروف و نهی از منکر به شورای نگهبان ارائه می‌کند. در مصوبه اول امر به معروف و نهی از منکر در جامعه اسلامی را بنا بر مصالحی کاملاً یا به‌طور عمده تعطیل می‌کند (تعطیلی حکم شرعی) و در مصوبه دیگر، امر به معروف و نهی از منکر را تعطیل نمی‌کند، بلکه اجرای آن را محدود و منوط به تحقیق شرایطی کرده که در شرع سابقه‌ای نداشته است (مشروط حکم اولیه) یا اینکه مرحله سوم آن یعنی مرتبه عملی و ضرب و جرح را فقط بر عهده نیروی انتظامی گذاشته و از بقیه افراد ساقط دانسته است (محدود کردن حکم اولیه). هر دو مصوبه به استناد مصلحت بوده و هر دو نیز از این نظر که حکم اولیه شرعی را تعطیل، محدود یا مشروط کرده‌اند، خلاف شرع محسوب می‌شوند. لیکن مطابق با دیدگاه نگارنده و همچنین رویه شورای نگهبان در تصویب بسیاری از قوانین تعزیری و قانون حمایت از آمران به معروف و ناهیان از منکر، تصویب و تأیید مصوبه اول از آن‌جا که مبتنی بر مصلحت فراگیر است، بر عهده ولی‌فقیه یا مجمع تشخیص مصلحت نظام است و تأیید مصوبه دوم از آن‌جا که مصالح آن جزئی و غیرعمده است، بر عهده شورای نگهبان است. ویژگی مصالح جزئی و غیرفراگیر آن است که در مجموع منفعت آن برای جامعه اسلامی بدیهی و واضح

است. به همین سبب نگارنده معتقد است که مصالح و منافع توافق‌نامه‌های همکاری در امور کیفری به‌گونه‌ای نیست که زمینه سبیل عمده و فراگیر بر حکومت اسلامی یا تعطیلی احکام اسلامی و اجرای کامل احکام حکومت‌های غیردینی بر مسلمانان باشد تا بخواهیم آن‌ها را از مجرای مجمع تشخیص مصلحت نظام بررسی کنیم، بلکه این موافقت‌نامه‌ها از نوع مصالحی‌اند که صرفاً محدودکننده اجرای برخی احکام اسلامی است. برخی نویسندگان با استناد به مقصد عدالت و انصاف در دین اسلام و اینکه عدالت و قسط از مظاهر فطری و قابل درک برای نوع انسان صرف‌نظر از دین خود است، قاعده نفی سبیل را تنها در مواردی که به‌طور **ظالمانه** موجب نابرابری تفوق کفار بر مسلمان و حتی مسلمان بر کفار است جاری می‌دانند (احمدوند، و دیگران، ۱۳۹۵، ۱۴۴). همچنین برخی فقهای شورای نگهبان با استناد به برخی قراردادهای مشابه در صدر اسلام که در مواردی نیز به‌صورت جزئی به ضرر برخی مسلمانان بوده است، معتقد به عدم مغایرت موافقت‌نامه‌های جمهوری اسلامی ایران با سایر دول در امور حقوقی و قضایی‌اند. از جمله این استدلال‌ات، دیدگاه عدم مغایرت ذیل ماده ۱۵ قانون معاهده استرداد مجرمان بین جمهوری اسلامی ایران و جمهوری اسلامی قزاقستان مصوب ۱۳۹۲/۱/۲۸ بوده است.^{۳۹}

با این حال در صورتی که شورای نگهبان در بررسی مصوبه یا موافقت‌نامه‌ای به این نتیجه برسد که تأیید آن تعطیلی عمده احکام اسلام یا سبیل و راه تسلط «عمده» غیرمسلمانان بر حکومت و جامعه اسلامی باشد، مراتب از موارد مغایرت شرعی است و تنها در صورت اصرار مجلس بر آن، تأیید یا عدم تأیید آن بر عهده مجمع یا مقام رهبری است. با این حال به دلایل ذیل به‌نظر می‌رسد که موافقت‌نامه‌های همکاری در امور کیفری که جمهوری اسلامی ایران تاکنون با دول خارجی منعقد کرده، از نوع مصالح جزئی بوده و محملی برای ایراد شرعی شورای نگهبان و اصرار مجلس بر آن وجود نداشته است:

