

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فصلنامه دانش حقوق عمومی

سال چهاردهم، شماره ۱ (بهار ۱۴۰۴)، شماره پیاپی ۴۷

به موجب نامه‌ی شماره ۳۱۶۳۷۳۱/۱۸/۳ 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 چهاردهم، شماره ۱ (بهار ۱۴۰۴)، شماره پیاپی ۴۷

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: اکرم دژهوست

صفحه آرایی: امین مددی

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: ۸۸۵۳۳۴۳۷ - ۰۲۱ فکس: ۶۴۰۱۴۸۱۷ - ۰۲۱

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

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

قیمت: ۲۰۰/۰۰۰ تومان

- 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: 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]: 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، ابتدای نام نویسنده. (تاریخ چاپ). **نام کتاب**. نام مترجم. محل انتشار: نام ناشر.
- ۳-۹. مقاله مندرج در مجلات: نام خانوادگی، ابتدای 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، ابتدای نام نویسنده. (تاریخ چاپ). «عنوان مقاله».
- نام کتاب**، نام ویراستار، محل انتشار: نام ناشر، 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 (تیترا) با روش شماره‌گذاری عددی باشد. ترتیب اعداد در عناوین فرعی مثل حروف از راست به چپ تنظیم شود (تیتراهای اصلی با ۱، ۲ و... - تیتراهای فرعی با ۱-۱، ۲-۱ و... - تیتراهای فرعی‌تر با ۱-۱-۱، ۲-۱-۱ 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

- بررسی نظرات شرعی فقهای شورای نگهبان در خصوص قوانین مالیاتی.....۱
• محمد خزائی، هادی طحان‌نظیف

- نظارت اساسی بر همه‌پرسی تقنینی در ایران و ایتالیا.....۲۵
• محمدامین ابریشمی‌راد، علیرضا جلالی

- هویت در قانون اساسی.....۵۱
• محمدرضا پناهی شهری، اصغر عربیان

- الحاق مقام ناظر بازار سرمایه ایران به سازمان‌های بین‌المللی و مسئله انطباق با قانون اساسی.....۷۵
• محمد صادقی، پریسا احمدلو

- انتشار مشروح مذاکرات هیئت وزیران؛ بسترها، ابهام‌ها، و مسئولیت کیفری.....۱۰۱
• ولی‌اله صادقی

- تحلیل حقوقی رویکردهای شورای نگهبان در زمینه تأمین مالی از طریق استقراض خارجی.....۱۲۹
• حمیدرضا امرایی، مصطفی مسعودیان

- امکان‌سنجی مواجهه جمهوری اسلامی ایران با جنایات بین‌المللی رژیم صهیونیستی از رهگذر الحاق به اساسنامه رم با نگرشی به ملاحظات فقهی شورای نگهبان.....۱۵۷
• محمدصالح تسخیری

- تحلیل بنیادین انگاره تابعیت در حقوق معاصر مبتنی بر رهیافت «امت‌الگو».....۱۸۳
• وحید حیدری، عباس کعبی‌نسب، امیر کشتگر

بررسی نظرات شرعی فقهای شورای نگهبان در خصوص قوانین مالیاتی

محمد خزایی^{*۱}، هادی طحان‌نظیف^۲

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

۲. دانشیار گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشگاه امام صادق(ع)، تهران، ایران

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۶/۳۰ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۸/۱۳

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: [10.22034/qiplk.2024.1897.1720](https://doi.org/10.22034/qiplk.2024.1897.1720)

چکیده

تبيين و بررسی رویه فقهای شورای نگهبان در بررسی مصوبات مالیاتی یا به بیان دیگر مصوبات مرتبط با مالیات و نظام مالیاتی مجلس شورای اسلامی، علاوه بر ثمرات نظری، می‌تواند قانون‌گذار عادی را با رویکرد این نهاد در زمینه چهارچوب شرعی قوانین مالیاتی آشنا کند و در نتیجه با توجه قانون‌گذاران به چهارچوب یادشده سبب کاهش اطاله فرایند قانون‌گذاری شود. کاوش در رویه شورای نگهبان و استخراج مواردی که فقهای این شورا، در مقام انطباق مصوبات مالیاتی مجلس با موازین شرع، مغایر با شرع تشخیص داده‌اند سؤال اصلی این پژوهش است. بر اساس بررسی‌های صورت‌گرفته به روش توصیفی-تحلیلی فقهای شورای نگهبان در مقام انطباق مصوبات مالیاتی مجلس شورای اسلامی با موازین شرع «عدم توجه به توانایی مؤدیان»، «اجحاف به مؤدیان»، «مسئول دانستن مؤدی به پرداخت مالیات اشخاص دیگر»، «محبوس کردن اموال مؤدی برای اخذ مالیات بیش از مقدار احتیاطی»، «حق تقدم سازمان امور مالیاتی برای اخذ مالیات نسبت به سایر طلبکاران»، و «عدم توجه به معاذیر موجه در مواعد» را به عنوان موارد خلاف موازین شرع قلمداد کرده و مصوبات واجد موارد فوق را مغایر با شرع دانسته‌اند.

کلیدواژگان: قوانین مالیاتی شورای نگهبان، مالیات، موازین شرع، نظام مالیاتی



مقدمه

اهمیت مالیات به عنوان اصیل‌ترین منبع درآمد دولت و یکی از ابزارهای بسیار مهم تنظیم‌گری حکومت به منظور تحقق اهداف اقتصادی، سیاسی، اجتماعی، و فرهنگی خود بر کسی پوشیده نیست. در این میان قوانین مالیاتی، به عنوان تعیین‌کننده چهارچوب مالیات‌ها و فرایندهای اخذ و وصول مالیات، را می‌توان محور اصلی هر نظام مالیاتی دانست. این قوانین نیز در هر نظام حقوقی مانند سایر قوانین عادی بر اساس قاعده سلسله مراتب قواعد حقوقی باید منطبق بر هنجارهای فرازین آن نظام باشند (ویژه، ۱۳۸۸: ۱۰۴). با این حال یکی از وجوه مهم تمایز میان نظام‌های سیاسی سکولار و نظام‌های مکتبی تفاوت در هنجارهای برتر به عنوان مبنای قانون‌گذاری است. در نظام‌های سکولار پایه قانون‌گذاری بر آرای عمومی است و ذیل قالب قاعده سلسله مراتب قواعد حقوقی، قوانین عادی مجالس در این نظام‌ها صرفاً باید با هنجار برتر، یعنی قانون اساسی، منطبق باشند. در مقابل، قوانین در نظام‌های مکتبی علاوه بر قانون اساسی باید با هنجار برتر دیگری نیز که آن نظام تقنینی به رسمیت شناخته است انطباق یابند (پروین و درویش‌متولی، ۱۳۹۲: ۱۱۶).

از آنجا که در اصل ۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران^۱ مکتب اسلام مکتب مورد قبول ملت ایران دانسته شده و در اصل ۲ قانون اساسی^۲ بر پایه‌ریزی نظام جمهوری اسلامی بر مبنای مکتب اسلام تأکید شده است، نظام جمهوری اسلامی ایران نظام مکتبی و مبتنی بر مکتب اسلام است. بنابراین در اصل چهارم قانون اساسی تصریح شده است: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد» و ضمانت اجرای این حکم نیز در ذیل اصل چهارم بر عهده فقهای شورای نگهبان گذارده شده و جزئیات اعمال این نظارت در اصول ۹۱ تا ۹۹ قانون اساسی پیش‌بینی شده است. در نتیجه قوانین مالیاتی نیز به عنوان بخشی از نظام حقوقی و محور نظام مالیاتی جمهوری اسلامی ایران، مانند سایر قوانین، باید با موازین اسلامی انطباق داشته باشند. با وجود اهمیت زیاد انطباق قوانین با شرع و موازین اسلامی، برخی مصوبات مجلس شورای اسلامی در خصوص مالیات و اجزای نظام مالیاتی در مواردی واجد احکامی خلاف شرع است که فقهای شورای نگهبان، در فرایند بیان‌شده در اصول ۳۹۴ و ۴۹۶ قانون اساسی، آن مصوبات را مغایر با شرع اعلام کرده‌اند. بنابراین، بررسی این مطلب که چه مواردی در

مصوبات مالیاتی مجلس می‌تواند توسط فقهای شورای نگهبان مغایر با موازین اسلامی شناخته شود از مسائل نیازمند تأمل و بررسی است که علاوه بر اهمیت نظری استخراج چهارچوب شرعی قوانین مالیاتی، بر اساس نظرات فقهای شورای نگهبان، تبیین و ارائه رویه فقهای شورا در این خصوص می‌تواند قانون‌گذار عادی را با ضوابط شرعی قانون‌گذاری در حوزه مالیات‌ها آشنا و از وضع مصوبات مغایر با موازین شرع که سبب اطاله روند قانون‌گذاری می‌شود پیشگیری کند.

پژوهش حاضر به روش توصیفی-تحلیلی به دنبال پاسخ به این سؤال است که فقهای شورای نگهبان چه موضوعاتی را در مصوبات مالیاتی مجلس مغایر با شرع و موازین اسلام تشخیص داده‌اند؟

در خصوص پیشینه این پژوهش می‌توان گفت اگرچه برخی کتب مالیه اسلامی و کتبی که به منابع مالی دولت اسلامی پرداخته‌اند- مانند *فقه نظام مالیاتی اسلام: منابع و مصارف*، تألیف جمعی از پژوهشگران مؤسسه فقاها و تمدن اسلامی، *فقه منابع مالی دولت اسلامی*، تألیف غلامرضا مصباحی مقدم، *مقدمه‌ای بر مالیه عمومی در اسلام*، تألیف مجید رضایی دوانی، *منابع مالی در حاکمیت فقیه*، تألیف محمدمهدی بهاروند- برخی موازین و چهارچوب‌های کلی مالیات در نظام اسلامی را مورد بررسی قرار داده‌اند، لکن هیچ‌یک از منابع به بررسی نظرات فقهای شورای نگهبان در خصوص قوانین مالیاتی پرداخته‌اند. بنابراین از این حیث پژوهش حاضر حائز وجه نوآوری است.

برای پرسش به پاسخ این پژوهش، پس از بیان مختصر مفهوم مالیات و مشروعیت آن در حکومت اسلامی، چهارچوب شرعی قوانین مالیاتی از رویه فقهای شورای نگهبان در نظارت بر مصوبات مجلس شورای اسلامی استخراج شده و حسب مورد تحلیل و بررسی صورت گرفته است.

۱. چهارچوب نظری

ابتدا نیاز است مفاهیم و مسائل محوری تحقیق مورد تبیین قرار گیرد تا زمینه برای ورود به بررسی نظرات فقهای شورای نگهبان در خصوص مصوبات مالیاتی فراهم شود. بنابراین در آغاز منظور از «مالیات» و ارتباط آن با مفاهیم مشابه مانند عوارض، حقوق ورودی، و ... مشخص می‌شود و در ادامه «مشروعیت مالیات» به عنوان مقدمه‌ای ضروری برای بررسی

نظرات فقهای شورای نگهبان در مقام انطباق مصوبات مالیاتی با موازین اسلامی به اختصار مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۱. مفهوم مالیات

مالیات در زبان فارسی باج و خراج و زکات مال معنا شده است (دهخدا، ۱۳۸۵، ج ۲: ۲۵۵۶) که معادل کلمه «ضَرَبِيَّة» در زبان عربی و واژه «Tax» در زبان انگلیسی است. از آنجا که مالیات دارای جنبه‌های مختلف سیاسی، حقوقی، اقتصادی، اجتماعی، و فرهنگی است تعریف اصطلاحی این واژه نیز از منظرهای مختلف امکان‌پذیر است (پروتابا و ماری کوتره، ۱۳۶۷: ۱۱). به‌رغم وجود قوانین متعدد در خصوص مالیات، در قوانین موضوعه ایران، قانون‌گذار تعریف مشخصی از مالیات ارائه نداده است. اما حقوقدانان تعاریف متعددی برای مفهوم مالیات ارائه کرده‌اند. در یکی از بسیط‌ترین این تعاریف، مالیات تعهدی عمدتاً مالی تعریف شده است که دولت بر افراد، نهادها، معاملات، یا دارایی‌ها تحمیل می‌کند و هدف از آن کسب درآمد برای تأمین هزینه‌های عمومی است (Garner, 2009: 701). در برخی دیگر از تعاریف با تأکید بیشتر بر هدف اخذ مالیات آن را بخشی از درآمد یا دارایی افراد دانسته‌اند که به منظور «پرداخت مخارج عمومی و اجرای سیاست‌های مالی» و با هدف حفظ منافع اجتماعی و اقتصادی و سیاسی کشور و به موجب قوانین پرداختش الزامی است و به وسیله ابزارهای اداری و اجرایی دولت وصول می‌شود (رنگریز و خورشیدی، ۱۳۹۱: ۹۱). همچنین برخی با تأکید بر اینکه مالیات در حال حاضر علاوه بر تأمین منابع به عنوان وسیله‌ای در جهت اعمال اقتصاد ارشادی و تنظیم‌گری حوزه‌های اجتماعی مورد استفاده دولت‌ها قرار می‌گیرد (رستمی، ۱۳۹۵: ۱۰۳) این موضوع را نیز در تعریف مالیات دخیل کرده‌اند.

در این میان برخی حقوقدانان عنصر «بلاعوض بودن» را نیز در تعریف مالیات وارد و مالیات را این‌گونه تعریف کرده‌اند: «مبلغی که دولت به موجب قانون به اجبار و بلاعوض از اشخاص حقیقی و حقوقی بر حسب توانایی پرداخت آن‌ها به منظور تأمین هزینه‌های عمومی و اجرای سیاست‌های مالی خود دریافت می‌کند.» (رستمی، ۱۳۹۵: ۵۱). در همین زمینه نیز برخی مالیات را برداشت قسمتی از دارایی یا درآمد افراد بر حسب توانایی پرداخت آنان برای تأمین مخارج عمومی، فارغ از اینکه شهروندان از خدمات عمومی متمتع شوند یا خیر، تعریف کرده‌اند (پیرنیا، ۱۳۴۸: ۹۲).

همچنین در برخی تعاریف به توجیه مبانی اخذ مالیات توجه شده است و مالیات بخشی از درآمد یا دارایی دانسته شده که به موجب یک قرارداد اجتماعی ضمنی هر شخص بر پایه مسئولیت اجتماعی و اصل تعاون ملی و برابر مقررات قانونی به صورت بلاشرط و اجباری ملزم است برای تأمین هزینه‌های عمومی و حفظ منافع اقتصادی، سیاسی، اجتماعی، و فرهنگی کشور به میزان توانایی خود به خزانه دولت بپردازد (طاهری‌تاری، ۱۳۹۴: ۴۱). به‌علاوه برخی نیز به مالیات از زاویه مؤدی نگریسته و آن را سهمی دانسته‌اند که به موجب اصل تعاون ملی و بر وفق مقررات هر یک از سکنه کشور موظف است از ثروت و درآمد خود به منظور تأمین هزینه‌های عمومی و حفظ منابع اقتصادی یا سیاسی یا اجتماعی کشور به قدر قدرت و توانایی خود به دولت بدهد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۶۰۱).

در نهایت با صرف نظر از همه تعاریف ارائه‌شده از مفهوم مالیات، می‌توان دو عنصر «اجباری بودن» و «تأمین هزینه‌های عمومی» را در همه تعاریف مالیات مشاهده کرد (عبداللهی و مولاییگی، ۱۴۰۰: ۵) که می‌توان با توجه به واقعیت‌های موجود عنصر «تنظیم‌گری حوزه‌های اجتماعی» را نیز به آن افزود. بنابراین، در جامع‌ترین تعریف از مالیات و با صرف نظر از برخی قیده‌های محل مناقشه در برخی تعاریف، می‌توان مالیات را قسمتی از دارایی اشخاص دانست که دولت به‌اجبار برای تأمین هزینه‌های عمومی یا تنظیم‌گری در حوزه اجتماعی از آن‌ها اخذ می‌کند. اگرچه تعریف فوق از مالیات مفاهیمی مانند «بهای خدمت» را از تعریف مالیات خارج می‌کند، سبب ورود برخی مفاهیم مشابه دیگر مانند «عوارض»، «حقوق ورودی»، «خودداری و مشارکت»، و ... در مفهوم مالیات می‌شود. به همین جهت برخی با تفکیک مفهوم مالیات به معانی عام و خاص در رفع اختلاط میان مفهوم مالیات و مفاهیم مشابه آن تلاش کرده‌اند. بر این اساس مالیات به معنای عام کلیه وجوهی است که به موجب قانون مصوب مجلس شورای اسلامی جواز اخذ آن به شکل اجباری از اشخاص حقیقی و حقوقی صادر می‌شود و بخشی از هزینه‌های عمومی و سیاست‌های حاکمیتی را تأمین می‌کند که شامل انواع مالیات‌های مستقیم و غیرمستقیم، عوارض، حقوقی ورودی، خودداری و مشارکت مردم، وجوه ناشی از مصرف آب بالاتر از الگوی مصرف، و ... خواهد بود. همچنین مالیات به معنای خاص را باید صرفاً وجوهی دانست که دارای دو ویژگی توأمان است: اول آنکه سازمان امور مالیاتی مأمور وصول آن است و بنابراین عوارضی که به تصویب شوراهای اسلامی شهر می‌رسد و شهرداری‌ها

مأمور به وصول آن هستند از شمول این تعریف خارج‌اند و دوم آنکه این وجوه به حساب سازمان امور مالیاتی یا حساب درآمدهای عمومی مربوطه نزد خزانه‌داری کل کشور واریز و در قوانین بودجه سالیانه تحت عنوان درآمد مالیاتی محاسبه می‌شوند. بنابراین، هرچند وظیفه وصول برخی از عوارض مانند عوارض دهیاری‌ها و شهرداری‌ها یا عوارض زیست‌محیطی بر عهده سازمان امور مالیاتی است، این وجوه در قوانین بودجه به عنوان درآمد مالیاتی شناخته نمی‌شود و به شهرداری‌ها و دهیاری‌ها تعلق دارد و از دایره مالیات به معنای خاص آن خارج است. بنابراین با توجه به دو ویژگی یادشده مهم‌ترین مصادیق مالیات به معنای خاص مالیات‌های مستقیم و مالیات بر ارزش افزوده است و شامل دیگر وجوه دریافتی مانند عوارض دهیاری‌ها و شهرداری‌ها، عوارض زیست‌محیطی، عوارض خروج مسافر از مرزهای هوایی، و ... نخواهد شد (عبداللهی و مولاییگی ۱۴۰۰: ۷). شایان ذکر است در این پژوهش منظور از مالیات مفهوم عام آن است و نظرات فقهای شورای نگهبان در خصوص مصوبات مجلس شورای اسلامی درباره همه مفاهیمی که ذیل عنوان عام «مالیات» جای می‌گیرند مورد بررسی قرار گرفته است.

۲-۱. مشروعیت مالیات

دولت در اقتصاد اسلامی منابع متعدد مالی مانند زکات، خمس، خراج، و انفال را در اختیار دارد که تعدادی از آن‌ها مشابه مالیات و برخی دیگر با آن متفاوت هستند. ازین‌رو، گاه تأکید می‌شود که با وجود این منابع مالی نمی‌توان از مشروعیت مالیات‌های متعارف یا مالیات‌های حکومتی سخن گفت. به بیان دیگر، برخی معتقدند در اسلام منابع مالی متعددی برای دولت قرار داده شده است که از این دولت دیگر نیاز به جعل مالیات جدید ندارد (رضایی دوانی، ۱۳۸۹: ۱۴۱ و ۱۴۲) و همچنین اصل اخذ مالیات بر حسب قواعد اولیه حرام است. زیرا قواعد ادله اولیه تصرف در اموال دیگران را بدون اذن آن‌ها جایز نمی‌دانند (بهاروند، ۱۳۹۳: ۲۴۱).

در مقابل، با توجه به ضرورت وجود دولت اسلامی و عدم امکان بقای آن بدون مالیات متعارف، به دلیل ناکافی بودن یا عدم دسترسی به منابع مالی تعیین‌شده در اسلام، این دیدگاه مطرح شده است که وضع انواع مالیات‌های حکومتی حسب ضرورت مشروع است (مصباحی‌مقدم، ۱۳۹۷: ۳۰۰). با این حال، برخی فراتر رفته‌اند و وضع مالیات را نه به سبب ضرورت که به جهت آنکه از امور عقلایی و احکام امضایی اسلام است و همچنین از جمله

اختیارات ولی فقه است جایز شمرده‌اند. بر این اساس حاکم اسلامی در همه زمینه‌های سیاسی، قضایی، نظامی، فرهنگی، و اقتصادی برای حل مشکلات یا مصالح اجتماع می‌تواند احکامی صادر کند. بنابراین حاکم اسلامی اگر مصلحت دید که برای مصالح جامعه و به مقتضای شرایط موجود در اداره نظام نیاز به گرفتن مالیات است، قانون مالیات شرعی و قابل اجرا خواهد بود (بهاروند، ۱۳۹۳: ۲۴۸ - ۲۵۴).

در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران عملاً مشروعیت وضع مالیات توسط حکومت به رسمیت شناخته شده و وجود قوانین متعدد مالیاتی و تأیید آن توسط فقهای شورای نگهبان نشان‌دهنده آن است که فقهای شورا نیز اصل وضع مالیات‌ها را مشروع می‌دانند.

۲. رویه فقهای شورای نگهبان در مطابقت قوانین مالیاتی با موازین اسلام

با توجه به رویه فقهای شورای نگهبان در انطباق مصوبات مالیاتی مجلس شورای اسلامی با موازین اسلامی، می‌توان گفت فقهای شورا اصل صلاحیت و مشروعیت وضع مالیات توسط مجلس شورای اسلامی را پذیرفته‌اند؛ لکن برای وضع مالیات و طراحی یک نظام مالیاتی قائل به چهارچوبی شرعی هستند که در صورت تخطی قانون‌گذار از آن مصوبه را مغایر با شرع اعلام می‌کنند. بنابراین با بررسی همه نظرات فقهای شورای نگهبان در مقام انطباق مصوبات مجلس شورای اسلامی با موازین اسلامی می‌توان چهارچوب شرعی قوانین مالیاتی از منظر این شورا را استخراج کرد.

با بررسی رویه شورای نگهبان در بررسی مصوبات مالیاتی مجلس می‌توان «عدم توجه به توانایی مؤدیان»، «اجحاف به مؤدیان»، «مسئول دانستن مؤدی به پرداخت مالیات اشخاص دیگر»، «محبوس کردن اموال مؤدی برای اخذ مالیات بیش از مقدار احتیاطی»، «حق تقدم سازمان امور مالیاتی برای اخذ مالیات نسبت به سایر طلبکاران»، و «عدم توجه به معاذیر موجه در مواعد» را عمده مواردی دانست که در مصوبات مالیاتی مجلس مورد ایراد شرعی فقهای شورای نگهبان قرار گرفته است که در ادامه مستند به نظرات شورای نگهبان مورد بررسی قرار گرفته‌اند.

۱-۲. عدم توجه به توانایی مؤدیان

فقهای شورای نگهبان، در بررسی قوانین مالیاتی، احکامی را که در آنها تکلیفی خارج از توان برخی مؤدیان وضع شده مغایر شرع تشخیص داده‌اند. این نوع از نظرات شورا، از نظر نوع تکلیف و دلیل خارج از توان بودن تکلیف، را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد.

دسته نخست نظرات شورا در خصوص مصوباتی است که در آن مالیاتی تعیین شده است که همه مشمولان آن مالیات مکلف به پرداختش خواهند بود، درحالی که فروضی در آنها متصور است که افرادی فاقد توانایی مالی پرداخت آن مالیات نیز در زمره مشمولان قرار می‌گیرند. شورای نگهبان این موارد را به جهت اطلاق حکم تکلیف پرداخت مالیات درباره کسانی که توانایی پرداخت ندارند خلاف موازین شرع تشخیص داده است.

در ماده ۱۱ «لایحه درآمد پایدار و هزینه شهرداری‌ها و دهیاری‌ها» مصوب ۱۳۹۸/۱۰/۰۳ حکمی مبنی بر مکلف کردن سازمان امور مالیاتی به دریافت دو درصد و یک درصد از مالیات نقل و انتقال قطعی املاک و انتقال حق واگذاری به عنوان عوارض و واریز به حساب شهرداری محل معین شده بود؛ به این معنا که مجلس شورای اسلامی مقرر کرده بود به ترتیب دو درصد و یک درصد به مالیات نقل و انتقال قطعی املاک و انتقال حق واگذاری اضافه شود تا این مبلغ اضافه به شهرداری‌ها اختصاص داده شود. شورای نگهبان در اظهار نظر شماره ۱۳۹۸/۱۰/۰۳ مورخ ۱۴۰۰/۰۸/۱۲ خود اطلاق این حکم را نسبت به اشخاصی که توانایی مالی پرداخت این مبلغ اضافی را ندارند مغایر با موازین شرعی شناخت. در نتیجه ایراد شورای نگهبان تبصره‌ای به ماده ۱۱ [ماده ۸ «قانون درآمد پایدار و هزینه شهرداری‌ها و دهیاری‌ها»] افزوده شد که بر اساس آن افراد تحت پوشش کمیته امداد امام خمینی^(ه) و سازمان بهزیستی کشور و سایر افراد ناتوان از پرداخت از پرداخت عوارض اشاره شده معاف شدند.^۶

همچنین در تبصره ۲ ماده ۴ «لایحه مالیات بر ارزش افزوده» مصوب ۱۳۹۹/۰۲/۰۲ مقرر شده بود در معاملات غیر نقدی نظیر فروش اقساطی و اجاره به شرط تملیک و قراردادهای پیمانکاری و مشاوره‌ای طرف قرارداد با دستگاه‌های اجرایی تاریخ تعلق مالیات و عوارض تاریخ صدور صورت حساب خواهد بود؛ یعنی اجازه داده بود برای پیمانکاران و مشاوران طرف قرارداد با دستگاه‌های اجرایی پرداخت مالیات تا زمان پرداخت مبلغ قرارداد به تأخیر بیفتد. با این حال امتیاز یادشده برای پیمانکاران و مشاوران طرف قرارداد با غیر دستگاه‌های اجرایی پیش‌بینی نشده بود. شورای نگهبان در اظهار نظر شماره ۱۳۹۹/۱۰/۰۲ مورخ ۱۳۹۹/۰۵/۲۰ «اطلاق لزوم پرداخت نقدی مالیات در غیر موارد مذکور در تبصره، نسبت به کسانی که به علت عدم دریافت ثمن معامله توان پرداخت مالیات مذکور را ندارند، خلاف موازین شرعی» شناخت؛ بدین معنا که الزام به پرداخت مالیات پیش از آنکه مؤدی عایدی منشأ

پرداخت مالیات، یعنی درآمدی که به آن مالیات تعلق گرفته، را دریافت کرده باشد می‌تواند مواردی را شامل شود که مؤدی توان پرداخت مالیات را ندارد. بنابراین الزام یادشده خلاف شرع است. در نتیجه این ایراد شورای نگهبان انحصار امتیاز اشاره‌شده به پیمانکاران و مشاوران طرف قرارداد با دستگاه‌های اجرایی حذف شد.^۸

دسته دیگر نظرات شورای نگهبان در خصوص مصوباتی است که تکالیفی غیر از تکلیف به پرداخت مالیات برای مؤدی پیش‌بینی کرده‌اند که از نظر شورای نگهبان انجام دادن آن خارج از توان برخی مؤدیان است.

شورای نگهبان در نظر شماره ۹۹۷/۱۰۲/۸۳۵۵ مورخ ۱۳۹۷/۱۱/۰۷ خود در خصوص «لایحه پایانه‌های فروشگاهی» مصوب ۱۳۹۷/۱۰/۱۲ تکالیف و احکام این لایحه را برای مؤدیان- از جمله ثبت‌نام در سامانه مؤدیان مالیاتی و ضرورت استفاده از پایانه فروشگاهی یا همان دستگاه پوز (pos) در ارتباط با اشخاصی که توانایی استفاده از امکانات جدید را ندارند یا حرجی به آن‌ها ایجاد می‌شود- خلاف موازین شرع تشخیص داده است. این ایراد در نهایت منجر به پیش‌بینی «شرکت‌های معتمد ارائه‌دهنده خدمات مالیاتی» در ماده ۲ «قانون پایانه‌های فروشگاهی و سامانه مؤدیان» شد تا شرکت‌های یادشده ناتوانی افرادی را که نمی‌توانند از خدمات جدید استفاده کنند جبران کند.^{۱۰}

۲-۲. اجحاف به مؤدیان

اجحاف را در لغت آزار رساندن و ظلم و ستم کردن معنا کرده‌اند (دهخدا، ۱۳۸۵، ج ۱: ۹۲). در مباحث فقهی اجحاف در خصوص گران‌فروشی در معاملات مورد بررسی قرار گرفته است و بنا بر نظر برخی فقها از جمله رهبر معظم انقلاب گران‌فروشی در صورتی که به حد اجحاف به مشتری برسد جایز نیست (خامنه‌ای، ۱۳۹۹: ۳۶۲).

در نظرات شورای نگهبان در خصوص مصوبات مالیاتی نیز فقهای شورای نگهبان برخی نرخ‌ها یا برخی ضمانت‌اجراهای وصول مالیات را اجحاف در حق مؤدی و مغایر شرع دانسته‌اند. با مقایسه این دست از نظرات با نظرات شورا در خصوص مصوباتی که به جهت «خارج از توان مؤدی بودن» مغایر شرع اعلام شده‌اند، می‌توان نتیجه گرفت اجحاف عنوانی اعم از «خارج از توان مؤدی» یا «تکلیف بمالایطاق» است؛ چون حکم یادشده نه صرفاً در

ارتباط با کسانی که توانایی انجام دادن آن را ندارند که در ارتباط با همه مؤدیان حتی افرادی که توانایی انجام دادن آن را دارند اجحاف‌آمیز دانسته شده است.

ماده ۵ «لایحه درآمد پایدار و هزینه شهرداری‌ها و دهیاری‌ها» مصوب ۱۳۹۸/۱۰/۰۳ نرخ عوارض نوسازی را دو و نیم درصد ارزش معاملاتی موضوع صدر ماده ۱۱۶۴ «قانون مالیات‌های مستقیم» تعیین کرده بود؛ لکن مشخص نشده بود حکم تبصره ۱۳ ماده یادشده از «قانون مالیات‌های مستقیم»، مبنی بر اینکه در مواردی که ارزش معاملاتی مطابق دیگر قوانین و مقررات مأخذ محاسبه سایر عوارض و وجوه قرار می‌گیرد باید محاسبه بر مبنای «درصدی از ارزش معاملاتی» باشد، در خصوص حکم ماده یادشده نیز مجری است یا خیر. توضیح اینکه اگر حکم تبصره ۳ مجری می‌بود، تنها درصدی از ارزش معاملاتی املاک مبنای محاسبه عوارض نوسازی قرار می‌گرفت و در نتیجه افزایش میزان این عوارض چندان قابل توجه نمی‌شد. اما، در مقابل، اگر در تعیین ارزش معاملاتی به عنوان مأخذ عوارض تبصره ۳ مد نظر قرار نمی‌گرفت، این حکم عوارض نوسازی را به میزان چشمگیری افزایش می‌داد.

شورای نگهبان در نظر شماره ۱۳۱۰۲/۲۸۸۱۷۳ مورخ ۱۴۰۰/۰۸/۱۲ خود حکم ماده بیان‌شده را از این جهت که آیا محاسبه ارزش معاملاتی موضوع صدر ماده ۶۴ «قانون مالیات‌های مستقیم» در این ماده با رعایت تبصره ۳ ماده ۶۴ خواهد بود یا خیر واجد ابهام تشخیص داد و تصریح کرد: «در صورتی که بدون رعایت تبصره ۳ باشد، اطلاق آن اجحاف و خلاف موازین شرع» است. ایراد فقهای شورای نگهبان در نهایت به تصریح رعایت تبصره ۳ ماده ۶۴ در محاسبه ارزش معاملاتی مأخذ محاسبه عوارض اشاره شده انجامید.^{۱۴}

۲-۳. مسئول دانستن مؤدی به پرداخت مالیات اشخاص دیگر

فقهای شورای نگهبان در نظرات خود مسئول دانستن شخصی به پرداخت مالیات اشخاص دیگر را مغایر شرع دانسته‌اند. این گروه از نظرات فقهای شورای نگهبان را می‌توان این‌گونه تحلیل کرد که از نظر فقها هر شخصی مسئول پرداخت مالیات خود است و نمی‌توان مسئولیت آن را به عهده دیگری قرار داد.

در مواد ۱ و ۴ «لایحه مالیات تعاون ملی برای بازسازی» مصوب ۱۳۶۷/۱۲/۳۰ مقرر شده بود اشخاص حقیقی در ارتباط با جمع ارزش دارایی‌های خود و افراد تحت تکفل خود مشمول مالیات خواهند بود. فقهای شورای نگهبان در اظهارنظر شماره ۳۶۲۱ مورخ

۱۵۱۳۶۷/۱۲/۰۴ خود اطلاق مسئول دانستن شخص به پرداخت مالیات اموال فرد یا افراد دیگری که تحت تکفل او هستند را خلاف شرع دانست.^{۱۶} همچنین شورای نگهبان ماده ۳۹ «لایحه مالیات بر ارزش افزوده» مصوب ۱۳۸۶/۱۱/۰۹ را که مقرر کرده بود: «مدیرعامل، اعضای هیئت‌مدیره، و سایر مدیران ذی‌ربط اشخاص حقوقی مجتمعاً یا منفرداً نسبت به پرداخت بدهی مالیاتی قطعی‌شده اشخاص حقوقی موضوع این قانون که مربوط به دوران تصدی مدیریت آنان باشد یا نباشد با شخص حقوقی مسئولیت تضامنی خواهند داشت» در اظهار نظر شماره ۱۷۸۶/۳۰/۲۵۴۴۱ مورخ ۱۳۸۶/۱۲/۲۵ خود به جهت اطلاق حکم در ارتباط با اشخاص نام‌برده، در صورتی که به موجب اساسنامه ضمان نداشتند باشند، خلاف موازین شرع تشخیص داد که در نهایت منجر به حذف ماده اشاره‌شده در مصوبه اصلاحی مجلس شد.^{۱۸}

با این حال در ماده ۱۹۸ «قانون مالیات‌های مستقیم»^{۱۹} مصوب ۱۳۶۶/۱۲/۰۳ حکمی مشابه در ماده ۳۹ «لایحه مالیات بر ارزش افزوده» بیان شده است و بر اساس آن «مدیران اشخاص حقوقی غیر دولتی به طور جمعی یا فردی نسبت به پرداخت مالیات بر درآمد اشخاص حقوقی و همچنین مالیات‌هایی که اشخاص حقوقی به موجب این قانون و قانون مالیات بر ارزش افزوده مکلف به کسر یا وصول یا ایصال آن می‌باشند و در دوران مدیریت آن‌ها قطعی شده باشد با شخص حقوقی مسئولیت تضامنی خواهند داشت». دلیل عدم اعلام مغایرت شرعی فقهای شورای نگهبان در ارتباط با حکم بیان‌شده در «قانون مالیات‌های مستقیم» را می‌توان عدم ورود شورا به بررسی «لایحه مالیات‌های مستقیم» دانست. توضیح آنکه شورای نگهبان در سال پس از دریافت مصوبه «مالیات‌های مستقیم» در تاریخ ۱۳۶۶/۱۲/۱۱ و ارسال نامه استمهال برای بررسی آن در تاریخ ۱۳۶۶/۱۱/۲۰ در نهایت در خصوص این مصوبه اظهار نظر نکرد تا در نهایت «قانون مالیات‌های مستقیم» در تاریخ ۱۳۶۷/۰۲/۲۱ بدون اظهار نظر شورا و منطبق بر مصوبه اولیه مجلس شورای اسلامی توسط رئیس‌جمهور ابلاغ شد.^{۲۰}

۲-۴. محبوس کردن اموال مؤدی برای اخذ مالیات بیش از مقدار احتیاطی

حس اموالی که مشمول مالیات هستند از جمله روش‌های تضمین اخذ مالیات است. این روش در خصوص مالیات بر درآمد اتفاقی و مالیات بر ارث عموماً مورد استفاده قرار می‌گیرد؛ به این معنا که همه یا بخشی از دارایی مشمول مالیات توسط دولت محبوس می‌شود و اجازه تصرف مالک در آن داده نمی‌شود تا زمانی که مالیات مربوط به آن دارایی پرداخت شود.

مثلاً در تبصره ۲ ماده ۳۴ «لایحه اصلاح قانون مالیات‌های مستقیم» مصوب ۱۳۹۳/۱۱/۱۵ مقرر شده بود اشخاصی که مجاز نیستند قبل از اخذ گواهی پرداخت مالیات مربوط بر ارث اموال و دارایی‌های متوفی را وراثت یا موصی‌له تسلیم کنند می‌توانند در صورت درخواست وراثت یا وصی متوفی حداکثر مبلغی معادل یکصد میلیون ریال وجه نقد از اموال نزد خود را برای هزینه‌های کفن و دفن با دریافت رسیدهای لازم و قبل از ارائه مفاسد حساب مالیاتی در اختیار آن‌ها قرار دهند.

شورای نگهبان در اظهار نظر شماره ۱۹۴/۱۰۲/۳۵۱ مورخ ۱۳۹۴/۰۲/۰۷ خود در خصوص این مصوبه اعلام کرد محبوس کردن اموال اشخاص بیش از مقدار مسلم و احتیاطی از مالیات مجوز شرعی ندارد و خلاف موازین شرع است. بنابراین طبق این نظر شورای نگهبان صرفاً می‌توان بخشی از دارایی مشمول مالیات را، که معادل مقدار مسلم مالیات است، محبوس کرد و حبس همه یا بیش از مقدار مسلم خلاف شرع است. با این حال مجلس در مصوبه اصلاحی صرفاً سقف مبلغی را که می‌توان برای انجام دادن هزینه‌های کفن و دفن در اختیار وراثت یا وصی قرار داد به مبلغ پانصد میلیون ریال افزایش داد و شورای نگهبان در اظهار نظر شماره ۲۲۹۴/۱۰۲/۱۵۷۸ مورخ ۱۳۹۴/۰۴/۰۸ خود در خصوص مصوبه اصلاحی مجلس تصریح کرد: «در تبصره ۲ ماده ۳۴، موضوع بند ۶ ماده واحده، چون قسمتی از اشکال بند ۲ قبلی این شورا مبنی بر اینکه محبوس نمودن اموال اشخاص بیش از مقدار مسلم و احتیاطی از مالیات مجوز شرعی نداشته مرتفع نگردیده است. لذا این ایراد کماکان به قوت خود باقی است».

در نهایت مجلس شورای اسلامی در مصوبه اصلاحی دوم خود، با حذف تبصره ۲ ماده

۳۴، ایراد شورای نگهبان را مرتفع کرد.^{۲۳}

۲-۵. حق تقدم سازمان امور مالیاتی برای اخذ مالیات نسبت به سایر طلبکاران

تعیین حق تقدم برای سازمان امور مالیاتی برای اخذ مالیات نسبت به سایر طلبکاران، در واقع، همان دین ممتاز دانستن مالیات است. در اصطلاح «دین ممتاز» عبارت است از دینی که نسبت به سایر دیون در پرداخت و اختصاص سهمی از دارایی مثبت مدیون به خود دارای حق تقدم است. ورود این نهاد به نظام حقوقی ما را می‌توان با تصویب ماده ۲۴۵۸ «قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی» مصوب ۱۳۱۸/۰۴/۲۴ دانست. در ماده یادشده، که در خصوص نحوه تسویه بدهی‌های تاجر ورشکسته است، بستانکارانی که دارای وثیقه‌اند نسبت به سایر

بستانکاران مقدم دانسته شده و در ادامه دیون دیگر به ترتیب در پنج طبقه دسته‌بندی شده‌اند، که تسویه هر طبقه نسبت به طبقات پایین‌تر اولویت دارد (خندانی، ۱۳۸۸: ۳۷).

این مفهوم مورد توجه قانون‌گذار در تدوین قوانین مالیاتی نیز قرار گرفته است و در مواردی تلاش شده با ممتاز دانستن مالیات به عنوان یک بدهی و حق تقدم سازمان امور مالیاتی نسبت به سایر طلبکاران مؤدی وصول مالیات تضمین شود. با این حال فقهای شورای نگهبان حق تقدم سازمان را واجد ایراد دانسته‌اند (عبداللهی و مولایی، ۱۴۰۰: ۲۶۶).

در ماده ۲۲ «لایحه مالیات بر ارزش افزوده» مصوب ۱۳۹۹/۰۲/۰۲ مقرر شده بود: «مؤدی نسبت به مالیات و عوارض مأخوذه ضامن است. مالیات و عوارض جزء درآمد و اموال وی محسوب نمی‌گردد. سازمان برای وصول مالیات و عوارض متعلق نسبت به سایر طلبکاران به استثنای صاحبان حقوق نسبت به مال مورد وثیقه و مطالبات کارگران و کارمندان و جریمه‌های ناشی از خدمت حق تقدم خواهد داشت».

شورای نگهبان در اظهار نظر شماره ۲۵۹۹/۱۰۲/۱۹۱۰۶ مورخ ۱۳۹۹/۰۵/۲۰ خود تصریح کرد: «اطلاق حق تقدم سازمان برای وصول مالیات در غیر اعیان مأخوذه و نیز اطلاق حق تقدم مذکور در استثناء در غیر مال مورد وثیقه نسبت به مالیات و سایر دیون خلاف موازین شرع است». در نتیجه این ایراد فقهای شورای نگهبان، ماده ۲۲ از لایحه یادشده حذف شد.^{۲۶}

با این حال در ماده ۱۶۰ «قانون مالیات‌های مستقیم»^{۲۷} مصوب ۱۳۶۶/۱۲/۰۳ حکمی مشابه در ماده ۲۲ «لایحه مالیات بر ارزش افزوده» بیان شده است و بر اساس آن «سازمان امور مالیاتی کشور برای وصول مالیات و جرایم متعلق از مؤدیان و مسئولان پرداخت مالیات نسبت به سایر طلبکاران به استثنای صاحبان حقوق نسبت به مال مورد وثیقه و مطالبات کارگران و کارمندان ناشی از خدمت حق تقدم خواهد داشت». علت عدم اعلام مغایرت شرعی فقهای شورای نگهبان نسبت به حکم یادشده در «قانون مالیات‌های مستقیم» را می‌توان عدم ورود شورا به بررسی «لایحه مالیات‌های مستقیم» دانست که در نهایت سبب ابلاغ قانون یادشده بدون اظهار نظر شورای نگهبان شد.^{۲۸}

۲-۶. عدم توجه به معاذیر موجه در مواعد

«معاذیر موجه» مواردی هستند که می‌توانند توجیه عمل نکردن به یک تکلیف در مدت معین قانونی باشند. عموماً لزوم پیش‌بینی عذر موجه در آیین دادرسی مورد توجه قرار گرفته

است. ماده ۲۹۱۷۸ «قانون آیین دادرسی کیفری» مصوب ۱۳۹۲/۰۲/۰۴ نیز، که متهم را مکلف کرده در موعد مقرر در مرجع قضایی حاضر شود، معاذیر موجه برای عدم حضور متهم را برشمرده است (خالقی، ۱۳۹۹: ۲۰۷).

با توجه به نظرات شورای نگهبان، فقهای شورای نگهبان پیش‌بینی «عذر موجه» را در مواردی که مواعیدی در قانون پیش‌بینی شده که انقضای آن منجر به تنبیه یا ضایع شدن حقی از حقوق اشخاص می‌شود ضروری می‌دانند و عدم پیش‌بینی موارد عذر موجه را خلاف شرع تشخیص می‌دهند.

در ماده ۸ «لایحه مالیات تعاون ملی برای بازسازی» مصوب ۱۳۶۷/۱۲/۳۰ مقرر شده بود: «هرگاه مؤدی به میزان مالیات مشخصه در برگ مطالبه مالیات معترض باشد می‌تواند ظرف سی روز، از تاریخ ابلاغ آن، اعتراض خود را کتباً به وزارت امور اقتصادی و دارایی تسلیم نماید. اعتراض واصله در موعد مقرر توسط هیئت حل اختلاف متشکل از سه نفر به انتخاب وزیر امور اقتصادی و دارایی رسیدگی و رأی مقتضی صادر می‌گردد. رأی صادره قطعی و لازم‌الاجرا بوده و در سایر مراجع مالیاتی قابل طرح نمی‌باشد. تبصره: هرگاه مؤدی در موعد مقرر در ماده فوق کتباً اعتراض ننماید، مالیات مورد مطالبه قطعی خواهد بود».

فقهای شورای نگهبان در اظهار نظر شماره ۳۰۳۶۲۱ مورخ ۱۳۶۷/۱۲/۰۴ خود اطلاق تبصره ماده ۸ را در ارتباط با مواردی که مؤدی عذر موجه دارد خلاف شرع تشخیص دادند. در نتیجه ایراد فقهای شورای نگهبان، مجلس شورای اسلامی در مصوبه اصلاحی خود شرایطی را پیش‌بینی کرد که از طریق آن مؤدی بتواند با ارائه ادله خود اثبات کند عدم تسلیم اعتراض در موعد مقرر بر اساس عذر موجه بوده است.^{۳۱} همچنین فقهای شورای نگهبان ماده ۴۰ «لایحه مالیات بر ارزش افزوده» مصوب ۱۳۹۹/۰۲/۰۲ را که مقرر کرده بود: «تأخیر در پرداخت مالیات‌ها و عوارض موضوع این قانون در مواعید مقرر موجب تعلق جریمه‌ای به میزان دو درصد (۰.۲٪) در ماه نسبت به مالیات و عوارض پرداخت نشده و مدت تأخیر از زمان انقضای مهلت تسلیم اظهارنامه یا سررسید پرداخت مالیات و عوارض، هر یک که مقدم باشد، خواهد بود.» در اظهار نظر شماره ۳۲۹۹/۱۰۲/۱۹۱۰۶ مورخ ۱۳۹۹/۰۵/۲۰ خود از این جهت که آیا شامل مواردی که فرد با عذر قابل قبول شرعی نیز مالیات و عوارض خود را با تأخیر پرداخت می‌کند می‌شود یا خیر واجد ابهام تشخیص دادند؛ بدین معنا که عدم پیش‌بینی شرایط عذر

موجه مغایر با شرع است. در نتیجه این ایراد مجلس شورای اسلامی در مصوبه اصلاحی خود تبصره‌ای به ماده ۴۰ اضافه کرد که بر اساس آن چنانچه مؤدی خارج از اراده خود امکان پرداخت مالیات و عوارض موضوع این قانون در مواعد مقرر را نداشته باشد می‌تواند به هیئت‌های حل اختلاف مالیاتی اعتراض کند. با این حال شورای نگهبان در اظهارنظر شماره ۳۳۹۹/۱۰۲/۲۱۱۴۹ مورخ ۱۳۹۹/۱۰/۰۷ خود اصلاح یادشده را رافع ایراد شورا ندانست و بر باقی بودن ابهام شورای نگهبان تصریح کرد. مجلس شورای اسلامی نیز در دومین مصوبه اصلاحی خود مصوب ۱۴۰۰/۰۱/۲۲ در ادامه تبصره الحاقی به ماده ۴۰ تصریح کرد: «در صورتی که ادعای مؤدی با ارائه اسناد و مدارک مثبت در هیئت‌های حل اختلاف مالیاتی پذیرفته شود، جریمه مذکور بخشیده می‌شود» و در نتیجه شورای نگهبان اصلاحیه اخیر مجلس را رافع ابهام وارده به اصل ۴۰ دانست.^{۳۴}

با این حال در مواد ۳۵۲۳۹ و ۳۶۲۴۷ «قانون مالیات‌های مستقیم» مصوب ۱۳۶۷/۱۲/۰۳ به‌رغم آنکه مواعیدی برای اعتراض به تصمیمات سازمان امور مالیاتی تعیین شده شرایط «عذر موجه» مورد پیش‌بینی قرار نگرفته است. عدم اعلام مغایرت این احکام با موازین شرع توسط فقهای شورای نگهبان را نیز می‌توان مانند سایر ایرادات موجود در قانون یادشده عدم رسیدگی لایحه مصوبه مجلس توسط شورای نگهبان دانست که نهایتاً منجر به ابلاغ قانون یادشده بدون اظهارنظر شورای نگهبان شد.^{۳۷}

نتیجه‌گیری

فقهای شورای نگهبان به عنوان مرجع نظارت بر عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با موازین شرع، در مقام انطباق مصوبات مجلس شورای اسلامی در خصوص مالیات و نظام مالیاتی، برخی احکام را مغایر با شرع اعلام کرده‌اند. شورای نگهبان عدم توجه به توانایی همه مؤدیان و شمول حکم به الزام پرداخت مالیات در ارتباط با افراد کم‌توان را مغایر شرع دانسته است. همچنین فقهای شورای نگهبان وضع مالیات و عوارض به نحوی که میزان آن به قدری زیاد باشد که به حد اجحاف برسد را نیز مغایر موازین شرع اعلام کرده‌اند. مسئول دانستن مؤدی به پرداخت مالیات اشخاص دیگر موضوع دیگری است که در مصوبات مالیاتی مجلس مورد ایراد فقهای شورای نگهبان قرار گرفته و ایشان این موارد را مغایر با موازین شرع برشمرده‌اند. محبوس کردن اموال مؤدی به عنوان یکی از تضامین وصول مالیات نیز در مواردی

که بیش از مقدار احتیاطی باشد مورد ایراد شرعی فقهای شورای نگهبان قرار گرفته است. موضوع دیگری که فقهای شورای نگهبان در مصوبات مالیاتی خلاف شرع تشخیص داده‌اند پیش‌بینی حق تقدم برای سازمان امور مالیات جهت اخذ مالیات نسبت به سایرین طلبکاران است. عدم توجه به معاذیر موجه در تعیین مواعیدی که در نتیجه آن برای مؤدی جریمه یا محرومیت از حقی پیش‌بینی شده است مورد دیگری است که فقهای شورای نگهبان آن را مغایر با موازین شرع شناخته‌اند.

یادداشت‌ها

* اصل ۱ قانون اساسی: «حکومت ایران جمهوری اسلامی است که ملت ایران بر اساس اعتقاد دیرینه‌اش به حکومت حق و عدل قرآن در پی انقلاب اسلامی پیروزمند خود به رهبری مرجع عالی‌قدر تقلید آیت‌الله العظمی امام خمینی در همه‌پرسی دهم و یازدهم فروردین ماه یک‌هزار و سیصد و پنجاه و هشت هجری شمسی برابر با اول و دوم جمادی الاول سال یک‌هزار و سیصد و نود و نه هجری قمری با اکثریت ۹۸/۲ درصد کلیه کسانی که حق رأی داشتند به آن رأی مثبت داد».

* اصل ۲ قانون اساسی: «جمهوری اسلامی نظامی است بر پایه ایمان به: ۱. خدای یکتا (لا اله الا الله) و اختصاص حاکمیت و تشریح به او و لزوم تسلیم در برابر امر او؛ ۲. وحی الهی و نقش بنیادی آن در بیان قوانین؛ ۳. معاد و نقش سازنده آن در سیر تکاملی انسان به سوی خدا؛ ۴. عدل خدا در خلقت و تشریح؛ ۵. امامت و رهبری مستمر و نقش اساسی آن در تداوم انقلاب اسلامی؛ ۶. کرامت و ارزش والای انسان و آزادی توأم با مسئولیت او در برابر خدا که از راه: الف) اجتهاد مستمر فقهای جامع‌الشرایط بر اساس کتاب و سنت معصومین سلام الله علیهم اجمعین؛ ب) استفاده از علوم و فنون و تجارب پیشرفته بشری و تلاش در پیشبرد آنها؛ ج) نفی هر گونه ستمگری و ستم‌کشی و سلطه‌گری و سلطه‌پذیری، قسط و عدل و استقلال سیاسی و اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی و همبستگی ملی را تأمین می‌کند».

* اصل ۹۴ قانون اساسی: «کلیه مصوبات مجلس شورای اسلامی باید به شورای نگهبان فرستاده شود. شورای نگهبان موظف است آن را حداکثر ظرف ده روز از تاریخ وصول از نظر انطباق بر موازین اسلام و قانون اساسی مورد بررسی قرار دهد و چنانچه آن را مغایر ببیند برای تجدید نظر به مجلس بازگرداند. در غیر این صورت مصوبه قابل اجرا است».

* اصل ۹۶ قانون اساسی: «تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام با اکثریت فقهای شورای نگهبان و تشخیص عدم تعارض آنها با قانون اساسی بر عهده اکثریت همه اعضای شورای نگهبان است».

* Slink.shora-gc.ir\Fs7aZ (آخرین مشاهده: ۱۴۰۲/۰۵/۲۳).

* ← شناسنامه «لایحه درآمد پایدار و هزینه شهرداری‌ها و دهیاری‌ها» در سامانه جامع نظرات شورای نگهبان، قابل دسترس در: Slink.shora-gc.ir\zkGoC (آخرین مشاهده: ۱۴۰۲/۰۵/۲۳).

* Slink.shora-gc.ir\UsPHx (آخرین مشاهده: ۱۴۰۲/۰۵/۲۳).

* ← شناسنامه «لایحه مالیات بر ارزش افزوده» در سامانه جامع نظرات شورای نگهبان، قابل دسترس در: Slink.shora-gc.ir\0Liq1 (آخرین مشاهده: ۱۴۰۲/۰۵/۲۳).

* Slink.shora-gc.ir\aNHuS (آخرین مشاهده: ۱۴۰۲/۰۵/۲۳).

* ← شناسنامه «لایحه پایانه‌های فروشگاه‌ها و سامانه مؤدیان» در سامانه جامع نظرات شورای نگهبان، قابل دسترس در: Slink.shora-gc.ir\qMbni (آخرین مشاهده: ۱۴۰۲/۰۵/۲۳).

* ماده ۶۴ قانون مالیات‌های مستقیم: «تعیین ارزش معاملاتی املاک بر عهده کمیسیون تقویم املاک می‌باشد. کمیسیون مزبور موظف است ارزش معاملاتی موضوع این قانون را در سال اول معادل دو درصد (۲٪) میانگین

قیمت‌های روز منطقه با لحاظ ملاک‌های زیر تعیین کند. این شاخص هر سال به میزان دو واحد درصد افزایش می‌یابد تا زمانی که ارزش معاملاتی هر منطقه به بیست درصد (۲۰٪) میانگین قیمت‌های روز املاک برسد.

* تبصره ۳ ماده ۶۴ قانون مالیات‌های مستقیم: «در مواردی که ارزش معاملاتی موضوع این ماده مطابق دیگر قوانین و مقررات مأخذ محاسبه سایر عوارض و وجوه قرار می‌گیرد، مأخذ محاسبه عوارض و وجوه یادشده بر مبنای درصدی از ارزش معاملاتی موضوع این ماده می‌باشد که با پیشنهاد مشترک وزارت امور اقتصادی و دارایی و دستگاه ذی‌ربط به تصویب هیئت وزیران یا مراجع قانونی مرتبط می‌رسد. درصد مذکور باید به نحوی تعیین گردد که مأخذ محاسبه عوارض و وجوه یادشده بیش از نرخ تورم رسمی اعلامی از طرف مراجع قانونی ذی‌ربط افزایش نیافته باشد».

* Slink.shora-gc.ir\Fs7aZ (آخرین مشاهده: ۱۴۰۲/۰۵/۲۳).

* ← شناسنامه «لایحه درآمد پایدار و هزینه شهرداری‌ها و دهیاری‌ها» در سامانه جامع نظرات شورای نگهبان، قابل دسترس در: Slink.shora-gc.ir\zkGoC (آخرین مشاهده: ۱۴۰۲/۰۵/۲۳).

* Slink.shora-gc.ir\CS6ID (آخرین مشاهده: ۱۴۰۲/۰۵/۲۳).

* ← شناسنامه «لایحه مالیات تعاون ملی برای بازسازی» در سامانه جامع نظرات شورای نگهبان، قابل دسترس در: Slink.shora-gc.ir\faqy7 (آخرین مشاهده: ۱۴۰۲/۰۵/۲۳).

* Slink.shora-gc.ir\jLiwe (آخرین مشاهده: ۱۴۰۲/۰۵/۲۳).

* ← شناسنامه «لایحه مالیات بر ارزش افزوده» در سامانه جامع نظرات شورای نگهبان، قابل دسترس در: Slink.shora-gc.ir\wXVC4 (آخرین مشاهده: ۱۴۰۲/۰۵/۲۳).

* ماده ۱۹۸ قانون مالیات‌های مستقیم: «در شرکت‌های منحل مدیران تصفیه اشخاص حقوقی و در سایر شرکت‌ها مدیران اشخاص حقوقی غیر دولتی به طور جمعی یا فردی نسبت به پرداخت مالیات بر درآمد اشخاص حقوقی و همچنین مالیات‌هایی که اشخاص حقوقی به موجب این قانون و قانون مالیات بر ارزش افزوده مکلف به کسر یا وصول یا ایصال آن می‌باشند و در دوران مدیریت آن‌ها قطعی شده باشد با شخص حقوقی مسئولیت تضامنی خواهند داشت. این مسئولیت مانع از مراجعه ضامن‌ها به شخص حقوقی نیست».

* ← شناسنامه «لایحه مالیات‌های مستقیم» در سامانه جامع نظرات شورای نگهبان، قابل دسترس در: Slink.shora-gc.ir\oHAui (آخرین مشاهده: ۱۴۰۲/۰۸/۰۶).

* Slink.shora-gc.ir\EGIZt (آخرین مشاهده: ۱۴۰۲/۰۵/۲۳).

* Slink.shora-gc.ir\07kIM (آخرین مشاهده: ۱۴۰۲/۰۵/۲۳).

* ← شناسنامه «لایحه اصلاح قانون مالیات‌های مستقیم» در سامانه جامع نظرات شورای نگهبان، قابل دسترس در: Slink.shora-gc.ir\x0cIlg (آخرین مشاهده: ۱۴۰۲/۰۵/۲۳).

* ماده ۵۸ قانون اداره تصفیه امور ورشکستگی: «بستانکارانی که دارای وثیقه‌اند نسبت به حاصل فروش مال مورد وثیقه در برگ تقسیم حاصل فروش مقدم بر سایر بستانکاران قرار داده می‌شوند. طلب‌هایی که دارای وثیقه نیست و همچنین باقی‌مانده طلب‌هایی که دارای وثیقه بوده و تمام آن از فروش وثیقه پرداخت نشده به ترتیب

طبقات زیر بر یکدیگر مقدم‌اند و در تقسیم‌نامه حاصل فروش اموال متوقف این تقدم رعایت و قید می‌شود. طبقه اول: الف) حقوق خدمه خانه برای مدت سال آخر قبل از توقف؛ ب) حقوق خدمتگزاران بنگاه ورشکسته برای مدت شش ماه قبل از توقف؛ ج) دستمزد کارگرانی که روزانه یا هفتگی مزد می‌گیرند برای مدت سه ماه قبل از توقف.

طبقه دوم: طلب اشخاصی که مال آن‌ها به عنوان ولایت یا قیمومت تحت اداره ورشکسته بوده نسبت به میزانی که ورشکسته از جهت ولایت و یا قیمومت مدیون شده است. این نوع طلب در صورتی دارای حق تقدم خواهد بود که توقف در دوره قیمومت یا ولایت و یا در ظرف یک سال از انقضای آن اعلام شده باشد. طبقه سوم: طلب پزشک و داروفروش و مطالباتی که به مصرف مداوای مدیون و خانواده‌اش در ظرف سال قبل از توقف رسیده است.

طبقه چهارم: الف) نفقه زن مطابق ماده ۱۲۰۶ قانون مدنی؛ ب) مهریه زن تا میزان ده هزار ریال به شرط آنکه ازدواج اقل پنج سال قبل از توقف واقع شده باشد و نسبت به مازاد جزء سایر دیون محسوب می‌شود. طبقه پنجم: سایر بستانکاران».

*. Slink.shora-gc.ir\UsPHx (آخرین مشاهده: ۱۴۰۲/۰۵/۲۳).

*. ← شناسنامه «لایحه مالیات بر ارزش افزوده» در سامانه جامع نظرات شورای نگهبان، قابل دسترس در: Slink.shora-gc.ir\Uc5Ez (آخرین مشاهده: ۱۴۰۲/۰۵/۲۳).

*. ماده ۱۶۰ قانون مالیات‌های مستقیم: «سازمان امور مالیاتی کشور برای وصول مالیات و جرایم متعلق از مؤدیان و مسئولان پرداخت مالیات نسبت به سایر طلبکاران به استثنای صاحبان حقوق نسبت به مال مورد وثیقه و مطالبات کارگران و کارمندان ناشی از خدمت حق تقدم خواهد داشت. حکم قسمت اخیر این ماده مانع وصول مالیات متعلق به انتقال مال مورد وثیقه نخواهد بود».

*. ← شناسنامه «لایحه مالیات‌های مستقیم» در سامانه جامع نظرات شورای نگهبان، قابل دسترس در: Slink.shora-gc.ir\oHAui (آخرین مشاهده: ۱۴۰۲/۰۸/۰۶).

*. ماده ۱۷۸ قانون آیین دادرسی کیفری: «متهم مکلف است در موعد مقرر حاضر شود و اگر نتواند باید عذر موجه خود را اعلام کند. جهات زیر عذر موجه محسوب می‌شود:

الف) نرسیدن یا دیر رسیدن احضاریه به گونه‌ای که مانع از حضور شود؛ ب) بیماری متهم و بیماری سخت والدین، همسر، یا اولاد وی که مانع از حضور شود؛ پ) همسر یا یکی از اقربا تا درجه سوم از طبقه دوم فوت شود؛ ت) ابتلا به حوادث مهم از قبیل بیماری‌های واگیردار و بروز حوادث قهری، مانند سیل و زلزله، که موجب عدم امکان تردد گردد؛ ث) متهم در توقیف یا حبس باشد؛ ج) سایر مواردی که عرفاً به تشخیص بازپرس عذر موجه محسوب می‌شود.

تبصره: در سایر موارد، متهم می‌تواند برای یک بار پیش از موعد تعیین‌شده بازپرس را از علت عدم حضور خود مطلع سازد و موافقت وی را اخذ نماید که در این مورد بازپرس می‌تواند در صورت عدم تأخیر در تحقیقات تا سه روز مهلت را تمدید کند».

*. Slink.shora-gc.ir\CS6ID (آخرین مشاهده: ۱۴۰۲/۰۵/۲۳).

*. ← شناسنامه «لایحه مالیات تعاون ملی برای بازسازی» در سامانه جامع نظرات شورای نگهبان، قابل دسترس در: Slink.shora-gc.ir\faq7 (آخرین مشاهده: ۱۴۰۲/۰۵/۲۳).

*. Slink.shora-gc.ir\UsPHx (آخرین مشاهده: ۱۴۰۲/۰۵/۲۳).

*. Slink.shora-gc.ir\062Ok (آخرین مشاهده: ۱۴۰۲/۰۵/۲۳).

*. ← شناسنامه «لایحه مالیات بر ارزش افزوده» در سامانه جامع نظرات شورای نگهبان، قابل دسترس در: Slink.shora-gc.ir\Uc5Ez (آخرین مشاهده: ۱۴۰۲/۰۵/۲۳).

*. ماده ۲۳۹ قانون مالیات‌های مستقیم: «در صورتی که مؤدی ظرف سی روز از تاریخ ابلاغ برگ تشخیص مالیات قبولی خود را نسبت به آن کتباً اعلام کند یا مالیات مورد مطالبه را به مأخذ برگ تشخیص پرداخت یا ترتیب پرداخت آن را بدهد یا اختلاف موجود بین خود و اداره امور مالیاتی را به شرح ماده ۲۳۸ این قانون رفع نماید پرونده امر از لحاظ میزان درآمد مشمول مالیات مختومه تلقی می‌گردد و در مواردی که مؤدی ظرف سی روز کتباً اعتراض نماید و یا در مهلت مقرر در ماده مذکور به اداره امور مالیاتی مربوط مراجعه نکند درآمد تعیین شده در برگ تشخیص مالیات قطعی است».

*. ماده ۲۴۷ قانون مالیات‌های مستقیم: «آرای هیئت‌های حل اختلاف مالیاتی بدوی قطعی و لازم‌الاجرا است. مگر اینکه ظرف مدت بیست روز از تاریخ ابلاغ رأی بر اساس ماده ۲۰۳ این قانون و تبصره‌های آن به مؤدی از طرف مأموران مالیاتی مربوط یا مؤدیان مورد اعتراض کتبی قرار گیرد که در این صورت پرونده جهت رسیدگی به هیئت حل اختلاف مالیاتی تجدید نظر احاله خواهد شد. رأی هیئت حل اختلاف مالیاتی تجدید نظر قطعی و لازم‌الاجرا می‌باشد».

منابع

کتاب

- بهاروند، م. (۱۳۹۳). منابع مالی در حاکمیت فقیه. قم: نشر معارف.
- پروتابا، ل. و ماری کوتره، ژ. (۱۳۶۷). حقوق مالیاتی. مترجم: محمدعلی یزدان‌بخشیان. تهران: خاتون.
- پیرنیا، ح. (۱۳۴۸). مالیه عمومی: مالیات‌ها و بودجه. تهران: ابن‌سینا.
- جعفری لنگرودی، م. (۱۳۸۰). ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
- خالقی، ع. (۱۳۹۹). آیین دادرسی کیفری. تهران: شهر دانش.
- خامنه‌ای، س. (۱۳۹۹). اجوبه الاستفتائات، پاسخ به پرسش‌های شرعی مطابق فتوای مرجع عالی‌قدر حضرت آیت‌الله العظمی سید علی خامنه‌ای (مد ظله العالی). تهران: انقلاب اسلامی ایران (نشر فقه روز).
- دهخدا، ع. (۱۳۸۵). لغت‌نامه. تهران: انتشارات دانشگاه تهران. ج ۱.
- رستمی، و. (۱۳۹۵). مالیه عمومی. تهران: میزان.
- رضایی دوانی، م. (۱۳۸۹). مقدمه‌ای بر مالیه عمومی در اسلام. تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت).
- رنگریز، ح. و خورشیدی، غ. (۱۳۹۱). مالیه عمومی و تنظیم خط‌مشی مالی دولت. تهران: شرکت چاپ و نشر بازرگانی.
- طاهری تازی، م. (۱۳۹۴). آیین دادرسی مالیاتی. تهران: شهردانش، ج ۱.
- عبداللهی، ح. و مولایی، غ. (۱۴۰۰). حقوق مالیاتی (با رویکرد تحلیلی-کاربردی). تهران: جنگل.
- مصباحی مقدم، غ. (۱۳۹۷). فقه منابع مالی دولت اسلامی. تهران: دانشگاه امام صادق (ع).

مقالات

- پروین، خ. و درویش‌متولی، م. (۱۳۹۲). مأخذ شریعت ناظر در نظام تقنینی جمهوری اسلامی ایران. حکومت اسلامی، ۱۸ (۶۷)، ۱۱۵ - ۱۳۶.
- خندانی، س. (۱۳۸۸). وصول مطالبات از کارفرمای ورشکسته. کانون وکلا، ۱ (۲۰۷)، ۳۱ - ۴۲.

ویژه، م. (۱۳۸۸). تأملی بر سلسله مراتب هنجارها در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران. *راهبرد*، ۱(۵۰)، ۱۰۱ - ۱۳۰.

اسناد و مدارک

سامانه جامع نظرات شورای نگهبان. قابل دسترس در: nazarat.shora-rc.ir

References

Books

- Beharvand, M. (1393). *Manabe Mali dar Hakemiyat-e Faghih*. Qom: Nashr-e Ma'aref. (in Persian)
- Parotaba, L.; va Mari Kotre, Zh. (1367). *Hoghoogh-e Maliyati*. Motarjem: Mohammad Ali Yazdan-Bakhshian. Tehran: Nashr-e Khatoon. (in Persian)
- Pirnia, H. (1348). *Maliye Omoumi: Maliyat-ha va Boodje*. Tehran: Ebne Sina. (in Persian)
- Jafari Langaroodi, M. (1380). *Terminology-ye Hoghoogh*. Tehran: Ganj-e Danesh. (in Persian)
- Khaleghi, A. (1399). *Aayeen-e Dadresi-ye Keyfari*. Tehran: Shahr-e Danesh. (in Persian)
- Khamenei, S. (1399). *Ajvabe al-Estefta'at Pasokh be Porseshha-ye Shar'i Motabegh Fatva-ye Marja'-ye Aliqadr Hazrat Ayatollah al-Ozma Seyed Ali Khamenei (Moddazele Alali)*. Tehran: Entesharat Enqelab-e Eslami Iran (Nashr-e Feqh-e Rouz). (in Persian)
- Dehkhoda, A. (1385). *Loghatnameh*. Tehran: Entesharat Daneshgah-e Tehran, J 1. (in Persian)
- Rostami, V. (1395). *Maliye Omoumi*. Tehran: Mizan. (in Persian)
- Rezaei Davani, M. (1389). *Moghadame'i bar Maliye Omoumi dar Eslam*. Tehran: Sazeman-e Motale'e va Tadvin-e Kotob-e Oloum-e Ensani Daneshgah-ha (SAMT). (in Persian)
- Rangriz, H.; va Khorshidi, Q. (1391). *Maliye Omoumi va Tazim-e Khat-e Mash-e Maliy-e Dolat*. Tehran: Sherkat Chap va Nashr-e Bazargani. (in Persian)
- Taheri Tari, M. (1394). *Aayeen-e Dadresi-ye Maliyati*. Tehran: Shahr-e Danesh, J 1. (in Persian)
- Abdollahi, H.; va Moulabigi, Q. (1400). *Hoghoogh-e Maliyati (ba Ruykard-e Tahlili-Karbordi)*. Tehran: Jangal. (in Persian)
- Mesbahi Moqaddam, Q. (1397). *Feqh-e Manabe' Maliy-e Dolat-e Eslami*. Tehran: Daneshgah-e Emam Sadeq Alayhe Salam. (in Persian)
- Garner, Bryan. (2009). *Black's Law Dictionary Standard (Ninth Edition)*. Minnesota: West Publishing.

Articles

Parvin, Kh.; va Darvish-Motavali, M. (1392). Ma'khaz-e Shari'at-e Nazir dar Nezam-e Taqini-ye Jomhuri-ye Eslami-ye Iran, Hokoomat-e Eslami, 18 (67), 115-136. (in Persian)

Khandani, S. (1388). Vosool-e Motalebat az Karfarma-ye Varshakaste. Kanoon-e Vokala, 1 (207), 31-42. (in Persian)

Vijeh, M. (1388). Ta'amoli bar Selsele Marateb-e Honjarha dar Nezam-e Hoghooghi-ye Jomhuri-ye Eslami-ye Iran. Rahbord, 1 (50), 101-130. (in Persian)

Documents

Samaneh-e Jame'e Nazarat-e Shoraye Negahban. Qabele Dastres dar: nazarat.shora-rc.ir. (in Persian)

نظارت اساسی بر همه‌پرسی تقنینی در ایران و ایتالیا



محمدامین ابریشمی‌راد^{۱*} ID، علیرضا جلالی^۲ ID

۱. استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه سمنان، سمنان، ایران

۲. استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه دامغان، دامغان، ایران

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۵/۰۹ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۹/۲۶

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: [10.22034/gjplk.2025.2036.1828](https://doi.org/10.22034/gjplk.2025.2036.1828)

چکیده

یکی از طرق مشارکت مستقیم مردم در تصمیم‌گیری‌های عمومی در ایران و ایتالیا همه‌پرسی تقنینی است. در میان اقسام همه‌پرسی در ایتالیا، همه‌پرسی ملغاکنده قوانین مصداق همه‌پرسی تقنینی و مشابه‌ترین همه‌پرسی به همه‌پرسی موضوع اصل ۵۹ قانون اساسی ایران است. یکی از مهم‌ترین وجوه تشابه این دو همه‌پرسی آن است که مورد نظارت اساسی قرار می‌گیرند. این پژوهش در قالبی توصیفی-تحلیلی در پی پاسخ به این سؤال بوده که نظارت اساسی بر همه‌پرسی تقنینی در ایران و ایتالیا چگونه است؟ با مقایسه نظارت اساسی بر همه‌پرسی تقنینی در ایران و همه‌پرسی ملغاکنده در ایتالیا، این نتیجه به دست آمد که از آنجا که نظام حقوقی ایتالیا در زمینه تبیین ضوابط شکلی و محتوایی حاکم بر همه‌پرسی ملغاکنده شفاف‌تر و دقیق‌تر است، نظارت اساسی بر همه‌پرسی تقنینی در ایتالیا از حیث فرایند اعمال آن و هنجارهای حاکم بر این همه‌پرسی از شفافیت و دقت بیشتری نسبت به نظام حقوقی ایران برخوردار است. از سوی دیگر، تجربه عملی برگزاری همه‌پرسی‌های مختلف ملغاکنده در ایتالیا موجب شده برخی از نواقص و کاستی‌ها با رویه‌های عملی دادگاه قانون اساسی ایتالیا رفع شوند و حال آنکه به جهت فقدان سابقه برگزاری همه‌پرسی تقنینی در ایران اساساً نواقص و کاستی‌های این حوزه برای شورای نگهبان و سایر مراجع و نهادهای مرتبط مجهول است.

کلیدواژگان: اصل ۵۹ قانون اساسی، دادگاه قانون اساسی ایتالیا، شورای نگهبان، نظارت اساسی، همه‌پرسی تقنینی، همه‌پرسی ملغاکنده.



مقدمه

همه‌پرسی یکی از شیوه‌های تحقق دموکراسی مستقیم، به عنوان خالص‌ترین نوع دموکراسی، است. از جمله مهم‌ترین ویژگی‌های همه‌پرسی آن است که برخی همه‌پرسی را بهترین روش افزایش مشارکت شهروندان و مشورت با آن‌ها در خصوص موضوعات عمومی دانسته‌اند (Setala, 1999: 1). از سوی دیگر، همه‌پرسی یکی از مهم‌ترین ظرفیت‌های بسیج کردن رأی‌دهندگان و افزایش مشارکت آنان در امور سیاسی است (De Vreese & Semetko, 2004: 180). برخی نیز همه‌پرسی را روش مشروعیت بخشیدن به رژیم سیاسی معرفی کرده‌اند (بوشهری، ۱۳۸۴: ۴۷).

با توجه به اهمیت همه‌پرسی، معمولاً کشورها در قانون اساسی اقدام به پیش‌بینی اقسام همه‌پرسی کرده‌اند. یکی از انواع همه‌پرسی که در قوانین اساسی کشورهای مختلف مورد شناسایی قرار گرفته «همه‌پرسی تقنینی» است. در این روش، به جای اینکه قانون‌گذاری از طریق مجالس قانون‌گذاری، که معمولاً نمایندگان منتخب مردم هستند، اعمال شود، با مراجعه مستقیم به آرای عمومی صورت می‌گیرد.

برخلاف رویه جمهوری اسلامی ایران که به‌رغم پیش‌بینی ظرفیت برگزاری همه‌پرسی تقنینی در اصل ۵۹، پس از گذشت چهار دهه، اقدام به برگزاری هیچ‌گونه همه‌پرسی در این زمینه نکرده، بررسی رویه عملی کشورهای نظیر ایتالیا گویای آن است که استفاده از همه‌پرسی تقنینی جهت تصمیم‌گیری در خصوص موضوعات مهم در این‌گونه کشورها مرسوم است. از جمله مهم‌ترین مصادیق این دسته از همه‌پرسی‌ها در ایتالیا می‌توان به همه‌پرسی سال ۱۹۷۴ میلادی درباره حق طلاق زوجین اشاره کرد که نتیجه آن به عدم ابطال قانون شماره ۸۹۸ مصوب سال ۱۹۷۰ میلادی ختم شد. علاوه بر این، همه‌پرسی سال ۱۹۸۱ میلادی که به منظور حذف مجازات حبس ابد از قوانین کیفری آن کشور برگزار شد منتج به عدم ابطال بند ۱ ماده ۱۷ و ماده ۲۲ قانون ۱۳۹۸ مصوب سال ۱۹۳۰ میلادی شد. همچنین، همه‌پرسی سال ۱۹۸۷ میلادی منجر به ابطال بند ۱۳ قانون شماره ۸ مصوب سال ۱۹۸۳ میلادی شد که امکان ساخت مراکز هسته‌ای در محدوده شهرهای ایتالیا را بدون مشورت با شهرداری‌های مناطق برای دولت فراهم می‌کرد. در همه‌پرسی سال ۱۹۹۳ میلادی نیز با رأی موافق ۹۰ درصد از واجدین شرایط، بخشی از قانون شماره ۱۹۵

مصوب سال ۱۹۷۴ میلادی، که امکان بهره‌مندی گروه‌های سیاسی حاضر در مجلس از کمک‌های مالی مربوط به فعالیت‌های انتخاباتی را فراهم می‌کرد، ابطال شد.

با عنایت به برگزاری همه‌پرسی‌های تقنینی مختلف در کشور ایتالیا و در مقابل عدم توفیق نظام سیاسی جمهوری اسلامی ایران در این زمینه، مطالعه تطبیقی این دو نظام حقوقی می‌تواند واجد دستاوردهای قابل استفاده‌ای برای نظام حقوقی ایران باشد. بی‌تردید، یکی از حوزه‌های مدنظر از این مطالعه تطبیقی مربوط به نظارت اساسی بر این نوع همه‌پرسی خواهد بود. بر این اساس، این پژوهش بنا دارد تا در قالبی توصیفی-تحلیلی و البته با بهره‌گیری از مطالعاتی تطبیقی، ضمن تبیین اجمالی ضوابط برگزاری همه‌پرسی تقنینی در ایران و ایتالیا، نظارت اساسی بر همه‌پرسی در این دو کشور را مورد مطالعه قرار دهد. بنابراین، سؤال اصلی این تحقیق آن است که نظارت اساسی بر همه‌پرسی تقنینی در ایران و ایتالیا چگونه است؟

فرضیه نویسندگان این تحقیق آن است که نظام حقوقی ایتالیا در زمینه نظارت اساسی بر همه‌پرسی تقنینی قواعد جامع‌تر و پویاتری پیش‌بینی کرده و تجربه عملی برگزاری همه‌پرسی تقنینی در آن کشور نیز موجب رشد و پویایی بیشتر آن شده است.

در مقام تبیین ضرورت انجام دادن این تحقیق باید توجه کرد که برگزاری همه‌پرسی تقنینی در مسائل مهم یکی از ظرفیت‌هایی است که در نظام حقوقی ایران مغفول واقع شده است و حال آنکه این ظرفیت می‌تواند به مشارکت بیشتر مردم در تصمیم‌گیری‌ها و رفع برخی از مشکلات سیاسی کشور کمک شایانی کند. از طرفی، با توجه به ابهاماتی که در خصوص صلاحیت نظارت شورای نگهبان بر همه‌پرسی تقنینی وجود دارد، این مطالعه می‌تواند یافته‌های خوبی برای نظام حقوقی ایران به همراه داشته باشد. در این زمینه، کشور ایتالیا با توجه به سابقه موفقی که در زمینه برگزاری همه‌پرسی‌های تقنینی داشته می‌تواند الگوی مناسبی جهت انجام دادن مطالعات تطبیقی در این زمینه باشد. بنابراین، در این پژوهش، کشور ایتالیا به عنوان الگوی مطالعه تطبیقی انتخاب شده است.

بررسی پیشینه این موضوع گویای آن است که تاکنون نظارت اساسی بر همه‌پرسی تقنینی مورد مطالعه و تحقیق به‌ویژه از منظر تطبیقی قرار نگرفته است. بنابراین، این پژوهش واجد وصف بدیع بودن است.

بنا بر مطالب بیان‌شده، به منظور پاسخ به سؤال این تحقیق، پس از تبیین اجمالی نقش و جایگاه همه‌پرسی تقنینی در نظام‌های سیاسی (بند ۱) اقسام همه‌پرسی در ایران و ایتالیا و ترتیبات و تشریفات برگزاری همه‌پرسی تقنینی در این دو کشور شناسایی خواهند شد (بند ۲). در نهایت، نظارت اساسی بر همه‌پرسی تقنینی و محدودیت‌های حاکم بر این همه‌پرسی مورد مطالعه تطبیقی قرار می‌گیرد (بند ۳).

