

The Ratio of Freedoms and Economic Security in the Iranian Constitutional System

Seyed Mohamad Mahdi Ghamami*

Received: 31/01/2021
Accepted: 05/05/2021

Abstract

One of the most important requirements of constitutionalism is to organize the ratio of freedom and security in such a way as to provide a wide space for legitimate freedoms in coexistence with security in various fields, including economic security. For this reason, while respecting it in accordance with Principles (9), (20) and (48); In the various principles of the Constitution, individual and public freedoms are restricted, including "Islamic norms" (Principle 20), "national independence" (Principle 9), "non-harm to others" (Principle 40), "illegitimate acquisition" (Principle 49) and "Irreparable destruction of the environment" (Principle 50) as well as the Law on Punishment of Disruptors of the Economic System (approved in 1990) is bound. Therefore, there must be a balance between freedoms and security, especially in the economic field, which in recent years has been based on the legal requirements of business protection (Law on Continuous Improvement of Business, adopted in 2012), privatization and competition (General Policy Implementation of Principle 44, adopted in 2008), and protection of production (Law on Maximum Use of Production and Service Capacity of the Country and Protection of Iranian Goods, adopted in 2019) has been considered. However, in this article, while answering the question "What is the relationship between freedoms and security in the system of fundamental rights in Iran?" We analyze the Iranian constitutional system by emphasizing the ninth principle and creating a balance in this regard with a descriptive-analytical method.

keywords

Economic Security; Freedom; Public Order; Citizenship Rights; Public Interest.

* Assistant Professor and Faculty Member of the Faculty of Islamic Studies and Law, Imam Sadiq University, Tehran, Iran. ghamamy@isu.ac.ir

نسبت آزادی‌ها و امنیت اقتصادی در نظام حقوق اساسی ایران

سید محمدمهدی غمامی^۱

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۱/۱۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۲/۱۵

چکیده

یکی از مهم‌ترین اقتضائات دستورگرایی، ساماندهی به نسبت آزادی و امنیت به نحوی است که فضای گسترده‌ای برای آزادی‌های مشروع در همزیستی با امنیت در عرصه‌های مختلف از جمله امنیت اقتصادی فراهم گردد. به همین دلیل، در عین محترم شمردن آن مطابق اصل (۹)، (۲۰) و (۴۸)؛ در اصول متعدد قانون اساسی، آزادی‌های فردی و عمومی به قیودی از جمله «موازن اسلامی» (اصل ۲۰)، «استقلال ملی» (اصل ۹)، «عدم اضرار به غیر» (اصل ۴۰) و «تخریب غیرقابل جبران محیط زیست» (اصل ۵۰) و همچنین قانون مجازات اخلال‌گران در نظام اقتصادی کشور (مصوب ۱۳۶۹) مقید شده است. بنابراین باید یک نقطه تعادلی بین آزادی‌ها و امنیت به‌ویژه در حوزه اقتصادی که در سال‌های اخیر بر اساس الزامات قانونی حمایت از کسب‌وکارها (قانون بهبود مستمر کسب‌وکار مصوب ۱۳۹۰)، خصوصی‌سازی و رقابت (قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم (۴۴) قانون اساسی مصوب ۱۳۸۶) و حمایت از تولید (قانون حداکثر استفاده از توان تولیدی و خدماتی کشور و حمایت از کالای ایرانی مصوب ۱۳۹۸) مورد توجه قرار گرفته است، ایجاد کرد. به‌رحال در این مقاله ضمن پاسخ به این سؤال که «نسبت آزادی‌ها و امنیت در نظام حقوق اساسی ایران چیست؟» به تحلیل نظام حقوق اساسی ایران با تأکید بر اصل نهم و ایجاد تعادل در این رابطه با روش توصیفی - تحلیلی می‌پردازیم.

واژگان کلیدی

امنیت اقتصادی؛ آزادی، نظم عمومی؛ حقوق شهروندی؛ مصلحت عمومی.

۱. استادیار دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق علیه‌السلام، تهران، ایران

مقدمه

آزادی‌های فردی و عمومی همواره در نظام‌های سیاسی غیرمردمی یا امنیت‌گرا به محاق رفته و مورد بی‌مهری قرار می‌گیرند. این تجربه در تاریخ تمامیت‌خواه پادشاهی ایران در عرصه‌های مختلف به‌ویژه اقتصادی به‌صورت عمیقی شکل گرفته بود و مردم هیچ نقش قابل توصیفی در اقتصاد نداشتند. با به ثمر رسیدن انقلاب اسلامی، ظرفیت ویژه‌ای برای نقش‌آفرینی و آزادی‌های مثبت و منفی مردم در ساحت‌های مختلف فراهم گشت. به همین دلیل، در فرآیند انقلاب و همچنین بعد از پیروزی آن، و نظر به واکنش‌های شدید به مسائل تاریخی گذشته، «استقلال، آزادی، حکومت اسلامی» از اساسی‌ترین شعارهای انقلاب به‌شمار می‌رود که به‌صراحت ذیل عنوان «بهایی که ملت پرداخت» در مقدمه قانون اساسی آمده است. بر این اساس، انقلاب باید موجبات تحقق آزادی را مبتنی بر ارزش‌های اسلامی فراهم آورد و بدین‌منظور اصول متعددی از قانون اساسی به تبیین این ایده پرداختند. اصولی که هدف اصلی‌شان تحقق آزادی‌ها، دفع هرگونه سلطه‌پذیری و حاکمیت ارزش‌ها و احکام اسلامی بود. به‌خصوص با توجه به اختناق نظام دیکتاتوری پهلوی، وابستگی و تحقیری که ناشی از دست‌نشانده بودن و بی‌اقتداری ایران در نظام بین‌المللی بود، قانون اساسی ایران بر بخشی که آزادی و استقلال را مدنظر قرار می‌دهد، تأکیدات ویژه‌ای دارد. بخش عمده‌ای از مقدمه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مبنی بر این جهت‌گیری است؛ ازجمله صراحت بخشی از مقدمه که به «شیوه حکومت در اسلام» پرداخته و قانون اساسی را به لزوم صیانت از این هدف ارجاع می‌دهد: «با توجه به ماهیت این نهضت بزرگ، قانون اساسی تضمین‌گر نفی هرگونه استبداد فکری و اجتماعی و انحصار اقتصادی می‌باشد و در خط گسستن از سیستم استبدادی، و سپردن سرنوشت مردم به‌دست خودشان تلاش می‌کند. (ویضع عنهم اصرهم والاغلال التي كانت علیهم).» در همین راستا، علاوه بر سه بند (۵)، (۶) و (۷) از اصل سوم که وظایف دولت جهت تحقق استقلال و آزادی محسوب می‌شود، اصل نهم قانون اساسی در ردیف «اصول کلی» فصل اول قانون اساسی، در بیانی جامع مقرر می‌دارد:

«در جمهوری اسلامی ایران آزادی و استقلال و وحدت و تمامیت اراضی کشور از یکدیگر تفکیک‌ناپذیرند و حفظ آن‌ها وظیفه دولت و آحاد ملت است. هیچ

فرد یا گروه یا مقامی حق ندارد به نام استفاده از آزادی، به استقلال سیاسی، فرهنگی، اقتصادی، نظامی و تمامیت ارضی ایران کمترین خدشه‌ای وارد کند و هیچ مقامی حق ندارد به نام حفظ استقلال و تمامیت ارضی کشور آزادی‌های مشروع را، هرچند با وضع قوانین و مقررات، سلب کند.

این اصل که با ۵۶ رأی موافق از مجموع ۵۸ رأی مأخوذه در هفدهمین جلسه عمومی مجلس بررسی نهایی قانون اساسی به تصویب رسید، هم از مبانی فصل «حقوق ملت» به‌شمار می‌آید، هم بر مفهوم غیرقابل تخطی بودن این حقوق و آزادی‌ها^۱ صحنه می‌گذارد و هم از مبانی احکام ناظر به استقلال و صیانت از خاک به تاراج رفته کشور محسوب می‌گردد. با این وجود، بیان اصل نهم چیزی بیش از مفاد مورد نظر در جهت تأمین استقلال و آزادی است. چنان‌که علاوه بر حکم به تضمین آن‌ها، مسئله چالش‌برانگیز تراحم میان نظم عمومی و آزادی‌ها را هم بیان می‌کند. چالشی که در اصول مربوط به فصل حقوق ملت همانند بیان مخل نظم عمومی (اصل ۲۴) یا اجتماع مخل نظم عمومی (اصل ۲۷) بیشتر جلوه می‌کند. البته می‌توان در دیدگاهی دیگر، با اکتفا به بیان اصل که فقط ناظر به نسبت «آزادی» و «استقلال و وحدت و تمامیت ارضی کشور» است، اظهار داشت این اصل بیشتر ناشی از رویکردی تاریخی به نقض آزادی به بهانه «استقلال و تمامیت ارضی» بوده و البته اهتمام دارد تا بر لزوم درک استقلال واقعی برای صیانت از کشور بر اساس نظریه «حفظ نظام» که البته خود از مفاهیم مشابه نظم عمومی است، تأکید کند.

۱. پیشینه تاریخی و نحوه تنظیم الزامات قانون اساسی در حوزه آزادی‌های مشروع

اصل نهم قانون اساسی دارای چند عبارت متفاوت است که تفکیک آن‌ها از یکدیگر این امکان را برای ما فراهم می‌سازد تا پیشینه تاریخی، نحوه تنظیم و مطالعه تطبیقی خود را در این زمینه سامان دهیم. بر اساس این اصل (۱) آزادی، استقلال و تمامیت ارضی (۲) به‌عنوان وظیفه ملت و دولت (۳) با ارزشی همسنگ مورد تحریر قانون‌گذار قرار گرفته است. ضمن آن‌که همواره و به‌طور سنتی بین این ارزش‌ها یعنی «آزادی» و «استقلال و وحدت و تمامیت ارضی کشور» نوعی تراحم بازنمایی شده و در سطحی کلان‌تر در

۱. Non-Derogable Rights and Freedoms.

مباحث حقوقی نسبت «آزادی» و «نظم عمومی» مطمح نظر بوده و همان طور که می دانیم این مسئله از بدو طرح نظام آزادی ها در برابر «قدرت» و مسئله تشکیل جامعه مدرن در قالب «قرارداد اجتماعی» نوعی سوءاستفاده حاکمان و یا اولویت هابزی امنیت مطرح بوده^۱ و البته این موضوع با توجه به این که جمهوری اسلامی ایران مختصات دینی نیز دارد، اختصاصات متفاوت تری پیدا می کند. در هر صورت قیود اصول ناظر به حقوق و آزادی ها از جمله اصل بیست و یکم، بیست و چهارم، بیست و هفتم، بیست و هشتم و چهلم مبین چارچوب مذکور است.

در اینجا پیش از این که وارد تحلیل مفاد و عبارات اصل نهم شویم، به اجمال از نظم عمومی تعریفی را ارائه خواهیم داد. نظم عمومی یک مفهوم بسیار پیچیده است که از آن برداشت های متفاوتی ارائه شده است. با وجود این، یک اجماع کلی وجود دارد که «بدون آن [نظم عمومی] اساساً چیزی به نام زندگی اجتماعی یا جمعی ممکن نخواهد شد»^۲ به این ترتیب، بقای یک جامعه در گروی پاسداشت نظم عمومی است که برخی این صیانت کردن را به حفظ سرزمین - سرزمین به عنوان قلمروی زیستی جمعیت باید به طور ملموس و عینی در اختیار قدرت عالی باشد، در غیر این صورت دولت تشکیل نمی شود - به عنوان اصلی ترین عنصر دولت و استقلال دولت نسبت به سایر دولت ها فروکاسته اند.^۳ که این خود بیانگر آن است که مفهوم حداقلی نظم عمومی حفظ استقلال و تمامیت ارضی است. نتیجه این که «نظم عمومی عبارت است از امری بسیار مهم که جوهره جامعه و حقوق بدان وابسته است: در نگرش اجتماعی، نظم عمومی ایجادکننده صلح درونی (la paix interne) در جامعه سیاسی است و بدون آن اساساً تشکیل جامعه سیاسی امکان پذیر نیست... نظم عمومی (صلح درونی) شرط ضروری خوشبختی و بهبودی آدمیان است»^۴ البته برخی دیگر

۱. Diarra, Abdoulaye, *Démocratie et droit constitutionnel dans les pays francophones d'Afrique noire: le cas du Mali depuis 1960*, Paris: Karthala Edition, 2010, p. 16.

۲. راسخ، محمد و بیات کمیته کی، مهناز (۱۳۹۰)، مصلحت عمومی، مجله تحقیقات حقوقی، زمستان، شماره ۵۶، ص ۱۰۸.

۳. Fox, Gregory H., *Humanitarian Occupation*, Cambridge University Press, 2008, p. 36.

۴. گرجی آرتندریانی، علی اکبر (۱۳۹۰)، ده فرمان حقوق عمومی: تأملی درباره اصول و مفاهیم بنیادین حقوق عمومی، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۱، شماره ۲، صص ۲۰۹-۲۱۰.

نظم عمومی را به امنیت ملی و آسایش عمومی، به نحوی که جامعه دچار هیچ مخاطره یا تهدیدی نباشد تعریف کرده‌اند.^۱ بر این اساس، مفهوم امنیت ملی در معنای عدم تهدید سرزمینی مؤید برداشت قبل و برداشت شکلی از نظم عمومی است^۲ که باید از آن حراست کرد. همچنین باید توضیح داد که مفهوم «نظام» در ادبیات فقهی و امر به حفظ آن به معنای حفظ نظامات داخلیه مملکت و معیشت جامعه (واجبات نظامیه) و صیانت از کشور اسلامی و مسلمانان^۳ عنوان شده است که از جهت دفاع از سرزمین و حیات اجتماعی قرابت مفهومی و ثبوتی با نظم عمومی دارد. با این وجود، باید در نظر داشت که تبلور این مفاهیم در نظام‌های حقوقی موضوعه و آنگلساکسون متفاوت است.^۴ و این هر دو با مفهوم «نظام» در اسلام در عین قرابت‌های متعدد، تفاوت‌های قابل توجهی دارد.^۵

در نهایت باید اذعان داشت که این الزامات حیاتی (استقلال و فقدان تهدید ملی و سرزمینی) در قالب هنجارهای بنیادین آن جامعه شامل منشورهای ملی و قانون اساسی گنجانده شده است.^۶ مهم‌ترین تبلور این هنجارها در ایران، قوانین آمره، اصول مردم‌سالاری و موازین اسلامی به‌شمار می‌آید. نگاهی به اصول قانون اساسی مبین آن است که مجموعه این ویژگی‌ها در الفاظ^۷ و مشروح مذاکرات مورد نظر قانون‌گذار قانون اساسی بوده است.

1. Chrestia, Philippe; Monera, Frédéric, Droit public: concours administratifs: droit constitutionnel, droit administratif, droit de l'union européenne, Studyrama, 2006, p 151.

۲. Gallagher, Anne T.; David, Fiona, The International Law of Migrant Smuggling, Cambridge University Press, 2014, p. 659.