۱. موضوع موافقت‌نامه‌های حقوقی و قضایی، به این دلیل که به‌صورت جزئی و نسبت به برخی احکام منعقد می‌شود، موجبی برای تعطیلی عمده‌ی احکام اسلامی نیست؛
۲. به این دلیل که این موافقت‌نامه‌ها در راستای منافع کلی طرفین منعقد می‌شود، زمینه‌ای برای سبیل و تسلط بر حکومت و جامعه اسلامی وجود ندارد؛
۳. هرچند برخی از این موافقت‌نامه‌ها مستلزم اجرای حکم دستگاه قضایی غیراسلامی در ایران است، لیکن از آن‌جا که حکم به مجازات تبعه ایرانی در کشور ایران به نفع مجرم و خانواده اوست، مغایرتی با شرع نخواهد داشت. ضمن اینکه، اگر چنین انعقادی صورت نپذیرد، تبعه‌ی مذکور همچنان همان مجازات را در کشور خارجی متحمل می‌شود که به‌نظر می‌رسد اجرای

که حکم غیراسلامی توسط حکومت اسلامی اجرا شود؛

۴. عدم انعقاد چنین قراردادهایی با سایر دول خارجی، موجب انسداد تداوم و حیات حکومت اسلامی است و این موضوع با قاعده حفظ نظام مغایرت دارد؛

۵. بسیاری از احکام حقوقی و قضایی دول خارجی از آنجا که زاینده عقلانیت بشری است، پس از تصویب در مجلس شورای اسلامی می‌تواند به‌عنوان تعزیرات حکومتی (بازدارنده) تلقی شود و شورای نگهبان صرف‌نظر از خارجی بودن معاهده، این معاهدات را همانند مصوبات مجلس شورای اسلامی نسبت به امور داخلی کشور در نظر بگیرد و بررسی کند. این استدلال در برخی نظریات اقلیت اعضای شورای نگهبان دیده می‌شود؛^{۴۰}

۶. احتمال مغایر با شرع بودن قوانین و مقررات دول خارجی نیز نمی‌تواند به‌گونه‌ای باشد که به تعطیلی احکام اسلامی یا تسلیط قوانین غیراسلامی بر مسلمانان منجر شود تا بخواهیم مصلحت آن را در صلاحیت مجمع یا ولی فقیه بدانیم؛

۷. ماهیت معاهدات همکاری در امور کیفری (استرداد، انتقال محکومان و معاضدت) شکلی و بیشتر ناظر بر وظایف معین دادرسی از جمله تحقیقات مقدماتی، نیابت، ابلاغ، اجرای حکم و ... است. در علم حقوق نیز اصل بر این است که قوانین شکلی جزایی به نفع افراد و متهمان بوده و به همین دلیل است که برخلاف قوانین ماهیتی، عطف بماسبق شدن آن‌ها جایز است. ازاین‌رو مفاد معاهدات مذکور ماهیتی و ناظر بر محاکمه و دادرسی افراد نیست که شبهه تسلط و صدور حکم خلاف موازین شرع را بر آن‌ها تقویت کند.

نتیجه‌گیری

به نظر نگارنده با تشکیل حکومت اسلامی، یک سری مصالحی در ذیل چنین حکومتی تعریف و تبیین می‌شود، به‌گونه‌ای که در شرایط فقدان حکومت اسلامی ممکن است چنین مصالحی موضوعیت نداشته باشد. شورای نگهبان اگر بخواهد مغایرت یا عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی را تنها براساس احکام اولیه شرعی بررسی کند، ناگزیر است بسیاری از مصوبات مزبور را حتی از آن نظر که موجب محدودیت احکام اسلامی می‌شود، مغایر با شرع بداند. برای مثال، تحدید مراتب امر به معروف و نهی از منکر، حضور قضات غیرواجد شرایط شرعی در منصب قضا، محدودیت‌های حاکم بر حق خرید و فروش و ... همگی مغایر اطلاق احکام اولیه شرعی‌اند. لیکن شورای نگهبان عمده آن‌ها را تأیید کرده است و علت نیز مصالحی است که چنین محدودیت‌هایی در ذیل مصلحت حکومت و جامعه اسلامی ایجاب می‌کند. با این توضیح نگارنده معتقد است دستورهای شرعی باید به‌گونه‌ای تدریجی و با رعایت شروطی در جامعه پیاده‌سازی شوند تا شرایط لازم برای اجرای کامل احکام اسلامی فراهم شود و این

