

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فصلنامه دانش حقوق عمومی

سال دوازدهم، بهار ۱۴۰۲، شماره ۳۹

به موجب نامه‌ی شماره ۶۳۷۳۱/۱۸/۳ مورخ ۱۳۹۳/۴/۱۵ وزارت علوم، تحقیقات و فناوری عنوان فصلنامه‌ی «بررسی‌های حقوق عمومی» به «دانش حقوق عمومی» تغییر یافته و 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 دوازدهم، بهار ۱۴۰۲، شماره ۳۹

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
- 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
- حسینعلی سعدی، استاد فقه و اصول دانشگاه امام صادق علیه السلام
- 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
- محمدرضا ویژه، دانشیار حقوق عمومی دانشگاه علامه طباطبائی

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^(ه)، خیابان شهید سرافراز، کوچه پنجم پلاک ۱۱ پژوهشکده شورای نگهبان

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

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

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

قیمت: ۶۰۰/۰۰۰ ریال

- این فصلنامه در سامانه مخصوص خود به نشانی 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:

www.isc.gov.ir	پایگاه استنادی علوم جهان اسلام
www.ensani.ir	پرتال جامع علوم انسانی
www.magiran.com	بانک اطلاعات نشریات کشور
www.noormags.ir	پایگاه مجلات تخصصی نور
www.civilica.com	سیویلیکا
https://scholar.google.com	گوگل اسکولار
https://search.ricest.ac.ir	مرکز منطقه‌ای اطلاع‌رسانی علوم و فناوری
https://www.sid.ir	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) 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 (تیترها) با روش شماره‌گذاری عددی باشد. ترتیب اعداد در عناوین فرعی مثل حروف از راست به چپ تنظیم شود (تیتربندی اصلی با ۱، ۲، ... - تیتربندی فرعی با ۱-۱، ۲-۱، ۳-۱ و... - تیتربندی فرعی تر 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

- امکان و امتناع عطف به ماسبق شدن تفسیر قوانین.....۱
- محمدجواهری طهرانی، سجاد کریمی پاشاکی، رضا محمدی کسجین

- صلاحیت دادستانی کل کشور در احیای حقوق عامه؛ مطالعه موردی تحریم‌های یکجانبه آمریکا.....۲۳
- حسین خلف‌رضایی، محمد مقدمی

- درآمدی بر تکلیف دولت در «حذف تشکیلات غیر ضرور».....۴۷
- محمد قاسم تنگستانی، مهدی مرادی برلیان

- بررسی صلاحیت مجلس شورای اسلامی در تقنین احکام شرع.....۷۱
- عباس کعبی‌نسب، رضا محمدی کرجی

- مبنای اعتبار تصمیمات رئیس‌جمهور در نظام جمهوری اسلامی ایران با نگاه به نهادهای ولایت، وکالت و بیعت.....۹۳
- رضا الهامی، زهرا وطنی، ماندانا میرزائی

- جایگاه «اصول عملیه و مشروعیت فقاهتی» در حکمرانی و آموزه‌های حقوق عمومی.....۱۲۱
- محمدعلی ضیایی، سیدمحسن قائمی خرق

- نقش رویکردهای نسلی در اعتبار قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.....۱۴۵
- مریم ضیایی نجف‌آبادی

- نسبت‌سنجی «صلاحیت عام قانونگذاری مجلس» و «فرماندهی کل نیروهای مسلح» در رویه شورای نگهبان.....۱۶۳
- مصطفی منصوریان، حمزه خسروی

امکان و امتناع عطف به ماسبق شدن تفسیر قوانین (با تأکید بر نقد نظرهای شورای نگهبان و رویه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری)

محمد جواهری طهرانی^{۱*}، سجاد کریمی پاشاکی^{۲**}، رضا محمدی کسجین^{۳***}

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۶/۲۸ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۰/۲۷

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: 10.22034/qjplk.2022.1271.1241

چکیده

از ویژگی‌های قانون، وضوح و عدالت است. این ویژگی‌ها اقتضا می‌کند تا آثار قوانین، به تنظیم و تنسيق روابط اجتماعی آن هم مبتنی بر تفوق عدالت، کارکرد پیدا کند. به همین ترتیب تفسیر قوانین عادی که بنا به نظر شورای نگهبان ذیل اصل ۷۳ قانون اساسی، بیان مراد مقنن است، به دلیل آنکه به طور مستقل به ایجاد قاعده جدید نمی‌انجامد، به پیروی از قانون اصلی، می‌بایست آثاری عادلانه به همراه داشته باشد. با این حال آنچه در مقام اجرا در نظام حقوقی ایران، در قالب نظرهای تفسیری شورای نگهبان و نیز در ساحت نظارت قضایی دیوان عدالت اداری در حال تحقق است، اعتباربخشی به برداشت مجریان، پیش از تصویب تفسیر قانون است. شورای نگهبان و به تبع آن دیوان عدالت اداری، برداشت‌های مجریان پیش از تفسیر قانون را مبنای عدم عطف به ماسبق شدن تفسیر قانون می‌داند و فعل و ترک فعل مجریان مستنبط از قانون را از شمول امور مختومه قلمداد می‌کند. در این مقاله با شیوه تحلیلی و اثبات‌گرایانه، به نقد نظرهای شورای نگهبان و نیز رویه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

۱. استادیار گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، فارس، ایران (نویسنده مسئول)

* **Email:** Tehrani.mj@gmail.com

۲. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات، تهران، ایران

** **Email:** sajadkarimipashaki@gmail.com

۳. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشکده حقوق، پردیس فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران

*** **Email:** remohammadi1375@ut.ac.ir



مقدمه

وقتی محتوای قانون در مورد به‌خصوصی از اعمال آن نامتعیین باشد، قانون نیازمند تفسیر است. سه منشأ اصلی عدم تعین قانون عبارت‌اند از: تعارض میان هنجارهای حقوقی مختلفی که اعمال می‌شود، عدم تعین معنایی و برخی ویژگی‌های عملی ارتباط (مارمور، ۱۳۹۲: ۱۸۳). برخی نیز معتقدند که هر متن حقوقی نیاز به تفسیر دارد، چراکه روان بودن یک متن نیاز به تفسیر آن را از بین نمی‌برد، زیرا چنین برداشتی خود نتیجه تفسیر است و حتی متنی که معنی آن بلامنازع است نیز نیاز به تفسیر دارد، زیرا نبود اختلاف محصول تفسیر است (Barak, 2005: 4). با این حال تفسیر قانونی قانون با اینکه از شئون مقنن محسوب می‌شود، اما به حکم ایجاد قاعده‌ای جدید محسوب نمی‌شود و صرفاً شرح و بسط نص موضوع استفسار است. از این‌رو ویژگی‌هایی که از اوصاف قوانین محسوب می‌شود، باید بر تفسیر آن نیز حاکم باشد، زیرا هدف از بیان مراد مقنن و رفع ابهام صرفاً از این طریق و با تفسیر قانون ممکن می‌شود که این عمل، باید در قالب اقتضائات حاکم بر قانون موضوع تفسیر صورت پذیرد. تفسیر، زمانی عارض می‌شود که مجریان رویه‌های گوناگونی در مقام اجرا داشته باشند یا اینکه مراجع ذی‌ربط برای رفع ابهام از قانون موضوعه، اقدام به استفسار و مقنن نسبت به رفع ابهام از نص مبهم یا مجمل اقدام کنند. به این دلیل است که ضرورت بر تفسیر قانون عادی، در عمل تعرض به برخی ویژگی‌های قانون موضوع استفسار از جمله عدالت و وضوح است. ویژگی‌های قانون باید بر تفسیر آن نیز سرایت داشته باشد و چنانچه تفسیر به تحقق آثار عادلانه منجر نشود، عملاً ناقض ویژگی قانون اصلی خواهد بود بر همین مبنا و مبتنی بر این ویژگی‌ها، امکان و امتناع عطف به ماسبق شدن تفسیر قانون در این مقاله مورد توجه قرار می‌گیرد.

ذیل اصل ۷۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تفسیر قوانین عادی در صلاحیت مجلس است. با این حال این امر مانع از تفسیر دادرسان در مقام تمییز حق نیست. اگرچه قانونگذار باید کمال دقت و کوشش را به‌عمل آورد تا قوانین گویا، صریح و روشن و تأمین‌کننده نیازهای جامعه باشد، اما مجریان در عمل بعضاً با اجمال و ابهام یا حتی تناقض قانونی روبه‌رو می‌شوند، به‌ترتیبی که مقصود قانونگذار برای اجرای صحیح قانون کاملاً روشن نیست؛ این‌گونه ابهامات، راه را برای هرگونه تفسیر باز می‌گذارد (هاشمی، ۱۳۹۸: ۱۳۶۹). شورای نگهبان به‌عنوان مفسر قانون اساسی ذیل اصل ۷۳، تفسیر را بیان مراد مقنن محسوب کرده و آن را قابل عطف به ماسبق شدن در اموری که مجریان برداشت‌های دیگری از قانون داشته و آن را مختومه کرده‌اند، ندانسته است. بر همین مبنا رویه قضایی مبتنی بر تبعیت از این نظرها، حاکم و علاوه بر آن تشریفات موضوع ماده ۲ قانون مدنی را در تعیین زمان اجرای خود

تفسیر قانون لازم می‌داند. آثار اجرایی متفاوت، تضييع حقوق اشخاص، برداشت‌های گوناگون و خلق قاعده توسط دیوان عدالت اداری در پرتو این نظرها، سبب شده تا قائل بودن به عدم عطف به ماسبق شدن تفسیر قانون اولاً به دلیل تعرض به برخی ویژگی‌های قانون و ثانیاً به علت شفاف نبودن نظر تفسیری شورای نگهبان که سبب برداشت‌های متفاوت و متعارضی حتی از سوی دیوان عدالت اداری می‌شود، حائز اهمیت تحقیق و بررسی باشد. در مقاله حاضر به روش تحلیلی و اثبات‌گرایانه ضمن پرداختن به سه حالت متصور برای زمان اجرای تفسیر و نیز مبحث «برداشت مجریان» از قوانین به آثار تبعیض‌آمیز و ناعادلانه ناشی از عدم عطف به ماسبق شدن تفسیر قانون پرداخته می‌شود و زوایای نظرهای شورای نگهبان ذیل اصل ۷۳ قانون اساسی و نیز رویه‌های دیوان عدالت اداری منبعث از آن را نقد، تحلیل و بررسی می‌کند. مهرپور در مقاله «تأملی در تفسیر شورای نگهبان از تفسیر قانون با رویکرد منتقدانه» درصدد تفسیر تفاسیر اصل ۷۳ قانون اساسی توسط شورای نگهبان برآمده و به تطبیق رویه‌های مرتبط در سایر کشورها پرداخته است (مهرپور، ۱۳۷۶: ۳۹-۵۴). تقی‌زاده و بانسی (۱۳۹۴: ۱-۲۲) در مقاله «حدود صلاحیت مجلس شورای اسلامی در مقام تفسیر قانون از منظر شورای نگهبان» به برخی زوایا و چارچوب‌های تفسیر قانون از منظر شورای نگهبان پرداخته‌اند. در مقاله حاضر بدواً ذیل مفاهیم و مبانی نظری، به دیدگاه‌های ناظر بر عدالت به مثابه رکن حقوق پرداخته می‌شود و سپس در بخش یافته‌های تحقیق، ضمن بررسی ابعاد تفسیر شورای نگهبان ذیل اصل ۷۳ قانون اساسی نقد آن مورد توجه قرار می‌گیرد. در ادامه آثار تبعیض‌آمیز عدم عطف به ماسبق شدن تفسیر و نیز زمان لازم‌الاجرا شدن آن با توجه به نظرهای تفسیری شورای نگهبان و رویه قضایی دیوان عدالت اداری تحلیل و بررسی می‌شود و در نهایت نتیجه را بیان می‌دارد.

۱. مفاهیم و مبانی نظری

۱-۱. عدالت به مثابه رکن حقوق

عدل را به حیث لغوی در معنایی حداقلی به شایسته امر بودن معنا کرده و آن را نقطه مقابل جور دانسته‌اند (صفی‌پوری، ۱۳۹۷: ۲۰۵۵) یا در فرهنگ زبان‌های لاتینی، به نحوه وجود درست و شایسته (Webster, 1984: 766) تعریف کرده‌اند. عدل، گوهری دیرپا در نزد آدمی است و قاطبه‌ی شئون حیات انسانی با توجه به آن، سامان می‌یابد. ساحات مختلف حیات جمعی بی‌توجه به عدالت ممکن نیست قوام و دوام یابد و تکون خود را بی‌ماید. این ارزش بنیادین حیات انسان، مورد توجه بیشتر مکاتب و نظامات حقوقی در طول تاریخ و در اقصی نقاط

جهان بوده است. دو مکتب اصلی و کلان فلسفه حقوق که عبارت‌اند از حقوق طبیعی و پوزیتیویسم حقوقی، هریک از منظر خود به عدالت توجه کرده و نسبت آن را با قانون و عناصر مختلف حقوق مورد تأمل قرار داده‌اند. اگرچه اختلاف آرا در میان متعاطیان این دو مکتب کلان، بسیار است، با تأملی موشکافانه می‌توان دریافت که عدالت در نزد هر دو مکتب مذکور و میان عموم متعاطیان آن دو، عنصری لازم و غفلت‌ناشدنی است. در استنباطی به وسع قدر متیقن در میان آرای اهل حقوق طبیعی، می‌توان دریافت که قائلان این مکتب از آنجایی که قانون والاتر (Bix, 2010: 211) را حاکم بر شئون مختلف ساخت حقوقی می‌دانند، معتقدند که قانون بماهو قانون هنگامی مشروعیت یا موجهیت می‌یابد که با ارزشی حاکم بر خود که حیثیتی اخلاقی-کارکردی و در پاره‌ای اقوال، اخلاقی-متعالی دارد، ارزیابی شود.

در نزد متعلقان این مکتب، آنچه به صورت شکلی و طی تشریفات خاص، وضع می‌شود، نمی‌تواند متصف به وصف قانون شود، الا اینکه با ارزشی والاتر از این فرایند صوری، که ارزشی است اخلاقی ارزیابی شده و در صورت حمل عناصر آن، می‌توان اتصاف به قانون را در مورد هنجار وضع شده، روا دانست. در نزد متعاطیان مشرب سنتی حقوق طبیعی، این ارزش والاتر، حیثی متافیزیکی داشته که لازمه طبیعت اشیا و امور محسوب می‌شده است. برای نمونه در نزد توماس آکوئیناس، چهار قانون ابدی، الهی، طبیعی و موضوعه وجود دارد که میان قانون موضوعه بشری با قوانین الهی و طبیعی، رابطه‌ای اشتقاقی است و آنچه قانون موضوعه را مشروعیت بخشیده، تبعیتش از اصول ارزش‌های والای الهی و خیرهای طبیعی، به‌نحو اشتقاقی است (S.T. I-IIi: 91, 2).

پیروان مشرب مدرن مکتب حقوق طبیعی اگرچه به دلیل تغییر چارچوب‌های هستی‌شناختی، انسان‌شناختی و نگرش فلسفی به عالم و طبیعت و تبعاً مباحثات خاصی که در این دوره میان اندیشمندان رواج یافت، فاصله‌ای مشهود با پیروان مشرب سنتی این مکتب دارند، در حفظ این اصل که هنجار وضع شده هنگامی اتصاف وصف قانون به خود یافته که عنصری از عناصر ارزشی والاتر از پدیدار مصوب را در و با خود حمل کند، وفاق موضع دارند. برای نمونه لون فولر با تأکیدی که بر اصول اخلاق درونی قانون داشت، معتقد بود که قانون همچون ابزاری است در راستای هدفی که حکومت در خصوص شهروندان دارد (Fuller, 1964: 96) و مادام که قانون در فرایند و تحقق کارکردهای خود، اصول هشت‌گانه اخلاق درونی قانون را با خود حمل نکند، نمی‌توان آن قاعده موضوعه را متصف به وصف قانون دانست و موصل به هدف مارالذکر در نظرش گرفت، از این روست که صرف هنجار وضع شده توسط قدرت قاهره به معنای اتصاف هنجار وضع شده به وصف قانونیت نیست، بلکه در فرایند وضع و تحقق آن هنجار می‌بایست

اصول اخلاقی که خاص چنین ابزاری است، رعایت شود تا عنوان قانون و لوازمش، ممکن شود. از این رو در نزد حقوقدانان مکتب حقوق طبیعی چه با مشرب سستی و چه با مشرب مدرن، هنجار موضوعه در مقام اتصاف به وصف قانونی، نیازمند تقید و سنجه‌ای اخلاقی، و راتر از پدیدار وضع شده است.

از سوی دیگر، آنچه می‌توان در معنایی قدر متیقن از مکتب متأخر و ذی‌نفوذ حقوقی دیگر یعنی پوزیتیویسم حقوقی در خصوص نسبت ارزش‌های اخلاقی با قانون موضوعه دریافت، این است که اگرچه پوزیتیویسم حقوقی با مشارب و آرای مختلف پیروانش به خوانش‌های گونه‌گونی منقسم می‌شود، نظریه تفکیک‌پذیری به معنای جدایی و انتزاع حقوق از اخلاق و یا سیاست و... در مقام شرط اعتباربخشی به هنجارهای حقوقی و قانونی، سنگ بنای اصلی این مکتب محسوب می‌شود (Patterson, 2010: 228). به عبارت دیگر، متعاطیان پوزیتیویسم حقوقی بر این باورند که شرط قانونیت هنجارهای موضوعه، نه حمل سنجه‌های اخلاقی است و نه ارزیابی توسط آن‌ها، بلکه هنجار قانونی هنجاری است که فرایند تعیین خود را که ناشی از نیروهای اجتماعی مختلف مقبول جامعه است، می‌بایست طی کرده باشد. اگرچه در نزد قائلان به پوزیتیویسم حقوقی این نکته مورد وفاق است که مرجعیت هنجار قانونی، سنجه‌های اخلاقی نمی‌تواند محسوب شود، زیرا سنجه‌های اخلاقی، متابعت از هنجار قانونی را که اصلی‌ترین وصف قانون است، با خود به همراه نداشتند و الا تمامی ارزش‌های اخلاقی می‌بایست مورد امتثال اجتماعی قرار می‌گرفتند، اما با وجود نفی ارتباط ضروری اعتباربخشی سنجه‌های اخلاقی و هنجارهای موضوعه قانونی، قاطبه پیروان نظریه پوزیتیویسم حقوقی بر این باورند که هنجار قانونی پس از مقام تعیین، برای کارآمدی و پایداری در مقام التزام اجتماعی، نیازمند همگرایی با ارزش‌های اخلاقی و فرهنگی قابل شناخت در نزد جامعه هدف است. برای نمونه، هربرت هارت از بزرگان پوزیتیویسم حقوقی بر این باور است که بنیاد اعتبار و قانونیت هر هنجار موضوعه ناشی از اصل قاعده‌شناسایی است، یعنی قاعده‌ای که تعیین‌کننده موقعیتی است که مبتنی بر آن موقعیت، هنجارهای اجتماعی اعتبار قانونی پیدا می‌کنند (هارت، ۱۳۹۵: ۳۵). به عبارت دیگر، این قاعده وجه یا وجوه خاصی را تعیین می‌کند که اگر یک قاعده مدنظر (همان قواعد اولیه) واجد آن باشد، نشانه‌ای اثباتی و قطعی بر این امر خواهد بود که این قاعده از جمله قواعد مورد پذیرش گروه اجتماعی است و گروه باید با همان نیروی اجتماعی که در اختیار دارد، از آن حمایت کند (هارت، ۱۳۹۵: ۱۵۹). قواعد اولیه که همان تعهدات، تکالیف و فرامین مرسوم در یک جامعه است، هنگامی که به وسیله قاعده‌شناسایی معین شود که توسط نهاد یا مقامی خاص وضع شده یا عرف آن جامعه برای مدتی

نسبتاً طولانی به آن عمل کرده یا اینکه این قواعد مرتبط با آرای قضایی‌اند، آنگاه به‌سوی اتصاف و صف قانون گام برمی‌دارد (هارت، ۱۳۹۵: ۱۶۰). اما نکته اینجاست که اگرچه قانون بودن هنجارها در نزد هارت توسط قاعده شناسایی که ناظر به مقامات ذی‌صلاح، عرف مرسوم یا آرای قضایی سابق است، رقم می‌خورد، با وجود این عدالت نیز می‌تواند به‌عنوان ارتقادهنده خیر عمومی در هر اقدام تقنینی، ملحوظ واقع شود (هارت، ۱۳۹۵: ۲۶۲). بنابراین عدالت اگرچه در تعیین قانون بودن هنجار دخیل نیست، به حیث کارآمدی نظام تقنینی، نقش لازم و بایسته‌ای در ساختار حقوقی ایفا می‌کند و بدون آن، ارتقا و کارآمدی نظام تقنینی دچار نقصان اساسی می‌شود.

جوزف رز، از دیگر اندیشمندان برجسته مکتب پوزیتیویسم حقوقی، با اتکا به نظریه توجیه بهنجار معتقد است که اگرچه قانونیت هنجار قانونی نیازمند دلیلی بیش از دلایل معقولی است که افراد در زندگی روزمره خود برای کردارهای خود اختیار می‌کنند، باید به این نکته توجه داشت که استمرار بقای الزام‌آوری و مرجعیت قانون در میان افراد یک جامعه منوط به اثربخشی آن در میان افراد است که اثربخشی قانون نیز بسته به انطباقش با دلایل اقدامی است که مردم یک جامعه به‌عنوان دلایل معقول برای افعال خود برمی‌گزینند (Raz, 1985: 19). در این بیان، عدالت به‌عنوان ارزشی معقول و دیرپا میان قاطبه جوامع انسانی، شرط دوام قانون در معنای اثربخشی آن میان مردم یک جامعه محسوب می‌شود. بنابراین آنچه از ذکر پاره‌ای از آرای اصلی‌ترین اندیشمندان دو مکتب بزرگ حقوقی مستنبط می‌شود، این است که قانون در معنایی به‌وسع قدر متیقن، بی‌توجه به عدالت امکان حدوث یا استمرار بقا را در یک سامان اجتماعی نخواهد داشت.

از سوی دیگر، توجه به عدالت علاوه بر مکاتب حقوقی در میان نظامات متعین حقوقی نیز قابل مشاهده است. برای نمونه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که با توجه به مبانی مکتبی دین اسلام و ارزش‌های فرهنگ اسلامی ایرانی تنظیم شده است نیز به مفهوم عدل همچون گوهری اصلی در نظام حقوقی-سیاسی خود توجه کرده است. در بند ۹ اصل ۳ خود، برای دستیابی به اهداف مدنظر نظام جمهوری اسلامی، تصریح کرده است که دولت جمهوری اسلامی باید همه امکانات خود را برای «رفع تبعیضات ناروا و ایجاد امکانات عادلانه برای همه در تمام زمینه‌های مادی و معنوی» به‌کار گیرد. طبق بیان برخی محققان، مبنای این اصل قانونی، بند ۴ اصل ۲ قانون اساسی است که مشعر به این نکته است که جمهوری اسلامی نظامی است بر پایه ایمان به «عدل خدا در خلقت و تشریح»، از این‌رو بر اساس عادلانه بودن تشریح احکام الهی از سویی و نیز از سوی دیگر، ابتنای تقنین مستند به اصل ۷۲ قانون اساسی بر «عدم

مغایرت با اصول و احکام مذهب»، مجلس شورای اسلامی حق وضع قوانین ناعادلانه و تبعیض‌آمیز را ندارد و نیز کلیت دولت جمهوری اسلامی مستند به بند ۹ اصل ۳ قانون اساسی، اقدامی تبعیض‌آمیز و ناعادلانه نمی‌تواند انجام دهد (کعبی، ۱۳۹۸: ۷۴ و ۷۵)، و الا مشروعیت اقدام مذکور به لحاظ بند ۴ اصل ۲ محل خدشه است.

۲-۱. تفاسیر ذیل اصل ۷۳ قانون اساسی و تعریضات به آن

اصل ۷۳ قانون اساسی، شرح و تفسیر قوانین عادی را در صلاحیت مجلس شورای اسلامی دانسته است. با این حال شورای نگهبان در مقام مفسر قانون اساسی ذیل این اصل بنا به استفساریه‌های رئیس‌جمهور و نیز وزیر نیرو، دو نظر صادر کرده که با توجه به برداشت‌های متفاوت از عبارات و اجمال آن‌ها، تاکنون نتوانسته در راستای شناخت حدود و ثغور اصل ۷۳ قانون اساسی آن هم در مقام اجرا، مؤثر باشد و برخی صاحب‌نظران علم حقوق بر این تفاسیر نقدهایی را نیز متذکر شده‌اند.^۱ شورای نگهبان در تفسیر خود که استفساریه آن ناظر بر امور استخدامی و اعاده به کار بازنشستگان دولتی در مقطع زمانی معینی بود، طی نظر شماره ۷۶/۲۱/۵۸۳ مورخ ۱۳۷۶/۰۳/۱۰ اصل ۷۳ را چنین تفسیر کرد:

«۱. مقصود از تفسیر، بیان مراد مقنن است، بنابراین تضييق و توسعه قانون در مواردی که رفع ابهام قانون نیست، تفسیر، تلقی نمی‌شود.

۲. تفسیر از زمان بیان مراد مقنن در کلیه موارد لازم‌الاجراست. بنابراین در مواردی که مربوط به گذشته است و مجریان برداشت دیگری از قانون داشته‌اند و آن را به مرحله اجرا گذاشته‌اند، تفسیر قانون به موارد مختومه مذکور، تسری نمی‌یابد.»

در بند ۱ این تفسیر اگرچه در مفهوم با اشاره به اینکه تضييق و توسعه قانون به حکم تفسیر نخواهد بود، اما مطابق متن، تضييق و توسعه در مقام رفع ابهام، تفسیر شناخته شده است. این فراز به تفاوت میان اصول ۷۱ و ۷۳ قانون اساسی اشاره دارد، به عبارتی مفسر قانون اساسی، به درستی معتقد است که منظور از شرح و تفسیر، تقنین نیست، زیرا اصل ۷۱ به صراحت وضع قانون در عموم مسائل در حدود مقرر در قانون اساسی را از وظایف مجلس شورای اسلامی دانسته است. شورای نگهبان در فراز دوم بند ۱ این تفسیر بیان کرده است: «بنابراین تضييق و توسعه قانون در مواردی که رفع ابهام قانون نیست، تفسیر، تلقی نمی‌شود». بر مبنای نظر مذکور، این پرسش مطرح می‌شود که تضييق و توسعه قانون در مواردی که رفع ابهام قانون باشد، آیا تفسیر تلقی می‌شود؟! هرچند احیاناً ممکن است در تفسیر قانون، تضييق و توسعه که ملازم با بیان اراده قانونگذار باشد، پیش بیاید، یعنی نظر قانونگذار به گونه‌ای تبیین

شود که شمولیت مفاد قانون از آنچه تصور می‌شده بیشتر شود یا دامنه‌اش مضیق و محدودتر شود (مهرپور، ۱۳۷۶: ۴۳)، بنابراین این فراز، علی‌الاطلاق تمامی تفاسیر قانون را منع از تضییق و توسعه نکرده، به عبارتی پذیرفته است که در مقام اجرا، تفاسیر، مضیقات و موسعاتی به‌همراه خواهند داشت که البته می‌بایست به اقتضای نص موضوع تفسیر، باشد؛ یعنی در حدود شمول آن امکان تضییع و توسعه وجود داشته باشد. در نتیجه این فرض اشتباه است که تفاسیر قانون عادی به‌طور مطلق، منع از تضییق و توسعه دانسته شوند، زیرا مراد مقنن در تفسیر، اگر با اصل قانون انطباق کامل داشته باشد، ضرورتی برای تفسیر وجود نخواهد داشت.

در بند ۲ تفسیر مذکور که ناظر بر زمان اجرای تفسیر و کیفیت آن است، اما ابهامات کارکردی بیشتری مشاهده می‌شود. این بند از دو بخش تشکیل شده است؛ اول: «تفسیر از زمان بیان مراد مقنن در کلیه موارد لازم‌الاجراست». این فراز خود بر اهمیت اجرای تفسیر پس از بیان مراد مقنن تأکید داشته که هرگونه اطلاع زمانی را در بحث اجرا، منتفی می‌داند و فوریت در اجرای تفسیر متعاقب تصویب آن، ظهور دارد؛ دوم عبارت: «بنابراین در مواردی که مربوط به گذشته است و مجریان برداشت دیگری از قانون داشته‌اند و آن را به مرحله اجرا گذاشته‌اند تفسیر قانون به مواردی که مختومه مذکور، تسری نمی‌یابد» است. عبارت «مواردی که مربوط به گذشته است»، ناظر بر بازه زمانی لازم‌الاجرا شدن قانون تا زمان تصویب تفسیر است و اینکه مجریان برداشت دیگری از قانون داشته‌اند، عبارت «برداشت» دارای ابهام در مقام اجرا و حدود و ثغور کاربردی آن است. عبارت «برداشت کردن» در فرهنگ معین در معنای تصور کردن آمده است. در فرهنگ جامع واژگان مترادف و متضاد زبان فارسی، «برداشت»، استنباط، استنتاج، بازیافت، تلقی، درک، دریافت، معنا شده است (خداپرستی، ۱۳۷۶: ۱۵۹) و نزدیک‌ترین معنای این عبارت در لغت‌نامه دهخدا، عبارت «بهره‌برداری» است. از این رو نمی‌توان برداشت را در معنای اخص کلمه، «تفسیر» معنا کرد، با این حال هر برداشتی نیز، دربرگیرنده نوعی تفسیر، هرچند لفظی از عبارات قانون خواهد بود، به این معنا که مجریان، قانون را منطبق با اطلاعات و آگاهی‌های خود درک کرده و تلقی خویش را در مقام اجرا وارد می‌سازند. بنابراین هر برداشتی می‌تواند دربرگیرنده نوعی تفسیر هم باشد، به‌ویژه آنکه مسئولیت مجریان اقتضا می‌کند که تصمیمات خود را مبتنی بر آگاهی نسبی و دلایل کافی اخذ تا در زمان مقتضی بتوانند پاسخگو باشند. به این ترتیب است که برداشت ناظر بر عمل مجریان، مستنبط از نوعی تفسیر شخصی خواهد بود. اما با این حال، شورای نگهبان به‌درستی در نظر تفسیری یادشده، مجریان را از مقام تفسیر دور نگاه داشته و استفاده از عبارت «برداشت»، به همین دلیل است، زیرا تفسیر صرفاً از شئون مقنن و نیز دادرسان آن هم در مقام تمییز حق وفق اصل ۷۳ قانون اساسی، تصریح شده است.

نکته مهم دیگر این سؤال است که دامنه برداشت مجریان در اجرای قوانین، پیش از تصویب تفسیر، چگونه قابل تحدید است؟ همان‌طور که در بند ۱ نظر تفسیری شورای نگهبان گفته شد: «مقصود از تفسیر، بیان مراد مقنن است، بنابراین تزییق و توسعه قانون در مواردی که رفع ابهام قانون نیست، تفسیر، تلقی نمی‌شود»، با این حال تزییق و توسعه قانون، اساساً از اختیارات و تکالیف مجریان در برداشت‌های خود نیست، بنابراین حد یقف برداشت‌های مجریان از نصوص قانونی چیست؟ از سویی به نظر می‌رسد برداشت مجریان، صرفاً از منطوق قوانین باید نشأت گیرد، زیرا در غیر این صورت، مذاقه در قوانین و سعی در کشف اراده مقنن و مفهوم قانون، به ورود ایشان به ورطه تفسیر از قانون منجر خواهد شد. با این حال اصل ۱۳۸ قانون اساسی، با درج عبارت «در حدود قانون» عملاً چنین اختیاری بر تشخیص را به همه داده است. در فرازی از این اصل آمده است: «...هریک از وزیران نیز در حدود وظایف خویش و مصوبات هیأت وزیران حق وضع آیین‌نامه و صدور بخشنامه را دارد ولی مفاد این مقررات نباید با متن و روح قوانین مخالف باشد... مصوبات این کمیسیون‌ها در محدوده قوانین پس از تأیید رئیس‌جمهور لازم‌الاجراست.» عبارت «در محدوده قوانین» و اطلاق عبارت «ناباید با متن و روح قوانین مغایرت داشته باشد»، ناظر بر امکان تشخیص توسط مجریان است. بنابراین برداشت مجریان نیز چنانچه تزییق و توسعه قانون باشد، معتبر نخواهد بود و نه به سبب تصویب تفسیر و آثار آن، بلکه پیش از تصویب نیز قابلیت اعتراض به نحوه برداشت مجریان در مراجع صالح قضایی برای تحصیل تفسیر قضایی منطبق با قانون ممکن است. از این رو برداشت مجریان محدود به قانون معتبر است و این برداشت‌ها اگر در محاکم تصدیق شوند، مختومه تلقی شده و در غیر این صورت قابل رسیدگی بنا به اراده ذی‌نفع خواهد بود.

از دیگر عبارت حائز اهمیت در این نظر عبارت «به مقام اجرا گذاشته‌اند»، است. عبارت «اجرا» نیز در معنای لغوی، روا کردن امری، عمل کردن کاری طبق برنامه قبلی (معین، ۱۳۸۶: ۷۳) بیان شده است. حال مبتنی بر این عبارت، اگر مجریان برداشت خود را از طریق ترک فعل به مقام اجرا گذاشته باشند، آیا بنا به نظر تفسیری شورای نگهبان، تفسیر قانون امکان عطف به ماسبق را خواهد داشت؟ به نظر می‌رسد عبارت برداشت در این نظر، دائر بر هر دو گونه فعل و ترک فعل باشد؛ به این معنا که مجریان برداشت خود از قوانین حتی اگر ترک فعل باشد را، چنانچه به منصفه اجرا درآورده باشند، ناظر بر فراز گفته‌شده در تفسیر شورای نگهبان است و نمی‌توان از آن صرفاً افعال را مورد نظر قرار داد.

یکی دیگر از عبارات مبهم در این نظر، عبارت «مختومه» است. شورای نگهبان در نظر تفسیری خود، امور مختومه ناشی از برداشت قبل از تفسیر مجریان را، نافذ دانسته، هر چند این

برداشت مغایر تفسیر جدید باشد. قانون تفسیری درباره امر مختوم اثری ندارد. بنابراین در مواردی که حکم قدرت امر مختوم را پیدا کرده، یا دعوا به اصلاح پایان یافته، یا رأی داوری از اعتبار امر مختوم بهره‌مند شده است، جایی برای اعمال قانون تفسیری وجود ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۰۹-۱۱۰). به همین اعتبار در امور قضایی در صورتی که حکم از راه‌های اعتراض و تجدیدنظر و فرجام قابل شکایت نباشد و در زمره احکام نهایی درآید، می‌گویند دعوا مختومه است (تبصره ماده ۲۲ قانون ثبت) (کاتوزیان، ۱۳۹۶: ۱۷). با وصف مذکور حال این سؤال مطرح می‌شود که ناظر بر تقابل تفسیر قانونی و تفسیر قضایی است. با توجه به اصل حاکمیت قانون، آیا تفسیر موضوعه قانونی پس از امور مختومه قضایی که ناشی از تفسیر متفاوت قبلی دادرسی از یک نص واحد قانونی حاصل شده است، از اسباب اعاده دادرسی محسوب می‌شود؟ در کشورهایی که امر تفسیر قانون، منحصراً در اختیار دادرسان قرار دارد، هرگونه تغییری در قوانین، در حکم وضع قوانین جدید است که بنا به اصل عطف به ماسبق نشدن، نمی‌تواند متعرض به پرونده‌های مختومه شود، اما در حقوق اساسی ما، سلطه نهایی با قانونگذار است، قوه مقننه فرمان می‌دهد دادرسان اجرا می‌کنند (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۰۶). با این حال شورای نگهبان که نگران نقض اصل امنیت قضایی و حقوقی در اثر رجعت قانون به گذشته و مغایرت آرای قضایی مختومه با تفسیر مجلس است، از این حیث تصریح می‌کند که تفسیر مجلس نباید به نقض آرای قطعی محاکم قضایی و دیوان عدالت اداری که بر اساس تفسیر دیگری از قانون صادر شده‌اند، منجر شود (تقی‌زاده و بانسی، ۱۳۹۴: ۱۲). از آنجا که در قانون اساسی هم تفسیر قانونی و نیز تفسیر قضایی منبعث از اصل ۷۳، تأسیس شده، در امور کیفری، اما چون تفسیر به نفع متهم گرایش دارد و این اصل نیز اصلی عملی است و مجرای آن شک است و مبنای آن، اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌هاست (رحیمی و همکاران، ۱۳۹۹: ۱۲)، از این رو تفسیر قانونی مؤخر، که متعارض با تفسیر قضایی موضوع حکم است، می‌تواند از موجبات اعاده دادرسی یا فرجام‌خواهی محسوب شود، زیرا مراد مقنن با تصویب تفسیر ظهور کرده، کما اینکه مفهوم مخالف این امر را می‌توان در این عبارت دانست که اگر مجلس قانون جدیدی را که به جرم تازه مربوط است تفسیری بنامد تا به اعمال مباح گذشته حکومت بیاید، دادگاه حق دارد که آن را عادی بداند و ناظر بر آینده بشمارد (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۰۷)، از این رو نظر گفته‌شده به نوعی با مدلول اصل ۱۶۹ قانون اساسی منطبق است.

با این حال در امور حقوقی، با توجه به نظر شورای نگهبان که معطوف به اعتباربخشی برداشت مجریان و مختومه پنداشتن آن پیش از تصویب تفسیر قانونی است، عملاً آثار تفسیر قانونی مؤخر، به قبل تسری نمی‌یابد و بر این اساس به کیفیت گفته‌شده، اعاده دادرسی یا

فرجام‌خواهی، ممکن به نظر نمی‌رسد. منطبق با نظر گفته‌شده، مجریان به‌غیر از دادرسان، آزادی عمل بیشتری در برداشت خود دارند، به‌نحوی که در مقام عمل، هیچ محدودی در خصوص برداشتشان از نص قانون وجود نخواهد داشت؛ یعنی برداشت آنان از قانون پیش از تفسیر، با تصویب تفسیر معتبر دانسته شده و بنا به تصریح نظر تفسیری ذیل اصل ۷۳ قانون اساسی، جایگاه مختومه را به خود می‌گیرد.

در نظر تفسیری دیگر شورای نگهبان ذیل اصل ۷۳ خطاب به وزیر نیرو که طی مکاتبه ۷۹/۲۱/۱۵۴۰ مورخ ۱۳۷۹/۱۰/۲۰ ابلاغ شد، آمده است:

«همان‌طوری که در نظریه تفسیری شماره ۷۶/۲۱/۵۱۳ مورخ ۱۳۷۶/۳/۱۰ آمده است که تفسیر از زمان بیان مراد مقنن در کلیه موارد لازم‌الاجراست با این قید که به موارد مختومه تسری نمی‌یابد.

بنابراین چنانکه تا لازم‌الاجرا شدن تفسیر قانون، موضوعی مختومه نشده باشد باید مطابق نظریه تفسیری اقدام گردد».

نظر جاری نیز در مشابهت با نظر تفسیری قبلی، ضمن تأکید بر آن، تنها مختومه نشدن را شرط عطف به ماسبق شدن تفسیر عنوان کرده است و با توجه به ابهاماتی که از عبارت مختومه وجود دارد، فقدان تعریف مصرح این عبارت و دامنه آن، از خلأهایی است که در مقام اجرای این نظر تفسیری احساس می‌شود.

۲. یافته‌های تحقیق

۲-۱. زمان لازم‌الاجرا شدن تفسیر

در اصل ۷۳ قانون اساسی زمان لازم‌الاجرا شدن تفسیر قوانین عادی، تصریح نشده است. این امر به‌تبع اصول ناظر بر تقنین را که زمان اجرای قوانین موضوعه را مشخص نکرده، در قانون مدنی نیز تعیین حکم نشده است. در ماده ۲ قانون مدنی صرفاً زمان لازم‌الاجرا شدن قوانین مصوب مجلس، ۱۵ روز پس از انتشار در روزنامه رسمی دانسته شده است، مگر آنکه در خود قانون، ترتیبات دیگری پیش‌بینی شده باشد. اگر به‌تبع اقتضائات حاکم بر تصویب و اجرای قوانین عادی، زمان لازم‌الاجرا شدن تفسیر قانون، ملاک گرفته شود، بر ضرورت و فوریت رفع ابهام، تعرض وارد می‌شود. این خدشه به آن علت است که ماهیت تفسیر، بیان مراد مقنن است و نه وضع قاعده جدید، ازاین‌رو رفع ابهام در راستای اجرای صحیح قوانین ماهیتاً امری فوری است که در صورت تأخیر در اجرا، عملاً استمرار اجرای ناصواب قوانین بر سیاق قبل از تفسیر را موجب خواهد شد، بدین‌علت که شفافیت از ویژگی‌های قانون محسوب

شده و تعرض به آن نقص قانونگذاری تلقی می‌شود. سه حالت در خصوص زمان لازم‌الاجرا شدن تفسیر قوانین عادی را می‌توان ممکن دانست:

حالت اول؛ ناظر بر تطابق زمان لازم‌الاجرائی تفسیر قانون مبتنی بر قواعد موضوع ماده ۲ قانون مدنی است. به عبارتی چنین استنباط می‌شود که چون تفسیر در تبعیت از قانون عادی و شرح و بیان مراد مقنن از نص موضوعه سابق مصوب شده، از این رو می‌بایست تشریفات حاکم بر آن را بر لازم‌الاجرا شدن تفسیر معتبر شمرد. بر همین اساس تمامی تشریفات موضوع ماده ۲ قانون مدنی از جمله انتشار در روزنامه رسمی و لازم‌الاجرائی، ۱۵ روز پس از انتشار را شرط اعتبار و اجرای تفسیر قوانین دانسته است. مبتنی بر اصل عطف به ماسبق نشدن قوانین، اثر قانون نسبت به آتیه است، یعنی قانون جدید همین که قابل اجرا شود، بر تمام امور حکومت می‌کند و قانون سابق سلطه خویش را از دست می‌دهد (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۳۹۲)، از این رو حالت مشروحه، تفسیر نیز تابع این فرایند پنداشته می‌شود. علاوه بر آن، چنانچه پنداشته شود که تصویب تفسیر خود قانون محسوب می‌شود، از این رو تشریفات سایر قوانین برای لازم‌الاجرا شدن را داراست، به عبارتی گاهی مفاد یک قانون در عمل فاقد قاطعیت و صراحت کافی از کار درمی‌آید، در این صورت قانونگذار می‌تواند به وسیله یک قانون تازه صراحت و قاطعیت لازم را به قانون اول بدهد. وضع و نشر قانون دوم هم تابع شرایط عمومی وضع و نشر همه قوانین است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۸: ۹۳).

به این حالت می‌توان ایراداتی وارد آورد که از جمله آن نقض اصل حاکمیت قانون است، چراکه برای لازم‌الاجرا شدن تفسیر، قانون حکمی نداده است و ملاک گرفتن از ماده ۲ قانون مدنی برای آن با توجه به وجود دیدگاه‌های معارض، امری موجه نیست. همچنین دلیل عقلایی برای صرف حد فاصل زمانی میان تصویب تفسیر در مجلس و تأیید شورای نگهبان، تا ۱۵ روز پس از انتشار در روزنامه رسمی، وجود ندارد، زیرا هدف از تفسیر قانون عادی، رفع ابهام از قاعده ایجادشده قبلی است و همانند ضرورت لازم‌الاجرا شدن رویه جدید قضایی طی آرای وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری و نیز دیوان عالی کشور، از زمان وضع رویه، که به‌طور مشابه رفع ابهام از آرای متعارض قبلی و تعیین رویه واحد است، لازم‌الاجرا شدن تفسیر باید از زمان وضع آن صورت گیرد.

حالت دوم؛ این حالت ناظر بر اجرای تفسیر از زمان تصویب آن در مجلس و تأیید شورای نگهبان است. بر این اساس زمانی که مراد مقنن مشخص شود، دلیلی بر اطاله زمانی اجرای تفسیر وجود ندارد و چون قانون، زمانی را برای اجرای تفسیر تعیین نکرده، بنابراین رفع ابهام و تسبیح قانون، فوریت در اجرا را اقتضا می‌کند. این استدلال بر ماهیت تصویب

تفسیر استوار است که رفع ابهام در اجرای قانون، سبب اصلاح روش مجریان می‌شود. از این رو سپری شدن زمان از تصویب تا ابلاغ و انتشار و گذشت ۱۵ روز از آن، در معنای معتبر شناختن رویه پیش از تفسیر در بازه پس از تصویب آن است که این سیاق با ماهیت تفسیر قانون و اهمیت تصویب آن قابل تطبیق نیست. شورای نگهبان نیز در بند ۲ نظر شماره ۷۶/۲۱/۵۸۳ مورخ ۱۳۷۶/۰۳/۱۰ خود بیان کرده است: «تفسیر از زمان بیان مراد مقنن در کلیه موارد لازم الاجراست...»، از این رو این امر موکول به ماده ۲ قانون مدنی نشده است و از زمان بیان مراد مقنن یعنی تصویب و تأیید شورای نگهبان، عملاً تفسیر لازم‌الاجرا خواهد شد.

از ایرادات این حالت می‌توان به عدم اطلاع مجریان و مردم به دلیل عدم انتشار تفسیر موضوعه قانون در روزنامه رسمی اشاره کرد، اما این موضوع را باید لحاظ کرد که عموم مردم و مجریان، تصویب قوانین را از مجرای روزنامه رسمی دنبال نمی‌کنند، هرچند مجریان و مستخدمان از مفاد قانون از طریق ابلاغ مقامات مافوق دولتی اطلاع حاصل می‌کنند، با این حال زمانی که حق یا تکلیفی رفع ابهام شود، عمل به سیاق قبلی مخالف اصل حاکمیت قانون خواهد بود.

حالت سوم؛ پرمناقشه‌ترین حالت ناظر بر اجرای تفسیر، یعنی عطف به ماسبق شدن آن است. در این حالت آثار تفسیر به زمان وضع قانون باز می‌گردد. در این حالت اراده مقنن در زمان وضع قانون ملاک دانسته شده و حق و تکلیف ناشی از این اراده، عینیت می‌یابد که به دلیل شفاف نبودن نص موضوعه و برداشت متفاوت مجریان، این تفاسیر و برداشتها دلیلی بر تضییع حق، پس از تصویب تفسیر باقی نمی‌گذارد. به عبارتی، زمانی که تفسیر تصویب می‌شود، چنانچه موجد حقوقی باشد، این حقوق از زمان وضع قانون، ملاک اتباع قرار می‌گیرد و می‌بایست مجرا شود، زیرا مقنن همان‌طور که در اصل ۷۳ قانون اساسی تصریح شده، صرفاً شرح و تفسیر خود از قانون موضوعه را بیان کرده و اگر پذیرفته شود که این حقوق عطف به ماسبق نمی‌شود، از این رو در معنای ایجاد قاعده جدید خواهد بود که در چنین فرضی، با مدلول این مغایرت ایجاد خواهد شد.

از مهم‌ترین ایرادات این حالت، آثار گسترده تبعی برداشتهای مجریان پیش از تصویب تفسیر قانونی است، ماهیتی متفاوت از تفسیر لاحق دارد. برای مثال اگر پس از وضع قانونی، ناشی از برداشت مجریان، انتصابی صورت پذیرد و به تبع این انتصاب اعمال حقوقی ایجاد شود و پس از سال‌ها این اعمال حقوقی، آثار متعددی به همراه داشته باشد، چگونه پس از تصویب تفسیر، متفاوت از برداشت قبلی مجریان، چنین آثاری را می‌توان باطل و اعاده کرد؟ پیچیدگی تبعات حقوقی ایجادشده، عملاً ترمیم آثار چنین برداشتهایی را غیرقابل تصور

می‌کند و به این دلیل منتقدان این حالت، به عطف به ماسبق نشدن تفسیر قوانین عادی، قائل‌اند.

۲-۲. تفسیر قانون در رویه دیوان عدالت اداری

رویه قضایی به‌ویژه آرای هیأت عمومی و هیأت‌های تخصصی دیوان عدالت اداری، ناظر بر تبعیت محض از منطوق نظرهای تفسیری شورای نگهبان ذیل اصل ۷۳ قانون اساسی است و حتی در نمونه‌هایی از آرای پرداخته‌شده، تصریحاً تشریفات ماده ۲ قانون مدنی برای تفسیر قانون نیز نافذ دانسته شده است. در بررسی‌های موردی، دو دسته از آرا در محورهای این مقاله حائز اهمیت‌اند؛ دسته اول ناظر بر آرای است که مقدم از تفسیر قانونی صادر شده‌اند و دسته دوم ناظر بر آرای صادره پس از تصویب تفسیر قانونی‌اند.

هیأت تخصصی استخدامی دیوان عدالت اداری طی دادنامه ۲۲۱-۲۱۳-۱۰۶۰۱۰۹۹۷۰۹۷ مورخ ۱۳۹۷/۰۷/۲۵ در خصوص احتساب یک مقطع تحصیلی بالاتر به‌عنوان مزایای شغلی برای رزمندگان بالاتر از شش ماه خدمت داوطلبانه موضوع جزء ۶ بند «ث» ماده ۸۸ قانون برنامه ششم توسعه، بر اساس تفسیر قضایی مصرح در دادنامه، این مزایا را صرفاً در حقوق و مزایای اجتماعی قابل تحقق دانسته و حقوق و مزایای اجتماعی را منصرف از حقوق و مزایای مالی و استخدامی دانسته که بر همین اساس رأی به رد شکایت، صادر شده است. با این حال مقنن برای این جزء در تاریخ ۱۳۹۷/۱۲/۲۷ تفسیری را تصویب کرد که منظور از مزایای اجتماعی مذکور در بند یادشده، مزایای مالی و استخدامی است. هرچند رأی صادره از هیأت تخصصی مذکور بنا به قواعد حاکم بر تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، مانند آرای هیأت عمومی لازم‌الاتباع برای مراجع اداری نیست، اما بنا به اقتضائات حاکم، اولاً مختومه‌کننده دعوی مطروحه بوده و ثانیاً مستنبط از این رأی، برداشت متفاوت قبلی مجریان، سیاق جدید می‌یابد. از آنجایی که تفسیر قضایی می‌بایست کاشف از اراده مقنن باشد و تفسیر قانونی بعدی در نمونه اشاره‌شده، نقص تفسیر قضایی را آشکار می‌سازد، این سؤال مطرح می‌شود که آیا این تفسیر قضایی از جمله مصادیق اصل ۱۷۱ قانون اساسی خواهد بود؟ وفق این اصل مقرر شده است: «هرگاه در اثر تفسیر یا اشتباه قاضی در موضوع یا در حکم یا در تطبیق حکم بر مورد خاص، ضرر مادی یا معنوی متوجه کسی گردد، در صورت تقصیر، مقصر طبق موازین اسلامی ضامن است و در غیر این صورت خسارت به وسیله دولت جبران می‌شود، و در هر حال از متهم اعاده حیثیت می‌گردد». اگر منطبق با نظر تفسیری شورای نگهبان، پذیرفته شود که تفسیر قانون به برداشت مجریان در امور مختومه سرایت ندارد، عملاً مستثنایی بر اصل ۱۷۱ قانون اساسی ایجاد می‌شود، چراکه در تعارض میان تفسیر قضایی دور از اراده قانونگذار در پرونده مختومه‌شده قبلی، و بیان مراد مقنن طی تفسیر جدید قانونی،

برداشت‌های گذشته مجریان و به‌ویژه دادرسان، معتبر شمرده می‌شود. در نتیجه طبق موارد گفته‌شده، این وهم ایجاد می‌شود که هرگاه پس از تفسیر قضایی، مقنن اراده تصویب تفسیر کند، در صورت تعارض تفسیر قانونی با تفسیر قضایی قبلی در موضوعی واحد، اجرای اصل ۱۷۱ قانون اساسی برای مقصر، موقوف‌الاجرا خواهد ماند.

رأی وحدت رویه شماره ۱۸۴۴ تا ۱۸۵۹ مورخ ۱۳۹۹/۱۲/۲۴ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، ناظر بر وضعیت دوم است؛ یعنی پس از تصویب تفسیر، به ایجاد رویه مبادرت شده و علاوه بر آن به خلق قاعده جدید، یعنی تعیین زمان لازم‌الاجرا شدن تفسیر قانون نیز پرداخته شده است. در بند ۱ این دادنامه آمده است: «... بنابراین از آنجا که مراد مقنن مبنی بر اینکه منظور از مزایای اجتماعی مذکور در جزء ۶ بند «ث» ماده ۸۸ قانون برنامه پنج‌ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، مزایای مالی و استخدامی را هم در برمی‌گیرد با استفساریه مذکور بیان شده است، لذا از زمان لازم‌الاجرا شدن قانون استفساریه در تاریخ ۱۳۹۸/۲/۲۲ قابلیت اجرا دارد...». بر اساس رأی مذکور، مزایای یک مقطع تحصیلی مشمولان قابل تسری به بدو قانون برنامه ششم توسعه نبوده و صرفاً پس از لازم‌الاجرا شدن تفسیر، قابل اجراست و تاریخ تعیینی برای اجرای تفسیر منبث از تشریفات ماده ۲ قانون مدنی پیش‌بینی شده است که به نظر خلاف این فراز از نظر تفسیری شورای نگهبان ذیل اصل ۷۳ است که: «تفسیر از زمان بیان مراد مقنن در کلیه موارد لازم‌الاجراست»، چراکه لازم‌الاجرای تفسیر از زمان بیان مراد مقنن، موکول به تشریفات ماده ۲ قانون مدنی نشده است.

در پرونده دیگری با تقاضای ابطال شرعی عبارت «تاریخ اجرای این دستورالعمل مورخ ۱۳۹۸/۲/۲۲ خواهد بود». از فراز پایانی بخشنامه شماره ۷۱۰/۱۰ مورخ ۱۳۹۸/۰۳/۲۰ وزارت آموزش و پرورش، با موضوع جزء ۶ بند «ث» ماده ۸۸ قانون برنامه ششم توسعه و استفساریه مربوطه، عدم عطف به ماسبق شدن تفسیر توسط شاکی خلاف قواعد فقهی عدالت ادعا شده بود. با این حال پس از رسیدگی موضوع نزد فقهای شورای نگهبان، طی نظر شماره ۱۰۲/۲۵۱۱۲ مورخ ۱۴۰۰/۰۲/۱۸، مقرر شد که فی‌نفسه خلاف شرع دانسته نشده و تشخیص قانونی بودن موضوع موکول به تصمیم دیوان عدالت اداری شد که به تبع آن هیأت تخصصی اداری طی دادنامه خود، نسبت به رد شکایت اقدام کرد و به این ترتیب حقوق رزمندگان مشمول قانون گفته‌شده اعم از شاغل و بازنشسته (در مقطع ظهور برداشت متعارض با تفسیر بعدی قانون) تضییع شد.

۲-۳. مقارنه تفسیر با مدلول اصل ۷۵ قانون اساسی

حق و تکلیف موجد از قانون، تشریفات قانونی تأسیس را منطبق با اصول قانون اساسی طی کرده است. از مهم‌ترین این اصول، لزوم انطباق قوانین عادی با اصل ۷۵ قانون اساسی است که طی آن بیان شده است: «طرح‌های قانونی و پیشنهادهای و اصلاحاتی که نمایندگان در خصوص لوایح قانونی عنوان می‌کنند و به تقلیل درآمد عمومی یا افزایش هزینه عمومی می‌انجامد، در صورتی قابل طرح در مجلس است که در آن طریق جبران کاهش درآمد یا تأمین هزینه جدید نیز معلوم شده باشد». در نصوصی که دائر بر استحقاق اشخاص است، رعایت این اصل در معنای پیش‌بینی منابع هزینه‌ای تحقق حکم قانون موضوعه است. به عبارتی از بدو صدور قانون، استحقاق متعین و بار مالی آن نیز مشخص شده است. از این‌رو در صورت ایجاد ابهام و اقدام جهت استفسار قانون عادی، اگر موضوع آن واجد بار مالی پیش‌بینی نشده باشد، بنا به سیاق، شورای نگهبان آن را مغایر اصل ۷۳ و استفسار مطروحه را به حکم قانونگذاری جدید عنوان می‌نماید. با این حال اگر پذیرفته شود که برداشت مختومه مجریان، پیش از تفسیر، نافذ است، عملاً باید باور داشت که استحقاق مشمولان قانون، بنا به برداشت‌های متفاوت مذکور، شناور و فاقد وحدت رویه است؛ یعنی طی برداشتی از حکم قانون، استحقاق مالی متصور دانسته شده و طی برداشت دیگر، این استحقاق، محدود یا در حکم عدم است. هر دو این برداشت‌ها منطبق با نظرهای گفته‌شده شورای نگهبان با حاکمیت بعدی تفسیر، دارای اعتبار دانسته شده و مختومه تلقی می‌شوند. این در حالی است که اگر مقنن در تفسیر خود، بر شمولیت استحقاق رفع ابهام کند، این در معنای آن است که با توجه به مدلول اصل ۷۵ قانون اساسی، بار مالی این استحقاق از بدو صدور قانون، پیش‌بینی شده است و اگر تفسیر مبتنی بر استحقاق مصوب نشود، برداشت‌های مخالف این تفسیر به حکم ایفای ناروا، قابل استرداد خواهد بود. حال این سؤال پیش می‌آید که برداشت‌های مجریان، مبتنی بر محرومیت از استحقاق، پس از کشف مراد مقنن دائر بر تصدیق استحقاق، آیا تضییق قانون و نیز مخالف اصل ۷۵ قانون اساسی، تلقی نمی‌شود؟ زمانی که مقنن، قانونی را تصویب می‌کند که در فرایند تقنین، مورد ایراد شورای نگهبان قرار نمی‌گیرد، تفسیر آن باید مٌضیق در اصول قانون اساسی صورت پذیرد. بر همین مبنا در صورت تصویب تفسیر جدید قانون و تطابق آن بر استحقاق، سازوکار مالی آن از بدو صدور قانون، ایجاد شده است. در نتیجه محروم یا محدود کردن مشمولان، ناشی از برداشت مجریان، با این استدلال که فعل یا ترک فعل مجریان در قالب «برداشت» ظهور یافته و امر مختومه شده است، نافی استحقاق ایشان از بدو وضع قانون نمی‌تواند باشد، زیرا تعیین بار مالی در زمان وضع، قرینه‌ای بر صحت استحقاق است.

۲-۴. عطف به ماسبق شدن یا نشدن تفسیر؟

هرچند شورای نگهبان پس از وضع نظریه‌های موضوع اصل ۷۳ قانون اساسی در مقام شرح و بسط آن برنیامده است، اما به نظر می‌رسد این نظرها ناشی از دو محور باشد که عبارت‌اند از: ۱. رعایت مصلحت و جلوگیری از اختلال در نظامات اداری و ۲. قانونی بودن امکان تصور معانی متعدد برای یک گزاره، مادام که یک معنای آن به نحو رسمی از سوی مفسر لازم‌الاتباع نشده است (اصغری شورشانی، ۱۳۹۵: ۳۷). اولین موضوع در محور رعایت مصلحت، نمی‌تواند با تکالیف شورای نگهبان در موضوع اصل ۹۸ قانون اساسی منطبق باشد، چراکه شورای نگهبان وظیفه تعیین مصلحت را در تفاسیر ندارد، به‌ویژه اگر این مصالح در تعارض با حقوق و استحقاقات اشخاص باشد و به دلیل رفع اختلال در نظامات اداری نمی‌توان حقوق اشخاص را تضییع یا تحدید کرد. هرچند آثار برداشت در برخی نصوص قانونی، در صورت عطف به ماسبق شدن قوانین تفسیری، خود می‌تواند چنان متفاوت باشد که متعرض به اختلال در نظام اداری نیز شود و در نمونه سؤالی که رئیس‌جمهور وقت در موضوع نظر شورای نگهبان ذیل اصل ۷۳ قانون اساسی مطرح کرد، این موضوع مشهود است، با این حال تعیین حدود برداشت‌های مجریان که باید محدود به نص قانون باشد و نیز تشخیص تخطی از آن که با تصویب تفسیر قابل تشخیص است، استحقاقات اشخاص را از حیز انتفا خارج نخواهد ساخت. کما اینکه به حکم کلی استرداد در ایفای ناروا، نمی‌توان تضییع حق ناشی از برداشت مجریان را، پس از تصویب تفسیر، مباح تلقی و محرومیت‌های اعمال‌شده را قابل استیفا ندانست و آن را از آثار اقتضایی ناشی از عطف به ماسبق نشدن تفسیر پنداشت. بنابراین به نظر می‌رسد، در خصوص تضییع حقوق و محرومیت‌های اشخاص باید به نحوی عمل شود که کشف مراد مقنن به زمان وضع قانون اصلی بازگردد، چراکه وضع مبهم قانونی که نیاز به تفسیر پیدا کرده، ناشی از عمل حاکمیت است و عمل حاکمیت نباید متعرض به حقوق اشخاص به‌ویژه اشخاص حقوق خصوصی شود و آن‌ها را از استحقاقات قانونی، به دلیل واضح نبودن قانون، محروم سازد.

در این میان این سؤال مطرح می‌شود که آیا می‌توان به صرف امکان تحقق برداشت مجریان از یک قانون، کلیه برداشت‌ها تا زمان تفسیر را منطبق با قانون برشمرد؟ بی‌تردید برداشت مجریان از قوانین می‌تواند بسیار متنوع باشد تا حدی که پا به ورطه تفسیر بگذارد.

در واقع تفسیری که مقامات اداری از قانون دارند، تفسیر اداری است (بابایی مهر، ۱۳۸۸: ۱۷۸). با این حال مقنن در ماده ۲۸۰ قانون مجازات عمومی، تفسیر قانون توسط وزرا و مستخدمان دولتی در هر درجه و رتبه‌ای را که باشند، دارای مجازات، تعیین کرده بود. این ماده تا سال ۱۳۷۷ و وضع قانون اصلاح دو ماده و الحاق یک ماده و یک تبصره به قانون مجازات اسلامی به قوت خود باقی بود و شاید نیز دلیل نسخ صریح آن طی قانون مذکور وجود ماده ۵۷۶ قانون مجازات اسلامی باب تعزیرات باشد که طی اطلاقی جلوگیری از اجرای قوانین مملکتی توسط صاحب منصبان و مستخدمان و مأموران دولتی و شهرداری‌ها را جرم‌انگاری کرده است و «تفسیر» می‌تواند از جهات این جلوگیری محسوب شود. با این حال به غیر از دادرسان، تکلیفی قانونی برای تفسیر قانون و دخالت آن در مقام اجرا به مأموران دولتی واگذار نشده است. بر همین اساس، این استدلال که هرگونه عملی ناشی از برداشت مجریان تا زمان تصویب تفسیر قابل اجراست، خود واجد تالی فاسد خواهد بود و تفسیر قانون نباید طوری باشد که مستلزم مفسده (تالی فاسد) باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵: ۳۷۸)، چراکه اولاً در اجرای متفاوت هر قانونی توسط مجریان، امکان مطالبه و تصویب تفسیر برای آن در آینده، مبهم و پیش‌بینی‌ناپذیر است و ثانیاً از این محور می‌توان چنین جواز گرفت که امکان هر برداشتی از قوانین توسط مجریان ممکن و صحیح است و اگر قانون موردنظر تفسیر شود، تمامی برداشت‌های قبلی چه منطبق با مراد مقنن و چه مخالف آن، معتبر خواهد بود. از این رو این جریان، مخالف ویژگی‌های وضوح و قطعیت و نیز ویژگی عدالت و جامعیت خواهد بود. حکومت چنین جریانی سبب می‌شود که ذی‌نفعان نتوانند به برداشت‌های متفاوت، معترض شوند و از مراجع قضایی تفسیر صحیح آن را طی آرای قضایی مطالبه و حقوق خود را استیفا کنند.

نتیجه‌گیری

ناظر به معنا، هرچند عبارت «برداشت» با عبارت «تفسیر» متفاوت است، اما هر دو در اجرا، مقارن با یکدیگر استفاده می‌شود، چراکه نیل به هدف مقنن از وضع قانون به شیوه تفاسیر ادبی و علمی و آزاد در قیاس با فهم و درک و برداشت مجریان از قوانین در مقام اجرا، بر شکل‌گیری تفسیر اداری ظهور دارد. برخلاف دکترین‌های حقوقی و نیز مخالف سیاق تقنینی و

قضایی بسیاری از کشورها، در ایران اجرای قوانین تفسیری عطف به زمان وضع قانون اصلی نمی‌شود و این موضوع در هر حالتی اعم از فعل یا ترک فعل مجریان، منبعث از نظر تفسیری شورای نگهبان از اصل ۷۳ قانون اساسی، منبعث از امر مختومه است.

هرچند بر اساس ویژگی‌های حاکم بر قانونگذاری از جمله ویژگی وضوح، از جمله مهم‌ترین ویژگی قانون، روشنی عبارات و عدم اجمال آن است و در سیاست‌های کلی نظام قانونگذاری ایران ابلاغی مقام رهبری، شفافیت و عدم ابهام در قانونگذاری و قانون‌نویسی تأکید شده است، با این حال به دلایل مختلف ممکن است که قوانین به‌ویژه با گذشت زمان، نیاز به تفسیر قانونی پیدا کنند. اگرچه تفسیر قوانین به‌نحوی تعرض به اوصاف وضوح، قطعیت و جامعیت است، زیرا جامعیت قانون اقتضا می‌کند که آن به‌طور یکسان اجرا شود، درحالی‌که برداشت متفاوت مجریان از یک قانون می‌تواند مانع از اجرای جزئی یا کلی آن شود با این حال تالی فاسد عدم عطف به ماسبق شدن قوانین تفسیری سبب می‌شود تا مجریان امر با مجوز امکان برداشت‌های متفاوت از قوانین، عامدانه از اجرای آن خودداری کرده و پس از تصویب تفسیر مخالف برداشت قبلی، مستند به نظریات شورای نگهبان ذیل اصل ۷۳ قانون اساسی، فعل یا ترک فعل‌های قبل از تفسیر را از امور مختومه برشمارند.

هدف غایی قانون، تفوق عدالت است و مشمولان این عدالت را نمی‌توان به‌دلیل ابهام که توسط تفسیر موضوعه بعدی، رفع می‌شود، از استحقاق پیش‌بینی‌شده قانونی، محروم ساخت. بنابراین ویژگی معطوف به عدالت بودن قوانین و به‌تبع تفسیر قوانین، اقتضا می‌کند تا در تعارض میان تفسیر قضایی و تفسیر قانونی، بیان مراد مقنن اولی شود و حتی از موجبات اعاده دادرسی در پرونده‌های مختومه قضایی حسب اراده ذی‌نفع محسوب شود، زیرا در غیر این صورت اولاً تفسیر قضایی ارجح بر تفسیر قانونی خواهد بود و ثانیاً هدف غایی قانون که عدالت است، با وجود اراده مقنن، برای عده‌ای که محروم از آن شده‌اند، محقق نخواهد شد و این موضوع سبب آثار تبعیض‌آمیز اجرای قوانین خواهد شد.

یادداشت‌ها

۱. برای آگاهی بیشتر به مقاله تأملی در تفسیر شورای نگهبان از تفسیر قانون نوشته دکتر حسین مهرپور و کتاب حقوق انتقالی دکتر ناصر کاتوزیان و مکاتبه شماره ۲۶۲۴۲ مورخ ۱۳۹۸/۰۴/۲ دکتر حسین میرمحمدصادقی معاون وقت قوانین مجلس شورای اسلامی رجوع شود.

منابع و مأخذ

الف) فارسی و عربی

۱. اصغری شورشانی، محمدرضا (۱۳۹۵)، شرح مبسوط قانون اساسی - شرح اصل هفتادوسوم قانون اساسی، گزارش پژوهشی، تهران: انتشارات پژوهشکده شورای نگهبان.
۲. بابایی مهر، علی (۱۳۸۸)، «تفسیر، اصول و مبانی آن در حقوق عمومی»، فصلنامه حقوق خصوصی، سال ششم، ش ۱۴، بهار و تابستان ۱۳۸۸، ص ۱۶۷-۱۹۶.
۳. تقی‌زاده، جواد؛ بانسی، حسن (۱۳۹۴)، حدود صلاحیت مجلس شورای اسلامی در مقام تفسیر قانون از منظور شورای نگهبان، دوفصلنامه دانش حقوقی، سال چهارم، پاییز و زمستان، ص ۱-۲۲.
۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۵)، دانشنامه حقوقی، تهران: گنج دانش، ج ۲، چ دوم.
۲. ----- (۱۳۹۸)، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، چ سی‌ویکم.
۳. خداپرستی، فرج‌الله (۱۳۷۶)، فرهنگ جامع واژگان مترادف و متضاد در زمان فارسی، شیراز: دانشنامه فارس.
۴. رحیمی، فتح‌اله؛ منتی‌نژاد، صادق؛ حقیقی، مه‌ری (۱۳۹۹)، «جایگاه تفسیر مضیق قوانین در حقوق عمومی؛ با تأکید بر مقایسه تفسیر در حقوق کیفری با حقوق اساسی و اداری»، فصلنامه دانش حقوق مالیه، سال چهارم، ش ۱۴، ص ۵-۲۱.
۵. صفی‌پوری، عبدالرحیم بن عبدالکریم (۱۳۹۷)، منتهی الارب فی لغات العرب، ترجمه علیرضا حاجیان‌نژاد، تهران: سخن، ج ۳.
۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹)، حقوق انتقالی، تهران: میزان، چ دوم.
۷. ----- (۱۳۹۴)، کلیات حقوق، تهران: میزان، چ چهارم.
۸. ----- (۱۳۹۶)، اعتبار امر قضاوت‌شده، تهران: میزان، چ دهم.
۹. کعبی، عباسعلی (۱۳۹۸)، تحلیل مبانی نظام جمهوری اسلامی ایران، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ج ۱.
۱۰. مارمور، اندره (۱۳۹۹)، فلسفه حقوق، ترجمه سعید عابدی، تهران: نگاه معاصر، چ دوم.
۱۱. معین، محمد (۱۳۸۶)، فرهنگ معین، دوره دوجلدی، گردآوری عزیزالله علیزاده، تهران: ادنا، چ چهارم، ج ۱.
۱۲. مهرپور، حسین (۱۳۷۶)، «تأملی در تفسیر شورای نگهبان از تفسیر قانون»، مجله قضایی

و حقوقی دادگستری، دوره ۶۱، ش ۱۹-۲۰، ص ۳۹-۵۴.

۱۳. هارت، هربرت (۱۳۹۵)، مفهوم قانون، ترجمه محمد راسخ، تهران: نی.

۱۴. هاشمی، سید محمد (۱۳۹۸)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران-حاکمیت و

نهادهای سیاسی، تهران: میزان، چ بیست و نهم، ج ۲.

ب) انگلیسی

1. Aquinas, Saint Thomas; Summa Theologica, 1947
2. Barak, Aharon (2005) Purposive Interpretation in Law, London: Princeton University Press Publishing
3. Bix, Brian (2010) (A Companion to the Philosophy of Law and Legal Theory, Article: Natural Law Theory, Blackwell Publishing
4. Fuller, Lon. L (1964) The Morality of Law, Virginia: Yale University Publishing Ltd
5. Goldin, M. P& W.A. Emundson (2005) The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory: Blackwell Publishing
6. Merriam Webster's new world dictionaries (1984)
7. Raz, Joseph (1985); Authority and Justification, Philosophy & Public Affairs, Vol.14, No.1 (Winter 1985), pp.3-29.