۱. نقش و جایگاه همه‌پرسی تقنینی در نظام‌های سیاسی

«همه‌پرسی» معادل با واژه «رفراندوم»^۱ در زبان انگلیسی است. از نظر لغوی، رفراندوم را وضعیتی دانسته‌اند که همه مردم یک کشور بتوانند در زمینه یک موضوع مهم رأی بدهند (Hornby, 2001: 1067). در تعریف دیگر، رفراندوم وضعیتی دانسته شده که همه افراد کشور از طریق رأی دادن در تصمیم‌گیری خاصی مشارکت کنند (Longman Dictionary of Contemporary English, 2001: 1187). در لغت‌نامه‌های تخصصی حقوق نیز رفراندوم را واگذاری تدبیر قانون‌گذاری در خصوص نیازها و طرح‌های ارائه‌شده به رأی عمومی تعریف کرده‌اند (Curzon, 2002: 358). معادل فارسی این اصطلاح (همه‌پرسی) نیز در لغت‌نامه فارسی معادل با «رأی‌گیری عمومی برای رد یا قبول یک پیشنهاد» دانسته شده است (دهخدا، ۱۳۸۵، ج ۲: ۳۱۸۱).

علاوه بر تعاریف لغوی بیان‌شده، حقوقدانان «همه‌پرسی» را «رجوع به آرای عمومی و به مشورت گرفتن مردم درباره لزوم یا عدم لزوم و همچنین شکل و محتوای قاعده‌ای از قوانین عادی و یا اساسی» می‌دانند (قاضی شریعت‌پناهی، ۱۳۸۳: ۳۳۱). در تعریف دیگر، همه‌پرسی عبارت از عمل حکومتی دانسته شده که با مراجعه به آرای شهروندان و کسب نظر سیاسی و حقوقی آن‌ها به دنبال شناسایی منافع عمومی مورد انتظار آن‌ها است (هاشمی، ۱۳۹۰: ۲۳۲).

در واقع همه‌پرسی ابزار اعمال مستقیم اراده مردم در زمینه تصمیم‌گیری‌های عمومی است که در کشورهایی که از الگوی دموکراسی مستقیم یا نیمه‌مستقیم بهره‌مند هستند اعمال می‌شود. اگر همه‌پرسی به عنوان یک ابزار یا شیوه مشارکت دادن مستقیم شهروندان در تصمیم‌گیری‌های عمومی تلقی شود، با توجه به ماهیت و موضوع و شیوه‌های اجرایی مختلف، باید آن را دارای اقسام و گونه‌های مختلف قلمداد کرد. در یک تقسیم‌بندی، در صورتی که رجوع به آرای عمومی بیش از اینکه در خصوص موضوع معین و مشخصی باشد حالت اعلام

اعتماد عمومی نسبت به رئیس مملکت یا شخصیت سیاسی پیدا کند، به آن «پله‌بیسیت»^۲ می‌گویند (اباذری فومشی، ۱۳۹۲، ج ۳: ۱۰۵۶). همچنین گاهی، به جای برگزاری همه‌پرسی به منظور وضع و ایجاد یک قاعده، همه‌پرسی به منظور الغای یک قاعده حقوقی مستقر صورت می‌گیرد که از آن به عنوان «وتوی عمومی»^۳ یاد می‌شود. در یک تقسیم‌بندی کلی دیگر، گاهی همه‌پرسی با حمایت دولت^۴ تدارک دیده می‌شود و گاهی ابتکار شهروندان^۵ است که سبب برگزاری همه‌پرسی خواهد شد (Mendelsohn & Parkin, 2000: 1). تقسیم‌بندی همه‌پرسی به اجباری و اختیاری، که بر مبنای تکلیف یا اختیار دولت در به همه‌پرسی گذاشتن موضوعات است، نیز یکی دیگر از تقسیم‌بندی‌های مربوط به همه‌پرسی است (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۹۰: ۷۷). همچنین، مبتنی بر موضوع همه‌پرسی می‌توان آن را به همه‌پرسی تقنینی و همه‌پرسی اساسی تقسیم کرد. در این تقسیم‌بندی، اگر موضوع همه‌پرسی وضع یا اصلاح یا لغو قانون عادی باشد، به آن همه‌پرسی تقنینی می‌گویند و اگر موضوع همه‌پرسی تصویب یا اصلاح هنجارهای اساسی همچون قانون اساسی باشد، بدان همه‌پرسی اساسی گفته می‌شود.

بررسی قوانین اساسی کشورهای ژاپن، جمهوری خلق چین، جمهوری لبنان، جمهوری کره جنوبی، فدراسیون روسیه، جمهوری ازبکستان، جمهوری تاجیکستان، جمهوری قزاقستان، ترکمنستان، جمهوری فرانسه، جمهوری فدرال آلمان، پادشاهی بلژیک، جمهوری ایتالیا، کنفدراسیون سوئیس، پادشاهی دانمارک، پادشاهی اسپانیا، و ایالات متحده آمریکا گویای آن است که در اغلب این کشورها موضوع همه‌پرسی به اشکال مختلف مورد شناسایی و توجه قرار گرفته است.^۶ جالب آنکه در مواردی همچون قانون اساسی ایالات متحده آمریکا، که به موضوع همه‌پرسی نپرداخته، در قوانین اساسی همه ایالات آن کشور، به جز ایالت دلاوار^۷، نهاد همه‌پرسی مورد شناسایی قرار گرفته است (عباسی، ۱۳۸۸: ۲۹۲).

مبتنی بر بررسی‌های انجام‌شده می‌توان گفت پیش‌بینی دو نوع همه‌پرسی در قوانین اساسی کشورها رایج و متداول است. در این خصوص باید همه‌پرسی بازننگری در قانون اساسی را متداول‌ترین همه‌پرسی در قوانین اساسی دانست. در کنار آن، همه‌پرسی تقنینی در مسائل مهم یکی از اقسام رایج همه‌پرسی است که در قوانین اساسی برخی از کشورها پیش‌بینی شده و بررسی آن موضوع این تحقیق است.

۲. اقسام همه‌پرسی در ایران و ایتالیا

پیش از بررسی و تحلیل نظارت اساسی بر همه‌پرسی تقنینی در ایران و ایتالیا، لازم است اقسام همه‌پرسی در ایران و ایتالیا مورد شناسایی قرار گیرند تا موضوع نظارت اساسی در این دو کشور مشخص شود. بنابراین، در ادامه به شناسایی اقسام همه‌پرسی در دو کشور ایران و ایتالیا و آنچه به عنوان موضوع نظارت اساسی مورد نظر است پرداخته می‌شود.

۲-۱. ایران

بررسی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران گویای آن است که پس از همه‌پرسی تعیین شکل حکومت ایران، که در اصل ۱ قانون اساسی بدان اشاره شده، «همه‌پرسی بازنگری در قانون اساسی» و «همه‌پرسی تقنینی در مسائل مهم» دو طریق ممکن جهت برگزاری همه‌پرسی در نظام جمهوری اسلامی ایران هستند.^۸

مستند همه‌پرسی تقنینی در ایران اصل ۵۹ قانون اساسی است که مقرر داشته است: «در مسائل بسیار مهم اقتصادی، سیاسی، اجتماعی، و فرهنگی ممکن است اعمال قوه مقننه از راه همه‌پرسی و مراجعه مستقیم به آرای مردم صورت گیرد». بنابراین، به استناد این اصل، همه‌پرسی به عنوان یکی از دو طریق قانون‌گذاری در نظام جمهوری اسلامی ایران و در عرض قانون‌گذاری از طریق مجلس شورای اسلامی به رسمیت شناخته شده است.

در این خصوص، هرچند در نظام جمهوری اسلامی ایران به موجب اصل ۵۸ اعمال قوه مقننه از طریق مجلس شورای اسلامی انجام می‌شود، اصل ۵۹ امکان اعمال قوه مقننه از راه مراجعه مستقیم به آرای عمومی را به صورت استثنائی بر اصل یادشده شناسایی کرده است. بنابراین، با توجه به استثنا بودن قانون‌گذاری از طریق همه‌پرسی، استفاده از این طریق محدود به مسائل «بسیار مهم» است و تنها در حوزه‌های «اقتصادی، سیاسی، اجتماعی، فرهنگی» که در اصل بدان‌ها اشاره شده قابل برگزاری است. از سوی دیگر، این همه‌پرسی تنها زمانی برگزار می‌شود که مراجع صلاحیت‌دار استفاده از این طریق را به صلاح جامعه بدانند و اصولاً لزومی به برگزاری همه‌پرسی تقنینی در زمینه مسائل مهم نیست و این موارد می‌توانند توسط خود مجلس تعیین تکلیف شوند.

در میان اقسام همه‌پرسی یادشده در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران آنچه می‌تواند موضوع نظارت شورای نگهبان قرار گیرد صرفاً همه‌پرسی تقنینی موضوع اصل ۵۹ قانون

اساسی است. در این زمینه، نظر تفسیری شماره ۸۱/۳۰/۴۱۰۴ مورخ ۱۳۸۱/۱۲/۲۵ شورای نگهبان مقرر داشته «درخواست مراجعه به آرای عمومی موضوع اصل پنجاه و نهم قانون اساسی از مصادیق مصوبات مجلس شورای اسلامی است و باید طبق اصل ۹۴ قانون اساسی به شورای نگهبان ارسال شود». بنابراین، در حال حاضر، با سکوت قانون اساسی در خصوص تعیین مرجع صلاحیت‌دار جهت طرح درخواست مراجعه به آرای عمومی و مطابق ماده ۳۶ قانون همه‌پرسی در جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۶۸، برگزاری همه‌پرسی تقنینی با پیشنهاد «رئیس‌جمهور» یا «یکصد نفر از نمایندگان مجلس شورای اسلامی» شروع خواهد شد. طبق اصل ۵۹، با طرح پیشنهاد برگزاری همه‌پرسی توسط مقامات یادشده، این درخواست باید به تصویب «دوسوم مجموع نمایندگان مجلس» برسد. در مرحله بعد، به موجب نظر تفسیری شماره ۸۱/۳۰/۴۱۰۴ مورخ ۱۳۸۱/۱۲/۲۵ شورای نگهبان، مصوبه مجلس باید به منظور انطباق با قانون اساسی و موازین اسلامی برای شورای نگهبان ارسال شود و در صورتی که آن شورا مصوبه را مغایر ندانست، امکان برگزاری عملیات اجرایی همه‌پرسی طبق فرایند مقرر در قانون همه‌پرسی در جمهوری اسلامی ایران وجود دارد. با فرض برگزاری همه‌پرسی و مشخص شدن نتایج آن، به استناد ماده ۳۵ قانون همه‌پرسی در جمهوری اسلامی ایران و اصل ۱۲۳ قانون اساسی، نتیجه همه‌پرسی از طریق رئیس‌جمهور برای اجرا در اختیار مسئولان قرار خواهد گرفت.

در این زمینه، مطابق ماده ۱ قانون یادشده، موضوع همه‌پرسی به صورت دوگزینه‌ای («آری» یا «خیر») به رأی عمومی گذارده می‌شود. مطابق ماده ۲ قانون یادشده، تاریخ برگزاری همه‌پرسی توسط «وزارت کشور» و با «هماهنگی شورای نگهبان» تعیین و اعلام خواهد شد. همچنین، به موجب ماده ۴ این قانون «همه‌پرسی به صورت مستقیم و عمومی و با رأی مخفی خواهد بود».

یکی از ابهامات موجود در خصوص مراحل همه‌پرسی تقنینی در ایران مربوط به صدور فرمان همه‌پرسی توسط مقام رهبری است. توضیح آنکه برخی حقوقدانان با استناد به اطلاق بند ۳ اصل ۱۱۰ قانون اساسی این صلاحیت مقام رهبری را شامل هر نوع همه‌پرسی اعم از همه‌پرسی تقنینی یا اصلاح قانون اساسی دانسته‌اند (محسنی، ۱۳۹۵: ۱۴۰). همچنین، برخی حقوقدانان با عطف توجه به صراحت اصل ۱۷۷ که به صلاحیت مقام رهبری در فرایند

بازنگری اشاره دارد این گونه نتیجه گرفته‌اند که فرمان مقام رهبری جهت پیشنهاد بازنگری در قانون اساسی شامل پیامدهای آن (از جمله ارجاع به همه‌پرسی) نیز می‌شود. بنابراین، منظور از بند ۳ اصل ۱۱۰ اتفاقاً همه‌پرسی موضوع اصل ۵۹ بوده است (مهرپور، ۱۳۸۷: ۱۳۰). در مقابل رویکرد فوق، برخی حقوقدانان با عطف توجه به قرینه موجود در اصل ۱۷۷ این صلاحیت مقام رهبری را شامل همه‌پرسی تقنینی ندانسته‌اند (هاشمی، ۱۳۸۷: ۷۱). بررسی‌های صورت گرفته در خصوص قصد تدوین‌کنندگان قانون اساسی در سال ۱۳۶۸ از شناسایی صلاحیت صدور فرمان همه‌پرسی برای مقام رهبری نیز مؤید آن است که هدف ایشان پیش‌بینی صلاحیت جدیدی برای مقام رهبری در فرایند همه‌پرسی نبوده، بلکه این صلاحیت تکرار حکم درج‌شده در صدر اصل ۱۷۷ قانون اساسی بوده که نتیجتاً نمی‌توان آن را به همه‌پرسی تقنینی تسری داد (ابریشمی‌راد و نیکونهاد، ۱۳۹۹، ۴۰۲ - ۴۰۳). بنابراین همچنان که مشاهده می‌شود در خصوص این مرحله از همه‌پرسی تقنینی بین حقوقدانان تردید وجود دارد و با توجه به عدم پیش‌بینی این مرحله در قانون همه‌پرسی در جمهوری اسلامی ایران این ابهام در فرایند اجرایی همه‌پرسی تقنینی تشدید شده است. با پذیرش شمول بند ۳ اصل ۱۱۰ نسبت به همه‌پرسی اصل ۵۹ تشریفاتی یا غیر تشریفاتی بودن این صلاحیت مقام رهبری بر ابهامات در این زمینه می‌افزاید.

۲-۲. ایتالیا

با بررسی اصول مختلف قانون اساسی ایتالیا می‌توان سه نوع همه‌پرسی را شناسایی کرد: ۱. همه‌پرسی اصلاح قانون اساسی؛ ۲. همه‌پرسی منطقه‌ای؛ ۳. همه‌پرسی تقنینی سراسری. فارغ از همه‌پرسی موضوع ماده ۱۳۸ قانون اساسی ایتالیا، که به مشارکت شهروندان در فرایند اصلاح قانون اساسی اشاره دارد، شهروندان ایتالیا از دو طریق همه‌پرسی منطقه‌ای و همه‌پرسی تقنینی سراسری در فرایند تقنینی کشور مشارکت دارند. طبق مواد ۱۲۳ و ۱۳۲ قانون اساسی ایتالیا، همه‌پرسی منطقه‌ای به منزله ابزاری جهت مشارکت مستقیم مردم مناطق در حوزه‌هایی همچون قانون‌گذاری محلی و تغییر قلمرو و اراضی واحدهای اداری منطقه‌ای قابل برگزاری است. علاوه بر این، به موجب ماده ۷۵ قانون اساسی ایتالیا امکان لغو کامل یا بخشی از قوانین عادی صادره توسط قوه مقننه از طریق مراجعه به آرای عمومی فراهم شده که از این همه‌پرسی به عنوان «همه‌پرسی ملغاکنده»^۹ یاد می‌شود (Rodean, 2014: 46-47). بنابراین،

برخلاف قانون اساسی ایران که تنها یک نوع همه‌پرسی تقنینی را شناسایی کرده، در کشور ایتالیا دو نوع همه‌پرسی تقنینی قابل شناسایی است که حسب مطالعات انجام‌شده اساساً همه‌پرسی منطقه‌ای تحت نظارت مرجع دادرسی اساسی قرار ندارد (جلالی و گرجی ازندیانی، ۱۳۹۸، ۴۴۰ - ۴۴۲) و از این جهت موضوع این تحقیق نیست.

بر اساس ماده ۱۲ قانون ۳۵۲ مصوب سال ۱۹۷۰ میلادی، همه‌پرسی ملغاکنده با ارائه درخواست برگزاری رفراندوم توسط مردم (امضای حداقل پانصد هزار شهروند واجد حق رأی) یا درخواست مراجع حکومتی صالح (پنج شورای منطقه‌ای) قابل برگزاری است. به موجب ماده ۲۸ قانون یادشده، درخواست‌کنندگان همه‌پرسی «سه ماه» فرصت دارند تا امضاهای مدنظر را ارائه کنند.

پس از آنکه مراجع صلاحیت‌دار تصمیم به برگزاری همه‌پرسی تقنینی گرفتند، درخواست مربوطه به «اداره مرکزی همه‌پرسی‌های دیوان عالی کشور»^{۱۰} تقدیم می‌شود. این اداره صلاحیت دارد تا به صورت مقدماتی مسائل ذیل را بررسی کند: «صحت امضاهای شهروندان»، «مسائل شکلی در رابطه با تکمیل فرم‌های مربوطه»، «به حد نصاب رسیدن تعداد درخواست‌کنندگان»، و «لازم‌الاجرا بودن قانونی که قرار است جزئاً یا کلاً ملغاً شود».^{۱۱} اگر اداره یادشده برخی از اشکالات بیان‌شده را در درخواست همه‌پرسی بیابد، این اداره به درخواست‌کنندگان مهلتی در جهت رفع ایرادها می‌دهد و در صورت حل مشکلات مربوطه فرایند اعمال همه‌پرسی ادامه پیدا می‌کند (Carnevale, 2015: 2). زمانی که این مراحل تکمیل شده باشند یا اداره مرکزی همه‌پرسی‌های دیوان عالی کشور ایرادی در درخواست همه‌پرسی مشاهده نکند، به موجب حکمی اجرای همه‌پرسی را بلا مانع اعلام می‌کند.

پس از صدور حکم اداره مرکزی همه‌پرسی‌های دیوان عالی کشور، محتوای آن به اطلاع رئیس‌جمهور، رئیس مجلس سنا، رئیس مجلس نمایندگان، و نخست‌وزیر می‌رسد و رئیس دادگاه قانون اساسی ایتالیا جهت انجام دادن اقدام مقتضی پرونده اجرای همه‌پرسی را در دستور کار آن دادگاه قرار می‌دهد (Bettinelli, 2004: 556). مرحله بعدی جهت برگزاری همه‌پرسی ملغاکنده بررسی درخواست همه‌پرسی در دادگاه قانون اساسی ایتالیا است.

در خصوص این مرحله، دادگاه قانون اساسی ایتالیا در یکی از نظرات خود، که در سال ۱۹۹۰ میلادی اعلام شده، بیان کرده است که مرحله اول بررسی درخواست برگزاری

همه‌پرسی با حکم ادارهٔ مربوطهٔ دیوان عالی کشور به پایان می‌رسد و ارسال پرونده به دادگاه قانون اساسی توسط نامه به ریاست این دادگاه به مثابهٔ مطالعهٔ مجدد قضیه از بعد شکلی و مسائلی چون به حد نصاب رسیدن امضاها یا تقاضاکنندگان یا لازم‌الاجرا بودن مقررته تحت پوشش رفراندوم نیست (Corte costituzionale, 63-1990, punto 3). بنابراین، به موجب نظر بیان‌شده زمانی که پروندهٔ مربوط به برگزاری همه‌پرسی ملغاکنده به نهاد دادرسی اساسی ارجاع می‌شود دادگاه نمی‌تواند مجدداً موضوعات شکلی را ممیزی کند و نقش دادگاه قانون اساسی بررسی محتوای موضوع همه‌پرسی ملغاکنده است.

پس از برگزاری جلسهٔ دادگاه قانون اساسی، این دادگاه طی حکمی بلامانع بودن یا غیر قابل اعمال بودن همه‌پرسی ملغاکندهٔ کل یا بخشی از قوانین مورد نظر درخواست‌کنندگان را اعلام می‌کند. در صورت عدم مخالفت دادرسان دادگاه قانون اساسی با برگزاری این همه‌پرسی، موضوع به رئیس‌جمهور ابلاغ می‌شود و ایشان، پس از تأیید تشریفاتی هیئت دولت، به استناد بند ۶ مادهٔ ۸۷ قانون اساسی ایتالیا فرمان اجرای همه‌پرسی را صادر می‌کند. در این صورت، همه‌پرسی در تاریخ معهود که الزاماً در یکی از یکشنبه‌های بین ۱۵ آوریل تا ۱۵ ژوئن است برگزار می‌شود (Criscuolo, 2013: 4). در خصوص فرمان رئیس‌جمهور اشاره به این نکته لازم است که طبق رویهٔ عملی آن کشور صلاحیت رئیس‌جمهور در این مرحله کاملاً تشریفاتی است. پس از این مرحله، به استناد مادهٔ ۷۵ قانون اساسی ایتالیا در صورتی موضوع همه‌پرسی تصویب خواهد شد که اکثر دارندگان حق رأی در انتخابات شرکت کرده باشند و آرای معتبر اکثریت مطلق شرکت‌کنندگان به دست آمده باشد.^{۱۲}

۳. نظارت اساسی بر همه‌پرسی تقنینی در ایران و ایتالیا

بنا بر آنچه در خصوص ترتیبات و تشریفات برگزاری همه‌پرسی تقنینی در کشورهای ایران و ایتالیا گفته شد، تردیدی نیست که یکی از مهم‌ترین مراحل برگزاری همه‌پرسی در این دو کشور نظارت اساسی بر مصوبهٔ موضوع همه‌پرسی است. در این زمینه اجمالاً باید توجه کرد که در فقدان ضوابط و قواعد جامع و شفاف و مدون، به منظور نظارت شورای نگهبان بر همه‌پرسی تقنینی، نظام حقوقی ایتالیا در این زمینه عملکرد بسیار بهتری داشته است که در ادامه به بررسی مؤلفه‌های این نظارت و وجوه تمایز و تشابه آن‌ها پرداخته خواهد شد.

۳-۱. از منظر شکلی

در خصوص نظارت اساسی بر ترتیبات و فرایندهای شکلی برگزاری همه‌پرسی تقنینی آنچه در نظام حقوقی ایران قابل استفاده است آن است که با نقصان قانون اساسی و قانون همه‌پرسی در جمهوری اسلامی ایران- مصوب ۱۳۶۸- در زمینه نقش شورای نگهبان در ترتیبات و فرایندهای شکلی برگزاری همه‌پرسی، با توجه به نظر تفسیری شماره ۸۱/۳۰/۴۱۰۴ مورخ ۱۳۸۱/۱۲/۲۵ شورای نگهبان، نظارت آن شورا بر موضوع همه‌پرسی تقنینی پس از تصویب و قبل از لازم‌الاجرا شدن آن صورت می‌گیرد و از این جهت نظارت شورا پیشینی است. از سوی دیگر، از آنجا که در نظر تفسیری یادشده مصوبات مجلس در خصوص ارجاع موضوع به همه‌پرسی مشمول عبارت «کلیه مصوبات مجلس شورای اسلامی» در اصل ۹۴ قانون اساسی دانسته شده، شورا مکلف است ظرف مهلت مقرر (حداکثر ظرف ده روز از تاریخ وصول) و در صورت استمهال (موضوع اصل ۹۵) نهایتاً ظرف بیست روز مغایرت مصوبه با قانون اساسی و موازین اسلامی را اعلام کند. در غیر این صورت، بدون اظهار نظر شورا امکان برگزاری همه‌پرسی تقنینی وجود دارد.

در مقابل، با بررسی قوانین و مقررات حاکم بر نظام حقوقی ایتالیا مشاهده خواهد شد که با وجود سکوت قانون اساسی ایتالیا در رابطه با نظارت پیشینی دادگاه قانون اساسی ایتالیا بر همه‌پرسی ملغاکنده بند ۱ ماده ۲ قانون شماره ۱ مورخ ۱۱ مارس ۱۹۵۳ صراحتاً بر صلاحیت محکمه جهت اعمال نظارت پیشینی بر اعمال صحیح همه‌پرسی ملغاکنده تأکید کرده است (Barbera & Morrone, 2003: 26). البته، برخلاف شورای نگهبان، دادگاه قانون اساسی ایتالیا به منظور بررسی مصوبه موضوع همه‌پرسی محدودیت زمانی جهت اعلام نظر ندارد و تا زمانی که اجازه برگزاری همه‌پرسی ملغاکنده را صادر نکند امکان برگزاری همه‌پرسی و الغای یک قانون لازم‌الاجرا وجود ندارد.

در خصوص تشریفات این مرحله اشاره به این نکته مفید خواهد بود که در این مرحله رئیس دادگاه قانون اساسی ایتالیا طبق بند ۲ ماده ۳۳ قانون ۳۵۲ مصوب سال ۱۹۷۰ میلادی دستور تشکیل جلسه اعضای محکمه را صادر می‌کند و این موضوع را به نخست‌وزیر و کمیته برگزارکننده همه‌پرسی اطلاع می‌دهد. اضافه بر این، نمایندگان کمیته برگزارکننده همه‌پرسی و

نخست‌وزیر اجازه دارند در جلسه دادگاه شرکت کنند و اظهارات خود را به استحضار دادرسان اساسی برسانند (Chiappetti, 1976: 142).

در این زمینه، دادگاه قانون اساسی به موجب رأی شماره ۱۶ مصوب سال ۲۰۰۸ میلادی در زمینه برگزاری یکی از همه‌پرسی‌های ملغاکنده در ایتالیا مقرر داشته که همه افراد ذی‌نفع می‌توانند مستندات خود را مبنی بر مشروع یا غیر قانونی بودن برگزاری همه‌پرسی قبل از آغاز جلسه رسمی به محکمه تقدیم کنند، لکن بر اساس ماده ۳۳ قانون ۳۵۲ مصوب سال ۱۹۷۰ میلادی این افراد حق شرکت حضوری در جلسه رسیدگی را ندارند و فقط درخواست‌کنندگان اجرای همه‌پرسی و نمایندگان دولت می‌توانند نزد قضات حاضر شوند (Corte costituzionale, 16-2008, punto 2).

همان‌طور که روشن است، نظارت دادگاه قانون اساسی ایتالیا بر ترتیبات و فرایندهای شکلی همه‌پرسی تقنینی مبتنی بر قوانین مختلف و رویه‌های جاری نظام‌مندتر و روشن‌تر از نظارت شورای نگهبان است. این در حالی است که در قانون همه‌پرسی ۱۳۶۸ یا آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان به تبیین چنین ضوابطی پرداخته نشده است. بنابراین، اصلاح قوانین و مقررات مربوطه در ایران و تبیین این قبیل ضوابط، به‌ویژه از حیث فراهم کردن امکان دفاع از مصوبه موضوع همه‌پرسی در شورای نگهبان یا تبیین صلاحیت آن شورا در تشخیص «مسائل بسیار مهم» بودن موضوع همه‌پرسی، می‌تواند بر تقویت نقش شورای نگهبان بیفزاید.

۳-۲. از منظر محتوایی

علاوه بر ترتیبات و فرایندهای شکلی برگزاری همه‌پرسی ملغاکنده، موضوع این همه‌پرسی با تفصیل و دقت بیشتری در قانون اساسی ایتالیا تبیین شده و از این جهت نظارت محتوایی دادگاه قانون اساسی ایتالیا بر موضوع همه‌پرسی ملغاکنده ابعاد مختلف و بیشتری دارد. جالب آنکه رویه دادگاه قانون اساسی ایتالیا بر ابعاد حقوقی نظارت بر این نوع از همه‌پرسی افزوده و عملاً محدودیت‌های جدیدی بر این نوع از همه‌پرسی افزوده است که در ادامه بدان‌ها پرداخته می‌شود و حسب مورد آن محدودیت در نظام حقوقی ایران مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۳-۲-۱. محدودیت‌های مبتنی بر قانون اساسی

یکی از مهم‌ترین موضوعاتی که اعمال نظارت دادگاه قانون اساسی ایتالیا بر درخواست همه‌پرسی را ضروری می‌دارد آن است که بند ۲ ماده ۷۵ قانون اساسی این کشور صراحتاً

محدودیت‌هایی را جهت برگزاری همه‌پرسی ملغاکنده در ایتالیا پیش‌بینی کرده و صیانت از قانون اساسی اقتضا دارد تا در حوزه‌های یادشده همه‌پرسی ملغاکنده برگزار نشود. به موجب بند اشاره‌شده، مشخصاً در زمینه مسائل مربوط به «معاهدات بین‌المللی»، «قوانین مالی و بودجه»، و «مقررات عفو و بخشش مجرمین» امکان مراجعه به همه‌پرسی وجود ندارد^{۱۳} که در ادامه به تبیین آن‌ها پرداخته می‌شود.

۳-۲-۱. محدودیت برگزاری همه‌پرسی در زمینه معاهدات بین‌المللی

همان‌طور که اشاره شد، مبتنی بر بند ۲ ماده ۷۵ قانون اساسی ایتالیا، امکان برگزاری همه‌پرسی ملغاکنده در زمینه «معاهدات بین‌المللی» وجود ندارد. بر این اساس، در سال ۱۹۹۰ میلادی، دادگاه قانون اساسی ایتالیا درخواست برگزاری همه‌پرسی راجع به بخشی از قانون ۲۸۳- مصوب سال ۱۹۶۲ میلادی و اصلاحی سال‌های ۱۹۷۶ و ۱۹۸۶- را رد کرد. به اعتقاد دادرسان دادگاه یادشده، اصلاحات سال‌های ۱۹۷۶ و ۱۹۸۶ قانون اشاره‌شده برگرفته از دستورهایی است که در رهنمودهای شماره ۷۶/۸۹۵ و ۸۶/۳۶۲^{۱۴} توسط اتحادیه اروپا ابلاغ شده‌اند و برگزاری رفراندوم در این زمینه تعهدات دولت ایتالیا به این سازمان فراملی را زیر سؤال می‌برد. بنابراین با استناد به بند ۲ ماده ۷۵ درخواست متقاضیان غیر قابل اعمال تشخیص داده شد (Corte costituzionale, 64-1990: punto 2).

در خصوص امکان اعمال این محدودیت توسط شورای نگهبان توجه به این نکته لازم است که با توجه به اینکه چنین محدودیتی صراحتاً در قانون اساسی ایران پیش‌بینی نشده و طبق اصل ۵۹ قانون اساسی امکان برگزاری همه‌پرسی در مسائل بسیار مهم اقتصادی، سیاسی، اجتماعی، و فرهنگی وجود دارد و موضوع معاهدات بین‌المللی اصولاً ذیل عناوین درج‌شده در این اصل جای خواهد گرفت، به نظر می‌رسد محدودیتی جهت برگزاری همه‌پرسی تقنینی راجع به معاهدات در ایران وجود ندارد. این در حالی است که با عطف توجه به اصل ۷۷ قانون اساسی که مقرر داشته «عهدنامه‌ها، مقاوله‌نامه‌ها، قراردادها، و موافقت‌نامه‌های بین‌المللی باید به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد» و اصل ۱۲۵ قانون اساسی که مقرر داشته «امضای عهدنامه‌ها، مقاوله‌نامه‌ها، موافقت‌نامه‌ها، و قراردادها، دولتی ایران با سایر دولت‌ها و همچنین امضای پیمان‌های مربوط به اتحادیه‌های بین‌المللی پس از تصویب مجلس شورای اسلامی با رئیس‌جمهور یا نماینده قانونی اوست» تصریح قانون اساسی به صلاحیت مجلس در

زمینه تصویب معاهدات بین‌المللی را باید به منزله امکان‌پذیر نبودن تصمیم‌گیری در خصوص معاهدات از طریق همه‌پرسی دانست. از این روی، امکان تصویب معاهدات یا موضوعات مرتبط با معاهدات بین‌المللی به نحوی که تعهدات جمهوری اسلامی ایران را تحت تأثیر قرار دهد از طریق همه‌پرسی وجود ندارد. البته این نظر ممکن است مخالفانی داشته باشد که با توجه به خلاف ظاهر اصل بودن نظر ایشان طبیعتاً بار اثبات ادعا بر عهده ایشان است.

به عبارتی، در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، همچون کشور ایتالیا، امکان ارجاع معاهدات بین‌المللی یا موضوعات مرتبط با آن‌ها به آرای عمومی وجود ندارد و در این موارد مرجع تصویب‌کننده معاهده برای تدوین‌کنندگان قانون اساسی موضوعیت داشته است. در غیر این صورت، مشابه بسیاری از اصول قانون اساسی همچون اصل ۲۵ (تعیین موارد مجاز بودن تجسس توسط قانون) یا اصل ۳۳ (تعیین مصادیق اقامت اجباری توسط قانون) حکمت قانون‌گذار اقتضا می‌کرد در اصول ۷۷ و ۱۲۵ نیز الحاق به معاهدات منوط به اجازه «قانون» دانسته شود و نه تصویب «مجلس شورای اسلامی».

با این ملاک، در سایر مواردی که قانون اساسی موضوعی را نیازمند تصویب مجلس شورای اسلامی دانسته، مانند ایجاد محدودیت ضروری توسط دولت در شرایط اضطراری (اصل ۷۹) یا گرفتن و دادن وام یا کمک‌های بدون عوض داخلی و خارجی از طرف دولت (اصل ۸۰)، مبتنی بر ظاهر قانون اساسی فرض بر آن است که امکان برگزاری همه‌پرسی تقنینی در این زمینه‌ها وجود ندارد؛ مگر آنکه به قرینه یا دلیلی بتوان از ظاهر اصل عدول کرد.

۳-۲-۱- محدودیت برگزاری همه‌پرسی در زمینه قوانین مالی و بودجه

موضوع دیگری که در بند ۲ ماده ۷۵ قانون اساسی ایتالیا صراحتاً امکان برگزاری همه‌پرسی ملغاکنده در خصوص آن محدود شده «قوانین مالی و بودجه» است. بر این اساس، در سال ۲۰۰۰ میلادی درخواست برگزاری همه‌پرسی به منظور الغای بخشی از قانون ۶۰۰ مصوب سال ۱۹۷۳ میلادی، به‌رغم تأیید شکلی توسط «اداره مرکزی همه‌پرسی‌های دیوان عالی کشور»، توسط دادگاه قانون اساسی ایتالیا رد شد. به اعتقاد دادرسان دادگاه قانون اساسی ایتالیا، در رأی مورد اشاره محدودیت مقرر در بند ۲ ماده ۷۵ نه‌تنها شامل مقررات مرتبط با ترسیم کلیات نظام مالیاتی می‌شود، بلکه شامل موضوعاتی که مستقیم یا غیر مستقیم با اخذ مالیات ارتباط دارند نیز می‌شود. بنابراین، با

توجه به اینکه همه‌پرسی مورد اشاره به هر دو قید یادشده مربوط است، در چنین حوزه‌ای برگزاری همه‌پرسی غیر قانونی است (Corte costituzionale, 51-2000: punto 2).

در قضیه تقاضای ابطال بخشی از قانون ۲۰۱ مصوب سال ۲۰۱۱ میلادی نیز، با توجه به اینکه درخواست برگزارکنندگان همه‌پرسی الغای بخشی از مقررات مربوط به نحوه صدور مجوز بازنشستگی کارکنان بخش‌های خصوصی و عمومی بود و موضوع «بازنشستگی» با مسائل مالی حکومت ارتباط تنگاتنگی دارد، دادگاه قانون اساسی ایتالیا با درخواست برگزاری همه‌پرسی در این مورد مخالفت کرد (Corte costituzionale, 6-2015: punto 3).

نکته قابل توجه در خصوص این ملاک و محدودیت آن است که از آنجا که شورای نگهبان به موجب نظر تفسیری خود بر مصوبات مجلس راجع به همه‌پرسی تقنینی نظارت می‌کند و طبق اصل ۷۵ قانون اساسی «طرح‌های قانونی و پیشنهادها و اصلاحاتی که نمایندگان در خصوص لوایح قانونی عنوان می‌کنند و به تقلیل درآمد عمومی یا افزایش هزینه‌های عمومی می‌انجامد در صورتی قابل طرح در مجلس است که در آن طرح طریق جبران کاهش درآمد یا تأمین هزینه جدید نیز معلوم شده باشد» مصوبه همه‌پرسی نباید به تقلیل درآمد عمومی یا افزایش هزینه‌های عمومی منتج شود و شورای نگهبان باید مصوبه همه‌پرسی را، که قید یادشده در اصل ۷۵ را رعایت نکرده، مغایر اعلام کند.

در این زمینه، ممکن است گفته شود این اصل ناظر بر طرح‌ها و لوایح با ویژگی بیان‌شده در اصل ۷۴ قانون اساسی است. حال آنکه ابتکار قانون در همه‌پرسی تقنینی، به استناد ماده ۳۶ قانون همه‌پرسی، با رئیس‌جمهور یا یکصد نفر از نمایندگان است و نتیجتاً این موارد مشمول اصل ۷۵ نخواهند بود. لیکن آنچه منطبق با مراد تدوین‌کنندگان قانون اساسی به نظر می‌رسد این است که غرض از اصل ۷۵ عدم ایجاد تکلیف مالایطاق برای دولت، از طریق ایجاد بار مالی تأمین‌نشده، بوده است (اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴: ۸۴۷)؛ ضمن اینکه، آنچه در این فرض واجد اشکال محسوب می‌شود طرق ابتکار قانون یادشده در ماده ۳۶ قانون همه‌پرسی است که حتی شورای نگهبان در نظر شماره ۸۲/۳۰/۳۱۶۷ مورخ ۱۳۸۲/۳/۱۲ راجع به «طرح الحاق یک ماده به آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی» به‌صراحت به این نکته اشاره کرده که «مستفاد از اصل ۷۴ قانون اساسی این است که مصوبات تقنینی مجلس از طریق طرح و یا لایحه قانونی صورت می‌گیرد و طریق

دیگری پیش‌بینی نشده است». از این رو، به نظر شورا «درخواست همه‌پرسی» موضوع اصل ۵۹، که به موجب ماده ۳۶ قانون همه‌پرسی در جمهوری اسلامی ایران^۳ - مصوب ۱۳۶۸ - در صلاحیت رئیس‌جمهور قرار گرفته، باید از طریق لایحه قانونی موضوع اصل ۷۴ قانون اساسی به مجلس ارسال شود. به عبارتی، طرق ابتکار قانون مبتنی بر رویه شورای نگهبان منحصر در موارد و طرق بیان‌شده در قانون اساسی است (کدخدایی و ابریشمی‌راد، ۱۳۹۵، ۵ و ۶) که شامل محدودیت یادشده در اصل ۷۵ قانون اساسی نیز می‌شود.

با وجود قید اشاره‌شده، برخلاف قانون اساسی ایتالیا، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به صورت مطلق برگزاری همه‌پرسی تقنینی در حوزه امور مالی و بودجه‌ای را منع نکرده، بلکه در اصل ۵۹ بر امکان برگزاری همه‌پرسی تقنینی در مسائل بسیار مهم اقتصادی تأکید کرده و از این جهت، با رعایت اصل ۷۵، امکان برگزاری همه‌پرسی تقنینی در این حوزه‌ها وجود دارد.

۳-۱-۲-۳. محدودیت برگزاری همه‌پرسی در زمینه مقررات عفو و بخشش مجرمان

علاوه بر موارد بیان‌شده، در بند ۲ ماده ۷۵ قانون اساسی ایتالیا صراحتاً امکان برگزاری همه‌پرسی ملغاکنده در خصوص مقررات عفو و بخشش مجرمان محدود شده است. حسب بررسی‌های صورت‌گرفته، تاکنون راجع به این حوزه هیچ‌گونه پیشنهاد برگزاری همه‌پرسی ملغاکنده در ایتالیا مطرح نشده است.

بررسی این محدودیت در نظام حقوقی ایران گویای آن است که مستند به بند ۱۱ اصل ۱۱۰ قانون اساسی که «عفو یا تخفیف مجازات محکومان در حدود موازین اسلامی پس از پیشنهاد رئیس‌قوه قضاییه» را از جمله صلاحیت‌های مقام رهبری دانسته، تعیین مقررات این حوزه یا اعمال آن اساساً ایجاد تکلیف برای مقام رهبری محسوب می‌شود و از حدود صلاحیت قانون‌گذار - اعم از مجلس یا همه‌پرسی - خارج است. این رویکرد، از نظرات مختلف شورای نگهبان از جمله نظر شماره ۱۶۶۵ مورخ ۱۳۶۹/۱۲/۱۹ در خصوص لایحه مجازات اسلامی نیز قابل استنباط است. نظر اشاره‌شده مقرر داشته «مواد ۳۸ تا ۴۰ در خصوص آزادی مشروط از این نظر که آزادی مشروط به گونه‌ای که در این مواد پیش‌بینی شده در واقع عفو یا تخفیف مجازات است که طبق بند ۱۱ اصل ۱۱۰ قانون اساسی در اختیار مقام معظم رهبری است مغایر قانون اساسی شناخته شد». بنابراین، در نظام حقوقی ایران امکان قانون‌گذاری در

زمینه تعیین یا تبیین صلاحیت‌های مقام رهبری از جمله عفو یا تخفیف مجازات محکومان وجود ندارد و از این جهت برگزاری همه‌پرسی تقنینی در خصوص این صلاحیت و سایر صلاحیت‌های مقام رهبری امکان‌پذیر نیست.

۲-۲-۳. محدودیت‌های مبتنی بر رویه دادگاه قانون اساسی ایتالیا

تا سال ۱۹۷۸ میلادی، نظارت دادگاه قانون اساسی بر همه‌پرسی ملغاکنده به صورت محدود و تنها نسبت به محدودیت‌های مصرح در بند ۲ ماده ۷۵ صورت می‌گرفت. لکن، از زمان صدور رأی شماره ۱۶ در همان سال، رویکرد دادرس اساسی ایتالیا نسبت به این موضوع تغییر کرد (Abrescia, 2007: 180). پس از رأی یادشده، محدودیت‌های قانونی اجرای همه‌پرسی عملاً گسترش پیدا کردند و غیر از موضوعات احصاء‌شده در بند اشاره‌شده دو موضوع دیگر به محدودیت‌های اجرای همه‌پرسی در ایتالیا افزوده شدند که در ادامه به بررسی و تبیین آن‌ها پرداخته می‌شود.

۱-۲-۳. محدودیت برگزاری همه‌پرسی به جهت مخل بودن به اصول قانون اساسی

مبتنی بر رویه دادگاه قانون اساسی ایتالیا، درخواست همه‌پرسی ملغاکنده مربوط به تغییر و اصلاح اسناد بالادستی کشور غیر قابل قبول هستند؛ حتی اگر تقاضای ارائه‌شده رسماً و به صورت واضح سندی چون قانون اساسی را تحت‌الشعاع قرار نداده باشد. به عبارتی، اگر محتوای موضوع همه‌پرسی ملغاکنده عملاً اخلال در اصول قانون اساسی و اسناد بالادستی حکومت را در بر گیرد، دادگاه قانون اساسی به مثابه دادرس محافظ اصول برتر حکومت وظیفه دارد تقاضای کمیته برگزارکننده همه‌پرسی را رد کند و تردیدی نیست که با توجه به ماده ۱۳۸ قانون اساسی ایتالیا فرایند اصلاح قانون اساسی فرایندی مجزا از همه‌پرسی ملغاکنده است (Corte costituzionale, 16-1978, punto 3).

بر این اساس، در سال ۱۹۸۷ میلادی دادگاه قانون اساسی ایتالیا خواسته کمیته برگزاری همه‌پرسی ملغاکنده مبنی بر لغو مواد ۲۵ و ۲۶ و ۲۷ قانون ۱۹۵ مصوب سال ۱۹۵۸ میلادی در خصوص «شورای عالی قضایی»^{۱۵} را رد کرد. در درخواست اشاره‌شده، متقاضیان با حذف مواد یادشده در عمل خواستار تغییر در شیوه انتخاب اعضای شورای عالی قضایی بودند. توضیح آنکه درخواست بیان‌شده به دنبال برکناری «اعضای منتخب قضات» در آن شورا و حفظ سایر

اعضا (رئیس‌جمهور، رئیس و دادستان کل دیوان عالی کشور، منتخبان قوه مقننه) بود. به موجب رأی دادگاه قانون اساسی ایتالیا در این زمینه، اولاً جایگاه همه‌پرسی ملغاکنده از نظر سلسله‌مراتب هنجارهای حقوقی هم‌سطح با قانون عادی است و بنابراین همان‌گونه که مجلس نمی‌تواند قوانین مغایر با قانون اساسی تصویب کند مردم هم نمی‌توانند مصوبه‌ای وضع کنند که با بالاترین سند حقوقی کشور (قانون اساسی) مغایر باشد و ثانیاً با توجه به اینکه نتیجه همه‌پرسی یادشده با ماده ۱۰۴ قانون اساسی ایتالیا، که ترکیب شورای عالی قضایی ایتالیا را تعیین کرده، مغایرت دارد و به موجب ماده اشاره‌شده بخشی از اعضای شورای عالی قضایی الزاماً باید توسط قضاات سراسر کشور انتخاب شوند خواسته کمیته برگزاری همه‌پرسی غیر قابل اجرا است (Corte costituzionale, 29-1987: punti 2-3).

بررسی این محدودیت در نظام حقوقی ایران گویای آن است که با توجه به نظر تفسیری شورای نگهبان مصوبه موضوع همه‌پرسی مشمول اصل ۹۴ قانون اساسی است و به تبع شورای نگهبان بر انطباق این قبیل مصوبات با موازین شرع و قانون اساسی نظارت خواهد کرد. بنابراین، نظر تفسیری شورای نگهبان و رویه دادگاه قانون اساسی به‌درستی در این زمینه رویکرد واحدی را اتخاذ کرده‌اند.

۲-۲-۲-۳. محدودیت برگزاری همه‌پرسی به جهت عدم وجود وحدت موضوعی یا شفافیت و صراحت

مبتنی بر رویه دادگاه قانون اساسی ایتالیا، درخواست‌های متعدد که ارتباط با هم ندارند اگر در تقاضایی واحد نزد محکمه ارائه شوند نمی‌توانند به همه‌پرسی گذاشته شوند. چون لازمه متون حقوقی در یک حکومت مبتنی بر اصل حاکمیت قانون «انسجام»، «شفافیت»، و «دقت مکتوبات» قواعد آمره است. علاوه بر این، ارائه درخواست‌های متنوع در چارچوب تقاضای واحد شهروندان رأی‌دهنده را با متونی ناهماهنگ و غیر منطقی روبه‌رو می‌کند که در صورت تصویب همین امر ماهیت وحدت و یکپارچگی نظام حقوقی و مقررات را زیر سؤال می‌برد (Corte costituzionale, 16-1978, punto 3).

بر این اساس، در رأی شماره ۲۷ سال ۱۹۸۱ میلادی، دادگاه قانون اساسی ایتالیا مخالفت خود را با برگزاری همه‌پرسی راجع به الغای بخش‌های متعددی از قانون ۹۶۸ مصوب سال ۱۹۷۷ میلادی در مورد «اصول کلی تضمین و محافظت از طبیعت و تنظیم مقررات شکار»^{۱۶}

اعلام کرد. دلیل این مخالفت عدم برخورداری درخواست متقاضیان از ویژگی‌هایی همچون «سادگی»، «وضوح»، «انسجام»، و «شفافیت» بود که موجب می‌شود شهروندان نتوانند دقیقاً برآیند رأی خودشان را تشخیص دهند. علاوه بر این، اگر درخواست با وحدت و انسجام منطقی همراه نباشد، خطر صدور یک مقررۀ مبهم در آتیه وجود دارد. مثلاً، در درخواست مورد اشاره در مواردی مجوز شکار حیوانات جنگلی منع شده بود؛ لکن در بخش‌های دیگر این درخواست مجوز بیان شده همچنان استقرار پیدا کرده بود که جمیع این تضادها و ایرادات سبب شد دادرسان دادگاه قانون اساسی مخالفت خود را با برگزاری همه‌پرسی اشاره‌شده صراحتاً اعلام کنند (Corte costituzionale, 27-1981: punto 6).

در قضیۀ درخواست الغای بخشی از قانون شماره ۱۸۹ مصوب سال ۱۹۵۹ میلادی راجع به «نهاد پلیس» یا «گارد مالیاتی»^{۱۷} نیز رأی شماره ۳۵ مورخ ۲۰۰۰ میلادی اشعار داشته است که با توجه به غیر منسجم و بدون صراحت و مبهم بودن درخواست برگزاری همه‌پرسی امکان برگزاری همه‌پرسی ملغاکنده در این زمینه وجود ندارد. توضیح آنکه به اعتقاد دادرسان دادگاه قانون اساسی الغای برخی مواد قانون یادشده اولاً با هدف برگزاری همه‌پرسی (تغییر ماهیت نظامی پلیس مالیاتی) تطبیق ندارد و ثانیاً در صورت تأیید خواستۀ برگزارکنندگان همه‌پرسی توسط رأی مردم قانون به‌دست‌آمده در خیلی از بخش‌ها متضاد و غیر منطقی خواهد شد (Corte costituzionale, 35-2000: punto 5).

بررسی این محدودیت در نظام حقوقی ایران گویای آن است که به‌رغم اینکه شورای نگهبان مرجع صیانت‌کننده از قانون اساسی و موازین شرع است، در رویۀ خود هرگاه موضوع مصوبۀ مجلس را غیر شفاف یا فاقد صراحت لازم تشخیص داده آن مصوبه را واجد ابهام اعلام کرده و جهت رفع ابهام به مجلس بازگردانده است. این نوع از ایراد شورای نگهبان (ابهام)، به‌رغم عدم پیش‌بینی در قانون اساسی، مبتنی بر ویژگی‌های کلی قانون و فلسفۀ تصویب قوانین، قابل دفاع به نظر می‌رسد. بنابراین، مشابه سایر مصوبات مجلس در خصوص مصوبات موضوع همه‌پرسی تقنینی این صلاحیت برای شورای نگهبان مفروض است.

اما در خصوص لزوم وحدت موضوع داشتن مصوبات موضوع همه‌پرسی تقنینی، مبتنی بر ماده ۱۲۷^{۱۸} و بند ۳ ماده ۱۳۱^{۱۹} قانون آیین‌نامه داخلی مجلس، انطباق مفاد طرح‌ها و لوایح با موضوع و عنوان آن‌ها یکی از ضرورت‌های قانون‌گذاری مجلس دانسته شده که در خصوص

پیشنهاد همه‌پرسی هم لازم‌الرعایه به نظر می‌رسد. بر این اساس، شورای نگهبان در برخی از نظرات خود^{۲۰} وجود ارتباط میان پیشنهادهای اصلاحی نمایندگان مجلس با موضوع لایحه را واجد موضوعیت دانسته و آن را یکی از محدودیت‌های قابل اعمال بر صلاحیت قانون‌گذاری مجلس قلمداد کرده است. از این رو، ضرورت اصلاح لایحه توسط نمایندگان مجلس در چارچوب موضوع لایحه ارسالی، به گونه‌ای که مواد یا مفاد آن به صورت صریح یا ضمنی منجر به اصلاح موضوع آن لایحه شوند، از جمله محدودیت‌های قانون‌گذاری مجلس دانسته شده است (ابریشمی‌راد و نظریان، ۱۳۹۸: ۷۵).

مبتنی بر این ملاک، عدم رعایت شرایط یادشده موجبات اعلام مغایرت مصوبه موضوع همه‌پرسی توسط شورای نگهبان را فراهم خواهد کرد. ضمن اینکه، در حال حاضر به استناد بند ۹ سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری رعایت اصول قانون‌گذاری و قانون‌نویسی و تعیین سازکار برای انطباق لوایح و طرح‌های قانونی با تأکید بر «شفافیت و عدم ابهام»، «استحکام در ادبیات و اصطلاحات حقوقی»، و «انسجام قوانین و عدم تغییر یا اصلاح ضمنی آن‌ها بدون ذکر شناسه تخصصی» ضروری دانسته شده و به تبع عدم رعایت آن‌ها می‌تواند موجب مغایرت مصوبه مجلس با سیاست‌های یادشده شود که این امر از جهت امکان نظارت هیئت عالی نظارت بر سیاست‌های کلی نظام قابل بحث است.

نتیجه‌گیری

بنا بر مطالب بیان‌شده، تردیدی نیست که در نظام حقوقی ایران و ایتالیا نظارت اساسی بر همه‌پرسی تقنینی به صورت پیشینی صورت می‌گیرد و برخلاف نظام حقوقی ایران، که نظارت شورای نگهبان باید ظرف مدت مشخصی انجام شود، نظارت دادگاه قانون اساسی ایتالیا محدود به زمان خاصی نیست و تا زمانی که آن دادگاه عدم مغایرت مصوبه همه‌پرسی با قانون اساسی را اعلام نکند امکان ارجاع موضوع به همه‌پرسی وجود ندارد. البته، به طور کلی ضوابط شکلی نظارت دادگاه قانون اساسی ایتالیا بر فرایند و ترتیبات همه‌پرسی ملغاکنده نسبت به ضوابط شورای نگهبان در این زمینه جامع‌تر و شفاف‌تر است که از این حیث لازم است نظام حقوقی ایران به این حوزه توجه ویژه کند.

از سوی دیگر، به‌رغم صراحت قانون اساسی ایتالیا در زمینه تعیین محدودیت‌های محتوایی همه‌پرسی ملغاکنده و غیر شفاف بودن قانون اساسی ایران در این زمینه، بخش قابل توجهی از

محدودیت‌های برگزاری همه‌پرسی در بند ۲ ماده ۷۵ قانون اساسی ایتالیا عملاً در نظام حقوقی ایران قابل شناسایی است. بر این اساس، محدودیت‌هایی نظیر برگزاری همه‌پرسی تقنینی در زمینه مسائل مربوط به «معاهدات بین‌المللی» و به طور کلی سایر موضوعاتی که قانون اساسی تصمیم‌گیری در خصوص آن‌ها را به مجلس شورای اسلامی سپرده است، برگزاری همه‌پرسی تقنینی در مواردی که موجب ایجاد بار مالی تأمین‌نشده برای دولت شود، و برگزاری همه‌پرسی تقنینی در ارتباط با «مقررات عفو و بخشش مجرمان» در نظام حقوقی ایران نیز وجود دارد.

از سوی دیگر، به جهت برگزاری همه‌پرسی‌های مختلف در نظام حقوقی ایتالیا، رویه دادگاه قانون اساسی ایتالیا توانسته به توسعه نظام حقوقی حاکم بر برگزاری همه‌پرسی کمک کند. این در حالی است که در نظام حقوقی ایران به جهت فقدان برگزاری چنین پدیده‌ای از این ظرفیت استفاده نشده است. با این حال، در نظام حقوقی ایران نیز بستر حقوقی لازم جهت محدودیت برگزاری همه‌پرسی به جهت مخل بودن به اصول قانون اساسی یا فقدان وحدت موضوعی یا شفافیت و صراحت مصوبه موضوع همه‌پرسی وجود دارد.

یادداشت‌ها

1. referendum
2. polebicitte
3. popular veto
4. government-sponsored
5. citizen-initiated

۶. جهت دسترسی به قوانین اساسی کشورهای مورد اشاره ←

<https://www.constituteproject.org>

7. Delaware

۸. البته برخی حقوقدانان برگزاری همه‌پرسی توسط مقام رهبری به منظور اتخاذ تصمیمات سیاسی و قانونی را یکی از اقسام همه‌پرسی و قسیم همه‌پرسی تقنینی و همه‌پرسی بازنگاری در قانون اساسی مطرح کرده‌اند (هاشمی، ۱۳۸۷: ۷۱) که مستند به اصل ۶ قانون اساسی، که طرق مراجعه به آرای عمومی باید در قانون اساسی شناسایی شده باشند و با عنایت به اینکه چنین صلاحیتی برای مقام رهبری پیش‌بینی نشده که ایشان بتوانند به طور معمول در مقام اتخاذ تصمیمات سیاسی یا قانونی در صلاحیت خودشان از طریق همه‌پرسی اقدام کنند، این نظر قابل پذیرش نیست.

9. abrogative referendum or referendum abrogativo.
10. ufficio centrale per il referendum della corte di cassazione.

۱۱. زیرا امکان دارد قانون‌گذار به طور مستقل مقررۀ مورد نظر معترضان را اصلاح کرده باشد که در این صورت برگزاری همه‌پرسی منطقی‌تر می‌شود.

۱۲. در این زمینه، در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و قوانین عادی تکلیف خاصی پیش‌بینی نشده است.

۱۳. برخی حقوقدانان و رجال سیاسی ایتالیا بند ۲ مادۀ ۷۵ قانون اساسی ایتالیا را از این جهت که مفاهیم گسترده‌ای را به عنوان موانع برگزاری همه‌پرسی ملغاکنده بیان کرده و تفاسیر محدودکنندۀ دادگاه قانون اساسی این کشور که مانع برگزاری همه‌پرسی ملغاکنده در حوزه‌های مزبور شده را مغایر با اصل مردم‌سالاری مستقیم دانسته‌اند (Chiappetti, 1976: 150).

14. Direttive UE nn. 86/362 e 76/895.

۱۵. در خصوص شورای عالی قضایی ایتالیا (Consiglio Superiore della Magistratura) اشاره به این نکته لازم است که این نهاد در کنار وزارت دادگستری اداره بخشی مهم از مسائل مربوط به قوۀ قضاییۀ ایتالیا را به عهده دارد (Mezzetti, 2013: 363).

16. principi generali e disposizioni per la protezione e la tutela della fauna e la disciplina della caccia.

17. guardia di finanza

۱۸. مادۀ ۱۲۷ آیین‌نامۀ داخلی مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۸۷ با اصلاحات بعدی: «طرح‌های قانونی با امضا و ذکر نام حداقل پانزده نفر از نمایندگان در مجلس به رئیس جلسه تسلیم می‌شود و پس از اعلام وصول و قرائت عنوان آن توسط رئیس یا یکی از دبیران در همان جلسه به کمیسیون‌های مربوط ارجاع می‌شود ... طرح‌ها نیز همانند لوایح باید دارای موضوع و عنوان مشخص باشند و دلایل لزوم تهیه و پیشنهاد آن در مقدمه به‌وضوح درج شود و همچنین دارای موادی متناسب با اصل موضوع و عنوان طرح نیز باشند.

۱۹. مادۀ ۱۳۱ آیین‌نامۀ داخلی مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۸۷ با اصلاحات بعدی: «لوائح قانونی که از طرف دولت به مجلس پیشنهاد می‌شود باید:

۱. دارای موضوع و عنوان مشخص باشد.

۲. دلایل لزوم تهیه و پیشنهاد آن در مقدمۀ لایحه به‌وضوح درج شود.

۳. دارای موادی متناسب با اصل موضوع و عنوان لایحه باشد.

۲۰. مثلاً، شورای نگهبان در اظهارنظر شماره ۷۷۸۲ مورخ ۱۳۶۵/۱۲/۱۳ درباره «لایحه حوزه‌های انتخاباتی و اصلاح مادۀ ۸ قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۶۵/۱۱/۲۸» بیان داشته است: «با توجه به اصول ۷۴ و ۷۵ قانون اساسی پیشنهادها [و] اصلاحات نمایندگان باید مربوط به موضوع ماده یا اصل موضوع لایحه باشد. مادۀ ۱ مصوبه نظر به اینکه مربوط به قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی است و لایحه دولت مربوط به محدوده حوزه انتخاباتی مجلس شورای اسلامی موضوع تبصرۀ ۳ الحاقی به مادۀ ۱۴ قانون تعاریف و ضوابط تقسیمات کشوری مصوب ۱۸ فروردین‌ماه سال ۱۳۶۴ شمسی است مغایر با قانون اساسی است.» مشابه نظر بیان‌شده، در نظر شماره ۱۸۳۲/۱۰۲/۹۴ مورخ ۱۳۹۴/۰۴/۱۶ شورای نگهبان درباره «لایحه تمدید مهلت اجرای آزمایشی قانون تأسیس و اداره مدارس، مراکز آموزشی، و مراکز پژوهشی غیر دولتی» قابل مشاهده است.

منابع فارسی کتب

- اباذری فومشی، م. (۱۳۹۲). *ترمینولوژی حقوق نوین*. تهران: انتشارات شهید داریوش نوراللهی. ج ۳.
- اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۴). *صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*. تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی. ج ۲.
- بوشهری، ج. (۱۳۸۴). *حقوق اساسی تطبیقی*. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- دهخدا، ع. (۱۳۸۵). *فرهنگ متوسط دهخدا*. تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران. ج ۲.
- طباطبایی مؤتمنی، م. (۱۳۹۰). *حقوق اساسی*. تهران: میزان. ج ۱۴.
- عباسی، ب. (۱۳۸۸). *مبانی حقوق اساسی*. تهران: جنگل.
- قاضی شریعت‌پناهی، س. (۱۳۸۳). *حقوق اساسی و نهادهای سیاسی*. تهران: میزان. ج ۱۲.
- محسنی، ف. (۱۳۹۵). *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*. تهران: دانشگاه امام صادق (ع).
- مهرپور، ح. (۱۳۸۷). *مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*. تهران: دادگستر.
- هاشمی، س. (۱۳۸۷). *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*. چ ۲۰. تهران: میزان. ج ۲.
- _____ (۱۳۹۰). *حقوق اساسی و ساختارهای سیاسی*. تهران: میزان.

مقالات

- ابریشمی‌راد، م. و نظریان، ح. (۱۳۹۸). *حدود صلاحیت مجلس در اصلاح لوایح قانونی*. *دانش حقوق عمومی*، ۱(۲۳)، ۶۳ - ۸۶.
- ابریشمی‌راد، م. و نیکونهاد، ح. (۱۳۹۹). *تفسیری قصدگرایانه از صلاحیت مقام رهبری در صدور فرمان همه‌پرسی؛ موضوع بند ۳ اصل ۱۱۰ قانون اساسی*. *پژوهش حقوق عمومی*، ۶۶، ۳۸۲ - ۴۰۶.
- جلالی، ع. و گرجی‌ازندریانی، ع. (۱۳۹۸). *مردم‌سالاری مشارکتی و همه‌پرسی‌های شهری در نظام حقوقی ایتالیا؛ الگویی در جهت تکمیل نظام حقوقی ایران*. *مطالعات حقوق تطبیقی*، ۱۰(۲)، ۴۲۹ - ۴۴۸.

کدخدایی، ع. و ابریشمی‌راد، م. (۱۳۹۵). رویه شورای نگهبان در خصوص اصول و ضوابط حاکم بر ابتکار قانون. دانش حقوق عمومی، ۱۳، ۱ - ۲۱.

انگلیسی

- Curzon, L.B. (2002). *Dictionary of Law*. Longman: Sixth Edition.
- De Vreese, C., Semetko, H. A. (2004). *Political Campaigning in Referendums (Framing the Referendum Issue)*. London and New York: Routledge.
- Hornby, A.S. (2001). *Oxford Advanced Learners Dictionary of Current English, Sixth Edition, (Edited by Sally Wehmeier)*. Oxford: Oxford University Press.
- Longman. (2001). *Longman Dictionary of contemporary English*. Longman: Third Edition.
- Mendelsohn, M., Parkin, A. (2000), *Referendum Democracy*, London: Palgrave Macmillan.
- Setala, M. (1999). *Referendums and Democratic Government*. London: Palgrave Macmillan.

Sites

<https://www.constituteproject.org>

ایتالیایی

libri

- Barbera, A., Morrone, A. (2003). *La repubblica dei referendum*. Bologna: Mulino.
- Rodean, N. (2014). *Iniziativa legislativa popolare. Profili di diritto costituzionale nel labirinto europeo*. Milano: Franco Angeli.
- Mezzetti, L. (2013). *Diritto costituzionale. Manuale breve*. Milano: Giuffrè.

Articoli

- Abrescia, M. (2007). I limiti di ammissibilità del referendum abrogativo. in Morrone, A. (ed.). *Il diritto costituzionale nella giurisprudenza e nelle fonti*. Padova: CEDAM.
- Bettinelli, E. (2004). Un recente trattato sul referendum abrogativo. *Il Politico*, 69 (3), 555-561.
- Carnevale, P. (2015). Sul titolo delle leggi di revisione costituzionale. *Rivista AIC*, 1, 1-20.
- Chiappetti, A. (1976). Dubbi sulla legittimità di nuove limitazioni legislative del referendum abrogativo. *Il Politico*, 41 (1), 139-154.
- Criscuolo, A. (2013). La Corte costituzionale e i referendum abrogativi d'iniziativa popolare, Incontro tra la Corte costituzionale ed il Conseil constitutionnel (report). 14-17 april, 1-12.
- Sentenze della Corte costituzionale italiana

- N. 16-1978, 7-2-1978.
 N. 27-1981, 13-2-1981.
 N. 29-1987, 16-1-1987.
 N. 63-1990, 18-1-1990.
 N. 64-1990, 2-2-1990.
 N. 51-2000, 3-2-2000.
 N. 35-2000, 7-2-2000.
 N. 16-2008, 16-1-2008.
 N. 6-2015, 20-1-2015.

References

Books

- Abazari Fomashi, M. (2013). *New Law Terminology. Third Edition*. Tehran: Shahid Darioush Nourollahi Edition. (in Persian)
- Abbasi, B. (2009). *Principles of Constitutional Law*. Tehran: Jangal Edition. (in Persian)
- Barbera, A., Morrone, A. (2003). *Referendum's Republic*. Bologna: Mulino. (in Italian)
- Boushehri, J. (2005). *Comparative Constitutional Law*. Tehran: Sherkate Sahami Edition. (in Persian)
- Curzon, L.B. (2002). *Dictionary of Law*. Longman: Sixth Edition.
- Dehkhoda, A. (2006). *Intermediate Culture, Volume II*. Tehran: Tehran University Press. (in Persian)
- De Vreese, C., Semetko, H. A. (2004). *Political Campaigning in Referendums (Framing the Referendum Issue)*. London and New York: Routledge.
- General Office of Cultural Affairs and Public Relations of Islamic Consultive Assembly. (1985). *Annotated Version of the Deliberations of the Parliament of the Final Review of the Constitution of the Islamic Republic of Iran, Volume II*. Tehran: General Office of Cultural Affairs and Public Relations of Islamic Consultive Assembly. (in Persian)
- Ghazi Shariat-Panahi, S. (2004). *Constitutional Law and Political Institutions, 12th edition*. Tehran: Mizan. (in Persian)
- Hashemi, S. (2008). *Constitutional Law of the Islamic Republic of Iran. Vol. II. 20th edition*. Tehran: Mizan. (in Persian)
- Hashemi, S. (2011). *Constitutional Law and Political Structures*. Tehran: Mizan. (in Persian)
- Hornby, A.S. (2001). *Oxford Advanced Learners Dictionary of Current English, Sixth Edition, (Edited by Sally Wehmeier)*. Oxford: Oxford University Press.

- Longman. (2001). *Longman Dictionary of contemporary English*. Longman: Third Edition.
- Mehrpour, H. (2008). *Summary of the Constitutional Law of the Islamic Republic of Iran*. Tehran: Dadgostar Edition. (in Persian)
- Mendelsohn, M., Parkin, A. (2000), *Referendum Democracy*, London: Palgrave Macmillan.
- Mezzetti, L. (2013). *Constitutional Law. Short Manual*. Milan: Giuffrè. (in Italian)
- Mohseni, F. (2016). *Constitutional Law of the Islamic Republic of Iran*. Tehran: Imam Sadeq University Press. (in Persian)
- Rodean, N. (2014). *Popular legislative initiative. Profiles of constitutional law in the European labyrinth*. Milan: Franco Angeli. (in Italian)
- Setala, M. (1999). *Referendums and Democratic Government*. London: Palgrave Macmillan.
- Tabatabaei Moutameni, M. (2011). *Constitutional Law. 14th Edition*. Tehran: Mizan. (in Persian)

Articles

- Abrescia, M. (2007). The Limits of Eligibility of the Repeal Referendum. in Morrone, A. (ed.). *Constitutional Law in Jurisprudence and Sources*. Padova: CEDAM. (in Italian)
- Abrishami Rad, M. and Nazarian, H. (2019). The Jurisdiction Scope of the Islamic Consultative Assembly in Amending Governmental Bills. *Quarterly Journal of Public Law Knowledge*, 8 (23), 63-86. (in Persian)
- Abrishami Rad, M. and Nikounahad, H. (2020). Intentionalist Interpretation of the Supreme Leader's Authority in Issuing Referendum: The Subject of Article 110(3) of Iran's Constitution. *Public Law Research*, 66, 382-406. (in Persian)
- Bettinelli, E. (2004). A Recent Treaty on the Repeal Referendum. *The Politician*, 69 (3), 555-561. (in Italian)
- Carnevale, P. (2015). On the Title of the Constitutional Revision Laws. *AIC Review*, 1, 1-20. (in Italian)
- Chiappetti, A. (1976). Doubts About the Legitimacy of New Legislative Limitations of the Repeal Referendum. *The Politician*, 41 (1), 139-154. (in Italian)
- Crisuolo, A. (2013). The Constitutional Court and Popular Initiative Referendums, Meeting Between the Constitutional Court and the Conseil Constitutionnel (report). 14-17 april, 1-12. (in Italian)
- Jalali, A. and Gorji Azandariani, A. (2019). Participatory Democracy and Municipal Referendums in Italian Legal System: A Model to Complete the Iranian Legal System. *Comparative Law Review*, 10 (2), 429-448. (in Persian)
- Kadkhodaei, A. and Abrishami Rad, M. (2016). The Procedure of the Guardian Council Regarding the Principles and Criteria Ruling on Legislative Initiative. *Quarterly Journal of Public Law Knowledge*, 13, 1-21. (in Persian)

هویت در قانون اساسی



محمد رضا پناهی شهری^۱ ID، اصغر عربیان^۲ * ID

۱. دانشجوی دکتری رشته حقوق عمومی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و

تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

۲. دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات،

دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۵/۲۱ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۷/۰۹

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: [10.22034/gjplk.2025.2041.1833](https://doi.org/10.22034/gjplk.2025.2041.1833)

چکیده

هویت به عنوان یک مفهوم جدید هنجاری در قانون اساسی شناخته شده که این مفهوم عناصر اصلی قانون اساسی از جمله نوع و ساختار آن را تعیین می‌کند و نقض آن اعتبار و مشروعیت قانون اساسی یک کشور را می‌تواند از بین ببرد. امروزه مفهوم هویت در قانون اساسی و عملکرد آن یکی از نقاط اختلافی در حوزه‌های سیاسی و قانونی در اتحادیه اروپاست و شاید بتوان گفت نقطه آغازین مباحث حقوقی در خصوص اصل هویت در قانون اساسی به این اختلافات و صلاحیت‌های سیاسی و قانونی بین اتحادیه و کشورهای عضو آن برمی‌گردد؛ به گونه‌ای که برخی از کشورهای عضو اتحادیه برای ابراز مخالفت یا حتی مقابله با گسترش اختیارات نهادهای وابسته به اتحادیه اروپا از اصلی با عنوان هویت در قانون اساسی استفاده می‌کنند. اگرچه هویت در قانون اساسی اصلی ایستا و ثابت است، برداشت‌های متفاوت محدود یا نامحدودی می‌توان از اصل هویت در قانون اساسی کشورها به دست آورد. به همین دلیل حقوق بین‌الملل در خصوص هویت قانون اساسی کشورها سکوت کرده است. این مطالعه با بررسی چرایی و چگونگی اصل هویت در قانون اساسی و با توجه به بررسی تمثیل‌های حقوقی در هویت قانون اساسی مجارستان، یکی از کشورهای عضو در اتحادیه اروپا که در موضوعاتی از جمله قوانین مهاجرت این اتحادیه دارای اختلاف اساسی با اتحادیه است، به این نتیجه می‌رسد که در هویت‌های نامحدود محتوا و کارکرد هویت قانون اساسی نامشخص است یا حتی می‌تواند متناقض باشد. اما در کشورهایی مثل جمهوری اسلامی ایران، با تمرکز هویت بر اصولی محدود، کارکرد آن در قانون اساسی مبرز و آشکار شده و اجازه تناقض و تعارض را در اصول قانون اساسی نمی‌دهد.

کلیدواژگان: اتحادیه اروپا، جمهوری اسلامی ایران، قانون اساسی، مجارستان، هویت.

دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

*Email: a.arabian42@gmail.com



مقدمه

هویت در قانون اساسی همانند اصول غیر قابل تغییر قانون اساسی ایستا و ثابت است و کارکردی تدافعی در مقابل تغییرات بنیادین در قانون اساسی کشورها دارد. هویت در قانون اساسی هرگز تغییر پیدا نمی‌کند؛ مگر آنکه نظام سیاسی یک کشور دچار تغییرات بنیادینی مثل انقلاب، کودتا، و ... شود و هویتی جدید به وجود آید. شاید یکی از بهترین مثال‌ها برای این موضوع تغییر هویت قانون اساسی سلطنت پهلوی به هویت قانون اساسی جمهوری اسلامی باشد. اصل هویت نه تنها تشکیل‌دهنده نوع و ساختار قانون اساسی یک کشور در عملکرد داخلی آن است، بلکه این اصل در معاهدات و پیمان‌های بین دولت‌ها با برتری‌جویی نسبت به آن‌ها به منظور حفظ هویت قانون اساسی می‌تواند مانعی برای اجرا یا گسترش آن‌ها باشد. بهترین نمونه در این موضوع مباحث هویتی کشورهای عضو اتحادیه اروپا از جمله آلمان، ایتالیا، بلغارستان، و ... است که باعث چالش صلاحیت قانونی در این اتحادیه بعد از تصویب پیمان ماستریخت در سال ۱۹۹۲ و شکل‌گیری ادبیات جدیدی در حقوق اساسی این کشورها با عنوان اصل هویت در قانون اساسی شد. اتحادیه اروپا با حذف زبان، پول، پرچم، و سرود مشترک اتحادیه در اصلاحیه قانون اساسی اروپا با نام پیمان لیسبون در سال ۲۰۰۷ هویت قانون اساسی کشورهای عضو را پذیرفت. هویت در قانون اساسی اخیراً مورد توجه محققان علم حقوق قرار گرفته است و برخی از آن‌ها هویت قانون اساسی را نظرات مراجع صلاحیت‌دار در تفسیر قانون اساسی در موضوع و محتوا و هر گونه توجیه ارائه‌شده این مراجع در تفسیر قانون اساسی می‌دانند. به همین سبب اصل هویت نیاز به اشاره صریح یا ضمنی در قانون اساسی فعلی ندارد؛ بلکه یک سیر تاریخی از رویه‌ها، عرف پسندیده، سنت، و حتی آداب و رسوم فرهنگی یا هر آنچه مورد استناد مراجع صلاحیت‌دار تفسیر قانون اساسی، مانند دادگاه قانون اساسی، قرار گیرد می‌تواند اصلی هویتی باشد. در مقابل برخی نیز هویت قانون اساسی را با واقعیت وجود قانون اساسی موجود و محتوای آن مرتبط دانسته‌اند. بنابراین هر گونه برداشتی از اصل هویت در قانون اساسی حتی توسط مفسران آن باید مبتنی بر قانون اساسی موجود باشد. به نظر می‌رسد در تعریفی میانی هویت در قانون اساسی به عنوان عنصر معنوی قانون اساسی در طول حیات قانون اساسی جریان داشته و هسته اصلی قانون اساسی را به عنوان مجموعه‌ای از ارزش‌ها و اصول بنیادی در بر می‌گیرد و به هیچ قیمتی قابل خدشه

نیست؛ مگر آنکه پایانی برای قانون اساسی فرض شود. این پژوهش نمونه و همانندی در پژوهش‌های موضوعی و توصیفی ندارد و بنابراین با واکاوی مفهوم و منظور از هویت در قانون اساسی و بررسی نحوه تعیین آن به بررسی کارکردها و پدیدآورندگان آن می‌پردازد و در انتها با بررسی هویت احصاشده در قانون اساسی جمهوری اسلامی آن را بهترین نمونه از اظهار آشکار اصل هویت در قانون اساسی می‌داند که نیاز به تفسیر و تعبیر قوه مؤسس یا تفسیرکننده در مصادیق ندارد یا تفسیر آن به مراتب دارای جزئیات و پیچیدگی‌های کمتری نسبت به هویت‌های غیر قابل احصا است.

۱. مفهوم هویت

بخش مهمی از گفتمان در مورد هویت قانون اساسی به مفهوم‌سازی آن مربوط می‌شود و همان‌طور که در مورد مفاهیم قانونی انتزاعات فراوانی است در مورد مفهوم هویت قانون اساسی نیز مفهوم‌سازی بی‌شماری امکان‌پذیر است و مفهوم هویت قانون اساسی می‌تواند تقریباً همه بحث‌ها در عناصر مفهومی ممکن را پوشش دهد. البته مفهوم هویت در قانون اساسی ممکن است از منطقه‌ای به منطقه دیگر یا کشوری به کشور دیگر یا با توجه به ماهیت گفتمان هویت در قانون اساسی نامحدود و نامحدود یا تحدیدشده باشد. شاید بتوان گفت در موضوع هویت قانون اساسی اتفاق نظری در حقوق داخلی وجود ندارد و در حقوق بین‌الملل نیز این هویت خلاصه در اصول بنیادین یا حقوق بشر می‌شود. اما امتزاج حقوق بین‌الملل با حقوق داخلی، بسته به سطح جزئیاتی که نظام‌های حقوقی مختلف با آن هویت قانونی خود را تنظیم می‌کنند، می‌تواند مفاهیم و نتایج متفاوتی را از مفهوم هویت در قانون اساسی حاصل کند. پس می‌توان نتیجه گرفت مفهوم هویت در قانون اساسی امری پایدار و ثابت است و بسته به درک مخاطبان آن در موضوعات محدود یا نامحدود مستقر است و ممکن است این اصل با موضوعات حقوق بین‌الملل امتزاج پیدا کند.

۲. هویت قانون اساسی

اصولاً رویکردهای متفاوتی در مورد این سؤال وجود دارد. برخی منظور از هویت در قانون اساسی را جوهره آن یعنی اجتماع سیاسی ملت برای حاکمیت قانون اساسی یا به بیان ساده‌تر اراده مردم یا ملت در تهیه و تدوین قانون اساسی می‌دانند. در گفتمان و محاورات جدید کشورهای اروپایی، در برخی کشورها، هویت قانون اساسی منحصر در اصول و بندهای مندرج

در سیر تاریخی قانون اساسی دانسته شده و منحصر به قانون اساسی یک دوره نیست؛ مانند اصل هویت در قانون اساسی مجارستان که بر اساس رأی دادگاه قانون اساسی این کشور هویت در قانون اساسی مجارستان دارای سیر تاریخی است. برخی نیز عناصر یا ارزش‌های اصلی قانون اساسی، که معمولاً در متن مقدمه یا مؤخره قانون اساسی بیان می‌شود و بر سلسله‌مراتبی استوار است، را اصل هویت قانون اساسی دانسته‌اند؛ مانند قانون اساسی آلمان که با داشتن ساختاری یکپارچه و طراحی سلسله‌مراتبی اصول اساسی دولت و حقوق بشر و کرامت انسانی را در رأس سلسله‌مراتب خود در نظر گرفته است، به گونه‌ای که بدون تحقق این اصول سایر اصول قانون اساسی قابل تحقق نیست. برخی دیگر ویژگی‌های منحصر به فرد و متمایزی را به عنوان اصل هویتی در قانون اساسی بیان می‌کنند؛ مانند اصرار به زبان و گویش یا قومیت خاص که این ویژگی‌ها در برخی از کشورهای افریقایی قابل مشاهده است. در رویه دادگاه‌های قانون اساسی کشورهای عضو اتحادیه اروپا، به منظور حفاظت و تکریم قانون اساسی خود، همواره منظور از هویت قوانین اساسی را منحصر در خود قانون اساسی می‌دانند تا بدین گونه ارجحیت و برتری‌جویی قانون اساسی خود را بر قانون اساسی اتحادیه اروپا به عنوان هویت ملی حفظ کنند. مثلاً، دادگاه قانون اساسی آلمان به‌وضوح با دفاع از بخش ۳ اصل ۷۹ قانون اساسی این کشور در مقابل قانون اساسی اتحادیه اروپا حفظ هویت قانون اساسی آلمان را ارجح بر قانون اساسی اتحادیه اروپا دانسته است. همچنین دادگاه قانون اساسی چک با اشاره به اصل ۹ آن به منظور حفظ هویت قانون اساسی و انسجام آن قانون اساسی جمهوری چک را بر قوانین اتحادیه اروپا ارجح دانسته است (Petition from the Senate of the Parliament of the Czech Republic, 2008).

البته معاهده اتحادیه اروپا هویت ملی کشورهای عضو را در بند ۲ اصل ۴ قانون اساسی اروپا به رسمیت شناخته و این هویت ملی را به منزله ساختاری اساسی برای کشورهای عضو در موضوعاتی مانند خودگردانی منطقه‌ای و محلی، تضمین تمامیت ارضی، حفظ نظم و قانون، و حفاظت از امنیت ملی کشورهای عضو فرض کرده و حتی در مقدمه قانون اساسی آن آمده است که اتحادیه اروپا به «هویت ملی کشورهای عضو و سازمان‌دهی مقامات دولتی آن‌ها در سطوح ملی، منطقه‌ای، و محلی» احترام می‌گذارد. اگرچه این عبارت نشان می‌دهد در قوانین

اتحادیه اروپا کشورهای عضو دارای هویتی مستقل در قانون اساسی خود هستند، دادگاه‌های قانون اساسی کشورهای عضو اتحادیه برای آشکار کردن برتری جویی قانون اساسی خود نسبت به قانون اساسی اتحادیه اروپا با صدور آرای منصف به هویت قانون اساسی نسبت به هویت ملی حاکمیت قانون اساسی خود در مقابل قانون اساسی اتحادیه اروپا واکنش نشان می‌دهند (Fromage & de Witte, 2021: 411).