۳. نائینی، میرزا محمد حسین (۱۴۱۷)، فوائد الاصول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ ششم، صص ۳۹-۴۰.

۴. Gonzales, Campos; Fernandez, Rozas, (1974), l'Ordine Publico Internazionale, CEDAM, 1974, p 115.

۵. جهت مطالعه بیشتر مراجعه کنید به: غمami، سید محمد مهدی، تبیین تطبیقی نظم عمومی و نظام در حوزه حقوق جمهوری اسلامی ایران و فقه شیعه، فصلنامه مطالعات حقوقی دولت اسلامی، سال دوم، بهار ۱۳۹۲، شماره ۳.

۶. picard, Etienne, La fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique, dans: L'ordre public, édité par Marine-Joëlle Redor, Bruylant: Bruxelles, 2001, p. 20

۷. هم اصولی که به قیود نظم عمومی همانند اصل بیست و چهارم (مگر آن‌که مخل به مبانی اسلام یا حقوق عمومی باشد)، اصل بیست و ششم (مشروط به این‌که اصول استقلال، آزادی، وحدت ملی، موازین اسلامی و اساس جمهور اسلامی را نقض نکنند)، اصل بیست و هفتم (به شرط آن‌که مخل به مبانی اسلام نباشد)، اصل بیست و هشتم

در این بخش ذیل دو عنوان «پیشینه تاریخی» و «نحوه تنظیم اصل نهم» به تشریح قانون اساسی مشروطه و نحوه تنظیم اصل نهم خواهیم پرداخت.

۱-۱. پیشینه تاریخی

قانون اساسی مشروطه در خصوص تزاخم «آزادی» و «استقلال و وحدت و تمامیت اراضی کشور» تصریحی ندارد ولی اگر سطح بحث را به تزاخم «آزادی» و «نظم عمومی» به عنوان سطح مبنایی تحلیل فروبکاهیم، می توان به اصل بیست و یکم، ذیل فصل «حقوق ملت ایران» متمم قانون اساسی مشروطه اشاره کرد که نظم و قانون را مقدم بر آزادی و جزء استثنائات آزادی دانسته است: «انجمن ها و اجتماعاتی که مولد فتنه دینی و دینوی و مخل به نظم نباشند در تمام مملکت آزاد است ولی مجتبعین با خود اسلحه نباید داشته باشند و ترتیباتی را که قانون در این خصوص مقرر می کند باید متابعت نمایند. اجتماعات در شوارع و میدان های عمومی هم باید تابع قوانین نظمیه باشند.» با این همه، مفاد قانون اساسی مشروطه در هر سیاقی هم که بیان می شدند، به ویژه بعد از آن که در متمم قانون اساسی، فصلی به حقوق ملت اختصاص یافت، چون فضای ساختاری این نظام سیاسی، دیکتاتوری وابسته و تحقیر شده بود، احکام موجود نمی توانست محملی برای هر دو جهت آزادی ها و نظم عمومی فراهم کند. به این ترتیب لازم بود بعد از انقلاب در مبنای و اصول بازنگری و چارچوب جدیدی طراحی شود، چارچوبی که بیش از هر چیز مبتنی بر تاریخ و تجربیات حداقل یکصد و پنجاه ساله دیکتاتوری، وابستگی و جدایی های سرزمینی^۱ است.

(مخالف اسلام و مصالح عمومی و حقوق دیگران نیست) و اصل چهلم (اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی) اشاره کرده اند و هم اصولی که قید مورد نظرشان را در اعطای آزادی مشروط آورده اند: همانند بند «۷» اصل سوم (تأمین آزادی های سیاسی و اجتماعی در حدود قانون)، اصل بیست و دوم (مگر در مواردی که قانون تجویز کند)، اصل بیست و پنجم (مگر به حکم قانون)، اصل سی و دوم (مگر به حکم و ترتیبی که قانون معین می کند)، اصل سی و سوم (مگر در مواردی که قانون مقرر می دارد).

۱. از سال ۱۸۱۳ تا ۱۹۷۰ مجموعاً ۱۵۷ سال، ایران ۳۶۱۳۰۱۱ کیلومتر مربع را از دست داد.

برای مطالعه بیشتر مراجعه کنید به: میرسنجری، میرمهرداد، تجزیه گام به گام سرزمین های ایران در دوران قاجاریه و پهلوی، ۱۳۸۹/۰۳/۰۳، قابل دسترسی در آدرس <https://b2n.ir/x92333> (تاریخ مشاهده: ۱۳۹۴/۰۴/۱۸)

۲-۱. نحوه تنظیم اصل نهم

متن اولیه پیش‌نویس اصل نهم قانون اساسی بدین شرح بود: «در جمهوری اسلامی ایران آزادی و استقلال تفکیک‌ناپذیرند و حفظ آن وظیفه آحاد و عموم مردم ایران است. هیچ فرد و مقامی حق ندارد به نام استفاده از آزادی به استقلال سیاسی، فرهنگی، اقتصادی و تمامیت ارضی ایران کمترین خدشه‌ای وارد کند و هیچ مقامی به نام حفظ استقلال و تمامیت ارضی کشور نمی‌تواند آزادی‌های مشروع را با وضع قوانین و مقررات سلب کند.» این پیش‌نویس در چند مورد با رعایت ساختار کلی‌اش مورد اصلاحاتی جزئی قرار گرفته است و یکی از محوری‌ترین اصول قانون اساسی را رقم زد:

۱- عبارت «تمامیت ارضی» با توجه به این‌که در ذیل متن پیش‌نویس قانون اساسی بعد از استقلال آورده شده بود و از باب اهمیت نیز به نظر می‌رسید که ذکر آن بعد از استقلال لازم است در صدر اصل بیان گشت. باید در نظر داشت «تمامیت ارضی» با توجه به این‌که «سرزمین» رکن اصلی تشکیل دولت است از مهم‌ترین عناصر ساخت و پایداری دولت به حساب می‌آید.^۱

۲- ذکر واژه «وحدت» قبل از تمامیت ارضی، در واقع دغدغه‌ای است که سال‌ها ایران با آن روبرو بوده و پس از انقلاب، قانون‌گذار قانون اساسی سعی کرده به هر نحو ممکن مانع از تجربه این اتفاق تلخ حتی با اراده عمومی شود. این نکته اخیر با توجه به آشوب‌ها و تجزیه‌طلبی‌های اوایل انقلاب توسط برخی گروه‌های آذری، کرد و عرب، اهتمام قانون‌گذار را بیشتر تبیین می‌کند.^۲

۳- در متن پیش‌نویس حفظ استقلال و آزادی صرفاً وظیفه ملت در نظر گرفته شده بود، در حالی که قدرت و ضمانت اجرای عینی در اختیار دولت است. «حفظ استقلال و آزادی مملکت با دست‌اندرکاران مملکت است. آنچه وظیفه ملت و افراد ملت است، عبارت است از عدم اخلال [در] استقلال و آزادی، و گرنه یک دهقان یا کارگر چگونه

۱. سخنان آقای جوادی، مشروح مذاکرات بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: اداره کل امور

فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ص ۴۲۹.

۲. سخنان نائب رئیس، مشروح مذاکرات بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۴، ص ۴۳۱.

می تواند استقلال را حفظ کند؟. البته او باید کاری کند که به استقلال لطمه نخورد.^۱ البته مفهوم اعمی از دولت - با توجه به این که در مفهوم حقوق اساسی دولت علاوه بر سرزمین و قدرت عالی شامل جمعیت (آحاد ملت) می شود - هم بر ملت و هم بر حکومت فارغ از هرگونه تفکیکی دلالت کرده، چنان که در مشروح مذاکرات نیز بر این عدم افتراق تصریح شده است: «دولت و ملت از هم جدا نیستند و دوگانگی ندارند.»^۲ در نتیجه لفظ دولت کفایت می کرد ولی با آوردن «آحاد» و یا «عموم» ذکر دولت به مفهوم اخص آن یعنی حکومت بر می گردد و با توجه به سابقه بی کفایتی حکومت های سابق ضروری به نظر می رسید. به علاوه، این اصل این تکلیف را بر عهده ملت قرار می دهد تا از دولت در مقابل اعمالی که آرمان، دین، استقلال و تمامیت ارضی کشورشان را به مخاطره می افکند، طلب پاسخ گویی کنند^۳ و وظیفه دولت [مردان] را یادآوری نمایند^۴ و حتی به واسطه حق تعیین سرنوشت خود اقدامات لازم را سازمان دهند. این وظیفه به نحو دقیق تری در اصل هشتم در خصوص وظیفه مردم نسبت به دولت تبیین شده است.

۴- در ذیل متن پیش نویس آورده شد که «هیچ مقامی به نام حفظ استقلال و تمامیت ارضی کشور نمی تواند آزادی های مشروع را با وضع قوانین و مقررات سلب کند.» این تأکید واجد مفهوم مخالفی است که از ظاهر آن بر می آید بدون وضع قوانین و مقررات می شود سلب آزادی ها را نمود و حال آن که سلب آزادی مطلقاً ممنوع است و قطعاً به صورت مستبدانه علاوه بر قبح طبیعی نقض قانون هم هست^۵ پس لازم بود تا عبارت اصلاح شود. پیشنهاد حذف «وضع قوانین و مقررات» در جلسه مطرح می گردد ولی نگارنده پیش نویس ظاهراً در نظر داشته تا بیان کند حد اعلای هر

۱. سخنان آقای موسوی تبریزی، مشروح مذاکرات بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۴، ص ۴۲۳.

۲. سخنان آقای بنی صدر، مشروح مذاکرات بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۴، ص ۴۲۸.

۳. سخنان آقای مرادخانی ارنگه، مشروح مذاکرات بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۴، ص ۴۲۲.

۴. سخنان آقای حسین علی رحمانی، مشروح مذاکرات بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۴، ص ۴۲۳.

۵. سخنان یک نفر از نمایندگان و نایب رئیس، مشروح مذاکرات بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۴، ص ۴۲۴.

تصمیمی، به‌خصوص در نظام‌های مردم‌سالار، وضع قانون و مقرر است و بدین ترتیب حتی با وضع قانون و مقررات هم نمی‌شود آزادی‌ها را سلب کرد. البته ظاهراً در کمیسیون «هرچند در شکل وضع مقررات» آمده بود ولی در متن پیش‌نویس نگارش نشده بود که دوباره نائب رئیس تصریح به درج می‌کند.^۱

۲. تبیین مفاهیم کلیدی اصل نهم

در این بخش به بیان مفاهیم کلی اصل می‌پردازیم، بر این اساس که از هر واژه به‌تنهایی چه معنایی مستفاد می‌گردد و سپس در قالب تفسیر ساختاری و با توجه به چارچوب نظری ارائه‌شده در بخش آتی، از آن، چه مفهومی باید استخراج شود.

۲-۱. آزادی

آزادی در مفهوم حقوقی به‌معنای مثبت از اختیار و توان و قدرت در مقابل جبر و ضرورت حکایت دارد؛ و در چهره منفی مبین «رهایی از قید» است.^۲ این تفکیک در مفهوم آزادی را آیزا برلین^۳ در کتاب «دو مفهوم آزادی»^۴ توضیح داده و در تعریف آزادی منفی می‌آورد «جایی که انسان می‌تواند بدون ممانعت دیگران عمل کند»^۵ این ممانعت و جلوگیری کردن ناشی از یک اجبار است که به‌واسطه قدرت یا تهدید قدرت اعمال می‌گردد. با این وجود، برلین می‌داند که انسان با محدودیت‌هایی ناشی از طبیعت خود روبرو است، در نتیجه قید ظرفیت‌های انسان را تحت عنوان فقر انسانی می‌پذیرد.^۶ برلین این مفهوم از آزادی را مفهوم معمول و عادی از آزادی در جهان، به‌خصوص نزد فیلسوفان حقوق سیاسی انگلیسی همانند هابز، لاک، میل و همچنین دو توکویل فرانسوی می‌داند.^۷ در حالی که در

۱. سخنان نائب رئیس، مشروح مذاکرات بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۴، ص ۴۲۴.

۲. کاتوزیان، ناصر، مبانی حقوق عمومی، تهران: میزان، ۱۳۸۳، ص ۳۸۸.

3. Isaiah Berlin (6 June 1909 – 5 November 1997)

4. Two Concepts of Liberty (1958).

5. Berlin, Isaiah, Liberty: Incorporating Four Essays on Liberty, Oxford University Press, 2002, p 169.

6. Crowder, George, Isaiah Berlin: Liberty, Pluralism and Liberalism, Polity press, 2004, p 66.

7. Crowder, 2004, p 66.

8. Berlin, 2002, p 169-171.

مقابل، آزادی مثبت کنترل داشتن بر زندگی خود است.^۱ «این آزادی از خواسته انسان مبتنی بر فردیتی که باید انسان خود صاحب خود باشد؛ نشأت می‌گیرد.»^۲ ایده «خودفرمانی» یا «تسلط بر خود»^۳ از افلاطون گرفته می‌شد و برلین سعی می‌کرد که آزادی مثبت را بر ارزش دیگری بنا نکند، کاری که افلاطون و بسیاری دیگر انجام دادند و آزادی را انجام هرکار دلبخواهی ندانسته و آن را عمل مطابق خواست عقلانی یا خواست عادلانه یا خواست واقعی و درست معرفی کرده‌اند.^۴ از نظر او آزادی مثبت، تسلط بر خود است، حال با هر ارزشی ممکن است انسان فراز و فرود داشته باشد. در نتیجه ارزش‌گذاری را کاملاً طرد می‌کند و به این ترتیب از این ایده اومانیسیم که به انسان اجازه هرکاری را فارغ از همه‌چیز داده است، پُرچالش‌ترین مفهوم حقوقی در غرب را ارائه می‌دهد. تا جایی که برخی معتقدند «تعریف قانع‌کننده‌ای از آزادی امکان ندارد و فهم آزادی برای همیشه دور از تصور باقی خواهد ماند.»^۵ (وال، ۱۳۷۵، ص. ۹۳) به هر تقدیر، تمام تمدن نظام حقوق بشر و شهروندی مدرن بر این مفهوم مستقر شده است. اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاقین به‌عنوان اسناد بین‌المللی لازم‌الاتباع و مادر، کلیات عمومی آزادی‌ها را تبیین کرده‌اند. این شناخت از آزادی، مبتنی بر نگاه پوزیتیویستی از آزادی است و همان‌طور که می‌دانیم نگاه‌های فراپوزیتیویستی و ضدپوزیتیویستی به‌خصوص طبیعینون مفهومی فراتر از مفاد و حجیت الفاظ قانونی را در نظر می‌گیرد. با وجود این، درک غربی از آزادی کاملاً مادی، در برابر درک دینی که کاملاً قدسی است قرار دارد و بدیهی است که با وجود اطلاق و عمومیت اصل نهم، که در پرتوی حکومت اصل چهارم نیز قرار می‌گیرد آزادی مورد نظر، باید در بستر مفهومی قواعد ناب اسلامی مورد توجه قرار گیرد، آزادی همراه با کرامت.