References

1. Aquinas, Saint Thomas; Summa Theologica, 1947
2. Asghari-Shourestani, Mohammadza (2016) Sharhe Mabsoote Ghanoon-e-Asasi - Description of the Seventy-third Article of the Constitution, Research Report, Tehran: Guardian Council Research Institute Publications
3. Babaei Mehr, Ali (2008), Interpretation and its Principles and Foundation in Public Law, Private Law Quarterly, 6th year, 14th issue, spring and summer (2018), pp. 167-196
4. Barak, Aharon (2005) Purposive Interpretation in Law, London: Princeton University Press Publishing
5. Bix, Brian (2010) (A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory, Article: Natural Law Theory, Blackwell Publishing
6. Fuller, Lon. L (1964) The Morality of Law, Virginia: Yale University Publishing Ltd
7. Goldin, M. P& W.A. Emundson (2005) The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory: Blackwell Publishing
8. Hart, Herbert (2015) The Concept of Law, translated by Mohammad Rasakh, Tehran: Nashre Ney.
9. Hashemi, Seyyed Mohammad (2018), Hoghooghe Asasi Jomhuri Eslami Iran, Hakemiat va Nahadhaye Siasi, Tehran: Mizan Publications, 29th edition, Volume II.

10. Jafari Langroudi, Mohammad Jaafar (2015) Legal encyclopedia, Tehran: Ganj Danesh Publications, second edition, second volume.
11. Jafari Langroudi, Mohammad Jaafar (2018) Legal Terminology, Tehran: Ganj Danesh Publications, 31st edition.
12. Kaabi, Abbas Ali (2018) Tahlil Mabani Nezam Jomhouri Eslami Iran, Tehran: Guardian Council Research Institute Publications, Volume 1.
13. Katouzian, Nasser (2010) Hoghooghe Enteghali, Tehran: Mizan Publications, second edition.
14. Katouzian, Nasser (2014) Kolliate Hoghoogh, Tehran: Mizan Publications, 4th edition.
15. Katouzian, Nasser (2016) E'etebare Amr-e- Ghezavat Shode, Tehran: Mizan Publications, 10th edition.
16. Khodaprasti, Farajullah (1997), A Comprehensive Dictionary of Synonyms and Antonyms in Persian Times, Shiraz: Daneshnameh Fars Publications
17. Marmor, Andre (2019) Philosophy of Law, translated by Saeed Abedi, Tehran: Contemporary Perspective, second edition.
18. Mehrpour, Hossein (1997) Ta'amoli dar Tafsire Shoraye Negahban az Tafsire Ghanoon, Judicial and Legal Journal of Justice, Volume 61, Number 19-20, pp. 39-54
19. Merriam Webster's New World Dictionaries (1984)
20. Moin, Mohammad (2007) Farhang Moin, two-volume course, compiled by Azizullah Alizadeh, Tehran: Edna Publications, 4th Edition, 1st volume.
21. Rahimi, Fathullah and Sadegh Mentinejad and Mehri Haghighi (2019) Jaygahe Tafsire Mozayyaghe Ghavanin dar Hoghooghe Omoomi, Financial Knowledge Quarterly, fourth year, number 14, winter 2019, pp. 5-21
22. Raz, Joseph (1985); Authority and justification, Philosophy & Public Affairs, Vol.14, No.1 (Winter 1985), pp.3-29
23. Safipuri, Abdul Rahim bin Abdul Karim (2017); Mentehi al-Arab fi Gahat al-Arab, translated by Alireza Hajian Nejad, published by: Sokhn, volume three.
24. Taghizadeh, Javad and Hassan Banshi (2014) Hodoode Salahiate Majlese Shoraye Eslami dar Maghame Tafsire Ghanoon az Manzare Shoraye Negahban, two quarterly journals of legal knowledge, fourth year, autumn and winter, 2014, pp. 1-22.

صلاحیت دادستانی کل کشور در احیای حقوق عامه؛ مطالعه موردی تحریم‌های یکجانبه آمریکا

حسین خلف رضائی^{۱*}، محمد مقدمی^{۲**}

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۴/۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۱/۳۰

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: 10.22034/qjplk.2022.1319.1275

چکیده

تحریم‌های یکجانبه آمریکا، ترجمان سیاستی خصمانه در روابط بین‌الدول و بی‌اعتنایی به حقوق بنیادین بشری از جمله حق بر حیات، سلامت و توسعه است که در حقوق بین‌الملل و حقوق اساسی کشورها شناسایی شده و سازوکارهایی برای تضمین و حمایت از آنها پیش‌بینی شده است. در نظام ایران نیز این موارد در چارچوب حقوق عامه شناسایی شده که قوه قضاییه و دادستانی کل رسالتی ذاتی در احیای این حقوق ایفا می‌کنند. دادستان کل کشور این کارویژه را حسب مورد مستقیماً اجرا کرده یا از طریق مراجع ذی‌صلاح پیگیری و نظارت می‌کند. این مقاله با جست‌وجو در حقوق ایران و با رویکردی توصیفی-تحلیلی به این نتیجه رهنمون شده که تحریم‌های یکجانبه آمریکا ناقض حقوق بین‌الملل و حقوق اساسی شناخته شده در قانون اساسی ج.ا.ایران است. در نتیجه، دادستانی کل کشور به موجب وظایف خود باید در جهت احیای حقوق عامه و مقابله با ناقضان آن از طریق سازوکارهای مقرر و با هماهنگی و همکاری مراجع ذی‌ربط اقدام کند. این اقدامات می‌تواند در مراجع ملی و بین‌المللی و به طرفیت دولت آمریکا و افراد دخیل در این جرائم به عمل آید. در این زمینه اشخاص زیان‌دیده می‌توانند علیه آمریکا در دادگستری تهران طرح دعوا کنند. همچنین دیوان دآوری ایران-آمریکا و دیوان بین‌المللی دادگستری، مراجع بین‌المللی صالح برای رسیدگی به مسئولیت دولت آمریکا هستند.

واژگان کلیدی: تحریم‌های یکجانبه، حقوق عامه، حقوق بین‌الملل، دادستان کل کشور، دیوان بین‌المللی دادگستری، طرح دعوا.

۱. استادیار، گروه حقوق بین‌الملل عمومی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران

* Email: h.rezaei@ut.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

** Email: moghaddami.m@ut.ac.ir



مقدمه

پس از پیروزی انقلاب اسلامی، ایالات متحده راهبرد تهدید ظالمانه را علیه ملت ایران در پیش گرفت و به موجب این راهبرد، انواع فشارها از جمله فشارهای نظامی، اقتصادی و سیاسی را بر جمهوری اسلامی تحمیل کرده است. از جمله این فشارها که امروز بیشترین نمود و بروز را در جامعه ایران داشته است، می‌توان به تحریم‌های یکجانبه اشاره کرد که به ابزاری جایگزین برای مداخله نظامی یا سیاسی تبدیل شده است. در حقیقت، کشورهای توسعه‌یافته در راستای دستیابی به اهداف خود در کشورهای در حال توسعه از این ابزار استفاده می‌کنند. بروز و افزایش جدی این تحریم‌ها به‌ویژه در دوره فراگیری کووید ۱۹^۱ برخلاف موازین مسلم حقوق بین‌الملل، ملت ایران را از بسیاری حقوق و آزادی‌های اساسی خود محروم کرده است که به‌طور مشخص در قانون اساسی تحت عنوان «حقوق ملت» و «حقوق عامه» شناخته شده‌اند و بنابر اصل ۱۵۶ قانون اساسی، قوه قضاییه مسئولیتی ذاتی برای احقاق و احیای این حقوق یافته است. در این زمینه نقش دادستانی کل کشور به‌عنوان مدعی‌العموم و مدافع حقوق و منافع عمومی نقشی برجسته و شایان توجه دارد. این امر از جمله به دلالت ماده ۲۹۰ آیین دادرسی کیفری مورد تصریح قانونگذار قرار گرفته است. با این حال به دلیل وجود نواقصی که در ساختارها و رویه‌های موجود دیده می‌شود، تاکنون دادستانی کل اقدام مؤثری در این زمینه نداشته و نتوانسته است وظایف خود در این زمینه را اعمال کند.

در این خصوص سؤال اصلی که مطرح خواهد شد، اینکه مقام دادستانی با توجه به صلاحیت‌های تصریح‌شده در قوانین و مقررات جمهوری اسلامی ایران در احیای حقوق عامه از چه طریقی باید در راستای احیای حقوق و منافع جمهوری اسلامی ایران که به‌واسطه تحریم‌های یکجانبه سلب شده است، اقدام کند. لازمه پاسخ به این پرسش، تبیین احیای حقوق عامه و حدود صلاحیتی دادستان در احیای حقوق عامه است. همچنین لازم است موانع و قواعد طرح دعوا در محاکم بین‌المللی مبتنی بر نظام حقوق بین‌الملل و نظام مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها بررسی شود. از این‌رو در پژوهش پیش رو ابتدا به تبیین حقوق عامه و تحدید صلاحیت دادستان در تحقق این امر و سپس به سازوکارهای پیگیری و نظارت در مراجع بین‌المللی پرداخته شده است. در نهایت نیز با توجه به حدود صلاحیت دادستان در احیای حقوق عامه و منافع عمومی به بررسی تحریم‌های یکجانبه ایالات متحده و تعهدات نقض‌شده این دولت به‌واسطه اعمال تحریم‌های ظالمانه پرداخته شده و روش‌های طرح دعوا علیه دولت آمریکا از جمله طرح دعوا در محاکم بین‌المللی، تعقیب کیفری اشخاص دخیل در تحریم‌ها و در نهایت صلاحیت طرح دعوا در محاکم داخلی پرداخته شده است.

شایان ذکر است که در حوزه حقوق عامه آثار مکتوبی دیده می‌شود که به تبیین ماهیت و حدود صلاحیت‌های دادستان به‌عنوان مقام صالح در اعمال اختیارات و وظایف قوه قضاییه در احیای حقوق عامه پرداخته‌اند. از جمله این آثار می‌توان به مقاله نقش دادستان در صیانت از حقوق و آزادی‌های عمومی در حقوق کیفری ایران، همچنین مقاله الگوی احیای حقوق عامه با تحول در نظام هنجارها و ساختارهای قضایی اشاره کرد. با این حال نوآوری موجود در پژوهش پیش رو از حیث رویکرد منتقدانه به رویه‌های شکل‌گرفته و عدم بهره‌مندی از ظرفیت‌های موجود در نظام حقوقی ایران و طرح و بررسی شیوه‌های حقوقی پیگیری مسئله جرائم راجع به اموال، منافع و مصالح ملی است که به‌واسطه تحریم‌های گسترده و یکجانبه ایالات متحده خسارات گسترده‌ای را به ملت ایران وارد کرده است.

بر این اساس، در این مقاله، ابتدا به بررسی مفهوم «حقوق عامه» و سازوکار حقوقی احیای آن پرداخته شده، سپس جایگاه و امکان استناد به «احیای حقوق عامه» و نقش‌آفرینی دادستانی کل کشور به‌عنوان مرجع ذی‌ربط در خصوص تحریم‌های یک‌جانبه آمریکا علیه جمهوری اسلامی ایران مورد بحث و بررسی قرار گرفته است.

۱. مفهوم «حقوق عامه» و سازوکار احیای آن

۱-۱. مفهوم «حقوق عامه»

با این پیش‌فرض که احیای حقوق عامه باید در چارچوب قوانین و مقررات و از طریق صلاحیت‌های مقرر در نظام حقوقی انجام گیرد، لازمه اعمال این صلاحیت ایجاد نظام و ساختار مشخص در قوانین و مقررات است. با این حال یکی از مشکلات اصلی خلأ تقنینی در زمینه احیای حقوق عامه است که ابهامات مفهومی در این زمینه را نیز به همراه داشته است. بنابراین یکی از تعاریف قابل قبولی که در این زمینه مطرح شده است: «حقوق عامه مجموعه حقوق و آزادی‌های مشروع منبعت از موازین اسلامی و الزامات قانونی است که دولت طبق اصل سوم نسبت به آن‌ها متعهد است و قوه قضاییه ملزم به احیای آن و برخورد با ناقضان است» (غمامی، ۱۳۹۷: ۷۷).

اما به‌نظر می‌رسد این تعریف به‌صورت کامل پاسخگوی ابهامات موجود نیست؛ از این‌رو در راستای دستیابی به تعریف دقیق و تحدید صلاحیت قوه قضاییه در احیای حقوق عامه، تبیین مفهوم اصطلاحی «حقوق عامه» لازم می‌آید. در این خصوص دو رویکرد کلی مفهومی را می‌توان فرض کرد. در رویکرد اول حقوق عامه محدود می‌شود به حق‌های عمومی و همگانی که ذی‌نفع آن کل جامعه خواهد بود. از جمله مصادیق این حقوق می‌توان به اصل ۴۵ قانون

اساسی در خصوص اموال و ثروت‌های عمومی و اقدام حکومت در استفاده از آن برای تأمین مصالح عامه اشاره کرد. همچنین اصل ۵۰ قانون اساسی در خصوص حفاظت از محیط زیست و اصل ۷۳ قانون اساسی در خصوص بناها و اموال عمومی نیز از این قسم است. مبتنی بر این رویکرد، تحریم‌های یکجانبه نهادها و ارگان‌های جمهوری اسلامی از جمله بانک‌ها که خسارات عمده‌ای به منافع عمومی و ملت ایران وارد کرده است، به‌عنوان مصادیقی تلقی خواهد شد که حقوق عامه را تضییع کرده‌اند.

با بررسی برخی از اصول قانون اساسی که به عباراتی چون «عامه» و «حقوق» پرداخته‌اند، «حقوق عامه» به معنای حقوق و منافع عمومی و همگانی به‌کار رفته است. این استنباط از آن حیث تقویت می‌شود که در لسان فقها و اندیشمندان اسلامی، «حقوق عمومی» همان حقوق عامه است. این نکته از آن جهت اهمیت پیدا خواهد کرد که فقها نقش مؤثری در نگارش قانون اساسی ایفا کرده‌اند (تنگستانی و همکاران، ۱۳۹۷: ۸۵).

در رویکرد دوم علاوه بر حقوق عمومی و همگانی در مواردی حقوق اشخاص نیز به‌عنوان حقوق عامه تلقی خواهد شد. از این منظر، حقوق عامه زمانی مصداق خواهد داشت که تعدد ذی‌نفعان بر گستره اعمال یا نقض حق بیفزاید یا اینکه اساساً حقوق نقض شده از جمله حقوق بنیادین اشخاص باشد. برای مثال نقض زنجیره‌های تأمین انسولین که زندگی بیماران دیابتی را در سراسر ایران به خطر انداخته است، از جمله حقوقی است که هرچند ذی‌نفع مستقیم آن اشخاص هستند نه جامعه؛ اما تعدد بالای ذی‌نفعان موجب می‌شود که مبتنی بر رویکرد دوم مصداقی از حقوق عامه تلقی شود. بدین ترتیب می‌توان حقوق عامه را علاوه بر حقوق و منافع عمومی و جمعی شامل حقوق و منافع فردی نیز دانست که البته آزادی‌های مشروع نیز بخشی از این حقوق به‌حساب می‌آیند (دشتی و همکاران، ۱۳۹۷: ۱۴۶).

در راستای تحدید صلاحیت قوه قضاییه در احیای حقوق عامه باید به این نکته توجه کرد که ارائه هرگونه تفسیری از مفاهیم «حقوق عامه» و «احیا»، به ابزارهای قانونی در اختیار قوه قضاییه بستگی دارد. از این رو صلاحیت قوه قضاییه در احیای حقوق عامه نباید داخل در صلاحیت سایر قوا و نهادهای حکومتی باشد. از این رو قوه قضاییه با استناد به اصل ۱۵۶ نمی‌تواند وارد حوزه تقنینی و یا اجرایی شود، حتی اگر احیای حقوق عامه مستلزم وضع قوانین و مقررات یا ایجاد ساختارهای اجرایی شود (تنگستانی و همکاران، ۱۳۹۷: ۸۶). در نتیجه باید به این نکته توجه شود که نمی‌توان از حقوق عامه چنان تفسیری موسع ارائه کرد که حقوقی را در برگیرد که در صورت عدم تحقق آن‌ها قوه قضاییه توان احیای آن حقوق را دارا نباشد.

به‌منظور رفع ابهامات موجود در خصوص صلاحیت احیای حقوق عامه، رئیس وقت قوه

قضایه با اتخاذ رویکردی میانه در بند «الف» ماده ۱ «دستورالعمل نظارت و پیگیری حقوق عامه» (مصوب ۱۳۹۷) به تعریف اصطلاح حقوق عامه پرداخته است. بر این اساس، «حقوق عامه، حقوقی است که در قانون اساسی، قوانین موضوعه و یا سایر مقررات لازم‌الاجرا، ثابت است و عدم اجرا یا نقض آن، نوع افراد یک جامعه مفروض مانند افراد یک شهر، منطقه، محله و صنف را در معرض آسیب یا خطر قرار می‌دهد یا موجب فوت منفعت یا ضرر یا سلب امتیاز آنان می‌شود، از قبیل آزادی‌های مشروع، حقوق زیست‌محیطی، بهداشت و سلامت عمومی، فرهنگ عمومی و میراث فرهنگی، انفال، اموال عمومی و استانداردهای اجباری». مبتنی بر این تعریف تحریم‌های یکجانبه، بدون تردید موجبات فوت منافع و ایراد خسارات گسترده‌ای را بر اموال عمومی، بهداشت و سلامت عمومی وارد کرده است، از این‌رو تحریم‌های یکجانبه را باید مصداقی از نقض حقوق عامه دانست.

در خصوص واژه «احیا» نیز شایان ذکر است که این اصطلاح وضعیتی را به ذهن متبادر می‌کند که تحقق و ایفای حقوق مصرح در قانون اساسی، قوانین موضوعه و سایر مقررات لازم‌الاجرا در زمان مناسب و به صورت کامل صورت نگرفته است (تنگستانی و همکاران، ۱۳۷۰: ۷۸). از این‌رو این صلاحیت را می‌توان پسینی دانست، از این‌رو عمده صلاحیت قوه قضاییه از حیث احیا، نظارت و پیگیری خواهد بود؛ در نتیجه محدود کردن عملکرد قوه قضاییه به نظارت و پیگیری، استنباط می‌شود که تنها در مواردی که صلاحیت قوه قضاییه ابتدایی باشد، ابتکار عمل برای این قوه قابل تصور خواهد بود.

۲-۱. سازوکار احیای حقوق عامه

قانون اساسی در ذیل اصل ۱۵۶ موارد پنج‌گانه‌ای^۳ را به‌عنوان وظایف اصلی قوه قضاییه برشمرده است. در خصوص هریک از این وظایف نظام دادرسی و قوانین مربوطه تدوین یافته و اصلاحات متعددی نیز به‌منظور هرچه بهتر شدن عملکرد قوه قضاییه در راستای تضمین عدالت اجتماعی صورت گرفته است. با این حال، «احیای حقوق عامه و گسترش عدل و آزادی‌های مشروع» به‌عنوان یکی از کارویژه‌های مذکور در این اصل، همواره با ابهام روبه‌رو بوده و همچنان رویه ثابتی در اجرای آن شکل نگرفته است. البته آیین دادرسی کیفری به برخی ابعاد احیای حقوق عامه پرداخته است، اما ابهامات موجود در خصوص مفهوم احیای حقوق عامه و سازوکار اعمال آن مرتفع نشده است. از این‌رو اصلی‌ترین مسئله قوه قضاییه در شرایط کنونی در خصوص احیای حقوق عامه عمدتاً به خلأ نظام حقوقی در بیان وظایف و مسئولیت‌های دادستان مربوط می‌شود (دشتی و همکاران، ۱۳۹۷: ۱۵۲).

این نکته نیز حائز اهمیت است که اصل ۱۵۶ در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بدون پرداختن به ابعاد مختلف بند ۲ با ۵۰ رأی موافق و سه رأی ممتنع و بدون هیچ مخالفتی به تصویب رسیده است (مشروح مذاکرات: ۱۵۸۴). از این رو به نظر می‌رسد عدم اهتمام لازم قانونگذار در تبیین این مفهوم در متروک ماندن آن بی‌تأثیر نبوده است. در نظام قضایی جمهوری اسلامی ایران، دادستانی کل کشور عهده‌دار وظایفی از جمله حفظ حقوق عامه، نظارت بر اجرای قوانین، تفتیش و تعقیب جرائم، نظارت بر جریان امور و اعلام جرم در صورت مشاهده تجاوزات از حدود و اختیارات در سطوح مختلف اجتماعی شده است (معظمی و کاظم‌زاده، ۱۳۹۹: ۳۲). به‌طور خاص در موضوع مورد بحث حاضر، مواد ۲۲، ۲۹۰ و ۲۹۳ آیین دادرسی کیفری به «حفظ حقوق عمومی»، «حقوق عمومی» و «حقوق عامه» اشاره کرده است. با این حال، مسئله اصلی عدم پرداختن به چیستی و ماهیت این مفهوم در قوانین موضوعه است، از این رو این موضوع در دستورالعمل اجرایی دادستان کل کشور (مصوب ۱۳۹۵) و پس از آن در دستورالعمل رئیس قوه قضاییه (مصوب ۱۳۹۷) مطمح نظر قرار گرفته است.

شایان ذکر است که صریح‌ترین مقرر قانونی در بیان صلاحیت دادستانی کل کشور در احیای حقوق عامه، ماده ۲۹۰ آیین دادرسی کیفری است که به موجب آن «دادستان کل کشور مکلف است در جرائم راجع به اموال، منافع و مصالح ملی و خسارات وارده به حقوق عمومی که نیاز به طرح دعوی دارد، از طریق مراجع ذیصلاح داخلی، خارجی و یا بین‌المللی پیگیری و نظارت نماید». به دلیل ابهامات موجود در اصطلاحات به‌کاررفته در این ماده، دادستانی کل وقت با صدور «دستورالعمل نحوه نظارت و پیگیری حقوق عامه» (مصوب ۱۳۹۵/۰۱/۱۷) گامی در راستای اجرایی کردن تکالیف مقرر در قوانین و مقررات حوزه صیانت از حقوق عامه برداشته است.

ماده ۱۴ این دستورالعمل، در مقام تعیین مصادیقی که می‌تواند به نقض حقوق عامه در سطح بین‌المللی منجر شود، سه دسته از جرائم را ذکر کرده است که عبارت‌اند از: «الف) جرائم ارتكابی علیه امنیت، استقلال، تمامیت ارضی، اموال و منافع یا مقامات دولت جمهوری اسلامی ایران.

ب) جرائم ارتكابی علیه اتباع ایران به شکل گسترده یا سازمان‌یافته در خارج از کشور.
ج) هرگونه اقدام منجر به ایراد خسارت مادی یا معنوی نسبت به حقوق عمومی یا منافع ملی در خارج از کشور اعم از اینکه منتهی به طرح دعوی شده یا نشده باشد.»

بنابر بند «ب» این مقرر، در مواردی که حقوق اتباع ایران در کشوری دیگر به صورت گسترده یا سازمان یافته مورد تجاوز و تعدی قرار گیرد، دادستانی کل در راستای احقاق و صیانت از حقوق عامه اقدام به پیگیری دعوا یا نظارت بر عملکرد مراجع ذیصلاح داخلی، خارجی یا بین‌المللی می‌کند. این نکته حائز اهمیت است که ایفای چنین نقشی لزوماً وابسته به طرح دعوا از سوی شاکی خصوصی نبوده و اغلب مجنی علیه در این موارد از نقشی تبعی برخوردار است (طحان نظیف، ۱۳۹۷: ۹۵).

با توجه به «دستورالعمل نظارت و پیگیری حقوق عامه» (مصوب ۱۳۹۷ رئیس قوه قضاییه) می‌توان دریافت که ایفای مأموریت احیای حقوق عامه از سوی دادستانی کل کشور در دو حالت قابل بررسی است:

۱. اقدام تعقیبی در محاکم داخلی صورت می‌پذیرد که دادستانی کل در این فرض نقشی مستقیم و مؤثر ایفا می‌کند؛^۴
۲. اقدام و پیگیری حقوقی می‌بایست در مراجع قضایی خارجی یا بین‌المللی صورت گیرد که دادستانی کل نقشی با واسطه ایفا می‌کند.^۵

۲. ارزیابی تحریم‌های یکجانبه آمریکا از منظر حقوق عامه

پیروزی انقلاب اسلامی و شکست اهداف ایالات متحده در منطقه آسیای غربی و به دنبال آن قدرت یافتن جمهوری اسلامی، موجب شد ایالات متحده از همان سال‌های ابتدایی انقلاب راهبرد تهدید زورمدارانه را علیه ملت ایران در دستور کار خود قرار دهد و در راستای این راهبرد انواع فشارها از جمله فشارهای اقتصادی را بر جمهوری اسلامی تحمیل کند. از این رو دولت آمریکا به واسطه اقدامات یکجانبه‌ای همچون وضع تحریم‌های یکجانبه و نقض مصونیت قضایی دولت به دفعات ملت ایران را مورد تهدید و تحریم قرار داده است. این در حالی است که به موجب منشور ملل متحد، تحریم تنها به عنوان سازوکاری نهادین برای وادار کردن دولت متخلف به رعایت تعهدات خود است و شرایط آن در فصل هفتم منشور بیان شده است و از این رو تحریم اقتصادی یکجانبه یا حتی به صورت دسته‌جمعی توسط دولت‌های عضو ملل متحد ناقض منشور تلقی می‌شود (ممتاز، ۱۳۷۶: ۲۱). علاوه بر این کمیسیون حقوق بین‌الملل، فشار شدید اقتصادی یا سیاسی را که برای به مخاطره افکندن تمامیت ارضی یا استقلال سیاسی دولت‌ها صورت گیرد، از جمله اقدامات متقابل غیرقانونی محسوب کرده است.^۶ این مهم در قطعنامه‌های متعددی از جمله قطعنامه‌های ۱۹۹۱/RES/46/210^۷ و ۱۹۹۱/RES/38/152^۸ مورد تأکید مجمع عمومی قرار گرفته است.^۹

بی‌تردید تحریم‌های گسترده اقتصادی بسیاری از حقوق و آزادی‌های بشری را به مخاطره می‌افکنند. چنانکه کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی^{۱۰} در نظریه عمومی شماره ۸ (۱۹۹۷) با عنوان «ارتباط میان تحریم‌های اقتصادی و رعایت حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی»، تحریم‌های اقتصادی را در قریب به اتفاق موارد، چالشی قابل توجه بر حقوق شناخته‌شده در میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی دانسته است که اغلب به‌طور جدی توزیع مایحتاج خوراکی، پزشکی و دارویی و اصول بهداشتی را با مشکل مواجه می‌سازند.^{۱۱} به همین ترتیب، کنترل واردات یک کشور بیشترین صدمه را به اقتصاد یک ملت وارد ساخته و رشد اقتصادی را به شدت کند می‌سازد.^{۱۲} اگرچه کالاهای بشردوستانه مانند محموله‌های خوراکی، یا دارویی از تحریم استثنا خواهند بود، اما در جایی که دارایی‌های خارجی برای واردات این اقلام در دسترس نباشد، مثلاً حساب‌های بانکی خارجی مسدود شده باشد، این استثنا عملاً بی‌نتیجه خواهد بود.^{۱۳} ارتباط سلامتی مردم یک کشور با وضعیت اقتصادی آن کشور درهم‌تنیده و بهم‌وابسته است. تحت فشار قرار دادن اقتصاد یک کشور با وضع تحریم، نه تنها توسعه و پیشرفت اقتصادی آن کشور را مختل می‌سازد، بلکه سلامت آحاد ملت و شهروندان آن کشور را نیز به مخاطره می‌افکند^{۱۴} و طبعاً، تحریم‌هایی که افراد را از حق بر حیات و شرایط زیستی محروم کنند، نمی‌توانند مشروع تلقی شوند^{۱۵} (خلف رضایی، ۱۳۹۴: ۱۲۰).

در گزارش مؤسسه «مت»^{۱۶} در مورد وضعیت ایران آمده است تحریم‌های گسترده اقتصادی ایالات متحده که به محدودیت‌های شدید بانکی منجر شده، توانایی جمهوری اسلامی ایران را در تأمین مالی و واردات کالاهای بشردوستانه از جمله داروها و تجهیزات پزشکی به شدت محدود کرده است. از این‌رو تلاش‌های ایران برای مبارزه با بیماری همه‌گیر کووید-۱۹ به شدت تحت تأثیر تحریم‌های ایالات متحده قرار گرفته است و بیماران ایرانی بیشترین هزینه را در این خصوص متحمل شده‌اند.^{۱۷}

در گزارشی دیگری از «گزارشگر ویژه در مورد تأثیر منفی اقدامات اجباری یکجانبه در استفاده از حقوق بشر»^{۱۸} آمده است: دولت ایران با موانع خرید تجهیزات پزشکی و دارویی از جمله بی‌هوشی، تنفسی، آندوسکوپی و سایر تجهیزات وابسته به داروسازی، و نتیل‌تورها، سی‌تی.اسکنرها، آزمایش‌ها، کیت‌های محافظ و بسیاری موارد دیگر مواجه بوده است که این موانع ناشی از لغو معاملات بین تولیدکنندگان و دولت ایران و همچنین شرکت‌های هدف و در نهایت به دلیل ترس از تحریم‌های ثانویه بوده است. در این گزارش به‌صراحت بیان شده است که پس از آنکه ایالات متحده ۱۸ بانک ایرانی را در ۸ اکتبر به فهرست تحریم اضافه کرد، ایران از خرید دارو، تجهیزات پزشکی و غلات از شرکت‌های اروپایی منع شد. علاوه بر این،

تحریم‌های یکجانبه آمریکا موجب شده است که نقض زنجیره‌های تأمین انسولین زندگی بیماران دیابتی را در سراسر ایران به خطر بیندازد.^{۱۹} بنابر آنچه گذشت، بی‌تردید تحریم‌های یکجانبه ایالات متحده ناقض حقوق اساسی ملت و به تعبیر دیگر، «حقوق عامه» هستند و از این رو، در ادامه به بررسی امکان و سازوکارهای مقابله و پیگیری حقوقی این اقدامات متخلفانه می‌پردازیم.

۳. امکان و نحوه پیگیری تحریم‌های یکجانبه آمریکا توسط دادستانی کل کشور

از جمله مهم‌ترین وظایف مقام دادستانی در حقوق داخلی بسیاری از کشورها از جمله جمهوری اسلامی ایران، «تعقیب کیفری» است که در ماده ۱۱ قانون آیین دادرسی کیفری به آن تصریح شده است (خالقی، ۱۳۹۷: ۳۹). در نظریه مشورتی شماره ۱۲۰۷/۱۲۰۷/۹۴/۷ مورخ ۱۳۹۴/۰۵/۱۴ اداره حقوقی قوه قضاییه نیز که به تفصیل در بخش قبلی به آن پرداخته شد، مطرح شده است که مقصود از پیگیری، تعقیب کیفری جرائم، مانند اعلام جرم به مراجع ذی‌ربط و تعقیب حقوقی مانند تقدیم دادخواست در موارد ورود خسارت است. بدین ترتیب به موجب قانون آیین دادرسی کیفری مرجع صالح تعقیب کیفری موضوع ماده ۲۹۰ نیز دادستان است. اما سؤالی که در این خصوص مطرح است اینکه با فرض نقض حقوق عامه به واسطه تحریم‌های یکجانبه، دادستان چه سازوکارهایی برای پیگیری و نظارت - به عبارت دقیق‌تر «تعقیب کیفری» - در مراجع بین‌المللی را باید رعایت کند. به عبارت دیگر چه سازوکارهایی برای پیگیری این امر برای دادستان وجود دارد تا بدین طریق احقاق حقوق عامه تحقق یابد. به موجب ماده ۲۹۰ آیین دادرسی کیفری که به تفصیل در بخش اول به آن پرداخته شد، دادستان به پیگیری و نظارت از طریق مراجع ذی‌صلاح داخلی، خارجی یا بین‌المللی در جرائم راجع به اموال، منافع و مصالح ملی و خسارات وارده به حقوق عمومی که نیاز به طرح دعوا دارد، مکلف شده است. از این رو در مسئله تحریم‌های اقتصادی ایالات متحده آمریکا علیه جمهوری اسلامی ایران با توجه به نقض جدی حقوق عامه و همچنین خسارات گسترده و جبران‌ناپذیری که بر منافع و مصالح ملی و حقوق عمومی وارد شده است، دادستان موظف است اقدام به تعقیب کیفری نسبت به دولت‌ها و اشخاص دخیل در این تحریم‌های ظالمانه کند. از این رو در ادامه به طرق حقوقی پیگیری و نظارت در محاکم داخلی و بین‌المللی با لحاظ تمامی محدودیت‌ها و موانع پرداخته شده است.

۳-۱. پیگیری در مراجع قضایی داخلی

در خصوص اقدام قضایی علیه اقدامات تحریمی دولت آمریکا در محاکم داخلی، با توجه به اصل مصونیت قضایی دولت‌ها نزد محاکم خارجی که اصلی مسلم در حقوق بین‌الملل به حساب می‌آید، رسیدگی قضایی علیه دولت خارجی را با مانعی جدی مواجه می‌سازد. با این حال نظام مسئولیت بین‌المللی، حق دولت زیان‌دیده برای توسل به اقدامات متقابل را به رسمیت شناخته است. شایسته ذکر است که اقدام متقابل صرفاً به منظور وادار کردن دولت متخلف به توقف یا جبران خسارت دولت زیان‌دیده به کار گرفته می‌شود (مشهدی و رشیدی، ۱۳۹۹: ۷۱).

با توجه به اینکه دولت آمریکا با بدعتی آشکار اصل مزبور را در قبال ایران نادیده گرفته و دعوی واهی اشخاص آمریکایی علیه دولت ایران را مسموع دانسته است؛ دولت ایران نیز در مقام اقدام متقابل، مبادرت به تصویب «قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به دعاوی مدنی علیه دولت‌های خارجی» مصوب ۱۳۹۰ کرده است و به موجب آن، طرح دعوی مدنی علیه دولت آمریکا در زمینه «خسارات ناشی از هرگونه اقدام و فعالیت دولت‌های خارجی در داخل یا خارج ایران که مغایر با حقوق بین‌الملل است و منجر به فوت یا صدمات بدنی یا روانی یا ضرر و زیان مالی اشخاص می‌گردد» (وفق بند «الف» ماده ۱) را پذیرفته و رسیدگی به این دعوی را در صلاحیت دادگستری تهران قرار داده است.

به موجب ماده ۷ این قانون، «دعوی علیه نمایندگان یا مقامات یا نهادهای وابسته یا تحت کنترل دولت خارجی» را نیز با رعایت اصل عمل متقابل و در خصوص خسارات ناشی از اقدامات موضوع این قانون مسموع و قابل رسیدگی دانسته است؛ از این رو بدون تردید طبق قانون مذکور، تمامی اشخاص حقیقی و حقوقی زیان‌دیده از تحریم‌های غیرقانونی ایالات متحده از امکان طرح دعوی علیه دولت آمریکا و مطالبه خسارات وارده در محاکم جمهوری اسلامی ایران برخوردارند.

با توجه به «قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به دعاوی مدنی علیه دولت‌های خارجی» مصوب ۱۳۹۰ و ماده ۲۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری، دادستان می‌تواند به منظور پیگیری و نظارت بر دعاوی در خصوص تحریم‌ها و همچنین اشخاص دخیل در ایراد خسارات گسترده به منافع ملی از طریق تحریم‌های یکجانبه آمریکا در دادگستری تهران، اقدامات مقتضی را اتخاذ کند.

۳-۲. پیگیری در مراجع قضایی بین‌المللی

پیگیری و نظارت بر جرائم منافی حقوق عامه که بیشتر به ابعاد مختلف آن پرداخته شد، برای تحقق، نیازمند طی سازوکارهای قانونی است و صلاحیت‌های دادستان نیز تنها در

چارچوب‌های قانونی و سازوکارهای رسمی قابل تحقق است. علاوه بر این، دادستانی یک نهاد داخلی است و وظایف و صلاحیت‌های آن نسبت به مراجع داخلی به صورت جزئی و دقیق در قوانین و مقررات ذکر شده است؛ اما در خصوص طرح دعاوی در مراجع بین‌المللی بدون تردید، سازوکارهای متفاوتی نسبت به حقوق داخلی وجود دارد که تاکنون این سازوکارها در خصوص اعمال صلاحیت‌های دادستان به طور کامل به کار نرفته است و به نوعی می‌توان اعمال این سازوکارها را خلاف رویه و امری غریب در نظام حقوقی ایران تلقی کرد. از این رو در راستای تبیین درست این مطلب باید علاوه بر صلاحیت‌های دادستان، به اصول دادرسی بین‌المللی نیز مراجعه کرد.

نکته حائز اهمیتی که در این مجال باید به آن تأکید شود، مسئله پیگیری جرائم منافی حقوق عامه در مراجع قضایی بین‌المللی با توجه به چارچوب وظایف و اختیارات دادستان است. در حقیقت همان‌طور که گفته شد، در حقوق داخلی صلاحیت‌های دادستان تا حد چشمگیری تبیین شده است؛ اما در بعد بین‌المللی مسئله و پیگیری جرائم منافی حقوق عامه در محاکم بین‌المللی و مجازات اشخاص دخیل در آن، نمایندگی دولت - به معنای اعم - در عرصه بین‌المللی بر عهده قوه مجریه قرار داده شده است و جایگاه قوه قضاییه و به طور خاص دادستان در این زمینه با ابهامات فراوانی همراه است.

به این ابهام به صورت تفصیلی در بخش سازوکارهای احیای حقوق عامه پاسخ داده شد؛ بدین صورت که اقدام و پیگیری حقوقی در مراجع قضایی خارجی یا بین‌المللی باید به نحوی صورت پذیرد که دادستانی کل در آن نقشی با واسطه ایفا کند. ماده ۱۸ دستورالعمل ۱۳۹۵ نیز در تأیید این نکته بر طریقت وزارت امور خارجه برای پیگیری و اعمال نظارت دادستان کل تصریح نموده است. علاوه بر این ماده ۹ دستورالعمل نظارت و پیگیری حقوق عامه مصوب ۱۳۹۷ رئیس قوه قضاییه نیز بر این مهم تصریح دارد. بدین ترتیب دادستان کل به موجب قوانین و مقررات مطروحه، مسئولیت پیگیری و نظارت بر جرائم منافی حقوق عامه از جمله تحریم‌های ظالمانه علیه جمهوری اسلامی ایران را بر عهده دارد و به منظور ایفای این مسئولیت در مراجع بین‌المللی لزوماً باید از سازوکارها و طرق موجود در حقوق داخلی استفاده کند و هماهنگی و مراجعه به مراجع ذی‌ربط از جمله وزارت امور خارجه را در دستور کار خود قرار دهد.

۳-۲-۱. طرح دعوا علیه دولت آمریکا در محاکم بین‌المللی

نبود یک قدرت فائده که همچون قوه قضاییه در حقوق داخلی بتواند بر اختلافات بین‌المللی رسیدگی قضایی اجباری کند، موجب شده است که قواعد متفاوتی در زمینه

حل و فصل اختلافات بین‌المللی به وجود آید. در این میان دو اصل کلی حقوقی که در حل و فصل اختلافات بین‌المللی مطرح است، عبارت‌اند از: «اصل حل و فصل مسالمت‌آمیز اختلافات بین‌المللی» و «اصل اختیاری بودن حل و فصل اختلافات بین‌المللی».^{۲۰} این اصول در اسناد بین‌المللی بازتاب گسترده‌ای داشته است که از جمله این اسناد می‌توان به منشور ملل متحد و اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری اشاره کرد.

در بند ۳ ماده ۲ منشور ملل متحد تصریح شده است: «تمامی دولت‌های عضو باید اختلافاتشان را از طریق شیوه‌های مسالمت‌آمیز حل و فصل کنند به گونه‌ای که صلح و امنیت بین‌المللی و عدالت به خطر نیفتند».^{۲۱} اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در ماده ۳۶ اصل اختیاری بودن حل و فصل اختلاف را تبیین کرده است.^{۲۲} در حقیقت به موجب این دو اصل سازوکار طرح دعاوی بین‌المللی به روش‌های مسالمت‌آمیز و مواردی که رضایت طرف‌های اختلاف مبنی بر حل و فصل اختلافات وجود داشته باشد، محدود شده است.^{۲۳} به این ترتیب در نظام حقوق بین‌الملل دولت‌ها ملزم به حل و فصل اختلافاتشان نیستند، بلکه تنها موظف‌اند اختلافاتشان را در صورت تمایل به برطرف کردن به صورت مسالمت‌آمیز و صلح‌آمیز حل و فصل کنند. برای صلاحیت یک دادگاه بین‌المللی، کشورهای مورد اختلاف باید با صدور اعلامیه صلاحیت آن دادگاه در رسیدگی به اختلاف را اعلام کنند (Aust, 2010, 401). در این زمینه کمیسیون حقوق بین‌الملل ذیل ماده ۴۲ طرح مسئولیت بین‌المللی بیان کرده است: «به منظور استناد دولت از جانب خود به مسئولیت دولت دیگر باید حق خاصی برای چنین استنادی وجود داشته باشد نظیر اینکه دولت به موجب یک معاهده حق اقامه دعوا داشته باشد»^{۲۴} (ابراهیم گل: ۱۳۹۷: ۲۵۶).

در خصوص رضایت طرفین نیازی به شکل و قالب خاصی نیست و در شرایط خاص دیوان آن را از رفتار طرفین می‌تواند استنباط کند. برای مثال در پرونده کانال کورفو^{۲۵}، دادگاه از درخواست یکجانبه دولت شاکی (انگلستان) همراه با نامه‌نگاری‌های بعدی طرف دیگر اختلاف (آلبانی) رضایت طرف‌ها مبنی بر رسیدگی به اختلاف را استنباط کرده است (Shaw, 2003: 974).^{۲۶}

در نتیجه براساس آنچه بیان شد، دادستان برای پیگیری یک منفعت عمومی ضایع شده توسط دیگر کشورها لزوماً تنها در صورتی می‌تواند اقدام به طرح دعوا در محاکم بین‌المللی کند که مبنای صلاحیتی معتبری برای حل و فصل اختلاف مربوط در آن محاکم بین‌المللی در اختیار داشته باشد. از این رو در مسئله تحریم‌های یکجانبه دولت آمریکا، دادستان کل زمانی می‌تواند به دادخواهی اقدام کند که مبنای صلاحیتی لازم یا به عبارت دیگر رضایت ایالات متحده برای طرح این مسئله در دیوان بین‌المللی دادگستری یا هر مرجع بین‌المللی دیگر وجود داشته باشد.

«وجود اختلاف فقط آغاز کار است، زیرا دادگاه احتیاج به بررسی «موضوع واقعی ادعا» دارد و این با در نظر گرفتن نه تنها پرونده ارسالی بلکه به طور کلی درخواست‌ها، استدلال‌های متقاضی در دادگاه و سایر اسناد و مدارک ارسال شده امکان‌پذیر خواهد بود» (Shaw, 2003: 971) در این زمینه می‌توان نقش دادستان در جمع‌آوری اسناد و مدارک لازم برای اثبات ادعای طرح شده را قابل توجه دانست.

پرسش دیگری که در اینجا باید به آن پاسخ داده شود اینکه آیا صلاحیت دادستان در مواردی مثل تحریم‌های ظالمانه آمریکا که عنصر بین‌المللی نیز در پرونده دخیل است، قابل تسری است یا خیر. در این زمینه با توجه به اطلاق ماده ۲۹۰ و رأی مشورتی آن، همچنین با توجه به فقدان تأسیس یا تعیین نهاد دیگری برای ایفای این امر ضروری، لزوماً باید دادستان را بر این امر صالح دانست؛ اما آیا دادستان لزوماً باید رأساً به این مسئله بپردازد یا امکان همکاری و تعامل با سایر قوا و دستگاه‌های اجرایی وجود دارد؟ همان‌طور که اشاره شد، تصریح ذیل ماده ۹ «دستورالعمل نظارت و پیگیری حقوق عامه مصوب ۱۳۹۷ رئیس قوه قضاییه» مؤید امکان همکاری و مشارکت وزارت امور خارجه در امور مربوط به تعقیب و پیگیری است. بنابراین به موجب حقوق ایران نهاد دادستانی، مقام صالح در جمع‌آوری و ارائه مدارک، مستندات و ادله لازم به‌منظور پیگیری اختلافات دولت ایران و دولت ایالات متحده در خصوص تحریم‌های یکجانبه است؛ اما اینکه از طریق کدام نهاد یا دستگاه طرح دعوا صورت گیرد، موضوعیت ندارد و خدشه‌ای به صلاحیت‌ها و اختیارات دادستان وارد نمی‌کند. همان‌طور که بیان شد لازمه مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها، نقض تعهدی است که در زمان وقوع فعل متخلفانه لازم‌الاجرا باشد.

در زمینه نقض تعهد بین‌المللی ایالات متحده در مسئله تحریم‌های یکجانبه اقتصادی علیه ایران می‌توان به موارد اسناد و ادله ذیل اشاره کرد که هر کدام به‌نوعی بیانگر ظرفیت طرح اختلاف در محاکم بین‌المللی و بعضاً مبنای صلاحیتی این محاکم است:

- مغایرت تحریم‌ها با پاراگراف ۱۰ بیانیه الجزایر (۱۹۸۱)، در این بیانیه آمده است: «تمام تحریم‌ها و مجازات‌های اقتصادی و تجاری پس از نوامبر ۱۹۷۹ را لغو کرده و برقراری مجدد تحریم‌هایی مشابه را مجاز ندانسته است».
- نقض ماده ۱ بیانیه عمومی الجزایر به‌واسطه تحریم‌های که در آن مقرر شده است: «سیاست دولت آمریکا این است و از این پس نیز این چنین خواهد بود که به صورت مستقیم یا غیرمستقیم در امور داخلی ایران، از جمله امور سیاسی یا نظامی مداخله‌ای نکند».

• نقض اعلامیه ۱۹۷۰ مجمع عمومی ملل متحد در خصوص اصول حقوق بین‌الملل حاکم بر روابط دوستانه^{۲۷}، که تعهد دولت‌ها نسبت به خودداری از هرگونه اقدام قهری که مردم را از اصل حقوق برابر و حق تعیین سرنوشت و آزادی و استقلال آنان بازدارد، منع کرده و حق یک دولت یا جمعی از دولت‌ها را به مداخله مستقیم یا غیرمستقیم، در امور داخلی یا خارجی دولت دیگر نفی کرده و آن را در مغایرت کامل با حقوق بین‌الملل دانسته است.

• نقض عهدنامه مودت دولت آمریکا با دولت ایران (۱۹۵۵) که به موجب بند ۱ ماده ۱۰ آن، ایالت متحده، متعهد به برقراری آزادی تجارت و دریانوردی میان طرفین است و جواز تحصیل و انتقال اموال توسط اتباع طرفین دست‌کم در حدی که به اتباع دول ثالث به عمل می‌آید، در بند ۱ ماده ۵ مورد پذیرش قرار گرفته است. با خروج دولت ایالات متحده از عهدنامه مودت امروزه این عهدنامه برای طرفین لازم‌الاجرا تلقی نمی‌شود.

بنابر موارد مذکور، اقدام دولت آمریکا در تحریم دولت و برخی دولتمردان جمهوری اسلامی ناقض تعهدات این دولت بر اساس حقوق بین‌الملل عام و خاص بوده و دولت ایران به‌عنوان متضرر از این اقدامات از حق رجوع به روش‌های خاص حل‌وفصل اختلافات از جمله دیوان داوری ایران-آمریکا و دیوان بین‌المللی دادگستری برخوردار است. از طرف دیگر دولت ایران از حق کلی توسل به اقدامات متقابل نیز به موجب طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها برخوردار است (خلف رضایی، ۱۳۹۴: ۱۲۱). هم در دیوان داوری و هم در دیوان بین‌المللی دادگستری (ICJ) در این زمینه اقداماتی صورت گرفته است؛ از جمله این اقدامات می‌توان به طرح دعوا در دیوان بین‌المللی دادگستری در ۱۶ جولای ۲۰۱۸^{۲۸} اشاره کرد. در این دعوا جمهوری اسلامی ایران مدعی نقض عهدنامه مودت به‌واسطه تحریم‌های یکجانبه آمریکا بود. در این پرونده دیوان در ابتدا با پذیرش صلاحیت ظاهری خود اقدام به صدور دستور موقت علیه آمریکا در ۳ اکتبر ۲۰۱۸ می‌کند.^{۲۹} در نهایت در ۱۳ فوریه ۲۰۲۱ پس از رد ایرادات اولیه دولت ایالات متحده با پانزده رأی موافق در برابر یک رأی مخالف صلاحیت خود را برای رسیدگی به این اختلاف تأیید می‌کند.^{۳۰}

اما نکته حائز اهمیت و موضوع اصلی در پژوهش حاضر نقش مهم و تعیین‌کننده مقام دادستانی در پیگیری و نظارت به موجب قوانین و مقررات ایران است. بدین ترتیب با توجه به

آنچه بیان شد، مقام دادستانی از حیث احیای حقوق عامه موظف به پیگیری طرح دعوا علیه ایالات متحده در خصوص تحریم‌های یکجانبه با توجه به ظرفیت‌ها و طرق موجود در این عرصه است.

۱-۲-۳. تعقیب کیفری اشخاص دخیل در تحریم‌ها

در تحریم‌های یکجانبه دولت آمریکا علاوه بر مسئولیت بین‌المللی دولت، افراد دخیل در این تحریم‌ها نیز با توجه به خساراتی که به منافع و اموال و حقوق عامه وارد کرده‌اند و این افراد مستقیم یا غیرمستقیم در آن دخیل بوده‌اند. مقام دادستانی مکلف به تعقیب کیفری آن‌هاست. مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها فاقد جنبه کیفری است و مسئولیت کیفری در عرصه بین‌المللی صرفاً متوجه افراد خواهد بود؛ از این رو محاکم کیفری بین‌المللی مانند دیوان کیفری بین‌المللی (ICC) صرفاً به مسئولیت کیفری اشخاص حقیقی مرتکب جرائم بین‌المللی مبادرت خواهد کرد. به موجب ماده ۵ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، جرائم بین‌المللی که دیوان از صلاحیت رسیدگی به آن‌ها برخوردار است عبارت‌اند از: نسل‌کشی، جنایات علیه بشریت، جرائم جنگی و جنایت تجاوز.

از این میان، «جنایت علیه بشریت» که به موجب ماده ۷ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی به‌اجمال عبارت است از ارتکاب برخی اعمال در چارچوب یک تهاجم گسترده یا سازمان‌یافته بر ضد یک جمعیت غیرنظامی با علم به آن. این جرم بین‌المللی دیگر اعمال غیرانسانی را که منجر به صدمات و لطمات جبران‌ناشدنی و جدی بر جسم، ذهن یا سلامتی افراد شود نیز شامل می‌شود. در نتیجه، محتمل‌ترین عنوانی که می‌توان تحریم‌های ظالمانه آمریکا را بدان متصف دانست، «جنایت علیه بشریت» است.

شایان توجه اینکه دولت ونزوئلا، تحت همین عنوان از تحریم‌های یکجانبه ایالات متحده، علیه مقامات این کشور در دیوان کیفری بین‌المللی شکایت کرده که این شکایت در تاریخ ۱۳ فوریه ۲۰۲۰ در دفتر دادستانی دیوان کیفری بین‌المللی به ثبت رسیده است.^{۳۱} به موجب این شکایت دولت ونزوئلا مدعی است که دولت آمریکا از سال ۲۰۱۴ به‌واسطه تحریم‌های یکجانبه علیه مردم ونزوئلا، مرتکب جنایت علیه بشریت شده است. نکته حائز اهمیت در خصوص این شکایت پذیرش رسیدگی به این شکایت توسط دادستان دیوان کیفری بین‌المللی در ۱۹ فوریه ۲۰۲۰ است که به موجب آن با بررسی این شکایت موافقت کرده است.^{۳۲} با این حال رسیدگی دیوان کیفری بین‌المللی منوط به احراز صلاحیت دیوان است و این امر نیز صرفاً مبتنی بر پذیرش صلاحیت کلی یا موردی دیوان از سوی دولت متقاضی یا ارجاع پرونده از

سوی شورای امنیت ملل متحد است؛ در صورتی که در شرایط کنونی، هیچ‌یک از مبانی صلاحیتی مذکور در خصوص جمهوری اسلامی ایران وجود ندارد. از این رو باید این روش را در وضعیت کنونی اجرانشدنی دانست.

نتیجه‌گیری

تحریم‌ها امروزه به ابزار جایگزینی برای مداخله نظامی یا سیاسی تبدیل شده و در عمل، آثار و تبعات زیانبار آن‌ها قابل مقایسه و بعضاً ناگوارتر از نتایج جنگ‌های کلاسیک است. اقدامات ایالات متحده علیه دولت و ملت ایران، حتی در صورتی که در مقام اقدام متقابل باشد، مبتنی بر قواعد و مقررات بین‌المللی نبوده و به منزله وسیله‌ای نامشروع برای نیل به هدفی که مشروع جلوه داده شده است، ارزیابی می‌شود. تحریم‌های اقتصادی در عمل بسیاری از حقوق و آزادی‌های بشری را مخدوش یا مختل می‌کنند.

از جمله مهم‌ترین وظایف قوه قضاییه که در اصل ۱۵۶ به آن اشاره شده، احیای حقوق عامه است که با توجه به ساختار نظام قضایی جمهوری اسلامی ایران، دادستانی کل کشور به‌عنوان مقام صلاحیت‌دار در احیای حقوق عامه معرفی شده است که قانون آیین دادرسی کیفری در مواد مختلف خود از جمله مواد ۲۲، ۲۹۰ و ۲۹۳ به این صلاحیت تصریح کرده است. در همین زمینه، قانونگذار با عنایت به عوامل و شقوق مختلف ایراد خسارت به منافع عمومی، اعمال کارویژه احیای حقوق عامه از سوی دادستان کل کشور را حسب مورد نیازمند پیگیری و نظارت «از طریق مراجع ذی‌صلاح داخلی، خارجی و یا بین‌المللی» قلمداد کرده است (ماده ۲۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری). با این حال دادستانی بنا بر اختلاف‌نظرها و تشتت آرای موجود در دکترین حقوقی ایران از یک‌سو و از سوی دیگر ابهام‌کنشگران این حوزه در مقام عمل را که ناشی از خلأهای قانونی در این حوزه است در نهایت منجر به آن شده است که دادستانی کل کشور در عمل نتواند از ظرفیت‌های موجود در نهاد «حقوق عامه» بهره‌مند شود و صلاحیت خود را اعمال کند.

نکته حائز اهمیت در مسئله پژوهش حاضر آن است که اقدامات مورد بحث متناسب به دولتی خارجی است. طبق اصل مصونیت قضایی دولت‌ها، محاکم داخلی اصولاً نمی‌توانند به اعمال حاکمیتی دولت خارجی رسیدگی کنند و رسیدگی به اعمال متخلفانه بین‌المللی دولت خارجی در صلاحیت مراجع قضایی بین‌المللی است. بنابراین به دلالت مقرر قانونی مذکور، ایفای مسئولیت دادستان کل کشور در جهت پیگیری حقوق عامه باید از طریق مراجع ذی‌صلاح و به‌ویژه وزارت امور خارجه و مرکز امور حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری به‌عمل آید. به عبارت دیگر، دادستان کل کشور در راستای ایفای کارویژه احیای حقوق عامه در

مواردی در چارچوب وظایف ذاتی و اختیارات قانونی مستقیماً عمل کرده و در برخی موارد، این مهم را از طریق دیگر نهادهای ذیصلاح، «پیگیری و نظارت» می‌کند.

تحریم‌های اقتصادی ایالات متحده آمریکا علیه دولت و ملت ایران بی‌تردید موجب نقض جدی حقوق عامه و همچنین خسارات گسترده و جبران‌ناپذیری بر منافع و مصالح ملی و حقوق عمومی بوده‌اند و از این رو، دادستانی کل کشور بنا به کارویژه احیای حقوق عامه موظف به پیگیری است؛ گو آنکه این اقدام به‌خصوص در مورد مسئولیت دولت خارجی در گرو اقدام و همکاری دیگر مراجع ذی‌ربط است. در واقع، از آنجا که طبق حقوق بین‌الملل، محاکم داخلی اصولاً صلاحیت رسیدگی به اعمال متسبب به دولت‌ها را ندارند، طرح دعوا علیه دولت‌های خارجی باید از طریق مراجع قضایی صلاحیت‌دار بین‌المللی به‌عمل آید. با این حال، با توجه به نقض مصونیت قضایی دولت جمهوری اسلامی ایران از سوی ایالات متحده، قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به دعاوی مدنی علیه دولت‌های خارجی مصوب ۱۳۹۰، در مقام اقدام متقابل، امکان طرح دعوا علیه دولت آمریکا را پیش‌بینی کرده و در چارچوب این قانون، اشخاص زیان‌دیده از اقدامات متخلفانه دولت آمریکا می‌توانند در دادگستری تهران اقامه دعوا کنند.

با توجه به نقض عهدهایی که به‌واسطه تحریم‌های یکجانبه دولت آمریکا رخ داده است، دیوان داوری دعاوی ایران و آمریکا و دیوان بین‌المللی دادگستری (ICJ)، مراجع بین‌المللی صالح برای رسیدگی به مسئولیت دولت آمریکا هستند. چنانکه در حال حاضر، دعوایی در این زمینه در دیوان بین‌المللی دادگستری اقامه شده است. شایان ذکر است که امکان رجوع و شکایت در دیوان کیفری بین‌المللی (ICC) به‌دلیل فقدان مبنای صلاحیتی، امکان‌پذیر به‌نظر نمی‌رسد.

یادداشت‌ها

1. COVID-19.

۲. اصول ۳، ۴۵، ۱۰۷، ۹۰، ۲۴ قانون اساسی.
۳. قوه قضاییه قوه‌ای است مستقل که پشتیبان 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 دعاوی و رفع خصومات و اخذ تصمیم و اقدام لازم در آن قسمت از امور حسبیه که قانون معین می‌کند.
 - ۲- احیای حقوق عامه و گسترش عدل و آزادی‌های مشروع.
 - ۳- نظارت بر حسن اجرا قوانین.
 - ۴- کشف جرم و تعقیب و مجازات و تعزیر مجرمین و اجرا حدود و مقررات مدون جزائی اسلام.
 - ۵- اقدام مناسب برای پیشگیری از وقوع جرم و اصلاح مجرمین.
۴. ماده ۴ دستورالعمل: «در جرائم راجع به اموال، منافع و مصالح ملی و خسارت وارده به حقوق عمومی، موضوع ماده ۲۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری که نیاز به طرح دعوی دارد، در صورت تعلل مسئول ذی‌ربط در اقامه دعوی، دادستان کل کشور به دستگاه ذی‌ربط جهت انجام وظیفه قانونی تذکر یا اخطار می‌دهد و در صورت عدم اقدام، مراتب را حسب مورد جهت تعقیب کیفری یا اداری مسئول مربوط و مطالبه خسارت به مراجع ذی‌ربط اعلام و اقدام قانونی به عمل می‌آورد. در هر صورت دادستان کل نسبت به تعقیب کیفری مرتکب و جبران خسارت از طریق مراجع ذی‌صلاح پیگیری و نظارت می‌کند.»
۵. ماده ۹ دستورالعمل: «در موضوعات مشمول ماده ۲۹۰ قانون آیین دادرسی کیفری که نیاز به طرح دعوی در مراجع ذی‌صلاح بین‌المللی یا خارجی دارد و اقدامی از ناحیه دستگاه اجرایی ذی‌ربط به عمل نیامده و همچنین در صورتی که دعوی طرح شده باشد، ولی اقدام مؤثری از جانب دستگاه اجرایی در پیگیری موضوع به عمل نیامده است، دادستان کل کشور از وزارت امور خارجه یا دستگاه ذی‌ربط گزارش علت عدم اقدام یا گزارش اقدامات انجام‌شده را از قبیل نحوه طرح دعوی، مرجع رسیدگی‌کننده، ترکیب نمایندگان قانونی در دعوی، مستندات ابرازی، لوایح تقدیمی و زمان رسیدگی و نحوه اجرای حکم را مطالبه می‌نماید و راهکارها و پیشنهادهای خود به دستگاه اجرایی را ارائه می‌کند و تا حصول نتیجه موضوع را پیگیری می‌نماید.»
6. UN GA, Report of International Law Commission on the work of its 48th session, 6 May–26 July 1996, GAOR Supp. No. 10 (A/51/10), p.145.
7. Economic measures as a means of political and economic coercion against developing countries, A/RES/46/210
8. Review and appraisal of the implementation of the International Development Strategy for the Third United Nations Development Decade, A/RES/38/152.
۹. همچنین منشور حقوق و وظایف اقتصادی دولت‌ها در ماده ۳۲ بیان کرده است: «هیچ دولتی نمی‌تواند از اقدامات اقتصادی و سیاسی یا هر نوع فشار دیگر به منظور اجبار دولت دیگر در راستای فرمان‌برداری از آن در اعمال حق حاکمیت خود استفاده کند.»

"No State may use or encourage the use of economic, political or any other type of measures to coerce another State in order to obtain from it the subordination of



the exercise of its sovereign rights."

10. The Committee on Economic, Social and Cultural Rights, composed of independent experts, has been established by ECOSOC to monitor the implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.

11. See, UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 8: The relationship between economic sanctions and respect for economic, social and cultural rights, 12 December 1997, E/C.12/1997/8.

12. Gary Clyde Hufbauer, Jeffrey J. Schott, and Kimberly Ann Elliot, *Economic Sanctions Reconsidered: History and Current Policy* (Washington D.C.: Institute for International Economics, 1985), pp. 87-89.

13. See Karine Morin, and Steven H. Miles, "The Health Effects of Economic Sanctions and Embargoes: The Role of Health Professionals", *American College of Physicians-American Society of Internal Medicine, Annals of Internal Medicine*, Volume 132, Number 2, 18 January 2000, p. 159.

14. See, *World Development Report 1993, "Investing in Health"*, New York: Oxford University Press: 1993.

15. See Lopez GA, Cortright D., "Economic sanctions and human rights: part of the problem or part of the solution?" *International Journal of Human Rights*, 1997, no. 1, pp. 1-25.

۱۶. «Maat for Peace, Development and Human Rights» یکی از سازمان‌های غیردولتی با وضعیت مشاوره برای شورای اقتصادی و اجتماعی سازمان ملل متحد است.

17. The impact of unilateral sanctions on human rights in the Islamic Republic of Iran in light of the COVID-19 crisis, Submitted by: Maat for Peace, Development and Human Rights (an organization in special consultative status with the United Nations Economic and Social Council).

18. Ms. Alena Douhan

19. Special Rapporteur on The Negative Impact of Unilateral Coercive Measures on The Enjoyment of Human Rights, Statement by Ms. Alena Douhan, 30 November 2020, Vienna.

۲۰. اصل بنیادینی حاکم بر نظام دادگستری بین‌المللی این است که قضاوت در نظام بین‌المللی بر اراده کشورها استوار است. از این رو رضایت و توافق آن‌ها شرط قبلی توسل به آیین دادگستری بین‌المللی جهت حل اختلافات است که همواره مورد تأیید دیوان دائمی دادگستری و دیوان بین‌المللی دادگستری قرار گرفته است. از جمله قضیه شرکت نفت انگلیس و ایران: «دیوان نمی‌تواند قضاوت خود نسبت به کشوری که به این امر رضایت ندارد اعمال کند» (ضیائی بیگدلی، ۱۳۹۶: ۴۶۸-۴۶۹).

21. All Members shall settle their international disputes by peaceful means in such a manner that international peace and security, and justice, are not endangered.

۲۲. در خصوص چارچوب صلاحیت دیوان بین‌المللی دادگستری، در بند ۲ ماده ۳۶ اساسنامه دیوان بیان شده است: «دولت‌های امضاکننده این اساسنامه می‌توانند در هر موقع اعلام دارند که صلاحیت اجباری دیوان را نسبت به تمامی اختلافاتی که جنبه حقوقی داشته باشد و مربوط به موضوعات ذیل گردد در مقابل هر دولت دیگر که

همان تعهد را پذیرفته باشد می‌پذیرد:

الف) تفسیر هر عهدنامه؛

ب) هر مسئله مرتبط با حقوق بین‌الملل؛

ج) واقعیت هر امری که در صورت ثبوت، نقض تعهدی بین‌المللی محسوب گردد؛

د) نوع و میزان غرامتی که باید برای نقض تعهد بین‌المللی پرداخت شود.»

۲۳. در خصوص روش‌های مسالمت‌آمیز حل و فصل اختلافات بین‌المللی، ماده ۳۳ منشور ملل متحد عمده موارد پذیرفته‌شده در نظام حقوق بین‌المللی اعم از روش‌های حقوقی و سیاسی را بیان کرده است.

24. Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts with commentaries, article 42, and commentary 2.

25. Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania), I.C.J. Reports 1949.

۲۶. به هر ترتیب رضایت به ارجاع اختلاف به مراجع بین‌المللی با توجه به رویه‌ای که تاکنون شکل گرفته است، معمولاً با موافقت‌نامه خاص (compromise) و یا شرط حل و فصل اختلافات بین‌المللی در موافقت‌نامه‌ها و معاهدات بین‌المللی مبنی بر ارجاع اختلاف به مراجع بین‌المللی دولت‌ها رضایت خود را اعلام می‌دارند و بدین ترتیب، هریک از طرف‌ها می‌توانند از دیوان تقاضای رسیدگی کنند، برای مثال در اساسنامه سازمان بین‌المللی کار و یونسکو این شرط پیش‌بینی شده است (ضیائی بیگدلی، ۱۳۹۶: ۴۷۴-۴۷۵). علاوه بر این دولت‌ها سعی می‌کنند با تصریح چارچوب‌های صلاحیتی محاکم بین‌المللی صلاحیت این محاکم در رسیدگی به اختلافات را تبیین کنند. بدین ترتیب دادگاه می‌تواند صلاحیت خود را در تفسیر توافق‌نامه‌ها و سایر اسناد مربوط به پرونده استنباط کند (Shaw, 2003: 955).

۲۷. این اعلامیه در بردارنده اصول مسلم حقوق بین‌الملل عرفی است.

28. Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America)

29. Press release 2021/5, 3 February 2021, Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America), p 3.

30. Judgment of 3 February 2021, Preliminary objections, Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America), p33.

31. ICC-01/20-4, 04 March 2020 Prosecution's Provision of the Supporting Document of the Referral Submitted by the Government of Venezuela.

32. ICC-01/20, 19 February 2020, Decision assigning the Situation in the Bolivarian Republic of Venezuela II and reassigning the Situation in the Bolivarian Republic of Venezuela I to Pre-Trial Chamber III.

منابع و مأخذ

الف) فارسی و عربی

۱. ابراهیم گل، علیرضا (۱۳۹۷)، مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها متن و حاشیه مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل، تهران: شهر دانش، چ دهم.
۲. تنگستانی، محمداقاسم؛ مرادی برلیان، مهدی؛ مهرآرام، پرهام (۱۳۹۷)، گفتارهایی در باب نهاد دادستانی و احیای حقوق عامه، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چ اول.
۳. خالقی، علی (۱۳۹۷)، آیین دادرسی کیفری، تهران: شهر دانش، چاپ سی هفتم.
۴. ضیائی بیگدلی، محمدرضا (۱۳۹۶)، حقوق بین‌الملل عمومی، تهران: گنج دانش، چ پنجاه و هفتم.
۵. غمامی، سید محمد مهدی (۱۳۹۰)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی، چ اول.
۶. مشروح مذاکرات (۱۳۶۴)، صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، چ اول، ج ۳.
۷. ممتاز، جمشید (۱۳۷۶)، ایران و حقوق بین‌الملل، تهران: دادگستر، چ اول.
۸. خلف رضائی، حسین (۱۳۹۴)، «ظرفیت‌های حقوق بین‌الملل برای دفاع اقتصادی جمهوری اسلامی ایران در مقابل تحریم‌های ایالات متحده آمریکا»، آفاق امنیت، ش ۲۹.
۹. دشتی، علی؛ بهرامیان، مهدی؛ پروین، خیرالله؛ علوی، پرویز (۱۳۹۷)، «واکاوی تضمینات حقوق عامه با نگاهی به حقوق شهروندی و جایگاه مقام تعقیب»، مجله اخلاق زیستی، ش ۱، دوره ۸.
۱۰. طحان نظیف، هادی؛ طهماسبی، محمدحسن (۱۳۹۷)، «نقش دادستان در صیانت از حقوق و آزادی‌های عمومی در حقوق کیفری ایران»، مجله حقوقی قضاوت، ش ۹۳.
۱۱. غمامی، سید محمد مهدی (۱۳۹۷)، «الگوی احیای حقوق عامه با تحول در نظام هنجارها و ساختارهای قضایی»، مجله حقوق اسلامی، ش ۵۸.

۱۲. مشهدی، علی؛ رشیدی، مهناز (۱۳۹۹)، «مهم‌ترین راهکارهای حقوقی جمهوری اسلامی ایران در واکنش به ترور سردار سلیمانی»، فصلنامه پژوهشی تطبیقی حقوق اسلام و غرب، سال هفتم، ش ۲.

۱۳. معظمی، زهرا؛ کاظم‌زاده، علی (۱۳۹۹)، «احیای کارخانجات ورشکسته از منظر حقوق عامه در گستره حقوق عمومی»، پژوهش و مطالعات اسلامی، ش ۱۵.

ب) قوانین و مقاوله‌نامه‌ها و اسناد بین‌المللی

۱. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
۲. قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲.
۳. قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به دعاوی مدنی علیه دولت‌های خارجی ۱۳۹۰.
۴. دستورالعمل نظارت و پیگیری حقوق عامه مصوب ۱۳۹۷ رئیس قوه قضاییه.
۵. دستورالعمل نحوه نظارت و پیگیری حقوق عامه مصوب ۱۳۹۵ دادستان کل کشور

ب) انگلیسی

1. A) Books

1. Anthony, Aust. (2010), Handbook of International Law. Second Edition. New York: Cambridge University Press.
2. Shaw, Malcolm N. (2003), International Law. New York: Cambridge University Press. Fifth edition.
3. World Development Report (1993), "Investing in Health", New York: Oxford University Press.
4. Gary Clyde Hufbauer, Jeffrey J. Schott and Kimberly Ann Elliot (2009). Economic Sanctions Reconsidered: History and Current Policy (Washington D.C.: Institute for International Economics, 1985).

B) Articles

1. Talaie, Farhad (2001), Rules and Principles Governing Arbitration Between States, Journal of Social Sciences and Humanities of Shiraz University, Fall 2001, Volume 17, Number 1 (33); Page(s) 2 To 22.
2. Karine Morin, and Steven H. Miles (2000), The Health Effects of Economic Sanctions and Embargoes: The Role of Health Professionals, American College of Physicians–American Society of Internal Medicine, Annals of Internal Medicine, Volume 132, Number 2, 18 January 2000, p. 159.
3. Lopez GA, Cortright D (1997), Economic Sanctions and Human Rights: Part of the Problem or Part of the Solution? International Journal of Human Rights, 1997, no. 1, pp. 1-25.

C) International Rues, Conventions and Documents

1. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries.