۳. مبنای هویت قانون اساسی

برخی معتقدند در قانون اساسی، به عنوان مهم‌ترین و معتبرترین منبع تنظیم‌کننده نظام حاکم، تنها مردم و اراده آن‌ها مبنا و موضوع هویت قانون اساسی شناخته می‌شوند. برخی دیگر مبنای هویت را اعم از مردم و اراده آن‌ها اما داخل در حاکمیت دانسته‌اند. به هر حال موضوع هویت در قانون اساسی نمی‌تواند خارج از مردم و اراده آن‌ها و خارج از حاکمیت مبنایی داشته باشد. برخی نیز موضوع را از کلیت به جزئیات رسانده و معتقدند مبنای هویت در قانون اساسی، اگرچه در کلیت مردم یا ملت یا اراده مردم در یک حاکمیت است، دارای اجزایی است که به این اجزا در بخش‌های مختلف قانون اساسی اشاره شده است. اگر اجزای قانون اساسی، مانند مقدمه یا مؤخره یا حتی خود متن اصلی، مبنای هویت قانون اساسی شناخته شود، به دلیل کلی بودن آن‌ها، به ابزار یا رویه‌ای نیاز است تا به تفسیر مبنای هویت در آن‌ها اقدام شود و معمولاً مبنای هویت قانون اساسی اصولی هنجاری و غیر قابل تغییر در قانون اساسی هستند. این هنجارهای غیر قابل تغییر مهم‌ترین شاخصه شناخت مبنای هویت قلمداد می‌شوند (Fabbrini & Sajó, 2019: 457). برخی نیز معتقدند نیاز نیست برای شناخت اصل هویت به همه اجزای قانون اساسی مراجعه کرد. زیرا قوه مؤسس معمولاً برای بیان هویت قانون اساسی آن را به عنوان هنجار در مقدمه یا مؤخره قانون اساسی مستتر یا ظاهر می‌کند و این هنجارها اطلاعاتی در مورد ارزش‌هایی که تدوین‌کنندگان به آن‌ها اولویت داده‌اند ارائه می‌دهد که می‌تواند در زمره هویت قانون اساسی قلمداد شود؛ مانند ویژگی‌های مربوط به زبان ملی، فرهنگ، ویژگی‌های تاریخی.

در نهایت، برخی نیز استدلال می‌کنند که مبنای هویت در قانون اساسی هویت ملی است و آن می‌تواند شامل ارزش‌ها و عناصر ماقبل و فراقانونی و فاقد وجود مادی و موضوعی باشد و ارزشی اخلاقی یا تاریخی در یک نظام حاکمیتی به شمار آید (Polzin, 2017: 1595). مثلاً دادگاه

قانون اساسی مجارستان اعلام داشت: «دادگاه قانون اساسی تأیید می‌کند که هویت قانون اساسی مجارستان یک ارزش اساسی است که توسط قانون اساسی ایجاد نشده است و فقط توسط قانون اساسی تأیید شده است» (Chronowski & Vincze, 2021: 1060).

۴. تعیین هویت قانون اساسی

شاید مهم‌ترین سؤال در این بخش این باشد که آیا عناصر هویت قانون اساسی در یک دوره زمانی طولانی در نتیجه یک روند طبیعی ایجاد می‌شوند یا با تصمیمات خاصی تعیین می‌شوند؟ به عبارت دیگر آیا هویت در قانون اساسی ایجاد می‌شود یا در طول زمان تکامل می‌یابد؟ مثلاً، اگر فکر کنیم هویت قانون اساسی ایجاد نشده است، بلکه به معنای نگرش مردم به قانون اساسی است، منطقی است که فرض کنیم هویت قانون اساسی از سنت‌ها و اعتقادات ریشه‌دار و ارزش‌های مشترک ایجاد شده است؛ به گونه‌ای که هویت یک قانون اساسی مبتنی بر رویه دیرینه و سنت‌های فرهنگی یک قوم است و تغییر در قانون اساسی توسط قدرت تشکیل‌دهنده نیز نمی‌تواند این هویت را تغییر دهد و نهادینه شده است. اما اگر هویت قانون اساسی را بر ویژگی‌های شکل‌گرفته توسط سنت بنا نکنیم، بلکه آرمان‌ها و برنامه‌های مدنی را به این مفهوم نسبت دهیم، هویت نباید به معنای آن چیزی باشد که هستیم (یا بوده‌ایم)؛ بلکه باید به معنای آن چیزی باشد که می‌خواهیم باشیم یا چیزی که می‌خواهیم بشویم. این رویکرد را می‌توان با تأکید بر ماهیت پویای هویت قانون اساسی، به‌ویژه در کشورهایی که اخیراً دستخوش دگرگونی‌های اساسی در قانون اساسی شده‌اند و اساساً نظام قانون اساسی آن‌ها این ویژگی را تغییر داده مشاهده کرد. اما در مورد این رویکرد آرمانی معقول‌تر آن است که فرض کنیم این آرمان‌هایی که به عنوان بخشی از هویت تلقی می‌شوند توسط قدرت سازنده بیان می‌شوند. بهترین مثال برای این موضوع تغییر رویکردهای نظامات سیاسی، فرهنگی، یا اقتصادی در حکومت است. زمانی که این تغییرات از سوی قدرت تشکیل‌دهنده قانون اساسی صورت گیرد، چون آغاز قدرت تشکیل‌دهنده مبتنی بر اراده مردم است، پذیرش آن نیز در جامعه تسهیل و در نتیجه ماهیت پویای هویت قانون اساسی آشکار می‌شود. در این زمینه می‌توان به کشورهای امریکای لاتین اشاره کرد که از سال ۱۹۷۸ تقریباً همه کشورها به دلیل بحران‌های مکرر قانون اساسی، ناتوانی بازیگران سیاسی در اعمال تغییرات از طریق اصلاحات یا تفسیر قضایی، یا طراحی متمرکز بر قدرت هویت در قانون اساسی قوانین اساسی خود را

جایگزین یا اصلاح کرده‌اند. مقدونیه شمالی نمونه دیگری است که در آن تغییر قانون اساسی یک رویداد قابل توجه بوده است. در اروپا چندین کشور تغییرات قانون اساسی را تجربه کرده‌اند. مثلاً، جمهوری چک، فنلاند، فرانسه، آلمان، ایتالیا، اسپانیا، و سوئیس همگی متحمل اصلاحات یا جایگزینی در قانون اساسی شده‌اند (Negretto, 2012: 749). با این حال، حتی در این مورد این سؤال باقی می‌ماند که هویت قانون اساسی توسط قانون اساسی چگونه تفسیر می‌شود. اگر این هویت مبتنی بر فرهنگ و سنت‌های مشروطه باشد، باید آن ارزش‌های مشروطه را بخش اصلی قانون اساسی بشناسیم. بنابراین اصول یا عناصر دائمی تاریخ یک کشور می‌توانند به منزله هویت قانون اساسی باشند و حقوق اساسی و بنیادین مبتنی بر این هویت در آن کشورها شناخته خواهد شد. اما درک آرمانی از هویت قانون اساسی ممکن است مبتنی بر یک رأی اکثریت باشد؛ هرچند این رأی اکثریت ممکن است برخی از حقوق اقلیت‌ها یا اصول اخلاقی را پایمال کند یا نادیده بگیرد. این رویکرد در ممنوعیت پوشیدن حجاب توسط شورای قانون اساسی فرانسه دنبال شده است؛ هرچند شورای حقوق بشر سازمان ملل از قانون فرانسه در خصوص ممنوعیت پوشش حجاب در مدارس فرانسه انتقاد کرد و در گزارشی اعلام کرد قانون کشور فرانسه موجب عداوت و دشمنی در قبال مسئله حجاب و عدم تسامح دینی در حق زنان محجبه در خارج از مدارس یا دانشگاه‌ها یا محل کار شده است (Wing & Nye Smith, 2006: 744). البته به نظر می‌آید این بیان که هویت قانون اساسی توسط قوه تشکیل‌دهنده تعریف می‌شود کافی نیست. زیرا در قانون اساسی اغلب کشورها معمولاً موضوع هویت یا احصا نشده یا به ندرت به طور صریح مشخص می‌کنند که دقیقاً چه چیز یا چیزهای موضوع هویت قانون اساسی است. تجربه نشان می‌دهد دادگاه‌های قانون اساسی یا دادگاه‌های عالی هویت قانون اساسی را یک امر قضایی می‌دانند، مانند رویه دادگاه قانون اساسی آلمان یا ایتالیا؛ درحالی‌که دادگاه‌های قانون اساسی چک، مجارستان، و لهستان هویت قانون اساسی را تنها به امر قضایی خلاصه نمی‌کنند و با توجه به حدود اختیارات حاکمیت آن را امری سیاسی نیز می‌دانند. در این خصوص می‌توان به اختلافات بین اتحادیه و این کشورها در سیاست‌های مهاجرتی اشاره کرد (Petition from the Senate of the Parliament of the Czech Republic, 2008). در اتحادیه اروپا جایی که بیشترین چالش‌ها بین این اتحادیه و کشورهای عضو در موضوع هویت قانون اساسی مشاهده می‌شود برخی از کشورهای عضو اتحادیه اروپا

حق تعیین محتوای هویت قانون اساسی را از آن خود می‌دانند. اما اتحادیه اروپا در اختلافات حقوقی، که مربوط به هویت قانون اساسی کشورهای عضو است، دیوان دادگستری اروپا را دارای صلاحیت رسیدگی دانسته است. زیرا طبق معاهده عملکرد اتحادیه اروپا (TEU)، که به عنوان معاهده ماستریخت نیز شناخته می‌شود، دیوان دادگستری اتحادیه اروپا دارای اختیار انحصاری برای بررسی صلاحیت قانونی بودن اقدامات مؤسسات اتحادیه اروپا (ماده ۲۶۳) و صلاحیت اعلام بی‌اعتباری و غیر قانونی بودن اقدامات این نهادها و مؤسسات زیرمجموعه اتحادیه است (ماده ۲۶۴). این بدان معنی است که در صورت اختلاف حقوقی بین اتحادیه اروپا و یک کشور عضو، در صورتی که صلاحیت اتحادیه اروپا توسط کشور عضو بر اساس هویت قانونی به چالش کشیده شود، داور نهایی اتحادیه اروپا است. با این حال، این موضوع توسط برخی از دادگاه‌های قانون اساسی کشورهای عضو به‌رغم عضویت در اتحادیه اروپا پذیرفته نشده است. در این زمینه می‌توان به رأی دادگاه قانون اساسی فدرال آلمان در مورد معاملات عمومی بانک مرکزی اروپا^۲ (PSPP) یا مخالفت با سیاست‌های مهاجرتی اتحادیه توسط برخی از کشورهای عضو این اتحادیه اشاره کرد؛ به گونه‌ای که اگرچه کمیسیون اتحادیه اروپا در سال ۲۰۱۵ تصویب کرد که در هر یک از کشورهای عضو باید سالیانه در مجموع ۱۲۰ هزار پناهجو پذیرفته شود، مجارستان و لهستان از این قانون به دلیل اصل هویت قانون اساسی خود سرباز زدند و جمهوری چک نیز فقط ۱۲ نفر را تا سال ۲۰۱۸ پذیرفت. البته پذیرش این افراد نیز ارتباطی به سیاست‌های مهاجرتی اتحادیه نداشته است. دادگاه‌های قانون اساسی کشورهای عضو این اتحادیه بر این عقیده هستند که الزام اتحادیه اروپا برای احترام به هویت ملی کشورهای عضو محدودیت مطلق در برابر گسترش اختیارات اتحادیه اروپاست. بنابراین اتحادیه اروپا نمی‌تواند حدود هویت برشمرده شده در قانون اساسی کشورهای عضو را نادیده بگیرد (European Public Law, 2021: 653).

۵. کارکرد هویت قانون اساسی

هویت قانون اساسی گذشته‌ای طولانی به قدمت تدوین قانون اساسی دارد. اما شاید بتوان گفت آغازین بحث هویت قانون اساسی در دوران معاصر از معاهده ماستریخت^۳ آشکار شده است؛ آنجا که کشورهای عضو ترس از استحاله قانون اساسی کشور خود را داشتند (von Bogdandy & Schill, 2011: 1417). کشورهای عضو اتحادیه اگرچه با پیش‌بینی واحد پول

مشترک همکاری اقتصادی کشورهای عضو را سامان دادند و در تعاریفی مانند شهروندی نوآوری با نام شهروند اروپایی داشتند و اتحادی سیاسی را بین کشورهای عضو به وجود آوردند، از آنجا که برخی از کشورهای عضو برای همسویی با معاهده ماستریخت باید در قانون اساسی خود اصلاحاتی به وجود می‌آوردند این ترس وجود داشت که هویت قانون اساسی این کشورها در معرض تحدید یا تغییر اساسی قرار بگیرد. به همین دلیل این معاهده را برخی از کشورهای عضو به همه‌پرسی گذاشتند. در ایرلند یازدهمین متمم قانون اساسی که به دولت اجازه داد این معاهده را تصویب کند در یک همه‌پرسی در ۱۸ ژوئن ۱۹۹۲ با حمایت ۶۹/۱ درصد از آرا به تصویب رسید. در سپتامبر ۱۹۹۲، یک همه‌پرسی در فرانسه با ۵۰/۸ درصد موافق با اندکی بیشتر از نصف از تصویب این معاهده حمایت کرد. البته هویت قانون اساسی در اتحادیه اروپا تنها پس از لازم‌الاجرا شدن معاهده لیسبون^۴ مورد توجه این اتحادیه قرار گرفت. زیرا این معاهده ضمن اشاره به هویت ملی در قانون اساسی کشورهای عضو به‌وضوح آن را چون سپری در برابر غلبه فرهنگ و سنت‌های در حال گسترش اتحادیه اروپا و ابزاری دفاعی در حاکمیت ملی کشورهای عضو پذیرفته است.^۵ اگرچه معاهده لیسبون برای جلوگیری از برخی تغییرات ناخواسته قانون اساسی در هویت ملی کشورهای عضو این اتحادیه بود، چالش‌هایی را نیز برای مردم برخی کشورهای عضو ایجاد کرد؛ از جمله آنکه چرا اراده قانون‌گذاران باید حق آزادی نسل‌های کنونی یا آینده را با این معاهده مقید کند یا آیا این پیمان به دلیل آنکه بر مبنای اراده دولت‌هاست و نه مردم می‌تواند ابزاری برای دفاع از قانون اساسی غیر دموکراتیک باشد (Chronowski & Vincze, 2021: 1058). کارکرد هویت قانون اساسی اخیراً مورد توجه بسیاری از محققان قرار گرفته است. برخی معتقدند این کارکرد بیان‌کننده غرور و احساسات و ارزش‌های ملی است. اما این ارزش‌ها می‌تواند در طول زمان نیز تغییر کند. این کارکرد می‌تواند یک «خود» قانون اساسی را از نظر انسان‌شناختی متصور سازد که این «خود» توانایی دوست داشتن یا نفرت را دارد یا یک خود جمعی متشکل از نسل‌های گذشته و حال و آینده با ترجیحات مختلف آن‌ها از اینکه چه چیز را دوست داشته باشند یا از چه چیز متنفر باشند یا با چه کسی ارتباط برقرار کنند و چه چیزی را به خاطر بسپارند و ... را شامل شود. برخی کارکرد هویت در قانون اساسی را تغییرات در شکل دادن به موضوع و محتوا و توجیه ارائه‌شده در نظام قانون اساسی می‌دانند. به نظر آن‌ها، هویت قانون

اساسی با واقعیت وجود قانون اساسی و همچنین با محتوای قانون اساسی و زمینه‌ای که هویت در آن عمل می‌کند مرتبط است. در نتیجه، هویت قانون اساسی مستلزم قانون اساسی مکتوب نیست، بلکه هنجارهایی که از رویه قضایی دادگاه‌های قانون اساسی یا سایر منابع مورد اعتماد، مانند تفاسیر قانون اساسی، به دست می‌آید نیز می‌تواند کارکرد هویت در قانون اساسی را داشته باشد. از نگاه این تعریف، نهادهای فراملی مانند اتحادیه اروپا دارای اصول هویتی مبتنی بر قانون اساسی عملکردی آنهاست و این اتحادیه چون دارای هویت‌های با اصالت‌های متعدد در کشورهای عضو است نمی‌تواند تولید هویت واقعی بنماید. البته دور از نظر نماند که در اغلب کشورها کارکرد هویت قانون اساسی از هنجاری به نام اصول قانون اساسی و تفاسیر آنها توسط دادگاه‌های قانون اساسی یا نهادهای مفسر در قانون اساسی بیرون می‌آید و معمولاً این کارکردها بیانگر هویت جمعی است. اما برخی از کشورها نیز هویت قانون اساسی را از طریق روند سیاسی به دست می‌آورند. در این صورت پارلمان‌ها و دولت‌ها نیز به مثابه کارگزار قانون اساسی عمل می‌کنند و دادگاه‌ها تنها برای بهینه‌سازی نتایج فرایند سیاسی به تفسیر آن می‌پردازند (Working Papers of the Fifth Group of the European Convention).

۶. غیر قابل تغییر بودن اصول مربوط به هویت در قانون اساسی

قانون اساسی صرفاً یک متن قضایی یا مجموعه‌ای هنجاری از قوانین نیست، بلکه بیان‌کننده وضعیت فرهنگی، ابزار بیان فرهنگی توسط مردم، آیین میراث فرهنگی، و بنیان انتظارات آنها است که به صورت اصولی ثابت در قانون اساسی بیان می‌شوند (Harris, 1993: 188). قانون اساسی برای انعکاس هویت جامعه توسط قوه مؤسس به خواست مردم و برای مردم طراحی شده است. این هویت می‌تواند ترکیبی از آرمان‌ها و تعهدات به گذشته یک ملت باشد یا ترکیبی از ارزش‌های جهانی با تاریخ، آداب و رسوم، ارزش‌ها، و آرمان‌های خاص ملت. هویت قانون اساسی اگرچه همواره اصولی ثابت است، ذات آن هرگز ایستا نیست و عناصر بیرونی می‌توانند آن را در معرض تغییر و تحول قرار دهند. البته عنصر هویت در قانون اساسی به‌ندرت منجر به دگرگونی کلی قانون اساسی شده است. هویت در قانون اساسی ساختار بنیادین آن است و این هویت است که در تفسیر اصول قانون اساسی از ویژگی‌های اصیل آن پشتیبانی می‌کند (Jacobsohn, 2010: 325). با این تعابیر می‌توان گفت تغییر هویت در قانون اساسی منجر به شکل‌گیری قانون اساسی جدید خواهد شد. پس شاید بتوان گفت هویت قانون

اساسی «کد ژنتیکی» قانون اساسی است. این ایده به ارسطو بازمی‌گردد که معتقد بود یک حکومت با هویت پایدار آن شناخته شود (Krishnaswamy, 2010: 118). در این خصوص گفته شده از ارسطو پرسیده‌اند: «بر اساس چه اصولی باید بگوییم که یک دولت هویت اساسی خود را حفظ کرده است یا برعکس هویت خود را از دست داده است؟» پاسخ ارسطو این بود که هویت دولت زمانی تغییر می‌کند که قانون اساسی آن به دلیل بر هم زدن تعهدات اساسی آن تغییر کند. تغییر هویت یک حکومت را نمی‌توان صرفاً یک اصلاح تلقی کرد؛ بلکه تولد یک دولت جدید است (Colón-Ríos, 2010: 199). به هر حال تغییرات قانون اساسی نباید معادل دگرگونی قانون اساسی باشد. همچنین حفظ قانون اساسی را نباید با رکود قانون اساسی اشتباه گرفت. همان‌طور که جوزف راز گفته است: «قانون اساسی است که دویست سال پیش به تصویب رسیده. همان قانون اساسی است که در تصمیمات دادگاه‌ها مورد استناد قرار می‌گیرد ... مانند کسی که در خانه‌ای که دویست سال پیش ساخته شده زندگی می‌کند. این خانه بارها تعمیر شده و تغییر کرده و حتی قسمت‌هایی به آن اضافه یا از آن کم شده است. البته فرد ممکن است به تغییر آرایش خانه یا تعویض پنجره‌های آن اعتراض کند و بگوید که این‌گونه نباید باشد. اما پایه و اساس این خانه حفظ شده است که ما این پایه و اساس را هویت آن خانه می‌دانیم. البته قانون اساسی قدیم با قانون اساسی جدید نیز یکسان نیست، درست همان‌طور که یک فرد مسن با یک فرد جوان یکسان نیست. هویت در این مفهوم یکسان بودن نیست. بلکه این یکسان بودن هویت خاص ذاتی شیء است؛ یعنی چه پیر چه جوان هر دو دارای خصوصیت یکسان هستند و آن هم انسان بودن است. هدف از این مثال این است که نسبت به از دست دادن هویت در قانون اساسی با استدلال‌های ساختگی و اشتباه گرفتن فرایند تغییر در قانون اساسی هشدار داده شود تا جامعه تغییری را در اصولی ندهد که به عنوان هویت در قانون اساسی شناخته می‌شوند و این تغییر باعث انقلابی در قانون اساسی بشود». برای بهتر روشن شدن این موضوع حقوق‌دانان مثال یک خانه را می‌زنند و می‌گویند: «همان‌طور که یک خانه تا زمانی که شما آن را با همان پایه و اصولی که ساخته شده است فقط برای استفاده بهینه یا به‌روز و متجددتر کردن تزئین و تعمیر می‌کنید پایه و اساس خود را از دست نمی‌دهد. قانون اساسی هم دارای پایه و اساس اصلی است که به‌رغم الزامات زمان تغییر هویت خود را از دست نمی‌دهد؛ اگرچه تغییر کند» (Raz, 2009: 370). البته ممکن است این سؤال پیش بیاید که

چرا قوه مؤسس زمانی که مجدداً هویدا شده تا تغییر یا اصلاحی در قانون اساسی بدهد از این حق انحصاری برخوردار نیست که پایه و اساس قانون اساسی را تغییر دهد؟ جیمز مک کلان در این خصوص گفته است: «اصلاح قانون اساسی بخشی از خود قانون اساسی است. بنابراین قوه مؤسس ذاتاً قادر به مخالفت با قانون اساسی و برهم زدن نظم اساسی آن نیست. با این حال، یک اصلاحیه قانون اساسی ممکن است هویت قانون اساسی را نقض کند و اصولی را که بیان‌کننده هویت یک نظام است از بین ببرد و چنان به شدت ساختار حکومت را تغییر دهد که شکل جدیدی از حکومت ایجاد کند. این حق مردم است که سیستم حکومت خود را تغییر دهند. اما این امر را نمی‌توان از طریق روند اصلاح قانون اساسی انجام داد. این تغییر باید با اعمال قدرت اصلی مردم و تشکیل قوه مؤسس جدید یا اولیه باشد. بنابراین اصلاح اصول اساسی قانون اساسی، که هویت آن شناخته می‌شود، ممکن است فروپاشی قانون اساسی در نظر گرفته شود» (McClellan, 2000: 563). به همین دلیل در همه کشورها آنچه در قانون اساسی دربرگیرنده هویت قانون اساسی است از هر گونه تغییر و تحول مصون و همواره ثابت و لایتغیر است.

۷. هویت محدود و نامحدود

هویت قانون اساسی همچون پایه‌ای عمل می‌کند که اصول و ارزش‌ها و ساختارهای حاکمیتی یک کشور بر اساس آن ساخته می‌شوند و ویژگی‌های منحصر به فرد سیاسی و فرهنگی آن را منعکس می‌کند. این مفهوم محوری شیوه تفسیر قوانین، حمایت از حقوق، و حفظ توازن قوا را در یک ملت شکل می‌دهد. درک هویت قانون اساسی یک ملت برای درک چارچوب قانونی، هنجارهای اجتماعی، و حقوق و مسئولیت‌های شهروندان آن ضروری است. ریشه هویت محدود یا نامحدود قانون اساسی را می‌توان در شکل‌گیری و تکامل قانون اساسی یک ملت جست‌وجو کرد. ترسیم منشأ آن مستلزم بررسی وقایع تاریخی، شخصیت‌های کلیدی، جنبش‌های ایدئولوژیک، و تغییرات اجتماعی است که بر توسعه آن تأثیر گذاشته‌اند. برای روشن شدن هویت نامحدود و محدود در قانون اساسی به دو نمونه مستند مجارستان و جمهوری اسلامی ایران در این بحث اشاره شده است.

۷-۱. مجارستان

استفاده از اصطلاح هویت در معاهده ماستریخت (۱۹۹۲) اتحادیه اروپا (TEU) و به‌کارگیری مجدد این اصطلاح در معاهده لیسبون و معاهده تأسیس جامعه اروپا (۲۰۰۹) منشأ مباحث سیاسی و حقوقی مربوط به معنی و کارکرد هویت در قانون اساسی است.^۶ مباحث مربوط به هویت در قانون اساسی در اتحادیه اروپا امروزه تبدیل به بحثی تدافعی و مقاومتی در برابر اقدام‌های اتحادیه اروپایی شده است. شاید بتوان گفت بهترین مثال در تعریف مفهوم هویت احصاء‌نشده در قانون اساسی مجارستان، یکی از کشورهای عضو اتحادیه اروپا، است. گفتنی است هویت قانون اساسی تا سال ۲۰۱۶ یک مفهوم کاملاً ناشناخته در قانون اساسی مجارستان بود و این مفهوم از قبل در متن قانون اساسی یا در رویه قضایی دادگاه قانون اساسی این کشور و حتی در مباحث دانشگاهی وجود نداشت. ظهور این مفهوم بعد از زمینه‌سازی احزاب حاکم در این کشور و مستمسک قرار دادن حاکمیت ملی و استدلال‌های پوپولیستی همچون «دیگر مستعمره نخواهیم بود» و اصلاحیه ناموفق قانون اساسی و شکست در همه‌پرسی ملی ضد مهاجرت ۲۰۱۶ این کشور به ابتکار و درخواست کمیساریای حقوق اساسی مجارستان^۷ و تمسک به حمایت از قانون اساسی توسط دادگاه قانون اساسی مجارستان صورت گرفت. این دادگاه با تفسیری انتزاعی سیاست‌های احزاب حاکم در مجارستان را در تصمیمات ضد مهاجرتی، برخلاف معاهدات اتحادیه اروپا، مطابق با اصل هویت در قانون اساسی دانست. در این حکم، دادگاه قانون اساسی مجارستان درخواست اعمال مشترک اختیارات بین مجارستان و نهادهای اتحادیه اروپا در سیاست‌هایی از جمله مهاجرت را موجب نقض حاکمیت و هویت قانون اساسی مجارستان اعلام کرد (Szente, 2022). دادگاه این موقعیت را برای خود محفوظ دانست که بتواند نظارتی بر قوانین اتحادیه داشته باشد تا هویت قانون اساسی و حاکمیت ملی مجارستان نقض نشود. دادگاه قانون اساسی مجارستان در این حکم مفهوم هویت قانون اساسی را تعریف نکرد و تنها بیان کرد که بر اساس همه اصول قانون اساسی و مفاد آن همچنین بر اساس مقدمه قانون اساسی معنای هویت قانون اساسی را تعیین خواهد کرد. اگرچه دادگاه قانون اساسی رویه قضایی منسجمی درباره هویت قانون اساسی ارائه نکرده، اصول اساسی مربوط به هویت قانون اساسی از طریق اصلاحات قانون اساسی در متن قانون اساسی گنجانده شده است. اصلاحیه هفتم قانون اساسی در موضوع اصول اساسی

مربوط به هویت در سال ۲۰۱۸ از طریق پارلمان مجارستان به تصویب رسید و در آن مواردی تصریح شد که خلاصه آن چنین است:

۱. هویت ما که ریشه در گستره تاریخی قانون اساسی ما دارد یک تعهد اساسی برای دولت‌ها است. بنابراین حفاظت از هویت قانون اساسی و فرهنگ مسیحی مجارستان وظیفه هر نهاد دولتی است.

۲. هیچ جمعیت خارجی در مجارستان مستقر نخواهد شد. یک تبعه خارجی بدون در نظر گرفتن افرادی که حق رفت‌وآمد و اقامت آزاد دارند فقط می‌تواند با تأیید دولت مجارستان در قلمرو مجارستان زندگی کند و قواعد اساسی در مورد الزامات ارسال و ارزیابی چنین درخواست‌هایی در قانون اساسی مجارستان تعیین می‌شود (Várnay, 2014: 1133).

استدلال ضد مهاجرتی مجارستان و نظر دادگاه قانون اساسی این کشور امروزه تبدیل به نماد بارزی از دفاع از اصل هویت در قانون اساسی کشورهای اتحادیه اروپا شده است؛ به گونه‌ای که دادگاه قانون اساسی مجارستان نه تنها سیاست‌های مهاجرتی اتحادیه اروپا را به چالش کشیده بلکه معتقد است: «به استناد قانون اساسی، حقوق اساسی غیر قابل تعرض و سلب‌ناپذیر آحاد جامعه مجارستان باید رعایت شود و حمایت از این حقوق وظیفه اصلی دولت است. بنابراین همکاری در اتحادیه اروپا و اولویت بر اساس قوانین اتحادیه اروپا نباید کرامت انسانی و سایر حقوق اساسی آحاد مردم مجارستان را سلب کند. همچنین صلاحیت‌های اتحادیه نمی‌تواند حاکمیت مجارستان و هویت قانونی آن را نقض کند. زیرا مجارستان یک کشور مستقل و دموکراتیک با حاکمیت قانون و با منشأ قدرت مردم و اعمال قدرت توسط مردم از طریق نمایندگان منتخب مردم است. همچنین دادگاه قانون اساسی با فرض حاکمیت محفوظ گذشته جهت حفظ هویت قانون اساسی حق اظهار نظر در خصوص صلاحیت‌هایی که قبلاً به اتحادیه اروپا اعطا شده را برای خود منظور کرده است» (Chronowski & Vincze, 2021: 1021). گفتنی است طرح اصل هویت در قانون اساسی مجارستان موجب طرح دعاوی بین مجارستان و دیوان دادگستری اتحادیه اروپا شده و حتی سیاست‌های تنبیهی برای این کشور در اتحادیه در نظر گرفته شده و همچنان نیز ادامه دارد. البته باید گفت فهرست ارزش‌های هویتی در قانون اساسی کشورهایمانند مجارستان چنان که گفته شد احصا و مشخص نشده و می‌تواند هویت با توجه به گستره

تاریخی قانون اساسی در این کشور فهرستی بی‌پایان باشد. بنابراین متن قانون اساسی در این گونه کشورها نمی‌تواند به‌تنهایی منبع هویت در قانون اساسی باشد. دادگاه قانون اساسی مجارستان در سال ۲۰۱۶ هویت قانون اساسی این کشور را یک ارزش اساسی دانسته که توسط قانون اساسی ایجاد نشده و نقش قانون اساسی را صرفاً تأیید آن دانسته است (Chronowski & Vincze, 2021: 1060). با این حال، اگر هویت قانون اساسی توسط قانون اساسی ایجاد نشده باشد، باید منبعی فراقانون اساسی برای آن در نظر گرفت که هویت قانون اساسی از آن نشئت گرفته باشد. به نظر می‌رسد دادگاه قانون اساسی مجارستان روندهای تاریخی و عرفی را، که قبل از جنگ جهانی دوم در جامعه لازم‌الاجرا بوده، احیا کرده و فرض اصل هویت قانون اساسی دانسته است. این روندهای تاریخی و عرفی مجارستان ریشه در تاریخ قانون اساسی این کشور دارد. اما در ماهیت این روند تاریخی کاملاً مبهم است و در مجارستان درباره ماهیت دقیق آن‌ها اتفاق نظر حقوقی یا علمی وجود ندارد و از آنجا که رویه قضایی دادگاه قانون اساسی این کشور قبل از سال ۲۰۱۱ باطل شده است بدیهی است نباید سوابق ناشی از رویه تفسیری دادگاه‌های قانون اساسی را دربرگیرد. از زمان تغییر رژیم کمونیستی این کشور، قانون اساسی تاریخی مجارستان به‌استثنای برخی دوره‌های کوتاه، مانند انقلاب نافرجام ۱۸۴۸، رویکرد استبدادی را به‌عنوان رویکردی غالب داشته است. به هر حال خود قانون اساسی مجارستان نیز تأیید می‌کند که هویت قانون اساسی ریشه در قانون اساسی تاریخی آن دارد و مفاد قانون اساسی باید مطابق با دستاوردهای قانون اساسی تاریخی تفسیر شود. البته این تعریف چالش‌هایی را نیز در پدیدآورندگان قانون اساسی به وجود آورده است. زیرا اولاً همان‌طور که گفته شد روند تاریخی قانون اساسی به‌عنوان پدیدآورندگان هویت قانون اساسی مفهومی بسیار مبهم است، به‌ویژه آنکه طرفداران روند تاریخی قانون اساسی به‌عنوان هویت در قانون اساسی یک دوره «هزارساله» را برای آن در نظر می‌گیرند که اصل هویت این دوره مورد احترام و لازم‌الاجرا است. این امر منجر به تشتت موضوعات هویتی در قانون اساسی شده و در منبع پدیدآورنده هویتی یا دستاورد بودن آن نیز اختلاف به وجود آورده و هیچ راهنمایی در مورد چگونگی تعیین هویت بر این اساس وجود ندارد؛ در حالی که مطابق بند ۳ ماده R قانون اساسی باید منبع هویت قانون اساسی در نظر گرفته شود نه دستاوردهای آن.^۸ ثانیاً از آنجا که اصطلاح پدیدآورندگان هویت قانون اساسی مفهومی مدرن است که هیچ پیشینه و پسینه‌ای ندارد معیاری برای شناسایی معنای آن در هویت‌های

نامحدود وجود ندارد. در واقع، در سیر تحول تاریخی «پدیدآورندگان» ممکن است پدیده‌های قانونی باشند که این پدیده‌های قانونی با الزامات دنیای مدرن امروزی سازگاری نداشته باشند. مثلاً، دامنه آزادی مطبوعات در نتیجه انقلاب ۱۸۴۸ مجارستان، که دادگاه قانون اساسی این کشور در برخی از احکام خود به آن اشاره نیز داشته است، امروزه با قانون حفاظت از حاکمیت مجارستان محدود شده است. اما هنوز یک پدیده انقلابی در این کشور محسوب می‌شود. بر این اساس، روشن نیست که چگونه این پدیده‌های تاریخی و هویتی قانون اساسی می‌تواند اصلی هویتی در قانون اساسی آن کشور باشد (Horcher Marosi Ildikó és munkatársai, 2017: 32).

به هر حال از آنجا که دادگاه قانون اساسی مجارستان گستره قانون اساسی تاریخی را اساس هویت قانون اساسی معرفی می‌کند، می‌توان فرض کرد که پدیدآورندگان هویت قانون اساسی مجارستان متشکل از اصول و ارزش‌های اساسی هستند که به طور تاریخی توسعه یافته‌اند و به نظر می‌آید اگرچه هویت قانون اساسی اساساً توسط قوه مؤسسه ایجاد می‌شود، محتوای تفصیلی آن توسط دادگاه قانون اساسی از طریق تفسیر قانون اساسی با رعایت دستاوردهای قانون اساسی تاریخی توسعه می‌یابد. البته دادگاه قانون اساسی مجارستان همچنان نتوانسته پاسخی داشته باشد که چرا اصل هویت قانون اساسی را معطوف بر گستره قانون اساسی تاریخی کرده که تقریباً هشت دهه پیش به آن پایان داده است (Szente, 2013: 109).

۲-۷. جمهوری اسلامی ایران

عالی‌ترین سند حقوقی و سیاسی هر کشوری قانون آن است. بر همین اساس، صیانت از قانون اساسی در چارچوب نظم سیاسی امری حیاتی و بنیادین برای هر نظام سیاسی به شمار می‌آید. اعلام تغییرناپذیری برخی موضوعات در قانون اساسی صرفاً به جهت حفظ حقوق بنیادین و کیان نظام سیاسی از هر گونه تعرض و تهدیدی است و این موضوعات به عنوان اصول هویتی قانون اساسی شناخته شده‌اند و خدشه به آنها می‌تواند چارچوب نظام سیاسی را به مخاطره بیندازد. بنابراین قوه مؤسس با غیر قابل تغییر کردن آنها در قانون اساسی اصرار به نمایاندن هویت در قانون اساسی دارد. اگرچه در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران دو اصل ۱۳۲ و ۱۷۷ محدودیت‌هایی را در بازنگری قانون اساسی ایجاد کرده، به نظر می‌رسد مبنای محدودیت‌های اصل ۱۳۲ قانون اساسی بیشتر از جنبه حاکمیتی و ثبات نظام حکومتی بوده است (مشروح مذاکرات، ۱۳۸۱، ج ۳: ۱۰۷۲). اما مبنای محدودیت موارد ذیل اصل ۱۷۷

صیانت از اصل هویت نظام سیاسی جمهوری اسلامی است. زیرا موارد یادشده ذیل این اصل در زمره هویت بنیادین این نظام است و تغییر آن‌ها حتی از طریق بازنگری در قانون اساسی نیز امکان‌پذیر نیست (مشروح مذاکرات، ۱۳۸۱: ج ۳: ۵۵۸). در این زمینه باید توجه داشت که هر گونه تغییر یا ناپایداری در هویت قانون اساسی می‌تواند تدوین قانون اساسی جدید باشد و این امر این‌گونه قابل تعبیر است که نظامی سیاسی بر مبنای ارزش‌ها و هویت جدید شکل می‌گیرد. مثلاً چنانچه ابتنای قوانین و مقررات به موازین شرعی و اسلامی در قانون اساسی جایگاه خود را به عنوان اصلی هویتی از دست بدهد وصف اسلامیت در جمهوری اسلامی بی‌اعتبار خواهد شد و این مسئله موجب تغییر در بسیاری از اصول قانون اساسی می‌شود یا چنانچه اداره کشور به اتکای مردم سلب شود جمهوریت نظام اعتبار خود را از دست می‌دهد و اصول متعددی در قانون اساسی دستخوش تغییر می‌شود. به همین دلیل شناخت و حفاظت ابدی از اصولی که دربرگیرنده هویت قانون اساسی است برای قوه مؤسس اصلی مهم و انکارناپذیر قلمداد شده است. نکته دیگر آنکه اصل هویت در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران برخلاف قانون اساسی بسیاری از کشورها، که نامحدود و نامحصور یا تمثیلی است، محدود و تبیین شده است. چون قوه مؤسس در مقام بیان این اصل به احصای موارد پرداخته و در موضوع انحصار تغییرناپذیری موارد فوق به اجماع از طریق رأی‌گیری رسیده است (مشروح مذاکرات، ۱۳۸۱، ج ۳: ۵۶۰). البته ممکن است ادعا شود که برخی حقوق و آزادی‌های سیاسی نیز باید به منزله اصول هویتی در قانون اساسی شناخته شوند. اما از آنجا که همه حقوق و آزادی‌های سیاسی مندرج در قانون اساسی به طور مطلق پذیرش نشده‌اند و مشروط به عدم تعدی به مبانی ذیل ماده ۱۷۷ قانون اساسی هستند، این حقوق و آزادی‌های سیاسی به مثابه منبع اصیل هویتی در قانون اساسی قابل شناسایی نیستند. مثلاً، آزادی مطبوعات و نشریات مشروط به عدم اخلال به مبانی اسلام با حقوق عمومی است (اصل ۲۴ قانون اساسی)، آزادی احزاب مقید به رعایت اصول استقلال، آزادی، وحدت ملی، موازین اسلامی، و اساس جمهوری اسلامی است (اصل ۲۶ قانون اساسی)، تشکیل اجتماعات و راهپیمایی‌ها بدون حمل سلاح و عدم اخلال به مبانی اسلام آزاد است (اصل ۲۷ قانون اساسی)، آزادی شغل مشروط به عدم مخالفت با اسلام و مصالح عمومی و حقوق دیگران است (اصل ۲۸ قانون اساسی). بر این اساس، از نظر نگارنده این سطور، اصول هویتی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در ذیل اصل ۱۷۷ قانون

اساسی قابل احصاست و در ادامه هر یک از موارد یادشده به صورت مختصر بررسی می‌شود.

۷-۲-۱. اسلامیت نظام

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مانند بسیاری از کشورها برای دین‌داری نقش و اهمیت اساسی قائل شده است. البته این اهمیت بر اساس خواسته و اراده مردم در همه‌پرسی ۱۱ و ۱۲ فروردین ۱۳۵۸ و انتخاب جمهوری اسلامی با بیش از ۹۰ درصد آرای مردم بوده است. در واقع قانونگذار با چنین اراده‌ای به مشخص کردن وضعیت هویت در قانون اساسی پرداخته است. بر همین اساس نیز اصل ۴ قانون اساسی کلیه قوانین و مقررات را بر اساس موازین اسلامی دانسته است. بنابراین، محتوای اصول مربوط به اسلامی بودن نظام و ابتدای همه قوانین و مقررات بر اساس موازین اسلامی به طور مشخص بیانگر هویت قانون اساسی ایران است.

۷-۲-۲. جمهوریت نظام و اداره امور کشور به اتکای آرای عمومی

در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران جمهوریت و اسلامیت با رفراندوم ۱۱ و ۱۲ فروردین ۱۳۵۸ ملازم یکدیگر شده‌اند. اما می‌توان گفت ارکان نظام جمهوری اسلامی در سه رکن جمهوریت و اسلامیت و اراده مردم شکل گرفته است و هر یک از این ارکان پشتوانه رکن دیگر است و بدون یکدیگر تحقق عینی و مؤثر نخواهند داشت. در شورای بازنگری سال ۱۳۶۸ نیز دو موضوع مورد تأکید بوده است؛ اول آنکه مردم در سرنوشت خود دخالت دارند و این به عنوان اصلی هویتی در قانون اساسی در نظر گرفته شد (مشروح مذاکرات، ۱۳۸۰، ج ۳: ۸۰۵) و دوم اینکه شکل نظام الزاماً باید جمهوری باشد تا با اسلامیت نظام سازگارتر باشد (مشروح مذاکرات، ۱۳۸۰، ج ۳: ۸۰۸).

۷-۲-۳. ولایت و امامت امت

مهم‌ترین رکن صیانت از اسلامیت حکومت و اجرای احکام اسلامی وجود حاکم است که از آن در قانون اساسی به امامت امت یا ولایت‌فقیه تعبیر می‌شود. اوست که بر همه ارکان حکومت شخصاً یا با تفویض برخی اختیارات نظارت می‌کند و با ابزارهای ممکن مندرج در قانون اساسی، علاوه بر نظارت و حفاظت از کلیت نظام و تعیین مسیر آن، مجری شریعت است. به همین دلیل این موضوع نیز به عنوان اصلی هویتی در قانون اساسی جمهوری اسلامی پذیرفته شده و به دلیل اهمیتی که در این خصوص وجود دارد مسئله ولایت‌فقیه نیز به عنوان یکی از مفاد غیر قابل تغییر در قانون اساسی شناخته می‌شود. چون حتی در تعریف عام

موضوع نیز نمی‌توان نظامی را تصور کرد که اسلامی باشد و حاکم و امامی در رأس آن نباشد (مشروح مذاکرات، ۱۳۸۰، ج ۳: ۵۹۰). البته با توجه به اصل ۵ و ۱۰۷ قانون اساسی و عنایت به مشروح مذاکرات قانون اساسی می‌توان گفت مقصود از تغییرناپذیری ولایت امر و امامت امت تغییرناپذیر بودن اصل ولایت فقیه بوده است. به بیان دیگر، در چارچوب قانون اساسی موجود اصل ولایت فقیه به عنوان اصلی هویتی در قانون اساسی است و تغییر اصول مربوط به این موضوع تنها در حدی امکان‌پذیر است که مبنای اطلاق اصل هویتی ولایت فقیه در قانون اساسی مخدوش نشود.

۷-۲-۴. مذهب رسمی کشور

قرار گرفتن این موضوع در ذیل اصل ۱۷۷ و به عنوان اصلی هویتی بر این استدلال بود که ممکن است قواعد و اصول مربوط به بازنگری قانون اساسی بر اصلی که تصریح بر مذهب رسمی ایران دارد (اصل ۱۲) حاکم شوند و در این صورت قیود مربوط ابدی بودن این اصل را از باب تأکید و ارشاد و رفع شائبه بدانند و بر این اساس تغییر مذهب رسمی را منافاتی با محتوای اسلامی بودن حکومت ندانند (مشروح مذاکرات، ۱۳۸۰، ج ۳: ۵۹۰). بنابراین، به منظور رفع هر گونه شبهه و ایراد، چنین عبارتی به عنوان اصلی هویتی ذیل اصل ۱۷۷ قانون اساسی آورده شده است.

نتیجه‌گیری

ساختار بنیادین هر قانون اساسی بر مبنای هویت آن است و این هویت است که در تفسیر اصول قانون اساسی از ویژگی‌های اصیل آن پشتیبانی می‌کند. با این تعبیر می‌توان گفت تغییر در هویت قانون اساسی منجر به شکل‌گیری قانون اساسی جدیدی خواهد شد. بنابراین هویت در قانون اساسی مبتنی بر ثبات و ایستایی است. هویت با تأثیر از تاریخ، سنت، آداب و رسوم فرهنگی، اجتماعی، اقتصادی، و سیاسی ملت شکل می‌گیرد و منعکس‌کننده پیشینه تاریخی، ارزش‌های فرهنگی، و آرمان‌های اجتماعی ملت است. اصل هویت در قانون اساسی مبتنی بر بنیان یک نظام حاکمیتی است و از چنان جایگاه و اعتباری برخوردار است که هر زمان نقصی در آن ایجاد شود یا در ساختارهای نظام سیاسی مانع یا محدودیتی برای آن به وجود آید نظام سیاسی حاکم با بحرانی به نام مشروعیت مواجه خواهد شد. هویت از هنجارهای قانون اساسی فعلی یا سیر تاریخی آن توسط مراجع صلاحیت‌دار بیرون می‌آید و می‌تواند محدود یا نامحدود

باشد. اگر هویت قانون اساسی به صورت نامحدود در نظر گرفته شود، اساساً یک مفهوم مورد مناقشه در مصادیق خواهد بود. چون برای روشن شدن ماهیت و مفاهیم اساسی آن باید به سؤالات اساسی متعددی- مانند موضوع هویت، منبع آن، دوره زمانی یا روند تاریخی، و...- توسط مرجع تفسیرکننده پاسخ داده شود و بدون پاسخ به سؤالات فوق هویت در قانون اساسی دچار ابهام و ایهام و تعدد مفاهیم خواهد شد و امکان تطابق آن با منطوق صعب و بیشتر بر اساس رویه‌های قضایی دادگاه‌های قانون اساسی خواهد بود. درحالی‌که هویت محدود دارای مصادیقی روشن است که معمولاً در به‌کارگیری برخی از مفاهیم آن نیاز به مرجع صلاحیت‌دار برای تفسیر خواهد بود. قانون اساسی که دارای مصادیق روشن و مشخصی در هویت آن است کارایی مخاطبان خود را در درک مفاهیم آن افزایش خواهد داد.

یادداشت‌ها

1. The Preamble Charter of Fundamental Rights of the European Union.
2. Judgment of the German Federal Constitutional Court (2 BvR 859/15) on the Public Sector Purchase Program of the ECB.
۳. پیمان ماستریخت، با نام رسمی پیمان اتحادیه اروپا، وظیفه همگرا کردن اروپا را به عهده داشت و در تاریخ ۷ فوریه ۱۹۹۲ توسط اعضای جامعه اروپا در ماستریخت به امضا رسید. پیش از امضای این پیمان، شهر ماستریخت در تاریخ ۹ و ۱۰ دسامبر ۱۹۹۱ میزبان شورای اروپا بود که پیش‌نویس این پیمان را تهیه کرد.
۴. پیمان لیسبون که در ابتدا از آن به عنوان معاهده اصلاحات یاد می‌شد یک توافقنامه بین‌المللی است که اساس قانون اساسی اتحادیه اروپا (EU) را اصلاح می‌کند. پیمان لیسبون در ۱۳ دسامبر ۲۰۰۷ توسط همه کشورهای عضو اتحادیه اروپا امضا و از ۱ دسامبر ۲۰۰۹ لازم‌الاجرا شد.
۵. پیمان لیسبون سازکارهای پیمان ماستریخت (۱۹۹۲) را اصلاح می‌کند. این پیمان اصلاحیه‌ای بر قانون اساسی پیشین اروپا از جمله قوانین جدید حذف زبان، پول، پرچم، و سرود مشترک است.
۶. بند ۲ اصل ۴ معاهده تلفیقی اتحادیه اروپا: «اتحادیه به برابری کشورهای عضو در برابر معاهدات و نیز هویت ملی آن‌ها که در ساختارهای بنیادی سیاسی و قانون اساسی آن‌ها قرار دارد، از جمله خودگردانی منطقه‌ای و محلی، احترام می‌گذارد. اتحادیه باید به وظایف اساسی دولت‌های کشورهای عضو، از جمله تضمین تمامیت ارضی دولت، حفظ نظم و قانون، و حفظ امنیت ملی آن‌ها احترام بگذارد؛ به‌ویژه، امنیت ملی تنها مسئولیت هر کشور عضو است».
۷. کمیساریای حقوق اساسی به استناد اصل ۳۰ قانون اساسی مجارستان مصوب ۲۰۱۱ تعیین شده است. کمیساریای حقوق اساسی مجارستان جانشین قانونی کمیساریای پارلمانی حقوق شهروندی است که حفاظت مؤثر، منسجم، و جامع از حقوق اساسی و با هدف اجرای قانون اساسی مجارستان را تضمین می‌کند. این کمیساریای بر اساس قانون اساسی مجارستان توجه ویژه‌ای به حفاظت از حقوق کودکان، حقوق قومیت‌های مقیم مجارستان، حقوق آسیب‌پذیرترین گروه‌های اجتماعی، و حقوق نسل‌های آینده دارد. کمیساریای حقوق اساسی مجارستان علاوه بر اینکه در مورد پیش‌نویس قواعد قانونی، که بر وظایف و صلاحیت‌های کمیساریای تأثیر می‌گذارد، نظر می‌دهد در مورد برنامه‌ها و مفاهیم بلندمدت توسعه اقتصادی و منابع و در مورد برنامه‌ها و مفاهیمی که به طور مستقیم بر کیفیت زندگی نسل‌های آینده تأثیر می‌گذارد هم نظر می‌دهد و می‌تواند پیشنهادهایی را برای اصلاح یا تنظیم قواعد حقوقی مؤثر بر حقوق اساسی یا به رسمیت شناختن ماهیت الزام‌آور یک معاهده بین‌المللی ارائه دهد. کمیساریای وضعیت حقوق اساسی در مجارستان همچنین آماری از موارد نقض حقوق در مجارستان را، که به حقوق اساسی مربوط می‌شود، تهیه می‌کند و گزارش سالیانه خود را به مجلس این کشور می‌دهد و مجلس این کشور با بحث در مورد این گزارش به بررسی توصیه‌ها و پیشنهادها و اصلاحیه‌های درخواستی این کمیساریای می‌پردازد. همچنین کمیسار حقوق اساسی ممکن است بازنگری قواعد حقوقی را در دادگاه قانون اساسی برای انطباق آن‌ها با قانون اساسی درخواست کند. علاوه بر این کمیسار در تهیه گزارش‌های ملی بر اساس معاهدات بین‌المللی مربوط به وظایف و صلاحیت‌های خود شرکت و اجرای این معاهدات را در

قلمرو مجارستان نظارت و ارزیابی می‌کند.

۸. اصل R: ۱. قانون اساسی پایه و اساس نظام حقوقی مجارستان خواهد بود؛ ۲. قانون اساسی و قوانین برای هر شخص لازم‌الاجراست؛ ۳. مفاد قانون اساسی باید مطابق با اهداف آنها، اعلامیه ملی، و منبع تاریخی قانون اساسی تفسیر شود.

منابع

اسناد و مدارک

اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (۱۳۸۱). *مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*. چ ۲. تهران: چاپخانه مجلس شورای اسلامی. ج ۳.

References

Books

- European Public Law. (2021). *Volume 27, Issue 4*, <https://doi.org/10.54648/euro2021032>.
- Harris, William F. II. (1993). *The Interpretable Constitution* (Johns Hopkins University Press).
- Jacobsohn, Gary Jeffrey. (2010). *Constitutional Identity* (Harvard University Press).
- Krishnaswamy, Sudhir. (2010). *Democracy and Constitutionalism in India: a Study of the Basic Structure Doctrine* (Oxford University Press).
- McClellan, James. (2000). *Liberty, Order, and Justice: An Introduction to the Constitutional Principles of American Government* (3rd ed., Liberty Fund).
- Raz, Joseph. (2009). *Between Authority and Interpretation* (Oxford University Press).
- Negretto, Gabriel L. (2012). *Replacing and Amending Constitutions: The Logic of Constitutional Change in Latin America* *Law - Society Review*, Vol. 46, Iss:4, Published online by Cambridge University Press.

Articles

- Colón-Ríos, Joel I. (2010). 'Legitimacy of the Juridical: Constituent Power, Democracy, and the Limits of Constitutional Reform', *48(2) Osgoode Hall L. J.*
- Dr. Horcher Marosi Ildikó, Dr. Salamon László, dr. Shanda Balázs, Dr. Stumpf István és. *AB Alkotmánybíróság határozata az alkotmányjogi panasz elutasításáról, az Alkotmánybírák párhuzamos indokolásával, Alkotmánybírósági ügyszám: IV/2341/2014, Budapest, 2017.*
- Fabbrini, F. and Sajó, A. (2019). 'The dangers of constitutional identity' *25 European Law Journal*.
- Fromage, D. and de Witte, B., 'National Constitutional Identity Ten Years on: State of Play and Future Perspectives' (2021) *27 European Public Law*.
- Polzin, M. (2017). 'Constitutional Identity as a Constructed Reality and a Restless Soul' *18 German Law Journal*.
- Szente, Z., 'The Controversial Anti-Migrant Referendum in Hungary is

Invalid', Constitutional Change (11 October 2016), <<https://www.constitutional-change.com/the-controversial-anti-migrant-referendum-in-hungary-is-invalid/>> accessed 1 April 2022.

Szente, Z. (2013). 'The Doctrine of the Holy Crown in the Hungarian Historical Constitution' 4 *Journal on European History of Law*.

Várnay's, Ernő, 'Unpopular Constitutionalism' (2014) 89 *Indiana Law Journal*.

von Bogdandy, A. and Schill, S. (2011). 'Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty' *Common Market Law Review*, 21 *German Law Journal*.

Wing, Catherine Adrienne and Nye Smith, Monica. (2006). *Muslim Women, France and The headscarf ban, presented at the University of California, Davis*.

Documents

Chronowski Nóra, Vincze Attila, AB határozat - Az Unió közös hatáskör gyakorlás, (HVG-ORAC - Társadalomtudományi Kutatóközpont, 2021).

Detailed Discussions of the Constitutional Revision Council of the Islamic Republic of Iran, General Directorate of Cultural Affairs and Public Relations of the Islamic Consultative Assembly. (2002). Tehran: Islamic Consultative Assembly Printing House, Second edition, Vol. 3. (in Persian)

Judgment of the German Federal Constitutional Court (2 BvR 859/15) on the Public Sector Purchase Program of the ECB, Judgment of 5 May 2020.

Petition from the Senate of the Parliament of the Czech Republic, seeking review of whether the Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community is consistent with the constitutional order of the Czech Republic, 2008/11/26.

The Preamble Charter of Fundamental Rights of the European Union.

Working documents of Working Group V, which prepared the amendment, have been published on the website of the European Convention, <http://european-convention.eu.int>.

الحاق مقام ناظر بازار سرمایه ایران به سازمان‌های بین‌المللی و مسئله انطباق با قانون اساسی



محمد صادقی*^۱، پریسا احمدلو^۲ 

۱. دکتری حقوق خصوصی، مدرس دانشگاه و پژوهشگر حقوق مالی و اقتصادی، تهران، ایران

۲. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد دیپلماسی و سازمان‌های بین‌المللی، دانشکده روابط بین‌الملل وزارت

امور خارجه، تهران، ایران

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۶/۰۳ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۱/۱۶

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: [10.22034/qiplk.2025.2045.1836](https://doi.org/10.22034/qiplk.2025.2045.1836)

چکیده

از مقوله‌هایی که می‌تواند در حدود اختیارات و تکالیف مرجع بالادستی بازار سرمایه از منظر دلالت قانون اساسی تحلیل شود مسئله التزام به اصل ۷۷ و اصل ۱۲۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی در خصوص عهدنامه‌ها، قراردادهای، و موافقت‌نامه‌های بین‌المللی مترتب بر بازار سرمایه است. بند ۲۱ ماده ۷ قانون بازار اوراق بهادار همکاری و مشارکت با مراجع بین‌المللی و پیوستن به سازمان‌های مرتبط منطقه‌ای و جهانی را در شمول وظایف و اختیارات هیئت‌مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار قرار داده است. از حیث انطباق مقرر مد نظر با قانون اساسی، پرسشی متصور است که آیا این مقرر با دلالت‌های قانون اساسی تطبیق دارد و آیا احالۀ این موضوع به نهادی عمومی و غیر دولتی نافی تعهدات دولت ایران در عرصه بین‌المللی است؟ به عنوان برآمد کلی به این موضوع اگرچه رویکرد قانون‌گذار عادی در سلسله مراتب هنجاری و اصول معاهدات بین‌المللی قابل نقد و رفع است، چنانچه سازمان بورس به انعقاد تفاهم‌نامه یا قراردادی خصوصی مبادرت کند، اصولاً، منصرف از تشریفات مصرح قانون اساسی است؛ مگر اینکه در عداد موضوعات بااهمیت در ارتباط با اصول مذکور و مترتب بر یکی از مسائل ملی و اساسی حوزه بورس و بازار اوراق بهادار تلقی شود یا ناظر به تعهد دولت ایران به معاهده یا قراردادی باشد که حسب مورد مضمول اصول معنون و آیین‌نامه چگونگی تنظیم و انعقاد توافق‌های بین‌المللی خواهد بود.

کلیدواژگان: سازمان بورس و اوراق بهادار، سازمان بین‌المللی کمیسیون‌های اوراق بهادار (آیسکو)، سازمان‌ها و معاهدات بین‌المللی، شورای عالی بورس، شورای نگهبان، قانون اساسی، قانون بازار اوراق بهادار، مجلس شورای اسلامی.



مقدمه

تردید وجود ندارد که ارتباط نهادها و مقامات بازار سرمایه کشورمان با اشخاص و نهادها و سازمان‌های بین‌المللی هم ضرورت رشد و اعتلای بازار اوراق بهادار ایران است هم لازمه برخورداری این عرصه از آثار حضور و فعالیت سرمایه‌گذاران خارجی یا تحقق عملی توسعه سرمایه‌گذاری خارجی. همه این حالات، که مؤید نیازهای منتهی به پیوستن ایران به بازارهای جهانی است، حاصل رشد سریع سرمایه‌گذاری خارجی و آزادسازی خدمات مالی است که نهایتاً در پی ارتباط بیشتر با بازارهای سرمایه تحول در مقررات و تعامل اوراق بهادار با عناصر خارجی را فزاینده می‌سازد (Hillman, 1992: 232-233). طبیعتاً، اثر عینی جهانی شدن را می‌توان در سرمایه‌گذاری فرامرزی، رشد معاملات خارجی اوراق بهادار، پذیرش شرکت‌های خارجی در بورس‌های داخلی، فعالیت شرکت‌های ایرانی در بورس‌های خارجی، انتشار اوراق بهادار یا پذیره‌نویسی‌های بین‌المللی، ایجاد شرکت‌های چندملیتی اوراق بهادار مشاهده کرد. نتیجه و خروجی این موارد از این قرار است که هر چه سرمایه‌گذاران (اعم از ناشران، نهادهای مالی، حتی مشتریان اوراق بهادار و اشخاص حقیقی) یک کشور در بازارهای اوراق بهادار کشورهای دیگر بیشتر مشارکت کنند بیشتر بر بین‌المللی شدن بازارهای اوراق بهادار دلالت خواهد داشت (باقری و قنبری، ۱۳۸۹: ۲۸؛ صادقی و ابراهیمی، ۱۳۹۶: ۱۲۶). اگرچه مقررات حاکم بر سرمایه‌گذاری خارجی در بازار سرمایه کشور ما از حیث خودمختاری در انتخاب اقتصادی به عنوان یکی از اصول اقتصاد بین‌المللی (ضیائی بیگدلی، ۱۳۹۸: ۴۰۷) نوعاً ناشی از تشریفات و الزامات مرتبط با احترام به استقلال اقتصادی و معاملاتی است، خود این‌ها در مواردی با سختگیری مضاعفی همراه شده است.^۱ البته این مقاله درصدد بررسی جهات خاص سرمایه‌گذاری خارجی در بورس کشور یا آسیب‌شناسی این مقوله نیست. اما به موضوعی خواهد پرداخت که اثر مستقیم بر تحقق سرمایه‌گذاری خارجی در بازارهای اوراق بهادار ایران و نقش‌آفرینی بیشتر دولت و مقامات بازار سرمایه ما در عرصه‌های بین‌المللی دارد. چون از مقتضیات انطباق بازارهای سرمایه دنیا توجه به نقش و کارکرد استانداردهای جهانی و فزاینده بودن ارتباط‌های میان‌سازمانی و فراملی است تا جایی که دیگر نباید هر سرمایه‌گذار را صرفاً یک سرمایه‌گذار ملی دید (باقری و همکاران، ۱۳۹۵: ۱۱۹ و ۱۳۰).

وفق بند ۲۱ ماده ۷ قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴/۰۹/۰۱، «همکاری و مشارکت با

مراجع بین‌المللی و پیوستن به سازمان‌های مرتبط منطقه‌ای و جهانی» در عداد وظایف و اختیارات هیئت‌مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار قرار گرفته است. احاطه این وظیفه یا اختیار در قوانین متعدد به مراجع تعیین‌شده در قانون مصوب مجلس شورای اسلامی امری رایج است و قانون‌گذار غیر از موضوع بیان‌شده در موارد دیگر نیز چنین تصریحی داشته است.^۲ بنابراین هدف نوشتار حاضر آن است که این موضع قانون‌گذار را در خصوص مقررده بند ۲۱ ماده ۷ ناظر به پیوستن نهاد ناظر بازار سرمایه ایران به سازمان‌های بین‌المللی (منطقه‌ای و جهانی) با دلالت‌های قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران از حیث انطباق موضوع با احکام اصل ۷۷ و اصل ۱۲۵ بررسی کند و با بیان رویکردهای احتمالی راجع به تطبیق اصول قانون اساسی با مقررده مد نظر، با رویکرد تحلیلی و تطبیق احکام قانونی مربوط، وضعیت حقوقی این امر را ارزیابی کند. در این زمینه، با لحاظ اینکه پیش‌تر کمتر تحقیقی این موضوع (از حیث انطباق ماهیت نهادهای عمومی غیر دولتی با اصول مد نظر از قانون اساسی) را تحلیل کرده و نتایج این مقاله شناخت بخشی از قاعده حقوقی مترتب بر الحاق نهادهای عمومی غیر دولتی به سازمان‌های بین‌المللی را میسر می‌سازد، ابتدا دلالت‌های قانون اساسی بیان می‌شود و سپس معطوف به عضویت سازمان بورس و اوراق بهادار در سازمان بین‌المللی کمیسیون‌های اوراق بهادار (آیسکو)، با بهره‌برداری از مواضع تفسیری شورای نگهبان، شمول آیین‌نامه چگونگی تنظیم و انعقاد توافقات بین‌المللی بر بحث حاضر تحلیل می‌شود. در نهایت، نسبت مقررات سایر قوانین با موضوع مقاله و مسئولیت دولت ایران در قبال الحاق مقام ناظر بازار سرمایه کشور به سازمان‌های بین‌المللی بررسی خواهد شد تا رویکرد جامع‌تری به موضوع مد نظر ارائه شود.

۱. کلیات و دامنه بحث

۱-۱. دلالت‌های قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

با عنایت به ضابطه مهمی که ماده ۹ قانون مدنی در باب تأثیر و مرتبه معاهدات و اصول رفتاری بین‌المللی مقرر می‌دارد «مقررات عهدی که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول منعقد شده باشد در حکم قانون است». در مقام تحلیل و انطباق عضویت مقام ناظر بازار سرمایه ایران در سازمان‌های بین‌المللی بر دلالت‌های قانون اساسی اصولی که این نوشتار در وهله نخست مد نظر دارد عبارت است از:

۱. بنا به تصریح اصل ۷۷ قانون اساسی «عهدنامه‌ها، مقاله‌نامه‌ها، قراردادهای، و موافقت‌نامه‌های بین‌المللی باید به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد». از این منظر، اجرای عهدنامه و معاهده بین‌المللی توسط اشخاص و مراجع داخلی وقتی مطرح می‌شود که منطبق بر شرایط مقرر قانونی باشد. یعنی، معاهده و نظام‌نامه بین‌المللی در عین طبیعت قراردادی خود در حکم قانون نیز خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۲: ۹۲ - ۹۳). پس، معاهدات و توافق‌نامه‌های بین‌المللی میان دولت‌ها متأثر از قواعدی است که باید در چارچوب خاص حقوقی خود مد نظر قرار گیرد.

۲. به موجب اصل ۱۲۵ قانون اساسی «امضای عهدنامه‌ها، مقاله‌نامه‌ها، 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 او است».

۲-۱. وضعیت عضویت سازمان بورس و اوراق بهادار در سازمان بین‌المللی کمیسیون‌های اوراق بهادار (آیسکو)^۳

سازمان بین‌المللی کمیسیون‌های اوراق بهادار (آیسکو) به عنوان مهم‌ترین مجمع بین‌المللی استانداردساز برای بازارهای سرمایه جهان در سال ۱۹۸۳ تأسیس شد که مجمعی از تنظیم‌کنندگان بازارهای اوراق بهادار و آتی (فیوچرز) دنیا برشمرده می‌شود و وظیفه اصلی آن تدوین استانداردهای جهانی بازار سرمایه جهت حمایت از حقوق سرمایه‌گذاران است (صادقی، ۱۴۰۳: ۱۶۳). اگرچه برخی نهادهای بین‌المللی، مانند بانک توسعه اسلامی و صندوق بین‌المللی پول، از اعضای این سازمان به شمار می‌روند، اعضای این سازمان نوعاً و عمدتاً نهادهای ناظر بازارهای سرمایه یا قانون‌گذاران مالی (مراجع مقررات‌گذار در بازارهای مالی) کشورهای مختلف دنیا هستند که بیش از ۹۵ درصد بازارهای سرمایه دنیا را دربرمی‌گیرد. از همین جهت، می‌توان این نهاد را در زمره سازمان‌های بین‌المللی غیردولتی برشمرد که در جهت توسعه و ترویج و اجرای استانداردهای جهانی بر مقررات داخلی اوراق بهادار تنظیم‌گرهای اوراق بهادار جهان را گرد هم می‌آورد (قلندری و همکاران، ۱۴۰۳: ۸۰). بر اساس نقش‌آفرینی مرجع مد نظر، مهم‌ترین تأثیر جایگاه این سازمان کمک و همکاری با اعضا جهت توسعه و ارتقای استانداردهای بهینه مقررات، تبادل تجربیات و اطلاعات در جهت ارتقای

توسعه بازارهای داخلی، فراهم آوردن امکان همکاری دوجانبه جهت ارتقای سلامت بازارها، حمایت از منافع سرمایه‌گذاران، کاهش ریسک‌های سیستماتیک، و ایفای نقش به عنوان مجمعی از نهادهای مقررات‌گذار داخلی در همکاری با یک‌دیگر و سایر اعضای سازمان است. به دنبال پذیرش عضویت سازمان بورس و اوراق بهادار (به عنوان نهاد ناظر و مقررات‌گذار بازار سرمایه ایران) در سازمان بین‌المللی کمیسیون‌های اوراق بهادار، از ۱۰ فروردین ۱۳۹۵، نام این سازمان در فهرست اعضای وابسته^۴ این سازمان درج شد. در حال حاضر، سازمان بورس و اوراق بهادار در زمره اعضای عادی^۵ این سازمان بین‌المللی قرار دارد. از این حیث، الحاق مقام ناظر بازار سرمایه ایران بر اساس قوانین عادی محقق شده، اما، وضعیت آن از حیث انطباق با قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران محل تحلیل در این نوشتار است.

۲. تحلیل‌های متصور راجع به انطباق موضوع با قانون اساسی

۲-۱. رویکردها و تحلیل‌ها

چنانچه مقررات اصول یادشده و ماده اشاره‌شده را بر موضوع مانحن‌فیه حمل کنیم، تردیدی نیست که چند وجه و احتمال متصور می‌شود:

الف) رویکرد نخست. مقرر بند ۲۱ ماده ۷ قانون بازار اوراق بهادار یا هر مقرر مشابه دیگری در سایر قوانین برخلاف قانون اساسی وضع شده و تأیید آن در وضعیت کنونی از سوی شورای نگهبان محل ایراد باشد. زیرا اولاً اجرای آن باعث ایجاد تعهد و الزام برای کشور می‌شود و ثانیاً اطلاق عناوین مصرح در قانون اساسی حاکم و وارد بر ساختارهای اداری و اجرایی است و تعیین مرجع خاص (با وجود اینکه متولی امری عمومی است) تحت لوای نهاد عمومی غیر دولتی را نباید مؤیدی برای خروج این عناوین و الزامات از تکلیف بالادستی قانون اساسی دانست.

ب) رویکرد دوم. تصویب این قبیل مفاد توسط مجلس شورای اسلامی و تأیید آن از سوی شورای نگهبان به منزله رعایت شرایط مصرح در اصول یادشده و تأیید پیشین (تنفیذ از قبل) اقدامات بعدی مراجع مقرر در مواد مربوط در قانون مورد تصویب است. البته، بر این فرض چنین ایرادی وارد خواهد بود که اولاً مراد قانون اساسی در اصول یادشده تأیید مؤخر و توشیح موردی است و تأیید یا امضای کلی و پیشین اصولاً خلاف اصل اشاره‌شده است. تفسیر شورای نگهبان نیز بر این تأکید دارد که تصویب مجلس یا امضای رئیس‌جمهور که به قرارداد

رسمیت می‌دهد مؤخر از انعقاد قرارداد انجام می‌شود (پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۷: ۱۲۶ و ۱۹۳). ثانیاً 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 را با رئیس‌جمهور یا نماینده قانونی او می‌داند که خود مؤید وجود ابتکار انعقاد با قوه مجریه و نظارت استصوابی مجلس جهت صدور مجوز انعقاد به دولت است (هاشمی، ۱۳۹۸، ج ۲: ۲۹۳). وانگهی طبق ماده مورد بحث موضوع به هیئت‌مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار محول شده است.

ج) رویکرد سوم. موضوع مقرر بند ۲۱ ماده ۷ قانون بازار یا قوانین مشابه دیگر مصداق اصول مد نظر از قانون اساسی نیست و به عبارتی خروج موضوعی دارد و تخصصاً از دایره بحث این اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران خارج می‌نمایند. از همین جهت است که مغایرتی با قانون اساسی ندارد و طی تشریفات آن منصرف از مفاد اصول یادشده در قانون اساسی است. این رویکرد مبتنی بر تفکیک معاهدات رسمی بین‌المللی از توافقات ساده اجرایی، اداری، فنی، و خدماتی است که بین کشورها منعقد می‌شود. از این حیث، اگرچه اصل ۷۷ قانون اساسی تصریح بیشتری دارد و ظاهراً راه را برای هر گونه استثنا بسته است، انعقاد قراردادهای یادشده در ایفای وظایف دولت (قوه مجریه) و داخل در زمینه حقوق بین‌الملل نیست (هاشمی، ۱۳۹۸، ج ۲: ۱۸۳ - ۱۸۴). دلیل توجیهی خاصی که می‌توان بر این رویکرد متصور بود این است که عضویت در نهادها یا سازمان‌های بین‌المللی از قبیل سازمان بین‌المللی کمیسیون‌های اوراق بهادار (آیسکو) در واقع ناظر و مترتب بر عضویت دولت‌ها نیست و این قبیل سازمان‌ها از عضویت نهادهای ناظر و مراجع مقررات‌گذار بازار سرمایه تشکیل شده‌اند که از مقوله و عنوان «دولت» مجزاست. ضمن اینکه چنانچه اجرای مراد اصول قانون اساسی بر موضوع حاضر را جاری و عملی بدانیم، تردیدی نیست که «اعتبار بین‌المللی قرارداد و تعهدات مشابه آن وقتی محقق است که به امضای سران کشورهای طرف قرارداد برسد» (هاشمی، ۱۳۹۸، ج ۲: ۲۹۳). اما در اینجا چنین فرضی متصور نیست و به عبارت دیگر آیسکو سازمانی برآمده و شکل‌گرفته از معاهده بین‌المللی میان دولت‌ها نیست و نباید آن را مترتب بر مقوله‌ای ساخت که در شمول قواعد سختگیرانه ناشی از حقوق اساسی و تشریفات ناشی از آن شود. فارغ از این، چنانچه رویکرد سختگیرانه ناشی از الزام به تبعیت از تشریفات شکلی قانون

اساسی را بپذیریم، تردیدی بر ایجاد اطاله پیشبرد موضوعات در جریان (اعم از مراحل طرح در مجلس، تصویب آن، امضا، و نهایتاً تشخیص عدم مغایرت با قانون اساسی وفق اصل ۸۵ توسط شورای نگهبان) نخواهد بود. بنابراین تمسک بدون انعطاف به اصول مورد اشاره باعث اختلال در امور جاری و مانع برخورداری زمینه‌ها و حوزه‌های ذی‌نفع و ذی‌ربط از توسعه و بین‌المللی شدن فعالیت‌ها خواهد شد.

د) رویکرد چهارم. علاوه بر فروض بیان‌شده، ملاک دیگری نیز قابل اشاره است که به موجب آن این رویکرد قانون‌گذار که مغایر با ظاهر و روح قانون اساسی می‌نماید مبتنی بر بازنگری غیر رسمی در قانون اساسی بر اساس اتخاذ روش‌هایی غیر از روش‌های مقرر در متن قانون اساسی است و نظر معتقدان به «نقض قانون اساسی و تصویب مقرراتی از این قبیل برخلاف روح و ظاهر قانون اساسی» از دیدگاه مفهوم «تغییر غیر رسمی قانون اساسی» قابل بررسی است که از روش‌هایی مثل نیل به رویه‌های اساسی یا تفسیر قانون اساسی بر این منوال و مطابق نیازهای روز محقق می‌شود (← سلطانی، ۱۴۰۰: ۲۴۹ و ۲۶۷؛ مرادخانی، ۱۴۰۰: ۲۸۵ - ۲۹۳). اگرچه این رویکرد در جای خود محل تأمل و توجه است، ظاهراً و بنا به دلایل اعلامی در سایر رویکردها و از حیث نتایج عملی باید اولویت را بر پذیرش فروض دیگر قرار داد.

و) رویکرد پنجم. تفسیر دیگری که جنبه بینابین و حد وسط دارد بر این تأکید می‌کند که اجازه قبلی پارلمان برای امضای قرارداد یا موافقت‌نامه و معاهدات در عرصه سیاست خارجی در خصوص آن دسته از مواردی که در قانون بیان شده لازم است. اما توجه به تقسیم مسئولیت و اقتضائات فی‌مابین قوه مقننه و دستگاه‌های اجرایی نیز امری ضروری به نظر می‌آید (قاضی شریعت‌پناهی، ۱۴۰۰: ۴۶۶). بنابراین، برخلاف ظاهر اصل ۷۷ قانون اساسی، با اتکال به اشارات صریح قانون اساسی به موارد منع انعقاد بعضی معاهدات و تصویب پاره‌ای از پیمان‌ها و با لحاظ مسئولیت رئیس‌جمهور در اجرای قانون اساسی وفق اصل ۱۱۳ فقط خواسته معاهدات مهم به تصویب مجلس برسد. زیرا در غیر این صورت دولت ملزم خواهد بود هر پیمانی را از تصویب مجلس بگذراند و این در عمل مشکلات زیادی را به بار می‌آورد. زیرا هم مجلس را با انبوهی از معاهدات در دستور کار مواجه می‌سازد هم دولت را از اداره امور اجرایی و جاری کشور بازمی‌دارد و نهایتاً منافع ملی را مختل می‌سازد (فلسفی، ۱۳۹۸: ۲۳۶).^۶ علاوه بر این، با درک مفهوم مخالف از نصوص قانونی و نظریات تفسیری راجع به آن‌ها، زمینه برای رفتار دوگانه و

تعارض در رویه‌ها در ارتباط با روابط خارجی فراهم می‌آید (هاشمی، ۱۳۹۸، ج ۲: ۱۸۵). بنابراین، صرفاً در صورتی که موضوع الحاق یا معاهده امری دولتی و در عین حال از صنف امور بااهمیت باشد باید آن را مصداق و تابع اصول مصرح در قانون اساسی بدانیم.

اگرچه ابزارهای متعارف بازارهای اوراق بهادار (از جمله در کشور ما) با نیم‌نگاهی به بازارهای جهانی و مدل‌های خارجی است، قانون‌گذاری این حوزه (همانند مواد قانونی مورد بحث) همچنان ملی و ناظر به شرایط داخلی است (باقری و قنبری، ۱۳۸۹: ۳۲). بنابراین، با غلبه این رویکرد سنتی و از بررسی فروض و رویکردهای فوق این نتیجه حاصل می‌شود که محل اصلی اختلاف دائر بین عضویت دولت یا سازمان غیر دولتی است. بدیهی است اصول مربوط در قانون اساسی ناظر به دولت است. اما اینکه باید آن را به سازمان‌های عمومی غیر دولتی تعمیم داد و نسبت به الحاق نهادی عمومی غیر دولتی به سازمان‌های بین‌المللی جاری شود محل تأمل می‌نماید. برای تحلیل مناسب‌تر این مهم مقتضی است رویکرد تفسیری مرجع ذی‌صلاح قانونی در این خصوص مد نظر قرار گیرد.

۲-۲. رجوع به نظریه تفسیری شورای نگهبان

در خصوص نظریه‌های تفسیری شورای نگهبان مترتب بر اصول قانون اساسی مراتب ذیل حائز توجه است:

۱. نظریه شماره ۲۰۰۹ مورخ ۱۳۶۳/۰۸/۱۶ شورای نگهبان در مقام بیان مفاد قرارداد بین‌المللی است و به موجب آن اظهار شده قراردادهایی که برای معامله با طرف‌های خارجی دارای شخصیت حقوقی منعقد می‌شود خودبه‌خود (فی‌نفسه) مشمول اصل ۷۷ قانون اساسی نیست؛ یعنی قرارداد بین‌المللی محسوب نمی‌شود و انعقاد آن نیاز به تصویب مجلس ندارد. بنابراین، طبق ضوابطی که بنا به مراتب قانون عادی معین می‌شود قابل انعقاد است (پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۷: ۲۴۸ و ۲۵۰). این امر مبتنی بر آن است که صرف خارجی بودن موضوع قرارداد نباید مصداق و مشمول اصول مد نظر از قانون اساسی برشمرده شود و تابع تشریفات مقرر تلقی شود.

۲. از این حیث که بند ۲۱ ماده ۷ قانون بازار اوراق بهادار مقرر می‌دارد: «همکاری و مشارکت با مراجع بین‌المللی و پیوستن به سازمان‌های مرتبط منطقه‌ای و جهانی» یکی از وظایف و اختیارات هیئت‌مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار است، بین‌المللی بودن همکاری یا رابطه

حقوقی- فی نفسه- ملازمه‌ای با طی تشریفات قانون اساسی ندارد و شمول آن تشریفات نسبت به امور حرفه‌ای بازار سرمایه منوط به دولتی بودن موضوع و اقدام‌کننده (دولت) است؛ کما اینکه در اظهارنظر دیگری از شورای نگهبان (نظریه تفسیری شماره ۳۹۰۳ مورخ ۱۳۶۰/۰۸/۰۷) مقرر شده: «قراردادهایی که یک طرف آن وزارتخانه یا مؤسسه یا شرکت دولتی و طرف دیگر قرارداد شرکت خصوصی خارجی می‌باشد، قرارداد بین‌المللی محسوب نمی‌شود و مشمول اصل ۷۷ قانون اساسی نمی‌باشد» (پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۷: ۱۲۴ - ۱۲۵).

