



The Relationship of Republic and the Islamism of the System and Its Neglected Institution

Noorbakhsh Riahi

<https://orcid.org/0000-0001-5542-4482>

Ph.D Student, Public Law Group, Islamic Azad University of Shiraz, Shiraz, Iran

Hosein Alaei *

<https://orcid.org/1211-0245-0003-0000>

Assistant Professor, Public Law Group, Islamic Azad University of Shiraz, Shiraz, Iran

Mohammad Moghadam Fard

<https://orcid.org/0000-0001-8684-1924>

Assistant Professor, Public Law Group, Islamic Azad University of Noorabad and Mamasani

Abstract

A legislative system should have only one "legal logic". that's mean, based on principles, clear criteria, principles, concepts and related sources, the method of reasoning as well as goals and ideals can be achieved. However, based on the understanding of this article about the origin and nature of the republic and the Islam of the system, the legislative system of the Islamic Republic is based on the legal logic of "Islamic government" on the one hand and the legal logic of "republican government" on the other. For this reason, both the supreme sovereign institutions are involved in hesitation and duplicity in the performance of duties and powers, and the study of the concept of civil rights from the perspective of fixed divine laws (Islamic government) and changing human rights laws (republican government) will always be subject to instability and challenges. Was. Hence, many believe that these two systems of thought can never be connected with the two infrastructures. The present article, in a descriptive-analytical manner, assumes that in order to reduce this challenge as much as possible, the Islamic Republic is obliged to establish an institution of Islamic Sharia (an institution neglected in the Iranian legal system).

Keywords: Islam, Republic, Union, Legal Logic, Neglected Institution.

* Corresponding Author: alaei1364@yahoo.com

How to Cite: Riahi, N., Alaei, H., Moghadam Fard, M. (2021). The Relationship of Republic and the Islamism of the System and Its Neglected Institution. *Public Law Research*, 23(72), 165-198. doi: 10.22054/qjpl.2021.51725.2375

پیوند جمهوریت و اسلامیت نظام و نهاد مغفول آن

نوربخش ریاحی	دانشجوی دکتری حقوق عمومی، گروه حقوق عمومی، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران	https://orcid.org/0000-0001-5542-4482
حسین علائی *	استادیار حقوق عمومی، گروه حقوق عمومی، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران	https://orcid.org/1211-0245-0003-0000
محمد مقدم فر	استادیار حقوق عمومی، گروه حقوق عمومی، واحد نورآباد ممسنی، دانشگاه آزاد اسلامی، نورآباد ممسنی، ایران	https://orcid.org/0000-0001-8684-1924

چکیده

هر سیستم قانونگذاری می‌بایست تنها از یک «منطق حقوقی» تبعیت نماید. یعنی مبتنی بر اصول، ضوابط روشن، مبانی، مفاهیم و منابع مرتبط، طریقه استدلال و نیز اهداف و آرمان قابل حصول باشد. ولی بر مبنای برداشت این مقاله از منشأ و سرشت جمهوریت و اسلامیت نظام، سیستم قانونگذاری جمهوری اسلامی از یک سو مبتنی بر منطق حقوقی «حکومت اسلامی» و از سوی دیگر مبتنی بر منطق حقوقی «حکومت جمهوری» است. به همین سبب، هم نهادهای عالی حاکمیتی درگیر تزلزل و دوگانگی در انجام وظایف و اختیارات می‌باشند و هم مطالعه مفهوم حقوق شهروندی از ابعاد قوانین ثابت الهی (حکومت اسلامی) و قوانین متغیر بشری (حکومت جمهوری) همواره در معرض بی‌ثباتی، چالش و پرسش خواهد بود. از این‌روی، بسیاری معتقدند هیچگاه این دو نظام فکری با دو زیربنای مع‌الفارق را نمی‌توان به هم پیوند داد. این نوشتار به شیوه توصیفی-تحلیلی، بر این فرضیه است که برای تقلیل حداکثری این چالش، جمهوری اسلامی ناگزیر از تأسیس نهاد شریعت‌گذار اسلامی (نهاد مغفول در نظام حقوقی ایران) است.

واژگان کلیدی: اسلامیت، جمهوریت، پیوند، منطق حقوقی، نهاد مغفول.

مقدمه

یک سیستم حقوقی که به فکر ایجاد نظم در روابط اجتماعی است الزاماً بایستی از یک منطق قانونگذاری پیروی کند.^۱ زیرا «هر سیستم حقوقی بر نظام علمی و فلسفی خود مبتنی است و نمی‌توان برای همه سیستم‌های حقوقی با داشتن مبانی، منابع، اهداف و کارکردهای متفاوت، طریق استدلالی واحدی را به عنوان منطق حقوقی معرفی نمود».^۲ با این حال، سیستم حقوقی جمهوری اسلامی از یک سو بر پایه منطق حقوقی حکومت اسلامی بویژه متأثر از اندیشه امام خمینی است. بطور مثال «طرح ولایت مطلقه فقیه، لزوم اجتهاد برای رئیس قوه قضائیه، رئیس دیوان عالی کشور و دادستان کل کشور و انطباق کلیه قوانین بر موازین شرعی، تأثیر اندیشه‌های امام خمینی بر تکوین قانون اساسی است».^۳ از منظر ایشان، «حکومت اسلامی حکومت قانون الهی بر مردم است. قانون الهی شامل همه مردم جهان می‌شود و همه باید از آن اطاعت کنند. هیچ قانونی به جز حکم شرع را نمی‌توان به اجرا گذاشت. قانون الهی برای همیشه است. هیچ کس حق قانونگذاری ندارد چون از نفع بردن به کنار نیست. رسول الله (ص) مجری قانون بود. قوانین اسلام جوابگوی نیازهای مادی خواهد بود و احکام الهی را کسی نمی‌تواند نسخ کند. در قرآن کریم هم ناسخ و منسوخ بسیار کم است».^۴ بنابراین می‌توان گفت از منظر بنیانگذار جمهوری اسلامی، منطق حقوقی حکومت اسلامی مبتنی بر چهار اصل اختصاصی است: الف- قانونگذار، تنها خداست و نه انسان؛ ب- دین اسلام در تمام حوزه‌ها قانون دارد؛ پ- قانون اسلام فرازمان و فرامکان است و ت- قانون اسلام متضمن خیر دنیا و آخرت است. اصل ۲ (امامت و رهبری، اجتهاد فقها بر اساس قرآن و سنت)، اصل ۴ (تشخیص قوانین بر اساس موازین اسلام توسط فقهای شورای نگهبان)، اصل ۵ (ولایت امر و امامت امت)،

۱. غفور خوئینی و سهیل ذوالفقاری، «خلاءهای تقنینی و اجرای فتوی در نظام قضایی ایران (تاملی بر اصل ۱۶۷

قانون اساسی)»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، شماره ۳۴، (۱۳۹۰)، ص ۸۰.

۲. ابراهیم موسی‌زاده، «منطق فهم حقوقی در نظام وحیانی»، مطالعات حقوق عمومی، شماره ۴۹، (۱۳۹۸)، ص ۱۰۲۶.

۳. عباسعلی عمید زنجانی و نادر میرزاده کوهشاهی، «تأثیر اندیشه‌های حکومتی امام خمینی (ره) بر تکوین قانون

اساسی»، حقوق و علوم سیاسی، شماره ۱، (۱۳۸۹)، ص ۲۲۳-۲۳۰.

۴. روح الله خمینی، ولایت فقیه؛ حکومت اسلامی، چاپ ۹ (تهران: مؤسسه تنظیم و نشر امام خمینی، ۱۳۷۹) صص

اصل ۵۷ (انجام وظایف قوای سه‌گانه زیر نظر ولایت مطلقه امر و امامت امت) و اصل ۱۱۰ قانون اساسی (عزل و امضای حکم ریاست جمهوری) برخاسته از همین اندیشه حکومت اسلامی و به عبارتی اسلامیت نظام است.

از سوی دیگر، سیستم حقوقی جمهوری اسلامی مبتنی بر منطق حقوقی حکومت دموکراسی است و اصل ۱ (همه‌پرسی از ملت)، اصل ۳ (مشارکت مردم در تعیین سرنوشت)، اصل ۶ (اتکا به آرای عمومی از راه انتخابات)، اصل ۵۷ (تفکیک و استقلال قوا)، اصل ۱۰۰ (انتخاب شوراهای محلی)، اصل ۱۰۷ قانون اساسی (تعیین ولی فقیه توسط خبرگان منتخب مردم) منبث از اندیشه حکومت دموکراسی و بعبارتی جمهوریت نظام است.

هر چند رابطه جمهوریت و دموکراسی، عموم و خصوص مطلق است و جمهوریت بودن لزوماً به معنای دموکراتیک بودن نیست (مثلاً اگر محتوای قوانین، اسلامی بوده اما فرم حکومت جمهوری یعنی متکی بر آرای عمومی باشد، برای غیرمسلمانان و مسلمانان نامقید به این قوانین؛ حکومت، جمهوری ولی غیر دموکراتیک است) لیکن در هر حال منظور از «جمهوری، حکومتی است که در آن حاکمیت را معمولاً به مردم نسبت می‌دهند»^۱ همچنین اگرچه به باور برخی «هیچگونه تعریف کلاً پذیرفته شده‌ای از دموکراسی یا از نوع غربی آن وجود ندارد»^۲ اما تساوی ادیان و برابری انسان، انسان‌باوری (اومانیزم)، سکوت دین در بسیاری از زمینه‌های زندگی، جدایی دین از سیاست، قابلیت خلق و خلع دولت توسط بشر از آموزه‌های اصیل دموکراسی است و لذا منطق حقوقی حکومت جمهوری مبتنی بر چهار اصل دیگر است یعنی الف- انسان، خود منشاء قانونگذاری بوده و مردم مخترع قانون هستند؛ ب- دین در تمامی حوزه‌ها یا قانون ندارد یا ناکارآمد است؛ پ- قانون مقید به زمان و مکان است و ت- قانون لزوماً برای خیر آخرت نیست.

با توجه به این دو سیستم حقوقی دارای اصول و ضوابط دوگانه، تحلیل منطق حقوقی در کشاکش جمهوریت و اسلامیت نظام امری دشوار به نظر می‌رسد. یعنی از یک طرف

۱. داریوش آشوری، *دانشنامه سیاسی*، چاپ ۱۰ (تهران: نشر مروارید، ۱۳۸۳) ص ۳۸۳.

۲. محمد سروش، *دین و دولت در اندیشه اسلامی* (تهران: نشر دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۸) صص ۱۰۲-۱۰۴.

«اظهارنظر درباره حکومت دینی از زاویه دموکراسی سهل نیست»^۱، از طرف دیگر «قانونگذاری خوب به عواملی چون نظارت، مشارکت، حاکمیت قانون، شفافیت، پاسخگویی، تفکیک قوا، کارایی و اثربخشی بستگی دارد»^۲ که جمهوری اسلامی و جمهوری دموکراسی هر دو بر این مدعا هستند که منظومه قانونگذاری آنها متکی بر همه این مدارها و معیارهاست. لیکن واضح است که تمایز این دو بنیان فکری، منتهی به قرائت‌های ناهمگون و بعضاً موجب ابهام در عمل گردیده است، طوری که می‌پرسند «واقعاً مبنای قانونی ایران چیست؟ قانون ایران نه فتوی است و نه قانون به معنای مصطلح غربی آن و میان این دو گرفتار آمده، عملاً نه این و نه آن شده است»^۳. به همین دلیل بسیاری معتقدند که الف- «این دو نظام را نمی‌توان در هم آمیخت زیرا یکی اطاعت از دولت را فرمان می‌دهد و دیگری اطاعت از خداوند. منابع و مقام صالح وضع قانون و شرع یکی نیست و هدف‌ها نیز تفاوت دارد. حقوق اسلامی منبع قانون نیست و به همین جهت در نظام کنونی نباید از اتحاد حقوق و مذهب سخن گفت»^۴.

ب- قانون اساسی تجلیگاه دو نگرش است. تهیه کنندگان پیش‌نویس قانون اساسی، عده‌ای حقوق‌دان بودند و قانون اساسی را عبارت از قراردادهایی می‌دانستند که مردم ایران برای اداره جامعه‌شان با یکدیگر منعقد می‌کنند^۵ و لذا برخی نظیر سید محمد خاتمی معتقد بودند که در پیش‌نویس، چیزی که نیست اسلام است و بهتر است آن را قانون اساسی جمهوری یا جمهوری دموکراتیک بنامیم^۶ ولی نگرش مجلس خبرگان قانون

۱. همان، ص ۱۰۲.