2. Rome Statute of the International Criminal Court.
3. Charter of the United Nations.
4. Declaration of The Government of The Democratic and Popular Republic OF ALGERIA (General Declaration), 19th January 1981
5. Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in Accordance With the Charter of The United Nations, General Assembly Resolution 2625, 24 October 1970.
6. Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights of 1955. Judgment of 3 February 2021, Preliminary objections, Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America).
7. Press release 2021/5, 3 February 2021, Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America).
8. The impact of unilateral sanctions on human rights in the Islamic Republic of Iran in light of the COVID-19 crisis, Submitted by: Maat for Peace, Development and Human Rights (an organization in special consultative status with the United Nations Economic and Social Council).
9. Special Rapporteur on The Negative Impact of Unilateral Coercive Measures on The Enjoyment of Human Rights, Statement by Ms. Alena Douhan, 30 November 2020, Vienna
10. UN GA, Report of International Law Commission on the work of its 48th session, 6 May–26 July 1996, GAOR Supp. No. 10 (A/51/10), p.145.
11. A/RES/46/210. Economic measures as a means of political and economic coercion against developing countries.
12. A/RES/38/152. Review and appraisal of the implementation of the International Development Strategy for the Third United Nations Development Decade.
13. ICC-01/20-4, 04 March 2020, Prosecution's Provision of the Supporting Document of the Referral Submitted by the Government of Venezuela.
14. ICC-01/20, 19 February 2020, Decision assigning the Situation in the Bolivarian Republic of Venezuela II and reassigning the Situation in the Bolivarian Republic of Venezuela I to Pre-Trial Chamber III.
15. Charter of Economic Rights and Duties of States. GA Res. 3281(xxix), UN GAOR, 29th Sess., Supp. No. 31 (1974) 50.
16. UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 8: The relationship between economic sanctions and respect for economic, social and cultural rights, 12 December 1997, E/C.12/1997/8.

References

A) Books

1. Ebrahim Gol, Alireza (2017), Masooliate Beinolmelali Dolat'ha, Matn va Hashiye Mavad Comission Hoghoogh Beinolmelal, Tehran: Shahradasnesh Publications. (In Persian)
2. Tangestani, Mohammad Qasem; Moradi Berlian, Mahdi; Mehraram, Parham (2017), Gofarhayi dar bab-e Nahade Dadsetani va Ehyaye

Hoghooghe A'ame, Tehran: Judiciary Press and Publications Center. First Edition. (In Persian)

3. Khaleghi, Ali (2017), Aeine Dadrasi Keyfari. Tehran: Shahr Danesh. Thirty-Seventh edition. (In Persian)

4. Ziai Bigdali, Mohammad Reza (2016), Hoghooghe Beinolmelale A'ame. Tehran: Ganj Danesh. Fifty-seventh edition. (In Persian)

5. Mashrooh-e- Mozakerat (1364), Annotated Form of Deliberations of the Parliament of the Final Review of the Constitution of the Islamic Republic of Iran. Tehran: General Department of Cultural Affairs and Public Relations of the Islamic Council, First Edition, Volume III. (In Persian)

6. Mumtaz, Jamshid (1376), Iran va Hoghoogh Beinolmelal, Tehran: Daddgostar Publishing House, First Edition. (In Persian)

7. Khalaf Rezaei, Hossein (2014), Zarfiat' haye Hoghoogh Beinolmelal baraye Defa'e Eghtesadi Jomhoori Eslami Iran dar Moghabele Tahrimhaye Eyalate Motahede Amrica, Afaq-e- Amniyat, Issue 29, Winter. (In Persian)

8. Dashti, Ali; Bahramian, Mahdi; Parvin, Khairullah; Alavi, Parviz (2017), Vakavi Tazminate Hoghooghe Aame ba Negahi be Hoghooghe Shahrivandi va Jaygahe Maghame Taghib. Journal of Bioethics, Volume 8, Number 1 (2017), pages 143 to 156. (In Persian)

9. Tahan Nazif, Hadi; Tahmasabi, Mohammad Hassan (2017), Naghshe Dadsetan dar Sianat az Hoghoogh va Azadihaye Omoomi dar Hoghoogh Keyfari Iran. Judiciary Law Journal, No. 93. Spring 2017. Page: 93-120. (In Persian)

10. Ghamami, Seyyed Mohammad Mehdi (2017), Olgooye Ehyaye Hoghooghe A'ame ba Tahavol dar Nezame Hanjarha va Sakhtarhaye Ghazaii Journal of Islamic Law. Number 58. Autumn. (In Persian)

11. Ghamami, Seyyed Mohammad Mehdi (1390), Fundamental Rights of the Islamic Republic of Iran, Tehran: Islamic Revolution Documents Center, First Edition. (In Persian)

12. Mashhadi, Ali; Rashidi, Mahnaz (2019), Mohemtarin Rahkarhaye Hoghooghi Jomhoori Eslami Iran dar Vakonesh be Terrore Sardar Soleimani, Comparative Research Quarterly of Islamic and Western Laws, Year 7, number 2, summer. (In Persian)

13. Moazzami, Zahra; Kazemzadeh, Ali (2019), Ehyaye Karkhanejate Varshekaste az Manzare Hoghoogh A'ame dar Gostare Hoghoogh Omoomi. Islamic Research and Studies, second year, number 15, Fall. (In Persian)

B) International Laws, Conventions and Documents

1. The Constitution of the Islamic Republic of Iran

2. Criminal Procedure Law 2013

3. Jurisdiction Law of the Islamic Republic of Iran to Deal with Civil Lawsuits against Foreign Governments, 2013

4. Guidelines for the Supervision and Follow-up of Public Rights Approved in 2017 by the Head of the Judiciary

5. Instructions on how to Monitor and Follow up on Public Rights Approved by the Attorney General of the Country in 2015

درآمدی بر تکلیف دولت در «حذف تشکیلات غیر ضرور»

محمد قاسم تنگستانی^{۱*}، مهدی مرادی برلیان^{۲**}

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۶/۷ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۰/۲۸

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: 10.22034/qjplk.2022.1366.1311

چکیده

یکی از تکالیف مهمی که قانون اساسی برای دولت پیش‌بینی کرده، «ایجاد نظام اداری صحیح و حذف تشکیلات غیر ضرور» است. پس از چند دهه از وضع چنین حکمی و تصویب هنجارهای گوناگون، هنوز دولت نتوانسته است به‌طور کامل، نظام اداری کشور را منطبق با تکلیف پیش‌گفته سازماندهی کند. یکی از دلایل این مسئله، عدم دستیابی به نظرگاهی روشن نسبت به شاخص‌های نظام اداری صحیح و به‌ویژه بایسته‌های مربوط به حذف تشکیلات غیر ضرور و عدم تعیین حدود وظایف قوای دولت در عمل به این تکلیف است. نوشتار حاضر با برگرفتن روش توصیفی-تحلیلی و موردکاوی نظرات شورای نگهبان می‌کوشد تا به پرسش‌های زیر پاسخ دهد: منظور از حذف تشکیلات غیر ضرور چیست؟ قوای حکومتی در تحقق تکلیف پیش‌گفته چه وظایفی بر عهده دارند؟ در خصوص حذف تشکیلات غیر ضرور از نظرات شورای نگهبان چه آموزه‌هایی به‌دست می‌آید؟ به‌صورت کوتاه یافته‌های این نوشتار بدین‌ترتیب صورت‌بندی می‌شوند: قید «غیر ضرور» تشکیلات نامتناسب با مأموریت‌ها و شرح وظایف قانونی دولت را در برمی‌گیرد؛ تشکیلات موازی، تکراری، فاقد کارکرد داخلی در صلاحیت دولت از مصادیق آن محسوب می‌شوند؛ مخاطب این تکلیف اگرچه بیشتر قوه مجریه است، دیگر قوا و نهادهای حکومتی نیز در این زمینه وظایفی دارند. در نهایت رویه معتنابهی در خصوص استناد به «حذف تشکیلات غیر ضرور» در نظرات شورای نگهبان ملاحظه نمی‌شود.

واژگان کلیدی: اصل ۳ قانون اساسی، بهره‌وری، دستگاه‌های دولتی، ساختار دولت، نظام اداری صحیح.

۱. استادیار، گروه حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

* Email: m.tangestani@khu.ac.ir

۲. استادیار، گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، مازندران، بابلسر، ایران

** Email: m.moradib@umz.ac.ir



مقدمه

به موجب بند ۱۰ اصل ۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (از این پس، قانون اساسی)، دولت موظف است برای نیل به اهداف مذکور در اصل ۲، همه امکانات خود را برای «ایجاد نظام اداری صحیح و حذف تشکیلات غیرضرور» به کار گیرد. در همین زمینه بند ۱۰ سیاست‌های کلی نظام اداری به «چابک‌سازی، متناسب‌سازی و منطقی ساختن تشکیلات نظام اداری در جهت تحقق اهداف چشم‌انداز» اختصاص یافته است. در ادامه تصویب اسناد قانونی در نظام حقوقی ایران در خصوص موضوع مذکور، علاوه بر مقررات متعدد قوانین برنامه توسعه و قانون مدیریت خدمات کشوری، «نقشه راه اصلاح نظام اداری» در یکصد و شصت و دومین جلسه شورای عالی اداری (مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۱۴) در قالب هشت برنامه برای تحقق هدف غایی «نظام اداری بهره‌ور بر پایه ارزش‌های اسلامی» به تصویب می‌رسد.^۱ نخستین برنامه مندرج در مصوبه مذکور، «مهندسی نقش و ساختار دولت» است. ماده ۲ مصوبه مذکور، معاونت (وقت) توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس‌جمهور را مکلف به تهیه برنامه عملیاتی (شامل عناوین اقدامات، زمان‌بندی، دستگاه‌های اصلی و همکار) و تصویب آن در شورای عالی اداری کرده است. از جمله اقداماتی که برای تحقق برنامه نخست نقشه راه مذکور مقرر شده است، می‌توان به اصلاح ساختار دستگاه‌های دولتی، تعیین وظایف و واحدهای قابل واگذاری، تعیین سازوکارهای مشارکت بخش غیردولتی، تمرکززدایی و واگذاری حداکثری اختیارات به واحدهای شهرستانی اشاره کرد.

به‌رغم تصویب اسناد قانونی مذکور، بنا به اذعان جانشین (وقت) معاونت توسعه مدیریت و سرمایه انسانی در دیباچه مجموعه نقشه راه مزبور، اهداف مقرر در بند ۱۰ اصل ۳ قانون اساسی تاکنون محقق نشده است (معاونت توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس‌جمهور، بی‌تا: ۶). با توجه به گزاره‌های مذکور و ضرورت تبیین مفهومی و بررسی رویه‌های شورای نگهبان (از این پس، شورا) در خصوص تکلیف «حذف تشکیلات غیرضرور» به‌عنوان یکی از پیش‌نیازهای اقدامات عملی درخور این تکلیف، نوشتار پیش‌رو با روش توصیفی-تحلیلی و با بررسی موردی نظرهای شورا در خصوص مصوبات مجلس، درصدد پاسخگویی به پرسش‌های زیر است: منظور از عبارت «حذف تشکیلات غیرضرور» در بند ۱۰ اصل ۳ قانون اساسی چیست؟ تکالیف قوا و نهادهای حکومتی در اجرای بند مذکور کدام‌اند؟ بند ۱۰ اصل مذکور چه جایگاهی در نظرهای شورا دارد؟ حدود اختیارات شورا در اعمال نظارت بر اساس بند یادشده چیست؟

حسب بررسی انجام‌گرفته تاکنون پژوهش مستقلی در خصوص پرسش‌های مذکور به‌ویژه دو پرسش اخیر انجام نگرفته است؛ عمده آثار موجود متمرکز بر مقوله نظام اداری صحیح است. اگرچه به مناسبت طرح موضوع مذکور، مطالبی هم در خصوص موضوع این نوشتار بیان

شده که در انجام این پژوهش استفاده شده است. نوآوری نوشتار پیش‌رو عمدتاً ناظر بر دو پرسش آخر است.

این نوشتار در قالب سه بند ابتدا به بررسی مفهومی نظام اداری صحیح، حذف تشکیلات غیرضرور و مفهوم دولت در اصل ۳ قانون اساسی می‌پردازد؛ سپس وظایف قوا و نهادهای حکومتی در اجرای بند ۱۰ اصل فوق را واکاوی کرده و در انتها، ضمن تبیین نظرهای شورا در اعمال نظارت بر مبنای قانون اساسی، حدود اختیارات نهاد مذکور را تحلیل می‌کند.

۱. مفهوم‌شناسی

بررسی روشمند هر موضوعی در پژوهش‌های حقوقی از جمله مستلزم مفهوم‌شناسی دقیق اصطلاحات کلیدی مربوط است. تحلیل موجه هر موضوع تا حدود زیادی منوط به داشتن تصویر مفهومی دقیق از آن است. بر همین مبنا، در این بند به بررسی اجمالی مفهوم «نظام اداری صحیح» و مؤلفه‌های آن می‌پردازیم و در ادامه تمرکز بیشتری بر واکاوی مفهومی عبارت «حذف تشکیلات غیرضرور» و مفهوم «دولت» در اصل ۳ قانون اساسی صورت می‌گیرد.

۱-۱. حذف تشکیلات غیرضرور

پیش از تبیین مفهوم اصطلاح مذکور شایان ذکر است نظام اداری به مجموعه‌ای از اجزای به‌هم‌مرتبطی اطلاق می‌شود که دربرگیرنده ساختارها، قوانین و مقررات، تشکیلات، رویه‌ها و روش‌هاست. نظام اداری در واقع خرده‌نظامی از نظام سیاسی است؛ این دو نظام بر هم تأثیر می‌گذارند و از هم تأثیر می‌پذیرند (فقیهی، ۱۳۹۸: ۷۸). نظام اداری خود نیز از خرده‌نظام‌هایی همچون منابع انسانی، تشکیلات، روش‌ها و فرایندها، نظام مدیریتی، قوانین و مقررات و نظام مالی تشکیل شده است (میرمحمدی و حسن‌پور، ۱۳۹۰: ۱۳)؛ اما آنچه در بند ۱۰ اصل ۳ قانون اساسی به‌عنوان وظیفه دولت بر آن تأکید شده، ایجاد نظام اداری «صحیح» است. برای روشن ساختن مفهوم این عبارت از نظر قانونگذار اساسی، از رایج‌ترین و منطقی‌ترین روش‌ها، مراجعه به مذاکرات تدوین‌کنندگان قانون اساسی است. در زمان بررسی اصل مذکور در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، بحث چندانی در خصوص مفهوم نظام اداری صحیح مطرح نشده است و صرفاً از نظر برخی نمایندگان (آقای ربانی شیرازی)، «عبارت «ایجاد نظام اداری صحیح» مفهوم ندارد، این معنی کشداری دارد» (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۴: ۲۹۶). با وجود این، اصل یادشده و بند ۱۰ آن به تصویب می‌رسد؛ بنابراین مذاکرات مربوط به تدوین قانون اساسی برای مفهوم‌یابی نظام اداری صحیح، چندان راهگشا نیست.

نظرها و دیدگاه‌های مختلفی در مورد نظام اداری مطلوب یا صحیح بیان شده است؛ از نظر برخی نویسندگان، مراجعه به اصول متعدد قانون اساسی برای فهم عبارت نظام اداری صحیح، ضروری است. در قانون اساسی به‌طور مستقیم و غیرمستقیم به مفاهیم و ارزش‌هایی همچون «قانونی بودن اعمال اداره»، «عدالت اداری»، «احقاق حقوق مردم»، «محو هرگونه استبداد و خودکامگی»، «رفع تبعیضات ناروا» و «مشارکت عمومی در تصمیم‌گیری و اداره امور کشور» اشاره شده است؛ بدین ترتیب نظام اداری صحیح، مشتمل بر بسیاری از ارزش‌هاست (هداوند، بی‌تا: ۱). همچنین به باور برخی، نظام اداری مطلوب، پاسخگوست؛ از مدیران و کارکنان آموزش‌دیده برخوردار است؛ سیاست‌زده نیست و برخوردار از ویژگی ثبات شغلی است (فقیهی، ۱۳۹۸: ۸۰).

واقعیت این است که نظام اداری ایران حتی در حال حاضر و به‌رغم سپری شدن بیش از چهار دهه از تصویب قانون اساسی، از مشکلات عدیده شامل فساد اداری، گستردگی بیش‌ازحد ساختار و تشکیلات، عدم شفافیت حدود وظایف و تشکیلات دستگاه‌های دولتی، تمرکز، عدم تطابق تشکیلات نظام اداری با مقتضیات و شرایط روز و برنامه‌های کشور (ایستا بودن تشکیلات)، عدم تناسب میان مشاغل سازمانی اجرایی و پشتیبانی (صف و ستاد) و تعدد سمت‌های مدیریتی رنج می‌برد (میرمحمدی و حسن‌پور، ۱۳۹۰: ۱۷-۱۸).

به‌زعم برخی نویسندگان، از نظر واضعان قانون اساسی نظام اداری صحیح، همان نظام اداری اسلامی با مؤلفه‌ها و اصول و ارزش‌هایی نظیر عدالت، کارآمدی، نظم، عقلانیت و شایستگی مسئولان و کارکنان اداره است. در نظام اداری صحیح، کوچک یا بزرگ بودن نظام اداری مهم نیست، بلکه کارآمدی، عدالت‌محوری، اثربخشی و انطباق نظام اداری با ارزش‌های واقعی و تکوینی الهی اهمیت دارد (موسی‌زاده، ۱۳۹۷: ۹۹ و ۱۱۱). براساس بررسی انجام‌گرفته در رسائل حکومت اسلامی در دو دهه قبل از پیروزی انقلاب، مبانی و اصول نظام اداری به شرح زیر قابل‌ذکر است: حاکمیت شریعت الهی، تعالی اعتقادی و تهذیب اخلاقی جامعه، نظارت و مسئولیت عمومی، مساوات و عدالت اجتماعی، وحدت انسانی و اسلامی و حاکمیت نظام توحیدی (موسی‌زاده، ۱۳۹۳، ۱۰۵-۱۱۲). همچنین شاخص‌های نظام اداری به شرح زیر بیان شده است: پاسخگویی، شفافیت، شایسته‌سالاری، سلامت اداری و دولت الکترونیک (موسی‌زاده و دانش‌ناری، ۱۳۹۷: ۸۶-۱۴۲). نویسنده دیگری، مبانی و اصول تکوین نظام اداری صحیح را حاکمیت قانون، حکمرانی خوب، پاسخگویی، شفافیت، مسئولیت، تمرکززدایی، منطقی نمودن پیکره دولت، گسترش دولت الکترونیک، عدالت و انصاف دانسته است (فرکیش، ۱۳۹۸: ۱۰۶-۶۹). البته تشکیلات صرفاً یکی از اجزای نظام اداری است که در جای خود از

اهمیت وافری برخوردار است. از نظر برخی نویسندگان، اگرچه اصلاح ساختارهای نظام اداری مهم است اما مشکل اصلی نظام اداری ایران، مدیریت منابع انسانی (شامل جذب، آموزش، انگیزش، انتصاب و ارتقای نیروی انسانی) است (فقیهی، ۱۳۹۸: ۸۱).

با عنایت به مراتب یادشده، عبارت «نظام اداری صحیح» دارای گستره مفهومی و به تبع آن مصادیقی فراخنکی است که می‌تواند محل گفت‌وگوهای بسیاری واقع شود. یکی از ویژگی‌های قواعد و احکام مندرج در قانون اساسی، کلی و گسترده بودن آن است، چنین امری تکلیفی را متوجه قانونگذار عادی و نهاد پاسدار قانون اساسی می‌سازد که به تحدید حدود چنین اصطلاحات و عبارات کشداری بپردازند و نحوه عمل مجریان را روشن سازند. با مراجعه به دکتترین می‌توان عناصری نظیر حاکمیت قانون، پاسخگویی، شفافیت، سلامت اداری، بهره‌وری و شایسته‌سالاری را به‌عنوان مؤلفه‌های اصلی عبارت مذکور تلقی کرد. شایان ذکر است شورا در این زمینه تاکنون نظر تفسیری نداشته و رویه این نهاد در نظارت بر بند دهم اصل ۳، چندان شایان توجه نبوده و طبعاً فاقد معیارهای روشن برای تعیین مصادیق «نظام اداری صحیح» است.

بی‌تردید، یکی از زیرساخت‌های لازم برای تحقق نظام اداری صحیح، حذف تشکیلات غیرضرور است (فرکیش، ۱۳۹۸، ۱۲۷-۱۲۹). در پاسخ به این پرسش که منظور از تشکیلات غیرضرور چیست، از نظر برخی نویسندگان عبارت مذکور بدان معناست که اساساً ماهیت و قلمرو حضور و مداخلات دولت باید به‌گونه‌ای باشد که دولت، دولت حداقلی باشد. دولت حداکثری با اصول قانون اساسی مغایرت دارد. دولت حداقلی، بر اساس ضرورت‌ها، تشکیلات خود را سامان می‌دهد و تشکیلات غیرضروری خود را حذف می‌کند. کوچک و چابک بودن و در عین حال کارآمد و پاسخگو بودن، هدف از عبارت فوق است (هداوند، بی‌تا: ۱). این در حالی است که توجه به قانون اساسی، نمایانگر هویت یا شکلی چندبعدی برای دولت ایران است. اصول متعدد این قانون به‌خصوص برخی از آن‌ها که به نظر نقشی کلیدی در تعیین ماهیت دولت در ایران ایفا می‌کنند، نشانه‌های قابل توجهی از ویژگی‌های دولت رفاهی را به همراه دارند. مقدمه قانون اساسی ذیل عنوان «اقتصاد وسیله است نه هدف»، بندهای ۳، ۹، ۱۲ و ۱۳ از اصل ۳، اصل ۲۱، ذیل اصل ۲۸، اصول ۲۹، ۳۰، ۳۱، ۳۵، ۴۳ و ۴۴، دلالت بر شکلی از دولت دارد که با ماهیت، اهداف و کارکردهای دولت‌های رفاهی دارای قرابت زیادی است (تنگستانی و مرادی برلیان: ۱۴۰۰: ۵۹۷-۵۹۸). طبیعتاً ارائه خدمات عمومی از سوی دولت به انجای مختلف، مستلزم ایجاد تشکیلات و ساختارهای لازم است.

از نظر برخی نویسندگان تشکیلات حجیم دولت از کارایی لازم برخوردار نیست و از

هدف اصلی خود یعنی خدمت‌رسانی به مردم و جامعه دور مانده است (بسطامی و همکاران، ۱۳۹۸: ۲). برخی نویسندگان نیز حداقلی یا حداکثری بودن دولت را به‌تنهایی واجد ارزش یا ضد ارزش تلقی نکرده‌اند. لکن نگاه غالب این است که تجدیدنظر در نظام اداری و ادغام صحیح، اصولی و علمی برخی دستگاه‌های اجرایی سبب بهبود در اداره امور آن‌ها، کیفیت بهتر خدمات و در نتیجه کاهش هزینه‌ها می‌شود (کمالی، ۱۳۹۳: ۱۲۶).

از منظر مدیریتی اصلاح نظام اداری که پیشتر با طرح نظریه مدیریت دولتی نوین مطرح شده، رویکردی است که بر ارتقای بهره‌وری دولت تأکید دارد. مهم‌ترین اثر مثبت بهینه‌سازی اندازه دولت، افزایش رشد اقتصادی است. همچنین با کوچک‌سازی دولت، نقش و مشارکت مردم در توسعه کشور افزایش می‌یابد. وقتی دولت در همه امور دخالت می‌کند، حضور مردم در اداره کشور کم‌رنگ می‌شود، عدم حضور مردم در اداره کشور مانع بزرگی در راه توسعه‌یافتگی محسوب می‌شود (بسطامی و همکاران، ۱۳۹۸: ۳ و ۴).

بر اساس مطالعات سازمان (وقت) مدیریت و برنامه‌ریزی کشور، در تشکیلات کلان دولت میان بسیاری از دستگاه‌های اجرایی تداخل وظیفه وجود دارد و بعضاً برای انجام یک مأموریت، دستگاه‌های موازی متعددی ایجاد شده‌اند. وظایف سیاست‌گذاری و اجرا در وزارتخانه توأمأً انجام می‌گیرد که امکان رقابت از بخش خصوصی را سلب می‌کند. همچنین سازماندهی داخلی دستگاه‌های اجرایی از الگو، سیاست و ضوابط مشخصی پیروی نمی‌کند. گرایش عمومی مدیران به توسعه تشکیلاتی حوزه‌های تحت مسئولیت خود عمدتاً از تفکر بخشی‌نگری سرچشمه می‌گیرد (بسطامی و همکاران، ۱۳۹۸: ۴-۵).

«تفکیک، ادغام و طراحی وزارتخانه‌های جدید» معلول مدیریت هزینه‌های عمومی و بهتر ساختن حکمرانی ملی است. در این نگاه منطق توجیه‌کننده بازآرایی دولت، مدیریتی است و نه سیاسی. مدیریت ملی در این منطق با تمرکز بر ظرفیت‌ها، از یک طرف در کاهش هزینه‌ها و بار مالی می‌کوشد و از طرف دیگر تلاش می‌کند دستگاه دولت را به‌نحوی مدیریت کند که اهداف کلان دولت بر اساس غایات مندرج در قانون اساسی محقق شود (دانایی‌فرد، ۱۳۹۱: ۹۵).

«دولت کوچک»^۲ مفهومی اقتصادی-سیاسی است که از اوایل دهه ۱۹۸۰ مطرح شد. منظور از کوچک‌سازی دولت، کم کردن بار مسئولیت دولت از طریق شناسایی لایه‌های پیرامونی وظایف دولت و انتقال آن به بخش غیردولتی طی روندی منظم است. در نظام حقوقی ایران راهکارهایی که برای کوچک‌سازی دولت اتخاذ شده که از جمله شامل محدودیت در ورود به خدمت دولتی، ادغام وزارتخانه‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی، متناسب‌سازی تعداد کارکنان با مأموریت‌های هر دستگاه، واگذاری امور خدماتی و پشتیبانی دستگاه‌های دولتی به بخش

غیردولتی، واگذاری سهام و مدیریت شرکت‌های دولتی به بخش غیردولتی و بودجه‌ریزی عملیاتی می‌شود. با وجود این، باید گفت که توجیه سیاست کوچک‌سازی بر اساس قانون اساسی و به‌خصوص اصول ۳، ۲۹، ۳۰، ۳۱، ۴۳ و ۴۴ آن دشوار است. هرچند برخی اسناد بالادستی این امر را امکان‌پذیر ساخته‌اند. بر اساس یک پیشنهاد، تمرکززدایی^۳ با استفاده از ظرفیت شوراهای اسلامی و شهرداری‌ها، باید به‌عنوان روشی مناسب برای کوچک‌سازی دولت در ایران مورد توجه قرار گیرد (آقایی طوق، ۱۳۸۶: ۵۳، ۵۴، ۶۴، ۷۲ و ۷۳).

سیاست کوچک‌سازی^۴ دولت در ایران با ابلاغ سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی آغاز شد. سیاست مذکور به دلیل ساختار تمرکزگرای کشور، اقتدارگرایی مقامات حاکم، عدم تمایل به واگذاری امور به بخش غیردولتی و ذات دولت‌محور قانون اساسی، عملاً با شکست مواجه شده است. نظام اداری فعلی ایران به دلیل گستردگی بیش از اندازه و عدم توازن سیستمی میان بخش‌های مختلف آن، چابک نیست (رستمی و زرشگی، ۱۳۹۸: ۴۵، ۵۰ و ۵۱). سازوکارهای کوچک‌سازی دولت در اسناد بالادستی و به‌خصوص قوانین برنامه توسعه ایران تکرار شده است؛ از این رو مشکلی از حیث وجود احکام قانونی موردنیاز در این زمینه وجود ندارد، بلکه مشکل اصلی، ضعف در اجراست (رستمی و زرشگی، ۱۳۹۸: ۵۴-۵۸). گفتنی است در قوانین عادی همچون قانون مدیریت خدمات کشوری نیز به تفصیل در خصوص سیاست‌های کاهش حجم دولت، مقرراتی پیش‌بینی شده است که بررسی آن مجال مستقلی می‌طلبد.

در پایان این قسمت در خصوص نسبت عبارت‌های اول و دوم بند ۱۰ اصل ۳ قانون اساسی، از نظر برخی نویسندگان، بند مذکور از دو جزء مستقل تشکیل شده است. جزء اول این بند، ناظر بر اصول، غایات و ارزش‌های ماهوی نظام اداری و جزء دوم مربوط به ساختار شکلی نظام اداری و قلمرو فعالیت و نفوذ دولت در جامعه و مناسبات اجتماعی و اقتصادی می‌شود؛ البته این دو جزء مکمل و مقوم یکدیگرند (هداوند، بی تا: ۱).

با عنایت به مجموع مطالب یادشده، به نظر می‌رسد یکی از پیش‌نیازهای ایجاد نظام اداری صحیح، حذف تشکیلات غیرضرور است. علت تصریح به عبارت مذکور، تأکید بر اهمیت آن از نظر قانون‌گذار مؤسس است؛ چه آنکه در صورت عدم تصریح نیز، ناگزیر باید در گام نخست، تشکیلات غیرضرور را حذف کرد. اگرچه واژه «حذف» ناظر بر تشکیلات غیرضرور موجود است (اقدام ایجابی)، لکن هدف مقنن شامل عدم ایجاد تشکیلات غیرضرور در آینده نیز می‌شود (اقدام سلبی). واژه «تشکیلات» در دو معنا به کار می‌رود: معنای خاص (ساختار درونی دستگاه‌ها و مراجع حکومتی؛ چارت تشکیلاتی) و معنای عام (علاوه بر معنای خاص،

شامل ایجاد دستگاه‌های حکومتی از جمله دستگاه‌های اجرایی می‌شود). به نظر می‌رسد واژه مذکور در معنای اخیر به کار رفته است، زیرا در این معناست که امکان تحقق یکی از الزامات نظام اداری صحیح وجود خواهد داشت. منظور از قید «غیرضرور» در عبارت مذکور، هر تشکیلاتی است که متناسب و متناظر با مأموریت‌ها و شرح وظایف قانونی دولت و دستگاه دولتی مربوط نباشد؛ به نحوی که با حذف آن دستگاه یا آن واحد (ها) از تشکیلات سازمانی آن دستگاه، امکان ایفای وظایف قانونی مربوط وجود داشته باشد. به عبارتی، رابطه معناداری میان وظایف دولت/دستگاه دولتی و تشکیلات دولتی وجود دارد.

هر تشکیلات دولتی باید علل موجه‌ای داشته باشد که ضرورت ایجاد آن را نشان دهد. ایجاد تشکیلات موازی، تکراری، فاقد کارکرد داخلی در صلاحیت دولت و ... جملگی از مصادیق تشکیلات غیرضرور محسوب می‌شوند. تشکیلات غیرضرور موجب اتلاف منابع (مالی و انسانی)، موازی‌کاری، تداخل در وظایف و لوث شدن مسئولیت (حسب مورد) و اختلال در نظم سیستمی حاکم بر ساختار اداری کشور می‌شود.

۲-۱. مفهوم «دولت» در اصل ۳ و ماهیت تعهدات و وظایف مندرج در آن

تاریخ فلسفه سیاسی به گونه‌ای تاریخ کوشش برای تبیین سرشت دولت بوده و مناقشات مربوط به این کوشش، بر سازنده گوهر بنیادین این تاریخ است. آنچه می‌توان از میان فراز و فرودهای نظری ناهمگون در باب دولت آموخت، آن است که این پدیده هیچ‌گاه با خوانش یگانه‌ای روبه‌رو نبوده است و جدل‌های مربوط به جنبه‌های گونه‌گون آن همچنان نیز ادامه دارد. بر این بنیاد، شاید مهم‌ترین نکته آن باشد که «دولت» همواره از گونه‌ای مناقشه‌گوهری در مفهوم رنج می‌برد (وینسنت، ۱۳۷۱: ۷۳-۷۴). پیچیدگی پیش‌گفته در خصوص مفهوم‌شناسی دولت، در سطح گفتمان علوم سیاسی، حقوق و به‌ویژه حقوق عمومی نیز به تبع فلسفه سیاسی نمود یافته است. این امر به‌ویژه در ساحت اندیشه‌ورزی سیاسی و حقوقی در کشورمان به دلیل خلط مفهومی میان «دولت»^۵ به عنوان نهاد انتزاعی بر ساخته و مجزای از اجزای گونه‌گون خود و به‌ویژه «حکومت»^۶ و قوای سه‌گانه بر سازنده آن و آشفتگی واژگان‌شناختی و عمدتاً استفاده از واژه «دولت» برای اشاره به سطوح متفاوت مفهومی پیش‌گفته، دشواری‌های بیشتری را موجب شده است. در بخش‌های لازم‌الاجرا از جمله قانون اساسی نیز متأثر از واقعیت پیش‌گفته، بعضاً بدون کاربرد دقیق واژگان (دولت، حکومت یا یکی از قوا) برای تبیین مفهوم مورد نظر، بیشتر از واژه «دولت» بهره برده شده و در هر مورد باید با تحلیل و تفسیر، به مفهوم مورد نظر قانونگذار اساسی راه بُرد.

باری، صرف‌نظر از بررسی مفهوم دولت در مجموعه اصول قانون اساسی (ر.ک: استوار

سنگری، ۱۳۸۸) در خصوص مفهوم دولت در عبارت «دولت جمهوری اسلامی ایران» در اصل ۳ می‌توان گفت که با توجه به وظایف ذکر شده در بندهای اصل مذکور، واژه دولت به «حکومت» به‌مثابه یکی از اجرای سازنده مفهوم دولت، اشاره دارد؛ بنابراین، بهتر بود در صدر این اصل از عبارت «حکومت جمهوری اسلامی ایران» استفاده می‌شد. مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی نیز تا اندازه بسیاری چنین ادعایی را تقویت می‌کند (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۴: ۲۷۸).

از نظر برخی نویسندگان، موارد مذکور در اصل ۳ قانون اساسی به معنای انحصار آن‌ها در زمره وظایف دولت (دستگاه‌های حکومتی) نیست، بلکه بر مبنای قاعده اشتراک در تکلیف و نیز لزوم کمک و مساعدت مردم در تشکیل و اداره نظام اسلامی، انجام این امور بر عهده آحاد مردم نیز قرار دارد و دولت اسلامی باید نقش هدایت‌گری و رهبری را در این زمینه داشته باشد تا با یاری مردم به اجرای این وظایف پردازد (کعبی، ۱۳۹۳: ۵).

در متن پیش‌نویس مورد بررسی در جلسه مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، اصل ۳ تقریباً مشابه متن مصوب ارائه شده بود، جز آنکه در ابتدای اصل به جای عبارت «دولت جمهوری اسلامی» از عبارت «جمهوری اسلامی» استفاده شده بود. همچنین در انتهای بند ۱۰ اصل مذکور عبارت زیر نیز درج شده بود: «به منظور تحقق اهداف انقلاب اسلامی» که در نهایت حذف شد. آیت‌الله مکارم‌شیرازی بر تذکر آقای فارسی مبنی بر تغییر عبارت «جمهوری اسلامی» به عبارت «حکومت جمهوری اسلامی» تأکید می‌کند. لکن در ادامه، به پیشنهاد آیت‌الله بهشتی به جای واژه «حکومت»، واژه «دولت» اضافه می‌شود. همان‌طور که ایشان به درستی اشاره کرده‌اند، دولت در معنای دقیق آن شامل ملت هم می‌شود (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۴: ۲۷۸، ۲۸۹، ۲۹۲ و ۲۹۶).

برای تحقق همه بندهای ذیل اصل ۳، همه قوا و نهادهای حکومتی دارای وظیفه هستند (اصلائی و نورایی، ۱۳۹۶: ۹۴۰). اگرچه وظیفه مندرج در این بند بیشتر به قوه مجریه که به دلیل ماهیت کارویژه‌هایش، بیشترین سازمان‌های اداری را در خود جای داده است، برمی‌گردد^۷، اما این امر به معنای آن نیست که دیگر قوا و نهادهای حکومتی در این زمینه وظیفه‌ای ندارند.

مسئله دیگری که باید به صورت کوتاه بدان پرداخت، ماهیت تکالیف و وظایف مندرج در این اصل ۳ است. در عالم حقوق و به‌ویژه حقوق خصوصی، تعهدات به دو دسته تعهد به وسیله و تعهد به نتیجه تقسیم می‌شود؛ در تعهد به وسیله، متعهد بدون آنکه انجام کار معین یا نتیجه مشخصی را بر عهده گیرد، وظیفه دارد تا تمام کوشش خود را در حد متعارف برای

دستیابی به نتیجه موردنظر انجام دهد؛ در مقابل، در تعهد به نتیجه متعهد، برآوردن نتیجه خاصی را عهده‌دار است (تفرشی و مرتضوی، ۱۳۸۸: ۱۲-۱۳).

با درنظر داشتن نکات پیش گفته، در خصوص تعهدات مندرج در اصل ۳ قانون اساسی از یک نظرگاه با توجه به صدر این اصل که اشعار داشته «دولت... همه امکانات خود را برای امور زیر به کار برد» و همچنین توجه به برخی تکالیف مندرج در برخی بندهای آن که مستلزم انجام اقدامات ایجابی، صرف هزینه و برنامه‌ریزی است (همچون آموزش و پرورش رایگان، ایجاد امکانات عادلانه برای همه، ...) و نظر تفسیری شورا در خصوص اصل ۳۰ (آموزش و پرورش رایگان که در بند ۳ اصل ۳ نیز بیان شده)^۸ و استفاده از ملاک آن برای وظایف مشابه، به نظر می‌رسد ماهیت تعهد دولت در اصل ۳ از نوع تعهد به وسیله و مقید به امکانات موجود در اختیار دولت است. در برابر چنین دیدگاهی، با در نظر گرفتن برخی عبارات و الفاظ موجود در اصل سوم (نظیر کامل، همه‌جانبه، هرگونه...)، برخی نظرهای شورا در استناد به بندهای اصل سوم، لزوم همگامی تعهدات دولت با مقتضیات جدید اجتماعی و تفسیر به نفع شهروندان، این نظر ابراز شده که باید دست‌کم تعهد دولت در بندهایی از اصل مذکور را تعهد به نتیجه قلمداد نموده و به سمت تفسیر تکالیف دولت از تعهد به وسیله به تعهد به نتیجه حرکت کرد (حبیب‌نژاد و سعید: ۱۳۹۶: ۸۰-۸۲). آنچه می‌توان به مثابه رهیافت از بحث‌های پیش گفته ارائه داد، مبتنی بر گزاره‌های زیر است:

نخست، نمی‌توان تفسیری واحد از ماهیت همه تعهدات مندرج در بندهای اصل ۳ قانون اساسی ارائه کرد؛ بلکه نیاز است تا ماهیت تکالیف مندرج در هریک از بندها تحلیل شود؛ دوم، تعهد به وسیله بدان معنا نیست که انتظار انجام تکالیف دولت، انتظاری بعید باشد و دولت در این زمینه از فراغت برخوردار شود، بلکه دولت باید کوششی همه‌جانبه برای دستیابی به امکانات زمینه‌ساز تحقق تعهدات و تکالیف مربوطه را به کار گیرد و نمی‌تواند با عذر فقدان امکانات یا هزینه‌بر بودن، از اجرای وظایف خود کناره‌گیری کند؛ سوم، در بیان تعهد به نتیجه می‌توان قائل به تفکیک میان تعهد به نتیجه فوری و تعهد به نتیجه رو به تزايد شد (قاری سیدفاطمی، ۱۳۹۶: ۴۳) و بسیاری از تکالیف دولت را از نوع تعهد به نتیجه رو به تزايد قلمداد کرد که گرچه فوری نیستند، اما دولت باید در نزدیک‌ترین زمان ممکن و با برنامه‌ریزی و اتخاذ سیاست‌های جامع و عملی، به آن‌ها جامه عمل بپوشاند؛ چهارم در خصوص بند ۱۰ اصل ۳، این وظیفه را نمی‌توان از نوع وظایف سلبی و فوری محسوب کرد، بلکه تحقق آن مستلزم انجام اقدامات ایجابی، برنامه‌ریزی و حتی در برخی موارد صرف هزینه است. به نظر می‌رسد تعهد دولت در این زمینه از نوع تعهد به نتیجه رو به تزايد است که انتظار تحقق آن پس از

چهار دهه از تصویب قانون اساسی، معقول به نظر می‌رسد.

۲. وظایف قوا و نهادهای حکومتی در حذف تشکیلات غیرضرور

با عنایت به صدر اصل ۳ قانون اساسی و مطالب پیش‌گفته، وظایف مذکور در بندهای ذیل اصل یادشده متوجه دولت (قوای سه‌گانه و نهادهای حکومتی) است. در این بند وظایف قوا و نهادهای حکومتی مربوط در اجرای بند ۱۰ اصل مذکور تبیین می‌شود.

۱-۲. قوه مجریه

در همه نظام‌های سیاسی، قوه مجریه با در اختیار گرفتن اکثریت قریب به اتفاق دستگاه‌های اجرایی، مسئولیت اداره امور کشور را بر عهده دارد. در نظام حقوقی-سیاسی ایران به استناد اصل ۱۲۶ قانون اساسی، مسئولیت امور اداری و استخدامی، برنامه و بودجه کشور بر عهده رئیس‌جمهور است. این مقام هم‌اکنون متعاقب مصوبه شورای عالی اداری، وظایف چهارگانه مذکور را از طریق دو سازمان مستقل (سازمان اداری و استخدامی کشور و سازمان برنامه‌وبودجه کشور) انجام می‌دهد. ماهیت و طبع مفاد بند ۱۰ اصل ۳ قانون اساسی، به وظایف سازمان اداری و استخدامی کشور مربوط می‌گردد؛ از این رو سازمان مذکور موظف است زمینه اجرای وظیفه یادشده را (حداقل در سطح قوه مجریه) تدارک نماید.

بر اساس مواد ۲۹، ۳۰، ۳۱، ۳۳، ۳۴ و ۳۵ قانون مدیریت خدمات کشوری، تأیید ساختار تشکیلاتی دستگاه‌های اجرایی بر عهده سازمان مذکور است. همچنین در این زمینه باید به نقش شورای عالی اداری که اعضای آن عمدتاً از قوه مجریه هستند نیز اشاره کرد. به موجب ماده ۱۱۴ قانون مذکور، تحول در نظام اداری و در واقع ایجاد نظام اداری صحیح از اهداف تشکیل این شورا است. در ماده ۱۱۵ همان قانون، وظایف شورای عالی اداری در این زمینه به تفصیل بیان شده است. به‌طور مشخص در بندهای ۱، ۲ و ۷ ماده مذکور، اصلاح ساختار تشکیلات دستگاه‌های اجرایی و تجدیدنظر در ساختار داخلی آن‌ها به‌منظور ایجاد انسجام تشکیلاتی و حذف وظایف موازی، مشابه و تکراری و همچنین بازنگری و اصلاح نظام تصمیم‌گیری شوراها و کمیته‌های کشور به‌نحوی که ضمن ارتقای کیفی و کوتاه نمودن مراحل آن مراجع و نهادهای تصمیم‌گیرنده موازی و غیرضرور حذف شوند، مورد تأکید قرار گرفته است. مجموع مقررات فوق، ابزارهای لازم را برای حذف تشکیلات غیرضروری که حداقل در قوه مجریه مستقرند، در اختیار قوه مذکور قرار داده است. این در حالی است که در طول دهه‌ها و سنوات اخیر، به‌نحو مناسبی برای متناسب‌سازی تشکیلات دولت استفاده نشده است. برای مثال، اگرچه در خصوص امکان حقوقی ایجاد تشکیلات لازم برای معاونان رئیس‌جمهور،

بحثی مطرح نیست، لکن با وجود وزارت علوم، تحقیقات و فناوری (و ایجاد معاونت فناوری و نوآوری در آن وزارت)، انطباق ایجاد و تداوم وجود معاونت علمی و فناوری رئیس‌جمهور با بند ۱۰ اصل ۳ سازگار قابل تأمل و مستلزم واکاوی تحلیلی به نظر می‌رسد. همچنین است نسبت وزارت امور اقتصادی و دارایی و معاونت اقتصادی رئیس‌جمهور. بررسی و تحلیل حقوقی و مدیریتی ایجاد مراجع اخیر به خصوص از حیث انسجام در سیاستگذاری (وضع سیاست‌ها) و هماهنگی در سیاستگذاری (اجرای سیاست‌ها) در حوزه‌های موضوعی مذکور ضروری به نظر می‌رسد.

۲-۲. قوه مقننه

اگرچه ساختار تشکیلاتی دستگاه‌های اجرایی به تأیید سازمان اداری و استخدامی کشور می‌رسد، لکن در صورتی که «تشکیلات» را در معنای عام آن شامل ایجاد تشکیلات دولتی (از جمله دستگاه‌های اجرایی موضوع ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری) فرض کنیم، موافقت با ایجاد دستگاه‌های مذکور بر عهده مجلس شورای اسلامی (از این پس، مجلس) است. مصوبه مجلس در این زمینه برای اخذ تأیید شورا ارسال می‌شود. یکی از موارد کنترلی شورا، بند ۱۰ اصل ۳ قانون اساسی است. همچنین در مواردی که بخشی از تشکیلات یک دستگاه دولتی در متن قانون ذکر می‌شود (اگرچه چنین مصوباتی خلاف اختیارات قوه مجریه در تنظیم سازمان‌های اداری است)، شورا می‌تواند مصوبه قانون مذکور را از حیث انطباق با اصل مذکور بررسی کند.

نظر به اینکه انجام وظایف قوه مقننه توسط مجلس و زیرمجموعه‌های آن مستلزم طراحی ساختارهای اداری مربوط توسط رئیس مجلس و کمیسیون آیین‌نامه داخلی به موجب ماده ۶۹ قانون آیین‌نامه داخلی مجلس است، توجه به مفاد بند ۱۰ اصل ۳ در طراحی ساختارهای یادشده (از جمله تشکیلات اداری مجلس، مرکز پژوهش‌های مجلس و دیوان محاسبات کشور) ضروری است. برای مثال هم‌اکنون افزون بر مرکز پژوهش‌های مجلس، مرکز تحقیقات اسلامی نیز به‌عنوان یک نهاد پژوهشی (وابسته به قوه مقننه) ایجاد شده است. درحالی‌که ضرورت ایجاد نهاد اخیر در عرض مرکز پژوهش‌ها محل تأمل است.

افزون بر ابزارهای قانونی مذکور، یکی از ابزارهای غیرمستقیم مجلس برای حذف تشکیلات غیرضرور، صلاحیت تصویب بودجه است که می‌تواند وجود یا استمرار نهادی را عملاً تحت تأثیر قرار دهد.

۲-۳. وظایف قوه قضاییه

به استناد بند ۱ اصل ۱۵۸ قانون اساسی، ایجاد تشکیلات لازم در دادگستری به تناسب

مسئولیت‌های مقرر در اصل ۱۵۶ قانون اساسی، یکی از وظایف رئیس قوه قضاییه است. مقام مذکور علاوه بر تعیین تشکیلات قضایی، از طریق ستاد یا حسب مورد سازمان‌های وابسته به این قوه، ساختار اداری بدنه غیرقضایی قوه را نیز جهت اخذ تأییدیه سازمان اداری و استخدامی کشور پیشنهاد می‌کند. البته ایجاد تشکیلات موردنظر مقام یادشده در قوه قضاییه بدون محدودیت نیست (تنگستانی، ۱۳۹۸: ۷۵-۷۶). در این دو مقام، رعایت مفاد بند ۱۰ اصل ۳ ضرورت دارد. همچنین در صورتی که لازم باشد تشکیلات جدیدی (با شخصیت حقوقی مستقل) از طریق اخذ مصوبه مجلس ایجاد شود، مراتب باید از طریق تهیه لایحه قضایی اقدام شود. از میان موارد فوق صرفاً در خصوص مورد اخیر است که موضوع از حیث رعایت قانون اساسی، مورد کنترل شورای نگهبان قرار می‌گیرد. برای مثال به نظر می‌رسد لازم باشد ضرورت وجود همزمان نهادهایی همچون پژوهشگاه قوه قضاییه و مرکز تحقیقات فقهی حقوقی قوه قضاییه ذیل این قوه به دلیل برخورداری از اهداف و مأموریت‌های نسبتاً مشابه، از حیث مدیریتی مورد واکاوی مجدد قرار گیرد تا اطمینان کامل از رعایت الزامات مبتنی بر قانون اساسی، در ایجاد نهادهای مزبور حاصل شود.

۲-۴. سایر نهادها و مراجع حکومتی

از ویژگی‌های نظام حقوقی ایران، وجود مراجعی خارج از قوای سه‌گانه است که البته تعداد و اهمیت آن‌ها در نظام حقوقی-سیاسی شایان توجه است. تمامی مراجع مذکور (از جمله شامل نهادهای زیرمجموعه مقام رهبری، شورای نگهبان، مجمع تشخیص مصلحت نظام و شوراهای عالی فراقوه‌ای نظیر شورای عالی امنیت ملی و شورای عالی انقلاب فرهنگی) بخشی از حکومت را شامل می‌شوند که هر یک قسمتی از حاکمیت دولت را اعمال می‌کنند؛ براین اساس تکلیف موضوع بند ۱۰ اصل ۳ قانون اساسی در زمینه طراحی تشکیلات سازمانی متوجه نهادها و مراجع مذکور نیز می‌شود. شایان توجه آنکه نهادهای مذکور بخش چشمگیری از ساختار سیاسی و اداری کشور را تشکیل می‌دهند و با داشتن زیرمجموعه‌های متعدد سازمانی، لزوم رعایت بند ۱۰ اصل ۳ در آن‌ها را مضاعف می‌کند. برای مثال با وجود نهادهای حمایتی نظیر وزارت تعاون، کار و رفاه اجتماعی، ایجاد نهادهایی نظیر کمیته امداد امام خمینی^(ره)، بنیاد شهید و امور ایثارگران، بنیاد مستضعفان انقلاب اسلامی، در خارج از ساختار وزارت مذکور محل تأمل و شایسته بررسی مجدد است. همچنین است ارتباط وزارت آموزش و پرورش و نهضت سوادآموزی؛ وزارت راه و شهرسازی و بنیاد مسکن. بدون پیش‌داوری در خصوص مغایرت تشکیلات مذکور با بند ۱۰ اصل ۳ قانون اساسی، به نظر می‌رسد واکاوی تحلیلی

نهادهای فوق (و نیز سایر نهادهایی که به موجب بندهای پیشین، انطباق ایجاد و تداومشان با بند ۱۰ اصل فوق قابل تأمل به نظر رسید) از حیث حقوقی و مدیریتی مستلزم بررسی موضوع در مجالی مستقل بوده و خارج از قلمرو پژوهش حاضر است و طبعاً می‌تواند موضوع پژوهش‌های آتی در این عرصه باشد.

۳. حدود اختیارات و رویه شورای نگهبان در نظارت بر اساس بند ۱۰ اصل ۳ قانون اساسی

در این بند ابتدا نظرهایی شورا که به استناد بند ۱۰ اصل ۳ قانون اساسی صادر شده است، تبیین می‌شود؛ سپس نظرها و رویه شورا تحلیل می‌شوند.

۳-۱. تبیین نظرات و رویه شورا

برای جست‌وجوی نظرهای شورا به کتب مجموعه نظرهای شورا در ادوار مختلف مجلس (از دوره نخست تا پایان دوره نهم) مراجعه شده که توسط مرکز تحقیقات/پژوهشکده شورا تهیه و تنظیم شده و توسط معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات معاونت حقوقی ریاست جمهوری/پژوهشکده شورا منتشر شده‌اند. در ادامه نظرهای شورا در نظارت بر مصوبات مجلس تبیین می‌شوند.

مورد نخست، نظر شماره ۸۵/۳۰/۲۰۷۴۹ مورخ ۱۳۸۵/۱۲/۱۳ شورا در خصوص لایحه مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۵/۱۰/۱۳ کمیسیون مشترک رسیدگی به لایحه مذکور است. ماده ۳۸ لایحه مقرر کرده بود تمامی دستگاه‌های اجرایی موظف‌اند در چارچوب احکام این فصل نسبت به پیشنهاد اصلاح ساختار سازمانی خود اقدام کنند. در غیر این صورت هرگونه پرداخت به کارمندان به کارمندان شاغل در پست سازمانی قبلی در حکم تصرف غیرقانونی در اموال دولتی است. شورا قسمت اخیر ماده فوق را متضمن تضییع حقوق اشخاص و در نتیجه خلاف موازین شرع و مغایر با قسمت اول بند ۱۰ اصل ۳ قانون اساسی اعلام نمود؛ در مصوبه نهایی کل عبارت اخیر ماده ۳۸ حذف شد (فتحی، ۱۳۹۳: ۸۳-۸۴).

در ماده ۳ طرح ممنوعیت اشتغال به بیش از یک شغل مصوب ۱۳۹۱/۱۰/۲۶ مجلس، شغل به‌صورت موسع شامل عضویت در هیأت مدیره، مشاور، مشاور ارشد و سایر عناوین اعم از دائم، موقت، تمام‌وقت، پاره‌وقت، موظف و غیرموظف می‌شد. شورا مصوبه فوق را از این حیث که به ایجاد نظام اداری غیرصحیح منجر می‌شود، مغایر بند ۱۰ اصل ۳ قانون اساسی شناخت (مهاجری، ۱۳۹۶: ۱۷۸).

تبصره الحاقی به ماده ۷۶ قانون آیین‌نامه داخلی مجلس، مقرر کرده بود که در هر دوره مجلس، نمایندگان می‌توانند حداکثر پنج نفر از کارکنان یا کارشناسان دستگاه‌های مشمول ماده

۵ قانون مدیریت خدمات کشوری را برای به‌کارگیری در دفتر ارتباطات مردمی جهت انجام امور مشاوره‌ای، اداری و خدماتی از دستگاه ذی‌ربط درخواست کنند. در این صورت دستگاه مربوط موظف است اشخاص مزبور را به دفتر فوق مأمور کند. شورا در نظر شماره ۹۲/۳۰/۵۰۰۵۰ مورخ ۱۳۹۲/۰۲/۵ موظف نمودن دستگاه‌ها به مأمور کردن اشخاص را موجب «اخلال در نظام اداری صحیح» دانسته و مغایر بند ۱۰ اصل ۳ اعلام کرد. همچنین اطلاق تبصره فوق نسبت به تعداد اشخاص، در مواردی که نیاز نیست و سبب ایجاد تشکیلات غیرضرور می‌شود نیز مغایر بند ۱۰ اصل ۳ دانسته شده است. در مصوبه نهایی (اصلاحی) مجلس، عبارت مربوط به تکلیف دستگاه به مأمور کردن اشخاص مزبور حذف شد و به لزوم هماهنگی با دستگاه مبدأ تصریح شد؛ همچنین تعیین تعداد اشخاص مزبور با توجه به ملاحظات مختلف بر عهده کمیسیون تدوین آیین‌نامه داخلی مجلس قرار داده شد (فتحی، ۱۳۹۳: ۹۲-۹۳).

به موجب نظر شماره ۹۴/۱۰۲/۳۶۰۴ مورخ ۱۳۹۴/۰۶/۳۱ شورا در خصوص طرح ممنوعیت به‌کارگیری بازنشستگان (مصوب ۱۳۹۴/۰۶/۲۹ مجلس) که ممنوعیت مطلق برای به‌کارگیری بازنشستگان در نظر گرفته بود، اطلاق یادشده مغایر بند ۸ سیاست‌های کلی نظام اداری و در نتیجه مخالف بند ۱ اصل ۱۱۰ و همچنین از این حیث که در برخی موارد مانع از ایجاد نظام اداری صحیح می‌گردد، مغایر بند ۱۰ اصل ۳ قانون اساسی شناخته شد. با مستثنا کردن ایثارگران، مقامات سیاسی و دارندگان اجازات خاص از مقام رهبری، از مصوبه مذکور رفع ایراد شد (مهاجرى، ۱۳۹۶: ۷۸۱ و ۷۸۶).

شورا در نظر شماره ۹۴/۱۰۲/۴۵۰۶ مورخ ۱۳۹۴/۰۹/۶ در خصوص طرح اصلاح موادی از قانون انتخابات مجلس، اضافه کردن شرط همراه داشتن کارت ملی برای رأی‌دهندگان را به دلیل کاهش میزان مشارکت، مغایر بند ۸ و قسمت اخیر بند ۱۰ اصل ۳ قانون اساسی شناخت (مهاجرى، ۱۳۹۶: ۸۴۹). مشخص نیست ارتباط موضوع با حذف تشکیلات غیرضرور چیست؟! شایان توجه آنکه شورا در نظر شماره ۸۲/۳۰/۳۲۳۹ مورخ ۱۳۸۲/۰۳/۲۲ در خصوص طرح استانی شدن انتخابات مجلس (مصوب ۱۳۸۲/۰۲/۳۱) برگزاری انتخابات استانی را موجب کاهش مشارکت عمومی و در نتیجه مغایر بند ۸ اصل ۱۰ قانون اساسی شناخته بود (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۹۱: ۶۴۳ و ۶۴۴).

شورا در خصوص ماده ۱ طرح نحوه انتصاب اشخاص در مشاغل حساس (مصوب ۱۳۹۴/۱۱/۱۱) که انتصاب برخلاف استعلام را موجب تعقیب دانسته بود، طی نظر شماره ۹۴/۱۰۲/۵۹۳۹ مورخ ۱۳۹۴/۱۲/۲۲ اطلاق انتصاب برخلاف استعلام صورت‌گرفته را مغایر نظام اداری صحیح و بند ۱۰ اصل ۳ قانون اساسی شناخت (مهاجرى، ۱۳۹۶: ۹۴۵).

۲-۳. تحلیل حدود اختیارات و رویه شورا

اولین نکته شایان ذکر آنکه در استناد به بند ۱۰ اصل ۳ قانون اساسی و به طور مشخص قسمت اخیر بند مذکور، نظرهای معتابهی از سوی شورا صادر نشده است. در حالی که سایر بندهای اصل ۳ به خصوص بند ۹ به دفعات مورد استناد قرار گرفته است. در نظرهای موجود نیز عمده استنادات به قسمت نخست بند مذکور است و جز در یک مورد، به طور مشخص به مصوبه مربوط از حیث «حذف تشکیلات غیر ضرور» ایراد نشده است.

همان طور که بیان شد، شورا در دو سطح مخاطب بند ۳ اصل ۱۰ قانون اساسی است. نخست، مواردی که مربوط به طراحی ساختارهای اداری در شورا و زیرمجموعه های آن می شود؛ دوم، مواردی که شورا از حیث انجام وظیفه مبتنی بر قانون اساسی، بر مصوبات مجلس و نیز مصوبات هیأت وزیران در زمینه اساسنامه دستگاه های اجرایی نظارت می کند.

در خصوص نظارت شورا بر اساسنامه های دستگاه های دولتی (مصوب هیأت وزیران) به صورت خاص، با بررسی مجموعه نظارت شورا در مورد اساسنامه های مصوب دولت از سال ۱۳۶۹ تا ۱۳۹۵، ظاهراً استنادی به بند ۱۰ اصل ۳ قانون اساسی صورت نگرفته است؛ زیرا ایجاد دستگاه مربوط پیشتر به تصویب مجلس رسیده و در مواد اساسنامه نیز معمولاً در خصوص جزئیات تشکیلات تفصیلی آن دستگاه حکمی ذکر نمی شود.

پرسشی که مطرح می شود، این است که آیا استناد کم به بند یادشده، طبیعی است یا اینکه شورا در عمل، عنایت شایسته ای به بند یادشده نداشته است؟ شاید بتوان یکی از علت های نحیف بودن رویه شورا در این خصوص را عدم امکان نظارت بر همه هنجارهایی دانست که مربوط به ایجاد تشکیلات در نظام اداری ایران و سازمان دهی آن هستند. بر مبنای قانون اساسی (اصول ۸۵ و ۱۳۸) شورا امکان نظارت بر مقررات وضع شده از سوی قوه مجریه (جز در مورد اساسنامه دستگاه های دولتی) را ندارد و به این ترتیب بسیاری از مصوبات مربوط به ساختار نظام اداری از حوزه نظارتی شورا خارج شده اند. نظارت بر این دست هنجارها مطابق اصول پیش گفته بر عهده رئیس مجلس است که این مقام نیز مطابق تفسیر شورا امکان تطبیق مصوبات مجلس با قانون اساسی و تبعاً بند ۱۰ اصل ۳ را ندارد. با وجود این، امکان ابطال مصوبات مذکور در هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به استناد بند مذکور وجود دارد؛ گرچه تاکنون موردی ملاحظه نشده است. لکن در خصوص مصوبات مجلس، با عنایت به تعدد مصوبات مذکور در خصوص ایجاد دستگاه های دولتی، به نظر می رسد قسمت اخیر بند ۱۰ اصل ۳ به نحو شایسته مورد عنایت شورا قرار نگرفته است. البته استنباط شورا در این حوزه تا حدود زیادی وارد مقوله مدیریتی می شود که طبعاً بهره گیری از نظرهای کارشناسان مدیریت

دولتی در این زمینه لازم خواهد بود.

یکی از ملاحظات مهم در استناد به بند یادشده، رعایت اصول حقوقی پذیرفته شده در نظام حقوقی ایران (از جمله تفکیک قوا) است. البته این امر به معنای عدم امکان استناد به بند مذکور نیست، بلکه بر ضرورت منضبط ساختن استناد به بند یادشده بر اساس ضوابط از پیش تعیین شده در این زمینه تأکید دارد.

نتیجه‌گیری

ایجاد نظام اداری صحیح، لازمه نیل به توسعه در ابعاد مختلف آن است. به منظور تحقق هدف مذکور، مؤلفه‌های متعددی همچون حاکمیت قانون، بهره‌وری، شفافیت، پاسخگویی، سلامت اداری، تمرکززدایی و ... باید در نظام اداری کشور حاکم شود که البته حصول هر یک، مستلزم انجام اقدامات متعددی است.

صرف نظر از نظریه دولت پذیرفته شده در نظام حقوقی-سیاسی هر کشور، به عنوان یک قاعده مدیریتی و عقلانی، تشکیلات هر دولت و دستگاه دولتی باید متناسب با کارکردها، وظایف و مأموریت‌های قانونی آن باشد. وجود تشکیلات غیرضرور در هر شکلی از دولت، پذیرفتنی نیست. البته تهیه راهبردها، سیاست‌ها، برنامه‌های عملیاتی و اقدامات لازم برای نیل به هدف مذکور (حذف تشکیلات غیرضرور)، مقوله‌ای مدیریتی است که به دلیل ارتباط آن با موضوعات حقوق اداری، حسب مورد مدنظر حقوقدانان نیز قرار گرفته است.

بر اساس یافته‌های این پژوهش، مقررات لازم برای اجرایی کردن قسمت اخیر بند ۱۰ اصل ۳ قانون اساسی، در نظام حقوقی ایران پیش‌بینی شده است. علت اصلی عدم تحقق وظیفه مذکور، ضعف در اجراست. یکی از عوامل مؤثر در این خصوص، بخشی‌نگری و تعارض منافع برخی نهادها و اشخاص برای اجرایی کردن کامل وظیفه مذکور است. انجام این وظیفه قانونی به خصوص پس از ابلاغ سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی (موسوم به خصوصی‌سازی) و نیز با توجه به کاهش منابع درآمدی دولت در سال‌های اخیر، از اهمیت بیشتری برخوردار است. اگرچه از مهم‌ترین دلایل عدم تحقق شایسته وظیفه مذکور در قانون اساسی، عدم دستیابی به مفهومی روشن و تا اندازه‌ای غیرقابل مناقشه از «نظام اداری صحیح» و «حذف تشکیلات غیرضرور» است. هرچند هر دو عبارت دارای طیف مفهومی و مصداقی گسترده هستند، اما دست‌کم در خصوص «حذف تشکیلات غیرضرور» می‌توان ادعا کرد واژه «حذف» هم ناظر بر تشکیلات غیرضرور موجود است و هم چنین عدم ایجاد تشکیلات غیرضرور در آینده را نیز در برمی‌گیرد. افزون بر این، «تشکیلات» هم معنای خاص (ساختار

درونی دستگاه‌ها و مراجع حکومتی) و هم معنای عام (علاوه بر معنای خاص، شامل ایجاد دستگاه‌های حکومتی) را در برمی‌گیرد؛ به نظر می‌رسد واژه مذکور در قانون اساسی در معنای عام به کار رفته است؛ قید «غیرضرور» ناظر بر هر تشکیلاتی است که متناسب و متناظر با مأموریت‌ها و شرح وظایف قانونی دولت و دستگاه دولتی مربوط نباشد؛ به نحوی که با حذف آن دستگاه یا آن واحد یا واحدها از تشکیلات سازمانی دستگاه مربوط، امکان ایفای وظایف قانونی ذی‌ربط وجود داشته باشد.

یادداشت‌ها

۱. ابلاغی طی نامه شماره ۲۰۶/۹۳/۵۶۰ مورخ ۱۳۹۳/۱/۲۰.

2. Minimal State.

۳. در ادبیات حقوق اداری، میان تراکم‌زدایی و تمرکززدایی، تفاوت معنایی وجود دارد. منظور از تراکم‌زدایی، سازمان‌دهی مبتنی بر توزیع مأموران و اختیارات در قالب یک شخص حقوقی از یک اداره مرکزی به اداره‌های غیرمتمرکز محلی است و منظور از عدم تمرکز، اعطای صلاحیت تصمیم‌گیری کلی یا جزئی در مورد امور محلی به واحدهای محلی دارای شخصیت حقوقی و منتخب اعضای محل مشخص (زرشگی، ۱۳۹۶: ۹۹-۱۰۰).
۴ همان‌طور که گفته شد، به نظر برخی نویسندگان حسن و قبح ذاتی دولت کوچک یا بزرگ، برداشتی نادرست از اندازه دولت است. اولویت اصلی، کارآمدی و اثربخشی دولت است (شهرآئینی: ۱۳۹۸: ۸).

5. State.

6. Government.

۷. توجه به مقدمه قانون اساسی به‌عنوان یکی از ابزارهای تفسیر و تبیین اصول آن، این ادعا را تقویت می‌کند که وظیفه مندرج در بند ۱۰ اصل ۳، عمدتاً بر عهده قوه مجریه است؛ چراکه مطابق مقدمه قانون اساسی، ایجاد نظام اداری و اجرایی کارا و غیربوروکراتیک از وظایف قوه مجریه است که از بایسته‌های ضروری آن، حذف تشکیلات غیرضرور است.

۸. نظریه تفسیری شماره ۱۵۴۳ مورخ ۱۳۶۳/۵/۱۷ شورا.

۹. با توجه به تعدد مصوبات مجلس راجع به ایجاد دستگاه‌های اجرایی، به نظر می‌رسد موقعیت مناسب برای ورود شورا به این عرصه وجود داشته و همچنان وجود دارد.



منابع و مأخذ

الف) فارسی

۱. استوار سنگری، کورش (۱۳۸۸)، «مفهوم دولت در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، **حقوق اساسی**، ش ۱۱، ص ۴۹-۸۶.
۲. اصغری یالقوز آغاجی، رعنا؛ محسنی زنوزی، سید جمال‌الدین (۱۳۹۳)، «نقش دولت در تحول نظام اداری کشور»، **مجله اقتصادی**، ش ۵ و ۶، ص ۴۱-۵۴.
۳. اصلانی، فیروز؛ نورایی، مهدی (۱۳۹۶)، «واکاوی مفهومی واژگان چندمعنا در قانون اساسی - دولت به معنای «حکومت یا طبقه حاکم»»، **مطالعات حقوق عمومی**، دوره ۴۷، ش ۴، ص ۹۳۷-۹۵۵.
۴. آقایی طوق، مسلم (۱۳۸۶)، «مفهوم و معیارهای کوچک‌سازی دولت»، **اطلاع‌رسانی حقوقی**، ش ۱۲، ص ۵۳-۷۴.
۵. بسطامی، مسعود و همکاران (۱۳۹۸)، «تبیین چالش‌های متناسب‌سازی ساختار و تشکیلات دولت در اجرای برنامه جامع اصلاح نظام اداری و مقایسه وضع موجود و مطلوب آن»، **خط‌مشی‌گذاری عمومی در مدیریت**، ش ۳۳، ص ۱-۱۷.
۶. تفرشی، محمدعیسی و عبدالحمید مرتضوی، (۱۳۸۸)، «مطالعه تطبیقی تعهد به وسیله و به نتیجه در فقه، حقوق فرانسه و ایران»، **پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی**، دوره ۵، ش ۱۵، ص ۱۱-۳۱.
۷. تنگستانی، محمدقاسم (۱۳۹۸)، «حدود و لوازم اختیارات رئیس قوه قضاییه در ایجاد تشکیلات لازم در دادگستری» در **نظام حقوقی ایران**، **حقوق اداری**، ش ۱۹، ص ۵۲-۷۸.
۸. تنگستانی، محمدقاسم و مهدی مرادی برلیان، (۱۴۰۰)، «گستره نقش دولت در تنظیم و نظارت بر حرفه وکالت دادگستری»، **مطالعات حقوق عمومی**، دوره ۵۱، ش ۲، ص ۵۹۵-۶۱۸.
۹. حبیب‌نژاد، سید احمد؛ سعید، سیده زهرا (۱۳۹۶)، «لزوم گذار از «تعهد به وسیله» به «تعهد به نتیجه» در تفسیر تعهدات دولت در اصل سوم قانون اساسی»، **حقوق اسلامی**، ش ۵۳، ص ۵۹-۸۴.
۱۰. دانایی فرد، حسن (۱۳۹۱)، «تفکیک، ادغام و طراحی وزارتخانه‌های جدید در ایران: تحلیلی نظری»، **پژوهش‌های مدیریت منابع سازمانی**، دوره ۲، ش ۴، ص ۸۵-۱۰۹.

۱۱. رستمی، ولی؛ زرشگی، محمد (۱۳۹۸)، «کوچک‌سازی دولت؛ راهبردی برای تراکم‌زدایی حقوقی - اداری از تهران»، پژوهش حقوق عمومی، ش ۶۵، ص ۴۱-۷۲.
۱۲. زرشگی، محمد؛ جلالی، محمد (۱۳۹۶)، «تراکم‌زدایی حقوقی - اداری از تهران در پرتو اصول قانون اساسی»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، ش ۲ (پیاپی ۴۶)، ص ۹۷-۱۲۲.
۱۳. شهرآئینی، سید مجتبی (۱۳۹۸)، «اندازه دولت؛ ضرورت استخراج نقشه حکمرانی کشور»، تحول اداری، شماره پیاپی ۵۹، ش ۵، ص ۸-۱۹.
۱۴. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلسه اول تا سی و یکم (۱۳۶۴)، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی.
۱۵. فتحی، محمد؛ کوهی اصفهانی، کاظم (۱۳۹۷)، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران؛ به همراه نظرات تفسیری شورای نگهبان، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، چ اول.
۱۶. فتحی، محمد (۱۳۹۳)، اصول قانون اساسی در پرتو نظرات شورای نگهبان: اصل ۳، پژوهشکده شورای نگهبان، شماره مسلسل ۱۳۹۳۰۰۹۵.
۱۷. فرکیش، هانه (۱۳۹۸)، نظام اداری صحیح؛ مبانی، مؤلفه‌ها و راهکارها، تهران: میزان، چ اول.
۱۸. فقیهی، ابوالحسن (۱۳۹۸)، «نظام اداری تراز توسعه و پیشرفت کشور»، تحول اداری، ش پیاپی ۵۹، ش ۵، ص ۷۸-۸۱.
۱۹. قاری سیدفاطمی، سید محمد (۱۳۹۶)، حقوق بشر معاصر، دفتر اول، تهران: نگاه معاصر، چ اول.
۲۰. کعبی، عباس (۱۳۹۳)، تحلیل مبانی اصل سوم قانون اساسی، پژوهشکده شورای نگهبان، شماره مسلسل ۱۳۹۳۰۱۶۰.
۲۱. کمالی، یحیی (۱۳۹۳)، «بررسی نقش تمرکززدایی در تحقق سلامت اداری»، سیاست‌های راهبردی و کلان، ش ۵، ص ۱۱۱-۱۳۲.
۲۲. مرکز تحقیقات شورای نگهبان (۱۳۹۱)، مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی؛ دوره ششم (خرداد ۱۳۷۹ تا خرداد ۱۳۸۳)، تهران: معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات معاونت حقوقی ریاست جمهوری، چ اول.