۳. اگرچه تأکید بر قراردادهای یا معاهدات دولتی در تفسیر شورای نگهبان طبق رویکرد حداقلی و نص‌گرا به قانون اساسی قابل توجیه است، این تفسیر به دلیل اینکه روح حاکم بر اصول یادشده در قانون اساسی را به وصف «دولت» تقلیل می‌دهد و «امور دارای جنبه‌های عمومی ولیکن برآمده از نهادهای عمومی و غیر دولتی» را از آن خارج می‌سازد قابل تأمل است. این انتقاد گاهی حداکثری است و به زعم مخالفان مطلق جای توجیه نمی‌یابد و گاه شاهد مثالی است برای بازنگری غیر رسمی اصول مبحث‌عنه در قانون اساسی بر اساس تفسیر توسط مرجع صالح تفسیر قانون اساسی (شورای نگهبان). ایراد وارد بر منصرف دانستن سازمان‌های متولی امر عمومی غیر دولتی از دولت و عدم سرایت دلالت‌های قانون اساسی بر آن همچنین از حیث شناسایی تابعان حقوق بین‌الملل و شمول عنوان معاهده بین‌المللی بر اشخاصی فراتر از دولت است. در حقوق بین‌الملل نیز هر پیمانی که میان تابعان نظام بین‌المللی (اعضای جامعه بین‌الملل) بسته می‌شود معاهده نامیده می‌شود (فلسفی، ۱۳۹۸: ۱۵۴). سازمان‌های بین‌المللی نیز اگرچه اصولاً دارای ماهیتی بین‌الدولی هستند و این ماهیت (سازمان بین‌المللی) در جهت همکاری بین دولت‌ها تحقق یافته است (بیگزاده، ۱۴۰۰: ۵۰ و ۸۳)، اعضای جامعه بین‌الملل و سازمان‌های بین‌المللی اعم از کشورها (دولت‌ها) و سازمان‌های بین‌المللی هستند و اشخاص حقیقی، شرکت‌های خصوصی خارجی (به‌ویژه فراملی یا چندملیتی)، سازمان‌های غیر دولتی نیز حسب مورد مخاطب حقوق بین‌الملل‌اند و قواعد حقوق بین‌الملل حسب مورد در مورد آن‌ها نیز وضع شده یا موضوع حق و تکلیف قرار داده است (ضیائی بیگدلی، ۱۳۹۸: ۴ - ۵ و ۴۰۴ - ۴۰۵؛ زمانی، ۱۳۹۹، ج ۱: ۹۹ - ۱۰۴).

جمع‌بندی بحث چنین است که به موازات احاله تصویب قطعی معاهدات بین‌الملل به حقوق داخلی و اصل تمایل قانون‌گذار داخلی به استشاره با نمایندگان ملت در خصوص ابعاد

و آثار پذیرش، الحاق، یا پیوستن به معاهدات دارای تکالیف قانونی و واجد وظیفه حقوقی یا آثار مالی-اقتصادی رضایت هر دولت در پیوستن به معاهده باید بر اساس و با احتساب مقررات قانون اساسی ابراز شود (فلسفی، ۱۳۹۸: ۲۱۴ - ۲۱۵). بنابراین، اینکه آثار ناشی از تشریفات مقرر در اصل مورد اشاره قانون اساسی صرفاً ناظر به معاهدات بین دولت-دولت تقلیل یابد و معاهداتی که توسط سازمانی عمومی اما غیر دولتی منعقد یا پذیرش شده از آن مستثنی شود، می‌تواند عدول رندانه از ضابطه یادشده و عرف‌های مربوط در عرصه بین‌الملل باشد. اهمیت ایراد بیان‌شده زمانی مضاعف می‌شود که اولاً اصول متعددی از قانون اساسی جمهوری اسلامی (از جمله بند «ج» اصل ۲، اصل ۹، بند ۸ اصل ۴۳، اصل ۸۰، اصل ۸۱، اصل ۱۵۲، اصل ۱۵۳، اصل ۱۴۶) بر نفی سلطه بیگانگان دلالت صریح و بر استقلال سیاسی و اقتصادی کشور تأکید دارد و ثانیاً قانون اساسی در زمینه‌های فوق‌الذکر قرارداد و معاهده در صور مختلف را (جز در مواردی که مربوط به حوزه قراردادهای توافق‌های خصوصی تلقی شود) به یک شکل دیده و توأمان تشریفاتی ساخته است. در این خصوص ناظر به هر عمل دولت حتی قراردادهای جزئی مرتبط با قرارداد اصلی و خارج از آن، یادداشت تفاهم‌هایی که ایجاد تعهد کند، و لوایح الحاق ایران به سازمان‌ها و مجامع بین‌المللی نیز مستثنی از ضوابط بیان‌شده در قانون اساسی نمی‌شود و در حکم موافقت‌نامه و معاهده‌هایی لحاظ می‌شود که باید به تصویب مجلس برسد (پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۷: ۱۲۷ و ۱۲۹).

در کنار لزوم بررسی تشریفات و شرایط مصرح، اگرچه الحاق به سازمان‌های بین‌المللی یا همکاری با مراجع و نهادهای خارجی فی‌نفسه به معنی نقض قانون اساسی از حیث رعایت استقلال کشور نیست، این نکته نیز محل توجه است که اولاً بورس و بازار اوراق بهادار در انبوهی از مقررات تنظیمی حاکمیتی و در لایه‌هایی از قوانین و مقررات حقوق عمومی احاطه شده (Hillman, 1992: 343) و همین سبب گاه امکان همسان‌سازی مقررات جهانی و بین‌المللی را دشوار می‌سازد یا نظام‌های حقوق داخلی را به احتیاط وامی‌دارد تا حتی‌الامکان قوانین ملی را حاکم کنند (Bagheri, 2007: 151) و ثانیاً پیوستن به سازمان‌های بین‌المللی در حوزه‌های بازار سرمایه و حسابداری و حسابرسی یا امثال آن‌ها لازمه پیشرفت کشور در امور حرفه‌ای و انطباق فعالیت سازمان‌ها و نهادهای داخلی با استانداردهای جهانی است. بنابراین، صرف پذیرش اقتضائات علمی جهانی و التزام به استانداردهای بین‌المللی را نیز نمی‌توان داخل

در عنوان «معاهده» یا «تعهد» منظور کرد و تسری آثار این عناوین بر آن مستلزم دلیل متقن خواهد بود. وانگهی آزادسازی و جهانی شدن بازارهای اوراق بهادار این عرصه را نیازمند اتخاذ سیاست‌های تقنینی (دست‌کم در معنای مقررات‌گذاری) همسو با مؤلفه‌های بین‌المللی مبتنی بر اصول حقوق بین‌الملل عمومی و ناظر به روابط اقتصادی در عرصه بین‌الملل کرده است؛ به نحوی که همکاری میان قانون‌گذاران و مقامات بازارهای سرمایه ضرورتی اساسی جهت جهانی‌سازی و پیوستن به سازمان‌ها و مجامع بین‌المللی و رهنمون شدن به هدف همسان‌سازی یا تقریب استانداردهای حرفه‌ای و قانونی است (باقری و قنبری، ۱۳۸۹: ۲۶ و ۳۳ - ۳۵). این ضرورت تا جایی اهمیت دارد که توفیق بیشتر استانداردها به معنای بهبود وضعیت یکنواخت‌سازی حسابداری و مقررات‌گذاری در بازارهای سرمایه دنیا و حذف یکی از موانع ساختاری جریان سرمایه‌گذاری بین‌المللی محسوب می‌شود (Lakmal, 2014; Diaconu, 2007). بنابراین، به سیاقی که نظریه تفسیری شورای نگهبان دلالت می‌کند و سوابقی که سازمان آیسکو در خصوص پیش‌نویس‌هایی از اصول اساسی مقررات اوراق بهادار جهت پذیرش آن توسط مقامات ملی اوراق بهادار ارائه می‌دهد (باقری و قنبری، ۱۳۸۹: ۳۵ و ۴۵)، اصولاً باید تشریفات شکلی قانون اساسی را تنها حاکم بر معاهدات دولت کرد و تفاهم‌نامه‌ها و مبادلات بین سازمانی را (جز در زمینه حکومت اصول بنیادین قانون اساسی) داخل در شمول آن ندانست.

۳. وضعیت و نتیجه حقوقی بحث بر اساس موضع سایر قوانین و مقررات

۳-۱. موضع سایر قوانین و مقررات حاکم نسبت به موضوع

در مقام تبیین ابعاد حقوقی بحث بر اساس سایر قوانین و مقررات حاکم بر موضوع عناوین ذیل حائز بررسی است:

۳-۱-۱. آیین‌نامه چگونگی تنظیم و انعقاد توافقات بین‌المللی

در موضوع رعایت مفاد آیین‌نامه چگونگی تنظیم و انعقاد توافقات بین‌المللی مصوب ۱۳۷۱/۰۲/۱۳، با توجه به اطلاق عنوان دستگاه (سازمان) دولتی در ماده ۱ آیین‌نامه فوق و بنا بر اصول مندرج در صدر آن آیین‌نامه (اصول ۷۷ و ۱۲۵ قانون اساسی)، عنوان صریح و مفاد آیین‌نامه یادشده بر این دلالت می‌کند که «دستگاه (سازمان) دولتی، وزارتخانه، مؤسسه، یا شرکتی است که مطابق قوانین و مقررات اعمال حاکمیت یا تصدی دولت جمهوری اسلامی

ایران را در امری به عهده دارد...». تعریف توافق حقوقی در همان ماده نیز مترتب بر «توافقی ناشی از روابط بین‌المللی که به موجب آن دستگاه دولتی در مقابل دولت، مؤسسه، و شرکت دولتی خارجی یا مجامع، شوراها، و سازمان‌های بین‌المللی ملتزم به امری شود و دارای آثار و ضمانت اجرای حقوقی باشد» ناظر به امور دولتی است. از همین جهت، ماده ۹ آیین‌نامه اشعار می‌دارد: «عضویت در اتحادیه‌ها، سازمان‌ها، و مجامع بین‌المللی صرفاً به نام دولت جمهوری اسلامی ایران پذیرفته خواهد شد و هیئت‌وزیران با توجه به وظایف قانونی دستگاه‌ها، حسب مورد، دستگاه ذی‌ربط را معین خواهد کرد.» با هدف تطبیق این مورد با قانون مرجع بازار سرمایه ایران، سازمان بورس و اوراق بهادار طبق تصریح ماده ۵ قانون بازار اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۴ که از حیث تاریخ تصویب مؤخر و از جهت رتبه حقوقی در هرم هنجاری مقدم بر آیین‌نامه یادشده است منصرف از عنوان دستگاه دولتی (و مشمول عنوان نهاد عمومی غیر دولتی) است. با این حال، گرچه ماده ۱۷ آیین‌نامه مقرر می‌دارد: «کلیه دستگاه‌های دولتی، همچنین مؤسسات و سازمان‌ها و شرکت‌هایی که شمول حکم بر آن‌ها مستلزم ذکر نام است، مشمول مقررات این آیین‌نامه می‌باشند»، سرایت و تعمیم آیین‌نامه بر مفاد قانون محل تردید است. با لحاظ ماده ۵ قانون بازار اوراق بهادار و صرف‌نظر از عدم شمول تعریف یادشده نسبت به سازمان بورس و اوراق بهادار، بنا به حساسیت و اهمیت مبنای مقرر در اصل‌های ۷۷ و ۱۲۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، برخی از موضوعات پیش روی بازار سرمایه به دلیل وجهه عمومی و حاکمیتی حسب مورد می‌تواند مشمول روح اصول مصرح در قانون اساسی و حسب مورد موضوعات مندرج در مواد ۷ و ۱۱ آیین‌نامه چگونگی تنظیم و انعقاد توافقات بین‌المللی باشد.

۳-۱-۲. قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد

بند «ه» ماده ۹ قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد (مصوب ۱۳۹۰/۰۸/۰۷) که وفق قانون دائمی کردن قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد مصوب ۱۳۹۸/۱۱/۰۶ به دائمی تغییر وضعیت داده) وزارت امور اقتصادی و دارایی را مکلف کرده ظرف سه سال از تصویب این قانون قراردادهای تبادل اطلاعات مالیاتی، گمرکی، و بورس را از طریق سازمان مالیاتی، گمرک جمهوری اسلامی ایران و سازمان بورس اوراق بهادار با سازمان‌های متناظر در کشورهای دیگر منعقد کند و اقدامات قانونی لازم را برای تصویب در

مجلس شورای اسلامی به عمل آورد.

به تصریح موارد یادشده در مباحث پیشین، اولاً اگرچه فحوای مندرج در ماده مرقوم (بند «ه» ماده ۹ قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد) دارای اطلاق است و هر گونه قراردادهای تبادل اطلاعات مالیاتی، گمرکی، و بورس که از طریق سازمان مالیاتی، گمرک جمهوری اسلامی ایران و سازمان بورس اوراق بهادار با سازمان‌های متناظر در کشورهای دیگر منعقد شده باشد را در شمول حکم تصویب در مجلس می‌داند، بخش دوم بند مورد استناد (بند «ه» ماده ۹ قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد) مبنی بر انجام دادن اقدامات قانونی لازم برای تصویب قراردادهای مورد اشاره (در خصوص بازار سرمایه) جهت تصویب در مجلس با نظریات تفسیری شورای نگهبان و موضع قبلی مجلس شورای اسلامی مقرر در بند ۲۱ ماده ۷ قانون بازار اوراق بهادار همخوانی ندارد و به دلیل معتبر بودن کلیه این مقررات قانونی همه آنها لازم‌الاتباع هستند. ثانیاً شاید تغییر موضع مجلس در خصوص لزوم تصویب موضوعات مد نظر قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد در پارلمان ناشی از پی بردن بیش از پیش این مرجع به اهمیت موضوعاتی است که می‌تواند آثار مالی و حقوقی و اقتصادی در سطح ملی یا بین‌المللی بگذارد و اینکه ضرورتاً باید «دولت جمهوری اسلامی» طرف این قبیل قراردادها یا تعهدات در مقوله تبادل اطلاعات باشد موضوعیت ندارد. در هر صورت، میان رویکرد قانون اساسی، تفاسیر مترتب بر آن، و حکم مد نظر از قانون عادی تفاوت‌هایی وجود دارد که حتی ممکن است شامل قراردادهای خصوصی فی‌مابین مراجع یادشده نیز باشد. این در حالی است که پیش‌تر اعلام شد قراردادهای خصوصی را صرفاً به این سبب که با طرف خارجی است نمی‌توان مصداق تشریفات مندرج در قانون اساسی از حیث تصویب در مجلس تفسیر کرد.

۳-۱-۳. ماده ۱۶ قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید

وفق مقرر ذیل ماده ۱۶ قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید مصوب ۱۳۸۸/۰۹/۲۵: «... سازمان می‌تواند نسبت به ارائه اطلاعات، اسناد، مدارک، و گزارش‌های مذکور به مراجع و نهادهای ذی‌صلاح داخلی و یا بین‌المللی با موافقت دادستان کل در چهارچوب صلاحیت‌های قانونی آنها اقدام نماید...». تبصره ۱ این ماده اشعار می‌دارد: «در صورتی که ارائه‌دهنده اطلاعات، اسناد، مدارک، و گزارش اعلام نماید که موارد ارائه‌شده جزء اسرار تجاری وی

محسوب و غیر قابل انتشار است، موضوع در هیئت‌مدیره سازمان مطرح و تصمیم‌گیری می‌شود. تصمیم هیئت‌مدیره سازمان در خصوص موضوع لازم‌الاتباع و مبنای اقدام خواهد بود». مطابق تبصره ۲ نیز «اسرار تجاری محرمانه تلقی می‌شود و در صورت افشای آن سازمان مسئول جبران ضرر و زیان وارد شده به ارائه‌دهنده اسناد، مدارک، و اطلاعات می‌باشد؛ مشروط بر اینکه افشای اسرار تجاری توسط سازمان و در غیر موارد قانونی صورت گرفته باشد». با احتساب مقرر فوق و جمع آن با بحث حاضر، تفاهم‌نامه‌هایی با موضوعاتی از قبیل همکاری، مشاوره، یا عضویت مترتب بر مبادله اطلاعات فی‌مابین این سازمان و نهادهای ناظر بازار سرمایه در کشورهای مختلف و سازمان بین‌المللی کمیسیون‌های اوراق بهادار (از جمله در خصوص سوابق انضباطی اشخاص، مشخصات هویتی و سهامداری، سوابق معاملات اشخاص و استعلام سبد دارایی، و...)، با رعایت شرایط این قانون و با اذن دادستان کل کشور، قابلیت اجرا می‌یابد (صادقی، ۱۴۰۳: ۱۶۳). البته این به معنای ضرورت اخذ موافقت دادستان کل کشور با عضویت نیست. اما چون عضویت نوعاً مشتمل بر همکاری‌های دو یا چند جانبه یا التزام به ارائه اطلاعات و گزارش‌هاست، تحقق اهداف هر عضویت به نحوی مبتنی بر استیذان از دادستان کل کشور قلمداد می‌شود و عدم موافقت پیاپی با اطلاعات درخواست‌شده سازمان‌هایی مثل آیسکو یا اعضای آن (وفق توافق‌های دو یا چند جانبه) ممکن است وضعیت همکاری و عضویت سازمان بورس و اوراق بهادار در آن سازمان‌ها را متأثر سازد. زیرا مراجع مقررات‌گذار ملی با پذیرش عضویت در آیسکو به رعایت رویه‌ها و استانداردهای داخلی این سازمان متعهد می‌شوند. علاوه بر این، نقش این سازمان در تبادل اطلاعات فی‌مابین اعضا، همکاری‌های اجرایی، مشارکت در تدوین استانداردهای راجع به مقررات‌گذاری اوراق بهادار از کاربست‌های دیگر این سازمان بین‌المللی است که حکایت از وجود ملازمه بین عضویت و همکاری‌های مبتنی بر آن دارد.

۲-۳. مسئولیت دولت ایران در قبال الحاق مقام ناظر بازار سرمایه کشور به سازمان‌های بین‌المللی

با لحاظ قید مندرج در ماده ۱۶ قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید و منصرف یا فارغ از اینکه دولت‌ها در معنا و تشریفات خاص در عضویت سازمان‌هایی مثل آیسکو نیستند و مراجع مقررات‌گذار بازار سرمایه در سطح ملی (به عنوان جزئی از دولت) عضو این

سازمان (به عنوان سازمان بین‌المللی فنی با صلاحیت خاص و متشکل از سازمان‌های داخلی وابسته به دولت‌ها) هستند، اولاً معاهده اعم از قراردادی یا تقنینی است و در هر دو صورت - فارغ از تفاوت در شرایط و تشریفات مربوط - مبتنی بر منافع و تعهدات طرفین است (هاشمی، ۱۳۹۸، ج ۲: ۱۸۱ - ۱۸۲). وفق جزء «الف» بند ۱ ماده ۲ کنوانسیون (معاهده) ۱۹۸۶ وین درباره حقوق معاهدات میان دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی یا میان سازمان‌های بین‌المللی نیز «معاهده عبارت است از یک توافق بین‌المللی که بین کشورها به صورت کتبی منعقد شده و مشمول حقوق بین‌الملل باشد، صرف‌نظر از عنوان خاص آن و اعم از اینکه در سندی واحد یا در دو یا چند سند مرتبط با هم (به هر نامی) منعکس شده باشد». بنابراین، همکاری‌هایی که تحت نظر سازمان یادشده انجام می‌شود حاکی از این است که مرجع مقررات‌گذار ملی - با علم به قوانین حاکم بر کشور خود - می‌پذیرد در همکاری و ارائه اطلاعات اقدام مؤثری داشته باشد و اعمال صلاحیت فرامرزی را تجاوز به حوزه صلاحیت خویش تلقی نخواهد کرد؛ مگر اینکه به‌صراحت از این امر نهی یا مستثنی شده باشد (باقری و قنبری، ۱۳۸۹: ۴۵؛ فلسفی، ۱۳۹۸: ۱۷۵ - ۱۷۶). ثانیاً اعتبار ابلاغیه‌ها یا تصمیمات سازمان مورد بحث (در کلیه موارد یا عناوین اعم از اینکه توصیه‌نامه، دستورالعمل، تفاهم‌نامه، اعلامیه، اصول راهبردی، نظر، یا آیین‌نامه باشد)، چه الزام‌آور یا غیر الزامی و توصیه‌ای و اخلاقی قلمداد شود (همانند اعتبار اقدامات سایر سازمان‌های بین‌المللی)، چنانچه اراده دولت‌ها در پذیرش و اجرای آن به صورت صریح یا ضمنی ابراز شود، نمی‌توان آن را الزامی ندانست یا دولت‌ها را به طور کلی از مسئولیت یا آثار اقدام خود مبرا برشمرد (بیگزاده، ۱۴۰۰: ۲۱۸ - ۲۲۲). ثالثاً با وجود غیر دولتی تلقی شدن سازمان‌های بین‌المللی، مثل آیسکو، مسئولیت احتمالی دولت‌ها نسبت به مانحن‌فیه در پذیرش آثار عضویت مراجع مقررات‌گذار داخلی آن‌ها را باید تابعی از مسئولیت بین‌المللی دولت از جهت اعمال سازمان‌های اداری و اجرایی یا سازمان‌های قضایی برشمرد که اتخاذ تصمیم اجرایی خلاف حقوق بین‌الملل یا الزامات سازمان‌های بین‌المللی نادیده گرفتن اصل احترام به تعهدات قراردادی و معاهده‌ای، کوتاهی و اهمال در اجرای نظامات، یا نقص و بی‌نظمی سازمانی از جمله مصادیق احتمالی آن هستند (ضیائی بیگدلی، ۱۳۹۸: ۴۶۳). بنابراین در فقره اخیر نمی‌توان غیر دولتی بودن سازمان داخلی و سازمان بین‌المللی یا ادعای الزام‌آور نبودن ابلاغیه‌ها و نظرات سازمان بین‌المللی را ابزار مستثنی شدن دولت ملی یا سازمان داخلی مربوط

از مسئولیت و پاسخگویی نزد نهادها و سازمان‌های بین‌المللی برشمرد؛ کما اینکه در خصوص نهادهای مشابه، مثل بانک مرکزی، نیز به این معنا نیست که چون بانک مرکزی (در کنار یا فارغ از امور حاکمیتی) به اعمال تجاری می‌پردازد مشمول اصل مصونیت / مسئولیت دولت نمی‌شود (مشهدی‌زاده و قدرت‌نما شبستری، ۱۴۰۳: ۴۱). چون مراجعی مثل سازمان بورس و اوراق بهادار داخل در تعریف دستگاه اجرایی (موضوع ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶/۰۷/۰۸) جزئی از بدنه قوه مجریه (ناشی از تفکیک قوا از یک‌دیگر) و متولی برخی امور حاکمیتی و عمومی هستند و صرف «عمومی غیر دولتی» بودن ماهیت آن‌ها از حیث استقلال مالی و بودجه‌ای (بر اساس ماده ۵ قانون بازار اوراق بهادار) نباید به مثابه عدم مسئولیت آن‌ها یا دولت متبوع (دولت ایران) در قبال تصمیمات بین‌المللی ناشی از اعمال قابل انتساب محسوب شود.

بر اساس مراتب بیان‌شده، احاطه موضوعات بین‌المللی دارای جنبه عمومی یا ملی به مرجعی غیر دولتی با ماهیت عمومی غیر دولتی (سازمان بورس و اوراق بهادار) حسب مورد و مترتب بر اعمال منتسب به مقامات دولتی از قبیل اعمال ارکان قانون‌گذاری، سازمان‌های اداری-اجرایی، سازمان‌های قضایی، یا حتی اقدام فرد به حساب کشور (ضیائی بیگدلی، ۱۳۹۸: ۴۶۲ - ۴۶۴) نافی تعهدات دولت ایران در عرصه معاهدات بین‌المللی نیست. در عین حال، چنانچه دولت جمهوری اسلامی ایران به انعقاد معاهده، تفاهم‌نامه، یا قراردادی مبادرت کند که مترتب بر یکی از مسائل بورس و بازار اوراق بهادار است، قطعاً دولتی است و مشمول دو اصل مارالذکر از قانون اساسی و مفاد آیین‌نامه چگونگی تنظیم و انعقاد توافقات بین‌المللی خواهد بود. در مقابل، اگر سازمان بورس یا هر یک از تشکلهای حرفه‌ای این بازار (بنا به عنوانی مستقل از دولت یا امور داخلی خصوصی و خارج از عنوان خاص دولت) اقدام به انعقاد تفاهم‌نامه یا قراردادی کنند، وفق منطوق اصول مد نظر از قانون اساسی و تفسیر شورای نگهبان، منصرف و خارج از مقوله خاص دولت خواهد بود. مثلاً برخلاف ظاهر مقررۀ مورد استناد، که بر اساس آن سازمان به دلیل عدم شمول در عنوان دولتی تابع آیین‌نامه چگونگی تنظیم و انعقاد توافقات بین‌المللی نیست، راهبری و پشتیبانی امور مربوط به سامانه‌های معاملاتی و انعقاد قراردادهای خارجی مترتب بر آن‌ها، الحاق به سازمان‌های بین‌المللی، یا همکاری‌های دو یا چند جانبه با کمیسیون‌های اوراق بهادار در موضوعات بنیادین و اساسی متعلق به صلاحیت خاص دولت در مواردی می‌تواند

مصادق معیارها و شرایط مندرج در مواد یادشده آیین‌نامه باشد که اگر با رعایت اصول قانون اساسی ناظر به ملاحظات حاکمیت و امنیت ملی محقق گردد یا دولت ایران طرف این توافق‌ها شناخته شود و نهاد ناظر بازار سرمایه به عنوان نماینده دولت ایفای نقش کند، موضوع لاجرم باید از مجرای دو اصل اشاره‌شده و با رعایت آیین‌نامه چگونگی تنظیم و انعقاد توافق‌های بین‌المللی محقق شود. وانگهی، بند «ه» ماده ۹ قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد به شرح مقرر در بحث پیشین ضرورت تصویب مراتب مرقوم توسط مجلس را تصریح کند و دلالت صریحی بر مسئولیت وزارت امور اقتصادی و دارایی (به عنوان بخشی از قوه مجریه و دولت) در موضوع معنون دارد.

به هر حال، اگرچه قانون بازار اوراق بهادار جز در بند ۲۱ ماده ۷ دلالت دیگری نسبت به موضوعات پیش‌گفته ندارد، در سیاست‌گذاری‌ها و قانون‌گذاری‌های آتی نسبت به این قانون یا سایر قوانین مرتبط با بازار سرمایه می‌توان همانند بعضی قوانین دیگر^۷ پیش‌بینی کرد که اولاً «موافقت با پیوستن سازمان بورس و اوراق بهادار به سازمان‌های مرتبط منطقه‌ای و جهانی یا خروج از آن‌ها و پرداخت حق عضویت» بر عهده شورای عالی بورس باشد. ثانیاً در چارچوب موارد بیان‌شده، با تصریح در قانون، سازمان بورس و اوراق بهادار نمایندگی رسمی دولت ایران در مجامع و مراجع تخصصی بین‌المللی و منطقه‌ای مرتبط با بورس و بازار اوراق بهادار را عهده‌دار باشد. این تدبیر، در عین اینکه رافع ابهام‌ها و ایرادهای متصور خواهد بود، ابعاد یا آثاری خواهد داشت. از جمله: ۱. علاوه بر بندهای مهمی از ماده ۴ قانون بازار اوراق بهادار از حیث اتخاذ تدابیر لازم جهت ساماندهی و توسعه بازار، تعیین سیاست‌ها و خط‌مشی کلان بازار در قالب سیاست‌های کلی نظام و قوانین مربوط، و اعمال نظارت عالی بر اجرای قانون، وفق بند ۷ این ماده، مرجع قانونی نظارت بر فعالیت و رسیدگی به شکایت از سازمان شورای عالی بورس و اوراق بهادار است. یعنی، عملکرد شورا اعم از «نظارت عالی و ترسیم راهبردهای اصلی بازار سرمایه کشور» و «نظارت بر فعالیت سازمان بورس» است؛ ۲. قانون بازار اوراق بهادار به موجب بندهای ۱۳ و ۱۴ و ۱۵ ماده ۴ موضوعاتی از قبیل «اعطای مجوز به بورس به منظور عرضه اوراق بهادار شرکت‌های پذیرفته‌شده خود در بازارهای جهانی»، «اعطای مجوز پذیرش اوراق بهادار خارجی به بورس»، و «اعطای مجوز به بورس جهت معاملات اشخاص خارجی در بورس» را در زمره وظایف قانونی شورای عالی بورس و اوراق

بهادار قرار می‌دهد و اهمیت عضویت در سازمان‌های بین‌المللی از موارد فوق دست‌کم ندارد و حتی از همان صنف است؛ ۳. از این حیث که به موجب بند ۶ ماده ۴ قانون بازار «تصویب بودجه و صورت‌های مالی سازمان» در عداد تکالیف قانونی شورا است و با لحاظ اینکه قانون کنونی (مصوب ۱۳۸۴) دلالتی بر «پرداخت حق عضویت در سازمان‌های مرتبط منطقه‌ای و جهانی یا خروج از آن‌ها» ندارد، تحقق این مهم منوط به اخذ موافقت سازمان از شورای عالی بورس خواهد بود؛ ۴. به تصریح صدر ماده ۴ قانون بازار اوراق بهادار «شورا بالاترین رکن بازار اوراق بهادار است که تصویب سیاست‌های کلان آن بازار را بر عهده دارد». بنابراین، شورای عالی بورس ترکیبی از اعضای است که غالباً در بخش‌های حاکمیتی و دولتی مشغول فعالیت هستند و از حیث شخصیت حقوقی (وزیر امور اقتصادی و دارایی، وزیر صنعت، معدن و تجارت، رئیس کل بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، دادستان کل کشور یا معاون وی) دسترسی بیشتری به سایر نهادهای دولتی و عمومی دارند (سلطانی، ۱۳۹۶: ۲۱؛ پیری، ۱۴۰۰: ۱۰۹)؛ ۵. تحقق این امر ضمن اینکه با روح قانون اساسی و رویکرد مقنن در دیگر قوانین عادی (مثل قانون تقویت و توسعه نظام استاندارد) موافق و منطبق می‌شود، میزان نظارت بر عملکردها و فعالیت سازمان بورس را افزایش می‌دهد و ضریب ریسک‌های حقوقی، سیاسی، و اجرایی را پایین می‌آورد. به تبع، تصمیم‌گیری‌های سازمان بورس و اوراق بهادار در حوزه همکاری‌های خارجی و الحاق به سازمان‌های بین‌المللی از پشتوانه نظارتی و سیاستی مستحکم‌تر و توازن حقوقی متقن برآمده از قانون اساسی و قوانین عادی مربوط برخوردار و باعث می‌شود آثار حقوقی و سیاسی و اجرایی ناشی از این مهم (همکاری و مشارکت با مراجع بین‌المللی و پیوستن به سازمان‌های مرتبط منطقه‌ای و جهانی) منحصر در تشخیص اعضای هیئت‌مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار نشود.

نتیجه‌گیری و پیشنهاد

تحلیل موضوع این نوشتار با اصول مرتبط در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و احکام مربوط در سایر قوانین عادی ما را به این برآمدها و نتایج رهنمون می‌سازد:

➤ با امعان نظر به اینکه تشکیل و تعریف مؤسسات عمومی غیر دولتی متمایز از عنوان دولت به معنای خاص است، لاجرم باید احکام مقرر در اصول قانون اساسی را محدود به عهدنامه‌ها، مقاله‌نامه‌ها، قراردادهای، و موافقت‌نامه‌های بین‌المللی فی‌مابین

دولت جمهوری اسلامی با سایر دولت‌ها یا سازمان‌های بین‌المللی دانست و منطوق و مفهوم این امر را جز در موارد معاهدات و توافقاتی با اهمیت به سایر همکاری‌ها (غیر دولتی) تعمیم نداد.

➤ گرچه تفسیر شورای نگهبان از این امر با اطلاق (نه عمومیت) و ظاهر ضابطه کنونی قانون اساسی انطباق دارد، از این جهت که عمل مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی بر اساس همکاری و مشارکت با مراجع بین‌المللی و پیوستن به سازمان‌های مرتبط منطقه‌ای و جهانی حقوق و منافع عمومی مرتبط با حوزه صلاحیت سازمان صلاحیت‌یافته را تحت تأثیر قرار می‌دهد که گاه دارای اهمیتی در حد اهمیت امور دولتی است، با لحاظ عدم دخالت مستقیم مجلس شورای اسلامی (به عنوان نمایندگان مردم و مظهر مردمی حاکمیت)، می‌تواند آثاری را در پی داشته باشد که در قیاس با نظارت مجلس بر دولت کم‌اثر باشد. البته به شرحی که گذشت مجلس شورای اسلامی بعدها در قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد بخش‌هایی از این اهمیت را مد نظر قرار داد و مراتبی از معاهدات مترتب بر قراردادهای تبادل اطلاعات مالیاتی، گمرکی، و بورس- که از طریق سازمان مالیاتی، گمرک جمهوری اسلامی ایران، سازمان بورس و اوراق بهادار با سازمان‌های متناظر در کشورهای دیگر منعقد می‌شود- را مستلزم اقداماتی در جهت تصویب مجلس کرد که در جای خود حکایت از پی بردن این مرجع به اهمیت موضوعاتی دارد که از حیث بازارهای مالی می‌تواند آثار حقوقی، اقتصادی، و سیاسی در سطح ملی و بین‌المللی داشته باشد. همچنین، با وجود تفاوت رویکرد این دلالت قانونی بر مفاد قانونی سابق تغییر موضع قانون‌گذار در این خصوص مؤید آن است که اینکه ضرورتاً «دولت جمهوری اسلامی» باید طرف این قبیل قراردادها یا تعهدات در مقوله تبادل اطلاعات باشد گاه موضوعیت ندارد و از حیث مسئولیت وزارت امور اقتصادی و دارایی (به عنوان بخشی از قوه مجریه و دولت) در این تصریح می‌تواند قائل به تأمین یا اجرای اصول قانون اساسی از منظری دیگر بود.

➤ قانون‌گذار بر اساس قانون ارتقای سلامت نظام اداری و مقابله با فساد و قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید تدابیری را اتخاذ کرده تا حتی‌الامکان آثار نظارت‌پذیری این موضوعات از سوی مجلس شورای اسلامی یا دادستان کل کشور

ترمیم شود. اما همچنان باید این تدابیر را پسینی و حسب مورد برشمرد. همچنین، با لحاظ اینکه در ترکیب شورای عالی بورس و اوراق بهادار (در قانون بازار) نماینده‌ای از سوی مجلس شورای اسلامی متصور نشده، اما متعاقباً طبق قانون عضویت و لغو عضویت نمایندگان مجلس شورای اسلامی در برخی از شوراهای عالی، شوراها، مجامع، و سایر هیئت‌ها مصوب ۱۳۹۳/۰۱/۲۴ که در تاریخ ۱۳۹۳/۰۶/۱۵ از سوی مجمع تشخیص مصلحت نظام موافق با مصالح نظام تشخیص داده شده، شورای عالی بورس (حسب شق ۳ از بند «ب» ماده ۱ قانون مورد اشاره) از جمله شوراهایی شناخته می‌شود که واجد دو نماینده ناظر از مجلس شورای اسلامی است. به تصریح صدر ماده ۱ این قانون، نمایندگان اشاره شده با معرفی کمیسیون تخصصی ذی‌ربط و انتخاب مجلس شورای اسلامی به عنوان ناظر در شوراهای عالی عضویت می‌یابند. بنابراین، نقش آن‌ها نظارتی است.

➤ علاوه بر دلایل مطرح شده، از این جهت که قانون بازار اوراق بهادار به موجب بندهای ۱، ۲، ۱۳، ۱۴، و ۱۵ ماده ۴ موضوعاتی از قبیل «اتخاذ تدابیر لازم جهت ساماندهی و توسعه بازار اوراق بهادار و اعمال نظارت عالی بر اجرای این قانون»، «تعیین سیاست‌ها و خط‌مشی بازار اوراق بهادار در قالب سیاست‌های کلی نظام و قوانین و مقررات مربوط»، «اعطای مجوز به بورس به منظور عرضه اوراق بهادار شرکت‌های پذیرفته شده خود در بازارهای جهانی»، «اعطای مجوز پذیرش اوراق بهادار خارجی به بورس»، و «اعطای مجوز به بورس جهت معاملات اشخاص خارجی در بورس» را در زمره وظایف قانونی شورای عالی بورس و اوراق بهادار قرار داده، اهمیت عضویت در سازمان‌های بین‌المللی از موارد فوق دست‌کم ندارد و حتی از همان صنف است. بنابراین، به علت ماهیت این شورا از منظر سیاست‌گذاری و جایگاه بالادستی آن نسبت به سازمان بورس و با احتساب عضویت دادستان کل کشور وفق بند ۶ ماده ۳ قانون بازار در شورای یادشده (از حیث مفاد ماده ۱۶ قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید)، قانون‌گذار باید تصریح می‌کرد که اولاً «موافقت با پیوستن سازمان بورس و اوراق بهادار به سازمان‌های مرتبط منطقه‌ای و جهانی یا خروج از آن‌ها و پرداخت حق عضویت» بر عهده شورای عالی بورس باشد و ثانیاً سازمان بورس و اوراق بهادار

در چارچوب موارد بیان‌شده نمایندگی رسمی دولت در مجامع و مراجع تخصصی بین‌المللی و منطقه‌ای مرتبط با بورس و بازار اوراق بهادار را عهده‌دار باشد.

یادداشت‌ها

۱. مثلاً، ملاحظات قانونی و مقرراتی که نتیجه آن برخورداری کمتر کشورمان از سرمایه‌گذاری خارجی مبتنی بر پذیرش شرکت‌های خارجی در ایران می‌نماید، از این قرار است: ۱. طبق بند ۱۴ ماده ۴ قانون بازار اوراق بهادار، اعطای مجوز پذیرش اوراق بهادار خارجی از وظایف شورای عالی بورس است. بند ۱۵ همین ماده با این فرض که پذیرش زمینه‌ای از سرمایه‌گذاری خارجی است و نظارت بر این‌ها طبق بند ۱۴ ماده ۷ بر عهده سازمان بورس و اوراق بهادار است، اعطای مجوز به بورس جهت انجام دادن معاملات اشخاص خارجی در بورس را بر عهده شورا قرار داده است. ۲. با توجه به ماده ۱۱ آیین‌نامه سرمایه‌گذاری خارجی در بورس‌ها و بازارهای خارج از بورس مصوب ۱۳۸۹/۰۱/۲۹ هیئت وزیران: «در موضوعاتی مثل پذیرش شرکت‌های خارجی مقررات لازم در مورد آن‌ها بر اساس بندهای ۱۳، ۱۴، و ۱۵ ماده ۴ قانون [بازار اوراق بهادار] به تصویب شورا می‌رسد. این موارد عبارت‌اند از: الف) سهام ناشران ایرانی پذیرفته‌شده در بورس یا بازار خارج از بورس که هم‌زمان در بورس یا بازار خارج از بورس کشور دیگری پذیرفته شده‌اند؛ ب) آن بخش از سهام ناشران ایرانی پذیرفته‌شده در بورس یا بازار خارج از بورس که برای معامله اشخاص خارجی در کشور دیگر به هر طریق اختصاص یابد؛ ج) اوراق بهادار صادرشده توسط ناشر خارجی که در بورس یا بازار خارج از بورس ایرانی پذیرفته شده باشند؛ د) آن بخش از سهام ناشران ایرانی پذیرفته‌شده در بورس یا بازار خارج از بورس که به صورت ارزی معامله می‌شوند». ۳. ماده ۶۲ دستورالعمل پذیرش و عرضه و نقل و انتقال اوراق بهادار در فرابورس ایران مصوب هیئت‌مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار (مشابه ماده ۵۵ مکرر ۱ دستورالعمل پذیرش اوراق بهادار در بورس اوراق بهادار تهران مصوب هیئت‌مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار) شرایط زیر را برای پذیرش ناشر خارجی مد نظر قرار داده است: «سهام شرکت‌های خارجی علاوه بر احراز شرایط این دستورالعمل حداقل باید از شرایط زیر برخوردار باشد: الف) قبلاً در بورس کشور مبدأ یا کشور دیگری پذیرفته شده باشد؛ ب) مجوز فعالیت در صنعت مورد فعالیت را از وزارتخانه مربوطه در کشور مبدأ یا نهاد ناظر مرتبط دریافت کرده باشد؛ ج) صورت‌های مالی شرکت بر اساس استانداردهای بین‌المللی گزارشگری مالی (IFRS) و یا استاندارد مورد تأیید سازمان تهیه شده باشد؛ د) فرابورس می‌تواند مدارک و مستندات بیشتری همانند استعمال از نهادهای ناظر، گزارشات اعتبارسنجی، و سایر اطلاعات به تشخیص خود را از شرکت خارجی درخواست کند».

۲. برای مثال، بند ۱۴ ماده ۳۵ قانون تقویت و توسعه نظام استاندارد مصوب ۱۳۹۶/۰۷/۱۱، اتخاذ تصمیم در مورد روابط همکاری در زمینه استاندارد با سازمان‌های علمی و مؤسسات مشابه خارجی و پرداخت حق عضویت‌ها در چهارچوب قوانین و مقررات کشور را در زمره وظایف و اختیارات شورای عالی استاندارد لحاظ کرده است.

3. international organization of securities commissions (IOSCO)

4. associate members

5. ordinary members

۶. شاهد مثال مقرراتی تقویت این استدلال عبارت از مواد ۷ و ۱۱ آیین‌نامه چگونگی تنظیم و انعقاد توافقات بین‌المللی مصوب ۱۳۷۱/۰۲/۱۳ است که مقرر می‌دارد: «ماده ۷. موضوعات زیر باید به تناسب تحت یکی از عناوین عهدنامه، مقاله‌نامه، موافقت‌نامه، قرارداد، یا پیمان و در چارچوب توافقات حقوقی تشریفاتی تنظیم و

تصویب شود: الف) تعیین خطوط مرزی، روش‌های حل اختلافات مرزی، صلح و مناقشات با دولت‌ها؛ ب) برای ایجاد مودت در ارتباط با همکاری‌ها و مبادلات اقتصادی، اجتماعی، تجاری، فرهنگی، علمی، و فنی؛ ج) در مورد توافقات چندجانبه بین‌المللی که در چارچوب یا تحت نظارت سازمان‌ها، مجامع، و اتحادیه‌های بین‌المللی منعقد می‌شود؛ د) برای بیان قواعد، شرایط اجرا، تمدید، تکمیل، تفسیر، یا اصلاح دیگر توافقات حقوقی تشریفاتی، در صورتی که اجازه انجام آن توسط دستگاه دولتی در توافق‌نامه حقوقی تشریفاتی لحاظ شده باشد؛ ه) در مورد مسائل تعهدآور سیاسی-نظامی یا دفاعی دو یا چند جانبه منطقه‌ای یا جهانی؛ و) در مورد تأسیس و عضویت در اتحادیه‌ها، مجامع، و سازمان‌های بین‌المللی؛ ز) در مورد تصمیمات کنفرانس سازمان بین‌المللی کار، موضوع قسمت اول بند ۱ ماده ۱۹ اساسنامه سازمان بین‌المللی کار. ماده ۱۱. مرجع تصویب متون موضوع ماده ۷ این آیین‌نامه مجلس شورای اسلامی است و امضای نهایی آن‌ها بعد از تصویب مجلس شورای اسلامی مطابق اصل ۱۲۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بر عهده مقام ریاست‌جمهوری یا نماینده‌ای است که از طرف ایشان حسب موضوعات به طور موردی یا کلی تعیین می‌شود.

۷. طبق ماده ۳۲ قانون تقویت و توسعه نظام استاندارد مصوب ۱۳۹۶/۰۷/۱۱، سازمان ملی استاندارد ایران نمایندگی دولت جمهوری اسلامی ایران در مجامع و مراجع تخصصی بین‌المللی و منطقه‌ای مرتبط با حوزه استاندارد و کیفیت را بر عهده دارد. همچنین، بند ۱۴ ماده ۳۵ قانون یادشده اتخاذ تصمیم در مورد روابط همکاری در زمینه استاندارد با سازمان‌های علمی و مؤسسات مشابه خارجی و پرداخت حق عضویت‌ها در چهارچوب قوانین و مقررات کشور را در زمره وظایف و اختیارات «شورای عالی استاندارد» (با ترکیب مصرح در ماده ۳۴) لحاظ کرده است (نه سازمان ملی استاندارد ایران).

منابع

کتاب

- بیگ‌زاده، ا. (۱۴۰۰). حقوق سازمان‌های بین‌المللی. چ ۷. تهران: مجد.
- پژوهشکده شورای نگهبان (۱۳۹۷). قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به همراه نظرات تفسیری شورای نگهبان. تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
- پیری، ف. (۱۴۰۰). حقوق بورس و اوراق بهادار با تأکید بر قانون بازار اوراق بهادار. تهران: جنگل.
- زمانی، س.ق. (۱۳۹۹). حقوق سازمان‌های بین‌المللی. چ ۳. تهران: شهر دانش. ج ۱.
- سلطانی، م. (۱۳۹۶). حقوق بازار سرمایه. چ ۴. تهران: سمت.
- ضیائی بیگدلی، م.ر. (۱۳۹۸). حقوق بین‌الملل عمومی. چ ۶۵. تهران: گنج دانش.
- فلسفی، ه.ا. (۱۳۹۸). حقوق بین‌الملل معاهدات. چ ۶. تهران: فرهنگ نشر نو.
- قاضی شریعت‌پناهی، س.ا. (۱۴۰۰). حقوق اساسی و نهادهای سیاسی. چ ۱۶. تهران: میزان.
- قلندری، ا.ح.، میرزایی، م.، و دادگستر، س.م.ر. (۱۴۰۳). مبانی شبکه‌های تنظیم‌گری، ضرورت‌ها، کارکردها، و ابزارها. تهران: کتاب راهبرد با همکاری اندیشکده حکمرانی شریف.
- کاتوزیان، ن. (۱۳۸۵). فلسفه حقوق. چ ۳. تهران: شرکت سهامی انتشار. ج ۲.
- هاشمی، س.م. (۱۳۹۸). حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران. چ ۲۹. تهران: ج ۲.

مقالات

- باقری، م.، و قنبری، ح. (۱۳۸۹). مشکلات حقوقی ناشی از بین‌المللی شدن بازارهای سرمایه و جایگاه قوانین ملی. پژوهش حقوق عمومی، ش ۲۹، ۲۵ - ۶۴.
- باقری، م.، و مظفری، م.، و صادقی، م. (۱۳۹۵). مسئله تنظیم بازارهای بین‌المللی بورس: از تنظیم معاملات اوراق بهادار تا تنظیم حقوقی استانداردهای حسابداری. بورس اوراق بهادار، ش ۳۶، ۱۱۷ - ۱۳۸.
- سلطانی، س.ن. (۱۴۰۰). یک اصل قانون اساسی؛ دو نظام اقتصادی تحولات اصل ۴۴، نمونه‌ای از بازنگری غیر رسمی در قانون اساسی. دانشنامه حقوق اقتصادی، ش ۲۰، ۲۴۹ - ۲۷۰.
- صادقی، م. (۱۴۰۳). استیذان از دادستان کل کشور در ارائه اطلاعات اشخاص موضوع ماده ۱۶ قانون توسعه ابزارها و نهادهای مالی جدید. پژوهش‌های حقوق مالی و اقتصادی، ش ۱، ۱۳۹ - ۱۷۶.

صادقی، م. و ابراهیمی، س.ن. (۱۳۹۶). قاعده حل تعارض در تعیین قانون حاکم بر اوراق بهادار. پژوهش‌های حقوق تطبیقی، د ۲۱، ش ۳، ۱۲۵ - ۱۵۳.

مرادخانی، ف. (۱۴۰۰). تغییر غیر رسمی قانون اساسی (مبانی، مصادیق، و رویکردها). تحقیقات حقوقی، ش ۹۳، ۲۷۳ - ۳۰۲.

مشهدی‌زاده، ع.ر. و قدرت‌نما شبستری، ا.ح. (۱۴۰۳). بانک مرکزی: شرکت تجاری مستقل یا رکن حاکمیتی (با تأکید بر رأی ۳۰ مارس ۲۰۲۳ دیوان بین‌المللی دادگستری). مجله حقوقی بین‌المللی، ش ۷۳، ۳۱ - ۴۴.

References

Books


- Beigzadeh, E. (1400). *The Law of International Organizations*, 7th edition, Tehran: Majd. (in Persian)
- constitutional Council Institute Research (1397). *The Constitution of the Islamic Republic of Iran with the interpretative opinions of the Guardian Council*, Tehran: Constitutional Council Institute Research. (in Persian)
- Falsafi, H. (1398). *International Law of Treaties*, 6th edition, Tehran: Farhang Nashr No. (in Persian)
- Hashemi, S M. (2019). *Fundamental Rights of the Islamic Republic of Iran*, Vol. 2, Twenty-ninth Edition, Tehran: Mizan. (in Persian)
- Katouzian, N. (2006). *Philosophy of Law*, Vol. 2, Third Edition, Tehran: Publication Joint Stock Company. (in Persian)
- Piri, F. (1400). *Law of Stock Exchanges and Securities with Emphasis on the Law of the Securities Market*, Tehran: Jangal. (in Persian)
- Qalandari, AH; Mirzaei M and Dadgostar, S MR. (1403). *Fundamentals of Regulatory Networks, Necessities, Functions and Tools*, Tehran: Center for Strategic Studies in Cooperation with the Sharif Governance and Policy ThinkTank. (in Persian)
- Qazi Shariatpanahi, S A. (1400). *Fundamental Rights and Political Institutions*, 16th edition, Tehran: Mizan. (in Persian)
- Soltani, M. (1396). *The Law of Capital Market*, 4th edition, Tehran: Samt. (in Persian)
- Zamani, S Gh. (1399). *Law of International Organizations*, Vol. 1, 3rd edition, Tehran: Shahr Danesh. (in Persian)
- Ziaei Bigdeli, MR. (1398). *Public International Law*, 65th edition, Tehran: Ganj Danesh. (in Persian)

Articles

- Bagheri, M (2007). Conflict of Laws, *Economic Regulations and Corrective/Distributive Justice*, Volume 28, University of Pennsylvania, Journal of International Law, vol 28, 113-151.

- Bagheri, M & Ghanbari, H. (2010). IAEA legal problems resulting from the latest investment and Gas Markets National laws, *Public Law Research*, V. 12, Issue 29, 25-64. (in Persian)
- Bagheri, M & Sadeghi, M & Mozaffari M. (2017). Regulating the international Markets of the Exchange: From Regulation of Securities Transactions to Legal Regulation of Accounting Standards, *Journal of Securities Exchange*. V. 9, Issue 36, 117-138. (in Persian)
- Diaconu, P (2007). Harmonization of the International Accounting System, Available at: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.957029>
- Hillman, W. Robert. (1992). Cross -Border Investment, *Conflict of Laws, and the Privatization of Securities Law*, vol. 55, Law and Contemporary Problems, 331 -355.
- Lakmal, D. (2014). Impact of International Accounting Harmonization, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2387327>
- Mashhadizadeh, A, Ghodratinama shabestari, A. (2024). Central Bank: an Independent Company or a Sovereign Organ (with an emphasis on the judgment of the International Court of Justice issued on March 30, 2023), *International Law Review*, V. 41, Issue 73, 31-44. (in Persian)
- Moradkhani, F. (2021). Informal constitutional change (Foundations, Cases and Approaches), *Legal Research Quarterly*, V. 24, Issue 93, 273-302. (in Persian)
- Sadeghi, M & Ebrahimi, S N. (2017). Rule of conflict resolution in determining the applicable law on securities, *Comparative law Research Quarterly*, V. 21 (3), 125-154. (in Persian)
- Sadeghi, M. (2024). Legal aspects of Securities and Exchange organization's permission from the Attorney General of the country based on Article 16 of the Law for Development of New Financial Instruments and Institutions, *Journal of Financial and Economic Law Research*. V. 1, No. 1, 139-168. (in Persian)
- Soltani, S N. (2022). An article of constitution two economic system; principle 44 of the constitution an example of informal constitutional change, *Encyclopedia of Economic Law Journal*, V. 28, Issue 20, 249-270. (in Persian)

انتشار مشروح مذاکرات هیئت وزیران؛ بسترها، ابهام‌ها، و مسئولیت کیفری

ولی‌اله صادقی*^۱ 

دانش‌آموخته دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشگاه عدالت، تهران، ایران

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۶/۱۲ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۹/۱۱

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: [10.22034/qjplk.2025.2051.1841](https://doi.org/10.22034/qjplk.2025.2051.1841)

چکیده

مطابق ماده ۳ قانون شفافیت قوای سه‌گانه، دستگاه‌های اجرایی، و سایر نهادها مصوب ۱۴۰۳/۰۲/۱۰ هیئت وزیران موظف است مشروح مذاکرات خود را، به جز مواردی که در این ماده مستثنا شده است، ظرف یک ماه در پایگاه اطلاع‌رسانی خود منتشر کند. همچنین به موجب ماده ۵ این قانون عدم اجرا یا اجرای ناقص این تکلیف قانونی یا انتشار اطلاعات مغایر مفاد قانون یادشده جرم‌انگاری شده است. با عنایت به نوآورانه بودن این الزام قانونی و عدم تجربه دولت جمهوری اسلامی ایران در زمینه انتشار مشروح مذاکرات جلسات خود و همچنین برخی ابهامات ماده ۳ قانون شفافیت و فراهم نبودن بسترهای اجرایی و اداری آن، تحقق حکم مقرر در قانون با چالش‌هایی روبه‌رو است. ابهام در «مفهوم مشروح مذاکرات»، «مجری قانون»، «گستره زمانی اجرای قانون»، «مرجع و نحوه تشخیص مذاکرات غیر قابل انتشار»، «امکان انتشار مذاکرات پالایش‌شده در زمان دیگر»، و «حدود مسئولیت کیفری» از جمله موانع اجرای قانون است. در این نوشتار، با تبیین نظری و عملی فرایند جاری تدوین مشروح مذاکرات دولت و واکاوی ابهامات قانون شفافیت، پیشنهادهایی برای رفع موانع پیش رو و تحقق کامل اراده و اهداف قانون‌گذار و عدم ایجاد مسئولیت کیفری برای مجریان قانون اشاره‌شده مطرح شده است.

کلیدواژگان: قانون شفافیت، محرمانگی، مسئولیت کیفری، مشروح مذاکرات، هیئت وزیران.



مقدمه

تصمیم‌گیری هیئت وزیران در خصوص موضوعات در دستور خود معمولاً پس از بحث و بررسی و استماع نطق‌ها، نظرات موافقان و مخالفان، و گفت و شنودهای مربوط به موضوعات مطروحه در جلسه تا اعلام کفایت مباحث از طرف رئیس جلسه صورت می‌گیرد که مجموعه این بحث‌ها و گفت‌وگوهای حضار و آرای مأخوذه از آن‌ها در جلسه هیئت دولت «صورت» یا «مشروح» مذاکرات هیئت دولت خوانده می‌شود. بر همین اساس، در صدر برخی از مصوبات هیئت وزیران در سال‌های ۱۲۹۲ تا ۱۲۹۹ به انجام دادن «مذاکرات» در خصوص موضوع در دستور جلسه هیئت وزیران و تصمیم‌گیری بر اساس آن تصریح شده است (سامانه ملی قوانین و مقررات جمهوری اسلامی ایران). بدین سان مشروح مذاکرات هیئت دولت گونه‌ای از «پیشینه» یا «تاریخ» مقررات‌گذاری کشور محسوب می‌شود که هدف از تدوین آن استفاده از آن‌ها در فرایند تنظیم مقرره‌ها و مصوبه‌های دولت و مستندسازی (پشتوانه‌سازی) تاریخ شفاهی آن‌ها و در صورت لزوم مراجعه به این محتواها برای کشف مراد و اراده دولت در خصوص یک موضوع است (سیمایی صراف و پورمحمدی، ۱۴۰۲: ۷۷)؛ هرچند می‌توان در امور دیگری از جمله بازشناسی اندیشه‌های حاکم بر دولت‌های مختلف و شیوه حکمرانی آن‌ها نیز از مشروح مذاکرات دولت استفاده کرد.

به‌رغم آنکه در طول سالیان گذشته مشروح مذاکرات هیئت وزیران محرمانه و غیر قابل انتشار بوده است، به موجب ماده ۳ قانون شفافیت قوای سه‌گانه دستگاه‌های اجرایی و سایر نهادها مصوب ۱۴۰۳/۰۲/۱۰ (به‌اختصار: قانون شفافیت) هیئت وزیران موظف شده است مشروح مذاکرات خود، اعم از صحن و کمیسیون‌های تابع و آرای مأخوذه از اعضا، را به تفکیک اسامی موافق، مخالف، ممتنع، و کسانی که در رأی‌گیری شرکت نکرده‌اند حداکثر ظرف یک ماه در پایگاه اطلاع‌رسانی خود با قابلیت خوانش رایانه‌ای منتشر کنند؛ مگر در مواردی که به موجب قانون اساسی و قوانین مربوط به هیئت وزیران تشکیل جلسه غیر علنی با رأی‌گیری مخفی پیش‌بینی شده باشد. همچنین بر اساس تبصره ۲ ماده یادشده در مواردی که امنیت ملی یا مصالح عمومی یا امنیت شخصی، مانند امنیت عرض و حیثیت اشخاص، ایجاب کند یا برای کشور مخاطرات اقتصادی ایجاد شود به پیشنهاد رئیس یا یک سوم اعضا و تصویب اکثریت اعضای هیئت وزیران مشروح مذاکرات و آرای مأخوذه از اعضا منتشر نمی‌شود.

به‌رغم پیش‌بینی برخی اقتضائات و ریزبینی‌های اجرایی در قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات مصوب ۱۳۸۷ و آیین‌نامه‌ها و شیوه‌نامه‌های آن (جلیلی‌کناری، ۱۴۰۳: ۷)، مفاد قانون شفافیت در خصوص انتشار مذاکرات هیئت وزیران با چالش‌های اجرایی و ابهامات تقنینی مختلف روبه‌رو است که با عنایت به تازه‌تصویب بودن حکم قانون و نبود تحقیقی در زمینه مشروح مذاکرات هیئت وزیران در جمهوری اسلامی ایران، ضروری است این نواقص و ابهامات شناسایی و به مرجع وضع (مجلس) یا مرجع اجرا (دولت) شناسانده شوند. زیرا قوانینی که قابلیت اجرایی ندارند، هرچند عالی‌ترین قانون باشند، ارزش و اعتبار خود را از دست خواهند داد (فراهانی، ۱۴۰۱: ۷۸). بر این پایه، با عنایت به لزوم اجرای کامل مفاد قانون شفافیت و جرم‌انگاری موضوع ماده ۵ این قانون، تبیین ابعاد ماده ۳ آن و واکاوی برخی الزامات اجرایی و ابهامات حکمی در زمینه نحوه انتشار مشروح مذاکرات هیئت وزیران موضوع این نوشته است که در ابتدا با نگاهی به تحولات تاریخی مشروح مذاکرات در ایران در چارچوب بندهای آتی مطرح خواهد شد و پیشنهادهایی برای حسن اجرای قانون و عدم ایجاد مسئولیت کیفری برای مجریان قانون یادشده ارائه می‌شود.

۱. مشروح مذاکرات دولت؛ از محرمانگی تا انتشار

از منظر حق دسترسی به اطلاعات، در قوانین آزادی اطلاعات عموم کشورها تصریح شده است که مؤسسات عمومی می‌توانند از افشای اطلاعات راجع به برخی رای‌زنی‌ها، همفکری‌ها، مذاکرات، و مشاوره‌هایی که بین مقامات ارشد حکومت صورت می‌گیرد امتناع کنند (انصاری، ۱۳۹۷: ۲۰۹). در واقع، می‌توان گفت اصل بر حمایت از مذاکرات و رای‌زنی‌های مطروحه در فرایند تصمیم‌سازی و تصمیم‌گیری مقامات است و دسترسی و انتشار آن‌ها امری استثنایی محسوب می‌شود. با این حال، این استثنا مورد مناقشه موافقان و مخالفان بوده است.

موافقان مستثنا بودن مذاکرات این مراجع، از حق دسترسی به اطلاعات، سخن گفته و معتقدند که باید یک فضای محرمانه برای هیئت وزیران و وزرا وجود داشته باشد تا آن‌ها بتوانند در جلسات خود بی‌پرده و صریح و بدون خودسانسوری و به دور از اعمال نفوذ و فشارهای زود هنگام به تبادل نظر و نقد آرای گوناگون بپردازند و در نهایت یک تصمیم واحد (فارغ از نظرات هر یک از اعضای آن مرجع) به تابعان قوانین، مقررات، و تصمیمات عمومی اعلام شود. در مقابل این دیدگاه، مخالفان حمایت از رای‌زنی‌های مقامات و عدم انتشار آن‌ها

بر عدم ضرورت این استثنا تأکید می‌کنند و محرمانگی فضای فکری دولت و ادارات آن را باعث تقلیل مشارکت شهروندان می‌دانند و ای‌بسا مطلع ساختن شهروندان در این فرایند را باعث کمک به افزایش کیفیت اداره امور می‌دانند (انصاری، ۱۳۹۷: ۲۱۱ - ۲۱۲). در نظام حقوقی ایران، تا قبل از ابلاغ قانون شفافیت، رویکرد نخست در پیش گرفته شده بود. اما به موجب این قانون نگاهی بینابین دو رویکرد یادشده مورد پسند مقنن قرار گرفت. این تحول رویکردی در فراز بعدی مورد تحلیل تاریخی قرار می‌گیرد.

به لحاظ تاریخی، اولین تجربه ثبت مذاکرات یک نهاد ضابطه‌گذار در ایران در خصوص مجلس شورای ملی نمودار شد. مطابق بند ۱۸ نظامنامه داخلی دارالشورای ملی ایران، مصوب ۱۲۸۵/۰۷/۲۵، نوشتن صورت مجلس برای هر اجلاس، به طبع رساندن مذاکرات در اجلاس‌ها برای تقسیم به اعضای مجلس و رسیدگی به تحریرات تندنویسان و مقابله آن‌ها با صورت‌هایی که روزنامه‌نویسان برمی‌دارند، به عهده منشیان مجلس بود. چند ماه بعد نیز در اصل ۱۳ قانون اساسی، مصوب ۱۲۸۵/۱۰/۰۸، مقرر شد روزنامه‌نویس و تماشاچی مطابق نظامنامه داخلی مجلس حق حضور و استماع داشته باشد و بتواند همه مذاکرات مجلس را در روزنامه‌جات به طبع برسانند.

با وجود روشن بودن مقررات مربوط به نحوه تدوین و انتشار وضعیت مذاکرات مجلس شورای ملی و اسلامی، به جهت نظام سیاسی کشور و جایگاه هیئت وزیران در نظام حاکمه، سوابق و اسناد رسمی و مشخصی در خصوص مذاکرات هیئت وزرا در قبل از انقلاب و حتی مذاکرات شورای انقلاب یافت نمی‌شود. البته در فرمان ناصرالدین شاه درباره تشکیل دارالشورای کبری (دربار اعظم)، که سنگ‌بنای تشکیل هیئت وزیران در ایران محسوب می‌شود، ضوابطی در زمینه نحوه تدوین مذاکرات این مجلس مطرح شده است. مطابق این فرمان «قرارداد مجلس دارالشورا با تاریخ و اسامی آن‌ها که حاضر بوده‌اند و احکام صادره بر طبق آن قرارداد در دفتر مخصوص مرتباً ثبت خواهد شد. مذاکرات مجلس و قرارداد اولیای دولت تا به موقع اجرا نرسیده است مکتوم خواهد بود و به هیچ وجه در خارج واگویه نمی‌شود» (تهرانی، ۱۳۷۷: ۸۳۰). بنابراین، مطابق این سند، مذاکرات دولت نخستین در ایران تا زمانی که به مرحله اجرا نرسیده بودند محرمانه محسوب می‌شدند.

همچنین اسنادی با عنوان صورت مذاکرات و مصوبات هیئت وزیران/ هیئت دولت/

نخست‌وزیری در آرشیو ملی ایران به ثبت رسیده است که مربوط به جلسات دهه شصت است و جنبه موردی دارد و مربوط به موضوعات مطروحه در بعضی از جلسات دولت است. ثبت موردی این‌گونه از اسناد نشان می‌دهد در این برهه سازکار مشخصی برای تدوین و انتشار مشروح مذاکرات دولت برقرار نبوده است و این وضعیت به جهت فقدان نظام و فرایند مشخص برای برگزاری جلسات هیئت وزیران بوده است که در سال ۱۳۶۸، با تصویب آیین‌نامه داخلی هیئت دولت، نحوه تشکیل جلسات دولت و کمیسیون‌های آن تعیین شد و همانند کارکرد دفاتر هیئت دولت برخی دیگر از کشورها (نریمانی و همکار، ۱۴۰۳: ۱۵۹) مطابق ماده ۱۹ آیین‌نامه داخلی هیئت دولت، تهیه صورت مذاکرات هیئت دولت و کمیسیون‌های آن جزء وظایف دفتر هیئت دولت قرار گرفت.

تا اوایل دهه هفتاد خورشیدی، صرفاً نوار صوتی مشروح مذاکرات جلسات دولت تهیه و در مجموعه‌ای ثبت و نگهداری می‌شده است ولی تبدیل به متن نمی‌شده است که با تلاش‌های مدیران وقت دفتر هیئت دولت در دهه هفتاد، فرایند تدوین متن مذاکرات دولت آغاز گردید (نریمانی و دیگران، ۱۴۰۳: ۱۴۰۳) و این موضوع به مرور و با تجربه‌آموزی از فرایند تدوین مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی (احمدی‌زمانی، ۱۳۸۰: ۱۱ - ۱۵) استمرار یافت. به طوری که این روند در ارتباط با مذاکرات جلسات بعدی دولت نیز ادامه یافت و در نهایت، همانند اقدام مجلس در الکترونیکی کردن اسناد مربوط به مذاکرات مجلس (آزاده‌نفرشی، ۱۳۸۴: ۲-۴)، تدابیری برای رقومی‌سازی مذاکرات دولت و استفاده از محتوای آن برای اطلاع از تجارب دولت‌ها در موضوعات مختلف صورت گرفت (نریمانی، همان).

تا قبل از ابلاغ قانون شفافیت و با وجود برخی احکام پراکنده در قوانین مختلف در خصوص شفافیت ارکان حاکمیت (← محمدی احمدآبادی و صابری‌دمنه، ۱۴۰۲: ۱۷ - ۲۱) در خصوص الزام یا عدم الزام به انتشار مشروح مذاکرات جلسات مراجع شورایی دو رویه قانون پایه و مقررپایه مشاهده می‌شد. در الگوی انتشار قانون پایه، یک مرجع شورایی، مانند مجلس شورای اسلامی (بر اساس اصل ۶۹ قانون اساسی و قانون آیین‌نامه داخلی مجلس) یا بانک مرکزی، موظف بود مشروح مذاکرات جلسات خود را منتشر کند و در الگوی مقررپایه یک مقرر (غیر از قانون) انتشار مشروح مذاکرات برخی مراجع شورایی در کشور را مجاز^۱ یا الزامی^۲ می‌شمرد و در برخی از مقررات نیز، با پذیرش اصل محرمانگی، امکان ارائه (و نه

انتشار) مذاکرات به اعضای آن شورا فراهم بود.^۳ البته در خصوص برخی از مراجع، از جمله در آیین‌نامه داخلی مجمع تشخیص مصلحت نظام، ابلاغی ۱۴۰۲/۰۵/۱۰، صرفاً به نحوه ثبت و ضبط مذاکرات اشاره شده و در خصوص انتشار آن سکوت شده است که حذف نام مجمع یادشده از مفاد قانون شفافیت (به جهت ایراد شورای نگهبان و کمیسیون نظارت بر اجرای سیاست‌های کلی) حاکی از عدم الزام به انتشار مشروح مذاکرات مجمع است.

با وجود الگوهای یادشده در خصوص امکان یا الزام به انتشار مشروح مذاکرات نهادهای تصمیم‌گیر، در طول سالیان گذشته، در زمینه مذاکرات جلسات هیئت دولت اولاً الزام یا تکلیف قانونی برای تدوین مشروح مذاکرات دولت موجود نیست و این امر بر مبنای ماده ۱۹ آیین‌نامه داخلی هیئت دولت توسط دفتر هیئت دولت انجام شده است و ثانیاً به‌رغم اینکه در آیین‌نامه داخلی هیئت دولت برخی از دولت‌ها- مانند لبنان^۴، امارات^۵، عراق^۶، عربستان^۷- بر لزوم محرمانه بودن مذاکرات جلسات هیئت وزیران تصریح شده است، در آیین‌نامه داخلی هیئت دولت ایران در این زمینه سکوت شده و اصل «محرمانگی» و به تبع آن غیر قابل انتشار و ارائه بودن آن‌ها به عنوان یک قاعده خدشه‌ناپذیر در مناسبات دولت برقرار بوده است که مستند یا مقررهای برای ممنوعیت انتشار یا تعیین طبقه‌بندی برای آن در دسترس نیست. به نظر می‌رسد حسب اقتضای مفاد مباحث مطروحه در جلسات دولت و انطباق آن با ماده ۳ قانون مجازات انتشار و افشای اسناد محرمانه و سرّی دولتی مصوب ۱۳۵۳^۸ و به موجب دستور یا نظر رئیس جلسات دولت یا دبیران وقت هیئت دولت محرمانه بودن مذاکرات هیئت وزیران به مثابه یک عرف مسلّم اداری پذیرفته و اجرایی می‌شده است.

ممکن است اظهار شود که دسترسی به مشروح مذاکرات دولت، به موجب قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات، مصوب ۱۳۸۸، امکان‌پذیر بوده و تصویب قانون شفافیت ضروری نبوده است. در پاسخ به این نظر، باید اذعان داشت که در قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات، هرچند در خصوص امکان یا عدم امکان دسترسی و انتشار مذاکرات دولت صراحتی وجود ندارد، در این قانون دو روش برای دسترسی به اطلاعات عمومی پیش‌بینی شده است؛ انتشار اطلاعات توسط مؤسسه عمومی به عنوان یک رویه اداری که منوط به درخواست از سوی شخصی دیگر نیست و انتشار اطلاعات عمومی پس از درخواست اشخاص حقیقی/ خصوصی از اشخاص عمومی مطابق فرایند درج‌شده در قانون. با این حال، طبق ماده ۱۰ قانون یادشده،

اطلاعات عمومی دارای طبقه‌بندی و غیر قابل دسترسی و انتشار هستند. همچنین مطابق ماده ۱۳ این قانون، در صورتی که درخواست متقاضی به اسناد و اطلاعات طبقه‌بندی‌شده (اسرار دولتی) مربوط باشد، مؤسسات عمومی باید از در اختیار قرار دادن آن‌ها امتناع کنند و دسترسی به اطلاعات طبقه‌بندی‌شده تابع قوانین و مقررات خاص خود خواهد بود.

بر اساس ماده ۱ شیوه‌نامه تشخیص و تفکیک اسرار دولتی از اطلاعات عمومی، مصوب ۱۳۹۹/۰۱/۳۰ کمیسیون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات، همه اسنادی که توسط هر یک از مؤسسات عمومی و بر اساس «قانون مجازات انتشار و افشای اسناد محرمانه و سری دولتی» مصوب ۱۳۵۳/۱۱/۲۹ و «آیین‌نامه طرز نگهداری اسناد سری و محرمانه دولتی و طبقه‌بندی و نحوه مشخص نمودن نوع اسناد و اطلاعات»، مصوب ۱۳۵۴/۱۰/۰۱ هیئت وزیران و سایر قوانین و مقررات مرتبط، روی آن‌ها یکی از مهرهای «به‌کلی سری»، «سری»، «خیلی محرمانه»، یا «محرمانه» قید شده است اسرار دولتی (اسناد و اطلاعات طبقه‌بندی‌شده) شمرده می‌شوند. بر این اساس، نظر به اینکه مطابق رویه جاری و به موجب اختیار حاصل از قانون و آیین‌نامه یادشده مشروح مذاکرات هیئت وزیران واجد وصف طبقه‌بندی هستند، تا قبل از قانون شفافیت، دسترسی به مذاکرات دولت، به استناد قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات مصوب ۱۳۸۸ مجاز نبوده است.

البته به عنوان یک استثنا بر اصل یادشده، صرفاً مطابق تبصره ۱ ماده واحده قانون نحوه اجرای اصل ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، در رابطه با مسئولیت‌های رئیس مجلس شورای اسلامی، مصوب ۱۳۶۸، هیئت دولت و کمیسیون‌های موضوع اصل ۱۳۸ قانون اساسی مکلف‌اند علاوه بر ارسال متن مصوبات و مستندات آن، به درخواست رئیس مجلس، سوابق و اطلاعات و متن مذاکرات هیئت دولت و کمیسیون‌های مربوطه را در اسرع وقت در اختیار وی قرار دهند. در این زمینه، طبق بند «ه» ماده ۵ آیین‌نامه اجرایی قانون یادشده، رئیس هیئت بررسی و تطبیق مصوبات دولت با قوانین می‌تواند سوابق و اطلاعات و متن مذاکرات هیئت وزیران و کمیسیون‌های مربوط را در صورت نیاز درخواست کند.

عدم تناسب قانون شفافیت با اقتضات اجرایی و نیز به‌کارگیری قانون‌گذار از برخی تعابیر مبهم و چندپهلوی در این قانون چالش‌هایی را پدید آورده است که در بند بعدی بررسی می‌شود.

۲. ابهام‌های انتشار مذاکرات دولت

با وجود آنکه به موجب جزء ۲ بند ۹ سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری یکی از ویژگی‌های قانون خوب و باکیفیت «روشن بودن» و عدم ابهام آن است، در حکم مقرر در قانون شفافیت، در خصوص انتشار مشروح مذاکرات دولت، ابهاماتی وجود دارد که ضروری است این موارد شناسایی و با استفاده از روش‌های تفسیری یا نظرخواهی از کارشناسان زبان برطرف شوند (عبدالله‌زاده شهربابکی، ۱۴۰۰: ۴۴ - ۴۷) و در صورت لزوم مرجع وضع (مجلس) یا مرجع اجرا (دولت) دعوت به ابهام‌زدایی شود. در این بند، مهم‌ترین ابهامات قانون یادشده مورد تبیین و واکاوی قرار می‌گیرد.

۲-۱. مفهوم مشروح مذاکرات

مشروح مذاکرات مرکب از دو واژه «مشروح» و «مذاکرات» است. واژه مشروح به معنای «شرح‌داده‌شده و بیان‌شده» (عمید، ۱۳۸۹: ۹۴۶) و نیز «پیدا و نمایان کرده شده، بیان کرده شده، ذکرشده، توضیح داده شده، شرح‌شده» (دهخدا، ۱۳۹۰: ۲۷۲۱) آمده است. واژه مذاکرات نیز جمع واژه «مذاکره» است و کلمه مذاکره در معانی «با کسی در امری گفت‌وگو کردن» (عمید، ۱۳۸۹: ۹۲۷) و «مکالمه» (دهخدا، ۱۳۹۰: ۲۶۵۱) و همچنین «یادگرفتنی و درخاطرآوری و جواب و سؤال و محاوره و مشاوره» (نفیسی، ۱۳۴۳: ۳۲۳۰) آمده است و کلمه مذاکرات به معنای «گفت‌وگوها» و «یادآوری‌ها» مطرح شده است (دهخدا، ۱۳۹۰). بنابراین، مشروح مذاکرات به معنای شرح و تفصیل جزئیات گفت‌وگوها و محاورات میان دو یا چند نفر در یک نشست مشترک (اعم از سیاسی، تجاری، اداری، قاعده‌گذاری) است. حسب بررسی اسناد تقنینی و نسخه‌های روزنامه رسمی، ابتدا صرفاً از واژه «مذاکرات» استفاده می‌شده است. ولی در قانون اجازه طبع مذاکرات مشروح جلسات علنی مجلس شورای ملی، مصوب ۱۳۰۵/۰۹/۰۸، از عبارت «صورت مذاکرات مشروح جلسات» استفاده شده است که به مرور زمان به عبارت «صورت مشروح مذاکرات» و در اصطلاح کنونی و مختصرتر عبارت «مشروح مذاکرات» تغییر یافته و متداول شده و در قوانین اساسی و عادی مؤخر همین رویه ادامه یافته است.

ممکن است در بادی امر مفهوم و گستره «مشروح مذاکرات» بدیهی جلوه نماید و اظهار شود که منظور از مشروح مذاکرات دولت همه نطق‌ها و مناظرات و گفت‌وگوهای مطرح‌شده و رأی‌گیری‌های صورت‌گرفته در یک جلسه دولت است و بر این پایه باید همانند مشروح

مذاکراتی که از سوی مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (مشروح مذاکرات قانون اساسی، اداره امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴) یا مجلس شورای اسلامی^۹ یا شورای نگهبان (مندرج در پایگاه اطلاع‌رسانی پژوهشکده شورای نگهبان) منتشر می‌شود در متن مشروح مذاکرات دولت منعکس شود (مفهوم موسع). با این حال، ممکن است از منظری دیگر گفته شود منظور از مشروح مذاکرات می‌تواند شرح ماقوع در یک جلسه به صورت یک گزارش توصیفی و اعلام دستور آن و خروجی جلسه (مانند یک دستور یا تصمیم) باشد. این رویکرد حداقلی به مفهوم مشروح مذاکرات را می‌توان در اقدام بانک مرکزی در انتشار گزارش ماقوع دو جلسه از مذاکرات هیئت عالی بانک مرکزی در پایگاه اطلاع‌رسانی آن بانک مشاهده کرد^{۱۰} (مفهوم مضیق). در میانه این دو رویکرد، می‌توان خلاصه مشروح مذاکرات تهیه‌شده توسط معاونت امور مجلس رئیس‌جمهور را مدنظر قرار داد که در عین حفظ جامعیت با حذف برخی جزئیات و گفت‌وگوهای نمایندگان در صحن مجلس مذاکرات مجلس را در ظرف زمانی کوتاه‌تر نسبت به سازکارهای مجلس منتشر می‌کند^{۱۱} (مفهوم بینابین). البته در سازکارهای برخی از نهادهای شورایی نیز مشاهده می‌شود که «خلاصه مذاکرات» تهیه‌شده توسط دبیرخانه آن نهاد صرفاً برای اعضای آن شورا ارسال و از انتشار آن خودداری می‌شود.^{۱۲}

همچنین با توجه به اینکه در جلسات دولت ممکن است مباحث مختلف شامل نکات آغازین اعضای دولت (پیش از دستور)، بیانات رئیس جلسه، موضوعات در دستور برای تصمیم‌گیری، و برخی گزارش‌های عملکردی نیز مطرح شود این ابهام مطرح می‌شود که آیا مباحث مربوط به همه موارد یادشده، همانند مفاد مشروح مذاکرات مجلس، باید در مشروح مذاکرات جلسات دولت درج و منتشر شود؟ در این زمینه، با لحاظ هر یک از مفاهیم قابل تصور به شرح بیان‌شده از مشروح مذاکرات، دو رویکرد کمینه‌ای و بیشینه‌ای قابل تصور است. بر اساس رویکرد کمینه‌ای، با توجه به وجود قرینه «رای‌گیری» و ثبت و ضبط آرای مأخوذه، صرفاً مشروح مذاکرات دولت و کمیسیون‌ها در زمینه موضوعات در دستور یا خارج از دستور آن‌ها برای تصمیم‌گیری باید منتشر شود و الزامی به انتشار سایر مباحث مطروحه در جلسات وجود ندارد. این نظر از آن جهت که بدون دلیل متقن و صرفاً به جهت توجه به ادبیات خاص قانون‌گذار در تجارب خود، در تدوین و مشروح مذاکرات مجلس، بخشی از مباحث مطروحه

در جلسات دولت، از جمله مذاکرات مرتبط با مقرره‌ها یا دستورهای صادره در جلسات دولت، را از دایره انتشار خارج می‌کند محل نقد خواهد بود. در مقابل، رویکرد پیشینه‌ای قائل به آن است که هر بحث و تبادل نظری که در جلسات دولت مطرح می‌شود، اعم از آنکه درباره آن رأی‌گیری شود یا نشود، جزء مشروح مذاکرات آن جلسه خواهد بود و باید منتشر شود. روح حاکم بر قانون و هدف غایی مستتر در آن (شفافیت در حکمرانی) و اطلاق و عموم حکم قانون و لزوم وجود دلیل متقن بر تضييق آن مقوم این دیدگاه خواهد بود. در هر حال، گزینش هر یک از مفاهیم قابل تصور از مشروح مذاکرات به شرح بیان‌شده بر نحوه اقدام در این زمینه تأثیرگذار خواهد بود که ضروری است با هم‌اندیشی و تصمیم‌گیری هیئت دولت یا دفتر هیئت دولت رویکرد مورد نظر انتخاب شود.