1. Crowder, 2004, p 66.

2. Berlin, 2002, p 178.

3. self-mastery.

4. Crowder, 2004, p 66.

۵. وال، ژان، اندیشه هستی، پرهام، باقر، تهران: کتابخانه طهوری، ۱۳۷۵، ص ۹۳.

۶. آزادی در معارف اسلامی با توجه به صراحت قرآن کریم یعنی رهایی از هر قیدوبندی: «وَ يَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَ الْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ» (سوره اعراف، آیه ۱۵۷)

دو دیدگاه درباره پیشینه آزادی در میان مسلمانان مطرح است: دیدگاه نخست این‌که در اندیشه‌های کهن اسلامی نمی‌توان از امکان و اعمال آزادی و به تبع آن مفهوم آزادی سخن گفت، زیرا بحث آزادی در اسلام سابقه نداشته و به‌ویژه در حوزه‌های سیاسی و حقوقی به‌همراه بحث‌های مدرنیته غربی وارد فضای فکری - فرهنگی کشورهای اسلامی شد؛ بنابراین بحثی جدید است. بر طبق این دیدگاه، بحث‌هایی که از آزادی در اندیشه‌های اسلامی صورت گرفته است به جنبه‌های درونی و فردی می‌پردازد که همان آزادی انسان از بند رذایل و شهوات و جدا کردن نفس از آلودگی‌ها و تعلقات و وابستگی‌های دنیوی است؛ بنابراین از آزادی در عرصه‌های اجتماعی و سیاسی بحثی نشده است. یکی از شواهد این دیدگاه، حکومت‌های استبدادی است که در قرون متمادی بر مسلمانان و سرزمین‌های اسلامی حکم رانده‌اند و مردم را به ذلت و بردگی کشانده‌اند. در این نگاه، فقدان بحث از آزادی در اندیشه‌های مسلمانان نتیجه گرفته می‌شود. (روزنتال، ۱۳۷۹، ص. ۹۲) در مقابل این نظر، دیدگاهی دیگر معتقد به وجود این بحث در اندیشه‌های اسلامی است. مطابق این دیدگاه، بحث‌های آزادی در متون اصیل اسلامی و نظریات اندیشمندان اسلامی، سابقه دارد و پدیده‌ای مدرن و نشأت گرفته از مدرنیته غربی نیست. این دیدگاه، تضارب فکری و بسط دانش و خردورزی در میان مسلمانان و شکل‌گیری تمدن اسلامی را از نتایج این آزادی‌ها به‌ویژه آزادی اندیشه بر می‌شمرد. اساساً عقل یکی از منابع مسلمانان برای دریافت احکام اسلامی و استنباط و اجتهاد است و روشن است که عقل‌گرایی در فضایی آزادانه امکان دارد؛ البته این دیدگاه منکر این مسئله نیست که اکثر حکومت‌هایی که به نام اسلام بر مسلمانان و سرزمین‌های اسلامی حکم رانده‌اند، استبدادی بوده‌اند؛ اما معتقد است فضا برای پیشرفت و ترقی باز بوده و سرکوب‌ها و اختناق‌ها بیشتر جنبه سیاسی داشته است؛ بنابراین آزادی پدیده‌ای غربی نیست، بلکه پدیده‌ای انسانی است که در سرشت همه آدمیان نهاده شده است. مصادیق آزادی همچون آزادی بیان، حق تعیین سرنوشت، آزادی اعتراض و انتقاد، آزادی گروه‌های سیاسی مخالف و آزادی اندیشه در اسلام به‌ویژه رویه حکومتی امیرالمؤمنین و نامه ایشان به مالک اشتر (نامه ۵۳ نهج البلاغه) پذیرفته شده است و در ضمن خط‌مشی سوءاستفاده‌گران از دین را نمی‌توان به حساب دین گذاشت. (لک‌زایی، ۱۳۷۹، صص. ۸-۲۵۷)

منابع اسلامی به خصوص قرآن بر اختیار انسان در عین محدودیت‌های ذاتی وی تأکید کرده‌اند و وی را به علت همین خصیصه متفاوت از سایر موجودات معرفی کرده‌اند. «در نتیجه می‌توان به این تعریف آزادی از دیدگاه قرآن اشاره کرد که: «انسان» از «انسان‌های دیگر»، «امیال و هواهای نفسانی» و «طبیعت» برای رسیدن به «رشد و تکامل» (توحید و خداپابوری، عدالت و شناخت و آگاهی) آزاد و رهاست. اقسام و مصادیق به دست آمده از این تحلیل مفهومی عبارتند از: آزادی اجتماعی - سیاسی، آزادی معنوی و آزادی شناختی. روشن است که این اقسام، اقسام انحصاری آزادی در قرآن نیست، هر یک از این سه می‌تواند خود مصادیق و اقسامی را شامل شود.» (میراحمدی، ۱۳۸۰، ص. ۱۲۱) از نظرگاهی دیگر به طور اجمالی آزادی «چیزی جز استعدادهای ویژه انسانی» که خداوند به او بخشیده نیست (عمید زنجانی، ۱۳۸۵، صص. ۶-۲۳۵) که در عرصه اجتماعی باید این توان شخصی و عمومی مسئولانه اعمال گردد. (عمید زنجانی، ۱۳۸۵، ص. ۲۳۷) و البته «استقلال هم چیزی جز جنبه منفی قضیه نیست، یعنی نفی سلطه و وابستگی به غیر حق و نیروهای اهریمنی و عوامل بازدارنده انسان. رابطه استقلال و آزادی به مثابه کلمه توحید است.» (عمید زنجانی، ۱۳۸۵، ص. ۲۳۶) فصل سوم قانون اساسی تبیین مفصل تری از مصادیق آزادی‌ها ارائه داده است.

۲-۲. استقلال

«استقلال (= السیاده) ... در اصطلاح سیاسی عصر حاضر، وصف کشوری است که تحت سلطه دولت دیگر نباشد.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ص. ۳۴۷) وضعیت مستقل نیز عبارت است از «وضعیت فقدان اتکا و بستگی، تابعیت و کنترل».

۲-۱. مفهوم کلی استقلال

استقلال سیاسی برای کشور یا ملت به معنای عدم وابستگی کامل و عدم پیروی از فرامین و حکومت دولت‌های دیگری است. عدم وابستگی به هرگونه قدرت خارجی، «آقایی، ۱۳۸۲، ص. ۶۷۹» به همین دلیل تشکیل و دوام یک دولت بدون استقلال ممکن نیست و استقلال از این جهت بُعد بیرونی حاکمیت را می‌سازد (قاضی، ۱۳۸۱، ص. ۷۹). یعنی به وی امکان می‌دهد در عرصه بین‌المللی یک شخصیت مستقل و برابر با سایر دولت‌ها

را داشته باشد. (قاضی، ۱۳۸۱، ص. ۷۲) از نظر فقهی قاعده نفی سبیل مستند به آیه (۱۴۱) سوره نساء مبنای اصلی و عامل تضمین استقلال دارالاسلام محسوب می‌شود که بر نفی هرگونه غلبه و سلطه بر مسلمانان دلالت می‌کند. (قرطبی، ۱۳۶۴، ج ۵، ص. ۴۲۰) همین تعبیر در بند (۵) اصل سوم بر مفهوم استقلال تأکید می‌کند: «طرد کامل استعمار و جلوگیری از نفوذ اجانب».

استقلال مفهوم عامی است که از مهم‌ترین مصادیق نقض آن در عصر توسل به زور و کشورگشایی، نقض تمامیت ارضی کشورها و تجزیه طلبی است. این موضوع باعث شد تا بعد از استقلال در اصل نهم به «وحدت تمامیت ارضی» اشاره شود. چنان‌که نمایندگان مجلس بررسی نهایی قانون اساسی به تکرار بر این عطف اشاره داشتند (نائب رئیس، مشروح مذاکرات، ۱۳۶۴، ص. ۴۳۱).

رسیدن به استقلال در واقع یک آرمان عمومی ملت‌های قرن نوزده و بیست به حساب می‌آمد. بسیاری از کشورها بعد از پایان جنگ‌های خونین در اروپا با استعمار اروپایی فراگیر مواجه شدند و همین عامل برای آن‌ها انگیزه استقلال را به‌عنوان یک آرمان جهانی قابل فهم به وجود آورد. مفهومی که بدون تردید قابل دفاع به نظر می‌رسد؛ و از اصول صیانت از تمامیت یک جامعه و از عناصر پایداری نظم عمومی است. جامعه‌ای که فاقد استقلال است، فاقد نظم عمومی مستقر و مختص به خود است؛ چراکه جامعه فاقد استقلال، در معرض بی‌نظمی و اعتراضات قرار دارد و به دلیل وابستگی، باید نظم دیکتاتوری را با رعایت چارچوب‌های قدرت مادر (maternelle) اعمال کند که این وضعیت علاوه بر این ناقض مشروعیت (légitimité) و ایده حقوق (Idée de droit) نیز می‌باشد. در کشورهای استعمارشده، دیکتاتور، کمیسر اجرای اهداف تعیین شده کلونی - دولت استعمارگر - است (Coutu&Rocher, 2005: p. 248).

با این‌که استقلال فی‌البداهه موضوعی متفاوت و منقطع از آزادی به نظر می‌رسد ولی استقلال واقعی با مشارکت مردم در حوزه‌های مختلف و اتکای قدرت عالی (حاکمیت و حکومت) بر همین سرمایه انسانی داخلی محقق می‌گردد. عدم وجود خاستگاه داخلی برای یک قدرت، وی را تبدیل به یک قدرت دیکتاتور و احتمالاً وابسته می‌کند، چنان‌که در بسیاری از نظام‌های پادشاهی عربی با این نوع قدرت‌های وابسته و تمامیت‌خواه مواجه هستیم.

به همین استدلال، اصل نهم میان استقلال و آزادی و همچنین تمامیت ارضی ارتباط وثیقی از نوع «تفکیک‌ناپذیر» برقرار می‌کند. «حفظ واقعی استقلال کشور از طریق حفظ عدالت و آزادی در کشور است. وقتی در یک جامعه و کشوری عدل و آزادی درست پاسداری نشود، خودبه‌خود راه برای نفوذ بیگانگان هموار می‌شود و بالعکس آنچه می‌تواند به آزادی یک ملت معنی بدهد استقلال آن ملت است...» (نائب رئیس، مشروح مذاکرات، ۱۳۶۴، ص. ۴۲۱).

۲-۲-۲. ابعاد استقلال

در اصل نهم، ابعاد استقلال شامل سیاسی (بند ۵ اصل ۳) و سیاست خارجی (اصل ۱۵۲ و ۱۵۴)، اقتصادی (بند ۸ اصل ۴۳، اصل ۸۰ و ۸۱)، فرهنگی و اجتماعی (اصل ۱۵۳)، نظامی (اصل ۱۴۵ و ۱۴۶) مدنظر قرار گرفته که البته همگی به‌واسطه وابستگی رژیم پهلوی از جنبه تجربه تاریخی اهمیت مضاعفی پیدا کرده است. همین ابعاد در جزء «ج» بند (۶) اصل سوم شامل «استقلال سیاسی و اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی» با جایگزینی «اجتماعی» به جای «نظامی» بیان شده است. در واقع استقلال در تمامی ابعاد جامعه بررسی می‌شود و لذا هر عمل و تصمیمی باید مبتنی بر رهیافت‌های نظام مردم‌سالاری دینی و از طریق مراجع قانونی اتخاذ گردد. به این ترتیب می‌توان مجموعاً حافظ نظم عمومی بود. دقت بر این که تمامی ابعاد استقلال به یکدیگر مرتبط و وابسته هستند از تأکید اصل بر ابعاد استقلال کاملاً نمودار است، چراکه می‌توان برخی از ابعاد مذکور را قسیم یکدیگر یا دارای رابطه عام و خاص من‌وجه دانست (بنی‌صدر، مشروح مذاکرات، ۱۳۶۴، ص. ۴۳۰) و البته این تصریح جنبه تاریخی دارد؛ برای مثال تسلط چهل و پنج هزار مستشار نظامی بر ارتش (رشیدیان، مشروح مذاکرات، ۱۳۶۴، ص. ۴۳۰) و هم مانع از خلط مفهومی ناشی از عطف تمامیت ارضی به استقلال می‌شود. همین مسئله موجب رأی‌گیری بر بیان جهات استقلال در متن اصل توسط نائب‌رئیس شد: «وقتی قبلاً انواع استقلال شمرده شده دیگر تمامیت ارضی را نوعی استقلال نمی‌شمارند، بلکه یک عنصر جدید می‌شمارند. بنابراین کسانی که با این پیشنهاد موافقند که این صفات را حذف کنیم تا جلوی ابهامات گرفته شود، دست بلند کنند (عده کمی دست بلند کردند) پس دوستان با این پیشنهاد موافق نیستند و رد شد» (نائب رئیس، مشروح مذاکرات، ۱۳۶۴، ص. ۴۳۱).

- استقلال سیاسی

در میان ابعاد یاد شده، استقلال سیاسی که عبارت است «از داشتن قدرت تصمیم‌گیری و سیاست‌گذاری همراه با اعمال این تصمیم‌ها و سیاست‌ها در حیطه حاکمیت» (آقابخشی، ۱۳۷۶، ص. ۲۷۷) بیش از همه در دوره پهلوی نقض شد و مجلس شورای ملی و دولت و حتی شخص رئیس کشور - پادشاه - هیچ قدرتی برای تصمیم‌گیری و سیاست‌گذاری چه در امور داخلی و چه امور بین‌المللی [سیاست خارجی کشور موضوع اصل یکصد و پنجاه و دوم در حفظ استقلال همه‌جانبه کشور] که از مختصات مفهوم حاکمیت (مطلق بودن، مستمر بودن و تفکیک‌ناپذیری) است، نداشتند.

- استقلال فرهنگی

استقلال فرهنگی نیز که در سال‌های اخیر تحت عنوان تهاجم فرهنگی و ناتوی فرهنگی از نقض آن سخن گفته شده است، عبارت است از: «حفظ فرهنگ و ارزش‌های جامعه از تهاجم فرهنگ بیگانه. به تعبیر دیگر، استقلال فرهنگی عبارت است از عدم وابستگی فکری و ارزشی به کشورهای بیگانه، به‌ترتیبی که کشور بتواند با افکار و تمایلات و خصیصه‌های فکری خود زندگی کند». (هاشمی، ۱۳۸۰، ص. ۲۰۴) بدون تردید خدشه در این نوع استقلال، هویت ملی را متزلزل و بقای جامعه را تهدید می‌کند. این برداشت از استقلال با استقلال اجتماعی نیز که مبین ارزش‌های عرفی و رفتاری شهروندان یک کشور باشد، ارتباط وثیقی دارد و از این جهت در اصل نهم علی‌رغم بیان اصل سوم از آن یادی نشده است.