۲۳. معاونت توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس جمهور (بی تا)، نقشه راه اصلاح نظام اداری.

۲۴. موسی زاده، ابراهیم؛ دانش ناری، زهرا (۱۳۹۷)، مبانی و الزامات نظام اداری صحیح در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: خرسندی، چ اول.

۲۵. موسی زاده، ابراهیم (۱۳۹۳)، «مبانی، اهداف و اصول نظام اداری در رسائل حکومت اسلامی (۱۳۴۲-۱۳۵۷)»، حقوق اداری، ش ۶، ص ۹۹-۱۱۶.

۲۶. ----- (۱۳۹۷)، «مؤلفه‌ها و اصول حقوقی حاکم بر نظام اداری صحیح»، اندیشه‌های حقوق عمومی، دوره پیاپی ۱۳، ش ۲، ص ۹۹-۱۱۲.

۲۷. مهاجری، محمد (۱۳۹۶)، مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی؛ دوره نهم (خرداد ۱۳۹۱ تا خرداد ۱۳۹۵)، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، چ اول.

۲۸. میرمحمدی، سید محمد؛ حسن پور، اکبر (۱۳۹۰)، «نظام اداری ایران: تحلیلی بر مشکلات و چالش‌ها»، چشم‌انداز مدیریت دولتی، ش ۸، ص ۹-۲۲.

۲۹. وینسنت، اندرو (۱۳۷۱)، نظریه‌های دولت، ترجمه حسین بشیریه، تهران: نی، چ اول.

۳۰. هداوند، مهدی (بی تا)، تأملی در مفهوم «ایجاد نظام اداری صحیح و حذف تشکیلات غیر ضروری» در بند ۱۰ اصل سوم قانون اساسی، قابل دسترسی در:

<https://www.ghazavatonline.com/38302/contemplation-on-concept-of-creating-a-proper-administrative-system/>

References

1. Aghaei Togh, Moslem, (2007), "Concept and Criteria of Government Minimization", Legal Information, No. 12, pp. 74-53.
2. Asghari Yalquz Aghaji, Rana and Seyed Jamal al-Din Mohseni-Zonozi, (2014), "Maghshe Dolat dar Tahavole Nezame Edari Keshvar", Economic Journal, Nos. 5 and 6, pp. 54-41. (In Persian)
3. Aslani, Firooz and Mehdi Nouraei, (2017), " Studying the Conceptual Definition of the Constitution's Terminology Government in the definition of "Government or Ruling Class" """, Public Law Studies, Volume 47, Number 4, pp. 955-937.
4. Bastami, Massoud et al., (2019), " Explanation challenges and suggesting ways of Rightsizing Government's structure in performing reform planning in Iran's administrative system ", Iranian Journal of Public Administration

- Mission, No. 33, pp. 17-1.
5. Danaeifard, Hassan, (2012), "Separation, Merger and Design of New Ministries in Iran: A Theoretical Analysis", *Organizational Resource Management Research*, Volume 2, Number 4, pp. 109-85.
 6. volume-1-jaleseh-ye-avval-ta-si-va-yekom , (1977), Tehran: General Office of Cultural Affairs and Public Relations of the Islamic Consultative Assembly. (In Persian)
 7. Faqih, Abolhassan, (2019), "Nezame Edari Taraz va Tose'e va Pishrafte Keshvar", *Administrative Transformation*, No. 59, No. 5, pp. 81-78. (In Persian)
 8. Farkish, Haneh, (1398), *Nezame Edari e Sahih, Mabani, Moalefeha va Rahkarha*, Tehran: Mizan, first edition. (In Persian)
 9. Fathi, Mohammad, (2014), "Principles of the Constitution in Light of the views of the Guardian Council: Principle 3", *Guardian Council Research Institute*, serial number 13930095. (In Persian)
 10. Fathi, Mohammad and Kazem Koochi Esfahani, (2018), *Ghanoon Asasi Jomhoori Eslami Iran be Hamrahe Nazarate Tafsiri, Mashverati va ... Shoraye Negahban*, Tehran: Guardian Council Research Institute, first edition. (In Persian)
 11. Guardian Council Research Center, (2012), a collection of views of the Guardian Council on the approvals of the Islamic Consultative Assembly; Volume 6 (June 2000 to June 2004), Tehran: Deputy for Compilation, Revision and Publication of Laws and Regulations of the Legal Department of the President, First Edition.
 12. Habibnejad, Seyed Ahmad and Seyed Zahra Saeed, (2017), "The Necessity of Transition from" Commitment by Means "to" Commitment to Results "in the Interpretation of Government Obligations in the Third Principle of the Constitution", *Islamic Law*, No. 53, p. 84-59.
 13. Hadavand, Mehdi, (undated), "Reflection on the concept of" creating a proper administrative system and eliminating unnecessary organizations "in paragraph 10 of the third principle of the Constitution", available at: <https://www.ghazavatonline.com/38302/contemplation-on-concept-of-creating-a-proper-administrative-system/>
 14. Kaabi, Abbas, (2014), "Tahlile Mabani e Asle Sevvom Ghanoon Asasi", *Guardian Council Research Institute*, serial number 13930160. (In Persian)
 15. Kamali, Yahya, (2014), "Study the role of administrative decentralization on administrative integrity ", *Strategic and macro policies*, No. 5, pp. 132-111.
 16. Mir Mohammadi, Seyed Mohammad and Akbar Hassanpour, (2011), "Iran's Administrative System: An Analysis of Problems and Challenges", *Public Management Perspectives*, No. 8, pp. 9-22.
 17. Mohajeri, Mohammad, (2017), *Collection of opinions of the Guardian Council on the approvals of the Islamic Consultative Assembly; Ninth*

Volume (June 2012 to June 2016), Tehran: Guardian Council Research Institute, First Edition. ▶

18. Musazadeh, Ebrahim, (2014), "Mabani, Osool va Ahdaf-e Nezame Edari dar Rasaele Hokoomate Eslami", Administrative Law, No. 6, pp. 116-99. (In Persian)

19. Musazadeh, Ebrahim, (2018), " A Comparative Study of the Provincial Council in the Islamic Republic of Afghanistan and the Islamic Council of the Province in the Islamic Republic of Iran ", Andishehaye Hoghuq Omom, Volume 13, Number 2, pp. 112-99.

20. Musazadeh, Ebrahim and Zahra Daneshnari, (2015), Mabani va Elzamate Nezame Edari Sahih dar Hoghoogh Asasi Jomhoori Eslami Iran, Tehran: Khorsandi, First Edition. (In Persian)

21. Ostovarsangari, Kourosh, (2009), "Mafhoome Dolat dar Ghanoon Asasi Jomhoori Eslami Iran", Constitutional Law, No. 11, pp. 86-49. (In Persian)

22. Qari Seyed Fatemi, Seyed Mohammad, (2017), Contemporary Human Rights, First Office, Tehran: Contemporary View, First Edition.

23. Rostami, Vali and Mohammad Zarshgi, (2019), "Government Downsizing: Effective Strategy for Legal-Administrative De localisation of Tehran ", Public Law Research, No. 65, pp. 72-41.

24. Shahr Aini, Seyed Mojtaba, (2019), "The size of the government; The necessity of extracting the governance plan of the country ", Administrative Transformation, Serial No. 59, No. 5, pp. 19-8.

25. Tafreshi, Mohammad Issa and Abdolhamid Mortezaei, (2009), " A Search in Obligation Means and Obligation to Achieve a Certain Result in Law of France and Iran ", Research in Islamic jurisprudence and law, Volume 5, Number 15, pp. 31-11.

26. Tangestani, Mohammad Ghasem, (2019), " Limitations and Requirements of Authorities of Head of the Judiciary about creation necessary organizations in the Judiciary in Legal system of Iran ", Administrative Law, No. 19, pp. 78-52.

27. Tangestani, Mohammad Ghasem and Mahdi Moradie berlian, (2021), "The Scope of the States' Role in Regulating and Supervising the Legal Profession", Public Law Studies, Volume 51, Number 2, pp. 618-595.

28. Vice President for Management and Human Capital Development, (undated), administrative system reform roadmap.

29. Vincent, Andrew, (1992), Theories of the State, translated by Hossein Bashirieh, Tehran: Ney, first edition.

30. Zarehgi, Mohammad and Mohammad Jalali, (2017), "Tarakom Zodaie Hoghooghi-Edari az Tehran dar Partoe Osool Ghanoon Asasi", Journal of Islamic Law, No. 2 (46), pp. 122-97. (In Persian)

بررسی صلاحیت مجلس شورای اسلامی در تقنین احکام شرع

عباس کعبی نسب^{۱*}، رضا محمدی کرجی^{۲**}

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۱/۱۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۵/۱۰

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: 10.22034/qjplk.2022.1248.1226

چکیده

تنظیم رابطه فقه و قانون، تبیین ماهیت و قلمرو و شرایط و حدود قانون‌گذاری در حکومت اسلامی و استفاده از ظرفیت‌های مختلف قانون اساسی ایران در حوزه حقوق عمومی از اهمیت خاصی برخوردار است.

این نوشتار فارغ از چستی ماهیت کار مجلس در مورد شریعت و اینکه تقنین است یا تدوین، به بررسی صلاحیت مجلس در ورود به احکام شریعت از دیدگاه فقهی و حقوقی می‌پردازد؛ آن‌هم نه تمام احکام بلکه صرفاً احکام مصرح و مسلم شریعت. این تحقیق به دنبال پاسخ به این سؤال است که صلاحیت اختیاری و اجباری قانون‌گذار و مجلس نسبت به قانون‌گذاری این احکام از لحاظ منطقی و طبق نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران چگونه ارزیابی می‌شود؟ این نوشتار با بررسی حقوقی و فقهی به روشی تحلیلی توصیفی اثبات می‌کند که وضع احکام ثابت و مصرح و مسلم شریعت در صلاحیت اختیاری مجلس نیست..

واژه‌های کلیدی: تقنین شریعت، صلاحیت اختیاری، احکام ثابت، صلاحیت مجلس،

احکام مسلم، قانون‌گذاری.

۱. عضو هیأت علمی گروه حقوق مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (ره)، قم، ایران.

* Email: abbaskaabi@gmail.com

۲. استادیار گروه حقوق مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (ره)، قم، ایران (نویسنده مسئول):

** Email: Rbnmw@yahoo.com

مقدمه

بررسی نقاط قوت و ضعف نظام تقنین کشور می‌تواند ما را برای رسیدن به نظام مطلوب و ایدئال اسلامی کمک نماید.

شریعت به مثابه بخش احکام دین اسلام، از جهتی به احکام ثابت و متغیر تقسیم می‌شود؛ و از جهتی می‌توان این احکام را به دودسته احکام «مسلم» و «غیرمسلم» تقسیم کرد؛ منظور از احکام مسلم احکامی است که جزو منصوصات اسلام و روشن بوده، اختلاف معنی‌بهی در مورد آن بین فقهای عظام وجود ندارد.

اگرچه ممکن است گفته شود «تقنین شریعت» و قانون‌گذاری در حوزه احکام غیرمسلم، مانند فتاوی‌ اختلافی و تعیین تکلیف مردم و دولت در چنین مواردی به واسطه قانون‌گذاری نه تنها هیچ محذور و ممنوعیتی ندارد، بلکه کاملاً راجح است ولی فارغ از صحت یا عدم صحت آن، آنچه بیش از همه نیازمند بررسی و موضوع نوشتار حاضر است احکام مصرح و مسلم شریعت و رابطه تقنین و شریعت در این خصوص است. این‌که موضوع این نوشتار خصوص تقنین احکام مسلم شرعی است، بدین معنا نیست که قلمرو مفهومی اصول قانون اساسی در مورد تقنین شریعت نیز منحصر به همین مفهوم است.

این نوشتار فارغ از چیستی ماهیت کار مجلس در مورد شریعت و اینکه تقنین است یا تدوین یا چیز دیگر، به بررسی صلاحیت مجلس در ورود به احکام شریعت از دیدگاه فقهی و حقوقی می‌پردازد؛ آن‌هم نه تمام احکام بلکه صرفاً احکام مصرح و مسلم شریعت. سه سطح بحث مطرح است:

- ۱- آیا حکم شرعی بدون تقنین یا تدوین الزام‌آور است؟
- ۲- آیا قانون‌گذار و مجلس صلاحیت تقنین احکام شرع را دارد؟
- ۳- در صورت مثبت بودن سؤال دوم صلاحیت قانون‌گذار و مجلس در تقنین احکام شرع اختیاری است یا اجباری؟

اگر پاسخ سؤال اول مثبت باشد صلاحیت مجلس اختیاری یا اجباری هرکدام که باشد برای اتقان کار و بهتر اجرا شدن احکام اسلام مفید خواهد بود، ولی اگر پاسخ سؤال اول منفی باشد سؤال دوم و سوم قوت بیشتری می‌گیرد چون در این صورت حکم شرعی بدون تقنین یا تدوین مجلس الزام ندارد، حال اگر صلاحیت مجلس اختیاری باشد باعث متروک شدن حکم اسلام می‌شود به خلاف اینکه صلاحیتش اجباری باشد. بعد باید این منطقی را در نظام حقوقی ایران جستجو کرد.

سؤال سوم موردنظر این نوشتار می‌باشد.

صلاحیت، گاه به معنای اختیار (صلاحیت اختیاری) و گاه به معنی وظیفه (صلاحیت اجباری) است؛ یعنی به‌طور مثال اگر صلاحیت قانون‌گذاری مجلس از نوع صلاحیت اختیاری باشد یعنی مجلس حق و اختیار دارد که قانون‌گذاری کند اما اگر از نوع صلاحیت اجباری باشد مجلس وظیفه دارد که قانون‌گذاری کند و نمی‌تواند از آن شانه خالی کند.

صلاحیت قانون‌گذار در تقنین احکام شرع را از جهت دیگر می‌توان به دو نوع تقنین اجمالی و تقنین تفصیلی تقسیم کرد. صلاحیت تقنین اجمالی یعنی قانون‌گذار حق یا وظیفه داشته باشد به‌صورت اجمالی احکام شرع را تقنین کند مثلاً با یک ماده‌واحد کل احکام اسلام را تقنین کند. چنانکه ماده ۷ قانون مدنی ریز قوانین مربوط به احوال شخصیه دولت متبوع فرد خارجی را معتبر و لازم‌الاجرا ساخته است، بدون آن‌که قانون‌گذار یا قاضی یا طرفین، از ریز آن قوانین مطلع باشند.

اما صلاحیت تقنین تفصیلی یعنی قانون‌گذار حق یا وظیفه داشته باشد احکام اسلام را یک‌به‌یک و به‌صورت جزئی تبدیل به قانون کند. صلاحیت تقنین اجمالی حداقلی است؛ یعنی قانون‌گذار در قانون اساسی یا قانون عادی با آوردن حداقل یک ماده تمام احکام اسلام را تقنین می‌کند.

در این نوشتار صلاحیت اختیاری قانون‌گذار و همچنین صلاحیت اجباری آن اعم از اجمالی یا تفصیلی برای تقنین احکام مصرح و مسلم شریعت موردبررسی قرار می‌گیرد. بنابراین پاسخ به این سؤال که دقیقاً ماهیت قانون‌گذاری مجلس چیست باید در نوشتار دیگری موردبررسی قرار بگیرد؛ اما ماهیت کار مجلس در مورد احکام شریعت چه تقنین باشد چه تدوین، مسئله این است که آیا تقنین این احکام طبق نظام حقوقی ایران در صلاحیت اختیاری یا اجباری قانون‌گذار است؟

از نظر برخی رهبران مذهبی مشروطه و از آن جمله مرحوم نائینی، حوزه اختیارات مجلس و شور و مشورت آنان، غیر منصوصات شرعی بود که تابع شرایط متفاوت است نه منصوصات و احکام ثابت شریعت (نائینی، ۱۴۲۴، ۱۳۳-۱۳۵). ممکن است گفته شود این نوع نفی‌ها ناظر به این است که نمایندگان بخواهند در مورد احکام شرع اظهارنظر کنند، اما تدوین احکام شرعی در قالب مواد قانونی نه‌تنها اشکال شرعی ندارد بلکه تضمین‌کننده اجرای آن‌ها می‌شود. اما در این مورد می‌توان گفت بر فرضی که ماهیت کار مجلس در چنین مواردی «تدوین» باشد باز این سؤال مطرح است که اگر حکمی از احکام اجتماعی الزامی و مسلم اسلام توسط مجلس «تدوین» نشد وضعیت آن حکم در جامعه اسلامی از نظر فقه و حقوق چگونه تحلیل می‌شود؟ با توجه به اصل حاکمیت قانون آیا می‌توان گفت چنین حکمی لازم‌الاجرا است؟ اگر

پاسخ منفی باشد در فرض صلاحیت اختیاری مجلس، برخی از احکام الزامی اسلام متروک می‌ماند و اگر پاسخ مثبت باشد ورود مجلس در این حوزه چه تبیینی دارد؟ اساساً صلاحیت مجلس در این خصوص و اختیاری یا اجباری بودن آن مورد سؤال است.

از منظر حقوق باوجود اصل ۱۶۷ و اصل چهارم بررسی سؤال فوق همچنان ضروری می‌نماید. ممکن است گفته شود باوجود اصل ۱۶۷ ضرورتی برای نوشتار حاضر احساس نمی‌شود؛ زیرا حتی اگر مجلس صلاحیت تقنین احکام شریعت را داشته باشد، در صورتی که تقنین حکمی از احکام شریعت توسط مجلس انجام نگیرد قاضی طبق اصل ۱۶۷ به حکم شرع مراجعه می‌نماید؛ و به عبارت دیگر قانون‌گذار به صورت اجمالی تمام احکام اسلام را در قانون اساسی تقنین نموده است؛ اما در ضرورت این نوشتار باوجود اصل ۱۶۷ باید گفت فارغ از اختلاف نظرهای موجود در مورد گستره اصل ۱۶۷، اصل ۱۶۷ منحصر به دعاوی و تعیین حکم مسئله توسط قاضی در صورت فقدان قانون موضوعه است، این اصل در مورد نظارت قضایی است ولی نظارت غیر قضایی در برخی عرصه‌های حقوق عمومی مشمول اصل ۱۶۷ نمی‌شود. توضیح اینکه نظارت به دو نوع قضایی و غیر قضایی تقسیم می‌شود؛ نظارت غیر قضایی نظارتی مستقل، دارای ضمانت اجرا مانند سؤال، استیضاح و عزل است که لزوماً منجر به نظارت قضایی نمی‌شود. به طور مثال اگر قوه مجریه در مورد خاصی با مسئله‌ای مواجه شود که قانون موضوعه در مورد آن وجود ندارد آیا باید قوانین شرع را در آن مورد رعایت کند؟ آیا ظرفیت‌های نظارتی مختلف غیر قضایی می‌توانند رعایت احکام شرعی که در قانون نیامده را مطالبه نمایند؟ آیا نمایندگان مجلس در نظارت خود بر قوه مجریه، می‌توانند عدم رعایت احکام شرعی که در قانون نیامده را مورد لحاظ قرار داده و بر اساس این معیار از ابزار قانونی خود مانند سؤال و استیضاح و عزل در این راستا استفاده نمایند؟ اگر مردم از طرز کار مجلس یا قوه مجریه یا قوه قضائیه در خصوص عدم رعایت احکام شرعی که در قانون موضوعه نیامده، شکایت داشتند آیا می‌توانند بر اساس اصل نود قانون اساسی شکایت خود را به مجلس عرضه کرده و مجلس نیز موظف به رسیدگی باشد؟ بنابراین استناد به اصل ۱۶۷ برای پاسخ به سؤال این نوشتار کافی نیست.

اصل چهارم نیز در این مورد کفایت نمی‌کند زیرا این اصل می‌گوید هر آنچه در ایران قانون است باید خلاف اسلام نباشد اما این با گزاره «هر آنچه در اسلام آمده در ایران لازم‌الاجرا است» تلازمی ندارد. به عبارت دیگر اصل چهارم معیار ارزیابی قوانین را مطرح می‌کند نه اینکه احکام اسلام را یکجا وضع کند؛ یعنی اگر قانونی وجود دارد باید اسلامی باشد

اما اگر قانونی وجود نداشت چطور؟ اینجا اصل چهارم ساکت است. مگر اینکه از راه دیگری بتوان لازم‌الاجرا بودن را اثبات کرد که در جای دیگری باید بررسی شود.

غیر از کتب عام حقوق عمومی که مباحث عامی در این زمینه دارند؛ کتاب‌های «تحلیل مبانی نظام جمهوری اسلامی ایران» از عباس کعبی، «فقه و قانون‌گذاری آسیب‌شناسی قانون‌گذاری در جمهوری اسلامی» از ابراهیم شفیعی سروستانی، و «فقه و قانون ایده‌ها، پیشنهادها و راه‌حل‌های روشی»، و مقالاتی چند در این زمینه به رشته تحریر درآمده‌اند؛ که مقالات «تأملی در تفسیر شورای نگهبان از تفسیر قانون» از حسین مهرپور، «ماهیت قانون‌گذاری در نظام اسلامی» از محمد یزدی، «حکومت اصل چهارم قانون اساسی بر عموم و اطلاق سایر اصول، قوانین و مقررات» از خیرالله پروین، «مبانی کلامی قانون‌گذاری و آثار فقهی و حقوقی آن در حکومت اسلامی (مبتنی بر آرای برخی از علمای معاصر)» از عباس کعبی و «مقدمه‌ای بر فلسفه قانون‌گذاری: در تکاپوی ارتقای کیفیت قانون» از احمد مرکز مالگیری از آن جمله‌اند. این نوشته‌ها برخی مبانی کلامی قانون‌گذاری اسلامی و غالباً اصل چهارم را محور قرار داده‌اند ولی بررسی صلاحیت اختیاری تقنینی مجلس نسبت به احکام ثابت و مصرح و مسلم شریعت و ادله مذکور در آن نوآوری مقاله حاضر محسوب می‌شود.

با توجه به سوابق فوق سؤال اصلی این نوشتار به‌طور روشن این است که صلاحیت اجباری و اختیاری تقنینی مجلس نسبت به احکام ثابت مصرح و مسلم شریعت چگونه ارزیابی می‌شود؟

۱- ادله صلاحیت مجلس

غالب حقوقدانان بر اساس قانون اساسی نسبت به صلاحیت مجلس در مورد قانون‌گذاری در مورد احکام شریعت تردیدی ندارند ولی با توجه به اینکه قانون‌گذاری به معنای واقعی کلمه از آن خداست، ماهیت تقنین مجلس را مورد مذاقه قرار داده و تفاسیر مختلفی از آن ارائه کرده‌اند؛ مثلاً برخی می‌گویند مجلس احکام شریعت را تقنین نمی‌کند بلکه صرفاً اعلام می‌کند، یعنی مجلس تشریع نمی‌کند بلکه فقط اعلام‌کننده است؛ و منظور از وضع قانون بیان احکام شرع یعنی قوانین الهی است (اردبیلی، ۱۳۹۵، ۱/ ۱۸۷). برخی دیگر برای ماهیت قانون‌گذاری مجلس معانی متعددی تا ۱۰ مورد شمرده‌اند که برخی از آن‌ها به معنای واقعی کلمه تقنین محسوب نمی‌شود (عمیدزنجانی، ۱۳۸۷، ۱۰۷)، برخی دیگر مصوبات مجلس را تحت سه عنوان اصلی دسته‌بندی کرده‌اند که عبارت‌اند از: ۱- تبیین حکم شرعی ۲- تشخیص موضوع حکم شرعی و ۳- برنامه‌ریزی برای حسن اجرای احکام الهی (ارسطا، ۱۳۹۳، ۱۱۴-۱۱۶).

همان‌طور که ذکر شد صلاحیت یا عدم صلاحیت ورود مجلس به این حوزه در عبارات فوق مطرح نشده است و اصل صلاحیت مجلس نسبت به تصویب احکام شرع را مفروض گرفته و به تبیین ماهیت آن پرداخته‌اند.

اما برای اثبات صلاحیت مجلس در تقنین یا تدوین احکام مسلم شریعت، فارغ از اختیاری یا اجباری بودن آن، می‌توان به ادله ذیل استناد کرد:

۱-۱. عموم اصل ۷۱

اصل ۷۱ قانون اساسی صلاحیت عام مجلس در قانون‌گذاری را مطرح می‌کند. این اصل به‌صراحت بیان می‌کند که «مجلس شورای اسلامی در عموم مسائل در حدود مقرر در قانون اساسی می‌تواند قانون وضع کند». این اصل با توجه به استفاده از عبارت «عموم مسائل» و با عنایت به اینکه کلمه «عموم» از ادات عموم و دال بر شمول می‌باشد بیانگر صلاحیت عام مجلس در وضع قانون در تمام زمینه‌ها است؛ و با عنایت به اطلاق این اصل نسبت به قلمرو قانون‌گذاری مجلس و فقدان قیدی که منافی شمولیت این اصل نسبت به احکام شریعت یا برخی از آن باشد، می‌توان گفت احکام مسلم شریعت نیز مشمول عموم و اطلاق این اصل می‌باشد.

در زمینه‌ی قلمرو صلاحیت قانون‌گذاری مجلس شورای اسلامی بر اساس قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران دیدگاه‌های مختلفی وجود دارد؛ از جمله یک دیدگاه به عمومیت تام صلاحیت تقنینی مجلس معتقد است و دیگری آن را منحصر در موارد منصوص قانون اساسی می‌داند. توضیح اینکه در مورد قید (در حدود مقرر در قانون اساسی) دو دیدگاه وجود دارد. دیدگاه اول این است که قید مذکور قید موضوع صلاحیت است یعنی مجلس در عموم مسائل صلاحیت دارد الا در موارد خروج تخصصی از صلاحیت طبق قانون اساسی. (عمید زنجانی، فیروز اصلانی و علی‌اکبر گرجی به نقل از: جواهری طهرانی، ۱۳۹۳، ۲۴) اما طبق دیدگاه دیگر، این قید، قید موضوع صلاحیت نیست بلکه قید کیفیت و نحوه اعمال قانون‌گذاری است (عمید زنجانی، فیروز اصلانی و علی‌اکبر گرجی به نقل از جواهری طهرانی، ۱۳۹۳، ۲۰). نتیجه اینکه اگرچه طبق دیدگاه اول صلاحیت مجلس با محدودیت‌هایی مواجه است ولی بر اساس دیدگاه دوم صلاحیت تقنینی مجلس فاقد هرگونه محدودیت تخصصی خواهد بود.

ممکن است گفته شود اصل ۷۲ قانون اساسی که مقرر می‌دارد مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد، وجود اصول و احکام مذهبی رسمی کشور را مفروض‌عنه گرفته و با توجه به وجود این اصول و احکام، مجلس را موظف به تقنین کرده است. به‌ویژه اینکه قانون‌گذار اساسی در

اصل مذکور «اصول و احکام مذهب رسمی» را مقارن با «قانون اساسی» ذکر کرده و وجود هر دو را مفروض گرفته است؛ بر این اساس قانون‌گذاری چیزی که وجود آن به‌عنوان معیار قانون‌گذاری مفروض گرفته شده بی‌معنا است؛ بنابراین مراد قانون‌گذار اساسی این نبوده است که خود قانون اساسی یا خود اصول و احکام مذهب رسمی کشور مجدداً توسط مجلس، تصویب شود؛ بنابراین همان‌طور که صلاحیت مجلس نسبت به تقنین مجدد تک‌تک اصول قانون اساسی، خلاف ظاهر اصول ۷۱ و ۷۲ است صلاحیت مجلس نسبت به تصویب تک‌تک احکام مذهب رسمی کشور (از جمله احکام مصرح و مسلم) نیز خلاف ظاهر این اصول می‌باشد.

اما در پاسخ اشکال فوق می‌توان چنین گفت آنچه بی‌معنا است تصویب دوباره اصول قانون اساسی به‌عنوان قانون اساسی و یا تصویب احکام شرع، به‌عنوان حکم شرع است و گرنه تصویب آن‌ها به‌عنوان قانون عادی، کاملاً بامعنا است چنانکه دائماً مواد قانون اساسی در ضمن قوانین عادی تصویب می‌شود، تصویب احکام شرع در قالب قانون نیز بی‌معنا نیست، حکم شرع، موضوع خداست و قانون موضوع انسان و همین برای نشان داد اختلاف طرفین کافی است. اگرچه الزام‌آور بودن احکام شرع قبل از تقنین مطلب دیگری است و مانع تصویب آن‌ها توسط مجلس نمی‌شود.

۱-۲. اصل حاکمیت قانون

اصل حاکمیت قانون^۱ اقتضا می‌کند که تمام امور جامعه بر طبق قوانین و قواعد کلی و عامی باشد که بر اساس آن، همه مردم از حقوق و تکالیف برخوردار شوند و امور دولتی و حکومتی نیز از مجرای قانون اعمال گردد تا از این طریق امنیت خاطر مردم تأمین شود و از خودسری و تجاوز جلوگیری به عمل آید. (هاشمی، ۱۳۹۳، ۳/۱۳۳)

اصل حاکمیت قانون و به‌تبع آن اصل قانونی بودن جرم و مجازات اقتضا دارد که قانون توسط مقام صالح تصویب شود و برای حفظ حقوق و آزادی‌های مردم و اجرای صحیح عدالت وجود قوانین ضروری است؛ و احکام مسلم شریعت نیز از این قاعده مستثنا نیست؛ که یا به‌تفصیل و یا به‌اجمال باید قانون‌گذاری شود.

برخی برای حل این مسئله در واژه «قانون» موجود در اصل حاکمیت قانون و اصل قانونی بودن جرم و مجازات تصرف کرده و آن را به معنای واسعی اعم از قانون و شرع گرفته‌اند و چنین نوشته‌اند «اصل قانونی بودن نسبت به قانونی که بایستی این اصل به‌واسطه آن تحقق یابد، ساکت است» (الهام و برهانی، ۱۳۹۵، ۱/۹۱) و منظور از «بیان معتبر» اعم است از بیان

شرعی و بیان قانونی است» (الهام و برهانی، ۱۳۹۵، ۱/۹۳)؛ مرادشان از اصل قانونی بودن این است که الزامات مختلف اعم از جرم و مجازات باید در قانون مصوب یا احکام مدون شرع ذکر شده باشد. اما اینکه این احکام شرع باید توسط مجلس شورای اسلامی تدوین یابد از اصل قانونی بودن استنباط نمی‌شود.

اما به نظر می‌رسد برای تبیین واژه قانون در اصول فوق باید به خاستگاه این اصول توجه کنیم؛ خاستگاه این اصول حقوق است و در بین حقوقدانان این اصول رواج دارد، پس ابتدا باید دید حقوقدانان از این اصل چه برداشتی دارند سپس نسبت به پذیرش یا عدم پذیرش آن بر اساس مبانی اسلام تصمیم بگیریم؛

اصل حاکمیت قانون دو برداشت عمده شکلی و ماهوی دارد همچنین منظور از کلمه قانون در بین حقوقدانان دارای معانی مختلفی است که عمده گاه به مفهوم عام به معنای قاعده حقوقی و گاه به مفهوم خاص به کار می‌رود؛ قانون به معنای خاص قوانین موضوعه بشری است که به زبان مردم هر کشور و روان و گویا به صورت مکتوب در اختیار همگان قرار می‌گیرد، نه احکام شرعی که بعضاً دارای اختلاف است و جملگی به زبان فارسی نیست و همگان توان اطلاع از آن را ندارند.

طبق اصل حاکمیت قانون با مفهوم عام قانون و به معنی قاعده حقوقی باز باید دید که آیا احکام شرع قاعده حقوقی مستقل محسوب می‌شوند؟ اما طبق این اصل با مفهوم خاص قانون یعنی «قانون موضوعه» احکام شریعت مجدداً باید توسط قانون‌گذار به صورت اجمالی یا تفصیلی به تصویب رسیده و تقنین شوند.

۱-۳. رویه شورای نگهبان

به‌عنوان مؤید می‌توان به رویه عملی شورای نگهبان به‌عنوان مفسر قانون اساسی توجه نمود. اگر شورای نگهبان، مجلس را صالح برای ورود به احکام ثابت و مسلم شریعت نمی‌داند باید مصوبات مجلس در این‌گونه موارد را خلاف قانون اساسی اعلام می‌کرد، درحالی‌که طی سال‌ها پس از تصویب قانون اساسی شورای نگهبان هیچ‌یک از مصوبات مکرر احکام مسلم شریعت توسط مجلس را از این جهت خلاف قانون اساسی اعلام نکرده است.

بنابر ادله فوق مجلس شورای اسلامی نسبت به احکام ثابت مصرح و مسلم شریعت نیز صلاحیت دارد؛ اما ممکن است گفته شود با توجه به اینکه قانون‌گذار در اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران احکام اسلام را به صورت اجمالی قانون‌گذاری کرده است، صلاحیت مجلس شورای اسلامی نسبت به ورود به احکام ثابت مصرح و مسلم شریعت، صلاحیت تفصیلی اختیاری است.

اما در پاسخ می‌توان گفت اصل ۱۶۷ ق.ا چنانکه گذشت شامل برخی موارد (امور غیر قضایی) نمی‌شود و اصل چهارم قانون اساسی نیز در مورد این است که قوانین و مقررات باید بر اساس اسلام باشد و در مقام بیان مطابقت تقنین با شریعت است نه اینکه کل شریعت را تقنین کند؛ بنابراین تقنین اجمالی کامل قبلاً انجام نشده است، پس باید دید صلاحیت مجلس نسبت به تقنین احکام ثابت مصرح و مسلم شریعت صلاحیت اختیاری است یا اجباری اعم از اجمالی یا تفصیلی.

۲- ادله عدم صلاحیت اختیاری مجلس

پس از تبیین ادله صلاحیت مجلس در تقنین احکام ثابت و مسلم شریعت اکنون باید دید آیا می‌توان ادله‌ای بر عدم صلاحیت اختیاری مجلس در امر مذکور اقامه کرد. در این خصوص عبارات برخی از فقها قابل توجه می‌باشد:

مرحوم نائینی هم که مجلس را مشروع می‌داند حق قانون‌گذاری آن را منحصر در احکام متغیر می‌داند. ایشان علی‌رغم اینکه رأی اکثریت را از باب مقدمه واجب در آن شرایط خاص حجت می‌داند ولی در مورد احکام ثابت شریعت، مجلس را دارای صلاحیت شور و مشورت برای تقنین نمی‌داند.^۲

حضرت امام خمینی (ره) به‌عنوان مؤسس جمهوری اسلامی در پاسخ به اظهار نگرانی یکی از مراجع تقلید نسبت به اختیار مجلس شورا نسبت به تقنین شریعت، اختیارات مجلس را صرفاً در حد تشخیص موضوع احکام می‌داند نه خود احکام شریعت (موسوی خمینی، ۱۵/۳۱).

چنانکه یکی از فقهای عضو مجلس بررسی نهایی قانون اساسی معتقد است: احکام عام الهی از طهارت و حتی دیات از زمینه کاری طرح‌ها و لوایح و مقررات مجلس شورای اسلامی خارج است؛ چراکه این احکام عادتاً به فقیهان به‌صورت مستقیم مرتبط است (سبحانی، ۱۴۱۷، ۲۵۲).***

اما باید دید پس از انقلاب ایران آیا قانون اساسی، مجلس را دارای صلاحیت اختیاری تقنین احکام ثابت و مسلم شریعت دانسته است؟ برای اثبات عدم صلاحیت اختیاری مجلس در تدوین احکام ثابت و مسلم شریعت می‌توان به ادله ذیل اشاره کرد:

۲-۱. نظر نویسندگان قانون اساسی

در تفسیر قانون اساسی رویه معمول حقوقدانان و رویکرد شورای نگهبان کشف مراد مقنن

است؛ و یافتن و فهم صحیح نظر نویسندگان قانون اساسی در این راستا قرار می‌گیرد. برای فهم نظر نویسندگان قانون اساسی در خصوص صلاحیت اختیاری مجلس نسبت به تدوین احکام مسلم و مشخص اسلام، مذاکرات اعضای مجلس بررسی نهایی قانون اساسی در خصوص اصل هشتم قانون اساسی قابل ملاحظه است:

یکی از نمایندگان دقیقاً موضوع مورد بحث این مقاله را به عنوان اشکال بر اصل هشتم که تعیین شرایط امر به معروف را به قانون محول کرده، مطرح نموده و می‌گوید شرایط امر به معروف و نهی از منکر در شرع معلوم است و چیزی که در شرع معلوم است لازم نیست دوباره قانون‌گذاری شود. نایب‌رئیس مجلس پاسخ می‌دهد که «فقط شرایط را نوشته‌ایم، نوشته‌ایم شرایط و حدود و کیفیت آن‌ها قانون معین می‌کند. کیفیت کاری را که دولت در برابر مردم و مردم در رابطه با کارهای دولت می‌کنند، قانون باید معین کند. بنابراین قانون در آینده معین خواهد کرد، قانون که معین کرد آن قسمتی را که قبلاً معین شده بدون تصرف می‌آورد و آن قسمتی هم که مربوط به کیفیت‌ها است یعنی کلی بوده است و حالا باید شکل اجرائی آن‌ها هم معین کند» (اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ۱/ ۴۰۹). از این سؤال و جواب برمی‌آید که مفروض طرفین این است که احکامی که در شرع معلوم و مسلم و مشخص است نمی‌تواند در صلاحیت اختیاری مجلس باشد و بود و نبود آن احکام بسته به خواست قانون‌گذار باشد، چنانکه در پاسخ نایب‌رئیس تصریح شده است که قانون‌گذار دقیقاً آنچه در شرع تعیین شده را بدون تصرف عیناً در قانون می‌آورد.

همچنین آیه الله صافی به عنوان یک فقیه در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی اشکال می‌کند که وقتی شرایط امر به معروف در شرع معلوم است نباید تعیین آن را به قانون محول کنیم و بعد از پاسخ نایب‌رئیس نیز قانع نمی‌شود و دوباره می‌فرماید: «مطلبی که الآن در شرع هست، دیگر معین کردن آن صحیح نیست» (اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ۱/ ۴۰۹) و برخی فقهای دیگر حاضر در جلسه نیز بعد از شنیدن این اشکال و پاسخ مجدداً همین اشکال را مطرح می‌کنند؛ به طور مثال آیت‌الله طاهری خرم‌آبادی می‌گوید: «ما می‌گوییم فقه‌مان خلاً ندارد و قانون اساسی ما هم طبق فقه اسلامی است پس شرایط را باید رها کنیم و الا این چیزی که نوشته‌اند گول زدن است»^۳. این جملات فقها اگرچه در مورد امر به معروف است ولی نحوه استدلال، حاکی از یک قاعده کلی، نشان‌دهنده این است که برخی از فقهای حاضر در آن مجلس با تعیین مجدد احکامی که در شرع وجود دارد مخالف بودند یعنی مخالف تصویب احکام مسلم بودند. حتی شهید بهشتی نایب‌رئیس مجلس نیز به همین مطلب تفتن داشته است؛ چراکه ایشان در ذیل پاسخ به اشکال آیه الله

صافی در مورد تقنین شرایط امر به معروف به دلیل معلوم بودن این شرایط در فقه، چنین می‌فرماید: «آن قانونی که بعداً معین می‌کند قسمت‌هایی را که احتیاج به تعیین ندارد، در برابر این اصل که نامعین است، معین می‌کند» (اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ۱/ ۴۰۹). یعنی ایشان هم قبول دارد که چیزی که در شرع مشخص شده دیگر نیازمند تقنین نیست بنابراین در صلاحیت اختیاری قانون‌گذار قرار نمی‌گیرد.

۲-۲. سکوت عامل متروک شدن برخی احکام شرع

در تحلیل قلمرو صلاحیت تقنینی مجلس شورای اسلامی باید توجه نمود که اگر حکم مندرج در اصل ۷۱ قانون اساسی ناظر بر تصریح به صلاحیت اختیاری مجلس در قانون‌گذاری باشد در این صورت مجلس می‌تواند نسبت به تقنین برخی امور از جمله احکام ثابت اسلام سکوت اختیار کند و این سکوت تبعاتی دارد. چنانکه برخی از نویسندگان به این امر اشاره کرده‌اند: در موضوعاتی که مجلس احراز ضرورت نماید پس از ابتکار طرح یا لایحه مجاز در قانون‌گذاری و قاعده سازی هنجاری خواهد بود. این صلاحیت جزء صلاحیت‌های تخییری مجلس بوده و علی‌الاصول تکلیف حقوقی در اعمال چنین صلاحیتی وجود نخواهد داشت (جواهری طهرانی، ۱۳۹۳، ۱۹-۲۹). بر اساس این برداشت از اصل ۷۱ مجلس حق سکوت پیدا می‌کند، اما این امر نیازمند بررسی است. برای بررسی و ارزیابی این مطلب لازم است آن را در حالت‌های مختلف سکوت بررسی نماییم.

۲-۲-۱. حالت‌های سکوت مجلس

سکوت مجلس انواعی دارد که عبارت‌اند از:

۲-۲-۱. الف. سکوت مصلحت‌آمیز یا بر اساس مصالح

در صورتی که مجلس مصالح و مفاسد تقنین یک حکم شرع را در نظر بگیرد و در اوضاع و شرایط خاص وضع قانون را به مصلحت نداند می‌تواند سکوت کند یعنی آن حکم را تصویب نکند. تشخیص مصلحت در مرحله اول با مجلس است و در صورت اختلاف مجلس با شورای نگهبان است که تشخیص مصلحت به عهده مجمع تشخیص قرار دارد؛ چنانکه در اصل یک‌صد و دوازدهم تصریح شده است که اگر «مجلس با در نظر گرفتن مصلحت نظام نظر شورای نگهبان را تأمین نکند» نوبت به مجمع تشخیص مصلحت نظام می‌رسد؛ بنابراین طبق قانون اساسی مصالح را در قانون‌گذاری در نظر می‌گیرد و اگر تقنین یک حکم را به مصلحت نبیند می‌تواند سکوت کند. با عنایت به مطلب فوق به نظر می‌رسد این سکوت اگر بر اساس مصالح واقعی باشد با توجه به اینکه قانون‌گذاری (جعل الزام در حوزه مباحات

بالمعنی‌الاعم) طبق اصل ۷۱ به مجلس واگذار شده است از این جهت با اشکالی مواجه نیست. اما از جهت دیگر اشکالی که به ذهن می‌رسد این است که با توجه به اینکه نظارت بر مصوبات مجلس از حیث احکام اولیه با فقهای شورای نگهبان و از حیث احکام ثانویه با مجمع تشخیص مصلحت نظام است و با عنایت به اینکه مجلس یا هر نهاد دیگر در صورتی می‌تواند نسبت به یک حکم الزامی شریعت سکوت کند که اجرای آن را در شرایط زمانی و مکانی به مصلحت نداند و در واقع وارد حوزه احکام ثانویه یا احکام حکومتی شود و از این حیث به صورت موقت نسب به حکم اولیه سکوت کند، درحالی‌که این سکوت مجلس نه توسط مجمع تشخیص و نه هیچ نهاد دیگری مورد ارزیابی و نظارت قرار نمی‌گیرد، بنابراین بر این کار مجلس هیچ‌گونه نظارتی صورت نمی‌گیرد.

۲-۲-۱. ب. سکوت غیر مصلحت‌آمیز

سکوت غیر مصلحت‌آمیز خود می‌تواند آگاهانه و عمدی یا غیرعمدی باشد. همان‌طور که گفتیم سکوت مصلحت‌آمیز نسبت به یک حکم شرعی (با شرایطی) با اشکالی مواجه نیست ولی سکوت غیر مصلحت‌آمیز مجلس، مستلزم تفویض حکمی از احکام اسلام است. اما در صورت «سکوت غیرعمدی» مجلس که می‌تواند به دلیل عواملی چون غفلت، جهل، نسیان یا خطا صورت بگیرد فقهای شورای نگهبان که منصوب از طرف ولی فقیه برای کنترل قوانین هستند طبق قانون اساسی حق اعمال نظر ندارند زیرا اصل ۴ می‌گوید کلیه «قوانین» باید بر اساس اسلام باشد ولی سکوت، قانون نیست؛ و اصل ۷۱ هم می‌گوید کلیه مصوبات مجلس باید برای تأیید به شورای نگهبان فرستاده شود ولی سکوت، «مصوبه» محسوب نمی‌شود. حتی اگر مجلس به خاطر پیروی از هوا و هوس یا مصالح شخصی و گروهی و حزبی نسبت به تصویب برخی از احکام الزامی اسلام سکوت کند یعنی سکوت عامدانه صورت بگیرد باز هم شورای نگهبان به همان دلایل فوق، حق دخالت ندارد.

بنابراین در صورت سکوت غیرعمدی و سکوت غیرمصلحت‌آمیز مجلس، خلأ قانونی وجود دارد و هیچ نهادی اعم از شورای نگهبان و مجمع تشخیص و نهادهای دیگر نمی‌توانند در این امر ورود کنند. اگر بود و نبود احکام ثابت و مسلم شریعت به دست غیر فقیه (مجلس) سپرده شود ممکن است به دلایل واهی و یا از روی جهل، غفلت، خطا یا نسیان و نه از روی مصلحت، احکام الزامی شریعت و واجبات و محرّمات شارع را فروگذار کنند و بدین‌سان ترک واجب یا ارتکاب حرام در جامعه اسلامی تسهیل و عملاً مجاز شمرده شود. نکته قابل‌ذکر اینکه اصل برائت و حمل بر صحت و قواعد و اصولی از این دست نمی‌تواند

مشکل سکوت غیر مصلحت‌آمیز نمایندگان مجلس در مقابل احکام الزامی شرع را حل کند زیرا همان دلایلی که لزوم وجود فقهای شورای نگهبان برای کنترل شرعی قوانین و لزوم وجود شورای نگهبان را برای کنترل مصوبات مجلس از حیث قانون اساسی اثبات می‌کند لزوم وجود ناظر بر سکوت مجلس را نیز اثبات می‌کند.

این کاستی‌ها ضمن اثبات لزوم بازنگری در این قوانین، به متروک شدن برخی از احکام اسلام اشاره دارد که در سطور بعد توضیح داده می‌شود:

۲-۲-۲. متروک شدن احکام شرعی الزامی غیر مصوب

اگر تقنین یا تدوین احکام شریعت در صلاحیت اختیاری مجلس شورای اسلامی باشد در مواردی از احکام الزامی اجتماعی شرعی که قانون‌گذار سکوت غیر مصلحت‌آمیز داشته باشد و به هر دلیلی از جمله عدم فرصت کافی، ورود پیدا نکند و آن حکم نه به صورت اجمالی و نه تفصیلی به قانون تبدیل نشود به حکم اصل قانونی بودن (به معنای مشهور) یا اصل حاکمیت قانون، این احکام شرعی از نظر حقوقی، الزامی نخواهند بود. البته چنانکه در ابتدای مقاله ذکر شد فرض نگارنده این است که در قانون اساسی، اثبات تقنین اجمالی کل احکام شرع با اصول ۱۶۷ و ۴ با پوش نوارهایی همراه است و نیازمند بررسی است. به طور مثال اگر رفتار اجتماعی خاصی از دید شریعت حرام باشد ولی مجلس به دلیل عدم فرصت کافی برای رسیدگی به طرح‌ها و لوایح و دیگر وظایف یا به دلایل واهی مانند فراموشی یا ... آن را تقنین نکند انجام این عمل از دید حقوقی در جامعه اسلامی، برخلاف حکم الله، مجاز شناخته خواهد شد؛ چراکه اقتضای اصل قانونی بودن همین است. در نتیجه در جامعه اسلامی برخی از احکام اسلام پذیرفته می‌شود و برخی پذیرفته نمی‌شود؛ خداوند می‌فرماید «أَفْتُمُونَنَ بَعْضَ الْكِتَابِ وَ تَكْفُرُونَ بَعْضَ مَا جَزَاءُ مَنْ يَفْعَلُ ذَلِكَ مِنْكُمْ إِلَّا خِزْيٌ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ يُرَدُّونَ إِلَى أَشَدِّ الْعَذَابِ؛ آیا شما به پاره‌ای از کتاب ایمان می‌آورید و به پاره‌ای کفر می‌ورزید؟ پس جزای هر کس از شما که چنین کند، جز خواری در زندگی دنیا چیزی نخواهد بود و روز رستاخیز ایشان را به سخت‌ترین عذاب‌ها باز برند» (بقره/۸۵).

طبق اصل ۹۴ قانون اساسی در صورت اتمام مهلت ده‌روزه شورای نگهبان برای اعلام نظر نسبت به مصوبه مجلس شورای اسلامی و عدم ارجاع مصوبه از سوی شورای نگهبان به مجلس، آن مصوبه قابل اجرا است؛ طبق مفهوم این اصل، قبل از اتمام مهلت آن مصوبه قابل اجرا نیست اگرچه حکم واجب یا حرام الهی باشد؛ یعنی وقتی یک حکم شرعی در جریان قانون‌گذاری مجلس قرار می‌گیرد تا مراحل عملیات مجلس و شورای نگهبان به اتمام نرسد آن

حکم شرعی (ولو حکم شرعی الزامی اجتماعی) لازم‌الاجرا نیست. درحالی‌که این با مبانی دینی سازگار نیست.

اشکالی که در این زمینه به ذهن می‌رسد این است که لزومی ندارد که تمام احکام اسلام به قانون تبدیل شود. برخی از حقوق‌دانان نوشته‌اند: مستفاد از اصل چهارم آن است که معیار عمل در نظام جمهوری اسلامی احکام شرعی است ولی «استفاده نمی‌شود که همه احکام اسلامی باید به صورت قانون درآید بلکه اگر موضوعی در قانون مطرح شد باید حکم آن اسلامی باشد.» (وحدتی شبیری، ۱۳۹۲، ۱۶۰).

برای توضیح پاسخ اشکال فوق ذکر نکات ذیل ضروری به نظر می‌رسد:

- ۱- با استناد به قاعده اشتراک در تکلیف هر وظیفه‌ای که در زمان رسول خدا (صلی‌الله‌علیه‌وآله) برای امت وضع شده و هر حکمی که خداوند بیان کرده، برای گروهی که در ذیل عنوان موضوع حکم قرار می‌گیرند، بدون هیچ تفاوتی در همه زمان‌ها جاری است.
- ۲- دو ویژگی مهم قانون چه قانون بشری و چه قانون الهی این است که برای اجرا و به صورت دائمی وضع می‌شود، به عبارت دیگر می‌توان گفت اصل این است که قانون برای اجرا وضع می‌شود و دائمی است؛ اگر هدف خداوند از وضع احکام و قوانین اسلام را اجرای این احکام ندانیم نقض غرض پیش خواهد آمد؛ بنابراین تمام احکام قرآن و اسلام برای اجرا شدن و به صورت دائمی نازل شده‌اند.
- ۳- یکی از واجبات بر ذمه دولت و عموم امت اسلامی وجوب اقامه شرع الله است؛ بدین معنا که باید شریعت اسلامی را به صورت کامل اقامه کنند.

در آیات متعددی در قرآن کریم عمل به شریعت به عنوان یک واجب حتمی برای مسلمانان بیان شده و به روش‌های مختلف از تخلف از آن نهی شده (مانند جائیه / ۱۸) و در بعضی از آیات شریفه بر تبعیت کامل و بدون تبعیض شریعت به صورت خاص تأکید شده است. این ادعا را می‌توان به آیه ۱۳ سوره مبارکه شوری^۴ مستند دانست که در آن حکم به اقامه دین و تفرقه نینداختن در آن شده است. تفرقه نینداختن در دین به این معناست که بر همه مردم واجب است دین خدا را به طور کامل به پادارند و در انجام این وظیفه بین احکام الهی تبعیض قائل نشوند، نه اینکه پاره‌ای از احکام دین را به پا دارند و برخی را رها کنند. اقامه کردن دین عبارت از این است که به تمامی آنچه خدا نازل کرده و عمل بدان را واجب کرده است ایمان بیاورند. (طباطبایی، ۱۳۹۰، ۱۸ / ۲۹-۳۰) در آیات دیگری از قرآن نیز با ذکر این مفهوم، به یکپارچگی احکام الهی حکم شده و ایمان و عمل به بعضی از آنها و عدم تبعیت از برخی دیگر نفی شده است؛^۵ یعنی دین مجموعه‌ای واحد دانسته شده است که امکان گزینش میان

دستورهای آن وجود ندارد و باید تمامی اوامر آن به صورت تام و تمام در جامعه اجرا گردد. از دیگر آیاتی که چنین مفهومی را به دنبال دارد و اثبات کننده نیاز جامعه به تطبیق قوانین و مقررات با موازین اسلامی برای تضمین اجرای تمام دین است، آیه ۴۹ سوره مائده است.^۶ خداوند در این آیه پیامبر را نسبت به اینکه از بعضی از احکام الهی بازگردد و به آن‌ها عمل نکند، بر حذر داشته و عمل به همه دستورهای الهی را از ایشان مطالبه کرده است. از مجموع ادله، این گونه حاصل می شود که آنچه تحت عنوان شریعت برای سعادت دنیا و آخرت مردم، به پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله) نازل شده است و ایشان و ائمه اطهار (علیهم السلام) وظیفه تبیین آن را برای مردم به عهده داشته اند، مجموعه ای از قواعد و مسائل است که به صورت یکپارچه در کنار هم قرار گرفته اند و نیل به سعادت جز از طریق عمل به همه ی آن‌ها امکان پذیر نخواهد بود.

۴- ممکن است گفته شود درست است که اجرای تمام احکام الزامی اسلام لازم است ولی برای این کار لزومی ندارد که تمام احکام اسلام به صورت قانون درآید بلکه برخی احکام را می توان با روش های دیگری مانند فعالیت فرهنگی به اجرا درآورد؛ اما در پاسخ می توان گفت حکومت اسلامی می تواند در صورت وجود مصلحت یا مفسده برخی احکام اجتماعی الزامی اسلام را قانون گذاری نکند ولی این جواز غفلت توسط قانون گذار را اثبات نمی کند؛ به عبارت دیگر اگر تغافل را جایز بدانیم دلیل بر جواز غفلت نمی شود؛ ضمن اینکه همان فعالیت فرهنگی نیز نیازمند قانون گذاری است تا دولت و مردم را در رسیدن به آن هدف نظام مند نماید.

۵- اگر اصول ۷۱ و ۷۲ را طوری تفسیر کنیم که مجلس شورای اسلامی حق سکوت نسبت به شریعت داشته باشد ممکن است برخی از واجبات یا محرمات الهی به مرحله اجرا نرسد و این خلاف شرع است. اگر تصویب شریعت صرفاً به دست مجلس شورای اسلامی باشد و فقط تأیید یا رد آن با فقهای شورای نگهبان باشد ممکن است برخی از واجبات الهی اصلاً وارد صحن مجلس نشود و هیچ گاه به مرحله اجرا در نیاید و برای همیشه متروک بماند در حالی که ترک واجب خلاف شرع است. همین طور است نسبت به جلوگیری از محرمات. در حالی که ما با توجه به ذیل اصل چهارم، باید اصول دیگر قانون اساسی، از جمله اصول ۷۱ و ۷۲ را طوری تفسیر کنیم که مخالف با شرع نباشد.

بنابراین با توجه به ذیل اصل چهارم که بر کلیه اصول دیگر حاکم است و در همه جا معیار اصلی موازین شریعت است و با عنایت به اینکه اجرای احکام اسلام از راه های مانند فعالیت فرهنگی نیز نیازمند قانون است و اینکه اگر تغافل توسط مجلس را جایز بدانیم دلیل بر جواز

غفلت از احکام شرع نمی‌شود و با توجه به اینکه از نظر اسلام اخذ به بعض و ترک بعض احکام جایز نیست و از طرفی حقوق صرفاً با قواعد الزامی سروکار دارد نه غیر الزامی، می‌توان چنین نتیجه گرفت که ترک قواعد الزامی شریعت (واجبات و محرمات) از نظر شرعی جایز نیست.

بنابراین مجلس شورای اسلامی، نسبت به تقنین احکام مسلم شریعت صلاحیت اختیاری ندارد. مگر اینکه اثبات شود تقنین اجمالی کلیه احکام اسلام توسط قانون اساسی انجام شده است که این خود بحث مستقلی است.

نتیجه‌گیری

صلاحیت مجلس در ورود به احکام مصرح و مسلم شریعت از دیدگاه فقهی و حقوقی مورد ارزیابی قرار گرفت. احکام مسلم و مصرح احکامی است که جزو منصوصات و مسلمات اسلام است و اختلاف معنی‌بهی در مورد آن بین فقهای عظام وجود ندارد.

از لحاظ مبانی و منطقی مخصوصاً با توجه به اشکال متروک شدن برخی از احکام اسلام صلاحیت قانون‌گذار و مجلس در تقنین احکام شرع اختیاری نیست یا به صورت اجمالی و یا به صورت تفصیلی باید تقنین انجام دهد. در نتیجه منطقیاً مجلس صلاحیت اختیاری ندارد اما صلاحیت اجباری اعم از اجمالی و تفصیلی دارد.

اما در نظام حقوقی ایران در قانون اساسی به این صلاحیت اجباری تصریح نشده است و اثبات صلاحیت اجباری برای قانون‌گذار و مجلس متوقف است بر عدم اثبات تقنین اجمالی کل احکام شرع در قانون اساسی. به عبارت دیگر اگر قانون‌گذار اساسی تقنین کل شریعت به صورت اجمالی را انجام داده باشد نیازی نمی‌دیده است که صلاحیت مجلس در تقنین شریعت را صلاحیت اجباری نماید لذا صلاحیت اختیاری به مجلس داده است؛ در غیر این صورت این صلاحیت نمی‌تواند صلاحیت اختیاری باشد زیرا در صورت سکوت غیر مصلحت‌آمیز مجلس نسبت به حکمی از احکام الزامی شرع آن حکم متروک می‌شود و این امر خلاف شرع است؛ زیرا از نظر اسلام اخذ به بعض و ترک بعض احکام جایز نیست و از طرفی چون حقوق صرفاً با قواعد الزامی سروکار دارد می‌توان چنین نتیجه گرفت که ترک قواعد الزامی شریعت از نظر شرعی جایز نیست. پس نمی‌توان اصل ۷۲ را طوری تفسیر کنیم که مجلس دارای صلاحیت اختیاری در مورد احکام مسلم و مصرح شریعت باشد.

بنابراین مجلس شورای اسلامی، نسبت به تقنین احکام مسلم شریعت صلاحیت اختیاری ندارد. مگر اینکه اثبات شود تقنین اجمالی کلیه احکام اسلام توسط قانون اساسی انجام شده است که این خود بحث مستقلی است.

نکته دیگر اینکه صلاحیت مجلس اگر صلاحیت اجباری باشد در قانون اساسی و قوانین عادی با کاستی‌هایی همراه است مثلاً در صورت سکوت غیر مصلحت‌آمیز، هیچ نهاد ناظری ندارد. در صورت سکوت غیر عمدی و سکوت غیر مصلحت‌آمیز مجلس، خلأ قانونی وجود دارد و هیچ نهادی اعم از شورای نگهبان و مجمع تشخیص و نهادهای دیگر نمی‌توانند در این امر ورود کنند. اگر بود و نبود احکام ثابت و مسلم شریعت به دست غیر فقیه (مجلس) سپرده شود ممکن است به دلایل واهی و یا از روی جهل، غفلت، خطا یا نسیان و نه از روی مصلحت، احکام اجتماعی الزامی شریعت و واجبات و محرمات شارع در این زمینه را فروگذار کنند و بدین‌سان ترک واجب یا ارتکاب حرام در جامعه اسلامی تسهیل و عملاً مجاز شمرده شود.

با توجه به اینکه مباحث مربوط به تقنین کمتر مورد توجه بوده است و با عنایت به اهمیت تقنین شریعت پیشنهاد می‌شود که سازوکار تقنین شریعت به صورت میان‌رشته‌ای و معطوف به اجرا به صورت یک تحقیق مستقل مورد تحقیق و بررسی قرار گرفته و طرح جامعی در این زمینه ارائه شود.

یادداشت‌ها

۱ در نظام «کامن لا» حاکمیت قانون به معنای حاکمیت قواعد حقوقی که از طریق تجربه بشری و توسط پارلمان و محاکم قضایی به دست آمده است، میباشد و حکومت، موظف است از قواعد پذیرفته شده تجربی و عرفی نظام حقوقی تبعیت کند تا سخن از حاکمیت در آن نظام، قابل پذیرش باشد. اصل حاکمیت قانون در چارچوب تقریر مزبور، متأثر از فلسفه تجربه گرای دوران رنسانس آن دیار است. (Tamanaha, 2004, p47) به نقل از فرید محسنی و علی اصغر فرچپور اصل مرندی، اصل حاکمیت قانون در نظام قضایی ایران، مجله حکومت اسلامی، سال هجدهم / شماره دوم / پیاپی 68 / تابستان ۱۳۹۲ / ص ۹۴)

۲ چنانکه در پاورقی صفحات قبل گذشت. (نائینی، ۱۴۲۴، ۱۳۳-۱۳).

۳ آیه الله طاهری خرم آبادی، انواری، حجتی کرمانی و موسوی تبریزی کسانی بودند که به این مطلب اشکال داشتند. رک: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ۱ / ۴۱۰.

۴ «شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ كَبُرَ عَلَى الْمُشْرِكِينَ مَا تَدْعُوهُمْ إِلَيْهِ اللَّهُ يَجْتَبِي إِلَيْهِ مَنْ يَشَاءُ وَيَهْدِي إِلَيْهِ مَنْ يُنِيبُ؛ برایتان از دین همان را تشریح کرد که نوح را بدان توصیه فرمود و آنچه ما به تو وحی کردیم و به ابراهیم و موسی و عیسی توصیه نمودیم این بود که دین را بپا بدارید و در آن تفرقه نیندازید. آنچه که شما مشرکین را به سویش دعوت می‌کنید بر آنان گران می‌آید و این خداست که هر کس را بخواهد برای تقرب به درگاه خود برمی‌گزیند و کسانی را به سوی خود هدایت می‌کند که همواره در امور به او مراجعه نمایند» (شوری / ۱۳).

۵ «آیا به بعضی از کتاب ایمان می‌آورید و بعضی دیگر را انکار می‌کنید؟ پاداش کسی که چنین کند در دنیا جز خواری نیست و در روز قیامت به سخت‌ترین وجهی شکنجه می‌شود» (بقره / ۸۵).

۶ «وَأَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتَنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَاعْلَمُوا أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِنَّ كَثِيرًا مِنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ؛ و میان ایشان به آنچه خدا فرستاده حکم کن و از خواهش‌های آنان پیروی مکن و بپرهیز از اینکه تو را گمراه سازند و بازگردانند از برخی از آنچه که خدا به سوی تو فرستاده، پس اگر اعراض نموده و رو گردانیدند بدان که خدا می‌خواهد آنان را به برخی از گناهانشان گرفتار نماید و محققاً بیشتر مردم از راه حق و شایسته بیرون‌روندگان و تبهکاران‌اند.» (مائده / ۴۹).



منابع و مأخذ

قرآن کریم

- ۱- اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، (۱۳۶۴)، صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهائی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، بیجا، ج ۱.
- ۲- اردبیلی، محمد علی (۱۳۹۵)، حقوق جزای عمومی، ویرایش ۳، تهران: نشر میزان، چهل و هشتم، ج ۱.
- ۳- ارسطو، محمد جواد، (۱۳۹۳)، «حکم حکومتی و قانون»، در مرکز تحقیقات اسلامی مجلس شورای اسلامی، تاملات فقهی در حوزه قانونگذاری، تهران: کتابخانه موزه و مرکز اسناد مجلس شورای اسلامی، ج ۱.
- ۴- الهام، غلامحسین و محسن برهانی، (۱۳۹۵)، در آمدی بر حقوق جزای عمومی جلد اول جرم و مجرم، تهران: نشر میزان، چ دوم، ج ۱.
- ۵- امامی، محمد و کورش استوار سنگری، (۱۳۸۹)، حقوق اداری. سیزدهم. تهران: نشر میزان، چ دوم.
- ۶- جواهری طهرانی، محمد، (۱۳۹۳)، «گزارش شرح مبسوط قانون اساسی اصل ۷۱»، زیر نظر دکتر کدخدایی، سایت پژوهشکده شورای نگهبان: پژوهشکده شورای نگهبان.
- ۷- حسینی، سید ابراهیم، (۱۳۹۱)، «محدودیت‌های مجلس شورای اسلامی در قانونگذاری (موضوع اصل ۷۱ قانون اساسی)»، فصلنامه حکومت اسلامی، ش ۶۶، ۱۷۱-۱۸۶.
- ۸- سبحانی، جعفر، (۱۴۱۷)، التقنین فی الحکومة الاسلامیة، حوار علی الورق، الاجتهاد و الحیاء، بیجا، مرکز الغدیر للدراسات الاسلامیة، چ سوم.
- ۹- طباطبایی، سید محمد حسین، (۱۳۹۰)، المیزان فی تفسیر القرآن، لبنان- بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات، چ دوم، ج ۱۸.
- ۱۰- عمید زنجانی، عباسعلی، (۱۳۸۷)، کلیات حقوق اساسی ایران، مجد: تهران، چ سوم.
- ۱۱- موسوی خمینی، روح الله، (بی تا)، صحیفه امام، بیجا، ج ۱۵.
- ۱۲- نائینی، میرزا محمد حسین غروی، (۱۴۲۴)، تنبیه الأمة و تنزیه الملة، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

- ۱۳- هاشمی، سید محمد، (۱۳۹۳)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: نشر میزان، چ بیست و پنجم، ج ۳.
- ۱۴- هداوند، مهدی و علی مشهدی، (۱۳۸۹)، اصول حقوق اداری، تهران: خرسندی.
- ۱۵- وحدتی شبیری، سید حسن، (۱۳۹۲)، «تعامل قانون و فقه در جمهوری اسلامی ایران» در فقه و قانون ایده ها، پیشنهادها و راه حلهای روشی، قم: مرکز تحقیقات اسلامی مجلس شورای اسلامی.

References

The Holy Quran

- 1- The General Department of Cultural Affairs and Public Relations of the Islamic Council, (1364), the annotated report of the deliberations of the Assembly of the Final Review of the Constitution of the Islamic Republic of Iran, Bija, vol.1.
- 2- Ardabili, Mohammad Ali (2015), Hoquq Jazaye Omoumi, 3rd edition, Tehran: Mizan Publishing House, 48th, vol.1. (In Persian)
- 3- Arista, Mohammad Javad, (2013), "Hokme Hokumati va Ghanoon", in the Islamic Research Center of the Islamic Council, Jurisprudential Reflections in the Legislation, Tehran: Museum Library and Documents Center of the Islamic Council, Volume 1. (In Persian)
- 4- Elham, Gholamhossein, and Mohsen Burhani, (2015), Daramadi bar Hoquq Jazaye Omoomi, Volume I, Jorm va Mojrem, Tehran: Mizan Publishing House, Chapter 2, Volume 1. (In Persian)
- 5- Emami, Mohammad and Koresh Astvar Sangri, (2008), Hoquq Edari. the thirteenth Tehran: Mizan Publishing House, 2nd Ch. (In Persian)
- 6- Javaheri Tehrani, Mohammad, (2013), "Detailed Report on the Description of Article 71 of the Constitution", under the supervision of Dr. Kodkhodaei, Guardian Council Research Institute website: Guardian Council Research Institute .
- 7- Hosseini, Seyyed Ebrahim, (2019), "Limitations of the Islamic Council in Legislation (Subject to Article 71 of the Constitution)", Islamic Government Quarterly, No. 66, 171-186.
- 8- Sobhani, Jafar, (1417), al-Taqqinin fi al-Hukuma al-Islamiyya, Hawar Ali al-Warq, al-Ijtihad wa al-Hayya, Bija, al-Ghadir Center for Islamic Studies, third chapter.
- 9- Tabatbai, Seyyed Muhammad Hossein, (1390), Al-Mizan fi Tafsir al-Qur'an, Lebanon-Beirut: Est. Al-Alami Press, Ch II, Vol. 18.

-
- 10- Amid Zanjani, Abbas Ali, (1387), Kolliate Hoquq Asasi Iran, Majd: Tehran, 3rd Ch. (In Persian)
- 11- Mousavi Khomeini, Ruhollah, (Bita), Sahifa Imam, Bija, vol. 15.
- 12- Naini, Mirza Muhammad Hossein Gharavi, (1424), Tanbih al-Ummah and Tanzieh al-Mullah, Qom: Publications of the Islamic Propaganda Office of Qom Seminary.
- 13- Hashemi, Seyyed Mohammad, (2013), Hoquq Asasi Jomhuri Eslami Iran, Tehran: Mizan Publishing House, Chapter 25, Volume 3. (In Persian)
- 14- Hedavand, Mehdi, and Ali Mashhadi, (2008), Osule Hoquq Edari, Tehran: Khorsandi. (In Persian)
- 15- Vahdati Shabiri, Seyed Hassan, (2012), "Ta'amole Ghanoon va Fiqh dar Jomhuri Eslami Iran" In jurisprudence and law, ideas, proposals and methodological solutions, Qom: Islamic Research Center of the Islamic Council. (In Persian)

مبنای اعتبار تصمیمات رئیس‌جمهور در نظام جمهوری اسلامی ایران با نگاه به نهادهای ولایت، وکالت و بیعت

رضا الهامی^{۱*}، زهرا وطنی^{۲*}، ماندانا میرزائی^{۳***}

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۱/۱۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۴/۵

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: 10.22034/qjplk.2022.1506.1407

چکیده

مطابق اصل ۱۱۳ قانون اساسی پس از مقام رهبری، رئیس‌جمهور عالی‌ترین مقام رسمی کشور است. وی مسئولیت اجرای قانون اساسی و ریاست قوه مجریه را جز در اموری که به‌طور مستقیم به رهبری مربوط می‌شود، بر عهده دارد. منطوق اصل مذکور این است که رئیس‌جمهور عالی‌ترین مقام اجرایی است. وی به موجب اصل ۱۱۴ قانون اساسی با رأی مستقیم مردم انتخاب می‌شود. از این رو با عنایت به اینکه رئیس‌جمهور منتخب مردم است و اجرای اموری را به‌دست می‌گیرد که از شئون ولایت مطلقه فقیه است، بررسی ماهیت تصمیمات او ضروری به‌نظر می‌رسد، بدین‌صورت که رئیس‌جمهور وکیل مردم است و اعتبار تصمیمات وی به‌مثابه تصمیمات وکیل و محدود به حدود تعیین‌شده در قانون اساسی است یا اینکه به‌واسطه تنفیذ رهبری در حیطه تعیین‌شده ولایت دارد و می‌تواند مطلقاً بر حسب مصالح مولی‌علیهم عمل کند؟ یا اینکه انتخاب او به‌منزله بیعت است و آثار مربوط به آن جاری می‌شود؟ که از جمله این آثار می‌توان به وفاداری مردم به تمامی تصمیمات اتخاذشده اشاره کرد. از این رو سعی شده است تا با روش توصیفی-تحلیلی و کتابخانه‌ای، مفاهیم «ولایت»، «وکالت» و «بیعت» تبیین و با انطباق آن‌ها بر حدود تصرفات رئیس‌جمهور در قانون اساسی، ماهیت فقهی حقوقی این تصمیمات روشن شود.