موضوع تا استقرار شرایط مطلوب و آرمانی ادامه دارد. هرچند به نظر نگارنده با وجود دو نهاد شورای نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت نظام، مصالح نظام جمهوری اسلامی را نمی‌توان تنها در مجمع تشخیص مصلحت نظام بررسی کرد، بلکه مصلحت یا مصالح، مراتبی دارد، به گونه‌ای که از مصلحت جزئی و خرد (غیرفراگیر) شروع می‌شود و تا مصلحت کلی و کلان (فراگیر) یعنی حفظ اسلام و نظام اسلامی در نوسان است. با این توضیح آن دسته از مصالح خرد که رعایت آن‌ها مستلزم محدودیت یا مشروطیت اجرای احکام اولیه اسلام یا تداوم و استقرار اسلام و حکومت اسلامی باشد، در صلاحیت بررسی شورای نگهبان است و مغایرتی با موازین شرع ندارد و شورای نگهبان خود می‌تواند در خصوص آن‌ها اظهار نظر کند و نیازی به ارجاع آن به مجمع تشخیص مصلحت نظام نخواهد بود. لیکن، مصالح و قوانینی که زمینه محدودیت کلی و عمده یا تعطیلی احکام اسلامی یا تهدید و سیل عمده بر حکومت و حاکمیت اسلامی داشته باشد، در حوزه صلاحیت شورای نگهبان نیست و شورای نگهبان باید آن را مغایر با موازین شرع بداند تا در صورت اصرار مجلس شورای اسلامی در مجمع تشخیص مصلحت نظام بررسی شود یا اینکه ولی فقیه با اختیار صدور حکم حکومتی آن را مرتفع سازد. با توجه به دلایل پیش گفته به نظر می‌رسد که معاهدات همکاری در امور کیفری از آن‌جا که مبتنی بر مصالح جزئی است و زمینه سلطه عمده بر جامعه اسلامی را ندارد، مغایرتی با موازین شرعی ندارد و بررسی ضرورت آن‌ها نیز بر عهده شورای نگهبان بوده و ارسال آن‌ها به مجمع تشخیص مصلحت نظام فاقد وجاهت تقنینی در نظام جمهوری اسلامی ایران است.

یادداشت ها

۱. ماده ۱۹ آیین نامه داخلی شورای نگهبان مصوب ۱۳۷۹.
۲. ماده ۲ قانون موافقت نامه انتقال محکومان بین جمهوری اسلامی ایران و جمهوری قزاقستان مصوب ۱۳۹۶.
۳. ماده ۱ قانون معاهده معاضدت دوجانبه در امور کیفری بین جمهوری اسلامی ایران و جمهوری کرده مصوب ۱۳۹۶/۸/۱۳ مجمع تشخیص مصلحت نظام، ماده ۱ قانون معاهده بین جمهوری اسلامی ایران و جمهوری خلق چین در زمینه معاضدت حقوقی دوجانبه در موضوعات کیفری.
۴. لایحه تشریفات (پروتکل) انتقال محکومین به حبس الحاقی به موافقت نامه معاضدت قضایی متقابل در امور کیفری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت ترکمنستان،
۵. ماده ۱۸ قانون موافقت نامه معاضدت حقوقی در امور مدنی و کیفری بین جمهوری اسلامی ایران و بوسنی و هرزگوین.
۶. ماده ۳ قانون موافقت نامه معاضدت حقوقی دوجانبه در موضوعات کیفری بین جمهوری اسلامی ایران و امارات متحده عربی.
۷. بند «پ» ماده ۲ قانون موافقت نامه معاضدت حقوقی دوجانبه در امور کیفری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری هند.
۸. ماده ۵ قانون موافقت نامه معاضدت قضایی در امور کیفری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری دموکراتیک مردمی الجزایر.
۹. قانونگذار جمهوری اسلامی ایران در ماده ۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بر این اصل تأکید کرده است.
۱۰. نظر شورای نگهبان در خصوص لایحه موافقت نامه معاضدت حقوقی در امور مدنی و جزایی بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری قرقیزستان در نامه شماره ۸۵/۳۰/۱۸۶۹۱ مورخ ۸۵/۹/۲۳ خطاب به رئیس مجلس شورای اسلامی، لایحه موافقت نامه بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت فدراسیون روسیه جهت معاضدت در پرونده های مدنی و جزایی، نامه شماره ۷۸/۲۱/۵۰۳۴ مورخ ۷۸/۴/۳۰ شورای نگهبان خطاب به مجلس شورای اسلامی و همچنین نظر استدلالی شورای نگهبان در خصوص لایحه موافقت نامه معاضدت حقوقی در امور مدنی و کیفری بین جمهوری اسلامی ایران و بوسنی و هرزگوین (برزگر خسروی، ۱۳۹۳، ۳).
۱۱. نظر شورای نگهبان در خصوص لایحه تشریفات (پروتکل) انتقال محکومان به حبس الحاقی به موافقت نامه معاضدت قضایی متقابل در امور کیفری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت ترکمنستان، نامه شماره ۹۴/۱۰۲/۵۰۴۲ مورخ ۱۳۹۴/۱۰/۲۳ شورای نگهبان خطاب به مجلس شورای اسلامی (لایحه معاهده بین جمهوری اسلامی ایران و جمهوری خلق چین در زمینه معاضدت حقوقی دوجانبه در موضوعات کیفری نامه شماره ۹۵/۱۰۲/۲۲۱۱ مورخ ۹۵/۶/۱۷ شورای نگهبان خطاب به مجلس شورای اسلامی) (نظر مجمع در خصوص لایحه معاهده معاضدت دوجانبه در امور کیفری بین جمهوری اسلامی ایران و جمهوری کره نامه شماره ۹۶/۱۱۳/ف مورخ ۱۳۹۶/۲/۱۱ مجمع مشورتی فقهی شورای نگهبان خطاب به دبیر محترم شورای نگهبان).
۱۲. از جمله این موارد می توان به موارد ذیل اشاره کرد:
- ۱- لایحه موافقت نامه معاضدت حقوقی متقابل در امور کیفری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری آفریقای جنوبی را مغایر با موازین شرع و قانون اساسی در همان مرحله اول تشخیص نداد (نامه شماره ۸۶/۳۰/۲۱۰۲۴ مورخ ۸۶/۲/۵ خطاب به رئیس مجلس شورای اسلامی)؛
- ۲- لایحه معاهده روابط حقوقی و معاضدت قضایی در امور مدنی و کیفری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و