۲-۲. مجری قانون

یکی از اصول قانون‌نویسی باکیفیت آن است که در انتخاب فاعل یک حکم قانونی از به کار بردن عبارتهای موسع، از جمله «هیئت وزیران» یا دولت یا «اشخاص مشمول این قانون» و سایر ساختارهای اداری، پرهیز شود و تا حد امکان مقامات رسمی مخاطب حکم قانون قرار گیرند تا امکان نظارت و پاسخگویی مجری قانون فراهم باشد (رینرسون، ۱۳۹۹: ۲۳). با وجود این، در ماده ۳ قانون شفافیت، انتشار مشروح مذاکرات بر عهده «هیئت وزیران» نهاده شده است و با عنایت به اینکه رئیس‌جمهور این قانون را به «نهاد ریاست‌جمهوری» برای اجرا ابلاغ کرده است، این پرسش قابل طرح است که آیا لزوماً دفتر هیئت دولت (به عنوان تدوین‌کننده مشروح مذاکرات دولت) باید در این زمینه پیش‌قدم شود و مسئولیت اجرای قانون را بر عهده بگیرد؟ آیا در این زمینه نهاد ریاست‌جمهوری به عنوان مؤسسه دولتی متولی اصلی اجرای این تکلیف نخواهد بود؟

در پاسخ ممکن است بیان شود هرچند موضوع قانون شفافیت هیئت وزیران است و نهاد ریاست‌جمهوری به عنوان دستگاه مجری قانون تعیین شده است، نظر به اینکه از دیرباز صرفاً دفتر هیئت دولت مرجع «تدوین» مشروح مذاکرات دولت بوده است، ناگزیر و مآلاً، باید پیش‌تاز اجرای قانون برای انتشار مشروح مذاکرات محسوب شود. بنابراین همان‌طور که انتشار مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی توسط بخش تدوین‌کننده مذاکرات مجلس (معاونت قوانین- اداره تدوین مشروح مذاکرات) انجام می‌شود، انتشار مذاکرات هیئت وزیران نیز باید توسط

بخش تدوین‌کننده آن در دولت (دفتر هیئت دولت- اداره تدوین مذاکرات) صورت پذیرد. با وجود این، به نظر می‌رسد این نحوه تفسیر از مجری قانون و تکلیف‌گذاری بر دوش دفتر هیئت دولت، قبل از تدوین طرح مشخص و ایجاد هماهنگی و تأمین الزامات اداری و مالی اجرای قانون شفافیت از سوی نهاد ریاست‌جمهوری، ممکن است منجر به تکلیف مالایطاق و انتظار نهادهای نظارتی و مسئولیت برای دفتر یادشده شود. زیرا دفتر هیئت دولت شخصیت حقوقی مستقل ندارد و صرفاً به عنوان یکی از واحدهای اداری نهاد ریاست‌جمهوری ذیل معاون اول رئیس‌جمهور قرار گرفته است. بر این اساس، مقتضی است هماهنگی‌های لازم برای این منظور در سطح نهاد ریاست‌جمهوری و دفاتر رئیس‌جمهور یا معاون اول وی صورت پذیرد یا اینکه هیئت وزیران در این خصوص تصمیم بگیرد.

۲-۳. گستره زمانی اجرای قانون

در خصوص اینکه اثر قانون شفافیت نسبت به گذشته است یا اینکه اجرای آن نسبت به زمان بعد از لازم‌الاجرا شدن قانون است ممکن است تردیدهایی مطرح شود؛ به گونه‌ای که ممکن است گفته شود اطلاق و عموم مفاد ماده ۳ قانون حاکی از آن است که هیئت وزیران موظف است مشروح مذاکرات همه جلسات قبل از لازم‌الاجرا شدن قانون مورد بحث را منتشر کند. همچنین ممکن است بیان شود با توجه به اینکه مردم حق دارند آزادانه از مذاکرات و فرایندهای تصمیم‌گیری حکمرانان خود (اعم از پیشینیان و حاضران) مطلع شوند، باید مذاکرات دولت‌های گذشته نیز منتشر شود. افزون بر استدلال‌های یادشده، ممکن است اطلاق حکم مقرر در ماده یادشده این‌گونه تفسیر شود که منظور مقنن آن بوده است که دولت موظف است ظرف یک ماه همه مذاکرات موجود خود، حتی مذاکرات دولت‌های قبل، را منتشر کند.

با وجود این، با توجه به اینکه مطابق قاعده اثر فوری بودن قانون حکومت قانون معمولاً معطوف به آینده است (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۳۰) و در همین زمینه به موجب ماده ۲ قانون مدنی قوانین پانزده روز پس از انتشار در سراسر کشور لازم‌الاجرا می‌شوند، مگر اینکه در خود قانون ترتیب خاصی برای موقع اجرا مقرر شده باشد، و نظر به اینکه مطابق قاعده مندرج در ماده ۴ قانون مدنی اثر قانون نسبت به آتیه است و قانون نسبت به ماقبل خود اثر ندارد، مگر اینکه در قانون مقررات خاصی درباره این موضوع وضع شده باشد، و با عنایت به اینکه در قانون شفافیت تصریحی به عطف به ما سبق شدن قانون وجود ندارد و با لحاظ جرم‌انگاری موضوع

ماده ۵ قانون شفافیت، هیئت وزیران صرفاً باید مشروح مذاکرات جلسات مربوط به بعد از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون (تاریخ ۱۴۰۳/۰۴/۱۰) را منتشر کند.

علاوه بر قاعده عطف به ماسبق نشدن قوانین، با توجه به اینکه از اهداف قانون‌گذاری شفافیت‌زا احتراز اشخاص ذی‌صلاح در تصمیم‌گیری‌های خود است و مقام عمومی با آگاهی از انتشار نظرات خود در جامعه طبیعتاً ملاحظات خاص را مدنظر خواهد داشت، عطف به ماسبق کردن قانون ناعادلانه خواهد بود (زاتنکی، ۱۴۰۱: ۲۶۹). زیرا اعضای هیئت وزیران و کمیسیون‌های آن در دولت‌های گذشته، با علم به عدم انتشار مذاکرات، سخنانی را اظهار کرده‌اند که ممکن بود اگر می‌دانستند مذاکرات آن‌ها منتشر می‌شود جلسه را به گونه‌ای دیگر اداره می‌کردند.

از سوی دیگر با توجه به اینکه برخی از جزئیات تکلیف مقرر در قانون، از جمله لزوم ثبت آرای مأخوذه از اعضای هیئت وزیران و تدوین مشروح مذاکرات کمیسیون‌های دولت، قبل از این قانون، به جهت عدم تکلیف قانونی، ثبت و ضبط نشده است و طبیعتاً امکان انتشار اطلاعات غیر موجود میسر نیست و همچنین نظر به اینکه موارد مستثنا از انتشار باید با تصویب اکثریت اعضای هیئت وزیران صورت پذیرد و این موضوع در ارتباط با دولت‌های گذشته قابل تحقق نیست بحث از عطف به ماسبق شدن مفاد قانون شفافیت موضوعاً متغی است و بر این مبنا و با لحاظ اهداف مستتر در تصویب قانون شفافیت، از جمله تقویت نظارت همگانی بر اعمال اداری و صیانت از حقوق عامه، در تصمیماتی که بر وضع موجود و نه گذشته شهروندان تأثیرگذار است (صابری‌دمنه، ۱۴۰۱: ۱)، صرفاً انتشار مشروح مذاکرات دولت مستقر امکان‌پذیر است و هر دولت موظف است مشروح مذاکرات هر یک از جلسات خود را ظرف یک ماه بعد از برگزاری جلسه منتشر کند.

با این حال، ممکن است گفته شود انتشار مشروح مذاکرات مربوط به قبل از تاریخ لازم‌الاجرا شدن قانون شفافیت، با رعایت شرایط و قیود مندرج در قانون یادشده، مجاز (و نه الزامی) است و مانعی برای این منظور وجود ندارد. به عبارت دیگر، هرچند مطابق قانون انتشار مشروح مذاکرات ماقبل لازم‌الاجرا شدن قانون الزامی نیست، انجام دادن این امر مجاز است. در مقابل این دیدگاه، می‌توان گفت با توجه به اینکه انتشار سند طبقه‌بندی صرفاً با مجوز و دلیل صریح مبنی بر خروج آن سند از طبقه‌بندی امکان‌پذیر است و با عنایت به اینکه در

قانون شفافیت صرفاً موارد لازم‌الانتشار تعیین شده و این حکم قانونی مفهوم موارد جایز‌الانتشار نیست نمی‌توان قائل به جواز انتشار مذاکرات ماقبل لازمیت قانون شد. البته این نظر نافعی اختیار و صلاحیت هیئت وزیران در صدور مصوبه‌ای مبنی بر خروج مشروح مذاکرات جلسات دولت‌های گذشته از طبقه‌بندی نخواهد بود.

۲-۴. مهلت انتشار مشروح مذاکرات

مطابق ماده ۳ قانون شفافیت، هیئت وزیران موظف است مشروح مذاکرات خود اعم از سخن و کمیسیون‌های تابع آن‌ها و آرای مأخوذه از اعضا را به تفکیک اسامی موافق، مخالف، ممتنع، و کسانی که در رأی‌گیری شرکت نکرده‌اند «حداکثر ظرف یک ماه» در پایگاه اطلاع‌رسانی خود منتشر کند. در خصوص مهلت یک ماه، ظاهر حکم ماده این‌گونه است که مشروح مذاکرات هر جلسه هیئت وزیران یا کمیسیون‌های آن باید حداکثر ظرف مدت یک ماه بعد از تاریخ برگزاری جلسه منتشر شود. به نظر می‌رسد این مهلت یک‌ماهه به جهت زمان‌بر بودن فرایند ثبت، تدوین، و پالایش و تنظیم نهایی متون مذاکرات لحاظ شده است. با این حال، شاید مرور زمان یک‌ماهه از زمان جلسه از حساسیت‌های اجتماعی و اقتصادی و سیاسی موضوع بکاهد و ضمن تحقق نظارت عمومی بر فرایند تصمیم‌سازی و رعایت حقوق عامه انتشار مذاکرات دولت را کم‌حاشیه‌تر کند.

بنابراین دولت باید با مبدأ قرار دادن تاریخ برگزاری جلسه، ظرف حداکثر یک ماه اعم از ۳۱ روز در نیمه اول و ۳۰ روز در نیمه دوم سال و اعم از ایام کاری و غیر کاری اقدام به انتشار (بارگذاری) مذاکرات خود در پایگاه اطلاع‌رسانی مربوط کند. مثلاً، اگر تاریخ جلسه هیئت وزیران یکم مردادماه بود، مذاکرات آن جلسه نهایتاً باید روز یکم شهریورماه منتشر شود. با وجود این، دولت می‌تواند مذاکرات خود را در مدتی کوتاه‌تر از مهلت مقرر (کمتر از یک ماه) نیز منتشر کند.

۲-۵. مذاکرات غیر قابل انتشار

به موجب ماده ۳ قانون شفافیت، در مواردی که به موجب قانون اساسی و قوانین مربوط به اشخاص مشمول قانون تشکیل جلسه غیر علنی با رأی‌گیری مخفی پیش‌بینی شده باشد انتشار مذاکرات مربوط به آن نهاد الزامی نیست. همچنین بر اساس تبصره ۲ ماده یادشده، که با هدف رفع ایراد شورای نگهبان در ارتباط با مصوبه اولیه مجلس در این زمینه الحاق شد^{۱۳}، مشابه با

قوانین برخی از کشورها در حوزه شفافیت (هداوند و یحیی‌زاده، ۱۴۰۱: ۱۶۹ - ۱۹۰)، در مواردی که «امنیت ملی» یا «مصالح عمومی» یا «امنیت شخصی مانند امنیت عرض و حیثیت اشخاص» ایجاد کند یا «برای کشور مخاطرات اقتصادی ایجاد شود»، به پیشنهاد رئیس یا یک سوم اعضا و تصویب اکثریت اعضای هیئت وزیران، مشروح مذاکرات و آرای مأخوذه از اعضا منتشر نمی‌شود.

بر این اساس، نظر به اینکه اصولاً الزام و قاعده‌ای برای برگزاری جلسات هیئت وزیران به صورت غیر علنی با رأی‌گیری مخفی وجود نداشته است تا مذاکرات آن جلسه غیر قابل انتشار محسوب شود^{۱۴} و با عنایت به اینکه مطابق رویه و عرف اداری مبتنی بر دستور همه مشروح مذاکرات هیئت وزیران واجد طبقه‌بندی محسوب می‌شده است، هیئت وزیران مشمول استثنای درج‌شده در صدر ماده ۳ قانون شفافیت نخواهد بود. با این حال، هیئت وزیران می‌تواند بر اساس تصمیم خود و به عنوان یک رویه جدید در جهت اجرای قانون شفافیت امکان برگزاری همه یا بخشی از نشست‌های خود، به دو صورت علنی و غیر علنی (به جهت هر یک از موارد چهارگانه قانونی)، را برقرار کند که با توجه به اطلاق حکم قانون ممکن است دولت، با اعلام غیر علنی بودن همه جلسات خود، مذاکرات هیچ جلسه‌ای را قابل انتشار نداند!

در خصوص موارد مستثنا از انتشار، علاوه بر موارد مصرحه در قانون شفافیت، با توجه به اینکه مطابق تبصره ۲ ماده ۱ قانون شفافیت، نیروهای مسلح و وزارت اطلاعات و سازمان انرژی اتمی ایران از حکم این قانون مستثنا هستند، می‌توان اظهار داشت که با توجه به حساسیت مباحث مطروحه نسبت به آن‌ها، مشروح مذاکرات مربوط به موضوعات در دستور مرتبط با این سه دستگاه یا مذاکرات مطرح‌شده در خصوص آن‌ها در مابین سایر موضوعات، ممکن است قابل انتشار نباشد. با این حال، ضروری است در خصوص این موضوع تصمیم مقتضی از سوی دولت اتخاذ شود.

در همین رابطه، به موجب ماده ۳ قانون شفافیت، به پیشنهاد رئیس یا یک سوم اعضا و تصویب اکثریت اعضای هیئت وزیران، مشروح مذاکرات و آرای مأخوذه از اعضا منتشر نمی‌شود. در واقع، هیئت وزیران موظف است با اعمال ملاک‌های چهارگانه مندرج در تبصره ۲ ماده ۳ قانون شفافیت و بر اساس تصویب اکثریت اعضای خود مشروح مذاکرات خود را پالایش و منتشر کند. بنابراین مرجع تشخیص اینکه اقتضای «امنیت ملی» یا «مصالح عمومی» یا

«امنیت شخصی مانند امنیت عرض و حیثیت اشخاص» عدم انتشار مذاکرات دولت است یا با انتشار مذاکرات دولت «برای کشور مخاطرات اقتصادی ایجاد خواهد شد» اکثریت اعضای هیئت وزیران است؛ هرچند مناسب است مفهوم و مصادیق و گستره هر یک از موارد چهارگانه مستثنا از انتشار، به طور شفاف، مشخص شود.^{۱۵}

بنابراین اولاً اکثریت «اعضای هیئت وزیران» به معنای آن است که در خصوص عدم انتشار صرفاً رئیس‌جمهور و وزرا (واجدان حق رأی) باید تصمیم بگیرند و نه همه اعضای هیئت دولت. ثانیاً دفتر هیئت دولت نمی‌تواند بر اساس مؤلفه‌های مورد نظر خود یا حتی به موجب دستور/ مجوز رئیس‌جمهور یا معاون اول وی در ارتباط با پالایش مشروح مذاکرات دولت اقدام کند. اما، می‌تواند ملاحظات و پیشنهادهای خود برای این منظور را اعلام کند. ثالثاً برای تصویب عدم انتشار مذاکرات الزاماً باید پیشنهادی از سوی رئیس جلسه یا یک سوم اعضا ارائه شود تا تصمیم‌گیری شود. مثلاً، نمی‌توان با تقاضای یکی از اعضای دولت یا با نصابی کمتر از نصاب مقرر مذاکرات دولت را غیر قابل انتشار دانست.

در خصوص نحوه تصمیم‌گیری درباره عدم انتشار مذاکرات دولت، هیئت وزیران می‌تواند به صورت موردی و در هر جلسه درباره هر یک از موضوعات در دستور جلسه خود، بعد از اتمام مذاکرات اعضا در خصوص یک موضوع، ابتدا درباره اصل موضوع و سپس در ارتباط با انتشار یا عدم انتشار مذاکرات مطروحه رأی‌گیری کند. برای این منظور، با توجه به اینکه طبق ماده ۳ قانون شفافیت ضروری است هیئت وزیران آرای مأخوذه از اعضا را به تفکیک اسامی موافق، مخالف، ممتنع، و کسانی که در رأی‌گیری شرکت نکرده‌اند منتشر کند مقتضی است بستر ثبت و ضبط آرا به تفکیک مقرر در قانون فراهم شود. بنابراین لازم است سامانه و تجهیزات الکترونیکی مناسب برای این امر طراحی و در صحن هیئت دولت نصب شود. با این حال، تا زمان نصب تجهیزات مورد نیاز امکان ثبت سستی از طریق تصویربرداری یا رأی‌گیری کاغذی فراهم خواهد بود که معضلات و موانع خاص خود را به همراه خواهد داشت.

همچنین، دولت می‌تواند مطابق ترتیبات مندرج در قانون شفافیت، در چارچوب یک مصوبه، ضمن مکلف کردن مجری اصلی قانون، جهت تأمین نیازمندی‌های لازم برای اجرای قانون توسط دفتر هیئت دولت، مجوزی کلی برای پالایش مذاکرات جلسات خود به دفتر هیئت دولت اعطا کند تا این دفتر با توجه به تجارب انباشته خود در این زمینه و

نظرخواهی‌های تخصصی از کمیسیون‌های خود و کارشناسان ذی‌ربط و اعمال ملاحظات موضوع بند ۳ این گزارش در زمینه پالایش موارد غیر قابل انتشار و انتشار مذاکرات دولت اقدام کند و هر آنچه دفتر هیئت دولت تنظیم کرد قابل انتشار باشد؛ طوری که با فراهم آوردن ساختار اداری و نیروی انسانی و تجهیزات مورد نیاز مشروح مذاکرات هر جلسه توسط کارشناسان شفافیت بررسی و به مدیر ذی‌ربط پیشنهاد شود تا در صورت تأیید و هر گونه ملاحظه متن مذاکرات پالایش شده در فرایند انتشار قرار گیرد. با این حال، با توجه به روح حاکم بر قانون، که حاکی از اصالت انتشار بودن مذاکرات است، مناسب است دولت صرفاً امر پالایش مذاکرات را به دفتر هیئت دولت اعطا و مقرر کند مفاد پالایش شده برای تصمیم‌گیری در جلسات دولت ارائه شود.

در خصوص امکان یا عدم امکان صدور یک مصوبه عام از سوی هیئت وزیران، مبنی بر غیر قابل انتشار بودن مذاکرات همه جلسات دولت؛ هر چند اطلاق و عموم صلاحیت دولت در تبصره ۲ ماده ۳ قانون شفافیت، چنین امکان و اختیاری را مجاز می‌نماید ولی به نظر، این نوع تفسیر از مفاد تبصره یادشده، به ملغی‌الاثرب و عقیم شدن کلیت قانون و ناکامی در دستیابی به هدف بنیادین قانون شفافیت و تخصیص اکثر (که امری قبیح است) منجر خواهد شد.

مفاد این بند از نوشته در خصوص نحوه تصمیم‌گیری در زمینه مذاکرات مطروحه در جلسات کمیسیون‌های دولت نیز قابل اعمال است؛ با این تفاوت که با عنایت به مفصل بودن تعداد و زمان و جزئیات مشروح مذاکرات مطروحه در جلسات کمیسیون‌ها (حتی اگر صرفاً نظر بر انتشار مشروح مذاکرات کمیسیون‌های اصلی دولت باشد و نه کمیسیون‌های تخصصی و فرعی آن) و عدم امکان اشراف هیئت وزیران بر مباحث مطروحه در جلسات کمیسیون‌ها و لزوم رعایت جایگاه هیئت وزیران و ضرورت اجتناب از ورود به امور اداری جزئی تصمیم‌گیری در خصوص نحوه انتشار مذاکرات کمیسیون‌ها باید توسط اعضای همان کمیسیون صورت پذیرد یا اینکه هیئت وزیران تصمیم‌گیری در این زمینه را به وزرای عضو آن کمیسیون محول کند.

۲-۶. امکان انتشار مذاکرات پالایش شده در زمان دیگر

خروج از محرمانگی اسناد اداری، به چهار شکل بازنگری قانونی، بازنگری سازمانی، بازنگری قضایی، و خروج خودکار (مرور زمان) قابل انجام است (قهرمانی و همکاران، ۱۴۰۱:

۲۰۳ - ۲۰۶). بر این پایه، قابل انتشار شدن مشروح مذاکرات دولت بر اساس قانون شفافیت را می‌توان نوعی بازنگری قانونی برای خروج مذاکرات دولت از حالت طبقه‌بندی و محرمانگی دانست. با این حال، با توجه به اینکه مطابق این قانون بخشی از مذاکرات یادشده غیر قابل انتشار خواهد بود، این ابهام قابل طرح است که آیا این بخش از مذاکرات دولت برای همیشه قابل انتشار نیست یا اینکه همانند حکم مقرر در آیین‌نامه داخلی مجلس در خصوص مذاکرات جلسه‌های غیر علنی مجلس^{۱۶} ممکن است بعد از مدت مشخص و برطرف شدن مبانی محرمانگی آن‌ها و کاهش حساسیت‌های اداری و امنیتی، بر حسب تصمیم دولت، این دسته از مذاکرات قابل انتشار خواهد بود؟

در این خصوص به نظر می‌رسد حکم مقرر در قانون شفافیت نافی اختیار عام دولت در تعیین طبقه‌بندی اسناد دولتی و خروج آن‌ها از این حالت در زمان دیگر نخواهد بود و هیئت وزیران می‌تواند آن بخش از مذاکرات خود را که قبلاً غیر قابل انتشار دانسته است در زمان مناسب منتشر کند و بر این اساس امکان بازنگری سازمانی در طبقه‌بندی مذاکرات پالایش‌شده دولت وجود دارد. با این حال، در خصوص خروج خودکار (مرور زمان) مذاکرات، با توجه به اینکه در مقررات کنونی ایران سازگار و حکم مشخص قانونی برای خروج از حالت طبقه‌بندی‌شده به صورت خودکار وجود ندارد و مدت زمان مشخصی برای خروج خودکار اسناد طبقه‌بندی‌شده مشخص نشده است (قهرمانی و همکاران، ۱۴۰۱: ۲۰۷)، به نظر می‌رسد، تا زمانی که دولت تصمیم بر انتشار مذاکرات پالایش‌شده خود نگیرد، امکان خروج خودکار این اطلاعات از وضعیت محرمانگی بعد از مدت خاص وجود ندارد و به نوعی این داده‌ها برای همیشه غیر قابل انتشار خواهد بود.

۲-۷. جرم‌انگاری غیر شفاف

مطابق ماده ۵ قانون شفافیت، عدم اجرا یا اجرای ناقص تکالیف مقرر در این قانون یا انتشار اطلاعات مغایر مفاد این قانون جرم محسوب می‌شود و مرتکبان و مستنکفان به مجازات تعزیری درجه ۶ موضوع ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۹۲/۰۲/۰۱، با اصلاحات و الحاقات بعدی، محکوم می‌شوند. بنابراین عدم اجرای حکم مقرر در ماده ۳ قانون شفافیت در زمینه انتشار مشروح مذاکرات هیئت وزیران جرم‌انگاری می‌شود و مستوجب کیفر خواهد بود. علاوه بر ابهامات ماده ۳ قانون شفافیت، که در بندهای گذشته بیان شد، مفاد ماده ۵ قانون

یادشده نیز از شفافیت لازم برخوردار نیست و این وضعیت مغایر ویژگی شفافیت و کیفی بودن (مؤذن‌زادگان و رهدارپور، ۱۳۹۷: ۱۹۵) و جامعیت (فارمر، ۱۳۹۷: ۲۶۱) قوانین و مقررات کیفری و به تبع برخلاف جزء ۲ بند ۹ سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری مبنی بر «شفافیت و عدم ابهام» در فرایند قانون‌گذاری و قانون‌نویسی است.

همچنین تغییر رویه مجرمانگی مذاکرات و علنی شدن مذاکرات هیئت وزیران، منوط به اختصاص اعتبارات، امکانات و نیروی انسانی لازم برای این منظور است، که همه این امور بلافاصله (ولو با لحاظ مهلت یک‌ماهه مندرج در ماده ۳ قانون) بعد از تاریخ لازم‌الاجرا شدن قانون، با توجه به وضعیت نظام اداری، شدنی نیست و اجرای قانون را با تأخیر مواجه می‌سازد. فارغ از اینکه دلیل اصلی این نقیصه عدم مشارکت مؤثر یا عدم موافقت دولت در فرایند تدوین طرح شفافیت و تصویب آن در مجلس و عدم تناسب قانون با اقتضائات اجرایی آن (ابریشمی‌راد و اسدی‌اوجاق، ۱۴۰۱: ۱۲۵) بوده است، با عنایت به تأکید مقرر در جزء ۱ بند ۹ سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری مبنی بر «قابل اجرا بودن قانون» و به لحاظ واقعیت‌های موجود و لزوم مقررات‌گذاری دولت برای نحوه اجرای این تکلیف حساس و جرم‌انگاری موضوع ماده ۵ قانون، ضروری بود قانون‌گذار مهلت معتناهایی به هیئت وزیران اعطا می‌کرد تا، با فراهم شدن بسترهای مورد نیاز برای این موضوع، قانون به نحو کامل و به‌هنگام اجرا می‌شد. با لحاظ مطالب بیان‌شده، در ماده ۵ قانون شفافیت سه رفتار «عدم اجرا»، «اجرای ناقص»، و «انتشار اطلاعات مغایر مفاد قانون» جرم‌انگاری شده است که در این بند مفهوم و ابهامات هر یک از این موارد به منزله رکن مادی جرم و برخی ابعاد دیگر جرم و مسئولیت کیفری موضوع ماده ۵ قانون یادشده مورد واکاوی قرار می‌گیرد و نظرات و پیشنهادهای لازم در این زمینه ارائه می‌شود.

۲-۷-۱. رفتار مجرمانه

الف) عدم اجرا یا اجرای ناقص قانون: عدم اجرای قانون به معنای عدم اجرای ماده ۳ قانون شفافیت در زمینه انتشار مشروح مذاکرات هیئت وزیران است؛ طوری که مجری قانون اصولاً اقدام به عمل نکند و قانون را بدون اجرا گذارد و هیچ محتوایی را با عنوان مشروح مذاکرات دولت یا کمیسیون‌های آن منتشر نکند. اجرای ناقص تکالیف مقرر در ماده ۳ قانون شفافیت به معنای انتشار ناقص مذاکرات دولت است. بنابراین عدم انتشار برخی از مذاکرات دولت، اعم از عدم انتشار کل جلسه یا بخش‌هایی از جلسه، مصداق اجرای ناقص قانون است. با این حال،

در خصوص اینکه تأخیر در انتشار مشروح مذاکرات دولت (خارج از مهلت یک‌ماهه) نیز نوعی عدم اجرا یا اجرای ناقص قانون است یا خیر حکم قانون دارای اجمال است. اما، با لحاظ اصول تفسیری قوانین کیفری، به نظر می‌رسد این رفتار جرم محسوب نمی‌شود.

ب) انتشار اطلاعات مغایر قانون: در ماده ۵ قانون، منظور از «انتشار اطلاعات مغایر مفاد این قانون» مبهم است. با توجه به اینکه تعریف مشخصی از مشروح مذاکرات در دسترس نیست و مرجع ذی صلاح در دولت با توجه به مجری بودن قانون و حسب برداشت خود از حکم مقرر می‌تواند مشروح مذاکرات را تنظیم و منتشر کند، آیا مرجع نظارتی یا قضایی می‌تواند به برداشت کارگزاران مجری قانون اشکال بگیرد و با این استدلال که متن منتشره در پایگاه اطلاع‌رسانی دولت صرفاً یک گزارش از روند جلسه دولت است و مشروح مذاکرات محسوب نمی‌شود آن را مستوجب تعقیب کیفری بدانند؟ همچنین آیا «انتشار اطلاعات مغایر مفاد قانون» به معنای انتشار مذاکرات غیر قابل انتشار نیز هست؟ به دیگر سخن، اگر مشروح مذاکرات مربوط به حیثیت اشخاص منتشر شود، آیا این عمل مشمول کیفر موضوع ماده ۵ قانون خواهد بود؟ در صورت مثبت بودن پاسخ، با توجه به اینکه در ماده ۳ قانون مجازات انتشار و افشای اسناد محرمانه و سری دولتی، مصوب ۱۳۵۳، مجازات انتشار مذاکرات محرمانه مشخص شده است، در خصوص اینکه کدام یک از این دو حکم مقدم و مؤخر ملاک تعقیب کیفری خواهد بود نیز ابهام وجود خواهد داشت.

از سوی دیگر، در خصوص اینکه آیا انتشار اطلاعات نادرست مشمول عنوان مجرمانه «انتشار اطلاعات مغایر مفاد قانون» می‌شود ابهام وجود دارد. مثلاً، در صورتی که صحبت‌های نادرست به نقل از اعضای دولت در مشروح مذاکرات بیان شود، در خصوص اینکه بتوان این اقدام را مصداق اطلاعات مغایر قانون محسوب کرد و مستوجب کیفر مندرج در قانون شفافیت دانست یا آن را با سایر عناوین مجرمانه، مانند نشر اکاذیب (موضوع مواد ۶۹۸ و ۷۴۶ قانون تعزیرات) یا جعل موضوع ماده ۵۳۴ قانون تعزیرات، منطبق کرد یا اینکه اصولاً این عمل را فاقد وصف کیفری نامید ابهام وجود دارد. در این میان، می‌توان گفت اطلاق عبارت «اطلاعات مغایر این قانون» شامل اطلاعات نادرست (اعم از مجعول یا تحریف شده یا غیر واقعی) است و مراجعه به سایر مفاد قوانین و عناوین کیفری در جایی است که با منطوق و مفهوم قانون خاص (در اینجا قانون شفافیت) نتوان ابهام قانون را برطرف کرد. به نظر می‌رسد، انتشار اطلاعات نادرست در

مشروح مذاکرات دولت مضمون عنوان مجرمانه «اطلاعات مغایر قانون» است.

۲-۷-۲. مرتکب یا مستنکف

منظور از مرتکب انجام‌دهنده یک رفتار مجرمانه است و منظور از مستنکف خودداری‌کننده (تارک) یک امر قانونی است. با وجود بدیهی بودن ظاهری این دو مفهوم، در جرم عدم انتشار مذاکرات دولت این ابهام قابل طرح است که در صورتی که مشروح مذاکرات دولت منتشر نشود یا مفادی ناقص از مشروح مذاکرات دولت منتشر شود و متعاقباً مرجع نظارتی یا قضایی ذی‌ربط این روند را خلاف قانون اعلام کند، با لحاظ ضوابط مربوط به مسئولیت کیفری (موضوع فصل اول بخش چهارم قانون مجازات اسلامی)، از میان دفتر هیئت دولت، هیئت وزیران، نهاد ریاست‌جمهوری، یا اشخاص حقیقی ذی‌مدخل در فرایند انتشار مذاکرات در این مراجع مرتکب جرم کیست؟ در این رابطه، با توجه به اینکه انتشار مذاکرات متضمن انجام دادن چند مرحله پیش از انتشار نهایی است و اشخاص متعددی در این فرایند نقش‌آفرین هستند، به نظر می‌رسد صرفاً آن اشخاصی که باید دستور انتشار را صادر کنند، در صورت خودداری از این عمل، مسئولیت کیفری خواهند داشت و نمی‌توان مقامات مرکزی سازمان اداری کشور را در این زمینه دارای مسئولیت کیفری دانست (عبداللهی و فرازمهر، ۱۳۹۸: ۲۶۶). زیرا، با توجه به تبصره ماده ۲۰ قانون مجازات اسلامی، مجازات موضوع این ماده در مورد اشخاص حقوقی دولتی یا عمومی غیر دولتی در مواردی که اعمال حاکمیت می‌کنند اعمال نمی‌شود. بنابراین، با تنقیح مناط از جرم عام جلوگیری از اجرای قوانین مملکتی موضوع ماده ۵۷۶ قانون تعزیرات، منظور از مرتکب یا مستنکف در ماده ۵ قانون شفافیت صرفاً اشخاص حقیقی، اعم از صاحب‌منصبان و مستخدمان و مأموران دولتی، هستند.

در مجموع با توجه به ابهاماتی که در زمینه دستگاه مجری انتشار، مفهوم مشروح مذاکرات، پایگاه اطلاع‌رسانی انتشار مذاکرات، گستره زمانی اجرای قانون، و نیز نحوه پالایش مذاکرات غیر قابل انتشار مطرح شد ضروری است این ابهامات با استفسار از مجلس یا تصمیم‌گیری هیئت وزیران برطرف شود تا زمینه تعقیب کیفری مرتبطان با این موضوع فراهم نشود و تا زمان ابهام‌زدایی و بسترسازی تقنینی و اجرایی مجلس و هیئت وزیران برای این منظور اقدام بر اساس قاعده تفسیر مضیق قوانین در جهت تفسیر به نفع متهم راهگشا خواهد بود.

نتیجه‌گیری

به‌رغم تأکید مقرر در جزء‌های ۱ و ۲ بند ۹ سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری، مبنی بر «قابل اجرا بودن قانون» و «شفافیت و عدم ابهام در قانون‌نویسی و قانون‌گذاری»، مفاد قانون شفافیت با چالش‌های اجرایی متعددی روبه‌رو است. به لحاظ اجرایی، با توجه به نوآورانه بودن الزام به انتشار مشروح مذاکرات دولت و کمیسیون‌های آن و عدم تجربه در این زمینه و فراهم نبودن امکانات و اعتبارات مصوب در قانون بودجه و ساختار و نیروی انسانی کافی برای این منظور و ضرورت برنامه‌ریزی و مطالعه ابعاد حساس و گوناگون آن، اجرای مفاد قانون (که واجد تکالیف دیگری نیز هست) بلافاصله بعد از لازم‌الاجرا شدن قانون قابل تحقق به نظر نمی‌رسد و مناسب بود مهلتی برای اجرای آن به هیئت وزیران اعطا می‌شد. علاوه بر فقدان بستر اجرایی قانون، دست‌کم هفت ابهام در خصوص «مفهوم مشروح مذاکرات»، «مجری قانون»، «گستره زمانی اجرای قانون»، «مرجع و نحوه تشخیص مذاکرات غیر قابل انتشار»، «امکان انتشار مذاکرات پالایش‌شده در زمان دیگر»، «پایگاه انتشار مذاکرات»، و «حدود مسئولیت کیفری» در زمینه نحوه انتشار صحیح و کامل مشروح مذاکرات دولت وجود دارد که این نواقص تقنینی اجرای قانون را با معاذیری مواجه می‌سازد. بنابراین پیشنهاد می‌شود هیئت وزیران این موارد را از مجلس شورای اسلامی استفسار کند یا حسب تفسیر اجرایی خود از قانون، در چارچوب یک مقرر، فرایند عملیاتی‌سازی انتشار مشروح مذاکرات خود را مشخص کند.

یادداشت‌ها

۱. مثلاً، مطابق ماده ۲۹ آیین‌نامه داخلی شورای عالی استان‌ها، مصوب ۱۳۸۴، مذاکرات کامل هر جلسه علنی و مصوبات ثبت و ضبط می‌شود و انتشار آن در مطبوعات و رسانه‌های گروهی جهت اطلاع عموم بلامانع است.

۲. مثلاً، به استناد بند «الف» ماده ۱۱ قانون بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۴۰۲، اصل در مذاکرات و مصوبات هیئت عالی و سایر ارکان بانک مرکزی غیر محرمانه بودن و انتشار عمومی آن‌هاست. بانک مرکزی «موظف است» مشروح مذاکرات و مصوبات هیئت عالی را نهایتاً تا ده روز کاری پس از برگزاری جلسه از طریق پایگاه اطلاع‌رسانی خود منتشر کند.

۳. از جمله طبق ماده ۱۶ آیین‌نامه داخلی شورای عالی انقلاب فرهنگی، مصوب ۱۴۰۲، مشروح مذاکرات شورای عالی در همه اشکال - اعم از کتبی، الکترونیکی، صوتی، تصویری - دارای طبقه‌بندی حفاظتی است و مشروح مذاکرات این شورا به منظور استناد و بهره‌برداری ضبط و تدوین و با رعایت ملاحظات امنیتی در دبیرخانه نگهداری می‌شود. بهره‌برداری از آن‌ها برای اعضای شورای عالی در صورت ضرورت با هماهنگی دبیرخانه و تکثیر و خروج آن‌ها نیز با مجوز دبیر شورای عالی بلامانع است. همچنین به موجب ماده ۸ آیین‌نامه داخلی شورای عالی فضای مجازی کشور، مصوب ۱۳۹۱، مشروح مذاکرات شورا دارای طبقه‌بندی حفاظتی است و مرجع آن دبیر است. بهره‌برداری از این اسناد برای اعضای شورا مشروط به حفظ طبقه‌بندی بلامانع است. طبق ماده ۳۸ آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان، مصوب ۱۳۷۹، کلیه مذاکرات روی نوار ضبط و سپس مکتوب می‌شود و حداکثر ظرف پنج روز در اختیار اعضا قرار می‌گیرد.

4. <http://www.pcm.gov.lb/arabic/subpg.aspx?pageid=27>

5. <https://uaecabinet.ae/ar/cabinet-mandate/>

6. https://www.moj.gov.iq/upload/images/766740_4533.pdf

7. <https://www.shura.gov.sa/wps/wcm/connect/shuraarabic/internet/laws+and+regulations/the+basic+law+of+government/council+of+ministers+law>

۸. طبق این ماده، هر یک از کارکنان سازمان‌های اشاره‌شده در ماده ۱ یا اشخاص دیگر که اطلاعات یا مذاکرات یا تصمیمات سری و محرمانه دولتی را به نحوی از انحا به کسی که صلاحیت اطلاع بر آن را ندارد بدهد یا موجبات افشا یا انتشار آن‌ها را فراهم کند مرتکب عمل در حکم افشا یا انتشار اسناد سری یا محرمانه دولتی شده است.

۹. مطابق قانون آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی، مواردی که باید در مشروح مذاکرات جلسه علنی و غیر علنی مجلس ثبت شود و نیز نحوه تدوین، چاپ، انتشار، و نگهداری آن‌ها به وضوح و البته به صورت پراکنده در مواد مختلف قانون (از جمله با رعایت مواد ۱۰۲ و ۱۱۲ قانون یادشده) آمده است و حتی در نظر تفسیری مورخ ۱۳۵۹/۱۱/۰۸ شورای نگهبان از اصل ۶۹ قانون اساسی بر ضرورت انتشار گزارش کامل مذاکرات مجلس شورای اسلامی از طریق «رادیو» و «روزنامه رسمی» تأکید شده است که این به معنای آن است که مشروح مذاکرات مجلس باید به صورت شنیداری و نوشتاری منتشر شود. مشاهده مشروح مذاکرات مجلس قابل دسترسی در <https://www.rrk.ir/Laws/?CatCode=64> است.

۱۰. قابل دسترسی در: <https://www.cbi.ir/datedlist/30338.aspx>

۱۱. قابل دسترسی در: <https://dotic.ir/cat/18>

۱۲. مثلاً، مطابق تبصره ۱ ماده ۸ آیین‌نامه داخلی شورای عالی فضای مجازی کشور، مصوب ۱۳۹۱، خلاصه صورت جلسه مذاکرات و نیز مصوبات هر جلسه شورای عالی برای اعضای شورا، به گونه‌ای که حداکثر تا یک هفته پس از جلسه به دست اعضا برسد، ارسال می‌شود و رعایت طبقه‌بندی و حیطه‌بندی آن برای اعضا الزامی است. در صورتی که هر یک از اعضا در خلاصه مشروح مذاکرات مطلبی برخلاف اظهار نظر ایشان ببینند می‌توانند درباره همان مورد در جلسه رسمی تذکر دهند تا اصلاح شود.
۱۳. مطابق بند ۳-۳ نظر مورخ ۱۴۰۱/۰۳/۲۳ شورای نگهبان، «اطلاق حکم مذکور در ماده ۳ و تبصره آن نسبت به موارد دارای جنبه امنیتی یا مواردی که انتشار آن‌ها خلاف منافع و مصالح ملی است مغایر بند ۱۰ اصل سوم قانون اساسی شناخته شد» (مندرج در سامانه جامع نظرات شورای نگهبان، به نشانی <http://nazarat.shora-rc.ir>).
۱۴. در ماده ۲۹ قانون مطبوعات نیز انتشار مذاکرات غیر علنی مجلس شورای اسلامی ممنوع است و در صورت تخلف طبق نظر حاکم شرع و قانون تعزیرات با مرتکب رفتار خواهد شد.
۱۵. در گزارش پژوهشکده شورای نگهبان در خصوص ماده ۳ طرح شفافیت قوای سه‌گانه، دستگاه‌های اجرایی، و سایر نهادها، در توجیه نظر مغایرت مصوبه، اعلام شده است با توجه به اینکه ممکن است مثلاً موضوع بررسی در هیئت وزیران چگونگی برخورد طرف ایرانی در مذاکرات هسته‌ای باشد یا در خصوص یکی از مسائل امنیتی گزارشی از سوی مقامات ذی‌ربط به هیئت وزیران ارائه شده باشد اطلاق حکم ماده ۳ از این حیث که مقید به رعایت موارد امنیتی و مصالح ملی نشده است مغایر با نظام اداری صحیح موضوع بند ۱۰ اصل ۳ قانون اساسی است (پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۴۰۱:۱۴).
۱۶. مطابق تبصره ۲ ماده ۱۰ آیین‌نامه یادشده، تشخیص رفع شرایط اضطراری برای انتشار مذاکرات و مصوبات جلسات غیر علنی برای اطلاع عموم با مجلس است که با پیشنهاد حداقل ده نفر از نمایندگان و مذاکره به نحو مقرر در همین ماده در جلسه غیر علنی و تصویب اکثریت حاضران در مجلس عملی می‌شود.

17. <https://cabinetoffice.ir/>

18. <https://dolat.ir/>

19. <https://president.ir/>

منابع

کتاب

- انصاری، ب. (۱۳۹۷). حق دسترسی به اطلاعات. تهران: دفتر مطالعات و برنامه‌ریزی رسانه‌ها.
- دهخدا، ع.ا. (۱۳۹۰). لغت‌نامه؛ فرهنگ متوسط دهخدا. دانشگاه تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ. ج ۲.
- رینرسون، آ.ج. (۱۳۹۹). قانون‌نویسی گام‌به‌گام. مترجم: آزاده عبداله‌زاده شهربابکی. تهران: سمت.
- زانتاکی، ه. (۱۴۰۱). قانون‌نویسی: هنر و فناوری قواعد تنظیم‌گری. مترجم: حسن و کیلیان. تهران: سمت.
- صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۶۴). تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی. ج ۱ - ۴.
- عبدالله‌زاده شهربابکی، آ. (۱۴۰۰). درآمدی بر کیفیت قانون. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- عمید، ح. (۱۳۸۹). فرهنگ فارسی عمید (جیبی). ویراستار: عزیزالله علی‌زاده. تهران: راه رشد.
- فراهانی، م.ص. (۱۴۰۱). سیاست‌های کلی قانون‌گذاری؛ تحلیل محتوا و سازوکارهای اجرا. تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
- کاتوزیان، ن. (۱۳۹۰). مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- نریمانی، م. و سلیم، ع. و بادامچی، ع. (۱۴۰۳). تاریخ شفاهی دفتر هیئت دولت (مدیریت دانش). تهران: شرکت چاپ و نشر بازرگانی.
- نفیسی (ناظم‌الاطباء)، ع. (بی‌تا). فرهنگ نفیسی. تهران: کتاب‌فروشی خیام. ج ۵.

مقالات

- ابریشمی‌راد، م.ا. و اسدی‌اوجاق، ن. (۱۴۰۱). مهم‌ترین علل قابل اجرا نبودن قوانین در نظام حقوقی ایران. دانش حقوق عمومی، ۱۱(۳۵)، ۱۱۹ - ۱۴۴.
- احمدی‌زمانی، ر. (۱۳۸۰). معرفی مشروح مذاکرات مجلس. پیام بهارستان، ۱۰، ۱۱ - ۱۵.
- آزاده‌تفرشی، ف. (۱۳۸۴). مشروح مذاکرات مجلس و طرح الکترونیکی کردن آن از ابتدا تاکنون. پیام بهارستان، ۵۷، ۲ - ۴.

- تهرانی، م.ر. (۱۳۷۷). اسناد تاریخی (اسناد منحصربه‌فرد منتشر نشده درباره دارالشورای کبری - مجلس دربار اعظم - در سه بخش) (۱). *ایران‌شناسی*، ۱۰(۴)، ۸۲۵ - ۸۲۶.
- سیمایی صراف، ح.، و پورمحمدی، ر. (۱۴۰۲). جایگاه تاریخ تقنینی در تفسیر حقوقی. *دادگستری*، ۱۷(۱۲۳)، ۷۵ - ۹۴.
- عبداللهی، ا.، و فرازمهر، ج. (۱۳۹۸). امکان اعمال ضمانت اجراهای کیفری در مورد اشخاص حقوقی حقوق عمومی. *پژوهش حقوق کیفری*، ۱۷(۲۶)، ۲۵۱ - ۲۸۴.
- فارمر، ل. (۱۳۹۷). قانون‌گذاری کیفری. مترجمان: جوان‌جعفری. ع. و میربازل، س. و خدادادی، س.ب. *پژوهش‌های حقوقی*، ۱۷(۳۳)، ۲۵۳ - ۲۷۶.
- قهرمانی، غ.، شریف‌شاهی، م.، و احمدی، س.م. ص. (۱۴۰۱). اعلام طبقه‌بندی و خروج از محرمانگی اسناد اداری در پرتو حق دسترسی به اطلاعات در نظام حقوقی ایران و ایالات متحده آمریکا. *حقوق عمومی*، ۲۴(۷۶)، ۱۸۳ - ۲۱۳.
- مؤذن‌زادگان، ح.، و رهدارپور، ح. (۱۳۹۷). اصل شفافیت قانون و جایگاه آن در رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر و حقوق کیفری ایران. *دیدگاه‌های حقوق قضایی*، ۲۳(۸۱)، ۱۹۳ - ۲۲۰.
- خواجه نائینی، ع. و نریمانی، م. و صاحبکار، م. و لطفی، ا. (۱۴۰۳). بررسی تطبیقی نقش و کارکرد دفاتر هیئت دولت در کشورهای مختلف. *تحقیقات حقوقی*، ۲۷(۳)، ۱۷۸-۱۵۷.
- هداوند، م.، و یحیی‌زاده، ج. (۱۴۰۱). شفافیت اداره و مبانی موجه‌ساز تحدید آن (مطالعه موردی: قانون زیر نور خورشید ایالات متحده آمریکا). *پژوهش‌های نوین حقوق اداری*، ۴(۱۱)، ۹۱ - ۲۱۸.

گزارش‌ها

- پژوهشکده شورای نگهبان. نظرات استدلالی شورای نگهبان در خصوص طرح شفافیت قوای سه‌گانه، دستگاه‌های اجرایی و سایر نهادها. ۱۴۰۱۰۳۲۴. *مندرج در: سامانه جامع نظرات شورای نگهبان*، به نشانی <http://nazarat.shora-rc.ir>
- جلیلی کناری، م. (۱۴۰۳). ارزیابی قوانین، لوایح، و طرح‌های متناظر با موضوع شفافیت. مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی. ۱۹۸۸۴.
- صابری‌دمنه، ع. (۱۴۰۱). اظهارنظر کارشناسی درباره طرح شفافیت قوای سه‌گانه، دستگاه‌های

اجرایی، و سایر نهادها. ۲۴۰۱۸۴۷۶. مندرج در: سامانه طرح‌ها و لوایح مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، به نشانی https://rc.majlis.ir/fa/legal_draft محمدی، ح.، و صابری‌دمنه، ع. (۱۴۰۲). مبانی و ابعاد شفافیت قوای سه‌گانه. مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی. ۱۹۵۸۴.

مذاکرات مراجع شورایی

خلاصه مذاکرات مجلس شورای اسلامی. مندرج در: پایگاه ملی اطلاع‌رسانی قوانین و مقررات کشور، به نشانی <https://dotic.ir/cat/18> مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی. مندرج در: پایگاه اطلاع‌رسانی روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، به نشانی <https://www.rrk.ir/Laws/?CatCode=64> مشروح مذاکرات هیئت عالی بانک مرکزی. مندرج در: پایگاه اطلاع‌رسانی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، به نشانی <https://www.cbi.ir/datedlist/30338.aspx> مشروح مذاکرات شورای نگهبان. مندرج در: پایگاه اطلاع‌رسانی پژوهشکده شورای نگهبان، به نشانی <http://nazarat.shora-rc.ir/Forms/frmMashroohMozakerat.aspx>

References

Books

- Ansari, b. (2018), *Right to Access to Information*, Tehran: Office of Media Studies and Planning.
- Dehhoda, A. (2011). *Loghatnameh; Farhange Motevassete Dehhoda*, University Of Tehran: Publishing and Printing Institute. Vol.2. (in Persian)
- Rynearson-A.J. (2020). *Qanungozari Gam-be-Gam, Legislative drafting: Step-by-Step, translated by Azadeh Abdulahzadeh Shahrabaki*. Tehran: Samt. (in Persian)
- Xanthaki, H. (2022). *Qanun Nevisi: Honar va Fanavari Qavaed Tanzimgari, Drafting legislation: Art and Technology of Rules for Regulation*, translated by Vakilian-Hassan. Tehran: Samt. (in Persian)
- Abdulahzadeh Shahrabaki, A. (2019). *Daramadi bar keifiate Qanun*. Tehran: Sherkate sahamie Enteshar. (in Persian)
- Amid. H. (2010). *Farhange Farsie Amid (jibi)*, Editor: Azizollah Alizadeh, Tehran: Rahe roshd. (in Persian)
- Kaatzuzian, N. (2011). *Moghadameye Elme Hoquq va Motalee dar nezame Hoquqiye Iran*, Tehran: Sherkate sahamie Enteshar. (in Persian)
- Farahani, M.S. (2020). *Siasathaye kolie Qanungozari:Tahlile Mohtava va Sazokarhaye Ejra, Tehran: Pazhuheshkadeye Shoraye Negahban*. (in

Persian)

Surate Mashruhe Mozakerate Majlese Barresie nahayie Qanune Asasie Jomhuri Eslamie Iran. (1985). Edare kole omure farhani va ravabet omumie majlese shoraye eslami, Vol. 1-4. (in Persian)

Nafisi (Nazemolatabba), A. (un known). *Farhange Nafisi*, first edition, Ketabforushie Khayam, Vol. 5. (in Persian)

Articles

Azadeh tafreshi, F. An Explanation of the Parliament's Deliberations and its Electronic Plan from the Beginning until now, *Payam Baharestan*, (57), 2-4. (in Persian)

Abrishami Rad, M.A, Asadi Oojagh, N. (2022). The most important reasons for the non-enforcement of laws in the Iranain legal system, *Quarterly Journal of Public Law Knowledge*, 11 (35), 119-144

Ahmadi Zamani, R. (2001). Introduction to the Deliberations of the Parliment, *Payam Baharestan*, 10, 11-15. (in Persian)

Tehrani, M.R. (1998). Historical documents (unique unpublished documents about Dar al-Shorai Kobra - Majlis Darbar Azam - in three parts) (1), *Iranian Studies Journal*, 10 (4), 825-826. (in Persian)

Simai Saraf, H. and Pourmohammadi, R. (2023). Role of Legislative History in Legal Interpretation, *The Judiciarys Law Journal*, 87 (123), 75-94.

Abdullahi, A. and Farazmehr, J. (2018). Possibility of Criminal Sanctions on Legal Persons of Public Law, *Journal of Criminal Law Research*, 7, (26), 251-284.

Farmer, L. (2018). Criminal legislation, translators: Javan Jafari. A. and Mirbazel, S. Khodadadi, S.B, *Legal Research*, 17, (33), 253-276.

Gahrani, G., Sharif Shahi, M. , Ahmadi, S.M. p. (1401). Declaration, Classification, and Declassification of Administrative Documents in Light of Right of Access to Information in Iran and the U, S, Legal Systems, *Public Law Research*, 24 (76), 183-213.

Moazenzadegan, H. and Rahdarpour, H. (2018). Transparency of Law Principle and its Position in the European Court of Human Rights Procedure and Iranian Criminal Law, *The Quarterly Journal of Judicial Law Views*, 23, (81), 193-220.

Hadavand, M. and Yahyazadeh, G. (2022). Transparency of Administration and its Justifying Principles and Resources; A Case Study of the United States Government under Sunshine Act, *Journal of Modern Research on Administrative Law*, 4, (11), 218-91.

Reports

Guardian Council Research Institute. Argumentative opinions of the Guardian Council regarding the transparency bills of the three powers, executive bodies and other institutions, 14010324, contained in: Comprehensive system of opinions of the Guardian Council at

<http://nazarat.shora-rc.ir/>

Jalili Kenari, M. (2024). Evaluation of laws, bills and plans corresponding to the topic of transparency, Research Center of the Islamic Council, 19884.

Saberi Demneh, A. (2022). Expert opinion on the transparency plan of the three powers, executive bodies and other institutions, 24018476, contained in: System of Plans and Bills of the Research Center of the Islamic Council, at https://rc.majlis.ir/fa/legal_draft

Mohammadi, H. and Saberi Demneh, A. (1402). Basics and dimensions of the transparency of the three powers, Research Center of the Islamic Council, 19584.

Negotiations of council authorities

Summary of the deliberations of the Islamic Council, contained in: the national information base of the country's laws and regulations, at <https://dotic.ir/cat/18>

The details of the deliberations of the Islamic Council, contained in: the information base of the official newspaper of the Islamic Republic of Iran, at <https://www.rrk.ir/Laws/?CatCode=64>.

The details of the deliberations of the Central Bank's Supreme Board, contained in: the information base of the Central Bank of the Islamic Republic of Iran, at <https://www.cbi.ir/datedlist/30338.aspx>.

The detailed discussion of the Guardian Council, contained in: Information base of the Research Institute of the Guardian Council, at <http://nazarat.shora-rc.ir/Forms/frmMashroohMozakerat.aspx>.

تحلیل حقوقی رویکردهای شورای نگهبان در زمینه تأمین مالی از طریق استقراض خارجی



حمیدرضا امرایی^۱ ID، مصطفی مسعودیان^۲ ID

۱. کارشناس ارشد فقه و حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه شاهد، تهران، ایران

۲. استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه شاهد، تهران، ایران

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۹/۱۱ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۱/۰۸

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: [10.22034/qjplk.2025.2089.1873](https://doi.org/10.22034/qjplk.2025.2089.1873)

چکیده

یکی از روش‌های مهم تأمین مالی برای اجرای طرح‌های کلان در کشور و جلوگیری از کسری بودجه استقراض خارجی است. استقراض خارجی همواره در مصوبات گوناگون، از جمله لوایح بودجه سالیانه کشور و لایحه برنامه پنج‌ساله توسعه، مورد توجه مجلس شورای اسلامی نیز بوده است. شورای نگهبان، در مقام نظارت، گاهی این مصوبات را در همان مرحله اول تأیید کرده و گاهی اطلاق این استقراض را به دلیل شمول بر قرض ربوی مغایر شرع شناخته و با توجه به اصرار مجلس بر مصوبه خود موضوع، طبق اصل ۱۱۲ قانون اساسی، به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارجاع شده و مجمع، در نهایت، نظر مجلس را تأیید کرده است. این پژوهش به روش توصیفی-تحلیلی ضمن بررسی این مصوبات و تحلیل مبانی رویکردهای مختلف شورای نگهبان درباره آن‌ها بدین نتیجه رهنمون شد که با عنایت به فتوای امام خمینی^(ره) و مقام معظم رهبری بر جواز استقراض ربوی به قصد نپرداختن سود امکان تأیید مصوبات مشتمل بر استقراض خارجی به حکم اولی وجود دارد. توجه به این مهم می‌تواند، ضمن ایجاد وحدت رویه در شورای نگهبان در خصوص استقراض خارجی، قانون‌گذار را از صدور احکام ثانوی و ملزم شدن به لوازم آن همچون ارجاع متعدد مصوبات به مجمع تشخیص مصلحت نظام و نیز موقتی بودن این احکام و لزوم تمدید بی‌درپی آن‌ها بی‌نیاز کند.

کلیدواژگان: استقراض خارجی، بودجه، تأمین مالی، ربا، شورای نگهبان.



مقدمه

امروزه یکی از دغدغه‌های اصلی متولیان بودجه‌ریزی در هر کشور، به‌ویژه کشورهای در حال توسعه، موضوع تأمین مالی و شیوه‌های دستیابی به آن است. به طور کلی، تأمین مالی خارجی می‌تواند در دو قالب استقراض از بانک‌های خارجی و مؤسسات مالی بین‌المللی یا به صورت سرمایه‌گذاری خارجی انجام شود. بنابراین، یکی از روش‌های مهم تأمین مالی برای اجرای طرح‌های کلان در کشور و جلوگیری از کسری بودجه استقراض خارجی است.

با توجه به تحریم‌های گسترده اقتصادی علیه جمهوری اسلامی ایران، مجلس شورای اسلامی به منظور تأمین بخشی از هزینه‌ها و اجرای طرح‌های کلان در کشور همواره در مصوبات گوناگون یکی از شیوه‌های تأمین مالی را استقراض از دولت‌های خارجی دانسته است. از طرفی، با عنایت به اینکه بنا بر استظهار شورای نگهبان اطلاق این استقراض شامل قرض ربوی است همواره یکی از چالش‌های بین مجلس و شورای نگهبان، به عنوان نهاد ناظر بر مصوبات مجلس، استقراض ربوی از بانک‌های خارجی بوده است. البته موضوع استقراض خارجی ممکن است چالش‌ها و ابهامات دیگری نیز داشته باشد که بررسی آن پژوهش مستقلی می‌طلبد. در هر حال، چالش یادشده در روند تصویب بسیاری از قوانین - همچون قوانین بودجه، قوانین برنامه پنج‌ساله توسعه، اساسنامه‌های دولت، طرح تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی، لایحه استفاده از منابع مالی خارجی - وجود داشته است.

مسئله‌ای که در اینجا وجود دارد آن است که نحوه مواجهه شورای نگهبان با این موضوع یکسان نبوده است؛ طوری که برخی از این مصوبات در مرحله اول تأیید و برخی دیگر با ایراد مغایرت مواجه شده‌اند و با اصرار مجلس بر مصوبه خود مجمع تشخیص مصلحت نظام در مورد آن‌ها تعیین تکلیف کرده است. بنابراین سؤالات مهمی که قابل طرح است آن است که مبانی رویکردهای متفاوت شورای نگهبان در زمینه استقراض ربوی از بانک‌های خارجی چیست؟ آیا تأیید این گونه از استقراض در برخی از مصوبات به دلیل وجود مصلحت در تأمین مالی و به عنوان ثانوی بوده است یا این مصوبات به حکم اولی^۱ تأیید شده‌اند؟ آیا مصوبات تأییدشده در مقایسه با سایر مصوباتی که مغایر با شرع شناخته شده‌اند ویژگی خاصی داشته‌اند یا اینکه این رویکرد متفاوت ناشی از تبدل نظر اعضای شورای نگهبان در این موضوع بوده است؟

گفتنی است تاکنون در خصوص استقراض ربوی تحقیقاتی انجام گرفته است، لیکن بخشی از این تحقیق‌ها ناظر بر بعد فقهی مسئله استقراض ربوی است؛ که از آن‌ها می‌توان به مقاله «امکان‌سنجی فقهی استقراض ربوی به قصد نپرداختن سود» اشاره کرد که در فصلنامه اقتصاد و بانکداری به چاپ رسیده است. همان‌گونه که عنوان این مقاله نشان می‌دهد، این مقاله صرفاً صبغه فقهی دارد و درصدد بیان ادله مشروعیت یا عدم مشروعیت استقراض ربوی به قصد نپرداختن سود با مراجعه به آیات و روایات و موازین کلی شرعی است و در آن از قوانین و مقررات مشتمل بر استقراض خارجی و مبانی رویکردهای شورای نگهبان در نظارت بر این‌گونه از مصوبات صحبت نشده است. اما بخش دیگر این تحقیقات در خصوص ماهیت حقوقی عقد قرض و اقسام استقراض است. این در حالی است که همان‌طور که بیان شد تمرکز اصلی این پژوهش بر بیان تحولات تقنینی موضوع استقراض خارجی و مبانی رویکردهای متفاوت شورای نگهبان درباره این موضوع است؛ که در پژوهش‌های مشابه منقح و تحلیل نشده است. بنابراین این نوشتار سعی دارد با رویکردی متفاوت، ضمن تبیین گفتمان شورای نگهبان در موضوع استقراض خارجی، مبانی رویکردهای موجود را تحلیل و بررسی کند. بدین منظور مطالب تحقیق در دو قسمت ارائه خواهد شد؛ در قسمت اول در دو بخش به تبیین رویکردهای شورای نگهبان در زمینه مصوبات مشتمل بر استقراض خارجی و مبانی هر یک از آن‌ها پرداخته می‌شود و در قسمت دوم رویکردهای موجود ارزیابی و نتیجه بحث بیان می‌شود.

۱. رویکردهای شورای نگهبان و مبانی آن

تبع انجام‌شده در خصوص مصوباتی^۲ که توسط مجلس بر مبنای اصل ۹۴ قانون اساسی به منظور بررسی عدم مغایرت با موازین شرع و قانون اساسی به شورای نگهبان ارسال شده و این مصوبات مشتمل بر استقراض خارجی است بیانگر اتخاذ دو رویکرد متفاوت، یعنی تأیید و اعلام مغایرت این مصوبات، است. در ادامه، به تناسب نوع رویکرد شورای نگهبان، این مصوبات دسته‌بندی و مبانی فقهی و حقوقی نظرات این شورا بررسی و تحلیل خواهد شد.

۱-۱. رویکرد مغایرت استقراض خارجی با موازین شرعی

بررسی نظرات شورای نگهبان بیانگر آن است که اکثر مصوبات مشتمل بر استقراض خارجی، به دلیل آنکه اطلاق استقراض شامل قرض ربوی نیز بوده است، مغایر با شرع شناخته شده است؛ چه آنکه طبق روایات، از جمله روایت فضاله بن عبید از پیامبر (ص) که فرمودند: «هر

قرضی که به شکلی از اشکال سودی را جلب و جذب کند ربا است.» (بیهقی، ۱۴۲۴، ج ۵: ۵۷۳)، دریافت سود در عقد قرض مستلزم ربا و حرام است. البته گاهی این مصوبات توسط مجلس یا هیئت وزیران اصلاح شده‌اند و گاهی با اصرار مجلس بر مصوبه خود مجمع تشخیص مصلحت نظام در مورد آنها تعیین تکلیف کرده است. در ادامه این مصوبات بررسی خواهد شد.

۱-۱-۱. لایحه بودجه سال ۱۳۸۰ کل کشور

یکی از مصوباتی که شورای نگهبان استقراض ربوی در آن را به دلیل شمول بر قرض ربوی مغایر با شرع دانسته است لایحه بودجه سال ۱۳۸۰ کل کشور است که در بند «ل» تبصره ۲۹ آن تأمین مالی از طریق اخذ تسهیلات خارجی بدین شرح پیش‌بینی شده بود:

«۱. در اجرای ماده ۸۵ قانون برنامه سوم اقتصادی، اجتماعی، و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران دولت مجاز است در سال ۱۳۸۰ با رعایت اهداف برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی، و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و مفاد این بند از طریق بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران نسبت به تأمین و تضمین منابع مالی از بازارهای سرمایه خارجی برای سرمایه‌گذاری مشروحه زیر تا مبلغ سه میلیارد و پانصد میلیون (۳/۵۰۰/۰۰۰/۰۰۰) دلار استفاده نماید.

۱. ۱. تأمین و تضمین تسهیلات خارجی تا مبلغ یک میلیارد و پانصد میلیون (۱/۵۰۰/۰۰۰/۰۰۰) دلار برای طرح‌هایی که تمامی پرداخت‌های مربوط به آنها اعم از بازپرداخت و هزینه‌های ذی‌ربط از محل صدور محصولات تولیدی همان طرح‌ها (بخش خصوصی، تعاونی، دولتی) صورت گیرد و پیش‌پرداخت از محل درآمدها یا سهمیه ارزی همان دستگاه انجام می‌شود. ...

۲. ۱. تأمین و تضمین تسهیلات خارجی تا مبلغ یک میلیارد (۱/۰۰۰/۰۰۰/۰۰۰) دلار برای سرمایه‌گذاری طرح‌هایی که توجیه فنی و اقتصادی و اولویت اجرای آنها به تصویب شورای اقتصاد خواهد رسید.

۳. ۱. مبلغ یک میلیارد (۱/۰۰۰/۰۰۰/۰۰۰) دلار جهت تأمین اعتبار ارز نقدی و ریالی اجرای طرح‌های عمرانی نیمه‌تمام و مهم کشور مذکور در برنامه‌های توسعه اقتصادی، اجتماعی، و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و به‌سازی شبکه راه‌آهن، تأمین آب، آب‌رسانی به شهرها و صنایع، ایجاد شبکه آبیاری و زه‌کشی، ایجاد و توسعه فاضلاب شهرها، برنامه‌های فصل

کشاورزی و منابع طبیعی، و تکمیل قطعات نیمه‌تمام و احداث قطعات باقی‌مانده شبکه راه‌های اصلی و بزرگ‌راه‌ها اختصاص تا با پیشنهاد سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور و تصویب هیئت‌وزیران بین برنامه‌های مذکور توزیع گردد. در داخل هر برنامه طرح‌های با پیشرفت فیزیکی بیشتر دارای اولویت خاص می‌باشند. بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران مکلف است برای تحقق این امر مبلغ یک میلیارد (۱/۰۰۰/۰۰۰/۰۰۰) دلار به صورت تسهیلات درازمدت دریافت و پس از تأمین نیازهای ارزی طرح‌های مذکور معادل ریالی باقی‌مانده را پس از فروش با نرخ واریزنامه‌ای به حساب مخصوص نزد خزانه واریز نماید.^۳

در جلسه بررسی این مصوبه، ابتدا اعضای شورا در خصوص اینکه ماهیت این تسهیلات قرض است یا خیر اتفاق نظر نداشتند و بعضی معتقد بودند با توجه به اینکه در اجزای سه‌گانه بند مورد بحث از واژه «تسهیلات» استفاده شده است ماهیت آن قرض نیست. چون تسهیلات غیر از قرض است. اما آیت‌الله جنتی تأکید می‌کند که اطلاق تسهیلات قرض (یا وام) را نیز شامل می‌شود که طبیعتاً به صورت ربوی خواهد بود (مشروح مذاکرات شورای نگهبان، جلسه ۱۳۷۹/۱۱/۱۳).

در نهایت، شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۷۹/۱۱/۱۳ اطلاق اجزای یادشده را در مصوبه مورد اشاره خلاف شرع تشخیص داد و اعلام کرد: «در جزءهای ۱-۱ و ۱-۲ و ۱-۳ بند «ل» تبصره ۲۹، که اخذ تسهیلات خارجی را اجازه داده است، چون اطلاق آن شامل اخذ مبالغ مذکور به صورت وام ربوی نیز می‌شود فلذا این اطلاق خلاف شرع است و باید به نحو مطلوب اصلاح شود».^۴ به‌رغم طرح این ایراد، مجلس در تاریخ ۱۳۷۹/۱۱/۱۶، ضمن اصرار بر مصوبه خود، آن را جهت تعیین تکلیف به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارسال کرد.^۵ مجمع نیز پس از بررسی مصوبه یادشده، در تاریخ ۱۳۷۹/۱۱/۲۳، مصوبه مجلس شورای اسلامی را عیناً مورد تأیید قرار داد.^۶

در نتیجه، اجزای درج‌شده در بند «ل» تبصره ۲۹، که شامل اخذ وام ربوی از کشورهای خارجی توسط دولت ایران می‌شد، اگرچه از باب عنوان اولی توسط شورای نگهبان مورد تأیید قرار نگرفت، با توجه به ارجاع موضوع به مجمع تشخیص مصلحت نظام و تأیید مصوبه مجلس توسط این مجمع، موضوع مورد بحث از باب عنوان ثانوی تأیید شد.

۱-۱-۲. لایحه بودجه سال ۱۳۸۴ کل کشور

نمونه‌ای دیگر از مصوباتی که بحث تأمین مالی از طریق استقراض خارجی در آن مطرح و

با ایراد شورا مواجه شد و در نهایت مجلس اقدام به اصلاح مصوبه خود کرد لایحه بودجه سال ۱۳۸۴ کل کشور است.

در تبصره‌های متعدد از این مصوبه موضوع «فاینانس» مطرح شده بود. مثلاً در بند الحاقی ۴ تبصره ۳ آمده بود: «به منظور افزایش ظرفیت ذخیره‌سازی گندم از طریق احداث سیلوهای استاندارد به دولت اجازه داده می‌شود برای احداث هفتصد و پنجاه هزار تن ظرفیت جدید از طریق فاینانس داخلی یا خارجی از محل منابع شرکت‌های دولتی ذی‌ربط اقدام نماید».^۷ فاینانس یا تأمین مالی عبارت است از استفاده از خطوط اعتباری برای دریافت وام از مؤسسات مالی بین‌المللی (نبی فیضی و همکاران، ۱۳۹۴: ۱۵۵). در این روش، مبلغ معینی از یک کشور یا مؤسسه به کشور دیگر قرض داده می‌شود و اصل وام همراه سود آن طی مدت زمان مشخص بازپرداخت می‌شود (کسمتی، ۱۳۸۱: ۸).

شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۸۳/۱۲/۲۳، ضمن ایراد مغایرت مصوبه با شرع، اعلام کرد: «بندهای (ت)، (ث) تبصره ۲، بند الحاقی ۴ به تبصره ۳ و بند ۹ جزء «ب» و بند الحاقی ۱ تبصره ۶ و جزءهای ۱ و ۲ بند «ذ» و بند «س» و بند الحاقی ۳ به تبصره ۱۱ از این جهت که اطلاق فاینانس شامل وام ربوی نیز می‌شود خلاف موازین شرع شناخته شدند».^۸ نکته قابل توجه در این مصوبه آن است که مجلس برخلاف مصوبه قبل، که بر آن اصرار ورزید، در نهایت، در تاریخ ۱۳۸۳/۱۲/۲۵، به منظور رفع ایراد شورا، عبارت «به شرطی مجاز است که شامل وام ربوی نباشد» را به انتهای بندهای فوق اضافه کرد و شورا نیز با توجه به اصلاحات به عمل آمده در همان تاریخ مصوبه را تأیید کرد و آن را مغایر با شرع ندانست.^۹

۱-۳. لایحه برنامه پنج‌ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی، و

فرهنگی جمهوری اسلامی ایران

در روند تصویب لایحه برنامه پنج‌ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی، و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران نیز بحث فاینانس مطرح شد. مجلس در تاریخ ۱۳۹۵/۱۰/۲۶ مواد زیر را تصویب کرد:

«ماده ۴. جهت تأمین حداقل دو و هشت دهم (۲/۸) واحد درصد از رشد هشت درصد (۸٪) اقتصاد از محل ارتقای بهره‌وری کل عوامل تولید و همچنین رشد سرمایه‌گذاری به میزان متوسط سالانه بیست و یک و چهار دهم درصد (۲۱٪/۴) در طول سال‌های اجرایی برنامه، کلیه

دستگاه‌های اجرائی با هماهنگی با دولت اقدامات زیر را به عمل آورند. مسئولیت اجرا بر عهده دولت می‌باشد:

۱. جهت‌گیری‌ها و سیاست‌های لازم برای تجهیز منابع مالی مورد نیاز سرمایه‌گذاری از جمله تأمین منابع مالی خارجی تا متوسط سالانه سی میلیارد دلار از خطوط اعتباری بانک‌های خارجی در قالب تأمین مالی خارجی (فاینانس) خودگردان، پانزده میلیارد دلار به شکل سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی، و بیست میلیارد دلار قراردادهای مشارکتی خارجی.

ماده ۶۹ الف) دولت مکلف است به منظور تکمیل و اجرای پروژه‌های حمل‌ونقل ریلی، دوخطه کردن مسیرها، و احداث خطوط برقی و سریع‌السیر، علاوه بر استفاده از تأمین مالی خارجی (فاینانس) و مشارکت‌های دولتی- خصوصی و افزایش اعتبارات این حوزه در بودجه سالانه، یک درصد (۱٪) منابع حاصل از فروش نفت و گاز سهم دولت را در قالب بودجه سالانه به وزارت راه و شهرسازی اختصاص دهد تا طرح‌های حمل‌ونقل ریلی با اولویت مناطق کمتر توسعه‌یافته اجرا گردد.^{۱۰}

در خصوص بند ۱ ماده ۴ این مصوبه بین اعضای مجمع مشورتی فقهی شورای نگهبان به عنوان مستشاران فقهی شورای نگهبان دو دیدگاه وجود داشته است. گروهی اطلاق فاینانس را به دلیل شمول آن نسبت به موارد ربوی خلاف شرع دانسته‌اند و عده‌ای در وجه عدم مغایرت این مصوبه اعتقاد داشتند که مراد از بند یادشده این است که دولت این برنامه را در لویح بودجه در نظر بگیرد و هنگام ارائه لایحه بودجه به لزوم رعایت ضوابط شرعی توجه شود.^{۱۱}

در این خصوص در جلسه ۱۳۹۵/۱۰/۲۹ شورای نگهبان این نکته مطرح شد که مجمع تشخیص مصلحت نظام قبلاً مجوز فاینانس را صادر کرده است؛^{۱۲} لیکن این اجازه تا پایان برنامه پنجم توسعه اعتبار داشته است. بنابراین در مورد مصوبه مورد بحث نیاز به اخذ مجوز مجدد از مجمع تشخیص مصلحت نظام است. در مقابل، آیت‌الله مدرسی یزدی پس از این توضیح که «در فاینانس خودگردان شخص وام را دریافت می‌کند و خود با آن سرمایه‌گذاری و فروش را انجام می‌دهد و سپس اصل و سود وام را از همین منبع می‌پردازد که این همان ربای محض است. چون وام‌دهنده اصلاً کاری به اینکه سرمایه‌اش چگونه رشد می‌کند ندارد و فقط وام را می‌دهد و سود و بهره‌اش را دریافت می‌کند.» اظهار داشت اگرچه اطلاق این مصوبه ایراد دارد، مطابق با مسئله سیزدهم باب قرض کتاب *تحریر الوسیله*^{۱۳}، راه‌حل دارد و نیازی

نیست که نمایندگان مجلس آن را برای تصویب به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارجاع دهند. بنابراین اگر دولت شرط زیاده را قصد نکند، هم عقد فاسد نخواهد بود هم حرامی صورت نگرفته است. در عمل نیز گرچه آن زیاده قهراً گرفته می‌شود، مانند جایی است که سارقی از شما سرقت کند (مشروح مذاکرات شورای نگهبان، جلسه ۱۳۹۵/۱۰/۲۹). به‌رغم این استدلال، شورای نگهبان اطلاق تأمین مالی خارجی (فاینانس) در این مصوبه را از جمله در بند ۱ ماده ۴ و بند «الف» ماده ۶۹ دربارهٔ مواردی که مستلزم ریاست خلاف موازین شرع شناخت.^{۱۴}

مجلس شورای اسلامی در تاریخ ۱۳۹۵/۱۱/۲۶ بر مصوبهٔ قبلی خود در بند ۱ ماده ۴ اصرار می‌کند. اما عبارت «استفاده از تأمین مالی خارجی (فاینانس)» را از بند «الف» ماده ۶۹ حذف می‌کند و پس از ایراد مجدد شورا در تاریخ ۱۳۹۵/۱۲/۰۷ به بند ۱ ماده ۴، مجلس در تاریخ ۱۳۹۵/۱۲/۱۴ طی نامه‌ای مسئله را به مجمع تشخیص مصلحت نظام جهت تعیین تکلیف ارجاع می‌دهد.^{۱۵} سرانجام، مجمع در تاریخ ۱۳۹۵/۱۲/۲۱ نظر خود را بدین شرح اعلام کرد: «استفادهٔ دستگاه‌های اجرایی از تسهیلات مالی خارجی با اولویت تأمین مالی اسلامی در طول برنامهٔ ششم در قالب قوانین بودجهٔ سنواتی مجاز است». همچنین در همان تاریخ، این مجمع بند ۱ ماده ۴ را بدین شرح اصلاح کرد: «جهت‌گیری‌ها و سیاست‌های لازم برای تجهیز منابع مالی مورد نیاز سرمایه‌گذاری، از جمله تأمین منابع مالی خارجی تا متوسط سالانه سی میلیارد دلار از خطوط اعتباری بانک‌های خارجی در قالب تأمین مالی خارجی (فاینانس) خودگردان با اولویت تأمین مالی اسلامی، پانزده میلیارد دلار به شکل سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی، و بیست میلیارد دلار قراردادهای مشارکتی خارجی».^{۱۶} بدین ترتیب، مجمع عبارت «با اولویت تأمین مالی اسلامی» را به این بند اضافه و مصوبهٔ مجلس را تأیید کرد.

بنابراین، تأمین مالی خارجی که در لایحهٔ برنامهٔ پنج‌ساله ششم توسعهٔ اقتصادی، اجتماعی، و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران پیش‌بینی شده بود، به‌رغم استحضار اعضای شورای نگهبان به مسئلهٔ سیزدهم باب قرض کتاب *تحریر الوسیله* و وجود راه‌حل شرعی از باب عنوان اولی، با ایراد مغایرت شرعی مواجه شد و در نهایت با توجه به اصرار مجلس بر مصوبهٔ خود و تأیید نظر مجلس توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام این مصوبه از باب عناوین ثانویه تأیید شد.

۱-۱-۴. اساسنامه‌های دولت

موضوع تأمین مالی از طریق استقراض خارجی در روند تصویب اساسنامهٔ تعداد زیادی از

شرکت‌های دولتی مانند شرکت‌های تولید نیروی برق یزد، شهید مفتاح، شهید رجایی، شهید سلیمی، آذربایجان، اصفهان، بندرعباس، تهران، خراسان، رامین، زاهدان، شازند، شاهرود، فارس، و لوشان نیز وجود داشته است.

هیئت وزیران در ماده ۲ و بند ۴ اساسنامه یادشده مقرر کرد: «ماده ۲. شرکت با رعایت مفاد اساسنامه و قوانین مربوط مجاز به اقدامات زیر می‌باشد: ... ۴. پیش‌فروش انرژی برق و نیز سایر روش‌های تأمین منابع مالی از منابع داخلی و خارجی، اخذ وام و تسهیلات مالی و اعتباری، عرضه اوراق مشارکت با اخذ مجوز از مراجع قانونی».^{۱۷}

در جلسه ۱۳۹۳/۰۴/۱۸ شورای نگهبان بعضی از اعضا اعتقاد داشتند: «با توجه به اینکه در صدر ماده این نکته ذکر شده است که شرکت با رعایت مفاد اساسنامه و قوانین مربوط مجاز به اقدامات زیر می‌باشد و قوانین مربوط نیز اجازه اخذ وام ربوی را نمی‌دهند، لذا بند ۴ با ایرادی مواجه نیست. چراکه هیئت وزیران این بند را مقید به رعایت قوانین کرده‌اند.» (مشروح مذاکرات شورای نگهبان، جلسه ۱۳۹۳/۰۴/۱۸). در ادامه یکی از فقها اظهار می‌کند: «با توجه به اینکه در عمل در چنین مواردی از ربا اجتناب نمی‌شود، لذا لازم است که به ربوی بودن وام در مصوبه تصریح شود.» (مشروح مذاکرات شورای نگهبان، جلسه ۱۳۹۳/۰۴/۱۸). پس از آن راجع به عبارت «منابع داخلی و خارجی» این نکته بیان می‌شود که اطلاق آن شامل ربای داخلی و خارجی می‌شود؛ لیکن از آنجا که در داخل کشور بر اساس قانون عملیات بانکی بدون ربا عمل می‌شود، اخذ وام از نظر قانونی اشکالی ندارد. اما در مورد وام‌های خارجی محل اشکال است (مشروح مذاکرات شورای نگهبان، جلسه ۱۳۹۳/۰۴/۱۸).

