



مجموعه مقالات

قانونگذاری و قانون اساسی «ا»

کنکاشی در مبانی، کلیات و آسیب شناسی
نظام قانونگذاری

جمعی از نویسندگان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قانون‌گذاری و قانون اساسی (۱)

کنکاشی در مبانی، کلیات و آسیب‌شناسی نظام قانون‌گذاری

مؤلف:

جمعی از نویسندگان

به اهتمام:

پژوهشکده شورای نگهبان

سرشناسه: فتاحی زفرقندی، علی، ۱۳۶۹ -

عنوان قراردادی: ایران. قوانین و احکام، Iran. Laws, etc.

عنوان و نام پدیدآور: قانون‌گذاری و قانون اساسی: کنکاشی در مبانی، کلیات و آسیب‌شناسی نظام قانون‌گذاری/گردآورنده علی فتاحی زفرقندی؛ به اهتمام پژوهشکده شورای نگهبان.

مشخصات نشر: تهران: شورای نگهبان، پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۴۰۳.

مشخصات ظاهری: ۳۲۵ ص. شابک: ۹۷۸-۶۲۲-۵۰۶۸-۲۸-۵

وضعیت فهرست نویسی: فیپا

عنوان دیگر: کنکاشی در مبانی، کلیات و آسیب‌شناسی نظام قانون‌گذاری.

موضوع: قانون‌گذاری -- ایران -- مقاله‌ها و خطابه‌ها

Legislation-- Iran -- *Addresses, essays, lectures

قانون‌گذاری (فقه) -- مقاله‌ها و خطابه‌ها

Legislation (Islamic law)-- Addresses, essays, lectures

شناسه افزوده: شورای نگهبان. پژوهشکده شورای نگهبان

رده بندی کنگره: KMH۲۵۱۶

رده بندی دیویی: ۵۵/۳۲۸

شماره کتابشناسی ملی: ۹۹۱۹۳۷۱

اطلاعات رکورد کتابشناسی: فیپا

قانون‌گذاری و قانون اساسی (۱)

کنکاشی در مبانی، کلیات و آسیب‌شناسی نظام قانون‌گذاری

مؤلف: جمعی از نویسندگان

گردآورنده: علی فتاحی زفرقندی

صفحه آرا: امین مددی

ناظر فنی: سید محمد رضا سید علی‌خانی

ناشر: پژوهشکده شورای نگهبان

چاپ اول: زمستان ۱۴۰۳ - تیراژ: ۱۰۰۰ نسخه

شابک دوره: ۹۷۸-۶۲۲-۵۰۶۸-۰۷-۰

شابک تک جلدی: ۹۷۸-۶۲۲-۵۰۶۸-۲۸-۵

قیمت: ۱۵۰ هزار تومان

آدرس: تهران، خیابان شهید بهشتی^(ره)، خیابان سرافراز، کوچه پنجم، پلاک ۱۱

تلفن: ۰۲۱-۸۸۷۵۰۰۷۰

■———— فهرست مطالب ————■

- معیارهای تشخیص و محدودهٔ امور تقنینی و اجرایی در آراء شورای نگهبان..... ۱
سیدمحمدهادی راجی، محمد برومند
- منطقهٔ الفراغ به مثابهٔ نظریهٔ قانونگذاری..... ۲۵
حسین امینی پزوه، محسن اسماعیلی
- تأملی در نظریهٔ منطقهٔ الفراغ از منظر شهید صدر(ره) و نقدها و نقص های آن..... ۴۵
محسن اسماعیلی، محمدرضا اصغری شورستانی، رضا رشیدی
- نظریهٔ تخییر در انتخاب فتاوا در مقام قانون گذاری..... ۶۵
عبدالله حیدری، محمدجواد ارسطا، حسنعلی علی اکبریان
- تأملی فقهی در برخی ابعاد حقوق عمومی «قانون گذاری» (جامعه پذیری و سکوت).... ۹۱
سید محسن قائمی خرق
- تحلیل انتقادی بر تعاریف قانون در فلسفهٔ حقوق یوزیتویستی..... ۱۱۳
مسعود الماسی
- تطبیق فرایند تقنین در نظام جمهوری اسلامی ایران با نظریهٔ قانونگذاری به مثابهٔ برنامه ریزی در راستای اجرای قوانین الهی..... ۱۳۷
علیرضا دبیرنیا، فاطمه سادات نقوی
- مفهوم قانونگذاری در آرای فقهی و حقوقی سید محمدباقر صدر..... ۱۵۹
سید علیرضا حاتری، حامد نیکونهاد، حسین امینی پزوه
- نیازسنجی تقنینی؛ عنصری بایسته در قانونگذاری شایسته..... ۱۸۵
سید احمد حبیب نژاد، احمد تقی زاده
- نقد و بررسی تقنین آزمایشی در حوزه قانون گذاری..... ۲۰۷
امیر بارانی بیرانوند، عبدالله مختاری
- مجلس شورای اسلامی و لزوم ارزیابی تأثیرات قانون در مرحله تقنین..... ۲۳۳
علی صابری، هادی طحان نظیف

مهم‌ترین علل قابل اجرا نبودن قوانین در نظام حقوقی ایران..... ۲۵۳

محمدامین ابریشمی‌راد، نادر اسدی‌اوجاق

نادیده‌انگاری بایسته‌های تقنینی در قوانین کیفری ایران در حوزه جرائم علیه امنیت

..... ۲۷۷

سید روح‌الله عقیق، کریم صالحی، دکتر عارف برخوردار

مقدمه

قوه مقننه یکی از ارکان اصلی در نظام‌های حقوقی به شمار می‌رود و وظیفه بنیادین آن، تنظیم و تصویب قوانین است که به‌عنوان قواعد الزام‌آور، نظم اجتماعی را تأمین و حقوق افراد را تضمین می‌کند. این قوه، بازتاب‌دهنده اراده عمومی و ابزار اصلی اعمال حاکمیت مردم است. قانون‌گذاری در نظام‌های حقوقی، به‌عنوان ضامن عدالت و حاکمیت قانون، شرایط لازم برای توسعه سیاسی، اقتصادی و اجتماعی را فراهم می‌آورد و از حقوق و آزادی‌های شهروندان محافظت می‌کند.

در این میان، جایگاه و اهمیت مجلس شورای اسلامی در نظام جمهوری اسلامی ایران، به‌عنوان نهادی برآمده از قانون اساسی و برخوردار از صلاحیت‌های تقنینی و نظارتی، موضوعی بنیادین و شایسته بررسی است. این قوه نماینده اراده مردم در چارچوب نظام اسلامی است و صلاحیت تقنینی و نظارتی گسترده‌ای دارد که شامل تدوین و تصویب قوانین عادی، تصویب بودجه سالانه کشور، بررسی برنامه‌های توسعه، و تأیید یا رد موافقت‌نامه‌های بین‌المللی می‌شود.

مجلس شورای اسلامی قوانین را با در نظر گرفتن چارچوب‌های قانون اساسی و موازین شرعی و رعایت مصالح و منافع عمومی باید تصویب کند و از طریق طرح سؤال از وزراء، استیضاح، تحقیق و تفحص و نظارت بر اجرای قوانین، نقش نظارتی خود را اعمال می‌کند. نمایندگان مجلس شورای اسلامی باید پاسدار حریم اسلام و نگاهبان دستاوردهای انقلاب اسلامی ملت ایران و مبانی جمهوری اسلامی باشند و همواره به استقلال و اعتلای کشور و حفظ حقوق ملت و خدمت به مردم پایبند باشند و از قانون اساسی دفاع کنند.

مجلس شورای اسلامی نه‌تنها وظیفه قانون‌گذاری را بر عهده دارد بلکه به‌عنوان نهاد ناظر، می‌تواند رئیس‌جمهور یا وزراء را درباره عملکردشان مورد سؤال قرار دهند. این جایگاه در قانون اساسی با صراحت و دقت تبیین شده و اهمیت این نهاد را در ساختار حکومتی جمهوری اسلامی ایران نمایان می‌سازد.

این مجموعه مقالات سه جلدی با تمرکز بر «صلاحیت‌های قانون‌گذاری مجلس شورای اسلامی»، به تحلیل ابعاد مختلف این موضوع پرداخته و تلاش دارد تا ضمن واکاوی مبانی نظری و تاریخی، به تبیین فرآیند و نقش و اختیارات این نهاد در قانون‌گذاری بپردازد. اهمیت این بررسی، نه‌تنها در کشف و تحلیل نقاط قوت و ضعف موجود، بلکه در ایجاد زمینه‌ای برای بهبود کارکرد

نظام قانون‌گذاری کشور نهفته است.

در این جلد مبانی، کلیات و آسیب‌شناسی نظام قانون‌گذاری جمهوری اسلامی ایران مورد کنکاش و واکاوی قرار می‌گیرد و موضوعات مختلفی در زمینه قانون‌گذاری و نظام تقنین از جمله معیارهای تفکیک امور تقنینی و اجرایی در آرای شورای نگهبان، نظریه «منطقه الفراغ» و جایگاه آن در قانون‌گذاری، نظریه تخییر در انتخاب فتاوا برای قانون‌گذاری، ابعاد حقوق عمومی قانون‌گذاری از منظر فقهی، نقد تعاریف قانون در فلسفه حقوق پوزیتیویستی، نیازسنجی تقنینی و ارزیابی تأثیرات قانون در مرحله تقنین، نقد و بررسی تقنین آزمایشی و دلایل عدم اجرای قوانین در ایران، بایسته‌های تقنینی در حوزه قوانین کیفری و ... بررسی شده‌اند.

این اثر مرجعی تخصصی و کاربردی برای پژوهشگران، دانشجویان حقوق عمومی و کارشناسان قانون‌گذاری است که به تحلیل مبانی و کارکردهای نظام قانون‌گذاری ایران در چارچوب قانون اساسی می‌پردازد و امید است این کتاب، با گشودن افق‌های تازه در تحلیل حقوقی نظام قانون‌گذاری ایران و ارائه راهکارهای کاربردی برای بهبود آن، سهمی در ارتقای دانش حقوقی و توسعه نهاد قانون‌گذاری کشور داشته باشد.

گفتنی است مجموعه مقالات کتاب حاضر، پیش از این در شماره‌های مختلف فصلنامه علمی پژوهشی دانش حقوق عمومی توسط پژوهشکده شورای نگهبان گردآوری و منتشر شده است و اینک پس از جمع‌بندی موضوعی و تدوین در قالب یک اثر علمی منسجم به دانشجویان، پژوهشگران و صاحب نظران حقوق عمومی ارائه می‌شود. مطالب بیان شده در مقالات لزوماً بیانگر نظرات پژوهشکده شورای نگهبان نبوده و صرفاً ایده و نظرات نگارندگان آن‌ها می‌باشد.

پژوهشکده شورای نگهبان

زمستان ۱۴۰۳

معیارهای تشخیص و محدوده امور تقنینی و اجرایی در آراء شورای نگهبان

سیدمحمدهادی راجی، محمد برومند*

چکیده

موضوع تمایز تقنین از اجرا و لزوم وجود نهادهای مشخص برای انجام هر کدام از آنها همواره مورد توجه حکومت‌ها بوده است. در جمهوری اسلامی ایران نیز برداشت‌های متفاوت از اصول قانون اساسی در خصوص تقنین و اجرا، ضرورت تبیین معیارهای تشخیص این دو حیطه از یکدیگر را پیش از پیش مشخص می‌نماید. در این بین پی‌بردن به معیارهای مدنظر شورای نگهبان در تفکیک تقنین از اجرا به عنوان مرجع صالح تفسیر قانون اساسی راهگشا به نظر می‌رسد. بنابراین طبق رویه اظهارنظر شورای نگهبان از مجلس اول تا انتهای مجلس هشتم مواردی مانند تضییق و یا توسعه موضوع حکم، تعیین ضوابط و حدود قانون، تعیین میزان معافیت و استثناء قوانین، تصمیم‌گیری در خصوص حقوق و آزادی‌های شهروندان، تهیه، تدوین و تعریف اصطلاحات، تعیین میزان جرایم و مجازات‌ها و ... را می‌توان به عنوان معیارهای امور تقنینی شناخت و مواردی نظیر نصب و عزل مقامات اجرایی، تخصیص و مصرف بودجه، تهیه آیین‌نامه اجرایی، تقدیم لایحه به مجلس، برگزاری انتخابات، تعیین جزئیات امور اجرایی و ... را می‌توان به عنوان معیارهای امور اجرایی استنباط کرد. البته در این میان مواردی که شورا بر خلاف رویه خود نظر داده باشد نیز قابل مشاهده است.

کلیدواژه‌ها: تقنین، اجرا، صلاحیت، شورای نگهبان، قانون اساسی.

مقدمه

تفکیک تقنین از اجرا یکی از موضوعات بحث بر انگیز حوزه فعالیت‌های قوای سه‌گانه به ویژه قوه مقننه و قوه مجریه می‌باشد؛ عقیده‌ای که از نظریه تفکیک قوا نشأت می‌گیرد. هر چند که متفکرین حقوق اساسی عمدتاً پیام اصلی تفکیک قوا را جلوگیری از فساد قدرت دانسته‌اند، اما از نقش توازنی آن به نحوی که قوه مقننه در تدوین قوانین و سیاست‌ها و قوه مجریه در اجرای آنها وظایف اختصاصی خود را مستقل از یکدیگر انجام دهند، نیز غفلت نورزیده‌اند (هاشمی، ۱۳۹۰: ۲۴۵) و همواره از تمایز قوای جامعه و بیان خصایص و نقش هر کدام و مشخص ساختن بهترین دستگاه‌ها و افرادی که واجد واگذار کردن وظایف حکومتی باشند، به عنوان مهمترین مقاصد این نظریه یاد کرده‌اند (قاضی، ۱۳۸۳: ۲۹۳). از این منظر این نظریه در جمهوری اسلامی ایران بنا بر اصل (۵۷) قانون اساسی و به نحو استقلال قوا از یکدیگر البته زیر نظر رهبری پذیرفته شد و بعد از آن تلاش گردید که حیطه‌های فعالیتی هر یک از قوا در اصول بعد مشخص گردد. اما حوزه‌های کارکردی مشترک و تجربه فعالیت بین قوا به مرور زمان اختلافاتی را در برداشت از این اصول و فهم مراد مقنن اساسی به وجود آورد. هر چند که قانون اساسی به صورت کلی در برابر چنین احتمالاتی، با اصل (۹۸) خود دفع دخل مقدر کرده و شورای نگهبان را مسئول تفسیر قانون اساسی قرار داده است، اما به علت صلاحیت اختیاری شورا در تفسیر اصول قانون اساسی و عدم صلاحدید آن مقام در صدور تفاسیر کافی، این ابزار تا کنون در این مورد به اندازه کافی کارگر نیفتاده است. اما شاید بتوان به نحو دیگری به نظر این نهاد صالح در برخورد با این موضوع پی برد و آن هم زمانی است که یک مصوبه مجلس مرزهای تقنین از اجرا را رعایت نکرده و شورای نگهبان مغایرت آن با قانون اساسی را اعلام می‌کند. در این هنگام هر چند شورا به صورت صریح اصلی را تفسیر نکرده است، لیکن به صورت غیر مستقیم برداشت خود را از اصول مربوط اعلام می‌نماید. بنابراین نگاه مجموعی به همین نظرات نیز در فهم رویکرد و معیارهای مقام مذکور در خصوص تقنین و اجرا راه‌گشاست. به همین جهت این نوشتار در پی آن است تا با بررسی تفصیلی تمام نظرات شورای نگهبان و استخراج تمام ایراداتی که به نحوی به این موضوع ارتباط پیدا می‌کنند، به فهم صحیحی از برداشت شورای نگهبان از تقنین و اجرا دست یافته و به این سؤال پاسخ دهد که معیارهای تمیز تقنین از اجرا از نظر آن شورا چیست و سپس به تحلیل این برداشت بپردازد.

مطالعه نظرات شورای نگهبان در خصوص تمیز امر اجرایی از امر تقنینی مستلزم مطالعه کامل نظرات شورای نگهبان است. در این راستا و در موضوع تقنین و اجرا، اصول متعددی در قانون اساسی وجود دارد که می‌توان آنها را در دو دسته جای داد: اول گروهی از اصول که به

۳ ■ معیارهای تشخیص و محدوده امور تقنینی و اجرایی در آراء شورای نگهبان

تعریف عمل اجرایی یا شرح وظایف مقامات اجرایی می‌پردازند مانند اصول (۷۴) و (۱۲۴) قانون اساسی، دوم گروهی که به ماهیت تقنینی برخی امور اشاره کرده و آنها را در صلاحیت مجلس شورای اسلامی می‌دانند مانند اصول (۵۱) و (۷۷) قانون اساسی. البته گروهی از اصول نیز وجود دارند که به لزوم تفکیک تقنین از اجرا و صلاحیت استقلالی هر یک از قوا در انجام وظایف محوله می‌پردازند که در واقع می‌توانند ذیل یک یا هر دوی گروه مذکور مورد بررسی قرار گیرند. از این میان می‌توان به اصول (۵۷) و (۶۰) و (۸۵) قانون اساسی اشاره کرد. آنچه که مهم می‌نماید آن است که شورای نگهبان در اظهار نظرهای خود متعرض همه اصول مذکور که به نحوی در یکی از گروه‌های مذکور جای دارند، نشده و به فراخور تنها به تعدادی از آنها اشاره کرده است. از این رو تمام نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی از ابتدای تشکیل تا پایان مجلس هشتم مطالعه گردیده و به تفکیک موارد تقنینی و اجرایی به ترتیب اصول قانون اساسی مورد استناد مطرح خواهند شد.

۱. معیارها و حدود امر تقنینی

قانون‌گذاری یا تقنین یکی از صلاحیت‌های ذاتی قوه مقننه به شمار می‌رود و شورای نگهبان در بسیاری از اظهارنظرهای خود در خصوص طرح‌ها و لوایح با استناد به اصول متعددی از قانون اساسی بر این امر تأکید کرده است که با بررسی آنها می‌توان به معیارهای تشخیص امر تقنینی از نظر شورای نگهبان پی برد. به همین منظور اصول مورد استناد شورای نگهبان به ترتیب شماره مطرح می‌گردند:

۱-۱. اصل (۵۷) قانون اساسی

با بررسی نظرات شورای نگهبان در آن مواردی که با ابتدا به اصل (۵۷)، ایراد مغایرت با قانون اساسی گرفته است موارد زیر قابل برداشت است؛

۱-۱-۱. مجلس نمی‌تواند به وسیله وضع قانون و تعیین ناظر دائم (فارغ از بحث حق رأی) در وزارتخانه‌ها و سازمان‌های دولتی در امر اجرا دخالت کند. چنانکه شورای نگهبان در نظر شماره ۸۷۷۰ مورخ ۱۳۶۲/۳/۱۲^(۱) بر این امر تأکید می‌کند.

۱-۱-۲. شرکت در جلسات مجلس وظیفه‌ای منحصر در نمایندگان مجلس شورای اسلامی است و از این منظر به حوزه تقنین مربوط می‌شود، بنابراین وضع قانون جهت تکلیف به حضور مقامات اجرایی در مجلس، غیر از موارد سؤال و استیضاح از وزرا و رئیس جمهور خلاف قانون اساسی است. چنانکه شورای نگهبان در نظر شماره ۳۸۲۵ مورخ ۱۳۷۱/۸/۱۳^(۲) به این امر اشاره می‌کند.

۴ ■ قانون‌گذاری و قانون اساسی (۱)

۱-۳-۱. تقنین در حوزه فرهنگ تا جایی در صلاحیت مجلس است که قبل از آن شورای عالی انقلاب فرهنگی ورودی نداشته باشد. مانند نظر شماره ۸۰/۲۱/۲۸۶۵ مورخ ۱۳۸۰/۱۰/۱ شورای نگهبان^(۳).

۱-۴-۱. تقنین تا جایی در صلاحیت مجلس است که وارد حیطه صلاحیت‌های انحصاری رهبری مستفاد از اصل (۱۱۰) و نهادهای ذی‌ربط و سایر شئون ولایتی وی نگردد و ایشان در مورد مصوبه‌ای اظهار نظر صریح نکرده باشد، مانند نظر شماره ۸۰/۲۱/۳۰۲۹ مورخ ۱۳۸۰/۱۰/۱۸ شورای نگهبان^(۴).

۱-۵-۱. قوه مقننه نمی‌تواند با وضع قانون، رئیس جمهور و وزرا را ملزم به جواب دادن به تذکرات نمایندگان کند، مانند نظر شماره ۷۸/۲۱/۴۵۵۱ مورخ ۱۳۸۷/۲/۸ شورای نگهبان^(۵).

۲-۱. اصل (۶۰) قانون اساسی

با بررسی نظرات شورای نگهبان در آن مواردی که با ابتنا به اصل (۶۰)، ایراد مغایرت با قانون اساسی گرفته است موارد زیر قابل برداشت است؛

- اعمال قوه مجریه که مستقیماً بر عهده رهبری گذارده شده است، قابل قانونگذاری توسط قوه مقننه نیست. مانند نظر شماره ۸۷۷۰ مورخ ۱۳۶۲/۳/۱۲ شورای نگهبان^(۶).

۳-۱. اصل (۷۱) قانون اساسی

با بررسی نظرات شورای نگهبان در آن مواردی که با ابتنا به اصل (۷۱)، ایراد مغایرت با قانون اساسی گرفته است موارد زیر قابل برداشت است؛

- مجلس شورای اسلامی تا حدی می‌تواند قانون وضع کند که وارد صلاحیت‌های انحصاری رهبری مستفاد از اصل (۱۱۰) قانون اساسی نگردد. چنانکه شورای نگهبان در نظر شماره ۸۷۷۰ مورخ ۱۳۶۲/۳/۱۲^(۷) بر این امر تأکید می‌کند.

۴-۱. اصل (۸۵) قانون اساسی

با بررسی نظرات شورای نگهبان در آن مواردی که با ابتنا به اصل (۸۵)، ایراد مغایرت با قانون اساسی گرفته است موارد زیر قابل برداشت است؛

۱-۴-۱. تضییق و یا توسعه موضوع حکم و یا محدوده ماده نیز نوعی قانونگذاری است و نمی‌توان آن را به غیر از قوه مقننه واگذار کرد. چنانکه شورای نگهبان در نظر شماره ۴۷۴۳ مورخ ۱۳۶۱/۴/۳^(۸) خود بر این امر اشاره می‌کند.

۲-۴-۱. تعیین ضوابط و حدود قانون، امری است تقنینی و واگذاری آن به غیر از قوه مقننه خلاف قانون اساسی است. چنانکه شورای نگهبان در نظر شماره ۵۴۵۳ مورخ ۱۳۶۱/۶/۳^(۹) بر

معیارهای تشخیص و محدوده امور تقنینی و اجرایی در آراء شورای نگهبان ■ ۵

این امر تأکید می‌کند.

۳-۴-۱. تعیین میزان معافیت و استثناء، امری است تقنینی و سپردن آن به قوه مجریه خلاف قانون اساسی است. چنانکه شورای نگهبان در نظر شماره ۸۱۰۳ مورخ ۱۳۶۱/۱۲/۲۶^(۱۰) بر این امر اشاره دارد.

۴-۴-۱. امر قانون‌گذاری در صلاحیت کل مجلس شورای اسلامی است و وضع قانون جهت واگذاری امر تقنین به بخشی از نمایندگان نظیر کمیسیون‌ها یا هیأت دولت خارج از حدود مذکور در اصل (۸۵)، ممنوع می‌باشد. در همین راستا شورای نگهبان در نظر شماره ۸۵۱۲ مورخ ۱۳۶۲/۲/۱۵^(۱۱) بر این امر تأکید می‌کند.

۵-۴-۱. تصمیم‌گیری در خصوص حقوق و آزادی‌های شهروندان امری است تقنینی و نمی‌توان آن را به قوای دیگر واگذار کرد. چنانکه شورای نگهبان در نظر شماره ۸۷۷۰ مورخ ۱۳۶۲/۳/۱۲^(۱۲) بر این امر تأکید می‌کند.

۶-۴-۱. تهیه، تدوین و تعریف اصطلاحات امری است تقنینی و واگذار کردن آن به قوه مجریه و آیین‌نامه ممنوع است. چنانکه شورای نگهبان در نظر شماره ۹۸۵۵ مورخ ۱۳۶۶/۹/۱۹^(۱۳) بر این امر اشاره می‌کند.

۷-۴-۱. تعیین ملاک‌های صلاحیت و وظایف و اختیارات برای انجام یک کار و تعیین شرایط عضویت در یک نهاد و همچنین وضع امور اداری و استخدامی، امری است تقنینی و دخالت غیر از قوه مقننه در آن ممنوع است. چنانکه شورای نگهبان در نظر شماره ۱۰۰۳۰ مورخ ۱۳۶۶/۱۰/۱۵^(۱۴) بر این امر اشاره می‌کند.

۸-۴-۱. تعیین میزان جرایم و تخلفات و مجازات‌ها امری است تقنینی و واگذار کردن آن به قوه مجریه و آیین‌نامه ممنوع است. چنانکه شورای نگهبان در نظر شماره ۵۷۸۸ مورخ ۱۳۷۲/۱۱/۶^(۱۵) به این موضوع اشاره دارد.

۹-۴-۱. تعیین خط مشی و اهداف و سیاست‌های کلی برای یک نهاد، امری است تقنینی و نمی‌توان آن را به قوه مجریه و آیین‌نامه صادره از هیأت وزیران واگذار کرد. مانند نظر شماره ۷۷/۲۱/۲۸۵۴ مورخ ۱۳۷۷/۳/۱۰^(۱۶) شورای نگهبان.

۱۰-۴-۱. اصلاح قوانین نیز امری است تقنینی و نمی‌توان آن را به غیر تفویض کرد. مانند نظر شماره ۸۱/۳۰/۲۵۴ مورخ ۱۳۸۱/۲/۵^(۱۷) شورای نگهبان.

۱۱-۴-۱. وضع تکالیف مالی برای شهروندان از جمله مالیات و عوارض امری است تقنینی و واگذار کردن آن به قوه مجریه ممنوع است. چنانکه شورای نگهبان در نظر شماره

۶ ■ قانون‌گذاری و قانون اساسی (۱)

۸۱/۳۰/۲۱۹۰ مورخ ۱۳۸۱/۳/۱۲^(۱۸) بر این امر تأکید می‌کند.

۱-۴-۱۲. تدوین مقررات برای نحوه حل اختلاف غیر قضایی نیز امری است تقنینی و نمی‌توان آن را به قوه مجریه و آیین‌نامه هیأت وزیران واگذار کرد. چنانکه شورای نگهبان در نظر شماره ۸۲/۳۰/۶۴۲۱ مورخ ۱۳۸۲/۱۱/۴^(۱۹) بر این امر تأکید می‌کند.

۱-۴-۱۳. تفکیک امور تصدی و حاکمیتی، امری است تقنینی و نمی‌توان آن را به قوه مجریه و آیین‌نامه هیأت وزیران سپرد. چنانکه شورای نگهبان در نظر شماره ۸۳/۳۰/۷۴۲۰ مورخ ۱۳۸۳/۲/۲۸^(۲۰) بر این امر اشاره می‌کند.

۱-۴-۱۴. تأیید بودجه امری است تقنینی و نمی‌توان این امر را به غیر از مجلس قانونگذاری واگذار کرد. چنانکه شورای نگهبان در نظر شماره ۸۶/۳۰/۲۵۰۵۱ مورخ ۱۳۸۶/۱۱/۱۸^(۲۱) بر این امر تأکید می‌کند.

۵-۱. موارد متناقض

همانطور که مشاهده می‌شود از برآیند نظرات شورا پیرامون هر اصل مشخص است که شورا بر روش یکسانی به اظهار نظر در خصوص مغایرت مصوبات مجلس با اصول قانون اساسی پرداخته است و بر فهم یکسان خود از اصول در ادوار متفاوت اصرار ورزیده است چنانکه موارد متعدد ارجاع در یک مورد مؤید این مطلب است.

اما کاوش دقیق‌تر نشان می‌دهد که مواردی نیز وجود دارد که شورا در دوره‌هایی برخلاف رویه خود عمل کرده است و برداشت متفاوتی از اصول مورد بحث در خصوص نحوه تشخیص و محدوده امر تقنینی داشته است؛

۱-۵-۱. همان‌گونه که در مورد ۶-۴-۱ مشاهده می‌شود؛ تهیه، تدوین و تعریف اصطلاحات در رویه شورای نگهبان امری تقنینی انگاشته شده است. اما بررسی‌ها نشان می‌دهد که شورا نظر مخالف هم داشته است. چنانکه شورای نگهبان در نظر شماره ۸۲/۳۰/۶۲۶۳ مورخ ۱۳۸۲/۱۰/۱۴^(۲۲) خود تصویب تعاریف و اصطلاحات و استانداردهای موضوع ماده (۱۶) لایحه اصلاح ساختار نظام جامع رفاه و تأمین اجتماعی توسط شورای عالی رفاه و تأمین اجتماعی را خلاف اصل (۸۵) قانون اساسی ندانسته، بلکه با ایراد اصل (۱۳۸) قانون اساسی، این امور را در صلاحیت هیأت وزیران دانسته و لذا اصل تفویض آن به دولت را مورد پذیرش قرار داده است.

۲-۵-۱. همچنین چنانکه در مورد ۹-۴-۱ مشاهده می‌شود بر اساس رویه شورای نگهبان، تعیین خط مشی و اهداف و سیاست‌های کلی برای یک نهاد، امری تقنینی قلمداد شده، اما

۷ ■ معیارهای تشخیص و محدوده امور تقنینی و اجرایی در آراء شورای نگهبان

مواردی هم وجود دارد که بر خلاف رویه موجود عمل شده است. شورای نگهبان در نظر شماره ۸۲/۳۰/۲۹۷۲ مورخ ۱۳۸۲/۲/۱۲^(۲۳) خود، تعیین خط مشی در مورد همکاری‌های بین‌المللی توسط شورای عالی فضایی را خلاف اصل (۸۵) قانون اساسی ندانسته، بلکه با ایراد اصول (۶۰) و (۱۳۸) قانون اساسی این امور را اجرایی دانسته است و همچنین در قبال سیاست‌گذاری کلان برای استفاده از فناوری‌های فضایی توسط شورای مذکور سکوت کرده و ایراد اصل (۸۵) را متذکر نگردیده است. همچنین در نظر شماره ۴۸۸۶ مورخ ۱۳۷۲/۴/۷^(۲۴) خود در قبال تشکیل شورای عالی مناطق آزاد تجارتي و صنعتی، به عنوان نهاد عالی سیاست‌گذاری در این مناطق، فقط ایرادات اصول (۶۰) و (۱۳۸) را روا دانسته است و بر اجرایی بودن این امور صحنه گذارده است. و همچنین است نظر شماره ۵۷۶۷ مورخ ۱۳۷۲/۱۰/۲۹ شورای نگهبان^(۲۵) در مورد شورای عالی هماهنگی ترافیک شهرهای کشور و نظر شماره ۸۵/۳۰/۱۸۸۰۸ مورخ ۱۳۸۰/۱۰/۱^(۲۶) شورا در مورد شورای عالی آموزش و پرورش که فقط در مورد تصویب مقررات آموزش و پرورش متذکر ایراد اصل (۸۵) می‌شود و در مورد عبارت «مرجع سیاست‌گذاری» در همان ماده سکوت می‌کند و اشاره‌ای به ایراد اصل (۸۵) نمی‌گردد.

۳-۵-۱. همانطور که در مورد ۲-۴-۱ ذکر گردید؛ تعیین ضوابط و حدود قانون در رویه شورای نگهبان امری تقنینی دانسته شده است، لیکن شورا در نظر شماره ۸۲/۳۰/۶۲۶۳ مورخ ۱۳۸۲/۱۰/۱۴^(۲۷) خود در مورد سپردن تعیین ضوابط به شورایی عالی رفاه و تأمین اجتماعی فقط ایراد اصل (۱۳۸) را وارد دانسته است و بدین ترتیب تعیین ضوابط را به هیأت وزیران سپرده است. و دیگر آنکه حتی در برخی موارد شورا ماهیت امر تعیین ضوابط را اعم از تقنینی و اجرایی دانسته و به عبارتی تشخیص آنها را موکول به نظر مجلس کرده است. مانند نظر شماره ۸۶/۳۰/۲۴۸۷۴ مورخ ۱۳۸۶/۱۱/۶^(۲۸) که ما را با سه رویکرد متفاوت از شورا در این زمینه روبرو می‌سازد.

۴-۵-۱. چنانکه در مورد ۳-۴-۱ ملاحظه می‌شود تعیین موارد استثناء از حکم قانون امری تقنینی است و واگذاری آن به قوه مجریه خلاف قانون اساسی اعلام گردیده است، در حالی که می‌توان مواردی را یافت که شورای نگهبان در خصوص این واگذاری اعلام موضع مخالف نکرده و قوه مجریه به عنوان مرجع تعیین موارد استثناء از حکم قانون مقرر گردیده است؛ چنانکه این امر در ماده (۳۰) «قانون مدیریت خدمات کشوری»^(۲۹) و تبصره (۴) الحاقی به ماده (۱۴) «قانون تقسیمات کشوری»^(۳۰) مشهود است.

۵-۵-۱. چنانکه در مورد ۵-۴-۱ مشاهده می‌شود تصمیم‌گیری در مورد حقوق و آزادی‌های

۸ ■ قانون‌گذاری و قانون اساسی (۱)

شهروندان در رویه شورای نگهبان امری تقنینی تلقی می‌گردد. این در حالی است که شورا در نظر شماره ۸۵/۳۰/۱۸۸۰۸ مورخ ۱۳۸۰/۱۰/۱^(۳۱) خود در مورد شورایعالی آموزش و پرورش، وظایف و اختیارات این شورای عالی را از این جهت که به حقوق مردم مربوط است از مصادیق آیین‌نامه موضوع اصل (۱۳۸) قانون اساسی دانسته و اعلام مغایرت با اصل مذکور می‌نماید و بر این اساس این مورد امری اجرایی انگاشته می‌گردد.

۵-۶. چنانکه در شماره ۸۴-۱ مشاهده می‌شود در رویه شورای نگهبان تعیین میزان جرایم و تخلفات امری است تقنینی ولی برخی موارد نیز وجود دارد که شورای نگهبان در قبال واگذاری حق تعیین مجازات به هیأت وزیران واکنش نشان نداده و به عبارت دیگر بر آن صحه گذاشته است مانند نظر شماره ۸۴/۳۰/۱۲۷۳۸ مورخ ۱۳۸۴/۴/۲۷ که در مورد قانون دسترسی آزاد به شبکه حمل و نقل ریلی^(۳۲) ارائه گردید ولی در مورد واگذاری حق تعیین تخلفات و مجازات‌ها به آیین‌نامه هیأت وزیران سکوت کرده و ایراد اصل (۸۵) را وارد ندانسته است.

۶-۱. برآیند

چنانکه ذکر گردید شورای نگهبان در مورد معیارها و حدود امر تقنینی، تا کنون به اصول (۵۷)، (۶۰)، (۷۱) و (۸۵) قانون اساسی استناد کرده است. اصل (۵۷) که مهمترین منبع تفکیک قوا در جمهوری اسلامی ایران به شمار می‌رود، یکی از مستندات شورای نگهبان جهت جلوگیری از تصویب قوانینی است که منجر به اختلاط امور تقنینی و اجرایی می‌شوند (مانند مورد ۱-۱). همچنین در خصوص تبیین محدوده امر تقنینی، شورای نگهبان با استناد به این اصل و اینکه همه قوا زیر نظر ولایت فقیه اداره می‌گردند برخی از شئون قانون‌گذاری را از صلاحیت مجلس شورای اسلامی خارج دانسته است مانند موارد (۱-۱-۳ و ۱-۱-۴). همچنین این شورا با ذکر اصل (۶۰) قانون اساسی، مواردی را که مستقیماً مربوط به رهبری می‌شود را قابل قانون‌گذاری برای مجلس نمی‌داند (مورد ۲-۱) و این امر را خارج از صلاحیت تقنینی مجلس مبعث از اصل (۷۱) قانون اساسی اعلام می‌کند (مورد ۱-۳-۱). همچنین اصل (۸۵) قانون اساسی یکی از پر استنادترین اصول برای شورای نگهبان در بحث تمیز تقنین از اجرا بوده و در تشخیص ماهیت تقنینی امور بسیار کاربرد دارد، در حالی که این اصل به خودی خود فقط بر غیر قابل تفویض بودن اختیار تقنینی نمایندگان مجلس شورای اسلامی اشاره می‌کند و اینکه چه امری تقنینی است و چه امری تقنینی نیست، از این اصل استنباط نمی‌شود. اما هر جا شورا خواسته است اعلام نماید که موردی ماهیت تقنینی دارد و نیازمند قانون‌گذاری مجلس است از ایراد اصل (۸۵) استفاده کرده است که در اکثر این موارد یک پایه استدلال که مربوط به ماهیت تقنینی آن موضوع است ذکر نمی‌گردد (مانند مورد ۸۴-۱ که اصل ۳۶ که

۹ ■ معیارهای تشخیص و محدوده امور تقنینی و اجرایی در آراء شورای نگهبان

ماهیت تقنینی جرم و مجازات را تأکید کرده است ذکر نشده و فقط به اصل ۸۵ اشاره شده است). البته لازم به ذکر است که عدم ذکر پایه دیگر استدلال در برخی از موارد ناشی از غفلت شورا از ذکر اصول دیگر قانون اساسی نیست، چراکه اصل مصرحی در آن زمینه وجود ندارد و با تذکر ایراد اصل (۸۵) در حقیقت تشخیص و استنباط مستقل شورای نگهبان از ماهیت تقنینی یک امر بر اساس کلیت قانون اساسی مشخص می‌گردد (مانند مورد شماره ۱-۴-۱۳ که با استناد به اصل ۸۵، تشخیص امور تصدیگری و حاکمیتی، به عنوان امری تقنینی تبیین شده است). البته از ایراداتی که شورا مستند به این اصل گرفته است، حدود صلاحیت‌های مجلس شورای اسلامی در امر قانونگذاری نیز قابل فهم است (مورد ۱-۴-۴).

۲. معیارها و حدود امر اجرایی

از آنجایی که تعریف روشنی از امور اجرایی در قانون اساسی وجود ندارد، بررسی آراء شورای نگهبان قانون اساسی می‌تواند تا حدودی از این ابهام مفهومی بکاهد و به تمیز تقنین از اجرا کمک کند. به همین منظور اصول مورد استناد شورای نگهبان در اظهارنظرهای این نهاد، مطرح می‌گردد.

۲-۱. اصل ۵۷ قانون اساسی

با بررسی نظرات شورای نگهبان در آن مواردی که با ابتدا به اصل (۵۷)، ایراد مغایرت با قانون اساسی گرفته است موارد زیر قابل برداشت است؛

۲-۱-۱. نصب و عزل مقامات اجرایی (غیر از وزراء) عملی است اجرایی و قوه مقننه حق دخالت در آن را ندارد مگر حق سؤال و استیضاح از رئیس جمهور و وزراء. مانند نظر شماره م/۲۳۲۸ مورخ ۱۳۶۰/۳/۵ شورای نگهبان^(۳۳).

۲-۱-۲. تصویب بودجه امری تقنینی است ولی تخصیص و مصرف آن امری اجرایی می‌باشد و قوه مقننه حق دخالت در آن را ندارد. مانند نظر شماره ۸۱۰۳ مورخ ۱۳۶۱/۱۲/۲۶ شورای نگهبان^(۳۴).

۲-۱-۳. هر هیئتی که در قوه مجریه تشکیل شود و وظایف اجرایی داشته باشد قوه مقننه حق دخالت در تصمیم‌گیری‌ها و تشکیل جلسات آن را ندارد، هر چند که حق نظارت مجلس مبتنی بر اصل (۷۶) قانون اساسی در خصوص تحقیق و تفحص پا برجاست. مانند نظر شماره ۸۲۹۳ مورخ ۱۳۶۲/۱/۳۱ شورای نگهبان^(۳۵).

۲-۱-۴. تهیه آیین‌نامه اجرایی و اجرای آن امری اجرایی است و قوه مقننه حق دخالت در آن را ندارد. مانند نظر شماره ۱۳۷۱ مورخ ۱۳۷۰/۳/۲۸ شورای نگهبان^(۳۶).

۱۰ ■ قانون‌گذاری و قانون اساسی (۱)

۵-۱-۲. تقدیم لایحه به مجلس امری اجرایی است و قوه مقننه نمی‌تواند دولت را به این امر مکلف نماید. مانند نظر شماره ۷۱۴۵ مورخ ۱۳۷۳/۹/۲ شورای نگهبان^(۳۷).

۶-۱-۲. برگزاری انتخابات امری است اجرایی و سایر قوا حق دخالت در آن را ندارند. مانند نظر شماره ۲۵۵ مورخ ۱۳۷۴/۲/۱۹ شورای نگهبان^(۳۸).

۷-۱-۲. تعیین جزئیات امور اجرایی مانند تعیین ساعات کار مراکز دولتی، امری اجرایی است و قوه مقننه نمی‌تواند با دخالت در آن، استقلال قوه مجریه را مختل کند بلکه باید این امور را به آیین‌نامه واگذار کرد، چنانکه شورای نگهبان در نظر شماره ۸۵/۳۰/۱۸۸۰۸ مورخ ۱۳۸۵/۱۰/۷^(۳۹) بر این امر تأکید می‌کند.

۸-۱-۲. قوه مجریه حق تدوین آیین‌نامه برای قوانینی که مربوط به نهادهای غیر از قوه مجریه است را ندارد. مانند نظر شماره ۸۷/۳۰/۲۷۲۸۸ مورخ ۱۳۸۷/۳/۲۲ شورای نگهبان^(۴۰).

۲-۲. اصل ۶۰ قانون اساسی

با بررسی نظرات شورای نگهبان در آن مواردی که با ابتدا به اصل (۶۰)، ایراد مغایرت با قانون اساسی گرفته است موارد زیر قابل برداشت است؛

۱-۲-۲. دولت عهده‌دار وظایف اجرایی است و امور اجرایی باید مستقیماً توسط دولت انجام گیرد، بنابراین مجلس نمی‌تواند نهادهای دیگر را در امور اجرایی بدون نظر دولت مشارکت دهد. مانند نظریه شماره ۴۵۹۴ مورخ ۱۳۶۱/۳/۴ شورای نگهبان^(۴۱).

۲-۲-۲. وظایف شورای امنیت کشور از زمره امور اجرایی است و سایر قوا حق دخالت در آن را ندارند. مانند نظر شماره ۸۹۳۱ مورخ ۱۳۶۲/۳/۲۳ شورای نگهبان^(۴۲).

۳-۲-۲. تشکیل شورای عالی بخش‌های مختلف اجرایی کشور نیز امری اجرایی است و غیر از وزیر (به ویژه نمایندگان مجلس) حق عضویت همراه با حق رأی در آن را ندارند. مانند نظر شماره ۷۱۴۵ مورخ ۱۳۷۳/۹/۲ شورای نگهبان^(۴۳).

۴-۲-۲. تعلیق کارکنان عملی است اجرایی و مجلس نمی‌تواند با مصوبه خود این عمل اجرایی را به خارج از قوه مجریه واگذار کند. مانند نظر شماره ۷۵/۲۱/۰۴۴۴۹ مورخ ۱۳۷۵/۲/۲۶ شورای نگهبان^(۴۴).

۵-۲-۲. قوای مقننه و قضائیه حق دخالت در تصمیم‌گیری‌ها و تشکیل جلسات شوراهایی که در قوه مجریه تشکیل شده و وظایف اجرایی و نظارتی داشته باشند را ندارند مگر آنکه پس از دخالت، مصوبات شورا به تأیید وزیر مربوطه یا رئیس جمهور برسد. مانند نظر شماره ۸۴/۳۰/۱۲۶۵۹ مورخ ۱۳۸۴/۴/۱۵^(۴۵) شورای نگهبان.

۱۱ ■ معیارهای تشخیص و محدوده امور تقنینی و اجرایی در آراء شورای نگهبان

۶-۲-۲. تعیین ساعات کار مراکز دولتی، امری است اجرایی و قوه مقننه نمی‌تواند به صورت جزئی در این امور دخالت کند، چنانکه شورای نگهبان در نظر شماره ۸۵/۳۰/۱۸۸۰۸ مورخ ۱۳۸۵/۱۰/۷^(۴۶) بر این امر تأکید می‌کند.

۷-۲-۲. محول کردن هر اختیاری که ماهیت اجرایی نداشته باشد به شورای در قوه مجریه ممنوع است. مانند نظر شماره ۸۷/۳۰/۲۷۲۴۲ مورخ ۱۳۸۷/۳/۱۳^(۴۷) شورای نگهبان.

۳-۲. اصل (۷۱) قانون اساسی

با بررسی نظرات شورای نگهبان در آن مواردی که با ابتدا به اصل (۷۱)، ایراد مغایرت با قانون اساسی گرفته است موارد زیر قابل برداشت است؛

- رئیس جمهور نمی‌تواند نسبت به تشخیص، برداشت، نوع و کیفیت اعمال اختیار قانون‌گذاری مجلس اظهار نظر و یا اعمال قدرت کند. چنانکه شورای نگهبان در نظر شماره ۸۲/۳۰/۲۹۴۴ مورخ ۱۳۸۲/۲/۱۷^(۴۸) بر این امر تأکید می‌کند.

۴-۲. اصل (۱۱۳) قانون اساسی

بررسی نظرات شورای نگهبان نشان می‌دهد که این شورا در مواردی مانند نظر مربوط به «لایحه اصلاح قانون تعیین حدود وظایف و اختیارات و مسئولیتهای ریاست جمهوری اسلامی ایران» مورخ ۱۳۸۲/۲/۱۷ ایراد اصل (۱۱۳) را وارد دانسته است اما از آنجایی که شورای نگهبان در این مورد، اصل (۱۱۳) قانون اساسی را تفسیر نیز کرده است و تمام نظرات خود را در تفاسیر تکرار کرده است در این قسمت تفاسیر نیز ذکر می‌شود. از موارد مذکور مفهوم امر «اجرای قانون اساسی» و محدوده آن قابل برداشت است؛

۱-۴-۲. مسئولیت اجرای اصل (۱۱۳) قانون اساسی مربوط به جایی است که اصلی از اصول قانون اساسی یا به کلی اجراء نشده باشد یا متوقف شده باشد چنانکه شورای نگهبان در نظر شماره ۷۵/۲۱/۱۴۵۹ مورخ ۱۳۷۵/۱۲/۲^(۴۹) خود بر این امر تأکید کرده است.

۲-۴-۲. مستنبط از اصل (۱۱۳) قانون اساسی آن نیست که رئیس جمهور بتواند در مصادیق و جزئیات وظایف و اختیارات مسئولین مختلف نظام دخالت کند (مانند نظر شماره ۷۷/۲۱/۳۸۸۲ مورخ ۱۳۷۷/۹/۱۱^(۵۰)) یا در این مورد هیأتی را تشکیل دهد چنانکه شورای نگهبان در نظر شماره ۸۲/۳۰/۲۹۴۴ مورخ ۱۳۸۲/۲/۱۷^(۵۱) خود بر این امر تأکید دارد.

۳-۴-۲. مسئولیت اجرا در اصل (۱۱۳) قانون اساسی امری غیر از «نظارت بر اجرای قانون اساسی» است. چنانکه شورای نگهبان در نظریه تفسیری شماره ۹۱/۳۰/۴۷۱۴۲ مورخ ۱۳۹۱/۴/۱۲^(۵۲) خود بر این امر اشاره دارد.

۱۲ ■ قانون‌گذاری و قانون اساسی (۱)

۴-۴-۲. مسئولیت اجرای رئیس جمهور در اصل (۱۱۳) قانون اساسی شامل مواردی نیست که قانون اساسی تشخیص، برداشت نوع و کیفیت اعمال اختیارات و وظایفی را به عهده مجلس خبرگان رهبری، شورای نگهبان، مجمع تشخیص مصلحت نظام، مجلس شورای اسلامی، قوه قضائیه و هر مقام و دستگاه دیگری گذاشته است. چنانکه شورای نگهبان در نظریه تفسیری شماره ۹۱/۳۰/۴۷۱۴۲ مورخ ۱۳۹۱/۴/۱۲^(۵۳) خود بر این امر تصریح می‌کند.

۵-۲. اصل (۱۲۴) قانون اساسی

بررسی نظرات شورای نگهبان نشان می‌دهد که این شورا در مواردی بر مصوبات مجلس شورای اسلامی ایراد اصل (۱۲۴) گرفته است که از ایرادات مذکور مورد زیر درباره مفهوم امر اجرایی و محدوده آن قابل برداشت است؛

- قوه مقننه نمی‌تواند برای رئیس جمهور معاون تعیین کند بلکه انتخاب معاون از اختیارات اجرایی رئیس جمهور است. چنانکه شورای نگهبان در نظر شماره ۳۶۸۴ مورخ ۱۳۷۱/۷/۱۲^(۵۴) بر این امر تأکید می‌کند.

۷-۲. اصل (۱۳۸) قانون اساسی

با بررسی نظرات شورای نگهبان در آن مواردی که با ابتدا به اصل (۱۳۸)، ایراد مغایرت با قانون اساسی گرفته است موارد زیر قابل برداشت است؛

۱-۷-۲. اتخاذ تصمیماتی موردی که دارای ماهیت تصویب‌نامه‌ای هستند نظیر ایجاد مراکزی در دستگاه‌های اجرایی، امری است اجرایی و نیازمند تصویب‌نامه هیأت وزیران و نمی‌توان آن را به غیر واگذار کرد. همانگونه که شورای نگهبان در نظر شماره ۶۲۰۶ مورخ ۱۳۶۱/۸/۲۳^(۵۵) بر این امر اشاره دارد.

۲-۷-۲. تصویب آیین‌نامه و دستورالعمل، امری اجرایی است و حقی مختص هیأت وزیران و یا جمعی و یا فردی از آنان است و سپردن آن به غیر ایشان و همچنین دخالت قوه مقننه در این امر ممنوع است. چنانکه شورای نگهبان در نظر شماره ۱۳۷۱ مورخ ۱۳۷۰/۳/۲۸^(۵۶) خود، موکول کردن تصویب آیین‌نامه به همکاری کمیسیون بهداری و بهزیستی مجلس شورای اسلامی را خلاف اصل (۱۳۸) قانون اساسی دانسته است. و در نظر تفسیری شماره ۷۸/۲۱/۴۵۱۲^(۵۷) مورخ ۱۳۷۸/۱/۲۵ ارجاع تصویب آیین‌نامه به کمیسیون با کمیسیون‌های مجلس را خلاف اصل (۱۳۸) قانون اساسی می‌داند.

۳-۷-۲. مدیریت سازمان‌های اداری عملی است اجرایی و در صلاحیت هیأت وزیران و یا جمعی و یا فردی از آنان است و دخالت غیر ایشان در این امر ممنوع است. چنانکه شورای

۱۳ ■ معیارهای تشخیص و محدوده امور تقنینی و اجرایی در آراء شورای نگهبان

نگهبان در نظر شماره ۴۸۸۶ مورخ ۱۳۷۲/۴/۷^(۵۸) به این امر اشاره دارد.

۴-۷-۲. تشکیلات شورای عالی بخش‌های مختلف اجرایی کشور نیز امری اجرایی است و غیر از وزیر (به ویژه نمایندگان مجلس) حق عضویت با حق رأی در آن را ندارند. مانند نظر شماره ۷۱۴۵ مورخ ۱۳۷۳/۹/۲ شورای نگهبان^(۵۹).

۵-۷-۲. تشخیص نیاز به آیین‌نامه اجرایی برای یک قانون امری است تقنینی و واگذاری آن به غیر از قوه مقننه ممنوع است. چنانکه شورای نگهبان در نظر شماره ۸۱/۳۰/۴۳۹ مورخ ۱۳۸۱/۵/۱۷^(۶۰) بر این امر تأکید می‌کند.

۷-۲. موارد متناقض

چنانکه پیش از این گفته شد، شورای نگهبان سعی نموده است که بر ارائه نظر بر اساس یک برداشت از اصول قانون اساسی استوار بماند ولی همانگونه که دیده شد در برخی موارد این شورا در تشخیص امور تقنینی به رویه خویش عمل نکرده است. در تشخیص امور اجرایی مواردی از این دست کمتر مشاهده می‌گردد و اگر نقدی هم وارد است بر نحوه ایرادات آن نهاد و عدم نیل به مقصود قانون اساسی است:

- همانگونه که در مورد ۵-۲ مشاهده می‌گردد، طبق اصل (۱۲۴) قانون اساسی، اختیار داشتن معاون با رئیس جمهور است و مجلس نمی‌تواند با تشکیل سازمانی عنوان معاونت بر آن نهاد و شورای نگهبان با همین استدلال، نظر مذکور را اعلام می‌دارد، ولی مجلس شورای اسلامی در مقام اصلاح، فقط لفظ معاون را حذف کرده و منصوب بودن رئیس سازمان محیط زیست توسط رئیس جمهور را تکرار می‌کند و مصوبه این بار مورد ایراد شورا قرار نمی‌گیرد. این در حالی است که تشکیل سازمان به ریاست فردی منصوب رئیس جمهور به معنای تشکیل معاونت برای رئیس جمهور است. کما اینکه در عمل مسئولین سازمان‌های محیط زیست و میراث فرهنگی که برآمده از قانون مصوب مجلسند، به عنوان معاونان رئیس جمهور شناخته می‌شوند و این امر مغایر اصل (۱۲۴) قانون اساسی است.

۸-۲. برآیند

چنانکه گفته شد پس از بررسی تمام نظرات شورای نگهبان در خصوص مصوبات مجلس اول تا هشتم، معیارهای امر اجرایی و محدوده آن مستند به اصول (۵۷)، (۶۰)، (۷۱)، (۱۱۳)، (۱۲۴) و (۱۳۸) قانون اساسی قابل برداشت است. نکته حائز اهمیت در خصوص اصل (۵۷) قانون اساسی آن است که از آنجایی که این اصل به طور کلی استقلال کارکردی قوا را بیان می‌کند، بنابراین شورای نگهبان می‌توانسته در هر موردی که تشخیص ممزوج شدن حدود

تقنین و اجرا را داده است، علاوه بر استناد به سایر اصولی که مستقیماً مورد نظرش بوده، به اصل (۵۷) قانون اساسی هم استناد کند (چنانکه در مورد ۲-۱-۴ شورا علاوه بر استناد به اصل ۱۳۸ قانون اساسی، به اصل ۵۷ نیز اشاره کرده است) و حتی در برخی موارد از ذکر ایراد مستقیم چشم می‌پوشد (مانند مورد ۲-۱-۲ که از استناد به اصل ۵۲ قانون اساسی خودداری کرده و رأساً اصل ۵۷ قانون اساسی را مستند ایراد خود قرار داده است) و یا اینکه تشخیص مستقل خود را از ماهیت اجرایی یک امر ذیل ایراد این اصل بیان کند. (مانند مورد ۲-۱-۶ در مورد برگزاری انتخابات). همچنین اصل (۶۰) قانون اساسی یکی دیگر از مستندات شورای نگهبان در اعمال تفکیک قوا می‌باشد و بر اعمال قوه مجریه توسط رهبر، رئیس‌جمهور و وزراء تأکید دارد. بنابراین هرجا شورای نگهبان برای ایراد به مصوبات مجلس به اصل (۶۰) قانون اساسی استناد کرده است، در حقیقت در مقام تمیز امور اجرایی از غیر آن بوده و از انجام آن توسط قوه مقننه جلوگیری کرده است (مانند مورد ۲-۲-۶ در مورد تعیین ساعت کار بانک‌ها). دیگر آنکه شورای نگهبان با استفاده از اطلاق اصل (۷۱) قانون اساسی، ورود مقامات اجرایی در تشخیص و برداشت نوع و کیفیت امر قانون‌گذاری را ممنوع دانسته و از این جهت آن را به عنوان محدودیت‌های امر اجرایی یاد می‌کند. در مورد اصل (۱۱۳) قانون اساسی نیز باید اشاره کرد که این اصل از آنجا که رئیس‌جمهور را مسئول اجرای قانون اساسی اعلام می‌کند، به بحث تفکیک تقنین از اجرا مرتبط می‌شود. مفهوم این اصل تا به حال بارها از شورای نگهبان مورد سؤال واقع شده است و شورا نیز بارها تأکید کرده که مسئولیت اجرای قانون اساسی مذکور در اصل (۱۱۳) قانون اساسی باید به‌گونه‌ای تفسیر گردد که موجب از بین رفتن مرزهای استقلال قوا نشود. بنابراین مسئولیت اجرای قانون اساسی توسط رئیس‌جمهور تا آن جاست که قانون اساسی لوازم اجرای آن را برای قوه اجرایی کشور دیده باشد و یا اینکه اصلی وجود داشته باشد که مسئول مستقیمی نداشته باشد و بر آن اساس رئیس‌جمهور به استناد اطلاق اصل (۱۱۳) قانون اساسی مسئول اجرای آن گردد. مانند اصل (۸) قانون اساسی در مورد امر به معروف و نهی از منکر که لوازم اجرایی آن برای مقام خاصی در قانون اساسی دیده نشده است. در غیر از این موارد یعنی در جایی که اصلی از اصول قانون اساسی دارای مسئولی خارج از قوه مجریه می‌باشد اصل (۱۱۳) قانون اساسی کاربردی ندارد. از این منظر و متناسب با بحث ما در این نوشتار، در تقابل تقنین و اجرا، اصل (۱۱۳) قانون اساسی مطابق نظرات شورای نگهبان هیچ‌گونه تفوقی را برای رئیس‌جمهور در اصول مربوط به تقنین بر مجلس شورای اسلامی ایجاد نخواهد کرد. اصل (۱۲۴) قانون اساسی نیز یکی دیگر از اصول مورد استناد شورای نگهبان در خصوص تفکیک تقنین از اجراست که در مورد اختیار رئیس‌جمهور

معیارهای تشخیص و محدوده امور تقنینی و اجرایی در آراء شورای نگهبان ■ ۱۵

در نصب معاون سخن می‌گوید. در مواردی که ضمن معرفی اعضای یک تشکیلات، از رئیس یک سازمان به عنوان معاونت رئیس جمهور یاد می‌شود شورای نگهبان ایراد این اصل را متذکر شده است چراکه تصمیم‌گیری در خصوص داشتن معاونت طبق این اصل جزء عملیات اجرایی است و قوه مقننه حق دخالت در آن را ندارد. اما در خصوص اصل (۱۳۸) قانون اساسی باید اشاره کرد که شورای نگهبان در ایرادات خود به مصوبات مجلس از دو منظر به آیین‌نامه‌ها پرداخته است: نخست آنکه در صورتی که سخن از آیین‌نامه اجرایی در یک مصوبه آمده باشد حتماً باید توسط مقام ذیربط یعنی هیأت وزیران و وزیر مربوطه صادر شود و صدور آنها با هر گونه دخالت دیگران و عدم تأیید نهایی وزیر یا رئیس جمهور، خلاف اصل (۱۳۸) قانون اساسی اعلام می‌شود (مانند مورد ۲-۷-۲) و دیگر آنکه صدور آیین‌نامه‌های مستقل در حوزه‌های انجام وظایف اداری و تأمین اجرای قوانین و تنظیم سازمان‌های اداری تا جایی که خلاف قوانین عادی نباشد را امر اجرایی و در صلاحیت هیأت وزیران و وزیر مرتبط می‌داند (مانند نظر شماره ۲-۷-۳).

اما نکته حائز اهمیت آن است که شورای نگهبان علی‌رغم تأکید بر ماهیت قانونی «ضوابط اجرایی»، در برخی موارد این مفهوم را اعم از اجرایی و تقنینی دانسته و تشخیص ماهیت آیین‌نامه اجرایی داشتن یک ضابطه و به تبع آن نیازمند تصویب مقامات اجرایی بودن یا قانون بودن آن ضابطه و نیازمند تصویب مجلس بودن آن را منوط به تشخیص خود نمایندگان و تلقی آنها از آن ضابطه می‌داند و مانند نظر شماره ۸۶/۳۰/۲۴۸۷۴ مورخ ۱۳۸۶/۱۱/۶^(۶۱) اظهار می‌کند که اگر منظور از ضوابط مذکور موازین قانونی است خلاف اصل (۸۵) است چرا که به غیر نمایندگان سپرده شده است و اگر منظور از آن ضابطه موارد آیین‌نامه‌ای است سپردن آن به گروهی که عضو غیر وزیر هم دارد خلاف اصل (۱۳۸) قانون اساسی است.

نتیجه‌گیری

برای تمیز تقنین از اجرا و محدوده هر یک از آنها در نظرات شورای نگهبان و پس از فقدان نظرات تفسیری کافی در این خصوص لاجرم نظرات شورای نگهبان در مقام اظهارنظر درخصوص مصوبات مجلس مورد بررسی قرار گرفت و پس از جمع‌بندی و استخراج مناط، معیارهای شورا مبنی بر تشخیص و حدود امر تقنینی و اجرایی مرتبط با هر اصل قانون اساسی ذیل دو بخش امور تقنینی و امور اجرایی، مطرح گردید. در پایان هر بخش موارد خلاف رویه شورا و متناقض با معیارهای مستخرج ذکر گردید.

آنچه که اکنون به عنوان جمع‌بندی باید ارائه گردد در حقیقت پیش از این به صورت خُردتر در پایان بررسی هر یک از بخش‌های امور تقنینی و اجرایی به عنوان برآیند ارائه شده

است، اما آنچه که باید اضافه نمود آن است که طبق این تحقیق، شورای نگهبان در خصوص برشمردن مصادیق تقنینی و اجرایی سعی بر آن داشته است که حتی الامکان از یک الگوی واحد پیروی کند و تا حدود زیادی نیز در این مهم موفق بوده است، چنانکه این نوشتار به ذکر این الگوها و تعداد زیاد نظراتی که وجود یک الگو را در برداشت از هر اصل ثابت می‌کرد، پرداخت. لیکن همانگونه که در موارد متناقض ذکر شد، موارد متعارضی نیز وجود دارد که از استحکام این ادعا که از نظرات شورای نگهبان می‌توان یک الگوی جامع و مانع جهت تمیز تقنین از اجرا استخراج کرد را می‌کاهد. اما نباید چند نکته را از نظر دور داشت:

نخست آن‌که: موارد تناقض برشمرده شده نسبت به موارد متکی بر یک سیر واحد و منطقی دارای فراوانی بسیار کم‌تری است، بنابراین از ارزش کار علمی انجام شده نمی‌کاهد.

دیگر آن‌که: بررسی انجام شده در مورد نظرات شورای نگهبان در یک بازه زمانی حدوداً ۳۲ ساله صورت گرفته است و در این مدت نه چندان اندک، موارد زیادی می‌تواند بر تغییر نظرات شورای نگهبان مؤثر افتاده باشد که از آن جمله می‌توان به تغییر اعضای شورای نگهبان به مرور زمان و حتی تکامل و تغییر فهم اعضای شورا از اصول قانون اساسی، اشاره کرد.

سوم آن‌که: پویایی یک نظام حقوقی به انعطاف و همراهی موازین آن نظام با شرایط اجتماعی نیز بستگی دارد تا اینکه در برداشت نظر از اصولی که تاب تفاسیر و برداشت‌های متفاوتی دارند به عنوان پلی جهت عبور کم هزینه از دوران گذار به کار آیند.

و آخر آن‌که: موارد پیش گفته علی‌رغم داشتن سهمی از واقعیت نباید مانع از طرح لزوم امعان دقت نظر بیشتر شورای نگهبان بر پیروی از یک سبک واحد در برداشت از اصول قانون اساسی به ویژه در حیطه تمیز تقنین از اجرا گردد.

یادداشت‌ها

- ۱- «... ماده ۴ نیز مغایر با قانون اساسی است زیرا تعیین ناظر دائمی در وزارتخانه‌ها و سازمان‌های دولتی از طرف مجلس شورای اسلامی نوعی دخالت قوه مقننه در قوه مجریه است و این احراز مصادیق اصل (۷۶) نمی‌باشد».
- ۲- «موظف نمودن وزیر به شرکت در کمیسیون تخصصی در بند ۲ ماده واحده مغایر اصول ۵۷، ۷۰ و ۸۸ بوده فلذا مغایر قانون اساسی شناخته شد».
- ۳- «در بندهای ۱، ۳، ۵، ۶، ۹، ۱۱ و ۱۷ ماده ۶ چون وظایف بندهای ۱، ۶، ۲۴ و ۲۵ شورای عالی انقلاب فرهنگی را به شورای عالی آموزش و پرورش داده است، لذا مغایر با اختیارات ولایت مطلقه فقیه مصرح در اصل ۵۷ قانون اساسی و نیز مغایر با موازین شرع شناخته شد...»
- ۹- اطلاق ماده ۱۶ چون شامل مصوبات شورای انقلاب فرهنگی و مجمع تشخیص مصلحت نظام می‌شود لذا مغایر اصل ۵۷ و ۱۱۲ قانون اساسی شناخته شد». همچنین است نظریات شماره شماره ۸۰/۲۱/۲۸۷۸ مورخ ۱۳۸۰/۱۰/۲ و ۱۳۸۰/۱۲/۸ ق مورخ ۱۳۸۰/۱۲/۸ و ...
- ۴- «۵- اطلاع عدم معافیت مالیاتی مستفاد از مواد (۱ و ۶۴) و تبصره‌های آنها نسبت به مواردی که حضرت امام(ره) یا مقام معظم رهبری (مدظله‌العالی) نظر به معافیت داده‌اند، نظیر آستان قدس رضوی، خلاف شرع و مغایر اصل ۵۷ قانون اساسی است» همچنین است نظریات شماره ۸۰/۲۱/۲۸۷۸ مورخ ۱۳۸۰/۱۰/۲ و شماره ۱۳۸۷- ق مورخ ۱۳۸۰/۱۲/۸ و ...
- ۵- «در ماده ۱۹۲ الزام وزیر و رئیس جمهور به جواب دادن به تذکر نمایندگان، خلاف اصل ۵۷ قانون اساسی است».
- ۶- «۱- نظر به اینکه به موجب اصل ۷۱ قانون اساسی، (مجلس شورای اسلامی در حدود مقرر در قانون اساسی می‌تواند قانون وضع نماید) و طبق اصل ۶۰ (اعمال قوه مجریه جز در اموری که مستقیماً به عهده رهبری گذارده شده از طریق رئیس جمهور و نخست وزیر و وزرا است) قانون‌گذاری مجلس شورای اسلامی در رابطه با نماینده مقام رهبری در وزارت اطلاعات، خارج از حدود مصرح در قانون اساسی است بنابراین ماده ۲ با اصول ۶۰ و ۷۱ قانون اساسی مغایر است».
- ۷- ر.ک به شماره ۸.
- ۸- «... این اصطلاحات و عناوین اگر احتیاج به تعریف دارد چنانکه در طرح فرض شده است باید قبلاً مانند مصوبه معادن در طرح، مذکور و کل طرح با توجه به آن تعاریف به تصویب برسد و اگر احتیاج به تعریف ندارد پس واگذاری آن به آیین‌نامه مفهومی و واگذاری اختیار کوتاه کردن یا گسترش دادن موضوع حکم و مفهوم مشخص این اطلاعات و عناوین به هیأت وزیران است و چون مآلاً قانون‌گذاری است، با اصل ۸۵ قانون اساسی مغایرت دارد...». همچنین است نظریات شماره ۷۶/۲۱/۲۰۵۸ مورخ ۱۳۷۶/۹/۳۰ و شماره ۸۰/۲۱/۲۸۶۵ مورخ ۱۳۸۰/۱۰/۱ و ...
- ۹- «۵- ماده ۱۳ که تعیین ضوابط اجازه تأسیس و توسعه و انتقال مؤسسات پزشکی را در تمام کشور به عهده آیین‌نامه می‌گذارد، به نظر اکثریت اعضای شورای نگهبان مغایر با اصل ۸۵ قانون اساسی است». همچنین است نظریات شماره ۸۸۸۶ مورخ ۱۳۶۲/۳/۲۳ و شماره ۱۰۸۶۷ مورخ ۱۳۶۲/۱۲/۲۹ و ...
- ۱۰- «۳- بند ۲ تبصره ۷۸ که اختیاراتی [نظیر معافیت از پرداخت تمام یا قسمتی از بهای گذرنامه] را به هیأت‌دولت واگذار نموده است که قانون‌گذاری است و در صلاحیت مجلس شورای اسلامی می‌باشد مغایر با

۱۸ ■ قانون‌گذاری و قانون اساسی (۱)

اصل ۸۵ قانون اساسی شناخته شد». همچنین است نظریات شماره ۱۳۷۱ مورخ ۱۳۷۰/۳/۲۸ و شماره ۷۶۸۴ مورخ ۱۳۷۳/۱۲/۲۵ و

۱۱- «بند ب ماده واحده [که اصلاح و تغییرات لازم در تشکیلات و حقوق کادر و ... با موافقت کمیسیون دیوان محاسبات مجلس می‌داند] با اصل ۸۵ قانون اساسی که قانون‌گذاری را از آن مجلس شورای اسلامی می‌داند مغایرت دارد». همچنین است نظریات شماره ۳۳۰۲ مورخ ۱۳۷۱/۳/۱۰ و شماره ۳۳۲۴ مورخ ۱۳۷۱/۳/۱۳ و

۱۲- «۴- چون مواردی که در ماده ۵ و تبصره ۳ مواد ۱۱ و ۱۲ و ۱۳ موکول به اذن حاکم شرع شده است مواردی است که با حقوق افراد و حرمت حیثیات آنها ارتباط دارد و این موارد بطور تفصیل در قانون معلوم نشده است و احاطه آن به مقامات قضایی و اجرایی نوعی قانون‌گذاری است با اصل ۸۵ قانون اساسی مغایرت دارد». همچنین است نظریات شماره ۱۷۹۳- ق مورخ ۱۳۶۴/۹/۲۷ و شماره ۸۴/۳۰/۱۱۷۴۵ مورخ ۱۳۸۴/۲/۱۴ و

۱۳- «۱۹- ماده ۳۲ خلاف موازین شرع است و تبصره آن نیز [که تعیین برخی موارد از جمله کار افتادگی و ... بر عهده دستورالعمل‌های شورای عالی کار گذاشته است] چون نوعی قانون‌گذاری است خلاف اصل ۸۵ قانون اساسی است». همچنین است نظریات شماره ۷۷/۲۱/۲۶۲۸ مورخ ۱۳۷۷/۲/۲ و شماره ۷۸/۲۱/۵۸۷۴ مورخ ۱۳۷۸/۹/۳۰ و

۱۴- «۱- نظر به اینکه در تبصره ماده ۷ حدود صلاحیت علمی و اخلاقی ذکر نشده است مغایر با اصل ۸۵ قانون اساسی است». همچنین است نظریات شماره ۹۸۵۵ مورخ ۱۳۶۵/۵/۱۳ و شماره ۸۰/۲۱/۲۰۰۵ مورخ ۸۰/۵/۲۹ و

۱۵- «۲- ذیل تبصره ۲ که تعیین میزان جریمه را منوط به تصویب هیأت‌وزیران نموده مغایر با اصل ۸۵ قانون اساسی شناخته شد». همچنین است نظریات شماره ۸۶۰ مورخ ۱۳۷۴/۶/۲۹ و شماره ۷۶/۲۱/۲۰۵۸ مورخ ۱۳۷۶/۹/۳۰ و

۱۶- «۱- بخشی از هدف و وظایف مذکور در در موارد ۱، ۳ و ۴ طرح تشکیل شورایی اشتغال از مقوله تقنین است که مربوط به مجلس شورای اسلامی است، بخشی دیگر از آنها نیز یا از وظایف و اختیارات هیأت‌وزیران و یا از جمله وظایف و اختیارات وزیر و وزارت کار و امور اجتماعی است، از این رو تفویض تعیین اهداف و اجرای وظایفی که بر عهده قوه مقننه و هیأت‌وزیران و یا وزیر کار و امور کار و امور اجتماعی است به شورایی مرکب از تعدادی از وزیران و مسئولان غیر وزیر مغایر اصل ۵۸، ۶۰، ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی است». همچنین است نظریات شماره ۸۲/۳۰/۶۲۶۳ مورخ ۱۳۸۲/۱۰/۱۴ و شماره ۸۲/۳۰/۶۴۲۱ مورخ ۱۳۸۲/۱۱/۴ و

۱۷- «با توجه به اینکه آیین‌نامه ایمنی انبارهای کالا مصوب ۱۳۵۲ به تصویب کمیسیون‌های مجلسین سنا و شورای ملی سابق رسیده است و قانون محسوب می‌شود؛ تفویض اختیار اصلاح آن به دولت مغایر اصل ۸۵ قانون اساسی است». همچنین است نظریات شماره ۸۴/۳۰/۱۲۸۰۷ مورخ ۱۳۸۴/۵/۵ و شماره ۸۷/۳۰/۲۹۳۹۶ مورخ ۱۳۸۷/۸/۲۶ و

۱۸- «۲- وضع عوارض موضوع بندی ماده ۴ از آن‌جا که از امور تقنینی است و باید توسط مجلس وضع گردد و در این جا توسط کارگروه ... تعیین می‌شود خلاف اصل ۸۵ قانون اساسی شناخته شد.

۳- برقراری عوارض توسط شوراهای اسلامی خلاف اصل ۸۵ قانون اساسی است». همچنین است نظریه شماره ۸۱/۱۰/۱۸۱۰ مورخ ۱۳۸۱/۸/۱۵.

۱۹- «۱۱- تبصره ۲ ماده (۷۲) که تصویب نحوه رسیدگی و صدور رأی و تهیه آیین‌نامه اجرایی و مالی را بر عهده آیین‌نامه قرار داده است از این جهت مغایر با اصل ۸۵ قانون اساسی شناخته شد». همچنین است نظریات شماره

معیارهای تشخیص و محدوده امور تقنینی و اجرایی در آراء شورای نگهبان ■ ۱۹

- ۱۲۸۱۱/۳۰/۸۴ مورخ ۱۳۸۴/۵/۵ و شماره ۸۵/۳۰/۱۶۲۳۴ مورخ ۱۳۸۵/۴/۲۵ و
- ۲۰- «۱- تبصره (۱) ماده واحده از این جهت که تفکیک امور تصدی و حاکمیتی را به هیأت وزیران محول نموده و این امر از شئون قانون گذاری است لذا مغایر با اصل ۸۵ قانون اساسی است».
- ۲۱- «۲- اطلاق بند ۲ ماده ۴ [که در مورد تأیید بودجه توسط شورای عالی است]، مغایر اصل ۸۵ قانون اساسی شناخته شد».
- ۲۲- «۳- تعیین ضوابط کلی به نحو مذکور در بند ه ماده ۱۵ و همچنین تصویب تعاریف و اصطلاحات استانداردهای موضوع بند س ماده ۱۶ بر عهده شورای عالی رفاه و تأمین اجتماعی گذاشته شده است و واگذاری این امور به غیر هیأت وزیران مغایر اصل ۱۳۸ قانون اساسی شناخته شد».
- ۲۳- «۸- بند ز ماده ۸ چون تعیین خط مشی بر عهده آن گروه است خلاف اصل ۶۰ و ۱۳۸ و موارد دیگری که شورا مستقل عمل می کند خلاف اصل ۶۰ قانون اساسی است».
- ۲۴- «۲- تشکیل شورای عالی با کیفیت مذکور در ماده ۵ و وظایف مذکور در ماده ۶ که متشکل از عضو غیر وزیر است و وظیفه تهیه آیین نامه را بر عهده دارد خلاف اصل ۶۰ و ۱۳۸ قانون اساسی است».
- ۲۵- «الف) ماده ۱ با توجه به شرح وظایفی که برای شورای عالی تعیین شده است [از جمله تهیه خط مشی] خلاف اصل ۱۳۸ قانون اساسی است».
- ۲۶- «۱- اطلاق عبارت تصویب مقررات آموزش و پرورش در صدر ماده (۱) و عبارت سایر امور در ذیل این ماده در مواردی که قانونی وجود نداشته باشد به نحوی تقنین است. لذا مغایر اصل ۸۵ قانون شناخته شد».
- ۲۷- ر.ک به شماره ۲۶.
- ۲۸- «۲- تبصره (۱) ماده (۲) مقصود از ضوابط مذکور در این ماده چنانچه قانون گذاری باشد مغایر اصل ۸۵ قانون اساسی است و اگر آیین نامه باشد مغایر اصل ۱۳۸ قانون اساسی است».
- ۲۹- «وزارتخانه ها و سازمانهای مستقل که تحت نظر معاون رئیس جمهور اداره می شوند، در صورت ضرورت با تأیید سازمان و تصویب هیأت وزیران می توانند حسب وظایف قانونی خود در برخی از سطوح تقسیمات کشوری واحد سازمانی داشته باشند. در این صورت کلیه واحدهای وابسته به یک وزارتخانه و مؤسسات مستقل وابسته به رئیس جمهور در هر یک از سطوح تقسیمات کشوری در یک واحد سازمانی ادغام و تحت مدیریت واحد قرار می گیرند. موارد استثناء از حکم اخیر این ماده با تأیید سازمان به تصویب هیأت وزیران می رسد».
- ۳۰- «تبصره (۴) الحاقی به ماده (۱۴) قانون تعاریف و ضوابط تقسیمات کشوری به شرح زیر اصلاح می شود: تبصره ۴- سایر موارد مستثنی از شمول این ماده بنا به پیشنهاد مشترک دستگاه ذیربط و وزارت کشور و تصویب هیأت وزیران مجاز خواهد بود».
- ۳۱- «۲- تعیین وظیفه دبیرخانه شورا، پشتیبانی علمی، پژوهشی و خدماتی متناسب با وظایف و مسئولیت های شورا، نظارت بر حسن اجرای مصوبات و توسعه ارتباطات با مجریان و مردم و سایر امور ذیل ماده (۱) به آیین نامه داخلی واگذار شده است این موارد شامل اموری می گردد که به حقوق مردم مربوط است، از مصادیق آیین نامه موضوع اصل یکصد و سی و هشتم قانون اساسی می باشد. لذا تصویب آیین نامه مذکور توسط شورای عالی آموزش و پرورش مغایر این اصل شناخته شد».
- ۳۲- «ماده ۲، تبصره ۱: آیین نامه تعیین انواع تخلفات و جرایم مربوط به سیر و حرکت ناوگان در شبکه حمل و نقل ریلی و نحوه رسیدگی به آنها توسط هیأت مدیره راه آهن تهیه و به تصویب هیأت وزیران خواهد رسید»
- ۳۳- «۱- آن قسمت از بند یک ماده واحده که تعیین رئیس کل بانک مرکزی و قائم مقام او را مقید به تأیید

۲۰ ■ قانون‌گذاری و قانون اساسی (۱)

صلاحیت آنها به وسیله مجلس شورای اسلامی می‌نماید، چون نوعی دخالت قوه مقننه در قوه مجریه می‌باشد، با اصل ۵۷ قانون اساسی مغایر است». همچنین است نظریات شماره ۴۰۴۸ مورخ ۱۳۷۱/۱۰/۱۴ و شماره ۸۹/۳۰/۴۰۹۶ مورخ ۱۳۸۹/۱۰/۶ و

۳۴-۱- بند ب تبصره ۹ و نیز تبصره ۲۳ که مصرف اعتبار مصوب را با نظارت نمایندگان حوزه انتخابیه مربوطه قرار داده و نیز قسمت اخیر تبصره ۶۳ مغایر با قسمت اخیر اصل ۵۷ قانون اساسی شناخته شد.

۳۵- «اگرچه مجلس شورای اسلامی حق تحقیق و تفحص در تمام امور کشور را دارد ولی از لحاظ اینکه هیأت مذکور در بند ۲ وظایف اجرایی دارد و به موجب این بند جلسات هیأت بدون حضور ناظر مجلس شورای اسلامی رسمیت ندارد، با استقلال قوه مجریه که مطرح در اصل ۵۷ قانون اساسی است مغایرت دارد». همچنین است نظریات شماره ۴۱۹۳ مورخ ۱۳۷۱/۱۱/۱۲ و شماره ۶۰۰۷ مورخ ۱۳۷۲/۱۲/۱۹ و

۳۶-۱- در تبصره یک ماده ۱ اصلاحی و تبصره ۳ ماده ۱۰ الحاقی و تبصره ۶ ماده ۱۹ الحاقی که تهیه و تأیید آیین‌نامه موکول به همکاری کمیسیون بهداری و بهزیستی مجلس شورای اسلامی شده مغایر با اصل ۵۷ و اصل ۱۳۸ قانون اساسی می‌باشد.

۳۷- «۱۳- ردیف ۲ در بند ب تبصره ۲۵ در خصوص الزام دولت به تقدیم لایحه مغایر اصول ۵۷ و ۷۴ قانون اساسی است». همچنین است نظریه شماره ۷۸/۲۱/۵۸۷۴ مورخ ۱۳۷۸/۹/۳۰ شورای نگهبان.

۳۸- «۶- ماده ۷۰ [که نظر هیأت مرکزی نظارت مجلس بر انتخابات شوراها را در مورد ابطال یا توقیف انتخابات قطعی و لازم‌الاجرا دانسته است] مغایر اصول ۵۷ و ۷۵ قانون اساسی است». همچنین است نظریه شماره ۸۰/۲۱/۲۶۵۸ مورخ ۱۳۸۰/۸/۲۹.

۳۹- «نظر به اینکه تعیین این‌گونه موارد از امور اجرایی است و با توجه به اصل ۵۷ قانون اساسی که مبین استقلال قوا است، مغایر این اصل و در این خصوص نیز مغایر اصل ۶۰ قانون اساسی تشخیص داده شد».

۴۰- «۸- تفویض تدوین آیین‌نامه مندرج در تبصره ماده (۱۹) در خصوص دستگاه‌های زیر نظر مقام معظم رهبری و نیز مجمع تشخیص مصلحت نظام، شورای نگهبان و مجلس خبرگان رهبری و همچنین قوای مقننه و قضائیه، مغایر اصول مربوط به این دستگاه‌ها و نیز اصول ۵۷ و ۱۱۰ قانون اساسی شناخته شد».

۴۱- «۲- ماده ۱۰ چون مربوط به وظایف اجرایی است که دولت عهده‌دار آن است و باید مستقیماً به وسیله دولت انجام بگیرد، از این جهت مشارکت سپاه را در امور مذکوره به درخواست دولت و مسئولین مربوطه قرار نداده است با اصل ۶۰ و ۱۵۰ نیز مغایر می‌باشد».

۴۲- «... همچنین بند ۳ و ۱۱ ماده مذکور (عضویت دادستان کل کشور و دادستان انقلاب) و بند ۵ و ۹ ماده ۶ (عضویت دادستان انقلاب اسلامی استان و دادستان استان) و بند ۵ و ۶ ماده ۷ (عضویت دادستان انقلاب اسلامی شهرستان و دادستان عمومی شهرستان) و بند ۴ ماده ۸ (عضویت دادستان دادگاه بخش) با اصل ۶۰ قانون اساسی مغایرت دارد»

۴۳- «۶- تشکیل شورای عالی مصرف در تبصره ۱۸ که دو عضو از نمایندگان مجلس دارد مغایر اصول ۶۰ و ۱۳۸ قانون اساسی شناخته شد». همچنین است نظریات شماره ۷۷/۲۱/۲۸۵۴ مورخ ۱۳۷۷/۳/۱۰ و شماره ۷۸/۲۱/۵۸۷۴ مورخ ۱۳۷۸/۹/۳۰ و

۴۴- «۵- در ماده ۹ الزام وزیر یا رئیس دستگاه به تعلیق و نیز (در غیر این صورت رئیس سازمان شخصاً نسبت به تعلیق اقدام می‌نماید) مغایر اصل ۶۰ قانون اساسی شناخته شد». همچنین است نظریه شماره ۸۶/۳۰/۲۵۱۰۶ مورخ ۱۳۸۶/۱۱/۲۴.

۲۱ ■ معیارهای تشخیص و محدوده امور تقنینی و اجرایی در آراء شورای نگهبان

۴۵-۲- ماده (۵) با توجه به تبصره (۱) آن از این نظر که تصمیم‌گیری در امور اجرایی را به شورایی محول نموده که غیر از قوه مجریه در آن عضویت دارند، مغایر اصول ۵۷ و ۶۰ قانون اساسی شناخته شد. همچنین است نظریات شماره ۸۴/۳۰/۱۳۷۴۳ مورخ ۱۳۸۴/۸/۱۹ و شماره ۸۵/۳۰/۱۸۲۲۸ مورخ ۱۳۸۵/۸/۷ و

۴۶- رک به شماره ۴۴.

۴۷-۶- در ماده ۱۹ اطلاق سیاست‌گذاری مغایر اصل ۸۵ قانون اساسی شناخته شد، علاوه بر این اختیارات محوله در این ماده به شورای مذکور [از جمله حل اختلاف و ایجاد وحدت رویه و ارشاد و...] خلاف اصل ۶۰ قانون اساسی است. همچنین است نظریات شماره ۸۶/۳۰/۲۳۱۰۷ مورخ ۱۳۸۶/۸/۱۶ و شماره ۹۰/۳۰/۴۵۱۹۵ مورخ ۱۳۹۰/۲/۲۱.

۴۸-د: شمول دستگاه‌های حکومتی، در مورد خبرگان رهبری و شورای نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت نظام و مجلس شورای اسلامی و قوه قضائیه و هر مقام و دستگاه دیگری که قانون اساسی به آنها اختیار یا وظیفه‌ای داده است نسبت به تشخیص، برداشت، نوع و کیفیت اعمال این اختیار و مسئولیت خلاف اصول مربوط قانون اساسی من جمله ۷۱، ۷۳، ۸۵، ۹۴، ۹۶، ۹۸، ۹۹، ۱۰۷، ۱۰۸، ۱۰۹، ۱۱۲، ۱۵۶ شناخته شد...»

۴۹- «... ضمناً اصل ۱۱۳ نیز مربوط به جایی است که اصلی از اصول قانون اساسی یا به کلی اجراء نشده باشد یا متوقف شده باشد در اینجا وظیفه ریاست جمهور است که از مقامات مسئول بخواهد آن اصل را اعمال کنند و آن هم به مسائلی از قبیل انتخابات مربوط نمی‌باشد»

۵۰- «علاوه بر اینکه مستفاد از اصل ۱۱۳ قانون اساسی این نیست که رئیس محترم جمهوری بتواند در مصادیق و جزئیات وظایف و اختیارات مسئولین مختلف نظام دخالت کند و...»

۵۱-۱-۳- چون ظاهر ماده ۱، استقلال هیأت مذکور در مقام عمل است، لذا اصل تشکیل چنین هیأتی خلاف اصل ۱۱۳ شناخته شد.»

۵۲-۱- «مستفاد از اصول متعدد قانون اساسی آن است که مقصود از مسئولیت اجراء در اصل ۱۱۳ قانون اساسی، امری غیر از نظارت بر اجرای قانون اساسی است.»

۵۳- «مسئولیت رئیس‌جمهور در اصل ۱۱۳ شامل مواردی نمی‌شود که قانون اساسی تشخیص، برداشت، نوع و کیفیت اعمال اختیارات و وظایفی را به عهده مجلس خبرگان رهبری، شورای نگهبان، مجمع تشخیص مصلحت نظام، مجلس شورای اسلامی، قوه قضائیه و هر مقام و دستگاه دیگری که قانون اساسی به آنها اختیار یا وظیفه‌ای محول نموده است.»

۵۴- «بند ۲ در رابطه با اصلاح ماده ۵ از این جهت که رئیس سازمان را الزاماً معاون رئیس جمهور دانسته است خلاف اصل ۱۲۴ قانون اساسی شناخته شد.» همچنین است نظریه شماره ۰۱۶۱.

۵۵- «در ماده ۲ چون مفهوم بند ۳ و ۵، تصویب‌نامه است و به موجب اصل ۱۳۸ قانون اساسی تصویب آن در مثل این مورد با هیأت وزیران است مغایر با قانون اساسی شناخته شد.»

۵۶- «در تبصره یک ماده ۱ اصلاحی و تبصره ۳ ماده ۱۰ الحاقی و تبصره ۶ ماده ۱۹ الحاقی که تهیه و تأیید آیین‌نامه موکول به همکاری کمیسیون بهداری و بهزیستی مجلس شورای اسلامی شده مغایر با اصل ۵۷ و اصل ۱۳۸ قانون اساسی است.» همچنین است نظریات شماره ۹۸۵۵ مورخ ۱۳۶۶/۹/۱۹ و شماره ۱۹۶ مورخ ۱۳۶۸/۲/۱۳ و

۵۷- «ارجاع تصویب آیین‌نامه به کمیسیون یا کمیسیونهای مجلس خلاف اصل ۱۳۸ قانون اساسی است.»

۵۸-۳- محدود کردن رئیس جمهور به انتخاب مدیرعامل از میان اعضای هیأت‌مدیره در ماده ۸ خلاف اصل ۱۳۸

۲۲ ■ قانون‌گذاری و قانون اساسی (۱)

قانون اساسی است». همچنین است نظریه شماره ۷۵/۲۱/۰۲۸۵ مورخ ۱۳۷۵/۱/۲۸.

۵۹- «تشکیل شورای عالی مصرف در تبصره ۱۸ [که دو عضو از نمایندگان مجلس دارد] مغایر اصول ۶۰ و ۱۳۸ قانون اساسی شناخته شد». همچنین است نظریات شماره ۵۳۰۳ مورخ ۱۳۷۲/۷/۷ و شماره ۷۶۸۴ مورخ ۱۳۷۳/۱۲/۲۵ و ...

۶۰- «۴- تعلیق تشخیص نیاز به آیین‌نامه اجرایی به غیر از مجلس شورای اسلامی مغایر اصل ۱۳۸ قانون اساسی است».

۶۱- ر.ک به شماره ۳۲.

منابع و مأخذ

مرکز تحقیقات شورای نگهبان (۱۳۸۹)، مجموعه نظریات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی دوره دوم (خرداد ۱۳۶۳ تا خرداد ۱۳۶۷)، تهران: معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات معاونت حقوقی ریاست جمهوری.

مرکز تحقیقات شورای نگهبان (۱۳۸۵)، مجموعه نظریات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی دوره سوم (خرداد ۱۳۶۷ تا خرداد ۱۳۷۱)، تهران: نشر دادگستر.

مرکز تحقیقات شورای نگهبان (۱۳۸۵)، مجموعه نظریات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی دوره چهارم (خرداد ۱۳۷۱ تا خرداد ۱۳۷۵)، تهران: نشر دادگستر.

مرکز تحقیقات شورای نگهبان (۱۳۸۵)، مجموعه نظریات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی دوره پنجم (خرداد ۱۳۷۵ تا خرداد ۱۳۷۹)، تهران: نشر دادگستر.

مرکز تحقیقات شورای نگهبان (۱۳۹۱)، مجموعه نظریات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی دوره ششم (خرداد ۱۳۷۹ تا خرداد ۱۳۸۳)، تهران: معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات معاونت حقوقی ریاست جمهوری.

مرکز تحقیقات شورای نگهبان (۱۳۹۱)، مجموعه نظریات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی دوره هفتم (خرداد ۱۳۸۳ تا خرداد ۱۳۸۷)، تهران: معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات معاونت حقوقی ریاست جمهوری.

مرکز تحقیقات شورای نگهبان، (زیرچاپ)، مجموعه نظریات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی دوره هشتم (خرداد ۱۳۸۷ تا خرداد ۱۳۹۱)، تهران: معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات معاونت حقوقی ریاست جمهوری.

مرکز تحقیقات شورای نگهبان (۱۳۸۹)، مجموعه نظریات شورای نگهبان (تفسیری، مشورتی در خصوص اصول قانون اساسی به انضمام استفساریه‌ها و تذکرات) (۱۳۵۹-۱۳۸۸)، تهران، معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات معاونت حقوقی ریاست جمهوری.

قاضی، سید ابوالفضل (۱۳۸۳) حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، تهران: نشر میزان.

مهرپور، حسین (۱۳۸۷)، مجموعه نظریات شورای نگهبان، تهران: نشر دادگستر، دوره اول، جلد اول.

هاشمی، سید محمد (۱۳۹۰)، حقوق اساسی و ساختارهای سیاسی، تهران: نشر میزان.

منطقه الفراغ به مثابه نظریه قانونگذاری

حسین امینی پزوه*، محسن اسماعیلی**

چکیده

مباحث مربوط به موضوع قانونگذاری از مباحثی است که مطالعه آن اخیراً از حوزه علوم سیاسی به گستره موضوعات حقوق عمومی منتقل شده است. در این بین در تراث فقهی امامیه به صورت پراکنده مباحث بسیاری در این زمینه مطرح شده که استخراج و بهره‌گیری از آنها در حل مسائل حقوق اساسی در نظام جمهوری اسلامی به عنوان نظامی دینی لازم است. از مهم‌ترین آنها، مباحث شهید سید محمدباقر صدر با نام منطقه الفراغ است. هدف مقاله پیش‌رو بررسی دیدگاه‌های ایشان در حوزه قانونگذاری در قالب نظریه‌ای منسجم است تا بتواند متناظری برای نظریه‌های قانونگذاری (theory of legislation) در نظام‌های سیاسی سکولار باشد. در همین راستا تلاش شده است که این نظرها با تمرکز بیشتر بر احکام صادرشده در منطقه الفراغ که بیشترین مشابهت را با مفهوم قانونگذاری در حقوق عمومی مدرن دارد، در قالب نظریه‌ای منسجم بیان شود.

کلیدواژه‌ها: فلسفه قانونگذاری، نظریه قانونگذاری، منطقه الفراغ، سید محمدباقر صدر، مبانی کلامی منطقه الفراغ، ادله منطقه الفراغ، قلمرو منطقه الفراغ، ماهیت احکام منطقه الفراغ، ضوابط احکام منطقه الفراغ.

مقدمه

فقه‌های امامیه در طول تاریخ به بسیاری از مسائل و مشکلات زمان خویش پاسخ گفته و مجموعه‌ای بی‌نظیر از آرا و نظرهای فقهی و حقوقی پدید آورده‌اند، با این حال امروزه مشاهده می‌شود که این نظرها کمتر در سطح کلان استفاده می‌شود. به نظر می‌رسد یکی از راهکارهای مهم برای عملیاتی کردن این آرا بیان منسجم آنها در قالب نظریه است تا انواع مسائل به وجود آمده در حوزه عمل به آنها ارجاع داده شده و حل شود. سید محمدباقر صدر از کسانی است که به این مهم توجه داشته و معتقد است در دوره کنونی به دلیل مواجه شدن با نظریه‌های غربی، فهم اجمالی از اسلام کافی نیست، بلکه باید به استخراج نظریه از نصوص مبادرت کرد (صدر، ۱۴۲۱ق: ۴۲). او نظریه را در سطحی فراتر از مجموعه احکام و فروتر از مکتب دیده است (صدر، ۱۴۲۹ق: ۱۴۸). تأکید او بر ارائه نظریه به حدی است که بسیاری فقه او را «فقه‌النظریه» نامیده و به مطالعه روش‌شناسی فقهی او از این منظر همت گمارده‌اند (زین‌العابدین، ۱۴۱۵ق: ۶۸؛ غفوری، ۱۴۲۱ق: ۱۳۶؛ بری، ۱۴۲۲: ۱۹ و ۱۴۲۱ق: ۱۷۱).

از جمله مسائل مهم در نظام جمهوری اسلامی موضوع قانونگذاری است که به سبب ابتدای این نظام بر اندیشه اسلامی اهمیت شایان توجهی دارد. در این زمینه مسائل بسیاری مطرح است که حل آنها در چارچوب حقوق اساسی و از خاستگاه دینی به‌ویژه با نگاه فقهی لازم است. مطالعات در این موضوع در غرب با عنوان نظریه قانونگذاری^(۱) و اخیراً فلسفه قانونگذاری^(۲) به عنوان شاخه‌ای از نظریه حقوقی^(۳) مطرح شده است. برخی نظریه قانونگذاری را مترادف با فلسفه قانونگذاری دانسته‌اند که مرتبط با امر قانونگذاری است و از نمای نظری و عملی به آن می‌پردازد (Wintgens, ۲۰۰۲: ۱۰). اما بعضی دیگر نظریه قانونگذاری را تنها به عنوان یکی از موضوعات مطرح در ذیل فلسفه قانونگذاری و در کنار مباحثی چون روش‌شناسی قانونگذاری، روش قانونگذاری، فرایند تهیه پیش‌نویس برای قانون، ارتباطات قانونگذاری، آیین قانونگذاری، مدیریت فرایندهای قانونگذاری و جامعه‌شناسی قانونگذاری مطرح کرده‌اند (Mader, ۲۰۰۱: ۱۷).

بنابر مقدمات یادشده وجود نظریه‌ای در زمینه قانونگذاری مبتنی بر اندیشه اسلامی اهمیت زیادی دارد. از مهم‌ترین مباحث فقهی در این زمینه مباحث شهید صدر با عنوان منطقه‌الفراغ است. به اجمال می‌توان گفت که از نظر او در اسلام حوزه‌ای به نام منطقه‌الفراغ وجود دارد که خالی از حکم الزامی واجب و حرام از سوی شارع است و در عوض، این امکان به ولی فقیه به عنوان حاکم جامعه داده شده است تا حکم الزامی در آن صادر کند.

هرچند مطالب او در این زمینه به تمامی مسائل مطرح در ذیل عنوان نظریه قانونگذاری در

غرب پاسخ نمی‌دهد یا در مواردی به پرسش‌هایی پاسخ می‌دهد که تنها در فضای دینی قابل طرح است، می‌توان آن را متناظری برای نظریه‌های قانونگذاری در غرب به‌خصوص از حیث نظری دانست.

مسئله مقاله حاضر بیان دیدگاه‌های شهید صدر در موضوع قانونگذاری در قالب نظریه قانونگذاری است تا متناظری برای نظریه قانونگذاری در نظریه حقوقی و حقوق عمومی مدرن باشد. این نظرها بیشتر حول احکام منطقه الفراغ خواهد بود، چراکه احکام این حوزه که مستقیماً از سوی حکومت و قدرت سیاسی مشروع صادر می‌شوند، بیشترین نسبت و مشابهت را با مفهوم قانونگذاری مدرن دارد.^(۴) اثبات این ادعا نیازمند اثبات دو مطلب است؛ از یک سو باید نظریه بودن آن و از سوی دیگر ناظر بودن آن را بر موضوع قانونگذاری ثابت کرد. اثبات ادعای اول از راه بیان جامع و منسجم گزاره‌های پراکنده او در این زمینه و بررسی آن از ابعاد مختلف ممکن خواهد بود، ولی لازمه اثبات ادعای دوم بیان تعریفی دقیق از مفهوم قانون و به تبع قانونگذاری در فقه است. در این مقاله تنها به دنبال اثبات فرضیه اول هستیم و فی‌الجمله آن را ناظر بر قانونگذاری در نظر می‌گیریم، زیرا از مطالب این مقاله می‌توان به درکی اجمالی از مفهوم قانون و قانونگذاری از منظر فقهی هم دست یافت.

اهمیت این مسئله را اولاً باید به‌طور کلی در لزوم استخراج نظریه‌های علمی از میراث بومی - که پیش از این بدان اشاره شد- دانست؛ در وهله دوم باید آن را در موضوع این پژوهش یعنی قانونگذاری جست‌وجو کرد؛ چراکه چنین نظریه‌ای آثار فراوان عملی در نظام حقوق اساسی ما خواهد داشت. در سطح سوم باید اهمیت آن را در ویژگی‌های شخصیتی سید محمدباقر صدر جست‌وجو کرد. شخصیت علمی او به‌عنوان مرجع دینی، دارای اصالت فقهی و آگاه به علوم روز در آثار او قابل مشاهده است. بعد سیاسی شخصیت او هم حائز اهمیت است و می‌توان آن را در فعالیت‌های حزبی، علاقه و حمایت او از امام خمینی(ره) و انقلاب اسلامی ایران و نیز مبارزه و شهادت او در عراق یافت. به‌خصوص تأثیر اندیشه‌های او بر محتوای قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (فضلی، ۱۴۲۱ق: ۳۳۸؛ ملاط، ۱۹۹۸م: ۱۳۲) نیز از مسائل مهمی است که اهمیت مطالعه و بررسی اندیشه‌های مرتبط با حقوق عمومی او را نشان می‌دهد. در نهایت اینکه بیان نظرهای او در قالب یک نظریه می‌تواند مبنایی برای توسعه این نظریه و رفع نواقص و ایرادات احتمالی آن باشد.

به هر حال پرسش مقاله حاضر آن است که نظرهای سید محمدباقر صدر در زمینه قانونگذاری چیست و آیا می‌توان آن را در قالب یک نظریه بیان کرد یا خیر. در این مقاله تلاش می‌شود در راستای پاسخگویی به این پرسش اولاً نگاهی جامع به آثار او و شاگردانش و

بعضی دیگر از صاحب‌نظران داشته باشیم، ثانیاً به سبب عدم به وجود آمدن خلط بین حوزه‌های مختلف، صبغه کلامی، اصولی و فقهی مقاله حفظ شده و با مسائل حقوقی خلط نشود، ثالثاً این مطالب به نحوی با زبان ساده و به صورت منسجم بیان شود که بتواند مبنایی برای حل مسائل حقوق عمومی کشور به خصوص در حوزه مسائل قانونگذاری در پژوهش‌های آینده قرار گیرد. بنابراین برای رسیدن به این هدف، به ترتیب مبانی کلامی منطقه الفراغ، ادله دال بر وجود چنین حوزه‌ای در اسلام، قلمرو احکام این حوزه، مقام صالح برای صدور احکام منطقه الفراغ، ماهیت این احکام و در نهایت ضوابط احکام این حوزه بررسی می‌شود تا از مجموع این مباحث امکان اطلاق نظریه قانونگذاری بر مباحث منطقه الفراغ اثبات شود.

۱. مبانی کلامی منطقه الفراغ

بحث منطقه الفراغ اصالتاً بحثی مرتبط با حوزه عمل بوده و در نتیجه دارای صبغه فقهی است؛ با این حال مباحث فقهی خالی از مبانی مؤثر بعید و قریب کلامی نیست. گذشته از مبانی کلامی بعیدی چون حجیت ادله و مانند آن، مبانی قریب این نظریه را می‌توان در دو مورد خلاصه کرد: یکی خاتمیت و ابدیت شریعت و دیگری جامعیت آن. مبنای کلامی اول را می‌توان مبنایی ایجابی دانست، به این معنا که به فهم بهتر این مباحث و کارکرد آن در حوزه شریعت کمک می‌کند و مبنای دوم را مبنایی سلبی، چراکه مانع برخی بدفهمی‌ها و سوء برداشت‌ها از این مباحث خواهد شد.

۱-۱. خاتمیت و ابدیت شریعت

برخی از شاگردان سید محمدباقر صدر، از جمله مهم‌ترین ریشه‌های بحث منطقه الفراغ را خاتمیت و ابدیت شریعت دانسته‌اند (حائری، ۱۴۱۷ق: ۱۱۷). شهید صدر به صورت مفصل علل تجدید حضور انبیا را بیان کرده و آن عوامل را در زمان پیامبر (ص) غیرموجود دانسته است (صدر، ۱۴۳۲ق: ۹۲-۸۶). خاتمیت و ابدیت شریعت رسول اکرم (ص) ایجاب می‌کند که این شریعت در درون سازوکارهایی داشته باشد تا بتواند خود را با شرایط و دگرگونی‌های ضروری در طول زمان وفق دهد. از جمله این سازوکارها، اختیارات حاکم اسلامی در حوزه منطقه الفراغ است. بر این مبنا حاکم اختیار دارد که در شرایط متغیر، تصمیمات متغیری در این حوزه اتخاذ کند و به جاودانگی اسلام تحقق عملی بخشد. از این رو او منطقه الفراغ را عنصری متحرک در مبادی تشریعی اسلام دانسته است که موجب تداوم صورت اسلام و عموم و فراگیری آن در همه عصرها می‌شود (صدر، ۱۴۲۴ق: ۸۰۰).

۲-۱. جامعیت شریعت

بسیاری از انتقادهای و مخالفت‌ها با بحث منطقه الفراغ به مغایر دانستن آن با قاعده جامعیت

شریعت برمی‌گردد؛ بدین معنا که اعتقاد به وجود چنین حوزه‌ای در شریعت به معنای وجود نقصان در آن خواهد بود. از منظر برخی، منطقه الفراغ چنین فهم شده که قلمروی است بدون حکم که اختیار تصمیم‌گیری و تعیین تکلیف برای آن به کلی به ولی امر سپرده شده است. در این قسمت با ارائه مستنداتی از آثار شهید صدر به‌خصوص مباحث اصولی او، نشان داده خواهد شد که بین منطقه الفراغ و جامعیت شریعت تعارضی وجود ندارد، بلکه جامعیت شریعت جزء مبانی کلامی بحث منطقه الفراغ است.

در اصول فقه، جامعیت تنها در حوزه احکام و نه سایر جوانب دین بررسی شده است. اصولیون این بحث را اغلب تحت عنوان قاعده «نفی خلو الوقایع عن الحكم» مطرح کرده‌اند. شهید صدر به‌صراحت در کتاب اصولی خود این قاعده را با استدلال به علم و رحمت الهی که ایجاب می‌کند خداوند براساس مصالح و مفاسد بهترین قانونگذاری را انجام دهد و نیز به سبب وجود نصوص بسیار از ائمه (ع) در این مورد پذیرفته است (صدر، ۱۴۱۸ق، ج ۱: ۱۶۵). علاوه بر آن، در اثنای بحث از منطقه الفراغ هشدار می‌دهد که منطقه الفراغ بر وجود نقص و اهمال در شریعت برای برخی حوادث و وقایع دلالت نمی‌کند، چراکه شریعت به هر حادثه‌ای صفت تشریعی اولیه را داده، به اضافه اینکه به ولی امر هم صلاحیت اعطای صفت تشریعی ثانویه براساس برخی شرایط را داده است (صدر، ۱۴۲۴ق: ۸۰۴-۸۰۳) وی در جای دیگر اثبات این گزاره را نه تنها از طریق تتبع احکام اسلام در همه زمینه‌ها بلکه با تأکید بر این امر در منابع عامه از جمله سه روایتی که ذکر می‌کند^(۵) ممکن می‌داند. همچنین معتقد است که این ادعا که اسلام تنها تنظیم‌کننده رفتار فرد و نه جامعه است، خود را نقض می‌کند، زیرا امکان تفکیک بین رفتار فرد و جامعه از یکدیگر وجود ندارد، چراکه نظام اجتماعی در رفتار فرد تجسم می‌یابد (صدر، ۱۴۲۹ق: ۱۴۶). بنابراین او در کتاب اصولی خود به‌صورت ضمنی و در دیگر آثار خود به‌صراحت به جامعیت شریعت از حیث احکام اشاره کرده است. شایان ذکر است که حتی جامعیت در اندیشه او به صرف جامعیت در احکام ختم نمی‌شود؛ بلکه از نظرهای او چنین بر می‌آید که او به جامعیت شریعت در سطوح فراتری هم قائل بوده است. این سطوح عبارت است از سطح نظریه و مکتب که همه از شریعت قابل استخراج است (صدر، ۱۴۲۹ق: ۱۴۸).

۲. ادله منطقه الفراغ

در این قسمت به دلایلی که شهید صدر و برخی شاگردان او در اثبات وجود چنین حوزه‌ای در اسلام یا قلمرو و کیفیت حکم بر آن بیان کرده‌اند، اشاره می‌شود. این ادله شامل ادله قرآنی و روایی است. مهم‌ترین دلیلی که شهید صدر برای صلاحیت‌های ولی امر در پر

کردن منطقه‌الفراغ به آن استناد می‌کند، آیه ۵۹ سوره مبارکه نساء است: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ». او از این آیه شریفه حدود و قلمرو آن را هم استنباط می‌کند و محدود به هر فعلی می‌داند که به طبیعت اولیه‌اش مباح است؛ به این معنا که شامل هر عملی می‌شود که نص تشریعی دال بر حرمت یا وجوب آن نشده باشد، چراکه پیروی از ولی امر در حدودی واجب است که با پیروی از خدا و احکام عامه او تعارض نداشته باشد (صدر، ۱۴۲۴ق: ۸۰۴).

علاوه بر این آیه، برای نمونه به چهار روایت دیگر که موجب فهم بهتر حوزه منطقه‌الفراغ و تبیین اهمیت آن می‌شود، اشاره می‌کند. از جمله نهی پیامبر (ص) از خودداری از بخشیدن آب و گیاه اضافی^(۶)، نهی ایشان از خرید میوه‌ای که هنوز نرسیده است^(۷)، حرمت اجاره زمین در شرایط خاص^(۸) یا دستورات امام علی (ع) در مورد تحدید قیمت‌ها و سفارش در مورد بازرگانان^(۹) که هیچ‌یک از واجبات و محرمات اصیل در شریعت نبوده بلکه ناشی از اختیارات حاکم اسلامی در این حوزه بوده است (صدر، ۱۴۲۴ق: ۸۰۸-۸۰۵).

۳. قلمرو احکام منطقه‌الفراغ

در این قسمت به انواع محدودیت‌های حاکم بر احکام منطقه‌الفراغ اشاره می‌شود تا از دل آن قلمرو آن مشخص گردد. همان‌طور که پیشتر اشاره شد، مهم‌ترین عامل در تعیین قلمرو منطقه‌الفراغ - که شهید صدر از آیه ۵۹ سوره مبارکه نساء برداشت کرده بود - محدود بودن آن به حوزه مباحات بالمعنی الاعم است؛ یعنی ولی امر تنها در حوزه احکام غیرالزامی مستحب، مکروه و مباح بالمعنی الاخص حق الزام دارد. محدودیت دیگری که برای این احکام از آثار او استنباط می‌شود، محدودیت از حیث روابط است. او با تقسیم روابط انسان به دو قسم روابط با طبیعت و روابط با انسان‌های دیگر معتقد است که رابطه اول انسان خود را از طریق تولید و سیطره بر طبیعت نشان می‌دهد و رابطه دوم در قالب حقوق و امتیازاتی که هرکس بر دیگری دارد. رابطه دوم برخلاف رابطه اول تنها در ظرف اجتماع متصور است. او معتقد است که هرچند رابطه انسان با طبیعت با پیشرفت وسایل تولید تغییر می‌یابد، برخلاف اعتقاد مارکسیست‌ها رابطه دوم ماهیتاً ثابت است، هرچند مظاهر آن تغییر یابد. بر همین اساس، اسلام برای روابط دوم، قوانین ثابت در نظر گرفته، ولی برای روابط اول قائل به منطقه‌الفراغ شده است تا عدالت اجتماعی در هر عصری تحقق یابد (صدر، ۱۴۲۴ق: ۸۰۳-۸۰۱).

برخی از شاگردان شهید صدر در این زمینه به محدودیت‌های دیگری هم اشاره کرده‌اند. بعضی قلمرو این حوزه را به سه زمینه محدود کرده‌اند. زمینه اول در تشخیص موضوعات مرتبط با احکام ثابت است که اسلام در مورد آن موضوعات به صورت مستقیم قانونگذاری

کرده است و بر ولی امر لازم است که وضعیت آن را از ابهام خارج کند، مانند حکم به رؤیت هلال ماه‌های قمری. زمینه دوم، تشخیص اهم در موارد تراحم بین احکام الهی ثابت دانسته شده است و زمینه سوم مربوط به مصالح فوری در قلمرو مباحات است که در آنها حکم الزامی ثابتی از قبل شریعت - نه نفیاً و نه اثباتاً- وجود ندارد، مانند قرار دادن برخی مالیات‌ها و ... (حائری، ۱۴۱۷ق: ۱۲۱). از این منظر قلمرو منطقه الفراغ در سه زمینه پیش‌گفته اطلاق دارد و تنها محدودکننده آن معصیت خدا در پیروی از مخلوق است (حائری، ۱۴۱۷ق: ۱۲۳). با این حال برخی دیگر از شاگردان او با این نظر مخالفت کرده و با تقسیم حکم حاکم به حکم کاشف و ولایتی، اولی را احکامی دانسته‌اند که نقش حاکم در آن، درخواست اجرای حکم شرعی بدون الزام به آن بوده و نسبت به مواردی است که پیش از آن هم الزامی در آن وجود نداشته است، مثل حکم حاکم به رؤیت هلال ماه که در حقیقت اخبار از واقع می‌دهد یا در بین مترافعین حق را تشخیص می‌دهد. احکام ولایتی هم احکامی است که نقش حاکم در آن الزام به امری است براساس منصب ولایت حتی در صورتی که از نظر شرعی پیش از آن الزامی نباشد که سرّ این الزام دو امر می‌تواند باشد: یکی وجود ملاک و مصلحتی در متعلق حکم به نحوی که خود حکم مؤثر در تحقق مصلحت است، مثل حکم حاکم به تحدید قیمت‌ها؛ دوم، موردی که حاکم مصلحت ملزمه‌ای را در نفس تعیین موضع برای وحدت کلمه و جلوگیری از پراکندگی می‌بیند و به آن حکم می‌کند (حائری، ۱۳۹۹ق: ۱۹۲-۱۹۰). از دیگر کلمات صاحب این سخن چنین بر می‌آید که در مورد اخیر نظر به موارد تراحم دارد. از میان این سه دسته از احکام، تنها احکام ولایتی نوع اول را جزء احکام منطقه الفراغ دانسته است (حائری، ۱۳۹۹ق: ۱۹۱). بنابر این نظر، احکام حاکم در تشخیص و کشف موضوعات (حکم کاشف) و نیز احکام او در موارد تراحم (حکم ولایتی نوع دوم) از شمول این احکام خارج است. به نظر می‌رسد نظر اخیر نسبت به نظر قبلی به سخنان شهید صدر نزدیک‌تر است، زیرا او در هیچ مورد در بحث از احکام منطقه الفراغ، از حکم به تعیین موضوعات و تشخیص اهم در موارد تراحم سخنی به میان نیاورده است، بلکه از محدوده‌ای سخن به میان آورده که در طول زمان و تغییر شرایط، حکم اصلی غیرالزامی آن تغییرپذیر است.

۴. مقام صالح برای صدور احکام منطقه الفراغ

قانونگذاری امری حاکمیتی می‌باشد و از این رو بی‌شک شهید صدر هم این اختیار را برای حکومت قائل شده است. پیش از این اشاره شد که او اختیار صدور حکم در منطقه الفراغ را برای اولی الامر ثابت می‌دانست. پرسش این قسمت آن است که اولی الامر که از نظر او مقام صالح برای تصمیم‌گیری در این حوزه است کیست و چه ویژگی‌هایی دارد. این امر می‌تواند

پرده‌ای دیگر از مجهولات ناظر بر منطقه‌الفراغ را بر ما بگشاید و ما را به شناخت عمیق‌تری از آن نائل کند. برای پاسخ به این پرسش ناگزیر باید نظرهای او را در مورد حکومت بررسی کرد. او در اصل ششم از الاسس الاسلامیه که در سال ۱۳۷۸ ق نوشته است، اشکال حکومت در اسلام را به دو دسته حکومت الهی و حکومت شورا یا حکومت امت تقسیم می‌کند. در حکومت الهی که حکومت پیامبر (ص) و ائمه (ع) است، تعیین الهی خاص صورت گرفته و نظر مردم در آن دخالتی ندارد و تضمین اساسی در پایداری و سلامت حکومت، عصمت از گناه و اشتباه است. اما در دوره غیبت، از نظر او بنا بر آیه ۳۸ سوره مبارکه شورا، «وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ»، در مواردی که نص شرعی وجود ندارد از جمله در مورد شکل حکومت، امر به شورا و اگذار شده است و این اختیار برای امت هست که حکومتی را برای اعمال صلاحیت‌هایش در اجرای احکام شرعی و وضع و اجرای تعالیم برگرفته از آن [احکام منطقه‌الفراغ] بر پا کند (صدر، ۱۴۲۸ ق: ۲۶۰-۲۵۷). اما او در سال‌های ۱۳۹۵ و ۱۳۹۶ ق در حاشیه خود بر منهج‌الصالحین، اثر محسن طباطبایی حکیم در بخش عبادات به صورت تلویحی ولایت عامه فقیهان را پذیرفته است (حکیم، ۱۴۱۰ ق، ج ۱: ۱۱) و در الفتاوی‌الواضحه مشابه با این نظر می‌گوید: «چنانچه در مجتهد مطلق سایر شروط شرعی در مرجع تقلید باشد ... بر مکلف جایز است که همانطور که بیان شد از او تقلید کند و برخوردار از ولایت شرعی عامه در شؤون مسلمین است به شرط اینکه هم از نظر دینی و هم از نظر واقعی شایسته آن باشد» (صدر، ۱۴۰۳ ق [د]: ۱۱۵-۱۱۴).

همین نظر در آثار دیگر او نیز مشاهده می‌شود. برای مثال در جایی به برخی از اقدامات علما در طول تاریخ و مراحل رشد مرجعیت اشاره می‌کند که هرچند بیانی توصیفی است، به صورت ضمنی بیانگر اعتقاد او به ولایت فقهاست، چراکه آخرین مرحله رشد مرجعیت را رهبری علما در مبارزه با استعمار کافر می‌داند (صدر، ۱۴۱۰ ق: ۲۵-۲۱). همچنین در پاسخ به نامه‌ای در مورد ولایت عامه فقیهان که زمان آن مشخص نیست، خود را قائل به ولایت عامه فقها دانسته و معتقد است که هرچند در این زمینه ادله فراوانی وجود دارد، تنها دلیلی که از نظر او قابل اعتماد است، توقیع مبارک است (صدر، ۱۴۲۸ ق: ۴۸۴).

این آخرین نظر او در این زمینه نیست و در سال ۱۳۹۹ ق در کتاب الاسلام یقود الحیاه به خلافت امت و نیابت عامه مرجعیت از سوی امام زمان (عج) اعتقاد پیدا کرده است. از منظر او خلافت عامه برای امت براساس قاعده شورا است که به او حق اجرای امور را به دست خودش در چارچوب اشراف و رعایت قانون اساسی از طرف نایب امام می‌دهد (صدر، ۱۴۰۳ ق [الف]: ۶). همچنین نبیون، ربانیون و احبار را -که به ترتیب پیامبران (ع)، ائمه (ع) و مرجعیت می‌داند- براساس آیه ۴۴ سوره مبارکه مائده،^(۱۰) گواهی می‌داند که مرجع فکری و تشریعی از نظر ایدئولوژی هستند

منطقه الفراغ به مثابه نظریه قانونگذاری ■ ۳۳

و بر حرکت و انسجام جامعه نظارت می‌کنند تا دچار انحراف نشود (صدر، ۱۴۰۳ق[ب]: ۱۴۵).

در مورد ارتباط این سه نظر با هم، بین شاگردان او اتفاق نظر وجود ندارد، به‌خصوص نظر سوم که به‌نظر می‌رسد جمع بین دو نظر سابق اوست و آن هم مشخص نیست که از چه زمانی در ذهن او به‌وجود آمده است، هرچند انتشار آن مربوط به اواخر زندگی اوست (حسینی، ۱۴۲۶ق: ۳۳۶). محمداقصر حکیم از تغییر نظر اول شهید صدر به نظر دوم سخن به میان آورده و آن را حاصل تشکیکی که او در دلالت ادله مربوط به شورا بر این امر کرده دانسته است (حکیم، ۱۴۰۵ق: ۵۲ و ۱۳۷۷: ۳۰). همچنین سومین نظر او را همان ولایت فقیه می‌داند و لذا دو نظر اخیر را یکی دانسته است (حکیم، ۱۴۱۶ق: ۳۸۱ و ۳۸۸ و ۱۴۱۷ق: ۲۴۷ و ۲۵۳). ولی برخی دیگر از شاگردان او، آنها را ناظر بر سه نظر دانسته‌اند؛ به این نحو که او بعد از پیروزی انقلاب اسلامی ایران به‌دنبال ترکیبی از شورا و ولایت فقیه بوده و در مورد نقش مرجعیت قبل و بعد از حکومت قائل به تفصیل شده است (حائری، ۱۴۰۸ق: ۱۰۳؛ نعمانی، ۱۴۲۲ق، ج ۲: ۲۶-۱۶). به هر حال به‌نظر می‌رسد با توجه به سومین نظر او در مورد حق حکومت و فرمانروایی، مقام صالح برای صدور احکام منطقه الفراغ را باید در نامه‌ای که «لمحة فقهية تمهيدية عن مشروع دستور الجمهورية الإسلامية في إيران» نامگذاری شده و در آن به ساختارسازی و نهادسازی سیاسی مبتنی بر اندیشه‌های فقهی خود دست زده است، جست‌وجو کرد که می‌گوید: «در موارد عدم وجود موضع قاطع در شریعت اعم از تحریم یا ایجاب، قوه تشریعی که از سوی امت عمل می‌کند، می‌تواند آنچه را که از قوانین به صلاح می‌داند به‌نحوی که با قانون اساسی متعارض نباشد وضع کند و این حوزه منطقه الفراغ نامیده می‌شود» (صدر، ۱۴۰۳ق[الف]: ۱۱). او این قوه را در اختیار مجلس اهل حل و عقد دانسته و در ادامه در بیان وظایف و اختیارات مرجعیت رشیده می‌گوید: «او مکلف به تصمیم‌گیری در مورد لازم‌الاجرا کردن قوانینی است که مجلس اهل حل و عقد برای پر کردن منطقه الفراغ تعیین می‌کند» (صدر، ۱۴۰۳ق[الف]: ۱۲).

بنابراین اگر بخواهیم از مجموع نظرهای او در این زمینه به پرسش این قسمت پاسخ دهیم، باید بگوییم که دخالت مردم یا نمایندگان آنان در تصمیم‌گیری در منطقه الفراغ در اندیشه سید محمداقصر صدر تنها از باب مشورت توجیه‌پذیر است و در نهایت این اولی الامر یا مرجعیت رشیده و به تعبیر دیگر مجتهد عادل باکفایت است که به تصمیمات متخذه در این حوزه مشروعیت می‌بخشد.

۵. ماهیت احکام منطقه الفراغ

مسئله مورد نظر در تعیین ماهیت احکام منطقه الفراغ عبارت است از تعیین جایگاه این

احکام و نسبت میان آنها با دیگر احکام. از این رو پرسش ما در این قسمت آن است که این احکام از حیث ماهوی به کدام نوع از احکام شناخته شده قابل ارجاع هستند. این مسئله و پرسش، از آن رو اهمیت دارد که می‌توان با حل و پاسخ‌دهی به آن، به شناسایی بهتر این احکام مبادرت ورزید و آثار آن نوع از احکام خاص را که احکام منطقه‌الفراغ از حیث ماهوی آن گونه دانسته می‌شود، به صورت کامل بر احکام منطقه‌الفراغ مورد انطباق و بررسی قرار داد. از احکام تقسیمات مختلفی به عمل آمده است؛ از جمله تقسیم آنها به وضعی و تکلیفی، امضایی و تأسیسی، مولوی و ارشادی، واقعی و ظاهری، فردی و اجتماعی، تبعدی و توصیلی، اولی و ثانوی و ... ویژگی تقسیم اخیر یعنی تقسیم احکام به اولی و ثانوی آن است که بر آثار فقهی و اصولی بیشتری نسبت به سایر تقسیمات مترتب است. اما آثار عملی آن در فقه، از آن نظر برای ما اهمیت دارد که با مسائل اجتماعی و سیاسی پیوند خورده است. از این رو بسیاری از احکام مُجرا در نظام اجتماعی ناشی از شرایطی چون اضطرار، عسر، حرج و مانند آن است که موجب تغییر در عناوین اولیه می‌شود و اجرای احکام ثانویه را لازم می‌سازد. مهم‌تر از آن اینکه در بررسی جایگاه حکم حکومتی به عنوان مفهومی کلیدی در فقه سیاسی، اغلب نسبت آن را با احکام اولیه و ثانویه بررسی می‌کنند؛ بدین ترتیب یا آن را قسمی از این احکام دانسته یا قسیم آنها می‌دانند. در این قسمت با هدف پیدا کردن درک بهتری از احکام صادر شده در منطقه‌الفراغ ابتدا به تقسیم و تقابلی که او بین احکام صادر شده در این حوزه با احکام شریعت قائل شده است اشاره می‌شود. پس از آن به سبب اهمیت تقسیم احکام به اولیه و ثانویه به تعیین نسبت میان احکام این حوزه با این دو نوع از احکام پرداخته خواهد شد؛ همان‌طور که شاگردان او هم به خصوص از دریچه تقسیم اخیر به ماهیت این دسته از احکام نگریسته‌اند.

شهید صدر به کرات در آثار خود به صورت صریح و ضمنی به تقسیم احکام به احکام منطقه‌الفراغ و احکام شریعت اشاره کرده است. او در جایی بین احکام «شریعت» و آنچه آنها را «قوانین» یا «تعالیم» نامیده است، تفکیک قائل می‌شود (صدر، ۱۴۲۸ق: ۲۶۳). از ویژگی‌هایی که برای قوانین بر می‌شمرد، می‌توان پی برد که آنها منطبق با همان احکام منطقه‌الفراغ در اندیشه اوست. علاوه بر این، او شأن پیامبر (ص) را در زمان تصمیم‌گیری در منطقه‌الفراغ با شأن او در ابلاغ احکام ثابت متفاوت دانسته و شأن اولی را جایگاه ولایت امری ایشان و دومی را مقام نبوت و مبلغ بودن ایشان می‌داند (صدر، ۱۴۲۴ق: ۴۴۴-۴۴۳).

به طور خلاصه می‌توان تفاوت احکام شریعت را با احکام منطقه‌الفراغ که در عرض هم قابل فرضند، در سه مورد دانست: ۱. ثبات و دوام یکی و قابلیت تغییر دیگری؛ ۲. وجود دلیل شرعی بر احکام شریعت و عدم نیاز به وجود آن برای احکام منطقه‌الفراغ؛ ۳. تفاوت در شأن پیامبر (ص)

اعم از مبلغ بودن برای احکام شریعت و ولی امر بودن برای صدور احکام منطقه الفراغ. اما در مورد بررسی ماهیت این احکام از حیث اولی و ثانوی بودن نخست باید به این مطلب اشاره شود که احکام این حوزه را می‌توان منطبق با احکام حکومتی مصطلح در ادبیات فقها دانست. هرچند تعریف مشخصی از احکام حکومتی در متون فقهی وجود ندارد و این امر محل اختلاف است، با این حال قدر متیقن آنها از ناحیه حاکم و والی و نه شارع و مفتی صادر شده‌اند و همچنین از نظر زمانی موقت هستند و نه دائم. بنابر استنادات پیش‌گفته از آثار صدر، احکام منطقه الفراغ هم دارای این ویژگی‌ها بوده و از این رو حکومتی‌اند. شاگردان او هم به این مسئله اشاره کرده و آن را حکم صادرشده بنابر ولایت - و متفاوت با فتوا - دانسته‌اند (حائری، ۱۴۱۷ق: ۱۳۱).