دولت اوکراین، موضوع نامه شماره ۸۵/۳۰/۱۸۶۸۸ مورخ ۸۵/۹/۲۳ شورای نگهبان خطاب به رئیس مجلس شورای اسلامی؛

۳- لایحه موافقت‌نامه معاضدت قضایی در امور کیفری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت دموکراتیک مردمی الجزایر نامه شماره ۸۳/۳۰/۹۶۷۴ مورخ ۸۳/۱۱/۲۱ شورای نگهبان خطاب به مجلس شورای اسلامی؛

۴- لایحه موافقت‌نامه انتقال محکومان بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری دموکراتیک سوسیالیستی سریلانکا (نامه شماره ۹۷/۱۰۲/۴۹۷۸ مورخ ۹۷/۲/۵ شورای نگهبان).

۱۳. از جمله ماده ۱۲ قانون موافقت‌نامه معاضدت قضایی بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری آذربایجان.

۱۴. نساء: ۱۴۱.

۱۵. اصل ۱۵۲ قانون اساسی.

۱۶. «أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا نُزِّلَ إِلَيْكَ وَمَا أُنْزِلَ مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ وَيُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُضِلَّهُمْ ضَلَالًا بَعِيدًا».

۱۷. «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: أَيُّمَا مُؤْمِنٍ قَدَّمَ مُؤْمِنًا فِي خُصُومَةٍ إِلَى قَاضٍ - أَوْ سُلْطَانٍ جَائِرٍ فَقَضَى عَلَيْهِ بِغَيْرِ حُكْمٍ اللَّهُ - فَقَدْ شَرِكَهُ فِي الْإِثْمِ».

۱۸. نظرهای استدلالی شورای نگهبان در خصوص لایحه معاهده استرداد مجرمان بین جمهوری اسلامی ایران و جمهوری خلق چین (فاتحی‌زاده، ۱۳۹۴، ۴)، نظرهای استدلالی شورای نگهبان در خصوص قانون موافقت‌نامه استرداد مجرمان بین جمهوری اسلامی ایران و جمهوری قبرس (جمعی از پژوهشگران، ۱۳۹۸، ۷۸۱). همچنین نظر مجمع مشورتی فقهی شورای نگهبان در خصوص ماده بند ۱ ماده ۳ لایحه معاهده بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت ژاپن در زمینه انتقال محکومان به حبس مندرج در نامه شماره ۹۴/۱۸۰/ف مورخ ۱۳۹۴/۶/۳ مجمع مشورتی فقهی شورای نگهبان خطاب به دبیر محترم شورای نگهبان.