در ادامه این سؤال مطرح می‌شود که آیا اجازه‌ای که سابقاً مجمع تشخیص مصلحت نظام در برنامه پنجم توسعه جهت اخذ وام از خارج داده است شامل مصوبه مورد بحث نیز می‌شود یا خیر؟ در این خصوص بعضی از اعضای شورا با این استدلال که اجازه مجمع شامل همه مصوبات نمی‌شود بلکه موارد محدودی را در بر می‌گیرد و اینکه اطلاق بند مورد بحث در اساسنامه بعد از اتمام زمان اجرای برنامه پنجم توسعه را نیز شامل می‌شود معتقد بودند که اجازه مجمع شامل آن نخواهد بود (مشروح مذاکرات شورای نگهبان، جلسه ۱۳۹۳/۰۴/۱۸).

در نهایت، شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۹۳/۰۴/۲۹ چنین مقرر کرد: «در بند ۴ ماده ۲، اطلاق تجویز اخذ وام از جهت شمول نسبت به اخذ وام از منابع خارجی که مستلزم وام ربوی است

خلاف موازین شرع و احکام اولیه شناخته شد». هیئت وزیران در تاریخ ۱۳۹۳/۰۷/۲۷ بند یادشده را بدین شکل اصلاح کرد: «تأمین منابع مالی لازم، اخذ تسهیلات مالی-اعتباری، و عرضه اوراق مشارکت با رعایت موازین قانونی». در نهایت، شورای نگهبان اصلاحات انجام شده را رافع ایراد قبلی دانست و اساسنامه را در تاریخ ۱۳۹۳/۱۱/۱۲ تأیید کرد.^{۱۸}

بدین ترتیب، موضوع اخذ وام خارجی که در اساسنامه شرکت‌های یادشده پیش‌بینی شده بود، از باب عنوان اولی، مورد تأیید شورای نگهبان قرار نگرفت و اخذ چنین وام‌هایی توسط این شرکت‌ها کاملاً منتفی شد.

۱-۲. رویکرد عدم مغایرت استقراض خارجی با موازین شرعی

برخی از مصوباتی که مشتمل بر استقراض خارجی بوده‌اند به تأیید شورای نگهبان رسیده است. این مصوبات گاهی به عنوان اولی و گاهی به عنوان ثانوی تأیید شده است که در ادامه بررسی خواهد شد.

۱-۲-۱. لایحه برنامه پنج‌ساله سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی، و

فرهنگی جمهوری اسلامی ایران

بند «ب» ماده ۸۶ لایحه برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی، و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۷۸/۰۹/۰۷ مجلس، مقرر می‌کند: «به دولت اجازه داده می‌شود با رعایت شرایط زیر نسبت به اخذ و یا تضمین تسهیلات مالی خارجی در قالب لوایح بودجه سنواتی اقدام نماید:

۱. زمان‌بندی بازپرداخت بدهی‌ها و تعهدات اعم از میان‌مدت و کوتاه‌مدت خارجی باید به گونه‌ای تنظیم گردد که بازپرداخت‌های سالانه این بدهی‌ها و تعهدات، بدون در نظر گرفتن تعهدات ناشی از بیع متقابل، پس از سال پایانی برنامه از سی درصد (۳۰٪) درآمدهای ارزی دولت در سال آخر برنامه سوم تجاوز نکند. ...

۲. دولت موظف است میزان تعهدات و بدهی‌های خارجی کشور در طول برنامه سوم را به گونه‌ای تنظیم نماید تا ارزش حال خالص بدهی‌ها و تعهدات کشور (مابه‌التفاوت ارزش حال بدهی‌ها، تعهدات کشور، و ذخایر ارزی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران) در سال آخر برنامه سوم بیش از بیست و پنج میلیارد دلار نباشد».

در نهایت، پس از تأیید شورای نگهبان، این بند در نسخه نهایی قانون به عنوان بند «ب»

ماده ۸۵ قید شد.^{۱۹}

نکته قابل توجه در خصوص این مصوبه آن است که به رغم آنکه شورای نگهبان در لایحه بودجه سال ۱۳۸۰ اطلاق تسهیلات مالی خارجی را شامل قرض (یا وام) دانست و آن مصوبه را به دلیل شمول بر قرض ربوی مغایر شرع شناخت، اخذ تسهیلات مالی خارجی در این مصوبه را واجد ایراد ندانست و این مصوبه تأیید و لازم‌الاجرا شد. بدیهی است، با توجه به اینکه برخلاف لایحه اصلاح قانون بودجه سال ۱۳۷۷ کل کشور، که شورای نگهبان به صراحت استقراض خارجی پیش‌بینی شده در تبصره ۴ این لایحه را با توجه به ضرورت‌های موجود از نظر شرعی بلااشکال شناخت، در مشروح مذاکرات این مصوبه و متن نظر، اشاره‌ای به وجود عنوان ضرورت یا سایر عناوین ثانویه نشد و این مصوبه در همان مرحله اول نظارت شورا تأیید شد، چنین استنباط می‌شود که این مصوبه به عنوان اولی به تأیید شورا رسیده است.

علاوه بر لایحه برنامه سوم توسعه، بند «ج» تبصره ۱ لایحه بودجه سال ۱۴۰۳ کل کشور در خصوص فاینانس در همان مرحله اول بررسی در شورای نگهبان به حکم اولی به تأیید رسید. متن تبصره ۱ و بند «ج» بدین شرح است: «تبصره ۱. در راستای سیاست‌های کلی برنامه هفتم در سال ۱۴۰۳ با رعایت قوانین و مقررات و موازین شرعی: الف) ... چ) سقف تسهیلات مالی خارجی برای طرح‌های دولتی و غیردولتی در سال ۱۴۰۳ معادل سی میلیارد (۳۰,۰۰۰,۰۰۰,۰۰۰) یورو تعیین می‌شود. شورای اقتصاد مجوز استفاده طرح‌های بخش دولتی، که دارای توجیه فنی، اقتصادی، مالی، و زیست محیطی باشند و همچنین طرح‌های غیر دولتی متقاضی تضمین دولت را پس از اخذ تضمین از بانک عامل صادر می‌کند. پانزده درصد (۱۵٪) سهم آورده گشایش تأمین منابع مالی خارجی (اعتبار فاینانس) برای طرح‌های موضوع پیوست شماره ۱ این قانون با پیشنهاد دستگاه ذی‌ربط و تأیید سازمان برنامه و بودجه کشور از محل سرجمع اعتبارات تملک دارایی‌های سرمایه‌ای قابل پرداخت است ...».

گرچه دو لایحه اشاره شده در همان مرحله اول نظارت شورای نگهبان به تأیید رسید، نکته قابل توجه در اینجا آن است که مبنای تأیید تسهیلات مالی خارجی در لایحه بودجه سال ۱۴۰۳ کل کشور به دلیل وجود قید «با رعایت موازین شرعی» در صدر تبصره ۱ آن بوده است. این در حالی است که موضوع تسهیلات مالی خارجی در لایحه برنامه سوم توسعه بدون وجود این قید مورد تأیید قرار گرفته است.

۱-۲-۲. لایحه اصلاح قانون بودجه سال ۱۳۷۷ کل کشور

در تبصره ۴ لایحه اصلاح قانون بودجه سال ۱۳۷۷ کل کشور مصوب ۱۳۷۷/۰۷/۲۲ مجلس، استقراض از دولت‌های خارجی به عنوان یکی از راه‌های تأمین مالی پیش‌بینی شده بود. این تبصره اعلام می‌کرد: «به دولت اجازه داده می‌شود نسبت به پیش‌فروش نفت یا استقراض از خارج تا مبلغ یک میلیارد دلار اقدام نماید و ریال حاصل از فروش ارز مربوط با نرخ واریزنامه توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران به خزانه واریز گردد.»^{۲۰} شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۷۷/۰۷/۲۶، ضمن تأیید این مصوبه، اعلام کرد: «لازم به توضیح است در خصوص استقراض مذکور در تبصره ۴، با توجه به ضرورت‌های موجود، از نظر شرعی بلااشکال شناخته شد.»^{۲۱}

مستفاد از این نظر آن است که شورای نگهبان با توجه به قید «ضرورت‌های موجود» مصوبه یادشده را نه از باب عنوان اولی بلکه از باب عنوان ثانوی ضرورت تأیید کرده است.

۱-۲-۳. لایحه اصلاح قانون بودجه سال ۱۳۹۵ کل کشور

تبصره ۳۸ اصلاحی این لایحه، مصوب ۱۳۹۵/۰۶/۰۳، با پیش‌بینی استقراض از کشور روسیه، چنین اعلام کرد: «به دولت اجازه داده می‌شود با رعایت سقف مقرر در تبصره ۳ قانون بودجه سال ۱۳۹۵ کل کشور تا مبلغ پنج میلیارد (۵.۰۰۰.۰۰۰.۰۰۰) دلار وام از دولت روسیه برای طرح‌های تملک دارایی‌های سرمایه‌ای با شرایط زیر اخذ کند:

۱. وام دریافتی صرفاً برای طرح‌های تملک دارایی‌های سرمایه‌ای امور زیربنایی و تولیدی پیوست شماره یک قانون بودجه کل کشور با اولویت انرژی‌های نو، هسته‌ای، نیرو، راه‌آهن، بزرگراه‌ها، سدها، شبکه‌های آبیاری، و طرح‌های انتقال آب اختصاص می‌یابد.

۲. طرح‌های موضوع بند ۱ با پیشنهاد سازمان برنامه و بودجه کشور به تصویب هیئت

وزیران می‌رسد.»^{۲۲}

یکی از فقهای شورای نگهبان، در جلسه مورخ ۱۳۹۵/۰۶/۰۸، با اشاره به مسئله سیزدهم باب قرض کتاب *تحریر الوسيله*، که قبلاً متن آن بیان شد، اظهار می‌کند: «راه‌حل برون‌رفت از ایراد ربوی بودن این گونه وام آن است که دولت نباید شرط زیاده را قصد کند. علاوه بر این، یکی دیگر از فقها با این استدلال که مجمع قبلاً مجوز فاینانس را صادر کرده و موضوع مورد بحث نیز فاینانس می‌باشد تبصره ۳۸ را فاقد اشکال دانسته است.» (مشروح مذاکرات شورای

نگهبان، جلسه ۱۳۹۵/۰۶/۰۸). این نکته نیز در جلسه شورا مطرح می‌شود که گرچه مطابق ماده ۲۳۵ قانون برنامه پنجم توسعه این قانون تا سال ۱۳۹۴ معتبر است، با توجه به تمدید قانون برنامه پنجم در سال ۱۳۹۴، همچنان اجازه مجمع در ارتباط با فاینانس پابرجاست. بنابراین تبصره ۳۸ منافاتی با قانون یادشده ندارد. در تاریخ ۱۳۹۴/۱۲/۱۸، مجلس ماده ۲۳۵ قانون برنامه پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران را بدین شرح اصلاح کرد: «قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۸۹/۱۰/۱۵، حداکثر تا پایان سال ۱۳۹۵ هجری شمسی تمدید و با تصویب برنامه ششم توسعه و ابلاغ آن ملغی‌الاثر می‌شود.» (مشروح مذاکرات شورای نگهبان، جلسه ۱۳۹۵/۰۶/۰۸). در نهایت، شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۹۵/۰۶/۰۸ مصوبه مجلس را با ذکر این توضیح تأیید می‌کند: «تبصره ۳۸ اصلاحی، با توجه به بند «الف» ماده ۸۲ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام، که استفاده دستگاه‌های اجرایی از تسهیلات مالی خارجی در طول برنامه را جایز دانسته است خلاف شرع دانسته نشد».^{۲۳}

با این وصف، به‌رغم عنایت اعضای شورا به این امر که مسئله مورد بحث ناظر بر دریافت وام ربوی توسط دولت ایران مطابق فتوای امام خمینی^(ره) و از باب حکم اولی دارای راه‌حل شرعی است، تبصره یادشده بر اساس مصوبه سابق مجمع تشخیص مصلحت نظام ناظر بر تجویز اخذ تسهیلات مالی خارجی و از باب حکم ثانوی مورد تأیید قرار گرفت.

۲. دیدگاه مختار و مبانی آن

همان‌گونه که ملاحظه شد شورای نگهبان در خصوص استقراض خارجی دو نوع رویکرد اتخاذ کرده است. رویکرد نخست، که در اکثر مصوبات وجود داشته است، مغایرت این استقراض با موازین شرعی است. مبنای این رویکرد نیز شمول اطلاق استقراض خارجی بر قرض ربوی است که شرعاً حرام دانسته شده است. رویکرد دوم تأیید مصوبات مشتمل بر استقراض خارجی است که این تأیید گاهی بر مبنای حکم اولی و گاهی بنا به اقتضای ضرورت و مصلحت کشور ثانوی بوده است.

در این خصوص به نظر می‌رسد همان‌طور که بعضی از فقهای شورای نگهبان در جریان بررسی مصوبات مشتمل بر استقراض خارجی اشاره کرده‌اند در این مسئله می‌توان با استفاده از راه‌حلی که امام خمینی^(ره) مطرح کرده‌اند استقراض خارجی را به قصد پرداختن سود به حکم

اولی پذیرفت. نکته حائز اهمیت در این خصوص آن است که به رغم عدم التفات اعضای شورای نگهبان مقام معظم رهبری نیز در این مسئله قائل بر صحت قرض به قصد نپرداختن سود است. ایشان در این خصوص می‌فرمایند: «قرض ربوی (قرض به شرط زیادتی) حرام است، ولی باطل نیست. و حتی انسان می‌تواند بدون قصد جدی شرط قرض‌دهنده را قبول کند و قرض را بگیرد. اما زیادتی را نپردازد.» (حسینی خامنه‌ای، پایگاه اطلاع‌رسانی دفتر حفظ و نشر آثار حضرت آیت‌الله العظمی خامنه‌ای). گرچه در متن فتوای حضرت امام (ره) و مقام معظم رهبری مبنای این نظر بیان نشده است، به نظر می‌رسد می‌توان وجوهی را از منظر فقهی و حقوقی برای این دیدگاه مطرح کرد که در ادامه اهم آن‌ها بیان خواهد شد.

۱-۲. عدم اخلال شرط فاسد به اصل عقد

مطابق با دیدگاه دسته‌ای از فقها، از جمله ابن‌زهره و ابن‌ادریس، شرط نامشروع به رغم اینکه فاسد است مفسد عقد نیست (ابن‌زهره، ۱۴۱۷، ج ۱: ۲۱۶؛ ابن‌ادریس، ۱۳۸۷، ج ۱۱: ۱۳۹). بنابراین، گرچه شرط زیاده در قرض شرعاً باطل و فاسد است، این شرط مفسد اصل عقد قرض نیست؛ بلکه این عقد تا مقدار مساوی، یعنی بدون لحاظ کردن زیادتی، درست است (موسوی جزائری، ۱۳۹۳/۰۸/۲۶). به عبارت دیگر، از نظر شرعی ماهیت عقد قرض «تملیک المال بضمنان» است؛ یعنی قرض‌گیرنده مسئول پرداخت اصل مبلغ به قرض‌دهنده است. بنابراین، هرچند شرط ربح فاسد است، رکن عقد که تملیک المال بضمنان است را از بین نمی‌برد (سبحانی، ۱۳۹۶/۰۹/۰۱).

صحت اصل عقد قرض، به رغم فساد شرط زیاده، از آیه ۲۷۹ سوره بقره نیز قابل استنباط است. توضیح آنکه خداوند پس از نهی از ربا در این آیه می‌فرماید: «اگر از این کار پشیمان شدید (توبه کردید)، اصل مال شما برای شماست؛ که در این صورت به کسی ستم نکرده‌اید و از کسی ستم نکشیده‌اید». طبق این آیه اصل قرض ربوی صحیح است؛ چه آنکه آیه فقط به ردّ زیاده اکتفا کرده و دستوری در زمینه ردّ اصل مال صادر نکرده است. به بیان دیگر، طبق این آیه «رأس المال برای شما (مقرض) خواهد بود». در اینجا رأس المال از دو جنبه مورد نظر است: جنبه اول اصل آن مال القرضی است که مقرض به مقرض داده است بدون دریافت ربای آن و جنبه دوم هم اصل آن مالی است که مقرض دریافت کرده و با آن به تجارت پرداخته و از آن سودی حاصل شده است؛ یعنی اصل مال القرض دریافتی توسط مقرض بدون در نظر گرفتن

سود حاصل از تجارت آن. اطلاق آیه بیانگر این است که از هر یک از دو جنبه بیان شده مقرض تنها می‌تواند معادل اصل مال القرض را دریافت کند و گرفتن ربایی را که شرط کرده یا سود حاصل از تجارت با مال القرض جایز نیست. این استدلال منطبق با قاعده فقهی «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» و بیانگر صحت اصل قرض است. زیرا اگر قرض باطل بود، به تبع، مال القرض در ملکیت مقرض باقی می‌ماند و تجارتی که مقرض با آن می‌کرد تصرف در مال غیر محسوب می‌شد و علاوه بر ضامن بودن مقرض نسبت به بازگرداندن رأس المال، باید سود حاصل از تجارت را هم که جزء نمائات آن بود به مقرض بازمی‌گرداند؛ این در حالی است که اطلاق آیه بیان شده بیانگر چنین امری نیست.

نکته دیگر در این خصوص آن است که ممکن است گفته شود با توجه به اینکه قرض گیرنده قصد جدی پرداخت زیاده را نمی‌کند، این امر موجب صوری شدن عقد می‌شود. از این رو چنین عقدی باطل است. در پاسخ این اشکال باید گفت عقد صوری «عقدی است که قصد متعاقدين برخلاف صورت ظاهر آن است.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۶۶۶). این در حالی است که در ما نحن فیه قصد متعاقدين بر اصل عقد قرض تعلق گرفته و اختلاف در قصد شرط توسط مقرض است که جدای از عقد است. بنابراین این امر اساساً منجر به صوری شدن اصل عقد و بطلان آن نمی‌شود. به بیان دیگر، مقرض اصل قرض را به طور جدی قصد می‌کند و از آنجا که شرط زیاده نامشروع است آن را فقط به دلیل اینکه مرتکب حرام نشود قصد نمی‌کند. در واقع، اثر شرعی پذیرش ظاهری شرط زیاده توسط مقرض بدون داشتن قصد واقعی به پرداخت آن این است که چنین قرضی بر وی حرام نیست و مرتکب گناه پرداخت ربا نخواهد شد؛ حتی اگر اطمینان داشته باشد به خاطر اجبار مقرض (قرض دهنده) بر پرداخت سود، در نهایت، ناچار اقدام به پرداخت سود می‌کند. در ضمن، برای صحت عقد نیازی به اراده جدی تمام المقصود نیست؛ بلکه قصد جدی بعض المقصود نیز کافی است. بنابراین گرچه مقرض شرط پرداخت زیاده را به دلیل اجتناب از حرام قصد نمی‌کند، با توجه به اینکه نسبت به اصل عقد قرض قصد جدی دارد، اشکال صوری شدن عقد منتفی خواهد شد.

۲-۲. معیار بودن فتوای ولی فقیه در احکام نظامیه

بدون تردید، قانون‌گذاری به دلیل آنکه مشتمل بر بایدها و نبایدهای رفتاری است نوعی اعمال ولایت بر مردم به شمار می‌رود. از طرفی، بر اساس تعالیم اسلامی اصل بر عدم ولایت

انسان بر انسان دیگر است و غیر از خداوند کسی بر دیگری ولایتی ندارد (جوادی آملی، ۱۳۹۱: ۱۴۹). بر این اساس قانون‌گذاری منحصرأ در اختیار خداوند است.^{۲۴} نیز، تنها کسی که می‌تواند فرد یا عده‌ای را از حکم کلی عدم ولایت خارج کند و برای آنان حق حکمرانی قرار دهد خداوند متعال است (موسوی خمینی، ۱۴۲۳: ۲۶). بر اساس آیاتی همچون آیه ۵۵ سوره مائده که می‌فرماید: «إِنَّمَا وَلِيُّكُمُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا الَّذِينَ يُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَهُمْ رَاكِعُونَ.» خداوند حق اعمال ولایت را به پیامبر و ائمه تفویض کرده است. همچنین، بر اساس ادله عقلی و نقلی در دوره غیبت امام معصوم، حق ولایت به فقیهان جامع شرایط سپرده شده است که استثنایی بر اصل عدم ولایت به شمار می‌رود (جوادی آملی، ۱۳۹۱: ۱۴۷ - ۲۰۳).

از جمله ادله نقلی روایات متعددی است که اداره امور جامعه اسلامی در عصر غیبت را به فقهای جامع شرایط سپرده است که ذکر همه آنها در این مجال نمی‌گنجد. بنابراین به عنوان نمونه فقط به روایتی منقول از امام علی(ع) و امام حسین(ع) اشاره می‌شود. امام در این روایت می‌فرماید: «... بِأَنَّ مَجَارِيَ الْأُمُورِ وَالْأَحْكَامِ عَلَى أَيْدِي الْعُلَمَاءِ بِاللَّهِ، الْأَمْنَاءِ عَلَى حَالِهِ وَحَرَامِهِ...» (حرانی، ۱۴۰۴: ۲۳۸). در این روایت امام با عطف کردن «امور» و «احکام» قلمرو ولایت را برای فقها فراتر از بیان احکام شرعی دانسته و به اداره جامعه توسعه داده است. البته گرچه این دسته از روایات ولایت را برای همه فقها ثابت دانسته‌اند، پس از تشکیل حکومت واحد اسلامی، حداقل در امور اجتماعی، فقط فتوای فقیه حاکم معیار قانون‌گذاری است. در غیر این صورت، با توجه به اختلاف فتاوی در برخی از مسائل اجتماعی، نظامی باقی نخواهد ماند و جامعه دچار هرج و مرج می‌شود. به بیان دیگر، بر اساس دیدگاه ولایت مطلقه فقیه، حاکم جامعه اسلامی وظیفه اداره جامعه و حفظ مصالح مسلمین را دارد. بنابراین تبعیت از فتاوی اجتماعی ایشان بر همه نهادها و اشخاص لازم است. چون، در صورت عدم پیروی از این فتاوی، هدف اساسی از دیدگاه ولایت مطلقه فقیه محقق نخواهد شد و این امر به ناکارایی ولایت فقیه منجر خواهد شد (زمانی، ۱۳۹۵: ۵). در این خصوص مقام معظم رهبری در پاسخ به استفتایی فرموده‌اند: «نظر ولی امر مسلمین در مسائل مرتبط با اداره کشور اسلامی و نیز موضوعات مربوط به کلیه مسلمین لازم‌الاجتناب است و هر مکلفی فقط در مسائل فردی محض می‌تواند از نظر مرجع تقلیدش پیروی کند.» (حسینی خامنه‌ای، ۱۴۲۴: ۱۱).

ممکن است گفته شود تنوع و تعدد مسائل اجتماعی موجب می‌شود در برخی موضوعات

ولی فقیه حاکم دارای فتوای منجز و صریح نباشد. در پاسخ می‌توان گفت نداشتن فتوا در یک مسئله دلیل بر کنار گذاشته شدن اصل ضابطه و معیار نیست. در این موارد یا حتی موردی که مبنا قرار گرفتن فتوای فقیه حاکم در برهه‌ای از زمان به مصلحت جامعه نباشد، ولی فقیه می‌تواند در مسائل اجتماعی استناد به فتاوی سایر فقها را تجویز کند. یکی از مواردی که رهبری عمل به فتوای سایر فقها را تجویز کرده‌اند در موضوع مجازات فاعل لواط است؛ با این توضیح که برخلاف قانون حدود مصوب ۱۳۶۱ و قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰، که بر اساس نظر حضرت امام^(ره) و رهبری مجازات لائط اعدام دانسته شده بود، مجلس شورای اسلامی در ماده ۲۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، به استناد فتوای آیت‌الله خویی^(ره) (موسوی خویی، ۱۴۰۱: ۳۸) و صاحب جامع المدارک (خوانساری، ۱۴۰۵: ۷۱)، مجازات لائط را جز در موارد عتف و وجود شرایط احصان صد ضربه شلاق دانست. با عنایت به اینکه این مصوبه برخلاف نظر امام^(ره) و رهبری بود، برخی از فقهای شورای نگهبان قائل به مغایرت این مصوبه بودند. لیکن در نهایت تصمیم به استفتاء حضوری از مقام معظم رهبری گرفتند (توکل‌پور و همکاران، ۱۳۹۷: ۱۴۸). رهبری نیز، به دلیل احتیاط در دماء و در نتیجه کاهش مجازات اعدام، عمل به فتوای مرحوم آیت‌الله خویی را تجویز کردند.

شاید بر اساس همین مبانی در تعدادی از جلسات رسمی شورای نگهبان، از جمله جلسه بررسی طرح ساماندهی صنعت خودرو در سال ۱۳۹۸، بر لزوم توجه به فتاوی حضرت امام^(ره) و مقام معظم رهبری در احکام نظامیه تأکید شده است. در این جلسه آیت‌الله آملی لاریجانی، به عنوان عضو فقیه این شورا، از مقام معظم رهبری چنین نقل می‌کنند: «در جایی که امام^(ره) یا خود شخص ایشان [= مقام معظم رهبری] نظر دارند نمی‌شود اعضای شورای نگهبان نظر شخصی خودشان را بیان کنند.» (مشروح مذاکرات شورای نگهبان، جلسه ۱۳۹۸/۰۶/۲۷). همچنین در جلسه مورخ ۱۳۸۸/۱۲/۲۶ شورای نگهبان، در جریان بررسی لایحه مجازات اسلامی، یکی از فقهای شورا پاسخ مقام معظم رهبری در خصوص استعلام خود از فتوای معیار در قانون‌گذاری را بدین نحو قرائت می‌کند: «در احکام نظامیه عموماً باید نظر فقهی ولی امر را میزان قرار داد؛ وگرنه میزانی باقی نخواهد ماند. در حال حاضر میزان نظرات امام راحل اعلی الله مقامه است و باید عمل شود؛ مگر در مواردی که این حقیر نظر دیگری داشته باشد.» (مشروح مذاکرات شورای نگهبان، جلسه ۱۳۸۸/۱۲/۲۶).

در نتیجه، با توجه به اینکه مطابق نظر امام خمینی^(ره) و رهبری استقراض ربوی در صورتی که با قصد نپرداختن سود باشد جایز است، تأیید مصوبات ناظر بر استقراض ربوی به حکم اولی فاقد اشکال است. بنابراین، اگرچه بر اساس نظریه تفسیری شماره ۲۴۳۷ مورخ ۱۳۶۳/۱۰/۱۱ شورای نگهبان «تشخیص مغایرت یا انطباق قوانین با موازین اسلامی به طور فتوایی با فقهای شورای نگهبان است»، اطلاق این نظریه در مصوباتی مانند مصوبات مشتمل بر استقراض خارجی که جزء احکام نظامیه محسوب می‌شود و نظر فقهای شورای نگهبان با فتوای امام^(ره) یا رهبری مخالف است محل تأمل به نظر می‌رسد.

علاوه بر این، دقت در مشروح مذاکرات تعدادی از مصوبات مشتمل بر استقراض خارجی بیانگر آن است که ظرفیت پذیرش فتوای حضرت امام^(ره) در این خصوص در بعضی از جلسات فقهای شورای نگهبان نیز وجود داشته است؛ چه آنکه پس از اعلام مغایرت شرعی اطلاق فاینانس، در لایحه برنامه پنج‌ساله ششم توسعه، آیت‌الله مدرسی بر امکان تأیید این مصوبه بر اساس مسئله سیزدهم باب قرض کتاب *تحریر الوسیله* تأکید می‌کند. لیکن در ادامه این نکته مطرح می‌شود که مجلس اکنون دیگر نمی‌تواند مصوبه را اصلاح کند. چون با توجه به اصرار مجلس بر مصوبه، بر اساس قانون اساسی، اختلاف اشاره‌شده در اصل ۱۱۲ قانون اساسی^{۲۵} شکل گرفته است. بنابراین مجمع تشخیص مصلحت نظام باید اظهار نظر کند. در نهایت، یکی از اعضا پیشنهاد می‌دهد با مجلس هماهنگی‌های لازم انجام شود که از این به بعد مصوبات مشابه بر اساس فتوای امام خمینی^(ره) تنظیم شود تا این مشکل برای همیشه رفع شود (مشروح مذاکرات شورای نگهبان، جلسه ۱۳۹۵/۱۲/۱۷). در این صورت، همان‌طور که دو عضو فقیه شورای نگهبان (آیت‌الله مدرسی یزدی و آیت‌الله شب‌زنده‌دار) در جلسه دیگری اظهار کرده‌اند: «هنگامی که موضوع مورد بحث، مطابق فتوای امام خمینی^(ره)، راه‌حل شرعی دارد، اولی این است که به جای آنکه دریافت قرض ربوی از باب ضرورت تجویز شود از همان راه‌حل استفاده شود و با توجه به ایجاد چنین ظرفیتی به واسطه فتوای امام^(ره) بعید نیست که استناد به مصوبه مجمع تشخیص مصلحت اشکال داشته باشد.» (مشروح مذاکرات شورای نگهبان، جلسه ۱۳۹۵/۰۶/۰۸)، اساساً با وجود حکم اولی در این موضوع نوبت به رجوع به حکم ثانوی که حکمی موقتی و مادام‌المصلحه است نمی‌رسد.

در پایان توجه به این نکته ضروری است که هرچند شورای نگهبان موضوع تسهیلات مالی

خارجی مقرر در بند «چ» تبصره ۱ قانون بودجه ۱۴۰۳ را با توجه به قید «با رعایت قوانین و مقررات و موازین شرعی»، که در صدر این تبصره توسط مجلس آورده شده بود، در همان مرحله اول تأیید کرده است، به نظر می‌رسد اولاً قید «با رعایت موازین شرعی» به صورت مطلق و بدون اشاره به فتوای مورد بحث دارای ابهام است و به طور کامل گویای راه‌حل ارائه‌شده توسط امام^(ره) و رهبری در این خصوص نیست. ثانیاً ذکر این عبارت برای مشروعیت بخشیدن به مصوبات کفایت نمی‌کند. زیرا همان‌طور که در ذیل اساسنامه شرکت تولید نیروی برق یزد بیان شد یکی از فقهای شورای نگهبان در جلسه مورخ ۱۳۹۳/۰۴/۱۸ در پاسخ به اینکه «شرکت باید قوانین مربوط را رعایت کند و این قوانین اجازه دریافت قرض ربوی را نمی‌دهند، لذا ایرادی وجود ندارد» بیان می‌کند که «با توجه به اینکه در عمل در چنین مواردی از ربا اجتناب نمی‌شود، لذا لازم است که به ربوی بودن وام در مصوبه تصریح شود».

نتیجه‌گیری

امروزه یکی از چالش‌های اصلی بین مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان موضوع استقراض خارجی است؛ طوری که به‌رغم تصویب این نوع استقراض، به عنوان یکی از شیوه‌های تأمین مالی خارجی، شورای نگهبان اکثر این مصوبات را مغایر با شرع می‌داند و در نهایت با اصرار مجلس بر مصوبه خود موضوع از طریق ارجاع به مجمع تشخیص مصلحت نظام پذیرفته می‌شود. این در حالی است که مطابق با فتوای امام خمینی^(ره) و مقام معظم رهبری استقراض به قصد پرداختن سود به حکم اولی مشروع است. با عنایت به اثبات اتقان این فتوا و نیز استدلال برخی از فقهای شورای نگهبان به فتوای امام^(ره) برای تأیید اولی این‌گونه مصوبات و همچنین لزوم مبنا قرار گرفتن فتوای امام^(ره) یا رهبری در احکام نظامیه، زمینه تأیید این مصوبات به عنوان اولی برای شورای نگهبان وجود دارد. توجه به این مهم می‌تواند، ضمن ایجاد وحدت رویه در شورای نگهبان در خصوص استقراض خارجی، قانون‌گذار را از صدور احکام ثانوی و ملزم شدن به لوازم آن همچون ارجاع متعدد مصوبات به مجمع تشخیص مصلحت نظام و نیز موقتی بودن این احکام و لزوم تمدید پی در پی آن‌ها بی‌نیاز کند. بدیهی است، ذکر عبارت کلی و مبهم «با رعایت قوانین و موازین شرعی» توسط مجلس در مصوبات مشتمل بر استقراض خارجی نیز نمی‌تواند در عمل مشروعیت چنین استقراضی را تضمین کند، بلکه لازم است در این خصوص راه‌حل ارائه‌شده توسط امام^(ره) و رهبری مورد توجه و ملاحظه قرار گیرد.

یادداشت‌ها

۱. احکام اولی و ثانوی در مقابل یکدیگر به کار می‌روند. احکام اولی به احکامی گفته می‌شود که شارع به عنوان اولی- یعنی در حالت عادی- و بدون در نظر گرفتن عناوین ثانویه- یعنی حالات استثنایی عارض شده بر مکلف- همچون اضطراب برای مکلفین وضع کرده است؛ مانند حرمت نوشیدن شراب. احکام ثانوی به احکامی گفته می‌شود که شارع به عنوان ثانوی- یعنی با در نظر گرفتن حالات استثنایی که برای مکلفین پیش می‌آید- مانند اضطراب و عسر و حرج و ... صادر می‌کند؛ مانند جواز افطار کردن روزه در شرایطی که روزه ضرر دارد. دلیل نام‌گذاری آن به حکم ثانوی این است که در طول حکم اولی قرار دارد و موضوع آن عنوان ثانویه‌ای است که بر عنوان اولی اصلی عارض شده است. با توجه به اینکه احکام ثانوی اساساً برای شرایط استثنایی وضع شده‌اند، برخلاف احکام اولیه که ثابت‌اند، دوامشان محدود به همان شرایط خاص است و پس از پایان آن شرایط اعتبار حکم ثانوی نیز به پایان می‌رسد. از این موضوع با عنوان قاعده «الضرورات تقلد بقدرها: در موارد ضرورت به مقدار نیاز و رفع ضرورت اکتفا می‌شود» یاد می‌شود (مشکینی اردبیلی، ۱۳۷۴: ۱۲۴؛ قافی و شریعتی، ۱۳۸۵، ج ۱: ۳۴-۳۵).

۲. این مصوبات عبارت‌اند از: لوایح بودجه سال‌های ۱۳۸۰، ۱۳۸۱، ۱۳۸۲، ۱۳۸۳، ۱۳۸۴، ۱۳۸۵ و لوایح اصلاح قانون بودجه سال‌های ۱۳۷۷، ۱۳۸۳، ۱۳۹۵ کل کشور، لوایح برنامه پنج‌ساله سوم، چهارم، پنجم، ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی، و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، اساسنامه شرکت کارگزاری سهام عدالت، اساسنامه شرکت‌های تولید نیروی برق یزد، شهید مفتح، شهید رجایی، شهید سلیمی، آذربایجان، اصفهان، بندرعباس، تهران، خراسان، رامین، زاهدان، شازند، شاهرود، فارس، لوشان، اساسنامه صندوق احیا و بهره‌برداری از بناها و اماکن تاریخی- فرهنگی، اساسنامه صندوق ضمانت سرمایه‌گذاری صنایع کوچک، اساسنامه شرکت مادر تخصصی قطار شهری کشور، اساسنامه شرکت سرمایه‌گذاری و توسعه قشم، اساسنامه صندوق توسعه صنایع دستی و فرش دستبافت و احیا و بهره‌برداری از اماکن تاریخی و فرهنگی، اساسنامه شرکت مادر تخصصی مدیریت تولید، انتقال و توزیع نیروی برق ایران (توانیر)، اصلاح اساسنامه شرکت مادر تخصصی عمران و به‌سازی شهری ایران، اصلاح اساسنامه شرکت سهامی سازمان توسعه برق ایران (اساسنامه شرکت مادر تخصصی تولید نیروی برق حرارتی)، اصلاح اساسنامه شرکت سهامی مادر تخصصی مدیریت ساخت و تهیه کالای آب و برق (ساتکاب)، لایحه اساسنامه بانک تجارت و توسعه سازمان همکاری اقتصادی (اکو)، طرح تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی و لایحه استفاده از منابع مالی خارجی و طرح اصلاح جزء ۳ بند «ب» ماده ۱۳ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی، و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۳/۰۶/۱۱.

۳. سامانه جامع نظرات شورای نگهبان، قابل دسترسی در تارنمای: <https://B2n.ir/g60198>

۴. سامانه جامع نظرات شورای نگهبان، قابل دسترسی در تارنمای: <https://B2n.ir/z46404>

۵. نامه مجلس شورای اسلامی:

«حضرت حجت الاسلام و المسلمین جناب آقای هاشمی رفسنجانی

ریاست محترم مجمع تشخیص مصلحت نظام

با سلام و تحیات؛

بندهای «الف» و «د» تبصره ۴ و بند «ج» تبصره ۲۳ و بند «ن» تبصره ۲۵ و بندهای «ل» و «ه» تبصره ۲۹ از مصوبه مجلس در خصوص لایحه بودجه سال ۱۳۸۰ کل کشور و همچنین مصوبه مجلس شورای اسلامی در خصوص کاهش بودجه جاری سازمان صداوسیما جمهوری اسلامی ایران به شرح زیر:

درآمد صداوسیما جمهوری اسلامی ایران از قبیل آگهی‌های تجاری دو بیست و بیست میلیارد (۲۲۰/۰۰۰/۰۰۰/۰۰۰) ریال افزایش می‌یابد و متقابلاً مبلغ دو بیست و بیست میلیارد (۲۲۰/۰۰۰/۰۰۰/۰۰۰) ریال از کمک دولت به سازمان یادشده کسر می‌گردد. صداوسیما جمهوری اسلامی ایران مجاز است درآمدهای اختصاصی از قبیل آگهی‌ها را تا مبلغ چهارصد میلیارد (۴۰۰/۰۰۰/۰۰۰/۰۰۰) ریال بر اساس بودجه مصوب خود هزینه و مابقی را به حساب درآمد عمومی (نزد خزانه‌داری کل) واریز نماید.

که با ایراد شورای محترم نگهبان مواجه و مجلس با توجه به تشخیص مصلحت بر نظر خود اصرار نموده است در اجرای اصل یکصد و بیست و نهم (۱۲۹) قانون اساسی جهت بررسی و اعلام نظر ارسال می‌گردد.

(مهدی کروبی، رئیس مجلس شورای اسلامی، قابل دسترسی در تارنمای: <https://B2n.ir/x95197>)

۶. نامه مجمع تشخیص مصلحت نظام:

«حجت الاسلام و المسلمین جناب آقای کروبی

رئیس محترم مجلس شورای اسلامی

سلام علیکم

عطف به نامه شماره «۴۶۵/ق» مورخ ۱۳۷۹/۱۱/۱۶ درباره قانون بودجه سال ۱۳۸۰ کل کشور، که تبصره‌هایی از آن مورد ایراد شورای محترم نگهبان قرار گرفته و در اجرای اصل یکصد و دوازدهم قانون اساسی به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارسال گردیده بود، در جلسه فوق‌العاده روز یکشنبه مورخ ۱۳۷۹/۱۱/۲۳ مجمع مطرح و مورد بحث و بررسی قرار گرفت. تصمیمات مجمع تشخیص مصلحت نظام به شرح زیر اعلام می‌گردد:

۱. در مورد بند «ل» و «ه» تبصره ۲۹، مجمع تشخیص مصلحت نظام عیناً مصوبه مجلس را مورد تأیید قرار داد.
۲. سایر موارد ارجاعی را مطابق لایحه بودجه دولت، که شورای نگهبان نیز مخالفتی با آن نداشته است، به تصویب رساند ...

(اکبر هاشمی رفسنجانی، رئیس مجمع تشخیص مصلحت نظام، قابل دسترسی در تارنمای:

<https://B2n.ir/j60470>)

۷. سامانه جامع نظرات شورای نگهبان، قابل دسترسی در تارنمای: <https://B2n.ir/f79044>

۸. سامانه جامع نظرات شورای نگهبان، قابل دسترسی در تارنمای: <https://B2n.ir/m56990>

۹. سامانه جامع نظرات شورای نگهبان، قابل دسترسی در تارنمای: <https://B2n.ir/x27664>

۱۰. سامانه جامع نظرات شورای نگهبان، قابل دسترسی در تارنمای: <https://B2n.ir/p81807>

۱۱. سامانه جامع نظرات شورای نگهبان، قابل دسترسی در تارنمای: <https://B2n.ir/g27196>

۱۲. توضیح آنکه ماده ۷۳ لایحه برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه به بانک‌های تجاری و تخصصی اجازه داده بود برای تأمین منابع مالی طرح‌های سرمایه‌گذاری بخش‌های غیر دولتی و شهرداری‌ها از منابع مالی خارجی همچون فاینانس و وام مستقیم استفاده کنند. شورای نگهبان اطلاق این ماده را به دلیل آنکه شامل تسهیلات و معاملات ربوی و غیر شرعی نیز می‌شد خلاف موازین شرع دانست. با توجه به اصرار مجلس بر مصوبه خود، موضوع طبق

اصل ۱۱۲ قانون اساسی به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارجاع شد. در این خصوص مجمع در تاریخ ۱۳۸۹/۱۰/۲۵ متن ذیل را به عنوان بند «الف» ماده ۷۳ مصوب کرد: «استفاده دستگاه‌های اجرایی از تسهیلات مالی خارجی در طول برنامه در قالب قوانین بودجه سنواتی مجاز است. سهمیه‌های باقی‌مانده تسهیلات مصوب بیع متقابل و تسهیلات مالی خارجی (فاینانس) مربوط به برنامه‌های سوم و چهارم (با رعایت ضوابط اسلامی از جمله تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام) در طول برنامه پنجم نیز به قوت خود باقی است». طبق این مصوبه، مجمع تشخیص استفاده از تسهیلات خارجی در طول اجرای برنامه پنجم توسعه را جایز دانسته است.

۱۳. مسئله ۱۳: «القرض المشروط بالزیاده صحیح، لکن الشرط باطل و حرام، فیجوز الاقتراض ممن لا یقرض إلا بالزیاده - کالبنک و غیره - مع عدم قبول الشرط علی نحو الجَدّ و قبول القرض فقط، و لا یحرم إظهار قبول الشرط من دون جدّ و قصد حقیقی به، فیصحّ القرض و یبطل الشرط من دون ارتکاب الحرام.» (موسوی خمینی، ۱۳۹۲، ج ۱: ۶۹۶)؛ قرضی که با زیاده شرط شده است صحیح است. لیکن شرط باطل و حرام است. پس قرض گرفتن از کسی که قرض نمی‌دهد مگر با زیاده، مثل بانک و غیر آن، با قبول نکردن شرط به طور جدّی و فقط قبول کردن قرض جایز است و اظهار اینکه شرط را قبول کرده بدون آنکه جدّ و قصد حقیقی درباره آن داشته باشد حرام نیست. پس قرض صحیح و شرط باطل است، بدون آنکه مرتکب حرام شده باشد.

۱۴. سامانه جامع نظرات شورای نگهبان، قابل دسترسی در تارنمای: <https://B2n.ir/t06487>

۱۵. سامانه جامع نظرات شورای نگهبان، قابل دسترسی در تارنمای: <https://B2n.ir/s27619>

۱۶. سامانه جامع نظرات شورای نگهبان، قابل دسترسی در تارنمای: <https://B2n.ir/s27619>

۱۷. سامانه جامع نظرات شورای نگهبان، قابل دسترسی در تارنمای: <https://B2n.ir/z43698>

۱۸. سامانه جامع نظرات شورای نگهبان، قابل دسترسی در تارنمای: <https://B2n.ir/g90316>

۱۹. سامانه جامع نظرات شورای نگهبان، قابل دسترسی در تارنمای: <https://B2n.ir/n43807>

۲۰. سامانه جامع نظرات شورای نگهبان، قابل دسترسی در تارنمای: <https://B2n.ir/w26568>

۲۱. سامانه جامع نظرات شورای نگهبان، قابل دسترسی در تارنمای: <https://B2n.ir/s61380>

۲۲. سامانه جامع نظرات شورای نگهبان، قابل دسترسی در تارنمای: <https://B2n.ir/x52940>

۲۳. سامانه جامع نظرات شورای نگهبان، قابل دسترسی در تارنمای: <https://B2n.ir/h77492>

۲۴. بسیاری از آیات قرآن از جمله آیه ۵۷ سوره انعام بر این موضوع تصریح دارند. خداوند در این آیه می‌فرماید: «إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ»؛ حکم [قانون و یا حکومت] تنها از آن خداوند است.

۲۵. اصل ۱۱۲ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «مجمع تشخیص مصلحت نظام برای تشخیص مصلحت در مواردی که مصوبه مجلس شورای اسلامی را شورای نگهبان خلاف موازین شرع و یا قانون اساسی بداند و مجلس با در نظر گرفتن مصلحت نظام نظر شورای نگهبان را تأمین نکند و مشاوره در اموری که رهبری به آنان ارجاع می‌دهد و سایر وظایفی که در این قانون ذکر شده است به دستور رهبری تشکیل می‌شود. اعضای ثابت و متغیر این مجمع را مقام رهبری تعیین می‌نماید. مقررات مربوط به مجمع توسط خود اعضا تهیه و تصویب و به تأیید مقام رهبری خواهد رسید.»

منابع

کتاب

- ابن‌ادریس، م. (۱۳۸۷). *موسوعه ابن‌ادریس الحلی*. قم: دلیل‌ما. ج ۱۱.
- ابن‌زهره، ح. (۱۴۱۷ ق.). *غنیة النزوع الی علمی الأصول و الفروع*. قم: مؤسسه الامام الصادق علیه السلام. ج ۱.
- بیهقی، ا. (۱۴۲۴ ق.). *السنن الکبری*. بیروت: دار الکتب العلمیه. ج ۵.
- توکل‌پور، م.، مسعودیان، م.، و کوهی، ک. (۱۳۹۷). *مبانی نظرات شورای نگهبان در خصوص قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲* (برگرفته از مشروح مذاکرات شورای نگهبان). تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
- جعفری لنگرودی، م. (۱۳۷۸). *ترمینولوژی حقوق*. تهران: گنج دانش.
- جوادی آملی، ع. (۱۳۹۱). *ولایت فقیه؛ ولایت فقاہت و عدالت*. قم: اسراء.
- حرانی، ح. (۱۴۰۴ ق.). *تحف العقول عن آل الرسول (صلی الله علیه و آله)*. قم: جامعه مدرسین.
- حسینی خامنه‌ای، س. ع. (۱۴۲۴ ق.). *اجوبه الإستفتائات*. تهران: انقلاب اسلامی.
- خوانساری، س. ی. (۱۴۰۵). *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- قافی، ح.، و شریعتی فرانی، س. (۱۳۸۵). *اصول فقه کاربردی*. قم: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت). ج ۱.
- مشکینی اردبیلی، ع. (۱۳۷۴). *إصطلاحات الأصول و معظم أبحاثها*. قم: الهادی.
- موسوی خمینی، س. ر. (۱۳۹۲). *تحریر الوسیله*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره). ج ۱.
- _____ (۱۴۲۳ ق.). *ولایت فقیه*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).

- موسوی خویی، س. ا. (۱۴۰۱ ق.). *مبانی تکمله المنهاج*. قم: مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی.
- هاشمی، س. م. (۱۳۷۷). *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*. تهران: دادگستر. ج ۲.

مقالات

- زمانی، ا. (۱۳۹۵). *تحلیل کارکرد احکام نظامی ولی فقیه در آرا و نظرات شورای نگهبان*. دانش

حقوق عمومی، ش ۱۵، ۱ - ۲۵.

کسمتی، م. (۱۳۸۱). مطالعه تطبیقی قراردادهای نفتی. پژوهشگاه صنعت نفت. همایش مدیریت پروژه.

نبی فیضی غ. و همکاران (۱۳۹۴). بررسی موانع و کاستی‌های تأمین مالی خارجی در حقوق ایران. پژوهش حقوق خصوصی، ش ۱۱، ۱۴۹ - ۱۷۸.

پایگاه‌های اینترنتی

پژوهشکده شورای نگهبان. مشروح مذاکرات شورای نگهبان پیرامون اساسنامه شرکت‌های تولید نیروی برق یزد، شهید مفتاح، شهید رجایی، شهید سلیمی، آذربایجان، اصفهان، بندرعباس، تهران، خراسان، رامین، زاهدان، سازند، شاهرود، فارس، و لوشان. جلسه ۱۳۹۳/۰۴/۱۸. قابل دسترسی در تارنمای: <https://B2n.ir/x14692>

پژوهشکده شورای نگهبان. مشروح مذاکرات شورای نگهبان پیرامون طرح ساماندهی صنعت خودرو. جلسه ۱۳۹۸/۰۶/۲۷. قابل دسترسی در تارنمای: <https://B2n.ir/q71594>

پژوهشکده شورای نگهبان. مشروح مذاکرات شورای نگهبان پیرامون لایحه اصلاح قانون بودجه سال ۱۳۹۵. جلسه ۱۳۹۵/۰۶/۰۸. قابل دسترسی در تارنمای: <https://B2n.ir/f53058>

پژوهشکده شورای نگهبان. مشروح مذاکرات شورای نگهبان پیرامون لایحه برنامه پنج‌ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی، و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران. جلسه ۱۳۹۵/۱۰/۲۹. قابل دسترسی در تارنمای: <https://B2n.ir/f01021>

پژوهشکده شورای نگهبان. مشروح مذاکرات شورای نگهبان پیرامون لایحه برنامه پنج‌ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی، و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران. جلسه ۱۳۹۵/۱۲/۱۷. قابل دسترسی در تارنمای: <https://B2n.ir/n27567>

پژوهشکده شورای نگهبان. مشروح مذاکرات شورای نگهبان پیرامون لایحه بودجه سال ۱۳۸۰. جلسه ۱۳۷۹/۱۱/۱۳. قابل دسترسی در تارنمای: <https://B2n.ir/h72589>

حسینی خامنه‌ای، س.ع. پایگاه اطلاع‌رسانی دفتر حفظ و نشر آثار حضرت آیت‌الله العظمی خامنه‌ای. قابل دسترسی در تارنمای: <https://farsi.khamenei.ir/news-content?id=27844>

سامانه جامع نظرات شورای نگهبان. قابل دسترسی در تارنمای: <http://nazarat.shora-rc.ir>

سبحانی، ج. (۱۳۹۶). درس خارج فقه مسائل مستحدثه. قابل دسترسی در تارنمای:

<https://www.eshia.ir/Feqh/Archive/Sobhani/Feqh/96>

موسوی جزایری، م. (۱۳۹۳). درس خارج فقه بانکداری اسلامی. قابل دسترسی در تارنمای:

<https://www.eshia.ir/Feqh/Archive/Jazayeri/Feqh/93>

اسناد و مدارک

اساسنامه شرکت‌های تولید نیروی برق یزد، شهید مفتح، شهید رجایی، شهید سلیمی، آذربایجان، اصفهان، بندرعباس، تهران، خراسان، رامین، زاهدان، شازند، شاهرود، فارس، و لوشان.

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران. مصوب ۱۳۵۸. بازنگری شده در سال ۱۳۶۸.

قانون اصلاح ماده ۲۳۵ قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران. مصوب ۱۳۹۴/۱۲/۱۸.

لایحه اصلاح قانون بودجه سال ۱۳۷۷ کل کشور.

لایحه اصلاح قانون بودجه سال ۱۳۹۵ کل کشور.

لایحه برنامه پنج‌ساله سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی، و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران.

لایحه برنامه پنج‌ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی، و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران.

لایحه بودجه سال ۱۳۸۰ کل کشور.

لایحه بودجه سال ۱۳۸۴ کل کشور.

نامه شماره ۴۶۵/ق مورخ ۱۳۷۹/۱۱/۱۶ رئیس مجلس شورای اسلامی.

نامه شماره ۱۰۷۵ مورخ ۱۳۷۹/۱۲/۰۲ رئیس مجمع تشخیص مصلحت نظام.

References

Books

Ibn Idris, M. (2008). *Encyclopedia of Ibn Idris Al-Hilli, The eleventh volume*. Qom: Dalil Ma .

Ibn zohreh, H. (1996). *Qonyat Al-Nozou Ila Ilmay Al-Osool Wa Al-Forou, the first volume*. Qom: Institute of Imam Sadiq (peace be upon him). (in Arabic)

Beyhaqi, A. (2003). *Al-Sonan Al-Kobra, The fifth volume*. Beirut: Dar Al-Kotob Al-Elmiya. (in Arabic)

Tavakol Pour, M; Masoudian, M; Kouhi, K. (2018). *The basis of the opinions of the Guardian Council regarding the Islamic Criminal Law approved in 2013 (Taken from the details of the Guardian Council discussions)*. Tehran: Research Institute of Guardian Council.

Jafari Langarudi, M. (1999). *Law Terminology*. Tehran: Ganj Danesh.

Javadi Amoli, A. (2012). *Velayat Faqih; Velayat Feqahat va Edalat*. Qom:

Esra. (in Persian)

Harrani, H. (1983). *Tuhaf Al-Uqul An Al Al-Rasoul (peace be upon him)*.

Qom: Jame-eh Modarresin. (in Arabic)

Hoseini Khamenei, Seyed A. (2003). *Ajvabat Al-Estefat-at*. Tehran: Enqelab eslami. (in Arabic)

Khansari, Seyed Y. (1984). *Jame Al-Madarek Fi Sharh Mokhtasar Al-Nafe*.

Qom: Ismailian Institute. (in Arabic)

Ghafi, H. And Shariati Farani, S. (2006), *Applied Principles of Islamic Jurisprudence, The first volume*. Qom: Organization of studying and compiling humanities books of universities (samt).

Meshkini Ardabili, A. (1995). *Estelihat Al-Osool wa Mozam Abhasaha*.

Qom: Al-Hadi publication. (in Arabic)

Mousavi Khomeini, Seyed R. (2013). *Tahrir al-Wasilah, The first volume*.

Tehran: The Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. (in Arabic)

Mousavi Khomeini, Seyed R. (2002). *Velayat Faqih*. Tehran: The Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. (in Persian)

Mousavi Khoei, Seyed A. (1980). *Mabani Takmilat Al-Minhaj*. Qom: The Institute for Revival of Imam Khoei's Works. (in Arabic)

Hashemi, Seyed M. (1998). *Constitutional law of the Islamic Republic of Iran, The second volume*. Tehran: Dadgostar publication.

Articles

Zamani, A. (2016). Analysis of the Function of the Orders of Vali-e-Faqih in Decisions and Comments of the Guardian Council (The Case Study of Legislative Criminal Policy). *Quarterly journal of public law knowledge*, Number 15, Pages 1-25.

Kesmati, M. (2002). Comparative study of Petroleum Contracts. *Research Institute of Petroleum Industry*, Project Management Conference. (in Persian)

Nabi Fayzi and others, GH. (2015). Barriers for Foreign Finance in Iranian Law. *Quarterly Journal of Private Law Research*, Number 11, Pages 149-178.

Websites

Research Institute of Guardian Council. Detailed discussions of the Guardian Council regarding the articles of association of the power generation companies of Yazd, Shahid Mofateh, Shahid Rajaei, Shahid Salimi, Azarbaijan, Isfahan, Bandar Abbas, Tehran, Khorasan, Ramin, Zahedan, Shazand, Shahrud, Fars and Lowshan, session 9 - 7 - 2014. Available on the website: <https://B2n.ir/x14692>

Research Institute of Guardian Council. Detailed discussions of the Guardian Council regarding the plan to organize the automobile industry, session 18 - 9 - 2019. Available on the website: <https://B2n.ir/q71594>

Research Institute of Guardian Council. Detailed discussions of the Guardian Council regarding the Budget law amendment bill for 2016, session 29 - 8 -

2016. Available on the website: <https://B2n.ir/f53058>

Research Institute of Guardian Council. Detailed discussions of the Guardian Council regarding the bill of the sixth five-year economic, social and cultural development plan of the Islamic Republic of Iran, session 18 - 1 - 2017. Available on the website: <https://B2n.ir/f01021>

Research Institute of Guardian Council. Detailed discussions of the Guardian Council regarding the bill of the sixth five-year economic, social and cultural development plan of the Islamic Republic of Iran, session 7 - 3 - 2017. Available on the website: <https://B2n.ir/n27567>

Research Institute of Guardian Council. Detailed discussions of the Guardian Council regarding the 2001 budget bill, session 1 - 2 - 2001. Available on the website: <https://B2n.ir/h72589>

Hoseini Khamenei, Seyed A, The information base of the Office for the Preservation and Publication of the Works of Grand Ayatollah Khamenei. Available on the website: <https://farsi.khamenei.ir/news-content?id=27844>

Comprehensive system of opinions of the Guardian Council, Available on the website: <http://nazarat.shora-rc.ir/>

Subhani, J. (2018). The course "Kharej fiqh" about the new issues. Available on the website: <https://www.eshia.ir/Feqh/Archive/Sobhani/Feqh/96>

Mousavi Jazayeri, M. (2014). The course "Kharej fiqh" about the Islamic banking. Available on the website: <https://www.eshia.ir/Feqh/Archive/Jazayeri/Feqh/93>

Documents

Articles of association of the power generation companies of Yazd, Shahid Mofateh, Shahid Rajaei, Shahid Salimi, Azarbaijan, Isfahan, Bandar Abbas, Tehran, Khorasan, Ramin, Zahedan, Shazand, Shahrud, Fars and Lowshan.

The Constitution of the Islamic Republic of Iran, approved in 1979, revised in 1989.

Law of amending Article (235) of the Fifth Five-Year Development Plan Law of the Islamic Republic of Iran approved on 8 - 3 - 2016.

The bill to amend the budget law for the year 1998 of the whole country.

The bill to amend the budget law for the year 2016 of the whole country.

The bill of the third five-year economic, social and cultural development plan of the Islamic Republic of Iran.

The bill of the sixth five-year economic, social and cultural development plan of the Islamic Republic of Iran.

2001 budget bill of the whole country.

2005 budget bill of the whole country.

Letter No. 465/Q dated 4 - 2 - 2001, Speaker of the Islamic Parliament.

Letter No. 1075 dated 20 - 2 - 2001, Head of the Expediency Council.

امکان سنجی مواجهه جمهوری اسلامی ایران با جنایات بین‌المللی رژیم صهیونیستی از رهگذر الحاق به اساسنامه رم با نگرشی به ملاحظات فقهی شورای نگهبان



محمد صالح تسخیری*^۱

استادیار، گروه حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۲/۱۳ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۰/۰۵

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: [10.22034/qjplk.2025.2007.1806](https://doi.org/10.22034/qjplk.2025.2007.1806)

چکیده

تأمین تکرار جنایات بین‌المللی اسرائیل، به‌ویژه پس از عملیات طوفان الاقصی در مهر ۱۴۰۳، بار دیگر لزوم ایجاد زمینه مقابله با این دسته از جنایات را در محافل حقوقی ایران مطرح ساخت. از این رو پیشنهاد الحاق به معاهده مؤسس دیوان بین‌الملل کیفری به عنوان یکی از راهکارهای پیش رو ارائه شد. این نوشتار با توجه به نقش تاریخی شورای نگهبان در شکل‌دهی به قواعد الحاق ایران به معاهدات بین‌المللی به این سؤال پاسخ می‌دهد که در صورت اتخاذ تصمیم برای تصویب اساسنامه دیوان الحاق به این معاهده با چه ملاحظات فقهی روبه‌رو خواهد شد؟. مراد از ملاحظات فقهی، ایراداتی است که شورا در طول سالیان پس از انقلاب اسلامی در نظارت شرعی خود در الحاق به معاهدات و موافقت‌نامه‌های بین‌المللی ابراز کرده است. از این رو نوشتار پیش رو ضمن بررسی نقش شورا در این رابطه ایرادات احتمالی شورا از قبیل نفی سبیل و سلطه، تفاوت عناوین مجرمانه، تفاوت نظام سزادهی و مجازات، و اعانت به ظلم را به صورت تطبیقی میان نظرات شورا و اساسنامه بررسی می‌کند. مبتنی بر این ایرادات بنیادین و نیاز توأمان ایران به برخورداری از دستاویزی حقوقی برای مقابله با جنایات بین‌المللی، رهیافت این مقاله طراحی الگوی تقنینی داخلی برای جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی مبتنی بر نیازها و زمینه‌های داخلی و هم‌سو با خطوط کلی قواعد حقوق بین‌الملل کیفری است؛ الگویی که امکان پیگرد قضایی جنایات بین‌المللی نظیر آنچه در غزه به وقوع پیوست را از منظر حقوق بین‌الملل برای محاکم ایران میسر می‌سازد. کلیدواژگان: اساسنامه رم، تقنین مشترک جنایات بین‌المللی، خاص‌گرایی حقوقی، شورای نگهبان، نفی سبیل.

استادیار، گروه حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران

* Email: Taskhiri.ms@gmail.com



مقدمه

در پانزدهم مهرماه ۱۴۰۳، گروه‌های آزادی‌بخش فلسطینی اقدام به آغاز عملیات نظامی با عنوان «طوفان اقصی» کردند. این عملیات جزئی با پاسخ نظامی سنگین از جانب رژیم صهیونیستی روبه‌رو شد؛ پاسخی که به گواه گزارش رسمی سازمان‌های بین‌المللی در آن مصادیق بی‌شماری از جنایات بین‌المللی به‌ویژه جنایت جنگی و جنایت نسل‌زدایی- نظیر نابودی عامدانه، تخریب اماکن بهداشتی، نسل‌زدایی، کوچ اجباری، قحطی‌سازی اجباری- به وقوع پیوست (UNICEF, 2024: 7; WHO, 2024: 1-3). این حجم از وقوع جنایت، علاوه بر نظام حقوق بین‌الملل، نظام‌های حقوقی داخلی را بر آن داشت تا اقداماتی را برای مقابله با بی‌کیفرمانی مقامات رژیم صهیونیستی سامان دهند.

در ایران نیز محافل حقوقی و نهادهای رسمی و حاکمیتی خیزشی برای اقداماتی در این خصوص صورت دادند. یکی از موضوعاتی که بار دیگر در ایران مطرح شد موضوع الحاق ایران به اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری بود. الحاق ایران به این معاهده پیش‌تر نیز به دلیل وقوع برخی جنایات بین‌المللی مطرح شده بود. اما بنا بر دلایل مختلف همچون بدبینی به عملکرد نهادهای بین‌المللی در رعایت اصل بی‌طرفی و عدم سوءاستفاده از صلاحیت‌ها، عدم امکان استفاده از حق شرط بر اساسنامه، و آماده نبودن ساختار و نظام حقوقی کشور برای الحاق به این معاهده به نتیجه نرسید (مهرپور، ۱۳۹۰: ۴۳۱). نیاز ایران به یافتن دستاویز حقوقی برای مقابله با جنایات بین‌المللی همچنان ادامه دارد و لازم است، با شناخت درست، بهترین سازکار حقوقی برای تأمین این نیاز فراهم آید.

در فرایند قانون‌گذاری، الحاق ایران به معاهدات بین‌المللی از طریق لایحه دولت آغاز می‌شود و پس از اعلام وصول در مجلس، بررسی در کمیسیون‌های تخصصی، و تصویب در صحن علنی نوبت به شورای نگهبان می‌رسد. شورای نگهبان نیز، با بررسی عدم مغایرت مفاد معاهده با شریعت و قانون اساسی، نقش محوری در فرایند تقنین معاهدات و ورود آن‌ها به نظم حقوقی داخلی ایفا می‌کند. به دلیل اهمیت موضوع الحاق ایران به اساسنامه به عنوان یک معاهده، این نوشتار بر یکی از ابعاد الحاق ایران به اساسنامه متمرکز شده است و قصد آن دارد تا ملاحظات فقهی این الحاق را از منظر رویه شورای نگهبان مورد بررسی قرار دهد. از این رو مقاله پیش رو، پس از بررسی ملاحظات فقهی الحاق به اساسنامه، متناسب با نظرات فقهی

شورا، راهکار برون‌رفت از وضعیت کنونی (فقدان دستاویز حقوقی برای مقابله با جنایات بین‌المللی) را بررسی می‌کند.

۱. جایگاه شورا در شکل‌دهی به نظام حقوق معاهدات در ایران

پیش از قرن بیستم، معاهدات عموماً بر مدار جنگ و صلح مورد توافق دولت‌ها قرار می‌گرفت و توافقات دولتی در قالب معاهدات عمدتاً به شکل معاهدات صلح و بی‌طرفی ظهور و بروز پیدا می‌کرد (Grotius, 2012: 439). با ورود به قرن بیستم و به‌ویژه در چارچوب سازمان‌های بین‌المللی تخصصی، امکان‌گردهمایی نمایندگان تسهیل شد و همین موضوع به انعقاد معاهدات بین‌المللی در گستره متنوعی از دغدغه‌های میان‌دولتی انجامید. این تنوع موضوعی در معاهدات به تولید قواعد متنوع در نظام حقوق بین‌المللی و نظام‌های حقوقی داخلی منجر شد.

تنوع موضوعی معاهدات ایران با دیگر دولت‌ها اتصال و ارتباط آن‌ها را به اصول مختلف مندرج در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نتیجه داده است. این موضوع در سال‌های نخستین پس از انقلاب اسلامی مردم ایران باعث شد شورای نگهبان، ضمن بررسی مصوبات مجلس در خصوص معاهدات، با ارائه تفاسیر خود، در خصوص اصول قانون اساسی و ضوابط شرعی، نظم حقوقی مرتبط با الحاق را شکل دهد. نظم برخاسته از نظرات شورای نگهبان چنان در نظام حقوقی کشور اهمیت یافت که در سال‌های بعد سنجه‌های شورا در متن قانون آیین‌نامه داخلی مجلس و «آیین‌نامه چگونگی تنظیم و انعقاد توافقات بین‌المللی» و «دستورالعمل تنظیم شکلی توافقات بین‌المللی» در قالب هنجارهای الزام‌آور منعکس شد.

بخشی از نظرات شورا نیز هنوز در قوانین و مقررات مدون منعکس نشده، اما «رویه اساسی» حقوق ایران در الحاق به معاهدات بین‌المللی را تشکیل می‌دهد. مثلاً بر اساس اصل ۸۲ استخدام کارشناس خارجی ممنوع است، جز با «تصویب» مجلس و پس از احراز «ضرورت» استخدام. بر اساس نظرات شورا در تبیین مفهوم این اصل، استخدام شامل انواع روابط کاری همانند واگذاری اجرای طرح (نظر شماره ۱۳۸۸/۲۱/۷۵ مورخ ۱۳۷۵/۱۱/۱۱)، استفاده از نیروی خارجی (نظر شماره ۰۳۶۵/۲۱/۷۵ مورخ ۱۳۷۵/۲/۱۲) و نظایر آن می‌شود؛ هرچند به صورت موقت باشد (نظریه شماره ۱۳۸۴ مورخ ۱۳۵۹/۱۲/۱۴). از نظر شورا، واگذاری استخدام کارشناس خارجی به کمیسیون‌های تخصصی مجلس بر اساس اصل ۸۵

هرچند به صورت موقت و آزمایشی، مغایر اصل ۸۲ به شمار می‌آید (نظریه شماره ۱۷۲۳ ر - ۲۴ مورخ ۱۳۶۰/۰۲/۰۳). شورا، در احراز «ضرورت»، «تعیین تعداد کارشناسانی» که نهاد دولتی بدان‌ها نیاز دارد را در مصوبه مجلس ضروری دانسته است (نظریه شماره ۴۱۰۰ مورخ ۱۳۶۰/۱۰/۰۳). این مثال نمونه عینی از رویه‌سازی اساسی شورا در حوزه حقوق حاکم تعاملات بین‌المللی است که به صوت مدون در قوانین و مقررات درج نشده، اما توسط مجلس تبعیت می‌شود. علاوه بر این شورا، به دلیل بررسی عدم مغایرت مصوبات مجلس با شرع، مجموعه شاخص‌هایی را مد نظر قرار می‌دهد که در مصوبات مربوط به معاهدات بین‌المللی اصول راهنمایی برای مجلس شورای اسلامی محسوب می‌شود.

۲. ملاحظات فقهی شورا بر اساسنامه

مقاله پیش رو بر محور نظارت شرعی شورا و ملاحظات فقهی آن، که در طول سالیان پس از انقلاب اسلامی در خصوص تصویب معاهدات اعمال کرده است، غور می‌کند. بدیهی است بسیاری از اصول قانون اساسی پشتوانه فقهی دارند و نویسنده بدون رجوع به این اصول و مبتنی بر واژگان به‌کاررفته در ادبیات شورا آنچه را با استناد به نظارت شرعی مطرح شده مد نظر قرار می‌دهد.

۲-۱. نفی سبیل و منع سلطه

یکی از اصول شریعت اسلام در مواجهه با کفار نفی هر گونه سلطه کفار بر مسلمانان است. این موضوع، که به عنوان قاعده «نفی سبیل» یا «منع سلطه» شناخته می‌شود، ریشه در قرآن (نسا/ ۴۱) و روایات و اجماع فقها دارد (صدوق، ۱۴۱۳: ۳۳۴؛ الحسینی العاملی، ۱۴۱۹: ۸۴) و خود حاکم بر ادله اولیه احکام است. با وجود اختلاف نظر در تفسیر این قاعده، مفهوم کلی قاعده نفی سبیل آن است که اسلام علو و برتری و سلطه کفار بر مسلمانان را تکویناً یا تشریحاً نمی‌پذیرد یا نمی‌پسندد. این قاعده کلی شمولیت دارد و در مصادیق مختلف معانی منطبق بر زمینه را به خود می‌گیرد (مکارم شیرازی، ۱۳۷۴: ۱۷۵).

مصادیق متعددی از قاعده نفی سبیل در اصول قانون اساسی درج شده است؛ همانند نفی هر گونه سلطه‌پذیری (اصل ۱۵۲)، منع استخدام بیگانگان (اصل ۸۱)، منع اعطای امتیاز به بیگانگان (اصل ۸۲) که برخاسته از قاعده نفی سبیل فهم و درک می‌شوند (غمامی و همکاران، ۱۳۹۷: ۵۱). در حقیقت شورای نگهبان در زمان احراز عدم مغایرت مصوبات با قانون اساسی

عملاً این قاعده را به اجرا می‌گذارد (کدخدایی الیادرائی و همکاران، ۱۴۰۲: ۴۳۹).
 با وجود این، شورا در برخی موارد به جای استناد به اصول از تعبیری مدد می‌جوید که رجوع مستقیم به قاعده نفی سبیل را متبادر می‌سازد. شورا در موافقت‌نامه بین‌المللی راجع به سرمایه‌گذاری خارجی متذکر می‌شود: «اطلاق و عموم و صراحت برخی از مواد در مواردی شامل تملک بی‌قید و شرط اراضی کشور به وسیله دولت‌ها و ایادی و اتباع آنان حتی در مجاورت کشورهای همسایه بوده و استقلال و احیاناً تمامیت اراضی کشور را مخدوش می‌نماید» و از این منظر «سلطه بیگانه بر اقتصاد کشور و نفوذ اجانب» مبتنی بر این مصوبه را ایراد می‌گیرد (نظر شورا به شماره ۱۵۳۷/۲۱/۸۰ مورخ ۱۳۸۰/۰۳/۰۹).

شورا در برخی نظرات مربوط به تسلط‌آفرینی کفار تصریح می‌کند نظر شورا مبتنی بر صلاحیت آن در نظارت شرعی است. شورا ناظر به «لایحه موافقت‌نامه بین دولت جمهوری اسلامی ایران و کمیته حقوقی و مشورتی آسیایی-آفریقایی راجع به ایجاد مراکز منطقه‌ای داوری» بیان می‌کند: «اطلاق این لایحه شامل رژیم صهیونیستی می‌گردد و مستلزم به رسمیت شناختن و نفوذ آن رژیم غاصب در جمهوری اسلامی ایران است خلاف موازین مستنبط از مبانی اسلامی» است (نظر شورا به شماره ۲۱۰۲/۲۱/۸۰ مورخ ۱۳۸۰/۰۶/۱۱). شورا تفسیر خود از نفی سبیل را توسعه می‌بخشد و آن را ناظر به مسلمانان تبعه یا مقیم دولت‌های غیر مسلمان نیز تفسیر می‌کند. در الحاق به یکی از معاهدات مودت شورا تصریح می‌کند: «با توجه به برخی شرایط فرهنگی-اجتماعی حاکم در بعضی از این کشورها و با عنایت به منوط بودن الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به این پیمان به موافقت کشورهای جنوب شرقی آسیا، که در بین آن‌ها کشورهای وجود دارند که عملاً مسلمین را مورد فشار قرار داده‌اند، اطلاق این مصوبه محل ایراد بوده و خلاف موازین شرع می‌باشد.» (نظر شورا به شماره ۲۳۹۷/۱۰۲/۹۶ مورخ ۱۳۹۶/۰۶/۰۸). برآمد کلام آنکه شورا قاعده نفی سبیل را به صورت صریح یا ضمنی همواره مد نظر قرار می‌دهد.

در خصوص الحاق ایران به اساسنامه دیوان بین‌المللی کیفری باید ابتدا به این نکته اشاره کرد که یکی از وجوه استقلال کشور استقلال و عدم سلطه‌پذیری قضایی است (Boiko et al., 2020: 3020). پذیرش صلاحیت دیوان بین‌المللی کیفری نه تنها راه را برای نفوذ قضایی دیوان به نظام حقوقی کشور تصویب‌کننده هموار می‌کند، بلکه سلطه و صلاحیت قضایی نسبت به اتباع

آن کشور را نیز فراهم می‌سازد و از این رو تا حدی با استقلال و حاکمیت قضایی کامل دولت در تعارض است (Cryer, 2005: 853-854). از این منظر، الحاق ایران به اساسنامه، ضمن تمهید حدی از نفوذ قضایی، سلطه قضایی نیز به همراه می‌آورد؛ موضوعی که همواره در نظارت شرعی شورا با ایراد روبه‌رو شده است.

هرچند پیش‌تر موضوع الحاق ایران به اساسنامه رم به شورا نرسیده است، نزدیک‌ترین موضوعی که شورا در خصوص آن نظر داده است «شرط اختیاری رجوع اجباری به دیوان بین‌المللی دادگستری» است. این شرط در بسیاری از معاهدات وجود دارد و مراد از آن این است که هرگاه میان دولت‌های عضو یک معاهده اختلافی بر سر اجرا یا تفسیر حاصل شود، یک طرف می‌تواند به دیوان بین‌المللی دادگستری رجوع کند و طرف دیگر نیز مبتنی بر شرط یادشده حق مخالفت را از خود سلب می‌کند. زیرا شرط اختیاری رجوع اجباری را در زمان امضا و تصویب معاهده پذیرفته است (Szafarz, 2023: 31-32). در این موارد، شورای نگهبان ایراد گرفته است و مجلس و دولت را به سمت گذاشتن تحفظ سوق داده است (نظر شورا به شماره ۸۴/۳۰/۱۲۴۰۲ مورخ ۱۳۸۴/۰۳/۱۹؛ نظر شورا به شماره ۸۴/۳۰/۱۱۵۴۱ مورخ ۱۳۸۴/۰۱/۳۱؛ نظر شورا به شماره ۸۴/۳۰/۱۴۵۴۹ مورخ ۱۳۸۴/۱۱/۱۸؛ نظر شورا به شماره ۲۷۸۸/۲۱/۷۷ مورخ ۱۳۷۷/۰۲/۳۰). عدم اخذ رضایت پسینی، نقطه مشترک دادرسی دیوان بین‌المللی کیفری و شرط اختیاری صلاحیت اجباری دیوان بین‌المللی دادگستری است. زیرا دیوان، پس از احراز صلاحیت خود، بدون نیاز به اخذ رضایت از دولت متبوع مجرم، اقدام به رسیدگی می‌کند و این اقدام وجهی از سلطه قضایی به شمار می‌آید.

۲-۲. تفاوت تعریف عناوین مجرمانه

اساسنامه اقدام به تعریف چهار عنوان کلی جنایت علیه بشریت، جنایت نسل‌زدایی، جنایت تجاوز، و جنایت جنگی کرده است. هر یک از این چهار عنوان کلی فهرست بلندی از مصادیق دارد. مثلاً مجرمانه «نسل‌زدایی» یا «ژنوسید» در اساسنامه شامل مصادیقی چون قتل، آسیب جسمی یا روحی، ایجاد شرایط سخت زندگی، و انتقال اجباری کودکان است (ماده ۵). ارتکاب هر یک از این مصادیق فرد را به عنوان جانی بین‌المللی ذیل «جنایت نسل‌زدایی» تحت پیگرد قضایی دیوان قرار می‌دهد.

با توجه به «مصادیق» جنایات بین‌المللی، ورود محتوای اساسنامه به نظم حقوقی ایران

ایراداتی جدی و برخاسته از رویه اساسی شورا در پیش رو دارد. شورا در معاهدات مربوط به معاضدت یا انتقال محکومان همواره این ایراد را مد نظر قرار داده است که باید میان تعریف نظام فقهی و شرعی از یک موضوع با تعریف مندرج در موافقت‌نامه بین‌المللی یکسانی و عدم تفاوت در جریان باشد (نظر شماره ۲۲۱۲/۱۰۲/۹۵ مورخ ۱۳۹۵/۰۶/۱۷). به بیان روشن‌تر، شورا تلاش می‌کند منظر منعکس‌شده در معاهدات در عناوین حقوقی با منظر اسلام در تعارض نباشد.

این موضوع منحصر در تعریف عناوین مجرمانه نیست، بلکه به دیگر جزئیات مندرج در متن معاهدات و موافقت‌نامه‌های میان‌دولتی نیز تسری پیدا کرده است. مثلاً تفاوت در تعریف «خویشاوندان و اقربا» یکی از مصادیق این تفاوت تعریف است. از آنجا که «از نظر شرعی، تنها اقاربی که جزء اولیای شرعی و قانونی محکوم باشند می‌توانند علی‌رغم عدم تمایل محکوم به انتقال، با لحاظ مصلحت وی، درخواست انتقال ایشان را داشته باشند و سایر اقربا در این خصوص شرعاً ولایتی ندارند»، شورا در زمان تعریف اقربا، به دلیل تفاوت تعریف شرع و قانون ایران و کشور متعاهد در معاهدات مرتبط با معاضدت (حقوقی یا کیفری) یا انتقال محکومان، ایراد مغایرت با موازین شرعی می‌گیرد.

از منظر تعریف متفاوت، این تفکر وجود ندارد که شریعت با جرم‌انگاری جرایم مندرج در اساسنامه مشکلی دارد؛ بلکه اسلام بیشترین حمایت را از حقوق انسان‌ها در زمان جنگ و غیر از آن در نظام حقوقی خود منعکس کرده است (موسوی، ۱۳۹۴: ۱۱۷ - ۱۱۹) و صرفاً مراد این است که تعریف اسلام و اساسنامه از یک موضوع متفاوت است. ایراد عدم انطباق تعریف در خصوص الحاق ایران به اساسنامه از سه وجه قابل بررسی است. نخست اینکه بسیاری از عناوین مندرج در اساسنامه در فقه اسلامی دارای حد و ثغور متفاوت است. در شریعت اسلامی برای حراست از محیط زیست در حین جنگ هنجارهایی وجود دارد. مثلاً کاربست سم و نظایر آن، که منجر به آسیب به محیط زیست می‌شود، هرچند در زمان جنگ باشد، ممنوع شمرده شده است (کافی، ۱۴۰۷، ج ۵: ۲۸). این ممنوعیت در اساسنامه دامنه بسیار وسیع‌تری دارد و هر گونه «حمله عمدی با علم و موجب خسارت گسترده، بلندمدت، و شدید به محیط زیست» جرم‌انگاری شده است (ماده ۸، بنده دوم، قسمت «ب»، مورد ۴).

دوم اینکه ارتکاب برخی عناوین موجود در اساسنامه هرچند مورد تأیید دین نیست، مورد

جرم‌انگاری نظام حقوق اسلام قرار نگرفته است، به‌ویژه در خصوص بیگانگان، همانند آسیب به اموال فرهنگی و آثار تاریخی بیگانگان غیرمسلمان در طول جنگ (حلی، ۱۴۱۴، ج ۹: ۱۲۷)؛ درحالی‌که آسیب عمده‌ی به یادبودهای تاریخی در اساسنامه جرم‌انگاری شده است (ماده ۸، بنده دوم، قسمت «ب»، مورد ۴). در نظارت شرعی، شورا وجود اتهام‌هایی که از منظر موازین قضایی جمهوری اسلامی ایران جرم محسوب نمی‌شود را دلیلی بر عدم قبول یک معاهده می‌داند (نظر شماره ۸۴/۳۰/۱۱۵۴۵ مورخ ۱۳۸۴/۰۱/۳۱). از این رو این دسته از مصادیق مجرمانه مندرج در اساسنامه نیز احتمالاً با ایراد شرعی شورا روبه‌رو خواهد شد.