- استقلال اقتصادی

استقلال اقتصادی که در اصل سوم نیز بر آن به‌عنوان تکلیف دولت تأکید شده است، به این معنا است که: «آزادی انتخاب راه خاص برای توسعه کشور و استقرار آن، چنان‌که نظام روابط اقتصادی که در درجه اول احتمال سلطه اقتصادی را از طرف یک یا چند کشور نفی کند و سپس خروج قسمتی از درآمد ملی کشور بدون ورود ارزشی معادل آن را به‌هیچ صورتی امکان ندهد» (آقابخشی، ۱۳۷۶، ص. ۱۸۰). تأکید بر این مفهوم اقتصادی نیز با اعطای انحصارات ملی و قراردادهای نفتی در دوره قاجار و پهلوی همانند امتیازنامه هوتس، رویتس، قرارداد داری با انگلستان، امتیاز خوشناریا با روسیه، امتیاز انحصار توتون

و تنباکوی ایران به تالبوت، قرارداد لاتاری، امتیاز کشتیرانی در رود کارون، تأسیس بانک شاهی، استخراج معادن، امتیاز راه آهن جلفا به قزوین، آرمیتاژ، قرارداد ۱۹۳۳، گس گلشائیان و کنسرسیوم، اهمیت قابل توجهی پیدا کرده^۱ و هم‌اکنون نیز امضا و الحاق به برخی پیمان‌ها و سازمان‌های بین‌المللی مانند سازمان تجارت جهانی (WTO) می‌تواند این استقلال را تهدید کند. (Busch, 2007, p. 170) در این راستا از یک سو صدر اصل چهل و سوم بر استقلال تأکید داشته و با ادبیات نفی سبیل در بند هشتم «جلوگیری از سلطه اقتصادی بیگانه بر اقتصاد کشور» را جزء ضوابط اقتصادی ایران برشمرده است و از سوی دیگر، رئیس‌جمهور را در قبال صیانت از استقلال و به‌طور خاص استقلال اقتصادی در اصل یکصد و بیست و یکم متعهد کرده است. به‌علاوه به رئیس‌جمهور و سایر مقامات اجازه انعقاد «عهدنامه‌ها، مقاوله‌نامه‌ها، موافقت‌نامه‌ها و قراردادهای دولت ایران با سایر دولت‌ها و همچنین امضای پیمان‌های مربوط به اتحادیه‌های بین‌المللی» را جز با موافقت مجلس مطابق اصول (۷۷) و (۱۲۵) جهت جلوگیری از خدشه در اقتصاد کشور و رخداد تجربه‌های تلخ گذشته نداده است.

- استقلال نظامی

رویکرد تاریخی به وابستگی نظامی به بیگانگان و ناکارآمدی این نظامی‌گری که با اشغال متحدین در جنگ جهانی دوم همراه بود، موجب توجه قانون‌گذار قانون اساسی به این استقلال شده است. این استقلال تمامیت ارضی و امنیت داخلی و بین‌المللی را تضمین می‌کند و از این حیث اصل یکصد و چهل و پنجم به پشتوانه سابقه تلخ مستشاران نظامی بیان می‌دارد: «هیچ فرد خارجی به عضویت در ارتش و نیروهای انتظامی کشور پذیرفته نمی‌شود.» همچنین در ادامه اصل یکصد و چهل و ششم برای جلوگیری از هرگونه نفوذ نظامی مقرر می‌کند: «استقرار هرگونه پایگاه نظامی خارجی در کشور هرچند به‌عنوان استفاده‌های صلح‌آمیز باشد ممنوع است.»

۱. برای مطالعه بیشتر مراجعه کنید به: صادقیان، نادعلی، به تأملی تاریخی و حقوقی بر قراردادهای نفتی ایران در عصر قاجار، گنجینه اسناد، پاییز ۱۳۸۹، شماره ۷۹، صفحه ۶ تا ۲۱. همچنین: آقاحسینی، علی رضا، شالوده‌شکنی امتیاز رویت از نگاهی دیگر، فصلنامه تاریخ روابط خارجی، بهار و تابستان ۱۳۸۸، شماره ۳۸ و ۳۹، صفحه ۷۲ تا ۹۰.

۲-۳. وحدت و تمامیت ارضی

نگاه مردم ایران به بی‌کفایتی و وابستگی پادشاهان و شکست آن‌ها آن‌چنان در فرایند شکل‌گیری انقلاب مؤثر بود که به‌نظر می‌رسد که مفاد برخی از اصول از جمله اصل نهم، اصل هفتاد و هشتم و اصل یکصد و چهل و سوم؛ و تأکید بر حفظ تمامیت ارضی (L'intégrité territoriale) ناشی از این عامل تحقیرکننده ملت ایران به‌شمار می‌رود. تمامیت ارضی مبتنی بر عنصر سرزمین، از اساسی‌ترین عوامل سازنده دولت است. نظام دولت بدون وجود سرزمین مستقر و معین به‌واسطه مرزها وجود خارجی ندارد. و دولتی که نتواند بر سرزمین خود اعمال اقتدار نماید یک دولت ضعیف و ناپایدار (État défaillant) محسوب می‌شود. و البته بر اساس قواعد نظام بین‌الملل از جمله بند (۴) و بند (۷) ماده (۲) منشور ملل متحد، نظام دولت - ملت به شرطی مستقر می‌گردد که تمامیت ارضی کشورها مورد احترام دولت‌ها واقع گردد. بدون تردید سرزمین، عامل قدرت، ثروت و برتری کشورها محسوب شده و دست‌اندازی و اقدام در ناپایداری مناطقی از آن از خواسته‌های هژمونیک است.

این الزامات جدی، به‌طور خاص متأثر از زمین‌های جدا شده از فلات مرکزی ایران، با دخالت و اعمال مطامع کشورهای روسیه و انگلستان؛ و بدون نقش مردم در جدایی این سرزمین‌ها از ایران است که از چارچوب‌های تأکید این اصل به‌عنوان مبنای طرح موضوع به‌شمار می‌آید.

۲-۴. ممنوعیت سوءاستفاده از حق و اضرار به غیر

مسئولیت ناشی از سوءاستفاده از حق (responsabilité d'abuse de Droit)، بخشی از مباحث مسئولیت‌ها را در هر نظام حقوقی به‌خود اختصاص داده است. در اینجا تفاوتی بین حقوق و آزادی‌ها وجود ندارد، بلکه هر استفاده غیرمنطقی یا فرامنطقی (dépasse les bornes de l'usage raisonnable) از آزادی و حقوق با برداشت‌های تفصیلی خاص خود در تمامی نظام‌های حقوقی محل بی‌اعتبار کردن آن حق - آزادی است (Ionescu, 2009, p. 16).

محل جریان این قاعده در جایی است که در هدف اجرای حقوق اخلاص ایجاد می‌شود. برخی از حقوق‌دانان معتقدند که بین حق نامشروع و حق مشروع مرزی وجود ندارد، لذا سوءاستفاده از حق، در واقع همان حق نامشروع است و نباید به‌جز عدم مشروعیت حق، چیز دیگری را تصور کرد. درحالی‌که می‌توان گفت در این مورد، نفس حق مشروع است اما جهت استفاده از آن و چگونگی استعمال آن، خارج از اغراض مشروع حقوقی است. مهم‌ترین مصداق این قاعده، حالتی است که هدف اصلی صاحب حق، استفاده از آن به هدف اضرار غیر می‌باشد. البته، ممکن است در این حالت، اغراض فرعی مشروعی نیز وجود داشته باشد؛ ولی هدف مسلط و عمد، ضرر زدن به دیگری است. به‌طور مثال، کسی در زمین خود چاهی را حفر کند تا آب زیرزمینی همسایه‌اش را استخراج کند، یا دیواری را در زمین خود بنا می‌کند که هدف اصلی آن است که مانع استفاده از نور یا هوا برای همسایه است (ره‌پیک، ۱۳۸۲، ص. ۶۶). طبق برخی از نظریات حقوقی، سوءاستفاده از حق در واقع روی دیگر قاعده حُسن‌نیت است (ره‌پیک، ۱۳۸۲، ص. ۶۷).

به‌طور خاص، سوءاستفاده از حق در خصوص اشخاص غیردولتی به‌کار می‌رود و معنای آن عبارت است از عدم امکان استفاده از حقوق و آزادی‌های قانونی در جهت نقض حقوق و آزادی‌های دیگران و مهم‌تر از آن عدم امکان نقض نظم عمومی. چنان‌که اصل (۴۰) قانون اساسی مقرر کرده است: «هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد.» با وجود این، اطلاق این اصل شامل سوءاستفاده از صلاحیت نیز می‌شود، چراکه مفهوم عام حق شامل صلاحیت هم می‌شود و البته در خصوص اشخاص حقوق عمومی صلاحیت به‌موجب قانون و برای تأمین منافع عمومی و یا ارائه خدمات عمومی وضع می‌گردد (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۴، ص. ۴۰۹).

۳. تزاخم امنیت و آزادی‌ها؛ و راهکار

آیا میان «آزادی» و «استقلال و وحدت و تمامیت اراضی کشور» تزاخمی وجود دارد؟ در صورت تزاخم باید با چه ملاکی و به تشخیص چه مرجعی رفع تزاخم نمود؟ پاسخ به این دو سؤال با توجه به سطح اصلی نزاع که همان تعارض نظم عمومی و آزادی‌ها می‌باشد از مسائل اصلی تمامی نظام‌های حقوقی بوده و هست. پذیرش وضعیت اضطراری در بسیاری از کشورها با هر برداشتی از دموکراسی مبین این تزاخم است. «در

یک نوع شرایط فوق‌العاده و استثنایی، آزادی‌ها محدود می‌شود، این امر در جوامع و کشورها در حالت استثنائی، عمومی است» (نائب رئیس، مشروح مذاکرات، ۱۳۶۴، ص. ۴۲۱). البته این وضعیت در نظام‌های مردم‌سالار باید کاملاً مضیق تفسیر شود. چنان‌که در صدر اصل، به هم‌ارزشی «آزادی» و «استقلال و وحدت و تمامیت اراضی کشور» تحت عنوان «تفکیک‌ناپذیری» تصریح شده است؛ به این معنا که حفظ هر دو هدف محسوب می‌گردد. در مشروح مذاکرات نیز چنین آمده است: «اگر آزادی برای فراهم کردن امکانات و رفع موانع برای رشد فرد و جامعه باشد، خوب این همیشه هم‌دوش استقلال است.» (مکارم شیرازی، مشروح مذاکرات، ۱۳۶۴، ص. ۴۲۷) با این وجود، اگر این دو با یکدیگر عملاً مواجه شدند و انتخاب یکی به نقض دیگری انجامید، چه باید کرد؟.

در نظام‌های اقتدارگرا و توتالیتر حتی اگر هم ادعای تأمین منافع عمومی مطرح گردد بازهم چنین تزاخمی رخ نمی‌دهد، چراکه اساساً محملی برای حقوق و آزادی‌ها در مقابل مفاهیمی چون قدرت و منافع عمومی و امنیت وجود ندارد. درواقع ایجاد وضعیت اضطراری شدید و بسط این مفهوم از نظر زمانی (تونس^۱، الجزایر^۲ و بیش از چهل سال

۱. تونس از ۱۹۸۷ که اصلاحات شکلی بن علی با الغای ریاست‌جمهوری و بستن مجلس نسبت به احزاب مخالف آغاز شد و تا جنبش آزادی‌خواه مردم در ۲۰۱۱ که به سرنگونی بن علی انجامید ادامه داشت. (Tunisie: Quand (Ben Ali rompt la glace". Nawaat.org. 2010-02-07. Retrieved 2010-05-02)

۲. الجزایر از کودتای ۱۹۹۲ تا زمان اوج‌گیری جنبش‌های آزادی‌بخش منطقه موسوم به بیداری اسلامی در ۲۰۱۱، به مدت ۱۹ سال بنا بر فرمان شماره ۴۴-۹۲ مورخ ۹ فوریه ۱۹۹۲ (در ۱۲ ماده) و شماره ۳۲۰-۹۲ مورخ ۱۱ اوت ۱۹۹۲ (در ۲ ماده) با عنوان «استقرار وضعیت اضطراری» (instauration de l'état d'urgence) حقوق سیاسی و اجتماعی معلق و تحت رژیم دولت اضطراری اداره می‌شد. (<http://www.hrw.org/world-report-2012/world-report-2012-algeria>) &

http://www.ecoi.net/file_upload/1504_1217249660_decre_t-presidentiel-no-92-320-9-du-11-aout-1992-portant-sur-l-instauraton-de-l-etat-d-urgence.pdf بر اساس ماده (۲) فرمان ۹

فوریه، «دولت اضطراری به منظور برقراری نظم عمومی و تضمین بهتر امنیت اشخاص و اموال به‌خصوص عملکرد خوب خدمات عمومی برقرار می‌گردد.» بر اساس این فرمان وزیر کشور و دادگاه‌های نظامی مسئول اجرای وضعیت اضطراری شدند.

(مطابق ماده <http://www.unhcr.org/refworld/country,,NATLEGBOD,,DZA,,3fbc20364,0.html>)

(۱) فرمان تکمیلی ۱۱ اوت ۱۹۹۲، هر عمل یا اقدام تمامی شرکت‌ها، ارگان‌ها، نهادها و مؤسسات با هر ماهیت و هدفی که نظم عمومی، امنیت عمومی و عملکرد عادی نهادها و منافع عالی کشور را به‌خطر بیندازد معلق و توقیف می‌گردد. (activités

در رژیم صهیونیستی^۱، مصر^۲ و سوریه^۳ و دایره شمول (پس از واقعه ۱۱ سپتامبر در آمریکا^۴) چنانکه در برخی از کشورها شاهد آن بوده و هستیم، از ابزارهای شایع میان دولت‌های اقتدارگرا محسوب می‌شود. توسل به لزوم حمایت از حیات ملت در قالب «وضعیت اضطراری» مهم‌ترین استناد برای کسب قدرت بیشتر و فروکاستن آزادی‌ها محسوب می‌گردد. به این معنا که مقامات عمومی مدعی می‌گردند که اختیارات آن‌ها برای مقابله با تهدیدات وارده به ملت ناکافی است. (ساپ، ۱۳۸۸، ص. ۱۲۳) حالت

mettent en danger l'ordre public, la sécurité publique, le fonctionnement normal des institutions ou les intérêts supérieurs du pays

۱. رژیم صهیونیستی از ۱۹۴۸ یعنی کمتر از یک سال پس از تأسیس، همزمان با جنگ اعراب - اسرائیل، برابر قانون مصوب پارلمان (کنیسه) حکومت نظامی (Martial Law) اداره و این وضعیت هر ساله توسط پارلمان تمدید می‌شود. (Assaf Sagiv, "The State of Freedom and the State of Emergency", Azure (Spring 2007

<http://azure.org.il/article.php?id=444&page=all>)

۲. مصر از سال ۱۹۶۷ تا وقایع منجر به سرنگونی حسنی مبارک (۳۱ می ۲۰۱۲)، به غیر از ۱۸ ماه در سال‌های ۱۹۸۰ و ۱۹۸۱ تحت قانون اضطراری (Emergency Law) اداره می‌شد. "The Emergency Law in Egypt". International Federation for Human Rights. Retrieved 2 February 2011

<http://www.fidh.org/THE-EMERGENCY-LAW-IN-EGYPT>

۳. سوریه از سال ۱۹۶۳ تا وقوع اعتراضات مردمی (۲۱ آوریل ۲۰۱۱) عملاً تحت رژیم اضطراری اداره می‌شد و بخش‌های عمده‌ای از قانون اساسی معلق بود. "The Decrees on Ending State of Emergency, Abolishing SSSC, Regulating Right to Peaceful Demonstration, SANA, 22 April 2011 in Egypt". International Federation for Human Rights. Retrieved 2 February 2011

<http://sana.sy/eng/21/2011/04/22/pr-342711.htm>

۴. بعد از حملات ۱۱ سپتامبر، در ۱۴ سپتامبر ۲۰۰۱ به موجب اعلامیه ۷۴۶۳ رئیس‌جمهور بوش در مورد حملات ۱۱ سپتامبر (Declaration of Emergency regarding September 11 attacks) به موجب بخش ۲۰۲ (d) از قانون اضطرارهای ملی (50 U.S.C. section 202(d) of the National Emergencies Act (1622(d)) وضعیت اضطراری در آمریکا تا زمانی که خطر تروریستی وجود داشته باشد برقرار شد

[http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2007/09/20070912-](http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2007/09/20070912-2.html)

2.html). این وضعیت نیز بعد از و ش توسط رئیس‌جمهور باراک اوباما در ۱۰ سپتامبر ۲۰۰۹، سپس در ۱۰ سپتامبر ۲۰۱۰، ۹ سپتامبر ۲۰۱۱ و ۱۱ سپتامبر ۲۰۱۱ تمدید شد. (Message Continuation of the National Emergency with Respect to Certain Terrorist Attacks". Whitehouse.gov. 2012-09-11.