۱. استادیار، گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و علوم اسلامی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران (نویسنده مسئول)

* Email: dr.elhami.reza@gmail.com

۲. استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، پژوهشکده امام خمینی (ره) و انقلاب اسلامی، تهران، ایران

** Email: zh_vatani@hotmail.com

۳. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و علوم اسلامی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران

*** Email: mandanamirzaei5784@gmail.com



با ملاحظه این مفاهیم و بررسی شرایط لازم برای رئیس‌جمهور و حدود تصرفات وی در قانون اساسی، برخورداری رئیس‌جمهور از شأن ولایی به‌دست خواهد آمد، چراکه قانونگذاری، قضا و اجرای قوانین، شئون ولایت مطلقه فقیه است و با عنایت به اینکه این شئون در نظام جمهوری اسلامی ایران به قوای سه‌گانه تفویض شده است، نمایندگان سیاسی که در اصطلاح وکلای مردم نامیده می‌شوند و نیز رئیس‌جمهور از شأن ولایی برخوردارند که این ولایت در طول ولایت مطلقه فقیه است و به موجب تنفیذ ضمنی (نمایندگان مجلس) و رسمی (رئیس‌جمهور) کسب می‌شود. ناگفته نماند که ماهیت انتخابات در فرایند انتخاب نمایندگان مجلس و رئیس‌جمهور، بیعت با حاکمیت اسلامی است، زیرا چنانکه گذشت، اعمال قوای سه‌گانه شئون ولایت مطلقه فقیه است که اجرای آن‌ها به قوای مذکور واگذار شده است.

واژگان کلیدی: اصل ۱۱۳ قانون اساسی، اعتبار تصمیمات رئیس‌جمهور، بیعت، رئیس‌جمهور، ولایت، وکالت.

مقدمه

مطابق با اصل ۱۱۳ قانون اساسی «پس از مقام رهبری رئیس‌جمهور عالی‌ترین مقام رسمی کشور است...». رئیس‌جمهور به موجب اصل ۱۱۴ این قانون «... برای مدت چهار سال با رأی مستقیم مردم انتخاب می‌شود...»، اما به صرف انتخاب از طریق مردم، رئیس‌جمهور منتخب امکان آغاز اقدامات و تصرفات خود را ندارد و به موجب بند ۹ اصل ۱۱۰ امضای حکم وی توسط رهبری لازم است. در ماهیت امضای رهبری میان حقوقدانان اختلاف است؛ غالب آن‌ها لفظ امضا را با لفظ تنفیذ مترادف دانسته و بند ۹ اصل ۱۱۰ را به‌واسطه ماده ۱ قانون انتخابات ریاست جمهوری حمل بر «تنفیذ» کرده‌اند. صاحبان این نظریه که دیدگاه غالب حقوقدانان نیز است، بر این باورند که رهبری به‌واسطه تنفیذ مذکور به اقدامات رئیس‌جمهور منتخب مشروعیت می‌بخشد و در صورتی که وی را فردی شایسته و دارای صلاحیت لازم تشخیص ندهد، می‌تواند از تنفیذ حکم وی خودداری کند، بلکه در صورت چنین تشخیصی، وی را مکلف بر عدم تنفیذ دانسته‌اند، از این‌رو قائل بر تشریفات بودن تنفیذ نیستند. از طرفی با توجه به اینکه رئیس‌جمهور از طریق انتخابات مردمی انتخاب و معرفی می‌شود، فرضیه وکیل و نماینده بودن وی از سوی مردم به ذهن متبادر می‌شود، بنابراین رئیس‌جمهور به‌واسطه دو مؤلفه انتخاب مردمی و مشروعیت از سوی ولی فقیه می‌تواند در جایگاه مربوطه اقدامات و

تصرفات خود را آغاز کند، از این رو ضروری است تا اختیارات و تصمیمات وی مورد واکاوی و مذاقه قرار گیرد. بدین صورت که آیا رئیس‌جمهور منتخب به واسطه انتخاب از طریق آحاد ملت، نماینده و وکیل ایشان محسوب می‌شود، بنابراین اقدامات و تصمیمات او تنها محدود به چارچوب تعیین شده است؟ یا اینکه به موجب مشروعیت یافتن به موجب تنفیذ رهبری، از شئون ولی برخوردار است، لذا اقدامات و تصمیمات او چیزی فراتر از موارد تعیین شده و چارچوب مشخص است و می‌تواند بر مبنای مصلحت مولی‌علیهم که آحاد ملت هستند، نسبت به اخذ تصمیمات لازم و صالح اقدام کند؟ یا اینکه انتخاب مردمی نه از باب «ولایت» یا «وکالت»، بلکه به منزله «بیعت» با اوست؟

عمده پژوهش‌های صورت گرفته در این باره، مقاله «تحلیل فقهی و حقوقی مبنای، ماهیت و اعتبار تنفیذ حکم رئیس‌جمهور با تأکید بر رویکرد قانونگذار اساسی» نوشته سید محمدمهدی غمامی و کمال کلدخدا مرادی است. در این پژوهش حول محور تنفیذ رهبری و آرای فقهی فقیهان، رسمی و تشریفاتی نبودن تنفیذ رهبری با عنایت به ولایت مطلقه‌ای که دارد، تبیین شده است.

علاوه بر آن «بررسی فقهی حقوقی تنفیذ حکم ریاست جمهوری در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران» نوشته غلامرضا بهروزی لک و عباس سلیمانی، پژوهش دیگری است که در این باره تدوین شده است. در این تحقیق با تکیه بر مفهوم تنفیذ در لغت و بررسی دیدگاه‌های مختلف در خصوص آن در نهایت نظریه تشریفاتی نبودن و اختیاری بودن تنفیذ حکم رئیس‌جمهور توسط رهبری را برگزیده است.

وجه تمایز پژوهش حاضر با تحقیقات مذکور در این است که در این مقاله، با اتکا بر نهادهای «بیعت» و «وکالت و نمایندگی» جایگاه فرایند انتخابات مردمی نیز تبیین شده است. به طوری که فرضیه وکیل بودن نمایندگان سیاسی و رئیس‌جمهور رد و شرکت در انتخابات را نه به معنای تعیین «وکیل شرعی»، بلکه به معنای «بیعت با حاکمیت» محسوب کرده است و با تکیه بر شرایط انتخاب رئیس‌جمهور و حدود تصرفات مطرح شده برای او در قانون اساسی، برخوردار وی از ولایت تبعی در تصمیماتش را به اثبات رسانیده است و تنفیذ اعتبارنامه رئیس‌جمهور برای آغاز تصرفاتش را مؤیدی بر آن می‌داند. به همین منظور با بررسی ماهیت موارد مذکور، سعی شده است تا ماهیت تصمیمات وی تبیین شود.

۱. مفاهیم

۱-۱. مفهوم ولایت

اهل لغت در معنای ولایت گفته‌اند: «ولی بر وزن فِلس به معنای قرب است و ولایت با کسره و فتحه به معنای نصرت است و استولی علیه یعنی بر او غالب شد و بر او تمکن یافت» (فیومی، ۱۴۰۵ق، ج ۱: ۶۷۲). برخی دیگر نیز گفته‌اند: «...ولایت با کسره به معنای نصرت، و ولایت با فتحه به معنای متولی شدن امور است...» (راغب اصفهانی، ۱۳۶۲، ج ۲: ۵۳۳). در معنای اصطلاحی ولایت نیز گفته شده است: سلطه بر دیگری و یا دیگران از لحاظ جانی و یا مالی یا هر دو، به حکم عقل و یا شرع و به عنوان اصلی و یا عارضی (و به‌عنوان اولی و یا ثانوی) (موسوی خلخالی، ۱۳۸۰: ۲۲۷).

از مهم‌ترین اختصاصات «ولایت» رعایت مصلحت مولی‌علیه است. به عبارتی، ولایت اغلب در راستای مصالح فردی یا اجتماعی «مولی‌علیه» تشریح شده است؛ مانند ولایت پدر بر فرزند، برخلاف «حق» که همواره منطبق با مصالح شخص ذی‌حق است، مانند حقوق زوجین بر یکدیگر (موسوی خلخالی، ۱۳۸۰: ۲۲۷). از این رو اختیارات و حدود تصرفات ولی، برخلاف وکیل محدود به حیطه تعیین‌شده در توافق صورت گرفته نیست، بلکه رعایت غبطه و مصلحت مولی‌علیه موجب شده است تا گستره و دامنه اختیارات ولی افزایش یابد.

۱-۲. مفهوم وکالت

وکالت در لغت، اسم مصدر از توکیل است و توکیل را تفویض امری به دیگری و نائب قرار دادن او معنا کرده‌اند (طریحی، ۱۴۱۶ق، ج ۵: ۴۹۴). اظهار عجز و اعتماد بر دیگری (در مورد وکالت) نیز معنا شده است (طریحی، ۱۴۱۶ق، ج ۵: ۴۹۴؛ جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۵: ۱۸۴۵).

به‌طور کلی برای وکالت و نمایندگی دو قسم متصور است: ۱. وکالت شرعی و یا به عبارتی عقد وکالت که در حوزه حقوق خصوصی مطرح است و دارای تشریفات خاصی است و ۲. وکالت و نمایندگی سیاسی که مختص به حوزه حقوق عمومی است.

وکالت در شرع عبارت است از استنباه در تصرف که برای آن اقسامی تصور شده است (طریحی، ۱۴۱۶ق، ج ۵: ۴۹۴ - ۴۹۵؛ خمینی، ۱۳۹۲، ج ۲: ۴۲). این معنا از وکالت، به موجب عقد جایز با تشریفات و آثار مخصوص به خود محقق می‌شود.

در تعریف نماینده نیز گفته شده است: «نماینده، عنوان کسی است که عمل حقوقی برای دیگری و به نام او کند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۳۶۹۰) و در خصوص نمایندگی سیاسی که شاخه‌ای از معنای عام نمایندگی است، بیان کرده‌اند: «نمایندگی سیاسی نوعی از همکاری مردم در اداره جامعه‌ای را که در آن زندگی می‌کنند، از طریق انتخاب نمایندگان خود فراهم می‌کند. مشارکت مردم در اداره جامعه را می‌توان به مشارکت مستقیم و غیرمستقیم و نیمه‌مستقیم، تقسیم کرد» (کدخدایی، ۱۳۹۱: ۳۸).

۱-۳. مفهوم بیعت

اهل لغت در ماده بیعت گفته‌اند: بیعت، دست دادن برای ایجاب بیع و مباحث و طاعت است (ابن‌منظور، ۱۴۱۶ق، ج ۸: ۲۶). در اصطلاح نیز عبارت از تعهد و پیمانی است که بیعت‌کننده با بیعت‌شونده (امام، حاکم یا امیر) مبنی بر اطاعت و فرمان‌برداری از او و سپردن امور خود به وی می‌بندد. بیعت بر دو نوع عام و خاص محقق می‌شود. بیعت عام عبارت است از تعهد بر اطاعت مطلق در تمامی زمینه‌ها و همه اواخر و نواهی. این نوع بیعت تنها با پیشوای معصوم مشروعیت دارد. بیعت خاص نیز تعهد بر اطاعت در یک زمینه و حیطه مشخص و محدود است، مانند بیعت با فرمانده بر جنگیدن (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ج ۲: ۱۷۴).

در بیعت بودن ماهیت انتخابات میان فقیهان اختلاف دیدگاه وجود دارد. برخی معتقدند بیعت همان معنای انتخاب را دارد و اگر به صورت جمعی محقق شود، معنای جمهوری را می‌دهد و امتیاز بیعت در اسلام بر انتخابات مردمی این است که اگر بیعت با کسی صورت می‌گرفت که از طرف خدا نیز انتخاب شده بود، دارای دو جنبه حکومت الهی و حکومت مردمی می‌بود. مستند این دیدگاه تعبیر قرآن از انتخاب و تعهد مردم به «بیعت» است: «إِنَّ الَّذِينَ يَبَايِعُونَكَ إِنَّمَا يُبَايِعُونَ اللَّهَ يَدُ اللَّهِ فَوْقَ أَيْدِيهِمْ فَمَنْ نَكَثَ فَإِنَّمَا يَنْكُثُ عَلَىٰ نَفْسِهِ وَمَنْ أَوْفَىٰ بِمَا عَاهَدَ عَلَيْهِ اللَّهُ فَمِنْهُ أَجْرٌ عَظِيمٌ» (فتح: ۱۰)؛ «آنها که با تو (ای محمد!) بیعت می‌کنند، هرآینه با خدا بیعت می‌کنند، دست خدا بالای همه دست‌هاست، پس کسی که نقض (بیعت) کند به زیان خود نقض نموده و هر کس که در عهد با خدا وفادار باشد به او پاداش بزرگ خواهد داد» (موسوی خلخالی، ۱۳۸۰: ۶۴۹ - ۶۵۰). ایشان بر این باورند: اگرچه پیامبر (ص) از سوی خدا بلاشکال ولی جامعه بود، اما مردم با وی بیعت ننموده و تسلیم دستورات وی نمی‌شدند، و

همچنین امامت برای امیرالمؤمنین و سایر ائمه (ع) ولکن چون در ذهن مردم طبق عادت و سیره آنان، این معنی وجود داشته که ریاست و رهبری با بیعت و انتخاب مردم مسلم می‌شده و نیز چون در عرف مردم برای انشاء و قطعیت یافتن حکومت، بیعت از استوارترین وثیقه‌ها بوده، به همین سبب پیامبر اکرم (ص) برای تحکیم ولایت ظاهری خویش از مردم خواسته تا با وی بیعت کنند؛ چراکه مردم به چیزی که خود در ایجاد آن نقش داشته و به وفاداری به آن خود را ملزم دانسته‌اند، به مراتب پایدارترند و در مقام نقض عهد بیشتر می‌توان به آن تمسک کرد. پس مراد از اینکه بیعت در ارتباط با پیامبر اکرم (ص) و ائمه معصومین (ع) به‌عنوان تأکید است، بدین‌معناست که بیعت وسیله تحقق ولایت آنان در نزد مردم است و عاملی است که دستورهای آنان به‌صورت قوی‌تر و محکم‌تر اجرا شود و بی‌تردید اطاعت و تسلیم عملی مردم نیز بر آن مترتب است. از سوی دیگر، ظاهراً بیعت با پیامبر اکرم (ص) برای حکومت و ولایت آن حضرت است نه برای نبوت و رسالت ایشان، چراکه در این باره، صرف ایمان و تصدیق کافی است (منتظری، ۱۳۶۷، ج ۲: ۳۲۲).

در مقابل، عده‌ای بر این نظرند که انتخابات لزوماً به معنای بیعت مصطلح نیست، زیرا بیعت به معنای اصطلاحی‌اش تنها با صاحب امر که ریاست، امامت یا نبوت را عهده‌دار می‌شود، صورت می‌پذیرد. بیعت با شخصی که می‌خواهد جایی را در مجلس قانونگذاری به‌دست آورد و قوانین و معاهدات و پیمان‌های مردم را با دیگران وضع و تدوین کند، معنا ندارد. انتخاب از سوی انتخاب‌کننده به معنای وکالت است و شخص منتخب از طریق انتخابات را «وکیل» مردم می‌دانند. منتها در وکالت صورت‌گرفته بیعت نیز نهفته است، زیرا کسی که با دیگری به صورت مطلق بیعت می‌کند، حکومت را به‌صورت مطلق به او واگذار می‌کند. مردمی هم که وکالت مطلق به نامزدی می‌دهند، به او این حق را می‌دهند که در امورشان هرگونه خواست تصمیم‌گیری کند و معاهدات و پیمان‌هایی را که مربوط به زندگی عمومی مردم است و او صلاح در امضای آن می‌بیند، امضا کند (فضل‌الله، ۱۳۸۰: ۲۳۹).

اما برخی دیگر اختلاف میان بیعت و انتخاب را فراتر از مطالب ذکرشده می‌دانند و معتقدند که ارتباط میان این دو تباین است. بدین توضیح که: «انتخابات مربوط به قبل از انتخاب حاکم و مسئول است و بیعت مربوط به بعد از انتخاب او است. بیعت یک اعلام وفاداری و تسلیم و عهد است یعنی امری است که در آن مسئله انتخاب نیست، عهد با آن

کسی است که اکنون انتخاب شده و آیاتی که در سوره ممتحنه و سوره فتح، درباره بیعت آمده، مسئله را خیلی روشن می‌کند، بیعت انتخاب نیست، بیعت عهد با آن کسی است که یا از جانب خدا انتخاب شده یا از جانب مردم» (فاضل لنکرانی، <https://fa.shafaqna.com/news>، تاریخ مراجعه: ۱۴۰۰/۰۳/۰۷). عده‌ای دیگر نیز در راستای همین دیدگاه گفته‌اند: «انتخاباتی که امروزه صورت می‌گیرد، نمی‌تواند همان بیعت عصر اول باشد چراکه بیعت به معنای پذیرش طاعت است و بیعت‌کننده متعهد می‌شود طبق رأی و نظر بیعت‌شونده عمل کند و حال آنکه ماهیت انتخابات عکس بیعت است و شخص منتخب باید بر اساس توکیل و اراده موکل اقدام کند. افزون‌بر آن، بیعت قابل فسخ و عزل نیست، ولی در انتخابات و توکیل این امر متصور است (فاکرمی‌دی، ۱۳۷۶: ۲۰۱).

مستخرج از دیدگاه‌های مذکور این است که بیعت در خصوص معصومین (ع) نمی‌تواند به معنای انتخاب باشد، بلکه منحصر به پیمان اطاعت از کسی است که قبلاً توسط خداوند دارای مقام ولایت و ریاست شده و بیعت مردمی تنها اعلام وفاداری و پذیرش نصب الهی مذکور در جامعه است.

در خصوص غیرمعصومین و انتخاب اشخاص برای نهادهای اجرایی در جوامع امروزی نیز نمی‌تواند به معنای بیعت اصطلاحی باشد، زیرا مطابق با دیدگاه امامیه مشروعیت یافتن ولی، حاکم و... تنها به موجب نصب عام یا خاص صورت می‌گیرد و در نصب عام صرف آرای مردمی به شخص مشروعیت نمی‌بخشد. از این رو ملاحظه می‌شود در خصوص نصب ولی فقیه در عصر غیبت که به نصب عام تعیین می‌شود، وی باید حائز شرایط موردنظر شارع باشد و صرفاً این‌گونه منصوب به نصب عام خواهد بود. بنابراین در خصوص اشخاصی که صرفاً با اتکا به آرای مردمی عهده‌دار منصبی می‌شوند، آنچه محقق شده است صرف انتخاب است و نه بیعت و رویه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مؤیدی بر این نظر است، زیرا به موجب این قانون، رئیس‌جمهور مشروعیت خود را با تنفیذ ولی فقیه کسب می‌کند، آن هم پس از انتخابات. از این رو اقدامات وی در نهایت، مشروعیت خود را به دست خواهد آورد، اما نه به موجب آرای مردمی، بلکه از طریق تنفیذ ولی فقیه. بنابراین آنچه طی انتخابات صورت گرفته، صرف انتخاب و اعلام مقبولیت است و مشروعیت رئیس‌جمهور تا این مرحله همچنان مفقود است و پس از اتمام انتخابات از طریق تنفیذ رهبری ثابت می‌شود. البته همان‌طور که متعاقباً بیان

خواهد شد، قانونگذاری، قضا و اجرای قوانین و مقررات شئون ولایت مطلقه فقیه است و مشارکت مردم در انتخابات ریاست جمهوری، انتخابات مجلس شورای اسلامی و ... به معنای بیعت با حاکم اسلامی قلمداد می‌شود، زیرا همان‌طور که گفته شد، بیعت به معنای اصطلاحی زمانی محقق می‌شود که شخص پیش از مقبولیت از سوی مردم از طرف شارع مقدس مشروعیت یافته باشد و منتخب و برگزیده از سوی شارع باشد و در خصوص ولی فقیه این مشروعیت به نصب عام کسب شده است و مشارکت ملت در انتخابات ریاست جمهوری و یا انتخابات نمایندگان مجلس که هر یک عهده‌دار اجرای بخشی از شئون ولی فقیه هستند، به معنای بیعت با وی است. بنابراین بیعت از سوی کسانی که در انتخابات شرکت نکرده‌اند، محقق نخواهد شد، لذا آثار بیعت که پایبندی بیعت‌کنندگان و تحقق تعهدی الزام‌آور از سوی آن‌هاست نیز مترتب نخواهد شد، چراکه بیعت از سوی بیعت‌کنندگان الزام‌آور است. اما در لزوم و جواز آن از سوی فردی که با وی بیعت می‌شود، اختلاف است. برخی معتقدند که بیعت از سوی او جایز است و می‌تواند بیعت خود را بردارد، همان‌طور که امام حسین (ع) در شب عاشورا بیعت خود را از روی مسلمانان برداشت. برخی دیگر نیز بیعت را از سوی هر دو طرف لازم می‌دانند و معتقدند که در شب عاشورا امام حسین (ع) تنها بیعت جهاد را برداشت و نه بیعت امامت را که این نظریه مخالفانی نیز دارد (مهسوری، ۱۳۷۷: ۶۸).

بنابراین حق این است که بیعت امری جدای از انتخاب است، چنانکه پیشتر نیز به این دیدگاه اشاره شد، زیرا بیعت به معنای اصطلاحی که در خصوص معصومین (ع) صورت می‌گرفت، تنها اعلام وفاداری و مقبولیت فرد منتخب از سوی خداوند متعال بود. اما در عصر حاضر، صرف انتخاب است و نمی‌توان گفت که در این انتخاب، وفاداری و اطاعت نهفته است، زیرا امکان عزل و خروج از اطاعت فرد منتخب نیز وجود دارد، درحالی‌که بیعت لازم است و فسخ در آن راه ندارد. چنانکه برخی با استناد به نامه هفتم از نهج البلاغه^۱ بر راه نداشتن تجدیدنظر در بیعت تصریح کرده‌اند (فاکرمیبدی، ۱۳۷۶: ۱۹۹). نکته دیگری که بر فرضیه بیعت بودن انتخاب رئیس‌جمهور از طریق انتخابات، خط بطلان می‌کشد، این است که وی در نهایت در قبال تمامی آحاد ملت مسئول و رئیس‌جمهور همه مردم کشور است، حتی کسانی که به او رأی نداده‌اند و در مقابل، اشخاصی هم که به رئیس‌جمهور منتخب رأی نداده‌اند، در نهایت

باید او را به‌عنوان رئیس‌جمهور به رسمیت بشناسند و از مصوبات دولت و مقررات دولتی تبعیت کنند.

با عنایت به اینکه روشن شد ماهیت انتخابات «بیعت به معنای اصطلاحی» نیست، به‌نحوی که بتوان آثار آن را جاری بر انتخابات دانست، صرفاً به آثار دو مؤلفه «ولایت» و «وکالت» می‌پردازیم تا با انطباق این آثار بر تصمیمات رئیس‌جمهور، ماهیت و اعتبار این تصمیمات تبیین شود.

۲. آثار و احکام «وکالت شرعی» و «وکالت سیاسی»

پس از تبیین مفهوم کلی «وکالت شرعی» و «وکالت سیاسی» اکنون به بررسی آثار هریک از آنها اشاره می‌شود تا با تعمیم آن بر فرایند انتخاب رئیس‌جمهور ماهیت تصمیمات وی روشن شود.

۲-۱. انتخاب وکیل

چنانکه در تعریف وکالت شرعی گفته شده است: موکل که فردی عاقل، بالغ و جایز التصرف است، می‌تواند شخص دیگری را برای انجام امری از امور در زمان حیاتش وکیل قرار دهد. علاوه بر آن، شرط است که مورد وکالت عملی باشد که انجام آن جایز باشد، بنابراین توکیل در غضب و امثال آن صحیح نیست. همچنین قدرت داشتن موکل بر انجام مورد وکالت شرط نیست. برای مثال اگر غاصب مال کسی را غضب کرده باشد و او توان بازپس‌گیری مال خود را نداشته باشد، می‌تواند به کسی که قدرت بازپس‌گیری مال را دارد، وکالت بدهد (خمینی، ۱۳۹۲، ج ۲: ۴۳). از دیگر شرایط صحت وکالت این است که عمل مورد وکالت از امور قابل نیابت باشد، لذا وکالت در عملی که مباشرت موکل در آن شرط است، صحیح نیست (خمینی، ۱۳۹۲، ج ۲: ۴۴).

اما موضوع انتخاب وکیل و نماینده سیاسی به‌سبب دیگری است و به موجب قانون اساسی تعیین شده است. طبق اصل ۶ قانون اساسی: «در جمهوری اسلامی ایران امور کشور باید به اتکای عمومی اداره شود، از راه انتخابات: انتخاب رئیس‌جمهور، نمایندگان مجلس شورای اسلامی، ...». علاوه بر آن در اصل ۵۸ مقرر شده است: «اعمال قوه مقننه از طریق مجلس شورای اسلامی است که از نمایندگان منتخب مردم تشکیل می‌شود...». به همین منظور شرایط

انتخاب‌شونده و انتخاب‌کننده، نیز تشریفات آن و وظایف نماینده نیز توسط قانون اساسی و قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی تعیین شده است.

۲-۲. شرایط وکیل

آنچه به‌عنوان شرایط برای وکیل شرعی معتبر دانسته شده، همانند آن چیزی است که در خصوص موکل معتبر تلقی شده است؛ یعنی بلوغ و کمال عقل، اما عدالت و اسلام معتبر نیست (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲: ۳۹۲)، بلکه می‌توان فاسق، کافر ذمی و یا مرتد را نیز وکیل شرعی گردانید (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۴ق، ج ۲: ۲۵؛ خمینی، ۱۳۹۲، ج ۲: ۴۳). جنسیت نیز در عقد وکالت جز در موارد خاص لحاظ نشده، بلکه زنان نیز می‌توانند در همه مواردی که زن می‌تواند استنابه در تصرف داشته باشد، وکیل شوند (میرعظیمی و جمشیدی کوهساری، ۱۳۹۲: ۳۷).

این در حالی است که در نمایندگی و وکالت سیاسی علاوه بر بلوغ، عقل، اختیار و توانایی انجام مورد وکالت، شرایط دیگری نیز برای نماینده و انتخاب‌کننده لازم و ضروری دانسته شده است. به موجب ماده ۲۸ قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی: «انتخاب‌شوندگان هنگام ثبت‌نام باید دارای شرایط زیر باشند: ۱. اعتقاد و التزام عملی به اسلام ۲. التزام عملی به نظام مقدس جمهوری اسلامی ایران ۳. تابعیت کشور جمهوری اسلامی ایران ۴. ابراز وفاداری به قانون اساسی و اصل مرفقی ولایت مطلقه فقیه ۵. داشتن مدرک تحصیلی کارشناسی ارشد یا معادل آن ۶. نداشتن سوء شهرت در حوزه انتخابیه ۷. سلامت جسمی در حد برخورداری از نعمت بینایی، شنوایی و گویایی و...».

همان‌طور که مشاهده شد، شرایط لحاظ‌شده برای نمایندگان مجلس که مصداق بارز نمایندگی سیاسی است، فراتر از شرایط لازم برای وکیل در عقد وکالت است. این شرایط متناسب با مورد وکالت در نمایندگی سیاسی که امور مهم مربوط به کشور است، در نظر گرفته شده و موجب شده است تا دامنه وکیل و نماینده به مراتب محدودتر شود.

۲-۳. حدود تصرفات وکیل

حوزه اختیارات وکیل در عقد وکالت محدود به مفاد و موارد ذکرشده در عقد است. امام خمینی (ره) می‌فرماید: «وکیل باید تنها به آنچه که در عقد وکالت به‌عنوان مورد وکالت صریحاً و ظاهراً اشاره شده است بسنده کند» (خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۴۷). در واقع اختیارات وکیل محدود به توافق صورت گرفته است، بنابراین اگر مورد وکالت چیزی باشد که فضولی در آن

جاری است، مانند عقود، صحت آن بر اجازه موکل توقف دارد (خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۴۷-۴۸). بنابراین رضایت موکل در تصرفات وکیل نقش کلیدی دارد و دلالت عرف نیز صرفاً برای تفسیر حدود این تصرفات در محدوده اراده موکل است.

اما آنچه در وکالت و نمایندگی سیاسی مطرح است، محدود و مقید به اراده انتخاب‌کنندگان نیست، بلکه نماینده می‌تواند در خصوص تمامی امور جاری و مربوط به کشور اظهار نظر کند. طبق اصل ۸۴ قانون اساسی: «هر نماینده در برابر تمام ملت مسئول است و حق دارد در همه مسائل داخلی و خارجی کشور اظهار نظر نماید». در واقع نماینده با اینکه با واسطه آرای حوزه انتخابی خود وارد مجلس می‌شود، اما در قبال آحاد ملت مسئول است نه صرف کسانی که به وی رأی داده‌اند.

۲-۴. عزل و استعفای وکیل

عزل و استعفا از جمله احکام بارز عقد وکالت هستند و هریک از طرفین می‌توانند نسبت به فسخ آن اقدام کنند، زیرا یکی از ویژگی‌های عقد وکالت جواز آن از ناحیه طرفین است، با این تفاوت که موکل در صورتی که وکیل را عزل کند، بنابر قول صحیح لازم است که وکیل از این عزل مطلع شود، اما در فرضی که وکیل از وکالت کناره‌گیری می‌کند، مطلقاً عقد باطل می‌شود، خواه موکل از این کناره‌گیری مطلع شود یا خیر (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۴: ۳۶۹-۳۷۱). نمایندگی و وکالت سیاسی در این زمینه نیز قواعد متمایزی دارد. اختیار نماینده سیاسی مشروط بر اذن موکل و انتخاب‌کنندگان نیست تا با برداشته شدن این اذن، نمایندگی او نیز ساقط شود، بلکه پس از تصویب اعتبارنامه وی توسط مجلس، او نماینده تمام ملت ایران محسوب می‌گردد (اصل ۸۴ قانون اساسی). همچنین برخلاف عقد وکالت که برای وکیل امکان توکیل به دیگری وجود دارد، براساس صدر اصل ۸۵ قانون اساسی سمت نمایندگی قائم به شخص است و قابل واگذاری به دیگری نیست، چنانکه گفته شده است: برخی با بررسی و تطبیق آثار وکالت بر مجلس شورا بر این شدند که اگرچه این نمایندگی از سوی ملت محقق شده، اما این موجب نمی‌گردد تا وکالت دانسته شود، بلکه این اعطای ولایت است با شرایط خاصه آن. به‌نحوی که آحاد مردم نمی‌توانند آن را نقض کنند برخلاف وکالت که از جمله عقود جایز است و هر آن توسط شخص موکل قابل نقض است. همچنین این ولایت و قیمومت برای افراد ملت نیست تا بتوانند آن را از طریق وکالت به اعضای شورا منتقل کنند. به

عبارتی، برای هر یک از احاد ملت، ولایتی بر خودشان ندارند تا آن را به واسطه توکیل به عضو مجلس شورای انتقال بدهند (حسینی طهرانی، ۱۴۲۱ق، ج ۳: ۱۷۲).

مطابق با ماده ۹۰ آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی: «هر نماینده که اعتبارنامه او به تصویب رسیده است می‌تواند از مقام نمایندگی استعفا دهد. پذیرش استعفا موکول به تصویب مجلس است». علاوه بر آن، تبصره ۴ ماده ۸ قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی مقرر می‌دارد: «... پذیرش انصراف هریک از منتخبین پس از تأیید صحت انتخابات و قبل از تصویب اعتبارنامه نیز می‌بایست به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد». بنابراین به موجب تصریح قانونگذار رضایت و رأی انتخاب‌کنندگان در انصراف نمایندگان هیچ نقشی ندارد.

۲-۵. ابطال قهری عقد وکالت

عقد وکالت به اقتضای جواز خود به واسطه موت، جنون و اغمای هریک از طرفین باطل می‌شود. خواه زمان بی‌هوشی زیاد باشد یا کم و خواه جنون ادواری باشد یا دائمی، اعم از اینکه موکل نسبت به عارض شدن هریک از این موارد در وکیل، علم و آگاهی بیابد یا خیر. علاوه بر این‌ها، وکالت به واسطه حجر موکل در آنچه نسبت به آن وکیل اختیار کرده است نیز باطل می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۴: ۳۶۹-۳۷۱).

برخلاف عقد وکالت که به موجب فوت، جنون و اغمای یکی از طرفین باطل می‌شود، با وقوع این موارد برای انتخاب‌کننده، سمت نمایندگی مطلقاً باطل نمی‌شود، چراکه نقش انتخاب‌کننده محدود به انتخابات است. اما در فرضی که این موارد برای نماینده رخ بدهد، اگرچه قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی تصریحی در این باره ندارد و آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی نیز صرفاً برای فوت رئیس مجلس و سایر اعضای هیأت رئیسه تعیین تکلیف کرده است (ماده ۱۸). بدیهی است که با فوت نماینده، حوزه انتخابیه نمی‌تواند فاقد نماینده باشد، از این رو بر اساس ماده ۴ قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی، از طریق انتخابات میان‌دوره‌ای برای حوزه مذکور نماینده تعیین می‌شود.

قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی و نیز آیین‌نامه داخلی آن، نسبت به جنون و یا اغمای نماینده سکوت کرده‌اند و صرفاً تبصره ۷ ماده ۲۸ قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی «سلامت جسمانی در حد برخوردارگی از نعمت بینایی، شنوایی و گویایی» را برای انتخاب‌شوندگان حین ثبت‌نام لازم دانسته است. ممکن است بتوان گفت پس از اینکه این

شرایط برای انتخاب‌شونده حین ثبت‌نام لازم دانسته شد، اگر در ضروری بودن آن‌ها پس از انتخاب شک شود، لزوم برخورداری از آن‌ها استصحاب می‌شود. از این رو هر چیزی که این سه مورد را زائل کند یا موجب ناکارآمدی آن‌ها شود، سمت نمایندگی را باطل می‌کند.

شایان است که قانونگذار در قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی، شرط «عقل بودن» را تنها برای انتخاب‌کنندگان لازم دانسته است (ماده ۲۷)، و آیین‌نامه داخلی مجلس نیز نسبت به آن ساکت است. اما با توجه به اینکه جنون از مهم‌ترین موانع اعمال حقوقی محسوب می‌شود، برخورداری نماینده از سلامت قوای عقلی نیز ضرورت خواهد داشت.

برخلاف آنچه در وکالت شرعی مطرح است، در نمایندگی سیاسی با فوت نماینده یا انتخاب‌کننده خللی به روند مجلس وارد نمی‌شود و هنگامی که دوره نماینده‌ای با فوت او به پایان برسد، با برگزاری انتخابات میان‌دوره‌ای در حوزه انتخابیه وی نماینده دیگری وارد مجلس می‌شود (ابوالحسنیها، ۱۳۹۴: ۱۳۲).

با ملاحظه آثار این دو قسم نمایندگی و آثار هر یک روشن شد که وکالت و نمایندگی سیاسی بسیار متفاوت از عقد وکالت در حقوق خصوصی است. مهم‌ترین ویژگی عبارت از این است که نماینده سیاسی برخلاف وکیل، از اذن موکل تبعیت نمی‌کند و در واقع و حقیقتاً وکیل افراد انتخاب‌کننده به معنایی که در حقوق خصوصی مطرح است نیست، چراکه نفوذ و صحت اقدامات نماینده سیاسی منوط به تصویب اعتبارنامه وی است نه صرف اراده و اذن انتخاب‌کنندگان. بنابراین باید گفت نماینده مطرح‌شده در حقوق عمومی مأذون از سوی ولی فقیه است و این اذن را به صورت غیرمستقیم و به موجب رضایت ولی فقیه به تشکیل مجلس شورای اسلامی به‌دست آورده است، زیرا همان‌طور که گفته شد، قانونگذاری یکی از شئون ولی فقیه است که وی در نظام جمهوری اسلامی ایران به مجلس شورای اسلامی تفویض کرده است و بر آن نظارت دارد. بدین توضیح که در اصل ۵۷ قانون اساسی بر ولایت مطلقه فقیه تصریح شده است و از نتایج پذیرش نظریه ولایت مطلقه فقیه، این است که مشروعیت همه کارگزاران حکومت صرفاً در اختیار حاکم اسلامی است (حبیب‌نژاد و عامری، ۱۳۹۶: ۶۹). قائلان این دیدگاه بر این نظرند که کارگزاران، صرفاً مشاوران و مجریان ولی فقیه در تنظیم و تدوین قوانین هستند. از این رو ولی فقیه محصور در نهادهای حکومتی جدید نیست و برای مثال می‌تواند خود قانونگذاری کند یا آن را به عده‌ای که صلاح می‌داند، تفویض کند (مؤمن قمی، ۱۴۳۲ق: ۵۱۵).

بنابراین با اذن ولی فقیه نسبت به تشکیل مجلس شورای اسلامی، نمایندگان نیز به صورت ضمنی مأذون از سوی ولی فقیه هستند و اقدامات و تصرفات آن‌ها مشروعیت می‌یابد.

بنابراین اطلاق عنوان «وکیل» بر نماینده سیاسی معنای اصطلاحی آن در باب وکالت با تشریفات خاص نیست، بلکه از حیث معنای لغوی آن یعنی اعتماد کردن به دیگری و واگذار کردن امری به دیگری است.

۳. تبیین ماهیت تصمیمات رئیس‌جمهور

پس از بررسی جایگاه انتخابات نسبت به دو نهاد بیعت و وکالت، روشن شد که ارتباط میان انتخابات امروزی و بیعت به معنای اصطلاحی تباین است. علاوه بر آن، صرف انتخابات مردمی موجب نمی‌شود تا نمایندگان منتخب وکلای مردم به معنای وکیل شرعی باشند، به طوری که اقدامات و تصرفات آن‌ها منوط به اذن و حدود تعیین شده توسط مردم باشد، بلکه از حیث اطلاق معنای لغوی وکالت بر نمایندگی سیاسی، نمایندگان منتخب وکیل مردم نامیده می‌شوند. در خصوص اقدامات و تصرفات رئیس‌جمهور نیز نه تنها انتخابات موجب وکیل شرعی بودن رئیس‌جمهور نمی‌شود، بلکه او کارگزار حاکم اسلامی محسوب می‌شود و در تصمیمات و اقدامات خود ولایت دارد که این ولایت را با تنفیذ رسمی رهبری کسب کرده است، چراکه پیشتر گفته شد، قانونگذاری، قضا و اجرای قانون از شئون ولایت مطلقه فقیه است.

در ذیل ابتدا برخی از ویژگی‌ها و آثار «ولایت» به اجمال بیان می‌شود، سپس شرایط انتخاب رئیس‌جمهور، حدود تصرفات و امکان عزل و کناره‌گیری او مورد بررسی و تطبیق قرار می‌گیرد.

۳-۱. آثار «ولایت»

۳-۱-۱. انتخاب ولی

اولین ویژگی ولایت نحوه انتخاب ولی است. همان‌طور که فقیهان به این مسئله اشاره کرده‌اند، برای مولی‌علیه امکان انتخاب ولی متصور نیست. معتقدان به نظریه نصب ولی فقیه در عصر غیبت بر این باورند که در تعیین ولی فقیه از میان فقهای عادل، نمی‌توان به انتخاب مردم تمسک کرد و در بیان ادله خود یکی از دلایل را این دانسته‌اند که مولی‌علیه نمی‌تواند در تعیین ولی نقشی داشته باشند، چراکه حاکمیت حق مردم نیست تا بخواهند آن را به کسی واگذار کنند (مصباح یزدی، ۱۳۹۱، ج ۱: ۳۲). برخی دیگر نیز گفته‌اند: «مردمی که مبدأ قابلی

حکومت‌اند نه مبدأ فاعلی آن، صاحب اختیار نخواهند بود تا زمامدار آن باشند و با تبادل نظر همدیگر آن را انشا کنند و بیافرینند (جوادی آملی، ۱۳۶۹: ۱۸۰)، از این رو رجوع به آرای مردم تنها به سبب مواردی همچون جلب اعتماد مردم به نظام و بنابر عنوان ثانوی و از باب اضطرار است (منتظری، ۱۳۶۷، ج ۸: ۲۷۰).

۳-۱-۲. حدود اختیارات ولی

مسئله دیگر حدود اختیارات ولی است. به طور کلی در ابواب مختلف فقهی ملاحظه می‌شود که رعایت مصلحت مولی علیه شرط استقرار و استمرار ولایت است. در قانون اساسی نیز اگرچه اختیارات ولی فقیه در اصل ۱۱۰ ذکر شده است، این اختیارات به همین جا محدود نمی‌شود و مؤلفه مصلحت مولی علیهم به موجب صدور حکم حکومتی در نظر گرفته شده است. بنابراین فقیه تمامی اختیاراتی را که حفظ نظم و امنیت کشور و اجرای احکام اسلامی بدان بستگی دارد، داراست (موسوی خلیلی، ۱۳۸۰: ۴۷۴).

۳-۱-۳. عزل و کناره‌گیری ولی

با توجه به اینکه حاکم اسلامی در عصر غیبت، مشروعیت خود را با نصب عام از شارع کسب می‌کند، عزل وی تنها از سوی شارع متصور است (مظاهری، ۱۳۸۵: ۵۵) و این مهم بر مبنای تحقق و یا عدم تحقق معیارهای مورد نظر شارع صورت می‌پذیرد، یعنی اگر فقیه دارای شرایط لازم بود، ولایت وی ثابت می‌شود و مادامی که این شرایط پابرجاست ولایت وی نیز استمرار دارد.

در واقع، مبنای ارائه شده برای عدم امکان عزل ولی از سوی شخص یا گروهی خاص، این است که همان‌طور که جعل ولایت به دست فرد یا گروهی خاص محقق نمی‌شود، عزل ولی نیز توسط شخص یا گروه خاص امکان‌پذیر نیست و اینکه فقیه به موجب اعلام خبرگان رهبری عزل می‌گردد، در واقع صرف اعلام منعزل شدن وی است. و خبرگان نقشی در وقوع نصب و عزل وی ندارد (مصباح یزدی، بی تا، ج ۱: ۱۲۳).

عده‌ای از فقیهان معاصر نیز گفته‌اند: «از آنجایی که حاکم جامعه مشروعیت خود را فقط از شارع می‌گیرد، مردم به هیچ وجه در نصب و عزل وی دخالتی ندارند. فقیهان واجد شرایط از سوی شارع نصب شده‌اند و با از دست دادن صفات رهبری، خودبه‌خود عزل می‌شوند»

(منتظری، ۱۳۶۷، ج ۸: ۲۶۸). بنابراین مقوله «عزل» در خصوص ولی از اساس متصور نیست، بلکه آنچه برای وی مفروض می‌باشد، «انعزال» است و معیار، تنها وجود و فقدان شرایط لازم از نظر شارع است.

نکته حائز اهمیت دیگر، عدم تحقق کناره‌گیری ولی است، زیرا برای ولی امکان کناره‌گیری در آن چیزی که نسبت به آن ولایت دارد متصور نیست، بدین سبب که سمت ولایت بیش از آنکه ایجاد حق کند، حکم و تکلیف است (شعبانی، ۱۳۷۳: ۱۳۷). از این رو آنچه در این مقام مطرح است، عزل قهری است که در صورت فقدان برخی از شرایط ولایت، محقق می‌شود؛ مانند آن چیزی که در قانون اساسی در خصوص کناره‌گیری و عزل ولی فقیه گفته شده است (شعبانی، ۱۳۷۳: ۱۳۴ و ۱۳۷).

۲-۳. بررسی شرایط و تصمیمات رئیس‌جمهور

۱-۲-۳. انتخاب رئیس‌جمهور

پس از رهبری، عالی‌ترین مقام اجرایی کشور رئیس‌جمهور است که با رأی مستقیم مردم انتخاب می‌شود. اما نفوذ تصمیمات وی به صرف این انتخاب محقق نمی‌شود، بلکه قانون اساسی مطابق با بند ۹ اصل ۱۱۰ با مشروعیت الهی بخشیدن به این انتخاب، امضای حکم ریاست جمهوری را پس از انتخاب مردم بر عهده رهبری قرار داده است. علاوه بر آن، ماده ۲ قانون انتخابات ریاست جمهوری مقرر می‌دارد: «اعتبارنامه رئیس‌جمهوری توسط شورای نگهبان تهیه و به حضور مقام رهبری تقدیم می‌گردد». شایان ذکر است که این امر جنبه تشریفاتی ندارد بلکه رهبر موظف است تنها در صورت احراز صلاحیت منتخب مردم مسئولیت قوه مجریه را به او واگذار کند (شعبانی، ۱۳۷۳: ۲۰۵). این مهم بدین علت است که براساس نظریه نصب، ولی فقیه منشأ مشروعیت نظام است و همه نهادهای حکومت، از جمله قوای سه‌گانه و قوانین کشور با تنفیذ وی مشروعیت می‌یابند (منتظری، ۱۳۶۷، ج ۸: ۲۷۹). همچنین بر اساس اصل ولایت مطلقه فقیه که اصل ۵۷ از قانون اساسی ذکر شده است، تقنین، قضا و اعمال قدرت یا اجرای قوانین، از شئون ولی فقیه هستند، هرچند در قانون اساسی بر این موارد تصریح نشده است، اما از اقتضانات ولایت مطلقه فقیه محسوب می‌شوند. از این رو مشروعیت‌دهی به قوای سه‌گانه به واسطه تنفیذ رسمی در خصوص رئیس‌جمهور و تنفیذ

ضمنی برای مجلس (تشکیل مجلس و تفویض تقنین به آن) صورت گرفته، از سوی وی نه تنها جنبه تشریفاتی ندارد، بلکه می‌تواند از تنفیذ آن‌ها خودداری کند.

امام خمینی (ره) در خصوص مشروعیت ریاست جمهوری با نصب فقیه می‌فرماید: «و چون مشروعیت آن باید با نصب فقیه ولی امر باشد، اینجانب رأی ملت شریف را تنفیذ و ایشان را به سمت ریاست جمهوری اسلامی ایران منصوب نمودم، و مادام که ایشان در خط اسلام عزیز و پیرو احکام مقدس آن می‌باشند و از قانون اساسی ایران تبعیت و در مصالح کشور و ملت عظیم‌الشأن در حدود اختیارات قانونی خویش کوشا باشند و از فرامین الهی و قانون اساسی تخطی ننمایند، این نصب و تنفیذ به قوت خود باقی است. و اگر خدای ناخواسته برخلاف آن عمل نمایند، مشروعیت آن را خواهم گرفت» (خمینی، ۱۳۹۲: ۵۳۹-۵۴۰).

ایشان در اولین تنفیذ حکم ریاست جمهوری می‌فرماید: «... بر حسب آنکه مشروعیت آن باید به نصب فقیه جامع‌الشرایط باشد، اینجانب به موجب این حکم، رأی ملت را تنفیذ و ایشان را به این سمت منصوب نمودم؛ لیکن تنفیذ و نصب اینجانب و رأی ملت مسلمان ایران محدود است به عدم تخلف ایشان از احکام مقدسه اسلام و تبعیت از قانون اساسی اسلامی ایران ...» (خمینی، ۱۳۹۲: ۲۶۲). نکته شایان توجه در این بیان امام خمینی (ره)، سلب مشروعیت وی از سمتی است که برای آن منصوب شده است. امام (ره) سلب مشروعیت را تنها در گرو رأی مردم (و یا رأی نمایندگان مردم و مجلس شورای اسلامی) ندانسته، بلکه ابتدا به اختیار ولی فقیه اشاره کرده، سپس مبنای رأی مردم را مورد اشاره قرار داده است. بدین بیان که مردم با این تصور به رئیس‌جمهور رأی داده‌اند که وی قوانین را به صورت کامل به اجرا درمی‌آورد، بنابراین حمایت ایشان تا زمانی استمرار دارد که رئیس‌جمهور نسبت به انجام وظایف محوله کوتاهی نکند و از ضوابط تعیین شده تبعیت کند، از این رو در صورت وارد آمدن هرگونه خللی به این موارد، به موجب بند ۱۰ اصل ۱۱۰ با لحاظ مصالح کشور، سمت اعطاشده سلب خواهد شد.

برخی در صدد بیان مبنای امضا و تنفیذ رهبری برآمده و گفته‌اند: تنفیذ حکم ریاست جمهوری از سوی ولی فقیه در حقیقت اعتبار بخشیدن به ریاست وی بر قوه مجریه است. رئیس‌جمهور در جایگاه ریاست قوه مجریه تصمیماتی اخذ می‌کند که جزء شئون ولایت است یعنی «امضای چنین حکمی باعث می‌شود تمام کارهای رئیس‌جمهور نفوذ داشته باشد کأن خود فقیه است و تمام

تصرفاتش همان ولایت فقیه است و همان تصرفات فقیه است» (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۴، ج ۲: ۱۱۲۵).

اما عده‌ای دیگر تصمیمات رئیس‌جمهور را که از جمله امور نیابت‌پذیر است، نیازمند اذن سابق و یا اجازه لاحق دانسته‌اند، اما لزوم این اجازه را از سوی مردم ضروری ندانسته‌اند تا بتوان گفت رئیس‌جمهور از سوی ایشان وکیل است، بلکه نیابت از سوی رهبری فرض کرده‌اند؛ بدین معنی که رئیس‌جمهور در حدود وظایف تعیین‌شده نایب رهبری است. این با مفاد اصل ۱۱۳ قانون اساسی مطابقت دارد: «... پس از مقام رهبری رئیس‌جمهور عالی‌ترین مقام رسمی کشور است و مسئولیت اجرای قانون اساسی و ریاست قوه مجریه را جز در اموری که مستقیماً به رهبری مربوط می‌شود، بر عهده دارد» (محلّاتی، تحلیل فقهی حقوقی تنفیذ حکم ریاست جمهوری توسط رهبری <http://www.hamandishi.ir>، تاریخ مراجعه: ۱۴۰۰/۰۲/۲۵).

بنابراین نیابت رئیس‌جمهور در امور محوله در قانون اساسی و قانون عادی پذیرفته شده است، اما نه نیابت از سوی مردم، بلکه نیابت از سوی ولی امر مسلمین؛ چراکه اذن سابق و یا اجازه لاحق ایشان برای نفوذ و مشروعیت یافتن اقدامات او شرط دانسته شده است. بنابراین می‌توان گفت که رئیس‌جمهور هرچند به واسطه آرای مردمی انتخاب می‌شود، اما با توجه به اینکه مشروعیت لازم برای تصرفات و تصمیمات خود را از رهبری کسب می‌کند و اذن و یا اجازه ایشان است که تعیین‌کننده است، از این رو نمی‌توان گفت وی نماینده و نایب مردم در قالب وکالت شرعی است، چراکه اگر این‌گونه بود به صرف انتخاب ایشان توسط مردم وکالت منعقد می‌شد و امر دیگری مانند تنفیذ رهبری در آن شرط دانسته نمی‌شد. بنابراین رئیس‌جمهور در امور اجرایی کشور مأذون از سوی ولی فقیه است و شروع فعالیت وی به واسطه تنفیذ رهبری است، چنانکه در ماده ۱ قانون انتخابات ریاست جمهوری مقرر شده است: «دوره ریاست جمهوری اسلامی ایران چهار سال است و از تاریخ تنفیذ اعتبارنامه به وسیله مقام رهبری آغاز می‌گردد». همان‌طور که ماده مذکور تصریح کرده است آغاز دوره ریاست رئیس‌جمهور منتخب از زمان تنفیذ رهبری است و نه از زمان انتخاب او، بنابراین رئیس‌جمهور وکیل آحاد مردم نیست، بلکه در وظایف محوله بر مردم ولایت دارد، زیرا تنها برای تحقق ولایت و امور مربوط به زمامداری و حکومت اسلامی کسب مشروعیت ضروری است که ولی فقیه این مشروعیت

را با نصب عام کسب کرده است و رئیس‌جمهور نیز مشروعیت خود را از ولی فقیه کسب می‌کند.

با عنایت به فرایند تعیین رئیس‌جمهور که متشکل از انتخابات مردمی و تنفیذ رهبری است می‌توان گفت دو جنبه مردمی بودن و الهی بودن در قوه مجریه لحاظ شده است؛ جنبه مردمی آن با انتخاب به وسیله مردم تحقق می‌یابد و جنبه الهی آن نیز توسط مقام ولایت فقیه محقق می‌شود (موسوی خلخالی، ۱۳۸۰: ۷۰)، پس به موجب دلایل ذکرشده، رئیس‌جمهور وکیل برای مردم محسوب نمی‌شود، بلکه بر ایشان ولایت دارد و این ولایت را به موجب تنفیذ رسمی رهبری به دست آورده است. اگرچه ولی فقیه انتخاب مجری قوانین و مقررات را به مردم واگذار کرده است، اما در صورتی که برای وی احراز شود که رئیس‌جمهور منتخب صلاحیت عهده‌دار شدن این سمت را دارا نیست، می‌تواند از تنفیذ اعتبارنامه او خودداری کند و این مطلب به اقتضای شأن ولایی اوست؛ چراکه رعایت مصلحت مولی علیهم از سوی ولی فقیه، رسالت مهم وی است ولو اینکه مردم از آن مصلحت آگاهی نداشته باشند.

۳-۲-۲. شرایط رئیس‌جمهور

به موجب اصل ۱۱۵ قانون اساسی: «رئیس‌جمهور باید از میان رجال مذهبی و سیاسی که واجد شرایط زیر باشند انتخاب گردد؛ ایرانی‌الاصل، تابع ایران، مدیر و مدبر، دارای حسن سابقه و امانت و تقوا، مؤمن و معتقد به مبانی جمهوری اسلامی ایران و مذهب رسمی کشور». شرایط بیان‌شده در اصل مذکور نه تنها تناسبی با «وکالت شرعی» ندارد، بلکه قرابت زیادی با شرایط عنوان‌شده برای نماینده سیاسی دارد و این به جهت شأن ولایی ریاست جمهوری و نمایندگی سیاسی است. هرچند شرایط رئیس‌جمهور و نماینده سیاسی در مواردی با یکدیگر متفاوت است، اما مشترکاتی دارند که حکایت از شأن ولایی هر دو و تناسب با امور زمامداری دارد. چنانکه برخی اندیشمندان تصریح کرده‌اند حقیقت نمایندگی و گزینش نمایندگان مجلس شورا، وکالت شرعی نیست، اگرچه از قبل مردم انتخاب می‌شوند، بلکه از شئون ولایت است (حسینی طهرانی، ۱۴۲۱ق، ج ۳: ۱۷۲).

با توجه به توضیحات گفته‌شده می‌توان گفت اهداف مجلس از مهم‌ترین عواملی است که موجب شده است تا شأن مجلس، شأن ولایی باشد و نه وکالت شرعی. این معیار نه تنها در

ریاست جمهوری مشهود است، بلکه تنفیذ رسمی حکم وی توسط رهبری، شأن ولایی او را بیش از پیش نمایان می‌کند.

۳-۲-۳. حدود تصرفات رئیس‌جمهور

در خصوص اموری که به رئیس‌جمهور واگذار شده است، باید گفت از آنجا که به موجب اصل ۱۱۳ قانون اساسی رئیس‌جمهور دومین مقام عالی کشور دانسته شده و در بخش عظیمی از امور اجرایی کشور با عالی‌ترین مقام کشور سهیم شده است، نمی‌توان آن را وکیل از سوی مردم دانست، بلکه با دقت در نوع وظایف رئیس‌جمهور و کیفیت تشکیلات قوه مجریه که طی ۳۸ اصل در قانون اساسی تدوین شده است، ملاحظه می‌شود که تمامی این امور بخش عظیمی از مسائل مربوط به حکومتداری و زمامداری است که از تسلط و عهده مردم خارج است، چه رسد به اینکه در این امور اقدام به تعیین وکیل کنند. برای مثال مطابق با اصل ۱۲۵ قانون اساسی: «امضای عهدنامه‌ها، مقاوله‌نامه‌ها، موافقت‌نامه‌ها و قراردادهای دولت ایران با سایر دولت‌ها و همچنین امضای پیمان‌های مربوط به اتحادیه‌های بین‌المللی پس از تصویب مجلس شورای اسلامی با رئیس‌جمهور یا نماینده قانونی اوست». این امور قابل نیابت بوده و از این جهت مانعی در تفویض آن‌ها وجود ندارد، اما تفویض از سوی ولی‌فقیه. به عبارتی این امور از مهم‌ترین مسائل حکومت‌داری و زمامداری است که تنها در اختیار ولی‌فقیه هستند و او اجرای این اقدامات را به رئیس‌جمهور تفویض کرده است و انتخابات صرفاً یکی از اسباب انتخاب رئیس‌جمهور است نه علت تامه آن و آغازگر دوره ریاست جمهوری طبق ماده ۱ قانون انتخابات ریاست جمهوری بعد از تنفیذ رهبری است.

شایان یادآوری است که علاوه بر ماهیت وظایف رئیس‌جمهور که امور مربوط به کشورداری است و متناسب با مقام ولایت است، مطلب دیگری که وکیل نبودن وی از سوی مردم را نمایان می‌کند، مرجع تعیین وظایف و اختیارات رئیس‌جمهور است. همان‌طور که پیشتر و در بیان آثار «وکالت» گذشت، محدوده تصرفات و وظایف وکیل شرعی توسط موکل او تعیین می‌شود، به طوری که وکیل حق تعدی و تفریط از آن را ندارد، درحالی‌که عمده وظایف رئیس‌جمهور به موجب قانون اساسی و قانون عادی تعیین شده است و آحاد مردم نقشی در تعریف این وظایف بر عهده ندارند.

۳-۲-۴. عزل و استعفای رئیس‌جمهور

مطابق با اصل ۱۳۰ قانون اساسی: «رئیس‌جمهور استعفای خود را به رهبر تقدیم می‌کند و تا زمانی که استعفای او پذیرفته نشده است به انجام وظایف خود ادامه می‌دهد». با توجه به اینکه مطابق با اصل مذکور، برای رئیس‌جمهور فرض استعفا شده است و چنانکه گفتیم، امکان کناره‌گیری، از ویژگی‌ها و احکام عقد وکالت است نه ولایت؛ لذا این مطلب اشعار بر این دارد که رئیس‌جمهور ولایت بر جمهور ندارد، زیرا در صورتی که ولی محسوب می‌شود، موظف بود در تمام دوره تعیین شده نسبت به انجام وظایف خود اقدام کند، همانند آنچه پیشتر در خصوص ولی فقیه گفته شد؛ اما نکته حائز اهمیت این است که استعفای رئیس‌جمهور عیناً بر تشریفات استعفا در عقد وکالت مطابقت ندارد، زیرا در عقد وکالت، وکیل به صرف کناره‌گیری از سمت خود منعزل می‌شود، ولو اینکه استعفای خود را به اطلاع موکل نرساند. برخلاف آنچه برای استعفای رئیس‌جمهور مقرر شده است، زیرا به موجب اصل مذکور، رئیس‌جمهور به صرف تصمیم بر استعفا، از سمت خود کنار نمی‌رود، بلکه باید استعفای خود را به ولی فقیه تقدیم کند و تا زمانی که با استعفای وی موافقت به عمل نیامده است، مکلف است به انجام وظایف خود ادامه دهد.

نکته دیگر، عزل رئیس‌جمهور توسط رهبری است. طبق بند ۱۰ اصل ۱۱۰ قانون اساسی، رهبر موظف است پس از رأی مجلس شورای اسلامی به عدم کفایت رئیس‌جمهور، بر اساس اصل ۸۹ با در نظر گرفتن مصالح کشور نسبت به عزل وی اقدام کند. مطابق با این اصل، عزل رئیس‌جمهور توسط مقام رهبری و با اعلام ایشان صورت می‌گیرد و مردم در عزل وی نقشی ندارند و مجلس شورای اسلامی عدم کفایت رئیس‌جمهور را با رأی موافق دوسوم نمایندگان به سمع رهبری می‌رساند، اما تصمیم‌گیرنده تنها مقام رهبری است و همان‌طور که در اصل مذکور تصریح شده است، نظر مجلس شورای اسلامی به عنوان یک نظر کارشناسی به کار گرفته می‌شود. همین مسئله در خصوص تشخیص دیوان عالی کشور مبنی بر تخلف رئیس‌جمهور جاری است. چنانکه در صدر بند ۱۰ اصل ۱۱۰ قانون اساسی مقرر شده است: «عزل رئیس‌جمهور با در نظر گرفتن مصالح کشور پس از حکم دیوان عالی کشور به تخلف وی از وظایف قانونی ...». از جمله وظایف رهبری است. در این فرض نیز حق و بلکه وظیفه عزل رئیس‌جمهور در صورت تخلف به رهبری واگذار شده است و در نهایت ایشان است که با در

نظر گرفتن مصالح ملت تصمیم بر عزل و یا عدم عزل وی می‌گیرد. بنابراین نه عزل و نه استعفای رئیس‌جمهور منطبق با عزل و استعفای مقرر در باب عقد وکالت نیست.

نتیجه‌گیری

با عنایت به تبیین مفهوم «بیعت» و مقایسه آن با شیوه انتخاب رئیس‌جمهور در نظام جمهوری اسلامی ایران، تباین میان ماهیت «بیعت» و «انتخابات کنونی» روشن شد، ازاین‌رو آثار مترتب بر تصمیمات و اقدامات رئیس‌جمهور نمی‌تواند آثار «بیعت» به معنای مصطلح باشد. اما مشارکت آحاد ملت در انتخابات مردمی به منزله بیعت با نظام اسلامی و حاکمیت است.

برای روشن شدن ماهیت این تصمیمات و اقدامات، مفهوم «وکالت» نیز بررسی شد، چراکه رئیس‌جمهور به موجب انتخابات مردمی برگزیده می‌شود، ازاین‌رو ممکن است این تصور ایجاد شود که وی وکیل و نماینده آحاد ملت است و نفوذ تصمیمات او مبتنی بر اذن و اراده مردم است. در بررسی این فرض بیان شد: وکالت یا نمایندگی به معنای عام به دو قسم «وکالت شرعی» و «نمایندگی سیاسی» تقسیم می‌شود. «وکالت شرعی» که مربوط به حقوق خصوصی است و آداب و تشریفات آن در باب وکالت بیان شده است، آثاری متفاوت از وکالت سیاسی دارد. در نهاد «وکالت شرعی» تصرفات و اقدامات وکیل مطلقاً مبتنی بر اذن و اراده موکل است، اما در نمایندگی سیاسی این‌گونه نیست و انتخاب‌کننده‌ها هیچ‌گونه نقشی در نوع و کیفیت تصمیمات نماینده ندارند و اراده آن‌ها به مرحله انتخاب نماینده ختم می‌شود. و آن بدین جهت است که قانونگذاری شأنی است از شئون ولایت مطلقه فقیه که به مجلس شورای اسلامی تفویض شده است و نمایندگان انتخابی عهده‌دار آن هستند، ازاین‌رو شأن این تصمیمات نه تنها شأن «وکیل شرعی» نیست تا بر مطلق اراده مردم مبتنی باشد، بلکه منطبق با امر «ولایت» است.

پس از تبیین شأن ولایی نمایندگی سیاسی، با بررسی شرایط، حدود تصرفات و تشریفات عزل و کناره‌گیری رئیس‌جمهور در قانون اساسی، ملاحظه شد که اراده مردم منتهی می‌شود به انتخاب رئیس‌جمهور در فرایند انتخابات، همانند آنچه در نمایندگی سیاسی مطرح بود، زیرا اجرای قوانین و مقررات که در کنار تقنین و قضا از شئون ولایت مطلقه فقیه است، در نظام جمهوری اسلامی ایران به ریاست جمهوری و وزیران او تفویض شده است، همان‌طور که قانونگذاری به نمایندگان تفویض شده است، با این تفاوت که تفویض تصمیمات نمایندگان

به‌صورت ضمنی (رضایت به تشکیل مجلس و قانونگذاری توسط آن) و تفویض اقدامات ریاست جمهوری به نحو رسمی و به موجب بند ۹ اصل ۱۱۰ و ماده ۲ قانون انتخابات ریاست جمهوری است. بنابراین ماهیت تصمیمات رئیس‌جمهور با امر «ولایت» تناسب دارد، ازاین‌رو وی در حوزه وظایف خود می‌بایست طبق مصلحت مولی‌علیهم که آحاد ملت هستند، عمل کند.

یادداشت‌ها

۱. لَانَهَا بَيْعَةٌ وَاحِدَةٌ، لَا يَنْبَغُ فِيهَا النَّظَرُ وَلَا يَسْتَأْنَفُ فِيهَا الْخِيَارُ» (چه خلافت یک بار بیعت کردن است و دوباره در آن نتوان نگرست، و برای کسی اختیار از سر گرفتن آن نیست).

منابع و مأخذ

قرآن کریم

الف) فارسی و عربی

۱. ابن منظور، محمد بن مکرم بن علی (۱۴۱۶ق)، لسان العرب، بیروت: انتشارات دارالاحیاء التراث العربی.
۲. ابوالحسنیه، صادق (۱۳۹۴)، مقایسه ماهیت و آثار وکالت در حقوق خصوصی یا وکالت در حقوق عمومی، استاد راهنما: سید محمدهادی ساعی، دانشگاه بین‌المللی امام خمینی (ره).
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش.
۴. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۷۶)، پیرامون وحی و رهبری، قم: الزهراء.
۵. حبیب‌نیا، احمد و عامری، زهرا (۱۳۸۶)، «امکان‌سنجی عزل نمایندگان مجلس در نظام حقوق اساسی ایران»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، ۱۸، ص ۶۷-۹۸.
۶. حکمت‌نیا، محمود (۱۳۹۱)، «نظریه حق از دیدگاه محمدحسین غروی اصفهانی (محقق اصفهانی)»، حقوق اسلامی، ۳۴، ص ۷-۳۶.
۷. خمینی، روح‌اله (۱۳۹۲)، حکومت اسلامی و ولایت فقیه در اندیشه امام خمینی (س)، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س).
۸. ----- (بی‌تا)، تحریر الوسیله، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
۹. راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۳۶۲)، المفردات فی غریب القرآن، بی‌جا: کتابفروشی مرتضوی.
۱۰. شعبانی، قاسم (۱۳۷۳)، حقوق اساسی و ساختار حکومت جمهوری اسلامی ایران، تهران: اطلاعات.
۱۱. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰ق)، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، قم: مکتبه الداوری.
۱۲. شیخ طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷)، مبسوط فی فقه الامامیه، تهران: المکتبه المرتضویه.
۱۳. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۶۴)، تهران: انتشارات اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی.

۱۴. فاکرمیبدی، محمد (۱۳۷۶)، «بیعت و نقش آن در حکومت اسلامی»، فصلنامه حکومت اسلامی، ۵، ص ۱۸۰-۲۰۶.
۱۵. طریحی، فخرالدین (۱۴۱۶ق)، مجمع البحرین، تهران: کتابفروشی مرتضوی.
۱۶. فضل‌الله، محمدحسین (۱۳۸۰)، فقه زندگی، مجید مرادی، قم: دار الملائک للطباعة و النشر و التوزیع.
۱۷. فیومی، احمد بن محمد (۱۴۰۵ق)، مصباح المنیر، قم: مؤسسه دارالهجره.
۱۸. کاشف الغطاء، عباس بن حسن (۱۴۲۴ق)، منهل الغمام فی شرح شرائع الاسلام، نجف: مؤسسه کاشف الغطاء العامه.
۱۹. کدخدایی، عباسعلی، جواهری طهرانی، محمد (۱۳۹۱)، «منشأ شناسی صلاحیت نمایندگان مجلس شورای اسلامی»، حقوق اسلامی، سال ۹.
۲۰. محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۴)، بررسی فقهی حقوق خانواده، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۱. مصباح یزدی، محمدتقی (۱۳۹۱)، پرسش‌ها و پاسخ‌ها، قم: انتشارات مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (قدس سره).
۲۲. مظاهری، حسین (۱۳۸۵)، نکته‌هایی پیرامون ولایت فقیه و حکومت دینی، قم: مؤسسه فرهنگی مطالعاتی الزهراء (ع).
۲۳. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ق)، کتاب النکاح، قم: مدرسه الإمام علی بن ابی طالب (ع).
۲۴. منتظری، حسینعلی (۱۳۶۷)، مبانی فقهی حکومت اسلامی، محمود صلواتی، قم: کیهان.
۲۵. موسوی خلیجی، محمد مهدی (۱۳۸۰)، حاکمیت در اسلام، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۶. مهسوری، محمدحسین (۱۳۷۷)، «بیعت یا انتخابات تأملی در مقاله (بیعت و نقش آن در حکومت اسلامی)»، حکومت اسلامی، ۹، ص ۸۰-۶۳.
۲۷. میرعظیمی، سید حمیدرضا؛ جمشیدی کوهساری، محسن (۱۳۹۲)، «رابطه نمایندگی سیاسی با وکالت شرعی در فقه اسلامی»، فصلنامه علمی - پژوهشی پژوهش‌های انقلاب اسلامی، ش ۴، ص ۲۵-۴۵.
۲۸. مؤمن قمی، محمد (۱۴۳۲ق)، الولاية الالهية الاسلاميه، قم: جامعه مدرسین.
۲۹. هاشمی شاهرودی، محمود (۱۳۸۲)، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (ع)، قم: مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع).

ب) قوانین

۳۰. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران همراه با اصلاحات ۱۳۶۸.

۳۱. قانون انتخابات ریاست جمهوری مصوب ۱۳۶۴/۰۴/۰۵.

ه) پایگاه‌های الکترونیکی

۳۲. سروش محلاتی، مقاله تحلیل فقهی حقوقی تنفیذ حکم ریاست جمهوری توسط رهبری به آدرس

<http://www.hamandishi.com>. تاریخ مراجعه: ۱۴۰۰/۰۲/۲۵.

۳۳. پایگاه اینترنتی فاضل لنکرانی، محمدجواد، <https://fa.shafaqna.com/news>. تاریخ مراجعه: ۱۴۰۰/۰۳/۰۷.

