

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## فصلنامه دانش حقوق عمومی

سال یازدهم، تابستان ۱۴۰۱، شماره ۳۶

به موجب نامه‌ی شماره ۳۱۶۳۷۳۱/۳/۱۸ مورخ ۱۳۹۳/۴/۱۵ وزارت علوم، تحقیقات و فناوری عنوان فصلنامه‌ی «بررسی‌های حقوق عمومی» به «دانش حقوق عمومی» تغییر یافته و اعتبار علمی به این فصلنامه اعطا شد. این اعتبار شامل شماره‌های ۱ تا ۴ فصلنامه‌ی بررسی‌های حقوق عمومی نیز می‌شود.

# فصلنامه دانش حقوق عمومی

سال یازدهم، تابستان ۱۴۰۱، شماره ۳۶

صاحب امتیاز: پژوهشکده شورای نگهبان

مدیرمسئول: عباسعلی کدخدایی

سر دبیر: سیامک ره‌پیک

اعضای هیأت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا)

- فیروز اصلانی، دانشیار حقوق عمومی دانشگاه تهران
- محمدجواد جاوید، استاد 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
- محمدحسن صادقی مقدم، استاد حقوق خصوصی دانشگاه تهران و عضو پژوهشکده شورای نگهبان
- عباسعلی کدخدایی، استاد حقوق عمومی دانشگاه تهران و عضو پژوهشکده شورای نگهبان

ویراستار: فاطمه جهانگیری

صفحه آرایی: حمید مزینانی

چاپخانه: تهرانی

مقالات این فصلنامه لزوماً بیان‌کننده‌ی دیدگاه شورای نگهبان و پژوهشکده نیست.  
نقل مطالب تنها با ذکر کامل مأخذ مجاز است.

---

آدرس: تهران، خیابان شهید مطهری<sup>(د)</sup>، خیابان شهید سرافراز، کوچه پنجم پلاک ۱۱ پژوهشکده شورای نگهبان

کد پستی: ۱۵۹۷۸۵۶۱۱۳      تلفن: ۸۸۵۳۳۴۲۹ - ۰۲۱      فکس: ۶۴۰۱۴۸۱۷ - ۰۲۱

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

ارسال مقاله و پیگیری روند داوری آن و همچنین کلیه مکاتبات با دفتر فصلنامه  
صرفاً از طریق سامانه فصلنامه انجام می‌گیرد.

قیمت: ۵۰۰/۰۰۰ ریال

- این فصلنامه در سامانه مخصوص خود به نشانی [mag.shora-gc.ir](http://mag.shora-gc.ir) نمایه می‌گردد.

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

- تمامی مقالات این فصلنامه در پایگاه‌های زیر نمایه می‌شود:

<a href="http://www.isc.gov.ir">www.isc.gov.ir</a>	پایگاه استنادی علوم جهان اسلام
<a href="http://www.ensani.ir">www.ensani.ir</a>	پرتال جامع علوم انسانی
<a href="http://www.magiran.com">www.magiran.com</a>	بانک اطلاعات نشریات کشور
<a href="http://www.noormags.ir">www.noormags.ir</a>	پایگاه مجلات تخصصی نور
<a href="http://www.civilica.com">www.civilica.com</a>	سیویلیکا
<a href="https://scholar.google.com">https://scholar.google.com</a>	گوگل اسکولار
<a href="https://search.ricest.ac.ir">https://search.ricest.ac.ir</a>	مرکز منطقه‌ای اطلاع‌رسانی علوم و فناوری
<a href="https://www.sid.ir">https://www.sid.ir</a>	پایگاه اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی

### خط‌مشی فصلنامه دانش حقوق عمومی

خط‌مشی فصلنامه‌ی دانش حقوق عمومی، انتشار مقالات علمی - پژوهشی در حوزه‌ی حقوق عمومی مبتنی بر موازین اسلامی و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران است. لازم است مقالات در جهت پیشرفت مطالعات مربوط به «حقوق عمومی» باشد. تحلیل نظرات و تجارب حقوقی مرتبط با حوزه‌ی حقوق عمومی با برخورداری از رویکرد نقد علمی از رئوس این خط‌مشی می‌باشد.

محورهای این فصلنامه (اعم از مطالعات نظری و ناظر به یک یا چند کشور) عبارتند از:

- مطالعه‌ی نظام‌سازی مبتنی بر موازین اسلامی و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
- مطالعه‌ی نقش و جایگاه کارویژه‌های شورای نگهبان در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و بررسی نهادهای مشابه
- مطالعه‌ی مبانی، نظریات، ساختار و کارکرد دولت
- مطالعه‌ی ابزارهای کنترل حقوقی قدرت، بازنگری و ارتقاء آن
- مطالعه‌ی فقه حکومتی
- جایگاه مشارکت مردم در ایجاد مردم‌سالاری دینی
- مقررات‌گذاری و نظارت بر عملکرد دولت

### راهنمای نگارش مقالات

از نویسندگان محترم، با رعایت نکات زیر مقالات خود را از طریق سامانه فصلنامه ([mag.shora-gc.ir](http://mag.shora-gc.ir)) ارسال نمایند.

صرفاً مقالاتی در نوبت ارزیابی قرار می‌گیرند که موارد زیر در آنها مراعات شده باشد:

۱. نام و نام‌خانوادگی و مشخصات نویسنده / نویسندگان به‌طور کامل و به صورت زیر در ابتدای مقاله ذکر شود:  
۱-۱. در صورت تعدد نویسندگان، حتماً نویسنده مسئول مشخص گردد.

- ۲-۱. رتبه دانشگاهی - گروه علمی - دانشکده - دانشگاه - شهر - کشور
- ۳-۱. آدرس ایمیل نویسنده / نویسندگان نوشته شود.
۲. چکیده مقاله دارای ۲۰۰ واژه و در بردارنده موضوع مقاله، سؤال و روش تحقیق و مهم‌ترین نتایج و فهرستی از واژگان کلیدی (۵ تا ۸ کلیدواژه) باشد.
۳. مقدمه مقاله حاوی موضوع و مسئله‌ی پژوهش، سؤال تحقیق، دلایل ضرورت تحقیق، تبیین روش تحقیق، ارائه‌ی پیشینه‌ی موضوع و ادبیات تحقیق و مرور ساختار مقاله باشد.
۴. نتیجه مقاله حاوی پاسخ به سؤال تحقیق و ارزیابی آن باشد.
۵. ارجاع به منابع و مآخذ، در متن مقاله و در پایان نقل قول یا موضوع استفاده‌شده به شکل زیر آورده شود:
- ۱-۵. قرآن کریم؛ (نام سوره، شماره آیه). مثال: (حدید: ۲۵).
- ۲-۵. منابع فارسی: (نام خانوادگی مؤلف، سال نشر، جلد: صفحه - بدون درج مخفف ص): مثال: (حسینی، ۱۳۷۶، ج ۲: ۸۳).
- ۳-۵. منابع لاتین: (صفحه، جلد، سال نشر، نام خانوادگی مؤلف): مثال: (Plantinga, 1998, vol 2: 71).
۶. تکرار ارجاع یا اسناد مثل بار اول بیان شود و از کاربرد کلمات همان، پیشین و... (Ibid, op.cit) خودداری شود.
۷. چنانچه از نویسنده‌ای در یک سال بیش از یک اثر انتشار یافته باشد، با ذکر حروف الفبا (داخل قلاب) پس از سال انتشار، از یکدیگر متمایز شوند. مثال: (حسینی، ۱۳۷۶ [الف]، ج ۲: ۸۵). در چنین مواردی، در فهرست منابع نیز حرف مذکور در داخل قلاب پس از سال انتشار ذکر می‌گردد.
۸. تمام توضیحات اضافی و همچنین معادل انگلیسی اسامی خاص یا اصطلاحات (در صورت لزوم) با عنوان «یادداشت‌ها»، در انتهای متن مقاله آورده شود (ارجاع و اسناد در یادداشت‌ها مثل متن مقاله، به روش درون‌متنی [بند۵] خواهد بود).
۹. در پایان مقاله، فهرست الفبایی منابع فارسی و لاتین به صورت زیر ارائه شود:
- ۱-۹. ابتدا منابع فارسی و عربی و سپس منابع لاتین.
- ۲-۹. کتاب: نام خانوادگی، نام نویسنده (تاریخ چاپ)، نام کتاب، نام مترجم، محل انتشار: نام ناشر، نوبت چاپ، جلد.
- ۳-۹. مقاله مندرج در مجلات: نام خانوادگی، نام نویسنده (سال انتشار)، «عنوان مقاله»، نام نشریه، دوره نشریه، شماره نشریه، صفحات مقاله.
- ۴-۹. مقاله مندرج در مجموعه مقالات یا دایره‌المعارف‌ها: نام خانوادگی و نام نویسنده (تاریخ چاپ): «عنوان مقاله»، نام کتاب، نام ویراستار، محل انتشار: نام ناشر، نوبت چاپ، شماره جلد، صفحات مقاله.
۱۰. ترجمه انگلیسی عنوان مقاله، چکیده و کلیدواژه‌ها، نام و مشخصات نویسنده/نویسندگان، تماماً معادل فارسی آنها همراه مقاله ارسال گردد.
۱۱. مقاله در محیط Word2007، متن مقاله با قلم BLotus12 (لاتین TimesNewRoman11)، کتابنامه BLotus11 (لاتین TimesNewRoman10) و یادداشت‌ها BLotus10 (لاتین TimesNewRoman9) حروفچینی شود.
۱۲. عناوین (تیتراها) با روش شماره‌گذاری عددی باشد. ترتیب اعداد در عناوین فرعی مثل حروف از راست به چپ تنظیم شود (تیتراهای اصلی با ۱، ۲، ... - تیتراهای فرعی با ۱-۱، ۲-۱، ۳-۱ و... - تیتراهای فرعی‌تر با ۱-۱-۱، ۱-۱-۲ و... - و پس از آن با حروف ایجاد باشد).
۱۳. حجم مقاله، از ۴۵۰۰ کلمه کمتر و از ۷۵۰۰ کلمه بیشتر نباشد (از ابتدای مقاله تا پایان فهرست منابع).
۱۴. مقاله ارسالی نباید در هیچ مجله داخلی یا خارجی چاپ شده باشد.
۱۵. استناد به مقاله مرتبط که در «فصلنامه دانش حقوق عمومی» منتشر شده اند، موجب می‌گردد مقاله ارسالی در اولویت بررسی و داوری فصلنامه قرار گیرد و علاوه بر آن واجد امتیاز بالاتری در مرحله داوری گردد.
۱۶. مقاله ارسالی نباید همزمان به سایر مجلات فرستاده شده باشد.
۱۷. فصلنامه در اصلاح و ویرایش مقالات آزاد است.

## فهرست مطالب

- بازخوانی امکان «استقلال بودجه‌ای قوه قضاییه» در چارچوب نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران..... ۱
  - امیر کشتگر ، علی فتاحی زفرقندی ، محمدصادق فراهانی
  
- بایسته‌های حقوقی تفویض اختیار صلاحیت‌های رئیس‌جمهور به معاونان در نظام حقوق اساسی ایران با نگاهی به نظرهای شورای نگهبان..... ۲۳
  - مصطفی منصوریان ، محمدحسین محمدی
  
- الزامات شناسایی و استیفای حقوق «در فضای دیجیتال»..... ۴۵
  - محدثه معینی‌فر
  
- بازخوانی ایضاحی تابعیت در قانون اساسی و نسبت آن با قوانین عادی، با تأکید بر بند ۲ ماده ۹۷۶ قانون مدنی..... ۶۹
  - مصطفی دانش‌پژوه
  
- بررسی «مقبولیت عامه» در اصل ۱۰۷ قانون اساسی..... ۹۳
  - هدی غفاری ، فاطمه نظری
  
- جایگاه و نقش مبانی نظام حقوقی در تفسیر اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران..... ۱۱۹
  - محمد بهادری ، محمدرضا اصغری شورشانی



## بازخوانی امکان «استقلال بودجه‌ای قوه قضاییه» در چارچوب نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران

امیر کشتگر<sup>\*۱</sup>، علی فتاحی زفرقندی<sup>\*\*۲</sup>، محمدصادق فراهانی<sup>\*\*\*۳</sup>

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۸/۲۸ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۴/۱۴

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: 10.22034/qjplk.2021.246

### چکیده

استقلال قضایی مقوله‌ای پیچیده و پردامنه محسوب می‌شود که تحقق آن مستلزم تمهید بسترهای مناسب و برنامه‌ریزی‌های جامع است. از جمله مباحثات اصلی در این قلمرو، رابطه استقلال قوه قضاییه با نظام مالی و بودجه‌ریزی حاکم بر آن است. تحقیق پیش رو با این فرضیه که «ایده استقلال نهادی قوه قضاییه بدون توجه به نظام مالی و بودجه‌ریزی حاکم بر آن ناکام می‌ماند»، ارتقای نظام بودجه‌ریزی قوه قضاییه را در چارچوب نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران مورد امکان‌سنجی قرار داده است. در این زمینه مسئله اصلی نوشتار براساس این پرسش طرح شده است که «با وجود اطلاق صلاحیت دولت در تهیه بودجه در اصل ۵۲ و همچنین اطلاق صلاحیت رئیس‌جمهور در امور برنامه و بودجه و امور اداری و استخدامی کشور در اصل ۱۲۶، آیا می‌توان از نظریه استقلال مالی و بودجه‌ای قوه قضاییه دفاع کرد؟». پرسش مزبور از رهگذر نقد و بررسی نظریات مختلف، این‌گونه پاسخ یافته است که نظریه «صلاحیت نسبی دولت در تغییر بودجه پیشنهادی قوه قضاییه» ضمن مطابقت با اصول قانون اساسی، رویه شورای نگهبان و قوانین و مقررات مالی و بودجه‌ای کشور، می‌تواند متضمن نظام بودجه‌ریزی مطلوب برای قوه قضاییه باشد و از استقلال این قوه در برابر فشارها و تهدیدات دولت با ابزار بودجه‌ای صیانت نماید. **واژگان کلیدی:** استقلال مالی قوه قضاییه، اصل ۵۲ قانون اساسی، تهیه بودجه، پیشنهاد بودجه، صلاحیت قوه مجریه.

۱. دانش‌آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه تهران - پردیس فارابی، قم، ایران (نویسنده مسئول)

\* **Email:** amir.keshtgar@chmail.ir

۲. دانش‌آموخته دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

\*\***Email:** A.fattahi.zafarghandi@gmail.com

۳. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

\*\*\***Email:** Msfarahani72@ut.ac.ir



## مقدمه

استقلال و عدم انقیاد قوه قضاییه در برابر تهدیدات بیرونی و اعمال فشار دیگر قوای حکومتی از مهم‌ترین لوازم نظارت قضایی مؤثر در جهت رعایت اصل حاکمیت قانون و صیانت از حقوق عامه است. با اینکه در دیدگاه‌های سنتی شناسایی قوه سومی به نام قوه قضاییه مورد اختلاف فیلسوفان و نظریه‌پردازان سیاسی قرار گرفته و امر قضا به‌عنوان بخشی از اعمال قوه مجریه تلقی می‌شده است<sup>۱</sup>، کارویژه‌های منحصر به فرد این قوه در جوامع و نظامات سیاسی کنونی موجب شد که برخی تمامیت و کمال نظام سیاسی را متوقف بر تمامیت و کمال قوه قضاییه بدانند.<sup>۲</sup>

نقش فعال قوه قضاییه در عرصه‌های حیاتی نظامات سیاسی جدید، گستره‌ای از مسئولیت‌های خطیر را متوجه این قوه کرده، به گونه‌ای که تصور وجود یک دولت و جامعه متمدن بدون قوه قضاییه کارآمد، غیرممکن به نظر می‌رسد (Garner, 1995: 55). از جمله این مسئولیت‌ها می‌توان به موارد ذیل اشاره کرد: صیانت از حقوق و آزادی‌های بنیادین در برابر دولت و نهادهای عمومی دولتی و غیردولتی، کمک به شفافیت دولت و مبارزه با فسادهای مالی و اداری به‌منزله یکی از موانع ایجاد حکمرانی خوب، پیشگیری از جرائم به‌عنوان یکی از عوامل مهم هدررفت منابع و خروج از حالت انفعالی نسبت به نظام قانونگذاری کشور و مشارکت فعال در این عرصه از طریق پیشنهاد لوایح مناسب (آقایی طوق، ۱۳۹۶: ۶۱).

تحولات کارکردی مزبور سبب شده موضوع استقلال قضایی به‌عنوان یک اصل در قوانین اساسی و عادی کشورهای مختلف و همچنین اسناد بین‌المللی مورد تأکید قرار گیرد.<sup>۳</sup> در ایران نیز حدوث انقلاب اسلامی و شکل‌گیری نظام جمهوری اسلامی ایران موجب شد منبعث از موازین اسلامی حاکم بر نظام قضایی، اقدامات چشمگیری در جهت استقلال ساختاری قوه قضاییه صورت پذیرد؛ چه اینکه برخلاف حکومت سابق که قوه قضاییه زیرمجموعه قوه مجریه محسوب می‌شد، براساس اصل ۱۵۷ قانون اساسی<sup>۴</sup> تعیین ریاست قوه قضاییه در صلاحیت مقام رهبری قرار گرفت و بر استقلال این قوه در اصول ۵۷ و ۶۱۵۶ تصریح و تأکید شد (پروین و خادمی، ۱۳۹۶: ۳۳).

استقلال قضایی مقوله‌ای پیچیده و پردامنه محسوب می‌شود که تحقق آن مستلزم تمهید بسترهای مناسب و برنامه‌ریزی‌های جامع است. از جمله مباحثات اصلی در این قلمرو، رابطه استقلال قوه قضاییه با نظام مالی و بودجه‌ریزی حاکم بر آن است. نوشتار حاضر با این فرضیه که «ایده استقلال نهادی قوه قضاییه بدون توجه به نظام مالی و بودجه‌ریزی حاکم بر آن ناکام می‌ماند»، در مقام پاسخ به این پرسش برآمده است که «با وجود اطلاق صلاحیت دولت در



تهیه بودجه در اصل ۵۲ و همچنین اطلاق صلاحیت رئیس‌جمهور در امور برنامه و بودجه و امور اداری و استخدامی کشور در اصل ۱۲۶، آیا می‌توان مستند به اصول مرتبط با قوه قضاییه در قانون اساسی، اطلاعات مذکور را مقید ساخت و از نظریه استقلال مالی و بودجه‌ای قوه قضاییه دفاع کرد؟». در این زمینه تلاش شده است تا با استفاده از مطالعات کتابخانه‌ای و اتخاذ رویکردی توصیفی-تحلیلی، ضمن بررسی نظریات مختلف، وضعیت بودجه‌ریزی قوه قضاییه جمهوری اسلامی ایران تبیین شود و استقلال بودجه‌ای این قوه در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران مورد امکان‌سنجی قرار گیرد.

شایان ذکر است که مسئله استقلال مالی و بودجه‌ای قوه قضاییه تاکنون در کتاب‌ها و مقالات متعددی مورد بحث و بررسی قرار گرفته که وجه مشترک تمامی آن‌ها تمرکز بر تضمین تأمین بودجه مناسب قوه قضاییه بوده است. از جمله این آثار می‌توان به آقای طوق (۱۳۹۶)، برزگر خسروی (۱۳۹۲) و خادمی (۱۳۹۶) اشاره کرد. با این حال مقصود از استقلال مالی و بودجه‌ای قوه قضاییه در این نوشتار صرفاً تأمین بودجه مناسب نیست، بلکه نگارنده معتقد است بیش از هر چیز روش‌ها و فرآیندهای دستیابی به منابع مالی مکفی است که ضامن این استقلال است. در همین خصوص در ادامه نظریات مرتبط در دو سطح «تعیین مرجع دارای صلاحیت برای ارسال بودجه قوه قضاییه به مجلس» و «تعیین قلمرو صلاحیت مرجع دارای صلاحیت برای ارسال بودجه قوه قضاییه» بررسی خواهد شد.

### ۱. صلاحیت قوه قضاییه در ارسال مستقیم بودجه پیشنهادی خود به مجلس

اختلاف‌نظرهای مربوط به بودجه قوه قضاییه در جریان تصویب اصل ۵۲ قانون اساسی در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی مطرح شده است. مسئله اساسی در این باره این بود که آیا قوه قضاییه می‌تواند بودجه خود را به‌صورت مستقیم به مجلس تقدیم کند یا اینکه این قوه نیز همچون دیگر نهادهای حکومتی ملزم است بودجه خود را به دولت تقدیم کند تا دولت در قالب سندی واحد، لایحه بودجه را تسلیم مجلس کند؟ در این زمینه، اصل ۱۴۴ مصوب گروه تخصصی مجلس بررسی نهایی قانون اساسی بیان می‌داشت: «دادگستری در امور مالی و اداری و قضایی استقلال دارد. لوایح آن مستقیماً و بودجه آن مستقلاً برای بررسی و تصویب به مجلس شورای ملی فرستاده می‌شود» (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۴، ج ۳: ۱۵۹۱-۱۵۹۷). از جمله دلایلی که موافقان این اصل مطرح کردند این بود که تنظیم بودجه قوه قضاییه توسط دولت با استقلال آن منافات دارد و با توجه به ضرورت تأمین استقلال قوه قضاییه در جمهوری اسلامی ایران، شرط تحقق بخشیدن به این مهم این است که مستقلاً

بودجه خود را به مجلس تقدیم کند (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۴، ج ۳: ۱۴۱۸-۱۴۱۹)؛ البته طبق این نظر مجلس ملزم نیست بودجه پیشنهادی قوه قضاییه را عیناً تصویب کند، بلکه اگر تشخیص داد بودجه پیشنهادی قوه قضاییه بیش از حد نیازش است، می‌تواند آن را تغییر دهد (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۴، ج ۳: ۱۵۹۴). در مقابل، مخالفان حاضر در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی استدلال طرفداران این اصل را غیرقابل قبول دانسته و بیان می‌داشتند که صلاحیت انحصاری دولت برای تهیه لایحه بودجه و تقدیم به مجلس ارتباطی با استقلال قوا ندارد (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۴، ج ۳: ۱۴۲۰). در تشریح این مخالفت شهید بهشتی، نایب‌رئیس مجلس بررسی نهایی قانون اساسی اظهار داشتند: «مگر می‌شود یک جایی از مملکت باشد که بداند مملکت چقدر درآمد و هزینه دارد؟ یک وقت است که شما می‌گویید بودجه مقامات قضایی را خودشان تهیه می‌کنند اما اینکه بخواهند مستقیماً به مجلس بدهند دستگاه اجرایی باید منابع درآمد و هزینه را مقایسه کند و بعد ببیند این بودجه را که به مجلس می‌برد هماهنگ است یا خیر. این‌طور که شما می‌گویید باید مجلس دو یا سه بودجه مختلف دریافت بکند و خود نمایندگان مجلس بنشینند و ببینند منابع درآمد این از کجا است چون دستگاه قضایی فقط هزینه می‌دهد درآمد که نمی‌دهد» (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۴، ج ۳: ۱۴۱۷). در نهایت نیز استدلال مخالفان غلبه یافت و متن اصل ۱۴۴ مصوب گروه تخصصی مجلس بررسی نهایی قانون اساسی به تصویب نرسید. بنابراین در بررسی امکان استقلال مالی قوه قضاییه جمهوری اسلامی ایران، نظریه بودجه‌ریزی مبتنی بر ارسال مستقیم بودجه پیشنهادی به پارلمان را باید منتفی دانست.

## ۲. صلاحیت دولت در ارسال بودجه قوه قضاییه به مجلس

در تشریح رویکردی که در نهایت قانونگذار اساسی در خصوص نظام بودجه‌ریزی جمهوری اسلامی ایران اتخاذ کرد، باید گفت که براساس اصل ۵۲ قانون اساسی صلاحیت انحصاری تهیه بودجه سالانه کشور در اختیار دولت قرار دارد. بر این اساس قوه مجریه به‌عنوان مرکز اصلی تعیین و هدایت سیاست اجرایی کشور که بیشترین امور را در زمینه‌های مختلف و در یک شبکه وسیع و گسترده بر عهده دارد، موظف است بودجه وزارتخانه‌ها و سازمان‌های وابسته و همچنین بودجه سایر مؤسسات عمومی را وصول و پس از هماهنگی‌های لازم و تصویب هیأت وزیران، در قالب سندی واحد و براساس درآمدهای کشور لایحه بودجه را به مجلس تقدیم کند (هاشمی، ۱۳۹۳: ۲۰۷).

در خصوص رویه مذکور باید اشاره کرد که با توجه به صراحت اصول ۵۷ و ۱۵۶ قانون اساسی مبنی بر استقلال این قوه و همچنین تأکید اصل ۱۵۷ مبنی بر صلاحیت اداری و استخدامی رئیس قوه قضاییه، شمول اصول ۵۲ و ۱۲۶ قانون اساسی در خصوص وضعیت مالی بودجه‌ای قوه قضاییه مورد تردید است. به بیان دیگر در این خصوص این سؤال مطرح است که آیا می‌توان میزان مشارکت قوه قضاییه در تدوین بودجه خود را صرفاً به پیشنهاد بودجه محدود کرد و صلاحیت دولت را در خصوص جرح و تعدیل بودجه پیشنهادی حداکثری دانست و در مقابل از استقلال قوه قضاییه و صلاحیت ریاست قوه در کلیه امور اداری و اجرایی سخن گفت؟ با توجه به احراز صلاحیت انحصاری دولت در ارسال بودجه پیشنهادی قوه قضاییه، در ادامه این نوشتار تلاش می‌شود از رهگذر تبیین قلمرو مفهومی اصول ۵۲ و ۱۲۶ و تعیین نسبت آن‌ها با اصول مرتبط با قوه قضاییه، قلمرو صلاحیت دولت در تغییر بودجه پیشنهادی قوه قضاییه تشریح شود و احتمالات مختلف در این خصوص مورد تحلیل و تدقیق قرار گیرد.

## ۲-۱. صلاحیت عام دولت در تغییر بودجه پیشنهادی قوه قضاییه

نخستین مستند در تأیید صلاحیت عام دولت در تغییر بودجه پیشنهادی، اصل ۵۲ قانون اساسی است. تقنین اصل مزبور در راستای شناسایی اصل وحدت در نظام بودجه‌ریزی جمهوری اسلامی ایران قابل ارزیابی است. بر این اساس تمامی درآمدها و هزینه‌های تمام دستگاه‌ها و سازمان‌های دولتی باید در سند واحدی تنظیم و پیشنهاد شود و در یک مرحله به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد (رستمی، ۱۳۹۰: ۲۱۰). از جمله دلایلی که می‌توان در جهت پذیرش این اصل ارائه کرد عبارت‌اند از: الف) جلوگیری از ارسال و تصویب مکرر بودجه به مجلس و در نتیجه صرفه‌جویی در وقت دولت و مجلس؛ ب) اولویت‌بندی هزینه‌ها و امکان تشخیص مخارج زائد و غیرضرور؛ ج) سهولت در رسیدگی و تجزیه و تحلیل بودجه دستگاه‌های اجرایی همه قوا در یک زمان و یک‌جا؛ د) اطلاع از میزان کسری بودجه واقعی و اتخاذ تدابیری برای ایجاد تعادل در بودجه (عباسی، ۱۳۸۸: ۳۵). در نظریه تفسیری شورای نگهبان به شماره ۲۸۷ مورخ ۱۳۷۴/۳/۱۷ نیز بر این رویکرد تأکید شده است.<sup>۷</sup>

در قوانین عادی مانند قانون برنامه و بودجه کشور مصوب ۱۳۵۱/۱۲/۱۰ فرایند تهیه و تنظیم لایحه بودجه کل کشور و به‌طور خاص بودجه قوه قضاییه از این مناسبت تبعیت می‌کند. در تشریح جزئیات مرتبط با این موضوع می‌توان گفت قوه قضاییه موظف است پس از ارسال بخشنامه بودجه از سوی رئیس‌جمهور - که در آن سیاست‌ها و خط‌مشی‌های دولت، وضعیت

مالی دولت، میزان سقف کلان بودجه عمومی دولت و همچنین رهنمودهای اجرایی تهیه و تنظیم بودجه تعیین شده است - به ارائه بودجه پیشنهادی خود مبادرت ورزد (رستمی، ۱۳۹۵: ۲۴۹). مستند به ماده ۱۴ قانون برنامه و بودجه کشور<sup>۸</sup> بودجه پیشنهادی قوه قضاییه باید به تأیید بالاترین مقام این قوه که رئیس قوه قضاییه است، برسد. پس از ارسال پیشنهادهای بودجه‌ای دستگاه‌ها، پیشنهادها در قوه مجریه (سازمان برنامه و بودجه) بررسی و پیش‌نویس لایحه بودجه سالانه کل کشور تنظیم و برای بررسی نهایی به هیأت وزیران ارسال می‌شود؛ آن‌ها نیز پس از بررسی‌های لازم و انجام اصلاحات و تغییرات موردنظر در پیش‌نویس این لایحه، آن را تصویب می‌کنند و برای تصویب نهایی به مجلس شورای اسلامی تقدیم می‌شود (رستمی، ۱۳۹۵: ۲۳۲). مستند از این رویه می‌توان نتیجه گرفت صلاحیت دولت در امر «تهیه بودجه»، مقتضی صلاحیت او برای اعمال هرگونه تغییر و تبدیل در بودجه‌های پیشنهادی نهادها و سازمان‌های مختلف از جمله قوه قضاییه است.

اصل ۱۲۶ قانون اساسی نیز مستند دیگری است که در راستای اثبات صلاحیت عام دولت در امور اداری، استخدامی، برنامه و بودجه دستگاه‌های و نهادهای حکومتی - از جمله قوه قضاییه - به آن استناد می‌شود. استدلالی که به‌عنوان مبنای اساسی‌سازی این اصل ارائه می‌شود، این است که اقدام مستقل هر کدام از دستگاه‌ها در امور چهارگانه مذکور ممکن است عملکرد دیگر دستگاه‌ها را تحت تأثیر قرار دهد (دولت رفتار حقیقی و آقای طوق، ۱۳۹۴: ۱۹۱). رفع این محذور مستلزم وجود مدیریت واحدی است که قانونگذار اساسی با پیش‌بینی «مسئولیت مستقیم رئیس‌جمهور» در این خصوص این مقصود را تأمین کرده است.

در نقد استدلال نخست باید اشاره کرد که اعتقاد به اختیار مطلق دولت در امر تهیه بودجه تبعات جدی در پی دارد، زیرا گاه لزوم حفظ استقلال برخی نهادها ایجاب می‌کند که این نهادها بتوانند بودجه خود را بدون آنکه نگران تغییر آن توسط دولت باشند، پیشنهاد کنند؛ بنابراین تصور چنین فرایندی بعضاً نهادهای مزبور را وارد چانه‌زنی با قوه مجریه خواهد کرد و قوه مجریه دقیقاً از همین طریق می‌تواند آن‌ها را تحت فشار قرار دهد و منویات خود را در بسیاری از زمینه‌ها عملی کند (آقای طوق، ۱۳۹۲: ۳۲). همچنان‌که گفتیم، این دیدگاه بر مبنای اصل وحدت بودجه قوام یافته است؛ این در حالی است که با بررسی عوامل مؤثر در شناسایی اصل وحدت بودجه می‌توان شمولیت و اطلاق آن را در خصوص قوه قضاییه محدود کرد. استدلال‌هایی که در این زمینه قابل ارائه است عبارت‌اند از: اولاً اصل وحدت بودجه ابزاری است برای تصمیم‌گیری متمرکز در قوه مجریه که به رئیس دولت اجازه می‌دهد متناسب با صلاحیت شناسایی شده در اصل ۱۳۴، برنامه و خط‌مشی دولت را در خصوص بودجه نهادها و

دستگاه‌های تحت نظر رئیس‌جمهور و وزرا دنبال کند؛ این در حالی است که در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران قوه قضاییه و عملکرد آن جزئی از برنامه و خط‌مشی دولت را تشکیل نمی‌دهد و از این حیث نمی‌توان ساختار تعیین بودجه قوه قضاییه را همچون دیگر وزارتخانه‌ها و سازمان‌های زیرمجموعه قوه مجریه ترسیم کرد (خادمی، ۱۳۹۶: ۷۲-۷۳)؛ ثانیاً اصل وحدت بودجه ابزاری در راستای کنترل مؤثرتر رئیس قوه مجریه بر عملکرد وزارتخانه‌ها و سازمان‌هاست؛ حال آنکه در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران رئیس قوه مجریه صلاحیتی برای اعمال نظارت بر عملکرد قوه قضاییه ندارد (خادمی، ۱۳۹۶: ۷۳) و مسئولیت رئیس‌جمهور در اجرای قانون اساسی امری غیر از نظارت بر اجرای قانون اساسی است<sup>۹</sup>؛ ثالثاً اصل وحدت بودجه ابزاری است برای پاسخگویی بهتر قوه مجریه در مقابل مجلس و رئیس‌جمهور از این حیث که براساس اصول ۱۲۲ و ۱۳۷ باید پاسخگویی عملکرد وزارتخانه‌ها و نهادهای تابعه قوه مجریه باشد، باید بتواند بر دخل و خرج آن‌ها نیز اثرگذار باشد. این در حالی است که قوه قضاییه در نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران تابعی از قوه مجریه نیست و نمی‌توان رئیس دولت را پاسخگویی عملکرد قوه قضاییه دانست. مجلس نیز نمی‌تواند مقامات قوه مجریه را به دلیل عملکرد نامناسب قوه قضاییه مورد بازخواست قرار دهد (خادمی، ۱۳۹۶: ۷۳-۷۴).

استدلال دوم نیز به دلیل تفسیر جزیره‌ای از اصل ۱۲۶ مخدوش است؛ توضیح اینکه صلاحیت رئیس‌جمهور در اصل ۱۲۶ باید در چارچوب نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران تحلیل شود و تفسیر منفرد از اصل مزبور بدون توجه به حدود اختیارات و وظایف دیگر نهادها در امور مالی و اداری مربوط به آن‌ها موجب برداشت غلط خواهد بود.<sup>۱۰</sup> در این زمینه می‌توان گفت که اولاً براساس اصول مرتبط با قوه قضاییه در قانون اساسی از جمله اصول ۱۵۷، ۱۵۸ و ۱۱۶۰ امور تشکیلاتی و مالی این قوه بر عهده رئیس آن قرار گرفته است؛ ثانیاً براساس قوانین و مقررات عادی امور مالی و اداری دستگاه‌هایی چون دیوان محاسبات و سازمان بازرسی کل کشور از شمول این اصل خارج می‌شوند.<sup>۱۲</sup> همچنین در نظریه تفسیری شورای نگهبان به شماره ۸۶۳۰/۲۱۹۳۴ مورخ ۱۳۸۶/۴/۱۹ در خصوص تعیین مرجع تصویب مقررات مالی و تشکیلاتی این شورا اعلام شده است: «مستفاد از اصول ۴، ۹۱ و ۹۹ قانون اساسی این است که تصویب ضوابط و مقررات مالی، اداری، استخدامی و تشکیلاتی شورای نگهبان که انجام وظایف آن به تشخیص شورا متوقف بر آن‌هاست، بر عهده خود این شورا می‌باشد». بنابراین می‌توان نتیجه گرفت مقدمات حکمت که از شرایط اخذ اطلاق از عبارات است، در اصل ۱۲۶ فراهم نیست و قرائن متعدد از اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات

عادی در تقید اصل مزبور وجود دارد.

شایان ذکر است که قائلان به نظریه صلاحیت عام قوه مجریه صلاحیت قوه مقننه در رسیدگی و تصویب بودجه را نیز محدود می‌دانند. طبق تلقی مذکور، لایحه بودجه ماهیت اجرایی دارد -نه تقنینی- و مدیریت و تمشیت مسائل مالی و بودجه‌ای حکومت از شئون و اختصاصات قوه مجریه است؛ از این رو تصویب و بررسی و تأیید مندرج در اصل ۵۲ از حیث نظارت مجلس است و نه از حیث قانونگذاری و بر همین اساس مجلس نمی‌تواند در لایحه بودجه بدون توافق با دولت دخل و تصرف کند و مکلف است که لایحه بودجه را رد یا قبول کند یا تغییراتی را با رضایت دولت در آن بدهد (فلاح‌زاده و همکاران، ۱۳۹۱: ۱۶۴). این در حالی است که تصریح به صلاحیت مجلس در «رسیدگی و تصویب» لایحه بودجه دلالت بر چنین اختیاری دارد؛ چنانکه در جلسه بررسی مشروح مذاکرات اصل ۵۲ قانون اساسی، مخالفان اصل ۱۴۴ مصوب گروه تخصصی -که در آن استقلال مالی قوه قضاییه از طریق ارسال مستقیم بودجه پیشنهادی قوه قضاییه به مجلس مطرح شده بود- چنین استدلال کردند که استقلال این قوه از طریق اعمال نظارت مجلس تضمین می‌شود. شهید بهشتی به‌عنوان نایب‌رئیس مجلس بررسی نهایی قانون اساسی در این باره چنین استدلال کردند: «آیا استقلال قوه قضاییه به این است که بودجه‌اش را خودش به‌طور تهیه کند یا استقلال قوه قضاییه این است که قوه مقننه بودجه کافی در اختیارشان بگذارد، یعنی نمایندگان مردم بگویند بودجه کافی در اختیارتان می‌گذاریم ولی شما از طریق دولت بگویید ما اینقدر هزینه داریم و اینقدر هم درآمد بنابراین طریق کار به استقلال لطمه نمی‌زند. اگر آقایان دقت داشته باشند لایحه بودجه با تمام لواحق فرق دارد زیرا لایحه بودجه معمولاً دو یا سه ماه در کمیسیون به تفصیل با تماس با نمایندگان واحدهای گوناگون رسیدگی می‌شود و دست آن‌ها کاملاً باز است» (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ج ۳: ۱۴۲۰). البته مستند به نظرهای شورای نگهبان، پیش‌بینی چنین صلاحیتی برای مجلس شورای اسلامی از حدود خاصی تبعیت می‌کند که در بخش راهکارها و پیشنهادها به آن اشاره خواهد شد.

## ۲-۲. عدم صلاحیت دولت در تغییر بودجه پیشنهادی قوه قضاییه

در شرایطی که از یک طرف امکان «ارسال مستقیم لایحه پیشنهادی قوه قضاییه به قوه مقننه» مستند به اصل وحدت بودجه منتفی است و از طرف دیگر، صلاحیت انحصاری دولت در امر «تهیه بودجه» امکان اعمال هر گونه تغییر و تبدیلی را در بودجه پیشنهادی قوه قضاییه فراهم کرده است، «عدم امکان تغییر بودجه پیشنهادی قوه قضاییه توسط قوه مجریه» از راهکارهایی است که ضمن عدم تعارض با اصل ۵۲، متضمن اصل استقلال قضایی مصرح در

اصول ۵۷ و ۱۵۶ است. محدودیت قانونی در تعدیل و اصلاح بودجه پیشنهادی شورای نگهبان توسط دولت، نظریه مذکور را تقویت می‌کند. در این زمینه ماده ۱ قانون مقررات مالی شورای نگهبان مصوب ۱۳۶۲/۷/۱۰ مقرر داشته است: «بودجه شورای نگهبان به تفکیک برنامه و مواد هزینه وسیله امور مالی شورای مذکور تهیه و پس از تأیید شورا به سازمان برنامه و بودجه پیشنهاد می‌گردد تا عیناً در لایحه بودجه کل کشور منظور گردد و مصرف آن تابع مقررات این قانون می‌باشد». شورای مذکور همچنین در نظر شماره ۷۹/۲۱/۱۷۵۳ مورخ ۱۳۷۹/۱۱/۱۹ در خصوص لایحه بودجه سال ۱۳۸۰ کل کشور اعلام داشته است: «نظر به اینکه شورای نگهبان با بودجه تصویبی در مجلس شورای اسلامی و همچنین بودجه منظور شده در لایحه دولت نمی‌تواند وظیفه‌ای که قانون اساسی به عهده آن گذاشته را در امر نظارت بر انتخابات به‌ویژه در امور آموزش ناظرین انتخابات ریاست جمهوری و میان‌دوره‌ای مجلس شورای اسلامی و خبرگان رهبری به انجام برساند. از این جهت عدم تأمین نیاز بودجه شورای نگهبان موجب اختلال در امر نظارت و خلاف اصول ۹۹ و ۱۱۸ قانون اساسی شناخته شد».<sup>۱۳</sup> البته شورای نگهبان لحاظ چنین الگویی از بودجه‌ریزی را در خصوص مقررات مالی دیگر نهادها مغایر اصل ۵۲ اعلام کرده است. برای نمونه شورای نگهبان در نظر شماره ۷۶/۲۱/۲۱۰۹ مورخ ۱۳۷۶/۱۰/۳ در خصوص لایحه شمول ماده ۶۶ قانون محاسبات عمومی کشور به مجمع تشخیص مصلحت نظام و مقررات مالی آن مصوب ۱۳۷۶/۹/۲۳ مجلس شورای اسلامی اعلام داشته است: «نظر به اینکه طبق ماده ۱۴۲ بودجه مجمع پس از تأیید مجمع به سازمان برنامه و بودجه پیشنهاد می‌گردد تا عیناً در لایحه بودجه کل کشور منظور گردد و نظر به اینکه این امر سالب اختیار دولت مقرر در اصل ۵۲ می‌باشد، ماده مذکور خلاف اصل ۵۲ قانون اساسی تشخیص داد شد». شورای نگهبان در نظری مشابه به شماره ۷۸/۲۱/۴۵۵۱ مورخ ۱۳۷۸/۲/۸ در خصوص طرح آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۷۸/۱/۱۸ مجلس شورای اسلامی اعلام داشته است: «ذیل ماده ۱۶۲ که دولت را موظف کرده است عین بودجه پیشنهادی مجلس را در لایحه بودجه درج نماید، خلاف اصل ۵۲ قانون اساسی شناخته گردید».<sup>۱۸</sup> علاوه بر این شورای نگهبان در نظر شماره ۵۹۶۴ مورخ ۱۳۷۸/۱۰/۱۵ در خصوص طرح وظایف و اختیارات رئیس قوه قضاییه مصوب ۱۳۷۸/۹/۲۹ مجلس شورای اسلامی ابراز داشته است: «بند «ج» ماده ۱۹۱ مغایر اصل ۵۲ قانون اساسی شناخته شد. اگر لفظ «تهیه» تبدیل به «پیشنهاد» شود، مشکل حل می‌گردد».

با توجه به رویه شورای نگهبان به نظر می‌رسد این شورا استقلال خود را منوط به استقلال بودجه‌ای دانسته، اما استقلال مجلس شورای اسلامی یا مجمع تشخیص مصلحت نظام را منوط

به استقلال بودجه‌ای ندانسته است (برزگر خسروی و نظامی، ۱۳۹۲: ۲۲۱). با وجود نقدهای وارد به معیارهای دوگانه شورای نگهبان در خصوص مقررات مالی این شورا و دیگر نهادها، مسئله اصلی این است که اقتضای صلاحیت دولت در امر «تهیه بودجه» مذکور در اصل ۵۲ چیست؟ آیا این مفهوم بر اعمال هر گونه تغییر در بودجه پیشنهادی از سوی قوه مجریه بدون هیچ‌گونه محدودیتی دلالت دارد؟ طبق برداشت غالب، تهیه بودجه در اصل ۵۲ به معنای اختیار دولت برای تبدیل و تغییر بودجه‌های پیشنهادی است. در مقابل این برداشت دیدگاهی وجود دارد که معتقد است در اصل ۵۲ واژه یا عبارتی که بر صلاحیت دولت برای تغییر بودجه‌های پیشنهادی سایر قوا دلالت کند، یافت نمی‌شود و آنچه طبق این اصل بر عهده دولت قرار داده شده است، تنها «تهیه بودجه» است که از واژه مزبور به هیچ‌وجه مفهوم تغییر، رسیدگی و تصویب بودجه پیشنهادی نهادی چون قوه قضاییه قابل استفاده نیست. در واقع طبق این نظر واژه «تهیه» نه ناظر بر امکان تغییر در بودجه پیشنهادی است و نه عدم امکان آن قابل برداشت است، بلکه واژه‌ای خنثی و بی‌طرف است (آقایی طوق، ۱۳۹۶: ۷۴).

با این حال، در نقد این استدلال باید متذکر شد با توجه به اینکه در این دیدگاه تعیین قلمرو صلاحیت دولت جهت تغییر در بودجه پیشنهادی قوه قضاییه مبتنی بر تفسیر لفظی از تعبیر «تهیه» صورت گرفته، لازم است با تدقیق در ابعاد این تفسیر به صحت برداشت قائلان به این دیدگاه پرداخت. به‌طور کلی در تفسیر قوانین دو رویکرد کلی «قصدگرایی» و «معناگرایی» وجود دارد. در رویکرد موسوم به معناگرایی، تلاش می‌شود مقصود قانونگذار با تنوع در کلمات و عبارات قانونی صورت گیرد یا اینکه قانون به‌مثابه مقوله‌ای انگاشته می‌شود که پس از جعل موجودیتی مستقل از قانونگذار می‌یابد و متناسب با وضع کنونی تفسیر می‌شود (خلف‌رضایی و منصوریان، ۱۳۹۳: ۳۲). در مقابل قائلان به رویکرد قصدگرا کشف اراده واقعی، مقدر یا فرضی و نیز احتمالی قانونگذار را وجه همت خود در تفسیر قرار می‌دهند؛ چراکه معتقدند قانون به‌عنوان عملی هدفدار نمی‌تواند امری جدا از اراده واضح آن در نظر گرفته شود و در صورت جداانگاری، این مخاطب حکم است که در مقام تعیین‌کننده نهایی منظور آن حکم قرار گرفته است (خلف‌رضایی و منصوریان، ۱۳۹۳: ۳۲). با این فرض که رویکرد قصدگرا از وجاهت حقوقی بیشتری جهت تفسیر عبارات قانونی برخوردار است، در تحلیل برداشت دوم می‌توان گفت لاقتضا انگاشتن لفظ «تهیه» نسبت به صلاحیت دولت برای تغییر یا عدم تغییر در بودجه پیشنهادی مورد اشکال است، زیرا با بررسی مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی - به‌عنوان معتبرترین منبع کشف مراد قانونگذار - می‌توان دریافت که عمده مباحثات صورت‌گرفته در خصوص اصل ۵۲ ناظر بر شناسایی یا عدم



شناسایی چنین اختیاری برای دولت در قبال قوه قضاییه بود. اگرچه گفت‌وگوها در این باره بر محور اصل ۱۴۴ مصوب گروه تخصصی بود و اختلاف‌نظرها ناظر بر امکان یا امتناع ارسال مستقیم بودجه پیشنهادی قوه قضاییه به مجلس شکل گرفته بود، دیدگاه مخالفان این مصوبه که در نهایت نیز غلبه یافت، بر این استدلال استوار بود که «دستگاه اجرایی باید منابع درآمد و هزینه را مقایسه کند و بعد ببیند این بودجه را که به مجلس می‌برد هماهنگ است یا خیر» (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۴، ج ۳: ۱۴۱۷). این استدلال که از آن به «اصل تعادل بودجه» تعبیر می‌شود، جز با اختیار دولت جهت تغییر در بودجه پیشنهادی سازمان‌ها و نهادها ممکن نیست، زیرا چه‌بسا بودجه پیشنهادی قوه قضاییه به‌گونه‌ای باشد که با درآمدهای عمومی کشور در تناسب نباشد و الزام دولت در عدم تغییر بودجه پیشنهادی موجب بروز پدیده کسری بودجه شود.

استدلال دیگری که ناظر بر صلاحیت عام قوه قضاییه در خصوص امور مالی آن مطرح می‌شود، مقید بودن صلاحیت رئیس‌جمهور در اصل ۱۲۶ است؛ توضیح اینکه چون تمامی امور اداری و مالی قوه قضاییه به رئیس این قوه سپرده شده است، رئیس‌جمهور نمی‌تواند با استناد به اصل ۱۲۶، در خصوص امور مالی و اداری قوه قضاییه تصمیم‌گیری کند. به عبارت دیگر اطلاق اصل ۱۲۶ در حد تخاطب شامل قوه قضاییه نمی‌شود و مستنبط از مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی (صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی، ۱۳۶۴، ج ۲: ۱۰۷۵-۱۰۸۴) آنچه مدنظر قانونگذار اساسی بوده، روابط با مجلس بوده است و نه قوه قضاییه (آقای طوق، ۱۳۹۲: ۳۰-۳۱).

اما این استدلال نیز به همان دلیلی که تفسیر جزیره‌ای از اصل ۱۲۶ در بخش قبلی مورد ایراد قرار گرفت، محل اشکال است؛ به این معنا که تأکید بر صلاحیت تام قوه قضاییه در امور تشکیلاتی و مالی خود با استناد به اصول ۱۵۷، ۱۵۸ و ۱۶۰ بدون توجه به دیگر اصول قانون اساسی موجب می‌شود درک نادرستی از صلاحیت‌های قوه قضاییه و نسبت آن با صلاحیت‌های قوه مجریه در امور مالی و تشکیلاتی پدید آید. از باب قاعده اصولی «الجمع مهما امکن اولی من الطرح» در تبیین رابطه اصل ۱۲۶ با اصول مرتبط با قوه قضاییه می‌توان نظریه مطلوب را این‌گونه شرح داد: «اگرچه نفس صلاحیت اداری و استخدامی و مالی قوه قضاییه با رئیس قوه قضاییه است، اما این مهم باید از طریق رئیس‌جمهور و با هماهنگی ایشان انجام شود. به دیگر عبارت، اصولی چون اصل ۱۵۷، ۱۵۸ و ۱۶۰ قانون اساسی اصل صلاحیت اداری و مالی را برای رئیس قوه قضاییه شناسایی کرده و اصل ۱۲۶ قانون اساسی شیوه اعمال و مسئول هماهنگی امور اداری، استخدامی، برنامه و بودجه کل کشور را معین کرده است.

مؤید این برداشت اصل ۱۵۲ قانون اساسی که تهیه بودجه کل کشور را در صلاحیت دولت (قوه مجریه) قرار داده است» (آئین‌نگینی، ۱۳۹۸: ۱۳۲).

### ۲-۳. صلاحیت نسبی دولت در تغییر بودجه پیشنهادی قوه قضاییه

به نظر می‌رسد از رهگذر نقادی دو برداشت مذکور می‌توان دیدگاه جدیدی را مطرح ساخت و آن را در جهت ارتقای نظام بودجه‌ریزی قوه قضاییه و تضمین بیشتر استقلال این قوه به کار بست. در این زمینه محورهای اساسی قابل اصطیاد، حداقل بر دو گزاره استوار است: اولاً رعایت اصول حاکم بر بودجه‌ریزی جمهوری اسلامی ایران مانند اصل وحدت بودجه و اصل تعادل بودجه اقتضا می‌کند دولت پس از دریافت بودجه پیشنهادی نهادها و قوای مختلف به تهیه بودجه سالانه کل کشور مبادرت ورزد و عنداللزوم در آن تغییر و تعدیل ایجاد کند؛ ثانیاً اختیار مطلق قوه مجریه بر تغییر و تبدیل بودجه پیشنهادی قوا و نهادهایی که استقلال آن‌ها ضامن اصل حاکمیت قانون و صیانت از حقوق عامه است، ممکن است به اختلال امور و عدم امکان انجام وظایف از سوی آن‌ها بینجامد. نظر شماره ۷۹/۲۱/۱۷۵۳ مورخ ۱۳۷۹/۱۱/۱۹ شورای نگهبان در خصوص لایحه بودجه سال ۱۳۸۰ کل کشور - با وجود نقدهایی که به آن وارد است - از این واقعیت حکایت می‌کند. منطق حقوقی این نظریه اقتضا می‌کند که اختیار دولت در امر تغییر بودجه پیشنهادی قوه قضاییه نیز نمی‌تواند بدون محدودیت باشد؛ در واقع مقتضای دو بار تصریح قانونگذار اساسی بر استقلال قوه قضاییه در اصول ۵۶ و ۱۵۷ و همچنین بروز آثار ناگوارتر در صورت اختلال در وظایف قوه مزبور مذکور در اصل ۱۵۶ این است که حساسیت بیشتری نسبت به بودجه قوه قضاییه مبذول شود.

### نتیجه‌گیری

از رهگذر نقد و بررسی احتمالات مختلف در خصوص وضعیت بودجه‌ای قوه قضاییه، نظریه‌ای که در چارچوب قانون اساسی جمهوری اسلامی به‌عنوان مبنای مناسب در راستای ارتقای نظام بودجه‌ریزی قوه قضاییه ایران می‌توان اختیار کرد، «مقید بودن صلاحیت دولت در تغییر بودجه پیشنهادی قوه قضاییه مبتنی بر امکان انجام وظایف اساسی نهاد مذکور» است. بایسته‌های مترتب بر این نظریه که می‌تواند به ارتقای نظام بودجه‌ریزی قوه قضاییه منجر شود و جایگاه این قوه را نسبت به قوه مجریه بهبود بخشد و در نهایت استقلال آن را در چارچوب نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران از ضمانت بیشتری برخوردار کند، به شرح ذیل است:

۱- نظارت فعال و مؤثر مجلس شورای اسلامی در مقابله با رویکردهای نامطلوب احتمالی از جانب قوه مجریه با حربه فشار مالی و بودجه‌ای، ضمن اینکه ضامن استقلال قوه قضاییه است، می‌تواند در تحقق بودجه‌ریزی خوب برای این قوه مؤثر باشد. ایجاد راهکارهای مشارکتی پیش از ارائه بودجه به مجلس موجب می‌شود نمایندگان از نحوه تخصیص منابع و جزئیات مرتبط با آن مطلع باشند تا از این طریق بتوانند پیشنهادهای خود را واقع‌بینانه و با لحاظ محل تأمین بار مالی آن مطرح کنند (برزگر خسروی و نظامی، ۱۳۹۲: ۲۲۲). شناسایی چنین اختیاری برای مجلس شورای اسلامی به دلیل تصریحی است که در اصل ۵۲ قانون اساسی مبنی بر صلاحیت «رسیدگی و تصویب بودجه» بر عهده قوه مقننه قرار گرفته است. این اختیار اقتضا می‌کند مجلس شورای اسلامی از صلاحیت لازم برای تغییر و تبدیل بودجه قوه قضاییه برخوردار باشد. البته مستند به نظرهای شورای نگهبان صلاحیت مذکور مقید به حدودی است که رعایت آن از سوی مجلس ضروری است. از جمله اینکه مستند به نظر تفسیری شماره ۹۵/۳۰/۵۰۰۰۲ مورخ ۱۳۹۲/۱/۳۱ شورای نگهبان، تغییر در ارقام بودجه، موجب تغییر در شاکله بودجه نشود.

۲- همچنان‌که مجلس شورای اسلامی با اعمال نظارت خود بر بودجه قوه قضاییه می‌تواند از استقلال این قوه در برابر قوه مجریه صیانت کند، شورای نگهبان نیز می‌تواند از استقلال قوه قضاییه در برابر قوای مجریه و مقننه صیانت کند. نظریه شماره ۷۹/۲۱/۱۷۵۳ مورخ ۱۳۷۹/۱۱/۱۹ شورای نگهبان در خصوص لایحه بودجه سال ۱۳۸۰ که در آن «عدم تأمین نیاز بودجه شورای نگهبان موجب اختلال در امر نظارت و خلاف اصول ۹۹ و ۱۱۸ قانون اساسی» شناخته شده بود، از جمله سوابق نظارتی شورای نگهبان محسوب می‌شود که تعمیم نظریه مذکور آنجا که بودجه مصوب قوه قضاییه نیز موجب اختلال در انجام امور قضایی شود، توجیه‌پذیر است. توضیح اینکه قانونگذار اساسی در بند ۱۴ اصل ۳، «ایجاد امنیت قضایی عادلانه» را از وظایف اصلی جمهوری اسلامی ایران برشمرده است. همچنین در اصل ۱۵۶ قوه قضاییه به‌عنوان مرجع پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی و تحقق بخشیدن به عدالت عهده‌دار وظایف مهمی چون «حل و فصل دعاوی و رفع خصومات»، «کشف جرم و تعقیب مجازات و تعزیر مجرمان و اجرای حدود» و «اقدام مناسب برای پیشگیری از وقوع جرم و اصلاح مجرمان» شده است. بی‌تردید انجام این وظایف خطیر در صورت عدم تأمین بودجه مناسب موجب اختلال در انجام وظایف قوه قضاییه می‌شود و مخاطرات متعددی را برای جامعه در پی دارد. شورای نگهبان عندالافتضا علاوه بر امکان استناد به دو اصل مذکور، می‌تواند به بند ۱۲ سیاست‌های کلی قضایی ابلاغی ۱۳۸۲/۴/۸ مقام معظم رهبری مبنی بر «تأمین نیازهای قوه قضاییه در زمینه‌های مالی، تشکیلاتی و استخدامی

با توجه به اصول ۱۵۶، ۱۵۷ و ۱۵۸ قانون اساسی» استناد کرده و مجلس شورای اسلامی را ملزم به تغییر بودجه قوه قضاییه کند.

