



دانشگاه امام صادق
دانشکده معارف اسلامی و حقوق

فصلنامه علمی

پژوهش‌ها در حقوق اسلامی

سال بیست و چهارم | شماره سوم | پایانی ۶۱ | پیاپی ۱۴۰۲

۱۴۰۲

● کتابت قاضی، مبنایی برای اعطای نیابت قضایی و اجرای احکام صادره از محاکم؛
با تحلیلی در فقه اسلام و رویه قضایی ایران
محمدرسول آهنگران | علی کشاورز | فاطمه طایفی نصرآبادی

● تأملی بر رویه شورای نگهبان در بررسی الزامات فقهی حاکم بر
معاهدات بین‌المللی
عباسعلی کدخدائی الیادرائی | علی فتاحی زفرقندی | امیر لهراسی

● بررسی فقهی و حقوقی «لزوم اثبات ادله» در دادرسی مدنی
مهدی حسن‌زاده | عزیزاله فهیمی | حمزه امینی‌نسب

● تأملی در «مبنای حقوق» ذیل رویکردهای مختلف به معرفت دینی
مصطفی نصیری

● آیین نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر قوانین و مقررات؛
از تحلیل رویه‌های تا الگوی پیشنهادی
زینب عساکره | حامد نیکونهاد

● مبانی، کارکردها و جایگاه اصول اخلاقی حاکم بر تفسیر قضایی
در نظام حقوقی ایران
احمد احسانی‌فر | حسین هوشمند فیروز آبادی

● بررسی فقهی حقوقی جرم قوادی غیرمسلمان
عارف حمدالهی | محمد امامی | محمدحسن قاسمی

● ماهیت‌شناسی «سیاست‌های کلی نظام» در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران
مرتضی حاجی‌علی‌خمسه

شابا الکترونیکی | ۶۶۷۳ - ۲۵۸۸

شابا چاپی | ۹۸۵۸ - ۲۲۵۱



ICJ DOAJ ISC HEINONLINE

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

IN THE NAME OF GOD,
THE MOST GRACIOUS, THE MOST MERCIFUL

پژوهش‌نامه حقوق اسلامی ۶۱

سال بیست و چهارم • شماره سوم • پیاپی ۶۱

پاییز ۱۴۰۲

صاحب امتیاز • دانشگاه امام صادق علیه السلام

مدیر مسئول • سلمان عمرانی | استادیار | حقوق جزا و جرم‌شناسی | دانشگاه امام صادق علیه السلام

سر دبیر • نجادعلی الماسی | استاد | حقوق بین‌الملل خصوصی | دانشگاه تهران

ویراستار انگلیسی • طاهر حبیب‌زاده | استادیار | حقوق مالکیت فکری | دانشگاه امام صادق علیه السلام

مدیر نشریه • مجتبی عشوری

اعضای هیأت تحریریه

• اعضای داخلی •

ولی رستمی | استاد | حقوق عمومی | دانشگاه تهران

سیدحسین صفایی | استاد | حقوق خصوصی | دانشگاه تهران

علی غلامی | استاد | حقوق جزا و جرم‌شناسی | دانشگاه امام صادق علیه السلام

عباس کریمی | استاد | حقوق خصوصی | دانشگاه تهران

فرید محسنی | استاد | حقوق جزا و جرم‌شناسی | دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری

سیدفضل‌الله موسوی | استاد | حقوق بین‌الملل عمومی | دانشگاه تهران

توکل حبیب‌زاده | دانشیار | حقوق بین‌الملل عمومی | دانشگاه امام صادق علیه السلام

محمد روشن | دانشیار | حقوق خصوصی | دانشگاه شهید بهشتی

سیدمصطفی سعادت مصطفوی | دانشیار | حقوق خصوصی | دانشگاه امام صادق علیه السلام

• اعضای بین‌المللی •

احمد ابوالوفاء محمد حسن | استاد | حقوق بین‌الملل عمومی | دانشگاه قاهره | مصر

احمد عاطف احمد | استاد | حقوق اسلامی | دانشگاه کالیفرنیا، سانتا باربارا | ایالات متحده آمریکا

علی عبدالعالی خشان الأسدی | استاد | حقوق خصوصی | دانشگاه بصره | عراق

سیدحسام‌الدین سیداصفهان‌ی | استاد | حقوق جزا و جرم‌شناسی | دانشگاه مونکتون | کانادا

محمد علوم محمد العقابی | استاد | حقوق عمومی | دانشگاه بغداد | عراق

عمار کریم کاظم الفتلاوی | استاد | حقوق خصوصی | دانشگاه کوفه | عراق

اصغر علی بن علی محمد | استاد | حقوق خصوصی | دانشگاه بین‌المللی اسلامی مالزی | مالزی

ولید علی ماهر مرسی | استاد | حقوق تجارت | دانشگاه حلوان | مصر

احمد سامی مرهون المعموری | استاد | حقوق تجارت | دانشگاه کوفه | عراق

علی وردک | استاد | حقوق جزا و جرم‌شناسی | دانشگاه ولز جنوبی | بریتانیا

طارق جمعه السید راشد | دانشیار | حقوق مالکیت فکری | دانشگاه قطر | قطر

حمیدرضا یونس | استادیار | حقوق تجارت بین‌الملل | دانشگاه یورک | بریتانیا

اعتبار نشریه • واجد اعتبار «نشریه علمی»

مجوز شماره ۳/۱۹۶۱۹۱ مورخ ۱۳۹۱/۰۹/۲۲

وزارت علوم، تحقیقات و فناوری

آغاز انتشار • زمستان ۱۳۷۹

مجوز شماره ۱۷۲۶۰ مورخ ۱۳۷۹/۰۹/۰۷

وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی

• بانک‌ها و نمایه‌نامه‌ها •

• اطلاعات کتابشناختی •

شاپا الکترونیکی: ۶۶۷۳-۲۵۸۸	شاپا چاپی: ۹۸۵۸-۲۲۵۱
نوع داوری: داوری همتا دو سو ناشناس	حوزه موضوعی: دانش حقوق با رویکرد اسلامی
نحوه دریافت مقالات: صرفاً از طریق وبگاه	دوره انتشار: فصلنامه
نشانی پست الکترونیک نشریه: ilrisu@yahoo.com	نشانی وبگاه اختصاصی نشریه: https://ilr.isu.ac.ir
این نشریه از شماره یکم تا بیست و چهارم به صورت «گاه‌نامه»، از شماره بیست و پنجم تا پنجاه و چهارم با تناوب «دوفصلنامه»، و از شماره پنجاه و پنجم مطابق با مجوز اخذ شده از وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، با تناوب «فصلنامه» منتشر شده است.	این نشریه از شماره یکم تا بیست و چهارم با عنوان «اندیشه‌ی صادق»، از شماره بیست و پنجم تا سی و یکم با عنوان «معارف اسلامی و حقوق» و از شماره سی و دوم تا کنون با عنوان «پژوهش‌نامه حقوق اسلامی» منتشر شده است.
نشانی پستی: ایران، تهران، بزرگراه شهید چمران، دانشگاه امام صادق علیه‌السلام. صندوق پستی: ۱۴۶۵۵-۱۵۹	
مدیریت امور علمی و تحریریه: دانشکده معارف اسلامی و حقوق. تلفن: ۸۸۳۸۵۱۱۸ (۲۱) ۹۸+	
مدیریت امور فنی و چاپ: معاونت پژوهش و فناوری دانشگاه. تلفن: ۸۸۰۹۴۹۱۵ (۲۱) ۹۸+	
دسترسی به مقالات این نشریه و باز نشر با رعایت ضوابط (CC BY-NC 4.0) آزاد است.	
مقالات این فصلنامه لزوماً بیان‌کننده دیدگاه دانشگاه صاحب امتیاز نخواهد بود.	
چاپخانه: انتشارات دانشگاه امام صادق علیه‌السلام ۲۴۰ صفحه	

بها: ۱,۷۵۰,۰۰۰ ریال



فهرست مقالات

- کتابت قاضی، مبنایی برای اعطای نیابت قضایی و اجرای احکام صادره از محاکم؛ با تحلیلی در فقه اسلام و رویه قضایی ایران | مقاله پژوهشی ۴۰۷
• محمدرسول آهنگران، علی کشاورز و فاطمه طایفی نصرآبادی
- تأملی بر رویه شورای نگهبان در بررسی الزامات فقهی حاکم بر معاهدات بین‌المللی | مقاله پژوهشی ۴۳۵
• عباسعلی کدخدائی الیادرائی، علی فتاحی زفرقندی و امیر لهراسبی
- بررسی فقهی و حقوقی «لزوم اثبات ادله» در دادرسی مدنی | مقاله پژوهشی ۴۶۳
• مهدی حسن‌زاده، عزیزاله فهیمی و حمزه امینی‌نسب
- تأملی در «مبنای حقوق» ذیل رویکردهای مختلف به معرفت دینی | مقاله پژوهشی ۴۹۵
• مصطفی نصیری
- آیین نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر قوانین و مقررات؛ از تحلیل رویه‌ای تا الگوی پیشنهادی | مقاله پژوهشی ۵۲۳
• زینب عساکره و حامد نیکونهاد
- مبانی، کارکردها و جایگاه اصول اخلاقی حاکم بر تفسیر قضایی در نظام حقوقی ایران | مقاله پژوهشی ۵۵۵
• احمد احسانی‌فر و حسین هوشمند فیروزآبادی
- بررسی فقهی حقوقی جرم قوادی غیرمسلمان | مقاله مروری ۵۸۹
• عارف حمدالهی، محمد امامی و محمدحسن قاسمی
- ماهیت‌شناسی «سیاست‌های کلی نظام» در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران | مقاله مروری ۶۱۷
• مرتضی حاجی‌علی‌خمسه

Judge Writing [Ketabat] as a Basis for Granting Judicial Representation and Enforcement of Court Judgments; An Analysis of Islamic Jurisprudence and Iranian Judicial Practice

Mohammad Rasool Ahangaran · Professor, Department of Jurisprudence and Law, Faculty of Theology, College of Farabi, University of Tehran, Qom, Iran. ahangaran@ut.ac.ir

Ali Keshavarz · PhD Student in Private Law, Al-Mustafa International University, Qom, Iran. (Corresponding Author) ali.keshavarzghaza26@gmail.com

Fateme Tayefi Nasrabadi · LLM in Private Law, Faculty of Humanities, Taft Branch, Islamic Azad University, Yazd, Iran. fatemehtayefi23@gmail.com

Abstract

1. Introduction

The role of the judge's written decisions in Islamic jurisprudence is a complex and nuanced aspect that has found its way into legal discourse in Iran. This paper delves into the intricacies of this subject, focusing on the implications of the judge's writing concerning the delegation of judicial representation and the execution of court judgments within the framework of the Islamic legal system and the specific judicial practices in Iran. While the content of the judge's writing is rooted in legal sources, the extent to which the legislator has considered its relevance in the refinement of laws related to judicial representation and judgment execution remains a matter of debate.

2. Research Question

The central inquiry of this study revolves around the role and acceptance of the judge's writing in Islamic jurisprudence, with a particular emphasis on its application in the delegation of judicial representation and the execution of court judgments. The overarching question seeks to understand the compatibility of current legal provisions with the fundamental principles of Islamic jurisprudence regarding the judge's written decisions. Additionally, the study explores the divergent views on this matter among Sunni and Shia scholars and aims to uncover the common ground that unifies their perspectives.



3. Research Hypothesis

Building upon existing legal scholarship and the intersection of Islamic jurisprudence and the Iranian judicial system, this study posits that the judge's writing serves as a foundational element for the delegation of judicial representation and the execution of court judgments. The hypothesis suggests that despite the differences between Sunni and Shia perspectives, a unified understanding can be achieved through careful consideration and modification of legal provisions. It anticipates that the judge's writing, when properly contextualized within the principles of Islamic jurisprudence, can provide a robust basis for legal procedures related to judicial representation and judgment execution.

4. Methodology & Framework, if Applicable

This research adopts a doctrinal and critical approach to analyze the judicial procedures in Iran, focusing on the judge writing and its implications for the delegation of judicial representation and judgment execution. Drawing from extensive legal literature, including the opinions of Sunni and Shia scholars, the study also examines the relevant laws of Iran, such as Article 290 of the Civil Procedure Code of the Islamic Republic of Iran and Articles 119 and 484 of the Criminal Procedure Code of Islamic Republic of Iran. This examination involves a comprehensive review of legal sources, library resources, and judicial practices in Iran.

The framework of this study encompasses a thorough exploration of the doctrinal foundations of the judge's writing, considering its reception within the broader context of Islamic jurisprudence. The critical analysis extends to the current legal provisions in Iran, evaluating their alignment with the principles derived from the judge's writing. By adopting a comparative approach, the study seeks to clarify the divergences in views and propose a unified perspective that reconciles the practical aspects of the Iranian legal system with the principles of Islamic jurisprudence.

This research aspires to contribute valuable insights into the multifaceted relationship between the judge's writing, the delegation of judicial representation, and the execution of court judgments, providing a nuanced understanding for both scholars and legislators, ultimately guiding potential legal refinements in this domain.

5. Results & Discussion

The findings of this study, rooted in Islamic jurisprudence, reveal that providing testimony regarding a prior testimony is permissible under

certain conditions within the context of the judge writing. However, the significance lies in the consensus among Shia scholars, indicating that the testimony of two individuals on a written judgment by a judge, verbally elaborated by the judge, holds evidentiary weight. This is due to the stabilizing nature of subsequent testimony over the initial one. Contemporary practices ensure the authenticity of the judge's writing through measures such as guaranteeing the non-distortion of its content or the judge's intent in executing representation. From a legal standpoint, compliance with the judge's representation request is considered obligatory upon the receiving judge.

As elucidated, the statements of legal scholars accept the judge's writing, whether it be an explicit declaration by the judge or his physical presence while verbally endorsing the written document, but subject to the condition of the second judges' sufficient knowledge. The analysis of the judge's writing revealed its applicability in both scenarios, aligning with the essence of the discussed principles. In essence, the purpose behind the judge writing is the execution of the judgment and the request made by the issuing judge, exercising control and authority over the involved parties.

6. Conclusion

In conclusion, the research provides a comprehensive understanding of the judge's writing and its implications for judicial representation and the execution of court judgments in the Islamic legal context. Drawing from Islamic jurisprudence and the Iranian legal system, the study navigates through the intricacies of the judge's writing, revealing its multifaceted role in legal proceedings.

From a legal perspective, the study suggests two primary objectives. Firstly, it advocates for the codification of regulations in conformity with the nature of the judge's writing in the existing legal frameworks, emphasizing unity of approach. Secondly, the study seeks to address the identified gaps in the current literature on this subject, enriching the scholarly discourse within this domain.

By aligning with the two stated objectives and harmonizing them with the analyses presented in this research, the final recommendation calls for the amendment or removal of the conclusive clause in Article 290 of the Civil Procedure Code. The requirement for certainty on the part of the representative in verifying the accuracy of the report by the receiving representative contradicts the legal and Sharia purpose of the provision.

Additionally, the study clarifies that the judge's writing is not applicable to the execution of Hudud punishments, and current practices fall under the realm of executing the judge's judgment in the same judicial jurisdiction.

The study hopes that the insights provided will guide legislators and scholars in refining legal provisions related to the judge's writing, judicial representation, and judgment execution. The highlighted issues underscore the need for a nuanced and contextually aligned legal approach, ensuring the compatibility of the legal framework with the principles derived from the judge's writing within the Islamic legal tradition.

Keywords: Judicial Representation, Enforcement of Judgments, Judicial Writing over Judge, Testimony over Testimony, Ester'a.

کتابت قاضی، مبنایی برای اعطای نیابت قضایی و اجرای احکام صادره از محاکم؛ با تحلیلی در فقه اسلام و رویه قضایی ایران

محمدرسول آهنگران • استاد، گروه فقه و حقوق، دانشکده الهیات، دانشکدگان فارابی، دانشگاه تهران، قم، ایران.
ahangaran@ut.ac.ir

علی کشاوری • دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، جامعه‌المصطفی‌العالمیه، قم، ایران. (نویسنده مسئول)
ali.keshavarzghaza26@gmail.com

فاطمه طایفی نصرآبادی • دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، واحد نعت، دانشگاه آزاد اسلامی، یزد، ایران.
fatemehtayefi23@gmail.com

چکیده

اگر چه معرفی صحیح احکام و آثار یک نهاد حقوقی، بی‌نیاز از انطباق آن با رویه قضایی نیست، لکن در خصوص نهاد نیابت قضایی، با توجه به سابقه فقهی که برای آن در ابواب موسوم به «کتابت قاضی بر قاضی» وجود دارد، نیازمند این است تا مبنای فقهی پیش‌گفته ملاک معرفی آثار و احکام نهاد مزبور قرار گیرد. لذا در پی فحص «وضعیت مقررات موضوعه در خصوص اعطای نیابت قضایی در نظام حقوقی ایران» با جستار در روایات شریفه و آثار فقهای امامیه و عامه، ضوابط مرتبط با اعطای نیابت قضایی، مشتمل بر وثوق نیابت‌دهنده، استفاده از ملاک شهادت بر شهادت، تفکیک میان جزای حدی و غیر آن جهت روشن شدن وضعیت انتقال صحیح مفاد نیابت قضایی و مأخوذ بودن به آن توسط مجری نیابت از یک طرف، و از سوی دیگر اختصاص التزام به استماع مفاد نیابت قضایی توسط مرجع معطی نیابت به مجری حکم اصداری، و نه در استماع تحقیقات، دستاورد مبنایی این بررسی‌ها در پاسخ به سوال پژوهش معرفی شده‌اند. نهایتاً اصلاح و توسعه ماده ۲۹۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، و لزوم تقنین در حوزه وجهه تحمیلی مفاد نیابت قضایی و درخواست اجرای حکمی که قاضی در آن جازم و قاصد در اجرای مفاد آن باشد نیز پیشنهاد گردید.

واژگان کلیدی: نیابت قضایی، اجرای احکام، کتابت قاضی بر قاضی، شهادت بر شهادت، استرعاء.



مقدمه

کتابت قاضی در فقه اسلامی از جمله مواردی است که محتوای آن وارد منابع حقوقی شده است، اما اینکه مقنن در تنقیح احکام مرتبط با آن از جمله نیابت قضایی و اجرای احکام، نظر بر احکام خاص آن داشته باشد، محل تردید و نیازمند بررسی آثار و احکام نهاد مزبور به واسطه بررسی بنیادهای فقهی آن است. با جستارهایی که در این باره صورت گرفت، تنها بنیاد فقهی که منطبق با احکام نیابت قضایی و اجرای احکام صادره باشد، نهاد کتابت قاضی در نظر گرفته شده است. اصل پذیرش کتابت قاضی میان اهل سنت و امامیه اختلافی است، اما با تعدیل‌هایی که برای آن در نظر گرفته شده است، تقریب نظریات یادشده درباره ضوابط پذیرش آن، دیدگاه وحدت‌گرایانه را در مورد مزبور و معرفی احکام مرتبط با آن معرفی می‌کند. در چنین وضعیتی، کتابت قاضی بر قاضی با فرض بعد مسافت، در دو بخش درخواست تحقیق از محکمه دیگر یا تنفیذ و اجرای حکم تحقق می‌یابد.

از سویی با انطباق مسئله با مواد ۲۹۰ قانون آیین دادرسی مدنی و ۱۱۹ قانون آیین دادرسی کیفری در کنار ماده ۴۸۴ قانون مزبور، مواردی که در به کمال رساندن تقنین در حوزه جاری مؤثر است، معرفی می‌شود. بنابراین، قید تصدیق نیابت‌دهنده در ماده ۲۹۰ زائد تشخیص داده شد. همچنین، با توجه به اینکه نیابت قضایی در مورد خاص خود با قسم اول شهادت بر شهادت تطبیق می‌یابد، بازنگری در مواد فوق راجع انحصاری بودن آن نیز لازم می‌نماید. بنابراین، مراجعه به خاستگاه آن در فقه یعنی کتابت قاضی بر قاضی و تدقیق در مفاد آن، مسائل ژرفی را پیش روی پژوهندگان فقه و حقوق برای معرفی و تکمیل مواد قانونی مرتبط قرار می‌دهد. گفتنی است در این مسئله هیچ پژوهشی انجام نشده و تنها میرداداشی کاری و همکاران (۱۳۹۹) در مقاله‌ای با عنوان اقسام «شهادت بر شهادت»، به ذکر انتقال مفاد حکم یا تحقیق توسط یک قاضی بر قاضی دیگر اشاره شده و چیزی بیش از این معرفی نشده است. بنابراین، معیارهای وارد بر مکتوبات قاضی در این راه روشننگری می‌کند. این پژوهش از جمله معرفی مبنای نیابت قضایی و اجرای احکام صادره به واسطه اندیشه‌های فقهی و همچنین، ضوابط تحقق آن که در این پژوهش با تطبیق بر احکام حقوقی صورت پذیرفته، کاملاً نوآورانه است. امید می‌رود این پژوهش هدایتگر تقنین احتمالی در ابهامات یادشده فراروی پژوهندگان و مقنن باشد.

۱. مفهوم کتابت قاضی

درباره کتابت قاضی بر قاضی دیگر، معانی مختلفی مورد اشاره فقیهان امامیه و اهل سنت قرار گرفته است. عده‌ای آن را در چهار مقام بیان کرده‌اند که شامل کتابت قاضی به واسطه معرفی خود کتابت باشد، اخبار قاضی از حکم صادره‌اش باشد یا اینکه بینه و قول قاضی شهادت بر کتابت قاضی کاتب دهد یا اقرار محکوم به حکم قاضی به واسطه کتابت نزد قاضی دیگر باشد (رشتی، ۱۴۰۱ق، ص. ۲۹). کتابت قاضی بر قاضی^۱ در فقه شیعه و اهل سنت عمدتاً در کتاب القضا و ذیل بحث از شهادت بر شهادت یا در بابی مجزا با عنوان «کتاب قاض الی قاض» بررسی شده است. در کتاب‌های امامیه کتابت قاضی کمتر مورد بررسی قرار گرفته، اما در آثار فقهی که به آن پراخته شده، احکام و آثار آن مفصل بحث شده است. شیخ طوسی (رحمت‌الله علیه)، بعضی اقوال مبنی بر عدم پذیرش کتابت قاضی را قبول ندارد و خود را مقید به بیان ماهیت و آثار کتابت قاضی می‌داند (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۸، ص. ۱۲۳)^۲. از این رو مبانی پذیرش کتابت قاضی را از منظر می‌گذرانیم.

۲. مبانی پذیرش کتابت قاضی

۱.۲. احتیاج امور مسلمانان به آن

مسئله احتیاج مسلمانان به نیابت قضایی از لحاظ تبعد راه و تعذر و تعسر یا مانعیت انتقال ادله یا شهود به منطقه نیابت‌دهنده یا درخواست‌کننده اجراست. شهید ثانی در مسالک (۱۴۱۳ق) به این مسئله اشاره کرده است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۴، ص. ۸). مطابق نظر ایشان، زمانی که صاحبان حق در یک سرزمین باشند و نیازمند بررسی مسئله مورد اختلاف در سرزمین دیگری باشند یا شهودی که مورد استناد قرار گرفته‌اند، در سرزمین دوری باشند و انتقال آن‌ها به محل درخواست‌کننده متعذر و متعسر باشد، نیازمند راهکاری برای رفع تباعد و رسیدگی به درخواست

۱. کتابت قاضی یعنی اینکه یک قاضی در یک حوزه قضایی ادله‌ای را استماع کند به‌گونه‌ای که متحمل آن شده باشد. سپس آن در محکمه ثانی که ادله متحمل شده از لوازم مؤثر در آن است، مستمسک طرفین قرار گیرد و کتابت قاضی اول نسبت به تحصیل دلایل یا حکم صادره مورد استناد قرار گیرد و سپس ارائه شود. این انتقال کتابت خود به‌وسیله شهادت، کتابت و شهادت‌نامه تحقق می‌یابد. از این رو فقهای اهل سنت میان این باب و قسم دوم شهادت بر شهادت اختلاط می‌کنند و بعضاً آن‌ها را یکی میدانند. بررسی این مطالب در انتهای پژوهش ذکر شده است.

۲. «و لا خلاف عندنا أنه لا یقبل فیه کتاب قاض الی قاض، و الاجماع غیر مسلم لأننا نخالف فیه».

صاحبان حق است. از این رو مبنای احتیاج و پرهیز از تعسر و تعذر به عنوان مبنای ابتدایی پذیرش کتابت قاضی بر قاضی دیگر معرفی می‌شود (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص. ۱۵۶).

۲.۲. استفاده از ملاک تنفیذ قضای شرعی به وسیله شهادت بر شهادت

درباره ماهیت شهادت بر شهادت آنچه به کتابت قاضی مرتبط می‌شود، دو مطلب است. یکی اینکه، شهادت بر شهادت در کتابت قاضی پذیرفته است یا خیر که بنا بر دلایل گفته شده معلوم شد مورد پذیرش است. دیگر اینکه، کسانی که می‌گویند شهادت بر شهادت در آن پذیرفته نیست، اما شهادت شهود و قاضی را در آن پذیرفتنی است، آیا مفاد آن همان شهادت بر شهادت نیست؟! برای مثال، قاضی ثقة است و شهادت‌نامه‌ای تنظیم می‌کند بر مکتوب خویش و فردی را بر حکم سابقش شاهد می‌گیرد، آیا این جز شهادت بر شهادت است که فرد واحد را در آن می‌پذیرند به همراه مکتوب قاضی مورد اعتماد؟ البته در تمام این‌ها، اقتناع و علم قاضی ثانی در پذیرش آن مهم است. در پاسخ می‌توان به چند مورد اشاره کرد. اولاً، شهادت بر شهادت در بعد مسافت یا تعذر اصل است. پس شهادت یکی به همراه قاضی، شهادت بر شهادت نیست. همچنین، شهادت یکی به همراه قاضی یا مکتوب او از این رو شهادت بر شهادت نیست که مکتوب قاضی در راستای اقرار است و از لحاظ قاعده «من ملک» فقها آن را توجیه کرده‌اند و بر فرض شهادت بودن آن طبق ماده ۱۲۸۵ شهادت‌نامه، اعتبار شهادت را دارد. پس نفر دیگر برای تقویت شهادت است و اصلاً بر فرض پذیرش شهادت بر شهادت، در این مورد نصاب هم رعایت شده و تمسک به این برای متفاوت جلوه دادن شهادت بر شهادت دارای نقص آشکار است. پس شهادت بر شهادت در کتابت قاضی پذیرفته است.