۲-۳. تفاوت در نظام سزادهی و مجازات

وجه سوم تفاوت در تعریف تفاوت در نظام سزادهی و مجازات اسلام و ایران با اساسنامه است که به دلیل اهمیتش به صورت مجزا بررسی می‌شود. بیان این نکته ابتدایی لازم است که این تفاوت تفاوتی صد درصدی نیست، بلکه در برخی مجازات‌ها و تفسیر از جرایم بروز و ظهور دارد. ایران پیش‌تر به کنوانسیون یا معاهده مشابهی در خصوص نظام جزادهی بین‌المللی نپیوسته است و این نخستین بار است که این تجربه پیش روی ایران قرار می‌گیرد؛ جز آنچه در معاهدات معاضدت قضایی و کیفری، انتقال حکومان، و استرداد مجرمان آمده است.

تفاوت اصولی میان اساسنامه رم و معاهدات یادشده (معاضدت، استرداد، انتقال) این است که در این معاهدات قرار است نفعی به طرف ایرانی (عموماً مسلمان) واصل شود؛ درحالی‌که در صورت پیوستن ایران به اساسنامه شاید وضعیت عکس این موضوع اتفاق بیفتد و ایرانی مرتکب جنایت بین‌المللی به دیوان بین‌المللی کیفری تسلیم و صلاحیت قضایی دیوان به رسمیت شناخته شود. با وجود این تفاوت، آنچه قابلیت اشاره دارد منطقی است که شورا در جهت رد معاهدات فوق در مقام نظارت شرعی بیان کرده است.

فحص در نظریات شورا موارد متعددی را نشان می‌دهد که می‌توان در خصوص اساسنامه دیوان نیز ایراد مشابه گرفت. شورا اعطای ارزش قضایی به آرای قضات بیگانه غیرمسلمان را درحالی‌که از منظر شریعت فاقد ارزش قضایی است مغایر شرع احراز می‌کند (نظر شماره ۸۰/۲۱/۱۲۰۰ مورخ ۱۳۸۰/۰۲/۰۶). همچنین تفاوت کیفیت صدور حکم دادن قضات بیگانه غیرمسلمان با حکم اسلامی نیز مانع از تأیید یک موافقت‌نامه بین‌المللی از نظر شورا تلقی می‌شود (نظر شماره ۸۶/۳۰/۲۲۵۷۲ مورخ ۱۳۸۶/۰۶/۲۲). از این منظر، شورا تحاکم به قضات

جور و طاغوت را واجد ایراد شرعی و فقهی ارزیابی می‌کند (کدخدایی الیادرائی و همکاران، ۱۴۰۲: ۴۴۷). این در حالی‌ست که در صورت الحاق ایران به اساسنامه، نه‌تنها شیوه دادرسی غیر اسلامی پذیرفته شده است، بلکه اعتبار برای صدور رأی قضات غیر مسلمان (یا با اکثریت غیر مسلمان) قائل باید شد.

نتیجه قضاوت بر اساس اساسنامه دیوان و تأیید ارتکاب جنایت بین‌المللی منجر به صدور احکامی مادون قصاص و اعدام می‌شود. بر اساس ماده ۷۷ اساسنامه، شدیدترین مجازات برای جانیان بین‌المللی «حبس ابد تا سی سال» است. این در حالی‌ست که در برخی فروض مجازات اسلامی در خصوص مصادیق مندرج در اساسنامه اعدام است؛ نظیر قتل جمعی ذیل ژنوسید (ماده ۶)، قتل گسترده و نظام‌مند ذیل جنایت علیه بشریت (ماده ۷)، کشتار عمدی ذیل جنایت جنگی (ماده ۸). همچنین اساسنامه با کفایت به حبس بلندمدت و کوتاه‌مدت، جریمه، و ضبط اموال از مجازات‌های بدنی منصرف شده است. از منظر شورا عدم انطباق مجازات بیگانگان با مجازات شرعی عامل احراز مغایرت با شریعت تلقی می‌شود.

علاوه بر این، نظام دادرسی اساسنامه نیز مورد تأیید شورا نخواهد بود. شورا در نظرات مختلف موارد پیش رو را مانع از تأیید یک معاهده میان‌دولتی تلقی کرده است: استماع اقرار و شهادت توسط افراد فاقد صلاحیت شرعی (نظر شورا به شماره ۸۰/۲۱/۱۵۲۳ مورخ ۱۳۸۰/۰۳/۱۷)، تقلیل یا تخفیف، تعویق اجرای مجازات اسلامی و تحویل دادن اموال ناشی از جرم به دولت بیگانه بدون وجود دلیل شرعی و عفو یا بخشودگی محکومیت در حدود شرعی (نه تعزیرات) که در آن عفو راه ندارد (نظر شماره ۲۷۲۷/۱۰۲/۹۴ مورخ ۱۳۹۴/۰۶/۱۰)، مصونیت قضایی مطلق شاهد و کارشناس (نظر شماره ۸۰/۲۱/۱۵۲۳ مورخ ۱۳۸۰/۰۳/۱۷). نظم حقوقی حاکم بر اساسنامه دارای مفادی است که با نظرات فوق تعارض پیدا می‌کند. مثلاً بر اساس «موافقت‌نامه امتیازات و مصونیت‌های دیوان بین‌المللی کیفری»، که بخشی از نظم حقوقی حاکم بر دیوان و دولت‌های عضو به شمار می‌آید، شاهدان از امتیازات و مصونیت‌ها و تسهیلات فراوان مندرج در این موافقت‌نامه، از جمله «مصونیت مطلق»، برخوردار خواهند بود (ماده ۱۹، قسمت ۱، بند ۳). ماده ۲۱ همین مفاد را در خصوص کارشناسان تکرار می‌کند (قسمت ۱، بند ۱ و ۲).

شورا در برخی موارد به مجلس توصیه می‌کند بر اساس نظرات «فقه‌های معظم، برای

برونرفت از موارد اشکال شرعی، با افزودن یک ماده، که حاوی استثنای موارد خلاف شرع، ولو به عنوان کلی، می‌توان این اشکال را مرتفع نمود» (نظر شماره ۲۷۲۷/۱۰۲/۹۴ مورخ ۱۳۹۴/۰۶/۱۰). این موضوع در خصوص اساسنامه قابلیت اجرا ندارد. زیرا اساسنامه دیوان به عنوان یک معاهده بین‌المللی امکان حق شرط گذاشتن بر خود را متفی کرده است. ماده ۱۲۰ اساسنامه تصریح می‌کند: «هیچ حق شرطی بر اساسنامه نمی‌توان اعمال کرد». مبتنی بر ماده ۱۹ کنوانسیون وین حقوق معاهدات ۱۹۶۹، در صورت تصریح یک معاهده، گذاشتن حق شرط بر معاهده منجر به بطلان حق شرط می‌شود. به بیان روشن‌تر در صورتی که ایران با حق شرطی این‌چنینی به اساسنامه ملحق شود، عضویت ایران بدون پذیرش حق شرط ایران پذیرفته می‌شود. شورا نیز به این موضوع نظر داشته است و در مواردی که معاهده صراحتاً حق شرط را ممنوع کرده است، درج حق شرط توسط دولت یا مجلس را تأمین‌کننده نظرات خود تلقی نمی‌کند (نظر شورا به شماره ۲۴۱۲۶/۳۰/۸۶ مورخ ۱۳۸۶/۰۹/۱۵).

۲-۴. تعاون در ظلم و اثم

بخش مهمی از اساسنامه به موضوع «استرداد» مجرم به دیوان برای آغاز رسیدگی حضوری اختصاص یافته است. اساسنامه در این خصوص در ماده ۸۹ از تعبیر «تحویل اشخاص به دیوان» استفاده کرده و دلیل این تغییر تعبیر آن است که برخی دولت‌های عضو مبتنی بر منع قانون اساسی خود برای «استرداد» اتباع خود به بیگانگان امکان الحاق را از دست می‌داند (شریعت‌باقری، ۱۳۹۰: ۱۴۲). از این رو اساسنامه با استفاده از تکنیک «برچسب افتراق‌دهنده و جداکننده» یا «برچسب متفاوت» عنوان جدیدی را خلق کرد و در خود جای داد (Nolte & Aust, 2013: 423). اساسنامه مقرر می‌دارد دیوان می‌تواند از دولت عضو «بخواهد که شخص خاصی را دستگیر و به دیوان تحویل دهد» (ماده ۸۹، بند ۱). اگر شخص یادشده به محاکم ملی دولت یادشده رجوع کند و به درخواست دیوان اعتراض داشته باشد، این نظر دیوان است که تعیین می‌کند اعتراض مقبول یا مردود باشد (ماده ۸، بند ۲). مواد ۹۰ و ۹۱ اساسنامه با استفاده از تعبیر «استرداد» مفاد مندرج در ماده ۸۹ را تکمیل می‌کنند.

استرداد در نظر شورا مبنیاً با ایراد روبه‌روست؛ ایرادی پرتکرار که عموماً فقهای شورای نگهبان بر معاهدات مربوط به استرداد وارد می‌دانند. با این بیان که «این لایحه از این جهت که اطلاق برخی از مواد اعمال مقررات غیر منطبق با موازین شرعی دولت طرف متعاقد را

لازم الاجرا دانسته و نیز بعضی مواد آن مستلزم تأیید صحت قوانین و صحت آیین دادرسی قوه قضاییه کشور طرف متعاقد و نیز ارجاع کارهای قضایی به دادگاه‌های آن کشور می‌باشد که خود موجب اثر دادن بر احکامی است که در آن دادگاه‌ها ولو برخلاف ضوابط اسلامی صادر می‌گردد و موجب ظلم به افراد مسترد خواهد شد، خلاف موازین شرع شناخته شد» (نظر شماره ۲۶۳۹۴/۱۰۲ مورخ ۱۴۰۰/۰۳/۲۶؛ نظر شماره ۵۰۴۶/۱۰۲/۹۴ مورخ ۱۳۹۴/۱۰/۲۳؛ نظر شماره ۵۲۲۲۴/۳۰/۹۲ مورخ ۱۳۹۲/۰۸/۲۰). ایراد شورا در خصوص استرداد تبعه بیگانه (مسلمان و غیر مسلمان) به دولت متبوعش است؛ حال آنکه راجع به اساسنامه دیوان استرداد به دولت متبوع نیست.

میان استرداد به دولت متبوع و غیر آن اختلاف وجود دارد؛ همان‌طور که آیت‌الله هاشمی شاهرودی در بررسی لایحه استرداد مجرمان میان ایران و قزاقستان در تأیید این اختلاف بیان کرد: «این لوایح (استرداد به دولت متبوع) شبیه معاهده پیامبر (ص) با کفار قریش است که از نظر ظاهری علیه اسلام و به نفع کفار بود. طی آن معاهده مقرر شده بود هرگاه فردی از مکه از میان قریش بگریزد و به مسلمانان پناه آورد پیامبر باید او را به قریش بازگرداند؛ ولی اگر یکی از مسلمانان به سوی قریش گریخت، قریش موظف به بازگرداندن او نیست. چون پیغمبر (ص) با کفار قریش قرارداد بسته بود مسلمانی را که از مکه به مدینه می‌آمد به قریشی که مسلمانان را شکنجه می‌کرد برمی‌گرداند». از همین رو در برخی لوایح شورا در زمینه انتقال محتمل «مجرم مسلمان» به دولت متبوع غیر مسلمان ایراد شرعی گرفته نشده است؛ همانند ماده ۳ لایحه معاهده بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت ژاپن در زمینه انتقال محکومان به حبس که با ایراد شورا روبه‌رو نشد. اما در اساسنامه نه‌تنها استرداد به دولت متبوع در کار نیست بلکه در صورت وقوع جنایتی بین‌المللی توسط اتباع ایران فرض استرداد ایرانیان مسلمان به دیوان نیز مطرح می‌شود؛ موضوعی که در نظام حقوقی ایران فاقد سابقه تقنینی است.

۳. راهکار پیش رو: تقنین داخلی جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی

الحاق ایران به اساسنامه در نظارت شرعی شورا با ایرادات بنیادینی روبه‌رو خواهد شد. این موضوع با توجه به جایگاه شورا در فرایند قانون‌گذاری و همچنین نقش این نهاد اساسی در نظم حقوقی ایران بُعد بسیار مهم و مغفولی در مطالعات صورت‌گرفته در خصوص الحاق ایران به معاهده مؤسس دیوان کیفری بین‌المللی است. دولت جمهوری اسلامی ایران، با وجود امضا

کردن اساسنامه در فرصت قانونی، تاکنون اقدام به تصویب آن نکرده است. ملاحظات مختلف فقهی، حقوقی، سیاسی، و امنیتی سیاست‌گذار کلان را بر آن داشته است تا امروز اقدامی در این خصوص از خود به نمایش نگذارد. این در حالی است که عدم الحاق ایران به اساسنامه نیاز ایران و نظام حقوقی داخلی در التفات به جنایات بین‌المللی را منتفی نمی‌سازد. این التفات ناشی از دو موضوع است.

- نخست اینکه مبتنی بر اصل صلاحیت تکمیلی دیوان زمانی اقدام به رسیدگی به جنایات بین‌المللی یک فرد می‌کند که نظام حقوقی داخلی «نخواهد» یا «تواند» به جنایات بین‌المللی او رسیدگی کند (Mayans-Hermida & Holá, 2020: 1104). در این هنگام است که اراده قضایی دیوان در رسیدگی به جنایات آن فرد نقصان ارادی یا غیر ارادی نظام حقوقی داخلی در رسیدگی به جنایات اتباع خود را «تکمیل» می‌کند. از این رو رسیدگی شایسته به جنایات بین‌المللی اتباع یک کشور توسط نظام قضایی داخلی مانع از صلاحیت یافتن دیوان بین‌المللی کیفری می‌شود (Stigen, 2008: 218-219). نظام قضایی داخلی زمانی اقدام به رسیدگی به جنایات بین‌المللی اتباع خود می‌کند که قانون صلاحیت قضایی را برای محاکم داخلی خود فراهم آورد. این در حالی است که با وجود برخی تغییرات و توسعه صلاحیت محاکم داخلی در رسیدگی به جرایم ارتكابی توسط اتباع دیگر دولت‌ها هنوز محاکم ایران صلاحیت لازم جهت رسیدگی به جنایات بین‌المللی را پیدا نکرده‌اند (پورقهرمانی و همکاران، ۱۳۹۵: ۱۱۳). ایجاد صلاحیت رسیدگی به جنایات بین‌المللی ارتكابی توسط اتباع ایرانی برای محاکم ایران از این جهت حائز اهمیت است که با وجود «رشد مصادیق جنایات بین‌المللی» با «رسیدگی قاضی ایرانی»، از منظر حقوقی، امکان مداخله قضایی دیوان منتفی می‌شود. این موضوع اهمیت روزافزونی به خود گرفته است، به‌ویژه اینکه برخی نهادهای بین‌المللی، همانند شورای حقوق بشر، تلاش می‌کنند عناوینی همانند جنایت علیه بشریت را به مقامات ایرانی منسوب کنند (Human Right Council, 2024, pa. 182): تلاشی که به دنبال به میان کشیدن صلاحیت دیوان بین‌المللی کیفری در خصوص جنایات ادعایی توسط ایرانیان است.

- دوم اینکه ایران در دوره‌های مختلف با جانیان بین‌المللی متعددی روبه‌رو بوده که علیه ایرانیان یا غیر ایرانیان جنایاتی را مرتکب شده‌اند. جنایات صدام (جنایات جنگی و جنایت تجاوز)، جنایات مقامات امریکایی در تحریم دارویی (جنایت علیه بشریت)، و جنایات رژیم

صهیونیستی (جنایت جنگی و نسل‌زدایی) مواردی است که ایران از منظر حقوقی می‌توانست در محاکم خود رسیدگی قضایی کند. قانون‌گذار عادی این تمایل به رسیدگی قضایی را در متن قوانین موضوعه درج کرده است؛ آنجا که در ماده ۱۱ از «قانون مقابله با اقدامات خصمانه رژیم صهیونیستی علیه صلح و امنیت» مصوب ۱۳۹۹ تصریح می‌کند: «دادستان کل کشور مکلف است با بهره‌مندی از ظرفیت‌های مراجع و نهادهای داخلی، خارجی، و بین‌المللی به طرح شکایت از سران جنایتکار رژیم اشغالگر صهیونیستی به دلیل ارتکاب جنایت علیه بشریت، جنایت جنگی، نسل‌کشی، جنایت تجاوز در محاکم ذی‌صلاح داخلی و خارجی و دادگاه‌ها و دیوان بین‌المللی اقدام نماید». پیش از این قانون‌گذار در ماده ۳ «قانون الزام دولت به حمایت همه‌جانبه از مردم مظلوم فلسطین» مصوب ۱۳۸۷ با اشاره به دیوان بین‌المللی کیفری مقرر کرده بود: «بر اساس قواعد حقوق بین‌الملل، جنایات انجام‌شده در غزه از مصادیق بارز جنایت علیه بشریت و نسل‌کشی می‌باشد. دولت موظف است محاکمه سران رژیم اشغالگر قدس را در دادگاه دیوان کیفری بین‌المللی و محاکم داخلی کشور به عنوان جنایتکار علیه بشریت و عاملان نسل‌کشی پیگیری نماید».

نتیجه منطقی وجود توأمان موانع و نیاز به دستاویز حقوقی برای رسیدگی حقوقی داخلی به جنایات بین‌المللی تصویب قانون داخلی در خصوص جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی و تمهید صلاحیت برای محاکم داخلی ایران است؛ مسیری که دولت‌های دیگر نیز پیموده‌اند (Wouters & Verhoeven, 2013: 3). طراحی الگوی تقنینی ملی برای جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی به‌شدت متأثر از ملاحظات فقهی است که شورای نگهبان نیز در نظارت شرعی خود بدان التفات داشته است. از این رو، در ادامه، این مقاله به بایسته‌های ضروری جرم‌انگاری داخلی جنایات بین‌المللی مبتنی بر موضوع نوشتار اختصاص می‌یابد.

۳-۱. ارائه الگوی حقوقی جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی

سابقاً مجالس قانون‌گذار در زمینه‌هایی که فاقد پیشینه تقنینی بودند اقدام به اقتباس از قوانین خارجی می‌کردند. این موضوع تا جایی پیش رفت که قانون خارجی به عنوان الگوی قابل پیروی توسط دیگر دولت‌ها ارائه و بعضاً دیکته می‌شد. این روش، که ریشه در تاریخ استعمار غرب در افریقا داشت (Roberts & Mann, 1991: 12-14)، بعدها با عناوینی همانند «قوانین مدل یا الگو» و در ساختار سازمان‌های بین‌المللی مدرن به منظور وحدت تقنینی پی

گرفته شد (Bagic, 2024: 3). استمرار قوانین الگو یا اقتباس از قانون خارجی بعد از مدتی از رونق افتاد. زیرا در حقیقت قانون برساخته اجتماعی به شمار می‌آید و قانونی قابلیت اجرا می‌یابد که با ریشه‌های فرهنگی، اجتماعی، تاریخی، مذهبی، و شرایط اقتصادی و سیاسی یک کشور همگنی و همگونی داشته باشد. عدم تطابق میان قانون خارجی اقتباسی با زمینه‌های یادشده منجر به عدم اقبال داخلی یا ناکارآمدی این قوانین می‌شد. از این رو مجالس قانون‌گذار اقدام به طراحی الگوی تقنینی بومی با ترکیب تجارب خارجی و بین‌المللی و زمینه‌ها و نیازهای داخلی کردند.

برای تقنین در خصوص جنایات بین‌المللی چاره‌ای نیست جز آنکه به پیشینه آن در فضای حقوق بین‌الملل نظری داشت. اما این نظر نه به معنای لزوم انطباق کامل میان قانون‌گذاری داخلی و حقوق بین‌الملل (به‌ویژه اساسنامه) است و نه به معنای خروج از اهداف اصلی آن به سمت دیگر. در حقوق بین‌الملل، به‌ویژه حوزه حقوق حمایتی (حقوق بشر و حقوق بشردوستانه)، امکان تفاوت میان قاعده ملی و بین‌المللی در حوزه حمایت از حقوق آحاد بشری وجود دارد (Hilpold, 2021: 163)؛ با این توضیح که قاعده ملی باید قاعده مطلوب‌تری را نسبت به نمونه بین‌المللی خود ارائه کند (سادات‌اخوی، ۱۳۸۵: ۶۰۶ - ۶۰۷). قاعده مطلوب‌تر از معیار خاصی برخوردار نیست، بلکه هر نظام تقنینی و قضایی بتواند حمایت مطلوب‌تری را فراهم آورد می‌تواند از تبعیت محض هنجارهای بین‌المللی فاصله بگیرد؛ موضوعی که در نظام‌های حقوقی داخلی دیگر دولت‌ها نیز دارای پیشینه است.

در پرونده سولانجه یا زولانگه، دیوان قانون اساسی آلمان به جای پیروی از «حقوق جامعه اروپایی» (نهاد پیشین اتحادیه اروپا) حقوق اساسی مبتنی بر قانون آلمان را مجری دانست و این‌چنین استدلال کرد که قانون آلمان در حمایت از حقوق بنیادین افراد از نظم حقوقی «جامعه» جلوتر است و بدین سبب حکم به نادیده انگاشتن توافق بین‌المللی میان دولت آلمان و جامعه اروپایی داد (Bundesverfassungsgerichts, 1974). زولانگه یا سولانجه یعنی «تا زمانی که» و دلیل شهرت این پرونده به این تعبیر آن است که به حکم دیوان قانون اساسی آلمان «تا زمانی که» قانون داخلی آلمان الگوی مطلوب‌تری را ارائه می‌کند بر الگوی جامعه و اتحادیه غلبه خواهد داشت.

از این رو در جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی وجود برخی تعارضات میان فقه و اساسنامه

گریزناپذیر است و از این موضوع نباید هراسید. مثلاً در برخی مجازات مرتکب مسلمان و غیر مسلمان تفاوت‌هایی وجود دارد (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۷: ۵)؛ موضوعی که با اصل منع تبعیض در حقوق بین‌الملل مغایرت دارد. نیز، مجازات برخی از مصادیق جنایات بین‌المللی اعدام است و این حکم در استرداد مجرمان توسط نظام‌های قضایی فاقد اعدام مانع از تعامل میان‌دولتی می‌شود (Wouters, 2009: 347). این موضوعات ناگزیر مانعی برای قانون‌گذاری در این حوزه به شمار نمی‌آید. زیرا سطح حمایت از آحاد بشری بر اساس نظام حقوقی اسلام بالاست و می‌توان طبق «قاعده مطلوب‌تر»، با ارائه الگوی قوی، تفاوت‌های یادشده را پوشش داد. باید به سمت الگوی تقنین ملی پیش رفت. زیرا در فضای بی‌قانونی نه‌تنها نیازهای یادشده پاسخ داده نمی‌شود، بلکه در صورت نیاز در آینده قانون‌گذاری مستعجل به مراتب آثار ناگوار بیشتری به همراه خواهد داشت.

با وجود این، الگوی تقنینی جنایات بین‌المللی باید در خطوط کلی منطبق با اصول حقوق بین‌الملل کیفری باشد. زیرا این انطباق منجر به تعامل بهتر میان دیوان و نظام حقوق بین‌الملل کیفری با نظام حقوقی داخلی می‌شود. این انطباق یک انطباق کامل نیست؛ بلکه در مواردی که ملاحظات شرعی یا منافع ملی مقررهای یا کیفیتی غیر از آنچه در حقوق بین‌الملل کیفری یا اساسنامه متداول است اقتضا داشته باشد، مسیر به سمت مطلوب نظام حقوقی اسلام و نفع ملی خواهد رفت. دیگر دولت‌ها نیز در تقنین جنایات بین‌المللی به همین منوال عمل کرده‌اند. مثلاً دولتی همانند سوئیس که در وضعیت «بی‌طرفی بین‌المللی» به سر می‌برد و دولتی همانند بلژیک که سابقه استعمار و استثمار ملل دیگر را در کارنامه دارد در جرم‌انگاری داخلی جنایات بین‌المللی به اقتضانات بومی خود نظر داشته‌اند (Marchand, 2020: 417). در تفاوت‌ها یا تعارضات میان نفع ملی یا شریعت با معیارهای غالب در حقوق بین‌الملل نظام حقوقی ایران پس از انقلاب اسلامی همواره کوشیده است تا جایی که میسر است، ضمن تأمین ملاحظات یادشده، از میان فتاوی معتبر برداشت فقهی نزدیک‌تر به هنجارهای حقوق بشری و حقوق بشردوستانه را گزینش کند؛ رویکردی که التفات سیاست‌گذاری کلان کشور به اهمیت فراملی مسائل حقوق بشری را نشان می‌دهد (مهرپور، ۱۳۸۶: ۹۴ - ۹۵). این رویکرد در جرم‌انگاری جنایت بین‌المللی نیز قابلیت اعمال دارد.

۲-۳. توجه به خاص‌گرایی جمعی

در تعاملات میان نظام حقوق بین‌الملل و نظام حقوق داخلی، دولت‌ها امکان انتخاب یکی از دو رویکرد را خواهند داشت: عام‌گرایی و خاص‌گرایی. عام‌گرایی مبتنی بر اصل تساوی میان دولت‌ها خواهان آن است که همه دولت‌ها از هنجارهای یکسانی تبعیت کنند و دولت‌ها نتوانند مستند به نیازهای داخلی (منعکس‌شده در قوانین داخلی) از هنجارهای بین‌المللی منحرف شوند (Gabor, 1986: 709). در مقابل، خاص‌گرایی به وضعیتی اطلاق می‌شود که یک دولت به منظور تأمین منافع شخصی خود از هنجارهای عمومی حقوق بین‌الملل گریز پیدا کند و مسیر خاصی را پی بگیرد (Bradford & Posner, 2011: 7).

خاص‌گرایی در دو فرض پی گرفته می‌شود: فردی و جمعی. خاص‌گرایی فردی به سمت نفع‌گرایی شخصی دولت در فضای حقوق بین‌الملل حرکت می‌کند و «معافیت‌گرایی حقوقی» به شمار می‌آید (Schweizer, 2022: 1083). این نوع خاص‌گرایی از آنجا که به دنبال غلبه ارزش‌ها و منافع و مطالبات یک دولت بر رویه عمومی دولت‌هاست امری قبیح شناخته می‌شود. در مقابل، خاص‌گرایی جمعی به دلیل وجود تضارب افکار و منافع و لزوم اتخاذ تصمیم جمعی، بیش از آنکه ناشی از رویکردی سیاست‌زده و منفعت‌گرایانه دانسته شود، ناشی از هدف مشروع جمعی تلقی می‌شود (Leonhard, 1968: 680). زمانی که حقوق بین‌الملل ابزار ترویج و تحویل ارزش‌ها و منافع مختص به بخشی دولت‌ها باشد، عدول از حقوق بین‌الملل، هرچند خاص‌گرایی شمرده می‌شود، قبیح نیست. زیرا جمعی از دولت‌ها خواهان شکستن فضای هژمون برای وصول به یک نفع مشروع جمعی هستند که ظن نفع‌گرایی و منفعت‌طلبی فردی در آن وجود ندارد. خاص‌گرایی جمعی عموماً در قالب خاص‌گرایی منطقه‌ای توسط دولت‌های امریکای لاتین و اتحادیه اروپا در برابر هنجارهای عام حقوق بین‌الملل صورت می‌پذیرد (Koagne Zouapet, 2021: 27-29). در این قسمت آنچه نوشتار پیش رو بر آن متمرکز و در مقام تبیین آن است ترویج الگوی خاص دولت‌های اسلامی در حوزه جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی است.

در زمینه جنایات بین‌المللی اقدام به قانون‌گذاری ایران، به عنوان اولین دولت اسلامی با اعتقاد به قانون‌گذاری مبتنی بر شریعت، می‌تواند فرصتی فراخ پیش روی قانون‌گذار ایرانی بگذارد؛ فرصتی که ایران از الگوی به‌دست‌آمده به عنوان «نمونه مطلوب» جرم‌انگاری جنایات

بین‌المللی منطبق با آموزه‌های حقوقی اسلام یاد خواهد کرد. با این بیان که بسیاری از حکومت‌های مسلمان در نظام قضایی و تقنینی خود مبتنی بر آموزه‌های شرعی گام برمی‌دارند (اکرمی، ۱۴۰۱: ۲۳)، ارائه قانون نمونه در بلندمدت به رویه‌سازی در میان دولت‌های اسلامی یا تقنین مشترک میان آن‌ها در قالب‌های مختلف منجر خواهد شد. تقنین مشترک به معنای قاعده‌گذاری مشترک چند دولت در موضوعی واحد با دغدغه مشترک است؛ در قالب یک معاهده (فرض مطلوب) یا قانون‌گذاری داخلی هماهنگ و رویه‌ساز (رویه معمول) (حبیب‌نژاد و تسخیری، ۱۳۹۵: ۴۳ - ۴۴). در این خصوص با توجه به زمینه‌ها و منابع مشترک نظام حقوق داخلی کشورهای اسلامی و همچنین دغدغه مشترک میان آن‌ها برای مقابله با جنایات بین‌المللی، ایده یادشده قابلیت اعمال و پیگیری دارد.

بیشترین التفات دیوان بین‌المللی کیفری از نظر کمی و کیفی به دولت‌های اسلامی و افریقایی بوده است. این موضوع ضمن تشدید بدبینی به عملکرد یک‌طرفه دیوان به نفع غرب سیاسی و چشم‌پوشی در خصوص جنایات انتسابی به آن‌ها یا نیروهای هم‌پیمانان، اهمیت اتخاذ الگوی خاص جمعی در حوزه جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی را تقویت می‌کند (Schneider, 2020: 107)؛ به‌ویژه اینکه این دغدغه قابلیت اقناع جمعی را خواهد داشت و در صورت اقناع جمعی خاص‌گرایی جمعی در مقابل سلطه الگوی اساسنامه، به عنوان امپریالیسم هنجاری یا ارزشی، را به همراه خواهد آورد (Ceaser, 2012: 14-15). این موضوع اختیار ایران را برای تغییرات بعدی در فضای تعاملات نظام حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی گشاده‌تر خواهد کرد.

نتیجه‌گیری

الحاق به اساسنامه رم یا معاهده مؤسس دیوان بین‌المللی کیفری با وقوع جنایاتی نو هر بار در محافل علمی ایرانی طرح می‌شود. الحاق ایران به اساسنامه وابسته به ملاحظات مختلفی است که یکی از مهم‌ترین آن‌ها ملاحظات فقهی است. این ملاحظات در نظارت شرعی شورای نگهبان بروز و ظهور پیدا می‌کند. موضوعاتی همانند قاعده نفی سبیل، تفاوت تعریف عناوین مجرمانه، تفاوت نظام سزادهی و اعانت در ظلم (به‌ویژه در موارد استرداد) مهم‌ترین ملاحظات فقهی است که در مفاد اساسنامه قابلیت ایراد فقهی خواهند داشت.

مقابله با جنایات بین‌المللی ارتكابی توسط اتباع دیگر دولت‌ها و رسیدگی به اتهام‌زنی علیه اتباع ایرانی دو دلیل اصلی نیاز به دستاویز و مبنایی حقوقی در نظم حقوقی داخلی ایران است.

از آنجا که اساسنامه ایرادات مبنایی فقهی دارد و ملاحظات دیگری نیز در خصوص منع الحاق در جریان است، راهکار پیش روی ایران جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی مبتنی بر الگوی ملی است. الگوی ملی در این خصوص ضمن توجه به خطوط کلی حقوق بین‌الملل کیفری باید بتواند اقتضائات فقهی و حقوقی داخلی را تأمین کند. این قانون نخستین جرم‌انگاری جنایات بین‌المللی در میان دولت‌های اسلامی خواهد بود و می‌تواند به منزله الگویی برای تقنین مشترک برای قانون‌گذاران جوامع اسلامی مورد استفاده قرار گیرد. غفلت از جرم‌انگاری داخلی جنایات بین‌المللی در ایران نه تنها امکان استناد به اصل صلاحیت تکمیلی در برابر ادعاهای احتمالی آتی را منتفی می‌سازد بلکه، همانند برخی موارد مشابه، نظام حقوق ایران را به پذیرش الگوهای اقتباسی مستعجل و زیان‌آفرین خواهد کشاند.

منابع و مأخذ

کتاب

- پورقهرمانی، ب.، بیگی، ج.، و احدی، ف. (۱۳۹۵). *ایران و چالش‌های حقوقی بین‌المللی (حقوق بین‌الملل کیفری)*. تهران: میزان.
- الحسینی العاملی، س. ج. (۱۴۱۹). *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*. حقه و علق علیه الشیخ محمد باقر الخالصی. مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین بقم المشرفه. ج ۲۱.
- حلی، ح. (۱۴۱۴). *تذکره الفقهاء (ط.ج.)*. قم: مؤسسه آل‌البت علیهم السلام لإحياء التراث. ج ۹.
- صدوق، م. (۱۴۱۳). *من لا یحضره الفقیه*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم. ج ۴.
- کلینی، ح. (۱۴۰۷). *الکافی*. المحقق و المصحح: علی‌اکبر غفاری و محمد آخوندی. قم: دار الکتب الإسلامیه. ج ۵.
- مکارم شیرازی، ن. (۱۳۷۴). *تفسیر نمونه*. قم: دار الکتب الإسلامیه. ج ۴.
- موسوی، ف. (۱۳۹۴). *اسلام پیام‌آور صلح و دوستی (برداشت‌هایی از دیدگاه اسلام در خصوص صلح با اشاره‌ای به اسناد حقوق بین‌الملل)*. تهران: خرسندی.
- مهرپور، ح. (۱۳۹۰). «بررسی موانع شرعی الحاق ایران به اساسنامه دیوان بین‌الملل کیفری» در رضا موسی‌زاده و اکبر امینیان، ۴۰۱ - ۴۳۵، *در جمهوری اسلامی ایران و دیوان بین‌الملل کیفری*. تهران: پژوهشکده تحقیقات استراتژیک.
- مهرپور، ح. (۱۳۸۶). *حقوق بشر در اسناد بین‌المللی و موضع جمهوری اسلامی ایران*. تهران: اطلاعات.

مقالات

- اکرمی، ر. (۱۴۰۲). *موقعیت فقه حنفی در حقوق کیفری کشورهای اسلامی (مطالعه موردی: افغانستان، سودان، و امارات متحده عربی)*. *دین و قانون*، ۱۰ (۳۵)، ۱۰ - ۲۶.
- حبیب‌نژاد، س. ا.، و تسخیری، م. ص. (۱۳۹۵). *تقنین مشترک کشورهای اسلامی در حوزه حقوق بشردوستانه*. *پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب*، ۳ (۴)، ۲۹ - ۴۸.

سادات اخوی، س. ع. (۱۳۸۵). قاعده قانون مطلوب‌تر به عنوان ضابطه حل تعارض میان معاهدات حقوق بشری. *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، ش ۷۲، ۲۰۱ - ۲۱۹.

غمامی، م. م.، نصراللهی نصرآباد، ع.، پاک‌نژاد، ا. ه. (۱۳۹۷). شاخص‌های فقهی - حقوقی استقلال دولت، با تأکید بر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران. *دانش حقوق عمومی*، ۷(۲۱)، ۵۱ - ۷۴.

کدخدایی الیادرنی، ع. ع.، فتاحی زفرقندی، ع.، و لهراسبی، ا. (۱۴۰۲). تأملی بر رویه شورای نگهبان در بررسی الزامات فقهی حاکم بر معاهدات بین‌المللی. *حقوق اسلامی*، ۲۴(۳)، ۴۶۲ - ۴۳۵.

نظرات و نظریات شورای نگهبان

نظر شماره ۸۰/۲۱/۱۲۰۰ به تاریخ ۱۳۸۰/۰۲/۰۶ بر لایحه الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون سازمان کنفرانس اسلامی جهت مبارزه با تروریسم بین‌المللی.

نظر شماره ۲۶۳۹۴/۱۰۲ به تاریخ ۱۴۰۰/۰۳/۲۶ بر لایحه معاهده استرداد مجرمین بین جمهوری اسلامی ایران و جمهوری فدرال برزیل.

نظر شماره ۸۴/۳۰/۱۱۵۴۵ به تاریخ ۱۳۸۴/۰۱/۳۱ بر لایحه موافقت‌نامه استرداد مجرمان بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری دموکراتیک مردمی الجزایر.

نظر شماره ۸۰/۲۱/۱۵۲۳ به تاریخ ۱۳۸۰/۰۳/۱۷ بر لایحه موافقت‌نامه همکاری قضایی در زمینه‌های حقوقی، بازرگانی، کیفری، احوال شخصیه، استرداد مجرمان، و انتقال محکومان به زندان و تصفیه ترکه‌ها بین جمهوری اسلامی ایران و جمهوری عربی سوریه.

نظر شماره ۸۶/۳۰/۲۲۵۷۲ به تاریخ ۱۳۸۶/۰۶/۲۲ بر لایحه موافقت‌نامه استرداد مجرمان بین جمهوری اسلامی ایران و جمهوری ارمنستان.

نظر شماره ۲۷۲۷/۱۰۲/۹۴ به تاریخ ۱۳۹۴/۰۶/۱۰ بر لایحه معاهده بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت ژاپن در زمینه انتقال محکومان به حبس.

نظر شماره ۲۲۱۲/۱۰۲/۹۵ به تاریخ ۱۳۹۵/۰۶/۱۷ بر لایحه موافقت‌نامه انتقال محکومان به حبس بین جمهوری اسلامی ایران و جمهوری قرقیزستان.

نظر شماره ۸۴/۳۰/۱۲۴۰۲ به تاریخ ۸۴/۰۳/۱۹ در خصوص لایحه الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به معاهده بین‌المللی ذخایر ژنتیکی گیاهی برای غذا و کشاورزی.

- نظر شماره ۲۳۹۷/۱۰۲/۹۶ به تاریخ ۱۳۹۶/۰۶/۰۸ بر لایحه الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به پیمان مودت و همکاری.
- نظر شورا بر لایحه موافقت‌نامه اقتصادی تکمیلی بین جمهوری اسلامی ایران و جمهوری بولیواری ونزوئلا در خصوص رجوع به داوری به شماره ۸۴/۳۰/۱۴۵۴۹ به تاریخ ۱۳۸۴/۱۱/۱۸.
- نظر شورا بر لایحه الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون مواد روان‌گردان به شماره ۲۷۸۸/۲۱/۷۷ به تاریخ ۱۳۷۷/۰۲/۳۰.
- نظر شورا به شماره ۸۴/۳۰/۱۱۵۴۱ به تاریخ ۱۳۸۴/۰۱/۳۱ بر شورا بر لایحه کنوانسیون چارچوب حفاظت از محیط زیست دریایی دریای خزر.
- نظر شورا به شماره ۴۱۰۰ به تاریخ ۱۳۶۰/۱۰/۰۳ بر لایحه اجازه به کار گماردن متخصصان رشته‌های پزشکی خارجی به وزارت بهداشت.
- نظر شورا به شماره ۰۳۶۵/۲۱/۷۵ به تاریخ ۱۳۷۵/۰۲/۱۲ در ماده ۱ لایحه اجازه تأسیس شرکت دولتی مرکز نگهداری و تعمیرات جزئی یا کلی هواپیماهای بازرگانی غیر نظامی.
- نظر شورا به شماره ۱۳۸۸/۲۱/۷۵ به تاریخ ۱۳۷۵/۱۱/۱۱ در لایحه بودجه سال ۱۳۷۶
- نظر شورا به شماره ۲۱۰۲/۲۱/۸۰ به تاریخ ۱۳۸۰/۰۶/۱۱ بر لایحه موافقت‌نامه بین دولت جمهوری اسلامی ایران و کمیته حقوقی و مشورتی آسیایی- افریقایی راجع به ایجاد مراکز منطقه‌ای داوری.
- نظر شورا به شماره ۵۰۴۶/۱۰۲/۹۴ به تاریخ ۱۳۹۴/۱۰/۲۳ بر لایحه موافقت‌نامه استرداد مجرمان بین جمهوری اسلامی ایران و جمهوری قبرس.
- نظر شورا به شماره ۲۴۱۲۶/۳۰/۸۶ به تاریخ ۱۳۸۶/۰۹/۱۵ بر لایحه الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به موافقت‌نامه بین‌المللی روغن و کنسرو زیتون.
- نظر شورا به شماره ۱۵۳۷/۲۱/۸۰ به تاریخ ۱۳۸۰/۰۳/۰۹ بر طرح تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی.
- نظر شورا به شماره ۵۲۲۲۴/۳۰/۹۲ به تاریخ ۱۳۹۲/۰۸/۲۰ بر لایحه معاهده استرداد مجرمان بین جمهوری اسلامی ایران و جمهوری خلق چین.
- نظر شماره ۱۳۸۴ به تاریخ ۱۳۵۹/۱۲/۱۴.

References

Books

- Al-Husseini Al-Amili, S. J. (1998). *Miftah al-Karama fi Sharh Qawa'id al-Allama*, Vol. 21, edited and annotated by Sheikh Mohammad Baqir Al-Khalisi, Qom: Islamic Publishing Institute affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom
- Bagsic, C.; Karacay, N.; Matta, S. & Ding, Z. (2024), *The Role Of UNCITRAL Model Law In Unifying Laws Related to International Payments*, 31 January 2024, Geneva, Centre for Trade and Economic Integration, Graduate Institute of International and Development Studies
- Bundesverfassungsgerichts (1974), *Solange I - Internationale Handelsgesellschaft von Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, decision of 29 May 1974, BVerfGE 37, 271 [1974] CMLR 540, Germany
- Grotius, H. (2012). *Hugo Grotius on the law of war and peace*. England, Cambridge University Press.
- Hilli, H. (1993) *Tadhkirat al-Fuqaha*. Vol. 9. Qom: Ahl al-Bayt Institute for the Revival of Heritage.
- Hilpold, P. (2021). *So Long Solange? The PSCP Judgment of the German Constitutional Court and the Conflict between the German and the European 'Popular Spirit'*. England, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 23, 159-192.
- Human Rights Council (2024), *Report of the independent international fact-finding mission on the Islamic Republic of Iran*, 26 February–5 April 2024, Geneva
- Koagne Zouapet, A. (2021). *Regional Approaches to International Law (RAIL): Rise or Decline of International Law?*
- Kulayni, H. (1987). *Al-Kafi*. Vol. 5. edited and verified by Ali Akbar Ghafari and Mohammad Akhoondi. Qom: Dar al-Kutub al-Islamiyya
- Makarem Shirazi, N. (1995). *Tafsir-e Nemouneh*. Vol. 4. Qom: Dar al-Kutub al-Islamiyya
- Marchand, C., Uwashema, C., & Deprez, C. (2020). *Possible Impediments to Justice for Colonial Crimes: A Belgian Perspective*. Belgium, Torkel Opsahl Academic Epublisher.
- Mehrpour, H. (2007). *Human Rights in International Documents and the Position of the Islamic Republic of Iran*. Tehran: Ettela'at Publications
- Mehrpour, H. (2011). "Examining the Religious Barriers to Iran's Accession to the Statute of the International Criminal Court." In Mousazadeh, Reza & Aminian, Akbar (Eds.), *The Islamic Republic of Iran and the International Criminal Court* (pp. 401–435). Tehran: Strategic Research Institute.

- Mousavi, F. (2015). *Islam: The Messenger of Peace and Friendship (Islamic Perspectives on Peace with Reference to International Law Documents)*. Tehran: Khorasandi Publications
- Pourghahramani, B., Beigi, J., & Ahadi, F. (2016). *Iran and International Legal Challenges (International Criminal Law)*, Tehran: Mizan .
- Roberts, R., & Mann, K. (Eds.). (1991). *Law in colonial Africa* (Vol. 199). Portsmouth England, NH: Heinemann.
- Saduq, M. (1992). *Man La Yahduruhu al-Faqih*. Vol. 4. Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Society of Seminary Teachers of Qom
- Stigen, J. (2008). *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions: the principle of complementarity* (Vol. 34). Netherlands, Brill.
- Szafarz, R. (2023). *The Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice* (Vol. 14). Netherlands, BRILL.
- UNICEF (2024), *UNICEF in the State of Palestine 2023 Year End SitRep*, Reporting Period: 1 January to 31 December 2023
- WHO (2024), *Multi-Country Appeal: Occupied Palestinian Territory (oPt)*, Global humanitarian Overview 2024
- Wouters, C. W. (2009). *International legal standards for the protection from refoulement: A legal analysis of the prohibitions on refoulement contained in the Refugee Convention, the European Convention on Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights and the Convention against Torture*. Antwerpen Belgium, Intersentia,
- Wouters, J., & Verhoeven, S. (2013). *The domestic prosecution of genocide. In Elements of Genocide* (pp. 177-206). UK, Routledge.
- Articles**
- Akrami, R. (2023). The Position of Hanafi Fiqh in the Islamic Countriesâ€™ Criminal Law: A Case Study on Afghanistan, Sudan and the United Arab Emirates. *Religion and Law Quarterly*, 10(35), 10–26.
- Boiko, I. V., Mekh, Y. V., Soloviova, O. M., Somina, V. A., & Cherviakova, O. B. (2020). Universal human rights and state sovereignty. *International Journal of Criminology and Sociology*, 9(301), 0.
- Bradford, A., & Posner, E. A. (2011). Universal Exceptionalism in International Law. *Harvard International Law Journal*, 52 (1), 1-54.
- Ceaser, J. W. (2012). The Origins and Character of American Exceptionalism. *American Political Thought*, 1, 1-26.
- Cryer, R. (2005). International criminal law vs state sovereignty: another round? *European Journal of International Law*, 16(5), 979-1000.

- Gabor, F. A. (1986). Emerging Unification of Conflict of Laws Rules Applicable to the International Sale of Goods: UNCITRAL and the New Hague Conference on Private International Law. *Northwestern Journal of International Law & Business*, 7 (4), 697-726.
- Ghamami, M. M., Nasrollahi Nasrabadi, A., & Paknejad, A. H. (2018). Jurisprudential and Legal Indicators of State Independence: With Emphasis on the Constitutional Law of the Islamic Republic of Iran. *Public Law Studies*, 7(21), 51-74.
- Habibnejad, S. A., & Taskhiri, M. S. (2016). Joint Legislation of Islamic Countries in the Field of International Humanitarian Law. *Comparative Research on Islamic and Western Law*, 3(4), 29-48.
- Kadkhodaei Elyaderani, A., Fattahi Zafraqandi, A., & Lohrasbi, A. (2023). A Reflection on the Guardian Council's Practice in Examining the Jurisprudential Requirements Governing International Treaties. *Islamic Law Research Journal*, 24(3), 435-462.
- Leonhard, A. T. (1968). Regional Particularism: The Views of the Latin American Judges on the International Court of Justice. *University of Miami Law Review*, 22, 674-685.
- Mayans-Hermida, B. E., & Holá, B. (2020). Balancing 'the International' and 'the Domestic' Sanctions under the ICC Principle of Complementarity. *Journal of International Criminal Justice*, 18(5), 1103-1130
- Nolte, G., & Aust, H. P. (2013). European exceptionalism. *Global Constitutionalism* (Cambridge University Press), *Global Constitutionalism*, 2 (3), 407-436
- Sadat Akhavi, S. A. (2006). The Rule of the More Favorable Law as a Criterion for Resolving Conflicts Between Human Rights Treaties. *Journal of the Faculty of Law and Political Science*, (72), 201-219.
- Schneider, L. (2020). The International Criminal Court (ICC)—a postcolonial tool for Western states to control Africa?. *Journal of International Criminal Law (JICL)*, 1(1), 90-109.
- Schweizer, K. W. (2022). American exceptionalism: Origins and policy implications. *The European Legacy*, 27(7-8), 832-838.

Opinions and Views of the Guardian Council

Opinion No. 1200/21/80 dated April 26, 2001, on the Bill on the Accession of the Islamic Republic of Iran to the Convention of the Organization of the Islamic Conference on Combating International Terrorism.

Opinion No. 102/26394 dated June 15, 2021, on the Bill on the Extradition Treaty between the Islamic Republic of Iran and the Federative Republic of Brazil.

Opinion No. 11545/30/84 dated April 20, 2005, on the Bill on the Extradition Agreement between the Islamic Republic of Iran and the People's Democratic Republic of Algeria.

Opinion No. 1523/21/80 dated June 7, 2001, on the Bill on the Agreement on Judicial Cooperation in Civil, Commercial, Criminal, Personal Status, Extradition, Transfer of Convicts, and Settlement of Estates between the Islamic Republic of Iran and the Syrian Arab Republic.

Opinion No. 22572/30/86 dated September 13, 2007, on the Bill on the Extradition Agreement between the Islamic Republic of Iran and the Republic of Armenia.

Opinion No. 94/102/2727 dated September 1, 2015, on the Bill on the Treaty between the Islamic Republic of Iran and Japan on the Transfer of Sentenced Persons.

Opinion No. 95/102/2212 dated September 7, 2016, on the Bill on the Agreement on the Transfer of Sentenced Persons between the Islamic Republic of Iran and the Kyrgyz Republic.

Opinion No. 12402/30/84 dated June 9, 2005, on the Bill on the Accession of the Islamic Republic of Iran to the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture.

Opinion No. 96/102/2397 dated August 29, 2017, on the Bill on the Accession of the Islamic Republic of Iran to the Treaty of Amity and Cooperation.

Opinion No. 14549/30/84 dated February 7, 2006, on the Bill on the Economic Complementary Agreement between the Islamic Republic of Iran and the Bolivarian Republic of Venezuela concerning Recourse to Arbitration.

Opinion No. 77/21/2788 dated May 20, 1998, on the Bill on the Accession of the Islamic Republic of Iran to the Convention on Psychotropic Substances.

Opinion No. 11541/30/84 dated April 20, 2005, on the Bill on the Framework Convention for the Protection of the Marine Environment of the Caspian Sea.

Opinion No. 4100 dated December 24, 1981, on the Bill on Authorization for the Employment of Foreign Medical Specialists by the Ministry of Health.

Opinion No. 75/21/0365 dated May 1, 1996, on Article 1 of the Bill on Authorization for the Establishment of a State-Owned Company for the Maintenance and Overhaul of Commercial Non-Military Aircraft.

Opinion No. 75/21/1388 dated January 30, 1997, on the Annual Budget Bill for the Fiscal Year 1997.

Opinion No. 80/21/2102 dated September 2, 2001, on the Bill on the Agreement between the Islamic Republic of Iran and the Asian-African

Legal Consultative Committee on the Establishment of Regional Arbitration Centers.

Opinion No. 94/102/5046 dated January 13, 2016, on the Bill on the Extradition Agreement between the Islamic Republic of Iran and the Republic of Cyprus.




Opinion No. 86/30/24126 dated December 6, 2007, on the Bill on the Accession of the Islamic Republic of Iran to the International Agreement on Olive Oil and Table Olives.

Opinion No. 80/21/1537 dated May 30, 2001, on the Bill on the Promotion and Protection of Foreign Investment.

Opinion No. 92/30/52224 dated November 11, 2013, on the Bill on the Extradition Treaty between the Islamic Republic of Iran and the People's Republic of China.

Opinion No. 1384 dated March 5, 1981.

تحلیل بنیادین انگارهٔ تابعیت در حقوق معاصر مبتنی بر رهیافت «امت الگو»

وحید حیدری^{۱*} ، عباس کعبی نسب^۲ ، امیر کشتگر^۳ 

۱. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکدهٔ معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق^(ع)، تهران، ایران

۲. استادیار مؤسسهٔ آموزشی- پژوهشی امام خمینی^(ره)، قم، ایران

۳. عضو هیئت علمی پژوهشکدهٔ شورای نگهبان، تهران، ایران

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۱/۱۷ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۲/۱۲

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: [10.22034/qjplk.2025.1963.1765](https://doi.org/10.22034/qjplk.2025.1963.1765)

چکیده

«تابعیت» به عنوان یکی از مهم‌ترین مستحدثات حقوقی و سیاسی معاصر، که مقارن با پیدایش مفهوم «ملت» مطرح شده، زندگی انسان عهد مدرن را در دو عرصهٔ داخلی و بین‌المللی دستخوش آثار و نتایج گوناگون کرده است. همچنین موجب شده نظامات حقوقی کشورهای مختلف با نگرشی حق‌مدارانه به این پدیده بپردازند و آن را از حقوق مصرح و مسلم آحاد شهروندان به حساب آورند. با وجود تدارک این فقره در اصول ۴۱ و ۴۲ از فصل حقوق ملت در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مناسبات نهاد تابعیت با موازین فقهی و اندیشه‌های اسلامی پیوسته مورد تردید و ابهام قرار گرفته و عدم تطابق خوانش‌ها و قرائت‌های مشهور با مسلمات دینی بر دامنهٔ این تردیدها و ابهامات افزوده است. در تحقیق حاضر به ابعاد مختلف این پرسش پرداخته شده که «مبتنی بر مبانی شرعی، الگوی مناسب تحلیل انگارهٔ تابعیت در حقوق معاصر چیست؟». با هدف ارائهٔ پاسخی قابل اتکا به پرسش یادشده، نگارندگان با مطالعات کتابخانه‌ای در قلمرو معارف اسلامی و نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران از رهگذر نقد و بررسی نظریات رایج «ملّی‌گرایی محض» و «فراملی‌گرایی محض» با رویکردی اکتشافی به تشریح «نظریهٔ امت الگو» به عنوان نظریهٔ اسلامی تابعیت در تطبیق با نظام حقوق

۱ دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکدهٔ معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق^(ع)، تهران، ایران (نویسندهٔ مسئول)



اساسی جمهوری اسلامی ایران پرداخته و مؤلفه‌ها و تمایزات این الگوی تحلیلی را عرضه کرده‌اند. در انتها نیز الزامات تحقق نظریه امت الگو در نظام حقوقی جمهوری اسلامی در دو محور «تفسیر مترقیانه از اصول ۴۱ و ۴۲ قانون اساسی» و «بازخوانی انتقادی نظام حقوقی نسبت به تحقق نظریه امت الگو» ارائه شده است.

کلیدواژگان: امت الگو، تابعیت، حقوق اساسی، فراملی‌گرایی محض، قانون اساسی، ملی‌گرایی محض

مقدمه و طرح مسأله

امروزه افراد یک جامعه سیاسی، علاوه بر پیوند مادی با کشور محل اقامت، نوعی تعلق و وابستگی معنوی و سیاسی به نظام سیاسی آن کشور را در خود احساس می‌کنند و خویشترن را عضوی از آن می‌دانند. این وابستگی و ارتباط، که عملاً مردم جهان را بین نظام‌های سیاسی مختلف تقسیم می‌کند، در زبان حقوقی «تابعیت»^۱ نامیده می‌شود و در نتیجه این تعلق اشخاص وابسته به آن دولت‌ها «اتباع» نامیده می‌شوند (دانش‌پژوه، ۱۳۹۰، ج ۱: ۱۰-۱۵). منشأ پیدایش تابعیت پدیده مرز و تقسیم سیاسی کره زمین و وجود دولت‌های مستقل در دو طرف مرزها است و چنانچه پدیده مرز و تعدد دول مستقل مطرح نباشد، مسئله تابعیت نیز منتفی است. زیرا وقتی فرض شود که تنها یک دولت به جای دولت‌ها وجود داشته باشد دیگر جای بحث از تعلق و وابستگی و ارتباط افراد به این یا آن دولت نخواهد بود. در فرض اخیر تنها می‌توان به ابعاد داخلی مسئله یعنی روابط بین حکمرانان و افراد داخل یک دولت پرداخت. پس اولاً تابعیت در مفهوم رایج و مصطلح آن به همان مقدار اصیل یا غیر اصیل است که وجود دولت‌های مستقل و متعدد اصیل یا غیر اصیل است. به عبارت دیگر، در صورت منتفی دانستن مرزها و همچنین وجود دولت‌های کاملاً مستقل و در نتیجه تشکیل حکومت جهانی واحد، پدیده تابعیت نیز منتفی خواهد بود. ثانیاً خاستگاه تابعیت تعدد دولت‌ها است. ثالثاً به‌رغم اینکه اصل وجود پدیده تابعیت، هرچند بدون نام و نشان و بدون تحلیل، از نظر تاریخی قدمتی به درازای عمر دولت‌های متعدد و مستقل دارد، اصطلاح تابعیت و نیز بحث و تحلیل حقوقی و سیاسی و اجتماعی حول محور آن مفهومی جدید است که در دوران معاصر و در پی سخن از مفاهیمی مانند دولت-ملت مطرح شده است (دانش‌پژوه، ۱۳۹۰: ۱۹). تابعیت در زندگی فردی و اجتماعی شخص در هر دو عرصه داخلی و بین‌المللی دارای آثار و نتایج گوناگونی است و

همین امر باعث می‌شود نظامات حقوقی کشورهای مختلف نگاهی حق‌مدارانه به این پدیده داشته باشند و آن را از حقوق مصرح و مسلم آحاد شهروندان به حساب آورند؛ امری که موجب شناسایی این حق در سطوح مختلف نظام‌های حقوق داخلی و بین‌المللی شده است.

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به مثابه مهم‌ترین سند حاکمیتی در نظام جمهوری اسلامی ایران در اصل ۴۱ قانون اساسی اهتمام خویش را در به رسمیت شناختن حق آحاد شهروندان بر تابعیت ابراز کرده است؛ آنجا که تابعیت را حق مسلم هر فرد ایرانی دانسته و دولت را صاحب اختیار در سلب تابعیت آنان به شمار نیاورده است. اصل ۴۲ قانون اساسی نیز با محوریت بحث تابعیت به آثار بحث یادشده در رابطه با اتباع خارجی پرداخته و اعطای تابعیت به آنان را در حدود صلاحیت دولت به شمار آورده است. از این رو و به منظور بررسی حق تابعیت و آثار آن به عنوان منطوق اصول ۴۱ و ۴۲ قانون اساسی، این سؤال شکل می‌گیرد که «مبتنی بر مبانی شرعی، الگوی مناسب تحلیل انگاره تابعیت در حقوق معاصر چیست؟»

فرضیه این پژوهش از این قرار است که «تابعیت به معنای ارتباط و پیوستگی معنوی و حقوقی و سیاسی افراد یک جامعه سیاسی به دولت آن، به دلیل عمومات ادله امت‌محوری و ضرورت تجسم نمونه و الگوی مناسب در عرصه تحقق امت واحد اسلامی، از باب ایجاد امت‌الگو، قابل پذیرش است؛ هرچند مبتنی بر نظریه یادشده تحقق الگوی مطلوب در گرو ارائه تفسیری مترقیانه از حضور انگاره تابعیت در اصول ۴۱ و ۴۲ قانون اساسی است و بر این اساس بازخوانی انتقادی نظام حقوقی ضرورت می‌یابد». تحقیق پیش رو با روش توصیفی-تحلیلی با پردازش داده‌های جمع‌آوری شده به روش کتابخانه‌ای نخست به طرح و بررسی دو نظریه رایج در این حوزه می‌پردازد و سپس از رهگذر بررسی و نقد آن‌ها الگوی مطلوب تحلیلی در قالب نظریه «امت‌الگو» مورد توجه و بررسی قرار می‌گیرد. در نهایت نیز رهیافت‌هایی در خصوص الزامات تحقق نظریه مختار-امت‌الگو- در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران ارائه می‌شود.

گفتنی است که در باب موضوع تابعیت تاکنون آثاری نگاشته شده است^۲ که به‌رغم قابل استفاده بودن یافته‌های آن‌ها ارائه و تبیین رهیافت «امت‌الگو» در تحلیل انگاره تابعیت و نیز تلاش در خصوص تبیین الزامات تحقق آن در نظام حقوق داخلی از مختصات این پژوهش است که آن را واجد وصف نوآوری می‌کند. از این رو تحقیق پیش رو در سه بند سامان می‌یابد. بند نخست عهده‌دار طرح و تبیین و تحلیل انتقادی نظریات مطرح در حوزه تابعیت

است، در بند دوم نظریه مطلوب در تحلیل تابعیت ارائه می‌شود و ضمن طرح استدلالات شناسایی آن تلاش می‌شود مؤلفه‌ها و شاخص‌های مؤثر در صورت‌بندی این نظریه مورد طرح و بررسی قرار گیرد، در واپسین بند نیز رهیافت‌هایی در باب تحقق نظریه امت‌الگو در نظام حقوقی ایران ارائه خواهد شد که نخست از رهگذر تبیین اصولی خواهد بود که تفسیری مترقیانه از حضور انگاره تابعیت در قانون اساسی ارائه دهد و در وهله بعد مبتنی بر اصول مستنبط نظام حقوقی حاکم بر تابعیت مورد بازخوانی انتقادی قرار خواهد گرفت.

۱. نظریات مطرح در حوزه تابعیت

در بخش حاضر به تشریح و تحلیل نظریات مطرح در حوزه تابعیت پرداخته می‌شود و سعی می‌شود از رهگذر نقد رویکردهای موجود در این حوزه مبنای نظری الگوی مطلوب در خصوص تابعیت مورد تمهید قرار گیرد. از این رو این بخش از دو گفتار تشکیل می‌شود؛ گفتار اول به طرح نظریه ملی‌گرایی محض و نیز تشریح مؤلفه‌های این دیدگاه خواهد پرداخت و گفتار دوم دربرگیرنده تبیین دیدگاه فراملی‌گرایی محض است و مؤلفه‌ها همراه ادله قائلین به نظریه یادشده مورد اشاره قرار می‌گیرد.

۱-۱. دیدگاه ملی‌گرایی محض

یکی از مشهورترین دیدگاه‌های معاصر در خصوص تبیین مسئله دولت-ملت که موضوع تابعیت به عنوان فرعی از آن مطرح است رویکرد ملی‌گرایی^۳ است (قوام و قیصری، ۱۳۹۱: ۱۴). ملی‌گرایی، به شکل سیاسی و در صورت تشکیلاتی آن، از نتایج دوران رنسانس و محصول تحولات سیاسی و اجتماعی اروپای آن دوران است (مهاجرنیا، ۱۳۹۵: ۲۲۵)؛ با این توضیح که پس از دوران رنسانس پیشرفت سریع جوامع و صنعتی شدن در کنار طرد عنصر دین از جامعه نیاز به لزوم پیوند فرد با دولت را بیش از پیش نمایان ساخت و ایده ملی‌گرایی با هدف ارتباط دادن فرد به ساختار سیاسی و هیئت حاکمه ترویج داده شد (فاضلی و طهماسبی، ۱۳۹۵: ۶۹۶). در نتیجه بیان نکات پیشین می‌توان گفت «ملی‌گرایی آمیزه‌ای از وطن‌پرستی و آگاهی بر ملیت یا یک حالت روحی است که در آن فرد عالی‌ترین حد وفاداری خود را نسبت به ملیت و میهن خویش ابراز می‌دارد» (بابایی، ۱۳۶۹، ج ۱: ۷۵۶). بنابراین، رشد ملت‌باوری از ویژگی‌های عصر نوین است که در آن ملت‌ها به صورت واحدهای سیاسی مستقل درمی‌آیند و اصل حاکمیت ملی ایشان بر این مفهوم استوار است. در ادامه به تشریح

مؤلفه‌های مؤثر در تکوین این مبنای تحلیلی پرداخته می‌شود.

۱-۱-۱. مؤلفه‌های نظریه ملی‌گرایی محض

در خصوص مؤلفه‌های نظریه ملی‌گرایی محض موارد متعددی را می‌توان برشمرد. در ادامه مهم‌ترین این مؤلفه‌ها تحت عناوین «تفاخر ملی یا وطن‌پرستی»، «باستان‌گرایی»، «تفکیک دین و عناصر آن از سطح اجتماع (سکولاریزم)»، «بیگانه‌ستیزی»، و «تأکید بر عناصر قومی در شناسایی تابعت» تبیین و تحلیل می‌شوند.

ملی‌گرایان با تکیه بر پیوندهای مبتنی بر عنصر خاک، زبان، تاریخ، و وطن‌محوری اقدام به تعریف خودی و هم‌کیش می‌کنند و هر آنچه مربوط به عناصر پیش‌گفته نیست اجنبی و بیگانه تلقی می‌کنند (مهاجرنیا، ۱۳۹۵: ۲۴۳). دیگر اینکه ملی‌گرایان مبتنی بر باستان‌گرایی به ستایش آداب و رسوم ملی و فرهنگ پیش از اسلام می‌پردازند و حضور و ورود اسلام را به نوعی «استحاله ایران باستان توسط اعراب مهاجم» قلمداد می‌کنند که فرهنگ تحمیلی اسلامی را در پی داشته است و بر این اساس مظاهر تمدن اسلامی و آداب و رسوم آن مورد نفرت قرار می‌گیرد و سلسله‌های پیش از اسلام و آثار باقی‌مانده از ایشان تمجید و تکریم می‌شوند (مهاجرنیا، ۱۳۹۵: ۲۴۴). همچنین، شکل‌گیری ملی‌گرایی محض با تضاد و درگیری با دین رقم می‌خورد؛ چنان‌که ابتدای شکل‌گیری این جریان در ایران و در دوران مشروطه، با تأکید بر بازگشت به عزت و عظمت ایران، بر طرد دین و جداسازی آن از مسائل اجتماع و سیاست و فرهنگ همراه بود (علی‌خانی، ۱۴۰۲: ۲۰).

مؤلفه دیگر آنکه دیدگاه ملی‌گرایی با تقویت نگاه‌های مبتنی بر خاک و نژاد بیگانه‌ستیزی را در دستور کار خود قرار می‌دهد (نظری، ۱۳۸۶: ۱۶۱). بر این مبنا، در اندیشه ملی‌گرایی محض اقوام و ملل بیگانه تحقیر می‌شوند و برخورداری از روحیه مقابله‌جویی و تعصب ضد خارجی یک اصل به شمار می‌رود (مهاجرنیا، ۱۳۹۵: ۲۴۴). عنصر دیگری که می‌توان آن را از مؤلفه‌های فکری ملی‌گرایی محض به شمار آورد تأکید این جریان بر شناسایی حقوقی نهاد تابعت در حقوق موضوعه به ترتیبی است که با ملاک‌ها و معیارهای مبتنی بر عناصر ملی (نژاد، زبان، قومیت) صورت می‌پذیرد. در این رویکرد، تابعت منحصر در مرزهای سیاسی و جغرافیایی یک دولت-کشور است؛ منتها این نکته را نباید فراموش کرد که بر مبنای ملی‌گرایی محض این امکان وجود دارد که بخش‌های از هم‌جداشده از جغرافیای یک نژاد، زبان، یا قومیت

خاص همچنان مورد ادعای دولت ملی گرا قرار گیرد. آنچه در طول تاریخ در خصوص ادعای استقلال مناطقی از کشورهای غیرهم‌نژاد و غیرهم‌زبان و انضمام آن‌ها به سرزمین‌های مادری-حسب ادعای ملی‌گراها- مطرح بوده به‌خوبی نشان‌دهندهٔ مطلب یادشده است.

۱-۲-۱. ارزیابی و تحلیل دیدگاه ملی‌گرایی محض

در اندیشهٔ سیاسی اسلام، ملی‌گرایی به عنوان ایدئولوژی متناسب با فرهنگ غرب، با ورود به جوامع اسلامی، منشأ مسائل و مشکلاتی می‌شود که پذیرش آن طبق موازین اسلامی را ناممکن می‌سازد. اهمیت توجه به این ایدئولوژی در جهان اسلام از این رو است که برخی با فروپاشی شوروی آن را تنها ایدئولوژی زنده برای مقابله با اسلام می‌دانند (بابایی‌زارچ، ۱۳۸۳: ۱۱۳). از این رو ضروری است که مؤلفه‌های نظریهٔ یادشده که در تعیین رویکرد مطلوب به تابعیت اثرگذار است مورد نقد و بررسی قرار گیرد. به دلایل ذیل نمی‌توان نظریهٔ ملی‌گرایی محض را رویکرد مطلوب نظام حقوقی اسلام نسبت به تابعیت قلمداد کرد:

نخست اینکه به دلیل ابتدای نظریهٔ ملی‌گرایی محض بر مبانی فکری‌ای همچون جدایی دین از سیاست و نفی عنصر مذهبی و دینی در تشکیل ملل و طرد آن نمی‌توان به پذیرش این نوع نگاه و در نتیجه نظام تابعیتی برخاسته از آن از سوی نظام حقوقی اسلام قائل شد. چون اساساً نژادپرستی و نفی ملل و اقوام دیگر با اصالت شریعت و برابری همهٔ انسان‌ها در تعارض و تناقضی آشکار است (فیضی‌سخا، ۱۳۹۷: ۹۷). از دیگر سو، ملی‌گرایی که از آن به نژادپرستی تعبیر می‌شود مورد ذم و طرد نظام حقوقی اسلام است (فیضی‌سخا، ۱۳۹۷: ۹۵). چون موجب نفی ملل و اقوام دیگر می‌شود و متعاقباً موجب ایجاد تفرقه و تنازعات تسلیحاتی و جنگ‌های بین‌المللی می‌شود و حال آنکه رکن رکین دعوت اجتماعی اسلام مبتنی بر دور ریختن انگیزه‌های تفرقه بین انسان‌ها است^۴ و عزت جامعهٔ اسلامی به اقتضای حکمت ایجاد ارتباط با ملل دیگر است.

۱-۲-۲. دیدگاه فراملی‌گرایی محض

دومین مبنای تحلیلی مورد نظر دیدگاه «فراملی‌گرایی محض» است که فراتر از نژاد، زبان، ملیت، و مانند این‌ها ایجاد امت واحد را عامل حفظ و بقای مسلمانان برمی‌شمرد (زارعی، ۱۳۹۰: ۱۵۸). در گفتار حاضر ضمن تبیین مؤلفه‌های نظریهٔ فراملی‌گرایی محض در بند اول ادلهٔ این دیدگاه در نفی تابعیت-به عنوان عامل تقسیم افراد مبتنی بر مرزهای جغرافیایی- در بند

دوم مورد تبیین و تحلیل قرار می‌گیرد.

۱-۲-۱. مؤلفه‌های نظریهٔ فراملی‌گرایی محض

همبستگی مسلمانان نه مبتنی بر قومیت و آثار آن از قبیل نژاد، زبان، و رنگ بلکه بر هم‌دینی و وحدت در عقیده و نظر استوار است (فارسی، بی‌تا: ۵۸). چون دین به مثابه موثرترین عامل وحدت‌بخش از مسلمانان گروهی یک‌دست و هم‌عقیده با مسلکی واحد می‌سازد (الشریف، ۲۰۱۱: ۷۶). در واقع، ایجاد «امت مسلمان» به جای قبول اقوام و قبایل در کسوت دولت‌های پراکنده و متشتت از جمله مبانی طرح نظریهٔ فراملی‌گرایی است. چون حکومت اسلامی حکومتی نژادی و منطقه‌ای نیست و خود را در چارچوب مرزهای جغرافیایی محصور و محبوس نمی‌داند (قرضاوی، ۱۳۹۰: ۱۴۰). مبتنی بر این نظریه نژاد و زبان و قومیت در جایگاه عناصر مادی قابلیت این را ندارند که مبنا و بنیاد ایجاد یک دولت و حکومت قرار بگیرند و این وحدت فکر و عقیده است که می‌تواند ضامن وحدت اجتماعی باشد. بنابراین، شاخص شناسایی تابعیت نیز باید تنها فکر و عقیده باشد و تمایز ملل و جوامع از یک‌دیگر را تنها باید با لحاظ عامل یادشده ارزیابی کرد (عمیدزنجانی، ۱۳۶۱: ۶۳). در نتیجه با تشکیل مجموعه‌ای از افراد هم‌فکر و همراه و هم‌گام با هدف واحد به سوی مقصد واحد «امت اسلامی» شکل می‌گیرد (مرادی و فروتن، ۱۳۸۹: ۴۶). در این رویکرد، تابعیت رابطهٔ معنوی و انفکاک‌ناپذیر فرد با دولت اسلامی است و جنبهٔ صرفاً «ایمانی» دارد. نظریهٔ فراملی‌گرایی محض تحت تأثیر بنیادهای اصیلی همچون جهان‌بینی و آرمان و نظام مشترک است و با مؤلفه‌های «بدعت بودن تأسیس تابعیت»، «وحدت دارالاسلام در مقابل دارالکفر»، «لزوم تولی مؤمنین و ممنوعیت پذیرش ولایت کافران»، و «محکومیت تعصب و قومیت‌گرایی در نگاه دینی» قابل طرح است که در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرند.

نخست اینکه در نظریهٔ فراملی‌گرایی محض، به جهت اینکه تابعیت موضوعه مبتنی بر نظامات عرفی^۵ است و ملاک‌ها و ضوابط شناسایی آن را شرع معین نکرده و در ادله و منابع شرعی نیز نمی‌توان ردّ پایی از آن را مشاهده کرد، به نوعی بدعت در دین به حساب می‌آید و اعتقاد به تابعیت موضوعه اساساً به دلیل ادلهٔ بطلان، حرمت، و مردود بودن بدعت باطل تلقی می‌شود. زیرا پاره‌پاره کردن امت اسلامی تحت هیچ عنوانی جایز نیست (الشریف، ۲۰۱۱: ۷۷). دومین مؤلفه وحدت دارالاسلام در مقابل دارالکفر است. با در نظر گرفتن اینکه در رویکرد

فراملی‌گرایی محض خصایص فکری و عقیدتی تنها عنصر تشکیل‌دهنده ملت و به عبارت دقیق‌تر امت به شمار می‌روند در ادامه تمایز کشورها و مرزبندی بین آن‌ها نیز با در نظر گرفتن همین عامل صورت می‌پذیرد. بنابراین، با تقسیم کشورها به دارالاسلام و دارالکفر یا دارالشُرک در فقه هر کشوری را مبتنی بر عقیده‌ای که در قبال اسلام اتخاذ کرده به یکی از اقسام یادشده نام‌گذاری کرده‌اند (موسوی بجنوردی و دانش‌پور، ۱۳۸۵: ۸۸ - ۸۹). همچنین یافته‌های فقهی گویای آن است که مفاهیم فوق، به عنوان عاملی مهم، همواره تعیین‌کننده نوع رویکرد فقها به روابط بین‌الملل و نظام بین‌الملل به شمار می‌رفته است (ساداتی‌نژاد و همکاران، ۱۳۹۶: ۱۱۵). بنابراین در رویکرد فراملی‌گرایی محض با تعیین دارالاسلام و حدود سرزمین‌های اسلامی و بنا بر نگاه امت‌محور اسلام باید این نکته را همواره مد نظر قرار داد که منطق اسلام حضور در یک منطقه خاص نیست و حکومت اسلامی خود را در چارچوب مرزهای جغرافیایی محبوس نمی‌سازد و منحصر نمی‌داند (قرضاوی، ۱۳۹۰: ۵۴). در نتیجه، طرح احکام و قوانین موضوعه - ای مانند تابعیت و شناسایی مرزهای قراردادی ممالک کفر، آرمان حکومت جهانی اسلام و وحدت دارالاسلام در مقابل دارالکفر را خدشه‌دار می‌سازد و از آنجا که تحت هیچ عنوانی نمی‌توان جواز به پاره‌پاره شدن دارالاسلام داد، پذیرش تابعیت که لازمه ایجاد دولت‌های مستقل است، ممنوع و مغایر با شرع است. بنابراین حفظ وحدت دارالاسلام مقتضی آن است که در کسوت دولت و امارت واحد و یگانه، ظهور و بروز پیدا کند (الشریف، ۲۰۱۱: ۷۶ - ۷۷) نه آنکه با پذیرش مرزها و قبول تابعیت وحدت مزبور را خدشه‌دار سازد.

لزوم تولی مؤمنین و ممنوعیت پذیرش ولایت کافران سومین مؤلفه است. با اینکه تولی و تبری از موضوعات مهم سیاسی، اجتماعی، و عاطفی اسلام و مبنای تنظیم روابط مسلمانان با دیگران است، در فقه اسلامی به صورتی منسجم از آن‌ها سخن نرفته است و بیشتر دارای رنگ‌وبویی قرآنی و سیاسی-اجتماعی‌اند تا رنگ‌وبوی فقهی. در رویکرد فراملی‌گرایی محض، بنا بر اقتضای اصل ولایت‌پذیری مؤمنین فی‌مابین یک‌دیگر و لزوم امتناع از دوست‌داری کافران از سوی مومنان^۶ باید تابعیت را به دلیل اینکه این ضرورت را نادیده می‌گیرد و با قبول مرزهای موضوعه لزوماً برخی از کافران را نیز تابع دولت اسلامی قرار می‌دهد مردود شمرد و آن را نفی کرد. در نتیجه بنا بر دستور اکید قرآنی مبتنی بر رابطه اخوت^۷ بین مؤمنان^۸ و لزوم پرهیز از دوست‌داری غیر هم‌کیشان^۹ بایسته است که تنها مسلمانان تابع و وابسته به دولت و حکومت

اسلامی محسوب شوند و این چنین وابستگی برای غیر از آن‌ها مورد شناسایی قرار نگیرد. مؤلفه آخر نیز محکومیت تعصب و قومیت‌گرایی در نگاه دینی است. تعصب قومی و طایفه‌گری در نگاه اسلام مذموم و قبیح است و خداوند نگاه قومیتی مبتنی بر برتری نژادی را مردود اعلام کرده است. اسلام، به‌رغم قبول تفاوت‌ها در اقوام و ملل، تنها ملاک و سنجه برای فلاح و رستگاری را تقوا^۹ می‌داند و در کنار تأکید بر تقوای الهی همگان را به اجتماع بر مدار ریسمان الهی دعوت می‌کند.^{۱۰} در نتیجه، اساساً یکی از برکات و ثمره‌های ظهور اسلام خط بطلان کشیدن بر اصالت دادن به قوم و قبیله است. در اسلام آنچه ملاک و معیار محسوب می‌شود «امت واحد» است و مسلمانان حول یک محور به نام اسلام مجتمع می‌شوند و بدون تمایزات قومی همگان تحت لوای اسلام حرکت خواهند کرد و شناسایی مرزهای سرزمینی و متعاقب آن تابعیت موضوعه به نوعی اصالت بخشیدن به نگاه مبتنی بر ملل مختلف است و مانع بزرگی در راه تحقق وحدت و یکپارچگی امت خواهد شد.

۱-۲-۲. ارزیابی و تحلیل دیدگاه فراملی‌گرایی محض

بنا بر آنچه در بند پیشین و در تشریح مؤلفه‌های فراملی‌گرایی محض ارائه شد، در این بند به تحلیل و ارزیابی آن‌ها پرداخته می‌شود. در تحلیل مؤلفه نخست می‌توان بیان کرد که چنانچه حکم تابعیت-آن‌گونه که در حقوق موضوعه است- به عنوان حکم دین به شارع مقدس نسبت داده شود یا بدون اینکه مشمول ادله عام و خاص شرعی شود به عنوان حکم الهی در میان مردم اشاعه یابد، در این صورت مصداقی از نوآوری‌های غیر مشروع خواهد بود، وگرنه نمی‌توان هر نوآوری را به موجب اینکه در عهد رسول اکرم (ص) نبوده داخل در حکم حرمت بدعت دانست؛ همان‌طور که در مباحث علمی و مسائل عملی مردم دیده می‌شود^{۱۱} و این امر داخل در عموم اباحه و حلیت است (مجلسی، ۱۳۸۵، ج ۷۴: ۲۰۲ - ۲۰۳). بنابراین ایجاد و استخدام نهاد تابعیت در واحد ملی و مبتنی بر عناصر شناسایی‌شده در حقوق موضوعه داخل در مصادیق و نمونه‌های بدعت در دین نیست.

در تحلیل دومین مؤلفه گفتنی است که هیچ‌گونه ناسازگاری میان آرمان حکومت جهانی اسلام و شناسایی رسمی تابعیت نیست. چون آن آرمان بلند هدف نهایی اسلام است؛ هدفی که برای رسیدن بدان زمینه‌سازی و گذشت زمان لازم است. جهان اسلام در این فاصله زمانی، که از آن می‌توان به «دوران گذر» تعبیر کرد، ناگزیر به برقراری تماس با جهان کفر است. بنابراین

شناسایی مرزهای قراردادی آنان با لحاظ قید ضرورت صورت می‌پذیرد (کلانتری، ۱۳۷۵: ۵). در بررسی مؤلفه سوم نیز باید یادآور شد که موضع ادله استنادی در رد تابعیت و شناسایی قواعد موضوعه در این باره ناتمام و مورد اشکال است. توضیح اینکه بنا بر ادله یادشده مسلمانان از ایجاد ارتباط با دشمنان اسلام برحذر داشته شده‌اند و دایره مصادیق و نمونه‌های آن صرفاً در کسانی منحصر است که به وصف دشمنی و عداوت متصف باشند. اما حکم اشاره‌شده به هیچ‌وجه نافی ارتباط با غیر مسلمانانی که قصد عداوت ندارند نیست و در نظر گرفتن غیر مسلمانان به عنوان تابعان دولت اسلامی اساساً ارتباطی با نهی شارع مقدس در ادله یادشده ندارد.