۳- تضمین استقلال قوه قضاییه از مجرای ارتقای نظام بودجه‌ریزی آن، محدود به تعیین الزاماتی در مرحله «تهیه» و «تصویب» نیست، بلکه «اجرای بودجه» نیز از اهمیت مشابهی برخوردار است. اجرای بودجه که سومین مرحله از مراحل یا دوره بودجه به‌شمار می‌رود، شامل موارد ذیل می‌شود: ۱- «مقدمات اجرای بودجه» (ابلاغ بودجه، مبادله موافقت‌نامه، تخصیص اعتبار)؛ ۲- «مراحل تفصیلی اجرای بودجه» (مراحل تمهیدی پرداخت هزینه‌ها: تشخیص-تأمین اعتبار-تعهد-تسجیل-حواله، مرحله پرداخت هزینه‌ها: درخواست وجه، هزینه؛ ۳- «خزانه». با توجه به اینکه تمامی مراحل مربوط به اجرای بودجه در صلاحیت قوه مجریه است، این موضوع سبب وابستگی قوه قضاییه به قوه مجریه می‌شود و ممکن است قوه مجریه از این طریق به اعمال فشار علیه قوه قضاییه بپردازد. بنابراین امکان سوءاستفاده دولت از صلاحیت‌های گسترده در مرحله اجرای بودجه، «نظارت بر اجرای بودجه» را ضروری می‌کند. در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران در راستای اعمال کنترل و نظارت مستمر مالی به‌منظور جلوگیری از چنین انحرافی بر عهده «دیوان محاسبات کشور» است. با توجه به اینکه مرجع مذکور براساس اصل ۵۴ قانون اساسی مستقیماً زیر نظر مجلس شورای اسلامی قرار دارد، براساس صلاحیت‌هایی که در اصل ۵۵ برای آن شناسایی شده است، می‌تواند به‌عنوان ناظر بی‌طرف از استقلال قوه قضاییه در برابر قوه مجریه صیانت کند. در واقع نظر به اینکه دیوان محاسبات از اختیار تحقیق و تفحص در تمام امور مالی کشور برخوردار است، هر گونه تخلف قوه مجریه در فرایند اجرای بودجه قوه قضاییه می‌تواند موضوع این تحقیق و تفحص قرار گیرد.

## یادداشت‌ها

۱. کاره دومالبر وظیفه قوه قضاییه را اجرا و تطبیق قواعد مجرد قانونی بر موارد محسوسی می‌دانست که در برابر دادگاه‌ها طرح می‌شود (قاضی، ۱۳۸۳: ۵۱۲)؛ همین تلقی از وظایف قوه قضاییه سبب شده است که منتسکیو کار قوه قضاییه را تقریباً «هیچ» بداند (قاضی، ۱۳۸۳: ۵۱۰).
۲. سخنرانی مقام معظم رهبری در دیدار مسئولان قضایی، مورخ ۱۳۸۱/۴/۵: «مسئله قوه قضاییه، مسئله کمی نیست؛ لذا همه وظیفه دارند کمک کنند تا این قوه تعیین‌کننده بتواند نقش ممتاز و بی‌بدیل خود را به انجام برساند. اگر خدای نکرده این قوه فلج باشد، هرچه دستگاه‌های دیگر خوب کار کنند، نخواهند توانست خلأهای ناشی از تجاوزها و سوءاستفاده‌ها و قصورها و تقصیرها را پر کنند؛ یعنی تمامیت نظام جز به تمامیت و کمال قوه‌ی قضاییه تحقق پیدا نخواهد کرد».
۳. از جمله اسناد بین‌المللی که در این زمینه تصویب شده‌اند، می‌توان به موارد ذیل اشاره کرد: اصول اساسی سازمان ملل در خصوص استقلال قضایی مصوب ۱۹۸۵؛ اعلامیه پکن در خصوص اصول استقلال قضایی مصوب ۱۹۹۷؛ معیارهای استقلال قضایی مصوب ۱۹۸۲ کانون وکلای بین‌المللی؛ پیش‌نویس اعلامیه جهانی استقلال قضا در خصوص بررسی استقلال قضایی مصوب ۱۹۸۹ و اصول بنگلور در خصوص رفتار قضایی مصوب ۲۰۰۲.
۴. اصل ۱۵۷ قانون اساسی: «به‌منظور انجام مسئولیت‌های قوه قضاییه در کلیه امور قضایی و اداری و اجرایی مقام رهبری یک نفر مجتهد عادل و آگاه به امور قضایی و مدیر و مدبر را برای مدت پنج سال به‌عنوان رئیس قوه قضاییه تعیین می‌نماید که عالی‌ترین مقام قوه قضاییه است».
۵. اصل ۱۵۷: «قوای حاکم در جمهوری اسلامی ایران عبارت‌اند از: قوه مقننه، قوه مجریه و قوه قضاییه که زیر نظر ولایت مطلقه امر و امامت امت بر طبق اصول آینده این قانون اعمال می‌گردند. این قوا مستقل از یکدیگرند.»
۶. اصل ۱۵۶: «قوه قضاییه قوه‌ای است مستقل که پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی و مسئول تحقق بخشیدن به عدالت و عهده‌دار وظایف زیر است:

  - ۱- رسیدگی و صدور حکم در مورد تظلمات، تعدیات، شکایات، حل و فصل دعاری و رفع خصومات و اخذ تصمیم و اقدام لازم در آن قسمت از امور حسبه که قانون معین می‌کند.
  - ۲- احیای حقوق عامه و گسترش عدل و آزادی‌های مشروع.
  - ۳- نظارت بر حسن اجرای قوانین.
  - ۴- کشف جرم و تعقیب و مجازات و تعزیر مجرمین و اجرای حدود و مقررات مدون جزایی اسلام.
  - ۵- اقدام مناسب برای پیشگیری از وقوع جرم و اصلاح مجرمین.»

۷. «بودجه سالانه کل کشور و متمم آن و اصلاحات بعدی مربوط - در غیر مورد تغییر در ارقام بودجه - می‌بایست به صورت لایحه و از سوی دولت تقدیم مجلس گردد.»
۸. ماده ۱۴ قانون برنامه و بودجه کشور مصوب ۱۳۵۱/۱۲/۱۰: «ماده ۱۴- بودجه و برنامه سالانه شامل فعالیت‌های جاری و طرح‌های عمرانی پیشنهادی دستگاه‌های وابسته به هریک از وزارتخانه‌ها باید قبل از ارسال به سازمان بر حسب مورد به تأیید وزیر مربوط یا مجمع عمومی و یا بالاترین مسئول دستگاه رسیده باشد.»
۹. نظریه تفسیری شماره ۹۱/۳۰/۴۷۱۴۲ شورای نگهبان مورخ ۱۳۹۱/۴/۱۲ در پاسخ به استفسار عباسعلی کدخدایی: «۱- مستفاد از اصول متعدد قانون اساسی آن است که مقصود از مسئولیت اجرا در اصل ۱۱۳ قانون اساسی، امری غیر از نظارت بر اجرای قانون اساسی است.
- ۲- مسئولیت رئیس‌جمهور در اصل ۱۱۳ شامل مواردی نمی‌شود که قانون اساسی تشخیص، برداشت، نوع و کیفیت اعمال اختیارات و وظایفی را به عهده مجلس خبرگان رهبری، شورای نگهبان، مجمع تشخیص مصلحت نظام، مجلس شورای اسلامی، قوه قضاییه و هر مقام و دستگاه دیگری که قانون اساسی به آن‌ها اختیار یا وظیفه‌ای محول نموده است.
- ۳- در مواردی که به موجب قانون اساسی رئیس‌جمهور حق نظارت و مسئولیت اجرا ندارد، حق ایجاد هیچ‌گونه تشکیلاتی را هم ندارد.»
۱۰. البته این نقد روی دیگری نیز دارد و به کسانی که با استناد به اصول ۱۵۷، ۱۵۸ و ۱۶۰ قائل به صلاحیت تام قوه قضاییه در امور مالی و تشکیلاتی این قوه هستند نیز وارد است. در قسمت بعد این نقد تشریح می‌شود.
۱۱. استناد به اصل ۱۶۰ در راستای اثبات صلاحیت اداری و مالی رئیس قوه قضاییه از باب قاعده عقلی و منطقی «فاقد شیء معطی شیء نمی‌شود» است. در واقع اینکه در اصل ۱۶۰ رئیس قوه قضاییه از اختیار تفویض امور مالی و اداری به وزیر دادگستری برخوردار شده است، بیانگر صلاحیت ذاتی رئیس قوه قضاییه نسبت به امور مالی و اداری این قوه است؛ به بیان دیگر فردی می‌تواند موضوع یا فعالیتی را به کسی واگذار کند که خود صلاحیت انجام آن امر را داشته باشد (آئینه‌نگینی، ۱۳۹۸: ۱۲۵).
۱۲. ماده ۹ قانون دیوان محاسبات کشور مصوب ۱۳۶۱/۱۱/۱۱ مجلس شورای اسلامی: «دیوان محاسبات کشور مستقیماً زیر نظر مجلس شورای اسلامی می‌باشد و در امور مالی و اداری استقلال داشته و اعتبار مورد نیاز آن با پیشنهاد دیوان مذکور پس از تأیید کمیسیون دیوان محاسبات و بودجه مجلس شورای اسلامی جداگانه در لایحه بودجه کل کشور منظور می‌شود. تشخیص، انجام تعهد و تسجیل هزینه‌های آن با رعایت قوانین و مقررات از وظایف رئیس دیوان محاسبات و یا کسانی است که از طرف وی مجاز به این امور بشوند.»
- تبصره ۲ ماده ۳ قانون تشکیل سازمان بازرسی کل کشور مصوب ۱۳۶۰/۷/۱۹ مجلس شورای اسلامی: «مقررات اداری و استخدامی سازمان توسط شورای عالی قضایی تهیه و پس از تصویب مجلس به مرحله اجرا درمی‌آید مگر مواردی که مشمول مفاد ماده ۱۲ این قانون است.»

۱۳. توضیح اینکه شورای نگهبان در سال ۱۳۷۹ در زمان تهیه لایحه بودجه سال ۱۳۸۰، ضمن پیش‌بینی هزینه‌های جاری خود، مبلغ ۳۷/۳۴۱/۴۰۰ ریال را بابت هزینه‌های نظارت بر انتخابات پیشنهاد کرد، ولی سازمان مدیریت، توسعه و برنامه‌ریزی مبلغ مذکور را به ۱۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال کاهش داد و مجلس شورای اسلامی نیز بدون تغییر در این مقدار، لایحه بودجه را تصویب کرد.

۱۴. ماده ۲ لایحه شمول ماده ۶۶ قانون محاسبات عمومی کشور به مجمع تشخیص مصلحت نظام و مقررات مالی آن مصوب ۱۳۷۶/۹/۲۳ مجلس شورای اسلامی: «بودجه مجمع به تفکیک برنامه و مواد هزینه وسیله امور مالی مجمع تهیه و پس از تأیید مجمع به سازمان برنامه و بودجه پیشنهاد می‌گردد تا عیناً در لایحه بودجه کل کشور منظور گردد و مصرف آن تابع مقررات این قانون می‌باشد.

تبصره- هر گونه تغییر در برنامه‌ها و یا مواد هزینه در قالب اعتبارات مصوب با تصویب مجمع مقدور می‌باشد و مراتب به اطلاع سازمان برنامه و بودجه و وزارت امور اقتصادی و دارایی خواهد رسید.»

۱۵. ماده ۶۲ طرح آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۷۸/۱/۱۸ مجلس شورای اسلامی: «سازمان اداری مجلس همه‌ساله بودجه سال بعد مجلس را در مهلت قانونی تهیه و پس از طی مراحل اظهارنظر و تصویب هیأت رئیسه و کمیسیون برنامه و بودجه و محاسبات مجلس شورای اسلامی از طریق رئیس مجلس برای دولت ارسال می‌دارد تا عیناً در لایحه دولت درج و به مجلس تقدیم گردد.»

۱۶. ماده ۶۲ طرح آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۷۸/۱/۱۸ مجلس شورای اسلامی: «سازمان اداری مجلس همه‌ساله بودجه سال بعد مجلس را در مهلت قانونی تهیه و پس از طی مراحل اظهارنظر و تصویب هیأت رئیسه و کمیسیون برنامه و بودجه و محاسبات مجلس شورای اسلامی از طریق رئیس مجلس برای دولت ارسال می‌دارد تا عیناً در لایحه دولت درج و به مجلس تقدیم گردد.»

۱۷. ماده ۶۲ طرح آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۷۸/۱/۱۸ مجلس شورای اسلامی: «سازمان اداری مجلس همه‌ساله بودجه سال بعد مجلس را در مهلت قانونی تهیه و پس از طی مراحل اظهارنظر و تصویب هیأت رئیسه و کمیسیون برنامه و بودجه و محاسبات مجلس شورای اسلامی از طریق رئیس مجلس برای دولت ارسال می‌دارد تا عیناً در لایحه دولت درج و به مجلس تقدیم گردد.»

۱۸. شایان ذکر است تا پیش از اصلاح قانون آیین‌نامه داخلی مجلس مصوب ۱۳۷۸، مطابق با ماده ۱۸۲ قانون آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۶۲/۲/۱۸، مجلس در تهیه بودجه خود و درج آن در لایحه بودجه استقلال داشت. در این ماده مقرر شده بود: «کارپردازان تا پانزده آذرماه هر سال بودجه سال بعد مجلس را تهیه و پس از تصویب هیأت رئیسه منتهی تا اول دی‌ماه برای ارجاع به کمیسیون محاسبات تقدیم مجلس می‌نمایند کمیسیون پس از رسیدگی گزارش آن را منتهی تا ۱۵ دی‌ماه به‌منظور درج در بودجه کل کشور از طریق رئیس برای هیأت دولت می‌فرستد و دولت عیناً آن را ضمن بودجه کل کشور به مجلس می‌دهد و بعد از تصویب مجلس اجازه اجرای آن به کارپردازی داده خواهد شد.»

۱۹. ماده ۱ طرح اصلاح قانون وظایف و اختیارات رئیس قوه قضائیه مصوب ۱۳۷۸/۹/۲۹ مجلس شورای اسلامی: «رئیس قوه قضائیه علاوه بر وظایف و اختیارات موضوع قانون اختیارات و وظایف رئیس قوه قضائیه مصوب ۱۳۷۱/۱۲/۰۹، دارای وظایف و اختیارات مصرح در این قانون نیز به شرح زیر می‌باشد:
- الف- ایجاد تشکیلات قضایی و اداری لازم و متناسب در دادگستری در حد بودجه‌های مصوب سالیانه.
- ب- انتقال قضات داوطلب به تهران و سایر شهرستان‌هایی که با کمبود شدید قاضی مواجه هستند در صورت مصلحت و بدون رعایت قانون نقل و انتقال قضات.
- ج- تهیه بودجه سالیانه قوه قضائیه و سازمان‌های وابسته و ارسال آن به هیأت وزیران.»



## منابع

### الف) فارسی

۱. آئینه‌نگینی، حسین (۱۳۹۸)، *آسیب‌شناسی نظام حقوقی ریاست قوه قضاییه و ارائه الگوی مطلوب آن حقوقی*، پایان‌نامه دکتری دانشگاه تهران.
۲. آقای طوق، مسلم (۱۳۹۶)، *استقلال مالی قوه قضاییه*، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه.
۳. ----- (۱۳۹۲)، *گزارش پژوهشی بررسی وضعیت بودجه قوه قضاییه در پرتو اصول قانون اساسی*، تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه.
۴. برزگر خسروی، محمد؛ نظامی، حامد (۱۳۹۲)، *مجموعه مقالات بازخوانی نظام قضایی جمهوری اسلامی ایران: مقاله امکان‌سنجی استقلال بودجه‌ای قوه قضاییه با نگاهی به مشروح مذاکرات قانون اساسی*، تهران: دانشگاه امام صادق (ع).
۵. پروین، خیرالله؛ خادمی، مازیار (۱۳۹۶)، «بودجه و دستگاه قضا در پرتو قوانین ایران با نگاهی تطبیقی»، *فصلنامه قضاوت*، ش ۹۲، صص ۲۵-۴۹.
۶. خادمی، مازیار (۱۳۹۶)، *چارچوب حقوقی و مبانی ساختاری تعیین بودجه دستگاه قضا*، تهران: پژوهشگران برتر.
۷. خلف‌رضایی، حسین؛ منصوریان، مصطفی (۱۳۹۳)، *گزارش پژوهشی مکاتب و رویکردهای تفسیر قانون اساسی*، شماره مسلسل ۱۳۹۳۰۰۲۴، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
۸. دولت رفتار حقیقی، محمدرضا؛ آقای طوق، مسلم (۱۳۹۴)، *وظایف و اختیارات رئیس‌جمهور در جمهوری اسلامی ایران*، تهران: مجد.
۹. رستمی، ولی، (۱۳۹۵)، *مالیه عمومی*، تهران: میزان.
۱۰. *صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران* (۱۳۶۴)، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی.
۱۱. عباسی، ابراهیم (۱۳۸۸)، *بودجه‌ریزی نوین در ایران (اصول، مراحل و روش‌ها)*، تهران: سمت.

۱۲. فلاح‌زاده، محمد و همکاران (۱۳۹۱)، تفکیک تقنین و اجرا؛ تحلیل مرزهای صلاحیت تقنینی در روابط قوای مقننه و مجریه، تهران: مرکز تحقیقات شورای نگهبان.
۱۳. قاضی، ابوالفضل (۱۳۸۳)، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، تهران: میزان، چ نهم.
۱۴. وبر، دیوید (۱۳۹۹)، گزارش پژوهشی بودجه خوب، قوه قضاییه کارآمدتر؛ بودجه‌ریزی مدرن برای قوه قضاییه، ترجمه فائزه عامری، عطیه جبرانی، تهران: پژوهشکده قوه قضاییه.

۱۵. هاشمی، سید محمد (۱۳۹۳)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: نشر میزان، چ بیست و پنجم.

### ب) انگلیسی

1. Garner, James Wilford (1995), Political science and Government, NY: American Book Company, 1955.
2. Barron, David J, Judicial Independence and the State Court Funding Crisis, 100 (4) Kentucky Journal, 2011.

### References:

1. Ayeneh Negini, Hussein (2019), Pathology of the legal system of the Judiciary and providing a favorable legal model.
2. Aghaei tough, Moslem (2017), Financial independence of the judiciary, Tehran: Judiciary Research Institute.
3. Aghaei tough, Moslem (2013), Research Report on the Budget Status of the Judiciary in the Light of Constitutional Principles, Tehran: Judiciary Research Institute.
4. Barzegar Khosravi, Mohammad; Hamed Nezami (2013), Collection of Articles on Re-reading the Judicial System of the Islamic Republic of Iran: A Feasibility Study on the Budget Independence of the Judiciary with a Look at the Detailed Constitutional Negotiations, Tehran: Imam Sadegh University.
5. Parvin, Kheirollah; Khademi, Maziar (2017), Budget and judiciary in the light of Iranian law with a comparative view, Judgment Quarterly, No. 92, 25-49.
6. Khademi, Maziar (2017), Legal Framework and Structural Foundations of Judiciary Budgeting, Tehran: Top Researchers Publications.
7. Khalaf Rezaei, Hussein; Mansourian, Mostafa (2014), Research Report of Schools and Approaches to Constitutional Interpretation, Serial Number 13930024, Tehran: Guardian Council Research Institute.

8. Dolatraftar Haghghi, Mohammadreza; Aghaei tough, moslem (2015), Duties and Powers of the President in the Islamic Republic of Iran, Tehran: Majd Publications.
9. Rostami, Vali (2016), Public Finance, Tehran: Mizan Publishing.
10. Detailed minutes of the deliberations of the Assembly The final review of the Constitution of the Islamic Republic of Iran (1985), Tehran: General Department of Cultural Affairs and Public Relations of the Islamic Consultative Assembly.
11. Abbasi, Ebrahim (2009), New Budgeting in Iran (Principles, Stages and Methods), Tehran: Samat Publications.
12. Fallahzadeh, Mohammad; Partners(2012), Separation of Legislation and Execution; Analysis of the Boundaries of Legislative Jurisdiction in the Relationship between the Legislative and Executive Powers, Tehran: Guardian Council Research Center.
13. Ghazi, Abolfazl (2004), Constitutional Law and Political Institutions, Tehran: Mizan Publishing, Ninth Edition.
14. Weber, David (2020), Good Budget Research Report, More Efficient Judiciary; Modern budgeting for the judiciary, translated by Faezeh Ameri, Atieh Gibrani, Tehran: Judiciary Research Institute.
15. Hashemi, Seyed Mohammad (2014), Constitutional Law of the Islamic Republic of Iran, Tehran: Mizan Publishing, 25th edition.



## بایسته‌های حقوقی تفویض اختیار صلاحیت‌های رئیس‌جمهور به معاونان در نظام حقوق اساسی ایران با نگاهی به نظرهای شورای نگهبان

مصطفی منصوریان<sup>۱\*</sup>، محمدحسین محمدی<sup>۲\*\*</sup>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۳/۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۴/۲۷

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: 10.22034/qjplk.2021.247

### چکیده

رئیس‌جمهور مطابق اصل ۱۲۴ قانون اساسی می‌تواند انجام برخی وظایف قانونی خود را تفویض کند. معاونت‌های ریاست جمهوری به اعتبار ماهیت وظایف و اختیاراتشان به دو دسته تقسیم می‌شوند؛ معاونت‌هایی که فقط عهده‌دار امور معاونت هستند که ماهیت اختیار آن‌ها، تفویضی است و معاونت‌هایی که ریاست دستگاه یا سازمان‌های تحت نظارت رئیس‌جمهور را نیز بر عهده دارند که ماهیت وظایف آن‌ها ذاتی است. سؤال این پژوهش آن است که معاونان، کدامیک از وظایف رئیس‌جمهور را می‌توانند عهده‌دار شوند و بایسته‌های حقوقی حاکم بر این مسئله چیست؛ امری که نوشتار حاضر با رویکرد توصیفی-تحلیلی و با توجه به نظرهای شورای نگهبان درصدد پاسخ به آن است. یافته‌ها بیانگر آن است که رئیس‌جمهور می‌تواند وظایف خویش به غیر از وظایف اصلی و قائم به شخص را با رعایت شرایط تفویض اختیار واگذار کند؛ رئیس‌جمهور از صلاحیت انحصاری تعیین وظایف و اختیارات معاونت‌های ریاست جمهوری برخوردار است؛ مسئولیت سیاسی شامل معاونان رئیس‌جمهور نمی‌شود، اما مجلس می‌تواند از راه‌های دیگر بر معاونان رئیس‌جمهور نظارت کند و در عین حال معاونان رئیس‌جمهور مسئولیت اداری و قضایی دارند.

**واژگان کلیدی:** اصل ۱۲۴، تفویض اختیار، رئیس‌جمهور، معاون اول، معاونان رئیس‌جمهور،

وظایف رئیس‌جمهور.

۱. استادیار حقوق عمومی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

\*Email: Mansourian@ujas.ac.ir

۲. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد معارف اسلامی و حقوق عمومی، دانشگاه امام صادق (ع)، تهران، ایران

\*\*Email: mh\_mo1367@yahoo.com



## مقدمه

بروز مشکلات و معضلات متعدد در روند اجرایی کشور در دهه اول انقلاب اسلامی ۱۳۵۷ ایران، که یکی از علل آن، عدم تمرکز در قوه مجریه بود، موجب بازنگری قانون اساسی در سال ۱۳۶۸ شد. در این زمینه یکی از محورهای اصلی بازنگری قانون اساسی، ایجاد تمرکز در قوه مجریه بود که به حذف پست نخست‌وزیری و اعطای صلاحیت‌های آن به رئیس‌جمهور منجر شد. گسترش صلاحیت‌های رئیس‌جمهور و کثرت وظایف و اختیارات وی سبب شد که شورای بازنگری در اصل ۱۲۴ نهاد جدیدی را با عنوان معاونت رئیس‌جمهور پیش‌بینی کند و معاونان رئیس‌جمهور به‌عنوان همکاران و بازوان رئیس‌جمهور معرفی شوند. هرچند اصل ۱۲۴ قانون اساسی، نهاد معاونت ریاست جمهوری را جهت بر عهده گرفتن وظایف قانونی رئیس‌جمهور به رسمیت شناخته، در مقام اجرا، ابهاماتی به وجود آمده است.

«تفویض اختیار» به مفهوم واگذاری بخشی از اختیارات یک مقام اداری به مقام یا شخص دیگر است. این امر اصولاً توسط مقام بالاتر صورت می‌گیرد؛ یعنی تفویض اختیار، واگذاری بخشی از اختیارات مقام بالا به مقام یا مأموران پایین‌تر. قانونگذار از یک سو اجازه انتخاب معاون و تفویض اختیار را به رئیس‌جمهور داده است، اما با توجه به وظایف و مسئولیت‌های مصرح رئیس‌جمهور در قانون اساسی، مشخص نیست که رئیس‌جمهور در چه حد و در چه مواردی امکان واگذاری وظایف و اختیارات خود را دارد. از سوی دیگر، جایگاه حقوقی و ماهیت اختیارات معاونت‌های ریاست جمهوری و ضوابط ایجاد و تعیین صلاحیت آن و همچنین مسئولیت‌های قانونی معاونان رئیس‌جمهور و راهکار نظارت بر آن‌ها نیز از موارد مبهم و نیازمند تبیین است. بر همین اساس نوشتار حاضر در پی آن است که با رویکرد توصیفی - تحلیلی به این پرسش پاسخ دهد که الزامات حاکم بر تفویض صلاحیت‌های رئیس‌جمهور به معاونان در نظم حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران چیست و شورای نگهبان چه مواجهه‌ای در این خصوص داشته است؟

در این خصوص آثار اندکی به رشته تحریر درآمده، البته هیچ‌کدام به‌طور جامع به این موضوع پرداخته و ابعاد مختلف آن را تبیین نکرده‌اند. مقاله «بررسی واگذاری وظایف قانونی رئیس‌جمهور به معاونین»<sup>۱</sup> نخستین اثر در این خصوص است، ولی در عین حال، بسیار مختصر (دو صفحه) بوده و اساساً به جنبه‌های حقوقی مختلف ناظر بر موضوع ورود نکرده است. گزارش «انجام امور اجرایی از طریق معاونان رئیس‌جمهور به جای وزارتخانه‌ها»<sup>۲</sup> اثر دیگری است که در این زمینه به رشته تحریر درآمده، ولی تمرکز آن به استفاده از ظرفیت معاونت‌ها در انجام وظایف وزارتخانه‌هاست که هرچند مرتبط، اما موضوع مجزا و مستقلاً از موضوع

نوشتار حاضر قلمداد می‌شود. مقاله «ضوابط تعیین و جایگاه نمایندگان ویژه رئیس‌جمهور»<sup>۳</sup> مهم‌ترین اثر انتشار یافته در این زمینه است. در عین حال، اثر مزبور همان‌طور که از عنوان آن برمی‌آید، به «تعیین و جایگاه» معاونان رئیس‌جمهور مربوط است، البته فقط به معاونان اختصاص ندارد، بلکه به نمایندگان ویژه نیز پرداخته است. گفتنی است در این مقاله به مقام صلاحیت‌دار تعیین معاونان، شرایط معاونان، ضوابط مربوط به فرایند تعیین و تعداد معاونان و البته به‌اختصار، به ضوابط تفویض اختیار به آنان اشاره شده است. این در حالی است که تمرکز نوشتار حاضر بر موضوع «تفویض اختیار به معاونان» است و این موضوع به‌صورت تفصیلی بررسی شده است. همچنین بررسی رویه شورای نگهبان به‌عنوان مفسر رسمی قانون اساسی در این خصوص از اختصاصات این پژوهش است.

برای پاسخگویی به پرسش پژوهش، نخست مفهوم حقوقی تفویض اختیار و ضوابط مربوط به آن تبیین می‌شود؛ سپس محدوده واگذاری اختیارات ریاست جمهوری و معیارهای مربوط به آن بررسی خواهد شد؛ در نهایت، الزامات تفویض اختیارات رئیس‌جمهور در پرتو نظرهای دادرسی اساسی جمهوری اسلامی یعنی شورای نگهبان بیان می‌شود.

## ۱. تفویض اختیار؛ بایدها و نبایدهای حقوقی

در حقوق اداری اصل بر این است که وظایف و اختیارات مربوط به یک مقام عمومی یا مأمور به خدمات عمومی، توسط شخصی که بدین پست منصوب شده است، انجام گیرد و متصدیان مذکور حق واگذاری وظایف و اختیارات خود را به دیگری ندارند (سنجایی، بی‌تا: ۵۶). در واقع، از آنجا که فردی برای انجام وظایف و اختیارات خاصی تعیین شده و به اعتبار شرایطی که در آن شخص وجود داشته، بدین سمت منصوب شده است، اصل بر این است که همان مقام یا مأمور موظف است وظایف خود را شخصاً و مباشرتاً انجام دهد. در عین حال، با ارتقای موقعیت اداری و سیاسی مقامات عمومی، حوزه فعالیت آن‌ها نیز وسیع‌تر می‌شود و وظایف و اختیارات گسترده و متنوعی بر عهده آن‌ها قرار می‌گیرد، به‌نحوی که امکان اعمال تمامی اختیارات توسط مقام اداری به‌صورت شخصی و مستقیم وجود ندارد. از این رو واقعیت‌های عملی و عدم امکان انجام تمامی امور توسط یک نفر و مقتضیات حسن اداره امور ایجاب می‌کند که برخی اختیارات مقامات بلندپایه اداری به اشخاص دیگر واگذار شود (امامی و استوارسنگری، ۱۳۸۹: ۷۶-۷۷). به همین سبب مقررات و عرف اداری اجازه می‌دهد که برخی مقامات، در صورت اقتضا و کثرت کار بتوانند برای صرفه‌جویی در وقت و انرژی، اجرای اختیارات غیراساسی خود را به مقامات مادون واگذار کنند، به‌گونه‌ای که گیرنده اختیار، مکمل وجودی اختیار محسوب شود. فرایند واگذاری ارادی اختیارات

یک مقام، تفویض اختیار نام نهاده می‌شود.

در تفویض اختیار، اراده تفویض‌کننده شرط لازم است و بدون رضایت او، تفویض صورت نمی‌گیرد. به عبارت دیگر، تفویض اختیار، امری اختیاری است و نمی‌توان مقامی را مجبور به تفویض اختیار کرد. با این حال در تفویض اختیار، رضایت شخصی که اختیار به وی تفویض شده است، شرط نیست، چراکه تفویض اختیار نوعی ایقاع و دستور اداری است و مقام تفویض‌شده نیز در روابط سلسله‌مراتبی مکلف به اطاعت اوامر مافوق و تصدی اختیارات تفویض‌شده است. همچنین برای تفویض اختیار باید موارد تفویض و اشخاصی که به نفع آنان می‌توان تفویض اختیار کرد، در قانون معین و پیش‌بینی شده باشد. به عبارت دیگر، تفویض اختیار باید قانونی باشد (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۸۷: ۴۷). نیز گفتنی است که چون تفویض اختیار با اراده مقام مافوق صورت می‌گیرد، مقام تفویض‌کننده هر زمان که اراده کند، می‌تواند اختیارات تفویض‌شده را پس بگیرد. البته باید توجه داشت که میان انتقال اختیارات و انتقال صلاحیت تفاوت وجود دارد و آنچه در تفویض اختیار صورت می‌گیرد، انتقال قسمتی از اختیارات است نه انتقال صلاحیت مافوق به زیردست (انصاری، ۱۳۷۴: ۱۳۸). البته یک مقام اداری صرفاً می‌تواند بخشی از اختیارات خود را واگذار کند و قادر به تفویض تمامی اختیارات خود به شخص دیگر نیست؛ چه اینکه، واگذاری تمام اختیارات وجود آن مقام را بی‌معنی می‌سازد و در حکم استعفا و خودداری از انجام وظیفه است، از این رو واگذاری کل اختیارات باطل است. افزون بر این، اختیارات اساسی و قائم به شخص را که فلسفه وجودی یک مقام به‌شمار می‌آیند نیز نمی‌توان به دیگری واگذار کرد. همچنین واگذاری اختیارات باید به صورت کتبی صورت پذیرد. در واقع، با توجه به اینکه در امور اداری - به جز در مسائل جزئی - تصمیمات و احکام باید به صورت کتبی باشد و چون هر مأمور در محدوده وظایف و اختیارات خود دارای صلاحیت است و نسبت به امور دیگر صلاحیت ندارد، از این رو اموری که به وی تفویض اختیار می‌شود، به نوعی به صلاحیت وی می‌افزاید. بنابراین اضافه کردن به صلاحیت مأموران باید کتبی باشد (امامی و استوار سنگری، ۱۳۸۹: ۷۷-۷۸). بدین ترتیب با تفویض اختیار، نوعی صلاحیت مضاعف و طولی به وجود می‌آید و مقام تفویض‌کننده حتی در زمانی که برخی وظایف خود را واگذار کرده است، می‌تواند مستقیماً وارد شود و اعمال صلاحیت کند (انصاری، ۱۳۷۴: ۱۳۹).

مسئولیت صلاحیت حتی در فرض تفویض اختیار متوجه دارنده اصلی آن یعنی مقام تفویض‌کننده اختیار نیز است و تفویض اختیار مستند سلب مسئولیت نخواهد بود. تبصره ۱ ماده ۵۳ قانون محاسبات عمومی کشور مصوب ۱۳۶۶/۶/۱ بر عدم سلب اختیار و مسئولیت از



تفویض‌کننده صراحت دارد.<sup>۴</sup> همچنین با توجه به اینکه اختیارات مقامات دولتی، صلاحیت و مأموریت قانونی آنان است و نه حقوق شخصی آنها (سنجایی، بی‌تا: ۵۶)، بنابراین اصل بر بقای اختیارات تفویض‌شده است و مواردی همچون مرگ یا تغییر مقام تفویض‌کننده اختیار و روی کار آمدن فرد دیگری به جای وی، موجب انتفای تفویض اختیار نخواهند بود.

## ۲. قلمرو تفویض اختیارات رئیس‌جمهور و معیارهای اعمال آن

در خصوص حدود و کیفیت تفویض اختیارات رئیس‌جمهور از حیث نظری اتفاق نظر وجود ندارد و دیدگاه‌های مختلفی بیان شده است. در این قسمت، نخست رویکردهای ناظر بر محدوده تفویض اختیارات رئیس‌جمهور و سپس، ملاکات مؤثر و تعیین‌کننده در اعمال این موضوع بررسی و تبیین می‌شود.

### ۲-۱. دیدگاه‌های ناظر بر امکان‌سنجی واگذاری اختیارات رئیس‌جمهور

به‌طور کلی سه دیدگاه در خصوص واگذاری اختیارات رئیس‌جمهور قابل بیان است که در ذیل بررسی و ارزیابی می‌شوند:

#### ۲-۱-۱. قائم به شخص بودن تمامی اختیارات رئیس‌جمهور و عدم امکان واگذاری اختیارات وی

در صورتی‌که وظایف رئیس‌جمهور قائم به شخص قلمداد شود، تمامی اختیارات و وظایفی که براساس قوانین مختلف بر عهده وی گذاشته شده است، قابل واگذاری به غیر نیستند. در واقع، صلاحیت‌های مربوط به ریاست جمهوری به‌غیر از معدود اصول قانون اساسی همچون اصول ۱۲۴ و ۱۲۶ که در آنها به امکان‌پذیری واگذاری اختیارات رئیس‌جمهوری تصریح شده است، سایر وظایف، داخل در مصادیق قائم به شخص رئیس‌جمهوری هستند و به همین سبب رئیس‌جمهور نمی‌تواند اختیارات مزبور را به دیگران واگذار کند. در واقع قانونگذار اساسی صلاح ندانسته است تمامی صلاحیت‌های رئیس‌جمهور قابل تفویض به غیر ذکر باشد؛ در غیر این صورت، همانند موارد مذکور امکان واگذاری آنها را پیش‌بینی می‌کرد (لطفی، ۱۳۹۱: ۶۰۵-۶۰۶). در اشکال به این ادعا ممکن است گفته شود که اصل ۱۲۴ به‌صورت مطلق از امکان واگذاری «وظایف قانونی» سخن گفته است که اطلاق آن شامل تمامی مسئولیت‌های رئیس‌جمهور می‌شود. در عین حال باید توجه داشت که از منظر فائان این رویکرد، اصل ۱۲۴ صرفاً شامل وظایفی است که در قالب معاونت‌های رئیس‌جمهور انجام می‌گیرند و هر وظیفه و اختیاری که برای آن معاونتی ایجاد نشود یا ذیل معاونت‌های دیگر قرار نگیرد، قائم به شخص قلمداد می‌شود و قابل تفویض نخواهد بود. به هر ترتیب، در خصوص این رویکرد می‌توان به ادله ذیل اشاره کرد:

### ۲-۱-۱-۱. اصل شخصی بودن وظایف و اختیارات در حقوق عمومی

در حقوق عمومی مأموران دولتی برخلاف اشخاص حقوق خصوصی که حق توکیل دارند، نمی‌توانند در مورد مشاغل اداری خود به دیگران وکالت دهند. به بیان دیگر، اصل بر این است که وظایف و اختیاراتی که مربوط به یک مقام عمومی توسط شخصی که بدین پست منصوب شده، انجام گیرد و متصدیان مذکور حق واگذاری وظایف و اختیارات خود را به دیگری ندارند. از سوی دیگر، اختیارات اساسی و قائم به شخص قابل تفویض نیستند، زیرا این اختیارات فلسفه وجودی مقام عمومی است؛ به همین سبب موارد مربوط به مبحث ریاست جمهوری در قانون اساسی به غیر از چند مورد (اصول ۱۲۴ و ۱۲۶)، سایر موارد، داخل در مصادیق قائم به شخص رئیس‌جمهوری هستند.

### ۲-۱-۱-۲. اصل تناسب اختیار و مسئولیت

از قواعد مسلم حقوقی، وجود رابطه و تناسب میان اختیار و مسئولیت است و در صورتی مسئولیت به وجود می‌آید که اختیار نیز وجود داشته باشد. به عبارت دیگر، مسئولیت بر اختیار تعلق می‌گیرد، از این رو منطقاً نمی‌توان اختیار انجام اموری را به فردی واگذار کرد، لکن مسئولیت ناشی از عدم انجام تکلیف مربوطه را از فرد یا مرجع دیگری مطالبه کرد. براساس اصل ۱۲۲ «رئیس‌جمهور در حدود اختیارات و وظایفی که به موجب قانون اساسی و یا قوانین عادی بر عهده دارد، در برابر ملت و رهبر و مجلس شورای اسلامی مسئول است». با توجه به اینکه قانون اساسی تنها رئیس‌جمهور را نسبت به اختیارات و وظایف محول شده به وی مسئول دانسته است، به نظر می‌رسد نمی‌توان وظایف مذکور را به مراجع غیرمسئول واگذار کرد که در این صورت مسئولیت قانونی بر عهده فردی نهاده شده است که اختیاری ندارد و این از موارد نقض اصل تناسب میان اختیار و مسئولیت است. همچنین باید توجه داشت در مواردی که مطابق اصول قانون اساسی اختیارات رئیس‌جمهور به فرد یا مرجع دیگری واگذار شده است، رئیس‌جمهور مبرا از مسئولیت نیست، زیرا این وظایف اصالتاً بر عهده رئیس‌جمهور قرار داده شده و قانون اساسی مسئولیت آن را بر عهده رئیس‌جمهور نهاده است. به عبارت دیگر، همکاری معاونان رئیس‌جمهور با وی به معنای «مشارکت در وظایف و مسئولیت رئیس‌جمهور» و پاسخگویی ایشان در برابر مراجع قانونی نیست، بلکه به مفهوم معاونت و مساعدت به رئیس‌جمهور انجام وظایف و اجرای امور است.

### ۲-۱-۱-۳. واگذاری شکلی وظایف

یکی از موارد مهم در بازنگری سال ۱۳۶۸ قانون اساسی تمرکز در قوه مجریه بود. با مراجعه

به مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی می‌توان دریافت که اصل ۱۲۴ در سال ۱۳۶۸ جایگزین اصل سابق شده است که در آن پیش‌بینی شده بود: «رئیس‌جمهور فردی را برای نخست‌وزیری نامزد می‌کند و پس از رأی تمایل از مجلس شورای ملی، حکم نخست‌وزیری برای او صادر می‌کند». در واقع، افزایش کمی و کیفی وظایف رئیس‌جمهور ناشی از انتقال اختیارات نخست‌وزیر به وی در اصلاحیه ۱۳۶۸ قانون اساسی، قانونگذار را بر آن داشته است تا برای وی همکارانی پیش‌بینی کند، لکن واگذاری شکلی (غیر ماهوی) برخی وظایف به معاونان رئیس‌جمهور از جمله اداره هیأت وزیران توسط معاون اول، نافی مسئولیت رئیس‌جمهور به‌عنوان رئیس هیأت وزیران نیست، زیرا در این موارد وظایفی که بر عهده معاونان رئیس‌جمهور قرار گرفته است، جنبه شکلی دارد. به‌طور مثال در مورد اداره هیأت وزیران توسط معاون اول رئیس‌جمهور، در واقع معاون اول مسئول اداره امور هیأت وزیران نظیر کمیسیون‌ها و فراهم ساختن دستور کار هیأت دولت و تنظیم صورت‌جلسات دولت است که اصولاً وظیفه شکلی است و با ریاست رئیس‌جمهور بر هیأت وزیران که متضمن نظارت بر کار وزیران و هماهنگی میان ایشان بوده و اصولاً امر ماهوی می‌باشد، متفاوت است (صفایی فر، ۱۳۸۵: ۴).

## ۲-۱-۲. قابل واگذاری بودن همه وظایف رئیس‌جمهور

دیدگاه مقابل آن است که همه وظایف قانونی رئیس‌جمهور، قابل واگذاری از سوی وی به معاونان و اشخاص دیگر است. دلایل قابل بیان برای اثبات این رویکرد را می‌توان به شرح ذیل برشمرد:

### ۲-۱-۲-۱. تفکیک اختیار و مسئولیت

وجود وظایف متعدد و کثرت اختیارات واگذار شده به رئیس‌جمهور ایجاب می‌کند که وی به‌منظور انجام شایسته وظایف خویش از معاونان و همکارانی استفاده کند. با این حال ارجاع برخی وظایف از سوی رئیس‌جمهور به دیگران، نافی مسئولیت رئیس‌جمهور نیست، زیرا اتخاذ تصمیم نهایی در امور مذکور با رئیس‌جمهور است و واگذاری وظایف مزبور مطلق نیست و انجام این امور در نهایت طبق نظر رئیس‌جمهور صورت می‌پذیرد. برای مثال، رئیس‌جمهور در مراسم تحلیف موضوع اصل ۱۲۱ قانون اساسی در پیشگاه قرآن کریم و برابر ملت به خداوند سوگند یاد می‌کند که «در حراست از مرزها و استقلال سیاسی و اقتصادی و فرهنگی کشور» از هیچ اقدامی دریغ نرزد. این سوگند بدان معنا نیست که رئیس‌جمهور مباشرتاً مسئول حراست از مرزهاست و این وظیفه را به‌طور مستقیم بر عهده داشته باشد. طبیعی است که امر حراست از مرزهای کشور از طریق نیروهای مسلح و وزارت کشور و با دستور رئیس‌جمهور صورت

می‌پذیرد. در عین حال واگذاری این وظیفه به وزارت کشور و نیروی انتظامی موجب سلب مسئولیت رئیس‌جمهور در برابر مراجع قانونی نیست (صفایی‌فر، ۱۳۸۵: ۴-۵). بر این اساس می‌توان گفت این امکان به رئیس‌جمهور داده شده است تا ضمن پذیرش مسئولیت اصلی وظایف خود، انجام آن را بر عهده افراد دیگری قرار دهد.

### ۲-۲-۱-۲. تصریح قانون اساسی به امکان واگذاری اختیارات رئیس‌جمهور

در صورتی که امکان واگذاری وظایف رئیس‌جمهور به دیگران را منتفی بدانیم، در حقیقت حکم اصل ۱۲۴ قانون اساسی لغو محسوب می‌شود و استناد صدور حکم لغو به قانونگذار به‌ویژه در قانون اساسی پذیرفته نیست. به همین سبب باید مفروض دانست که قانونگذار ضمن بر شمردن وظایف رئیس‌جمهور، امکان واگذاری این وظایف را نیز مردود ندانسته است.

### ۲-۲-۱-۳. مشارکت در وظایف

واگذاری وظایف به معاونان به مفهوم واگذاری مسئولیت نیست. به عبارت دیگر، امکان واگذاری بسیاری از وظایف قانونی رئیس‌جمهور به معاونان، بدون آنکه موجب کاهش یا سلب مسئولیت رئیس‌جمهور در برابر مراجع قانونی شود، وجود دارد. قانونگذار با اذعان به اینکه حجم وظایف محوله به رئیس‌جمهور نباید خارج از توان وی باشد یا به عبارت دیگر نباید تکلیف مالایطاق محسوب شود، به‌طور ضمنی پذیرفته است که واگذاری مسئولیت به افراد متعدد موجب محظورات قانونی و اجرایی می‌شود. به همین سبب ضمن به رسمیت شناختن مسئولیت رئیس‌جمهور در عموم وظایفی که بر عهده وی است، به‌کارگیری معاونان و مدیران اجرایی، به‌منظور کمک به رئیس‌جمهور در جهت انجام وظایف را امکان‌پذیر دانسته است. تصریح اصل ۱۲۱ بیانگر همین تلقی و برداشت است. بنابراین می‌توان گفت تمامی وظایف رئیس‌جمهور در قانون اساسی و قوانین عادی از سوی وی قابل واگذاری به معاونان و افراد دیگر است، به شرط آنکه مسئولیت همه وظایف را در نهایت بر عهده رئیس‌جمهور مستقر بدانیم (صفایی‌فر، ۱۳۸۵: ۵).

### ۲-۱-۳. امکان‌پذیری واگذاری وظایف رئیس‌جمهور بر اساس تفکیک

#### ۲-۱-۳-۱. وظایف

در مقابل دو دیدگاه مذکور می‌توان به امکان یا عدم امکان واگذاری وظایف رئیس‌جمهور بر مبنای تفکیک میان وظایف وی اشاره کرد. برخلاف رویکرد اول و با توجه به تصریح قانون اساسی در چند اصل از جمله اصل ۱۲۴ و ۱۲۶، همچنین رویه قانونگذار عادی مبنی بر

واگذاری برخی اختیارات رئیس‌جمهور به معاونان وی و تأیید شورای نگهبان به‌عنوان مفسر رسمی قانون اساسی و نیز منطق اداری در انجام مناسب وظایف و مسئولیت‌های محوله، امکان واگذاری وظایف رئیس‌جمهور وجود دارد و نمی‌توان رأی به عدم امکان مطلق واگذاری آن‌ها داد. از سوی دیگر، برخلاف نظریه دوم در قابل واگذار بودن همه اختیارات رئیس‌جمهور، هرچند قانون اساسی امکان واگذاری وظایف و اختیارات رئیس‌جمهور را به رسمیت شناخته است، اما باید توجه داشت که قانون اساسی در اصول خود در مقام بیان است و در نتیجه، آنچه در قانون اساسی نیامده است، به معنای غیرقانونی بودن آن است (برزگر خسروی و علم‌الهدی، ۱۳۹۰: ۱۱). همچنین در حقوق عمومی مأموران دولتی برخلاف اشخاص حقوق خصوصی که حق توکیل دارند، نمی‌توانند در مورد مشاغل اداری خود به دیگران وکالت دهند (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۸۷: ۴۵). به بیان دیگر، اصل بر عدم واگذاری وظایف و اختیارات مقامات دولتی و اداری است. بنابراین در خصوص امکان تفویض اختیارات رئیس‌جمهور می‌توان نتیجه گرفت که از سویی اولاً براساس اجازه صریح قانون اساسی در اصل ۱۲۴، رئیس‌جمهور امکان واگذاری وظایف خویش به معاونان را دارد و بدین‌سبب، تفویض اختیارات رئیس‌جمهور در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران پذیرفته شده است. اصول دیگر قانون اساسی از جمله اصل ۱۲۵ و نیز اصل ۱۲۶ برخی موارد تفویض اختیار رئیس‌جمهور را بیان کرده است؛ ثانیاً اصول پذیرفته‌شده حقوق اداری نیز این اختیار مقامات را به رسمیت شناخته است. از سوی دیگر، همان‌گونه‌که در شرایط صحت تفویض اختیار در حقوق اداری بیان شد، این امر تابع شرایط و ضوابطی است، بنابراین، واگذاری همه صلاحیت‌های رئیس‌جمهور نیز منطقی و صحیح نیست و باید قائل به حاکم بودن قواعد و ضوابطی بر واگذاری وظایف رئیس‌جمهور بود و بدین‌سبب باید ملاک تفویض اختیارات رئیس‌جمهور مشخص و تبیین شود.

## ۲-۲. معیارهای تفویض اختیارات رئیس‌جمهور

همان‌گونه‌که اشاره شد، در اصل واگذاری اختیارات رئیس‌جمهور سه رویکرد عمده وجود دارد. رویکرد سوم با توجه به تصریح اصل ۱۲۴ قانون اساسی به امکان واگذاری وظایف رئیس‌جمهور به معاونان و نیز اصول حقوق اداری، ضمن به رسمیت شناختن امکان واگذاری اختیارات رئیس‌جمهور، قائل به وجود ملاک‌هایی در این مورد است. در این زمینه دیدگاه‌های ذیل قابل طرح است:

### ۲-۲-۱. تفکیک میان وظایف براساس منشأ حقوقی آن

براساس این رویکرد باید میان وظایف مندرج در قانون اساسی با وظایفی که در سایر

قوانین به رئیس‌جمهور تفویض شده است، تفکیک قائل شد. به تعبیر دیگر، وظایفی که برای رئیس‌جمهور در قانون اساسی مورد حکم قرار گرفته و به‌صراحت بر عهده وی نهاده شده است، قابل واگذاری به غیر نیست، مگر آنچه به‌صراحت در خود قانون مستثنا شده است. از مهم‌ترین مصادیق آن‌ها می‌توان به ذیل اصل ۱۲۴ قانون اساسی در خصوص معاون اول، اصل ۱۲۶ در خصوص ریاست امور برنامه و بودجه و امور اداری و استخدامی اشاره کرد که در آن‌ها به‌نوعی اختیارات قابل واگذاری رئیس‌جمهوری پیش‌بینی شده است. در مقابل، آن دسته از وظایفی که برای رئیس‌جمهور در قوانین عادی مصوب مجلس یا مصوبات سایر مراجع مانند شورای عالی امنیت ملی، مجمع تشخیص مصلحت نظام پیش‌بینی شده است، می‌تواند از طریق رئیس‌جمهور به سایر افراد حقیقی و حقوقی واگذار شود. در قانون اساسی، قانونگذار با علم به این نکته که نمی‌توان انجام همه وظایف اجرایی را به‌نحو مباشرت از رئیس‌جمهور توقع داشت، به‌طور مشخص مواردی از وظایف مذکور را با عنایت عقلی، احصا و در قانون اساسی آن‌ها را بیان کرده است تا دو امر تحقق یابد؛ نخست آنکه دیگر نتوان از طریق قوانین جدید، دایره وظایف قابل واگذاری را گسترش داد و در هر دوره ریاست جمهوری برحسب ضرورت اجرایی، به فهرست وظایف مذکور مورد دیگری را افزود؛ دیگر آنکه به مجلس اجازه دهد تا وظایف دیگری را که قاعدتاً و اضطراراً باید مسئولیت آن را رئیس‌جمهور بر عهده گیرد، با وضع قوانین بر عهده‌ی وی قرار دهد؛ با این تفاوت که اجرای وظایف مربوطه قابل واگذاری به افراد دیگر باشد. همچنین باید توجه داشت که نظام‌های مختلف حقوقی، مواردی را که در نظر دارند در گذر زمان و تغییر احوالات در شرایط اجرایی کشور، دستخوش تغییر و تحول نشود، در قانون اساسی خود تصریح می‌کنند. به تعبیر دیگر، در کشورهایی که از «نظام حقوقی نوشته» تبعیت می‌کنند و قانون اساسی آن‌ها از جمله «قوانین اساسی سخت» یا انعطاف‌ناپذیر به‌شمار می‌آید، اصولی را تحت عنوان اصول لایتنیر در قانون اساسی مورد حکم قرار می‌دهند تا احزاب و گروه‌های سیاسی - که در دوره‌های مختلف بر سر کار می‌آیند - نتوانند با اصلاحات سلیقه‌ای خود، ثبات قانون اساسی را دچار آسیب کنند. بدین لحاظ در این کشورها سیر تشریفاتی اصلاح قانون اساسی، بسیار دشوار در نظر گرفته شده است. در این نظام‌ها مواردی مهم و اساسی و تغییرناپذیر در قانون اساسی ذکر شده است و مواردی را که در نتیجه تغییر شرایط کشور، ناگزیر به تغییر آن هستند، در قوانین عادی مورد حکم قرار می‌دهند تا از یک سو شاکله اساسی نظام حقوقی در معرض بی‌ثباتی قرار نگیرد و از سوی دیگر، قوانین عادی به لحاظ سهل بودن تشریفات اصلاح و سرعت در سیر مراحل تصویب، بتوانند در مقابله با وضعیت‌های جدیدی که الزاماً به کشور تحمیل می‌شود، قدرت انعطاف داشته باشند.

بدین لحاظ مأموریت قانون اساسی در این کشورها، احصای موارد تغییرناپذیر و زوال‌ناپذیر در نظام حقوقی است. از این رو با عنایت به اینکه نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران از گروه کشورهای مذکور به‌شمار می‌آید، آنچه در قانون اساسی تحت عنوان وظایف رئیس‌جمهور آمده و در همان قانون قابل واگذاری به مرجع دیگری تشخیص داده نشده است، غیرقابل واگذاری به معاونان یا اشخاص دیگر است و گروه دیگری از وظایف را که در قوانین عادی بر عهده رئیس‌جمهور قرار گرفته است، می‌توان با موافقت وی به دیگران واگذار کرد (صفایی‌فر، ۱۳۸۵: ۵-۶).

در نقد این نظریه می‌توان گفت در حقوق عمومی اصل بر عدم صلاحیت است. به عبارت دیگر، اصل بر عدم واگذاری وظایف و اختیارات مقامات دولتی و اداری است و این اصل بر انتقال اختیارات رئیس‌جمهور نیز حاکم است؛ چه آن اختیاراتی که در قانون اساسی ذکر شده و چه اختیاراتی که در قانون عادی بر آن تصریح شده است. بدین سبب همان‌گونه که در شرایط صحت تفویض اختیار اشاره شد، تفویض اختیار باید قانونی باشد و در این خصوص تفاوتی میان قانون اساسی و قوانین عادی نیست و از این رو تفکیک میان اختیارات مبتنی بر قانون اساسی و اختیارات ایجادشده توسط قوانین عادی یا به بیان دیگر تفکیک میان اختیارات براساس منشأ حقوقی آن‌ها منطقی به نظر نمی‌رسد. رویه موجود در نظام حقوقی ایران نیز مؤید این نظر است.

## ۲-۲-۲. تفکیک وظایف براساس مبنا و ماهیت اختیار

در حقوق عمومی اصل بر عدم صلاحیت مقامات حاکم است. از این رو با توجه به اصل ۶۰ قانون اساسی نمی‌توان معاونان رئیس‌جمهور را دارای صلاحیت اعمال قوه مجریه کرد، مگر به حکم اصل ۱۲۴ قانون اساسی. بر این اساس، هرچند تمام اختیارات رئیس‌جمهور اختصاصی است، اما طبق تصریح این اصل، رئیس‌جمهور می‌تواند انجام آن امور را به دیگری واگذار کند و این امر سلب مسئولیت از وی نمی‌کند. به بیان دیگر، مدیریت این صلاحیت‌ها باید در اختیار رئیس‌جمهور باشد و نه انجام مستقیم آن‌ها. همچنین یکی از شرایط صحت تفویض اختیار در حقوق اداری، تفکیک میان وظایف اساسی و قائم به شخص مقام عمومی یا مأمور دولتی است، چه اینکه اختیارات اساسی که فلسفه وجودی یک مقام است و نیز موارد قائم به شخص را نمی‌توان واگذار کرد. بنابراین رئیس‌جمهور می‌تواند تنها انجام آن دسته از وظایفی را که قائم به شخص وی نیست، واگذار کند و اختیارات اساسی وی باید توسط رئیس‌جمهور اجرایی شود و رئیس‌جمهور حق واگذاری این بخش از وظایف خود را ندارد (برزگر خسروی و علم‌الهدی، ۱۳۹۰: ۸-۹). از این رو می‌توان گفت شاخص تفویض اختیارات رئیس‌جمهور، قائم

به شخص نبودن و نیز اساسی نبودن اختیارات یا به عبارت دیگر ماهیت اختیارات است. با این حال، تعیین مصداقی اختیارات اساسی و قائم به شخص رئیس‌جمهور به بررسی دقیق نیاز دارد. در این زمینه سه اصل شایان توجه است و در مورد سایر صلاحیت‌های رئیس‌جمهور صراحتی وجود ندارد:

اول؛ اصل ۱۲۴ قانون اساسی که اداره هیأت وزیران - و نه ریاست بر آن - را قابل واگذاری به معاون اول دانسته است؛

دوم؛ اصل ۱۲۵ که امکان امضای تعهدات و قراردادهای بین‌المللی توسط نماینده قانونی رئیس‌جمهور را به رسمیت شناخته است؛

سوم؛ اصل ۱۲۶ قانون اساسی که به رئیس‌جمهور امکان تفویض اداره امور برنامه و بودجه و امور اداری و استخدامی کشور را می‌دهد.

در خصوص تعیین مصداق وظایف قائم به شخص رئیس‌جمهور دو فرض را می‌توان متصور دانست:

فرض اول آن است که ادعا شود اصل ۱۲۴ قانون اساسی در مقام بیان است و لذا اطلاق آن به معنای جواز در واگذاری اختیارات رئیس‌جمهور است و تنها استثنای این اطلاق، براساس اصول حقوق اداری، اختیارات اساسی و قائم به شخص است. از این رو اصل بر قابل واگذار بودن اختیارات رئیس‌جمهور به معاونانش است و باید برای قابل واگذاری نبودن اختیارات وی اقامه دلیل کرد (برزگر خسروی و علم‌الهدی، ۱۳۹۰: ۱۲).