References

The Holy Quran

Persian resources**A) Books**

1. Jafari –Langroudi, Mohammad Jafar, (1999), Mabsoot dar Terminology Hoghoogh, Tehran: Ganje danesh Publications. (In Persian)
2. Jawadi Amoli, Abdullah, (1997), Piramoone Vahy va Rahbari Qom: Al-Zahra Publishing. (In Persian)
3. Khomeini, Ruhollah, (2013), Hokoomat Eslami va Velayate Faghih dar Andisheye Imam Khomeini, Tehran: Imam Khomeini Publishing House. (In Persian)
4. Shabani, Qassem, (1994), Hoghoogh Asasi va Sakhtare Hokoomate Jomhoori Eslami Iran, Tehran: Ettela'at Publishing. (In Persian)
5. Soorate Mashroohe Mozakerate Majles Barresi Nahaii Ghanoon Asasi Jomhoori Eslami Iran, (1985), Tehran: Publications of the General Department of Cultural Affairs and Public Relations of the Islamic Consultative Assembly. (In Persian)
6. Fakirmibdi, Mohammad, (1997), " Bey'at va Naghshe an dar Hokoomat Eslami", Islamic Government Quarterly, 5, 180- 206. (In Persian)
7. Fazlullah, Mohammad Hussein, (2001), Feqhe Zandegi, Majid Moradi, Qom: Dar al-Malak for printing, publishing and distribution. (In Persian)
8. Mohaghegh Damad, Mostafa, (2005), Barresi Feqhi Hoghoogh Khanevade, Tehran: Islamic Sciences Publishing Center. (In Persian)
9. Mesbah Yazdi, Mohammad Taqi, (2012), Porseshha va Pasokhha, Qom: Imam Khomeini Educational and Research Institute Publications (Quds). (In Persian)

- 10 .Mazaheri, Hossein, (2006), *Noktehayi Piramoone Velayate faqih va hokoomate Dini*, Qom: Al-Zahra Cultural Studies Institute (PBUH). (In Persian)
- 11 .Makarem Shirazi, Naser, (2004), *Ketab e Nekah*, Qom: The school of Imam Ali ibn Abi Talib (AS). (In Persian)
- 12 .Montazeri, Hossein Ali, (1988), *Mabani Feqhi Hokoomate Eslami*, Mahmoud Salavati, Qom: Keihan. (In Persian)
- 13 .Mousavi Khalkhali, Mohammad Mahdi, (2001), *Hakemiat dar Eslam*, Qom: Islamic Publications Office. (In Persian)
- 14 .Mo'men Qomi, Muhammad, (2011), *Alvelayat Alelahie Aleslamie*, Qom: Jame'e Modaresin. (In Persian)
- 15 .Hashemi Shahroudi, Mahmoud, (2003), *Farhange Feqh Motabeghe Mazhabe Ahle Bayt*, Qom: Institute of Encyclopedia of Islamic Jurisprudence on the religion of the Ahl al-Bayt (peace be upon them). (In Persian)

B) Articles

- 16 .Habibnia, Ahmad and Ameri, Zahra, (2007), "The Feasibility of the Dismissal of the Parliamentary Deputies in the Constitutional Law System of Iran ", *Journal of Public Law Knowledge*, 18, 67-98.
- 17 .Hekmatnia, Mahmoud, (2012), " The Theory of Haqq (the Right) from the Viewpoint of Muhammad Hussein Esfahani", *Islamic Law*, 34, 7-36.
- 18 .Kadkhodaei, Abbas Ali and Javaheri Tehrani, Mohammad, (2012), "Study of the Origin of Competence of the Members of Islamic Parliament ", *"Islamic Law"*, 9th year.
- 19 .Mahsuri, Mohammad Hossein, (1998), "Allegiance or Elections, reflection in the Article (Allegiance and Its Role in Islamic Government)", *"Islamic government"*, 9, 63-80.
- 20 .Mirazimi, Hamid Reza and Jamshidi Kuhsari, Mohsen, (2013), " The Relation between Political Representation with Attorneyship in Islamic Jurisprudence ", *Scientific-Research Quarterly "Islamic Revolution Research"*, 4, 25-45.

C) Theses

- 21 .Abul Hassaniha, Sadegh, (2015), *Moqayese Mahiat va Asare Vekalat dar Hoquq Khosoosi va Vekalat dar Hoquq Omoomi*, Supervisor: seyed Mohammad hadi saei, Imam Khomeini International University. (In Persian)

D) Rules

- 22 .The Constitution of the Islamic Republic of Iran with amendments 1989.
- 23 .Presidential Election Law approved 26/06/1985.

F) Electronic databases

24 .Soroush Mahallati, Article on legal jurisprudential analysis of the implementation of the presidential decree by the leadership at <http://www.hamandishi.com>, Reference date: 15/05/2021.

25 .Website of Fazel Lankarani, Mohammad Javad, <https://fa.shafaqna.com/news>, Reference date: 28/05/2021.

Arabic sources

26 .Ibn Manzoor, Muhammad ibn Makram ibn Ali, (1996), Lisan al-Arab, Beirut: Dar Al-Ahya Al-Tarath Al-Arabi.

27 .Khomeini, Ruhollah, (No release date), Tahrir al-Wasilah, Qom: Dar Al-Alam Press Foundation.

28 .Raghib Isfahani, Hossein ibn Muhammad, (1983), Al-Mufradat fi Gharib al-Quran, No place of publication: Mortazavi Bookstore.

29 .Shahid Thani, Zayn al-Din ibn Ali, (1990), Al-Rawdah Al-Bahiyya in Sharh Al-Lama'a Al-Damashqiyya, Qom: Maktab al-Dawari.

30 .Shaykh Tusi, Mohammad ibn Hassan, (2008), Mabsoot Fi Figh Al-Emamie, Tehran: Maktab Al-Mortazavie.

31 .Tarihi, Fakhreddin, (1996), Majma 'al-Bahrain, Tehran: Mortazavi Bookstore.

32 .Fayumi, Ahmad Ibn Muhammad, (1985), Mesbah Al-Monir, Qom: Dar Al-Hijra Foundation.

33. Kashif al- Ghatta, Abbas Ibn Hassan, (2004), Manhal al – Ghamam Fi Sharhe Shara'e Al-Eslam, Najaf: The General Kashif Al-Getaa Foundation.

جایگاه «اصول عملیه و مشروعیت فقه‌اقتی» در حکمرانی و آموزه‌های حقوق عمومی

محمدعلی ضیائی^{*۱}، سید محسن قائمی خرق^{**۲}

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۲/۱۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۱/۲۷

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: 10.22034/qjplk.2022.1530.1431

چکیده

اصول عملیه به‌عنوان روش رفع تحجیر در موارد نبود دلیل قطعی و ظنی معتبر، راهکاری است که اغلب در فقه فردی و در حقوق خصوصی و کیفری پی گرفته شده است. در حقوق عمومی و ساحت حکمرانی اعم از اقتصادی، سیاسی و فرهنگی نیز در مواردی این اصول مبنای عمل نهادهای مختلف قرار گرفته است. با این حال، این نوشته در راستای روش‌شناسی در حقوق عمومی و حقوق بین‌الملل، قائل به تفاوت روش برداشت از منابع دینی و لزوم ارتقای معیارهای استنباط احکام به‌منظور پیشگیری از انزوا یا تحریف دین است. بنابراین مسئله اصلی این تحقیق توصیفی-تحلیلی، امکان یا امتناع استناد به اصول عملیه و نیز شیوه استناد به این اصول در حکمرانی است. به‌نظر می‌رسد در راستای «ضرورت تأسیسی و متکامل بودن زبان شارع جهت تفاهم با تاریخ»، اصول عملیه زبانی مناسب برای سطح حکمرانی نیست و تنها در قالب «رویکرد» می‌تواند در حکمرانی استفاده شود و عقل، بنای عقلا، مذاق شارع، حفظ نظام زمینه استناد به اصول عملیه را نیز تا حد زیادی مرتفع می‌کند.

واژگان کلیدی: احتیاط، اصول عملیه، حکمرانی، حقوق عمومی، مذاق شارع.

۱. استاد درس خارج، حوزه علمیه، قم، ایران

* Email: aghai.somayeh@yahoo.com

۲. استاد، حوزه علمیه، قم، ایران (نویسنده مسئول)

** Email: m.ghaemi313@gmail.com



مقدمه

اصول عملیه، به معنای اصولی که برای رفع تحیر مکلف از شک، به کار گرفته می‌شوند، در اصول فقه ناظر بر افعال و تکالیف فردی و فقه رایج، بسیار مورد استناد قرار می‌گیرند. این اصول نظری به واقع ندارند و تنها حکمی ظاهری برای رفع تحیر ارائه می‌دهند. به هر روی با در نظر داشت تفاوت میان حوزه فردی و حکمرانی و لزوم مشروعیت فعل حکومت، آیا مشروعیت افعال حکمرانی از رهگذر اصول عملیه امکان‌پذیر است؟ این پرسش حتی در صورت اعتقاد به جنبه صرف نظارتی برای فقه، همچنان قابل طرح است؛ چه رسد به آنکه برای فقه جنبه برنامه‌دهی و برنامه‌ریزی و مدیریت نیز قائل شد.^۱ اهمیت این مسئله فاقد پیشینه در ادبیات پژوهشی، در مصادیق مختلفی نمایان است؛ از جمله در ۱. امکان استناد به اصل احتیاط در واگذاری مناصب عمومی هنگام نظارت بر انتخابات یا اصل عدم فسق در این خصوص و نگاه امانت مالکی در آن؛ ۲. عدم امکان استصحاب در موارد شک در صلاحیت وزرا (به‌هنگام طرح استیضاح وی در مجلس شورای اسلامی) به دلیل اشکال به اصل اجرای اصول عملیه در حوزه حکمرانی و یا فراهم نبودن شرایط استصحاب و عدم وحدت متیقن و مشکوک و نیز توجه به لزوم پویایی مشروعیت و نگاه ریاضی‌گونه به رابطه مشروعیت و مقبولیت کارگزاران با منبع آن و یا امکان اجرای استصحاب در این خصوص؛ ۳. امکان اجرای اصول عملیه نسبت به قوانین پیش از انقلاب و اعتبار یا عدم اعتبار آن‌ها؛ ۴. امکان و گستره رعایت اصل صحت نسبت به افعال حکمرانان؛ ۵. اصل برائت نسبت به حکمرانان؛ ۶. مطابقت قانون با شرع یا صرف عدم مغایرت قوانین مجلس با شرع بر اساس اصل برائت از حرمت و وجوب.

در مقابل، باید توجه داشت که امتناع استناد به اصول عملیه در فقه حکمرانی، یا کمتر ارجاع‌پذیری این فقه به اصول عملیه، ناشی از عدم «تفکیک روش از رویکرد» در مقام استناد به اصول عملیه نباشد. توضیح آنکه برخی اصول عملی رویکرد و جهت کلی شارع را نمایان می‌سازد و اصل عملی به‌مثابه رویکرد را نمی‌توان نفی کرد. این‌گونه اصل عملی در حقیقت برابندی از نگاه کلامی و کلان شارع به «حوزه‌های مختلف شرعی» است و این‌گونه اصل عملی به‌عنوان مذاق و هنجاری فرازین بر سر تمام منظومه فقهی آن حوزه سایه افکننده است. این در حالی است که تنها کارکرد اصل به‌مثابه روش، ابزاری برای روش رفع شک و فهم و تفسیر ادله است. بر این اساس، برخلاف «حاکمیت بلامنازع اصل عملی به‌مثابه رویکرد»، اصل

عملی به‌عنوان روش، در یک سلسله‌مراتب، قدرت استنادی می‌یابد و پس از قطع و ظن (دلیل و اماره)، نوبت به اجرای آن خواهد رسید. برای نمونه می‌توان اصالت آزادی یا استثنائات آزادی را به معنای حق و آزادی و برتری تکلیف (اصالت‌حظر) را به‌عنوان اصل عملی رویکردی و به معنای تعیین جهت کلی یک نظام حقوقی دانست.^۲

بر این اساس، اگرچه مدعای این نگاشته، آن است که اصل عملی به‌عنوان یک روش حل مسئله نمی‌تواند مباحث پیچیده حکمرانی را حل کند، به‌عنوان یک رویکرد می‌تواند برخلاف حقوق اتمیک، حقوق سیستمی و نظام‌مند و قابل پیش‌بینی در راستای اصل حاکمیت قانون را پدید آورد و رویه‌های حاکمیتی را در صورت نبود دلیل و قانون، در چارچوبی واحد تنسيق کند. با این ایضاح در اقرار مسئله، در این نوشته در فقره نخست، به شناسایی ماهیت و منطق اصول عملیه پرداخته و در قسمت بعد، با توجه به ذاتیات حکمرانی، امکان یا امتناع استناد به اصول عملیه در حکمرانی تحلیل شده است و پس از آن، با اعتقاد به ارجاع‌پذیری کمتر اصول عملیه، قیودی برای استناد به اصل عملی در حکمرانی (در قسمت سوم) مطرح شده است

۱. ماهیت و منطق اصول عملیه

منظور از اصول عملیه یا ادله فقاهتی، قواعدی است که هنگام عدم دسترسی به ادله معتبر مانند کتاب، سنت، اجماع و عقل، مورد مراجعه فقیه قرار می‌گیرد (مکارم شیرازی، ۱۴۱۶ق: ۸۷؛ صدر، ۱۴۱۰ق، ج ۳: ۱۹؛ انصاری، ۱۴۱۹ق، ج ۱: ۲۵؛ طباطبایی، ۱۴۱۴ق، ج ۵: ۲۹۳). بر این اساس:

۱. در موارد شک و تردید در اصل حکم (وجوب و حرمت) اصل برائت جاری می‌شود؛
 ۲. به هنگامه دوران امر بین وجوب و حرمت به اصل تخییر تمسک می‌شود؛
 ۳. در مواردی که حکم حالت سابقه (اعم از وجوب، یا حرمت) داشته باشد، وفق استصحاب، به حالت سابقه حکم می‌شود؛
 ۴. در مواردی که واجب یا حرام در میان دو یا چند احتمال محصور باشد، حکم به احتیاط می‌شود و در مورد وجوب باید تمامی احتمالات را انجام داد و در صورت حرمت، باید از همه حالات اجتناب کرد (مظفر، ۱۳۸۶، ج ۲: ۲۳۶).
- اگرچه اصولی که در مقام استنباط استخدام شده و در جملگی ابواب جاری می‌شوند، بنابر استقرار، منحصر در همین چهار اصل است (نائینی، ۱۳۶۸، ج ۲: ۳)؛ ولی در این نوشته، تمامی

اصول از جمله اصول عملیه مجری در ابواب خاص نیز مورد لحاظ است؛ از جمله اصالة الصحة (بنابر پذیرش اصل عملی بودن آن) و... (مظفر، ۱۳۸۶: ۲۶۹). اما در خصوص مختصات، رتبه و پیامدهای اصول عملیه، در تعریف اصول عملی آمده است: «و هی التي یتتبی الیها المجتهد بعد الفحص و الیأس عن الظفر بدلیل» (جزایری، ۱۴۰۳ق، ج ۵: ۱۴۷). بنابراین عبارات، استناد به اصول عملی در شبهات حکمی، پس از جست‌وجو و ناامیدی از دستیابی به دلیل و اماره بر حکم شرعی در آن موارد، امکان‌پذیر و صحیح است و در صورت عدم فحص کافی یا فحص و عدم یاس از دستیابی به دلیل شرعی، وجهی برای اکتفا به اصل عملی در مقام عمل نخواهد بود (مظفر، ۱۳۶۹، ج ۲: ۲۳۸).

از دیگر ویژگی‌های اصول عملیه آن است که ملاک حجیت در اصل عملی، حکمی است که نوعاً محتمل است؛ البته احتمالی بدون قدرت و قوت (صدر، ۱۴۱۷ق، ج ۵: ۱۳). در واقع، اصول عملیه، توجهی به واقع نداشته و در هنگام جعل حجیت برای اصول عملیه، تنها تطبیق عمل بر اساس این اصول مدنظر قرار گرفته است. همچنین حکم ظاهری که در صورت استناد به اصول عملیه، تجویز می‌شود، نوعی جعل حکم در قبال حکم واقعی نیست؛ چه در غیر این صورت، به «تصویب» منجر می‌شود که در فقه امامیه بدان باور ندارند. بنابراین خصلت حکم ناشی از اصول عملیه، آن است که شارع در مقام جهل به حکم واقعی، بدون آنکه واقع، احراز شود، تعبداً آثار احراز واقع را بار می‌کند (نائینی، ۱۳۶۸، ج ۱: ۳۰۱).

۲. امکان یا امتناع استناد به اصول عملیه در حکمرانی

فرضیه و مسئله اساسی نویسنده در این قسمت آن است که با توجه به تفاوت‌های میان مسائل حقوق خصوصی و فقه فردی با مسائل حکمرانی و حقوق عمومی، اصول عملیه مورد استفاده در فقه فردی نمی‌تواند در فقه حکمرانی به کار رود. البته رویکردهای مختلف و مجملی در خصوص نسبت اصول عملیه و حکمرانی بیان شده است. برخی، قائل به تعارض میان فقه حکومتی و اصول عملیه هستند^۳ و با اصول عملیه، فقه را ناتوان از نظام‌سازی می‌دانند.^۴ برخی دیگر نیز در فقه حکومتی، جریان اصول عملیه را کمتر می‌دانند (ضیائی فر، ۱۳۹۰: ۲۵). به نظر می‌رسد امکان یا امتناع توجه به اصول عملیه به‌مثابه روش در حکمرانی، از جهات مختلفی قابل بررسی باشد:

۲-۱. اصول عملیه و «عنصر زمان و مکان»، «مصلحت» و «کارامدی»

محقق نائینی می‌نویسد: «قوانین راجع به این قسم (سیاسات) نظر به اختلاف مصالح و مقتضیاتش به اختلاف اعصار به‌ناچار مختلف و در معرض نسخ و تغییر است و مانند قسم احکام اولی مبتنی بر دوام و تابید نتواند بود» (نائینی، ۱۴۲۴ق: ۱۳۶). علامه نیز می‌فرماید: «اعتبار این‌گونه مقررات طبعاً تابع مصلحتی است که آن را ایجاب کرده و به‌وجود آورده است و به محض از میان رفتن مصلحت از بین می‌رود» (طباطبایی، ۱۳۸۸، ج ۱: ۸۶؛ نیز ر.ک: سند، ۱۴۲۶ق: ۲۷۲؛ صدر، بی‌تا: ۹۳). این در حالی است که اصول عملیه نظری به واقع نداشته و تغییر شرایط زمانی و مکانی و پیامدها، اغلب اثری در نتیجه استناد به اصول عملیه ندارد. افزون‌بر این، به‌عنوان یک مؤلفه اساسی در احکام حکمرانی، «کارامدی» (خمینی، ۱۳۷۸، ج ۲۰: ۲۱۸؛ سیفی مازندرانی، ۱۴۲۵ق، ج ۱: ۱۳) یا به‌عبارت دیگر تأثیر استنباط بر تشکیل جامعه نمونه و حیات طیبه اسلامی (خامنه‌ای، ۱۳۷۱/۰۸/۲۴) و توان پاسخگویی نیازهای امروز و اداره‌کننده حکومت‌ها و دولت اسلامی (خامنه‌ای، ۱۳۷۶/۰۳/۱۴) مطرح است و اصول عملیه در این خصوص نیز اقتضایی ندارد و حتی می‌تواند منجر به ضرر در حوزه عمومی شود.

۲-۲. واقع‌گرایی حکمرانی و معذریت‌پنداری اصول عملیه

پدیده‌های حقوق عمومی، ریشه در واقعیت‌ها دارد. اما در برابر، اصول عملیه صرفاً به‌دنبال معذریت از عذاب اخروی است و از این‌رو نظری به نسبت به حکمرانی خوب و اداره مثبت حکومت اسلامی یا به‌عبارت دیگر هدف حکومت اسلامی که همانا تکامل اجتماعی در راستای تقرب الهی است، نخواهد داشت. البته چنین نتیجه‌ای خود جنبه معذریت در برابر پروردگار را نیز نفی خواهد کرد. بنابراین حتی اگر در تنجیزی و تعذیری بودن اصول، بهبود حکمرانی اقتصادی، زیست‌محیطی، فرهنگی و... نیز لحاظ شود؛ بدین معنا که باید حکمرانی به‌نحوی باشد که در قیامت، حجت داشته باشید، همچنان غالباً اصول عملیه نمی‌تواند چنین تعذیری را محقق سازد؛ اگرچه برخی اصول مانند اصل برائت به‌دلیل امتنایی بودن، به امتداد اجتماعی حکم نیز نظر داشته و در صورت عواقب سوء، اجرای اصل متوقف می‌شود. افزون‌بر این، «به‌دلیل ذهنی بودن این ارزش‌ها و فقدان تجربه‌گرایی، به‌تدریج به‌عنوان ابزاری در دست حکومت‌ها و منافع شخصی درخواهند آمد» (توسلی نائینی و همکاران، ۱۳۹۰: ۵۸).

۲-۳. مخالفت با وجه امتنانی بودن برخی اصول عملیه

بنابر آنکه اصل براءت وابسته به امتنان باشد، برای جریان اصل براءت باید دو شرط احراز شود (بروجردی، ۱۴۱۷ق، ج ۳: ۲۱۲؛ کاظمی، ۱۳۷۶، ج ۳: ۴۲۳). نخستین شرط آن است که اجرای براءت برخلاف امتنان نشود؛ بدان معنا که سبب ضرر و سختی نشود. همچنین اجرای این اصل نیز موافق امتنان باشد؛ یعنی موجب رفع سختی شود. بر همین اساس است که براءت از حکم مستحب در موارد شک در استحباب جاری نمی‌شود. همچنین امتنان در جایی واقع می‌شود که امکان خلاف آن حکم باشد و خلاف آن حکم، مخالف امتنان باشد تا شارع اجازه اعمال اصل عملی (امتنانی) را دهد. بر این اساس، در موارد احکام عقلی (غیرتعلیقی)، چون نمی‌توان خلاف آن، حکمی جعل کرد، امتنانی صورت نمی‌پذیرد و از این رو احکام عقلی در حوزه حکمرانی (در صورت وجود) بر اصول عملی مقدم خواهند شد. برای نمونه فقها در مورد وجوب مقدمه، به همین دلیل، براءت شرعی را جاری نمی‌دانند (بهبودی، ۱۴۲۲ق، ج ۱: ۵۴۴).

۲-۴. تغییر پارادایم حاکم

علامه طباطبایی معتقد است که احکام در جامعه اسلامی از مقام ولایت صادر می‌شود (طباطبایی، بی تا: ۹۳) و به عناوین کل تعلق می‌گیرد. برخلاف پارادایم حاکم بر موضوعات خرد و فقه ناظر بر ساحات غیرحکمرانی که در آن، کیفیت القای حکم متأثر از رابطه عبد و مولی است. با تغییر پارادایم حاکم بر گزاره‌های فقهی و اصولی ناظر به حکمرانی، از «عبد و مولی» به «مربی و متربی» یا «ولی و مولی علیهم»، بزرگ‌ترین مقصد و مذاق شارع، هدایت و تربیت انسان می‌شود و به این دلیل، باید شرایط استناد به اصول عملی را با این رویکرد، بازخوانی کرد. به عبارت دیگر، در پرتو این ذاتی حکومت اسلامی، همه مناسبات حکمرانی باید در حول ولی تعیین بیابد و تکالیف در نظام امت-امامت به عنوان مبنای نظم قانون اساسی ایران، «به صورت مستقل میان مکلفین نظام سیاسی توزیع نمی‌شود، بلکه از مجرای ولی میان آن‌ها توزیع شده و بر همان محور هم تکامل می‌یابد» (میرباقری، ۱۳۹۶: ۱۳۵). از دیگر آثار تغییر پارادایم، آن است که نظریه حق الطاعه و توسعه احتیاط‌گونه دایره تکالیف به تکالیف مشکوک^۵ در ساحت حکمرانی مقبول به نظر نمی‌رسد تا به وسیله آن بتوان اصل قانونی بودن جرم و مجازات را کنار نهاد و به محدودیت آزادی‌های شهروندی باور داشت. همچنین با لحاظ اینکه، احکام در ساحت حکمرانی «از قبیل عام مجموعی و متوجه جامعه بما هی جامعه

است» (منتظری، ۱۴۰۸ق: ۵۶۹)، هر کسی با توجه به جایگاه خود در این کل، باید به گونه‌ای نسبت به امتثال تکلیفش اهتمام ورزد که در کنار افعال دیگران منتج به غایت شود (گره‌خوردگی سرنوشت افراد) (میرباقری، ۱۳۹۲: ۷۶). بنابراین، هماهنگی و پیوستگی در امتثال (هماهنگی میان افراد و نهادهای امت یا قوای مختلف حکومتی) نتیجه متقوم بودن تکالیف در کنار هم هستند.^۶

۲-۵. عدم ثبات (سیالیت) موضوع در حکمرانی

حکومت صرفاً مجری فقه نیست؛ بلکه وظیفه و موضوع آن در یک گام بلند به نام تصرف و سیر دادن جامعه از یک وضعیت به وضعیت دوم است. و حکومت در جامعه تصرف می‌کند و جامعه را از یک وضعیت به وضعیت دوم سیر می‌دهد. بر همین اساس، مکلف و موضوع در حکمرانی، جامعه به‌عنوان یک کل متغیر است و «مسئله‌ای که در قدیم دارای حکمی بوده به ظاهر همان مسئله در روابط حاکم بر سیاست، اجتماع و اقتصاد یک نظام، ممکن است حکم جدیدی پیدا کند» (خمینی، ۱۳۷۸، ج ۲۱: ۹۸)؛ مانند حکم آیت‌الله شیرازی به تحریم تنباکو و رفع تحریم آن در سال بعد. با توجه به طریقت ساختارها و قوانین و عملکردها در مقیاس حکمرانی، نباید این ابعاد را به‌صورت ایستا در نظر گرفت و برای عناوین انتزاعی از اصول عملیه بهره گرفت یا با استفاده از این اصول، صرفاً به طراحی ساختارها و قوانین ثابت و جهان‌شمول اکتفا کرد؛ بلکه موضوعات حکمرانی را می‌بایست در بستر حرکت جامعه و با «مدیریت و واحد» در نظر انگاشت. افزون‌بر این، وقتی «مکلف» و عامل اصول عملی در یک نظم سیاسی در حال تغییر و تحول است (اعم از تکامل یا تنزل)، نظام تکالیف جدیدی مطرح می‌شود و از این‌رو نمی‌توان از اصل عملی (اغلب) دارای نتیجه واحد برای این تغییر پاسخی تدارک دید.

پس از این همه باید در نظر داشت که یک انقلاب انسانی مبتنی بر ارزش‌های اسلامی بر پدیده‌های سیاسی و انسانی در حوزه حکمرانی اثرگذار است و از این‌رو سبب تغییر اصل عملی حاکم و تفاوت در شیوه رجوع و استناد به آن می‌شود. انحصار تأثیرگذاری حکومت بر نوع حکم را می‌توان در تأثیر بر حکم اولی (از طریق تغییر موضوع از جمله به شکل تغییر کاربری موضوع، حکم حکومتی و حکم ثانوی دانست (مشکانی، ۱۳۹۴: ۸۹). نظیر تغییر نوع حاکمیت بر اصل اباحه در حیازت مباحات و یا تصرف در خمس یا در حرمت غنایی که منجر به تقویت نظام سیاسی حاکم می‌شود (حکمرانی فرهنگی).

۲-۶. تزامم در موضوعات حکمرانی

موضوعات حکمرانی، برخلاف موضوعات سایر حوزه‌ها، دچار «تزامم دائمی» هستند (الهاسمی، ۱۳۷۳: ۳). افزون بر این، تزامم نیز ناظر بر عدم امکان صدور فعل کثیر از فرد واحد است (مانند تزامم صلوات و غضب)؛ بلکه اینجا با فرض صدور افعال کثیر (هماهنگ) از افراد کثیر، تزامم دائمی میان تخصیص امکانات و مقدرات رخ می‌دهد؛ نظیر تزامم میان حق بر حریم خصوصی و تجسس؛ تزامم میان لزوم توسعه شهری با حفظ بنای مسجد و میراث فرهنگی یا محدودیت منابع و انجام برنامه‌های بودجه و توسعه (تزامم و اختلافات میان قوا و نهادهای مختلف). مبرهن است که همچون فقه فردی و بلکه در حوزه حکمرانی با اطمینان بیشتر می‌توان گفت که اصول عملیه از رفع این تزامم دائمی ناتوان است و قادر به تشخیص ضریب اولویت میان موضوعات نخواهد بود و هرم و قواعد مذاق شارع (نظیر تقدم حفظ جان بر حفظ مال و.. یا قاعده تقدم مقصد نوعی بر مقصد شخصی) نیز نمی‌تواند به‌طور دقیق این تزامم را حل کند؛ چه آنکه گاه در یک رتبه، میان دو امر موضوع هم‌عرض، تزامم رخ می‌دهد؛ از این رو «الگوی تخصیص امکانات، نیازمند پژوهش‌هایی است که ضریب اولویت موضوعات را در شرایط متفاوت تاریخی و جغرافیایی، زمانی و مکانی، فرهنگی و اجتماعی، بررسی کرده و ارائه نماید» (الهاسمی، ۱۳۷۳: ۵).

۲-۷. منطق «کل‌نگری» در حقوق عمومی

مدل دانشی حقوق عمومی و حکمرانی به‌نحوی است که برخلاف منطق حاکم بر استنباطات فقهی موضوعات خرد، آن‌گونه نیست که در شناخت ماهیت آن بتوان تنها به مقومات داخلی و اجزاء مفهومی آن بسنده کرد. به‌عبارت دیگر، برخلاف اصالت ذات، نسبت‌ها، جایگشت و ربط‌ها نیز در تعریف مسئله و حکم‌شناسی آن دخالت دارد. در این رویکرد، اصل نسبت، جهت و هماهنگی اجزاء، جزو مؤلفه‌های دخیل در شناخت ماهوی شیء قرار می‌گیرد. از این رو، حقوق گزاره‌ای و تجزیه‌نگر، بدون در نظر گرفتن نسبت‌های پدیده و روابط آن، تفقهی ناقص را نتیجه خواهد داد که اغلب با جریان اصل عدم (مخالفت) اجزای پدیده‌ای مثل بانک به صورت مستقل، غیرمخالف با اصول شریعت تشخیص داده می‌شود. در واقع، «به اجتهاد و استنباط ذهن‌گرا و غیرقابل تطبیق انجامیده و نیز به جزء و گزینش دین خواهد انجامید» (الامین، ۱۳۹۲، ج ۳: ۳۳). درحالی‌که حکمرانی اقتصادی از رهگذر بانک، یک

سیستم ناظر به روابط اقتصادی اعتباری است که با اجزای دیگر سیستم اقتصادی مانند شرکت‌های سهامی، بیمه و... ارتباط دارد. منطق انحلالی که امکان تکرر استناد به اصول عملیه را دربردارد، به دلیل عدم شناخت کل، از شناسایی اجزاء نیز ناتوان خواهد بود؛ زیرا ماهیت اجزاء نیز در روابط آن‌ها با یکدیگر نهفته بوده و اجزا و روابط نیز در مسیر غایت آن کل، قابل بازشناسایی است (میرباقری، ۱۳۹۴: ۲۷۱؛ ر.ک: خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲: ۶۶۵؛ ۱۴۲۱ق، ج ۱: ۲۷۷؛ صدر، ۱۴۲۴ق: ۴۳). برای نمونه ممکن است که هریک از اجزا به تنهایی در حکمرانی اقتصادی، ذیل یکی از عمومات یا اصول عملی قرار گیرند و مشروع باشند؛ ولی مجموعه آن‌ها تحت عنوان «دوله بین الاغنیاء منکم» قرار گیرد و حکم دیگری را از شریعت طلب کند. از این‌رو افزون‌بر نابودی انسجام در حکمرانی، حکمت در ورای مجموعه مکتب اقتصادی یا سیاسی اسلام نیز محقق نخواهد شد.

۲-۸. اقتضائات منطقه الفراغ

منطقه الفراغ منطقه‌ای است که تشریح الزامی در آن منطقه وارد نشده، اما بنابر شرایط و مصالح، حاکم اسلامی به تطبیق و هماهنگی کل مکتب با تحولات اجتماعی در آن حوزه اقدام به جعل الزام و قانونگذاری می‌کند. جعل قوانین در منطقه الفراغ می‌بایست با یک فرایند اجتهادی و مبتنی بر اهداف کلی شرع و متناسب با مصلحت جامعه صورت گیرد و از این‌رو ممکن است به تصویب ده‌ها قانون از سوی نظام حاکمیت نیاز داشته باشد (الصدر، ۱۴۲۴ق: ۶۸۶)؛ نه آنکه با چند اصل عملی از تعیین الزام و قانون معافیت جسته و قصد حفظ نظام با تمسک به چند اصل را داشت؛ به‌خصوص که اصل «اباحه» به‌عنوان یک رویکرد، در منطقه الفراغ موجود است. همچنین مقیاس حکمرانی افزون‌بر اینکه بر احکام تکلیفی تمرکز دارد؛ دامنه تفقه را به سمت احکام توصیفی و ارزشی نیز ارتقا می‌دهد؛ چه آنکه، با پذیرش ضرورت حاکمیت دین در تمامی عرصه‌ها و جریان ولایت الهی در کل ساحت حکمرانی، «استناد به منابع دینی» باید شامل هر سه حوزه «ارزشی، توصیفی و تکلیفی» شود.

۲-۹. پیشران‌های اصل احتیاط

هدف اصلی در حکمرانی اسلامی، استنباط احکامی است که حکومت در تنظیم و تدبیر امور جامعه محتاج به آن‌هاست. از این‌رو در موارد بسیاری امکان رجوع به اصول عملیه به‌ویژه

احتیاط نیست؛ چه آنکه پیشران و پیش شرطی مدنظر فقهاست که اغلب بر حوزه حکمرانی قابل تطبیق است؛ به عبارت دیگر، فقها، مطرح کرده‌اند که در حوزه احکام عمومی یا همان «مواردی که مورد ابتلای بیشتر مردم است و مردم به‌طور فراوان با آن سروکار دارند» احتیاط جاری نمی‌شود (کاشف‌الغطا، ۱۳۸۱، ج ۱: ۲۳۲؛ التبریزی، ۱۳۶۹: ۲۹۲). مرحوم امام نیز درباره مطلق اصول عملی می‌فرمایند که تمسک بدین اصول در امور حکومتی تمسکی نابخاست (خمینی، ۱۳۷۳، ج ۱: ۲۲۸). برخی دیگر از فقها در خصوص استناد به اصول عملی در حوزه حکمرانی تبعات جبران‌ناپذیر دیگری را مثال آورده‌اند؛ میرزای قمی (۱۳۷۸، ج ۱: ۲۴۷) می‌نویسد: «اگر بخواهیم در اموری مانند حکم به قصاص احتیاط کنیم باید از امنیت جامعه چشم پوشید». میرزای شیرازی نیز می‌نویسد: احتیاط‌ورزی در موارد بود یک احتمال قوی؛ مانند ظن به تکلیف یا مهم بودن محتمل، مثل جان و مال و ناموس و دیگر حقوق مردم، ولو آنکه باعث اختلال نظام هم نشود، نمی‌تواند واجب و حتی مستحب باشد؛ زیرا احتیاط حتی در موارد دارای اهمیت مثل نفوس، فروج و اموال، مشکلاتی مانند تفتیش و تجسس در زندگی شخصی و عیوب مردم را در پی دارد که مورد نفرت اسلام بوده و مغایر با اهداف کلی دین اسلام است و سبب ریخته شدن دماء، بی‌آبروی و رسوایی خواهد شد... به هر روی مقتضای مطلوبیت عقلی و شرعی احتیاط، ترک این‌گونه احتیاط‌هاست^۷. برخی دیگر از فقها در موارد اختلال نظام، عسر و حرج، وهن مذهب و... و هرج و مرج و اختلال به زندگی در اثر احتیاط، حقیقت احتیاط را منتفی می‌دانند (بهسودی، ۱۴۱۷ق، ج ۲: ۱۰۷)^۸. برخی دیگر از اصولیین نیز در مواردی که امکان ازاله شک مقدور نباشد (انصاری، ۱۴۱۹ق، ج ۱: ۳۴۲). رویکرد حکمرانانه نیز سبب شده است برخی فقها بسی از مواردی را که فقهای با رویکرد فردی، مجرای اصالة‌الاحتیاط دانسته‌اند، از قلمرو احتیاط خارج بدانند (خمینی، ۱۳۷۳، ج ۱: ۲۲۸). اما در برابر، محصور شدن در نگاه فردی، زیاده‌روی در احتیاط را نتیجه داده و «باب اجتهاد در تمامی پدیده‌های جدید ناشی از مدنیت و تمدن معاصر را خواهد بست» (جناتی، ۱۳۷۴: ۳۶).

اجرای برخی اصول مانند احتیاط (در نظر) و توقف در عمل نیز به توقف در فرآیند حکمرانی و تعطیل امور و تعلل در امور حسبه - که شارع به هیچ روی راضی به اهمال و اهمال در آن نیست - منجر خواهد شد.

۲-۱۰. تناقض در حکمرانی

تفاوت عملکرد در استناد به اصول عملیه نیز خود موجب اختلاف رویه در تحقق عدالت خواهد بود. در حقیقت، برخلاف امور فردی که در آن اختلاف حکم، مشکل ساز نخواهد بود، اما حکومت را نمی‌توان با احکام متناقض اداره کرد و با استناد به اصول عملیه، در برخی حوزه‌ها زمینه را برای هرج و مرج و تشتت رویه فراهم ساخت؛ برای نمونه در جریان مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی، در خصوص میزان نظارت بر رهبری، رویکردهای مختلفی مطرح شده که نشان از پارادوکس در استناد به اصول عملی دارد. دسته‌ای با تمسک به اصل احتیاط در دماء، اعراض و نفوس، باور به توسعه کمی و کیفی نظارت بر رهبری (از حیث ابزارها و گستره زمانی) داشتند. اما در برابر برخی دیگر، اصل مورد استناد در این خصوص را استصحاب دانسته و نوع نظارت مجلس خبرگان بر رهبری را «اتفاقی» و به صورت موردی و در صورت دریافت گزارش می‌دانند و نه نظارتی نهادی^۹. از دیگر زمینه‌های تناقض ناشی از اجرای اصول عملیه، تشخیص فتوای معیار و یا رجوع به منابع فقهی معتبر (براساس اصل ۱۶۷) است.

۲-۱۱. انتظار حقوقی از کارگزاران

در این میان، ذاتی عمل حکمرانی، در حوزه تقنین و اجرا، قاعده‌آفرینی و تکوین وحدت در عملکرد متأثر از مبانی عدالت اجتماعی است. در حقیقت نمی‌توان انتظار حقوقی از نمایندگان مجلس (در خصوص موضوعات نوپدید) یا شورای نگهبان در خصوص موضوعات مخترع شرعی و قوانین اجرایی شریعت، را به سرحد استفاده از اصول عملیه در تقنین و یا تقنین اصول عملیه کاست یا در صورت نبود قانون، به کارکرد قوه اجرایی و قاضی در استفاده متکثر از اصول عملیه بسنده کرد. در واقع، کارویژه مجلس قانونگذاری، قانون‌نگاری شریعت اسلامی یا برنامه‌ریزی برای اجرای آن و نیز قانونگذاری در حوزه‌های منطقه‌الفراغ و ما لا نص فیه است و این مطلب به معنای «ایجاد دلیل» در معنای اصولی آن است (قانونگذاری فعال) و نه تمسک به اصول عملی و یا برجای گذاشتن ابهامات متعددی که مجریان و قاضیان با توسل به دو سه اصل عملی، هماهنگی در حاکمیت را از بین برند. مؤید این برداشت سخنان مقام معظم رهبری است که فرموده‌اند: «... وقتی که لایحه به کمیسیون داده می‌شود و در معرض دید

این نماینده قرار می‌گیرد، گاهی با این لایحه مثل یک کار مربوط به شخص خود رفتار می‌کند؛ دقت می‌کند، مطالعه می‌کند، تحقیق می‌کند، با کارشناس می‌نشیند مباحثه می‌کند، مطلب را در ذهن خود به صورت محقق ترسیم می‌کند؛ گاهی هم نه، لایحه می‌آید یا مثلاً طرحی در مجلس می‌خواهد تصویب شود، این نماینده خیلی محتوای لایحه و طرح را نمی‌داند، خیلی احساس مسئولیت نمی‌کند، رسیدگی نمی‌کند... این رأی «آری» یا «نه» او به یک چنین لایحه یا طرحی، خالی از شبهه نیست. رأی ممتنع او هم خالی از شبهه نیست. ما که نیامدیم اینجا بنشینیم رأی ممتنع بدهیم؛ ما آمده‌ایم بگوییم این بشود، این نشود. رأی ممتنع مال آنجایی است که انسان زحمت خودش را کشید، کار خودش را کرد، بالأخره ذهنش به جایی نرسید؛ خب، اینجا البته انسان رأی ممتنع می‌دهد؛ مثل فقیه و مجتهدی که زحمت خودش را می‌کشد... بعد ذهنش به جایی نمی‌رسد... می‌گوید من رأی ندارم... رأی ممتنع مال اینجا است» (۱۳۹۹/۰۳/۸).

از دیگر آسیب‌های -رویه‌ای- اصول عملیه، تقدم بخشی به اصل عملی و سلوک بر اساس آن پیش از فحص دلیل است. این اشتباه، افزون بر اینکه در میان برخی از فقها نیز بوده^۱، ناشی از عدم توجه به منطوق «اصل عملی» مبنی بر رفع تحیر از مواقع شک است.

در مجموع به نظر می‌رسد که باید سنخ احکام ساحت حکمرانی را با سنخ احکام فقهی متفاوت دانست و از این رهگذر، ابزارهای استنباط حاکم بر آن با احکام فقهی، دیگرگون باشد. در حقیقت، سنخ احکام حکمرانی به گونه‌ای است که افزون بر اقتضای تفاوت در استفاده از اصول عملیه، پیش از اصول عملیه، از برخی روش‌های پیشتر ممنوع در استنباط می‌تواند بهره گیرد. در حقیقت، از منظر مشروعیت، میان احکام حکمرانی با احکام فقهی تفاوت وجود دارد و در طول احکام فقهی قرار دارد؛ به عبارت دیگر، احکام حکمرانی در مقام عمل و انتخاب شیوه اجرایی مناسب برای تحقق احکام فقهی است و از این رو، حتی می‌توان حجیت مطلق ظن و نیز قیاس را در این حوزه اعتقاد داشت (برخلاف حجیت ظن در مقام استنباط حکم)؛ چه آنکه اجرای حکم در احکام حکمرانی، یک امر عقلایی است و ظن مطلق در این خصوص می‌تواند مقبول باشد. در این احتمال، ساحت حکمرانی، ساحتی است که در آن با توجه به مصالح و مفاسد مختلف اجتماعی و با استناد به قواعد کلی فقهی، احکامی از جانب حاکم بیان می‌گردد که جنبه اجرایی و عمومی دارد (منتظری، بی‌تا، ج ۳: ۱۸۶). مرحوم صاحب جواهر و برخی فقهای معاصر نیز حکم را عبارت از فرمان حاکم (نه خداوند متعال) مبنی بر عمل کردن

به حکم شرعی تکلیفی یا وضعی یا عمل به موضوع آن دو، در مورد خاص می‌دانند (نجفی، ۱۴۰۴، ۴۰: ۱۰۰؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق: ۲۱۶؛ همچنین ر.ک: حلبی، ۱۴۰۳ق: ۲۶۳؛ نراقی، ۱۴۱۷ق: ۱۸۷؛ حسینی حائری، ۱۴۲۵ق: ۱۶۸؛ صافی، بی‌تا: ۱۱۵).

اما در صورتی که حکم حکومت را نه جملگی، بلکه در موارد منطقه‌الفراغ بتوان حکمی فقهی (و نه اجرایی) دانست، در این صورت، باید تضاد صدور با موازین استنباط حکم نداشته باشد و احکامی که براساس موازین و دستورات شریعت نباشد، بنابر متیقن از ادله عقلی و متفاهم عرفی از اطلاقات ادله، نافذ نبوده و ترتیب اثر و اجرای چنین احکامی از حکومت لازم نخواهد بود» (سبزواری، ۱۴۱۳ق: ۱۰۲) یا به تعبیر مرحوم خوئی، «زمانی که خطای حاکم در صدور حکم معلوم گردد و قطع وجدانی نسبت به مخالفت حکم با واقع حاصل شود، حکم حاکم بالضروره، حجیت نخواهد داشت» (خوئی، بی‌تا، ج ۲: ۹۱) یا در مواردی که مبنای حکم حکومت در مقام تراحم بین حکم اولی و ثانوی باشد و در این موارد، حکم حکومتی، همان حکم ثانوی در راستای مصالح و دفع مفسد برای حفظ اجتماع مسلمین است.

۳. شیوه و رتبه استناد به اصول عملیه

این نوشته افزون بر نقد به استناد افراطی به اصول عملیه در حکمرانی و حتی استناد به برخی اصول نظیر احتیاط در حکمرانی و یا تشخیص نادرست اصل عملی کارآمد در محل خود، معتقد است که زمینه رجوع به اصل عملی در امور حکمرانی، کمتر رخ می‌دهد. در واقع، در عمده مباحث ناظر بر عرصه سیاست و حکومت، عقل امکان دسترسی به ملاکات احکام را دارد (ایزدهی و تقی‌زاده، ۱۳۹۹: ۸۵)، از این رو می‌تواند با فهم ملاک، آن را نسبت به سایر موارد مشابه نیز تسری و تعمیم دهد (به ملاک قیاس منصوص العله یا مستنبط العله یا تنقیح مناط). همچنین انضمام ظنون متراکم به یکدیگر به دلیل معلوم‌الکذب نبودن نیز از حیث معرفت‌شناسی در حوزه حکمرانی - و نه لزوماً ارزش شرعی - امری «امکان‌پذیر» بوده و به «واقع» نیز نزدیک‌تر است. مائز میان «ارزش شرعی» و «ارزش معرفت‌شناختی» این است که در اولی ارزش شرعی دایره مدار وجود و عدم است ولی ارزش معرفت‌شناختی امری تشکیکی، فازی و قابل ارتقا است. از این رو آنچه در این بحث به هم ضمیمه می‌شود، «ظن» است و نه «لا حجت». در ارزش شرعی نیز اگر تراکم ظنون منجر به حصول قطع یا اطمینان شود، نیز حجت خواهند بود.^{۱۱} این رویکرد، در موارد متعددی مستند فقها قرار گرفته است؛ از جمله محقق

حلی «تکرار یک خبر» را مفید تقویت ظن و حتی تبدیل به علم می‌داند (محقق حلی، ۱۴۲۳ق: ۲۰۱). در دیدگاه شیخ انصاری نیز تعدد فتواهندگان به ظن، موجب ارتقای ارزش فتوای ظنی به اطمینان و حتی یقین و کشف رأی معصوم می‌شود (انصاری، ۱۴۱۹ق، ج ۱: ۱۹۲). از دیگر آثار، می‌توان به حجیت مذاق شرع که برآمده از تتبع در مجموع ادله و ناشی از الصاق ظنون به یکدیگر است، دانست (کاشف‌الغطاء، ۱۳۸۱، ج ۱: ۱۸۸).

از دیگر قواعد استنباط در حوزه حکمرانی توجه به مذاق شارع است. میزان اهمیت توجه به مذاق به حدی است که برخی نوشته‌اند: «عصمت نظری در قوانین الهی کفایت نمی‌کند، بلکه در مقام عملی و تطبیق احکام نیز عصمت لازم می‌باشد تا قوانین الهی به شکل متناقض با اهداف شریعت تحقق پیدا نکند» (سند، ۱۴۲۶ق: ۲۹۱). صاحب جواهر نیز معتقد است که گاهی انجام یک اقدام مباح، مستحب یا واجب، سبب تلف مال یا جان می‌شود، در این خصوص با اینکه تصریحی نیست؛ اما بر اساس مذاق شارع مجاز نخواهد بود» (نجفی، ۱۳۹۲، ج ۴۰: ۳۲۸). استفاده از این عنصر روشی، به‌طور ویژه در حوزه سیاست که اصل بر امضایی بودن است، می‌تواند بسیار کارا باشد. البته «ادعای مذاق را تنها از فقهی می‌توان پذیرفت که عمری غواص دریای فقاقت بوده، و با سازوکارهای فقه‌الحدیثی، آشنایی کاملی داشته باشد» (عندلیب و ستوده، ۱۳۹۱: ۱۲۹). همچنان‌که آرای مرحوم امام در خصوص تئوری حکومت، امر به معروف و نهی از منکر، ثروت‌های عمومی، عدالت اجتماعی، برخی اقسام ورزش‌ها در حکومت اسلامی و ارج نهادن بر علوم تجربی (خمینی، ۱۳۷۳، ج ۲۱: ۱۷۷؛ ایازی، ۱۳۸۹: ۹۴) مبتنی بر اهداف شریعت بوده است. همچنین در ولایت فقیه به مقصد و ملاک ضرورت استمرار اجرایی احکام استدلال می‌نمایند (ایازی، ۱۳۸۹: ۹۴) و احکام، امری ابزاری برای اجرا و استقرای حکومت و بسط عدالت است» (خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲: ۶۳۳). همچنین ایشان در حوزه حکمرانی اقتصادی، مبتنی بر اهداف شارع، روایاتی را که حکم حیل‌های منجر به تصحیح ربا را مستند به رفتار اهل بیت کرده است، مجعول می‌دانند که در پی تخریب چهره اهل بیت است (خمینی، ۱۳۷۹، ج ۵: ۵۳۱). همچنین است دو مقصد «افزایش ثروت ملی» و «توزیع عادلانه و رفع محرومیت در درون جامعه اسلامی» به‌عنوان مذاق شارع در حکمرانی اقتصادی (مقام معظم رهبری، ۱۳۸۵/۱۱/۳۰ در دیدار با مسئولان اقتصادی اجرای اصل ۴۴).

حتی اگر مذاق شارع، نتواند قاعده، سند و دلیل برای فقیه در استنباط احکام باشد، ولی

توجه فقیه به مقاصد، حداقل به‌مثابه قرینه حالیه برای ظهور نص شرعی، باعث می‌شود در موارد بسیاری برداشت فقیه از ادله، غیر از برداشتی باشد که بدون این توجه صورت می‌گیرد. همچنین این توجه همچنین باعث حضور عقل در کنار نص می‌شود (علیدوست، ۱۳۸۸: ۳۷۶). همچنین با توجه به رویه عمده شارع در امضا یا اصلاح موضوعات سیاسی و غیرمخترع شرعی بودن موضوعات و مسائل حکمرانی (ایزدهی و تقی‌زاده، ۱۴۰۰: ۸۲)، استفاده از عقل و بنای عقلا نیز در فهم مراد شارع از روایات و سیره به‌مثابه ارشاد به حکم عقل بسیار نقش خواهد داشت. در حجیت و ارزش رویه عقلا نیز استدلال، تکرار، و حتی اتصال به عصر معصوم لازم نیست (خمینی، ۱۴۱۰ق، ج ۲: ۱۳۰). از این رو رویه عقلا در هر زمان و جامعه‌ای استقرار یابد، اگرچه در این زمان‌های متأخر باشد، در برابر دید معصوم بوده و مورد تأیید است. استفاده از قواعد فقهی بنیادین در حوزه حکمرانی نیز می‌تواند زمینه اصول عملیه و تکثر استنادی به آن را نیز مرتفع سازد؛ از جمله «مصلحت، حفظ نظام و پیشگیری از هرج و مرج و اختلال نظام» (خمینی، بی تا، ج ۱۵: ۲۵۰؛ علیدوست، ۱۳۸۸: ۶۹۳). این قواعد اغلب با رویکرد کل‌نگری مطرح بوده است؛ همچنان‌که فقها یک جزء را در مواردی با توجه به کل دیده و حکم داده‌اند؛ برای نمونه در خصوص عدم حرمت اخذ اجرت بر واجبات کفایی در جامعه، دلیل آورده‌اند که چون همه افراد چنین کارهایی را تبرعا انجام نمی‌دهند [نه آنکه عدم انجام یک یا دو نفر موجب اختلال شود] و مجموع جامعه با اختلال مواجه خواهد شد. از این رو اخذ اجرت اشکالی ندارد (آشتیانی، ۱۳۶۹: ۳۶). هدف از اصل صحت فعل غیر نیز جلوگیری از اختلال نظام است (مامقانی، ۱۳۵۰: ۲۸۴).

نتیجه‌گیری

بنابر آنچه مطرح شد، مفهوم‌شناسی اصل عملی و نگرشی به منطق استعمال اصول عملیه، و سنخ‌شناسی آن، و مقارنه آن با حکمرانی و ذاتیات و لوازم آن، اگرچه اغلب استناد به اصول عملیه در امور حکمرانی را ممتنع می‌ساخت؛ ولی در عین حال، می‌توان به گستره استنادی محدودتری برای اصول عملیه (به نسبت سایر حوزه‌ها)، قائل شد. در واقع، موازین اسلام، مصرح در اصول متعدد قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، و درج مناط‌هایی همچون مذاق شارع و شریعت، فرصت استناد به اصول عملیه را محدودتر و رتبه مراجعه به اصول عملیه را مؤخرتر قرار می‌دهد. افزون‌بر این‌ها، پیش‌شرط دیگری برای استناد به اصول عملیه در

حکمرانی، وجود دارد که این پیش شرط یا در مسائل مربوط به حوزه‌های غیرحکمرانی ضرورتی ندارد یا در صورت ضرورت، کمتر رخ می‌دهد و آن نیز نگاه منظومه‌ای و تحلیل کل‌نگر مسائل حکمرانی، و یاس از نبود دلیل قطعی و ظنی است. اگرچه مبتنی بر دستاورد این پژوهش، تحلیل رویه حکمرانان (در حوزه نظارت بر شرعی بودن قوانین و مقررات، تصویب قوانین، نظارت بر انتخابات، قوا و نهادهای دیگر و...) امری ضروری است، ولی این نوشته به دلیل مجال محدود، تکرار استناد به اصول عملی بدون رعایت پیشنهادها و پیش فرض‌های این مقاله را امری نامطلوب می‌داند. همچنین در صورت استناد به اصول عملیه نیز سخن از «تقدم و تأخر اصول عملیه نسبت به یکدیگر» موضوعی دارای اهمیت است.

یادداشت‌ها

۱. برای دیدن این تفکیک و اعتقاد به نقش نظارتی صرف برای فقه، ر.ک: شبستری، ۱۳۷۶: ۸۸. در خصوص قواعد فقهی نیز همین پرسش قابل طرح است و در مورد شمول برخی قواعد در عرصه حکمرانی نکات متعددی قابل بررسی است؛ برای نمونه، قاعده لاجرح شامل ولایت اسلامی نمی‌شود؛ به این معنا که اگر پذیرش ولایت خدا یا پیامبر یا امام یا فقیه، برای کسی حرجی ایجاد کند، دلیلی برای قبول ولایت شیطان نخواهد بود (لنگرانی، ۱۴۰۰/۱۰/۱، قابل دسترسی در: <http://fiqhenezam.com/%D9>).
۲. برای نمونه در حوزه رویکرد، سید مرتضی می‌نویسد: «والفروج و احکامها و ما يتعلق بحظرها و اباحتها من آكد احکام الشریعة التي قد شدد فی امرها و التحرز عند الاقدام علیها و النهی من التعرض لما یشته منها» (علم‌الهدی، ۱۴۰۵ق، ج: ۱؛ ۳۸؛ همچنین ر.ک: سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج: ۱۳؛ ۶۴؛ لان باب الفروج مبنی علی الاحتیاط). برخی نیز در این خصوص رویکرد و روش را با یکدیگر خلط کرده‌اند (یوسفی و مادرشاهی، ۱۳۹۷: ۲۴).
۳. ر.ک: مدرسی، قابل دسترسی در: <https://iqna.ir/fa/news/3852306>
۴. ر.ک: علیدوست، قابل دسترسی در: ماهنامه مهرنامه، شماره ۱۲، خرداد ۱۳۹۰.
۵. این نظریه در موارد شبهات بدوی و نیز علم اجمالی در موارد نبود نص، حکم عقل در موارد تکلیف محتمل را بر احتیاط عقلیه قرار می‌دهد تا بر برائت عقلیه (صدر، ۱۴۱۰ق، ج: ۱؛ ۱۴۱).
۶. از دیگر آثار تغییر پارادایم، معنا نداشتن قبح تجری به دلیل کشف فعل متجری به از خبائت متجری و عدم رعایت رسم عبودیت (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق: ۲۵۹) در حکومت است؛ چه در حکومت، فعل به دلیل مفاسد یا مصالح عامه نهفته متصف به حسن یا قبح می‌شود.
۷. ر.ک: حر عاملی، ۱۴۳۵ق، ج: ۱۴؛ ۲۲۶-۲۲۶ و ۴۵۷؛ کاشف‌الغطاء، ۱۳۸۱، ج: ۲؛ ۳۹۶.
۸. برخلاف نظر مرحوم آخوند که حرجی بودن احتیاط را باعث نفی وجوب احتیاط که یک حکم عقلی می‌داند نمی‌داند (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ج: ۲؛ ۱۱۸)؛ درحالی‌که عقل استقلال در حکم ندارد و حکم عقل به احتیاط از پیامدهای حکم شرع است (صدر، ۱۴۱۷ق، ج: ۴؛ ۴۴۰).
۹. ر.ک: ملک‌افضلی و جوان آراسته، ۱۳۹۷: ۲۵۰-۲۵۹.
۱۰. برخلاف سیره استنباطی برخی دیگر از فقها که عنایت بیشتری به احادیث داشته و کمتر به اصول عملیه تمسک می‌جسته‌اند (مجله حوزه، ۱۳۷۹: ۱۲۸).
۱۱. البته اگر نتیجه تراکم ظنون ضعیف، تنها مرتبه‌ای از معرفت ظنی گردد که هم‌سطح با ظنون خاص است، اثبات حجیت این معرفت، منوط به پذیرش این مبنای اختلافی اصولی است که «ظنون خاص چون مرتبه‌ای خاص از ظن شخصی را به وجود می‌آورند، حجت شده‌اند».



منابع و مأخذ

الف) فارسی و عربی

۱. الامین، حسن (۱۳۹۲)، دایرةالمعارف الاسلامیة الشیعة، بیروت: بی نا، ج ۳.
۲. الأنصاری، مرتضی (۱۴۱۹ق)، فرائد الاصول، قم: مجمع الفکر الإسلامی، چ اول،
۳. ایازی، محمدعلی (۱۳۸۹)، ملاکات احکام و شیوه‌های استکشاف آن، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چ اول.
۴. ایزدهی، سید سجاد؛ صدیق تقی‌زاده، صدیقه (۱۳۹۹)، «ضرورت و الزامات نظام‌وارگی در رویکرد فقه حکومتی»، علوم سیاسی، سال ۲۳، ش ۹۲، ص ۷۱-۹۶.
۵. ----- (۱۴۰۰)، «فلسفه فقه سیاسی»، جستارهای فقهی و اصولی، سال هفتم، ش ۲۵، ص ۶۹-۹۷.
۶. آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۴۰۹ق)، کفایة الاصول، قم: آل‌البیت (ع)، چ دوم.
۷. آشتیانی، میرزا محمدحسن (۱۳۶۹)، کتاب‌القضاء، تهران: رنگین، چ اول.
۸. بروجردی، محمدتقی (بی‌تا)، نهایت‌الافکار (تقریرات درس آقاضیاء‌الدین عراقی)، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ سوم.
۹. البهسودی، سرور الواعظ (۱۴۱۷ق)، مصباح الاصول، تقریر بحث السید الخوئی، قم: الداوری، چ پنجم.
۱۰. التبریزی، میرزا موسی (۱۳۶۹)، اوثق الرسائل، قم: نجفی، چ اول.
۱۱. توسلی نائینی، منوچهر؛ شهابی، مهدی؛ نیکوئی، مرضیه (۱۳۹۰)، «نقش واقعیت در ایجاد قاعده حقوقی»، حقوق تطبیقی معاصر، دوره ۲، ش ۳، ص ۵۷-۸۸.
۱۲. جزایری، سید محمدجعفر (۱۴۰۳ق)، منتهی‌الدرایة، قم: مطبعة الخیام، چ دوم.
۱۳. جناتی، محمدابراهیم (۱۳۷۴)، ادوار اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، تهران: کیهان، چ اول.
۱۴. الحائری، السید کاظم (۱۴۲۵ق)، المرجعیة و القيادة، قم: دار التفسیر، چ سوم.
۱۵. ----- (۱۴۱۸ق)، مباحث الاصول، تقریر اباحت السید الصدر، بیروت: مکتب الإعلام الإسلامی، چ اول.

۱۶. خمینی، سید روح‌الله (۱۳۷۳)، *المکاسب المحرمه*، تهران: مؤسسه آثار امام، چ چهارم.
۱۷. ----- (۱۴۱۰ق)، *الرسائل*، قم: اسماعیلیان، چ دوم.
۱۸. ----- (۱۳۷۸)، *صحیفه نور*، تهران: مؤسسه آثار امام، چ پنجم.
۱۹. ----- (۱۳۷۹)، *کتاب البیع*، تهران: مؤسسه نشر آثار امام، چ پنجم.
۲۰. الحکیم، السید محمدسعید (۱۴۱۴ق)، *المحکم فی اصول الفقه*، بیروت: المنار، چ اول.
۲۱. حلبی، ابوالصلاح (۱۴۰۳ق)، *الکافی فی الفقه*، اصفهان: کتابخانه امیرالمؤمنین، چ اول.
۲۲. خوئی، سید ابوالقاسم (بی‌تا)، *المستند فی شرح العروة الوثقی*، تقریر مرتضی بروجردی، بی‌جا: بی‌نا.
۲۳. سبزواری، عبدالاعلی (۱۴۱۳ق)، *مهذب الاحکام*، قم: المنار، چ چهارم.
۲۴. سرخسی، محمد بن احمد (۱۴۱۴ق)، *المبسوط*، بیروت: دار المعرفه، چ اول.
۲۵. سند، محمد (۱۴۲۶ق)، *أسس النظام السياسي عند الامامية*، قم: فدک، چ دوم.
۲۶. سیفی مازندرانی، علی اکبر (۱۴۲۵ق)، *مبانی الفقه الفعال*، قم: انتشارات اسلامی، چ دوم.
۲۷. صافی گلپایگانی، لطف‌الله (بی‌تا)، *احکامه و حدوده*، بی‌جا: بی‌نا.
۲۸. الصدر، السید محمدباقر (۱۴۱۰ق)، *دروس فی علم الاصول*، بیروت: دارالتعارف للمطبوعات، چ سوم.
۲۹. ----- (۱۴۲۴ق)، *اقتصادنا*، قم: مرکز الدراسات التخصصیه للشهید الصدر، چ دوم.
۳۰. ----- (۱۴۱۷ق)، *بحوث فی علم الاصول*، قم: دائرة المعارف فقه اسلامی، چ سوم.
۳۱. ----- (۱۹۷۵م)، *الاتجاهات المستقبله لحركة الاجتهاد*، بیروت: دارالزهراء، چ دوم.
۳۲. ----- (بی‌تا)، *ولایت و زعامت*، تهران: سهامی انتشار، چ سوم.
۳۳. ضیایی‌فر، سعید (۱۳۹۰)، «رویکرد حکومتی در فقه»، *مجله علوم سیاسی*، سال چهاردهم، ش ۵۳، ص ۳۲-۵.
۳۴. طباطبایی، محمدحسین (۱۳۸۸)، *بررسی‌های اسلامی*، قم: بوستان کتاب، چ دوم.

۳۵. ----- (۱۳۸۲)، اصول عقاید و دستورات دینی، قم: دفتر تنظیم و نشر آثار علامه طباطبایی، چ دوم.
۳۶. علم‌الهدی، سید مرتضی (۱۴۰۵ق)، رسائل الشریف، قم: دارالقرآن الکریم، چ دوم.
۳۷. علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۸۸)، فقه و مصلحت، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چ اول.
۳۸. عندلیب همدانی، محمد؛ ستوده، حمید (۱۳۹۱)، «مذاق شریعت؛ جستاری در اعتبارسنجی و کارآمدی»، فقه اهل بیت (ع)، ۷۰-۷۱، ص ۱۰۶-۱۴۱.
۳۹. کاشف‌الغطاء، جعفر (۱۳۸۰)، کشف الغطاء، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، چ اول.
۴۰. کاظمی، محمدعلی (۱۴۱۱ق)، کتاب الصلاة (تقریرات درس مرحوم نائینی)، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ اول.
۴۱. مامقانی، عبدالله بن محمد (۱۳۵۰)، حاشیه علی رساله فی العداله، قم: مجمع الذخائر الاسلامیه، چ اول.
۴۲. مجتهد شبستری، محمد (۱۳۷۶)، ایمان و آزادی، تهران: طرح نو، چ ۱.
۴۳. مجله حوزه (۱۳۷۹)، چشم و چراغ مرجعیت، مصاحبه با لطف‌الله صافی، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، چ اول.
۴۴. محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۲۳)، معارج الاصول، لندن: مؤسسه امام علی (ع)، چ اول.
۴۵. مشکانی، عباسعلی (۱۳۹۴)، «تأثیر نوع حاکمیت در گستره حلیت و حرمت احکام با تأکید بر دیدگاه‌های امام خمینی»، اندیشه سیاسی در اسلام، ش ۵، ص ۸۳-۱۱۹.
۴۶. مظفر، محمدرضا (۱۳۸۶)، اصول الفقه، نجف، بی‌نا، بی‌چا.
۴۷. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷ق)، دائره‌المعارف فقه مقارن، قم: مدرسه علی بن ابی‌طالب، چ اول.
۴۸. ----- (۱۴۱۶ق)، انوار الاصول، تحقیق احمد قدسی، قم: نسل جوان، چ دوم.
۴۹. ملک‌افضلی، محسن؛ جوان‌آراسته، حسین (۱۳۹۷)، حقوق اساسی ۲، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چ اول.

۵۰. منتظری، حسینعلی (۱۴۰۸ق)، *دراسات فی ولایة الفقیة و فقه الدولة الاسلامیة*، قم: مرکز العالمی للدراسات الاسلامیة، چ دوم.
۵۱. ----- (بی‌تا)، *رساله استفتانات*، قم: بی‌نا.
۵۲. میرباقری، سید محمدمهدی (۱۳۹۲)، *بررسی تطبیقی حجیت قواعد عام اصول فقه*، قم: فرهنگستان علوم اسلامی، چ اول.
۵۳. ----- (۱۳۹۴)، *جستاری در مبانی نظری ولایت فقیه*، قم: تمدن نوین، چ دوم.
۵۴. ----- (۱۳۹۶)، *رویکردهای فقه حکومتی*، تنظیم یحیی عبداللہی، قم: تمدن نوین، چ اول.
۵۵. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن (۱۳۷۸)، *قوانین الاصول*، تهران: بی‌نا، چ ۲.
۵۶. نائینی، محمدحسین (۱۴۲۴ق)، *تنبیة الامة و تنزیه الملة*، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، چ اول.
۵۷. نائینی، میرزا حسین (۱۳۶۸)، *اجود التقريرات*، مقرر: سید ابوالقاسم خویی، قم: مصطفوی، چ اول.
۵۸. نجفی، محمدحسن (۱۳۹۲)، *جواهر الکلام*، تهران: دارالکتب الاسلامیة، چ پنجم.
۵۹. نراقی، احمد بن محمد (۱۴۱۷ق)، *عوائد الایام*، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، چ اول.
۶۰. الهاشمی، سید منیرالدین (۱۳۷۳)، *درس گفتارهای مبادی اصول فقه احکام حکومتی*، قابل دسترسی در: <http://www.isaq.ir/vdcic5ap2t1av.bct.html>
۶۱. یوسفی، احمدعلی؛ مادرشاهی، محمد (۱۳۹۷)، «تحلیل فقهی مبنای عدم مغایرت در تصویب قوانین اقتصادی»، *مجلس و راهبرد*، سال بیست و پنجم، ش ۹۵، ص ۳۲-۵.

References

- 1) Al-Amin, Hassan (1972), Department of Islamic Studies, Beirut, 3rd edition.
- 2) Imam Khomeini, Seyyed Ruhollah (1994), Al-Makasab-ul-Muharma, Tehran: Institute for Preservation and Publication of Imam Khomeini's Works, 4th edition.
- 3) Imam Khomeini, Seyyed Ruhollah (1989), Rasalai, Qom: Ismailian, 2nd edition.
- 4) Imam Khomeini, Seyyed Ruhollah (1999), Sahifa Noor, Tehran: Institute for Preservation and Publication of Imam Khomeini's Works, 5th edition.

- 5) Imam Khomeini, Seyyed Ruhollah (2000), Kitab al-Bai, Tehran: Institute for the Preservation and Publication of Imam Khomeini's Works, 5th edition.
- 6) Al-Ansari, Morteza (1998), Faraid al-Asul, Qom: Majma al-Fakr al-Islami, 1st edition.
- 7) Ayazi, Muhammad Ali (2009), Melakate Ahkam va Shivehaye Estekshafe A'an, Qom: Research Institute of Islamic Sciences and Culture, 1st edition.
- 8) Izadehi, Seyyed Sajjad, Sediqah Sediq Taghizadeh (2019), "System's Necessity and Requirements in Government's Jurisprudence Approach", Political Science, Year 23, Number 92, 71-96.
- 9) Izadehi, Seyyed Sajjad, Sediqah Sediq Taqi-zadeh (2021), "Philosophy of Political Jurisprudence", Jurisprudence and Principles Essays, Year 7, Number 25, 69-97.
- 10) Akhund Khorasani, Muhammad Kazem (1989), Kefaiya al-Asul, Qom: Al-Al-Bait, 2nd edition.
- 11) Ashtiani, Mirza Mohammad Hassan (1990), Kitab Al-Qada, Tehran: Rangin, 1st edition.
- 12) Borujerdi, Mohammad Taqi, Nahayeh al-Afkar (Lectures of Aghazia al-Din Iraqi), Qom: Islamic Publications Office, 3rd edition.
- 13) Al-Bahsoodi, Sarwar al-Wa'iz (1997), Misbah al-Asul, the discussion of Sayyid al-Khoei, Qom: Al-Davari, 5th edition.
- 14) Al-Tabrizi, Mirzamosi (1997), Uthaq al-Risalai, Qom: Najafi, 1st edition.
- 15) Tavasli Naini, Manouchehr, Mehdi Shahabi, Marzieh Nikoi (2013), "Interaction of Value and Reality in Creating Legal Rule", Contemporary Comparative Law, Volume 3, 57-88.
- 16) Jazayeri, Seyyed Mohammad Jafar (1983), Montehi al-Daraiya, Qom: Al-Khayyam Press, 2nd edition.
- 17) Jannati, Mohammad Ibrahim (1983), Advar e Ejtehad az Didgahe Mazahebe Eslami, Tehran: Keihan, 1st edition. (In Persian)
- 18) Al-Hairi, Al-Sayyid Kazem (2005), Al-Marja'iyyah and Al-Qayyada, Qom: Dar al-Tafsir, 3rd edition.
- 19) Al-Hairi, Al-Sayyed Kazem (1998), Mabath Al-Usul, Sayyid al-Sadr's essays, Beirut: Al-Mahad Al-Islami School, 1st edition.
- 20) Al-Hakim, Sayyid Muhammad Saeed (1994), Al-Mahkem fi Usul Fiqh, Beirut: Al-Manar, 1st edition.
- 21) Halabi, Abul Salah (1983), Al-Kafi Fi Fiqh, Isfahan: Amirul Mominin Library, 1st edition.
- 22) Khoei, Seyyed Abulqasem, Almostanad fi Sharhe al-Arwa al-Waghti, translated by Morteza Boroujerdi .
- 23) Sabzevari, Abd al-Ali (1993), Mohzab al-Ahkam, Qom: Al-Manar, 4th edition.