علاوه بر اختلاف در خصوص ویژگی‌های احکام حکومتی، در مورد ماهیت این احکام از حیث اولی یا ثانوی یا قسیم این دو بودن هم اتفاق نظر وجود ندارد و از این رو با دانستن این مطلب که احکام منطقه الفراغ احکام حکومتی‌اند، همچنان مسئله ما در این قسمت باقی و نیازمند پاسخگویی است. شهید صدر در توصیف احکام منطقه الفراغ دو بار از صلاحیت ولی امر به واسطه شریعت، در اعطای «صفة ثانویة» یا «صفة تشریعیة ثانویة» به احکام اصلی منطقه الفراغ یاد کرده است (صدر، ۱۴۲۴ق: ۸۰۴). این امر می‌تواند دلیلی بر اعتقاد او به ثانوی بودن این احکام باشد. برخی از شاگردان او نیز به این امر تصریح کرده و احکام ثانوی را احکامی دانسته‌اند که بر چیزی - به لحاظ عارض شدن عناوین خاص بر آن - جعل می‌شود و اقتضای تغییر حکم اولی را می‌کند، هرچند موضوع همان موضوع باشد. از این منظر، صدور احکام منطقه الفراغ - برخلاف نظریه حسیبه که تنها تمسک به احکام اولیه را در اداره جامعه جایز می‌داند - از باب ولایت بوده و احکامی ثانوی است (حیدری، ۱۴۳۰ق: ۱۴۸) اما نکته مهم در این مورد عنوانی است که سبب ثانوی شدن این احکام می‌شود که در این مورد صراحتی در بیان شهید صدر وجود ندارد. برخی از آن احکام به عنوان حکم ثانوی یاد کرده‌اند، ولی تفاوت آن را با احکام ثانوی ناشی از عناوین ضرورت و اضطرار و عسر و حرج در این نکته دانسته‌اند که الزام قدرت تشریعی در آن ناشی از وجود نص خاص یا عام در شریعت نیست، بلکه ناشی از صلاحیت داده‌شده به آن قدرت تشریعی اجتهادی است (شمس‌الدین، ۱۴۱۷ق: ۸۶). این در حالی است که به نظر می‌رسد حکم ثانوی بدون وجود عنوان خاص قابل فرض نیست و می‌توان برای این مورد نیز عنوان جداگانه‌ای در نظر گرفت. از این رو برخی از شاگردان شهید صدر به این نکته توجه داشته و با توسعه‌ای که در مفهوم عناوین ثانوی داده‌اند، این احکام را حکم ثانوی با عنوان ثانوی «اطاعت از ولی امر» دانسته‌اند، هرچند که اصل

اطاعت از ولی امر، خود عنوان اولی است (حائری، ۱۴۱۷ق: ۱۳۹-۱۳۸). از ظاهر کلمات شهید صدر و تصریح شاگردان او چنین استنباط می‌شود که احکام منطقه‌الفراغ در عین اینکه احکام حکومتی‌اند، احکام ثانوی هم هستند. بنابراین می‌توان گفت از نظر شهید صدر، احکام حکومتی قسیم احکام اولی و ثانوی نبوده بلکه خود، احکام ثانوی هستند.

۶. ضابطه احکام منطقه‌الفراغ

در قسمت قبل گفتیم که شهید صدر احکام منطقه‌الفراغ را در مقابل احکام شریعت می‌دانست، با این حال نباید گمان شود که این دوگانگی سبب می‌شود که ولی امر این اختیار را داشته باشد که بدون ضابطه مشخص به هر نحوی که بخواهد به تصمیم‌گیری در این حوزه بپردازد. معمولاً مسئله تعیین ضابطه برای احکام حکومتی حول دو ضابطه کلی عدالت و مصلحت می‌چرخد. با این حال لازم است خارج از کلی‌گویی در این زمینه به صورت تفصیلی‌تر به این موضوع پرداخته شود. چراکه به نظر می‌رسد چالش جدی و مهم در زمینه احکام حکومتی منطقه‌الفراغ نیز در همین امر نهفته است، زیرا این احکام از سویی می‌بایست براساس ضوابط خاص شرعی و از سوی دیگر ناظر بر حل مشکلات و معضلات متغیر عملی در حوزه اجرا باشد. در اینجا به دنبال تعیین ضابطه دقیق و روشنی برای این احکام از منظر شهید صدر نیستیم، چراکه تعبیر صریحی در این مورد از او در دست نیست؛ بلکه به دنبال آنیم که بتوانیم از سخنان پراکنده او و شاگردانش به ضابطه‌ای در این خصوص نزدیک شویم. بنابراین پرسش این قسمت آن است که از منظر شهید صدر برای صدور احکام منطقه‌الفراغ چه ضابطه یا ضوابطی را باید مورد ملاحظه قرار داد. شایان ذکر است که او به سبب اینکه در مقام تبیین مکتب اقتصادی اسلام به طرح این مباحث اقدام کرده، بسیاری از این ضوابط رنگ و بوی تخصصی در زمینه اقتصاد دارد، ولی نافی این نیست که بتوان از مجموعه آنها تا حدودی به ضوابطی هرچند مجمل در این زمینه دست یافت.

منسجم‌ترین مباحث شهید صدر در این موضوع مباحثی است که در مقاله «صورة عن اقتصاد المجتمع الاسلامی» و با رویکردی اقتصادی مطرح کرده است. او در این مقاله بعد از بیان اهمیت عناصر انعطاف‌پذیر و متغیر در احکام اسلامی برای هدایت زندگی، این دسته از عناصر را برگرفته از شاخص‌های عمومی اسلامی می‌داند که مرتبط با عناصر ثابت شریعت است و اقتصاد اسلامی جز با ترکیب این دو دسته از عناصر صورت کامل خود را نمی‌یابد. او استنباط عناصر متغیر از آن شاخص‌ها را نیازمند سه مطلب می‌داند: «اولاً فهم اسلامی آگاهانه از عناصر ثابت و درک عمیق از شاخص‌های آن و دلالت‌های عمومی آن، ثانیاً فهم کامل و شاملی از طبیعت دوره زمانی و شرایط اقتصادی آن و مطالعه در مورد اهدافی که آن شاخص‌های

عمومی، آن را محدود می‌کند و نیز روش‌هایی که متکفل اجرای آن است، ثالثاً فهم فقهی حقوقی در مورد حدود صلاحیت‌های حاکم شرعی (ولی امر) و به‌دست آوردن ساخت‌های تشریعی که آن عناصر متحرک را در چارچوب صلاحیت‌های حاکم شرعی و حدود ولایت داده شده به او عینیت بخشد» (صدر، ۱۴۰۳ق[ج]: ۳۹ و ۴۰).

اما شاخص‌های عمومی از نظر او پنج مورد است: اولی جهت‌گیری شریعت^(۱۱) است که از مجموعه‌ای از احکام منصوص به‌دست می‌آید که می‌توان از آنها به هدف مشترکی از منظر شارع پی برد که حفظ و حرکت به سمت آن می‌تواند به‌عنوان شاخصی برای این دسته از احکام باشد (صدر، ۱۴۰۳ق[ج]: ۴۱)؛ دومین شاخص عبارت است از هدف منصوص برای حکم ثابت (صدر، ۱۴۰۳ق[ج]: ۴۴) که از مثال‌هایی که برای این مورد می‌زند، چنین فهم می‌شود که منظور او همان علل منصوصی است که در احکام ثابت هم می‌تواند در موارد مشابه جاری شود؛ سومین شاخص ارزش‌های اسلامی است که اسلام بر توجه به آنها تأکید داشته است، مثل مساوات و برادری و عدالت و قسط و مانند آن که حاکم شرعی می‌تواند با الهام از آنها به پر کردن منطقه‌الفراغ اقدام کند (صدر، ۱۴۰۳ق[ج]: ۴۶)؛ چهارمین شاخص عبارت است از رویکرد نبی و وصی به عناصر متغیر؛ بدین معنا که از نظر او احکامی که ایشان در این حوزه صادر کرده‌اند، می‌تواند با در نظر گرفتن شرایطی که صادر شده‌اند به‌عنوان شاخصی برای حاکم شرع در صدور این دست از احکام به‌شمار آید (صدر، ۱۴۰۳ق[ج]: ۵۰-۴۷). او در ضمن این شاخص به مفاهیم اسلامی هم اشاره کرده است. از نظر او این مفاهیم که در دیگر آثار او هم مورد توجه بوده‌اند، می‌توانند پرتو نوری بر عناصر متغیر یعنی احکام منطقه‌الفراغ بیندازند که از آن جمله‌اند مفاهیم فقر و تجارت در اسلام به‌عنوان پدیده‌های اجتماعی که از آنها تفاسیر خاصی به‌عمل آمده که با نظام سرمایه‌داری متفاوت است (صدر، ۱۴۰۳ق[ج]: ۴۸-۴۷). آخرین شاخص از منظر او عبارت است از اهدافی که در نصوص عمومی برای حاکم اسلامی حدودی را مشخص کرده و او را مکلف به تحقق بخشیدن به آنها یا نزدیک شدن به آنها کرده است (صدر، ۱۴۰۳ق[ج]: ۵۱).

به‌غیر از موارد یادشده در دیگر آثار خود نیز به‌صورت کلیدواژه‌ای به برخی ضوابط اشاره کرده است. برای مثال در وضع این احکام به تحقق «عدالت اجتماعی» تأکید دارد و معتقد است که اقتضائات عدالت اجتماعی در هر دوره به اختلاف شرایط اقتصادی جامعه متفاوت است (صدر، ۱۴۲۴ق: ۳۲۸). «مصالح عامه» نیز همان‌طور که ذکر شد، از دیگر کلیدواژه‌های سید محمدباقر صدر در این زمینه است. او اصل دخالت دولت را در وضع احکام منطقه‌الفراغ برای حمایت از مصالح عامه می‌داند. «ایده‌های اسلامی»^(۱۲) هم از دیگر موارد اشاره‌شده در

آثار شهید صدر است که این احکام باید مطابق با آنها باشد (صدر، ۱۴۲۴ق: ۳۲۸). در این زمینه در آثار شاگردان وی هم به‌وفور ضوابطی نه به‌صورت منسجم بلکه پراکنده پیدا می‌شود. برای مثال برخی از آنها در این زمینه دو ضابطه برشمرده‌اند؛ یکی مصالح امت براساس شرایط دوره‌ای که امت در آن قرار دارد و دیگری ملاحظه آن مصلحت‌ها از منظر موازین عام اسلامی و نه از منظر مادی صرف که شامل ارزش‌ها و اهدافی که اسلام بدان‌ها توجه داشته است می‌شود (حائری، ۱۴۱۷ق: ۱۲۳، ۱۲۴ و ۱۲۷). برخی دیگر در پاسخ به پرسشی در مورد ضوابط احکام منطقه‌الفراغ به‌عنوان ضامنی برای جلوگیری از تحریف آنها، از «مقاصد شارع» و «ملاکات احکام» به‌عنوان ضوابط عامه نام برده‌اند (فضل‌الله، ۱۴۱۷ق: ۵۰). این شاخص‌ها به حدی از نظر فقهی اهمیت دارند که برخی از شاگردان او تخصص روایی و فقهی را برای استنباط این احکام لازم دانسته‌اند (حائری، ۱۴۲۴ق: ۱۴۲). از این منظر باید گفت اختیار تصمیم‌گیری در چنین حوزه‌ای به‌سبب تخصص فقهی مورد نیاز به فقیه سپرده شده است.

نتیجه‌گیری

در این مقاله دیدگاه‌های سید محمدباقر صدر در حوزه قانونگذاری از جنبه‌های مختلف بررسی شد. به‌خصوص بر احکام صادرشده در منطقه‌الفراغ تأکید شد که به‌طور مستقیم از ناحیه دولت اسلامی که حاکمیت و قدرت سیاسی دارد صادر می‌شود و از همین‌رو بیشترین مناسبت را با مفهوم قانونگذاری مدرن دارد. نخست جایگاه «نظریه» در ادبیات فقهی او تعیین شد. پس از آن به دو مبنای کلامی خاتمیت و جاودانگی شریعت و نیز جامعیت آن برای منطقه‌الفراغ اشاره شد. در ادامه به ادله منطقه‌الفراغ اشاره و از آیه ۵۹ سوره مبارکه نساء به‌عنوان مهم‌ترین دلیل بر آن یاد شد. پس از آن از قلمرو این احکام سخن به میان آمد و با استناد به آرای او به قلمروی از احکام محدود شد که در آن حکم الزامی اعم از واجب و حرام وجود ندارد. از طرف دیگر محدود به احکام مربوط به روابط انسان با طبیعت و نه با انسان‌های دیگر دانسته شد. علاوه بر آن احکام حاکم در تشخیص موضوعات احکام ثابت و نیز موارد حکم حاکم به اهم -در موارد تزاحم- از قلمرو این احکام خارج دانسته شد. در ادامه به مقام صالح در صدور احکام منطقه‌الفراغ اشاره شد و ناگزیر نظرهای او در زمینه حکومت بررسی شد و بعد از بیان تطور تاریخی آن نتیجتاً نظر او در مورد صلاحیت مرجعیت فقیه و عادل و باکفایت در تصمیم‌گیری برای احکام این حوزه البته با مشورت مردم بیان شد. موضوع بعدی ماهیت این دسته از احکام بود که اولاً حکومتی بودن آنها ثابت شد. ثانیاً به تغایر احکام منطقه‌الفراغ با احکام شریعت در نظر او اشارت رفت و در نهایت با استناد به پاره‌ای از سخنان او و نیز

شاگردانش در کشف نسبت این احکام با احکام اولی و ثانوی، ثانوی بودن آنها مقبول افتاد. در نهایت ضابطه احکام صادرشده در این حوزه مورد بحث واقع شد و پنج شاخص عمده در نظرهای او احصا شد. پس از آن هم به صورت کلیدواژه‌ای به مواردی چون عدالت و مصلحت به عنوان ضوابط عام اشارت رفت و بررسی این مطلب در آثار برخی از شاگردان او دنبال شد. آنچه از تفصیل مباحث سید محمدباقر صدر در این زمینه آمد، نشان داد که مطالب او در این زمینه قابلیت پاسخگویی به زوایا و جوانب مختلف این موضوع را دارد و از انسجام کافی برخوردار است، از این رو قابلیت اطلاق نظریه قانونگذاری بر آن طی فرایند این مقاله ثابت شد. طبیعی است که این نظریه می‌تواند آثار حقوقی بسیاری در صحنه عمل در فضای حقوق عمومی نظام جمهوری اسلامی داشته باشد که باید مورد توجه بیشتر صاحب‌نظران واقع شود. درحالی‌که نظرهای سید محمدباقر صدر به زبان‌های اروپایی ترجمه شده و در کنار نظرهای دیگر صاحب‌نظران و به عنوان مبنایی برای قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران شناخته می‌شود، بی‌توجهی به آن در فضای حقوق عمومی کشور دلالت‌های خوشایندی برای جامعه علمی ندارد.

یادداشت‌ها

۱. theory of legislation

۲. jurisprudence

۳. legal theory

۴. بررسی تفصیلی آن نیازمند مجالی دیگر است که در پژوهش‌های آینده تقدیم می‌شود.

۵. الف) روی ابو بصیر عن الإمام الصادق (ع) انه تحدث عن الشريعة الإسلامية و استيعابها و احاطة أئمة أهل البيت بكل تفاصيلها. فقال: فيها كل حلال و حرام و كل شيء يحتاج الناس اليه حتى الارش في الخدش و ضرب بيده الى أبي بصير فقال: أتأذن لي يا أبا محمد؟ فقال له أبو بصير: جعلت فداك! انما أنا لك فاصنع ما شئت. فغمزه الإمام بيده وقال: حتى أرش هذا! (كليني، ۱۴۰۷ق، ج: ۱: ۲۳۹).

ب) عن الإمام الصادق (ع) انه قال: فيها كل ما يحتاج الناس اليه و ليس من قضية إلا و هي فيها حتى ارش الخدش (كليني، ۱۴۰۷ق، ج: ۱: ۲۴۱).

ج) وفي نهج البلاغة ان امير المؤمنين علياً عليه السلام قال يصف الرسول (ص) و القرآن الكريم: أرسله على حين فترة من الرسل و طول هجرة من الامم و انتقص من المبرم فجاءهم بتصديق الذي بين يديه و النور المقتدى به. ذلك القرآن فاستنطقوه و لن ينطق و لكن أخبركم عنه. الا ان فيه ما يأتي و الحديث عن الماضي و دواء داءكم و نظم ما بينكم (سيد رضی، ۱۴۱۴ق: ۲۲۳).

۶. عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: «قَضَى رَسُولُ اللَّهِ صَ بَيْنَ أَهْلِ الْمَدِينَةِ فِي مَشَارِبِ النَّخْلِ أَنَّهُ لَا يُمْنَعُ نَفْعُ الشَّيْءِ وَ قَضَى (ص) بَيْنَ أَهْلِ الْبَادِيَةِ أَنَّهُ لَا يُمْنَعُ فَضْلُ مَاءٍ لِيُمْنَعَ بِهِ فَضْلُ كُلِّ وَ قَالَ لَا ضَرَرَ وَ لَا ضَرَارَ (كليني، ۱۴۰۷ق، ج: ۵: ۲۹۴)».

۷. عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: «قَدْ اخْتَصَمُوا فِي ذَلِكَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ فَكَانُوا يَذْكُرُونَ ذَلِكَ، فَلَمَّا رَأَوْهُمْ لَا يَدْعُونَ الْخَصُومَةَ نَهَاهُمْ عَنْ ذَلِكَ الْبَيْعِ حَتَّى تَبْلُغَ الثَّمَرَةُ وَ لَمْ يَحْرَمَهُ وَ لَكِنَّهُ فَعَلَ ذَلِكَ مِنْ أَجْلِ خَصُومَتِهِمْ (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج: ۱۳: ۲۱۱)».

۸. عن رسول الله (ص): «إذا كانت لأحدكم أرض فليمنحها أخاه أو ليزرعها (ترمذی، ۱۴۰۳ق، ج: ۲: ۴۲۱)».

۹. عن اميرالمؤمنين (ع): «واعلم - مع ذلك - أن في كثير منهم ضيقاً فاحشاً و شحاً قبيحاً و احتكاراً للمنافع و تحكماً في البياعات و ذلك باب مضره للعامة و عيب على الولاة. فامنع من الاحتكار فإن رسول الله منع منه و ليكن

البيع بيعاً سمحاً بموازين عدل و أسعار لا تجحف بالفريقين في البائع و المبتاع (سيد رضی، ۱۴۱۴ق: ۴۳۸)».

۱۰. إِنَّا أَنْزَلْنَا التَّوْرَةَ فِيهَا هُدًى وَ نُورٌ يَحْكُمُ بِهَا النَّبِيُّونَ الَّذِينَ أَسْلَمُوا لِلَّذِينَ هَادُوا وَ الرِّبَايُونَ وَ الْأَخْبَارُ بِمَا اسْتُحْفِظُوا مِنْ كِتَابِ اللَّهِ وَ كَانُوا عَلَيْهِ شُهَدَاءَ... (مائده/۴۴).

۱۱. اتجاه التشريع.

۱۲. المثل الاسلاميه.

منابع و مأخذ

الف) فارسی و عربی

- بری، باقر (۱۴۲۱ق)، «فقه النظرية عند الشهيد الصدر»، **قضايا اسلامية معاصرة**، ش ۱۱ و ۱۲، صص ۲۰۲-۱۶۵.
- بری، باقر (۱۴۲۲ق)، **فقه النظرية عند الشهيد الصدر**، بیروت: دارالهادی، چ اول.
- ترمذی، محمد بن عیسی (۱۴۰۳ق)، **سنن الترمذی**، بیروت: انتشارات دارالفکر، چ دوم، ج ۲.
- حائری، سید علی اکبر (۱۴۱۷ق)، «منطقة الفراغ فی التشريع الإسلامی»، **رسالة التقريب**، ش ۱۱، صص ۱۴۲-۱۱۲.
- حائری، سید کاظم (۱۳۹۹ق)، **اساس الحكومة الاسلامیة**، بیروت: مطبعة النیل، چ اول.
- حائری، سید کاظم (۱۴۰۸ق)، **ترجمة حياة السيد الشهيد الصدر**، مقدمه مباحث الاصول (تقریرات اصول سید محمد باقر صدر)، قم: مکتب الاعلام الاسلامی، چ اول، ج ۱.
- حائری، سید کاظم (۱۴۲۴ق)، **ولاية الامر فی عصر الغیبة**، قم: مجمع الفکر الاسلامی، چ دوم.
- حسینی، سید محمد (۱۴۲۶ق)، **محمد باقر الصدر، حياة حافلة، فکر خلاق**، بیروت: دارالمحجة البيضاء للطباعة والنشر والتوزيع، چ اول.
- حکیم، سید محسن (۱۴۱۰ق)، **منهاج الصالحین (المحشی)**، با تعلیقات سید محمد باقر صدر، بیروت: دارالتعارف للمطبوعات، چ اول، ج ۱.
- حکیم، سید محمد باقر (۱۳۷۷)، **مباحثی از کتاب آموزه سیاسی شهید آیت الله صدر، حکومت اسلامی**، ش ۷، صص ۳۶-۲۳.
- حکیم، سید محمد باقر (۱۴۰۵ق)، «العلاقة بین الشوری و الولاية»، **المنطلق**، ش ۲۸، صص ۶۵-۴۹.
- حکیم، سید محمد باقر (۱۴۱۶ق)، «النظرية السياسية عند الشهيد الصدر»، **الموسم**، ش ۲۶ و ۲۷، صص ۳۹۴-۳۸۱.
- حکیم، سید محمد باقر (۱۴۱۷ق)، «الفکر السیاسی: النظرية السیاسیة عند الشهيد الصدر»، **قضايا اسلامية معاصرة**، ش ۳، صص ۲۵۷-۲۴۶.
- حیدری، سید کمال (۱۴۳۰ق)، «دراسة مقارنة بین نظریتی الحسبة و منطقة الفراغ»، **فقه اهل البيت (ع)**، ش ۵۵، صص ۱۷۲-۱۴۱.
- زین العابدین، سید سلام (۱۴۱۵ق)، «الامام الشهيد الصدر، من فقه النص الى فقه النظرية»، **قضايا اسلامية معاصرة**، ش ۱، صص ۱۱۶-۶۷.
- سید رضی، محمد بن حسین (۱۴۱۴ق)، **نهج البلاغه (به کوشش صبحی صالح)**، قم: هجرت، چ اول.

۴۲ ■ قانون‌گذاری و قانون اساسی (۱)

- شمس‌الدین، محمد مهدی (۱۴۱۷ق)، «مجال الاجتهاد و مناطق الفراغ التشريعی»، **منهاج**، ش ۴، صص ۸۱-۱۰۶.
- صدر، سید محمدباقر (۱۴۰۳ق) [الف]، «لمحة فقهية تمهيدية في مشروع دستور الجمهورية الاسلامية في ايران»، **الاسلام يقود الحياة**، تهران: وزارة الارشاد الاسلامی، چ دوم.
- صدر، سید محمدباقر (۱۴۰۳ق) [ب]، «الاسس العامة في البنك في المجتمع الاسلامی»، **الاسلام يقود الحياة**، تهران: وزارة الارشاد الاسلامی، چ دوم.
- صدر، سید محمدباقر (۱۴۰۳ق) [ج]، «صورة عن اقتصاد المجتمع الاسلامی»، **الاسلام يقود الحياة**، تهران: وزارة الارشاد الاسلامی، چ دوم.
- صدر، سید محمدباقر (۱۴۰۳ق) [د]، **الفتاوى الواضحة وفقاً لمذهب أهل البيت عليهم السلام**، بيروت: دار التعارف للمطبوعات، چ هشتم.
- صدر، سید محمدباقر (۱۴۱۰ق)، **المحنة**، بيروت: دارالتعارف للمطبوعات.
- صدر، سید محمدباقر (۱۴۱۸ق)، **دروس في علم الاصول**، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چ پنجم.
- صدر، سید محمدباقر (۱۴۲۱ق)، **المدرسة القرآنية**، قم: مركز الابحاث و الدراسات التخصصية للشهيد الصدر، چ اول.
- صدر، سید محمدباقر (۱۴۲۴ق)، **اقتصادنا**، قم: مركز الابحاث و الدراسات التخصصية للشهيد الصدر، چ اول.
- صدر، سید محمدباقر (۱۴۲۸ق)، **ومضات، مجموعة من مقالات و محاضرات و وثائق**، قم: مركز الابحاث و الدراسات التخصصية للشهيد الصدر، چ اول.
- صدر، سید محمدباقر (۱۴۲۹ق)، **المدرسة الاسلامية**، قم: مركز الابحاث و الدراسات التخصصية للشهيد الصدر، چ چهارم.
- صدر، سید محمدباقر (۱۴۳۲ق)، **اهل البيت (ع) و دورهم في تحصيل الرسالة الاسلامية**، قم: مركز الابحاث و الدراسات التخصصية للشهيد الصدر، چ دوم.
- صدوق، محمد بن علی (۱۴۱۳ق)، **من لايحضره الفقيه**، قم: دفتر انتشارات وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمية قم، چ دوم، ج ۱۳.
- غفوری، خالد (۱۴۲۱ق)، «فقه النظرية لدى الشهيد الصدر»، **فقه اهل البيت (ع)**، ش ۲۰، صص ۲۰۴-۱۲۳.
- فضل‌الله، سید محمدحسین (۱۴۱۷ق)، «حوار مع العلامة السيد محمدحسین فضل‌الله»، **الاجتهاد و الحياة**، حوار علی الورق، گفتگو و آماده‌سازی از طرف محمدالحسینی، بيروت: مركز الغدير للدراسات الاسلامية، چ دوم.

منطقة الفراغ به مثابة نظرية قانونگذاری ■ ۴۳

فضلي، عبدالهادي (۱۴۲۱ق)، «الاسس الاسلامية للدستور الاسلامي عرض وبيان لما وضعه الشهيد الصدر من اصول للدستور الاسلامي»، منهاج، ش ۱۷، صص ۳۴۰-۳۱۱.

كليني، محمد بن اسحاق (۱۴۰۷ق)، الكافي، تهران: دارالكتب الاسلامية، چ چهارم، ج ۵.

ملاط، شبلي (۱۹۹۸م)، تجديد الفقه الاسلامي، محمداقر الصدر بين النجف و شيعة العالم، ترجمه به عربي از غسان غصن، بيروت: دارالنهار، چ اول.

نعماني، محمدرضا (۱۴۲۲ق)، شهيد الامة و شاهدها، قم: مركز الابحاث و الدراسات التخصصية للشهيد الصدر، چ دوم، ج ۲.

(ب) لاتين

Wintgens, Luc (۲۰۰۲), "Legalisation as an object of study of legal theory: legisprudence" in *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation : Proceedings of the Fourth Benelux-Scandinavian Symposium on Legal Theory*, Volume ۵ of European Academy of Legal Theory series, Hart Publishing Oxford.

Mader, Luzius (۲۰۰۱), "Evaluation of legislation-contribution to the quality of legislation" in *Evaluation of Legislation: Proceedings of the Council of Europe's Legal Co-operation and Assistance Activities (2000-2001)*, Council of Europe.

تأملی در نظریه‌ی منطقه‌الفراغ از منظر شهید صدر(ره) و نقدها و نقص‌های آن

محسن اسماعیلی*، محمدرضا اصغری شورشانی**، رضا رشیدی***

چکیده

امروزه حاکمیت قانون از جمله مؤلفه‌های حکمرانی خوب به‌شمار می‌رود و حکومت‌های دینی نیز که هدف اصلی خود را اجرای شریعت می‌دانند، در تلاش‌اند تا شریعت را به‌نحوی سازگار با اقتضائات عصر جدید اجرا کنند. از جمله اقتضائات عصر جدید، به‌وجود آمدن مسائلی است که حکم آنها در شریعت به عهده‌ی حاکم حکومت نهاده شده است. این مقاله در پی تبیین دیدگاه شهید صدر در خصوص قانونگذاری در مسائل مستحدثه در حکومت اسلامی است. به اعتقاد شهید صدر منطقه‌الفراغ (قلمرو قانونگذاری توسط حکومت اسلامی) تنها در حوزه‌ی مباحات - به معنای عام (شامل مستحبات، مکروهات و مباحات در معنای خاص) - است و به هیچ عنوان مستلزم نقص در شریعت نیست؛ اما برخی به استناد اینکه این نظریه مستلزم نقص در شریعت بوده و نیز مشابه نظریه‌ی منطقه‌العفو در فقه اهل سنت است، با آن به مخالفت برخاسته‌اند. این مقاله ضمن بررسی این نقدها و اثبات غیروارد بودن آنها، بر این اعتقاد است که منطقه‌الفراغ اولاً نظریه‌ی جدیدی در فقه شیعه نیست، بلکه قرائت دیگری از نظریه‌ی جامعیت دین است (هر چند که در قالب تقریری جدید بیان شده است)، ثانیاً ایراداتی بنیادین هم در مبانی نظری و هم در عرصه‌ی عملی دارد. به همین جهت در تأمین غایتی که به‌منظور آن پایه‌ریزی شده است، یعنی رفع مشکلات حکومت اسلامی در مناسبات دنیای جدید، از مطلوبیت لازم برخوردار نیست.

کلیدواژه‌ها: منطقه‌الفراغ، فقه حکومتی، جامعیت دین، ثبات و متغیرات، مسائل مستحدثه، شهید محمدباقر صدر.

مقدمه

با شکل‌گیری اجتماع، مسئله‌ی قانونگذاری برای ساماندهی امور اجتماعی مردم همواره مورد اهتمام بوده است؛ چه اینکه از مهم‌ترین موجبات به سامان رسیدن مناسبات میان افراد انسانی، قانونگذاری مطلوب است. در این میان دین الهی نیز که در صدد تأمین حیات طیبه برای انسان است،^(۱) اصولی را در قالب شریعت‌های^(۲) گوناگون از دوره‌ی حضرت نوح(ع) تا پیامبر اسلام(ص) برای مردم عرضه کرده است. با آمدن شریعت اسلام، تعالیم دین به‌طور کامل برای مردم بیان شد و اكمال دین و اتمام نعمت نیز با نصب جانشینان پیامبر خاتم(ص) صورت گرفت. با وجود این، بعد از غیبت آخرین جانشین معصوم پیامبر، نیازهای متعددی برای بشر در عرصه‌های مختلف به‌خصوص در زمان برپایی حکومت اسلامی - که زمینه‌ی حضور حداکثری دین فراهم است - به‌وجود می‌آید که حکم آن به‌نحو جزئی و موردی در تعالیم اسلام یافت نمی‌شود. از این‌رو اندیشمندان اسلامی به فکر چاره‌جویی برای مواجهه با این معضلات افتادند. در فقه اهل سنت به‌سبب سابقه‌ی تاریخی در به‌دست گرفتن حکومت و به‌تبع آن روبه‌رو شدن با مشکلات عرصه‌ی اجرایی و حکومت‌داری، ایده‌ی بهره‌گیری از قیاس و استحسان و امثال آن نضج گرفت، چراکه معتقد بودند نصوص قرآن و احادیث نبوی محدود و متناهی، اما نیازهای بشر و حوادث محتمل‌الوقوع نامحدود و نامتناهی است. بدین علت راهی برای شناخت حکم همه‌ی این حوادث و وقایع در فقه اسلامی نیست، جز با اجتهاد از راه رأی که در رأس آن مسئله‌ی قیاس وجود دارد (جناتی، ۱۳۶۸: ۲۰). در نقطه‌ی مقابل فقهای امامیه معتقد بودند هرچند نیازهای بشر نامتناهی است، این نیازهای متعدد از اصول و قواعدی پیروی می‌کند که در قرآن، سنت نبوی و سیره‌ی معصومین(ع) - گنجینه‌ای که اهل سنت خود را از آن محروم کرده بودند - بیان شده است. با وجود این اعتقاد به‌دلیل تأخر تاریخی در تشکیل حکومت، اندیشیدن جدی در این عرصه در سال‌های اخیر اتفاق افتاد. از جمله راه‌حل‌ها در فقه امامیه برای مواجهه با مسائل جدید، نظریه‌ی منطقه‌الفراغ بود که آیت‌الله سید محمدباقر صدر^(۳) و برخی دیگر از اندیشمندان^(۴) آن را مطرح کردند. این نظریه در میان علما و متفکران اسلامی مورد نقد و ارزیابی قرار گرفت و معرکه‌ای از آرا را پدید آورد. برخی آن را موجبی برای تضعیف شریعت و مستلزم نقص در آن دانستند و در مقابل برخی نیز از آن تمجید کردند.

این مقاله در پی تبیین نظریه‌ی منطقه‌الفراغ و نقد و بررسی آن است. در این راستا به‌سبب ارتباط موضوعی، ابتدا به بحث در مورد معنای جامعیت دین و سپس نظریه‌ی منطقه‌الفراغ با توجه به دو نوشته‌ی اصلی شهید صدر (رساله‌ای که در پاسخ به پرسش جمعی از شاگردانشان

تأملی در نظریه‌ی منطقه‌الفراغ از منظر شهید صدر(ره) و نقدها و نقص‌های آن ■ ۴۷

در مورد قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به رشته‌ی تحریر درآوردند^(۵) و کتاب *اقتصادنا* تبیین شده است. بعد از تبیین نظریه، نقدهای اندیشمندان اسلامی به آن بررسی و تحلیل شده و در پایان کارآمدی این نظریه در دو عرصه‌ی نظری و عملی ارزیابی شده است.

۱. جامعیت دین

یکی از ویژگی‌های شریعت اسلام، گستردگی، جامعیت و همه‌جانبه بودن آن است که نه تنها از راه کاوش در قوانین اسلامی در زمینه‌های مختلف زندگی قابل استدلال است، که در منابع اصیل اسلامی مثل قرآن و روایات نیز به‌خوبی نمایان است (صدر، ۱۳۵۸: ۱۷۰). در قرآن کریم آیات متعددی بر جامعیت دین دلالت دارد. برای نمونه می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

۱- «وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تِبْيَانًا لِّكُلِّ شَيْءٍ». و این کتاب را بر تو نازل کردیم که بیانگر هر چیزی است (نحل: ۸۹)؛

۲- «مَا فَرَطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ». ما چیزی را در کتاب [تکوین از نظر ثبت جریانات هستی و برنامه‌های آفرینش] فروگذار نکرده‌ایم (انعام: ۳۸)؛

۳- «وَتَفْصِيلَ كُلِّ شَيْءٍ». [قرآن] تصدیق‌کننده‌ی کتاب‌های آسمانی پیش از خود است و بیانگر هر چیز است (یوسف: ۱۱۱).

براساس آیات مذکور، قرآنی که بر نبی مکرم(ص) نازل شده، «تبیان لکل شیء» است، یعنی همه چیز در آن بیان شده است، زیرا «کل» افاده عموم می‌کند (مظفر، ۱۳۸۶، ج ۱: ۲۴۷) و «شیء» نیز به تعبیر فقها «أوسع المفاهيم» است و بر همه چیز اطلاق می‌شود (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹، ج ۱: ۲۳۸). در روایات نیز بر جامعیت دین اشاره و تأکید شده است.^(۶)

یکی از ویژگی‌های دین اسلام، جاودانگی است و برنامه‌ی حیات‌بخشی را برای تمام انسان ارائه می‌دهد. بر این اساس یکی از دلایل جامعیت اسلام، جاودانگی آن است؛ زیرا اگر دلیلی اثبات کرد اسلام برای همیشه سند هدایت است، باید آنچه را که به هدایت بشریت وابستگی دارد، آورده باشد، وگرنه در این زمینه مراجعه به راهنمای دیگر لازم می‌آید و این برخلاف جاودانگی است (شکوهی، ۱۳۸۶: ۶).

دلیل دیگر برای اثبات جامعیت، خاتمیت اسلام است. مسلمانان همگی بر این عقیده‌اند که با وفات پیامبر اسلام(ص) ارسال رسل و انزال کتاب و سلسله‌ی نبوت ختم گردید و به‌یقین پیامبر دیگری بعد از او نخواهد آمد (مصباح یزدی، ۱۳۷۷: ۱۷۷). بر مبنای این عقیده می‌توان جامعیت دین اسلام و قرآن را ثابت کرد، با این بیان که فلسفه‌ی فرستادن پیامبران این بوده که خداوند از طریق وحی توسط فرستاده‌ی خود، مردم را هدایت کند و با بیان عقاید و راهنمایی به احکام و مقررات، آنها را در مسیر سعادت و رشد و معنویت قرار دهد. از طرفی چون

زندگی انسان‌ها همواره در حال دگرگونی و تکامل است و نیاز است که با رشد و تکامل آنها مقررات جدیدی ارائه شود، پیامبران می‌آمدند تا قوانین مورد نیاز هر زمان را ارائه دهند و قوانین قبلی را که با شرایط و نیازهای آنان تناسب نداشت، نسخ گردانند. البته عوامل متعددی در ارسال رسل دخالت داشتند و ظهور پیاپی پیامبران، تنها معلول تغییر و تکامل شرایط زندگی و نیازمندی بشر به پیام نوین و راهنمایی نوین نیست، بلکه معلول نابودی‌ها و تحریف و تبدیل‌های کتاب‌ها و تعلیمات آسمانی بوده است. به عبارت دیگر اغلب پیامبران احیاکننده‌ی سنن فراموش‌شده و اصلاح‌کننده‌ی تعلیمات تحریف‌یافته‌ی پیشینیان خود بوده‌اند. اما به سبب اینکه قرآن براساس آیه‌ی ۹ سوره‌ی مبارکه‌ی حجر،^(۷) همیشه از تحریف و تغییر مصون و محفوظ می‌ماند، یکی از مهم‌ترین علل تجدید نبوت منتفی می‌گردد (مطهری، ۱۳۹۰: ۱۶). بنابراین اگر کسی بگوید اسلام نسبت به رهنمودها و دستورها، جامع و کامل نیست، لازم می‌آید که پس از آن قوانین و مقرراتی بیاید که قوانین پیش را نسخ یا تکمیل کند و این با خاتمیت منافات دارد (شکوهی، ۱۳۸۶: ۲۳).

خلاصه آنکه جامعیت دین به این معنا که دین اسلام تمامی نیازهای انسان را تأمین کرده است، با وجود معنای روشن اجمالی، دامنه‌ی گسترده و گاه متناقضی از آرا را در بین اندیشمندان اسلامی به وجود آورده است. گروهی قلمرو جامعیت دین را تا جزئی‌ترین موضوعات زندگی انسان نیز تعمیم داده‌اند و معتقدند که همه چیز در متن قرآن کریم گنجانده شده است (آلوسی، ۱۴۱۵ق، ج ۱: ۱۰۵). از میان اهل سنت می‌توان به سیوطی^(۸) و زرکشی^(۹) اشاره کرد که کتاب‌هایشان از قدیمی‌ترین و مهم‌ترین کتاب‌های علوم قرآن است. سیوطی در کتاب *الاتقان فی علوم القرآن*، علوم قرآن را تا ۸۰ عدد برشمرده و می‌گوید این همه‌ی علوم قرآن نیست، بلکه تمام علوم در قرآن وجود دارد، ولی از درک ما خارج است (سیوطی، ۱۴۲۱ق، ج ۱: ۵۱). زرکشی نیز در کتاب *البرهان فی علوم القرآن* بر این اعتقاد است که حتی تاریخ وفات پیامبر (ص) یا وقوع زلزله‌ها و مسائلی نظیر این در قرآن کریم وجود دارد (زرکشی، ۱۴۱۰ق، ج ۲: ۳۲۰). در مقابل گروهی دیگر قلمرو جامعیت دین را آنچه انسان‌ها در امر دین به آن احتیاج دارند که همان هدایت انسان‌هاست (هدی للناس) بیان کرده‌اند (سیدمرتضی، ۱۴۰۵ق، ج ۲: ۲۲۰). البته باید دقت کرد که این بیان به معنای عدم امکان برداشت برخی پدیده‌ها و وقایع از قرآن کریم نیست، بلکه به این معناست که جامعیت قرآن به وجود یا عدم این امکان بستگی ندارد، چراکه قرآن در راستای هدفش جامع است. کوتاه سخن اینکه جامعیت دین و به تبع، قرآن به این معناست که تمام قواعد و قوانین لازم برای زندگی در آن وجود دارد، اما نه به این معنا که جزئیات وقایع نیز در آن آمده باشد؛ بلکه منظور این است

که قواعد کلی مورد نیاز برای پاسخ به مسائل مبتلا به بشر در آن عرضه شده است.^(۱۰) در غیر این صورت تناسب آن با شرایط زمان و مکان از بین می‌رفت و عقلِ مألَهمَه الله در کنار نقلِ ما أنزل الله (جوادی آملی، ۱۳۸۶: ۱۳) جایگاهی به‌عنوان منبعی برای استنباط احکام، نمی‌داشت. شایان ذکر است که جامعیت و شمول دین باید با در نظر گرفتن اختیارات قانونگذاری که از سوی خداوند بر عهده‌ی حاکم و ولی امر نهاده شده است، فهم و تبیین شود.^(۱۱)

۲. مفهوم منطقه‌الفراغ در آثار شهید صدر

بررسی آثار برجای‌مانده از شهید صدر نشان می‌دهد که ایشان بحث در زمینه‌ی نظریه‌ی منطقه‌الفراغ را در دو جا مطرح کرده‌اند؛ یک مورد در رساله‌ای با عنوان «لمحة فقهية تمهيدية عن مشروع الدستور الجمهوري الاسلامیة فی ایران» و دیگری در جلد دوم کتاب «اقتصادنا» که به تفصیل به مفهوم این نظریه و مبانی شرعی آن و حوزه‌ی کارکرد آن پرداخته‌اند. در این بخش برای فهم دقیق مقصود شهید صدر از منطقه‌الفراغ، این دو اثر بررسی خواهد شد.

۲-۱. نظریه‌ی منطقه‌الفراغ در رساله‌ی شهید صدر در زمینه‌ی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

شهید صدر در رساله‌ی یادشده در پاسخ به این پرسش که معنای ابتدای یک حکومت بر قوانین اسلام چیست، نوشته‌اند اینکه حکومتی بر پایه‌ی اسلام باشد یعنی قانون اساسی آن بر پایه‌ی تعالیم اسلام نوشته شده و سایر قوانین نیز در سایه‌ی قانون اساسی به شرح زیر وضع شود: اولاً احکام شرعی مسلم و اجماعی بخش ثابت قانون اساسی را تشکیل می‌دهد، چه در متن قانون اساسی به صراحت ذکر شود و چه نشود.^(۱۲) در مورد احکامی که مورد اختلاف است نیز تمام آرای اجتهادی معتبر است و مجلس می‌تواند رأی هر یک از فقها را مبنای قانونگذاری قرار دهد و نظری که بیشتر منافع عموم مردم را تأمین می‌کند، به‌عنوان قانون به تصویب برساند (صدر، ۱۴۲۶ق: ۱۷)؛ دقت شود که در این مرحله مجلس قانونگذاری نمی‌کند، بلکه تنها از میان فتاوی موجود یک فتوا را به‌منزله‌ی قانون الزام‌آور می‌کند. بر مبنای این نظر چنانچه مجلس نمایندگان، فتوای غیرمشهور را به‌عنوان قانون به تصویب برساند، مقام ناظر تقنین، حق رد آن را به استناد خلاف شرع بودن ندارد.^(۱۳) شهید صدر در ادامه بیان می‌کند در مواردی که شریعت حکم الزام‌آوری مبنی بر وجوب یا حرمت نداشته باشد، قوه‌ی مقننه می‌تواند هر قانونی را که به مصلحت مردم است وضع کند (صدر، ۱۴۲۶ق: ۱۷-۱۸). در بیان شهید صدر از این حوزه به «منطقه‌الفراغ» یاد می‌شود که شامل همه‌ی مواردی است که شریعت به مردم حق انتخاب داده است. ناگفته پیداست که در این بخش، مجلس حق تصویب قانونی

برخلاف مسلمات شریعت را که ممکن است در قانون اساسی تصریح شده یا نشده باشد، نخواهد داشت.

۲-۲. نظریه‌ی منطقه‌الفراغ در کتاب «اقتصادنا»

همان‌طور که گفتیم شهید صدر بحث در مورد منطقه‌الفراغ را به صورت مبسوط و مفصل‌تری نسبت به رساله‌ی یادشده، در کتاب *اقتصادنا* مطرح کرده است. شایان ذکر است که در این کتاب موضوع اقتصاد به عنوان یک مثال بررسی شده و با قواعدی که مؤلف در آن بیان کرده است، می‌توان نظامات دیگر شریعت را نیز استخراج کرد.

اولین نکته از منظر مؤلف آن است که نگاه به اسلام باید نگاه منظومه‌ای باشد و از جزءنگری در بررسی احکام آن پرهیز شود. برای مثال برای فهم احکام اسلامی در حوزه‌ی اقتصاد در هر دوره‌ای، ابتدا باید کل نظام اقتصادی اسلام بررسی و اهداف اصلی حاکم بر این نظام استخراج شود؛ سپس با توجه به این اهداف، احکامی که به تحقق آنها کمک می‌کنند، با در نظر گرفتن اقتضائات هر دوره به اجرا درآید.

ایشان با همین ساختار در کتاب *اقتصادنا* موضوع نظام اقتصادی اسلام را مورد مطالعه قرار داده و معتقد است نظام اقتصادی اسلام دو بخش اصلی دارد؛ یک بخش که تشکیل‌دهنده‌ی اهداف اسلام است، بخش ثابت و تغییرناپذیر آن است و بخش دیگر، بخش منعطف این نظام است که اسلام قانونگذاری در آن را به عهده‌ی ولی امر قرار داده است. این منطقه همان است که مؤلف آن را منطقه‌الفراغ نامیده است. ایشان تأکید کرده است که منظور از فارغ بودن این منطقه، به نسبت نصوص تشریعی موجود در دست ماست؛ نه اینکه در واقع نزد خداوند هیچ حکمی برای این موضوع مقرر نشده باشد. به عقیده‌ی شهید صدر، اگر اسلام در نظام قانونگذاری خود، این منطقه را خالی از حکم الزامی (وجوب و حرمت) قرار داده است، تصادفی یا ناشی از اهمال نبوده است، تا آنکه مستلزم نقص در شریعت شود، بلکه منشأ این امر از ماهیت متغیر این منطقه سرچشمه می‌گیرد. این کار با عنایت و از روی حکمت انجام گرفته است و شارع مقدس به کمک آن در پی جاودانه کردن شریعت اسلام بوده است. اسلام این منطقه‌ی خالی را در اختیار ولی امر نهاده است تا آن را براساس مصالح و مقتضیات زمان و اهداف شریعت پر کند. چنانکه پیامبر اکرم (ص) نیز در زمان تصدی حاکمیت جامعه‌ی اسلامی در این حوزه با اختیارات حکومتی قانونگذاری نموده و از آنجا که این قانونگذاری با شأن حکومتی صورت گرفته بود، برای جانشینان آن حضرت لازم‌الاتباع نبوده و ایشان می‌توانسته‌اند حکم حکومتی پیامبر اکرم (ص) را تغییر دهند (صدر، ۱۴۱۷ق: ۳۸۰).

تأملی در نظریه‌ی منطقه‌الفراغ از منظر شهید صدر(ره) و نقدها و نقص‌های آن ■ ۵۱

اعتقاد به دیدگاه شهید صدر در منطقه‌الفراغ با روایاتی که احکام دین خاتم را تا قیامت پایدار می‌داند^(۱۴) منافات ندارد، چراکه این روایات درصدد نفی اجتهاد به رأی و قیاس بوده است که در دوره‌ای از تاریخ فقه، به شدت جریان داشتند. از سوی دیگر، این روایات، ضابطه و معیار درست اجتهاد را در کتاب و سنت قرار می‌دهد. نظریه‌ی منطقه‌الفراغ نیز ادعا نمی‌کند که خارج از چارچوب کتاب و سنت و به صورت اجتهاد به رأی عمل می‌کند، بلکه مدعی است که خداوند در کتاب، به مقتضای «أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولِيَ الْأَمْرِ مِنْكُمْ»^(۱۵) صلاحیت خاصی به ولی امر داده و فرمان‌های وی را لازم‌الاتباع دانسته است. حال منطقه‌ای که ولی امر می‌تواند اعمال صلاحیت کند، حوزه‌های گوناگونی دارد که یکی از آنها عرصه‌ی قانونگذاری است و از این رو منطق‌الفراغ بر کتاب مبتنی است و مؤیدات بسیاری در سنت نیز دارد (جعفری، ۱۳۸۴: ۱۸۷).

خلاصه آنکه اولاً حکومت اسلامی تنها مجری بخش ثابت شریعت نیست، بلکه در حوزه‌ی منطقه‌الفراغ با در نظر گرفتن مقتضیات زمان و مکان قانونگذاری می‌کند (صدر، ۱۴۱۷ق: ۳۸۰)؛ ثانیاً قلمرو این قانونگذاری (منطقه‌الفراغ) نیز در جایی است که حکم الزام‌آوری مبنی بر وجوب و حرمت وجود نداشته باشد و از این رو حوزه‌ی مباحات بالمعنی الاعم (که شامل مکروه و مستحب نیز می‌شود) را در برمی‌گیرد، نه تنها مباح بالمعنی الأخص^(۱۶) (صدر، ۱۴۱۷ق: ۶۸۹)؛ ثالثاً وجود این قلمرو به هیچ عنوان مستلزم نقص در شریعت نیست، چراکه اسلام برای آنکه بتواند در تمامی عصرها پایدار بماند، نیازمند آن است که اصول اصلی را بیان کرده و نحوه‌ی اجرای آن را به مکلفان واگذار کند و این انعطاف نه تنها به معنای نقص یک مکتب نیست، بلکه بر انعطاف‌پذیری آن دلالت می‌کند و موجب کارامدی آن خواهد شد. سخن پایانی نیز اینکه، از آنجا که در عرصه‌ی اجتماعی تکلیف بر عهده‌ی ولی امر است، وی حق دارد نحوه‌ی اجرایی کردن این اصول کلی را مستقیماً یا از طریق مجلس نمایندگان به واسطه‌ی قانونگذاری عملیاتی کند^(۱۷) (صدر، ۱۴۱۷ق: ۳۸۰).

۲-۳. ادله‌ی منتقدان نظریه‌ی منطقه‌الفراغ

عمده‌ی مخالفت‌ها با شهید صدر در این نظریه همان‌طور که گفتیم، به این علت است که این نظریه اولاً مستلزم نقص در شریعت است و ثانیاً مشابه با نظریه‌ی منطقه‌العفو^(۱۸) در میان اهل سنت. درحالی‌که مشهور امامیه معتقد به عدم خلو وقایع از حکم^(۱۹) و مردود دانستن حوزه‌ی ما لا نص فیه است. با این وصف برای بررسی این ایرادات، ذکر دو نمونه از آنها و پاسخ به آن، ما را از پاسخ به سایر موارد مشابه بی‌نیاز خواهد کرد.

برخی فقها ضمن بحث در مورد اختیارات قانونگذاری حکومت اسلامی معتقدند که ولی فقیه در موارد جزئی که از سنخ اجرائیات و از قبیل تطبیق کبریات بر مصادیق است، حق قانونگذاری دارد، اما در موارد کلی به وی چنین حقی داده نشده است. برای مثال حفظ نفوس مسلمین که در شریعت مقرر شده، یک قانون کلی است و قوانین راهنمایی و رانندگی چون در راستای این قاعده‌ی کلی است یا به عبارت دیگر مقدمه‌ای برای حفظ دماء و نفوس مسلمین است، پذیرفته شده است. بنابراین نظریه‌ی منطقه‌الفراغ که حق قانونگذاری را در اختیار حاکم گذاشته است نمی‌تواند صحیح باشد، زیرا مستلزم نقص در شریعت است. همچنین در جایی که نصی در دست ما نیست، اهل تسنن با تمسک به قیاس و استحسان و اجتهاد به معنای خاص، حکم مسئله را پیدا کرده و اقدام به قانونگذاری می‌کنند و بر این پندارند که در «ما لا نص فیه» در واقع هیچ حکمی وجود ندارد، اما امامیه معتقدند که هیچ مسئله‌ای نیست مگر اینکه در مورد آن حکمی در شرع مقدس مشخص شده است. چون احکام گاهی به موجب نصوص خاصی مقرر شده و گاهی در ضمن احکام و قواعد کلی بیان می‌شوند که این نصوص شرعیه و قواعد کلیه نزد امامان معصوم (ع) محفوظ است و اکثر آنها از طریق کتاب، سنت، عقل و اجماع به دست ما می‌رسد؛ اما اگر به هر دلیلی این نصوص و قواعد به دست ما نرسد، وظیفه‌ی مجتهدان است که حکم هر مسئله را با تمسک به اصول عملیه پیدا کنند یا کبریات و قواعد کلی را بر مصادیق آن تطبیق دهند و لذا دیگر جایی برای قانونگذاری و تشریع حکم باقی نمی‌ماند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲ق: ۵۱۴). علاوه بر این برخلاف اهل سنت، همه‌ی علمای امامیه معتقد به تخطئه هستند^(۲۰) و این نظر مستلزم آن است که قبلاً پذیرفته باشیم هر واقعه‌ای حکمی نزد خداوند دارد که اگر مجتهد آن را به دست نیاورد، به خطا رفته است. درحالی‌که لازمه‌ی پذیرش منطقه‌الفراغ این است که در برخی موارد حکمی نداشته باشیم تا بتوانیم حکمی در آن حوزه وضع کنیم و این با مبنای فقهای امامیه که معتقدند همه چیز حکم دارد و مجتهد یا به آن دست می‌یابد و یا به خطا خواهد رفت، در تناقض است (مکارم، ۱۴۲۲ق: ۵۲۲). خلاصه اینکه این نظریه اولاً مستلزم نقص در شریعت است و دیگر اینکه با مبانی شیعه سازگار نیست.

در پاسخ به این ایرادات پرسش اول این است که قانونگذاری با چه معیاری به کلی و جزئی تقسیم شده است، چراکه علمای علم حقوق یکی از اوصاف قاعده‌ی حقوقی را کلی بودن آن عنوان کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۵۷). کلی بودن نیز به این معناست که قابلیت انطباق بر موارد متعدد را داشته باشد. البته باید توجه داشت که کلی و جزئی مفاهیمی نسبی‌اند، به این معنا که یک مفهوم گاهی در مقایسه با مفهومی دیگر کلی تلقی می‌شود، اما در مقایسه با مفهوم ثالثی جزئی به حساب خواهد آمد. در این بحث مؤلف وضع مقررات راهنمایی و رانندگی را

تأملی در نظریه‌ی منطقه‌الفراغ از منظر شهید صدر(ره) و نقدها و نقص‌های آن ■ ۵۳

امری جزئی و بلااشکال می‌داند، درحالی‌که طرفداران نظریه‌ی منطقه‌الفراغ نیز همین مثال را برای اثبات این بحث مطرح می‌کنند و آن را کلی می‌دانند. با این توضیح به‌نظر نمی‌رسد تفاوتی از این لحاظ بین این دو نظر وجود داشته باشد.

در مورد ایراد دوم نیز باید گفت طرفداران نظریه‌ی منطقه‌الفراغ نیز به تخطئه معتقدند. ایشان معتقدند در شریعت اسلام در مورد هر واقعه‌ای حکمی داریم، اما نصوص مربوطه گاهی کلی و گاهی جزئی مطلبی را بیان کرده‌اند. برای مثال قاعده‌ی لاضرر یکی از قواعد کلی است که به کمک آن بسیاری از مسائل را می‌توان حل کرد و کار مجتهد و فقیه، تطبیق نصوص کلی بر موارد جزئی است. ازاین‌رو این نظریه نه تنها خروج از قواعد فقه امامیه نیست، بلکه در واقع بیان دیگری از همان نظریه‌ی جامعیت دین است و آنچه موجب این گمان و به‌تبع ایرادات مطرح‌شده گردیده است، مفهومی است که اصطلاح «منطقه‌الفراغ» به ذهن متبادر می‌سازد؛ به‌علت تشابه لفظی که میان این نظریه و نظریه‌ی «منطقه‌العفو» در اهل سنت وجود دارد که آن را بر مبنای حدیث «ما أحل فیه فهو حلال و ما حرم فیه فهو حرام و ما سکت عنه فهو عفو» (ابن حجر، بی‌تا، ج ۹: ۵۶۵) ساخته‌اند و مبنای برخی از قانونگذاری‌ها قرار داده‌اند، برخی برای رفع این ابهامات به‌جای اصطلاح «منطقه‌الفراغ» از اصطلاح «قلمرو ترخیص» استفاده می‌کنند (مؤسسه‌ی دایرةالمعارف فقه اسلامی، ۱۳۸۷: ۱۶۴).

برخی دیگر از فقها این نظریه را از این نظر دارای اشکال می‌دانند که معتقدند در حکومت اسلامی در واقع اساس، ضوابط اسلام و احکام خداوند تبارک و تعالی است که بر پیامبر اکرم(ص) در مسائل گوناگون زندگی و در ابعاد مختلف نازل شده و هیچ‌کس - اگرچه به حد بالایی از آگاهی و فرهنگ و توانایی نیز برسد - نمی‌تواند از سوی خود حکمی را تشریع یا قانونی در برابر قانون خداوند وضع کند. حتی پیامبر اکرم(ص) با آن همه مقام والا و تقریبی که به خداوند تبارک و تعالی داشت، باز تابع دستور خداوند بود و بر آن اساس بر جامعه حکومت می‌فرمود. خداوند تبارک و تعالی در این زمینه می‌فرماید: «إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ»؛^(۲۱) حکم [قانون و یا حکومت] تنها از آن خداوند است. چون احکام دو گونه است: «احکام الهی» که پیامبر(ص) از جانب خداوند مردم را بدان دعوت می‌کند و واسطه‌ی ابلاغ آن است که در این صورت اوامر آن حضرت در بیان این احکام، ارشادی محض است؛ و «احکام حکومتی» که این اوامر از آن حضرت به‌عنوان ولی امر و حاکم مسلمانان صادر می‌شود و از قبیل صغریات و مصادیق احکام کلی و فراگیری است که از سوی خداوند متعال بر قلب شریف آن حضرت نازل شده است. پس در واقع عمل مجلس شورا در حکومت اسلامی چیزی جز مشاوره در ترسیم

خطوط برنامه‌های صحیح و عادلانه برای مردم و کشور، به‌ویژه تدوین قانون برای قوه‌ی مجریه براساس ضوابط اسلام- که با اجتهاد فقها استخراج شده- نیست (منتظری، ۱۴۰۹ق: ۱۲۰).

ایشان در ادامه بیان کرده‌اند برای حکم شرعی سه مرحله است:

اول: تشریع و آن حق خداوند تبارک و تعالی است، خداوندی که مالک همه‌ی افراد و سرزمین‌ها و آگاه به مصالح و مفاسد و سود و زیان مردم است و در این جهت هیچ‌یک از مخلوقات شریک او نیست؛

دوم: استنباط، استنباط احکام و استخراج آن از منابع صحیح [کتاب، سنت، عقل و اجماع] و صدور فتوا براساس آن، که انجام آن از فقهای عادل ساخته است؛

سوم: برنامه‌ریزی و ترسیم خطوط، در این مرحله بر مبنای فتوای مستخرجه از سوی فقها برنامه‌های اساسی و خطوط کلی جامعه‌ی اسلامی تنظیم می‌شود (منتظری، ۱۴۰۹ق: ۱۲۱). پس در حکومت اسلامی اساس، قوانین و مقررات اسلام است و مسلمانان در همه‌ی مسائل عبادی، فرهنگی، اقتصادی، سیاسی و ... پیرو دستورهای اسلام هستند و مجلس شورا نمی‌تواند از آن تخلف ورزد. البته در این راه به مشکل لاینحل برخورد نخواهد کرد و به بن‌بست نخواهد رسید، چراکه اسلام به‌سبب جامعیت و خاتمیت خود به همه‌ی جوانب زندگی و نیازمندی‌های جامعه حتی نسبت به موارد ضرر و ضرورت و عسر و حرج و تراحم ملاک‌ها و موضوع‌های مشابه، توجه داشته است. همچنان که رسول امین به‌صراحت در واپسین روزهای عمر شریف خود و در مراسم حجة‌الوداع فرمودند: «ای مردم! به خدا سوگند هیچ چیز که شما را به بهشت نزدیک و از آتش دور سازد فرو نماند مگر اینکه شما را به انجام آن مأمور کردم و هیچ چیز که شما را به آتش نزدیک و از بهشت دور گرداند فرو نماند مگر اینکه شما را از آن نهی کردم»^(۲۲) (منتظری، ۱۴۰۹ق: ۱۲۳). برخی دیگر از فقها نیز مشابه این نظر را بیان کرده‌اند.^(۲۳)

۳. اشکالات وارد بر نظریه‌ی منطقه‌الفراغ

همان‌طورکه بیان شد این نظریه سخن جدیدی نیست، بلکه بیان دیگری از نظریه‌ی جامعیت دین است. اما این سخن به معنای ایراد نداشتن این نظریه نیست، به این دلیل که هم در مبانی نظری اشکال دارد و هم در عرصه‌ی عمل، قدرت حل مشکلات حکومت اسلامی را ندارد، چراکه عمده‌ی مشکلاتی که حکومت اسلامی با آن روبه‌روست، در انجام محرمات و ترک واجبات در مقام تراحم است و نه مباحات حتی به معنی اعم (آن‌گونه‌که در تقریر این نظریه بیان شد).

اینکه گفته شد منطقه‌الفراغ در حقیقت قرائتی دیگر از نظریه‌ی جامعیت دین است، به این

دلیل است که معتقدان به نظریه‌ی جامعیت دین (حتی در معنای حداکثری آن) نیز معتقد نبودند برای هر چیز نص جزئی داریم، چون نصوص متناهی و موضوعات نامتناهی‌اند. نصوص متناهی و محدود که بیانگر حکم جزئی‌اند، نمی‌توانند موضوعات نامتناهی را جواب دهند. اگر گفته شود حکم هر چیزی به‌نحو جزئی بیان شده است، اساساً مسائل مستحدثه^(۲۴) و به‌تبع آن اجتهاد بی‌معنا خواهد شد. به‌علاوه طرفداران جامعیت دین نیز به وجود اختیارات قانونگذاری برای حاکم قائل‌اند که شهید صدر نیز در این نظریه تلاش کرده است تا این حق را برای حاکم محفوظ بدارد. البته ممکن است در قلمرو اختیارات با یکدیگر تفاوت داشته باشند. ازاین‌رو این نظریه تفاوت ماهوی با نظریه‌ی جامعیت دین ندارد و در واقع هر دو نظر یک سخن را در دو قالب مطرح کرده‌اند. با وجود این، اشکالات این نظریه در دو عرصه توضیح داده می‌شود.

۳-۱. اشکالات نظریه‌ی منطقه‌الفراغ در زمینه‌ی مبانی نظری

شهید صدر می‌گوید نمی‌توان به حاکم اختیار قانونگذاری در احکام الزامی داد، چون مستلزم تعارض با دایره‌ی اختیارات الهی خواهد بود. اولین نکته این است که آیا تعارض با احکام الزامی ممنوع است یا با احکام غیرالزامی هم ممنوع است؟ مگر خداوند در سه حوزه‌ی مستحب و مکروه و مباح نیز حکم به استحباب و اکراه و اباحه^(۲۵) نکرده است؟ اگر قرار است دلیل معارض بودن مانع از اختیار حاکم باشد، چه فرقی بین معارضت با حکم واجب الهی با حکم مکروه وجود دارد؟ وقتی خداوند متعال حکمی را مکروه، مستحب و مباح دانسته است، مخالفت با آن، مصداق مخالفت با حکم الهی است و لذا ما باید همه‌ی احکام الهی را ارج نهمیم و حرمت آنها را پاس داریم. به‌عبارت دیگر خداوند متعال همان مصلحتی که در وجوب و حرمت بوده و به خاطر آن این احکام الزامی را به آن بخشیده و جعل فرموده است، در اباحه‌ی اشیا نیز وجود داشته و با ملاحظه‌ی آن اباحه را وضع فرموده است. افزون‌بر اینکه برخی از آیات قرآن به‌صراحت از حرام کردن حلال‌ها نهی می‌کند. خداوند در قرآن می‌فرماید: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تُحَرِّمُوا طَيِّبَاتٍ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ» ای اهل ایمان! چیزهای پاکیزه‌ای را که خدا برای شما حلال کرده بر خود حرام نکنید، و [از حدود خدا] تجاوز ننمایید یقیناً خدا متجاوزان را دوست ندارد.^(۲۶) این آیه‌ی شریفه حرام دانستن حلال‌ها را نهی می‌کند و آن را تجاوز از حدود الهی می‌داند. بدین‌سان که هرچه را خداوند حلال کرده، طیب و پاکیزه است یا به‌عبارت دیگر مصلحتی در آن نهفته است. ازاین‌رو به همان اندازه که ارتکاب حرام برای انسان مفسده دارد، اجتناب از امور پاکیزه و طیب نیز انسان را از سودمندی‌های آنها محروم می‌سازد و تجاوز به حدود الهی به‌شمار می‌آید (حسینی، ۱۳۸۱: ۷). واقع امر آن است که اساساً در مواردی که حکومت اسلامی دچار معضل می‌شود، تعارضی

وجود ندارد. به این معنا که حاکم نه در حکم مکروه و مستحب و نه در حکم واجب و حرام، حکم الهی را از بین نمی‌برد تا موجبی برای تعارض پدید آید. بلکه وی بنا به مصالحی موقتاً مانع از اجرای حکم مباح و واجب می‌شود یا اجرای انجام عمل مکروه یا حرام را صادر می‌کند.^(۲۷) برای نمونه میرزای شیرازی در قضیه‌ی قرارداد تنباکو با قید «الیوم» حکم خود را مقید به زمان محدود کرد (آشتیانی، ۱۴۲۵ق: ۲۵). علاوه بر این، در این موارد، بحث بر سر تعارض نیست، بلکه در مورد تراحم است، چراکه به تعبیر علمای علم اصول «تعارض تنافی دلیلین در مقام تشریع است و تراحم تنافی دلیلین در مقام اجرا» (مظفر، ۱۴۲۹ق: ۵۴۷) و از آنجا که در مثال‌های مذکور بحث در مقام اجرا بود، باید گفت این تنافی از سنخ تراحم بوده است و نه تعارض. به علاوه چنانچه میان دو دلیل تعارض وجود داشته باشد، موجب سقوط هر دو از درجه‌ی اعتبار می‌شود. اما در این بحث ترجیح اهم بر مهم صورت می‌پذیرد و این خود نشان می‌دهد که بحث در مقام تراحم است نه تعارض.

برخی دیگر از فقها معتقدند اختیارات حاکم شرع فقط در محدوده‌ای که شارع مباح اعلام کرده نیست و این گونه نیست که حاکم جامعه‌ی اسلامی، فقط بتواند جلوی اجرای مباحات را بگیرد، بلکه دایره‌ی اختیار حاکم و محدوده‌ی حکم و جعل او وسیع‌تر از این دایره است و از محدوده‌ی مباحات هم فراتر است. باید توجه داشت که طبق نظر شهید صدر در واقع حکم حاکم یک حکم ثانوی فرض شده است، به این معنا که شارع یک حکم اولی و جعل اولی دارد، اما حاکم به حسب ضرورت‌ها و مصلحت‌هایی آن حکم اولی را تغییر می‌دهد که از آن به حکم ثانوی تعبیر می‌شود، اما اعتقاد این گروه از فقها آن است که حکم حاکم، ثانوی نیست، بلکه در ردیف احکام اولیه و حتی در مواردی، مقدم بر احکام اولیه است. براساس نظر ایشان حکمی را که حاکم جعل می‌کند، از احکام شرعیه محسوب می‌شود و می‌توان آن را به شارع نسبت داد و گفت: «هذا حکم شرعی».^(۲۸)

۳-۲. اشکالات نظریه‌ی منطقه‌الفراغ در عرصه‌ی عمل

اشکال دوم نظریه‌ی منطقه‌الفراغ با تقریر شهید صدر (ره) عدم توانایی حل مشکلات اصلی نظام اسلامی است. فلسفه‌ی پیدایش این نظریه اثبات کارآمدی اسلام در همه‌ی زمان‌ها و همه‌ی مکان‌ها به عنوان الگویی کامل و پاسخگو به نیازهای بشر است.^(۲۹) این نظریه به دنبال این بوده است که بن‌بست‌های حوزه‌ی عمل را از بین ببرد. اما باید گفت وقوع اصلی‌ترین مشکلات حکومت اسلامی، در حوزه‌ی محرمات قطعی است، نه مباحات و مکروهات. بنابراین به نظر می‌رسد این نظریه کارآمدی چندانی برای حل معضلات نظام نداشته باشد.

تأملی در نظریه‌ی منطقة الفراغ از منظر شهید صدر(ره) و نقدها و نقص‌های آن ■ ۵۷

باید توجه داشت که منطقة الفراغ استیعاب و شمولی برای شریعت به‌همراه نیاورده است، بلکه آنچه موجب شمول و استیعاب می‌شود، اجازه‌ای است که عقل و شرع به حاکم اسلامی می‌دهد که از عناوین ثانویه مانند قاعده‌ی اهم و مهم برای رفع مشکلات فردی و اجتماعی و شکستن بن‌بست‌ها از آن استفاده کند. بنابراین آنچه بر عهده‌ی ولی امر است تشخیص و تعیین مصداق برای عناوین اولیه (اعم از موارد احکام الزامی و غیرالزامی) و تشخیص عناوین ثانویه و عروض و عدم عروض آن بر موضوعات است.

نتیجه‌گیری

بررسی نظریه‌ی منطقة الفراغ همانند هر نظریه‌ی دیگری باید با رجوع به متون اصلی که آن نظریه در آن تشریح و تبیین شده است، صورت گیرد. در این نوشتار تلاش شد برای فهم درست نظریه‌ی شهید صدر و نقدهای وارد بر آن به منابع اصیل و دست اول مراجعه شود. آنچه شهید صدر را به فکر ارائه‌ی این نظریه انداخته، مشکلاتی است که برای حکومت اسلامی در اثر اقتضائات گوناگون زمان و مکان پدید می‌آید. نظریه‌ی منطق الفراغ نظریه‌ی جدیدی در فقه شیعه نیست، بلکه قرائت دیگری از نظریه‌ی جامعیت دین است، اگرچه در مبانی نظری آن اشکالاتی وجود دارد. بر این نظریه به تصور اینکه مستلزم نقص در شریعت است و مشابهت‌هایی با نظریه‌ی منطق العفو اهل سنت دارد، ایرادات ناصحیحی وارد شده که ناشی از فهم نادرست این نظریه است. اما واقعیت آن است که این نظریه هم در مبانی نظری خود از استحکام لازم برخوردار نیست و هم در عرصه‌ی عمل کارایی لازم را ندارد، چراکه اولاً همان‌گونه که واجبات و محرمات شریعت لازم‌الاتباع است، سایر احکام مانند مستحبات و مکروهات و حتی مباحات نیز لازم‌الاتباع است و ثانیاً اقتضائات حکومت اسلامی تنها در دایره‌ی مباحات بالمعنی اعم یعنی حوزه‌ی مستحبات و مکروهات و مباحات بالمعنی الاخص نیست، بلکه مشکلات اصلی در ترک موقتی احکام واجب و حرام است که نظریه‌ی منطقة الفراغ از حل آنها ناتوان است.

یادداشت‌ها

۱. «مَنْ عَمِلَ صَالِحًا مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أَنْثَى وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَلَنُحْيِيَنَّهٗ حَيَاةً طَيِّبَةً وَلَنَجْزِيَنَّهُمْ أَجْرَهُمْ بِأَحْسَنِ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ». از مرد و زن، هر کس کار شایسته انجام دهد درحالی‌که مؤمن است، مسلماً او را به زندگی پاک و پاکیزه‌ای زنده می‌داریم و پاداششان را بر پایه‌ی بهترین عملی که همواره انجام می‌داده‌اند، می‌دهیم (نحل: ۹۷).
۲. بررسی آیات قرآن کریم نشان می‌دهد که دین خداوند واحد «ان الدین عندالله الاسلام» (آل عمران: ۱۹) اما شریعت‌ها متعددند (مائده: ۴۸)، ازاین‌رو در این مقاله «دین» به‌صورت مفرد به‌کار رفته است، در مقابل «شرایع» به‌صورت جمع استفاده می‌شود.
۳. فیلسوف و متفکر بزرگ اسلامی، مجاهد نستوه، حضرت آیت‌الله العظمی سید محمدباقر صدر در روز ۲۵ ذی‌قعدة ۱۳۵۰ هجری قمری برابر با ۱۳ فروردین ۱۳۱۱ هجری شمسی در شهر کاظمین، در خانواده‌ی نامدار و اصیل و مبارز و روحانی چشم به جهان گشود. آیت‌الله صدر به استنباط و اجتهاد ابعاد تازه‌ای بخشید و در زمینه‌های مختلف سیاسی و اقتصادی و جهاد صاحب مکتب بود. مکتب فکری و اقتصادی و نیز شیوه‌ی دیپلماسی و مبارزاتی او مشهور است. ایشان در زمینه‌های گوناگون، اعم از فقه، اصول، اقتصاد و جامعه‌شناسی تخصص داشت و احاطه‌ی او بر تاریخ و قانونگذاری و نظرهای او در زمینه‌ی بانکداری بدون ربا، گواه صادقی بر نبوغ علمی اوست. ایشان پس از مجاهدت بسیار در عرصه‌های علمی و سیاسی سرانجام در شامگاه ۱۹ فروردین ۱۳۵۹ شمسی و در ۴۸ سالگی به دست مزدوران حزب بعث به‌همراه خواهرش بنت‌الهدی صدر- نویسنده‌ی معروف عراق- به شهادت رسید. امام خمینی(ره) در بخشی از پیام خویش به مناسبت شهادت ایشان فرمودند: «شهادت ارثی است که امثال این شخصیت‌های عزیز از موالیان خود برده‌اند و جنایت و ستمکاری میراثی است که امثال این جنایتکاران تاریخ، از اسلاف ستم‌پیشه خود می‌برند. شهادت این بزرگواران که عمری را به مجاهدت در راه اهداف اسلام گذرانده‌اند به دست اشخاص جنایتکاری که عمری به خونخواری و ستم‌پیشگی گذرانده‌اند عجیب نیست. عجیب آن است که مجاهدان راه حق در بستر بمیرند و ستمگران جنایت‌پیشه دست خبیث خود را به خون آنان آغشته نکنند» (خمینی، ۱۳۷۸، ج ۱۲: ۲۵۳).
۴. این نظریه از سوی علامه محمد مهدی شمس‌الدین نیز مطرح شده است. ایشان با تفکیک میان احکام تشریعی و احکام تدبیری (احکامی که از معصوم، نه به‌عنوان مبلغ شرع، بلکه به‌عنوان ولی امر و حاکم و رئیس دولت صادر شده است) حوزه‌ی سیاست و مدیریت و حکومت را از حوزه‌ی تشریعیات خارج می‌کند و از مقوله‌ی «تدبیرات» می‌داند. وی بر این اساس، مفهوم منطقه‌الفراغ (حوزه‌ای از مسائل دین که شارع مقدس در آن حکم الزامی تغییرناپذیر ندارد و باید توسط ولی امر بر پایه‌ی اصول و قواعد شرعی، بر حسب نیازها و مقتضیات زمان و مکان تنظیم شود) را به‌گونه‌ای توسعه می‌دهد که شامل همه‌ی حوزه‌های زندگی اجتماعی به استثنای امور عبادی مانند نماز و روزه و حج می‌شود و معتقد است: «حوزه‌ی فراغ تشریعی، هر وضع جدیدی را شامل می‌شود که نصی مستقیم یا قاعده‌ای کلی درباره‌ی آن نیامده است» (شمس‌الدین، ۱۳۷۵: ۸۹). لازمی چنین برداشتی از قلمرو دین، خارج کردن بسیاری از احکام دین از حوزه‌ی تشریع الهی است که نه با حقیقت و ماهیت دین سازگار است نه با جامعیت آن. چگونه می‌توان تمامی آیاتی را که ناظر بر حوزه‌ی سیاست و مدیریت و حکومت است از حوزه‌ی تشریع دین خارج کرده و به حوزه‌ی تدبیرات وارد ساخت؟ با این وصف چگونه می‌توان داعیه‌ی جامعیت دین داشت؛ درحالی‌که خطوط اصلی آن در حوزه‌ی سیاست، مدیریت و حکومت و سطح کلان جامعه از دایره‌ی تشریعات خارج شده و تنها احکام عبادی در این دایره قرار داشته باشد؟ درحالی‌که قواعد و خطوط کلی سیاست و

تأملی در نظریه‌ی منطقه‌الفراغ از منظر شهید صدر(ره) و نقدها و نقص‌های آن ■ ۵۹

حکومت در آیات و روایات به‌خوبی بیانگر توجه به چارچوب‌ها و قواعد اساسی این مسئله در احکام اسلامی است. بنابراین خارج کردن حکومت از حوزه‌ی تشریعیات با چنین اعتقاد توحیدی و جهان‌بینی سازگار نیست. علاوه‌بر اینکه ماهیت قوانین و دستورهای اسلام، خود دلیل بر ردّ این نظریه و الهی بودن حکومت است. زیرا جامعیت اسلام به‌عنوان آیینی که از بیان مسائل فردی و جزئی نیز فروگذار نکرده، اقتضا می‌کند که مسئله‌ی مهمی چون حکومت را که هدایت بشر و مسائل اساسی زندگی او به آن بستگی دارد، بدون پاسخ نگذارد. نگاهی اجمالی به احکام و قوانین اسلام، بیانگر آن است که ماهیت این احکام به‌گونه‌ای است که اجرا و اعمال آنها تنها در سایه‌ی ایجاد حکومت امکان‌پذیر خواهد بود. جهاد در راه خدا دفاع از کیان جامعه‌ی اسلامی، تأمین امنیت داخلی، قضاوت، احقاق حقوق مردم، امر به معروف و نهی از منکر، ساماندهی بیت‌المال و... از مسائلی هستند که اعمال آنها مستلزم وجود حکومت است. آیا ممکن است اسلام برای این موضوعات که مرتبط به حیات سیاسی و اجتماعی جامعه‌ی اسلامی‌اند، قانون داشته باشد، اما در مورد مجری و چگونگی اجرای آن احکام، سخنی نگفته باشد؟ بنابراین اگر اسلام نظارت و ارشاد و امر به معروف و نهی از منکر و جهاد دارد، اگر حدود و مقررات و قوانین اجتماعی و جامع دارد، این نشان می‌دهد که اسلام تشکیلات همه‌جانبه و یک حکومت است و اسلام از آن جهت که دین الهی است و از آن جهت که کامل و خاتم همه‌ی مکتب‌هاست، برای اجرای احکامش و ایجاد قسط و عدل در جامعه، حکومت و دولت می‌خواهد، برای نبرد با طاغوت و ستیز با ظلم و تعدی طاغوتیان، حکومت و حاکم می‌خواهد (جوادی آملی، ۱۳۷۹: ۷۵). در این مجال به همین مختصر بسنده می‌کنیم و تنها به نقد و بررسی نظریه‌ی منطقه‌الفراغ از منظر شهید صدر خواهیم پرداخت.

۵. این رساله با عنوان «المحة فقهية تمهيدية عن مشروع الدستور الجمهوریة الإسلامية الإيرانية» همراه با چند مقاله‌ی دیگر در کتابی با عنوان الاسلام يقود الحياة به چاپ رسیده است (صدر، ۱۴۲۶ق: ۱۱-۲۵).

۶. شیخ کلینی در کتاب کافی بابی با عنوان «باب الرد الى الكتاب و السنة و أنه ليس شيء من الحلال و الحرام و جميع ما يحتاج الناس اليه الا و قد جاء فيه كتاب أو سنة» آورده و این روایات را در آنجا جمع‌آوری کرده است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۱: ۵۹).

۷. «إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ». همانا ما قرآن را نازل کردیم، و یقیناً ما نگهبان آن [از تحریف و زوال] هستیم.

۸. جلال‌الدین سیوطی، متوفای ۹۱۱ ه.ق.

۹. محمدبن عبدالله زرکشی، متوفای ۷۹۴ ه.ق.

۱۰. امامان معصوم نیز این موضوع را با ادبیات مختلفی بیان می‌کردند و پس از بیان اصول و قواعد کلی یارانشان را به استخراج فروع آن دعوت می‌کردند (اربلی، ۱۳۸۱ق، ج ۲: ۳۱۴؛ جزائری، ۱۴۰۸ق، ج ۱: ۲۰۹). قاعده‌ی عدم نقض یقین با شک (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۳: ۳۵۲؛ ابن‌بابویه، ۱۳۶۲، ج ۲: ۶۱۹؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱: ۸) که باب استصحاب را در اصول فقه باز کرده، از دیگر مؤیدات این بحث است. توضیح اینکه ائمه‌ی اطهار(ع) به‌جای بیان پاسخ مسائلی که مردم مطرح می‌کردند، قواعدی مثل استصحاب را بیان می‌کردند تا چنانچه مردم مجدداً با مسئله‌ای از این قبیل برخورد کردند به این قواعد رجوع کنند.

۱۱. به این استناد که در خود قرآن کریم آمده است: «مَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا» (حشر: ۷). پس مقررات حکومتی هم در دایره‌ی جامعیت دین قرار می‌گیرد.

۱۲. احکام مسلم مربوط به زندگی اجتماعی، چراکه اساساً قلمرو حقوق مسائل اجتماعی است.

۱۳. شایان ذکر است که شورای نگهبان در نظریه‌ی تفسیری شماره‌ی ۲۴۳۷ مورخ ۱۳۶۳/۱۰/۱۱ مبنایی متفاوت را پذیرفته و مقرر کرده است: «تشخیص مغایرت با انطباق قوانین با موازین اسلامی به‌طور نظر فتوایی با فقهای

۶۰ ■ قانون‌گذاری و قانون اساسی (۱)

شورای نگهبان است» (مجموعه قانون اساسی، ۱۳۸۶: ۱۴۷). با این مبنا فتوای فقهای شورای نگهبان معیار انطباق یا مغایرت با شرع است.

۱۴. «حلال محمد، حلال الی یوم القیامه و حرامه حرام الی یوم القیامه» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۳۰: ۱۹۶).
۱۵. نساء: ۵۹.

۱۶. کل فعل مباح تشریعاً بطبیعت؛ فای نشاط و عمل لم یرد نص تشریعی یدل علی حرمته أو وجوبه، یسمح لولی الأمر بإعطائه صفة ثانویه، بالمنع عنه أو الأمر به. عدم توجه به همین قید برخی را به اشتباه انداخته است که گمان کنند شهید صدر معتقد به جواز خلو وقایع از حکم بوده است که در بحث در مورد نقد نظریه‌ی منطقه‌الفراغ به آن اشاره خواهد شد.

۱۷. با این مبنا به نظر می‌رسد که مجلس قانونگذاری در حکومت اسلامی نمایندگان ولی امر و حاکم حکومت اسلامی‌اند و نه نماینده‌ی مردم.

۱۸. برای بحث در مورد این نظریه ر.ک: باغسنگانی و متانکلایی، ۱۳۹۱: ۱۳۳-۱۷۰.

۱۹. برای دیدن مباحث مفصل در مورد این نظریه ر.ک: لاریجانی، ۱۴۲۸ق: ۱۶۱-۲۰۸.

۲۰. به این معنا که همه چیز در نزد خداوند متعال حکمی دارد و مجتهد در اثر تلاش خود یا به حکم صواب و درست می‌رسد یا آنکه خطا کرده و به حکم واقعی دست نخواهد یافت. از این‌روست که گفته‌اند: للمصیب اجران و للمخطی اجر واحد (مجلسی، ۱۴۰۴ق، ج ۱: ۲۰۰).

۲۱. انعام: ۵۷.

۲۲. «یا ایها الناس و الله ما من شیء یقرّبکم من الجنة و یباعدکم من النار الا و قد امرتکم به و ما من شیء یقرّبکم من النار و یباعدکم من الجنة الا و قد نهیتکم عنه» (اصول کافی، ۱۴۰۷ق، ج ۲: ۷۴).

۲۳. برای نمونه ر.ک: حسینی شیرازی، سید محمد (۱۴۱۹ق)، بیروت: مرکز الرسول الاعظم للتحقیق و النشر، ج دوم؛ سبحانی، جعفر (۱۳۸۶)، مدخل مسائل جدید در علم کلام، قم: مؤسسه‌ی امام صادق (ع)، چ اول، ج ۳.

۲۴. مسائلی که در زمان شارع سابقه نداشته است و در هر عصری بنا به اقتضائات آن پدید می‌آید (مرعشی، ۱۴۲۷ق، ج ۲: ۵۰).

۲۵. دقت شود که در اباحه نیز اباحه حکم نشده است، بلکه حکم به اباحه شده است. به بیان دیگر اباحه، حکم به علی‌السویه است و به معنای عدم وجود هر گونه حکم نیست.

۲۶. مائده: ۸۷.

۲۷. برخی از علمای امامیه در مورد تحریم متعه از سوی خلیفه‌ی دوم نیز قائل به این مبنا هستند. برای نمونه ر.ک: جعفر سبحانی، الانصاف فی مسائل دام فیہ الخلاف، قم: مدرسه‌ی امام صادق (ع)، ۱۴۲۳ق، ج ۱: ۵۵۰ که معتقد است این کار منع حکومتی بوده است و نه دینی. نیز ر.ک: عبدالرحمن جزیری و دیگران، الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت وفقاً لمذهب أهل البيت علیهم السلام، بیروت: دارالتقنین، ۱۴۱۹ق، ج ۴: ۱۲۸؛ نجم‌الدین طوسی، دراسات فقهیه فی مسائل خلافیه، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه‌ی علمیه‌ی قم، ۱۴۲۹ق: ۸۶ که اعتقادی مشابه دارند.

۲۸. تقریر دیدگاه امام خمینی (ره) در زمینه‌ی حکم حاکم به نقل از ششمین جلسه‌ی درس خارج «مبانی فقه حکومتی» حجت‌الاسلام سید مهدی میرباقری (پایگاه اطلاع‌رسانی فرهنگستان علوم اسلامی).

۲۹. این موضوع که در ادبیات فارسی با لفظ مشهور «اسلام و مقتضیات زمان» یاد می‌شود، در زبان عربی با لفظ «مرونة الشریعة» (انعطاف‌پذیری شریعت) (خلیل رزق، ۱۴۲۹ق: ۷۴) شناخته شده است.

تأملی در نظریه‌ی منطقه‌الفراغ از منظر شهید صدر(ره) و نقدها و نقص‌های آن ■ ۶۱

منابع و مأخذ

الف) فارسی و عربی

قرآن کریم با ترجمه‌ی حسین انصاریان.

ابن بابویه، محمد بن علی (۱۳۶۲)، **الخصال**، تحقیق علی اکبر غفاری، قم: جامعه‌ی مدرسین.

ابن حجر عسقلانی (بی تا)، **فتح الباری**، بیروت: دارالمعرفة للطباعة والنشر، ج دوم.

اربلی، علی بن عیسی (۱۳۸۱ق)، **کشف الغمة فی معرفة الاثمة**، تحقیق هاشم رسولی محلاتی، تبریز: بنی هاشمی، ج اول.

اسماعیلی، محسن و همکاران (۱۳۹۱)، **دین و قانون (بررسی کارکرد و نقش دین در حوزه‌ی قانون و قانونگذاری)**، تهران: دانشگاه امام صادق(ع).

آشتیانی، میرزا محمدحسن بن جعفر (۱۴۲۵ق)، **الرسائل التسع**، قم: زهیر، کنگره‌ی علامه آشتیانی.
آلوسی، سید محمود (۱۴۱۵ق)، **روح المعانی فی تفسیر القرآن العظیم**، تحقیق علی عبدالباری عطیه، بیروت: دارالکتب العلمیة.

جزائری، سید نعمت الله بن عبدالله (۱۴۰۸ق)، **کشف الاسرار فی شرح الاستبصار**، تحقیق طیب موسوی جزائری، قم: مؤسسه‌ی دارالکتاب.

جزیری، عبدالرحمن و دیگران (۱۴۱۹ق)، **الفقه علی المذاهب الاربعة و مذهب أهل البيت وفقاً لمذهب أهل البيت(ع)**، بیروت: دارالتقلین.

جعفری، علی (۱۳۸۴)، **صدر شهادت (زندگی‌نامه‌ی شهید محمدباقر صدر)**، قم: مرکز پژوهش‌های صدا و سیما.

جناتی، محمدابراهیم (۱۳۶۸)، «جایگاه قیاس در منابع اجتهاد»، **کیهان اندیشه**، ش ۲۶، ص ۶۹-۹۹.

جوادی آملی، عبدالله (۱۳۷۹)، **ولایت فقیه: ولایت فقاها و عدالت**، قم: اسراء.

جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۶)، **منزلت عقل در هندسه‌ی معرفت دینی**، قم: اسراء.

حسینی شیرازی، سید محمد (۱۴۱۹ق)، **القانون**، بیروت: مرکز الرسول الاعظم للتحقیق و النشر، ج دوم.

حسینی، سیدعلی (۱۳۸۱)، «بازشناسی، تحلیل و نقد نظریه‌ی منطقه‌الفراغ»، **پژوهشنامه‌ی حقوق اسلامی**، ش ۶ و ۷، ص ۹۰-۹۷.

رزق، خلیل (۱۴۲۹ق)، **معالم التجديد الفقهي تقرير بحث السيد کمال الحيدري**، قم: دارفراقد.

للطباعة و النشر.

زرکشی، محمدبن عبدالله (۱۴۱۰ق)، البرهان فی علوم القرآن، بیروت: دارالمعرفه.
زمخشری، محمود (۱۴۰۷ق)، الکشاف عن حقائق غوامض التنزیل، بیروت: دارالکتب العربی،
چ سوم.

سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۲۳ق)، الانصاف فی مسائل دام فیہ الخلاف، قم: مدرسه‌ی امام
صادق(ع).

سبحانی، جعفر (۱۳۸۶)، مدخل مسائل جدید در علم کلام، قم: مؤسسه‌ی امام صادق(ع)، چ
اول، ج ۳.

سید مرتضی (۱۴۰۵ق)، رسائل، تحقیق سید مهدی رجائی، قم: دارالقرآن الکریم.
سیوطی، جلال‌الدین (۱۴۲۱ق)، الاتقان فی علوم القرآن، بیروت: دارالکتب العربی، چ دوم.
شکوهی، علی (۱۳۸۶)، «جامعیت دین اسلام»، پژوهش‌های اجتماعی اسلامی، ش ۶۴، ص
۱۷-۴۶.

شمس‌الدین، محمد مهدی (۱۳۷۵)، «مجال الاجتهاد و مناطق الفراغ التشريعی»، نشریه‌ی المنهاج،
ش ۴، ص ۸۱-۱۰۶.

شوشتری مرعشی، سید محمدحسن (۱۴۲۷ق)، دیدگاه‌های نو در حقوق، تحقیق عباس
شیری، تهران: میزان، چ دوم.

صدر، سید محمدباقر (۱۴۱۷ق)، اقتصادنا، تحقیق عبدالحکیم ضیاء، علی‌اکبر ناجی، سید محمد
حسینی و صابر اکبری، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.

طوسی، نجم‌الدین (۱۴۲۹ق)، دراسات فقهیه فی مسائل خلافتیه، قم: انتشارات دفتر تبلیغات
اسلامی حوزه‌ی علمیه‌ی قم.

طوسی، محمدبن حسن (۱۴۰۷ق)، تهذیب الأحکام، تهران: دارالکتب الإسلامیه، چ چهارم.
کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، مقدمه‌ی علم حقوق، تهران: شرکت سهامی انتشار، چ چهل و نهم.

کلینی، محمدبن یعقوب بن اسحاق (۱۴۰۷ق)، الکافی، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چ چهارم.
لاریجانی، صادق (۱۴۲۸ق)، «قاعدة نفی الخلو»، تقریر محمدحسن القمی، مجله پژوهش‌های

اصولی، پاییز ۱۳۸۶، ش ۷، ص ۲۰۷-۱۶۱.

مجلسی، محمدباقر (۱۴۰۴ق)، مرآة العقول فی شرح اخبار آل الرسول، تحقیق سید هاشم رسولی
محلاتی، تهران: دارالکتب الإسلامیه، چ دوم.

تأملی در نظریه‌ی منطقه‌الفراغ از منظر شهید صدر(ره) و نقدها و نقص‌های آن ■ ۶۳

مجموعه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۸۶)، تهران: معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین و مقررات معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، چ ششم.
مطهری، مرتضی (۱۳۹۰)، ختم نبوت، تهران: صدرا، چ بیست‌ویکم.
مظفر، محمدرضا (۱۴۲۹ق)، اصول الفقه، تحقیق عباس‌علی زارعی سبزواری، قم: بوستان کتاب، الطبعة الخامسة.
مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۲ق)، بحوث فقهیه هامة، قم: مدرسة الإمام علی بن أبی طالب(ع).
منتظری نجف‌آبادی، حسینعلی (۱۴۰۹ق)، مبانی فقهی حکومت اسلامی، ترجمه‌ی محمود صلواتی، و ابوالفضل شکوری، قم: مؤسسه‌ی کیهان، چ اول.

ب) پایگاه‌های اینترنتی

<http://www.imam-khomeini.ir>
<http://tohid.ir/fa/persia>
<http://www.isaq.ir>.

نظریه تخییر در انتخاب فتاوا در مقام قانون‌گذاری

عبدالله حیدری *، محمدجواد ارسطا، حسنعلی علی‌اکبریان

چکیده

در بسیاری از قوانین اساسی کشورهای اسلامی، از جمله در اصل ۴ قانون اساسی ایران، تصریح شده است که همه قوانین باید بر اساس موازین اسلامی باشد. مطابقت با موازین اسلامی، از راه مطابقت با منابع دینی و فتاوی عالمان دین، میسر است. از این رو این پرسش قابل طرح است که معیار در مطابقت قوانین با شریعت کدام فتواست؟ نظریات متعددی ابراز شده است. می‌توان به نظریه‌های مطابقت با فتوای اعلم، مشهور، ولی امر، و کارآمد اشاره کرد. این نوشتار دیدگاه دیگری را با عنوان «نظریه تخییر در قانون‌گذاری» مطرح کرده و بر آن است که مطابقت با شریعت از راه مطابقت با هر یک از فتاوی فقهای شیعی قابل تحصیل است و با وضع قانون، طبق فتاوی هر یک از مجتهدان صاحب‌نظر، مطابقت با شریعت حاصل می‌شود. با الزام چنین قانونی از سوی نهادهای مسئول، عمل به آن الزام‌آور است. طبق این دیدگاه، الزامی بر وضع قانون مطابق با فتوای اعلم یا کارآمد یا دیدگاه مشهور وجود ندارد. می‌توان گفت طرفداران این نظریه شخصیت‌های برجسته‌ای چون محقق نراقی و صاحب جواهر هستند و سعی شده دلایل این دیدگاه بیان و اشکالات آن در حد توان رفع شود. رهاورد این دیدگاه را می‌توان تخییر در مقام قانون‌گذاری، تخییر در انتخاب فتوا توسط قاضی در موارد خلأ قانون، و تعیین معیار مخالفت با شرع شمرد؛ به این معنا که طبق این دیدگاه قانون‌گذار مخیر است بر اساس فتوای هر یک از فقیهان صاحب اعتبار وضع قانون کند و قاضی در صورت مواجهه با خلأ قانون، طبق فتوای هر یک از فقهای شیعی، رأی صادر کند. قانون و حکمی مخالف با شرع تلقی می‌شود که برخلاف حکم الزامی مورد اتفاق فقهای شیعی باشد. روش تحقیق در این پژوهش توصیفی-تحلیلی است.

واژگان کلیدی: تخییر، شریعت، فتوا، قانون، قانون‌گذاری

درآمد

نظام سیاسی به منظور اداره کشور نیاز به قانون دارد. قانون رابطه شهروندان و دولت را تعیین و دامنه اختیارات قوا را مشخص می‌کند. همچنین رابطه شهروندان را در مسائل مختلف حقوقی بیان می‌کند. مرزهای فعالیت شهروندان با وضع مقررات جزایی معین می‌شود. در صورت نبود قانون، کشور در هرج و مرج و بی‌نظمی فرومی‌رود. نظام سیاسی در جامعه دینی از این قاعده مستثنا نیست. از سوی دیگر جامعه دینی نمی‌تواند در وضع قانون نگاهی به شریعت نداشته باشد. زیرا شریعت، همان‌گونه که افراد را مکلف به عمل به شریعت می‌کند، دولت و نظام سیاسی را نیز موظف به اجرای شریعت می‌داند: «الَّذِينَ إِن مَكَّنَّاهُمْ فِي الْأَرْضِ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وَ آتَوْا الزَّكَاةَ وَ أَمَرُوا بِالْمَعْرُوفِ وَ نَهَوْا عَنِ الْمُنْكَرِ وَلِلَّهِ عَاقِبَةُ الْأُمُورِ.» (حج: ۴۱). افزون بر آن، جامعه دینی نمی‌پذیرد در کشور قانون غیر مبتنی بر شریعت وضع و بر جامعه تطبیق شود. قانون در صورتی در جامعه مقبولیت می‌یابد و مؤمنان رفتارشان را بر پایه آن عیار می‌کنند که از مشروعیت برخوردار باشد.

نظام سیاسی مبتنی بر هنجارهای دینی در امر قانون‌گذاری با این پرسش مواجه است: قانون‌گذاری بر اساس شریعت چگونه باید صورت بگیرد؟ دو گزینه جهت اجرایی شدن این امر وجود دارد: یک. وضع قانون بر اساس منابع شریعت، یعنی کتاب و سنت؛ دو. وضع قانون بر پایه فتاوی‌ای عالمان دین و فقیهان شریعت. امکان وضع قانون بر پایه منابع شریعت دشوار است. زیرا قوانین و مقررات زندگی در کتاب و سنت به شکل کدهای قانونی نیامده است تا بتوان به آسانی به آن‌ها مراجعه کرد، بلکه مضامین قوانین در سراسر کتاب و سنت به صورت پراکنده مطرح شده است. از سوی دیگر آیات مشتمل بر قوانین و مقررات نیاز به مفهوم‌شناسی دقیق دارد و اخبار و روایات، از نظر سندی و متنی و دلالت، نیاز به اعتبارسنجی دارد، نیز بسیاری از مسائل نوپیدا در کتاب و سنت به صورت صریح مطرح نشده است (صدر، ۱/۱۳۷۹: ۱۹ - ۲۲). در نتیجه، به دست آوردن قوانین و مقررات از کتاب و سنت نیاز به فراگیری مقدمات و دانش‌های فراوان سندشناسی و متن‌شناسی و قواعد زبان‌شناختی دارد و تحصیل آن بدون صرف عمر و تلاش و جهد فراوان امکان‌پذیر نیست. بنابراین، استنباط احکام برای همگان مقدور نیست. بدین ترتیب، تنها راه ممکن و معقول وضع قانون بر اساس گزینه دوم است. زیرا به دلیل برخورداری از تلاش و جهد کارشناسان علوم دینی از اتقان لازم برخوردار است و همچنین از نظر شرعی و عقلایی حجیت و اعتبار مراجعه به آرای کارشناسان خبره دینی و فقهای جامع‌الشرایط در جای خود ثابت شده است که این مقال درصدد شرح آن نیست.

نظریه تخییر در انتخاب فتاوا در مقام قانون‌گذاری ■ ۶۷

مراجعه به فتاوی فقها جهت وضع قانون اعم از دیدگاه‌ها و نظریاتی است که قبلاً ابراز شده یا در حین وضع قانون توسط کارشناسان دینی ابراز می‌شود و اختصاص به طیف خاصی ندارد. وضع قانون بر اساس فتاوی عالمان دینی این پرسش را در پی دارد که کدام فتوا را در مقام وضع قانون باید معیار قرار داد؟ احتمالات متعدد در این مورد قابل طرح است؛ بسان وضع قانون بر اساس فتوای ولی امر، فتوای جماعت معین، مثل شورای نگهبان، فتوای اعلی، فتوای مشهور، فتوای کارآمد. هر یک از نظریات یادشده در مقالات دیگران شرح و بسط داده شده است.^۱ اما این نوشتار درصدد تبیین و اثبات دیدگاه دیگری در مقام وضع قانون است و آن «تخییر در انتخاب فتاوا در مقام قانون‌گذاری» است. از این‌رو، این ایده «نظریه تخییر در قانون‌گذاری» نام نهاده شده است. در این نوشتار کوشش می‌شود این دیدگاه تشریح و مستندات و رهاورد آن بیان شود. ساختار کلی این نوشتار بدین صورت سامان‌دهی شده است: تبیین نظریه تخییر، مستندات نظریه تخییر، گستره تخییر، بررسی اشکالات نظریه تخییر، و در پایان نتایج نظریه تخییر. با توجه به موضوع، شیوه تحقیق در این نوشتار توصیفی-تحلیلی است.

۱. تبیین نظریه تخییر

نظریه تخییر در قانون‌گذاری بر آن است که قانون‌گذار در مقام وضع قانون مخیر است طبق هر یک از فتاوی فقهای شیعی وضع قانون کند و هیچ الزامی بر وضع قانون طبق فتوای اعلی یا طبق فتوای ولی امر یا فتوای کارآمد یا فتوای مشهور وجود ندارد. این دیدگاه، هرچند در مقام وضع قانون بدیع است، در عرصه اعمال فردی دیدگاه تازه‌ای نیست. جمعی از فقهای بزرگ شیعی، مانند محقق حلی در **شرائع** (حلی، ۱۴۰۸: ۶۱)، علامه حلی در **تحریر** (حلی، ۱۴۲۰: ۱۹۰)، فخرالمحققین در **ایضاح الفوائد** (فخرالمحققین، ۱۳۸۷: ۲۹۵)، محقق قمی در **قوانین** (قمی، ۱۴۳۰: ۵۱۸ - ۵۱۹)، محقق نراقی در **مستند الشیعه** (نراقی، ۱۴۱۵: ۴۶)، حسن کاشف‌الغطاء در **قضاء انوار الفقاهه** (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۹)، محقق نجفی در **جواهر** (نجفی، ۱۴۰۴: ۴۳ - ۴۴)، و مرتضی حائری در **شرح عروه** (حائری، ۱۴۲۶: ۷۱) این نظر را پذیرفته‌اند. مثلاً محقق نراقی می‌گوید: «حق آن است که رجوع به هر یک از آنان (دو مجتهد غیرمساوی از نظر علم) جایز است. مردم مخیرند به هر کدام رجوع نمایند. چراکه مقتضای اصل و اطلاق ادله همین است و عمل صحابه این مدعا را تأیید می‌کند. زیرا آنان، در عین حال که از نظر فضل تفاوت داشتند، هر کدام متصدی افتاء شدند و ردی و انکار بر عمل آنان صورت نگرفت.» (نراقی، ۱۴۱۵: ۴۶).

پیامد اعتبار قول غیراعلم تخییر در عمل به فتاواست؛ به این معنا که شخص مخیر است در

مسائل فردی طبق فتوای اعلم یا طبق نظر غیراعلم عمل کند و در مقام قانون‌گذاری مجاز است قانون را طبق فتاوی هر یک از فقهای شیعی وضع کند. یعنی از آرا و نظریات کسانی تبعیت کند که در این زمینه متخصص و صاحب‌نظر شمرده می‌شوند و طبق معیار و ضوابط علم به ابراز رأی و نظر می‌پردازند و دقت نظر لازم را دارند؛ هرچند نسبت به برخی افراد دیگر اعلم به شمار نمی‌روند.

۲. مستندات نظریه تخیر

۲-۱. سیره متشرعه

سیره اصحاب پیامبر و ائمه در عصر حضور و نیز عملکرد جامعه دینی در آن زمان بر این واقعیت استمرار یافت که آنان به عالمان دینی و اصحاب ائمه رجوع می‌کردند؛ درحالی‌که از نظر فضل کاملاً با یک‌دیگر متفاوت بودند و در فهم مسائل دینی چه‌بسا با هم اختلاف داشتند. بنابراین از سیره جامعه مسلمان در عصر پیامبر و امامان معصوم دانسته می‌شود که رجوع به عالمان دینی جهت دریافت مسائل دینی جایز است و فرقی میان اعلم و غیراعلم وجود ندارد؛ بلکه پیامبر و امامان معصوم^(ع) جامعه اسلامی را به رجوع به اصحاب و حواریین خود سفارش کرده‌اند. اگر رجوع به اعلم لازم بود، رجوع به پیامبر و امام معصوم منحصر می‌شد. زیرا در زمان آنان شخصی اعلم از آنان وجود نداشت (نراقی، ۱۴۱۵: ۴۶؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۴۳ - ۴۴). صاحب مفتاح الکرامه می‌گوید: «کافی است برای تو آنچه را که حسن و شاء گفته است. او ۹۰۰ شیخ الحدیث را درک کرد که همه آنان می‌گفتند: جعفر بن محمد چنین روایت کرد. آیا گمان می‌کنید اهل کوفه با کثرتشان هرگاه می‌خواستند مسئله‌ای را سؤال کنند یا در موردی با همدیگر نزاع نمایند به افقه فقها و متضلع‌تر در اخبار و روایات مراجعه می‌کردند! قطعاً چنین نبوده است. اگر چنین سخنی (مراجعه به اعلم) تمام باشد، رجوع به منصوب از سوی امام نیز در فرض امکان رجوع به اعلم جایز نخواهد بود. امامت شخص مفضول بر فاضل نیز جایز نخواهد بود.» (عاملی، بی‌تا، ج ۱۰: ۴).

۲-۲. اطلاق ادله لفظی

اطلاق آیات کریمه نقر «وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنفِرُوا كَافَّةً فَلَوْ لَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَ لِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ.» (توبه: ۱۲۲) (شایسته نیست مؤمنان همگی به سوی میدان جهاد کوچ کنند. چرا از هر گروهی طایفه‌ای کوچ نمی‌کند (و طایفه‌ای در مدینه نمی‌ماند) تا در دین آگاهی یابند و به هنگام بازگشت به سوی قوم خود آن‌ها را بیم دهند، شاید (آنان از مخالفت پروردگار) خودداری کنند.)، سؤال از اهل ذکر

«فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ.» (نحل: ۴۳؛ انبیاء: ۷) (اگر نمی‌دانید از آگاهان پرسید.)، نیز اطلاق روایات لزوم رجوع به عالمان دین این معنا را افاده می‌کند که دیدگاه‌ها و آرای عالمان مختلف و متعدد برای انسان‌های غیرعالم معتبر است و اشخاص در رجوع به هر یک از آنان مخیرند (نراقی، ۱۴۱۵: ۴۶). زیرا از طرفی نصوص شریعت مسلمانان و جامعه اسلامی را به رجوع به عالمان دین، جهت فراگیری مسائل دینی و عمل به آن، موظف می‌کند و از سوی دیگر تردیدی نیست در زمان صدور نص سطح فهم راویان از روایات متفاوت بوده است و در زمان‌های بعد از زمان صدور نص اختلاف در فهم به دلیل اختلاف در برداشت‌ها و پیش‌فرض‌ها راه یافته است. در نتیجه عالمان آرای مختلف ابراز می‌کنند. با وجود این واقعیت شریعت جامعه را به عالمان دین ارجاع داده است. این بدین معناست که این مقدار از اختلاف را مضر ندانسته و برای همه آرا اعتبار قائل شده است. فلسفه این امر را در دو چیز می‌توان جست‌وجو کرد: اول، تسهیل شریعت در امر دین، یعنی بنای شریعت بر دریافت سهل و آسان دین است نه بر سختگیری، و دوم، با نگاه کلامی آنچه در دین‌داری و دین‌مداری مهم است پذیرش و تسلیم در برابر اراده حق است. اگر چنین چیزی رعایت شود، در قرار گرفتن شخص در صراط تعدد کفایت می‌کند. بر این اساس قرار گرفتن در مسیر خطوط کلی دین و مشی طبق آن برای هدایت انسان کافی است و اختلاف در جزئیات، که به غرض تعدد و دین‌ورزی است، اشکال ندارد. چون از روی تسلیم در برابر حق صورت گرفته است. مهم در دین اسلام تسلیم در برابر حق است.

ممکن است بر این استدلال اعتراض شود که اطلاق آیات و روایات در صورتی مورد عمل قرار می‌گیرد که آن دلیل مقید لبی نداشته باشد. در خصوص باب تقلید مقید لبی داریم و آن سیره عقلا بر لزوم تبعیت از متخصص برتر و شخص اعلم است. بنابراین، اطلاقی منعقد نمی‌شود تا به آن تمسک شود. اما این اشکال پذیرفته نیست. زیرا خواهد آمد اولاً وجود چنین سیره‌ای در میان عقلا مسلم نیست. ثانیاً بر فرض که سیره عقلا بر پیروی از اعلم باشد، در این موارد اطلاق آیات و روایات حاکم است. زیرا اصحاب در زمان امامان معصوم طبق اطلاق نصوص متصدی افتا شدند و هیچ اعتراضی به آنان نشد (عاملی، ۱۴۱۳: ۳۴۳). امام در عین حضور در مدینه به برخی از اصحاب خود دستور داد در مسجد مدینه متصدی فتوا شوند (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۲۹۱). این نشانه آن است که سیره متشرعه در این مورد جاری بر پیروی از مطلق عالمان دین بوده است و این سیره نشانه آن است که اطلاق آیات و روایات مورد عمل قرار گرفته و این اطلاق تقییدی را نپذیرفته است.

دو وجه فوق حجیت فتاوی فقها را هم در اعمال فردی اثبات می‌کند هم در ارتباط با

۲۰ ■ قانون‌گذاری و قانون اساسی (۱)

جامعه و دولت. زیرا مستندات یادشده نفس فتوا را به عنوان حجت معرفی می‌کند و اجتماع و فرد در آن تأثیر نمی‌گذارد. در نتیجه در عرصه اجتماعی و حکومتی رجوع به عالمان و متخصصان مختلف شریعت مجاز است و قانون طبق هر فتوایی وضع شود مطابق با حجت خواهد بود.

۲ - ۳. ملازمه میان باب قضا و قانون‌گذاری

جمع کثیری از فقهای متقدم و معاصر شیعی، در باب قضا، عمل به حکم قاضی غیراعلم را حتی در فرض حضور قاضی دانای کافی می‌دانند. زیرا اطلاق روایات قضا شامل قاضی غیراعلم نیز می‌شود.^۲ لازمه و پیامد این دیدگاه آن است که اعلامیت در مقام قانون‌گذاری نیز لازم نیست. زیرا میان قضا و داوری و قانون‌گذاری نوعی ملازمه وجود دارد. چون قانون‌گذاری مقدمه برای قضا و داوری است و همان‌گونه که گذشت طبق نظر جمع کثیری از فقهای قضا و داوری طبق نظر غیراعلم منعی ندارد؛ بلکه گفته شده است قضا و داوری غیراعلم میان صحابه امر اجماعی بوده است (عاملی، ۱۴۱۳: ۳۴۲). طبق این دیدگاه، قانون‌گذاری نیز طبق فتاوی غیراعلم منعی ندارد.

البته این وجه را نمی‌توان دلیل اثباتی دانست، بلکه صرفاً دلیل اقناعی است، و این معنا را می‌رساند که وضع قانون طبق فتاوی هر مجتهدی غیرمقبول نیست؛ همان‌گونه که در باب قضا داوری هر مجتهدی از نظر مشهور متأخرین فقهای شیعی مجاز است (اسماعیل‌پور، ۷۹). وضع قانون مشابه باب قضا است. بنابراین، قانون‌گذاری طبق نظریات فقهای غیراعلم نیز جایز است.

۳. گستره تخیر

تخیر در عمل طبق فتاوا دو گونه است: استمراری و ابتدایی. تخیر ابتدایی بدین معناست که شخص قبل از عمل مخیر است یکی از فتاوی معتبر را اخذ کند. اما پس از عمل باید طبق همان فتوا عمل کند و مجاز نیست فتوای مرجع دینی دیگری را در مقام عمل اختیار کند. در برابر، تخیر استمراری به این معناست که شخص همواره در مقام عمل مخیر است طبق یکی از فتاوا عمل کند. اگر در واقع‌ای طبق فتوایی عمل کرد، در واقع دیگر می‌تواند طبق فتوای مرجع دینی دیگر عمل کند. فقیهان برجسته‌ای مانند محقق عراقی و اراکی و سید کاظم حائری این نظر را اختیار کرده‌اند (عراقی، ۱۴۱۵: ۱۰؛ اراکی، ۱۴۱۵: ۴۷۱ - ۴۷۵؛ حائری، ۱۳۸۸: ۵۴).^۳ از علامه حلی، شهید ثانی، و محقق کرکی نیز همین معنا نقل شده است (حلی، ۱۴۲۵: ۲۶۶؛ عاملی، ۱۴۲۰: ۵۱؛ محقق کرکی، ۱۴۰۹: ۲۵۳). با الهام از تخیر در اعمال فردی در عرصه اجتماعی می‌توان گفت تخیر ابتدایی در قانون‌گذاری بدین معناست که نهاد قانون‌گذار در ابتدا مخیر است طبق فتاوی یکی از متخصصان شریعت اقدام به وضع قانون کند. اما، پس از وضع

نظریهٔ تخییر در انتخاب فتاوا در مقام قانون‌گذاری ■ ۷۱

قانون و عمل به آن، دیگر عدول مجاز نیست. در برابر، تخییر استمراری به این معناست که نهاد قانون‌گذار می‌تواند، پس از وضع قانون طبق فتاوایی، از آن عدول کند و دیدگاه دیگری را معیار قرار دهد.

دیدگاه تخییر استمراری از اتقان کافی برخوردار است. اطلاق مستندات اعتبار فتاوا مؤید این دیدگاه است. ادلهٔ یادشده، همان‌گونه که دلالت بر اعتبار فتاوا قبل از عمل به هر یک دارد، بعد از عمل نیز دلالت بر اعتبار و حجیت آن دارد. در نتیجه شخص می‌تواند طبق آن عمل و نهاد قانون‌گذار طبق فتوای دیگر اقدام به وضع قانون کند. بر فرض شک در شمول ادلهٔ اعتبار بعد از عمل، استصحاب حجیت تخییری به حال خود باقی است. چون قبل از عمل به فتوا هر یک از فتاوا حجیت داشت، بعد از عمل در فرض شک در حجیت استصحاب بقای حجیت هر یک از فتاوا قابل جریان است (خویی، ۱۴۱۸: ۹۴، به نقل از قائلان به تخییر استمراری).

۴. بررسی اشکالات نظریهٔ تخییر

۴-۱. سیرهٔ عقلا بر تبعیت از اعلم

مهم‌ترین دلیل لزوم تقلید در احکام شرعی و مسائل دینی سیرهٔ عقلاست. زندگی اجتماعی انسان‌ها در هم تنیده است. هر شخص متصدی فعالیت و کار در عرصهٔ خاص یا در چند عرصهٔ محدود است و نیازهای دیگران را در حد خود تأمین می‌کند و خود از محصول کار و فعالیت دیگران بهره می‌برد. هیچ انسانی توانایی آن را ندارد که در همهٔ عرصه‌ها به کار و فعالیت بپردازد و نیازهای خود را تأمین کند. بر اساس این ضرورت، انسان در مقام نیاز از کار و محصول دیگران بهره می‌گیرد؛ مثلاً انسان غیرعالم به طب و هندسه، هنگام نیاز، به پزشک و مهندس مراجعه می‌کند. عرصهٔ دین‌داری نیز از این قاعده مستثنا نیست. انسان غیرعالم به احکام شریعت در مقام عمل به انسان عالم و دانا به شریعت رجوع می‌کند و مسائل خود را از او می‌پرسد و طبق آن رفتار می‌کند. افزون بر آنکه عقلا در مسائل مورد نیاز به افراد متخصص رجوع می‌کنند، همهٔ سعی و تلاش آنان بر این واقعیت استوار است که به افراد متخصص درجهٔ اول و اعلم رجوع کنند. بر پایهٔ سیرهٔ عقلا در مسائل دینی نیز رجوع به اعلم ضرورت دارد و انسان مجاز نیست به غیراعلم مراجعه کند. از این‌رو، جمع‌کنندگی از فقهای شیعی فتوا به وجوب تبعیت از اعلم داده‌اند. همهٔ این امور مربوط به عرصهٔ فردی است. در عرصهٔ اجتماعی نیز چنین است. زیرا سیرهٔ عقلا بین این دو عرصه تفاوت نمی‌گذارد. در نتیجه، لازم است قانون‌گذاری طبق فتاوی فقیه اعلم صورت بگیرد (قائینی، ۱۳۹۴).

در پاسخ به این اشکال باید گفت: اولاً، جریان سیرهٔ عقلا بر رجوع به افراد متخصص و دانا انکارناپذیر است. همهٔ انسان‌ها در موارد نیاز به انسان متخصص مراجعه می‌کنند. ولی رجوع به

متخصص اعلم مسلم نیست. اگر انسان نیاز به ساخت خانه‌ای پیدا کند به یکی از مهندسان مراجعه می‌کند. این‌گونه نیست که در همه موارد نیاز به متخصص برتر و داناتر رجوع کند. شاهد بر مدعا آنکه اگر رئیس شهر مبتلا به مرض دشوار شود، این‌گونه نیست که دنبال متخصص‌ترین پزشک جهان بگردد؛ بلکه به یکی از اطباء متخصص مراجعه می‌کند. روی همین جهت، جمعی از فقها اصل جریان سیره عقلا بر رجوع به اعلم را نپذیرفته‌اند (حیدری، ۱۴۱۲: ۳۱۸ - ۳۱۹). کسانی هم که ادعای رجوع به اعلم را مطرح کرده‌اند سخنان مبتنی بر داده‌های آماری نیست، بلکه بر اساس حدس و احتمال ذهنی است. امام خمینی در رابطه با رجوع به اعلم نیز رجوع به او را از نظر عقلا ضروری نمی‌داند. می‌گوید: «هل بناء العقلاء علی ترجیح قول الأفضل لدی العلم بمخالفته مع غیره إجمالاً أو تفصیلاً، یکون بنحو الإلزام، أو من باب حسن الاحتیاط و لیس بنحو اللزوم؟ لا یبعد الاحتمال الثانی. لوجود تمام الماک فی کلّهما و احتمال أقریبه قول الأعلم. علی فرض صحته. لم یکن بمثابة یری العقلاء ترجیحه علیه لزومياً و لهذا تراهم یراجعون المفضل بمجرد أعدار غیر وجهیه، کبعد الطریق و کثرة المراجعین و مشقة الرجوع إلیه ولو كانت قليلة و أمثال ذلك. ممّا یعلم أنّه لو حکم العقل إلزاماً بالترجیح، لما كانت تلك الأعذار وجهیه لدی العقل و العقلاء.» (خمینی، ۱۴۲۶: ۸۷) (آیا بنای عقلا مبنی بر ترجیح رأی اعلم در فرض علم به مخالفت آن با رأی غیراعلم به صورت اجمالی یا تفصیلی به صورت الزامی است یا از باب حسن احتیاط است و به صورت الزامی نیست؟ احتمال دوم (الزامی نبودن) بعید نیست. زیرا ملاک در هر دو وجود دارد. صرف احتمال اقربیت قول اعلم - بر فرض صحت آن - از نظر عقلا در حدی نیست که ترجیح رأی اعلم را الزام‌آور بدانند. از این‌رو می‌بینید مردم به دلیل عذرهای غیرموجه، مانند دوری راه و کثرت مراجعین و مشقت اندک و امثال آن، به غیراعلم مراجعه می‌کنند. اگر حکم عقل بر ترجیح جانب اعلم الزامی بود، چنین عذرهایی از نگاه عقل و در نزد عقلا پذیرفته نبود).

ثانیاً، بر فرض که سیره عقلا بر رجوع به متخصص اعلم جاری باشد، سیره متشرعه از زمان پیامبر و امام در مسائل دینی بر رجوع به همه افراد عالم و آگاه به مسائل دین جریان یافته است. شاهد صدق مدعا آنکه امام به برخی از اصحاب خود دستور داد در مسجد مدینه بنشینند و احکام دین را برای مردم بازگو کنند، درحالی‌که خود امام در مدینه حضور داشت. اگر رجوع به اعلم ضرورت داشت، ارجاع به اصحاب در مدینه موجه نبود. زیرا هیچ انسانی اعلم از امام نیست.

۴-۲. روایات تبعیت از اعلم

شاید بتوان گفت تبعیت در مسائل دینی از هر عالم دین مجتهد و متخصص در احکام شریعت جایز و رواست. آیات نفر و سؤال از اهل ذکر این معنا را می‌رساند. اما این تبعیت تا زمانی است که اختلاف نظر میان اعلم و غیراعلم آشکار نشود. هرگاه اختلاف نظر میان آنان آشکار شود، طبق روایات، پیروی از اعلم لازم است. سیرهٔ عقلا نیز مؤید همین ادعاست. در روایت معتبر راوی از امام صادق^(ع) سؤال می‌کند: «در صورتی که دو نفر در موضوع مورد اختلاف دو نفر را میان خودشان داور قرار دهند، اما داوران اختلاف پیدا کنند، نظر کدام‌یک باید پذیرفته شود؟» امام می‌فرماید: «يُنْظَرُ إِلَى أَفْقَهِيهِمَا وَ أَعْلَمِيهِمَا بِأَحَادِيثِنَا وَ أَوْرَعِيهِمَا فَيُنْفَذُ حُكْمُهُ وَ لَا يُلْتَفَتُ إِلَى الْآخَرِ.» (طوسی، ۱۴۰۷: ۳۰۱؛ صدوق، ۱۴۱۳: ۸) (هر یک از آن دو فقیه‌تر، عالم‌تر به احادیث ما، و باتقواتر باشد حکم او نافذ است و حکم طرف مقابل مورد توجه قرار نمی‌گیرد).

در روایت عمر بن حنظله راوی از امام صادق^(ع) دربارهٔ دو شخصی سؤال می‌کند که دربارهٔ میراث یا دین با هم اختلاف دارند. امام، ضمن اینکه آنان را از رجوع به سلطان و قضات برحذر می‌دارد، می‌گوید: «يُنْظَرَانِ إِلَى مَنْ كَانَ مِنْكُم مِّنْ قَدْ رَوَى حَدِيثَنَا، وَ نَظَرَ فِي حَالِنَا وَ حَرَامِنَا، وَ عَرَفَ أَحْكَامَنَا، فَلْيَرْضَوْا بِهِ حَكَمًا. فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُم حَاكِمًا.» (طرفین نزاع شخصی را پیدا کنند که احادیث ما را نقل می‌کند، در مورد حلال و حرام ما تدبیر می‌کند، و احکام ما را می‌شناسد، به حکمیت و داوری او رضایت دهند. زیرا چنین شخصی را من قاضی و حاکم قرار دادم). راوی سؤال می‌کند که اگر طرفین نزاع به دو نفر واجد چنین صفاتی مراجعه کردند تا میانشان داوری کند، اما آنان در داوری و حدیث شما با همدیگر اختلاف پیدا کردند چه کار باید کرد؟ امام در جواب می‌فرماید: «الْحُكْمُ مَا حَكَمَ بِهِ أَعْدَلُهُمَا وَ أَفْقَهُهُمَا وَ أَصْدَقُهُمَا فِي الْحَدِيثِ وَ أَوْرَعُهُمَا وَ لَا يُلْتَفَتُ إِلَى مَا يَحْكُمُ بِهِ الْآخَرُ.» (کلینی، ۱۴۲۹: ۱۷۰؛ صدوق، ۱۴۱۳: ۹؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۳۰۲) (حکم همان حکمی است که عادل‌ترین و فقیه‌ترین و راستگوترین آنان در نقل حدیث و ورع‌ترین صادر کند و به حکم طرف دیگر توجه نمی‌شود).

این دو روایت می‌رساند در موارد اختلاف داوری نظر شخص اعلم برتری دارد. در باب فتوا و قانون‌گذاری نیز همین معیار باید رعایت شود. یعنی در مسائل مورد اختلاف تقلید از اعلم لازم است و در مقام قانون‌گذاری باید تقنین بر اساس فتاوی مرجع اعلم صورت بگیرد (قائینی، ۱۳۹۴).

پاسخ این ایراد چنین است: اولاً، اگر بنا شود طبق نص روایت در مورد اختلاف فتاوا در

مسائل فردی یا قانون‌گذاری عمل شود، باید فتوای شخصی مقدم شود که واجد صفات عادل‌تر، ورع‌تر، فقیه‌تر، و عالم‌تر (طبق روایت دوم صادق‌تر در نقل حدیث) باشد؛ درحالی‌که کسی چنین سخنی را نگفته است. بر فرض که چنین سخنی را قبول کنیم، در جایی که این صفات از همدیگر تفکیک شود، نمی‌توان طبق روایت حکم به لزوم تقدیم فتوای اعلم کرد. چون این مورد خارج از دایره حکم روایت است (خمینی، ۱۴۲۶: ۱۰۵). ثانیاً، مورد روایات باب قضا و داوری است. روایت در گام اول مردم را ملزم به پیروی از عالمان دین متخصص در احکام شریعت می‌کند. در این مرحله سخنی از لزوم رجوع به اعلم مطرح نیست: «يَنْظُرَانِ إِلَى مَنْ كَانَ مِنْكُمْ مِمَّنْ قَدْ رَوَى حَدِيثَنَا وَنَظَرَ فِي حَالِنَا وَحَرَامِنَا وَعَرَفَ أَحْكَامَنَا، فَلْيَرْضَوْا بِهِ حَكَمًا. فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا». در گام دوم در فرضی که طرفین نزاع با اراده و اختیار خود دو نفر را به عنوان حکم قرار دهند و آنان با همدیگر در صدور حکم اختلاف کنند، امام داوری و حکم شخص اعلم و عادل را معیار برتری می‌داند. تقدیم داوری چنین شخصی کاملاً طبق معیار عقلایی است. زیرا اعلیت و عدلیت موجب می‌شود شائبه خلاف واقع و قرار گرفتن در معرض تطمیع برطرف شود. حال، اگر بخواهیم این روایت را در باب فتوا و قانون‌گذاری نیز جاری بدانیم، تنها حکم مرحله اول قابل جریان است. یعنی در مقام تقلید شخص می‌تواند از هر مجتهدی در احکام شریعت تقلید کند و در مقام قانون‌گذاری حاکمیت می‌تواند طبق فتاوی هر یک از مجتهدان وضع قانون کند. اما حکم مرحله دوم قابل جریان نیست. چون روایت مردم را ملزم نمی‌کند که فرد اعلم را انتخاب کنند، هرچند بدانند فرد اعلم وجود دارد؛ با اینکه اختلاف میان عالم و اعلم طبیعی است. حکم مرحله دوم اختصاص به فرض خاص قضا دارد. یعنی در فرضی که طرفین نزاع به دو عالم مجتهد رجوع کنند و آنان با همدیگر اختلاف کنند راه حل معقول تقدیم داوری شخص اعلم و عادل است. اما این حکم در جایی که شخص به عالم دین واحد رجوع کند جاری نیست. نمی‌توان حکم فرض خاص را به همه موارد سرایت داد.

۴-۳. وجوب تبعیت از فتوای ولی امر

مسئولیت صیانت از دین‌مداری نظام سیاسی، ترویج دین و حسن اجرای شریعت در جامعه، و تعیین سیاست‌های کلان هم‌سو با اهداف دین و مصالح امت مطابق با شرایط زمان و مکان به عهده رهبر دینی نظام سیاسی است. اصولاً فلسفه وجودی ولی امر آگاه و خیر همین است. اگر در نظام سیاسی چنین شخصیتی به عنوان رهبر پذیرفته شود، باید در همه مسائل مربوط به عرصه دین نظریات و فتاوی او پذیرفته شود. زیرا او مسئول ترویج دین و اجرای احکام در جامعه است. او در صورتی می‌تواند دین را در جامعه اجرا کند که خود آن را احکام

نظریهٔ تخییر در انتخاب فتاوا در مقام قانون‌گذاری ■ ۷۵

دینی بدانند. اگر آموزه‌ای برخلاف نظریات اجتهادی او باشد، به طور طبیعی، وی آن را جزء دین نمی‌داند و به تبع ملزم به اجرای آن نیست؛ بلکه مجاز به اجرای آن نیست. با این نگاه لازم است قانون‌گذاری طبق فتاوی رهبر دینی- سیاسی مجتهد صورت بگیرد (ارسطا به نقل از هاشمی شاهرودی، ۱۳۹۳؛ یزدی، ۱۳۶۸: ۷۷-۷۸؛ کعبی، ۱۳۹۶).