فرض دوم نیز آن است که اشاره اصل ۱۲۴ به امکان واگذاری اختیارات رئیس‌جمهور به معنای اطلاق آن قلمداد نشود؛ چه، در این صورت دیگر نیازی به بیان ذیل این اصل در خصوص امکان اداره هیأت وزیران توسط معاون اول رئیس‌جمهور و نیز ذیل اصل ۱۲۶ در مورد امکان واگذاری اداره امور برنامه و بودجه و امور اداری و استخدامی، وجود نداشت. از سوی دیگر، با توجه به اصل شخصی بودن اختیارات در حقوق اداری، در موارد تردید باید به اصل رجوع کرد و حکم به عدم امکان واگذاری اختیارات رئیس‌جمهور به معاونانش داد.

با توجه به مطالب بیان‌شده در مقام احصای وظایف قائم به شخص رئیس‌جمهور می‌توان گفت همه صلاحیت‌های رئیس‌جمهور به‌عنوان رئیس کشور با توجه به جایگاه سیاسی و حقوقی این عنوان، قائم به شخص وی بوده و قابل واگذاری نیست. تنها استثنای این صلاحیت‌ها امضای عهدنامه‌ها، مقاوله‌نامه‌ها، موافقت‌نامه‌ها و قراردادهای دولت ایران با سایر دولت‌ها و همچنین امضای پیمان‌های مربوط به اتحادیه‌های بین‌المللی است که مطابق اصل ۱۲۵ قانون اساسی این وظیفه بر عهده رئیس‌جمهور یا نماینده قانونی قرار دارد و از این رو



رئیس‌جمهور اجازه تفویض آن را دارد. بنابراین این وظیفه رئیس‌جمهور قائم به شخص نبوده و قابل واگذاری است. سایر صلاحیت‌های رئیس‌جمهور به‌عنوان رئیس کشور را می‌توان به شرح ذیل بیان داشت که قائم به شخص تلقی شده و قابل واگذاری نیستند: مسئولیت اجرای قانون اساسی (موضوع اصل ۱۱۳ قانون اساسی)، امضای مصوبات مجلس یا نتیجه همه‌پرسی (موضوع اصل ۱۲۳ قانون اساسی)، اعزام و پذیرش استوارنامه سفیران (موضوع اصل ۱۲۸ قانون اساسی).

در مورد صلاحیت‌های رئیس‌جمهور به‌عنوان رئیس دولت نیز می‌توان وظایف قائم به شخص رئیس‌جمهور را به شرح ذیل برشمرد. این‌ها مواردی هستند که اعمال آن‌ها جز از رئیس‌جمهور مورد انتظار و پذیرش نیست و در حیطه اختصاصی صلاحیت‌های رئیس‌جمهور قرار می‌گیرد که مباشرت وی را می‌طلبد. به بیان دیگر، این مسئولیت‌ها با ریاست جمهوری شناخته می‌شوند و الزاماً شخص رئیس‌جمهور باید آن‌ها را بر عهده داشته باشد و در نتیجه، تفویض آن‌ها به شخص دیگر به این معناست که جایگاه ریاست جمهوری تهی از معنا شود. برای مثال، معرفی و تعیین وزرا را نمی‌توان انتظار داشت که فرد دیگری انجام دهد، زیرا مردم فردی را به‌عنوان رئیس‌جمهور انتخاب کرده‌اند که کشور را اداره کند و برای این منظور صرفاً اوست که باید وزیران را تعیین کند. به هر ترتیب، موارد مزبور را می‌توان به شرح ذیل احصا کرد:

- ریاست هیأت وزیران و امور مربوط به آن به‌غیر از اداره هیأت وزیران؛
- معرفی، عزل و قبول استعفای وزرا و تعیین سرپرست برای وزارتخانه‌های بدون وزیر؛
- نصب و عزل رؤسای سازمان‌های تحت نظارت ریاست جمهوری و همکاران؛
- مسئولیت امور برنامه و بودجه و امور اداری و استخدامی کشور و نه اداره آن؛
- ادای سوگند در ابتدای ریاست جمهوری؛
- حضور در مجلس و پاسخگویی به نمایندگان مجلس؛
- عضویت در شوراهای عالی نظام مانند شورای عالی امنیت ملی و شورای بازنگری قانون اساسی.

### ۳. الزامات و واگذاری وظایف رئیس‌جمهور در پرتو نظرهای شورای نگهبان

نکته نخستی که باید بدان توجه داشت این است که همان‌گونه که وظایف و اختیارات رئیس‌جمهور و وزیران در قانون اساسی تفکیک شده و به لحاظ قانونی هیچ‌گونه تعارضی میان صلاحیت‌های رئیس‌جمهور و وزرا وجود ندارد، صلاحیت معاونان رئیس‌جمهور نیز که در چارچوب صلاحیت رئیس‌جمهور تعریف می‌شود، نمی‌تواند و نباید متداخل با صلاحیت‌های

وزرا باشد. تداخل وظایف و اختیارات معاونان رئیس‌جمهور با وزرا به این معناست که بخشی از وظایف قانونی وزرا، توسط رئیس‌جمهور بر عهده معاونان قرار گیرد. این کار موجب می‌شود که معاون رئیس‌جمهور در حوزه وظایف اجرایی وزیر دخالت کند و وزیر به دلیل این موازی‌کاری نتواند به درستی به وظایف قانونی که می‌باید در قبال آن‌ها به مجلس پاسخگو باشد، جامه عمل بپوشاند. از این رو همان‌گونه که رئیس‌جمهور نمی‌تواند جانشین وزرا در انجام امور اجرایی مربوط به آن‌ها شود و در صلاحیت آن‌ها به این شکل دخالت کند، به تبع آن، معاونان رئیس‌جمهور نیز نمی‌توانند دارای صلاحیت‌های موازی با وزیران باشند (برزگر، ۱۳۹۰: ۱۵). این امر موجب موازی‌کاری شده و سرآغاز تداخل صلاحیت میان مقامات می‌شود که در کنار بروز زمینه‌های فساد، موجب ناکارآمدی سیستم خواهد بود. در این قسمت به دیگر الزاماتی که در خصوص واگذاری اختیارات رئیس‌جمهور در پرتو نظرهای شورای نگهبان اصطیاد می‌شود، اشاره خواهیم کرد.

### ۳-۱. امکان‌پذیری ایجاد سازمان‌های وابسته برای نظارت بر کار وزیران و هماهنگی تصمیمات دولت

شورای نگهبان در دو نظریه تفسیری قبل از بازنگری قانون اساسی نظر خود را در خصوص تفویض اختیارات مصرح نخست‌وزیر- به‌عنوان رئیس دولت- در اصل ۱۳۴ اعلام کرده است. این شورا در نظر شماره ۱۶۱۹ مورخ ۱۳۶۳/۷/۳ بیان می‌دارد: «وجود یا ایجاد سازمان‌های وابسته به نخست‌وزیری که وسیله و ابزار نظارت نخست‌وزیر بر کار وزیران و هماهنگی تصمیمات دولت و تعیین برنامه و خط‌مشی دولت و به‌طور کلی مربوط به وظائف نخست‌وزیر مندرج در اصل ۱۳۴ قانون اساسی است، مغایر قانون اساسی نمی‌باشد. انتزاع سازمان‌های مزبور از نخست‌وزیری و واگذاری آن‌ها به وزارتخانه‌ای دیگر با قانون اساسی مغایرت دارد. بدیهی است مقررات قانونی مربوط به وظایف و اختیارات سازمان‌های یادشده باید با قانون اساسی مطابقت داده شود».

این شورا در نظر تفسیری شماره ۱۰۱۲۶۲ مورخ ۱۳۶۵/۱۲/۲ و در پاسخ به پرسشی در خصوص مغایرت نهادهای وابسته به نخست‌وزیری با اصل ۱۳۴ قانون اساسی به این موضوع می‌پردازد. سؤال این است که «آیا تشکیل سازمانی تحت عنوان سازمان دفاع غیرنظامی زیر نظر نخست‌وزیر جهت ایجاد هماهنگی و سیاست‌گذاری دستگاه‌های اجرایی و برنامه‌ریزی‌های لازم به‌منظور انجام پدافند غیرعامل و بسیج امکانات دستگاه‌های اجرایی در این راستا با قانون اساسی مخالف دارد یا خیر؟». شورای نگهبان در پاسخ بیان می‌دارد: «نظر به اینکه به موجب

اصل ۱۳۴ قانون اساسی هماهنگ ساختن تصمیم‌های دولت و ..... از وظایف نخست‌وزیر است، همان‌طور که در نامه شماره ۱۶۱۹ مورخ ۱۳۶۳/۷/۳ اظهار نظر شده است، تشکیل سازمانی تحت هر عنوان زیر نظر نخست‌وزیر صرفاً جهت ایجاد هماهنگی و سیاستگذاری اقدامات دستگاه‌های اجرایی و برنامه‌ریزی‌های لازم به منظور انجام پدافند غیرعامل و بسیج امکانات دستگاه‌های اجرایی با قانون اساسی مغایرت ندارد».

از آنجا که در بازنگری قانون اساسی در سال ۱۳۶۸، وظایف و اختیارات نخست‌وزیر به رئیس‌جمهور منتقل شد و رئیس‌جمهور مسئولیت امور اجرایی کشور و اداره هیأت وزیران را بر عهده گرفت، از این رو می‌توان مدعی شد که دو نظر تفسیری یاد شده در خصوص ریاست جمهوری نیز صادق است و رئیس‌جمهور می‌تواند به منظور ایجاد هماهنگی و سیاستگذاری دستگاه‌های اجرایی و برنامه‌ریزی‌های لازم به ایجاد سازمان‌هایی اقدام کند. به این ترتیب، رئیس‌جمهور می‌تواند برخی وظایف قانونی خود مانند «نظارت بر کار وزیران»، «هماهنگی تصمیمات دولت»، «تعیین برنامه و خط‌مشی دولت»، «هماهنگی و سیاستگذاری دستگاه‌های اجرایی» و «بسیج امکانات دستگاه‌های اجرایی برای یک موضوع خاص» را با ایجاد نهادهای زیر نظر خود و واگذاری امور به آن‌ها به انجام رساند. البته به این نکته نیز باید توجه داشت که رئیس‌جمهور می‌تواند چنین صلاحیت‌هایی را از مجرای معاونان خود که به این منظور اختصاص می‌دهد، محقق سازد و از این حیث با محدودیتی مواجه نیست.

### ۲-۳. ممنوعیت واگذاری مسئولیت اجرای قانون اساسی به نهاد زیر نظر رئیس‌جمهور

برخلاف دو نظر تفسیری مذکور، شورای نگهبان در پاسخ به نامه رئیس‌جمهور وقت در خصوص مسئولیت رئیس‌جمهور در اجرای قانون اساسی - موضوع اصل ۱۱۳ قانون اساسی - و امکان ایجاد نهادی زیر نظر رئیس‌جمهور برای این موضوع، نظر متفاوتی را ارائه کرده است. رئیس‌جمهور وقت در نامه خود به شورای نگهبان اشاره می‌کند: «رئیس‌جمهور طبق قانون اساسی مکلف به اجرای قانون اساسی و شرع مقدس و ... است. به نظر می‌رسد که انجام این مسئولیت بدون نظارت دقیق بر ارگان‌های اجرایی (اعم از قوه قضاییه و مجریه) امکان‌پذیر نیست، بدین جهت دفتر ریاست جمهوری درصدد است به تشکیل یک واحد بازرسی ویژه اقدام نماید، خواهشمند است نظر آن شورا را در مورد این اقدام از جهت انطباق با قانون اساسی بیان نمایند». ایشان در نامه‌ای دیگر دلایل خود را در این خصوص این‌گونه بیان می‌کند: «ایجاد تشکیلات لازم به منظور انجام وظایف و تکالیف محوله نیز در اختیار رئیس‌جمهور است زیرا به موجب قاعده کلی که «اختیار، فرع و نتیجه مسئولیت است» و همچنین نظر به قاعده دیگر

که «اذن در شیء اذن در لوازم آن نیز هست» تصمیماتی که برای اعمال مسئولیت‌های محوله به رئیس‌جمهور لازم و ضروری است، از لوازم اجرای قانون اساسی محسوب می‌شود و رئیس‌جمهور مأذون به آن خواهد بود و عدم ذکر آن در قانون اساسی موجب عدم جواز نمی‌باشد». شورای نگهبان در نظر تفسیری شماره ۴۲۱۴ مورخه ۱۳۶۰/۱۱/۱ و در پاسخ به این پرسش اعلام می‌کند: «آنچه از اصل ۱۱۳ و ۱۲۱ در رابطه با اصول متعدد و مکرر قانون اساسی استفاده می‌شود رئیس‌جمهور پاسدار مذهب رسمی کشور و نظام جمهوری اسلامی است و مسئولیت اجرای قانون اساسی و تنظیم روابط قوای سه‌گانه و ریاست قوه مجریه را جز در اموری که مستقیماً به رهبری مربوط می‌شود بر عهده دارد، در رابطه با این وظایف و مسئولیت‌ها می‌تواند از مقامات مسئول اجرایی و قضایی و نظامی توضیحات رسمی بخواهد و مقامات مذکور موظف‌اند توضیحات لازم را در اختیار ریاست جمهوری بگذارند. بدیهی است رئیس‌جمهوری موظف است چنانچه جریانی را مخالف مذهب رسمی کشور و نظام جمهوری اسلامی و قانون اساسی تشخیص داد اقدامات لازم را معمول دارد. بنابراین تشکیل واحد بازرسی در ریاست جمهوری با قانون اساسی مغایرت دارد».

شورای نگهبان مسئولیت اجرای قانون اساسی را صرفاً در صلاحیت رئیس‌جمهور دانسته و واگذاری آن را مغایر اصول تفویض اختیار قلمداد کرده است. به بیان دیگر، اجرای قانون اساسی و صلاحیت‌های ناشی از آن که می‌تواند نظارت بر سایر قوا و دستگاه‌ها و تذکر و پیگیری از آن‌ها باشد (این موضوع تا پیش از بازنگری سال ۶۸ چنین انگاشته می‌شد، ولی پس از آن توسط شورای نگهبان پذیرفته نشد. ر.ک: نظر تفسیری شماره ۴۷۱۴۲/۳۰/۹۱ مورخ ۱۳۹۱/۴/۱۲)، امری قائم به شخص رئیس‌جمهور و غیرقابل تفویض است. البته به این نکته نیز باید توجه داشت که تشکیل واحد نظارت و بازرسی در راستای اجرای قانون اساسی الزاماً به معنای سلب مسئولیت از رئیس‌جمهور نیست. در واقع، چنین تشکیلاتی بازوی رئیس‌جمهور در اجرای قانون اساسی به‌شمار می‌آید و اصل صلاحیت و مسئولیت همچنان متوجه رئیس‌جمهور خواهد بود. در عین حال، شورای نگهبان بین اصل صلاحیت و طریق اعمال آن تفکیکی قائل نشده و آن را مغایر قانون اساسی قلمداد کرده است.

### ۳-۳. لزوم پاسخگویی رئیس‌جمهور در قبال وظایف تفویضی

همان‌طور که اشاره شد، مسئولیت صلاحیت حتی در فرض تفویض اختیار متوجه دارنده اصلی آن یعنی مقام تفویض‌کننده اختیار نیز است و تفویض اختیار مستند سلب مسئولیت نخواهد بود. در این زمینه اشاره به سؤال رئیس کمیسیون اصول ۸۸ و ۹۰ قانون اساسی در

تاریخ ۱۳۷۲/۷/۲۸ خطاب به شورای نگهبان شایان توجه است: «وظایف اصل ۸۸ قانون اساسی اخیراً محول به کمیسیون اصل نود شده مشعر بر اینکه در هر مورد که حداقل یک‌چهارم کل نمایندگان مجلس شورای اسلامی از رئیس‌جمهور و یا هریک از نمایندگان از وزیر مسئول درباره یکی از وظایف آنان سؤال کنند، رئیس‌جمهور یا وزیر موظف است در مجلس حاضر شود و به سؤال جواب دهد و این جواب نباید در مورد رئیس‌جمهور بیش از یک ماه و در مورد وزیر بیش از ده روز به تأخیر افتد، مگر با عذر موجه به تشخیص مجلس شورای اسلامی. با توجه به اینکه رئیس‌جمهور یا معاونین او یا وزیر در هر مورد که مصلحت بدانند می‌توانند بخشی از وظایف و اختیارات خود را در امور اجرایی به استاندار یا یکی از معاونین و یا حتی مدیران کل تفویض نمایند، هر گاه از عملکرد زیرمجموعه (که جزء اختیارات مفوض بوده و شخص وزیر یا معاون رئیس‌جمهور در آن مورد ضامن اجرا نبوده است) سؤال می‌شود یا اظهار بی‌اطلاعی می‌نمایند و یا به استناد آیه شریفه «ولا تزر وازره وزره اخری» استاندار یا معاون و یا مدیرکل را مسئول می‌دانند. گرچه برداشت کمیسیون از اصول ۱۲۷ و ۱۳۷ قانون اساسی این است که تفویض اختیارات سلب اختیار نمی‌کند و گاهی معاون اجرایی رئیس‌جمهور اختیار بازسازی مناطق جنگی و یا دیگر فعالیت‌های ضروری مناطق محروم را به استاندار تفویض می‌نماید و احیاناً خلافی صورت می‌گیرد با نگرش به اینکه استاندار ابواب جمعی وزارت کشور است. آیا وزیر کشور می‌بایست از طرف مجلس مورد سؤال قرار گیرد و یا معاونت اجرایی رئیس‌جمهور؟».

شورای نگهبان نیز به درستی در نظر مشورتی شماره ۵۴۷۷ مورخ ۱۳۷۲/۸/۲۳ به عدم سلب مسئولیت رئیس‌جمهور در خصوص امور تفویض شده تصریح کرده است: «مجلس شورای اسلامی می‌تواند از رئیس‌جمهور و یا وزرا صرفاً در خصوص وظایفی که قانوناً بر عهده دارند و به دیگری تفویض کرده‌اند، سؤال کند. البته اگر مجلس مستقیماً کاری را به عهده غیر رئیس‌جمهور و وزیر بگذارد حق سؤال در این مورد از رئیس‌جمهور یا وزیر را ندارد کما اینکه حق سؤال از مسئول مزبور را هم ندارد».

### ۳-۴. استمرار صلاحیت معاونان پس از پایان دوره ریاست جمهوری

شورای نگهبان در پاسخ به پرسشی مبنی بر ادامه کار معاونان رئیس‌جمهور پس از پایان دوره ریاست جمهوری، نظر خود را این گونه اعلام کرد: «معاونان رئیس‌جمهور به‌عنوان معاون به کار خود ادامه می‌دهند». توجه به اصل استمرار خدمات عمومی چنین نظری را قابل پذیرش می‌سازد و بدین ترتیب، هرچند تفویض کننده وجود ندارد، اما به دلیل تأمین مصلحت دیگر، استمرار صلاحیت تفویض شونده پذیرفته می‌شود. شایان ذکر است که شورا در مورد ادامه کار

معاون امور برنامه و بودجه و معاون امور اداری و استخدامی کشور، بر این باور است که موافقت رئیس‌جمهور ضرورت دارد: «لکن در آن قسمت که مربوط به اداره امور برنامه و بودجه و امور اداری و استخدامی است اداره کار منوط به نوعی موافقت رئیس‌جمهور می‌باشد». مبنای این نظر را باید در تأکید اصل ۱۲۶ قانون اساسی دانست که «مسئولیت» امور برنامه و بودجه و امور اداری و استخدامی کشور را «مستقیماً» بر عهده رئیس‌جمهور دانسته است و از این رو صرفاً فردی که چنین جایگاهی را در اختیار دارد، می‌تواند در این خصوص تصمیم‌گیری کند. در غیر این صورت، تحمیل مسئولیت بر وی موجه نخواهد بود.

### نتیجه‌گیری

مطابق اصل ۱۲۴ قانون اساسی، رئیس‌جمهور می‌تواند برای انجام وظایف قانونی خود معاونانی داشته باشد. بر این اساس اولاً معاونت رئیس‌جمهور در حقوق ایران به رسمیت شناخته شده و ثانیاً به رئیس‌جمهور اختیار داده شده است که وظایف قانونی خود را به معاونان خویش واگذار کند. با این حال با توجه به شئون دوگانه رئیس‌جمهور در جمهوری اسلامی ایران و وظایف و مسئولیت‌های مصرح وی در قانون اساسی و نیز دیگر صلاحیت‌های وی، برای تشخیص امکان یا عدم امکان واگذاری وظایف رئیس‌جمهور باید قائل به تفکیک بین وظایف وی باشیم. با توجه به تصریح قانون اساسی در چند اصل از جمله اصول ۱۲۴ و ۱۲۶، و همچنین رویه قانونگذار عادی مبنی بر واگذاری برخی اختیارات رئیس‌جمهور به معاونان وی و تأیید شورای نگهبان به‌عنوان مفسر رسمی قانون اساسی و نیز منطبق اداری در انجام مناسب وظایف و مسئولیت‌های محوله، همان‌گونه که در فرضیه پژوهش بیان شد، امکان واگذاری وظایف رئیس‌جمهور وجود دارد و نمی‌توان رأی به عدم امکان واگذاری آن‌ها داد. از سوی دیگر، هرچند قانون اساسی امکان واگذاری وظایف و اختیارات رئیس‌جمهور را به رسمیت شناخته است، باید توجه داشت که قانون اساسی در اصول خود در مقام بیان است و در نتیجه آنچه در قانون اساسی نیامده است، به معنای غیرقانونی بودن آن است. همچنین در حقوق عمومی مأموران دولتی برخلاف اشخاص حقوق خصوصی که حق توکیل دارند، نمی‌توانند در مورد مشاغل اداری خود به دیگران وکالت دهند. به بیان دیگر، اصل بر عدم واگذاری وظایف و اختیارات مقامات دولتی و اداری است. همچنین همان‌گونه که در موضوع تفویض اختیار در حقوق اداری بیان شد، صحت این امر تابع شرایط و ضوابطی است؛ بنابراین واگذاری همه صلاحیت‌های رئیس‌جمهور نیز منطقی و صحیح نیست و باید قائل به حاکم بودن قواعد و ضوابطی بر واگذاری وظایف رئیس‌جمهور بود و بدین سبب باید ملاک تفویض

اختیارات رئیس‌جمهور مشخص و تبیین شود.

در خصوص ملاک تفویض اختیارات رئیس‌جمهور نیز باید گفت در حقوق عمومی اصل بر عدم صلاحیت مقامات حاکم است، از این رو با توجه به اصل ۶۰ قانون اساسی نمی‌توان معاونان رئیس‌جمهور را دارای صلاحیت اعمال قوه مجریه کرد، مگر به حکم اصل ۱۲۴ قانون اساسی؛ بر این اساس هرچند تمام اختیارات رئیس‌جمهور، اختصاصی است، اما طبق تصریح این اصل، رئیس‌جمهور می‌تواند انجام آن امور را به دیگری واگذار کند و این امر از وی سلب مسئولیت نمی‌کند. به بیان دیگر، مدیریت این صلاحیت‌ها باید در اختیار رئیس‌جمهور باشد و نه انجام مستقیم آن‌ها و از آنجا که یکی از شرایط صحت تفویض اختیار در حقوق اداری، تفکیک میان وظایف اساسی و قائم به شخص مقام عمومی یا مأمور دولتی است و اختیارات اساسی که فلسفه وجودی یک مقام است و همچنین موارد قائم به شخص را نمی‌توان واگذار کرد، بنابراین رئیس‌جمهور می‌تواند تنها انجام آن دسته از وظایفی را که قائم به شخص وی نیست، واگذار کند و اختیارات اساسی وی باید توسط رئیس‌جمهور اجرایی شود و رئیس‌جمهور حق واگذاری این بخش از وظایف خود را ندارد. بنابراین رئیس‌جمهور می‌تواند برخی وظایف قانونی خود مانند «نظارت بر کار وزیران»، «هماهنگی تصمیمات دولت»، «تعیین برنامه و خط‌مشی دولت»، «هماهنگی و سیاست‌گذاری دستگاه‌های اجرایی» و «بسیج امکانات دستگاه‌های اجرایی برای یک موضوع خاص» را با ایجاد نهادهای زیر نظر خود و واگذاری امور به آن‌ها به انجام رساند. در عین حال، وظایف قائم به شخص رئیس‌جمهور غیرقابل تفویض قلمداد می‌شوند. موضوعاتی همچون درخواست ارجاع به همه‌پرسی (موضوع اصل ۵۹ قانون اساسی)، معرفی، عزل و قبول استعفای وزرا (موضوع اصول ۱۳۳ و ۱۳۶ قانون اساسی)، حضور در مجلس و پاسخ به پرسش نمایندگان مجلس (موضوع اصل ۸۸ قانون اساسی)، تقاضای تشکیل جلسه غیرعلنی مجلس (موضوع اصل ۶۹ قانون اساسی)، پیشنهاد توقف انتخابات (موضوع اصل ۶۸ قانون اساسی) و ادای سوگند در ابتدای ریاست جمهوری (موضوع اصل ۱۲۱ قانون اساسی) در این زمره جای می‌گیرند. همچنین به‌طور کلی می‌توان ادعا کرد که صلاحیت‌های رئیس‌جمهور در مقام ریاست کشور به استثنای امضای موافقت‌نامه‌های بین‌المللی (موضوع اصل ۱۲۵) که در مورد آن صراحت قانون اساسی وجود دارد، مواردی نظیر مسئولیت اجرای قانون اساسی - موضوع اصل ۱۱۳ - قابل واگذاری نیستند و باید مستقیماً توسط رئیس‌جمهور صورت پذیرند، همچنین واگذاری این مسئولیت یا ایجاد نهاد و تشکیلاتی برای اجرای آن‌ها از منظر شورای نگهبان مغایر قانون اساسی قلمداد می‌شود. مسئولیت وظایف تفویض شده رئیس‌جمهور بر عهده وی است و مجلس می‌تواند در خصوص

---

این وظایف از رئیس‌جمهور سؤال کند. ریاست و عضویت رئیس‌جمهور بر شوراهای عالی و فراقوه‌ای نظام و انتصاب و اعزام سفیران و پذیرش سفیران کشورهای دیگر از این قسم هستند.



## یادداشت‌ها

۱. ر.ک: صفایی‌فر، ۱۳۸۵.
۲. ر.ک: برزگر خسروی و علم‌الهدی، ۱۳۹۰.
۳. ر.ک: لطفی، ۱۳۹۱: ۵۹۸-۶۱۶.
۴. تبصره ۱ ماده ۵۳ قانون محاسبات عمومی کشور مصوب ۱۳۶۶/۶/۱: «اختیارات و مسئولیت‌های موضوع این ماده حسب مورد مستقیماً و بدون واسطه از طرف مقامات فوق به سایر مقامات دستگاه مربوط کلاً یا بعضاً قابل تفویض خواهد بود لکن در هیچ مورد تفویض اختیار و مسئولیت سلب اختیار و مسئولیت از تفویض‌کننده نخواهد کرد.»
۵. «عطف به نامه شماره ۴۶۹۰۹/۳۱/۹۱ مورخ ۱۷/۳/۱۳۹۱، مبنی بر اظهارنظر تفسیری در خصوص اصل یکصد و سیزدهم (۱۱۳) قانون اساسی، موضوع در جلسه مورخ ۳۱/۳/۱۳۹۱ شورای نگهبان مورد بحث و بررسی قرار گرفت و نظر شورا به شرح زیر اعلام می‌گردد: ۱- مستفاد از اصول متعدد قانون اساسی آن است که مقصود از مسئولیت اجراء در اصل ۱۱۳ قانون اساسی، امری غیر از نظارت بر اجراء قانون اساسی است. ۲- مسئولیت رئیس‌جمهور در اصل ۱۱۳ شامل مواردی نمی‌شود که قانون اساسی تشخیص، برداشت، نوع و کیفیت اعمال اختیارات و وظایفی را به عهده مجلس خبرگان رهبری، شورای نگهبان، مجمع تشخیص مصلحت نظام، مجلس شورای اسلامی، قوه قضاییه و هر مقام و دستگاه دیگری که قانون اساسی به آن‌ها اختیار یا وظیفه‌ای محول نموده است. ۳- در مواردی که به موجب قانون اساسی رئیس‌جمهور حق نظارت و مسئولیت اجراء ندارد، حق ایجاد هیچ گونه تشکیلاتی را هم ندارد.»



## منابع

## فارسی

## الف) کتاب‌ها و مقالات

۱. امامی، محمد؛ استوار سنگری، کوروش (۱۳۸۹)، حقوق اداری، تهران: میزان، ج ۱، چ دوازدهم.
  ۲. انصاری، ولی‌الله (۱۳۷۴)، کلیات حقوق اداری، تهران: میزان.
  ۳. برزگر خسروی، محمد؛ علم‌الهدی، سید حجت‌الله (۱۳۹۰)، «انجام امور اجرایی از طریق معاونان رئیس‌جمهور به‌جای وزارتخانه‌ها»، نگاهی به ابعاد حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران پیرامون جایگاه و حوزه صلاحیت قوه مجریه، تهران: معاونت پژوهشی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
  ۴. صفایی‌فر، احمد (۱۳۸۵)، «بررسی واگذاری وظایف قانونی رئیس‌جمهور به معاونین»، دادرسی، ش ۶۰.
  ۵. طباطبائی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۷)، حقوق اداری، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، چ چهاردهم.
  ۶. لطفی، حسن (۱۳۹۱)، «ضوابط تعیین و جایگاه نمایندگان ویژه و معاونان رئیس‌جمهور»، مجموعه مقالات ارائه‌شده در اولین همایش ملی قوه مجریه در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ص ۵۹۸-۶۱۶.
- ب) قوانین و نظرهای شورای نگهبان**
۷. قانون اساسی.
  ۸. قانون محاسبات عمومی کشور مصوب ۱۳۶۶/۶/۱.
  ۹. نظر تفسیری شماره ۱۶۱۹ مورخ ۱۳۶۳/۷/۳ شورای نگهبان.
  ۱۰. نظر تفسیری شماره ۱۰۱۲۶۲ مورخ ۱۳۶۵/۱۲/۲ شورای نگهبان.
  ۱۱. نظر تفسیری شماره ۴۲۱۴ مورخه ۱۳۶۰/۱۱/۱ شورای نگهبان.
  ۱۲. نظر تفسیری شماره ۴۷۱۴۲/۳۰/۹۱ مورخ ۱۳۹۱/۴/۱۲ شورای نگهبان.
  ۱۳. نظر مشورتی شماره ۵۴۷۷ مورخ ۱۳۷۲/۸/۲۳ شورای نگهبان.

## References

### A) Books and articles

- Emami, Mohammad and Kourosh Ostvar Sangari (2010), Administrative Law, Volume One, Twelfth Edition, Tehran: Mizan Publishing.
- Ansari, Valiullah (1374), Generalities of Administrative Law, Tehran: Mizan Publishing.
- Barzegar Khosravi, Mohammad and Seyed Hojjatollah Alam-ul-Huda (2011), "Execution of executive affairs through vice presidents instead of ministries", A look at the dimensions of the constitutional rights of the Islamic Republic of Iran 1- About the position and jurisdiction of the executive branch, Tehran: Parliament.
- Safaeifar, Ahmad (2006), "Review of the transfer of legal duties of the President to the deputies", Judgment, No. 60.
- Tabatabai Motameni (2008), Manouchehr, Administrative Law, Fourteenth Edition, Tehran: Organization for the Study and Compilation of University Humanities Books (Position.)
- Lotfi, Hassan (2012), "Criteria for the appointment and position of special representatives and vice presidents", a collection of papers presented at the first National Conference on the Executive Power in the Constitutional Law of the Islamic Republic of Iran, Tehran: Shahid Beheshti University, 598-616.

### B) Rules and opinions of the Guardian Council

- Constitution of the Islamic Republic of Iran, 1979 (Rev. 1989).
- General Accounting Law of the country approved on 6/1/1366.
- Interpretive Decision No. 1619 dated 3/7/1363 of the Guardian Council.
- Interpretive Decision No. 101262 dated 2/12/1365 of the Guardian Council.
- Interpretive Decision No. 4214 dated 1/11/1360 of the Guardian Council.
- Interpretive Decision No. 91/30/47142 dated 12/4/1391 of the Guardian Council.
- Advisory Decision No. 5477 dated 23/8/1372 of the Guardian Council.

## الزامات شناسایی و استیفای حقوق «در فضای دیجیتال»

محدثه معینی فر<sup>\*۱</sup>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۳/۱۶ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۶/۱۶

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: 10.22034/qjplk.2021.248

### چکیده

موضوع «حق» به ویژه حقوق بشر در نظام حقوقی کشورهای مختلف جایگاه ویژه‌ای یافته است و هر روز نیز به سبب گسترش و توسعه فناوری‌ها، بر تعداد این حق‌ها در حقوق کشورهای مختلف افزوده می‌شود که مفهوم و مصادیق آن‌ها نیز اغلب در هاله‌ای از ابهام است. یکی از این حق‌ها، «حق‌ها در فضای دیجیتال» هستند که مفهوم، ماهیت و مصادیق آن در نظام‌های حقوقی مذکور چندان روشن نیست. بر همین اساس، پژوهش پیش‌رو می‌کوشد تا به این پرسش‌ها پاسخ دهد که مفهوم و ماهیت «حق‌ها در فضای دیجیتال» چیست و مصادیق آن شامل چه مواردی است؟

«حق‌ها در فضای دیجیتال»، حق‌هایی هستند که در اینترنت و سکوه‌های نرم‌افزاری مختلف بستر تحقق و استیفا می‌یابند و با توجه به ابعاد مختلف این فناوری‌ها مصادیق متعددی دارند. البته در متون حقوقی، به مصادیق خاصی اشاره شده است که به شدت تحت تأثیر ادبیات حقوق بشری است. با نگاهی دقیق درمی‌یابیم برخی از این مصادیق وجهه شرعی ندارند، مانند حق ابراز تمایلات جنسی در اینترنت؛ همچنین در این فهرست، جای بسیاری از حق‌ها خالی است. تبیین درست مفهوم و مصادیق آن، بستر تحقق شهروندی دیجیتال و دولت الکترونیک را فراهم خواهد آورد.

**واژگان کلیدی:** اینترنت، حق دیجیتال، دولت الکترونیک، شهروندی دیجیتال، فضای

مجازی.

استادیار فقه و حقوق اسلامی، دانشکده علوم و تحقیقات اسلامی، دانشگاه بین‌المللی امام خمینی (ره)، قزوین، ایران.

\* Email: Moeinifar@isr.ikiu.ac.ir



## مقدمه

با توجه به تأکید مقام معظم رهبری مبنی بر نظارت و مدیریت بر فضای مجازی یا رسانه‌های اجتماعی توجه ویژه به چند مفهوم مهم و کارکردهای آن در عرصه حقوق عمومی ضروری است؛ بنابراین، رصد فعالیت‌های مردم به‌ویژه کودکان، نوجوانان و جوانان در فضای مجازی لوازمی دارد که بخشی از آن در حوزه نظریه‌پردازی مدنظر قرار می‌گیرند، مانند «حق‌ها در فضای دیجیتال»<sup>۱</sup> و شهروندی دیجیتال و برخی نیز در حوزه سیاستگذاری‌ها و ابزارهای تحقق آن‌ها ملاحظه خواهند شد. موضوع حق و نظریه‌های حق از مباحث عمده‌ای است که در عصر کنونی، بسیار به آن توجه می‌شود. با مطالعه متون حقوقی درمی‌یابیم که از همین منظر نیز به حق‌های افراد در حوزه فناوری‌های نوین ارتباطی نگاه شده و فهرستی طولانی از این حق‌های بدون پشتوانه ارائه شده است.

موضوع تحقق دولت الکترونیک نیز از مباحثی است که در حکمرانی نوین بر جامعه اهمیت دارد. پرداختن به موضوعاتی چون «حق‌ها در فضای دیجیتال» و شهروندی دیجیتال از لوازم تحقق دولت الکترونیک است. با توجه به ابعاد سه‌گانه مذکور، سؤال اساسی پژوهش درباره مفهوم و ماهیت «حق‌ها در فضای دیجیتال» و مصادیق آن است. همچنین این پژوهش بر این فرضیه مبتنی است که «حق‌ها در فضای دیجیتال»، حق‌هایی هستند که به‌واسطه بستر تحقق به این نام خوانده شده‌اند و مصادیق شرعی بسیاری دارند.

### ۱. مفهوم «حق‌ها در فضای دیجیتال»

هرچند درباره مفهوم «حق‌ها در فضای دیجیتال» وفاقی وجود ندارد، اما حق‌ها در حوزه دیجیتال به دو طریق مطرح می‌شوند: برخی با شعار «حقوقی که افراد در برون‌خط (آفلاین) دارند، باید برخط (آنلاین) نیز محافظت شوند»، تمام حق‌هایی را که فرد بدون ارتباط با اینترنت دارد، در فضای مجازی و برخط برای آن‌ها ملاحظه می‌کنند. برخی نیز از حق‌های نوین در این عرصه با عنوان «حق‌ها در فضای دیجیتال» یاد می‌کنند (Livingstone & Third, 2017: 659). البته شاید بهتر باشد که میان این دو نظریه جمع کرد و مصادیق «حق‌ها در فضای مجازی» را اعم از هر دو دانست.

«حق‌ها در فضای دیجیتال» آن دسته از حقوق بشرند که در ارتباط با اینترنت طرح می‌شوند. با بررسی متون حقوقی می‌توان اذعان کرد «حق‌ها در فضای دیجیتال» مفهوم

مشخصی ندارند و دامنه آن از «مدیریت حق‌ها در فضای دیجیتال»<sup>۲</sup> تا «حق‌های بشری در فضای دیجیتال»<sup>۳</sup> گسترده شده است. «مدیریت حق‌ها در فضای دیجیتال» مفهومی عام است که حمایت از حق تکثیر صاحبان آثار به‌ویژه صنعت سرگرمی را در استفاده از فناوری‌هایی در برمی‌گیرد که مانع تکثیر غیرقانونی آثار می‌شوند (Kim, 2008: 343; Ludlow & Duff, 2007: 94) و برخی نیز آن را محدود به نرم‌افزارهایی<sup>۴</sup> می‌دانند که برای هدف مذکور به‌کار می‌روند (Resnick, 2005: 1735; Kumik, 2001: 21)؛ اما بخش دوم این حق با عنوان حق‌های بشری در فضای دیجیتال شامل حق دسترسی به دستگاه‌های الکترونیکی و شبکه‌های ارتباط از راه دور (اینترنت)، حق حفاظت از داده‌های شخصی، حق حفظ اطلاعات هویتی، حق ناشناس ماندن، حق فراموش شدن، حق انتقال و انتشار رایگان اطلاعات و غیره است (Verlos, 2020: 133). به این موارد باید مصادیق دیگری را نیز افزود، مانند حق آزادی بیان، حق حریم خصوصی، حق دانستن، حق آموزش، حق تجمع، دسترسی به سکوها‌های نرم‌افزاری (مانند فیس‌بوک، توئیتر و غیره)، فضای امن برخط، حق امنیت، حق برابری و غیره. با توجه به تعاریف مختلف فضای مجازی می‌توان ابعاد دیگری را به مفهوم «حق‌ها در فضای دیجیتال» افزود. البته می‌توان «حق‌ها در فضای دیجیتال» را همان حقوق مدنی دانست که محل تحقق و استیفای آن، فضای مجازی است یا گام را فراتر نهاد و آن را حق ابراز وجود در فضای دیجیتالی امن، خصوصی و پایدار تلقی کرد. همچنین می‌توان «حق‌ها در فضای دیجیتال» را حقوق ذاتی بشر شامل دسترسی برابر و صرف‌نظر از سن، نژاد و جنسیت به زیرساخت‌ها و اطلاعات دانست. «حق‌ها در فضای دیجیتال» ضمن محافظت از انسان در برابر خصوصی‌سازی، انحصارطلبی و تجاری‌سازی دیگران، حق نظارت، خودآیینی و اختیار انسان را تضمین می‌کند.<sup>۵</sup> البته می‌توان «حق‌ها در فضای دیجیتال» را شامل موارد دیگری چون حق حریم خصوصی، حق آگاهی، حق دانستن، حق آموزش، حق دسترسی برابر به امکانات و اطلاعات، حق آزادی بیان، حق سلامت، حق امنیت، حق شادی و بازی و غیره دانست. برخی از این حقوق را شاید نتوان در زمره «حق‌ها در فضای دیجیتال» دانست، اما در ارتباط با فضای دیجیتال قابل طرح هستند. هرچند تعریف به مصادیق می‌تواند از اقسام تعریف به‌شمار رود، عدم تبیین معنای درست «حق‌ها در فضای دیجیتال» می‌تواند طرح مباحث آتی را با مشکل جدی روبه‌رو کند. با توجه به پیشینه طرح موضوع «حق‌ها در فضای دیجیتال» و آغاز حرکت آن از آمریکا و توجه ویژه به موضوع

مدیریت حق‌ها در فضای دیجیتال، باید اذعان کرد سیر تبیین مفهوم و مصادیق آن چندان روشن نیست و درباره مفهوم آن اتفاق نظری وجود ندارد.

در نهایت، می‌توان با جمع دیدگاه‌ها، «حق‌ها در فضای دیجیتال» را حق‌هایی دانست که بستر تحقق آن‌ها فضای برخط و لوازم تحقق آن نیز دسترسی به اینترنت، سکویای نرم‌افزاری و دستگاه‌هایی چون رایانه، تبلت‌ها، لپ‌تاپ‌ها و گوشی‌های هوشمند است و می‌تواند به تمامی ابعاد مختلف زندگی انسان تسری یابد و ابعاد واقعی زندگی بشر را به فضای دیجیتال یا مجازی وارد کند.

## ۲. پیشینه «حق‌ها در فضای دیجیتال»

پیش از این، مباحثی درباره حق افراد در استفاده از وسایل ارتباطی و رسانه‌ها<sup>۶</sup> متناسب با پیشرفت فناوری‌های مذکور طرح شده است که در ادامه با به عرصه آمدن اینترنت و توسعه آن به همراه تولید گوشی‌های هوشمند و تبلت‌های لمسی می‌توان از «حق‌ها در فضای دیجیتال» به‌عنوان حق‌های نوین و متناسب با فناوری یاد کرد.

«حق‌ها در فضای دیجیتال»، در ابتدا در قالب حق نشر و پس از شکل‌گیری جنبش حقوق دیجیتال در ایالات متحده در اواخر دهه ۱۹۹۰ و اوایل دهه ۲۰۰۰، با پیشنهاد و تصویب قانون حق نشر هزاره دیجیتال<sup>۷</sup> در سال ۱۹۹۸ مطرح شدند، زیرا با به عرصه آمدن اینترنت، بخشی از تجارت به این حوزه وارد شده است که در اصطلاح به آن، تجارت الکترونیک گفته می‌شود. عرضه محتوای الکترونیک، موج دیگر تجارت الکترونیک بود. با عرضه محتوای الکترونیک، تبلیغات اینترنتی و فروش و تحویل برخط محصولات، ابعاد این حق پیچیده‌تر شد. به همین سبب، مدیریت حق‌ها در فضای دیجیتال علاوه بر عرضه و فروش محتوای دیجیتال، شامل تحویل برخط محصولات نیز می‌شود که نوید دستیابی به افق‌های نوین تجارت را در خود دارد (Kumik, 2001: 21). مدیریت حق‌ها در فضای دیجیتال در صنعت موسیقی و فیلم نقش بسیار مهمی دارد (سیامک، ۱۳۸۸: ۲۵۸) و بازار رقابت را در این دو حوزه تنظیم می‌کند.

پس از این، زمره‌هایی برای تدوین پیش‌نویس جهانی صیانت از حق‌ها و آزادی‌های برخط افراد به‌وجود آمد و بسیاری از کشورها چون فرانسه، برزیل، ایتالیا و فیلیپین قوانین خود را تغییر دادند (Livingstone & Third, 2017: 658-659) و چند سند منطقه‌ای درباره «حق‌ها در فضای دیجیتال» نگاشته شدند، مانند اعلامیه آفریقا در مورد حق‌ها و آزادی‌های اینترنتی<sup>۸</sup>،



اعلامیه اصول حاکم بر اینترنت<sup>۹</sup>، منشور حقوق در فضای دیجیتال<sup>۱۰</sup> و منشور حقوق اساسی دیجیتال اتحادیه اروپا<sup>۱۱</sup> و غیره. تلاش‌های فزاینده در سطوح بین‌المللی، منطقه‌ای و داخلی نشان‌دهنده جایگاه کشورها در حوزه حاکمیت بر اینترنت و اعمال قدرت در آن است که البته نیازمند سیاستگذاری در سطوح ملی است (Redeker et al., 2018: 315).

در سال ۲۰۱۶ در اتحادیه اروپا قانونی با عنوان مقررات حفاظت از داده‌ها<sup>۱۲</sup> به تصویب رسید که قانون پیشین حفاظت از داده‌ها (95/46/EC) را به‌روز کرد و هدف آن، حمایت از حقوق اساسی شهروندان به‌ویژه حق حریم خصوصی، حق حفاظت از داده‌های شخصی، حق دسترسی به اطلاعات و داده‌های شخصی و حق اصلاح یا حذف داده‌های شخصی موجود بود (Macenaite, 2017: 766).

با وجود همه تلاش‌ها برای عملی کردن حمایت از حق‌های افراد در عصر دیجیتال در قوانین گذشته به‌جز قانون مذکور، حق‌های کودکان در فضای مجازی چندان مورد توجه نبوده و عمده تمرکز این کشورها بر حق‌های افراد بالغ بوده است؛ درحالی‌که توجه به حق‌های کودکان به‌عنوان گروه‌های آسیب‌پذیر می‌تواند نیازهای آن‌ها را مرتفع کند. براساس پژوهش‌های مختلف (Livingstone & Third, 2017: 666)، حضور و فعالیت در فضای مجازی بر یادگیری رسمی و غیررسمی، سلامت و رفاه، سواد رسانه‌ای، مشارکت سیاسی و مدنی، بازی و تفریح، هویت، احساس تعلق، روابط با همالان، خانواده و روابط بین‌نسلی، تاب‌آوری فردی و اجتماعی و سبک مصرف کودکان تأثیرگذار است.

### ۳. ماهیت «حق‌ها در فضای دیجیتال»

برخی حقوق‌دانان آن‌ها را صرفاً حقوق فردی می‌دانند. گروه دوم، از فردی بودن حق‌ها به‌سوی حق‌های جمعی یا حق‌های نسل سوم حرکت کرده‌اند. گروه سوم موضوع این حق‌ها را انسان‌ها نمی‌دانند، بلکه موضوع را داده یا اطلاعات در نظر می‌گیرند و در نتیجه، روش‌های مختلف مدیریت و نظارت فضای مجازی را در ارتباط با تولید داده‌ها درباره افراد یا تولید داده‌ها توسط خود آن‌ها را با رویکردی نظری و کاربردی بررسی می‌کنند (Livingstone & Third, 2017: 666).

درباره ماهیت «حق‌ها در فضای دیجیتال» می‌توان از منظری دیگر هم نگاه کرد که بتوان در فرایند این مقاله از آن بهره برد. از این دیدگاه، می‌توان بیشتر مصادیق «حق‌ها در فضای

دیجیتال» را حق آمیخته به تکلیف فرض کرد تا بتوان از شهروندی دیجیتال و تکالیف و مسئولیت‌های شهروندان نیز سخن گفت. به نظر می‌رسد حق محض دانستن «حق‌ها در فضای دیجیتال» تنها مدیریت این عرصه را برای دولت سخت می‌کند. هرچند تمتع و استیفای هر حق مشروعی، حق آحاد جامعه است، استیفای حق‌ها باید در چارچوب درستی محقق شود تا سایرین و جامعه از استیفای این حق‌ها صدمه نبینند.

#### ۴. مصادیق «حق‌ها در فضای دیجیتال»

آنچه تاکنون در متون حقوقی درباره «حق‌ها در فضای دیجیتال» دیده می‌شود، اغلب مصادیقی پراکنده از حق‌های فردی هستند که فارغ از ماهیت «حق‌ها در فضای دیجیتال» برشمرده‌اند. برخی از این مصادیق، لوازم تحقق «حق‌ها در فضای دیجیتال» یا به تعبیر هوفلد از «حق‌های برتر» هستند که تا وجود نداشته باشند، سایر حق‌ها بستر تحقق نخواهند یافت. حق‌هایی که در ذیل می‌آیند، از مصادیق «حق‌ها در فضای دیجیتال» نیستند، بلکه از لوازم مادی و معنوی تحقق حق‌های مذکور به‌شمار می‌روند:

##### - حق دسترسی به اینترنت

کمیته حقوق بشر سازمان ملل متحد این حق را در سال ۲۰۱۶ به رسمیت شناخت (Bulger *et al.*, 2017: 751) که شامل کیفیت خدمات، آزادی در انتخاب سکویهای نرم‌افزاری و استفاده از نرم‌افزار، اطمینان از شمول دیجیتال<sup>۱۳</sup> و بی‌طرفی و برابری و عادلانه بودن شبکه برای مصرف‌کنندگان است (Anonymous, 2014: 13)؛

- حق امنیت در اینترنت که شامل امنیت در برابر انجام جرائم و بدافزارهای اینترنتی است (Anonymous, 2014: 15)؛

- حق دسترسی به ابزارها و دستگاه‌های مورد نیاز برای اتصال به اینترنت (Redeker *et al.*, 2018: 311)؛

- حق آموزش در اینترنت و درباره آن شامل حق آموزش در اینترنت و آموزش درباره اینترنت و حقوق بشر (Anonymous, 2014: 20).

- حق دسترسی، استفاده و مدیریت برابر و بدون تبعیض اینترنت

- حقوق مصرف‌کننده (Anonymous, 2014: 25)؛

## - حق حریم خصوصی.

برخی (Roberts, 2015: 545; Albury, 2017: 716) حق حریم خصوصی را از مصادیق «حقها در فضای دیجیتال» نمی‌دانند و حتی استیفای آن را در تزامن با «حقها در فضای دیجیتال» دیده‌اند. بر این اساس، استیفای «حقها در فضای دیجیتال» قدرت مداخله را در اختیار دولت یا هر نهاد خصوصی یا دولتی قرار می‌دهد تا در امور شخصی افراد دخالت کنند و محافظت از شخصیت فرد در فضای مجازی، حق ناشناس ماندن، استفاده از رمزگذاری<sup>۱۴</sup> و آزادی از نظارت و افترا از مصادیق حق حریم خصوصی است (Anonymous, 2014: 18).

در مقابل، برخی (Bulger *et al.*, 2017: 752) درک از حق حریم خصوصی را تا حد استفاده خصوصی از رسانه‌ها و ابزارهای ارتباطی به‌ویژه تلفن‌های هوشمند متصل به اینترنت در اتاق خواب یا فرهنگ اتاق خواب<sup>۱۵</sup> توسعه داده و استیفای حق مشارکت برخط کودکان را شامل حفظ حریم خصوصی و محافظت در برابر مداخله سرپرستان کودک دانسته‌اند (Bulger *et al.*, 2017: 759). البته بهتر است فارغ از این اختلاف، حق حریم خصوصی را از لوازم تحقق «حقها در فضای دیجیتال» برشمرد؛ یعنی از لوازم استیفای تام و تمام «حقها در فضای دیجیتال»، محدودیت در دسترسی افراد به اطلاعات دیگران است.

- حق فراموش شدن<sup>۱۶</sup> یا حق ناشناس ماندن<sup>۱۷</sup>

برخی حق فراموش شدن را از مصادیق حق حریم خصوصی تلقی کرده‌اند، اما عده‌ای دیگر آن را حقی مستقل می‌دانند. البته به‌نظر می‌رسد این حق از مصادیق حق حریم خصوصی و با هدف توانمندسازی کودکان و بالغان باشد، زیرا اطلاعات شخصی موجود در اینترنت که در جهان قابلیت دسترسی و جست‌وجو دارد، به‌راحتی قابل حذف نیستند. بر همین اساس، در صورت جمع‌آوری داده‌ها براساس رضایت فرد، افراد می‌توانند برای حفظ شخصیت و شهرت خود، حذف اطلاعات شخصی خود را از تارنماها درخواست کنند. استثنائات این حق استیفای حق آزادی بیان و انجام پژوهش‌های علمی و تاریخی است (Macenaite, 2017: 770).

حکم دیوان عدالت اتحادیه اروپا در پرونده گوگل و اسپانیا نیز در این زمینه است که افراد حق دارند در شرایط خاص از موتورهای جست‌وجو بخواهند پیوندهای حاوی اطلاعات شخصی نادرست آن‌ها را حذف کنند. البته این حکم مباحث گسترده‌ای را به‌وجود آورده است، زیرا تأثیر منفی بر استیفای حق دسترسی به اطلاعات و حق آزادی بیان دارد.

استیفای این حق توسط کودکان ممکن است مشکلات بیشتری را ایجاد کند، زیرا با گذشت زمان، کودکی ناشناس ممکن است به شخصیتی رسمی و چهره عمومی بدل شود و در نتیجه، داده‌های او دیگر خصوصی (ارزش حذف دارد) نباشند و به منافع عمومی ارزشمند (ارزش حفظ دارد) تبدیل شوند (Macenaite, 2017: 770).

#### – حق حفظ و نگهداری داده‌ها یا محرمانگی داده‌ها

هرچند برخی (Roberts, 2015: 545) حق محرمانگی داده‌ها را مصداق «حق‌ها در فضای دیجیتال» نمی‌دانند، ولی می‌توان آن را در زمره «حق‌ها در فضای دیجیتال» یا حداقل حق حریم خصوصی یا از مظاهر آن در فضای دیجیتال فرض کرد. اما سایر مصادیق را می‌توان به سه دسته تقسیم کرد:

**الف) حقوق سیاسی:** «اختیار شخص برای شرکت در قوای عمومی و سازمان‌های دولتی است، مانند حق انتخاب کردن و انتخاب شدن در مجالس قانونگذاری و پذیرفتن تابعیت» (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۲۵۵). در متون موجود، حق مشارکت در فضای دیجیتال<sup>۱۸</sup> (Bulger *et al.*, 2017: 752)، حق تجمع و حق حضور یا عدم حضور در فضای مجازی<sup>۱۹</sup> (Alper & Goggin, 2017: 731) از مصادیق این حق در اینترنت برشمرده شده‌اند که حق مشارکت در انتخابات، حق بهره‌مندی از فضای اینترنت برای تبلیغات و رقابت‌های انتخابی و سایر موارد را هم می‌توان به آن افزود.

**ب) حقوق عمومی:** «حق عمومی مربوط به شخصیت انسان و ناظر بر روابط دولت و مردم است، مانند حق حیات» (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۲۵۵). مصادیق این حق در عرصه دیجیتال شامل موارد زیر است:

– **حق فرهنگی و کسب دانش در اینترنت** که شامل مواردی چون حق شرکت در زندگی فرهنگی جامعه، تنوع زبانی و فرهنگی، حق تکلم به زبان مادری، حق عدم محدودیت در دسترسی به دانش از طریق مجوزها و حق چاپ، حق کسب دانش عمومی و دسترسی آزاد و رایگان به نرم‌افزارها و وجود استانداردهای باز در این باره است (Anonymous, 2014: 20).

#### – حق قابلیت انتقال داده

کاربران اینترنت بر این اساس می‌توانند داده‌های شخصی خود را از یک ارائه‌دهنده خدمات به سرویس‌دهنده دیگر انتقال دهند. طبق دیدگاه کمیسیون اروپا، این حق باید به نفع

اشخاص و شرکت‌ها باشد، زیرا شرکت‌های نوپا و کوچک از این طریق می‌توانند به بازارهای داده تحت سلطه شرکت‌های بزرگ دیجیتال مانند فیس‌بوک دسترسی یابند و مصرف‌کنندگان بیشتری را با ارائه راهکارهای مناسب برای حفظ حریم خصوصی جذب کنند. این کار با ایجاد تنوع افراد را قادر می‌سازد تا سکوه‌های نرم‌افزاری را انتخاب کنند که حریم خصوصی آن‌ها را بیشتر حفظ می‌کند (Macenaite, 2017: 770).

#### - حق دسترسی به عموم مردم در فضای دیجیتال<sup>۲۰</sup>

این حق به‌عنوان یکی از مصادیق «حق‌ها در فضای دیجیتال»، به معنای «شنیده شدن و دیده شدن در فضای عمومی است که هرچند حقی جهانی نیست، استیفای آن به شرایط اجتماعی و اقتصادی وابسته است» (Albury, 2017: 722). البته از این حق تعبیر دیگری هم وجود دارد که در مورد کودکان با عنوان حق شنیده شدن آنان<sup>۲۱</sup> مطرح شده و از نظر ماهیت، با همدیگر متفاوت‌اند. منظور از این حق، مشورت گرفتن از کودکان در امور مربوط به خود اوست، مثل استفاده از عکس آن‌ها در پروفایل والدین یا نظارت بر آن‌ها در فضای مجازی.

- حق آزادی شامل انواع آزادی مانند آزادی مذهب، آزادی شرکت در مجامع و انجمن‌ها، آزادی بیان (Bulger&others, 2017: 752)، آزادی اعتراض آنلاین، آزادی و رهایی از سانسور، آزادی از سخنان نفرت‌انگیز و در نهایت آزادی رسانه‌هاست (Anonymous, 2014: 16).

- حق توسعه و پیشرفت در اینترنت شامل کاهش فقر، پیشرفت و رشد فردی و پایداری محیط زیست (Anonymous, 2014: 15).

- حق دسترسی آزاد به اطلاعات (Bulger et al., 2017: 752).