همان‌طور که در مفاهیم در تشریح کتابت قاضی گفته شد، قسمی از تحقق کتابت قاضی این است که قاضی کاتب یا خودش نزد قاضی مکتوب‌الیه بیان کند یا با استشهاد، شاهدانی را بر مکتوبش بر قاضی ثانی درخواست کند و شاهدان نزد قاضی ثانی شهادت دهند که قاضی کاتب بر مکتوباتش آن‌ها را شاهد گرفته و مفاد آن را برای آن‌ها قرائت کرده است. پس شهادت به عمل کتابت و مدلول آن داده می‌شود. از این رو با قسم نخست شهادت بر شهادت یعنی استرعا تطبیق می‌یابد (میرداداشی کاری و همکاران، ۱۳۹۹، ص. ۲۸۲).

مطابق نظر مشهور فقها، قسم نخست شهادت بر شهادت یعنی همان استرعا دارای وجهه

تحمیلی و پذیرش آن در صورت احراز دیگر شرایط واجب است (علوی و رضوانی، ۱۳۹۸، ص. ۱۵۷). در تحقق کتابت قاضی و شهادت بر شهادت می‌توان این مسئله را مدنظر داشت که کتابت قاضی در مقام تحمل هنگامی معتبر است که قاضی انشاکننده حکم را به طریقی بر طرفین دعوا به‌طور مستقیم یا توسط فرد ثقه مورد اعتماد اعلام و آن‌ها را بر آن گواه بگیرد که این مکتوب متعلق به اوست و بر آن گواهی دهند و اگر از محتویات آن مکتوب و نوشته آن‌ها را آگاه نسازد، تحمل شهادت آن‌ها صحیح نیست؛ زیرا این مکتوب نزد قاضی دیگر به شهادت ثابت می‌شود نه به کتابت قاضی اول ولو اینکه قاضی دوم بداند که متعلق به اوست (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۸، صص. ۱۲۲-۱۲۵). مرحوم شیخ در ادامه بیان می‌دارد کتابت در فرض بعد مسافت میان قاضی اول و قاضی دوم است که در این صورت شهادت بر شهادت در آن ثابت می‌شود؛ زیرا این مسافت را ما در شهادت بر شهادت نیاز داریم و این کتابت نوعی شهادت بر شهادت شمرده می‌شود.^۱ عده‌ای گفته‌اند هنگامی که حاکم کتابت کند حکمش را و شاهد بگیرد بر آنچه مکتوب کرده است و کسی که حمل می‌کند شهادت او را بر مکتوباتش، به‌عنوان شاهد بر شهادت شمرده می‌شود (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص. ۲۲۸).

۳.۲. شهرت موضوع

درباره کتابت قاضی، مسئله شهرت مسئله مهمی است؛ زیرا به دلیل افتراقی که در اصل نفوذ و پذیرش کتابت قاضی در فقه امامیه و اهل سنت وجود دارد، عمل اصحاب و اینکه وقوع آن عملاً اتفاق افتاده، یکی از مبانی کتابت قاضی است، اما دلالت سند بر عدم پذیرش کتابت قاضی به کلیت و تمامیت بسیار ضعیف است درحالی‌که شهرت مسئله و ترتب احکام بر این نهاد قضایی جابر، ضعف سند عنوان شده است (طباطبایی کربلایی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص. ۴۰۸).

همان‌گونه که در فقه امامیه عنوان شده، بنای عدم پذیرش آن، ظنی است که متأخراً به علم نباشد و علمی برای قاضی از لحاظ صدور کتابت از جانب قاضی دیگر با همین محتوای کتابت به وجود نیامورد درحالی‌که عمل به آن و بیان آثار و احکام آن در نگاره‌های فقهی (حلی، ۱۳۷۴، ج ۸، ص. ۲۴۵) گواه این معناست که عدم پذیرش کتابت قاضی در جایی است که نتواند برای قاضی

۱. گفتنی است که این فرضیه که مقرون به صحت هم هست، لازمه شهادت کتبی محسوب کردن کتابت قاضی است. درحقیقت، کاتب مفاد شهادتش را مکتوب می‌کند و به‌واسطه مقبولیتی که نسبت به شخصیت قاضی باید در نظر داشت، از قرائن مثبت ناشی از وثاقت او نیز بهره می‌برد.

ثانی علم ایجاد کند. پس در جایی که علم ایجاد شود، پذیرش آن واجب و با مؤیدات مقبول مورد بررسی قرار می‌گیرد (طباطبایی، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۴۰۸).^۱

۴.۲. استفاده از مفهوم روایت مبنی بر نپذیرفتن کتابت در حدود

آنچه از نص درباره نپذیرفتن کتابت قاضی وارد شده، ناشی از عدم اعتنا به اموری است که تحقق علم قاضی در آن پایین و درجه خفیف مرتبه وثوق به صحت صدور و قصد تحقق مفاد آن کتابت است درحالی‌که مطالب یادشده نیاز به تعدیل دارد. آنچه از روایات دال بر نپذیرفتن کتابت قاضی آمده است، در ذیل آورده می‌شود.

«إِذَا شَهِدَ الشُّهُودُ عَلَى رَجُلٍ بِحَقِّ فِي مَالٍ وَ لَمْ يَعْرِفِ الْقَاضِي عَدَالَتَهُمْ وَ كَانَ فِي بَلَدٍ آخَرَ قَاضٍ آخَرَ يَعْرِفُ ذَلِكَ فَإِنْ كَانَتِ الشَّهَادَةُ فِي طَلَّاقٍ أَوْ حَدِّ لَمْ يَقْبَلُ فِيهِ كِتَابَ قَاضٍ إِلَى قَاضٍ وَ لَأَ شَهَادَةُ عَلَى شَهَادَةٍ وَ لَأَ يَقْبَلُ كِتَابَ قَاضٍ إِلَى قَاضٍ فِي حَدٍّ» (محدث نوری، ۱۴۰۸، ج ۱۷، ص ۴۰۱).

مضمون روایت بالا بدین شرح است که «هنگامی که دو شاهد برای مردی شهادت دهند که صاحب حقی است و قاضی عدالت آن‌ها را نداند و به عدالت آن‌ها واقف نباشد، اما عدالتشان نزد قاضی شهر دیگری ثابت شده باشد و آن‌ها را بشناسد، اگر شهادت مورد نظر در امر طلاق یا از موارد حدود باشد، کتابت قاضی بر عدالت آن‌ها به سوی قاضی غیر ملتفت در آن مورد قبول نیست. همچنین، شهادت بر شهادت در آن و به‌طور کلی، کتابت قاضی بر قاضی دیگر درباره حدود مورد پذیرش نیست».

از روایت بالا که مرحوم محدث نوری از شیخ الاسلام طبرسی نقل می‌کند، به‌خوبی مستفاد می‌شود که در نظر شارع، به‌طور کلی کتابت قاضی مردود نیست و همچنین، شیوه‌های اثبات آن توسط شهادت بر شهادت نیز تنها در حدود مردود و در بقیه امور ساکت است که از مفهوم آن می‌توان موافقت شارع را استنباط کرد. در فقه استدلالی پذیرش آن را به‌تمامی مشروط می‌دانند. برای مثال، امام خمینی (رحمت‌الله علیه) بیان می‌فرماید که اگر قاضی‌ای که در قضیه حکمی صادر

۱. «لو أفاد ظنا ما كفى للاكتفاء به في الرواية المكاتبه عند القائل بحجيتها إن لم يحصل لها معارض أقوى فما ذكره من التقييد بالظن الأقوى أو المتأخر لا وجه له أصلا بل ينبغي أن يطلق اعتبار الكتابة كما هو ظاهر الإسكافي والأصحاب الراديين عليه في المسألة هذا و في كلامه مناقشات آخر يطول الكلام بذكره».

کرده و صحت او هم معلوم باشد، بخواهد آن را به قاضی دیگری برساند که از آن بی‌خبر است، کتابت تنها کفایت نمی‌کند، بلکه باید آن را لفظاً بیان کند. به عبارت دیگر، انشای لفظی کند. منتها رساندن این انشای لفظی به قاضی دیگر یا به کتابت است یا به قول یا به شهادت (موسوی خمینی، ۱۴۲۵ق، ج ۴، ص. ۱۳۵). مسئله این است که آیا شهادت بر شهادت در کتابت قاضی مورد پذیرش است یا خیر که بنا بر روایت یادشده در بالا در غیر از حدود مورد پذیرش است، اما تحقق آن را چگونه می‌توان فرض کرد؟ به نظر می‌رسد اگر قاضی‌ای حکمی صادر کند و برای قاضی دیگر بفرستد در حالی که طرفین اختلاف در جلسه محاکمه حاضر و خود شاهد بر حکم هستند، پس شهادت بر شهادت طریقی بی‌فایده است، اما اگر طرفین غایب باشند و حکم آن‌ها صادر شده و نزد قاضی دوم نیاز به ارائه آن داشته باشند، برای اثبات آن می‌توانند شهادت دهند به اینکه قاضی نخست خود بر حکمش شهادت داده است و بنا بر شهادت قاضی نخست و شاهد گرفتن آن‌ها بر حکمش می‌توان شهادت بر شهادت را محقق دانست که امام خمینی قبول آن را مشروط به انضمام فرد عادل دیگری به آن در نظر می‌گیرد (موسوی خمینی، ۱۴۲۵ق، ج ۴، ص. ۱۳۷). مرحوم شیخ طوسی (رحمت‌الله علیه) در بیان دلایل پذیرش کتاب قاضی بیان می‌دارد که قائلان به جواز آن، قائل به جواز کتاب قاضی بر قاضی و کتاب قاضی بر امین و امین بر قاضی و امین بر امین هستند (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۸، ص. ۱۲۶). بر فرض پذیرش، کتابت قاضی بر قاضی در مقام تحمل هنگامی معتبر است که قاضی انشاکننده حکم را به طریقی بر طرفین دعوا به‌طور مستقیم یا توسط فرد ثقة مورد اعتماد اعلام و آن‌ها را بر آن گواه بگیرد که این مکتوب متعلق به اوست و بر آن گواهی دهند و اگر از محتویات آن مکتوب و نوشته آن‌ها را آگاه نسازد، تحمل شهادت آن‌ها درست نیست؛ زیرا این مکتوب نزد قاضی دیگر به شهادت ثابت می‌شود نه به کتابت قاضی نخست و ثقة و مورد اعتماد بودن وی؛ ولو اینکه قاضی دوم بداند که متعلق به اوست (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۸، ص. ۱۲۵). این نظر را تا حدی می‌توان تعدیل کرد که اعتبار علم قاضی (قاضی دوم در اینجا) از هر روش دیگر میسر شود، معتبر است، اما مرحوم شیخ در ادامه بیان می‌دارد که کتابت در فرض بعد مسافت میان قاضی نخست و قاضی دوم است که در این صورت شهادت بر شهادت در آن ثابت می‌شود؛ زیرا این مسافت را ما در شهادت بر شهادت نیاز داریم و این کتابت نوعی شهادت بر شهادت شمرده می‌شود. درحقیقت، مطابق این نظر که البته از قوت مطلوبی هم

برخوردار است، کتابت قاضی از راه شهادت بر شهادت محقق می‌شود. از سویی اگر قائل بر این نظر شویم، منکر علم قاضی از طرق غیر از شهادت خواهیم شد.

۳. بررسی کتابت قاضی بر قاضی

۱.۳. اصل پذیرش کتابت قاضی بر قاضی

مرحوم صاحب ریاض، در فرضی که حاکم شهادت دهد بر اینکه حکمی میان متخاصمان صادر کرده است و دو شاهد عادل بر حکمش بگیرد و سپس نزد قاضی دیگر شهادت دهند بر اینکه آن قاضی حکم مزبور را صادر کرده است، بر حاکم یا همان قاضی دوم تنفیذ حکم صادره واجب است (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۵، ص. ۱۳۹). همچنین، دو ضابطه تعذر و احتیاج سبب پذیرش کتابت قاضی بر قاضی شده است. منع عمل به کتابت قاضی که توسط فقیهان گفته شده است، شامل عمل به حکم حاکم در صورت ثبوت آن نمی‌شود (حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص. ۸۸). با بیان بالا از محقق حلی (اعلی‌الله مقامه الشریف)، عدم مانعیت پذیرش و عمل به کتابت قاضی به صورت کلی استظهار می‌شود و منع مزبور باید در موضع ضوابط یاددشده در ضعف عمل به آن تفسیر شود. تفسیر محقق حلی از کتابت قاضی بیان‌کننده چند ضابطه به شرح زیر است.

«بل عملنا بالبینه التي تشهد بالحکم و ان الكتاب موافق لما شهدت به البینه والحاصل عموم ادلة حجیة البینه التي تشهد بوقوع الحکم من الحاکم فلا إشکال فی ذلك و الأدلة الدالة علی وجوب امضاء حکم الحاکم و ان الرادّ علیه کالراد علی الامام دالّة علی وجوب تنفیذ حکمه من الحاکم الآخر والحکم بمضیه و لا ینبغی الاشکال فی ذلك و کذا الكتاب إذا حصل القطع من القرائن ان ما فیہ مراد الحاکم و ان حکمه علی طبقه فان القطع اعلی مرتبة من البینه، فیجب علی الحاکم الآخر امضاء حکم الحاکم المکتوب فی الكتاب المقطوع بان الحکم من الحاکم مطابق له» (حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص. ۸۸)؛ عمل ما به کتابت قاضی به واسطه بینه‌ای که به حکم شهادت می‌دهند، عمل به بینه است درحالی که مکتوب قاضی موافق اظهارات بینه است. حجیت داشتن بینه‌ای که به حکم حاکم شهادت می‌دهند، خالی از اشکال است؛ زیرا ادله بر وجوب تنفیذ حکم حاکم دلالت دارد و رد آن، رد حکم امام معصوم است؛ زیرا دلالت بر وجوب تنفیذ حکم حاکم دارد و اشکال (گرفتن) در چنین رویکردی شایسته نیست. همچنین است وضعیت الزامی فوق درباره کتابتی که با قرائن دیگر (به جز بینه) قطع ایجاد شود که متن کتابت، مراد و منظور حاکم اولی بوده است و اینکه حکم مطابق

آن باشد؛ زیرا قطع و یقین به چیزی بالاترین مرتبه عمل به بینه است. از این رو بر قاضی دوم واجب است که حکم حاکم نخست را که منطبق بر مکتوب است به اینکه حکم منطبق با قطع یادشده برای حاکم ثانی ایجاد شده است، تنفیذ کند.

ملاحظه می‌شود که در نظر حلی، کتابت قاضی با دو ضابطه شهادت شهود بر آن و به شیوه‌های دیگر قطع به صدور مکتوب‌الیها از قاضی نخست، برای قاضی ثانی وجوب تنفیذ را به وجود می‌آورد. در حقیقت، بر قاضی دوم واجب می‌شود که حکم مکتوب را تنفیذ کند و مضمون آن را به مرحله اجرا درآورد. عده‌ای در مقابل این رویکرد، از باب لزوم لفظ در انشای رأی، به عدم پذیرش کتابت قاضی نظر داده‌اند (فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۷ق، ص. ۳۶۳). در این باره نویسنده معتقد است منظور از نپذیرفتن در جایی است که تنها با کتابت بوده و لفظاً حکم را بیان نکرده باشد؛ زیرا ممکن است فصل خصومت نشده باشد یا آنکه قاضی دوم به وسیله کتابت و مقصود قاضی نخست علم به فصل خصومت پیدا نکرده باشد. در این صورت است که نمی‌توان مفهوم کتابت را تنفیذ کرد. پس در نظر ایشان نیز عدم اطمینان از مقصود حقیقی حاکم نخست سبب احتیاط در نپذیرفتن کتابت قاضی شده است. پس با ضوابط دیگری که علم برای قاضی حاصل شود مبنی بر اینکه، قاضی نخست قصد صدور حکم داشته و اینکه فصل خصومت کرده و بنا داشته است که حکم اجرا شود و نیز پذیرش کتابت قاضی نباید منطقی با مشکلی روبه‌رو باشد؛ زیرا ایشان در توجیه نپذیرفتن کتابت قاضی، ضوابط یادشده را دلیل قرار داده‌اند و با رفع چالش‌های دلایل مزبور، توجیهی برای نپذیرفتن باقی نمی‌ماند. این نکته حائز اهمیت است که اگر ملاک نپذیرفتن کتابت به خاطر کتابت باشد، پس مراجعه مستفتی به فتوای مفتی بدون لفظ امکان‌پذیر نیست و عمل به آرای او در مکتوباتش درست نیست و این نظریه منطقی نیست. بنابراین، هنگامی که علم به قصد مفاد کتابت در نظر قاضی دوم از طرف قاضی نخست ایجاد شود، عمل به آن واجب است (فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۲۷ق، ص. ۳۶۵). در مکتوبات فقه اهل سنت حاجت مردم و نیازشان به اثبات دعاوی و عدم تعطیلی احکام به‌عنوان مبنای کتابت قاضی معرفی شده است؛ زیرا در نظر ایشان، امیرالمومنین، امام علی (علیه‌السلام) از باب احتیاج مسلمانان آن را پذیرفته و بدان عمل کرده‌اند (نسفی، ۱۴۳۲ق، ص. ۴۶۲؛ سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۶، ص. ۳۸۱؛ شیخی‌زاده،

۱. «أَنَّهُ جَوَزَ لِحَاجَةِ النَّاسِ لِمَا رَوَى أَنَّ عَلِيًّا (رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ) جَوَزَهُ كَذَلِكَ وَعَلَيْهِ أَجْمَعَ الْفُقَهَاءُ».

۴۳۱ق، ج ۲، ص. ۱۶۵).

۲.۳. محدوده موضوعی پذیرش کتابت قاضی

عمل به کتابت قاضی با دو وجه در امان بودن کتابت از تزویر و بر فرض در امان بودن عدم قصد اجرای مفاد حکم (یعنی آزمایشی نوشتن حکم نباشد، قاصد در اجرا باشد، متوجه سهو و اشتباه نشده باشد و...) پذیرفتنی است (موسوی اردبیلی، ۱۳۸۱، ج ۲، ص. ۳۵۲) از سویی قلمرو موضوعی آن مانند شهادت بر شهادت محدود به حقوق الناس است؛ البته این نظر ابن جنید بغدادی و شیخ طوسی (اعلی الله مقامه) است (موسوی اردبیلی، ۱۳۸۱، ج ۲، ص. ۳۶۶).^۲ همان‌طور که اشاره شد، قلمرو کتابت قاضی ناظر بر دو بحث است. یکی طریق اثبات حکم نزد قاضی دوم برای اثبات موضوع و دیگری ناظر بر تنفیذ حکم قاضی نخست توسط قاضی دوم در اصل و اجرای حکم.

البته نباید فراموش کرد که قلمرو کتابت قاضی محدوده حق الناسی احکام است. در کتابتی که ظن متأخم به علم به صدور و قصد مفاد کتابت از او صادر شده باشد، تنفیذ قضا یعنی اعتبارشناسی حکم صادره از سویی و اجرای حکم مزبور از سوی دیگر بر قاضی مکتوب‌الیه واجب است (اسماعیل‌پور قمشه‌ای، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص. ۱۰۳). گفتنی است که مقصود در پذیرش و عدم آن، نوع علم و یقین به صدور از جانب قاضی نخست برای قاضی دوم است (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۵، ص. ۴۴۷).

اینکه محدوده پذیرش کتابت قاضی در محدوده حق الناسی جریان دارد، ناظر بر تفکیک دو مسئله است. اول اینکه، تنها حق الناس در آن جریان می‌یابد یا اینکه جنبه حق الناسی حدود و حقوق الله نیز مجری جریان آن است؟ پاسخ به پرسش بالا از دو رو نیازمند بررسی است. اول اینکه، از لحاظ طریقی که با شهادت بر شهادت دارد، با وحدت طریق مسئله بررسی می‌شود. دوم اینکه، چنانچه کتابت قاضی در غیر از مورد طریق اثباتی شهادت بر شهادت پذیرفته شود، شامل مسائل حدود و تعزیرات می‌شود یا خیر؟ برای نیل به پاسخ مسائل یادشده، رویکرد قوانین در این باره بررسی می‌شود.

۱. «لِحَدِيثِ عَلِيٍّ (رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ) أَنَّهُ جَوَّزَ ذَلِكَ وَلِ حَاجَةِ النَّاسِ إِلَى ذَلِكَ».

۲. «و نقل عن ابن الجنيد أنه يظهر منه جواز الاعتبار والاعتماد عليها في حقوق الأدميين دون حقوق الله».

در این باره از لحاظ تشابه کتابت قاضی با مباحث مطرح شده درباره نیابت قضایی و اجرای احکام صادره، موارد مرتبط با آن بررسی می‌شود.

ظاهر بیانات فقیهان امامیه درباره کتابت قاضی با چند ضابطه حول محور تحقق درست کتابت قاضی، نشان از پذیرش آن به گونه صحیح به شیوه‌ای که اطمینان از صحت تحقق کتابت و قصد ایجاد مفاد آن به وسیله قاضی نخست باشد، دارد. فحوای بیانات فقها و اطلاق یادشده در قلمرو موضوعی کتابت قاضی، نشان از پذیرش کتابت قاضی در حوزه حق الناسی حتی حدود نیز دارد و فقط خود حدود با آن قابلیت اثبات و پذیرش ندارند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۴، ص. ۱۴). این ظاهر کلام فقیهان از آن روست که حدود با کمترین شبهه‌ای کنار می‌روند (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۶، ص ۳۸۳)^۱ و از این رو اجرای حکم آن به وسیله کتابت قاضی میسر نیست. حتی قصاص با اینکه در زمره حدود نیست، به نظر احناف از اهل سنت پذیرفتنی نیست. مبنای ایشان برگشت‌ناپذیری وضعیت حکم اجرا شده به واسطه کشف شبهه در کتابت یا قصد اجرای مفاد آن یا اینکه ظن در مقابل آن قرار گیرد، است. (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۶، ص. ۹۸؛ سمرقندی، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص. ۳۸۳). بنابراین، از نظر حنفی‌ها، مدخل موضوعی کتابت قاضی از لحاظ وحدت طریقی که با شهادت بر شهادت دارد، در غیر از موارد حدود و قصاص، از لحاظ ویژگی برگشت‌ناپذیری آن است (نسفی، ۱۴۳۲ق، ص. ۴۶۳)، اما آنچه مورد اتفاق هر دو مذهب است، اتفاق بر پذیرش محدوده حق الناسی کتابت قاضی است (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص. ۱۵۸؛ نجفی، ۱۴۲۱ق، ج ۲۰، ص. ۴۰۵)^۲. نگارنده در این باره دو مطلب را متذکر می‌شود. نخست اینکه، پذیرفتن ناظر بر عدم وثوق به صحت صدور یا صحت قصد اجرای مفاد آن توسط قاضی است. از این رو با انتفای این شبهه، شرط کلی نپذیرفتن بر طرف می‌شود. دوم اینکه، نپذیرفتن ناظر بر عدم اجرای حکم است و نه عدم اجرای مفاد نیابت قضایی درباره تحقیق از شهود و مطلعان. از این رو عدم اجرا در نیابت قضایی که ضابطه بعد مسافت پیش شرط آن است، با فاصله یک‌ساله از زمان وصول، شبهه جزئی را نیز بر طرف می‌کند. پس بیانات فقها یا نصی اگر بر نپذیرفتن باشد، ناظر بر مسئله اخیر است که

۱. «وَلَا يُقْبَلُ كِتَابُ الْقَاضِي فِي شَيْءٍ مِنَ الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِمَّا يَنْدَرِي بِالشُّبُهَاتِ».

۲. «وَأَمَّا يَثْبُتُ مَا سَوَّغَاهُ فِي حَقِّ النَّاسِ لِابْتِنَائِهَا عَلَى الْإِحْتِيَاظِ وَالتَّضَيُّقِ وَالْإِحْتِرَازِ عَنْ أَنْ يَضِيحَ دُونَ الْحُدُودِ وَغَيْرِهَا مِنْ حَقِّقَةِ تَعَالَى لِابْتِنَائِهَا عَلَى التَّحْقِيقِ، وَانْدِفَاعِهَا بِالشُّبُهَاتِ».

در اجرای احکام کیفری و با گذشت یک سال از زمان وصول، غالباً شبهات یادشده منتفی می‌شود.^۱

۳.۳. ماهیت کتابت قاضی

ماهیت کتابت قاضی را باید با مداخلی که برای آن در نظر گرفته شده است، تشخیص داد؛ یعنی ماهیت کتابت قاضی ارتباط تنگاتنگی با آثار و احکامی که برای آن فرض شده است، دارد. این در سیره کتاب القضا، جز در موارد استثنایی موضوعی لایتغیر است (میرداداشی کاری و همکاران، ۱۳۹۹، ص. ۴۴). درباره ماهیت کتابت قاضی بر قاضی با توجه به مراحل آن می‌توان این‌گونه اظهار داشت «بلاغ حکم یک قاضی بر قاضی دیگر به‌واسطه کتابت، قول قاضی یا شهادت شهود را کتابت قاضی می‌گویند» (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۴، ص. ۷). از سویی کتابت قاضی را در فرض بعد مسافت در نظر گرفته‌اند که آن دست‌کم سه روز راه است. حنفی‌ها ماهیت کتابت قاضی را دو مسئله انتقال شهادت شهود یا انتقال حکم حاکم بر حاکم دیگر دانسته‌اند (العبادی الزبیدی، ۱۳۲۲ق، ج ۲، ص. ۲۴۳).