پاسخ این ایراد چنین است: اولاً، دیدگاه‌ها و نظریات در مورد مشروعیت دولت مختلف است. به طور کلی سه دیدگاه عمده در این مورد وجود دارد: الف) نظریهٔ انتصاب؛ این نظریه بر آن است که فقهای عادل خبیر و مدبر از سوی خداوند به عنوان زعیم جامعهٔ اسلامی تعیین شده‌اند. طبق این دیدگاه مشروعیت دولت فقط از سوی خداوند تعیین می‌شود و مردم نقشی در اصل مشروعیت ندارند. مشهور فقهای شیعی این نظر را دارند (محقق کرکی، ۱۴۰۹: ۱۴۲؛ نراقی، ۱۴۱۷: ۵۲۹-۵۸۱؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۹۷-۳۹۹؛ بروجرودی، ۱۴۱۶: ۷۲-۸۱). ب) نظریهٔ انتخاب؛ این نظریه بر آن است که فقیه عادل و خبیر و مدبر از سوی جامعهٔ اسلامی با انتخابات به عنوان زعیم جامعهٔ اسلامی تعیین می‌شود. مشروعیت با فراهم شدن دو مؤلفهٔ فقاقت و انتخاب تأمین می‌شود. این نظر منتظری و سبجانی است (منتظری، ۱۴۰۹: ۴۰۴-۴۰۵؛ سبجانی: ۲۰۳-۲۹۶). ج) دیدگاه ولایت امت با نظارت فقها؛ این دیدگاه بر آن است که جامعه در تعیین والی و حاکم خود ولایت دارد و می‌تواند حاکم جامعهٔ اسلامی را در فرض فقدان نص تعیین کند. اما لازم است حکومت آنان با نظارت فقهای مسلمان همراه باشد تا از مرزهای دین و شریعت تعدی نکند و از دین به عنوان بارزش‌ترین پدیدهٔ جامعهٔ اسلامی صیانت شود. طبق این دیدگاه مشروعیت فقط وابسته به انتخاب امت است. این دیدگاه شهید صدر و شمس‌الدین است (صدر، ۱۴۲۱: ۱۱۹-۱۶۲؛ شمس‌الدین، ۱۴۱۱: ۲۳۴-۲۳۵). حال وضع قانون طبق فتاوی رهبر دینی- سیاسی جامعهٔ اسلامی در صورتی لازم است که ما از میان نظریه‌های مشروعیت دولت نظریهٔ انتصاب را مبنای مشروعیت بدانیم. چون طبق این نظر مشروعیت او وابسته به آرای مردم نیست. اگر توانست بر اساس مقبولیت میان مردم به عنوان رهبر دینی- سیاسی جامعه پذیرفته شود، می‌تواند طبق فتاوی خود جامعه را ملزم کند و نهادهای حکومت را موظف به وضع قانون طبق فتاوی خود کند. اما طبق سایر نظریات ولایت چنین الزامی وجود ندارد.

ثانیاً، بر فرض که در مبنای مشروعیت نظریهٔ انتصاب را بپذیریم، بر ولی امر واجب نیست ضرورتاً طبق آرای خود اقدام به وضع قانون کند. زیرا آرای فقهی او برای خودش حجت است و الزام دیگران طبق آن واجب نیست. بنابراین، می‌تواند قانون‌گذاری و اجرای قانون را به نهادهای دیگر واگذار کند. شاهد بر ادعا قرائن تاریخی و روایات است. در زمان پیامبر و

امیرالمؤمنین، قضات برای شهرهای مختلف تعیین می‌شد، بلکه در زمان امیرالمؤمنین در کوفه مسئولیت قضا به عهده شخص دیگر بود. روشن است فهم قضات منصوب با دیدگاه پیامبر و امیرالمؤمنین چه‌بسا مختلف بود. در عین حال، پیامبر و امیرالمؤمنین آنان را به منصب قضاوت گماشتند. این قرینه آن است که الزامی بر داوری طبق دیدگاه رهبر دینی-سیاسی جامعه اسلامی وجود ندارد. در نظام جمهوری اسلامی ایران نیز مطابق همین رویه رفتار شد. مثلاً نمونه فتوای امام خمینی درباره مالکیت معنوی عدم اعتبار آن است. در عین حال، در زمان ایشان قانون رعایت حقوق معنوی پذیرفته شد و موارد دیگر از این قبیل نیز وجود دارد.

ثالثاً، اگر قانون‌گذاری طبق فتاوی رهبر سیاسی-دینی جامعه را لازم بدانیم، لازمه‌اش آن است که اگر رهبر دینی در همه ابواب فقه و مسائل اجتماعی صاحب‌نظر نباشد یا به اجتهاد در آن ابواب نپرداخته باشد، وضع قانون دچار اشکال شود. زیرا از طرفی مجتهد است و نمی‌تواند طبق نظریات دیگران وضع قانون کند و از طرف دیگر خود نیز به اجتهاد در امور یادشده نپرداخته است. بلکه می‌توان گفت امروزه حتی برای کسانی که همه عمرشان را صرف اجتهاد و استنباط مسائل شرعی می‌کنند بررسی و استنباط در همه مسائل فقهی و اجتماعی برای آنان غیرمقدور است. افزون بر آن، پیامد این دیدگاه آن است که هرگاه دیدگاه رهبر در مسائل دینی تغییر یابد یا رهبری دینی نظام سیاسی تغییر کند، همه قوانین باید طبق دیدگاه نو و رهبری جدید تغییر کند. درحالی‌که تغییر قانون و قانون‌گذاری جدید به‌سهولت ممکن نیست.

رابعاً، طبق آنچه در قانون اساسی در اصل ۹۶ آمده «تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام با اکثریت فقهای شورای نگهبان است». طبق تفسیر شورای نگهبان، معیار در مغایرت و عدم مغایرت قوانین مصوب مجلس نظر فتوایی فقهای شورای نگهبان است (فتحی و کوهی اصفهانی، ۱۳۹۷: ۱۶۹). طبق این تفسیر، معیار قرار دادن فتوای ولی امر با قانون اساسی دچار اشکال می‌شود. البته نظر دیگر آن است که معیار در مطابقت و عدم مطابقت با شرع نظر ولی امر است. در گام دوم نظر مشهور معیار است. این نظر را نگارنده در صحبتی که با یکی از فقهای شورای نگهبان داشت شنید. ایشان چنین استدلال کرد که قانون اساسی تشخیص مغایرت و عدم مغایرت قوانین با شرع را به عهده شورای نگهبان گذاشته، اما مشخص نکرده آنان کدام نظر را در مقام ارزیابی معیار قرار دهند. معیار، طبق همان دلیل پیشین که گذشت، فتوای ولی امر است. گمان بر آن است که این نظر با روح قانون اساسی سازگار نیست. چون در قانون اساسی شرایط و صفات خاصی برای اعضای فقهای شورای نگهبان ذکر شده و وظایف مهمی به عهده آنان گذاشته شده است. مثلاً در اصل ۹۱ آمده است: «به منظور پاسداری از احکام اسلام و قانون اساسی از نظر عدم مغایرت

مصوبات مجلس شورای ملی با آن‌ها، شورایی به نام شورای نگهبان با ترکیب زیر تشکیل می‌شود: شش نفر از فقهای عادل و آگاه به مقتضیات زمان و مسائل روز. انتخاب این عده با مقام رهبری است». واگذاری مسئولیت مطابقت یا عدم مغایرت قوانین با شریعت به عهدهٔ شورای نگهبان با صفات مذکور در قانون شاهد آن است که نظر آنان در قوانین نقش دارد. وگرنه اگر بنا بود صرفاً آرای مرجع اعلم یا ولی امر یا هر مقام علمی دیگری در قوانین لحاظ شود، نیازی به چنین تدابیری نبود. بلکه می‌توان آن را به تعداد افراد آگاه به فتاویٰ فقیهان واگذار کرد.

۴-۴. تبعیت از فتاویٰ فقهای شورای نگهبان

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در موارد مختلف نظارت بر مصوبات مجلس و قوانین مصوب مجلس را بر عهدهٔ شورای نگهبان گذاشته است؛ از جمله در اصل ۹۱ و ۹۶ به جایگاه شورای نگهبان اشاره شده است. در اصل ۹۱ آمده است: «به منظور پاسداری از احکام اسلام و قانون اساسی، از نظر عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای ملی با آن‌ها، شورایی به نام شورای نگهبان با ترکیب زیر تشکیل می‌شود: ۱. شش نفر از فقهای عادل و آگاه به مقتضیات زمان و مسائل روز. انتخاب این عده با رهبر یا شورای رهبری است». در اصل ۹۶ آمده است: «تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام با اکثریت فقهای شورای نگهبان و تشخیص عدم تعارض آن‌ها با قانون اساسی بر عهدهٔ اکثریت همهٔ اعضای شورای نگهبان است». در مشروح مذاکرات مجلس قانون اساسی نیز توسط رئیس مجلس قانون اساسی تصریح شده است که معیار در مطابقت یا عدم مخالفت با شریعت نظر فقهی فقهای شورای نگهبان است (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۳: ۹۶۳). همچنین در نامهٔ دبیر شورای نگهبان در سال ۱۳۶۰ به این مطلب تصریح شده است (فتحی و کوهی اصفهانی، ۱۳۹۷: ۱۶۹). شورای نگهبان در بدو تشکیل چنین نظری داشته است. اما به مرور نظر آن به لزوم سنجش با فتاویٰ ولی امر و رهبر دینی نظام سیاسی تغییر یافته است. این احتمال در مطلب سوم این بحث مورد بررسی قرار گرفت. فعلاً سخن بر سر لزوم تبعیت از فتاویٰ فقهای شورای نگهبان است در مقام مطابقت و عدم مغایرت با شریعت.

این دیدگاه چند مانع دارد: اولاً، از نظر استنادی مستند روشن و واضح برای خصوص این نظر در نصوص شریعت نمی‌توان یافت. زیرا اگر مستند آن را آیات و روایات مربوط به مشاوره بدانیم، مانند آیهٔ مبارکهٔ «وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ» (آل عمران: ۱۵۹) و آیهٔ مبارکهٔ «وَأْمُرْهُمْ بِشُورَىٰ بَيْنِهِمْ» (شوری: ۳۸) و روایات مربوط به باب مشاورت، شمول آن نسبت به افتا و

صدور رأی و تبعیت از رأی اکثریت دشوار است. افزون بر آن الزام به تبعیت از مشاوره را نمی‌رساند. اگر مستند آن را وجوب نصب قضات متعدد توسط پیامبر گرامی اسلام و امیرالمؤمنین بدانیم، به این بیان که قضات در فهمشان از نصوص شریعت متفاوت بوده‌اند، در نتیجه به نحوی کثرت‌گرایی در مقام حکم طبق شریعت پذیرفته شده است. این هم دچار این ایراد است که اگر نص صریح بر قضاوت شورایی و تبعیت از اکثریت می‌داشتیم، این سخن قابل پذیرش بود. ولی چنین نصی نداریم و در آن زمان قضاوت شورایی رایج هم نبوده است. اگر مستند این دیدگاه سیره عقلاییه معاصر باشد، از نظر فقهی سیره عقلاییه که به زمان معصوم منتهی نشود و سکوت امام و به تبع امضای امام را در پی نداشته باشد حجت نیست و اعتبار ندارد. ثانیاً، اگر ادعا شود مستند اعتبار نظریات فقهای شورای نگهبان همان مستند حجیت فتوای هر فقیه صاحب رأی و اعتبار است (نظریه مختار نگارنده در این مقال)، در این صورت لزوم به متابعت از اکثریت نیست، بلکه هر چه هر فتوایی از فقهای شورای نگهبان ابراز کند می‌تواند مدار اعتبار قرار بگیرد. افزون بر آن اگر مستند حجیت و اعتبار فتوای هر فقیهی باشد، اختصاص آن به تعداد محدود به نام شورای نگهبان وجهی ندارد. زیرا سند اعتبار اختصاص به آنان ندارد. بدون شک نمی‌توان گفت مستند اعتبار آرای فقهای شورای نگهبان لزوم تبعیت از فقیه اعلم است. چون واقعیت میدانی نشان‌دهنده آن است که فقهای شورای نگهبان فقهای اعلم معاصر نبوده و نیستند و خود نیز چنین ادعایی ندارند. بنابراین دلیل متابعت از اعلم شامل آنان نمی‌شود. ثالثاً، افزون بر مشکل استنادی، طبق بیان بعضی از استادان، این نظر از نظر عملی و اجرایی نیز مشکلاتی در پی دارد؛ اینکه اگر بنا شود معیار در مطابقت و عدم مطابقت با شریعت یا معیار در مخالفت و عدم مخالفت فتاوی فقهای شورای نگهبان باشد، لازمه‌اش این است که در صورت عدم مخالفت قانون با فتاوی فقهای شورای نگهبان قانون مشروع خواهد بود و در صورت مخالفت نامشروع خواهد بود. با نظرداشت اینکه فقهای شورای نگهبان در اثر سپری شدن مدت زمان معینشان در شورا یا در اثر مرگ و عوارض دیگر تغییر می‌یابند، گاهی فقهای دیگری حضور می‌یابند که فتاوی آنان چه‌بسا با فتاوی فقهای پیشین مخالف‌اند. در این صورت قوانین مخالف با این فتاوا حجیت و اعتبار خود را از دست می‌دهد. از سوی دیگر تغییر قوانین به سهولت امکان‌پذیر نیست.

۴-۵. حجیت و اعتبار فتاوی کارآمد

یکی از نظریاتی که در باب فتوای معیار در قانون‌گذاری از سوی برخی از استادان و محققان مطرح شده آن است که در مقام قانون‌گذاری باید فتوایی را انتخاب کرد که نسبت به حل معضلات جامعه و نظام کارآمدی بیشتری داشته باشد؛ یعنی فتوایی که دارای سه ویژگی

نظریهٔ تخییر در انتخاب فتاوا در مقام قانون‌گذاری ■ ۷۹

باشد: اول، فتوای شاذ نباشد و بر اساس موازین پذیرفته‌شدهٔ اصولی و فقهی باشد؛ دوم، با سایر فتاوایی که قوانین بر محور آن‌ها تدوین می‌شود یک مجموعهٔ هماهنگ را تشکیل بدهد؛ سوم، پاسخگوی نیازهای زمان و حکومت اسلامی باشد (ارسطا، ۱۳۹۳).

پذیرش این دیدگاه دشوار است. زیرا دلیل معتبر فقهی بر اعتبار آن اقامه نشده است. صرف کارآمد بودن دلیل اعتبار نمی‌شود. باید از آیات و روایات دلیل فقهی اقامه شود. چنین دلیلی ذکر نشده است. از این رو نمی‌توان قانون‌گذاری را بر آن بنا نهاد. برخلاف نظریهٔ تخییر که از پشتوانهٔ علمی برخوردار است و مستندات و دلایل فقهی متعدد بر آن اقامه شد، جمع‌کنندگی از فقه‌های برجسته، مانند محقق حلی و محقق نراقی و محقق قمی، بر پایهٔ همان مستندات جزء طرفداران این نظریه به شمار می‌روند. البته در مقام عمل نظریهٔ فتوای کارآمد و نظریهٔ تخییر چه‌بسا با همدیگر سازگار می‌شوند. زیرا هرچند نظریهٔ تخییر هر فتوایی را حجت می‌داند، چون دلیل فقهی بر اعتبار آن اقامه شده است، اما در مقام تقنین شایسته است محسنات قانون‌گذاری مانند نزدیک بودن به عدالت، سازگاری با نظام قانونی کشور، سهولت برای جامعه و مردم در آن رعایت شود.

نظریهٔ تخییر در عین حال که به لحاظ گستره با نظریهٔ وضع قانون طبق فتاوی کارآمد متفاوت است و ضرورت ندارد مقنن طبق فتوای کارآمد وضع قانون کند، اما اگر تخییر در انتخاب فتاوا منجر به اختلال نظام یا هرج و مرج در کشور یا مخالفت با هر گونه الزامات شرعی دیگر باشد، تخییر مقید می‌شود. قانون باید طبق فتوایی وضع شود که مانع اختلال نظام شود. اما در همه جا این چنین نیست.

۴-۶. عدم شمول ادلهٔ اعتبار فتاوا

طبق نظریهٔ تخییر همهٔ فتاوا حجت و معتبر شمرده می‌شوند. حجیت و اعتبار فتاوا در گرو شمول ادلهٔ جواز تقلید نسبت به همهٔ فتاواست. ولی شمول ادلهٔ تقلید نسبت به همهٔ فتاوا ممکن نیست. چون چه‌بسا فتاوا با همدیگر معارض‌اند. ادلهٔ اعتبار فتاوا نمی‌تواند شامل دو فتوای متعارض شود. چون تنافی در مقام جعل و تشریع لازم می‌آید و صدور احکام متناقض و متضاد از خداوند حکیم محال است؛ بلکه نوبت به مرجحات باب تعارض می‌رسد. روایت داود بن حصین و عمر بن حنظله پیشین اعلمیت را به عنوان مرجح در فرض تعارض دو فتوا بیان می‌کند. بنابراین در فرض تعارض فتاوا تنها نظر فقیه اعلم حجت است و نظر غیر اعلم حجیت و اعتبار ندارد. در نتیجه قانون‌گذار فقط مجاز به وضع قانون طبق نظر فقیه اعلم است. در مقام پاسخ به این ایراد می‌توان گفت: اولاً، در مورد شمول ادلهٔ اعتبار فتوا نسبت به موارد تعارض دو مبنا وجود دارد.^۴ مبنای مشهور آن است که ادلهٔ اعتبار فتوا شامل دو یا چند

فتوای متعارض نمی‌شود، به این دلیل که شمول آن از چهار حالت خارج نیست و همه حالات باطل است: الف) شمول ادله اعتبار نسبت به هر دو فتوا. این احتمال باطل است، چون مستلزم تعبد به دو امر متعارض است و چنین چیزی محال است؛ ب) شمول ادله اعتبار نسبت به یکی از دو فتوا به صورت معین. این احتمال نیز نادرست است، چون مستلزم ترجیح بلامرجح است؛ ج) شمول ادله اعتبار نسبت به یکی از فتاوا مشروط به عمل و التزام به آن فتوا. این احتمال نیز ناصواب است، چون لازمه‌اش این است که اگر مکلف همه فتاوی متعارض را رها کند و به هیچ‌یک از آن‌ها عمل نکند باید چیزی به عهده او نباشد. چون تحصیل شرط واجب نیست، چنین امری قابل التزام نیست؛ د) شمول ادله اعتبار نسبت به یکی از فتاوا مشروط به عدم التزام و عمل به فتوای دیگر. این احتمال نیز صحیح نیست، چون مستلزم آن است که در صورتی که شخص عمل و التزام به همه فتاوا را ترک کند، باید همه فتاوا در حق او حجت باشد. لازمه حجت همه فتاوا تعبد به دو امر متضاد و متناقض است. در نتیجه ادله اعتبار فتاوا شامل هیچ‌یک از دو فتوای متعارض نمی‌شود (خویی، ۱۴۲۰: ۳۶۶؛ نائینی: ۷۵۵؛ عراقی: ۱۷۴ - ۱۷۵). مبنای دیگر آن است که ادله اعتبار فتاوا شامل یکی از دو فتوا به صورت مشروط به عدم اخذ فتوای دیگر می‌شود. زیرا آنچه محال است جمع بین ضدین و نقیضین است. اما صرف تعبد و امر به ضدین یا نقیضین محال نیست. در نتیجه ادله اعتبار حجت فتاوا شامل یکی از دو فتوا به صورت مشروط به عدم اخذ دیگری می‌شود (فیاض، ۱۳۹۵: ۲۴۷). در نتیجه این‌گونه نیست که عدم شمول ادله اعتبار فتاوا نسبت به دو فتوای متعارض امر مسلم باشد. ثانیاً، بر فرض که عدم شمول ادله اعتبار فتاوا نسبت به موارد تعارض را بپذیریم، آیا هر دو فتوا از حجت و اعتبار ساقط می‌شود یا فی الجمله حجت دارد و نتیجه آن نفی نظر ثالث است؟ در این زمینه دو نظر وجود دارد. آخوند خراسانی و محقق نائینی و محقق عراقی بر آن‌اند که فی الجمله هر دو حجت است و با دو فتوای متعارض نفی ثالث می‌شود (خراسانی، ۱۴۱۲: ۴۳۹؛ نائینی: ۷۵۵؛ عراقی: ۱۷۵ - ۱۷۶). نتیجه این دیدگاه پس از تعارض باز تخییر در فتاواست. در برابر، محقق خویی بر آن است که هر دو فتوای متعارض به طور کامل از اعتبار ساقط می‌شود و نسبت به نفی ثالث اثر ندارد (خویی، ۱۴۲۰: ۳۷۰). نتیجه این دیدگاه، پس از سقوط فتاوا، رجوع به عام فوقانی در صورت وجود چنین عامی است. در صورت نبود آن، باید به اصول عملیه به تناسب مورد رجوع شود (وحید خراسانی، ۱۴۴۰: ۷۵). ثالثاً، در آخر نسبت به مرجحیت اعلمیت نسبت به فتاوا در مقام تعارض، باید گفت اولاً اعلمیت از مرجحات نیست. چون اعلمیت و اعدلیت از مرجحات باب قضا و داوری است، الغای خصوصیت از باب حکم و قضا به باب فتوا نتوان کرد. بر فرض الغای خصوصیت از نظر عرف میان باب قضا و فتوا،

باز اشکال به طور کامل حل نمی‌شود. در فرضی که دو مجتهد از نظر علمی مساوی همدیگر باشند، در فرض تعارض میان فتاوی آنان باید طبق قواعد باب تعارض عمل کرد و همان دیدگاه‌ها و نظریات پیشین در این فرض خواهد آمد. نهایتاً دایره فتاوا قدری مضیق می‌شود.

۵. نتایج دیدگاه تخییر

۵-۱. تخییر در قانون‌گذاری

نظریه تخییر موجب توسعه در مقام قانون‌گذاری می‌شود. قانون‌گذار می‌تواند طبق هر یک از فتاوی فقهای شیعی اقدام به وضع قانون کند. چون طبق این نظریه فتاوی همه فقهای در عرض هم حجت است، وضع قانون طبق هر یک جایز است. پس از طی فرایند قانون‌گذاری، آن قانون برای جامعه الزام‌آور می‌شود. این ثمره مهم برای دولت و جامعه اسلامی است.

۵-۲. تخییر در خلأ قانون

فتاوی معیار در خلأ قانون جزء مباحث مورد اهتمام است. این پرسش مطرح است که در موارد نبود قانون قاضی طبق کدام فتوا داوری کند؟ طبق نظریه تخییر هر فتاوی معتبری می‌تواند مستند صدور حکم قرار بگیرد. چون همه آرای متخصصان علم شریعت اعتبار دارد. اما در مقام عمل، قاضی شایسته است فتوایی را انتخاب کند که با مجموعه قوانین سازگاری بیشتری دارد و به عدالت نزدیک‌تر است. البته در صورت تشتت آرای قضایی، شایسته است دیوان عالی فتوایی را توصیه کند که سازگار با نظام قضایی است.

البته این نکته را نیز باید در نظر داشت که در مقام قانون‌گذاری و صدور رأی شایسته است جهات دیگری، مانند مطابقت با ساختار نظام حقوقی و قانونی کشور، مورد توجه و التفات قرار گیرد. چون عدم سازگاری قانون با کل ساختار حقوقی نوعی هرج و مرج حقوقی به شمار می‌رود.

۵-۳. تعیین معیار در مخالفت با شرع

نظریه تخییر این پیامد را دارد که مخالفت با شریعت منحصر به مواردی است که قانون برخلاف احکام الزامی مورد اتفاق فقهای شیعی باشد. زیرا طبق این دیدگاه همه آرای فقهای شیعی اعتبار دارد. به تبع هر نظری از سوی فقیهی ارائه شود، طبق ادله حجیت فتوا، اعتبار دارد. بنابراین، اگر قانون یا تصمیمی مطابق با آن باشد، مخالفت با شریعت تحقق نمی‌یابد. مخالفت با شریعت فقط در صورتی محقق می‌شود که با حکم مورد وفاق فقهای شیعی مخالف باشد.

نتیجه‌گیری

نتیجه‌گیری نهایی اینکه نظریه تخییر این مطلب را افاده می‌کند که وضع قانون طبق هر یک از فتاوی مراجع و مجتهدان صاحب‌نظر مجاز است. این دیدگاه هم در اعمال فردی هم در قانون‌گذاری قابل جریان است. دلایل متقن بر اعتبار آن اقامه شده است و صاحب‌نظران

صاحب نام و اعتبار، مانند محقق حلی و محقق نراقی و صاحب جواهر، جزء طرفداران این نظریه‌اند. این تخییر به صورت استمرار است؛ یعنی قوه مقننه و سایر نهادهای مسئول قانون‌گذاری هرگاه بخواهند می‌توانند قانون دیگری را مطابق با آرای مجتهدان دیگری تصویب کنند. این نظریه همان‌گونه که گفته آمد نتایج بسیار مهمی دارد و دست قانون‌گذاران یک کشور و نیز نهادهای مسئول را تا حد زیادی در قانون‌گذاری باز می‌گذارد.

یادداشت‌ها

۱. محمدجواد أرسط، «فتاوی معیار در قانون‌گذاری»، سخنرانی ایرادشده در مؤسسه فہیم به تاریخ ۱۳۹۳/۰۱/۳۰، <http://fahimco.com>؛ حسن‌علی علی‌اکبریان، «فتاوی معیار در قانون‌گذاری»، فصلنامه تخصصی دین و قانون، ۹۷ - ۱۱۶؛ عباس کعبی، «تحلیل مبانی اصول قانون اساسی»، اصل چهارم، بخش چهارم، تاریخ نشر ۱۳۹۶/۰۷/۲۰، vasael.ir؛ مسعود جهان‌دوست دالنجان، «امکان‌سنجی فقهی قانون‌گذاری بر مبنای مشهور»، دوفصلنامه علمی-تخصصی پژوهشنامه فقهی، پاییز و زمستان ۱۳۹۴، ۵ - ۲۶؛ مصطفی جباری، «بن‌بست‌های موجود در ساختار اجرایی نظریه اعلمیت»، فصلنامه مطالعات اسلامی، شماره ۷۱، ۶۷ - ۸۲.
۲. برخی فقها در قاضی اجتهاد را کافی دانسته و اعلمیت را شرط ندانسته‌اند: ← محمد مفید، المقنعة: ۷۲۱؛ محمد بن الحسن طوسی، النہایة: ۳۳۷ و الخلاف، ج ۶: ۲۰۷؛ عبدالعزیز بن براج، المہذب، ج ۲: ۵۹۶ - ۵۹۷؛ ابوالصلاح حلبی، الکافی فی الفقه: ۴۲۲؛ حمزه بن زهره، غنیة النزوع: ۴۳۶؛ محمد بن ادریس، السرائر، ج ۲: ۱۵۴؛ محقق حلی، شرائع الاسلام، ج ۴: ۶۱؛ علامه حلی، قواعد الاحکام، ج ۳: ۴۲۱ - ۴۲۳ و نہایة الوصول، ج ۵: ۶۳؛ محمد بن الحسن حلی، ایضاح الفوائد، ج ۴: ۲۹۸؛ محمد قطان حلی، معالم الدین، ج ۲: ۳۴۰؛ میرزای قمی، رسائل المیرزا القمی، ج ۲: ۵۹۹؛ سید جواد عاملی، مفتاح الکرامۃ، طبع قدیم، ج ۱۰: ۴؛ احمد نراقی، مستند الشیعة، ج ۱۷: ۴۶؛ محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۰: ۲۹ و ۴۳؛ سید علی قزوینی، التعلیقة علی معالم الدین: ۴۹۰؛ حسین حویزی، التوضیح النافع: ۳۸۶؛ ضیاء الدین عراقی، تعلیقة استدلالیة: ۱۴؛ سید احمد خوانساری، جامع المدارک، ج ۶: ۷؛ سید ابوالقاسم خویی، موسوعة الامام الخوئی، ج ۱: ۱۸۱ و ۳۶۳؛ سید محمدرضا گلپایگانی، کتاب القضاء و الشهادات، ج ۱: ۸۲؛ سید جعفر جزائری، منتهی الدرایة، ج ۸: ۵۷۳ - ۵۷۴؛ جواد تبریزی، دروس فی علم الاصول، ج ۶: ۴۰۳؛ حسینعلی منتظری، نظام الحکم فی الاسلام: ۲۶۲؛ سید عبدالکریم اردبیلی، فقه القضاء، ج ۱: ۱۷۲؛ سید کاظم حائری، القضاء فی الفقه الاسلامی: ۵۰.
۳. مثلاً سید کاظم حائری می‌گوید: «هل إن التخییر استمراری؟ و الآن وصلت النوبة إلى الحديث عن قلد فقیها، فهل یجوز له الرجوع بعد ذلك إلى فقیه آخر غیر أعلم أولاً؟ و أول ما یخطر بالبال بعد فرض إثبات التخییر كون التخییر استمراریاً، إمّا تمسکاً بإطلاق دلیل التخییر لو كان الدلیل لفظیاً، أو بكون الارتکاز علی التخییر الاستمراری لو كان الدلیل عبارة عن الارتکاز، و إمّا تمسکاً باستصحاب الحجیة التخییریة بعد الأخذ أو العمل بإحداهما، فالنتیجة جواز العدول».
۴. قواعد باب تعارض بر دو گونه است: قواعد اولی و قواعد ثانوی. قواعد ثانوی اختصاص به باب اخبار و روایات متعارض دارد و در باب فتاوا قابل جریان نیست. چون مورد آن روایات است. محقق نائینی همین مبنا را دارد (نائینی، بی‌تا، ج ۴: ۷۶۵). اما قواعد اولی باب تعارض در مورد فتاوی متعارض نیز جاری است. چون معیار در آن شمول ادله اعتبار نسبت به دو امر متعارض است؛ اعم از آنکه آن دو فتوا باشد یا دو روایت. بر همین

نظریهٔ تخییر در انتخاب فتاوا در مقام قانون‌گذاری ■ ۸۳

اساس از قواعد باب تعارض در اصول فقه در این مورد استفاده شده است.
۵. قابل یادآوری است که دیدگاه نظریه تخییر در انتخاب فتاوا مورد قبول استاد ارسطا و استاد علی‌اکبریان نمی‌باشد؛ ولی به‌عنوان یک دیدگاه علمی قابل طرح و بررسی است

منابع

- ابن براج، ع. (۱۴۰۶). *المهذب*. قم: انتشارات اسلامی.
- اراکي، م. ع. (۱۴۱۵). *رسالة فی الاجتهاد و التقليد*. قم: مؤسسهٔ در راه حق.
- اردبیلی، ع. (۱۴۲۳). *فقه القضاء*. قم.
- ارسطا، م. ج. (۱۳۹۳). «فتاویٰ معیار در قانون‌گذاری». سخنرانی در مؤسسهٔ فهیم. ۱۳۹۳/۰۱/۳۰. <http://fahimco.com>
- اصفهانی، م. ج. (۱۴۱۶). *بحوث فی الاصول*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- بروجردی، ح. (۱۴۱۶). *البدر الزاهر*. قم: مکتب آیت‌الله منتظری..
- تبریزی، ج. *أسس القضاء و الشهادة*. قم: دفتر مؤلف.
- تبریزی، ج. (۱۳۸۷). *دروس فی مسائل علم الاصول*. قم.
- جباري، م. (۱۳۸۵). «بن‌بست‌های موجود در ساختار اجرایی نظریهٔ اعلمیت». *فصلنامهٔ مطالعات اسلامی*.
- جزائری، ج. م. (۱۴۱۵). *منتهی الدرایه*. قم: مؤسسهٔ دارالکتاب.
- جهان‌دوست دالنجان، م. (۱۳۹۴). «امکان‌سنجی فقهی قانون‌گذاری بر مبنای مشهور»، *دوفصلنامهٔ علمی- تخصصی پژوهشنامهٔ فقهی*.
- حائری، ک. (۱۳۸۸). «حقیقهٔ التقليد و حالاته». قم: مؤسسهٔ دائره‌المعارف فقه اهل‌بیت. مجلهٔ *فقه اهل‌البیت*، (۵۰).
- حائری، ک. (۱۴۱۵). *القضاء فی الفقه الإسلامی*. قم - ایران: مجمع اندیشهٔ اسلامی.
- حائری، م. (۱۴۲۶). *شرح العروة الوثقی*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- حر عاملی، م. (۱۴۰۹). *وسائل الشیعه*. قم: مؤسسهٔ آل‌البیت.
- حکیم، م. (۱۴۱۶). *مستمسک العروة الوثقی*. قم: مؤسسهٔ دارالتفسیر.
- حلبی، ح. (۱۴۱۷). *غنیة النزوع*، مؤسسهٔ امام صادق^(ع). قم.
- حلبی، ت. (۱۴۰۳). *الکافی فی الفقه*. اصفهان - ایران: کتابخانهٔ امام امیرالمؤمنین.
- حلی، ا. م. (۱۴۱۰). *السرائر*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

- حلی، ح. (۱۴۲۰). *تحریر الأحكام الشرعیة*. قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- حلی، ح. (۱۴۱۳). *قواعد الأحكام*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- حلی، ح. (۱۴۲۵). *نهاية الوصول الى علم الأصول*. قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- حلی، ح. (۱۴۲۵). *نهاية الوصول*. قم.
- حلی، ج. (۱۴۰۸). *شرائع الإسلام*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- حلی، م. (۱۳۸۷). *إيضاح الفوائد*. قم-ایران: مؤسسه اسماعیلیان.
- حلی، م. (۱۴۲۴). *معالم الدین*. قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- حویزی، ح. (۱۴۱۶). *التوضیح النافع*. قم: انتشارات اسلامی.
- حیدری، ع. ن. (۱۴۱۲). *أصول الاستنباط*. قم: لجنة إدارة حوزة.
- خراسانی، م. ک. (۱۴۱۲). *کفایة الاصول*. بیروت: مؤسسه آل البيت.
- خمینی، ر. (۱۴۲۶). *الاجتهاد و التقليد*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- خوانساری، ا. (۱۴۰۵). *جامع المدارک*. قم-ایران: مؤسسه اسماعیلیان.
- خویی، ا. (۱۴۱۸). *موسوعة الامام الخوئی*. قم: مؤسسه احیاء آثار آیت الله خویی.
- خویی، ا. (۱۴۲۰). *مصباح الاصول*. تقرير سيد محمدسرور واعظ. قم: مكتبة الداوری.
- سبحانی، ج. *معالم الحكومة الإسلامية*. تقرير جعفر الهادی. مكتبة الامام اميرالمؤمنين.
- شب‌زنده‌دار، م. *مکاتب اجتهادی*. <http://wikifeqh.ir>.
- شمس‌الدین، م. م. (۱۴۱۱). *نظام الحكم و الادارة في الإسلام*. بیروت: المؤسسة الدولية.
- صدر، م. ب. (۱۳۷۹). *المعالم الجديدة*. قم: کنگره شهید صدر.
- صدر، م. ب. (۱۴۲۱). *الإسلام يقود الحياة*. قم: المؤتمر العالمي للشهيد الصدر.
- صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران. (۱۳۶۴). تهران: مجلس شورای اسلامی.
- صدوق، م. (۱۴۱۳). *من لا يحضره الفقيه*. تحقيق على اكبر غفاری، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- طوسی، م. (۱۴۱۴). *الامالی*. قم: دار الثقافة.
- طوسی، م. (۱۴۰۷). *تهذيب الاحكام*. تهران: دار الكتب الاسلاميه.
- طوسی، م. (۱۴۰۰). *النهاية*. دار الكتاب العربي. بیروت.
- طوسی، م. (۱۴۰۷). *الخلاف*. قم-ایران: دفتر انتشارات اسلامی.
- عاملی، ز. (۱۴۲۴). *مسالك الافهام*. قم: مؤسسه المعارف الاسلاميه.

- عاملی، ز. (۱۴۱۳). *رسائل الشہید الثانی*. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، عاملی، ز. (۱۴۲۱). *المقاصد العلیة فی شرح الرسالة الألفية*. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- عاملی، ج. *مفتاح الکرامه* (ط- القدیمه). دار احیاء التراث العربی. بیروت. عراقی، ض. *نهایة الافکار*، تقریر محمدتقی بروجردی. قم: انتشارات اسلامی. عراقی، ض. (۱۴۱۵). *تعليقة استدلالیة علی العروة الوثقی*. قم: انتشارات اسلامی. علی اکبریان، ح. ع. (۱۳۹۲). «فتوای معیار در قانون‌گذاری»، فصلنامه تخصصی *دین و قانون*، ۱ (۲).
- علی دوست، ا. *روش‌شناسی فقهی مکتب نجف و مکتب قم*. فتاحی، م و کوهی اصفهانی، ک. (۱۳۹۷). *قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران همراه با نظرات تفسیری شورای نگهبان*. تهران: پژوهشکده شورای نگهبان. فیاض، م. ا. (۱۳۹۵). *المباحث الاصولیة*. قم: نشر صاحب الامر. قرآن کریم.
- قائینی، م. (۱۳۹۳). نشست علمی با عنوان «بررسی جایگاه فقهی و حقوقی شورای نگهبان در قانون‌گذاری». توسط محمد قائینی و محمدجواد ارسطو، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی. ۱۳۹۳/۱۱/۰۱.
- قزوینی، ع. (۱۴۲۷). *التعليقة علی معالم الأصول*. قم: دفتر انتشارات اسلامی. قمشه‌ای، م. ع. ا. *البراهین الواضحات - دراسات فی القضاء*. قم. قمی، ا. (۱۴۲۴). *القوانين المحكمة*. قم: احیاء الکتب الإسلامیة. قمی، ا. (۱۴۲۴). *رسائل الميرزا القمي*، قم- ایران: دفتر تبلیغات اسلامی- شعبه خراسان. کاشف‌الغطاء، ح. (۱۴۲۴). *أنوار الفقاهة- کتاب القضاء*. نجف: مؤسسه کاشف‌الغطاء. کعبی، ع. (۱۴۲۴). *تحليل مبانی اصول قانون اساسی*. اصل چهارم. بخش چهارم. نشر ۱۳۹۶/۰۷/۲۰.
- کرکی، ع. (۱۴۰۹). *رسائل المحقق الكرکي*. قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی و دفتر نشر اسلامی.
- کلینی، م. (۱۴۲۹). *الکافی* (ط- دار الحديث). قم: دارالحديث للطباعة و النشر. گرامی، م. ع. (۱۳۸۵). *مکاتب اصولی قم و نجف، افتراق‌ها و اشتراک‌ها*. قم: مرکز مدیریت

- حوزه علمیه قم.
- گلپایگانی، م. ر. (۱۴۱۳). *کتاب القضاء*. قم: دار القرآن الکریم.
- مفید، م. (۱۴۱۳). *المقنعة*. کنگره جهانی هزاره شیخ مفید. قم- ایران.
- منتظری، ح. ع. (۱۴۱۷). *نظام الحكم فی الإسلام*. قم- ایران: نشر سرايي.
- منتظری، ح. ع. (۱۴۰۹). *دراسات فی ولاية الفقيه*. قم: نشر تفکر.
- نائینی، م. ح. *فوائد الاصول*. تقرير محمد علی کاظمی. قم: مؤسسه انتشارات اسلامی.
- نجفی، م. ح. (۱۴۰۴). *جواهر الکلام*. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- نراقی، ا. (۱۴۱۵). *مستند الشیعه*. قم: مؤسسه آل البيت^(ع).
- نراقی، ا. (۱۴۱۷). *عوائد الايام*. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- وحید خراسانی، ح. (۱۴۴۰). *المعنی فی الاصول*. تقرير نزار آل سنبل القطیفی. قم: مدرسه امام باقر العلوم.
- یزدی، م. (۱۳۶۸). *شرح و تفسیر قانون اساسی*. تهران: مؤسسه تحقیق و نشر نور.

References

The Holy Quran

- Ali Akbariyan, H. A. (۲۰۱۳). *Standar Fatwa in Legislation*. Professional Periodical on Religion and Law. Issue no.۲. first year.
- Ali Dust, A. (no date). *Jurisprudential Methodology*. Qom and Najaf Office. <http://mobahebat.ir>
- Annotated Report of the Negotiations of the Parliament of the Final Review of the Constitution of the Islamic Republic of Iran* (۱۳۶۴). Tehran: Islamic Council. first edition.
- Araki, M. A. (۱۴۱۵). *Resalah fi al-Ijtihad wa al-Taqlid*. Qom: Dar Rah Haqq Institute. first edition.
- Araqi, Z. *Nihāyat al-Afkār*. annotated by Muhammad Taqi Boroujerdi. Qom: Islamic Publications. First edition.
- Araqi, Z. (۱۴۱۵). *A Demonstrative Annotation on al-'Urwa al-Wuthqa*. Qom: Islamic Publications. second edition.
- Arasta, M. J. (۲۰۱۴). "The Standard Fatwa in Legislation". Lecture delivered in Fahim Institute. <http://fahimco.com>.
- Ardabili, A. (۱۴۲۳). *Fiqh al-Qadha* (np). Qom. Iran. second edition.
- Boroujerdi, H. (۱۴۱۶). *al-Badr al-Zāhir*. Qom: Ayatollah Montazeri Office. third edition.

- Fathi, M., & Kuhi Isfahani, K. (۱۳۹۷ Persian calendar). *the Constitution of the Islamic Republic of Iran along with the exegetic opinions of the Guardian Council*. Tehran: Guardian Council Research Office. first edition.
- Fayyāz, M. I. (۱۳۹۵). *al-Mabaheth al-Usuliyya*. Qom: Sahib al-Amr Publications. first edition.
- Girami, M. A. (۱۳۸۵). *The Usuli Schools of Qom and Najaf, Differences and Commonalities*. Qom: the Islamic Seminary Management Center, Qom, first edition.
- Gulpaygani, M. R. (۱۴۱۳). *Kitab al-Qadha*. Dar al-Qur'an. Qom. first edition.
- Ha'eri, M. (۱۴۲۶). *al-Urwah al-Wuthqa*. Qom: Islamic Publications Office. first edition.
- Ha'eri, K. (۱۴۱۵). *al-Qadha fi al-Fiqh al-Islamic*. Islamic Thought Assembly. Qom, Iran. first edition.
- Ha'eri, K. (۲۰۰۹). The Reality of Taqlid and Its Various Conditions. *Journal of Ahl al-Bayt Jurisprudence*. *Institute of Encyclopedia of Ahl al-Bayt Jurisprudence*, 50.
- Hakim, M. (۱۴۱۶). *Mustamsak al-Urwah al-Wuthqa*. Qom: Dar al-Tafsir al-Institute. first edition.
- Halabi, T. (۱۴۰۳). *al-Kafi fi al-Fiqh*. Imam Amir al-Muminin Library. Isfahan, Iran. first edition.
- Halabi, H. (۱۴۱۷). *Ghunyat al-Nuzū*. Imam Sadiq (as) Institute. Qom. Iran. first edition.
- Haydari, A. N. (۱۴۱۲). *Usūl al-Istinbāf*. Qom: Administrative Board of the Islamic Seminary. first edition.
- Hilli, H. (۱۴۱۳). *Qawā'id al-Ahkām*. Islamic Publications Office. Qom, first edition.
- Hilli, H. (۱۴۲۰). *Tahrir al-Ahkām al-Shar'iyya*. Qom: Imam al-Sadiq Institute. first edition.
- Hilli, H. (۱۴۲۵). *Nihāyat al-Usul ila 'Ilm al-Usul*. Qom: Imam Sadiq Institute. Qom. Iran. first edition.
- Hilli, H. (۱۴۲۵). *Nihayat al-Usul*. Qom. first edition.
- Hilli, I. M. (۱۴۱۰). *al-Sarā'ir*. Islamic Publications Office. Qom. second edition.
- Hilli, j. (۱۴۰۸). *Sharāyi' al-Islam*. Qom: Isma'iliyan Institute. second edition.
- Hilli, M. (۱۳۸۷). *Idhāh al-Fawā'id*. Isma'iliyan Institute. Qom. Iran. first edition.
- Hilli, M. Q. (۱۴۲۴). *Ma'ālim al-Dīn*. Imam Sadiq Institute. Qom. Iran. first edition.

- Hurr Amili, M. (۱۴۰۹). *Wasā'il al-Shī'a*. Qom: Aalulbayt (as) Institute. first edition.
- Huwayzi, H. (۱۴۱۶). *al-Tawdhih al-Nāfi*. Islamic Publications Office. Qom. Iran. second edition.
- Ibb Barraji, A. (۱۴۰۶). *al-Muhazzab*. Qom: Islamic Publications. first edition.
- Imam Khomeini, R. (۱۴۲۶). *al-Ijtihad wa al-Taqlid*. Tehran: Institute for Preparation and Compilation of Imam Khomeini's Works. first edition.
- Isfahani, M. H. (۱۴۱۶). *Buhuth fi al-Usul*. Qom: Islamic Publications Office. second edition.
- Jabbar, M. (۱۳۸۵). *The Existing Obstacles in the Executive Structure of the Theory of Knowledge*. Islamic Studies Periodical (Persian calendar).
- Jahān Dust Dālinjan, M. (۲۰۱۵). *Jurisprudential Feasibility of Legislation based on Widely Held Opinion*. Bi-Quarterly Journal of Jurisprudence.
- Jazā'iri, J. M. (۱۴۱۵). *Muntaha al-Dirāya*. Qom: Dar al-Kitāb Institute. third edition.
- Ka'bi, A. (۲۰۱۷). *Analysis of the Fundamentals of the Articles of the Constitution*. Article IV. part four. dated ۲۰/۷/۱۳۹۶. <http://vasael.ir>
- Karaki, A. (۱۴۰۹). *Rasā'il al-Muhaqqiq al-Karaki* Qom: Ayatollah Mar'ashi Najafi Library and Islamic Publications Office. first edition.
- Kāshif al-Ghita, H. (۱۴۲۲). *Anwār al-Faqāha – Kitāb al-Qadha*. Najaf: Kāshif al-Ghita Institute. first edition.
- Khansāri, A. (۱۴۰۵). *Jami' al-Madarik*. Isma'iliyan Institute. Qom. Iran. second edition.
- Khoei, A. (۱۴۱۸). *al-Imam al-Khoei Encyclopedia*. Qom: Institute for the Revival of Ayatollah Kheoi's Works, first edition.
- Khoei A. (۱۴۲۰). *Misbāh al-Usul*. explained and expounded by Sayyid Muhammad Sarwar Wā'iz. Qom: Al-Dāwari Library. sixth edition.
- Khurasāni, M. K. (۱۴۱۲). *Kifayat al-Usul*. Beirut: Aalulbayt Institute. second edition.
- Kulayni, M. (۱۴۲۹). *al-Kafi*. printed by Al-Hadith Center for Printing and Publication. Qom. first edition.
- Montazeri, H. A. (۱۴۰۹). *Dirāsāt fi Wilyat al-Faqih*. Qom: Tafakkur Publications. second edition.
- Montazeri, H. A. (۱۴۱۷). *the Government System in Islam*. Sarāyi Publications, Qom. Iran. second edition.
- Mufid. M. (۱۴۱۳). *al-Muqni'a, Shaykh Mufid Millennium Conference*. Qom. Iran. first edition.
- Na'eini, M. H. *Fawā'id al-Usul*, Annotated by Muhammad Ali Kazemi, Qom, Islamic Publications Office, second edition.
- Najafi, M. H. (۱۴۰۴). *Jawāhir al-Kalam*, Beirut. Dar Ihyat al-Turath al-Arabi. seventh edition.

- Naraqi, A. (۱۴۱۷). *Mustanad al-Shi'a*. Qom: Aalulbayt (a) Institute. first edition.
- Naraqi, A. (۱۴۱۷). *'Awā'id al-Ayyām*. Qom: Islamic Propagations Office. first edition.
- Qaeini, M. (۱۳۹۳). dubbed "Investigating the Juridical and Legal status of the Guardian Council in Legislation" by Muhammad Qa'ini and Muhammad Jawad Arasta (۲۰۱۴). Research Institute of Islamic Sciences and Culture. Qom.
- Qazwini, A. (۱۴۲۷). *al-Ta'liqa 'Alā Ma'ālim al-Usul*. Qom: Islamic Publications Office. first edition.
- Qummi, A. (۱۴۲۷). *al-Qawānin al-Muhkama*. Qom Revival of Islamic Books. first edition.
- Qummi, A. (۱۴۲۷). *Rasā'il al-Mirza al-Qummi*. Islamic Propagations Office. Khurasan Branch. Qom. Iran. first edition.
- Qumsha-e. M. A. I. *al-Barahin al-Wazehāt – Dirāsāt fī al-Qadhā*. Qom. first edition.
- Sadr, M. B. (۱۳۷۹). *al-Ma'ālim al-Jadida*. Qom: Shahid al-Sadr Congress, first edition.
- Sadr, M. B. (۱۴۲۱). *al-Islam Yaqudu al-Hayāt*. Qom: Shahid Sadr International Conference. first edition.
- Sadūq, M. (۱۴۱۳). *Man la Yahdhuru al-Faqih*. researched by Ali Akbar Ghaffari. Qom: Islamic Publications Office. second edition.
- Shab Zinda Dar, M. Ijtihādi Libraries. <http://www.wikifeqh.ir>.
- Shams al-Dīn, M. M. (۱۴۱۱). *Nizām al-Hukm wa al-Idāra fī al-Islam*, Beirut. al-Mu'assisa al-Duwaliyya. second edition.
- Subhani, J. *Ma'ālim al-Hukuma al-Islamiyya*. expounded by Ja'far al-Hādī (nd). al-Imam Amir al-Mu'mini Library.
- Tabrizi, J. *Usas al-Qadha wa al-Shahāda*. Mu'allif Office. Qom. Iran. first edition.
- Tabrizi, J. (۱۳۸۷). *Durūs fī Masā'il Ilm al-Usul*. Qom, second edition.
- Ṭūsī, M. (۱۴۰۰). *al-Nihāya*. Dar al-Kitab al-'Arabī. Beirut, second edition.
- Ṭūsī, M. (۱۴۰۷). *al-Khilaf*. Islamic Publications Office, Qom, Iran, first edition.
- Ṭūsī, M. (۱۴۰۷). *Tahdhīb al-Ahkām*. Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyya, fourth edition.
- Ṭūsī, M. (۱۴۱۴). *al-Amāli*. Qom: Dar al-Thaqāfa. first edition.
- Wahīd Khurasani, H. (۱۴۴۰). *al-Mughni fī al-Usūl*, annotated by Nazzār Aal Sunbul al-Qaṭīfī, Imam Baqir al-'Ulūm School, first edition.
- Yazdi, M. (۱۹۸۹). *Exposition and Interpretation of the Constitution*, (np). Noor Research and Publication Institute, first edition.

‘Āmilī, J. *Miftāḥ al-Karāma* (old edition). Dar Ihya al-Turath al-Arabi. Beirut. first edition.

‘Āmilī, Z. (۱۴۲۰). *al-Maqāsid al-‘Aliyya fī Sharḥ al-Resala al-Alifa*. Qom: Islamic Propagations Office in the Islamic Seminary of Qom. first edition.

‘Āmilī, Z. (۱۴۱۳). *Masālik al-Iḥām*. Qom: al-Ma‘ārif al-Islamiyya Institute. first edition.

‘Āmilī, Z. (۱۴۲۱). *Rasā’il al-Shahīd al-Thani*. Qom: publication of the Islamic Propagation Office. first edition

تأملی فقهی در برخی ابعاد حقوق عمومی «قانون‌گذاری» (جامعه‌پذیری و سکوت)

سید محسن قائمی خرق *

چکیده

قانون‌گذاری به مثابه فعلی برنامه‌ریز در زمینه تحقق احکام شرعی یا ماهیتی کارشناسانه و موضوع‌شناسانه برای احکام شرعی یا هویت تقنین در منطقه الفراغ امری است که نمی‌توان آن را جدای از جامعه و اقتضائات آن در نظر انگاشت. واقعیات اجتماعی گاه جنبه کاتالیزر برای تقنین اسلامی دارد و گاه مانعی برای تقنین یا اجرای قانون مبتنی بر شرع است. به هر روی، نگرش فقهی به ابعاد حقوق عمومی قانون‌گذاری و امکان و امتداد توجه به جامعه‌پذیری قانون و نیز جواز و گستره سکوت در قانون‌گذاری، به عنوان مسئله این نوشتار، امری است که فعل قانون‌گذاری را در محک جامعه‌شناسی فقهی قرار می‌دهد و دو راهبرد ضرورت جامعه‌پذیری قانون و سکوت قانون (در برابر تورم در تقنین) را پیش می‌نهد. اهمیت این نوشتار توصیفی-تحلیلی و کتابخانه‌ای از آن روست که عمدتاً با نگاه کل‌نگر تجزیه‌ناپذیر به شریعت، بدون توجه به بسترهای اجتماعی، تمرکز بر تورم قانون‌گذاری و فهم جایگاه مجلس شورای اسلامی به عنوان منشأ زاینده و پویای هنجارسازی بوده است. نوشته پیش‌آیند، ضمن آسیب‌شناسی این روند، به راهبرد تدریج (جامعه‌پذیری قانون) و ضرورت (سکوت نسبت به تقنین و در تقنین) مبتنی بر مبانی و مستندات فقهی و حقوقی دست یافته است.

کلیدواژگان: حقوق عمومی، جامعه‌پذیری قانون، سکوت قانون‌گذار، فقه التقنین، مجلس

شورای اسلامی

مقدمه

از منظر حقوق عمومی، «قانون» مهم‌ترین مؤلفه یک نظام حقوقی است. البته این عنصر خود پایدار و ریشه‌دار در مبانی و منابع متعدد است؛ همچنان که اصل ۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز تصریح می‌کند که همه قوانین باید بر مبنای موازین اسلامی باشند. بر این اساس، مسئله اصلی این تحقیق آن است که قانون‌گذاری تابعی از چه اصولی در حقوق عمومی اسلام است؟ در بیان مسئله، گفتنی است عمدتاً نگاه نظام حقوقی به امر تقنین به عنوان امری فعال و ایجابی است. اما اینکه آیا سکوت برای قانون‌گذار و امتناع از تقنین برای وی ممکن بوده یا خیر و در صورت امکان تابع چه معیارها و موازین اسلامی است مورد بحث قرار نگرفته است. البته در تحدید چارچوب و مقصود از این مسئله باید توجه داشت که این نوشتار در پی ملاحظات برای تقنین فقه نیست، بلکه کارویژه آن تأملی فقهی بر برخی ابعاد حقوق عمومی قانون‌گذاری موضوعات است. از این رو، چنان که در قسمت تدریج یا سکوت بیان خواهد شد، این دو راهبرد به تعطیلی یا بر زمین ماندن حکم الله نخواهد انجامید؛ چه آنکه حکم شرعی تابع مصالح و مفاسدی است که در صورت تحقق این مصالح و مفاسد و تشریع حکم فقهی ثابت نسبت به زمان و مکان‌های مختلف نمی‌توان در تقنین آن زمان‌بندی یا تأخیر داشت. چنان که در صورت سکوت قانون نسبت به فقه نیز، در ساخت قضایی، قاضی مستند به فقه (اصل ۱۶۷ قانون اساسی) حکم الهی را اجرا خواهد کرد و حکم بر زمین نخواهد ماند. از این رو، تدریج یا سکوت در این نوشتار به معنای صرف نظر از اقامه احکامی همچون زکات یا حجاب، بر فرض نبود شرایط اقامه آن در برهه‌ای از زمان، نخواهد بود. بنابراین، این نوشتار در تلاش است با الهام‌گیری از اصولی که در تقنین الهی صورت گرفته است این اصول را به نظام تقنینی حکومت اسلامی تسری دهد (اصل تدریج و اصل سکوت).

مسئله این تحقیق تا کنون مورد بحث و گفت‌وگو واقع نشده و پیشینه‌ای در این خصوص یافت نشده است. تنها اثر موجود تحت عنوان درآمدی بر قانون‌گذاری فرهنگی، اصول و مبانی (۱۳۹۵) منتشر شده از سوی مرکز تحقیقات اسلامی مجلس نیز بدون بررسی فقهی و به صورت گذرا به وجود زمینه پذیرش اجتماعی برخورد کیفری پرداخته است. همچنین، تدریج به عنوان یک راهبرد، در صورت شرایط اجتماعی خاص، یا لزوم اقناع شهروندان و مکلفان قانون به منظور کارآمدی نظام سیاسی و کارآمدی قوانین موضوعه در حکومت اسلامی از دیگر راهبردهایی هستند که در صورت بررسی فقهی آن‌ها و تشخیص امتداد و گستره آن‌ها می‌توان به رفع برخی چالش‌های حقوقی موجود در حوزه تقنین، از جمله نقض‌پذیری گسترده و متروک ماندن قوانین، اختلال نظام قانون و قانون‌گذاری (در برابر حفظ نظام)، تورم قوانین و

تأسیس اصل محدود شدن حقوق و آزادی‌های شهروندی در عمل، و بسیاری از چالش‌های دیگر امید داشت و تمامی این موارد، بر اهمیت و ضرورت این تحقیق توصیفی-تحلیلی و مبتنی بر مطالعات کتابخانه‌ای دلالت دارد. بیان این نکته نیز در مقدمه ضرورت دارد که عمده راهبردهای مطرح در این نوشتار نمایانگر کارکردهای مختلف قانون است و ماهیتی بایدانگار دارد و این بدان معناست که ممکن است در میان قوانین ایران مواردی یافت شود که در این سنج‌ها قابل نقد باشد و راهبردهای یادشده در خصوص آن‌ها رعایت نشده باشد. همچنین عدم رعایت این راهبردها بدان معنا نیست که «ذاتیات قانون» در آن خصوص رعایت نشده و اساساً آن خروجی قانون خوانده نمی‌شود، بلکه برای کارکرد بهتر قانون چنین راهبردهایی بررسی خواهند شد؛ مگر آنکه عدم رعایت این راهبردها منجر به عدم صلاحیت مجلس شورای اسلامی در تقنین شود که در این صورت ذاتی قانون (ذی‌صلاح بودن مرجع تصویب‌کننده) مخدوش می‌شود و اساساً قانون نام نخواهد گرفت. این نوشته بی‌آنکه به سنت اطلاع در تحقیق وفادار باشد، با توجه به تفاهم نویسنده و خوانندگان بر سر مفاهیم تحقیق و همچنین اشاره به مفهوم در ذیل هر یک از ابعاد حقوق عمومی قانون‌گذاری، مطلب را در دو قسمت سامان داده است؛ در قسمت نخست تدرج و جامعه‌پذیری قانون و در قسمت دوم راهبرد سکوت قانون‌گذار مورد بررسی قرار گرفته است.

۱. جامعه‌پذیری قانون و تدریج در تقنین

گاه کارویژه تقنین تنفیذ احکام شرعی و اضافه کردن جنبه اجرایی به این احکام است و این قانون در بستری از جامعه، اقتصاد، فرهنگ، و تمدن اجرا می‌شود که گاه فاصله میان این بسترها با آن احکام غیر قابل گذشت است. بدیهی است، اثبات این امر که قانون برآیندی از واقعیات اجتماعی است، با توجه به پذیرش این امر نزد حقوق‌دانان اسلامی، کاری سهل خواهد بود. اما، اینکه برنامه‌ریزی «شریعت» را به عدد زمان بسته کرد امری نیازمند بررسی و تحلیل «امکان» و نیز منطق عملکرد شارع در «همنوایی اجتماعی» با برخی اعمال مباح (اما در آینده حرام) در سنت اسلامی است. در ذیل ابتدا به مبانی امکان تدریج و جامعه‌پذیری پرداخته خواهد شد و پس از آن گستره جامعه‌پذیری در تقنین بررسی می‌شود.

۱-۱. مبانی امکان جامعه‌پذیری و تدریج

در حوزه مبانی باید توجه داشت که نسبت به حوزه‌های غیر منصوص با تحلیل عملکرد شارع می‌توان به جواز قانون‌گذار نسبت به تدریج در تقنین آن‌ها نظر داد.

۱-۱-۱. روح و پارادایم حاکم بر تشریعات

باید توجه داشت که منظور از جامعه‌پذیری قانون آن نیست که قانون و مثلاً مجازات تابعی

از اثرگذاری و بازدارندگی باشد. گرچه در صورت اعتقاد به «امضایی بودن و توقیفی نبودن» دسته‌ای از کیفرهای شرعی جامعه‌پذیری کیفرهای شرعی امری قابل پذیرش در این دست از کیفرها خواهد بود، در صورت عدم اعتقاد به این باور یا در خصوص دسته‌های دیگر کیفرها (کیفرهای تأسیسی) باید به ادله و متون مراجعه و رویه شارح و مناطات فقهی را لحاظ کرد. تدریج، به عنوان راهبردی برآمده از جامعه‌شناسی حقوق، در دو سیاق «تدریج در تشریع» و «تدریج در اجرای شریعت» قابل دسته‌بندی است. بدیهی است، با توجه به ماهیت قوه مقننه در جمهوری اسلامی ایران، می‌توان از قواعد هر دو گستره در اینجا سخن گفت. گرچه در صورت جواز تدریج در تقنین موضوعات مستحدثه یا تقنین شرع، می‌توان در قالب «تاجیل»، حکم نهایی را نیز تقنین کرد ولی سیر نیل به حکم نهایی را مدت‌دار و زمان‌مند قید کرده و اجرا را محدود به قید زمان در نظر گرفت. فارغ از این نکته، احکام دین در مقام تشریع هم‌زمان صادر نشده است (معرفت، ۱۳۸۴: ۷۲)؛ از جمله:

- تقدم تشریعی حکم زکات بر تحریم ربا؛
- تدریج در تحریم شراب (ابتدا در آیه ۹۷ سوره نحل، سپس در آیه ۲۱۹ سوره بقره، و در نهایت در آیه ۴۳ سوره نساء)؛
- تدریج در بیان احکام زکات (اجتهادی، ۱۳۶۳: ۳۰۹)؛
- تدریج در تحریم ربا (برای دیدن نظریه مخالف ← موسویان، ۱۳۸۰: ۹۹؛ جامعه مدرسین، ۱۳۸۱: ۹۷)؛
- در خصوص منظومه کیفری اسلام: تشریع رجم زانی محصنه و حد قذف در سال چهارم هجری، حد محاربه در سال ششم یا هفتم، قصاص نفس و اطراف و حد سرقت در سال هشتم، لعان در سال نه هجرت (القطان، ۲۰۰۱: ۱۶۶ - ۱۷۲)؛
- نوع تعامل حضرت رسول با مخالفان حکومت به منظور تألیف قلوب آنها (ابن‌کثیر، ۱۹۷۷: ۱۵۸)؛
- وجوب تدریجی جهاد: بدین صورت که ابتدا به صورت منع قتال در مکه (نساء / ۷۷)، سپس اذن به مؤمنین برای قتال در مدینه (حج / ۳۹)، و سپس وجوب آن (بقره / ۲۱۹) تشریع شد.

با ملاحظه‌ای نسبت به منطق تدریج در تشریعات فوق می‌توان به این نتیجه رسید که هرگاه پدیده‌ای در بسترهای اجتماعی ریشه‌دار باشد و شرایط اجتماعی جامعه اسلامی مناسب اجرای دفعی حکم شرعی نباشد، محو یکباره آن از طریق تقنین و تشریع امکان‌پذیر نیست و مقصود

شارع از رهگذر تدریج محقق خواهد شد.

۱-۲. حفظ نظام به معنای اعم

گاهی بستر اجتماعی می‌تواند زمینه تدریج را فراهم کند تا مانع از وهن حکم قطعی شرع در جامعه و اقناع‌ناپذیری حکم توسط مردم شود؛ خواه این بسترهای اجتماعی به دلیل نوع تربیت مردم و حیات طولانی آن‌ها در شرایط غیر اسلامی باشد، خواه به سبب ریشه‌داری و رواج یک نهاد در جامعه طی سالیان متمادی، خواه به علت نبود نهاد دینی مناسب و کارآمد جهت جایگزینی نهاد غیر مشروع. بدیهی است در این موارد کلیت یک نظام قانون‌گذاری نیز مورد وهن و بی‌اعتنایی قرار خواهد گرفت و از این رو در مقام تراحم شکل‌گرفته سکوت در برابر چند حکم و عدم تقنین در حوزه برخی مسائل می‌تواند زمینه‌های اجرای سایر احکام را سلب نکند.

در تاریخ صدر اسلام نقل شده است که هنگام اعزام معاذ بن جبل، به عنوان کارگزار، به یمن، پیامبر اکرم به وی چنین فرمود: «تو به سوی مردمی از اهل کتاب می‌روی. بنابراین نخستین چیزی که بدان دعوت می‌کنی توحید الهی باشد. پس از آن، نمازهای پنجگانه را و پس از آن وجوب زکات اموال را ابلاغ کن.» (سویل، ۲۰۰۷: ۱۲). این تراحم با امر مهم و در نتیجه جواز تدریج در تقنین و اجرای شریعت را می‌توان در نمونه دیگری ملاحظه کرد. امیر مومنان در الزام به ترک بدعتِ صلاه تراویح در روایتی معتبر به سلیم بن قیسمی فرماید: «اگر بخواهم مردم را بر ترک این بدعت اجبار نمایم، اجتماع مسلمانان بر هم خورده و خلل در لشکر پدید خواهد آمد.» (حر عاملی، ۱۴۰۱: ۱۹۳). در منقول ابراهیم بن عمر یمانی از حضرت صادق^(ع) نیز آمده: «خداوند هیچ پیامبری را مبعوث نکرد، مگر آنکه می‌دانست وقتی دین وی را تکمیل کند حرمت شرب خمر هم جزء مقررات آن دین خواهد بود. خمر همواره حرام بوده و هست و دین به تدریج خصلت‌های مردم را تغییر می‌دهد. اگر این امر یکباره صورت پذیرد، مردم از دین کناره خواهند گرفت.» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ج ۱۷، ۲۳۷، ح ۱). یا در مرسله‌ای آمده: «خداوند وقتی اراده وجوب حکمی می‌کند به تدریج آن را وضع می‌کند تا مردم برای پذیرش آن آماده شوند و با امر و نهی الهی انس بگیرند. این سیر خداوند بر پایه تدبیر و به صلاح مردم است و سبب می‌شود مردم به فرمان خداوند عمل کنند و کمتر از آن بیزار شوند.» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۲۴۲، ۱۴).

۱-۳. ماهیت تقنین

افزون بر تراحم و مستندات یادشده، چنانچه تقنین را در پرتو امر به معروف و نهی از منکر (چه از سوی دولت نسبت به مردم چه مردم در قالب نمایندگان منتخب) نسبت به مردم تحلیل کنیم، از جمله شروط امر و نهی فقدان مفسده و ضرر حتی برای یکی از مسلمانان

است. بنا بر هنجارهای فقهی در صورت وجود ضرر و مفسده وجوب ساقط خواهد شد (نجفی، ۱۳۶۳: ۳۷۱)؛ همچنان که حکومت قاعده لاضرر بر دیگر احکام (خویی، ۱۳۸۶: ۵۳۰) نیز می‌تواند بر ضرورت سکوت در موارد پیش‌گفته دلالت کند.

همچنین از آنجا که مخاطب خطابات قانونی جامعه بما هو جامعه است، باید شرط امتثال حکم و قانون را قدرت «جامعه» یا حداقل نوع افراد جامعه- بر اتیان فعل به گونه صحیحی که منظور شارع است دانست و با توجه به ماهیت قانون چنانچه چنین امتثالی بر وجه صحیح به طور کلی یا در زمان حاضر ممکن نباشد تدریج در تقنین آن اولویت خواهد داشت. افزون بر این‌ها، برخی احکام جنبه مقدمه برای برخی دیگر از احکام دارند و منطقی‌اً باید نخست به فراهم شدن مقدمه نظر داشت؛ همچنان که توأمان امکان‌ناپذیری حکم (ذی المقدمه) نمی‌تواند دلیلی برای ترک مقدمه نیز باشد. زیرا «ما لا یدرک کله لا یتدرک جله».

۱-۴. دوران احکام بر مدار مصالح و مفاسد

احکام دائر مدار مصالح و مفاسد هستند^۵ و چنانچه تقنین یا اجرای حکم در حال حاضر یا به صورت دفعی منجر به نقض مصلحت شود علت حکم منتفی و به تبع حکم نیز منتفی خواهد شد؛ الاحکام تدور مع عللها وجودا و عدما. همچنین، تدریج می‌تواند مدل خاصی از «تغیر فتوا بر حسب تغییر احوال یا شرایط زمان و مکان» باشد.

۱-۵. سایر ادله

همچنین، تدریج از اخف به اثقل یک اصل است و متناسب با فطرت و طبیعت بشری است و می‌توان بر اساس آن به کمال و استقامت و التزام درونی به فضایل (و از جمله قانون) دست یافت (مودودی، ۱۳۹۵: ۵۰) و تدریج به نوعی تشویق به قانون‌گرایی است (شاطبی، ۱۴۱۷: ۱۴۹). شیوه مرسوم میان نظام‌های عقلایی قانون‌گذاری و سیاسی نیز در طول تاریخ تدریج بوده و غیر آن محکوم به نابودی و شکست شده است؛ نظیر نظام‌های توتالیتار و اشتراکی (زحیلی، ۱۴۲۰: ۸۸).

۱-۲. گستره تدریج و جامعه‌پذیری در تقنین

بنا بر آنچه گذشت، تدریج مبتنی بر ادله وقوع احکام اسلامی است و نه مشروعیت احکام و نیز در پی ترک واجب یا انجام دادن حرام نیست؛ بلکه در پی تحقق مناط حکم است. باید توجه داشت که قید «تدریج» منافاتی با اسلامی بودن حکومت یا مسلمانی، که در آیه شریفه «یا ایها الذین آمنوا ادخلوا فی السلم (یعنی اسلام) کافه» ندارد. زیرا کسی که وارد اسلام می‌شود عزم بر امتثال آنچه در استطاعتش هست دارد و این همان قول خداوند در آیه ۱۶ سوره تباہ است:

است؛ «فاتقوا الله ما استطعتم». بنابراین راهبرد تدریج ابزاری برای تبعیض در شریعت نیست؛ بلکه قید استطاعت مجوز راهبرد تدریج است. از این رو، به همان سان که اجرای حد بر زن حامل به دلیل وجود مصلحت راجح به تأخیر می‌افتد و امری نامشروع یا نفی اسلام نیست، تأخیر در اجرای برخی مقررات به دلیل مصالح پیش‌گفته نیز منافاتی با التزام به اسلام و اسلامی بودن حکومت ندارد؛ چه آنکه نظیر کسی است که در دار غصبی است و شروع به خروج از آن برای بازگرداندن مغضوب به مالک کرده است و بدیهی است گرچه هنوز تصرف زایل نشده او در همین حین مطیع به شمار می‌رود (الزركشي، ۱۹۹۲: ۲۶۷). من شرع فی التوبة فله حکم الثائب.

البته در بررسی این راهبرد باید توجه داشت که اولاً این راهبرد فقط یک «وسیله» برای تحقق مصالح ملت و آن هم در صورت ضرورت و نیاز به آن است و نباید نگاه «غایت» بدان اندوخت. بنابراین به محض آنکه تقنین حکم اصلی و اجرای کامل شریعت میسر شد تفریط و تقصیر و عدم عدول در این خصوص پذیرفتنی نخواهد بود. بر این اساس، باید یا تقنین حکم نهایی و تدریج‌پذیر صورت نگیرد یا در صورت تقنین اهداف و مراحل حکم زمان‌بندی شود و عزم بر حکم نهایی و مقدمه‌سازی آن باشد. ثانیاً، نکات پیش‌گفته رافع مسئولیت دولت اسلامی در تحقق زمینه‌های تقنین و اجرای قانون نخواهد بود. زیرا وفق قاعده «یغتفر فی الابتداء ما لا یغتفر فی البقاء»، اگرچه در ابتدای اسلامی شدن یک جامعه یا نبود شرایط برای تقنین حکم اصلی از برخی اقدامات و معاصی چشم‌پوشی می‌شود، با گذشت زمان، چنین نخواهد بود. همچنین تدریج به معنای زدودن حرمت از فتوای حرمت (که به دلایل پیش‌گفته در قالب قانون نمی‌تواند قرار گیرد) نیست و نیز اصول اعتقادی را شامل نمی‌شود و فقط فروع را در بر می‌گیرد (شریف، ۱۹۹۹: ۱۷۵). نکته نهایی نیز آن است که امر تدریج و لزوم جامعه‌پذیری قانون «امر سیاسی محض» نیست، بلکه امری شرعی است که در آن حاجات و مصالح شرعیه لحاظ می‌شود. از این رو صرف تشخیص آن به نظر اهل سیاست صحیح نخواهد بود و نیازمند نظارت فقها است.

بنابراین در کنار توجه به مسئله اصلی این تحقیق، که الهام‌گیری از اصول تقنین الهی برای تقنین در حکومت اسلامی است و نه تقنین فقه، باید در نظر داشت که این راهبرد تحت عنوان تدریج و نه تعطیلی احکام است. توضیح اینکه در نسبت میان «قانون: الزام» و «فرهنگ» چه قانون، خود، تجلی از فرهنگ و ابزاری فرهنگی قلمداد شود چه اقدامات فرهنگی و نرم مقدمه واجب قانون لحاظ شود این جستار راهبرد تدریج را پی گرفته و طبعاً در تدریج از اخف به

اثقل حرکت می‌شود. از این رو، در این راهبرد نه تنها حکمی شرعی تعطیل نخواهد شد، بلکه مقدار ممکن و درصدی از آن اجرا می‌شود و در عین حال نیت و برآورد بر آن است تا زمینه‌های اجتماعی و تقنینی با هدف اجرای کامل و اقامه کامل همه درجات همه اوامر و نواهی الهی فراهم شود.

۲. سکوت در تقنین

سکوت به معنای خلاف نطق است و سکوت را از اصوات الحان شبیه تنفس میان دو نغمه تعبیر کرده‌اند (ابن منظور، ۱۴۰۸: ۳۰۴). سکوت در اصطلاح حقوقدانان نیز عبارت است از وضع کسی که صریحاً اعلام اراده نمی‌کند و نیز کاری انجام نمی‌دهد که با رفتار او بتوان اراده‌اش را استنباط کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۲۶۱). سکوت قانون نیز به معنای فقدان قانون صریح و به‌خصوص نسبت به موضوعاتی معین است. در تعریفی دیگر، سکوت قانون به موردی معین اطلاق می‌شود که قوانین جاری جامعه از منظر قضایی تکلیف آن را معین نکرده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۱۰۲). به تعبیر حقوقدانان عبارت «ما لا نص فیه» در فقه اسلامی بسیار رساتر و جامع‌تر از این عنوان می‌تواند باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۵۲۳) (همچنین است عبارت «ما سکت عنه الشارع» و «مسکوت عنه»). ولی نقص قانون و اطلاق قانون را نمی‌توان با سکوت در یک ردیف معنایی (ترادف) قرار داد؛ چه آنکه برای فرض اطلاق شرایط و مقدمات حکمت ضروری است و از این رو بیان بودن «اطلاق در مقام بیان» به نوعی مباین با سکوت خواهد بود. همچنین نقص قانون فروضی همچون اجمال قانون را نیز شامل می‌شود و از این رو نمی‌تواند مترادف با سکوت باشد. به هر روی، بر اساس دلالت‌های معناشناختی اصطلاح سکوت، این دانش‌واژه سکوت عمدی و سهوی، یعنی حتی مواردی را که قانونگذار اساساً به علت بی‌توجهی، قانونی وضع نکرده، نیز در بر می‌گیرد.^۶ سکوت به عنوان یک ترک فعل از سوی قانونگذار نسبت به تقنین امری است که کمتر در مورد امکان و گستره آن سخن به میان آمده است. مسئله اساسی در خصوص این بعد آن است که به‌راستی باید انتظاری گسترده از قانون داشت تا پاسخی برای همه مسائل و امور اجتماعی، سیاسی، اقتصادی، و ... معین کند؟ و چنانچه قانون را بتوان تنها راهبرد برای تعیین تکلیف حکمی موضوعات در حوزه عمومی یا آن دست از موضوعات خصوصی که حکمرانی حق دخالت در آن‌ها خواهد داشت دانست، آیا قانونگذار اجازه یا وظیفه به سکوت و انهدان برخی مسائل را دارد؟

بالاخره اصل ۱۶۷ وضعیت سکوت قانون را به عنوان یک وضعیت ممکن (نه لزوماً بایسته و به مثابه یک اصل) مطرح کرده و یکی از اصول مهم خود را به حل این چالش اختصاص

داده است. اما به نظر می‌رسد برخلاف نگرش به «سکوت به مثابه یک نقص» و گفت‌وگو درباره روش شکست آن^۶ باید از سکوت به عنوان یک راهبرد ضروری در قانون‌گذاری نیز یاد کرد. «ضرورت» را باید معیاری فرازین در ایجاد صلاحیت برای مجلس قانون‌گذار نسبت به تقنین دانست.^۸ به عبارت دیگر، صلاحیت عام مجلس شورای اسلامی به ضرورت پیوند خورده است و لزوماً نباید در پی تقنین و حکم نهادن در هر حوزه و در خصوص هر موضوع جدیدی بود. مقصود از ضرورت نیز وجود مقتضی قانون‌گذاری و فقدان موانع اجرایی (از قبیل فشار افکار عمومی یا بین‌المللی یا ظالمانه و ناکارآمد بودن برخی احکام به دلیل اجرایی نشدن حکم پیشین و مقدماتی آن) است؛ در غیر این صورت سکوت قابل پذیرش است. در ذیل ابتدا به مبانی امکان سکوت در تقنین پرداخته می‌شود و پس از آن گستره سکوت خواهد آمد.

۱-۲. مبانی و مستندات امکان سکوت در قانون‌گذاری

دلایل و مؤیدات متعددی در خصوص امکان سکوت در قانون‌گذاری قابل بیان است که در ادامه بیان می‌شود.

مثلاً از کلام فقها می‌توان به استظهاراتی در این خصوص دست یافت که مناط «ضرورت» بیان در موضع حاجت را تقویت کند. در همین زمینه فقها در مواردی که حرمت تکلیفی سکوت را بیان کرده‌اند عمدتاً تضييع حق دیگران را مبنای حرمت قرار داده‌اند (مثلاً ← طرابلسی، ۵۶۱؛ حر عاملی، ۱۴۰۹: ۳۲۰؛ مجلسی اصفهانی، ۱۴۰۱: ۳۱۰؛ نجفی، ۱۳۶۳: ۱۸۱).^۹ از ادله دیگری که ضرورت را در مقیاس و امتدادی که بیان شد تقویت می‌کند «وجوب امر به معروف و نهی از منکر» و «قیح تأخیر بیان از وقت حاجت» به عنوان یک قاعده مورد اتفاق اصولیون امامیه و معتزله (علم‌الهدی، ۱۳۴۸: ۳۶۱؛ قمی، ۱۳۷۸: ۳۴۱) است. «ادله حرمت کتمان علم» نیز در این خصوص مفید است؛ به خصوص در صورتی که قانون‌گذاری از باب رجوع به خبره و کارشناس در موضوع‌شناسی باشد، خواه موضوع‌شناسی «مسائل مستحده» یا «موضوعات سیستمی در حکمرانی» وظیفه مجلس به عنوان کارشناس باشد یا کارکرد مجلس به عنوان «نماینده عرف» در نظر آید (← امام خمینی، ۱۳۷۸: ۴۲۳) یا کارکرد «مشاوره» برای فقهای شورای نگهبان داشته باشد؛ البته در صورتی که موضوع‌شناسی عملیاتی فقهاتی و استنباطی دانسته شود.^{۱۰} همچنین ادله «منع اغراء به جهل یا افعال قبیح» منافاتی با عنصر ضرورت در قانون‌گذاری ندارد. توضیح آنکه این قاعده به معنای آن است که نباید کاری صورت گیرد تا باعث شود افراد در جهل و گمراهی خود باقی بمانند و مسیر هدایت بر آنان بسته شود (حلبی، ۱۴۰۳: ۴۶۷). بنابراین، با تحقق زمینه این قاعده، ضرورت قانون‌گذاری نیز پدیدار خواهد شد و منافاتی در میان نخواهد بود.

۲-۲. گستره سکوت در تقنین

به نظر می‌رسد جدای از ضرورت قانون‌گذاری و امکان سکوت در غیر حالت ضرورت بتوان موضوع سکوت را با توجه به مؤلفه‌های فقهی-قانونی زیر تحلیل کرد:

۱. وفق ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، مصوب سال ۱۳۱۸، «دادگاه‌های دادگستری مکلف‌اند به دعاوی موافق قوانین رسیدگی کرده حکم داده یا فصل نمایند و در صورتی که قوانین موضوعه کشوری کامل یا صریح نبوده و یا متناقض باشد یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد دادگاه‌های دادگستری باید موافق روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم قضیه را قطع و فصل نمایند». هم‌سو با این ماده، در ماده ۱ قانون مدنی مصر مقرر شده، در صورت سکوت قانون، عرف و حقوق اسلامی و مبانی حقوق طبیعی و عدالت می‌توانند منبع رفع سکوت و تکمیل حقوق باشند. همچنین در قانون احکام قضایی سودان (۱۹۸۳) مقرر شده: «در صورتی که قاضی نصی نیافت که بر اساس آن اجتهاد کند و حکم صادر کند ملزم به مراعات عرف در خصوص نزاع معاملاتی است؛ البته به شرطی که این عرف برخلاف شریعت اسلامی و مبانی عدالت فطری طبیعی نباشد.» (خیر حسب الرسول، ۲۰۰۱: ۶۷). همچنین، فارغ از اختلاف قرائت‌ها در خصوص گستره اصل ۱۶۸، مطابق این اصل «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد». بنابراین، سکوت مقنن در نگاه اول و در برخی موارد نمی‌تواند سبب تضييع حق طرفین دعوا یا دیگران در سایر ساحت‌ها بشود. چه آنکه از یک سو قاضی طبق مبانی فقهی و نیز قانونی ملزم به رسیدگی به دعوا و صدور حکم (عند الاقتضا) است و چنانچه «هر یک از مقامات قضایی که شکایت و تظلمی مطابق شرایط قانونی نزد آن‌ها برده شود و با وجود اینکه رسیدگی به آن‌ها از وظایف آنان بوده به هر عذر و بهانه اگرچه به عذر سکوت یا اجمال یا تناقض قانون از قبول شکایت یا رسیدگی به آن امتناع کند ... دفعه اول از شش ماه تا یک سال و در صورت تکرار به انفعال دائم از شغل قضایی محکوم می‌شود و در هر صورت به تأدیه خسارات وارده نیز محکوم خواهد شد.» (قانون مجازات اسلامی، کتاب پنجم، مصوب ۱۳۷۵).

بنابراین، می‌توان سکوت را از حیث «حکومتی» «اماره» ای برای ارجاع به عرف یا منابع شرعی دانست. همچنین این سکوت به عنوان یک راهبرد می‌تواند در مواردی که مرز میان امر اجرایی و امر تقنینی چندان شفاف نیست به نوعی نشان‌دهنده اراده مجلس بر ضرورت شبه تقنین از رهگذر آیین‌نامه‌های قوه اجرایی باشد (سکوت ملابس یا سکوت همراه با قرینه به عنوان یک

«اماره مرکب»).

۲. این‌گونه سکوت را می‌توان در مورد پارادایم‌ها و پیش‌فرض‌ها و زمینه‌ای که یک قانون یا فتوا در آن معنا می‌یابد و نوعی بستگی میان این زمینه و حکم وجود دارد در نظر داشت. مثلاً می‌توان جدید العهد بودن و تازه‌مسلمانی در فتاوی فقهی را ملاک قرار داد. به دیگر تعبیر، در صورتی که جامعه‌ای به تازگی به اسلام گرویده باشد ممکن است در مورد برخی گزاره‌ها و هنجارهای فقهی و قانونی سکوت صورت پذیرد. در این نگاه، رویکرد تدریج در قانون‌گذاری ملازمه با سکوت نسبت به مراحل بعدی حکم خواهد داشت. حوزه‌های منجر به «حرمت تنفیر از دین»^{۱۱} و مفسده‌انگیز را نیز می‌توان به سکوت قانون و نهاد. همچنین در صورتی که ارائه فتوای واحد در «سیاق قانونی» مفسده‌انگیز باشد، مجلس برای استفاده قضات از فتاوی مختلف معتبر، می‌تواند سکوت در تقنین را پیش گیرد.

بنابراین، سکوت عمدی را می‌توان در حکم قانون‌گذاری دانست و آثار و مقاصدی همچون موارد یادشده را به عنوان فلسفه سکوت در نظر انگاشت و به آثار آن ملتزم شد. البته از حیث حقوق اساسی ساختارگرا باید به این نکته نیز رهنمون شد که چنانچه مشروعیت قانون‌گذاری را مجلس ناشی از «ولایی بودن فرایند کلی (نه تفصیلی) قانون‌گذاری در اثر حکم ولایت فقیه» ندانیم یا ماهیت فقهی ساختار پارلمان را به عنوان کارگزار ولی فقیه در نظر نینگاریم، به نظر می‌رسد نتوان سکوت قانون را امری موافق با موازین اسلامی دانست. زیرا اگر محدوده اصل ۱۶۷ قانون اساسی منصرف از امور کیفری باشد، سکوت قانون مانع از اجرای حکم شرعی در حکومت اسلامی خواهد شد. بدیهی است این ایراد از آن رو قوت می‌گیرد که در وضع کنونی نظارت شورای نگهبان و مجمع تشخیص به عنوان نهادهای نظارتی ولی فقیه بر فرایند تقنین صرفاً ناظر بر فعل تقنین است و بر عدم فعل تقنین و سکوت قانون هیچ ولایت و نظارتی قابل اعمال نیست.

۳. افزون بر این، در مستندات شرعی نیز تورم احکام مطلوب دانسته نشده و در مواردی که ضرورتی در میان نباشد سکوت مطلوب است و ارشاد به اباحه دارد. به عبارت دیگر، اگر اصل رکن در شریعت اباحه در نظر گرفته شود، تقنین اباحه ضرورت ندارد و سکوت می‌تواند ارشاد به آن داشته باشد؛ همچنان که تقنین آن امری جز تأکید اباحه نخواهد بود. از امیر مؤمنان علی^(ع) نقل شده خداوند متعال حدودی را معین کرده که نباید از آن حدود تعدی و تجاوز کنید و فرایضی را مشخص کرده که نسبت به آن‌ها نباید نافرمانی کنید و در مورد چیزهایی هم سکوت کرده که سکوت او از روی فراموشی نبوده و نباید خودتان را به تکلف بیندازید، بلکه آن رحمتی از جانب خداوند برای شماست که آن را قبول کنید

(صدوق، ۱۴۰۶: ۷۵).

در برخی دیگر از روایات ناظر به سکوت به آیه ۱۰۱ سوره مائده استناد شده که می‌فرماید: «یا ایها الذین آمنوا لا تسألوا عن أشياء ان تبد لکم تسوءکم.»؛ ای کسانی که ایمان آورده‌اید از مسائلی سؤال نکنید که اگر برای شما آشکار شود شما را ناراحت می‌کند [و به تکلف می‌اندازد]. (← مجلسی، ۱۴۰۳: ۲۲۴). همچنین سلمان فارسی نقل قولی کرده که «الحلال ما أحله الله فی کتابه و الحرام ما حرّم الله فی کتابه و ما سکت عنه فهو مما عفا عنه.» (سید سابق، ۲۷۶). در میان مجامع روایی عامه نیز به حدیث معاذ بن جبل اشاره شده که وقتی حضرت رسول (ص) وی را برای امر قضاوت به یمن می‌فرستاد فرمود: «بم تقضی بینهم یا معاذ؟ قال: بکتاب الله. قال رسول الله (ص): فان لم تجد؟ قال: بسنة رسول الله. قال: فان لم تجد؟ قال: أجتهد برأیی و لا آلو. فقال (ص): الحمد لله الّذی وفق رسول الله لما یرض الله.» (ابن حنبل، ۱۴۱۹: ۲۳۰؛ ابی داود، ۱۴۱۰: ۳۰۳؛ ترمذی، ۱۴۰۳: ۶۱۶).

مبنای امکان خلو واقعه از حکم نیز می‌تواند بر امکان سکوت از سوی قانون‌گذار در حکومت اسلامی دلالت داشته باشد. در واقع، عقل حاکم به امکان خلو واقعه از حکم و بلکه لزوم آن است و در تقویت این نظر حتی برخی از دانشیان فقه به عدم حکم اباحه در میان احکام تکلیفی تمسک بسته و اظهار داشته‌اند که مؤدای ادله اباحه اخبار از نبود اعتبار و حکم است نه انشای حکم (علی‌دوست، ۱۳۸۱: ۱۷۵). چون هدف از جعل حکم ایجاد بعث و تحریک در مخاطب است و چنین اثری در جعل اباحه یافت نمی‌شود. برخی دیگر نیز نوشته‌اند واقعه پس از تضارب مصالح و مفسد خالی از یکی از وجوه نیست؛ یا ذات مصلحت است یا ذات مفسده است یا خالی از یکی از این دو ملاک مفروض است که خود این دو قسم است: یا راساً و از ابتدا خالی از یکی از مصلحت و مفسده است یا بعد از تعارض مصلحت و مفسده هر دو متساقط شده و در فرض عدم رجحان یکی بر دیگری واقعه خالی از هر یک از دو ملاک شده است (القمی، ۱۴۲۸: ۱۸۹). وجه سوم با هر دو قسمش دو قسم دیگر نیز می‌تواند باشد: گاهی مقتضی برای جعل اباحه برای آن واقعه یافت می‌شود که در این حالت به اباحه مجعوله اباحه اقتضایی گفته می‌شود، مانند مصلحت تسهیل امر بر بندگان و اطلاق عنان آنان در این واقعه، و گاهی چنین مقتضی‌ای یافت نمی‌شود و اباحه در این قسم اباحه لاقتضایی است. اشکال مرحوم امام بر این مورد آن است که جعل اباحه در اینجا معنا ندارد. زیرا وقتی فعل خالی از هر ملاکی بود مجالی برای تحقق اراده و کراهت وجود ندارد. چون این دو از توابع علم به مصالح و مفسد هستند و مصلحت و مفسده‌ای نیز در بین نیست.

تأملی فقهی در برخی ابعاد حقوق عمومی «قانون‌گذاری» ■ ۱۰۳

از این رو، جعل اباحه معنا ندارد و اباحه در اینجا عقلی است.^{۱۲} کاشف‌الغطاء نیز در همین زمینه معتقد است اخبار زیاد بر خالی بودن واقعه از احکام چهارگانه- چه رسد به خلو از جواز مطلق در موارد غیر ضروری و در مواردی که تصرف در حق بشر پیش نیاید- دلالت دارد. این اعتقاد به سان خورشید در وسط روز نمایان است و شیخ صدوق آن را از اعتقادات امامیه شمرده است (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۳: ۱۹۸). نراقی نیز می‌نویسد: «هیچ‌گونه دلیل عقلی برای ثبوت تکلیف در همه موارد وجود ندارد. چه مانعی دارد که خدا حکم را برای بعضی از کارها تعیین نماید و برای بعضی حکم تعیین ننماید؛ همان‌گونه که حدیث مشهور 'اسکتوا عما سکت الله' (آنچه خدا نگفته شما نیز نگوئید). و حدیث 'و سکت عن أشیاء' (خدا اموری را بیان نکرده است). بر این مطلب دلالت دارد.» (نراقی، ۱۳۷۵: ۳۶۹). نراقی نمونه‌هایی برای خلو واقعه از حکم بیان می‌کند؛ نظیر همه کارهای حیوانات و کودکان و دیوانگان، همه اقدامات و حرکات و سکانات آن که اصلاً شریعت را نشینده، و همه کارهای انسان قبل از بعثت بلکه به سکانات جمادات که خداوند به همه آنان احاطه دارد. و در عین حال هیچ‌یک از این مجموعه مکلف به هیچ حکم پیشینی از سوی خدا نیستند. مستدل به این نظایر می‌توان گفت هیچ معنی نیست که الباقی انسان‌های مکلف نیز نسبت به بعضی از کارهایشان بدون تکلیف باشند (نراقی، ۱۳۷۵: ۳۷۲). همچنین با توجه به مذاق شارع در حوزه غیر عبادات مبنی بر امضایی بودن احکام، عدم ردع (در قالب سکوت) و عدم تأسیس عمدی توسط قانون‌گذار نیز- چنان که قبلاً گذشت- می‌تواند همچون عدم ردع شارع ارشاد و ارجاعی به حکم عرف باشد؛ مگر آنکه خلاف آن با دلیل معتبر اثبات شود.

۴. شأن ولایت فقیه بر قانون‌گذاری قابل تفکیک میان مجلس و شورای نگهبان و قابل تفویض به ایشان است. در این چارچوب، تحلیل ماهیت تقنین فقیه در تراز فقه و در قالب «افتاء فقیه در عصر غیبت» می‌تواند از حیث نهادی نیز مسئله سکوت را تحلیل کند. با مراجعه به متون فقهی، می‌توان به دو رویکرد درباره ماهیت افتاء دست یافت. برخی افتاء را منصب می‌دانند که مختص معصومان و «حکومتی و ولایی» است و تصدی آن برای غیر معصوم نیازمند نصب معصوم است. برخی دیگر آن را جایگاهی علمی و جزء تکالیف مجتهد می‌دانند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲: ۳۹۶). علامه حلی جزء معتقدان به باور نخست است و بر این باور است که امامان معصوم تصدی این منصب را به فقها تفویض کرده‌اند (ولایت عام فقها در عصر غیبت) (حلی، ۴۴۷؛ همچنین ← عراقی، ۱۳۸۰: ۶۶). عبارت مرحوم فاضل هندی در کتاب /مر به معروف و نهی از منکر نیز دال بر این است که افتاء ماهیتی «منصب» گونه دارد. ایشان می‌نویسد: «اگر عمومیت وجوب امر به معروف و نهی از منکر نبود و حرمت کتمان علم

و ترک حکم بما انزل الله نبود، بر فقها حکم و افتاء در زمان غیبت تنها با اذن امام زمان عجل الله جاز می‌شد.» (فاضل هندی، ۱۴۱۷: ۲۲۵). بنابراین، افتاء (الافتاء فی ما یحتاج الیه العامی فی عمله (انصاری، ۱۴۱۵ ب: ۵۴۶) منصبی است که به دلیل اذن صریح معصوم یا به دلایلی مانند حرمت کتمان علم و امر به معروف و حرمت ترک حکم بما انزل الله موجب جواز آن در عصر غیبت می‌شود و در غیر آن صورت ولایتی در این خصوص متصور نخواهد بود. برخی دیگر نیز معتقدند که افتاء مانند قضا از فروع نبوت و ریاست عامه نیست (مخصوص امام نیست) و از این رو نیازمند نصب و جعل نخواهد بود و وجوب افتاء بر فقیه به جعل اولی است (آشتیانی، ۱۴۲۵: ۱۱۵۴). برخی دیگر قضا را منصبی حکومتی اما افتاء را حق اظهار نظر در مسائل شرعی و غیر قابل نصب و سلب می‌دانند (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳: ۷؛ موسوی خلخالی، ۱۳۸۰: ۲۴۷). به نظر می‌رسد حتی اگر بتوان افتای فقیه را در مسائل عبادی نوعی واقعیت علمی دانست و بر آن بود که در مورد جنبه شخصی افتاء «در صورتی که خطری فقیه را تهدید نکند، افتاء بر فقیه واجب است» (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۴۳۰؛ شهید اول، ۱۴۱۷: ۴۸)، بعد از نصب توسط امام مقام اجتماعی افتاء نیز تثبیت و وجوب افتاء تأکید می‌شود. به عبارت دیگر، تأثیر افتاء در مسائلی که مقتضی تصرف در امور مردم است نیازمند اذن معصوم است. افزون بر این کارکرد فتوا زمانی حاصل خواهد شد که افزون بر مستفتی فتوا بر سایرین نیز شرعاً حجت باشد تا بتواند به نظم‌بخشی و اجرای شریعت در سطح اجتماع بینجامد و نه آنکه فتوای فقیه تنها برای خودش معتبر بماند.

بنابراین در جمع‌بندی می‌توان گفت که افتاء منصبی ولایی است و از طریق ادله نصب فقها یا عناوینی همچون امر به معروف، منع ترک حکم بما انزل الله، و ... بر عهده فقیه است و نیز قابل تفویض و تفکیک میان مجلس و شورای نگهبان است. در این میان، خصایص ذاتی تقنین از سوی فقیه بر مصوبات نهادهای مفوض‌الیه نیز قابل تطبیق است و از جمله آن‌ها وجوب افتاء در موارد ضرورت و با رعایت مصلحت مولی‌علیهم است. همچنین با توجه به آنکه در سیره شرعیه منصب قضاوت و افتاء از یک‌دیگر جدا نیست (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۴۰۹)، همان‌گونه که «ضرورت» حل و فصل دعوا مانع از امتناع قاضی از رسیدگی به حکم است، در خصوص تقنین نیز همین‌گونه خواهد بود و در صورت عدم ضرورت یا ضرورت عدم تقنین سکوت مجاز و بلکه لازم خواهد شد. در برخی رویه‌های قانون‌گذاری در عصر مشروطه نیز علما نسبت به امکان سکوت و واگذاری امر به عرف نظراتی بیان داشته‌اند که از آن جمله می‌توان به نامه‌ی ثقه‌الاسلام تبریزی به فضل‌علی تبریزی، یکی از نمایندگان آذربایجان در مجلس

تأملی فقهی در برخی ابعاد حقوق عمومی «قانون گذاری» ■ ۱۰۵

اول، که هر دو در لباس روحانیت و از امنای آذربایجان بودند، اشاره کرد. این نامه گرچه در خصوص رعایت اصل طراز در قانون گذاری است، در انتهای نامه ثقة الاسلام به گزاره ای کلی اشاره می کند: «گاهی ضرورت مقتضی سکوت است» (تبریزی، ۱۳۸۷: ۵۷)؛ همچنان که در قانون مدنی نیز در برخی موارد سکوت اختیار شده و امر به عرف واگذار شده است.

نتیجه گیری

در پاسخ به مسئله تحقیق، تقنین گسترده و متکثر نمی تواند فضیلت یا امری ملازم و برآیند وظیفه نمایندگی باشد. به نظر می رسد، ضرورت تقنین امری است که با تحقق آن نمایندگی فعال و مقتضی تقنین خواهد بود. ضرورت در این راهبرد دقیقاً هم سو با مصلحت عامه فهم می شود که تصرفات همه ارکان حاکمیت منوط به احراز آن است. همچنین، تدریج و ضرورت توجه به بسترهای اجتماعی در هنگام قانون گذاری نیز گرچه نباید عرف گرایی یا حکم به غیر ما انزل الله تعبیر شود، می تواند امری هم سو با فطرت بشری قید استطاعت در احکام و حفظ نظام تلقی شود و در برابر مانع اختلال نظام تقنین، کارآمدی نظام سیاسی، و تنفیر از دین شود. تدریج در امر تقنین می تواند کارکردی دوگانه داشته باشد؛ بدان معنا که اگر استطاعت به عنوان شرط فعلیت در نظر گرفته شود، چنین نصی که شرایط اجتماعی آن در جامعه فراهم نباشد عنوان قانون نخواهد داشت. اما اگر بدون توجه به این امر به مسئله تدریج نگریسته شود، جامعه پذیری قانون زمینه کارکرد بهتر قانون را خواهد داشت. البته در این میان باید توجه داشت که ذاتی حاکمیت اسلامی (برخلاف دولت مدرن) هدایت محوری و دوران بر حول مفهوم امام است. بر این اساس، ماهیت حکومت آرمان گرای اسلامی نظر رو به جلو و پیشبرد امر اجتماعی، سیاسی، فرهنگی، و اقتصادی است. از این رو گرچه به قانون به عنوان امری فرهنگ ساز نگریسته نمی شود و الزام آوری و مجازات در برابر نقض آن عنصر ذاتی قانون است، چنانچه «قانون بتواند با درجه تاب آوری بالاتر و اغماض در برابر نقض های اولیه یک قانون در نظر گرفته شود»، می توان تدریج در تقنین اصل حکم را کنار نهاد و تدریج در اجرای قانون یا تدریج در مجازات نقض قانون را به عنوان راهبرد اساسی قوه مقننه در پیش گرفت.

یادداشت‌ها

۱. ← علی‌دوست، ۱۳۸۴: ۹.
۲. باید دقت که داشت که قاعده اصلی در وضعیت سکوت «لا ینسب الی ساکت قول» است (الشافعی، ۱۳۲۱: ج ۱، ۱۵۲). بر همین اساس، منظور از سکوت در این نوشتار سکوت در مقام بیان نیست، که طبق قاعده معروف «السکوت فی مقامات بیان، یجری البیان شرعاً فیکون من الکاشف الفعلی کالتقدیر» یا همان «السکوت فی معرض حاجه البیان» شرعاً جانشین بیان تلقی می‌شود (دراز، ۲۰۱۱: ۳۵۱).
۳. در خصوص این رویکرد مرسوم به سکوت ← بندرچی، ۱۳۹۸: ۴۹ - ۶۳؛ الهام و زهروی، ۱۳۹۶: ۴۴۳ - ۴۷۳. عمده نگاه در این آثار مختصر در این گزاره است که «عدم سکوت قانون مطلوبی مطلق است».
۴. همچنان که مقام معظم رهبری در خصوص ضرورت قانون‌گذاری، و اینکه حتی قانون بد بهتر از سکوت در تقنین است، می‌فرماید: «بی‌قانونی هرج و مرج است. قانون بد لاقلاً یک ضابطه‌ای است. خب، انسان اصلاحش می‌کند.» (بیانات در تاریخ ۱۳۹۰/۱۰/۱۹) و هرج و مرج در جامعه چه از نظر سیاسی چه از نظر اجتماعی در وهله اول تبعات غیر قابل تحملی دارد (بیانات در تاریخ ۱۳۸۱/۱۱/۱۵).
۵. در فقه عامه نیز فقط حرمت سکوت منحصر به مواردی مانند سکوت شاهد که منجر به تضییع حق می‌شود نبوده است؛ در این خصوص؛ رک به: ابن جزی: ۲۰۵؛ البهوتی: ج ۴، ۳۹۰ به نقل از: دراز، ۱۹۸۴: ۱۳۳.
۶. برای ملاحظه نظری که موضوع‌شناسی را عملی فقاهتی می‌انگارد ← خویی، ۱۴۱۶: ج ۱، ۳۴۹.
۷. برای ملاحظه قاعده ← علم‌الهدی، ۱۴۰۵: ج ۲، ۲۴۶؛ السیوری، ۱۴۰۳: ۱۵؛ اردبیلی: ۴۳۹.
۸. ← الخمینی، ۱۴۱۵: ج ۲، ۱۸. افزون بر آنکه قاعده عدم خلو واقعه از حکم دلیلی ندارد، بلکه دلیل بر خلافش داریم (سبحانی، ۱۴۲۴: ج ۱، ۴۲۳).

منابع

- ابن حنبل، ا. (۱۴۱۹). مسند احمد. تحقیق گروه محققان. بیروت: عالم الكتاب.
- ابن کثیر، ا. (۱۹۷۷). البدایه و النهایه. بیروت: مکتبه المعارف.
- ابن منظور، ج. (۱۴۰۸). لسان العرب. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ابی داوود، س. (۱۴۱۰). سنن. بیروت: دار الفکر.
- اجتهادی، ا. (۱۳۶۳). بررسی وضع مالی و مالیّه مسلمانان. تهران: سروش.
- آخوندی، م. (۱۳۷۲). آیین دادرسی کیفری، در کلیات و دعاوی ناشی از جرم. تهران: طبع و نشر.
- الاردبیلی، م. ا. زبده البیان. تهران: المکتبه المرتضویه.
- آشتیانی، م. م. (۱۴۲۵). القضاء. قم: کنگره علامه آشتیانی.
- امام خمینی، س. ر. (۱۳۷۸). صحیفه امام. تهران: مؤسسه آثار امام.
- انصاری، م. (۱۴۱۵). المکاسب. قم: کنگره شیخ اعظم انصاری.
- باقری فرد، م. ح. (۱۳۹۵). درآمدی بر قانونگذاری فرهنگی: اصول و مبانی. تهران: خرسندی.
- بخش فرهنگی جامعه مدرسن. (۱۳۸۱). ربا. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- بندرچی، م. ع. (۱۳۹۸). «سکوت قانون و روش شکست آن». دانشنامه های حقوقی، ۲ (۳)، ۴۹-۶۳.
- تبریزی، م. ف. ع. آ (۱۳۸۷). بحران دموکراسی در مجلس اول، یادداشت های میرزا فضل علی آقا تبریزی. تهران: نگاه معاصر.
- الترمذی، ا. (۱۴۰۳). سنن الترمذی. بیروت: دار الفکر.
- جعفری لنگرودی، م. ج. (۱۳۷۲). ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، م. ج. (۱۳۸۰). مقدمه عمومی علم حقوق. تهران: گنج دانش.
- حر عاملی، م. (۱۴۰۹). تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل المسائل الشریعه. قم: مؤسسه آل البيت.
- حلبی، ا. ت. (۱۴۰۳). الکافی فی الفقه، به کوشش رضا استادی. اصفهان: کتابخانه امام امیرالمؤمنین (ع).
- حلی، ح. (۱۴۱۷). مختلف الشیعه. قم: الاعلام الاسلامی.
- حلی، ح. (۱۴۲۲). تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه. قم: مؤسسه امام صادق.
- حلی، ح. تذکره الفقهاء. قم: مؤسسه آل البيت. ط ۳.
- الخمينی، ا. ر. (۱۴۱۵). مناهج الوصول. قم: مؤسسه النشر للآثار.

- خویی، س. ا. (۱۳۸۶). مصباح الاصول. نجف: مطبعة النجف.
- خویی، س. ا. (۱۴۱۶). مبانی تکملة المنهاج. قم: احیاء آثار الخوئی.
- خیر حسب الرسول، م. (۲۰۰۱). اثر القواعد الفقهیة فی التشريع و التقنین الحديث، فی دراسات فی الاجتهاد و التقنین. مالیزیا: کلیة الشريعة و القانون جامعة العلوم الاسلامیة.
- دراز، ر. (۲۰۱۱). احکام السکوت فی الفقه الاسلامی. بیروت: الحلبي الحقوقیة.
- الزحیلی، م. م. (۱۴۲۰). التدرج فی التشريع و التطبيق فی الشريعة الإسلامیة.
- سبحانی، ج. (۱۴۲۴). تهذیب الاصول، تقریرات درس امام خمینی. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی^(۹).
- سویلیم، س. ا. (۲۰۰۷). فقه التدرج فی تطبيق الاقتصاد الاسلامی.
- السید السابق. فقه السنه. بیروت: دار الکتب العربی.
- السیوری، ف. م. (۱۴۰۳). نضد القواعد الفقهیة علی مذهب الامامیة. قم: مکتبه المرعشی.
- الشاطبی، ا. (۱۴۱۷). الموافقات، تحقیق مشهور بن حسن آل سلمان. قاهره: دار ابن عفان.
- الشافعی، م. (۱۳۲۱). الام، قاهره: دار المصریة.
- شربناصی، ر. (۱۹۸۴). السکوت و دلالاته علی احکام الشرعیة. بیروت: دار الفكر العربی.
- شریف، ع. م. (۱۹۹۹). بحوث فقهیه معاصره. لبنان: ابن حزم.
- صدوق، ا. (۱۴۰۶). من لا یحضره الفقیه. بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.
- طرابلسی، ق. ع. المذهب. قم: انتشارات اسلامی.
- طوسی، ح. (۱۴۲۸). المبسوط. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- عاملی، م. (۱۴۰۱). وسائل الشیعه. قم: انتشارات اسلامی.
- عاملی، م. (۱۴۱۷). الدروس الشرعیة. قم: جامعه مدرسین.
- عراقی، ع. (۱۳۸۰). المعالم الزلفی. قم: المطبعة العلمیة.
- علم الهدی، س. م. (۱۳۴۸). الذریعة. تهران: دانشگاه تهران.
- علم الهدی، س. م. (۱۴۰۵). رسائل. قم: دار القرآن الکریم.
- علی دوست، ا. (۱۳۸۱). فقه و عقل. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- علی دوست، ا. (۱۳۸۴). «تبعیت یا عدم تبعیت احکام از مصالح و مفاصد واقعی». فقه و حقوق، (۶)، ۱ - ۱۹.
- فاضل هندی، م. (۱۴۱۷). کشف اللثام. قم: جامعه مدرسین.
- فیض کاشانی، م. م. (۱۴۰۱). مفاتیح الشرائع. بی جا: مجمع الذخائر الاسلامیه.

تأملی فقهی در برخی ابعاد حقوق عمومی «قانون گذاری» ■ ۱۰۹

- القرضاوی، ی. (۱۴۲۹). *السیاسة الشرعية فی ضوء نصوص الشريعة و مقاصدها*. القاهرة: مكتبة وهبة.
- القطان، م. (۲۰۰۱). *تاریخ التشريع الاسلامی*. القاهرة: مكتبة وهبة.
- القمی، م. ح. (۱۴۲۸). «قاعدة نفی الخلو». *دراسات اصولیة*، ۳ (۹)، ۱۵۲ - ۱۹۰.
- کلینی، م. (۱۳۸۸). *الکافی*. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- کاتوزیان، ن. (۱۳۸۵). *اثبات و دلیل اثبات*. تهران: میزان.
- کاشف الغطاء، ج. (۱۴۲۳). *کشف الغطاء*. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- مجلسی اصفهانی، م. ب. (۱۴۰۱). *بحار الانوار*. بیروت: مؤسسه الطبع.
- معرفت، م. ه. (۱۳۸۴). *علوم قرآنی*. قم: مؤسسه فرهنگی تمهید.
- مکارم شیرازی، ن. (۱۴۲۵). *انوار الفقاهة*. قم: مدرسه امام علی (ع).
- المودودی، ا. (۱۳۹۵). *القانون الاسلامی و طرق تنفیذه*. بیروت: مؤسسه الرساله.
- موسوی اردبیلی، س. ع. (۱۴۲۳). *فقه القضاء*. قم.
- موسویان، س. ع. (۱۳۸۴). «ثمرات فقهی یا اقتصادی دفعی یا تدریجی بودن ربا». *اقتصاد اسلامی*، ۱، ۸۷ - ۱۰۹.
- میرزای قمی، ا. (۱۳۷۸). *قوانین الاصول*. تهران.
- نجفی، م. م. (۱۹۸۱). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*. بیروت: دار الاحیاء التراث العربی.
- نراقی، ا. (۱۳۷۵). *عوائد الایام*. قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
- الهام، غ. ح. و زهروی، ر. (۱۳۹۶). «بررسی تطبیقی چالش‌های ناشی از سکوت قانون». *حقوق تطبیقی*، ۱ (۲)، ۴۴۳ - ۴۷۳.

References

- Abi Dawood, S. (۱۹۸۹). *Sunan*. Beirut: Dar al-Fakr.
- Akhundi, M. (۱۹۹۳). *Ayine Dadrasi Keyfari: Dar Da'avi Nashi az Jorm*. Tehran: Taba and Nash.
- Alam Al-Huda, S. M. (۱۹۸۴). *Rasa'il*. Qom: Dar al-Qur'an al-Karim.
- Alam Al-Huda, S. M. (۱۹۲۹). *Al-Dhari'a*. Tehran: University of Tehran.
- Al-Ardabili, M. A. *Zubda-Al-Bayan*. Tehran: Al-Maktab Al-Mortazawieh.
- Alidoost, A. (۲۰۰۲). *Fiqh va Aghl*. Tehran: Research Institute of Islamic Culture and Thought.
- Alidoust, A. (۲۰۰۴). "Dependence or Non-dependence of Religious Rules on Real Interests and Losses". *Journal of Jurisprudence and Law*, (6), ۱-۱۹.
- Al-Khomeini, S. R. (۱۹۹۴). *Manahij al-Araqi*. Qom: Institute of Al-Nashar Le-Athar.
- Al-Moodudi, A. (۲۰۱۵). *Al-Qunun al-Islami and Torogh-e-Tanfizeh*. Beirut: Al-Rasalah Institute.

- Al-Qaradawi, Y. (۲۰۰۸). *Al-Syasa al-Sharia Fi Zaue Nusus Al-Sharia Va Maqasedoha*. Cairo: Maktaba Wahba.
- Al-Qatan, M. (۲۰۰۱). *Tarikh-ul-Tashri-ul-Islami*. Cairo: Maktaba Wahba.
- Al-Qomi, M. H. (۲۰۰۷). "Qa'ida Nafi al-Kholovv". *Derasat Usuliya, Sunnah al-Arah*, (9), ۱۵۲-۱۹۰.
- Al-Sayed al-Al-Sabegh. *Fiqh Al-Sunnah*. Beirut: Dar al-Kitab al-Arabi.
- Al-Shafea'i, M. (۱۹۰۳). *Al-Alam*. Cairo: Dar al-Masriyyah.
- Al-Shatabi, I. (۱۹۹۶). *Al-Mowafeqat, the famous research of ibn Hassan al-Salman*. Cairo: Dar Ibn Affan.
- Al-Siyuri, A. (۱۹۸۲). *Nazd al-Qawaed al-Fiqhih Ala Madhhab-ul-Imamiya*. Qom: Maktaba Al-Marashi.
- Al-Tirmidhi, A. (۱۹۸۳). *Sunan al-Tirmidhi*. Beirut: Dar al-Fakr.
- Al-Zahili, M. M. (۱۹۹۹). *Al-Tadaroj fi al-Tashri va al-Taghnin fi al-Sharia al-Islami*.
- Ameli, M. (۱۹۸۰). *Wasael al-Shia*. Qom: Islamic Publications.
- Ameli, M. (۱۹۹۶). *Al-Duros al-Sharia*. Qom: Jamia Modaresin.
- Ansari, M. (۱۹۹۴). *Al-Makasab*. Qom: Congress of Sheikh Azam Ansari.
- Ashtiani, M. M. (۲۰۰۴). *Al-Qada*. Qom: Congress of Allameh Ashtiani.
- Bagheri Fard, M. H. (۲۰۱۵). *DarAmadi bar Ghanoongozari Farhangi: Osool va Mabani*. Tehran: Khorsandi.
- Bandarchi, M. R. (۲۰۱۸). "The Silence of the Law and the Method of its Defeat". *Legal Encyclopedias*, 2 (۳), ۴۹-۶۳.
- Daraz, R. (۲۰۱۱). *The rules of silence in al-Islamic jurisprudence*, Beirut: Al-Halabi al-Haqjuyyah.
- Elham, G., & Zahravi, R. (۲۰۱۶). "A Comparative Analysis of the Challenges Posed by the Silence of the Law in the Iranian Criminal Law and Jurisprudence". *Comparative Law Review*, 8 (۲), ۴۷۳-۴۴۳.
- Fazel Hendi, M. (۱۹۹۶). *Kashf Ul-Latham*. Qom: Jamia Modaresin.
- Feiz Kashani, M. M. (۱۹۸۰). *Mafatih-al-Shari'e*. Majma-ul-Zhakhaer al-Islamiya.
- Halabi, A. (۱۹۸۳). *Al-Kafi fi Fiqh, with the efforts of Reza Ustadi*. Isfahan: Library of Imam Amirul Momineen.
- Heli, H. (۱۹۹۶). *Mokhtalaf Al-Shia'i*. Qom: Al-Alam al-Islami.
- Heli, H. (۲۰۰۱). *Tahrir al-Hakam-al-Shariyah Ala Madhhab-al-Imamiyah*. Qom: Imam Sadiq Institute.
- Heli, H. *Tazkira al-Foqaha*. Qom: Al-Al-Bayt Institute.
- Hur Ameli, M. (۱۹۸۸). *Tafsil Vasaal Al-Shi'a ela Tahsil al-Mas'il al-Shari'a*. Qom: Al-Al-Bayt Institute.
- Ibn Hanbal, A. (۱۹۹۸). *Musnad Ahmad*. Group of Researchers' Research. Beirut: Alam al-Kitab.
- Ibn Kathir, I. (۱۹۷۷). *Al-Bidayah va Al-Nahayah*. Beirut: Al-Maarif Library.
- Ibn Manzoor, J. (۱۹۸۷). *Lesan al-Arab*. Beirut: Dar Ihya al-Tarath al-Arabi.
- Ijtihadi, A. (۱۹۸۴). *Review of the financial situation and finances of Muslims*. Tehran: Soroush.
- Imam Khomeini, S. R. (۱۹۹۸). *Sahifeh Imam*. Tehran: Institute of Imam's Works.

- Iraqi, A. (۱۹۶۰). *Al-Maalem Al-Zolfa*. Qom: Al-Matbaa Al-Alamiya.
- Jafari Langroudi, M. (۱۹۹۳). *Terminology Hoghoogh*. Tehran: Ganj Danesh.
- Jafari Langroudi, M. (۲۰۰۱). *Moghadame Omoomi Elme Hoghoogh*. Tehran: Ganj Danesh.
- Kashef al-Ghita, J. *Kashf al-Ghita*. Qom: Office of Islamic Propaganda.
- Katouzian, N. (۲۰۰۵). *Esbat va Dalil-e Esbat*. Tehran: Mizan.
- Khair Hassab al-Rasoul, M. (۲۰۰۱). *The effect of al-Qavaed al-Fiqhiyyah fi al-Tashri and al-Taqqinin al-Hadith, in Darasat fi Ijtihad and al-Taqqinin*. Malaysia: Al-Sharia and Al-Qunun Jamiat al-Uloom al-Islamiyya.
- Khoei, S. (۲۰۰۷). *Misbah-ul-Asul*. Najaf: Al-Najaf Press.
- Khoui, S. (۲۰۰۵). *Mabani Takmila al-Menhaj*. Qom: Revival of Al-Khoui's Works.
- Koleini, M. (۱۹۶۸). *Al-Kafi*. Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiya.
- Maarefat, M. H. (۲۰۰۴). *Quranic Sciences*. Qom: Tamhid Cultural Institute.
- Majlesi Esfahani, M. B. (۱۹۸۰). *Bihar al-Anwar*. Beirut: Al-Tabb Institute.
- Makarem Shirazi, N. (۲۰۰۴). *Anwar al-Faqaha*. Qom: Imam Ali (a.s.) school.
- Mirzai Qomi, A. (۱۹۵۸). *Gavanin Al-Usul*. Tehran.
- Mousavi Ardabili, S. A. K. (۲۰۰۲). *Fiqh-al-Qaza*. Qom.
- Mousaviyan, S. A. (۲۰۰۴). "Samarate Fiqhi ya Eghtesadie Daf'ei ya Tadjirji Boodane Riba". *Islamic Economics Quarterly*, (۱), ۸۷-۱۰۹.
- Nahj Al-Balaghah
- Najafi, S. M. H. (۱۹۸۱). *Jawaher al-Kalam Fi Sharh Sharaee al-Islam*.
- Naraghi, A. (۱۹۹۶). *Awaed Al-Ayam*. Qom: Maktab Al-Alam al-Islami.
- Sadouq. (۱۹۸۴). *Man La Yahzorho Al-Faqih*. Beirut: Est. Al-Alami Press.
- Sharbanasi, R. A. S. (۱۹۸۴). *Al-Sukut wa Dalalat Ala Ahkam al-Sharia*. Beirut: Dar al-Fikr al-Arabi.
- Sharif, A. G. M. (۱۹۹۹). *Buhuth Fiqhiyah Moaserah*. Lebanon: Ibn Hazm.
- Sobhani, J. (۲۰۰۳). *Tahzeeb al-Asul*. Lectures of Imam Khomeini. Tehran: Institute for Editing and Publishing the Works of Imam Khomeini.
- Suvaylem, S. (۲۰۰۷). *Jurisprudence of Gradation in the Application of Islamic Economy*.
- Tabrizi, M. (۲۰۰۸). *Bohrane Democracy dar Majlise Avval: Yaddashthaye Mirza Fazl Ali Agha Tabrizi*. Tehran: Contemporary View.
- Tarablosi, G. *Al-Muhadzb*. Qom: Islamic Publications.
- The cultural section of the community of teachers (۲۰۰۱). *Raba*. Qom: Islamic Propaganda Office.
- Tusi. (۲۰۰۷). *Al-Mabsut*. Qom: Al-Nashr al-Islami Foundation.

تحلیل انتقادی بر تعاریف قانون در فلسفه حقوق پوزیتیویستی

مسعود الماسی *

چکیده

هرچند فلسفیدن، در مفهوم قانون، تاریخی به قدمت تاریخ فلسفه و تاریخ حقوق دارد، سؤال از چیستی قانون به‌ویژه در قرون معاصر از مباحث محوری فلسفه حقوق به‌ویژه در سنت پوزیتیویستی آن بوده است. اهمیت فلسفه قانون به دلیل نقش ویژه قانون در تحولات اجتماعی- سیاسی جوامع بشری و گذار از حقوق سنتی و حقوق دینی به حقوق مدرن و پسامدرن ارزیابی می‌شود زیرا قانون ابزاری منطقی و عقلانی برای کاربست آخرین اراده عمومی تلقی می‌شود که خود ناشی از شکل‌گیری حکومت‌های برآمده از همان قرارداد اجتماعی است. این پژوهش درصدد مقایسه تطبیقی پرسش از ماهیت قانون در اندیشه فیلسوفان حقوق در «سنت پوزیتیویستی» آن و پاسخ به این پرسش مهم است که آیا با شکل‌گیری جوامع مدرن و مدرنیته حقوقی می‌توان گریزی از قانون و حکومت قانون یا بدیلی برای آن یافت. یافته این پژوهش مبین آن است که قانون و حاکمیت آن به عنوان نماد بارز اراده عمومی حاصل از قرارداد اجتماعی در اندیشه فیلسوفان حقوق در سنت پوزیتیویستی آن دارای چه وجوه اشتراک و افتراقی است و نتیجه این پژوهش مبین آن است که با شکل‌گیری جوامع مدرن و مدرنیته حقوقی تاکنون گریز یا بدیلی برای قانون ارائه نشده است و پارادایم قانون و حاکمیت آن همچنان پارادایم غالب است.

واژگان کلیدی: حاکمیت قانون، فلسفه قانون، قانون‌گرایی، ماهیت قانون، مفهوم قانون.

مقدمه

شمار اندکی از پرسش‌ها در جامعه بشری به اندازه پرسش از «قانون چیست» به شکل پایدار مطرح بوده‌اند و به این پرسش به شیوه‌های گوناگون و حتی متناقض پاسخ داده شده است (هارت، ۱۳۹۳: ۳۱). عبارت یادشده از هربرت هارت بیانگر دشواری ارائه یک مفهوم از قانون است. زیرا این مفهوم دارای تنوع و تکثری به طول تاریخ بشریت است.

ژوزف رز^۱ در همین خصوص بیان داشته ما واژه قانون را در مواردی چون قوانین علمی، قوانین ریاضی، و قوانین الهی به کار می‌بریم. بنابراین باید تصور خود را از این مفهوم مشخص کنیم تا امکان تفکیک این مفاهیم متعدد به وجود آید (ابدالی، ۱۳۹۳: ۱۷۴). به‌راستی قانون، که ما با آن زندگی می‌کنیم و ما را شهروند و کارمند و زوج و مالک اشیا می‌کند، چیست (Dworkin, ۱۹۸۶: VII) و چه چیز در قانون وجود دارد که کسانی را که از ماهیت قانون پرسیده‌اند یا سعی در پاسخگویی داشته‌اند در حیرت فروبرده است (هارت، ۱۳۹۳: ۳۷) و چرا فلسفیدن در ماهیت قانون چنان در فلسفه حقوق معاصر اهمیت یافته که هر یک از فیلسوفان حقوق مستقلاً در این باب به اظهار نظر و تألیف کتب و مقالات متعدد پرداخته‌اند.

در پاسخ به این سؤال و به شکل عام می‌توان گفت گذار از حقوق سنتی به حقوق مدرن، که ناشی از شکل‌گیری حکومت‌های برآمده از قرارداد اجتماعی بود، موجب شد قانون ابزاری منطقی و عقلانی برای کاربرست آخرین اراده عمومی حاصل از قرارداد اجتماعی تلقی شود و از این پس قانون به عنوان ابزاری جهت تضمین ارزش‌های حقوق مدرن و مدرنیته حقوقی بر همه شئون فردی و اجتماعی حاکم شد که می‌توان از آن با عنوان حکومت قانون^۲ تعبیر کرد. این پارادایم، که متأثر از اندیشه‌های افرادی چون کانت و هابز و لاک است، با تکیه بر آزادی و استقلال فرد انسان، جامعه مدرن را پی ریخت که مبتنی بر قرارداد اجتماعی و اراده‌های مستقل افراد انسانی به عنوان شهروندان دولت-ملت است.

بدین ترتیب گذار از حقوق سنتی به حقوق مدرن موجب شکل‌گیری حکومت قانون و التزام به قانون به عنوان یگانه تجلی اراده عمومی حاصل از قرارداد اجتماعی شد و بر این اساس می‌توان گفت قانون‌خواهی و التزام به قانون، که با هدف محدود کردن قدرت حاکمان آغاز شد، برای رسیدن به قوانین عادلانه ادامه یافت (Sellers, ۲۰۱۰: ۱-۲).

بدین اعتبار هرچند گفته می‌شود به لحاظ تاریخی حاکمیت قانون را نخستین بار آلبرت ون دایسی^۳ به عنوان ویژگی نهادهای سیاسی در انگلستان، در اثر معروفش، مقدمه‌ای بر مطالعه حقوق اساسی^۴، به کار برد، می‌توان اندیشه حاکمیت قانون را حتی در دوره یونان باستان یافت؛

یعنی دوره‌ای که مردم می‌توانستند برای خود قوانین عرفی وضع کنند که پیروی از آن را آزادی تلقی می‌کردند (کلی، ۱۳۹۸: ۴۵). حکومت قانون البته در دوران حقوق مدرن از نظر برخی اندیشمندان از ملزومات دموکراسی تلقی می‌شود (Habermas, ۱۹۹۹: ۳۲۷-۳۲۸) که بر این اساس حاکمیت قانون امری ایدئولوژیک و متأثر از نظام سیاسی و متفاوت از دوره پیشامدرن باید تلقی شود.

به هر روی، دایسی بیان داشت بر اساس حاکمیت قانون هیچ فردی برتر از قانون نیست، بلکه قانون برتر از هر چیز است و هیچ‌کس را نمی‌توان جز بر اساس تخلف از قانون به طور غیر قانونی مجازات بدنی یا مالی کرد (Dicey, ۱۹۶۰: ۱۸۳-۱۹۹). بر این اساس می‌توان حاکمیت قانون بر همه افراد و همه شئون جامعه را مهم‌ترین مبنا برای فلسفه قانون در فلسفه حقوق تلقی کرد که موجب گذار از حقوق سنتی به حقوق مدرن و شکل‌گیری حکومت‌های برآمده از قرارداد اجتماعی می‌شود که قانون در آن ابزاری منطقی و عقلانی برای کاربست آخرین اراده عمومی حاصل از قرارداد اجتماعی و ابزاری جهت تضمین ارزش‌های حقوق مدرن و مدرنیته حقوقی می‌شود.

در این پژوهش برای فلسفیدن بیشتر در چرایی حاکمیت قانون و به عبارت دیگر برای کنکاش در فلسفه قانون ناچار از کنکاش در مفهوم‌شناسی عام قانون و سپس کنکاش در مفهوم‌شناسی فنی این واژه در فلسفه حقوق به‌ویژه در سنت پوزیتیویستی آن هستیم. ضرورت این امر به‌ویژه بدان دلیل است که در بررسی سابقه این پژوهش نمی‌توان به مقالات یا کتبی دست یافت که به شکل منقح و یکپارچه به جمع‌آوری آرای فیلسوفان حقوق در باب ماهیت قانون و چرایی حاکمیت قانون پرداخته باشند و آنچه در این باب وجود دارد عمدتاً به شکل مجمع‌الجزایر متفرقه‌ای است که مسئله مطمح نظر ایشان فلسفه قانون و کنکاش از چرایی حاکمیت قانون نبوده است. بر این اساس ما در پژوهش حاضر نخست به مفهوم‌شناسی عام قانون و سپس مفهوم‌شناسی فنی آن در سنت پوزیتیویستی فلسفه حقوق خواهیم پرداخت تا در ادامه به اقتراح در حاکمیت قانون بپردازیم.