۲. ابوالفضل جعفرقلیخانی، «عوامل هنجاری و ساختاری قانونگذاری در نظام جمهوری اسلامی ایران»، تحقیقات حقوقی آزاد، شماره ۱۶، (۱۳۹۱)، ص ۲۲۴.

۳. حسن و کیلیان، گفتارهایی در قانون و قانونگذاری (تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس، ۱۳۹۰) ص ۸.

۴. ناصر کاتوزیان، «جایگاه حقوق اسلامی در نظم حقوقی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۲۱، (۱۳۷۶)، صص ۳۳-۳۵.

۵. محمدعلی صنّعی، «مبانی سازمان سیاسی جمهوری اسلامی»، پایگاه جامع تاریخ معاصر ایران، (۱۳۸۲)، ص ۲۰.

۶. سیدجواد ورعی، مبانی و مستندات قانون اساسی به روایت قانونگذار (تهران: نشر دبیرخانه خبرگان رهبری، ۱۳۸۵) ص ۶۴.

اساسی مبتنی بر برداشت‌های فقهی و تئوکراتیک بود^۱ و امام خمینی از آنان خواست تا قانون اساسی را در چارچوب شرع تدوین کنند.^۲

پ- تحلیل رابطه فقه و حقوق در نظام ما لازم می‌آید. رابطه‌ای که تا روشن نگردد، رجوع به اصول و مواد قانونی، خود بر ابهام مطلب می‌افزاید.^۳ باید تفاوت بین آزادی و دموکراسی اسلامی با آزادی و دموکراسی غربی را مشخص کنیم.^۴

حال با درک این منطق دوگانه، پرسش اصلی این است که در کشمکش این دو اندیشه یکی زمینی و دیگری آسمانی، تئوری قانونگذاری آنچنانکه آرمان جمهوریت و اسلامیت نظام را به منطق حقوقی آنها نزدیک سازد، کدام است؟ رها ساختن اصول جمهوریت و دموکراسی؟ جدایی دین از حوزه قانونگذاری؟ یا روامداری و مدارای حداکثری این دو؟

ضرورت انجام تحقیق به این است که با توجه به منطق ثبات قوانین در حکومت اسلامی از یک سو و منطق تغییرپذیری قوانین در اندیشه دموکراسی از سوئی دیگر، مناسب‌ترین راه همزیستی اصول اسلامیت و جمهوریت نظام معین می‌گردد و ناسازگاری این دو منطق حقوقی کاهش می‌یابد. پس هدف اصلی این مقاله، ارزیابی مبانی و اصول دموکراسی یا اسلام نیست، پرداختن به این موضوع که روش‌ها و ارزش‌های دموکراسی و اسلام خوب است یا بد، از چارچوب بحث خارج است. همچنین به این موضوع نمی‌پردازد که آیا حکومت اسلامی می‌تواند دموکراتیک باشد یا نه و آیا حاکمیت اسلام بر نظام اجتماعی، جایی برای دموکراسی باقی می‌گذارد یا خیر؟ بلکه این فرضیه را مطرح می‌سازد که ساز و کارهای فعلی قانون اساسی منجر به درهم ریختگی وظایف نهادهای عالی حکومتی از یک سو و بی‌ثباتی در حقوق شهروندان از سوی دیگر شده است.

در خصوص پیشینه تحقیق و پیشنهاد برون‌رفت از چالش‌های موجود، عده‌ای اتحاد و امتزاج میان این دو را مطلقاً غیرممکن دانسته‌اند که یا قائل بر بی‌اعتباری قانونگذاری عرفی گردیده‌اند یا معتقد به جدایی دین از حوزه قانونگذاری. عده‌ای هم وفاق این دو را

۱. محمدعلی صنّعی، «مبانی سازمان سیاسی جمهوری اسلامی»، پایگاه جامع تاریخ معاصر ایران، (۱۳۸۲)، ص ۲۰.

۲. ورعی، همان، ص ۶۷.

۳. خوئینی و ذوالفقاری، همان، ص ۸۱ به نقل از گرجی از ندریانی.

۴. صنّعی، همان، به نقل از رضایی.

ممکن دانسته بدون آنکه راه‌حلی عینی و ملموس ارائه دهند. در مذاکرات بررسی نهایی و بازنگری قانون اساسی هم «ادغام شورای نگهبان در مجمع تشخیص مصلحت نظام، حذف شورای نگهبان و سپردن اختیاراتش به رهبری، متوقف نمودن اجرای قوانین مصوب در صورتی که برخلاف مصلحت باشد، ولایت متخصصان در کنار ولایت فقها، تشکیل مجلس ایالات در کنار مجلس شورا پیشنهاد گردیده بود».^۱ ولی این نوشتار به روش تحلیلی-توصیفی، ضمن اتکا بر یافته‌های دیگران ولی متفاوت از ایده‌های یاد شده، این نتیجه را به دست می‌دهد که در کل بدنه قانون اساسی ما خصیصه ثابت بودن قوانین شرعی و خصلت متغیر بودن قوانین عرفی، همواره مبنای کشاکش جمهوریت و اسلامیت نظام بوده است، لیکن قانونگذار راهکاری اساسی برای هدایت و بویژه تهیه قوانین ثابت شرعی به موازات قوانین عرفی در نظر نگرفته و همین نقیصه موجب درهم ریختگی وظایف نهادهای عالی حکومتی و بی‌ثبات‌سازی حقوق شهروندان و در نتیجه انحراف منطق حقوقی در جمهوری اسلامی شده است. لذا تشکیل «نهاد شریعت‌گذار اسلامی» برای تهیه و تدوین قوانین ثابت شرعی، نوآوری و راهکار مورد پیشنهاد این مقاله است.

۱. منشأ و سرشت جمهوریت و اسلامیت نظام

در این قسمت برای اثبات درونمایه و جوهره حکومت جمهوری و حکومت اسلامی به تعدادی از مفاهیم بنیادی و منشأ و سرشت آنها اشاره می‌شود.

۱-۱. قرارداد اجتماعی

در تفکر جمهوریت، جانمایه قرارداد اجتماعی (قانون اساسی) بر این فرض مبنایی است که «انسان‌ها حق دارند نسبت به پذیرش اقتدار سیاسی، آزادانه رضایت یا مخالفت خویش را اعلام دارند. حق، مقدمه توافق است و توافق لازمه قرارداد اجتماعی است و چنین حکومتی همان دموکراسی است».^۲ نظریه فردگرایی قرارداد اجتماعی می‌گوید همانگونه که افراد در روابطشان با یکدیگر ملزم به رعایت مفاد قرارداد منعقدہ‌اند، دولت نیز در

۱. ورعی، همان، صص ۱۵۰ و ۱۵۴ و ۳۸۶.

۲. حسین بشیریه، آموزش دانش سیاسی، چاپ ۹ (تهران: نشر نگاه معاصر، ۱۳۸۲) ص ۴۳۷.

روابط خود با افراد ملزم به رعایت قرارداد اجتماعی است.^۱ این قرارداد اجتماعی مشروط به دو شرط است. شرط پیشینی این است که ما تعهد اخلاقی برای اطاعت از حکومتی نامشروع نداریم. شرط پسینی این است که حتی حکومتی که از مشروعیتی پیشینی برخوردار بوده اگر نتواند به تعهدات خود در قبال شهروندان عمل نماید مشروعیت خود را از دست می‌دهد، گرچه ممکن است بنا به دلایل دیگری از جمله ترس از آن متابعت نمائیم.^۲

طرفداران حکومت اسلامی اما معتقدند «قرارداد اجتماعی تعبیری است که در جهان غرب راه افتاده و مبانی خاص خود را دارد»^۳ و لذا اکثریت همواره ممکن است به ناحق عمل کند^۴ و چون اسلام یک سری اصول تغییرناپذیر دارد، نمی‌تواند با دموکراسی و مبانی آن سازگار باشد. در اسلام، انتخاب اکثریت باید در چارچوب دین صورت گیرد.^۵ در دموکراسی، حق شورش برای شهروندان محفوظ است ولی طبق سند چشم‌انداز بیست ساله، یک شهروند ایرانی باید متعهد به انقلاب اسلامی باشد و «بین رهبر و ملتش اگر یک قراردادی منعقد شد هرکجا انقلاب در خطر باشد رهبر می‌تواند این قرارداد را برهم بزند».^۶ بنابراین، قرارداد اجتماعی ما ماهیتی دوگانه دارد. در نگاه جمهوریت، اکثریت می‌تواند این قرارداد اجتماعی (قانون اساسی) را برهم بزند حتی اگر اکثریت به ناحق عمل کنند ولی در نگاه اسلامیت، اکثریت باید در چارچوب قانون دین عمل کنند به

۱. مشتاق زرگوش، «مبانی نظری مصونیت و مسئولیت در مسئولیت مدنی دولت»، حقوق عمومی، شماره ۵، (۱۳۸۸)، ص ۸۰.

۲. سیاوش جعفری، «الزام سیاسی: درآمدی بر مبانی اخلاقی روابط متقابل فرد و دولت»، حقوق و سیاست، شماره ۲۱، (۱۳۸۵)، صص ۱۸۵-۱۸۸.

۳. محمدتقی مصباح یزدی، «جایگاه فقهی - حقوقی مجلس خبرگان»، حکومت اسلامی، شماره ۸، (۱۳۷۷)، صص ۴۸-۴۹.

۴. محمد صادق لاریجانی، «مبانی مشروعیت حکومت‌ها»، الهیات و حقوق، شماره ۳، (۱۳۸۱)، ص ۲۶.

۵. محمدحسن قدردان قراملکی، «نیم‌نگاهی به اسلام و دموکراسی»، حکومت اسلامی، شماره ۴۱، (۱۳۸۵)، صص ۱۵۴-۱۵۶.

۶. ورعی، همان، ص ۶۳۶.

طوری که «از دیدگاه امام خمینی اگر همه خبرگان به مسأله‌ای غیراسلامی رأی بدهند، اعتباری ندارد»^۱.

۲-۱. حاکمیت ملت

حاکمیت عبارت است از قدرت تصویب یا تغییر قانون.^۲ به همین جهت قوانین اساسی اغلب کشورها حق حاکمیت را از آن ملت‌ها می‌دانند. در جمهوری اسلامی اما حق حاکمیت محل اختلاف است و چندین نظریه مطرح می‌باشد. «در نظریه مشروعیت الهی - مقبولیت مردمی، مردم هیچ نقشی در مشروعیت بخشیدن به حکومت ندارند و شرط قدرت، مقبولیت و کارآمدی هستند و بس. در نظریه تصدی حکومت منوط به رأی اکثر مردم، خداوند که حق حاکمیت دارد آن را به فقیه عادل تفویض می‌کند اما فقیه عادل بدون بیعت مردم و برگزیدن حاکم منصوب الهی، مجاز به اعمال ولایت نخواهند بود. در نظریه مشروعیت الهی - مردمی، اساساً نصب امکان‌پذیر نیست و چون ممکن است افراد واجد شرایط متعدد باشند لذا ولایت از آن کسی است که از سوی مردم انتخاب می‌شود. در نظریه مشروعیت مردمی، حاکمیت به مردم واگذار شده است و مردم زمام امور جامعه را به هر کسی بخواهند به فقیه یا غیر فقیه اعطا می‌کنند»^۳. البته نظریه‌ای که معتقد است ولایت فقیه پس از بیعت بوجود می‌آید خود به دو دیدگاه تقسیم می‌گردد. در دیدگاه اول چون ولایت فقیه با نص خاص ثابت نشده است، بیعت مردم ولایت‌ساز است و مردم اعطای ولایت می‌کنند یعنی مردم در چارچوب ویژگی‌هایی که شارع برای آنها بیان کرده حاکم را انتخاب می‌نمایند. دیدگاه دوم قائل به این معناست که انتخاب مردم به معنای اعطای ولایت نیست بلکه باید اوصافی را خداوند برای ولی فقیه مقرر کرده شناسایی و اصلاح را انتخاب کنند»^۴. در هر صورت، حق حاکمیت ملت تجلی دو مفهوم جمهوریت و اسلامیت نظام است و لذا قانون اساسی در اصل ۵۶ آورده است که حاکمیت مطلق بر انسان از آن خداست و هم او انسان را بر سرنوشت اجتماعی خویش

۱. ورعی، همان، ص ۶۷.