۱.۳.۳. ماهیت کتابت قاضی در ترتیب اثر دادن به درخواست قاضی نخست

درباره پذیرش مکتوبات قاضی نخست توسط قاضی دوم به شرط اینکه با شهادت دو نفر یا قول خود قاضی کاتب همراه با تفصیل حکم برای قاضی دوم باشد، قاضی دوم مأخوذ به حکم می‌شود و امضای آن حکم بر او واجب است. همچنین است وضعیت و تفصیل یادشده برای شهودی که به اشهاد گرفته می‌شوند مانند اینکه به شاهد بگوید شاهد باشید به آنچه در این قبالة نوشته‌ام و من به آن عالم هستم درحالی‌که شهود بر کتابت او هستند. در اینجا از باب شهادت بر اقرار و صحت اقرار بر مجهول، عمل به کتابت جایز و صحیح است (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص. ۱۵۷). البته ممکن است به دلیل اینکه از متن و مفاد حکم مطلع نیستند، حین تحمل شهادت، به صحت عمل به چنین درخواستی شک کنند. به نظر نگارنده، اینکه خود حاکم که همان قاضی دادگاه است، صحت اشهاد بر حکم را تصدیق می‌کند و قول او در مظنه علم قرار می‌گیرد و می‌توان به آن عمل

۱. گفتنی است عمدتاً اگر قاضی در نگارش سهو یا خطا کرده و در اثر برداشت اشتباه، اجرای کیفری را خواسته باشد، جز در موارد معدود، احتمال اینکه ظرف یک سال حقیقت بر او روشن شود و با درخواست جلوی اجرای حکم کیفری را بگیرد، وجود دارد. پس با شرایط یادشده در بالا، احتمالات زائل‌کننده یا جلوگیری‌کننده حکم بر طرف می‌شود.

کرد. این توجیه از فحوای بیان شیخ طوسی نیز برمی‌آید (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۸، ص. ۱۲۴)؛ زیرا نیاز به اثبات حقوق و تعذر دسترسی به شهود و مدارک، پذیرش کتابت قاضی بر قاضی را در استماع شهادت شهود و جمع‌آوری ادله ضروری می‌سازد (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۸، ص. ۱۲۵).^۲

در این باره ماده ۱۱۹ قانون آیین دادرسی کیفری بیان می‌دارد «هرگاه تحقیق از متهم، استماع شهادت شهود و مطلع، معاینه محل، بازرسی از منازل و اماکن و اشیاء، جمع‌آوری آلات جرم و به‌طورکلی، هر اقدام دیگری خارج از حوزه قضایی محل مأموریت بازپرس لازم شود، وی با صدور قرار نیابت قضایی مطابق مقررات قانونی و ارسال اصل یا تصویر اوراق مورد نیاز پرونده و تصریح موارد، انجام آن‌ها را از بازپرس محل تقاضا می‌کند. این بازپرس در حدود مفاد نیابت اعطایی، موضوع نیابت را انجام می‌دهد و اوراق تنظیمی را پس از امضا به همراه دیگر مدارک به‌دست‌آمده، نزد مرجع نیابت‌دهنده می‌فرستد و در صورتی که اجرای تمام یا بخشی از مفاد نیابت، مربوط به حوزه قضایی دیگری باشد، اوراق را برای اجرای نیابت به مرجع مزبور ارسال و مراتب را به بازپرس نیابت‌دهنده اعلام می‌دارد.

تبصره ۱. انجام نیابت قضایی در حوزه قضایی بخش به عهده رئیس یا دادرس علی‌البدل دادگاه آن محل است.

تبصره ۲. در مواردی که اقرار متهم یا شهادت شاهد یا شهادت بر شهادت شاهد مستند رأی دادگاه باشد، استماع آن توسط قاضی صادرکننده رأی الزامی است.»

ملاحظه می‌شود که مفاد نیابت قضایی در ماده یادشده در بالا، درخواست انجام دادن عملی از قاضی محل دیگری درباره استماع شهادت شهود و دیگر اقدامات تحقیقی است و با ارسال اوراق تنظیمی به صورت مکتوب اصلی یا تصویر آن به صورت الکترونیک یا رونوشت مفاد درخواست دارای اوراق ضمیمه می‌تواند انجام دادن عمل مورد نظر را از مرجع نیابت‌گیرنده درخواست کند و مرجع نیابت‌گیرنده مأخوذ به آن می‌شود.

البته در تبصره ۲ ماده یادشده اجرای نیابت قضایی در فرضی است که شهادت شهود یا شهادت بر شهادت آن‌ها یا اقرار متهم تنها دلیل حکم باشد و نیابت قضایی به معنای مصطلح موضوعیت نمی‌یابد.

۱. «إذا قرأه الغير عليهما فالأولى أن يطلعاً فيما يقرأه لتلايق فيه تصحيف أو غلط و تغيير...»

۲. «للحاجة إلى الإثبات للحقوق في البلاد البعيدة عن الشهود و تعذر حمل شهود الأصل إليها.»

به نظر نگارنده، می‌توان رسیدگی را به محل اقامت افراد یادشده که بیاناتشان تنها دلیل حکم و سند دعواست، واگذار کرد و با مکتوبی مقام تحقیق محل اقامت افراد یادشده را مطلع و از او درخواست رسیدگی به صورت استقلالی و انجام دادن تحقیقات یا توجه به موضوع یادشده را کرد. در این صورت مکتوب‌الیه به آن تحقیق یا استماع شهادت مأخوذ می‌شود و نمی‌تواند نسبت به آن بی‌اعتنا باشد. این مسئله ارتباطی با استقلال قضایی یا خدشه‌دار شدن آن ندارد؛ زیرا مفاد ترتیب اثر به قول فرد عادل کفایت می‌کند (حجرات، ۶). همچنین است ولایت هر قاضی به واسطه وثاقت و امین بودن او. این مسئله تا جایی توجیه‌کننده تنفیذ قضای قاضی نخست است که حتی افزون‌بر صحت کتابت قاضی شهر بر قاضی بخش و تنفیذ آن، کتابت قاضی بخش بر قاضی شهر را نیز توجیه می‌کند (طوسی ۱۳۸۷ق، ج ۸، ص. ۱۲۴). بیان یادشده دلالت بر عدم ولایت قاضی بر قاضی دارد؛ زیرا عمل به مکتوب قاضی نه از باب ولایت، بلکه از لحاظ وثاقت و علم و وجوب تنفیذ حکم قاضی است که شرعاً بر متخاصمان ولایت دارد. شیخ طوسی (اعلی‌الله مقامه‌الشریف) در مبسوط، عمل به کتابت قاضی را تنها در فرضی که شهادت بر مفاد کتابت داده شود، معتبر می‌داند، اما مبنای ایشان علم به مفاد کتابت توسط شهود و درنهایت، انتقال درست آن به مکتوب‌الیه است.

بحث در کیفیت تحمل در کتابت قاضی این است که بگوید «این مکتوب من است که برای فلانی نوشته‌ام و شما را بدان به‌عنوان گواه درخواست می‌کنم». درحقیقت، آنچه در وثاقت انتقال صحیح مفاد حکم قاضی نخست متبادر می‌شود، ضابطه نوعی علم و وثاقت به مفاد مکتوب برای مکتوب‌الیه و احراز قصد مفاد آن توسط قاضی نخست به‌واسطه درخواست استشهاد گرفتن شهود برای انتقال درست آن نزد قاضی دوم برای تنفیذ و اجرای آن است که با استشهاد محقق می‌شود (طوسی ۱۳۸۷ق، ج ۸، ص. ۱۲۵).^۱ در اینجا کتابت قاضی به‌واسطه استشهاد گرفتن یا همان درخواست از شهود برای شاهد شدن ارتباط نزدیک و مفهومی یکسان با قسم استرعا در شهادت بر شهادت دارد (میرداداشی کاری و همکاران، ۱۳۹۹، ص. ۲۸۲). درحقیقت، شاید برای همین ارتباط نزدیک میان قسم استرعا و نحوه صحیح مأخوذ بودن به کتابت قاضی است که در فقه امامیه و اهل سنت ذیل شهادت بر شهادت به‌صورت پراکنده از کتابت قاضی صحبت به میان آمده

۱. «هذا کتابی إلى فلان والاحتیاط أن یقول لهما هذا کتابی إلى فلان و قد أشهدتکما علی ما فیہ».

است. از این رو تبیین قسم یادشده برای روشن شدن ارتباط کتابت قاضی و شهادت بر شهادت ضروری است. استرعا در لسان اهل لغت به حفظ و نگهداری تعبیر شده است (حمیری، ۱۴۲۰ق، ج ۴، ص. ۲۵۵۲؛ واعظ‌زاده خراسانی، ۱۳۸۸، ص. ۵۳۱). به عبارت دیگر، استحفظ یعنی برای خودش نگهداری کرد. این مفهوم در شهادت یعنی اینکه با درخواست، شاهدی را برای خود حفظ کرد. این مفهوم با استدعا یعنی درخواست و دعوت کردن که نشان از کیفیت تحمل در شهادت دارد، هماهنگ است؛ چنانکه در فقه آمده است «استرعا = الاستدعا» (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ج ۴، ص. ۴۴۵)؛ یعنی فردی نزد فرد دیگر به موضوعی به صورت جازم و قاطع شهادت دهد و او را بر شهادتش به عنوان شاهد درخواست کند (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۸، ص. ۱۷۱؛ حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص. ۱۱۴). بعضی از محققان اسلام بر عدم ورود نص در اقسام تحمل شهادت فرع اعتقاد دارند (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۵، ص. ۴۱۲)، اما روایات زیادی چه متبادراً و چه از لحاظ فحوای بیان بنا بر مفهوم استرعا وارد شده که همگی در مضمون پیش رو آمده است «از محمدبن یحیی... از محمدبن مسلم نقل است امام جعفر صادق (علیه السلام) فرمودند زمانی که فردی، ادای شهادتی را بشنود و برای آن شهادت مورد درخواست به عنوان شاهد (ثانوی) قرار نگیرد، مختار است که (نسبت به شهادت اولیه) شهادت دهد یا اینکه سکوت اختیار کند مگر اینکه بداند که ظلمی در میان است که بر او واجب است، شهادت دهد» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص. ۳۹۰؛ طوسی، ۱۳۹۰ق، ج ۳، ص. ۲۰؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص. ۲۵۶). بر اساس مفهوم این روایت اگر در ادای شهادت از فرد درخواست شود، مأخوذ به آن می‌شود و عبارت «لَمْ يُشْهَدْ» مفهوم استرعا را می‌رساند. تنها مورد استثنای آن، علم شاهد به تضييع حق یکی از طرفین اختلاف است که بدون درخواست هم مأخوذ به آن می‌شود. دلیل اینکه جمهور فقها بر این قسم از تحمل شهادت فرع اتفاق دارند نیز همین روایت است و فقهایمانند مرحوم علامه حلی، آن را اعلی مرتبه شهادت فرع می‌داند (حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص. ۲۸۱؛ حلی ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص. ۴۷۳). استرعا افزون بر مورد وثوق بودن نسبت به دیگر اقسام، ضابطه تشخیص مشهودعنه معرفی شده است (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۱۲۳). صاحب مستند

۱. «... عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (عَلَيْهِ السَّلَام) قَالَ إِذَا سَمِعَ الرَّجُلُ الشَّهَادَةَ وَ لَمْ يُشْهَدْ عَلَيْهَا فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ شَهِدَ وَ إِنْ شَاءَ سَكَتَ إِلَّا إِذَا عَلِمَ مِنَ الظَّالِمِ فَلْيُشْهَدْ وَ لَا يَحِلُّ لَهُ إِلَّا أَنْ يُشْهَدْ».

این قسم از شهادت را بالاترین مرتبه و موجب حصول اطمینان به «آن» معرفی می‌کند. صاحب جواهر به دلیل خبر عمرو بن جمیع (قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص. ۷۱؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶ق، ج ۱۶، ص. ۱۰۲۱)^۲، اثر حقیقی تحمل را مأخوذ بودن به آن می‌داند (نجفی ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص. ۷). بنابراین، قسم استرعا نوعی وجهه تحمیلی در محکمه دارد و در صورتی که اعتبار آن مورد خدشه قرار نگیرد، به عنوان دلیل شرعی قدرت اثباتی دارد. ماده ۲۳۲ قانون آیین دادرسی مدنی که بی‌درنگ پس از شرایط پذیرش شهادت بر شهادت در ماده ۲۳۱ قانون یادشده آمده است، ملاک وارد بر قسم استرعا را تقویت می‌کند؛ زیرا غالباً تمسک به گواهی در محکمه با درخواست مدعی (استنادکننده) صورت می‌پذیرد، اما ممکن است گفته شود ظهور این ماده لزوم تسمیه شهود را می‌رساند یا گفته شود فرق استرعا به مفهوم خاص با فحوای مقنن در این ماده این است که در استرعا، استقلال و جواز شهادت تبرعی مشهود است، اما در این ماده لازم است که از شاهد برای اقامه شهادت درخواست شود. به نظر ما این تفاوت‌ها وجود دارد، ولی منافاتی با اعتبارشناسی یک مفهوم و یافتن ملاک مشترک ندارد. کشف این تفاوت‌ها، خود گواهی برای پیش‌بینی علی‌حده قسم جاری است. درحقیقت، ضعف وضعیت قوانین در مطلب جاری این است که صراحت از قانون برداشته شده و ممکن است مطلوب شارع مورد استفاده محاکم قرار نگیرد مگر تبدیل به رویه جاری شود و در حدود آیین نامه‌ها نیز اجرا شود.

آنچه تاکنون گفته شد، درباره ارتباط کتابت قاضی و تطبیق آن بر ماهیت نیابت قضایی بود. درحقیقت، در نیابت قضایی برای امور تحقیقات می‌توان به دادگاه دیگری که شهود و مطلعان در آنجا قرار دارند، نیابت داد. مطابق ماده ۲۴۵ قانون آیین دادرسی مدنی در صورتی که گواه در مقرر دادگاه دیگری باشد، دادگاه رسیدگی‌کننده به دعوا می‌تواند نیابت در استماع گواهی را صادر کند.

مطابق ماده ۲۵۰ قانون آیین دادرسی مدنی برای استماع و معاینه محلی که در خارج از حوزه قضایی رسیدگی‌کننده قرار دارد، می‌توان اجرای تحقیقات را از دادگاه محل مورد نظر خواست. حتی اگر دلیل منحصر حکم هم باشد، چنانچه مورد وثوق دادگاه باشد با وحدت مناطی که میان تحقیق محلی و استماع شهادت شهود در ماده ۲۵۲ قانون آیین دادرسی مدنی در نظر گرفته شده

۱. مقصود تحمل است نه علم؛ زیرا علم از توابع تحمل شهادت و محصول تحمل، دعوت و ادای شهادت است (رک به: بقره،

۲۸۲ «وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا».

۲. «أَشْهَدُ عَلَى شَهِادَتِكَ مَنْ يَنْصَحُكَ - قَالُوا كَيْفَ يَزِيدُ وَ يَنْقُصُ - قَالَ لَا وَ لَكِنْ مَنْ يَحْفَظُهَا عَلَيْكَ وَ لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ (ثَالِثَهُ)».

است، چنین مجوزی برای استماع شهادت شهود هم وجود دارد. پس یکی از اقسام نیابت قضایی که همسو با استرعا نیز هست، می‌تواند به‌عنوان دلیل منحصر حکم مورد نیابت قرار گیرد و با تصدیق فرستنده مفاد نیابت، موضوع مورد اثبات قرار گیرد.^۱ چنانچه مشخص شد، ملاک مقنن اتصال صحیح و بدون شبهه شهادت شهود و تحقیقات محلی به محکمه است که این نظر از قید انتهای ماده ۲۵۰ قانون آیین دادرسی مدنی کاملاً برمی‌آید. از این رو وقتی یک مأمور رسمی در اتصال شهود مانند قاضی شهر مورد رسیدگی وجود داشته باشد، دیگر شبهه تغییر و تحریف وجود ندارد و از این روست که در فقه، اعتباری به مراتب بیش از دیگر اقسام شهادت بر شهادت برای قسم اول شهادت بر شهادت یعنی همان استرعا در نظر گرفته شده است؛ زیرا در فقه امامیه نیز در باب کتابت قاضی به واسطه استرعا اعتبار قائل‌اند. در نهایت، درمی‌یابیم که در امور مدنی مفاد نیابت قضایی حتی اگر دلیل منحصر حکم هم باشد، برای مرجع نیابت‌دهنده ایجاد تکلیف می‌کند.

۲.۳.۳. ماهیت کتابت قاضی در تنفیذ و اجرای حکم

آنچه در وهله نخست درباره تنفیذ به واسطه کتابت قاضی به ذهن می‌رسد، این است که قاضی مکتوب‌الیه مأخوذ به آن می‌شود و تنفیذ و اجرا برای او واجب می‌شود. از این رو شرایط و ضوابط عمل به کتابت قاضی را از منظر می‌گذرانیم. نخستین شرط عمل به کتابت قاضی داشتن بعد مسافت است (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۸، ص. ۱۲۵). از لحاظ ارتباط میان کتابت قاضی و قسم دوم شهادت بر شهادت در فقه امامیه، بعد مسافت با وحدت طریق آن، همان مسافت سه روز معیار قرار می‌گیرد و این نظر مورد تأیید فقهای اسلامی است (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۸، ص. ۱۲۵).

از سویی آنچه درباره عمل به کتابت قاضی در نوشته‌های فقیهان گفته شده، بحث تنفیذ قضای قاضی نخست است (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۸، ص. ۱۲۵). افزون بر بعد مسافت باید کتابت حاکی از

۱. چنان‌که پیش‌تر گفته شد، برخلاف ماده ۲۹۰ آیین دادرسی مدنی که تصدیق مرجع درخواست را ملاک صحت مأخوذ بودن به مفاد نیابت قضایی در تحقیقات می‌داند، شرع حتی در اعلام تبرعی تحقیقات برای مرجع دیگر، وثاقت نیابت‌دهنده را ملاک عمل به مفاد درخواست می‌داند حال آنکه تبرع در درخواست عمل به مفاد تحقیقات یادشده، مرتبه‌ای دورتر از درخواست نیابت و ارسال به نیابت‌دهنده است. پس به دلیل فحوا، در جایی که مرجع مورد درخواست‌کننده، خود درخواست تحقیقات از نیابت‌گیرنده را می‌کند، از لحاظ فرض وثاقت قاضی نیابت‌گیرنده و تطبیق با مقصود شارع و اینکه در محدوده درخواست یادشده عمل کرده است، مأخوذ به مفاد نیابت انجام‌شده می‌شود و مکلف است طبق آن رأی صادر کند. این‌ها هیچ منافاتی با استقلال قاضی نیابت‌دهنده ندارد.

انشا باشد نه اخبار؛ زیرا اخبار الزامی ایجاد نمی‌کند (نجفی، ۱۴۲۱ق، ج ۲۰، ص. ۴۰۸). در جای دیگر، دو ضابطه حاجت و نیاز مردم به اثبات و همچنین، تعذر اقامه دلیل در محکمه مجری حکم می‌تواند دو معیار در پذیرش و تنفیذ کتابت قاضی قرار گیرد (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ج ۴، ص. ۳۶۴). تنفیذ کتابت قاضی به اجماع فقهای امامیه و اهل سنت تنها در حقوق الناس است و در حدود جریان نمی‌یابد (حلی، ۱۳۷۴، ج ۸، ص. ۴۴۷). تنفیذ به معنای اعتبارشناسی حکم و اجرای آن در محل مکتوب‌الیه است (حلی، ۱۳۷۴، ج ۸، ص. ۴۴۶). می‌دانیم که کتابت قاضی برای اجرای حکم قاضی نخست توسط قاضی ثانی به واسطه بعد مسافت است نه از باب ولایت قضات بر یکدیگر، بلکه از باب حجیت ولایت قاضی بر متخاصمان است که اجرای حکم قاضی اول توسط قاضی اجراکننده، به واسطه اعتبار شرعی ولایت قاضی بر طرفین دعوی است.

ماده ۲۰ قانون اجرای احکام مدنی بیان می‌دارد «هرگاه تمام یا قسمتی از عملیات اجرایی باید در حوزه دادگاه دیگری به عمل آید، مدیر اجرا انجام عملیات مزبور را به قسمت اجرای دادگاه آن حوزه محول می‌کند». بنابراین، ملاحظه می‌شود که اجرای حکم صادره در غیر از محل دادگاه حکم صادره امکان دارد و بخش اجرای احکام که به تعداد کافی مأمور و داوروز دارد، تمام احکام صادره توسط واحد اجرای احکام در معیت دادگاه نیابت‌گیرنده، اجرا می‌شود. اما اینکه حدود و قصاص و مجازات‌های سلب حیات و... توسط واحد اجرای احکام انجام می‌شود درحالی‌که فقه اسلامی مورد استثنای آن را حدود معرفی می‌کند، به لحاظ احتیاط در دما و عدم قطعیت و وثوق به حکم صادره توسط قاضی نخست و قصد مفاد آن توسط وی است. امروزه به دو لحاظ این مسئله منتفی است. یکی اینکه، قطعیت در اجرای احکام وجود دارد و بحث شبهه تغییر مکتوب یا امضای قاضی صادرکننده به واسطه ایمنی‌سنجی و در معیت دادگاه صادرکننده بودن وجود ندارد و دیگر اینکه، تنفیذ حکم توسط قاضی اجرای احکام و صدور اجراییه نوعی نیابت از قاضی صادرکننده حکم برای اجرای آن است^۱، اما این مسئله که آیا قاضی صادرکننده یک حوزه قضایی می‌تواند اجرای حکم را به محل دادگاه دیگری واگذار کند یا اینکه قاضی دادگاه یک شهرستان به شهرستان دیگری از جمله مرکز استان اجراییه صادر کند و سازوکار آن در قانون مشخص شود، نیازمند معرفی این مسئله توسط قانون‌گذار است. از سویی اینکه اجرای حکم نیاز به وثاقت از

۱. در اینجا نیابت قضایی منظور نیست، بلکه منظور از نیابت، معنی نوعی و عام وکالت در اجراست.

طرف نیابت‌دهنده یا نیابت‌گیرنده دارد، مشخص نشده جز اینکه ماده ۲۹۰ قانون آیین دادرسی مدنی تصدیق نیابت‌دهنده را ذکر کرده است درحالی‌که مطابق قواعد کتابت قاضی، تصدیق نیابت‌گیرنده کفایت می‌کند.^۱ مطابق احکام کتابت قاضی، اجرای حکم باید برای قاضی محل دیگر و ثوق ایجاد کند و این مسئله در ماده ۴۸۴ قانون آیین دادرسی کیفری به این شیوه بیان شده است که اجرای احکام کیفری تحت نظارت دادستان و با محوریت معاونت اجرای احکام صورت می‌پذیرد. از سویی ولایت قاضی صادرکننده و اجراکننده حکم و مسئله تغییر احوال و عزل آن‌ها در مراحل پیش و پس از اجرا یا در حین اجرا مشخص نشده که نیازمند بررسی خارج از محدوده این پژوهش است.

بنابراین، با توجه به ماهیت‌های یادشده، کتابت قاضی بر قاضی هم با شهادت بر شهادت هم با نهاد نیابت قضایی و هم با اجرای احکام صادره انطباق می‌یابد منتها باید منطبق بر اصول عمل به کتابت قاضی باشد تا وجه اثباتی خود را داشته باشد. از این رو باور بر این است که منطبق با مقصود شارع، نیابت قضایی برای اجرای احکام کیفری که مجازات آن‌ها حد شرعی است، امکان ندارد و تنها در اجرای احکام حقوقی و مجازات‌های کیفری غیر از حدود و احکام حقوقی نیابت برای اجرای مفاد حکم امکان دارد. پس باید در تقنین در حوزه جاری اقداماتی شود تا بهترین بازدهی را داشته باشد؛ زیرا در مواردی که حد نیست و مجازات‌های بدنی برگشت‌ناپذیر ندارد، اعطای نیابت در اجرای مجازات در مواردی که متهم در محلی که خود و خانواده‌اش به آن دسترسی راحت‌تری دارند، نفع متهم را تأمین می‌کند. این‌ها مسائلی است که مورد توجه قرار نگرفته است و باید برای اصلاح تقنین در این حوزه پاسخ کارشناسی به آن‌ها داده شود.

نتیجه‌گیری

آنچه از فقه اسلامی استنباط می‌شود، این است که شهادت بر شهادت تحت شرایطی در کتابت قاضی هم امکان دارد، اما تعداد آن مهم است که مطابق نظر بیشتر فقهای شیعه، شهادت دو نفر بر

۱. دوباره یادآوری می‌شود که تصدیق نیابت‌دهنده درخواست‌کننده نیابت با مصداق شرعی آن درحالی‌که نیابت‌دهنده متبرع به آن است، انطباق نمی‌یابد و باید این تصدیق برای مجری نیابت باشد که مورد درخواست قرار می‌گیرد؛ یعنی نیابت‌دهنده متبرع همان مجری نیابت مورد درخواست است و از این رو قید انتهایی ماده ۲۹۰ قانون آیین دادرسی مدنی نیز بر خلاف مسلمات فقهی مسئله است.

شهادت‌نامه مکتوب قاضی که آن را به صورت شفاهی با موضوع آن بیان کرده است، قدرت اثباتی دارد؛ زیرا شهادت بر شهادت تثبیت‌کننده شهادت شاهد اول است. امروزه این وثاقت به شیوه‌های دیگری از جمله اطمینان به عدم تحریف مفاد کتابت یا قاصد بودن قاضی در اجرای مفاد نیابت تأمین می‌شود و از این رو از نظر شرعی عمل به درخواست قاضی نیابت‌دهنده واجب می‌شود. همان‌گونه که بیان شد، ظاهر کلام فقها کتابت قاضی را به اخبار خود قاضی خواه مکتوب او باشد یا حضور پیدا کند و شفاهی بر مکتوبش شهادت دهد، مورد پذیرش می‌دانند منتها با ضابطه اقناع و علم برای قاضی دوم.

همان‌طور که تشریح شد، مفاد کتابت قاضی یا منطبق با نیابت قضایی برای تحقیقات است یا اینکه درخواست اجرای حکمی که مرجع نیابت‌دهنده صادر کرده، در محل مرجع نیابت‌گیرنده است. با وضع تحلیلی کتابت قاضی متوجه شدیم که در هر دو مورد، قواعد یادشده قابلیت انطباق با ماهیت‌های گفته‌شده را داراست. درحقیقت، راهی که کتابت قاضی در پی آن است، اجرای حکم و درخواست قاضی صادرکننده است؛ زیرا بر متخاصمان ولایت دارد.