۱. مفهوم‌شناسی عام قانون

غالباً در مفهوم‌شناسی عام قانون گفته می‌شود این واژه معرب واژه «*canon*» است (دهخدا، ۱۳۷۷: ۱۷۳۹۵) و برخلاف استظهار صاحب کتاب شرح مطالع، که آن را لفظی سریانی دانسته، اصلاً یونانی است و به معنای راه باریک و بعداً به استعاره در معنای قاعده اعلی استعمال شده است (غیایی، ۱۳۱۷: ۳۷۲) و به همین اعتبار واژه «*canon law*» از

ریشه لاتین «*juscanonicum*» به مجموعه قوانین وضع‌شده توسط مقامات کلیسایی در کلیساها اطلاق می‌شود.

هرچند البته مفهوم‌شناسی این واژه دشواری‌های فراوانی دارد، دشواری مفهوم‌شناسی قانون به‌خصوص هنگامی بیشتر رخ می‌نماید که حتی در روش‌شناسی دستیابی به مفهوم قانون اختلاف نظر وجود دارد. زیرا درحالی‌که تعریف لفظی نشان‌دهنده کاربردهای این واژه نیست (هارت، ۱۳۹۳: ۴۹) هر یک از پژوهشگران عرصه حقوق نیز با روش خاصی به ارائه مفهوم قانون پرداخته‌اند. مثلاً هربرت هارت در عرصه فلسفه حقوق با اعلام ناکارآمدی و بصیرت‌زا نبودن روش‌های مبتنی بر ارائه جنس و فصل برای تعریف قانون (هارت، ۱۳۹۳: ۵۰) با استفاده از روش‌های تحلیلی مبادرت به تحلیل مفهوم قانون کرد. اما شاگردش، دورکین، بر آن بود که برای دستیابی به مفاهیم حقوقی باید از رویکرد تفسیری استفاده شود (Dworkin, ۱۹۸۶: ۴۶). تعریف قانون با روش‌های رهیافت تاریخی^۵، مکتب جامعه‌شناختی^۶، مکتب کارکردی^۷، مکتب غایت‌شناسانه^۸ نیز از دیگر روش‌های متفاوت ارائه تعریف برای مفهوم قانون است.

بر این اساس درحالی‌که روش رهیافت تاریخی در پی ارائه مفهوم قانون بر پایه چگونگی شکل‌گیری تاریخی مفهوم قانون با معیارهای تمدنی و فرهنگی یک جامعه است، مکتب جامعه‌شناختی، چون قانون را نمودی از هنجارهای مورد پذیرش یک جامعه تلقی می‌کند، به تعریف مفهوم قانون بر پایه ارتباط قانون با نهادهای اجتماعی می‌پردازد.

در مقابل این دو رویکرد، مکتب کارکردی چون بر هماهنگ کردن رقابت‌های نهادهای جامعه و مهندسی اجتماعی تأکید دارد با غفلت از رویکرد تاریخی و جامعه‌شناختی و با نگرشی عمدتاً سیاسی به تعریف مفهوم قانون پرداخته و مکتب غایت‌شناختی نیز عمده توجه خود در تعریف قانون را به اهداف عقلانی انسان معطوف کرده و قانون را محصول فرهنگ و ابزاری برای دستیابی به مفاهیمی چون عدالت به عنوان یک غایت تلقی می‌کند.

اما، صرف نظر از دشواری‌های روش‌شناختی در ارائه تعریف قانون، دشواری دیگر در این خصوص عام بودن استعمال این واژه در تمدن‌های مختلف با عناوین متفاوت است که حاکی از تطور تاریخی تعریف و ماهیت این واژه در طول تاریخ و در تمدن‌های گوناگون است.

بر این اساس تعریف قانون به عنوان امری کشفی و اسطوره‌ای در تمدن‌های باستانی آریایی و آسیای شرقی و تفکر یونانی دارای همان ابهام‌زایی‌هایی است که تعریف این واژه بر پایه مکاتب حقوق طبیعی و پوزیتیویسم حقوقی دارد. به دلیل همین دشواری‌ها و با توجه به اهمیت مفهوم‌شناسی این واژه، در بخش بعد به مفهوم‌شناسی تاریخی واژه قانون در دوره

پیشامدرن پرداخته می‌شود تا بتوان گزارشی اجمالی از مهم‌ترین آرای فیلسوفان حقوق در باب چیستی قانون در دوره مدرن و در سنت پوزیتیویستی آن به دست داد.

۲. مفهوم قانون در دوره پیشامدرن

می‌توان گفت مفهوم قانون در دوره پیشامدرن، به معنای نظم پایدار جهان‌شمول و نیز سامان‌بخشِ جوامع انسانی، در مفهوم کلمه ودایی «رتا»^۹ و کلمه اوستایی «آسا»^{۱۰} در تمدن آریایی و «ساماویا»^{۱۱} در هند و «شوتوکو»^{۱۲} در ژاپن وجود داشت (Nakamura, ۱۹۸۶: ۴۵,۳۲۶) و نیز، به حکایت مورخان تاریخ حقوق، قوانین آتن که قرن پنجم قبل از میلاد مسیح توسط حکاکان^{۱۳} بر سنگ حک می‌شده به «nomoi» موسوم بوده که ریشه واژه «nomos» در مفهوم «law» به معنای قانون بوده است (Letwin, ۲۰۰۵: ۱).

این قوانین که از کدهای دراکو^{۱۴} اقتباس شده بود یک قرن بعد توسط سولون^{۱۵} بازنگری شد و به گفته ارسطو^{۱۶} تحت عنوان قوانین سولون^{۱۷} بر الواح چوبی و سنگ نگاشته شد (Letwin, ۲۰۰۵: ۱). بر این اساس کهن‌ترین مرحله قانون‌گذاری یونانی با نام افرادی چون دراکو و سولون در آتن، لیکورگوس در اسپارت، کارونداس در کاتانا، و زائوکوس در لوکری همراه بود و این قانون‌گذاری دموکراتیک به گسترش معنای نوموس منجر شد به گونه‌ای که واژه نوموس علاوه بر معنای عرف معنای قانون، یعنی قانون موضوعه، را نیز در بر گرفت (کلی، ۱۳۹۸: ۲۰).

در حقیقت می‌توان از این طرز تلقی از قانون به مثابه «قانون متصل به نظم کیهانی»^{۱۸} تعبیر کرد که در تفکر افلاطون و ارسطو و سیسرو قابل ملاحظه است (Letwin, ۲۰۰۵: ۹-۴۲). مثلاً ذات قانون در تفکر افلاطون از یک سو معطوف به نظم کیهانی و از سوی دیگر نوعی نظم بشری برای حفظ نظم در جهان ممکن الوقوع انسانی است (Letwin, ۲۰۰۵: ۱۵). او در رساله جمهوری از زبان سقراط بیان می‌دارد که قانون اصلی عقلانی^{۱۹} در حیات دولت‌شهر است و بر این اساس قانون^{۲۰} را مشتق از عقل^{۲۱} مطرح می‌کند (Letwin, ۲۰۰۵: ۱۵-۱۶). قانون بر همین اساس از نظر ارسطو باید عقل رها از هوس باشد^{۲۲} که بنیان هر نظامی در زندگی انسان را سامان بخشد (Aristotle, ۱۹۴۶: ۱۴۶) و عام‌ترین جنبه قانون نیز قانون اساسی^{۲۳} است که سازمان اداره حکومت را تعیین می‌کند (Aristotle, ۱۹۴۶: ۱۵۸).

می‌توان گفت در این دو ایده که از یونان باستان به ما رسیده قانون از یک سو وسیله‌ای برای حفظ صلح میان اعضای ناهمگون^{۲۴} و از دیگر سو وسیله‌ای برای رسیدن به کمال است (Letwin, ۲۰۰۵: ۴۱).

مفهوم قانون اما نزد سیسرو^{۲۵} از بن و اساس متفاوت شد. زیرا او علاقه‌ای به ثبات قانون نشان نمی‌داد و به همین دلیل از اصطلاحات Lex و Ius استفاده کرد که به معنای اعلان یک تصمیم و بنیاد این اعلان است (Letwin, ۲۰۰۵: ۴۲-۴۳).

همین دیدگاه از نظر آبای کلیسا، همچون آگوستین، به گونه‌ای دیگر مطرح شد. زیرا از نظر آگوستین قانون زمانمند^{۲۶} فقط در صورتی معتبر بود که برگرفته از قانون ابدی باشد و هر نوع قانونی که فاقد این ویژگی باشد از نظر وی اصولاً قانون نبود (Augustine, ۱۹۹۳: ۱۳-۱۵). آکویناس^{۲۷} (۱۹۴۸: ۱۷۷)، از دیگر آبای کلیسا، نیز قانون را فرمان عقل می‌داند^{۲۸} که از سوی کسی که مراقب جامعه است صادر و اعلان می‌شود. او چهار نوع قانون ازلی، قانون طبیعی، قانون انسانی، و قانون الهی را از یک‌دیگر تفکیک کرد (Aquinas, ۱۹۴۸: ۱۸۷). آکویناس تلاش کرد با آشتی دادن مفهوم ارسطویی قانون به عنوان عامل قوام‌دهنده اجتماع، که چون قانون است باید از آن اطاعت شود، و قانون به عنوان یک امر مطلق اخلاقی، که چون ظهور حقیقت ابدی است باید از آن اطاعت شود، قانون را تعریف کند (Letwin, ۲۰۰۵: ۸۶). آنچه گذشت گزارشی مختصر از مفهوم عام قانون در دوران پیشامدرن بود تا مقدمه‌ای برای بررسی مفهوم قانون در دوره مدرن باشد.

۳. مفهوم قانون در دوره مدرن

با گذر از دوران پیشامدرن می‌توان دوره مدرن را دوره جدا شدن از تلقی قانون به مثابه قانون متصل به نظم کیهانی با رویکرد مابعدالطبیعی و نزدیک شدن به مفهوم قانون بر اساس اصول مدرنیته دانست که از جمله آن اصول انسان‌محوری، سودگرایی، ماده‌باوری، و لیبرالیسم بود. این اصول عمدتاً متأثر از اندیشه‌های اصحاب قرارداد اجتماعی- نظیر توماس هابز، جان لاک، روسو، مونتسکیو- بود که از طرفداران قانون طبیعی در مفهوم ماده‌باورانه آن بودند. از نظر ایشان قانون طبیعی را باید با به‌کارگیری اصول عقلی بر داده‌های حسی مکتسب از ادراکات حسی کشف کرد. مثلاً قانون از نظر هابز فعل یا ترک فعلی را معین و عمل بدان را الزام‌آور می‌کند که به موجب یک حق انسان آزاد در انجام دادن آن یا ترک آن است (Hobbes, ۱۶۵۱: ۸۰). هابز این قانون را قانون طبیعی^{۲۹} می‌نامد و آن را قانونی معرفی می‌کند که شروط مناسب صلح را پیش روی آدمیان قرار می‌دهد (Hobbes, ۱۶۵۱) که وضعیت مقابل وضع طبیعی است که از نظر او وضع جنگ است.

جان لاک نیز یک قانون اخلاقی طبیعی را تصدیق داشت که به عقل مکشوف می‌شود (کاپلستون، ۱۳۸۲: ۱۴۵). در حقیقت اندیشه لاک در باب مفهوم قانون بسط آموزه آگوستین و

با خلق نسخه مدرن نظریه قانون طبیعی بود که بیش از آکوناس به سیسرو شبیه است (Letwin, ۲۰۰۵: ۱۰۸).

منتسکیو نیز قانون طبیعی را مقدم بر حیات انسانی می‌دانست و معتقد بود پیش از همه قوانین این عالم قوانین طبیعی وجود داشته است و چون اشتقاق آن‌ها از ترکیب ساختمان وجود ماست، آن‌ها را قوانین طبیعت می‌نامیم (منتسکیو، ۱۳۴۹: ۸۷). او به قوانین طبیعی مانند حفظ خویشتن، میل به زندگی اجتماعی، صلح، جست‌وجوی غذا، میل جنسی، و سه دسته قوانین مدنی و اخلاقی و مذهبی در طول تاریخ بشر اشاره کرده است.

روسو نیز ماهیت قانون را بر اساس نوعی مشارکت اجتماعی تعریف می‌کند و در پاسخ به سؤال «می‌خواهیم بدانیم قانون چیست» بیان می‌دارد اگر به معنای متافیزیکی این کلمه اکتفا کنیم مدت‌ها بدون گرفتن نتیجه بحث خواهیم کرد و اگر لغت قانون را به مفهومی که علمای فیزیک و تاریخ طبیعی استعمال می‌کنند در نظر بگیریم باز هم نخواهیم فهمید قانون دولتی یعنی چه (روسو، ۱۳۴۱: ۷۷). در ادامه، وی بیان می‌دارد قوانین به منزله شرایط و مقررات شرکتی است که از اجتماع افراد بشر تشکیل یافته است و بدیهی است که فقط شرکا حق دارند شرایط مشارکت را تنظیم کنند (روسو، ۱۳۴۱: ۸۰).

بنابراین قانون از نظر روسو حاصل تصمیم همه ملت برای همه ملت است و مردم با ورود در یک قرارداد اجتماعی اراده جمعی به وجود می‌آورند که آن اراده قانون را ایجاد می‌کند. آنچه گذشت بیان مختصری از مهم‌ترین آرای معطوف به مفهوم‌شناسی قانون در دوران پیشامدرن و مدرن بود و از این به بعد با ورود در دوران معاصر به مفهوم‌شناسی قانون در پارادایم پوزیتیویستی خواهیم پرداخت.

۴. مفهوم قانون در پارادایم پوزیتیویستی حقوق

هرچند واژه پوزیتیویسم یا مکتب تحصیل‌گرایی با نام آگوست کنت، پدر جامعه‌شناسی نوین، و آن تفکر فلسفی قرن نوزدهم و بیستم میلادی گره خورده که معتقد بر یگانگی و حاکمیت روش تجربی برای تحصیل دانش بشری است، این واژه در دانش حقوق معانی متفاوتی دارد.

در حقیقت، می‌توان آغاز جریان پوزیتیویسم حقوقی را با نوشته‌های جرمی بنتام^{۳۰}، فیلسوف و حقوقدان انگلیسی، دانست (Tebbit, ۲۰۱۶: ۱۶) که معتقد به اصالت سود^{۳۱} و اصلاح حقوق عرفی از طریق جدایی اخلاق و حقوق بود.

پیروان این مکتب حقوقی عمدتاً معتقدند نظام حقوقی، در عین حال که با اخلاق و مذهب پیوند دارد، نظامی مستقل از آن‌هاست؛ چنان که جوزف رز بیان داشته اصول مربوط به

قانون‌گذاری و دادرسی و تفسیر قوانین از مختصات نظام حقوقی است و بیرون از عالم حقوق همانندی برای آن‌ها نمی‌توان یافت (میرزایی، ۱۳۹۹: ۳۱۳). ویژگی‌های عام این جریان فراگیر حقوقی را می‌توان در قالب این دکترین حقوقی بیان کرد که قوانین حاصل قرارداد و امر و نهی انسان‌ها هستند و هیچ پیوندی میان حقوق و اخلاق وجود ندارد.

گفتنی است در مقابل پوزیتیویست‌هایی که با برداشت صوری از مفهوم قانون آن را شامل قواعد یا اصول می‌دانند طبیعت‌گرایان قرار می‌گیرند که حقوق را با توجه به اصول اخلاقی طبیعی تبیین می‌کنند و مدعی‌اند می‌توان با شناخت قوانین حاکم بر طبیعت انسان به شناخت قانون دست یافت.

هرچند پوزیتیویست‌های نرم و شمول‌گرا، نظیر هارت و دورکین، به محتوای حداقلی حقوق طبیعی^{۳۲} و اصل‌های اخلاقی معتقدند که بدون آن نمی‌توان هدف حداقلی بقا را برای انسان‌ها تأمین کرد (هارت، ۱۳۹۳: ۲۹۷)، به طور کلی، می‌توان گفت پوزیتیویست‌ها در مقابل طبیعت‌گرایان دست‌کم یکی از سه ادعا را رد می‌کنند: الف) یک نظام اخلاقی طبیعی وجود دارد؛ ب) نظام اخلاقی طبیعی برای بشر قابل فهم است؛ ج) مفهوم قانون را باید با توجه به نظام اخلاقی طبیعی درک کرد (موراوتز، ۱۳۹۱: ۵۲).

با بیان این مقدمات در مورد پارادایم پوزیتیویستی حقوق شاید مناسب‌ترین نقطه شروع برای بررسی مفهوم قانون در این رویکرد همان نقطه آغازی باشد که هارت در کتاب مفهوم قانون از آن نقطه آغازید.

هارت در بخش پرسش‌های پایدار کتاب مفهوم قانون با طرح این سؤال که چرا پرسش از مفهوم قانون از پرسش‌های پایدار در فلسفه حقوق محسوب می‌شود نقطه آغازین تحلیل خود از مفهوم قانون را با انتقاد از نظریه فرمان جان آستین و جرمی بنتام آغاز می‌کند. هارت اعلام کرد نظریه آستین بیانگر این ادعاست که کلید فهم قانون را باید در مفهوم ساده دستور متکی به تهدید یافت (هارت، ۱۳۹۳: ۵۳). زیرا قانون از نظر آستین صرفاً قاعده‌ای برای هدایت یک موجود باهوش بود که توسط موجود باهوش دیگری که بر او قدرت دارد^{۳۳} وضع شده است (Austin, ۱۹۹۵: ۱۸).

هابس بیان کرده بود که موجود باهوش با قدرت که قانون‌گذار است آن کسی نیست که قوانین در ابتدا بر اساس اقتدار او وضع شده‌اند، بلکه کسی است که قوانین بر مبنای اقتدار او هنوز اعتبار قانونی دارند (Hobbes, ۱۶۴: ۱۶۵۱) و آستین نیز همین نظر را منعکس می‌کند (هارت، ۱۳۹۳: ۱۱۷).

این نظریه را هرچند در آغاز ژان بودن^{۳۴} با عنوان «نظریه فرمان»^{۳۵} مطرح کرد، بعدها به نقطه عزیمت بسیاری دیگر از فیلسوفان حقوق، نظیر آستین و بنتام، تبدیل شد. مثلاً جرمی بنتام تعریف خود از قانون را بر اساس همین نظریه ارائه کرد و بیان داشت مجموعه‌ای از نشانه‌ها^{۳۶} که بیانگر اراده حاکم است یک قانون است و هر فرمانی به هر شکلی که از حاکم صادر شود قانون است (Letwin, ۲۰۰۵: ۱۵۸). البته بنتام بعدها تعریف خود از قانون بر مبنای ماهیت آمرانه قانون^{۳۷} را کنار گذاشت و نظریه الزام را با نظریه پذیرش عقلانی^{۳۸} جایگزین کرد (Letwin, ۱۷۸: ۲۰۰۵) و اعلام کرد ادامه و استمرار یک قانون وابسته به عقل است؛ زیرا قدرت فقط تا زمان معینی می‌تواند به یک قانون موجودیت دهد (Bentham, ۱۹۷۷: ۳۱۰).

هارت نیز، چنان که گذشت، نقطه آغازین تحلیل خود از مفهوم قانون را با انتقاد از نظریه فرمان و انتقاد از تعریف قانون بر حسب اوامر و فرمان‌ها آغاز کرد و بیان داشت الگوی ساده قانون به مثابه دستورهای اجباری از سوی حاکم توانایی توضیح ویژگی‌های برجسته نظام حقوقی را ندارد (هارت، ۱۳۹۳: ۱۳۹) و در این صورت طیف گسترده‌ای از عقود و ایقاعات در یک نظام حقوقی- شامل قراردادهای، قواعد انتقال مالکیت، وصیت‌نامه‌ها، قوانین معطوف به ازدواج- تحت مفهوم قانون گرد نمی‌آیند.

هارت بر آن بود که ریشه اصلی ضعف و ناتوانی یادشده این است که عناصری که نظریه فرمان بر آن‌ها بنا شده است- یعنی مفاهیم دستور، اطاعت، عادت، تهدید- مفهوم قاعده را در بر نمی‌گیرند و با ترکیب آن‌ها نیز نمی‌توان این مفهوم را به دست آورد؛ مفهومی که بدون آن نمی‌توان امید داشت بتوان حتی ابتدایی‌ترین شکل‌های قانون را توضیح داد (هارت، ۱۳۹۳: ۱۴۱). مفهوم قاعده اجتماعی که هارت معتقد بود مفهوم قانون باید بر اساس آن تعریف شود نوعی عادت اجتماعی است. هارت این عادت اجتماعی را، که آن را قاعده اجتماعی می‌نامید، هم واجد جنبه‌های خارجی نظیر نظم و وحدت رفتاری هم واجد جنبه التزام درونی افراد اجتماع به تبعیت از آن می‌دانست (هارت، ۱۳۹۳: ۱۰۸).

بر این اساس، هارت بیان داشت مفهوم قانون نه بر اساس فرمان حاکم که باید در قالب قاعده اجتماعی بیان شود که یک مفهوم ساده نیست و اگر قرار است حق پیچیدگی نظام حقوقی ادا شود تفکیک دو نوع قاعده اولی و ثانوی لازم است (هارت، ۱۳۹۳: ۱۴۱). زیرا قانون از نظر هارت به مثابه اتحاد قواعد اولی^{۳۹} و ثانوی^{۴۰} است.

دورکین، اما، در انتقاد به این تعریف هارت از مفهوم قانون بیان داشت توصیف هارت از قانون به مثابه قاعده اشتباه است. زیرا حقوق مشتمل بر معیارهایی است که به صورت قاعده عمل نمی‌کنند، بلکه عملکردهای متفاوت، مانند اصول و سیاست‌ها و دیگر انواع معیارها، دارند

(موراوتز، ۱۳۹۱: ۴۶). او مفهوم حقوق را از مفهوم یک قاعده یا مجموعه‌ای از قواعد تفکیک و استدلال کرد این اصول جزء حقوق هستند؛ اگرچه قواعد اولیه و ثانویه نیستند و اگرچه به موجب قاعده‌شناسایی شناخته نشده‌اند (موراوتز، ۱۳۹۱: ۴۷). دورکین بر معیارها^{۴۱} در یک نظام حقوقی تأکید می‌ورزید و آن را شامل سیاست‌ها^{۴۲} و اصول^{۴۳} می‌دانست. او توضیح می‌داد که سیاست نوعی معیار است که هدف بهبود در سیمای اقتصادی یا سیاسی یا اجتماعی جامعه را سامان می‌دهد و اصل معیاری به عنوان لازمه عدالت یا انصاف یا سایر ابعاد اخلاق است (Dworkin, ۱۹۶۷: ۲۳).

این تعریف پوزیتیویستی از مفهوم قانون البته با انتقادات فراوانی مواجه شد. ژوزف رز بیان داشت توصیف دورکین و هارت از مفهوم قانون هر دو صوری است و حتی می‌توان آن‌ها را با هم جابه‌جا کرد (Dworkin, ۱۹۶۷: ۵۰). از نظر جوزف رز، اعتبار قانون باید بر پایه اقتدار قانون تعریف شود. او به عنوان یک پوزیتیویست سخت^{۴۴} با تعریفی کارکردگرایانه از مفهوم قانون بیان می‌دارد قانون آن چیزی است که قابلیت هدایت رفتار^{۴۵} تابعانش را داشته باشد. از نظر جوزف رز این قابلیت قانون ناشی از سرشت قانون به عنوان نوعی نهاد اقتدارگرا است که صلاحیت تصاحب قدرت را دارد (Raz, ۱۹۷۹: ۲۱۷-۲۱۸).

چنان که گذشت طبیعت‌گرایان در مقابل پوزیتیویست‌ها به یک نظام اخلاقی طبیعی قابل فهم برای بشر باور دارند که باید مفهوم قانون را بر پایه آن نظام اخلاقی طبیعی درک کرد. این یادآوری نقطه عزیمتی برای بررسی مفهوم قانون از نگاه طبیعت‌گرایان معاصر نظیر فولر است که بر آن بود که حقوق باید به حکومت قوانینی منجر شود که واجد جنبه‌های اخلاقی درونی هستند (Fuller, ۱۹۶۹: ۵۳). از نظر وی قوانین باید واجد عمومیت^{۴۶} باشند، به صورت رسمی اعلام شوند^{۴۷}، تا حد ممکن عطف بما سبق نشوند^{۴۸}، واضح و درک‌شدنی باشند^{۴۹}، متناقض نباشند^{۵۰}، اطاعت از آن‌ها ناممکن نباشد^{۵۱}، باثبات باشند^{۵۲}، مطابقت در به‌کارگیری و اعلام داشته باشند^{۵۳} (Fuller, ۱۹۶۹: ۴۶-۸۱). بر این اساس مفهوم قانون از نظر فولر با معیارهای صوری اشاره‌شده تعریف و تحدید می‌شود که معیارهای شناخت حقوق طبیعی از نگاه فولر نیز هستند.

با معرفی هشت قاعده یادشده، فولر این شکل از حقوق طبیعی را حقوقی طبیعی شکلی^{۵۴} نامید (Fuller, ۱۹۶۹: ۱۸۴) که در تقابل با نظریه‌های مسیحی و نیز نظریه‌های عقل‌گرایانه حقوق طبیعی بود که پیش‌تر توماس هابز و جان لاک و منتسکیو اعلام کرده بودند. این نگاه شکلی به حقوق طبیعی عمده‌تاً ادامه سکولاریزه شدن حقوق طبیعی از همه عناصر دینی یا ماوراء طبیعی و نیل به اخلاق آرمانی^{۵۵} سکولار است که در حقیقت اخلاق زندگی

تحلیل انتقادی بر تعاریف قانون در فلسفه حقوق پوزیتیویستی ■ ۱۲۳

خوب^{۵۶} در سایه متابعت قانون از قواعد و حکومت قواعد^{۵۷} است. فولر این حقوق طبیعی را متابعت رفتار انسان از حکومت قواعد^{۵۸} معرفی کرد که نه در آسمان‌هاست و نه قوانین الهی (Fuller, ۱۹۶۹: ۹۶) بلکه صرفاً زمینه‌ساز زندگی خوب انسان در اجتماع است.

از نظر جان فینیس نیز حقوق طبیعی تعریفی مشابه دارد. زیرا وی حقوق طبیعی را مجموعه اصول معقول عملی برای نظم دادن به حیات انسان و جامعه بشری می‌داند که نقش آن ارزیابی قوانین موضوعه و اعتباردهی به آن‌هاست (ابدالی، ۱۳۹۳: ۲۲۰ - ۲۲۱). از نظر وی مفهوم قانون باید در مطابقت با قواعد حقوقی تعریف شود که دارای محدوده معین و اعتبار مؤثر برای یک جامعه کامل هستند (Finnis, ۱۹۷۹: ۲۷۶) و با اصول اخلاقی که موضوع معقول بودن عینی هستند هدایت شود.

به باور فینیس اصول اولیه حقوق طبیعی از خیرهای اصیل انسان استنتاج می‌شود و خیرهای اصیل از نظر فینیس هفت خیر هستند که آدمی در پی دستیابی به آن‌هاست. به عبارت دیگر از دیدگاه فینیس این هفت خیر اصیل غایت یا دلیل کار عاقلانه برای انسان است. این هفت خیر، که فینیس به شکل استقرایی آن‌ها را احصا کرده است، عبارت‌اند از: حیات^{۵۹}، دانش^{۶۰}، بازی^{۶۱}، تجربه زیباشناختی^{۶۲}، معاشرت‌پذیری^{۶۳}، عقلانیت عملی^{۶۴}، مذهب^{۶۵} (Finnis, ۱۹۷۹: ۸۶-۸۹).

در این بخش اما لازم است نگاهی به شکل‌گراترین تعریف از مفهوم قانون برداریم که بر پایه عناصر صوری معرفت‌شناختی و با وام‌گیری از نظام معرفت‌شناسی ایمانوئل کانت به بررسی مفهوم قانون پرداخته است. این دیدگاه کاملاً صوری به مفهوم قانون متعلق به هانس کلسن است که در مقام یک فیلسوف نئوکانتی با تفکیک عناصر صوری تعریف قانون از همه عناصر محتوایی دیگر نظریه حقوقی ناب^{۶۶} را مطرح کرد. نظریه حقوقی ناب با جدا ساختن کامل مفهوم هنجار حقوقی از مفهوم هنجار اخلاقی می‌کوشد توصیف مفهومی قانون را از عنصر ایدئولوژیک اخلاق رها سازد (کلسن، ۱۳۹۱: ۶۵). کلسن سعی می‌کند قانون را با تحلیل مفهوم «باید» به عنوان یک «مقوله پیشین نسبی»^{۶۷} تعریف کند (کلسن، ۱۳۹۱: ۶۶). او مفهوم «باید» را معرف مقوله صوری هنجار^{۶۸} می‌داند (کلسن، ۱۳۹۱: ۶۸) که از نظر کلسن معنای ذاتی اوامر و نواهی قانون‌گذار را تشکیل می‌دهد (کلسن، ۱۳۹۱: ۷۶). بدین ترتیب تعریف صوری کلسن از مفهوم قانون بر اساس مفهوم هنجار صورت می‌پذیرد و نظام حقوقی نیز مجموعه متعددی از هنجارها تلقی می‌شود که هر هنجار اعتبار خود را از هنجار دیگر اخذ می‌کند.

نظام هنجارها از دیدگاه کلسن هرم‌شکل است و در این هرم همه هنجارها نهایتاً اعتبار خود را از رأس هرم، یعنی هنجار پایه^{۶۹}، اخذ می‌کنند. از نظر وی مجموعه متعددی از هنجارها در

صورتی یک واحد و یک نظام یا یک نظم را تشکیل می‌دهند که بتوان منشأ اعتبار آن‌ها را به این هنجار پایه به عنوان مبنای نهایی اعتبار بازگرداند (کلسن، ۱۳۹۱: ۹۷).
با بررسی اجمالی مفهوم‌شناسی قانون در پارادایم پوزیتیویستی اکنون می‌توان به مفهوم‌شناسی قانون در پارادایم‌های انتقادی در زمینه سنت پوزیتیویستی حقوق، یعنی مفهوم‌شناسی قانون در جنبش مطالعات حقوقی انتقادی و واقع‌گرایی حقوقی، پرداخت.

۵. مفهوم قانون در پارادایم‌های انتقادی در زمینه سنت پوزیتیویستی حقوق

۵-۱. مفهوم قانون در جنبش مطالعات حقوقی

چنان که اشاره شد در دوران معاصر پارادایم انتقادی پوزیتیویستی شکل گرفت که موسوم به جنبش مطالعات حقوقی انتقادی^{۷۰} (به اختصار CLS) شد و بیشتر به چالش با مبانی تئوریک و لایه‌های زیرین و بنیادین پوزیتیویسم حقوقی پرداخت. رهبران اصلی جنبش افرادی نظیر پیتز گابل^{۷۱}، مورتون هورویتز^{۷۲}، دانکن کندی^{۷۳}، کارل کلر^{۷۴}، مارک توشنت^{۷۵}، روبرتو آنگر^{۷۶} بودند (Hutchinson & Monahan, ۱۹۸۴: ۲۰۱). نظریه‌پردازان نخستین جنبش هویت خود را در جریان‌های چپ تعریف می‌کردند که شعارشان «حقوق خود سیاست است» بود و بر این اساس علاقه‌چندانی به پیگیری مباحث کلاسیک فلسفه حقوق، نظیر سؤال از چیستی حقوق یا ارتباط حقوق با اخلاق، نداشتند (Tushnet, ۲۰۰۵: ۸۰) بلکه عموماً به نقد نرم‌افزارهای نظام طبقاتی موجود، از جمله حاکمیت قانون لیبرالی به عنوان ابزار قدرت سرمایه‌داری، می‌پرداختند.

از نظر ایشان حقوق در مفهوم خاص لیبرالی، که در قالب قانون شکل یافته، نظامی متناقض و ایدئولوژیک است که در خدمت منافع و باورهای لیبرالیسم فلسفی-سیاسی قرار گرفته است. ایشان بر آن‌اند که شاکله اصلی قانون‌نویسی، که تکیه آن بر آرمان‌های لیبرالیسم در مفهوم رایج و کلاسیک آن است، عدالت‌محور نیست، بلکه بیشتر در جهت تثبیت نظم طبقاتی موجود است که یک نظم سرمایه‌داری محسوب می‌شود. از نظر ایشان نظام حقوقی لیبرال، به عنوان نظامی متناقض و ایدئولوژیک، بی‌عدالتی و طبیعت ظالمانه جامعه را بازتولید می‌کند و حاکمیت قانون در خدمت منافع ایدئولوژیک و باورهای سیاسی و اجتماعی قانون‌گذار و قضات قرار می‌گیرد. بر این اساس مجموعه‌ای از فرایندها با عنوان حقوق و انقیاد و سلطه بر انسان را بازتولید می‌کند (Hunt, ۱۹۸۶: ۴۳)؛ مجموعه فرایندهایی که حتی نمی‌تواند یک شاخه علمی مجزا و یک نظام تلقی شود، بلکه امری مبهم و نامشخص و نامتعین^{۷۷} است (Unger, ۱۹۸۶: ۲).

بدین ترتیب دکتربین حقوقی حاوی دیدگاه‌های متضادی است که نمی‌توان هیچ‌یک را غالب دانست. زیرا اولاً تضاد بین اصل‌ها^{۷۸} و ضد اصل‌ها^{۷۹} بر هیچ اصل بنیادی‌تری استوار نیست و ثانیاً هیچ‌یک از اصل‌ها و ضد اصل‌ها دارای چنان قطعیت و فراگیری منسجمی نیست که استدلال حقوقی بر آن استوار شود و توسل به هر یک از آن‌ها همانند توسل به قرعه است (Collins, ۱۹۸۷: ۳۹۲). مثلاً در دکتربین حقوقی اصل آزادی قراردادی^{۸۰} در مقابل ضد اصل انصاف^{۸۱} هیچ‌یک به‌تنهایی نظریه‌ای کامل و غالب محسوب نمی‌شود (Unger, ۱۹۸۶: ۶۶).

بنابراین در نظام‌های حقوقی لیبرال می‌توان قانون را تلاش برای دستیابی به نتایجی دانست که بیشینه‌سازی مجموعه‌ای از اغراض و ارزش‌های متعارض است و عموماً از طریق نوعی قاعده‌سازی عقلانی و اعمال مکانیکی آن قواعد صورت می‌پذیرد که می‌توان آن را فرمالیته حقوقی^{۸۲} نامید (Kennedy, ۱۹۸۶: ۳۵۱-۳۵۸).

از نظر کندی کاربست قاعده حقوقی و قانون باید به شکل مکانیکی باشد (Kennedy, ۱۹۸۶: ۳۵۹) و اعمال‌کننده قاعده نباید تحت هیچ شرایطی به هیچ قاعده دیگری عمل کند. زیرا در این صورت تصمیمی که برآمده از ارزش‌ها و امیال اکثریت افراد جامعه است و به شکل فرمالیته حقوقی تبلور یافته از میان می‌رود و به تبع آن نظم لیبرالی حاکم نیز نابود می‌شود. به عبارت دیگر تصمیم در ماهیت معقول، که تبدیل به قاعده شده است، برای آنکه دقیق اجرا شود لازمه‌اش فرمالیته حقوقی است و اگر هر گونه ملاحظه دیگری اعمال شود دیگر به آن قاعده عمل نشده است و دولت دیگر مشروع قانونی نخواهد بود، بلکه دولت شخصی خواهد بود.

از نظر کندی دولت مشروع قانونی در مقابل دولت تئوکراتیک یا ایدئولوژیک دولت ابزار محاسبه و سنجش امیال افراد و انتخاب اکثریت سود برای اکثریت افراد است و فقط این دولت مشروع است که می‌تواند چنین کاری را انجام دهد نه هیچ دولت دیگر.

نکته بسیار مهم آن است که از نظر کندی محصول آن تصمیم در ماهیت عقلانی و قاعده حاصل از آن، یعنی قانون، چیزی است که صرفاً آشتی و مصالح بین ارزش‌های متفاوت افراد را برقرار می‌کند و لزوماً این محصول اخلاقی یا عادلانه نیست (Kennedy, ۱۹۸۶: ۳۷۰). بدین ترتیب از نظر کندی این مصالح هیچ‌گاه ارزش استقلالی ندارد و به محض آنکه افراد یک جامعه بر قاعده حقوقی مصالح نداشته باشند قاعده مشروعیتش را از دست می‌دهد، ولو آنکه عادلانه یا اخلاقی باشد.

کندی بر آن است که در نگاه لیبرالیستی به قانون مراد از بیشینه‌سازی تأمین خودمختاری فرد است (Kennedy, ۱۹۸۶: ۳۷۱)؛ یعنی هر فرد بتواند آگاهانه در مورد سرنوشت خود

تصمیم بگیرد و اگر این تصمیم آگاهانه نیز نباشد یا مبتنی بر شرایط پیش‌بینی‌پذیر نباشد از نظر کندی خودمختاری فرد محقق نشده است.

۲-۵. مفهوم قانون در واقع‌گرایی حقوقی

واقع‌گرایی حقوقی را می‌توان به دو گروه امریکایی و اسکاندیناوی تقسیم کرد؛ تقسیمی که صرفاً معطوف به جنبه‌های صوری یا جغرافیایی نیست. می‌توان گفت به لحاظ ماهوی واقع‌گرایان امریکایی در حوزه سنت فلسفه تجربی انگلیسی عمل‌گرا و شکاکان به قاعده^{۸۳} هستند و واقع‌گرایان اسکاندیناوی با سنت اروپایی فلسفه در ارتباط‌اند و بیشتر به مبانی متافیزیکی حقوق حمله می‌کنند و شکاکان به متافیزیک هستند (ابدالی، ۱۳۹۳: ۲۴۲). در دو بخش بعد به توضیح مفهوم قانون در این دو نوع واقع‌گرایی حقوقی پرداخته می‌شود.

الف) مفهوم قانون در واقع‌گرایی حقوقی امریکایی

واقع‌گرایی امریکایی به عنوان مهم‌ترین جنبش فلسفه حقوق در ایالات متحده آمریکا در قرن بیستم، که هم بر مطالعات آکادمیک فلسفه حقوق هم بر شیوه قضاوت تأثیر گذارد، برخلاف گونه اسکاندیناوی، از متفرعات نظریات معناشناسانه یا معرفت‌شناختی معطوف به حقوق نبود و بیشتر آن واقع‌گرایان نه فیلسوف که حقوقدان و در موارد معدودی جامعه‌شناس بودند (Leiter, ۲۰۰۶: ۵۰). گروهی که عموماً می‌توان آن‌ها را واقع‌گرا تلقی کرد افرادی نظیر کارل لولین^{۸۴}، جروم فرانک^{۸۵}، والتر کوک^{۸۶}، فلیکس کوهن^{۸۷}، هرمان اولیفانت^{۸۸} هستند (Steven Green, ۲۰۰۶: ۱۹۱۹). سه نظریه مهم واقع‌گرایان امریکایی را می‌توان در قالب انکار قواعد حقوقی^{۸۹}، نظریه تصمیم در مورد حقوق^{۹۰}، نظریه پیشگویی در مورد حقوق^{۹۱} بیان کرد (Steven Green, ۲۰۰۶: ۱۹۳۶). بر اساس دیدگاه نخست، یعنی انکار قواعد حقوقی، حقوق عاجز از برآوردن مطالبات و نیازهایش است و بر اساس دیدگاه دوم فقط تصمیمات عینی دادگاه‌ها حقوق هستند و بر اساس نظریه سوم جملات در مورد حقوق معادل پیشگویی‌ها در خصوص تصمیمات دادگاه‌ها در حوزه قضایی هستند (Steven Green, ۲۰۰۶).

بدین ترتیب واقع‌گرایان امریکایی چون استفاده از روش‌های قیاسی پیشاتجربی در قالب نظریه‌های مفهوم‌گرایانه را نفی می‌کنند بر آن‌اند که حدس‌های نظری در مورد مفهوم قانون را باید به تصمیم‌گیری قضاوت در حوزه عمل موکول کرد؛ هرچند پیش‌بینی‌پذیری آینده در قالب آنچه قبلاً به عنوان یک رویه در دادگاه‌ها مطرح بوده را نفی نمی‌کنند. بر این اساس ایشان ادعا می‌کردند ملاحظه تجربی بر عملکرد دادگاه‌ها نشان می‌دهد دادگاه نه بر اساس قانون که بر اساس حسی که درباره انصاف دارد تصمیم می‌گیرد (Steven Green, ۲۰۰۶). مثلاً والتر کوک بیان داشت اینکه فلان قاعده حقوقی در انگلستان قانون تلقی می‌شود در صورتی درست

است که از یک پدیدار در گذشته بتوان در مورد آینده پیشگویی کرد (Steven Green, ۱۹۳۴: ۲۰۰۶). این پیش‌بینی یا پیشگویی البته پیش‌بینی آن چیزی است که قضات در عمل انجام خواهند داد. زیرا آنچه حقوق را می‌سازد از نظر واقع‌گرایان امریکایی، به‌خصوص پیشگامان واقع‌گرایی امریکایی، نظیر اولیور وندل هلمز، چیزی است که توسط دادگاه‌ها تعیین می‌شود (Holmes, ۲۰۰۹: ۸). هلمز مدعی بود علم واقعی حقوق عبارت از استقرار اصول موضوعه آن در قلمرو خواسته‌های اجتماعی^{۹۲} و نه سنت است (Wacks, ۲۰۰۶: ۹۴). او بر آن بود که اگر بخواهیم قانون را بشناسیم باید با نگاه یک انسان بد^{۹۳}، که فارغ از ارزش‌های اخلاقی است و فقط بر اساس نتایج مادی قادر به پیش‌بینی است، به مطالعه قانون بپردازیم. زیرا چشم‌اندازهای انسان نیک مبتنی بر دلایل دیگری است که بعضاً جنبه اخلاقی دارند و برای رفتارشان دلایل خود را دارد؛ چه داخل حقوق چه خارج از آن (Holmes, ۲۰۰۹: ۷). اما چون توجه به رویکرد جامعه‌شناختی یا کارکردگرایی قانونی که در آثار افرادی نظیر کارل لولین و در قالب کار-حقوق^{۹۴} مطرح شد (Wacks, ۲۰۰۶: ۹۴) نقش مهمی در شناخت مفهوم قانون نزد واقع‌گرایان امریکائی دارد در این بخش اشاره مختصری خواهیم داشت به کار-حقوق‌ها از منظر لولین که برای پاسخ به نیازهای جامعه به قانون صورت‌بندی شده‌اند. رویکرد جامعه‌شناختی یا کارکردگرایی معطوف به قانون در قالب کار-حقوق‌ها از نظر کارل لولین عبارت‌اند از (Llewellyn, ۱۹۴۰: ۱۳۷۳):

الف) تعدیل و تنظیم دعاوی سخت؛^{۹۵}

ب) پیشگیری سامان‌مند و بازجهت‌دهی به رفتارها و توقعات برای جلوگیری از مشکلات؛^{۹۶}

ج) اختصاص قدرت و نظم به رویه‌هایی که کنش به شکل خودکار را مشروعیت می‌بخشند؛^{۹۷}

د) سازمان دادن شبکه‌ای گروه یا جامعه به شکل یک کل به منظور فراهم آوردن جهت‌گیری و انگیزه.^{۹۸}

او اعلام کرد برای تحقق کار-حقوق‌ها باید از مهارت‌های حقوقی^{۹۹} استفاده کرد (Llewellyn, ۱۹۴۰: ۱۳۶۳) که در حقیقت حرفه‌های حقوقی نظیر قضاوت و وکالت هستند. بازشناسی مفهوم قانون نزد واقع‌گرایان حقوقی امریکایی منوط به توضیح بیشتر در زمینه نظریه انکار قطعیت نزد ایشان نیز هست و به همین دلیل در پایان این بخش نگاهی گذرا و مختصر به تئوری تشکیک در واقعیت و عدم قطعیت در حقوق جروم فرانک خواهیم داشت. فرانک تلقی از حقوق به مثابه مجموعه‌ای ثابت از قواعد معین را خودفریبی شگفت‌آور می‌خواند و بر آن بود که اندیشه قطعیت در حوزه حقوق بسیاری از ابعاد نظریه حقوقی را تحت تأثیر خود قرار می‌دهد. زیرا قطعیت حقوق نیاز روان‌شناختی مهمی را از میان می‌برد

(Llewellyn, ۱۹۴۰: ۲۴۹). از نظر فرانک عدم قطعیت در مورد بیشتر حقوق و تکالیف قانونی مربوط به تصمیماتی می‌شود که در هر دعوی حقوقی در آینده اتخاذ خواهد شد که خود متأثر از سه عنصر است: الف) بیشتر قواعد حقوقی بی‌سامان یا مبهم‌اند^{۱۱}؛ ب) برخی قواعد حقوقی واضح و دقیق‌اند، اما حدس قاضی یا هیئت منصفه در مباحثات و مشاجرات یک دعوی قابل حدس زدن نیست؛ ج) واکنش قاضی یا هیئت منصفه به حدس‌هایشان پیش‌بینی‌ناپذیر است (Frank, ۱۹۳۱: ۴۸). فرانک نیز واقع‌گرایان را به دو گروه اهل تشکیک در قاعده و اهل تشکیک در مبانی متافیزیکی حقوق تقسیم می‌کرد. بر اساس همین تقسیم‌بندی، که نویسندگان حقوقی دیگر نیز بدان اشاره کرده‌اند، اکنون نوبت به بررسی مفهوم قانون نزد واقع‌گرایان حقوقی اسکاندیناوی می‌رسد که اهل تشکیک در مبانی متافیزیکی حقوق هستند.

ب) مفهوم قانون در واقع‌گرایی حقوقی اسکاندیناوی

پیشگامان واقع‌گرایی حقوقی اسکاندیناوی که با بی‌اعتمادی به مفاهیم متافیزیکی شکل گرفت افرادی نظیر اکسل هگرستروم^{۱۱}، آلف راس^{۱۲}، کارل اولیور کرونا^{۱۳}، آندرس ویلهلم لاندستد^{۱۴} بودند و برخلاف واقع‌گرایان امریکایی، که عملگرا و رفتارگرا و اهل تشکیک در قاعده^{۱۵} بودند، ایشان اهل تشکیک در مبانی متافیزیکی^{۱۶} حقوق بودند (Wacks, ۲۰۰۶: ۱۱۰). ایشان مبانی متافیزیکی در باب طبیعت قانون، طبیعت انسان، و مفاهیم حقوقی نظیر عدالت را انکار کردند. زیرا تأکید ایشان بر به‌کارگیری روش‌های تجربی بود.

هگرستروم بنیان‌گذار واقع‌گرایی اسکاندیناوی با این نگاه که مفاهیم حق و تکلیف در حوزه تجربه قرار نمی‌گیرند و بقایای حقوق کهن هستند حق و تکلیف را اصولاً بی‌معنا دانست و انکار مفاهیم حقوقی به مثابه چیزهایی که فقط تخیلات ذهنی است در قانون اندیشه آلف راس، کرونا، لاندستد قرار گرفت (ابدالی، ۱۳۹۳: ۲۵۰).

آلف راس در توضیح این مطلب از مثال بازی شطرنج استفاده می‌کند. او می‌گوید فرض کنید دو نفر شطرنج بازی می‌کنند و فرد سومی که شطرنج نمی‌داند بازی آن‌ها را تماشا می‌کند. فرد سوم چون از قواعد بازی بی‌اطلاع است فقط نظاره‌گر حرکات مهره‌های شطرنج است که برای او معنایی ندارد. زیرا رابطه حرکات را نمی‌داند (Ross, ۲۰۱۹: ۲۰). راس در پاسخ به این سؤال که چگونه می‌توان تعیین کرد چه قواعدی بر بازی شطرنج حاکم است بیان می‌دارد باید به حوزه حاکمیت قواعد بازی و کاربست قواعدی که در آن حوزه استفاده می‌شود توجه کرد و اکتفا به تخیلات ذهنی بدون توجه به روش درون‌نگرانه^{۱۷} کافی نیست. او بر آن است که بر اساس روش درون‌نگرانه وظیفه ما کشف آن است که ببینیم چه قواعدی واقعاً توسط خود بازیگران شطرنج به لحاظ درونی الزامی تلقی می‌شوند و کدام‌یک از قواعد اولیه شطرنج

(مثل آنکه سرباز فقط باید به سمت جلو حرکت کند) برای آن‌ها الزامی در نظر گرفته می‌شود (Ross, ۲۰۱۹: ۲۳).

بنابراین ما باید توضیح دهیم اینکه یک قاعده شطرنج به لحاظ علمی معتبر^{۱۰۸} است یعنی آنکه در یک اجتماع خاص (مثل اجتماع خاصی که دو بازیکن یک بازی واقعی مثل شطرنج بازی می‌کنند) یک قاعده واقعاً مورد توافق است. بر این اساس مفهوم اعتبار علمی شامل دو عنصر می‌شود که اولی بازگشت به تأثیر واقعی^{۱۰۹} قاعده دارد که خود مبتنی بر نگرش بیرونی^{۱۱۰} است و دومی بازگشت به الزام اجتماعی قاعده دارد (Ross, ۲۰۱۹).

به هر تقدیر می‌توان گفت پوچ‌انگاری در قاعده چنان که مقتضی واقع‌گرایی اسکاندیناوی است و تشکیک در قواعد^{۱۱۱} چنان که مقتضی واقع‌گرایی امریکایی است بزرگ‌ترین چالش عینی در مفهوم‌نگاری قانون در عصر حاضر محسوب می‌شود که به علاوه اعتبار حقوق به مثابه یک نهاد و مجموعه‌ای از قواعد حاکم را سست کرد.

نتیجه‌گیری

مقایسه تطبیقی اندیشه فیلسوفان حقوق در پرسش از مفهوم و ماهیت قانون مبین طیف گسترده‌ای از وجوه اشتراک و افتراق است؛ به نحوی که در یک سر این طیف نفی روش‌های قیاسی پیشاتجربی و مفهوم‌گرایانه ملاحظه می‌شود که مآلاً به نفی حدس‌های نظری در مورد مفهوم قانون و پوچ‌انگاری معطوف به مفهوم‌نگاری قانون در واقع‌گرایی اسکاندیناوی و نگاه‌های پراگماتیستی واقع‌گرایان امریکایی می‌انجامد و در سر دیگر این طیف نگاه‌های فیلسوفان تحلیلی ملاحظه می‌شود که سعی دارند با روش‌های تحلیل زبانی و روش‌های تفسیری مفهوم قانون را تبیین کنند.

اما منشور طیف‌نگار بررسی تطبیقی اندیشه فیلسوفان حقوق طیف دیگری از اندیشه‌های فلسفی معطوف به قانون را آشکار کرد که بر آن است حقوق در مفهوم خاص لیبرالی، در قالب قانون شکل‌یافته و نظامی متناقض و ایدئولوژیک، را تولید کند که کاملاً در خدمت منافع و باورهای لیبرالیسم فلسفی-سیاسی قرار گرفته است.

ایشان بر آن‌اند که مفهوم رایج و کلاسیک قانون در مفهوم خاص لیبرالی به نحوی است که می‌توان گفت شاکله اصلی قانون‌نویسی عدالت‌محور نیست، بلکه بیشتر در جهت تثبیت نظم طبقاتی موجود و بیشینه‌سازی سود برای بیشترین افراد جامعه است که لزوماً اخلاقی یا عادلانه نیست.

به هر تقدیر به‌رغم تضاد گسترده‌ای که در اندیشه‌ورزی فیلسوفان حقوق در باب فلسفه قانون ملاحظه می‌شود به نظر می‌رسد با شکل‌گیری جوامع مدرن و مدرنیته حقوقی تا کنون

گریز یا بدیلی برای قانون ارائه نشده است و پارادایم قانون و حاکمیت آن تا حیات مدرنیته حقوقی باقی خواهد ماند. آنچه مطمح نظر این پژوهش بود تمهید مقدمه‌ای برای کنکاش در مفهوم قانون در نظام قضایی ایران و بررسی امکان شیفت پارادایمی از نظام قانون‌محور به نظامی دیگر بود که در مقالی دیگر بدان خواهیم پرداخت.

یادداشت‌ها

۱. Joseph Raz
۲. rule of law
۳. Albert Van Dicey (۱۸۳۲-۱۹۱۱)
۴. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (۱۸۸۵)
۵. historical school
۶. sociological school
۷. functional school
۸. teleological school
۹. rta
۱۰. asa
۱۱. samavaya
۱۲. shotoku
۱۳. inscribers or anagrapheis
۱۴. Draco's Code
۱۵. Solon
۱۶. in the Athenian Constitution
۱۷. Solon's laws
۱۸. law anchored to a cosmic order
۱۹. rational element in the life of the polis
۲۰. nomos
۲۱. nous
۲۲. reason free from all passion
۲۳. constitution
۲۴. heterogeneous associates
۲۵. cicero
۲۶. lex temporalis
۲۷. Aquinas
۲۸. Law is nothing other than a certain ordinance of reason for the common good, promulgated by the person who has the care of the community.
۲۹. lex naturalis
۳۰. Jeremy Bentham (۱۷۴۸-۱۸۳۲)
۳۱. utilitarianism
۳۲. minimum content of natural law
۳۳. a rule laid down for the guidance of an intelligent being by an intelligent being having power over him
۳۴. Jean Bodin (۱۵۳۰-۱۵۹۶)
۳۵. command theory of law
۳۶. an assemblage of signs
۳۷. peremptory nature of law
۳۸. rational assent

- ۳۹. primary rules
- ۴۰. secondary rules
- ۴۱. standards
- ۴۲. policies
- ۴۳. principle
- ۴۴. hard positivist
- ۴۵. guide action
- ۴۶. generality
- ۴۷. promulgation
- ۴۸. non retroactive
- ۴۹. clarity of laws
- ۵۰. non contradictory
- ۵۱. non requiring the impossible
- ۵۲. constancy of the law
- ۵۳. congruence between official action and declared rule
- ۵۴. procedural or institutional kind of natutal law
- ۵۵. morality of aspiration
- ۵۶. morality of the Good Life
- ۵۷. governance of rules
- ۵۸. subjecting human conduct to the governance of rules
- ۵۹. life
- ۶۰. knowledge
- ۶۱. play
- ۶۲. aesthetic experience
- ۶۳. sociability (friendship)
- ۶۴. practical reasonableness
- ۶۵. religion
- ۶۶. pure theory of law
- ۶۷. relative aprori category
- ۶۸. norm
- ۶۹. basic norm
- ۷۰. critical legal studies
- ۷۱. Peter Gabel (born ۱۹۴۷)
- ۷۲. Morton Horwitz (born ۱۹۳۸)
- ۷۳. Duncan Kennedy (born ۱۹۴۲)
- ۷۴. Karl Klare (born ۱۹۴۷)
- ۷۵. Mark Victor Tushnet (born ۱۹۴۵)
- ۷۶. Roberto Mangabeira Unger (born ۱۹۴۷)
- ۷۷. indeterminate
- ۷۸. principles
- ۷۹. counterprinciples
- ۸۰. the principle of freedom to contract
- ۸۱. counterprinciple of fairness
- ۸۲. legal formality
- ۸۳. rule-sceptics
- ۸۴. Karl Llewellyn
- ۸۵. Jerome Frank
- ۸۶. Walter Wheeler Cook
- ۸۷. Felix Cohen
- ۸۸. Herman Oliphant
- ۸۹. rejection of legal rules

۹۰. decision theory of law
۹۱. prediction theory of law
۹۲. social desires
۹۳. bad man
۹۴. law-jobs
۹۵. adjustment of the trouble-casc
۹۶. The preventive channeling and the reorientation of conduct and expectations so as to avoid trouble
۹۷. The allocation of authority and the arrangement of procedures which legitimize action as being authoritative
۹۸. The net organization of the group or society as a whole so as to provide direction and incentive
۹۹. legal crafts
۱۰۰. unsettled or vague
۱۰۱. Axel Hägerström (۱۸۶۸-۱۹۳۹)
۱۰۲. Alf Ross (۱۸۹۹-۱۹۷۹)
۱۰۳. Karl Olivecrona (۱۸۹۷-۱۹۸۰)
۱۰۴. Anders Vilhelm Lundstedt (۱۸۸۲-۱۹۵۵)
۱۰۵. rule-sceptics
۱۰۶. metaphysics-sceptics
۱۰۷. introspective method
۱۰۸. scientifically valid
۱۰۹. actual efficacy
۱۱۰. external observation
۱۱۱. rule-scepticism

منابع

- ابدالی، م. (۱۳۹۳). *فلسفه حقوق و نظریه‌های حقوقی*. تهران: مجد.
- دهخدا، ع. ا. (۱۳۷۷). *لغت‌نامه* (دوره جدید)، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، روسو، ژ. ژ. (۱۳۴۱). *قرارداد اجتماعی*. مترجم: غلام‌حسین زیرک‌زاده. تهران: انتشارات سهامی چهر.
- غیایی، ع. (۱۳۱۹). «تعریف قانون و شریعت قانون». *مجموعه حقوقی*، ۱۵۹ (۱۳).
- کاپلستون، ف. (۱۳۸۲). *تاریخ فلسفه*. مترجم: امیر جلال‌الدین اعلم، تهران: سروش.
- کلسن، ه. (۱۳۹۱). *نظریه حقوقی ناب*. مترجم: اسماعیل نعمت‌اللهی. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- کلی، ج. م. (۱۳۹۸). *تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب*. مترجم: محمد راسخ، تهران: نی.
- موراوتز، ت. (۱۳۹۱). *فلسفه حقوق*. مترجم: بهروز جندقی. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- مونتسکیو، ش. (۱۳۴۹). *روح القوانين*. مترجم: علی‌اکبر مهتدی. تهران: امیرکبیر.
- هارت، ه. (۱۳۹۳). *مفهوم قانون*. مترجم: محمد راسخ. تهران: نی.

References

- Abdaly, M. (۲۰۱۴). *Philosophy of law and legal theories*. Tehran: Majd Publications, second edition. (In Persian)
- Aquinas, St.T. (۱۹۴۸). *Summa Theologiae*. Trans. by *Fathers of the English Dominican Provinc*. Five Volumes, QUESTION ۹۰. OF THE ESSENCE OF LAW, Newyork: Christian classics, Volume I
- Aristotle (۱۹۴۶). *The Politics of Aristotle III 1287a*. Trans. Ernest Barker, 1st Edition, Oxford: Clarendon Press
- Augustine (۱۹۹۳). *Augustine On Free Choice of the Will*, Trans by Thomas Williams. Indianapolis/Cambridge. Hahett publishing company
- Austin, J. (۱۹۹۵). *The Province of Jurisprudence Determined 1832*. edited by Wifrid E. Rumble. United States of America NewYork: Cambridge University Press
- Bentham, J. (۱۹۷۷). *The Collected Works of Jeremy Bentham (A Comment on the Commentaries And a Fragment on Government)*. ed. J. H. Burns and H. L. A. Hart ,London, Clarendon Press. Works“Judicial Establishment”
- Charles-Louis de Secondat (۱۹۷۲). *De l'esprit des lois (The Spirit of Law)*, translated by Mohtadi Aliakbar. Tehran: Amirkabir Publications. ۶th edition. (In Persian)
- Collins, H. (۱۹۸۷). Roberto Unger and the Critical Legal Studies Movement. *Journal of Law and Society*, 14, No. ۴
- Copleston, F. (۲۰۰۳). *history of philosophy*. translated by Aalam Amirjalalodin, Tehran: soroush Publications. ۵th volume. ۴th edition. (In Persian)

- Dehkhoda, A. (۱۹۹۸). *Dictionary of the new period*. Tehran: Tehran university Publications, second edition, ۱۱th volume. (In Persian)
- Dicey ,Albert Van(۱۹۶۰). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. ۱۰th edition. London and New York, ۱۸۳-۱۹۹
- Dworkin ,Ronald(۱۹۸۶). *Law's Empire*. united states of America. Harvard university press
- Dworkin, Ronald M. (۱۹۷۵). Hard cases, *Harvard Law Review*, 88 (۶).
- Dworkin,Ronald M. (۱۹۶۷). The Model of Rules. *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, 35. ۱۴
- Finnis, John(۱۹۷۹). *Natural Law and Natural Rights*. NewYork: Oxford University Press. Second Edition
- Frank , Jerome N. (۱۹۳۱). Are Judges Human. *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, 80 (۱).
- Fuller,Lon L. (۱۹۶۹). *The Morality of law*, New Haven,Yale University Press,second edition
- Ghiaby, A. (۱۹۴۲). *Definition of law and sharia law*. quarterly of Legal collection. No. ۱۵۹. Issue ۱۳. (In Persian)
- Habermas, J.(۱۹۹۹). On the Internal Relation Between Rule of law and Democracy, in: *Philosophical perspectives on law and politics*, edited by Patrick Hayden ,New York, Peter Lang Publishing
- Hart, H. (۲۰۱۴). *The concept of Law*. translated by Rasekh Mohammad, Tehran: Ney Publications. ۴th edition. (In Persian)
- Hobbes , Thomas(۱۶۵۱). *Leviathan*, London, printed for Andrew Crooke at the Green Dragon in St. Pauls Church-yard
- Holmes, O. W. (۲۰۰۹). *The Path of the Law*. Auckland. The Floating Press
- Hunt,Alan(۱۹۸۶), *The Theory of Critical Legal Studies*, *Oxford Journal of Legal Studies*, 6(۱), ۱-۴۵
- Hutchinson, Q. C., Monahan, P. J. (۱۹۸۴). Law Politics and Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought, *Stan Law Rev*, ۳۶, ۲۰۱
- Jean-Jacques R. (۱۹۶۲). *Social contract*, translated by Zirakzadeh Ggolamhosein, Tehran: chehr Publications, ۴th edition. (In Persian)
- kelly, J. (۲۰۱۹). *A Short History of western legal theory*, translated by Rasekh Mohammad. Tehran: Ney Publications. ۴th edition. (In Persian)
- Kelsen, H. (۲۰۱۲). *Pure legal theory*, translated by Nematolahy Esmail, Qom: Research institute of the Howzeh and university Publications, second edition. (In Persian)
- Kennedy, D. (۲۰۱۶). *Legal Formality*THE JOURNAL OF LEGAL STUDIES. 45 (S۲). University of Chicago Press journals
- Leiter, B. (۲۰۰۶). *American Legal Realism*, in :*Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Edited by Martin P. Golding and William A. Edmundson, Blackwell Publishing, ۲th.ed
- Letwin, S. R. (۲۰۰۵). *On the History of the Idea of Law*. Edited By Noel B. Reynolds. NewYork: cambridge university press

- Llewellyn, K. (۱۹۴۰). The Normative The Legal and The Law Lobs: The Problem of Juristic Method. *The Yale Law Journal*, 49 (۸), ۱۳۵۵-۱۴۰۰ (۴۵ pages)
- Morawetz, T. (۲۰۱۲). *The Philosophy of Law: An Introduction*, translated by Jandaghy Behruz. Qom: Research institute of the Howzeh and university Publications. second edition. (In Persian)
- Nakamura, H. (۱۹۸۶). *A comparative history of Ideas*. Second revised edition. London: Kegan Paul International & Routledge
- Raz, J. (۱۹۷۹). *The authority of law*. NewYork: Oxford University Press, First published
- Ross, A. (۲۰۱۹). *On Law and Justice*. Translated by Uta Bindreiter. United Kingdom: Oxford University Press
- Sellers, M. (۲۰۱۰). *An Introduction to the Rule of Law in Comparative Perspective*, in: *The Rule of Law in Comparative Perspective*. Edited by Mortimer Sellers and Tadeusz Tomaszewski, London, Springer
- Steven Green, M. (۲۰۰۵). Legal Realism as Theory of Law, *William & Mary Law Review*, 46 (۶).
- Tushnet, Mark V. (۲۰۰۵). *Critical Legal Theory*, in: *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Edited by Martin P. Golding and William A. Edmundson, Blackwell Publishing
- Unger, R. M. (۱۹۸۶). *the Critical Legal Studies Movement*. United States of America: Harvard university press
- Wacks, R (۲۰۰۶). *Philosophy of Law: A Very Short Introduction*. Oxford NewYork: Oxford University Press

تطبیق فرایند تقنین در نظام جمهوری اسلامی ایران با نظریه‌ی قانونگذاری به‌مثابه‌ی برنامه‌ریزی در راستای اجرای قوانین الهی

علیرضا دبیرنیا*، فاطمه سادات نقوی**

چکیده

نظریه‌ی قانونگذاری به‌مثابه‌ی برنامه‌ریزی برای اجرای قوانین الهی بر این مبنا استوار است که قانونگذاری از صلاحیت‌های شارع مقدس است و کارویژه‌ی پارلمان، برنامه‌ریزی در قالب تنظیم قوانین برای اجرای قوانین (احکام) الهی است. این برداشت از شأن قانونگذار در نظام حقوقی ایران از مبانی اسلامی نشأت گرفته است که در دیدگاه بنیانگذار نظام جمهوری اسلامی ایران و برخی فقهای مجلس مؤسسان قانون اساسی نیز مشهود است. در اصول قانون اساسی نیز به‌صراحت به «اختصاص تشریع به خداوند» و «نقش بنیادین وحی در بیان قوانین» اشاره شده است. این نوشتار با روشی توصیفی-تحلیلی در پی پاسخ به این پرسش است که آیا فرایند قانونگذاری در ایران با نظریه‌ی مذکور مطابقت دارد؟ این ابهام از آن‌جا ناشی می‌شود که ابتکار عمل قانونگذاری توسط پارلمان به‌نحوی است که صلاحیت شارع مقدس در قانونگذاری را عملاً به موضوعی غیرمؤثر تبدیل کرده، زیرا اجتهاد بر امر قانونگذاری در نظام مطلوب مقدم و در نظام حقوقی ایران مؤخر است. بر همین مبنا، مکانیزمی پیش‌بینی نشده است تا پارلمان از نتایج حاصل از اجتهاد فقها و در راستای اجرای احکام اسلامی، به قانونگذاری مبادرت ورزد، بلکه مجلس اغلب براساس نیازهای جامعه، به قانونگذاری می‌پردازد. بدین‌ترتیب، فقه در جایگاهی مؤخر از قانونگذاری قرار می‌گیرد و تنها به عدم مغایرت مصوبات با موازین اسلامی بسنده می‌کند. این تمایز ممکن است به بروز نواقصی در نظام قانونگذاری مبتنی بر شریعت مقدس منجر شود.

واژگان کلیدی: اعتبار حقوقی، انرژی برق، تقنین، شورای نگهبان، قانون اساسی.

* E-mail: dabirnia.alireza@gmail.com

E-mail: f.s.naghavi99@gmail.com

** نویسنده‌ی مسئول

مقدمه

قانونگذاری عرفی به شکل امروزی آن از زمان مشروطه به بعد مطرح شد و علمای اسلامی یا در قالب دفاع از مشروطه یا در قالب نظریه‌پردازی در خصوص طراحی نظام حکومتی اسلام، در این زمینه اظهارنظر کرده‌اند. از این میان آرای آیت‌الله نایینی و شهید سید محمدباقر صدر شایان توجه است. در نظریه‌های این دو عالم مجاهد می‌توان به دو نظریه‌ی قانونگذاری به‌مثابه‌ی ایجاد هنجار در حوزه‌ی منطقه‌الفراغ و قانونگذاری به‌مثابه‌ی مقدمه‌ی واجب اشاره کرد که در جای خود به شرح و نقد آن پرداخته شده است.^۱ از آن‌جا که موضوع مقاله‌ی حاضر، تطبیق مبنای مطلوب بر فرایند کنونی قانونگذاری در نظام جمهوری اسلامی است، از توضیح بیشتر احتراز می‌شود.

مبنای مطلوب قانونگذاری در رویکرد اسلامی را می‌توان قانونگذاری به‌مثابه‌ی برنامه‌ریزی برای اجرای قوانین الهی دانست که حاصل نظریه‌پردازی برخی علمای انقلابی زمان معاصر است؛ علمایی که اغلب خود در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی حضور داشتند و از فعالان نهضت به‌شمار می‌روند. در نوشته‌ی پیش رو تلاش بر این است تا به این پرسش پاسخ داده شود که آیا فرایند کنونی قانونگذاری در نظام جمهوری اسلامی ایران مطابق با نظریه‌ی مختار است؟

تطبیق نهادها و فرایندهای نظام جمهوری اسلامی بر مبانی فقهی می‌تواند به حاکمیت مؤثر ملت در چارچوب موازین اسلامی و نظام‌سازی اسلامی منجر شود. ضرورت اقتضا می‌کند که در فرایند حکومتداری، مسائل نظام سیاسی با نگاهی ژرف و انتقادی تحلیل شود. در موضوع پیش‌رو به‌خصوص در مورد نظریات قانونگذاری، هرچند کتاب ارزشمند *قانونگذاری در نظام جمهوری اسلامی*، *آسیب‌ها و بایسته‌ها* اثر آقای ابراهیم شفیع‌ی سروسرانی که با نگاه انتقادی به نظام قانونگذاری تدوین شده، قابل توجه است، تطبیق فرایند قانونگذاری بر مبنای نظریه‌ی ارائه‌شده، امری بدیع است. در ادامه نظریه‌ی مطلوب تشریح و سپس مراحل تقنین در نظام جمهوری اسلامی بررسی می‌شود و در نهایت، ضمن تطبیق این فرایند بر نظریه‌ی مطلوب، تحلیلی با رویکرد انتقادی نسبت به فرایند نظام قانونگذاری جمهوری اسلامی ایران ارائه می‌شود.

۱. قانونگذاری به‌مثابه‌ی برنامه‌ریزی برای اجرای قوانین الهی

این نظریه به‌دلیل توجه به جایگاه تقنین در شرع مقدس و مجلس شورای اسلامی به‌عنوان نهاد برنامه‌ریز - نه نهاد قانونگذار - مورد توجه بسیاری از متفکران اسلامی قرار گرفته است. نقش مجلس به‌مثابه‌ی برنامه‌ریز، اولین بار در کتاب امام خمینی (ره) اشاره شد (خمینی، ۱۳۷۷: ۳۳ و ۳۴) و پس از آن، دیگر فقها و علما نیز در کتاب‌های خود به آن پرداختند. طرفداران این نظریه، طرح خود را براساس مبانی کلامی مورد قبول شیعه بنا کرده‌اند و بر این اساس، برپایی

تطبیق فرایند تقنین در نظام جمهوری اسلامی ایران با نظریه‌ی قانونگذاری ... ■ ۱۳۹

حکومت از ضروریات عقلی است و هر حکومتی نیازمند قانون است. «در حکومت اسلامی قانونگذار خدا است» (سبحانی تبریزی، ۱۳۸۵: ۵۹) و به‌جز خداوند کسی حق تقنین ندارد، چراکه «توحید در تقنین» جزء مراتب توحید است (سبحانی تبریزی، ۱۳۸۵: ۵۹). به‌علاوه قوانین و احکام اسلام برای اداره‌ی امور جامعه وضع شده است (جعفری سبحانی، ۱۳۷۰: ۲۶). بنابراین هدف از تشکیل حکومت، اجرای احکام اسلامی است (خمینی، ۱۳۷۷: ۶۱). بر این اساس قانونگذاری در حکومت اسلامی متشکل از سه مرحله است:^۲

۱- مرحله‌ی تشریع احکام

براساس اعتقاد شیعه به انحصار تشریع به خداوند، تنها مرجع صالح در این مرحله خداوند است (جعفری سبحانی، ۱۳۷۰: ۲۵۹).

۲- شناخت قانون توسط مجتهدان

اگرچه قوانین الهی در کتاب، سنت و احادیث معصومین (ع) بیان شده، همه‌ی افراد قادر به بهره‌گیری از آن نیستند، چراکه این امر متوقف بر داشتن رشته‌ای از تخصص‌هاست. بنابراین در دوران غیبت، مجتهدان قوانین را از منابع استخراج می‌کنند و در اختیار مردم قرار می‌دهند. نکته‌ی مورد توجه در این مرحله آن است که مجتهد حق قانونگذاری ندارد، بلکه وظیفه‌ی او کشف قوانینی است که قبلاً انشا شده است (جعفری سبحانی، ۱۳۸۵: ۱۰۱) و این امر مبتنی بر مبنای جامعیت شریعت است. بر این اساس شیعیان معتقدند اسلام در خصوص همه‌ی امور دارای حکم است و همه چیز شامل نص خاص یا نص عام از سوی شارع می‌شود. به همین سبب در تشیع، اجتهاد به معنای قانونگذاری باطل است (مکارم شیرازی، ۱۳۸۸: ۴۸۸)، به همین سبب، مرحله‌ی اجتهاد از مرحله‌ی قانونگذاری متمایز می‌شود.

۳- مرحله‌ی برنامه‌ریزی

قوانین شارع که توسط فقها از منابع استخراج می‌شود، به‌طور مستقیم در حکومت اسلامی قابل اجرا نیست. اجرای این قوانین کلی در جامعه نیازمند تهیه‌ی ضوابط و سازوکارهایی برای تطبیق و پیاده‌سازی است (مدنی، ۱۳۹۳: ۴۸). در این مرحله، حکومت نیازمند نهادی است که برای اجرایی ساختن این قوانین برنامه‌ریزی کند. حکومت اسلامی در این مرحله نیز نیازمند قوانین عرفی نیست، چراکه «احکام شرع حاوی قوانین و مقررات متنوعی است که یک نظام کلی اجتماعی را می‌سازد و در این نظام حقوقی هر آنچه بشر به آن نیاز دارد فراهم آمده است» (خمینی، ۱۳۷۷: ۲۱). بنابراین مجلس براساس فتاوی مستخرجه به نیاز جامعه‌ی اسلامی به قوانین در چارچوب قوانین اسلام پاسخ می‌دهد (منتظری، ۱۳۸۴، ج ۳: ۱۲۱-۱۲۲). از این‌رو فتوایی که مجتهدان صادر می‌کنند، به‌عنوان منبع قانونگذاری به‌کار می‌روند و ترسیم خطوط

براساس آن صورت می‌گیرد. با توجه به این امر وظیفه‌ی قوه‌ی مقننه در حکومت اسلامی مراجعه‌ی مستقیم به منابع فقه نیست، بلکه تنها برنامه‌ریزی براساس احکامی است که مجتهدان از منابع شرع استنباط کرده‌اند (کعبی، ۱۳۹۴: ۱۷-۱۸) و تفاوت اساسی حکومت اسلامی با دیگر حکومت‌ها در همین نکته است. در اغلب کشورها قانونگذاری در دست مجلسی است که براساس عقل زمینی و تجربیات خود و خواست مردم اقدام به قانونگذاری می‌کند، اما در نظام اسلامی، مجلس درصدد اجرایی‌سازی احکام شرعی است (خیمینی، ۱۳۷۷: ۳۳-۳۴). این مرحله از قانونگذاری شبیه به وضع آیین‌نامه‌ی اجرایی توسط قوه‌ی مجریه برای اجرای قوانین موضوعه از سوی قوه‌ی مقننه است. اگرچه در این مرحله قوه‌ی مجریه مقررات‌گذاری کرده و اجرای مقررات خود را ضمانت می‌کند، اما به این عمل قوه‌ی مجریه قانونگذاری گفته نمی‌شود، بلکه نوعی برنامه‌ریزی برای عملی شدن منویات قوه‌ی مقننه قلمداد می‌شود.

برخی علما در این مرحله به تفکیک قوانین ثابت و قوانین متغیر اشاره می‌کنند. مطابق این نظر، دنیای متحول نیازمند قوانین متحول است که باید توسط کارشناسان و متخصصان تهیه شود. بدیهی است این قانون‌نویسی به معنای تشریع نیست، بلکه باید در حدود قوانین کلی و اصول کلی اسلامی صورت پذیرد و تشخیص عدم مخالفت با احکام و اصول اسلام لاجرم با فقیهان است (سبحانی تبریزی، ۱۳۸۵: ۱۰۲). با رویکردی کلی به دیدگاه قائلان به این نظریه می‌توان کارویژه‌های مجلس را در امور زیر احصا کرد:

- برنامه‌ریزی به‌منظور اجرای احکام ثابت در کشور؛
 - قانونگذاری برای سامان دادن به امور غیرثابت در چارچوب احکام و اصول کلی اسلام.
- برخی محققان در توضیح این مبنا، مرحله‌ی دیگری نیز به آن می‌افزایند و معتقدند که قبل از مرحله‌ی اجتهاد و استنباط، مرحله‌ی تبیین و تفسیر احکام وجود دارد (کعبی، ۱۳۹۴: ۱۷). بنابراین مرحله‌ی جعل و استنباط بر عهده‌ی مجتهدان است تا با استفاده از منابع چهارگانه، احکام را از متن اسلام استخراج کنند و در مقابل، مرحله‌ی تبیین و تفسیر بر عهده‌ی معصومین (ع) است. هرچند مطابق با اصل توحید و توحید در تشریع، قانونی در عرض قانون خداوند وضع نمی‌شود، اما می‌تواند قوانین الهی را تفسیر و تبیین کنند و به‌واسطه‌ی قوه‌ی عصمت از هر گونه خطا و اشتباه در این امر مصون هستند. بنابراین تفسیر معصومین (ع) از قانون الهی کاملاً قابل اعتماد است. از سوی دیگر، نفی صلاحیت قانونگذاری (تشریع) مستقل از تشریع الهی در خصوص معصومین (ع) به‌وضوح در کلمات برخی عالمان دین دیده می‌شود. امام خمینی (ره) بر مبنای همین اعتقاد، شأن معصومین (ع) را اجرای قانون الهی می‌داند. پیامبر اکرم (ص) و امامان (ع) هرگز به وضع قانونی در مقابل قوانین الهی مبادرت نکرده‌اند، به‌استثنای موارد جزئی که از

اختیارات حاکم به حساب می‌آید (خمینی، ۱۳۸۹، ج ۱۱، ۴۴۸-۴۴۹).

مبنای «قانونگذاری به مثابه‌ی برنامه‌ریزی» کامل‌ترین نظریه در تبیین جایگاه قوه‌ی مقننه در حکومت اسلامی در میان دیگر نظریه‌هاست. نظریه‌ی برنامه‌ریزی در صورتی که با نگاه حکومتی به فقه همراه شود، قادر خواهد بود تمامی نیاز جامعه‌ی اسلامی را به قانون برطرف کند. این نظریه، اصل را بر اجرای احکام اسلام قرار می‌دهد و احکام اسلامی ابتدا به ساکن شامل احکام اولیه است. بر مبنای این نظریه، مسائل مستحدثه باید به محضر فقها تقدیم شود و ایشان احکام اولیه‌ی اسلام را در این خصوص استخراج کنند. در صورتی که معیارهای احکام ثانوی محقق و اجرای احکام اولیه ناممکن شود، احکام ثانویه موقتاً به عرصه‌ی اجرا وارد می‌شوند و به همین سبب، سلسله‌مراتب قوانین در این دیدگاه قابل مشاهده است.

از یک سو قانونگذاری عرفی به معنی مصطلح با این نظریه همخوانی ندارد، چراکه این نظریه در توضیح مرحله‌ی اول، ورود به حیطه‌ی قانونگذاری را خلاف اصل توحید می‌شمرد و آن را به صراحت ممنوع می‌سازد. این تعارض ظاهری در نظریه‌ی ارائه‌شده، ریشه در اختلاف فقها و حقوقدانان در تعریف واژه‌ی «قانون» دارد. قانون در اندیشه‌ی فقها «مجموعه‌ی قوانین و مقررات اجتماعی است که از سوی خدای انسان و جهان برای برقراری نظم قسط و عدل در جامعه‌ی بشری تدوین می‌شود تا سعادت جامعه را تأمین سازد» (جوادی آملی، ۱۳۸۳: ۷۵). در واقع فقها قانونگذاری را مساوی با تشریع می‌دانند و قانون را نیز با شریعت یکسان می‌شمرند، درحالی که منبع قانون در اندیشه‌ی حقوقدانان، خارج از تعریف قانون است. در تعریف حقوقی قانون، اوصافی برای قانون در نظر گرفته می‌شود که بدون آن‌ها هیچ امر و نهی قانون محسوب نمی‌شود و یکی از اوصاف قانون، صدور آن از سوی قوه‌ی مقننه است (کدخدامرادی و حیدرنژاد، ۱۳۹۴: ۱۰). درحالی که احکام شرعی حتی در معنای عام قانون که شامل تمامی مصوبات مجلس و تصویب‌نامه‌ها و بخشنامه‌های اداری است نیز جای نمی‌گیرند (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۲۰). به عبارت دیگر، واضع قانون نمی‌تواند کسی جز نهاد قانونگذاری زمینی باشد. این وصف از مهم‌ترین تمایزات حکم شرعی و قانون در نظر حقوقدانان است؛ درحالی که در اندیشه‌ی فقها تنها واضع قانون خداوند است و اساساً یکی از اوصاف قانون از منظر فقه، آسمانی و وحیانی بودن آن است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۵۱۸).

قدر متیقن این است که حق تعیین سرنوشت ملت ایران در قانون اساسی شناسایی شده و یکی از جنبه‌های مشارکت ملت در اداره‌ی کشور، قانونگذاری است که از طریق تعیین نمایندگان در مجلس شورای اسلامی محقق می‌شود. نظر به اینکه ماهیت نظام جمهوری اسلامی ایران، اسلامی است، از این رو این ویژگی نه تنها در ساختارهای نظام باید مورد توجه

قرار گیرد، بلکه ضرورت دارد تا وضع قوانین نیز متأثر از ماهیت اسلامی نظام باشد (داوری، ۱۳۹۴: ۳۶). قدر متیقن این است که حقوق در نظر دارد تعریف جامعی از قانون ارائه دهد، بدون آنکه از لحاظ ارزشی در آن خصوص قضاوت کند و در این فرض، احکام شرع می‌تواند منبع قانون تلقی شود، اما این مسئله شایان توجه است که احکام شرعی نمی‌توانند از ابتدا به ساکن به‌عنوان قانون تلقی شوند، بلکه در یک فرایند تقنینی می‌توانند به قانون تبدیل شوند. بنابراین منظور از «قانون» در عبارت «فرایند قانونگذاری» تعریف حقوقی آن است و منظور از قانون در جمله‌ی «قانونگذار فقط خداست»، معنای فقهی قانون مورد نظر است.

۲. فرایند قانونگذاری در نظام جمهوری اسلامی ایران

در این بند مصادیق نهاد قانونگذاری و مراحل و فرایند تقنین در نظام جمهوری اسلامی بررسی می‌شود.

۱-۲. مصادیق نهاد قانونگذار در نظام جمهوری اسلامی

در حقوق اساسی هر کشوری، نهاد یا نهادهایی وجود دارند که امر قانونگذاری در صلاحیت آن‌ها قرار دارد. در بیشتر این کشورها این وظیفه بر عهده‌ی پارلمان قرار دارد و پارلمان این صلاحیت را انحصاراً اعمال می‌کند. در کشور ما به فراخور اهداف و نوع حکومت در کنار پارلمان، نهادهای دیگری نیز از حق قاعده‌گذاری برخوردارند. نهادهایی مانند مجلس خبرگان (در چارچوب اصل ۱۰۸ قانون اساسی)، شورای عالی امنیت ملی (در چارچوب اصل ۱۷۶)، شورای عالی انقلاب فرهنگی (مبتنی بر حکم حکومتی ۱۷ اسفندماه ۱۳۶۳ مقام معظم رهبری) و همه‌پرسی از نهادهای قانونگذار محسوب می‌شوند. با وجود نهادهای متعدد قاعده‌گذاری در نظام جمهوری اسلامی ایران، خصوصیات خاص قوه‌ی مقننه سبب می‌شود که یگانه مصداق نهاد قانونگذار در نظام جمهوری اسلامی منحصرأً مجلس شورای اسلامی باشد. بنابراین منظور از «فرایند قانونگذاری در جمهوری اسلامی ایران» تصویب قوانین در مجلس شورای اسلامی است. اصل ۵۸ قانون اساسی به‌صراحت اعمال قوه‌ی مقننه را از طریق مجلس شورای اسلامی می‌داند و در اصل ۷۱ مسئولیت مجلس در امر قانونگذاری متصف به دو صفت «عمومیت» و «اختیار» شده است. برجسته‌ترین خصوصیتی که مجلس را از دیگر قاعده‌گذاران متمایز می‌کند، قلمرو عامی است که قانون اساسی برای قانونگذاری به آن اعطا کرده است. تضییق این قلمرو عام، صرف‌نظر از درستی یا نادرستی آن تنها از باب قاعده‌ی «ما من عام و قد خص» است. با وجود تصریح قانون اساسی، این موارد استثنا سبب نمی‌شود که اعطای عنوان «نهاد قانونگذاری» به دستگاهی جز مجلس شورای اسلامی راست آید. با این توضیحات تنها مسیر قانونگذاری عادی از طریق مجلس بررسی می‌شود.

۲-۲. مراحل تقنین

تقنین در نظام جمهوری اسلامی دارای چهار مرحله است. برخی نهادها در مرحله‌ی اول در قالب طرح یا لایحه پیشنهاد خود را تقدیم نهاد قانونگذار می‌کنند؛ در مرحله‌ی دوم، طرح‌ها و لوایح از سوی مجلس بررسی و تصویب می‌شود؛ در مرحله‌ی سوم، شورای نگهبان بر مصوبات مجلس نظارت می‌کند؛ در مرحله‌ی آخر و پیش از توشیح قانون و در صورت بروز اختلاف میان مجلس و شورای نگهبان، مجمع تشخیص مصلحت به حل اختلاف می‌پردازد.

۲-۲-۱. مرحله‌ی اول: ارائه‌ی پیشنهاد

بنابر تجویز قانونگذار اساسی، برخی نهادها نیز از صلاحیت ارائه‌ی پیشنهاد قانون به مجلس شورای اسلامی برخوردارند. این نهادها عبارت‌اند از: نمایندگان مجلس شورای اسلامی، قوه‌ی قضاییه، قوه‌ی مجریه و شورای عالی استان‌ها. این نهادها می‌توانند مبتکر قانون باشند، به این معنا که متنی را برای وضع قانون یا اصلاح آن تهیه کنند. اهمیت این مرحله در آن است که طراحان اولیه‌ی قانون، نقش اصلی را در شکل دادن به محورهای اصلی آن ایفا می‌کنند (پروین و اصلانی، ۱۳۹۱: ۲۴۱).

۲-۲-۱-۱. از طریق نمایندگان مجلس شورای اسلامی

مجلس شورای اسلامی منتخب مردم و برآمده از جامعه است که با خواست‌ها و نیازهای آن آشنایی دارد. این نهاد به‌عنوان اعمال‌کننده‌ی قوه‌ی مقننه باید علاوه بر بررسی لوایح برخی نهادهای صالح، خود از حق ابتکار وضع قانون برخوردار باشد. نمایندگان مجلس باید بتوانند در جایی که ضرورت وجود قانونی را برای کشور احساس می‌کند، با ارائه‌ی لایحه در صحن مجلس، خواستار بررسی و تصویب آن شوند. بر همین مبنا، قانون اساسی در اصل ۷۴ اعلام می‌دارد: «طرح‌های قانونی به پیشنهاد حداقل پانزده نفر از نمایندگان در مجلس شورای اسلامی قابل طرح است».

۲-۲-۱-۲. از طریق قوه‌ی قضاییه

براساس اصل حاکمیت قانون، اعمال قضایی باید در همه حال براساس قانون باشد و در راستای تحقق این هدف، قوه‌ی قضاییه می‌تواند خلأهای قانونی را شناسایی کند. این قوه همانند قوه‌ی مجریه باید از صلاحیت ابتکار قانون برخوردار باشد (هاشمی، ۱۳۸۷، ج ۲: ۳۸۱) و به همین سبب قانونگذار اساسی در اصل ۱۵۸ «تهیه‌ی لوایح قضایی متناسب با جمهوری اسلامی» را در زمره‌ی وظایف قوه‌ی قضاییه اعلام کرده است. بر همین اساس، لوایح قضایی از طریق هیأت وزیران تقدیم مجلس شورای اسلامی می‌شود تا در فرایند تصویب قانون قرار گیرد و «دولت موظف است این لوایح قضایی را که توسط رئیس قوه‌ی قضاییه تهیه و تحویل دولت

می‌شود حداکثر ظرف سه ماه تقدیم مجلس شورای اسلامی نماید» (ماده‌ی ۳ قانون وظایف و اختیارات رئیس قوه‌ی قضاییه). بدیهی است دولت نمی‌تواند مستقلاً لایحه‌ی قضایی تهیه کند و هر گونه تغییر مربوط به امور قضایی در این لوایح فقط با جلب موافقت رئیس قوه‌ی قضاییه ممکن است (نظریه‌ی تفسیری شورای نگهبان به شماره‌ی ۷۹/۲/۱۰۶۵ مورخ ۱۳۷۹/۷/۳۰). در عین حال، با الحاق یک تبصره به ماده‌ی ۳ قانون وظایف و اختیارات رئیس قوه‌ی قضاییه مصوب ۱۳۹۲/۷/۳۰ مجلس شورای اسلامی، که دولت در مدت مذکور نتواند نسبت به تصویب و ارسال لایحه به مجلس اقدام نماید و سه ماه دیگر از مهلت قانونی آن بگذرد، رئیس قوه‌ی قضاییه می‌تواند مستقیماً لایحه را به مجلس ارسال کند.

۲-۱-۳. از طریق قوه‌ی مجریه

وظیفه‌ی قانونی قوه‌ی مجریه سبب می‌شود که این نهاد ضرورتاً مهم‌ترین مبتکر قانون باشد. از سویی این قوه مسئول امور عمومی و اجرایی کشور است و نباید در مقام اجرا از حقوق و تکالیفی که قانون برای افراد مقرر کرده است، تخلف کند. علاوه بر این، قوه‌ی مجریه به سبب انجام همین وظیفه بیش از پارلمان به نقایص و کمبودهای قوانین واقف است و از این نظر، قوه‌ی مجریه می‌تواند بهترین پیشنهادها را ارائه دهد (قاضی شریعت‌پناهی، ۱۳۸۰: ۲۴۰)، به همین دلیل در اصل ۷۴ قانون اساسی آمده است: «لوایح قانونی پس از تصویب هیأت وزیران به مجلس تقدیم شود».

۲-۱-۴. از طریق شورای عالی استان‌ها

مطابق با اصل ۱۰۱، شورای عالی استان‌ها که مرکب از نمایندگان شوراهای استان‌هاست، وظایف هماهنگی بین شوراهای محلی در امور عمرانی و رفاهی را بر عهده دارد و به همین سبب نیازمند قوانین اجرایی مشخص است تا بتواند وظایف محوله‌ی خود را به درستی انجام دهد (هاشمی، ۱۳۸۷، ج ۲: ۱۴۰). در راستای تأمین این ضرورت، اصل ۱۰۲ مقرر می‌دارد: «شورای عالی استان‌ها حق دارد در حدود وظایف خود طرح‌هایی تهیه و مستقیماً یا از طریق دولت به مجلس شورای اسلامی پیشنهاد کند و این طرح‌ها باید در مجلس مورد بررسی قرار گیرد».

۲-۲-۲. مرحله‌ی دوم: بررسی و تصویب قانون

مجلس شورای اسلامی موظف است تمامی طرح‌ها و لوایحی را که از طرق قانونی تقدیم می‌شود، بررسی کند. بدیهی است در نهایت مجلس می‌تواند پیشنهادهای رسیده را کلاً یا جزئاً رد یا قبول کند و از این نظر، صلاحیت مجلس در قانونگذاری اختیاری است. بدیهی است قانون اساسی در مواردی مجلس را مکلف به قانونگذاری کرده است^۳ که البته ضمانت اجرای مشخصی برای الزام مجلس به قانونگذاری در حیطه‌ی مورد نظر مقنن اساسی وجود ندارد.

۲-۳. مرحله‌ی سوم: نظارت بر مصوبات

«شورای نگهبان به‌منظور پاسداری از احکام اسلام و قانون اساسی از نظر عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی» (اصل ۹۱) در قانون اساسی پیش‌بینی شده است. این قانون تأکید می‌کند «کلیه‌ی قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید براساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه‌ی اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده‌ی فقهای شورای نگهبان است» (اصل ۴). برای تحقق این هدف، مقنن اساسی صلاحیت عام مجلس در قانونگذاری را محدود می‌کند و مقرر می‌دارد: «مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد» (اصل ۷۲). اهمیت شورای نگهبان به‌حدی است که «مجلس شورای اسلامی بدون وجود شورای نگهبان اعتبار قانونی ندارد» (اصل ۹۳).

۲-۴. مرحله‌ی چهارم: حل اختلاف میان مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان

آخرین نهادی که پیش از توشیح رئیس‌جمهور در فرایند قانونگذاری قرار می‌گیرد، مجمع تشخیص مصلحت نظام است. مجمع مرجع حل اختلاف میان شورای نگهبان و مجلس شورای اسلامی است.

برخی معتقدند که مجمع اصولاً نمی‌تواند صرفاً براساس موازین اسلامی تصمیم‌گیری کند، چراکه مرجع تشخیص شرعی بودن مصوبات وفق اصل ۴ قانون اساسی، فقهای شورای نگهبان است. درحالی‌که مطابق یک دیدگاه، مجمع در جایگاه بالاتر از این شورا قرار دارد. مجمع باید برای تأمین مصلحت عام مردم و کشور فارغ از دغدغه‌ی شرعی بودن، تصمیم‌گیری کند، بنابراین تنها ملاک مجمع، مصلحت نظام و مردم خواهد بود (زارعی، ۱۳۸۳: ۳۲۴). البته به‌نظر می‌رسد تصمیم مجمع تشخیص در این خصوص لزوماً به‌منزله‌ی برتری مجمع نسبت به شورای نگهبان نیست، بلکه هر دو نهاد از جایگاه و صلاحیت‌های متفاوت در قانون اساسی برخوردارند.

قانونگذار اساسی با به‌کار بردن تمام دقت خود و صرف وقت بسیار در تصویب اصل ۴ کوشید تا اجرای این اصل را در نظام جمهوری اسلامی حتمی کند. بنابراین هر گونه تفسیری برخلاف این اصل، خلاف ظاهر قانون و خواست و خط‌مشی مقنن اساسی است. علاوه‌بر این شورای نگهبان ضمن نظریه‌ی تفسیری برخلاف چنین برداشتی از وظایف مجمع اعلام می‌دارد: «مطابق اصل چهارم قانون اساسی مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام نمی‌تواند خلاف موازین شرع باشد و در مقام تعارض نسبت به اصل قانون اساسی مورد نظر مجلس شورای

اسلامی و شورای نگهبان (موضوع صدر اصل ۱۱۲) و همچنین نسبت به سایر قوانین و مقررات دیگر کشور، مصوبه‌ی مجمع تشخیص مصلحت نظام حاکم است» (نظریه‌ی تفسیری شورای نگهبان به شماره ۴۵۷۵ مورخ ۱۳۷۲/۳/۳). این شورا در توضیح «خلاف موازین شرع» بیان می‌دارد: «منظور از "خلاف موازین شرع" آنست که نه با احکام اولیه‌ی شرع سازگار باشد و نه با احکام عناوین ثانویه و در این رابطه صدر اصل ۱۱۲ به مجمع تشخیص مصلحت تنها اجازه‌ی تعیین تکلیف به لحاظ عناوین ثانویه را داده است» (نظریه‌ی تفسیری شورای نگهبان به شماره‌ی ۴۸۷۲ مورخ ۱۳۷۲/۴/۲۰). مطابق با این نظریه‌ی تفسیری، مجمع می‌تواند براساس عناوین ثانویه تصمیم‌گیری کند که خود از موازین اسلامی محسوب می‌شوند. همچنین قانونگذاری ابتدایی (خارج از چارچوب اصل ۱۱۲)، تصویب قواعد دائمی و غیرموقت و ورود به موضوعاتی که شورای نگهبان آن را در صلاحیت مجمع نمی‌داند، از دیگر محدودیت‌های مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام است (فتاحی زفرقندی، ۱۳۹۳: ۳۱-۴۰).

۳. تطبیق فرایند قانونگذاری با نظریه‌ی قانونگذاری به‌مثابه‌ی

برنامه‌ریزی

۱-۳. موارد انطباق

۱- فرایند قانونگذاری در نظام جمهوری اسلامی ایران مانع از ورود قوانین خلاف موازین اسلامی به نظام حقوقی است. نظارت شورای نگهبان بر عدم مغایرت مصوبات مجلس با احکام اولیه و عمل مجمع تشخیص مصلحت نظام براساس احکام ثانویه این مهم را تحقق می‌بخشد.

۲- پذیرش نظریه‌ی ولایت مطلقه‌ی فقیه در اصل ۵۷ و اختیارات قانونی رهبر در اصل ۱۱۰ همچنان اعمال نظارت بر قانونگذاری را برای ولی فقیه شناسایی کرده است.

۲-۳. موارد تمایز

سازوکار قانونگذاری در نظام جمهوری اسلامی ایران با مراحل قانونگذاری به‌مثابه‌ی برنامه‌ریزی برای اجرای احکام اسلامی منطبق نیست. بدیهی است تمایز میان نظریه‌ی مختار و فرایند کنونی که در قانون اساسی پیش‌بینی شده است، سبب بروز ایرادات متعدد می‌شود که در مبحث بعد مطرح خواهد شد.

براساس نظریه‌ی قانونگذاری به‌مثابه‌ی برنامه‌ریزی برای اجرای احکام اسلامی، در مرحله‌ی اول خداوند به‌عنوان یگانه مرجع صالح، احکام را تشریع می‌کند؛ در مرحله‌ی دوم، مجتهد با به‌کارگیری تخصص خود، این احکام را از منابع استخراج می‌کند. قوانین شارع که توسط فقها از

منابع استخراج می‌شود، به‌طور مستقیم در حکومت اسلامی قابل اجرا نیست، لذا در این مرحله، ضرورت دارد تا برای اجرایی ساختن قوانین الهی، نهادی طراحی شود. بنابراین مجلس در مرحله‌ی سوم براساس فتاوی‌ مستخرجه و نیاز جامعه‌ی اسلامی به قوانین، در چارچوب قوانین اسلام پاسخ می‌دهد (منتظری، ۱۳۸۴، ج ۳: ۱۲۱-۱۲۲). در این مقام، فتوایی که مجتهدان صادر می‌کنند، به‌عنوان منبع قانونگذاری به‌کار می‌روند و ترسیم خطوط براساس آن صورت می‌گیرد.

از یک سو مطابق نظریه‌ی مذکور، اساساً برنامه‌ریزی برای اجرای احکام الهی زمانی معنا می‌یابد که استخراج این احکام از منابع اسلامی انجام گرفته باشد، این در حالی است که در نظام حقوقی ایران، فقه تصریحاً به‌عنوان منبع قانونگذاری معرفی نشده است و مجلس نیز تکلیفی در این خصوص برای خود نمی‌شناسد. از سوی دیگر، مطابق مبانی مندرج در فصل اول و به‌ویژه اصل ۴ قانون اساسی، تمامی قوانین و مقررات لزوماً باید مطابق با موازین شرعی باشند و از این نظر، قدر متیقن این است که فقه نه‌تنها به‌عنوان یک منبع حقوقی در نظر گرفته می‌شود، بلکه به‌عنوان یک منبع معیار شناسایی شده است، هرچند در تعاریف و دسته‌بندی قوانین و مقررات در آثار نویسندگان، کمتر به آن توجه شده است. بنابراین دغدغه‌ی مجلس شورای اسلامی، شناسایی احکام الهی و چگونگی اجرای آن نیست، بلکه پاسخگویی به نیاز جامعه است و تنها می‌کوشد تا مصوبات مغایر با احکام اسلامی صادر نکند تا نظر شورای نگهبان تأمین شود. بنابراین نظارت فقهای شورای نگهبان که جریان اجتهاد در قوه‌ی مقننه خوانده می‌شود، نظارتی پسینی و منفعلانه است که هیچ شباهتی با مرحله‌ی دوم قانونگذاری در نظریه‌ی مختار ندارد.

۳-۳. انتقادات وارد بر فرایند قانونگذاری در نظام جمهوری اسلامی ایران

عدم انطباق فرایند قانونگذاری بر نظریه‌ی مذکور، اشکالات ذیل را سبب شده است. در این قسمت انتقادات مطرح‌شده در فرایند قانونگذاری در نظام جمهوری اسلامی ایران بررسی می‌شود و مسائلی مانند تقدم قانونگذاری بر امر اجتهاد، عدم پیش‌بینی سازوکار لازم برای ورود احکام اولیه به حوزه‌ی حقوق و تقلیل ساحت اجتهاد به اجتهاد تطبیقی، بررسی خواهد شد.

۳-۳-۱. تقدم قانونگذاری بر اجتهاد

بزرگ‌ترین انتقاد وارد بر نظام قانونگذاری کنونی، بزرگ‌ترین شقاق این نظام با نظام مطلوب است. با وجود تأخر مرحله‌ی قانونگذاری (برنامه‌ریزی) از اجتهاد در مبنای قانونگذاری به‌مثابه‌ی برنامه‌ریزی در نظام کنونی، قانونگذاری مقدم بر اجتهاد است، این در حالی است که در دوران غیبت امام معصوم (عج) قانونگذاری در حکومت اسلامی باید مبتنی بر اجتهاد باشد، در غیر این صورت، نیاز جامعه به اجرای قوانین الهی به‌عنوان یکی از اصلی‌ترین وظایف نظام سیاسی مبتنی بر شریعت اسلام پاسخ داده نمی‌شود (کعبی، ۱۳۹۴: ۱۷).

اصول عقیدتی و عملی اسلام که براساس کتاب و سنت است، در رأس نظام اسلامی قرار دارد و همه چیز باید از این قله سرازیر شود (حسینی بهشتی، ۱۳۵۸: ۴۷).

هرچند مراجع تقلید و مجتهدان عضو خبرگان قانون اساسی که در فرایند قانونگذاری جمهوری اسلامی حضور داشتند هیچ‌گاه به عدم تطابق این دو نظام اشاره نکردند. به‌طور مثال، در جریان طرح موضوع ارث زن از زمین در مجلس، آیت‌الله سبحانی ضمن تشریح دوباره‌ی نظریه‌ی قانونگذاری به‌مثابه‌ی برنامه‌ریزی و شأن مجلس شورای اسلامی در این امر مرقوم داشتند: «تحدید ارث زوجه از مسائل شرعی است که باید در آن، فقیهان اسلام نظر دهند، آنگاه مجلس برای اجرای این حکم، برنامه‌ریزی کند. همان‌طوری که تفکیک قوای سه‌گانه از اصول اساسی ما است، تفکیک این دو قلمرو نیز چنین است و آنچه بر عهده‌ی مراجع تقلید گذارده شده است، غیر از وظیفه‌ای است که بر عهده‌ی نمایندگان محترم است. به‌عبارت دیگر اقلیت و اکثریت در جایی معتبر است که مشروعیت آن را فقیهان امضا کرده باشند و آنگاه در اجرای آن به اکثریت آرا مراجعه می‌شود اما مسائلی که مربوط به خود شرع است، در آن‌جا اقلیت و اکثریت، فاقد اعتبار است و مسئله‌ی ارث زوجه از زمین و یا تساوی دیه‌ی زن و مرد، از مسائل فقهی است که باید در آن به فقها مراجعه کرد و از صلاحیت مجلس کاملاً بیرون است» (نامه‌ی آیت‌الله سبحانی به رئیس مجلس شورای اسلامی قابل دسترسی در: <http://hawzahnews.com/detail/News/۲۳۰۸۰۲>). بنابراین با وجود صلاحیت عام و اختیاری مجلس در امر قانونگذاری که در قانون اساسی به رسمیت شناخته شده، محدودیت‌های قابل توجهی نیز قابل مشاهده است، اما بی‌شک در نظام کنونی، تقنین مقدم بر اجتهاد تلقی می‌شود. حقوق‌دانانی که بی‌پروا مجلس را مرجع تعیین تکلیف در «حوادث واقعی» می‌پندارند (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۱: ۶۰۵-۶۰۶)؛ در واقع چیزی بیشتر از آنچه را که در این نظام می‌نگرند، بازگو نمی‌کنند.

تقدم قانونگذاری بر اجتهاد در نظام قانونگذاری فعلی سبب شده است که ورود احکام اولیه به حوزه‌ی حقوق وابسته به خواست مجلس باشد. مجلس شورای اسلامی به شهادت اصول قانون اساسی از صلاحیت عام و اختیاری قانونگذاری برخوردار است، به‌نحوی که می‌تواند از تقنین این احکام خودداری ورزد. این مهم در حالی است که تلاش مجتهدان در استخراج احکام از منابع اسلامی تنها زمانی ثمربخش خواهد بود که از طریقی در صحن علنی مجلس مطرح شود و وارد حقوق موضوعه گردد. در چنین فرضی، مجلس شورای اسلامی می‌تواند به‌عنوان مصداق نهاد برنامه‌ریز در اجرای احکام الهی تلقی شود.

بدیهی است نظام اسلامی حداقل نیازمند دو دسته از قوانین است؛ یکی قوانینی که فتاوایی در پاسخ به حوادث واقعی را که مستقیماً از شریعت اخذ شده است، برای اجرا آماده کند و به

زبان حقوقی درآوردند؛ دوم، قوانینی که به سبب بروز و ظهور ملاکات، حکم ثانوی مراحل تصویب را بگذرانند. در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تنها برای دسته‌ی دوم قوانین که البته قاعداً باید دایره‌ی تنگ‌تری از قوانین دسته‌ی اول داشته باشند، سازوکار تهیه، تدوین و تصویب پیش‌بینی شده است. اساساً در نظام جمهوری اسلامی ایران هیچ طریق مستقلی برای ورود احکام اولیه به صورت قوانینی که پیوسته توسط فقها و مراجع از اسلام استخراج می‌شود، وجود ندارد. این در حالی است که هدف از تشکیل حکومت در لسان بنیانگذار و متفکران این نظام، اجرای احکام شریعت عنوان شده است، اما چگونه ممکن است نقش احکام اولیه‌ی اسلام در این سازوکار، تنها نظارت بر قوانین مصوبه باشد.

۳-۲. تقلیل ساحت اجتهاد به اجتهاد تطبیقی

طبق اصل ۲ قانون اساسی، وحی نقشی اساسی در بیان قوانین دارد و راه آن اجتهاد است. این اجتهاد مستمر در قوه‌ی مقننه از طریق شورای نگهبان جامعه‌ی عمل می‌پوشد؛ هرچند برخی جایگاه فعلی اجتهاد در قانون اساسی را مؤثر می‌دانند (رجائی باغ سیائی، ۱۳۹۲: ۱۹). باید گفت در قوه‌ی مقننه به اجتهاد تطبیقی بسنده شده است و در این گونه موارد، اجتهاد فقیه تنها به دنبال پاسخ دادن به این پرسش است که آیا موضوع یا مصوبه برخلاف آموزه‌های شریعت اسلام است یا خیر؟ در این نوع اجتهاد، استنباط نقشی حداقلی دارد و تنها نقش آن بررسی عدم مغایرت مصوبات با شرع است (کعبی، ۱۳۹۴: ۲۱-۲۳). مشروعیت قوانین می‌تواند حداقلی یا حداکثری تحقق یابد و نظارت صرف احکام بر قوانین در سایه‌ی اجتهاد تطبیقی می‌تواند مشروعیت حداقلی را برای قوانین فراهم آورد و برداشت و اتخاذ قوانین و مقررات از موازین، اصول و احکام اسلامی در سایه‌ی استفاده‌ی حداکثری از اجتهاد مشروعیت حداکثری قوانین را در پی خواهد داشت. این امر را باید برداشتی متعالی از حقوق اسلامی دانست (درویش متولی، ۱۳۹۳: ۱۰-۱۱). بدیهی است ارتقای نقش اجتهاد در فرایند قانونگذاری پذیرفته شده در قانون اساسی با دفاع از لزوم مطابقت قوانین با موازین اسلامی ممکن نیست، زیرا بسیاری از مصوبات مجلس مستنبط از منابع شرعی نیست (درویش متولی، ۱۳۹۳: ۲۸) و به همین سبب، بیشتر مصوبات با موازین اسلامی مطابقت ندارد. نکته‌ی قابل توجه این است که اگر شورای نگهبان مطابقت با احکام را ملاک خود قرار می‌داد، بسیاری از مصوبات با قید عدم مطابقت برخورد می‌کردند و تقنین با مشکل مواجه می‌شد (درویش متولی و علم الهدی، ۱۳۹۳: ۱۷). بنابراین گسترش نقش فقهای شورای نگهبان به تشخیص مطابقت مصوبات با موازین شرعی ناممکن است و اساساً تقدم قانونگذاری بر اجتهاد، لزوماً تقلیل ساحت اجتهاد به اجتهاد تطبیقی را در پی خواهد داشت.

برخی این نگرش را مطابق با جامعیت دین می‌پندارند و از این منظر، کفایت عدم مغایرت قوانین با احکام دین، جامعیت را تأمین و حمایت می‌کند (خراسانی، ۱۳۹۲: ۵۱-۵۲). در مقابل کسانی که واقع‌بینانه به جریان قانونگذاری در جمهوری اسلامی ایران نگرستند، بر نقش منفعلانه‌ی فقه در این نظام اذعان می‌کنند. فقه در برخورد انفعالی با مسائل، تنها در نقش یک نظاره‌گر است یا نقشی مانعی را ایفا می‌کند و در برابر احکام صادرشده که برخوردار از جنبه‌های سلبی و تحریمی است، اعلام موضع می‌کند، به‌نحوی که در این فرض، فقه به حاشیه می‌رود (جهانگیری، ۱۳۸۷: ۹). از سوی دیگر نقش اسلام و شریعت در جامعه، هدایتگری است و این هدایتگری به انبیا و به‌تبع ایشان به علمای بیدار اسلام اختصاص دارد (خمینی، ۱۳۸۹، ج ۱۳: ۴۳۲). لازمه‌ی اعتقاد به جامعیت دین اسلام، اعتقاد به توان پاسخگویی فقه اسلامی به تمامی نیاز جامعه و بشر به قانون است. فقه اسلامی در نگرش فقه حکومتی «تئوری واقعی و کامل اداره‌ی انسان و از گهواره تا گور است» (خمینی، ۱۳۸۹، ج ۲۱: ۲۸۹). بنابراین فقه پویا که نقش زمان و مکان را در زمره‌ی قواعد استنباط حکم شرعی در نظر می‌گیرد، توانایی اداره‌ی حکومت را دارد. بر همین مبنا، تقلیل اجتهاد به اجتهاد تطبیقی در فرایند قانونگذاری، سبب زاویه گرفتن قانون از فقه اسلامی می‌شود و به‌تدریج قوانین موضوعه از اهداف شریعت فاصله می‌گیرد و ممکن است قوانین دیگر هدایتگر جامعه، به سمت کمال نباشد (شریعتی، ۱۳۸۰: ۱۵۶-۱۵۷). بنابراین اکتفا به اجتهاد تطبیقی، محروم ساختن جامعه از احکام مترقی اسلام به‌عنوان احکامی واحد حول یک منظومه‌ی متحد است.

۳-۳-۳. ورود نظامات غیراسلامی مانند نظامات حقوقی، اقتصادی به نظام اسلامی

فرایند قانونگذاری توسط مجلس شورای اسلامی ایران که ابتکار عمل قانونگذاری را در اختیار نمایندگان مجلس قرار داده، حاصل این بیش این است که موضوعات جدید اقتصادی، سیاسی، اجتماعی و مانند آن، همه معلول مناسبات دوران مدرن است. بنابراین دین باید قهراً آن‌ها را بپذیرد و موضع خود را در برابر آن تعیین کند، درحالی‌که موضوعات جدید اغلب در ساختاری ویژه ایجاد می‌شوند که خود بر ایدئولوژی‌ها و باورهای خاصی مبتنی است (امینی، ۱۳۷۹: ۶۱). برخورد منفعلانه‌ی فقه در برابر این نظامات غیراسلامی با وجود نیاز جامعه به نظامات گوناگون اقتصادی، سیاسی، فرهنگی و مانند آن موجب ورود خواه‌ناخواه این نظامات به نظام اسلامی می‌شود. اگرچه جزء به جزء قوانین مغایرتی با احکام اسلام ندارد، ممکن است مجموعه‌ی این نظامات وارداتی در مغایرت با مقاصد و اهداف شریعت عمل کنند. قدر متیقن این است که ساختارهای یک نظام سیاسی می‌تواند ماهیت آن نظام را تحت تأثیر خود قرار

دهد و لازم است در حکمرانی علاوه بر محتوا، به ساختار مناسب نیز توجه شود. این فرض قابل تصور است که بهره‌مندی از ساختارهای وارداتی می‌تواند به ایجاد چارچوبی منتهی شود که محتوای درونی فقه را تحت تأثیر خود قرار دهد و به عرف تبدیل شود (کدخدایی و طحان نظیف، ۱۳۹۳: ۶۰). بر همین اساس و در راستای استقرار مبانی نظام جمهوری اسلامی ایران، ضرورت دارد تا ساختارهای متناسب با مبانی قانون اساسی نیز ایجاد شود.

۳-۴. عدم تحقق نظام‌سازی اسلامی

فرایند قانونگذاری کنونی مبتنی بر اجتهاد تطبیقی نه تنها از ورود نظامات غیراسلامی ممانعت نمی‌کند، بلکه نظام‌سازی اسلامی را نیز تحقق نمی‌بخشد، این در حالی است که تحقق همه‌جانبه‌ی شریعت نیازمند ساختار جامع و متوقف بر نظریه‌پردازی و نظام‌سازی در این زمینه است. چنین امری لاجرم وابسته به آن است که نقطه‌ی عزیمت و آغاز قانونگذاری اجتهاد و نتایج حاصل آن باشد (کعبی، ۱۳۹۳: ۵-۱۶).

نگاهی کلی به قوانین موضوعه بیانگر این حقیقت است که فقه به صورت جامع و نظام‌وار بر کلیت این قوانین اشراف ندارد و بسیاری از قوانین نیز اساساً مبتنی بر نگاه فقهی نگاشته نشده است (اکبری، ۱۳۹۲: ۳۶۷).

دین اسلام متشکل از احکام پراکنده و جزیره‌ای نیست، بلکه این دین داعیه‌دار اداره‌ی حکومت است و اداره‌ی حکومت و جامعه نیازمند نظام‌سازی است. دوری اسلام از مسند قدرت سال‌های متمادی سبب شکل‌گیری اجتهاد بر رویکرد فردی شد. امری که نگاه سیستمی و کل‌گرا به اسلام نداشت و در این بستر، احکام مستنبط از شریعت اسلامی در یک نظام قرار نمی‌گرفتند و اسلام به عنوان دینی نظام‌ساز و اداره‌کننده‌ی عرصه‌های اقتصادی، سیاسی، اجتماعی و مانند آن به جایگاه حقه‌ی خود نرسید. رشد جوامع اسلامی در قرون پنجم و ششم مبتنی بر استحصال نظامات گوناگون از احکام اسلام تحقق یافت و مسلمین با تکیه بر احکام اسلامی در تمامی زمینه‌های اجتماعی موفق شدند نظام نوینی را حاکم کنند و حقوقی کامل و مترقی را فراهم آورند که از بهترین نظام‌های حقوقی دنیا به‌شمار می‌رفت (مهرپور، ۱۳۷۴: ۳۱).

۳-۵. احساس نیاز بیش از پیش به احکام ثانویه

عدم تحقق نظام‌سازی اسلامی از یک سو و ورود نظامات غیراسلامی از سوی دیگر، خود علتی برای ایجاد مشکلی دیگر می‌شود. دین اسلام به عنوان نظامی به هم پیوسته اهدافی را دنبال می‌کند و هر یک از احکام آن در متن این نظام می‌تواند جزئی از اجزای نیل جامعه به مقاصد شریعت باشد. زمانی که نگاه جزیره‌ای به احکام اسلامی حاکم شود، فهم جایگاه آن در کلیت اسلام ناممکن می‌شود و همین امر نیاز بیش از پیش به احکام ثانویه را در پی خواهد داشت.

هنگامی که دین در نظامات گوناگون جامعه به منصفی ظهور نرسد و تمامی احکام آن به‌عنوان اجزای این نظام اجرا نشود، تنگناهای بسیاری در مسیر حرکت جامعه ایجاد می‌شود که تنها راه گذر از آن، شکل‌گیری احکام ثانوی است.

اگرچه مبنای احکام حکومتی در مقام عدم تنفیذ احکام اولیه نیز مصلحت است، باید به این حقیقت توجه داشت که مصلحت و منفعت اصلی، اجرای احکام الهی است (جوادی آملی، ۱۳۸۱: ۱۰۲-۱۰۳). بنابراین بالاترین مصلحت‌گرایی تلاش برای تحقق احکام اسلامی است و باید دانست که مصالح بشری در دنیا و آخرت اساساً در پرتو احکام اسلامی محقق می‌شود، امری که فلسفه‌ی تشریع احکام را تشکیل می‌دهد (جوادی آملی، ۱۳۸۱: ۱۰۸-۱۰۹). بنابراین باید کوشید با تقدم اجتهاد بر تقنین و تحقق نظام‌سازی براساس دین اسلام، از تجویز مکرر احکام ثانوی و گذر از احکام اولی جلوگیری کرد و در این مسیر دچار تخصیص اکثر نشد.

۳-۳-۶. خطر عرفی شدن قوانین

سکولاریزه شدن دین و عرفی شدن احکام دینی در نتیجه‌ی قانونگذاری فعلی، امری است که برخی اندیشمندان خطر آن را گوشزد کرده‌اند (الشریف، ۱۳۹۳: ۵۴۷). «عرفی شدن فرایندی است که طی آن اهمیت و تأثیر امور اعتقادی، اخلاقیات و احکام دین در سطوح فردی و اجتماعی کاهش می‌یابد و نوعی رویکرد این‌جهانی به زندگی جایگزین رویکرد دینی می‌شود» (بستان (نجفی)، ۱۳۹۳: ۹۳). سکولاریزاسیون تمامی آموزه‌ها، دستورها و برنامه‌های دین را در سنجهی عقل و تجربه قرار می‌دهد و هر یک از این امور را که با عقل خود موافق نبیند، رد می‌کند. در این صورت مصلحت‌سنجی‌های عقل، ملاک قبول و رد دستورهای دین می‌شود و استناد به وحی الهی از ارزش ساقط می‌گردد. اگر عقل «داور نهایی در اخذ و رد جزء به جزء احکام و معارف اسلامی و دین باشد، در این صورت اخیر است که دین در حد پدیده‌ای عرفی و دنیوی پایین می‌آید» (کردفیر و زجایی، ۱۳۸۴: ۵۲).

در این فرایند، دین و دولت به‌تدریج با الزامات دوران مدرن منطبق می‌شوند که در این صورت از نقش دین و آموزه‌های دینی در زندگی فردی، نهادها، ساختارها و مناسبات اجتماعی کاسته می‌شود و آموزه‌های تجربی و عقلانی جایگزین آن می‌گردد (شفیعی سروستانی، ۱۳۸۵: ۱۴۲). محو تدریجی ملاحظات دینی در قوانین اساسی و عادی از شاخصه‌های این فرایند در حوزه‌ی اجتماعی است (شجاعی‌وند، ۱۳۸۱: ۱۵۱).

عرفی شدن قوانین معلول تقدم قانونگذاری بر اجتهاد است و این امر ورود نابسامان نظامات غیردینی و عرفی را که حاصل تجربیات دنیای غرب در توسعه‌ی مادی است، به حوزه‌ی قوانین هموار می‌سازد. در آن هنگام که مسیری برای نظام‌سازی براساس آموزه‌ها و

دستورهای دین پیش‌بینی نگردد و شأن اجتهاد که تنها طریقه‌ی این امر است در فرایند قانونگذاری در حد اجتهاد تطبیقی تنزل یابد، عرفی شدن قوانین پدیده‌ای است که از تحقق آن گریزی نخواهد بود. در تبیین این مسئله، می‌توان به قوانین مصوب در دوران سازندگی اشاره کرد که نقش احکام و دستورهای اسلامی در حوزه‌ی سیاستگذاری، قانونگذاری و برنامه‌ریزی کمرنگ شد و در مقابل مدل‌های توسعه‌ی غربی و تجربیات بعضاً شکست‌خورده در کشورهای دیگر مورد توجه بیشتری قرار گرفت (شفیعی سروستانی، ۱۳۸۵: ۱۴۲).

قانونگذاری تنها براساس نیازهای زمانه و نه براساس شریعت و داده‌های وحیانی، عامل اصلی عرفی شدن قوانین در نظام کنونی است. به گفته‌ی برخی دست‌اندرکاران اگر قید لزوم عدم مغایرت قوانین با موازین اسلامی در تأیید قوانین در قانون اساسی پیش‌بینی نمی‌شد و روند قانونگذاری همین مسیر را می‌پیمود، به‌جز در پنج یا ده درصد قوانین مصوب، اختلاف چشمگیری میان آن با قوانین به‌اصطلاح اسلامی کنونی مشاهده نمی‌شد. تا زمانی‌که شریعت مقدس، ابتکار عمل را در قانونگذاری در دست نداشته باشد و تنها به مانند پاسبانی اجازه‌ی ورود و خروج بدهد، این مدل توسعه‌ی عرفی است که الگوی پیشرفت کشور را تعیین می‌کند، درحالی‌که اگر در مدل توسعه‌ی دینی، امکان بروز و ظهور می‌یافت، خلأها و نواقص کنونی برطرف می‌شد. وام گرفتن از ساختارهای حقوقی غیردینی و وصله زدن آن به نظام اسلامی، اشکال عمده‌ی دیگری است که در این فرایند به‌وجود آمده است و تا زمانی‌که قانونگذار می‌کوشد تا نهادهای اسلامی در قالب ساختارهای عرفی نتیجه دهند، مشکلات و نواقص تقنین برطرف نخواهد شد (درویش متولی و علم‌الهدی، ۱۳۹۳: ۲۱-۲۲).

نتیجه‌گیری

آن دسته از علمایی که قانونگذاری به شکل امروزی آن را ممکن دانسته‌اند، مبانی فقهی و کلامی متعددی را برای آن مطرح کرده‌اند. از این میان علمای انقلابی معاصر و در رأس ایشان امام خمینی (ره) و علمای حاضر در مجلس خبرگان قانون اساسی ضمن طرح نظریه‌ی «قانونگذاری به‌مثابه‌ی برنامه‌ریزی برای اجرای احکام الهی» نظام قانونگذاری کنونی را پی ریختند. مطابق این نظریه قانونگذاری در حکومت اسلامی متشکل از سه مرحله است؛ در مرحله‌ی اول احکام از ناحیه‌ی خداوند تشریع می‌شود؛ در مرحله‌ی دوم این احکام توسط مجتهدان کشف می‌شود؛ و در مرحله‌ی سوم توسط مجلس برنامه‌ریز به حوزه‌ی حقوق وارد می‌گردد. نویسندگان بر این باورند که این مراحل به‌تمامه در فرایند موجود رعایت نشده است. مطالعه‌ی فرایند تقنین در نظام جمهوری اسلامی ایران از مرحله‌ی ارائه‌ی پیشنهاد از طرق گوناگون تا مرحله بررسی و تصویب پیشنهادها در مرحله‌ی دوم و نظارت بر مصوبات در

مرحله‌ی سوم و حل اختلافات میان مجلس و شورای نگهبان در مرحله‌ی آخر، این نکته را روشن می‌سازد که مجلس مقدم بر مجتهدان براساس نیاز جامعه و نه براساس احکام اسلامی قانون وضع می‌کند و مجتهدان شورای نگهبان تنها امکان نظارت پسینی و اجتهاد تطبیقی دارند و حق دخل و تصرف در مصوبه‌ی مجلس را ندارند. براساس آنچه گفته شد، تمایزی اساسی میان نظریه‌ی مذکور و فرایند کنونی وجود دارد و آن تقدم اجتهاد بر برنامه‌ریزی در نظام مطلوب و تأخر آن در نظام موجود است. این تمایز بنیادین سبب بروز اشکالاتی در نظام تقنین می‌شود. از جمله‌ی این ایرادات تقلیل ساحت اجتهاد به اجتهاد تطبیقی است. همچنین در این نظام، مسیری برای ورود انواع احکام اولیه به حوزه‌ی حقوق پیش‌بینی نشده است. علاوه بر آن تقدم برنامه‌ریزی سبب ورود نظامات غیربومی مانند نظام اقتصادی و حقوقی به نظام اسلامی می‌شود؛ بنابراین نظام‌سازی اسلامی از این طریق میسر نخواهد شد و در درازمدت خطر عرفی شدن قوانین نظام اسلامی را تهدید می‌کند.

یادداشت‌ها

۱. مؤلف در پایان‌نامه‌ی کارشناسی ارشد خود با عنوان «جایگاه نهاد قانونگذار در فقه حکومتی و نظام جمهوری اسلامی ایران» دفاع‌شده در سال ۱۳۹۵ در دانشگاه قم به تبیین این موارد مفصلاً پرداخته است.
۲. تبیین سه‌مرحله‌ای بودن قانونگذاری در اسلام را به‌طور مشخص می‌توان در کتاب‌های ذیل مشاهده کرد:
حکومت اسلامی در چشم‌انداز ما اثر آیت‌الله جعفر سبحانی تبریزی
و مبانی فقهی حکومت اسلام اثر آیت‌الله حسینعلی منتظری
۳. ن.ک: هاشمی، ۱۳۹۱: ۱۳۴.