۲. بیژن عباسی، «بررسی ویژگی‌های حقوقی دولت»، پژوهش‌های حقوق و علوم سیاسی، شماره ۵، (۱۳۸۶)، ص ۹۶.

۳. ورعی، همان، صص ۱۴۲-۱۴۹.

۴. عباس پسندیده، «بیعت در نظام ولایت فقیه و قانون اساسی»، حکومت اسلامی، شماره ۴۷، (۱۳۸۷)، ص ۸۲-۹۲.

حاکم ساخته است. لذا بطور کلی دو باور متفاوت، یکی به صدر این اصل و دیگری به ذیل آن وارد است. مطابق تفکر جمهوریت، مشروعیت حکومت به رأی مردم است و مردم می‌توانند امور خود را به هر کس اعم از فقیه یا غیر فقیه واگذار کنند. ولی مطابق باور اسلامیت، تنها فقیه دارای حق حاکمیت بر جامعه می‌باشد که در آن صورت ولی فقیه وکیل مردم نیست و «حدود الهی، عفو، قصاص و مانند آن، هیچ کدام حق ملت نیست تا آنان برای استیفای حق خود فقیه جامع الشرایط را وکیل خویش قرار دهند»^۱ به سبب همین دوگانگی در مفهوم حاکمیت است که «برخی خبرگان قانون اساسی می‌گفتند حق حاکمیت الهی چگونه هم به فقیه داده شده هم به ملت؟ اگر حق حاکمیت از آن خداست و او حق قانونگذاری دارد و حق و وظیفه مردم را نیز او مشخص می‌کند، پس حاکمیت مردم چه معنایی دارد؟ جمهوریت نظام اقتضا می‌کند که امور کشور، متکی بر آرای مردم باشد و اتکای به آرای عمومی مخالف با اصل ولایت فقیه است یعنی با تصویب اصل پنجم، اصول ششم و هفتم خود بخود منتفی است»^۲.

۳-۱. حکومت قانون

معمولاً در یک نظام دموکراتیک، قانون آخرین نتیجه‌ای است که از عقل بشر به اعتبار تجاربتش به سود عموم افراد گرفته می‌شود^۳ و اگر قانون مقرر کند که حکومت مجاز است طبق پسند خود رفتار کند نمی‌توان گفت چنین حکومتی در اعمالش تابع قانون است.^۴ برای کارگزاران این نظام سیاسی وظیفه‌ای جز کشف اراده مردم متصور نیست و بر همین مبنا، قانون منحصراً ابزاری برای انعکاس اراده مردم تلقی می‌شود و شأنی بیش از این ندارد.^۵ در جمهوری اسلامی اما قانون به مفهوم شرع، مولود عقل و تجربه بشری نبوده

۱. عبدالله جوادی آملی، «جایگاه فقهی حقوقی مجلس خبرگان»، حکومت اسلامی، شماره ۸، (۱۳۷۷)، ص ۳۴.

۲. ورعی، همان، صص ۲۰۶-۲۰۸ و ۳۵۲-۳۵۸.

۳. علی فتحعلی‌زاده، «واژه قانون و ورود آن به ایران»، کانون وکلا، شماره ۱۷۷، (۱۳۸۱)، ص ۱۷۰.

۴. آندرو آلتمن، «حکومت قانون چیست؟»، ترجمه سعید پزشک مرندي، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۵، (۱۳۸۹)، ص ۲۶.

۵. علیرضا دبیرنیا، «حاکمیت مردم در مفهوم مدرن؛ فراساختاری بودن حق حاکمیت»، پژوهش حقوق تطبیقی، شماره ۳، (۱۳۹۵)، ص ۱۱۳.

بلکه سنت با دوام الهی است. «توماس آکویناس قانون الهی را بخشی از قانون سرمدی می‌داند که عقل نمی‌تواند بدان دست یابد و قابل کشف توسط عقل نیست. لذا خداوند آن را از راه وحی و انزال بر انسان آشکار ساخته است»^۱. در اصل دوم قانون اساسی جمهوری اسلامی نیز بر وحی الهی و نقش بنیادین آن در بیان قوانین تأکید شده است. لیکن به موجب همین اصل، استفاده از علوم و تجارب بشری مجاز می‌باشد لذا همانند دنیای دموکراسی برخی قوانین نیز عرفی و متغیر هستند. مثل قوانین راهنمایی و رانندگی. پس از یک طرف «آن اصولی که در پایان قرن هجدهم وارد نظام سیاسی کشورهای غربی شده است کاملاً در قانون اساسی ما هم آمده است»^۲. از طرف دیگر قانون اساسی ما برخوردار از اصول لایتغیر الهی است بطوری که «اغلب اعضای خبرگان قانون اساسی معتقد بودند که قانون به ارزش‌هایی گفته می‌شود که ثابت و غیر قابل تغییر است و باید متخذ از کتاب خدا و سنت پیامبر خدا باشد. آیت الله طالقانی نیز اظهار داشته بود این است قانون خدا. یعنی قانونی است که از دماغ‌های بشر، احزاب، طبقه خاص و افراد معین نیست. او می‌گفت در جمهوری اسلامی ما قانون اساسی هم بر طبق جمهوریت است هم بر وفق اسلامیت»^۳. پس مفهوم قانون و حکومت آن در گرو کشاکش جمهوریت و اسلامیت نظام است.

۴-۱. مشارکت سیاسی

در دنیای دموکراسی، مشارکت بر مبنای جمهوریت و قاعده اکثریت، ارزشی جهانی دارد زیرا متضمن حق تعیین سرنوشت، اتکا به خرد جمعی، کرامت انسانی و ابزارهای تصمیم‌گیری همگانی است و چون جمهوری برای مردم معروف و شناخته شده است، برخی می‌گویند «مبنای جمهوری اسلامی چه در تعیین صلاحیت منتخب مردم و چه در قوانین مصوب، اسلام است و روش انتخاب‌گری هم همانند دیگر جمهوری‌هاست»^۴. ولی به نظر برخی دیگر «جمهوری برای مردم ما شناخته شده نیست چون شکل

۱. محمد راسخ، بنیاد نظری اصلاح نظام قانونگذاری (تهران: نشر مرکز پژوهش‌های مجلس، ۱۳۸۴) ص ۴۷.

۲. سید محمود کاشانی، «کاستی‌های نظام قانونگذاری ایران»، کانون و کلا، شماره ۱۷۸ و ۱۷۹، (۱۳۸۱)، ص ۱۲۹.

۳. ورعی، همان، صص ۵۱ و ۱۸۶.

۴. پسندیده، همان، ص ۱۰۲.

حکومت‌مان جمهوری اسلامی است نه جمهوری دموکراتیک و لذا ما فرم‌های غربی را برای کشورمان قبول نداریم.^۱ در دموکراسی، آرای عمومی (مشارکت سیاسی) برخاسته از مشورت و خرد جمعی است ولی در جمهوری اسلامی در این خصوص، کشاکشی در بین است. یک دسته معتقدند مشارکت و آرای عمومی جدا از مفهوم شوری و مشورت است. یعنی مبنا و حکمت شورا صرفاً جمع‌آوری رأی و نوعی ادله برای تصمیم‌گیری است و الزامی برای پذیرش نظر مشورت شونده‌گان ایجاد نمی‌کند. لذا وظیفه شوراها تنها همکاری در تهیه برنامه‌هاست و قدرت تصمیم‌گیری ندارند. اما برخی بر این باورند که مفهوم آیات قرآنی از جمله آیه ۱۵ سوره شوری (امرهم شوری بینهم) و آیه ۱۵۸ آل عمران (شاورهم فی الامر) این نیست که پیامبر یا امام مسلمین ببیند شوری چه می‌گوید ولی خودش تصمیم بگیرد. لذا تفکیک شورا و مشورت از آرای عمومی را روا نمی‌دانند. این مفاهیم منتهی به قرائتی دوگانه با نتایجی متفاوت از قانون اساسی شده است. در اصل هفتم آمده است که طبق دستور قرآن کریم و امرهم شوری بینهم و شاورهم فی الامر، شوراها و مجلس شورای اسلامی از ارکان تصمیم‌گیری کشورند ولی بر طبق اصول ۹۳ و ۹۴ و برخی دیگر، مجلس شورای اسلامی بدون وجود شورای نگهبان، اعتبار قانونی ندارد و به تعبیر برخی از فقهای مجلس بازنگری قانون اساسی تا مهر تأیید ولی فقیه بر پای مصوبات مجلس شورای اسلامی نباشد اطاعتش بر مردم لازم نیست.^۲ به همین جهت گفته می‌شود در نظام اسلامی نهادهایی نظیر مجلس شورای اسلامی، شورای نگهبان، مجمع تشخیص مصلحت نظام صرفاً بازوی مشورتی رهبر هستند و نه نهادهای مستقل و تصمیم‌ساز. یعنی رهبر می‌تواند خلاف تصمیمات آنها عمل نماید. بطوری که آیت الله حسینعلی منتظری حق حکم به انحلال مجلس شورای اسلامی را نیز از اختیارات ولی فقیه می‌دانست و در بازنگری قانون اساسی هم پیشنهاد شده بود که شوراها تنها جنبه مشورتی داشته باشند.^۳

۱. ورعی، همان، ص ۶۵.

۲. ورعی، همان، ص ۱۹۵.

۳. ورعی، همان، ص ۸۴ و ۱۵۴.

۵-۱. پارلمان و دموکراسی مستقیم

از شاخصه‌های نظام دموکراتیک، تعیین مرجع واحد قانونگذاری یا پارلمان است زیرا «مراجع گوناگون قانونگذار به سردرگمی شهروندان و مقام‌های سیاسی منجر می‌شود و از این اصل وجود جامعه سیاسی را به خطر می‌اندازد».^۱ پس در دولت مدرن، پارلمان تنها منشأ قانون و قانونگذاری است. یعنی حکمی بالاتر از حکم او نیست ولی چون منتخب مردم است نمی‌تواند خلاف خواست مردم حکم وضع کند.^۲ لیکن مراجع قانونگذاری در جمهوری اسلامی متعددند و «شامل مجلس خبرگان، مجلس شورا، مصوبات مجمع تشخیص می‌باشد»^۳ تا بدانجا که «گروهی از نمایندگان مجلس با ارسال نامه‌ای به محضر امام نگرانی خود را از بی‌خاصیت شدن مجلس و تناقض‌های فراوان در قوانین و وجود مراکز متعدد و موازی قانونگذاری در کشور به اطلاع رساندند».^۴ یعنی در جمهوری اسلامی حاکمیت پارلمان محل نزاع فکری جمهوریت و اسلامیت نظام است. زیرا بر اساس اصل ۵۸، اعمال قوه مقننه از طریق مجلس شورای اسلامی است ولی طبق اصل ۹۳ مجلس شورای اسلامی بدون وجود شورای نگهبان اعتبار قانونی ندارد، لذا «عده‌ای از خبرگان قانون اساسی می‌گفتند اینکه قانون مصوب مجلس، قانون نباشد مگر مهر و امضای شورای نگهبان را داشته باشد، مشکل زیادی ایجاد می‌کند ولی نظر یک عده این بود که پارلمان از نظر شرعی دلیلی ندارد چون پارلمان قانون وضع می‌کند در حالی که در شرع، قانونگذار مشخص است. لذا مقصود ما از قوه مقننه، غیر از قوه مقننه در کشورهای غیر اسلامی است».^۵

همچنین در دموکراسی، قانونگذاری به روش مستقیم انجام می‌پذیرد. مثلاً «به موجب قانون اساسی سوئیس ۵۰ هزار نفر از دارندگان حق رأی می‌توانند درخواست کنند قانون عادی خاصی به رأی عموم گذاشته شود و ۱۰۰ هزار نفر از رأی دهندگان می‌توانند درخواست مراجعه به آرای عمومی جهت تجدید نظر کلی یا جزئی در قانون اساسی را

۱. محمد راسخ، «ویژگی‌های ذاتی و عرضی قانون»، مجلس و راهبرد، شماره ۵۱، (۱۳۸۵)، ص ۲۵.