از سویی با شناخت درست ماهیت یادشده، در این پژوهش از دو لحاظ هدف هدایت در تقنین مدنظر نگارندگان است. اول اینکه، از لحاظ وحدت طریق، مسائل کتابت قاضی و اجرای احکام صادره، احکام یادشده در تطبیق با ماهیت شرعی کتابت قاضی در لواحق خود از جمله آیین‌نامه‌ها تدوین شوند. دوم اینکه، خلأهای یادشده در این پژوهش بر ادبیات تحقیق در این حوزه بیفزاید. پس با شناخت دو هدف بالا و همسو با تحلیل‌های این پژوهش، قید تصدیق نیابت‌دهنده در ماده ۲۹۰ آیین دادرسی مدنی خلاف منظور شرعی آن تدوین شده است و باید اصلاح شود؛ زیرا تصدیق نیابت‌دهنده در اینجا هنگامی است که خود متبرع به اجرای مفاد درخواست باشد؛ یعنی اینکه خود به تحقیقاتی دست یافته و حال یا برای اجرای حکمی که صادر شده یا تحقیقی که باعث وثوق در نظر قاضی شده است، برای اجرایی شدن نیازمند هماهنگی با قاضی محل اجرا باشد، شرعاً نص این تصدیق را مورد قبول می‌داند و در جایی که درخواست برای انجام دادن امور یادشده توسط مرجعی دیگر در محدوده‌ای دیگر باشد، به دلیل فحوا و با قیاس اولویت باید از چنین احکامی تبعیت کند درحالی‌که قانون‌گذار فرضی را در نیابت پیش‌بینی کرده است که قاضی نیازمند بررسی و تحقیق باشد و اجرای تحقیق را از دیگری در محدوده‌ای مشخص درخواست می‌کند. در اینجا برای همسویی با مقصود شارع، تصدیق نیابت‌گیرنده‌ای که مورد درخواست تحقیق

است، منطبق با تصدیق متبرع است. از این رو قید انتهایی ماده ۲۹۰ نیازمند اصلاح یا حذف است. از سویی مشخص شد که کتابت قاضی القاکننده معنی دومی نیز هست و آن اینکه، با نیابت قضایی حدود را نمی‌توان اجرا کرد. آنچه امروز در اجرای احکام توسط قاضی اجرای احکام اجرا می‌شود، عمل به نیابت قضایی نیست، بلکه اجرای نیابتی حکم قاضی صادرکننده در همان حوزه قضایی است. پس تحقق نیابت قضایی برای اجرای احکام در غیر اجرای حدود، حتی جنبه‌های غیرحدی و آثار حدود امکان دارد و می‌تواند اجرا شود درحالی‌که این مسئله وارد حوزه تقنین نشده است. همچنین، برای وحدت طریقی که نیابت قضایی با یکی از اقسام شهادت بر شهادت دارد، در حوزه نیابت قضایی برای امور تحقیق اگر ناظر بر امور مدنی باشد و دلیل منحصر حکم باشد، قانون دادرسی مدنی با قید هرچند اضافی و ثوق نیابت‌دهنده، اجازه عمل به آن توسط مرجع نیابت‌گیرنده را صادر کرده است، اما در قانون دادرسی کیفری بدون تفکیک میان تحقیق در امور غیرحدی و حدی اگر دلیل حکم باشد، تنها توسط خود قاضی را که قصد نیابت داشته، پیش‌بینی کرده است درحالی‌که شرعاً نیابت برای اجرای حکم ممنوع است نه نیابت برای تحقیق. مسئله اخیر نیز تنها در این پژوهش معرفی شده که امید است طریقه‌های یادشده هدایتگر تقنین در حوزه جاری باشد.

منابع

- (۱) قرآن کریم.
- (۲) اسماعیل پور قمشاهی، محمدعلی (۱۴۲۱ق). البراهین الواضحات (جلد ۲). المطبعة العلمية.
- (۳) حسینی عاملی، محمدجواد بن محمد (۱۴۱۹ق). مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة (جلد ۲۵). قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم و دفتر انتشارات اسلامی.
- (۴) حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام (جلد ۴). قم: اسماعیلیان.
- (۵) حلی، حسن بن یوسف (۱۳۷۴). مختلف الشیعة فی احکام الشریعة (جلد ۸). قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم و دفتر انتشارات اسلامی.
- (۶) حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق). مختلف الشیعة (جلد ۸). چاپ ۲، قم: انتشارات اسلامی.
- (۷) حلی، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ق). تحریر الاحکام (جلد ۵). چاپ ۱، قم: امام صادق (علیه السلام).
- (۸) حمیری، نشوان بن سعید (۱۴۲۰ق). شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلوم (جلد ۴). چاپ ۱، بیروت: دارالفکر.
- (۹) الحنفی، سراج الدین عمر بن ابراهیم بن نجیم (۱۴۳۵ق). النهر الفائق شرح کنز الدقائق (جلد ۳). چاپ ۱، دارالکتب العلمیه.
- (۱۰) رشتی، حبیب الله بن محمد علی (۱۴۰۱ق). کتاب القضاء. قم: دارالقرآن الکریم.
- (۱۱) سرخسی، محمد بن احمد بن ابی سهل (۱۴۱۴ق). المبسوط (جلد ۱۶). بیروت: دارالمعرفة.
- (۱۲) سمرقندی، محمد بن احمد بن ابی احمد ابوبکر (۱۴۱۴ق). تحفة الفقها (جلد ۳). چاپ ۲، بیروت: دارالکتب العلمیه.
- (۱۳) شهید ثانی، زین الدین جبعی عاملی (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة (جلد ۳). چاپ ۱، قم: کتابفروشی داوری.
- (۱۴) شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق). مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام (جلد ۱۴). قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- (۱۵) شیخی زاده، عبدالرحمان بن محمد بن سلیمان (۱۴۳۱ق). مجمع الانهر فی شرح ملتقی الابحر (جلد ۲). دار احیاء التراث العربی.
- (۱۶) طباطبایی کربلایی، علی بن محمد علی (۱۴۰۴ق). ریاض المسائل (جلدهای ۲ و ۱۵). قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام) لاحیاء التراث.
- (۱۷) طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۱۴ق). تکملة العروة الوثقی (جلد ۲).
- (۱۸) طباطبایی، سید علی (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل (جلد ۱۵). چاپ ۱، قم: آل البيت (علیهم السلام).
- (۱۹) طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الامامیه (جلد ۸). تهران: مکتبه المرتضویه.

- ۲۰) طوسی، محمدبن حسن (۱۳۹۰ق). الاستبصار فی ما اختلف من الاخبار (جلد ۳). چاپ ۱، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- ۲۱) طوسی، محمدبن حسن (۱۴۰۷ق). تهذیب الاحکام (جلد ۶). چاپ ۴، تهران: دارالکتب العلمیه.
- ۲۲) العبادی الزبیدی، ابوبکر بن علی بن محمد الحدادی الیمنی الحنفی (۱۳۲۲ق). الجوهره الثیرة (جلد ۲). چاپ ۱، المطبعة الخیریه.
- ۲۳) عراقی، ضیاءالدین (۱۳۸۷). کتاب القضا. قم: مؤسسه معارف اسلامی امام رضا (علیه السلام).
- ۲۴) علوی، سیدجعفر و رضوانی، غلامحیدر (۱۳۹۸). بررسی نظریه مشهور در شهادت بر شهادت. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۱ (۲۰)، صص. ۱۵۳-۱۷۸. doi:10.30513/cjd.2020.477
- ۲۵) فاضل موحدی لنکرانی، محمد (۱۴۲۷ق). تفصیل الشریعة (القضاء والشهادات). قم: مرکز فقه الائمه الاطهار (علیهم السلام).
- ۲۶) فاضل هندی، محمدبن حسن (۱۴۱۶ق). کشف اللثام عن قواعد الاحکام (جلد ۱۰). قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم و دفتر انتشارات اسلامی.
- ۲۷) فخرالمحققین، محمدبن حسن (۱۳۸۷ق). ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد (جلد ۴). قم: اسماعیلیان.
- ۲۸) فیض کاشانی، محسن (۱۴۰۶ق). وافی (جلد ۱۶). چاپ ۱، اصفهان: کتابخانه امیرالمؤمنین (علیه السلام).
- ۲۹) قمی، محمدبن علی بن بابویه (۱۴۱۳ق). من لایحضره الفقیه (جلد ۴). چاپ ۲، قم: انتشارات اسلامی.
- ۳۰) کلینی، محمدبن یعقوب (۱۴۰۷ق). الکافی (جلد ۷). تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- ۳۱) محدث نوری، میرزا حسین (۱۴۰۸ق). مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل (جلد ۱۷). ص. ۴۰۱.
- ۳۲) محقق اردبیلی، احمدبن محمد. مجمع الفوائد والبرهان (جلد ۱۲).
- ۳۳) المزنی، اسماعیل بن یحیی بن اسماعیل ابوالبراهیم (۱۴۳۱ق). مختصر المزنی. بیروت: دارالمعرفة.
- ۳۴) موسوی اردبیلی، عبدالکریم (۱۳۸۱). فقه القضا (جلد ۲). قم: جامعه المفید و مؤسسه النشر، ص. ۳۵۲.
- ۳۵) موسوی خمینی، سیدروح الله (۱۴۲۵ق). تحریر الوسیلة (جلد ۴).
- ۳۶) میرداداشی کاری، سیدمهدی، عسگری، علیرضا و کشاورز، علی (۱۳۹۹). اقسام شهادت بر شهادت؛ رهیافتی بر ضوابط صحیح تحمل و ادای آن در نظام حقوقی ایران با رویکردی بر فقه امامیه. مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ۱۱ (۲۱)، صص. ۲۷۳-۲۹۷. doi:10.22034/law.2020.12638
- ۳۷) نجفی، محمدبن حسن بن باقر (۱۴۲۱ق). جواهر الکلام (جلد ۲۰). قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام).

- ۳۸) نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام (جلد ۴۱). چاپ ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- ۳۹) نسفی، ابوالبرکات عبدالله بن احمد بن محمود حافظ‌الدین (۱۴۳۲). کنزالدقائق. چاپ ۱، دارالبشائر الاسلامیة و دارالسراج.
- ۴۰) واعظ زاده خراسانی، محمد، و آستان قدس رضوی. بنیاد پژوهش‌های اسلامی (۱۳۸۸). المعجم فی فقه لغه القرآن و سرّ بلاغته (جلد ۳). مشهد: بنیاد پژوهش‌های اسلامی.

References

- 1) The Holy Quran.
- 2) Al-'Abbādī al-Zobaydī, Abū Bakr ibn 'Alī ibn Mohammad al-Ḥaddādī al-Yamanī al-Ḥanafī (1322 AH). Al-Jawharah al-Nayyera (Volume 2). 1st ed., Al-Maṭba'ah al-Khayrīya [in Arabic].
- 3) Alavī, Sayyed Ja'far and Rezvānī, Ghollām-Heydar (1398 SH). "Barrasi-ye Nazariyeh-ye Mashhūr dar Shahādāt bar Shahādāt" [An Examination of the Famous Theory on Testimony upon Testimony]. Āmūzeh-hā-ye Feqh-e Madanī [Civil Jurisprudence Lessons], 11 (20), pp. 153-178. doi:10.30513/cjd.2020.477 [in Persian].
- 4) Al-Ḥanafī, Serāj al-Dīn 'Omar ibn Ebrāhīm ibn Najīm (1435 AH). Al-Nahr al-Fā'eq Sharḥ Kenz al-Daqā'eq (Volume 3). 1st ed., Dār al-Kotob al-'Elmiya [in Arabic].
- 5) Al-Maznī, Esmā'il ibn Yahyā ibn Esmā'il Abū Ebrāhīm (1431 AH). Mokhtaṣar al-Maznī. Bayrūt: Dār al-Ma'rafa [in Arabic].
- 6) Erāqī, Zīā' al-Dīn (1387 SH). Ketāb al-Qazā. Qom: Mo'assese-ye Ma'āref-e Eslāmī Emām Rezā (alayh al-salām) [in Arabic].
- 7) Esmā'il-Pūr Qomsha'i, Mohammad-'Alī (1421 AH). Al-Borāhīn al-Vāzehāt (Volume 2). Al-Maṭba'ah al-'Elmiya [in Arabic].
- 8) Fakhr al-Moḥaqeqīn, Mohammad ibn Ḥasan (1387 AH). Ezāḥ al-Favā'ed fi Sharḥ Eškālāt al-Qavā'ed (Volume 4). Qom: Esmā'iliān [in Arabic].
- 9) Fayz Kāshānī, Mohsen (1406 AH). Vāfi (Volume 16). 1st ed., Eṣfahān: Ketābkhāne-ye Amīr al-Mo'menīn ('alayh al-salām) [in Arabic].
- 10) Fāzel Hendī, Mohammad ibn Ḥasan (1416 AH). Kaṣf al-Letām 'an Qavā'ed al-Aḥkām (Volume 10). Qom: Jāme'a al-Modarresīn Ḥawza 'Elmiya Qom va Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī [in Arabic].
- 11) Fāzel Movahhedī Lenkerānī, Mohammad (1427 AH). Tafṣīl al-Sharī'a (al-Qazā wa al-Shahādāt). Qom: Markaz Feqh al-A'emma al-Aṭḥār ('alayhem al-salām) [in Arabic].
- 12) Ḥamīrī, Nashvān ibn Sa'id (1420 AH). Shams al-'Olūm va Davā' Kalām al-'Arab men al-Kolūm (Volume 4). 1st ed., Bayrūt: Dār al-Fekr [in Arabic].
- 13) Ḥellī, Ḥasan ibn Yūsuf (1374 SH). Mokhtalef al-Shī'a fi Aḥkām al-Sharī'a (Volume 8). Qom: Jāme'a al-Modarresīn Ḥawza 'Elmiya Qom va Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī [in Arabic].
- 14) Ḥellī, Ḥasan ibn Yūsuf (1413 AH). Mokhtalef al-Shī'a (Volume 8). 2nd ed., Qom: Enteshārāt-e Eslāmī [in Arabic].
- 15) Ḥellī, Ḥasan ibn Yūsuf (1420 AH). Taḥrīr al-Aḥkām (Volume 5). 1st ed., Qom: Emām Ṣādeq ('alayh al-salām) [in Arabic].
- 16) Ḥellī, Ja'far ibn Ḥasan (1408 AH). Sharā'e al-Eslām fi Masā'el al-Ḥalāl va al-Ḥarām (Volume 4). Qom: Esmā'iliān [in Arabic].
- 17) Ḥosseynī 'Āmelī, Mohammad-Javād ibn Mohammad (1419 AH). Mofteḥ al-Karāma fi Sharḥ Qavā'ed al-'Allāma (Volume 25). Qom: Jāme'a al-Modarresīn Ḥawza 'Elmiya Qom va Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī [in Arabic].
- 18) Kolaynī, Mohammad ibn Ya'qūb (1407 AH). Al-Kāfi (Volume 7). Tehrān: Dār

- al-Kotob al-Eslāmiya [in Arabic].
- 19) Mirdādāshī Kārī, Sayyed Mehdi, Asgarī, ‘Alī-Rezā and Keshāvarz, ‘Alī (1399 SH). “Aqsām-e Shahādāt bar Shahādāt; Raheyāftī bar Zavābet-e Şaḥīḥ-e Taḥammol va Edā-ye Ān dar Neẓām-e Hoqūqī-ye Īrān bā Rūyekardī bar Feqh-e Emāmīya” [Types of Testimony upon Testimony; An Approach to the Correct Rules of Bearing and Paying It in the Iranian Legal System with a View to Imami Jurisprudence]. *Motāle‘āt-e Hoqūq-e Tatbīqī-ye Mo‘āşer* [Contemporary Comparative Law Studies], 11 (21), pp. 273-297. doi:10.22034/law.2020.12638 [in Persian].
 - 20) Moḥaddet Nūrī, Mīrzā Ḥosayn (1408 AH). *Mostadrak al-Vasā‘el va Mostanbat al-Masā‘el* (Volume 17). p. 401 [in Arabic].
 - 21) Moḥaqqueq Ardebīlī, Aḥmad ibn Mohammad (n.d.). *Majma‘ al-Fā‘eda va al-Borhān* (Volume 12) [in Arabic].
 - 22) Mūsavī Ardebīlī, ‘Abd al-Karīm (1381 SH). *Feqh al-Qazā* (Volume 2). Qom: Jāme‘a al-Mofid va Mo‘assese-ye al-Naşr [in Arabic].
 - 23) Mūsavī Khomeynī, Sayyed Rūḥ-Allah (1425 AH). *Taḥrīr al-Vasīla* (Volume 4) [in Arabic].
 - 24) Najafī, Mohammad Ḥasan (1404 AH). *Javāher al-Kalām* (Volume 41). 7th ed., Bayrūt: Dār Eḥyā‘ al-Torāṭ al-‘Arabī [in Arabic].
 - 25) Najafī, Mohammad ibn Ḥasan ibn Bāqer (1421 AH). *Javāher al-Kalām* (Volume 20). Qom: Mo‘assese-ye Dā‘ere-ye al-Ma‘āref-e Feqh-e Eslāmī bar Mazhab-e Ahl al-Bayt (‘alayhom al-salām) [in Arabic].
 - 26) Nasafī, Abū al-Barakāt ‘Abd-Allah ibn Aḥmad ibn Maḥmūd Ḥāfez al-Dīn (1432 AH). *Kenz al-Daqa‘eq*. 1st ed., Dār al-Bašā‘er al-Eslāmīya va Dār al-Serāj [in Arabic].
 - 27) Qomī, Mohammad ibn ‘Alī ibn Bābūya (1413 AH). *Man Lā Yaḥzoroh al-Faqīh* (Volume 4). 2nd ed., Qom: Enteshārāt-e Eslāmī [in Arabic].
 - 28) Rashtī, Ḥabīb-Allah ibn Mohammad-‘Alī (1401 AH). *Ketāb al-Qazā*. Qom: Dār al-Qor‘ān al-Karīm [in Arabic].
 - 29) Samarqandī, Mohammad ibn Aḥmad ibn Abī Aḥmad Abū Bakr (1414 AH). *Toḥfat al-Foqhā* (Volume 3). 2nd ed., Bayrūt: Dār al-Kotob al-‘Elmiya [in Arabic].
 - 30) Sarkhasī, Mohammad ibn Aḥmad ibn Abī Sahal (1414 AH). *Al-Mabsūt* (Volume 16). Bayrūt: Dār al-Ma‘refa [in Arabic].
 - 31) Shahīd Ṭānī, Zayn al-Dīn Jeb‘ī ‘Āmeli (1410 AH). *Al-Rawza al-Bahiya* (Volume 3). 1st ed., Qom: Ketābforūshī Dāvari [in Arabic].
 - 32) Shahīd Ṭānī, Zayn al-Dīn ibn ‘Alī (1413 AH). *Masālek al-Afhām elā Tanqīḥ Sharā‘e‘ al-Eslām* (Volume 14). Qom: Mo‘assese-ye Ma‘āref-e Eslāmīya [in Arabic].
 - 33) Sheykhī-Zāda, ‘Abd al-Raḥmān ibn Mohammad ibn Solaymān (1431 AH). *Majma‘ al-Anhār fi Sharḥ Moltagā al-Abḥār* (Volume 2). Dār Eḥyā‘ al-Torāṭ al-‘Arabī [in Arabic].
 - 34) Ṭabāṭabā‘ī Karbalā‘ī, ‘Alī ibn Mohammad-‘Alī (1404 AH). *Riyāz al-Masā‘el* (Volumes 2 and 15). Qom: Mo‘assese-ye Āl al-Bayt (‘alayhom al-salām) le-

- Eḥyā' al-Torāt [in Arabic].
- 35) Ṭabāṭabā'ī Yazdī, Sayyed Mohammad-Kāẓem (1414 AH). Takmela-ye al-'Orva al-Votqā (Volume 2) [in Arabic].
 - 36) Ṭabāṭabā'ī, Sayyed 'Alī (1418 AH). Riyāz al-Masā'el (Volume 15). 1st ed., Qom: Āl al-Bayt ('alayhom al-salām) [in Arabic].
 - 37) Ṭūsī, Mohammad ibn Ḥasan (1387 AH). Al-Mabsūṭ fi Feqh al-Emāmiya (Volume 8). Tehrān: Maktaba al-Mortazaviya [in Arabic].
 - 38) Ṭūsī, Mohammad ibn Ḥasan (1390 AH). Al-Estebṣār fi Mā Ekhtalaf men al-Akhbār (Volume 3). 1st ed., Tehrān: Dār al-Kotob al-Eslāmiya [in Arabic].
 - 39) Ṭūsī, Mohammad ibn Ḥasan (1407 AH). Tehzīb al-Aḥkām (Volume 6). 4th ed., Tehrān: Dār al-Kotob al-'Elmiya [in Arabic].
 - 40) Vā'eẓ Zāda Khorrāsāni, Mohammad, and Āstān-e Qods-e Razavi. Boniād-e Pažūheš-hā-ye Eslāmi (1388 SH). Al-Mo'jam fi Feqh-e Loghah al-Qor'ān va Sorr-e Balāghat-e Ān (Volume 3). Mashhad: Boniād-e Pažūheš-hā-ye Eslāmi [in Arabic].

A Reflection on the Practice of the Guardian Council in Examining the Jurisprudential Requirements Relevant to International Treaties

Abbas Ali Kadkhodaei Elyaderani · Professor, Department of Public Law, Faculty of Law
and Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran. kadkhoda@ut.ac.ir

Ali Fattahi Zafarghandi · Assistant Professor, Constitutional Council Research Institute,
Tehran, Iran. a.fattahi.zafarghandi@gmail.com

Amir Lohrasbi · LLM in International Law, Faculty of Law and Political Sciences, University
of Tehran, Tehran, Iran. (Corresponding Author) lohrasbi.amir110@gmail.com

Abstract

1. Introduction

The Iranian legal landscape is deeply rooted in Islamic principles, with the Constitution of the Islamic Republic of Iran enshrining many principles that affirm the integration of the legal system with Islamic norms. This integration is explicitly emphasized in the constitutional provisions, notably article 1, clause 12 of article 2, and particularly article 4. However, the practical implementation of Islamic laws in the Islamic Republic of Iran is entrusted to various legal and executive systems, with the Guardian Council holding a significant role. This council, in accordance with articles 4 and 96 of the Constitution, assumes the responsibility of ensuring that the legal and executive systems align with Islamic principles.

In every legal system, there exists a hierarchy of norms, necessitating the alignment of domestic regulations and laws with fundamental principles at the top of the legal hierarchy. In the context of the Islamic Republic of Iran, this alignment is particularly crucial when considering the approval of international treaties. The approval of such treaties in the country sets the stage for a confrontation between domestic and international legal systems. Any discordant interpretation of the foundations of these legal systems leads to distinct legal consequences for the nation. Therefore, understanding the relationship between domestic and international law in the Iranian legal system requires an examination of the Islamic perspective on the interaction between these two legal systems.



2. Research Question

This study seeks to address the following central question: How does the Iranian legal system, guided by the Islamic perspective, manage the relationship between domestic and international law in the context of the approval of international treaties?

3. Research Hypothesis

The hypothesis guiding this research is that the Islamic legal principles, as interpreted by the Guardian Council, emphasize the unity of domestic and international legal systems. Unlike contemporary legal systems, where distinctions between domestic and international laws are shaped by practical considerations, Islamic jurisprudence tends towards a unified legal system. This hypothesis is rooted in the understanding that the Islamic conception of state and governance differs significantly from modern concepts, resulting in a more unified legal framework.

4. Methodology & Framework, if Applicable

This research employs a descriptive-analytical approach, utilizing library-based data collection methods. The focus of the study is on examining the legal framework governing international treaties in the Islamic Republic of Iran, with specific attention to the perspectives articulated by the Guardian Council. By delving into the Council's interpretations of international treaties, this research aims to shed light on the compatibility of these treaties with Islamic legal standards. The chosen methodology allows for an in-depth exploration of the legal and religious foundations that influence Iran's approach to international agreements, emphasizing the importance of ensuring conformity with Sharia principles.

In summary, this paper aims to elucidate the Guardian Council's role in evaluating the legal implications of international treaties in Iran, offering insights into how Islamic principles shape the nation's approach to both domestic and international legal frameworks.

5. Results & Discussion

International treaties and agreements, while fundamentally serving international interests, require integration and coherence with domestic laws according to each nation's legal system. In the Iranian context, international agreements remain independent until approved by the competent authorities in accordance with domestic laws. However, the

shadow of their obligatory effects persists due to elements of international customary law, placing the nation's international commitments under its influence.

Aligned with the principles of the Islamic Republic of Iran, where the sacred Sharia and the Constitution occupy the top tier of the legal hierarchy, ordinary laws and other domestic regulations occupy lower levels. Given the adherence to both domestic and international legal systems in the country's laws, international agreements cannot be exempt from this hierarchical structure. According to the Guardian Council's theories and its practices in reviewing international agreements, it emphasizes the necessity for international agreements to align with Sharia principles, akin to their conformity with ordinary parliamentary resolutions.

Understanding these principles becomes doubly crucial when the subjects of international treaties concern private individuals subject to national laws. This is prominently observed in numerous judicial cooperation agreements, often incorporating criticisms and Sharia-based regulations from the Guardian Council in the examination of international documents.

6. Conclusion

In conclusion, international treaties and agreements in the Islamic Republic of Iran are subject to a meticulous evaluation process, guided by the principles articulated by the Guardian Council. The integration of these agreements with the domestic legal hierarchy underscores the unified approach that the Iranian legal system endeavors to maintain. The Guardian Council, guided by principles such as The "Negation of Domination" Rule [Nafy-e-Sabil], prohibition of referring to unjust rulers, rejection and acceptance of non-Islamic foreign laws, prohibition of usury, and the Sharia compatibility of pre-revolution treaties, has established a consistent pattern in its decisions.

The study highlights the enduring significance of the Guardian Council's role in shaping Iran's international engagement, emphasizing the ongoing impact of its interpretations on various facets of international relations. As the Islamic Republic of Iran continues to navigate the global stage, the non-changing methodology of the Guardian Council in the realm of international documents signifies a steadfast commitment to its established approach. The study encourages ongoing scrutiny of the Guardian Council's influence in international agreements, anticipating

that its decisions will continue to shape the nation's standing in the international arena for the foreseeable future.

Keywords: International Treaties, International Law, Guardian Council, Constitutional Law.