منابع

۱. الشریف، محمد مهدی (۱۳۹۳)، منطق حقوق، تهران: شرکت سهامی انتشار، چ سوم.
۲. اکبری، کمال (۱۳۹۲)، فقه سیاسی و جمهوری اسلامی ایران، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه‌ی اسلامی، چ اول.
۳. امینی، علیرضا (۱۳۷۹)، «فقه و مسئله‌ی قانون»، بازتاب اندیشه، بی‌دوره، ش ۱۲، صص ۵۶-۶۱.
۴. بستان (نجفی)، حسین (۱۳۹۳)، «عرفی شدن در اندیشه‌ی علامه طباطبائی»، معرفت فرهنگی و اجتماعی، بی‌دوره، ش ۱۹، صص ۸۹-۱۱۲.
۵. پروین، خیرالله و فیروز اصلانی (۱۳۹۱)، اصول و مبانی حقوق اساسی، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چ اول.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶)، ترمینولوژی، تهران: کتابخانه‌ی گنج دانش، چ هجدهم.
۷. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۳)، فلسفه‌ی حقوق بشر، قم: مرکز نشر اسراء، چ چهارم.
۸. ----- (۱۳۸۱)، نسبت دین و دنیا: بررسی و نقد نظریه‌ی سکولاریسم، قم: مرکز نشر اسراء، چ اول.
۹. جهانگیری، محسن (۱۳۸۷)، «سرمقاله: فقه پویا»، الهیات و حقوق، بی‌دوره، ش ۲۷، صص ۱۲-۳.
۱۰. حسینی بهشتی، سید محمد (۱۳۹۴)، مبانی نظری قانون اساسی: گفتارهای حسینی‌ی ارشاد و مشهد به انضمام متن کامل قانون اساسی مصوب ۱۳۵۸، تهران، روزنه، چ دوم.
۱۱. خراسانی، رضا (۱۳۹۲)، «روش‌شناسی فقه حکومتی در سپهر اندیشه‌ی فقهی-سیاسی امام خمینی»، پژوهشنامه‌ی انقلاب اسلامی (دانشگاه همدان)، بی‌دوره، ش ۹، صص ۴۷-۶۸.
۱۲. داوری، محسن (۱۳۹۴)، ماهیت قانون (۳) قانون در جمهوری اسلامی ایران، گزارش مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، به شماره‌ی مسلسل ۱۴۷۰۳، قابل دسترسی در <http://rc.majlis.ir/fa/report/show/903008>
۱۳. درویش متولی، میثم (۱۳۹۳)، تحلیل و بررسی جایگاه و صلاحیت‌های شورای نگهبان، نظارت شورای نگهبان بر مصوبات مجلس، مطابقت یا عدم مغایرت؟، گزارش پژوهشی پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، به شماره‌ی مسلسل ۱۳۹۳۰۰۳۷، قابل دسترسی در <http://yon.ir/M36i>
۱۴. درویش متولی، میثم (۱۳۹۴)، «شرح مبسوط قانون اساسی، شرح اصل نودوچهارم و

- نودوپنجم قانون اساسی»، گزارش پژوهشی پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، به شماره‌ی مسلسل ۱۳۹۴۰۰۶۶، قابل دسترسی در <http://yon.ir/W94q>.
۱۵. درویش متولی، میثم و سید حجت‌اله علم‌الهدی (۱۳۹۳)، «تحلیل و بررسی جایگاه و صلاحیت‌های شورای نگهبان (گفتگو با آیت‌الله کعبی)»، گزارش پژوهشی پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، به شماره‌ی مسلسل ۱۳۹۳۰۰۰۵، قابل دسترسی در yon.ir/uFtfc.
۱۶. رجائی باغ سیائی، مهدی (۱۳۹۲)، «آشنایی با مفاهیم حقوق عمومی، بررسی مفهوم اجتهاد»، گزارش پژوهشی پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، به شماره‌ی مسلسل ۱۳۹۲۰۰۸۷، قابل دسترسی در <http://yon.ir/YyYy>.
۱۷. زارعی، محمدحسین (۱۳۸۳)، «(با تأملی در ماهیت حقوقی سیاست‌های کلی نظام) نظام قانونگذاری ایران و جایگاه مجمع تشخیص مصلحت»، راهبرد، بی‌دوره، ش ۳۴، صص ۳۲۰-۳۳۳.
۱۸. سیحانی تبریزی، جعفر (۱۳۸۵)، حکومت اسلامی در چشم‌انداز ما، قم: مؤسسه‌ی امام صادق (ع)، چ اول.
۱۹. ----- (۱۳۷۰)، مبانی حکومت اسلامی، ترجمه: داوود الهامی، قم: مؤسسه‌ی علمی و فرهنگی سیدالشهدا، چ اول.
۲۰. شجاعی‌وند، علیرضا (۱۳۸۱)، «بازشناسی عرفی شدن در دو تجربه‌ی مسیحی و اسلامی»، راهبرد، بی‌دوره، ش ۲۴، صص ۱۴۶-۱۷۷.
۲۱. شریعتی، محمدصادق (۱۳۸۰)، بررسی فقهی و حقوقی مجمع تشخیص مصلحت نظام، قم: بوستان کتاب قم، چ اول.
۲۲. شفیعی سروستانی، ابراهیم (۱۳۸۵)، قانونگذاری در نظام جمهوری اسلامی، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چ اول.
۲۳. فتاحی زفرقندی، علی (۱۳۹۳)، «شرح مبسوط قانون اساسی، شرح اصل یکصد و دوازدهم قانون اساسی»، گزارش پژوهشی پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، به شماره‌ی مسلسل ۱۳۹۳۰۱۵۱، قابل دسترسی در <http://yon.ir/ywb9>.
۲۴. قاضی شریعت‌پناهی، ابوالفضل (۱۳۸۰)، بایسته‌های حقوق اساسی، تهران: دادگستر، چ ششم.
۲۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، فلسفه‌ی حقوق، تهران: شرکت سهامی انتشار، چ اول، ج ۲.
۲۶. ----- (۱۳۹۲)، مقدمه‌ی علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، تهران: انتشار، چ نود.

۲۷. کدخدامرادی، کمال و ولی‌الله حیدرنژاد (۱۳۹۴)، «آشنایی با مفاهیم حقوق عمومی، بررسی مفهوم «قانون»»، گزارش پژوهشی پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، به شماره‌ی مسلسل ۱۳۹۴۰۱۳۹، قابل دسترسی در <http://yon.ir/۲MEe>.
۲۸. کدخدایی، عباسعلی و هادی طحان‌نظیف (۱۳۹۳)، «تأثیر ساختارهای حکومتی بر ماهیت نظام سیاسی از منظر عاملیت و ساختار»، فصلنامه‌ی دانش حقوق عمومی، ش ۱۰.
۲۹. کرد فیروز جایی، یارعلی (۱۳۸۴)، «عرفی شدن دین»، رواق اندیشه، بی‌دوره، ش ۴۲، صص ۴۰-۶۴.
۳۰. کعبی، عباس (۱۳۹۴)، «گفتارهایی در حقوق عمومی اسلامی، سیاست‌های کلی نظام، راهکار ارتقای نظام قانون‌گذار اسلامی»، علی فتاحی زفرقندی، علی بهادری جهرمی، گزارش پژوهشی پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، به شماره‌ی مسلسل ۱۳۹۴۰۱۳۷، قابل دسترسی در <http://yon.ir/u^ZV>.
۳۱. کعبی، عباس (۱۳۹۳)، «مبانی تحلیلی نظام جمهوری اسلامی ایران، تحلیل مبانی اصل چهارم قانون اساسی»، محسن ابوالحسنی، گزارش پژوهشی پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، به شماره‌ی مسلسل ۱۳۹۳۰۱۱۱، قابل دسترسی در <http://yon.ir/Ov1۲>.
۳۲. مدنی، سید محمود (۱۳۹۳)، احکام مصلحتی در فقه اسلامی، مشهد: بنیاد پژوهش‌های اسلامی، چ اول.
۳۳. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۸)، تفسیر نمونه، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چ چهل‌وسوم، ج ۳.
۳۴. منتظری، حسینعلی (۱۳۸۴)، مبانی فقهی حکومت اسلامی، دراسات فی ولایت الفقیه و فقه الدولة الاسلامیه، ترجمه و تنظیم: محمود صلواتی و ابوالفضل شکوری، قم: تفکر، بی‌چا، ج ۳.
۳۵. خمینی موسوی، روح‌الله (۱۳۸۹)، صحیفه‌ی امام، تهران: مؤسسه‌ی تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)، چ پنجم، ج ۱۱، ۱۳ و ۲۱.
۳۶. ----- (۱۳۷۷)، ولایت فقیه (حکومت اسلامی)، تهران: مؤسسه‌ی تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، چ هفتم.
۳۷. مهرپور، حسین (۱۳۷۴)، دیدگاه‌های جدید در مسائل حقوقی، تهران: اطلاعات، چ دوم.
۳۸. نظریه‌های تفسیری شورای نگهبان قابل دسترسی در <http://yon.ir/bzu۲>.
۳۹. هاشمی، سید محمد (۱۳۸۷)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: میزان، چ بیستم، ج ۲.

مفهوم قانونگذاری در آرای فقهی و حقوقی

سید محمدباقر صدر

سید علیرضا حائری*، حامد نیکونهاد**، حسین امینی پزوه***

چکیده

سید محمدباقر صدر از جمله فقهای معاصری است که در آثار خود به موضوع قانونگذاری، هم از حیث فقهی و هم از منظر حقوقی، توجه داشته است. پرسش این پژوهش آن است که آیا مفهوم قانونگذاری در حقوق و علوم سیاسی، در معنای شکلی و حداقلی، در آرای فقهی شهید سید محمدباقر صدر وجود دارد و در صورت وجود، حدود و قلمروش چیست. به منظور پاسخ به این پرسش، به روش توصیفی-تحلیلی، ابتدا مبانی فقهی او در این زمینه، به خصوص با تقسیم حکم به دو حکم شرعی و حکم حکومتی، مطرح شده است. پس از آن، مباحث حقوقی او در این موضوع، که شامل تأسیس نظری نهادهای سیاسی حاکمیتی است، با دو رویکرد اندامی و کارکردی بررسی و در پایان، پس از تبیین مفهوم قانونگذاری در معنای مدنظر، امکان وجودی آن در نظرهای فقهی و حقوقی سید محمدباقر صدر آزموده شده است. در نتیجه این مفهوم صوری قانونگذاری در مجموعه کارکردهای نهادهای سیاسی پیشنهادی او، در دو سطح خفیف و قوی، در دو قلمرو احکام شرعی مختلف فیه و احکام منطقة الفراغ، شناسایی شده است.

واژگان کلیدی: حکم شرعی، حکم منطقة الفراغ، سید محمدباقر صدر، قانونگذاری، نهاد سیاسی.

مقدمه

«قانونگذاری» از مفاهیم مهم علوم سیاسی و حقوق عمومی است. این واژه در فرهنگ غربی واژه‌ی بدیع و به عبارتی دقیق‌تر مدرن نیست و ادعا می‌شود در تمامی جوامع سیاسی و دولت‌ها در طول تاریخ به نحوی وجود داشته و موضوع بررسی فیلسوفان مختلف از یونان باستان تاکنون قرار گرفته است (Flores, ۲۰۰۵: ۲۷)، ولی طبیعی است به دلایل مختلف از جمله تغییر در جهان‌بینی و پیچیدگی جوامع سیاسی در دنیای مدرن، در کنار مفاهیم دیگری مانند دموکراسی، حاکمیت قانون و تفکیک قوا مفهوم جدیدی یافته باشد. اهمیت آن در سال‌های اخیر بیشتر نیز شده است، به طوری که آن را مرکز و محور توجهات نظریه‌ی حقوقی کنونی دانسته‌اند (Wintgens, ۲۰۰۷: ix). اما در منابع اسلامی و علوم اسلامی از جمله فقه امامیه، دانش‌واژگانی چون «تشریع» وجود دارد که در بادی امر متناظر با این مفهوم به نظر می‌رسد؛ چه اینکه در عربی نیز از این واژه به عنوان برگردان واژه‌ی «Legislation» در انگلیسی و فرانسوی یا «قانونگذاری» در فارسی استفاده می‌شود (کورنو، ۱۴۱۸ق، ج ۱: ۴۷۶؛ نخلی، البعلبکی و مطر، ۲۰۰۲م: ۵۱۰؛ سیاح، ۱۳۸۰، ج ۱: ۹۵۴). با این حال، لازم است مفهوم قانونگذاری را در حقوق، به گستره‌ی دانش فقه امامیه به عنوان منبعی بومی عرضه کنیم و امکان شناسایی آن را در قالب مفاهیم و معانی آن بسنجیم. شناسایی دقیق این مفهوم در فقه امامیه از حیث عملی نیز به سبب تأسیس نظام دینی جمهوری اسلامی ایران مهم است؛ چه اینکه امروزه از این اصطلاح در اسناد حقوقی بسیار استفاده می‌شود، ولی مفهوم آن به عنوان کارویژه‌ای سیاسی و حقوقی در حکومتی اسلامی به صورت دقیق روشن نیست. بنابراین، لازم است این مفهوم از منظر فقه امامیه به عنوان آبشخور فکری و عملی این نظام سیاسی بررسی شود.

هرچند در تراث فقهی امامیه می‌توان مطالبی پراکنده‌ای در مورد آنچه فی‌الجمله قانونگذاری می‌نامیم یافت، ولی مباحث منسجم‌تر در این موضوع در آثار فقه‌های اخیر، یعنی بعد از مواجهه‌ی فرهنگی-تمدنی با غرب قابل دستیابی است. در این زمینه، شخصیت و آثار علمی شهید آیت‌الله سید محمدباقر صدر از لحاظ مختلف اهمیت دارد. بعد علمی شخصیتش را می‌توان از جمله در مرجعیت، اصالت فقهی، جامعیت علمی، آشنایی با علوم مدرن غربی، به خصوص حقوق اساسی،^۱ توسعه و وارد کردن مباحث فقهی، به ویژه فقه سیاسی، به مباحث حقوقی و نهادسازی سیاسی، و تأثیر اندیشه‌هایش در تدوین قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران یافت (در تأیید این تأثیرپذیری، ن.ک: فضل‌ی، ۱۴۲۱ق: ۳۳۸؛ ملاط، ۱۹۹۸م: ۱۳۲). بعد سیاسی شخصیتش نیز به حمایت از امام خمینی (ره) در نهضت اسلامی و نظام جمهوری اسلامی، فعالیت حزبی و سیاسی، مبارزه با استبداد داخلی و استعمار خارجی و مانند آن بازمی‌گردد.

مجموعه‌ی این ویژگی‌ها محقق را در برابر فقهی بصیر به موضوعات جدید و آگاه به احکام قرار می‌دهد که بررسی آرائش ارزشمند است.

به‌رغم مطالب متنوعی که در مورد قانونگذاری در حقوق مطرح شده و برخی بیان شد، مسئله‌ی این پژوهش به‌عنوان اولین گام، عرض‌ی حداقلی‌ترین معنای این مفهوم در حقوق عمومی، یعنی معنای صوری آن، به اندیشه‌های فقهی سید محمدباقر صدر و سنجش امکان وجود چنین کارکردی در نظرهای اوست. مسئله‌ی این مقاله برخاسته از دوگانگی بین فقه و حقوق عمومی و با هدف جلوگیری از خلط مفاهیم و معانی آن دو و تعیین دقیق مرزهای میان آن‌هاست. حل این مسئله از مصادره‌ی یکی به نفع دیگری جلوگیری می‌کند. همچنین، بازبینی عمیق آثار فقهی فقهی چون شهید صدر را در پی دارد و موجب آشنایی بیشتر و کشف زوایا و نکات دیده‌نشده‌ی آن‌ها می‌شود. علاوه‌بر این در فهم نقاط قوت و رفع عیوب و نواقص احتمالی نظری و عملی آن راهگشاست. اگرچه پژوهش‌های متعددی در زمینه‌ی قانونگذاری در آرای شهید صدر انجام گرفته،^۲ وجه امتیاز این پژوهش نسبت به پژوهش‌های مشابه با آن در این موضوع، رویکرد توأمان فقهی و حقوقی، به‌ویژه تحلیل آرای او از منظر حقوق اساسی است. بنابراین، این مقاله به‌دنبال پاسخ به این پرسش است که آیا مفهوم قانونگذاری در حقوق و علوم سیاسی، در معنای شکلی و حداقلی، در آرای فقهی شهید سید محمدباقر صدر وجود دارد و در صورت وجود، حدود و قلمروش چیست. به تعبیری دیگر، آیا کارکرد قانونگذاری که در علوم سیاسی و حقوق عمومی از آن بحث می‌شود، در اندیشه‌ی فقهی و حقوقی سید محمدباقر صدر قابل شناسایی است و در صورت امکان، مختصاتش چیست. به‌منظور مطالعه‌ی این امکان‌سنجی، با روش توصیفی-تحلیلی و با در نظر گرفتن دو لایه‌ی فقهی و حقوقی نظرهای او، ابتدا مباحث فقهی به‌عنوان مبنایی برای مباحث حقوقی با محوریت تفکیک بین دو دسته از احکام فقهی مطرح می‌شود. سپس، مباحث حقوقی‌اش به‌تفصیل با محوریت نهادسازی سیاسی-حقوقی در موضوع قانونگذاری بیان می‌شود. در نهایت، با بررسی این نظرهای فقهی و حقوقی، تحلیلی از آن به‌عمل می‌آید و به پرسش مقاله پاسخ داده خواهد شد.

۱. مبانی فقهی قانونگذاری

در این قسمت، به‌دنبال طرح آن دسته از مباحث فقهی شهید صدریم که در نگاه نخست به‌اجمال در موضوع قانونگذاری است. این مباحث، مبنایی برای مباحث حقوقی او در این زمینه است. به‌نظر می‌رسد، مطالبی که در خصوص یکی از تقسیمات احکام ارائه داده است، بیشترین ارتباط را با این موضوع دارد. این تقسیم برخلاف بسیاری دیگر از تقسیمات که به‌صورت دقیق در کتاب‌های اصولی بیان می‌شود، نه‌تنها در کتاب‌های اصولی صدر، بلکه در آثار اصولی دیگر

فقها و اصولیون نیز مطرح نشده است، ولی می‌توان پراکنده و در حاشیه‌ی بیان برخی مسائل، در آثار غیراصولی او مشاهده کرد. این تقسیم عبارت است از تقسیم احکام به احکام شرعی و احکامی که نامشان را احکام صادرشده در منطقه‌الفراغ می‌داند. او هر جا از احکام دسته‌ی دوم نام برده، آن را در مقابل احکام شرعی قرار داده و از طریق مقایسه‌ی آن دو، ویژگی‌هایی را برای هر یک بیان کرده است. مسئله‌ی مهم در این قسمت، ارائه‌ی شرحی منسجم درباره‌ی دوگانگی موجود بین این دو دسته احکام در آرای شهید صدر و احصای مجموعه‌ای از شباهت‌ها و تفاوت‌ها میان آن‌هاست تا به شناخت بیشترشان کمک کند. بنابراین، ابتدا به تعریف احکام شرع و سپس منطقه‌الفراغ می‌پردازیم و در نهایت، نسبت میان این دو را تبیین می‌کنیم.

۱-۱. احکام شرعی

شهید صدر در آثارش تعاریف و توضیحات متعددی از احکام شرعی ارائه داده و ویژگی‌هایی برای آن‌ها برشمرده است. او در کتاب‌های اصولی، «حکم شرعی» را با خطابات شرعی متفاوت دانسته است و می‌گوید: «حکم شرعی، تشریع صادرشده از سوی خدای متعال برای تنظیم زندگی انسان است و خطابات شرعی در کتاب و سنت، آشکارکننده و کاشف آن است و نه خود حکم شرعی (صدر، ۱۴۱۰ق: ۱۰۴ و ۱۴۲۱ق[الف]: ۶۳)». در جایی دیگر، «شریعت» را به‌همراه عقیده، جزئی از دین اسلام دانسته است و در تعریف آن می‌گوید: «مجموعه‌ی قوانین و مقرراتی است که رسول خدا (ص) برای تمام [ابعاد] زندگی انسانی اعم از فکری، روحی و اجتماعی در قالب‌های مختلف اقتصادی، سیاسی و غیر آن آورده (صدر، ۱۴۲۸ق[الف]: ۲۴۴)». و نیز «احکام شریعت اسلامی مقدس» را از زاویه‌ای دیگر، «احکام ثابتی» دانسته «که در شریعت با دلیلی از دلایل چهارگانه‌ی کتاب، سنت، اجماع و عقل بیان شده است. در این احکام هیچ تبدیل و تغییری جایز نیست، زیرا دارای ساخت معین و شامل برای همه‌ی شرایط و احوال است و چاره‌ای جز اجرای آن‌ها بدون تصرف نیست (صدر، ۱۴۲۸ق[الف]: ۲۶۳)».

آنچه او در بسیاری آثارش بیان کرده و از تعاریف و توضیحات یادشده به‌خصوص بیان اخیر او نیز مستفاد است، جامع و شامل بودن این احکام بر تمام جوانب، شرایط و احوال زندگی است. این مفاد را می‌توان در کتاب‌های اصولی او با پذیرش قاعده‌ی «نفی خلو» مشاهده کرد که آن را برگرفته از آیات و روایات دانسته و معتقد است هیچ واقعه‌ای خالی از حکم شرعی نیست (صدر، ۱۴۲۱ق[ب]: ۱۷۹).

این احکام از سوی خدا بر پیامبر (ص) نازل شده و او بنابر شأن نبوت و ابلاغ به بیان آن‌ها پرداخته است (صدر، ۱۴۲۴ق: ۴۴۴). در دوره‌ی غیبت نیز بیان احکام شرع حق و تکلیف

کسانی است که از نظر علمی به درجه‌ی اجتهاد و از حیث رفتار و صفات به درجه‌ی عدالت رسیده باشند. از این عمل مجتهد عادل به افتا تعبیر می‌شود. این امر ممکن است از طریق یک یا چند مجتهد عادل انجام شود که در فرض تعدد، دولت حق الزام مسلمانان به تبعیت از مجتهد واحدی ندارد (صدر، ۱۴۲۸ق[الف]: ۲۶۷).

دو مورد از چهار مأموریت دولت اسلامی را در مقابل احکام شرع، بیان و اجرای آن‌ها دانسته است (صدر، ۱۴۲۸ق[الف]: ۲۵۶-۲۵۷). با این حال، نکته‌ی مهم آن است که بیان احکام یا افتا از شئون حاکمیت بر امت نبوده و داخل در صلاحیت دولت از حیث دولت بودن نیست (صدر، ۱۴۲۸ق[الف]: ۲۶۶).

او در کتاب‌های اصولی خود از احکام شرع تقسیم‌بندی‌های متعددی ارائه داده است (ن.ک: صدر، ۱۴۲۱ق[ج]: ۲۲-۲۷). تقسیمی که در این پژوهش ثمربخش است و می‌تواند مبنایی برای مباحث حقوقی او باشد، تقسیمی است که در برخی دیگر از آثار فقهی و اجتماعی او آمده که شامل احکام دارای وضوح فقهی که در آن از سوی مجتهدان یک فتوا بیشتر نیست و احکامی است که در آن فتواهای مختلفی در موضوعی واحد هست (صدر، ۱۴۰۳ق[الف]: ۱۰). هرچند این تقسیم بر مبنای اجماعی یا مختلف‌فیه بودن آرای فقیهان در حکم یک موضوع است و به‌ظاهر در فقه کاربردی نیست، در مباحث حقوقی او در زمینه قانونگذاری اثرگذار است.

۲-۱. احکام منطقة الفراغ

منطقة الفراغ عنوانی است که برای اشاره به قلمرو خاصی از هنجارهای دینی به‌کار می‌رود و به تبعیت از آن، احکام این حوزه نیز احکام منطقة الفراغ نامیده می‌شود. او از این احکام تعاریف مختلفی ارائه داده است. در برخی آثار، از آن‌ها با عنوان «تعالیم» یا «قوانین» یاد کرده است و در تعریف آن می‌گوید: «قوانین متغیری است که با تغییر شرایط دولت تغییر می‌یابد و منشأ دگرگونی در آن‌ها آن است که به‌صورت مستقیم و در قالب نصوص معین در شریعت نیامده و تنها در پرتو شرایط و احوالی که قابل تغییر و تبدیل است، از احکام شریعت استنباط می‌شود (صدر، ۱۴۲۸ق[الف]: ۲۶۳).»

احکام منطقة الفراغ با توجه به تغییرپذیری و در نتیجه موقتی بودن، برای پوشش جنبه‌های متغیر زندگی است (صدر، ۱۴۲۴ق: ۸۰۰). او نه‌تنها وضع آن‌ها را جزء نیازمندی‌های دولت اسلامی می‌داند، بلکه صدور آن‌ها را، برخلاف بیان احکام شرع، از امور حاکمیتی به‌حساب می‌آورد (صدر، ۱۴۲۸ق[الف]: ۲۶۶). او تصمیم‌گیری در این حوزه را بنابر آیه‌ی ۵۹ سوره‌ی نساء از اختیارات ولی‌امر دانسته است (صدر، ۱۴۲۸ق[ب]: ۱۴۸). ولایت امر از نظر او متعلق به مجتهد مطلق و برخوردار از سایر شرایط شرعی است که دارای ولایت عامه است (صدر، ۱۴۰۳ق[هـ]:

۱۱۴-۱۱۵). وی از آیه‌ی یادشده قلمرو منطقة الفراغ یا محدوده‌ی صدور احکام این حوزه توسط اولی‌الامر را نیز برداشت می‌کند. این قلمرو «شامل هر فعل مباح از نظر شرعی است. بنابراین، هر فعالیت و عملی که در آن نص تشریعی بر حرمت یا وجوب وارد نشده باشد، این اجازه به ولی‌امر داده می‌شود که به آن عمل، صفت ثانویه‌ای اعم از امر به آن یا نهی از آن بدهد (صدر، ۱۴۲۴ق: ۸۰۴)». بنابراین، قلمرو صدور این احکام مواردی است که حکم شرعی آن مباح (بالمعنی الاخص)، مکروه و مستحب است و ولی‌امر می‌تواند حکم الزامی دیگری در آن صادر کند.

با توجه به این تعاریف و ویژگی‌ها و مقایسه با تعاریفی که سایر فقها از مطلق حکم (در مقابل فتوا) داده‌اند و امروزه بیشتر به حکم حکومتی مشهور است،^۳ می‌توان احکام منطقة الفراغ را منطبق با این دسته از احکام دانست.

۳-۱. نسبت احکام شرعی و احکام منطقة الفراغ

مقایسه‌ی احکام شرع و منطقة الفراغ در دو سطح قابل بررسی است؛ سطح اول را بنابر وجه غالب آن‌ها شکلی و سطح دوم را مادی (محتوایی) می‌نامیم. در قسمت نخست، بیشتر ویژگی‌های ذکرشده برای این احکام، و نه همه‌ی آن‌ها، مرتبط با شکل و صورت آن‌هاست که از این منظر این دو حکم از جهات مختلف قسیم یکدیگرند. اما در سطح دوم، از حیث مادی با یکدیگر شباهت‌هایی دارند که بیان آن‌ها نیز در کنار این تفاوت‌ها برای دفع برخی شبهات مقدر لازم است.

۱-۳-۱. تفاوت‌های شکلی

شهید صدر در آثارش پراکنده تفاوت‌هایی میان این دو حکم برشمرده است. این تفاوت‌ها از جنبه‌های مختلف و با ملاک‌های گوناگونی مطرح شده است. برخی از آن‌ها از تعاریف ذکرشده در قسمت قبل قابل برداشت بود که برای سهولت در مقایسه، مجدداً به صورت منقح بیان می‌شود. این تفاوت‌ها بیشتر جنبه‌ی فقهی دارد، درحالی‌که تفکیک میان این دو در حقوق اساسی نیز تأثیراتی دارد و دوگانگی‌هایی را موجب می‌شود که باید آن‌ها را آثار ناشی از این تفاوت‌های فقهی دانست که در بیان مباحث حقوقی او توضیح داده می‌شود.

الف- احکام شرع در قالب فتوا بروز می‌یابد و احکام منطقة الفراغ در قالب حکم؛

ب- مرجع بیان احکام شرع در دوره‌ی غیبت عموم مجتهدان‌اند، درحالی‌که مرجع صدور احکام منطقة الفراغ ولی‌امر (ولی فقیه) است؛

ج- پیامبر (ص) و ائمه (ع) بیان احکام شرع را از باب مبلغ بودن انجام می‌دهند و فقیه نیز از همین باب چنین می‌کند، ولی وضع احکام منطقة الفراغ به شأن ولایت امر و حاکم بودنشان بازمی‌گردد؛

د- احکام شرعی بیان‌شده از سوی مجتهدان تنها برای مقلدانشان الزام‌آورست و اجبار در تبعیت از مجتهد خاص صحیح نیست،^۴ ولی احکام منطقة الفراغ برای عموم؛

ه- احکام شرعی از سوی مرجع آن (مجتهدان) «بیان» می‌شود، درحالی‌که احکام منطقة الفراغ از سوی مرجع آن «وضع» می‌گردد؛

و- اطاعت از احکام شرع اطاعت مستقیم از خدا و مستند به عبارت «أطيعوا الله» در آیهی ۵۷ سورهی نساء است، درحالی‌که اطاعت از احکام منطقة الفراغ اطاعت از ولی‌امرست و به «أطيعوا الرسول و أولی الأمر منکم» در همان آیه برمی‌گردد؛

ز- اگرچه هر دو نوع این احکام جزء نیازمندی‌ها و مستلزمات دولت اسلامی است، بیان احکام شرع امری غیرحاکمیتی، ولی وضع احکام منطقة الفراغ حاکمیتی است؛

ح- احکام شرع احکام ثابتی است و ازاین‌رو در مکتب اقتصادی شهید صدر و نظریه‌های ذیل آن،^۵ از آن به‌عنوان «عنصرهای ثابت» یا «عنصرهای ساکن» یاد شده، درحالی‌که احکام منطقة الفراغ احکام متغیرند و به همین سبب، از آن‌ها با عنوان «عنصرهای متحرک» تعبیر کرده که هر یک به‌عنوان ابزارهای اقتصاد اسلامی در این نظریه‌ها و مکتب ارائه‌شده از سوی او دارای کارکردی مجزاست^۶ (صدر، ۱۴۲۴ق: ۴۴۴)؛

ط- احکام شرع مرتبط با جنبه‌ی اصلی و ثابت نیازهای انسانی شامل ترکیب اعضا و قوای عمومی انسان، دستگاه تغذیه، تولیدمثل، امکانات مربوط به ادراک و احساس و دیگر اشتراکات انسانی است؛^۷ اما احکام منطقة الفراغ مرتبط با نیازهایی است که به‌تدریج در زندگی انسان داخل می‌شود و با تجربه‌های زندگی و افزایش پیشرفت او رشد می‌یابد (صدر، ۱۴۲۸ق [ج: ۱۱۸-۱۲۲]).

ی- احکام شرع احکام جامعی است و همه‌ی وقایع را پوشش می‌دهد، لیکن قلمرو احکام منطقة الفراغ محدود به حوزه‌ای است که حکم الزام‌آور شرعی (واجب و حرام) ندارد و مباح بالمعنی‌الاعم است؛

ک- احکام منطقة الفراغ محدود به تنظیم روابط انسان با طبیعت است، که در طول زمان تغییر می‌کند، و نه روابط او با انسان‌های دیگر که تغییرپذیر نیست. در مقابل و مبتنی بر انگاره‌ی جامعیت احکام شرع، این احکام هر دو رابطه را در برمی‌گیرد (صدر، ۱۴۲۸ق [ب: ۱۴۷])؛

ل- احکام شرع مبتنی بر مصلحت منصوص است و اجتهاد در آن جایز نیست، ولی احکام منطقة الفراغ مبتنی بر مصلحت اسلامی غیرمنصوص و نیازمند اجتهاد است که نتیجه‌ی اجتهاد نباید منافاتی با نصوص کلی شریعت داشته باشد^۸ (صدر، ۱۴۲۸ق [الف: ۲۷۱]).

۱-۳-۲. شباهت‌های مادی

تفاوت‌های ظاهری مطرح‌شده بین این دو حکم به معنای تفاوت مادی و محتوایی بین آن‌ها نیست. این تفاوت‌ها بدین معنا نیست که ولی‌امر حق دارد در پرتو این اختیار هر گونه حکمی را که صلاح دید در منطقة الفراغ صادر کند. برعکس، لازم است محتوای آن‌ها با احکام شرع دارای

شباهت یا اشتراک باشند. اما کیفیت این شباهت مادی و اشتراک محتوایی با وجود تفاوت‌های یادشده بین آن‌ها ساده نیست و می‌بایست بدون کلی‌گویی در آرای او جست‌وجو شود. او در موارد متعددی به صورت کلی به این نسبت مادی اشاره کرده است. برای مثال، آن‌ها را مستنبط از احکام شریعت در پرتو شرایط و احوال دگرگون‌پذیر معرفی کرده یا همان اقتضای احکام شرعی در شرایط و احوال خاص دانسته است (صدر، ۱۴۲۸ق [الف]: ۲۶۳-۲۶۴).

مباحث منحصر به فرد او در این زمینه با عنوان شاخص‌های کلی برای پوشش منطقه الفراغ مطرح شده است. هرچند او این شاخص‌ها را در مقام بیان مکتب اقتصاد اسلامی ارائه داده است، ولی خصوصیت خاصی در آن نیست، بلکه قابلیت تعمیم دارد و می‌توان آن‌ها را به عنوان سازوکاری برای صدور احکام منطقه الفراغ در نظر گرفت. مهم آن است که این شاخص‌ها را ریشه‌دار در عنصر ثابت (احکام شرع) می‌داند که بر مبنای آن، اصولی برای محدودسازی عناصر منعطف و متغیری که طبیعت هر دوره بدان نیاز دارد (احکام منطقه الفراغ)، فراهم می‌آید (صدر، ۱۴۰۳ق [ب]: ۳۹). این شاخص‌های مستخرج از احکام شرع، ابزاری است که ولی‌امر براساس آن مفاد احکام منطقه الفراغ را تعیین می‌کند. بنابراین، شاخص‌هایی مزبور بین این دو دسته احکام نقشی واسطه‌ای دارند.

شاخص‌های کلی یادشده از نظر او پنج مورد است. مورد اول سوگیری تشریع است که اهدافی است که از مجموعه‌ای از احکام منصوص در کتاب و سنت به دست می‌آید و شارع نسبت به تحقق آن‌ها اهتمام دارد و احکام منطقه الفراغ باید از آن‌ها حفاظت کند. شاخص دوم هدف منصوص برای حکم ثابت است که نشانه‌ای هدایتگر برای صدور احکام منطقه الفراغ است. سومین شاخص ارزش‌های اجتماعی است که اسلام بر آن‌ها تأکید دارد و نیز برخی مفاهیم در خصوص پدیده‌های اجتماعی است که اسلام آن‌ها را تفسیر کرده است. چهارمین شاخص رویکرد عناصر متحرک در زمان پیامبر (ص) و وصی او (ع) است. ایشان نیز در زمان حیاتشان از حیث حاکم بودن، چنین احکامی را با الهام از شاخص‌های کلی اسلام و روح اجتماعی و انسانی شریعت مقدس صادر کرده‌اند که دارای دلالت ثابتی است که می‌توان از آن، شاخصی اسلامی را تا جایی که مرتبط با طبیعت آن دوره‌ی خاص نباشد، استخراج کرد. آخرین شاخص اهدافی است که برای ولی‌امر در قالب نصوص کلی و احکام شرعی معین شده و او را مکلف به تحقق آن یا تلاش در جهت آن کرده است (صدر، ۱۴۰۳ق [ب]: ۴۱-۵۰).

با اوصاف یادشده، این دو حکم از نظر محتوا با هم دارای اشتراک‌اند. این اشتراک به حدی است که دادن صفت شرعی به احکام منطقه الفراغ را جایز می‌داند و می‌گوید: «وصف قوانین و تعالیم [= احکام منطقه الفراغ] به احکام شرعی وصف صحیحی است، هرچند احکامی وابسته به

شرایط‌اند؛ چراکه صفت شرعی و وجوب اجرا را شرعاً از احکام شرعی می‌گیرند که اقتضای آن‌ها را دارد (صدر، ۱۴۲۸ق[الف]: ۲۶۴).

۲. مباحث حقوقی قانونگذاری

مباحث حقوقی او در زمینه‌ی قانونگذاری، چنانکه خودش نیز اشاره کرده، مربوط به شاخه‌ی حقوق اساسی از علم حقوق است (صدر، ۱۴۰۳ق[الف]: ۱۷) و شامل مطالبی در مورد نهادهای سیاسی که در نظام سیاسی مطلوب برای ایران پس از انقلاب اسلامی تعبیه کرده است، می‌شود. او بنابر قول خویش درصدد ارائه‌ی مدلی مبتنی بر شریعت در فقه اسلامی بوده است و این را می‌توان از عناوینی که برای این دست از مباحثش انتخاب کرده نیز دریافت.^۹ هرچند نهادهای نظری در اندیشه‌ی او مربوط به پیش از انقلاب اسلامی است، اندیشه‌ی فقهی او پس از پیروزی انقلاب، وارد مرحله‌ی جدیدی از تکامل شده و با جدیت بیشتری به نهادهای حقوقی-سیاسی بر مبنای آرای فقه‌پیش روی آورده است.

مباحث او در این زمینه از یک سو، شامل تعیین اندام‌هایی برای آن نهادها در قالبی پیشنهادی برای نظام سیاسی بعد از انقلاب است و از سوی دیگر، تعیین صلاحیت‌ها و اختیاراتی برای هر یک از آن اندام‌هاست که زمینه را برای تحلیل کارکردیشان فراهم می‌کند. نگاهی گذرا به سیر تاریخی آثارش نشان می‌دهد اولاً اعتقاد جدی به نهادینه کردن عناصر شرع به‌خصوص اختیاراتی که شریعت مقدس تعیین کرده، داشته و ثانیاً نهادهای را اولین بار در مورد صلاحیت‌های مرجعیت اسلامی که از آن با تعبیری چون مرجعیت رشدیافته یا مرجعیت صالح یاد می‌کند، بیان کرده است. این به‌دلیل اهمیت موضوعات مرتبط با مرجعیت در اندیشه‌ی اوست که موجب شده از زوایای مختلف به مطالعه‌ی آن بپردازد و نیز ریشه در اعتقادش به ولایت عامه‌ی فقیه دارد که دربردارنده‌ی همه‌ی اختیارات حکومتی است. طرح چنین نهادهایی در اندیشه‌اش براساس مبانی کلامی خاصی است که در آثارش مطرح کرده است. به‌صورت خلاصه، او بین برخی عناصر در اندیشه‌ی اسلامی از جمله خدا، شریعت و به‌خصوص مرجعیت و امت به‌نحو شایسته‌ای جمع کرده است. به‌اجمال، خدا را منبع همه‌ی قوا و دارای ولایت، شریعت را منبع قانونگذاری، امت را صاحب حق خلافت کلی و مرجع را ادامه‌دهنده‌ی خط انبیا و اولیا و شاهد و ناظر بر امت دانسته است (صدر، ۱۴۰۳ق[الف]: ۹-۱۶ و ۱۴۰۳ق[د]: ۱۷۲). در این‌جا، تنها به تبیین نهادهای سیاسی و آن هم حاکمیتی پرداخته و از میان کارکردهای متعددشان، فقط بر بخشی که مرتبط با موضوع مقاله‌ی حاضر، یعنی قانونگذاری است، تمرکز می‌شود.

مباحث حقوقی شهید صدر در موضوع قانونگذاری، چنانکه در تحلیل نهادهای سیاسی^{۱۰} در حقوق اساسی رایج است، می‌تواند با دو رویکرد اندامی^{۱۱} و کارکردی^{۱۲} مطالعه شود. از منظر نخست، اندام‌ها معرفی و روابط ارگانیکشان مشخص می‌شود و از منظر دوم، صلاحیت‌هایشان یا با نگاهی پسینی، کارکرد مستقل هر کدام تعیین یا تبیین می‌شود. بدین ترتیب، در این‌جا، ابتدا نهادهایی که در موضوع قانونگذاری تأسیس کرده است، بیشتر، از جنبه‌ی ساختی و بافت ظاهری بیان می‌شود. سپس، صلاحیت‌هایشان در مورد آنچه می‌توان به‌اجمال قانونگذاری دانست، به‌صورت موشکافانه و دقیق‌تر و در نسبت با هر یک از احکام شرع و منطقه‌الفراغ بررسی خواهد شد.

۲-۱. نهادهای حقوقی سیاسی مرتبط با قانونگذاری از حیث اندامی

نظر به اهمیت موضوع مرجعیت در آرای شهید صدر و نیز صلاحیتی که برای آن نهاد در امور مربوط به قانونگذاری قائل می‌شود، بررسی اندامی نهادهای مرتبط با قانونگذاری را از آن آغاز می‌کنیم. او در سطحی از بحث، نگاهی اثباتی به نهاد مرجعیت داشته و از طریق تمهید نظری اندام‌های مختلف برای آن، صلاحیت‌های آن را بیش از پیش نهادینه کرده است. او با آگاهی از اقتضائات دوران کنونی و با اندام‌سازی‌های جدید برای مرجعیت، نهادینه کردن آن را در ادامه‌ی فرایند تاریخی حرکتش به اوج رسانده است تا کارآمدی آن ارتقا یابد. این اندام‌سازی را با بهره‌گیری از ادبیات او می‌توان توسعه‌ی عمودی و افقی نهاد مرجعیت دانست. توسعه‌ی عمودی از طریق دستگاه عملیاتی، برنامه‌ریزی و اجرایی انجام می‌گیرد که بر مبنای شایستگی و تخصص و تقسیم کار شکل می‌گیرد و پوشش‌دهنده‌ی تمامی فعالیت‌های مرجعیت است و در پرتو اهدافی که برای مرجعیت برشمرده، عمل می‌کند. دستگاه پیشنهادی او جای دستگاه سابق را که به‌صورت ارتجالی و از اشخاصی که شرایطی خاص، آن‌ها را برای رفع نیازهای آنی گرد هم آورده بود، می‌گیرد. این اشخاص در دستگاه سابق با ذهن جزئی‌نگر و بدون اهداف معین و واضح عمل می‌کردند. دستگاه جدید او شامل کمیته‌های مختلفی در زمینه‌های آموزشی، پژوهشی، نیروی انسانی، روابط عمومی، نظارتی و مالی است (صدر، ۱۴۲۸ق[د]: ۴۶۴-۴۶۵).

اما گسترش افقی مرجعیت، آن را همچون محوری قوی قرار می‌دهد که صلاحیت‌های تمامی نمایندگان و منتسبان به او در دنیا به او برمی‌گردد. این امر از نظر او، جایگزین وضعیت فعلی می‌شود که به‌رغم انتساب تقریباً همه‌ی علمای شیعه به مرجعیت، در بسیاری موارد، این انتساب، نظری و شکلی است و محوریت مطلوب مرجعیت را ایجاد نمی‌کند. این توسعه با در اختیار داشتن مجلسی برای مرجعیت، برای اعمال صلاحیت‌هایش، محقق می‌شود. مبنای تأسیس نظری این اندام، که می‌توان آن را به‌صورت مستقل یک نهاد دانست، شاید در این نظر

او باشد که معتقد است هرچند شخص مرجع از سوی امام نیابت دارد، قالب اعمال این نیابت قائم به شخص در منابع دینی مشخص نشده، بلکه در پرتو اهداف و مصالح عمومی قابل تعیین است (صدر، ۱۴۲۸ق[د]: ۴۶۶). این مبنا را می‌توان حتی برای تأسیس دیگر نهادها و اندام‌های مدنظرش نیز صادق دانست؛ به این معنا که اصل صلاحیت‌ها در شرع بیان شده، ولی ساختار اعمال آن‌ها در هر دوره به‌حسب شرایط خاص آن دوره مشخص می‌شود.

مبنای مهم دیگرش در نهادینه کردن صلاحیت‌ها از طریق اندام‌سازی، این است که وجود چنین مجلسی عمل مرجع را از تأثیرپذیری و واکنش‌های احساسی سریع مصون می‌دارد و برعکس، به عمل او بُعد و امتداد واقعی بزرگی می‌بخشد. همچنین، موجب می‌شود همه‌ی نمایندگان مرجع به‌صورت تضامنی و همراه با مشارکت، مسئولیت‌های مرجعیت را از طریق آن مجلس انجام دهند. او مزایای این اسلوب را از مزایای اسلوب قبلی همچون سرعت تحرک، حفاظت اطلاعات و رخنه نکردن عناصر ناآگاه در سطح برنامه‌ریزی مرجعیت، بیشتر می‌داند. او مرجعیت اولی را مرجعیت فردی و شخصی و دیگری را مرجعیت عینی می‌نامد، زیرا معتقد است در چارچوب مرجعیت جدید، مرجعیت نه‌فقط یک شخص، بلکه یک شخص به‌همراه نمودی خارجی، یعنی همان مجلس و نیز دستگاهی است که به آن ضمیمه شده است. شخص مرجع است که می‌میرد، اما نمود آن ثابت است. این مجلس در منظومه‌ی نهادی او از نظر سازمانی به کمیته‌های یادشده منضم می‌شود (صدر، ۱۴۲۸ق[د]: ۴۶۶-۴۶۸). او اعضای این مجلس را که از سوی مرجعیت انتخاب می‌شوند، در پیش‌نویسی که در آستانه‌ی تدوین قانون اساسی ایران نوشته، تعیین کرده و شامل صدنفر از روحانیان فرهنگی، تعدادی علمای فاضل حوزه، تعدادی علمای فاضل وکیل و شماری از سخنرانان فاضل و نویسندگان و متفکران اسلامی دانسته است، به‌نحوی که تعداد مجتهدان کمتر از ده‌نفر نباشد (صدر، ۱۴۰۳ق[الف]: ۱۳). این مبنا همانی است که در علوم سیاسی و حقوق عمومی از ضرورت آن بحث می‌شود که همان خارج کردن قدرت قاهره، عام و بسیط سیاسی از حالت اولیه، مبتنی بر فرمان یک شخص و در نتیجه غیرشخصی شدن حکومت است که دست‌کم از طریق حاکمیت شکلی قانون^{۱۳} و نیز اشتقاق قدرت سیاسی و تقسیم افقی آن به عملکردهای مختلف از جمله قانونگذاری (تفکیک قوا)^{۱۴} و نیز توزیع عمودی آن از طریق تفکیک صلاحیت‌ها و دادن هر جزء به اندامی خاص (تمرکززدایی)^{۱۵} صورت می‌گیرد.^{۱۶}

اما اندامی که از نظر رتبی بر مجلس یادشده تأخر دارد، ولی از نظر شروع فرایند قانونگذاری بر آن مقدم است، مجلسی است که از آن به‌عنوان «مجلس حل‌وعقد» یاد کرده است. این مجلس در مقایسه با دیگری، از نظر کارکردی نیز ارتباط بیشتری با قانونگذاری دارد.

این ارتباط به‌حدی است که او اساساً اصطلاح قوه‌ی قانونگذاری را تنها برای این مجلس به‌کار برده است. اعضای این مجلس برخلاف مجلس قبلی، به‌صورت مستقیم از سوی امت انتخاب می‌شوند (صدر، ۱۴۰۳ق[الف]: ۲۰).

بنابراین، اندام‌های مرتبط با نهادهای سیاسی حاکمیتی در آرای او سه مورد است؛ اندام نخست شامل مجموعه‌ای از کمیته‌هاست، که از سخنان او برمی‌آید، که اقدامات آنان منحصر در امور حاکمیتی نیست و از نظر تشکیلاتی به مرجعیت وابسته است. اندام دوم، مجلس نخست است که به کمیته‌های نامبرده منضم می‌شود، اما طریق این انضمام و نوع رابطه‌ی ارگانیک میان آن‌ها در نظرهایش به‌وضوح مشخص نیست. این نهاد نیز از نظر تشکیلاتی به نهاد مرجعیت وابسته است و از حیث جایگاه سیاسی شأنی فراقوه‌ای دارد. در نهایت ارگان سوم، مجلس حل‌و‌عقد است که هرچند با نهاد مرجعیت و اندام‌های آن رابطه‌ی ارگانیک دارد، ولی از نظر کارکردی، به‌نحوی که می‌آید، با صلاحیت‌های آن مرتبط نیست. این مجلس همان قوه‌ی مقننه در اندیشه‌ی اوست که زیر نظر مجلس نخست فعالیت می‌کند، ولی می‌توان ادعا کرد که قانونگذاری بین دو اندام اخیر توزیع شده است که در قسمت بعد به‌تفصیل بیان می‌شود.

وجود این دو مجلس و دخالت هر دو در قانونگذاری، ذهن انسان را به سمت مقایسه‌ی این ترکیب نهادی با پارلمان‌های دورکنی در بعضی نظام‌های سیاسی می‌کشاند. باید توجه کرد که فارغ از توجه به کارکرد، این ساختار دورکنی و الگوی نهادی، چنانکه بیان شد، مبتنی بر مبانی کلامی خاصی است و با علل تاریخی و فلسفی وجود پارلمان دورکنی در نظام‌های دیگر متفاوت است. مجلس حل‌و‌عقد مجلسی است که از نظر جنبه‌های ساختی و بافت عضوی، مانند حضور نمایندگان منتخب، بروز و ظهور عنصر امت در اندیشه‌ی اوست، درحالی‌که مجلس دیگر از حیث چنین جنبه‌هایی، مانند انتصابی بودن نمایندگان، شرایط اعضا، یا جایگاه آن از حیث تفوق نسبت به مجلس دیگر، عینیت‌بخش عنصر مرجعیت در آرای اوست. این تفاوت، در کارکرد سیاسی این نهاد نیز مشاهده می‌شود که در ادامه می‌آید.

۲-۲. نهادهای حقوقی سیاسی مرتبط با قانونگذاری از حیث کارکردی

اگر رویکرد کارکردی را نیز بنابر دلایل پیش‌گفته از نهاد مرجعیت آغاز کنیم، لازم است سطح دیگری از نظرهای او در مورد مرجعیت را بیان کنیم. در این سطح، نگاهی تاریخی و توصیفی به این نهاد اجتماعی و سیاسی داشته و سیر تحولات آن را بیان و پیچیده‌تر شدن نهادی و کارکردیش را بررسی کرده است. او سیر تحول مرجعیت را به چهار مرحله تقسیم می‌کند؛ مرحله‌ی اول، مرحله‌ی ارتباط فردی و مستقیم مردم و مجتهدان در هر منطقه است که مردم از آنان استفتا کرده و ایشان فتوا می‌دادند که تا زمان علامه حلی ادامه داشته است.

مرحله‌ی دوم با مجاهدت شهید اول آغاز می‌شود که مرجعیت برخوردار از دستگاهی شامل وکلا و علمایی در لبنان و سوریه بوده است که با مردم نقاط مختلف ارتباط داشتند و زکات و خمس را نیز دریافت می‌کرده‌اند. مرحله‌ی سوم، مرحله‌ی تمرکز و محوریت بخشیدن به مرجعیت است که به دست کاشف‌الغطا و علمای معاصرش انجام می‌گیرد که برخلاف مرحله‌ی قبل، کل عالم تشیع را پوشش می‌دهد. مرحله‌ی چهارم، مرحله‌ی رهبری مرجعیت در مقابله با استعمار کافر در دوران اخیر است (صدر، ۱۴۲۸ق[هـ]: ۴۳۳-۴۳۵). بدین ترتیب، سیر تطور کارکردی نهاد مرجعیت به‌خوبی مشاهده می‌شود. از تعاقب این مراحل، تأسیس و گسترش نهاد مرجعیت متناسب با شرایط محیطی برای توانایی بر انجام فعالیت‌های حاکمیتی مشهود است. می‌توان ادعا کرد نهادینه کردن مرجعیت در طول تاریخ، با توجه به نقاط عطفی که او در تحلیل تاریخی خود ارائه می‌دهد، نهادسازی سیاسی در راستای اعمال حاکمیت بوده است. از این‌رو می‌توان نظره‌ایش در مورد نهاد مرجعیت و تشکیلات و کارکردهای آن در عصر جدید، که در قسمت قبل بیان شد، در ادامه‌ی این سیر، مرحله‌ی پنجم از مراحل مرجعیت در نگاه او دانست. اما آنچه در این پژوهش پس از تبیین کلی کارکرد نهاد مرجعیت مهم است، کارکرد خاص این نهاد و دیگر نهادهای مطرح در آرای شهید صدر، به‌صورت دقیق، در موضوع قانونگذاری است.

در این‌جا، ابتدا نهاد حقوقی قانون اساسی که در آرای او به آن توجه شده و در موضوع قانونگذاری اهمیت دارد، بررسی و سپس، وظایف اندام‌های یادشده در قسمت قبل، تنها در حوزه‌ی قانونگذاری تبیین می‌شود. مبانی فقهی پیش‌گفته در تقسیم احکام به دو نوع حکم شرعی و منطقة‌الفراغ و تقسیم درونی احکام شرعی به دو نوع حکم شرعی اجماعی و اختلافی، به‌وضوح آثار خود را در آرای حقوقی او نشان می‌دهد.

هرچند فرض وجود اندام برای نهاد قانون اساسی ممکن نیست، ولی به‌عنوان اعتباری انسانی در نظام سیاسی جایگاه خاصی دارد و اقتضائات رفتاری ویژه‌ای را ایجاب می‌کند. ظهور خارجی این نهاد در قالبی عینی، به‌خصوص با بازتعریفی که او از آن می‌دهد، منتفی است و در نهایت بخشی از آن می‌تواند مانند برخی حکومت‌ها در سندی مدون تجلی یابد. از این‌رو در این‌جا تنها کارکرد آن بررسی می‌شود. بازتعریف او از قانون اساسی در حکومتی اسلامی، به نحوی است که تأسیسی جدید در مقایسه با موارد مشابه آن قلمداد می‌شود. او فی‌الجمله احکام ثابت شرع را در حکومت اسلامی همان قانون اساسی آن دانسته و از احکام منطقة‌الفراغ با عنوان قوانین تعبیر کرده است (صدر، ۱۴۲۸ق[الف]: ۲۵۷) که می‌توان آن را متناظر با قوانین عادی و حتی سایر هنجارهای حقوقی مادون آن در ادبیات حقوقی رایج دانست. او از این طریق به

نهادینه کردن این دو دسته احکام مبادرت کرده است؛ به نحوی که می‌توانند با تفاوت‌هایی کارویژه‌هایی که این دو نهاد در نظام‌های سیاسی دیگر دارند، داشته باشند.

او منبع قانونگذاری را در جمهوری اسلامی شریعت اسلامی می‌داند؛ بدین معنا که قانون اساسی در این نظام از شریعت اقتباس و در پرتو آن سایر قوانین وضع می‌شود. او گاهی تمامی احکام جاودانه‌ی شرعی را به صورت مطلق همان قانون اساسی اسلامی می‌داند (صدر، ۱۴۲۸ق[الف]: ۲۶۴)، ولی گاهی از تفکیکی که پیش از این بین دو دسته احکام شرعی اجماعی و اختلافی بیان شد، استفاده‌ی عملی می‌کند و بین آن‌ها تفاوت‌هایی قائل می‌شود که نیازمند تحلیل است. احکام شرعی ثابت دارای وضوح فقهی مطلق، به یقین به اندازه‌ی ارتباطشان با زندگی اجتماعی، جزئی از قانون اساسی مدنظر اوست؛ چه صریحاً در سند آن به صورت منصوص آمده یا نیامده باشد (صدر، ۱۴۰۳ق[الف]: ۱۰)؛ اما در مورد احکام شرعی اختلافی، چنین صراحتی در بیان او نیست، مگر با توسل به اطلاق کلام نخست او در این زمینه، آن‌ها را هم جزئی از قانون اساسی به حساب آوریم. بنابراین، احکام شرعی با دو قید اجماعی بودن و ارتباط با زندگی اجتماعی، بی‌شک جزئی از قانون اساسی نظام جمهوری اسلامی است و طبیعتاً همان کارکرد را نیز از خود بروز خواهد داد.

در تعیین وضعیت احکام شرعی مختلف^{۱۱}، بار دیگر قید اجتماعی بودن را مطرح کرده است. بنابراین، اگر این احکام مربوط به حوزه‌های سیاسی، اقتصادی، جهاد و مانند آن باشد، حاکم موظف است از میان اجتهادها و فتاوای صادرشده، یکی را برگزیند و ملاک عمل قرار دهد. این عمل حاکم، از جمله مصادیق رعایت شئون امت بوده و بر او واجب است (صدر، ۱۴۲۸ق[الف]: ۲۶۷). او در رساله‌ای که در آستانه‌ی تدوین قانون اساسی ۱۳۵۸ جمهوری اسلامی ایران نوشته، با ادبیات حقوقی‌تری این نظر را تبیین کرده است. او در این زمینه می‌گوید، در مواردی که بیش از یک فتوا از شریعت موجود است و گزینه‌های متعدد هم‌عرض حاصل از اجتهاد مشروع وجود دارد، همه‌ی آن‌ها از نظر قانونی معتبر است، ولی مجلس حل‌و‌عقد که از سوی امت عمل می‌کند، در انتخاب یکی از اجتهادها در پرتو مصلحت عمومی وکالت دارد (صدر، ۱۴۰۳ق[الف]: ۱۰). با این توضیحات، اگر احکام شرعی اختلافی را نیز مبتنی بر برخی نظرهای او داخل در قانون اساسی فرض کنیم، باید به تغییرپذیریشان در مقایسه با احکام شرعی اجماعی و آثار آن توجه کنیم؛ چراکه مصلحت عمومی در زمان‌های مختلف متفاوت بوده و گاهی انتخاب بدیل دیگری را از بین فتاوای صادرشده در موضوعی خاص توسط مجلس حل‌و‌عقد لازم می‌سازد. با پذیرش این احکام در قلمرو قانون اساسی، برای تعیین کارکرد دقیق هر یک از دو حکم شرعی اجماعی و اختلافی، می‌توان از تفکیکی که بین

دو دسته قوانین اساسی در حقوق اساسی به عمل می‌آید، استمداد جست. قوانین اساسی در یک دسته‌بندی، از حیث تشریفات حاکم بر تجدیدپذیری و بازنگری، به دو دسته‌ی سخت (انعطاف‌ناپذیر) و نرم (انعطاف‌پذیر) تقسیم می‌شوند (قاضی، ۱۳۸۳: ۱۰۹). بر این مبنا، قانون اساسی پیشنهادی او خاصیتی دوگانه خواهد یافت و بخشی از آن سخت و بخش دیگر نرم است؛ بدین‌صورت که احکام شرعی اجماعی به‌دلیل تغییرناپذیری، بلکه ابدی بودن و اساساً مطرح نبودن تشریفات برای تغییر، قانون اساسی سخت به‌حساب می‌آید؛ اما احکام شرعی اختلافی به‌دلیل قابلیت بازنگری، بدون هیچ‌گونه تشریفات خاص، بلکه با همان تشریفات مخصوص تغییر قوانین عادی، که در ادامه می‌آید، قانون اساسی نرم به‌شمار خواهد آمد. مهم‌ترین اثر ترتب کارکرد قانون اساسی بر احکام شرعی اختلافی، لزوم تعارض نداشتن قوانین عادی با آن‌هاست. در ادامه، تحلیل و توضیح بیشتری در این زمینه می‌آید.

در سطحی پایین‌تر، نوبت به احکام مربوط به منطقة الفراغ و تعیین تکلیف نهادهای سیاسی مطرح‌شده از سوی شهید صدر در خصوص آن‌ها می‌رسد. گفته شد او این احکام را «قوانین» نامیده و آن را در مقابل قانون اساسی قرار داده است که بر مترتب بودن کارکرد قانون عادی بر آن‌ها دلالت دارد. وظیفه‌ی مجلس حل‌و‌عقد در مورد احکام منطقة الفراغ، بخشی دیگر از صلاحیت آن را در موضوع قانونگذاری مشخص می‌کند. او در این زمینه معتقد است، در مواردی که از سوی شریعت موضع قاطعی اعم از حرام یا واجب وجود ندارد (احکام منطقة الفراغ)، این مجلس صلاحیت دارد که به نمایندگی از امت آنچه از قوانین که صحیح می‌داند، براساس مصالح عمومی و به‌شرط تعارض نداشتن با قانون اساسی وضع کند (صدر، ۱۴۰۳ق[الف]: ۲۰). چنانکه پیداست، در تبیین صلاحیت این مجلس در حوزه‌ی این احکام به لزوم متعارض نبودن آن‌ها با قانون اساسی تأکید کرده است. این محدودیت در سایه‌ی مباحث فقهی او در خصوص قلمرو احکام منطقة الفراغ قابل تحلیل است؛ به این معنا که این احکام باید ساحت احکام شرعی الزامی (واجب و حرام) را رعایت کنند و در حدود احکام غیرالزامی شرع (مستحب، مکروه و مباح بالمعنی‌الاخص) باقی بمانند. احکام غیرالزامی شرع، اگرچه خود حکم شرعی‌اند، نمی‌توان آن‌ها را براساس نظر شهید صدر جزئی از قانون اساسی به‌حساب آورد؛ چراکه شرط ارتباط با امور اجتماعی (به معنای دقیق‌تر امور سیاسی) را ندارند. حوزه‌ی قانون حوزه‌ی بایدها و نبایدهای الزام‌آور یا به تعبیر فقهی برخی واجبات و محرمات است و همان‌طور که گزاره‌های اخلاقی صرف از این حوزه خارج است، احکام فقهی مستحب، مکروه و مباح نیز در آن جایی ندارد. هنجارهای حقوقی لازم‌الاجرا در عرصه‌ی اجتماع، یا از کاری نهی می‌کند یا به کاری فرمان می‌دهد. بنابراین، اگرچه احکام منطقة الفراغ در این حوزه با احکام غیرالزام‌آور شرعی تعارض پیدا می‌کند، تعارض با

قانون اساسی به‌شمار نخواهد آمد. همچنین، باید گفت در همان احکام الزامی شرع مرتبط با امور اجتماعی نیز تفاوتی بین احکام شرعی اجماعی و اختلافی نیست و احکام منطقة الفراغ باید حدود هر دو را حفظ کنند، چراکه هر دو از حیث شرعی بودن با هم مشترک‌اند. این نیز مؤید دیگری بر شمول عنوان قانون اساسی بر هر دو دسته احکام شرعی اجماعی و اختلافی است.

نظریات او در مورد صلاحیت مجلس دوم در موضوع قانونگذاری چندان واضح نیست و به نظر با مجلس حل‌و‌عقد همپوشانی دارد. او صلاحیت این مجلس را در این زمینه دو مورد دانسته است: تعیین موضع قانونی برای شریعت اسلامی و تصمیم‌گیری در مورد قانونیت یافتن [پیش‌نویس] قوانینی که مجلس حل‌و‌عقد برای پر کردن منطقة الفراغ تعیین می‌کند (صدر، ۱۴۰۳ق[الف]: ۲۱). صلاحیت نخست به‌ظاهر مربوط به احکام شرعی اختلافی و دومی بنابر تصریح او درباره‌ی احکام منطقة الفراغ است. از این بیان او چنین برداشت می‌شود که تصمیم‌های مجلس حل‌و‌عقد در این دو حوزه، تنها پس از تأیید مجلس دوم، به‌عنوان نهاد وابسته به مرجعیت، اعتبار قانونی می‌یابد.

طبیعتاً فهم کارکرد این دو مجلس با توجه به مبانی کلامی پیش‌گفته کامل‌تر و عمیق‌تر خواهد شد. عمل مجلس حل‌و‌عقد، به‌عنوان قوه‌ی قانونگذاری، مستند به امت به‌عنوان صاحب حق خلافت است که ناشی از منبع قوای حقیقی، یعنی خداست. از سوی دیگر، مجلس دوم به‌عنوان بازوی اعمال حاکمیت فقیه، وظیفه‌ای نظارتی در قانونگذاری بر عهده دارد.^{۱۷} بدین‌ترتیب، دو مجلس یادشده مجرای برای تجلی این عناصر به‌صورت ملموس در عینیت روابط سیاسی و حقوقی جامعه‌اند. به‌عبارت دیگر، می‌بایست صلاحیت‌های حقوقی این دو مجلس را در پرتو اصل خلافت امت و شهادت و نظارت مرجعیت در عصر غیبت تفسیر کرد.

۳. در جست‌وجوی مفهوم قانونگذاری

در این قسمت، به‌دنبال تحلیل نظرهای فقهی و حقوقی او در زمینه‌ی قانونگذاری هستیم تا از درون آن، مفهوم سیاسی-حقوقی قانونگذاری را در صورت وجود کشف و به‌عنوان یک کارکرد در بین نهادهای تأسیسی او شناسایی و قلمرو آن را مشخص کنیم. لازمی این امر ابتدا ارائه‌ی تبیینی دقیق از مفهوم قانونگذاری در علوم سیاسی و حقوق عمومی است. این تبیین نه به‌صورت کامل و همه‌جانبه، بلکه تنها از زاویه‌ای که در پژوهش حاضر اثرگذار است و برای مقایسه و نمایاندن تمایزها زمینه‌سازی می‌کند، انجام می‌گیرد. در این‌جا، این مفهوم در ابتدایی‌ترین و حداقلی‌ترین سطح معنایی آن، که به شکل و صورت و نه ماهیت توجه دارد، بیان و در مرحله‌ی بعد، نظرهای فقهی و حقوقی شهید صدر عرضه و امکان وجودی آن سنجیده می‌شود.

۱-۳. مفهوم قانونگذاری در حقوق اساسی

در حقوق و فلسفه‌ی حقوق، بیشتر، از مفهوم قانون بحث می‌شود و قانونگذاری اغلب به تبع تعریف قانون شناخته می‌شود. هدف ما در این‌جا بررسی کامل معنای قانون و سپس قانونگذاری نیست، بلکه به فراخور نیاز این پژوهش، مستقیماً مفهوم قانونگذاری را به میان گذاشته و آن را تنها از جنبه‌ی فاعل و مرجع، یعنی قانونگذار، تبیین می‌کنیم. وجود این جنبه، شرط لازمی برای اطلاق عنوان قانونگذاری بر عملکردی خاص و به عبارتی، قدر متیقن معنای این مفهوم در فرهنگ سیاسی و حقوق اساسی است. اکتفا به این جنبه‌ی بیشتر شکلی قانونگذاری، به مسئله‌ی مقاله برمی‌گردد که به عنوان اولین گام، در پی بررسی امکان قائل شدن به چنین کارکردی، در مضیق‌ترین معنا، در نظرهای شهید صدر است.

در حقوق اساسی در بحث از کارکرد حکومت، از عمل قانونگذاری به صورت کلی و به عنوان کارویژه‌ای مشخص سخن به میان می‌آید. کارکرد حکومت همان بروز حاکمیت است که از سوی قدرت سیاسی یکپارچه بر کلیت جامعه‌ی سیاسی اعمال می‌شود و در جلوه‌های گوناگون تجلی می‌یابد. ارسطو، لاک و منتسکیو هر یک بر مبنایی کارکردهای سه‌گانه‌ای را برای حکومت تعریف کرده و از جمله قانونگذاری را نام برده‌اند. قانونگذاری، اجرا و قضا، سه کارکردی است که بی‌شک از امتیازهای قدرت سیاسی است و اساساً تنها حکومت است که می‌تواند آن را اعمال کند (Oliva, ۲۰۰۹: ۳۲). این امر در جوامع سیاسی پیچیده‌ی امروزی، از طریق نهادهای سیاسی خاص که پس از نهادینه شدن قدرت و در راستای توزیع آن شکل گرفته‌اند، اعمال می‌شود. بنابراین، قانونگذاری تنها بر عملکردی قابل اطلاق است که از سوی قدرت سیاسی انجام می‌گیرد تا تضمینی بر اجرای آن باشد. بنابراین، قدر متیقن مفهوم قانونگذاری، هرچند در معنایی شکلی و صوری، صدور هنجار الزام‌آور از سوی حکومت است.

نکته‌ی دیگر درباره‌ی مفهوم قانونگذاری، به خصوص از حیث مرجع، آن است که به هر حال، قدرت سیاسی در همه‌ی اشکال خود چیزی غیر از عامل انسانی نیست. چه اینکه قانونگذار، فرد واحد، شورا، عموم مردم، نمایندگان آن‌ها در مجلس یا غیر این‌ها باشد، از نظر ماهیت انسان است. قانونگذار، منصرف از دیدگاهی که درباره‌ی هدف، منبع و مبنای قانون داریم، می‌بایست عاملی انسانی باشد. بنابراین، فارغ از اینکه منبع قانون را وحی، عقل یا طبیعت بدانیم، یا در مبنا و هدف قانون نظرهای گوناگونی داشته باشیم، به هر حال، منافاتی با انسان بودن مرجع قانونگذاری ندارد (راسخ، ۱۳۸۴: ۱۲۹-۱۳۲). به عنوان نتیجه می‌توان گفت قانونگذاری از نظر حقوقی عملی است که توسط قدرت سیاسی انجام گیرد که این قدرت، هرچند در اشکال و نهادهای مختلف حکمرانی کند، ولی به هر حال، به دست موجودی

انسانی است.

۲-۳. امکان‌سنجی مفهوم و کارکرد قانونگذاری حقوقی در آرای شهید صدر

بر مبنای معنای حداقلی مفهوم قانونگذاری، به امکان‌سنجی آن در آرای شهید صدر می‌پردازیم و این کارکرد را در میان کارکردهایی که وی برای نهادهای تأسیسی خود در نظر گرفته بود، شناسایی می‌کنیم.

ابتدا صلاحیت مجلسین در قبال احکام شرعی اجماعی بیان شد. از نظر او چنین برداشت می‌شود که این دو مجلس نسبت به این احکام هیچ‌گونه نقشی جز رعایت و التزام ندارند. این احکام از منظر او هنجارهایی حقوقی‌اند که در رأس سلسله‌مراتب دیگر هنجارها در نظام جمهوری اسلامی قرار دارند و تغییرناپذیرند. به همین دلیل، مسامحتاً به آن‌ها قانون اساسی سخت گفته شد، چراکه قوانین اساسی سخت امکان اصلاح دارند، ولی بازنگری در آن‌ها نیازمند تشریفات ویژه‌ای است، درحالی‌که تجدیدنظر در مورد این احکام، اساساً معنی ندارد. این احکام، چه در سندی مدون منعکس شوند یا نشوند، به هر حال، کارکرد قانون اساسی دارند. در مورد ویژگی‌های احکام شرعی، چه اجماعی و چه اختلافی، مطالبی بیان شد؛ از جمله اینکه مرجع واقعی آن‌ها خداست و مستقیماً منتسب به اویند. بنابراین، در مورد احکام شرعی اجماعی به‌عنوان بخشی از این احکام، هیچ‌گونه عملکردی از سوی نهادهای مدنظر او در لازم‌الاجرا کردنشان انجام نمی‌گیرد، تا بخواهیم قانونگذاری بودن یا نبودن آن را بسنجیم. این احکام از سوی خدا بر رسولش (ص) در برهه‌ی خاصی از تاریخ نازل شده و ابدی است، ولی این فرایند ارتباطی با قانونگذاری مصطلح نداشته، بلکه همانی است که از آن به «تشریع» یاد می‌شود. عملی هم که فقیهان در خصوص این احکام انجام می‌دهند، غیر از قانونگذاری است؛ چراکه هرچند عاملی انسانی در آن دخیل است، ولی اولاً تنها نقش واسطه‌گری و اخبار دارد و نمی‌توان آن را مرجع مستقلی دانست و ثانیاً این عامل لزوماً از قدرت سیاسی برخوردار نیست، بلکه عموم فقیهان می‌توانند در قالب فتوا به بیان این احکام بپردازند. از همین‌روست که شهید صدر هرچند این عمل را از نیازمندی‌های حکومت اسلامی دانسته، ولی به‌درستی از امور حاکمیتی خارج و در مورد آن از تعبیر «بیان» و نه «وضع» استفاده کرده بود. بنابراین باید گفت، بخشی از قانون اساسی مدنظر او موضوعه نیست، بلکه هنجارهای ثابتی است که در نهایت می‌تواند از طریق ارگان‌های یادشده به‌صورت مدون گردآوری و تدوین، و نه وضع، شود.

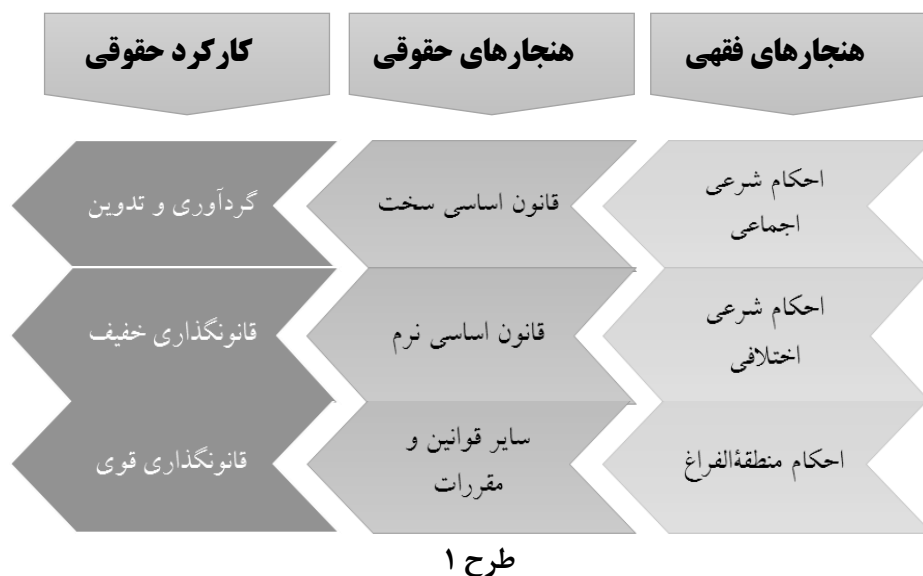
اما در مورد احکام شرعی اختلافی، نقش این دو مجلس کمی پررنگ‌تر است. گفته شد،

مجلس حل و عقد در چنین مواردی صلاحیت انتخاب یکی از فتوای بدیل صادر شده از سوی فقیهان را مبتنی بر مصلحت عمومی دارد. هرچند این احکام نیز احکامی شرعی است و به هر حال، مرجع واقعی آن خداست و فقیهان نیز تنها از آن اخبار می‌کنند، ولی نقش دو مجلس در خصوص آن‌ها قابل چشم‌پوشی نیست. زیرا این دو مجلس دو نهاد سیاسی برخوردار از قدرت سیاسی بوده و در این زمینه در مقام اعمال حاکمیت‌اند و همچنین، در هر دو، عامل انسانی تصمیم‌گیرنده است؛ بنابراین، می‌توان کارکرد آن را نسبت به این احکام از نظر سیاسی و حقوقی قانونگذاری دانست. این دو مجلس‌اند که مبتنی بر مصلحت عمومی، فتوای خاصی را از بین چند فتوای محدود به‌عنوان هنجار مصوب انتخاب می‌کنند و با تصمیم آن‌هاست که یکی از آن‌ها قانونی و برای عموم الزام‌آور می‌شود. طبیعی است که به مرحله‌ی پیش از تصویب مجلسین، یعنی استنباط این احکام از سوی فقیهان، به دلایلی که ذکر شد، نمی‌توان قانونگذاری اطلاق کرد. چنانکه تحلیل شد، این احکام را نیز می‌توان به‌دلیل کارکردی که در نظام سیاسی از حیث برتری بر قوانین عادی دارند، بخش دیگری از قانون اساسی دانست؛ هرچند تشریفات بازنگری در آن با قوانین عادی تفاوتی ندارد.

در مورد احکام منطقة الفراغ نیز به صلاحیت مجلسین اشاره شد. اگر در مورد احکام شرعی اختلافی، این شبهه بود که مرجع حقیقی آن خداست یا اینکه فقیهان بی‌بهره از قدرت سیاسی در استنباط و ابلاغ آن نقش دارند، در مورد این احکام این شبهات به‌کلی منتفی است؛ چراکه همان‌طور که از منظر شهید صدر گفته شد، این احکام مستقیم منتسب به ولی‌امزند که برخوردار از قدرت سیاسی است و نه به خدا. بنابراین، در مورد این احکام به‌وضوح و بی‌شک قدرت سیاسی و عامل انسانی نقش تعیین‌کننده دارد و با فرمان اوست که آن‌ها جعل و وضع می‌شوند؛ به‌نحوی که تا پیش از آن، چنین هنجاری وجود نداشته و الزام به آن بی‌معنا بوده است. به بیان دیگر، وظیفه‌ی مجلسین نسبت به این احکام انشای حکم است و نه اخبار آن و هنجارهای آن تأسیسی است و نه تبیینی و کشفی. بنابراین، بی‌تردید می‌توان آن را از منظر سیاسی و حقوقی قانونگذاری نامید.

در پایان باید گفت قانونگذاری تنها در مورد احکام شرعی اختلافی به‌عنوان بخشی از قانون اساسی و نیز آنچه به‌صراحت از آن به قوانین (احکام منطقة الفراغ) تعبیر کرده بود، ممکن است. اندام‌های حکومتی در مقابل احکام شرعی اجماعی به‌عنوان بخشی دیگر از قانون اساسی، صرفاً «قانونگذار»ند و نه «قانونگذار» و می‌بایست بی‌هیچ تصرفی آن‌ها را اجرا کنند. در مقابل، مجلسین مدنظر او در مورد احکام شرعی اختلافی و احکام منطقة الفراغ، به معنای حقیقی «قانونگذار»ند. مفهوم قانونگذار اساسی در مورد احکام شرعی اجماعی امری بی‌مفهوم

و بی‌معناست، ولی در مورد دسته‌ی دوم، همان دو مجلس بوده که با قانونگذار عادی یکسان است. می‌توان وظیفه‌ی مجلسین را در قبال احکام شرعی اختلافی به‌دلیل محدودیت در تعیین مفاد هنجارها قانونگذاری ضعیف و اعمال حاکمیت آن‌ها را در قبال احکام منطقه‌الفراغ، با وجود محدودیت در تعیین مفاد آن، به‌سبب وجود آزادی عمل بیشتر، قانونگذاری قوی نامید.



طرح ۱

نتیجه‌گیری

نتایج این مقاله به شرح زیر است:

- ۱- تقسیم احکام فقهی به احکام شرعی و منطقه‌الفراغ، مرتبط‌ترین تقسیم‌بندی از احکام در موضوع قانونگذاری است که سید محمدباقر صدر با ملاک‌های مختلف، در گوشه و کنار آثار خود، آن دو را قسیم یکدیگر دانسته است. احکام شرعی نیز خود به دو دسته‌ی اجماعی و اختلافی تقسیم می‌شود.
- ۲- اگرچه این دو دسته حکم از نظر شکلی تفاوت‌های بسیاری دارند، از نظر مادی و محتوایی، براساس «شاخص‌های کلی» به هم پیوند می‌خورند.
- ۳- براساس این تقسیم فقهی، نهادهای حقوقی مرتبط با قانونگذاری از نظر اندامی و کارکردی در قالب مجلس مرجعیت و مجلس حل‌و‌عقد شکل یافته‌اند.

- ۴- او احکام شرعی مرتبط به زندگی اجتماعی را مطلقاً قانون اساسی دانسته است. می‌توان احکام شرعی اجماعی را قانون اساسی سخت و احکام شرعی اختلافی را که با گزینش مجلس حل و عقد و تأیید مجلس مرجعیت لازم‌الاجرا می‌شوند، قانون اساسی نرم دانست.
- ۵- قانونگذاری در معنای حقوقی، که با دو ملاک قدرت سیاسی و عامل انسانی از غیر آن متمایز می‌شود، در مورد احکام شرعی اجماعی بی‌معناست. عمل مجلسین در خصوص احکام شرعی اختلافی، به دلیل محدود بودن صلاحیت تخییری آنها، قانونگذاری ضعیف و عمل آنها درباره‌ی احکام منطقة الفراغ، به دلیل گسترده‌تر بودن صلاحیت، قانونگذاری قوی است.

یادداشت‌ها

۱. برای اثبات توجه آگاهانه‌ی او به این رشته، ن.ک: صدر، ۱۴۰۳ق [الف]: ۱۷.
۲. برای مشاهده‌ی توصیفی غالباً فقهی از نظرهای شهید صدر، ن.ک: امینی‌پزوه، اسماعیلی، ۱۳۹۲.
۳. برای دیدن مجموعه‌ای از این ویژگی‌ها در آثار برخی فقیهان معاصر، ن.ک: امینی‌پزوه، ۱۳۹۳: ۱۳-۱۴.
۴. در مطالب دقیق‌تر و حقوقی‌تری که در اواخر عمر خود نگاشته، احکام شرعی دارای ماهیت اجتماعی را که در آن فتوای فقهی متعددی وجود دارد، از این اصل مستثنا کرده است.
۵. او «مکتب» را شامل مجموعه‌ای از نظریه‌ها و هر «نظریه» را شامل مجموعه‌ای «احکام» می‌دیده است (برای نمونه، ن.ک: صدر، ۱۴۲۹ق: ۱۴۸).
۶. او در جایی دیگر عناصر متحرک را به دو بخش تقسیم کرده است. بخشی احکام منطقة الفراغ و بخشی عناصر متحرک زمانی است. عناصر اخیر مانند عناصر قبل مربوط به رابطه‌ی انسان با طبیعت است که مبنای آن‌ها و تصمیم‌گیری در موردشان به بحث علمی و علوم موضوعی واگذار شده است (صدر، ۱۴۰۳ق [ج]: ۷۰).
۷. حتی این احکام هم به‌رغم ثبات، در درون خود سازوکاری جهت انعطاف در روش رفع آن نیازها با توجه به شرایط و اقتضائات مختلف دارد و از این حیث به دو دسته تقسیم می‌شود. برخی به‌صورت کلی بیان شده است و تصمیم‌گیری در بسیاری از حوزه‌ها را به ولی‌امر واگذار کرده تا مطابق با اجتهادش و با توجه به شرایط و اقتضائات عمل کند و بعضی به‌صورت تفصیلی و با تعیین روش‌های مشخص برای رفع آن نیازها بیان و فاقد انعطاف لازم در شرایط جدید است که در چنین مواردی با دسته‌ی دیگری از احکام شرعی ثابت مانند قاعده‌ی لاضرر جایگزین می‌شود (صدر، ۱۴۲۸ق [ج]: ۱۲۰).
۸. این نظر شهید صدر قطعاً با نظر اهل سنت در این زمینه که قائل به حوزه‌ی لائنص‌فیه بوده و اجتهاد را با تعریف خاص خود در آن حوزه می‌دانند، متفاوت است. در غیر این صورت، با بسیاری دیگر از نظرهای او از جمله بحث جامعیت شریعت در تنافی است. به‌نظر، منظور او از منصوص نبودن، نبود وجود نص جزئی است، نه اینکه آن مصالح حتی در نصوص کلی هم نباشد و تشخیص آن‌ها یکسره با ولی‌امر باشد.
۹. برای نمونه، ن.ک: مقاله‌ی حقوقی او با عنوان «لمحة فقهية تمهيدية عن مشروع دستور الجمهورية الإسلامية».
۱۰. Political Institution.
۱۱. Organic.
۱۲. Functional
۱۳. Formal Rule of Law.
۱۴. Separation of Powers.
۱۵. Decentralization.
۱۶. برای مشاهده‌ی مجموعه‌ای از برترین مقالات در این زمینه، ن.ک: Bellamy, ۲۰۱۷.
۱۷. این دو مجلس براساس مبانی فقهی دیگری چون قاعده‌ی شورا، ولایت فقیه یا ایده‌ی اهل حل و عقد که در زندگی اجتماعی مسلمانان اجرا شده نیز قابل تحلیل است که به‌سبب تشتت و تغییراتی که در آرای او در موضوع مشورت و ولایت فقیه ایجاد شده و نیز خارج بودن از مسئله‌ی این مقاله، از بیان آن خودداری می‌شود.

منابع

الف) فارسی و عربی

۱. امینی پزوه، حسین و محسن اسماعیلی (۱۳۹۰)، «منطقة الفراغ به مثابه‌ی نظریه‌ی قانونگذاری»، دانش حقوق عمومی، ش ۵، صص ۱-۲۰.
۲. امینی پزوه، حسین (۱۳۹۳)، در جستجوی نظریه‌ی قانونگذاری در آثار برخی از فقهای معاصر امامیه، گزارش پژوهشی پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، شماره‌ی مسلسل ۱۳۹۳۰۰۷۵.
۳. راسخ، محمد (۱۳۸۴)، بنیاد نظری اصلاح نظام قانونگذاری، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، چ اول.
۴. سیدرضی، محمدبن حسین (۱۴۱۴ق)، نهج البلاغه، قم: هجرت، چ اول.
۵. صدر، سید محمدباقر (۱۴۰۳ق[الف])، «لمحة فقهية تمهيدية في مشروع دستور الجمهورية الإسلامية في إيران»، الاسلام يقود الحياة، تهران: وزارة الارشاد الإسلامي، چ دوم، صص ۱-۲۰.
۶. ----- (۱۴۰۳ق[ب])، «صورة عن اقتصاد المجتمع الإسلامي»، الاسلام يقود الحياة، تهران: وزارة الارشاد الإسلامي، چ دوم، صص ۲۰-۵۴.
۷. ----- (۱۴۰۳ق[ج])، «خطوط تفصيلية عن اقتصاد المجتمع الإسلامية»، الاسلام يقود الحياة، تهران: وزارة الارشاد الإسلامي، چ دوم، صص ۵۵-۹۰.
۸. ----- (۱۴۰۳ق[د])، «خلافة الانسان و شهادة الانبياء»، الاسلام يقود الحياة، تهران: وزارة الارشاد الإسلامي، چ دوم، صص ۱۲۹-۱۷۲.
۹. ----- (۱۴۰۳ق[هـ])، الفتاوى الواضحة وفقاً لمذهب أهل البيت عليهم السلام، بيروت: دارالتعارف للمطبوعات، چ هشتم.
۱۰. ----- (۱۴۱۰ق)، دروس تمهيدية في علم الاصول، معالم الاصول الجديدة، بيروت: دارالتعارف للمطبوعات.
۱۱. ----- (۱۴۲۱ق[الف])، دروس في علم الأصول (الحلقة الاولى)، قم: مركز الابحاث و الدراسات التخصصية للشهيد الصدر، چ اول.
۱۲. ----- (۱۴۲۱ق[ب])، دروس في علم الأصول (الحلقة الثانية)، قم: مركز الابحاث و الدراسات التخصصية للشهيد الصدر، چ اول.
۱۳. ----- (۱۴۲۱ق[ج])، دروس في علم الأصول (الحلقة الثالثة)، قم: مركز الابحاث و الدراسات التخصصية للشهيد الصدر، چ اول.

۱۴. ----- (۱۴۲۴ق)، اقتصادنا، قم: مرکز الابحاث و الدراسات التخصصية للشهيد الصدر، چ اول.
۱۵. ----- (۱۴۲۸ق[الف])، «الأسس الإسلامية»، ومضات، مجموعة من مقالات و محاضرات و وثائق، قم: مرکز الابحاث و الدراسات التخصصية للشهيد الصدر، چ اول، صص ۲۴۳-۲۷۸.
۱۶. ----- (۱۴۲۸ق[ب])، «دور الدولة في الإقتصاد الإسلامي»، ومضات، مجموعة من مقالات و محاضرات و وثائق، قم: مرکز الأبحاث و الدراسات التخصصية للشهيد الصدر، چ اول، صص ۱۴۵-۱۶۰.
۱۷. ----- (۱۴۲۸ق[ج])، «خصائص النظام الاسلامي»، ومضات، مجموعة من مقالات و محاضرات و وثائق، قم: مرکز الأبحاث و الدراسات التخصصية للشهيد الصدر، چ اول، صص ۱۰۵-۱۲۲.
۱۸. ----- (۱۴۲۸ق[د])، «أطروحة المرجعية الصالحة»، ومضات، مجموعة من مقالات و محاضرات و وثائق، قم: مرکز الأبحاث و الدراسات التخصصية للشهيد الصدر، چ اول، صص ۴۶۱-۴۷۱.
۱۹. ----- (۱۴۲۸ق[هـ])، «محاضرات حول المحنة»، ومضات، مجموعة من مقالات و محاضرات و وثائق، قم: مرکز الأبحاث و الدراسات التخصصية للشهيد الصدر، چ اول، صص ۴۱۷-۴۶۰.
۲۰. ----- (۱۴۲۹ق)، «ماذا تعرف عن الاقتصاد الاسلامي؟»، المدرسة الاسلامية، قم: مرکز الأبحاث و الدراسات التخصصية للشهيد الصدر، چ اول، صص ۱۱۱-۱۵۶.
۲۱. فضلى، عبدالهادى (۱۴۲۱ق)، «الاسس الإسلامية للدستور الاسلامى عرض و بيان لما وضعه الشهيد الصدر من اصول للدستور الاسلامى»، منهاج، بيروت: مرکز الغدير للدراسات الاسلامية، ش ۱۷، صص ۳۱۱-۳۴۰.
۲۲. قاضى شريعت پناهى، ابوالفضل (۱۳۸۳)، حقوق اساسى و نهادهای سياسى، تهران: ميزان، چ دوازدهم.
۲۳. كورنو، جبرار (۱۴۱۸ق)، معجم المصطلحات القانونية، ترجمه منصور القاضى، بيروت: مجد، چ اول، ج ۱.
۲۴. كلينى، محمدبن اسحاق (۱۴۰۷ق)، الكافى، تهران: دارالكتب الاسلامية، چ چهارم، ج ۱.

مفهوم قانونگذاری در آرای فقهی و حقوقی سید محمدباقر صدر ■ ۱۸۳

۲۵. معلوف، لويس (۱۳۸۰)، فرهنگ بزرگ جامع نوین (عربی به فارسی)، ترجمه‌ی احمد سیاح، تهران: اسلام، چ سوم، ج ۱.
۲۶. ملاط، شبلی (۱۹۹۸م)، تجدید الفقه الاسلامی، محمدباقرالصدر بین النجف و شیعة العالم، ترجمه غسان غصن، بیروت: دارالنهار، چ اول.
۲۷. موريس، نخلة؛ البعلبکی، روحی و مطر، صلاح (۲۰۰۲م)، القاموس القانوني الثلاثي، قاموس قانونی موسوعة شامل و مفصل، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقية، چ اول.

ب) لاتین

۱. Bellamy, Richard (۲۰۱۷), **The Rule of Law and the Separation of Powers**, ed. Richard Bellamy, Taylor & Francis
۲. Flores, Imer.B (۲۰۰۵), 'The Quest for Legisprudence: Constitutionalism v. Legalism' In **The Theory and Practice of Legalization: Essays on Legisprudence**, ed. L.J.Wintgens, Aldershot: Asghate Publishing.
۳. Oliva, Éric (۲۰۰۹), **Droit Constitutionnel**, Paris: Dalloz, ۶ème édition.
۴. Wintgens, Luc J (۲۰۰۷), 'Introduction' in Legislation in Context: Essays in Legisprudence (Applied legal philosophy), England: Ashgate Publishing.

نیازسنجی تقنینی؛ عنصری بایسته در قانونگذاری شایسته

سید احمد حبیب نژاد*، احمد تقی زاده**

چکیده

تقنین شایسته براساس نیازهای واقعی جامعه، از عناصر مؤثر در ارتقای کیفیت قانونگذاری و جلوگیری از هزینه‌های اجتماعی و اقتصادی قانونگذاری بی‌کیفیت است. نیازسنجی تقنینی برآمده از حق شهروندان در تعیین سرنوشت و اعمال حاکمیت است. با این حال، پیمایش نظرهای تمامی شهروندان و نیازسنجی تقنینی از تمامی شهروندان از سویی در همه موضوعات امکان‌پذیر نیست و نیز باید در کنار توجه به لزوم اولویت‌گذاری‌های تقنینی شهروندان و دریافت اراده آنان در حوزه قانونگذاری، به جمع‌آوری نظرهای ذی‌نفعان از یک سو و نظرهای کارشناسان و متخصصان مربوط از سوی دیگر، توجه کرد. سؤال اصلی در این تحقیق آن است که در فرایند قانونگذاری، نیازسنجی تقنینی از چه مبانی توجیهی برخوردار است و در نظام قانونگذاری ایران، چگونه و با چه کیفیتی، به آن بها داده شده است؟ بر این اساس، در قالب پژوهشی توصیفی-تحلیلی این نتیجه به‌دست آمد که اولاً نیازسنجی تقنینی مبانی توجیهی متعددی دارد؛ ثانیاً نظام قانونگذاری کشور در خصوص نیازسنجی تقنینی ادبیاتی ضعیف و تجربه‌ای نحیف دارد و این موضوع، در رویه‌های قانونگذاری نیز امری مغفول محسوب می‌شود؛ ثالثاً برای وضع قوانینی شایسته، کارآمد و پاسخگوی نیازهای جامعه، چاره‌ای جز تقویت بعد نیازسنجی در قانونگذاری و بها دادن به آن در عمل نیست؛ رابعاً میان نیازسنجی تقنینی و عوام‌گرایی در عرصه تقنین تفاوت وجود دارد و نمی‌توان به بهانه منفی بودن عوام‌گرایی، نیازسنجی تقنینی را کنار گذاشت.

واژگان کلیدی: نیازسنجی تقنینی، قانونگذاری، کیفیت قانونگذاری، عوام‌گرایی، مشاوره، ذی‌نفعان.

* Email: a.habibnezhad@ut.ac.ir

** Email: ah.taghizadeh@yahoo.com

مقدمه

اصول و روش‌های قانونگذاری نظامی بین‌رشته‌ای و محل تلاقی دانش‌ها و علوم و فنون گوناگون و یافته‌ها و معلومات هر یک از آن‌هاست. در این میان، علوم انسانی و از جمله حقوق، جامعه‌شناسی، اقتصاد و روان‌شناسی جایگاه ویژه‌ای دارند.

علم قانونگذاری به بررسی و ارائه روش‌ها و اصول شکلی و ماهوی ناظر به تقنین می‌پردازد و مجموعه‌ای از ابزارها و اصول روش‌شناختی مقتبس از علوم و دانش‌های گوناگون اعم از عقلی (منطقی)، تجربی و تاریخی را شامل می‌شود. همچنین از یافته‌های دانش‌های گوناگون اعم از توصیفی و هنجاری و دستوری (همانند اخلاق) بهره می‌گیرد.

این مجموعه و ترکیب التقاطی و پیچیده، حول محور ارتقای کیفی قانونگذاری قرار دارد و به‌واسطه موضوع واحد خود یعنی تقنین، وحدت و یکپارچگی می‌یابد. اصول و روش‌های قانونگذاری در واقع مجموعه‌ای از هنجارهای شکلی و ماهوی ناظر به تولید و وضع هنجارهای حقوقی‌اند (قاسمی، ۱۳۸۳، ۱۶۶-۱۶۷).

در غالب مجالس قانونگذاری پیشرو، قاعده‌ای موسوم به قاعده ۹۰ درصدی وجود دارد که براساس آن، دست‌کم ۹۰ درصد برنامه قانونگذاری را کابینه پیشنهاد می‌دهد و حداقل ۹۰ درصد از پیشنهادهای آن به تصویب می‌رسد (ام. اولسون، ۱۳۸۲، ۱۳۴).^۱ این حقیقت، وظیفه‌ای را بر دوش دولت می‌گذارد و آن اینکه مسئولیت اصلی و اولیه تنظیم صحیح لوایح، متوجه دولت است و دولت باید در مرحله آماده‌سازی و تهیه پیش‌نویس لوایح به‌درستی عمل کند (ام. اولسون، ۱۳۸۲، ۱۳۶). البته قاعده مذکور در ایران، معکوس بوده و شمار طرح‌های ارائه‌شده به مجلس، قابل مقایسه با شمار لوایح تهیه‌شده از سوی دولت نیست (مرکز مالمیری و عطار، ۱۳۹۷، ۲۲۳ و ۲۳۰)؛ از این رو، لازم است تا اولاً مجلس که سهم عمده‌ای در تهیه پیش‌نویس قوانین دارد و ثانیاً دولت، در هنگام تهیه طرح‌ها و لوایح، به نیازسنجی تقنینی بهای ویژه‌ای بدهند.

نیازسنجی تقنینی از سویی به وضع قوانین کارآمد و کارا کمک می‌رساند و از سوی دیگر، مانع از متروک ماندن قوانین به‌واسطه مطابق نبودن با نیازهای واقعی شهروندان و برآورده نداشتن آن‌ها می‌شود. سؤال تحقیق حاضر این است که نیازسنجی تقنینی به‌عنوان عنصری بایسته در قانونگذاری، از چه مبانی توجیهی برخوردار است، چگونه و با چه کیفیتی از سوی قانونگذار عادی مورد توجه قرار گرفته و اینکه آیا نیازسنجی تقنینی به معنای عوام‌گرایی است یا خیر؟

در زمینه پیشینه موضوع و ادبیات تحقیق می‌توان ادعا کرد تاکنون اثری به زبان فارسی که

در آن به موضوع نیازسنجی تقنینی پرداخته شده باشد، منتشر نشده است. تنها اثری که ممکن است تصور شود با موضوع این مقاله ارتباط دارد، کتاب *راهنمای تحلیل نیاز قانونگذاری* نوشته آقای رضا جلالی منتشرشده در سال ۱۳۸۷ است؛ اما این اثر نیز ارتباطی با موضوع این نوشتار ندارد، زیرا به مقوله نیازهای قوه مقننه مانند نیازهای فیزیکی، ساختاری و کارکردی پرداخته است. بنابراین، موضوعاتی که در این مقاله مورد توجه قرار گرفته‌اند، در کتاب مذکور بررسی و تحلیل نشده‌اند.

به‌منظور پاسخگویی به پرسش‌های بالا، ابتدا مفهوم نیازسنجی تقنینی تبیین و سپس ضرورت آن بیان شده است. در قسمت بعد، مبانی توجیه‌کننده ضرورت استفاده از عنصر نیازسنجی در تقنین، توضیح داده شده و در بند بعد، موضوع نیازسنجی تقنینی در نظام حقوقی ایران و میزان توجه قانون‌گذار عادی به آن مورد توجه قرار گرفته است. پس از آن، مقوله عوام‌گرایی مطالعه و تفاوت‌های موجود در آن با نیازسنجی بررسی شده و از این طریق، توهّم یکسان بودن آن دو با یکدیگر، نفی شده است. در واپسین قسمت نیز، به نمونه‌هایی از تأثیرپذیری قانون‌گذار عادی از احساسات و هیجانات شهروندان که مصادیقی از نیازهای کاذب شهروندان هستند، اشاره شده است.

۱. مفهوم نیازسنجی

نیازسنجی را می‌توان به فرایندی نظام‌مند برای تعیین اهداف، شناسایی فاصله بین وضع موجود و هدف‌ها و در نهایت تعیین اولویت‌ها برای عمل تعریف کرد (Burton & Merrill, ۱۹۷۷, ۲۲). به تعبیر روشن‌تر، نیازسنجی به وجود چند عنصر نیازمند است: تعیین اهداف، شناسایی وضع موجود، پی بردن به فاصله میان این دو و سرانجام تعیین اولویت‌ها برای حرکت به سمت اهداف. لزوم تعیین اولویت‌ها از آن‌رو ضروری است که یا فرصت و وقت کافی برای حصول به تمامی اهداف وجود ندارد یا هزینه کافی برای دستیابی به تمامی اهداف موجود نیست یا اینکه برخی اهداف نسبت به برخی دیگر، به‌حدی اهمیت دارند که نمی‌توان تأمین آن‌ها را همراستا با تأمین اهداف دیگر قابل قبول دانست. در تعریفی دیگر، می‌توان گفت نیازسنجی به فرایند یا نظامی اشاره می‌کند که برای شناسایی نیازها تدوین می‌شود. به بیان دیگر، فرایندی است که مشخص می‌کند چه کسی به چه چیزی نیاز دارد (McCaslin & Lave, ۱۹۷۶, ۲۴).

۲. مفهوم نیازسنجی تقنینی

در تبیین مفهوم نیازسنجی تقنینی لازم است به تفکیک دو برداشت از این عبارت توجه شود؛ در برداشت نخست، نیازسنجی تقنینی، گزارش جامعی از نیازهای قوه مقننه است که

براساس آن، برنامه‌های پیشنهادی جایگزین برای کمک به عملکرد بهتر قوه مقننه در انجام وظایف نمایندگی، وضع قانون و نظارت، طراحی می‌شود. همچنین، ممکن است براساس این گزارش، وظایفی برای جامعه مدنی و دیگر گروه‌هایی که درصدد ارتقای تعامل با قوه مقننه‌اند، طراحی و پیشنهاد شود (۲، ۱۹۹۹، UNDP). همان‌گونه که مشاهده می‌شود، در این معنا به نیازهای قوه مقننه و نه ضرورت‌ها و نیازهای قانونگذاری توجه شده است. برای توضیح بیشتر می‌توان گفت نیازسنجی تقنینی به این مفهوم، به دو صورت کلی (عمومی) و جزئی (اختصاصی) انجام می‌گیرد. نیازسنجی کلی، نیازهای عمومی قوه مقننه را بررسی می‌کند؛ درحالی‌که نیازسنجی جزئی، به موارد محدودتر و دقیق‌تری از جمله سیاست قوه مقننه، نقش نظارتی آن، توسعه مرکز تحقیقات و اطلاعات پارلمان، کمبودهای قوه مقننه مانند کارکنان، تجهیزات و ساختارهای فیزیکی توجه دارد و انجام فعالیت‌های خاصی را برای کمک به ارتقای قوه مقننه در هر یک از حوزه‌ها توصیه می‌کند (جلالی، ۱۳۸۷، ۳۸). نمونه توجه به این مفهوم از نیازسنجی تقنینی را می‌توان در گزارش‌های برنامه توسعه سازمان ملل متحد (UNDP) در مورد برخی کشورهای در حال توسعه، مشاهده کرد.^۲ این در حالی است که در برداشت دوم از نیازسنجی تقنینی، به نیازهای جامعه و شهروندان و نه نیازهای قوه مقننه توجه شده و سعی می‌شود تا با تشخیص نیازهای واقعی ایشان، قوانینی متناسب با این نیازها وضع شود. بر این اساس می‌توان گفت نیازسنجی تقنینی، بررسی و سنجش نیازهای واقعی شهروندان و جامعه ذی‌نفعان در زمینه قانونگذاری به‌منظور تقنین شایسته است. با این توصیف، روشن می‌شود که دو مفهوم مذکور از نیازسنجی تقنینی، تفاوت زیادی با یکدیگر دارند و ازاین‌رو، باید به کاربرد آن‌ها توجه کرد. در این مقاله، مفهوم اخیر از نیازسنجی تقنینی، مدنظر نویسندگان است.

۳. ضرورت نیازسنجی تقنینی

به‌نظر می‌رسد همان‌گونه که به‌درستی گفته شده، یکی از مؤلفه‌های قانون، پاسخگویی به نیازهای جامعه است. بر این اساس، می‌توان گفت بهترین نظام قانونی، نظامی است که با توجه به ویژگی‌های جغرافیایی و انسانی یک کشور، سامان یافته باشد. بنابراین، بهترین قانون برای یک کشور، مناسب‌ترین قانون برای رفع نیازهای آن کشور است (مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۶، ۱۶۰).

نیازسنجی تقنینی به لحاظ متعددی اهمیت دارد: ۱. اینکه تقنین براساس نیازهای واقعی تقنین صورت می‌گیرد؛ ۲. قوانین متروک نمی‌شوند، زیرا نتیجه طبیعی وضع قوانینی که مخالف با نیازهای شهروندان بوده یا حداقل مطابق با نیازهای ایشان نیست، متروک ماندن آن‌هاست؛ ۳.

تورم تقنینی یا قانونگذاری افراطی کاهش می‌یابد؛ ۴. مجلس فرصت پیدا می‌کند تا به امر نظارت که وظیفه مهم دیگری است که بر عهده دارد، بپردازد؛ ۵. نیاز به اصلاح مکرر قوانین و همچنین نسخ آن‌ها نخواهد بود؛ ۶. در صورتی که نیازسنجی تقنینی صورت نگیرد، طبعاً در حوزه‌هایی که نیاز به قانونگذاری است، قانونی وضع نمی‌شود و به این ترتیب، خلأ قانونی در برخی حوزه‌ها وجود خواهد داشت. البته می‌توان برای نیازسنجی تقنینی فواید دیگری را هم برشمرد که عبارت‌اند از: ۱. سنجش میزان اجرایی شدن قانون در صورت تصویب؛ ۲. پیش‌بینی بازخوردهای اجتماعی؛ ۳. دریافت راهکارهای عینی و عملیاتی برای تقویت پیش‌نویس قانون و رفع نقاط ضعف آن؛ ۴. واقعی شدن نگاه نمایندگان نسبت به معضل در دست بررسی؛ ۵. مشخص شدن اولویت‌های قانونگذاری (عبدالاحد و دیگران، ۱۳۹۷، ۳۳ و ۳۶-۳۷)؛ ۶. مشخص شدن سطح و عمق نیازهای شهروندان؛ ۷. روشن شدن ضرورت وضع قانون -نه استفاده از راه‌های دیگر- برای پاسخگویی به این نیازها (جلالی، ۱۳۸۷، ۳).

توجه به نیازهای شهروندان در جریان وضع قوانین به‌حدی اهمیت دارد که به نظر روسو اگر قوانین با نیازها منطبق نشوند، ممکن است زیانبار باشند (روسو، ۱۳۹۲، ۲۴۰-۲۴۲). برخی نیز عقیده دارند قانون باید موافق طبع مردم باشد و قانونگذار عاقل از اخلاق عمومی و خواسته‌های مردم پیروی می‌کند و علیه آن‌ها قدم برنمی‌دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۱۵۲-۱۵۶) علاوه بر این، می‌توان گفت قانونی عقلانی است که نفع اکثریت و اقلیت هر دو را در نظر بگیرد (دورکین، ۱۳۸۱، ۱۳۳-۱۳۹). هابز نیز، قانون خوب را قانونی می‌داند که برای خیر و صلاح مردم ضروری باشد و دلایل و انگیزه‌های مربوط به وضع آن نیز بیان شده باشد (هابز، ۱۳۹۲، ۳۱۰). علاوه بر این، وی عقیده دارد: «اگر مردم بدون قانون سخاوتمندتر باشند، قانون همچون چیزی بی‌ثمر، خودبه‌خود از بین خواهد رفت» (Sacks & Hart, ۱۹۵۸: ۱۶۶).

۴. مبانی توجیهی نیازسنجی تقنینی

۴-۱. نیازسنجی تقنینی به‌مثابه نمایانگر اراده ذی‌حق در قانونگذاری

انسان در وضع طبیعی آزاد است و چیزی نمی‌تواند این آزادی را محدود کند. لاک در توصیف وضع طبیعی عقیده دارد همه افراد بشر تا زمانی که با میل و رضایت، خود را به عضویت یک اجتماع سیاسی در نیاورند، همچنان در وضع طبیعی باقی خواهند ماند (لاک، ۱۳۹۲، ۱۸۴). می‌توان گفت قانون چیزی به‌جز بیانگر اراده ما نیست (روسو، ۱۳۹۲، ۲۰۶). پیش از لاک، هابز نیز به آزادی انسان در وضع طبیعی اشاره کرده بود. وی در این زمینه از «حق مطلق» انسان نسبت به همه چیز در وضع طبیعی یاد کرده است (هابز، ۱۳۹۲، ۱۶۱-۱۶۲)؛ اما سؤال این است که رضایت شهروندان به تحدید آزادی‌شان را از چه راهی می‌توان

احراز کرد؟ پاسخ این است که نیازسنجی تقنینی راهی مطمئن برای کشف این رضایت است. برای توضیح می‌توان گفت ضرورت وجود قانون در جامعه، یک موضوع است و اینکه چه قانونی باید در جامعه وجود داشته باشد، موضوعی دیگر. به بیان دیگر، صرف جواز قانونگذاری نمی‌تواند این صلاحیت را به قانونگذار اعطا کند تا در هر موضوعی، هر آنچه را تشخیص داد، در قالب مواد قانونی به وجود آورد. آنچه حق قانونگذاری را به یک نهاد به عنوان نهاد قانونگذار اعطا می‌کند، توجه به نیازهای تقنینی افرادی است که قرار است مخاطب قوانین تصویب‌شده توسط آن نهاد قرار گیرند.

با عنایت به اصل آزادی انسان و خلاف اصل بودن محدودیت‌های وارد بر این اصل، روشن می‌شود که قدرت قانونگذاری مقنن، به هیچ وجه نامحدود نیست. هارت نیز ضمن پذیرش محدودیت‌های قانونگذار در وضع قانون، اذعان می‌کند که نمی‌توان ادعا کرد که هیچ محدودیتی بر قدرت حاکم وجود ندارد؛ بلکه تنها می‌توان ادعا کرد که محدودیتی قانونی بر آن قدرت وجود ندارد. به این ترتیب، از نظر وی ممکن است قانونگذار در اعمال قدرت قانونگذاری به افکار عمومی احترام بگذارد؛ حال یا از ترس اینکه مبدا قانون مصوب را به سخره گیرند یا اینکه خود را اخلاقاً موظف به رعایت آن افکار می‌پندارد و روشن است که این محدودیت‌ها را نمی‌توان محدودیت‌هایی حقوقی دانست (هارت، ۱۳۹۰، ۱۲۱). علاوه بر این، می‌توان گفت قانونگذار نمی‌تواند به صرف وجود سابقه قانونگذاری یا اطاعت شهروندان از قوانین وضع شده، اقدام به قانونگذاری کند. برخی اندیشمندان نیز این موضوع را تأیید کرده‌اند، چنانکه به نظر ایشان «صرف عادت اطاعت از دستورهای صادرشده، از سوی یک قانونگذار، نمی‌تواند هیچ‌گونه حقی به قانونگذار جدید اعطا کند تا جایگزین قانونگذار سابق شود و در همان مقام به دیگران دستور دهد» (هارت، ۱۳۹۰، ۱۰۵).

با این توصیف، روشن می‌شود که قانونگذاری، مطلق نبوده و مقید به شرایطی است که یکی از آن‌ها نیازسنجی تقنینی است. بر این اساس، این الزام برای قانونگذار وجود دارد که با توجه به نیازی که باید از سوی شهروندان به عنوان کسانی که در قانونگذاری ذی‌حق هستند، تشخیص داده شود، به تقنین بپردازد.

۴-۲. نیازسنجی به مثابه عنصر کارآمدی قانون

هر قانون صرف‌نظر از محتوای آن، باید از ویژگی‌هایی برخوردار باشد تا بتوان عنوان قانون را بر آن گذارد. در این زمینه می‌توان به فهرستی که در سال ۱۹۹۱ در هلند و به منظور دستیابی به قانونی باکیفیت تنظیم شده و از آن سال مورد توجه قانونگذار این کشور قرار گرفته است، اشاره کرد. در این فهرست، اصول شش‌گانه‌ای به این شرح مشخص شده است: قانونی بودن

به مفهوم انطباق با قانون اساسی، معاهدات بین‌المللی و اعمال اصول کلی حقوقی، کارآمدی و اثربخشی، متناسب بودن، قابلیت اجرا داشتن، هماهنگی، سادگی، وضوح و قابلیت دسترسی (Florijn, ۲۰۰۸, ۷۸).

با توجه به اصول مذکور، می‌توان نیازسنجی را تحقق‌بخش سه مورد از این اصول دانست. یکی از این اصول کارآمدی و اثربخشی است. بی‌گمان هنگامی می‌توان قانونی را کارآمد و اثربخش دانست که با توجه به نیازهای موجود تهیه شده باشد. از سوی دیگر، قانونی را می‌توان متناسب پنداشت که بتواند مخاطبان خود را به اهداف موردنظر قانونگذار از وضع آن رهنمون شود. همچنین، قابل اجرا بودن یک قانون، تا حد زیادی بستگی به این مؤلفه دارد که در تهیه و تصویب آن قانون، به نیازهای واقعی مخاطبان آن قانون توجه شده باشد.

لان فولر نیز هشت اصل زیر را در زمینه قانونگذاری ارائه می‌دهد: عام بودن قوانین، انتشار آن‌ها، به حداقل رسیدن وضع و اعمال قوانین معطوف به گذشته، قابل فهم بودن قوانین، متناقض نبودن قوانین، امکان‌پذیر بودن پیروی از قوانین، ثبات نسبی قوانین در طول زمان، همخوانی بین قوانین و اجرای آن‌ها (بیکس، ۱۳۸۹، ۲۶۳-۲۶۵).

در میان این دسته از اصول نیز، سه اصل انتهایی به موضوع نیازسنجی تقنینی ارتباط پیدا می‌کنند، چراکه زمانی پیروی از قوانین امکان‌پذیر خواهد بود که این قوانین مطابق با نیازهای مخاطبان آن‌ها وضع شده باشد. همچنین می‌توان گفت در صورتی که قوانین براساس نیازها و ضرورت‌ها وضع نشده باشند، پس از مدتی متروک می‌شود یا نیاز به نسخ یا اصلاح آن‌ها ضرورت پیدا می‌کند. علاوه بر این، همخوانی بین قوانین و اجرای آن‌ها زمانی محقق می‌شود که در تدوین قوانین به نیازهای واقعی مخاطبان توجه شود.

۳-۴. نیازسنجی تقنینی به مثابه لازمه مطلوبیت قانون

یکی دیگر از مبانی توجیهی نیازسنجی تقنینی را می‌توان با توجه به شرایط در نظر گرفته شده برای مطلوبیت قوانین اثبات کرد. به بیان روشن‌تر، وجود شرایطی برای ارتقای سطح کیفی یک قانون، لازم و ضروری است. از طرف دیگر، تحقق این شرایط منوط به نیازسنجی تقنینی است؛ به گونه‌ای که بدون انجام این امر، قانون تدوین شده را نمی‌توان قانونی مطلوب دانست. از جمله شرایط لازم برای مطلوبیت قوانین، تناسب است. قوانین موجود در هر کشور، متأثر از عوامل تاریخی، نژادی، اقتصادی، اجتماعی، فرهنگی و مذهبی آن کشور و شهروندان آن است. روشن است که در صورتی می‌توان قوانین مذکور را متناسب با عوامل یادشده دانست که در تدوین قوانین، به این عوامل توجه شود. ثمره توجه به عوامل یادشده در تدوین قوانین نیز روشن و بدیهی است و آن اینکه شهروندان، خود را ملتزم به اجرا و رعایت قوانین

دانسته و در نقطه مقابل، فرجام بی‌توجهی به این عوامل در روند قانونگذاری، عدم اجرای قوانین از سوی شهروندان است (هاشمی، ۱۳۷۲، ۲۵۳).

یکی دیگر از شرایط مطلوبیت قوانین، مقبولیت آن‌ها نزد شهروندان است. یکی از آثار مقبولیت قوانین، که می‌توان آن را مهم‌ترین اثر دانست، ایجاد تفاهم و همدلی بین شهروندان و دولت است و در نقطه عکس، تحمیلی بودن قوانین، موجب از کار افتادن آن‌ها و به‌بوته فراموشی سپردن آن‌ها می‌شود. ازاین‌رو ضروری است که مفاد قوانین به‌گونه‌ای تنظیم شود که افراد در اجرای آن‌ها دچار عسر و حرج نشوند (هاشمی، ۱۳۷۲، ۲۵۳-۲۵۴). برای حصول این نتیجه، یکی از مؤثرترین ابزارها، نیازسنجی تقنینی است، زیرا با این ابزار، قوانینی که تصویب آن‌ها مورد نیاز شهروندان یک جامعه است، پای به حیات حقوقی می‌گذارد و این نیاز موجب می‌شود تا قوانین مصوب از مقبولیت برخوردار شوند.

۴-۴. نیازسنجی قوانین مقدمه تمکین از قانون

از طرف دیگر می‌توان گفت سنجش نظر افراد در مورد اولویت‌های تقنینی، سبب می‌شود تا مردم نسبت به قوانین تصویب‌شده، تمکین بیشتری داشته باشند و ازاین‌رو، هدف قانونگذار که پذیرش و احترام به قانون از سوی مخاطبان آن است، به‌راحتی تحقق پیدا کند، زیرا آن‌ها با سنجش عواقب نظرهای خود، موضوعی را نسبت به موضوعی دیگر دارای اهمیت بیشتری می‌دانند و قانونگذاری در مورد آن موضوع را ضروری تشخیص می‌دهند.

روشن است که یک جامعه همواره درگیر مسائل مختلف اقتصادی، سیاسی، اجتماعی، فرهنگی و ... است. حال برای شناخت دقیق این مسائل، تعیین اولویت در حل آن‌ها و یافتن راه‌حلی برای رفع آن‌ها، روی آوردن به نیازسنجی تقنینی ضروری می‌نماید. بنابراین، یکی از راهکارهای حل مسائل مذکور، انجام تحقیقات اساسی در زمینه شناسایی نیازهای تقنینی است.

۵. نیازسنجی تقنینی در نظام حقوقی ایران

۵-۱. وظیفه تدوین‌کنندگان طرح‌ها و لوایح در زمینه بیان دلایل لزوم

تهیه طرح‌ها و لوایح

برای بیان تاریخچه‌ای مختصر از ظهور نیازسنجی تقنینی در قوانین و مقررات و آگاهی در خصوص ظهور اولین رگه‌های توجه به عنصر مذکور، می‌توان گفت مطابق ماده ۱۷ نظامنامه داخلی مجلس شورای ملی مصوب ۱۳۸۸/۱۰/۱۷، یکی از کمیسیون‌های داخلی این مجلس، کمیسیون مبتکرات بوده است. براساس مواد ۳۴ و ۳۵ این نظامنامه، ارسال طرح تهیه‌شده توسط نماینده یا نمایندگان مجلس شورای ملی به کمیسیون مبتکرات، الزامی نیست، بلکه

رئیس مجلس از این اختیار برخوردار است تا طرح مذکور را به کمیسیون مزبور بفرستد. مطابق ماده ۳۶ نظامنامه فوق، کمیسیون مبتکرات وظیفه داشته است تا پس از بحث و بررسی در خصوص قابل توجه بودن یا نبودن طرح ارائه شده به این کمیسیون، گزارش آن را به مجلس ارائه کند. البته نظر کمیسیون مزبور برای مجلس شورای ملی، جنبه مشورتی داشته و این مجلس مطابق ماده ۳۷ نظامنامه مذکور، پس از مذاکره در خصوص طرح مورد بحث، نسبت به قبول توجه یا بی توجهی به آن، رأی گیری می کرده است. با این همه نمی توان در قانون تشکیل سازمان تقیح و تدوین قوانین و مقررات کشور مصوب ۱۳۵۰/۱۲/۲۹ مجلس شورای ملی و نیز آیین نامه اجرایی این قانون مصوب ۱۳۵۳/۰۳/۱۸ هیأت وزیران، موردی از اشاره به نیازسنجی تقنینی را مشاهده کرد؛ با این حال، در قوانین و مقررات لاحق، به این موضوع پرداخته شده است. برای نمونه، مطابق ماده ۱۲۷ آیین نامه داخلی مجلس شورای اسلامی، دلایل لزوم تهیه و پیشنهاد طرح های تهیه شده از سوی نمایندگان مجلس باید به صورت واضح در مقدمه آن ها درج شود. ماده ۱۳۱ این قانون نیز الزام مشابهی را در خصوص لوایح تصویب شده توسط هیأت وزیران مقرر کرده است.

اما در مورد فرایند تهیه لوایح توسط دولت گفتنی است متأسفانه در آیین نامه داخلی هیأت دولت مصوب ۱۳۶۸/۰۹/۰۸ هیأت وزیران نیز مطلبی در خصوص نیازسنجی تقنینی بیان نشده است. برای مثال، در ماده ۱۹ این آیین نامه، به وظیفه تنظیم و تدوین پیش نویس لوایح اشاره شده و در این زمینه، مقرر شده است که دفتری به نام دفتر هیأت دولت، زیر نظر معاون اول رئیس جمهور تشکیل شود. همان طور که پیداست، وظیفه تنظیم و تدوین پیش نویس لوایح بر عهده دفتر مذکور گذارده شده، اما به موضوع نیازسنجی تقنینی هیچ اشاره ای نشده است.

علاوه بر این، در ماده ۶ آیین نامه مذکور، کمیسیون های دائمی هفت گانه ای پیش بینی شده که یکی از آن ها کمیسیون لوایح است؛ اما متأسفانه در آیین نامه یاد شده، اشاره ای به وظایف این کمیسیون و سایر کمیسیون ها نشده است. با این حال، با مراجعه به پایگاه اینترنتی دفتر هیأت دولت^۳ می توان به وظایفی یکسان در ۱۲ بند برای تمامی کمیسیون های مورد اشاره دست یافت که اولاً این موضوع با توجه به تفاوت ماهوی کمیسیون لوایح با سایر کمیسیون ها قابل انتقاد بوده و ثانیاً با توجه به عدم تصریح در خصوص نیازسنجی تقنینی، وظایف مذکور مبهم است و از این رو، نمی توان الزام کمیسیون مذکور یا سایر کمیسیون ها را به نیازسنجی تقنینی برداشت کرد. برای نمونه می توان به بند ۱ وظایف کمیسیون لوایح اشاره کرد که در آن آمده است: «تشکیل پرونده برای پیشنهادها و تکمیل اطلاعات و پاسخ استعلام ها [و] موضوعات ارجاعی به کمیسیون تا حصول نتیجه نهایی، گردآوری اطلاعات و پژوهش های موجود، سفارش و

مدیریت پژوهش‌های لازم از طریق استفاده از ظرفیت علمی و تحقیقاتی دانشگاه‌ها و مراکز پژوهشی، محققان و متخصصان و صاحب‌نظران در مورد موضوعات ارجاع شده ...» بند ۲ نیز مقرر داشته است: «برقراری ارتباط با دستگاه‌ها و مراجع ذی‌ربط به منظور استعلام نظر و کسب اطلاعات مورد نیاز برای رسیدگی [به] پیشنهادها». بند ۸ نیز بیان کرده است: «تشکیل کارگروه‌ها و نشست‌ها جهت استفاده از نظرات کارشناسان، مشاوران، دانشگاهیان و مدیران دستگاه‌ها در روند تصمیم‌سازی کمیسیون». بند ۱۰ نیز مقرر کرده است: «برقراری امکان مشارکت نخبگان، کارشناسان برجسته مراکز علمی و پژوهشی و مدیران با سابقه در تصمیم‌سازی کمیسیون».

هرچند ممکن است بتوان با استناد به مطالب بالا، جواز یا حتی لزوم مشارکت نخبگان و کارشناسان را در تهیه لوایح تهیه‌شده از سوی دولت اثبات کرد، متأسفانه در مقدمه توجیهی لوایح ارسالی به مجلس شورای اسلامی، اشاره‌ای به مشارکت مذکور نشده است، بلکه با ارائه دلایلی کلی و مبهم سعی می‌شود تا لزوم تصویب لوایح مذکور، برای مجلس اثبات شود. آخرین اقدام صورت‌گرفته در راستای تبیین اهمیت نیازسنجی تقنینی را می‌توان در بند ۹ سیاست‌های کلی نظام قانونگذاری، ابلاغی در تاریخ ۱۳۹۸/۰۷/۰۶ مشاهده کرد. در این بند، یکی از اصول مربوط به قانونگذاری و قانون‌نویسی، معطوف بودن طرح‌ها و لوایح به نیازهای واقعی عنوان شده است.

۵-۲. وظیفه معاونت قوانین در نیازسنجی تقنینی

به منظور حصول اطمینان از بیان دلایل لزوم تهیه و پیشنهاد طرح‌ها و لوایح، قسمتی از نظر اداره کل تدوین قوانین که ضمیمه طرح‌ها و لوایح تقدیمی به مجلس می‌شود، به این موضوع اختصاص داده شده است. در قسمت مزبور، در خصوص بیان یا عدم بیان دلایل لزوم تهیه و پیشنهاد طرح‌ها و لوایح در مقدمه آن‌ها، اظهارنظر شده است. در قسمت مورد اشاره، با استناد به مواد ۱۲۷ و ۱۳۱ آیین‌نامه داخلی مجلس، نسبت به رعایت این مواد در خصوص طرح‌ها و لوایح اشاره شده است. با این حال می‌توان گفت که هرچند در مقدمه توجیهی طرح‌ها و لوایح به مواردی به عنوان دلایل لزوم تهیه طرح‌ها و لوایح اشاره می‌شود، اولاً این دلایل کلی‌اند و ثانیاً این دلایل به هیچ‌وجه این مطلب را اثبات نمی‌کنند که در مورد لزوم تهیه طرح‌ها و لوایح مذکور، نیازسنجی تقنینی انجام گرفته است. به بیان دیگر، از ارائه مستندات و استدلال‌هایی که لزوم یا عدم لزوم قانونگذاری در موضوع یادشده را اثبات کند، خودداری شده یا اینکه استدلال‌هایی ارائه شده است که مقصود را اثبات نمی‌کنند.

علاوه بر آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی، بند ۳ ماده ۴ قانون تدوین و تنقیح قوانین

و مقررات کشور مصوب ۱۳۸۹/۰۳/۲۵ نیز به لزوم استعلام نمایندگان مجلس، دولت و شورای عالی استان‌ها قبل از تقدیم طرح یا لایحه به مجلس تصریح کرده است. این استعلام می‌بایست از معاونت قوانین مجلس و در خصوص «لزوم یا عدم لزوم قانونگذاری در موضوع یادشده» صورت گیرد. برای توضیح می‌توان گفت با اینکه در عنوان این قانون به واژه «تدوین» اشاره شده، اما متأسفانه هیچ اشاره صریحی به موضوع نیازسنجی تقنینی نشده است، بلکه صرفاً در بند مذکور به بررسی موضوع لزوم یا عدم لزوم قانونگذاری در موضوع یادشده اشاره شده است. علاوه بر این، در ماده مورد اشاره تصریح شده است که استعلام مذکور، مانع طی مراحل تصویب طرح یا لایحه نخواهد شد. به تعبیر دیگر، مشخص نیست که تشخیص معاونت قوانین مبنی بر عدم لزوم قانونگذاری در موضوعی خاص، چه سود و ثمره عملی خواهد داشت.

نکته شایان توجه در خصوص قانون تدوین و تنقیح قوانین و مقررات کشور این است که در تاریخ ۱۳۸۹/۰۵/۱۹، دستورالعملی اجرایی برای این قانون تهیه و تنظیم شده است؛ اما متأسفانه در این دستورالعمل نیز، به موضوع نیازسنجی تقنینی پرداخته نشده بلکه صرفاً در بند ب ماده ۶، به «تبیین اصول و ضوابط تدوین و تنقیح قوانین و مقررات» به عنوان یکی از وظایف شورای راهبردی وابسته به تشکیلات تنقیح مجلس شورای اسلامی اشاره شده و در بند «ب» ماده ۱۰ نیز، به «تهیه پیش‌نویس ضوابط تدوین و تنقیح قوانین به منظور ارائه به شورای راهبردی برای تصویب» به عنوان یکی از وظایف اداره کل اسناد و تنقیح قوانین اشاره شده است؛ اما مشخص نیست که پیش‌نویس مذکور تهیه شده است یا خیر. به هر حال، همان‌گونه که برخی نویسندگان نیز بیان می‌کنند، امروزه با گذشت چند سال از زمان تصویب قانون مذکور و دستورالعمل اجرایی آن، چیزی به جز نتایجی اندک و ناچیز از آن به دست نیامده است (سلطانی، ۱۳۹۳، ۱۳۲).

۳-۵. وظیفه مرکز پژوهش‌های مجلس در نیازسنجی تقنینی

هریک از قوانین ابعاد مختلفی دارند که لازم است به درستی بررسی و آثار گوناگون آن، اعم از آثار منفی و مثبت، به دقت مطالعه شود تا مجلس به این اطمینان برسد که تصویب قانون مدنظر دارای بیشترین منفعت و کمترین آسیب احتمالی است. در این خصوص می‌توان گفت چه بسا قانونی با هدف ساماندهی به برخی مشکلات به تصویب رسیده است، لکن به دلیل عدم بررسی دقیق و کارشناسانه، ابعاد مختلف آن، آسیب‌های جدی متوجه کشور کرده است. در راستای نیازسنجی باید نقش مرکز پژوهش‌های مجلس تقویت شود. این در حالی است که در حال حاضر این مرکز به نیازسنجی نمی‌پردازد و علاوه بر آن، نظر این مرکز برای مجلس، نظری صرفاً مشورتی است (عبدالاحد و دیگران، ۱۳۹۷، ۱۱).

در راستای وظیفه مرکز پژوهش‌های مجلس در خصوص نیازسنجی، ماده ۱۴۲ آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی مقرر می‌دارد: «همزمان با وصول طرح‌ها و لوایح توسط کمیسیون‌ها در صورت ضرورت و با تصویب کمیسیون اصلی، طرح یا لایحه به کارگروه کارشناسی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی ارجاع می‌شود. رئیس مرکز پژوهش‌های مجلس موظف است متناسب با موضوع و مواد طرح یا لایحه کارگروهی جهت بررسی طرح یا لایحه ارجاعی، متشکل از کارشناسان آن مرکز و اشخاص حقیقی و حقوقی صاحب‌نظر اعم از نمایندگان فعلی و ادوار مجلس، کارشناس معاونت قوانین مجلس، دیوان محاسبات، مراکز علمی و پژوهشی حوزه و دانشگاه، دستگاه‌های اجرائی، بخش خصوصی و دستگاه‌های مرتبط با طرح یا لایحه، تشکیل دهد و در بدو کار رئیس و دبیر آن را تعیین کند. رئیس کارگروه موظف است پس از بحث و بررسی کارشناسی در کارگروه و در صورت لزوم پس از مطالعه تطبیقی قوانین و مقررات و تجربیات سایر کشورها و با بررسی سوابق قانونگذاری و پیشنهادهای کمیسیون‌های فرعی و نمایندگان، گزارش کارگروه را با رعایت اسناد بالادستی از جمله قانون اساسی، سند چشم‌انداز، سیاست‌های کلی نظام و قانون برنامه توسعه، همراه با مشخصات اعضای کارگروه به کمیسیون اصلی ارائه کند. رئیس یا نماینده کارگروه موظف است با شرکت در جلسات کمیسیون از گزارش ارائه‌شده دفاع کند. در صورت عدم نیاز به قانونگذاری جدید در موضوع مورد بحث، رئیس کارگروه گزارش خود را با ذکر دلایل رد طرح یا لایحه به کمیسیون اصلی ارائه می‌کند».