۲. بشیریه، همان، ص ۲۸.

۳. جوادی آملی، همان، ص ۴۰.

۴. ورعی، همان، ص ۱۳۷.

۵. همان، ص ۳۷۱-۴۹۹.

نمایند.^۱ در قانون اساسی بعضی از کشورها نیز موضوعی که به همه‌پرسی ارجاع می‌شود نیاز به بررسی دادگاه قانون اساسی ندارد^۲ زیرا اراده مردم، برترین است و حتی «در کشورهایی که اصل حاکمیت مردم را قبول دارند، در بعضی موارد که بین قوای منتخب مردم اختلاف پیدا می‌شود، برای حل مشکل، به ریشه قدرت، یعنی رأی مردم مراجعه می‌کنند تا ببینند حق با کدام طرف است زیرا مراجعه به آرای عمومی، حق طبیعی مردم است و ما نمی‌توانیم محدودش کنیم».^۳ در جمهوری اسلامی اما از یک طرف طبق اصل ۵۹، دموکراسی مستقیم پذیرفته شده و حتی گفته می‌شود «در اینگونه موارد برای تصویب نهایی به شورای نگهبان هم ارجاع نمی‌شود»^۴ اما از طرف دیگر «مردم فقط در دایره مقررات شرعی آزادند و حق ندارند برخلاف قانون شرع قدمی بردارند»^۵ و باید به تصویب دو سوم مجموع نمایندگان و تأیید شرع (شورای نگهبان) برسد.

۱-۶. سلسله‌مراتب قوانین

رعایت سلسله‌مراتب قوانین به دلیل سهولت رعایت حاکمیت قانون و جلوگیری از خودسری‌هاست. سلسله‌مراتب قوانین هم در جمهوری اسلامی محل کشمکش است. به بیان برخی خبرگان قانون اساسی «مسائل قانونی، سلسله‌مراتب دارند».^۶ از این‌روی «موازن شرعی در رأس سلسله‌مراتب قواعد لازم‌الاجرا، قانون اساسی در جایگاه دوم، قوانین عادی در مرتبه بعد از قانون اساسی و مقررات قوه مجریه در مرتبه چهارم قرار دارند».^۷ در مقابل، عده‌ای بر این نظرند که «اصولاً نظام حقوقی ایران فاقد سلسله‌مراتب

۱. ولی رستمی، «مشارکت مردم در قانونگذاری جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه حقوق، شماره ۱، (۱۳۸۷)، ص ۱۸۲.

۲. حسین مهرپور، «نظری بر تفسیر شورای نگهبان پیرامون رأی عدم اعتماد»، حقوقی دادگستری، شماره ۱، (۱۳۷۰)، ص ۴۱۴.

۳. ورعی، همان، ص ۳۷۵.

۴. جوادی آملی، همان، ص ۲۷.

۵. خمینی، همان، ص ۷۳.

۶. ورعی، همان، ص ۷۶۳ به نقل از شهید بهشتی.

۷. عباسعلی کدخدایی و ابوالفضل درویشوند، «نظارت بر مقررات دولتی (اصول ۸ و ۱۳۸ قانون اساسی)»، بررسی‌های حقوق عمومی، شماره ۱، (۱۳۹۱)، ص ۱۰۱.

قوانین در معنای رایج آن می‌باشد.^۱ اختلاف برداشت از سلسله مراتب قانونی در عمل مشکلاتی در پی دارد که به سه مورد اشاره می‌شود: الف- برخی معتقدند «برتری حقوق بشر بر تمامی مقررات و نهادهای سیاسی کشور ما، به طور شفاف ذیل اصل نهم بدین ترتیب مقرر شده که هیچ مقامی حق ندارد آزادی‌های مشروع را هر چند با وضع قانون سلب کند».^۲ در حالی که به اعتقاد برخی دیگر، در اصل چهارم قانون اساسی آمده است کلیه قوانین باید بر اساس موازین اسلامی باشد. بعبارتی از منظر دموکراسی و اصل نهم، حقوق بشر در رأس سلسله مراتب قوانین است اما از منظر اصل چهارم، شرع برتر از هر مقرره‌ای است. ب- بعضی از خبرگان بازنگاری قانون اساسی معتقدند «اگر دولايت مطلقه فقيه به معنای فراقانونی بودن رهبری باشد، با شمارش اختیارات در اصل ۱۱۰ و ذیل اصل ۱۰۷ که رهبر را با سایر اقشار جامعه در برابر قانون یکسان دانسته منافات خواهد داشت و اگر این تعبیر در قانون اساسی بیاید، برداشت مردم و دنیا این خواهد بود که رهبر می‌تواند قانون اساسی را هم تغییر دهد».^۳ پ- «اگر کسی با دید حقوقی به قانون اساسی مراجعه کند، می‌بیند در اصل ۱۵۹ قانون اساسی صراحتاً تأکید شده است که تشکیل دادگاه‌ها باید به موجب قانون باشد و چنین فردی چون اساس نظام را مبتنی بر قانون اساسی می‌داند، پس برای دادگاه ویژه روحانیت نمی‌تواند جایگاه قانونی قائل شود. در مقابل این نظریه، این مسأله مطرح گردیده که مخالفت با دادگاه ویژه روحانیت برابر است با مخالفت با اساس نظام (یعنی ولایت فقیه)، چون ایشان اساس نظام را قانون اساسی نمی‌داند»^۴ و لذا نظریه ۸۱/۳۰/۱۲۹۵ مورخ ۲۰/۵/۱۳۸۱ شورای نگهبان مقرر می‌دارد چون دادگاه ویژه روحانیت مبتنی بر اعمال ولایت مطلقه است الزام این دادگاه همانند سایر دادگاه‌ها به داشتن هیأت منصفه خلاف موازین شرع و مغایر اصول ۵ و ۵۷ قانون اساسی است.

۱. علی اکبر گرجی ازندریانی، «دولت قانونمدار»، دادنامه، شماره ۵، (۱۳۸۹)، ص ۳۲.

۲. سید محمد هاشمی، «رابطه دولت‌ها، نهادها و حقوق بشر»، بازتاب اندیشه، شماره ۹۲، (۱۳۸۶)، صص ۴۶-۵۰.

۳. ورعی، همان، صص ۱۵۴ و ۳۶۵.

۴. صنیعی، همان.

۷-۱. کنترل و نظارت

در نظام دموکراتیک، تمام مقامات و نهادهای حکومتی تحت کنترل و نظارت قرار می‌گیرند. در جمهوری اسلامی اما مطابق مثال‌های زیر، نظارت با نگاه دوگانه زمینی و آسمانی مواجه است.

* فقهای شورای نگهبان، مجلس شورای اسلامی و دیوان عدالت اداری بر مصوبات رئیس قوه قضائیه، رئیس دیوان عالی کشور و دادستان کل کشور نظارتی ندارند زیرا مقامات مذکور مجتهد می‌باشند و نظر هر مجتهد، خود حجت قاطع است. از سوی دیگر بر اساس نظریه شماره ۳۷۷۵۸/۳۰/۸۸ مورخ ۱۳۸۸/۱۲/۲۶ شورای نگهبان، قانونگذار بر رهبری، مجلس خبرگان رهبری، شورای عالی انقلاب فرهنگی، مجمع تشخیص مصلحت نظام، هیأت عمومی دیوان عالی کشور، دیوان عدالت اداری و بقیه نهادهایی که حق وضع مقررات دارند نظارت ندارد.

* نظارت بر اجرای قانون اساسی توسط رئیس جمهور، حیات سیاسی جمهوری اسلامی ایران را با برداشتهای متفاوت از اصل ۱۱۳ مواجه گردانیده است.^۱ از یک طرف «اصل ۱۱۳ قانون اساسی ما مقتبس از قانون اساسی فرانسه است که اعلام می‌دارد رئیس جمهور مراقب اجرای قانون اساسی است».^۲ از طرف دیگر طبق نظریه ۹۱/۳۰/۴۷۱۴۲ - ۱۳۹۱/۴/۱۲ شورای نگهبان، مقصود از مسئولیت رئیس جمهور در اصل ۱۱۳، امری غیر از نظارت بر اجرای قانون اساسی است و «در مواردی که رهبری در دستگاه‌های زیر نظر خود اعمال ولایت می‌نماید دادن اختیار نظارت به رئیس جمهور نسبت به آن خلاف شرع می‌باشد».^۳

* برداشت از قانون اساسی همواره این بوده که هر جا صحبت از رأی اعتماد به وزیر است، منظور رأی مثبت اعتماد است که طبعاً با رأی اکثریت مبنی بر اعتماد حاصل

۱. جواد تقی‌زاده و مظفر علی‌کرمی، «مفهوم مسئولیت اجرای قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، مطالعات

حقوقی، شماره ۶، (۱۳۹۱)، صص ۲-۳.

۲. هاشمی، همان، ص ۲۸۵.

۳. تقی‌زاده و علی‌کرمی، همان، ص ۹.

می‌شود.^۱ اصول ۸۷ و ۱۳۳ و ۱۳۶ مبنای قانونی رأی اعتماد است. در عین حال در اصول ۸۹ و ۱۳۲ و ۱۳۵ مبنای دیگری بنام رأی عدم اعتماد وجود دارد. حال چنانچه در زمان استیضاح بطور نمونه از میان ۲۴۰ نفر نماینده، کمتر از اکثریت مطلق به وزیری رأی عدم اعتماد بدهد؛ این وزیر به لحاظ شرعی معزول نیست زیرا به موجب قاعده فقهی استصحاب، اصل بر بقاء ما کان است مگر آنکه اکثریت مطلق (۲۱ نفر) به او رأی عدم اعتماد بدهند که اگر این اکثریت حاصل نشود مطابق قوانین موضوعه وزیر باقی می‌ماند. قاعده مزبور ناشی از مبنای دوگانه فقهی و حقوقی رأی اعتماد می‌باشد.

* رئیس قوه قضائیه ممکن است در بازرسی‌ها، هم رأی قضات مأذون را ملاحظه کند و هم قضات مجتهد را. در مورد دومی (قضات مجتهد)، ممکن است رأی قاضی مجتهدی را خلاف شرع تشخیص دهد در حالی که به نظر قاضی صادر کننده رأی، موافق شرع باشد. در چنین صورتی اعلام خلاف شرع نه قابل توجیه است نه با نظر فقها منطبق است.^۲

* عام بودن قانون به نحوی که کلیه افراد و گروه‌ها را تنظیم کند، یکی از بنیادهای اساسی حاکمیت قانون به شمار می‌رود اما اجرای قانون در مورد نهادهای تحت نظارت مقام ولایت فقیه با اذن معظم له خواهد بود که از جنبه‌های گوناگون صلاحیت، نظام مالی، تشکیل و انحلال و... از ابهامات فراوانی برخوردار است که این امر حاکمیت قانون را نسبت به این مؤسسات با چالشی اساسی روبرو می‌سازد.^۳

۸-۱. تفکیک قدرت

نظریه تحدید اقتدارات فائقه حکومت بر اساس تفکر اومانسیم به تدریج در غرب نضج گرفت و بر اساس آن قدرت مطلقه در چارچوب قانون، به سه شعبه مختلف تفکیک گردید که ضمن جلوگیری از دخالت قوا در حوزه اختیارات یکدیگر موجبات ممانعت

۱. حسین مهرپور، «نظری بر تفسیر شورای نگهبان پیرامون رأی عدم اعتماد»، حقوقی دادگستری، شماره ۱، (۱۳۷۰)، صص ۲۲-۲۴.

۲. بابک پورقهرمانی گلته، «بررسی ماده ۲ قانون وظایف و اختیارات قوه قضائیه مصوب ۱۳۷۸»، دادرسی، شماره ۵۵، (۱۳۸۵)، صص ۵۳-۵۵.

۳. ولی رستمی و سید مجتبی حسینی پوراردکانی، «نظارت قضایی بر مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی»، بررسی‌های حقوق عمومی، شماره ۳، (۱۳۹۲)، صص ۳۱-۳۲.