- حق حفاظت در برابر نظارت دولت<sup>۲۲</sup> (Anonymous, 2014: 16).

- حق دسترسی به امکانات و ابزار اینترنتی برای اداره امور زندگی مانند امور بانکی (Anonymous, 2014: 16).

#### - حق عدالت داده<sup>۲۳</sup>

هرچند نظریه‌پردازان عدالت داده، مخالف طرح آن در قالب حق هستند (Taylor, 2017: 7)، اما به‌عنوان یکی از مصادیق «حق‌ها در فضای دیجیتال» مطرح شد تا امکان بررسی آن فراهم شود. عدالت داده با برخی مشکلات پیچیده چندبعدی مانند عدالت اقلیم، تروریسم و فقر مرتبط است که به‌عنوان مشکلات فوق‌شورور شناخته می‌شوند. توضیح مفهوم عدالت داده از

سه طریق زیر ممکن است: نخست، کاربرد داده‌ها برای حاکمیتی که حامی عدم موازنه قدرت است؛ دوم، روش‌هایی که داده- فناوری‌ها با نمایش بیشتر فقر زمینه گسترش عدالت توزیعی را فراهم می‌کنند؛ سوم، نحوه نظارت بر داده‌ها که بر عملکرد سازمان‌های خواهان عدالت اجتماعی مؤثرند (Taylor, 2017: 6).

هدف عدالت داده، طراحی پایگاه داده مبتنی بر اصول ضد تبعیض، نحوه انتشار داده برای دستیابی به ارتباط، مشارکت و حضور عادلانه‌تر و عدم انتشار داده‌ها برای حمایت از فعالیت‌های سازمان‌هایی است که در پی تحقق عدالت اجتماعی‌اند (Taylor, 2017: 8). عدالت داده دارای سه رکن اساسی در دیدرس بودن، استفاده یا عدم استفاده از فناوری و مقابله با تبعیض مبتنی بر داده است که رکن نخست با حریم خصوصی و حضور در فضای مجازی در ارتباط است؛ رکن دوم با حمایت از رشد و پیشرفت انسان و امکان دسترسی به فناوری اطلاعاتی و ارتباطاتی، توسعه فناوری‌های تولید داده و تجزیه و تحلیل و آزادی‌های مرتبط به این حوزه مانند آزادی در استفاده یا عدم استفاده از برخی فناوری‌ها و تبدیل شدن به بخشی از پایگاه داده‌های تجاری به‌عنوان محصول جانبی در فرایند توسعه مربوط است؛ رکن سوم (عدم تبعیض) از دو بخش قدرت شناسایی و به چالش کشیدن سوگیری در استفاده از داده‌ها و آزادی از تبعیض تشکیل شده است (Taylor, 2017: 9-10).

- حق اشتغال در اینترنت شامل احترام به حقوق کارگران، دسترسی به اینترنت در محل کار و اشتغال در اینترنت و کسب درآمد از طریق آن (Anonymous, 2014: 24).
- حق مشارکت آنلاین در امور عمومی شامل حق دسترسی برابر به خدمات الکترونیک و حق بهره‌مندی از دولت الکترونیک (Anonymous, 2014: 24).
- حق سلامت و بهره‌مندی از خدمات اجتماعی بر خط که تنها مصداق آن را دسترسی به محتوای حوزه سلامت دانسته‌اند (Anonymous, 2014: 25). البته ابعاد حق سلامت در ارتباط با فضای مجازی بسیار گسترده‌تر است.
- حق جبران خسارت و دادرسی عادلانه برای اقدامات در اینترنت شامل حق جبران خسارت، حق محاکمه عادلانه و حق رعایت تشریفات قانونی (Anonymous, 2014: 25).

- حق برخورداری از برقراری نظم اینترنتی در عرصه اجتماعی و بین‌المللی شامل حاکمیت اینترنت برای استیفا و تحقق حقوق بشر، لزوم چندزبانی و کثرت‌گرایی در اینترنت و مشارکت مؤثر در حاکمیت بر اینترنت (Anonymous, 2014: 26).

ج) حقوق خصوصی: «اختیاری است که هر شخص در برابر دیگران دارد، مانند حق حاکمیت» (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۲۵۶). حق کنترل داده‌های شخصی و خودتعیینی<sup>۲۴</sup> و حق ابراز تمایلات جنسی<sup>۲۵</sup> در زمره این گروه هستند. بر همین مبنا، برخی دامنه «حق‌ها در فضای دیجیتال» را به ابراز تمایلات جنسی یا بازنمایی جنسی خود<sup>۲۶</sup> یا خودنمایی جنسی یا عرضه جنسی (اعم از فردی و جمعی) در فضای مجازی یا دیده شدن جنسی<sup>۲۷</sup> نیز گسترده‌اند و در عین حال، از حفظ حریم خصوصی افراد در مسائل جنسی سخن می‌گویند (Albury, 2017: 718). نمونه بارز این «بازنمایی جنسی خود» با عنوان «sexting» شناخته می‌شود که به معنای تبادل عکس‌ها و پیام‌هایی با محتوای جنسی در گوشی‌های هوشمند یا سکویهای نرم‌افزاری است (Albury, 2017: 719) که در ایران نیز از آن به «سکس چت یا رابطه جنسی مجازی» تعبیر می‌شود. از منظر حامیان ملاحظه حق ابراز تمایلات جنسی به‌عنوان «حق‌ها در فضای دیجیتال»، این بازنمایی جنسی با انتقادهایی در جامعه روبه‌رو می‌شود که مانع استیفا آن‌ها می‌شوند؛ به بیان دقیق‌تر، «حق مشارکت زنان جوان در زندگی دیجیتال و ایفای نقش در فضای دیجیتال، به دلیل احتمال قرار گرفتن در معرض خطر، از بین رفته و از بین می‌رود. تنها راهکار دفاعی در برابر این هجمه عمومی، عقب‌نشینی و پرهیز از اظهار تمایلات جنسی در فضای دیجیتال است. زنان و دختران جوان در چارچوب‌های کنونی آموزش، به‌عنوان شهروندان جنسی (یا دیجیتال) که دارای حقوق و تکالیف هستند، خطاب نمی‌شوند، بلکه به‌عنوان افراد «در معرض خطر» معرفی می‌شوند که از «عواقب» اجتناب‌ناپذیر اعمال خود بی‌اطلاع‌اند» (Albury, 2017: 719).

این دیدگاه با آنچه به‌عنوان حق جنسی یا حق سلامت جنسی در اسناد بین‌المللی تعریف شده است، تعارض جدی دارد، زیرا «در اسناد بین‌المللی حق سلامت جنسی به معنای حفاظت از فرد در برابر هر گونه سوءاستفاده و بهره‌کشی جنسی در خانواده یا خارج از آن و برخورداری از آموزش‌های مناسب در ارتباط با استیفای حق جنسی و حق فرزندآوری است» (Alper & Goggin, 2017: 733).

از این دیدگاه، با اینکه فضای دیجیتال فرصت‌های جدیدی را برای مشارکت جنسی فردی و جمعی و ابراز صمیمیت فراهم می‌کند، اما دامنه وسیعی از تهدیدها در آن مانند ارتباط‌های موازی و سوءاستفاده از تصاویر به اشتراک گذاشته شده است، نه تنها برای تخریب وجهه فرد، بلکه برای تضعیف مدیریت وی بر خود و امور مربوط به خود وجود دارند. این موارد پارادوکس‌های ناشی از تحول هنجارهای اجتماعی‌اند که فرهنگ‌های جنسی نوظهور را در عصر دیجیتال احاطه کرده‌اند (Alper & Goggin, 2017: 721). البته غیر از این مصادیق مرسوم می‌توان به مصادیق دیگری هم اشاره کرد که شاید در ابتدا جزو مصادیق آن به حساب نیایند، اما در واقع از مصادیق آن خواهند بود. در این مرحله، به برخی مصادیق این حق برای کودکان اشاره می‌شود که شامل «حق بهره‌مندی از اینترنت، حق عدم سوءاستفاده از کودکان و حق شنیدن نظرهای آنان» (Anonymous, 2014: 22) و حق محافظت از کودک است. البته حق هویت، حق بازی و حق تفریح و سرگرمی برای کودکان و حق دانستن برای افراد بالغ و کودکان نیز در فضای مجازی مطرح است که در اینجا فقط به یکی از مصادیق مهم آن اشاره می‌شود.

#### – حق محافظت از کودک<sup>۲۸</sup>

پیش از پرداختن به مفهوم حق محافظت برخی اصطلاحات توضیح داده می‌شود. اصطلاح نظارت بر داده‌ها<sup>۲۹</sup> به جمع‌آوری اطلاعات در شکل داده اشاره دارد که هم‌اکنون با توجه به سطح دانش و رضایت افراد، به‌طور مکرر با استفاده از فناوری‌های دیجیتال انجام می‌گیرد. انواع این جمع‌آوری به حسب فرد جمع‌آوری‌کننده می‌تواند شامل این موارد باشد: نخست، خود افراد، نظارت داوطلبانه را با استفاده از دستگاه‌ها و نرم‌افزارهای ردیابی انتخاب کنند؛ دوم، «نظارت صمیمانه» یا نظارت بر سایر افراد که روابط نزدیک شخصی (مانند اعضای خانواده و زوجین) با آنان دارند؛ سوم، افراد با حضور در رسانه‌های اجتماعی و بارگذاری مشخصات و تصاویر شخصی خود (ایجاد پروفایل<sup>۳۰</sup>) در سکویهای نرم‌افزاری مانند فیس‌بوک، توییتر، یوتیوب، لینکدین، تامبلر، اینستاگرام و غیره دیگران را به تماشای آن‌ها دعوت می‌کنند که این نظارت توافقی و متقابل را «نظارت اجتماعی یا مشارکتی» نامیده‌اند (Lupton & Williamson, 2017: 781).

کودکان نیز موضوع روش‌های متکثر نظارت دیجیتالی<sup>۳۱</sup> هستند که جزئیات زندگی آن‌ها را ثبت می‌کنند. هرچند امکان مشارکت کودکان در این فرایندها وجود دارد، در بیشتر مواقع،



والدین و سایر مراقبان و اعضای خانواده، دوستان، معلمان و ارائه‌دهندگان خدمات بهداشتی، بلکه نهادهای تجاری این کار را از طرف آن‌ها انجام می‌دهند تا از اطلاعات شخصی کودکان استفاده کنند. در نتیجه، کودکان بیش از پیش، از طریق فناوری‌هایی مانند تلفن همراه، دستگاه‌های پوشیدنی، رسانه‌های اجتماعی و نرم‌افزارهای آموزشی وارد فرایند داده‌نگاری می‌شوند. داده‌های جمع‌آوری‌شده در این فناوری‌ها اغلب برای نظارت بر داده‌ها یا نظارت و ارزیابی کودکان توسط خود آن‌ها یا دیگران استفاده می‌شوند که ممکن است شامل ضبط و ارزیابی جزئیات ظاهری، رشد، سلامت، روابط اجتماعی، خلق‌وخو، رفتار، موفقیت‌های تحصیلی و سایر موارد باشد (Lupton & Williamson, 2017: 781).

مخاطرات نظارت دیجیتالی بر داده‌ها شامل سوءاستفاده تجاری یا غیرتجاری از داده‌های مربوط به کودکان و نقض حق‌های کودکان در خلال جمع‌آوری و استفاده دیگران از داده‌های مربوط به آن‌ها و نقض حریم خصوصی و امنیت داده‌هاست (Lupton & Williamson, 2017: 781). ممنوعیت نظارت دیجیتالی بر کودکان می‌تواند کاربرد تبلیغات برخط متنی<sup>۳۳</sup> را به‌جای تبلیغات برخط رفتاری<sup>۳۴</sup> در پایگاه‌های اینترنتی مخاطب کودکان تقویت کند (Macenaite, 2017: 771). البته الزام به شناسایی کودکان به‌منظور حذف کامل آن‌ها از هر گونه هدف‌گیری رفتاری<sup>۳۵</sup>، ممکن است به جمع‌آوری بیش از حد داده‌ها از بزرگسالان منجر شود که به‌جای محافظت از حریم خصوصی و ناشناس ماندن شخص در اینترنت، می‌تواند حریم خصوصی وی را تهدید کند و مانع ناشناس ماندن او در اینترنت شود (Macenaite, 2017: 771-772).

حق حفاظت از کودک تکالیفی را بر دوش افراد قرار می‌دهد: افراد کنترل‌کننده داده‌ها، تکلیف سلبی ممانعت از جمع‌آوری غیرقانونی داده‌ها را بر دوش دارند و والدین نیز تکلیف ایجابی شرکت در فعالیت‌هایی را دارند که استیفای حقوق اساسی فرزند آنان را تضمین می‌کند، زیرا توانمندسازی بی‌شک بهترین نوع حمایت است. تمامی این موارد برای بزرگسالان هم قابل تصور است، اما سخن گفتن از کودکان بدان‌سبب اهمیت دارد که نقش والدین در تربیت شهروندان دیجیتال بسیار مهم است.

## ۵. صاحبان و متعهدان «حق‌ها در فضای دیجیتال»

هر گاه از حقی سخن به میان می‌آید، باید از صاحبان این حق هم سخن گفت. با توجه به متون حقوقی موجود که از «حق‌ها در فضای دیجیتال» برای کودکان یا افراد ناتوان سخن

گفته‌اند، می‌توان دریافت از منظر حقوق کشورهای غربی همه افراد حتی کودکان نیز در این زمینه دارای حق هستند، اما جنس مصادیق حق‌های کودکان یا ناتوانان با حق‌های دیگران متفاوت است؛ درحالی‌که دامنه مصادیق سایر افراد بسیار گسترده‌تر از این است.

اگر کودکان صاحب حق دیجیتال فرض شوند، طبیعتاً موضوع مدیریت حق‌ها در فضای دیجیتال برای کودکان قابل طرح نیست، مگر آنکه بتوانند در فضای مجازی به تولید محتوا یا موارد مشابه اقدام کنند. البته طبق نظریه اراده-انتخاب کودکان نمی‌توانند صاحب حق باشند، زیرا بالغ نیستند.

اگر صاحبان این حق افراد بالغ دانسته شوند، دامنه این حق می‌تواند گسترده‌تر باشد و در عین حال، برخی حق‌ها مثل حق بازی را در بر نمی‌گیرد. علاوه بر ملاحظه اشخاص حقیقی به‌عنوان صاحب حق، می‌توان اشخاص حقوقی را نیز صاحب حق دیجیتال دانست، به‌ویژه در موضوع مدیریت حق‌ها در فضای دیجیتال که امتیاز تولید یک اثر هنری یا علمی در اختیار یک شرکت است.

براساس فقه امامیه و حقوق ایران می‌توان همه افراد حتی کودکان را صاحب «حق‌ها در فضای دیجیتال» دانست، زیرا کودکان حتی پیش از تولد دارای هویت دیجیتال شده‌اند و صرفاً باید میان اهلیت تمتع و اهلیت استیفا تفاوت گذاشت و برای استیفا برخی حق‌ها شرط بلوغ و عقل را ملاحظه کرد.

با توجه به دامنه حق‌ها می‌توان متعهدان متفاوتی را برای آن تعیین کرد. دولت در بیشتر مصادیق طرف حق است، زیرا استیفا آن‌ها نیازمند اقدامات دولت است. در برخی مصادیق مربوط به کودکان می‌توان از والدین به‌عنوان متعهد حق در کنار دولت یاد کرد. البته آنان (Anonymous, 2014: 26) که این حق را در زمره حقوق بشر می‌دانند، از تکالیف افراد و صاحبان قدرت سخن گفته‌اند و تکالیف افراد را صرفاً احترام به حقوق دیگران و تکالیف صاحبان قدرت را ممانعت از تجاوز به این حقوق، احترام، حمایت و تحقق آن‌ها دانسته‌اند.

## ۶. نقش استیفا «حق‌ها در فضای دیجیتال» در تربیت شهروند دیجیتال

شهروندی دیجیتال<sup>۳۴</sup> از مباحث میان‌رشته‌ای است که برخی آن را رفتار مناسب، هنجاری و مسئولانه در بهره‌گیری از فناوری و دارای ابعاد سه‌گانه آموزش اصول سواد رسانه‌ای، توانایی پیشگیری از مخاطرات فضای مجازی یا سایبر و توانمندسازی فعالانه افراد برای ایجاد تغییرات

مثبت در جهان برخط پیش‌رو (Güven, 2018: 32) یا توانایی تولید محتوای مفید در بستر سکوی‌های نرم‌افزاری برای دیگران می‌دانند (Güven, 2018: 27)؛ برخی دیگر آن را روش‌های بهره‌گیری مردم از فناوری‌های دیجیتال برای مشارکت اجتماعی یا رسمیت یافتن و قانونی شدن حق‌های خاص خود توصیف می‌کنند؛ بعضی دیگر آن را مرتبط با نظارت و حاکمیت بر داده‌های مربوط به شهروندان می‌دانند (Barassi, 2018: 171). همچنین برخی آن را روشی برای آموزش جوانان در استفاده درست از فناوری می‌دانند و به ویژگی چالش‌برانگیز آن یعنی درک صحیح از استفاده درست یا نادرست و سوءاستفاده از فناوری و همچنین هنجارهای رفتاری مناسب، مسئولانه و اخلاقی مربوط به حق‌ها، نقش‌ها، هویت، امنیت و ارتباط‌های برخط اشاره می‌کنند (Güven, 2018: 64).

آموزش ایده‌آل شهروندی دیجیتال شامل آموزش مدارا و احترام، تمرکز بر منافع عمومی و تأکید بر عدالت اجتماعی است و صرف پرهیز از آسیب کافی نیست (Güven, 2018: 65) و قواعد مؤثر شهروندی دیجیتال، ضمن تعیین حدود فعالیت در فضای مجازی، توانمندسازی افراد را برای محیط برخطی در پی دارد که در آن زندگی می‌کنند (Güven, 2018: 66). بر همین اساس، آموزش استفاده مسئولانه از فناوری‌ها باید از دوران مدرسه آغاز شود، زیرا شاید دیگر موقعیتی برای دانش‌آموزان فراهم نباشد که این قواعد را بیاموزند. هدف از آموزش قواعد شهروندی دیجیتال، درک مسئولیت‌ها و فرصت‌هایی است که در فضای برخط وجود دارند. شهروندی دیجیتال از دو منظر برای هر فرد قابل تصور است: نخست، داده‌هایی که سازمان‌های دولتی و احیاناً خصوصی از فرد به‌صورت الکترونیک ثبت و نگهداری می‌کنند و داده‌هایی که خود فرد در ارتباط با اطلاعات شخصی خود در پایگاه‌ها یا در فضای مجازی ثبت می‌کند یا والدین در مورد کودکان به‌عنوان شهروندان دیجیتال آتی، در پایگاه‌ها یا در فضای مجازی ثبت می‌کنند.

در مجموع، داده‌های موجود می‌تواند مربوط به ابعاد مختلف زندگی خانوادگی از حضور و فعالیت‌های وب‌گردی تا وضعیت مالی فرد و اطلاعات مالیاتی، ثبت آرای الکترونیک، داده‌های مربوط به خرید مصرف‌کننده یا فروش اموال، اطلاعات بانکی، مذهب، نژاد، روابط میان‌فردی، دیدگاه‌های سیاسی، تمایلات جنسی، برنامه‌های زندگی، عقاید او درباره دیگران، احساسات او مانند ترس، شوق و اشتیاق، تعداد دفعات خودکشی، اعتیاد فرد به قمار یا مواد مخدر یا قربانی

تجاوز جنسی بودن فرد و سایر جزئیات تعاملات روزمره باشد ( Roberts, Barassi, 2018: 173; Roberts, 2015: 544). به‌طور خلاصه، تلفن و فراداده‌های اینترنتی ممکن است اطلاعات بیشتری را در مورد ما، نسبت به دانسته‌های نزدیک‌ترین افراد به ما آشکار کند (Roberts, 2015: 544).

شاید در ابتدا برخی از این داده‌ها با عنوان داده‌های مربوط به مصرف‌کنندگان ثبت یا جمع‌آوری شوند، اما باید دانست هنگامی که از مذهب یا قومیت یا سایر اطلاعات مشابه فرد صحبت می‌شود، به‌جای صحبت از حق‌های مصرف‌کننده باید از حق‌های شهروندی وی سخن گفت (Barassi, 2018: 173). البته مسئله اساسی حفظ و نگهداری این داده‌های محرمانه و خصوصی و در عین حال به اشتراک گذاشته‌شده هر فرد نیست، بلکه مسئله اساسی درباره نحوه گردآوری و تأثیرگذاری این داده‌ها بر زندگی شخصی افراد از طریق تجزیه و تحلیل‌ها و ارزیابی‌های بعدی است که توسط افراد دیگر صورت می‌گیرد تا برای نمونه، برخی ویژگی‌های فرد را پیش‌بینی کنند. اگرچه این تحلیل‌ها و پیش‌بینی‌های بعدی مبتنی بر آن، عملکرد هوش مصنوعی معرفی می‌شوند که ماشین‌ها را قادر می‌سازد تا داده‌های مختلف را از پایگاه‌های متفاوت گرد هم آورند و الگوهای فردی را ثبت کنند، باید دانست که تعاملات دیجیتالی روزمره ما اغلب توسط افرادی ثبت و پیگیری می‌شود که سعی می‌کنند رفتارهای دیگران را براساس پروفایل برخط خود آنان «بخوانند»، «نمایه کنند» و «پیش‌بینی» کنند (Barassi, 2018: 173).

در دنیای دیجیتال کنونی، دادن فرصت آگاهی و دانستن به افراد یک جامعه از کودک تا بزرگسال می‌تواند مرحله مهمی از اجتماعی شدن و آماده شدن برای شهروندی مسئولیت‌پذیرانه باشد. طبیعتاً این فرصت برای کودک بسیار حیاتی‌تر از بزرگسال است، زیرا این فرض در کودکان بهتر به ثمر می‌نشیند تا بزرگسالان. بر همین اساس، کارتر<sup>۳۵</sup> معتقد است که رفاه کودک به توانایی او در استیفای حق‌های ارتباطی و اطلاعاتی به‌عنوان یکی از انواع حقوق بشر بستگی دارد. در عصر کنونی دیجیتال، اعطای فرصت به کودکان برای داشتن نگاه انتقادی و فعالانه به جهان، بخش مهمی از فرایند شکل‌گیری شهروندی است. همچنین باکینگهام<sup>۳۷</sup> بیان می‌کند رسانه‌ها در روند شکل‌گیری سیاسی جوامع مدرن نقش اساسی دارند و سواد رسانه‌ای می‌تواند جایگاه بسیار مهمی در تحقق شهروندی آتی داشته باشد. شهروندی ریشه در فرهنگ‌های مدنی دارد که فراتر از اندیشه‌های سنتی سیاسی و مشارکت، محاط به فضای دیجیتال است و با آن پرورش می‌یابد (Schofield Clark & Brites, 2018: 85). دلیل این

مسئله هم بسیار ساده است، زیرا اینترنت و ابزارهای مرتبط با آن از ضروریات مشارکت افراد در امور مدنی در آینده نزدیک خواهد بود. همچنین به رسمیت شناختن حقوق افراد نقش بسیار مهمی در مشارکت سیاسی و اجتماعی افراد دارد. بنابراین، اگر حقوق افراد به رسمیت شناخته نشود و آنان نیز بر این باور باشند که حقوق آنها در جامعه فاقد ارزش و اهمیت است، بعید است که در مسائل اجتماعی و سیاسی جامعه خود مشارکت کنند؛ بنابراین، شهروندی دیجیتال، دوسویه‌ای میان شناسایی و استیفای «حق‌ها در فضای دیجیتال» و تکالیف شهروندان در اینترنت و رسانه‌های اجتماعی است. آنچه در این مجال می‌تواند راهگشا باشد، استیفای صحیح و شایسته حق‌های مذکور است، زیرا صرف سخن گفتن از تمتع افراد در فضای مجازی در صورتی تحقق‌پذیر است که فرد آگاهی لازم از حق‌ها و تکالیف خود داشته باشد و در بستر آموزش باید هم از حق‌ها سخن گفت و هم از تکالیف. پس تبیین درست «حق‌ها در فضای دیجیتال» و در پی آن مسئولیت‌های شهروندی هر فرد در فضای مجازی مرحله مقدماتی تحقق شهروندی دیجیتال است.

#### ۷. نقش استیفای «حق‌ها در فضای دیجیتال» در تحقق دولت الکترونیک

با مروری بر مفهوم دولت الکترونیک و لوازم استقرار آن می‌توان گفت که تحقق دولت الکترونیک خود نیز نقش مؤثری در مشارکت افراد دارد و نیز یکی از ارکان دولت الکترونیک، وجود شهروندان آگاه و عالم به حق‌های خود و فناوری‌هاست. هرچند در نگاه نخست، دولت الکترونیک به معنای به‌کارگیری فناوری‌های اطلاعاتی و ارتباطی برای تسهیل ارتباط میان شهروندان، سیاستمداران، سازمان‌ها، کارآفرینان و سایرین برای تحقق زندگی مدنی است، اما دامنه تعاریف ارائه‌شده از سوی بانک جهانی، یونسکو، شورای اروپا و غیره گسترده‌تر و اختلافی است. برخی دولت الکترونیک را استفاده از فناوری اطلاعات برای پشتیبانی از فعالیت‌های دولت، تعامل شهروندان و ارائه خدمات دولتی دانسته‌اند و شورای اروپا آن را استفاده از فناوری‌های اطلاعاتی و ارتباطی در ادارات دولتی همراه با تغییرات سازمانی و مهارت‌های جدید به‌منظور بهبود خدمات عمومی، فرایندهای دموکراتیک و پشتیبانی از سیاست‌های عمومی می‌دانند و بانک جهانی منظور از آن را استفاده دولت از فناوری‌های اطلاعاتی (مانند شبکه‌های اینترنت و تلفن همراه) برای تعامل میان شهروندان، بازرگانان و

سایر بازوهای دولت به حساب آورده و پیامدهایی چون ارائه بهتر خدمات دولتی به شهروندان، تعاملات بهتر با تجارت و صنعت، توانمندسازی شهروندان از طریق دسترسی به اطلاعات یا مدیریت کارآمدتر دولت را برای آن برشمرده‌اند. همچنین منافع آن را فساد کمتر، افزایش شفافیت، راحتی بیشتر، بازدهی بیشتر و کاهش هزینه‌ها معرفی می‌کنند (Robertson & Vatrapu, 2010: 319) یا یونسکو آن را استفاده بخش دولتی از فناوری‌های اطلاعاتی و ارتباطاتی با هدف بهبود ارائه خدمات و اطلاعات، تشویق به مشارکت شهروندان در فرایند تصمیم‌گیری و پاسخگویی، شفافیت و کارایی بیشتر دولت می‌داند (Gil-Garcia et al., 2018: 634). بیشتر این تعاریف بر محور استفاده از فناوری و پیامدها و منافع آن تأکید دارند.

دولت دیجیتال به منزله یک پدیده شامل سبک‌های جدید حکمرانی، فرایندهای جدید تصمیم‌گیری، روش‌های متفاوت سازماندهی و ارائه خدمات و بیان مفاهیم جدید شهروندی است (Gil-Garcia et al., 2018: 634). براساس تعاریف مذکور می‌توان گفت که دولت الکترونیک، در پی تحقق دموکراسی است که پیش‌شرط اساسی آن استیفای «حق‌ها در فضای دیجیتال» است که می‌تواند نقش مؤثر در تربیت شهروندان دیجیتال داشته باشد. بنابراین، چالش تحقق دموکراسی دیجیتال در حقوق عمومی تنها در صورتی برطرف خواهد شد که در ابتدا استیفای حق‌های دیجیتال و سپس تربیت شهروندان دیجیتال تضمین شوند. چالش دیگر در این زمینه، چالش دموکراسی‌های پاسخگوست که فضای مجازی به سبب توسعه و گسترش سریع خود آن‌ها را پدید آورده است. در این چالش، استیفای «حق‌ها در فضای دیجیتال» جایگاه بسیار مهمی دارد، زیرا از لوازم حیاتی مطالبه‌گری مردم در عصر دیجیتال و بروز و ظهور دولت دیجیتال به‌شمار می‌رود. از سوی دیگر، از لوازم تحقق دولت الکترونیک و سپس دولت دیجیتال، تحقق شهروندی دیجیتال و انجام مسئولانه تکالیف شهروندی در این عصر است. دوسویه شهروندی دیجیتال و دولت الکترونیک در صورتی محقق خواهد شد که استیفای «حق‌ها در فضای دیجیتال» توسط شهروندان میسر شود، زیرا تا بستر فراهم نباشد، اساساً شهروندی دیجیتال و دولت الکترونیک نیز محقق نخواهد شد.

با توجه به سرعت روزافزون رشد و توسعه فناوری‌های ارتباطی و اطلاعاتی، دیجیتالی شدن تمام ابعاد مختلف حکمرانی امری نه‌تنها بعید نیست، چه‌بسا مشروعیت حکومت‌ها به آن وابسته باشد. بنابراین، حکمرانی دیجیتال برای تحقق خود باید ابتدا شرایط لازم را برای

استیفای «حق‌ها در فضای دیجیتال» فراهم آورد و سپس بر تکالیف شهروندان به‌عنوان شهروندان دیجیتال تمرکز یابد و پس از آن دولت الکترونیک و سپس، دولت دیجیتال را برای محدوده مرزی خود ترسیم کند.

براساس آنچه بیان شد، باید افزود که هدف از دولت الکترونیک برقراری عدالت در ارائه خدمات است که از مقدمات آن شناسایی و استیفای «حق‌ها در فضای دیجیتال» است، زیرا زمینه گسترش عدالت را فراهم می‌آورد. دلیل این امر این است که استیفای «حق‌ها در فضای دیجیتال» بر سه رکن اساسی بهره‌مندی حداکثری، آگاهی‌بخشی و مهارت‌آموزی مبتنی است. عدالت سیاسی از انواع عدالت و نتیجه آن مشارکت مدنی و سیاسی است که در بستر اینترنت و رسانه‌های اجتماعی قابلیت تحقق دارد. برای تحقق عدالت سیاسی در اینترنت نیز لازم است ابتدا زمینه استیفای «حق‌ها در فضای دیجیتال» را فراهم آورد تا مشارکت مدنی و سیاسی نیز افزایش یابد.



شکل ۱. مدل نحوه تأثیرگذاری استیفای «حق‌ها در فضای دیجیتال» بر تحقق شهروندی دیجیتال و دولت الکترونیک

## نتیجه‌گیری

با پیشرفت فناوری مسائل نوینی در علوم مختلف مطرح می‌شود و چالش‌های جدیدی پیش روی جامعه و حکومت قرار می‌گیرد. یکی از مباحث جدید، «حق‌ها در فضای دیجیتال»، مفهوم، ماهیت و مصادیق آن است. توضیح معنا، ماهیت و تعیین مصادیق حق دیجیتال می‌تواند مسیر دستیابی به شهروندی دیجیتال و در نهایت دولت الکترونیک را معلوم کند. یکی از چالش‌هایی که فناوری‌های اطلاعاتی و ارتباطی پیش روی حقوق عمومی قرار می‌دهد، چالش

تحقق مشارکت سیاسی و مدنی بر بستر این فناوری‌هاست که با استیفای «حق‌ها در فضای دیجیتال»، تربیت شهروند دیجیتال و در نهایت تحقق دولت الکترونیک ارتباط مستقیم دارد.

«حق‌ها در فضای دیجیتال» حق‌هایی هستند که به‌واسطه بستر تحقق خود در اینترنت و سکوی‌های نرم‌افزاری ممتاز شده‌اند و از آنجا که فضای مجازی به موازات دنیای واقعی وجود دارد، همان حق‌های دنیای واقعی در فضای مجازی نیز قابل تصورند، همچنین دارای ابعاد جدیدی است که فناوری برای آن به ارمغان آورده است. ماهیت بیشتر مصادیق «حق‌ها در فضای دیجیتال» نیز حق آمیخته به تکلیف است، زیرا استیفای این حق‌ها یک پیش‌نیاز اساسی دارد که آن هم آگاهی و دانش است. مصادیق بی‌شماری هم برای آن برشمرده است که اغلب بدون پشتوانه‌اند و برخی نیز مشروعیت ندارند. برخی مصادیق برشمرده شده، از لوازم تحقق و استیفای این حق‌ها و بعضی نیز از مصادیق حق‌های سیاسی، عمومی و در نهایت خصوصی‌اند.

شناسایی و استیفای «حق‌ها در فضای دیجیتال»، شهروندی دیجیتال و دولت الکترونیک در شاهره «کاربر» به هم می‌پیوندند. کاربری می‌تواند شهروند دیجیتال باشد که نسبت به «حق‌های خود در فضای دیجیتال» آگاه باشد و بر همین اساس نیز در دولت الکترونیک بر نیازهای او تأکید می‌شود. بر همین مبنا، در دو حوزه قانونگذاری و سیاستگذاری باید اقدامات مناسبی صورت گیرد. تصویب قانون خوب و کاربرمحور (براساس حق‌ها و نیازهای کاربران فضای مجازی) و شناسایی تمام آسیب‌ها و نقاط قوت و ضعف فضای مجازی ضروری است، زیرا تا شناسایی موضوع صورت نگیرد، صدور حکم یا به عبارتی تصویب قوانین برای آن منطقی نخواهد بود. دوم، در عرصه سیاستگذاری نیز اتخاذ بسته‌های سیاستی مناسب لازم است تا افراد جامعه بتوانند همگام با این سیاست‌ها درباره حضور و فعالیت در فضای مجازی توانمند شوند و به توانمندسازی سایر اعضای خانواده نیز کمک کنند. بنابراین، هدف از تصویب قوانین و سیاستگذاری باید آگاهی‌بخشی و توانمندسازی کاربران یا توسعه مهارت‌های دیجیتال، قاعده‌مند کردن فضای مجازی، یکپارچه‌سازی ارائه خدمات به کاربران، افزایش شفافیت در حوزه فضای مجازی، افزایش مشارکت عمومی در فضای مجازی از طریق استیفای «حق‌ها در فضای دیجیتال» و شهروندی دیجیتال، تعیین اصول و ارزش‌های حاکم بر فضای مجازی و تعیین اصول حکمرانی مجازی جمهوری اسلامی ایران و غیره باشد.



## یادداشت‌ها

### 1. Digital Rights.

به پیشنهاد هیأت تحریریه محترم و ارجمند مجله، برای ترجمه بهتر این واژگان به جای عبارت «حقوق دیجیتال» از عبارت «حق‌ها در فضای دیجیتال» در این مقاله استفاده شده است.

### 2. Digital Rights Management(DRM).

### 3. Digital human rights.

۴. «مدیریت حق‌ها در فضای دیجیتال» فناوری مبتنی بر رمزنگاری است و مانع کپی کردن یک فایل از رایانه‌ای به رایانه دیگر می‌شود. روش دیگر هم این است که فایل‌های منتقل شده غیرقابل خواندن شود یا دیگر ارزشی برای فرد دریافت‌کننده نداشته باشد. رمزنگاری و مخلوط کردن اطلاعات سبب می‌شود که اطلاعات دیگر قابل تشخیص نباشند (Kumik, 2001: 21).

۵. برای مطالعه بیشتر ر.ک:

<https://www.apc.org/en/news/coconet-what-are-digital-rights>

### 6. Communication and media rights.

### 7. DMCA.

### 8. The African Declaration on Internet Rights and Freedoms.

### 9. Declaration of Internet Governance Principles.

### 10. The Charter of Digital Rights.

### 11. Charter of Digital Fundamental Rights of the European Union.

### 12. General Data Protection Regulation.

### 13. Digital inclusion.

### 14. The right to use encryption.

### 15. Bedroom culture.

### 16. The right to be forgotten.

### 17. The right to anonymity.

### 18. Rights to digital participation.

### 19. Digital inclusion and exclusion.

### 20. Right to access digital publics.

### 21. The right of children to be heard.

### 22. Right to explicit protection from government surveillance.

### 23. Data justice.

### 24. The right to data control and self determination.

### 25. Rights to sexual expression

### 26. Sexual self-representation.

### 27. Sexual visibility.

### 28. Rights of protection.

### 29. Dataveillance.

۳۰. ایجاد پروفایل (profiling) به معنای هر گونه فعالیت پردازش خودکار داده شامل (الف) پردازش خودکار

داده‌های شخصی و (ب) استفاده از این داده‌های شخصی برای ارزیابی برخی از ابعاد شخصیتی یک فرد مانند علایق شخصی، رفتار و مکان اوست (Macenaite, 2017: 771).

### 31. Digitized surveillance practices.

### 32. Contextual advertising.

- 
33. Behavioral advertising.
  34. Behavioral Targeting.
  35. Digital citizenship.
  36. Carter.
  37. Buckingham.

## منابع

1. Albury, Kath(2017). “Just because it’s public doesn’t mean it’s any of your business: Adults’ and children’s sexual rights in digitally mediated spaces”, *New media & society*,19(5),713–725.
2. Alper, Meryl and Goggin, Gerard(2017), “Digital technology and rights in the lives of children with disabilities”. *New media & society*,19(5),726–740.
3. Anonymous(2014). Internet Rights and Principles Dynamic Coalition UN Internet Governance Forum. The charter of human rights and principles for the internet.
4. Barassi, Veronica(2018), “The Child as Datafied Citizen. Critical Questions on Data Justice in Family Life” p. 169-177 in Giovanna Mascheroni, Cristina Ponte & Ana Jorge(eds.)*Digital Parenting. The Challenges for Families in the Digital Age*. Göteborg: Nordicom.
5. Bulger, Monica & others(2017), “Where policy and practice collide: Comparing United States, South African and European Union approaches to protecting children online”, *New media & society*,19(5),750–764.
6. Gil-Garcia, J. Ramon & others(2018), “Digital government and public management research: finding the crossroads”, *Public Management Review*,20(5),633–646.
7. Guven, Gabriel Conrad(2018), “The lived experiences of secondary school parents in raising responsible digital citizens in a one-to-one learning environment”. A Dissertation Presented in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree Doctor of Education, Liberty University.
8. Katozian, Nasser (2003), *Introduction to Law and Study the Iranian Legal System*, 37<sup>th</sup> edition, Tehran: Sahami Entrshar.
9. Kim, John Y.(2008), “The great kaleidescape: New hope in the digital rights debate”, *Temple Journal of Science, Technology & Environmental Law*,27(2),339-358.
10. Kumik, Peter(2001), “Digital rights management”, *Legal Information Management*,1(2),21-23.
11. Livingstone, Sonia and Third, Amanda(2017), “Children and young people’s rights in the digital age: An emerging agenda”, *New media & society*,19(5),657–670.
12. Ludlow Barbara L. & Duff Michael C.(2007), “Copyright Law and Content Protection Mechanisms: Digital Rights Management for Teacher Educators”, *Teacher Education and Special Education*,30( 2),93–102.
13. Lupton, Deborah and Williamson, Ben(2017), “The datafied child: The dataveillance of children and implications for their rights”, *New media & society*,19(5),780-794.

14. Macenaite, Milda(2017), "From universal towards child-specific protection of the right to privacy online: Dilemmas in the EU General Data Protection Regulation", *New media & society*,19(5),765-779.
15. Redeker, Dennis and others(2018), "Towards digital constitutionalism? Mapping attempts to craft an Internet Bill of Rights", *the International Communication Gazette*, 80(4), 302-319.
16. Resnick Marc L.(2005), "Human Factors in Digital Rights Management for Consumer Products", *Proceedings of the Human Factors and Ergonomics Society Annual Meeting*,49(18),1734-1738.
17. Roberts, Andrew(2015), "Privacy, data retention and domination: Digital rights Ireland ltd v. minister for communications", *Modern Law review*,78(3),535-548.
18. Robertson, Scott P. and Vatrappu, Ravi K.(2010), "Digital government", *Annu. Rev. Inf. Sci. Technol*,44(1),317-364.
19. Schofield Clark, Lynn & Brites, Maria José(2018), "Differing Parental Approaches to Cultivating Youth Citizenship" p. 81-89 in Giovanna Mascheroni, Cristina Ponte & Ana Jorge (eds.) *Digital Parenting. The Challenges for Families in the Digital Age*. Göteborg: Nordicom.
20. Siamak, Marzieh (2009), *Digital rights Management: Opportunities and Challenges*, *Book of the Year Quarterly*, 20(77), 253-272.
21. Taylor, Linnet(2017), "What is data justice? The case for connecting digital rights and freedoms globally", *Big Data & Society*,1-14.
22. Verlos, Natalia(2020), "Constitutionalization of digital rights: Domestic practice and foreign experience", *Law Review of Kyiv University of Law*,(2),129-133.

## بازخوانی ایضاحی تابعیت در قانون اساسی و نسبت آن با قوانین عادی، با تأکید بر بند ۲ ماده ۹۷۶ قانون مدنی

مصطفی دانش پژوه\*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۵/۱۳ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۸/۳۰

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: 10.22034/qjplk.2021.253

### چکیده

دو اصل ۴۱ و ۴۲ قانون اساسی به تابعیت اختصاص یافته است. این امر، افزون بر نشان دادن جایگاه و اهمیت نهاد تابعیت، از لزوم مطالعه تابعیت در حقوق اساسی و نیز لزوم تأثیرگذاری این دو اصل بر قوانین عادی مربوط به تابعیت حکایت می‌کند. چیزی که هنوز آن‌سان که باید، نه تنها از جانب قانونگذار، که حتی از سوی شارحان قانون اساسی و نویسندگان کتاب‌های حقوق اساسی، مورد توجه قرار نگرفته و بازخوانی دو اصل مذکور را ضروری ساخته است، تا در پرتو آن از یک سو، برخی عبارات‌های مبهم، یا دست‌کم غیرمصرح این دو اصل روشن شود و از سوی دیگر، به دو پرسش مرتبط پاسخ گوید: یکی آنکه اصولاً چه نسبتی بین دو اصل مذکور و قوانین عادی تابعیت برقرار است؟ دوم اینکه با توجه به اصل ۴۱ قانون اساسی، آیا فرزندان مادران ایرانی، می‌توانند تبعه ایران به‌شمار آیند؟ با تبیین نسبت این دو اصل با قوانین عادی مربوط، و به‌طور مشخص بند ۲ ماده ۹۷۶ قانون مدنی، ایرانی بودن فرزندان مادران ایرانی به استناد قانون اساسی ثابت و لزوم تغییر و اصلاح بند مذکور توسط قانونگذار آشکار می‌شود. بدیهی است این مقاله در جست‌وجوی این هدف، به‌دلیل بی‌سابقه بودن بحث، اغلب از روش تحلیلی بهره برده است.

واژگان کلیدی: تابعیت اصلی، تابعیت اکتسابی، حقیقت تابعیت، سلب تابعیت، ماهیت تابعیت.



## مقدمه

چندی است که نامشخص بودن تابعیت ایرانی فرزندان زنان ایرانی که با مردان خارجی ازدواج می‌کنند، نه تنها به عنوان مسئله حقوقی، بلکه به منزله معضل اجتماعی مطرح است. برای حل این مشکل و در پاسخ به این پرسش که آیا فرزندان مذکور از تابعیت اصلی ایران برخوردارند، افزون بر دیدگاه‌های متفاوتی که به لحاظ نظری ابراز شده است، در عمل نیز، قانونگذار نخست با تصویب ماده واحده‌ای در سال ۱۳۸۵ با عنوان «قانون تعیین تکلیف تابعیت فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی» و نیز تصویب ماده واحده دیگری در سال ۱۳۹۸ با عنوان «اصلاح قانون تعیین تکلیف تابعیت فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی»، تلاش کرده است تا پاسخ مناسبی به این پرسش بدهد. نویسندگان در این مقاله در تلاش است که پاسخ این پرسش را در قانون اساسی جست‌وجو کند و نتیجه آن را با مفاد قوانین عادی بسنجد و در نهایت به راه‌حلی سازگارتر با قانون اساسی دست یابد. بدین منظور چاره‌ای جز بازخوانی اصول ۴۱ و ۴۲ قانون اساسی که به تابعیت مربوط می‌شود، نداشته است، زیرا با اینکه اختصاص دو اصل از مجموعه ۱۷۷ اصل قانون اساسی، که بیانگر اهمیت این نهاد است، ایجاب می‌کند که اساتید حقوق اساسی و شارحان قانون اساسی، هم در کلاس‌های درس و هم در آثار مکتوب خود، به ابعاد اساسی نهاد تابعیت در حقوق ایران بپردازند، اما برخی تنها به اشارتی بسنده کرده (نظرپور، ۱۳۸۷: ۷۴؛ ملک افضل، ۱۳۹۱: ۸۱؛ مجیدی، ۱۳۸۹: ۸۸؛ بوشهری، ۱۳۸۴: ۱۷۹؛ عباسی، ۱۳۸۸: ۱۴۲؛ عالیخانی، ۱۳۷۳: ۳۹؛ ویژه، ۱۳۹۳: ۶۰؛ قاسم‌زاده، ۱۳۹۳: ۵۵؛ نجفی اسفاد و محسنی، ۱۳۹۱: ۴۵۳؛ تسخیری، ۱۳۹۵: ۳۷۷؛ قاسمی، ۱۳۹۳: ۵۲؛ جوان آراسته، ۱۳۹۸: ۱۴۴) و برخی دیگر از همین اشارت هم دریغ کرده‌اند (طباطبائی، ۱۳۸۰؛ عسکری‌نیا، ۱۳۸۹؛ مدنی، ۱۳۷۰؛ عباسی، ۱۳۹۷؛ امامی، ۱۳۹۱؛ شریعتی، ۱۳۸۴؛ عمید زنجانی، ۱۳۹۸؛ محمدی، ۱۳۹۳)، به گونه‌ای که می‌توان گفت تقریباً هیچ‌کدام به این بحث نپرداخته‌اند و گویا به رسم مألوف و به استناد تقسیم کار نانوشته، تبیین آن را به درس و کتاب‌های حقوق بین‌الملل خصوصی، که اولین موضوع بحث آن تابعیت است، وانهاده‌اند.

از سوی دیگر، هیچ‌یک از کتاب‌های مربوط به حقوق بین‌الملل خصوصی و تابعیت، به جز یک کتاب، و آن هم به صورت محدود، به این امر وانهاده شده نپرداخته‌اند. درست است که انتظار پرداختن به تابعیت در قانون اساسی جمهوری اسلامی، از کتاب‌هایی که پیش از تصویب قانون اساسی نگاشته شده، مثل کتاب‌های دکتر محمد نصیری و جواد عامری، اصولاً انتظاری نابعاست، اما این انتظار از کتاب‌هایی که پس از تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی

نوشته شده‌اند، کاملاً منطقی و بجاست. برای مثال در برخی کتاب‌ها، با اینکه نسبتاً به تفصیل (عزیزی و حاجی عزیزی، ۱۳۹۰ [ب]: ۱۰۳-۱۰۷)، یا به اختصار (ارفع‌نیا، ۱۳۶۹: ۷۲-۷۴؛ نظیف، ۱۳۸۸: ۷۰) به تاریخچه شکل‌گیری و تطور قوانین مربوط به تابعیت ایران پرداخته شده، اما حتی اشاره‌ای هم به اصول مذکور نشده است. در برخی دیگر از کتاب‌ها، تنها به اشارتی بسنده شده است (ابراهیمی، ۱۳۸۶: ۱۱۰؛ شریعت باقری، ۱۳۹۵: ۲۹؛ مدنی، ۱۳۷۸: ۹۵؛ سهرابی، ۱۳۸۵: ۵۱) و در برخی دیگر، به نقل متن دو اصل مذکور اکتفا شده است (آل کجفاف، ۱۳۹۳: ۱۰) و تقریباً در هیچ‌یک از این کتاب‌ها، هنگام بحث از تابعیت در حقوق ایران، به اصول قانون اساسی استناد نشده است. در این میان تنها یک کتاب ضمن گزارش پیشینه و تاریخچه قوانین تابعیت ایران، به تحلیل دو اصل ۴۱ و ۴۲ قانون اساسی پرداخته و زیر عنوان «بازتاب برخی اصول تابعیت ایران در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، «شناخت تابعیت ایران به‌عنوان حق مسلم هر ایرانی در قانون اساسی» و «پیش‌بینی سلب تابعیت در قانون اساسی»، اصول مذکور را توضیح داده و به مناسبت از تأثیرگذاری قانون اساسی بر تغییرات بعدی قانون عادی (حذف ماده ۹۸۱ قانون مدنی) سخن گفته است (سلجوقی، ۱۳۸۶: ۱۷۹-۱۸۲).

همچنان‌که حتی در آخرین اظهارات و مقالاتی که هنگام تصویب ماده‌واحد‌های پیش‌گفته یا پس از تصویب ماده‌واحد‌ها و در مقام نقد آن‌ها، ابراز و ارائه شده‌اند، کمتر به قانون اساسی، استناد شده یا اصلاً استناد نشده است (قاسمی و بافهم، ۱۳۹۹: ۱۳۳-۱۵۱؛ عزیزی و حاجی‌عزیزی، ۱۳۹۰ [الف]: ۳۳۳-۳۷۰؛ قربان‌نیا، ۱۳۸۷: ۲۱-۳۸؛ عبدی پورفرد، ۱۳۹۸: ۲۶۱-۲۷۸)، به‌گونه‌ای که گویا قانون اساسی در این مورد ساکت است و هیچ‌گونه موافقت یا مخالفتی با ماده‌واحد‌های مذکور یا تفسیرهای معمول از بند ۲ ماده ۹۷۶ قانون مدنی ندارد.

همین فقدان پیشینه، ضرورت این پژوهش را در راستای پاسخ به دو پرسش مرتبط زیر که اولی پرسشی بنیادین و دومی پرسش مصداقی و برآیند پاسخ پرسش نخست است، توجیه می‌کند. پرسش نخست آنکه مفاد این دو اصل چیست و اصولاً چه نسبتی بین دو اصل مذکور و قوانین عادی تابعیت برقرار است؟ دوم اینکه براساس نسبت مذکور، آیا فرزندان مادران ایرانی، با توجه به اصل ۴۱ قانون اساسی، تبعه ایرانی به‌شمار می‌آیند؟

با توجه به آنچه گفته شد، این مقاله به‌جای آنکه همچون قضات و مجریان قانون، به جمع عرفی قوانین همت گمارد، که در جای خود کار درستی است، در تلاش است با استفاده از روش تحلیلی، نخست تابعیت در قانون اساسی را مستقل و فارغ از قوانین عادی فهم کند، آنگاه با دریافت نسبت درست اصول مذکور با دیگر مواد قانونی مربوط به تابعیت، این اصول

را از نگاهی فرازین، و نه همتای قوانین عادی، و از دیدگاه قانونگذار، مطالعه کند و قانون عادی را در پرتو قانون اساسی، از موضع قانونگذاری، و نه قضایی و اجرایی، مطالعه کند، تا زمینه تحول در قانون عادی را در راستای قانون اساسی فراهم سازد.

بدین منظور نخست، به تعریف و ماهیت تابعیت اشاره می‌کند و در پی آن، نگاهی کلی به اصول مذکور می‌اندازد و مفاد اساسی آن را متناسب با رویکرد بحث (تابعیت فرزندان مادران ایرانی) می‌کاود و در نهایت مفاد مذکور را با مفاد بند ۲ ماده ۹۷۶ مقایسه و با حاکم دانستن مفاد قانون اساسی بر قانون عادی در صورت تعارض، اصلاح قانون عادی را به قانونگذار پیشنهاد می‌کند.

### ۱. تعریف تابعیت

اگرچه تعاریف مختلفی از تابعیت ارائه شده است (دانش‌پژوه، ۱۳۸۱: ۲۷-۳۰؛ آل کجیاف، ۱۳۹۳: ۱۰-۱۴؛ رستمی‌نژاد، ۱۳۹۵: ۱۴-۱۹؛ عبداللهی، ۱۳۹۳)، با تسامح می‌توان گفت در همه تعاریف، معمولاً تابعیت اولین و مهم‌ترین عامل تقسیم «جغرافیایی-سیاسی» افراد و نشان‌دهنده ارتباط آنان با دولتی خاص دانسته شده و این‌گونه تعریف شده است: «تابعیت عبارت از رابطه‌ای سیاسی و معنوی است که شخصی را به دولت معینی مرتبط می‌سازد» (نصیری، ۱۳۷۲: ۱۲).

اما این تعریف، تنها نمودهای تابعیت را معرفی می‌کند و به تعریف حقیقت تابعیت، که این نمونها برایند آن‌اند، نمی‌پردازد. به نظر می‌رسد با توجه به آنکه در تحلیل نهایی، حقیقت تابعیت چیزی جز «عضویت فرد در جمعیت تشکیل‌دهنده دولت» نیست، می‌توان آن را این‌گونه تعریف کرد: «تابعیت، عبارت است از آن نوع عضویت فرد در جمعیت تشکیل‌دهنده دولت که دارای جمیع آثار حقوقی، سیاسی و معنوی باشد». عضویتی که به دو صورت «عضویت داشتن» یا «عضویت یافتن» قابل تحقق است و به ترتیب منشأ پیدایش دو نوع «تابعیت اصلی» و «تابعیت اکتسابی» می‌شود.

### ۲. ماهیت تابعیت

بر این اساس، اگرچه برخی انواع تابعیت، مثل «تابعیت تحصیلی»، بیشتر ماهیت قراردادی، و برخی از آن‌ها مانند «تابعیت اجباری» یا «تابعیت تبعی»، بیشتر ماهیت سیاسی دارند (دانش‌پژوه، ۱۳۸۱: ۱۲۱-۱۲۸)، اصل رابطه تابعیت در کلیت خود در واقع مفهومی انتزاعی (وضعیت سیاسی) است که در یک واقعیت سیاسی خارجی، یعنی عضویت فرد در جمعیت تشکیل‌دهنده دولت، ریشه دارد، به‌گونه‌ای که اگر این عضویت به‌نحو قطعی وجود داشته باشد، مثل آنجا که همه عناصر پیوند فرد با دولت، یعنی خون و نسب (والدینی)، زادگاه و اقامتگاه، با



هم وجود داشته باشند، فرد حتماً تبعه آن دولت است و منطقاً هیچ‌یک از فرد یا دولت نمی‌تواند منکر این تابعیت شود (اگرچه ممکن است به‌گونه‌ای به آن پایان بخشند) و برعکس اگر شخصی فاقد همه عناصر سه‌گانه باشد، رابطه تابعیت وجود ندارد و منطقاً هیچ‌یک از فرد و دولت نمی‌توانند رابطه تابعیت را شناسایی کنند (اگرچه ممکن است که بعداً رابطه تابعیت به‌گونه‌ای پدید آید) (دانش‌پژوه، ۱۳۸۱: ۴۹-۶۰). بنابراین دیدگاه‌هایی که فقط بر خصوصی و قراردادی بودن یا عمومی و سیاسی بودن تابعیت تأکید می‌ورزند، صائب به‌نظر نمی‌رسند.

### ۳. تابعیت در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

با اینکه هنگام تصویب قانون اساسی جمهوری ایران در سال ۱۳۵۸، قانون تابعیت مندرج در قانون مدنی مصوب ۱۳۱۳ (مواد ۹۷۶ تا ۹۹۱) وجود داشته و از این حیث نیازی نبوده است که قانون اساسی به تابعیت بپردازد، اما گویا نظر به اهمیت تابعیت، قانونگذار اساسی دو اصل ۴۱ و ۴۲ را به آن اختصاص داده و به شرحی که خواهد آمد، بر سه اصل برخوردار بودن ایرانیان از تابعیت ایران (تابعیت اصلی)، امکان برخوردار شدن بیگانگان از تابعیت ایران (تابعیت اکتسابی) و امکان پایان یافتن تابعیت ایران (سلب تابعیت) تأکید کرده و بر نکته‌ای مغفول یا مسکوت در قوانین پیشین، یعنی «حق بودن» تابعیت ایران برای ایرانیان، تصریح کرده است. در راستای پاسداشت این «حق» است که قانونگذار عادی در اصلاحات دی‌ماه ۱۳۶۱، ماده ۹۸۱ قانون مدنی را که در آن سلب تابعیت به‌عنوان مجازات در نظر گرفته شده بود، نسخ و حذف می‌کند و در کنار آن در تبصره ۲ ماده ۹۸۷ نیز تغییری در قلمرو مالکیت زن‌های ایرانی که در نتیجه ازدواج یا به‌سبب ازدواج تابعیت خارجی پیدا می‌کنند، پدید می‌آورد. پیش از هر چیز باید متن اصول مذکور را مطالعه و موارد ابهام آن را معین کرد و به رفع ابهام از قانون اساسی پرداخت تا در پرتو آن بهتر بتوان به اصلاح قانون عادی اقدام کرد.

**اصل ۴۱:** «تابعیت ایران حق مسلم هر فرد ایرانی است و دولت نمی‌تواند از هیچ ایرانی سلب تابعیت کند، مگر به درخواست خود او یا در صورتی که به تابعیت کشور دیگری درآید.»

**اصل ۴۲:** «اتباع خارجه می‌توانند در حدود قوانین به تابعیت ایران درآیند و سلب تابعیت این‌گونه اشخاص در صورتی ممکن است که دولت دیگری تابعیت آن‌ها را بپذیرد یا خود آن‌ها درخواست کنند». شایان ذکر است اصل ۲۴ قانون اساسی مشروطیت در این مورد می‌گفت: «اتباع خارجه می‌توانند قبول تبعیت ایران را بنمایند. قبول و بقای آن‌ها به تبعیت و خلع آن هر از تبعیت به موجب قانون جداگانه است» (مدنی، ۱۳۷۸: ۱۰۶).