(Retrieved 2012-09-25)

شدیدتر از «وضعیت اضطراری»، «حکومت نظامی» محسوب می‌شود که به‌طور مستمر توسط دولت و نه پارلمان مستقر می‌گردد. حکومت نظامی در برخی از کشورها به‌جهت الغای شدید حقوق و آزادی‌های عمومی ممنوع است و صرفاً حالت اضطراری موقتی پذیرفته شده است.^۱

درواقع این وضعیت از بطن دولت مدرن برخاسته و بر یکی از ویژگی‌های اصلی و بنیادین آن یعنی قانون‌مداری متکی است. با این تفاوت که فرمان را جایگزین قانون کرده و با ادعای خطر جدی برای امنیت یا نظم عمومی یا بزرگ‌نمایی شدید خطرات واقعی وضعیت استثنایی یا اضطراری حاکم می‌کند. وضعیت استثنایی هنگامی مطرح می‌گردد که در یک کشور، اداره امور بر اساس قانون اساسی و شناسایی حداقل حقوق و آزادی‌های فردی صورت می‌گیرد، ولی به‌جهت مختلف امنیتی، نظامی، سیاسی، یا حوادث طبیعی، اداره امور بر اساس قانون اساسی و یا با رعایت تمام یا قسمتی از

۱. در ایران برابر اصل هفتادونهم و در فرانسه مطابق ماده (۱۶) وضعیت اضطراری موقت و مصوب پارلمان پذیرفته است. اصل هفتادونهم مقرر می‌کند: «اصل هفتادونهم: برقراری حکومت نظامی ممنوع است. در حالت جنگ و شرایط اضطراری نظیر آن، دولت حق دارد با تصویب مجلس شورای اسلامی موقتاً محدودیت‌های ضروری را برقرار نماید، ولی مدت آن به‌رحال نمی‌تواند بیش از سی روز باشد و در صورتی که ضرورت همچنان باقی باشد دولت موظف است مجدداً از مجلس کسب مجوز کند.»

ماده (۱۶) قانون اساسی فرانسه مقرر می‌کند: «هرگاه نهادهای جمهوری، استقلال ملی، تمامیت ارضی، و یا اجرای تعهدات بین‌المللی در موارد مهم و اضطراری در معرض مخاطره قرار گیرند و روند عادی و قوای حاکمه مختل گردد، رئیس‌جمهور تصمیمات مقتضی را پس از مشورت رسمی با نخست‌وزیر و رؤسای مجلسین و رئیس شورای قانون اساسی اتخاذ می‌نماید. رئیس‌جمهور از طریق اعلامیه مردم را در جریان امور قرار می‌دهد. این تصمیمات می‌باید به‌گونه‌ای باشد که قوای حاکمه بتواند در کوتاه‌ترین زمان وظایف محوله را در مجرای طبیعی خود انجام دهند. شورای قانون اساسی در این خصوص مورد مشورت قرار خواهد گرفت. در چنین موقعیتی مجلسین مکلف به تشکیل جلسه می‌باشند. مجلس شورای ملی را نمی‌توان در زمان اعمال اختیارات فوق‌العاده مذکور در این ماده منحل نمود.»

برای مثال در فرانسه، به‌علت اعتراضات حومه بر اساس ماده (۱۶) قانون اساسی و قانون سوم آوریل ۱۹۵۵، از ۸ نوامبر ۲۰۰۵ تا ۳ ژانویه ۲۰۰۶ وضعیت اضطراری مستقر بود. (La loi n° 2005-1425 du 18 novembre 2005 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955) همچنین در ۱۹۸۵ در جریان جنگ الجزایر نیز وضعیت اضطراری در فرانسه برقرار بود.

آزادی‌های شناخته‌شده ممکن نیست (یا حداقل ادعا می‌گردد ممکن نیست). در این صورت، برای بقای کشور و نظام سیاسی و همچنین امکان حفظ پایدار حقوق و آزادی‌های شناخته‌شده، دولت خود را مجبور به اعمال محدودیت و یا در صورت لزوم تعطیلی موقتی آزادی‌ها می‌بیند. در اینجا است که فرد یا نهادی در خارج از حوزه قانون بلکه فراتر از قانون قرار گرفته، خود قانون و فرمان‌روا می‌گردد. اصول و نهادهای مربوط به تفکیک و توزیع قوا به کناری نهاد می‌شوند و قوا، به‌ویژه قوه مقننه و مجریه و حتی قوه قضائیه در او تجمع می‌شوند تا او بتواند معضلی را که از طریق عادی و حقوقی و در چارچوب نهادهای تعریف‌شده قابل حل نیست، حل کند و نظام حقوقی را پر نماید. همان‌طور که در نظام حقوقی داخلی خلاء قانونی داریم ولی خلاء حقوقی نداریم، حالت ضرورت نیز یک خلاء در حقوق عمومی است که قدرت اصلی حکومت آن را جاری می‌کند. اما وضعیت استثنایی با آنارشیسم و هرج و مرج متفاوت است زیرا در وضعیت استثنایی نظم وجود دارد ولی این نظم حقوقی نیست، بلکه دستوری و انتظامی است. فرمان و دستورالعمل اجرایی جانشین قانون و به‌عبارت فنی در «حکم قانون» و استنباط عمل و تقنین عمل می‌گردد تا نقش اجرایی محقق شود (امیر ارجمند، ۱۳۸۵، ص. ۱۸). دو گونه وضعیت استثنایی را می‌توان از یکدیگر تفکیک کرد: «وضعیت استثنایی واقعی و مجازی یا سیاسی»، اولی حاصل یک واقعیت است، یک وضعیت بحرانی و بی‌نظمی ناشی از جنگ‌های شورشی یا حتی یک فاجعه طبیعی فلج‌کننده (Tumultus) که موجب اعلام تعلیق حقوق (justitum) می‌شود. اما وضعیت استثنایی مجازی یا سیاسی، از آن جهت مجازی است که اصولاً برخاسته از اراده دولت است تا شرایط واقعی. لذا تا حدود قابل ملاحظه‌ای قابل پیش‌بینی، برنامه‌ریزی و حتی قاعده‌پذیر است. دولت بنا بر مصلحت‌اندیشی خود، قانون‌مداری را بنا بر تعریف موقتاً تعطیل و فرمانبرداری را بر جامعه تحمیل می‌کند (سپ، ۱۳۸۸، ص. ۱۲۳).

تزاخم میان نظم عمومی و آزادی‌ها مسئله‌ای است که در نظام‌های مردم‌سالار به جهت لزوم تأمین آزادی‌ها در عین تحقق منافع و مصالح عمومی مطرح می‌شود. اصل نهم به هر دو جهت آزادی‌ها و نظم عمومی اشاره کرده و از نوعی همبستگی و تفکیک‌ناپذیری صحبت می‌کند؛ با این وجود و با طرح چنین ایده‌ای آیا تزاخمی میان

این دو روی نمی‌دهد؟ دو برداشت کلی وجود دارد که در ادامه به شرح آن خواهیم پرداخت.

۳-۱. نگاه اول: نفی تراحم نظم عمومی و آزادی‌ها

برخی از نمایندگان مجلس در بررسی نهایی قانون اساسی معتقد بودند که اصل نهم با تراز کردن و در یک سطح قرار دادن نظم عمومی و آزادی‌ها، مشکل تراحم را به‌طور کلی از میان می‌برد: «زمان طاغوت متوجه بودید که هر نوع آزادی را سرکوب می‌کردند. حتی دیدید که رساله عملیه مرجع بزرگ عالم تشیع، که مهد تشیع است، ممنوع بود. اگر رساله‌ای، اعلامیه‌ای پیدا می‌شد، مردم را به چندین سال زندان محکوم می‌کردند و مدعی بودند که از استقلال و تمامیت ارضی کشور حمایت می‌کنند و انواع آزادی‌ها را سرکوب می‌کردند. این اصل [اصل نهم] برای تضمین این آزادی‌ها بوده است و ان‌شاءالله از این به بعد معلوم می‌شود که آزادی و استقلال تفکیک‌پذیر نیستند و ممکن نیست تراحمی برای یکدیگر داشته باشند، تا آزادی نباشد امکان ندارد استقلال کشور و عدم وابستگی‌اش به اجانب تأمین شود. حفظ منافع هر کشور بسته به این است که مردمش آزاد باشند و بتوانند از نظامشان، از دینشان از هدفشان آزادانه حمایت کنند. پس به‌عنوان استقلال معنی ندارد که ما جلوی آزادی را بگیریم. این اصل برای این منظور بود و به‌خاطر این‌که پیشگیری بشود از این‌که ممکن است عده‌ای هم از آن طرف به‌عنوان آزادی‌های نادرست از راه بی‌بندوباری، استقلال و تمامیت ارضی کشور را بکوبند، لذا از طرفین جلوگیری می‌شود، نه به‌اسم آزادی می‌شود، استقلال مملکت را از بین برد و نه به‌اسم استقلال می‌شود آزادی را از بین برد...» (مذاکرات قانون اساسی، ۱۳۶۴، ص. ۴۲۲). البته عملاً نمایندگان می‌پذیرند که آزادی و استقلال و تمامیت ارضی می‌توانند به تعارض و تراحم بینجامند، ولی اصرار بر متناسب کردن و همسنگ قرار دادن آن‌ها به‌جهت رفع تراحم احتمالی است. این همسنگی با تفصیل و توضیح این دو از این نظرگاه حاصل می‌شود: «این اصل همان‌طوری که گفتید یک اصل بسیار متریقی و حساب‌شده‌ای است، نه تنها برای زمان گذشته و امروز، بلکه برای آینده هم این اصل خواهد بود. برای این‌که از چیزهایی که غالباً در معرض تزلزل است همین سلب آزادی است که به‌اسم استقلال زیاد اتفاق افتاده و همچنین سلب استقلال به‌نام حفظ آزادی و تجزیه کشور به‌نام آزادی.

بنابراین این دو اصل باید حتماً محکم بشود ... اصولاً اگر ما آزادی را به معنای واقعی اش تفسیر کنیم، به کلمه مشروع احتیاج ندارد ... معنی واقعی آن [آزادی] بسیج نیروها در مسیر رشد فرد و جامعه است، آزادی واقعی این است. اگر آزادی برای فراهم کردن امکانات و رفع موانع برای رشد فرد و جامعه باشد، خوب این همیشه همدوش استقلال است» (مکارم شیرازی، مشروح مذاکرات، ۱۳۶۴، ص. ۴۲۷).

چنین نگاهی گرچه در مقام ثبوتی می‌تواند با توضیحاتی که در تبیین هر دو مفهوم نظم عمومی و آزادی‌ها مطرح است، مورد توجه قرار گیرد، ولی عملاً تزامم غیرقابل انکار است. مفاد اصولی که آزادی‌ها را به نفع نظم عمومی، منافع عمومی و یا یک آزادی دیگر مقید می‌کنند مکرر در همین قانون اساسی پیش‌رو وجود داد. آنچه ما در عمل با آن مواجه هستیم فضای تزاممات است. گرچه باید سعی شود تا حد امکان از برخورد مسائل مربوط به نظم عمومی و آزادی‌ها اجتناب شود، ولی هنگامی که یک مسئله امنیتی حاد همانند برگزاری یک تظاهرات ناآرام توسط یک گروه کثیر سیاسی یا صنفی برای استیفاء حقوق مسلم‌شان مطرح شود، یک گزینه برای انتخاب بیشتر باقی نمی‌ماند: «یا ناآرامی برای تحقق آزادی و یا آزادی فدای امنیت». به همین دلیل برخی از نمایندگان به صراحت تزامم قطعی و غیرقابل حل را در این اصل یادآور می‌شوند، به نحوی که حتی این اصل را بی‌نتیجه می‌دانند: «در اینجا هم آزادی مطلق محفوظ و محترم است و هم استقلال و تمامیت ارضی به تمام معنی محترم است. تعارضی که در این دو هست را چگونه به هم ربط می‌دهید؟ حتی آزادی مشروع و قانونی ممکن است روزی با استقلال و تمامیت ارضی تزامم پیدا کند، آیا در دو حکم مطلق در صورت تزامم چکار باید بکنند و کدام بر دیگری مقدم است؟» (سبحانی، مشروح مذاکرات، ۱۳۶۴، ص. ۴۲۱).

رویه اساسی نیز مبین وجود تزامم و به کار بردن ابزارهایی برای رفع تزامم است. مطابق نظریه شماره ۴۰۴۱ مورخ ۱۳۶۴/۵/۱ شورای نگهبان در خصوص لایحه دریافت عوارض خروج از کشور: «حق مسافرت و آزادی سفر از اعمال عادی و حقوق مسلم فردی و اجتماعی هر شخص است که طبق اصل ۲۰ قانون اساسی، همگان از آن برخوردارند و بر حسب بند ۷ اصل سوم قانون اساسی باید تأمین شود. سلب این حق در شرایط عادی با موازین شرعی و قانون اساسی مغایرت دارد؛ ولی نظر به وضع فوق‌العاده فعلی و جنگ

تحمیلی با اکثریت آرا تأیید شد». بر این اساس، مسئله نظم عمومی ایجاب می‌کند که برخی محدودیت‌ها در حد الزامات مربوط به نظم عمومی به صورت مقید و البته متناسب برای آزادی وجود داشته باشد. به این ترتیب که اگر تزامم نظم عمومی و آزادی‌های مشروع رخ داد گام اول یافتن راهکاری برای تضمین نظم عمومی بدون تحدید و سلب و آزادی‌های مشروع است و البته در هیچ حالتی وفق اصل نهم قانون اساسی امکان سلب وجود ندارد ولی امکان تحدید بر اساس قاعده تناسب - «ما أیبح للضرورة یقدر بقدرها» - به قدر ضرورت وجود دارد.