۱۹. نظر استدلالی شورای نگهبان در خصوص قانون موافقت‌نامه استرداد مجرمان بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری هند مصوب ۱۳۹۰/۲/۲۴ (جمعی از پژوهشگران، ۱۳۹۳، ۹۰).

۲۰. شاید بتوان در این خصوص به روایتی از امام صادق (ع) اشاره کرد که استدلال فردی که ایرانیان مجوس را از آن جهت که ازدواج با محارم میان آنها وجود داشت حرامزاده می‌پنداشت، مردود دانست. حضرت (ع) فرمودند که در رسوم و آداب آنها چنین چیزی حرام‌زادگی نیست.

۲۱. نظر استدلالی شورای نگهبان در خصوص قانون موافقت‌نامه استرداد مجرمان بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری هند مصوب ۱۳۹۰/۲/۲۴ (جمعی از پژوهشگران، ۱۳۹۳، ۹۰).

۲۲. نظرهای استدلالی اعضای شورای نگهبان در خصوص قانون موافقت‌نامه همکاری حقوقی و قضایی در امور مدنی و احوال شخصیه بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری عراق مصوب ۱۳۹۱/۹/۱۸ (جمعی از پژوهشگران، ۱۳۹۴، ۲۸۳).

۲۳. نظرهای استدلالی شورای نگهبان در خصوص قانون معاهده استرداد مجرمان بین جمهوری اسلامی ایران و جمهوری قزاقستان مصوب ۱۳۹۲/۱/۲۸ (جمعی از پژوهشگران، ۱۳۹۴، ۲۳).

۲۴. نظرهای استدلالی شورای نگهبان در خصوص قانون معاهده بین جمهوری اسلامی ایران و پادشاهی تایلند در مورد انتقال محکومان به حبس و همکاری در زمینه اجرای احکام کیفری مصوب ۱۳۹۰/۱۱/۱۲ (جمعی از پژوهشگران، ۱۳۹۳، ۵۰۴).