#### ۴. ایضاح مفهومی اصول ۴۱ و ۴۲

دو اصل مذکور، حاوی اصول اساسی تابعیت ایران است که به تبیین برخی از آن‌ها که متناسب با موضوع این مقاله هستند، می‌پردازیم:

##### ۴-۱. تابعیت ایران، حق ایرانیان

از ابداعات قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران یکی این است که اصل ۴۱، تابعیت ایران را حق مسلم هر فرد ایرانی (و ادامه آن را تا حدود زیادی وابسته به اراده او) دانسته است و از همین رو دولت نه تنها نمی‌تواند از هیچ ایرانی سلب تابعیت کند، بلکه مکلف به شناسایی تابعیت این افراد است و نمی‌تواند از شناسایی تابعیت ایرانیان خودداری کند. لازمه این تکلیف آن است که دولت باید فرد مذکور را با دادن شناسنامه یا هر شیوه دیگر، به‌عنوان یک ایرانی شناسایی کند. به عبارت دیگر، وقتی دولت ایران حق سلب تابعیت از هیچ فرد ایرانی را ندارد، به طریق اولی، حق ندارد تابعیت ایرانی او را شناسایی نکند.

با توضیحی که داده شد، روشن می‌شود که این حق برای ایرانیان، یک حق پیشاقانونی است که سازنده قانون است؛ قانونی که تنها عهده‌دار اعلام و شناسایی حق است و نه ایجادکننده آن. اصولاً وجود این حق است که قانون مربوط را ایجاد می‌کند، برخلاف حق تابعیت دیگر اتباع، که یک حق پساقانونی و ساخته قانون است، یعنی این قانون است که این حق را ایجاد می‌کند و تا قانون نباشد، چنین حقی وجود نخواهد داشت. نتیجه این سخن آن است که نه تنها قوه مجریه نمی‌تواند برخلاف این حق عمل کند، بلکه حتی قوه مقننه هم نمی‌تواند به‌گونه‌ای قانونگذاری کند که با آن ناسازگار باشد، زیرا این حق ساخته قانونگذار نیست، تا همان‌طور که آن را ایجاد کرده، بتواند هر طور که خواست، آن را محدود یا معدوم کند.

چنین «حکمی در قوانین گذشته ایران مشاهده نمی‌شود و بنابراین می‌توان این اصل را در حقوق ایران از ابتکارهای این قانون دانست. زیرا هرچند دولت ایران پیش از تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، اعلامیه جهانی حقوق بشر را، که تابعیت را به‌عنوان یک حق طبیعی شناسایی و اعلام کرده است: «هر کس حق دارد تابعیتی داشته باشد»، امضا کرده است، با این حال از این امضا نمی‌توان این نتیجه را گرفت که حق بودن تابعیت از آن تاریخ در حقوق مثبت ایران سابقه داشته است» (سلجوقی، ۱۳۸۶: ۱۷۹-۱۸۰).

به هر حال، اگرچه حق برخورداری از تابعیت ایران، برای کسی که همه عناصر پیوند با جامعه سیاسی ایران را دارد، یک حق پیشاقانونی و به اصطلاح حقوق بشری است که قانونگذار ایران موظف به شناسایی آن است، به‌گونه‌ای که حتی اگر چنین حقی هم توسط قانونگذار شناسایی نشده باشد، باز هم به‌عنوان مصداقی از حقوق بشر قابل مطالبه است (بیات

کمیته‌ی و بالوی، ۱۳۹۴: ۱۴۴-۱۴۵؛ عابدی، ۱۳۹۱: ۷۴-۷۵)، اما در نظام حقوقی کنونی ایران، نیازی به استناد به حقوق بشر نیست، زیرا با وجود اصل ۴۱، «حق تابعیت به‌عنوان حقی مانند انواع حقوق فردی دیگر، که در قوانین ایران شناخته شده‌اند، پایه قانونی یافته و در برابر دولت قابل استناد است» (سلجوقی، ۱۳۸۶: ۱۸۰). اما همه بحث در این است که این «فرد ایرانی» که تابعیت ایران حق مسلم اوست، کیست؟ که در فرازهای آینده به آن خواهیم پرداخت.

#### ۲-۴. تابعیت ایران، امتیازی برای بیگانگان

اصل ۴۲ قانون اساسی که مقرر داشته است: «اتباع خارجه می‌توانند در حدود قوانین به تابعیت ایران درآیند»، نه‌تنها به‌صراحت از «حق» برخوردار شدن بیگانگان از تابعیت ایران سخن نگفته است، بلکه ادبیات آن به‌گونه‌ای از آن حکایت می‌کند که برخوردار شدن از تابعیت ایران، «امتیازی» برای آنان به‌شمار می‌آید، به‌گونه‌ای که حتی با وجود تمام شرایط کسب تابعیت، دولت ایران مختار است با درخواست بیگانه برای برخوردار شدن از تابعیت ایران، موافقت یا مخالفت کند. البته باید توجه داشت که «امتیاز» بودن تابعیت اکتسابی ایران برای بیگانه و «اختیار» دولت در موافقت یا مخالفت با درخواست بیگانه، به مرحله آغازین، یعنی مرحله درخواست بیگانه و اعطای تابعیت اکتسابی به او، مربوط می‌شود، و گرنه پس از موافقت دولت با درخواست بیگانه و اعطای تابعیت، تابعیت اکتسابی اعطاشده، حق بیگانه است و دولت نمی‌تواند خودسرانه و بدون دلیل، تابعیتش را از او بازستاند و از او سلب تابعیت کند. به‌عبارت دیگر، اگرچه برخوردار شدن بیگانه از تابعیت ایران، «امتیازی» برای اوست، برخلاف برخوردار بودن از تابعیت ایران، که حقی مسلم برای هر فرد ایرانی است، اما برخوردار ماندن و استمرار تابعیت ایرانی، در هر دو مورد و اگرچه با اختلاف درجه، «حق» دارنده تابعیت ایرانی است، چه تابعیت او اصلی و چه تابعیت او اکتسابی باشد.

#### ۳-۴. مفهوم دولت

به نظر می‌رسد از میان مفاهیم سه‌گانه دولت («قوه مجریه»، «مجموعه نهادهای فرمان روا» و «دولت-کشور» (اضی، ۱۳۶۸: ۱۲۴)، مراد از دولت در اصل ۴۱، که گفته است: «دولت نمی‌تواند از هیچ ایرانی سلب تابعیت کند»، حکومت و مجموعه نهادهای حکومتی ایران است، پس نه‌تنها قوه مجریه و نهادهای اجرایی مربوط به تابعیت، نمی‌توانند از این فرد، سلب تابعیت کنند، بلکه قوه مقننه هم نمی‌تواند با وضع قانون، تابعیت آنان را سلب کند یا مانع اعطای تابعیت به آنان شود. برای مثال نمی‌تواند با وضع قانون، فرزند متولد در خارج از کشور از پدر و مادر ایرانی را، ایرانی محسوب نکند و از دادن شناسنامه ایرانی به او دریغ ورزد.

#### ۴-۴. مفهوم ایرانی

قانون اساسی نه «تابعیت» و نه «فرد ایرانی» را تعریف نکرده است. در این میان مفهوم تابعیت، به عنوان اصطلاحی «حقوقی-سیاسی» جا افتاده، علی القاعده به همان مفهومی به کار گرفته شده است که در تعریف تابعیت گذشت. اما همه بحث در این است که این «فرد ایرانی» که دولت موظف به شناسایی تابعیت او و عدم سلب تابعیت از اوست، کیست؟ نه تنها قانون اساسی، بلکه حتی قانون عادی نیز، ایرانی را تعریف نکرده است. به عبارت دیگر، می توان گفت عبارت «فرد ایرانی» به اصطلاح اصولی، یک حقیقت قانونیه نیست، چنانکه مفهوم لغوی خاصی هم ندارد و به اصطلاح، «حقیقت لغوی» هم نیست و چه بسا به همین دلیل، در هیچ فرهنگ لغتی، «فرد ایرانی» معنا نشده است. برخی فرهنگ ها که اصلاً واژه «ایرانی» را نیاورده اند (عمید، ۱۳۵۵: ۱۷۷) و برخی هم که آورده اند، آن را به معنای هر چیز منسوب به ایران گرفته و در مقام بیان نمونه از «اهل ایران»، «از مردم ایران» و «تابع ایران» مثال آورده اند (معین، ۱۳۶۰: ۴۱۴؛ دهخدا، ۱۳۷۲: ۳۱۸۵)، بی آنکه توضیح دهند چه کسی و با چه معیاری «اهل ایران» یا «از مردم ایران» به شمار می آید. پس ناگزیر، بسته به مورد و از روی قرائن باید مراد گوینده از به کارگیری این واژه را کشف کرد. در خصوص بحث این نوشتار، باید با تحلیل مفهومی موضوع، به معنایی که منطقاً می تواند مراد قانون اساسی باشد، پی برد.

برای واژه ایرانی مذکور در اصل ۴۱، دو مفهوم می توان در نظر گرفت: یکی مفهوم سیاسی مبتنی بر تابعیت و دیگر مفهوم اجتماعی فارغ از تابعیت (دانش پژوه، ۱۳۸۱: ۳۹-۴۲).

#### ۴-۴-۱. مفهوم سیاسی واژه «ایرانی»

از منظر سیاسی، ایرانی یعنی کسی که از تابعیت دولت ایران برخوردار است. با نظر داشت این مفهوم، این پرسش مطرح می شود که چه کسی از تابعیت ایران برخوردار است؟ افراد از این حیث سه دسته اند: **دسته نخست**، کسانی که بی شک مصداق کلمه ایرانی و در نتیجه نسبت به تابعیت ایران، صاحب حق هستند. اینان کسانی اند که هر سه عامل پیوند با دولت ایران را یک جا دارند، یعنی هم والدینشان، هر دو ایرانی است (سیستم خون) و هم در ایران به دنیا آمده اند (سیستم زادگاه) و هم در ایران اقامت دارند (سیستم اقامتگاه). بدیهی است اگر اینان ایرانی نباشند، کس دیگری پیدا نمی شود که ایرانی باشد.

**دسته دوم**، کسانی که برخی از عوامل پیوند مذکور به طور کامل یا ناقص برخوردارند و از برخی عوامل، به طور کامل یا ناقص، برخوردار نیستند. بدیهی است ایرانی به شمار آمدن یا نیامدن افراد این دسته، بسته به مورد، به نظر قانونگذار وابسته است که چه کس را ایرانی به شمار آورد و چه کس را ایرانی محسوب نکند.

**دسته سوم**، کسانی هستند که بی‌شک مصداق کلمه ایرانی نیستند و در نتیجه برخورداری از تابعیت ایران حق مسلم آن‌ها نیست. اینان کسانی هستند که به‌طور کلی فاقد هر سه عامل پیوند پیش‌گفته‌اند، هم والدینشان، هر دو، تبعه خارجه‌اند و هم در خارج از ایران به‌دنیا آمده‌اند و هم در خارج از ایران، اقامت دارند.

**دسته چهارم**، بخشی از افراد دسته سوم هستند که براساس قانون ایران، به‌صورت ارادی (موضوع ماده ۹۷۹) یا تبعی (موضوع ماده ۹۸۴) و یا در نتیجه ازدواج (موضوع بند ۶ ماده ۹۷۶ و صدر ماده ۹۸۶)، به تابعیت ایران درآمده‌اند. روشن است که تابعیت اکتسابی ایران برای این دسته، به استناد اصل ۴۲، امتیازی است که در صورت موافقت دولت ایران، می‌تواند از آن برخوردار شوند.

به‌نظر می‌رسد این مفهوم از واژه ایرانی نمی‌تواند مراد اصل ۴۱ باشد، زیرا این مفهوم، از یک سو، نه‌تنها شامل اتباع اصلی بندهای ۴ و ۵، بلکه شامل اتباع اکتسابی بندهای ۶ و ۷ ماده ۹۷۶ قانون مدنی نیز می‌شود، درحالی‌که بی‌شک چنین مفهوم وسیعی از واژه ایرانی، منظور نبوده است، زیرا عبارت «هر فرد ایرانی» مذکور در اصل ۴۱ قانون اساسی، نه‌تنها اتباع اکتسابی، بلکه حتی اتباع اصلی بندهای ۴ و ۵ ماده ۹۷۶ را که تابعیت ایرانی‌شان مستند به سیستم خاک است نیز شامل نمی‌گردد.

پس این سخن برخی صاحب‌نظران که نوشته‌اند: «... به‌نظر می‌رسد مراد قانونگذار از ایرانی، دارنده تابعیت اصلی ایران باشد، بنابراین آیا می‌توان گفت اطلاق آن بر دارندگان تابعیت اکتسابی جایز نیست» (سلجوقی، ۱۳۸۶: ۱۸۰)، اگرچه از آن حیث که اتباع اکتسابی را از شمول اصل ۴۱ خارج ساخته است، مفید به‌نظر می‌رسد، از آن حیث که همه شاخه‌های تابعیت اصلی را -با همه اختلاف درجه وابستگی که دارند- به‌صورت همانند شامل می‌شود، قابل انتقاد به‌نظر می‌رسد.

از سوی دیگر این برداشت (مترادف دانستن ایرانی با تبعه ایران)، سبب می‌شود که این قسمت از اصل ۴۱، به یک قضیه توتولوژیک و این‌همان‌گویی و تکراری، تأویل شود به‌گونه‌ای که گویا قانونگذار گفته است: «تابعیت ایران، حق مسلم اتباع ایران است» که امری واضح و آشکار است که نیازی به بیان آن نیست و از سوی سوم، با ماهیت «حق بودن» تابعیت، که این اصل درصدد بیان آن است - به شرحی که خواهد آمد- سازگار نیست. پس ناگزیر، باید مراد قانونگذار از این واژه را در مفهوم اجتماعی آن جست‌وجو کرد.

#### ۲-۴-۴. مفهوم اجتماعی واژه «ایرانی»

به‌نظر می‌رسد مراد از واژه «ایرانی» مذکور در اصل ۴۱، مفهومی اجتماعی و پیشاتابعیتی و

حتی پیشادولتی است، دقیقاً به همان معنای عرفی واژگانی همانند کرد، لر، ترک، بلوچ و...، بنابراین همان‌گونه که به کسی گفته می‌شود کرد یا لر یا... که از تبار و نسب کردی و لری و... برخوردار باشد، بر همین قیاس، ایرانی به کسی گفته می‌شود که دارای تبار و نسب ایرانی باشد، خواه دولت ایران و تابعیت دولت ایران، وجود داشته باشد یا نداشته باشد.

همه واقعیات تاریخی - اجتماعی ایران و هم صریح بند ۲ ماده ۹۷۶ قانون مدنی و نیز روح حاکم بر سایر بندهای این ماده و حتی دیگر مواد قانونی مربوط به تابعیت، که از آن حکایت می‌کند که معیار اصلی تابعیت ایران، به دلیل داشتن عقبه و تبار تاریخی مشترک و وجود دولتی دیرپا در این سرزمین، سیستم خون و نسب است، تأییدکننده آن است که همین مفهوم، مراد اصل ۴۱ قانون اساسی است. بنابراین عبارت «هر فرد ایرانی» مذکور در اصل ۴۱ قانون اساسی، فقط شامل کسانی می‌شود که تبار و نسب ایرانی داشته باشند و در نتیجه، تابعیت ایران، حق مسلم سلب‌نشده‌ی چنین افرادی است. البته با این نگاه به مفهوم واژه ایرانی نیز همچون نگاه پیشین، مواردی وجود دارد که در ایرانی بودن یا ایرانی نبودن فرد، تردیدی وجود ندارد، اما در پاره‌ای موارد تردید وجود دارد:

کسی که هم پدر و هم مادر او ایرانی است، بی‌تردید ایرانی محسوب می‌شود، برعکس، کسی که هیچ‌یک از پدر و مادر او ایرانی نیستند، ایرانی محسوب نمی‌شود. اما اگر فقط یکی از والدین او ایرانی باشد و دیگری غیرایرانی باشد، آیا باز هم چنین شخصی ایرانی محسوب می‌شود؟ در برابر این پرسش، دو پاسخ مطلق و دو پاسخ تفصیلی بدین ترتیب قابل طرح است:

۱) ایرانی نبودن فرزند، به دلیل لزوم ایرانی بودن والدین؛

۲) ایرانی بودن فرزند، به دلیل کفایت ایرانی بودن یکی از والدین؛

۳) تفصیل پدرگرایانه، مبتنی بر ایرانی بودن فرزند، در صورت ایرانی بودن پدر؛

۴) تفصیل مادرگرایانه، مبتنی بر ایرانی بودن فرزند، در صورت ایرانی بودن مادر.

در این میان، هیچ‌کس به اطلاق مذکور در پاسخ اول و تفصیل مذکور در پاسخ چهارم گرایش نیافته است، اما از میان دو پاسخ باقیمانده، پاسخ مطلق دوم (کفایت ایرانی بودن یکی از والدین، چه پدر و چه مادر)، با ظاهر منطوق اصل ۴۱ قانون اساسی که به‌طور عام و مطلق و بدون هیچ تفکیکی بین نسب پدری و مادری، تابعیت ایران را «حق مسلم هر فرد ایرانی» می‌داند، سازگارتر است. بر این اساس، همان‌طور که فرزند پدر ایرانی، مصداق «فرد ایرانی» است، اگرچه مادرش ایرانی نباشد، فرزند مادر ایرانی نیز، مصداق «فرد ایرانی» به‌شمار می‌آید، اگرچه پدرش ایرانی نباشد. بنابراین دولت ایران به معنای حکومت ایران (نه تنها قوه مجریه که حتی قوه مقننه نیز) حق ندارد که این حق مسلم را برای او شناسایی نکند و از دادن شناسنامه

و سند تابعیت ایرانی به او، دریغ ورزد. البته اگر هم پدر و هم مادر فرزند، هر دو ایرانی باشند، فرزند به دو دلیل مستقل و به صورت مضاعف ایرانی محسوب می‌شود که در نتیجه برخورداری از تابعیت تولدی ایران، حق مسلم اوست.

آنچه گفته شد درباره مفهوم ایرانی در عبارت «هر فرد ایرانی» مذکور در اصل ۴۱ قانون اساسی بود، اما روشن است که مراد از «ایرانی» بودن پدر یا مادر، به تناسب حکم و موضوع، صرفاً مفهوم سیاسی واژه ایرانی، یعنی برخوردار بودن پدر یا مادر از تابعیت ایران است، خواه این پدر یا مادر، تبار و نسب ایرانی به مفهوم اجتماعی آن، داشته باشند یا نداشته باشند. بنابر این، مراد از پدر ایرانی یا مادر ایرانی، پدر یا مادری است که تبعه ایران باشد، حتی اگر نسب و تبار ایرانی نداشته و تابعیت ایرانی را به صورت تحصیلی، تبعی یا تحقیقی به دست آورده باشد و برعکس پدر و مادری با تبار و نسب ایرانی، که از تابعیت ایران خارج شده باشند، دیگر ایرانی محسوب نمی‌شوند، تا فرزندشان به دلیل انتساب به او، ایرانی محسوب شود و تابعیت ایران حق مسلم او باشد.

## ۵. نسبت اصول ۴۱ و ۴۲ قانون اساسی با مواد قوانین عادی مربوط به تابعیت (و تابعیت فرزندان مادران ایرانی)

نسبت قانون اساسی با قانون عادی به طور کلی و از جمله در اصول و مواد مربوط به تابعیت، در جایی که مضمون آن‌ها با یکدیگر سازگار است، نیازمند بحث نیست. بحث در جایی است که مضمون آن دو به گونه‌ای با یکدیگر ناسازگار باشد که از جمله آن‌ها، یکی ادعای ناسازگاری مفهوم مخالف بند ۲ ماده ۹۷۶ با اطلاق و شمول اصل ۴۱ درباره تابعیت ایرانی فرزندان مادران ایرانی است که در این جا به بررسی آن می‌پردازیم.

### ۱-۵. تبیین ناسازگاری و نتیجه آن

بند ۲ ماده ۹۷۶ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۳ مقرر می‌دارد: «کسانی که پدر آن‌ها ایرانی است، اعم از اینکه در ایران یا در خارجه متولد شده باشند»، ایرانی محسوب می‌شوند. در منطوق این بند مبنی بر ایرانی محسوب شدن فرزندان پدران ایرانی و تابعیت تولدی آن‌ها بر مبنای سیستم خون، آن هم به صورت مطلق و منجز، هیچ‌گونه اختلاف نظری وجود ندارد. بحث و اختلاف نظر درباره وجود مفهوم مخالف برای این بند، درباره تابعیت فرزندان مادران ایرانی است که در این خصوص دو دیدگاه متقابل وجود دارد یا می‌تواند وجود داشته باشد.

دیدگاه نخست، که از جمله دیدگاه نویسنده است، مدلول بند ۲ را به منطوق آن (تابعیت تولدی فرزندان پدران ایرانی) محدود و منحصر و آن را نسبت به تابعیت تولدی فرزندان

مادران ایرانی ساکت می‌داند. نتیجه این برداشت این است که اگرچه نمی‌توان به استناد این بند، تابعیت تولدی فرزندان مادران ایرانی را اثبات کرد، این بند مانع اثبات تابعیت تولدی فرزندان مادران ایرانی به استناد سایر مواد قانونی نیز نخواهد بود و در نتیجه اثبات تابعیت تولدی بر مبنای سیستم خون به استناد دیگر مواد قانونی را، امکان‌پذیر می‌دانند.

اما دیدگاه دوم، برای مدلول بند مذکور، افزون بر منطوق (تابعیت تولدی ایرانی فرزندان پدران ایرانی بر مبنای سیستم خون)، مفهوم مخالف (عدم تابعیت تولدی ایرانی فرزندان مادران ایرانی بر مبنای سیستم خون) را نیز پذیرفته است، که در نتیجه نه تنها این فرزندان ایرانی محسوب نمی‌شوند، بلکه حتی مجالی برای استناد به دیگر مواد قانونی، از جمله اصل ۴۱ قانون اساسی، برای اثبات تابعیت تولدی ایرانی این فرزندان، دست‌کم بر مبنای سیستم خون، باقی نمی‌ماند. به عبارت دیگر، گویا قانونگذار عادی عملاً با مفهوم مخالف بند ۲ ماده ۹۷۶، به تفسیر قانون اساسی پرداخته و مراد از «فرد ایرانی» مذکور در اصل ۴۱ قانون اساسی را مشخص ساخته است و او کسی است که پدرش ایرانی باشد، خواه مادرش ایرانی باشد یا نباشد، اما کسی که فقط مادرش ایرانی است، ایرانی محسوب نمی‌شود. به عبارت دیگر، عموم و اطلاق اصل ۴۱ قانون اساسی به وسیله مفهوم مخالف بند ۲ ماده ۹۷۶ قانون مدنی تخصیص و تقیید خورده است و بر عموم و اطلاق خود باقی نیست، تا به استناد آن بتوان فرزندان مادران ایرانی را نیز به استناد سیستم خون، ایرانی محسوب کرد. براساس این تفسیر برخی قانون ایران را به «نابرابری پدر و مادر در انتقال تابعیت» (عبدی پورفرد، ۱۳۹۸) و برخی با شدت بیشتری، به «نابرابری زنان و مردان در قواعد مربوط به تابعیت» (قربان‌نیا، ۱۳۸۷: ۲۳) و برخی هم به «اجرای تبعیض‌آمیز سیستم خون» (عزیزی، ۱۳۹۰: ۱۱۱) و در نهایت برخی هم به صراحت به تبعیض جنسیتی متهم و محکوم می‌کنند (ارفع‌نیا، ۱۳۸۶: ۱۷۴ و ۱۷۹؛ حقیقت‌طلب، ۱۳۹۷: ۲۵ و ۲۶؛ دادخواه، ۱۳۹۶: ۱۲۸)، با اینکه در جای خود ثابت شده است که این امر (ایرانی ندانستن فرزندان مادران ایرانی)، در عین نادرستی، به تبعیض جنسیتی به معنای دقیق آن مربوط نمی‌شود (دانش‌پژوه، ۱۳۹۷: ۹۸-۱۱۵).

## ۲-۵. نقد ادعای ناسازگاری

ادعای ناسازگاری بند ۲ ماده ۹۷۶ با اصل ۴۱ قانون اساسی و تقیید اطلاق این اصل به وسیله مفهوم مخالف این بند، به چند دلیل، صحیح به نظر نمی‌رسد.

### ۵-۲-۱. دلیل اول؛ عدم نظارت ماده ۹۷۶ بر اصل ۴۱ قانون اساسی

اصولاً ماده ۹۷۶ قانون مدنی و از جمله بند ۲ آن، از دو حیث نمی‌تواند ناظر بر اصل ۴۱



قانون اساسی و در نتیجه مخصص آن باشد:

### الف) جهت اول؛ عدم امکان تاریخی

مواد مذکور قانون مدنی، حدود پنجاه سال پیش از قانون اساسی، به تصویب رسیده و بدیهی است به لحاظ تاریخی نمی‌تواند ناظر بر قانونی باشد که پنجاه سال پس از آن به تصویب رسیده است، به‌ویژه آنکه رژیم سیاسی زمان تصویب هریک از دو قانون هم متفاوت است.

### ب) جهت دوم؛ تفاوت مضمونی

با تأمل در مفاد مضمون دو متن قانونی مذکور، روشن می‌شود که موضوع اصل ۴۱ و ماده ۹۷۶، واحد نیست و در نتیجه ماده ۹۷۶ نمی‌تواند ناظر به اصل ۴۱ قانون اساسی و تفسیرکننده آن باشد.

توضیح آنکه اصل چهل و یکم قانون اساسی بدون آنکه در مقام شمارش اتباع دولت ایران باشد، صرفاً در مقام بیان این مطلب است که برخورداری از تابعیت دولت ایران، حق مسلم «هر فرد ایرانی» است، بی آنکه مراد خود از فرد ایرانی را مشخص کرده باشد. در چنین موقعیتی اگرچه منطقی است که قانون عادی به تفسیر قانون اساسی بپردازد و مقصود از فرد ایرانی را معین کند، اما حقیقت این است که قانونگذار عادی در ماده ۹۷۶ قانون مدنی به تفسیر قانون اساسی نپرداخته است، زیرا با دقت در عبارت صدر این ماده که می‌گوید: «اشخاص ذیل تبعه ایران محسوب می‌شوند»، به‌خوبی نشان می‌دهد که این ماده صرفاً در مقام شمارش اشخاصی است که از تابعیت ایران برخوردارند، چه تابعیت او، تابعیت تولدی باشد (بندهای ۲، ۳، ۴ و ۵) و چه تابعیت غیر تولدی (بندهای ۶ و ۷). در تابعیت تولدی هم چه مصداق فرد ایرانی باشند (بند ۲) و چه نباشند (بندهای ۳، ۴ و ۵). بنابراین اصولاً ماده ۹۷۶ قانون مدنی و از جمله بند ۲ ماده آن، در مقام بیان و تعریف «فرد ایرانی» نیست تا به استناد آن گفته شود که فقط فرزندی که پدرش ایرانی است، مصداق «فرد ایرانی» است و در نتیجه برخورداری از تابعیت دولت ایران «حق مسلم» اوست، اما فرزند مادر ایرانی مصداق فرد ایرانی نیست و در نتیجه برخورداری از تابعیت ایران حق مسلم او نیست. با عدم تعریف «فرد ایرانی» در قانون، باید به مفهوم عرفی آن مراجعه کرد. قدر مسلم فرد ایرانی، که برخورداری از تابعیت ایران حق مسلم اوست، فرزندی است که پدر و مادرش، هر دو ایرانی باشند، اما فرزندی که فقط مادرش ایرانی است، به‌نظر می‌رسد به لحاظ عرفی همچون فرزندی است که فقط پدرش ایرانی است؛ یا هیچ‌کدام ایرانی محسوب نمی‌شوند و در نتیجه به استناد قانون اساسی، برخورداری از تابعیت ایران، حق مسلم آنان نیست یا آنکه هر دو ایرانی محسوب می‌شوند که برخورداری از تابعیت ایران حق مسلم آنهاست و این، با ماده ۱۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر و سایر

توصیه‌های مذکور در اسناد بین‌المللی سازگارتر است.

### ۵-۲-۲. دلیل دوم؛ عدم امکان تخصیص اصل ۴۱ قانون اساسی با بند ۲ ماده ۹۷۶ قانون مدنی

قانون مدنی، می‌تواند به تبیین مراد قانون اساسی بپردازد و مثلاً مقصود از عبارت «فرد ایرانی» تعریف نشده در قانون اساسی را تعریف کند - که البته چنین نکرده است - اما به لحاظ حکمی، از چند حیث (فقدان مفهوم مخالف، تأخر رتبی و تقدم زمانی) نمی‌تواند مخصص و مقید قانون اساسی باشد:

#### الف) جهت اول؛ فقدان مفهوم مخالف در قانون مدنی

بند ۲ ماده ۹۷۶ تنها در صورتی می‌تواند مخصص اصل ۴۱ قانون اساسی باشد که مفهوم مخالف داشته باشد، درحالی‌که وجود مفهوم مخالف برای این بند و نفی ایرانی بودن فرزند مادر ایرانی، به شدت قابل تردید، بل انکارشده است، زیرا منطوق بند ۲ ماده ۹۷۶، دلالتی ندارد بر اینکه فرزند «پدر ایرانی»، مصداق منحصربه‌فرد مفهوم «فرد ایرانی» مذکور در قانون اساسی است، تا در نتیجه به استناد مفهوم مخالف «حصص»، بتوان گفت که فرزند مادر ایرانی، مصداق فرزند ایرانی نیست.

#### ب) جهت دوم، تأخر رتبی قانون مدنی (عدم صلاحیت ذاتی و عدم قدرت تخصیص)

مفهوم مخالف فرضی مذکور، نمی‌تواند مخصص و مقید منطوق (عموم و اطلاق) اصل ۴۱ قانون اساسی باشد، زیرا اصولاً قانون عادی، قدرت تخصیص قانون عالی (اساسی) را ندارد، مگر آنکه خود قانون اساسی صلاحیت و اختیار چنین تخصیص و تقییدی را به قانونگذار عادی تفویض کرده باشد (دانش‌پژوه، ۱۳۹۱: ۶۰)، که در این مورد چنین تفویضی وجود ندارد. افزون‌بر آنکه در فرض اعطای صلاحیت نیز باید توجه داشت که اصولاً اجازه و صلاحیت‌بخشی فرضی قانون اساسی به قانون عادی برای تخصیص قانون اساسی، ناظر بر قوانین عادی مصوب پس از قانون اساسی است و نه قوانین عادی مصوب پیش از قانون اساسی، مگر آنکه قانون اساسی به این امر تصریح کرده باشد، که چنین نکرده است. بنابراین اگر فرضاً بین حکم مستفاد از اصل ۴۱ قانون اساسی، یعنی حق مسلم بودن برخورداری از تابعیت ایران برای هر سه دسته فرزند (پدر و مادر ایرانی، فقط پدر ایرانی، فقط مادر ایرانی)، با حکم مستفاد از بند ۲ ماده ۹۷۶ قانون مدنی، تعارضی باشد، منطوقاً قانون مدنی نمی‌تواند حاکم بر قانون اساسی و مخصص و مقید عموم و اطلاق اصل ۴۱ قانون اساسی باشد، به‌ویژه آنکه

زمان وضع قانون اساسی در اینجا حدود پنجاه سال پس از وضع قانون عادی (مدنی) است.

### ج) جهت سوم؛ تقدم تاریخی و زمانی قانون مدنی نسبت به قانون اساسی

حتی با فرض صلاحیت و قدرت تخصیص، دست کم در این مورد، خاص بند ۲ ماده ۹۷۶ نمی تواند مخصص عام (اصل ۴۱) باشد، زیرا در مواردی که خاص به لحاظ زمانی، مقدم بر عام است (خاص: ماده ۹۷۶، مصوب ۱۳۱۳ و عام: اصل ۴۱، مصوب ۱۳۵۸)، اگرچه احتمالاً خاص می تواند مخصص عام باشد، اما چه بسا برعکس، این عام مؤخر است که ناسخ خاص مقدم می گردد و اتفاقاً موضوع بحث ما به مواردی نزدیک تر است که عام مؤخر (و در این جا اصل ۴۱ قانون اساسی)، ناسخ خاص مقدم (و در این جا مفهوم مخالف بند ۲ ماده ۹۷۶) است (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۳۷۸-۳۸۱؛ شیروی، ۱۳۹۸: ۲۴۰؛ قافی و شریعتی، ۱۳۸۵، ج ۱: ۲۴۱-۲۴۵). نتیجه این سخن آن است که به جای آنکه به استناد بند ۲ ماده ۹۷۶، دایره عموم و اطلاق اصل ۴۱، تخصیص خورده و در نتیجه عبارت «هر فرد ایرانی» محدود و منحصر به فرزندان پدران ایرانی شود، انحصار (ادعایی) مذکور در بند ۲ ماده ۹۷۶ که فقط فرزندان پدران ایرانی را، ایرانی محسوب می کند، به استناد اصل ۴۱ قانون اساسی، منسوخ شده و فرزندان مادر ایرانی همچون فرزندان پدر ایرانی، ایرانی محسوب می شوند.

### د) جهت چهارم: الزام اجرایی و قضایی و نه الزام تقنینی به تخصیص

صرف نظر از آنچه گذشت و با فرض وجود مفهوم مخالف و قدرت تخصیص اطلاق اصل ۴۱ قانون اساسی به وسیله مفهوم مخالف بند ۲ ماده ۹۷۶ قانون مدنی، گفتنی است که الزام به تخصیص ویژه مقامات قضایی و اجرایی است که موظف به اجرای قانون موجودند و در این مقام چاره ای جز جمع عرفی و منطقی بین قوانین نسبتاً متعارض موجود، از جمله از راه تخصیص ندارند، اما قانونگذاری که قدرت نسخ قانون عادی و جایگزینی قانونی جدید به جای آن را دارد، به طور کلی چنین تکلیفی ندارد، به ویژه در این مورد که مفهوم مخالف مفروض قانون عادی با اطلاق قانون اساسی، ناسازگار است، نه تنها وظیفه ندارد با مفهوم مخالف مفروض، اطلاق قانون اساسی را بشکند و قلمرو شمول آن را محدود سازد، بلکه منطقی است قانون عادی مخالف با قانون اساسی را نسخ و قانونی موافق اطلاق قانون اساسی جایگزین آن سازد، به گونه ای که مقامات قضایی و اجرایی هم از تخصیص قانون اساسی به وسیله قانون عادی رها شوند، همان گونه که به دلیل همین ناسازگاری، ماده ۹۸۱ را حذف کرده است.

نتیجه نهایی آنکه فارغ از دیگر قوانین، مراد از عبارت «هر فرد ایرانی» مذکور در اصل ۴۱ قانون اساسی که برخوردار بودن از تابعیت ایران حق مسلم سلب نشدنی اوست، کسی است که پدر یا مادرش ایرانی باشد و اطلاق این عبارت به وسیله قانون عادی قابل تقیید نیست. بنابراین:

اولاً: به لحاظ اجرایی و قضایی نمی‌توان به استناد بند ۲ ماده ۹۷۶ قانون مدنی، فرزندان مادران ایرانی را از شمول اصل ۴۱ و از شمار عبارت «هر فرد ایرانی» خارج کرد و از تابعیت اصلی و تولدی ایران بر مبنای سیستم خون بی‌بهره دانست؛

ثانیاً: دست‌کم، قانونگذار پس از قانون اساسی مصوب ۱۳۵۸، حق ندارد با وضع ماده‌واحد‌های مصوب ۱۳۸۵ و ۱۳۹۸، فرزندان مادران ایرانی را از تابعیت اصلی و تولدی ایران بر مبنای سیستم خون محروم سازد.

بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که فرزندان مادران ایرانی، همچون فرزندان پدران ایرانی، از تابعیت ایران برخوردارند و این برخورداری، افزون‌بر هماهنگی با قانون فرازین، یعنی اطلاق اصل ۴۱ قانون اساسی، مقتضای حقیقت تابعیت بر مبنای سیستم خون، مقتضای ماده ۱۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر و دیگر اسناد و توصیه‌های بین‌المللی، با مقتضای فقه اسلامی نیز که فرزند مادر مسلمان را، مسلمان می‌شمرد، اگرچه پدرش غیرمسلمان باشد (دانش‌پژوه، ۱۳۸۱: ۱۳۰-۱۳۳) بیشتر موافقت دارد، که پرداختن به آن‌ها از حوصله این نوشتار خارج است.

در پایان، گفتنی است که برخی کشورهایی که سیستم خون در تابعیت تولدی را به‌طور مطلق یا همراه با شرط تولد در خاک کشور خود پذیرفته‌اند، به همین صورت عمل کرده و داشتن نسب به یک طرف، خواه پدر و خواه مادر را، برای اعطای تابعیت تولدی کافی دانسته‌اند، مانند چین، ژاپن، سنگاپور، کره جنوبی، کره شمالی، مالزی، آلمان، آندورا، اسپانیا، اوکراین، انگلیس، ایتالیا، بلاروس، بلغارستان، چک، دانمارک، رومانی، فرانسه، نروژ، آنگولا، باهاماس، کنیا و نیجریه (آل‌کجیاف، ۱۳۹۳، به ترتیب ۹۴، ۱۰۵، ۱۰۷، ۱۱۲، ۱۱۴، ۱۱۵، ۱۴۷، ۱۴۹، ۱۵۴، ۱۵۶، ۱۶۰، ۱۶۳، ۱۷۰، ۱۷۷، ۱۸۱، ۱۸۲، ۱۸۴، ۱۹۱، ۱۹۹، ۲۰۸، ۲۱۲، ۲۱۶، ۲۱۹؛ نصیری، ۱۳۷۲: ۶۴؛ شیخ‌الاسلامی، ۱۳۸۴: ۴۸).

## نتیجه گیری

نتایج پژوهش حاضر نشان داد:

۱. با توجه به عدم تعریفی قانونی از تابعیت، چه در قانون اساسی و چه در قانون عادی، مراد از تابعیت ایران در اصول ۴۱ و ۴۲ قانون اساسی، عضویت فرد در جمعیت تشکیل‌دهنده دولت ایران است، که به یکی از دو صورت عضویت داشتن (اصل ۴۱) یا عضویت یافتن (اصل ۴۲) تحقق می‌یابد.

۲. مراد از «فرد ایرانی» مذکور در اصل ۴۱ قانون اساسی، هر کسی است که پدر یا مادرش ایرانی باشد و مراد از دولت، همه نهادهای حکومتی از جمله قوه مقننه است.

۳. در این میان، برخوردار بودن از تابعیت ایران، حق ایرانیان موضوع اصل ۴۱ و برخوردار شدن از تابعیت ایران، امتیازی برای بیگانگان موضوع اصل ۴۲ است، البته برخوردار ماندن از تابعیت ایران، حق همه اتباع ایران است و به همین سبب، جز در موارد مصرح در اصول مذکور، سلب تابعیت، ممنوع است.

۴. قانون اساسی در مقایسه با قانون عادی، قانون فرازین و تأثیرگذار است و نه قانون همانند و تأثیرپذیر.

۵. بدین ترتیب، مفهوم مخالف ادعایی بند ۲ ماده ۹۷۶ قانون مدنی، نه تنها مخصص و مقید اصل ۴۱ قانون اساسی نیست و نمی‌تواند باشد، بلکه منسوخ به قانون اساسی است. بنابراین فرزندان مادران ایرانی، به استناد اصل ۴۱ قانون اساسی از تابعیت اصلی ایران برخوردارند.

۶. بر این اساس، مفاد ماده واحد مصوب ۱۳۹۸ نیز که فرزندان مادران ایرانی را بیگانه پنداشته و فقط راه ایرانی شدن و کسب تابعیت ایرانی را برای آن‌ها تا اندازه‌ای تسهیل کرده است، به‌رغم آنکه گامی به جلو محسوب می‌شود، اما با مفاد قانون اساسی هماهنگ نیست و باید در راستای هماهنگی با قانون اساسی اصلاح شود.

## منابع

۱. آل کجیاف، سید حسین (۱۳۹۳)، تابعیت در ایران و سایر کشورها، تهران: جنگل، چ دوم.
۲. ابراهیمی، سید نصرالله (۱۳۸۶)، حقوق بین الملل خصوصی، تهران: سمت، چ دوم.
۳. ارفع‌نیا، بهشید (۱۳۸۶)، «تابعیت اطفال متولد در ایران از مادران ایرانی»، مجموعه مقالات همایش حقوق کودک، تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
۴. ----- (۱۳۶۹)، حقوق بین الملل خصوصی، تهران: آگاه، ج ۱.
۵. بوشهری، جعفر (۱۳۸۴)، حقوق اساسی، تهران: شرکت سهامی انتشار، ج ۳.
۶. بیات کمیتکی، مهناز؛ بالوی، مهدی (۱۳۹۴)، «حق بر تابعیت: از حقوق بین الملل خصوصی تا حقوق بشر»، مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۱۲، ش ۱، ص ۱۲۹-۱۵۰.
۷. تسخیری، محمدعلی (۱۳۹۵)، پیرامون قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ترجمه محمد سپهری، تهران: امیرکبیر.
۸. جوان آراسته، حسین (۱۳۹۸)، حقوق اساسی (۱)، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۹. حقیقت‌طلب، پیمان، (۱۳۹۷)، «فقط ایران و شش کشور دیگر راه خود را می‌روند»، مجله زنان امروز، ش ۳۲، فروردین و اردیبهشت، ص ۲۴-۲۶.
۱۰. دانش‌پژوه، مصطفی (۱۳۸۱)، اسلام و حقوق بین الملل خصوصی، تهران: مرکز چاپ و انتشارات وزارت امور خارجه و پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۱۱. ----- (۱۳۹۷)، «تابعیت و جنسیت»، مجله مطالعات فقهی - حقوق زن و خانواده، سال اول، شماره یکم، بهار و تابستان ۱۳۹۷، ص ۹۸-۱۱۵.
۱۲. ----- (۱۳۹۱)، قلمرو اجرا و تفسیر قواعد حقوقی، تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و انتشارات جنگل.
۱۳. دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۷۲)، لغت‌نامه، تهران: انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ج ۳.
۱۴. رستمی‌نژاد، امید (۱۳۹۵)، تابعیت مضاعف، تهران: جاودانه.
۱۵. سلجوقی، محمود (۱۳۸۶)، حقوق بین الملل خصوصی، تهران: میزان، چ پنجم، ج ۱.
۱۶. سهرابی، محمد (۱۳۸۵)، حقوق بین الملل خصوصی، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۱۷. شریعت باقری، محمدجواد (۱۳۹۵)، حقوق بین الملل خصوصی، تهران: میزان.

۱۸. شریعتی، سعید (۱۳۸۴)، *حقوق ملت و دولت در قانون اساسی*، تهران: کانون اندیشه جوان.
۱۹. شیخ‌الاسلامی، سید محسن (۱۳۸۴)، *حقوق بین‌الملل خصوصی*، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۲۰. شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۸)، *مقدمه علم حقوق*، تهران: میزان.
۲۱. طباطبائی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۰)، *حقوق اساسی*، تهران: میزان.
۲۲. عابدی، محمدتقی (۱۳۹۱)، «حق بر تابعیت و اصل دادرسی منصفانه»، *پژوهشنامه حقوق خصوصی*، سال اول، ش ۱، زمستان، ص ۷۳-۸۶.
۲۳. عالیخانی، محمد (۱۳۷۳)، *حقوق اساسی*، تهران: دستان.
۲۴. عامری، جواد (۱۳۶۲)، *حقوق بین‌الملل خصوصی*، تهران: آگاه.
۲۵. عباسی، بیژن (۱۳۸۸)، *مبانی حقوق اساسی*، تهران: جنگل.
۲۶. ----- (۱۳۹۷)، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: دادگستر.
۲۷. عبداللهی، سید محمدعلی (۱۳۹۳)، *آشنایی با مفاهیم حقوق عمومی؛ بررسی مفهوم «تابعیت»*، پژوهشکده شورای نگهبان.
۲۸. عبدی‌پور فرد، ابراهیم؛ چاچ، سعید (۱۳۹۸)، «نابرابری پدر و مادر ایرانی، در انتقال تابعیت به فرزندان»، *مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۱۰، ش ۱. بهار و تابستان، ص ۲۶۱-۲۷۸.
۲۹. عزیزی، ستار؛ حاجی عزیزی، بیژن (۱۳۹۰ [الف])، «بررسی جایگاه مادران ایرانی در انتقال تابعیت به طفل»، *تحقیقات حقوقی*، زمستان ۱۳۹۰، ش ۵۶، ص ۳۳۳-۳۷۰.
۳۰. ----- (۱۳۹۰ [ب])، *تابعیت در حقوق ایران و بین‌الملل*، همدان: دانشگاه بوعلی سینا.
۳۱. عسکری‌نیا، ابوالفضل (۱۳۸۹)، *حقوق اساسی*، تهران: فرانما.
۳۲. عمید، حسن (۱۳۵۵)، *فرهنگ عمید*، تهران: امیرکبیر.
۳۳. عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۹۸)، *حقوق اساسی*، تهران: خرسندی، چ سوم.
۳۴. قاسم‌زاده، قاسم (۱۳۹۳)، *حقوق اساسی*، تصحیح علی‌اکبر گرجی، تهران: جنگل، چ دوم.
۳۵. قاسمی، داود (۱۳۹۳)، *جستاری در حقوق اساسی*، تهران: مجد.
۳۶. قاسمی، غلامعلی؛ بافهم، محمد (۱۳۹۹)، «نقد و بررسی تحولات قانون ایران در خصوص تابعیت افراد متولد از مادران ایرانی»، *مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۵۰، ش ۱، ص ۱۳۳-۱۵۱.

۳۷. قاضی، ابوالفضل (۱۳۶۸)، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۳۸. قافی، حسین؛ شریعتی، سعید (۱۳۸۵)، اصول فقه کاربردی، قم و تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و سمت، ج ۱.
۳۹. قربان‌نیا، ناصر (۱۳۸۷)، «فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی»، نامه مفید، اسفند، ش ۷۰، ص ۲۱-۳۸.
۴۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹)، کلیات حقوق، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۴۱. مجیدی، محمدرضا (۱۳۸۹)، آشنایی با قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، قم: معارف.
۴۲. محمدی، محمد (۱۳۹۳)، جستاری بر قانون اساسی، تهران: شهر دانش.
۴۳. مدنی، سید جلال‌الدین (۱۳۷۰)، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، تهران: همراه.
۴۴. ----- (۱۳۷۸)، حقوق بین‌الملل خصوصی ۱ و ۲، تهران: پایدار.
۴۵. معین، محمد (۱۳۶۰)، فرهنگ فارسی، تهران: امیرکبیر، ج ۱.
۴۶. ملک‌افضلی، محسن (۱۳۹۱)، آشنایی با قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، قم: معارف.
۴۷. نجفی اسفاد، مرتضی؛ محسنی، فرید (۱۳۹۱)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: فردا.
۴۸. نصیری، محمد (۱۳۷۲)، حقوق بین‌الملل خصوصی، تهران: آگاه، ج اول (ویرایش دوم)، ج ۱ و ۲.
۴۹. نظریور، مهدی (۱۳۸۷)، آشنایی با قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، قم: معارف.
۵۰. نظیف، مجتبی (۱۳۸۸)، حقوق بین‌الملل خصوصی، تهران: دادگستر، ج ۱.
۵۱. ویژه، محمدرضا (۱۳۹۳)، کلیات حقوق اساسی، تهران: سمت.

#### References:

1. Abasi, Bijan. (2009). The Principles of Constitutional Law. Tehran: Jungle Publication. (in Persian)
2. Abasi, Bijan. (2018). The Constitutional Law of Islamic Republic of Iran. Tehran: Dadgostar. (in Persian)
3. Abdipourfard, Ebrahim & Chach, Saeid. (2019). Inequality of Iranian Parents in Transferring Citizenship to Their Children. Private Law Studies, 10(1): 261-278. (in Persian)
4. Abdollahi, Seyed Mohammad Ali. (2014). An Introduction to the Concepts of General Law; the Concept of Citizenship. Research Institute of Guardian Council. (in Persian)
5. Abedi, Mohammad Taghi. (2012). The Right to Citizenship and the Principle of Fair Trial. Journal of Private Law, 1(1): 73-86. (in Persian)



6. Al Kajbaf, Seyed Hussein. (2014). Citizenship in Iran and Other Countries. Tehran: Jungle Publication, Second Print. (in Persian)
7. Alikhani, Mohammad. (1994). Constitutional Law. Tehran: Dastan Publication. (in Persian)
8. Ameri, Javad. (1983). Private International Law. Tehran: Agah Publication. (in Persian)
9. Amid Zanjani, Abas ali. (2019). Constitutional Law. Tehran: Khorsandi, Third Print. (in Persian)
10. Amid, Hassan. (1976). Encyclopedia of Amid. Tehran: Amir Kabir. (in Persian)
11. Arfania, Behshid. (1990). Private International Law. Tehran: Agah Publication, Vol.1. (in Persian)
12. Arfania, Behshid. (2007). Citizenship of Children Born to Iranian Women. The Proceedings of the Conference on Child's Rights, Tehran: Publication of University of Tehran, Faculty of Law and Political Sciences. (in Persian)
13. Askarinia, Abolfazl. (2010). Constitutional Law. Tehran: Faranama Publication. (in Persian)
14. Azizi, Satar & Haji Azizi, Bijan. (2011). A Review of the Status of Iranian Mothers in Transferring Citizenship to The Child. Legal Studies, 56: 333-370. (in Persian)
15. Azizi, Satar & Haji Azizi, Bijan. (2011). Citizenship in Iranian and International Law. Hamedan: Publication of Bu-Ali Sina University. (in Persian)
16. Bayat Komitaki, Mahnaz & Balvi, Mahdi. (2015). The Right to Citizenship: From Private International Law to Human Rights. Private Law, 12(1): 129-150. (in Persian)
17. Boushehri, Jafar. (2005). Constitutional Law. Tehran: Enteshar Corporation, Vol.3. (in Persian)
18. Daneshpajouh, Mostafa. (2002). Islam and Private International Law. Tehran-Qom: Publication of the Ministry of Foreign Affairs and Research Institute of Hawzah and University. (in Persian)
19. Daneshpajouh, Mostafa. (2012). The Realm of Execution and Interpretation of Legal Rules. Tehran-Qom: Jungle Publication and Research Institute of Hawzah and University.
20. Daneshpajouh, Mostafa. (2018). Citizenship and Gender. Journal of Jurisprudential-Legal Studies of Women and Family, 1(1): 98-115. (in Persian)
21. Dehhoda, Mohammad. (1993). Dictionary. Tehran: Publication of University of Tehran, vol.3. (in Persian)
22. Ebrahimi, Seyed Nasrollah. (2007). Private International Law. Tehran: SAMT, Second Print. (in Persian)
23. Ghafi, Hussein & Shariati, Saeid. (2013). The Principles of Applied Jurisprudence. Tehran-Qom: SAMT and Research Institute of Hawzah and University, Vol.1. (in Persian)
24. Ghasemi, Davoud. (2014). An Introduction to the Constitutional Law. Tehran: Majd. (in Persian)

25. Ghasemi, Gholam Ali & Bafahm, Mohammad. (2020). The Critiques and A Review of Changes in Iranian Law Regarding the Citizenship of People Born to Iranian Mothers. *Private Law Studies*, 50(1): 133-151. (in Persian)
26. Ghasemzadeh, Ghasem. (2014). *Constitutional Law*. Edited by: Ali Akbar Gorji. Tehran: Jungle Publication, Second Print. (in Persian)
27. Ghazi, Abolfazl. (1989). *Constitutional Law and Political Institutions*. Tehran: Publication of University of Tehran. (in Persian)
28. Ghorbannia, Naser. (2008). The Children from the Marriage of Iranian Women with Foreign Men. *Nameh Mofid*, 70: 21-38. (in Persian)
29. Haghghat Talab, Peiman. (2018). Just Iran and Six Other Countries Go Their Own Way. *Journal of Today's Women*, 32: 24-26. (in Persian)
30. Javan Arasteh, Hussein. (2019). *Constitutional Law (1)*. Qom: Research Institute of Hawzah and University. (in Persian)
31. Katouzian, Naser. (2000). *The Generalities of Law*. Tehran: Enteshar Corporation. (in Persian)
32. Madani, Seyed Jalalodin. (1991). *Constitutional Law and Political Institutions*. Tehran: Hamrah Publication. (in Persian)
33. Madani, Seyed Jalalodin. (1999). *Private International Law*. Tehran: Paydar Publication, Vols.1&2. (in Persian)
34. Majidi, Mohammad Reza. (2010). *An Introduction to the Constitution of Islamic Republic of Iran*. Qom: Maref Publication. (in Persian)
35. Malek Afzali, Mohsen. (2012). *An Introduction to the Constitution of Islamic Republic of Iran*. Qom: Maref Publication. (in Persian)
36. Moein, Mohammad. (1981). *Persian Encyclopedia*. Tehran: Amir Kabir, Vol.1. (in Persian)
37. Mohammadi (Gorgani), Mohammad. (2014). *An Introduction to the Constitution*. Tehran: Danesh City. (in Persian)
38. Najafi Esfad, Morteza & Mohseni, Farid. (2012). *The Constitutional Law of Islamic Republic of Iran*. Tehran: Fardafar. (in Persian)
39. Nasiri, Mohammad. (1993). *Private International Law*. Tehran: Agah Publication, First Print (2<sup>nd</sup> ed.), Vols.1&2. (in Persian)
40. Nazarpour, Mahdi. (2008). *An Introduction to the Constitution of Islamic Republic of Iran*. Qom: Maref Publication. (in Persian)
41. Nazif, Mojtaba. (2009). *Private International Law*. Tehran: Dadgostar, Vol.1. (in Persian)
42. Rostaminejad, Omid. (2016). *Dual Citizenship*. Tehran: Javdaneh. (in Persian)
43. Saljoughi, Mahmoud. (2007). *Private International Law*. Tehran: Mizan Publication, Vol.1, Fifth Print. (in Persian)
44. Shariat Bagheri, Mohammad Javad. (2016). *Private International Law*. Tehran: Mizan Publication. (in Persian)
45. Shariati, Saeid. (2005). *Nation's and Government's Rights in the Constitution*. Tehran: Young Thought Center. (in Persian)
46. Sheikholeslami, Seyed Mohsen. (2005). *Private International Law*. Tehran: Ganje Danesh Library. (in Persian)

47. Shiravi, Abdolhussein. (2019). An Introduction to the Science of Law. Tehran: Mizan Publication. (in Persian)
48. Sohrabi, Mohammad. (2006). Private International Law. Tehran: Ganje Danesh. (in Persian)
49. Tabatabaei Motameni, Manouchehr. (2001). Constitutional Law. Tehran: Mizan Publication. (in Persian)
50. Taskhiri, Mohammad Ali. (2016). On the Constitution of the Islamic Republic of Iran. Translated by: Mohammad Sepehri. Tehran: Amir Kabir. (in Persian)
51. Vijeh, Mohammad Reza. (2014). The Generalities of Constitutional Law. Tehran: SAMT. (in Persian)



## بررسی «مقبولیت عامه» در اصل ۱۰۷ قانون اساسی

هدی غفاری<sup>۱\*</sup>، فاطمه نظری<sup>۱\*\*</sup>

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۷/۱ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۳/۲۳

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: 10.22034/qjplk.2021.254

### چکیده

سازوکار تعیین رهبر توسط خبرگان منتخب مردم در اصل ۱۰۷ قانون اساسی، ویژگی‌ها و اوصافی ترجیحی را در تعیین رهبر مقرر کرده است که این مرجحات، بدون تصریح یا بیان ضمنی دال بر وجود اولویت میان آن‌ها، در عرض یکدیگر بیان شده‌اند. بنابراین منطوق اصل، حاکی از تساوی جایگاه این مرجحات است؛ حال آنکه مرجح «مقبولیت عامه» در کنار سایر مرجحات جایگاهی متزلزل داشته و امکان مغفول ماندن آن وجود دارد، چراکه ذکر سایر مرجحات تحت عنوان ویژگی‌های رهبر در اصول ۱۰۹ و ۵ پایگاهی استوار برای آن‌ها ایجاد کرده و از دیگر سو عموم آرای فقها اولویت این مرجحات را به سبب وجود ملاک شرعی مورد تأکید قرار داده است.

با این وصف سؤال آن است که جایگاه حقیقی «مقبولیت عامه» چیست و قانونگذار اساسی چه هدفی را از افزودن این مفهوم به اصل ۱۰۷، پس از بازنگری در قانون اساسی دنبال کرده است؛ آیا این هدف با نحوه نگارش و جایگذاری آن در این اصل سازگار است. آیا مقبولیت عامه صرفاً مرجحی در سازوکار تعیین رهبر است یا می‌توان آن را از ویژگی‌های ماهوی رهبر برشمرد. این مقاله در راستای ابهام‌زدایی از این اصل اساسی، با استفاده از روش‌های توصیفی و تحلیلی و استناد به منابع و اسناد به این نتیجه دست یافته است که مقبولیت عامه یک ویژگی ماهوی در رهبر به حساب می‌آید و خبرگان منتخب مردم شرعاً موظف‌اند به منظور تأمین غرض ایجاد حکومت اسلامی و نقض نکردن آن، همچنین تأمین کارکرد حداکثری حکومت ایجادشده، این ویژگی را در مصداق منتخب خود احراز کنند؛ مبتنی بر تفسیر تاریخی، قصد

دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبایی، تهران، ایران

\* Email: hodaghafari@yahoo.com

کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبایی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

\*\* Email: nazarifateme87@yahoo.com



قانونگذار اساسی مؤید این معناست. بر این اساس نحوه استقرار مفهوم «مقبولیت عامه» در این اصل، با هدف قانونگذار سازگار و متناسب نیست؛ از همین رو در این مقاله بررسی و بازنگری در اصل مذکور پیشنهاد می‌شود.