تأملی بر رویه شورای نگهبان در بررسی الزامات فقهی حاکم بر معاهدات بین‌المللی

عباسعلی کدخدائی الیادرائی • استاد، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

kadkhoda@ut.ac.ir

علی فتاحی زفرقندی • استادیار، پژوهشکده شورای نگهبان، تهران، ایران.

a.fattahi.zafarghandi@gmail.com

امیر لهراسبی • دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

lohrasbi.amir110@gmail.com

(نویسنده مسئول)

چکیده

الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به معاهدات و توافق‌های بین‌المللی به منظور بهره‌گیری از ظرفیت آنان برای تأمین منافع و امنیت ملی، نشان از توجه حاکمیت به ضرورت ایفای نقش فعال و مؤثر در امضای چنین عهدنامه‌هایی است. در واقع نقش معاهدات بین‌المللی دو یا چندجانبه در اجرای سیاست‌های جمهوری اسلامی ایران در زمینه‌های متعدد امنیت جمعی، همکاری و توسعه بین‌المللی از جمله عللی است که اسباب تعاملات ایران در منطقه و جهان را رقم زده است. اما در این میان، چگونگی تنظیم و تدوین موافقت‌نامه‌های بین‌المللی از سوی دولت در اجرای اصول ۷۷ و ۱۲۵ قانون اساسی، جنبه‌ای قابل تأمل از این فرآیند است که در نمود تصمیمات شورای نگهبان در نظام حقوقی کشور متجلی است. آنچه مسأله اصلی این تحقیق را شامل می‌شود «چگونگی خوانش فقهی اسناد بین‌المللی از منظر فقهای شورای نگهبان» است تا با روش تحقیق توصیفی تحلیلی و به شیوه گردآوری اطلاعات کتابخانه‌ای و ضمن «تحلیل رویه» دادرسی اساسی، برداشت شورای نگهبان از مبانی حقوق بین‌الملل در تحکیم استدلالات فقهی خود را نشان دهد.

واژگان کلیدی: معاهدات بین‌المللی، حقوق بین‌الملل، شورای نگهبان، قانون اساسی.



مقدمه

در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، اصول بسیاری مؤید ابتدای نظام حقوقی کشور بر موازین و احکام اسلامی است که از ملاحظه برخی اصول قانون اساسی همچون اصل اول، بند ۱۲ اصل دوم، بند ۱۶ اصل سوم و به ویژه اصل چهارم، برداشتی جز قرارگیری شریعت اسلام در راس سلسله مراتب هنجاری نظام حقوقی کشور حاصل نمی‌شود.

بر این اساس اقتضای اجرای احکام اسلامی در جمهوری اسلامی ایران که وفق قانون اساسی به صراحت از اسلام به عنوان دین رسمی خود یاد کرده است جملگی نظامات تقنینی و اجرایی کشور را در حدود و ثغور معینی قرار خواهد داد که به استناد اصول ۴ و ۹۶ قانون اساسی، این وظیفه بر عهده شورای نگهبان خواهد بود.

اما در هر نظام حقوقی میان هر یک از هنجارهای حقوقی سلسله مراتبی جاری است که بدان واسطه لزوم تطابق مقررات و قوانین کشور با چنین قواعدی که در راس هرم هنجاری نظام حقوقی کشور قرار دارند ضرورت پیدا می‌کند. بر اساس ابتدای جمهوری اسلامی ایران بر حاکمیت قانون که در آن قانون اساسی به منزله قانونی که در جایگاه والایی در سلسله مراتب هنجارهای حقوقی کشور قرار دارد قوانین عادی و آیین‌نامه‌ها را در مراتب پایین‌تری از اصول قانون اساسی و احکام شریعت اسلام به استناد اصل ۴ همان قانون قرار می‌دهد (قاضی، ۱۳۹۶، ص. ۴۷).

به همین رو است که تصویب عهدنامه‌های بین‌المللی در کشور صحنه تقابلی میان دو نظام حقوق داخلی و بین‌المللی است که در این تقابل، هر نوع قرائت ناهماهنگ از مبانی این نظامات حقوقی، کشور را با آثار حقوقی متفاوتی مواجه می‌سازد. لذا چگونگی رابطه حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل در نظام جمهوری اسلامی ایران که پیش‌نیاز بررسی و شناخت الزامات فقهی و قانون اساسی حاکم بر عهدنامه‌های بین‌المللی است تنها با شناخت دیدگاه اسلام در خصوص چگونگی ارتباط این دو نظام حقوقی حاصل می‌شود.

باید افزود در شریعت اسلام میان دو نظام یگانگی حقوق داخلی و بین‌المللی و دوگانگی آنان از یکدیگر، گرایش بر نظام یگانگی است؛ چراکه مفاهیم دولت-کشور در اسلام با مفهوم رایج و نوینی که در برگیرنده قلمرو حکومت قانون داخلی در جامعه بین‌الملل است تفاوت چشمگیر وجود دارد و اساساً نمی‌توان میان قوانین اسلام بر قلمرو داخلی و بین‌المللی تمایز قائل بود. در نظام اسلامی، مرزهای موجود همان مرزهای عقیدتی است در حالیکه مرزبندی در نظام معاصر

ناشی از اقتضائاتی است که در سایه عدم امکان تحقق جهان شمولی اسلام حاصل شده است. در حقیقت از رهگذر قانون اساسی که خود را با توجه به اصولی همچون بند ۱۶ اصل سوم و یازدهم مقید به فرض اول می‌داند و نظام حقوقی اسلام که در سایه نظریات فقهی شورای نگهبان مشهود است می‌توان چگونگی جایگاه حقوق داخلی و بین‌المللی در نظام جمهوری اسلامی ایران را تفسیر نمود. بدین اساس رویه شورای نگهبان در بررسی عهدنامه‌های بین‌المللی که مسئله اصلی این تحقیق را تشکیل می‌دهد به وضوح ادله‌ای بر پابندی جمهوری اسلامی ایران به وحدت حقوق داخلی و بین‌المللی است؛ چراکه اساساً نظریات فقهی شورای نگهبان در حوزه معاهدات بین‌المللی منطبق بر همان موازینی بوده است که سایر مصوبات عادی را بر پایه آن‌ها معایر موازین شرعی دانسته است و در این میان هیچ انتزاعی ناشی از ماهیت داخلی یا بین‌المللی مصوبات مجلس شورای اسلامی در رویکرد فقهی این شورا دیده نمی‌شود.

لذا پیوستگی نظام حقوق داخلی و بین‌المللی در قوانین ایران^۱ و نظریات شورای نگهبان، مقدمه بررسی و شناخت ضوابط فقهی عهدنامه‌های بین‌المللی در جامعه بین‌الملل قرار می‌گیرد تا امضاء و تصویب هر موافقت‌نامه بین‌المللی حقوقی تشریفاتی، مستلزم احصاء و فراگیری این الزامات در سلوک سیاست خارجی کشور باشد.

بدین منظور مقاله حاضر با روش تحقیق توصیفی تحلیلی و به شیوه گردآوری اطلاعات کتابخانه‌ای، ضوابط فقهی حاکم بر معاهدات بین‌المللی را از منظر شورای نگهبان مورد بررسی قرار می‌دهد تا فرضیه خود در لزوم تطابق فقهی عهدنامه‌های بین‌المللی با موازین شرعی همچون مصوبات عادی مجلس را به اثبات رساند.

۱. منع تثبیت سبیل غالب بر مسلمین

بر اساس این قاعده هرگونه سلطه و حاکمیت شخص حقیقی و حقوقی کافر بر مسلمان به حکم آیه

۱. با پذیرش فرض مذکور اما همچنان پرسشی مبنی بر چگونگی اولویت هریک بر دیگر مطرح است که از منتهج قوانین عادی قابل پاسخگویی است. اعتبار معاهدات بین‌المللی در شماری از قوانین عادی کشور همچون مواد ۹ قانون مدنی و قانون مجازات اسلامی قابل ارزیابی است که طبق آن می‌توان بر تفوق حقوق داخلی نسبت به حقوق بین‌المللی اذعان داشت. اما در مقابل از مقرراتی همچون ماده ۶۲ قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری و بند ۳ ماده ۳۶ قانون داورى تجارى بین‌المللى باید نام برد که نه تنها مخالف مفهوم فوق‌الذکر از آن قابل برداشت است بلکه مغایرت معاهدات سابق و آتی با قوانین عادی، اسباب ملغی و فاقد اعتبار دانستن مقررات عادی خواهد گردید.

«وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» در ابعاد فردی و اجتماعی از منظر اسلام جایز نیست و محتوای هر قرارداد بین‌المللی را که ابتدای آن بر حاکمیت کافر بر مسلمان بوده باشد باطل می‌گرداند (عمید زنجانی، ۱۳۷۹، ص. ۲۴۵).

استقلال کشور و لزوم حفظ آن در تمامی سطوح تصمیم‌گیری نزد جامعه بین‌الملل و دیگر کشورها از جمله قواعدی است که در نمود قاعده نفی سبیل، از سلطه عمومی و گسترده بر مسلمین به نحوی که مانع نفوذ کافران بر استقلال و تصمیم‌گیری‌های مسلمین گردد جلوگیری می‌کند.

ولیکن مادامی می‌توان قاعده نفی سبیل را به عنوان معیاری جهت تأیید یا رد مصوبات بین‌المللی قرارداد که نسبت به حصر مصادیق عینی و جاری آن اقدام شود. هرچند در مفهوم کلی حاکمیت کافر بر مسلمان فاقد ارزش حقوقی در هر مسند است اما اینکه چه مفادی از آن را می‌توان شاهد مدعای این اصل قلمداد کرد، نکته واجد اهمیتی است که همواره مورد ابهام و تردید بوده است.

بدون تردید مفهوم سبیل مفهومی ثابت است اما در تحقق و عینیت یافتن و مصادیق، متغیر و تابع شرایط زمانی و مکانی است. این مفهوم متأثر از شرایط و ظرفیت‌ها متغیر است. آنچه در یک برهه زمانی مصداق سبیل و تسلط را شامل می‌شده است اکنون می‌تواند در این عصر و دوران به نحو و نمط دیگری تفسیر شود. بنابراین در خصوص قاعده نفی سبیل همان طور که در اثبات آن از دلایل عقلی استفاده می‌شود بایسته است در به‌کارگیری و تطبیق مفهوم آن بر عهدنامه‌های بین‌المللی هم از دلایل و مقتضیات بهره جست (کرم‌زاده، فیض، ۱۳۹۸، ص. ۱۱۲).

با توجه به این امر نمود قاعده نفی سبیل فارغ از رویه شورای نگهبان در برخی اصول قانون اساسی متجلی است که از جمله آن می‌توان اصل ۸۰ قانون اساسی مبنی بر ضرورت تصویب مجلس در موارد دریافت و یا اعطای وام یا کمک‌های بدون عوض داخلی و خارجی، اصل ۸۱ درباره ممنوعیت دادن امتیاز تشکیل شرکت‌ها و موسسات به خارجیان، اصل ۱۳۹ در موارد صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری با شرط لزوم تصویب در هیئت وزیران، اصول ۸۲ و ۱۴۵ راجع به منع و محدودیت استخدام کارشناسان خارجی و منع عضویت آنان در ارتش و نیروهای انتظامی کشور، اصل ۱۴۶ پیرامون ممنوعیت استقرار پایگاه‌های نظامی خارجی در کشور و در نهایت اصل ۱۵۳ در رابطه با منع جملگی قراردادهایی که موجب سلطه

بیگانگان بر کشور شود نام برد.

اما با وجود اصول برشمرده شده فوق‌الذکر در تعیین مصادیق قاعده نفی سبیل در قانون اساسی، اکنون آنچه اهمیت می‌یابد چگونگی دیدگاه و رویکرد شورای نگهبان در احراز مصادیق قاعده نفی سبیل از بطن موافقت‌نامه‌های بین‌المللی است که در گفتارهای پیش‌رو به تشریح آن پرداخته خواهد شد.

۱.۱. عدم همراهی در تقویت معاندین

یکی از توجهات شورای نگهبان در حوزه عدم تغایر اسناد بین‌المللی با قاعده نفی سبیل، موضوع عضویت جمهوری اسلامی ایران در نهادهای بین‌المللی است که چنانچه با عضویت کشور در چنین مجامعی به تقویت کشورهای معاند منتهی گردد با ایراد شرعی مبتنی بر قاعده فوق‌الذکر مواجه خواهد شد.

در این خصوص از لایحه عضویت دولت جمهوری اسلامی ایران در بنیاد اروپایی مدیریت کیفیت می‌توان سخن گفت که ماده ۲ آن مقرر می‌داشت: «هدف بنیاد عبارت است از ایجاد نوعی کیفیت پایدار در سازمان‌های اروپایی براساس بینشی از دنیا که در آن سازمان‌های اروپایی برتر از همه باشند.» در واقع شورای نگهبان عضویت در نهادی را که سازمان‌های اروپایی برتر از سایرین قلمداد کردند اولاً باعث تقویت کشورهای معاندی که سبب سلطه آنان بر کشور می‌شود می‌داند و دوم این الحاق را به ضرر کشور در نظر می‌گیرد.^۱

لذا از همین روست که شورای نگهبان در موارد متعددی از لوایح الحاق جمهوری اسلامی ایران به نهادها یا سازمان‌های بین‌المللی، ضرورت اجرای اصل ۸۰ قانون اساسی را در موارد پرداخت هرنوع کمک به مجامع مزبور یادآور می‌شود و بر لزوم تصویب مجلس شورای اسلامی در اینگونه موارد تاکید می‌ورزد تا از رهگذر تقویت آنان، سلطه‌ای در انواع زمینه‌های اقتصادی، سیاسی و

۱. نظریه شماره ۱۳۹۰/۳۰/۴۴۴۷۹ شورای نگهبان: ماده (۲)، از این حیث که موجب تقویت بعضی از کشورهای معاند می‌شود، خلاف موازین شرع شناخته شد. همچنین چون منتهی به اضرار به کشور جمهوری اسلامی ایران می‌گردد، مغایر قانون اساسی شناخته گردید.

فرهنگی بر جمهوری اسلامی ایران حادث نگردد.^۱

۲.۱. نهی سلطه بیگانه بر اقتصاد

وجود هر نحو احتمال مبنی بر آنکه قراردادهای بین‌المللی بتواند سلطه بیگانگان بر منابع کشور را فراهم آورد توجه شورای نگهبان در بررسی اسناد و عهدنامه‌های بین‌المللی را به خود جلب کرده است تا طی آن از ایجاد چنین سلطه زیان‌آوری بر کشور جلوگیری شود. شورای نگهبان در ذیل نظریه ۸۰/۲۱/۱۵۳۷ پیرامون طرح تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی صراحتاً اطلاق و عموم مصوبه مذکور را در مواردی که موجب سلطه بیگانه بر اقتصاد کشور و نفوذ اجانب گردد مغایر تشخیص داد.

۳.۱. منع اعطای مصونیت به اشخاص حقیقی یا حقوقی خارجی

قاعده فقهی نفی سبیل ثبوت سلطه و سبیل کفار بر مسلمانان را تحت هیچ شرایطی نمی‌پذیرد که دلالت آن بر منع اعطای مصونیت به اتباع و اشخاص خارجی نیز بدون اطلاع و رضایت اشارت دارد. حق مصونیت، صفتی است که وجود و عدم آن، تابع اراده و اختیار قانون‌گذار است که امری اعتباری محسوب می‌شود. به همین دلیل شارع در وضع و عدم وضع یک قانون، تابع قواعد عامی است که در عرصه فقهی و حقوقی موظف به پیروی از آن است. بنابراین، هر مقنن که می‌تواند خاستگاه داخلی یا خارجی داشته باشد، در مقام وضع یک حکم مانند اعطای حق مصونیت، می‌بایست مصالح و مفاسدی را که بر عمل به آن مترتب است، در نظر گیرد. به هر حال، قول به مصونیت یا عدم اعطای آن، تابع وجود یا عدم دلیل شرعی و مستند حقوقی آن است. چنانچه رضایت و پذیرش دولت پذیرنده اسلامی، در اعطای حق مصونیت به تابعان دول خارجی اساس و مبنا قرار نگیرند، اعطای چنین حقی مصداق سلطه کفار بر مسلمانان و عدول از قاعده نفی سبیل است. اما از آنجایی که ظهور و بروز حق مصونیت در قالب پذیرش و تصویب داخلی معاهدات و

۱. نظریه ۹۶/۱۰۲/۲۰۹۳ در لایحه عضویت دولت جمهوری اسلامی ایران در مجمع مقامات مالیاتی کشورهای اسلامی، نظریه ۸۷/۳۰/۲۹۴۴۴ در لایحه عضویت دولت جمهوری اسلامی ایران در فدراسیون بین‌المللی آموزش اولیاء، نظریه ۸۷/۳۰/۲۹۴۴۳ در لایحه عضویت دولت جمهوری اسلامی ایران در صندوق همبستگی اسلامی برای توسعه، نظریه ۸۷/۳۰/۲۹۴۵۶ در لایحه عضویت دولت جمهوری اسلامی ایران در بنیاد اروپایی مدیریت کیفیت، نظریه در لایحه عضویت دولت جمهوری اسلامی ایران در انجمن بین‌المللی پارک‌های علمی

موافقت‌نامه‌های بین‌المللی توسط دولت پذیرنده قرار دارد لذا اساساً فرض عدم رضایت دولت پذیرنده در اعطای حق مصونیت و نقض قاعده نفی سبیل بدین طریق مطرح نیست. اما نکته قابل تأمل در مبنای عدم پذیرش مصونیت، محدوده و چارچوب عملی و اجرایی آن است. اگرچه برحسب نص صریح منابع معتبر فقهی اعطای حق مصونیت امری عقلایی است که شرع نیز با امضاء خود به آن مشروعیت بخشیده است و به واسطه عمل متقابل تقویت گشته است، لیکن این جواز تنها با لحاظ دو رکن اساسی خواهد بود که بدون ملاحظه آن در مفاد موافقت‌نامه‌های بین‌المللی، اسباب مغایرت شرعی آنان رقم خواهد خورد.

۱.۳.۱. محدوده موضوعی مصونیت

اذن اعطای حق مشروعیت به اتباع خارجی در نظر فقهای شورای نگهبان را می‌توان در گرو ضرورت کارکردی آنان دانست که در غیر اینصورت اعطای چنین حقی به هر شخص حقیقی یا حقوقی خارجی، خارج از دایره موضوعی مربوطه قرار می‌گیرد. بر اساس نظر مشهور فقها و به استناد آیه ۶ سوره توبه که بر جواز امان بخشیدن جان مشرکین در دارالاسلام تأکید می‌ورزد، حق مصونیت را در صورتی می‌توان شامل حال اشخاص دانست که نفس رسالت یا فرستاده بودن در آن مشهود و محرز باشد.^۱

در واقع مصونیت در تمامی برهه‌های تاریخ به‌حسب طبایع امور مطرح بوده که مورد تحکیم اسلام قرار گرفته است؛ تنها با این استثناء که با اصول و موازین شرعی مغایرت نداشته باشد و مصونیت حسب مأموریت و رسالت سیاسی شخص خارجی صورت گیرد. اما مشهود است که امروزه در روابط بین‌الملل، ضرورت کارکردی در لوای کارشکنی، مداخلات پنهان و آشکار، حمایت‌های موسمی و صوری قرار گرفته است تا فرستاده سیاسی را به اهدافش برساند (عمید زنجانی، ۱۳۷۹، ص. ۲۶۲). بنابراین اعطای مصونیت در جایی که زمینه «سبیل» عمده و غالب بر مسلمین فراهم می‌شود را نمی‌توان مورد قبول دانست. اما از طرفی دیگر احراز مصادیق سبیل و سلطه نیازمند امر کارشناسی (عقلانی) است که ارتباط مستقیمی با اقتضات زمان و مکان

۱. فخر رازی در ذیل آیه ۶ سوره توبه چنین می‌فرماید: هرگاه کسی از کفار و مشرکین به عنوان فرستاده سیاسی وارد دارالاسلام شود، نفس رسالت و فرستاده بودن او است که منجر به امان وی خواهد شد. رک:

دارد (علی دوست، ۱۳۸۳، ص. ۲۴۷).

۲.۳.۱. محدوده ماهوی مصونیت

آنچه که مصونیت نماینده سیاسی یک دولت یا سازمان بین‌المللی را در نزد شرع جلوه‌ای مشروع می‌بخشد صرفاً اعطای حق مصونیت در حوزه رسالت و اهداف معین و از پیش تعیین شده‌ای است که نماینده سیاسی را به واسطه آن کردار به وظایف خود می‌رساند. لذا اعطای هرگونه حق مصونیت به نماینده سیاسی خارجی در خاک دولت پذیرنده اسلامی مشخصاً مصداق روشنی از سبیل قلمداد می‌شود. بدین معنی اگر نماینده سیاسی در کشور پذیرنده اسلامی مرتکب جرم شود، از آن جهت که احکام کیفری اسلامی بر همه ساکنین قابل اعمال خواهد بود، نماینده مزبور نمی‌تواند به حکم قاعده نفی سبیل و استعلا از کیفر خود مصون بماند. حال حسب موضوع چنانچه مفاد معاهدات، موافقت‌نامه‌ها و اساسنامه سازمان‌های بین‌المللی اعطای حق مصونیت به اتباع و نمایندگان (سیاسی) خارجی را بدون در نظر داشتن ضرورت کارکردی و محدوده ماهوی اعمال آن بر کشور پذیرنده تحمیل نماید اساساً نمی‌توان استنباطی جزء مغایرت شرعی مصوبه مذکور به جهت عدول از قواعد فقهی نفی سبیل و استعلا متصور بود. گزاره‌ای که با امعان نظر در نظرات و رویه غالب شورای نگهبان کاملاً مشهود است. شورای نگهبان در مقام بررسی «موافقت‌نامه دوجانبه ایران و پاکستان در زمینه امور گمرکی» و «موافقت‌نامه ایران و کمیته حقوقی مشورتی آسیایی - آفریقایی راجع به ایجاد مرکز منطقه‌ای داوری در تهران» طی نظریات شماره ۸۴/۳۰/۱۲۴۰۳ و ۸۰/۲۱/۲۱۰۲ اعطای حق مصونیت به مأمورین گمرکی و کارمندان خارجی را از این جهت که مفاد آن در موافقت‌نامه به صورت مطلق بوده است و طرح دعوی (حقوقی و کیفری) را نسبت به جرائم ارتكابی زمان حضورشان در کشور ممنوع می‌داشت، مغایر شرعی دانست.^۱

۱. بند ۵ ماده ۱۰ «موافقت‌نامه دو جانبه در مورد کمک متقابل اداری و تحقیقاتی برای اجرای صحیح قانون گمرکی و جلوگیری از تخلفات گمرکی و مبارزه با آنها بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری اسلامی پاکستان» هیچ گونه دعوی کیفری یا حقوقی علیه مأمورین گمرکی مزبور در خلال مدت حضورشان در کشور درخواست‌کننده بدون رضایت کتبی و قبلی طرف درخواست‌شونده نباید اقامه شود. بند ۴ ماده ۴ «موافقت‌نامه بین دولت جمهوری اسلامی ایران و کمیته حقوقی مشورتی آسیایی - آفریقایی راجع به ایجاد مرکز منطقه‌ای داوری در تهران»: کارمندان خارجی مرکز از پیگرد قانونی در خصوص گفتار یا نوشتار و کلیه اعمال انجام شده توسط آنها در انجام وظایفشان مصون خواهند بود.

در این میان اطلاع و اذن دولت پذیرنده از حوزه قلمرو مصونیت نماینده یا تابعه خارجی از جمله مبانی بنیادینی است که عنصر «سبیل» بر مسلمین را زائل می‌گرداند. پس از آنکه شورای نگهبان طی نظریه ۸۴/۳۰/۱۲۴۰۳ در مورد موافقت‌نامه دوجانبه گمرکی ایران و پاکستان، اعطای مصونیت مطلق به مأمورین گمرکی وفق ماده ۱۰ موافقت‌نامه^۱ را مغایر شرعی اعلام کرد، افزودن قید «اطلاع» در مفاد اصلاحی ماده ۱۰ همین موافقت‌نامه باعث رفع ایراد شورای نگهبان گردید.^۲ در کنار این راهبرد پرسش اساسی دیگر، این است که آیا قاعده نفی سبیل که مصادیقی از آن در موافقت‌نامه‌های بین‌المللی توسط شورای نگهبان محرز دانسته می‌شود می‌تواند به مثابه سایر قواعد مسلم فقهی دیگر در تراحم با مصالح مهم‌تر، تخصص‌پذیر قلمداد گردد و اعراض آن در موارد مشابه امکان‌پذیر باشد؟ با این وجود نقطه ابهام دیگری نیز که بازهم در این اثناء وجود دارد جایگاه شورای نگهبان در مقام احراز چنین تراحمی خواهد بود که بدان صورت چگونه می‌توان شایستگی برای شورای نگهبان در مقام مصلحت‌سنجی متصور بود.

در نظر حقوقدانان مصلحت قابل سنجش و درجه‌بندی به صورت طیفی و دارای شدت و ضعف منفعت برای جامعه است. گاه اقتضای مصلحت در جامعه مستلزم تعطیلی چندین حکم اولیه اسلامی و یا ایجاد سبیل غالب بر مسلمین است که تشخیص آن صرفاً بر عهده حاکم اسلامی یا مرجع مأذون ایشان می‌باشد. اما در مواردی که اجرای یک حکم اولیه اسلامی با اقتضای مصلحت، نه تعطیل بلکه صرفاً محدود، مضیق یا مشروط گردد، اختیار مصلحت‌سنجی در اینگونه موارد که اتخاذ آن برای تداوم و استمرار جامعه ضرورت داشته باشد با وظیفه ذاتی شورای نگهبان تعارضی نخواهد داشت (زمانی، ۱۳۹۸، ص. ۲۸). هرچند رویه غالب شورای نگهبان نشان‌دهنده لحاظ حداقلی مصلحت در نظرات این شورا بوده است؛ اما مواردی را به ندرت می‌توان یافت که شورای

۱. بند ۵ ماده ۱۰ موافقت‌نامه: هیچ‌گونه دعوی کیفری یا حقوقی علیه مأمورین گمرکی مزبور در خلال مدت حضورشان در کشور درخواست‌کننده بدون رضایت کتبی و قبلی طرف درخواست‌شونده نباید اقامه شود.