در مجموع باید دقت داشت که برداشت‌های متفاوت از مفهوم آزادی و مفاهیم متزامم آن، راه‌حل‌های متفاوتی را برای رفع تزامم ارائه خواهد داد. اگر به بیان اصل کفایت کنیم ظاهراً کل بحث به تزامم (۱) آزادی با (۲) استقلال و (۳) وحدت و (۴) تمامیت ارضی به جهت مسائل تاریخی رژیم استبدادی پهلوی برمی‌گردد. با این نگاه می‌توان گفت چون اصل در مقام بیان بوده، صرفاً نظر به امکان تزامم این چهار مورد با یکدیگر داشته است. چنین پاسخی چند سؤال را به شرح زیر مبهم و بی‌پاسخ خواهد گذاشت:

۱- آیا چنین بیانی از اصل نهم در ردیف مجموع چهارده اصل مربوط به «اصول کلی»،

به تعبیری صرفاً تاریخی و جزئی محدود نمی‌شود؟

۲- با مراجعه به مفاد مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، چرا

تصریح نمایندگان بیانگر مجموعه کلی مضیقات آزادی از جمله وضعیت اضطراری

و امنیت عمومی است و منحصر به «استقلال و وحدت و تمامیت ارضی» نمی‌شود؟

البته باید به دو نکته اذعان داشت که برداشتی که از اصل به عنوان یک اصل دارای

مفهوم کلی - که در میان اصول کلی آمده - می‌شود، فراتر از بیان اصل است؛ ولی برداشت

از الفاظ تفسیر دقیقی نمی‌تواند ارائه دهد و حداقل آن که مشروح مذاکرات دیدی وسیع‌تر

از صرف تزامم آزادی با استقلال و وحدت و تمامیت ارضی ارائه می‌دهد. امکان دارد

ابراز شود که بیان قانون‌گذار ممکن است ناکافی و مبهم باشد که به نظر، قانون‌گذار از

استقلال و وحدت و تمامیت ارضی به عنوان مهم‌ترین و اصلی‌ترین قیودی که امکان

تزامم با آزادی دارند یاد کرده است، چراکه تصور فقدان این سه، به تصدیق شکنندگی

و اضمحلال قطعی دولت می‌انجامد. و از این جهت این سه مصداق اجلی و اتم مقیدات

آزادی به‌شمار می‌روند. البته قاعده به این موارد ختم نمی‌شود بلکه قاعده فراگیر و جامع است. از طرف دیگر مفاهیمی همچون استقلال آنچنان دایره‌ای وسیع از دلالت را پیدا می‌کنند که امکان درج هر آنچه که از نظم عمومی به‌نظر می‌رسد در مفاد آن وجود دارد، چراکه هر دو مفهوم استقلال و نظم عمومی برای «بودن» و «استمرار حیات ذیل آرمان‌های مشخص» برنامه‌ریزی می‌شوند. قید «وحدت و تمامیت ارضی» نیز هدفی جز این را دنبال نمی‌کند. با این برداشت بیان اصل نیز کفایت مورد نظر را پیدا می‌کند. چراکه بیان اصول قانون اساسی تبادر ذهنی خواننده نیست بلکه مقصود قانون‌گذار مبتنی بر روح کلی حاکم بر قانون است.

۲-۳. نگاه دوم: تزامن نظم عمومی و آزادی‌ها

به‌طور عمده دولت‌ها برای نفی هرج‌ومرج و جهت تحقق ضرورت «امنیت» به‌وجود آمده‌اند (Sarat, 2010, p. 184) گرچه باید اذعان داشت که با تحقق دولت مردم‌سالار و در پی آن جامعه‌مدنی مشارکت‌های اجتماعی، سیاسی و اقتصادی موجبات تحقق جنبه‌های آزادی‌های جمعی و بروز استعداد‌های اجتماعی انسان را فراهم می‌آورند، ولی به‌طور کلی نظریات دایره‌دار «قرارداد اجتماعی» آزادی‌هایی را فدا می‌کنند تا یک هدف دیگر را تأمین کنند. این هدف می‌تواند به‌طور دقیق «امنیت» باشد یا «آزادی در سطحی دیگر». چنان‌که اساتید حقوقی هدف دولت را در گردهاگرد «امنیت»، «رضایت»، «آزادی فردی»، «نظم»، «صلح اجتماعی»، «توسعه و پیشرفت» و ... می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص. ۱۴۸). مجموعاً آنچه از زندگی انسان قابل برداشت است، این است که زندگی وی هم دارای محدودیت است و هم بیش از آن با «تزامن» اهداف متعدد روبروست. این تزامن کلی در سپهر عمومی، مبین حجم عمده‌ای از تعارضات، به‌خصوص ذیل دو مفهوم نظم عمومی و آزادی‌ها و در اجزای در ارتباط با استقلال و تمامیت ارضی در نسبت با آزادی است.

۳-۳. طراحی یک سیستم رفع تراجم

۳-۳-۱. ترجیح امنیت

برخی نمایندگان با ترجیح امنیت و نظم عمومی در جلسات مشروح مذاکرات قانون اساسی بیان می‌کردند که امنیت بدون تردید بر آزادی‌ها ترجیح دارد، ولی به شرط آن‌که نظم عمومی واقعاً احراز شود و در آن منافع چند فرد و هیئت حاکمه مؤثر نباشد و واقعیت‌ها تحریف نشوند. «این درست نیست که بگوییم چون در گذشته یک دروغی به ما گفته‌اند و چون به اعلامیه‌ها و سخنرانی‌ها و خطابه‌هایی که امام یا دیگران برای ایجاد نظام اسلامی در کشور ایراد می‌کردند، تهمت می‌زدند و به بهانه این‌که این‌ها منافی استقلال کشور است، جلوی آزادی ما را می‌گرفتند، در صورتی که می‌دانیم دروغ می‌گفتند و با حقوق مردم منافات نداشت، بلکه منافات با نظام شاهنشاهی داشت... ما باید در قانون اساسی یک اصلی در مقام رد یک کسی که در گذشته سوءاستفاده‌ای کرده است و دروغی گفته، بنویسیم که این دروغ را نگوید و این تهمت را نزند» (موسوی جزایری، مشروح مذاکرات، ۱۳۶۴، ص. ۴۲۶). برخی دیگر هم مبتنی بر چارچوب نظری نظم عمومی به صراحت بیان می‌داشتند: «در مقام مقایسه استقلال و آزادی، استقلال باید مقدم بر آزادی باشد» (موسوی جزایری، مشروح مذاکرات، ۱۳۶۴، ص. ۴۲۹).

این ایده کاملاً مبتنی بر ترجیح نظم عمومی واقعی است، چنان‌که امنیت که محور اصلی نظم عمومی است در اندیشه بسیاری از حقوق‌دانان بر سایر نیازها و حقوق شهروندان اولویت دارد و این ایده نه تنها برای هابز بلکه بسیاری از فلاسفه یونان هم مطرح بوده است. «پیروان مکتب تحقیقی دولتی، حفظ نظم را در جامعه مهم‌ترین مصلحت‌ها می‌شمردند و قواعد حقوق را مقرراتی می‌دانند که از طرف قوای صالح دولت تضمین شده و هدف آن استقرار صلح و نظم در اجتماع است. در این مکتب‌ها قانون مهم‌ترین منبع حقوق است و ضابطه آن را باید در تشریفات وضع آن جست‌وجو کرد. دابن، حقوق‌دان بلژیکی در این زمینه می‌نویسد: «هدف حقوق تأمین صلح اجتماعی است، هرچند که قواعد آن با عدالت نیز مخالف باشد، زیرا در نظر حقوق‌دان عدالت وسیله است و نه هدف» (کاتوزیان، ۱۳۸۳، صص. ۱۴۸-۱۴۹).

نکته اصلی این است که کسی از این نظم عمومی سوءاستفاده نکند، چنان‌که در واقعه دست‌ساز ۱۱ سپتامبر، از نظم عمومی برای تحدید حقوق و آزادی‌ها و حتی نفی حقوق اولیه انسانی توسط ایالات متحده آمریکا سوءاستفاده شد (ر.ک به: غمامی، ۱۳۸۷، صص. ۴۳-۴). به این ترتیب در تراحم نظم عمومی و آزادی‌ها از این منظر باید نظم عمومی واقعی ترجیح داده شود: «آنچه واقعیت است، این است که همه مردم آزادند البته تا جایی که لطمه به استقلال نزنند، اما آیا می‌توانند بگویند استقلال کشور محترم است مگر این‌که جلوی آزادی فرد گرفته شود؟ البته اگر یک وقتی استقلال کشور می‌خواهد به خطر بیفتد جلوی آزادی آن روزنامه‌نگار را [به‌طور مثال] باید گرفت پس این قید برای آن است یعنی استقلال کشور قیدی هست برای «آزادی» ولی «حفظ آزادی‌های فردی» نمی‌تواند قیدی بشود برای «استقلال». ایراد [وارد شده توسط] شما این است که در گذشته سوءاستفاده کرده‌اند یعنی به‌نام حفظ استقلال کشور جلوی آزادی ما را گرفته‌اند و دروغ گفته‌اند، پس حالا باید در قانون اساسی یک اصلی بنویسیم برای این‌که جلو این دروغ را بگیریم و این درست نیست» (موسوی جزایری، مشروح مذاکرات، ۱۳۶۴، صص. ۷-۴۲۶).

با این وجود، یک سؤال اساسی مطرح می‌شود؟ آیا نظم عمومی با همان تعبیر واقعی، بر حقوق بنیادین بشر که جنبه شخصی دارند نیز اولویت دارد؟ این دیدگاه در واقع منافع عمومی را بر منافع شخصی ترجیح می‌دهد ولی این نکته به این معنا است که حیات یک فرد می‌تواند قربانی منافع دیگران شود پاسخ به این سؤال ظاهراً ساده است ولی پیچیدگی‌های خاص خود را دارد.

۳-۲. ترجیح آزادی

این ایده متأثر از اندیشه‌های لیبرالیستی است، البته اندیشه‌های لیبرترین^۱ که تأکید ویژه بر آزادی در مقابل سایر ایده‌های لیبرالیستی دارند، از این ترجیح به‌نحو افراطی حمایت می‌کنند (W. Burrell, 2015, pp. 13-14). این اندیشه مخصوصاً با تجربه نظام دیکتاتوری قبل از انقلاب‌ها از جمله در انقلاب ۱۷۸۹ فرانسه و انقلاب اسلامی ایران بیشتر بستر اجتماعی داشته و دارد، به‌طوری که علل اجتماعی بر علل فلسفی و منطقی از این جهت پیشی گرفته‌اند. با این وجود، علی که برای این ترجیح مطرح است ناظر به گوهری است که

1. libertarian thoughts.

برای انسان در قالب «آزادی» در نظر گرفته می‌شود. آزادی، گوهر وجودی انسان است و قرارداد اجتماعی باید آن قدر حداقلی عمل کند که آزادی‌ها حداکثری تضمین شوند. پوپر از این جهت آزادی را بسیار تقدیس می‌کرد چراکه آن را دروازهٔ رنسانس و روشنگری می‌دانست: «روشنگری عبارت است از آزادی انسان از قیمومیتی که خود وی یا حکومت بر او تحمیل کرده است» (پوپر، ۱۳۶۳، ص. ۲۱۹). بر این مبنا، «حکومت نظامی» و «وضعیت اضطراری» ابزارهایی هستند که به‌سادگی آزادی را قربانی اقتدار و امنیت می‌کنند.

۳-۴-۳. ایجاد یک قاعده و مصلحت‌نگری

اصل نهم یک ایده بسیار جالب را طرح می‌کند، به این ترتیب که میان دو مفهوم «آزادی» و «آزادی مشروع» تفکیک قائل می‌شود. یعنی اگرچه آزادی و نظم عمومی را تفکیک‌ناپذیر می‌داند و به این ترتیب اگر فردی اعمال آزادی کند، به‌نحوی که آزادی مذکور خلاف ارزش‌های اساسی کشور باشد ولی صدمه‌ای به نظم عمومی نراند با آن برخوردی نمی‌شود، کما این که «حریم خصوصی» مبین این آزادی است. آزادی‌ای که ممکن است در یک منزل مسکونی اعمال شود و با موازین قطعی اسلامی تعارض داشته باشد ولی به دلایلی نظم عمومی مورد خدشه قرار نگیرد. منشور هشت ماده‌ای امام خمینی (ره) در مورخ ۱۳۶۱/۹/۲۴ در بیان حکم فقهی «لزوم رعایت حریم خصوصی شهروندان» از احکام حکومتی مترقی در این زمینه محسوب می‌گردد.

در مقابل اگر آزادی‌ای در سطح عمومی با نظم عمومی برخورد پیدا کرد، چه حکمی صادر خواهد شد؟ در اینجا دو مسئله مطرح می‌شود: اول این که جامعه نمی‌تواند به بهانه آزادی دچار هرج و مرج و آشوب شود و دوم این که نظم عمومی نیز نمی‌تواند بی‌پروا ابزار دولت برای اقتدارگرایی یک فرد و یا گروه قرار گیرد تا منافع و عقاید خود را به دیگران تحمیل کنند حتی در قالب قانون، چراکه یک قانون ظالمانه نیز می‌تواند مستقرکننده نظم عمومی و نافی آزادی‌ها باشد. تدبیر قانون‌گذار قانون اساسی این است که آن بخش از آزادی که «مشروع» است در تراحم با نظم عمومی مقدم است. معنای دیگر آن است که در مقام تراحم آزادی‌ای که وصف «مشروعیت» به آن الحاق نگردد در برخورد با نظم از آن صرف‌نظر می‌شود.

این مبنا به‌طور کلی با توجه به اصل چهارم که تأکید بر حاکمیت موازین اسلامی بر کلیه اصول قانون اساسی دارد و با توجه به تحلیلی که از نظم عمومی ارائه دادیم، قابل

انطباق است؛ چنان‌که کلیت مبهم سایر اصول با پذیرش این قاعده در تحدید حقوق و آزادی‌های عمومی به‌خصوص اصل بیست‌و‌چهارم و بیست‌وهفتم با عبارت «مبانی اسلام» و بیست‌وششم با عبارت «موازن اسلامی» قابل تبیین و نظام‌سازی است. و از همین رو است که در چشم‌انداز ایران ۱۴۰۴ نیز در کنار محورهای نظم عمومی صحبت از «آزادی‌های مشروع» به میان آورده شده است.^۱

ولی مفهوم مشروعیت در اینجا ممکن است مورد خدشه واقع شود:

مسئله اول: منظور از مشروعیت چیست؟ مشروعیت به مفهوم قانونیت در واقع فروکاستن آزادی‌ها به قانونی است که نظم عمومی پدید آورده پس در مقام تراحم با تغییر الفاظ باز هم نظم عمومی محقق خواهد شد.