**واژگان کلیدی:** اصل ۱۰۷، مرجحات تعیین رهبر، مقبولیت عامه، مقبولیت، ویژگی‌های رهبر.

## مقدمه

مفهوم «مقبولیت عامه» در ادبیات حقوقی منحصراً در اصل ۱۰۷ و به‌عنوان یک مرجع در تعیین رهبر، پس از بازنگری در قانون اساسی به‌کار رفته است. از همین رو برای دستیابی به تعریف این مفهوم و نسبت آن با مقبولیت و روشن ساختن جایگاه آن، تحلیل خاستگاه این اصل و تطبیق آن با مبانی ضرورت دارد.

اصل ۱۰۷ که نحوه تعیین رهبر را بیان می‌دارد، مقرر کرده است که «پس از مرجع عالی قدر تقلید و رهبر کبیر انقلاب جهانی اسلام و بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران حضرت آیت‌الله العظمی امام خمینی (قدس سره الشریف) که از طرف اکثریت قاطع مردم به مرجعیت و رهبری شناخته و پذیرفته شدند، تعیین رهبر به عهده خبرگان منتخب مردم است. خبرگان رهبری درباره همه فقهای واجد شرایط مذکور در اصل پنجم و یکصدونهم بررسی و مشورت می‌کنند هر گاه یکی از آنان را اعلم به احکام و موضوعات فقهی یا مسائل سیاسی و اجتماعی یا دارای مقبولیت عامه یا واجد برجستگی خاص در یکی از صفات مذکور در اصل یکصدونهم تشخیص دهند او را به رهبری انتخاب می‌کنند و در غیر این صورت یکی از آنان را به‌عنوان رهبر انتخاب و معرفی می‌نمایند. رهبر منتخب خبرگان ولایت امر و همه مسئولیت‌های ناشی از آن را بر عهده خواهد داشت. رهبر در برابر قوانین با سایر افراد کشور مساوی است».

ویژگی‌های رهبر در اصل ۱۰۹ نیز بدین شرح است: «شرایط و صفات رهبر: ۱- صلاحیت علمی لازم برای افتاء در ابواب مختلف فقه ۲- عدالت و تقوای لازم برای رهبری امت اسلام ۳- بینش صحیح سیاسی و اجتماعی، تدبیر، شجاعت، مدیریت و قدرت کافی برای رهبری. در صورت تعدد واجدین شرایط فوق شخصی که دارای بینش فقهی و سیاسی قوی‌تر باشد مقدم است». علاوه بر این اصل ۵ بیان می‌دارد: «در زمان غیبت حضرت ولی‌عصر «عج‌الله تعالی فرجه» در جمهوری اسلامی ایران ولایت امر و امامت امت بر عهده فقیه عادل و باتقوا آگاه به زمان، شجاع، مدیر و مدبر است که طبق اصل یکصد و هفتم عهده‌دار آن می‌گردد».

بنابراین اصل ۱۰۷ در مقام بیان ویژگی‌های رهبر نبوده، اما در آن بازگشتی به ویژگی‌های رهبر در راستای شناسایی فرد واجد صلاحیت رهبری داشته و آن را تحت عنوان مرجحات بیان کرده است. در این مرحله «مقبولیت عامه» را نیز با حرف ربط «یا» به مرجحات دیگر که از ویژگی‌های ذکر شده در اصل ۱۰۹ برای رهبر هستند، افزوده است. انگیزه و علت مقرر کردن این مرجح، مراد از آن و کارکردی که برایش در نظر گرفته شده، اولین ابهام است. با ذکر سؤالاتی ذیل مسئله آن را تبیین خواهیم کرد.

باید سؤال کرد که آیا فایده‌ای بر اضافه شدن مقبولیت عامه با حرف ربط «یا»، به مرجحاتی

که خود مستقلاً یک مؤلفه ماهوی برای تعیین رهبر به حساب می‌آیند، مترتب است. هدف از آن، چه بوده است و آیا شیوه تنظیم این اصل با آن هدف تناسب داشته و می‌تواند برآورده‌کننده آن باشد یا تزلزل در جایگاه مقبولیت عامه، تأمین آن هدف را نیز ناستوار می‌سازد؛ چراکه بهره بردن از حرف ربط «یا» در منطوق این اصل بدین معناست که خبرگان می‌توانند هریک از این مرجحات هم‌شأن و پایه را بدون پرداختن به دیگری در فرایند تعیین رهبر ملاک کار قرار دهند، که البته با توجه به مفاد اصل ۱۰۹ این اعراض و روی‌گردانی کامل، متوجه مرجحات دیگر نخواهد بود. ظاهر اصل نیز دلالتی بر ترتیبی بودن این مرجحات ندارد.

در این میان سؤال دیگری نیز بدین قرار مطرح می‌شود که آیا می‌توان با توجه به هدف ذکر مقبولیت عامه در این اصل و سیاق کلی قانون اساسی، نتیجه گرفت که قانونگذار در واقع با بیان «مقبولیت عامه» یک ویژگی و شرط را برای تصدی مقام رهبری در مرحله اثباتی مقرر کرده است و یا باید آن را صرفاً به‌عنوان یک مرجح برآورد کنیم.

همچنین درنگی بیشتر در مفاد این اصل سؤالاتی از این سنخ را پیش می‌آورد که اساساً رویکرد قانون اساسی نسبت به مقبولیت رهبر چیست و رابطه مقبولیت عامه با آن، در قانون اساسی نظام جمهوری اسلامی به چه شکل قابل تحلیل است؟ آیا منتخب بودن خبرگان رهبری می‌تواند مقبولیت رهبر منتخب را نیز در این نظام تأمین کند، در این صورت نقش مقبولیت عامه در این اصل چه خواهد بود؟ همچنین اگر قانونگذار قصد داشته است با بیان «مقبولیت عامه»، در واقع ویژگی مقبولیت رهبر در قانون اساسی را بنمایاند، آنگاه این شکل از تنظیم قانون و شیوه ساماندهی را می‌توان در راستای تأمین این هدف برآورد کرد.

در نهایت با در نظر گرفتن ضرورت استخدام ساختار در خدمت مبنای، با این مسئله روبه‌رو می‌شویم که آیا ساختار این اصل (۱۰۷) قابلیت تأمین اهداف مبنایی حکومت دینی را دارد یا خیر. وجوب زدودن ابهام از این اصل و مفهوم بنیادین مندرج در آن، از جهات مختلفی مورد توجه است، چراکه وجود و بقای ابهام در آن، در مراحل اجرایی و کاربردی می‌تواند جامعه را دچار چالش و سردرگمی کند و در مواقعی به سمت ایجاد بحران سوق دهد و از اهداف خود دور سازد. علاوه بر این در صورت عدم طراحی ساختاری که تأمین‌کننده اهداف بنیادین حکومت دینی است، به مرور زمان آن اهداف به حاشیه می‌رود و نقض غرض حاصل می‌شود. همچنین به لحاظ نظری، ممکن است از وجود چنین شکاف‌هایی در ساختار، این برداشت صورت پذیرد که انگاره سیاسی‌ای که این نظام و این قانون بر آن استوار است، توان و امکان ارائه ساختاری متناسب با اهداف خود را ندارد و قادر نیست نظامی کامل را معرفی کند.



ضرورت نمایاندن قابلیت بنیان‌های نظری این نظام در معرفی ساختاری بی‌رخنه، بیانگر اولویت داشتن انجام این پژوهش است.

امکان دستیابی به مراد مقنن با بهره‌گیری از روش‌های توصیفی و تحلیلی و به‌کار گرفتن روش‌های تفسیری میسر شده است، اما علاوه بر آن باید نتایج حاصله به‌منابه یک جزء در خدمت کل تحلیل و بر مبنای بنیادین قانون اساسی و نظریه حکومت اسلامی پذیرفته شده در این قانون ارائه می‌شد، تا بتوان دقیق‌ترین و صحیح‌ترین تحلیل را از جایگاه مقبولیت عامه به‌دست آورد. با عنایت به این روش و تأکید بر طرح پژوهشی این نوشتار، یعنی تحلیل ساختار در استخدام مبنای و محدود بودن این نوشتار، اصول مبنایی مورد پذیرش نویسنده مفروض انگاشته شده و در حد ضرورت بیان شده است.<sup>۱</sup>

نگارنده، مسبوق بر انتخاب قطعی موضوع، ابتدا عموم آثاری را که در شعاع ابهامات موضوع مدنظر ارائه شده، مطالعه و بررسی کرده است. تحلیل جایگاه مقبولیت عامه در اصل ۱۰۷ قانون اساسی، به‌صورت مستقل و ذوابعاد فاقد پیشینه‌ای است که توانسته باشد به‌طور متقن و مستدل در خصوص آن نتایجی را ارائه کند. آنچه موجود است، مطالب پراکنده و اشارات ضمنی است که دغدغه ابهام‌زدایی از این مفهوم را، به‌صورت هدفمند، مستدل و مستند نداشته است.

با توجه به ابهامات و سؤالات مطرح‌شده، پس از بیان مختصر مفروضات، اصل ۱۰۷ تشریح و پیشینه آن بررسی می‌شود. دلایل ورود مقبولیت عامه به ادبیات حقوقی قانون اساسی در این اصل، از لسان مقنن بررسی شده، بدین‌نحو جایگاه حقیقی این مفهوم حاصل خواهد شد. سپس تناسب این جایگاه با ساختار اصل ۱۰۷ سنجش خواهد شد و در نهایت جایگاه مفهوم مقبولیت عامه در تأمین دو اصل غایی مقبولیت و رشد در برابر مقبولیت ناشی از منتخب بودن خبرگان سنجیده خواهد شد.

## ۱. مبانی نظری پژوهش<sup>۲</sup>

واژه کلیدی این پژوهش «مقبولیت عامه» است که نمی‌توان آن را فارغ از مفهوم مقبولیت تحلیل کرد. بنابراین ضروری است که به‌عنوان مبنای بحث، جایگاه مقبولیت را در حکومت اسلامی به‌اختصار توضیح دهیم تا ادبیات پژوهش تبیین شود.

این پژوهش، متکی بر نظریه شهید صدر در خصوص حکومت است که مطابق این مبنای، مفهوم مقبولیت مبتنی است بر انسان‌شناسی توحیدی. در این دیدگاه انسان به‌عنوان خلیفه‌الله بالقوه شناسایی می‌شود که براساس اقتضای حکمت الهی، حق دارد در شرایطی واقع شود که این استعداد را به فعل تبدیل کند و به غایت خلقت خود برسد.

خلیفه‌الله کسی است که مظهر تمامی اوصاف، افعال و ذات الهی باشد و از آن رو که مظهریت، ذومراتب است، خلافت نیز مفهومی مشکک است و سیر انسان به سمت آن حدی ندارد. اما انسان با وجود قوه اختیار و وجود خطوات نفسانی که لازمه رسیدن به چنین مقامی است، برای رسیدن به این کمال، نیازمند هدایتگری از بیرون است. خداوند این هدایتگری را به واسطه رسالت انسان کامل و محتوای رسالت او یعنی وحی، برای انسان‌ها فراهم کرده است؛ این مقام، اعلی مقام شهادت است.

شهادت مفهومی در درون مفهوم خلافت است که هر کس به واسطه قرار گرفتن در مرتبه‌ای از خلافت، در مقامی از مراتب شهادت نیز واقع می‌شود و مسئولیت هدایتگری خود و دیگران را بر عهده خواهد داشت.

بر اساس تبیینی که از مفهوم شهادت شد و وظایف شهید، حکومت کامل‌ترین ابزار ایفای وظایف اوست، که تشکیل و استمرار آن از مبانی و اصولی تبعیت می‌کند. بر این اساس رابطه مردم و شهید در تشکیل و استمرار حکومت مبتنی بر دو اصل تخطی‌ناپذیر مقبولت و رشد تبیین می‌شود. هر دو اصل مذکور بر دو مبنا استوارند: اول رعایت اقتضائات ویژگی‌های تکوینی خلقت انسان و فلسفه اعطای آن (اختیار) و دیگری تأمین بسترهای لازم برای تحقق اهداف حکومت (رشد) به‌عنوان یک ابزار.

رعایت دو اصل بالا، از مؤلفه‌های الهی تلقی شدن حکومت و در نتیجه شرعی بودن و حقانیت آن در اندیشه توحیدی به حساب می‌آید. کیفی بودن وصف این اصول از ویژگی‌های مهم و مؤثر آن‌ها به‌شمار می‌آید. تمامی روابط در این نوع حکومت بر اساس اصالت عبودیت تنظیم شده است و حق حاکمیت در آن جایگاهی ندارد.

در این دیدگاه جایگاه مردم به شکل بسیار مستحکم و متقن، فارغ از موضوع حق حاکمیت، مبتنی بر حقیقت خلافت از طریق اصل مقبولیت و اصل رشد تبیین می‌شود. این اصول به هیچ عنوان و در هیچ‌یک از مراحل حکومتی که مبتنی بر نظریه خلافت انسان ساختاربنده می‌شود، قابل تخطی نبوده و توجه به اقتضائات آن ضروری، و احراز آن شرط است، هرچند ممکن است راهکارهای احراز آن متفاوت باشد.

در حکومت دوران غیبت (حکومت تمهیدی) نیز، که وجوب تشکیل آن مبتنی بر وظایف شهید اثبات می‌شود، این اصول جاری است و از مؤلفه‌های الهی بودن این حکومت به حساب می‌آید و شرعی بودن و در نتیجه حقانیت حکومت به وجود آن‌ها وابسته است.

بر اساس این دیدگاه، مقبولیت جایگاه خود را در حکومت تمهیدی دوران غیبت مانند حکومت

انسان کامل در ایجاد و استمرار آن، تعیین کارگزاران و تصمیم‌گیری‌ها و اموری از این قبیل، مبتنی بر دو اصل رشد و مقبولیت حفظ کرده است؛ از این رو در مرحله تعیین رهبر نیز براساس همین اصل مردم در انتخاب دخیل خواهند بود. این دخالت، به مفهوم نمایندگی رهبر از جانب مردم در امر حکومت نیست، همچنان‌که منتخب بودن هر مقام دیگری در این حکومت، نشان‌دهنده نمایندگی نیست، بلکه از باب رعایت دو اصل مذکور، انتخاب بر عهده مردم قرار می‌گیرد.

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به‌عنوان یک کل و مجموعه منسجم نیز بر این مبنای حقوقی و ادبیات آن پایبند است؛ چه در مقدمه و چه در اصول بنیادین قانون اساسی این دیدگاه متبلور است. رویکردی که قائل است، هدف حکومت که مبین ضرورت آن نیز است، رشد دادن انسان در حرکت به سوی نظام الهی است که خود در خدمت هدف غایی، یعنی ایجاد زمینه بروز و شکوفایی استعدادها به منظور تجلی ابعاد خداگونگی انسان قرار گرفته است و قصد دارد امت اسوه‌ای را به‌عنوان شهید در راستای ایجاد امت واحد جهانی، به جهان معرفی کند.<sup>۳</sup> اصول ۵۶ و ۵۷ قانون اساسی نیز در ظل اصول ۲، ۳، ۶، ۷ و ۸ در همین زمینه قابل تبیین هستند. با توجه به چنین رویکردی نسبت به مفهوم مقبولیت، اصل ۱۰۷ بررسی می‌شود.

## ۲. مقبولیت عامه در اصل ۱۰۷ قانون اساسی

در مقدمه به شرح مسئله و بیان اصول ۱۰۷ و ۱۰۹ پرداخته شد؛ برای ورود به بحث اصلی باید تأکید کرد که هرچند اصطلاح مقبولیت عامه در سال ۱۳۶۸ و در فرایند اصلاح اصول ۵ و ۱۰۷ قانون اساسی وارد ادبیات حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران شد؛ اما نباید گفت که مفهوم آن پیشتر از این در قانون اساسی نبوده است. در اصل ۵ سابق، شرایطی پیش‌بینی شده بود که مردم مستقیماً بتوانند رهبر را برگزینند، اما با تغییر اصل ۵ و تبدیل شدن صدر اصل ۱۰۷ که بر اصل ۵ مبتنی بود،<sup>۴</sup> به یک جمله اخباری و تاریخی<sup>۵</sup>، عملاً نقش مستقیم مردم در تعیین رهبر از متن قانون حذف می‌شد. بنابراین فقهای شورای بازنگری قانون اساسی با عنایت به این مسئله، توجه به مقبولیت عامه را در اصل ۱۰۷ قانون اساسی تحت موضوع مرجحات تعیین رهبر ذکر کردند تا از ایجاد چنین اشکالی پیشگیری کنند؛ پس اصل ۱۰۷ به شکل کنونی نگاشته شد.

### ۲-۱. پیشینه اصل ۱۰۷

مجلس بررسی نهایی قانون اساسی در سال ۱۳۵۸ اصل ۱۰۷ را به این شکل به تصویب رسانده بود:

«هر گاه یکی از فقهای واجد شرایط مذکور در اصل پنجم این قانون از طرف اکثریت قاطع

مردم به مرجعیت و رهبری ساخته و پذیرفته شده باشد، همان‌گونه که در مورد مرجع عالی قدر تقلید و رهبر انقلاب آیت‌الله العظمی امام خمینی چنین شده است این رهبر ولایت امر و همه مسئولیت‌های ناشی از آن را بر عهده دارد، در غیر این صورت خبرگان منتخب مردم درباره‌ی همه کسانی که صلاحیت مرجعیت و رهبری دارند بررسی و مشورت می‌کنند، هر گاه یک مرجع را دارای برجستگی خاص برای رهبری ببینند او را به‌عنوان رهبر به مردم معرفی می‌نمایند، وگرنه سه یا پنج مرجع واجد شرایط رهبری را به‌عنوان اعضای شورای رهبری تعیین و به مردم معرفی می‌کنند».

صدر این اصل مبتنی بر اصل ۵ قانون اساسی سابق بود که بیان می‌داشت:

«در زمان غیبت حضرت ولی‌عصر عجل‌الله تعالی فرجه در جمهوری اسلامی ایران ولایت امر و امامت امت بر عهده فقیه عادل و باتقوا، آگاه به زمان، شجاع، مدیر و مدبر است که اکثریت مردم او را به رهبری شناخته و پذیرفته باشند و در صورتی که هیچ فقیهی دارای چنین اکثریتی نباشد رهبر یا شورای رهبری مرکب از فقهای واجد شرایط بالا طبق اصل یکصد و هفتم عهده‌دار آن می‌گردد.»

همچنین بر شرط مرجعیت برای رهبری تصریح شده بود و رهبری شورایی به رسمیت شناخته شده بود.

هرچند «مقبولیت عامه» به‌صورت عبارت مشخص در اصل سابق ذکر نشده بود، دخالت مردم در فرایند تعیین رهبر به‌صورت مستقیم‌تری مدنظر قرار گرفته بود. علاوه بر آن نیز شرط مرجعیت خود دربرگیرنده ویژگی مقبولیت عامه بود. مرجع همواره دارای مقبولیت عام و فراگیر بود و فقهای مجلس خبرگان نیز لاجرم چنین پذیرش و قبولی را ضمن رعایت شرط مرجعیت ملاحظه و رعایت می‌کردند. در بیانات اعضای مجلس تدوین قانون اساسی نیز مرجعیت به لحاظ در برداشتن مفهوم «مقبولیت»، موجب تأمین نفوذ کلام رهبر در میان مردم به‌حساب آمده است (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۴، ج ۱: ۱۰۹۳).

همین ویژگی مرجعیت موجب شد تا در بازنگری قانون اساسی در مورد حذف شرط مرجعیت، اعضا با تأکید بر تأثیر بی‌نظیر تعیین مرجع به رهبری و بسط ید و وسعت نفوذ او، چشم‌پوشی از چنین شرطی را منطقی تلقی نکرده و آرا و مباحث بسیاری را در این زمینه مطرح کنند. عموم اعضا معتقد بودند یکی از عوامل موفقیت امام خمینی (ره) در به ثمر نشاندن انقلاب و تشکیل حکومت اسلامی، مرجعیت او و داشتن مقلدان کثیری بود که دستورهای امام

را به‌عنوان حکم مرجع خود امتثال می‌کردند (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۸، ج ۱: ۱۷۸). از این‌رو از فقدان چنین ویژگی‌ای برای رهبران آتی پس از امام، به‌واسطه حذف این شرط ابراز نگرانی کردند و معتقد بودند این امر زمینه بروز تقابلات را فراهم می‌آورد (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۸، ج ۱: ۱۹۵-۱۹۷). البته دیدگاه مخالفی نیز وجود داشت که نه بر مرجعیت، بلکه بر شرط نفوذ کلام رهبر تأکید داشت. براساس این دیدگاه امام در اوایل نهضت که جمع‌کنندگی از حکم شرعی او پیروی می‌کردند، مرجعیت انحصاری یا فراگیری نداشت و بسیاری از آن افراد نیز مقلد امام نبودند، اما حکم شرعی ایشان در بین مردم نفوذ داشت. در این نگاه مرجعیت رهبر ضرورتی ندارد، صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۸، ج ۱: ۱۹۲-۱۹۳). باید گفت که این مهم علاوه بر صلاحیت علمی و سیاسی، نیازمند نفوذ کلمه است که ریشه در فعالیت‌های فرد و پذیرش، قبول و همراهی مردم با آن شخص دارد. گاهی حکم مرجعی با مقلدان بسیار، در میان مقلدان هم، نفوذی فراگیر از حیث امتثال و عمل ندارد.

از براینده این دیدگاه‌ها می‌توان نتیجه گرفت که جایگاه پذیرش مردم، هم از منظر تدوین‌کنندگان قانون اساسی و هم از منظر بازنگران آن، جایگاهی اساسی و تأثیرگذار است و نباید اصل ۱۰۷ را فارغ از این پیشینه تحلیل کرد.

در ادامه دلایل ورود «مقبولیت عامه» به ادبیات قانون اساسی در ذیل اصل ۱۰۷ بررسی و تحلیل می‌شود.

## ۲-۲. دلایل ورود مقبولیت عامه به قانون اساسی

ریشه و مبنای ذکر مقبولیت عامه به‌عنوان مرجع در ذیل اصل ۱۰۷ را باید در تغییر صدر اصول ۵ و ۱۰۷ قانون اساسی مبنی بر حق دخالت مستقیم مردم در تعیین رهبر، حذف شورای رهبری از ذیل دو اصل مذکور و حذف شرط مرجعیت، دانست.

### ۲-۲-۱. دلایل حذف روش انتخاب مستقیم رهبر توسط مردم و بررسی طرح جایگزین آن

شماری از اعضای شورای بازنگری قانون اساسی بر ضرورت عدم حذف دخالت مستقیم مردم در فرایند تعیین رهبر تأکید داشتند (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۸، ج ۳: ۱۴۵۱-۱۴۵۳) و موافقان در مقام توجیه مخالفان، اظهاراتی را عنوان کرده‌اند که ذکر آن‌ها در راستای تبیین جایگاه مقبولیت عامه مؤثر خواهد بود.

براساس این توجیحات دلیل حذف روش مستقیم دو امر بوده است: اول آنکه موجبات سوء استفاده و تنش‌های مقطعی و در محذور قرار دادن خبرگان به واسطه جعل چنین جایگاهی برای رأی مردم پیش نیاید و ولو افرادی از جهت رهبری جانبدارانی داشته باشد خبرگان را در مضیقه قرار ندهد (مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۸، ج ۲: ۷۰۵) و رهبرتراشی و زحمت برای نظام ایجاد نشود، از همین رو «مقبولیت عامه» به جای این نوع مستقیم دخالت بیان شده است (مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۸، ج ۳: ۱۲۰۶).

دوم آنکه در روش مستقیم نیز، در نهایت وجود خبرگان ضرورت خواهد داشت. دخالت این نهاد از دو حیث مورد توجه است؛ اول آنکه، اگر حتی اکثریت قاطع مردم به طور مستقیم کسی را به رهبری برگزینند، باید مرجعی وجود چنین گزینش و اکثریتی را احراز کند (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۸، ج ۳: ۱۲۰۵)، ضمن آنکه مرجعی نیز باید صلاحیت فردی را که اقبال مردم نسبت به او مسجل شده، به لحاظ دارا بودن اوصاف و ویژگی‌های رهبری احراز کند (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۸، ج ۳: ۱۴۵۲-۱۴۵۳).

با توجه به این دلایل، کمیسیون مسئول تدوین اصل ۱۰۷ در صدد بوده است، ضمن عدم نفی دخالت مستقیم مردم، نسبت به ذکر آن نیز تصریحی نکند. از همین رو حذف دخالت مستقیم و افزودن مقبولیت عامه را صرفاً «تغییر لفظی» تلقی کرده (مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۸، ج ۳: ۱۲۰۵-۱۲۰۶) و تأکید دارد در صورتی که خبرگان، کسی را واجد مقبولیت عامه یافتند آن را ملاک انتخاب قرار می‌دهند (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۸، ج ۲: ۷۰۵)، چراکه خبرگان نیز توجه دارند که چنین فردی، فرد مقتدری است (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۸، ج ۳: ۱۴۵۲-۱۴۵۳). بنابراین ورود مقبولیت عامه به این اصل در میان مرجحات، از باب عدم تضييع حق مردم به واسطه حذف دخالت مستقیم از صدر اصول ۵ و ۱۰۷ بوده است (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۸، ج ۳: ۱۴۵۲-۱۴۵۳) و حداقل دو مصداق دارد: «یکی از آن ممکن است مرجعیت عام باشد و یکی هم اینکه مردم کسی را به رهبری انتخاب کرده باشند که اگر خبرگان این جهت را بیابند او را به عنوان رهبر انتخاب می‌کنند» (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۸، ج ۳: ۱۲۰۶). تأکید بر جایگاه این مرجع در اصل ۱۰۷ به حدی است که گفته می‌شود «خبرگان رهبری قهراً طبق

اصل یکصد و هفتم مشمول این قسمت قرار می‌گیرند و آن فقیه را انتخاب می‌کنند» (مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۸، ج ۳: ۱۴۵۱)، پس مرجعیت تنها مصداق مقبولیت تام نبوده و معنای عام مقبولیت مدنظر تدوینگران بوده است (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۸، ج ۲: ۷۰۵).

با توجه به این اظهارات، مقبولیت عامه نه تنها به عنوان مرجح حصین، بلکه به مثابه جایگزین غیر صریح روش مستقیم دخالت مردم، باید به عنوان شرط اساسی در رهبری به حساب آید که زمینه بسط ید و نفوذ کلام فرد معین را فراهم می‌سازد.

اما علاوه بر این دلایل، حذف شورای رهبری نیز موجب شد تا قانونگذار، نیاز به وجود مرجحات را ذیل اصل ۱۰۷ درک کند و در مقام تنظیم و الحاق آن به اصل مذکور برآید.

تدوینگران این اصل تصریح می‌کنند که برای ذکر مقبولیت عامه به عنوان یک مرجح دلیل شرعی نداشته‌اند، اما گفته شده است: «صحبت شد که اگر چند نفر باشند که این‌ها همه واجد شرایط زمامداری باشند، شرایط رهبری را همه دارند، اما در بین این‌ها یک کدام مقبول است بهتر مورد قبول مردم واقع می‌شود. از جهت اخلاق، از جهت نفوذ اجتماعی، از هر جهتی این مقبولیت بیشتری دارد خوب طبعاً بهتر می‌تواند زمامداری را بر عهده بگیرد. لذا مقبولیت هم در اینجا گذاشته شد و شورایی هم که در سابق بود این را حذف کردیم» (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۸، ج ۲: ۶۵۶).

از این بیان نیز جایگاه ممتاز مقبولیت عامه برداشت می‌شود که در حقیقت به عنوان یک ویژگی باید احراز شود و به گونه‌ای در ذیل اصل در کنار سایر مرجحات تنظیم شود که اگر کسی واجد حداقل شرایط لازم بوده و دارای مقبولیت عامه باشد، بر این اساس باید نسبت به فردی که در سایر شرایط سرآمدتر است، اما فاقد مقبولیت عامه است یا از مقبولیت کافی برخوردار نیست، در مرحله تعیین، ارجح به‌شمار آید، چراکه فرد اخیر فاقد نفوذ کلمه و تأثیر در مردم خواهد بود، اما فرد مقبول، «قهرأً وقتی ... انتخاب بشود از دیگری که هست بهتر رهبری‌اش جا می‌افتد بهتر می‌تواند کار بکند روی این جهت خیلی روشن است که این باید از مرجحات ذکر بشود» (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۸، ج ۳: ۱۲۲۳-۱۲۲۴).

## ۲-۲-۲. مخالفان طرح مقبولیت عامه در اصل ۱۰۷

برخی از اعضای شورای بازرنگری به دلایل زیر با ذکر مقبولیت عامه در میان مرجحات اصل ۱۰۷ مخالف بودند.

اصلی‌ترین دلیلی که مخالفان به اتفاق به آن اشاره داشته‌اند، همان دلیلی است که مطابق با

آن کمیسیون تدوین این اصل، شکل مستقیم دخالت مردم را حذف و آن را به شکل غیرمصرح بیان کرد، یعنی امکان سوء استفاده و جوسازی در جامعه. این دیدگاه‌ها از دو منظر بیان شده‌اند:

در یک دیدگاه، «مقبولیت عامه» در این اصل با توجه به نحوه بیان آن می‌تواند موجب اشکال باشد. اما اگر به این شکل بیان می‌شد که باید در فرد واجد شرایط، یعنی اعلم به احکام و موضوعات فقهی و سیاسی شروطی نیز احراز شود و یکی از آن شروط داشتن مقبولیت است، ایرادی متوجه آن نبود، اما اینکه مقبولیت با حرف ربط «یا» در کنار آن اوصاف و شرایط آمده است، ایجاد اشکال می‌نماید (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۸، ج ۲: ۶۵۸).

اصل ایراد وارده بر این اصل کاملاً صحیح بوده و به لحاظ شکلی همسو با ایرادی است که این نوشتار بر این اصل وارد می‌داند، هرچند جایگاه سایر مرجحات به اندازه مقبولیت عامه تزلزل‌پذیر نبوده و به واسطه ذکر آن‌ها در اصل ۱۰۹ در هر حال تأمین و رعایت می‌شود. در دیدگاهی دیگر، مخالفان ضمن آنکه دلیل مخالفت خود را مفاسد و سوء استفاده‌های ممکن از آن اعلام می‌دارند (مجلس شورای صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تأثیر مستقیم مردم نیز پافشاری می‌کنند (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۸، ج ۳: ۱۲۲۱-۱۲۲۲)، حال آنکه این شکل از ابتدا به دلیل امکان سوء استفاده مورد تردید بوده، پس با پذیرش آن و تبعات حاصل از آن، مخالفت با شکل غیرمصرح و حداقلی آن یعنی مقبولیت عامه، منطقی نیست.

مخالفت برخی نیز به دلیل ابهام مفهوم مقبولیت عامه و مشکک بودن آن بوده است (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۸، ج ۲: ۶۷۵؛ ج ۳: ۱۲۲۲-۱۲۲۳) که با ذکر توضیحات مرتبط با مفهوم مقبولیت عامه در این جلسات، وارد نبودن این ایرادات معلوم شد. در نهایت نیز صرفاً سه نفر به حذف مقبولیت عامه از این اصل رأی مثبت دادند (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۸، ج ۳: ۱۲۲۳-۱۲۲۴).

### ۲-۳. معنای مقبولیت عامه در لسان تدوینگران قانون اساسی

در جلسات شورای بازنگری قانون اساسی در مورد مفهوم مقبولیت عامه ابهاماتی وجود داشت و این اشکال به بیان‌های گوناگون اظهار می‌شد. در همین زمینه تبیین مفهوم مزبور در



دستور کار شورا قرار گرفت. در نهایت براساس اظهارات موجود، مقبولیت عامه به این معنا تبیین شد که فرد، «در مقام رهبری مقبولیت داشته باشد» (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۸، ج ۳: ۱۲۲۳)؛ یعنی اگر رهبری آن فرد با دیگران مقایسه شود، رهبری او پذیرفته می‌شود و در میان مردم بهتر جا می‌افتد. وجود چنین مقبولیتی می‌تواند به دلایل مختلف باشد، از جمله مرجعیت، یا تدبیری که میان مردم شهره باشد، یا تقوا و از خودگذشتگی‌ای که در عین فقاقت و علم او را در میان مردم به‌عنوان رهبر مقبول کند، به‌طوری‌که او را بشناسند و سپس به رهبری بپذیرند. بنابراین توضیح مقبولیت عامه در معانی غیرمرتبط با تصدی مقام رهبری به‌هیچ‌وجه مدنظر نیست (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۸، ج ۳: ۱۲۲۳-۱۲۲۴).

با لحاظ این اظهارات باید گفت مقبولیت عامه به معنای تعیین فردی است که در میان مردم از نظر ویژگی‌های اساسی در انتخاب رهبر علاوه‌بر شناخته‌شده بودن و شهرت (هاشم، ۱۳۸۳، ج ۲: ۴۷) دارای پذیرشی باشد که مردم بر رهبری او رضایت داشته باشند. بنابراین می‌توان از همان واژه عام مقبولیت نیز به‌جای مقبولیت عامه بهره برد.

با روشن شدن جایگاه حقیقی مقبولیت عامه، در ادامه تناسب ساختار اصل ۱۰۷ را با این جایگاه خواهیم سنجید.

### ۳. جایگاه مقبولیت عامه در ساختار اصل ۱۰۷

با بررسی دلایل قانونگذار بر حذف دخالت مستقیم مردم و افزودن مقبولیت عامه به‌عنوان جایگزین آن، جایگاه حقیقی مقبولیت عامه احراز شد، اما در این مبحث درصدد معلوم کردن این موضوع هستیم که آیا نحوه تنظیم این اصل، تأمین‌کننده جایگاه حقیقی مقبولیت عامه است یا خیر. پس سؤال آن است که آیا با وجود سایر مرجحات در عرض مقبولیت عامه و جایگاه شرعی‌ای که برای آن‌ها ضمن اصل ۱۰۹ در نظر گرفته شده و تحت عنوان اعلامیت ذکر شده است، خبرگان می‌توانند فقیه اعلمی را که مقبولیتی ندارد یا مقبولیت کافی برای نفوذ کلمه ندارد، به‌عنوان رهبر انتخاب و معرفی کنند، درحالی‌که فقیه دیگری که واجد شرایط رهبری بوده اما اعلم از او نیست، با مقبولیت عامه مواجه است. این امر از خلال گفت‌وگوهای مطرح‌شده در شورای بازنگری قانون اساسی و از لسان تدوینگران این اصول بررسی خواهد شد، بنابراین جایگاه اعلامیت و مقبولیت در برابر هم سنجیده خواهد شد.

#### ۳-۱. جایگاه اعلامیت و مقبولیت عامه

اعلمیتی که در اصل ۱۰۷ به‌عنوان مرجح ذکر شده است، یعنی اعلامیت به احکام و

موضوعات فقهی یا مسائل سیاسی که ذیل اصل ۱۰۹، یعنی شرایط و ویژگی‌های رهبر به این صورت آمده است: «در صورت تعدد واجدین شرایط فوق شخصی که دارای بینش فقهی و سیاسی قوی‌تر باشد مقدم است».

ذکر اعلیت در این دو اصل از منظر تدوینگران آن در شورای بازنگری قانون اساسی توجه به یک اصل شرعی و فقهی به حساب می‌آید که براساس روایاتی که دلالت بر آن شروط دارند، در این اصول لحاظ شده است (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۸، ج ۳: ۱۳۰۳، ج ۲: ۶۴۷). بر این اساس در میان واجدین شرایط اگر شخصی اعلی از دیگران بود، او باید رهبری را بر عهده بگیرد (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۸، ج ۲: ۶۴۷). گاهی باید شروطی علی‌الطلاق در فرد وجود داشته باشد، اما گاهی نیز اعلیت در آن شروط شرط است، «در رهبری نظام امت اگر کسی اعلی باشد و غیر اعلی هم داشته باشیم، غیر اعلی اصلاً حق شرعی ندارد که متصدی امر بشود» (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۸، ج ۳: ۱۲۴۵).

اما مقبولیت در نظر تدوینگران این اصل در کنار سایر مرجحات از جایگاه برابری برخوردار نیست و با تأکید بر آنکه در آیات و روایات دلیلی بر وجود چنین ویژگی‌ای در رهبر نیست (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۸، ج ۳: ۱۲۲۲-۱۲۲۳)، آن را از جهات مرجح عرفی به حساب می‌آورند (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۸، ج ۲: ۶۴۷) که رعایت آن جنبه استحسانانی دارد، یعنی خوب است که به آن توجه شود (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۸، ج ۳: ۱۲۴۵).

در مورد مرجعیت نیز همین نظر وجود دارد، یعنی ترجیح مرجعیت نیز فاقد ملاک شرعی بوده (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۸، ج ۲: ۶۴۷) و سخنگویان کمیسیون در توجیه اینکه چرا مرجعیت به‌عنوان یک مرجح در این اصل ذکر نشده است، به این امر استناد کرده و تأکید می‌کنند، به‌جای آن مقبولیت عامه را ذکر کرده‌اند که تأمین‌کننده آن نیز باشد (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۸، ج ۲: ۶۴۷). سؤال این است که اگر مقبولیت عامه نیز ملاک شرعی ندارد، چرا مرجعیت را در ذیل این اصل به‌عنوان مرجح بیان نکرده‌اند، درحالی‌که در زمینه تأمین خواسته امام خمینی مبنی بر حذف شرط مرجعیت، پیشنهاد شده بود قانون

به نحوی تدوین شود که مرجعیت اولویت داشته باشد و در مرجعیت صفاتی دیگر جز اعلمیت در فقه و تقوا شرط شود، اما اگر چنین مرجعی نبود، امکان تعیین غیر مرجع نیز پیش‌بینی شود (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۸، ج ۱: ۱۷۸).

می‌توان گفت چون مقبولیت عامه اعم از مرجعیت است، و در واقع هدف از آن تأمین نفوذ حکم رهبر در میان مردم است، اعم از آنکه مرجع باشد یا خیر، به این شکل مورد توجه قانونگذار قرار گرفته است.

در ادامه ابتدا رابطه‌ی دو مرجع شرعی مشروط در اصل یکصد و نهم را بیان کرده و سپس رابطه‌ی آن‌ها را با مقبولیت عامه در اصل یکصد و هفتم تشریح می‌نماییم.

### ۳-۱-۱. رابطه مرجحات شرعی با یکدیگر

از مباحث بسیار مهم در مورد مفاد اصل ۱۰۹ مربوط به ذیل آن و تأکید بر اعلمیت تفصیلی فقهی و سیاسی است. بنابر اصل ۱۰۹، نمی‌توان میان صلاحیت فقهی و سیاسی قائل به اولویت بود، اما اولویت این دو ویژگی نسبت به ویژگی عدالت و تقوا مشخص است. اما اگر بر فرض تساوی در سایر شرایط، فقهی در بینش سیاسی اقوی باشد و دیگری در بینش فقهی، این بخش از قانون اساسی تکلیف را معین نکرده است. بنابراین تنها فایده ذیل اصل ۱۰۹ صرفاً اولویت ویژگی اول و سوم بر ویژگی دوم است. مخبر کمیسیون تدوین‌کننده اصل در پاسخ به ایراد عدم تعیین تکلیف در فروع اخیر (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۸، ج ۳: ۱۳۰۳) چنین استدلال می‌کند که: «این مسئله تراجم، خیلی فروع زیادی دارد... این‌ها یک چیزهایی است که اگر ما بخواهیم متعرض بشویم، مثنوی هفتاد من کاغذ شود. اینکه ما گفتیم یک مسئله شرعی است که همان اعلمهم که در روایات هست خواستیم ذکر بکنیم. این یکی را متعرض شدیم البته فروع بیشتر و زیادی پیدا می‌شود که تصمیم‌گیری با خبرگان است و در اجلاس‌های خبرگان آقایانی که هستند توجه دارند که آنجا این مسئله مورد توجه قرار گرفته است و هنوز هم بحثش ادامه دارد» (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۸، ج ۳: ۱۳۰۳).

باید در پاسخ به این توجیه گفت که فروع این فرض از مسائل بسیار مهم و اساسی است که توجه به آن‌ها ضرورتی بنیادین داشته است که نسبت به سایر مسائل فرعی ذکرشده در قانون اساسی ذیل قوای سه‌گانه از اولویت برخوردار بوده و تعیین تکلیف آن نیز نیازمند شرح تمام فروع نبوده است، بلکه ارائه معیار دقیق و فاقد ابهام را طلب می‌کرده است. سپردن تشخیص چنین امری اساسی به دکترین مختلف موجود میان علما موجب تشتت آرا می‌شود و

شاهد آن این است که تا به امروز، مسائل مرتبط با این موضوع مطابق هریک از نظریات به نحوی متفاوت تبیین شده است.

در خصوص رابطه مقبولیت عامه با دو مرجع مذکور در اصل ۱۰۷ نیز، شرایط واضح تر از مورد مذکور نیست و تردید و ابهام بر آن نیز حاکم است که در ادامه بیان خواهد شد.

### ۳-۱-۲. رابطه مرجحات شرعی با مقبولیت عامه

همان طور که توضیح داده شد، ابهام از آنجایی وارد این اصل می شود که با توجه به دلایل ذکر مقبولیت عامه در آن، انتظار می رود این مرجع به عنوان شرط اساسی تلقی شود تا زمینه بسط ید و نفوذ کلام را برای مرجع فراهم آورد، اما با توجه به بحثی که در اعلمیت و ملاک شرعی آن مطرح شد، این انتظار برآورده نشده، جایگاه مقبولیت متزلزل است، بالأخص آنکه با حرف عطف «یا» به سایر مرجحات اضافه شده و در سایر اصول نیز به صراحت از آن حمایتی نشده است. در بیان اعضای شورای بازنگری نیز در این زمینه وحدت سیاقی وجود ندارد تا بتوان از خلال آن به نتیجه متقن دست یافت، ابتدا اظهارات را بیان و سپس شرح خواهیم داد.

دسته‌ای از بیانات، نقش مرجع مقبولیت را در حالت تساوی میان واجدین شرایط، وارد دانسته‌اند و ضمن بحث مرجعیت (به عنوان شرطی که نماد مقبولیت است) اظهار می دارند که اگر دو نفر واجد شرایط، با هم مساوی بودند و یکی از آن‌ها مرجع بود، صلاحیت مرجع احراز و رهبری او اعلام خواهد شد (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۸، ج ۲: ۶۴۷؛ ج ۳: ۱۲۲۲-۱۲۲۳).

اما در دسته‌ای دیگر رجوع به مرجع مقبولیت، مشروط به حالت تساوی بیان نشده و صرفاً حالت تعدد واجدین شرایط را مدنظر دارد و همچون اصل ۱۰۷ مرجع مقبولیت را با حرف اضافه «یا» در کنار سایر مرجحات عنوان می کند:

«اگر کسی را از نظر علمی و فقهی یا از نظر بینش سیاسی که در واقع همان تشخیص موضوعات است بهتر یافتند که این جهت، عرض کردم همان اعلمیتی است که از نظر فقهی شرط است و یا یک مقبولیتی در شخصی یافتند یا امتیاز دیگری در یکی یافتند این را به عنوان رهبر معرفی می کنند... حالا اگر تشخیص دادند با آن امتیازاتی که شرط شرعی است و یا با یک جهاتی مثل مقبولیت عامه و این‌ها که جهات مرجع عرفی است، این را انتخاب می کنند و گرنه یک نفر را به اختیار خبرگان گذاشت که معرفی کنند و انتخاب کنند

و به مردم معرفی کنند (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۸، ج ۲: ۶۴۷).

همچنین گفته شده است: «اگر ما پنج نفر را داریم که همه شرایط را دارند، اما یک نفر این‌ها در بین مردم، داخل، خارج شناخته شده است به حسن سابقه ... خوب اگر خبرگان بیایند این مزیت را ندیده بگیرند، یکی دیگر را که گمنام است انتخاب بکنند با آن کسی که شناخته شده است مسلماً آن کسی که شناخته شده و جا افتاده است خیلی بهتر است» (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۸، ج ۳: ۱۲۲۲-۱۲۲۳).

با وجود روشن شدن دلیل طرح این مفهوم در اصل ۱۰۷، رابطه آن با اعلیت در ساختار اصل مذکور با چالش مواجه است، از این رو توجه به مبانی نظری که در خصوص حکومت بر اساس آرای شهید صدر ارائه و اصول حاکم بر روابط میان حکومت و مردم را بر آن اساس تشریح شد، در اتقان دیدگاه برگزیده مؤثر خواهد بود.

### ۳-۱-۳. رابطه منتخب بود خبرگان و مقبولیت عامه در تأمین اصل مقبولیت

در نظر خبرگان تدوین قانون اساسی و اعضای شورای بازنگری، همواره قبول مردم به منظور تشکیل حکومت مورد توجه بوده و ضروری تلقی شده است، به گونه‌ای که معصومین (ع) نیز بدون وجود این اقبال، قادر به تشکیل حکومت نبوده‌اند.

در صورت عدم تأمین مقبولیت، که زمینه ایجاد بسط ید و نفوذ کلام را فراهم کرده و اعتماد مردم را نسبت به امور و افراد جلب می‌کند، حکومت نخواهد توانست به اهداف خود دست یابد که این مهم در مبانی تحت عنوان اصل رشد و اصل مقبولیت ذکر شد و تخطی از آن به هیچ روی جایز دانسته نشد.

شورای بازنگری قانون اساسی بر منتخب بودن خبرگان تأکید کرده و انتخاب آن‌ها را نشان‌دهنده انتخاب مردم تلقی می‌کند. این دیدگاه پیرو نظری که امام خمینی (ره) در نامه‌ای ذکر کردند، مطرح شد که تأکید داشت: «من از ابتدا معتقد بودم و اصرار داشتم که شرط مرجعیت لازم نیست. مجتهد عادل مورد تأیید خبرگان محترم سراسر کشور کفایت می‌کند. اگر مردم به خبرگان رأی دادند تا مجتهد عادل را برای رهبری حکومتشان تعیین کنند وقتی آن‌ها هم فردی را تعیین کردند تا رهبری را بر عهده بگیرد قهراً او مورد قبول مردم است، در این صورت او ولی منتخب مردم می‌شود و حکمش نافذ است» (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۸، ج ۱: ۵۸).

عموم اعضای شورای بازنگاری این انتخاب را به منزله قبول مردم می‌دانند (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران ۱۳۶۸، ج ۱: ۱۸۵) که موجبات نافذ بودن حکم ولی را در زمینه مسائل حکومتی برای همه فراهم می‌آورد و در غیر آن صورت مردم نسبت به حکم او الزام و تعهدی نخواهند داشت (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۸، ج ۱: ۱۹۲). پس انتخاب رهبر به واسطه خبرگان منتخب را، در حکم پذیرشی از ناحیه مردم تلقی می‌کنند که به شکل خاصی منحصر شده است (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۸، ج ۳: ۱۴۵۷) و به منزله همان قبول و حمایتی به حساب می‌آید که حتی پیامبر (ص) نیز در نبود آن امکان پیشبرد امور به واسطه حکومت را نداشت (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۸، ج ۲: ۶۸۲).

در پاسخ به دیدگاه تأمین مقبولیت به واسطه منتخب بودن خبرگان باید گفت تأمین نظر مردم در انتخاب مصداق رهبر به دو شکل مستقیم و غیرمستقیم در قانون لحاظ شده بود که با تغییر شکل نحوه اعمال مستقیم آن، به شکل مرجح تحت عنوان مقبولیت عامه در اصل ۱۰۷ ذکر شد. بر همین اساس باید گفت مقبولیت عامه صرفاً با منتخب بودن خبرگان تأمین نمی‌شود، بلکه خبرگان باید تمام شرایطی را که در انتخاب مستقیم رهبر مورد توجه بوده، در انتخاب خود لحاظ کنند. در غیر این صورت هم حق مردم در این زمینه پایمال شده است و هم نتیجه آن هدف مطلوبی که حکومت اسلامی به دنبال آن است، نخواهد بود. با وجود پذیرش ترتب آثاری بر منتخب بودن خبرگان، سؤال ما آن است که آیا منتخب بودن خبرگان به تنهایی قادر است آنچه تحت عنوان پذیرش و حمایت مردم مطرح شد، تأمین کند. همچنین اگر منتخب بودن خبرگان شرط نفوذ حکم شرعی رهبر در مسائل حکومتی است، مردمی که در انتخابات شرکت نکرده‌اند یا به شخص دیگری رأی داده‌اند، بر چه اساسی باید حکم رهبر معین از سوی خبرگان غیر منتخب خود را امثال کنند.

دیدگاه‌های گوناگون در صددند در راستای این ادعا که «خبرگان منتخب اکثریت مردم نظرشان متبع است گرچه خبرگان دیگر که یا در انتخابات شرکت نکرده‌اند و یا رأی نیاورده‌اند رأی دیگری درباره‌ی فقیه اصلح داشته باشند» (قاضی‌زاده، ۱۳۷۷: ۱۰۲-۱۰۳) دلایل و توجیهاتی را ارائه کنند.

برخی واگذاری انتخاب رهبر از سوی مردم به خبرگان را دلیل وجوب تبعیت مردم از انتخاب خبرگان و عامل تحقق مقبولیت دانسته‌اند (جهان‌بین، ۱۳۹۴: ۷) و برخی با تأکید بر اینکه

رجوع به خبرگان از باب بینه است (عمید زنجانی، ۱۳۸۶: ۲۴۵)؛ قوامی، ۱۳۸۵: ۱۰۴؛ مصباح یزدی، ۱۳۷۷: ۴۶) و جهت انتظام و جلوگیری از تشتت آرا نحوه تعیین این بینه در قانون معین شده است (جوادی آملی، ۱۳۷۷: ۴۸) معتقدند نظر اکثریت ایشان برای مردم ظن اطمینانی ایجاد می‌کند (جوادی آملی، ۱۳۷۷: ۴۷).

فارغ از مناقشات مطرح بر این دلایل باید گفت آیا با منتخب بودن خبرگان به‌عنوان بینه و یا حتی فراتر از آن قبول نمایندگی خبرگان از جانب مردم در تعیین رهبر، یا قائل بودن به سایر نظریات موجود در مورد ماهیت خبرگان<sup>۱</sup>، می‌توان به هدفی که از اعطای مسئولیت تعیین رهبر به مردم داشتیم، دست یافت.

از دیدگاه این پژوهش رابطه مردم با خبرگان تحت هر مفهومی تعریف شود، در نظام اسلامی با یک هدف همراه بوده است؛ فارغ از آنکه احراز ویژگی‌های فرد به‌عنوان رهبر توسط بینه موجب ایجاد حجت شرعی بر اطاعت از او می‌شود (قوامی، ۱۳۸۵: ۱۰۴)، بحث بر سر آن است که در دیدگاه‌هایی که پیشتر تبیین شد، انتخاب مستقیم مردم نیز از منظر قانون اساسی حجت به‌حساب آمده است. همچنین مبتنی بر آنچه از قانون اساسی ارائه شد و مطابق نظریه برگزیده ما، مقبولیت حکومت و رهبر به شکل بنیادینی موضوعیت داشته و در راستای تأمین اهدافی مقرر شده است که ریشه در خلقت انسان و جایگاه او دارد. این هدف، رشد دادن مردم، و تکامل و رساندن آن‌ها به بالاترین حد ممکن از مقام خلافت و بسترسازی ظهور در سایه قبول و پذیرش حکومت فقیه در دوران غیبت است.

اگر فقیه معین‌شده از جانب خبرگان، در میان مردم مقبولیت لازم را نداشته باشد، ولو آنکه فرایند انتخاب او قانونی بوده و مردم الزام قانونی و عرفی و حتی شرعی به تبعیت از او داشته باشند، در صورتی که نفوذ کلام و بسط ید نداشته باشد، کاری از پیش نخواهد برد. از همین رو خبرگان منتخب نیز در فرایند انتخاب رهبر باید به این اصل اساسی توجه کنند. به‌دست آوردن وثوق و اطمینان مردم نیز در گرو آن است که فرد منتخب علاوه بر سایر ویژگی‌ها از بیشترین مقبولیت عامه برخوردار باشد. رعایت این امر هم بیشترین حد از مقبولیت رهبر را تأمین کرده است و هم موجب اطمینان فزاینده مردم به خبرگانی خواهد شد که وظایف نظارت بر رهبر را نیز بر عهده دارند.

در خصوص انتخاب مستقیم مردم گفته شده که انتخاب مستقیمی همچون انتخاب امام خمینی، زمان‌بر بوده و استدلال شده است که در کوتاه‌مدت نیز رجوع به رأی مستقیم مردم از نظر عقلی ارزش کمتری دارد، چراکه گزینش افراد متخصص و سپردن انتخاب متخصص‌ترین فرد به آن‌ها از میان خودشان عاقلانه‌تر است (مصباح یزدی، ۱۳۷۷: ۵۰-۵۱). در این دیدگاه فرض بر این است که رهبر صرفاً به صلاحیت‌های علمی و اجرایی نیاز دارد، حال آنکه امکان

پیاده شدن علم و عمل در مرحله اجرایی، به قبول مردم نیاز دارد که این مهم صرفاً با واگذاری گزینش اصلح به صلاحی منتخب مردم به دست نخواهد آمد. باید فلسفه اعطای صلاحیت انتخاب خبرگان به مردم نیز تأمین شود که در گرو توجه به مقبولیت عامه به عنوان یک ویژگی اساسی است.

در دیدگاهی دیگر نیز گفته شده است زمانی که مصداق روشن است و رقیبی برای مورد رأی یافت نمی‌شود، نیازی به رجوع به بینه نیست (جوادی آملی، ۱۳۷۷: ۲۸) و مردم مستقیم حق حاکمیت خود را اعمال می‌کنند، مانند پذیرش اصل نظام اسلامی در همه‌پرسی فروردین ۱۳۵۸، و نیز پذیرش رهبری بدون رقیب امام خمینی. اما زمانی که وضع مورد رأی پیچیده و دشوار و نیازمند کار تحقیقی کارشناسان است، نظیر تدوین قانون اساسی و نیز تعیین رهبری یکی از فقهای جامع شرایط که صلاحیت او شهره ملت نبوده و محتاج فحص کارشناسان است، اعمال این حق با واسطه صورت می‌گیرد (جوادی آملی، ۱۳۷۷: ۲۶).

با تأمل در این بیان باید گفت وقتی انتخاب نوع نظام و تعیین مصداق رهبر هم‌سنگ هم قرار می‌گیرند، باید در تأمین مقبولیت رهبر نیز مانند نوع نظام به عنصر مقبولیت، توجهی بیش از منتخب بودن خبرگان داشت. همچنین در این دیدگاه، در تدوین قانون اساسی که مورد پیچیده‌ای به حساب می‌آید، مردم با واسطه متخصصان در امر دخالت کرده‌اند، اما منعی وجود نداشته است که رأی متخصصان را در نهایت به قضاوت عمومی گذاشت و چنانکه قانون اساسی در نهایت به رأی مردم گذاشته شد، باید بتوان برای تعیین رهبر نیز پس اعمال نظر متخصص چنین شأنی برای نظر مردم و احراز مقبولیت عامه قائل بود.

این پیشنهاد هرچند به ندرت مطرح شده است، اما طرحی بدیع به حساب نمی‌آید و در آرای تدوینگران قانون اساسی مسبوق به سابقه است. برای مثال دکتر آیت در این زمینه می‌گوید «سؤال آقای حجتی این است که اگر یک کسی اکثریت را احراز کرد و تعیین پیدا کرد مسئله از نظر حقوقی چگونه می‌شود. اگر به اندازه‌ای شدید باشد که دیگر احتیاجی به مجلس خبرگان نباشد مثل امام که روشن و ظاهر است و موضوعی پیش نمی‌آید ولی اگر به آن اندازه ظاهر و آشکار نباشد که بدیهی است و در قانون تکلیفش را تعیین کرده‌ایم که به عهده مجلس خبرگان است که البته من خودم طرفدار این روش هستم که یک رأی‌گیری همیشه بشود که مسئله کاملاً محرز شود که این عقیده‌ی خاص خودم هست» (مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ج ۲: ۱۰۹۵).

مرحوم هاشمی رفسنجانی به عنوان یکی از اعضای مؤثر شورای بازنگری قانون اساسی مخالف این دیدگاه نیست و آن را صریحاً رد نمی‌کند، اما معتقد است اگر مصداق اعدل، اشجع،



اتقی و مدیر در نظر خبرگان مشخص بوده و یک مصداق داشته باشد، دیگر انتخاب موضوعیت ندارد. ولی اگر چند نفر در شرایط با هم مساوی باشند، امکان چنین فرضی وجود دارد و واگذاری نتیجه نهایی به نظر مردم از لحاظ دینی و اجتماعی مورد قبول است (هاشمی رفسنجانی، ۱۳۸۵: ۳۰)، اما خود اذعان دارد: «نمی‌توانیم واقع را (اصلاح را) تشخیص بدهیم چون این موارد موارد ظنی است. بعد از تشخیص یکی از راه‌ها این است که خودمان انتخاب کنیم و اگر چند نفر بودند مردم هم می‌توانند انتخاب کنند و انتخاب مردم مثل بیعت کردن است ... و بیعت بیشتر شرط حسن اجرائیات است تا شرط واقعیت‌ها و حقوق» (هاشمی رفسنجانی، ۱۳۸۵: ۳۱). بنابراین رأی مردم در تعیین رهبر رکن است و دومرحله‌ای شدن مرحله تعیین رهبر برای اعمال دقت بیشتر در گزینش فرد صالح است، اگر بیعت و پذیرش مردم رکن نبود که انتصاب محض بود و دیگر مردم نقشی نداشتند (هاشمی رفسنجانی، ۱۳۸۵: ۳۲)

اما باید گفت که در واقع در انتصاب محض هم نقش مردم همان نقشی است که در انتصاب عام فقیه وجود دارد. در آنجا پذیرش حکومت معصوم شرط است و در اینجا علاوه بر پذیرش حکومت، مصداق رهبر نیز باید با اقبال عمومی و پذیرش مردمی همراه باشد، حتی اگر مصداق آن به لحاظ ویژگی‌های علمی و اخلاقی واحد باشد، مقبولیت او نیز به‌مثابه یک ویژگی باید مورد توجه باشد.