در تحلیل آخرین مؤلفه ارائه‌شده نیز گفتنی است تأکید اسلام در خصوص طرد نژادپرستی و طایفه‌گری اصلاً به معنای نفی هر گونه طرفداری نسبت به ملیت نیست. به دیگر معنا تعصب ملی در چارچوب حق و هدایت و در محدوده حاکمیت دین که به تحقق اهداف پیامبران الهی می‌انجامد مورد قبول همه ادیان و عقاید است و نه تنها در عداد تعصبات نکوهیده قرار نمی‌گیرد بلکه از جمله تعصبات پسندیده^{۱۲} نیز قلمداد می‌شود. در نتیجه بر اساس مطالب یادشده شناسایی مرزهای سرزمینی و ابتدای تابعیت موضوعه بر آن شرعاً ممتنع و ممنوع نیست.

۲. نظریه «امت الکو» به مثابه رویکرد مطلوب نظام حقوقی اسلام در خصوص تابعیت

تبیین مفهوم تابعیت در نظام حقوقی اسلام محتاج تفکیک میان مفهوم «امت اسلامی» به مثابه مفهوم ماوراء مرزی و فراسرزمینی و «دولت اسلامی» به عنوان مفهومی منحصر به مرزهای جغرافیایی است. به عبارت واضح‌تر ممکن است با نظر به آرمان بلند تحقق اجتماع عظیم افراد در سراسر عالم بر محور اسلام این‌طور حکم شود که تقسیم سیاسی زمین به دولت‌های متعدد پذیرفته نیست یا اینکه با در نظر گرفتن مفهوم امت اسلامی، که وحدت‌بخش و نافی تفرقه است، تابعیت به معنای وابستگی به یک واحد سیاسی که همانا دولت-کشور است باطل و ابتر نامیده شود؛ حال آنکه همان‌گونه که پاسخ این اشکالات در تحلیل نظریه فراملی‌گرایی محض داده شد معلوم می‌شود ادله یادشده نمی‌توانند ناقض و نافی تابعیت در معنای امروزی آن باشند. به عبارت دیگر در شرایط کنونی و در کانون امت واحده نیازمند دیدگاهی هستیم که بتواند نسبت خود با دیگری اعم از مسلمان و غیر مسلمان را تعریف و در

دوران گذار نسبت امت واحد را با جنبه‌های مختلف تبیین کند. از این رو بایسته است تا اقتضائات آن را مورد شناسایی قرار دهیم. بعد از طرح و نقد دو نظریه رایج، جهت ارائه الگوی مطلوب تحلیلی از تابعیت در نظام حقوقی اسلام و تشریح ابعاد مختلف رویکرد مختار، این مبحث دربردارنده دو گفتار «استلزامات شناسایی نظریه امت الگو» و «مؤلفه‌ها و شاخص‌های مؤثر در صورت‌بندی نظریه امت الگو» خواهد بود.

۲-۱. استلزامات شناسایی نظریه امت الگو

با تشکیل دولت اسلامی، تعیین ضابطه و ملاک برای تشخیص خودی و بیگانه اهمیت می‌یابد و این نگاه که تنها مسلمانان تابعان این دولت به شمار می‌آیند و غیر مسلمانان یکسره بیگانه و اجنبی هستند تصویری مردود است. زیرا اگرچه بنیاد نگاه اسلام بر مبنای دین و اشتراک در عقیده است و در نتیجه غیر مسلمان به دلیل نداشتن این وجه اشتراک نمی‌تواند عضوی از امت مسلمان محسوب شود، باید به عنوان عضوی از جامعه سیاسی و به تعبیر رایج حقوقی و سیاسی عضوی از ملت محسوب شود. چون ملت در دولت اسلامی تنها منحصر به امت نیست و افراد غیر مسلمان همچون اهل ذمه نیز عضو جامعه سیاسی اسلامی به شمار می‌روند. بنابراین می‌توان گفت تنها مبنای تابعیت دولت اسلامی دین نیست، بلکه پیمان با افراد غیر مسلمان نیز مبنای دیگر این وابستگی به شمار می‌آید (دانش‌پژوه، ۱۳۹۰: ۹۱ - ۹۲).

در همین زمینه، با تشکیل جمعیتی معین (مسلمانان و غیر مسلمانان) تحت حاکمیت حکومت اسلامی، «امت الگو» قابل تحقق است. گفتنی است در امت الگو نیز ارتباط آحاد مسلمانان با یکدیگر بر اساس اشتراک در عقیده و ایمان است؛ متناهی اشتراک در نظام سیاسی و تبعیت از آن نیز به عنوان معیار وابستگی به دولت اسلامی محسوب می‌شود که در کنار عنصر ایمان قرارداد و پیمان هم به عنوان معیار تابعیت به شمار خواهد آمد. در نتیجه پذیرش امت الگو و رویکرد آن به تابعیت در نظام حقوقی اسلامی می‌تواند مبتنی اقتضای شرایط دوران جدید یا ضرورت تحمیلی آن به شمار آید. بر اساس تبیین اقتضایی تابعیت، فقه سیاسی شیعه در چارچوب عقلانیت اسلامی اقتضائات مکانی و زمانی را مورد نظر قرار داده و بر همین اساس وظیفه شرعی را مشخص و فهم کرده است. همان‌طور که گفته شد، وحدت اسلامی بر مبنای ثابت و لایتغیر، از جمله ارزش‌های اصیل توحیدی، بنا شده است. لکن، در مقابل، اغلب کثرت‌های سیاسی و اجتماعی به سبب شرایط و اقتضائات خاص زمانی و مکانی رخ می‌دهد که

به منظور فهم آنان باید به امور غیر ثابت و متغیر توجه کرد. ملیت و مرز و دولت ملی و در نهایت تعریف تابعیت در چارچوب آن از جمله اقتضائات زمانی متغیر است که مبنای تکثر ملت‌ها در دنیای امروز است. شریعت مقدس این امور متغیر را از ثبات جدا می‌داند و بر اساس مبانی عقلانی و وحیانی به رسمیت می‌شناسد و در پذیرش مبتنی بر اضطرار پذیرش مرزهای بشری اقتضایی از باب اکراه و اضطرار قابل بهره‌برداری است. چون شاید آرمان جامعه اسلامی توحید بشری و نبود افتراقات و ایجاد امت واحد اسلامی باشد، لکن اضطراراً و بر اساس اکراه موجود در نظم امروزی بشر پذیرفته می‌شود و در چارچوب آن تعاملات شکل می‌گیرد (محمدی‌سیرت و اسدی، ۱۴۰۰: ۲۷۸ و ۲۸۱ - ۲۸۲).

۲-۲. مؤلفه‌ها و شاخص‌های مؤثر در صورت‌بندی نظریه امت‌الگو

پس از تبیین استلزامات رویکرد مطلوب به تابعیت موضوعه در نظام حقوقی اسلام، با تشریح نظریه امت‌الگو، اکنون باید مبانی شرعی و دینی آن را مورد بیان و بررسی قرار داد. از این رو، در مبحث حاضر ادله شرعی رویکرد یادشده در قالب پنج بند آورده و سعی می‌شود دلالت هر یک از آن‌ها بر مطلب حاضر مورد مذاقه قرار گیرد.

۲-۲-۱. سیره پیامبر اکرم(ص) در تشکیل جامعه سیاسی مرکب از

مسلمان و غیر مسلمان

در سیره پیامبر اکرم(ص) در دوران حکومت اسلامی در مدینه پذیرش مرزهای بشری آن دوران و حضور افراد غیر هم‌کیش (مسلمان و یهودی) به عنوان افراد وابسته به حاکمیت اسلامی در جامعه اسلامی به وضوح دیده می‌شود. پیامبر اسلام(ص) در بدو ورود خویش به مدینه با قصد تنظیم روابط و مناسبات اجتماعی میان مسلمانان و یهودیان عهدنامه‌ای بین خود و یهودیان مدینه نوشتند و دین و دارایی آنان را به رسمیت شناختند. این پیمان که برخی آن را «دستور المدینه» یا همان «قانون اساسی مدینه» می‌نامند منبعی برای شناخت مناسبات جامعه در آغاز تاریخ اسلام در مدینه است (ملاح، ۲۰۰۲: ۵۷؛ به نقل از <https://fa.wikishia.net>). آنچه از توجه به پیمان یادشده میان پیامبر اکرم و یهودیان مدینه حاصل می‌شود این مهم است که وابستگی و تعلق غیر مسلمان به دولت اسلامی تشکیل یافته در مدینه محرز است و همین امر پایه به رسمیت شناختن امکان حضور و عضویت فرد غیر مسلمان در جغرافیای سرزمینی یک جامعه سیاسی اسلامی است و این همان امری است که نظریه امت‌الگو در پذیرش تابعیت

موضوعه و عرفی-بدان صورت که بحث شد- بر آن پای می‌فشارد.

۲-۲-۲. جواز پذیرش تابعیت؛ حکمی در حیطة مباحات

بخشی از نظام قانون‌گذاری اسلام «حوزه غیر منصوص» یا همان «منطقه الفراغ» است که شارع مقدس در آن حکم الزامی ندارد. وجود این قلمرو در نظام قانون‌گذاری اسلام نه تنها نقضی برای شریعت نیست بلکه برای انعطاف‌پذیری شریعت اسلامی در شرایط زمانی و مکانی مختلف لازم است. بر این مبنا ولی امر می‌تواند بر اساس مصلحت جامعه اسلامی قانون‌گذاری کند و حکم ثانوی به موضوعی بدهد که ذاتاً مباح است (الصدر، ۱۴۰۲ ق: ۷۲۵). مثلاً دریافت زکات را از مورد خاصی واجب کند که پیش از آن از مصادیق زکات به شمار نمی‌رفت یا آنکه از انجام دادن نوع خاصی از معاملات مباح منع کند. موضوع ملیت و مرزهای ملی و به تبع آن تابعیت از جمله موضوعاتی است که شارع درباره آن حکم الزامی نداده است. حال با در نظر گرفتن نظریه منطقه الفراغ باید گفت در این حوزه، نصی مبنی بر ردع شارع وجود ندارد و می‌توان، با در نظر گرفتن اقتضائات و مصالح، مرزهای ملی و نیز تابعیت را در معنای امروزی آن به رسمیت شناخت.

۲-۲-۳. قاعده ضرورت و لزوم ابتنای حکم بر مقتضیات زمانی و مکانی

پر واضح است که در حال حاضر مرز عقیدتی به عنوان حد فاصل سرزمین اسلام از سرزمین‌های کفر مورد توجه قاطبه دولت‌های اسلامی و حقوق بین‌الملل نیست و در شرایط حاکم موضوع مرزبندی‌های ملی و پذیرش واحد دولت-ملت و تابعیت مبتنی بر آن امری غالب بر نوع ارتباطات انسانی است. پس در این شرایط پذیرش آن به نوعی ضرورت تبدیل شده است. زیرا عدم پذیرش آن موجب عسر و حرج و خسارت بر مسلمانان و جامعه اسلامی خواهد شد. بدین ترتیب، شناسایی تابعیت از باب «الضرورات تبيح المحظورات»^{۱۳} و در چارچوب اضطرار می‌تواند قابل قبول باشد (عمیدزنجانی، ۱۴۲۱ ق، ج ۳: ۳۶۰). بنابراین، در عین حال که امت‌محوری و وحدت کلمه اصل اصیل اسلامی است، مواجهه عقلانی با برخی شرایط حاکم بر جهان اسلام که در اثر تفوق‌الگوی تمدن غربی بر نظام‌های سیاسی به وجود آمده است مقتضی آن است که مرزهای ملی در حد ضرورت پذیرفته شود (محمدی‌سیرت و اسدی، ۱۴۰۰: ۲۸۲).

۲-۲-۴. تعیین قلمرو مسئولیت حکومت اسلامی مبتنی بر قاعده میسور

از دیگر قواعدی که پذیرش الگوی مرزهای ملی و ملیت را بر اساس رویکردی عاقلانه نتیجه می‌دهد قاعده میسور است. این قاعده تا آنجا که ممکن باشد هدف و آرمان شریعت را بر اساس ظرفیت‌های موجود دنبال می‌کند. بر اساس این قاعده، ناتوانی مکلف در انجام دادن کل موضوع مورد تکلیف، هنگام عسر و حرج، نباید به تعطیلی تکلیف بینجامد؛ بلکه باید به همان اندازه که می‌تواند به تکلیف مورد نظر مبادرت ورزد (مکارم شیرازی، ۱۴۱۰ ق، ج ۱: ۵۳۹). مبتنی بر قاعده یادشده حکومت اسلامی مکلف است تا آرمان نهایی تشکیل امت واحده را دنبال کند و مفهوم بلاد اسلام را مطابق با مرزهای عقیدتی سامان بخشد. اما به دلیل مشکلات گوناگونی همچون فقدان ظرفیت کامل در مسیر تحقق کامل این تکلیف بایسته است عمل میسر و به عبارت دیگر میسور را، که ایجاد حکومت دینی در مرزهای پذیرفته‌شده ملی و ابتدای آن بر تابعیت به شکل امروزی آن است، تعقیب کند و آرمان نهایی و صورت کامل تکلیف خود را بعد از برطرف شدن موانع و مشکلات پیگیری کند.

۲-۲-۵. شناسایی تابعیت موضوعه؛ مقتضای انتظام امور جامعه

بر اساس آیات و روایات و حکم قطعی عقل می‌توان گفت یکی از ضروریات مسلم و واجبات مهم در اسلام حفظ نظام جامعه و زندگی مردم است. از مفهوم این قاعده که فقها در ابواب مختلف، همچون جواز اخذ اجرت بر واجبات و قضاوت و ولایت فقیه، به آن تمسک کرده‌اند (افتخاری و صادقی، ۱۳۹۱: ۲۴) در موارد گوناگون این‌گونه استنباط می‌شود که «وجوب حفظ نظام جامعه از مسلمات فقه است و آنچه سبب بر هم ریختن نظام زندگی جامعه می‌شود ممنوع است» (باقی‌زاده و امیدی‌فرد، ۱۳۹۳: ۱۶۹). تابعیت در معنای امروزی آن برای شناسایی و نظم و امنیت بخشیدن به امور اجتماعی از طریق ایجاد مسئولیت مشترک برای دولت و تابعان، انجام دادن وظایف شهروندی، تسهیل اجرای قوانین و مقررات، و تنظیم امور یک امر ضروری است و هر چه برای تنظیم امور اجتماع ضرورت یابد مورد تأیید شارع مقدس خواهد بود. به عبارت دیگر دولت اصلاً پابرجا نمی‌شود مگر اینکه نظمی پیدا بکند و بدون تابعیت نظم اجتماعی دولت معنا و مفهوم خود را از دست خواهد داد. چون دولت برای حمایت از شهروندان و همچنین شهروندان برای انجام دادن تکالیف شهروندی نیاز به وجود یک نوع وابستگی و ارتباط دوطرفه دارند که تعلق یادشده در اصل مبنای تابعیت است.

۳. الزامات تحقق نظریه امت الگو در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران

پس از تبیین الگوی مطلوب تابعیت مبتنی بر مبانی شرعی، اکنون بایسته است الزامات تحقق الگوی یادشده در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران مورد بررسی و تحلیل قرار گیرد. از این رو در بند پیش رو ابتدا با طراحی چند اصل تلاش می‌شود برداشت و تفسیری مترقیانه از حضور تابعیت در اصول ۴۱ و ۴۲ قانون اساسی ارائه شود و در ادامه نظام حقوق داخلی حاکم بر تابعیت مبتنی بر یافته‌ها و اصول یادشده مورد بازخوانی تحلیلی و انتقادی قرار می‌گیرد.

۳-۱. تابعیت در الگوی طراحی قانون اساسی

همان‌طور که پیش‌تر بیان شد مفهوم تابعیت از اساس راجع به نحوه ارتباط فرد با ساختار سیاسی حاکم است و از آنجا که حکومت اسلامی دولتی است که نسبت به همه مسلمانان، اعم از مسلمانان داخل مرزهای جغرافیایی و مسلمانان خارج از مرزهای جغرافیایی، مسئولیت دارد^{۱۴} بایسته است نحوه نگاه قانون‌گذار اساسی به مفهوم تابعیت در الگوی طراحی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مورد تبیین و ارزیابی قرار گیرد. این مهم از رهگذر تبیین دو اصل «پذیرش تابعیت و پابندی به آن در نظام حقوقی» (تبلور یافته در اصل ۴۱ قانون اساسی) و نیز «لزوم برقراری نسبت هویتی بین تابعیت و نگاه فراملیت‌گرایانه» (تجسم یافته در اصل ۴۲ قانون اساسی) و با هدف تبیین اقتضائات مربوط به نظریه امت الگو صورت می‌پذیرد.

در خصوص اصل ۴۱ قانون اساسی گفتنی است قانون‌گذار اساسی با التفات به عنصر ملیت در تکوین جامعه اقدام به اساسی‌سازی تابعیت در قالب اصل یادشده کرده و این اقدام را با واژه‌پردازی «فرد ایرانی» به نمایش گذاشته است. به عبارت دیگر، مقنن اساسی با تصریح بر اینکه «تابعیت کشور ایران حق مسلم هر فرد ایرانی است» تأکید بر آن داشته تا مبنای ارتباط هیئت حاکمه و دولت را با لحاظ عنصر ایرانی بودن ابراز کند. در ادامه نیز با تصریح بر عدم وجاهت سلب تابعیت از افراد ایرانی تنها استثنائات موجود در این زمینه، یعنی «درخواست خود فرد» یا «قبول تابعیت وی از سوی کشور دیگر»، را بیان کرده است. آنچه با لحاظ نظریه امت الگو در این خصوص قابل بیان است پذیرش مرزهای جغرافیایی در تعیین نسبت افراد با دولت اسلامی است. در همین زمینه، هرچند ذکر دو استثنای یادشده از این منظر قابل تأمل به نظر می‌رسد. از جمله تأملات یادشده آن است که مبتنی بر الگوی مطلوب (امت الگو) تعیین نسبت مسلمانان داخل مرزهای جغرافیایی با دولت اسلامی بر پایه ایمان و اسلام ایشان قابل

قبول است و این غیر مسلمانان داخلی و مسلمانان خارج از مرزهای سیاسی و جغرافیایی هستند که بر اساس قرارداد دولت اسلامی می‌تواند تابعیت ایشان را بپذیرد. با وجود این، اصل ۴۱ قانون اساسی در باب سلب تابعیت و ترک آن مطلق است و زمینه ایجاد این سؤال را به وجود می‌آورد که چنانچه یک فرد مسلمان ایرانی بخواهد از تابعیت ایرانی خود صرف نظر کند یا به تابعیت کشور دیگری درآید آیا می‌توان از وی سلب تابعیت کرد؟ پاسخ مثبت به سؤال یادشده موجب عدم انطباق کامل الگوی طراحی قانون اساسی در باب تابعیت با نظریه امت الگو است و پاسخ منفی به آن موجب انصراف از اطلاق اصل ۴۱ قانون اساسی و تفسیر مضیق آن است. با وجود این، به نظر می‌رسد با حضور قسمت نخست اصل یادشده می‌توان پذیرش تابعیت و پایبندی به آن در نظام حقوقی را مستنداً به اصل ۴۱ قانون اساسی بر پایه نظریه امت الگو مورد قبول دانست.

در رابطه با اصل ۴۲ قانون اساسی مطلب گفتنی آن است که قانون‌گذار اساسی با اساسی‌سازی اصل «اکتساب تابعیت» بر ظرفیت پذیرش تابعیت سایر مسلمانان صحه نهاده است و از این طریق سویه دیگر نظریه امت الگو بر اصل یادشده قابل انطباق است. توضیح بیشتر آنکه بر اساس مبانی پیش‌گفته اقتضای پذیرش مرزها در تعیین نسبت افراد با دولت اسلامی مانع از امکان شناسایی ارتباط دولت اسلامی با سایر مسلمانان نبوده و نیست و از این منظر عنصر قرارداد در تحصیل تابعیت این افراد و اکتساب آن از سوی ایشان مورد قبول خواهد بود. در همین زمینه و با استفاده از ظرفیت اصل ۴۲ قانون اساسی که در بخش نخست آن مقرر می‌دارد: «اتباع خارجه می‌توانند در حدود قوانین به تابعیت ایران درآیند» می‌توان این‌طور برداشت کرد که قانون‌گذار اساسی با تصویب اصل یادشده نسبتی هویتی را میان تابعیت، به عنوان یک اصل اقتضائی، و نگاه فراملی‌گرایانه، در قامت تکلیف امت‌محور دولت اسلامی، به رسمیت شناخته است؛ امری که مدعای نظریه امت الگو به عنوان الگوی مطلوب قبول تابعیت در منظومه قانون اساسی است. البته به مانند اصل ۴۱ قانون اساسی نیز انطباق کامل اصل حاضر با الگوی مطلوب فوق را می‌توان واجد تأملاتی دانست؛ از جمله آنکه اصل ۴۲ در ادامه مقرر می‌کند: «و سلب تابعیت این‌گونه اشخاص در صورتی ممکن است که دولت دیگری تابعیت آن‌ها را بپذیرد یا خود آن‌ها درخواست کنند». با تأمل در این فقره این اشکال نمایان می‌شود که قبول و جاهت حقوقی اتمام یا سلب یا ترک تابعیت اکتسابی فرد مسلمان

غیر ایرانی با دولت جمهوری اسلامی ایران موجب خدشه در انطباق کامل این اصل با نظریه امت الگو است؛ مگر اینکه دولت قبول‌کننده تابعیت دولت اسلامی دیگر باشد یا آنکه درخواست فرد با استناد به قبول تابعیت دولت اسلامی دیگر صورت پذیرد. به هر ترتیب، اذعان قانون‌گذار اساسی به امکان قبول تابعیت اکتسابی موجب ظرفیت پذیرش تابعیت از سایر مسلمانان غیر ایرانی است که این امر از ارکان نظریه امت الگو به شمار می‌رود.

در مقام جمع‌بندی آنچه تاکنون در این بخش ارائه شد باید گفت جای‌گیری نهاد تابعیت در الگوی طراحی قانون اساسی از سوی مقنن اساسی در اصول ۴۱ و ۴۲ قانون اساسی تا حد زیادی منطبق با نظریه امت الگو است؛ آنجا که ضمن پذیرش عنصر ملیت در تعیین ارتباط فرد با حاکمیت در اصل ۴۱ قانون اساسی امکان کسب و تحصیل تابعیت افراد مسلمان غیر ایرانی در اصل ۴۲ قانون اساسی - به عنوان یکی از مصادیق عبارت «اتباع خارجه» - به رسمیت شناخته شده است.

۲-۳. آسیب‌شناسی نظام حقوق داخلی حاکم بر تابعیت از منظر نظریه

امت الگو

هنجارهای قانونی در خصوص تابعیت در نظام حقوقی ایران با گذر از اصول ۴۱ و ۴۲ قانون اساسی در چند عنوان قابل ملاحظه‌اند؛ مواد ۹۷۶ تا ۹۹۱ قانون مدنی (مصوب ۱۳۱۳)، قانون «تعیین تکلیف تابعیت فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی» (مصوب ۱۳۸۵ و اصلاحی ۱۳۹۸)، بند «پ» ماده ۸۷ قانون برنامه ششم توسعه (مصوب ۱۳۹۶) (غمامی و قوی‌البینه، ۱۴۰۲: ۶۲ - ۶۳).^{۱۵} در ادامه، نتیجه ارزیابی و بررسی مفاد آنها با هدف تبیین الزامات تحقق نظریه امت الگو طی چند مطلب ارائه خواهد شد.

جلد دوم کتاب دوم قانون مدنی با عنوان «در تابعیت» به تشریح بخش اعظمی از هنجارهای نظام حقوقی داخلی در باب تابعیت پرداخته است. ساختار ماده ۹۷۶ قانون مدنی^{۱۶} که به شناسایی تابعین در نظام حقوقی ایران اقدام کرده است با آنچه مستلزم تحقق نظریه امت الگو است تفاوت‌های بنیادین دارد. به عبارت دیگر، ماده یادشده ضمن قبول توأمان سیستم خون (در بند دوم) و سیستم خاک (در بندهای سوم، چهارم، پنجم) در شناسایی تابعیت جایگاهی برای پذیرش تابعیت از طریق عنصر ایمانی (مسلمان بودن) قائل نشده است و همین امر زمینه را برای تحقق الگوی مطلوب تابعیت در دولت اسلامی متنفذ می‌سازد. توضیح آنکه

قبول مرزهای جغرافیایی در تعیین تابعیت و علقه فرد با دولت اسلامی، که از ارکان نظریه امت الگو به شمار می‌رود، نافی قبول تابعیت مسلمانان غیر ایرانی نیست؛ بلکه همان‌طور که در مبانی نظریه امت الگو بیان شد رویکرد یادشده به مثابه مبنای دوران گذار و زمینه‌ساز تحقق امت واحد است و بنابراین مبنای امکان پیوستن سایر مسلمانان غیر ایرانی به دولت اسلامی را در اختیار آن‌ها قلمداد می‌کند و در زمره تابعیت اکتسابی ایشان به شمار می‌آورد. در نتیجه، این گزاره که دولت اسلامی بنا بر اقتضائات این دوران نسبت به اتباع مسلمان سایر کشورها رابطه تابعیتی برقرار نکرده صحیح است. با این وصف، دولت اسلامی موظف است امکان برقراری رابطه تابعیتی ایشان (از طریق کسب تابعیت) را فراهم کند. بر این اساس، پیشنهاد می‌شود مواد مربوط به شناسایی تابعیت در قانون مدنی با رعایت سیاق مد نظر قانون‌گذار اساسی در اصول ۱۱ و ۴۱ و ۴۲ قانون اساسی مبنی بر تمهید پذیرش تابعیت از طریق عنصر اسلام در کنار عناصر دیگر (خاک و خون) مورد اصلاح و بازبینی قرار گیرد. در انتها پاسخ به یک اشکال در این زمینه ضرورت می‌یابد؛ اینکه گفته شود در صورت قبول عنصر ایمانی و در کنار عنصر ایمانی (قراردادی) چه تفاوتی میان نظریه امت الگو و نظریه فراملی‌گرایی محض وجود خواهد داشت؟ پاسخ آن است که نظریه فراملی‌گرایی محض با نفی مفهوم تابعیت موضوعه و انکار نقش آن در نظام حقوقی و وظیفه دولت اسلامی را پوشش همه مسلمانان در اکناف و اطراف عالم عنوان می‌کند و حال آنکه تحقق عملی این امر بنا بر اقتضائات روز با تردید مواجه است. اما نظریه امت الگو با به‌کارگیری ظرفیت نهاد تابعیت و رسوخ در عناصر تعیین آن (قبول توأمان عنصر ایمانی و قراردادی در برقراری رابطه با دولت اسلامی) امکان پیوستن مسلمانان خارج از جغرافیای سیاسی به دولت اسلامی را فراهم می‌آورد و از این طریق ظرفیت و طاقت دولت اسلامی برای ادای تکالیف در قبال آن‌ها را نیز در نظر می‌گیرد.

مطلب دیگر آنکه نظام کسب تابعیت در قوانین عادی نیز با لحاظ استلزامات نظریه امت الگو نیازمند بازنگری است. تفصیل آنکه کسب تابعیت در نظم حقوقی کنونی ایران از طریق «نظام مرسوم کسب تابعیت» و «نظام استثنائی کسب تابعیت» ممکن است که نظام معمول و مرسوم کسب تابعیت بنا بر مفاد ماده ۹۷۹ قانون مدنی اعمال می‌شود و نظام استثنائی و تسهیل‌شده تابعیت در صورت معافیت افراد متقاضی تابعیت از برخی از شروط مندرج در ماده یادشده اعمال می‌شود (ابریشمی‌راد، ۱۴۰۲: ۱۸۲ - ۱۸۳). با مطالعه ماده ۹۷۹ قانون مدنی و

مداقه در شرایط یادشده در این ماده^{۱۷} و همچنین لحاظ سایر مواد مربوط به نظام استثنائی کسب تابعیت، که در موادی مانند ماده ۹۸۰ و ۹۸۷ و ۹۹۰ قانون مدنی ذکر شده است، درمی یابیم که تحصیل و اکتساب تابعیت با لحاظ شرط و عنصر ایمانی و اسلام در مواد یادشده در نظر گرفته نشده است و همین امر لزوم بازبینی هنجارهای نظام کسب تابعیت را به اثبات می رساند. مثلاً می توان شرط اینکه «فرد درخواست دهنده تابعیت مسلمان یا شیعه باشد» را در زمره شروط تسهیل اکتساب تابعیت به شمار آورد. البته تسهیل تابعیت پیش از این در تبصره زیر بند «پ» ماده ۸۷ قانون «برنامه پنج ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی، و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران»، مصوب ۱۳۹۵، تنها در یک مورد پیش بینی شده بود و آن اعطای تابعیت به خانواده معظم شهدا، جانبازان، آزادگان، رزمندگان، و افراد تحت تکفل ایشان (والدین و همسران و فرزندان) بود که اولاً دارای تابعیت غیر ایرانی باشند و ثانیاً در طول هشت سال دفاع مقدس یا بعد از آن بر اساس مأموریت محوله از سوی مراجع ذی صلاح به درجه رفیع شهادت یا جانبازی یا اسارت نائل آمده باشند (ابریشمی راد، ۱۴۰۲: ۱۸۷ - ۱۸۸). در این خصوص، تسهیل تحصیل تابعیت از منظر تحقق امت الگو مناسب ارزیابی می شود؛ لکن، همان گونه که بیان شد، توسعه آن به رعایت عنصر ایمانی و اسلام فرد درخواست دهنده به تحقق رویکرد مطلوب تابعیت کمک بیشتری خواهد کرد.

در انتهای بخش حاضر بررسی دو اشکال در رابطه با الزامات تحقق نظریه امت الگو در نظام حقوقی لازم به نظر می رسد. نخست آنکه ممکن است گفته شود از آنجا که کسب تابعیت برابر است با امکان انتفاع از همه حقوقی که برای ایرانیان مقرر شده است^{۱۸} بنابراین تسهیل تحصیل تابعیت در نظم حقوقی کنونی ایجادکننده تکالیف اقتصادی بر دوش دولت اسلامی است و همین امر غفلت از پاره ای دیگر از اقتضائات است. دیگر آنکه لزوم رعایت شرایط امنیتی در اعطای تابعیت امری مهم و انکارناپذیر است و نمی توان صرف شرط ایمانی را تسهیلگر اعطای تابعیت به شمار آورد. چون ممکن است موجب ایجاد خطراتی همچون جایگزینی جمعیتی در بلندمدت شود. بنابراین اقتضائات اقتصادی و امنیتی را می توان موانعی بر سر راه تحقق کامل نظریه امت الگو تلقی کرد. هرچند پاسخ مبسوط به مسائل یادشده و البته بررسی حقوقی و فنی همه جوانب تسهیل تحصیل تابعیت مبتنی بر مبانی نظریه امت الگو محتاج تحقیقات مبسوط دیگری است، پاسخ دو اشکال یادشده به اختصار از این قرار است که

اولاً تصریح بر صلاحیت اختیاری دولت اسلامی در بررسی‌های مربوط به اعطای تابعیت رافع مسائل و مشکلات آتی در زمینه‌های اقتصادی خواهد بود و نیز انتفاع اقتصادی در اعطای تابعیت می‌تواند به صورت موازنه‌ای و با تعیین زمینه‌های ایفای نقش اقتصادی از سوی افرادی باشد که درخواست‌دهنده تابعیت هستند.^{۱۹} ثانیاً رعایت جهات امنیتی در اعطای تابعیت منافاتی با لحاظ عناصر نظریه امت الگو ندارد؛ کما اینکه بررسی‌های مربوط به اعطای تابعیت بر اساس بند «پ» ماده ۸۷ قانون برنامه ششم توسعه منوط به تصویب ضوابط این امر از سوی شورای عالی امنیت ملی شده بود.^{۲۰} یا اینکه تشخیص وزارت اطلاعات و سازمان اطلاعات سپاه پاسداران انقلاب اسلامی در خصوص مشکل امنیتی نداشتن درخواست‌دهندگان تابعیت موضوع قانون تعیین تکلیف تابعیت فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی (اصلاحی ۱۳۹۸)^{۲۱} به درستی شرط شده بود. بنابراین تحقق الگوی مطلوب تابعیت در نظم حقوقی کنونی از جهات یادشده خدشه‌پذیر و انکارپذیر نیست.

نتیجه و پیشنهاد

تحقیق حاضر جهت بررسی حق تابعیت و آثار آن در پی یافتن رهیافتی مناسب برای تحلیل انگاره تابعیت است که اولاً مبتنی بر مبانی شرعی باشد و ثانیاً ظرفیت بازنمایی اقتضائات روز را داشته باشد. این تلاش از آن جهت است که مناسبات نهاد تابعیت با موازین فقهی و اندیشه‌های اسلامی پیوسته مورد تردید و ابهام قرار گرفته و عدم تطابق خوانش‌ها و قرائت‌های مشهور با مسلمات دینی بر دامنه این تردیدها و ابهامات افزوده است. نظریه ملی‌گرایی محض مبتنی بر مؤلفه‌هایی همچون «تفاخر ملی یا وطن‌پرستی»، «باستان‌گرایی»، «تفکیک دین و عناصر آن از سطح اجتماع (سکولاریزم)»، «بیگانه‌ستیزی»، و «تأکید بر عناصر قومی در شناسایی تابعیت» سعی بر آن دارد تا خوانشی ملیت‌محور از تابعیت ارائه دهد. در دیگر سو، دیدگاه فراملی‌گرایی محض بر پایه «بدعت بودن تأسیس تابعیت»، «وحدت دارالاسلام در مقابل دارالکفر»، «لزوم تولی مؤمنین و ممنوعیت پذیرش ولایت کافران»، و «محکومیت تعصب و قومیت‌گرایی در نگاه دینی» پذیرش پدیده مستحدث تابعیت را منجر به دوری از ایده امت‌محوری و گامی در جهت سکولارسازی دولت اسلامی تلقی می‌کند. با مذاقه در ادله طرح‌شده هر دو دیدگاه، به‌روشنی می‌توان دریافت که هیچ‌یک از آن‌ها ظرفیت بازنمایی جایگاه تابعیت در منظومه قانون اساسی را ندارد. ملی‌گرایی محض قابلیت ارائه الگوی مطلوب

در این زمینه را دارا نیست. زیرا در تقابلی آشکار با مبانی دینی و ارکان شرعی نظم حقوقی قرار دارد. فراملی‌گرایی محض نیز از این موهبت برخوردار نیست. چون جای خالی توجه به اقتضائات امروزی در تاروپود نظری در آن به شدت محسوس است و از آن مهم‌تر حضور نهاد تابعیت در اصول ۴۱ و ۴۲ قانون اساسی را نمی‌توان نتیجهٔ سکولارسازی و بی‌توجهی به مبانی شرعی قلمداد کرد. به نظر می‌رسد می‌توان با لحاظ اقتضای شرایط دوران جدید و ضرورت‌های برخاسته از آن به دیدگاهی بدیع و البته مبتنی بر مبانی فقه سیاسی شیعه دست یافت. به دیگر سخن، فقه سیاسی شیعه در چارچوب عقلانیت اسلامی اقتضائات مکانی و زمانی را مد نظر قرار می‌دهد و تابعیت را به مثابهٔ پدیده‌ای امروزی می‌پذیرد. این شناسایی بر مبانی و مؤلفه‌هایی همچون «سیرهٔ نبی اکرم (ص)»، «عدم ردع در حیطةٔ مباحات»، «قاعدهٔ ضرورت»، «تعیین قلمرو مسئولیت حکومت اسلامی»، «ضرورت انتظام امور جامعه» استوار است و می‌توان این‌گونه برداشت کرد که تابعیت به معنای ارتباط و پیوستگی معنوی و حقوقی و سیاسی افراد یک جامعهٔ سیاسی به دولت آن نه تنها ممنوع نیست بلکه به دلیل عمومات ادلهٔ امت‌محوری و ضرورت تجسم نمونه و الگوی مناسب در عرصهٔ تحقق امت واحد اسلامی پذیرش آن از باب ایجاد امت الگو مطلوبیت دارد. در همین زمینه، باید گفت جای‌گیری نهاد تابعیت در الگوی طراحی قانون اساسی از سوی مقنن اساسی در اصول ۴۱ و ۴۲ قانون اساسی تا حد زیادی منطبق با نظریهٔ امت الگو ارزیابی می‌شود؛ آنجا که ضمن پذیرش عنصر ملیت در تعیین ارتباط فرد با حاکمیت در اصل ۴۱ قانون اساسی امکان کسب و تحصیل تابعیت افراد مسلمان غیرایرانی در اصل ۴۲ قانون اساسی - به عنوان یکی از مصادیق عبارت «اتباع خارجه» - به رسمیت شناخته شده است. اما نظم حقوقی حاکم بر تابعیت چه در عرصهٔ طراحی ساختاری - مانند عدم تطابق مفاد قانون مدنی در باب تابعیت با اصول محوری قانون اساسی، مانند اصول ۱۱ و ۴۱ و ۴۲ - چه در زمینهٔ بافتارها - عدم تطابق شرایط و ارکان نظام‌های کسب تابعیت - با بنیان‌های حاکم بر نظریهٔ امت الگو تفاوت‌های بنیادین دارد که نیازمند اصلاح و بازبینی است. در همین زمینه، موضوعاتی مانند «طراحی نظام مطلوب تحصیل تابعیت در نظام حقوقی ایران مبتنی بر نظریهٔ امت الگو»، «تابعیت امت الگو محور در نظم حقوقی کنونی با تأکید بر ارائهٔ پیش‌نویس قانون جامع تابعیت»، و مشابه آن‌ها نیازمند پژوهش‌های تفصیلی دیگری هستند که تحقیق حاضر می‌تواند مقدمه‌ای در جهت انجام دادن آن‌ها باشد.

یادداشت‌ها

1. Nationality

۲. می‌توان اشاره کرد به:

دانش پژوه، م. (۱۳۹۰). *اسلام و حقوق بین‌الملل خصوصی؛ تابعیت و وضعیت بیگانگان*. ج ۴. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.

ارفع‌نیا، بهشید (۱۳۶۹). *حقوق بین‌الملل خصوصی*. تهران: مروی. ج ۱.

سلجوقی، محمود (۱۳۷۰). *حقوق بین‌الملل خصوصی*. تهران: دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران و سازمان طرح و اجرای کتاب. ج ۱.

نصیری، محمد (۱۳۷۲). *حقوق بین‌الملل خصوصی*. تهران: آگاه. ج ۱.

آل‌کج‌باف، حسین (۱۳۸۹). *تابعیت در ایران و سایر کشورها*. تهران: جنگل.

3. Nationalism

۴. آل عمران / ۱۰۳.

۵. سیستم‌های مبتنی بر عنصر خاک، خون، و ترکیب این دو.

۶. مجادله / ۲۲.

۷. حجرات / ۱۰.

۸. مائده / ۵۱.

۹. حجرات / ۱۳.

۱۰. عمران / ۱۰۳.

۱۱. مانند پوشاک و خوراک که در ادوار مختلف تغییر و تبدیل یافته است و شاخه‌های علمی گوناگون که در اعصار گوناگون به دایره علوم اضافه شده است و احدی این مباحث را داخل در بدعت به شمار نمی‌آورد (سبحانی، ۱۴۱۶ ق: ۸۰ - ۸۱).

۱۲. تعصب مذموم و نکوهیده را می‌توان به موجب ادله‌ای از تعصب ممدوح و پسندیده تفکیک کرد. از جمله آن ادله دو روایت ذیل است:

- در حدیثی از امام سجاد^(ع) می‌خوانیم که از آن حضرت درباره «تعصب» سؤال کردند. ایشان فرمودند: «العصبیه التي یأثم علیها صاحبها ان یری الرجل شرار قومه خیرا من خیار قوم آخرین و لیس من العصبیه ان یحب الرجل قومه و لکن من العصبیه ان یعین قومه علی الظلم.» (محمدری شهری، ۱۳۸۶، ج ۷: ۴۱۹).

- امیر مؤمنان علی^(ع) به هنگام انتقاد از بعضی از یاران سست‌عنصر و سرکش می‌فرماید: «منیت بمن لا یطیع اذا امرت و لا یجیب اذا دعوت. اما دین یجمعکم و لا حمیه تحمشمکم.» (نهج البلاغه، خطبه ۳۹).

۱۳. آنچه که ممنوع است به هنگام ضرورت، مباح می‌شود.

۱۴. تبلور این نگاه در اصل ۱۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران است که مقرر می‌دارد: «به حکم آیه کریمه «ان هذه امتکم امه واحده و انا ربکم فاعبدون» همه مسلمانان یک امت‌اند و دولت جمهوری اسلامی ایران موظف است سیاست کلی خود را بر پایه ائتلاف و اتحاد ملل اسلامی قرار دهد و کوشش به عمل آورد تا وحدت سیاسی، اقتصادی، و فرهنگی جهان اسلام را تحقق بخشد».

۱۵. البته برخی از مواد قوانین کار، آیین دادرسی کیفری، مجازات اسلامی، مدیریت خدمات کشوری و نیز قانون «نحوه انتصاب اشخاص در مشاغل حساس» نیز وجود دارد که از منظر مباحثی همچون تابعیت مضاعف قابل بررسی است. اما با بخش حاضر که به دنبال آسیب‌شناسی از منظر تحقق نظریه امت الگو است بی‌ارتباط است.
۱۶. ماده ۹۷۶ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۳: «اشخاص ذیل تبعه ایران محسوب می‌شوند:
۱. کلیه ساکنین ایران به استثنای اشخاصی که تبعیت خارجی آن‌ها مسلم باشد. تبعیت خارجی کسانی مسلم است که مدارک تابعیت آن‌ها مورد اعتراض دولت ایران نباشد.
 ۲. کسانی که پدر آن‌ها ایرانی است؛ اعم از اینکه در ایران یا در خارجه متولد شده باشند.
 ۳. کسانی که در ایران متولد شده و پدر و مادر آنان غیر معلوم باشد.
 ۴. کسانی که در ایران از پدر و مادر خارجی که یکی از آن‌ها در ایران متولد شده به وجود آمده‌اند.
 ۵. کسانی که در ایران از پدری که تبعه خارجه است به وجود آمده و بلافاصله پس از رسیدن به سن هجده سال تمام لااقل یک سال دیگر در ایران اقامت کرده باشند، والا قبول شدن آن‌ها به تابعیت ایران بر طبق مقرراتی خواهد بود که مطابق قانون برای تحصیل تابعیت ایران مقرر است.
 ۶. هر زن تبعه خارجی که شوهر ایرانی اختیار کند.
 ۷. هر تبعه خارجی که تابعیت ایران را تحصیل کرده باشد.
- تبصره- اطفال متولد از نمایندگان سیاسی و قنصلی خارجه مشمول فقره ۴ و ۵ نخواهند بود».
۱۷. ماده ۹۷۹ قانون مدنی: «اشخاصی که دارای شرایط ذیل باشند می‌توانند تابعیت ایران را تحصیل کنند:
۱. به سن هجده سال تمام رسیده باشند.
 ۲. پنج سال اعم از متوالی یا متناوب در ایران ساکن بوده باشند.
 ۳. فراری از خدمت نظامی نباشند.
 ۴. در هیچ مملکتی به جنحه مهم یا جنایت غیر سیاسی محکوم نشده باشند.
- در مورد فقره دوم این ماده مدت اقامت در خارجه برای خدمت دولت ایران در حکم اقامت در خاک ایران است».
۱۸. ماده ۹۸۲ قانون مدنی (اصلاحی ۱۳۷۰/۸/۱۴). البته ماده یادشده استثنائاتی را نیز در این زمینه مقرر کرده است.
۱۹. می‌توان مشابه شرایطی که در ماده ۹۸۰ قانون مدنی مانند «مقامات عالی علمی و متخصص در امور عام المنفعه» بیان شده است در خصوص فعالیت اقتصادی به خصوص فعالیت‌های مولد شرط کرد.
۲۰. «تبصره- اعطای تابعیت و اقامت به افراد موضوع این ماده بر اساس ضوابط در چهارچوب قانون خواهد بود که حداکثر ظرف مدت سه ماه از لازم‌الاجرا شدن این قانون توسط ستاد کل نیروهای مسلح با همکاری وزارتخانه‌های امور خارجه و کشور تهیه و به تصویب شورای عالی امنیت ملی با رعایت اصل یکصد و هفتاد و ششم (۱۷۶) قانون اساسی می‌رسد».
۲۱. «ماده واحده- فرزندان حاصل از ازدواج زنان (ذاتاً) ایرانی با مردان غیر ایرانی که ازدواج والدین آن‌ها با رعایت ماده ۱۰۰ قانون مدنی به ثبت رسیده است، چه قبل یا بعد از تصویب این قانون متولد شده باشند بعد از رسیدن به سن هجده سال تمام ششمی می‌توانند تابعیت ایران را درخواست نمایند و در صورت نداشتن مشکل امنیتی (به تشخیص وزارت اطلاعات و سازمان اطلاعات سپاه پاسداران انقلاب اسلامی) به تابعیت ایران پذیرفته می‌شوند...»

منابع

کتاب

- ابریشمی راد، م. ا. (۱۴۰۲). شرح قانون اساسی: فصل سوم (اصول ۴۱ و ۴۲). تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
- بابایی زارچ، ع. م. (۱۳۸۳). *آمت و ملت در اندیشه امام خمینی (ره)*. تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی.
- بابایی، غ. (۱۳۶۹). *فرهنگ علوم سیاسی*. تهران: ویس. ج ۱.
- دانش پژوه، م. (۱۳۹۰). *اسلام و حقوق بین الملل خصوصی: تابعیت و وضعیت بیگانگان*. ج ۴. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- سبحانی، ج. (۱۴۱۶ ق). *البدعه و آثارها الموقته*. تهران: مشعر.
- الشریف، م. (۲۰۱۱). *موسوعه فقه السیاسه الشرعیه: نظام الحکم*. ریاض: مرکز البحوث و الدراسات.
- صدر، م. (۱۴۰۲ ق). *اقتصادنا*. بیروت: دار التعارف للمطبوعات.
- عمیدزنجانی، ع. (۱۳۶۱). *بنیادهای ملیت در جامعه ایده آل اسلامی*. تهران: انتشارات واحد تحقیقات اسلامی بنیاد بعثت.
- عمیدزنجانی، ع. (۱۴۲۱ ق). *فقه سیاسی*. تهران: انتشارات دانشگاه تهران. ج ۳.
- قرضاوی، ی. (۱۳۹۰). *فقه سیاسی*. مترجم: ع. سلیمی. تهران: احسان.
- فارسی، ج. (بی تا). *حقوق بین الملل اسلامی*. تهران: جهان آرا.
- مجلسی، م. ب. (۱۳۸۵). *بحار الانوار*. تهران: دار الکتب الاسلامیه. ج ۳۳ و ۷۴.
- محمدی ری شهری، م. (۱۳۸۶). *میزان الحکمه*. قم: دار الحدیث. ج ۷.
- مرادی، ع. ا. و فروتن، ا. (۱۳۸۹). *واژه نامه فقه سیاسی*. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
- مکارم شیرازی، ن. (۱۴۱۰ ق). *القواعد الفقهیة*. قم: مدرسه الامام امیرالمؤمنین (ع). ج ۱.
- مهاجرنیا، م. (۱۳۹۵). *جریان شناسی تفکر سیاسی در جهان اسلام*. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

مقالات

- افتخاری، ا. و صادقی، م. (۱۳۹۱). بررسی قاعده حفظ نظام و ابعاد آن در نظام حقوقی-سیاسی جمهوری اسلامی ایران. *حقوق و علوم سیاسی*، ۴۲(۴)، ۲۱ - ۴۰.
- باقی‌زاده، م. و امیدفرد، ع. (۱۳۹۳). ضرورت حفظ نظام و منع اختلال در آن در فقه امامیه. *شیعه‌شناسی*، ۱۲(۴۷)، ۱۷۰ - ۲۰۰.
- زارعی، ب. (۱۳۹۰). تحلیل تئوری امت در قلمرو جغرافیای سیاسی اسلام، *فصلنامه سیاست*، ۴۱(۳)، ۱۶۹-۱۵۳.
- ساداتی‌نژاد، س.م.، کولی‌وند، ی. و کلانتری دهقی، پ. (۱۳۹۶). بررسی معیارهای تعیین دارالاسلام، دارالکفر؛ و دارالحرب و انطباق آن با شرایط فعلی نظام بین‌الملل. *سیاست خارجی*، ۳۱(۱)، ۱۱۳ - ۱۴۰.
- علی‌خانی، ع. (۱۴۰۲). دین و ملی‌گرایی در ایران: از تقابل تا تعامل. *مطالعات ملی*، ۲۴(۱)، ۷ - ۳۰.
- غمامی، س.م.م. و قوی‌البینه، ا. (۱۴۰۲). آسیب‌شناسی نظام اعطای تابعیت در ایران (موردکاوی: تابعیت فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان غیر ایرانی). *مطالعات راهبردی زنان*، ۲۵(۱۰۰)، ۵۵ - ۷۱.
- قوام، س.ع. و قیصری، م. (۱۳۹۱). ملی‌گرایی و دولت-ملت‌سازی در خاورمیانه. *مطالعات خاورمیانه*، ۱۹(۴)، ۱۱ - ۳۶.
- فاضلی، ح. و طهماسبی، ن. (۱۳۹۵). ناسیونالیسم و مدرنیسم: مقایسه دیدگاه آنتونی اسمیت (رویکرد جامعه‌شناسی تاریخی) و مکتب نوگرا. *سیاست*، ۴۶(۳)، ۶۹۳ - ۷۰۸.
- فیضی‌سرخا، م. (۱۳۹۷). مفهوم‌شناسی و تهدیدات ناسیونالیسم از منظر آیت‌الله خامنه‌ای. *پژوهشنامه انقلاب اسلامی*، ۱(۲۷)، ۱۸۹ - ۱۲۵.
- کلانتری، ع. (۱۳۷۵). دارالاسلام و دارالکفر و آثار ویژه آن دو. *فقه*، ۱۰(۱)، ۳۲ - ۱۱۷.
- محمدی‌سیرت، ح. و اسدی، ا. (۱۴۰۰). ادراک فقهی مفهوم منافع ملی در سیاست خارجی با تأکید بر دو مفهوم منفعت و ملیت از منظر فقه سیاسی امامیه. *سیاست متعالیه*، ۹(۳۲)، ۲۶۷ - ۲۸۶.

موسوی بجنوردی، س.م. و دانش پور، ا. (۱۳۸۵). بررسی فقهی حدود دارالاسلام و دارالکفر با رویکردی بر اندیشه امام خمینی (ره). متین، ۸(۳۱-۳۲)، ۸۷-۱۰۵.
 نظری، ع.ا. (۱۳۸۶). ناسیونالیسم و هویت ایرانی (مطالعه موردی: دوره پهلوی اول). پژوهش حقوق و سیاست، ۹(۲۲)، ۱۴۱-۱۷۲.

اسناد و مدارک

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (مصوب ۱۳۵۸ و بازنگری ۱۳۹۸).
 قانون مدنی (مصوب ۱۳۱۳).
 قانون برنامه پنج ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی، و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران (مصوب ۱۳۹۵).
 قانون «تعیین تکلیف تابعیت فرزندان حاصل از ازدواج زنان ایرانی با مردان خارجی» (مصوب ۱۳۸۵ و اصلاحی ۱۳۹۸).

درگاه اینترنتی به نشانی <https://fa.wikishia.net>

References

Books

- Abrishami Rad, M.A. (2023). *Commentary on the Constitution: Chapter Three (Articles 41 & 42)*. Tehran: Guardians Council Research Institute. (in Persian)
- Babaei Zaraj, A.M. (2004). *Muslim community and Nation in Imam Khomeini's Thought*. Tehran: Islamic Revolution Documentation Center. (in Persian)
- Babaei, G. (1990). *Dictionary of Political Science (Vol. 1)*. Tehran: Veas Publications. (in Persian)
- Daneshpajouh, M. (2011). *Islam and Private International Law: Nationality and Status of Foreigners (4th ed.)*. Qom: Hawzah va University Research Institute. (in Persian)
- Sobhani, J. (1995). *Al-Bid'ah wa Atharuha al-Mubqiyah [Innovation and its destructive effects]*. Tehran: Mash'ar Publications. (in Arabic)
- Al-Sharif, M.B.S. (2011). *Encyclopedia of Sharia Political Jurisprudence: Governance System*. Riyadh: Research and Studies Center. (in Arabic)
- Sadr, M.B. (1982). *Iqtisaduna [Our economics]*. Beirut: Dar al-Ta'aruf lil-Matbu'at. (in Arabic)
- Omid Zanjani, A. (1982). *Foundations of Nationality in an Ideal Islamic Society*. Tehran: Islamic Research Department of Ba'ath Foundation. (in Persian)

Persian)

Omid Zanjani, A. (2000). *Political Jurisprudence* (Vol. 3). Tehran: University of Tehran Press. (in Persian)

Qaradawi, Y. (2011). *Political Jurisprudence* (A. Salimi, Trans.). Tehran: Ehsan Publications. (in Arabic)

Farsi, J. (n.d.). *Islamic International Law*. Tehran: Jahan Ara Publications. (in Persian)

Majlisi, M.B. (2006). *Bihar al-Anwar* [Seas of lights] (Vols. 33 & 74). Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyah. (in Arabic)

Mohammadi Rey Shahri, M. (2007). *Mizan al-Hikmah* [Scale of wisdom] (Vol. 7). Qom: Dar al-Hadith. (in Arabic)

Moradi, A.A., & Foroutan, A. (2010). *Dictionary of Political Jurisprudence*. Qom: Imams' Jurisprudential Center. (in Persian)

Makarem Shirazi, N. (1989). *Al-Qawa'id al-Fiqhiyyah* [Jurisprudential principles] (Vol. 1). Qom: Imam Amir al-Mu'minin School. (in Arabic)

Mohajernia, M. (2016). *Genealogy of Political Thought in the Islamic World*. Tehran: Islamic Culture and Thought Research Institute. (in Persian)

Articles

Eftekhari, A., & Sadeghi, M. (2012). Examining the principle of system preservation and its dimensions in the legal-political system of the Islamic Republic of Iran. *Law and Political Science*, 42(4). 21-40. (in Persian)

Baghizadeh, M.J., & Omidifard, A. (2014). The necessity of preserving the system and preventing its disruption in Imami jurisprudence. *Shia Studies*, 12(47). 170-200. (in Persian)

Sadaatinejad, S.M., Koolivand, Y., & Kalantari Dehaghi, P. (2017). Criteria for determining Dar al-Islam, Dar al-Kufr and Dar al-Harb and their adaptation to the current international system. *Foreign Policy Quarterly*, 31(1). 113-140. (in Persian)

Alikhani, A. (2023). Religion and nationalism in Iran: From confrontation to interaction. *National Studies Quarterly*, 24(1). 7-30. (in Persian)

Ghamami, S.M.M., & Ghovy al-Banieh, A. (2023). Pathology of the citizenship granting system in Iran: Case study of children from marriages between Iranian women and foreign men. *Strategic Women's Studies*, 25(100). 55-71. (in Persian)

Ghovaninejad, R. (2012). Nationalism and nation-state building in the Middle East. *Middle East Studies Quarterly*, 19(4). 11-36. (in Persian)

Fazeli, H., & Tahmasbi, N. (2016). Nationalism and modernism: Comparing Anthony Smith's view (historical sociological approach) and the modernist school. *Politics Quarterly*, 46(3). 693-708. (in Persian)

Feizi Sakha, M. (2018). Conceptualization and threats of nationalism from Ayatollah Khamenei's perspective. *Islamic Revolution Research*

Journal, 8(27). 89-125. (in Persian)

Kalantari, A. (1996). Dar al-Islam and Dar al-Kufr and their special effects. *Jurisprudence Quarterly*, (10). 32-117. (in Persian)

Mohammadi Sirat, H., & Asadi, A. (2021). Jurisprudential perception of the concept of national interests in foreign policy with emphasis on two concepts of benefit and nationality from the perspective of Imami political jurisprudence. *Siasat-e Motale'ah*, 9(32). 267-286. (in Persian)

Mousavi Bojnourdi, S.M., & Daneshpour, E. (2006). Jurisprudential examination of the boundaries of Dar al-Islam and Dar al-Kufr with an approach to Imam Khomeini's thought. *Matin Research Journal*, 8(31-32). 87-105. (in Persian)

Nazari, A.A. (2007). Nationalism and Iranian identity: Case study of the first Pahlavi period. *Journal of Law and Politics*, 9(22). 141-172. (in Persian)

Documents

Constitution of the Islamic Republic of Iran. (1979, revised 2019). (in Persian)

Civil Code of Iran. (1934). (in Persian)

Sixth Five-Year Development Plan of the Islamic Republic of Iran for Economic, Social and Cultural Development. (2016). (in Persian)

Law on Determining the Citizenship Status of Children Born to Iranian Women Married to Foreign Men. (2006, amended 2019). (in Persian)

Official website. Retrieved from [<https://fa.wikishia.net>] (in Persian)

1. Nationality

۲. می‌توان اشاره کرد به:

- دانش‌پژوه، م. (۱۳۹۰). *اسلام و حقوق بین‌الملل خصوصی؛ تابعیت و وضعیت بیگانگان*. ج ۴. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- ارفع‌نیا، بهشید (۱۳۶۹). *حقوق بین‌الملل خصوصی*. تهران: مروی. ج ۱.
- سلجوقی، محمود (۱۳۷۰). *حقوق بین‌الملل خصوصی*. تهران: دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران و سازمان طرح و اجرای کتاب. ج ۱.
- نصیری، محمد (۱۳۷۲). *حقوق بین‌الملل خصوصی*. تهران: آگاه. ج ۱.
- آل‌کج‌باف، حسین (۱۳۸۹). *تابعیت در ایران و سایر کشورها*. تهران: جنگل.

3. Nationalism

۴. آل‌عمران / ۱۰۳.

۵. سیستم‌های مبتنی بر عنصر خاک، خون، و ترکیب این دو.

۶. مجادله / ۲۲.

۷. حجرات / ۱۰.

۸. مانده / ۵۱.

۹. حجرات / ۱۳.

۱۰. عمران / ۱۰۳.

۱۱. مانند پوشاک و خوراک که در ادوار مختلف تغییر و تبدیل یافته است و شاخه‌های علمی گوناگون که در اعصار گوناگون به دایره علوم اضافه شده است و احدی این مباحث را داخل در بدعت به شمار نمی‌آورد (سبحانی، ۱۴۱۶ ق: ۸۰ - ۸۱).

۱۲. تعصب مذموم و نکوهیده را می‌توان به موجب ادله‌ای از تعصب ممدوح و پسندیده تفکیک کرد. از جمله آن ادله دو روایت ذیل است:

- در حدیثی از امام سجاده^(ع) می‌خوانیم که از آن حضرت درباره «تعصب» سؤال کردند. ایشان فرمودند:

«العصبیه التي یاتم علیها صاحبها ان یری الرجل شرار قومه خیرا من خیار قوم آخرین و لیس من العصبیه ان یحب الرجل قومه و لکن من العصبیه ان یعین قومه علی الظلم». (محمدری‌شهری، ۱۳۸۶، ج ۷: ۴۱۹).

- امیر مؤمنان علی^(ع) به هنگام انتقاد از بعضی از یاران سست‌عصر و سرکش می‌فرماید: «منیت بمن لا یطیع اذا امرت و لا یجیب اذا دعوت. اما دین یجمعکم و لا حمیه تحمشمکم». (نهج‌البلاغه، خطبه ۳۹).

۱۳. «آنچه که ممنوع است به هنگام ضرورت، مباح می‌شود.»



۱۴. تبلور این نگاه در اصل ۱۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران است که مقرر می‌دارد: «به حکم آیه کریمه «ان هذه امتکم امه واحده و انا ربکم فاعبدون» همه مسلمانان یک امت‌اند و دولت جمهوری اسلامی ایران موظف است سیاست کلی خود را بر پایه ائتلاف و اتحاد ملل اسلامی قرار دهد و کوشش به عمل آورد تا وحدت سیاسی، اقتصادی، و فرهنگی جهان اسلام را تحقق بخشد».
۱۵. البته برخی از مواد قوانین کار، آیین دادرسی کیفری، مجازات اسلامی، مدیریت خدمات کشوری و نیز قانون «نحوه انتصاب اشخاص در مشاغل حساس» نیز وجود دارد که از منظر مباحثی همچون تابعیت مضاعف قابل بررسی است. اما با بخش حاضر که به دنبال آسیب‌شناسی از منظر تحقق نظریه امت الگو است بی‌ارتباط است.
۱۶. ماده ۹۷۶ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۳: «اشخاص ذیل تبعه ایران محسوب می‌شوند:
۱. کلیه ساکنین ایران به استثنای اشخاصی که تبعیت خارجی آن‌ها مسلم باشد. تبعیت خارجی کسانی مسلم است که مدارک تابعیت آن‌ها مورد اعتراض دولت ایران نباشد.
 ۲. کسانی که پدر آن‌ها ایرانی است؛ اعم از اینکه در ایران یا در خارجه متولد شده باشند.
 ۳. کسانی که در ایران متولد شده و پدر و مادر آنان غیر معلوم باشد.
 ۴. کسانی که در ایران از پدر و مادر خارجی که یکی از آن‌ها در ایران متولد شده به وجود آمده‌اند.
 ۵. کسانی که در ایران از پدری که تبعه خارجه است به وجود آمده و بلافاصله پس از رسیدن به سن هجده سال تمام لااقل یک سال دیگر در ایران اقامت کرده باشند، والا قبول شدن آن‌ها به تابعیت ایران بر طبق مقرراتی خواهد بود که مطابق قانون برای تحصیل تابعیت ایران مقرر است.
 ۶. هر زن تبعه خارجی که شوهر ایرانی اختیار کند.
 ۷. هر تبعه خارجی که تابعیت ایران را تحصیل کرده باشد.
- تبصره- اطفال متولد از نمایندگان سیاسی و قنصلی خارجه مشمول فقره ۴ و ۵ نخواهند بود».
۱۷. ماده ۹۷۹ قانون مدنی: «اشخاصی که دارای شرایط ذیل باشند می‌توانند تابعیت ایران را تحصیل کنند:
۱. به سن هجده سال تمام رسیده باشند.
 ۲. پنج سال اعم از متوالی یا متناوب در ایران ساکن بوده باشند.
 ۳. فراری از خدمت نظامی نباشند.
 ۴. در هیچ مملکتی به جنحه مهم یا جنایت غیر سیاسی محکوم نشده باشند.
- در مورد فقره دوم این ماده مدت اقامت در خارجه برای خدمت دولت ایران در حکم اقامت در خاک ایران است».
۱۸. ماده ۹۸۲ قانون مدنی (اصلاحی ۱۳۷۰/۸/۱۴). البته ماده یادشده استثنائاتی را نیز در این زمینه مقرر کرده است.
۱۹. می‌توان مشابه شرایطی که در ماده ۹۸۰ قانون مدنی مانند «مقامات عالی علمی و متخصص در امور عام المنفعه» بیان شده است در خصوص فعالیت اقتصادی به خصوص فعالیت‌های مولد شرط کرد.

۲۰. «تبصره- اعطای تابعیت و اقامت به افراد موضوع این ماده بر اساس ضوابط در چهارچوب قانون خواهد بود که حداکثر ظرف مدت سه ماه از لازم‌الاجرا شدن این قانون توسط ستاد کل نیروهای مسلح با همکاری وزارتخانه‌های امور خارجه و کشور تهیه و به تصویب شورای عالی امنیت ملی با رعایت اصل یکصد و هفتاد و ششم (۱۷۶) قانون اساسی می‌رسد.»

۲۱. «ماده واحده- فرزندان حاصل از ازدواج زنان (ذاتاً) ایرانی با مردان غیر ایرانی که ازدواج والدین آنها با رعایت مادهٔ ۱۰۰ قانون مدنی به ثبت رسیده است، چه قبل یا بعد از تصویب این قانون متولد شده باشند بعد از رسیدن به سن هجده سال تمام شمسی می‌توانند تابعیت ایران را درخواست نمایند و در صورت نداشتن مشکل امنیتی (به تشخیص وزارت اطلاعات و سازمان اطلاعات سپاه پاسداران انقلاب اسلامی) به تابعیت ایران پذیرفته می‌شوند...»

A Fundamental Analysis of the Concept of Nationality in Contemporary Law Based on the Jurisprudential Approach of the "A Model Ummah"

Vahid Heydari^{1*},  Abbas Kaabi Nasab²,  Amir Keshtgar³ 

1- Ph.D. Student in Public Law, Faculty of Islamic Studies and Law of Imam Sadiq (peace be upon him) University, Tehran, Iran

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

3- Faculty member of the Guardian Council Research Institute, Tehran, Iran.

DOI: [10.22034/gjplk.2025.1963.1765](https://doi.org/10.22034/gjplk.2025.1963.1765)

Abstract

"Citizenship" has emerged as one of the most significant legal and political developments in contemporary times, coinciding with the emergence of the concept of "nation." It has profoundly impacted human life in the modern era on both domestic and international levels. This has led various legal systems to approach this phenomenon from a rights-based perspective, considering it an inherent and established right of all citizens. Despite the inclusion of this issue in Articles 41 and 42 of the chapter on the rights of the nation in the Constitution of the Islamic Republic of Iran, the relationship between the institution of citizenship and Islamic jurisprudential standards has continually been met with doubt and ambiguity. The discrepancies between prevalent interpretations and religious certainties have further fueled these doubts and ambiguities. Therefore, this research addresses various aspects of the question: "Based on religious principles, what is an appropriate model for analyzing the concept of citizenship in contemporary law?" To provide a reliable answer to this question, the authors conducted library studies within the realm of Islamic knowledge and the constitutional legal system of the Islamic Republic of Iran. Through a critical examination of the prevailing theories of "pure nationalism" and "pure transnationalism," they explored the "Model Ummah" theory as an Islamic theory of citizenship in relation to the constitutional legal system of the Islamic Republic of Iran, presenting the components and distinctions of this analytical model. Finally, the requirements for realizing the Muslim Community Model theory within the legal system of the Islamic Republic are presented in two areas: "a progressive interpretation of Articles 41 and 42 of the Constitution" and "a critical reevaluation of the legal system concerning the realization of the Muslim Community Model theory."

Keywords

Nationality, Pure Nationalism, Pure Transnationalism, Muslim Community, Constitution, Constitutional Law.

* Email: v.heydari@isu.ac.ir (Corresponding Author)





Feasibility of Confronting the Islamic Republic of Iran with the International Crimes of the Zionist Regime through Accession to the Rome Statute according to the Jurisprudential Considerations of The Guardian Council

Mohammad Saleh Taskhiri ^{1*}

Assistant Professor, Department of International Law, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran

DOI: [10.22034/qjplk.2025.2007.1806](https://doi.org/10.22034/qjplk.2025.2007.1806)

Abstract

The repetition of Israel's international crimes, especially after the “Al-Aqsa Storm” operation in October 2023, once again brought up the need to deal with this type of crimes in Iran's legal circles. Therefore, the proposal to join the statute International Criminal Court was presented as one of the solutions. Considering the historical role of the Guardian Council in shaping the rules of Iran's accession to international treaties, this article answers the question that if a decision is taken to ratify the statute of the Court, what jurisprudential obstacles will Iran's accession to this treaty face? Jurisprudential obstacles are meant the obstacles that the Council has expressed during the years after the revolution in its Shariah-Supervision in joining international treaties and agreements. Therefore, while investigating the role of the Council in this regard, the following article examines possible objections of the Council, such as Nafy-i Sabīl (negation of domination), the difference in criminal titles, the difference in the system of punishment, in a comparative manner between the opinions of the Council and the provisions of the Statute. Based on these fundamental problems and Iran's need to have a legal basis to deal with international crimes, the conclusion of this article is to design a domestic legislative model for the criminalization of international crimes based on domestic needs and contexts and in line with the general rules of international criminal law; A model that makes it possible for Iran's courts to prosecute international crimes such as what occurred in Gaza from the perspective of international law.

Keywords

Guardian Council, Rome Statute, Nafy-i Sabīl, Legal Particularism, Common Legislation, International Crimes.

* Email: Taskhiri.ms@gmail.com (Corresponding Author)



Legal Analysis of the Approaches of the Guardian Council Regarding Financing through Foreign Borrowing

Hamidreza Amraei¹ , Mostafa Masoudian^{2*} 

1 -Master of jurisprudence and private law, Faculty of Humanity Science, Shahed University, Tehran, Iran

2- Assistant Professor of jurisprudence and Islamic Law Department, Faculty of Humanity Science, Shahed University, Tehran, Iran

DOI: [10.22034/qjplk.2025.2089.1873](https://doi.org/10.22034/qjplk.2025.2089.1873)

Abstract

One of the important methods of financing for implementing large-scale projects in the country and preventing budget deficits is foreign borrowing. Foreign borrowing has always been considered in various resolutions, including the annual budget bills and the five-year development plan bill, by the Islamic Consultative Assembly. The Guardian Council, in its supervisory role, sometimes approves these resolutions in the initial stage, while at other times it recognizes the nature of this borrowing as usurious and contrary to Islamic law. When the Parliament insists on its resolution, the matter is referred to the Expediency Council according to Article 112 of the Constitution, and ultimately, the Council approves the Parliament's decision. This research, conducted through a descriptive-analytical method, examines these resolutions and analyzes the foundations of the different approaches of the Guardian Council regarding them. It concludes that, considering the fatwa of Imam Khomeini (RA) and the Supreme Leader regarding the permissibility of usurious borrowing with the intention of not paying interest, there is a primary possibility of approving resolutions that include foreign borrowing. Attention to this matter could create a unified approach within the Guardian Council regarding foreign borrowing, relieving lawmakers from issuing secondary rulings and the obligations that come with them, such as the repeated referral of resolutions to the Expediency Council and the temporary nature of these rulings, which require continuous extensions.

Keywords

Financing, Foreign Borrowing, Usury, Budget, Guardian Council.

* Email: m.masoudian@shahed.ac.ir (Corresponding Author)





Publication of Detailed Discussions of the Cabinet: Contexts, Ambiguities, and Criminal Liability

Valiollah Sadeghi ^{1*} 

PhD candidate in criminal law and criminology, Adalat University, Tehran, Iran

DOI: [10.22034/qjplk.2025.2051.1841](https://doi.org/10.22034/qjplk.2025.2051.1841)

Abstract

According to Article 3 of the Transparency Law of the Three Branches of Government, approved on 10/2/1403, the Cabinet is required to publish the detailed minutes of its discussions, except for cases specified in this article, within one month on its information platform. Additionally, under Article 5 of this law, failure to execute or incomplete execution of this legal obligation, or the publication of information contrary to the provisions of the law, has been criminalized. Given the innovative nature of this legal requirement and the lack of experience of the Islamic Republic of Iran in publishing detailed minutes of its sessions, along with some ambiguities in Article 3 of the Transparency Law and the absence of the necessary administrative and operational frameworks, the implementation of the law faces several challenges. Ambiguities regarding the "definition of detailed minutes," "law enforcer," "timeframe for the implementation of the law," "authority and method for determining non-publishable discussions," "possibility of publishing filtered discussions at a later time," and "limits of criminal responsibility" are among the obstacles to the law's implementation. In this paper, by clarifying the theoretical and practical processes currently in place for drafting the government's detailed minutes and exploring the ambiguities of the Transparency Law, suggestions are presented to overcome the existing barriers and fully realize the intentions and objectives of the legislator, while avoiding criminal liability for the law enforcers.

Keywords

Negotiations, Cabinet, Transparency Law, Confidentiality, Criminal Liability.

* Email: sadeghi474@yahoo.com (Corresponding Author)





The Accession of the Iranian Capital Market Supervisor to International Organizations and the Issue of Compliance with the Constitution

Mohammad Sadeghi ^{1*} , Parisa Ahmadlou ² 

1 -Ph.D. in Private Law, Faculty of Law, Mofid University- The Department of Codification, Expurgation and Compliance of the Capital Market Laws and Regulations.Tehran. Iran

2- Graduate in MA of Diplomacy and International Organization, School of International Relations, Ministry of Foreign Affairs, Tehran. Iran

DOI: [10.22034/qjplk.2025.2045.1836](https://doi.org/10.22034/qjplk.2025.2045.1836)

Abstract

One of the issues that can be analyzed regarding the powers and duties of the higher authority of the capital market from the perspective of constitutional interpretation is the commitment to Article 77 and Article 125 of the Constitution of the Islamic Republic concerning treaties, contracts, and international agreements related to the capital market. Clause 21 of Article 7 of the Securities Market Law includes cooperation and participation with international bodies and joining relevant regional and global organizations as part of the duties and powers of the board of the Securities and Exchange Organization. From the standpoint of compliance with the Constitution, a question arises: does this regulation align with constitutional interpretations, and does referring this matter to a non-governmental public entity negate the commitments of the Iranian government in the international arena? As a general conclusion regarding this issue, although the ordinary legislator's approach in the hierarchy of norms and principles of international treaties can be criticized and addressed, if the Securities Organization engages in the conclusion of a memorandum of understanding or a contract (private), it is fundamentally exempt from the formalities stipulated by the Constitution, unless it pertains to significant matters and treaties considered essential in the public domain of the stock exchange and securities market or is related to Iran's commitment to a treaty or contract, in which case it would be subject to the relevant principles and regulations regarding the formulation and conclusion of international agreements.

Keywords

Constitution, Securities and Exchange Organization, The Securities Market Act, International Treaties and Organizations, Islamic Consultative Assembly, Constitutional Council, International Organization of Securities Commissions (Isco).

* Email: sadeqi67@gmail.com (Corresponding Author)





Identity in the Constitution

Mohammad Reza Panahi Shahri¹,  Asghar Arabian^{2*} 

1 -PhD student in Public Law , Faculty of Law, Theology and Political Science, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran

2- Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, Theology and Political Science, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran

DOI: [10.22034/qjplk.2025.2041.1833](https://doi.org/10.22034/qjplk.2025.2041.1833)

Abstract

Identity is recognized as a new normative concept in the constitution, determining the main elements of the constitution, including its type and structure. Violating this concept can undermine the validity and legitimacy of a country's constitution. Today, the concept of identity in the constitution and its function is a point of contention in the political and legal fields within the European Union, and it can be said that the initial discussions regarding the principle of identity in the constitution stem from these disputes and the political and legal competencies between the Union and its member states. Some member countries use the principle of identity in the constitution to express opposition or even resist the expansion of powers of EU-affiliated institutions. Although identity in the constitution is a static and fixed principle, various limited or unlimited interpretations can be derived from the principle of identity in the constitutions of different countries. For this reason, international law has remained silent regarding the constitutional identities of countries. This study examines the reasons and mechanisms of the principle of identity in the constitution, focusing on the legal representations of the constitutional identity of Hungary, a member state of the EU that has fundamental disagreements with the Union on issues such as immigration laws. It concludes that in unlimited identities, the content and function of constitutional identity can be unclear or even contradictory; however, in countries like the Islamic Republic of Iran, where identity is focused on limited principles, its function in the constitution is prominent and clear, preventing contradictions and conflicts within the principles of the constitution.

Keywords

Islamic Council, Draft Law, Pre Legislative Deputation, Post Legislative Deputation, Compilation of Comprehensive Laws, Legislation Rights, Efficient Legislation.

* Email: a.arabian42@gmail.com (Corresponding Author)





Fundamental Oversight of Legislative Referendums in Iran and Italy

Mohammad Amin Abrishami Rad ^{1*},  Alireza Jalali ² 

1- Assistant Professor, Law Department, Faculty of Humanities, Semnan University, Semnan, Iran

2- Assistant Professor, Law Department, Faculty of Humanities, Damghan University, Damghan, Iran

DOI: [10.22034/qjplk.2025.2036.1828](https://doi.org/10.22034/qjplk.2025.2036.1828)

Abstract

One of the ways for direct public participation in decision-making in Iran and Italy is legislative referendums. Among the types of referendums in Italy, the referendum that repeals laws is a specific example of a legislative referendum and is the most similar to the referendum regarding Article 59 of the Iranian Constitution. One of the most significant similarities between these two referendums is that they are subject to fundamental oversight. This research, presented in a descriptive-analytical format, seeks to answer the question of how fundamental oversight is conducted over legislative referendums in Iran and Italy. By comparing fundamental oversight of legislative referendums in Iran with the repealing referendum in Italy, it was found that, since the Italian legal system is clearer and more precise in defining the formal and substantive rules governing the repealing referendum, the fundamental oversight of legislative referendums in Italy is characterized by greater transparency and accuracy regarding the process of its implementation and the norms governing this referendum compared to the Iranian legal system. On the other hand, the practical experience of holding various repealing referendums in Italy has led to the resolution of some deficiencies and shortcomings through the practices of the Italian Constitutional Court, whereas, due to the lack of precedent for holding legislative referendums in Iran, the deficiencies and shortcomings in this area remain unknown to the Guardian Council and other related authorities and institutions.

Keywords

Legislative Referendum, Abrogating Referendum, Article 59 of the Constitution, Fundamental Monitoring, Guardian Council, Italian Constitutional Court.

* **Email:** abrishamirad@semnan.ac.ir (Corresponding Author)



Examining the Religious Opinions of the Jurists of the Guardian Council Regarding Tax Laws

Mohammad Khazaie^{1*} , Hadi TahanNazif² 

1- Ph. D Student of Public of Law, Imam Sadiq (as) University, Tehran, Iran

2- Associate Professor of Department of Public and International Law, Imam Sadiq (as) University, Tehran, Iran

DOI: [10.22034/qjplk.2024.1897.1720](https://doi.org/10.22034/qjplk.2024.1897.1720)

Abstract

The explanation and examination of the approach of the jurists of the Guardian Council in reviewing tax legislation, or in other words, legislation related to taxes and the tax system of the Islamic Consultative Assembly, can not only have theoretical benefits but also familiarize ordinary legislators with this institution's perspective on the Sharia framework of tax laws. Consequently, if legislators pay attention to this framework, it could lead to a reduction in the lengthy legislative process. Investigating the approach of the Guardian Council and identifying instances where the jurists of this council have deemed the tax legislation of the Assembly incompatible with Sharia principles is the main question of this research. Based on descriptive-analytical studies, the jurists of the Guardian Council have identified several issues as violations of Sharia in the context of aligning the tax legislation of the Islamic Consultative Assembly with Sharia principles, including "lack of attention to the capabilities of taxpayers," "oppression of taxpayers," "holding taxpayers responsible for the tax payments of others," "seizing taxpayers' assets to collect taxes beyond a precautionary amount," "the priority of the tax administration in collecting taxes over other creditors," and "lack of consideration for justified excuses in deadlines." They have deemed legislation containing these issues as incompatible with Sharia.

Keywords

Tax Laws of the Guardian Council, Tax, Tax System, Sharia Standards.

* Email: mimkhazaei@gmail.com (Corresponding Author)



Contents

■ Examining the Religious Opinions of the Jurists of the Guardian Council Regarding Tax Laws	1
● Mohammad Khazaie, Hadi TahanNazif	
■ Fundamental Oversight of Legislative Referendums in Iran and Italy	25
● Mohammad Amin Abrishami Rad, Alireza Jalali	
■ Identity in the Constitution	51
● Mohammad Rreza Panahi Shahri, Asghar Arabian	
■ The Accession of the Iranian Capital Market Supervisor to International Organizations and the Issue of Compliance with the Constitution	75
● Mohammad Sadeghi, Parisa Ahmadlou	
■ Publication of Detailed Discussions of the Cabinet: Contexts, Ambiguities, and Criminal Liability	101
Valiollah Sadeghi	
■ Legal Analysis of the Approaches of the Guardian Council Regarding Financing through Foreign Borrowing	129
Hamidreza Amraei, Mostafa Masoudian	
■ Feasibility of Confronting the Islamic Republic of Iran with the International Crimes of the Zionist Regime through Accession to the Rome Statute according to the Jurisprudential Considerations of The Guardian Council	157
● Mohammad Saleh Taskhiri	
■ A Fundamental Analysis of the Concept of Nationality in Contemporary Law Based on the Jurisprudential Approach of the "A Model Ummah"	183
● Vahid Heydari, Abbas KaabiNasab, Amir Keshtgar	

In The Name Of Allah the Compassionate the Merciful

Public Law Knowledge Quarterly

Vol 14, Issue 1 (Spring 2025), No. 47

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: Akram Dezhhoost

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