۱) **پاسخ با رویکرد مفهومی مشروعیت:** مشروعیت به دو معنا است چراکه دو چارچوب نظری متفاوت بر آن حاکم است: مفهوم مادی که از آن به مشروعیت تعبیر می‌گردد و مفهومی که مبانی آن الهی است و از احکام الهی و شارع مقدس به‌عنوان واضع حکیم، به‌نام مشروعیت یاد می‌کند. در مفهوم اول قرائت‌های متعددی از مشروعیت ارائه شده است که بیشتر بر علل متابعت مردم از قدرت عمومی تأکید می‌کند و مشروعیت را در یک سطح قانونیت و در سطحی عمیق‌تر دموکراسی می‌داند. ماکس وبر (Max Weber) از جامعه‌شناسان و حقوق‌دانان سرشناس آلمانی، مشروعیت را با همین تعبیر چنین می‌داند که: «امروزه اعتقاد به قانونیت یعنی پذیرش مصوباتی که رسماً صحیح هستند و رویه‌ای معمول آن‌ها را تحمیل کرده است، رایج‌ترین شکل مشروعیت است... در گذشته مشروعیت اقتدار منوط به این بود که به اتفاق آرا مورد قبول واقع شود، اما امروزه غالباً

۱. «جامعه ایرانی در افق این چشم‌انداز چنین ویژگی‌هایی خواهد داشت:

- توسعه یافته، متناسب با مقتضیات فرهنگی، جغرافیایی و تاریخی خود و متکی بر اصول اخلاقی و ارزش‌های اسلامی، ملی و انقلابی با تأکید بر: مردم‌سالاری دینی، عدالت اجتماعی، آزادی‌های مشروع، حفظ کرامت و حقوق انسان‌ها و بهره‌مند از امنیت اجتماعی و قضائی.
- امن، مستقل و مقتدر با سامان دفاعی مبتنی بر بازدارندگی همه‌جانبه و پیوستگی مردم و حکومت.
- برخوردار از سلامت، رفاه، امنیت غذایی، تأمین اجتماعی، فرصت‌های برابر، توزیع مناسب درآمد، نهاد مستحکم خانواده به دور از فقر، فساد، تبعیض و بهره‌مند از محیط زیست مطلوب ...».

2. Legitimacy.

اقتدار توسط اکثر اعضا پذیرفته می‌شود و اقلیت تسلیم اکثریت می‌شود» (سرافراز، ۱۳۸۱، ص. ۵۵). بر این اساس، وبر در مورد سلطه مشروع یک تقسیم‌بندی ارائه می‌کند که عبارت است از مشروعیت عقلانی، سنتی و کاریزمایی» (سرافراز، ۱۳۸۱، ص. ۵۵). با این وجود، مفهومی که وبر از مشروعیت ارائه کرده گرچه بسیار مشهور و غالب است ولی بسیاری از اندیشمندان به آن نقدهای متعددی وارد کرده‌اند.

دیوید بیتهم^۱ با صراحت از جدی‌ترین ناقدان نظر وبر است و نظر وی را انحرافی و عامل قدرت‌طلبی حاکمان می‌داند. وی معتقد است: «این نظر وبر که قدرت در صورتی مشروع است که مردم به مشروعیت آن اعتقاد داشته باشند، اشتباه است. زیرا مشروعیت را از مجموعه دلایلی که مردم را به اطاعت وامی‌دارد به یک بُعد و جنبه منفرد کاهش می‌دهد. این عقیده، دانشمند علوم اجتماعی را وادار می‌کند که به گزارش اعتقاد مردم در مورد مشروعیت پردازد و نه به توصیف تضاد رو به گسترش این قواعد قدرت و هنجارهای توجیه‌کننده‌شان». از نگاه بیتهم مشروعیت یا برحق بودن قدرت، توضیح‌دهنده دلیل اطاعت مردم از قدرت است آن هم از طریق ارائه دلایلی که موجب اطاعت آنان می‌شود (سرافراز، ۱۳۸۱، صص. ۵۷-۵۸). این دیدگاه بیتهم بسیار روشن‌کننده است که مشروعیت در نظام‌های حقوقی مختلف، متفاوت است اگرچه در کلیت به یک رضایت عمومی از ساختار حکومت برمی‌گردد. در این نگاه مشروعیت عامل تضییق آزادی می‌گردد، چراکه دولت در این رویکرد لازم‌الاتباع است چون مشروع است و چون مشروع است آزادی‌ها را به شرط حفظ مشروعیتش می‌تواند مقید کند.

به اصل سؤال باز می‌گردیم. سؤال با یک مغالطه در صغری مواجه است، چراکه برخلاف برخی از نظام‌های حقوقی به خصوص مکاتب تحقیقی که نظم عمومی را متأثر از قوانین می‌دانند و برای قانون ارزشی پایه‌ای‌تر از وضع‌شان قائل نیستند، در نظام حقوقی اسلام، شرع قانون وضع شده توسط انسان نیست، بلکه قانون وضع شده پروردگار است و اتفاقاً در مقابل اشاعره که به حُسن و قبح عقلی اعتقاد ندارد، شیعه برای احکام شرعی اعتقاد به تلازم عقلی حتمی دارد.^۲ به این ترتیب، مشروعیت قانونیت نیست بلکه فراتر

1. David Beetham.

۲. مرحوم مظفر بیان می‌دارد: «إن مصالح الأحكام الشرعية المولوية التي هي نفسها ملاكات أحكام الشارع لا تدرج

از آن حکم حکیمانه پروردگار است که اجرای آن برای انسان قطعاً موجب خیر خواهد شد. در نتیجه از یک سو هر قاعده آمراهی باید منطبق با موازین اسلامی باشد و از سوی دیگر در مقام تراحم مشروعیت بر قانونیت مقدم است. دقت در نظریه شماره ۴۰۴۱ مورخ ۱۳۶۴/۵/۱ شورای نگهبان نیز مبین تضمین آزادی‌ها، از این منظر است: «...سلب این حق [حق مسافرت و آزادی سفر که از اعمال عادی و حقوق مسلم فردی و اجتماعی هر شخص است] در شرایط عادی با موازین شرعی و قانون اساسی مغایرت دارد...» به این معنا که آزادی و حقوق شهروندی از مندرجات موازین اسلامی و قانون اساسی محسوب می‌گردد. با این وجود ممکن است برخی از مندرجات نسبت به سایر موارد اولویت داشته باشند، چنان‌که «حفظ نظام» از این اولویت برخوردار است.

۲) پاسخ بر اساس مفهوم عدم سوءاستفاده از حق آزادی: همان‌طور که در محور مربوط به ممنوعیت سوءاستفاده از حق بیان کردیم، شهروندان حق ندارند از حقوقشان به‌نحو غیرمنطقی و به قصد آسیب استفاده کنند. در مشروح مذاکرات به این مفهوم به انحاء مختلف اشاره شده است: «تلازم این قید [مشروعیت] این است که مزاحم آزادی دیگران نشود و باعث از بین رفتن هدف و تجزیه کشور نشود».^۱ در اینجا مشروعیت به مفهوم آزادی‌های با قیود جامعه دموکراتیک یا آزادی‌های با قیود احکام دینی نیست، بلکه همان‌طور که بیان کردیم منظور اعطا و اعمال آزادی بدون سوءاستفاده از آن است.

مسئله دوم: شرع خود نظم عمومی را مستقر کرده و تقیید «آزادی به مشروع بودن» در واقع نفی آزادی در مقام تراحم با نظم عمومی است. بدین معنا که آزادی‌هایی که در جهت نظم عمومی هستند باقی خواهند ماند.

به‌هر حال قبل از پاسخ دقیق به مسئله دوم باید اقرار کرد که حتی با این برداشت از «آزادی‌های مشروع»، این روش کار خود را به‌خوبی انجام داده است، البته شاید بهتر از آن که قبلاً بیان کردیم؛ چراکه همه چیز را به نظم عمومی فرو می‌کاهد. ولی برای پاسخ

تحت ضابط نحن ندرکه بعقولنا إذ لا یجب فیها أن تكون هی بعینها المصالح العمومیة المبنی علیها حفظ النظام العام و إبقاء النوع التی هی أعتی هذه المصالح العمومیة مناطات الأحکام العقلیة فی مسألة التحسین و التقییح العقلین» (أصول الفقه، ۱۳۹۲، ج ۱، صص. ۲۳۹ و ۲۴۰)

۱. سخنان آقای مرادخانی ارنگه، مشروح مذاکرات، ۱۳۶۴، ص. ۴۲۲.

دقیق به پرسش فوق باید به این مهم توجه کرد که در این پرسش، اشتباهی رخ داده و آن این‌که، مفاد شرع صرفاً نظم عمومی نیست، همان‌طور که صرفاً «آزادی» نیست. شرع منظومه‌ای است برای تمشیت زندگی انسان به‌سوی کمال. در نتیجه بی‌طرفانه نسبت به دو مسئله نظم عمومی و آزادی تصمیم می‌گیرد و عصبیتی ندارد که کدام لحاظ شود مگر برای تأمین هدفی که خارج از این دو رقم می‌خورد.

مسئله سوم: آیا همه آزادی‌های مشروع می‌توانند نظم عمومی را به نفع خود دفع و بی‌اثر کنند؟ به عبارت دیگر، در تعارض نظم عمومی و آزادی‌های مشروع چه حکمی باید داد؟

هر سطحی از آزادی‌ها توان مقابله و دفع سطحی خاص از نظم‌ها را دارد. مطابق نظریه «مصلحت» می‌توان سطوح آزادی‌ها و نظم‌ها را در قالب مصالح عمومی و مقاصد الشریعه تحلیل کرد. مصلحت بر این اساس عبارت است از تأمین نفع به‌گونه‌ای که در مجموع اهداف پنج‌گانه ذیل تأمین و تحصیل شود: «حفظ دین، جان، عقل، نسل و مال» (عوض و هشام، ۱۳۷۷، صص. ۹۵-۹۸). اصولیون با استقراء جزئیات و تأمل در حکمت احکام شرعی گفته‌اند که: «احکام الهی برای تأمین مصالح بندگان خدا در موارد فوق تشریح شده است. مثلاً برای حفظ دین و مصالح دینی، دعوت، و جهاد به‌خاطر حمایت از ارزش‌های عقیدتی، واجب شده؛ به صبر در مقابل ایذاء فرمان داده شده؛ ارتداد حرام گشته و هكذا... حال هر مصلحت دیگری که موجب تصمیم و برنامه‌ای می‌شود، باید معلوم باشد که به کدام یک از موارد یادشده تعلق دارد». غزالی نیز در این باره می‌نویسد: «مصلحت به‌معنای جلب منفعت و دفع ضرر... بوده و مراد ما از مصلحت، تأمین مقصود و هدف شرع است و مقصود شرع نسبت به خلق پنج امر حفظ دین، عقل، جان، نسل و اموال می‌باشد. پس آنچه در جهت حفظ این اصول پنج‌گانه باشد، مصلحت و آنچه موجب تفویت آن‌ها باشد، مفسده نامیده می‌شود» (غزالی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص. ۱۷۴).

جالب آن‌که مقتضیات نظریه مصلحت، مورد توجه اعضای مجلس برای بررسی نهایی قانون اساسی و شخص نائب رئیس بوده است؛ چنان‌که در پاسخ به نظر نماینده‌ای که بیان می‌کند: «در مقام مقایسه استقلال و آزادی، استقلال باید مقدم بر آزادی باشد»، نائب رئیس توضیح می‌دهد: «اهم و مهم آنجا مشخص است و تزاخم‌ها این‌طور نیست. باید

دید مطلب چگونه است» (نائب رییس، مشروح مذاکرات، ۱۳۶۴، ص. ۴۲۹). در واقع نائب رئیس مجلس بررسی نهایی قانون اساسی به لزوم استفاده از یک قاعده اصولی برای تشخیص مصلحت اقوی در هر مورد تراحم ارجاع می‌دهد. در نتیجه در تراحم بین استقلال، وحدت و تمامیت ارضی با آزادی، به‌طور موردی و با بررسی تمامی زوایای مسئله در عمل اقدام به اعمال قاعده الاهم فالاهم خواهد شد که هم ریشه عقلی و هم شرعی دارد!

نکته قابل توجه در اینجا مرجع تشخیص مصلحت است که به‌نظر برای صیانت از مفهوم «آزادی مشروع»، قطعاً دولت نمی‌تواند باشد، چراکه اولاً شائبه گرایش به مصالح دولتمردان و تراحم منافع سیاسی و منافع عمومی مطرح می‌گردد؛ ثانیاً دولت در تعارض نظم عمومی و آزادی، راه‌حل امنیتی را دنبال می‌کند که بالطبع، به محدود کردن بیش از حد ضرورت آزادی‌های مشروع و یا سلب آن (هرچند در اصل نهم ممنوع شده) می‌انجامد؛ و ثالثاً دولت، مرجع فهم نهاد دین و الزامات آن از جمله ضرورت شرعی و تناسب آن نیست و اجتهاد وی در این زمینه شریعت‌ساز محسوب نمی‌شود.

مسئله چهارم: مرجع تشخیص مصلحت کیست؟

در این خصوص، فروض مختلفی قابل طرح است:

(۱) در بادی امر «اهل حل و عقد» بهترین مرجع برای این امر هستند. این مرجع در نظام حقوقی ما همان خبرگان منتخب مردم هستند که اصلی‌ترین رکن حکومت نیز منتخب ایشان است. با این وجود کارکردشان (اصل ۱۰۸) از این مصلحت‌سنجی‌ها منصرف است.

(۲) دولت، با توجه به این‌که به‌طور عینی تراحمات را ملاحظه و از طریق دستگاه‌های اجرایی اولین برخورد را با آن دارد به‌نظر می‌تواند کارآمدتر ایفای نقش کند. با این وجود باید ملاحظه‌ای جدی‌تر را مدنظر قرار داد و آن این‌که

۱. منظور از «تراحم بین اهم و مهم» همان تدافع بین آنهاست، خواه بین دو مصلحت یا دو مفسده یا مصلحت و مفسده. پس وقتی که گفته می‌شود تراحم مصلحت اهم با مهم، مراد مصلحت شدید و قوی‌تر است؛ که به حکم عقل انجام کاری که اهمیت آن کمتر است، قبیح است و در نهایت حکم به لزوم ترجیح اهم بر مهم دریافت می‌شود. مبنای شرعی این قاعده به روایات متعدد از جمله روایت نبوی «إِذَا اجْتَمَعَتْ خُرْمَانٌ طَرَحَتِ الصُّغْرَى لِلْكُبْرَى» بر می‌گردد.