وظیفه مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی به آنچه در آیین‌نامه داخلی مجلس تعیین شده، ختم نمی‌شود، بلکه در قانون شرح وظایف مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۷۴/۰۹/۱۹ نیز مواردی بیان شده است. از جمله، ماده ۲ این قانون، دومین وظیفه مرکز پژوهش‌های مجلس را به شرح زیر بیان کرده است: «گردآوری و بررسی نظرات محققان و پژوهشگران دانشگاه‌ها و مراکز تحقیقاتی، دستگاه‌های اجرایی، نهادها، گروه‌ها، انجمن‌های علمی و تخصصی و احزاب سیاسی و افکار عمومی در مورد نیازهای جامعه از نظر قانونگذاری». در ماده ۶ نیز، هفتمین و آخرین وظیفه هیأت امنای مرکز پژوهش‌های مجلس به این شرح ذکر شده است: «تعیین اولویت‌ها و ضرورت‌های پژوهشی مورد نیاز قانونگذاری و نمایندگان مجلس شورای اسلامی».

با اینکه در ماده ۲ قانون مذکور به صراحت و در سایر مواد و بندهای مورد اشاره به صورت ضمنی به صلاحیت مرکز پژوهش‌ها در نیازسنجی تقنینی پرداخته شده است، اما متأسفانه به نظر نمی‌رسد که این مرکز براساس گزارش‌های خود نیز اقدام خاصی و برنامه‌ریزی ویژه‌ای در این

زمینه انجام داده باشد (عبدالاحد و دیگران، ۱۳۹۷، ۳۳).

۶. عوام‌گرایی به‌مثابه چالشی برای نیازسنجی تقنینی

نیازسنجی تقنینی به معنای آگاهی از نیاز شهروندان نسبت به وضع قوانین است. روشن است که این نیاز، زمانی ارزشمند است که اولاً مطابق با واقع باشد و ثانیاً ناشی از واکنشی احساسی و گذرا نسبت به وقایع و حوادث مختلف نباشد. با این حال، گاهی ممکن است قانونگذار در تشخیص نیاز واقعی شهروندان، راه را به خطا بینماید و قوانینی را وضع کند که ناشی از نیاز واقعی ایشان نباشد. از این موضوع، به‌طور عام با عنوان عوام‌گرایی و به‌طور خاص در حقوق کیفری، با عنوان عوام‌گرایی کیفری یاد می‌شود. در ادامه با محوریت عوام‌گرایی کیفری چالش عوام‌گرایی با نیازسنجی تقنینی بررسی می‌شود.

در مقام تعریف عوام‌گرایی کیفری می‌توان گفت: فرایندی است که به‌واسطه آن، گروه‌های طرفدار نظم و قانون و طرفداران حقوق بزه‌دیدگان و دیگر افرادی که مدعی نمایندگی از طرف مردم هستند، تأثیر فزاینده‌ای بر سیاست‌های دولت می‌گذارند، درحالی‌که عقاید دانشگاهیان، گروه‌های حقوق شهروندی، فعالان عدالت کیفری و ... کمتر مورد توجه قرار می‌گیرد (Pratt, ۲۰۰۴، ۳۵). در بیانی دیگر می‌توان گفت عوام‌گرایی کیفری شامل دنبال کردن مجموعه‌ای از سیاست‌های کیفری به‌جای توجه به کاهش نرخ جرم یا پیشبرد عدالت است (وی رابرتز و دیگران، ۱۳۹۲، ۲۲). می‌توان گفت «عوام‌گرایی کیفری در نقطه مقابل سیاست‌های کیفری‌ای قرار دارد که براساس اصول عدالت و با سرمایه‌گذاری بر پژوهش‌های مربوط به مجازات پایه‌گذاری شده است. ... بسیاری از جلوه‌های عوام‌گرایی کیفری مبتنی بر ارزیابی‌هایی از افکار عمومی است که در موارد بسیاری، بیش‌ازحد ساده‌انگارانه و ناقص هستند» (وی رابرتز و دیگران، ۱۳۹۲، ۲۶). البته در نقطه مقابل می‌توان استدلال کرد که «توجه به دیدگاه‌های صحیح و آگاهانه عموم ضروری است؛ اما این توجه کردن مطمئناً چیزی بیش از بررسی سطحی و ساده دیدگاه‌های عمومی است. بنابراین، اهمیت دادن به افکار آگاهانه مردم یا گروه‌های آگاه مشکل‌زا نیست. برعکس، توجه ... به نظرات ارزنده نخبگان و متخصصان، بسیار ضروری است» (وی رابرتز و دیگران، ۱۳۹۲، ۲۷). به‌طور کلی می‌توان گفت با وجود ابهام در چارچوب مفهومی عوام‌گرایی کیفری، سه وجه مهم را می‌توان برای آن برشمرد: اول اینکه در عوام‌گرایی کیفری تلاش می‌شود تا از عقاید نخبگان فاصله گرفته شود و نظرهای مردم در سیاستگذاری‌ها مورد توجه قرار گیرد؛ دوم، این امر با هدف جلب افکار عمومی صورت می‌گیرد؛ سوم، این رویکرد به کارآمدی برنامه‌ها بی‌اعتناست و به عامه‌پسندی سیاست‌ها توجه می‌کند (فرجیها و مقدسی، ۱۳۹۰، ۱۱۶).

یکی از مؤلفه‌های عوام‌گرایی کیفری، بدبینی نسبت به مداخله مجالس قانونگذاری در سیاستگذاری کیفری و حمایت از دخالت مستقیم مردم در این امر از طریق همه‌پرسی است. به بیان دیگر، عقیده بر این است که چون نمایندگان مردم بزه‌دیدگی را تجربه نکرده‌اند، به‌طور طبیعی از پیامدهای زیانبار وقوع جرم نیز آگاهی ندارند و نمی‌توانند مشکلات و دغدغه‌های بزه‌دیدگان را درک کنند. این در حالی است که عموم مردم و به‌طور خاص بزه‌دیدگان، به این لحاظ که با آثار جرم دست‌وپنجه نرم می‌کنند، می‌توانند نقش فعال‌تری را در تدوین سیاست‌های مبارزه با جرم از طریق شرکت در همه‌پرسی داشته باشند. با وجود این نگرش، می‌توان گفت مداخله مردم در سیاستگذاری و تعیین کیفرها و روش مبارزه با جرائم، مطلوب نیست، زیرا مردم آگاهی چندانی در خصوص واقعیت‌های جرم و نظام عدالت کیفری ندارد و از سوی دیگر، آگاهی اندک ایشان نیز، تا حد زیادی تحت تأثیر رسانه‌ها یا اقوام و دوستان است. بنابراین، دخالت مردم در امر فوق، می‌تواند به اتخاذ سیاست‌های غیرمنطقی و ناکارآمد بینجامد. از این‌رو، مداخله مردم در سیاستگذاری کیفری و تعیین مجازات‌ها باید به حداقل ممکن کاهش یابد (مقدسی و فرجیها، ۱۳۹۲، ۱۳۹-۱۴۰). مشابه این استدلال در مورد لزوم محدود کردن دخالت تقنینی شهروندان در امور کیفری را می‌توان به سایر حوزه‌های تقنینی نیز سرایت داد و بر لزوم عدم دخالت حداکثری ایشان در امر قانونگذاری استدلال کرد. این نتیجه را می‌توان به مرحله قبل از تقنین یعنی نیازسنجی تقنینی نیز تعمیم داد و نتیجه گرفت که حتی در نیازسنجی تقنینی نیز نباید به‌گونه‌ای افراطی و بی‌ضابطه، به نظرها و پیشنهادهاى شهروندان مبنی بر لزوم قانونگذاری در موضوع یا موضوعات خاصی، بها داد، زیرا همان‌گونه‌که این امکان وجود دارد که قانونگذاری مستقیم شهروندان تحت تأثیر عواملی غیرواقعی یا هیجانی قرار گیرد، نیاز ابرازشده از سوی ایشان به تدوین یک قانون خاص نیز، ممکن است نیازی واقعی نبوده، بلکه برخاسته از احساسات و هیجانات زودگذر باشد.

۷. نمونه‌هایی از تأثیرپذیری قانونگذار ایرانی از احساسات و هیجانات شهروندان

همان‌گونه‌که گفته شد، عوام‌گرایی در خصوص تقنین پسندیده نیست و از این‌رو، قانونگذار نباید تحت تأثیر تمایلات و هیجانات عده‌ای از شهروندان قرار گیرد و دست به تقنین بزند؛ بلکه باید با مشورت گرفتن از متخصصان و کارشناسان مربوط ضرورت یا عدم ضرورت قانونگذاری در موضوعی خاص را احراز کند. نمونه‌ای از تأثیرگذاری تمایلات و هیجانات مذکور بر قانونگذار را می‌توان در اقدام برخی نمایندگان مجلس شورای اسلامی به تهیه و پیشنهاد طرح الحاق موادی به قانون مجازات اسلامی در خصوص جرائم ناشی از اهانت به اقوام ایرانی و ارائه

آن به مجلس در ۱۳۸۵/۰۳/۳۱ مشاهده کرد. این اقدام پس از چاپ کاریکاتور اهانت‌آمیز نسبت به یکی از اقوام ایرانی در یکی از روزنامه‌ها و متعاقب آن، برگزاری تجمعات اعتراض‌آمیز در مناطق غرب کشور صورت گرفت. در این زمینه، برخی نمایندگان مجلس به‌منظور فرو نشاندن خشم و نفرت عمومی و احساسات جریحه‌دار شده مردم آن منطقه، اقدام به تهیه شتاب‌زده طرحی در این زمینه کردند. این طرح در حالی تهیه شد که در نظریه کارشناسی مربوط به آن، خلأ قانونی در خصوص موضوع طرح‌شده در آن، نفی شده بود (مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۵، ۲). با این حال، پس از فرونشستن فضای احساسی و هیجانی که در نتیجه آن، طرح مزبور تهیه شده بود، مخالفت اصولی و منطقی برخی نمایندگان موجب شد تا یک‌فوریت این طرح سرانجام به تصویب نرسد (مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، ۲۸ تیر ۱۳۸۵، دوره هفتم، اجلاسیه سوم، جلسه ۲۳، ۲۶-۲۷).^۴

نکته جالب اینکه طرح دیگری با عنوانی مشابه با طرح بالا یعنی طرح الحاق موادی به کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی (تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده)، در خصوص اهانت به ادیان و مذاهب قانونی و اقوام ایرانی در تاریخ ۱۳۹۷/۰۹/۲۸ اعلام وصول شد که تا به حال به تصویب مجلس شورای اسلامی نرسیده است. نکته شایان توجه در طرح اخیر که نشان‌دهنده اثرپذیری طراحان آن از فضای احساسی و هیجانی جامعه است، مطالبی است که در مقدمه توجیهی آن بیان شده است. در این مقدمه آمده است: «در این طرح، جهت جرم‌انگاری توهین به ادیان و مذاهب قانونی و اقوام، احکامی در قالب الحاق یک فصل به کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی (تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده)، پیش‌بینی شده است تا با توجه به مسائلی که اخیراً و در مناطقی از کشور به‌وجود آمده است و با توجه به نیاز فوری جامعه و اولویت آن نسبت به بسیاری از موضوعات مطروحه در مجلس و حتی ضرورت بازدارندگی و جلوگیری از وقوع خسارت‌های جبران‌ناپذیر، در اولین فرصت به انجام برسد».^۵

علاوه بر این دو طرح، می‌توان به قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت‌های غیرمجاز می‌کنند، مصوب ۱۳۸۶/۱۰/۱۶ اشاره کرد. نکته شایان توجه در خصوص این قانون، آن است که قانونی دقیقاً با همین عنوان در تاریخ ۱۳۷۲/۱۱/۲۴ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده بود؛ اما آنچه سبب شد مجلس قانون دیگری را با همین عنوان در سال ۱۳۸۶ تصویب کند، پخش و انتشار عامدانه تصاویر خصوصی یکی از بازیگران زن در فضای مجازی بود. این موضوع در مقدمه توجیهی طرحی که به مجلس ارائه شده بود، چنین منعکس شده است: «سوءاستفاده از دانش و تکنولوژی ارتباطات توسط تعداد معدودی بزهکار، عفت عمومی را جریحه‌دار نموده و آرامش خاطر بسیاری از خانواده‌ها را مخدوش کرده است و در

صورت عدم اتخاذ تدابیر مناسب و بازدارنده، کیان بسیاری از خانواده‌ها در مخاطره و حرمت دختران و بانوان زیادی در معرض هتک حرمت قرار خواهد گرفت.^۶ با این توصیف می‌توان تصویب قانون مذکور در سال ۱۳۸۶ را که هم به لحاظ تعداد مواد و هم به لحاظ کمیت مجازات، نسبت به قانون قبلی در مرتبه بالاتری قرار گرفته و از این‌رو، برخلاف رویه قضایی و سیاست جنایی حاکم بر کشور است (عزیزی حبیب‌آباد، ۱۳۸۸، ۴۱)، می‌توان در نتیجه بروز و غلبه احساسات و هیجانات بر فضای تقنینی مجلس دانست. این در حالی است که وضع قانون جدید که مستلزم افزایش مجازات‌ها برای برخی جرائم است، می‌بایست مستند به نیازسنجی تقنینی بوده و حاکی از نیاز واقعی و نه نیاز احساسی و غیرواقعی جامعه به وجود قوانینی کارآمدتر باشد. علاوه بر این، لازم است تا در قبال این‌گونه جرائم، رویکردی پیشگیرانه و کنشی (غیرکیفری) در پیش گرفته شود و نه رویکردی واکنشی (کیفری) و مبتنی بر تعیین و اعمال مجازات (صیقل و حسینی، ۱۳۸۹، ۸۱-۸۲).

به‌عنوان مصداقی دیگر از تأثیرپذیری نهاد قانونگذاری از وقایع و حوادثی که در جامعه رخ می‌دهند، می‌توان به طرح تشدید مجازات جرائم اخلاص در امنیت روانی جامعه اشاره کرد که یک‌فوریت آن در تاریخ ۱۳۸۷/۰۴/۱۲ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید. در مقدمه توجیهی این طرح، آمده است: «یکی از وظایف مهم حکومت، ایجاد امنیت روانی و اجتماعی در جامعه است؛ ولی متأسفانه برابر گزارش‌های واصله از مقامات ذی‌ربط، تعدادی اندک از مجرمین، این امنیت را از مردم سلب کرده‌اند».^۷ همان‌گونه که پیداست، انگیزه تهیه و تنظیم طرح مذکور، اتفاقاتی است که گزارش مربوط به آن‌ها به دست نمایندگان مجلس رسیده است، اما در این میان، هیچ استنادی به نظرهای نخبگان یا مراکز پژوهشی در مورد بررسی اثرگذاری تشدید مجازات‌ها بر کاهش جرائم مورد بحث در این طرح، نشده است.

به‌عنوان نمونه دیگری از تأثیرپذیری‌های نهاد قانونگذاری از التهابات و هیجانات به‌وجودآمده در کشور، می‌توان به تصویب یک‌فوریت طرح تشدید مبارزه با جرائم خشونت‌بار در تاریخ ۱۳۹۰/۰۵/۰۹ از سوی مجلس شورای اسلامی اشاره کرد. پیش‌زمینه تصویب فوریت طرح مذکور، وقوع چندین حادثه قتل در تیرماه ۱۳۹۰ از جمله قتل یکی از ورزشکاران معروف در کرج بود که بازتاب گسترده رسانه‌ای آن، موضوع ناامنی‌های ناشی از این‌گونه جرائم خشونت‌بار و ضرورت برخورد قاطع با آن را به یک مطالبه عمومی تبدیل کرد (روزنامه هفت صبح، ۲۹ تیر ۱۳۹۰، ش ۷۰: ۱-۳؛ روزنامه شرق، ۶ مرداد ۱۳۹۰، ش ۱۳۰۵: ۳۰). در واقع می‌توان گفت دغدغه انجام کارهای کارشناسی قبل از تهیه مفاد این طرح‌ها بسیار مهم است و نباید صرفاً در پی ارائه پاسخی مقطعی و فوری به افکار عمومی مبنی بر لزوم تقنین در

این موارد بود و متأسفانه به آثار و پیامدهای درازمدت این گونه تقنین‌ها توجهی نمی‌کنند. یکی از نمونه‌های اخیر تأثیرپذیری قانونگذار را می‌توان در تنظیم طرح تشدید مجازات اسیدپاشی و حمایت از بزه‌دیدگان ناشی از آن که در تاریخ ۱۳۹۷/۰۱/۱۸ به مجلس ارائه شد و کلیات آن در تاریخ ۱۳۹۸/۰۲/۳۰ به تصویب رسید، مشاهده کرد. مطابق مقدمه توجیهی این طرح، «یکی از جرائمی که اکنون در سال‌های اخیر در اخبار نمود بسیار پیدا کرده است، جرم اسیدپاشی می‌باشد. این جرم که به نظر می‌رسد نسبت به گذشته رو به افزایش بوده، عمیقاً افکار عمومی را تحت تأثیر قرار داده است».^۸ نکته جالب اینکه در اظهارنظر کارشناسی در خصوص این طرح، عنوان شده است که چون جرم اسیدپاشی یکی از جرائم علیه تمامیت جسمانی است، مواد بیان‌شده در قانون مجازات اسلامی جهت کیفر مجرم کافی است و خلأ قانونی در این زمینه احساس نمی‌شود (محبی و خانعلی‌پور و اجارگاه، ۱۳۹۷، ۵-۶). همچنین، در بررسی ماده ۱ این طرح که به جرم‌انگاری فعل اسیدپاشی و تعیین قصاص برای مرتکب آن پرداخته شده، بیان شده است که با توجه به مقررات موجود در کتاب قصاص قانون مجازات اسلامی، این ماده مفاد جدیدی را بیان نکرده و قانون مذکور، به تفصیل موارد مربوط به قصاص را بیان کرده است (محبی و خانعلی‌پور و اجارگاه، ۱۳۹۷، ۱۳). به نظر می‌رسد علاوه بر اینکه قانونگذار در تهیه طرح مذکور، تحت تأثیر وقایع جاری در جامعه قرار گرفته، سعی کرده تا صرفاً از طریق تشدید کیفر، ارتکاب جرم اسیدپاشی را کاهش دهد. این در حالی است که ضروری بود تا ابتدائاً به علل ناکارآمدی جرم‌انگاری و ترمیم کیفرهای قبلی در این زمینه پرداخته می‌شد و آنگاه در صورت ضرورت، اقدام به تشدید کیفر می‌شد.

با اینکه قانونگذار عادی در برخی موارد دچار عوام‌گرایی شده و دست به تصویب قوانینی زده است که ناشی از وقوع حوادث و وقایع بوده‌اند، اما در نقطه مقابل، نسبت به تصویب لوایح یا طرح‌هایی که وجود آن‌ها به شدت احساس می‌شود، مقاومت کرده و از تصویب این قوانین خودداری نموده است. به عنوان نمونه‌ای از این دست، می‌توان به لایحه رسیدگی به جرائم اطفال و نوجوانان اشاره کرد که اولین بار در تاریخ ۱۳۸۳/۱۱/۲۵ به مجلس شورای اسلامی تقدیم شد؛ اما متأسفانه به تصویب مجلس نرسید. نکته تأسف‌آور اینکه پس از این تاریخ، این لایحه سه مرتبه دیگر در تاریخ‌های ۱۳۸۷/۰۴/۱۵، ۱۳۹۱/۰۴/۰۷ و ۱۳۹۵/۰۴/۲۶ نیز به مجلس ارائه شد اما تاکنون به تصویب مجلس نرسیده است. نمونه دیگر در این زمینه، لایحه مجازات‌های اجتماعی جایگزین زندان است که تاکنون چهار مرتبه در تاریخ‌های ۱۳۸۴/۰۵/۱۶، ۱۳۸۷/۰۴/۱۰، ۱۳۹۱/۰۴/۰۶ و ۱۳۹۵/۰۴/۱۳ به مجلس شورای اسلامی ارائه شده، اما متأسفانه به تصویب نرسیده است.

نتیجه‌گیری

۱. آنچه در نیازسنجی اهمیت دارد، کشف نیاز واقعی شهروندان و نه نیاز برخاسته از احساسات و هیجانات ایشان است. از این رو، هم توجه به نیازهای شهروندان اهمیت دارد، چراکه مخاطب قوانین شهروندان هستند و ایشان باید قانون را اجرا کنند و هم توجه به نظرهای کارشناسان و متخصصان اهمیت دارد؛ زیرا برخی از ویژگی‌های قانون از جمله دوام نسبی و لزوم متروک نشدن قوانین، اقتضا دارد تا قانون با افقی وسیع‌تر نگریده شود.

۲. نیازسنجی تقنینی با مفهومی به نام ارزیابی تأثیرات قانون در ارتباطی انکارنشده قرار دارد. در توضیح آن می‌توان گفت برآورد و سنجش تأثیر قوانین، این موضوع را به‌خوبی روشن می‌سازد که آیا در جریان تهیه، تنظیم و تصویب قوانین، به نیازهای شهروندان توجهی شده است یا خیر، زیرا تأثیرات منفی یک قانون، نشان‌دهنده این حقیقت است که در جریان تهیه و تنظیم آن قانون، اساساً نیازسنجی صورت نگرفته یا اگر صورت گرفته، دقیق و کارشناسانه نبوده است. از این رو، می‌توان گفت یکی از راه‌های حصول اطمینان از انجام دقیق نیازسنجی تقنینی، مثبت بودن ارزیابی تأثیر آن قانون است، از این رو می‌توان گفت ارزیابی تأثیرات قانون، همانند نیازسنجی تقنینی، امری لازم و ضروری است.

۳. نقش رسانه‌ها در القای نیاز به تقنین، انکارنشده است، البته اگر این القا واقعی و برآمده از خواست واقعی شهروندان باشد؛ اما مشکل در القای صوری و غیرواقعی توسط رسانه‌هاست که قانونگذار نباید تحت تأثیر آن‌ها قرار گیرد و در آن فضای احساسی قانون وضع کند. بزرگ‌نمایی وقایع و حوادث، ارائه اطلاعات نادرست و غیرواقعی و تحمیل دیدگاه‌های خاص به‌عنوان دیدگاه اکثریت جامعه، سبب شده تا رسانه‌ها به ابزارهایی نه برای انعکاس افکار عمومی، بلکه برای شکل‌دهی به افکار عمومی تبدیل شوند. این در حالی است که در برخی مواقع، قانونگذار در برابر جو رسانه‌ای به‌وجودآمده پس از بروز اتفاقات و حوادث، مقاومت کرده و تحت تأثیر آن قرار نگرفته است.

۴. یکی از آسیب‌هایی که نظام قانونگذاری ایران با آن روبه‌روست، عدم تبیین جایگاه نهادهای پژوهشی و علمی در زمینه قانونگذاری است. توضیح آنکه با مشخص شدن جایگاه نیازسنجی تقنینی در فرایند قانونگذاری و اهمیت این مقوله، نهادها و مراکز پژوهشی باید سهمی را در سنجش نیاز به تقنین بر عهده گیرند. بنابراین و در راستای ایفای این وظیفه، باید قبل از تهیه طرح‌ها و لوایح، ضرورت تهیه و تدوین آن‌ها از طریق نیازسنجی تقنینی توسط مراکز پژوهشی به‌خصوص توسط مراکز علمی وابسته به مجلس شورای اسلامی به اثبات برسد.

یادداشت ها

۱. برای نمونه، تقریباً ۹ پیشنهاد از ۱۰ پیشنهاد تقنینی تقدیم شده به پارلمان بلژیک، از سوی دولت و در قالب لایحه است. این در حالی است که از هر ۱۰ طرح تقدیمی، صرفاً یک طرح به قانون تبدیل می شود. در استرالیا نیز، از مجموع ۲۰۰ قانونی که هر ساله وضع می شود، پیشنهاد فقط حدود ۱۵ درصد از آن ها از سوی مجلس سنا صورت می گیرد. در کشور کرواسی نیز در فاصله سال های ۱۹۹۸ تا ۲۰۰۰م، تقریباً ۱۰ درصد از موارد ابتکار قانونگذاری مربوط به طرح ها بوده است. در مقدونیه نیز، علاوه بر اینکه در سال های ۱۹۹۸ و ۱۹۹۹ هیچ گونه طرحی به پارلمان ارائه نشده، در سال ۲۰۰۰ صرفاً ۴ طرح از سوی نمایندگان تهیه شده است و حال اینکه تعداد لوایح تقدیمی از سوی دولت در طول سه سال مذکور، به ترتیب، ۱۳۴، ۱۴۸ و ۱۰۶ مورد بوده است (مرکز مالگیری و پارسا، ۱۳۹۲، ۱۴-۱۵).

۲. برای نمونه می توان به موارد زیر اشاره کرد:

<https://bzn.ir/۰۲۳۰۸>

<https://bzn.ir/۶۸۹۰۴>

<https://bzn.ir/۱۹۲۰۹>

۳. yon.ir/gfNqJ

۴. <http://www.rrk.ir/Laws/ShowLaw.aspx?Code=۵۳۱۹>

۵. http://rc.majlis.ir/fa/legal_draft/state_popup/۱۰۹۳۱۹۸?fk_legal_draft_oid=۱۰۹۳۱۰۶

۶. <https://bzn.ir/۹۶۰۸۲>

۷. http://rc.majlis.ir/fa/legal_draft/state_popup/۷۳۶۵۹۲?fk_legal_draft_oid=۷۲۰۴۹۲

۸. http://rc.majlis.ir/fa/legal_draft/show/۱۰۴۸۲۷۱

منابع

الف) فارسی:

۱. ام. اولسون، دیوید (۱۳۸۲)، **نهادهای مردم‌سالار قانونگذاری**، ترجمه علیرضا طیب، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، چ اول.
۲. بیکنس، برایان (۱۳۸۹)، **فرهنگ نظریه حقوقی**، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی، چ اول.
۳. جلالی، رضا (۱۳۸۷)، **راهنمای تحلیل نیاز قانونگذاری**، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، چ اول.
۴. دورکین، رونالد (۱۳۸۱)، «**نافرمانی مدنی**»، حق و مصلحت، محمد راسخ، تهران: طرح نو، چ اول، ص ۱۲۳-۱۴۹.
۵. روسو، ژان ژاک (۱۳۹۲)، **قرارداد اجتماعی (متن و در زمینه متن)**، ترجمه مرتضی کلاتریان، تهران: نشر آگه، چ اول.
۶. سلطانی، سید ناصر (۱۳۹۳)، «**علل نافرجامی تدوین و تنقیح قوانین در ایران**»، پژوهش حقوق عمومی، ش ۴۵، ص ۱۳۱-۱۶۴.
۷. صیقل، یزدان و سید مهدی حسینی (۱۳۸۹)، «**پیشگیری کنشی از جرایم سمعی و بصری**»، مطالعات پیشگیری از جرم، ش ۱۶، ص ۶۳-۸۳.
۸. عبدالاحد، علی و دیگران، «**آسیب‌شناسی نظام قانونگذاری جمهوری اسلامی ایران**»، گزارش کارشناسی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل ۱۶۰۸۰، ۱۳۹۷/۰۷/۰۷، قابل دسترسی در نشانی زیر:
<http://rc.majlis.ir/fa/report/show/۱۰۷۴۷۴۷> (تاریخ مشاهده: ۱۳۹۸/۰۴/۰۲).
۹. عزیزی حبیب‌آباد، اردوان (۱۳۸۸)، «**نقدی بر قانون «نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت غیرمجاز می‌نمایند»**»، پیام آموزش، ش ۳۷، ص ۳۵-۴۱.
۱۰. فرجیها، محمد و محمدباقر مقدسی (۱۳۹۰)، «**رویکرد عوام‌گرایی کیفری به جرائم جنسی (مطالعه تطبیقی)**»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ش ۲، ص ۱۱۳-۱۳۲.
۱۱. قاسمی، محسن (۱۳۸۳)، «**علم قانونگذاری در سایه حقوق اساسی**»، حقوق اساسی، سال دوم، ش ۳، ص ۱۵۵-۱۶۸.

نیازسنجی تقنینی؛ عنصری بایسته در قانونگذاری شایسته ■ ۲۰۵

۱۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸)، **گامی به سوی عدالت**، تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، چ اول.

۱۳. لای، جان (۱۳۹۲)، **دو رساله حکومت**، ترجمه فرشاد شریعت، تهران: نگاه معاصر، چ اول.

۱۴. محبی، جلیل و سکینه خانعلی پور واجارگاه، «**طرح تشدید مجازات اسیدپاشی و حمایت از بزه‌دیدگان ناشی از آن**»، گزارش کارشناسی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل ۱۵۹۷۲، ۱۳/۰۵/۱۳۹۷، قابل دسترسی در نشانی زیر:

(تاریخ مشاهده: ۱۳۹۸/۰۴/۰۲) http://rc.majlis.ir/fa/legal_draft/state_popup/۱۰۶۸۱۲۷?fk_legal_draft_oid=۱۰۴۸۲۷۱

۱۵. مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی (۱۳۹۶)، **عمده‌ترین مسائل کشور؛ اولویت‌ها و راهبردهای مجلس شورای اسلامی در دوره دهم**، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، چ دوم.

۱۶. مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، «**طرح الحاق موادی به قانون مجازات اسلامی در خصوص جرایم ناشی از اهانت به اقوام ایرانی**»، گزارش کارشناسی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل ۱۹۰۷۸۵۲، ۱۳/۰۴/۱۳۸۵، قابل دسترسی در نشانی زیر: <http://rc.majlis.ir/fa/report/show/۷۳۰۲۴۲> (تاریخ مشاهده: ۱۳۹۸/۰۴/۰۲).

۱۷. مرکز مالگیری، احمد و محمدباقر پارسا، «**اولویت قانونگذاری از طریق لایحه یا طرح؟ بررسی آماری نقش قوای مجریه و مقننه در ابتکار قانونگذاری**»، گزارش کارشناسی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل ۱۳۰۰۲، ۱۹/۰۳/۱۳۹۲، قابل دسترسی در نشانی زیر: <http://rc.majlis.ir/fa/report/show/۸۴۶۰۶۷> (تاریخ مشاهده: ۱۳۹۸/۰۴/۰۲).

۱۸. مرکز مالگیری، احمد و سعید عطار (۱۳۹۷)، «**آسیب‌شناسی قانونگذاری در ایران از منظر رویه ابتکار قانونگذاری**»، **مجلس و راهبرد**، ش ۹۶، ص ۲۱۳-۲۳۶.

۱۹. مقدسی، محمدباقر و محمد فرجیها (۱۳۹۲)، «**ویژگی‌های سیاست‌های کیفری عوام‌گرا؛ مطالعه تطبیقی**»، **مطالعات حقوق تطبیقی**، ش ۲، ص ۱۳۷-۱۵۵.

۲۰. وی. رابرتز، جولیان و جی. استالانز، لورتا و ایندرمار، دیوید و مایک هاف (۱۳۹۲)، **عوام‌گرایی کیفری و افکار عمومی: درس‌هایی از ۵ کشور**، ترجمه زینب باقری‌نژاد، سودابه رضوانی، مهدی کاظمی جویباری، هانیه هژبرالساداتی، تهران: میزان، چ اول.

۲۱. هابز، توماس (۱۳۹۲)، **لویاتان**، ترجمه حسین بشیریه، تهران: نشر نی، چ هشتم.

۲۲. هارت، هربرت (۱۳۹۰)، مفهوم قانون، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی، چ دوم.
۲۳. هاشمی، سید محمد (۱۳۷۲)، «تهذیب قوانین و راه‌هایی که باید پیمود»، مجلس و پژوهش، ش ۳، ص ۲۵۲-۲۶۲.

ب) لاتین:

۱. Burton, J. K. & Merrill, P. F, (۱۹۷۷), "Needs assessment: Goals, needs and priorities", L. J. Briggs, **Introduction to Instructional Design**, Englewood Cliffs, NJ: Educational Technology Publications.
۲. McCaslin NL, Lave J, (۱۹۷۶), **Needs assessment and career education: an approach for states**, Colubus, Ohio Center for Vocational Education, the Ohio State University.
۳. Florijn, N. A, (۲۰۰۸) "Quality of Legislation: A Law and Development Project", **Lawmaking for Development: Explorations into the Theory and Practice of International Legislative Projects**, J. Arnscheidt and B. Van Rooij and J. M. Otto (eds.), Amsterdam: Leiden University Press.
۴. Pratt, John, (۲۰۰۴), **penal populism**. London. Routledge, ۲۰۰۴.
۵. Sacks, Albert M. and Henry M. Hart (۱۹۵۸), **The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law**, Unpublished Manuscript Tenth.
۶. UNDP, (۱۹۹۹), **How to Conduct A needs Assessment**.

ج: پایگاه‌های اینترنتی:

<http://www.rrk.ir/Laws/ShowLaw.aspx?Code=۵۳۱۹>
http://rc.majlis.ir/fa/legal_draft/state_popup/۱۰۹۳۱۹۸?fk_legal_draft_oid=۱۰۹۳۱۰۶
<https://bzn.ir/۹۶۰۸۲>
http://rc.majlis.ir/fa/legal_draft/state_popup/۷۳۶۵۹۲?fk_legal_draft_oid=۷۲۰۴۹۲
http://rc.majlis.ir/fa/legal_draft/show/۱۰۴۸۲۷۱
<https://bzn.ir/۰۲۳۰۸yon.ir/gfNqJ>

نقد و بررسی تقنین آزمایشی در حوزه قانون‌گذاری

امیر بارانی بیرانوند*، عبدالله مختاری**

چکیده

بر مبنای اصل ۸۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تقنین آزمایشی نوعی قانون‌گذاری است که استثنایی بر اصل «منع تفویض اختیار قانون‌گذاری» به‌شمار می‌رود. هرچند طرح این قوانین در نظام حقوقی ایران پذیرفته شده است و مزایایی چون سرعت در تقنین، کاهش تورم و افزایش کارآمدی قوانین دارد، با ایراداتی چون مغایرت با اصل منع تفویض اختیار، اصل تفکیک قوا، ویژگی‌های جمعی بودن و شفافیت مجلس روبه‌روست. با توجه به استثنایی بودن این نوع تقنین در بسیاری از موارد به‌مثابه اصل با آن برخورد شده و موجب نقض اصل منع تفویض اختیار شده است. همچنین از آن‌جا که در عمل، ارزیابی دقیقی بعد از اتمام دوره آزمایشی صورت نمی‌گیرد، در مقام ضرورت و بر مبنای اصل ۸۵ قانون اساسی، اگر ارزیابی دقیقی بعد از اتمام دوره آزمایشی صورت گیرد، به‌عنوان تقنین مطلوب قابل پذیرش است. این پژوهش با رویکرد توصیفی-تحلیلی و با تکیه بر اطلاعات اسنادی انجام گرفته است، در عین حال به اعتبار آنکه نتایج آن موجب تغییر رویه موجود می‌شود، کاربردی است.

واژگان کلیدی: تفویض اختیار، قانون آزمایشی، قانون اساسی، قانون‌گذاری، مجلس شورای اسلامی.

* Email: : A.barani1990@gmail.com

نویسنده مسئول

** Email: Bmmokhtary123@gmail.com

مقدمه

قانون‌گذار وضع قانون آزمایشی را در اصل ۸۵ قانون اساسی تجویز کرده است. قانون آزمایشی، قانونی است که مدت اعتبار آن در قانون پیش‌بینی شده و حاکی از آزمون و خطا در امر تقنین است. از آن‌جا که تصویب یک قانون توسط مجلس نیازمند بررسی کلیات و جزئیات ماده به ماده قانون در صحن علنی، فرایندی زمان‌بر است، قانون‌گذار به‌منظور تسریع در امور قانون‌گذاری، رعایت اصل تفکیک قوا، پرهیز از تفویض اختیار به قوه مجریه و عدم رعایت تشریفات، اقدام به وضع قانون آزمایشی و تفویض آن به کمیسیون‌های داخلی می‌کند. تصویب این نحوه قوانین ناشی از آن است که قانون‌گذار در زمینه تقنینی به نظر نهایی نرسیده است که گاهی موجب بی‌ثباتی خواهد شد. همین مسئله موجب شده است که با وجود مزایای این قوانین و مثبت بودن اعمال آن در بعضی نظام‌های حقوقی مانند فرانسه، در نظام حقوقی ایران مخالفت‌هایی صورت گیرد. هرچند روش تقنین آزمایشی در قانون اساسی پیش‌بینی شده، آیا شیوه قانون‌گذاری مناسبی است؟ به فرض مناسب بودن آیا همان‌طور که مطمح نظر قانون‌گذار بوده، اجرایی شده است؟

با توجه به اینکه بسیاری از قوانین از جمله قوانین ماهوی مانند قانون مجازات اسلامی به‌صورت آزمایشی به تصویب رسیده‌اند، قانون‌گذار بر چه مبنایی با این نوع تقنین به قانون‌گذاری پرداخته است؟

با توجه به منابع کتابخانه‌ای و اسنادی و بررسی برخی آرا و نظرات مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان به توصیف و تحلیل این نوع تقنین پرداخته خواهد شد. نظر به اینکه تقنین آزمایشی نوعی قانون‌گذاری معمول است و می‌تواند در تقنین بهتر این قوانین مؤثر واقع شود، کاربردی بودن پژوهش نیز ملحوظ شده است. در خصوص قوانین آزمایشی هنوز کتابی نگاشته نشده است، اما در میان کتاب‌های با موضوع قانون‌گذاری از جمله گفتارهایی در قانون و قانون‌گذاری، به تناسب بحث شده است. رساله و پایان‌نامه‌هایی از جمله جایگاه قوانین آزمایشی در حقوق عمومی ایران و فرانسه و بررسی فقهی و حقوقی قوانین آزمایشی در امور کیفری^۱ در خصوص موضوع نگاشته شده است. با این همه و با توجه به فقدان برخی مباحث در این نوشته‌ها لازم است بار دیگر تقنین آزمایشی بررسی شود. از این‌رو در پژوهش پیش‌رو، مفهوم قوانین آزمایشی و شرایط تقنینی آزمایشی ارائه شده و مزایا و ایرادات و همچنین برخی نظریات در خصوص قوانین آزمایشی سنجش شده و در نهایت نظریه صواب اتخاذ شده است.

۱. مفهوم قانون آزمایشی

آزمایش در لغت به معنای آزمون، امتحان، تجربه، ارزیابی و بررسی درستی یا نادرستی یک فرضیه است (دهخدا، ۱۳۸۵، ج ۱: ۳۳). واژه امتحان نیز دو معنا دارد؛ در یک معنا آزمایش و

دیگری به معنای خالص کردن است (حسینی زبیدی، ۱۲۰۵ق، ج ۱۸: ۵۲۷)، اما به حسب اصطلاح در قانون تعریفی از قانون آزمایشی ارائه نشده (خانجانی موقر، ۱۳۷۷: ۴۰) و در کتاب‌های حقوقی، کمتر بدان توجه شده است. این قوانین در حقوق دیگر کشورها نیز به رسمیت شناخته شده است، این قوانین در انگلستان با عنوان Laws Experimental و در حقوق فرانسه با عنوان Expérimentales Lois شناخته می‌شود (آگاه، ۱۳۸۹: ۴۳). این نحوه تقنین سابقاً در قانون اساسی فرانسه مورد اشاره قرار نگرفته بود، ولی در بازنگری سال ۲۰۰۳ در مواد ۷۲ و ۱-۳۷ تقنین آزمایشی رسمیت یافت. مقنن فرانسوی در ماده ۱-۳۷ قانون اساسی بیان می‌دارد: «قوانین و مقررات در موضوع و مدتی محدود می‌توانند حاوی مقررات آزمایشی باشند».^۲

در حقوق آمریکا، در قانون‌های عمومی، عبارتی تحت عنوان ماده یا قانون غروب (sunset laws) پیش‌بینی شده که معیاری در یک اساسنامه، آیین‌نامه یا قانون است (Bertil Cottie: ۱۹۹۲: ۱۶۲) & و مقرر می‌دارد که بخشی از مقررات که در تاریخ معینی، منقضی شده‌اند، مقننه نسبت به تجدید آن اقدام کند، مگر اینکه اقدامات قانونی دیگری برای تمدید آن قانون انجام گیرد (Baugus & Bose: ۲۰۱۵: ۳). بنابراین دو عنصر اساسی در قوانین آزمایشی وجود دارد؛ زمان و آزمایش. بدین معنا که با توجه به این دو عنصر، دو ویژگی خاص برای قوانین آزمایشی پیش‌بینی می‌شود:

۱. موقتی بودن قوانین آزمایشی: به این صورت که قید زمان و مدت اعتبار آن در خود قانون قید می‌شود، برای مثال در خصوص قانون مجازات مدت پنج‌ساله پیش‌بینی شده است. این خصیصه، قانون آزمایشی را از قانون دائمی متمایز می‌کند؛
۲. آزمایشی بودن: که به ارزیابی و سنجش آن در طول مدت آزمایش منجر می‌شود. بنابراین قانون‌گذار علاوه بر رفع نیازهای حال و موقتی جامعه، همواره در مقام ارزیابی قانون آزمایشی است، تا آن را بررسی و در تدوین و تصویب قانون جدید اعمال و اصلاح کند. وصف آزمایشی در قانون، بیانگر استفاده از یکی از بنیادهای نظری علوم تجربی در حقوق است. بنیادی به نام آزمایش که بهترین وسیله برای تطبیق و ادراک تئوری‌ها و پیش‌بینی‌ها با واقعیت و عمل در اجتماع است (فاینمن، ۱۳۸۵: ۲۰). ابزاری که با آن به مطالعه و دقت در واکنش‌های اجتماعی قانون می‌پردازیم، قوانین و قواعد حقوقی را در مصداق‌های عینی محک می‌زنیم و از این طریق به حقیقت و واقعیت برونی تئوری‌ها نزدیک‌تر می‌شویم و صحت نظریات حاصل از استنباط را در عمل معلوم می‌داریم (موراوتر، ۱۳۸۷: ۳۷).

۲. شرایط تقنین آزمایشی

تقنین آزمایشی شیوه‌ای از قانون‌گذاری است که برخلاف اصل «منع تفویض اختیار» در موضوعی که مجلس ضروری تشخیص دهد، صورت می‌گیرد. مستند به اصل ۸۵ قانون اساسی، مجلس اختیار وضع آزمایشی بعضی از قوانین را که جنبه دائمی دارند، به کمیسیون‌های خود تفویض می‌کند. این امر در سایر نظام‌ها نیز بی‌سابقه نیست، برای مثال مقنن فرانسوی در ماده ۳۸ قانون اساسی بیان داشته است: «دولت برای اجرای برنامه‌های خود می‌تواند از پارلمان کسب اجازه کند که در مدتی مشخص در اموری که مشمول عنوان قانون می‌شوند اقدام به وضع تصویب‌نامه نماید. تصویب‌نامه‌ها در جلسه شورای وزیران پس از مشورت با شورای دولتی تهیه و با چاپ و انتشار لازم‌الاجرا می‌شوند». این تصویب‌نامه‌ها قبل از جمهوری پنجم فرانسه به «فرامین قانونی»^۳ و پس از آن با عنوان «اردنانس»^۴ شناخته می‌شوند (وزیری، ۱۳۴۶: ۳۳) و در حقیقت در راستای وضعیتی است که از آن به اجرای آزمایشی قانون توسط آیین‌نامه یاد می‌شود و قبل از قطعیت قانون، آن را به صورت آزمایشی در قالب مقررات به اجرا می‌گذارند تا پس از رفع نواقص و ایرادات محتمل به شکل قانون درآید (موسی‌زاده، ۱۳۸۸: ۱۵۰). در نظام حقوقی ایران براساس اصل ۸۵ قانون اساسی و مواد آیین‌نامه داخلی مجلس برای وضع یک قانون آزمایشی باید شرایط زیر فراهم باشد:

- تفویض اختیار قانون‌گذاری از جانب مجلس: اصل ۸۵ قانون اساسی اختیار تفویض قانون‌گذاری را به صورت آزمایشی به کمیسیون‌های داخلی مجلس پیش‌بینی کرده است. از این رو کمیسیون‌های مجلس زمانی حق قانون‌گذاری دارند که مجلس بر طبق قانون اساسی، این اختیار را به آنان داده باشد.
- تفویض تصویب قوانین آزمایشی به کمیسیون‌ها: مرجع مشروعیت تقنین مجلس یعنی قانون اساسی در صدر اصل ۸۵ قانون اساسی در بعضی موارد حق تفویض اختیار قانون‌گذاری را داده است؛ مجلس می‌تواند اختیار قانون‌گذاری را به کمیسیون‌های داخلی مجلس واگذار کند؛
- وجود ضرورت در تفویض اختیار: در نظام حقوقی ایران اگرچه در اصل، صلاحیت مجلس شورای اسلامی در تصویب قوانین، انحصاری و تفویض‌ناپذیر است، بعضی ضرورت‌ها موجب شده است که اصل ۸۵ قانون اساسی دست مجلس را در تفویض پاره‌ای از وظایف قانون‌گذاری باز بگذارد (هاشمی، ۱۳۸۲، ج ۱: ۱۳۲)؛
- لزوم تصریح به آزمایشی بودن مصوبات کمیسیون‌ها (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۲: ۱۱۰)؛

- تعیین مدت زمان اجرای آزمایشی (مدنی، ۱۳۶۶: ۱۳۲)؛
- نظارت شورای نگهبان (راسخ، ۱۳۸۴: ۹۸).

۳. ویژگی‌های قوانین آزمایشی

به‌طور کلی می‌توان ویژگی‌های موجود درباره قانون آزمایشی و این رویه قانونی را به مزایا و ایرادات در خصوص آن منقسم کرد که در ذیل به آن می‌پردازیم:

۳-۱. مزایای قوانین آزمایشی

قانون آزمایشی را می‌توان ابزاری برای تقنین بهتر عنوان کرد که برای آن ادله و محاسن زیر ذکر شده است:

۳-۱-۱. سرعت در تقنین و صرفه‌جویی در وقت مجلس

یکی از علل اقبال به قانون‌گذاری به‌صورت آزمایشی، سرعت در قانون‌گذاری و صرفه‌جویی در وقت مجلس است. بدیهی است که جریان عادی تصویب یک قانون آن هم قانونی مثل قانون مجازت با حجم زیاد مواد قانونی و به‌صورت ماده به ماده وقت زیادی از مجلس می‌گیرد. علاوه بر آن تکلیف دادگاه‌ها و جامعه حقوقی در این میان چیست؟ این امر در نگاه مقننین اولیه قانون اساسی نیز به چشم می‌خورد (اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس، ۱۳۶۴، ج ۲: ۸۴۴). در طرح تفویض اختیار تصویب اساسنامه به دولت یا کمیسیون‌های مجلس در سال ۱۳۶۸ آمده است: «اگر مشکل، کندی در کار است، از طریق اصل ۸۵ قابل تأمین است» (اداره کل قوانین و تندنویسی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۱: ۱۱۰۷). هدف از وضع آزمایشی لایحه آیین دادرسی کیفری، بالا بودن حجم لایحه این قانون عنوان شده است (میرکوهی، ۱۳۹۸: ۱۳). اقتضای یک جامعه این است که هرچه سریع‌تر قوانین جامع توسط مرجع ذی‌صلاح تصویب شود و امور و مناسبات موجود در جامعه تعدیل و اداره گردد. این مهم با سرعتی که در تصویب قوانین آزمایشی وجود دارد، همخوان و سازگار است. همچنین مجلس می‌تواند وقتی را که در تصویب قوانین می‌گذارد، صرف امور بااهمیت دیگر کند.

با وجود این، از نظر نگارنده، بر این مزیت و طرفداران آن، ایرادات زیر نیز لحاظ شده است:

۱. بر طبق این مبنا لوایح و طرح‌ها را باید به دو دسته حجیم و مختصر تقسیم کرد و موارد حجیم چون وقت گیرند، باید در کمیسیون‌ها به‌صورت آزمایشی مطرح شوند، و موارد مختصر در صحن علنی تصویب شود. درحالی‌که این امر خلاف نص قانون اساسی است، زیرا قانون اساسی وظیفه مجلس شورای اسلامی را تقنین می‌داند (زرنگ، ۱۳۸۱، ج ۱: ۴۷۰).

۲. قانون‌گذاری مهم‌ترین وظیفه مجلس شورای اسلامی است و آیا نمایندگان ملت کاری

جزء تصویب و وضع قوانین دارند (نورایی، ۱۳۹۴: ۱۱۸).

۳. برای سرعت در تقنین لازم نیست که قوانین به صورت آزمایشی تصویب شود، بلکه طریقه تصویب فوری بهترین راه حل است. مستند به آیین نامه داخلی مجلس طرح ها و لوایح، به سه دسته یک، دو و سه فوریتی تقسیم می شوند. فارغ از اینکه تصویب فوریتی، خود برای مواقع ضروری است و قوانین آزمایشی برای موارد ضرورت است (پروین، ۱۳۸۷: ۳۵).

۴. شتاب زندگی در تقنین قوانین موجب می شود، قانونی فاقد جامعیت و مانعیت لازم وضع شود. اگر سرعت در تقنین ملاک باشد، این با نظر بازنگران قانون اساسی که بیان داشتند: «هیچ گاه نمی خواهیم استحکام و جامعیت قانون اساسی، ملت ایران و جامعه و نظام جمهوری اسلامی ایران فدای سرعت شود» (اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس، ۱۳۶۴، ج ۱: ۱۷۱)، در تعارض است.

۵. سرعت در تصویب ربطی به قوانین آزمایشی ندارد، زیرا هر قانونی در محدوده موضوع خود تخصصی محسوب می شود و به این بهانه نمی توان هر قانونی را در اسرع وقت تصویب کرد. در آخر به بیان یکی از حقوق دانان اگر سرعت در امر قانون گذاری دلیل بر ترقی و پیشرفت بود، ایران باید یکی از مرفعی ترین کشورهای جهان باشد (صفایی، ۱۳۸۳: ۶۸).

۲-۱-۳. تخصصی شدن امور

قانون گذاری از وظایف اصلی مجلس و امری پیچیده و تخصصی است (زرننگ، ۱۳۸۱، ج ۱: ۴۷۰)، بنابراین مجلس باید نهایت دقت خود را در وضع قوانین داشته باشد. وضع قوانین جامع، سبب اصلاح مناسبات در ارکان جامعه و ترقی کشور خواهد شد. قانون، نماد و سند حقوقی یک کشور است، بنابراین باید با مطالعه عمیق و جامعیت به تصویب برسد، زیرا هرچه دارای این خصیصه باشد، در عمل کمتر مورد اصلاح و تغییر واقع می شود (صانعی، ۱۳۸۱: ۱۹۱). بنابراین قوانین حقوقی و قضایی، فنی و مفصل اند و طرح آن در کمیسیون که اعضای آن قاعدتاً در امور قضایی تخصص دارند، بهتر است و از سوی دیگر وقت مجلس کمتر صرف این گونه قوانین می شود (آگاه، ۱۳۸۹: ۱۸).

۳-۱-۳. کاهش تورم قوانین

با وقوع انقلاب جمهوری اسلامی، مقررات و قواعد اسلامی در دستور کار مقنن قرار گرفت، اما این امر سبب سقوط اعتبار قوانین پیش از انقلاب نشد. اگرچه با وقوع انقلاب، نظام سیاسی و مدیریتی کشور به کلی دگرگون می شود (متیو، ۱۳۹۱: ۶)، اما مطابق اصول کلی حقوق و منطق حاکم بر نظام حقوقی، تحولات حقوقی چندان گسترده ای مشاهده نمی شود و عمدتاً اصولی از قانون اساسی که به تشریفات و اختیارات قانون گذاری مربوط بودند، دگرگون شدند (میرزایی، ۱۳۹۳: ۱۸). مجلس ملی سابق منحل و مجلسی جدید با قواعدی تازه و

همچنین نهادهای حقوقی مانند شورای نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت نظام تأسیس شد، اما قوانین مصوب قانون‌گذاری پیشین، اعتبارشان را از دست ندادند، زیرا تشکیل مجلس جدید معنایی جز این ندارد که مشروعیت مجلس پیشین از دست رفته است. از این تحول نمی‌توان بی‌اعتباری قوانین سابق را به ملازمه نتیجه گرفت. بر این مبنا قوانین مذکور تا زمانی که به دست قانون‌گذار نسخ و یا به طریق مقرر در قانون اساسی جدید ابطال نشده باشند، کما سبق معتبرند (وکیلان، ۱۳۹۰: ۲۲۲). در طول عمر انقلاب اسلامی، تصویب بیش از ۸۰۰ ماده قانونی کیفری شکلی و ماهوی در سال ۱۳۶۱ توسط کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس شورای اسلامی و نیز وضع بیش از ۲۵۰ ماده قانون کیفری ماهوی صرف‌نظر از مقررات فراوان شکلی از سوی مراجع مختلف مجلس شورای اسلامی، مجمع تشخیص مصلحت نظام، کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس شورای اسلامی به‌خوبی گویای این ادعاست. اگر آرای هیأت عمومی دیوان عالی کشور و مقررات کیفری مصوب شورای عالی انقلاب فرهنگی را نیز در نظر بگیریم، عدد بزرگی خواهد شد^۵ (آگاه، ۱۳۸۹: ۱۰۷). این حجم از قوانین که تکلیفی در خصوص آن جز بند ۷ ماده ۳۳ آیین‌نامه داخلی مجلس نبود^۶ و پذیرش نظام اسلامی که با دستورها و مقررات دیگر نظام‌ها مانند اعدام یا قصاص مخالف بود و ناآگاهی مقنن از وضعیت موجود کشور همه در ناپایداری نظام ثابت حقوقی در تبعیت از آن دخیل است و مقنن برای رهایی از چنین امری به تقنین آزمایشی دست می‌زند (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۵: ۸). کاهش تورم قوانین به کاهش سردرگمی تابعان قانون و قضات کمک شایانی خواهد کرد.

۴-۱-۳. افزایش کارآمدی و کیفیت قوانین

اجرای آزمایشی قانون با روشن ساختن بسیاری از زوایای پنهان و تاریک آن ضعف‌های آن را آشکار می‌سازد (مهرپور، ۱۳۸۷: ۲۰۹). این مزیت را می‌توان در خصیصه ارزیابی قوانین آزمایشی دنبال کرد. با اتمام دوره اجرای آزمایشی و ارزیابی، پارلمان ملزم است تا در خصوص سرنوشت قانون تصمیم‌گیری کند (ساکت، ۱۳۸۷: ۷۶). اظهارنظر پارلمان با جمع‌بندی مسائل مطروحه و دیدگاه‌های ارائه‌شده از جمله گزارش نهاد خاص ارزیابی‌کننده صورت می‌گیرد. گزارشی که می‌بایست حاوی دو امر مهم باشد:

۱. یافته‌های علمی مدت ارزیابی را به‌صورت طبقه‌بندی‌شده و به زبانی ساده و قابل فهم ارائه دهد که نمایندگان پارلمان که اغلب متخصص نیستند، به‌سادگی از میزان موفقیت یا ناکامی قانون مطلع شوند و بتوانند داده‌های عرضه‌شده را به‌نحو مطلوب در قالب اصلاح یا تغییر قانون آزمایشی به‌کار گیرند تا قانون نهایی، فاقد معایب قانون آزمایشی باشد.

۲. زمان و موعدی مشخص که حداقل سه ماه پیش از پایان اجرای آزمایشی است، به‌صورت علنی در پارلمان قرائت شود.

۵-۱-۳. تشکیک نسبت به واکنش‌های اجتماعی به قانون

بازنگری در قانون اساسی و لزوم تغییر، تصحیح، تفسیر و اصلاحیه، حاکی از آن است که مقنن به‌طور قطع به قانون خود مطمئن نیست و از واکنش اجتماع اطلاع دقیقی ندارد (ارسطو، ۱۳۸۷: ۷۷). در واقع قانون‌گذار به تقنین خود مشکوک است و به همین علت قوانین را به‌صورت آزمایشی وضع می‌کند (جوان، ۱۳۲۶، ج ۱: ۳۷). گاهی در برخی مسائل، مقنن با عنایت به شرایط اقتصادی، اجتماعی، سیاسی و فرهنگی روز جامعه در نظر دارد تا با تصویب قانون، موضوعی نو، پیچیده یا حساس را مطرح کند، اما به‌سبب پیچیدگی یا حساسیت مسئله و اینکه ارزیابی دقیقی از تأثیرات قانون در ساختار حقوقی و سیاسی کشور و واکنش جامعه به‌خصوص بخش‌های خاص مرتبط با قانون موردنظر را ندارد، ترجیح می‌دهد تا با وضع آزمایشی قانون شرایط کلی جامعه را رصد کند (رخشده‌رو، ۱۳۸۶: ۱۴۵). در مجموع، اگر واکنش‌های قضات، نخبگان، رسانه‌ها و در کل افکار عمومی، مطلوب ارزیابی شود، راه برای انشای قانون به‌صورت غیرآزمایشی هموار می‌شود، اما اگر برداشت نهایی مجلس آن باشد که با توجه به حساسیت‌های جامعه، طرح موضوع به صلاح نباشد، با استفاده از عباراتی چون «قانون آزمایشی بوده و هنوز تصمیم نهایی اخذ نشده است» یا «همچنان در حال کارشناسی موضوع و جمع‌بندی نظرات مختلف هستیم»، می‌تواند با کمترین ایرادی قانون را پس از اجرای آزمایشی و حتی در اثنای آن متوقف سازد.

۲-۳. ایرادات وارد بر قوانین آزمایشی

قوانین آزمایشی مانند سایر پدیده‌های حقوقی از دو جنبه شکلی و محتوایی قابل بررسی است. همچنین نقدهای وارده بر این قوانین گاه به اصل وضع و گاه به نحوه اجرای این قوانین است که در ذیل بیان می‌شود.

۱-۲-۳. صلاحیت انحصاری مجلس در قانون‌گذاری

ایراد دیگری که متوجه قانون آزمایشی است، این است که امر قانون‌گذاری بر طبق اصول قانون اساسی بر عهده مجلس شورای اسلامی است و مجلس باید در مورد قوانین کشور تصمیم‌گیری کند. این دلیل از منظر حقوقی با استناد به اصل ۸۵ قانون اساسی رد می‌شود، زیرا مبنای وضع قوانین آزمایشی بر طبق اصل ۸۵ قانون اساسی با کمیسیون‌های مجلس است.

کمیسیون‌های مجلس نیز جزئی از مجلس است، به‌خصوص اینکه تصویب نهایی این‌گونه قوانین با مجلس و در صحن علنی خواهد بود.

اگر اشکال به تقنین مجلس شورای اسلامی شود، برای پاسخ به این پرسش باید در پی صلاحیت تقنین مجلس شورای اسلامی باشیم. در این زمینه سه مبنا وجود دارد که عبارت‌اند از:

- دیدگاه صلاحیت بشری در قانون‌گذاری؛
- دیدگاه صلاحیت الهی در قانون‌گذاری؛
- دیدگاه صلاحیت مردمی - توحیدی در قانون‌گذاری؛ طبق این رویکرد، در صلاحیت تقنین، ضمن تأکید بر حاکمیت الهی به نقش مردم در تدوین قانون نیز اشاره می‌شود.

اصول کلی اسلامی قانون اساسی به‌عنوان محور اصلی و مجلس شورای اسلامی باید براساس این موازین به تقنین و وضع قانون بپردازد. این رویکرد در نظرات مرحوم امام و میرزای نائینی مشهود است. از دیدگاه نائینی مشروعیت کار نمایندگان مجلس دو مبناست؛ اذن مجتهد نافذالحکومه و نظارت عده‌ای از مجتهدان عادل و عالم به سیاست در کار آن‌ها (نائینی، ۱۴۲۴ق: ۹۸). مرحوم امام صلاحیت تقنین را منحصر به خداوند متعال می‌داند و پذیرفتن قانون‌گذاری بشری از حکم قرآن و خرد بیرون است (خمینی موسوی، بی‌تا: ۴۴-۳۰۷)، ولی از آن‌جا که این خطاب‌ها کلی‌اند و خطاب‌های متعلق به مؤمنان یا مردم یک عنوان کلی است و حجیت بر همه انسان‌های مکلف خواهد بود، بنابراین خطاب قانونی، شامل همه می‌شود (سبحانی تبریزی، ۱۳۶۷: ۳۰۵). از این‌رو اولین مصحح فقهی مرحله تصویب این دسته از قوانین، تصویب آن‌ها توسط مجلس شورای اسلامی است که بر طبق رویکرد صلاحیت تقنینی از نوع مردمی - الهی، مکلف به قانون‌گذاری در چارچوب و اصول کلی است که از سوی خداوند نازل می‌شود (تمیمی، ۱۳۸۶: ۳۸۳). مصحح دوم مرحله تصویب را می‌توان مستند به اصل ۹۴ در نظارت شورای نگهبان یافت؛ «کلیه مصوبات مجلس شورای اسلامی باید به شورای نگهبان فرستاده شود...»، بنابراین مصوبات مجلس، از جمله مصوبه قانون آزمایشی باید به تأیید شورای نگهبان برسد.

۲-۳. مغایرت با اصل منع تفویض اختیار

اصل عدم تفویض قانون‌گذاری بدین معناست که قانون‌گذار نمی‌تواند اختیار وضع قانون را با تمام آثار و خصایص، به دولت یا سایر نهادهای دولتی و غیردولتی تفویض کند (لاک، ۱۳۷۹: ۱۸۹؛ کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۲: ۸۴). در موارد خلاف اصل (یا خلاف عام یعنی تخصیص

یا خلاف اطلاق یعنی مقید)، دلیل خلاف باید منقح و روشن باشد (بجنوردی، ۱۴۰۱ق، ج ۱: ۳۶۴) تا حدود و ثغور اصل رعایت شود.

می‌توان گفت که صرف خروج از اصل، دلیل بر ایراد و اشکال تقنین آزمایشی نیست، زیرا ضرورت موجود در وضع قوانین آزمایشی، مقنن را بر آن داشته است تا از حکم اولیه عدول کند. معنای مشابهی که در مفاهیم فقهی برای این امر وجود دارد، تغییر حکم اولی به واسطه عناوین ثانوی موردنظر است. عنوان ثانوی، در مقابل عنوان اولی است و به عنوان و وصفی می‌گویند که برای موضوعات و اشیاء با ملاحظه آنچه خارج از ذات آن‌ها به‌شمار می‌آید، ثابت می‌شود؛ مانند عناوینی چون عسر و حرج، ضرر (مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، ۱۳۸۹: ۵۹۵). از این رو احکام کلی شریعت، قوانینی ثابت و دائمی است و تغییر در آن‌ها راه ندارد، مگر با عروض عناوین ثانوی که مستلزم حکم ثانوی موقت است. وظیفه حکومت اسلامی فقط اجرای این قوانین ثابت است و خود حق قانون‌گذاری در این حوزه را ندارد، امام در مقام اجرای احکام شریعت یا برای اداره امور جامعه حق دارد در محدوده احکام ثابت شریعت و براساس آن‌ها، مقررات لازم را وضع کند که این مقررات مجموعه قوانین متغیر را تشکیل می‌دهد. موضوعاتی شایسته قاعده‌گذاری موقت و آزمایشی است که از حساسیت خاص اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی برخوردار بوده و قانون‌گذار در پی تحلیل افکار عمومی باشد. همچنین موضوعی جدید باشد که در نظام حقوقی کشور فاقد سابقه حقوقی است. مستند به نص صریح قانون اساسی در اصل ۷۱، حق قانون‌گذاری مختص به مجلس شورای اسلامی است و باید گفت تفویض اختیار برخی از موارد قانون‌گذاری و قوانین آزمایشی از باب عناوین ثانوی بوده و تشخیص این امر با مجلس شورای اسلامی است که این عناوین را تشخیص دهد و با توجه به آن اقدام به تفویض اختیار کند.

۳-۲-۳. مغایرت با اصل تفکیک قوا

اصل تفکیک قوا مبنای استمرار قدرت و فعالیت قوه مقننه است، چراکه تقسیم کار و ایجاد نظم و عدم دخالت سایر قوا از اهداف اولیه این اصل است (علوی و صادقیان، ۱۳۸۹: ۱۵). نظریه تفکیک قوا توسط جان لاک تئوریزه و با بسط آن توسط منتسکیو به نظریه‌ای برجسته در سیاست تبدیل شد. طبق این نظریه باید قوای اصلی یعنی قوای قانون‌گذاری، اجرایی و قضایی را به نهادهای متعدد و متفاوت واگذار کرد. هدف اصلی تفکیک قوا به‌عنوان یکی از ارکان دموکراسی، جلوگیری از استبداد و خودکامگی و تمرکز قدرت است (بشیری، ۱۳۸۴: ۲۴۱)، نظریه‌ای که برخی علما چون نائینی بدان تصریح دارند (نائینی، ۱۴۲۴ق: ۱۳۸).

مفهوم شکلی دموکراسی، ناظر بر تفکیک قوا و حاکمیت قانون است (Glasius, Kaldor & Anheier, ۲۰۰۵: ۱۲ یکی از مهم‌ترین توجیهات این نظریه، این است که حاکمیت به مردم تعلق دارد، اما از آن‌جا که ملت نمی‌تواند آن را اجرا کند، به دیگری نمایندگی می‌دهد (اسدآبادی، ۱۳۹۵: ۱۱۵). در هیچ‌یک از اصول قانون اساسی، واژه تفکیک قوا تصریح نشده است، اما از مشروح مذاکرات قانون اساسی، پیداست که این اصل، مورد توجه قانون‌گذار اساسی بوده است (فاضلی، ۱۳۹۱: ۲۶). مطابق اصل ۵۷ قانون اساسی، قوای حاکم در جمهوری اسلامی را قوه مقننه، قوه مجریه و قوه قضاییه می‌داند که زیر نظر ولایت مطلقه فقیه، امر و امامت امت را اعمال می‌کنند (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۵، ج ۱: ۳۵۴) و این قوا مستقل از هم هستند. بر این اساس اصل تفکیک قوا در ایران پذیرفته شده و بر استقلال قوا نیز تصریح شده است. قوه مقننه براساس اصل تفکیک قوا، قوه ناظر و قانون‌گذار است، و قوای دیگر حق دخالت در اختیارات و وظایف آن را ندارند. با وجود این شورای نگهبان در آرای مختلفی تقنین غیر مجلس را مخالف اصل ۸۵ قانون اساسی قلمداد کرده است. شورای نگهبان در این آرا قوانین و مقرراتی صورت‌گرفته توسط دولت را نقض کرده است، چراکه تقنین دولت را مغایر با اصل تفکیک قوا و برخلاف مجرای اصل ۵۸ قانون اساسی دانسته است. برخی از این ایرادات از این قرار است:^۷

۱. بند ۱ نظر مورخ ۱۳۷۷/۳/۱۰ در خصوص طرح تشکیل شورای عالی اشتغال. شورای نگهبان در بند مزبور اعلام کرده است: «بخشی از هدف و وظایف مذکور در مواد ۱ و ۳ و ۴ طرح از مقوله تقنین است...، بنابراین با اصل ۸۵ قانون اساسی مغایر است» (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۲، ج ۹: ۷۲۳).

۲. اصلاح قوانین امری تقنینی است و نمی‌توان آن را به غیر، تفویض کرد. چنانکه شورا در نظر شماره ۸۱/۳۰/۲۵۴ مورخ ۱۳۸۱/۲/۵ خود تفویض اختیار اصلاح قانون به دولت را مغایر اصل ۸۵ قانون اساسی اعلام کرده است: «با توجه به اینکه آیین‌نامه ایمنی انبارهای کالا مصوب ۱۳۵۲ به تصویب کمیسیون‌های مجلسین سنا و شورای ملی سابق رسیده است و قانون محسوب می‌شود؛ تفویض اختیار اصلاح آن به دولت، مغایر اصل ۸۵ قانون اساسی است».

۳. در بند ۱ نظر مورخ ۱۳۸۲/۸/۱۲ در خصوص لایحه تأسیس و نحوه اداره کتابخانه‌های عمومی کشور، اعلام کرد: «واگذاری وظایف و اختیارات به هیأت امنای کتابخانه‌های عمومی در ماده ۳ در مواردی که از امور تقنینی باشد، مغایر اصل ۸۵ است» (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۲، ج ۷: ۱۰۷). از آن‌جا که در ماده مزبور طی ۷ بند وظایف متعددی به هیأت امنای واگذار شده بود، نمی‌توان گفت شورا کدام‌یک از موارد مزبور را قانون‌گذاری تلقی کرده است.

همین ماده نیز با تغییر بسیار جزئی در قانون کنونی تأسیس و نحوه اداره کتابخانه‌های عمومی کشور وجود دارد، این تردید بیشتر می‌شود.

۴. اصل ۳۷ قانون اساسی به‌نوعی اصل قانونی بودن جرائم را پذیرفته است که طبق آن، تعیین جرائم از وظایف قانون‌گذار است. شورای نگهبان در نظر مورخ ۱۳۷۲/۱۱/۶ در خصوص طرح الحاق یک بند و ۳ تبصره به‌عنوان بند ۳ به ماده ۹۹ قانون شهرداری‌ها اعلام کرد: «ذیل تبصره ۲ که تعیین میزان جریمه را منوط به تصویب هیأت وزیران نموده، مغایر با اصل ۸۵ قانون اساسی شناخته شد» (مرکز تحقیقات شورای نگهبان: ۱۳۸۲، ج ۱۰: ۶۷۲).

۵. در نظر مورخ ۱۳۷۳/۱۲/۱۲ در خصوص لایحه وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین، قسمت ۲ ماده ۳۳ لایحه مزبور را بدین سبب که به وزارت کشور اجازه داده بود در تنظیم جرائم با توجه به مکان و زمان وقوع، نوع تخلف‌ها و میزان تأثیر آن در ایمنی و مختل ساختن امر عبور و مرور تفاوت قائل شود، مغایر اصل ۸۵ تلقی کرد (مرکز تحقیقات شورای نگهبان: ۱۳۸۲، ج ۱۰: ۶۷۲). هرچند ایراد مذکور در تفویض تصویب اساسنامه‌ها به دولت وجود دارد، می‌توان اذعان داشت که در خصوص قوانین آزمایشی چنین اشکالی وارد نیست، زیرا این تفویض داخلی محسوب می‌شود و واگذاری قانون‌گذاری به دیگری نیست و نیز طبق اصل ۸۵ قانون اساسی، مجلس برای اجرای این قانون باید مدت آزمایشی را تصویب کند و این امر ناشی از دخالت مجلس است، فارغ از آنکه این قانون در نهایت باید به تصویب مجلس برسد (ماده ۱۶۸ آیین‌نامه داخلی مجلس، مصوب ۱۳۷۹).

۴-۲-۳. خروج از محدوده اصل ۸۵ قانون اساسی

قانون اساسی، شرط لازم در فرایند قانون‌گذاری دموکراتیک است (Golash, ۲۰۱۰: ۵). از اهداف مهم تدوین قانون اساسی، تعیین وظایف و اختیارات قوای حاکم بوده است (دبیرنیا، ۱۳۹۳: ۱۶۱). ایراد دیگر وارد بر قوانین آزمایشی، پایبند نبودن به شروط و حدود اصل ۸۵ قانون اساسی است. اصل ۸۵ قانون اساسی در مقام تبیین اصل منع تفویض و تشریح تقنین آزمایشی به چهار مورد مهم اشاره می‌کند:

۱. اصل قائم به شخص بودن سمت نمایندگی؛
۲. اصل عدم تفویض اختیار قانون‌گذاری؛
۳. امکان تفویض تصویب قوانین آزمایشی به کمیسیون‌های داخلی مجلس؛
۴. امکان تفویض تصویب دائمی اساسنامه سازمان‌ها، شرکت‌ها، مؤسسه‌های دولتی یا وابسته به دولت به کمیسیون‌های داخلی یا دولت.

به نظر می‌رسد مهم‌ترین ایراد در خصوص قوانین آزمایشی که نتیجه آن، می‌تواند کثرت قوانین آزمایشی باشد، خروج از محدوده اصل مذکور است. به همین علت جا دارد از منظر حقوقی و فقهی بررسی شود.

اصل ۸۵ یک مستثنی‌منه دارد: «سمت نمایندگی قائم به شخص است و قابل واگذاری به دیگری نیست»، استثنای آن متصل است؛ «ولی در موارد ضروری می‌تواند اختیار وضع بعضی از قوانین را... به کمیسیون‌های داخلی خود تفویض کند». آنچه را که در این اصل مورد اشاره قرار گرفت، می‌توان در موارد زیر خلاصه کرد:

۱. قانون‌گذاری وظیفه مجلس شورای اسلامی است. براساس مفهوم مخالف ماده ۱۶۸ آیین‌نامه داخلی مجلس و اصل ۸۵ قانون اساسی، مجلس نمی‌تواند اختیار قانون‌گذاری را به دیگری واگذار کند. این دو مسئله هر دو حکم است و مجلس حق سلب آن‌ها را از خود ندارد، اما در اجرای ذیل اصل ۸۵ قانون اساسی مجلس می‌تواند تصویب دائمی اساسنامه‌های سازمان‌ها، شرکت‌ها و مؤسسات دولتی را به کمیسیون‌ها یا دولت واگذار کند. به این امر در ماده ۱۶۸ آیین‌نامه داخلی مجلس اشاره شده است.^۸ در این مورد اشکالی متوجه تقنین آزمایشی نیست.

۲. شأن تصویب آزمایشی قانون ضرورت است که در استثنای این اصل بدان اشاره شده است. هرچند مقنن شرایط استثنا را رعایت کرده، اما در مقام عمل شبیه به استثنا مستغرق شده است (ترحینی العاملی، ۱۴۲۷ق، ج ۷: ۵۳۶). رسمیت تقنین آزمایشی براساس اصل ۸۵ قانون اساسی است که خود این شیوه تقنین استثنایی محسوب می‌شود و بر طبق قواعد اصولی لازم است، موارد خلاف اصل به تصریح شارع و قانون‌گذار برسد و چنانچه موردی مشکوک باشد، تحت اصل باقی می‌ماند (موسوی خویی، ۱۴۱۹ق، ج ۳: ۵۱۰). از این رو اصل ۸۵ قانون اساسی، تنها در مقام ضرورت و به کمیسیون‌های مجلس واگذار می‌شود و مطابق رویه نظارتی شورای نگهبان، ضرورت مطرح در این اصل به معنای ضرورت تفویض تصویب قوانین آزمایشی و نهاد تشخیص‌دهنده ضرورت، خود مجلس شورای اسلامی است و از نظر شورای نگهبان، ضرورت در مواردی حاصل می‌شود که الزاماتی در نظم حقوقی کشور مانند خلأ قانونی وجود داشته باشد.

۳. کمیسیون‌های داخلی مجلس واضع این قوانین هستند و هیچ مرجع دیگری چنین حقی ندارد. مقنن نیز با هوشیاری کامل در مورد کمیسیون‌ها از عبارت «وضع» استفاده کرده است که بیانگر آن است که وضع قبل از تصویب قانون است، زیرا در عبارت پایانی

اصل، تصویب نهایی را منوط به تصویب مجلس کرده است. بنابراین از این نظر هم خدشه‌ای به تقنین آزمایشی وارد نیست.

۴. بر طبق اصل ۷۲ قانون اساسی، باید نظارت شورای نگهبان بر مصوبه آزمایشی رعایت شود. تأکید مقنن اساسی، به منظور رعایت تشریفات و احتیاط بوده است. در این خصوص نیز مصوبه آزمایشی به نظارت شورای نگهبان می‌رسد و اشکالی پدید نمی‌آید.

۵. بیان مدتی که مجلس برای دوره آزمایشی در نظر می‌گیرد، لازم است. ایراد مهم وارد بر تقنین آزمایشی، این است که پایبند نبودن به مدت مذکور در قانون و تمدید چندباره معضلی را در نظام حقوقی کشور ایجاد کرده است.

۶. تصویب نهایی این قانون با مجلس است. مشارکتی که مجلس در نهایت برای تصویب قانون آزمایشی در نظر دارد، معمولاً صوری است که این امر نیز اشکال دیگری بر این قوانین است.

۷. در اصل ۸۵ قانون اساسی عبارت «در بعضی قوانین» حاکی از آن است که تقنین آزمایشی عمومیت و شمول ندارد؛ امری که بارها توسط قانون‌گذار نقض شده است و گاهی مجلس شورای اسلامی، فلسفه این‌گونه قوانین را فراموش کرده و وظیفه اصلی خود را که قانون‌گذاری باشد، به تقنین آزمایشی تفویض کرده است. درحالی‌که اصل ۸۵ قانون اساسی صراحت دارد که وظیفه اصلی مجلس، قانون‌گذاری است و مجلس نمی‌تواند اختیار قانون‌گذاری را به شخص یا هیأتی واگذار کند.

۵-۲-۳. مغایرت با ویژگی‌های مجلس

وضع قوانین آزمایشی در کمیسیون‌های داخلی مجلس با برخی ویژگی‌های مجلس مانند جمعی و اکثری بودن مجلس و نیز شفافیت مجلس همخوانی ندارد. در ذیل به تبیین این دو ویژگی می‌پردازیم:

۱. مغایرت با ویژگی جمعی بودن مجلس

قانون نماد اراده عمومی و ملت است، مردم با انتخاب نمایندگان این اراده را به آنان تفویض می‌کنند و این صلاحیت نه برای برخی نمایندگان، بلکه برای تمام آنان ثابت است (نظرپور، ۱۳۸۹: ۱۵۹)، بنابراین اراده ملی در نمایندگی و قانون جلوه می‌کند (گرجی ازندریانی، ۱۳۹۵: ۸۶۲) و قانون اساسی، صلاحیت مشترک نمایندگان را با مشارکت در امور مجلس مقرر داشته است و نمی‌توان صلاحیت مستقلی را برای آنان قائل شد (ساعدوکیل و عسکری، ۱۳۸۸: ۳۶۳). این در حالی است که قانون آزمایشی مصوب کمیسیون‌ها از آرا و نظرات ۱۵ تا ۲۰ نفر برخوردار است، با اینکه امکان استفاده از نظرات، ایده‌ها و اصلاحات ۲۹۰ نفر از نمایندگان ملت وجود داشت.

در پاسخ این ایراد بیان شده است که وقتی مجلس اجرای موقت قانون را معین می‌کند، در جریان مصوبه قرار می‌گیرد (مدنی، ۱۳۸۰، ج ۳: ۱۸۱)، اما این پاسخ رد می‌شود، زیرا مشارکت مذکور واقعی نیست و مجلس فقط به کلیات مصوبه توجه دارد.

۲. مغایرت با ویژگی شفافیت مجلس

دسترسی آزادانه شهروندان به اطلاعات در تحقق شفاف بودن کنش‌های حکومت مؤثر است. هرچه دسترسی به اطلاعات در یک نظام دشوار باشد، به همان نسبت از شفافیت در آن نظام کاسته می‌شود (نمک‌دوست تهرانی، ۱۳۸۳: ۲۸). از دموکراسی به حکومت مشارکت تعبیر می‌شود و روشی در حکومت و مبتنی بر اراده ملت و شروع آن، احترام به حق رأی مردم است (اسدآبادی، ۱۳۹۵: ۱۴-۱۵). شفافیت پارلمان یعنی تقنین در دید همگان صورت پذیرد، بنابراین پنهان‌کاری دشمن دموکراسی بوده و می‌تواند به بی‌خبری گسترده مردم از مسائلی که مورد علاقه آنان است، بینجامد (یزدانی زنوز، ۱۳۸۸: ۲۸۰). علنی بودن جلسات مجلس، حاکی از آن است که مردم از نحوه عملکرد نمایندگان خود، آگاهی داشته باشند (هاشمی، ۱۳۸۲، ج ۲: ۱۱۳) و با اطلاع از روند مصوبات، مفاد قانون را برای آنان قابل درک‌تر و اجرای آن را تسهیل می‌کند و دموکراسی معاصر را بیشتر محقق می‌سازد (ساعدوکیل و عسکری، ۱۳۸۸: ۳۴۳)؛ امری که نتیجه آن در دوره‌های بعدی مشخص می‌شود، زیرا انتخاب مجدد آنان در دوره بعدی به این عملکرد بستگی دارد. در قانون اساسی جمهوری اسلامی در اصل ۶۹ این امر مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته است: «مذاکرات مجلس شورای اسلامی باید علنی باشد و گزارش کامل آن از طریق رادیو و روزنامه رسمی برای اطلاع عموم منتشر شود...»، این در حالی است که قوانین آزمایشی در کمیسیون تخصصی مجلس با حضور تعدادی از افراد^۹ و بدون حضور رسانه‌ها و شهروندان به تصویب می‌رسد و این امر با شفافیت پارلمان و دموکراسی، منافات دارد.

۶-۲-۳. کثرت تقنین قوانین آزمایشی

ایراد مهم در تقنین آزمایشی، افراط قانون‌گذار در تصویب این‌گونه قوانین است، از ابتدای تأسیس مجلس شورای ملی، تقنین آزمایشی مورد توجه قرار گرفته است؛ امری که در همان ابتدا به کمیسیون پارلمان عدلیه تفویض شده است. این رویه در سال ۱۳۲۹ق با تصویب «قانون اصول تشکیلات عدلیه و محاضر شرعیه و حکام صلحیه» ادامه پیدا کرد. سپس «قوانین موقتی اصول محاکمات حقوقی» به تصویب کمیسیون قوانین عدلیه رسید. در همین سال برای اولین عنوان موقتی بودن در عنوان قانون و عنوان آزمایشی بودن در متن قانون استعمال شد (محسنی، ۱۳۵۴، ج ۱: ۴۶). آیین دادرسی کیفری تحت عنوان «قوانین موقتی محاکمات جزایی» در سال ۱۳۳۰ق به تصویب رسید و در سال ۱۳۳۲ق در مجلس سوم «قانون تجارت» در ۶۲

ماده به تصویب کمیسیون عدلیه رسید (آشوری، ۱۳۷۸: ۵۶). تفویض اختیار قانون‌گذاری همچنان ادامه داشت تا اینکه مجلس در سال ۱۳۳۱ ق با تصویب قانون مربوط به «اختیارات به جناب دکتر مصدق» حق قانون‌گذاری داده شد (مدنی، ۱۳۸۰، ج ۱: ۴۹۴). بعد از انقلاب، مقنن قانون اساسی متوجه این مطلب بود و با درج اصل ۸۵ قانون اساسی، راه را برای تفویض اختیار مجدد بست، اما استثنای این اصل سبب شد بارها قوانین آزمایشی به‌خصوص قوانین جزایی تصویب شود. به‌نظر می‌رسد این عیب بر قوانین آزمایشی وارد است، زیرا اگر منع تفویض اختیار به‌عنوان یک اصل مورد قبول سیستم قانون‌گذاری کشور واقع شود، خروج از این اصل تخصیص اکثر است و قانون‌گذاری کشور و نظام حقوقی حاکم بر جامعه را دچار اختلال می‌کند، چراکه تصویب چندباره در قالب یک حالت استثنا چیزی جز زیر سؤال بردن اصل منع تفویض اختیار قانون‌گذاری نخواهد بود.

۷-۲-۳. مغایرت با ثبات و دوام قانون

یکی از ایرادات قوانین آزمایشی، مغایرت با ثبات و تداوم قانون است. قانون برای رسیدن به غایت خود، نیازمند ثبات و پایداری در اجراست (افلاطون، ۱۳۸۰، ج ۴: ۲۳۹). تداوم و استمرار، طبع اولیه قانون و خصیصه‌ای است که از سرشت عمومیت و کلیت قانون ناشی می‌شود (ساکت، ۱۳۸۷: ۳۳۲)، چه اینکه تنها در سایه استمرار و تعدد اجرای قانون افراد قادرند از قبل، آثار اعمال خود را پیش‌بینی کنند و بدانند که چه قواعدی شامل حالشان می‌شود (صانعی، ۱۳۸۱: ۱۸۹-۱۹۰). از سویی قانون با وجود نیاز به ثبات نسبی (موحد، ۱۳۸۴: ۲۵۲) به‌منظور مطابقت با شرایط زمانی که از آن به پویایی قوانین تعبیر می‌شود، لازم است تغییر کند (موراوتز، ۱۳۸۷: ۳۷). در جواب این اشکال باید گفت این ویژگی نیز همانند بسیاری از پدیده‌ها، نسبی است و در مقابل تغییرات دائمی و زودگذر به‌کار می‌رود که با تزلزل در قابلیت اجرای قوانین، مردم را از ترسیم برنامه بلندمدت زندگی خود ناتوان می‌گرداند. برخی پژوهشگران در تحلیل اثبات اصل دوام و استمرار اعتبار قانون برآمده‌اند و در این مقام از اصول کلی حقوق، یاری گرفته‌اند. این برداشت که قانون باید دائمی بوده و ثبات داشته باشد و هیچ‌گاه تغییر نکند، اشتباه است، زیرا مفهوم قانون دائمی یا ثابت به معنای اعتبار آن الی‌الابد نیست، بلکه به معنای آن است که قانون برای مدت معقولی لازم‌الاجرا بماند تا عیوب آن پس از اجرا در مدت مدیدی شناخته شده و برطرف شود (مدنی، ۱۳۸۰، ج ۳: ۴۲۵)، زیرا تغییرات پی‌درپی قانون موجب می‌شود که فرد تابع نتواند اعمال خود را با آن تطبیق دهد و نوعی بی‌نظمی را رواج می‌دهد که با طبع حقوق مخالف است (کلی، ۱۳۸۸: ۶۰۰). از منظر فقهی، می‌توان مخالفت یا عدم مخالفت موقتی بودن قانون آزمایشی با مبانی و احکام شرعی را تبیین

کرد. برخی از قوانین شرع از این خصیصه برخوردارند. در احکام فقهی، گاهی شرایطی برای شارع مقدس به وجود می‌آید که ضرورت وضع قانون موقت لازم است، مانند قانون زمان جنگ و احکام نزولی‌التدریج (صدر، ۱۴۰۸ق: ۳۴)، همچنین حاکم اسلامی می‌تواند با توجه به قاعده اهم و مهم و لحاظ مصالح مسلمانان و رایزنی با اندیشمندان و صاحب‌نظران، حکم به تقدیم یکی (اهم) بر دیگری (مهم) دهد و اجرای آن را به‌طور موقت، تعطیل کند (جوادی آملی، ۱۳۸۹: ۲۴۶). منطقه‌الفراغ حوزه‌ای از شریعت اسلامی است که به‌سبب ماهیت متغیر آن احکام موضوعات و عناوینی می‌توانند متغیر باشد و جایی است که از جانب شارع توسط حاکم پیشتر اشغال نشده باشد (صدر، ۱۴۱۷ق، ج ۴: ۷۶). از آن‌جا که ملاک و مبنای صدور احکام ولایی، مصالح عمومی است، طول مدت اعتبار آن تا بقای ملاک و مبنا یا همان مصالحی است که حکم حکومتی بر آن بنا شده است (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۹ق: ۲۶۹) که برخی این مصالح موقتی را همان حوادث واقع یا مصالح مقتضیه نامیده‌اند (معرفت، ۱۳۷۷: ۱۷۴). این ویژگی را می‌توان تداوم نسبی یا موقتی بودن حکم حکومتی دانست. از آن‌جا که تغییر جزء ذات قانون آزمایشی است، می‌تواند با روایتی چون «حلال محمد حلال الی الیوم القیامه...» در تعارض باشد، اما با تصحیح فقهی فرایند تقنین آزمایشی در مرحله تفویض به‌واسطه تطبیق با تغییر حکم اولیه با عناوین ثانوی و در مرحله تصویب با نظارت فقهی شورای نگهبان می‌توان قانون آزمایشی را از منظر فقهی تأیید کرد.

۳. تمدید اجرای قوانین آزمایشی

قانون‌گذار با انتخاب گزینه تمدید همچنان به ابهام خود ادامه می‌دهد و در عمل اظهار می‌دارد که فرصت تعیین‌شده‌ای که به اتمام رسیده، برای سنجش کامل قانون موردنظر کافی نبوده است. پیچیدگی و خاص بودن موضوع، عملکرد ضعیف نهاد ارزیابی‌کننده، ارائه نامطلوب تحلیل نهایی یا سیاسی بودن موضوع می‌تواند از دلایل تمدید به‌حساب آید. باید در نظر داشت که تمدید بیش از یک بار توجیه‌پذیر نیست و می‌تواند بیانگر مشکلات ساختاری در شیوه تقنین یا ارزیابی باشد (آگاه، ۱۳۸۹: ۶۰). از طرفی با توجه به نص اصل ۸۵ قانون اساسی، وقتی مجلس قانونی را برای مدت معین به‌صورت آزمایشی قابل اجرا می‌داند، مفهوم مخالف این است که پس از انقضای مدت چنین قانونی قابلیت اجرا ندارد و ادامه اجرا با اصل مذکور در تضاد خواهد بود، بنابراین صحیح آن است که قوانین آزمایشی منقضی‌شده فقط در زمان مصرح در متن، حاکم باشد (مختاری، ۱۳۹۷: ۱۳۶). از سوی دیگر با اینکه قانون آزمایشی مطابق فلسفه قانون‌گذاری آزمایشی بوده و مطابق با تبصره ۲ ماده ۱۶۸ آیین‌نامه داخلی مجلس، پس از انقضای مدت، اعتباری ندارد، می‌توان نتیجه گرفت که به‌منظور حفظ نظم و حقوق و

آزادی‌های بنیادین و تأمین آسایش و امنیت عمومی، تمدید قانون آزمایش بلامانع باشد (ولیدی، ۱۳۷۲: ۱۴۵). در عمل تمدید مدت اعتبار قانون آزمایشی توسط شورای نگهبان پذیرفته شده است، مانند اعتبار قانون آزمایش مجازات اسلامی برای چندین دوره.

نتیجه گیری

مقنن در ایران از زمان تشکیل شورای ملی از قانون آزمایشی استفاده بسیاری کرده و عنوان قانون آزمایشی اولین بار در قوانین موقتی اصول محاکمات جزایی مصوب ۱۳۳۰ ق آورده شده است. قانون اساسی با دید استثنا و خلاف اصل به این نحو تقنین توجه دارد، اما رویه جاری به گونه‌ای است که این امر از حالت استثنا به حالت عادی و اصل مبدل شده است. نتایج این پژوهش به قرار ذیل است:

۱. برای تقنین آزمایشی که در نظام حقوقی کشور ما جریان دارد، ضرورت عنصری مهم برای وضع و تصویب این گونه قوانین است. ضرورت زمانی حاصل می‌شود که کشور در شرایط اجتماعی، سیاسی و فرهنگی خاصی باشد یا همانند ابتدای انقلاب کشور در بحران جنگ تحمیلی باشد، اما در عمل مشاهده می‌شود که با گذشت قریب به چهل سال از عمر انقلاب، ضرورت مذکور پایان نیافته است؛ گویی تمام این سال‌ها کشور در وضعیت خاص و ضرورت بوده است، بنابراین نه از نظر حقوقی و نه از نظر فقهی ضرورت مذکور در اصل ۸۵ رعایت نشده است.

۲. تفویض اختیار در بعضی از قوانین است؛ این در حالی است که مجلس به این شرط نیز پایبند نمانده است و بسیاری از قوانین کشور، به خصوص قوانین کیفری که از اهمیت ویژه‌ای برخوردارند و رابطه عمیقی با افراد، اموال و عرض آنان دارند، به روش آزمایشی تصویب شده است. از این رو مقنن جمهوری اسلامی مستثنی‌منه موجود در صدر اصل ۸۵ را رها کرده و اخذ به مستثنا کرده است. درحالی که بر طبق قواعد ادبی و اصولی تخلف از این اصل قبیح است، از آن جهت که نام نهادن این امر به اصل دیگر وجهی ندارد.

۴. اشکال اساسی به این نحو تقنین را باید در تمدید چندباره همان قانون آزمایشی مصوب کمیسیون دانست؛ امری که نظام حقوقی کشور را متزلزل می‌کند و نتیجه آن سیستم حقوقی بی‌مبنا خواهد بود. این در حالی است که نظام حقوقی یک کشور بر اعتبار آن کشور می‌افزاید.

۵. کاهش تورم کیفری، افزایش کارآمدی قوانین، پاسخ‌های جامعه به تردیدهای مقنن و کاهش تنش‌های اجتماعی در برابر قانون را می‌توان از مزیت‌های این گونه تقنین به‌شمار آورد. از آن‌جا که قوانین کیفری، رابطه تنگاتنگی با زمان و تحولات اجتماعی دارد، این تحولات در تقنین نیز تأثیر دارد و از آن‌جا که تقنین آزمایشی مهلت محدودی دارد، برخلاف قوانینی که

عمری ده‌ها ساله دارند، این امر در آن رعایت شده است؛ بنابراین در حال حاضر بهترین روش تقنین محسوب می‌شود.

۶. ارزیابی خصیصه دیگر قوانین آزمایشی است که عنوان آزمایشی حاکی از این مطلب است، به این معنا که قانون‌گذار علاوه بر تصویب قانون آزمایشی برای رفع تکلیف موجود کشور سنجش آن قانون را مدنظر دارد، در صورت اشتباه بودن با تغییر و در صورت غلط بودن با اصلاح و در صورت مفید بودن با ارائه مجدد آن جامعه را مغتنم سازد، اما نه تنها ارزیابی قانون آزمایشی صورت نمی‌گیرد، بلکه تمديد چندباره آن و فقدان نهادی برای ارزیابی، تقنین آزمایشی را به معضلی برای کشور تبدیل کرده است.

راقم سطور با پذیرفتن قانون آزمایشی به عنوان یک قانون‌گذاری استثنا، برای حل ایرادات و اشکالات آن پیشنهادهای ذیل را مطرح می‌کند:

- استفاده استثنایی از اصل ۸۵ در قانون‌گذاری و در صورت به تصویب رسیدن قانون جامع و نهایی، نسخ کردن آن؛
- علنی بودن جلسات کمیسیون و انتشار کامل مشروح مذاکرات هنگامی که وضع و تصویب یک قانون آزمایشی در میان است؛
- تمديد چندباره یک قانون بیانگر ضعف قانون‌گذاری است، با عدم تمديد بیش از یک بار به تنظیم و تعدیل نظام حقوقی کشور کمک شایانی می‌شود؛
- پایبندی قانون‌گذار به مدت پیشنهادی اجرای آزمایشی قانون مصوب کمیسیون‌ها؛

بعد از اتمام مدت اجرای آزمایشی، نهادی برای ارزیابی قانون آزمایشی تشکیل شود و نقاط قوت و ضعف آن به سمع نمایندگان و کمیسیون‌های مجلس برسد.

یادداشت‌ها

۱. مواردی که در پیشینه پژوهش به آن اشاره شد عبارت‌اند از:
 - وکیلان، حسن، گفتارهایی در قانون و قانون‌گذاری، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۰.
 - آگاه، وحید، جایگاه قوانین آزمایشی در حقوق عمومی ایران و فرانسه، رساله دکتری، دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۹.
 - مختاری، عبدالله، بررسی فقهی و حقوقی قوانین آزمایشی در امور کیفری، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید مطهری، ۱۳۹۷.
۲. ماده ۷۲ قانون اساسی فرانسه بیان می‌دارد: «در شرایطی که به واسطه قانون بنیادی مقرر می‌شود، به‌جز در مواردی که شرایط اساسی اجرای یک آزادی عمومی یا یک حق تضمین‌شده توسط قانون اساسی نقض شود، هریک از واحدهای قلمرو یا زیرمجموعه‌های آن‌ها می‌توانند مطابق مورد با وضع قانون یا مقررات به‌صورت آزمایشی برای موضوع و مدتی محدود، قوانین یا مقررات مربوط به صلاحیت و اداره خود را نادیده بگیرند».
۳. Decrets- lois
۴. Ordonnance
۵. بیش از ۱۰ مورد قانون در مورد انتخابات نهادهای انتخابی حکومت، بیش از ۱۰ مورد قانون در خصوص مواد مخدر، ۹ مورد قانون در امور تعزیرات حکومتی و ۱۱ مورد قانون درباره تخلفات اداری تصویب شد. در بعضی موارد با تصویب قانون جدید، قانون قدیم نسخ شده است، اما باید توجه داشت که با وجود نسخ قانون قدیم به لحاظ رعایت «اصل هر جرمی تابع قانون زمان وقوع است»، قوانین منسوخ نیز آثار نامطلوب تورم کیفری را بر جای خواهند گذاشت. به‌علاوه در بسیاری از موارد قانون جدید، به نسخ یا عدم نسخ قانون سابق اشاره نکرده و این امر موجب تفاسیر گوناگون و متعارض، توسط قضات شده است. برای نمونه می‌توان اختلاف در نسخ یا عدم نسخ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۵۲، در زمان حاکمیت قانون تعزیرات مصوب ۱۳۶۲ را ذکر کرد (شهری و ستوده جهرمی، ۱۳۷۳، ج ۱: ۲۳۱).
۶. ماده ۳۳ آیین‌نامه داخلی مجلس اصلاحی ۱۳۹۱/۲/۳۰ در مقام شرح وظایف کمیسیون‌های مجلس در خصوص قانون آزمایشی در بند ۲ مقرر می‌دارد: «بررسی و تصویب آزمایشی طرح‌ها و لوایح و همچنین تصویب دائمی اساسنامه سازمان‌ها، شرکت‌ها و مؤسسات دولتی یا وابسته به دولت طبق اصل هشتادوپنجم».
۷. برای اطلاع از آراء، ر.ک: مختاری، ۱۳۹۷: ۲۱.
۸. ماده ۱۶۸ آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی اصلاحی ۱۳۸۷/۹/۲۶ مقرر می‌دارد: «در مواردی که مجلس ضروری تشخیص دهد، طبق اصل ۸۵ قانون اساسی اختیار تصویب آزمایشی بعضی از قوانین را که جنبه دائمی دارند به کمیسیون‌های خود و تصویب دائمی اساسنامه سازمان‌ها، شرکت‌ها، مؤسسات دولتی یا وابسته به دولت را به کمیسیون‌های خود یا به دولت تفویض می‌کند».
۹. البته شایان ذکر است در آیین‌نامه داخلی مجلس مصوب ۱۳۷۹ بین حداقل ۱۹ و حداکثر ۲۳ نفر عضو ذکر شده است، اما این قانون در اصلاحیه ۱۳۸۷ اصلاح شد، هرچند مشکل تعداد برطرف نشده و رأی اکثریت نسبی، ملاک عمل قرار گرفته است.

منابع

الف: فارسی و عربی

۱. اسدآبادی، طیه (۱۳۹۵)، نظام دموکراتیک مبتنی بر قانون اساسی و مفهوم مشروعیت، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشکده قم، دانشگاه قم.
۲. آشوری، محمد (۱۳۷۸)، آیین دادرسی کیفری، تهران: سمت، چ چهارم.
۳. آگاه، وحید (۱۳۸۹)، جایگاه قوانین آزمایشی در حقوق ایران و فرانسه (مطالعه تطبیقی)، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی.
۴. ارسطو (۱۳۸۷)، سیاست، ترجمه حمید عنایت، تهران: امیرکبیر، چ پنجم.
۵. اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۴)، صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی، تهران: انتشارات مجلس، چ اول، ج ۲.
۶. اداره کل قوانین و تندنویسی مجلس شورای اسلامی (۱۳۸۱)، صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی، تهران: اداره کل امور فرهنگی و عمومی مجلس شورای اسلامی، چ دوم.
۷. افلاطون (۱۳۸۰)، مجموعه آثار افلاطون، ترجمه محمدحسن لطفی، تهران: خوارزمی، چ سوم، ج ۴.
۸. بشیریه، حسین (۱۳۸۴)، آموزش دانش سیاسی، تهران: نگاه معاصر، چ چهارم.
۹. پروین، خیرالله (۱۳۸۷)، «اختیارات و محدودیت‌های مجلس شورای اسلامی در امر قانون‌گذاری»، حقوق اساسی، سال پنجم، ش ۱۰.
۱۰. ترحینی‌العاملی، سید محمدحسین (۱۴۲۷ق)، الزیدة الفقہیة فی شرح الروضة البهیة، قم: دار الفقه للطباعة و النشر، چ چهارم.
۱۱. تمیمی، رقیه (۱۳۸۶)، بررسی مفهوم آزادی، و قانون در اندیشه امام خمینی، جان لاک و متسکیو، تهران: مؤسسه نشر آثار امام خمینی.
۱۲. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۹)، ولایت فقیه، قم: اسراء.
۱۳. جوان، موسی (۱۳۲۶)، مبانی حقوق، تهران: شرکت چاپ رنگین.
۱۴. حسینی زبیدی، محمد مرتضی (۱۲۰۵ق)، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت: نشر دار الهدایة.

۱۵. حاجی ده‌آبادی، احمد (۱۳۸۵)، «قانون مجازات اسلامی، پایان مدت آزمایشی و انتظارات»، *فقه و حقوق*، سال دوم، ش ۸.
۱۶. خانبجانی موقر، حسن (۱۳۷۷)، *تفویض اختیار قانون‌گذاری در حقوق اساسی ایران*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز.
۱۷. خمینی موسوی، سید روح‌الله (بی‌تا)، *تحریر الوسیله*، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم، چ اول، ج ۱.
۱۸. دبیرنیا، علیرضا (۱۳۹۳)، *قدرت مؤسس؛ کاوشی در مبانی حقوق اساسی مدرن*، تهران: شهر دانش، چ اول.
۱۹. دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۸۵)، *فرهنگ متوسط دهخدا*، تهران: دانشگاه تهران، چ اول.
۲۰. راسخ، محمد (۱۳۸۴)، *بنیاد نظری اصلاح نظام قانون‌گذاری*، تهران: دفتر مطالعات حقوقی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، چ اول.
۲۱. رخشنده‌رو، علیرضا (۱۳۸۶)، *چگونگی ارزیابی آثار اجرایی قوانین و به‌کارگیری سیستم بازخورد*، در همایش یکصدمین سال قانون‌گذاری (مجموعه مقالات)، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، چ اول.
۲۲. زرننگ، محمد (۱۳۸۱)، *تحول نظام قضایی ایران*، تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی، چ اول، ج ۱.
۲۳. وکیل، امیرساعد و پوریا عسکری (۱۳۸۸)، *قانون اساسی در نظم کنونی*، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، چ سوم.
۲۴. ساکت، محمدحسین (۱۳۸۷)، *حقوق‌شناسی: دیپاچه‌ای بر دانش حقوق*، تهران: ثالث، چ اول.
۲۵. سبحانی تبریزی، جعفر (۱۳۶۷)، *تهذیب الأصول* (تقریرات درس امام خمینی)، قم: دارالفکر، چ سوم.
۲۶. _____ (۱۴۱۹)، *مصادر الفقه الإسلامی و منابعه*، بیروت: دار الاضواء.
۲۷. شهری، غلامرضا و سروش ستوده جهرمی (۱۳۷۳)، *نظرات اداره حقوقی قوه قضائیه در زمینه کیفری*، تهران: روزنامه رسش، ج ۱.
۲۸. صانعی، پرویز (۱۳۸۱)، *حقوق و اجتماع*، تهران: طرح نو، چ اول.
۲۹. صدر، محمدباقر (۱۴۱۷ق)، *بحوث فی علم الاصول*، بیروت: الدار الاسلامیه، چ اول، ج ۴.
۳۰. _____ (۱۴۰۸ق)، *مباحث الأصول*، قم: مطبعه مرکز النشر - مکتب الإعلام الإسلامی، ج ۴.

۳۱. صفایی، ابراهیم (۱۳۸۳)، دکتر احمد متین دفتری، تهران: نشر قطره، چ اول.
۳۲. فاینمن، ریچارد (۱۳۸۵)، تأثیر علم در اندیشه، ترجمه همایون صنعتی زاده، تهران: فرزانه روز، چ اول.
۳۳. فاضلی، حبیب‌الله (۱۳۹۱)، «استقلال قوا و سیاست خارجی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، بررسی‌های حقوق عمومی، سال اول، ش ۱.
۳۴. علوی، پرویز و نادعلی صادقیان (۱۳۸۹)، «ریشه‌های فکری اصل تفکیک قوا، اهمیت و دسته‌بندی نظام‌های سیاسی بر پایه‌ی تفکیک قوا»، فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰، ش ۲.
۳۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، فلسفه حقوق؛ منابع حقوق، تهران: شرکت سهامی انتشار، چ اول، ج ۱ و ۲.
۳۶. کلی، جان (۱۳۸۸)، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ، تهران: طرح نو، چ دوم.
۳۷. گرجی ازندریانی، علی‌اکبر (۱۳۹۵)، حقوقی‌سازی سیاست، تهران: خرسندی، چ اول.
۳۸. لاک، جان (۱۳۷۹)، رساله دوم درباره حکومت (آزادی فرد و قدرت دولت)، ترجمه محمود صناعی، تهران: هرمس.
۳۹. متیو، برتران (۱۳۹۱)، قانون، ترجمه مجید ادیب، تهران: میزان، چ اول.
۴۰. مدنی، سید جلال‌الدین (۱۳۶۶)، حقوق اساسی در جمهوری اسلامی، تهران: سروش، چ اول.
۴۱. _____ (۱۳۸۰)، تاریخ سیاسی معاصر ایران، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ اول.
۴۲. محسنی، مرتضی (۱۳۵۴)، کلیات حقوق جزا، تهران: انتشارات دانشگاه ملی سابق، چ اول.
۴۳. مجموعه اساسی (۱۳۹۱)، تهران: معاونت تدوین، تنقیح، و انتشار قوانین و مقررات معاونت حقوقی ریاست جمهوری، چ دوم.
۴۴. مختاری، عبدالله (۱۳۹۷)، بررسی فقهی و حقوقی قوانین آزمایشی در امور کیفری، پایان‌نامه کارشناسی ارشد فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه شهید مطهری.
۴۵. مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی (۱۳۸۹)، فرهنگ‌نامه اصول فقه، قم، چ اول.
۴۶. مرکز تحقیقات شورای نگهبان (۱۳۸۲)، مجموعه نظریات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی، دوره‌ی ششم، سال سوم، تهران: نشر مرکز تحقیقات شورای نگهبان، دادگستر، چ اول.

۲۳۰ ■ قانون‌گذاری و قانون اساسی (۱)

۴۷. مرکز تحقیقات شورای نگهبان (۱۳۸۵)، مجموعه نظریات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی (۱۳۸۴-۱۳۸۵)، تهران: دادگستر، چ اول.
۴۸. معرفت، محمدهادی (۱۳۷۷)، ولایت فقیه، قم: مؤسسه فرهنگی انتشاراتی التمهید، چ دوم.
۴۹. موحّد، محمدعلی (۱۳۸۴)، در هوای حق و عدالت، از حقوق طبیعی تا حقوق بشر، تهران: کارنامه، چ سوم.
۵۰. موراوتر، توماس (۱۳۸۷)، فلسفه حقوق، مبانی و کارکردها، ترجمه بهروز جندقی، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چ اول.
۵۱. موسوی بجنوردی، سید محمد بن حسن (۱۴۰۱ق)، قواعد فقهیه، تهران: مؤسسه عروج، چ سوم، ج ۲.
۵۲. موسوی خویی (۱۴۱۹ق)، ابوالقاسم، دراسات فی علم الأصول (تقریر علی هاشمی شاهرودی) قم: مؤسسه دائرهالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، چ اول.
۵۳. موسویزاده، رضا (۱۳۸۸)، «مفهوم مصلحت نظام و مرجع تشخیص آن در نظام قانون‌گذاری جمهوری اسلامی ایران»، مجله حقوق اساسی، سال ششم، ش ۱۱.
۵۴. مهرپور، حسین (۱۳۸۷)، مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: دادگستر، چ اول.
۵۵. میرزایی، اقبال علی (۱۳۹۳)، «تصویب مجدد قانون و پیامدهای آن»، فقه و حقوق اسلامی، ش ۹.
۵۶. میرکوهی، عبدالعلی (۱۳۹۸)، لایحه آیین دادرسی کیفری به‌زودی تصویب می‌شود، خبر مندرج در روزنامه شرق، سال پنجم، چهارشنبه، ۱۳۹۸/۱/۲۲، ش ۹۶۱.
۵۷. نائینی، محمدحسین (۱۴۲۴ق)، تنبیه الأئمه و تنزیه المله، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چ اول.
۵۸. نظرپور، مهدی (۱۳۸۹)، آشنایی با قانون اساسی جمهوری اسلامی، قم: نشر معارف، چ دوم.
۵۹. نمک‌دوست تهرانی، حسن (۱۳۸۳)، «حق دسترسی آزادانه به اطلاعات و دموکراسی»، مطالعاتی و تحقیقاتی وسایل ارتباط جمعی، سال پانزدهم، ش ۳.
۶۰. نورایی، مهدی (۱۳۹۴)، تعدد مراجع قانون‌گذاری جمهوری اسلامی ایران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی.
۶۱. وزیری، ناصر (۱۳۴۶)، جمهوری پنجم فرانسه و حکومت ژنرال دوگل و قانون اساسی ۱۹۵۸، تهران: اندیشه.

۶۲. وکیلان، حسن (۱۳۹۰)، *گفتارهایی در قانون و قانون‌گذاری (مجموعه مقالات)*، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، چ اول.
۶۳. ولیدی، محمد صالح (۱۳۷۲)، *حقوق جزای عمومی*، تهران: داد، چ اول، ج ۲.
۶۴. هاشمی، سید محمد (۱۳۸۲)، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: میزان، چ هفتم.
۶۵. یزدانی زنوز، هرمز (۱۳۸۸)، «نقش شفافیت در تقنین حکمرانی مطلوب»، *حقوق اساسی*، سال ششم، ش ۱۱.

ب: لاتین

۶۶. Brian, Baugus; Feler Bose (۲۰۱۵), “**Sunset Legislation in the States: Balancing the Legislature and the Executive.**” Mercatus Research, Mercatus Center at George Mason University, Arlington.
۶۷. Cottier, Bertil (۱۹۹۳), “**Les sunset Laws des lois expérimentales à la mode américaine**” in: Charles – Albert Morand, *Évaluation Législative Et Lois Expérimentales*, Universitaires D’Aix – Marseille.
۶۸. Glasius, Marlies; Kaldor, Mary & Anheier, Helmut (۲۰۰۵), **Global Civil Society**, London: Sage.
- Golash, Deirdre (۲۰۱۰), **Freedom of Expression in Diverse World**, London New York: Springer.

مجلس شورای اسلامی و لزوم ارزیابی تأثیرات قانون در مرحله تقنین

علی صابری*، هادی طحان‌نظیف**

چکیده

امروزه ارزیابی تأثیرات قانون فرایند بسیار مهمی است که در روند قانونگذاری باید به آن توجه شود. به‌منظور تحقق این فرایند، نهادهای مختلفی باید ایفای نقش کنند. از مهم‌ترین نهادهایی که در کشورهای مختلف در این زمینه باید وظایفی را انجام دهند، مجالس قانونگذاری کشورها هستند. حال سؤال این است که در جمهوری اسلامی ایران مجلس شورای اسلامی با توجه به وظایف و اختیارات خود چه جایگاهی در تحقق فرایند ارزیابی تأثیرات قانون دارد؟ برای پاسخگویی به این پرسش با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی بیان خواهد شد که مجلس شورای اسلامی با توجه به وظیفه قانونگذاری و نظارت که بر عهده دارد و نیز ظرفیت ساختاری بخش‌های مختلف مجلس، می‌تواند مهم‌ترین نقش را در فرایند ارزیابی تأثیرات قانون بر عهده داشته باشد. در این زمینه مجلس شورای اسلامی می‌تواند از نظرهای گروه‌های مدنی و کمک سایر نهادها نیز برای ارزیابی تأثیر قانون بهره‌برد.

واژگان کلیدی: ارزیابی تأثیرات قانون، قانون، قانونگذاری، مجلس، نظارت.

* Email: alisaberi1108@gmail.com

(نویسنده مسئول)

** Email: haditahan@gmail.com

مقدمه

ارزیابی تأثیرات در گسترده‌ترین مفهوم، فرایند تشخیص تأثیرات واقعی یا مورد انتظار حاصل از توسعه بر عوامل اجتماعی، اقتصادی و زیست‌محیطی است، زیرا توسعه خواسته یا ناخواسته بر آن‌ها تأثیر می‌گذارد؛ این امر ممکن است پیش از اتخاذ تصمیم یا پس از اتخاذ و اجرای آن صورت پذیرد. ارزیابی تأثیرات پیش از اتخاذ تصمیم تأثیرات بالقوه تصمیمات را به‌عنوان بخشی از برنامه‌ریزی طراحی، تصویب و اجرا، پیش‌بینی می‌کند. ارزیابی تأثیرات پس از اجرای تصمیم، تأثیرات و پیامدهای واقعی اجرای تصمیم را تعیین می‌کند و در صورت نیاز برای تقویت عملکرد صحیح و تأمین اطلاعات لازم برای طراحی بهتر مداخلات و تصمیمات آتی به‌کار گرفته می‌شوند (زرشکن عابد، ۱۳۸۷: ۱۲).

با توجه به تعریف بیان‌شده از ارزیابی تأثیرات، می‌توان وضع قوانین را نیز به‌عنوان اتخاذ تصمیمات مهمی در نظر گرفت که خواسته یا ناخواسته بر عوامل اجتماعی، اقتصادی و زیست‌محیطی تأثیر می‌گذارد و همان‌گونه که تصمیمات پیش و نیز پس از اتخاذ باید ارزیابی شوند، قوانین نیز در دو سطح باید ارزیابی شوند؛ پیش از تصویب و پس از تصویب. ارزیابی در سطح اول، ارزیابی معطوف به آینده است. در این ارزیابی پیش از اتخاذ تصمیم‌های تقنینی، آثار بالقوه و احتمالی قانون بررسی می‌شود. با این اقدام تصویر بهتری از آثار اراده‌شده توسط قانونگذار به‌دست می‌آید و این امکان فراهم می‌شود که راه‌حل مناسب‌تری برای رفع مشکلی که قانون در پی رفع آن است، توسط قانونگذار ارائه شود. ارزیابی سطح دوم، ارزیابی معطوف به گذشته است. این ارزیابی زمانی انجام می‌گیرد که قانون به اجرا گذاشته شده است. هدف از این ارزیابی این است که پس از اجرای قانون مشاهده شود در واقعیت اجتماع چه رخ داده و این قانون چه تأثیراتی را از خود برجا گذاشته است؛ به‌عبارت دیگر، با این ارزیابی اثر واقعی عمل تقنینی بررسی خواهد شد (مدر، ۱۳۹۰: ۳۱۲). بنابراین ارزیابی تأثیرات قانون فرایندی است که تأثیرات قانون را در حوزه‌های مختلف فرهنگی، اجتماعی، سیاسی، محیط‌زیست و اقتصادی بررسی می‌کند.

با توجه به آنچه گفته شد، لازم و ضروری است که در ساختار هر کشوری ارزیابی تأثیرات قانون وجود داشته باشد. در ایران در خصوص ارزیابی تأثیرات قانون آنچه نگاشته شده، بیشتر به کلیات و مبانی ارزیابی تأثیرات قانون پرداخته شده است. برای نمونه می‌توان به مقاله «راهنمای سیاست‌گذاری در قانونگذاری: بررسی الگوی ارزیابی تأثیرات قانون» اشاره کرد. در این مقاله آنچه مورد توجه واقع شده است، تعریف و ضرورت ارزیابی تأثیرات قانون و سیر تحول فرایند ارزیابی تأثیرات قانون در برخی کشورهاست. مورد دیگر که می‌توان برای نمونه

به آن اشاره کرد، کتاب *ارزیابی تأثیرات قانون (ابزاری برای قانونگذاری بهتر)* است که در این نوشته نیز ضمن بیان تعریف و سابقه ارزیابی تأثیرات قانون، ابزارهای لازم و نهادهایی که باید در ارزیابی تأثیرات قانون نقش داشته باشند، ارائه و در انتها زمینه‌های لازم برای ورود به عرصه ارزیابی تأثیرات قانون بیان شده است. مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی نیز گزارشی با عنوان «آسیب‌شناسی ارزیابی اجرای قانون» تهیه کرده که در این گزارش نیز ضمن تبیین ارزیابی تأثیرات قانون، بخشی از این فرایند یعنی ارزیابی اجرای قانون مورد توجه قرار داده شده است و ضعف‌های این بخش، بررسی و راه‌حل‌هایی نیز برای آن بیان شده است. اما در این نوشته با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی سعی خواهد شد یکی از مهم‌ترین نهادهایی که در فرایند ارزیابی تأثیرات قانون باید مشارکت داشته باشد، بررسی شود. بر این اساس این نوشته در پی پاسخگویی به این پرسش است که مجلس شورای اسلامی ایران با توجه به وظایف و اختیارات خود چه جایگاهی در ارزیابی تأثیرات قانون دارد؟ برای پاسخ به این پرسش ابتدا دو وظیفه مهم مجلس شورای اسلامی بررسی خواهد شد و اثبات می‌شود که مجلس با توجه به این دو ویژگی باید ارزیابی تأثیرات قانون را انجام دهد و سپس ساختار و امکاناتی که مجلس شورای اسلامی برای تحقق این وظیفه دارد، بررسی می‌شود.

۱. وظایف مجلس

مهم‌ترین وظایف در نظر گرفته‌شده برای مجلس، وظیفه قانونگذاری و نظارت است (مؤتمنی طباطبایی، ۱۳۸۴: ۱۱۴). این وظایف علاوه بر اینکه بسیار مهم‌اند، گستره زیادی را نیز در برمی‌گیرند، بنابراین جنبه‌های مختلفی را شامل می‌شوند. اصل ۷۱ قانون اساسی که به وظیفه قانونگذاری مجلس اشاره دارد، بیان می‌کند: «مجلس شورای اسلامی در عموم مسائل در حدود مقرر در قانون اساسی می‌تواند قانون وضع کند»؛ بنابراین با توجه به این اصل و عبارت «عموم مسائل» به مجلس شورای اسلامی اجازه داده شده است که در حوزه‌های مختلف کشور قانون وضع کند و این بیانگر این مطلب است که وظیفه قانونگذاری مجلس بسیار گسترده است و با اندکی مسامحه می‌توان گفت مجلس می‌تواند در همه حوزه‌ها قانون وضع کند؛ از این رو وظیفه قانونگذاری مجلس بسیار پیچیده است و به دقت فراوان نیاز دارد. در کنار این وظیفه، برای مجلس وظیفه نظارت نیز در نظر گرفته شده است. با توجه به اصل ۷۶ قانون اساسی «مجلس شورای اسلامی حق تحقیق و تفحص در تمام امور کشور را دارد»؛ بنابراین از این اصل و برخی دیگر از اصول قانون اساسی نیز استفاده می‌شود که مجلس می‌تواند در همه حوزه‌های کشور ورود کند و بر آن حوزه‌ها نظارت داشته باشد. در این صورت این وظیفه مجلس نیز بسیار گسترده خواهد بود و پیچیدگی زیادی را نیز به همراه خواهد داشت. با توجه

به این وظایف، مجلس شورای اسلامی در تمام حوزه‌های مهم از جمله سیاست، اقتصاد، فرهنگ و زیست‌محیطی تأثیرگذار خواهد بود و این حوزه‌ها همان حوزه‌های ارزیابی تأثیرات هستند. با توجه به این مطلب در این بخش سعی خواهد شد این دو وظیفه مجلس شورای اسلامی با تأکید بر ارزیابی تأثیرات قانون تبیین شود.

۱-۱. قانونگذاری

امروزه اهمیت قانون و تأثیرات آن، بر کسی پوشیده نیست. قانون آنچنان مهم است که می‌توان آن را مهم‌ترین عنصر هر نظام حقوقی دانست. با توجه به این اهمیت، قانونگذاری از مهم‌ترین اختیاراتی است که هر حکومتی از آن بهره می‌برد و با استفاده از این صلاحیت، قوانین را در جهت اهداف تعیین‌شده برای خود وضع می‌کند و از آن‌ها به‌عنوان وسایلی برای رسیدن به اهداف خود استفاده می‌کند؛ بنابراین نهادی که این وظیفه حکومت یعنی قانونگذاری به آن سپرده شود، جایگاه بسیار مهمی در ساختار حکومت خواهد داشت. در نظام جمهوری اسلامی ایران، مجلس شورای اسلامی مهم‌ترین رکن تصمیم‌گیری و برنامه‌ریزی در جهت اداره کشور است و وظیفه وضع قانون و اصلاح و نسخ برخی از قوانین را بر عهده دارد (رحیمی و ساجدی، ۱۳۹۹: ۱۲۳). بنابراین اصلی‌ترین و مهم‌ترین وظیفه مجلس، قانونگذاری است. با توجه به این مطلب نکته مهمی که باید به آن دقت شود، این است که هر آنچه در تعریف قانون و در قلمرو قانون جای می‌گیرد، در حیطه صلاحیت و وظایف مجلس قرار می‌گیرد (قاضی شریعت‌پناهی، ۱۳۹۰: ۲۱۳). حال اگر چرخه قانونگذاری را به‌طور خلاصه شامل چهار بخش زیر بدانیم: ۱. تهیه پیش‌نویس و ارائه پیشنهاد، ۲. مرحله شور و رایزنی و تصویب، ۳. مرحله اجرا و نظارت بر اجرا و ۴. مرحله اصلاح قانون (وکیلان و مرکزالمیری، ۱۳۹۵: ۴۵)، در این صورت خیلی واضح خواهد بود که ارزیابی تأثیرات قانون نیز در حیطه صلاحیت‌ها و وظایف مجلس خواهد بود، زیرا ارزیابی تأثیرات قانون به بررسی رابطه محتوای قانون با تأثیرات آن در محیط واقعی اجتماع می‌پردازد. پس یکی از اموری که می‌تواند مجلس را در بخش قانونگذاری کمک کند، فرایند ارزیابی تأثیرات قانون است، چراکه با ارزیابی تأثیرات قوانین موجود که براساس داده‌های تجربی اثبات شده‌اند، می‌توان به قضاوت عینی در خصوص قوانین دست یافت و این بررسی تأثیرات و کارایی یک قانون موجود به‌عنوان بخش جدایی‌ناپذیر از عملکرد یک مجلس در نظر گرفته می‌شود (Bauer & Wittholz, ۲۰۰۲: ۶). با در نظر گرفتن ویژگی بررسی تأثیرات قوانین در محیط اجتماع، برای تهیه قانون مراحل ذیل براساس روش‌شناسی تقنینی در نظر گرفته شده است: ۱. تعریف و تحلیل مسئله‌ای که قانونگذاری راه‌حل آن است، ۲. تعیین اهداف قانون، ۳. بررسی ابزاری که می‌تواند مسئله را

حل کند و انتخاب ابزار، ۴. پیش‌نویس محتوای قانون، ۵. تصویب رسمی، ۶. اجرا، ۷. ارزیابی معطوف به گذشته، و ۸. تصویب قانونی مبتنی بر ارزیابی معطوف به گذشته در صورت ضرورت (مدر، ۱۳۹۰: ۳۰۸). همه این فرایندها با پیش‌شرط ارزیابی تأثیرات قانون محقق می‌شود و تمامی این مراحل در تعریف قانون و در قلمرو قانون جای می‌گیرد، زیرا قانونگذاری اعم از وضع قانون جدید یا اصلاح یا تغییر قانون موجود است (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۴: ۱۰۹). بنابراین ارزیابی تأثیرات قانون نیز در حیطه صلاحیت و وظیفه قانونگذاری مجلس قرار می‌گیرد.

با توجه به مراحل بیان‌شده برای تهیه قانون، مراحل تهیه قانون را می‌توان به سه دوره تقسیم کرد و در هر دوره مراحل لازم برای ارزیابی تأثیرات قانون را در نظر گرفت. این سه دوره عبارت‌اند از:

۱. اقداماتی که پیش از تصویب قانون باید صورت بگیرد، شامل تعریف و تحلیل مسئله و تعیین هدف قانون به صورت روشن و واضح. اقدامات این دوره بسیار مهم است، زیرا با تعریف مسئله‌ای که قانونگذاری برای آن صورت خواهد گرفت و همچنین تعیین هدف قانون، در آینده معیار و ملاک برای ارزیابی تأثیرات قانون به دست خواهد داد. با کمک این معیارها می‌توان قانون را ارزیابی کرد که تأثیر مثبت داشته است یا خیر؛ بنابراین در ابتدا باید مشخص شود که با اجرای قانون مصوب مجلس، انتظار می‌رود چه اتفاق مثبتی بیفتد و چه مسئله‌ای حل شود. در این صورت نقشه راه تصویب قانون روشن‌تر شده و معیارهای ارزیابی و پایش آثار قوانین قابلیت بیشتری برای تبیین شدن خواهند داشت (عبدالاحد و همکاران، ۱۳۹۷: ۶۵).
۲. اقداماتی که هنگام تصویب قانون باید صورت بگیرد. در این دوره باید ابزارهای مختلفی که می‌توانند این مسئله را حل کنند، بررسی و هزینه و فایده آن‌ها مورد توجه قرار گیرد و مناسب‌ترین ابزار برای حل مسئله انتخاب شود و پیش‌نویس قانونی آن تهیه شود و به تصویب رسمی برسد و پس از آن به اجرا دربیاید. برای مؤثرتر کردن ارزیابی تأثیرات قانون در این دوره باید از مشورت با کارشناسان متخصص و گروه‌های ذی‌نفع استفاده کرد. همچنین تحلیل هزینه‌ها و فایده‌ها باید به‌طور صحیح صورت گیرد (زرشکن عابد، ۱۳۸۷: ۱۶).

۳. اقداماتی که پس از به اجرا درآمدن قانون باید صورت بگیرد و شامل ارزیابی معطوف به گذشته است، یعنی باید بررسی شود قانونی که به اجرا درآمده، چه آثاری را برجای گذاشته است و در صورت نیاز، قانون جدیدی مبتنی بر این ارزیابی تصویب شود. در

این دوره باید بررسی شود با توجه به هدفی که برای تصویب قانون بیان شده بود، آیا این هدف محقق شده است؟ همچنین تأثیرات اجرایی شدن این قانون بر حوزه‌های اقتصادی، فرهنگی، سیاسی و اجتماعی ارزیابی شود. پس از بررسی همه این موارد می‌توان در خصوص تأثیرات مثبت و منفی قانون موردنظر به‌درستی اظهارنظر کرد و در صورت نیاز، قانون را اصلاح یا قانون جدیدی مبتنی بر این بررسی‌ها وضع کرد.

بنابر توضیحات داده‌شده، مجلس شورای اسلامی با توجه به وظیفه قانونگذاری که بر عهده دارد، باید ارزیابی تأثیرات قانون را نیز بخشی از فرایند تهیه قانون بداند، در واقع ارزیابی تأثیرات قانون را موضوعی خارج از قانونگذاری نداند؛ هرچند برای اجرایی شدن آن به کمک گرفتن از سایر نهادها و استفاده از اختیارات آنان نیاز است، اما این موضوع منجر نمی‌شود که مجلس شورای اسلامی از زیر بار این وظیفه مهم شانه خالی کند و تدابیری برای عملیاتی شدن فرایند ارزیابی تأثیرات قانون در نظر نگیرد.

۱-۲. نظارت

وظیفه مهم دیگری که به مجلس شورای اسلامی سپرده شده است، نظارت است. مفهوم اصطلاحی نظارت در حوزه حقوق و قانون اساسی در عین تناسب با مفهوم لغوی، از آن فراتر است. در قانون اساسی بدون ذکر تعریفی از نظارت، در اصول متعدد به مصادیق آن اشاره شده است. همچنین فصلی از آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی به‌عنوان «نظارت» اختصاص یافته است. با در نظر گرفتن همه موارد می‌توان نظارت مجلس را بدین‌صورت تعریف کرد: اختیار و صلاحیتی است که هدف از اعمال آن واریسی و کنترل اجرای صحیح قانون توسط همه ارکان، نهادها و مقام‌های دولتی و حکومتی است. همچنین اعمال نظر و صلاحدید سیاسی نمایندگان در مورد چگونگی شکل‌گیری و انتخاب هیأت وزیران و ساختار و سازمان تشکیلاتی دولت به‌منظور جلوگیری از هرگونه خودکامگی توسط نهادها و مقام‌های اجرایی و اداری و حفظ و حراست از حقوق مردم و حصول اطمینان از اداره صحیح و کاراد کشور است (توازن‌زاده و همکاران، ۱۳۸۵: ۲). با توجه به تعریف مذکور از نظارت مجلس، می‌توان انواع مختلفی از نظارت را برای مجلس در نظر گرفت. انواع نظارت مجلس شورای اسلامی که از قوانین قابل استفاده‌اند عبارت‌اند از: ۱. نظارت سیاسی و پارلمانی، ۲. نظارت تأسیسی و تشکیلاتی، ۳. نظارت اطلاعاتی، ۴. نظارت مالی و بودجه‌ای و ۵. نظارت استصوابی (توازن‌زاده و همکاران، ۱۳۸۵: ۳).