۲. متن اصلاحی مورد تایید و پذیرش شورای نگهبان: هیچ‌گونه دعوی کیفری یا حقوقی علیه مأمورین گمرکی مزبور در خلال مدت حضورشان در کشور درخواست‌کننده بدون و اطلاع قبلی طرف درخواست‌شونده نباید اقامه شود. رک نظریه:

نگهبان با عدول از رویه خود، مهر تأیید بر مصوبات را زده است.^۱ بر این اساس حدود و ثغوری را که می‌توان در احراز و تفکیک مصلحت فراگیر از مصلحت جزئی در بررسی مصوبات موضوع اصول ۷۷ و ۱۲۵ قانون اساسی توسط شورای نگهبان متصور بود در نمای ذیل قابل ملاحظه است:



۲. منع رجوع به حکام جور

در فقه شیعه که حکومت متعلق به امام معصوم است قضاوت از جمله شئون حاکم محسوب می‌شود.^۲ بدین علت انتصاب قضات صرفاً از منتهج امام امت صورت می‌گیرد. در این میان چنانچه غیر امام بر مسند حکومت تکیه زند و به نصب قاضی اقدام کند قاضی مربوطه از مشروعیتی در قبال منصب و رای خود برخوردار نیست. چنین قاضی نه تنها اختیار تصرف در امور مسلمانان را نخواهد داشت بلکه ترافع سایر مسلمانان به او هم جایز نیست (طباطبایی، ۱۴۱۴ ق، ص. ۵۰). تحریم تحاکم نزد طاغوت که بر اساس آیه ۶۰ سوره نساء، طرح دعوی در نزد قضات جور را حرام و از گناهان کبیره دانسته است مبنای نظریات متعددی از سوی شورای نگهبان قلمداد گردیده

۱. رک به: نظریات شورای نگهبان در بررسی لایحه معاهده ایران و اندونزی در زمینه معاضدت حقوقی متقابل در امور کیفری (نظریه شماره ۹۶/۱۰۲/۱۷۰۸)؛ معاهده استرداد مجرمین ایران و کره (نظریه شماره ۹۶/۱۰۲/۱۶۰۰)؛ معاهده ایران و اندونزی در زمینه استرداد مجرمین (نظریه شماره ۹۶/۱۰۲/۱۶۱۷)؛ معاهده ایران و تایلند در مورد انتقال محکومین به حبس و همکاری در زمینه اجرای احکام کیفری (نظریه شماره ۹۰/۳۰/۴۵۸۸۱)؛ موافقتنامه انتقال محکومین ایران و عراق (نظریه شماره ۹۰/۳۰/۴۵۸۰).

۲. نصب القاضی علی العموم منوطه بالإمام، قال الصادق انقوا الحکومه؛ فإن الحکومه إنما هی للإمام العالم بالقضاء العادل فی المسلمین. (حرعاملی، ۱۴۰۹ ق، ص. ۳۳۶-۳۳۱)

است.^۱

بحسب رویه این شورا تمکین به حکم قاضی غیر مأذون و غیرمنصوب با مغایرت شرعی مصوبه همراه خواهد شد و شورای نگهبان بر پایه ادله استدلالی مذکور بر لزوم عدم تمکین و تقیید به رأی قضات غیر مأذون در مفاد معاهدات و موافقت‌نامه‌های بین‌المللی که در حوزه همکاری‌های قضایی بوده است مکرراً تأکید داشته است. بر اساس دیدگاه حاضر که از منظر شکلی قابل بررسی است، شورای نگهبان با کنارگذاشتن ماهیت شرعی یا غیرشرعی قانون خارجی، صرف صدور رأی توسط محکمه‌ای که قاضی آن مأذون یا منصوب از سوی حاکم اسلامی نبوده باشد را واجد اشکال شرعی می‌داند؛ هرچند که قانون خارجی مغایرتی با موازین شرعی نداشته باشد. آنچه بحث‌برانگیز است مناقشه بر سر تعریف قاضی جور در نزد فقها است که بعضاً منجر تشتت آرا و رویه در نظرات شورای نگهبان شده است. در تعریف قاضی جور برخی از فقها همچون امام خمینی رحمه‌الله علیه و آیت‌الله فاضل لنکرانی مصداق آن را کسی که به هر نحو شرایط قضاوت ندارد قلمداد می‌کنند و برخی دیگر نظیر آیت‌الله مشکینی صرف انتصاب قاضی از سوی شخصی غیر از حاکم شرعی را مصداق قاضی جور تشخیص داده‌اند (زمانی، ۱۳۹۸، ص. ۳۳).

با ملاحظه مبانی فقهی رویکرد مزبور، شورای نگهبان وفق نظریه شماره ۹۹/۱۰۲/۲۳۸۷۸ صدور هرگونه حکم قضایی اعم از عفو، بخشودگی، عفو مشروط و تخفیف محکومیت توسط محاکم داخلی دول خارجی را مصداق قاعده منع رجوع به حکام جور به جهت تمکین حکم قاضی غیرشرعی تلقی می‌کند.^۲ همچنین حسب نظر ۹۴/۱۰۲/۵۰۴۲ این شورا، هرگونه تصمیم‌گیری راجع به مجازات‌های تکمیلی که به رأی محاکم خارجی نیز واگذار گردد، مصداق دیگر این قاعده خواهد بود.^۳ اعطای نیابت قضایی نیز یکی دیگر از مصادیق معین این قاعده

۱. «... یريدون ان يتحاكموا الى الطاغوت وقد امروا ان يكفروا به» می‌خواهند محاکمه را نزد طاغوتی برند، با اینکه به آنها امر شده است به طاغوت کفرورزند.

۲. ماده ۱۱ موافقتنامه انتقال محکومین بین دولت ایران و دولت روسیه موضوع نظریه شماره ۹۹/۱۰۲/۲۳۸۷۸ شورای نگهبان: هر یک از طرف‌ها می‌تواند طبق قوانین خود، عفو، بخشودگی، عفو مشروط و تخفیف محکومیت را اعطا نماید. فقط طرف صادرکننده حکم برای تجدیدنظر یا فرجام‌خواهی از حکم، صالح خواهد بود.

۳. بند ۴ ماده ۸ پروتکل الحاقی به موافقتنامه معاضدت قضایی متقابل در امور کیفری بین دولت ایران و دولت ترکمنستان: دادگاه کشور اجراء حکم در مورد اجرای مجازات‌های تکمیلی که در حکم مقرر شده، تصمیم‌گیری خواهد نمود، مشروط

خواهد بود که شورای نگهبان در رویه خود و در طی نظریه شماره ۸۰/۲۱/۱۵۲۳ به دلیل عدم صلاحیت و انتصاب غیرشرعی نایب قضایی، به مغایرت شرعی موافقت‌نامه همکاری قضایی بین ایران و سوریه حکم داده است.^۱

استناد شورای نگهبان به این قاعده در موضوع جرائم منافی عفت که صرفاً تمام مراحل تحقیق و رسیدگی باید توسط شخص قاضی واجد صلاحیت و منصوب به عمل آید به مراتب تشییید می‌شود و در مصوبات معتناهی ادله مذکور را مورد تأیید و تأکید قرار می‌دهد. به عبارتی دیگر چنانچه از مفهوم یا اطلاق مفاد موافقت‌نامه بتوان دو گزاره ذیل را استدراک نمود به از جمله مصادیق متقن شمول قاعده تحریم تحاکم نزد طاغوت قلمداد می‌شود.

الف) در اختیار قراردادن اطلاعات هویتی اشخاص موضوع جرائم منافی عفت به قاضی یا محکمه خارجی

ب) ارائه اطلاعات مربوط به موضوع و ماهیت جرائم منافی عفت به قاضی یا محکمه خارجی
اما نکته حائز اهمیت، پیوندی مکتومی است که میان قاعده فوق‌الذکر و مسئله اشاعه فحشاء در موضوع جرائم منافی عفت نهفته مانده است که بعضاً به تشتت آرا در نظرات شورای نگهبان گرویده است. شورای نگهبان علی‌رغم آنکه طی چندین نظریه خود از نظیر ۹۶/۱۰۰/۱۰۳۵، ۸۰/۲۱/۱۵۲۳ بر غیرشرعی بودن ارائه اطلاعات و مستندات جرائم منافی عفت به قاضی غیرشرعی دلالت می‌ورزد و بر همین پایه موافقت‌نامه را مغایر می‌داند؛ لیکن این رویه مطابق استدلال شورای نگهبان در نظریه ۹۴/۱۰۲/۲۷۲۷ نقض شد و ایراد مشابه قبل وارد نشد. ماده ۵ معاهده ایران و ژاپن در زمینه انتقال محکومان به حبس، دولت صادرکننده حکم را متعهد به تأمین و در اختیار قرار دادن اطلاعات مربوط به جرم به دولت اجراکننده حکم (طبق درخواست محکوم)

بر این که چنین مجازاتی در مورد جرم ارتكابی در قوانین کشور اجراء کننده پیش بینی گردیده باشد. مجازات تکمیلی طبق مفاد این ماده و قوانین کشور اجراء کننده اجراء خواهد شد.

۱. ماده ۱۸ موافقت‌نامه همکاری قضایی در زمینه‌های حقوقی، بازرگانی، کیفری، احوال شخصیه، استرداد مجرمان و انتقال محکومان به زندان و تصفیه ترکه‌ها بین جمهوری اسلامی ایران و جمهوری عربی سوریه: مرجع قضایی در هر یک از دو کشور می‌تواند از طریق اعطای نیابت قضایی اقدامات لازم و مربوط به دعوی اقامه شده نزد خود را در امور مدنی، تجاری جزایی یا احوال شخصیه از مرجع هم‌تراز خویش در کشور دیگر درخواست نماید. (موضوع ماده ۱۸ موافقت‌نامه همکاری‌های حقوقی و قضایی در امور مدنی، تجاری، احوال شخصیه و جزایی بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت کویت نیز دقیقاً به همین ترتیب است که حسب نظریه ۸۴/۳۰/۱۲۴۱۰ شورای نگهبان مغایر اعلام شد.

می‌گرداند. اما آنچه که شورای نگهبان را در مقام عدم تشخیص مغایرت این ماده سوق داد، ملاک قرار دادن موضوع اشاعه فحشاء و نه قاعده منع رجوع به حکام جور در مورد این ماده بود. بر اساس استدلال شورای نگهبان از آنجا که ارائه اطلاعات موضوع ماده ۵ معاهده و اطلاق آن که شامل جرائم منافی عفت می‌شود در اختیار عموم گذاشته نمی‌شود و مصداق اشاعه‌ی فحشا در صورتی است که این اطلاعات در اختیار عموم قرارگیرد، لذا در اختیار قرار گرفتن چنین اطلاعاتی در نزد مقامات حاکمه دولت خارجی مانند دستگاه قضایی و مسئولین اجرای احکام آن دولت نمی‌تواند باعث عدول از قاعده منع اشاعه فحشاء شود. بنابراین با وجود ملاک عمل قراردادن قاعده منع رجوع به حکام جور در مفاد مشابه معاهدات معاضدت ایران و کره و یا موافقت‌نامه همکاری قضایی ایران و سوریه، لیکن پیدا است این قاعده ملاک عمل شورای نگهبان در معاهده انتقال محکومین ایران و ژاپن قرار نگرفت و به اعمال نظر صرفاً در مصادیق اشاعه فحشاء پرداخته شد.

مبیز و تفکیک قواعد فقهی منع رجوع به حکام جور و اشاعه فحشاء در بررسی‌های مربوط به لوایح معاضدت، استرداد یا انتقال محکومین از جمله ضروریاتی در نظریات شورای نگهبان است که می‌تواند به وحدت رویه در این حوزه بیانجامد.

۳. منع اعمال و پذیرش قانون خارجی (غیراسلامی)

طی بررسی نظرات شورای نگهبان چنانچه حسب هر واقعه حقوقی تصمیم‌گیری در خصوص مسئله مورد اختلاف، آیین دادرسی، صدور رأی و اجرای حکم به محاکم و قوانین داخلی دولت خارجی غیرمسلمان واگذار و تفویض گردد، در تغایر با موازین شرعی قرار دارد. شورای نگهبان در مجموع بررسی مصوبات موضوع اصل ۷۷ قانون اساسی تاکنون، به ۵۰ مصوبه موضوع این اصل که تقریباً غالب آن شامل لوایح معاضدت‌های قضایی در زمینه انتقال محکومین، استرداد مجرمین و همکاری محاکم در امور مدنی و کیفری بوده است برخورد کرده است که به پیروی از این قاعده مشهور فقهی پرداخته و حکم به مغایرت شرعی مصوبات مزبور داده است؛ لیکن جملگی معاهدت مزبور با اصرار مجلس در مجمع تشخیص مصلحت نظام مطرح و به تصویب رسیده‌اند. از منظر حقوق بین‌الملل ماهیت این موافقت‌نامه‌ها مشمول تبعیت و پیروی از اصول مقرر کنوانسیون ژنو در زمینه حقوق معاهدات خواهند شد که متن آن پس از توافق و امضای طرفین باید بر طبق

قانون (اساسی) داخلی به تصویب مجالس مقنن متعاهدین برسد تا از اعتبار حقوقی در نزد محاکم طرفین برخوردار شود.^۱

شورای نگهبان در طی رویه غالب خود هر نحو تقیید به قوانین و آیین دادرسی قضایی دول خارجی را بر اساس دو دیدگاه مغایر ضوابط و موازین حاکم بر شرع می‌داند. از یک منظر این ماهیت قوانین و مقررات دولت خارجی است که در تقابل با شرع قرار دارد و صرف اصدار هرگونه قوانین و مقررات از سوی دولت غیراسلامی غیرشرعی نگریسته می‌شود. اما از منظری دیگر نمی‌توان قائل به غیرشرعی دانستن کلیه قوانین دولت غیراسلامی خارجی بود بلکه احتمال وجود قوانین غیرشرعی در مقررات داخلی دول خارجی باعث مغایرت آن خواهد شد.

اعمال نظر این شورا بر مصوبات متعددی مؤکد همین مطلب است که از جمله آن می‌توان به نظریه شماره ۹۴/۱۰۲/۵۰۴۶ این شورا مبنی بر مغایرت شرعی معلق ساختن هرگونه تعریف جرم و مجازات حاصل از آن به قانون دادرسی و قضایی دولت خارجی اشاره داشت.^۲

علاوه بر آن بر طبق نظریه ۸۳/۳۰/۹۷۵۲ شورای نگهبان هر نوع تعیین و تقیید اهلیت شخص حقیقی یا حقوقی بر اساس قانون دولت خارجی به جهت احتمال تضاد این قانون با موازین حاکم بر شرع و اسلام در منافی با شرع قرار دارد.^۳

در مجموع ایرادات فقهی شورای نگهبان که در ذیل مباحث دوم و سوم به قواعد منع رجوع به حکام جور و منع اعمال و پذیرش قانون خارجی (غیراسلامی) اختصاص داشت، هر مفادی از مجموع عبارات معاهده که مفهوم یا اطلاق آن مستلزم پذیرش و به رسمیت شناختن قوانین و رأی

۱. انعقاد چنین موافقتنامه‌هایی به جهت تامین اهداف طرفین در تسهیل اجرای موضوعات کیفری و قضایی و استثنایی بر اصل صلاحیت محلی از نظر حقوق جزاء است. به موجب اصل صلاحیت محلی، رسیدگی به جرم در صلاحیت دولتی است که جرم در قلمرو آن ارتکاب یافته است.

۲. بند ۱ ماده ۲ موافقتنامه استرداد مجرمان بین جمهوری اسلامی ایران و جمهوری قبرس: استرداد در موارد زیر امکان پذیر می باشد:

(۱) هر گاه استرداد فرد به واسطه فعلی مورد در خواست باشد که بر اساس قوانین هر دو طرف متعاقد جرم محسوب می گردد و حداکثر مجازات آن حبس کمتر از یک سال نباشد.

۳. بند ۱ ماده ۲۳ موافقتنامه معاضدت و روابط قضایی در موضوعات مدنی و جزایی بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری قزاقستان: هرگاه شخصی فاقد اهلیت و یا دارای اهلیت ناقص باشد، در این صورت قوانین طرف متعاهدی اعمال خواهد شد که آن شخص تابعیت آن را داراست.

محاکم داخلی کشورهای خارجی در مواردی اعم از پیگرد قضایی، اعطای حق بخشودگی، عفو یا تخفیف مجازات و یا اجرای مجازات‌های تکمیلی و نیابت‌های قضایی باشد به مابینت شرعی مصوبه نزد شورای نگهبان منتهی خواهد گشت.

باین حال در نقطه‌مقابل استدلالات اخیر شورای نگهبان رویکرد دیگری در خلال سال‌های اخیر پیرامون قواعد فوق‌الذکر مطرح گشته است که به فراخور در شماری از نظریات این شورا در مصوبات مشابه قابل برداشت بوده‌اند.^۱

در واقع وفق مباحث استدلالی مطرح گشته در مشروح مذاکرات فقهای شورای نگهبان در بررسی لایحه موافقت‌نامه استرداد مجرمان میان دولت ایران و جمهوری هند، از یک منظر می‌توان به دیدگاهی مبنی بر عدم موضوعیت معیار شرعی یا غیرشرعی بودن قوانین و مقررات دولت غیراسلامی خارجی اشعار داشت که به واسطه آن ضابطه تضاد قوانین خارجی با موازین شرعی، صرفاً و تنها در رابطه با قوانین حکومت اسلامی دارای موضوعیت می‌باشند و ارتباط این موضوع نسبت به حکومت‌های غیراسلامی منتفی خواهد بود.

به عبارت دیگر طبق این دیدگاه پذیرش احتمال مغایرت شرعی قوانین و مقررات دولت خارجی، به منزله تأیید و به رسمیت شناختن قوانین دستگاه حاکمه و یا قضایی حکومت خارجی در موارد تصویب موافقت‌نامه‌های همکاری قضایی نیست. قراردادهایی که در قلمروی غیر از قلمرو حاکمیت حکومت اسلامی با لحاظ مصالح نظام اسلامی با کشوری دیگر منعقد شوند، چنانچه جنبه دوجانبه و متقابل داشته باشند، به معنای تأیید یا رسمیت احکام مغایر شرع کشور طرف متعاقد قلمداد نمی‌گردند، بلکه معنای آن التزام به یک میثاق مشترک، متقابل و دوسویه در نظر گرفته می‌شود؛ چراکه انعقاد این معاهدات نیز در روابط بین‌الملل امروز، به دلیل ضرورت ارتباط میان کشورها، تردیدناپذیر است و اقتضائات نظام اسلامی اغلب در برقراری این نوع ارتباطات خلاصه می‌گردد.

بر اساس رویکرد مزبور پذیرش موافقت‌نامه‌های بین‌المللی هرچند مشتمل بر پذیرش حکم قاضی غیرشرعی یا پذیرش قوانین دولت غیراسلامی خارجی است، اما در مقابل اقتضائات نظام اسلامی در جامعه بین‌الملل و نیز امر گریزناپذیر ارتباط میان کشورها و جامعه مسلمان، تفاسیر

۱. ر.ک به نظر استدلالی شورای نگهبان پیرو نظریه شماره ۸۸/۳۰/۳۳۷۶۹

قواعد برشمرده شده فوق در موافقت‌نامه‌های همکاری قضایی، تخصص‌پذیر می‌توانند به نظر رسند.

همچنین تعلیق اجرای معاهده به نظم عمومی و اخلاق حسنه متعاهدین نیز از جمله راهکاری است تا در صورت هرگونه تغایر شرعی و حقوقی مفاد معاهده در نظام داخلی جمهوری اسلامی ایران، دولت بتواند با استناد به آن نسبت به اجرای مفاد مزبور خودداری ورزد. به عنوان مثال در بند ۱ ماده ۴ موافقت‌نامه انتقال محکومین ایران و روسیه چنین مقرر گردیده است که انتقال محکوم چنانچه موجب نقض حاکمیت، امنیت، نظم عمومی یا سایر منافع حیاتی هر یک از طرفین گردد و یا مغایر با قانون اساسی و قوانین عادی آن‌ها باشد صورت نخواهد پذیرفت. همچنین در بند ۳ ماده ۳ موافقت‌نامه انتقال محکومین ایران و قزاقستان، انتقال محکومین در صورت بروز هرگونه لطمه به حاکمیت یا نظم عمومی طرفین که مغایر قانون اساسی آنان باشد محقق نخواهد شد.^۱

از جمله موارد برجسته تحفظ نظم عمومی متعاهدین در موافقت‌نامه‌های بین‌المللی که با نظر موافق شورای نگهبان همراه شد مربوط به لایحه عضویت ایران در سازمان همکاری شانگهای توسط شورای نگهبان است که برداشت این شورا در تحکیم استدلال فوق‌الذکر را نشان می‌دهد. در میان تمامی لوایح عضویت دولت در نهادهای بین‌المللی که به تأیید شورای نگهبان رسیده است، لایحه عضویت ایران در سازمان شانگهای را باید متفاوت‌ترین نوع آن دانست که مشتمل بر الحاق به ۴۹ موافقت‌نامه بین‌المللی تنها در سیاق یک لایحه برای کشور بوده است.

شورای نگهبان در پذیرش لایحه مربوطه، شرط تحفظ قوانین ملی دول عضو شانگهای مستند

۱. اگرچه تصریح عبارات فوق‌الذکر می‌توانست ایراد شورای نگهبان در موارد مغایرت شرعی و قانون اساسی مصوبات را نیز مرتفع گرداند؛ ولیکن وفق نظریات شماره ۹۶/۱۰۰/۱۴۱۹ و ۹۹/۱۰۲/۲۳۸۷۸ ایراد شورای نگهبان بر چنین مصوباتی پابرجا باقی ماند. هرچند به نظر می‌رسد گنجاندن شرط مزبور با دو ابهام روبرو باشد؛ نخست آنکه وجود چنین شرطی در واقع وظیفه تشخیص مغایرت یا تعارض مقررات معاهده با قانون اساسی یا شرع را به عهده قاضی یا مقامات اجراکننده معاهده می‌گذارد که این امر می‌تواند در تعارض با قانون اساسی باشد. قانون اساسی تشخیص مغایرت قوانین (که معاهدات و مصوبات فراملی نیز از جمله آن‌هاست) را به شورای نگهبان واگذار کرده است و قوانین عادی نمی‌توانند این وظیفه را از شورای نگهبان سلب و به قاضی (یا مجری) محول نمایند. اشکال دیگر مسئله اجرای معاهده به نظر و صلاحدید طرفین است و وجود چنین شرط کلی در موافقت‌نامه به هر یک از طرفین می‌تواند این اختیار را دهد تا هر زمان مقررره یا مقرراتی از معاهده را خلاف قواعد اساسی یا داخلی خود بیابند از اجرای آن سرباز زنند. (شریعت باقری، ۱۳۹۳، ص. ۶۰-۵۹)

به ماده ۱۷ منشور سازمان همکاری شانگهای را ادله تصمیم خود قرار داد.^۱ در واقع بر طبق بند مزبور اجرای تصمیمات این سازمان و ۴۹ موافقت‌نامه‌ای که جمهوری اسلامی ایران با عضویت در شانگهای به آن می‌پیوندد، در صورتی میسر است که ایفای تعهدات برخاسته از اسناد، در چارچوب قوانین داخلی جمهوری اسلامی ایران صورت پذیرد. آنچه جمهوری اسلامی ایران را در مقام اجرای موافقت‌نامه‌های ۴۹ گانه سازمان همکاری شانگهای قرار خواهد داد، قید تحفظ قوانین داخلی کشور است که در صورت فقدان آن تعهدی متوجه کشور نمی‌گردد.

بر این اساس از رهگذر این ملاحظه است که اطمینان شورای نگهبان از تطابق شرعی و قانون اساسی لایحه عضویت دولت در شانگهای حاصل شد.

باید توجه داشت در مسئله قراردادهای بین‌المللی، طرفین به دنبال توافق بر حسب منافع و مصالح خود در چارچوب نظام حقوق اساسی می‌باشند تا قوانین داخلی بعضاً معارض خود را جهت نیل به یک تفاهم سوق دهند. حال در این میان تمامی قراردادهای دو یا چندجانبه بین‌المللی که به واسطه کردار و رفتار متقابل طرفین، وصول به اهداف و منفعت مسلمین و صیانت از حقوق آنان با رعایت قواعد آمره و ساختار اساسی حقوق داخلی و شرع مقدس امکان‌پذیر گردد استظهاری بر تطابق قرارداد با موازین شرعی و قانون اساسی قلمداد می‌گردند. در مقابل چنانچه تقیید به رأی محاکم و همچنین قانون دادرسی و قضایی دولت خارجی صرفاً مربوط به اطراف معاهده مانند جمهوری اسلامی ایران، بدون آنکه طرف مقابل متوجه چنین تعهد و تقییدی باشد، به وضوح پیمان مربوطه در تغایر با موازین شرعی قرار می‌گیرد و مصداق «سبیل» بر مسلمین است. حسب رویه شورای نگهبان جعل تعهدی در نظام داخلی جمهوری اسلامی ایران مورد پذیرش است که مبتنی بر رفتار متقابل متعاهدین و مبتنی بر منافع مسلمین و نظام اسلامی، در چارچوب شرع و قانون اساسی قابل اتکا باشد.

۱. ماده ۱۷ منشور سازمان همکاری شانگهای: تصمیمات نهادهای سازمان توسط دولت‌های عضو طبق رویه‌های تعریف شده در چارچوب قوانین ملی آنها اجرا می‌گردد.

نهادهای سازمان همکاری شانگهای در چارچوب اختیاراتی که دارند پایبندی به تعهدات دولت‌های عضو در راستای اجرای منشور حاضر، سایر موافقت‌نامه‌ها و تصمیم‌های اتخاذ شده در سازمان را نظارت می‌کنند.