۲۵. از جمله بررسی قانون موافقت‌نامه استرداد مجرمان بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری عراق مصوب ۱۳۹۱/۹/۱۸ (جمعی از پژوهشگران، ۱۳۹۴، ۲۸۸).
۲۶. نظرهای استدلالی شورای نگهبان در خصوص قانون موافقت‌نامه استرداد مجرمان بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری هند مصوب ۱۳۹۰/۲/۲۴ (جمعی از پژوهشگران، ۱۳۹۳، ۹۱).
۲۷. اظهارنظر اعضای شورای نگهبان در خصوص قانون موافقت‌نامه همکاری حقوقی و قضایی در امور کیفری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری عراق مصوب ۱۳۹۱/۹/۱۸ (جمعی از پژوهشگران، ۱۳۹۴، ۲۷۶).
۲۸. نظرهای استدلالی شورای نگهبان در خصوص قانون موافقت‌نامه استرداد مجرمان بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری هند مصوب ۱۳۹۰/۲/۲۴ (جمعی از پژوهشگران، ۱۳۹۳، ۹۱).
۲۹. نظرهای استدلالی شورای نگهبان در خصوص قانون معاهده استرداد مجرمین بین جمهوری اسلامی ایران و جمهوری قزاقستان مصوب ۱۳۹۲/۱/۲۸ (جمعی از پژوهشگران، ۱۳۹۴، ۲۳).
۳۰. سألته هل تأخذ فی أحكام المخالفین ما يأخذون منا فی أحكامهم فکتب علیه السلام یجوز لکم ذلک ان شاء الله اذا کان مذهبکم فیه التقیة منهم و المداراة لهم.
۳۱. وَ بَاسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ یَحْیَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنْ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ فَضَّالٍ قَالَ: قَرَأْتُ فِي كِتَابِ أَبِي الْأَسَدِ إِلَى أَبِي الْحَسَنِ الثَّانِي ع - وَ قَرَأْتُهُ بِخَطِّهِ سَأَلَهُ مَا تَفْسِيرُ قَوْلِهِ تَعَالَى وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ - وَ تَدُلُّوْا بِهَا إِلَى الْحُكَامِ «۳» - فَكَتَبَ «۴» بِخَطِّهِ الْحُكَامَ الْقَضَاءَ - ثُمَّ كَتَبَ تَحْتَهُ هُوَ أَنْ يَعْلَمَ الرَّجُلُ أَنَّهُ ظَالِمٌ - فَيَحْكُمَ لَهُ الْقَاضِي - فَهُوَ غَيْرُ مَعْدُورٍ فِي أَخْذِهِ ذَلِكَ الَّذِي قَدْ حَكَمَ لَهُ - إِذَا كَانَ قَدْ عَلِمَ أَنَّهُ ظَالِمٌ (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۷: ۱۵).
۳۲. قَالَ لِي أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ع إِيَّاكُمْ أَنْ يُحَاكِمَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا إِلَى أَهْلِ الْجَوْرِ وَ لَكِنْ أَنْظَرُوا إِلَى رَجُلٍ مِنْكُمْ يَعْلَمُ شَيْئًا مِنْ قَضَائِنَا فَأَجْعَلُوهُ بَيْنَكُمْ فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ قَاضِيًا فَتَحَاكَمُوا إِلَيْهِ.
۳۳. نظرهای استدلالی شورای نگهبان در خصوص قانون موافقت‌نامه انتقال محکومان بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری اسلامی عراق مصوب ۱۳۹۰/۱۱/۱۲ (جمعی از پژوهشگران، ۱۳۹۳، ۵۰۸).
۳۴. «لذا در حکومت اسلامی همیشه باید باب اجتهاد باز باشد و طبیعت انقلاب و نظام همواره اقتضا می‌کند که نظرات اجتهادی - فقهی در زمینه‌های مختلف و لو مخالف با یکدیگر آزادانه عرضه شود و کسی توان و حق جلوگیری از آن را ندارد ولی مهم شناخت درست حکومت و جامعه است که بر اساس آن نظام اسلامی بتواند به نفع مسلمانان برنامه‌ریزی کند که وحدت رویه و عمل ضروری است و همین‌جا است که اجتهاد مصطلح در حوزه‌ها کافی نمی‌باشد بلکه یک فرد اگر اعلم در علوم معهود حوزه‌ها هم باشد ولی نتواند مصلحت جامعه را تشخیص دهد و یا نتواند افراد صالح و مفید را از افراد ناصالح تشخیص دهد و به طور کلی در زمینه اجتماعی و سیاسی فاقد بینش صحیح و قدرت تصمیم‌گیری باشد، این فرد در مسائل اجتماعی و حکومتی مجتهد نیست و نمی‌تواند زمام جامعه را به‌دست گیرد» (خمینی، ۱۳۸۹، ج ۲۱: ۱۷۷ و ۱۷۸).
۳۵. «روحانیت تا در همه مسائل و مشکلات حضور فعال نداشته باشد، نمی‌تواند درک کند که اجتهاد مصطلح برای اداره جامعه کافی نیست. حوزه‌ها و روحانیت باید نبض تفکر و نیاز آینده جامعه را همیشه در دست خود داشته باشند و همواره چند قدم جلوتر از حوادث، مهبای عکس‌العمل مناسب باشند. چه‌بسا شیوه‌های رایج اداره امور مردم در سال‌های آینده تغییر کند و جوامع بشری برای حل مشکلات خود به مسائل جدید اسلام نیاز پیدا کند. علمای بزرگوار اسلام از هم اکنون باید برای این موضوع فکری کنند» (خمینی، ۱۳۸۹، ج ۲۱: ۲۹۲).
۳۶. «تذکری پدران به اعضای عزیز شورای نگهبان می‌دهم که خودشان قبل از این گیرها، مصلحت نظام را در نظر بگیرند، چراکه یکی از مسائل بسیار مهم در دنیای پ آشوب کنونی نقش زمان و مکان در اجتهاد و نوع

تصمیم‌گیری‌ها است. حکومت فلسفه عملی برخورد با شرک و کفر و معضلات داخلی و خارجی را تعیین می‌کند و این بحث‌های طلبگی مدارس، که در چهارچوب تئوری‌هاست، نه تنها قابل حل نیست، که ما را به بن‌بست‌هایی می‌کشاند که منجر به نقض ظاهری قانون اساسی می‌گردد. شما در عین اینکه باید تمام توان خودتان را بگذارید که خلاف شرعی صورت نگیرد - و خدا آن روز را نیاورد - باید تمام سعی خودتان را بنمایید که خدای ناکرده اسلام در پیچ و خم‌های اقتصادی، نظامی، اجتماعی و سیاسی، متهم به عدم قدرت اداره جهان نگردد. خداوند به همه اعضای محترم مجمع تشخیص مصلحت توفیق دهد تا هر چه بهتر به اسلام خدمت کنید. والسلام علیکم و رحمۃ اللہ» (خمینی، ۱۳۸۹، ج ۲۱: ۲۱۸).