- 24) Sarkhsi, Muhammad bin Ahmad (1994), Al-Mabsut, Beirut: Dar Al-Marafah, 1st edition.
- 25) Sanad, Muhammad (2006), Usus of Al-Nizam al-Siyasi at al-Emamiyah, Qom: Fadak, 2nd edition.
- 26) Seifi Mazandarani, Ali Akbar (2005), Mabani Fiqh al-Faal, Qom: Islamic Publications, 2nd edition.
- 27) Safi Golpayegani, Lutfo Allah, AHkamoh and Hududuh.
- 28) (Al-Sadr, Sayyed Mohammad Baqir (1990), duros Fi Elm AlO Usul, Beirut: Dar al-Taarif for Press, 3rd edition.
- 29) Al-Sadr, Al-Sayyid Mohammad Baqir (2004), Eghtesadona, Qom: Al-Sadr Al-Shahid Studies Center, 2nd edition.
- 30) Al-Sadr, Al-Sayyid Mohammad Baqir (1997), Buhuth Fi elm Al-usul, Qom: Islamic jurisprudence encyclopedia, 3rd edition.
- 31) Al-Sadr, Al-Sayed Mohammad Baqer (1975), Al-ettejihat AlOmustaghbalah le harakah Al-Ijtehad, Beirut: Dar al-Zahra, 2nd edition.
- 32) Sadr, Seyyed Mohammad Baqer, Velayat and Zamat, Tehran: Sahami Publishing, 3rd edition. (In Persian)
- 33) Ziyaifar, Saeed (2018), "Government Approach in Jurisprudence", Journal of Political Science, year 14, number 53, 5-32.
- 34) Tabatabaei, Mohammad Hossein (2009), Barresihaye Eslami, Qom: Bostan Kitab, 2nd edition. (In Persian)
- 35) Tabatabai, Mohammad Hossein (2003), Osoole Aghayed va Dastoorate Dini, Qom: Allameh Tabatabai's Editing and Publishing Office, 2nd edition. (In Persian)
- 36) Alam Al-Hadi, Seyyed Morteza (1985), Rasail al-Sharif, Qom: Dar al-Qur'an al-Karim, 2nd edition.
- 37) Alidoust, Abolqasem (2009), Fiqh va Maslaha, Tehran: Research Institute of Islamic Culture and Thought, 1st edition. (In Persian)
- 38) Andlib Hamdani, Mohammad; Sotoudeh, Hamid (2011), "Mezaghe Shariat: Jastari dar Etebarsanji va Karamadi", Fiqh Ahl al-Bayt, 70-71, 141-106. (In Persian)
- 39) Kashf al-Ghita, Jafar (2001), Kashf al-Ghita, Qom: Islamic Propaganda Office, 1st edition.
- 40) Kazemi, Muhammad Ali (1991), Kitab al-Salat (Lectures of the late Naini), Qom: Islamic Publications Office, 1st edition.
- 41) Mamqani, Abdullah bin Muhammad (1971), Hashiya Ali Rasala fi-al-Adalah, Qom: Al-Zhakhar al-Islamiya Majmam, 1st edition.
- 42) Mojtahad Shabastri, Mohammad (1997), Iman va Azadi, Tehran: New Design, 1st edition. (In Persian)
- 43) Hozha magazine (2000), Chashm and Chirag Marjayat, interview with Lotfollah Safi, Qom: Islamic Propaganda Office, 1st edition. (In Persian)

- 44) Mohagheq Hali, Jafar bin Hassan (2003), Ma'araj al-Asul, London: Imam Ali Institute (peace be upon him), 1st edition.
- 45) Meshkani, Abbas Ali (2014), " The Impact of the Governance Type on Permissibility and Impermissibility of Commandments with Emphasis on Imam Khomeini's Viewpoints", Political Thought in Islam, No. 5, 83-119.
- 46) Muzaffar, Mohammad Reza (2007), Usul Al-feghh, Najaf.
- 47) Makarem Shirazi, Nasser (2006), Encyclopaedia of Fiqh al-Moqarn, Qom: Madrasa Ali bin Abi-Talib, first edition.
- 48) Makarem Shirazi, Nasser (1996), Anwar al-Asul, research by Ahmad Qudsi, Qom: Nesl Jawan, 2nd edition.
- 49) Malik-Afzali, Mohsen, Jovan-Arasteh, Hossein (2018), Hoquq Asasi 2, Qom: Hozha and University Research Center, 1st edition. (In Persian)
- 50) Montazeri, Hossein Ali (1998), Derasat Fi Velayat Al-faghih Va Feghh Al-dulah Al-islamiyah, Qom: Islamic Center for Islamic Studies, 2nd edition. (In Persian)
- 51) Montazeri, Hossein Ali, Risaleh Esftataat, Qom.
- 52) Mir Bagheri, Seyyed Mohammad Mahdi (2012), Barresi Tatbiqui Hojjiate Qavaede A'ame Osoole Feqh, Qom: Academy of Islamic Sciences, Edition 1. (In Persian)
- 53) Mir Bagheri, Seyyed Mohammad Mahdi (2014), Jastari dar Mabanie Nazarie Velayate Faqih, Qom: Tamdan Navin, 2nd edition. (In Persian)
- 54) Mir Bagheri, Seyyed Mohammad Mahdi (2016), Ruykardhaye Feqhe Hokoomati, edited by Yahya Abdullahi, Qom: Tamdan Navin, 1st edition.
- 55) Mirza Qomi, Abolqasem bin Mohammad Hassan (1999), Ghavanon Al-usul, Tehran, 2nd edition.
- 56) Naini, Muhammad Hossein (2004), Tanbiyh Al-uma va Tanziyh ul-Malla, Qom: Office of Islamic Propaganda, 1st edition.
- 57) Naini, Mirza Hossein (1989), Ajvad al-Tagharirat, edited by: Seyyed Abulqasem Khoei, Qom: Mostafavi, 1st edition.
- 58) Najafi, Mohammad Hassan (2012), Jawaher al Kalam, Tehran: Dar al-Kitab al-Islamiya, 5th edition.
- 59) Naraghi, Ahmed bin Muhammad (1997), Awaed al-ayam, Qom, Islamic Propaganda Office, 1st edition.
- 60) Al-Hashemi, Seyyed Muniruddin (1994), a course on the principles of jurisprudence and governmental regulations, accessible at: <http://www.isaq.ir/vdcic5ap2t1av.bct.html>
- 61) Yousefi, Ahmad Ali; Mohammad Madrshahi (2017), "Jurisprudential Analysis of the Basis of Non-Contradiction in the Approval of Economic Laws", Majlis and Strategy, year 25, number 95, 5-32.

نقش رویکردهای نسلی در اعتبار قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

مریم ضیایی نجف‌آبادی^{*۱}

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۰/۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۵/۰۲

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: 10.22034/qjplk.2022.1623.1499

چکیده

«رویکردهای متفاوت نسلی» (از توافق میان نسل‌ها تا گسست و فروپاشی بین‌نسلی) در شاخه «جامعه‌شناسی نسلی» مطالعه و بررسی می‌شود. در حقوق و علوم سیاسی نیز «اعتباربخشی یا اعتبارزدایی از قانون و نظام سیاسی حقوقی» در قالب دامنه‌ای از نظرها و اندیشه‌ها مطرح شده است. در تبیین رابطه و پیوند میان این دو حوزه، این سؤال قابل طرح خواهد بود که رویکردهای متفاوت نسلی در نظام جمهوری اسلامی ایران، چه نوع رابطه‌ای با فرایند اعتبار بخشی یا اعتبارزدایی از قانون اساسی موجود دارند؟ در حقیقت چنانچه داده‌های جامعه‌شناسی نسلی بر وقوع گسست نسلی در ایران صحنه گذارد، آیا می‌توان با استناد به حق تعیین سرنوشت در حقوق، به اعتبارسنجی مجدد قانون اساسی موجود اقدام کرد؟ مقاله پیش‌رو با مطالعه‌ای میان‌رشته‌ای و به روش توصیفی-تحلیلی به بررسی این ارتباط پرداخته است. استفاده و استناد کردن به ایزه‌های فرانسوی در جامعه‌شناسی در کنار ادله پیشا قانون اساسی از سویی و فرا قانون اساسی از سوی دیگر، تبیین‌کننده وجود رابطه تباین میان این دو مقوله شده است.

واژگان کلیدی: اعتبار قانون، تغییر نسلی، رویکردهای نسلی، فرانسوی بودن، قانون اساسی.

۱. استادیار گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی، واحد قزوین، قزوین. ایران

* Email: maryamziaee.law@gmail.com



مقدمه

در مرحله آغازین اندیشه اجتماعی مدرن، امکان کمتری در طرح تحولات از منظر نسلی وجود داشت. در دهه‌های ۱۹۸۰ و ۱۹۹۰ به بحث و بررسی جامعه‌شناسانه در مورد تغییرات اجتماعی با تأکید بر نسل پرداخته شد و سرانجام در جهان در میان مجموعه حوزه‌های جامعه‌شناسی، جامعه‌شناسی نسلی شکل گرفت. لکن سخن از مشروعیت و اعتبار قانون اساسی به درازای فلسفه حقوق و به قدمت خود حقوق است. در حوزه پیوند احتمالی این دو ساحت (نوگرایی نسلی و پیدایش اقتضات جدید نسل با اعتبار قانون اساسی) پژوهش مستقلی صورت نگرفته است. این در حالی است که در فرضیه اعتبار نسلی قانون اساسی، با استناد به حق انتخاب، حق تعیین سرنوشت و حاکمیت ملی، قانون اساسی به منصفه اعتبارسنجی گذارده شده و اعتبارزدایی از آن محتمل به نظر می‌رسد. آزمودن چنین فرضیه‌ای از چند حیث ضروری به نظر می‌رسد؛ ابتدائاً به دلیل ابتنای آن بر حق مطلوب و خدشه‌ناپذیر تعیین سرنوشت که باید در فرضیه رقیب نیز ملحوظ شود و مورد توجه قرار گیرد. در ثانی به علت احتمال تبدیل ناگزیر قانون اساسی که مطابق با این فرضیه، بالتبع و بالطبع دنبال خواهد شد (درحالی‌که می‌دانیم قالب‌های پیدایش یک قانون اساسی جدید در علم حقوق و علوم سیاسی متوقف و مقید به تحقق یک نظام سیاسی جدید است)، و در نهایت به دلیل تأثیرگذاری و اصطکاکی که این فرضیه با اصل استمرار ثبات، دوام و امنیت نظام حقوقی سیاسی پیدا می‌کند. در این مقاله سعی شده است پاسخ به این پرسش اصلی که تغییرات و رویکردهای نسلی چه اثری و چه نوع پیوندی با فرایند اعتبارزایی و اعتبار زدایی قانون اساسی دارند، پی گرفته شده و تبیین شود که تغییرات اجتماعی مانند نو شدن نسل، چه ارتباطی با تغییرات حقوقی سیاسی مانند تغییر قانون اساسی دارند. چنانچه اعتبار فرانسلی قانون اساسی بخواهد به‌عنوان نظریه قابل دفاع عرض اندام کند، ضروری است در دو ساحت جامعه‌شناسی نسلی (به‌منظور شناخت دقیق و صحیح تأثیر مقتضیات و تغییرات نسلی) و ساحت حقوق و فلسفه حقوق (به‌سبب استناددهی و تعلیل در مناشی اعتبار قانون اساسی) به اقامه دلیل و استنتاج رابطه‌ای منطقی پرداخته شود. از این رو ماحصل ادله جامعه‌شناسی نسلی در ترسیم رابطه حقیقی میان نسل‌ها (که ماهیت تغییر نسلی و ارتباط آن با جامعه حقوقی سیاسی را نشان می‌دهد) و بهره‌مندی از ادله حقوقی اعتبار قانون اساسی تبیین‌کننده نوع رابطه و نقش نسل نو با قانون

اساسی موجود است که اثبات‌کننده فرانسلی بودن اعتبار برای یک قانون اساسی بایسته و شایسته است.

۱. رابطه طبیعت تغییر نسل با جامعه حقوقی سیاسی

هرچند نسل‌ها با تکیه بر مجموعه «ابژه‌های ویژه»، هویت نسلی خاصی می‌یابند، اما وجود این ابژه‌ها به معنای انقطاع و تعارض نسلی نیست، بلکه در سایه تحرک نسلی، تحول و تغییر اجتماعی فرهنگی شکل می‌گیرد و در عین حال تغییر اجتماعی و فرهنگی موجب تقویت تعامل و تغییرات نسلی می‌شود. به هر صورت تحولات اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، که پیش‌زمینه شکل‌گیری نسل‌هاست، در سطح جهانی و منطقه‌ای و ملی صورت گرفته است. از سویی جامعه سیاسی، مأمّن ثبات و سکنا نسل‌های مختلف و بستر تحقق حقوق ویژه شهروندی است. شهروندانی که ممکن است هریک به نسل‌های متفاوتی متعلق باشند، ولی در عین حال با تحرک و تعامل بین‌نسلی، پویایی جامعه و اصلاح آن را رقم می‌زنند.

مرکزی‌ترین مفهوم در حوزه تحرک و تحول نسلی، ورود به دوره جدید است که دو جنبه دارد؛ از یک طرف، تجربه نسلی پیشین، در درون نسل جدید وجود دارد و از طرف دیگر، این نسل به‌سوی کسب تجربه جدید است. تحرک و تحول نسلی به‌گونه‌ای طراحی نشده است که حذف تجارب گذشته را در پی داشته و ابهام در جهت آتی وجود داشته باشد. با این توضیح در ادبیات جامعه‌شناسی نسلی، بیشتر ایده تحول نسلی که دو فرایند توافق و تزامم را توأمان می‌بیند، مطرح است تا موضوع انقطاع نسلی که فروپاشی نظام سیاسی اجتماعی را در پی خواهد داشت. افراد در جامعه جدید پیش از اینکه متعلق به خانواده خاص، گروه خاص، محله خاص، قشر یا طبقه خاص و حتی متعلق به شهر و ملت خاص باشند، در سطح کلان، اعضای نسل خاص هستند. منتهی اگر از بیرون جامعه به افراد نگاه کنیم، این مطلب را به‌خوبی درمی‌یابیم که بدون اینکه تلاش سیاسی و ایدئولوژیک برای ساماندهی افراد در استقرار در طبقه، گروه یا حزب خاص صورت گیرد، این افراد به استقلال و سپس پیوستگی و حضور در نسل‌ها توجه نموده و هویت آن‌ها با وجود وجود ابژه‌های خاص نسلی، یک هویت ملی مشترک است (الطایی، ۱۳۷۸: ۴۵). این ابژه‌های فرازمانی و فرامکانی، ابژه‌های میان‌نسلی یا همان عناصر هویت ملی هستند که علاوه بر تداوم‌سازی در نسل‌ها و نقش‌آفرینی در تحولات

سیاسی اجتماعی، قدرت انسجام‌بخشی کلی‌تر و عام‌تری نیز دارند و می‌توانند پدیده جهانی‌سازی و ایجاد نظم واحد کیهانی را نیز رقم بزنند.

در حقیقت ملت‌سازی فرایند یا پروسه‌ای است که در طول آن، نسل‌ها و اقوام مختلف ساکن یک سرزمین احساس کنند به یک کلیت واحد وابسته‌اند و عناصر مختلف فیزیکی، روحی و روانی احساس تعلق در آن‌ها ایجاد و این احساس تعلق آن‌ها را در یک چارچوب مجتمع سازد. این فرایند همیشه در جریان است و همواره عواملی ایجاد یا ظاهر می‌شوند که این احساس را تضعیف یا تقویت می‌کنند (امینیان، ۱۳۸۶: ۷۴ و ۷۵).

۲. تبیین و تحلیل اعتبار قانون اساسی در حقوق و فلسفه حقوق

معانی مختلفی برای «اعتبار قانون» به کار رفته و حتی در برخی نوشته‌ها با عناوین «مقبولیت، مشروعیت، قانونی بودن، صحیح بودن، استمرار و دوام» معادل گرفته شده است (ابوالحسنی، ۱۳۹۴). یک قانون اساسی مردمی پروسه طولانی و دقیقی را در پیدایش خود پشت سر می‌گذارد؛ اراده‌های مجتمع و مشترک مردمی، با مقیدسازی خود و با باز کردن چتر حاکمیت قانون بر خود، در آرزوی وصال به اهداف و حقوقی ارزشمند و متعالی هستند و به همین منظور از قانون مذکور محافظت می‌کنند. محافظت از قانون به ثبات و استحکام نظام سیاسی منجر می‌شود و پایایی و تداوم آن را دنبال می‌کند. در حقیقت خود قانون اساسی، استمرار اراده مؤسس و مادام‌النظام است (تا زمانی که نظام سیاسی باشد، قانون اساسی هست)؛ بنابراین تا وقتی که آرمان، اراده، قدرت و نظام سیاسی استمرار داشته باشد، قانون اساسی نیز معتبر و دارای استمرار است؛ در واقع علل محدثه همان علل مبقیه خواهند بود. در ادامه به نظریه‌های مناشی اعتبار و سپس سایر دلایل دوام و ماندگاری قانون که محقق‌کننده پایایی آن است، می‌پردازیم.

۲-۱. اعتبار در پایایی قانون اساسی

در نظریات مربوط به مشروعیت در حقوق و فلسفه سیاسی که با نگرشی هنجاری و ارزشی به موضوع مشروعیت حکومت‌ها می‌نگرند، مبنای مشروعیت حکومت، «خواست و اراده مردم» یا به عبارت دیگر «مقبولیت مردمی» است. تطابق واژگانی راجع به مقبولیت را در حقوق و فلسفه سیاسی با مقبولیت در جامعه‌شناسی (پایگاه اجتماعی داشتن حکومت) نباید خلط کرد؛ نظریه‌های «قرارداد اجتماعی»، «رضایت شهروندان» و «اراده عمومی»، از جمله این

نظریات هستند که بازگشت همه آنها به خواست و پذیرش مردم است. لازمه این نظریات آن است که اگر مردم حکومتی را نخواستند، هرچند آن حکومت در پی مصالح مردم باشد، آن حکومت مشروعیت حکمرانی و صدور دستور را نداشته باشد؛ در مقابل، اگر مردمی خواستار حکومتی بودند، آن حکومت، مشروع است، ولو اینکه آن حکومت برخلاف مصالح عمومی و ارزش‌های اخلاقی عمل کند (مصباح یزدی، ۱۳۷۷: ۴۵).

به نظر می‌رسد نسلی دانستن اعتبار قانون اساسی با این نوع منشأ در مشروعیت قانون ارتباط نزدیک‌تری دارد، چراکه در سایر مناشی اعتبار همچون نظریات «عدالت»، «سعادت یا ارزش‌های اخلاقی»، «زور و غلبه»، «نخبگی» و «مرجعیت الهی یا حکومت الهی» فاصله با این نظریه بیشتر می‌شود (روزبه، ۱۳۸۵: ۳۹). لکن در نظریات به اصطلاح مردمی مشروعیت نیز نکته و دقت ویژه‌ای در خصوص تشخیص و تمایز واژه مردم از نسل وجود دارد. اساساً همان‌گونه که ذکر شد، مردم ترکیبی از نسل‌های متمادی هستند و لزوماً نسل گذشته یا نسل نو امثال دانش‌واژه مردم نیستند. بنابراین حتی در چنین نظریاتی که به ظاهر دایره مدار حق حاکمیت مردم و بعدها حاکمیت ملی هستند، مردم شهروندان جامعه هستند که یک جمع واحد را با مؤلفه‌های هویتی خود تشکیل می‌دهند. از این رو مناشی مختلف در اعتبار قانون اساسی ارتباط و پیوندی با تجدید نسل ملحوظ در جامعه‌شناسی ندارند و معنای حقوقی و سیاسی مستقل خود را دارند.

۲-۲. مبانی نظم و ثبات حقوقی سیاسی

اصل ثبات و تداوم ساختار سیاسی کشور که دستاورد اراده مردم است، بر اساس تشریفات ویژه‌ای به مرحله بروز و ظهور رسیده است. این تشریفات تا حدودی همان مراحل پیدایش قانون اساسی است که موجب می‌شود جامعه در وضعیت قابل اتکا و باثباتی در جهت اهداف و ارزش‌ها، اصول و خواسته‌ها حرکت کند. چنانچه قانون اساسی که مهم‌ترین سند سیاسی حقوقی ثبات در جامعه است با سایر قوانین در مرتبه‌ای مشابه و هم‌سنخ قرار گیرد و به عبارتی پیوسته (به واسطه تجدید نسل) دستخوش تغییر و دگرگونی باشد، به اصل ثبات سیاسی خدشه‌ای جبران‌ناپذیر وارد خواهد آمد (جمعی از نویسندگان، ۱۳۷۳: ۶). دوام قانون از سویی و قانون‌پذیری فرمانروایان و فرمانبران از سوی دیگر، از مهم‌ترین مبانی نظم اجتماعی به‌شمار می‌آید و تأثیرات زیادی در تنظیم روابط اجتماعی در سطوح خرد و کلان به‌جای می‌گذارد؛

چراکه قانون اساسی، اعمال یا هنجارهای تشکیل‌دهنده شاکله سیاسی است و ساختار و یا ویژگی‌هایی را شامل می‌شود که دستگاه سیاسی مستقر را تعریف می‌کند. این مجموعه از معانی حاکی از آن است که اندیشه قانون اساسی به‌مثابه «قاعده و قانون»، هم کارکردهای تأسیسی و هم کارکردهای تنظیمی را شامل می‌شود. هر کارکرد، بسته به اینکه آیا قانون اساسی به‌عنوان هنجار بنیادین تلقی می‌شود یا به‌منزله نظم بنیادین جامعه، امکان قرائت‌های مختلفی را فراهم می‌سازد. این دوگانه یعنی معانی هنجاری و توصیفی از یک سو، و کارکردهای تأسیسی و تنظیمی از سوی دیگر، دو قسم بنیادین هستند که بر اساس آن اندیشه‌های قانون اساسی را می‌توان طبقه‌بندی کرد (جمعی از نویسندگان، ۱۳۷۳: ۱۲۰). در این میان قانون اساسی همیشه موجد اتحاد و کانون وحدت‌بخشی و ثبات در هر کشور محسوب می‌شود. تحکیم ناسیونالیسم و وحدت ملی نقشی است که این قانون ایفا می‌کند، زیرا شرایط برتر یک دولت کشور را با در نظر گرفتن ساختارهای اساسی و ارزش‌ها و هنجارهای آن در قالب یک متن مدون و مقبول جامعه، عرضه می‌کند (رحمانیان، ۱۳۹۶: ۱۵). «قانون اساسی در عالی‌ترین سطوح روابط اجتماعی و سیاسی جامعه به ایجاد نظم می‌پردازد و چارچوب حقوقی جامعه را مقرر می‌کند، بنابراین نقش مؤثری در انسجام و اتحاد جامعه دارد» (مطلبی، ۱۳۸۵: ۴۳). در حقیقت نظام سیاسی برای ایجاد ثبات در جامعه پدید می‌آید و قانون اساسی این امر را تضمین می‌کند که جامعه و کشور به آرامش و استقرار و پیشرفت دست یابد. یک جامعه باید دو امر مطلوب یعنی ارزش حق حاکمیت و حق ثبات و امنیت را با هم جمع کند (باقرزاده، ۱۳۹۵: ۷۵). اساساً کلیات مندرج در قانون اساسی، کلیات حقوقی سیاسی مردم و حاکمان را چارچوب‌بندی می‌کند که ثبات و استحکام نظام حقوقی و سیاسی، استحکام و تقویت جامعه انسانی را در پی داشته باشد.

یکی از ویژگی‌های قانون، استمرار است که بر مبنای اصل کلی لزوم ثبات قانون، قانون اساسی نیز باید از ثبات و قوام لازم برخوردار باشد (اصغری، ۱۳۹۲: ۴). در حقیقت برتری قانون اساسی به‌عنوان بنیان جامعه سیاسی اقتضا می‌کند که از لحاظ فنی دارای شرایط ویژه‌ای باشد که یکی از این شرایط اجتناب‌ناپذیر، دوام و پایداری قانون اساسی است. بنابراین نمی‌توان برای هر قانونی به‌ویژه قانون بنیادینی مانند قانون اساسی، عمر مشخصی را تعریف کرد، زیرا این قانون شالوده‌های نظم حقوقی و ساختار سیاسی را تعریف می‌کند و نباید آن را دستخوش حوادث روزمره کرد. پیش‌بینی بازه زمانی محدود برای اعتبار یک قانون اساسی، خود به‌نوعی اعتراف به

سستی و ناپایداری نظم حقوقی و سیاسی طراحی شده در آن قانون است (گرچی، ۱۳۹۱: ۱۳). هر کدام از نظام‌های سیاسی با پیش‌بینی شالوده‌های بنیادین در جست‌وجوی جاودانگی به‌سر می‌برند، مانند آنچه در ذیل اصل ۱۷۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران یا در ماده ۸۹ قانون اساسی ۱۹۵۸ فرانسه درباره شکل جمهوری حکومت آمده است.

اصل «موقت نبودن قانون» و مبنای حقوقی آن، یا به تعبیر دیگر، «وصف ذاتی ثبات و دوام قانون»، مورد توجه بسیاری از حقوق‌دانان قرار گرفته است؛ به طوری که در نوشته‌های حقوقی مرسوم است که از «وصف دائمی بودن قانون» یاد می‌شود و حتی در برخی دانش‌نامه‌های حقوقی به این ویژگی قانون تصریح شده است. تغییر دائمی حقوق هرچند که به‌منظور یافتن قواعد بهتر باشد، نوعی بی‌نظمی است. با اینکه وقایع اجتماعی به‌طور دائم در تحول است و خواه ناخواه نیز حقوق را به دنبال خود می‌کشد، طبع قواعد حقوق با این سیر دائمی مخالف است و اساساً وظیفه حقوق نیز محدود به احراز وقایع خارجی نیست. در خصوص قانون اساسی اهمیت این موضوع دوچندان می‌شود، چراکه قانون، گاه به گروه و صنفی خاص از مردم یک کشور اختصاص دارد؛ مانند قانون کار، قانون تجارت و مانند آن، گاه با قطع نظر از شغل، حرفه و موقعیت، بدون استثنا، تمامی افراد کشور را در برمی‌گیرد که در اصطلاح از آن به قانون اساسی یاد می‌شود. از این حیث مهم‌ترین ممیزه قانون اساسی، شمول آن به تمامی افراد جامعه است و مسائلی در آن مطرح می‌شود که مربوط به ماهیت مشترک همه افراد اجتماع می‌شود (عمید زنجانی، ۱۳۸۱: ۱۱)، به همین دلیل نیاز به محافظت از این پایایی و استمرار دوچندان است.

۲-۳. قواعد فقهی حقوقی

به‌عنوان ادله آخر به سراغ پاره‌ای از ادله فقهی حقوقی می‌رویم که مؤید اعتبار فرانسلی قانون اساسی قرار می‌گیرند.

۲-۳-۱. اصل حاکمیت قانون

اینکه قانون به‌عنوان قواعد تنظیم‌کننده رفتار اشخاص در رابطه با یکدیگر و قابل اعمال بر تعداد نامعلومی از موارد آتی تعریف شده است، گویای خصیصه برابری خواهانه قانون عام است. چنانکه هایک می‌نویسد: «این قواعد در شرایط پیش‌بینی‌ناپذیر اعمال می‌شوند؛ بنابراین باید

به نحوی طراحی شده باشند که با تعداد نامعینی از موارد آینده منطبق شوند. آنچه عرفاً خصلت انتزاعی این گونه قواعد نامیده می‌شود، ناشی از همین است. مراد از آن، قابلیت اعمال قواعد مذکور نه صرفاً در مورد اشخاص و گروه‌ها و جاهای معین، بلکه در کلیه اوضاع و احوالی است که بعضی عوامل نوعی موجود باشند (جمعی از نویسندگان، ۱۳۸۲: ۳۴).

بدون پاسداشت اصل قانون‌مداری، اصولی مانند مشارکت سیاسی و حقوق و آزادی‌های بنیادین قابلیت تحقق تمام‌عیار خود را از دست خواهند داد. بنابراین دموکراسی و حاکمیت قانون را می‌توان محصول لازم و ملزوم یکدیگر دانست. فرایند حقوقی شدن سیاست و به عبارتی کاربست روزافزون تضمین‌های حقوقی در عرصه سیاسی در سایه همین حاکمیت قانون شتاب بیشتری می‌گیرد (گرچی، ۱۳۸۷: ۱۰۵). حاکمیت قانون، خود نوعی دفاع از آزادی و امری غیرتحمیلی قلمداد می‌شود؛ برخلاف تصور عمومی، حاکمیت قانون، مبین حاکمیت و اراده ملی است و با اوصاف عمومی و غیرشخصی خود، فرمانروایان و فرمانبران را به نحو برابر، تحت تبعیت ضابطه ثابت و معین درمی‌آورد (هاشمی، ۱۳۶۲: ۳۰۱). پیش‌بینی اصول فراقانونی اساسی مانند حاکمیت ملی در متن قوانین اساسی، تحقق شرط نخستین اندیشه حاکمیت قانون را امکان‌پذیر می‌سازد. اساساً مفروض نظریه حاکمیت قانون، در اینجا قانون اساسی، آن است که همه شهروندان و زمامداران صرف‌نظر از مشارکت مستقیم یا غیرمستقیم آن‌ها در فرایند قانونگذاری، باید از الزامات قانون پیروی کنند. از این رو درجایی که «جهل به قانون رافع مسئولیت نیست»، نمی‌توان عدم مشارکت در وضع یک قانون را رافع تکلیف اطاعت از قانون محسوب کرد (گرچی، ۱۳۸۸: ۲۷۳). جوهره دستورگرایی کلاسیک، با تحقق آرمان حاکمیت قانون پیوند خورده است. مطابق این گفتمان، تمامی مقامات و نهادهای سیاسی و مردم، باید تابع قواعد حقوقی به ویژه قواعد حامی حقوق بنیادین باشند. این مفهوم تمام روابط حقوق عمومی را تحت سیطره اصل واحدی قرار می‌دهد. بدین سبب برخی صاحب‌نظران حقوقی، حاکمیت قانون را راهکار حقوقی ویژه‌ای برای تبیین روابط حقوق عمومی دانسته‌اند. پیام اساسی و مرکزی این مفهوم، القای اطمینان و امنیت حقوقی است (گرچی، ۱۳۸۷: ۱۱۰).

۲-۳-۲. عقلانیت

نظامات حقوقی اغلب برآند قانون اساسی خود را مبتنی بر اقتضائات مختلف عقلی و با ابتنای بر عقلانیت بنا سازند. در حقیقت مقنن ملزم به تبعیت از قواعد عقلانیت در قانونگذاری

و تجزیه و تحلیل واقعیات مبنای قانون است و باید ابزار مناسب برای تأمین اهداف عقلانی مورد نظر را تعیین کند (قاسمی، ۱۳۸۳: ۱۵۶ و ۱۵۷). چنانچه از طیف اختلاف نظرهای موجود در رابطه عقل در مکاتب مختلف حقوقی بگذریم، برخی حقها یا اصول اساسی همانند برابری در مقابل قانون یا اصل تناسب، قانونگذار را مکلف به رعایت حداقلی از قواعد عقلانیت حقوقی می‌کند (قاسمی، ۱۳۸۳: ۱۳۶۲) و با ظهور علم قانونگذاری در آینده به نظر می‌رسد پروسه عقلانیت در قانونگذاری در مسیر سالم و مطمئن تری قرار گیرد.

۲-۳-۳. بنای عقلا

به طور کلی بنائات و اندیشه‌های بشری می‌تواند حاکی از احکامی عقلایی با مناشی مختلف اعم از احساسات و عواطف، ملکات و خلیقیات نفسانی، عرفیات و عادات، هنجارهای اجتماعی، حسن قبح عقلایی و احکام فطری باشد؛ تمامی برداشتها و استنباطات بشری که به انگیزه حفظ مصالح عمومی و بقای نظام اجتماع بشری ارائه شود، مقبول شارع بوده و منشأ حکم شرعی قرار می‌گیرد یا حتی رأساً خود حکم مستقلى را که مورد تأیید شارع نیز است، می‌آفریند. اما در این میان نکته اساسی و مهم و محل اختلاف، حجیت بنا عقلاست (حسینی قائم مقامی، ۱۳۷۷۸: ۲۲۴)، بنابراین چنانچه مراد از بنای عقلا در درجه اول و نوع و ملاک حجیت آن در هر نظام حقوقی مشخص و تبیین شود، امکان مؤید قرار گرفتن برای استمرار قانون اساسی وجود دارد. در تدوین قانون اساسی نظام جمهوری اسلامی ایران به دلیل ابتدای بر فقه و تبیین و تباین دقیق ملاک‌های حجیت بنای عقلا در کتاب‌ها و کاوش‌های فقهی، این بنا (بنای عقلا) مبتنی بر حکم بدیهی عقل بوده و ملاک قانونگذاری قرار گرفته است، از این رو استمراری فرازمانی را تجربه خواهد کرد. بدیهی است جایگاه و فلسفه تجدیدنظر و تقویت قانون، خود مقام مستقلى است که منافاتی با استقرار و استمرار اصول ثابت قانون و دوام آن ندارد. در کنار این ادله برخی از قواعد دیگر همچون قاعده ملازمه، استصحاب، شرط خلاف مقتضای ذات عقد نیز نام برده‌اند (رحمانیان، ۱۳۹۶).

۲-۴. ابزارهای به‌روزرسان در اختیار ولی فقیه

این ابزارها هم جمود و سختی قانون را به انعطافی غیربراندازگونه تبدیل می‌کنند و هم فراتر از امر بازنگری و علاوه بر آن، امکان به‌روزرسانی را فراهم می‌آورند. در اسلام اصلی

تحت عنوان «اختیارات والی» وجود دارد که به احتیاجات قابل تغییر و تبدیل مردم در هر عصر و زمان و در هر منطقه و مکان پاسخ می‌دهد (طباطبایی، ۱۳۷۱: ۸۰).

۲-۴-۱. منطقه الفراغ

صرف تبدیل نسلی در جامعه انسانی ولو آمیخته با تحولات مؤثر بر نظام حقوقی باشد، لزوماً در منطقه آزاد احکام قرار نمی‌گیرد؛ چراکه صرف متغیر بودن یک حوزه، به معنای نبود حکم ثابت شرعی در آن نیست و حتی در صورتی که حکم ثابت شرعی وجود نداشته باشد، هم به معنای قرار گرفتن در حوزه‌ای که شریعت در آن حکم ندارد، نیست؛ بلکه ادعا این است که شرع در اینجا هم قانونگذاری کرده است، ولی به لحاظ ذات متطور و متغیر بودن آن، وضعیت قانونگذاری متفاوت می‌شود (صدر، ۱۳۷۵: ۶۸۹) ضمن اینکه در این صورت هم این ولی امر است که مسئولیت تفصیل را به عهده می‌گیرد (عراقی، ۱۳۶۲: ۱۰)، نه نسل نو یا مردم. و در نهایت فلسفه تفصیل در منطقه الفراغ از سویی و شناخت موضوع متغیر از سوی دیگر، بیانگر پویایی، به‌روزرسانی و توجه به مغیرات در نظام حقوقی سیاسی و به‌منزله مؤیدی بر اعتبار فرانسلی خواهد بود؛ از این دریچه که وقتی اقتضائات نسلی در تشخیص موضوع متغیر و در حوزه تغییرات در منطقه الفراغ و در قانون اساسی مبتنی بر ولایت مطلقه فقیه لحاظ می‌شود، آن‌ها را پوشش‌دهنده این اقتضائات و به عبارتی فرانسلی می‌گرداند.

۲-۴-۲. سیاست‌های کلی نظام

با توجه به اینکه سیاست‌های کلی نظام از لوازم حکومت‌داری با تکیه بر وجه آینده‌نگری در یک نظام ولایت‌مدار محسوب می‌شوند (اسماعیلی و طحان نظیف، ۱۳۹۴: ۹۴)، پوشش‌دهنده اعتبار فرانسلی قانون اساسی به‌حساب می‌آیند. این موضوع و این ارتباط را با توجه و تمرکز بر «کارکردهای سیاست‌های کلی نظام از سویی و ویژگی‌های این سیاست‌ها از سوی دیگر می‌توان استنتاج کرد. در خصوص کارکردهای مرتبط می‌توان گفت که اولاً این سیاست‌ها غایت‌گرا هستند؛ ثانیاً تبیین و تضمین‌کننده منافع عام هستند؛ ثالثاً کنترل‌کننده و ارزیاب برنامه هستند؛ رابعاً توسعه‌دهنده قابلیت و ظرفیت‌های نظام و موجب حفظ و بهبود عملکرد آن هستند (موسی‌زاده و مهدوی‌راد، ۱۳۹۲: ۱۴) و در مورد ویژگی‌های سیاست‌های کلی نظام (موسی‌زاده و مهدوی‌راد، ۱۳۹۲: ۲۴ و ۲۵) می‌توان «پایداری» (به این معنا که این سیاست‌ها باید در یک زمان طولانی ثابت باشند تا آثار آن‌ها از طریق سیاست‌های اجرایی

فرابخشی و بخشی، برنامه‌ریزی و اجرا شوند؛ «آینده‌نگری» (آثار سیاست‌های کلی در طول چند سال بروز می‌کند، از این رو با توجه به وضعیتی که برای سال‌های آینده پیش‌بینی می‌شود و مورد نظر و هدف است، تدوین و تنظیم می‌شوند)؛ «واقع‌بینی» و «فراگیر و جامع بودن» را از مهم‌ترین و مرتبط‌ترین ویژگی‌های سیاست‌های کلی نظام در فرا نسلی کردن قانون اساسی در نظر گرفت.

۲-۴-۳. احکام حکومتی

این احکام در ثبات و بقا، تابع مصلحتی است که آن‌ها را به وجود آورده است و بر این اساس، لازم‌الاجرا و همانند مقررات شریعت دارای اعتبار است و از جمله ضروریات احصا شده که حتی پاره‌ای از فقها به حصر این ضروریات ادعای اجماع کرده‌اند (آمدی، ۱۹۸۰م: ۲۸۶) خود نسل است. نیازمندی‌ها (حاجیات) و مصالح تحسینی (تحسینات) نیز در طبقات بعدی مصالح قرار دارند (آمدی، ۱۹۸۰م: ۲۸۸) که آن‌ها نیز پوشش‌دهنده حاجات مردم و موجبات بهتر شدن ابعاد مختلف زندگی در اجتماع را فراهم می‌آورد. با این تفاوت که قوانین آسمانی ثابت و تغییرناپذیر است، ولی مقررات موضوعه قابل تغییر و در ثبات و بقا تابع مصلحتی است که آن را به وجود آورده است و چون پیوسته زندگی جامعه انسانی در تحول و رو به تکامل است، طبعاً این مقررات به تدریج تبدیل و تغییر پیدا می‌کند و جای خود را به احکام بهتر می‌دهد (جمعی از نویسندگان، بی‌تا: ۸۳)، بنابراین شاخص‌های مورد نظر در صدور احکام حکومتی، تابعی از نسل نیست و همچنان انفاذ و اجرای موازین شرعی در جامعه اسلامی و در پاسخ به نیازهای متغیر و به روز به عنوان ابزاری کارآمد است (کلانتری، ۱۳۷۶: ۱۰۶)، البته در این مسیر، ضرورت نسل و نسب در کنار سایر موارد جزء مصالح مقدم قرار دارد که فقهای امامیه با مراجعه به روایات معصومین و تمسک به عمومات و اطلاقات آیات و روایات به استنتاج و تفقه می‌پردازند (ارشدی، ۱۳۸۲: ۲۶۹)، بنابراین قانون اساسی با وجود چنین امری اعتبار فرانسلی دارد. در همین خصوص نایب رئیس مجلس خبرگان قانون اساسی شهید آیت‌الله بهشتی در خصوص شرایط لازم جهت تصدی رهبری جامعه و نظام اسلامی، فقیه را آگاه به زمان معرفی می‌کند؛ یعنی بفهمد در چه زمانی زندگی می‌کند و نیازهای خودش، جامعه اسلامی و امت اسلامی در این زمان چیست (جمعی از نویسندگان، ۱۳۶۴: ۳۷۸).

نتیجه‌گیری

نقش و رابطه رویکردهای نسلی در اعتبار قانون اساسی هم در جامعه‌شناسی و هم در حقوق قابل ردیابی است و در هر دو پاسخ تبیین است. تبیین رویکردهای نسلی، طبیعت «تعاملی» نسل‌ها را به دلیل وجود ابژه‌های فرازمانی و هویت‌ساز ملی نشان می‌دهد و تبدلات نسلی که در اثر تجدید نسل و تنوع نسلی روی می‌دهد، به تحولات اجتماعی منتج نمی‌شوند، بلکه تغییرات اجتماعی را سهامداری می‌کنند. حتی چنانچه گسست نسلی، تحول اجتماعی را رقم زند، تحولات اجتماعی لزوماً تحولات سیاسی حقوقی ایجاد نمی‌کنند، بلکه این مناشی و نظریات مشروعیت است که اعتبارزا یا اعتبارزدای قانون قرار می‌گیرد. در این مناشی در نهایت «مردم» قرار دارند (اراده ملی) که به معنای همان مفهوم مجرد و تجمیع‌شده نسل‌های متمادی است (به نسل جدید یا نسل قدیم ارتباطی ندارد). نوسازی قانون به معنای تغییرات اصلاحی و تجدیدنظر در خود قانون پیش‌بینی می‌شود و بازسازی قانون مثید به همان روند ساخت اولیه و جدید قانون است؛ به‌خصوص که در این میان ادله حقوقی اعم از مبانی نظم، حاکمیت قانون، عقلانیت، ابزارهای به‌روزرسان و همسو با مقتضیات زمان اعم از احکام حکومتی، سیاست‌های کلی نظام و .. وجود دارد که به پویایی قانون در کنار پایایی آن مدد رساند. بنابراین اعتبار قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، فرا نسلی به معنای لحاظ اقتضانات زمانه در کنار استحکام و استمرار اعتبار قانون است.

منابع و مأخذ

الف) فارسی و عربی

۱. ابوالحسنی، محسن (۱۳۹۴)، آشنایی با مفاهیم حقوق عمومی؛ بررسی مفهوم مشروعیت، دفتر مطالعات نظام‌سازی اسلامی، شماره مسلسل ۱۳۹۴۰۱۸۰، پژوهشکده شورای نگهبان.
۲. احمدی، حمید (۱۳۸۸)، «هویت ملی ایرانی در گستره تاریخ»، فصلنامه مطالعات ملی، ش ۱۵.
۳. ارشدی، علی‌یار (۱۳۸۲)، حقوق اساسی و شرح و نقد قانون اساسی ایران، تهران: سرمدی، چ اول.
۴. اسماعیلی، محسن؛ طحان نظیف، هادی (۱۳۹۲)، «نسبت سیاست‌های کلی نظام با احکام حکومتی در حقوق اساسی ایران»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال سیزدهم، ش ۱، پیاپی ۳۵.
۵. اصغری، محمدرضا (۱۳۹۲)، گزارش پژوهشی بررسی مفهوم قانون اساسی، تهران: دفتر مطالعات نظام‌سازی اسلامی، مرکز تحقیقات شورای نگهبان.
۶. امامی، سید حسین (۱۳۳۴)، حقوق مدنی، تهران: کتاب‌فروشی اسلامی، ج ۱.
۷. امینیان، بهادر (۱۳۸۶)، «تأثیر هویت ملی در پیوند نسلی»، جوانان و مناسبات نسلی، ش ۱.
۸. آزاد ارمکی، تقی (۱۳۸۶)، «فرایند تغییر نسلی، بررسی فرا تحلیلی در ایران»، جوانان و مناسبات نسلی، ش ۱.
۹. آزاد ارمکی، تقی؛ غفاری، غلامرضا (۱۳۸۳)، جامعه‌شناسی نسلی در ایران، تهران: پژوهشکده علوم انسانی و اجتماعی، چ اول.
۱۰. آمدی، سیف‌الدین ابوالحسن علی بن ابی علی (۱۹۸۰م)، الاحکام فی الاصول الاحکام، بیروت، لبنان: دارالکتب العلمیه.
۱۱. باقرزاده، محمدرضا (۱۳۹۵)، «امکان‌سنجی دوره‌ای شدن حاکمیت سیاسی در قانون اساسی»، مجله سیاست متعالیه، سال چهارم، ش ۱۲.
۱۲. بالس، کریستوفر (۱۳۸۹)، «ذهنیتی بین نسلی دیدگاهی روانکاوانه درباره اختلاف نسل‌ها»، ترجمه حسین پاینده، مجله ارغنون، ش ۱۳۸.
۱۳. برزگر، صادق (۱۳۴۴)، نسل جوان و نسل پیر، یک اقتراح اجتماعی، مسائل ایران، ش ۲۸ و ۲۹.

۱۴. تاجیک، محمدرضا (۱۳۸۶)، «انسان مدرن و معمای هویت»، فصلنامه مطالعات ملی، ش ۲۱.
۱۵. جمعی از نویسندگان (۱۳۶۴)، صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ج ۱، چ اول.
۱۶. ----- (۱۳۷۳)، دفتر بررسی‌های حقوقی معاونت پژوهشی مجلس، اصل برتری قانون اساسی، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
۱۷. ----- (بی‌تا)، بحثی درباره مرجعیت و روحانیت، تهران: شرکت سهامی خاص.
۱۸. ----- (۱۳۸۲)، معاونت پژوهشی دفتر بررسی‌های حقوقی، مفهوم حاکمیت قانون، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
۱۹. حسینی قائم‌مقامی، سید عباس (۱۳۷۸)، کاوش‌های فقهی، تهران: مؤسسه انتشارات فقهی امیرکبیر.
۲۰. دوران، بهزاد؛ محسنی، منوچهر (۱۳۸۲)، «هویت؛ رویکردها و نظریه‌ها»، مجله علوم تربیتی و روانشناسی، ویژه‌نامه هویت، ج ۱، ش ۱، مشهد: دانشگاه فردوسی مشهد.
۲۱. رحمانیان، عبدالمجید (۱۳۹۶)، بررسی تطبیقی مبانی اصول تغییرناپذیر قانون اساسی و حق حاکمیت ملی، رساله دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران.
۲۲. روشه، گی (۱۳۸۲)، تغییرات اجتماعی، ترجمه منصور وثوقی، تهران: نی.
۲۳. ساروخانی، باقر (۱۳۷۵)، دایره‌المعارف علوم اجتماعی، تهران: کیهان.
۲۴. شفیق فرد، حسن (۱۳۹۶)، رساله مفهوم و جایگاه حق نسل‌های آینده در حقوق بین‌الملل محیط زیست و ایران، تهران: دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی.
۲۵. صدر، السید محمدباقر (۱۳۷۵)، اقتصادنا، مرکز انتشارات قم.
۲۶. الطایبی، علی (۱۳۷۸)، بحران هویت قومی در ایران، تهران: شادگان.
۲۷. طباطبایی، سید محمدحسین (۱۳۷۱)، مجموعه مقالات، به کوشش هادی خسروشاهی، چ اول، تهران: دفتر نشر فرهنگ اسلامی.
۲۸. العراقی، محسن (۱۳۶۲)، مقدمه کتاب مجمع الفائدة و البرهان، احمد بن محمد مقدس اردبیلی، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ج ۱.
۲۹. علویان، مرتضی (۱۳۸۸)، «مروری بر فاصله میان نسل‌ها؛ علل و راهکارهای مقابله با آن»، مجله فرهنگ و پژوهش، سال اول، ش ۴.

۳۰. علیخانی، علی اکبر (۱۳۸۲)، نگاهی به پدیده گسست نسل‌ها، تهران: پژوهشکده علوم انسانی و اجتماعی جهاد دانشگاهی
۳۱. عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۱)، «بایدها و نبایدها در قانون اساسی»، مجله الهیات و حقوق، ش ۶.
۳۲. فیرحی، داوود (۱۳۸۲)، ملاک‌های سیلان یا انقطاع نسل‌ها، تهران: پژوهشکده علوم انسانی و اجتماعی جهاد دانشگاهی.
۳۳. قاسمی، محسن (۱۳۸۳)، «علم قانون‌گذاری در سایه حقوق اساسی»، نشریه حقوق اساسی، سال دوم، ش ۳.
۳۴. کلانتری، علی اکبر (۱۳۷۶)، حکم ثانوی در تشریح اسلامی، قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، حوزه علمیه قم.
۳۵. گرجی، علی اکبر (۱۳۸۷)، «حاکمیت قانون در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران»، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۴۸.
۳۶. ----- (۱۳۸۸)، در تکاپوی حقوق اساسی، تهران: جنگل، چ دوم.
۳۷. ----- (۱۳۹۱)، «نسل سوم و قانون اساسی»، مصاحبه گفت‌وگومحور در مجله الکترونیکی تجارت فردا.
۳۸. مصباح یزدی، محمدتقی (۱۳۷۷)، «حکومت و مشروعیت»، کتاب نقد، ش ۷.
۳۹. مطلبی، سید محسن (۱۳۸۵)، پاسداری از قوانین اساسی در نظام‌های سیاسی غرب و جمهوری اسلامی ایران، تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی، چ اول.
۴۰. معیدفر، سعید (۱۳۸۳)، «شکاف نسلی یا گسست فرهنگی»، فصلنامه علوم اجتماعی، ش ۲۴.
۴۱. موسی‌زاده، ابراهیم و نعمت مهدوی‌راد (۱۳۹۲)، ماهیت و مبانی سیاست‌های کلی نظام اداری، تهران: مرکز آموزش مدیریت دولتی ریاست جمهوری، چ اول.
۴۲. هاشمی، محمد (۱۳۹۲)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، اصول و مبانی کلی نظام، تهران: میزان، ج ۱، چ دوازدهم

References

1. Group of Authors (1985), The Annotated Report of the Deliberations of the Parliament of the Final Review of the Constitution of the Islamic Republic of Iran, first edition, First Volume, General Department of Cultural Affairs and Public Relations of the Islamic Council of Iran.
2. Group of Authors (1994), Office of Legal Investigations of the Research Deputy of the Parliament, The Principle of the Supremacy of the Constitution, Research Center of the Islamic Council.
3. Group of Authors, (2003), Research Deputy of the Legal Review Office, the Concept of the Rule of Law, Islamic Council Research Center
4. Group of Authors (no date), A Discussion about Authority and Clergy, Tehran, Khas Sohami Company,
5. Abolhasani, Mohsen (2014), "Ashenayi ba Mafahime Hoquq Omoomi; Barresie mafhoome Mashrooeiyat", Office of Islamic System Development Studies, serial number 13940180, Research Institute of the Guardian Council. (In Persian)
6. Ahmadi, Hamid (2009), "Hoviyate Melli Irani dar Gostareye Tarikh", National Studies Quarterly, Vol. 15 (In Persian)
7. Alavian, Morteza (2009), "A Review of the Gap Between Generations; Causes and Solutions to Deal with it", Culture and Research Magazine, first year, fourth issue.
8. Alikhani, Ali Akbar (2012), A look at the Phenomenon of Generation Gap, Tehran, University Jihad Humanities and Social Sciences Research Institute Publications
9. Al-Iraqi, Mohsen (1983), Introduction to the Book Majma al-Faedeḥ and al-Borhan, Ahmad ebne Muhammad Moghaddis Ardabili, Islamic Publishing Institute, Qom, vol.1.
10. Altaei, Ali, Bohrane Hoviyate Ghomi dar Iran, Shadgan Publishing House, 1999.
11. Amadi, Saif al-Din Abulhasan Ali bin Abi Ali (1980), Al-Ahkam fi al-Asul Al-Ahkam, Dar al-Kitab al-Alamiya, Beirut, Lebanon.
12. Amiiid Zanjani, Abbas Ali (2002), "Bayad'ha va Nabayad'ha dar Qanun Asasi", Journal of Theology and Law, Winter - No. 6.
13. Aminian, Bahadur (2016), "Tasire Hoviyate Melli dar peyvande Nasli", first issue. (In Persian)
14. Arshadhi, Ali Yar (2003), Hoquq Asasi va Sharh va Naqde Qanun Asasi Iran, Tehran, Sarmadi Publications, first edition. (In Persian)
15. Asghari, Mohammad Reza (2012), Research Report on the Concept of the Constitution, Islamic System Studies Office, Guardian Council Research Center.

16. Azad Aramaki, Taghi (2016), "Farayande Taghire Nasli; Barresi Faratahlili dar Iran", Journal of Youth and Generational Relationships, No. 1. (In Persian)
17. Azad Eramaki, Taghi and Ghafari, Gholamreza (2013), Jame'e Shenasi Nasli dar Iran, Humanities and Social Sciences Research Center Publications, First Edition. (In Persian)
18. Bollas, Christopher (2009), "Being a Character: Psychoanalysis and Self-Experience", translated by Hossein Payandeh, Arghanon Magazine, Vol. ۱۳۸
19. Baqerzadeh, Mohammad Reza (2016), "Feasibility of the Periodicity of Political Sovereignty in the Constitution", Transcendent Politics Magazine, 4th year, 12th issue, Spring.
20. Barzegar, Sadegh (1965), Nasle Javan va Nasle Pir; Yek Eqterae Ejtmaei, Iranian Issues, No. 28 and 29 (In Persian)
21. Doran, Behzad and Mohseni, Manouchehr (2012), 'Hoviyat, Ruykardha, va Nazariyeha', Journal of Educational Sciences and Psychology, Special Issue on Identity, Volume 1, Issue 1, Mashhad, Ferdowsi University of Mashhad. (In Persian)
22. Emami, Seyyed Hossein (1955), Hoquq Madani, Tehran, Islamic Bookstore Publications, vol. ۱ (In Persian)
23. Esmaili, Mohsen and Tahan Nazif, Hadi (2012), "Relation of the General Policies of the System with the Privileged Commandments of the Islamic Ruler in the Constitution of Iran" Research Journal of Islamic Law, Volume 13, Issue 1, Serial 35.
24. Feirahi, Davoud (2012), the criteria of continuity or interruption of generations, Tehran: Publications of the University Jihad Humanities and Social Sciences Research Institute
25. Ghasemi, Mohsen (2004), "Legislation Science in the Shadow of Basic Rights", Basic Laws Journal, 2nd year, 3rd issue
26. Gorji, Ali Akbar (2008), "Hakemiyate Qanun dar Nezame hoquqi Jomhuri Eslami Iran", Journal of Legal Research, Vol. 48. (In Persian)
27. Gorji, Aliakbar (2008), in the pursuit of constitutional rights, Tehran, Jangal Publications, second edition.
28. Gorji, Aliakbar (2017), "Third Generation and the Constitution", a conversation-based interview in Tejarat Farda electronic magazine.
29. Hashemi, Mohammad (2012), "Fundamental Laws of the Islamic Republic of Iran, General Principles and Basics of the System", Volume 1, 12th Edition, Mizan Legal Foundation.
30. Hosseini Qaem Maghami, Seyyed Abbas (1999), Kavosh'have Feqhi, Amirkabir Faqhi Publications Institute, Tehran. (In Persian)

31. Kalantari, Ali Akbar (1997), *Second Judgment in Islamic Legislation*, Qom, Islamic Propaganda Office Publications Center, Qom Scientific Center.
32. Matlabi, Seyyed Mohsen (2006), *Protection of Basic Laws in the Western Political Systems and the Islamic Republic of Iran*, Tehran, Islamic Revolution Records Center, first edition.
33. Misbah Yazdi, Mohammad Taghi (1998), *Government and Legitimacy*, Review Book, No. 7.
34. Moaidfar, Saeed (2013), "Shekaf-e Nasli ya Gosaste Farhangi", *Social Science Quarterly*, No. 24 (In Persian)
35. Musa Zadeh, Ebrahim and Mahdavi Rad, Nemat (2012), *The Nature and Basics of the General Policies of the Administrative System*, Tehran, Publications of the Presidential Public Administration Training Center, first edition.
36. Rahmanian, Abdul Majid (2016), *Comparative Study of the Fundamentals of the Immutable Principles of the Constitution and the Right of National Sovereignty*, PhD thesis, Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran
37. Rocher, Guy (2003), *A General Introduction to Sociology*, translated by Mansour Vosooghi, Tehran, Ney publication.
38. Sadr, Al-Sayed Mohammad Baqer (1996), *Our Economy*, Qom Publishing Center.
39. Sarokhani, Baqer (1996), *Encyclopedia of Social Sciences*, Tehran, Kayhan Publications.
40. Shafiq Fard, Hassan; (2016), *Treatise on the Concept and Position of the right of Future Generations in International Environmental Law and Iran*, Faculty of Law, Shahid Beheshti University,
41. Tabatabai, Allameh Seyyed Mohammad Hossein (1992), collection of essays, edited by Hadi Khosrow Shahi, first chapter, Farhang Islamic Publishing House, Tehran.
42. Tajik, Mohammad Reza (2006), *Ensane Modern va Moamaye Hoviyat*, *National Studies Quarterly*, No. 21. (In Persian)

نسبت‌سنجی «صلاحیت عام قانونگذاری مجلس» و «فرماندهی کل نیروهای مسلح» در رویه شورای نگهبان

مصطفی منصوریان^{۱*}، حمزه خسروی^{۲**}

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۹/۱۶ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۴/۱۵

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: 10.22034/qjplk.2022.1460.1373

چکیده

مجلس شورای اسلامی از یک طرف مطابق اصل ۷۱ قانون اساسی صلاحیت عام قانونگذاری دارد و از طرف دیگر، فرماندهی کل نیروهای مسلح مطابق بند ۴ اصل ۱۱۰ قانون اساسی بر عهده رهبری قرار گرفته است. مجلس شورای اسلامی در برخی موارد در خصوص امور مربوط به نیروهای مسلح مصوباتی وضع می‌کند که ممکن است تدابیر و فرمان‌های صادره از سوی فرماندهی کل نیروهای مسلح رعایت نشود. این پژوهش با رویکردی توصیفی - تحلیلی در پی آن است که نسبت صلاحیت عام قانونگذاری مجلس را با اقتضائات فرماندهی کل نیروهای مسلح در رویه شورای نگهبان بررسی و ارزیابی کند. یافته‌ها بیانگر آن است که از نظر شورای نگهبان، صلاحیت فرماندهی کل نیروهای مسلح و همچنین مادون رهبری بودن مجلس شورای اسلامی ایجاب می‌کند که همه امور سیاستگذاری، نظارت و اجرا در نیروهای مسلح تحت راهبری و تدبیر رهبری صورت گیرد. در این زمینه شورای نگهبان در یک رویه کلی هرگونه تغییر در تشکیلات نیروهای مسلح، عزل و نصب در نیروهای مسلح، اعطای اختیار و یا ایجاد تکلیف برای نیروهای مسلح و سیاستگذاری برای آنان را در صورتی که تحت تدابیر رهبری صورت نگیرد، مغایر قانون اساسی تشخیص می‌دهد. البته در برخی موارد شورای نگهبان خلاف رویه کلی خود عمل کرده که در این پژوهش این‌گونه موارد نیز بررسی شده است.

واژگان کلیدی: بند ۴ اصل ۱۱۰ قانون اساسی، رویه شورای نگهبان، صلاحیت عام قانونگذاری، فرماندهی کل نیروهای مسلح، نیروهای مسلح.

۱. استادیار دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران

* Email: Mansourian@ujss.ac.ir

۲. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه علامه طباطبائی (ره)، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)

** Email: hamzekhosravi08@gmail.com



مقدمه

با توجه به بند ۴ اصل ۱۱۰ قانون اساسی فرماندهی کل نیروهای مسلح بر عهده رهبری قرار داده شده است و ایشان امور مربوط به نیروهای مسلح را مدیریت و راهبری می‌کنند. طبیعی است که در این حالت قواعد لازم‌الاجرا و فرمان‌های مختلفی از سوی ایشان صادر می‌شود. مجلس شورای اسلامی نیز با توجه به اصل ۷۱ قانون اساسی صلاحیت عام قانونگذاری دارد و بر این مبنا اقدام به قانونگذاری در رابطه با نیروهای مسلح می‌کند. نوع رابطه مجلس شورای اسلامی با فرماندهی کل نیروهای مسلح حالت‌های مختلفی را در برمی‌گیرد. در برخی موارد مصوبات مجلس شورای اسلامی در خصوص نیروهای مسلح ممکن است به‌صراحت مخالف نظر رهبری باشد. در برخی موارد ممکن است به‌صورت ضمنی خلاف تدابیر کلان رهبری در مورد نیروهای مسلح باشد. در برخی موارد ممکن است مصوبات مجلس شورای اسلامی کاملاً هماهنگ با نظر فرماندهی کل نیروهای مسلح باشد. در برخی موارد نیز ممکن است رهبری در خصوص مصوبه مجلس اظهار نظر ایجابی یا سلبی انجام نداده باشد. مصوبات مجلس در خصوص نیروهای مسلح، در هریک از حالت‌های مذکور به شورای نگهبان ارسال می‌شود و نوع مواجهه شورای نگهبان با این‌گونه مصوبات نقش تأثیرگذار و گسترده‌ای در راهبری کلی نیروهای مسلح دارد. در این پژوهش با رویکردی توصیفی - تحلیلی تمامی نظرات شورای نگهبان در باره اصول مختلف قانون اساسی که مستقیم یا غیرمستقیم به نیروهای مسلح ارتباط دارد، بررسی شده است. همچنین تمامی قوانین مربوط به نیروهای مسلح (هم مواردی که با ایراد شورای نگهبان مواجه شده‌اند و هم مواردی که با ایراد مواجه نشده‌اند) به‌صورت جزئی بررسی شده است. این پژوهش تلاش می‌کند تا با استخراج رویه کلی غالب بر نظرات شورای نگهبان به این پرسش پاسخ دهد که نسبت «صلاحیت عام قانونگذاری مجلس» و اقتضائات «فرماندهی کل نیروهای مسلح» در رویه شورای نگهبان چگونه است؟

هرچند قانونگذاری مجلس شورای اسلامی در مورد نیروهای مسلح از مسائل بسیار مهم و تأثیرگذار است و یکی از بندهای سیاست‌های کلی نظام قانونگذاری را نیز به خود اختصاص داده است^۱؛ تاکنون پژوهش‌شایان توجهی در این زمینه صورت نگرفته است. این پژوهش جزء اولین پژوهش‌هایی است که تلاش می‌کند رویه شورای نگهبان در رابطه با نیروهای مسلح را نقد و بررسی کند و قانونگذاری در حوزه نیروهای مسلح را ارتقا دهد. این پژوهش به سه محور اصلی تقسیم می‌شود؛ در بخش اول تلاش می‌شود جایگاه فرماندهی کل نیروهای مسلح در نظام حقوقی کشور بررسی و سازوکار هدایت و راهبری نیروهای مسلح توسط رهبری

به اختصار تبیین شود. در بخش دوم، سه فرض عمده که در خصوص وظایف و اختیارات فرماندهی کل نیروهای مسلح و نحوه اعمال این وظایف مطرح است، بررسی و در هر فرض نسبت میان صلاحیت عام قانونگذاری مجلس و اقتضای فرماندهی کل نیروهای مسلح تبیین می‌شود. در بخش سوم نیز ضوابط و قیود حاکم بر نظرات شورای نگهبان و نحوه رعایت تدابیر فرماندهی کل نیروهای مسلح هنگام قانونگذاری مجلس شورای اسلامی نقد و بررسی خواهد شد.

۱. جایگاه فرماندهی کل در ساختار نیروهای مسلح

نیروهای مسلح، در مفهوم سنتی، به مجموعه قوای منظم نظامی و انتظامی اطلاق می‌شود که برای دفاع از سرزمین در مقابل بیگانگان، مقابله با آشوب‌های داخلی و حفظ منافع ملی تشکیل می‌شوند. با توجه به اینکه مسئولیت نهایی اداره امور کشور به عهده ریاست کشور است، فرماندهی نیروهای مسلح همواره در زمامداری متمرکز است. امروزه در نظام‌های مبتنی بر تفکیک قوای سه‌گانه، جایگاه سازمانی این نیروها در قوه مجریه است (هاشمی، ۱۳۸۰: ۳۴۰). در توضیح می‌توان گفت این نهادها یکی از وظایفی را که بر عهده قوه مجریه است، یعنی حفظ و حراست از مرزها و اعمال قدرت نظامی در مواقع ضرورت یا به تعبیری «دفاع ملی» را بر عهده دارند؛ لذا بخشی از قوه مجریه به‌عنوان یکی از قوای سه‌گانه تعریف می‌شوند (مختاری دستنائی و کرمی، ۱۳۹۶: ۳۴۲). در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران فرماندهی کل نیروهای مسلح طبق بند ۴ اصل ۱۱۰ بر عهده رهبری به‌عنوان عالی‌ترین مقام رسمی کشور است. در قانون اساسی درباره ساختار، نوع روابط تشکیلاتی اجزای تشکیل‌دهنده نیروهای مسلح با فرماندهی کل این نیروها سخن قابل توجهی به میان نیامده است. در قوانین و مقررات مصوب مجلس شورای اسلامی یا مقررات ابلاغی ستاد کل نیروهای مسلح، ساختار و تشکیلات کلی نیروهای مسلح از پنج جزء اصلی شامل ستاد فرماندهی کل نیروهای مسلح، ارتش، سپاه پاسداران انقلاب اسلامی، نیروی انتظامی (فرماندهی انتظامی)^۲ و وزارت دفاع و پشتیبانی نیروهای مسلح تشکیل شده است.^۳ از لحاظ سلسله‌مراتب تشکیلاتی نیز رهبری در رأس نیروهای مسلح قرار گرفته است و در مرتبه مادون رهبری، ستاد کل نیروهای مسلح قرار دارد. این ستاد در طول ستاد مشترک ارتش، ستاد کل سپاه پاسداران و ستاد نیروی انتظامی و در رده بالاتر از آن‌ها برحسب مأموریت و فرمان‌ها و تدابیر رهبری انجام وظیفه می‌کند.^۴ بنابراین ساختار کلان نیروهای مسلح به‌ترتیب سلسله‌مراتب به این صورت است که رهبری به‌عنوان فرمانده کل نیروهای مسلح در رأس قرار دارند. پس از ایشان، ستاد کل نیروهای مسلح قرار گرفته است. پس از ستاد کل نیروهای مسلح نیز ارتش، سپاه و فرماندهی انتظامی قرار

گرفته‌اند. وزارت دفاع و پشتیبانی نیروهای مسلح نیز هرچند در قوانین مختلف جزئی از نیروهای مسلح ذکر شده است، سازوکاری متفاوت از سایر نیروها دارد. وزارت دفاع از نظر سلسله‌مراتب زیرمجموعه ستاد کل نیروهای مسلح محسوب نمی‌شود^۵ و به‌عنوان بخشی از دولت ذکر شده است، اما تابع قوانین نیروهای مسلح و تدابیر فرماندهی کل فعالیت می‌کند.^۶ فرماندهان، رؤسا و مدیران در تمام سلسله‌مراتب در حدود اختیارات مصوب سازمانی از طرف معظم‌له، فرماندهی، ریاست یا مدیریت می‌شوند^۷ و چنانچه تمام یا قسمتی از اختیارات خود را به شخص دیگری تفویض فرمایند، دستورهای آن شخص در حدود اختیارات تفویض شده لازم‌الاجرا خواهد بود.^۸ علاوه بر ساختار اصلی نیروهای مسلح، شایان ذکر است که سازمان‌ها و واحدهای عقیدتی سیاسی، حفاظت و اطلاعات ارتش، سپاه، نیروی انتظامی، وزارت دفاع و ستاد کل نیروهای مسلح با سلسله‌مراتب مستقل و متمرکز مستقیماً تحت امر مقام معظم رهبری فعالیت می‌کنند.^۹ نصب رؤسای این سازمان‌ها به‌طور مستقیم توسط رهبری صورت می‌گیرد و عزل آنان نیز با تأیید رهبری رخ می‌دهد. بنابراین به‌صورت خلاصه، فرماندهی رکن اساسی ساختار و تشکیلات نیروهای مسلح در کشور محسوب می‌شود و در رأس نیروهای مسلح آنان را رهبری و هدایت کرده و بر تمامی فرایندها و امور نظارت می‌کند.

۲. مفاهیم و لوازم فرماندهی کل نیروهای مسلح در نسبت با صلاحیت عام قانونگذاری مجلس؛ فروض متصور

فرماندهی اختیاری است که یک فرد در خدمت به‌سبب شغل یا درجه و مسئولیتی که دارد، در راستای انجام مأموریت‌های محوله به‌کار می‌برد، فرمانده مسئول اداره کارکنان واحد خود بوده و تنها مقامی است که در قبال اعمالی که واحد او انجام یا از انجام آن بازمانده است، مسئولیت دارد.^{۱۰} تمامی تدابیر، ابلاغیه‌ها، خط‌مشی و روش جاری و دستورها در زمینه اداره امور یگان و سازمان از طرف سلسله‌مراتب فرماندهی در نیروهای مسلح صادر می‌شود. رهبری به‌عنوان فرماندهی کل نیروهای مسلح در رأس این سلسله‌مراتب قرار دارد و فرماندهان، رؤسا و مدیران در تمام سلسله‌مراتب به‌صورت مستقیم یا غیرمستقیم در حدود اختیارات مصوب سازمانی از طرف معظم‌له، فرماندهی، ریاست و یا مدیریت خواهند شد.^{۱۱} بخش زیادی از تدابیر فرماندهی کل نیروهای مسلح در قالب آیین‌نامه، بخشنامه‌ها، دستورالعمل‌ها و... به نیروهای مسلح ابلاغ می‌شود. مجلس شورای اسلامی نیز با توجه به اینکه مطابق اصل ۷۱ قانون اساسی صلاحیت عام قانونگذاری دارد، به امور مربوط به نیروهای مسلح ورود می‌کند. با توجه به ماهیت و تفاوت‌هایی که میان نیروهای مسلح و سایر دستگاه‌ها وجود دارد و در ادامه تبیین خواهد شد، این سؤال مطرح می‌شود که براساس نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران،

فرماندهی کل نیروهای مسلح چه حدی از نظارت و اشراف بر امور را داراست؟ در پاسخ به این پرسش می‌توان سه فرض اساسی را مطرح کرد. در هر فرض و متناسب با اختیاراتی که برای فرماندهی کل نیروهای مسلح قائل شویم، صلاحیت عام قانونگذاری مجلس نیز تغییر می‌کند. در ادامه به این فروض پرداخته می‌شود.

۱-۲. فرض اول: فرماندهی کل به‌مثابه اشراف، هدایت و نظارت کامل و تفصیلی بر نیروهای مسلح

در این فرض ضرورت فرماندهی ایجاب می‌کند که همه امور مربوط به نیروهای مسلح (قاعده‌گذاری، نظارت، اجرا و...) تحت تدابیر فرمانده این نیروها انجام گیرد؛ به این معنا که همه نیروها تحت امر یک فرمانده مسئول و واجد شرایط، با اختیارات کافی قرار گیرند تا وی بتواند در راستای خط‌مشی کلی با ایجاد وحدت، تلاش کلیه منابع و نیروها را در یک‌جهت و به‌سوی هدف مشترک سوق دهد (پیرزاد فرد، ۱۳۸۴: ۱۴۵). در واقع در این فرض انجام وظیفه فرماندهی بدون اشراف و نظارت کامل و تفصیلی بر همه امور نیروهای مسلح عملاً امکان‌پذیر نیست، چراکه فرماندهان فرایند عملیات را هدایت می‌کنند. آن‌ها عملیات در محیط‌های پیچیده و پویا را درک، تجسم، توصیف، هدایت و ارزیابی می‌کنند. فرماندهان در طول دیگر با عملیات فرماندهان، کارکنان و سایر شرکا همکاری و گفت‌وگو را انجام می‌دهند و اطلاعات، ادراکات و ایده‌ها را با یکدیگر به اشتراک می‌گذارند و آن‌ها را برای درک بهتر موقعیت‌ها و تصمیم‌گیری به اشتراک می‌گذارند. فرماندهان ابتکار عمل را از طریق دستورهای مأموریت و فضای اعتماد و تفاهم متقابل تشویق می‌کنند. فرماندهان با استفاده از تجربه، دانش، آموزش، شعور و شهودشان رهبری را برای انجام تصمیمات به‌عمل می‌آورند (اشراقی و یآوری، ۱۳۹۸: ۵). فرماندهان تدابیر را تعیین، شرایط آینده را ترسیم، مأموریت را تدوین، منابع را برای مأموریت محوله تخصیص، خطرها را ارزیابی و تصمیمات را اتخاذ می‌کنند (اشراقی و یآوری، ۱۳۹۸: ۴). به‌صورت خلاصه فرمانده نظامی اگر بخواهد وظایف خود را به‌صورت کامل و مطلوب به انجام برساند، باید قدرت طراحی و برنامه‌ریزی در کلیات و جزئیات برنامه یا به‌عبارت دیگر تعیین و اتخاذ اهداف، شیوه و روش‌هایی را که ما را به بهترین نتیجه مطلوب برساند، داشته باشد (میرشفیعی و الوانی، ۱۳۶۸: ۱۹). پس از تعیین هدف و یا اهداف اجرایی و تهیه برنامه و نقشه کار، فرمانده به دنیای عمل گام می‌گذارد و در این مرحله باید اختیار سازماندهی نیروها و امکانات، جهت تحقق برنامه را داشته باشد. در واقع فرمانده، مسئول فرایند تصمیم‌گیری نظامی است. فرمانده عهده‌دار برنامه‌ریزی، طراحی و اجرای فرایندها در نیروهای مسلح است و از ابتدای فرایند تا

انتهای آن نقش محوری دارد. در واقع در این فرض تنها وقتی فرماندهی نیروهای مسلح به صورت مطلوب محقق خواهد شد که تمامی امور در نیروهای مسلح با هماهنگی و تأیید فرماندهی کل اجرا شود.