دولت نه شأن قضائی دارد که در دوگانه نظم عمومی و آزادی‌های مشروع، اقدام به داوری کند و نه این که ذینفع بودن وی در عمده گرایش وی به استقرار نظم عمومی، از او یک مرجع تعیین‌کننده بی‌طرف می‌سازد. همین امر باعث می‌شود وقتی مسئله‌های حاد و شایع رخ دهد دولت نهادهای ترکیبی همانند کمیسیون ماده (۱۰) قانون نحوه فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی - مصوب ۱۳۹۴ - را کنار می‌زند و به جای وی اقدام - بند ۶ ماده ۱۱ قانون - به مقررات گذاری و محدودسازی برگزاری تجمعات مردمی می‌کند.^۱

(۳) نهاد دیگر فقهای شورای نگهبان است. آن‌ها ضامن اجرای اصل چهارم قانون اساسی محسوب می‌شوند و لذا موازین اسلامی را می‌شناسند. از جمله موازین و از دایره اخص آن، که احکام می‌باشد، قاعده مصلحت و قواعد منتج از آن است. با این وجود آن‌ها از درک و اعمال مصالح و احکام ثانویه در دوران ابتدایی استقرار جمهوری اسلامی (همانند مواد (۴)، (۷) و ... قانون اراضی شهری مصوب ۱۳۶۰) ایران طفره رفتند. به این ترتیب با نظر امام خمینی (ره) تشخیص عناوین «حفظ نظام»، «جلوگیری از ایجاد فساد در جامعه» و «رفع حرج» که از اصول مصلحت‌سنجی بودند، به دو سوم نمایندگان مجلس شورای اسلامی داده شد (ارسطا، ۱۳۸۹، صص. ۲۹۵-۲۹۶).

(۴) با این وجود مجلس ممکن بود بین مصلحت جامعه و مصلحت مراعات احکام اسلامی و حتی درک مفهوم ضرورت سهواً یا عمداً اشتباه کند و از طرف دیگر همچنان شورای نگهبان بر نظر خود مصمم بود و حتی نظرات منصوص‌العله امام خمینی (ره) را مدنظر قرار نمی‌داد (ارسطا، ۱۳۸۹، صص ۲۸۹-۳۰۶). امام در ۱۳۶۶/۱۱/۱۷ مکانیزم جدیدی را بنیان نهاد که ترکیبی از آرای افراد گوناگون حکومت برای «تأمین مصالح نظام و مردم» بود. به این ترتیب مرجع تعیین مصلحت در جمهوری اسلامی ایران «مجمع تشخیص مصلحت نظام» شد که

۱. جهت مطالعه بیشتری مراجعه کنید به: محدودسازی تجمعات عمومی مردم و محل تجمعات سیاسی، صبح‌نو،

در بازنگری قانون اساسی در سال ۱۳۶۸ در اصل (۱۱۲) به آن صلاحیت‌های آن پرداخته شد: «مجمع تشخیص مصلحت نظام برای تشخیص مصلحت در مواردی که مصوبه مجلس شورای اسلامی را شورای نگهبان خلاف موازین شرع و یا قانون اساسی بداند و مجلس با در نظر گرفتن مصلحت نظام نظر شورای نگهبان را تأمین نکند...».

بر این اساس و با توجه به این‌که در نظام‌های مردم‌سالار این قوانین هستند که تعیین‌کننده و فصل‌الخطاب محسوب می‌شوند، مصلحت‌سنجی صرفاً از طریق قانون نمودار می‌گردد و هر مرجع دیگری باید از قواعد ناشی از این مصالح تبعیت کند. حتی شورای عالی امنیت ملی به‌عنوان یک نهاد مرجع در زمینه تأمین رکن امنیت از نظم عمومی، با قید انتهای اصل که مقرر داشته است: «مصوبات شورای عالی امنیت ملی پس از تأیید مقام رهبری قابل اجراست» رأساً حق ندارد آزادی‌های مشروع را نقض و تحدید نماید مگر این‌که یک اسلام‌شناس در مقام اعمال ولایت مطلقه که قطعاً شامل حوزه تأمین مصالح می‌گردد بر مصوبات این شورا نظارت نماید. از طرف دیگر بر اساس ذیل اصل (۱۷۶) «حدود اختیارات و وظایف شوراهای فرعی را قانون معین می‌کند» تا قانون بتواند ضامن نظم و آزادی بر اساس مکانیزم پیش‌گفته باشد؛ گرچه متأسفانه تاکنون با وجود تشکیل شوراهای فرعی، قانون آن به تصویب نرسیده است.

جمع‌بندی

در تمامی نظام‌های حقوقی، همواره چالشی جدی در تنسيق نظام قانونی بین آزادی‌ها و امنیت در وجوه مختلف وجود داشته و دارد. دو رویکرد در دو سر طیف نسبت این دو وجود دارد، یکی رویکرد استبدادی که به‌شدت آزادی‌ها را به محاق می‌برد و امکان خلاقیت و عمل آزادانه را سلب می‌کند و دیگری که جامعه را به هرج‌ومرج و بی‌قانونی می‌کشانند. قانون اساسی جمهوری اسلامی قصد داشته با توجه به مبانی اسلامی و نفی سابقه منحوس و تحقیرکننده حکومت‌های پادشاهی گذشته در استبداد و استعمار به یک سؤال تاریخی پاسخی درخور و سنجیده دهد؛ پاسخی که به هر صورت گامی مورد تقدیر باید به حساب آید، به‌ویژه آن‌که امکان سلب آزادی‌های مشروع را به‌طور مطلق از طریق هر نوع قاعده‌گذاری که در مرتبه‌اعلی قانون قرار می‌گیرد منتفی ساخته است. با این

وجود، این اصل با ابهام جدی به خصوص در اصول آتی قرار گرفته است، چراکه قاعده به صورت دقیق سازوکاری را برای ایجاد تعادل و تحدید آزادی‌های مشروع یا مسامحه در نظم عمومی ارائه نکرده و مسئله به صورت یک مفهوم کاربردی و معنادار در فصول آتی قانون اساسی طرح نشده، به نحوی که مجموعاً ایده مورد نظر قانون‌گذار قانون اساسی، به یک نظام - سازوکار جامع و اجرایی منجر نشده است. گرچه کلیات این ایده قابل تبیین است و ذکر عبارت «آزادی‌های مشروع» بسیار هوشمندانه و در راستای ایجاد نقطه اتکاء اصلی در رفع تراحم نظم عمومی و آزادی‌های عمومی به شمار می‌آید. مشروعیت به مفهوم ابتدا بر موازین اسلامی است؛ موازینی که تحلیل آن در اصل چهارم رفته و به طور مصداقی تراحمات نظم عمومی با برخی آزادی‌ها در اصول بیست و چهارم، بیست و ششم و بیست و هفتم در قانون اساسی آمده است. به این ترتیب نظام اسلامی با اتکاء بر مفهومی خارج از طرفین تراحمات و در قالب مقاصد الشریعه، واجد قواعد رافع تراحم است. هرچند همان‌طور که بیان شد حداقل دو مشکل اساسی وجود دارد؛ اول آن که ساختار تشخیص نتیجه منطقی قواعد وجود ندارد. گرچه هم‌اکنون مرجعی برای تشخیص مصالح نظام در قالب اصل (۱۱۲) طراحی شده و عمل می‌کند و از جهات متعددی از جمله لزوم فهم اکثریتی مصلحت و تبیین آن با انتقادهای جدی روبرو است (رجوع شود به: حکم مقام معظم رهبری در انتصاب اعضای مجمع تشخیص مصلحت نظام، مورخ ۱۳۹۰/۱۲/۲۴). دوم آن که هنجارهای معینی نیز به نحو تفصیلی در مقام تعیین نحوه مصلحت‌سنجی‌ها و تبیین مفهوم صلاحیت برای نهادهای تصمیم‌گیر عمومی به خصوص دولت و نهادهای کاملاً امنیتی همانند ستادها و کمیته‌های فرعی شورای عالی امنیت ملی وضع نشده است و این خود به ناکارآمدی اصل نهم دامن زده است.

کتابنامه

ارسطا، محمد جواد (۱۳۸۹)، مبانی تحلیلی نظام جمهوری اسلامی ایران، قم: بوستان کتاب.
عوض، جعفر و هشام، احمد (۱۳۷۷)، «مصلحت شرعی و حاکمیت سیاسی درآمدی بر جایگاه و نقش مفهوم مصلحت در حکومت اسلامی»، ترجمه اصغر افتخاری، مجله حکومت اسلامی، ۳(۹)، ۹۴ تا ۱۲۴.

آقابخشی، علی (۱۳۷۶)، فرهنگ علوم سیاسی، ج ۳، تهران: مرکز اطلاعات و مدارک علمی ایران.

- آقایی، بهمن (۱۳۸۲)، فرهنگ حقوق بهمن، تهران: گنج دانش.
- بهار نژاد، زکریا (۱۳۸۳)، «نجات از سندرم سفارتخانه‌های روس و انگلیس؛ بررسی عمده‌ترین دستاوردهای پیروزی انقلاب اسلامی»، *مجله زمانه*، ۶(۲۱)، ۱۳-۱۹.
- پرتوی مقدم، عباس (۱۳۸۵)، «بحرین چرا و چگونه از ایران جدا شد؟»، *مطالعات تاریخی*، ۱۵.
- پوپر، کارل ریموند (۱۳۶۳)، *حدس‌ها و ابطال‌ها*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸)، *مبسوط در ترمینولوژی*، جلد اول، چاپ اول، تهران: گنج دانش.
- راسخ، محمد و بیات کمیتکی، مهناز (۱۳۹۰)، «مصلحت عمومی»، *مجله تحقیقات حقوقی*، ۱۴(۵۶)، ۹۳-۱۱۹.
- روزنتال، فرانس (۱۳۷۹)، *مفهوم آزادی از دیدگاه مسلمانان*، ترجمه منصور میراحمدی، چاپ اول، قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
- ره‌پیک، سیامک (۱۳۸۲)، «منع سوءاستفاده از حق در نظریه‌های حقوقی و مفاهیم قرآنی»، تهران: *مجله مطالعات اسلامی*، ۱۶(۶۲)، ۶۳-۷۶.
- ساب، جان دبلیو (۱۳۸۸)، «حقوق بشر و وضعیت اضطراری»، ترجمه جواد کارگزاری، *مجله حقوق عمومی*، ۲(۵)، ۱۲۱-۱۲۸.
- سرفراز، فرشید (۱۳۸۱)، «مفهوم مشروعیت و رهیافت‌های گوناگون نسبت به آن»، *مجله اطلاعات سیاسی - اقتصادی*، ۱۷۷ و ۱۷۸.
- مشروح مذاکرات بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۶۴)، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی.
- طالع، هوشنگ (۱۳۷۶)، «مسئولیت فرهیختگان در زنده نگهداشتن نکته‌های مهم تاریخ»، *مجله گزارش*، ۲۰(۷۸)، ۳۶-۳۸.
- طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۴)، *حقوق اداری*، چاپ یازدهم، تهران: سمت.
- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۵)، *حقوق اساسی ایران*، تهران: دانشگاه تهران.
- غزالی، ابوحامد محمد (۱۴۱۳ق)، *المستصفی، بیروت: دارالکتب الاسلامیه*.
- غمامی، سید محمد مهدی (۱۳۸۷)، *نظم عمومی و الزامات ناشی از آن در حقوق ایران، فقه امامیه، اسناد بین‌المللی و حقوق آمریکا*، پایان نامه دوره کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه امام صادق علیه‌السلام.
- قاضی، ابوالفضل (۱۳۸۱)، *بایسته‌های حقوق اساسی*، تهران: میزان.

- قرطبی، محمد بن احمد (۱۳۶۴)، *الجامع لأحكام القرآن*، تهران: ناصر خسرو.
- کاتوزیان، ناصر ۱۳۶۲ ()، *مسئولیت قهری؛ ضمان قهری*، چاپ اول، تهران: دهخدا.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)، *مبانی حقوق عمومی*، تهران: میزان.
- گرچی آرتندریانی، علی‌اکبر (۱۳۹۰)، «ده فرمان حقوق عمومی: تأملی درباره اصول و مفاهیم بنیادین حقوق عمومی»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، ۱۱(۴۱)، ۲۰۵-۲۲۳.
- لکزایی، شریف (۱۳۷۹)، «مفهوم آزادی از دیدگاه مسلمانان در نگاه دیگر»، *فصلنامه علوم سیاسی*، ۱۱.
- ماتیل، الکساندر (۱۳۸۳)، *دائرةالمعارف ناسیونالیسم*، ترجمه کامران فانی و محبوبه مهاجر، تهران: کتابخانه تخصصی وزارت خارجه.
- میراحمدی، منصور (۱۳۸۰)، «مفهوم آزادی از دیدگاه قرآن»، *فصلنامه علوم سیاسی*، ۴(۱۵)، ۱۰۹-۱۲۲.
- نائینی، میرزا محمدحسین (۱۴۱۷ق)، *فوائد الاصول*، چاپ ششم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- وال، ژان (۱۳۷۵)، *اندیشه هستی*، ترجمه باقر پرهام، تهران: کتابخانه طهوری.
- هاشمی، محمد (۱۳۸۰)، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، جلد اول، چاپ سوم، تهران: دادگستر.
- Ancel, Pascal; Aubert, Gabriel, Chappuis, Christine (2001), *L'Abus de droit: comparaisons franco-suissees : actes du séminaire de Genève*, Université de Saint-Etienne.
- Berlin, Isaiah (2002), *Liberty: Incorporating Four Essays on Liberty*, Oxford University Press.
- Busch, Marc Lawrence (2007), Mansfield, Edward D., *The WTO, Economic Interdependence, and Conflict*, Edward Elgar Publishing.
- Chrestia, Philippe; Monera, Frédéric (2006), *Droit public: concours administratifs: droit constitutionnel, droit administratif, droit de l'union européenne*, Studyrama.
- Crowder, George, Isaiah Berlin (2004), *Liberty, Pluralism and Liberalism*, Polity press.
- Fernand de Varennes et Autre (1997), *Autonomies locales, intégrité territoriale et protection des minorités*, Council of Europe.
- Fox, Gregory H. (2008), *Humanitarian Occupation*, Cambridge University Press.
- Gallagher, Anne T.; David, Fiona (2014), *The International Law of Migrant Smuggling*, Cambridge University Press.
- Gonzales, Campos; Fernandez, Rozas (1974), *l'Ordine Publico Internazionale*, CEDAM.
- Guralink, david (1982), *Webster's New Word Dictionary*, Simon&Schuster.
- Ionescu, Raluca Nicoleta (2009), *L'abus de droit en droit communautaire [Thèse]*, Université de Barcelone.

- Diarra, Abdoulaye (2010), Démocratie et droit constitutionnel dans les pays francophones d'Afrique noire: le cas du Mali depuis 1960, Paris : Karthala Edition.
- Michel Coutu, Guy Rocher (2005), La légitimité de l'état et du droit autour de Max Weber, Presses Université Laval.
- picard, Etienne (2001), La fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique, dans: L'ordre public, édité par Marine-Joëlle Redor, Bruylant: Bruxelles.
- Sarat, Austin (2010), Sovereignty, Emergency, Legality, Cambridge University Press.
- W. Burrell, Joseph (2015), The Libertarian Attack Against Liberty: Fake Patriots and False Gods, Algora Publishing.