چنانکه بیان شد، یکی از انواع نظارت‌های مجلس شورای اسلامی، نظارت اطلاعاتی است. با توجه به وظیفه نظارت اطلاعاتی که بر عهده مجلس شورای اسلامی است، این نهاد با استفاده از

اطلاعات حاصل از این نظارت می‌تواند ارزیابی تأثیرات قانون را انجام دهد، زیرا از سازوکارهای نظارت اطلاعاتی مجلس حضور نمایندگان ناظر در مجامع و شوراهای دولتی و عمومی است. از این طریق مجلس شورای اسلامی می‌تواند در جریان عملکرد امور اجرایی مهم و تصمیم‌گیری‌های سیاسی و اقتصادی و اجتماعی کشور قرار گیرد تا در صورت لزوم و به تناسب امور دست به اقدامات لازم نظارتی و کنترلی بزند یا پس از انجام بررسی‌های لازم و کارشناسی‌های لازم به اصلاح قوانین مربوط اقدام کند یا در صورت فقدان راهکار قانونی به رفع خلأ قانونی مبادرت ورزد (زارعی، ۱۳۸۴: ۲۷۹)؛ بنابراین مجلس تنها شأن تقنینی ندارد، بلکه شأن نظارتی نیز دارد و قانونگذاری کارآمد گاهی از مسیر نظارت عبور می‌کند (طحان نظیف، ۱۳۹۹).^۱ همواره باید این نکته را در نظر داشت که ممکن است قوانین مصوب، خالی از نقص و ایراد نباشند و در مسیر اجرا، با مشکلاتی مواجه شوند که قبل از تصویب در نظر گرفته نشده باشند و بعضاً مشکلاتی را برای مشمولان خود ایجاد کنند، به‌ویژه در مواردی که قوانینی وضع شود که این قوانین آثاری به‌همراه داشته باشند و این آثار، ارتباط روشنی با بُعد تخصصی و موضوع مستقیم خود نداشته باشند. برای مثال تصویب قانونی با موضوع اقتصادی ممکن است آثار فرهنگی بسیاری برای مردمان ساکن حوزه اجرای آن قانون ایجاد کند که از دید تصویب‌کنندگان مغفول مانده است (عبدالاحد و همکاران، ۱۳۹۷: ۶۴)؛ بنابراین همواره این ضرورت وجود دارد که باید قوانین مصوب پایش و ارزیابی شوند تا کارآمدی و آثار آن‌ها، ارزیابی شوند تا در صورت ناکارآمد بودن و به‌همراه داشتن آثار سوء که این آثار در تحلیل‌های قبل از تصویب پیش‌بینی نشده بودند، قوانین مصوب را در صورت نیاز تغییر داد. در نتیجه این امر زمانی اتفاق خواهد افتاد که مجلس شورای اسلامی وظیفه نظارت خود را به‌درستی انجام داده باشد، چراکه با نظارت مجلس شورای اسلامی این آثار سوء و ضعف‌های قانونی مشخص می‌شود.

علاوه بر این می‌توان نظارت مجلس را شامل نظارت بر خط‌مشی هم دانست و اگر تعریفی را که کرک پاتریک از مفهوم Regulation ارائه داده است، بپذیریم که منظور از این مفهوم را هر اقدام حکومتی در جهت تأثیر بر رفتار فردی و گروهی دانسته است (کرک پاتریک، ۱۳۹۱: ۲)، در این صورت می‌توان معنایی عام برای این واژه در نظر گرفت و معنای آن را، مقررات یا مقررات‌گذاری توسط هریک از نهادهای حکومتی اعم از قوای سه‌گانه یا هر مرجع صالح مقررگذار حکومتی دانست. با توجه به این مطلب تمام مصوبات مجلس، شامل ارزیابی تأثیرات می‌شوند و روش‌های ارزیابی تأثیرات قانون در رابطه با آن قابل اعمال است (مرکزالمیری، ۱۳۹۱: ۵). در خصوص خط‌مشی‌های مصوب مجلس نیز می‌توان روش‌های ارزیابی تأثیرات را اعمال کرد و چنانکه گفته شد، مجلس می‌تواند بر خط‌مشی‌های مصوب

خود نظارت داشته باشد. منظور از خط‌مشی‌های مصوب مجلس شورای اسلامی، خط‌مشی‌های تقنینی است که توسط نمایندگان مجلس قانونگذاری از طریق ارائه طرح‌ها یا لوایح قانونی مطرح و تصویب می‌شوند، مانند قوانین موضوعه (الوانی و شریف‌زاده، ۱۳۸۵: ۲۶). بدین‌صورت، می‌توان هدف کلی نظارت را فراهم آوردن بازخوردی سودمند برای تصمیم‌گیری و ارائه به تصمیم‌گیران به‌منظور کمک به بهبود برنامه‌ها و ادامه یا توقف اجرای آن‌ها در جهت دسترسی به اهداف تعیین‌شده در نظر گرفت (حسین‌پور و همکاران، ۱۳۹۷: ۳۷۶؛ به نقل از قلی‌پور، ۱۳۹۱). بدین‌صورت می‌توان نظارت را در همه مراحل تصمیم‌سازی مدنظر قرار داد و آن را در سه مرحله زمانی تقسیم کرد:

۱. نظارت آینده‌نگر یا پیش‌بینی؛ بدین‌صورت که در زمان تدوین خط‌مشی و تصمیم دلایل توجیهی خط‌مشی بررسی شود و روش کار و الگوی منطقی انجام فعالیت‌های خط‌مشی برای رسیدن به نتایج ترسیم شده و زمان و میزان تحقق نتایج برآورد شود؛

۲. نظارت حین اجرا؛ در این مرحله هنگام اجرای خط‌مشی این نظارت به‌صورت مستمر صورت خواهد گرفت؛

۳. نظارت پسینی؛ در این مرحله پس از اتمام اجرای خط‌مشی، خروجی‌ها، پیامدها و تأثیرات خط‌مشی بررسی می‌شود و در خصوص کارآمدی این خط‌مشی و تصمیم در تحقق اهداف خود قضاوت خواهد شد (حسین‌پور و همکاران، ۱۳۹۶: ۳۷۷).

براساس آنچه گفته شد درمی‌یابیم که وظیفه نظارت مجلس بخشی از فرایند ارزیابی تأثیرات قانون را پوشش می‌دهد؛ بنابراین مجلس شورای اسلامی زمانی وظیفه نظارت خود را کامل انجام داده است که ارزیابی تأثیرات قانون را مدنظر قرار داده باشد و سازوکار منظمی برای این بخش از وظیفه خود طراحی کرده باشد. پس ضروری به‌نظر می‌رسد که مجلس شورای اسلامی باید طرح مشخص و جامعی را برای ارزیابی تأثیرات قانون داشته باشد؛ زیرا همان‌گونه‌که توضیح داده شد، ارزیابی تأثیرات قانون ذیل وظایف اختصاصی مجلس شورای اسلامی یعنی قانونگذاری و نظارت است، هرچند دیگر نهادها نیز به‌تناسب وظایف خود باید مجلس را در این حیطه کمک کنند.

۲. نهادهای ارزیابی‌کننده تأثیرات قانون ذیل مجلس

با بررسی قوانین می‌توان گفت که در ساختار مجلس شورای اسلامی نهادهایی وجود دارد که با توجه به وظایف و اختیارات خود نقش بسیار مهمی در ارزیابی تأثیرات قانون دارند. چنانکه در بند ۷ ماده ۴۵ آیین‌نامه داخلی مجلس مشاهده می‌شود، از جمله وظایف کمیسیون‌های تخصصی مجلس: «تهیه گزارش موردی و سالانه در خصوص امور اجرایی

دستگاه‌ها و نحوه اجرای قوانین به‌خصوص قانون برنامه توسعه و بودجه سالانه و ارائه نکات مثبت، منفی و پیشنهاد نحوه اصلاح آن و تقدیم گزارش به مجلس جهت قرائت» است. در این ماده از کمیسیون‌های تخصصی مجلس خواسته شده است که نکات مثبت و منفی قانون و همچنین پیشنهاد نحوه اصلاح قانون، هر ساله در گزارشی به مجلس ارائه شود. با در نظر گرفتن این ماده زمانی کمیسیون‌های تخصصی مجلس می‌توانند این وظیفه را انجام دهند که ارزیابی مناسبی از قانون و تأثیر آن داشته باشند، چراکه با ارزیابی تأثیرات قانون است که کمیسیون‌های تخصصی مجلس به نکات مثبت و منفی قوانین دست می‌یابند. قانون اساسی نیز برای اینکه مجلس بتواند این وظیفه را انجام دهد، ابزار قانونی لازم را در اختیار آن قرار داده است و بنابر اصل ۷۶ قانون اساسی: «مجلس شورای اسلامی حق تحقیق و تفحص در تمام امور کشور را دارد». پس مجلس شورای اسلامی و کمیسیون‌های تخصصی آن می‌توانند در حوزه‌های تأثیر قوانین، تحقیق و تفحص داشته باشند و تأثیرات آن‌ها را ارزیابی کنند. علاوه بر این باید این نکته را در نظر داشت که براساس قانون اساسی می‌توان گفت، وظیفه ارزیابی قانون توسط مجلس فقط منحصر به قوانین بودجه و برنامه توسعه نمی‌شود، بلکه مجلس در همه قوانین حق ارزیابی کردن تأثیر قانون را دارد، چراکه قانون اساسی اجازه تحقیق و تفحص در تمام امور کشور را به مجلس داده است.

علاوه بر این باید این نکته را در نظر داشت که با گذر زمان و تغییر شرایط، همواره این امکان وجود دارد که قوانین موجود کارایی و اثربخشی خود را از دست بدهند و دیگر قادر به تحقق اهداف تعیین‌شده نباشند (۲۰۰۱: ۳۶، Comptroller & Auditor General)، چراکه ممکن است این قوانین بستر اجتماعی، سیاسی، اقتصادی و فرهنگی خود را از دست داده باشند. در این صورت ضرورت دارد که قوانین مصوب پس از مدتی دوباره بررسی و ارزیابی شوند تا اگر بستر اجتماعی، سیاسی، اقتصادی و فرهنگی که قوانین در آن بستر ایجاد شده‌اند، تغییر یافت، قوانین نیز متناسب با شرایط جدید تغییر کنند و به‌روزرسانی شوند. در نتیجه کمیسیون‌های تخصصی مجلس با توجه به اطلاعاتی که به‌دست می‌آورند، توانایی انجام این کار را خواهند داشت.

یکی دیگر از ظرفیت‌هایی که در مجلس شورای اسلامی وجود دارد و می‌توان از آن به‌منظور ارزیابی تأثیرات قانون استفاده کرد، تصویب قوانین آزمایشی است. قوانین آزمایشی چنانکه از نامشان پیداست، مبین آزمون و خطا در امر قانونگذاری هستند (منصوریان و آگاه، ۱۳۹۰: ۳۶۶). این نوع قوانین در فرایند ارزیابی تأثیرات قانون بسیار استفاده می‌شوند. این قوانین برای یک دوره محدود زمانی تصویب می‌شوند تا بررسی شود که آیا این قوانین

می‌توانند اهداف تعیین‌شده توسط قانونگذار را تأمین کنند. این قوانین ویژگی‌هایی دارند که برای ارزیابی تأثیرات قانون بسیار مناسب‌اند. برخی از این ویژگی‌ها این است که این قوانین از نظر زمانی محدودند، اهداف آن‌ها به‌روشنی بیان می‌شود و معیارهای ارزیابی آن‌ها نیز بیان می‌شود (مدر، ۱۳۹۰: ۳۱۲-۳۱۳). در اصل ۸۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تصویب قوانینی آزمایشی پیش‌بینی شده است و در این اصل بیان می‌شود: «مجلس در موارد ضروری می‌تواند اختیار وضع بعضی از قوانین را با رعایت اصل هفتاد و دوم به کمیسیون‌های داخلی خود تفویض کند، در این صورت این قوانین در مدتی که مجلس تعیین می‌نماید به‌صورت آزمایشی اجرا می‌شود و تصویب نهایی آن‌ها با مجلس خواهد بود». علاوه بر این در ماده ۱۶۳ آیین‌نامه داخلی مجلس^۲ به کمیسیون‌های مجلس و دولت اجازه داده شده است که در مواردی می‌توانند قوانین آزمایشی تصویب کنند. این قوانین که باید در مدت معینی به اجرا گذاشته شوند، این امکان را فراهم می‌آورند که در زمان اجرای این قوانین، دولت و مجلس تأثیر قانون آزمایشی را ارزیابی کنند و در صورت نیاز، اصلاحاتی برای رفع نواقص و ضعف قانون موردنظر پیشنهاد دهند و با رفع این نواقص قانون آزمایشی به قانون دائمی تبدیل شود؛ بنابراین کمیسیون‌های مجلس شورای اسلامی می‌توانند از این ظرفیت قانونی به‌منظور ارزیابی تأثیرات قانون استفاده کنند.

در مجلس شورای اسلامی، نهاد دیگری وجود دارد که با توجه به اختیارات و وظایفش، می‌توان از آن در جهت تحقق ارزیابی تأثیرات قانون استفاده کرد. این نهاد، دیوان محاسبات کشور است. این دیوان در محدوده صلاحیت خود، اختیار رسیدگی به اموری را دارد که به کیفیت به نظارت مجلس شورای اسلامی مرتبط است (امیری، ۱۳۹۶: ۶۸) و براساس اصل ۵۴ قانون اساسی و ماده ۲۱۸ آیین‌نامه داخلی مجلس، مستقیماً زیر نظر مجلس شورای اسلامی است. در اصل ۵۵ قانون اساسی در خصوص وظیفه دیوان محاسبات کشور بیان می‌دارد: «دیوان محاسبات به کلیه حساب‌های وزارتخانه‌ها، مؤسسات، شرکت‌های دولتی و سایر دستگاه‌هایی که به نحوی از انحاء از بودجه کل کشور استفاده می‌کنند به ترتیبی که قانون مقرر می‌دارد رسیدگی یا حسابرسی می‌نماید که هیچ هزینه‌ای از اعتبارات مصوب تجاوز نکرده و هر وجهی در محل خود به مصرف رسیده باشد. دیوان محاسبات، حساب‌ها و اسناد و مدارک مربوطه را برابر قانون جمع‌آوری و گزارش تفریغ بودجه هر سال را به انضمام نظرات خود به مجلس شورای اسلامی تسلیم می‌نماید. این گزارش باید در دسترس عموم گذاشته شود». با توجه به این اصل، دیوان محاسبات کشور وظیفه دارد هر ساله بر نحوه اجرای قانون بودجه کشور نظارت کند. در این نظارت علاوه بر اینکه بررسی می‌شود هزینه‌ای خارج از اعتبار

مصوب صرف نشده باشد، این امکان را نیز فراهم می‌آورد که دیوان محاسبات کشور به‌عنوان ارزیابی‌کننده قانون بودجه عمل کند و در گزارش خود ضمن نظرهایی که به مجلس ارائه می‌دهد، میزان موفقیت و تأثیر مثبت و منفی قانون بودجه را بیان کند. علاوه بر این در ماده ۵ قانون دیوان محاسبات عمومی کشور که وظایف و اختیارات این دیوان را بیان می‌کند، چنین آمده است: «بررسی جهت اطمینان از برقراری روش‌ها و دستورالعمل‌های مناسب مالی و کاربرد مؤثر آن‌ها در جهت نیل به اهداف دستگاه‌های مورد رسیدگی». با توجه به این ماده نیز دیوان محاسبات کشور این وظیفه و اختیار را دارد که بررسی کند آیا روش‌ها و دستورالعمل‌های مالی بیان‌شده در قانون مناسب و کارآمد بوده‌اند؟ و اگر این روش‌ها و دستورالعمل‌ها نقص و ضعف دارند، این دیوان در گزارش خود به مجلس به این موارد اشاره کند تا در صورت لزوم این روش‌ها اصلاح شوند. پس چنانکه مشاهده شد، دیوان محاسبات کشور این صلاحیت را دارد که در برخی امور نسبت به قوانین ارزیابی داشته باشد و نظرها و گزارش‌های خود را به مجلس تقدیم کند تا مجلس شورای اسلامی از این نظرها برای تدوین و تصویب قوانین بهتر استفاده کند.

با توجه به آنچه بیان شد، مجلس شورای اسلامی با استفاده از ساختار داخلی خود و نهادهایی که برای انجام وظایف خود داراست، می‌تواند فرایند ارزیابی تأثیرات قانون را مدیریت کند. برای این منظور مجلس شورای اسلامی می‌تواند هر حوزه از ارزیابی تأثیرات قانون را به کمیسیون خاص آن حوزه واگذار کند. در نتیجه می‌توان ادعا کرد که مجلس شورای اسلامی با وجود کمیسیون‌های تخصصی و ظرفیت‌های قانونی که برای آن‌ها بیان شد و ظرفیت استفاده از قوانین آزمایشی و همچنین وجود دیوان محاسبات کشور و استفاده از ظرفیت آن، از لحاظ تشکیلات ظرفیت بسیار بالایی برای تحقق ارزیابی تأثیرات قانون دارد.

۳. مجلس و مشورت با گروه‌های مدنی در ارزیابی تأثیرات قانون

مجلس نسبت به سایر نهادهای سیاسی، نخستین رکنی است که می‌تواند منعکس‌کننده اراده مردم در حکومت باشد (قاضی شریعت‌پناهی، ۱۳۹۰: ۲۲۵)، زیرا پارلمان‌ها از نمایندگانی تشکیل شده‌اند که به‌صورت مستقیم توسط مردم انتخاب می‌شوند و این نمایندگان با مردم و تمام گروه‌هایی که به‌نحوی قوانین بر آنان اثرگذار است و گروه‌های ذی‌نفع قوانین هستند، ارتباط زیادی دارند. در جمهوری اسلامی ایران نیز اعضای مجلس، نمایندگان مردم هستند که با رأی مستقیم مردم به مجلس راه می‌یابند؛ بنابراین این افراد از آنجا که به‌عنوان نمایندگان مردم شناخته می‌شوند، باید از نظرهای مردم استفاده کنند و به‌عنوان یک نهاد حکومتی رابط میان گروه‌های ذی‌نفع قوانین و حکومت باشند. در همین زمینه تعامل اجتماعی سیاسی نمایندگان

مجلس با سازمان‌های مدنی و رسانه‌های گروهی نقش مهمی در بازتاب دیدگاه این گروه‌ها به نمایندگان و هیأت‌های پارلمانی دارد و همین مسئله در آرا نمایندگان تأثیرگذار خواهد بود (Kasemets, ۲۰۰۱: ۹۱).

در مرحله بررسی طرح یا لایحه قانونی در کمیسیون‌های تخصصی مجلس این امکان وجود دارد که از اشخاص حقیقی یا حقوقی خارج از مجلس دعوت کرد و با آن‌ها در خصوص قوانین موردنظر مشورت کرد. بدین‌صورت کمیسیون‌های مربوط با دعوت از اشخاص یا نمایندگان مؤسسات و نهادهای غیردولتی و اشخاص حقوقی حقوق خصوصی نظرهای آن‌ها را جویا می‌شوند و رایزنی لازم با آن‌ها را انجام می‌دهند، ولیکن تصمیم نهایی به عهده کمیسیون‌های مجلس است (رستمی، ۱۳۸۷: ۱۸۹). بنابراین مجلس شورای اسلامی می‌تواند پیش از تصویب قانون، نظرهای گروه‌های مدنی را جویا شود و ملاحظات این گروه‌ها را در قوانین در نظر بگیرد؛ همچنین پس از اینکه قوانین تصویب شدند و به مرحله اجرا درآمدند، تأثیرات قانون را با استفاده از نظرهای گروه‌های مدنی ارزیابی کند. برای تأیید این مطلب می‌توان به ماده ۱۴۳ آیین‌نامه داخلی مجلس اشاره کرد که مطابق این ماده کمیسیون‌های تخصصی مجلس می‌توانند از نمایندگان بخش‌های خصوصی و ذی‌نفعان دعوت به‌عمل آورند و نظرهای آنان را جویا شوند و در گزارشی که برای مجلس آماده می‌کنند، از نظرهای آنان استفاده کنند؛ بنابراین بخش‌های خصوصی و گروه‌های مدنی با توجه به اینکه خود در مواقعی مجری اصلی قانون هستند یا اگر مجری اصلی قانون نباشند، اجرای قوانین تأثیر مستقیم یا غیرمستقیم بر آنان خواهد داشت، از این‌رو می‌توانند مشاوران مناسبی برای نهادهای قانونگذار باشند. علاوه بر این ارزیابی آثار سیاست‌های کلان و نیز تأثیرات قوانین و محیط قانونی ابزاری برای حمایت از منافع جوامع مدنی و تقویت حرکت‌های ایشان برای مداخله در سیاستگذاری و تأثیر در سیاستگذاران خواهد بود (زرشکن عابد، ۱۳۸۷: ۱۵۳)؛ بنابراین نهادهای حکومتی مانند مجلس و دولت، می‌توانند با استفاده از نظرهای گروه‌های مدنی میزان تأثیرات قانون را در حیطه عمل ارزیابی و منافع این گروه‌ها را تأمین کنند.

در همین زمینه با استناد به اصل ۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز می‌توان برای مشارکت دادن گروه‌های مدنی در فرایند ارزیابی تأثیرات قانون اشاره کرد. در این اصل که وظایف دولت اسلامی برشمرده می‌شود، دولت جمهوری اسلامی ایران موظف شده است تمام امکانات خود را برای انجام این وظایف به‌کار گیرد و یکی از وظایفی که دولت باید زمینه‌های لازم برای اجرا شدن آن را فراهم آورد، وظیفه‌ای است که در بند ۸ اصل ۳ چنین بیان می‌شود: «مشارکت عامه مردم در تعیین سرنوشت سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خویش». با

توجه به این بند دولت جمهوری اسلامی ایران موظف است که عامه مردم را در تعیین سرنوشت سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی مشارکت دهد. یکی از موارد مشارکت عامه مردم در تعیین سرنوشت، می‌تواند مشارکت دادن گروه‌های مدنی و مخاطبان و مشمولان قوانین در خصوص ارزیابی تأثیرات قانون باشد. به عبارت دیگر نظام جمهوری اسلامی ایران با مشورت گرفتن از این گروه‌ها می‌تواند عامه مردم را در ارزیابی تأثیرات قانون دخالت دهد و با این اقدام حکومت، عامه مردم در تعیین قوانینی که بر سرنوشت سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی آنان تأثیرگذار است، مشارکت داده می‌شوند.

با توجه به این ویژگی مجلس شورای اسلامی که اعضای آن، نمایندگان مستقیم مردم در بالاترین سطح حکومت هستند، این نهاد بهترین رابط نظام جمهوری اسلامی ایران میان گروه‌های مدنی و حکومت خواهد بود و با در نظر گرفتن همین ویژگی، شایسته است که مجلس شورای اسلامی در فرایند ارزیابی تأثیرات قانون همواره نظرهای گروه‌های ذی‌نفع قوانین و سایر گروه‌های مدنی را در خصوص قوانین جویا شود.

۴. ضرورت تعیین وظایف نهادهای ارزیابی‌کننده تأثیرات قانون

برای ارزیابی تأثیرات قانون، نهادهای مختلف با توجه به وظایفی که بر عهده دارند، باید مشارکت کنند تا این فرایند پیچیده به سرانجام برسد. پرواضح است که یک نهاد به تنهایی نمی‌تواند همه جنبه‌ها و مراحل ارزیابی تأثیرات قانون را انجام دهد و در کشورهای مختلف نیز که ارزیابی تأثیرات قانون را در ساختار قانونگذاری خود جای داده‌اند و از آن بهره می‌برند، نهادهای مختلف با یکدیگر همکاری می‌کنند تا تأثیرات قانون به صورت صحیح ارزیابی شود؛ بنابراین با در نظر گرفتن شرایط و وظایف نهادهای مختلف در ساختار کشورها می‌توان به این نتیجه رسید که سه نهاد بیشترین تأثیر را می‌توانند در فرایند ارزیابی تأثیرات قانون داشته باشند و در کشورهایی که ارزیابی تأثیرات قانون را به صورت جدی دنبال می‌کنند، این سه نهاد مهم‌ترین نهادهای ارزیابی‌کننده تأثیرات قانون هستند. این سه نهاد عبارت‌اند از: پارلمان، دولت و نهادهای مدنی (زرشکن عابد، ۱۳۸۷: ۱۶۲).

در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به صراحت به نظارت شورای نگهبان بر مصوبات مجلس اشاره شده است. شورای نگهبان وظیفه دارد مصوبات را با توجه به قانون اساسی و شرع مورد ارزیابی و نظارت قرار دهد و در صورت مغایرت با قانون اساسی و شرع، از تصویب آن به عنوان قانون جلوگیری کند. در همین زمینه در اصل ۷۲ قانون اساسی آمده است: «مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد. تشخیص این امر به ترتیبی که در اصل نودوششم آمده بر

عهد شورای نگهبان است».

چنانکه مشاهده می‌شود، در این اصل آنچه در خصوص نظارت و ارزیابی قوانین مصوب جمهوری اسلامی ایران بر آن تأکید شده است، مخالفت نداشتن قوانین با شرع و قانون اساسی است و این ارزیابی با توجه به مرحله‌ای که برای ارزیابی تأثیرات قانون بیان می‌شود، مربوط به اقداماتی است که هنگام تصویب قانون باید صورت گیرد؛ اما یکی از نکات مهمی که در روند تصویب قوانین باید مورد توجه قرار بگیرد، در نظر گرفتن کارآمدی قوانین است و نباید ویژگی خاص اسلامی بودن و شرعی بودن قوانین در ایران که توسط شورای نگهبان همواره ارزیابی می‌شود، به غفلت قانونگذاران از ویژگی‌های دیگر قانونگذاری از جمله در نظر گرفتن کارآمدی قوانین منجر شود (وکیلان و مرکزالمیری، ۱۳۹۵: ۴۹). اگر در ساختار قانونگذاری ایران، شورای نگهبان وظیفه محک زدن مصوبات مجلس با شرع و قانون اساسی را بر عهده دارد، باید نهادهایی که وظیفه محک زدن قوانین به منظور کارآمد بودن را بر عهده دارند، کاملاً مشخص شوند تا به درستی وظایف خود را بشناسند و انجام دهند؛ بنابراین قانونگذار از اهمیت داشتن بررسی تأثیر قوانین مصوب در محیط اجتماع نباید غفلت کند و به همین سبب باید در فرایند قانونگذاری برای محک زدن قوانین با توجه به کارآمدی آنان و تأثیراتی که بر حوزه‌های مختلف اجتماع دارند، جایگاه ویژه‌ای را در نظر بگیرد.

در ساختار جمهوری اسلامی ایران نیز سه نهادی که مهم‌ترین نهادهای ارزیابی‌کننده تأثیرات قانون هستند، باید در فرایند ارزیابی تأثیرات قانون مشارکت داشته باشند. با توجه به این مطلب در ایران نیز دولت، مجلس شورای اسلامی و نهادهای مدنی وظیفه دارند ارزیابی تأثیرات قانون را با توجه به اختیارات و وظایف خود انجام دهند؛ اما نکته مهم این است که در قوانین ایران، قانون مصرحی وجود ندارد که به صورت کاملاً روشن و واضح نهادهایی که باید ارزیابی تأثیرات قانون را انجام دهند بیان کرده باشد؛ بنابراین به نظر ضروری می‌رسد باید قانونی وجود داشته باشد که در این قانون علاوه بر تعیین نهادهای ارزیابی‌کننده تأثیر قانون، وظیفه هر نهاد و اقداماتی را که باید به منظور ارزیابی تأثیرات قانون انجام دهد، مشخص کند. با وضع این قانون، نهادهایی که وظیفه ارزیابی تأثیرات قانون را با توجه به جایگاه و صلاحیت‌های خود باید انجام دهند، به درستی شناخته می‌شوند و اقدامات لازم را در این خصوص انجام خواهند داد.

نتیجه‌گیری

به‌منظور ارزیابی تأثیرات قانون، نهادهای مختلفی باید مشارکت داشته باشند که از مهم‌ترین آنان مجلس شورای اسلامی است. مهم‌ترین وظایف و صلاحیت‌های مجلس شورای اسلامی، قانونگذاری و نظارت است. این نوشته با تبیین درست این دو وظیفه مجلس شورای اسلامی به این نتیجه رسید که مجلس شورای اسلامی باید ارزیابی تأثیرات قانون را انجام دهد. علاوه‌بر این بیان شد مجلس شورای اسلامی به‌منظور ارزیابی تأثیرات قانون، از ظرفیت‌های بسیار مناسبی برخوردار است. تصویب قوانین آزمایشی و همچنین اختیاراتی که به کمیسیون‌های تخصصی مجلس شورای اسلامی در آیین‌نامه داخلی مجلس داده شده است و همچنین اختیارات دیوان محاسبات کشور همگی می‌توانند به‌منظور ارزیابی تأثیرات قانون توسط مجلس استفاده شوند. علاوه‌بر این با توجه به ارتباط وسیعی که مجلس شورای اسلامی با نهادهای مدنی و ذی‌نفعان دارد و جایگاه مهم این نهاد در قانونگذاری، می‌توان ادعا کرد که مجلس شورای اسلامی جایگاه مهمی در ارزیابی تأثیرات قانون دارد و نهادهای دیگر ارزیابی‌کننده تأثیرات قانون باید با مجلس در این زمینه همکاری داشته باشند.

یادداشت‌ها

۱- <https://bn.ir/006688>.

۲. ماده ۱۶۳: «در مواردی که مجلس ضروری تشخیص دهد، طبق اصل هشتادوپنجم (۸۵) قانون اساسی اختیار تصویب آزمایشی بعضی از قوانین را که جنبه دائمی دارند به کمیسیون‌های خود و تصویب دائمی اساسنامه سازمان‌ها، شرکت‌ها، مؤسسات دولتی یا وابسته به دولت را به کمیسیون‌های خود یا به دولت تفویض می‌کند. تبصره ۱ - دولت باید حداقل شش ماه قبل از پایان مدت آزمایشی قانون مذکور جهت تمدید یا تعیین تکلیف دائمی آن، اقدام قانونی لازم را معمول دارد. هیأت رئیسه موظف است از طریق لایحه یا طرح ترتیبی اتخاذ نماید که تا پایان زمان آزمایشی، تعیین تکلیف شده باشد. طرح یا لایحه می‌تواند به‌صورت ماده‌واحد و بدون تغییرات یا با اصلاح موادی از قانون آزمایشی تنظیم شود.»

منابع

الف) فارسی

۱. الوانی، سید مهدی؛ شریف‌زاده، فتاح (۱۳۸۵)، *فرایند خط‌مشی‌گذاری عمومی*، تهران: انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی، چ چهارم.
۲. امیری، فرهاد (۱۳۹۶)، *نقش دیوان محاسبات در عملکرد بودجه سالانه کشور*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، صفادشت: دانشگاه آزاد اسلامی.
۳. توازنی‌زاده، عباس و همکاران (۱۳۸۵)، *بررسی اجمالی صلاحیت نظارتی مجلس شورای اسلامی*، تهران: انتشارات مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی دفتر مطالعات حقوقی، شماره گزارش ۷۷۵۷.
۴. حسین‌پور، داوود و همکاران (۱۳۹۷)، «تدوین الگوی نظارت بر خط‌مشی‌های عمومی مصوب مجلس شورای اسلامی با تأکید بر حوزه امور اقتصادی»، *فصلنامه مجلس و راهبرد*، ش ۹۴، صص ۳۶۹-۳۹۲.
۵. رحیمی، ساجدی؛ روح‌الله، احمد (۱۳۹۹)، «مطالعه تطبیقی مفهوم قانون و ارکان قانونگذاری در نظام حقوقی ایران و مالزی»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل*، دوره ۱۳، ش ۴۸، صص ۱۱۵-۱۴۱.
۶. رستمی، ولی (۱۳۸۷)، «مشارکت مردم در قانونگذاری جمهوری اسلامی ایران»، *فصلنامه حقوق*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۸، ش ۱، صص ۱۷۹-۲۰۴.
۷. زارعی، محمدحسین (۱۳۸۴)، «بخش مطالعات پارلمانی: جایگاه نظارتی مجلس و اصول حاکم بر آن»، *فصلنامه مجلس و راهبرد*، دوره ۱۲، ش ۴۸، صص ۲۷۵-۲۸۶.
۸. زرشکن‌عابد، لیلا (۱۳۸۷)، *ارزیابی تأثیرات قانون: ابزاری برای قانونگذاری بهتر*، ناظر علمی: بهزاد پورسید، تهران: انتشارات مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، چ اول.
۹. طباطبائی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۴)، *حقوق اساسی (کلیات حقوق سیاسی و رژیم‌های مهم سیاسی معاصر)*، تهران: میزان، چ سوم.
۱۰. عبدالاحد، علی و همکاران (۱۳۹۷)، *آسیب‌شناسی نظام قانونگذاری جمهوری اسلامی ایران*، تهران: انتشارات مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی دفتر مطالعات حقوقی (گروه حقوق عمومی)، شماره گزارش ۱۶۰۸۰.
۱۱. قاضی شریعت‌پناهی، سید ابوالفضل (۱۳۹۰)، *بایسته‌های حقوق اساسی*، تهران: میزان، چ چهارم.

۱۲. کرک پاتریک، کالین (۱۳۹۱)، اصول ارزیابی تأثیرات مقررات‌گذاری و رهنمودهایی برای اجرای آن، ترجمه مسعود فریادی، مرکز پژوهش‌های شورای اسلامی (گروه مطالعات کسب‌وکار)، شماره گزارش ۱۳۴۰۱.
۱۳. مدر، لوئیس (۱۳۹۰)، «ارزیابی تأثیرات: به‌سوی ارتقای کیفی قانونگذاری»، گفتارهایی در قانون و قانونگذاری، ترجمه و تألیف حسن وکیلان، احمد مرکز‌المیری، تهران: مرکز پژوهش‌های شورای اسلامی، چ اول، صص ۳۰۶-۳۲۱.
۱۴. مرکز‌المیری، احمد (۱۳۹۱)، آسیب‌شناسی ارزیابی اجرای قانون بررسی موردی ارزیابی‌های انجام‌شده توسط مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی در دوره هشتم، مرکز پژوهش‌های مجلس (گروه مطالعات محیط کسب‌وکار)، شماره گزارش ۱۳۴۵۰.
۱۵. منصوریان، ناصرعلی؛ آگاه، وحید (۱۳۹۰)، جایگاه قوانین آزمایشی در حقوق عمومی ایران، مجله تحقیقات حقوقی، دوره چهاردهم، ش ۵۵، صص ۳۶۵-۴۳۴.
۱۶. وکیلان، حسن؛ مرکز‌المیری، احمد (۱۳۹۵)، «مقدمه‌ای بر فلسفه قانونگذاری: در تکاپوی ارتقای کیفیت قانون»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، دوره هجدهم، ش ۵۱، صص ۲۹-۵۴.

(ب) لاتین

۱. Bauer, Stephanie; Wittholz, Karen (۲۰۰۲), **Regulatory Impact Analysis (RIA) Developments and current practices in the EU Member States, on the EU level and in selected third countries**, Luxembourg, European Parliament.
۲. Comptroller and Auditor General (۲۰۰۱), **Better Regulation: Making Good Use of RIA**, London.
۳. <https://bzn.ir/006688>.
۴. Kasemets, Aare (۲۰۰۱), **Impact Assessment of Legislation for Parliament and Civil Society: A Comparative Study**, ECPRD Seminar.

References

۱. Alwani, Seyed Mehdi; Sharifzadeh, Fattah (۲۰۰۶), **Public Calligraphy Process**, Tehran: Allameh Tabatabai University Press, Fourth Edition.
۲. Amiri, Farhad (۲۰۱۷), **The Role of the Court of Accounts in the performance of the annual budget of the country**, (Master Thesis), Safadasht: Islamic Azad University.
۳. Tavaznizadeh, Abbas et al. (۲۰۰۶), **Overview of the Supervisory Competence of the Islamic Consultative Assembly**, Tehran: Publications of the Research Center of the Islamic Consultative Assembly, Office of Legal Studies, Report No. ۷۷۵۷.
۴. Hosseinpour, Davood et al. (۲۰۱۸), "Development of a model for monitoring public policies approved by the Islamic Consultative Assembly

with emphasis on the field of economic affairs, Quarterly “**Journal of the Assembly and Strategy**, No. ۹۴, pp. ۳۹۲-۳۶۹.

۵. Rahimi, Ruhollah; Sajedi, Ahmad (۲۰۲۰), "Comparative study of the concept of law and the pillars of legislation in the legal system of Iran and Malaysia", **Quarterly Journal of Comparative Legal Research in Iran and the International**, Vol. ۱۳, No. ۴۸, pp. ۱۴۱-۱۱۵.

۶. Rostami, but. (۲۰۰۸), "People's Participation in the Legislation of the Islamic Republic of Iran", Law Quarterly, **Journal of the Faculty of Law and Political Science**, Vol. ۳۸, No. ۱, pp. ۲۰۴-۱۷۹.

۷. Zarei, Mohammad Hussein (۲۰۰۵), "Parliamentary Studies Section: Parliamentary Oversight Position and the Principles Governing It", **Quarterly Journal of Parliament and Strategy**, Vol. ۱۲, No. ۴۸, pp. ۲۸۶-۲۷۵.

۸. Zarshkan Abed, Leila (۲۰۰۸), **Assessing the Impact of Law: A Tool for Better Legislation**, Scientific Supervisor: Behzad Poursaid, Tehran: Islamic Consultative Assembly Research Center Publications, First Edition.

۹. Tabatabai Motameni, Manouchehr (۲۰۰۵), **Constitutional Law (Generalities of Political Law and Important Contemporary Political Regimes)**, Tehran: Mizan Publishing, Third Edition.

۱۰. Abdul Ahad, Ali et al. (۲۰۱۸), **Pathology of the Legislative System of the Islamic Republic of Iran**, Tehran: Publications of the Research Center of the Islamic Consultative Assembly, Office of Legal Studies (Department of Public Law), Report No. ۱۶۰۸۰.

۱۱. Judge Shariat Panahi, Seyed Abolfazl (۲۰۱۱), **Requirements of Constitutional Law**, Tehran: Mizan Publishing, ۴۰th Edition.

۱۲. Kirk Patrick, Colin (۲۰۱۲). "**Principles of Assessing the Impact of Regulations and Guidelines for Its Implementation**", translated by Massoud Faryadi, Research Center of the Islamic Council (Business Studies Group), Report No. ۱۲۴۰۱.

۱۳. Dieder, Louis (۲۰۱۱), "**Impact Assessment: Towards Qualitative Improvement of Legislation**", Discourses in Law and Legislation, translated and written by Hassan Vakilian, Ahmad Markazmalmiri, Tehran: Islamic Council Research Center, First Edition, pp. ۳۲۱-۳۰۶.

۱۴. Malmiri Center, Ahmad (۲۰۱۲), **Pathology of Law Enforcement Evaluation: A Case Study of Assessments Made by the Research Center of the Islamic Consultative Assembly in the Eighth Period**, Research Center of the Assembly (Business Environment Studies Group), Report No. ۱۲۴۵۰.

۱۵. Mansoorian, Nasser Ali; Agah, , Vahid (۲۰۱۱), "The Position of Experimental Laws in Iranian Public Law", **Journal of Legal Research**, Vol. ۱۴, No. ۵۵, pp. ۴۳۴-۳۶۵.

۱۶. Vakilian, Hassan; Malmiri Center,, Ahmad (۲۰۱۶), "Introduction to the Philosophy of Legislation: In an Effort to Improve the Quality of Law", **Public Law Research Quarterly**, Vol. ۱۸, No. ۵۱, pp. ۵۴-۲۹.

مهم‌ترین علل قابل اجرا نبودن قوانین در نظام حقوقی ایران

محمدامین ابریشمی‌راد*، نادر اسدی‌اوجاق**

چکیده

با وجود تمهیدات پیش‌بینی‌شده در قانون اساسی و قوانین عادی به‌منظور تضمین قابل اجرا بودن قوانین در نظام حقوقی ایران، برخی از قوانین کشور با مشکلاتی جهت اجرا روبه‌رو هستند. این پژوهش در پی پاسخگویی به این پرسش است که موانع اجرایی شدن قوانین در نظام حقوقی ایران کدام‌اند؟ در قالب پژوهشی توصیفی-تحلیلی عواملی همچون «عدم تناسب قانون با نیاز و خواست جامعه»، «عدم تناسب قانون با اقتضائات اجرایی»، «تورم و پراکندگی قوانین»، «نبود ضمانت اجرای مؤثر» و در نهایت «ضعف در محتوای قوانین» از مهم‌ترین موانع اجرایی شدن قوانین در نظام حقوقی ایران شناخته شدند. به‌منظور رفع اشکالات ذکرشده، بهره‌گیری از مشارکت گروه‌های مرتبط با قانون در فرایند قانونگذاری، استفاده بیشتر از ظرفیت لوایح قانونی در مقام ابتکار قانون، افزایش استفاده از ظرفیت‌های کارشناسی در فرایند تدوین و تصویب قوانین، کاستن از سرعت قانونگذاری و توجه به تنقیح قوانین، تعیین ضمانت اجرای مؤثر برای اجرای قانون و نظایر آن به‌عنوان راهکارهای مؤثر بر اجرایی شدن قوانین در نظام حقوقی ایران معرفی شدند.

واژگان کلیدی: قانون، اجرای قانون، موانع اجرای قانون، کیفیت قانون، تورم قوانین، ضمانت اجرای قوانین.

* Email: abrishamirad@semnan.ac.ir

** Email: naderasadiojagh@gmail.com

(نویسنده مسئول)

مقدمه

دولت‌ها همواره در راستای انتظام بخشی به روابط اجتماعی، جلوگیری از ایجاد هرج و مرج و رفع حواجی عمومی مردم، نیازمند وجود قوانینی مترقی و قابل اجرا هستند. از این رو، امروزه تهیه و تدوین قوانینی که واجد ویژگی «انجام‌شدنی بودن»^{۱۳} باشند، اهمیت فوق‌العاده‌ای دارد و یکی از دغدغه‌های اساسی مراجع قانونگذاری کشورهاست.

در مقام اثبات اهمیت قابل اجرا بودن قوانین می‌توان ادعا کرد که بی‌شک یکی از مبانی پیش‌بینی برخی سازوکارها و الزامات قانونی در قانون اساسی و قوانین عادی در مسیر قانونگذاری، همین موضوع بوده است. برای نمونه، باید یکی از مبانی پیش‌بینی الزاماتی همچون آنچه را که در اصول ۱۴۷۰ یا ۱۵۷۵ قانون اساسی آمده، تضمین همین موضوع در فرایند تصویب قوانین دانست. مضاف بر آن، مقنن اساسی در اصول ۱۶۸۸ (سؤال از وزرا یا رئیس‌جمهور) و ۱۷۸۹ (استیضاح وزرا یا رئیس‌جمهور)، عملاً تمهیداتی را به‌عنوان ابزارهای نظارتی مجلس به‌منظور پیگیری تحقق قوانین پیش‌بینی کرده است. به این معنا که هر زمان تصور تعلل یا تساهل در اجرای قوانین برای نمایندگان محرز شود، می‌توانند از فرایند سؤال یا استیضاح استفاده کنند. با وجود این، بررسی براینده نظام قانونگذاری کشور گویای آن است که نظام حقوقی ایران در این زمینه کاستی‌ها و خلأهایی دارد. این مسئله سبب شده است تا موضوع قابل اجرا بودن قوانین در سیاست‌های کلی نظام قانونگذاری -ابلاغی ۱۳۹۸/۷/۶- نیز مورد توجه قرار گیرد. در ذیل بند ۹ این سیاست‌ها بر رعایت اصول قانونگذاری و قانون‌نویسی و تعیین سازوکاری برای انطباق لوایح و طرح‌های قانونی با محورهایی همچون «قابل اجرا بودن قانون و قابل سنجش بودن اجرای آن» تأکید شده است.

در مقاله حاضر سعی خواهد شد تا در قالب توصیفی-تحلیلی به این پرسش اساسی پاسخ داده شود که چه عواملی مانع اجرایی شدن قوانین در کشورمان هستند و به‌منظور رفع این اشکال چه اقداماتی باید انجام داد؟

فرضیه نویسندگان تحقیق آن است که نظام حقوقی ایران در زمینه پیش‌بینی الزامات و سازوکارهای مربوط به مرحله تصویب قوانین کارآمد و نظارت بر اجرای قوانین، ضعف‌ها و کاستی‌هایی دارد که رفع اشکال عدم اجرای قوانین، مستلزم برطرف شدن این اشکالات است. در خصوص پیشینه تحقیق، هرچند برخی تحقیقات موردی همچون «نقدی بر برخی موانع اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی» (میرزاده کوهشاهی و گایینی، ۱۳۹۷) یا «ارزیابی و اولویت‌بندی موانع اجرای قانون مدیریت خدمات کشوری» (مرتضوی و همکاران، ۱۳۹۱) به بررسی موانع اجرای اسناد یا قوانین مختلف پرداخته‌اند، ولیکن تاکنون بررسی کلی

این موضوع به‌گونه‌ای که اهم موانع اجرایی قوانین را شناسایی و تحلیل کند، صورت نگرفته است و از این حیث بررسی این موضوع بدیع و به‌سبب آثاری که بر نظام حقوقی کشور دارد، ضروری است.

در این مقاله، ابتدا به شناسایی تمهیدات قانونی به‌منظور اجرایی شدن قوانین پرداخته می‌شود (بند ۱)؛ سپس علل اجرایی نشدن و معطل ماندن قوانین شناسایی و تحلیل می‌شوند (بند ۲).

۱. تمهیدات قانونی به‌منظور اجرایی شدن قوانین

بی‌تردید، از مهم‌ترین مؤلفه‌های یک قانون خوب، «اجرایی شدن» آن است. بر این اساس، نظام‌های حقوقی با بهره‌گیری از سازوکارهای مختلف تلاش دارند تا کیفیت قوانین مصوب مجالس قانونگذاری را به‌حدی برسانند که آن‌ها بتوانند اجرایی شوند. بررسی قانون اساسی و به‌خصوص قانون آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی مؤید آن است که برخی سازوکارهای پیش‌بینی‌شده در قوانین مذکور، تمهیدی به‌منظور اجرایی شدن قوانین مصوب مجلس بوده‌اند.

در این زمینه، فراهم ساختن امکان همکاری قوا و دستگاه‌های مرتبط با موضوع قانون در فرایند تصویب یک قانون را می‌توان از مؤلفه‌های اصلی در جهت اجرایی شدن قوانین دانست. به‌طوری‌که برخی حقوق‌دانان مشارکت متقابل قوا در امر تقنین و اجرای تمام و کمال قوانین را یکی از شروط تحقق همین همکاری قوا تلقی کرده‌اند (قاضی شریعت‌پناهی، ۱۳۸۲: ۱۷۶-۱۷۷)، چراکه در این شرایط، علاوه‌بر تشریک مساعی و استفاده از ظرفیت کارشناسی قوا و دستگاه‌های مختلف جهت تصویب قانونی مناسب، نهادهای مختلف انگیزه لازم به‌منظور اجرای آن قانون را خواهند یافت. در این زمینه، اصول مختلف قانون اساسی همچون اصل ۷۰، بر امکان حضور و اظهارنظر نمایندگان دولت در مجلس تصریح کرده است.

در این زمینه مواد مختلف آیین‌نامه داخلی مجلس همچون مواد ۱۰۷، ۱۱۳، ۱۳۳، ۱۴۳، ۱۴۶ ترتیبات تعامل مستمر فی‌مابین دو قوه مجریه و مقننه را تبیین و تشریح کرده‌اند.

مضاف‌بر موارد مطروحه، به‌سبب نقش کلیدی مقوله همکاری قوا در تضمین اجرای قوانین، این امر در ماده ۱۸۳۴ آیین‌نامه داخلی هیأت دولت نیز مدنظر قرار گرفته است. علاوه‌بر آن، در کنار این همکاری و هماهنگی مستمر بین قوا در امر تقنین، همسو و همصدا بودن دست‌اندرکاران اجرایی در تصمیم‌گیری‌ها، اجرای سیاست‌ها و پیاده‌سازی قوانین به‌عنوان یکی از مؤلفه‌های «بروکراسی کارآمد»، بدون شک در اجرای به‌موقع قوانین نقش تعیین‌کننده‌ای می‌تواند ایفا کند (مرکز مالگیری، ۱۳۹۸: ۲۲۸). از سوی دیگر، به‌منظور اجرایی شدن یک قانون باید توجه داشت که قانون نباید تکلیف ملایطاق بر هیچ نهاد یا دستگاهی تحمیل کند؛

چراکه در این صورت، در عمل امکان اجرایی شدن قانون وجود ندارد. در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، به‌منظور تضمین این مهم، ترتیباتی اندیشیده شده است. برای مثال طبق اصل ۷۵ قانون اساسی در تهیه طرح‌های قانونی و انجام اصلاحات نسبت به لوایح قانونی که واجد بار مالی باشند، مشخص بودن طرق جبران کاهش درآمدها یا تأمین هزینه‌های جدید لازم است. در این زمینه، ماده ۱۴۰ قانون آیین‌نامه داخلی مجلس نیز رئیس جلسه را مکلف به اعلام وصول طرح‌ها و لوایح عادی با رعایت اصل مذکور کرده است. همچنین، بند ۱۱ سیاست‌های کلی نظام قانونگذاری بر تعیین سازوکاری به‌منظور تشخیص قابلیت مطرح کردن طرح‌های قانونی با در نظر گرفتن اصل قانونی مزبور تأکید کرده است.

در این زمینه، شورای نگهبان نیز طبق نظریه تفسیری شماره ۹۱/۳۰/۴۹۷۴۹ مورخ ۹۱/۱۲/۲۳ اعلام داشته است: «۱- درج عبارت «از محل صرفه‌جویی»، به‌نحو مطلق و برای مدت نامحدود و بدون تعیین محل و همچنین درج عبارت «پیش‌بینی در بودجه سنواتی»، بدون تأمین منبع و نیز درج عبارت‌های «از محل اعتبارات مصوب مربوط» و «از محل اعتبارات مصوب دستگاه» اگر مستلزم بار مالی جدید بوده، طریق جبران کاهش درآمد یا تأمین هزینه جدید مذکور در اصل ۷۵ قانون اساسی محسوب نمی‌گردد. ۲- ... «معلوم نشدن طریق کاهش درآمد یا تأمین هزینه جدید»، با توجه به اینکه اصل طرح یا پیشنهاد به صراحت اصل ۷۵ قانون اساسی قابل طرح در مجلس نبوده، بنابراین قابل ارجاع به مجمع تشخیص مصلحت نظام نیز نمی‌باشد. ...».

تمهید دیگری که به‌منظور تضمین اجرایی شدن قوانین می‌تواند تأثیرگذار باشد، آن است که مفاد یک قانون منطبق با نیازهای جامعه و واجد کارآمدی لازم باشد. در این زمینه، طبیعتاً بهره‌گیری از ظرفیت‌های کارشناسان و نهادهای پژوهشی و تعامل با مراکز علمی و دانشگاهی و توجه به نشست‌ها و بررسی‌های کارشناسی موشکافانه پیش‌نویس قوانین می‌تواند مفید باشد. در این خصوص، ماده ۱۴۱ آیین‌نامه داخلی مجلس اشعار می‌دارد: «رئیس مجلس شورای اسلامی موظف است یک نسخه از طرح‌ها و لوایح عادی و یک‌فوریتی را ... به مرکز پژوهش‌های مجلس جهت رسیدگی و اظهارنظر کارشناسی ارجاع کند. ...»؛ همچنین مطابق ماده ۱۴۲ همان آیین‌نامه مقرر کرده است که همزمان با وصول طرح‌ها و لوایح توسط کمیسیون‌ها، طرح یا لایحه به کارگروه کارشناسی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی ارجاع می‌شود. رئیس مرکز پژوهش‌های مجلس موظف است کارگروهی به‌منظور بررسی طرح یا لایحه ارجاعی تشکیل دهد.

مبتنی بر بررسی‌های صورت‌گرفته در این بند، مشخص شد که در نظام حقوقی ایران تمهیداتی همچون همکاری قوا با یکدیگر، عدم تحمیل تکالیف مالایطاق بر نهادها، منطبق بودن مفاد قوانین با نیازهای جامعه و استفاده از ظرفیت‌های کارشناسی، پیش‌بینی شده است که یکی از مهم‌ترین مبانی شناسایی این سازوکارها، تحقق اجرایی شدن قوانین است.

۲. علل اجرایی نشدن و معطل ماندن قوانین

با نگاهی اجمالی می‌توان دریافت که در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران علل و عوامل مختلفی بر اجرایی نشدن قوانین اثرگذارند. از جمله این عوامل می‌توان به عدم تناسب قوانین با نیاز و خواست جامعه، عدم تناسب قوانین با اقتضائات اجرایی، پراکندگی و تورم قوانین، نبود ضمانت اجرای مؤثر برای اجرای قوانین و ضعف در محتوای قوانین اشاره کرد. در ادامه تلاش می‌شود تا هریک از این علل و عوامل بررسی و تحلیل شوند.

۲-۱. عدم تناسب قانون با نیاز و خواست جامعه

به‌طور کلی، همسویی قانون با نیازهای جامعه از اساسی‌ترین ویژگی‌های قانون تلقی می‌شود. در این زمینه حقوقدانان معتقدند که قانون زمانی انعکاس نظرهای عامه مردم، تأمین‌کننده منافع آنان و همچنین مفید، پیشرو و بالأخره انجام‌شده خواهد بود که ارتباط مستقیمی با نیازهای جامعه داشته باشد (راسخ، ۱۳۸۵: ۲۷). با این حال، بعضاً قانونگذار براساس معیارهای دیگری به وضع قانون می‌پردازد که با اقتضائات و مطالبات نوظهور مطابقت ندارد و عملاً اجرای آن با چالش مواجه می‌شود (خورشیدی و همکاران، ۱۳۹۰: ۴۶). ازاین‌رو اهتمام مقنن به کشف نیازهای واقعی شهروندان در حوزه قانونگذاری تضمینی در جهت تحقق و اجرایی شدن قوانین به حساب می‌آید (حبیب‌نژاد و تقی‌زاده، ۱۳۹۸: ۴۲).

در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، این عدم تناسب قانون با نیاز و خواست جامعه عیناً به یکی از مهم‌ترین علل عدم اجرای بخشی از قوانین مبدل شده است. به‌عبارتی، با بررسی اجمالی قوانینی که در نظام حقوقی ایران با مشکل عدم اجرا مواجهند، به‌راحتی می‌توان دریافت که مهم‌ترین علت عدم اجرای بخشی از قوانین، عدم تناسب با خواست و نیاز جامعه است. برای نمونه، قانون ممنوعیت به‌کارگیری تجهیزات دریافت از ماهواره -مصوب ۱۳۷۳- از جمله مصادیقی است که به‌سبب عدم تناسب با خواست عمومی و نیاز جامعه در عمل به‌طور واقعی اجرایی نشده است. توضیح آنکه، به موجب ماده ۱ این قانون هرگونه ورود، توزیع و استفاده از تجهیزات دریافت از ماهواره جز در مواردی که قانون مشخص کرده است، ممنوع است و در ماده ۹ این قانون برای استفاده‌کنندگان از تجهیزات دریافت از ماهواره ضمانت اجرای کیفری (ضبط و مصادره اموال مکشوفه و مجازات نقدی) تعیین شده است.

همچنین، ماده ۲ قانون مذکور، وزارت کشور را با استفاده از نیروی انتظامی یا نیروی مقاومت بسیج مسئول اجرای این قانون کرده است. لیکن، پس از گذشت نزدیک به سه دهه از زمان تصویب آن، در مرحله اجرا این قانون عملاً اجرا نمی‌شود.

مهم‌ترین علت عدم اجرای دقیق و کامل قانون خدمت وظیفه عمومی -مصوب ۱۳۶۳- که اعزام به خدمت سربازی افراد ذکور در ایران را اجباری دانسته نیز همین عدم تناسب این قانون با نیاز و خواست جامعه است.^{۱۹} این عامل موجب شده است که با وجود الزام مقرر در این قانون، در حال حاضر بیش از ۳ میلیون مشمول غایب قابل شناسایی هستند^{۲۰} و با وجود پیش‌بینی مجازات قانونی برای این افراد، عملاً هیچ اقدام جدی و خاصی به‌منظور برخورد با آن‌ها صورت نمی‌گیرد.^{۲۱} در این زمینه، نگرش منفی بیشتر جوانان و حتی خانواده‌های آن‌ها به موضوع سربازی اجباری را می‌توان عمده‌ترین علت اجرایی نشدن کامل این قانون در ایران محسوب کرد.^{۲۲} تحولات صورت‌گرفته در کشورهای جهان و برچیده شدن سربازی اجباری از قوانین ۱۲۳ کشور (۶۱ درصد) جهان نیز بی‌شک در تشدید این نگرش منفی و تضعیف اجرای آن بی‌تأثیر نبوده است.^{۲۳}

مبتهی بر نکات ذکرشده، عدم تناسب قانون با نیاز و خواست جامعه در مرحله قانونگذاری و در طول دوره اجرای یک قانون، یکی از دلایل عدم اجرا یا معطل ماندن قوانین در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران محسوب می‌شود که لازم است با استفاده از نظریات ذی‌نفعان و نهادهای قانونی مردم‌نهاد (تخصصی و صنفی) و مشارکت دادن آنان در فرایند قانونگذاری، قوانین را هرچه بیشتر همسوی با نیازها و خواست عمومی قرار داد.

۲-۲. عدم تناسب قانون با اقتضائات اجرایی

عدم تناسب قانون با اقتضائات اجرایی یکی دیگر از موانع اجرای قانون در ایران است. اگر محتوای قانون با ابزارها، امکانات و تمهیدات مجریان که به‌اختصار از آن‌ها به‌عنوان اقتضائات اجرایی یاد می‌شود همخوانی نداشته باشد، در مقام عمل مجری قانون که اغلب قوه مجریه است، نمی‌تواند مفاد آن قانون را اجرا کند. بر این اساس، برخی حقوقدانان معتقدند اگر در فرایند قانونگذاری با در نظر گرفتن منابع و ظرفیت‌های موجود اقدام نشود و در تصویب قوانین بدون توجه به محدودیت‌ها و ظرفیت‌های دولت در اجرای قانون صرفاً به‌صورت آرمان‌گرایانه قانونگذاری صورت گیرد، بدون تردید زمینه شکست قانونگذاری فراهم شود (جلالی و تنگستانی، ۱۳۹۳: ۷۱) که عملاً نتیجه طبیعی این وضعیت عدم اجرای مفاد قانون خواهد بود. همچنین، برخی حقوقدانان بر این ضرورت تأکید داشته‌اند که تمرکز مقنن به اقتضائات اجرایی یک مصوبه با ارزیابی آن در حین تصویب و همچنین توجه او به

ظرفیت‌های دولت برای اجرای آن به‌عنوان دو پیش‌نیاز اصلی همواره باید مورد ملاحظه قرار گیرند (مرکز مالگیری، ۱۳۹۸: ۲۱۰).

مبتنی بر ملاحظه ذکرشده، تدوین‌کنندگان قانون اساسی با پیش‌بینی الزاماتی همچون ضرورت تأمین بار مالی مصوبات مجلس (اصل ۷۵ قانون اساسی)، امکان ابتکار قانون توسط دولت (اصل ۷۴ قانون اساسی) یا فراهم کردن امکان مشارکت دولت در فرایند تصویب قوانین (اصل ۷۰ قانون اساسی)، عملاً تلاش داشته‌اند تا نظام قانونگذاری کشور را به سمت تصویب قوانینی سوق دهند که با اقتضائات اجرایی همخوانی داشته باشد و امکان اجرایی شدن آن‌ها فراهم شود. با این حال، رویکرد طرح‌محوری و اشتیاق مضاعف برای به‌دست گرفتن ابتکار قانونگذاری از سوی نمایندگان از عوامل اثرگذار در مختل شدن اجرای این دست از قوانین و سلب انگیزه از قوه مجریه محسوب می‌شود؛ به‌طوری‌که امروزه برخی حقوقدانان، قانونگذاری بر پایه لایحه‌محوری را راه علاجی برای رفع موانع عدم اجرای قانون دانسته‌اند و علل عمده اجرا نشدن قوانین را فراهم نبودن مشارکت جدی دولت در فرایند قانونگذاری می‌دانند (مرکز مالگیری، ۱۳۹۹: ۲-۱).

عامل دیگر در این زمینه آن است که به اعتقاد برخی حقوقدانان عدم انتقال خط‌مشی‌ها و تصمیمات کلان به رده‌های اجرایی و مختل شدن مسیرهای ارتباطی قانونگذاران و مجریان که از آن به اختلال در «رسانایی» به‌عنوان یکی از ویژگی‌های بوروکراسی کارآمد یادشده یکی از مشکلات نظام قانونگذاری است (مرکز مالگیری، ۱۳۹۸: ۲۲۳-۲۲۴) که می‌تواند به عدم اجرای قوانین منتج شود.

محتوای برخی اصول قانون اساسی مفید این معناست که تدوین‌کنندگان قانون اساسی به ضرورت تصویب قوانینی متناسب با اقتضائات اجرایی و عدم تحمیل تکلیف مالایطاق به دولت التفات داشته و از طرق مختلف در تلاش بوده‌اند این هدف را محقق کنند. با این حال، برخی رویه‌ها و فرایندهای موجود عملاً موجبات نادیده گرفته شدن این غرض را فراهم کرده و به تصویب قوانینی منجر شده‌اند که با اقتضائات اجرایی همخوانی نداشته‌اند و بدین‌دلیل معطل مانده‌اند. این تحقق‌ناپذیری و قابل اجرا نبودن قوانین موجب شده است که به اعتقاد برخی حقوقدانان، ناامنی قضایی در جامعه ایجاد شود (گرچی، ۱۳۹۶: ۵). برای نمونه این قبیل قوانین، تا پیش از تفسیر شورای نگهبان از اصل ۷۵ قانون اساسی، به‌سبب اصرار مجلس بر مصوبات مغایر با اصل ۷۵ قانون اساسی و تصویب این مصوبات در مجمع تشخیص مصلحت نظام، عملاً قوانین متعددی به تصویب رسیدند که بدون تأمین بار مالی ناشی از آن‌ها، دولت را مکلف به انجام تکالیفی می‌کردند. ازاین‌رو در این موارد، بدون توجه به اقتضائات اجرایی

تکالیفی برای دولت تعیین می‌شد که در نهایت به معطل ماندن آن قوانین منجر می‌شد. برای مثال بخشی از اصلاحات و الحاقات قانون جامع خدمت‌رسانی به ایثارگران -مصوب ۱۳۹۱- به سبب بار مالی تأمین‌نشده‌ای که داشتند، توسط شورای نگهبان مغایر قانون اساسی اعلام شدند^{۲۴}، ولیکن با اصرار مجلس توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام، موافق مصلحت دانسته شده و لازم‌الاجرا شدند^{۲۵} و حال آنکه اجرای آن‌ها در عمل با مشکل عدم پیش‌بینی بار مالی روبه‌رو بوده است.

از جمله قوانین دیگری که به دلیل بی‌توجهی به ابزارها، امکانات و تمهیدات اجرایی لازم تاکنون به مرحله اجرا درنیامده‌اند، می‌توان به مقررات مربوط به اخذ مالیات از خانه‌های خالی اشاره کرد. توضیح آنکه، این موضوع در مواد ۱۰ و ۱۱ قانون مالیات‌های مستقیم^{۲۶} -مصوب ۱۳۶۶- و ماده ۵۴ مکرر همان قانون^{۲۷} -الحاقی ۱۳۹۴- یا قانون تعدیل و تثبیت اجاره‌بها -مصوب ۱۳۵۲- پیش‌بینی شده بود که تاکنون به سبب فراهم نبودن سازوکارها و بسترهای اجرایی لازم به‌ویژه در خصوص شناسایی خانه‌های خالی (به‌عنوان اساسی‌ترین عامل اجرایی نشدن این قانون) امکان عملی شدن آن فراهم نبوده است. البته، مجلس در جهت کارآمد ساختن و قابل اجرا شدن قانون موصوف اخیراً اقدام به اصلاح و الحاقاتی در ماده ۵۴ مکرر همین قانون تحت عنوان قانون اصلاح موادی از قانون مالیات‌های مستقیم^{۲۸} -مصوب ۱۳۹۹- کرده است.

نمونه دیگر از قوانینی که به سبب تناسب نداشتن با اقتضائات اجرایی عملی نشده است، قانون تعرفه‌گذاری خدمات پرستاری و تعدیل کارانه‌های پرستاری -مصوب ۱۳۸۶- است که پس از گذشت ۱۴ سال از زمان تصویب آن به علت وجود مشکلاتی در نحوه اجرا و فراهم نبودن تمهیدات اجرایی، همچنان مسکوت و بلااجرا مانده است^{۲۹}؛ به طوری که عدم اقدام لازم در اجرای این قانون توسط نهادهای ذی‌ربط و تضییع حقوق ذی‌نفعان آن، موجب شد رهبر معظم انقلاب نیز در فرمایش‌های خود به مناسبت روز پرستار در سی‌ام آذرماه ۱۳۹۹ به لزوم اجرایی شدن این قانون تأکید داشته باشند.^{۳۰}

مبتنی بر مقدمات ذکرشده، بی‌توجهی قانونگذار به اقتضائات اجرایی می‌تواند به تحمیل تکلیف مالا یطاق به مجری قوانین و معطل ماندن قوانین منجر شود که به منظور اجتناب از بروز چنین وضعیتی لازم است با تأمین مشارکت حداکثری دولت در فرایند قانونگذاری و همچنین اولویت دادن به طرح موضوعات قانونگذاری از طریق لوایح دولت و همچنین توجه حداکثری به مشاورت و نظرهای کارشناسی مراجع مرتبط با اجرای آن قانون، زمینه لازم به منظور تصویب قوانینی قابل اجرا و متناسب با اقتضائات اجرایی کشور تأمین شود.

۳-۲. تورم و پراکندگی قوانین

بروز پدیده تورم قوانین را باید در وضع قوانین بی‌حساب و کتاب جست‌وجو کرد (انگ، ۱۳۸۶: ۱۹۵). از منظر تخصصی چنانچه قانونگذار در اعمال صلاحیت تقنینی خود بدون توجه به مطالعات کارشناسانه، فقط به آمار مصوبات و کمیت آن‌ها اهمیت بدهد با آسیبی به نام تورم قوانین مواجه خواهیم بود (مرکز مالمیری و مهدی‌زاده، ۱۳۹۴: ۱۶۳). در این فرایند، مجلس به قانونگذاری بیش از نظارت بها می‌دهد و نمایندگان بیشتر وقتشان را به قانون‌نویسی و قانونگذاری اختصاص می‌دهند. در نتیجه در این شرایط نظام حقوقی با تورم و پراکندگی تقنینی روبه‌رو خواهد شد.

فارغ از اشکالات متعددی که تورم و پراکندگی قوانین می‌تواند برای نظام حقوقی هر کشوری ایجاد کند، در چنین شرایطی یکی از آثار قطعی تورم و پراکندگی قوانین، مغفول واقع شدن اجرای برخی از قوانین است. یکی از علل بروز چنین پدیده‌ای آن است که در این وضعیت به دلیل تعدد قوانین و امکان‌پذیر نبودن تشخیص ناسخ و منسوخ‌ها که معمولاً در انتهای این قبیل قوانین به‌طور ضمنی و کلی به آن‌ها اشاره می‌شود، عملاً مجریان در مقام اجرای قانون دچار آشفتگی و سردرگمی می‌شوند. برای نمونه، تعدد و پراکندگی قوانین ایران در حوزه بازنشستگی کارکنان دولت و عدم تبیین دقیق ناسخ و منسوخ‌ها موجب شده است که متخصصان حقوق اداری نیز در تشخیص قوانین ناسخ و منسوخ این حوزه دچار مشکل باشند و از این حیث به نظام قانونی کشور انتقاد کنند (امامی و استوارسنگری، ۱۳۹۸، ج ۱: ۲۹۶) که طبیعتاً این معضل در مرحله اجرای قوانین این حوزه نیز وجود خواهد داشت.

همچنین، پراکندگی و پدیده تورم تقنینی در ایران موجب بی‌توجهی دستگاه‌های مربوطه به قانون طرز جلوگیری از بیماری‌های آمیزشی و بیماری‌های واگیردار - مصوب ۱۳۲۰- در زمان فراگیری بیماری واگیردار کرونا شده است. توضیح آنکه، درحالی‌که در قانون مذکور بسیاری از ضوابط و ضمانت‌اجراهای مورد نیاز به‌منظور اداره بهتر جامعه در زمان فراگیری بیماری واگیردار پیش‌بینی شده^{۳۱}، قانون مذکور در شرایط فعلی مورد توجه مسئولان امر نیست و آن‌ها از طریق سازوکارهای فوق‌العاده همچون بهره‌گیری از سازوکارهای ذیل شورای عالی امنیت ملی (ستاد ملی مبارزه با بیماری کرونا)، به اداره جامعه و ضابطه‌گذاری مجدد در این حوزه‌ها می‌پردازند. همچنین، ماده ۳ قانون مدیریت خدمات کشوری^{۳۲} - مصوب ۱۳۸۶- که در موازات ماده ۵ قانون محاسبات عمومی کشور^{۳۳} - مصوب ۱۳۶۶- و در راستای تشریح و تبیین ویژگی‌های مؤسسات یا نهادهای عمومی غیردولتی وضع شده است، یکی دیگر از قوانین

مثال‌زدنی در زمینه تورم و پراکندگی قوانین محسوب می‌شود که عملاً تشخیص این مؤسسات و نهادها را با دشواری مواجه ساخته است.

نمونه دیگر این اشکال در بخشی از تمهیدات مقرر در ماده ۲۷ قانون الحاق برخی از مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۲) ۳۴- مصوب ۱۳۹۳- قابل مشاهده است که موازی با مفاد ماده ۷ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور ۳۵- مصوب ۱۳۹۴- ترتیباتی مشخص کرده و بر ابهامات قانونی افزوده است. توضیح آنکه، قانونگذار در ماده ۲۷ قانون الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۲)، اقتداراتی را در خصوص خرید و فروش طرح‌ها، پروژه‌ها و کالاها و خدمات ناشی از آن به موازات مجوزهای احصایی در ماده ۷ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور برای سازمان برنامه و بودجه پیش‌بینی کرده و همین اقدام سبب شده است که ماده ۷ قانون رفع موانع تولید عملاً کارایی خود را از دست بدهد.

با اثبات این مطلب که تورم و پراکندگی قوانین و به‌خصوص عدم تبیین دقیق ناسخ و منسوخ آن‌ها بر عدم اجرای قوانین اثر مستقیم دارد، لازم است تکالیف معین‌شده در قانون تدوین و تنقیح قوانین و مقررات کشور- مصوب ۱۳۸۹- توسط نهادهای ذی‌ربط به‌ویژه معاونت قوانین مجلس شورای اسلامی با جدیت دنبال شود تا با فراهم شدن امکان تنقیح قوانین در ایران، از افزوده شدن بی‌رویه بر حجم قوانین بلا تکلیف جلوگیری به‌عمل آید. همچنین، توجه و اهتمام بیشتر مجلس به امر نظارت بر اجرای قوانین در حین پرداختن به تکلیف قانونگذاری، می‌تواند به‌منظور ایجاد تعادل و تناسب در این دو حوزه و کاهش تورم و پراکندگی قوانین مفید باشد.

۲-۴. نبود ضمانت اجرای مؤثر

ضمانت اجرا را باید وجه تمایز قواعد حقوقی با قواعد اخلاقی دانست (موسوی و مولایی، ۱۳۹۶: ۱۰۹-۱۱۰). ضمانت اجرا یکی از الزامات و اوصاف قواعد حقوقی است و چنانچه اجرای یک قاعده حقوقی توسط دولت تضمین نشده باشد، نمی‌توان آن را در شمار هنجارهای حقوقی محسوب کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۵۴-۵۴). حقوقدانان ضمانت اجرا را عکس‌العمل قدرت عمومی علیه ناقض قانون در جهت حفظ نظم عمومی تعریف کرده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴: ۱۰۱). بنابراین، ضمانت اجرا، اجرای قاعده حقوقی را تضمین می‌کند (درویشی و زینالی، ۱۳۹۳: ۳۹). مبتنی بر مقدمه مذکور، وضع قوانین بدون ضمانت اجرا یا دارای ضمانت اجرای نامتناسب، بی‌شک مسیر فرار از اجرای قانون را برای مخاطبان آن هموار خواهد ساخت. از این‌رو برای تضمین و تأمین اجرایی شدن قوانین ضرورت دارد که قانونگذار

ضمانت اجرای مناسب را برای آن قانون پیش‌بینی کند و اگر اجرای قانون منوط به تدوین آیین‌نامه‌های اجرایی آن توسط دولت است، حتی تعیین ضمانت‌های اجرای مؤثر برای این تکلیف دولت نیز ضروری شمرده شود (عبدالاحد و همکاران، ۱۳۹۷: ۴۵-۴۶). بنابراین، ضمانت اجرا ابزاری به‌منظور جلوگیری از قانون‌شکنی و تضمینی برای اجرایی شدن آن است. با این مقدمه، یکی از علل عدم اجرای قوانین در ایران را می‌توان عدم پیش‌بینی ضمانت اجرا یا پیش‌بینی ضمانت اجرای ضعیف و نامتناسب دانست.

یکی از مصادیق بارز این موضوع را می‌توان ماده ۹۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری^{۳۶} -مصوب ۱۳۹۲- معرفی کرد. در ماده مزبور، با اینکه مراجع دولتی از تصویب مصوبات جدید مغایر با آرای هیأت عمومی دیوان منع شده‌اند و ترتیبات خاصی به‌منظور رسیدگی به مصوبه جدید پیش‌بینی شده است، به‌سبب عدم پیش‌بینی ضمانت اجرای مؤثر و بازدارنده، عملاً ماده موصوف توسط مراجع دولتی رعایت نمی‌شود.

نمونه قانونی دیگر در زمینه ناکافی بودن ضمانت اجراها و مختل شدن اجرای برخی قوانین، ضعف در ضمانت اجرای به‌کاررفته در ماده ۲۹ قانون برنامه ششم توسعه جمهوری اسلامی ایران^{۳۷} است. طبق مفاد این ماده قانونی دولت مکلف شده است که سامانه ثبت حقوق و مزایا را راه‌اندازی کند. همچنین امکان تجمع تمامی پرداخت‌ها به مقامات، رؤسا و مدیران کلیه دستگاه‌های اجرایی را فراهم کند، به‌نحوی که میزان ناخالص پرداختی به هریک از افراد مذکور مشخص شود. یکی از دلایل عدم توفیق کامل و اجرایی نشدن دقیق این ماده قانونی، عدم پیش‌بینی ضمانت اجرایی مؤثر در آن بوده است.^{۳۸} به‌طوری‌که گفته می‌شود، تاکنون صرفاً اطلاعات موردنظر دستگاه‌های وابسته به قوه مجریه در سامانه یادشده ثبت شده است و دستگاه‌های وابسته به سایر قوا همکاری لازم را در این زمینه با سازمان اداری و استخدامی ندارند.^{۳۹} از این‌رو عدم تناسب ضمانت اجرا با نوع تخلفات احصایی، موجب شده است که اجرای کامل مفاد این قانون با تردیدهایی روبه‌رو شود.

در این خصوص، آنچه مسئله شایان توجه این است که گاهی فقدان یا ضعف در ضمانت اجرا موجب شده است که دولت از طریق امتناع از وضع آیین‌نامه اجرایی قانون، عملاً اجرای قانون را معطل کند. این در حالی است که اگر قانون دارای ضمانت اجرای مؤثر باشد، متخلفان و ممتنعین از بیم ضمانت اجرا خود را ملزم به تدوین آیین‌نامه مربوطه و اجرای قانون می‌دانند. در پایان این بند اشاره به این نکته مفید خواهد بود که در شرایط فعلی عدم شناسایی ضمانت اجرای مؤثر به معنای نبود ابزار مؤثر به‌منظور ملزم کردن مجری به اجرای قانون نیست و مجلس شورای اسلامی می‌تواند با بهره‌گیری از ابزارهای نظارتی خود همچون سؤال یا

استیضاح، دولت را ملزم به پاسخگویی و اجرای قانون کند. به عبارتی، تقویت و توسعه کارویژه‌های نظارتی مجلس می‌تواند به‌عنوان تمهیدی به‌منظور اجرایی شدن قوانین و به‌منزله ضمانت اجرایی مؤثر در جلوگیری از معطل ماندن قوانین استفاده شود.

۲-۵. ضعف در محتوای قوانین

برخی حقوق‌دانان در کنار اوصاف مختلف قانون، ویژگی‌هایی همچون نتیجه‌بخشی، کارآمدی و اثربخشی را جزء ویژگی‌های کیفی قانون محسوب می‌کنند (وکیلان و مرکز مالگیری، ۱۳۹۵: ۴۹). در نظری مشابه، وصف «قابلیت اجرا داشتن» یا «انجام‌شدنی» بودن به‌عنوان یکی از ویژگی‌های عرضی قانون شناسایی شده است (راسخ، ۱۳۸۵: ۳۳). در این رویکرد، هرچند همه قوانین به‌منظور اجرا وضع می‌شوند، معمولاً قوانینی به اجرا درمی‌آیند که ویژگی‌های «قانون خوب» یا «قانون باکیفیت» را در خود داشته باشند (مرکز مالگیری، ۱۳۹۷: ۲). این در حالی است که «قوانین پیچیده» و «قوانین مبهم» دو دسته از قوانین بی‌کیفیت تلقی می‌شوند که همواره برای شهروندان، قضات و قوای عمومی از نظر اجرا مشکل‌آفرین بوده‌اند (عبداله‌زاده شهربابکی، ۱۳۹۸: ۳۰۱).

مبتهی بر مقدمه مذکور، اجرای قانون تا حدود زیادی منوط به وجود شرایطی در محتوای قانون همچون باکیفیت بودن محتوای قانون، شفافیت و واضح بودن، فاقد ابهام و ابهام بودن و مواردی نظیر آن است، به‌گونه‌ای که محتوای قانون برای مجریان قابل درک بوده و در جهتی که مقصود قانونگذار است، به‌کار گرفته شود (راسخ، ۱۳۸۵: ۲۲). به عقیده حقوق‌دانان، در راستای تحقق این مقصود لازم است تا از آغاز فرایند قانونگذاری از حضور پررنگ کارشناسان و متخصصان زبان استفاده شود تا قوانینی با کیفیت و با کمترین ابهام و پیچیدگی برای مخاطبان و مجریان وضع شود (عبداله‌زاده شهربابکی، ۱۳۹۹: ۷۶۲).

با وجود ملاحظات ذکرشده، اشکال در محتوای قوانین بعضاً عامل اصلی اجرایی نشدن و معطل ماندن قوانین است. برای نمونه، با دقت نظر در مواد مختلف قانون رسیدگی به دارایی مقامات، مسئولان و کارگزاران جمهوری اسلامی -مصوب ۱۳۹۴- این‌گونه به‌دست می‌آید که ضعف در کیفیت محتوای این قانون از مهم‌ترین علل عدم اجرای این قانون است. توضیح آنکه، تأکید بر محرمانه بودن اعلام اموال مسئولان در ماده ۵ این قانون^{۴۰} و عدم پیش‌بینی بازه زمانی مشخص جهت اعلام، از جمله نقاط ضعف قانون مزبور در بحث کیفیت محتوایی آن محسوب می‌شود که این‌گونه کاستی‌ها در قانونگذاری، به‌منزله مانعی برای اجرایی شدن کامل قانون تلقی می‌شود و می‌تواند زمینه‌ساز سلب اعتماد عمومی نسبت به قانونگذار باشد.

از دیگر مصادیق قانونی که به سبب دارا نبودن برخی صفات و ویژگی‌های کیفی سال‌هاست با مشکل اجرایی مواجه شده است، قانون تسهیل ازدواج جوانان^{۴۱} - مصوب ۱۳۸۴ - است. با اینکه مشخص کردن و برجسته‌سازی شرح وظایف هر کدام از اشخاص و نهادها در قوانین موضوعه از معیارهای قانون خوب و با کیفیت محسوب می‌شود، لیکن قانونگذار در قانون مذکور بدون توجه کافی به این مؤلفه، بر ابهام و پیچیدگی آن افزوده است؛ به طوری که بدون آنکه نهاد خاصی (جز در موارد معدود) مدنظر باشد، در مواد مختلف آن تکالیف و کارویژه‌های متعددی را پیش‌بینی کرده است. بر این اساس، قانونگذار در مواد ۱، ۲، ۵، ۸ و ۹ این قانون صرفاً با مورد خطاب قرار دادن دولت، از ذکر شفاف عناوین دستگاه‌های مسئول و تکالیف هریک از آن‌ها خودداری کرده است.

مبنتی بر مقدمه مذکور، این قانون که با هدف کاهش بار مشکلات جوانان در مقوله ازدواج مصوب شده بود، به دلیل نداشتن کیفیت در محتوا و فقدان شفافیت‌های مورد اشاره، پس از گذشت پانزده سال از زمان تصویب آن، همچنان شکل اجرایی به خود نگرفته است که بر مبنای همین اشکالات ذکر شده مورد انتقاد برخی مسئولان نیز قرار گرفته است.^{۴۲} همچنین تداوم این وضعیت موجب شد که حتی یکی از محورهای بیانات رهبر معظم انقلاب در سلسله جلسات آسیب‌های اجتماعی در بهمن‌ماه ۹۷، به گله‌مندی ایشان از اجرایی نشدن این قانون اختصاص یابد.^{۴۳}

نکته شایان توجه در این زمینه آن است که در مواردی شورای نگهبان به این اشکال در مصوبات مجلس اشاره کرده تا از ورود این قبیل قوانین به نظام حقوقی جلوگیری کند. برای نمونه، در جزء «ب» بند ۱۰ نظر شورای نگهبان به شماره ۰۱۶۱ مورخ ۱۳۶۹/۲/۱۰ در خصوص طرح قانونی ایجاد تسهیلات برای ایثارگران انقلاب اسلامی و جنگ تحمیلی این‌گونه بیان شده است که «در ارتباط با ماده ۱۱ با توجه به سایر قوانین و مصوبات که برای طبقات دیگر نیز درصدهایی تعیین شده، باید قابل اجرا بودن آن در نظر گرفته شود، با احتسابی که شده سهمیه‌ها از صد درصد تجاوز می‌کند».^{۴۴} از این رو ایفای منظم این صلاحیت توسط شورای نگهبان می‌تواند ابزاری به منظور جلوگیری از تصویب قوانین بی‌کیفیت و غیرشفاف باشد.

بنابر آنچه گفته شد، پیش‌بینی الزامات قانونی در توجه به محتوای قانون از بُعد کیفیت و شفافیت در فرایند قانونگذاری و التزام بر رعایت آن‌ها، از جمله عواملی است که امکان تصویب یک قانون خوب و قابل اجرا را می‌تواند فراهم سازد. از این رو ضرورت دارد که قانونگذار از همان آغازین مراحل تقنین و همچنین در بازنگری قوانین با بهره‌گیری از ابزارهایی همچون استفاده از کارشناسان و فن‌سالاران و همچنین التزام به ابتکار قانون از طریق لایحه دولت، این مؤلفه اساسی را مدنظر داشته باشند.

نتیجه گیری

براساس بررسی‌های انجام گرفته در این تحقیق، این موضوع به اثبات رسید که در اجرایی نشدن قوانین در نظام حقوقی ایران، عوامل متعددی اثرگذارند. در این زمینه هرچند در قانون اساسی، نظرهای تفسیری شورای نگهبان و اخیراً از طریق سیاست‌های کلی نظام قانونگذاری، تمهیدات ارزشمندی در جهت اجرایی شدن مصوبات مجلس و کاهش حجم قوانین معطل و بلااجرا پیش‌بینی شده است؛ با وجود این، وضعیت نظام حقوقی ایران در حال حاضر از عملی نشدن برخی قوانین حکایت دارد.

در این زمینه، عواملی همچون عدم تناسب قانون با نیاز و خواست جامعه یا اقتضائات اجرایی و همچنین پراکندگی، تراکم و انباشت قوانین در نظام حقوقی کشور بدون تبیین دقیق وضعیت تنقیحی آن‌ها، عدم اهتمام قانونگذار به پیش‌بینی ضمانت اجرای مؤثر و نیز ضعف در محتوای قوانین از حیث پایین بودن کیفیت آن‌ها یا وجود ابهام و عدم شفافیت در محتوای قانون از جمله مهم‌ترین عواملی دانسته شدند که مانع اجرای قوانین و موجب معطل ماندن قوانین هستند.

با عنایت به اشکالات ذکر شده، نویسندگان معتقدند که با استفاده از سازوکارها و ابزارهای ذیل می‌توان انتظار داشت که از معطل و غیرقابل اجرا ماندن قوانین جلوگیری کرد:

۱. استفاده از نظرهای ذی‌نفعان و نهادهای قانونی مردم‌نهاد (تخصصی و صنفی) و مشارکت دادن آنان در فرایند قانونگذاری در چارچوب انطباق قوانین با نیازها و خواست عمومی.
۲. به حداقل رساندن تهیه طرح‌های قانونی دارای بار مالی از طرف نمایندگان و دادن فرصت لازم به دولت در تنظیم لوایح قانونی و ابتکار قانون در راستای انطباق قوانین با اقتضائات اجرایی.
۳. توجه جدی به موضوع تدوین و تنقیح قوانین از سوی معاونت قوانین مجلس شورای اسلامی، به‌منظور جلوگیری از پراکندگی، انباشت بی‌رویه و تراکم قوانین و لزوم رجوع به قوانین جامع (تهیه شده در نتیجه تدوین و تنقیح قوانین) قبل از اقدام به امر قانونگذاری.
۴. اهتمام قانونگذار به پیش‌بینی ضمانت اجرای مناسب به‌عنوان ابزار برتر حقوقی در تضمین تحقق مصوبات مجلس.

۵. توجه بیش از پیش به موضوع ارتقای کیفیت قوانین از طریق پیش‌بینی الزامات قانونی برای نهادهای مرتبط با امر قانونگذاری.

۶. فراهم آوردن بسترهای لازم به‌منظور انجام کارشناسی‌های تفصیلی، توسط مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی و سایر مراجع کارشناسی و پیش‌بینی تمهیداتی به‌منظور توجه به نظرهای کارشناسی در فرایند قانونگذاری.

مهم‌ترین علل قابل اجرا نبودن قوانین در نظام حقوقی ایران ■ ۲۶۷

۷. بهره‌مندی از ایده‌ها، پیشنهادها و ظرفیت‌های کارشناسان و پژوهشگران در فرایند قانونگذاری و قانون‌نویسی.

۸. توجه و اهتمام مجلس به امر نظارت بر حسن اجرای قوانین در حین پرداختن به تکلیف قانونگذاری در راستای حفظ تعادل و تناسب در این دو حوزه، به‌طوری‌که اتخاذ این رویه به کاهش سرعت قانونگذاری منجر شود.

۹. عنایت به ظرفیت‌های بوروکراسی در خط‌مشی‌گذاری و تقنین در راستای اجرای قانون.
۱۰. دوری از سیاست‌زدگی در قانونگذاری و پرهیز از تصویب قوانین نمادین که بی‌توجه به این موضوعات مهم معمولاً به وضع «قوانین خلق‌الساعه» منجر می‌شود که صرفاً کاربرد تبلیغاتی و مقطعی دارند.

یادداشت‌ها

۱- Practicable.

- ۲- اصل ۷۰- «رئیس‌جمهور و معاونان او، و وزیران ... حق شرکت در جلسات علنی مجلس را دارند و... در صورتی که نمایندگان لازم بدانند، وزرا مکلف به حضورند...»
- ۳- اصل ۷۵- «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 طریق جبران کاهش درآمد یا تأمین هزینه جدید نیز معلوم شده باشد.»
- ۴- اصل ۸۸- «... رئیس‌جمهور یا وزیر موظف است در مجلس حاضر شود و به سؤال جواب دهد...»
- ۵- اصل ۸۹- «۱. ... هیأت وزیران یا وزیر مورد استیضاح باید ظرف مدت ده روز ... در مجلس حاضر شود ... ۲. ... رئیس‌جمهور باید ظرف مدت یک ماه ... در مجلس حاضر شود و در خصوص مسائل مطرح‌شده توضیحات کافی بدهد...»
- ۶- ماده ۳۴- «معاونت حقوقی و امور مجلس رئیس‌جمهور طرح‌های قانونی را ... در صورتی که کمیسیون مربوط دولت هریک از طرح‌های مزبور را اساسی و مهم تشخیص دهد ... در هیأت دولت مطرح نماید. در این موارد نظر دولت ... به مجلس شورای اسلامی ارائه می‌شود. در مورد طرح‌های دوفوریتی و سه‌فوریتی گزارش لازم مستقیماً توسط معاون امور مجلس رئیس‌جمهور تنظیم و جهت اتخاذ تصمیم به دولت ارائه خواهد شد.»
- ۷- از عمده‌ترین ادله مخالفان با قانون خدمت سربازی که در عدم اجرای دقیق این قانون اثرگذارند، عبارت‌اند از: اختلال در ازدواج و اشتغال، بی‌توجهی به استعدادها، اتلاف‌کننده عمر و وقت جوانان، تناقض داشتن با آزادی انتخاب، استثمار نیروی جوان و ناکارایی اقتصادی و امنیتی (سجادی و همکاران، ۱۳۹۷: ۳۱۲-۳۱۵).
- ۸- برای مشاهده این آمار رجوع کنید به گزارش منتشرشده در مورخه ۱۳ فروردین ۱۴۰۰ در وبگاه خبر آنلاین، قابل مشاهده در: (آخرین بازدید ۱۴۰۰/۱/۱۸)

<https://www.khabaronline.ir/news/۱۵۰۰۵۳۶>

- ۹- ماده ۵۹ قانون مجازات جرائم نیروهای مسلح در این زمینه اشعار می‌دارد: «کارکنان وظیفه نیروهای مسلح هرگاه در زمان صلح بیش از پانزده روز متوالی مرتکب غیبت شده و چنانچه دستگیر شده باشند به حبس از سه ماه تا یک سال یا سه تا یک سال اضافه خدمت محکوم می‌گردند». مطابق ماده ۶۳ همین قانون «کارکنان وظیفه ... در زمان جنگ بیش از پنج روز متوالی غیبت نمایند و عذر موجهی نداشته باشند فراری محسوب و پس از دستگیری به حبس از یک تا سه سال محکوم می‌گردند و اگر فرار از جبهه باشد از زمان غیبت فراری محسوب و به حبس از دو تا پنج سال محکوم می‌شوند.»
- ۱۰- در همین زمینه نگرانی‌های خانواده‌ها از مسائل بهداشتی، روحی و روانی، منفک شدن فرزندان، گرایش به راه‌های ناصوابی همچون اعتیاد به مواد مخدر، از دست رفتن فرصت‌های شغلی از جمله دغدغه‌هایی است که بر میزان ناسازگاری این قانون با انتظارات خانواده‌ها افزوده است.
- ۱۱- برای مشاهده رجوع کنید به آمار درج‌شده در پایگاه خبری تابناک، قابل مشاهده در: (آخرین بازدید ۱۴۰۰/۱/۱۸)

<https://www.tabnak.ir/fa/news/۱۴۱۳۲۴>

- ۱۲- آخرین نظر شورای نگهبان در این زمینه، نظر شماره ۸۶/۳۰/۲۰۹۷۳ مورخ ۱۳۸۶/۱/۳۰ است.

مهم‌ترین علل قابل اجرا نبودن قوانین در نظام حقوقی ایران ■ ۲۶۹

۱۳- نامه شماره ۷۴۰۱۵/۰۱۰۱ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۶ رئیس مجمع تشخیص مصلحت نظام به رئیس مجلس شورای اسلامی.

۱۴- ماده ۱۰- «هرگاه مستغلات مسکونی واقع در مراکز استان‌ها و شهرهای با جمعیت بیش از یکصد هزار نفر آماده برای اجاره باشند ... مدت شش ماه متوالی خالی و بلااستفاده نگه‌داشته شوند نسبت به بعد از شش ماه مذکور مشمول مالیات به شرح زیر خواهند بود: ۱- تا یک سال معادل دو در هزار ارزش معاملاتی مستغل به ازای هر ماه. ۲- در صورت تجاوز از یک سال معادل چهار در هزار ارزش معاملاتی مستغل به ازای هر ماه بر یک سال مزبور. ماده ۱۱- مؤدیان ... مکلف‌اند در هر سال برای مستغلات مسکونی خالی خود اظهارنامه مالیاتی ... تهیه ... و تا آخر اردیبهشت‌ماه سال بعد ... مالیات متعلق را پرداخت نمایند...»

۱۵- ماده ۵۴ مکرر- «واحدهای مسکونی واقع در شهرهای با جمعیت بیش از یکصد هزار نفر جمعیت ... از سال دوم به بعد مشمول مالیات معادل مالیات بر اجاره به شرح زیر خواهند شد: سال دوم - معادل یک‌دوم مالیات متعلقه، سال سوم - معادل مالیات متعلقه، سال چهارم به بعد - معادل یک و نیم (۱/۵) برابر مالیات متعلقه.»

۱۶ - ماده واحد- الف. متن زیر جایگزین ماده (۵۴ مکرر) قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۶۶/۱۲/۱۳ با اصلاحات و الحاقات بعدی می‌شود: ماده ۵۴ مکرر- هر واحد مسکونی واقع در کلیه شهرهای بالای یکصد هزار نفر جمعیت ... در هر سال مالیاتی در مجموع بیش از ۱۲۰ روز ساکن یا کاربر نداشته باشد ... بدون لحاظ معافیت‌های تبصره ۱۱ ماده ۵۳ این قانون، ماهانه مشمول مالیاتی بر مبنای مالیات بر درآمد اجاره به شرح ضرایب زیر می‌شود: سال اول - معادل شش برابر مالیات متعلقه، سال دوم - معادل دوازده برابر مالیات متعلقه، سال سوم به بعد - معادل هیجده برابر مالیات متعلقه. واحدهای نوساز بعد از دوازده ماه و در طرح (پروژه)‌های انبوه‌سازی پس از هیجده ماه ... مشمول مالیات موضوع این ماده می‌شوند ...

۱۷- در صورت اجرایی شدن این قانون درآمدهای ناشی از خدماتی که پرستاران انجام می‌دهند به خود آنان تعلق خواهد گرفت. در همین زمینه، شریفی مقدم، قائم‌مقام سازمان نظام پرستاری، دلیل اجرا نشدن این قانون را وجود مشکل و فراهم نبودن تمهیدات لازم در نحوه اجرایی کردن آن دانسته و اظهار داشته است که اجرای آن احتمال دارد به بروز یک سری محدودیت‌هایی برای پرستاران منجر شود. برای مشاهده ر.ک: گزارش مورخه ۱۳ آذر ۹۹ خبرنگار سرویس جامعه وقایع اتفاقیه، قابل مشاهده در: (آخرین مشاهده ۱۴۰۰/۱/۱۸)

<http://vaghayedaily.ir/fa/news/۱۴۹۶۳>

۱۸- برای مشاهده متن سخنان رهبر معظم انقلاب در این زمینه، ر.ک:

(آخرین بازدید ۱۴۰۰/۳/۶)

<https://salamattv.ir/news/۲۲۱۵۴۲>

۱۹- ماده ۲۲ قانون طرز جلوگیری از بیماری‌های آمیزشی و بیماری‌های واگیردار - «اشخاصی که مانع اجرای مقررات بهداشتی می‌شوند یا در اثر غفلت باعث انتشار یکی از بیماری‌های واگیر می‌شوند به هشت روز تا دو ماه حبس تأدیبی و ۵۱ تا ۵۰۰ ریال و یا به یکی از این دو کیفر محکوم می‌شوند.»

۲۰- ماده ۳- «مؤسسه یا نهاد عمومی غیردولتی: واحد سازمانی مشخصی است که دارای استقلال حقوقی است و با تصویب مجلس شورای اسلامی ایجاد شده یا می‌شود و بیش از پنجاه درصد (۵۰٪) بودجه سالانه آن از محل منابع غیردولتی تأمین می‌گردد و عهده‌دار وظایف و خدماتی است که جنبه عمومی دارد.»

۲۱- ماده ۵- «مؤسسات و نهادهای عمومی و غیردولتی از نظر این قانون واحدهای سازمانی مشخصی هستند که

با اجازه قانون به منظور انجام وظایف و خدماتی که جنبه عمومی دارد تشکیل شده و یا می شود.»

۲۲- ماده ۲۷- «به دولت اجازه داده می‌شود اقدامات زیر را به‌عمل آورد: الف - واگذاری طرح‌های تملک دارایی‌های سرمایه‌ای جدید و نیمه‌تمام و تکمیل‌شده و آماده بهره‌برداری در قالب قراردادهای ... یا خرید خدمات در مدت قرارداد ... و نهایتاً واگذاری طرح پس از دوره قرارداد به بخش غیردولتی با حفظ کاربری، ب- واگذاری طرح‌های تملک دارایی سرمایه‌ای نیمه‌تمام و تکمیل‌شده ... به‌صورت نقد و اقساط به بخش غیردولتی با حفظ کاربری، ج- واگذاری مالکیت، حق بهره‌برداری و یا بهره‌برداری طرح‌های تملک دارایی‌های سرمایه‌ای قابل واگذاری ... با حفظ کاربری.»

۲۳- ماده ۷- «۱. به سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور اجازه داده می‌شود تا با هماهنگی وزارتخانه‌ها و شرکت‌ها و مؤسسات تولیدی، کالاها و خدمات ناشی از اجرای طرح‌ها و پروژه‌ها و فعالیت‌های مورد واگذاری را در صورت ضرورت تا سقف هزینه یا قیمت تمام‌شده برای خود با عقد قرارداد به مدت مندرج در مزایده یا مناقصه از بخش غیردولتی خریداری و در صورت عدم نیاز به خرید، اجازه بهره‌برداری و فروش در داخل و یا خارج را به بخش غیردولتی بدهد. ۲. در مواردی که طرح‌ها، پروژه‌ها و فعالیت‌های مورد واگذاری فاقد توجیه اقتصادی است و نیاز به پرداخت کمک دارد میزان کمک در آگهی مناقصه درج شود. ۳. رعایت شرایط رقابتی و برگزاری مزایده عمومی برای خریداران طرح‌ها، پروژه‌ها و فعالیت‌ها و برگزاری مناقصه عمومی برای فروشندگان کالاها و خدمات ناشی از اجرای طرح‌ها، پروژه‌ها و فعالیت‌ها الزامی است ...»

۲۴- ماده ۹۲- «چنانچه مصوبه‌ای در هیأت عمومی ابطال شود ... مرجع مربوط، مصوبه جدیدی مغایر رأی هیأت عمومی تصویب کند، رئیس دیوان موضوع را ... فقط با دعوت نماینده مرجع تصویب‌کننده، در هیأت عمومی مطرح می‌نماید.»

۲۵- ماده ۲۹- «دولت مکلف است طی سال اول اجرای قانون برنامه نسبت به راه‌اندازی سامانه ثبت حقوق و مزایا اقدام کند و امکان تجمیع کلیه پرداخت‌ها به مقامات، رؤسا، مدیران ... را فراهم نماید ... و امکان دسترسی برای نهادهای نظارتی و عموم مردم فراهم شود ... تبصره ۱- ... مستنکف از ارائه اسناد و اطلاعات مورد درخواست به انفسال موقت از خدمات دولتی و عمومی از سه ماه تا یک سال به تشخیص مرجع قضایی محکوم می‌شود ...»

۲۶- ر.ک: گزارش مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی منتشرشده در شماره ۱۵۶۷ روزنامه تعادل، مورخه ۹۸/۱۰/۱۶، ص ۹.

(آخر من مشاهدہ ۱۴۰۰/۱/۱۸)

[illegible]

۲۷- ر.ک: پایگاه خبرگزاری فارس، قابل مشاهده در:

(آخرین بازدید ۱۴۰۰/۱/۱۸)

<http://www.farsnews.ir/news/۱۳۹۹.۸۱۴...۷۸۶>

۲۸- ماده ۵- «فهرست دارایی افراد مشمول و نیز اسناد و اطلاعات مربوط به آن ... محرمانه بوده و هریک از مسئولان و کارکنان که حسب وظیفه مأمور تهیه، ثبت، ضبط و حفظ فهرست دارایی‌های افراد مشمول ... این قانون باشند ... اگر عالماً عامداً مرتکب افشاء یا انتشار مندرجات این اسناد شوند ... به یکی از مجازات‌های درجه

مهم‌ترین علل قابل اجرا نبودن قوانین در نظام حقوقی ایران ■ ۲۷۱

شش مقرر در ماده (۱۹) قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ محکوم خواهند شد ...»

۲۹- این قانون مشتمل بر سیزده (۱۳) ماده است که وزیر امور اقتصادی و دارایی، مسکن و شهرسازی و کشور مسئولیت حسن اجرای مفاد آن را بر عهده دارند. طبق ماده (۱) این قانون، دولت مکلف شده است که به‌منظور توانمندسازی جوانان برای تشکیل خانواده، «صندوق اندوخته جوانان» را ایجاد نماید.

۳۰- در همین زمینه، سینا کلهر، مدیر کل مطالعات فرهنگی مرکز پژوهش‌های مجلس در دی‌ماه ۹۸ در گفت‌وگویی با خبرگزاری فارس، یکی از دلایل عمده عدم اجرایی شدن این قانون را مشخص نبودن دقیق نهادهای اجراکننده آن دانسته بود. برای مشاهده ر.ک: روزنامه کیهان، به شماره ۲۲۳۶۳، روز سه‌شنبه، ۳ دی ۱۳۹۸، ص ۸.

۳۱- ر.ک: وبگاه خبری تحلیلی جهان نیوز، قابل مشاهده در:

(آخرین بازدید ۱۴۰۰/۲/۲)

<http://www.jahannews.com/news/۷۱۱۴۶۶>

۳۲- مندرج در سامانه جامع نظرات شورای نگهبان، قابل مشاهده در آدرس اینترنتی:

(آخرین بازدید ۱۴۰۰/۳/۷)

<http://nazarat.shora-rc.ir/Forms/FileLoad.aspx?id=XAXQUIHCljw=&TN=1۷tLyhyOobj•SooAFUE۳m۶^PnpG۷MruN&NF=bHiIRfspeW۰=>

منابع

۱. امامی، محمد؛ استوار سنگری، کوروش (۱۳۹۸). **حقوق اداری**، تهران: میزان، چ بیست و چهارم، ج ۱.
۲. انگ، سوین (۱۳۸۶)، «تورم قانونگذاری و کیفیت قانون»، ترجمه حسن وکیلان، نشریه مجلس و پژوهش، ش ۵۴، صص ۱۹۱-۲۱۰.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۴)، **مقدمه عمومی علم حقوق**، تهران: گنج دانش، چ دهم.
۴. جلالی، محمد؛ تنگستانی، محمدقاسم (۱۳۹۳)، «نگاهی به اصل (۷۵) قانون اساسی با تأکید بر آرا و نظرهای شورای نگهبان (در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی تا دوره هشتم)»، **فصلنامه دانش حقوق عمومی**، ش ۱۰، صص ۶۹-۹۰.
۵. حبیب‌نژاد، سید احمد؛ تقی‌زاده، احمد (۱۳۹۸)، «نیازسنجی تقنینی؛ عنصری بایسته در قانونگذاری شایسته»، **فصلنامه دانش حقوق عمومی**، ش ۲۶، صص ۲۵-۴۶.
۶. خورشیدی، عباس؛ ذوالفقاری، حسین؛ ایرج مشهدی، اسماعیل (۱۳۹۰)، «رابطه اجرای صحیح قانون و نظم اجتماعی»، **فصلنامه مدیریت نظامی**، ش ۴۳، صص ۴۳-۷۳.
۷. درویشی، بابک؛ زینالی اقدام، امیرعلی (۱۳۹۳)، «ماهیت ضمانت اجرای اداری در نظام حقوقی ایران»، **مجله تحقیقات حقوقی آزاد**، ش ۲۵، صص ۳۶-۵۸.
۸. راسخ، محمد (۱۳۸۵)، «ویژگی‌های ذاتی و عرضی قانون»، **مجله مجلس و پژوهش**، ش ۵۱، صص ۱۳-۴۱.
۹. سجادی، علیرضا؛ اکبری، رضا؛ سرآبادانی حسین؛ تراب‌زاده جهرمی، محمدصادق (۱۳۹۷)، «تحلیل اخلاقی خدمت وظیفه سربازی از منظر نظریه‌های وظیفه‌گرا و پیامدگرا»، **فصلنامه مطالعات راهبردی سیاستگذاری عمومی**، ش ۲۷، صص ۲۹۷-۳۱۸.
۱۰. عبدالاحد، علی؛ درویشوند، ابوالفضل؛ حسینی‌پور اردکانی، سید مجتبی؛ ناظمی، حامد؛ راجی، سید محمدهادی؛ بهادری جهرمی، علی (۱۳۹۷)، **آسیب‌شناسی نظام قانونگذاری جمهوری اسلامی**، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی (معاونت پژوهش‌های سیاسی-حقوقی)، شماره مسلسل ۱۶۰۸۰.
۱۱. عبدالله‌زاده شهربابکی، آزاده (۱۳۹۸)، «مبانی نظری بحث پیرامون مسئله کیفیت قانون: چیستی و چرایی؟»، **فصلنامه پژوهش حقوق عمومی**، ش ۶۳، صص ۲۹۵-۳۱۵.
۱۲. ----- (۱۳۹۹)، «روش‌های ارتقای کیفیت قوانین»، **فصلنامه مطالعات حقوق عمومی**، ش ۲، صص ۷۵۷-۷۷۰.

مهم‌ترین علل قابل اجرا نبودن قوانین در نظام حقوقی ایران ■ ۲۷۳

۱۳. قاضی شریعت‌پناهی، ابوالفضل (۱۳۸۲)، **بایسته‌های حقوق اساسی**، تهران: میزان، چ دهم.
۱۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)، **مقدمه علم حقوق**، تهران: شرکت سهامی انتشار، چ چهارم.
۱۵. گرجی، علی‌اکبر (۱۳۹۶)، «نظارت بر کیفیت قوانین در رویه شورای نگهبان»، **فصلنامه دانش حقوق عمومی**، ش ۱۸، صص ۱-۲۲.
۱۶. مرتضوی، مهدی؛ فروزنده دهکردی، لطفاله؛ زارع پور نصیرآبادی، فضل‌اله (۱۳۹۱)، «ارزیابی و اولویت‌بندی موانع اجرای قانون مدیریت خدمات کشوری»، **نشریه پژوهش‌های مدیریت در ایران**، ش ۱، صص ۱۳۱-۱۴۸.
۱۷. مرکز مالگیری، احمد (۱۳۹۷)، **چگونه بوروکراسی مانع اجرای قانون می‌شود؟ بررسی الکترونیکی کردن فرایند تجارت فرامرزی در ایران**، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل ۱۶۰۶۸.
۱۸. ----- (۱۳۹۸)، «ویژگی‌های بوروکراسی توانمند برای اجرای قانون»، **فصلنامه حقوق اداری**، ش ۱۹، صص ۲۰۹-۲۳۷.
۱۹. ----- (۱۳۹۹)، **اختلال در ابتکار قانونگذاری در ایران آموزه‌هایی برای مجلس یازدهم**، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس، شماره مسلسل ۱۷۱۳۹.
۲۰. مرکز مالگیری، احمد؛ مهدی‌زاده، مهدی (۱۳۹۴)، «قانونگذاری پراکنده در نظام تقنینی ایران»، **فصلنامه پژوهش حقوق عمومی**، ش ۴۷، صص ۱۵۷-۱۸۴.
۲۱. موسوی، سید صادق؛ مولایی، مهدی (۱۳۹۶)، «روش‌شناسی ضمانت اجرای مطلوب قرارداد حقوقی جمهوری اسلامی ایران»، **فصلنامه مجلس و راهبرد**، ش ۹۰، صص ۲۰۷-۲۳۶.
۲۲. میرزاده کوهشاهی، نادر؛ گایینی، محمدرحمان (۱۳۹۷)، «نقدی بر برخی موانع اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، موردکاوی شرکت ملی پالایش و پخش فرآورده‌های نفتی ایران»، **نشریه پژوهشنامه انتقادی متون و برنامه‌های علوم انسانی**، ش ۵، صص ۳۴۱-۳۷۴.
۲۳. وکیلان، حسن؛ مرکز مالگیری، احمد (۱۳۹۵)، «مقدمه‌ای بر فلسفه قانونگذاری: در تکاپوی ارتقای کیفیت قانون»، **فصلنامه پژوهش حقوق عمومی**، ش ۵۱، صص ۲۹-۵۴.
۲۴. پایگاه خبری آنلاین قابل مشاهده در:
<https://www.khabaronlinr.ir/news/۱۵۰۰۵۳۶>
۲۵. پایگاه خبری تابناک، قابل مشاهده در:
<https://www.tabnak.ir/fa/news/۱۴۱۳۲۴>
۲۶. پایگاه سرویس جامعه اتفاقیه، قابل مشاهده در:
<https://www.tabnak.ir/fa/news/۱۴۱۳۲۴>

۲۷. پایگاه خبرگزاری فارس، قابل مشاهده در:

<http://www.farsnews.ir/news/۱۳۹۹۰۸۱۴۰۰۰۷۸۶>

۲۸. پایگاه خبری جهان نیوز، قابل مشاهده در:

<http://www.jahannews.com/news/۷۱۱۴۶۶>

۲۹. سامانه جامع نظرات شورای نگهبان، قابل مشاهده در:

<http://nazarat.shora-rc.ir/Forms/FileLoad.aspx?id=XAXQUIHCljw=&TN=1VtLyhyOobj.SooAFUE3m6^PnpGVMruN&NF=bHiIRfspeW0=>

Resources

۱. Abdollahzadeh shahrbabaki, Azade (۲۰۱۹). Theoretical foundation of the discussion on the issue of quality of law : what and why? Public Law Research Quarterly, No. ۶۳, pp. ۳۱۵-۲۹۵.
۲. Abdollahzadeh shahrbabaki, Azade (۲۰۲۰). Methods of Improving the Quality of Laws, Quarterly Journal of General Legal Studies, No. ۲, pp. ۷۵۷-۷۷.
۳. Abdul Had, Ali, Darvishvand, Abolfazl, Hosseini-Pour Ardakani, Seyed Mojtaba, Raji, Seyed Mohammad Hadi, Bahadori Jahromi, Ali (۲۰۱۸). Pathology of the Legislative System of Republic, Research Center of the Islamic Consultative Assembly (vice Chancellor for Research) Serial number ۱۶۰۸.
۴. Ang, Sweeney (۲۰۰۷), "Legislative Inflation and the Quality of Law", translated by Hassan Vakilian, Journal of Parliament and Research, No. ۵۴, pp. ۱۹۱-۲۱۰.
۵. Darvishi, Babak, Zeinali Aghdam, Amir Ali (۲۰۱۴). The Nature of Administrative Performance Guarantee in the Iranian Legal System, Journal of
۶. Emami, Mohammad and Ostvar Sangari, Kourosh (۲۰۱۹). Administrative Law, Tehran, Mizan Publishing, Volume One, ۲۴th Edition.
۷. Georgi, Ali Akbar (۲۰۱۷). "Monitoring the Quality of Laws in the Procedure of the Guardian Council", Quarterly Journal of Public Law Knowledge, No. ۱۸, pp. ۱-۲۲.
۸. Habibnejad, Seyed Ahmad and Taghizadeh, Ahmad (۲۰۱۹). "Legislative Needs Assessment; An Essential Element in Proper Legislation, Public Law Knowledge Quarterly, No. ۲۶, pp. ۲۵-۴۶.
۹. Jalali, Mohammad and Tangestani, Mohammad Qasem (۲۰۱۴). "A Look at Article (۱,۵) of the Constitution with Emphasis on the Opinions and Opinions of the Guardian Council (on the approvals of the Islamic Consultative Assembly up to the eighth term)", Quarterly Journal of Public Law Knowledge, No. ۱۰, pp. ۶۹-۹۰.
۱۰. Judge of Sharia, Panahi, Abolfazl (۲۰۱۳). Requirements of Constitutional Rights, Tehran, Mizan Publishing, ۱۰th edition

۱۱. Khorshidi, Abbas and Zolfaghari, Hossein, and Iraj Moushahedi, Ismail (۲۰۱۱). "The relationship between the proper implementation of law and social order", Military Management Quarterly, No. ۱۱, pp. ۴۳-۷۴.
۱۲. Katozian, Nasser (۲۰۰۴). Introduction to Law, Tehran, Anteshar Co., Ch ۴۰ Free Legal Research, No. ۲۵, pp. ۳۶-۵۸.
۱۳. Mortazavi, Mehdi and Frouzandeh Dehkordi, Lotfollah and zarehpour Nasirabadi, Fazlollah (۲۰۱۲). "implementation of the Civil Service Management Law," , Journal of Journal of Management Research in Iran, No. ۱, pp. ۱۳۱-۱۴۸
۱۴. Malmiri Center, Ahmad (۲۰۱۸). How does the bureaucracy hinder the implementation of the law? Investigating the Electronic Cross-Border Trade Process in Iran, Parliamentary Rrsrarch Center, Serial Number ۱۶۰۶۸.
۱۵. Malmiri Center, Ahmad (۲۰۱۹). "Characteristics of a powerful bureaucracy for law enforcement" , Administrative Law Quarterly, No. ۱۹, pp. ۲۰۹-۲۳۷.
۱۶. Malmiri Center, Ahmad and Mahdizadeh, Mahdi (۲۰۱۵). "Scattered Legislation in the Iranain Legislative System", Quarterly Journal of Public Law. Research, No. ۴۷, pp. ۱۵۷-۱۸۴.
۱۷. Malmiri Center, Ahmad and Mehdizadeh, Mehdi (۲۰۱۵) "Scattered Legislation in the Iranian Legislative System", Quarterly Journal of Public Law Research, No. ۴۷, pp. ۱۵۷-۱۸۴.
۱۸. Mirzad Koohshi, Nader and Gaini, Mohammad Rahman (۲۰۱۸) "A Critique of some obstacles to the emplementation of General Policies of Article ۴۴ of the canstiution, critical Research Letter of Homanities Texts and Programs, No. ۵, pp. ۳۴۷-۳۴۱.
۱۹. Mousavi, Seyed Sadegh and Molaei, Mehdi (۲۰۱۷). "Methodology of guaranteeing the proper implementation of the legal contract of the Islamic Republic of Iran", Quarterly Journal of Parliament and Strategy, No. ۹۰, pp ۲۰۷-۲۳۶.
۲۰. Mortazavi, Mehdi and Forouzandeh Dehkordi, Lotfollah and zarehpour Nasirabadi, Fazlollah (۲۰۱۲). "Evaluation and prioritization of obstacles to the Pathology of the Legislative System of the Islamic Republic
۲۱. Rasekh, Mohammad (۲۰۰۶). "Intrinsic and Transversal Characteristics of Law", Journal of Parliament and Research, No. ۵۱, pp. ۱۲-۴۱.
۲۲. Sajjadih, Alireza and Akbari, Reza and Sarabadani Hossein and Torabzadeh Jahromi, Mohammad Sadegh (۲۰۱۸). "Ethical Analysis of Conscription from the Perspective of Conscientious and Consequential Theories", Quarterly Journal of Strategic Studies in Public Policy, No. ۲۷, pp ۲۹-۳۱۸
- Vakilian, Hassan and Malmiri Center, Ahmad (۲۰۱۵). "Introduction to the Philosophy of Legislation: In the Process of Improving the Quality of Law", Public Law Research Quarterly, No. ۵۱, pp. ۲۹-۵۴.

نادیده‌انگاری بایسته‌های تقنینی در قوانین کیفری ایران در حوزه جرائم علیه امنیت

سید روح‌الله عقیق^{*}، کریم صالحی^{**} دکتر عارف برخورداری^{***}

چکیده

قوانین کیفری اگرچه از ضمانت اجرای قوی برخوردارند، برای ثمربخش بودن باید تابع قواعد و اصول تقنینی از جمله کارآمدی باشند، چراکه کارآمدی یک قانون بستر ساز تمکین جامعه به آن قانون است. قوانینی که از سوی آحاد جامعه مورد توجه قرار نگیرند، هرچند از ابزار قهریه و یا شدت مجازات زیادی نیز برخوردار باشند، به سبب ناکارآمدی با عدم تمکین بخش زیادی از جامعه روبه‌رو می‌شوند. بررسی اجمالی قوانین کیفری ایران در حوزه جرائم امنیتی بیانگر وجود اشکالات و ابهاماتی در این خصوص است، اگرچه اعتبار قانون در حوزه جرائم علیه امنیت منوط به مقبولیت همگانی یا حداکثری نیست، کارآمدی آن متضمن افزایش ضریب امنیتی جامعه می‌شود. کارآمدی، کارکرد و ثمربخشی قوانین در حوزه جرائم امنیتی از مباحث چالش برانگیز و اختلافی است که پژوهش‌چندانی در خصوص آن صورت پذیرفته و بررسی ابعاد مختلف آن از حیث اصول و روش‌های تقنینی، واکاوی نشده است. تحقیق پیش‌رو، در زمینه بررسی قوانین کیفری ایران در این حوزه از زاویه اصول پذیرفته‌شده قانون‌نویسی پرداخته و نواقص و اشکالات موجود در این حوزه از جمله اشکالات در دو بخش نارسایی‌ها، ابهامات قوانین و اثربخشی معکوس قوانین و تشدید هنجارشکنی تبیین شده است تا بتواند چراغ راهی برای اصلاح قوانین کیفری در حوزه‌های امنیتی باشد و کارآمدی و نقش پیشگیرانه این قوانین را بهبود بخشد.

واژگان کلیدی: جرائم امنیتی، سیاست جنایی، کارآمدی تقنینی نظام کیفری، نظام تقنینی.

* Email: Seyyed1400seyyed@Gmail.com

** Email: k.salehi@ut.ac.ir

*** Email: barkhordariaref@yahoo.com

مقدمه

کشورها در مواجهه با جرائم، از سیاست‌های کیفری متنوعی استفاده می‌کنند. در عدالت کیفری سنتی در اندیشه مکافات‌گرا (عدالت کیفری سزادهنده)^{۴۵}، سیاست‌های بیشتر کشورها بر مبنای مجازات حداکثری مجرمان به‌عنوان دشمنان جامعه شکل گرفت که در آن مجرم، فردی است که در دشمنی با جامعه، نظم و انضباط جامعه را هدف می‌گیرد و مستحق حداکثر مجازات است. در این نگرش، برخوردهای هرچه قاطع‌تر و سخت‌تر با مجرم که تقریباً منطبق با نظریه جرم‌شناسی تسامح صفر^{۴۶} بود، سبب می‌شد که مجرم جسارت ارتکاب جرم را نداشته باشد و با هزینه‌بر بودن جرم، افراد از ارتکاب جرم پرهیز کنند. با پیدایش مکاتب مختلف جامعه‌شناسی و رشد ابعاد مختلف جرم‌شناسی، نگرش‌ها از جرم به سمت مجرم تغییر یافت و اصلاح و بازپروری مجرمان و بازگرداندن آنان به آغوش جامعه، مبتنی بر نگاه‌های والا به بشر و حقوق انسانی آن و عدالت کیفری سنتی با گرایش اصلاح و بازپروری^{۴۷} شکل گرفت. با پیدایش مکتب تحقیقی^{۴۸} جرم‌شناسی علمی متولد شد و با رویکردهای پیشگیرانه، نگاه صرف به مجرم را به سمت عوامل پیدایش جرم منصرف کرد. مکتب تحقیقی آرام‌آرام جای خود را به مکتب دفاع اجتماعی سپرد. مکتب دفاع اجتماعی که در واقع نفی‌کننده حقوق کیفری بود، مسبب تحولاتی در نظام‌های کیفری شد. پیدایش مکاتب مذکور در نهایت سبب شد که کشورها از سیاست‌های کیفری دشمن‌مدار و عدالت کیفری که مبتنی بر سزادهی و سرکوبگری مجرم است، به سمت سیاست‌های کیفری عدالت‌محور و کرامت‌مدار مبتنی بر اصل برائت، عدم مداخله در زندگی خصوصی افراد، تمرکز بر جرائم جایگزین، اصلاح و بازپروری مجرم، بازاجتماعی کردن آن‌ها سوق یابند و مجازات‌های جایگزین حبس در قوانین کیفری قرار گرفت. با گذشت زمان و نمایان شدن شکست مکتب دفاع اجتماعی، راه بر سیاست جنایی در اعمال روش‌های مبتنی بر آزمون و خطا بسته شد و آرام‌آرام مکتب بازگشت به کیفر (نئوکلاسیسم باز اندیشیده‌شده - نوپدیداری نئوکلاسیسم)^{۴۹} تحت تفکرات جرج فلیچر، رونالد کلارک، جیمز ویلسون و ... روی کار آمد. پس از عبور از این تحولات، مسیر حرکت به سمت امنیت‌گرایی آغاز شد و به‌نوعی می‌توان خاستگاه آن را تغییرات ساختارزدایانه‌ای دانست که از ابتدای سال‌های ۱۹۷۰ میلادی شکل گرفته‌اند (جعفری، ۱۳۹۲: ۳۷). از آغاز دهه ۷۰ که شکست و ناکارآمدی اندیشه بازپروری تحت عنوان اثر صفر درمان اعلام شد (داودی، ۱۳۸۴: ۶۸)، نگاه جرم‌شناسی از بزه‌کار معطوف به عمل مجرمانه و رفتار بزه‌کار شد و کیفردهی و اعمال مجازات به‌عنوان تابعی از اوضاع و احوال جرم ارتكابی در نظر گرفته شد (قناد و اکبری، ۱۳۹۶: ۵۹). عدالت استحقاقی^{۵۰} مبتنی بر اینکه بزه‌کار باید مجازات شود،

تنها به این دلیل که مستحق آن است و توجیه اعمال مجازات نسبت به جرائم گذشته، فقط برای دستیابی به منفعت جلوگیری از جرائم آینده می‌باشند (داودی گرمارودی، ۱۳۸۴: ۷۰ - ۷۱). جرم‌شناسی امنیتی یا به تعبیر استاد دلماس مارتی، علم پلیسی یا علم استراتژیک (راهبردی) یا جرم‌شناسی خطر، یا به عبارتی جرم‌شناسی قانون و نظم، گروهی از مجرمان یا جرائم را به این اعتبار که دشمن جامعه و خطرناک می‌داند، برجسته و مشمول مقررات کیفری و رویکرد خاصی در جرم‌شناسی می‌کند (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۱: ۲۲) و درصدد جلوگیری از گسترش تکرار جرم، کاهش ترس از جرم، احساس امنیت و آرامش روانی شهروندان و کنترل بزهکاری، سزادهی و به عقب راندن بزهکار از صحنه اجتماع و بازداشتن وی از تکرار جرم و به مخاطره انداختن امنیت است و اگر قرار باشد بزهکار با مجازات و اعمال کیفر متنبه اعمال خود نشود، از مسیر تشدید مجازات در تکرار جرم و سلب توان بزهکاری وی، اقدام خواهد شد (قناد و اکبری، ۱۳۹۶: ۵۸). این رویکرد، مبتنی بر رعایت اصل تناسب، اصل ثبات و اصل قطعیت مجازات‌هاست و برخلاف تصور رایج، سزادهی لزوماً به معنای تشدید مجازات نیست، بلکه به معنای کاستن از سستی و تزلزل اجرای آن‌ها و قطعیت بخشیدن به آن‌هاست (داودی گرمارودی، ۱۳۸۴: ۷۴). ارمغان دیگر جرم‌شناسی امنیتی به حقوق کیفری این است که اقدام‌های تأمینی‌طردکننده و امنیتی را به‌تدریج دوباره به کیفر اضافه می‌کند. کیفر پاسخ به مجرمیت است، لکن اقدام تأمینی، که گاه در قالب مجازات در قانون پیش‌بینی و در حکم صادر و سپس اعمال می‌شود، پاسخ به حالت خطرناک بزهکار است که با مجازات سزادهنده برطرف نمی‌شود یا نشده است. به عبارت دیگر، کارکرد اقدام‌های تأمینی در جرم‌شناسی امنیتی، سلبی است، یعنی به دنبال خنثی‌سازی و توان‌گیری از بزهکار خطرناک و حتی افراد ریسک‌دار که در آستانه ارتکاب جرم هستند، است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۱: ۲۳). دیدگاه جدید کنترل جرم، که بزهکار را نه آلت فعل جامعه، بلکه کنشگری فعال که با آگاهی و محاسبه ارتکاب جرم را انتخاب کرده است می‌داند، به احتمال ارتکاب جرم و تکرار جرم افراد تکیه می‌کند و با توجه به معیار خطرناکی آنان، کنترل بزهکاری و مدیریت افراد یا گروه‌های در خطر را به‌منظور تأمین امنیت جامعه و مردم در اولویت قرار می‌دهد. این سیاست‌های کنترل جرم به‌طور معمول با عنوان‌های عدالت‌سنجی، تخمینی یا آماری شناخته می‌شود. برای نمونه در خصوص عدالت‌سنجی^{۵۱} گفته شده است که راهبرد آن شناسایی و مدیریت گروه‌های سرکش مجرم است و هدف آن محو جرم نیست، بلکه قابل تحمل ساختن آن از طریق نظام‌بخشی است (آقابابایی، ۱۳۹۰: ۷۸). در این دوره، توجه بیشتر نظام‌های جزایی غربی به رویکرد سزادهی و کنترل جرم، جلب شده و سخت‌گیری نسبت به جرم تقریباً همگانی شده

است. اری فریبرگ معتقد است جنبش سخت‌گیری نسبت به جرم، جنبش بین‌المللی است که امید می‌رود از طریق آن صلح همگانی و نظم دوباره برقرار شود (داودی گرمارودی، ۱۳۸۴: ۸۱). برخلاف حقوق کیفری کلاسیک که بر پایه آموزه‌های مکتب دفاع اجتماعی، انسان مجرم دشمن جامعه تلقی نشده و شخصی محسوب می‌شد که به‌طور موقت از راه راست خارج شده و قابل اصلاح و بازگشت به جامعه بود، اما در حقوق کیفری مدرن یا دشمن‌مدار یا امنیت‌مدار، مجرم یک دشمن است و گفتمان مقنن و دولت خطاب به مجرمان، نوعی گفتمان رزمی بر پایه طرد و اخراج از جامعه است (میلانی و اردکانی ارجمند، ۱۳۹۴: ۲۶). جنبش‌های بازگشت به کیفر در کشورهای آمریکای شمالی و اروپای غربی را می‌توان در قانون امنیت داخلی فرانسه مصوب ۲۰۰۳ که نمودی از نظریه پنجره‌شکسته و تسامح صفر است یا در تأسیس وزارت امنیت داخلی در آمریکا مشاهده کرد. دیدگاه عدالت استحقاقی اخیراً بر مقررات کیفری انگلستان نیز تأثیر گذاشته و ثبات بیشتر مجازات‌ها را بر مبنای اصل تناسب عینی جرم و مجازات موجب شده است. قانون عدالت کیفری مصوب ۱۹۹۱ این کشور (یزدیان جعفری، ۱۳۸۵: ۴۶) و نیز قانون جرم و بی‌نظمی مصوب ۱۹۹۸ و قانون ادله کیفری و عدالت نوجوانان مصوب ۱۹۹۹ در انگلستان نیز مؤید این مطلب است. این تحولات در سیاست‌های کیفری کشورها، در حوزه جرائم عمومی نمود و بروز جدی داشته، ولیکن در حوزه جرائم امنیتی چندان نمود بارزی نداشته است، چراکه جرائم امنیتی از همان ابتدای امر با رویکرد مکافات‌گرا و با هدف عقیم‌سازی حالت خطرناک افراد در معرض جرم، بوده و اگرچه در برخی مقاطع دولت‌ها برحسب رعایت آزادی‌های فردی، راهبرد عقب‌نشینی و عدم مداخله را در پیش گرفته‌اند، در حوزه اعمال ضرر بار امنیتی، به‌سبب ایجاد ثبات در نظم عمومی و حاکمیت سیاسی به جرم‌انگاری حداکثری و توسعه‌طلب روی آورده‌اند (مجیدی، ۱۳۸۶: ۱۴).