۳۷. «و از شورای محترم نگهبان می‌خواهم و توصیه می‌کنم، چه در نسل حاضر و چه در نسل‌های آینده، که با کمال دقت و قدرت وظایف اسلامی و ملی خود را ایفا و تحت تأثیر هیچ قدرتی واقع نشوند و از قوانین مخالف با شرع مطهر و قانون اساسی بدون هیچ ملاحظه جلوگیری نمایند و با ملاحظه ضرورات کشور که گاهی با احکام ثانویه و گاهی به ولایت فقیه باید اجرا شود توجه نمایند» (خمینی، ۱۳۸۹، ج ۲۱: ۴۲۱).

۳۸. در بخش‌های قبلی به عنوان دیدگاه اقلیت فقهای شورای نگهبان به آن اشاره شد.

۳۹. استدلال مزبور به شرح ذیل بوده است:

«پیامبر گرامی اسلام صلی‌الله علیه و آله طبق یکی از بندهای صلح حدیبیه که در سال ششم هجری با مشرکان مکه منعقد نمود، متعهد شدند افرادی که از مکه به مدینه فرار می‌کنند را به مکه بازگردانند. در حالی که طرف مقابل (مشرکان) چنین تعهدی را نسبت به فراریان مدینه نداشتند. پیامبر اکرم به جهت پابندی به قرارداد و جهت تأمین مصالح مسلمین فراریان مکه را با آنکه به دین اسلام گرویده بودند و با علم به اینکه برخی از آنان پس از تسلیم شکنجه خواهند شد به مشرکین مکه تحویل دادند. بر این اساس انعقاد چنین معاهداتی، در صورت وجود مصلحت مسلمانان مغایر با موازین شرع نیست» (جمعی از پژوهشگران، ۱۳۹۴، ۲۸).

۴۰. نظر استدلالی شورای نگهبان در خصوص قانون معاهده بین جمهوری اسلامی ایران و پادشاهی تایلند در مورد انتقال محکومان به حبس و همکاری در زمینه اجرای احکام کیفری مصوب ۱۳۹۰/۱۱/۱۲ (جمعی از پژوهشگران، ۱۳۹۳، ۵۰۴).

منابع

الف: فارسی

۱. ابن منظور، ابوالفضل و محمد بن مکرم جمال‌الدین (۱۴۱۴ق)، لسان العرب، بیروت: دار الفكر للطباعة و النشر و التوزیع - دار صادر، ج ۲.
۲. احمدوند، محسن؛ قبولی، محمدتقی و محمدتقی فخلعی (۱۳۹۵)، «نگرشی نو در مفاد قاعده نفی سبیل و نسبت‌سنجی آن با اصل عدالت در روابط بین‌المللی»، کاوشی نو در فقه، بهار، سال بیست‌وسوم، ش ۱.
۳. ارسطا، محمدجواد و کمال اکبری (۱۳۹۰)، «تأثیر تأسیس جمهوری اسلامی ایران بر فقه سیاسی»، فصلنامه علوم سیاسی، سال چهارم، ش ۵۵، پاییز.
۴. اصفهانی، فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق)، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام، جلد ۱۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چ اول، ج ۱۰.
۵. اصفهانی، مجلسی دوم، محمدباقر بن محمدتقی (۱۴۰۴ق)، مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول، جلد ۲۶، تهران: دار الکتب الإسلامية، چ دوم، ج ۲۴.
۶. برزگر خسروی، محمد (۱۳۹۳)، نظرات استدلالی شورای نگهبان، لایحه موافقت‌نامه معاضدت حقوقی در امور مدنی و کیفری بین جمهوری اسلامی ایران و بوسنی و هرزگوین، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
۷. پوربافرانی، حسن (۱۳۸۷)، حقوق جزای بین‌الملل، تهران: جنگل، چ اول.
۸. جمعی از پژوهشگران (۱۳۹۸)، مبانی نظرات شورای نگهبان در خصوص مصوبات و استفساریه‌های سال ۱۳۹۴، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، چ اول.
۹. جمعی از پژوهشگران (۱۳۹۴)، مبانی نظرات شورای نگهبان در خصوص مصوبات و استفساریه‌های سال ۱۳۹۱ (برگرفته از مشروح مذاکرات شورای نگهبان)، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، چ اول، بهار ۱۳۹۴.
۱۰. جمعی از پژوهشگران (۱۳۹۳)، مبانی نظرات شورای نگهبان در خصوص مصوبات و استفساریه‌های سال ۱۳۹۰ (برگرفته از مشروح مذاکرات شورای نگهبان)، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، چ اول، پاییز ۱۳۹۳.