از انباشت قدرت در هریک از آنها فراهم آمد.^۱ اهمیت تفکیک قوا به گونه‌ای است که همه نظام‌های سیاسی لاجرم ساختارهای حقوقی و سیاسی خود را به اعتبار آن مورد پرسش قرار می‌دهند.^۲ ولی هواداران اسلامیت نظام، تفکیک قوا به مفهوم رایج آن را مورد پرسش قرار داده و معتقدند «اینکه ما انسان را موجودی در پی برتری جویی قلمداد نماییم با فرهنگ و تمدن اسلامی سازگاری تامی ندارد. بهتر است حاکمانی شایسته برگزینیم که بواسطه حس مسئولیت اخروی مشی نمایند».^۳ از آنجا که نگرش اسلام درباره حکومت ریشه‌های دیگری دارد نیازی به لزوم تفکیک قوا احساس نمی‌شود.^۴ اسلام تمرکز قدرت را در دست فقیه عادل (در زمان غیبت) موجب فساد نمی‌داند.^۵

۲. نهادهای عالی حکومت

برخلاف مدعیان خبرگان بررسی نهایی قانون اساسی که می‌گفتند «قانون اساسی به دوگانگی میان حکومت شرعی و حکومت عرفی پایان می‌دهد»^۶ جمهوری اسلامی از منطق درونی هیچ یک از نظام‌های سیاسی و اجتماعی پیروی نمی‌کند و علت آن چندگانگی در مفاهیم حاکمیت و منشاء و سرشت قدرت می‌باشد^۷ که در بخش قبلی توضیح آن گذشت. در این بخش و بخش بعدی مدلل می‌گردد که دوگانگی منطق جمهوریت و اسلامیت نظام به ساختار نهادهای عالی حکومت و نیز به حقوق مردم

-
۱. سید مهدی غمامی، «تفکیک قوا، مفهوم و شیوه‌های اجرایی»، گواه، شماره ۱۰، (۱۳۸۶)، صص ۹۷-۹۸.
 ۲. حبیب‌الله فاضلی، «استقلال قوا و سیاست خارجی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، بررسی‌های حقوق عمومی، شماره ۱، (۱۳۹۱)، ص ۲۹.
 ۳. عباسعلی کدخدایی و محمد جواهری طهرانی، «تفکیک قوا: رویای تقدیس شده»، حکومت اسلامی، شماره ۶۳، (۱۳۹۱)، صص ۱۰۳-۱۱۴.
 ۴. توکل حبیب‌زاده و محمد برومند، «جایگاه نظام ریاستی یا پارلمانی در جمهوری اسلامی ایران»، مطالعات حقوقی دولت اسلامی، شماره ۱، (۱۳۹۱)، ص ۷۶.
 ۵. یاسر رشیدی و علیرضا نورآبادی، «الگوی تفکیک قوا در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، ره‌آورد سیاسی، شماره ۴۱ و ۴۲، (۱۳۹۲)، ص ۲۵.
 ۶. ورعی، همان، ص ۵۴۴.
 ۷. محمدحسین زارعی، «حکمرانی خوب، حاکمیت و حکومت در ایران»، تحقیقات حقوقی، شماره ۴۰، (۱۳۸۳)، ص ۲۰۱.

سرایت نموده و موجب درهم ریختگی وظایف این نهادها و بی‌ثبات‌سازی و ندیدن بخشی از حقوق مردم شده است.

۱-۲. رهبریت نظام

امروزه اندیشه حکومت اسلامی با محور بودن اصل ولایت مطلقه فقیه، پرسش‌هایی را در اندیشه اندیشه‌وران و سیاسیون داخلی و خارجی برانگیخته است.^۱ بطوری که برخی ولایت فقیه را موضوعی فقهی و برخی نظریه‌ای سیاسی بیش نمی‌دانند.^۲ از منظر عده‌ای از خبرگان قانون اساسی، ولایت فقیه موجب تمرکز قدرت در یک فرد می‌گردد و لذا آن را در جهان امروز غیرقابل هضم می‌دانند. برعکس، گروهی با تعیین اختیارات محدود فقیه در اصل ۱۱۰ مخالفت می‌کردند.^۳ قانون اساسی ما برای ولایت مطلقه فقیه دو نظریه با اختیارات متفاوت برگزیده است.

الف- نظریه ولایت مطلقه انتخابی: به این مفهوم که ولی فقیه منتخب مردم است و اختیارات او فراتر از قانون اساسی می‌باشد. اصول ۱ و ۳ و ۶ و ۵۷ و ۱۰۰ و ۱۰۷ قانون اساسی پشتیبان این نظریه است. قائلین به این نظریه می‌گویند «نظریه انتخاب را اولین بار امام مطرح نمود و ایشان معتقد بودند تا زمانی حکومت با آرای مردم حمایت نشود نه می‌تواند شکل بگیرد و نه در صورت تأسیس، امکان دوام خواهد یافت».^۴ زیرا «معنای اطلاق ولایت آن نیست که ولی فقیه بتواند قانونی را که شرعی شناخته شده است تغییر دهد. همچنانکه هرگونه تغییری در احکام الهی بدعت محسوب می‌شود».^۵

ب- نظریه ولایت مطلقه انتصابی فقیه: به این مفهوم است که ولی فقیه منصوب فرد، طبقه و فقهای دیگر نیست و منتخب مردم هم نخواهد بود بلکه منصوب خداست. پس اختیارات او فراتر از قانون اساسی است. اصول ۲ و ۴ و ۵ و ۵۷ و ۱۱۰ تبلور این اندیشه

۱. سید احمد حسینی، «ولایت مطلقه فقیه»، فقه و اصول، شماره ۲۱ و ۲۲، (۱۳۷۸)، ص ۱۸.

۲. محمود لطفی، «مبانی ولایت و اختیارات ولی فقیه در عصر غیبت»، حکومت اسلامی، شماره ۵۲، (۱۳۸۸)، ص ۵۲.

۳. ورعی، همان، ص ۱۰۶-۶۶۲.

۴. عباسعلی عمید زنجانی و محمدعلی محمدی، «منابع و مبانی حقوق عمومی در اسلام»، حقوق خصوصی، شماره ۱۱، (۱۳۸۵)، ص ۱۷.

۵. سید محمدحسن مرعشی، «ولایت فقیه در قانون اساسی»، دادرسی، شماره ۱۲، (۱۳۷۷)، ص ۸.

است. قائلین به این نظریه می‌گویند «در میان فقهای شیعه نظریه انتصاب مشهور است و نظریه انتخاب ولی فقیه سابقه فقهی ندارد».^۱ لذا به استناد مطلقه بودن ولایت، ولی فقیه می‌تواند از طریق تشخیص و حل معطل نظام، مبادرت به حل مجلس شورای اسلامی کند.^۲ حتی در حوزه امور دنیوی که خداوند نظری به این امور نداشته است، اگر ولی فقیه سیاستی را اتخاذ کند که مردم با آن موافق نباشند، تصمیم‌گیری با مردم نخواهد بود.^۳ زیرا مشروعیت رهبری در اسلام به انتخاب مردم نیست.^۴ لذا نمی‌توان قانون اساسی را حاکم بر ولی فقیه دانست، چون ولی فقیه برای تأمین مصالح جامعه حتی احکام اولیه شرعیه را می‌تواند تعطیل کند و قطعاً قوانین بشری نمی‌توانند از احکام الهی مقدس‌تر تصور شوند.^۵ بدیهی است پذیرش توأمان دو طرز تلقی از ولایت مطلقه فقیه که یکی معتقد به اختیارات مطلقه و دیگری خواهان تقیید آن است، متضمن یک پارادوکس حقوقی است.

۲-۲. مجلس خبرگان رهبری

بعضی خبرگان قانون اساسی استدلال می‌کردند که تشکیل مجلس خبرگان رهبری با ولایت مطلقه فقیه ناسازگار است زیرا ما ولی فقیه را جانشین امام معصوم می‌دانیم که اگر چه عصمتش را ندارد ولایتش را دارد^۶ که به استناد مطلقه بودن این ولایت، ثبوتاً امکان انحلال مجلس خبرگان مشروع است.^۷ اما بعضی می‌گویند «خبرگان رهبری وکیل

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

مجلس خبرگان رهبری

۱. مصباح یزدی، همان، ص ۴۴.
۲. محمدهادی کاویانی، «بررسی مسأله انحلال مجلس خبرگان رهبری و مجلس شورای اسلامی از سوی مقام رهبری»، اندیشه‌های حقوقی، شماره ۱۲، (۱۳۸۶)، ص ۱۸۵.
۳. مؤمن، همان، ص ۲۹.
۴. سید احمد مرتضایی، «بررسی شرایط نظارت شورای نگهبان بر انتخابات خبرگان»، معرفت حقوقی، شماره ۱، (۱۳۹۰)، صص ۱۷۹-۱۸۷.
۵. صنیعی، همان، نقل مضمون از محمد یزدی.
۶. ورعی، همان، ص ۵۸۸-۵۸۹.
۷. کاویانی، همان، ص ۱۸۵.

مردم هستند»^۱ و لذا اعتبار اعضای مجلس خبرگان همانند انعقاد اصل مجلس خبرگان و مشروعیت آن، محتاج به تأیید رهبری نخواهد بود.^۲

۲-۳. شورای نگهبان

ملاک مشروعیت قوانین در نظام جمهوری اسلامی، آرای اکثریت یا همه اعضای فقهای شورای نگهبان است و امام و رهبر ناچار است از چنین قوانینی تبعیت نماید. لیکن چنین ولایتی نمی‌تواند با وجود حاکمیت قانون اعمال گردد^۳ و ممکن است نظر فقهی فقهای شورای نگهبان نیز بر خلاف نظر فقهی مرجع شیعه باشد.^۴ معمولاً در دموکراسی‌های امروزی، دادگاه‌های قانون اساسی تحت نفوذ هیچ مقامی نبوده و دارای شخصیت حقوقی مستقل هستند و «تصمیمات شورای قانون اساسی برای همه مقامات عمومی، اداری و قضایی لازم‌الاتباع است».^۵ در جمهوری اسلامی اما چون شورای نگهبان صرفاً صبغه شرعی دارد در نقش یک دادگاه قانون اساسی با کاستی‌هایی روبروست. حسن ضمانت اجرای قانون اساسی، تطبیق مصوبات نهادهای عالی حکومتی با قانون اساسی، رفع اختلاف دادگاه‌های اداری با محاکم عمومی دادگستری، نظارت بر حسن اجرای قوانین در دستگاه‌های قضایی، تطبیق تصویب‌نامه‌های دولتی با قانون، حسن اجرای صحیح قوانین در دستگاه‌های اداری، بررسی شکایات احزاب، بررسی و کنترل همه‌پرسی، اعلام جرم علیه مقامات عالی‌رتبه کشوری، صیانت از حقوق شهروندی و وظایفی است که معمولاً دادگاه‌های قانون اساسی دنیا به انجام می‌رسانند ولی در صلاحیت شورای نگهبان ما نیست. بطور مثال «مطابق قانون اساسی آلمان درخواست یک شهروند که مدعی باشد اجرای قانونی بوسیله دستگاه اداری یا قضایی، به حقوق اساسی وی مندرج در قانون

۱. صنیعی، همان.

۲. جوادی آملی، همان، ص ۳۱.

۳. مرعشی، همان، ص ۷.

۴. محمد جعفری هرندی، «یک اقتراح در مفهوم موازین اسلامی در قانون اساسی پنج احتمال راجع به نحوه تشخیص فقهای شورای نگهبان»، وکالت، شماره‌های ۱۶ و ۱۷، (۱۳۸۲)، ص ۱۰.

۵. فرانسیس هامون و سلین واینر، «صیانت از قانون اساسی در فرانسه و ایالات متحده امریکا»، ترجمه محمد جلالی، حقوق اساسی، شماره ۲، (۱۳۸۳)، ص ۱۱۲.