اگر مطابق رادیکال‌ترین باور، این فرض را بپذیریم که «اگر نفوذ کلمه حاکمیت ولی فقیه از دست برود، مشروعیتش از دست نمی‌رود، بلکه تحقق حاکمیت با مشکل مواجه می‌گردد» (مصباح یزدی، ۱۳۷۷ [ب]: ۵۳) و مخالفت اکثریت قاطع مردم نیز در استمرار اعمال حاکمیت تأثیر می‌گذارد و نفوذ کلمه را از او می‌گیرد (مصباح یزدی، ۱۳۷۷ [ب]: ۵۴-۵۵). باز هم باید بپذیریم که «حاکم دینی حق استفاده از زور برای تحمیل حاکمیت خویش ندارد» (مصباح یزدی، ۱۳۷۷ [ب]: ۵۳) و این گزاره بدین معناست که هیچ‌کس نمی‌تواند حاکمیت کسی را در مرحله اعمال بر مردم تحمیل کند، از همین رو خبرگان نیز نمی‌توانند به‌گونه‌ای دست به انتخاب بزنند که حکومت فردی را بر مردم تحمیل کنند. پس خبرگان علاوه بر آنکه در شکل قانونی عمل خود را به‌عنوان منتخب مردم انجام می‌دهند و تا حدی اصل مقبولیت و رشد به‌واسطه این منتخب بودن تأمین می‌شود، باید تأمین اصل مقبولیت را به‌نحوی مدنظر داشته باشند که نفوذ کلمه فرد منتخب نیز به‌واسطه آن توجه، تأمین شده باشد.

علاوه بر این، زمانی که فقیه حق استفاده از زور برای اعمال حاکمیت را ندارد، یعنی اگر در تشکیل حکومت از زور و غلبه بر مردم استفاده کند، حکومتش مشروع نخواهد بود؛ پس ایجاد شرایطی که نفوذ کلمه در آن محقق شود، در ایجاد حکومت مشروع و حقانی فقیه مؤثر است و

در صورت فقدان آن، اعمال حکومت غیرشرعی بوده و حقانیتی هم نخواهد داشت. اما اگر به دلیل عدم مقبولیت، مطابق با حکم شرع حکومت ایجاد نکند، آنگاه اساساً موصوف وصف مشروعیت وجود ندارد تا آن را مشروع یا غیرمشروع تلقی کنیم. مشروعیت و حقانیت اوصافی اند که فرع بر حکومت و اعمال قدرت به کار می‌روند نه برای اثبات مقام ولایت در مرحله ثبوتی آن. وقتی ولی شرایط ایجاد حکومت را ندارد و حکومتی را تشکیل نمی‌دهد، دیگر حقانیت اعمال حاکمیت او معنایی در عالم حقوق نخواهد داشت. در چنین شرایطی ولی تنها مصداقی است که اگر شرایط تشکیل حکومت را بیابد، حکومت او حقانیت خواهد داشت. با توجه به تحلیل‌های ارائه شده توجه به پذیرش مردم در مراحل انتخاب رهبر، حتی در صورت منتخب بودن خبرگان نیز مورد توجه بوده و ضروری است.

### نتیجه گیری

با توجه به اراده قانونگذار و کشف همسویی آن با مبانی نظری مفروض نوشتار، باید گفت مقبولیت عامه به چیزی جز مفهوم مقبولیتی که در تمام اصول قانون اساسی جاری است و ابتدای اداره کشور بر آرای عمومی و شوری نیز از آن برمی‌خیزد، اشاره ندارد؛ یعنی اصل مقبولیت. بنابراین توجه به آن به عنوان مرجحی که رعایت آن صرفاً جنبه استحساناتی دارد، خطاست. علاوه بر این، مطابق با مبانی نظری شهید صدر رعایت آن موجب تحقق اصل رشد است و از این رو نیز می‌توان وجوب تأمین آن را احراز کرد.

پس در صورتی که خبرگان منتخب مردم بدون توجه به این شرط اقدام به تعیین رهبر کنند، در واقع به هدف قانونگذار پایبند نبوده و با توجه به عدم تأمین اصل مقبولیت و رشد، برخلاف جهت حرکت جامعه به سمت کمال گام برداشته‌اند و غرض ایجاد حکومت را نقض کرده، کارکرد آن را تقلیل داده و از شرط شرعیت نظام عدول کرده‌اند. بنابراین علاوه بر منتخب بودن خبرگان، برای تأمین اصل مقبولیت، توجه به مقبولیت عامه به عنوان یک ویژگی کیفی قابل احراز در فرد منتخب ضروری تلقی می‌شود.

ساختار اصل ۱۰۷ تأمین‌کننده جایگاه حقیقی مقبولیت عامه نیست و بیانی متزلزل در این زمینه دارد. از همین رو بازنگری و اصلاح محتوای آن به منظور متقن ساختن این اصل از قانون اساسی پیشنهاد می‌شود.

طراحی ساختار مطلوب اصل ۱۰۷ و تعریف ساختار اجرایی متناسب به منظور احراز ویژگی مقبولیت عامه در فرایند انتخاب رهبر توسط خبرگان منتخب، موضوع مستقلی است که پرداختن به آن ضرورت دارد و به پژوهشگران این عرصه پیشنهاد می‌شود.

## یادداشت‌ها

۱. برای مطالعه ر.ک: نظری، ۱۳۹۶.
۲. مبانی نظری متکی بر آرای شهید صدر است که برای مطالعه دقیق‌تر رجوع به منبع پیشین پیشنهاد می‌شود.
۳. ر.ک: مقدمه قانون اساسی.
۴. «هر گاه یکی از فقهای واجد شرایط مذکور در اصل پنجم این قانون از طرف اکثریت قاطع مردم به مرجعیت و رهبری شاخته و پذیرفته شده باشد، همان‌گونه که در مورد مرجع عالیقدر تقلید و رهبر انقلاب آیت‌الله العظمی امام خمینی چنین شده است این رهبر ولایت امر و همه مسئولیت‌های ناشی از آن را بر عهده دارد، در غیر این صورت..»
۵. صدر اصل ۱۰۷: «پس از مرجع عالیقدر .... که از طرف اکثریت قاطع مردم به مرجعیت و رهبری شناخته و پذیرفته شدند.»
۶. در این پژوهش قصد پرداختن به ماهیت رجوع به خبرگان و ماهیت عمل آن‌ها وجود نداشته است، چراکه فارغ از آن و با تکیه بر مبانی اساسی و اهداف مبنایی حکومت می‌توان موضوع را فارغ از اختلاف نظرهایی که در اصل بحث تأثیری ندارند، تبیین کرد. ذکر مورد بینه نیز از باب مثال و در راستای تبیین عدم تأثیر ماهیت این عمل بر تحلیل ما بود که به لحاظ همسویی با نظرهای برگزیده این پژوهش انتخاب شد.



## منابع

### الف) کتاب‌ها و مقالات

۱. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۷۷)، «جایگاه فقهی - حقوقی مجلس خبرگان»، حکومت اسلامی، ش ۸، ص ۱۰-۴۰.
۲. جهان‌بین، عبدالله (۱۳۹۴)، سلسله جلسات بازخوانی مشروح مذاکرات شورای بازرنگری قانون اساسی سال ۱۳۶۸: بررسی اصل ۱۰۸، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ص ۷ بازیابی شده از [yon.ir/V5xC](http://yon.ir/V5xC)
۳. عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۶)، کلیات حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: مجلد.
۴. قاضی زاده، کاظم (۱۳۷۷)، «ولایت فقیه و خبرگان منتخب ملت»، کتاب نقد، ش ۷، ص ۱۰۹-۱۰۰.
۵. قوامی، سید صمصام‌الدین (۱۳۸۵)، «مبانی فقهی مجلس خبرگان»، حکومت اسلامی، ش ۴۰، ص ۱۰۲-۱۲۱.
۶. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۶۴)، نهایی تهران: انتشارات مجلس شورای اسلامی، ج ۱ و ۲.
۷. نهایی ----- (۱۳۶۸)، مشروح مذاکرات شورای بازرنگری، تهران: انتشارات مجلس شورای اسلامی، ج ۱، ۲ و ۳.
۸. مصباح یزدی، محمدتقی (۱۳۷۷[الف]). «جایگاه فقهی - حقوقی مجلس خبرگان رهبری»، حکومت اسلامی، ش ۸، ص ۴۱-۵۶.
۹. ----- (۱۳۷۷ [ب])، «حکومت و مشروعیت»، کتاب نقد، ش ۷، ص ۷۷-۴۲.
۱۰. نظری، فاطمه (۱۳۹۶)، جایگاه مقبولیت عامه مطروحه در اصل یکصد و هفتم قانون اساسی با تأکید بر آرای شهید صدر، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران، دانشگاه علامه طباطبائی.

۱۱. نقوی، فاطمه سادات؛ نظری، فاطمه (۱۳۹۲)، بررسی مبانی مشروعیت نظام جمهوری اسلامی ایران از منظر قانون اساسی، پایان‌نامه کارشناسی، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، پردیس خواهران.
۱۲. هاشمی رفسنجانی، علی‌اکبر (۱۳۸۵)، «مجلس خبرگان در جمهوری اسلامی در گفت‌وگو با آیت‌الله هاشمی رفسنجانی»، حکومت اسلامی، ش ۴۰، ص ۲۵-۵۳.
- هاشمی، محمد (۱۳۸۳)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: میزان، چ هشتم، ج ۲.
- (ب) قوانین
۱. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۳۸.

#### References:

- 1- Javadi Amoli Abdullah, (1998) „Jurisprudential-legal position of the Assembly of Experts“, Islamic Government, Number 8: 10-40.
- 2- Jahanbin, Ibadullah, (2015), A series of detailed re-reading sessions of the Constitutional Review Council in (1989): Review of Article 108, Tehran: Guardian Council Research Institute: p. 7 Retrieved from [yon.ir/V5xC](http://yon.ir/V5xC).
- 3- Amid Zanjani, Abbas Ali, (2007). General constitutional rights of the Islamic Republic of Iran, Tehran: Majd.
- 4- Ghazizadeh, Kazem, (1998), "Velayat-e-Faqih and elected experts of the nation", Book Review, Number 7: 100-109.
- 5- The Constitution of the Islamic Republic of Iran approved in, 1989.
- 6- Ghavami, Sayyid Samsamuddin, (2006), "Jurisprudential principles of the Assembly of Experts", Islamic Government, No, 40: 102-121.
- 7- Islamic Consultative Assembly, (1985), Detailed minutes of the parliamentary deliberations on the final review of the Constitution of the Islamic Republic of Iran, Tehran: Islamic Consultative Assembly Publications, First Edition, Vol 1.
- 8- Islamic Consultative Assembly, (1985) , Detailed minutes of the deliberations of the Assembly The final review of the Constitution of the

---

Islamic Republic of Iran, Tehran: Publications of the Islamic Consultative Assembly, First Edition, Vol 2. ▶

9- Islamic Consultative Assembly, (1989), Detailed minutes of the negotiations of the Constitutional Review Council of the Islamic Republic of Iran, Detailed discussions of the Review Council, Tehran: Islamic Consultative Assembly Publications. vol 1.

10- Islamic Consultative Assembly, (1989), Detailed minutes of the negotiations of the Constitutional Review Council of the Islamic Republic of Iran, Detailed discussions of the Review Council. Tehran: Islamic Consultative Assembly Publications, Vol 2.

11- Islamic Consultative Assembly, (1989). Detailed minutes of the negotiations of the Constitutional Review Council of the Islamic Republic of Iran, Detailed discussions of the Review Council. Tehran: Islamic Consultative Assembly Publications, Vol 3.

12- Mesbah Yazdi, Mohammad Taghi, (1998) (a), "The jurisprudential-legal position of the Assembly of Leadership Experts", Islamic Government, Number 8: 41-56.

13- Mesbah Yazdi, Mohammad Taghi, (1998) (b), "Government and legitimacy," Book Review, Number 7: 42-77.

14- Nazari, Fatemeh (2017), The position of public acceptance in the one hundred and seventh principle of the Constitution with emphasis on the views of Martyr Sadr, Master Thesis, Tehran, Allameh Tabatabai University.

15- Naghavi, Fatemeh Sadat and Nazari, Fatemeh, (2013) A study of the foundations of the legitimacy of the Islamic Republic of Iran from the perspective of the Constitution, Thesis, Tehran: Imam Sadegh (AS) University, Sisters Campus.

16- Hashemi Rafsanjani, Ali Akbar, (2006) , "Assembly of Experts in the Islamic Republic in dialogue with Ayatollah Hashemi Rafsanjani," Islamic Government, No, 40: 25-53.

17- Hashemi, Mohammad, (2004) Constitutional law of the Islamic Republic of Iran, Tehran: RateV Eighth Edition, Vol 2.

## جایگاه و نقش مبانی نظام حقوقی در تفسیر اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

محمد بهادری<sup>۱\*</sup>، محمدرضا اصغری شورشانی<sup>۲\*</sup>

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۸/۲۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۷/۱۰

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: 10.22034/qjplk.2021.255

### چکیده

اخیراً نظریه‌ای در زمینه تفسیر قانون اساسی با عنوان نظریه «تفسیر اجتهادی» یا «تفسیر نظام‌مدار» مطرح شده است که به موجب آن، تفسیر بیش و پیش از آنکه به معنی کشف افاده الفاظ یا مراد مقنن باشد، کشف پاسخ نظام حقوقی است و از آنجا که در میان اجزا و ارکان نظام حقوقی، دو جزء مهم «مبانی» و «اهداف» جایگاه مهم‌تری نسبت به سایر اجزا دارند، تفسیر قانون اساسی باید در بعد وجودی، تضمین‌کننده مبانی و در بعد کارکردی، تأمین‌کننده اهداف نظام حقوقی باشد. مقاله حاضر بر مبنای این نظریه، به روش توصیفی-تحلیلی و با بهره‌گیری از منابع کتابخانه‌ای درصدد پاسخگویی به این پرسش است که اولویت دادن به مبانی نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران چگونه می‌تواند در فرایند تفسیر اصول قانون اساسی ایفای نقش کند؟ به تعبیر دیگر، اولویت دادن به مبانی نظام حقوقی در فرایند تفسیر، چه تفسیر متفاوتی نسبت به نظریات لفظگرا، قصدگرا، غایت‌گرا و امثال آن ارائه خواهد کرد؟ یافته‌ها نشان داد که قول مختار در خصوص مفهوم مبانی نظام حقوقی، دلایل اعتبار و مشروعیت آن است و در دو سطح مبانی ناظر بر سیرت و مبانی ناظر به صورت، قابل ذکر است. همچنین با اولویت دادن به مبانی نظام حقوقی می‌توان قائل به نظارت شرعی بدوی و غیرتوقیتی شورای نگهبان نسبت به قوانین و مقررات بود؛ چنانکه تفسیر حدود اختیارات ولی فقیه در قانون اساسی نیز، با اولویت دادن به مبانی نظام حقوقی است که مقید به موارد منصوص در اصول قانون اساسی نخواهد بود.

**واژگان کلیدی:** اختیارات رهبری، تفسیر قانون اساسی، تفسیر نظام‌مدار، حاکمیت شریعت، مبانی نظام حقوقی، نظارت شرعی.

استادیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران.

\* Email: m.bahadori@modares.ac.ir

عضو هیأت علمی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

\* Email: m.asghari@ujsas.ac.ir



## مقدمه

بخش مهمی از علم حقوق، علم به الفاظ و متن قانون است و تفسیر قانون نیز از ملزومات لاینفک این علم به‌شمار می‌رود.<sup>۱</sup> در تفسیر متن، برخی، رویکرد مؤلف‌مداری را برگزیده‌اند، برخی رویکرد متن‌مداری و عده‌ای دیگر رویکرد مفسر‌مداری را (رشاد، ۱۳۷۹: ۳۷). در فضای مباحث مربوط به تفسیر قانون، وجه افتراق رویکردها و نظریات مختلف تفسیری، در پاسخ به این پرسش نهفته است که مبنای تفسیر چیست؟ یا چه باید باشد؟ افاده الفاظ، اراده مقنن یا اراده مفسر؟ به بیان دیگر، آنچه نظریات موجود تفسیری را از یکدیگر متمایز می‌کند، این است که در فرایند تفسیر، اصالت با چیست؟ اصالتی که در تزاخم میان مقولات مختلف، نقشی تعیین‌کننده دارد و اولویت را برای مفسر مشخص می‌کند و تفسیر نهایی با عطف توجه به آن صادر می‌شود.

رویکرد لفظ‌گرا با عناوین مشابهی همچون متن‌گرایی<sup>۲</sup>، اصالت را به معنای الفاظ داده و معتقد است متن قانون و سیاهه الفاظ و مفهوم عرفی آن‌ها بر هر چیز دیگری تقدم دارد. در این رویکرد، هرچند برای فهم معنای لفظ می‌توان از روش‌ها و ابزار مختلفی بهره جست، اما در نهایت آنچه تعیین‌کننده خروجی نهایی به‌عنوان یک نظر تفسیری است، معنای عرفی لفظ است. برای مثال در تفسیر «استقلال»، «خودکفایی»، «امنیت» و امثال آن که در قانون اساسی ذکر شده است، عرف عمومی جامعه که مخاطب اصلی قانون اساسی هستند، ملاک تعیین معنای الفاظ هستند. هسته اصلی این رویکرد، اصالت معنای عرفی لفظ است و حتی اگر مقنن هنگام تصویب قانون، معنای دیگری را از لفظی که به‌کار برده است، افاده کرده باشد، مفسر قانون اساسی مکلف است معنای عرفی الفاظ را ملاک و مبنا قرار دهد؛ مگر آنکه ترجمان دیگری غیر از معنای متبادر و عرفی هنگام وضع و تصویب قانون اساسی به مردم عرضه شده و آن‌ها با فهمی جدید به قانون اساسی رأی داده باشند<sup>۳</sup> (Brest, 1980: 206).

هسته قصدگرایی برخلاف لفظ‌گرایی، اصالت مراد مقنن است و با تمسک به معنای لغوی تفسیر، آن را «کشف مراد مقنن» می‌داند. بر مبنای این رویکرد، الفاظ، معبر و مجرای کشف مراد مقنن هستند و در فرایند تفسیر قانون اساسی آنچه اصالت دارد، فهم و یافتن مراد مقنن است. از این‌رو چنانچه لفظی وافی به مراد مقنن نباشد و از قرائن فرامتنی بتوان مراد مقنن را کشف کرد، در فرایند تفسیر نقش محوری خواهد داشت؛ هرچند لفظ لزوماً پشتیبان آن نباشد (Kay, 1988: 230)



در رویکردهای مفسرمدار که گاه از آن تحت عنوان رویکردهای غیرمنشأگرا<sup>۵</sup>، در مقابل رویکردهای منشأگرا<sup>۶</sup> یاد می‌شود، مفسر به فراخور اقتضائاتی همچون مصالح اجتماع، غایت قانون، تأمین آزادی، رعایت انصاف، تضمین حقوق بشر و مفاهیمی از این دست، مبادرت به تفسیر قانون اساسی می‌کند. در این رویکردها نقش مفسر فراتر از کسی که تنها به دنبال یافتن معنای الفاظ یا کشف مراد مقنن است، تعریف می‌شود و به نوعی وی بازیگری فعال و نه صرفاً تماشاگری منفعل به حساب می‌آید (مزارعی، ۱۳۹۰: ۱۵۴).

با همه این اوصاف دلایل متعددی وجود دارد که نشان می‌دهد اکتفا به متن‌مداری و مؤلف‌مداری در تفسیر قانون اساسی فلسفه وجودی تفسیر را در علم حقوق به صورت تام و تمام پوشش نمی‌دهد؛ همچنان‌که بی‌ضابطه گذاردن مفسر و اصالت دادن به موضوعاتی از سنخ آنچه غیرمنشأگراها بدان متمسک می‌شوند نیز، آسیب دیگری را متوجه قانون اساسی خواهد کرد. متن‌بستگی و مقنن‌بستگی در مواردی که نه لفظ افاده‌ای در موضوع مورد تفسیر دارد و نه مقنن اراده‌ای در آن موضوع، عقیم هستند و مفسرمداری بی‌ضابطه و تمسک به مفاهیم و اصطلاحات کث‌داری همچون حقوق بشر، عدالت، انصاف، نظم طبیعی، احکام طبیعت، آزادی و... بدون در نظر گرفتن نظامی که در نظام حقوقی باید بین این مفاهیم وجود داشته باشد، منتج به تفسیری خواهد شد که هیچ سنخیتی با نظام حقوقی خود ندارد و تنها هنر وی آن است که نظم حاکم بر نظام حقوقی را بر هم بزند و آن را از کارآمدی تهی سازد. از این رو برخی حقوقدانان معتقدند که در تفسیر قانون اساسی، می‌توان بین تفریط متن‌بستگی و مقنن‌بستگی و افراط مفسرمداری بی‌ضابطه، راه سومی را برگزید که هم از افراط و تفریط به دور باشد و هم با فلسفه وجودی تفسیر در نظام حقوقی همخوانی داشته باشد. این راه، «تفسیر اجتهادی» یا «تفسیر نظام‌مدار» نام دارد که اولاً «تفسیر» را در کنار مفاهیمی همچون «هنجار»<sup>۷</sup>، «عرف»<sup>۸</sup> و «رویه»<sup>۹</sup>، جزئی از نظام حقوقی می‌داند و ثانیاً با نسبت‌سنجی میان تفسیر و نظام حقوقی، تفسیر صحیح را، تفسیری می‌داند که در بعد وجودی برآمده از مبانی نظام حقوقی و در بعد کارکردی تأمین‌کننده اهداف نظام حقوقی باشد (بهادری جهرمی، ۱۳۹۴: ۴۰-۸۱).

مقاله حاضر با مفروض گرفتن این مبنا که تبیین آن در جای خود صورت گرفته است، با روش توصیفی تحلیلی و با بهره‌گیری از منابع کتابخانه‌ای در تلاش است تا به آثار این نظریه در فرایند تفسیر قانون اساسی نظر کند و در این نوشتار به یکی از ابعاد این نظریه یعنی جایگاه

و نقش مبانی نظام حقوقی در فرایند تفسیر قانون اساسی پاسخ دهد. بنابراین سؤال اصلی تحقیق، این است که محوریت دادن به مبانی نظام حقوقی، چگونه می‌تواند در فرایند تفسیر اصول قانون اساسی، ایفای نقش کند؟ با بررسی‌های صورت‌گرفته تحقیقی که با عطف توجه به مبانی نظام حقوقی به دنبال یافتن تفسیر صحیح از قانون اساسی باشد، یافت نشد؛ از این رو وجه نوآورانه تحقیق حاضر در این است که چگونگی اثرگذاری توجه به مبانی نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران را در فرایند تفسیر اصول قانون اساسی نشان می‌دهد. پاسخ به پرسش اصلی تحقیق، در ابتدا نیازمند پاسخ به دو پرسش مقدماتی است: نخست آنکه مبانی نظام حقوقی به چه معناست؟ و دوم آنکه منابع استنباط و استخراج مبانی نظام حقوقی کدام است؟ از این رو بخش نخست مقاله به تبیین مفهوم مبانی نظام حقوقی اختصاص یافته است. سپس در بخش دوم منابع استنباط و اکتشاف این مبانی مورد بحث و بررسی قرار گرفته است. پس از تبیین این دو مطلب با التفات به مبانی مستنبط از منابع نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، به جایگاه و نقش مبانی نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران در فرایند تفسیر قانون اساسی پرداخته شده و مثال‌هایی با لحاظ کردن ضیق مجال این مقاله ذکر شده است.

## ۱. مبانی نظام حقوقی

در حوزه‌های مختلف علوم انسانی درصد عمده‌ای از خطاهای معرفتی، ناشی از به‌کار گرفتن الفاظ و مفاهیمی است که تاب معانی متعددی دارند و گاه گویندگان و نویسندگان، بدون آنکه مشخص کنند کدام معنا را از لفظی که به‌کار می‌برند مدنظر دارند، به تیر نقد ناقدان از پای درمی‌آیند و حال آنکه اگر در مفاد آنچه منتقدان بیان کرده‌اند دقت می‌شد، مشخص می‌شد که گوینده یا نویسنده با منتقد، در مفهوم الفاظ اختلاف دارند و خطای گوینده یا نویسنده در عدم تعریف لفظی که به‌کار برده، موجب پدید آمدن انتقادهای شده است. از این رو، در ادامه تلاش شده است تا معنای «مبانی» در علم حقوق و نیز «نظام حقوقی» از منظر این نوشتار، روشن شود.

### ۱-۱. مبانی حقوق

«مبنا، پایه، بنیان» (عمید، ذیل واژه) در اصل واژه‌ای عربی و از ریشه «بنی» به معنای ساختن یک بنا، نیکی کردن و سازگار شدن (معلوف، ۱۳۸۰، ج: ۱، ۱۵۷) و در زبان انگلیسی تا حدودی معادل

واژه «Foundation» به معنای پایه‌ای که به موجب آن چیزی حمایت می‌شود، به‌خصوص گواه یا مدرکی که موجب پذیرش یک سند است (Garner, 2009: 727)، آمده است.

در معنای اصطلاحی، برخی حقوقدانان «مبنا» را به نیروی پشتیبان و جاذبه‌ای که ما را وادار به اجرای قواعد حقوقی می‌کند، تعریف کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۹). برخی دیگر هم به‌صورت ضمنی این تعریف را تلقی به قبول کرده‌اند، البته معتقدند که مبانی حقوق در اندیشه مکاتب مختلف حقوقی یکسان نبوده و هر مکتبی از دیدگاه خودش، مبانی حقوق را شناسایی کرده است (ساکت، ۱۳۷۰: ۱۷). شاید به دلیل تفاوت در شناسایی ریشه الزام‌آوری قواعد حقوقی است که حقوقدانان در خصوص آن نیرو و جاذبه پنهانی که اشخاص را وادار به اطاعت از قواعد حقوقی می‌کند، اختلاف نظر دارند. برخی عدالت‌خواهی و تعاون را موجب تمکین اشخاص در برابر قواعد حقوقی می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۹-۲۰) و پاره‌ای دیگر قدرت حکومت و پشتیبانی دولت را ریشه کرنش اشخاص در برابر قواعد حقوقی ذکر می‌کنند (جوان، ۱۳۲۶، ج ۱: ۶-۷). فارغ از اختلاف‌نظرها در خصوص ریشه الزام‌آوری قواعد حقوقی، از نظر این گروه از حقوقدانان، پاسخ به این پرسش که چرا از قواعد حقوقی باید اطاعت کرد، مبانی قواعد حقوقی را مشخص می‌کند. دسته دیگری از حقوقدانان، مبانی حقوق را قواعد حقوقی‌ای می‌دانند که مصرح در قوانین موضوعه یا حتی مستنبط از آن‌ها هم نیست و از مطالعه «مصلح اجتماع» و «طبیع موضوعات» و «سیستم حقوقی» کشف می‌شود. این تعریف، برای مثال از اصل عدم ولایت افراد جامعه بر یکدیگر، اصل فوری بودن خیرات معامله را استخراج می‌کنند و آن را از مبانی حقوق در زمینه حقوق مدنی می‌دانند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۴: ۳۱۸۴). در تعریف دیگر مراد از «مبنا»، پاسخ به چرایی یک حکم یا قاعده دانسته شده است، به‌گونه‌ای که تمامی ابهامات را برطرف می‌کند و جای پرسش دیگری را باقی نمی‌گذارد (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۷: ۷۷). برخی دیگر معتقدند واژه «مبنا» هنگامی که درباره قاعده حقوقی یا نظام حقوقی به‌کار می‌رود، درصدد پاسخگویی به چرایی اعتبار و مشروعیت قاعده یا نظام حقوقی است (حکمت‌نیا، ۱۳۸۷: ۶۴). براساس این تعریف، مبانی قواعد یا نظام حقوقی، در حقیقت آن چیزی است که اعتبار و مشروعیت این دو، در گرو آن است.

در این نوشتار با توجه به نقدهایی که نسبت به تعاریف ارائه‌شده از واژه «مبنا» و «مبانی حقوق» بیان شده است<sup>۹</sup> و نیز با نظر به مفهوم لغوی واژه «مبنا»، تعریف مختار، همان «دلیل

مشروعیت و اعتبار است که گاه در خصوص قاعده حقوقی استفاده می‌شود و گاه در خصوص نظام حقوقی.

### ۱-۲. نظام حقوقی<sup>۱۰</sup>

واژه «نظام» و هیأت، ترکیبی «نظام حقوقی» که اصطلاحی نوظهور در علم حقوق است (فلسفی، ۱۳۹۴: ۱۵)، هرچند به کرات در مقالات و کتاب‌های حقوقی با عناوین دیگری مانند «قاعده حفظ نظام»،<sup>۱۱</sup> «مصلحت نظام» و امثال آن استفاده می‌شود، اما به روشنی و با دقت تعریف نشده است. گویا این عدم تعریف، ریشه در تصور نسبت به بداهت مفهومی این واژه دارد.

واژه «نظام» در معنای لغوی از ریشه «نظم»، در زبان فارسی به معنای آراستن، به رشته کشیدن مروارید، عادت و روش آمده است (عمید، ذیل واژه). «نظم» در زبان عربی در معنای گرد آمدن معنا شده است؛ مانند گرد آمدن دانه‌های مروارید بر محور یک نخ و آن نخ که دانه‌های مروارید حول آن گرد آمده‌اند، با عنوان «نظام» معرفی شده است (ابن منظور، ۱۴۱۰ق، ج ۱۲: ۵۷۸؛ طریحی، ۱۳۷۵، ج ۶: ۱۷۶). در ادبیات روایی نیز همین مفهوم از واژه «نظام» به کار گرفته شده است؛ برای نمونه حضرت زهرا (س) در خطبه فدکیه، اطاعت از اهل بیت پیامبر و (ص) را، نظام‌بخش شریعت معرفی کرده‌اند<sup>۱۲</sup> (ابن بابویه، ۱۴۱۳ق، ج ۳: ۵۶۸).

در تعریف اصطلاحی، برخی، «نظام» را مجموعه‌ای از هدف‌ها همراه با روابط میان آن‌ها و میان خواص آن‌ها عنوان کرده‌اند (Easton, 1965: 282) و عده‌ای دیگر معتقدند هر مجموعه‌ای از عناصر که بتوانند به نحوی به‌طور متداخل با یکدیگر عمل کنند، می‌توانند به صورت یک سیستم عمل کنند (دال، ۱۳۶۴: ۱۴). همان‌طور که ملاحظه می‌شود، این تعاریف مبتنی بر این اندیشه‌اند که «نظام»، مجموعه‌ای از هدف‌ها یا عناصر دارای روابط مشخص ساختاری و نیز دارای کنش و واکنش، آن هم بر پایه روندهای مشخص است. براساس این تعاریف، «نظام» به معنی روابط الگوشده میان اجزای تأسیسی یک ساختار است که دارای روابط کارکردی با یکدیگرند. نکته مهم آن است که نظام حاکم بر این اجزا آن‌ها را فعال می‌کند و به آن‌ها یگانگی و وحدت می‌بخشد. با این وصف در بیان ویژگی‌های نظام، باید گفت که اولاً یک نظام، هرچند از اجزای متفاوتی تشکیل شده است، ولی آن اجزا با همراهی یکدیگر آن نظام را به وجود آورده‌اند؛ ثانیاً به صرف جمع شدن اجزای مختلف، یک نظام

تشکیل نمی‌شود؛ بلکه این اجزا باید به روال منظمی ترتیب داده شده و میان آن‌ها نیز رابطه منظمی وجود داشته باشد تا بتوان از مجموعه آن‌ها تحت عنوان «نظام» یاد کرد؛ ثالثاً نظم اجزای مذکور، باید یک الگو را به وجود بیاورد تا بتوان آن را «نظام» نامید؛ رابعاً میان اجزای نظام، رابطه بنیادین وجود دارد؛ به این معنا که هر جزء وظیفه خاصی برای اجرا دارد و در نهایت آنکه اجزای مذکور هرچند وظیفه اختصاصی خود را دارند، از لحاظ کارکردی به نحوی با اجزای دیگر ارتباط دارند که واحد جدیدی از مجموع آن‌ها ایجاد می‌شود؛ به صورتی که اختلال در کارکرد هر جزء بر کارکرد کل تأثیر دارد (عالم، ۱۳۹۳: ۱۵۰-۱۴۹).

با نظر به تعریف لغوی واژه «نظام» می‌توان سخن برخی حقوقدانان را در تعریف مفهوم «نظام حقوقی» به خوبی فهم کرد که معتقدند هر قانونی ضرورتاً به یک نظام حقوقی تعلق دارد و در فهم قواعد حقوقی اگر توجه حقوقدان تنها به قواعد منفرد معطوف شود، فهم ماهیت حقوق غیرممکن می‌شود<sup>۱۳</sup> (Kelsen, 1949: 3). در تعریف نظام حقوقی نیز به پیروی از برخی حقوقدانان باید گفت نظام حقوقی مجموعه اصول، قواعد، نهادها و سازمان‌های حقوقی هماهنگ و مرتبطی است که مبتنی بر مبانی ویژه و براساس روش معین از منابع خاصی استخراج و تفسیر می‌شود و در بستر تاریخی و فرهنگی خاصی شکل می‌گیرد و اهداف تعریف شده‌ای چون نظم و عدالت را دنبال می‌کند. این مجموعه به گونه‌ای است که برای وضعیت‌های مختلف دارای راه‌حل است و قابلیت انطباق با اوضاع و احوال گوناگون را نیز دارد (حکمت‌نیا و همکاران، ۱۳۹۴: ۴۵۰).

در جمع‌بندی پاسخ پرسش مقدماتی نخست این تحقیق، باید گفت که مبانی نظام حقوقی همان دلایل اعتبار و مشروعیت مجموعه اصول، قواعد، نهادها و سازمان‌های حقوقی هماهنگ و مرتبط است و این مفهوم که از آن تحت عنوان مبانی نظام حقوقی یاد می‌کنیم، گاه ناظر بر صورت و شکل نظام حقوقی است و گاه ناظر بر سیرت و محتوای آن. توضیح آنکه دلایلی که برای معتبر بودن صورت یک نظام حقوقی مثل ریاستی یا پارلمانی بودن آن قابل ذکر است، با دلایلی که برای معتبر بودن سیرت همان نظام مثل حاکمیت قانون یا لائیسیتته در برخی نظام‌های حقوقی غربی یا حاکمیت شریعت در نظام‌های حقوقی مبتنی بر اسلام، می‌توان ذکر کرد، متفاوت است.

## ۲. منابع استنباط مبانی نظام حقوقی

پرسش مقدماتی دوم این نوشتار آن است که این مبانی نظام حقوقی که پیشتر تعریف آن ذکر شد و به دو دسته مبانی ناظر بر صورت و مبانی ناظر به سیرت تقسیم شد، از چه منابعی قابل استنباط و استخراج است؟ شایان ذکر است که در خصوص نسبت میان «مبانی» و «منابع» از حیث تقدم و تأخر، دیدگاه‌های متفاوتی ابراز شده است؛ به گونه‌ای که گاه «مبانی» بر «منابع» مقدم دانسته شده و گاه «منابع» بر «مبانی». در این نوشتار بنا به دلایلی که در جای خود نیازمند بحث و تفصیل است و برخی حقوقدانان نیز به آن قائل‌اند (موسی‌زاده، ۱۳۹۴: ۶۶)، دیدگاه دوم اختیار شده و اعتقاد بر آن است که «منابع» مقدم بر «مبانی» است؛ به این معنا که «مبانی» مستخرج از «منابع» است و برای استخراج «مبانی» باید به سراغ «منابع» رفت. مهم‌ترین منابعی که با استفاده از آنها می‌توان مبانی یک نظام حقوقی را استنباط کرد، عبارت‌اند از: تاریخ نهادی و اعتقادات مذهبی یک ملت، اندیشه‌های بنیانگذار(ان) نظام حقوقی و متن قانون اساسی. در ادامه به اختصار توضیحی در خصوص این سه منبع ارائه می‌شود.

### ۲-۱. تاریخ نهادی و اعتقادات مذهبی جامعه

تاریخ و اعتقادات مذهبی مردمان یک سرزمین، تأثیر مهمی در شکل‌گیری مبانی نظام حقوقی آن سرزمین دارد. نگاهی اجمالی به نظام‌های حقوقی مختلف، بیانگر آن است که مباحث تاریخی و دینی چه به صورت سلبی و چه ایجابی، سهم بسزایی از مباحث مطروحه در خصوص هر نظام حقوقی را به خود اختصاص داده است. حتی نظام‌هایی که در اصطلاح با عنوان لائسیته یا سکولار معرفی می‌شوند، موضع خود را در فرایند نظام‌سازی حقوقی، به صورت سلبی نسبت به مذهب و اعتقادات مذهبی بروز و ظهور داده و آثاری را بر آن مترتب کرده‌اند. برای مثال دیوان عالی هند در سال ۱۹۸۰م در نظارت بر یکی از اصلاحات قانون اساسی، با استناد به «سکولاریسم» به مثابه یکی از خصیصه‌های بنیادین قانون اساسی و آنچه وی آن را «ساختار پایه‌ای قانون اساسی» قلمداد کرده بود، مصوبه پارلمان را فاقد اعتبار اعلام کرد (غمامی و منصوریان، ۱۳۹۴: ۱۱۹).

مکتب تفسیر تاریخی که در سده نوزدهم توسط ساوینی<sup>۱۴</sup> در اروپا پایه‌گذاری شد، به روشنی تأثیر تاریخ نهادی و اعتقادات مذهبی یک جامعه را در شکل‌گیری نظام حقوقی حاکم بر آن جامعه تبیین کرده است. از نظر این مکتب، قانون به مثابه «روح ملت» بوده و حقوق یک

ملت محصول دیدگاه‌ها و نگرش‌های آن ملت است که در اثر گذر زمان و براساس نیازمندی‌های آنان پدید آمده و تحول پیدا کرده است (صانعی، ۱۳۸۹: ۴۷-۴۸). در این نگاه حتی رویه قضایی و اندیشه‌های حقوقی (دکترین) از حیث دخالت در ساخت و پرداخت قواعد حقوقی، مقدم بر قانون هستند. بنابراین عرف، رویه قضایی و دکترین عناصر مقوم قانون بوده و قانون مؤید یا اعلان‌کننده آنهاست (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۱: ۱۴۰).

ثمره پذیرش تاریخ، عرف و اعتقادات یک ملت به‌مثابه منبعی برای استنباط مبانی نظام حقوقی، آن است که تفسیر قانون بدون توجه به مبانی مستخرج از آن‌ها، فاقد مشروعیت است. با این وصف نظام حقوقی برآمده از دین، باید پاسخ خود را با نگاه به دین به مفسر اعلام کند. از این رو تاریخ و فرهنگ یک ملت زمانی که با دین و اعتقادات الهی پیوند خورده است، نمی‌تواند بدون رجوع به منابع دینی، مبانی نظام حقوقی را به‌درستی فهم کند تا به تبع آن تفسیری درست از قانون ارائه دهد. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران با التفات به این امر مهم، در اولین اصل خود، ضمن تأکید بر «اعتقاد دیرینه» ملت ایران در خصوص «حکومت حق و عدل قرآن»، نوع حکومت ایران را که همان «جمهوری اسلامی» است، بر خاسته از این اعتقاد دیرینه دانسته است؛ چراکه ایران و اسلام از دیرباز دو مفهوم درهم‌تنیده بودند؛ با این تفاوت که به عقیده برخی نویسندگان گاه مذهب عاملی برای خاموشی گزیدن تلقی شده است و گاهی عاملی برای انقلاب (آبراهامیان، ۱۳۹۰: ۲۳-۲۴). فارغ از قضاوت در خصوص صحت و سقم این ادعا، اصل حضور و نقش‌آفرینی مذهب در تاریخ نهادی کشور ایران امری قابل مناقشه نیست. از این رو مبانی نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران ناگزیر باید با التفات به تاریخ نهادی و دو منبع اصلی تجلی گزاره‌های مذهبی و فهم شریعت توسط پیامبر اکرم (ص) معرفی شده است<sup>۵</sup>، یعنی قرآن کریم و سنت معصومین (ع)، کشف و استنباط شود. بنابراین حاکمیت شریعت، چه در عرصه تقنین و چه در عرصه اجرا و چه در عرصه قضا، از مبانی نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران محسوب می‌شود که اثر آن را در تفسیر برخی گزاره‌های قانون اساسی در قسمت سوم همین نوشتار خواهیم دید.

## ۲-۲. اندیشه بنیانگذار(ان) نظام حقوقی

یکی دیگر از منابعی که می‌توان به کمک آن مبانی نظام حقوقی را استنباط کرد، اندیشه‌های بنیانگذار(ان) نظام حقوقی است؛ چراکه مردم در کنار تاریخ نهادی و اعتقادات مذهبی، با

قرائتی که بنیانگذار(ان) نظام حقوقی از مفاهیم حقوقی ارائه کرده‌اند، با یک نظام حقوقی همراه شده و آن را پذیرفته‌اند. از این رو اندیشه بنیانگذار(ان) نظام حقوقی تأثیر بسزایی در استنباط مبانی نظام حقوقی دارد.

مطالعه‌ای تطبیقی در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا نشان‌دهنده مفهومی مشابه تحت عنوان «Founding Fathers» است که می‌توان آن را به «آباء مؤسس» ترجمه کرد. این اصطلاح نخستین بار در جریان شکل‌گیری ایالت‌های سیزده‌گانه آمریکا به کار رفت که طی آن هشت نفر به نام‌های جان آدامز<sup>۱۶</sup>، بنجامین فرانکلین<sup>۱۷</sup>، الکساندر همیلتون<sup>۱۸</sup>، جان جی<sup>۱۹</sup>، توماس جفرسون<sup>۲۰</sup>، جیمز مدیسون<sup>۲۱</sup>، ساموئل آدامز<sup>۲۲</sup> و جورج واشنگتن<sup>۲۳</sup>، رهبری جنگ‌های استقلال آمریکا از انگلستان را بر عهده گرفتند و نظام حقوقی جدید آمریکا را تحت «اصول جمهوری»<sup>۲۴</sup> در سال‌های آخر دهه هجدهم میلادی پایه‌گذاری کردند. از جمله آرای بعضی از این اشخاص، می‌توان به مقاله ۷۸ کتاب *نامه‌های فدرالیست*<sup>۲۵</sup> اشاره کرد که در آن الکساندر همیلتون، جایگاه قوه قضاییه، نقش قضات در تفسیر قانون اساسی و اهمیت دادن به اراده مردم در تفسیر قانون اساسی را به این صورت بیان کرده است:

«هر کس که با دقت، قوای مختلف حکومت را بررسی نماید، به این نتیجه می‌رسد که در یک حکومت با شاخه‌های مجزا از یکدیگر، قوه قضاییه با توجه به ماهیت و کارکردهایش همواره کم‌خطرترین شاخه حکومت نسبت به آزادی‌های سیاسی مندرج در قانون اساسی به حساب می‌آید؛ چراکه این قوه حداقل ظرفیت را برای آسیب وارد نمودن به دیگر قوا در اختیار دارد... در واقع می‌توان اظهار داشت که قوه قضاییه نه قدرت دارد و نه اراده و صرفاً از امکان «قضاوت» برخوردار است و در نهایت نیز در اجرای آراء خود به قوه مجریه تکیه می‌نماید. این مسئله اثبات می‌کند که قوه قضاییه در مقایسه با سایر قوا ضعیف‌ترین قوه می‌باشد که هیچ‌گاه نمی‌تواند به قوای دیگر تعدی کند و حتی رعایت تمام احتیاط‌های ممکن برای این قوه، امری ضروری است تا خود را از تعدی قوای دیگر حفظ نماید. همچنین مادام که قوه قضاییه از قوای دیگر جدا باقی می‌ماند، هیچ‌گاه آزادی عمومی مردم از این ناحیه، در خطر قرار نمی‌گیرد... منطقی است که فرض کنیم دادگاه‌ها به‌عنوان حد واسط مردم و قوه



قانون‌گذار تلقی شده‌اند تا بدین ترتیب قوه قانونگذار را در چارچوب اختیارات اعطایی به آن حفظ کند... این امر به هیچ وجه به معنای تفوق قوه قضائیه بر قوه مقننه نیست و صرفاً اشعار می‌دارد که قدرت مردم نسبت به این قوا دارای برتری است و در صورتی که اراده قوه قانونگذار که در قالب قوانین اعلام می‌گردد، در تضاد با اراده مردم که در قانون اساسی ابراز شده است قرار بگیرد، قضات باید بر اساس اراده مردم که جنبه بنیادین و اساسی دارد، به صدور حکم بپردازند» (Hamilton et al., 2009: 236).

هرچند مطالعه و فهم نظام حقوقی آمریکا، به دلیل اینکه در این کشور نظام حقوقی واحدی وجود ندارد و هر ایالتی دارای حقوق مستقلی است که دادگاه عالی ایالتی اجرای آن را کنترل می‌کند و همان حقوق نیز اولاً مبتنی بر رویه و ثانیاً آمیزه‌ای از اصول قدیم و نظریات قدیم است، با دشواری‌های خاصی روبه‌روست (تنک، ۱۳۷۴: ۹)، اما استناد بعضی نویسندگان به آرای آبی مؤسس در فهم و تحلیل نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا (Easterbrook, 1988: 65؛ غمامی و منصوریان، ۱۳۹۵: ۴۲) نشان‌دهنده آن است که اندیشه بنیانگذاران نظام حقوقی می‌تواند و بلکه باید به مثابه منبعی برای کشف مبانی نظام حقوقی مورد توجه و استناد قرار گیرد.

در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران نیز آرای امام خمینی (ره) در پایه‌گذاری نظام حقوقی، از منابع مهم در فهم مبانی مختلف از جمله «ولایت و رهبری» است. در قسمت سوم همین نوشتار با عطف توجه به مبنای مذکور و آرای حضرت امام (ره) در این زمینه، چگونگی عرضه تفسیر صحیح در خصوص «اختیارات ولی فقیه در قانون اساسی» ارائه می‌شود.

## ۲-۳. قانون اساسی

متن قانون اساسی در کنار دو منبع پیشین، جایگاه بسزایی در استنباط و استخراج مبانی نظام حقوقی دارد. قانون اساسی پایه‌گذار هنجارهای قانونی (Barak, 2005: 370) و دربردارنده «اصول حکمرانی و اداره کشور و عمده سازمان‌های حکمرانی (= وزارتخانه‌ها) و اصول حقوق افراد در جامعه (مانند حاکمیت ملی و آزادی‌های عمومی)» است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۷۰-۷۱)، از این رو با عنایت به اینکه مبانی نظام‌های حقوقی مختلف اغلب در متن اساسی، متجلی شده است و اصول مختلف قانون اساسی، چه به صورت صریح و چه ضمنی، بیانگر مبانی نظام حقوقی است، نیازی به ذکر دلایل بیشتر در خصوص چرایی ذکر

قانون اساسی به مثابه منبعی برای استنباط مبانی نظام حقوقی نیست. ویژگی منحصر به فرد این منبع نسبت به منبع پیشین آن است که هر چند قانون اساسی حاوی مبانی ناظر بر سیرت نظام حقوقی نیز است، مبانی ناظر بر صورت نظام حقوقی را اغلب در متن قانون اساسی می‌توان یافت. قانون اساسی نسبت به مبانی ناظر بر سیرت نظام حقوقی، جنبه «مولودیت» و نسبت به مبانی ناظر بر صورت نظام حقوقی، جنبه «والدیت» دارد؛ به بیان دیگر، قانون اساسی در بعد مبانی ناظر بر سیرت نظام حقوقی، شأن اعلانی، تأییدی یا امضایی دارد، در حالی که نسبت به مبانی ناظر بر صورت نظام حقوقی، شأن اعلامی، تأسیسی یا ایجاد دارد. یکی از مبانی ناظر بر صورت نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران که قانون اساسی بیانگر آن است، تفکیک قواست. با مخدوش شدن تفکیک قوا و حرکت به سمت امتزاج قوا، صورت کنونی نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران نیز مخدوش خواهد شد.

### ۳. چگونگی اثرگذاری استناد به مبانی در تفسیر قانون اساسی

با پاسخ دو پرسش فرعی این مقاله، یعنی مفهوم مبانی نظام حقوقی و منابع استنباط و استخراج مبانی، اینک نوبت پاسخگویی به پرسش اصلی یعنی جایگاه و نقش مبانی نظام حقوقی در فرایند تفسیر اصول قانون اساسی است. در این قسمت ابتدا مثال‌هایی از تأثیر توجه به مبانی نظام حقوقی در فرایند تفسیر موضوعات مبهم و مجمل قانون اساسی ذکر می‌شود تا در نهایت و در قسمت نتیجه‌گیری پاسخ پرسش اصلی روشن شود.

#### ۳-۱. صلاحیت نظارت بدوی و غیرتوقیتی شورای نگهبان در زمینه قوانین و مقررات

فصل مقوم حکومت اسلامی «حاکمیت شریعت» و تحقق آن منوط به «قانونگذاری منبعث یا در چارچوب شرع»، «مشروعیت حاکم یا هیأت حاکمه» و در نهایت «شیوه حکمرانی شرعی یا اسلامی» است (ارسطا و بهادری جهرمی، ۱۳۹۳: ۲۷)، از این رو در اصل ۴ قانون اساسی که در فصل «اصول کلی» آمده، به صراحت تأکید شده است که تمامی قوانین و مقررات باید بر اساس موازین اسلامی باشد. در مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی از قول نایب‌رئیس فقید مجلس بیان شده است که «اصل کلی در قانون اساسی عبارت است از اصلی که به عنوان مبنا برای یک یا چند اصل دیگر در فصول آینده قانون اساسی شناخته می‌شود»

(صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۴، ج ۱: ۱۹۶). برخی حقوقدانان نیز با استناد به اصل لزوم رعایت تشریفات در حقوق عمومی، معتقدند: «اصل (۴) که شورای نگهبان را مرجع تشخیص عدم مغایرت قانون‌های عادی با قانون اساسی و شرع معرفی می‌کند، به این معنی نیست که هر جا قانونی دید، آن را ابطال کند؛ بلکه باید با تشریفات که در قانون پیش‌بینی شده، آن را اعمال کرد» (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۳۰۸). فارغ از اشکالی که بر این سخن از حیث مفاد انتسابی به اصل ۴ وجود دارد، چه اینکه اصل ۴ سخنی از انطباق قوانین با قانون اساسی به میان نیاورده است، این دیدگاه، تفسیری علمی<sup>۲۶</sup> است که طریق اعمال اصل ۴ را منحصر به اصول ۹۴، ۹۵ و ۹۶ قانون اساسی می‌داند؛ درحالی‌که تفسیر دیگر، تفسیر ضمنی<sup>۲۷</sup> خود شورای نگهبان از اصل ۴ است که معتقد است این اصل، مفید صلاحیتی مستقل تحت عنوان صلاحیت نظارت شرعی بدوی برای شورای نگهبان بوده و در عمل نیز قوانین و مقررات متعددی به استناد همین تفسیر، ابطال یا مقید شده است. ماده ۱۹ آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان براساس همین تفسیر اعلام می‌کند: «اعلام مغایرت قوانین و مقررات یا موادی از آن‌ها با شرع، با توجه به اصل ۴ قانون اساسی، در هر زمان که مقتضی باشد، توسط اکثریت فقهای شورای نگهبان انجام می‌یابد و تابع مدت‌های مذکور در اصل ۹۴ قانون اساسی نمی‌باشد». برخی از مصادیق مربوط به ابطال یا تقیید، ناظر بر قوانین و مقرراتی است که پیش از انقلاب اسلامی تصویب شده است و بخشی دیگر ناظر بر قوانین و مقررات پس از انقلاب اسلامی. دسته اخیر نیز به نوبه خود، به دو دسته قابل تقسیم است: دسته‌ای از نظرها ناظر بر قوانین و مقرراتی است که شورای نگهبان در مورد آن‌ها اظهار نظر نکرده و با گذشت مواعد زمانی مذکور در اصول ۹۴ و ۹۵ جنبه قانونی پیدا کرده است؛ دسته‌ای دیگر، ناظر بر قوانین و مقرراتی است که شورای نگهبان هنگام بررسی، آن‌ها را مغایر با شرع نشناخته، ولی بعداً آن‌ها را خلاف شرع اعلام کرده است.<sup>۲۸</sup> بنابراین اینکه آیا اساساً اصل ۴ مفید صلاحیتی مستقل برای شورای نگهبان است یا نه و نیز اینکه آیا صلاحیت شورای نگهبان برای اظهار نظر درباره قوانین و مقررات خلاف شرع مقید به زمان است یا نه، از موضوعات اختلافی در تفسیر قانون اساسی است که با عنایت به مبنای حاکمیت شرع مستفاد از منابع سه‌گانه یادشده در قسمت دوم همین نوشتار، درصدد یافتن تفسیر صحیح برخوایم آمد.

با عنایت به جنبه مبنایی حاکمیت تقنینی شریعت در نظام حقوقی ایران، باید گفت عدم پذیرش حق نظارت شرعی، مستقل از اصول ۹۴ و ۹۶ قانون اساسی برای شورای نگهبان مستلزم آن است که قوانین مغایر با شرع، که مرجع تشخیص آن بنا به نص قانون اساسی، فقهای شورای نگهبان اعلام شده است، لازم‌الاجرا دانسته شود و تنها در صورتی که مجلس شورای اسلامی مجدداً آن‌ها را تصویب کند، برای شورای نگهبان این حق ایجاد خواهد شد که آن‌ها را مغایر شرع اعلام کند. این نتیجه بی‌شک با تضمین اصل حاکمیت شریعت به‌مثابه مبنای نظام حقوقی جمهوری اسلامی مغایر است.

در خصوص زمان اظهارنظر درباره قوانین مغایر شرع نیز باید توجه داشت که مقنن اساسی به‌سبب محذورات اداره جامعه و لزوم تعیین تکلیف در امور اجتماعی و حکومتی، برای شورای نگهبان مهلت ده‌روزه و حق استمهال ده‌روزه مجدد و در مجموع فرصتی ۲۰ روزه در نظر گرفته است. در صورتی که شورای نگهبان در طول این مدت در مورد مصوبه اظهارنظر نکند، آن مصوبه قانونی شده و لازم‌الاجرا خواهد شد. در عین حال با عطف توجه به اینکه حاکمیت شریعت در عرصه قانونگذاری، مبنای نظام حقوقی بوده و کشف گزاره‌های قانونی مغایر شرع در دوره‌های مختلف امری محتمل است، از این‌رو توقیت مهلت زمانی اظهارنظر در خصوص قوانین و مقررات غیرشرعی با مبنا دانستن حاکمیت شرع در تنافی است. هرچند همان‌طور که در مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی نیز اشاره شده است<sup>۲۹</sup>، خسارات احتمالی از این حیث، باید جبران شود و تمسک به این مبنا نباید موجبی برای عدم جبران حقوق تضییع شده اشخاص باشد.

اثر دیگری که با عطف توجه به جنبه مبنایی حاکمیت شریعت و با عنایت به تفسیر مختار این تحقیق، قابل ذکر است، آن است که نظرهای شورای نگهبان در خصوص مصوبات مجلس شورای اسلامی از حیث مغایرت با شرع، حتی اگر خارج از مواعد مذکور در اصول ۹۴ و ۹۵ بوده است، لازم‌الرعايه است. بنابراین قوانین و مقرراتی که بدون اعمال نظر اصلاحی شورای نگهبان، جهت اجرا ابلاغ شده است، مانند «قانون پیوند اعضای بیماران فوت‌شده یا بیمارانی که مرگ مغزی آن‌ها مسلم است»، مصوب ۱۳۷۹/۱/۱۷ مجلس شورای اسلامی، در صورتی که بدون قیود مندرج در نظر شورای نگهبان اجرا شود، فاقد وجهت قانونی است. قانون یادشده، با وجود اظهارنظر شورای نگهبان، توسط مجلس با این استناد که خارج از مواعد قانونی بوده است، بدون

اصلاحات جهت اجرا ابلاغ شده و در متن قانون فعلی، ملاحظات شورای نگهبان تأمین نشده است.<sup>۳۰</sup> بنابراین با تمسک به تفسیر بر پایه مبانی نظام حقوقی در مورد صلاحیت نظارتی بدوی و غیرتوقیتی شورای نگهبان، در صورت احراز دو مصداق ذکر شده در نظر شورای نگهبان، یعنی «تحقق مثله یا اهانت و هتک در صورت قطع عضو» و نیز «تأثیر برداشتن عضو در مرگ شخص»، مجریان قانون، در مقام تفسیر اجرایی حق تقیید یا تخصیص قانون را خواهند داشت و تمسک به اطلاق قانون در مواردی که مخالف با نظر شورای نگهبان باشد، فاقد قبول نیست.