علاوه بر اینکه لوازم فرماندهی در نیروهای مسلح ایجاب می‌کند که نیروهای مسلح به صورت کامل تحت تدابیر فرماندهی قرار داشته باشند، به دلیل شأن و جایگاه ولی فقیه در جمهوری اسلامی نیز ضرورت رعایت تدابیر فرماندهی کل نیروهای مسلح در هنگام قانونگذاری مجلس برای نیروهای مسلح اثبات می‌شود. توضیح آنکه، نظام سیاسی اسلام، نظام امت و امامت است. نیاز امت به امامت، نیازی همیشگی است و به همین دلیل، امامت در عصر معصومان، بر عهده آنان و در عصر غیبت، بر عهده جانشینان آنان است. امامت رهبری فراگیر در امور دینی و دنیایی به جانشینی از پیامبر تعریف شده است. چنین رویکردی به روشنی جایگاه امامت را در رأس هرم سیاسی قرار می‌دهد و برای آن اشراف کامل نسبت به کل نظام قائل است. در این نظام، مشروعیت همه نهادها و قوا از مشروعیت حاکم اسلامی که ولایت امر و امامت امت را بر عهده دارد، سرچشمه می‌گیرد (جوان آراسته، ۱۳۹۵: ۵۷). در زمان غیبت امام معصوم نیز فقیه جامع‌الشرایط همین جایگاه را دارد. بنابراین در این نظریه تمامی نهادها، قوا و ظرفیت‌های جامعه اسلامی زیر نظر رهبری هستند و همه ارکان قدرت، مشروعیت اعمال ولایت و حکومت بر مردم را زمانی دارا هستند که به تأیید ولی فقیه برسند.^{۱۲} از این رو قوای سه‌گانه نیز همان‌گونه که در اصل ۵۷ قانون اساسی تصریح شده است، تحت ولایت مطلقه امر ایشان هستند و زیر نظر رهبری فعالیت می‌کنند.

از نگاه قائلان به این فرض هرچند قانونگذاری در مورد نهادهای زیر نظر رهبری، از مجلس سلب نشده است، لکن مجلس شورای اسلامی نیز در امر قانونگذاری با محدودیت‌هایی مواجه است و برای نهادهایی که به لحاظ جایگاه بالاتر از مجلس هستند یا به نوعی مستقل بودن آن‌ها ضروری است، نمی‌تواند قانونگذاری کند. مقام رهبری از جمله این موارد است و اساساً مجلس مشروعیت خود را از این مقام اخذ کرده و نمی‌تواند در محدوده اختیارات ولی فقیه بدون اذن ایشان قانونگذاری کند (رستمی و قطبی، ۱۳۹۳: ۸۰).

۲-۲. فرض دوم: فرماندهی کل به مثابه اشراف، هدایت و نظارت کلی بر نیروهای مسلح

در این فرض به منظور انجام وظایف فرماندهی کل نیروهای مسلح، نظارت و راهبری کلی بر امور نیروها کفایت می‌کند و نیازی به دخالت و حضور رهبری در تمامی امور جزئی نیروهای مسلح نیست. در این نگاه صرفاً مدیریت موارد اصلی و مهم نیروهای مسلح که با

مصالح نظام اسلامی درهم آمیخته شده است، با فرماندهی کل نیروهای مسلح است. مواردی مانند عزل و نصب فرماندهان عالی نظامی و انتظامی یا اعلام جنگ و صلح و بسیج نیروها از جمله این موارد است.

این فرض وظایف فرماندهی کل نیروهای مسلح را در موارد ذکرشده در اصل ۱۱۰ قانون اساسی خلاصه می‌کند. به نظر می‌رسد که اعضای مجلس خبرگان قانون اساسی در سال ۱۳۵۸ مفهومی نزدیک به این فرض را مدنظر داشته‌اند.^{۱۳} البته اعضای شورای بازنگری قانون اساسی در سال ۱۳۶۸ به کلی این ایده را رد می‌کنند و با توجه به تجارب هشت‌ساله جنگ تحمیلی ضرورت فرماندهی را اشراف، هدایت و نظارت کامل و تفصیلی برشمرده‌اند و به‌نوعی صریحاً قائل به فرض اول شده‌اند که در قسمت پیش بررسی شد.^{۱۴}

در این فرض رهبری تدابیر کلی نیروهای مسلح را با هدف پاسداری هرچه بهتر این نیروها از استقلال، نظام جمهوری اسلامی ایران، تمامیت ارضی و انقلاب اسلامی صادر می‌کند و مجلس می‌تواند در چارچوب این قواعد کلی قانونگذاری کند. در صورتی که مجلس شورای اسلامی به تدابیر کلی رهبری در رابطه با نیروهای مسلح ورود کند، نیازمند اذن گرفتن از رهبری است، ولی در حالت عادی و موارد جزئی مربوط به نیروهای مسلح مجلس شورای اسلامی صلاحیت قانونگذاری دارد و نیازی به اذن رهبری نیز نیست.

۲-۳. فرض سوم: انجام وظیفه فرماندهی کل نیروهای مسلح در

چارچوب قوانین مجلس شورای اسلامی

در این فرض صلاحیت قانونگذاری مجلس عام است و نیروهای مسلح نیز به مانند سایر دستگاه‌ها مشمول قانونگذاری عام مجلس می‌شوند. در این فرض، اصل بر قانونگذاری مجلس است و فرماندهی نیروهای مسلح باید در چارچوب تدابیر مجلس شورای اسلامی فعالیت کند. در واقع در این نگاه همان‌گونه که رئیس‌جمهور مطابق اصل ۱۲۶ قانون اساسی مسئولیت امور برنامه و بودجه و امور اداری و استخدامی کشور را مستقیماً بر عهده دارد و این موضوع سبب نشده که صلاحیت قانونگذاری مجلس شورای اسلامی در حوزه برنامه و بودجه و امور اداری و استخدامی مشروط به اذن رئیس‌جمهور باشد یا همان‌گونه که در اصل ۱۵۷ قانون اساسی انجام مسئولیت‌های قوه قضاییه در تمامی امور قضایی و اداری و اجرایی به رئیس قوه قضاییه سپرده شده است، اما این موضوع سبب است که قانونگذاری مجلس در خصوص امور قوه قضاییه مشروط به اذن رئیس قوه قضاییه شود، بنابراین در رابطه با نیروهای مسلح نیز فرمانده کل نیروهای مسلح بودن رهبری نباید عاملی شود که هرگونه قانونگذاری مجلس شورای

اسلامی در رابطه با نیروهای مسلح مشروط به اذن فرمانده این نیروها شود. همان‌گونه که در فرض اول توضیح داده شد، علاوه بر اینکه ماهیت مدیریت و فرماندهی در نیروهای مسلح کاملاً متفاوت با سایر دستگاه‌هاست و این ماهیت متفاوت ایجاب می‌کند که امور با هماهنگی فرمانده انجام گیرد. به نظر می‌رسد این فرض با اصل ۵۷ قانون اساسی و جایگاه ولی فقیه که سبب می‌شود صریحاً قوه مقننه زیر نظر رهبری تعریف شود نیز سازگاری ندارد.

۳. نوع مواجهه شورای نگهبان با صلاحیت «عام قانونگذاری مجلس» در نسبت با اقتضائات «فرماندهی کل نیروهای مسلح»

برخی امور مربوط به ایجاد تغییرات در درون نیروهای مسلح و یا تقسیم وظایف و مسئولیت‌های این نیروها مستقیماً توسط فرماندهی کل نیروهای مسلح^{۱۵} یا از طریق ستاد کل نیروهای مسلح^{۱۶} انجام می‌گیرد. این‌گونه تغییرات اصولاً وارد سازوکار تصویب در مجلس شورای اسلامی نمی‌شود و قاعدتاً شورای نگهبان نیز اظهارنظری در خصوص این امور نداشته است. بخشی از امور مربوط به نیروهای مسلح به ابتکار دولت یا مجلس و در قالب طرح و لایحه مطرح می‌شود. این‌گونه موارد همانند سایر مصوبات برای اظهارنظر به شورای نگهبان ارسال می‌شود. همچنین برخی اساسنامه‌های مربوط به سازمان‌های زیرمجموعه نیروهای مسلح نیز در هیأت وزیران تصویب می‌شود و مطابق اصل ۸۵ قانون اساسی برای بررسی به شورای نگهبان ارسال می‌شود.

شورای نگهبان در رویه خود در رابطه با فرماندهی کل نیروهای مسلح، لازمه انجام وظایف فرماندهی به صورت مطلوب را این موضوع دانسته است که همه امور سیاستگذاری، نظارت و اجرا در نیروهای مسلح تحت راهبری و تدبیر رهبری صورت گیرد. شورای نگهبان در هر زمان که بین صلاحیت عام مجلس شورای اسلامی و صلاحیت فرماندهی نیروهای مسلح تعارضی به وجود آید، برای صلاحیت فرماندهی کل نیروهای مسلح اولویت قائل شده است. در واقع شورای نگهبان از میان سه فرضی که در بخش اول ذکر شد، قائل به فرض اول است. در ادامه رویه شورای نگهبان در خصوص این موضوع به صورت جزئی‌تر بررسی شده است.^{۱۷}

۳-۱. ایجاد تغییرات در ساختار نیروهای مسلح توسط مجلس شورای اسلامی

ذیل هر کدام از اجزای پنج‌گانه نیروهای مسلح (ستاد کل، وزارت دفاع، ارتش، سپاه و فرماندهی انتظامی)، واحدهای مختلفی که کارکردهای نظامی، انتظامی، اقتصادی و فرهنگی

مختلفی را ایفا می‌کنند، تشکیل شده است. با توجه به گستردگی ساختار نیروهای مسلح، این ساختار با هدف اصلاح ایرادات و ارتقای توان خود، دائم در حال تغییر و تحول است. بخشی از تغییرات ساختاری در نیروهای مسلح برای بررسی به شورای نگهبان ارسال می‌شود. رویه کلی شورای نگهبان در برخورد با تغییر و یا ایجاد ساختار و تشکیلات جدید در نیروهای مسلح به این صورت است که هرگونه ایجاد یا تغییر در ساختار نیروهای مسلح بدون اذن رهبری را خلاف موازین شرع و مغایر بند ۴ اصل ۱۱۰ قانون اساسی تشخیص می‌دهد. در واقع شورای نگهبان یکی از شئون فرمانده بودن رهبری در نیروهای مسلح را تسلط، مدیریت و نظارت کامل ایشان بر ساختار و تشکیلات نیروهای مسلح می‌داند.

شورای نگهبان در نظر شماره ۸۱/۳۰/۲۳۴۲ مورخ ۱۳۸۱/۱۱/۵ در خصوص «لایحه تشکیل سازمان صنایع هوافضای نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران» مصوب ۱۳۸۱/۱۰/۲۲ به این دلیل که در ماده ۱ این مصوبه بدون اجازه رهبری به وزارت دفاع و پشتیبانی نیروهای مسلح اجازه داده شده است که سازمان هوافضای نیروهای مسلح را ایجاد کند، خلاف موازین شرع و مغایر بند ۴ اصل ۱۱۰ قانون اساسی تشخیص داد. همچنین در «لایحه برنامه چهارم توسعه»، دولت با هدف توسعه اقتصاد حمل‌ونقل موظف به تشکیل گارد ترابری به‌منظور کنترل، نظارت و افزایش ایمنی جابه‌جایی کالا و مسافر در زیر بخش‌های جاده‌ای، راه‌آهن و دریایی، از طریق بخش خصوصی و تعاونی شده بود. این در حالی بود که حفظ امنیت از وظایف حاکمیتی و مستلزم تشکیل نیروی مسلح بود و تشکیل این نیروی مسلح، بدون اجازه رهبری صورت می‌گرفت. شورای نگهبان در نظر شماره ۸۳/۳۰/۶۶۴۷ مورخ ۱۳۸۳/۳/۳ این مسئله را مغایر بند ۴ اصل ۱۱۰ قانون اساسی شناخت.

شورای نگهبان افزون‌بر اینکه موافقت رهبری را برای ایجاد یک تشکیلات جدید ضروری می‌داند، در صورتی که این تشکیلات جدید در زیرمجموعه خود، امکان ایجاد تشکیلات داشته باشد، آن تشکیلات را نیز مستقیماً نیازمند تأیید رهبری می‌داند. به‌عبارت دیگر، از نظر شورای نگهبان، تأیید اصل تشکیلات توسط رهبری کفایت نمی‌کند و تغییر و تحولات اساسی در زیرمجموعه‌های تشکیلات اصلی نیز باید به تأیید رهبری برسد. شورای نگهبان در نظر شماره ۸۱/۳۰/۲۳۴۲ مورخ ۱۳۸۱/۱۱/۰۵ در خصوص «لایحه تشکیل سازمان صنایع هوافضای نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران»، علاوه‌بر ضرورت تأیید اساسنامه سازمان صنایع هوایی توسط رهبری، تأیید اساسنامه شرکت‌هایی را که در آینده توسط این سازمان ایجاد می‌شود نیز توسط رهبری ضروری می‌شمارد و از این حیث این مصوبه را مغایر بند ۴ اصل ۱۱۰ قانون اساسی شناخته است.

از نظر شورای نگهبان لازم است که رهبری بتواند از روش‌های مختلف در تشکیلات نیروهای مسلح تغییرات ایجاد کند و در صورتی که مصوبه مجلس، رهبری را در چارچوب سازوکار مشخصی برای اعمال تغییرات بداند، با ایراد شورای نگهبان مواجه می‌شود. شورای نگهبان در نظر شماره ۸۱/۳۰/۱۸۶۲ مورخ ۱۳۸۱/۸/۲۳ در باره «لایحه تشکیل سازمان صنایع هوایی نیروهای مسلح» مصوب ۱۳۸۱/۷/۲۹ مجلس شورای اسلامی به صراحت ذکر می‌کند چون تصویب اساسنامه شرکت‌هایی که توسط سازمان صنایع هوایی در آینده ایجاد خواهند شد، تنها منحصر در روش خاص ذکر شده در این ماده است، این حصر مانع اعمال نظر فرمانده کل قوا از طرق دیگر است. از این رو ماده مذکور از این حیث خلاف موازین شرع و مغایر بند ۴ اصل ۱۱۰ قانون اساسی است.^{۱۸}

۳-۲. عزل و نصب نیروهای مسلح توسط مجلس شورای اسلامی

نیروهای مسلح در جمهوری اسلامی از بالاترین مقام تا پایین‌ترین رده توسط فرماندهان، رؤسا یا مدیرانی که از طرف فرماندهی کل نیروهای مسلح، فرماندهی، ریاست یا مدیریت دارند، مانند حلقه‌های زنجیر به هم پیوسته‌اند که در اصطلاح آن را سلسله‌مراتب گویند.^{۱۹} چنانچه فرمانده کل نیروهای مسلح تمام یا قسمتی از اختیارات خود را به شخص دیگری تفویض کند، دستورهای آن شخص در حدود اختیارات تفویض شده لازم‌الاجرا خواهد بود.^{۲۰} دو بند از اصل ۱۱۰ قانون اساسی به عزل و نصب‌های رهبری در نیروهای مسلح مربوط می‌شود. بند ۶ اصل ۱۱۰ به صورت مستقیم به این موضوع پرداخته است. بند ۴ اصل ۱۱۰ قانون اساسی نیز به صورت غیرمستقیم و با توجه به اینکه عزل و نصب نیروها یکی از شئون فرماندهی محسوب می‌شود با این موضوع ارتباط دارد.

رهبری در حال حاضر فراتر از موارد ذکر شده در بند ۶ اصل ۱۱۰ قانون اساسی اقدام به عزل و نصب نیروها در بخش‌های مختلف مانند رؤسای حفاظت اطلاعات نیروهای مسلح، رؤسای عقیدتی سیاسی نیروهای مسلح و مانند این‌ها می‌کند. شورای نگهبان در مواردی که عزل و نصبی فراتر از موارد بند ۶ اصل ۱۱۰ قانون اساسی بر عهده رهبری قرار گرفته، آن را مغایر قانون اساسی تشخیص نداده است. برای نمونه «قانون تشکیل وزارت اطلاعات» مصوب ۱۳۶۲ مجلس شورای اسلامی سازوکار نصب فرماندهان حفاظت اطلاعات ارتش و سپاه را تعیین کرده و آن را در صلاحیت رهبری دانسته است و این موضوع مورد ایراد شورای نگهبان قرار نگرفته است.^{۲۱} در «قانون استخدامی نیروی انتظامی» مصوب ۱۳۸۲/۱۱/۱۷ به صراحت ذکر شده است که تمامی انتصابات و عزل فرماندهان و مدیران منصوب در محله‌ای سرتیپی و بالا با تصویب فرماندهی کل قوا باید صورت گیرد^{۲۲} و این موضوع مورد ایراد شورای نگهبان نیز قرار نگرفته است.

شورای نگهبان نه تنها عزل و نصب‌های فراتر از بند ۶ اصل ۱۱۰ قانون اساسی را که در صلاحیت رهبری قرار داده شده است، مغایر قانون اساسی نمی‌داند، بلکه هرگونه عزل و نصبی در نیروهای مسلح را که به صورت مستقیم یا غیرمستقیم با تأیید رهبری نباشد، مغایر قانون اساسی تشخیص می‌دهد. در واقع از نظر شورای نگهبان هرگونه عزل و نصب در نیروهای مسلح باید یا مستقیماً توسط فرمانده کل نیروهای مسلح یا توسط سایر افراد منصوب شده توسط ایشان صورت گیرد.

در تبصره ۳ «لایحه الحاق سه تبصره به بند ۱۲ ماده ۴ قانون نیروی انتظامی» مصوب ۱۳۶۹، تصویب عزل و نصب رئیس اداره راهنمایی و رانندگی به آیین‌نامه واگذار شده بود. شورای نگهبان در نظر شماره ۷۹/۲۱/۲۳۵ مورخ ۱۳۷۹/۰۱/۳۱ آن را خلاف اصل ۱۱۰ قانون اساسی تشخیص داد. مجلس شورای اسلامی در اصلاح این مصوبه، با ذکر این نکته که نحوه عزل و نصب رئیس اداره راهنمایی و رانندگی شهر تهران با رعایت اصل ۱۱۰ قانون اساسی صورت می‌گیرد، مصوبه را اصلاح کرد. با این اقدام مصوبه تأیید شد. در ماده ۲ «لایحه تشکیل سازمان صنایع هوافضای نیروهای مسلح»، افرادی در مجمع عمومی سازمان منصوب شده بودند که خارج از نیروهای مسلح بودند (وزیر اقتصاد، وزیر صنایع و معادن، رئیس سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی، نماینده مجلس و...). شورای نگهبان در نظر شماره ۸۱/۳۰/۲۳۴۲ مورخ ۱۳۸۱/۱۱/۵ عضویت اشخاصی در مجمع عمومی سازمان بدون کسب نظر موافق فرمانده معظم کل قوا خلاف موازین شرع و مغایر بند ۴ اصل ۱۱۰ قانون اساسی تشخیص داد. این مصوبه در مرحله دوم با حذف کامل سازوکار مجمع عمومی از اساسنامه سازمان که به حذف حضور افراد خارج از نیروهای مسلح منجر می‌شد، مورد تأیید شورای نگهبان قرار گرفت.

شورای نگهبان هرگونه اقدامی را که ابتکار رهبری در شیوه عزل و نصب افراد را محدود کند، واجد ایراد می‌داند. به صورت کلی به نظر می‌رسد شورای نگهبان محدود کردن شیوه اعمال فرماندهی نیروهای مسلح توسط مجلس شورای اسلامی را دخالت در اختیارات فرماندهی کل نیروهای مسلح محسوب می‌کند. شورای نگهبان در نظر شماره ۴۵۹۴ مورخ ۱۳۶۱/۳/۴ در خصوص «اساسنامه سپاه پاسداران» مصوب ۱۳۶۱/۰۲/۱۴ مجلس شورای اسلامی معتقد است که چون در این اساسنامه مجلس برای رهبری نماینده تعیین کرده است و به نوعی نفی‌کننده اختیار عزل و نصب رهبری در سپاه پاسداران از سایر روش‌هاست، بنابراین مغایر اصل ۱۱۰ قانون اساسی است. شورای نگهبان در تبیین این نظر بیان می‌کند که مقام رهبری برحسب اختیارات ولایت فقیه می‌تواند در هر یک از سازمان‌ها و نهادها که لازم بداند نماینده‌ای را با اختیاراتی تعیین نماید، اما صلاحیت قوه مقننه برای قانونگذاری در چارچوب قانون اساسی است و تعیین

نماینده رهبری به موجب قانون در نهادها و سازمان‌ها با اصل ۶۰ و اصل ۱۱۰ قانون اساسی که وظایف رهبری را صریحاً معین کرده است، مغایر است. مجلس شورای اسلامی در مرحله دوم ضمن ایجاد تغییرات اساسی در سازوکار ارتباط رهبری با سپاه، در مواردی که به موضوع نماینده رهبری پرداخته است یا ذکر عبارتی که مخیر بودن رهبری در انتصاب یا عدم انتصاب نماینده را به ذهن متبادر کند، این ایراد شورای نگهبان را رفع کرده است.^{۳۳}

۳-۳. ایجاد تکلیف برای نیروهای مسلح توسط مجلس شورای اسلامی

از نگاه شورای نگهبان با توجه به جایگاه ولی فقیه در نظام اسلامی و اصل ۵۷ قانون اساسی مجلس شورای اسلامی مادون رهبری است و بدون اذن ایشان صلاحیت ایجاد تکلیف بر نیروهای مسلح را (به دلیل زیر نظر رهبری بودن) ندارد.

به طور کلی مصوباتی که تکلیفی برای نیروهای مسلح ذکر شده است، به دو صورت است؛ در برخی موارد مستقیماً نام نیروهای مسلح ذکر شده و آنان ملزم به انجام اقداماتی شده‌اند. در برخی موارد دیگر هرچند در مصوبه تصریحی به نام نیروهای مسلح نشده است. اما قانونگذار چون مصوبه را به صورت عام بیان می‌کند، نیروهای مسلح نیز مشمول قاعده عام می‌شوند. در هر دو حالت اگر تکلیف‌های اعمال شده بر نیروهای مسلح بدون اذن رهبری باشد از سوی شورای نگهبان مغایر بند ۴ اصل ۱۱۰ قانون اساسی و خلاف شرع تشخیص داده می‌شود. موارد زیر نمونه‌هایی از حالت اول است که مجلس شورای اسلامی تکلیفی را به صورت مستقیم بر نیروهای مسلح اعمال کرده است.

در تبصره ۱ بند ۱ ماده ۷ «طرح تقویت و توسعه نظام استاندارد»، وزارت دفاع مکلف شد که تعیین، تدوین، نشر و اجرا و نظارت بر استانداردهای نظامی را انجام دهد. شورای نگهبان در نظر شماره ۹۵/۱۰۰/۳۹۶۶ مورخ ۱۳۹۵/۱۰/۱۸ این مصوبه را مغایر اصل ۱۱۰ قانون اساسی شناخت. در مرحله دوم با اضافه شدن واژه اذن رهبری ایراد شورا رفع شد. در ماده ۱۶۴ «لایحه برنامه سوم توسعه»، نیروهای مقاومت بسیج مکلف شدند برای اعتلای معرفت دینی و قرآنی اقداماتی را انجام دهند. شورای نگهبان در نظر شماره ۷۸/۲۱/۵۸۵۸ مورخ ۱۳۷۸/۰۹/۳۰ بیان کرد که تعیین تکلیف برای نیروی مقاومت بسیج چون زیر نظر مقام معظم رهبری هستند، بدون موافقت معظم‌له خلاف موازین شرعی است.

در نمونه‌ای دیگر در طرح «قانون ارتش جمهوری اسلامی ایران» مصوب ۱۳۶۶/۰۳/۲۴ مجلس شورای اسلامی، شورای نگهبان در خصوص عدم صلاحیت مجلس در ایجاد تکلیف برای نیروهای مسلح به صورت صریح اظهار نظر می‌کند. شورای نگهبان در نظر شماره ۸۵۷۷ مورخ ۱۳۶۶/۰۴/۱۵ بیان می‌کند که اختیارات و اموری که در این طرح علاوه بر اختیارات

مذکور در اصل ۱۱۰ برای مقام رهبری و فرمانده کل قوا منظور شده است، شرعاً و برحسب قانون اساسی در قلمرو ولایت اوست، از این رو تعیین وظیفه و تکلیف و اعطای اختیار در امری دون امری برای مقام رهبری که مافوق قوای سه‌گانه است، خارج از صلاحیت قوه مقننه است، بنابراین قرار دادن نیروهای انتظامی، ژاندارمری، شهربانی، کمیته در محدوده فرماندهی کل قوا و محول کردن تصویب امور دیگر و اعطای اختیار به موجب قانون عادی مغایر با قانون اساسی است. همچنین در بند ۹ تبصره ۹ «لایحه بودجه ۱۳۸۰» به دولت اجازه داده شده بود که تعدادی از مشمولان مازاد خدمت نظام وظیفه را که آموزش نظامی را در نیروهای مقاومت بسیج سپاه پاسداران انقلاب اسلامی یا یکی از مراکز نظامی دیده یا می‌بینند، از خدمت نظام وظیفه معاف شوند. این مصوبه سبب می‌شد که نیروهای مسلح مکلف به معاف کردن برخی افراد شوند، در صورتی که موافقت فرماندهی کل نیروهای مسلح نیز شرط نشده بود. شورای نگهبان در نظر شماره ۷۹/۲۱/۱۷۲۱ مورخ ۱۳۷۹/۱۱/۱۳ بیان می‌کند که با توجه به ارتباط موضوع با نیروهای مسلح، عدم کسب موافقت فرماندهی معظم کل قوا خلاف بند ۴ اصل ۱۱۰ قانون اساسی و مغایر با موازین شرعی است.

موارد زیر نمونه‌هایی از حالت دوم است که هرچند تصریحی به نام نیروهای مسلح در متن مصوبات صورت نگرفته است، اما متن مصوبه چون اطلاق دارد، نیروهای مسلح را نیز شامل می‌شود. شورای نگهبان در نظر شماره ۸۷/۳۰/۲۸۳۸۵ مورخ ۱۳۸۷/۶/۳ در رابطه با «اساسنامه سازمان تنظیم مقررات و ارتباطات رادیویی» مصوب ۱۳۸۷/۰۳/۲۶ هیأت وزیران از آن حیث که در بند ۸ ماده ۶ اساسنامه یکی از وظایف سازمان را به صورت مطلق تنظیم، مدیریت و کنترل فضای فرکانسی کشور ذکر کرده بود و از این حیث که فرکانس ارتش و نیروهای مسلح را نیز در برمی‌گرفت، مغایر اصول ۱۱۰ و ۱۷۵ قانون اساسی شناخت. در مرحله دوم، مجلس شورای اسلامی با اضافه کردن عبارت «در چارچوب قانون وظایف و اختیارات وزارت ارتباطات و فناوری اطلاعات (مصوب ۱۳۸۲) و سایر قوانین و مقررات مربوط» مصوبه را از حالت عام بودن خارج کرد و مورد تأیید شورای نگهبان واقع شد. در نمونه‌ای دیگر شورای نگهبان در نظر شماره ۸۲/۳۰/۶۲۶۳ مورخ ۱۳۸۲/۱۰/۱۴ ضمن بررسی «لایحه ساختار نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی» بندهایی که به صورت عمومی تکالیف را بر عهده دستگاه‌ها قرار داده بود و نیروهای مسلح را نیز شامل می‌شد، تأیید نکرد. شورای نگهبان با ارائه این استدلال که مصوبه اختیارات ناشی از فرماندهی معظم کل قوا از نیروهای مسلح بدون اذن معظم‌له سلب کرده است، متن مصوبه را خلاف موازین شرع و مغایر بند ۴ اصل ۱۱۰ قانون اساسی شناخت.^{۲۴} البته شورای نگهبان در موارد انگشت‌شماری خلاف رویه همیشگی عمل کرده و با

اینکه مجلس نیروهای مسلح را بدون اذن رهبری مکلف به انجام برخی امور کرده است، اما با ایراد شورا مواجه نشده است. این گونه موارد به نوعی نقض کننده مبانی نظرات شورای نگهبان در خصوص فرماندهی کل نیروهای مسلح و مخالف رویه رایج آن است. در لوایح بودجه مربوط به سال‌های مختلف در مواردی هرچند برای نیروهای مسلح تکالیفی تعیین می‌شود، اما با ایراد شورای نگهبان مواجه نمی‌شود. به طور مثال در بند «ه» تبصره ۱۱ لایحه بودجه ۱۳۹۷ کل کشور نیروهای مسلح مکلف شده بودند کمک‌هزینه مسکن کارکنان ساکن در خانه‌های سازمانی را از حقوق ماهانه آنان کسر و به حساب خزانه‌داری کل کشور واریز کنند. شایان ذکر است این حکم در بند «ج» تبصره ۱۱ بودجه‌های سال‌های ۱۳۹۸ و ۱۳۹۹ و بند «ب» تبصره ۱۱ قانون بودجه ۱۴۰۰ کل کشور نیز عیناً تکرار شده است و مورد ایراد شورای نگهبان نیز قرار نگرفته است. در بند «ز» تبصره ۱۷ قانون بودجه ۱۳۹۷ کل کشور نیروهای مسلح مکلف شده بودند امکانات بیمارستانی و خدمات بهداشتی خود را به کلیه افراد که بیمه دولتی هستند، مطابق با تعرفه دولتی ارائه کنند. این تکلیف نیروهای مسلح نیز مورد ایراد شورای نگهبان قرار نگرفته است.

۳-۴. اعطای اختیار به نیروهای مسلح توسط مجلس شورای اسلامی

علاوه بر اینکه هیچ نهادی صلاحیت اعمال تکلیف به هیچ نحوی بر نیروهای مسلح را بدون موافقت رهبری ندارد، هیچ نهادی صلاحیت اعطای اختیارات به نیروهای مسلح بدون اذن رهبری را نیز ندارد و نیروهای مسلح نیز بدون اذن (مستقیم یا غیرمستقیم) ایشان نمی‌توانند اقدامی انجام دهند. شورای نگهبان در مصوباتی را که اختیاراتی به نیروهای مسلح داده شده، اما اذن رهبری شرط نشده است، واجد ایراد دانسته است.

در بند «الف» تبصره ۱۲ «لایحه بودجه ۱۳۸۰» به نیروهای نظامی و انتظامی اجازه داده شد که با تشکیل کمیونی، ساختمان‌هایی که در اوایل انقلاب و زمان جنگ تحمیلی تصرف شده بود، در صورت نیاز به صاحبان آنان بازگردانده شود. شورای نگهبان در نظر شماره ۷۹/۲۱/۱۷۱۳ مورخ ۱۳۷۹/۱۱/۱۳ بیان می‌کند که در مورد ساختمان‌هایی که در تصرف نهادها و نیروهای مسلح است که زیر نظر رهبری است، چون رعایت نظر موافق آن مقام را شرط ننموده است خلاف شرع است. این نظر شورای نگهبان از آن جهت که برخلاف رویه همیشگی خود مغایر بند ۴ اصل ۱۱۰ قانون اساسی نیز تشخیص داده نشده است، قابل نقد به نظر می‌رسد. همچنین در طرح «حمایت قضایی از بسیج»، به بسیج این اختیار داده شد که هنگام برخورد با جرائم مشهود در صورت عدم حضور ضابطان قضایی دیگر یا عدم اقدام به موقع آن‌ها و اعلام نیاز آنان، همانند ضابطین قوه قضاییه عمل کنند. شورای نگهبان در نظر

شماره ۳۸۱۱ مورخ ۱۳۷۱/۸/۲۰ این مصوبه را از این جهت که بسیج بدون دستور فرماندهی کل قوا نمی‌تواند کاری انجام دهد و لازم است آیین‌نامه اجرایی این قانون در نهایت به تصویب فرماندهی کل قوا برسد تأیید نکرد.

۳-۵. سیاستگذاری برای نیروهای مسلح توسط مجلس شورای اسلامی

عالم‌ان و پژوهندگان سیاستگذاری در ارائه تعریف از چیستی سیاستگذاری تحت تأثیر خاستگاه فکری و رویکردشان نسبت به مفهوم سیاست قرار دارند. به همین دلیل تعاریفشان همسان نیست (غلامپور آهنگر، ۱۳۹۲: ۷) به صورت خلاصه سیاستگذاری، طراحی و برنامه‌ریزی روش‌ها و راه‌هایی برای دستیابی به اهداف معین در زمینه‌های مشخص است. با توجه به تعریف سیاستگذاری می‌توان مراحل سیاستگذاری را گردآوری داده‌ها، برنامه‌ریزی، اجرا، ارزیابی و اصلاح تقسیم کرد (رضاییان، ۱۳۸۷: ۸۹). از مهم‌ترین شرایط صحت فرایند سیاستگذاری، برنامه‌ریزی و اجرایی شدن سیاست‌ها آن است که سیاستگذاران و برنامه‌ریزان در راستای نظام فکری رهبران آن جامعه تدبیر و طراحی کنند. در صورتی که رهبران قائل به سیاست‌ها نباشند به صورت طبیعی آنان را اجرا نخواهند کرد و این اقدام بی‌معنا خواهد بود. بنابراین روش منطقی آن است که سیاستگذاری در خصوص امور نظارت و مدیریت مجریان و رهبران این حوزه‌ها باشد. در نیروهای مسلح نیز منطقی‌ترین حالت آن است که سیاستگذاری در خصوص نیروها هماهنگ با نظام فکری فرمانده نیروها صورت گیرد. در کشور ما با توجه به اینکه فرماندهی نیروهای مسلح در اختیار رهبری قرار گرفته است و رهبری عالی‌ترین مقام رسمی کشور نیز شناخته می‌شود، لازمه اینکه فرماندهی به نحو مطلوب صورت گیرد، آن است که سیاستگذاری هم در کنار سایر امور مربوط به نیروهای مسلح به صورت متمرکز در اختیار فرمانده نیروهای مسلح باشد. علاوه بر این موضوع، اگر فرایند سیاستگذاری را شامل تهیه دستور کار، تدوین و تنظیم سیاست، اتخاذ سیاست، تحقق سیاست، برآورد سیاست تقسیم‌بندی کنیم (جلیلی قاسم آقا، ۱۳۹۷: ۱۱۰)، آگاه‌ترین فرد به فرایند سیاستگذاری در نیروهای مسلح فرمانده این نیروهاست. شورای نگهبان نیز مطابق با این نوع نگاه، امر سیاستگذاری و راهبری کلان نیروهای مسلح را در صلاحیت رهبری می‌داند و معتقد است که عدم مغایرت این سیاست‌های کلان با تدابیر رهبری کافی نیست و این سیاست‌ها باید به موافقت رهبری نیز برسند.

در «لایحه تشکیل سازمان صنایع هوایی نیروهای مسلح»، به وزارت دفاع و پشتیبانی نیروهای مسلح اجازه داده شده بود به منظور تمرکز سیاستگذاری، هماهنگی، برنامه‌ریزی، نظارت، کنترل و اجرای فعالیت‌های صنعتی هوایی نیروهای مسلح، سازمان صنایع هوایی نیروهای مسلح را تشکیل دهد. شورای نگهبان در نظر شماره ۸۱/۳۰/۶۰۲ مورخ ۱۳۸۱/۰۳/۷

صراحتاً ذکر می‌کند که تمرکز سیاستگذاری، هماهنگی، برنامه‌ریزی، نظارت و کنترل فعالیت‌های صنعت هوایی نیروهای مسلح از اختیارات فرماندهی معظم کل قواست و نهاد دیگری در این زمینه صالح نیست. در مرحله دوم هرچند واژه «در چارچوب سیاست‌های فرماندهی کل قوا» به ابتدای این ماده اضافه می‌شود، اما شورای نگهبان مجدداً آن را خلاف بند ۴ اصل ۱۱۰ قانون اساسی تشخیص می‌دهد. در مرحله سوم به ابتدای ماده واژه «با موافقت فرماندهی کل قوا» اضافه می‌شود که در این حالت به تأیید شورای نگهبان می‌رسد.

۳-۶. صلاحیت رهبری در تعیین ضوابط مالی مربوط به نیروهای مسلح

در مواردی اتفاق افتاده است که رهبری در راستای سیاست‌های خود در رابطه با نیروهای مسلح اقدام به تأسیس نهاد و دستگاه جدیدی کرده است و ظاهراً فرمان داده‌اند که بودجه این نهاد در بودجه سالیانه کل کشور تخصیص داده شود. در صورتی که دولت و مجلس خلاف این فرمان اقدام کنند مورد ایراد شورای نگهبان قرار می‌گیرد. شورای نگهبان در نظر شماره ۸۰/۲۱/۳۴۲۸ مورخ ۱۳۸۰/۱۲/۱۵ در خصوص بودجه ۱۳۸۱ بیان می‌کند که «نظر به اینکه ردیف‌های مستقلی برای حفاظت اطلاعات و عقیدتی سیاسی نیروهای مسلح در بودجه سال ۱۳۸۱ پیش‌بینی نشده است و این امر با فرمان مقام معظم رهبری و فرماندهی معظم کل قوا مغایرت دارد، از این رو خلاف اصول ۵۷ و بند ۴ اصل ۱۱۰ قانون اساسی شناخته شد». در مرحله دوم مجلس شورای اسلامی مجدداً ردیف بودجه مستقلی برای سازمان‌های حفاظت اطلاعات و عقیدتی سیاسی نیروهای مسلح اختصاص نمی‌دهد. شورای نگهبان در مرحله دوم مجدداً ایراد قبلی خود را باقی می‌داند. در مرحله سوم مجلس شورای اسلامی بر مصوبه خود اصرار می‌کند و آن را به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارسال می‌کند. مجمع تشخیص مصلحت نظام نیز سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور را موظف می‌کند همانند بودجه سنوات گذشته، برای حفاظت اطلاعات و عقیدتی سیاسی نیروهای مسلح ردیف‌های بودجه‌ای مستقل منظور کند.

نتیجه‌گیری

فرماندهی رکن اساسی و محوری نیروهای مسلح است و آنان را راهبری و هدایت می‌کند. از نظر شورای نگهبان ضرورت فرماندهی و جایگاه رهبری در قانون اساسی ایجاب می‌کند که همه امور مربوط به نیروهای مسلح (قاعده‌گذاری، نظارت و اجرا) تحت تدابیر فرمانده این نیروها انجام گیرد. در رویه شورای نگهبان رعایت تدابیر فرماندهی کل نیروهای مسلح در قانونگذاری مجلس برای این نیروها اولویت دارد و هرگونه قانونگذاری در خصوص نیروهای مسلح باید با تأیید فرمانده کل صورت گیرد.

از نگاه شورای نگهبان با توجه به جایگاه ولی فقیه در نظام اسلامی و اصل ۵۷ قانون اساسی که قوای سه‌گانه زیر نظر ولایت مطلقه امر و امامت امت قرار گرفته‌اند، مجلس شورای اسلامی زیر نظر رهبری تعریف می‌شود و صلاحیت ایجاد تکلیف بر ولی فقیه و نهادهای زیر نظر ایشان را دارا نیست. بررسی رویه شورای نگهبان نشان داد که این شورا یکی از شئون فرمانده بودن رهبری در نیروهای مسلح را تسلط، مدیریت و نظارت کامل ایشان بر ساختار و تشکیلات نیروهای مسلح می‌داند. بنابراین هرگونه تغییر در ساختار نیروهای مسلح که با موافقت ایشان صورت نگیرد یا ابتکار عمل در تغییر در ساختار نیروهای مسلح را از ایشان سلب کند را مغایر بند ۴ اصل ۱۱۰ قانون اساسی تشخیص می‌دهد. یکی دیگر از شئون فرماندهی در نیروهای مسلح آن است که فرمانده اختیار عزل و نصب در بخش‌های مختلف نیروهای تحت امر خود را داشته باشد و از همین منظر شورای نگهبان اختیار فرماندهی کلی نیروهای مسلح را محدود در موارد ذکر نشده در بند ۶ اصل ۱۱۰ قانون اساسی ندانسته است و معتقد است که هرگونه عزل و نصب در نیروهای مسلح باید به صورت مستقیم یا غیرمستقیم توسط رهبری انجام گیرد. از نظر شورای نگهبان مجلس شورای اسلامی صلاحیت سیاستگذاری برای نیروهای مسلح بدون موافقت رهبری را ندارد و در صورتی که به هر نحوی برای نیروهای مسلح تکلیفی ایجاد شود یا اختیاری اعطا شود، باید با هماهنگی و تأیید فرماندهی کل نیروهای مسلح باشد.

یادداشت‌ها

۱. بند ۱۶ سیاست‌های کلی نظام قانونگذاری ابلاغی رهبری؛ ۱۳۹۸/۷/۶: «رعایت تدابیر فرماندهی کل نیروهای مسلح در قانونگذاری برای نیروهای مسلح».
۲. قابل ذکر است که در مراحل نهایی این پژوهش در نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران (ناجا) برخی تغییرات ساختاری صورت گرفت و ساختار سازمانی آن به فرماندهی انتظامی جمهوری اسلامی (فراجا) ارتقا یافت. به همین دلیل عنوان فرماندهی انتظامی، به همراه عنوان نیروی انتظامی در پراکنش ذکر شده است.
۳. ر.ک: ماده ۱ آیین‌نامه انضباطی نیروهای مسلح، ابلاغی رهبر معظم انقلاب، بند ۳ قانون اصلاح موادی از قانون خدمت و وظیفه عمومی مصوب ۱۳۹۰، بند ۱ ماده ۱ آیین‌نامه اجرایی درصد جانبازی مصوب ۱۳۸۸.
۴. ماده ۱۴ قانون ارتش جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۶۶، ماده ۵ قانون نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران، ماده ۱۷ آیین‌نامه انضباطی نیروهای مسلح ابلاغی رهبر معظم انقلاب.
۵. ماده ۱۷ آیین‌نامه انضباطی نیروهای مسلح.
۶. ماده ۳ قانون تشکیل وزارت دفاع مصوب ۱۳۶۸/۰۸/۲۵ و ماده ۱۸ آیین‌نامه انضباطی نیروهای مسلح.
۷. ماده ۱۵ آیین‌نامه انضباطی نیروهای مسلح.
۸. ماده ۱۶ آیین‌نامه انضباطی نیروهای مسلح.
۹. تبصره ماده ۱۹ آیین‌نامه انضباطی نیروهای مسلح: دفتر عقیدتی سیاسی فرماندهی کل قوا، دفتر عمومی حفاظت اطلاعات فرماندهی کل قوا، سازمان‌های عقیدتی سیاسی و حفاظت و اطلاعات ارتش، نمایندگی ولی فقیه و حفاظت اطلاعات در سپاه، عقیدتی سیاسی و حفاظت اطلاعات در نیروی انتظامی وزارت دفاع و پشتیبانی نیروی مسلح به‌عنوان بخشی از ستاد فرماندهی کل قوا، ارتش جمهوری اسلامی ایران، سپاه پاسداران انقلاب اسلامی، نیروی انتظامی و وزارت دفاع و پشتیبانی نیروهای مسلح می‌باشد که با سلسله‌مراتب مستقل و متمرکز مستقیماً تحت امر مقام معظم رهبری و در کنار نیروهای مسلح انجام وظیفه می‌نمایند.
۱۰. ماده ۴ آیین‌نامه انضباطی نیروهای مسلح.
۱۱. ماده ۱۵ آیین‌نامه انضباطی نیروهای مسلح.
۱۲. ر.ک: جوادی آملی، ۱۳۸۳: ۲۵۱؛ مصباح یزدی، ۱۳۸۵: ۹۳؛ خمینی موسوی، ۱۳۶۳، ج ۲: ۴۶۷؛ مومن، ۱۴۱۵ق: ۱۳.
۱۳. ر.ک: صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۴، ج ۲: ۱۱۰۹ - ۱۲۰۶ اظهارات حسن آیت و موسوی اردبیلی.
۱۴. ر.ک: صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۴: ۲۹۸-۲۹۹ و ۶۸۱-۶۸۰ و ۱۳۴۹.
۱۵. به‌طور مثال مواردی مانند اساسنامه سازمان پدافند غیرعامل کشور ابلاغی مورخ ۱۳۹۳/۰۹/۱۷، اساسنامه بنیاد حفظ آثار و ارزش‌های دفاع مقدس ابلاغی مورخ ۱۳۸۳/۱۲/۲۲، اساسنامه بنیاد تعاون وزارت دفاع ابلاغی مورخ ۱۳۷۹/۱۰/۱۵، دستورالعمل تشکیل یگان‌های حفاظت در دستگاه‌های کشوری ابلاغی مورخ ۱۳۷۹/۰۴/۰۵، آیین‌نامه انضباطی نیروهای مسلح ابلاغی ۱۳۸۳ و ده‌ها مورد دیگر توسط فرماندهی کل نیروهای مسلح ابلاغ شده است.
۱۶. به‌طور مثال مواردی مانند دستورالعمل ساماندهی امور مشمولین امریه مأمور به دستگاه‌های اجرایی غیرنظامی



- کشور ابلاغی مورخ ۱۴۰۰/۰۸/۱۲، دستورالعمل نحوه دستور کار شورای عالی و شوراهای پیشگیری از وقوع جرائم و تخلفات نیروهای مسلح ابلاغی مورخ ۱۳۹۷/۰۱/۱۸، دستورالعمل سنجش و ارزیابی سلامت روانی کارکنان وظیفه در مراکز آموزشی ن.م ابلاغی ۱۳۹۶/۱۰/۲۴، اساسنامه شرکت طراحی و ساخت موتورهای هوایی ابلاغی مورخ ۱۳۹۳/۰۱/۱۹ و ده‌ها مورد دیگر توسط ستاد کل نیروهای مسلح ابلاغ شده است.
۱۷. قشایان ذکر است تمامی استناداتی که در این پژوهش به نظرات شورای نگهبان انجام شده است در سامانه جامع نظرات شورای نگهبان به نشانی رویه‌رو قابل دسترسی است: <http://nazarat.shora-rc.ir>
۱۸. قابل ذکر است که رویه حاکم بر شورای نگهبان در این رابطه در نظرات دیگری نیز مطرح شده است که عبارت‌اند از: نظر شماره ۸۱/۳۰/۱۹۶۰ مورخ ۸۱/۳۰/۱۹۱۰، نظر شماره ۸۱/۳۰/۶۰۲ مورخ ۸۱/۳۰/۱۳۸۱/۳/۷، نظر شماره ۸۱/۳۰/۱۸۶۲ مورخ ۸۱/۳۰/۱۳۸۱/۰۸/۲۳.
۱۹. ماده ۲۰ آیین‌نامه انضباطی نیروهای مسلح ابلاغی رهبر معظم انقلاب.
۲۰. ماده ۱۶ آیین‌نامه انضباطی نیروهای مسلح ابلاغی رهبر معظم انقلاب.
۲۱. مواد ۷ و ۸ قانون تأسیس وزارت اطلاعات مصوب ۱۳۶۲/۰۵/۲۷ مجلس شورای اسلامی
۲۲. ماده ۹۸: انتصاب و عزل فرماندهان و مدیران منصوب در محل‌های سرتیپی و بالا با تصویب فرماندهی کل قوا و در مورد سایر کارکنان بر اساس اختیاراتی است که بنا به مورد در آیین‌نامه موضوع ماده ۱۰۲ این قانون تعیین می‌گردد.
۲۳. شایان ذکر است که رویه حاکم بر شورای نگهبان در این رابطه در نظرات دیگری نیز مطرح شده است که عبارت‌اند از: نظر شماره ۱۰۲/۲۷۳۳۴ مورخ ۱۴۰۰/۰۶/۰۷، نظر شماره ۱۰۲/۲۹۲۴۸ مورخ ۱۴۰۰/۱۰/۲۸، نظر شماره ۹۴/۱۰۲/۵۹۳۹ مورخ ۱۳۹۴/۱۲/۲۲، نظر شماره ۴۵۹۴ مورخ ۱۳۶۱/۳/۴.
۲۴. قابل ذکر است که رویه حاکم بر شورای نگهبان در این رابطه در نظرات دیگری نیز مطرح شده است که عبارت‌اند از: نظر شماره ۱۰۲/۲۵۰۷۰ مورخ ۱۴۰۰/۰۲/۱۲، نظر شماره ۸۴۸/۱۰۲/۹۵ مورخ ۱۳۹۵/۳/۱۹، نظر شماره ۷۹/۲۱/۱۷۱۳ مورخ ۱۳۷۹/۱۱/۱۳، نظر شماره ۸۲/۳۰/۲۹۷۲ مورخ ۱۳۸۲/۲/۲۲، نظر شماره ۷۹/۲۱/۱۷۱۳ مورخ ۱۳۷۹/۱۱/۱۳.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

۱. اشراقی، مهرداد؛ یآوری، علیرضا (۱۳۹۸)، «الگوی مرحله محور بازی جنگ در فرماندهی و کنترل»، فصلنامه علمی-پژوهشی فرماندهی و کنترل، سال سوم، ش ۴، زمستان، ص ۱-۱۸.
۲. پیرزاد فرد، قدرت‌الله (۱۳۸۴)، «اصول جنگ و ارتباط آن در عملیات ویژه و مشترک»، فصلنامه علوم و فنون نظامی، پاییز و زمستان، سال دوم، ش ۴.
۳. جلیلی قاسم آقا، امید (۱۳۹۷)، «سیاست‌گذاری: مفاهیم الگوها و فرایندها»، مجله علمی تخصصی رویکردهای پژوهی نوین در مدیریت و حسابداری، ش ۴، بهار، ص ۱۰۶-۱۱۴.
۴. جوان آراسته، حسین؛ ملک افضل، محسن (۱۴۰۰)، حقوق اساسی ۲: قوا و نهادهای حکومت، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۵. جوان آراسته، حسین (۱۳۸۸)، گزینش رهبر و نظارت بر او در نظام جمهوری اسلامی ایران، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۶. ----- (۱۳۹۵)، «تفکیک قوا در نظام سیاسی اسلام و جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال چهل‌ونهم، ش ۱، بهار و تابستان، ص ۵۱-۶۷.
۷. رستمی، ولی؛ قطبی، میلاد (۱۳۹۳)، «تحلیلی بر مفهوم نهادهای زیر نظر رهبری در نظام تقنینی ایران»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال سوم، ش ۹.
۸. رضاییان، علی (۱۳۹۳)، اصول مدیریت، تهران: سمت، چ بیست‌وپنجم.
۹. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۶۴)، اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، تهران.
۱۰. عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۷)، کلیات حقوق اساسی ایران، تهران: مجد، چ دوم.

۱۱. غلامپور آهنگر، علی (۱۳۹۲)، سیاست‌گذاری عمومی و سیاست‌پژوهی چیستی سیاست‌گذاری عمومی، مرکز پژوهش‌های مجلس، شماره مسلسل ۱۳۰۶۴.
۱۲. محمدی‌فر، ناصر (۱۳۸۴)، «فرمانده و هنر نظامی»، فصلنامه مدیریت نظامی، بهار و تابستان، ش ۱۷.
۱۳. مختاری دستنایی، امین؛ کرمی، حامد (۱۳۹۶)، «حقوق حاکم بر اموال نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ش ۸۰، ص ۳۳۷-۳۶۱.
۱۴. میرشفیعی، نصرالله؛ الوانی، مهدی (۱۳۶۸)، مدیریت تولید، آستان قدس رضوی.
۱۵. هاشمی، سید محمد (۱۳۸۰)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران: حاکمیت و نهادهای سیاسی وابسته، تهران: میزان، ج ۲.

References

A) Book

1. Javan Arasteh, Hossein and Mohsen Malik Afzali, Hoquq Asasi 2: Qova va Nahadhaye Hokoomat, Qom: Hozwa and University Research Institute, 1400. (In Persian)
2. Javan Arasteh, Hossein, Gozineshe Rahbar va Nezarat bar oo dar Nezame Jomhoori Eslami Iran, Qom: Hozha and University Research Center, 2018. (In Persian)
3. Rezaeiyan, Ali, Osoole Modiriat, Tehran: Somit Publications, 25th edition, 2013 (In Persian)
4. Soorate Mashroohe Mozakerate Majles Barresi Nahayii Qanoon Asasi Jomhoori eslami Iran, General Department of Cultural Affairs and Public Relations of the Islamic Council, Tehran, 1364 (In Persian)
5. Amid Zanjani, Abbas Ali, Koliatie Hoquq Asasi Iran, Tehran: Majd Publications, second edition, 2017 (In Persian)
6. Mirshfiei, Nasrallah and Mehdi Elwani, Modiriate Tolid, Astan Quds Razavi, 1368 (In Persian)
7. Hashemi, Seyyed Mohammad, Hoquq Asasi Jomhoori Eslami Iran: Hakemiat va Nahadhaye Siasi vabaste , Second Volume, Tehran: Mizan Publications, 1380 (In Persian)

B) Articles

1. Jalili Qasim Agha, Omid, "Siasat Gozari: Mafahim, Olgooha va Farayandha", specialized scientific journal of modern research approaches in management and accounting, number 4, Spring 2017, pp. 106-114. (In Persian)
2. Javan Arasteh, Hossein, " The Separation of Powers in the Political System of Islam and the Islamic Republic of Iran ", Fiqh and Fundamentals of Islamic Law Quarterly, Year 49, Number 1, Spring and Summer 2015, pp. 51-67
3. Gholampour Ahangar, Ali, "Siasatgozari Omoomi va Siasate Pazhooheshi, Chisti Siasatgozari Omoomi", Majlis Research Center, 2012, serial number 13064 (In Persian)
4. Mohammadi Far, Nasser, "Farmande va Honare Nezami", Military Management Quarterly, No. 17, Spring and Summer 2014. (In Persian)
5. Mokhtari Dastanai, Amin and Hamed Karmi, " The Legal Status of the Property of the Iranian Armed Forces ", Legal Research Quarterly, No. 80, pp. 337-361, 2016
6. Eshraghi, Mehrdad and Alireza Yavari, " Stage-centered Pattern of War Game in Command and Control ", Scientific-Research Quarterly of Command and Control, 3rd year, 4th issue, winter 2018, pp. 1-18.
7. Pirzad Fard, Qadratullah, " The Principles of War and its Relationship in Special Operations ", Quarterly Journal of Military Sciences and Techniques, second year, number 4, fall and winter 2014
8. Rostami, Vali and Milad Qutbi, " An analysis on the concept of "institutions under the supervision of the leader" in the Iranian legislative system ", Quarterly Journal of Public Law knowledge, third year, number 9, autumn 2013.

درخواست اشتراک
فصلنامه‌ی دانش حقوق عمومی

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

بهای اشتراک سالانه (چهار شماره): ۲/۶۰۰/۰۰۰ ریال بعلاوه‌ی هزینه‌ی ارسال
علاقتمندان می‌توانند بهای اشتراک سالانه را که شامل هزینه‌های ارسال نیز می‌شود، به حساب
زیر نزد بانک صادرات ایران به نام «انتشارات پژوهشکده شورای نگهبان» واریز و علاوه بر
تکمیل فرم مربوطه در سامانه فصلنامه به آدرس mag.shora-rc.ir، تصویر فیش را در
سامانه پیوست نمایند.

شماره حساب: ۰۱۰۸۱۲۹۰۹۳۰۰۹ شماره کارت: ۶۰۳۷۶۹۱۹۸۰۰۴۷۳۷۷

شماره شبدا: ۰۹ ۰۹۳۰ ۸۱۲۹ ۰۰۱۰ ۰۰۰۰ ۰۱۹۰ IR۸۷

تهران، خیابان شهید مطهری^(ر)، خیابان شهید سرافراز، کوچه پنجم پلاک ۱۱

پژوهشکده شورای نگهبان، فصلنامه دانش حقوق عمومی

کدپستی: ۱۵۹۷۸۵۶۱۱۳

تلفن: ۰۲۱-۸۸۵۳۳۴۲۹ فکس: ۰۲۱-۶۴۰۱۴۸۱۷

Evaluating The Correlation Between the General Legislative Competence of Parliament and the Supreme Command of the Armed Forces in the Guardian Council's Practice

Mostafa Mansourian^{1*} Hamzeh khosravi^{2},**

1- Assistant Professor, Faculty of Judicial rights, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran

2- A. in (Public Law), Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabatabaai, University, Tehran, Ira

Abstract

The Islamic Consultative Assembly, on one hand, has the general legislative power in accordance with Article 71 of the [Iranian] Constitution, and on the other hand, under Article 110, Paragraph 4 of the Constitution the supreme command of the armed forces is entrusted to the Leader as commander-in-chief. In some cases, the Islamic Consultative Assembly enacts laws on matters related to the armed forces, which may not comply with the measures and orders issued by the commander-in-chief. This research, with a descriptive-analytical approach, examines the relationship between the general legislative competence of parliament and the requirements of the supreme command of the armed forces in the practice of the Guardian Council. The findings indicate that in the view of the Guardian Council, the competence of the commander-in-chief, as well as the sub-leadership of the Islamic Consultative Assembly, requires that all policy-making, monitoring and implementation in the armed forces be led by the Leader. In this regard, the Guardian Council believes that any change in the organization of the armed forces, appointment dismissal of commanders and officials, granting of authority or assignment to the armed forces, and policy-making for them without the authorization of the Leader, is unconstitutional. However, in some cases, the Guardian Council has acted contrary to its general practice. In this study such cases have also been examined..

Keywords:

General Command of the Armed Forces, General legislative competence, Armed Forces , Procedure of the Guardian Council, Paragraph 4 of Article 110 of the Constitution.

* **Email:** Mansourian@ujsas.ac.ir

****Email** hamzekhosravi08@gmail.com (Corresponding Author)

The Role of Generational Approaches in the Validity of the Constitution of the Islamic Republic of Iran

Maryam Ziaee NajafAbadi ^{1*}

1- Assistant Professor, Department of Law, Islamic Azad University, Qazvin Branch, Qazvin. Iran

Abstract

Different generational approaches (from intergenerational agreement to intergenerational rupture and collapse) are studied and analyzed in "generational sociology". In law and political science, crediting or discrediting the law and legal political system has been proposed in the form of a range of opinions and ideas. In explaining the relationship between these two areas, the question arises, how different generational approaches relate to the process of validating or invalidating the existing Iranian constitutional order? In fact, if generational sociological data confirms the occurrence of a generation gap in Iran, is it possible to revalidate the existing constitution by citing the legal right to self-determination? The following article has examined this relationship as an interdisciplinary study and with a descriptive analytical method. Using trans- generational objects in sociology and pre-constitutional arguments on the one hand and extra-constitutional reasoning on the other, the paper explains the existence of a conflicting relationship between these two categories.

Keywords:

generational change, generational approaches, constitutional law, validity of law, beyond generational.

* **Email:** maryamziaee.law@gmail.com

The Status of "Ossol Amaliya and Jurisprudential Legitimacy" in Governance and Public Law Doctrine

Mohammad Ali Ziai^{1*} Seyyed Mohsen Ghaemi Khargh^{2},**

1- Professor, Seminary, Qom, Iran

2- Professor, seminary, Qom, Iran

Abstract

Ossol amaliya as a method of removing confusion in the absence of a definite and valid reason is a solution that has been followed mainly in individual jurisprudence and in private and criminal law. In public law and governance, including economic, political and cultural, in some cases, these principles have been the basis of action of various institutions. However, this article, in line with the methodology of public law and international law, recognizes the difference between the method of interpretation of religious sources and the need to improve the criteria for inferring rulings in order to prevent the isolation or distortion of religion. Therefore, the main issue of this descriptive-analytical research is the possibility or refusal to invoke Ossol amaliya as well as the method of invoking these principles in governance. It seems that in line with the "necessity of establishing and completing the language of the Shari'a in order to understand history", the Ossol amaliya are not suitable language for the level of governance and can only be used in governance in the form of "approach". The taste of the Shari'a also greatly enhances the preservation of the system of citing Ossol amaliya.

Keywords:

Ossol amaliya, governance, public law, caution, taste of the legislator.

* **Email:** aghai.somayeh@yahoo.com

****Email** m.ghaemi313@gmail.com (Corresponding Author)

president's privilege of the title of authority will be given. Because legislation, judiciary and implementation of laws are the affairs of the absolute authority of the jurist and considering that these affairs are delegated to triple forces in the system of the Islamic Republic of Iran, political representatives, who are called people's lawyers, as well as the president, have the title of authority, that this province is during the absolute jurisprudence of the jurist and it is obtained by means of tacit (representatives of parliament) and official (president) confirmation. It goes without saying that the nature of elections in the process of electing parliament members and the president is allegiance to the Islamic government because, as mentioned, the works of the triple forces are the affairs of the absolute authority of the jurist, whose implementation has been entrusted to the aforementioned forces.

Keywords:

president, authority, representation, allegiance, validity of the president's decisions, Article 113 of the Constitution.

The Validity of the Presidents' Decisions in the Iranian Legal System with a View to the Concepts of Governorship, Advocacy and Allegiance

Reza Elhami^{1*}, Zahra Vatani^{2**}, Mandana Mirzaei^{3***}

1- Assistant Professor, Department of Islamic Jurisprudence and Law, Faculty of Theology and Islamic Sciences, Tabriz University, Tabriz, Iran

2- Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Research Institute of Imam Khomeini (PBUH) and the Islamic Revolution, Tehran, Iran

3- PhD student in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology and Islamic Sciences, Tabriz University, Tabriz, Iran

Abstract

Although criminal laws have strong enforcement instruments, in order According to Article 113 of the Constitution, after the Supreme Leader, the president is the highest official in the country. He is responsible for the implementation of the Constitution and the head of the executive branch, except in matters which are directly related to the Supreme Leader. The rationale of the aforementioned principle is that the president is the highest executive authority. According to Article 114 of the Constitution, he is elected by direct vote of the people. Therefore, considering that the president is elected by the people and takes over the implementation of affairs that are the affairs of the absolute authority of the jurist, it seems necessary to examine the nature of his decisions, in such a way that the president is the lawyer of the people and the validity of his decisions as the decisions of the lawyer is limited to the limits set in the constitution or that he has authority through the implementation of the leader in the determinate compass and whether can act absolutely according to the interests of the wards or is his choice a sign of allegiance and the effects related to it are current? Among these effects, we can mention people's loyalty to all the decisions made.

Therefore, an attempt has been made to explain the concepts of "province", "representation" and "allegiance" with a descriptive-analytical and library method and by adapting them to the limits of the president's powers in the Constitution, the juridical nature of these decisions has been clarified.

Considering these concepts and examining the necessary conditions for the president and the limits of his possessions in the constitution, the

* **Email:** dr.elhami.reza@gmail.com (Corresponding Author)

** **Email:** zh_vatani@hotmail.com

*** **Email:** mandanamirzaei5784@gmail.com

Examining the competence of the Islamic Consultative Assembly in legislating the rules of Sharia

Abbas Kaabi nasab ^{1*}, Reza Mohammadi karaji ^{1**}

1- Member of the Faculty of Law, Imam Khomeini Educational and Research Institute, Qom, Iran.

2- Assistant Professor of the Department of Law, Imam Khomeini Educational and Research Institute, Qom, Iran

Abstract

Regulating the relationship between religious and statutory law, explaining the nature and limits of legislation in an Islamic state, and the different public-law capacities of the Iranian constitution are very important. Regardless of the nature of the function of the Islamic Consultative Assembly with respect to the Sharia and whether it is legislation or codification, this article examines the competence of the Islamic Consultative Assembly in considering Sharia from a jurisprudential and legal point of view. Our research seeks to answer how the discretionary and mandatory authorities of parliament to legislate these regulations logically and within the Iranian legal system can be evaluated. Based on a legal and jurisprudential analysis and with a descriptive-analytical method, this paper will argue that the establishment of fixed, clear, and definite rulings of the Sharia is not within the discretionary authority of parliament.

Keywords

Keywords legislation of Sharia, discretionary jurisdiction, fixed rulings, Majlis jurisdiction, fixed rulings, legislation, Islamic Consultative Assembly.

* **Email:** abbaskaabi@gmail.com

** **Email:** Rbnmw@yahoo.com (Corresponding Author)

An Introduction to the State Function of "Eliminating Unnecessary Organizations"

Mohammad Ghasem Tangestani^{1*}, Mahdi Moradi Berelian^{2}**

1- Assistant Professor, Department of International Law., Faculty of Law and Political Science, Kharazmi University, Tehran, Iran

2- Assistant Professor, Department of Law., Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Mazandaran, Babolsar, Iran

Abstract

One of the important tasks which has been provided in the Constitution for the government is to establish proper administrative system and eliminate unnecessary organizations. After decades of this ruling and the approval of various norms, the government has not yet been able to organize the administrative system in accordance with the aforementioned task. One of the reasons for this failure is the lack of a clear view of the elements of a proper administrative system, especially about the elimination of unnecessary organizations. This article tries to answer the following questions by taking a descriptive-analytical method and analyzing the comments of the Guardian Council: what does eliminating unnecessary organizations mean? What are the responsibilities of government powers in fulfilling this task? The findings of this paper are summarized as follows: The term "unnecessary" includes the organization disproportionate to the missions and the description of the legal duties of the government. Parallel, repetitive, non-functional organizations within the competence of the government are considered as examples of unnecessary organizations. This task is mostly addressed to the executive branch, but other branches of government also have responsibilities in this regard. Finally, there is no significant practice for invoking the "elimination of unnecessary organizations" in the Guardian Council's Opinions.

Keywords:

Proper Administrative System, Article 3 of the Constitution, Governmental Organizations, Efficiency, Government Structure.

* **Email:** m.tangestani@khu.ac.ir (Corresponding Author)

** **Email:** m.moradib@umz.ac.ir

The Attorney General's Jurisdiction to Revive the Rights of the Public: A Case Study of US Unilateral Sanctions

Hossein Khalaf Rezaei^{1*}, Mohammad Moghadami^{2**}

1- Assistant Professor, Department of Public International Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran

2- student Doctoral of Public International Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran

Abstract

Unilateral US sanctions imposed on Iran are an example of hostile policy in interstate relations and disregard for fundamental human rights, including the right to life, health, and development, which are recognized in international law and the fundamental rights of countries, and mechanisms are foreseen to guarantee and support them. In the Iranian legal system, these cases have been identified in the framework of public rights, and the judiciary and the attorney general's office play an inherent mission in restoring these rights. Therefore, the question that arises is how the Attorney General's Office, given the powers specified in the laws and regulations of Iran in restoring public rights, should act in order to restore the rights and interests of the Islamic Republic of Iran deprived of unilateral sanctions. In order to answer this question with a descriptive-analytical method, an attempt has been made to first follow up and monitor the issue of unilateral sanctions, and then the possible ways to pursue and file lawsuits in domestic and international courts have been examined. In this regard, in accordance with the rules and regulations in the system of international responsibility of states, the violation of general and specific obligations of the United States has made it possible to pursue this issue in international courts. Under domestic law, the jurisdiction to hear complaints against persons involved in sanctions in domestic courts has also made it possible for the Attorney General to pursue and supervise in domestic courts.

Keywords

the prosecutor-general, public rights, lawsuit, international law, unilateral sanctions, International Court of Justice.

* **Email:** h.rezaei@ut.ac.ir

** **Email:** moghaddami.m@ut.ac.ir (Corresponding Author)

The Possibility of Retroactive Statutory Interpretation With a Critical Emphasis on the Opinions of the Guardian Council and the Case-law of the Court of Administrative Justice

Mohammad Javaheri Tehrani ^{1*}, Sajad Karimi Pashaki ^{2**}, Reza MohammadiKasjin^{3***}

1- Assistant Professor, Department of Public Law& International, Faculty of Law& political science, University of Shiraz, Fars, Iran

2- Ph.D. student in Public Law, Department of Public and International Law, Faculty of Law, Theology and Political Sciences, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran

3- MA. Student in Public Law, Faculty of Law, College of Farabi, University of Tehran, Qom, Iran

Abstract

Clarity and justice are the characteristics of law. These characteristics require that the law regulates social relations based on justice. According to the Guardian Council, due to Article 73 of the [Iranian] Constitution, the interpretation of statutes should reflect the legislator's intention and must not lead to the creation of a new rule. As such, statutory interpretation should have fair effects. However, in the Iranian legal system, the opinions of the Guardian Council and the case-law of the Court of Administrative Justice tend to validate the statutory construction of the executive authorities as implemented before the interpretation of the statute was approved. The Guardian Council and, consequently, the Court of Administrative Justice, consider their interpretation of a statute as non-retroactive and therefore the actions and omissions of the executive related to the statute as settled. This article analyzes the views of the Guardian Council as well as the Court of Administrative Justice as regards the retroactivity of statutory interpretation in an analytical and positivist manner and examines the practical effects of these opinions.

Keywords

Article 73 of the Constitution, retroactivity, interpretation of the law, legal system of the Islamic Republic of Iran, Court of Administrative Justice, Guardian Council.

* **Email:** Tehrani.mj@gmail.com (Corresponding Author)

** **Email:** sajadkarimipashaki@gmail.com

*****Email:** remohammadi1375@ut.ac.ir

Contents

- **The Possibility of Retroactive Statutory Interpretation With a Critical Emphasis on the Opinions of the Guardian Council and the Case-law of the Court of Administrative Justice..... 1**
 - Mohammad Javaheri Tehrani & Sajad Karimi Pashaki & Reza Mohammadi Kasjin
- **The Attorney General’s Jurisdiction to Revive the Rights of the Public: A Case Study of US Unilateral Sanctions 23**
 - Hossein Khalaf Rezaei & Mohammad Moghadami
- **An Introduction to the State Function of "Eliminating Unnecessary Organizations"47**
 - Mohammad Ghasem Tangestani & Mahdi Moradi Berelian
- **Examining the competence of the Islamic Consultative Assembly in legislating the rules of Sharia.....71**
 - Abbas Kaabi nasab & Reza Mohammadi karaji
- **The Validity of the Presidents’ Decisions in the Iranian Legal System with a View to the Concepts of Governorship, Advocacy and Allegiance93**
 - Reza Elhami & Zahra Vatani & Mandana Mirzaei
- **The Status of "Ossol Amaliya and Jurisprudential Legitimacy" in Governance and Public Law Doctrine..... 121**
 - Mohammad Ali Ziai & Seyyed Mohsen Ghaemi Khargh
- **The Role of Generational Approaches in the Validity of the Constitution of the Islamic Republic of Iran..... 145**
 - Maryam Ziaee NajafAbadi
- **Evaluating The Correlation Between the General Legislative Competence of Parliament and the Supreme Command of the Armed Forces in the Guardian Council’s Practice..... 163**
 - Mostafa Mansourian & Hamzeh khosravi

In The Name Of Allah the Compassionate the Merciful

Public Law Knowledge Quarterly

Vol. 12, Spring 2023, No. 39

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 Reza Vijeh (Assistant Professor, Allameh Tabatabaei University)
- Hossein Ali Saadi (Associate Professor, Faculty of Islamic Studies and Theology, Imam Sadegh (AS) 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: Constitutional Council Research Institute, No. 11, Fifth Alley,
Sarafraz St, Shahid Beheshti St., Tehran, Iran**

P.O.Box: 13145-1463

Tel: +98 21 88533437 Fax: +98 21 88533437

E-mail: mag@shora-rc.ir

mag.shora-gc.ir