اساسی لطمه وارد می‌نماید در صلاحیت این دادگاه است»^۱. لذا می‌توان ادعا نمود که در مورد نقش و جایگاه شورای نگهبان به عنوان دادگاه قانون اساسی؛ وفاقی در میان صاحب‌نظران، نخبگان سیاسی و علمی و دست‌اندرکاران بوجود نیامده است.^۲

۴-۲. مجمع تشخیص مصلحت نظام

بر اساس اصل ۱۱۲ قانون اساسی، مجمع تشخیص مصلحت نظام در مواردی که شورای نگهبان مصوبه مجلس شورای اسلامی را خلاف موازین شرع یا قانون اساسی بداند تصمیم می‌گیرد. یعنی یک وظیفه مجمع تشخیص مصلحت، اتخاذ تصمیم برخلاف قانون اساسی و وظیفه دیگرش اتخاذ تصمیم برخلاف شرع است. تصمیم اول، مخالف اصول جمهوریت و تصمیم دوم، مغایر اصول اسلامیت نظام است. یکی دیگر از وظایف این مجمع، تعیین سیاست‌های کلی است. معمولاً در دنیا تعیین سیاست‌های کلی بر عهده پارلمان است و «سیاست‌ها تا جایی دارای اعتبار حقوقی هستند که در چارچوب اصول قانون اساسی بوده و موجب نقض آنها نشوند»^۳. به همین سبب اگر در پاره‌ای مواقع رئیس کشور در قالب سیاست‌های کلی فرامینی صادر کند، موقتی بوده و می‌بایست به تأیید مجلس قانونگذار برسد. به طور مثال، برابر اصول ۳ و ۲۲ قانون اساسی اندونزی، مجلس شورای خلق خطوط اصلی سیاست‌های کلی کشور را تعیین می‌نماید و اگر مصلحت ایجاب نماید، رئیس جمهور اختیار وضع مقررات حکومتی را بجای قوانین دارد لیکن چنانچه مقررات مذکور به تصویب مجلس نمایندگان نرسد، منسوخ خواهند شد. در جمهوری اسلامی اما «برخی بر این نظرند که سیاست‌های کلی در زمره احکام شرع هستند»^۴ ولی عده‌ای می‌گویند «تعیین سیاست‌های کلی نظام بدون مشارکت مجالس تقنینی نمی‌تواند صورت گیرد»^۵. حال اگر سیاست‌های کلی در زمره شرع به حساب آید،

۱. فرهاد خمایی‌زاده، «بررسی تطبیقی نظارت بر مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی»، الهیات و حقوق، شماره ۳۲، (۱۳۸۸)، صص ۱۷-۱۸.

۲. صنیعی، همان.

۳. زارعی، همان، صص ۳۳۰-۳۳۲.

۴. ابراهیم موسی‌زاده، «تأملی در مفهوم، ماهیت و جایگاه حقوقی سیاست‌های کلی نظام»، فقه و حقوق، شماره ۱۷، (۱۳۸۷)، ص ۱۶۶.

۵. زارعی، همان، صص ۳۳۰-۳۳۲.

آنگاه نظارت شورای نگهبان الزامی نیست. اما اگر قانون به حساب آید باید از نظارت شورای نگهبان برخوردار باشد^۱ که باز هم این شورا از چنین نظارتی برخوردار نیست.

۲-۵. مجلس شورای اسلامی

شورای نگهبان در نظریه‌های ۳۳۴۴ - ۱۳۶۷/۱۰/۷ و ۵۳۱۸ - ۱۳۷۲/۷/۲۴ اعلام نمود مواردی از قبیل مقام معظم رهبری، مجلس خبرگان رهبری و شورای نگهبان مافوق مجلس شورای اسلامی می‌باشند و مجلس حق رد و ابطال و نقض و فسخ مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام را ندارد و زمانی موضوعی قابل طرح در مجلس شورای اسلامی خواهد بود که مخالف نظر مقام معظم رهبری نباشد. طبق اصول ۷۱ و ۹۳ و ۱۰۸ نه تنها اختیارات قانونگذاری مجلس شورای اسلامی محدود است بلکه بدون وجود شورای نگهبان اعتبار قانونی ندارد و مجلس خبرگان رهبری نیز در قانونگذاری مستقل از مجلس شورای اسلامی اقدام می‌کند. رهبریت نظام نیز بوسیله حکم حکومتی با توجه به اصول ۵۷ و ۱۱۰ قانون اساسی در حقیقت به وضع قانون مبادرت می‌کند. تساوی دیه غیرمسلمانان کتابی با مسلمانان، خروج طرح اصلاح قانون مطبوعات از دستور کار مجلس به‌رغم اعتراض برخی نمایندگان، برداشت از صندوق ذخیره ارزی بدون تأیید مجلس، تمدید قانون آیین دادرسی به مدت یکسال دیگر، ارسال مستقیم بودجه سال ۹۹ به شورای نگهبان بدون تصویب مجلس، نمونه‌های قانونگذاری حکمی است. اگرچه قانونگذاری حکمی از منظر حکومت اسلامی (اسلامیت نظام) مقبول به نظر می‌رسد ولی از منظر حکومت جمهوری (جمهوریت نظام) قابل پذیرش نیست.

۲-۶. قوه قضائیه

انفصال سه نهاد دارای ماهیت قضائی یعنی دادگاه ویژه روحانیت، سازمان تعزیرات حکومتی و دیوان محاسبات و اتصال چندین نهاد فاقد ماهیت قضائی، نظیر سازمان ثبت اسناد و املاک، دادرسی، پزشکی قانونی، روزنامه رسمی، سازمان بازرسی کل کشور، سازمان زندان‌ها به ساختار قوه قضائیه، حکایت از گردش نامنظم وظایف این قوه دارد.

۱. محسن اسماعیلی و مصطفی منصوریان، «درآمدی بر نقش مجلس شورای اسلامی در حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام»، بررسی‌های حقوق عمومی، شماره ۲، (۱۳۹۱)، ص ۱۳.

بطور مثال «قرارگرفتن دادرسی در کنار دادگاه در یک سازمان واحد، به معنای از میان رفتن بی‌طرفی در رسیدگی‌هاست. در قوانین اکثر کشورهای که وظایف قضایی، مجزا هستند دادستان یکی از کارگزاران مجریه است»^۱. نظام دادرسی با تشکیلات اداری و مالی گسترده ریشه در آموزه‌های دین (یهود و مسیح) دارد ولی در نظام‌های دموکراتیک امروزی تشکیلات قوه قضائیه فاقد بار مسئولیت غیرقضایی، کوچک اما مقتدر است.

۷-۲. نهادهای خارج از قانون اساسی

بر طبق اصول کلی حکومت قانون، می‌بایست تمامی نهادهای اساسی و مافوق با تأیید مستقیم مردم و نهادهای مادون آن با تصویب نمایندگان مردم (پارلمان) تشکیل شود. این بدان علت است هر نهادی که از بودجه عمومی استفاده می‌کند از محل مالیات‌ها، دارایی و ثروت مردم تغذیه می‌گردد. با این حال قانون اساسی ما نحوه تشکیل، حدود اختیارات و مقام صالح واضح بسیاری از نهادهای عالی حکومتی از قبیل شورای عالی انقلاب فرهنگی، نمایندگی‌های ولی فقیه، امامان جمعه، ستاد اجرایی فرمان حضرت امام، حوزه‌های علمیه و نهادها و بنیادهای انقلابی نظیر بنیاد مسکن، بنیاد مستضعفان، بنیاد ۱۵ خرداد، بنیاد شهید، کمیته امداد امام را تعیین نکرده است که این اعمال از بعد حکومت جمهوری، محل پرسش است اما از منظر اختیارات حاکم حکومت اسلامی مقبول به واقع بوده و مستنبط از نظریه ۱۹۴۳/۳۰/۸۱ مورخ ۱۳۸۱/۹/۵ شورای نگهبان، تضعیف جایگاه یا مداخله در وظایف و اختیارات اینگونه نهادها مغایر شرع و اختیارات ولایت مطلقه است.

۳. حقوق مردم

قبلاً ذکر شد که دوگانگی اهداف، منابع، مقامات واضح قانون و تبیین شرع و درهم ریختگی وظایف نهادهای عالی حکومتی در بی‌ثبات‌سازی حقوق مردم تأثیرگذار است. «بطور کلی می‌توان سه نظریه درباره تأثیر زمان و مکان بر احکام شرعی نام برد: نظریه افراطی، نظریه تفریطی، نظریه اعتدالی. بر اساس نظریه نخست، دین در همه ابعاد دارای

۱. مرضیه سلمانی سینی، «مطالعه استقلال قضایی در ایران با نگاهی به نظام قضایی ایالات متحده امریکا»، جستارهای حقوق عمومی، شماره ۲، (۱۳۹۶)، ص ۲۱۲.

نرمش است. نظریه تفریطی می‌گوید دین هرچه گفته به منزله اصول ثابت است که هیچگاه تحولی در آن رخ نخواهد داد. پیروان نظریه اعتدالی قائلند که دین شامل دو نوع قانون است؛ قوانین ثابت برای همیشه و قوانین متغیر^۱. البته در اینکه احکام ثابت و متغیر کدامند؟ اتفاق نظری وجود ندارد و تعیین آنها عمدتاً بر تئوری دینی نویسندگان دینی و اینکه گوهر دین را چه می‌دانند بر می‌گردد^۲ که چنانچه در قسمت بعدی خواهد آمد این خود، عمده‌ترین چالش حقوق شهروندان است.

در هر حال از یک طرف در اسلام یک عده از قوانین، ثابت و دسته دیگر متغیرند و قرآن کریم به موجب آیات متعددی به هر دو دسته قوانین هم نظر دارد. بطور مثال در سوره انعام هم در آیه ۳۴ و هم در آیه ۱۱۵، می‌فرماید هیچ تغییر دهنده‌ای برای کلمات پروردگار نیست. در مقابل، سوره بقره آیه ۱۰۶ می‌فرماید هر حکمی را نسخ کنیم بهتر از آن را می‌آوریم. از طرف دیگر می‌دانیم که مأموریت هر حکومت، تأمین حقوق دینداران و بی‌دینان است ولی بیش از چهار دهه از عمر قانونگذاری در جمهوری اسلامی می‌گذرد و تاکنون برخی از این حقوق به اثبات یا ثبات نرسیده است. مثال‌ها فراوان است اما بطور نمونه، آیه ۷۶ سوره قصص می‌فرماید: «ان الله لایحب الفرحین» ولی از قول پیامبر گرامی نقل شده است که تفریح کنید زیرا دوست ندارم در دین شما خشونت دیده شود. طبق منشور حقوق شهروندی ایران، شادی حق مسلم هر شهروندی است ولی این حق در قانون اساسی ما دیده نمی‌شود. قرآن کریم در مورد عمل ختنه یا جراحی‌های فانتزی (زیباسازی اندام‌ها) هیچ حکمی ندارد ولی در فقه، ختنه برای مسلمانان عملی واجب است و حقوق موضوعه ما هم نسبت به این اعمال ساکت است. قرآن کریم دست کم ۲۳ بار به حقوق یتیمان توجه نموده است اما در قانون اساسی یا منشور حقوق شهروندی به چنین حقی اشاره نشده است. به موجب آیه ۲۸۰ سوره بقره، زندانی کردن بدهکاری که توان مالی ندارد روا نیست بلکه معونت و رهائی حق اوست ولی بموجب قوانین محکومیت‌های مالی کشور، تا زمانی بدهکار دین خود را نپردازد از زندان رها نمی‌شود. این مسأله هم در قانون اساسی مسکوت مانده است. به موجب

۱. علیرضا صابریان، «زمان و مکان و نقش و نقش آنها در اجتهاد»، الهیات و حقوق، شماره ۲۷، (۱۳۸۷)، صص ۱۶-

۱۷.

۲. راسخ، همان، ص ۵۳.