۴. رعایت موازین شرع مالی و منع ربا

ربا در لغت به معنای یک نوع زیاده و اضافی است که در اموال و ثروت به وجود می‌آید. ربا نه یک حقیقت شرعی و متشرعه بلکه به عنوان یک عرفی است که قبل از اسلام نیز وجود داشته است و دربردارنده هرگونه عمل و فعالیت اقتصادی می‌باشد که در آن زیاده و افزونی لحاظ شده باشد (راغب اصفهانی، ۱۴۱۶ق، ص. ۱۸۷). شورای نگهبان مطالبه مازاد بر بدهی به عنوان خسارت تأخیر تأدیه را مستند بر نظریات فقهی متعدد از مصادیق ربا برشمرده و معاهدات واجد این شرط را مغایر با موازین شرعی اعلام داشته است.^۱

شاهد مثال گزاره فوق را می‌توان در ذیل بند ۲ ماده ۶ موافقت‌نامه تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری میان ایران و کره جست‌وجو نمود که وفق نظریه ۷۹/۲۱/۱۱۶۰ مورد ایراد شورای نگهبان نیز قرار گرفت.^۲ در بند ۲ ماده ۶ این موافقت‌نامه طرفین ملزم به پرداخت خسارت مضاعف و اضافه در صورت تأخیر در پرداخت بودند که طبق عقیده شورای نگهبان پرداخت خسارت مضاعف در صورت تأخیر از جمله مصادیق ربا دانسته شد.^۳

اما در قسمی دیگر از نظریات شورای نگهبان، نه تنها استنباط مستقیم از مفهوم ربا در مفاد معاهدات و مصوبات بین‌المللی منجر به عدم تأیید خواهد شد، بلکه هر نحو اطلاق در معانی که تداعی‌گر پرداخت و دریافت هزینه مازاد و زیاده در فعالیت و معاملات اقتصادی باشد مغایرت شرعی مصوبه را رقم خواهد زد. به عنوان مثال حسب ماده ۹ موافقت‌نامه بازرگانی ایران و اوکراین با وجود اینکه هیچگونه تصریح مستقیمی به قاعده ربا و مصادیق آن نشده بود لیکن حسب نظریه ۸۰/۲۱/۳۰۹۷ شورای نگهبان اطلاق این ماده از آن جهت که کلیه دریافت و پرداختی‌ها به رعایت قوانین بانکی طرف خارجی و قواعد و رویه‌های بانکی بین‌المللی منوط

۱. در این خصوص رک به نظریات:

آیت الله سید محمدکاظم یزدی: «خسارت تأخیر تأدیه ... در ضمان بدهکار نیست؛ هر چند که وی توانایی پرداخت داشته و

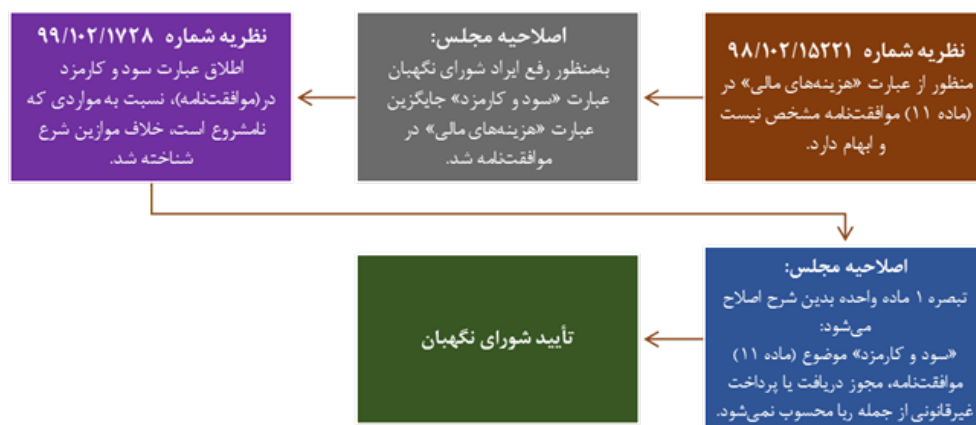
طلبکار نیز دین را مطالبه کرده باشد.» یزدی، ۱۴۳۰ق، ص. ۲۷۸

امام خمینی (رحمه‌الله علیه): «آنچه به حساب دیرکرد تأدیه بدهی گرفته می‌شود، ربا و حرام است.» امام خمینی، ص. ۳۴۰

۲. ذیل بند ۲ ماده ۶ که پرداخت و اخذ خسارت تأخیر تأدیه را تجویز کرده است خلاف شرع شناخته شد.

۳. بند ۲ ماده ۶: در صورت تأخیر در پرداخت خسارت، سرمایه گذار و دولت میزبان در مورد پرداخت خسارت مالی اضافی برای دوره تأخیر بین تاریخ استحقاق سرمایه گذار به دریافت خسارت و تاریخ پرداخت توافق خواهند کرد.

گشته بود و قهراً پرداخت ربا در مثل هزینه دیرکرد را شامل می‌شد مغایر تشخیص داده شد.^۱ در ذیل بررسی لایحه «موافقت‌نامه ایران و هند به منظور اجتناب از اخذ مالیات مضاعف و جلوگیری از فرار مالیاتی در مورد مالیات‌های بر درآمد»، به نحو مشهودی تأکید شورای نگهبان بر لزوم رعایت موازین شرع مالی از جمله مفاد و مفاهیم معاهدات قابل استنباط است که مطابق شکل بیان گردیده است:



بر طبق شکل فوق، شورای نگهبان تصریح هر نوع عبارات که جلوه نامشروع از یک فعالیت اقتصادی مانند ربا را در مفهوم مستقیم یا اطلاق آن تداعی‌گر می‌سازد، مغایر قلمداد می‌کند. لذا می‌توان حوزه تحت شمول قاعده رعایت شرع مالی در معاهدات بین‌المللی را بر طبق نمای ذیل شناسایی و احصاء نمود:

۱. ماده ۹ موافقت‌نامه بازرگانی بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری اوکراین: کلیه دریافتها و پرداختهای ارزی ناشی از اجرای این موافقت‌نامه و تسویه حسابها به ارزهای قابل تسعیر براساس قواعد و مقررات ملی هر یک از طرفهای متعاقد و قواعد و رویه‌های بانکداری بین‌المللی صورت خواهد گرفت.



۵. لزوم تعیین و تطبیق هنجارهای لازم‌الرعایه در نظام بین‌المللی

از ضوابط فقهی حاکم بر مصوبات فراملی، می‌توان به عدم وجوب هرگونه هنجار برخاسته از عرف یا معاهدات مصوب پیش از انقلاب اسلامی بر تعهدات دولت در نظام بین‌المللی اشاره داشت که در نظریات مشهور شورای نگهبان بدان اشاره گردیده است. لذا از مجموع بررسی نظریات شورای نگهبان دو موضوع برجسته ذیل ضابطه کلی فوق، قابل برداشت است. نخست آنکه بر طبق دیدگاه شورای نگهبان، ایفاء معاهدات و موافقت‌نامه‌های بین‌المللی مصوب پیش از انقلاب اسلامی از آن جهت که احتمال مغایرت شرعی مفاد آن وجود دارد خلاف موازین شرع قلمداد می‌شوند. همچنین موضوع دیگر مربوط به ایفاء تعهداتی است که خاستگاه آن را عرف بین‌المللی یا سایر هنجارهای لازم‌الرعایه تشکیل می‌دهند. در ذیل به تفصیل دو نکته مزبور پرداخته خواهد شد.

۱.۵. ممنوعیت ارجاع و استناد به معاهدات بین‌المللی مصوب پیش از انقلاب اسلامی ایران

بر اساس ملاحظات شورای نگهبان، از آن جهت که معاهدات و موافقت‌نامه‌هایی که پیش از انقلاب اسلامی ایران منعقد گردیده‌اند، مورد بررسی و رسیدگی این شورا از جهت مغایرت یا عدم مغایرت

با موازین شرعی قرار نگرفته‌اند، لذا احتمال آن می‌رود که مفاد چنین معاهداتی متضمن امورات خلاف شرع و قانون اساسی باشند. بدین حیث هر نحو اعتبار بخشیدن و ارجاع و استناد به آنان در مفاد معاهدات و موافقت‌نامه‌های بین‌المللی از منظر شورای نگهبان مغایر شرعی تلقی می‌شوند.

– موافقت‌نامه ایران و افغانستان در خصوص ارتباط بین‌المللی راه آهن

ماده ۴ موافقت‌نامه:

«طرف‌ها موافقت نمودند که در زمینه نظارت‌های بهداشتی گمرکی و مرزی هنگام عبور و مرور مسافر و بار مفاد موافقت‌نامه‌ها یا کنوانسیون‌های بین‌المللی که طرف‌ها عضو آن هستند رعایت شود و در صورت بروز هرگونه مسئله‌ای که در این موافقت‌نامه و یا کنوانسیون‌های بین‌المللی مورد حکم قرار نگرفته، قوانین و مقررات جاری در قلمرو کشورهای طرف‌ها اعمال شود.»

– نظریه شماره ۱۰۲/۲۶۶۸۶ شورای نگهبان در تاریخ ۱۴۰۰/۰۴/۱۲

«اطلاق ماده (۴)، نسبت به رعایت موافقت‌نامه‌ها یا کنوانسیون‌های بین‌المللی مصوب پیش از انقلاب اسلامی و همچنین اطلاق اعمال قوانین و مقررات جاری طرف مقابل خلاف موازین شرع شناخته شد.»

– پروتکل همکاری در زمینه مبارزه با جرائم سازمان‌یافته در دریای خزر

الحاقی به موافقت‌نامه مربوط به همکاری در زمینه امنیت در دریای خزر

ماده ۱ پروتکل:

«طرف‌ها بر اساس مفاد این سند الحاقی (پروتکل) به منظور جلوگیری، شناسایی، پیشگیری و اطلاع‌رسانی در زمینه جرائم سازمان‌یافته در حیطه صلاحیت خود، طبق تعهدات بین‌المللی و قوانین ملی دولت‌های خود، همکاری خواهند کرد.»

– نظریه شماره ۱۰۲/۲۶۳۹۵ شورای نگهبان در تاریخ ۱۴۰۰/۰۳/۲۶

«در ماده (۱)، اطلاق تعهدات بین‌المللی که دولت‌ها بر اساس آن‌ها همکاری خواهند کرد، نسبت به معاهدات پیش از انقلاب اسلامی، خلاف موازین شرع شناخته شد.»

آنچه از نظریات شورای نگهبان در موضوع حاضر قابل برداشت است نهی هرگونه اعتباربخشی حقوقی به اسناد مصوبی می‌باشد که در پیش از انقلاب اسلامی تنظیم و تنسیق شده‌اند. نه تنها تصریح مستقیم به معاهدات مزبور، مغایرت مصوبات را رقم خواهد زد بلکه وفق نظریه ۱۰۲/۲۶۳۹۵ تأکید مفاد مصوبات فراملی در مواردی که اطلاق آن شمال ارجاع و استناد به معاهدات پیش از انقلاب اسلامی شود، اساساً واجد ایراد شرعی است.

۲.۵. ممنوعیت ارجاع و استناد به هنجارهای جهان‌شمول حقوق بین‌الملل عرفی و حقوق بشر

در کنار معاهدات مصوب پیش از انقلاب اسلامی، هنجارهای جهان‌شمولی که از اصول کلی حقوقی یا عرف بین‌المللی نشأت گرفته باشند نیز به جهت آنکه بر انطباق شرعی بسیاری از اصول و قواعد مزبور، اشکال و ابهام وارد است، واجد اعتبار و تنفیذ قانونی نخواهند بود و هرگونه اعتباربخشی به اصول مربوطه در بطن مفاد و مصوبات فراملی مجلس از منظر شورای نگهبان مغایر لحاظ می‌شوند.

– موافقت‌نامه ایران و افغانستان در خصوص ارتباط بین‌المللی راه‌آهن

مقدمه:

«...با توجه به آمادگی متقابل برای توسعه و تقویت همکاری میان طرف‌ها بر پایه اصول و قواعد عموماً پذیرفته شده حقوق بین‌الملل...»

– نظریه شماره ۱۰۲/۲۶۳۹۵ شورای نگهبان در تاریخ ۱۴۰۰/۰۳/۲۶

«اطلاق توجه به «قواعد عموماً پذیرفته شده بین‌المللی» مذکور در مقدمه

معاهده، خلاف موازین شرع شناخته شد.»

– کنوانسیون مقابله با تأمین مالی تروریسم

ماده ۱۷ کنوانسیون:

«رفتار عادلانه با هر فردی که به موجب این کنوانسیون توقیف گردیده است یا علیه وی اقدامات دیگری اتخاذ شده یا دادرسی صورت پذیرفته است از جمله برخورداری از کلیه حقوق و ضمانت‌ها طبق قانون کشوری که در قلمرو آن، فرد مزبور حضور دارد و مقررات جاری حقوق بین‌الملل از جمله حقوق بشر بین‌المللی تضمین خواهد شد.»

– نظریه شماره ۷۴۵۰/۱۰۲/۹۴ شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۹۷/۰۸/۰۶
«اطلاق ماده ۱۷، نسبت به مواردی که مقررات جاری حقوق بین‌الملل و حقوق بشر خلاف شرع است و یا بعداً تصویب شود و خلاف شرع باشد، خلاف موازین شرع شناخته شد.»

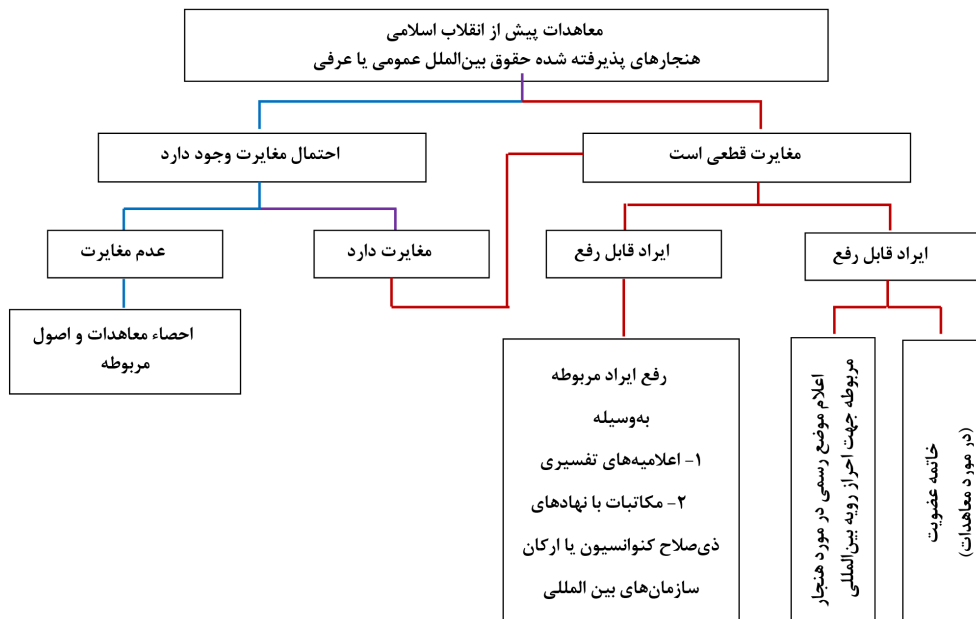
– معاهده استرداد مجرمین بین جمهوری اسلامی ایران و جمهوری فدرال برزیل
مقدمه

«با احترام به حقوق بشر و حاکمیت قانون؛»

– نظریه شماره ۱۰۲/۲۶۳۹۴ شورای نگهبان در تاریخ ۱۴۰۰/۰۳/۲۶
«اطلاق احترام به حقوق بشر (به معنای عرفی آن) مذکور در مقدمه معاهده، خلاف موازین شرع شناخته شد.»

بدین منتهج شورای نگهبان به محض استناد معاهدات به واژگانی همچون «حقوق بشر»، «مقررات جاری حقوق بین‌الملل» و «اصول پذیرفته شده حقوق بشر بین‌المللی» به جهت (احتمال) تغایر برخی از این اصول با موازین شرعی، رأی به مغایرت مصوبات مذکور می‌دهد. بر اساس نظرات شورای نگهبان، مبنای مغایرت شرعی موافقت‌نامه‌های مستند به عهدنامه‌های پیش از انقلاب و یا اصول پذیرفته شده حقوق بین‌الملل بر آن است که یا اسناد و اصول مزبور صریحاً در تغایر با موازین شرعی قرار دارد یا به علت عدم بررسی شورای نگهبان احتمال مغایرت در آنان دیده می‌شود. لذا حالات قابل استنتاج از مجموع بررسی نظریات شورای نگهبان را

می‌توان به شرح ذیل برشمرد:



طبق نظریه استدلالی شورای نگهبان در موضوع بررسی موافقت‌نامه دوجانبه حمل و نقل هوایی بین ایران و زیمبابوه، از آنجا که جامعه بین‌المللی خواه یا ناخواه اثر الزام‌آور خود را قهراً بر معاهدات مصوب پیش از انقلاب اسلامی یا هنجارهای پذیرفته شده حقوق بین‌الملل عرفی بر تعهدات جمهوری اسلامی تحمیل خواهد کرد، لذا اعتبار حقوقی کنوانسیون‌های مذکور تا زمانی که از سوی جمهوری اسلامی ایران لغو نشده است، همچنان باقی است.^۱

مضاف بر اینکه جایگاه برخی از پیمان‌های بین‌المللی در حقوق بین‌الملل به گونه‌ای است که پذیرش یا عدم پذیرش آن‌ها از سوی دولت‌ها تأثیری بر ماهیت لازم‌الاجرای سند یادشده ندارد و حتی در صورت عدم پذیرش سند اثر حقوقی آن در ارکان جامعه بین‌المللی برای دولت مورد نظر

۱. نظریه شماره ۹۵/۱۰۲/۲۲۶۰ شورای نگهبان.

پابرجا باقی خواهد ماند. اگرچه در حقوق بین‌الملل هم، مانند سایر شعب حقوق^۱، بنا بر اصل «نسبی بودن قراردادها»، هر قرارداد اصولاً فقط در ارتباط با متعاقدین معتبر و قابل اجرا است، استثنائاتی مطرح است که قواعد و مفاد منبث از معاهدات را عمومیت می‌بخشند و وسعت اعتبار معاهده را فراتر از قلمرو دولت‌های عضو قرار می‌دهند.

آنچه می‌تواند تعهدات برخاسته از اسناد مزبور را از دایره تعهدات بین‌المللی ایران ساقط کند ثبت مخالفت و اعتراض دائم کشور جمهوری اسلامی ایران در قالب ادعا و ادعای متقابل (پاسخ)^۲ نزد ارکان جامعه بین‌الملل، جهت ثبت رویه بین‌المللی، است. اعتراض یک دولت به اقدام یا تصمیم ارکان جامعه بین‌المللی، نظیر وضع معاهده، دلالت بر این دارد که دولت اعتراض‌کننده اقدام یا تصمیم مورد اعتراض را از نظر حقوق بین‌الملل غیرقانونی تلقی می‌کند (Lauterpacht, 2011, p. 286).

نتیجه‌گیری

معاهدات و توافق‌های بین‌المللی در حالی که اساساً در سطوح بین‌المللی ایفا می‌شوند ولیکن طبق تعاریف هر نظام ملی، نیاز به ارتباط و پیوستگی با قوانین داخلی دارند. بدین منظور عهود بین‌المللی مستقلاً تا مادامی که طبق قوانین داخلی به تصویب ارکان ذی‌صلاح نرسند واجد هیچ نوع تعریفی در نظام داخلی نخواهند بود؛ هرچند سایه‌ای از آثار الزام‌آور آن به واسطه عناصر عرف بین‌الملل، دایره تعهدات بین‌المللی کشور را تحت‌الشعاع خود قرار دهند.

بر این اساس با ابتدای نظام جمهوری اسلامی ایران بر حاکمیت قانون که در آن موازین شرع مقدس و قانون اساسی در راس جایگاه سلسله مراتبی هنجارهای حقوقی کشور قرار گرفته‌اند،

۱. ماده ۱۹۶ قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷: «معاملات و عقود فقط درباره طرفین متعاملین و قائم‌مقام قانونی آن‌ها مؤثر است؛ مگر در مورد ماده ۱۹۶.»

۲. اساساً اعتراض به هر قاعده لازم‌الاجرا، اعم از معاهدات بین‌المللی یا عرف، در نتیجه فرایند ادعا (کنش) و ادعای متقابل (واکنش) صلح‌آمیز دولت‌ها صورت می‌گیرد. همان‌طور که کنش‌های دولت رویه منشأ قاعده الزام‌آور را پدید می‌آورد، واکنش دولت به این کنش‌ها نیز به منزله رویه آنان منظور می‌شود. به بیان دیگر، چنانچه ادعاهای پدیدآورنده یک قاعده لازم‌الاجرا در حقوق بین‌الملل با ادعای متقابل از جانب جمهوری اسلامی ایران نزد جامعه بین‌المللی مطرح شود، قاعده یا معاهده یا عرف مورد بحث دیگر در زمره تعهدات واجب‌الرعا به دولت ایران تحقق نخواهد یافت. (Ademola, 2012, p. 305)

قوانین عادی و سایر مقررات و آیین‌نامه‌های داخلی کشور در مراتب پایین‌تری از مبادی بنیادین فوق‌جای می‌گیرند که به واسطه پیوستگی نظام حقوق داخلی و بین‌المللی در قوانین کشور، جملگی عهد بین‌المللی را نمی‌توان مستثنی از سلسله مراتب فوق دانست. در واقع حسب نظریات شورای نگهبان و رویه برخاسته از آن در بررسی عهد و توافق‌های بین‌المللی، باید قائل بر لزوم انطباق عهد بین‌المللی با ضوابط شرعی همچون انطباق این ضوابط با مصوبات عادی مجلس بود که انتزاعی در این میان میان این دو نظام حقوقی دیده نمی‌شود.

حال ضرورت شناخت این ضوابط مادامی دوچندان می‌گردد که موضوعات عهدنامه‌های بین‌المللی به موقعیت اشخاص خصوصی که تابع قوانین ملی قرار دارند اختصاص یابد. امری که در بسیاری از موافقت‌نامه‌های همکاری قضایی بسیار مشهود است و اغلب ایرادات و ضوابط شرعی شورای نگهبان در حوزه بررسی اسناد بین‌المللی را شامل می‌شود.

از رهگذر بررسی نظریات شورای نگهبان در حوزه مذکور ضوابط ماهوی همچون قواعد فقهی نفی سبیل، منع رجوع به حکام جور، اعمال و پذیرش قانون خارجی (غیراسلامی)، منع ربا و تطابق شرعی معاهدات پیش از انقلاب اسلامی را می‌توان بر شمرد که الگو و رویه‌ای لایتغیر از تصمیمات شورای نگهبان را شامل می‌شود که تا مادام تثبیت رویه جمهوری اسلامی ایران در جامعه بین‌الملل از منهج کنش و واکنش متقابل، نمی‌توان منتظر ترتیب اثر ایرادات شورای نگهبان در عرصه‌های فراملی بود.

منابع

- ۱) حرعاملی، محمدبن حسن (۱۴۰۹ ق)، تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، ج ۱۳، آل‌البیت.
 - ۲) خمینی، روح‌الله، استفتائات امام خمینی (ره)، ج ۱۰، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
 - ۳) راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۶ ق)، مفردات الفاظ القرآن، دارالقلم.
 - ۴) زمانی، امین‌اله (۱۳۹۸)، «تحلیل گفتمانی رویکردهای فقهی شورای نگهبان در بررسی معاهدات همکاری در امور کیفری»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، دوره ۸، شماره ۲۵. doi:10.22034/qjplk.2019.177
 - ۵) شبان‌نیا، قاسم، حسینی، محمد (۱۳۹۷)، «مصونیت جانی نمایندگان کشورها در فقه»، مجله گفتمان فقه حکومتی، سال دوم، شماره سوم.
 - ۶) شریعت باقری، محمد جواد (۱۳۹۳)، «تصویب موافقت نامه های همکاری های قضایی بین المللی»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۶۶.
 - ۷) طباطبایی، سیدعلی‌بن محمد (۱۴۱۴ ق)، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل، ج ۱۳، موسسه نشر اسلامی.
 - ۸) علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۸۳)، «قاعده نفی سبیل»، مقالات و بررسی‌ها، شماره ۷۶.
 - ۹) عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۷۹)، فقه سیاسی: حقوق معاهدات بین‌المللی و دیپلماسی در اسلام، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت).
 - ۱۰) قاضی، ابوالفضل (۱۳۹۶)، بایسته‌های حقوق اساسی، تهران: میزان.
 - ۱۱) کرم زاده، سیامک، فیض، زهرا (۱۳۹۸)، «قاعده نفی سبیل و الحاق ایران به کنوانسیون بین‌المللی مقابله با تأمین مالی تروریسم»، مجله پژوهش‌های تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره ۶، شماره ۲، پیاپی ۲۰. doi:10.22091/csiw.2019.4162.1541
 - ۱۲) یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۳۰ ق)، العروة الوثقی، ج ۱، موسسه السبطين علیهما السلام العالمیه.
- 13) Abass, Ademola (2012), *International Law Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press.
- 14) Lauterpacht, Hersch (2011), *The Function of Law in the International Community*, Oxford University Press.