### ۳-۲. گستره اختیارات ولی فقیه در قانون اساسی؛ فراتر از موارد منصوص

یکی دیگر از مبانی ناظر بر سیرت نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران به مثابه یک حکومت اسلامی، با مذاقه در منابع سه گانه یادشده، ولایت ولی منصوب الهی<sup>۳۱</sup> است. قرآن کریم علاوه بر صلاحیت تبیین و تفسیر وحی<sup>۳۲</sup>، اجرای شریعت و تصدی امر حکومت را نیز از جمله وظایف پیامبر اکرم (ص) دانسته است.<sup>۳۳</sup> از آنجا که اجرای شریعت مستلزم اعمال ولایت بر جان و مال مردم است، ائمه هدی (ع)، این مسئولیت خطیر را در عصر غیبت به فقها، به مثابه نواب عام خود عطا کرده‌اند و لذا به استناد اصل عدم ولایت، در عصر غیبت، کسی غیر از فقها صلاحیت اعمال ولایت را نخواهد داشت (بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق، ج ۳: ۲۱۴). با این وصف چنانچه حکومتی، در عرصه تقنین ضوابط شریعت را رعایت کند، مادام که مجرای اعمال ولایت در آن، ولی منصوب الهی نباشد<sup>۳۴</sup>، فاقد دلیل کافی برای اعتبار و مشروعیت است. از این رو «ولایت فقیه» و نه آنچه گاهی تحت عنوان «ولایت فقه» گفته شده است (بهداروند، ۱۳۸۲)، در عصر غیبت به عنوان مبانی برای نظام حقوقی اسلامی دارای موضوعیت است.

در منظومه فکری امام خمینی (ره)، به عنوان بنیانگذار نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، جزئیات بیشتری در خصوص گستره اختیارات فقیه در عصر غیبت مشاهده می‌شود. ایشان علاوه بر نکاتی که در کتاب *البیع* در خصوص گستره اختیارات فقیه بیان کرده‌اند (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۲: ۶۲۶)، پس از تصویب قانون اساسی نیز معتقد بودند که آنچه در قانون اساسی ذکر شده است، بعضی از شئون ولایت فقیه است، نه همه شئون وی (خمینی، ۱۳۷۸، ج ۱۱: ۴۶۴) و در اواخر عمر شریفشان نیز به صراحت شئون متعدد و مختلف ولی فقیه را برشمردند و برای مثال بیان کردند که «حاکم می‌تواند مساجد را در موقع لزوم تعطیل کند و مسجدی که ضرر باشد، در صورتی که رفع بدون تخریب نشود، خراب کند» و در نهایت نیز تصریح کردند

که «آنچه گفته شده است تاکنون و یا گفته می‌شود، ناشی از عدم شناخت ولایت مطلقه الهی است» (خمینی، ۱۳۷۸، ج ۲۰: ۴۵۱-۴۵۳).

از سوی دیگر در اصل ۵، «ولایت امر و امامت امت» در عصر غیبت به عهده فقیه عادل، باتقوا، آگاه به زمان، شجاع، مدیر و مدبر نهاده شده است که به موجب اصل ۵۷ «ولایت مطلقه» دارد و قوای سه‌گانه نیز زیر نظر وی فعالیت می‌کنند و در اصل ۱۰۷ نیز تصریح شده است که رهبر منتخب خبرگان، ولایت امر و تمامی مسئولیت‌های ناشی از آن را بر عهده دارد؛ اما در اصل ۱۱۰ قانون اساسی پس از ذکر همه این اصول، وظایف و اختیارات رهبر طی یازده بند احصا شده و در اصول دیگری از قانون اساسی مانند ۱۱۲، ۱۳۲، ۱۵۷، ۱۷۵، ۱۷۶ و ۱۷۷ نیز، اختیاراتی برای وی برشمرده شده است. در مشروح مذاکرات شورای بازنگری در قانون اساسی نیز وقتی که این پیشنهاد مطرح می‌شود که ذیل اصل ۱۱۰ قانون اساسی نوشته شود: «و سایر وظایفی که در قانون اساسی و کتب فقهی اسلامی بر عهده ولی‌امر مسلمین گذارده شده» و حتی بیان کردند که قید «تفصیل آن را قانون معین می‌کند» نیز می‌تواند اضافه شود، برخی اعضا در مخالفت با این پیشنهاد بیان کردند: «این جمله را اضافه کردن، یا لغو است یا همه این کارهای دیگر را لغو می‌کند. احاله به یک مجهول است. آن مقداری که می‌فرمایند «و سایر وظایفی که در قانون اساسی هست» خوب آن در قانون اساسی اگر «سایر وظایف و اختیارات» آمده، هست دیگر. این مفهومش که نسخ آن را نمی‌کند! بگوییم چون در اینجا از مفهوم حصر استفاده شده، پس بنابراین تعارض با هم دارد و می‌خواهیم رفع تعارض کنیم. در اینجا شما هفت تا وظایف و اختیارات نوشته‌اید، در یک جای دیگر هم یک وظیفه و اختیارات هم نوشته‌اید خوب این می‌شود هشت تا، می‌شود نه تا! این برای آن نیست. پس آن جمله‌اش اضافه است و اما آنکه بنویسیم «سایر چیزهایی که در کتب فقهی آمده» معنای این، این است که اولاً در کدام کتاب فقه؟ هر کتاب فقه؟ هر کس هر چه نوشته باشد؟» (صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی، ۱۳۸۰، ج ۳: ۱۳۷۳-۱۳۷۵). این امر سبب شده است که حصری یا تمثیلی بودن و به صورت کلان‌تر گستره اختیارات ولی‌فقیه در قانون اساسی مبهم و بالتبع نیازمند تفسیر باشد.

سؤال تفسیری در خصوص حدود اختیارات رهبر در قانون اساسی این است که آیا وظایف و اختیارات رهبر، منحصر در موارد مذکور در اصل ۱۱۰ و تفصیلی که در سایر اصول

به صراحت بیان شده، است یا آنکه اختیارات مذکور تمثیلی است و رهبر اختیارات دیگری نیز دارد؟ از آنجا که حدود اختیارات ولی فقیه در آرای فقها مورد اختلاف است و قانون اساسی نیز چنانکه گفته شد، در زمینه حدود وظایف و اختیارات ولی فقیه به عنوان حاکم جامعه اسلامی تاب تفاسیر متعدد دارد، این سؤال مطرح است که تفسیر صحیح از حدود اختیارات ولی فقیه در قانون اساسی کدام است؟ آیا آنچه از وظایف و اختیارات رهبری در قانون اساسی گفته شده است حصری است یا تمثیلی؟ اگر تمثیلی است، برای فهم سایر اختیارات رهبر باید به چه منبعی مراجعه کرد.

چنانچه به ادبیات اصل ۱۱۰ قانون اساسی نگاه کنیم و رویکرد تفسیری لفظ‌گرا را مبنا قرار دهیم، نتیجه، تفسیر علمی (دکترین) نویسندگانی است که معتقدند احصای اختیارات، مفید حصر بوده و از این رو وظایف و اختیارات رهبری منحصر به مواردی است که در قانون اساسی آمده است و خارج از این موارد اختیاری برای رهبری وجود ندارد. براساس این دیدگاه رهبر به موجب اصل ۱۱۰ قانون اساسی اختیارات گسترده‌ای دارد و از آنجا که طبق ذیل اصل ۱۰۷ قانون اساسی، رهبر در برابر قوانین با سایر افراد کشور برابر است، بنابراین تصمیمات و اقدامات او مانند سایر افراد در محدوده و چارچوب قوانین خواهد بود و اقدام فوق‌العاده‌ای هم که به موجب بند ۸ اصل ۱۱۰ به رهبر داده شده است، طبعاً با رعایت شرایط مندرج در همان بند باید اعمال شود؛ به این معنا که اولاً موضوع از مصادیق معضل باشد و معضل بودن آن برای دیگران نیز قابل فهم باشد؛ هرچند مرجع تشخیص آن قاعداً خود رهبری است؛ ثانیاً تصمیم‌گیری در مورد آن موضوع از طرق عادی نظیر توسل به هیأت دولت، مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان ممکن نباشد و ثالثاً از طریق مجمع تشخیص مصلحت نظام صورت پذیرد (مهرپور، ۱۳۸۹: ۱۳۷). براساس این دیدگاه کسی که با ضوابط مقرر در اصول قانون اساسی، عنوان رسمی رهبری را به دست می‌آورد، مسئولیت‌ها، وظایف و اختیارات وی نیز در محدوده مقرر در قانون اساسی قابل اعمال است و اگر رهبری بخواهد خارج از محدوده مقرر در قانون اساسی تصمیماتی را اتخاذ کند، حداکثر این نوع تصمیمات در حد سایر مجتهدانی که دارای این منصب نیستند، است و به‌طور فردی می‌تواند برای مقلدان وی اعتبار داشته باشد (مهرپور، ۱۳۸۹: ۱۳۷).

مبنا قرار دادن رویکرد قصدگرا نیز در مسئله‌ای مانند امکان یا عدم امکان انحلال مجلس شورای اسلامی توسط رهبر که در شورای بازنگری در قانون اساسی مطرح<sup>۳۵</sup> (صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی، ۱۳۸۰، ج ۲: ۶۴۲) ولی پیرو مخالفت‌هایی (به عنوان مثال ر.ک: صورت مشروح مذاکرات شورا...، ۱۳۸۰، ج ۲: ۶۵۴)<sup>۳۶</sup> در نهایت از عداد وظایف و اختیارات رهبر در اصل ۱۱۰ قانون اساسی حذف شد (صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی، ۱۳۸۰، ج ۳: ۱۳۴۵)<sup>۳۷</sup>، مفسر را به این نتیجه خواهد رساند که از آنجا که مقنن اساسی با علم و اطلاع از چنین موضوعی آن را از عداد اختیارات رهبری حذف کرده و در هیچ جایی از اصول قانون اساسی به آن تصریح نکرده است، پس مراد وی نفی چنین صلاحیتی از رهبری بوده است و از این رو رهبری صلاحیت انحلال مجلس شورای اسلامی را نخواهد داشت.

با لحاظ مقوله «ولایت ولیّ منصوب الهی» به مثابه مبناى نظام حقوقی جمهوری اسلامی از یک سو و نیز با عطف توجه به اینکه مردم بر مبناى تقریر امام خمینی (ره) به قانون اساسی رأی دادند و بعدها که ایشان در نامه مورخ ۱۳۶۶/۱۰/۱۶ خود، خطاب به امام جمعه موقت تهران حدود اختیارات حاکم جامعه اسلامی را تبیین کردند (خمینی، ۱۳۷۸، ج ۲۰: ۴۵۱-۴۵۳)، آحاد جامعه آگاهی تفصیلی تری در خصوص گستره اختیارات ولی فقیه در قانون اساسی پیدا کردند و پس از آن در تاریخ ۱۳۶۸/۵/۶ در همه پرسی بازنگری در قانون اساسی با بیش از ۹۷ درصد آرای مثبت، قانون اساسی فعلی را تأیید کردند، به نظر می‌رسد تفسیر صحیح در خصوص حدود اختیارات ولی فقیه برخلاف دیدگاه حصرمحور، تمثیلی بودن این اختیارات است. منبع قابل اتکا برای فهم سایر اختیارات رهبر نیز، تبیین‌های صورت گرفته از سوی امام خمینی (ره) و شاگردان ایشان است. در تبیین این نظر تفسیری می‌توان گفت «علت [مبناى تشریح مقام] ولایت ... عبارت از این است که او مأمور است جامعه را به نحو احسن تدبیر و اداره کند... اداره جامعه به نحو احسن موقوف است به اینکه او [= ولی امر] بر نفوس و اموال جامعه ولایت داشته باشد... ولایت مطلقه در اینجا معنایش این است که امام یا ولی امر نایب امام در زمینه اداره کامله جامعه به چه نحو و چه مقدار تسلط و ولایت بر نفوس و اموال دارد او را ولایت مطلقه می‌گویند» (صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی، ۱۳۸۰، ج ۳: ۱۶۳۰). براساس این نظر، هر جایی که مصلحت عمومی اقتضا کند، ولی امر



می‌تواند تصمیم لازم را اتخاذ کند. بدیهی است که این تفسیر نافی حق خبرگان رهبری، در عمل به تکلیف مندرج در اصل ۱۱۱ قانون اساسی<sup>۳۸</sup> نخواهد بود.

### نتیجه گیری

مثال‌هایی که از نحوه اثرگذاری مبانی نظام حقوقی بر تفسیر اصول قانون اساسی بیان شد، نمونه‌ای از مثال‌های متعددی است که می‌توان در این زمینه ذکر کرد و به سبب ضیق مجال از ذکر آن‌ها صرف نظر شده است. توجه و اصالت دادن به مبانی نظام حقوقی که در تاریخ نهادی و اعتقادات مردمان یک سرزمین، اندیشه بنیانگذار(ان) نظام حقوقی و در متن قانون اساسی بروز و ظهور یافته است، از بایسته‌های دستیابی به تفسیر مشروع و قابل قبول در خصوص قانون اساسی است. لفظ‌گرایی، قصدگرایی و سایر رویکردهای رایج و مرسوم در تفسیر قانون اساسی مادام که در بند الفاظ قانون یا مراد مقنن یا مسائلی از این دست بمانند و از کلیت نظام حقوقی و دو جزء مهم آن یعنی مبانی و اهداف غفلت کنند، نسبت به ارائه تفسیر صحیح از قانون اساسی عاجزند. ضرورت تمسک به مبانی نظام حقوقی در فرایند تفسیر اصول قانون اساسی، از آن حیث است که مبانی نظام حقوقی دلایل مشروعیت و اعتبار مجموعه قواعدی است که به صورت هماهنگ و نظام‌مند در پی تحقق اهداف خاصی است و به‌عنوان یک «نظام» شناخته می‌شود. از این رو تفسیر که خود کشف قاعده‌ای حقوقی در این نظام حقوقی است، باید هماهنگ با سایر اجزای نظام حقوقی باشد.

نمونه‌های مذکور در بخش سوم نشان داد که چگونه توجه به مبانی نظام حقوقی از یک سو و اصالت دادن به آن‌ها از سوی دیگر در فرایند تفسیر می‌تواند مفسر قانون اساسی را به نتیجه‌ای متفاوت با سایر رویکردهای تفسیری برساند. از این رو باید گفت مفسر قانون اساسی نباید خود را فقط در پی فهم افاده الفاظ یا کشف اراده مقنن اساسی بداند؛ بلکه در کنار توجه به موارد یادشده آنچه اصالت دارد، فهم این مبناست که مفسر، خود، بازیگر فعال نظام حقوقی است و تفسیر باید با در نظر گرفتن و بلکه اصالت و تقدم مبانی نظام حقوقی بر مقولاتی همچون معانی الفاظ، مراد مقنن و امثال آن صورت پذیرد؛ هرچند در این زمینه از معانی الفاظ، مراد مقنن، مصالح اجتماعی و مؤلفه‌هایی نظیر آن نیز غفلت نخواهد شد.

## یادداشت‌ها

۱. برای مشاهده ادله مربوط به ضرورت تفسیر قانون به صورت عام ر.ک: صانعی، ۱۳۸۹: ۴۱۸-۴۱۹؛ دانش پژوه، ۱۳۸۹: ۲۳۶-۲۳۷. برای مشاهده ادله ضرورت تفسیر قانون اساسی به صورت خاص ر.ک: کدخدایی و بهادری جهرمی، ۱۳۹۷: ۱۹-۳.

۲. در مورد تمایز میان لفظ‌گرایی و متن‌گرایی ر.ک: خلف‌رضایی، ۱۳۹۳: ۷۵ و ۷۷.

۳. یکی از مثال‌ها در این زمینه تبیین امام خمینی (ره)، شهید مطهری و سایر متفکران انقلاب اسلامی در خصوص واژه «جمهوری اسلامی» در برهه منتهی به برگزاری فراندوم تعیین نوع حکومت در اوایل سال ۱۳۵۸ است. برای مشاهده تبیین‌های صورت‌گرفته در این خصوص ر.ک: شرح مبسوط اصل اول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، از همین قلم.

4. Non-Originalism.

5. Originalism.

6. Norm.

7. Custom.

8. Legal practice.

۹. برای مطالعه این نقدها ر.ک: منصورآبادی و ریاحی، ۱۳۹۱: ۹-۱۵.

10. Legal System.

۱۱. در خصوص قاعده حفظ نظام علاوه بر کتابی که به همین نام توسط دکتر محسن ملک افضلی اردکانی و به همت پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی منتشر شده، مقالات متعددی نیز به رشته تحریر درآمده است. برخی از عناوین مقالات عبارت‌اند از:

- «مفهوم نظام و کاربرد آن در فقه و اصول»، محسن ملک افضلی اردکانی و محمدحسن حائری و محمدتقی فنخلعی و محمدجواد ارسطو، نشریه مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و چهارم، شماره پیاپی ۸۸/۱، بهار ۱۳۹۱، ص ۱۲۵-۱۵۰.

- «کاربرد قاعده حفظ نظام در اندیشه فقهی - سیاسی امام خمینی (ره)»، ناصر جمالزاده و مجتبی باباخانی، دوفصلنامه علمی پژوهشی دانش سیاسی، سال سیزدهم، ش ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۶، ص ۵-۴۰.

- «بررسی قاعده حفظ نظام و ابعاد آن در نظام حقوقی - سیاسی جمهوری اسلامی ایران»، اصغر افتخاری و محمد صادقی، فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۴۲، ش ۴، زمستان ۱۳۹۱، ص ۲۱-۴۰.

۱۲. «فَرَضَ اللَّهُ... الطَّاعَةَ نِظَامًا لِلْمَلَأَةِ».

13. "It is impossible to grasp the nature of law if we limit our attention to the single isolated rule."

14. Fredrick Karl von Savigny (1779-1861).

۱۵. عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: «أَنْتِي تَارِكٌ فِيكُمْ أَمْرَيْنِ إِنْ أَخَذْتُمْ بِهِمَا لَنْ تَضَلُّوا كِتَابَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَ أَهْلَ بَيْتِي عَتْرَتِي أَيُّهَا النَّاسُ اسْمَعُوا وَ قَدْ بَلَّغْتُ إِنْكُمْ سِتْرِدُونَ عَلَيَّ الْحَوْضَ فَاسْأَلْكُمْ عَمَّا فَعَلْتُمْ فِي الثَّقَلَيْنِ وَ الثَّقَلَانِ كِتَابُ اللَّهِ جَلَّ ذِكْرُهُ وَ أَهْلُ بَيْتِي فَلَا تَسْبِقُوهُمْ فَتَهْلِكُوا وَ لَا تَعْلَمُوهُمْ فَإِنَّهُمْ أَعْلَمُ مِنْكُمْ.» (كليني، ۱۴۰۷ق، ج ۱: ۲۹۴).

16. John Adams.

17. Benjamin Franklin.

18. Alexander Hamilton.

19. John Jay.

20. Thomas Jefferson.

21. James Madison.
22. Samuel Adams.
23. George Washington.
24. Republican principles.
25. The Federalist Papers.

مقالات فدرالیست، مجموع مقالاتی است که هشت ماه پس از تعطیلی کنوانسیون قانون اساسی در سال ۱۷۸۷ میلادی در ۸۵ شماره توسط الکساندر همیلتون (Alexander Hamilton)، جیمز مدیسون (James Madison) و جان جی (John Jay) در حمایت از قانون اساسی پیشنهادی و قدرت حکومت مرکزی به چاپ رسیده است. در مقابل این دیدگاه‌ها، ضدفدرالیست‌ها وجود داشتند که طرفدار محدودسازی قدرت حکومت مرکزی بودند (غمامی و منصوریان، ۱۳۹۵: ۴۲).

۲۶. تفسیر به اعتبار مراجع تفسیری به چهار نوع تفسیر رسمی (قانونی)، تفسیر قضایی، تفسیر اجرایی و تفسیر علمی (دکترین) قابل تقسیم است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۱۷۱).

۲۷. با عطف توجه به مشروح مذاکرات شورای نگهبان در فرایند بررسی مصوبات مجلس به صورت مکرر این مطلب قابل مشاهده است که نظر شورای نگهبان در خصوص اینکه آیا فلان ماده مغایر قانون اساسی است یا نه، فرع بر تفسیری بوده است که اعضا نسبت به اصول مرتبط با آن ماده، از قانون اساسی داشته‌اند و بخش قابل اعتنایی از مشروح مذاکرات جلسه، به تفسیر اصل یا اصول مرتبط اختصاص یافته است. بنابراین می‌توان گفت رویه‌های شورای نگهبان در مواجهه با موضوعات مختلف، در حقیقت متضمن تفسیر قانون اساسی است و از این رو در این نوشتار از چنین مواردی، تحت عنوان تفاسیر ضمنی قانون اساسی یاد شده است.

۲۸. برای مطالعه مصادیق عملی موارد یادشده رک: فتحی و کوهی اصفهانی، ۱۳۹۷.

۲۹. بخشی از مشروح مذاکرات جلسه سی‌وششم مجلس بررسی نهایی قانون اساسی: «نایب‌رئیس... اگر شورای نگهبان در طی ده روز نوشت که این قانون مخالف با اسلام و قانون اساسی نیست؛ ولی بعد از بیست روز فهمید اشتباه کرده، ما برای آن هم باید فکری بکنیم. بنابراین این‌طور می‌گوییم که همیشه امکان اظهارنظر مجدد باشد. اگر در نظر مجدد نفی کرد، نفی او حاکم باشد... بنابراین اگر آقایان موافق باشند، یک اصلی را اضافه می‌کنم که در هر زمان شورای نگهبان تشخیص داد که...»

بنی‌صدر- زندگی مردم را نمی‌شود متزلزل کرد. شما یک قانون وضع می‌کنید و یک حقوق و تکالیفی ایجاد می‌کنید. یک سال بعد شورای نگهبان می‌گوید رأی یک سال پیش بنده اشتباه بوده و زندگی مردم هر روز متزلزل می‌شود.

نایب‌رئیس- آقای دکتر بنی‌صدر، در کشورهای دارای پارلمان، دادگاه قانون اساسی؛ یعنی محکمه عالی قانون اساسی در مواردی که شکایت کنند که یک قانونی برخلاف قانون اساسی است، رسیدگی و اظهارنظر می‌کند.

بنی‌صدر- می‌دانم. باید فکر آن ضرر و زیانش را هم بکند.

نایب‌رئیس- این رویه‌ها موجود است.

بنی‌صدر- بالأخره فکر این چیزها را هم می‌کنند. این‌طور نیست که یک نفر رفته یک کارخانه‌ای درست کرده، شما بگویید خلاف شرع است.

نایب‌رئیس- این درست است، پس بفرمایید بنویسیم اگر چنین شد ضررها را جبران کند این اشکالی ندارد. می‌خواستم عرض کنم که اگر ما چنین اصلی داشته باشیم می‌تواند نقطه‌های ابهام را برطرف کند. (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۴، ج ۲: ۹۵۸-۹۵۹).

۳۰. «طرح پیوند اعضای بیماران فوت‌شده یا بیمارانی که مرگ مغزی آنان مسلم است» در تاریخ ۱۳۷۹/۱/۱۷ به

تصویب مجلس شورای اسلامی رسید. شورای نگهبان به موجب نامه شماره ۷۹/۲۱/۲۹۲ مورخ ۷۹/۲/۸ اعلام کرد که اشکالات شرعی این مصوبه را متعاقباً اعلام خواهد کرد؛ اما رئیس وقت مجلس شورای اسلامی در تاریخ ۷۹/۳/۲۴ مصوبه مجلس را جهت ابلاغ به رئیس‌جمهور اعلام کرد. شورای نگهبان به موجب بند ۲ نظر شماره ۷۹/۲۱/۷۶۶ مورخ ۷۹/۶/۶ خطاب به رئیس مجلس اعلام کرد که «به استناد اصل چهارم قانون اساسی، فقهای شورای نگهبان می‌توانند در مورد قوانین و مقررات، هر زمان آن‌ها را خلاف شرع بیابند، اعلام نظر کنند و این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی حاکم است.» و متعاقب آن به موجب نظر شماره ۷۹/۲۱/۱۲۷۲ مورخ ۱۳۷۹/۹/۷ اعلام کرد: «با توجه به فتوای مقام معظم رهبری:

الف- در مورد بیماران فوت‌شده هر گاه قطع عضو، مثله یا اهانت و هتک تلقی شود، خلاف شرع است.

ب- در مورد مرگ مغزی، در صورتی که برداشتن عضو در مردن او مؤثر باشد، خلاف شرع می‌باشد.»

۳۱. در خصوص اینکه مبنای نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، ولایت منصوب است یا ولایت منتخب؛ دیدگاه‌های مختلفی وجود دارد. نوشتار حاضر با پذیرش استدلال معتقدان به ولایت نصبی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران (ارسطا، ۱۳۸۹: ۱۱۶-۱۴۵) و مفروض قلمداد کردن آن پایه‌ریزی شده و به سبب ضیق مجال وارد مناقشات مربوط به این موضوع نشده است.

۳۲. آیات ۴۴ و ۶۴ سوره مبارکه نحل به این معنا اختصاص یافته است:

«بِالْبَيِّنَاتِ وَالزُّبُرِ وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لَتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ. [همه پیامبران را] با دلایل روشن و کتاب‌های آسمانی [فرستادیم]، و قرآن را [هم] به سوی تو نازل کردیم به خاطر اینکه برای مردم آنچه را که برای [هدایتشان] به سویشان نازل شده بیان کنی و برای اینکه [در پیامبری تو و آنچه را به حق نازل شده] ببیندیشند.» (نحل: ۴۴)

«وَمَا أَنْزَلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ إِلَّا لِتُبَيِّنَ لَهُمُ الَّذِي اخْتَلَفُوا فِيهِ وَهُدًى وَرَحْمَةً لِقَوْمٍ يُؤْمِنُونَ. ما این کتاب را بر تو نازل نکردیم مگر برای اینکه حقایق را که در آن اختلاف کرده‌اند، برای آنان توضیح دهی [تا از آراء، نظریات و سلیقه‌های باطلشان نسبت به حقایق دست بردارند] و برای مردمی که ایمان دارند [مایه] هدایت و رحمت باشد.» (نحل: ۶۴)

با استناد به آیاتی از این دست، برخی متفکران اسلامی از ضرورت وجود وحی بیانی در کنار وحی قرآنی سخن گفته و معتقدند آنچه در قرآن کریم آمده است، وحی تنزیلی و آنچه در روایات و سنت قطعی معصومین (ع) آمده است، وحی تبیینی است (عابدی، ۱۳۸۷).

۳۳. از جمله آیاتی که با استناد به آن‌ها می‌توان شأن اجرایی شریعت را برای پیامبر اثبات کرد، آیات جهاد (برای مثال نساء: ۸۴؛ انفال: ۶۵)، قضاوت (برای مثال نساء: ۶۵ و ۱۰۵؛ مائده: ۴۲ و ۴۸) و اخذ زکات (توبه: ۱۰۳) است.

۳۴. مَجَارِي الْأُمُورِ وَالْأَحْكَامِ عَلَى أَيْدِي الْعُلَمَاءِ بِاللَّهِ الْأَمْنَاءِ عَلَى حَلَالِهِ وَحَرَامِهِ. (حرانی، ۱۴۰۴: ۲۳۸).

۳۵. پیشنهاد کمیسیون رهبری شورای بازنگری قانون اساسی به این شرح بود: «منحل نمودن مجلس شورای اسلامی پس از موافقت اکثریت مجمع تشخیص مصلحت؛ در صورتی که این مجمع رجوع به همه‌پرسی را لازم بداند، رهبر پس از انجام همه‌پرسی مجلس را منحل می‌کند. در فرمان انحلال تاریخ انجام انتخابات جدید که حداکثر چهل روز پس از انحلال صورت خواهد گرفت ذکر می‌شود.»

۳۶. علاوه بر مخالفت‌هایی که در صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری در قانون اساسی ذکر شده است، ۱۷۷ نفر از نمایندگان مجلس در نامه‌ای علنی و نیز ۱۳ نفر از اعضای شورای بازنگری در نامه‌ای دیگر به رئیس شورای بازنگری قانون اساسی، خواستار حذف این پیشنهاد از دستور کار شورا شده بودند.

۳۷. متن نامه مقام معظم رهبری به رئیس شورای بازنگری در قانون اساسی به این شرح است: «بسم الله الرحمن

الرحیم

حضرت آیت الله مشکینی

ریاست محترم شورای بازنگری قانون اساسی

با سلام و تحیت؛ از آنجا که طرح مسئله حق انحلال مجلس برای مقام رهبری، از سوی جمع کثیری از نمایندگان محترم مجلس شورای اسلامی و غیر آنان، مورد حساسیت و اعتراض قرار گرفته است، شایسته است که موضوع یادشده از دستور کار شورای بازنگری حذف شود تا موجبی برای اختلاف نظر میان برادران در این جو صفا و صمیمیت به وجود نیاید.

والسلام علیکم و علی جمیع الاخوة و رحمة الله

سید علی خامنه‌ای

۱۳۶۸/۴/۱۰»

۳۸. اصل ۱۱۱ قانون اساسی: «هر گاه رهبر از انجام وظایف قانونی خود ناتوان شود یا فاقد یکی از شرایط مذکور در اصول پنجم و یکصدونهم گردد، یا معلوم شود از آغاز فاقد بعضی از شرایط بوده است، از مقام خود برکنار خواهد شد.

تشخیص این امر به عهده خبرگان مذکور در اصل یکصدوهشتم می‌باشد...»

## منابع

## الف) فارسی و عربی

قرآن کریم، ترجمه حجت‌الاسلام حسین انصاریان.

۱. ابن بابویه، محمد بن علی (۱۴۱۳ق)، من لا یحضره الفقیه، تصحیح علی اکبر غفاری، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ دوم.
۲. ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۰ق)، لسان العرب، بیروت: دار صادر.
۳. ارسطو، محمدجواد (۱۳۸۹)، نگاهی به مبانی تحلیلی نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، قم: بوستان کتاب، چ دوم.
۴. ارسطو، محمدجواد؛ بهادری جهرمی، علی (۱۳۹۳)، «حکومت اسلامی، معیار تشخیص و شاخصه‌های عملی»، دانش حقوق عمومی، ش ۷، ص ۲۷-۴۶.
۵. افتخاری، اصغر؛ صادقی، محمد (۱۳۹۱)، «بررسی قاعده حفظ نظام و ابعاد آن در نظام حقوقی - سیاسی جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۴۲، ش ۴، زمستان، ص ۲۱-۴۰.
۶. بهادری جهرمی، محمد (۱۳۹۴)، بایسته‌های تفسیر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بر مبنای مفهوم و کارکرد تفسیر در نظام حقوق اساسی، رساله دوره دکتری حقوق عمومی، دانشگاه تهران (پردیس فارابی).
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷)، روش جدید در مقدمه علم حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۸. ----- (۱۳۶۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، چ چهارم.
۹. ----- (۱۳۸۶)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش، چ چهارم.
۱۰. جمالزاده، ناصر؛ باباخانی، مجتبی (۱۳۹۶)، «کاربرد قاعده حفظ نظام در اندیشه فقهی - سیاسی امام خمینی (ره)»، دانش سیاسی، ش ۲۵، ص ۵-۴۰.
۱۱. جوان، موسی (۱۳۲۶)، مبانی حقوق، بی‌جا.

۱۲. حاجی ده‌آبادی، احمد (۱۳۸۷)، *جبران خسارت بزه‌دیده (به هزینه دولت و نهادهای عمومی)*، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۱۳. حرانی، ابن شعبه (۱۴۰۴ق)، *تحف العقول*، قم: جامعه مدرسین، چ دوم.
۱۴. حکمت‌نیا، محمود (۱۳۸۷)، *مبانی مالکیت فکری*، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چ دوم.
۱۵. حکمت‌نیا، محمود؛ معلی، مهدی؛ کاظمینی، سیدمحمدحسین (۱۳۹۴)، «درآمدی بر نظریه حقوقی اسلام»، *مجموعه مقالات کنگره بین‌المللی علوم انسانی اسلامی*، دوره اول، ش ۵، ص ۴۴۹-۴۹۶.
۱۶. خلف‌رضایی، حسین (۱۳۹۳)، «رویکردهای تفسیر قانون اساسی؛ با نگاهی به نظریات شورای نگهبان»، *دانش حقوق عمومی*، ش ۷، ص ۷۳-۹۳.
۱۷. خلف‌رضایی، حسین؛ منصوریان، مصطفی (۱۳۹۳)، *مکاتب و رویکردهای تفسیر قانون اساسی*، گزارش پژوهشی شماره ۱۳۹۳۰۰۲۴ پژوهشکده شورای نگهبان، تاریخ انتشار ۱۳۹۳/۳/۲۷.
۱۸. خمینی موسوی، روح‌الله (۱۳۷۸)، *صحیفه امام*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۱۹. دال، رابرت (۱۳۶۴)، *تجزیه و تحلیل جدید سیاست*، ترجمه حسین ظفریان، تهران: مترجم.
۲۰. دانش‌پژوه، مصطفی (۱۳۸۹)، *مقدمه علم حقوق*، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چ دوم.
۲۱. رشاد، علی‌اکبر (۱۳۷۹)، «منطق فهم دین»، *قبسات*، ش ۱۸، ص ۳۶-۴۱.
۲۲. ساکت، محمدحسین (۱۳۷۰)، *نگرشی تاریخی به فلسفه حقوق*، تهران: جهان معاصر.
۲۳. صانعی، پرویز (۱۳۸۹)، *حقوق و اجتماع*، تهران: طرح نو، چ دوم.
۲۴. *صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران* (۱۳۸۰)، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی.
۲۵. *صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران* (۱۳۶۴)، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی.

۲۶. طریحی، فخرالدین (۱۳۷۵)، *مجمع البحرین*، تهران: مکتبه المرتضویه.
۲۷. عابدی، احمد (۱۳۸۷)، «وحی قرآنی و وحی بیانی»، *فصلنامه اندیشه نوین دینی*، سال چهارم، ش ۱۳، ص ۴۹-۶۲.
۲۸. عالم، عبدالرحمن (۱۳۹۳)، *بنیادهای علم سیاست*، تهران: نی، چ بیست و ششم.
۲۹. عمید، حسن (۱۳۳۷)، *فرهنگ عمید*، تهران: ابن سینا.
۳۰. غمامی، سید محمد مهدی؛ منصوریان، مصطفی (۱۳۹۴)، «تضمین محدودیت های اصلاح قانون اساسی با تأمل بر آموزه محدودیت های ضمنی»، *دانش حقوق عمومی*، ش ۱۱، ص ۱۱۱-۱۲۸.
۳۱. ----- (۱۳۹۵)، *دادرسی اساسی تطبیقی*، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
۳۲. فتحی، محمد؛ کوهی اصفهانی، کاظم (۱۳۹۷)، *نظرات شرعی فقهای شورای نگهبان بر اساس اصل ۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران* (۱۳۹۷-۱۳۵۹)، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
۳۳. فلسفی، هدایت الله (۱۳۹۴)، *تحلیل علمی نظام حقوقی، جدال نورماتیویست های محض و نورماتیویست های معتدل و داوری پسانورماتیویست ها*، تقریظ چاپ شده بر مقدمه کتاب مفهوم نظام حقوقی؛ درآمدی بر نظریه نظام حقوقی اثر ژوزف رز، ترجمه علی اکبر سیاپوش، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی.
۳۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، *فلسفه حقوق*، تهران: انتشار.
۳۵. ----- (۱۳۸۵)، *مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران*، تهران: انتشار، چ چهل و نهم.
۳۶. کدخدایی، عباسعلی؛ بهادری جهرمی، محمد (۱۳۹۷)، «ضرورت تفسیر قانون اساسی در پرتو ویژگی های این قانون»، *مطالعات حقوق عمومی*، دوره ۴۸، ش ۱، ص ۲۱-۱.



۳۷. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق)، کافی، تصحیح علی‌اکبر غفاری و محمد آخوندی، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چ چهارم.
۳۸. مزارعی، غلامحسین (۱۳۹۰)، تحلیل آراء تفسیری شورای نگهبان در پرتو اصول و مکاتب تفسیری، رساله دوره دکتری حقوق عمومی، استاد راهنما: دکتر سید محمد هاشمی، دانشگاه شهید بهشتی.
۳۹. معلوف، لوئیس (۱۳۸۰)، فرهنگ بزرگ جامع نوین (ترجمه المنجد)، ترجمه احمد سیاح، تهران: اسلام، چ سوم.
۴۰. ملک‌افضلی اردکانی، محسن (۱۳۹۷)، قاعده حفظ نظام، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۴۱. ملک‌افضلی اردکانی، محسن؛ حائری، محمدحسین؛ فخلعی، محمدتقی؛ ارسطی، محمدجواد (۱۳۹۱)، «مفهوم نظام و کاربرد آن در فقه و اصول»، نشریه مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و چهارم، شماره پیاپی ۸۸/۱، ص ۱۲۵-۱۵۰.
۴۲. منصورآبادی، عباس؛ ریاحی، جواد (۱۳۹۱)، «مفهوم‌شناسی «مبنا» در پژوهش‌های حقوقی»، پژوهش‌های حقوقی، ش ۲۲، ص ۹-۲۴.
۴۳. موسی‌زاده، ابراهیم (۱۳۹۴)، «نظام‌واره حقوق عمومی در فقه سیاسی جمهوری اسلامی ایران»، حکومت اسلامی، سال بیستم، ش ۳، صص ۴۹-۷۰.

### (ب) انگلیسی

44. Brest, Paul (1980), The Misconceived Quest for the Original Understanding, **60 B.U. L. Rev.** 204, pp 135-147
45. Easton, David (1965), **A System analysis of political life**, New York: Wiley.
46. Garner, A. Bryan (2009), **Black's Law Dictionary**, U.S.A: Thomson Reuters, ninth edition.
47. Kay, Richard S. (1988), Adherence to the Original Intentions in Constitutional Adjudication: Three Objectives and Responses, **Northwestern University Law Review**, vol 82, p. 226- 247.
48. Kelsen, Hans (1949), **General Theory of Law and State**, Harvard University Press.

### References:

1. Qur'an, Translated by: Hosein Ansarian

2. Ibn Babawayh, Muhamad Ibn Ali (991), *Man La Yahduruhu al-Faqih*, Islamic Publication Office.
3. Ibn Manzur, Muhamad Ibn Mokarram (988), *Lisan al-Arab*, Dar al-Sadr.
4. Arasta, Mohamad-Javad (2011), **A study over the analytical foundations of the legal system of the Islamic Republic of Iran**, Bustane Ketab Publication.
5. Arasta, Mohamad-Javad (2014), Islamic government, criteria for recognition and practical characteristics, **Public Law Knowledge**, vol 7, PP.27-46.
6. Eftekhari, Asghar; Sadeghi, Mohamad (2012), Study of the rule of maintaining the system and its dimensions in the legal-political system of the Islamic Republic of Iran, **Law Journal of Imam Sadiq University**, vol 4, PP.21-40.
7. Bahadori Jahromi, Mohamad (2015), Requirements for interpreting the Constitution of the Islamic Republic of Iran based on the concept and function of interpretation in the constitutional system, Ph.D. Thesis, Tehran University.
8. Jafari Langrudi, Mohamadjafar (2009), **New Method in introducing Law**, Ganje Danesh Publication.
9. Jafari Langrudi, Mohamadjafar (2008), **Mabsout in Law Terminology**, Ganje Danesh Publication
10. Jamalzadeh, Naser; Babakhani, Mojtaba (2018), Application of the rule of maintaining order in Imam Khomeini's jurisprudential-political thought **Political Knowledge**, vol 25, PP.5-40.
11. Javan, Musa (1948), **Principles of Law**, Rangin Publication.
12. Hajidehabadi, Ahmad (2009), **Compensation to the victim (at the expense of the government and public institutions)**, Research Institute for Islamic Culture & Thought Publication.
13. Haranim Ibn Sho'be, (1983), *Tuhaf al-Oghul*, Jamehe Modaresin Publication.
14. Hekmatnia, Mahmud (2009), **Principles of Intellectual Property**, Research Institute for Islamic Culture & Thought Publication.
15. Hekmatnia, Mahmud; Moalla, Mahdi; Kazemeyni, S.M.Hosein (2016), An Introduction to the Legal Theory of Islam, **International Congress of Islamic Humanities**, vol 5, PP.449-496.

16. Khalafrezaei, Hosein (2015), Approaches to interpreting the constitution; Focusing on the views of the Guardian Council, **Public Law Knowledge**, vol 7, PP.73-93.
17. Khalafrezaei, Hosein; Mansourian, Mostafa (2015), **Schools & approaches of interpreting the constitution**, Guardian Council Research Center.
18. Mousavi, Ruhollah (1999), **Imam's Sahifa**, Imam Khomeini's Publishing Institute.
19. Dahl, Robert; Bruce Stinebrickner (2002), **Modern Political Analysis**, Pearson.
20. Daneshpajhouh, Mostafa (2013), **An introduction to Law**, Seminary & University Research Institute.
21. Rashad, Aliakbar (2003), The logic of understanding religion, **Qabsat**, vol 18, pp.36-41.
22. Saket, Mohammad Hossein (1991), **A Historical Approach to the Philosophy of Law**, Jahane Mo'aser Publication.
23. Sanei, Parviz (2010), **Law & Society**, Tarheno Publication.
24. **Detailed minutes of the negotiations of the Constitutional Review Council of the Islamic Republic of Iran** (2001), General Department of Cultural Affairs and Public Relations of the Islamic Consultative Assembly.
25. **Detailed minutes of the deliberations of the Assembly Final Review of the Constitution of the Islamic Republic of Iran** (1985), General Department of Cultural Affairs and Public Relations of the Islamic Consultative Assembly.
26. Torayhi, Fakhreddin (1997), **Majma al-Bahrain**, Maktabah al-Mortazaviah.
27. Abedi, Ahmad (2008), Quranic Revelation and Expressive Revelation, **Quarterly Journal of Modern Religious Thought**, Vol 13, pp. 49-62.
28. Alam, Abdolrahman (2015), **Foundations of Political Science**, Ney Publication.
29. Amid, Hasan (1337), **Amid Dictionary**, Ibn Sina Publication.
30. Ghamami, Seyed Mohammad Mehdi; Mansoorian, Mostafa (2015), Guaranteeing the limitations of constitutional reform by considering the doctrine of implicit limitations, **Public Law Knowledge**, Vol 11, pp. 111-128.

- 
31. Mostafazadeh, Fahim (2015), **Comparative Constitutional Procedure**, Guardian Council Research Institute.
32. Fathi, Mohammad; Koochi Esfahani, Kazem (2019), **Shari'a Opinions of the Jurists of the Guardian Council Based on Article 4 of the Constitution of the Islamic Republic of Iran (2002-2021)**, Guardian Council Research Center.
33. Falsafi, Hedayatullah (2015), **Scientific Analysis of the Legal System (The Controversy of Strict Normatists & Moderate Normatists, With an Arbitration of Post-Normatists)**, Research Institute for Islamic Culture & Thought Publication.
34. Katouzian, Naser (1998), **Philosophy of Law**, Enteshar Publication.
35. Katouzian, Naser (2007), **Introduction to Jurisprudence and a Study in the Iranian Legal System**, Enteshar Publication.
36. Kadkhodai, Abasali; Bahadori Jahromi, Mohammad (2015), The Necessity of Interpreting the Constitution in the Light of the Characteristics of this Law, **Public Law Studies**, Volume 48, pp.1-21
37. Kolehini, Muhammad ibn Ya`qub (1985), **Kafi**, Dar Al Kutub Al-Islamiyah
38. Mazarei, Gholamhassan (2011), Analysis of Guardian Council Interpretive Opinions in the Light of Interpretive Principles and Schools, Ph.D. Thesis in Public Law, Shahid Beheshti University.
39. Ma'louf, Lewis (2001), **The Great New Comprehensive Culture** (translated by Al-Munajjid), Islam Publication.
40. Malekafzali Ardakani, Mohsen (2015), **The Rule of Maintaining Order**, Research Institute of Islamic Culture & Thought.
41. Malekafzali Ardakani, Mohsen; Haeri, Mohammad Hasan; Fakhilai, Mohammadtaqi; Arista, Mohammadjavad (2012), The concept of the system and its application in jurisprudence and principles, **Journal of Islamic Studies: Jurisprudence and Principles**, consecutive issue 1/88, pp.125-150.
42. Mansourabadi, Abbas; Riahi, Javad (2012), The concept of "basis" in legal research, **Legal Research**, vol 22, pp. 9-24.
43. Musazadeh, Ebrahim (2015), The system of public rights in the political jurisprudence of the Islamic Republic of Iran, **Islamic Government**, vol 3, pp. 49-70.

**درخواست اشتراک  
فصلنامه‌ی دانش حقوق عمومی**

<b>الف) اطلاعات فردی:</b>	
نام خانوادگی:	نام:
رتبه‌ی علمی (اختیاری):	آخرین مدرک تحصیلی (اختیاری):
<b>ب) اطلاعات مربوط به مؤسسات و کتابخانه‌ها:</b>	
نام مؤسسه / کتابخانه:	وابسته به:
<b>ج) نشانی (برای ارسال مجله):</b>	
آدرس:	
کدپستی:	تلفن:
تلفن همراه:	نمابر:
پست الکترونیک:	شماره‌ی اشتراک (در صورت داشتن اشتراک سابق):
اشتراک از شماره‌ی:	تا شماره‌ی:

بهای اشتراک سالانه (چهار شماره): ۲/۲۰۰/۰۰۰ ریال بعلاوه‌ی هزینه‌ی ارسال  
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](http://mag.shora-rc.ir)، تصویر فیش را در  
سامانه پیوست نمایند.

شماره حساب: ۰۱۰۸۱۲۹۰۹۳۰۰۹ شماره کارت: ۶۰۳۷۶۹۱۹۸۰۰۴۷۳۷۷

شماره شبدا: ۰۹ ۰۹۳۰ ۸۱۲۹ ۰۰۱۰ ۰۰۰۰ ۰۱۹۰ IR۸۷

تهران، خیابان شهید مطهری<sup>(ره)</sup>، خیابان شهید سرافراز، کوچه پنجم پلاک ۱۱

پژوهشکده شورای نگهبان، فصلنامه دانش حقوق عمومی

کدپستی: ۱۵۹۷۸۵۶۱۱۳

تلفن: ۰۲۱-۸۸۵۳۳۴۲۹ فکس: ۰۲۱-۶۴۰۱۴۸۱۷



# The Position & The Role of The Foundations of The Legal System In The Interpretation of The Principles of Iran's Constitution

Mohammad Bahadori Jahromi <sup>1\*</sup> & Mohammadreza Asghari Shoorestani <sup>2\*\*</sup>

1-Assistant Professor, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran

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

## Abstract

Recently, a theory on the interpretation of the constitution has been proposed as the "theory of ijthadi interpretation" or "systematic interpretation", according to which, interpretation is more than discovering the expression of the words or intentions of the legislator, and is rather reaching the answer of the legal system to the main issue. Since among the components and pillars of the legal system, the two important parts, ie. foundations and goals, have a critical role in regard to other components. The interpretation of the constitution must guarantee the principles in the existential dimension and the goals of the legal system in the functional dimension .

Based on this theory, the present article, in a descriptive-analytical manner, by using library resources, seeks to answer the question of: "How giving priority to the principles of the legal system of the Islamic Republic of Iran can play a role in the process of interpreting the principles of the constitution?" In other words: "By prioritizing the principles of the legal system in the process of interpretation, what different interpretation will it offer than Verbal, Intentional, Teleological?" Based on the research findings, we have found that chosen statement about the concept of the principles of the legal system is the reason for its validity and legitimacy, and it can be mentioned at two levels: "The principles governing character" and "The principles governing the form". It is also by prioritizing the principles of the legal system that one can attribute the primitive and non-provisional religious oversight of the Guardian Council to laws and regulations. As the interpretation of the limits of authority of the Supreme Leader in the constitution, by giving priority to the principles of the legal system, which will not be limited to the cases specified in the principles of the constitution.

## Keywords:

Leadership Authorities, Interpretation of the Constitution, Systematic Interpretation, Rule of Law, Principles of The Legal System, Religious supervision.

---

\* Email: m.bahadori@modares.ac.ir

\*\* Email: m.asghari@ujsas.ac.ir

Corresponding Author

# The Review of “Public Acceptance Condition” In Article 107 of The Iranian Constitution

Hoda Ghaffari <sup>1\*</sup> & Fatemeh Nazari <sup>2\*\*</sup>

1- Associate Professor, College of Public & International Law, Allameh Tabatabaai University, Tehran, Iran

2- Msc. College of Public Law & International, Allameh Tabatabaai University, Tehran, Iran

## Abstract

Article number 107 of the Constitution of the Islamic Republic of Iran, in the manner of determining the leader by the Assembly of Experts, has considered several preferences (advantages and priority attributes in determining the leader) in one and the other, without any possible explicit or implicit references to the existence of priority among them. This means that all the mentioned advantages should be at the same level. But, "Public Acceptance" as one of those privileges, has an unstable position alongside others and may be denied. Because mentioning other preferences as the characteristics of the leader in article number 5 & article number 109 of the constitution has created a solid base for them, and on the other hand, the general opinion of the jurists has emphasized the priority of these preferences due to the existence of religious criterion.

So, the question is whether “Public Acceptance” is an emphasis on the direct involvement of "Acceptance" in determining the leader, and whether this principle is expressed and structured will weaken the position of "Public Acceptance" and "Acceptance" In determining the leader .

Using descriptive and analytical method, and in order to remove the ambiguity of this basic principle, by citing various sources and documents, this article has reached the conclusion that "Public Acceptance" is an essential feature in the leader. The members of the Assembly of Experts are obliged to achieve this feature in their chosen case in order to ensure the maximum functioning of the established Islamic government. Based on historical interpretation, the intention of the constitutional legislator also confirms this meaning. Accordingly, the way in which the concept of "Public Acceptance" is established in this principle is not compatible with the purpose of the legislator. Therefore, in this article, a review and revision of the mentioned principle is suggested.

## Keywords:

Acceptability, Article 107 of Iran’s Constitution, Attributes of the Leader, Preferences of Determining the Leader, Public Acceptance.

---

\* **Email:** hodaghafari@yahoo.com

\*\* **Email:** nazarifateme87@yahoo.com

Corresponding Author



# Explanatory Re-reading of Nationality in The Constitution & its Relationship to Ordinary Rules

Mostafa Daneshpazhouh <sup>1\*</sup>

1- Associate Professor, Department of Law, Department of Islamic Sciences,  
Research Institute of Hawzah and University, Qom, Iran.

## Abstract

Principles number 40 & 41 of the Constitution are devoted to “Nationality”. This matter, apart from indicating the importance and the status of nationality institution, represents the necessity of studying this subject in the field of basic rights as well as the effect of these two principles on ordinary rules concerning the title. However, unfortunately, such a thing has been ignored and neglected by the legislators, expositors of the constitution, and authors of books on basic rights. This matter necessitates the rereading of the two mentioned principles so that ambiguous, or at least implicit, expressions of these two principles can be clarified. On the other hand, by explaining the relationship of these two principles to ordinary rules, specifically, paragraph 2 of article 976 of Civil Law, the necessity of changing and modifying the mentioned paragraph can be clarified by a legislator, and as a result, it can be proved that children born by Iranian mothers are Iranian according to the constitution. Obviously, to achieve this purpose, this article has mostly benefited from the analytical method due to the lack of history of the issue.

## Keywords

Iran’s Constitution, Legal Nature of Nationality, Original Nationality, Acquired Nationality, Deprivation of Nationality.

---

\* Email: mdanesh@rihu.ac.ir

# Requirements for recognizing & exercising Individual Rights in Cyberspace

Mohaddeseh Moeinifar<sup>1\*</sup>

1- Assistant Professor of Theology & Islamic Thoughts, Faculty of Islamic Sciences  
and Researches, Imam Khomeini International University, Qazvin, Iran

## Abstract

Rights, especially human rights, are playing a special role in the legal system of different countries, and every day, due to the development of technologies, the number of these rights is increasing. Meanwhile, the concept and the examples of them are also ambiguous. One major type of these rights is “Digital Rights”. the meaning, nature and examples of them are not very clear in the mentioned legal systems.

This paper seeks to answer the questions of: “What are the meaning and the nature of digital rights and what are the examples?” Digital rights are realized in the Internet zone and various platforms and have many examples on the basis of the different dimensions of these technologies. In legal texts, special examples are mentioned that are strongly influenced by human rights literature. Some of these examples have no legal basis in Islamic law, such as the right to sexual expression on the Internet, and in addition, many rights are missing from this list of rights. Also, a correct explanation of the concept and its examples will provide a platform for the realization of digital citizenship and e-government.

## Keywords

Digital Rights, Digital Citizenship, E-government, Internet, Cyberspace.

---

\* Email: Moeinifar@isr.ikiu.ac.ir

# Legal Requirements for Delegating The Powers of The President to Deputies in the Constitutional System of Iran

## Focusing on The Guardian Council's Decisions

Mostafa Mansourian <sup>1\*</sup> & Mohammad Hossein Mohammadi <sup>2\*\*</sup>

1- Assistant Professor of Public Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran (Corresponding Author).

2- M.sc of Public Law, Imam Sadiq University, Tehran, Iran

### Abstract

According to Article 124 of the Constitution, the president can delegate some of his legal duties. Deputies of the president are divided into two categories according to the nature of their duties and powers: Deputies who are solely responsible for the affairs of the deputies, whose authority is delegated by nature, and deputies who are also in charge of the apparatus or organizations under the supervision of the President, whose nature of duties is inherent .

The main question of this research is: "Which duties of the vice-presidents can be performed by the deputies and what are the legal requirements governing this issue?" This is the main challenge that the present article seeks to resolve with a descriptive-analytical approach and by focusing on the opinions of the Guardian Council. The findings indicate that the President can delegate his duties in addition to the main and vertical duties of a person by observing the conditions of delegation. The president has the exclusive authority to determine the duties and powers of the vice-presidents. Political responsibility does not include vice presidents, but parliament can oversee vice-presidents in other ways, while vice-presidents have administrative and judicial responsibilities.

### Keywords

Delegation of Authorities, Deputies of the President, Duties of the President, First Deputy of President, Article 124.

---

\* **Email:** Mansourian@ujas.ac.ir

\*\* **Email:** mh\_mo1367@yahoo.com

Corresponding Author

# Re-reading the Feasibility of “The Judiciary’s Budgetary Independence” Within the Framework of Iran’s Constitutional System

Amir keshtgar <sup>1\*</sup> & Ali Fattahi <sup>2\*\*</sup> & MohammadSadegh Farahani <sup>2\*\*\*</sup>

1-Ph.D. in jurisprudence and Islamic law, Theology and Islamic Sciences, University of Tehran (Farabi), Qom, Iran

2-Ph.D. in Public Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran

3- Ph.D. Student in Public Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran

## Abstract

Judicial independence is a complex and wide-ranging issue, the realization of which requires the preparation of appropriate contexts and comprehensive planning. One of the main issues in this area is the relationship between the independence of the judiciary and the financial and budgetary system above it. The present study, with the hypothesis, that "the idea of institutional independence of the judiciary fails regardless of the financial system and budgetary prevailing", makes it possible to improve the budgeting system of the judiciary within the framework of the constitutional system of the Islamic Republic of Iran. In this regard, the main issue of the article is based on the question that: "Can the theory of financial and budgetary independence of the judiciary be defended?" This question has been answered through the critique of various theories, by the theory known as: "relative competence of the government to change the proposed budget of the judiciary" that can ensure a favourable budgeting system for the judiciary and protect its independence from government pressures and threats with budgetary means, while being compatible with the principles of the Constitution, the procedure of the Guardian Council and the financial and budgetary laws and regulations of the country.

## Keywords

Financial independence of the judiciary, Budgeting, Budget Proposal, Competence of the Executive, Article 52 of the Constitution.

---

\* **Email:** amir.keshtgar@chmail.ir

\*\* **Email:** A.fattahi.zafarghandi@gmail.com

\*\*\* **Email:** Msfarahani72@ut.ac.ir

Corresponding Author

## Contents

■ Re-reading the Feasibility of “The Judiciary’s Budgetary Independence” Within the Framework of Iran’s Constitutional System .....	1
• Amir keshtgar & Ali Fattahi & MohammadSadegh Farahani	
■ Legal Requirements for Delegating The Powers of The President to Deputies in the Constitutional System of Iran Focusing on The Guardian Council’s Decisions .....	23
• Mostafa Mansourian & Mohammad Hossein Mohammadi	
■ Requirements for recognizing & exercising Individual Rights in Cyberspace .....	45
• Mohaddeseh Moeinifar	
■ Explanatory Re-reading of Nationality in The Constitution & its Relationship to Ordinary Rules .....	69
• Mostafa Daneshpazhouh	
■ The Review of “Public Acceptance Condition” In Article 107 of The Iranian Constitution .....	93
• Hoda Ghaffari & Fatemeh Nazari	
■ The Position & The Role of The Foundations of The Legal System In The Interpretation of The Principles of Iran’s Constitution.....	119
• Mohammad Bahadori Jahromi & Mohammadreza Asghari Shoorestani	

In The Name Of Allah the Compassionate the Merciful

# **Public Law Knowledge Quarterly**

**Vol. 11, Summer 2022, No. 36**

**Publisher: Guardian Council Research Institute**

**Responsible Editor: Abbas Ali Kadkhodaei**

**Chief Editor: Siyamak Rahpeyk**

## **The Editorial Board:**

- **Firooz Aslani (Associate Professor of Public Law, Tehran University)**
- **Mohammad Javad Javid (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)**
- **Mohamad hasan sadeghi moghaddam (Professor of Private Law, Tehran University & Member of Guardian Council Research Institute)**
- **Abbas Ali Kadkhodaei (Professor of Public Law, Tehran University & Member of Guardian Council Research Institute)**

**Editor: Fateme Jahangiri**

**Page Designer: Hamid Mazinani**

---

**Address: No. 11, Fifth Alley, Shahid Sarafraz St., Shahid  
Motahari St., Tehran**

**Guardian Council Research Institute**

**Postal code: 159785613**

**Tel: +98 21 88533429 Fax: +98 21 64014817**

**E-mail: mag@shora-rc.ir**

**mag.shora-gc.ir**