آیه ۴۲ سوره بقره، حق را بایستی ادا کرد اگرچه به ضرر شخص باشد ولی طبق اصل ۳۸ قانون اساسی شاهد برای بیان حق، مجبور به احضار نیست. طبق اصل ۳۶، حکم به مجازات باید تنها بر مبنای قانون باشد اما طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی، حکم به مجازات بر مبنای منابع یا فتاوی معتبر صادر می‌گردد. آیه ۱۱۸ آل عمران می‌فرماید: ای اهل ایمان از غیرهمدینان خود دوست نگیرید. منظور از دوستی، زمانی که روابط دیپلماتیک یا کسب تابعیت و شهروندی است، انتخاب این اقلیت‌ها به نمایندگی مجلس (اصول ۱۳ و ۱۴ قانون اساسی) تخلف محسوب می‌گردد. سوره مائده آیه ۶۹ می‌فرماید: بر یهودی و مسیحی و صائبی که به خدا ایمان دارند اندوهی نیست و در سوره بقره آیه ۱۰۹، گذشت نسبت به اهل کتاب (یهود و مسیح و زرتشت) سفارش گردیده است ولی قانون اساسی ما در اصل ۱۳ از ذکر نام یهودی و ستاره پرست به عنوان اقلیت دینی خودداری کرده است. مواردی از قبیل زکات و خمس و جزیه مالیات‌های شرعی می‌باشند ولی به موجب اصل ۵۱ هیچ نوع مالیاتی وضع نمی‌شود مگر به موجب قانون (و نه شرع). سوره اسراء آیه ۷۰ می‌فرماید: ما بنی آدم را گرامی داشته‌ایم. خطاب آیه، همه شهروندان است ولی تقسیم‌بندی کرامت شهروندان به کرامت ذاتی و کرامت اکتسابی در جمهوری اسلامی، خلاف این آیه است. در قوانین جزا دزدی کردن از انسان‌های مسلمان منجر به قطع دست می‌شود اما دزدی نمودن از شهروندان غیرمسلمان، مجازاتی در پی ندارد. مرد در مقابل زن و مسلمان در برابر غیرمسلمان قصاص نمی‌شود. آیه ۲۵۶ سوره بقره می‌فرماید: در دین اجباری نیست. این عبارت را می‌توان ناظر به پذیرش، رد، اصلاح و تغییر دین دانست ولی حکم انصراف از دین اسلام، ارتداد و قتل نفس است و قانون اساسی هم در این باره حکمی ندارد. مطابق آیه ۲۸ سوره توبه و برخی آیات دیگر، بعضاً یهودی و مسیحی مشرک محسوب می‌شوند و به موجب آیه ۸۵ سوره آل عمران هر که جز اسلام دینی برگزیند از وی پذیرفته نمی‌شود. ولی منشور حقوق شهروندی ایران بسیاری از حق‌ها را برای کلیه اتباع ایرانی (زرتشتی، مسیحی، یهودی، بهایی و غیره) در نظر گرفته است که این بی‌ثباتی و امکان رفع حداکثری چالش‌های موجود، بحث نهاد مغفول در نظام حقوقی ایران را ضروری می‌سازد.

۴. نهاد مغفول نظام حقوقی

بر مبنای مطالب گذشته و بنا بر استدلالات زیر، نگارندگان معتقدند برای حداکثر روامداری جمهوریت با اسلامیت نظام و به عبارتی تأمین حداکثری حقوق شهروندان و تقلیل چالش‌های موجود، جمهوری اسلامی ناگزیر از تأسیس نهاد شریعت‌گذار اسلامی (نهاد مغفول در نظام حقوقی ایران) می‌باشد زیرا:

الف- قانون اساسی درباره تشخیص قوانین ثابت (اسلامیت نظام) از قوانین متغیر (جمهوریت نظام)، مبنای روشنی ندارد. در قانون اساسی بر مبنای اصل ۴، کلیه قوانین بایستی بر اساس «موازین اسلام» باشد اما بر مبنای اصل ۷۲، قوانین نباید با «احکام اسلام» مغایر باشد. برابر اصل ۹۱، تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس با احکام اسلام ولی حسب اصل ۹۴، مصوبات مجلس از بعد انطباق بر موازین اسلام بررسی می‌شود. یعنی قانون اساسی دو مبنا و دو روش متفاوت را بکار گرفته است. مبنای اول، موازین اسلام و مبنای دوم، احکام اسلام است. روش اول، «عدم مغایرت» و روش دوم، «تطبیق و انطباق» می‌باشد. ولی چنانچه می‌دانیم در عمل تطبیق و انطباق، قوانین ثابت شرع، دقیقاً بایستی منطبق بر احکام ثابت اسلام باشند، چون اجتهاد در فروع دین پذیرفته می‌شود و نه در حکم ثابت قرآن. پس نمی‌توان حکم ثابت قرآن را با اجتهاد و عقل و علم بشر (مردم، فقیه یا مجتهد) تغییر داد. به این دلیل که اسلام مدعی است احکام ثابت قرآن، حقیقت واحد بوده و مبتنی بر فطرت راستین بشر است و فطرت بشر تغییرناپذیر است. پس عمل تطبیق و انطباق زمانی میسر است که حکم مسأله‌ای در قرآن کریم روشن و ثابت باشد. حال سؤالی که در واقع تاکنون مطرح نبوده این است که دقیقاً کدام بخش از احکام اسلام، ثابت و به گفته امام خمینی کسی نمی‌تواند آن را نسخ کند؟ پاسخی که تاکنون مرسوم بوده این است که چون فقها در روش اجتهادی خود دارای اختلاف می‌باشند، نمی‌توان آنها را در کنار هم نشان داد و به یک حکم واحد ثابت شرعی رساند بلکه هر فقیهی بر اساس روش استنباط خودش حکم صادر می‌کند و حکم او حجت است و حکم فقهای دیگر را به همین دلیل قبول نمی‌کند. ضعف این پاسخ، آشکار است زیرا اولاً امروزه فقهای شورای نگهبان به یک حکم ثابت شرعی (تأیید یا رد قانون به دلیل مخالفت با حکم ثابت شرع) می‌رسند. ثانیاً اگر حکم هر فقیهی به تنهایی حجت است، به منزله تأیید این مطلب است که قرآن حکم ثابت شرعی ندارد یا اگر دارد با تغییر فقها

احکام ثابت قرآن تغییر می‌یابد. یعنی ملاک عمل، نظرات متفاوت مجتهدان است نه ارزش حکم قرآن. مثلاً در یک مقطع از زمان، چهار نفر (اکثریت) فقهای شورای نگهبان با روش اجتهادی خودشان استنباط می‌کنند که به موجب آیه ۲۱۷ سوره بقره، مجازات انصراف از دین، قتل است و یک شهروند مرتد به قتل می‌رسد ولی در مقطع زمانی دیگری چهار تن دیگر از فقهای شورای نگهبان بعدی به موجب آیه ۲۵۶ بقره استنباط می‌کنند انصراف از دین مجازاتی ندارد و یک شهروند مرتد رها می‌شود. ثالثاً قرآن خود می‌فرماید و ما این کتاب را بر تو نازل نکردیم مگر برای اینکه آنچه را در آن اختلاف کرده‌اند برای آنان توضیح دهی (سوره نحل آیه ۶۴).

ب- در منابع معتبر فقهی هیچ اتفاق نظری درباره اینکه قوانین ثابت و متغیر اسلام کدام است، وجود ندارد. طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی، قاضی بایستی با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه‌ای را که در قوانین مدون وجود ندارد صادر نماید. معلوم است که «اجرای این اصل با چه دشواری‌هایی روبرو خواهد بود»^۱. چگونگی رجوع به منابع معتبر معرفی شده در اصل مبهم است و امکان استفاده از برخی از این منابع در بسیاری از قضات وجود ندارد و حکم بسیاری از مسائل مستحدث به لحاظ بی‌سابقگی در متون فقهی وجود ندارد. در صورتی هم که بتوان حکمی را از این منابع با تمام این مشکلات کشف نمود، تاکنون اختلاف نظر متخصصان دینی مانع از ایجاد یک رویه واحد در نظام قضایی شده و بر بنیان‌های اعتماد جامعه به دستگاه قضا لطمه وارد می‌سازد.^۲ بنابراین می‌توان دریافت که همراه روزافزون شدن مسائل جدید اقتصادی، اجتماعی، پزشکی و غیره که سابقه‌ای در فقه ندارند، مشکلاتی پیش خواهد آمد و اگر قوانین مورد نیاز جامعه تدوین نشود، راه دیگر این است که قضات بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی به فتاوی معتبر مراجعه کنند و البته بدیهی است که فتاوی فقیهانی چون علامه و محقق و شهیدین با فتاوی فقهای بسیار متاخر و هم روزگار با قاضی هم متفاوت خواهد بود.^۳ بطور مثال در مسأله اذن ولی در نکاح دختر بالغه، دست کم ۵ نظر متفاوت

۱. مصطفی جباری، «فتوا یا قانون؟ نگاهی به اصل ۱۷۶ قانون اساسی»، مطالعات حقوق خصوصی، شماره ۳، (۱۳۷۸)، صص ۱۲۷-۱۳۶.

۲. خوئینی و ذوالفقاری، همان، ص ۷۹.

۳. جباری، همان، ص ۱۲۷-۱۳۶.

بین فقها وجود دارد. در بحث مشروعیت حاکمیت ملت نیز مشاهده گردید که دست کم چهار نظریه متفاوت مطرح می‌باشد و در مسائل گوناگون دیگر وضع به همین منوال است.

پ- شورای نگهبان نه تنها وظیفه‌ای در تدوین قوانین ثابت شرعی ندارد بلکه فقیه شورای نگهبان در جلسات این شورا به ثابت بودن یک حکم شرعی رأی می‌دهد ولی همان فقیه به سبب عضویت در مجمع تشخیص مصلحت، ممکن است رأی به متغیر بودن همان حکم شرعی بدهد.

ت- مجلس شورای اسلامی، صلاحیت و تخصص لازم را برای تهیه قوانین ثابت شرعی ندارد.

ث- مجمع تشخیص مصلحت ممکن است علیه حکم شرعی یا علیه قانون اساسی حکم کند. از طرفی این مجمع اختیاری برای قانونگذاری ندارد.

ج- شناسایی احکام ثابت شرع با فتوی ممکن نیست. فتوی خاص مجتهد است و مسیری جدا از قانون موضوعه دارد. «فتوی فقط برای مقلدین مجتهد لازم الاجراست»^۱.

چ- مجلس خبرگان رهبری نقشی در تهیه قوانین متغیر عرفی یا احکام ثابت شرعی ندارد. ح- رهبری وظیفه قانونگذاری ندارد و حکم حکومتی، حکم حاکم اسلامی است نه حکم شارع (خداوند) و لذا با قانون و شرع متفاوت است.

خ- وظیفه قوه قضائیه، تنها در حد پیشنهاد برخی لوایح خاص است.

د- قبول رهبری واحد و نیز مشروعیت رهبری شورایی (اصول ۵ و ۸)، نصب خاص و هم نصب عام فقها (اصول ۵ و ۱۰۷)، شرط مرجعیت و هم شرط عدم مرجعیت (اصول ۱۰۷ و ۱۰۹)، انتصابی بودن ولی فقیه و هم انتخابی بودن ایشان (اصول ۲ و ۶ و...)، پرسش‌های لاعلاجی است که پاسخ به آنها در صلاحیت اختصاصی هیچ یک از نهادهای عالی حکومتی موجود نیست بلکه در گرو تشکیل نهاد شریعت‌گذار اسلامی است.

نتیجه‌گیری

هر سیستم قانونگذاری منطبق بر یک منطق حقوقی است. سیستم حقوقی جمهوری اسلامی از یک طرف مدعی منطق حقوقی حکومت اسلامی است که خود مبتنی بر چهار

۱. سید کاظم مصطفوی، «ماهیت حکم»، حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۹، شماره ۱، (۱۳۸۸)، ص ۲۹۱.

اصل اختصاصی است: ۱- قانونگذار، تنها خداست و نه انسان، ۲- دین اسلام در تمام حوزه‌ها قانون دارد، ۳- قانون اسلام فرازمان و فرامکان است و ۴- قانون اسلام متضمن خیر دنیا و آخرت است. این سیستم از طرف دیگر مدعی منطق حقوقی حکومت جمهوری است که مبتنی بر چهار اصل مخالف دیگر است: ۱- انسان خود منشاء قانونگذاری بوده و مردم مخترع قانون هستند، ۲- دین در تمامی حوزه‌ها یا قانون ندارد یا ناکارآمد است، ۳- قانون مقید به زمان و مکان است و ۴- قانون لزوماً برای خیر آخرت نیست. حال با وجود این منطق دوگانه، پرسش اصلی مقاله این است که در کشمکش این دو اندیشه زمینی و دیگری آسمانی، منطق حقوقی جمهوری اسلامی آنچنانکه آرمان جمهوریت و اسلامیت نظام را به یکدیگر نزدیک سازد و حقوق عرفی و ثابت شرعی مردم را با حداقل چالش‌ها و حداکثر عملکرد صحیح نهادهای عالی حکومتی تأمین کند، کدام است؟ قانون اساسی درباره تشخیص قوانین ثابت (اسلامیت نظام) از قوانین متغیر (جمهوریت نظام)، مبنای روشنی ندارد و در منابع معتبر فقهی هم هیچ اتفاق نظری درباره اینکه قوانین ثابت و متغیر اسلام کدام است، نمی‌توان یافت. لذا تدوین احکام ثابت شرعی در صلاحیت اختصاصی هیچ یک از نهادهای عالی حکومتی از قبیل شورای نگهبان، مجلس شورای اسلامی، مجمع تشخیص مصلحت نظام، مجلس خبرگان رهبری، رهبریت نظام و قوه قضائیه نیست.