بازگشت نگرش مجازات‌گرا را در بسیاری از کشورها، می‌توان تسری یافتن نگاه امنیت‌گرای آنان در جرائم امنیتی به سایر جرائم دانست که نگرش آنان در جرائم امنیتی آرام‌آرام، بر سایر جرائم سایه انداخته و این نگرش را به سایر جرائم تسری داده است. آنچه به برجستگی نگاه‌های امنیتی در حوزه مطالعات جرم‌شناسی و توجه به میزان خطرناکی مجرم منجر شده است، ظهور جرائم تروریستی یا به اصطلاح تجاوزهای تروریستی است (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۱: ۲۳). تولد پارادایم و الگوی امنیت‌گرایی در قلمرو حقوق کیفری لیبرال، پس از حادثه ۱۱ سپتامبر ۲۰۰۱ در آمریکا، افراط‌گرایی و عوام‌فریبی‌های به‌عمل‌آمده در خصوص لزوم امنیت‌گرایی، بسترهای تحدید تضمینات دادرسی عادلانه در قبال برخی از موارد بزهکاری و بزهکاران را فراهم آورد. این امنیت‌گرایی دولت‌های غیراقتدارگرا در خصوص جرم، با

رسوخ در اذهان و دیدگاه سیاستگذاران جنایی بسیاری از کشورهای مدعی دموکراسی، نگاه حاکم بر آنان را که پیش از آن به سمت و سوی شهروندمداری در حرکت بود، تغییر داده است (شاملو و مرادی، ۱۳۹۲: ۱۱۱-۱۱۲). براساس نظریه امنیت‌گرایانه، تأمین امنیت به‌عنوان هدف اولیه و والای سیاست جنایی پذیرفته می‌شود و کیفرها باید به‌منظور ایجاد امنیت و آرامش و نشان دادن قدرت حاکمیت در شدیدترین شکل ممکن اجرا شوند و هرگونه تعدیل و تجدیدنظر در خصوص مجازات‌ها را مردود می‌پندارند (افشین‌پور و نقوی، ۱۳۹۷: ۱۳۰-۱۳۱). در سیاست جنایی امنیت‌گرا حق حیات، حق خلوت و حریم خصوصی و حق آزادی شخصی مورد تعرض قرار می‌گیرند و با اقدام‌های مربوط به مداخله در وضعیت ماقبل جنایی یا اقدام‌های پیشگیرانه وضعی، حق خلوت و حریم شخصی از طریق مداخله و رصد رفت‌وآمدهای عادی، خدشه‌دار می‌شود و به‌نوعی به ترس از بزه‌دیده واقع شدن نیز دامن خواهد زد (رضوانی، ۱۳۹۱: ۱۵۴). در حال حاضر تفکرات امنیت‌محور در تمامی ابعاد و در عرصه‌های مختلف در حال گسترش است. نمود خارجی رشد چنین تفکراتی افزون‌بر گنجاندن در برخی مقررات کیفری، حتی در قالب نصب تجهیزات امنیتی مانند دوربین‌های مداربسته در اماکن خصوصی و عمومی بدون در نظر گرفتن حق خلوت اشخاص محسوس است (میلانی و اردکانی ارجمند، ۱۳۹۴: ۲۶). جنبش تعدیل کیفرها در مورد مرتکبان جرائم علیه امنیت کمتر به اجرا درآمده است و هنوز شدیدترین مجازات‌ها در زرادخانه کیفری دولت‌ها به واکنش علیه جرائم علیه امنیت اختصاص دارد (مجیدی، ۱۳۸۶: ۱۵).

سیاست کیفری کشورها در قبال جرائم امنیتی در نگاه کلان، تابع اهمیت یافتن تهدیدهای امنیتی آنان بوده است. ازاین‌رو تشدید مجازات‌های جرائم تروریستی در قیاس با سایر جرائم پس از بروز تهدیدهای تروریستی در جوامع مختلف قابل اشاره است. از سوی دیگر سیاست کیفری برخی کشورها به‌صورت منسجم و نظام‌مند و تعیین مجازات اشد برای جرائم شدیدتری که امنیت ملی را بیشتر تهدید می‌کند و مجازات اقل برای جرائمی که امنیت ملی را کمتر مورد تعرض قرار می‌دهد، شکل گرفته است. فارغ از منظر کیفرگرایانه، قانونگذاران تلاش کرده‌اند که سیاست هوشمندانه‌ای را در تقنین قوانین جزایی خود در حوزه امنیتی در راستای کاهش تهدیدهای امنیتی اتخاذ کنند که قوانین جزایی آنان متضمن حفظ حداکثری امنیت ملی آنان باشد و نقش پیشگیرانه توانمندتری را ایفا کند. در این زمینه حقوق‌دانان اصول متنوعی را برای قوانین مدنظر قرار داده‌اند که این اصول از حیث ثمربخشی تمایزی میان جرائم عمومی و امنیتی قائل نیست و برای تمامی قوانین جاری و ساری است. برای مثال برخی معتقدند که از نظر شکلی، نگارش قانون باید صریح، روشن، بدون ابهام، قابل فهم، موجز و

شفاف باشد، از نظر ماهیتی نیز قانون باید عادلانه، منطبق با اخلاقیات، برخاسته از ضرورت‌های جامعه، قابل اجرا، هماهنگ با دیگر اجزای ساختار حقوقی و منطبق با اسناد بالادستی شامل قانون اساسی و معاهدات بین‌المللی، همسو با اصول کلی حقوقی، دقیق، قابل پیش‌بینی، منطقی و عاقلانه باشد. الزامات شکلی و ماهیتی مذکور کاملاً به هم مربوطند و عناصر مقوم قانون محسوب می‌شوند و قانونی را که از استانداردهای مذکور برخوردار باشد، می‌توان قانونی کارآمد به‌شمار آورد (جزائری، ۱۳۹۶: ۵۹-۶۰).

قوانین جزایی در حوزه‌های امنیتی مطابق سایر قوانین متأثر از اصول مذکور است و اگرچه اعتبار قانون در این حوزه منوط به مقبولیت همگانی یا حداکثری نیست، هر اندازه که این تبعیت‌ها بیشتر صورت پذیرد، ثمربخشی و کارآمدی آن قوانین تضمین‌شده‌تر است. از این‌رو لزوم مطالعه و بررسی جرائم امنیتی با این رویکرد، از ضرورت و ویژگی خاصی برخوردار است. تاکنون پژوهش‌ها، کتاب‌ها و مقالات متعددی در حوزه جرائم امنیتی نگارش یافته که می‌توان به کتاب‌هایی مانند جرائم علیه امنیت و آسایش عمومی نوشته حسین میرمحمد صادقی، جرائم علیه امنیت و آسایش عمومی اثر محمدرضا الهی‌منش، محسن مرادی اوجقاز، جرائم علیه امنیت و آسایش عمومی نوشته ضیاءالدین پیمانی، جرائم علیه امنیت و آسایش عمومی اثر حسن پوربافرانی، جرائم علیه امنیت و آسایش عمومی نوشته محمدرضا واعظی‌نژاد، حقوق کیفری اختصاصی جرائم علیه امنیت اثر سید محمود مجیدی، قلمرو امنیت در حقوق کیفری نوشته حسین آقابابایی و ... و نگارش مقاله‌های متعددی از جمله «طرح براندازی در حقوق کیفری ایران، مصر و انگلستان» اثر حسین آقابابایی، «امنیت آزادی شخصی و مدیریت خطر جرائم امنیتی» نوشته حسین آقابابایی، «مبانی و مدل کیفرگذاری تعزیری (مطالعه موردی در جرائم علیه امنیت)» نوشته جلیل محبی و زینب ریاضت، «مدیریت قانونی جهت جلوگیری از جرائم تروریستی و از ارتکاب آن‌ها در استان سیستان و بلوچستان» نوشته محسن فاتح و محمدحسین پوریانی، «مدیریت اجرای جرم محاربه و مقایسه با دیگر جرائم علیه امنیت» اثر محسن فاتح و محمدحسین پوریانی و «امنیت ملی در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ (بررسی جرائم امنیتی مستوجب حد در قانون جدید مجازات اسلامی)» نوشته سمیه اسدی اشاره کرد که جملگی به ابعاد متنوع جرم امنیتی از تشریح ابعاد آن با نظام‌های مختلف حقوق کیفری یا فقه و یا تحلیل و توصیف جرائم امنیتی پرداخته‌اند و ورودی به مسئله مذکور نداشته‌اند. با وجود حجم زیاد پژوهش‌ها در این حوزه، لکن بررسی نارسایی‌ها و اشکالات تقنینی در این جرائم، مورد مذاقه و ریشه‌یابی چندانی قرار نگرفته است. البته برخی محققان به‌صورت موردی به این مسائل پرداخته‌اند، از جمله دکتر جعفر یزدیان جعفری در مقاله «تقابل

امنیت فردی و ملی در جرائم علیه امنیت»، به بررسی جایگاه اصول حقوق کیفری در جرائم علیه امنیت، نقض برخی اصول ماهوی مانند اصل قانونی بودن جرم و مجازات، اصل مادی بودن جرائم، اصل عدم تأثیر انگیزه در عنصر معنوی، اصل شخصی بودن مسئولیت، اصل تناسب جرم و مجازات، اصل فردی کردن مجازات و نقض اصول شکلی نظیر اصل صلاحیت سرزمینی، اصل صلاحیت محاکم عمومی، اصل برائت و اصل علنی بودن رسیدگی پرداخته و مشروعیت یا عدم مشروعیت نقض اصول مذکور را مورد بحث قرار داده است، لکن بررسی قوانین کیفری مذکور از حیث اصول و روش‌های تقنینی از ابعاد مختلف واکاوی نشده است. ازاین‌رو بررسی قوانین کیفری ایران در حوزه جرائم علیه امنیت از زاویه اصول پذیرفته‌شده قانون‌نویسی و تبیین نواقص و اشکالات موجود در این حوزه از زمره موضوعاتی است که مورد توجه محققان نبوده و نیاز است که در این خصوص تحقیقات بیشتری صورت پذیرد.

این مقاله به روش تحلیلی- توصیفی و مراجعه به منابع کتابخانه‌ای و مطالعه اسناد داده‌های مقتضی جمع‌آوری و سپس تحلیل شده و تلاش شده است که ضمن پاسخ به این پرسش که قوانین کیفری ایران در حوزه جرائم امنیتی تا چه حد از اصول و قواعد حاکم بر قوانین و سیاست هوشمندانه در راستای پیشگیری حداکثری تبعیت می‌کند، با نگاهی به نظام حقوق کیفری ایران در جرائم علیه امنیت، ضمن اشاره‌ای گذرا به نظام کیفری فرانسه در این حوزه، به بیان شاخص‌ها، ابهامات و اشکالاتی که قانونگذار ایران در تدوین این قوانین به آن کم‌توجهی کرده است، پرداخته شود تا از این رهگذر قانون‌نویسان جمهوری اسلامی بتوانند با بازنویسی و بازبینی این قوانین، نواقص موجود را مرتفع سازند و کارآمدی قوانین کیفری در جرائم امنیتی را بهبود بخشند.

۱. مفاهیم و مبانی نظری (مفهوم جرم امنیتی)

جرم علیه امنیت در واقع فعل یا ترک فعل‌هایی است که هدف، موضوع و مجنی علیه آن در واقع امنیت است، ازاین‌رو تعریف این جرائم را باید در تعریف امنیت یافت، مع‌الوصف امنیت واژه سیالی است که مشابه بسیاری از مفاهیم کلی علوم انسانی مانند عدالت، آزادی و ... مؤلفه‌های مختلفی در تبیین آن نقش دارند و در زوایای مختلف، تعارف گوناگونی پیدا می‌کند و تعریف آن به تعاریف واژگان دیگری مانند تهدید، ترس، خوف و ... وابسته است. مفهوم امنیت در لغت فارسی به معنی بی‌خوفی، بی‌بیمی، ایمنی، جای امن، ایمن شدن و در امان بودن (دهخدا، ۱۳۷۷: ۳۳۷۷) یا به معنای آزادی، آرامش، فقدان ترس و عدم هجوم دیگران (معین، ۱۳۸۸: ۱۳۵۴) یا در معرض خطر نبودن یا از خطر محافظت شدن است. به معنای دیگر حالت فراغت از هرگونه تهدید یا حمله یا آمادگی برای رویارویی یا هر تهدید و حمله را گویند (آشوری، ۱۳۸۶: ۳۸). کلمه امنیت در لغت عربی از ریشه «امن»، «استیمان»، «ایمان» و «ایمنی»

گرفته شده و به مفهوم اطمینان، آرامش در برابر خوف و ترس و نگرانی و ناآرامی است (دری نجف‌آبادی، ۱۳۷۹: ۲۸۲). در کتاب *لسان العرب* واژه امن در برابر خوف قرار داده شده (آقابابایی، ۱۳۸۹: ۲۶). در قرآن کریم، آیات متعددی شامل کلمات «امن» و «آمن» و مشتقات دیگر این واژه که به معنای ایمنی، آرامش قلب و خاطر جمع بودن است، آمده است. قرآن کریم علاوه بر مشتقات کلمات مذکور به بیان کلمات مترادف نیز پرداخته است که نمونه آن کلمات مشتق شده از «سلم» است (طباطبایی، ۱۳۹۷: ۶۲).

معنای اصطلاحی امنیت نیز مشابه معنای لغوی آن است و می‌توان آن را به رهایی از تردید، آزادی از اضطراب و بیمناکی و داشتن اعتماد و اطمینان موجه و مستند تعبیر کرد. امنیت به صورت وسیع، در مفهومی به کار گرفته شده است که به صلح، آزادی، اعتماد، سلامتی و دیگر شرایطی اشاره می‌کند که فرد یا گروهی از مردم، احساس آزادی از نگرانی، ترس، خطر یا تهدیدهای ناشی از داخل یا خارج را داشته باشند. شایان ذکر است که معنای اصطلاحی امنیت به علت تسری این معنا در حوزه‌های مختلف و متعدد ارزش‌ها یا سطوح متفاوتی که بحث امنیت در آن‌ها مطرح است، معانی مختلفی پیدا می‌کند (آقابابایی، ۱۳۸۹: ۲۷) و به اقتضای موقعیت سیستم حکومت و عدالت کیفری، ارزش‌های مورد توجه آن متفاوت است و همه این تفاوت‌ها نشان از سیال و متنوع بودن مفهوم امنیت دارد (کوشکی و علیزاده سرشت، ۱۳۹۴: ۱۰۷).

امنیت را در سطوح مختلفی نیز می‌توان مورد توجه قرار داد، از جمله سطح فردی، اجتماعی و ...، از سوی دیگر امنیت دارای دو بعد عینی و ذهنی است و در این میان امنیت ذهنی یا به اصطلاح امنیت پنهان که نسبت به سایر اشکال امنیت، همانند روح است، نسبت به جسم، کمتر مورد توجه واقع شده است. در تبیین دو وجه عینی ذهنی امنیت باید افزود که عموماً امنیت را در قالب تهدید نکردن تعریف کرده‌اند که امری عینی است، اما باید اضافه کرد که امنیت وقتی وجود دارد که احساس کنیم تهدیدی در کار نیست و این همان امنیت ذهنی است. از این رو امنیت شامل معانی اطمینان، عدم خوف، در امان بودن و نهراسیدن است و در بردارنده احساس امنیت در حالات و موقعیت‌های ذهنی، تا ایمنی و اطمینان خارجی در موقعیت‌های عینی و بیرونی است و وضعیت فیزیکی را با حالت فکری در هم می‌آمیزد. بدیهی است امنیت ذهنی و عینی، از بعد فردی به امنیت اجتماعی وابسته است (جزایری، ۱۳۹۴: ۳۱). فارغ از ابعاد متنوع امنیت، کلمه امنیت در مفهوم جرائم علیه امنیت ناظر بر امنیت اجتماعی و ملی است، و الا در حقوق کیفری، امنیت فردی موضوع جرائم علیه اشخاص و امنیت بین‌المللی موضوع جنایات بین‌المللی است (یزدیان جعفری، ۱۳۹۵: ۶۰). در جایی که امنیت به طور مستقیم موضوع بزه قرار می‌گیرد، از آن‌ها به بزه‌های بر ضد امنیت ملی یاد می‌شود

(عالی‌پور و کارگری، ۱۳۸۹: ۲۴).

۲. نادیده‌انگاری بایسته‌های تقنینی (یافته‌های پژوهش)

یکی از رشته‌های مطالعات اجتماعی و کیفری، جامعه‌شناسی کیفری^{۵۲} است که شاخه‌ای از جامعه‌شناسی حقوقی است و برخلاف جامعه‌شناسی جنایی^{۵۳} که به بررسی واکاوی عوامل پیدایش جرم با تمرکز بر عوامل جامعه‌شناختی می‌پردازد، در جامعه‌شناسی کیفری، به بررسی فرایند تولید، شکل‌گیری، عملکرد و کارکرد قوانین کیفری، نهادهای کیفری (ضابطان و مقامات قضایی)، قانونگذاری کیفری، مجریان عدالت کیفری و به‌طور کلی تحلیل تصمیمات قضایی، آثار مجازات‌ها در جامعه و ... پرداخته می‌شود. کارآمدی قوانین از مباحث مورد مطالعه در این حوزه است. قانون اگرچه نمودی از خواست حاکمیت است و چاره‌ای جز تمکین برای آن در میان توده‌های جامعه نیست، کارآمدی یک قانون بسترساز تمکین جامعه به آن قانون است. قوانینی که از سوی بسیاری از آحاد جامعه مورد توجه قرار نگیرد، هرچند از ابزار قهریه یا شدت مجازات زیادی نیز برخوردار باشد، لکن ناکارآمدی آن سبب عدم تمکین بخش زیادی از جامعه می‌شود. قانونگذاران برای حل برخی از این قوانین ناکارآمد به جرم‌زدایی می‌پردازند و عملاً با جرم‌زدایی، صورت مسئله را پاک می‌کنند. در صورتی که قانونی از مؤلفه کارآمدی برخوردار باشد، تمکین جامعه را نیز با کمترین ابزار قهریه و مجازات به آن تمکین می‌کنند. از این‌رو محققان معتقدند که قانونگذاری باید بر پایه اصول و الزامات شکلی و ماهوی استوار شود.

سابقه تقنینی ایران در حوزه جرائم علیه امنیت را به‌واسطه تأثیرپذیری کامل قوانین کیفری از متون فقهی، باید به صدر اسلام و سابقه در حدود ۱۴۰۰ سال دانست، این سابقه طولانی در کنار تجارت به‌دست‌آمده از نظام‌های حقوقی سایر کشورها، انتظارات از قانونگذاری را افزایش داده است. مع‌الوصف اشکالات جدی در قوانین کیفری ایران را می‌توان در حوزه جرائم امنیتی مشاهده کرد که در این نوشتار، به بخشی از این انتقادات پرداخته می‌شود.

۲-۱. نارسایی‌ها و ابهامات قوانین

قوانین کیفری اگرچه با مشخص کردن مجازات برای ناقضان هنجارهای رسمی کشور، تلاش دارند تقاص جامعه را از هنجارشکن‌ها بگیرند و با مجازات افکار عمومی جامعه را که لطمه دیده است، التیام بخشند یا آنکه به‌عنوان ضمانت اجرای هنجارهای رسمی سبب قوام و ثبات آن شوند، لکن هدف اصلی این قوانین، صیانت از این هنجارها و نقش پیشگیرانه است، چراکه هدف اصلی مقنن، دور ساختن جامعه از هنجارشکنی است. حال اگر این قوانین دچار نارسایی‌ها و ابهاماتی باشد و سبب سردرگمی جامعه شود، در عمل از هدف اصلی خود که پیشگیری است، فاصله معناداری می‌گیرد و در یک نقض غرضی بستر

هنجارشکنی را فراهم می‌آورد.

بسیاری از محققان در خصوص قانون‌نویسی، اصولی را مطرح کرده‌اند که متضمن تمرین بیشتر بودن قوانین است. از این رو برخی محققان معتقدند که نگارش قانون از نظر شکلی، باید صریح، روشن، بدون ابهام، قابل فهم، موجز و شفاف باشد. از نظر ماهیتی نیز قانون باید عادلانه، منطبق با اخلاقیات، برخاسته از ضرورت‌های جامعه، قابل اجرا، هماهنگ با دیگر اجزای ساختار حقوقی و منطبق با اسناد بالادستی شامل قانون اساسی و معاهدات بین‌المللی، همسو با اصول کلی حقوقی، دقیق، قابل پیش‌بینی، منطقی و عاقلانه باشد. الزامات شکلی و ماهیتی مذکور کاملاً به هم مربوط‌اند و عناصر مقوم قانون محسوب می‌شوند و قانونی را که از استانداردهای مذکور برخوردار باشد، می‌توان قانونی کارآمد به‌شمار آورد (جزایری، ۱۳۹۶: ۵۹-۶۰). لکن بررسی قوانین سیاسی و امنیتی در قوانین کیفری ایران گویای آن است که ابهامات جدی در این حوزه وجود دارد.

۱-۲-۱. پراکندگی تقنینی

قانون‌گذاری پراکنده، به معنای قانون‌گذاری موردی و متعدد، به‌ویژه صلاحیه‌های مکرر به قوانین و الحاق مفاد جدید به قوانین پیشین، بدون دغدغه حفظ کلیت و سازگاری نظام حقوقی و دسترسی آسان مردم به قواعد حقوقی لازم‌الاجراست. این رویه به پدیده تورم قوانین یا تورم قانون‌گذاری^{۵۴} دامن می‌زند و یکی از آسیب‌های شایع نظام تقنینی شمرده می‌شود (مرکز مال‌میری و مهدی‌زاده، ۱۳۹۴: ۱۵۸). این مسئله به‌وضوح در جرائم علیه امنیت مشاهده می‌شود، اگرچه عمده این جرائم ذیل کتاب دوم (حدود) در فصل هشتم، محاربه شامل مواد ۲۷۹ تا ۲۸۵ و فصل نهم، بغی و افساد فی‌الارض شامل مواد ۲۸۶ و ۲۸۸ و جرائم ذیل کتاب تعزیرات در فصل اول، در جرائم ضد امنیت داخلی و خارجی کشور شامل مواد ۴۹۸ تا ۵۱۲ و فصل دوم، اهانت به مقدسات مذهبی و سوء قصد به مقامات داخلی شامل مواد ۵۱۳ تا ۵۱۵ و فصل سوم، در سوء قصد به مقامات سیاسی خارجی شامل مواد ۵۱۶ و ۵۱۷ قانون مجازات اسلامی احصا شده است، لکن به‌صورت پراکنده نیز در کتاب تعزیرات مورد اشاره قرار گرفته است و می‌توان به موارد متعددی از جمله تبانی برای ارتکاب جرائم علیه امنیت (ماده ۶۱۰)، آتش زدن اموال به قصد مقابله با حکومت اسلامی (ماده ۶۷۵)، نهب و غارت و اتلاف اموال به‌صورت جمعی (ماده ۶۸۳)، خرابکاری در وسایل و تأسیسات مورد استفاده عمومی به‌منظور اختلال در نظم و امنیت عمومی (ماده ۶۷۸)، تظاهر، قدرت‌نمایی، هیاهو و جنجال (ماده ۶۱۷)، جعل اسکناس، سکه، اوراق و اسناد بهادار (ماده ۵۲۶) و ... اشاره کرد. افزون‌بر پراکندگی مواد مرتبط با جرائم امنیتی در قانون مجازات اسلامی، قوانین متعددی نیز به تصویب رسیده که در

آن‌ها موارد مختلفی از جرائم امنیتی مورد تقنین قرار گرفته است؛ از جمله در قانون کیفر بزه‌های مربوط به راه‌آهن مصوب ۱۳۲۰/۰۱/۳۱، قانون در خصوص مجازات اخلا لگران در صنایع نفت ایران مصوب ۱۳۳۶/۰۶/۱۶، قانون مجازات اخلا لکنندگان در امنیت پرواز هواپیما و خرابکاری در وسایل و تأسیسات هواپیما مصوب ۱۳۴۹/۱۲/۴، قانون مجازات اخلا لکنندگان در تأسیسات آب و برق و گاز و مخابرات کشور مصوب ۱۳۵۱/۱۰/۱۲، قانون مجازات اخلا لگران در صنایع مصوب ۱۳۵۳/۰۲/۰۲، قانون مجازات اخلا لگران در نظام اقتصادی کشور مصوب ۱۳۶۹/۰۹/۱۹ (اصلاحی ۱۳۸۴)، قانون جرائم رایانه‌ای مصوب ۱۳۸۸/۳/۵ و قانون مجازات قاچاق اسلحه و مهمات و دارندگان سلاح و مهمات غیرمجاز مصوب ۱۳۹۰/۰۶/۰۷ و ... قابل اشاره است.

قانونگذاری متمایز در حوزه جرائم علیه امنیت، صرفاً در خصوص جرائم نیروهای مسلح (قانون نیروهای مسلح قانون مجازات جرائم نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۲/۱۰/۲۵) به واسطه تمایز نیروهای مسلح از شهروندان عادی منطقی به نظر می‌رسد، لکن در سایر موضوعات سبب پیدایش اشکالات مختلفی می‌شود که به آن پرداخته خواهد شد. با وجود این صرف این پراکنده تقنینی نیز به عنوان یکی از اشکالات مجزای قوانین قابل اشاره است. قانونگذاری پراکنده را می‌توان از آسیب‌های مبتلا به نظام قانونگذاری جمهوری اسلامی ایران دانست. با تتبع در قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی به موارد متعددی برخورد می‌کنیم که از مصادیق قانونگذاری پراکنده شمرده می‌شود (مرکزالمیری و مهدی‌زاده، ۱۳۹۴: ۱۵۷).

۲-۱-۲. تعارض یا تناقض قوانین

تعارض و تناقضات قانونی از نتایج پراکنده تقنینی است که این تناقضات در جرائم علیه امنیت به وضوح قابل مشاهده است. قانونگذار جمهوری اسلامی ابتدا در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ کلیات، حدود، دیات و قصاص را جرم‌انگاری و در باب هفتم کتاب حدود، در مواد ۱۸۳ تا ۱۹۶ موضوع محاربه و افساد فی الارض را تبیین کرده است. در رویکرد این قانون، محاربه، افساد فی الارض و بغی به عنوان یک عنوان عام محاربه جرم‌انگاری شده که سبب انتقاد بسیاری از حقوق‌دانان و فقیهان قرار گرفته است. از این رو در قانون جدید مجازات اسلامی که در سال ۱۳۹۲ تصویب شده، ضمن تمایز این عناوین به تبیین آنان در ذیل فصل هشتم کتاب حدود (محاربه) در مواد ۲۷۹ تا ۲۸۵ و فصل نهم کتاب حدود (بغی و افساد فی الارض) در مواد ۲۸۶ تا ۲۸۸ پرداخته شده است و برخلاف نگرش برخی فقیهان که یکی از عناصر مادی جرائم امنیتی را مسلحانه دانسته‌اند، در تعریف جدید خود، در عنصر مادی جرم محاربه، مطابق نگرش بسیاری از فقیهان از ضابطه دست به سلاح بردن تبعیت کرده است و برخی از مصادیق

محاربه را از جمله نامزد شدن برای تصدی یکی از پست‌های حساس حکومت کودتا که طبق ماده ۱۸۸ ق.م.ا ۱۳۷۰ به‌عنوان یکی از مصادیق محاربه ذکر شده بود، حذف نمود. این اقدام اگرچه ارزنده محسوب می‌شود، قانون مجازات اسلامی را دچار تناقضات تقنینی کرده است. قانونگذار در ق.م.ا ۱۳۹۲ از ضابطه دست به سلاح بردن بهره گرفته، درحالی‌که در مصادیق مختلفی که در سایر قوانین از جمله کتاب تعزیرات ق.م.ا ۱۳۷۵ برای محاربه گرفته شده است، در تعارض است. از جمله این موارد می‌توان به ماده ۵۰۴ ق.م.ا اشاره کرد که تحریک مؤثر نیروهای مسلح به عصیان و ... به‌منظور براندازی و یا پیروزی دشمن را از مصادیق محاربه دانسته، درحالی‌که در تحریک ضابطه دست به سلاح بردن وجود ندارد و بنابر تعریف ق.م.ا ۱۳۹۲ این امر صرفاً از حیث معاونت باید جرم تلقی شود و اگر هم قانونگذار تصمیم به جرم‌انگاری مستقل معاونت در جرمی دارد، باید آن معاونت با جرمی که آن را از مصادیق آن برشمرده است، قرابت مفهومی داشته باشد. این ناهمخوانی مفاهیم با مصادیق ذکرشده در قانون مجازات جرائم نیروهای مسلح نیز شدت بیشتری یافته است، چراکه در این قانون هریک از ضابطه‌های نوعی (موجب اخلال در امنیت و ...) و شخصی (به‌منظور براندازی) به‌تنهایی مورد تأکید قرار گرفته و عملاً برخی از مصادیق ذیل عنوان محاربه، چندان سنخیتی با تعریف ارائه‌شده از محاربه ندارد و حتی شامل ترک فعل، معاونت، تبانی، اعمال مقدماتی و شروع به جرم نیز شده است. از جمله می‌توان به موارد ذیل اشاره کرد:

- ✓ تبانی با دشمن به‌منظور براندازی نظام (بند «ب» ماده ۲۱)؛
- ✓ کمک یا جمع‌آوری نیرو یا تحریک یا فراهم آوردن جذب نیرو برای دشمن و گروه‌های محارب به‌منظور براندازی (بند «ج» ماده ۲۱)، تحریک به عصیان و فرار ... یا مخفی کردن فراریان (ماده ۲۳)، تحریک به تخریب یا آتش زدن وسایل و تجهیزات نظامی (مواد ۹۳ و ۹۴)؛
- ✓ ترک فعل‌هایی (ترک وظایف و مسئولیت‌ها) که موجب ضرر معتنابهی می‌شود (ماده ۲۹، ۳۰، ۳۱، ۳۲، ۳۵، ۳۷، ۴۲، ۴۳، ۴۴ و بند «الف» ماده ۵۱)؛
- ✓ سرپیچی نظامیان مسلح از اطاعت مافوق به‌صورت دسته‌جمعی یا تبانی (بند الف ماده ۳۳)
- ✓ عدم اجرای دستورهای سازمان‌های ذی‌صلاح (ماده ۳۹)؛
- ✓ برخی از مصادیق فرار انفرادی (ماده ۶۱ تا ۶۵ و ۷۱ تا ۷۳)؛
- ✓ فرار جمعی (بیش از دو نفر) با تبانی (ماده ۷۴)
- ✓ ارائه گزارش خلاف واقع (بند «الف» ماده ۷۸)؛

- ✓ فروش و حیف و میل و اگذاری اشیای نظامی و اموال نیروهای مسلح (ماده ۸۷)؛
- ✓ سرقت وسایل و تجهیزات نظامی (ماده ۹۲)؛
- ✓ توزیع اقلام خوراکی و دارویی تقلبی (ماده ۱۱۵).

افزون بر موارد مذکور می‌توان به برخی از اقسام جاسوسی (بندهای «الف و ج» ماده ۲۴) یا موارد مشابه آن مانند افشای پایگاه یا تأسیسات و تجهیزات نظامی یا نقشه‌ها و اسناد و اسرار نظامی (بند «الف» ماده ۲۱) نیز اشاره داشت که برای آنان مجازات محارب در نظر گرفته شده است. اگرچه فقها بر سر حدی بودن یا تعزیری بودن جاسوس اختلاف نظرهایی دارند و برخی آن را مستوجب اعدام دانسته و به برخی روایات نیز استناد کرده‌اند، لکن از این جرم تحت عنوان محاربه استفاده نکرده‌اند. شاید چنین برداشت شود که قانونگذار در ق.م.ن.م برای حل این مشکل تلاش داشته از عنوان «مجازات محارب» استفاده کند که به شکلی عناوین مذکور را تحت عنوان محاربه تلقی نکرده است. از سوی دیگر مجازات محارب را برای آنان در نظر گیرد تا از این رهگذر از تناقضات مذکور نجات یابد، لکن این راهکار نیز با توجه به اینکه حدود در شرع مقدس مشخص‌اند و نمی‌توان عناوین مشابه برای آنان ترسیم کرد، چندان منطقی به نظر نمی‌رسد.

تعارضات تقنینی قانونگذار در حوزه جرائم علیه امنیت، سبب شده است که برخی معتقد باشند با نگاهی بر قوانینی که درباره در حکم محارب بودن ذکر شده، می‌توان نتیجه گرفت که قانونگذار ایران برای شمول عنوان محاربه نسبت به عمل مرتکب، بیش از آنکه به ضابطه دست به اسلحه بردن توجه کند، به آثار جرم (ضابطه نوعی) یا قصد فاعل (ضابطه شخصی) که همان ایجاد اخلال و برهم زدن امنیت و ... است، توجه کرده است (میرمحمد صادقی، ۱۳۹۲: ۵۲).

تعارضات و تناقضات قوانین را در جرائم دیگری نیز می‌توان مشاهده کرد، قانونگذار در سال ۱۳۷۰ در جرم‌انگاری جرائم سازمان‌یافته امنیتی، در مواد ۱۸۶ و ۱۸۷ ق.م.ا (منسوخ‌شده) عضویت و هواداری را که آگاهانه و همراه با تلاش مؤثر باشد و هر نوع پشتیبانی را در تشکل‌های سازمان‌یافته مسلح، ولو آنکه در شاخه نظامی آن نباشند، جرم‌انگاری حداکثری کرد و آنان را محارب دانست. بعدها در سال ۱۳۷۵ در مواد ۴۹۸ و ۴۹۹ ق.م.ا صرف عضویت (عنصر مادی حالت) را در گروه‌های غیرمحارب جرم‌انگاری کرد و هیچ‌گونه قیدی مانند همراه با تلاش مؤثر برای آن قرار نداد، درحالی‌که موضوع این ماده گروه‌های غیرمحارب بود که به‌مراتب از گروه‌های محارب عنوان خفیف‌تری دارد. اگر عضویت در تشکل یا گروه به قصد برهم زدن امنیت جرم باشد، به طریق اولی باید عضویت در گروه، تشکل محارب نیز جرم باشد، اما قانونگذار آن را جرم‌انگاری نکرده و آن را با مقید به تلاش تأثیرگذار کرده بود.

همچنین ماده ۱۸۶ علاوه بر عضویت، دایره جرم را به هواداران دارای فعالیت مؤثر نیز تسری داده و آن را با اشد مجازات جرم‌انگاری کرده است، لکن برای هواداران دارای فعالیت غیرمؤثر نیز هیچ‌گونه جرم‌انگاری نداده بود که این امر بیانگر نگاه صفر و صدی به جرم و مجازات و عدم تناسب جرم و مجازات بوده است. این مسئله در سال ۱۳۹۲ مرتفع شد و قانونگذار در مواد ۲۸۷ و ۲۸۸ ق.م.ا عضویت در گروه‌های مسلحانه (باغی) را جرم‌انگاری کرده و قید فعالیت مؤثر را نیز حذف کرد که این تعارض با ماده ۴۹۹ مرتفع شود. از سوی دیگر همانند ماده ۴۹۹ برای هیچ نوع از هواداران جرم‌انگاری صورت نگرفت که بیانگر تغییر نگاه مقنن به این مسئله از تسامح صفر به تسامح حداکثری در این خصوص است.

۳-۱-۲. ابهام و کلی‌گویی عناوین مجرمانه

اصل کلی در حقوق جزای امروز آن است که قانون باید صریح و روشن باشد و جا برای تفسیر و تعبیر باقی نگذارد (میرمحمد صادقی، ۱۳۹۲: ۲۹). از نظر شکلی، نگارش قانون باید صریح، روشن، بدون ابهام، قابل فهم، موجز و شفاف باشد (جزایری، ۱۳۹۶: ۵۹-۶۰). بی‌تردید قوانین کیفری به دلیل حساسیت و اهمیت ویژه‌ای که دارد، باید روشن و بدون ابهام نوشته شود و این وظیفه در مواردی که با مجازات سنگینی مثل اعدام مواجهیم، طبعاً مضاعف می‌شود (میرمحمد صادقی، ۱۳۹۲: ۶۳). یک قانون متناقض، مبهم یا مغلق، موجب سردرگمی مجریان و تابعانی خواهد بود که می‌خواهند و باید قانون را به اجرا درآورند یا از آن پیروی کنند (راسخ، ۱۳۸۴: ۳۳). با آنکه این اصل از شاخص‌های اصلی تدوین قوانین است، لکن با بررسی اجمالی جرائم علیه امنیت می‌توان به وضوح سردرگمی، ابهام و کلی‌گویی را در این قوانین مشاهده کرد که در عناوینی مانند افساد فی الارض نمایان است که مفهومی کلی بدون ارائه ملاک‌ها و حدود و ثغور آن‌ها جرم‌انگاری شده است. برای مثال قانونگذار در ماده ۲ مجازات اخلاالگران در نظام اقتصادی کشور به بیان دو قسم از اخلاالگران در نظام اقتصادی پرداخته و از حیث عنصر مادی دو نوع اخلاال را تصور کرده است که یکی اخلاال در حد افساد فی الارض و دیگر اخلاال با شدت کمتر که موجب افساد نمی‌گردد، است. لکن معیاری را برای تشخیص شدت اخلاال، معلوم نکرده و تشخیص آن را به قاضی محول کرده است. چنین شیوه قانون‌نویسی، زمینه اعمال سلايق شخصی قضات را فراهم می‌کند و امکان نقض آزادی‌های مشروع و حقوق شهروندی افراد را گسترش می‌دهد. شاید بتوان گفت که رشد و تحولات گسترده در عرصه اقتصادی کشور وجود شرایط متعدد زمانی و مکانی تأثیرگذار در اطلاق اخلاال، سبب شده است که قانونگذار بهترین گزینه را که واگذار کردن تشخیص موضوع به قاضی است، برگزیند و اگر قانونگذار اقدام به احصا و محدود کردن و بیان معیارهای خاص می‌کرد، با مرور زمان

دچار مشکلات عدیده و عدم تطبیق با زمان و مکان‌های مختلف پدیدار می‌شد که عملاً این قانون را با چالش‌هایی جدی مواجه می‌کرد یا شاید با استناد به اینکه قانونگذار ضمن احاله این موضوع به تشخیص قاضی، در تبصره ۲ ماده ۱ این قانون، نظر کارشناسان را نیز مورد توجه قرار داده است، بتوان کلی‌گویی و ابهام تقنینی مذکور را توجیه کرد، لکن باید پذیرفت که این اقدام از مصادیق ابهام قانون است که تبعات سوئی مانند تمایز احکام دادگاه‌ها در پرونده‌های مشابه را نیز به همراه دارد. واژه‌های گسترده، شدید، عمده و وسیع که در چنین ماده‌هایی به کار رفته‌اند، تعریف دقیق و روشنی ندارد و هر قاضی ممکن است تعریف خاص خود را از آن‌ها ارائه دهد (میرمحمد صادقی، ۱۳۹۲: ۶۳). از سوی دیگر فزونی و بی‌ثباتی قوانین، بی‌دقتی در تدوین و محتوای قانون و ابهامات در شرایط اعمال آن، برای شهروندی که ناگهان با اعمال قانون روبه‌رو می‌شود، ناامنی حقوقی ایجاد می‌کند که گاهی قابل تحمل نیست (متیو، ۱۳۹۱: ۱۳۵). حقوق کیفری اقتصادی ایران از شفافیت لازم برخوردار نیست. واژگان مبهم و کلی در مهم‌ترین متن قانونی جرائم اقتصادی مانند اخلال، عمده، کلان و فراوان بدون تعریف و تعیین قلمرو آن سبب تفسیرهای گوناگون و سردرگمی قضات، شکات، متهمان و وکلای آن‌ها می‌شود و در نهایت موفقیت لازم در مبارزه با جرائم اقتصادی را به دنبال ندارد (معاونت آموزش قوه قضاییه، ۱۳۸۷: ۳). برخی محققان نیز با توجه به این ابهام و کلی‌گویی در حوزه امنیت، انتقادهایی را مطرح و بیان می‌کنند که مقنن در تقابل بین آزادی و امنیت، دامن امنیت را می‌گیرد و با جرم‌انگاری گسترده و خارج از ضوابط جاافتاده حقوق کیفری سعی در حفظ و تداوم ارزش‌های مدنظر خویش دارد (کوشکی و علیزاده سرشت، ۱۳۹۴: ۱۰۸).

۴-۱-۲. جزئی‌نگری (عدم جامعیت)

نظام حقوق کیفری ایران، هرچه در حوزه جرائم سخت، شدت عمل وافری به خرج داده، در حوزه جرائم نرم، نگرش مسامحه‌آمیزی داشته است. نظام کیفری ایران ضمن تلفیق خیانت به کشور با جاسوسی، مفهوم مضیقی از خیانت به ملت و کشور جهت خدمت به بیگانگان تحت عنوان جاسوسی جرم‌انگاری کرده و سایر نمونه‌های آن را جرم‌انگاری نکرده است، درحالی‌که خیانت به کشور عبارت است از خیانت به کشور فعل عمدی یک فرد ایرانی یا خارجی در خدمت دولت ایران است که منافع یک قدرت بیگانه را در زمان صلح یا جنگ به زبان مملکت، تأمین می‌کند و امنیت کشور را به مخاطره می‌اندازد (گلدوزیان، ۱۳۶۹: ۳۲۸) یا سوء قصد بر ضد امنیت کشور به وسیله ایجاد ارتباط با کشور دیگری که دارای سلطه و استقلال است (گارو، ۱۳۴۴، ج ۳: ۶۹۷) یا عمل منافی با امنیت داخلی و خارجی جمهوری اسلامی ایران از سوی هر شخص ایرانی یا خارجی مأمور به خدمت در ایران، به قصد اضرار به امنیت

کشور و نفع کشور دیگر، خیانت به کشور محسوب می‌شود (ساریخانی، ۱۳۷۸: ۳۷).

قانون مجازات فرانسه، در کتاب چهارم (جنایات و جنحه‌ها علیه ملت، دولت و آسایش عمومی)^{۵۵} که کتاب جرائم علیه امنیت است، جرم جاسوسی را به‌عنوان اولین عنوان مجرمانه ذیل فصل اول تعدیات نسبت به مصالح اساسی ملت^{۵۶}، در گفتار مجزا با عنوان خیانت و جاسوسی^{۵۷} مورد بحث قرار داده که این امر بیانگر توجه قانونگذار فرانسه به اولویت‌بندی جرائم در حوزه جرائم علیه امنیت است. قانونگذار فرانسه جرم جاسوسی را در شش عنوان مجزا شامل تسلیم همه یا بخشی از اراضی ملی، نیروهای مسلح یا لوازم و تجهیزات به یک قدرت خارجی، همدستی با یک قدرت خارجی، تسلیم اطلاعات به یک قدرت بیگانه، خرابکاری، تهیه اطلاعات ساختگی و تحریک به ارتکاب جرائم مذکور، تقنین کرده و زوایای مختلف آن را جرم‌انگاری کرده است و نه تنها ارائه اطلاعات، بلکه در اقدامی پیشگیرانه، هرگونه مذاکره با بیگانگان، گردآوری اطلاعات، تصدی فعالیت به‌منظور کسب و تسلیم اطلاعاتی به تعرض به منافع بنیادین منجر خواهد شد و یا تهیه اطلاعات ساختگی را با هدف خدمت بیگانگان را ذیل عنوان جاسوسی و خیانت به کشور جرم‌انگاری کرده است. با نگاهی گذرا به قوانین کیفری کشورمان در حوزه جاسوسی، می‌توان نگرش جزئی‌نگر قانونگذار را در قوانین موضوعه مشاهده کرد، قانونگذار تلاش کرده است در حوزه‌های اطلاعات و ضد اطلاعات، تنها موضوع ارائه اطلاعات را جرم‌انگاری کند و توجهی به همکاری یا تأثیرگذاری در تصمیمات و مصوبات نظام با هدایت دشمن و صور دیگر جاسوسی نکرده است. قانونگذار ایران در ماده ۵۰۱ ق.م.ا ارائه اطلاعات به افراد فاقد صلاحیت، به‌نحوی که متضمن نوعی جاسوسی باشد (یک تا ده سال حبس)، در ماده ۵۰۳ ق.م.ا، ورود غیرمجاز به اماکن ممنوعه برای کسب اطلاعات یا نقشه‌برداری یا گرفتن فیلم یا عکس‌برداری از اماکن ممنوعه (شش ماه تا سه سال حبس)، در ماده ۵۰۵ ق.م.ا، جمع‌آوری اطلاعات با پوشش مسئولان و مأموران و در ماده ۵۰۶ ق.م.ا، بی‌مبالاتی و عدم رعایت اصول حفاظتی از سوی مأموران (یک تا شش ماه حبس) را جرم‌انگاری کرده که جملگی از مصادیق جمع‌آوری و ارائه اطلاعات به بیگانگان هستند. همچنین در ماده ۵۱۰ ق.م.ا، اختفا یا کمک به اختفا (از شش ماه تا سه سال حبس) یا جذب و معرفی جاسوسان به بیگانگان را (از شش ماه تا دو سال حبس) جرم‌انگاری کرده است. البته صرفاً در مواجهه با دولت‌های متخاصم دایره جرم را وسیع‌تر کرده و تبانی و همکاری با کشورهای متخاصم را در ماده ۵۰۸ ق.م.ا جرم‌انگاری و آن را ذیل عنوان محاربه دانسته است که این محدود بودن موضوع جرم به صرف تبانی با کشورهای متخاصم، با تفسیر شورای امنیت ملی به کشورهای آمریکا و اسرائیل محدودتر نیز شد. این تحدید همکاری

موجب شده است بسیاری از افراد از این خلأ قانونی بهره بیشتری ببرند و به راحتی از چنگ قانون فرار کنند، برای توضیح این موضوع این نکته ضروری است که در عصر کنونی عرصه اطلاعات به کشورهای ذی‌نفع از اطلاعات محدود نمی‌شود و به تجارتی جهانی تبدیل شده است. کشورهای کوچک حتی عقب‌افتاده‌ای مانند کشورهای قاره آفریقا نیز امروزه با کسب اطلاعات اقدام به فروش آن به عنوان راه درآمدی می‌کنند، حتی بسیاری از سرویس‌های جاسوسی غربی با همکاری با دولت‌های متخاصم (آمریکا و اسرائیل) به عنوان واسطه برای کشور مذکور فعالیت می‌کنند، از این رو محدود کردن همکاری با دولت متخاصم در قانون ما چندان موجه به نظر نمی‌رسد، چراکه امروزه بسیاری از افراد نقش عمال دستگاه‌های جاسوسی را ایفا می‌کنند، ولیکن قانونگذار با عدم جرم‌انگاری این همکاری‌ها، به نوعی دست این افراد را برای این اقدام‌ها باز نگاه داشته است. شاید یک مثال فرضی برای این همکاری بهتر بتواند نگرش نگارنده را روشن سازد، تصور کنید فردی که با دستگاه‌های اطلاعاتی دشمن ارتباط گرفته است، طرح عملیاتی را برای موضوعات سیاسی، اقتصادی و ... در کشور تهیه و ارائه کند و با استفاده از نفوذ خود بتواند آن را به کل کشور ابلاغ کند یا آنکه با ارائه اطلاعات غلط و هدایت‌شده سبب فریب تصمیم‌گیران در نظام شده و به صدور دستورهایی به زیان نظام منجر شود. یا تصور کنید فردی از مسئولان یا حتی رئیس‌جمهور توسط دستگاه اطلاعاتی جذب شود یا فردی که جذب شده است، بتواند رئیس‌جمهور یا وزیر و ... شود و بدون آنکه اطلاعاتی به سرویس جاسوسی ارائه کند، تنها با تبعیت از فرمان‌های آن‌ها در هدایت کشور، کشور را به انحطاط بکشاند، حال با توجه به لطمات گسترده این اقدام‌ها این سؤال مطرح می‌شود که این قبیل اقدام‌های خائنانه تحت چه عنوانی در قوانین کیفری ما قابل تعقیب است؟ متأسفانه تنها در سه صورت فرد قابل پیگرد قضایی است: الف) فرمان‌های وی مجرمانه باشد (که کمتر قابل تصور است)، در این صورت تنها به سبب جرم آن کار محکوم می‌شود، ب) کشور مذکور از کشورهای متخاصم باشد، محکوم به همکاری با دولت متخاصم می‌شود، این فرض تنها شامل همکاری با آمریکا و اسرائیل است و شامل انگلیس و سایر کشورها نمی‌شود. این در حالی است که بسیاری از کشورها و سرویس‌های اطلاعاتی تلاش می‌کنند با جلب همکاری افراد به نفع کشور خود بهره بگیرند یا آنکه در صورتی که این همکاری نفعی عاید کشورشان نمی‌کند، به عنوان واسطه و تجارت، برای دیگر کشورها دست به چنین اقدامی بزنند. متأسفانه در چنین صورتی فرد تحت هیچ اقدام مجرمانه‌ای قابل پیگرد نیست.

قانونگذار در ماده ۵۰۸ ق.م.ا، افزون بر محدود کردن همکاری با کشورهای خارجی و منحصر کردن آن به متخاصم، برخلاف قانونگذار فرانسه که به جای استفاده از واژه کشورهای

بیگانه دایره وسیع‌تری را مدنظر گرفته و قدرت خارجی، شرکت یا سازمان بیگانه یا تحت کنترل بیگانه یا با مأمورانشان را ذکر کرده، صرفاً به کشورهای بیگانه بسنده کرده است. این در حالی است که بسیاری از مأموران و نهادهای اطلاعاتی با پوشش‌های موجه یا حتی با عناوین تجاری مبادرت به اقدام‌های اطلاعاتی می‌کنند که این امر در قانون کیفری ایران جرم‌انگاری نشده است.

۲-۲. اثربخشی معکوس قوانین و تشدید هنجارشکنی

تبعیت قوانین از اصول شکلی اگرچه اهمیت دارد، ثمربخش بودن آن از اهمیت ویژه‌تری برخوردار است. همان‌طور که اشاره شد، هدف غایی قوانین کیفری، جلوگیری و پیشگیری اولیه از ارتکاب جرم و هنجارشکنی است. همچنین با مجازات مجرم و هنجارشکن، هدف دیگر آن پیشگیری ثانویه از ارتکاب جرم توسط فرد بزه‌کار است. از این رو قوانین کیفری را باید در یک منظومه فکری کلان ترسیم کرد که علاوه بر هماهنگی کامل میان قوانین آن، ثمربخشی، لاقلاً از حیث نظری تحقق‌پذیر باشد. حال اگر قوانین به صورت جزایری جدا از یکدیگر بدون نگاه هماهنگ و در چارچوب یک هدف غایی تدوین شود، ثمره آن نقض غرض‌ها و ثمربخشی حداقلی یا معکوس خواهد بود. با بررسی قوانین کیفری ایران در حوزه جرائم سیاسی و امنیتی می‌توان به برخی از این عدم توازن، ناهماهنگی‌ها و نقض غرض‌ها که ثمره آن کاهش اثربخشی قوانین و حتی در مواردی تحریک جامعه به سمت فضای آنومیک می‌شود، برخورد که نیازمند اصلاح و تجدیدنظر در قوانین کیفری را ضروری ساخته است.

۲-۲-۱. برچسب‌زنی نامتقارن

نظریه برچسب‌زنی^{۵۸} از نظریات مطرح جرم‌شناختی است که با عناوین مختلفی چون تعامل‌گرایی، ساختارگرایی، نهادگرایی، انگ‌زنی و لکه‌دار کردن نیز شناخته می‌شود. این نظریه که برگرفته از کتاب جرم و اجتماع^{۵۹} فرانک تانن بام^{۶۰} در سال ۱۹۳۸ بود (ویلیامز و مک شین، ۱۳۸۳: ۱۵۱)، توسط ادوین لمرت^{۶۱} و هوارد بکر^{۶۲} بنا نهاده شد (غلامی، ۱۳۸۲: ۱۷۶). لمرت در سال ۱۹۵۱ در کتاب *آسیب‌شناسی اجتماعی*^{۶۳} و بکر در کتاب *جامعه‌شناسی انحراف*^{۶۴} (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۷۳-۱۳۷۴: ۲۰۰)، سپس در کتاب دیگرش به نام *حاشیه‌نشینان* این نظریه را تبیین کردند (سلیمی و داوری، ۱۳۸۰: ۶۳۷). نظریه برچسب‌زنی که از نظرهای پوزیتیویسمی است، نوعی واکنش اجتماعی را تبیین می‌کند و بر پایه آن، انحراف کیفیتی از واکنش است و ذات یک رفتار نیست، اگر واکنشی وجود نداشته باشد، انحرافی وجود ندارد (ویلیامز و مک شین، ۱۳۸۳: ۱۶۳). براساس آن واکنش جامعه در قبال جرائم سبک و اتفاقی اولیه که از آن با عنوان انحراف اولیه یاد می‌شود، سبب می‌شود که بعضی مجرمان با عدم اغماض و الصاق برچسب بزه‌کار

مواجه شوند و برخوردی تحقیرآمیز و طردکننده را در جامعه تجربه کنند. وقتی شخص دستگیر و محاکمه و در نهایت محکوم می‌شود، جامعه طی این فرایند شخص را به‌طور رسمی و گسترده مجرم معرفی می‌کند (ولد، توماس و جفری، ۱۳۸۰: ۳۰۱). دیدگاه برچسب‌زنی، به آثار وارد آمدن برچسب بر روند رشد و تحول روانی و اجتماعی مجرمان اشاره دارد. اگر بر شخصی رسماً انگ کجرو، خلافکار یا مجرم وارد آید، ممکن است موجب شود که او به شکلی متناسب با آن برچسب رفتار کند (وایت و هینز، ۱۳۸۵: ۱۸۶) و اگرچه حفظ یک خودانگاره هنجارگرا، برای اغلب مردم خیلی مهم است، لکن ممکن است شخص در این شرایط تصویر داده‌شده از سوی جامعه را بپذیرد و براساس آن، تصویر شخصی خویش را تغییر دهد و خودانگاره مجرمانه در وی شکل گیرد و هرچه دفعات برچسبی که فرد می‌خورد بیشتر باشد، احتمال اینکه خودانگاره مجرمانه بگیرد، بیشتر می‌شود (ویلیامز و مک شین، ۱۳۸۳: ۱۵۸). دفاع فرد برچسب‌خورده در مقابل حمله‌های واکنش اجتماعی موجب می‌شود فرد برای کاهش فشارهای ناشی از برچسب مجرمانه، آن را بپذیرد زیرا کسانی که خود را کاملاً مجرم تصور می‌کنند، هنگامی که دیگران آن‌ها را با این عنوان‌ها معرفی می‌کنند، کمتر تهدید می‌شوند (ولد، توماس و جفری، ۱۳۸۰: ۳۰۲). به تعبیر دیگر، استمرار برچسب مجرم، سبب پذیرش تدریجی آن و ایجاد خودانگاره‌ای مجرمانه در شخص می‌شود و سرانجام او را به انحراف ثانویه و عضویت در خرده‌فرهنگی مجرمانه و ارتکاب جرائم گسترده‌تر و بیشتر، در قالب حرفه‌ای مجرمانه، سوق خواهد داد. اگرچه این نظریه در مبنای نظری خود بر نسبی بودن رفتار مجرمانه که براساس آن هیچ رفتاری را نمی‌توان به‌خودی‌خود بد قلمداد کرد، مبتنی است و طبق این نظریه، جرم ساخته و پرداخته گروه‌های خاصی است که واقعیتی عینی در جامعه ندارد (حسینی و متولی‌زاده نائینی، ۱۳۹۱: ۱۳۵)، لکن گویای یک‌سری از زوایای پیدایش رفتار مجرمانه و علل و بسترهای آن است که سبب می‌شود فشار اجتماعی ناشی از برچسب مجرمانه، نقش مؤثری در پیدایش بزه‌کاران حرفه‌ای داشته باشد.

نظریه برچسب‌زنی اگرچه در خصوص جرائم خرد و سبک به‌کار رفته و جرائم پرخطر را چندان واکاوی نکرده است، با بهره‌گیری از این نظریه می‌توان جرائم امنیتی را نیز واکاوی کرد. در جرائم امنیتی اگر فرد دچار انحراف اولیه شود، لکن آن انحراف اولیه او از شدت چندانی برخوردار نباشد، در چنین وضعیتی اگر فرد کجروی امنیتی با مجازات شدیدی مواجه شود و در جامعه نیز به‌عنوان مجرم امنیتی معرفی شود، ناخواسته دچار فشار روانی می‌شود و این خودانگاره ناقض امنیت در وی تقویت شده و ارتکاب جرائم شدیدتر امنیتی برای وی تسهیل می‌شود، برای مثال فردی که در دعوای خیابانی با چاقو، قدرت‌نمایی می‌کند و موجب ایجاد

رعب و وحشت می‌شود، اگر با عنوان محارب، مجازات شود، ولو آنکه در میزان جرم وی، به واسطه عدم سوء پیشینه یا عوامل مخففه دیگر، تخفیف‌هایی قائل شوند، شخص دچار برچسب مجرم امنیتی شده و در مراحل بعد ارتکاب جرائم امنیتی شدیدتر برای وی تسهیل می‌شود. در صورتی که اگر قانونگذار در تبیین جرائم، جرائم سبک‌تر را تحت عناوینی دیگری قرار دهد و از عناوین شدید امنیتی برای آن بهره نگیرد، این مسئله تا حدودی تسهیل شده و برچسب مجرم امنیتی به واسطه جرائم سبک الصاق نمی‌شود.

اگرچه ارتکاب جرم فی‌نفسه عمل ضداجتماعی و در تعارض با منافع عموم جامعه و نیز شخص بزه‌دیده است، واکنشی که قانون در مقابله با این پدیده ضداجتماعی در نظر گرفته است، باید به گونه‌ای باشد که مجرم را علاوه بر تنبیه متوجه اشتباه خود ساخته و فرصت دوباره زیستن در جامعه را مطابق هنجارهای پذیرفته‌شده، برای وی فراهم سازد (جزایری، ۱۳۹۴: ۳۱۳). در حالی که قانونگذار با حداکثری کردن و برچسب امنیتی زدن به کجروی و انحراف اولیه فرد که دامنه خطر آن محدود به چند نفر است، فضای ذهنی بزه‌کار را تحت فشار این عنوان مجرمانه شدید قرار می‌دهد که این امر می‌تواند موجب سوق یافتن مجرم به انحراف ثانویه و در نتیجه تشدید اعمال مجرمانه امنیتی شود و بستر پیدایش جرائم امنیتی دیگری را فراهم سازد، چراکه بر مبنای نظریه برچسب‌زنی، جرم به وسیله کنش واکنش‌های اجتماعی و توسط آنانی که قدرت برچسب‌زنی دارند، تعریف می‌شود (وایت و هینز، ۱۳۸۲: ۱۲۵).

در نظریه برچسب‌زنی، یکی از عواملی که سبب تشدید سوق یافتن فرد به انحراف ثانویه و مجرمیت حرفه‌ای می‌شود، دفاع فرد برچسب‌خورده در مقابل حمله‌های واکنش اجتماعی است که موجب می‌شود فرد برای کاستن از فشارهای ناشی از برچسب مجرمانه را بپذیرد، زیرا کسانی که خود را کاملاً مجرم تصور می‌کنند، هنگامی که دیگران آن‌ها را با این عنوان‌ها معرفی می‌کنند، کمتر تهدید می‌شوند (ولد، توماس و جفری، ۱۳۸۰: ۳۰۲). از دیگر عوامل تشدید این فضا، افزایش شمار کسانی است که شخص را مجرم معرفی کرده یا با برچسب‌زنندگان هم‌نواپی می‌کنند (ولد، توماس و جفری، ۱۳۸۰: ۳۰۱). دو عامل نیز در مجرمان خرد جرائم امنیتی قابل اشاره است، چراکه فردی که اقدام‌های خردی که دارای عناوین سنگین مجرمانه امنیتی است انجام می‌دهد، پس از پایان مجازات قانونی نیز در جامعه پیرامونی و حتی در ادارات، اماکن دولتی و ... نیز با اتصاف به جرم امنیتی شناخته شده و از این رهگذر متحمل فشار اجتماعی می‌شود. از سوی دیگر گروه‌های ضدامنیتی و تروریستی نیز از این بستر بهره می‌گیرند و تلاش می‌کنند با برجسته‌سازی برچسب مذکور افراد یادشده را جذب کنند که این عوامل در کنار سایر عوامل زمینه‌های پیدایش انحرافات ثانویه را تقویت می‌کند. در حالی که اگر

قانونگذار با رویکردی پیشگیرانه با تفکیک بسیاری از عناوین مجرمانه، از جرائم امنیتی، جلوی برچسب خوردن مجرمان به مجرمان امنیتی را بگیرد، بستر پیدایش جرائم تا حدودی کمرنگ می‌شود و جرائم ثانویه کاهش خواهد یافت.

علاوه بر تمایز انحراف اولیه و ثانویه، تمایز قرار دادن میان جرائمی که حوزه اثرگذاری آنان با خطر کمتری همراه است، از جرائم امنیتی که خطرهای جدی‌تری را به همراه دارد، می‌تواند در کاهش برچسب مجرمان امنیتی نقش بسزایی داشته باشد. این مسئله در برخی کشورهای با نظام حقوقی متفاوت رومی ژرمی و کامن‌لا نیز قابل مشاهده است. قانونگذار فرانسه در کتاب چهارم قانون مجازات خود، جرائم امنیتی (جنایات و جنحه‌ها علیه ملت، دولت و آسایش عمومی)^{۶۵} را در پنج عنوان جرم‌انگاری کرده و در عنوان اول به تعدیات نسبت به مصالح اساسی ملت^{۶۶}، در عنوان دوم تروریسم^{۶۷}، در عنوان سوم تعدیات نسبت به قدرت حکومت^{۶۸}، در عنوان چهارم تعدیات نسبت به جریان دادگستری^{۶۹} و در عنوان پنجم مشارکت در یک گروه تبه‌کار^{۷۰} را تبیین و ضمن طبقه‌بندی جرائم، اقدام به جرم‌انگاری نزولی جرائم از سنگین به سبک کرده است. در نظام حقوق کیفری انگلستان نیز جرائم علیه امنیت که در نظام حقوقی کامن‌لا از آن با عنوان «جرائم علیه امنیت دولت»^{۷۱} یاد می‌شود، رویکرد مشابهی دارد و قانون «خیانت»^{۷۲} مصوب ۱۳۵۱ میلادی که در حال حاضر بخش‌هایی مانند قصد کشتن شاه، ملکه یا ولیعهد، به راه انداختن جنگ علیه مقام سلطنت و پناه بردن و مساعدت کردن به دشمنان مقام سلطنت به عنوان مصادیق بارز خیانت در حقوق امروز انگلستان شناخته شده‌اند و به‌جای خیانت به سلطان، خیانت به کشور و نظام حکومتی آن مدنظر قرار می‌گیرد (میرمحمد صادقی، ۱۳۹۲: ۳۴). در کنار آن جرم خیانت، در قبال جرائم تروریستی نیز رویکرد کاملاً سخت‌گیرانه‌ای دارد و در کمتر از یک دهه، چهار قانون تروریسم مصوب ۲۰۰۰ و ضدتروریسم، بزه و امنیت مصوب ۲۰۰۱، پیشگیری از تروریسم مصوب ۲۰۰۵ و قانون تروریسم مصوب ۲۰۰۶ را به اجرا گذاشته است (مهدوی‌پور و شهرانی کرانی، ۱۳۹۶: ۱۷۴). اما در مقام و رتبه پایین‌تری جرائم علیه نظم عمومی در قوانین این کشور، پیش‌بینی کرده که مهم‌ترین قانون در این زمینه «قانون نظم عمومی»^{۷۳} مصوب ۱۹۸۶ میلادی شامل شورش، اختلال در نظم به شکل خشونت‌آمیز، نزاع جمعی و جرائم جزئی‌تر است (میرمحمد صادقی، ۱۳۹۲: ۳۵). یا در قانون «جرم و بی‌نظمی»^{۷۴} مصوب ۱۹۹۸ و در قانون «پلیس و جرائم مهم سازمان‌یافته»^{۷۵} مصوب ۲۰۰۵ جرائم سبک‌تری را پیش‌بینی کرده است. استفاده از عناوین مختلف یا تقنین متفاوت در خصوص هریک از انواع جرائم و عدم احصای آن ذیل یک فصل به‌عنوان جرائم علیه امنیت، افزون‌بر آنکه تمایز برچسب‌های مجرمانه را به همراه داشته، سیاست

پیشگیرانه‌ای را نیز در قبال جرائم سنگین‌تر به همراه داشته است.

۲-۲-۲. تقلیل عناوین مجرمانه

پس از انقلاب اسلامی، قانونگذار با تلاش برای نسخه‌برداری قوانین کیفری از متون فقهی، تلاش کرد از واژگان فقهی به جای واژگانی که در متون حقوقی ایران بود، بهره گیرد، این موضوع در کنار پراکندگی تقنینی سبب شد که قانونگذار ایران اگرچه در برخی جرائم برچسب و عناوین سنگینی را اتخاذ کند، لکن در رویکردی متناقض، اقدام به کاهش عناوین مجرمانه در برخی دیگر از جرائم کرد، برای مثال با تلفیق عنوان خیانت به کشور با جاسوسی، از عنوان جاسوسی برای تمامی مصادیق خیانت به کشور بهره گرفت، درحالی‌که تا پیش از انقلاب، نظام حقوق کیفری ایران متأثر از نظام حقوقی کیفری فرانسه، میان این دو عنوان تمایز قائل بود. در قوانین فرانسه اگر اقدام‌های جاسوسی توسط یک فرانسوی انجام گیرد، این شخص خائن است، همان‌طور که انجام اقدام‌های مزبور از طرف یک خارجی جاسوسی است (گارو، ۱۳۴۴: ۴۷۶). قانونگذار فرانسه نیز در مقررات ۲۹ ژوئیه ۱۹۳۹ و قانون مارس ۱۹۵۰ این دیدگاه را در تمایز میان جاسوسی و خیانت مورد پذیرش قرار داده است (ساریخانی، ۱۳۸۴: ۱۶۵). ماده ۱-۴۱۱ قانون مجازات فرانسه اشعار می‌دارد: اقدام تعریف‌شده به موجب مواد ۲-۴۱۱ تا ۱۱-۴۱۱ (فصل خیانت و جاسوسی)^{۷۶} هنگامی که توسط یک فرانسوی یا یک نظامی در خدمت فرانسه ارتکاب یابد، خیانت به کشور^{۷۷} به‌شمار می‌آید و هنگامی که توسط هر شخص دیگری ارتکاب یابد، جاسوسی^{۷۸} تلقی می‌شود. قانونگذار ایران شاید با اسناد به اینکه از حیث میزان مجازات تمایزی میان این عناوین وجود ندارد، بر این ادغام عناوین ترغیب شده باشد، لکن بار روانی متمایز این عناوین می‌تواند در واکنش اجتماعی جامعه به برچسب مجرمانه فرد مؤثر باشد که قانونگذار جمهوری اسلامی از این موضوع غفلت کرده است.

۲-۲-۳. تأکید ویژه بر جرائم سخت به‌جای توجه بر ضابطه نوعی

اصل تناسب جرم و مجازات از اصول پذیرفته‌شده نظام‌های حقوق کیفری و منبعث از روح عدالت‌طلبی بشر است و به‌عنوان یک قاعده آمره بین‌المللی در مواد ۷۶ و ۷۸ اساسنامه و ماده ۱۴۵ آیین دادرسی و ادله دیوان کیفری بین‌المللی است که بر پایه آن میزان مجازات باید تابعی از میزان شدت آثار جرم ارتكابی و براساس وضعیت بزه‌دیده و بزه‌کار و اوضاع و احوال ارتكاب جرم، نوع و میزان صدمه وارده و نتایج زیان‌آور به جامعه و ارزش‌های مورد قبول جامعه در راستای بازگرداندن آرامش روانی به جامعه باشد. این اصل متضمن برقراری عدالت در جامعه و از لوازم نظام کیفری متعادل است. مبنایی منطقی برای مجازات از اصول اولیه و بنیادین، نظام عدالت کیفری و عامل مشروعیت آن است. در نظام کیفری ایران تاکنون

لااقل مبانی کلی و فراگیر برای تناسب مجازات با جرم ارتكابی مکتوب نشده است. نبود اصول بنیادی در تعیین کیفر در مرحله تقنین و اجرا از عمده ایرادات یا شاید عمده‌ترین ایراد نظام کیفری ایران است (سبزواری‌نژاد، ۱۳۹۶: ۱۳۳). در ضابطه نوعی و عینی که در واقع منبعث از اصل تناسب جرم و مجازات است، براساس میزان صدمه، خسارت و لطمات وارده از جرائم، مجازات برای آنان تعیین می‌شود. رعایت این ضابطه از لوازم تقنین کمال‌گراست. البته تناسب مجازات و جرم امری نسبی و براساس مبانی بیشتر مکاتب کیفری تابعی از ایدئولوژی و ارزش‌های حاکم بر جوامع است (منتسکیو، ۱۳۹۲: ۳۹). نظام کیفری ایران که منبعث از فقه است، رویکرد برخورد حداکثری با جرائم خشن و برخورد حداقلی با جرائم نرم دارد که سبب می‌شود تناسب جرم و مجازات با تکیه بر ضابطه نوعی (میزان خسارت جرم) در حوزه جرائم علیه امنیت مورد خدشه قرار گیرد. در راهبردهای افتراقی رویکردهای امنیت‌مدار تمرکز بر نوع خاصی از مجرمان به اصطلاح پرخطر است (مهدوی‌پور و شهرانی کرانی، ۱۳۹۳: ۱۶۷). بر این اساس قوانین جزایی ایران در حوزه امنیتی معطوف به جرائم خشن و سخت شده و بیشترین مجازات‌ها برای این قبیل جرائم دیده شده و در برخورد با اعمال مخل امنیت، بیشتر توجه خود را به موضوعات سخت‌افزاری اختصاص داده و برای مقولات نرم‌افزاری مجازات‌های به‌مراتب سبک‌تری را وضع کرده است، البته این نگرش در نگاه کلان کاملاً قابل پذیرش است و تمامی کشورها نسبت به جرائم خشنونت‌آمیز، حساسیت ویژه‌تری دارند، لکن با نگاهی به مصادیق و برخی زوایای ریزتر جرائم مشاهده می‌شود که گویی قانونگذار دو روش جرم‌انگاری را به موازات یکدیگر مدنظر قرار داده و در جرائم سخت ولو آثار و عوارض آن عمده و کلان هم نباشد حداکثر مجازات را در نظر گرفته است، لکن در جرائم نرم حداقل مجازات را در نظر گرفته است، ولو آنکه تبعات و آثار زیانبار آن بیشتر باشد. با نگاهی به مجازات قاچاقچیان سلاح، سارقان مسلح، اخلاالگران اقتصادی، اخلاالگران در صنعت نفت و ... می‌توان به شدت بیشتر مجازات عاملان آن‌ها نسبت به جاسوسی و خیانت به کشور پی برد، این در حالی است که در جرائم جاسوسی، مجازات تعزیری درجه ۶ تا ۴ را در نظر گرفت، درحالی‌که ممکن است به‌مراتب ضربات سهمگین‌تری به امنیت کشور وارد شود. برای نمونه با نگاهی به ماده ۱۱ قانون مجازات اخلاالگران در صنایع نفت ایران مصوب ۱۳۳۶، برای ترک فعل یک مسئول که ممکن است موجب انهدام یک وسیله نقلیه در صنعت نفت شود، در حداکثر مجازات (۱۰ سال حبس) مساوی با یک جاسوس (حتی در بالاترین سطح و در سطح سران کشور) در نظر گرفته شده است. این مسئله در سایر جرائم نرم نیز مشاهده می‌شود، برای نمونه در موضوع تجمعات و راه‌پیمایی‌های غیرقانونی و مخل نظم و امنیت که مسبب برخی

کودتاهای نرم در کشورهای مختلف شده است، قانونگذار ایران، نه تنها آن را جرم تلقی نکرده، بلکه براساس اصل ۲۷ قانون اساسی، تشکیل اجتماعات و راه‌پیمایی‌هایی که مخل مبانی اسلام نباشد، مجاز قلمداد شده است، قانونگذار در این خصوص تنها در تبصره ۱ بند «خ» ماده ۱۳ قانون نحوه فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی مصوب ۱۳۹۴، دبیران کل احزاب را موظف کرده است که حداقل هفتاد و دو ساعت پیش از برگزاری اجتماعات و راه‌پیمایی‌ها، مراتب را به اطلاع مسئولان ذی‌ربط برسانند و در مواد ۶ تا ۱۲ آیین‌نامه اجرایی آن که در سال ۱۳۹۷ به تصویب هیأت دولت رسید، تنها به لزوم دریافت مجوز و شرایط آن اشاره کرده و تعرضی به مجازات متخلفان از آن نکرده است، از این رو براساس ماده ۲ ق.م.ا که اشعار می‌دارد: «هر رفتاری اعم از فعلی و ترک فعلی که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است جرم محسوب می‌شود»، می‌توان گفت که قانونگذار طراحی، هدایت، ساماندهی، شرکت و ... را در تجمعات غیرقانونی که از ابزارهای مورد استفاده در کودتای نرم است، جرم تلقی نکرده است، این در حالی است که بسیاری از کشورها از جمله کشورهای غربی به تجمعات مخل نظم و امنیت نگرش جرم‌انگارانه‌ای داشته و مجازات‌هایی را برای مرتکبان آن‌ها مقرر داشته‌اند. برای نمونه قانونگذار انگلستان نیز بخش اول (جرائم جدید)^{۷۹} قانون نظم عمومی^{۸۰} مصوب ۱۹۸۶ م، جرم شورش^{۸۱} و جرم بی‌نظمی خشونت‌آمیز^{۸۲} را جرم‌انگاری و برای آنان مجازات‌های ۵ و ۱۰ سال حبس یا جریمه نامحدود یا هر دو را وضع کرده است. در بخش دوم (تجمعات و راه‌پیمایی‌ها)^{۸۳} تجمعات غیرقانونی را جرم‌انگاری و برای آنان جرائم مالی و حبس‌های چندماهه یا هر دو آنان وضع کرده است. قانونگذار فرانسه نیز در کتاب چهارم (جنایات و جنحه‌ها علیه ملت، دولت و آسایش عمومی)^{۸۴} قانون مجازات فرانسه ضمن جرم‌انگاری جنبش‌های آشوبگرانه (شورش و خشونت‌های دسته‌جمعی) در بخش دوم، فصل دوم (دیگر تعرض‌ها به نهادهای جمهوری یا تمامیت ارضی ملی)^{۸۵} از عنوان اول (در تعدیات نسبت به مصالح اساسی ملت) و شورش و نافرمانی در بخش پنجم فصل سوم (تعرض‌های ارتكابی به مدیریت عمومی به وسیله افراد خاص)^{۸۶} از عنوان سوم (تعدیات نسبت به قدرت حکومت)^{۸۷} شرکت بزهکارانه در یک گردهمایی غیرقانونی و راه‌پیمایی‌های غیرمجاز و شرکت غیرقانونی در یک راه‌پیمایی یا گردهمایی عمومی را در فصل اول (تعدیات نسبت به آسایش عمومی)^{۸۸} از عنوان سوم (تعدیات نسبت به قدرت حکومت) جرم‌انگاری کرده و علاوه بر مجازات‌های سنگین مالی، مجازات حبس را نیز در نظر گرفته است.

۴-۲-۲. عدم رعایت سیاستگذاری هوشمندانه و پلکانی

تقنین هوشمندانه بر پایه اصول مسلم کیفری با هدف میل به پیشگیری از جرم، مجازات

مجرم و جلوگیری از ارتکاب مجدد جرم توسط مجرم استوار است. رویکرد هوشمندانه افزون‌بر آنکه از مجازات به‌منزله ابزاری برای پیشگیری از جرائم ابتدایی و جلوگیری از ارتکاب مجدد جرم بهره می‌گیرد، از آن برای سزادهی به مجرم قابل سرزنش نیز بهره گرفته و در عین حال با توجه به شرایط و احوال پیدایش جرم و شخص مجرم و بزه‌دیده، از شدت یا خفت مجازات به‌عنوان ابزاری کارآمد بهره می‌گیرد. در این روش نظام کیفری در یک منظومه کامل به تصویر کشیده شده و جرائم از حیث شدت آثار دسته‌بندی شده و سپس جرائم سبک‌تر با مجازات سبک‌تر و جرائم سنگین‌تر با جرائم سنگین‌تر مواجه می‌شود. این مسئله مورد توجه نظام‌های کیفری مختلفی قرار گرفته است، از جمله نظام کیفری انگلستان از دو طریق (تناسب طولی و تناسب عرض) درصدد متناسب ساختن مجازات با جرم بوده و ابتدا با تعیین کلی یا حداکثر مجازات برای هر جرمی (براساس عناصر شدت جرم)، اقدام به تعیین و تبیین تناسبی طولی یا کلی بین انواع مختلف جرم می‌کند و سپس به دادگاه اجازه می‌دهد که در دایره و محدوده کلی مجازات تعیین‌شده، بتواند با توجه به اوضاع و احوال و شرایط حاکم بر وقوع عمل مجرمانه که از آن به عوامل مشدده و مخففه تعبیر می‌شود، در تعیین شدت عمل مجرمانه خاص اعمال نظر کرده و مجازاتی متناسب با شرایط پیش‌گفته برای مرتکب تعیین و اجرا کند (سبزواری‌نژاد، ۱۳۹۶: ۱۴۲-۱۴۳). در تقنین هوشمندانه افزون‌بر توجه به نکات مذکور، به‌جای مواجهه مستقیم با مجرمان و مجازات آنان در راستای مدیریت بحران و از بین بردن بسترها و شرایط جرم‌خیز برمی‌آید و مواجهه با مجرمان پرخطر را به‌عنوان راهکار آخر مورد توجه قرار می‌دهد. در این زمینه ابزار قانون بیش از اینکه به‌منظور تعقیب و محاکمه استفاده شود، در راستای محدودسازی و فرسایش نیروی مخالف به‌کار گرفته شده است (آقابابایی، ۱۳۹۰: ۹۶)، اما متأسفانه در نظام کیفری ایران، در نسبت جرائم و مجازات‌ها به همدیگر، قاعده معینی دیده نمی‌شود. برای قانونگذار ایران تفاوتی بین مجازات جاسوس که جرمی علیه بنیان و امنیت کشور است (م ۵۰۵ ق.م.ا ۱۳۷۵) و دارای میزان صدمه و قابلیت سرزنش بالاست، با مجازات ورشکسته به تقلب (م ۶۷۰ ق.م.ا ۱۳۷۵) وجود ندارد و مجازاتی یکسان برای مرتکبان آنها مقرر شده است. در بررسی مقررات کیفری ایران این آشفتگی و بی‌قاعدگی مشحون است (سبزواری‌نژاد، ۱۳۹۶: ۱۵۶-۱۵۷).

قانونگذار ایران در نگاه کلان، منظومه مشخصی از تقسیم‌بندی جرائم بر اثر شدت آثار زیانبار نداشته و صرفاً به نگاه سخت‌گیرانه به جرائم خشن پرداخته است. تجلی نگاه‌های سخت‌گیرانه از ابتدای تصویب قوانین کیفری در نظام حقوقی ایران آشکار بود. این دیدگاه طی دوره‌ای با سیاست مدارا کردن و در برهه دیگر با رویکرد مسامحه صفر به روند خود ادامه داده

است. گنجاندن برخی دستاوردهای مکاتب دفاع اجتماعی و پیروی از برخی افکار اندیشمندان و نگاه طبیب‌مآبانه به جامعه بیمار و مجرمان برخاسته از آن و تجویز راهکارهایی در خصوص درمان برخی مجرمان و در نقطه مقابل تصویب مقررات با رویکرد تهاجمی بر مبنای تفکرات نفع‌گرایی و ستیز با مجرمان و طرد آنان از جامعه، از فراز و نشیب‌های سیر تکاملی قوانین موضوعه نظام حقوقی ایران از ترحم‌مداری تا دشمن‌مداری خبر می‌دهد (میلانی و اردکانی، ۱۳۹۴: ۲۹).

قانونگذار افزون‌بر شدت و قلت مجازات در جرائم مختلف، نتوانسته است در جرم واحد نیز معیار تمایز مجرمان را ارائه کند تا براساس آن معیار دادگاه‌ها ملزم به رعایت این نوسان بین حداقل و حداکثر مجازات شوند و این امر صرفاً به دادگاه تفویض شده است. تعیین مجازات در چنین حالتی در اختیار دادگاه است و می‌تواند در بین حداقل و حداکثر، هر میزان مجازات را تعیین کند. برای مثال در ماده ۴۹۹ ق.م.ا مجازات بین سه ماه تا پنج سال که فاصله میان حداقل و حداکثر ۲۰ برابر است، دیده می‌شود (سبزواری‌نژاد، ۱۳۹۶: ۱۵۷).

نتیجه‌گیری

عموم کشورها به واسطه آنکه حاکمیت ملی از زمره مهم‌ترین ارزش برای نظام‌های سیاسی و حکومت‌هاست، به منظور حفظ قدرت، استقلال و حاکمیت خود و ایجاد ثبات در نظم عمومی، در مورد جرائم علیه امنیت مجازات‌های سنگینی را وضع کرده‌اند، اما به مثابه سایر قوانین که نمودی از خواست حاکمیت است و چاره‌ای جز تمکین برای آن در میان توده‌های جامعه نیست، باید این قوانین نیز از کارآمدی لازم برخوردار باشند، چراکه اگر قانونی از مؤلفه کارآمدی برخوردار باشد، جامعه با کمترین ابزار قهریه و مجازات به آن تمکین می‌کند و دیگر این ذهنیت شکل نخواهد گرفت که امنیت ملی آسیب‌پذیرتر شده که حکومت با شدت برخورد با مرتکبان جرائم امنیتی به دنبال ایجاد هراس در آن‌هاست (یزدیان جعفری، ۱۳۸۵: ۷۸). از سوی دیگر شایان ذکر است که اعتبار قانون در حوزه جرائم علیه امنیت منوط به مقبولیت همگانی یا حداکثری نیست، اما کارآمدسازی این قوانین نقش بسزایی در افزایش ضریب امنیتی در جامعه دارد و با اقبال بیشتر جامعه، مسیر تأمین امنیت جامعه را هموار می‌سازد.

بررسی قوانین کیفری ایران در حوزه جرائم امنیتی از زاویه اصول پذیرفته شده قانون‌نویسی بیانگر آن است که نواقص و اشکالات عدیده‌ای از جمله نارسایی‌ها، ابهامات قوانین مانند پراکندگی تقنینی، تعارض یا تناقض قوانین، ابهام و کلی‌گویی عناوین مجرمانه، جزئی‌نگری (عدم جامعیت) و همچنین اثربخشی معکوس قوانین و تشدید هنجارشکنی شامل برچسب‌زنی نامتقارن، تقلیل عناوین مجرمانه، تأکید ویژه بر جرائم سخت به جای توجه بر ضابطه نوعی،

عدم رعایت سیاستگذاری هوشمندانه و پلکانی و ... به قوانین کیفری ایران در حوزه جرائم مذکور وارد است که کارآمدی و ثمربخشی این قوانین را در معرض تحدید قرار داده است. ازاین‌رو پیشنهاد می‌شود که معاونت حقوقی قوه قضائیه به‌همراه کمیسیون حقوقی مجلس و نهادهای امنیتی و اطلاعاتی در راستای کارآمدسازی قوانین مذکور به‌منظور نیل و دستیابی به امنیت پایدار با اصلاح و بازنگری کلان قوانین مذکور، کارآمدی و نقش پیشگیرانه این قوانین را بهبود بخشند و با ترسیم نظام‌واره مشخصی از تهدیدهای اصلی و مهم‌تر، جرائم در این حوزه را متناسب با میزان آسیب آنان نسبت به منافع ملی طبقه‌بندی کنند، سپس اقدام‌های اصلاحی در بخش‌های مختلف قوانین مورد توجه قرار گیرد، چراکه نگاه جزئی‌نگر به اصلاح قوانین که گاهی بخشی از قوانین را مورد اصلاح قرار می‌دهد، نتیجه‌ای جز شکل‌گیری نامتقارن قوانین کیفری ندارد و علاوه‌بر ایجاد تورم قوانین، شکل ناموزونی از قوانین بعضاً اصلاح و متورم‌شده و قوانین اصلاح‌نشده و نارسا به نمایش گذاشته می‌شود.

قانونگذار ایران اگرچه خود را متعهد به تطبیق قوانین با فقه امامی می‌داند، برخلاف نگرش حضرت امام خمینی (ره) که خواستار گسترش فقه جواهری و اجتهاد پویا بودند، تلاش داشته در قوانین کیفری در حوزه جرائم علیه امنیت به سمت نسخه‌برداری از متون فقهی روی آورد، درحالی‌که با تمسک به اصول پذیرفته‌شده فقهی، می‌توان ضمن تدوین قانون فراگیر و جامع بدون محدود ساختن خود به نگرش سنتی به امنیت، قوانین کیفری را منطبق با مبانی فقهی نگارش کرد و در عین حال نگاهی نوین به امنیت جامعه داشت، چراکه امنیت جوامع در حال دگرگونی است و مفاهیم و مؤلفه‌های نوینی در آن نقش‌آفرینی می‌کند.

در راستای اصلاح قوانین کیفری در جرائم علیه امنیت، پیشنهاد می‌شود که قانونگذار موارد متعددی را اصلاح کند، از جمله موارد ذیل:

- نظام‌واره جامعی از جرائم علیه امنیت ترسیم و قوانین پراکنده در این حوزه تجمیع شود؛
- در بازنویسی مجدد، تمامی قوانین در طیف‌های متنوعی ترسیم و تعارضات و تناقضات آن اصلاح شود؛
- قانونگذار در نگارش قانون، خود را محدود به چارچوب کتاب‌های فقهی در تقسیم‌بندی سه‌گانه بغی، محاربه و افساد فی‌الارض نکرده و تلاش کند عناوین دیگری را جعل کند و صرفاً با انطباق قوانین با اصول فقهی، تطبیق شرع و قانون را به منصفه ظهور برساند؛
- در طبقه‌بندی جرائم به نتایج زیانبار جرائم توجه شود و ثمرات جرائم براساس

۳۰۴ ■ قانون‌گذاری و قانون اساسی (۱)

اولویت بین‌المللی، ملی، استانی، شهر، منطقه‌ای و محله‌ای دسته‌بندی شده و مجازات نیز براساس اولویت مذکور تعیین شود، نه آنکه جرائمی مانند قدرت‌نمایی با اسلحه در یک محله کوچک با مجازات محاربه و اعدام و مجازات جاسوسی در بالاترین سطح با چند سال حبس مواجه شود؛

- در یک اصلاح رویکردی، ثمره جرم مورد توجه قرار گیرد و رویکرد قانونگذار از توجه به جرائم سخت و بی‌توجهی به جرائم نرم اصلاح شود، چراکه ممکن است ثمرات بسیاری از جرائم نرم به مراتب زیانبارتر از جرائم سخت باشد؛
- در برچسب‌زنی مجرمانه، در عناوین مجرمانه توجه بیشتری شود، برای مثال خیانت به کشور از جرم جاسوسی مجزا شود؛
- اقسام جاسوسی نیز جرم‌انگاری شده و فقط جاسوسی محدود به ارائه اطلاعات طبقه‌بندی‌شده نشود.

یادداشت‌ها

۱. Retributive justice.
۲. Zero Tolerance.
۳. Reintegrative justice.
۴. Positivist.
۵. New-neoclassicism.
۶. Just desert.
۷. Actuarial Justice.
۸. Penal sociology – Sociology of criminal justice – Sociology of punishment.
۹. Criminal Sociology - Sociology of crime.
۱۰. Legislative inflation.
۱۱. Des crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique (Articles ۱-۴۱۰ à ۵-۴۵۰).
۱۲. Des atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation (Articles ۱-۴۱۰ à ۹-۴۱۴).
۱۳. De la trahison et de l'espionnage (Articles ۱-۴۱۱ à ۱۱-۴۱۱).
۱۴. Labelling theory.
۱۵. Crime and the Community.
۱۶. frank Tannenbaum.
۱۷. Edwin Lemert.
۱۸. Howard Becker.
۱۹. Social Pathology.
۲۰. Studies in the Sociology of Deviance.
۲۱. Des crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique (Articles ۱-۴۵۰ à ۵-۴۵۰).
۲۲. Des atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation (Articles ۱-۴۱۰ à ۹-۴۱۴).
۲۳. Du terrorisme (Articles ۱-۴۲۱ à ۷-۴۲۲).
۲۴. Des atteintes à l'autorité de l'Etat (Articles ۱-۴۳۱ à ۵-۴۳۶).
۲۵. Des atteintes à la confiance publique (Articles ۱-۴۴۱ à ۴-۴۴۶).
۲۶. De la participation à une association de malfaiteurs (Articles ۱-۴۵۰ à ۵-۴۵۰).
۲۷. Offences against the security of the state.
۲۸. Treason Act.
۲۹. The Public Order Act.
۳۰. Crime and Disorder Act.
۳۱. Serious Organised Crime and Police Act ۲۰۰۵.
۳۲. De la trahison et de l'espionnage (Articles ۱-۴۱۱ à ۱۱-۴۱۱).
۳۳. Trahison.
۳۴. l'espionnage.
۳۵. Part I New Offences.
۳۶. The Public Order Act.
۳۷. Riot.
۳۸. Violent disorder.
۳۹. Part II Processions and Assemblies.
۴۰. Des crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique (Articles ۱-۴۱۰ à ۵-۴۵۰).
۴۱. Des autres atteintes aux institutions de la République ou à l'intégrité du territoire national (Articles ۱-۴۱۲ à ۸-۴۱۲).
۴۲. Des atteintes à l'administration publique commises par les particuliers (Articles ۱-۴۳۳ à ۲۶-۴۳۳).
۴۳. Des atteintes à l'autorité de l'Etat (Articles ۱-۴۳۱ à ۵-۴۳۶).

۳۰۶ ■ قانون کداری و قانون اساسی (۱)

۴۴. Des atteintes à la paix publique (Articles ۱-۴۳۱ à ۳۰-۴۳۱).

منابع

۱. آشوری، داریوش (۱۳۸۶)، *دانشنامه سیاسی*، تهران: مروارید، چ چهاردهم.
۲. آقابابایی، حسین (۱۳۸۹)، *قلمرو امنیت در حقوق کیفری*، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۳. ----- (۱۳۹۰)، «امنیت، آزادی شخصی و مدیریت خطر جرائم امنیتی»، *تحقیقات حقوقی*، ضمیمه شماره ۵، زمستان، ص ۷۵ - ۱۱۵.
۴. افشین‌پور، مصطفی و نقوی، مهدی (۱۳۹۷)، «سیاست کیفری امنیت مدار ایران در تعدیل مجازات‌ها»، *تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری*، تابستان، ش ۳۶، ص ۱۲۵ - ۱۴۵.
۵. جزایری، عباس (۱۳۹۴)، *امنیت قضایی در حقوق کیفری ایران و رویه دیوان اروپایی حقوق بشر*، تهران: سامان دانش.
۶. ----- (۱۳۹۶)، *حق اطلاع، عقلانیت و مصلحت، مستی*، تهران: سامان دانش.
۷. جعفری، مجتبی (۱۳۹۲)، *جامعه‌شناسی حقوق کیفری*، تهران: میزان، چ اول.
۸. حسینی، سید محمد و نفیسه متولی‌زاده نائینی (۱۳۹۱)، بررسی نظریه برجسب‌زنی با نگاه به منابع اسلامی، *فصلنامه حقوق*، دوره ۴۲، ش ۴، زمستان، ص ۱۱۷ - ۱۳۶.
۹. داودی گرمارودی، هما (۱۳۸۴)، «مکتب نئوکلاسیک نوین و احیا رویکرد سزا دهی»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، دوره ۶۸، شماره پیاپی ۵۱۷، تابستان، ص ۶۵ - ۸۸.
۱۰. دری نجف‌آبادی، قربان‌علی (۱۳۷۹)، «نگاهی به امنیت از منظر امیرمؤمنان (ع)»، *مجله حکومت اسلامی*، ش ۱۸، زمستان.
۱۱. دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۷۷)، *لغت‌نامه دهخدا*، زیر نظر محمد معین و جعفر شهیدی، چ دوم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ج ۳.
۱۲. راسخ، محمد (۱۳۸۴)، *بنیاد نظری اصلاح نظام قانونگذاری*، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
۱۳. رضوانی، سودابه (۱۳۹۱)، *مدیریت انسان‌مدار ریسک جرم*، تهران: میزان، چ اول.
۱۴. ساریخانی، عادل (۱۳۸۴)، *جرائم علیه امنیت و آسایش عمومی*، قم: دانشگاه قم، چ اول.
۱۵. ----- (۱۳۷۸)، *جاسوسی و خیانت به کشور*، تهران: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، چ اول.

۱۶. سبزواری‌نژاد، حجت (۱۳۹۶)، «جایگاه اصل تناسب جرم و مجازات در حقوق کیفری ایران و انگلستان»، دوفصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، ش ۷۷ و ۷۸، بهار و تابستان، ص ۱۳۳-۱۶۴.
۱۷. سلیمی، علی و محمد داوری (۱۳۸۰)، جامعه‌شناسی کج‌روی (کتاب اول مجموعه مطالعات کج‌روی و کنترل اجتماعی)، قم: پژوهشکده حوزه و دانشگاه.
۱۸. شاملو، باقر و مجید مرادی (۱۳۹۲)، «تحدید تضمینات دادرسی عادلانه در پرتو امنیت‌گرایی در جرم پول‌شویی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۷، ش ۸۱، ص ۱۱۱-۱۶۰.
۱۹. طباطبایی، محمدحسین (۱۳۹۷)، تفسیر المیزان، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ج ۱۰.
۲۰. غلامی، حسین (۱۳۸۲)، تکرار جرم (بررسی حقوقی - جرم‌شناختی)، تهران: میزان.
۲۱. فناده، فاطمه و مسعود اکبری (۱۳۹۶) «امنیت‌گرایی سیاست جنایی»، دوره ۵، ش ۱۸، بهار، ص ۳۹-۶۷.
۲۲. کوشکی، غلامحسین و نادر علیزاده سرشت (۱۳۹۴)، «نگاهی به قلمرو جرائم امنیتی در پرتو صلاحیت دادگاه انقلاب»، پژوهش حقوق کیفری، پاییز، ش ۱۲، ص ۹۹-۱۲۴.
۲۳. گارو، رنه (۱۳۴۴)، مطالعات نظری و عملی حقوق جزا، ترجمه سید ضیاءالدین نقابت، تهران: ابن‌سینا، ج ۱ و ۳.
۲۴. گلدوزیان، ایرج (۱۳۶۹)، حقوق جزای اختصاصی، تهران: جهاد دانشگاهی، ج ۱، چ دوم.
۲۵. متیو، برتران (۱۳۹۱)، قانون، ترجمه مجید ادیب، تهران: میزان.
۲۶. مجیدی، سید محمود (۱۳۸۶)، جرائم علیه امنیت، تهران: میزان.
۲۷. ----- (۱۳۸۶)، «تشخیص بزه سیاسی و تأثیر رویه دویان عالی کشور بر آن در فرانسه»، پژوهش‌های حقوقی، ش ۱۲، نیمسال دوم، ص ۱۰۵-۱۲۳.
۲۸. مرکزالمیری، احمد و مهدی مهدی‌زاده (۱۳۹۴)، «قانونگذاری پراکنده در نظام تقنینی ایران»، پژوهش حقوق عمومی، سال هفدهم، ش ۴۷، تابستان، ص ۱۵۷-۱۸۴.
۲۹. معین، محمد (۱۳۸۸)، فرهنگ فارسی، تهران: امیرکبیر.
۳۰. منتسکیو، شارل (۱۳۹۲)، روح القوانين، ترجمه علی‌اکبر مهتدی، تهران: امیرکبیر.
۳۱. مهدوی‌پور، اعظم و شهرانی کرانی، نجمه (۱۳۹۳)، «امنیتی شدن جرم‌شناسی: راهبردها و آثار آن بر حقوق کیفری»، پژوهش‌نامه حقوق کیفری، سال پنجم، ش ۱، ص ۱۵۹-۱۸۸.

نادیده‌انگاری بایسته‌های تقنینی در قوانین کیفری ایران در حوزه جرائم علیه امنیت ■ ۳۰۹

۳۲. مهدوی‌پور، اعظم و نجمه شهرانی کرانی (۱۳۹۶)، «تحدید تضمین‌های دادرسی عادلانه در پرتو جرم‌شناسی امنیت‌گرا»، *مجله حقوقی دادگستری*، سال هشتادویکم، ش ۹۷، بهار، ص ۷۹-۱۱۲.

۳۳. میرمحمد صادقی، حسین (۱۳۹۲)، *جرائم علیه امنیت و آسایش عمومی*، تهران: میزان، چ بیست‌و‌چهارم.

۳۴. میلانی، علیرضا و غلام‌رضا اردکانی ارجمند (۱۳۹۴)، «دامنه نفوذ تفکرات امنیت مدار در قلمروی حقوق کیفری ایران»، *فصلنامه مطالعات علوم اجتماعی*، دوره ۱، ش ۱، زمستان، ص ۲۶-۳۳.

۳۵. نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین (۱۳۷۳-۱۳۷۴)، *نظریه‌های جرم‌شناسی*، *تقریرات جرم‌شناسی*، تهیه و تنظیم: فاطمه قناد، دوره کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، نیمسال دوم.

۳۶. ----- (۱۳۹۱)، *از جرم‌شناسی انتقادی تا جرم‌شناسی امنیتی*، *تقریرات درس جرم‌شناسی*، دوره دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه شهید بهشتی.
۳۷. وایت، راب و فیونا هینز (۱۳۸۳)، *جرم و جرم‌شناسی* (کتاب دوم مجموعه مطالعات *کج‌روی و کنترل اجتماعی*)، ترجمه علی سلیمی، محسن کارخانه و فرید مخاطب قمی، قم: پژوهشکده حوزه و دانشگاه.

۳۸. ولد، جرج؛ توماس، برنارد و اسنیپس جفری (۱۳۸۰)، *جرم‌شناسی نظری (گذری بر نظریه‌های جرم‌شناسی)*، ترجمه علی شجاعی، تهران: سمت.

۳۹. ویلیامز، فرانک پی و مک شین، ماری لین دی (۱۳۸۳)، *نظریه‌های جرم‌شناسی*، ترجمه حمیدرضا ملک‌محمدی، تهران: میزان.

۴۰. هاشمی، محمد (۱۳۹۱)، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: میزان، ج ۲، چ یازدهم.

۴۱. یزدیان جعفری، جعفر (۱۳۸۵)، «اصل فردی کردن مجازات‌ها؛ تبعیضی فاحش یا عدالتی عادلانه‌تر»، *حقوق اسلامی*، دوره ۳، ش ۱۱، زمستان، ص ۴۱-۶۴.

References

۱. Ashouri, Dariush (۲۰۰۷), **Political Encyclopedia**, Tehran: Morvarid Publications, Fourteenth Edition. (in persian)
۲. Aghababaei, Hossein (۲۰۱۰) **The Realm of Security in Criminal Law**, Tehran: Publishing Organization of the Institute of Islamic Culture and Thought. (in persian)
۳. ----- (۲۰۱۱), "Security, Personal Freedom and Risk Management of Security Crimes", **Legal Research**, Appendix No. ۵, Winter, pp. ۷۵ - ۱۱۵. (in persian)
۴. Afshinpour, Mostafa & Naghavi, Mehdi (۲۰۱۶), "Iran's security-oriented criminal policy in mitigating punishments", **Private and Criminal Law Research**, Summer, No. ۲۶, pp. ۱۲۵-۱۴۵. (in persian)
۵. Jazayeri, Abbas (۲۰۱۵), **Judicial Security in Iranian Criminal Law and the Procedure of the European Court of Human Rights**, Tehran: Saman Danesh. (in persian)
۶. ----- (۲۰۱۷), **Right to Information**, Rationality and Expediency, Drunkenness, Tehran: Saman Danesh. (in persian)
۷. Jafari, Mojtaba (۲۰۱۳), **Sociology of Criminal Law**, Tehran: Mizan, first edition. (in persian)
۸. Hosseini, Seyed Mohammad and Nafiseh Motavalizadeh Naeini (۲۰۱۲), "A Study of Labeling Theory with a Look at Islamic Sources", **Law Quarterly**, Vol. ۴۲, No. ۴, Winter, pp. ۱۱۷-۱۳۶. (in persian)
۹. Davoodi Garmaroodi, Homa (۲۰۰۵), "The New Neoclassical School and the Revival of the Punishment Approach", **Journal of the Faculty of Law and Political Science**, Vol. ۶۸, No. ۵۱۷, Summer, pp. ۶۵-۸۸.
۱۰. Dari Najafabadi, Ghorban Ali (۲۰۰۰), "A Look at Security from the Perspective of Amir Momenan (AS)", **Journal of Islamic Government**, No. ۱۸, Winter. (in persian)
۱۱. Dehkhoda, Ali Akbar (۱۹۹۸), **Dehkhoda Dictionary**, under the supervision of Mohammad Moin and Jafar Shahidi, second edition, Tehran: University of Tehran Press, Vol. ۳. (in persian)
۱۲. Rasekh, Mohammad (۲۰۰۵), **Theoretical Foundation for Legislative Reform**, Tehran: Research Center of the Islamic Consultative Assembly.
۱۳. Rezvani, Soodabeh (۲۰۱۲), **Human risk management**, First Edition, Tehran, Volume. (in persian)
۱۴. Sarikhani, Adel (۲۰۰۵), **Crimes against Security and Public Welfare**, Qom University Press, First Edition. (in persian)
۱۵. ----- (۱۹۹۹), **Espionage and Betrayal of the Country**, Islamic Propaganda Office Publishing Center, First Edition.
۱۶. Sabzevari Nejad, Hojat (۲۰۱۷), "The position of the principle of proportionality of crime and punishment in the criminal law of Iran and the United Kingdom", **Bi-Quarterly Journal of Judicial Law Perspectives**, No. ۷۷ & ۷۸, Spring and Summer, pp. ۱۳۳-۱۶۴. (in persian)

۱۷. Salimi, Ali & Davari, Mohammad (۲۰۰۱), **Sociology of Deviance (the first book in the series of Studies on Deviance and Social Control)**, Qom: Research Institute and University. (in persian)
۱۸. Shamloo, Baqer and Majid Moradi (۲۰۱۳), "Restrictions against fair trial guarantees in the light of Security oriented approach to money laundering", **Legal Journal of Justice**, No. ۸۷, Vol. ۸۱, pp. ۱۱۱-۱۶۰. (in persian)
۱۹. Tabatabai, Mohammad Hussein (۱۳۹۷), **Al-Mizan Fi Tafsir al-Quran**, Qom: Islamic Publications Office, Vol. ۱۰. (in persian)
۲۰. Gholami, Hussein (۲۰۰۳), **Legal-Criminological Investigation of Recidivism**, Tehran: Mizan. (in persian)
۲۱. GHANAD, Fatemeh & Akbari, MASUOD (۲۰۱۷), SECURITY-ORIENTED CRIMINAL POLICY, Vol. ۵, No. ۱۸, Spring, pp. ۳۹-۶۷. (in persian)
۲۲. Koushki, GholamHossein and Nader AlizadehSeresht (۲۰۱۵), "A Look at the Realm of Security Crimes in the Light of the Jurisdiction of the Revolutionary Court", **Criminal Law Research**, Autumn, No. ۱۲, pp. ۹۹-۱۲۴. (in persian)
۲۳. Garo, René (۱۳۴۴), **Theoretical and Practical Studies of Criminal Law**, translated by Seyyed Zia-ud-Din Niqabat, Tehran: Ibn Sina Publications, Vol. I & III. (in persian)
۲۴. Goldozian, Iraj (۱۹۹۰), **Exclusive Criminal Law**, Tehran: University Jihad Publications, Second Edition, Vol. ۱. (in persian)
۲۵. Matthew, Bertrand (۲۰۱۲), **Law**, translated by Majid Adib, Tehran: amount. (in persian)
۲۶. Majidi, Seyed Mahmoud (۲۰۰۷), **Crimes against Security**, Tehran: Mizan Publications. (in persian)
۲۷. Majidi, Seyed Mahmoud (۲۰۰۷), "Recognition of political crime and the effect of the country's high-ranking officials on it in France", **Legal Research**, No. ۱۲, Second Semester, pp. ۱۰۵-۱۲۳.
۲۸. markazMalmiri, Ahmad & Mehdizadeh, Mehdi (۲۰۱۵), "Scattered Legislation in the Iranian Legislative System", **Public Law Research**, Year ۱۷, No. ۴۷, Summer, pp. ۱۵۷-۱۸۴. (in persian)
۲۹. Moin, Mohammad (۲۰۰۹), **Persian Culture**, Tehran, Amirkabir.
۳۰. Montesquieu, Charles (۲۰۱۳), **The Spirit of Laws**, translated by Ali Akbar Mohtadi, Tehran: Amirkabir Publishing Institute. (in persian)
۳۱. Mahdavi pour, Azam & Shahrani Karani, Najmeh (۲۰۱۴), "Security of Criminology: Strategies and Its Effects on Criminal Law", **Criminal Law Research Journal**, Year ۵, No. ۱, pp. ۱۵۹-۱۸۸. (in persian)
۳۲. ahdavipour, Azam and Najmeh Shahrani Karani (۲۰۱۷), "Limitation of Guarantees of Fair Trial in the Light of Security-Oriented Law", **Journal of Justice**, Vol. ۸۱, No. ۹۷, Spring, pp. ۷۹-۱۱۲. (in persian)
۳۳. Mir Mohammad Sadeghi, Hossein (۲۰۱۳), **Crimes Against Security and public comfort**, Tehran: Mizan Publishing, ۲nd edition. (in persian)

۳۴. Milani, Alireza and Gholamreza ArdakaniArjmand (۲۰۱۵), "The Influence of Security-Oriented Thoughts in the Realm of Iranian Criminal Law", **Quarterly Journal of Social Science Studies**, Vol. ۱, No. ۱, Winter, pp. ۲۶-۳۳. (in persian)
۳۵. NajafiAberandabadi, Ali Hossein (۱۹۹۴-۱۹۹۵), **Theories of Criminology, Criminology Lectures**, Prepared and edited by: Fatemeh Ghannad, M.Sc., Shahid Beheshti University, second semester. (in persian)
۳۶. NajafiAberandabadi, Ali Hossein (۲۰۱۲), **from critical criminology to security criminology, lectures on criminology**, PhD in criminal law and criminology at Shahid Beheshti University. (in persian)
۳۷. White, Rob & Hines, Fiona (۲۰۰۴), **Criminology and Criminology (the second book in the collection of studies on deviance and social control)**, translated by Ali Salimi & Mohsen Karkhaneh & Farid Mokhtareb Qomi, Qom: Research Institute and University. (in persian)
۳۸. Wald, George; Thomas, Bernard and Snipes Jeffrey (۲۰۰۱), **Theoretical Criminology (A Passage on Criminological Theories)**, translated by Ali Shojaei, Tehran: Samat. (in persian)
۳۹. Williams, Frank P. and McShane, Marie Lynn Dee (۲۰۰۴), **Theories of Criminology**, translated by Hamid Reza Malek Mohammadi, Tehran: Mizan Publishing. (in persian)
۴۰. Hashemi, Mohammad (۲۰۱۲), **Constitutional Law of the Islamic Republic of Iran**, Tehran: Mizan, Vol. ۲, Eleventh Edition. (in persian)
۴۱. YazdianJafari, Jafar (۲۰۰۶), "The principle of individualization of punishments Gross Discrimination or Fair Justice", **Islamic Law**, Vol. ۳, No. ۱۱, Winter, pp. ۴۱-۶۴. (in persian)

بفري ايران در حوزه جرائم عليه امنيت ■ ۳۱۳

فهرست محصولات انتشارات پژوهشکده شورای نگهبان - آذرماه ۱۴۰۳

ردیف	عنوان	پدیدآور	سال نشر
۱	اصول حکمرانی در حکومت اسلامی	جمعی از نویسندگان	۱۴۰۳
۲	اندیشه‌های حقوق عمومی	جمعی از نویسندگان	۱۴۰۳
۳	تفسیر قانون اساسی	جمعی از نویسندگان	۱۴۰۳
۴	قانون مادر؛ مجموعه اشعار کودکان	جمعی از نویسندگان	۱۴۰۳
۵	حقوق اداری	جمعی از نویسندگان	۱۴۰۳
۶	مبانی نظرات شورای نگهبان در خصوص مصوبات و استفساریه‌های سال ۱۳۹۵	پژوهشکده شورای نگهبان	۱۴۰۳
۷	مجموعه نظریات فقهی شورای نگهبان در پاسخ به استعلامات دیوان عدالت اداری (۱۳۹۵-۱۳۹۷)	پژوهشکده شورای نگهبان	۱۴۰۳
۸	تحلیل مبانی نظام جمهوری اسلامی ایران؛ جلد سوم (اصل نوزدهم تا بیست و نهم)	عباس کعبی	۱۴۰۲
۹	تحلیل مبانی نظام جمهوری اسلامی ایران؛ جلد چهارم (اصول سی‌ام تا چهل و دوم)	عباس کعبی	۱۴۰۲
۱۰	تحلیل موضوعات روز از دیدگاه حقوق عمومی	جمعی از نویسندگان	۱۴۰۲
۱۱	حقوق برنامه	هادی طحان نظیف علی هادی‌زاده	۱۴۰۲
۱۲	شرح قانون اساسی؛ فصل حق حاکمیت ملت و قوای ناشی از آن اصول ۵۶، ۵۹، ۶۰	عباسعلی کدخدایی و همکاران	۱۴۰۲
۱۳	شرح قانون اساسی؛ فصل اقتصاد و امور مالی (اصول ۴۴ و ۴۵)	عباسعلی کدخدایی و همکاران	۱۴۰۲
۱۴	شرح قانون اساسی؛ فصل قوه مقننه، جلد سوم (اصول ۷۶، ۸۴)	عباسعلی کدخدایی و همکاران	۱۴۰۲
۱۵	شرح قانون اساسی؛ فصل حقوق ملت، جلد دوم (اصول ۳۲، ۴۱ و ۴۲)	عباسعلی کدخدایی و همکاران	۱۴۰۲
۱۶	قانون دیوان عدالت اداری همراه با آخرین اصلاحات مصوب ۱۴۰۲	پژوهشکده شورای نگهبان	۱۴۰۲
۱۷	مجموعه قوانین انتخابات مجلس شورای اسلامی	پژوهشکده شورای نگهبان	۱۴۰۲
۱۸	مشروح مذاکرات سال ۱۳۷۹ شورای نگهبان (بخش دوم - مهر تا اسفند)	پژوهشکده شورای نگهبان	۱۴۰۲
۱۹	مشروح مذاکرات شورای نگهبان سال ۱۳۷۹ (بخش اول فروردین تا شهریور)	پژوهشکده شورای نگهبان	۱۴۰۲
۲۰	آشنایی با جایگاه و صلاحیت های شورای نگهبان (سه زبانه)	علی فتاحی زعفرندی	۱۴۰۲
۲۱	حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران	جمعی از نویسندگان	۱۴۰۲
۲۲	اسناد قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران	پژوهشکده شورای نگهبان	۱۴۰۱
۲۳	سیاست‌های کلی قانون‌گذاری؛ تحلیل محتوا و سازوکارهای اجرا	محمد صادق فراهانی	۱۴۰۱
۲۴	شرح قانون اساسی؛ اصول کلی (اصول ۲ و ۸)	عباسعلی کدخدایی و همکاران	۱۴۰۱
۲۵	شرح قانون اساسی؛ فصل قوه مقننه (جلد دوم)	عباسعلی کدخدایی و همکاران	۱۴۰۱
۲۶	شرح قانون اساسی، فصل رهبری، جلد دوم (بندهای ۲ و ۳ و ۷ اصل ۱۱۰)	عباسعلی کدخدایی و همکاران	۱۴۰۱
۲۷	گفتارهایی در حقوق عمومی اسلامی	عباس کعبی	۱۴۰۱

۳۱۴ ■ قانون‌گذاری و قانون اساسی (۱)

۲۸	مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی دوره دهم	پژوهشکده شورای نگهبان	۱۴۰۱
۲۹	مشروح مذاکرات شورای نگهبان در خصوص آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲	پژوهشکده شورای نگهبان	۱۴۰۱
۳۰	مشروح مذاکرات شورای نگهبان سال ۱۳۹۳ بخش دوم (مهر تا اسفند)	پژوهشکده شورای نگهبان	۱۴۰۱
۳۱	نظام حقوقی حاکم بر انتخابات جلد دوم: مدیریت انتخابات و نظارت بر آن	مصطفی منصوریان	۱۴۰۱
۳۲	آشنایی با جایگاه و صلاحیت‌های شورای نگهبان	علی فتاحی زفرقندی سید مهدی جوادی	۱۴۰۰
۳۳	بنیان صیانت؛ شورای نگهبان از مشروطه تا جمهوری اسلامی ایران	مهدی نورایی	۱۴۰۰
۳۴	چهل سال قانون اساسی	جمعی از نویسندگان	۱۴۰۰
۳۵	حقوق بودجه	جمعی از نویسندگان	۱۴۰۰
۳۶	مبانی نظرات شورای نگهبان در خصوص آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲	پژوهشکده شورای نگهبان	۱۴۰۰
۳۷	مجموعه نظریات فقهی شورای نگهبان در پاسخ به استعلامات دیوان عدالت اداری ۸۳ تا ۹۲	پژوهشکده شورای نگهبان	۱۴۰۰
۳۸	مجموعه نظریات فقهی شورای نگهبان در پاسخ به استعلامات دیوان عدالت اداری ۹۲ تا ۹۶	پژوهشکده شورای نگهبان	۱۴۰۰
۳۹	محشای قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلد دوم اصول ۹۱ الی ۱۷۷)	جمعی از نویسندگان	۱۴۰۰
۴۰	محشای قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلد اول اصول ۱ الی ۹۱)	جمعی از نویسندگان	۱۴۰۰
۴۱	مشروح مذاکرات شورای نگهبان سال ۱۳۹۵ بخش دوم (مهر تا اسفند)	پژوهشکده شورای نگهبان	۱۴۰۰
۴۲	مشروح مذاکرات شورای نگهبان سال ۱۳۹۶ بخش دوم (مهر تا اسفند)	پژوهشکده شورای نگهبان	۱۴۰۰
۴۳	آشنایی با جایگاه و صلاحیت‌های شورای نگهبان، ویژه دانشجویان حقوق	علی فتاحی زفرقندی	۱۴۰۰
۴۴	شورای نگهبان در اندیشه قانون‌گذار اساسی از مشروطه تا جمهوری اسلامی ایران	مهدی نورایی	۱۴۰۰
۴۵	نشست‌های تحلیلی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران	جمعی از نویسندگان	۱۴۰۰
۴۶	نشست‌های تحلیلی بررسی ساختار و فرآیندهای انتخابات ریاست جمهوری در آمریکا	جمعی از نویسندگان	۱۴۰۰
۴۷	سلسله نشست‌های با موضوع قانون اساسی دستاوردها ظرفیت‌ها و چشم‌اندازها	جمعی از نویسندگان	۱۳۹۹
۴۸	شرح قانون اساسی؛ فصل حقوق ملت، جلد اول (اصول ۲۴ و ۲۶)	عباسعلی کدخدایی و همکاران	۱۳۹۹
۴۹	کتابشناسی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران	حمید فعلی	۱۳۹۹
۵۰	مشروح مذاکرات شورای نگهبان سال ۱۳۹۵ بخش اول (فروردین تا شهریور)	پژوهشکده شورای نگهبان	۱۳۹۹
۵۱	مشروح مذاکرات شورای نگهبان ۱۳۹۶ بخش اول (فروردین تا شهریور)	پژوهشکده شورای نگهبان	۱۳۹۹
۵۲	قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ همراه با کتاب پنجم (تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده) در پرتو نظرات شورای نگهبان	پژوهشکده شورای نگهبان	۱۳۹۹
۵۳	آشنایی با مفاهیم قانون اساسی؛ تحلیل برخی کلید واژگان قانون اساسی	جمعی از نویسندگان	۱۳۹۸
۵۴	تحلیل مبانی نظام جمهوری اسلامی ایران؛ جلد دوم (اصول هشتم تا هجدهم)	عباس کعبی و همکاران	۱۳۹۸
۵۵	شرح قانون اساسی؛ فصل شوراها (جلد اول اصول ۱۰۱ و ۱۰۲)	عباسعلی کدخدایی و همکاران	۱۳۹۸

۵۶	قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران	پژوهشکده شورای نگهبان	۱۳۹۸
۵۷	قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (جیبی)	پژوهشکده شورای نگهبان	۱۳۹۸
۵۸	قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به همراه نظرات تفسیری شورای نگهبان (جیبی)	پژوهشکده شورای نگهبان	۱۳۹۸
۵۹	مبانی نظرات شورای نگهبان در خصوص مصوبات و استفساریه‌های سال ۱۳۹۴	پژوهشکده شورای نگهبان	۱۳۹۸
۶۰	قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به همراه نظرات تفسیری شورای نگهبان (پالتویی)	پژوهشکده شورای نگهبان	۱۳۹۸
۶۱	آشنایی با مفاهیم حقوق عمومی جلد دوم خ - ی	جمعی از نویسندگان	۱۳۹۷
۶۲	آشنایی با مفاهیم حقوق عمومی؛ جلد اول: الف - ح	جمعی از نویسندگان	۱۳۹۷
۶۳	تفکیک تقنین و اجراء؛ تحلیل مرزهای صلاحیت تقنینی در روابط قوای مقننه و مجریه	علی محمد فلاح زاده و همکاران	۱۳۹۷
۶۴	شرح قانون اساسی، اصول کلی (جلد اول؛ اصول ۵، ۹ و ۱۱)	عباسعلی کدخدایی و همکاران	۱۳۹۷
۶۵	شرح قانون اساسی، فصل بازنگری در قانون اساسی (اصل ۱۷۷)	عباسعلی کدخدایی و همکاران	۱۳۹۷
۶۶	شرح قانون اساسی؛ فصل قوه مجریه، ریاست جمهوری و وزرا (جلد اول اصول ۱۲۷، ۱۲۳، ۱۱۳)	عباسعلی کدخدایی و همکاران	۱۳۹۷
۶۷	مجموعه قوانین و مقررات انتخابات	پژوهشکده شورای نگهبان	۱۳۹۷
۶۸	شورای نگهبان؛ نظارت بر انتخابات، تبیین و تحلیل صلاحیت شورای نگهبان در نظارت بر انتخابات و بررسی شبهات پیرامون آن	علی بهادری جهرمی علی فتاحی زفرقندی	۱۳۹۷
۶۹	قانونگذاری و اجراء؛ مجموعه نشست‌های تخصصی تحلیل روابط قوای مقننه و مجریه	پژوهشکده شورای نگهبان	۱۳۹۷
۷۰	کتابشناسی شورای نگهبان	حمید فعلی	۱۳۹۷
۷۱	مبانی نظرات شورای نگهبان در خصوص قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲	پژوهشکده شورای نگهبان	۱۳۹۷
۷۲	مشروح مذاکرات شورای نگهبان دوره اول - سال ۱۳۵۹	پژوهشکده شورای نگهبان	۱۳۹۷
۷۳	مشروح مذاکرات شورای نگهبان سال ۱۳۹۳ - بخش اول - (فروردین تا شهریور)	پژوهشکده شورای نگهبان	۱۳۹۷
۷۴	نظرات شرعی فقهای شورای نگهبان بر اساس اصل (۴) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران ۱۳۵۹-۱۳۹۷	پژوهشکده شورای نگهبان	۱۳۹۷
۷۵	مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد اساسنامه‌های مصوب دولت از سال ۱۳۶۹ تا ۱۳۹۵	پژوهشکده شورای نگهبان	۱۳۹۶
۷۶	شرح قانون اساسی؛ فصل شورای نگهبان (جلد اول)	عباسعلی کدخدایی و همکاران	۱۳۹۶
۷۷	قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به همراه نظرات تفسیری، مشورتی شورای نگهبان	پژوهشکده شورای نگهبان	۱۳۹۶
۷۸	مبانی آراء و نظرات شورای نگهبان؛ مستنبط از مشروح مذاکرات سال ۱۳۸۷	پژوهشکده شورای نگهبان	۱۳۹۶
۷۹	نظام حقوقی حاکم بر انتخابات؛ جلد نخست: نظام‌های انتخاباتی	مصطفی منصوریان	۱۳۹۶
۸۰	مبانی نظرات شورای نگهبان در خصوص قانون برنامه پنجم توسعه و قوانین بودجه	پژوهشکده شورای نگهبان	۱۳۹۵
۸۱	مبانی نظرات شورای نگهبان در خصوص مصوبات و استفساریه‌های سال ۱۳۹۳	جمعی از نویسندگان	۱۳۹۵
۸۲	حقوق اساسی کشورهای اسلامی	اسماعیل آجرلو	۱۳۹۵
۸۳	شرح قانون اساسی، فصل ششم قوه مقننه (جلد اول)	عباسعلی کدخدایی و همکاران	۱۳۹۵

۳۱۶ ■ قانون‌گذاری و قانون اساسی (۱)

۸۴	شرح قانون اساسی؛ فصل رهبری (جلد اول)	عباسعلی کدخدایی و همکاران	۱۳۹۵
۸۵	مجموعه قوانین و مقررات شورای نگهبان	پژوهشکده شورای نگهبان	۱۳۹۵
۸۶	مشروح مذاکرات شورای نگهبان سال ۱۳۹۲ فروردین تا شهریور	پژوهشکده شورای نگهبان	۱۳۹۵
۸۷	موافقت‌نامه‌های بین‌المللی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران	حسین خلف‌رضایی	۱۳۹۴
۸۸	اصول قانون اساسی در پرتو نظرات شورای نگهبان جلد چهارم	پژوهشکده شورای نگهبان	۱۳۹۴
۸۹	اصول قانون اساسی در پرتو نظرات شورای نگهبان جلد دوم	پژوهشکده شورای نگهبان	۱۳۹۴
۹۰	اصول قانون اساسی در پرتو نظرات شورای نگهبان جلد سوم	پژوهشکده شورای نگهبان	۱۳۹۴
۹۱	اصول قانون اساسی در پرتو نظرات شورای نگهبان جلد اول ۱۳۵۹-۱۳۹۴	پژوهشکده شورای نگهبان	۱۳۹۴
۹۲	تحلیل مبانی نظام جمهوری اسلامی اسلامی ایران؛ جلد ۱ (اصول اول تا هفتم)	عباس کعبی و همکاران	۱۳۹۴
۹۳	مبانی نظرات شورای نگهبان در خصوص مصوبات و استفساریه‌های سال ۱۳۹۲	پژوهشکده شورای نگهبان	۱۳۹۴
۹۴	مجموعه قوانین و مقررات انتخابات	پژوهشکده شورای نگهبان	۱۳۹۴
۹۵	تحلیل وقایع روز از دیدگاه حقوق عمومی	جمعی از نویسندگان	۱۳۹۳
۹۶	جایگاه و صلاحیت دیوان عدالت اداری در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران	میلاد قطبی	۱۳۹۳
۹۷	دادرسی اساسی تطبیقی؛ مطالعه‌ی مبانی، ساختارها و صلاحیت	اسماعیل آجرلو	۱۳۹۳
۹۸	قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ در پرتو نظرات شورای نگهبان	پژوهشکده شورای نگهبان	۱۳۹۳
۹۹	قانون حمایت خانواده (مصوب ۱۳۹۱) و قانون حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست و بد سرپرست (مصوب ۱۳۹۲)	پژوهشکده شورای نگهبان	۱۳۹۳
۱۰۰	قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز (مصوب ۱۳۹۲) در پرتو نظرات شورای نگهبان	پژوهشکده شورای نگهبان	۱۳۹۳
۱۰۱	مبانی نظرات شورای نگهبان در خصوص مصوبات و استفساریه‌های سال ۱۳۹۰	پژوهشکده شورای نگهبان	۱۳۹۳
۱۰۲	مبانی نظرات شورای نگهبان در خصوص مصوبات و استفساریه‌های سال ۱۳۹۱	پژوهشکده شورای نگهبان	۱۳۹۳
۱۰۳	مردم و حکومت اسلامی	علی فتاحی زفرقندی	۱۳۹۳
۱۰۴	مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی دوره ششم خرداد ۱۳۷۹ تا خرداد ۱۳۸۳	مرکز تحقیقات شورای نگهبان	۱۳۹۱
۱۰۵	مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی دوره پنجم خرداد ۱۳۷۵ تا خرداد ۱۳۷۹	مرکز تحقیقات شورای نگهبان	۱۳۸۵
۱۰۶	مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی دوره چهارم خرداد ۱۳۷۱ تا خرداد ۱۳۷۵	مرکز تحقیقات شورای نگهبان	۱۳۸۵
۱۰۷	مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی دوره سوم خرداد ۱۳۶۷ تا خرداد ۱۳۷۱	مرکز تحقیقات شورای نگهبان	۱۳۸۵
۱۰۸	مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی دوره اول خرداد ۱۳۵۹ تا خرداد ۱۳۶۳	مرکز تحقیقات شورای نگهبان	۱۳۸۵

۱۳۸۵	مرکز تحقیقات شورای نگهبان	مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی دوره دوم خرداد ۱۳۶۳ تا خرداد ۱۳۶۷	۱۰۹
۱۳۸۵	مرکز تحقیقات شورای نگهبان	مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی دوره هفتم خرداد ۱۳۸۳ تا خرداد ۱۳۸۷	۱۱۰



پژوهشکده شورای نگهبان

مجلس شورای اسلامی نماینده اراده مردم در چارچوب نظام اسلامی است و صلاحیت تقنینی و نظارتی گسترده‌ای دارد که شامل تدوین و تصویب قوانین عادی، تصویب بودجه سالانه کشور، بررسی برنامه‌های توسعه، و تأیید یا رد موافقت‌نامه‌های بین‌المللی می‌شود. این قوه، قوانین را با در نظر گرفتن چارچوب‌های قانون اساسی و موازین شرعی و رعایت مصالح و منافع عمومی باید تصویب کند و از طریق طرح سؤال از وزرا، استیضاح، تحقیق و تفحص و نظارت بر اجرای قوانین، نقش نظارتی خود را اعمال می‌کند. نمایندگان مجلس شورای اسلامی باید پاسدار حریم اسلام و نگاهبان دستاوردهای انقلاب اسلامی ملت ایران و مبانی جمهوری اسلامی باشند و همواره به استقلال و اعتلای کشور و حفظ حقوق ملت و خدمت به مردم پایبند باشند و از قانون اساسی دفاع کنند.

nashr-rc.ir
ccri.ac.ir

قیمت: ۱۵ هزار تومان

ISBN : 978-622-5068-28-5



9 786225 068285