۱۱. جمعی از پژوهشگران (۱۳۹۴)، مبانی نظرات شورای نگهبان در خصوص مصوبات و استفساریه‌های سال ۱۳۹۲ (برگرفته از مشروح مذاکرات شورای نگهبان)، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، چ اول، پاییز ۱۳۹۴.
۱۲. حائری، سید کاظم حسینی (۱۴۱۵ق)، القضاء فی الفقه الإسلامی، در یک جلد، قم: مجمع اندیشه اسلامی، چ اول.
۱۳. خسروپناه (۱۳۸۹)، گفتمان مصلحت، تهران: انتشارات کانون اندیشه جوان.
۱۴. خمینی، روح‌الله (۱۳۸۹)، صحیفه نور، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ج ۲۱.
۱۵. ----- (۱۴۰۴ق)، زبدۀ الأحکام (للإمام الخمينی)، در یک جلد، تهران: سازمان تبلیغات اسلامی، چ اول.
۱۶. رضایی، مجید و محمدعلی هاشمی (۱۳۹۱)، «بازخوانی قاعده نفی سبیل با رویکردی به اندیشه‌های امام خمینی (س)»، پژوهشنامه متین، زمستان ۱۳۹۱، ش ۵۷.
۱۷. طباطبایی، محمدحسن (۱۳۷۴)، ترجمه تفسیرالمیزان، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ پنجم، ج ۵.
۱۸. عاملی، حرّ، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، وسائل الشیعه، ۳۰ جلد، قم: مؤسسه آل‌البیت (ع)، چ اول، ج ۲۷.
۱۹. عاملی، شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰ق)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحشی - کلاتر)، ۱۰ جلد، قم: کتابفروشی داوری، چ اول، ج ۳.
۲۰. علی‌دوست، ابوالقاسم (۱۳۸۳)، «قاعده نفی سبیل»، مقالات و بررسی‌ها، پاییز و زمستان، ش ۸۴، دفتر ۳.
۲۱. فاتحی‌زاده، حسین (۱۳۹۴)، نظرات استدلالی شورای نگهبان در خصوص لایحه معاهده استرداد مجرمین بین جمهوری اسلامی ایران و جمهوری خلق چین، پژوهشکده شورای نگهبان.
۲۲. فاضل موحدی لنکرانی، محمد (۱۴۲۷ق)، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله - القضاء و الشهادات، ۱ جلد، قم: مرکز فقه الاثمه الاطهار (ع)، چ دوم.
۲۳. قمی، سید تقی طباطبایی (۱۴۲۵ق) (هدایة الأعلام إلى مدارک شرائع الأحکام، در یک جلد، قم: انتشارات محلاتی، چ اول.

۲۴. مشکینی، میرزا علی (بی تا)، مصطلحات الفقه.
۲۵. معرفت، محمدهادی (بی تا)، تعلیق و تحقیق عن أمهات مسائل القضاء، در یک جلد، قم: چاپخانه مهر، چ اول.
۲۶. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷ق)، دائرة المعارف فقه مقارن، در یک جلد، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، چ اول.
۲۷. میرمحمد صادقی، حسین (۱۳۸۳)، دادگاه کیفری بین المللی، تهران: دادگستر، چ اول.
۲۸. منتظری نجف آبادی، حسینعلی، مجمع الفوائد، در یک جلد، قم، چ اول، ه ق.
۲۹. نجفی، کاشف الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر (۱۴۲۲ق)، أنوار الفقاهة - کتاب القضاء (لکاشف الغطاء، حسن)، در یک جلد، نجف اشرف: مؤسسه کاشف الغطاء، چ اول.
۳۰. ورعی، سید جواد (۱۳۹۳)، «قاعده اختلال نظام: مفاد و قلمرو آن در فقه»، حکومت اسلامی، بهار، ش ۷۱.