بنابراین تشکیل نهاد شریعت‌گذار و منتخب مردم متشکل از مجتهدان، صاحب‌نظران قرآن‌شناسان و متخصصان امور دینی با بینش‌ها و قرائت‌های مختلف، راه‌حل تبیین احکام ثابت شرعی است. به موجب این پیشنهاد، نهادهای شرع-مذهبی از قبیل مجمع تشخیص مصلحت نظام، فقهای شورای نگهبان، مجلس خبرگان رهبری، مرجعیت تقلید، امامت جمعه‌ها، نمایندگی ولی فقیه در این نهاد ادغام می‌گردد و عقل جمعی تشریح، جایگزین عقل فردی و معدود شرعی می‌گردد. پیش‌بینی شورای رهبری و شورای نگهبان در قانون اساسی و تأسیس مجمع فقهی بانکی نیز حکایت از ضرورت توجه به اجتهاد جمعی (عقل جمعی تشریح) در مقابل حاکمیت معدود و اجتهاد فردی دارد. از طرف دیگر، مجلس شورای ملی (اسلامی) یا نمایندگان منتخب و متخصص در رشته‌های روز دنیا و در رأس آن شورای قانون اساسی (حقوقدانان) و دیگر تشکیلات ملی از جمله رئیس حکومت ملی با اختیارات کافی و مرسوم در دنیا، نیز نماد عقل جمعی بشری (قوانین متغیر) است و

قانونگذاری در این مجلس در مواردی است که منع صریح و ثابتی در قرآن کریم وجود ندارد. البته تبیین اختیارات و نحوه تعامل نهاد شریعت گذار با سایر نهادها، تحقیق مستقلی می‌طلبد و در این مختصر نمی‌گنجد.

منابع

کتاب‌ها

- آشوری، داریوش، *دانشنامه سیاسی*، چاپ ۱۰ (تهران: نشر مروارید، ۱۳۸۳).
- خمینی، امام روح الله، *ولایت فقیه: حکومت اسلامی*، چاپ ۹ (تهران: نشر مؤسسه امام خمینی، ۱۳۷۹).
- راسخ، محمد، *بنیاد نظری اصلاح نظام قانونگذاری*، چاپ ۱ (تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس، ۱۳۸۴).
- سروش، محمد، *دین و دولت در اندیشه اسلامی*، چاپ ۱ (تهران: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۸).
- ورعی، سیدجواد، *مبانی و مستندات قانون اساسی به روایت قانونگذار*، چاپ ۱ (تهران: دبیرخانه خبرگان رهبری، ۱۳۸۵).
- وکیلان، حسن، *گفتارهایی در قانون و قانونگذاری*، چاپ ۱ (تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس، ۱۳۹۰).

مقاله‌ها

- آلتمن، آندرو، «حکومت قانون چیست؟»، ترجمه سعید پزشکی مرندی، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۵، (۱۳۸۹).
- اسماعیلی، محسن و منصوریان، مصطفی، «درآمدی بر نقش مجلس شورای اسلامی در حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام»، بررسی‌های حقوق عمومی، شماره ۲، (۱۳۹۱).
- پسندیده، عباس، «بیعت در نظام ولایت فقیه و قانون اساسی»، حکومت اسلامی، شماره ۴۷، (۱۳۸۷).
- پورقهرمانی گلنپه، بابک، «بررسی ماده ۲ قانون وظایف و اختیارات قوه قضائیه مصوب ۱۳۷۸»، دادرسی، شماره ۵۵، (۱۳۷۸).
- تقی‌زاده، جواد و علی‌کرمی، مظفر، «مفهوم مسئولیت اجرای قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، مطالعات حقوقی، شماره ۶، (۱۳۹۱).

- جباری، مصطفی، «فتوا یا قانون؟ نگاهی به اصل ۱۷۶ قانون اساسی»، مطالعات حقوق خصوصی، شماره ۳، (۱۳۷۸).
- جعفرقلیخانی، ابوالفضل، «عوامل هنجاری و ساختاری قانونگذاری در نظام جمهوری اسلامی ایران»، تحقیقات حقوقی آزاد، شماره ۱۶، (۱۳۹۱).
- جوادی آملی، عبدالله، «جایگاه فقهی حقوقی مجلس خبرگان»، حکومت اسلامی، شماره ۸، (۱۳۷۷).
- جعفری، سیوش، «الزام سیاسی: درآمدی بر مبانی اخلاقی روابط متقابل فرد و دولت»، حقوق و سیاست، شماره ۲۱، (۱۳۸۵).
- جعفری هرنندی، محمد، «یک اقتراح در مفهوم موازین اسلامی در قانون اساسی پنج احتمال راجع به نحوه تشخیص فقهای شورای نگهبان»، وکالت، شماره‌های ۱۶ و ۱۷، (۱۳۸۲).
- حبیب‌زاده، توکل و برومند، محمد، «جایگاه نظام ریاستی یا پارلمانی در جمهوری اسلامی ایران»، مطالعات حقوقی دولت اسلامی، شماره ۱، (۱۳۹۱).
- حسینی، سید احمد، «ولایت مطلقه فقیه»، فقه و اصول، شماره‌های ۲۱ و ۲۲، (۱۳۷۸).
- خمایی‌زاده، فرهاد، «بررسی تطبیقی نظارت بر مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی»، الهیات و حقوق، شماره ۳۲، (۱۳۸۸).
- خوئینی، غفور و ذوالفقاری، سهیل، «خلافات تقنینی و اجرای فتوی در نظام قضایی ایران (تاملی بر اصل ۱۶۷ قانون اساسی)»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، شماره ۳۴، (۱۳۹۰).
- دبیرنیا، علیرضا، «حاکمیت مردم در مفهوم مدرن؛ فراساختاری بودن حق حاکمیت»، پژوهش حقوق تطبیقی، شماره ۳، (۱۳۹۵).
- راسخ، محمد، «ویژگی‌های ذاتی و عرضی قانون»، مجلس و راهبرد، شماره ۵۱، (۱۳۸۵).
- رستمی، ولی، «مشارکت مردم در قانونگذاری جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه حقوق، شماره ۱، (۱۳۸۷).
- رستمی، ولی و حسینی‌پور اردکانی، سیدمجتبی، «نظارت قضایی بر مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی»، بررسی‌های حقوق عمومی، شماره ۳، (۱۳۹۲).
- رشیدی، یاسر و نورآبادی، علیرضا، «الگوی تفکیک قوا در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، ره‌آورد سیاسی، شماره‌های ۴۱ و ۴۲، (۱۳۹۲).
- زارعی، محمدحسین، «حکمرانی خوب، حاکمیت و حکومت در ایران»، تحقیقات حقوقی، شماره ۴۰، (۱۳۸۳).

- زرگوش، مشتاق، «مبانی نظری مصونیت و مسئولیت در مسئولیت مدنی دولت»، حقوق عمومی، شماره ۵، (۱۳۸۸).
- سلمانی سبینی، مرضیه، «مطالعه استقلال قضایی در ایران با نگاهی به نظام قضایی ایالات متحده امریکا»، جستارهای حقوق عمومی، شماره ۲، (۱۳۹۶).
- کاشانی، سید محمود، «کاستی‌های نظام قانونگذاری ایران»، کانون و کلا، شماره‌های ۱۷۸ و ۱۷۹، (۱۳۸۱).
- کاویانی، محمدهادی، «بررسی مساله انحلال مجلس خبرگان رهبری و مجلس شورای اسلامی از سوی مقام رهبری»، اندیشه‌های حقوقی، شماره ۱۲، (۱۳۸۶).
- کاتوزیان، ناصر، «جایگاه حقوق اسلامی در نظم حقوقی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۲۱، (۱۳۷۶).
- کدخدایی، عباسعلی و درویشوند، ابوالفضل، «نظارت بر مقررات دولتی (اصول ۸ و ۱۳۸ قانون اساسی)»، بررسی‌های حقوق عمومی، شماره ۱، (۱۳۹۱).
- کدخدایی، عباسعلی و جواهری طهرانی، محمد، «تفکیک قوا: رویای تقدیس شده»، حکومت اسلامی، شماره ۶۳، (۱۳۹۱).
- گرجی ازندریانی، علی اکبر، «دولت قانونمدار»، دادنامه، شماره ۵، (۱۳۸۹).
- لاریجانی، محمد صادق، «مبانی مشروعیت حکومت‌ها»، الهیات و حقوق، شماره ۳، (۱۳۸۱).
- لطفی، محمود، «مبانی ولایت و اختیارات ولی فقیه در عصر غیبت»، حکومت اسلامی، شماره ۵۲، (۱۳۸۶).
- عباسی، بیژن، «بررسی ویژگی‌های حقوقی دولت»، پژوهش‌های حقوق و علوم سیاسی، شماره ۵، (۱۳۸۶).
- غمامی، سید مهدی، «تفکیک قوا، مفهوم و شیوه‌های اجرایی»، گواه، شماره ۱۰، (۱۳۸۶).
- قدردان قراملکی، محمدحسن، «نیم نگاهی به اسلام و دموکراسی»، حکومت اسلامی، شماره ۴۱، (۱۳۸۵).
- فاضلی، حبیب الله، «استقلال قوا و سیاست خارجی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، بررسی‌های حقوق عمومی، شماره ۱، (۱۳۹۱).
- فتحعلی زاده، علی، «واژه قانون و ورود آن به ایران»، کانون و کلا، شماره ۱۷۷، (۱۳۸۱).
- صابریان، علیرضا، «زمان و مکان و نقش و نقش آنها در اجتهاد»، الهیات و حقوق، شماره ۲۷، (۱۳۸۷).

- صنیعی، محمدعلی، «مبانی سازمان سیاسی جمهوری اسلامی»، پایگاه جامع تاریخ معاصر ایران، (۱۳۸۲).
- مرتضایی، سید احمد، «بررسی شرایط نظارت شورای نگهبان بر انتخابات خبرگان»، معرفت حقوقی، شماره ۱، (۱۳۹۰).
- مرعشی، سید محمدحسن، «ولایت فقیه در قانون اساسی»، دادرسی، شماره ۱۲، (۱۳۷۷).
- مصباح یزدی، محمد تقی، «جایگاه فقهی - حقوقی مجلس خبرگان»، حکومت اسلامی، شماره ۸، (۱۳۷۷).
- مصطفوی، سید کاظم، «ماهیت حکم»، حقوق و علوم سیاسی، شماره ۱، (۱۳۸۸).
- موسی زاده، ابراهیم، «تأملی در مفهوم، ماهیت و جایگاه حقوقی سیاست‌های کلی نظام»، فقه و حقوق، شماره ۱۷، (۱۳۸۷).
- موسی زاده، ابراهیم، «منطق فهم حقوقی در نظام و حیانی»، مطالعات حقوق عمومی، شماره ۴۹، (۱۳۸۹).
- مؤمن، محمد، «حقوق و اختیارات مردم در چارچوب دین»، حکومت اسلامی، شماره ۳۹، (۱۳۸۵).
- مهرپور، حسین، «نظری بر تفسیر شورای نگهبان پیرامون رأی عدم اعتماد»، حقوقی دادگستری، شماره ۱، (۱۳۷۰).
- هاشمی، سیدمحمد، «رابطه دولت‌ها، نهادها و حقوق بشر»، بازتاب اندیشه، شماره ۹۲، (۱۳۸۶).
- هامون، فرانسیس و واینر، سلین، «صیانت از قانون اساسی در فرانسه و ایالات متحده امریکا»، ترجمه محمد جلالی، حقوق اساسی، شماره ۲، (۱۳۸۳).

استناد به این مقاله: ریاحی، نوربخش، علانی، حسین، مقدم فرد، محمد، (۱۴۰۰)، پیوند جمهوریت و اسلامیت

نظام و نهاد مغفول آن، پژوهش حقوق عمومی، ۲۳(۷۲)، ۱۶۵-۱۹۸

doi: 10.22054/qjpl.2021.51725.2375