References

- 1) Abass, Ademola (2012), *International Law Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press.
- 2) Alidost, Abolqāsem (1383 SH). "Qā'edeh-ye Nafi-ye Sabīl" [The Rule of Nafi-ye Sabīl]. *Maqālāt va Barrasī-hā* [Articles and Reviews], No. 76 [in Persian].
- 3) Amīd Zanjānī, Abbās-'Alī (1379 SH). *Feqh-e Siyāsī: Hoqūq-e Mo'āhedāt-e Beynolmelalī va Dīplomāsī dar Eslām* [Political Jurisprudence: The Rights of International and Diplomatic Treaties in Islam]. *Sāzmān-e Motāle'e va Tadwīn-e Ketāb-hā-ye 'Olūm-e Ensānī-ye Dānešgāh-hā (SAMT)* [in Persian].
- 4) Ḥorr 'Āmelī, Mohammad ibn Ḥasan (1409 AH). *Tafṣīl al-Wasā'il al-Shī'a ilā Taḥṣīl Masā'il al-Sharī'a* (Volume 13). *Āl al-Bayt* [in Arabic].
- 5) Karam Zāda, Siāmak, Fayz, Zahra (1398 SH). "Qā'edeh-ye Nafi-ye Sabīl va Elḥāq-e Īrān be Konvānsiyon-e Beynolmelalī-ye Moqābele bā Tāmīn-e Mālī-ye Terorīsm" [The Rule of Denying the Way and Iran's Accession to the International Convention on Combating the Financing of Terrorism]. *Majalle-ye Pažūheš-hā-ye Tatbīqī-ye Hoqūq-e Eslām va Qarb* [Journal of Comparative Studies of Islamic and Western Law], Vol. 6, No. 2, Serial 20. doi:10.22091/csiw.2019.4162.1541 [in Persian].
- 6) Khomeynī, Rūh-Allah (n.d.). *Esteftā'āt-e Emām Khomeynī (ra)* Vol. 10, *Mo'assese-ye Tanzīm va Našr-e Āsār-e Emām Khomeynī (ra)* [in Arabic].
- 7) Lauterpacht, Hersch (2011), *The Function of Law in the International Community*, Oxford University Press.
- 8) Qāzī, Abolfazl (1396 SH). *Bāyestehā-ye Hoqūq-e Asāsī* [Essentials of Fundamental Rights]. Tehrān: Mīzān [in Persian].
- 9) Rāghīb Eṣfahānī, Ḥusayn ibn Mohammad (1416 AH). *Mofradāt Alfāz al-Qor'ān. Dār al-Qalam* [in Arabic].
- 10) Shabān-Niyā, Qāsem, Hosseini, Mohammad (1397 SH). "Masūnīyat-e Jānī-ye Namāyandegān-e Keshvarhā dar Feqh" [Personal Immunity of Representatives of Countries in Jurisprudence]. *Majalle-ye Goftemān-e Feqh-e Hokūmatī* [Journal of Governmental Jurisprudence Discourse], Year 2, No. 3 [in Persian].
- 11) Sharī'at Bāqerī, Mohammad Javād (1393 SH). "Tasvīb-e Mo'āfeghat-Nāmeḥā-ye Hamkāri-ye Qazā'i Beynolmelalī" [Approval of International Judicial Cooperation Agreements]. *Faslnāme-ye Dīdgāh-hā-ye Hoqūq-e Qazā'i* [Journal of Judicial Legal Perspectives], No. 66 [in Persian].
- 12) Ṭabāṭabā'i, Sayyed 'Alī ibn Mohammad (1414 AH). *Riyād al-Masā'el fī Bayān al-Aḥkām bi al-Dalā'il* (Volume 13). *Mo'assese-ye Našr-e Eslāmī* [in Arabic].
- 13) Yazdī, Sayyed Mohammad-Kāžem (1430 AH). *Al-'Orva al-Voṭqā*. Vol. 1, *Mo'assese-ye al-Sabteyn 'alayhomā al-salām al-'Ālamīya* [in Arabic].
- 14) Zamanī, Amīn-Ollah (1398 SH). "Tahlīl-e Goftemānī Rūyekardhā-ye Feqhi-ye Shūrā-ye Negahbān dar Barrasī-ye Mo'āhedāt-e Hamkāri dar Omūr-e Keyfari" [Discourse Analysis of the Jurisprudential Approaches of the Guardian Council in Examining the Cooperation Agreements in Criminal Matters]. *Faslnāme-ye Dāneš-e Hoqūq-e 'Omūmī* [Journal of Public Law Knowledge], Vol. 8, No. 25. doi:10.22034/qjplk.2019.177 [in Persian].

A Jurisprudential and Legal Examination of the Necessity of Evidential Proof in Civil Proceedings

Mahdi Hasanzadeh · Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law,
University of Qom, Qom, Iran. m.hasanzadeh@qom.ac.ir

Azizollah Fahimi · Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, University
of Qom, Qom, Iran. a-fahimi@qom.ac.ir

Hamzeh Amininasab · PhD Student in Private Law, Faculty of Law, University of Qom, Qom,
Iran. (Corresponding Author) h.amininasab@gmail.com

Abstract

1. Introduction

In the field of judicial proceedings, the pivotal role of "proof" in determining the fate of a case cannot be understated. A claim or assertion must be proven in a legal forum, otherwise its origins will remain inconsequential. Consequently, legal practitioners and judges dedicate a significant portion of their attention to the issue of proof, leading to the assertion that litigation revolves around the evidence. The process of proving a claim or defense relies on documents referred to as "evidence." While legal literature commonly distinguishes between "evidence supporting a claim" and "proving the evidence itself as admissible," this distinction is often overlooked. This paper examines the legal and jurisprudential aspects of the more familiar "evidence supporting a claim," examining how parties present and defend their cases with reference to these means. Moreover, it explores the less-explored dimension of "proving the evidence itself," where the evidence is presented as a separate entity in court.

2. Research Question

The fundamental question that arises in this context is the rationale behind proving evidence and the justification for such a process. Legal claimants are obligated to present their evidence to the court to prove, raising the dichotomy of whether they possess the evidence or are hindered by its absence. In the former scenario, the claim is proven; in the latter, the claim faces the risk of dismissal for failure to provide proof. Thus, the inquiry emerges: why and on what grounds must one



undertake the arduous process of proving evidence, and what prompts this multiplicity in the judicial proceedings?

3. Research Hypothesis

In order to address this question, a hypothesis is put forward that it is necessary to prove the reason in a civil lawsuit, on the basis of justice, the obligation to preserve rights, and to adhere to the principle of contradiction. Each of these elements, independently or collectively, justifies the necessity of verifying the existence or realization of proof means. This hypothesis indicates that the legal and judicial system seeks to guarantee the fair and just resolution of disputes by observing the principles of proportionality in demanding proof. Furthermore, it is argued that this complex process acts as a safeguard, prevents the assertion of unfounded claims and promotes the efficient administration of justice.

To address this question, a hypothesis is posited that the requirement to prove evidence in civil litigation is predicated on the basis of justice, the necessity to preserve rights, and to adhere to the principle of contradiction [Asl-e-Tanazor]. Each of these elements, independently or collectively, justifies the need for establishing the existence or realization of evidentiary means. The hypothesis suggests that the legal and judicial system, in demanding the proof of evidence, seeks to ensure a fair and just resolution of disputes, aligning with the principles of proportionality. Furthermore, it is asserted that this intricate process serves as a safeguard, preventing the assertion of unfounded claims and promoting the efficient administration of justice.

4. Methodology & Framework, if Applicable

This research adopts a doctrinal approach, relying on an extensive review of Iranian legal scholars' works and the existing legal framework in the country. The methodology encompasses an exploration of relevant jurisprudential literature, analysis of applicable laws, and an examination of precedents to derive a comprehensive understanding of the necessity to prove evidence in civil litigation. The study aims to elucidate the impact of various factors, such as the unavailability of evidence due to justifiable reasons or the claimant's assertion that evidence once existed but is no longer accessible. By considering the specific conditions under which evidence may be challenging to present, the research seeks to

provide insights into how the legal system accommodates such circumstances.

In summary, this paper endeavors to shed light on the intricacies surrounding the requirement to prove evidence in the Iranian civil litigation system, offering a nuanced understanding for the benefit of a non-Iranian audience unfamiliar with the nuances of the country's legal landscape.

5. Results & Discussion

Typically, evidence supporting a legal claim is within the reach of the litigant, readily available for citation and presentation in court. However, scenarios arise where the evidence substantiating the subject matter of a claim is unavailable, making its presentation to the court unfeasible. Consequently, it becomes imperative for the evidence itself to be proven as a separate entity. In circumstances where accessing and presenting the primary evidence pose challenges, proving the evidence becomes an unavoidable precursor to substantiating the claim. The pivotal issue casting serious doubt on the path of proving evidence is that the establishment of a claim is contingent upon presenting evidence. Should the claimant prove incapable of providing evidence, the claim is perceived as groundless, hovering on the brink of nullity or dismissal. The meticulous process of proving evidence necessitates thorough foundations to justify this intricate and duplicative procedure in legal proceedings.

One of the most significant underpinnings for this process is the concept of "Impossibility of Performance" [Ta'azzor] and [Ta'assor]. Rooted in Islamic jurisprudential principles such as the "Negation of Hardship" [Nafy-e-Osr va Haraj] and "Impossible Duty" [Taklif-e Ma'la'yotagh], it finds parallels in foreign legal doctrines like force majeure and the impossibility doctrine. Additionally, fundamental principles such as justice and upholding rights can be introduced to rationalize the proof of evidence. In certain cases, presenting the original evidence may be impractical due to potential obstacles. In such a scenario, if the evidence is abandoned, not only does justice remain unattained during the trial, but the judge encounters an impasse in establishing the truth. Recognizing the imperative nature of proving evidence for preserving the rights of litigants, accepting the burden of proof appears essential for fairness and justice to prevail. Thus, beyond merely avoiding obstruction and hindrance in proving legal claims, the

concept of impossibility of performance becomes one of the compelling reasons for mandating the proof of evidence in civil procedural law. This is particularly evident when the testimony of a witness is contested, conflicts arise between primary and subsequent witness statements, or the need for local investigation arises. Moreover, instances of perjury and false testimony by a witness can significantly impact the proceedings, necessitating the judicial authority to independently seek and establish the proof of these circumstances. This proof, however, should be situated in a manner where the demonstrated evidence, though seemingly partial, significantly influences the outcome of the lawsuit.

6. Conclusion

In conclusion, the intricate process of proving evidence in civil litigation within the Iranian legal system serves as a fundamental safeguard against baseless claims, ensuring the administration of justice in a fair and equitable manner. The concept of "impossibility of performance" [Ta'azzor] and [Ta'assor] emerges as a critical factor justifying the proof of evidence, aligning with principles of justice, upholding rights, and maintaining a proportionate approach in legal proceedings. Beyond its function as a deterrent against false testimony, the necessity of proving evidence stands as a cornerstone for the effective adjudication of disputes, allowing the judicial system to navigate challenges and uphold the truth in the pursuit of justice. The acceptance of the burden of proof, even in the face of obstacles, is deemed indispensable for the preservation of justice and the rights of all parties involved.

Keywords: Civil Proceedings, Evidence for Substantiating Claims, Establishment of Evidence, Principle of Proportionality.

بررسی فقهی و حقوقی «لزوم اثبات ادله» در دادرسی مدنی

مهدی حسن‌زاده * دانشیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران.

m.hasanzadeh@qom.ac.ir

عزیزالله فهیمی * دانشیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران.

a-fahimi@qom.ac.ir

حمزه امینی‌نسب * دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران. (نویسنده مسئول)

h.amininasab@gmail.com

چکیده

اگر چه به طور معمول در دادرسی مدنی، ارائه دلیل یا ادله‌ای که اصحاب دعوی برای اثبات مدعای خود بدان تمسک می‌جویند، با معذوریتی مواجه نیست، و اثبات ادعا یا دفاع در برابر آن، با ارائه دلیل به دادگاه صورت می‌گیرد، اما در پاره‌ای موارد دسترسی به دلیل و ارائه آن به دادگاه میسر نیست. در این وضعیت، «اثبات دلیل» به عنوان یک تمهید اجتناب‌ناپذیر برای اثبات دعوی رخ می‌نماید، و دلیل خود به موضوعی بدل می‌شود که مستلزم اثبات است. از آنجا که خواهان، یا بالفعل دارای دلیل و متمکن از ارائه آن به محکمه است و یا از ارائه دلیل قاصر است، توجیه «اثبات دلیل» به عنوان فرآیندی مضاعف در دادرسی مدنی و یافتن پاسخی درخور به چرایی آن ضروری می‌نماید. از این رو، در پژوهش حاضر سعی شده است تا «مبانی لزوم اثبات دلیل برای ذی‌نفع و مقام قضایی» معرفی شود. در نتیجه پژوهش، چهار مبنای «تعذر و تعسر»، «عدالت»، «ضرورت احقاق حق و جلوگیری از انسداد اثبات حق» و «اصل تناظر» به عنوان مبانی لزوم اثبات دلیل - بما هو دلیل - ضمن بررسی ماهوی هر کدام از مبانی پیش‌گفته و بررسی ارتباط آنان با یکدیگر استظهار گردید. در نهایت تحقیق، راقمان سطور دریافتند که تنها آن دلایلی نیاز به اثبات دارند که «موثر در سرنوشت دعوی و یا تغییردهنده حکم دادگاه» باشند.

واژگان کلیدی: دادرسی مدنی، ادله اثبات دعوی، اثبات دلیل، اصل تناظر.



مقدمه

در فرایند دادرسی، اهمیت و نقش سرنوشت‌ساز «اثبات» بر کسی پوشیده نیست. دعوی یا ادعا باید در مرجع قضایی به اثبات برسد. در غیر این صورت منشأ اثر نخواهد بود. از این رو بخش مهمی از اهتمام اصحاب دعوی، وکلای آنان و دادرسان صرف مقوله اثبات می‌شود و گزاف نیست اگر گفته شود دادرسی بر مدار اثبات می‌چرخد. اثبات دعوی یا ادعا نیز با توسل به وسایلی است که «دلیل اثبات» خوانده می‌شود. تمایز میان «دلیل اثبات» و «اثبات دلیل» موضوعی است که کمتر بدان توجه می‌شود. در آثار حقوقی آنچه رایج و برای اذهان نامی آشناست، «دلیل اثبات» یا «ادله اثبات» است. بدین معنا که وقتی یک دعوی در دادگاه مطرح است و اصحاب دعوی برای اثبات یا دفاع از آن به دلیل استناد می‌کنند (ماده ۱۹۴ قانون آیین دادرسی مدنی).^۱ در این مقام، دلیل وسیله و ابزاری است که طرفین با استناد به آن، به اثبات موضوع مورد اختلاف می‌پردازند، اما «اثبات دلیل» بدین معناست که دلیل خود به‌عنوان موضوع در دادگاه اثبات شود. به عبارتی، در ادله اثبات، اثبات موضوع دعوی و در اثبات دلیل نه اثبات موضوع دعوی، بلکه اثبات خود دلیل مطرح است؛ توضیح اینکه معمولاً دلیل خود، هنگام طرح دعوی یا احیاناً در جریان رسیدگی به دادگاه ارائه می‌شود. برای مثال، خوانده در دادگاه حضور می‌یابد و به حق متنازع‌فیه اقرار می‌کند یا شهود در دادگاه حاضر می‌شوند و بر موضوعی شهادت می‌دهند. با این حال، همیشه چنین دلایلی در دسترس و به‌طور مستقیم شایان ارائه به دادگاه نیست. ممکن است خواننده در دادگاه حضور نیابد، اما اقرار خود را در سندی تنظیم کند و سند حاوی اقرار به دادگاه ارائه شود یا شهود در دادگاه حاضر نباشند، اما شهادت آنان به‌صورت مکتوب به دادگاه ارائه شود یا حضور آنان در دادگاه برای ادای شهادت بنا به دلایلی متعذر یا متعسر باشد، اما شاهدانی به شهادت آنان گواهی دهند یا دلایل موجود از طریق تأمین دلیل، ثبت و ضبط و صورت‌مجلس آن به دادگاه ارائه شود. گاه خود دلایل بنا به اعذاری شایان ارائه به دادگاه نیست و دسترسی به آن وجود ندارد، اما

۱. فایده دلیل منحصر به اثبات دعوی یا دفاع نیست و در زندگی روزمره بدون اینکه دعوایی در دادگاه در جریان باشد، دلیل اثبات مطرح است. نیاز به ارائه دلیل بیشتر در جایی احساس می‌شود که دعوایی در دادگاه مطرح باشد و مدعی یا مدافع برای اثبات گفته‌های خود به ارائه دلیل می‌پردازند. از این رو تعریف قانون از دلیل را باید ناظر به مورد غالب دانست (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ج ۱، ص. ۱۷). درباره ایرادات طرح‌شده نسبت به تعریف قانونی دلیل رک. به: جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ج ۴، ص. ۳۱۳.

ممکن است یکی از طرفین دعوی مدعی باشد که دلیلی وجود داشته است یا دارد که اگر وجود یا تحقق آن دلیل ثابت شود، در سرنوشت دعوی تأثیر می‌گذارد. همچنین، ممکن است با تحقیقات از جمله استفاضه و تحقیق محلی یا در جریان بازخوانی پرونده، برای مقام قضایی محرز شود دلیلی که بتواند به طور مستقل بار اثبات ادعایی را به دوش بکشد، وجود دارد، اما بنا به شرایطی دسترسی به آن دلیل ممکن نیست یا اینکه دلیل وجود داشته است، اما هم‌اکنون وجود ندارد. در اینجا است که باید خود دلیل به عنوان موضوع مستقل بررسی شود تا در صورت اثبات این مسئله، با کمک دیگر قراین بتوان اصل موضوع دعوی را اثبات کرد.

اثبات دلیل با وصف یادشده در بالا در پاره‌ای موارد، ضروری و اجتناب‌ناپذیر به نظر می‌رسد، اما پرسش بنیادینی که درباره مسئله مزبور شایان طرح و بررسی است، چرایی روی آوردن به اثبات دلیل و مبنای توجیه‌کننده آن است. این تردید از آنجا ناشی می‌شود که مدعی باید دلیل یا ادله خود را برای اثبات دعوایش به دادگاه ارائه کند. حال، یا بالفعل دارای دلیل است یا از ارائه دلیل قاصر است. در صورت نخست، دعوایش اثبات می‌شود و در غیر این صورت و عدم سوگند، دعوایش محکوم به رد است.^۱ بنابراین، چرا و بر چه مبنایی باید به دنبال اثبات دلیل رفت و چه چیزی این فرایند مضاعف در دادرسی را توجیه می‌کند؟

برای توجیه اثبات دلیل در دادرسی مدنی، مبانی مختلفی را می‌توان ارائه کرد که مهم‌ترین آن‌ها، «تعذر و تعسر» ارائه و جمع‌آوری دلایل است. همچنین است قاعده عدالت، لزوم احقاق حق و رعایت اصل تناظر که هرکدام از این مسائل، لزوم اثبات وجود یا تحقق یکی از دلایل اثبات را توجیه می‌کند. از این رو شناخت عناصر مزبور، میزان تأثیرگذاری آن‌ها در اثبات وجود ادله و ضوابط حاکم بر آن‌ها ضرورت دارد. از سویی عوامل یادشده خود مبتنی بر ضوابط خاصی هستند که شایسته است مورد واکاوی قرار گیرند. پیش از آنکه مبانی اثبات ادله بررسی شود، لازم است در حد معقول تفاوت آن با ادله اثبات مورد بررسی قرار گیرد.

۱. بررسی تفاوت اثبات ادله و ادله اثبات

درباره دلایل اثبات، پژوهش‌های نسبتاً متقنی انجام شده است که هر یک به فراخور نوع ادله اثباتی

۱. ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر می‌دارد «اصل برائت است. بنابراین، اگر کسی مدعی حق یا دینی بر دیگری باشد، باید آن را اثبات کند. در غیر این صورت با سوگند خوانده، حکم برائت صادر خواهد شد».

اعم از اینکه شهادت باشد یا سند یا سوگند یا اقرار، درباره چگونگی اثبات و حوزه موضوعی آن صحبت به میان آورده‌اند، اما اینکه مبنای اثبات وجود و تحقق دلایل چیست، از منظرها مغفول مانده است. از این رو باید مجموعه‌ای از اصول و قواعد وجود داشته باشد تا با تکیه بر آن‌ها ثابت شود دلیل ادعایی که به هر دلیلی در دسترس نیست، می‌تواند در سرنوشت دعوی مؤثر باشد. در اینجا اگر گمان برای قاضی ایجاد شود که ادعای فوق درست است، در دو وضعیت متفاوت، فرصت اثبات ادله را می‌دهد. در بعضی از مبانی اثباتی ادله، قاضی طرفین ذی‌نفع را ارشاد به اثبات ادله می‌کند و در بعضی دیگر، تکلیف به تحصیل ادله خواهد داشت. پس لزوم اثبات ادله با معرفی مبانی آن پیش شرط قدرت اثباتی ادله اثبات دعوی قرار می‌گیرد. این مفهوم از اصل ۱۶۶ قانون اساسی نیز برمی‌آید. این اصل اشعار می‌دارد «احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است» (فرخسه، ۱۳۸۵، ص. ۱۱). در اصل ۱۶۷ قانون اساسی برای اجرای عدالت در زمینه تحصیل دلیل، بر استقلال قضات تأکید شده است تا در هنگام جمع‌آوری دلایل، هیچ مقامی نتواند بر آن‌ها نفوذ کند. گفتنی است که از این دیدگاه تا به حال به موضوع نگریسته نشده است. مبانی اثبات نفس وجود و تحقق ادله که شامل تعذر و تعسر، عدالت، لزوم احقاق حق و رعایت اصل تناظر است، در زیر می‌آید.

۲. تعذر و تعسر

تعذر و تعسر را می‌توان به‌عنوان یکی از مهم‌ترین مبانی اثبات دلیل معرفی کرد که رد پای آن در آثار فقهی و برخی مواد قانونی به چشم می‌خورد. جایگاه مهم مبنای یادشده و قرائت‌های مختلفی که در آثار فقهی و حقوقی از آن وجود دارد، ضرورت بازشناسی مفهوم، اقسام و مبانی آن را دوچندان می‌سازد.

۱.۲. مفهوم تعذر و تعسر

از نظر لغوی، تعذر از ریشه عذر به معنای عذر آوردن، ممتنع و ناممکن شدن و خودداری کردن و تعسر از ریشه عسر به معنای دشوار شدن، سخت شدن و مشقت داشتن است (بستانی، ۱۳۷۰، ص. ۲۳۹؛ دهخدا، ۱۳۸۵، ج ۱، ص. ۷۵۱؛ عمید، ۱۳۸۶، ص. ۵۸۷؛ معین، ۱۳۶۰، ج ۱، ص. ۱۰۹۹). از نظر اصطلاحی تعذر به شرایطی اطلاق می‌شود که انجام دادن عملی ممتنع و ناممکن شود و تعسر ناظر به حالتی است که انجام دادن عملی سخت و دشوار و مشقت‌بار شود. درباره تمایز این دو

مفهوم در اندیشه‌های حقوقی اختلاف نظر وجود دارد. برخی را عقیده بر این است که منظور از «تعذر» عدم امکان عقلی دسترسی به دلیل مانند فوت، بیماری، سفر، حبس و مانند آن است و «تعسر» ناظر به حالتی است که دسترسی به دلیل به‌طور کلی ناممکن نیست، بلکه با مشقت و دشواری همراه است؛ به‌گونه‌ای که از نظر عرف و عادت ناممکن شمرده می‌شود. برای مثال، بیماری که در حال بیهوشی است، متعذر و بیماری که به علت شدت بیماری، پزشک نظر به مراقبت دائم و منع خروج او از بیمارستان داده است، متعسر شمرده می‌شود (حسن‌زاده، ۱۳۹۱، ص. ۱۰۱).

برخی تعسر را مربوط به دشواری خارجی و حوادث عام‌البلوی مانند سیل و زلزله و تعذر را ناظر به دشواری شخصی مانند فوت و بیماری دانسته‌اند (حمیتی واقف، ۱۳۸۷، صص. ۱۱۵-۱۱۶). باین‌حال، مبنای شایان توجهی برای این نظر به ذهن نمی‌رسد؛ ضمن اینکه ماده ۲۳۱ قانون آیین دادرسی مدنی نیز چنین تمایزی را بر نمی‌تابد؛ زیرا این ماده مثال‌های متعددی را از عواملی که ممکن است سبب تعذر یا تعسر شود، بیان کرده است که همه آن‌ها از نوع دشواری شخصی است؛ البته این موارد تمثیلی‌اند، اما اگر قانون‌گذار به تفکیک یادشده نظر داشت، لازم بود مثال‌هایی نیز از دشواری خارجی و نوعی می‌آورد.

توجه به معنای لغوی این دو مفهوم نیز گواه نظر نخست است؛ زیرا تعذر به معنای ممتنع و ناممکن شدن و تعسر به معنای سخت و دشوار شدن است.

۲.۲. تعذر و تعسر در اثبات دلیل در شهادت بر شهادت

پس از مقدمه‌ای که در بخش پیش درباره مفهوم و مبانی تعذر و تعسر ارائه شد، در این بخش مواردی که تعذر و تعسر در متون فقهی و قانونی به‌عنوان مبنای اثبات دلیل مورد استفاده قرار گرفته است، بررسی می‌شود.

۱.۲.۲. تعذر و تعسر در اثبات دلیل در شهادت بر شهادت در فقه

یکی از مصادیق بارز اثبات دلیل که در نوشته‌های فقهی به‌طور مبسوط مورد بحث و بررسی قرار گرفته، شهادت بر شهادت است. از مجموع آثار فقهی ملاحظه می‌شود که در شهادت بر شهادت مبنای فقها تعذر و تعسر بوده است؛ گرچه نظر فقها در این باره یکدست نیست.

در فقه امامیه دو دیدگاه درباره شرط فوق وجود دارد؛ مشهور فقها شهادت بر شهادت را به

شرط تعذر یا تعسر حضور شاهد اصل مجاز دانسته‌اند (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۸، ص. ۲۳۲، طوسی، ۱۴۰۰ق، ص. ۳۲۹؛ طرابلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص. ۵۶۱؛ طوسی، ۱۴۰۸ق، ص. ۲۳۳؛ حلی (ابن ادریس)، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۱۲۸؛ حلی (محقق)، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص. ۲۹۰؛ حلی (محقق)، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص. ۱۴۳؛ حلی (علامه)، ۱۴۱۷ق، ج ۸، ص. ۵۲۸؛ حلی (علامه)، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۱۶۵؛ حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص. ۵۰۶؛ حلی (علامه)، ۱۳۴۸ق، ج ۲، ص. ۷۲۵؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۱ق، ج ۳، ص. ۲۹۲؛ طباطبایی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص. ۴۵۴؛ حصری، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص. ۳۵۳).

از نظر مشهور، موارد فقدان حضور شاهد منحصر به مواردی نیست که حضور شاهد اصل از نظر عقلی ممکن نباشد (تعذر) مانند فوت شاهد اصل، بلکه مواردی را نیز دربرمی‌گیرد که از نظر عقلی حضور شاهد اصل ممکن است، ولی همراه با مشقت و دشواری است (تعسر). براین اساس، جمعی از فقها بر ضابطه و معیار بودن مشقت در حضور تأکید کرده‌اند (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۸، ص. ۲۳۳؛ حلی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص. ۵۰۶؛ حلی (علامه)، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۱۶۵؛ حلی (محقق)، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص. ۱۴۳؛ نراقی، ۱۴۰۵ق، ج ۲، ص. ۶۷۸؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۰۵ق، ص. ۳۶۱؛ مؤمن قمی، ۱۳۸۰، ج ۱، ص. ۶۹۵).

در مقابل، برخی فقهای امامیه درباره شرط بودن تعذر یا تعسر حضور شاهد اصل در استماع شهادت شاهد فرع، اظهار تردید کرده و پذیرفتن شهادت شاهد فرع را حتی در صورت عدم تعذر حضور شاهد اصل ترجیح داده‌اند. ایشان اقتضای عمومات و اطلاقات ادله باب را قبول شهادت شاهد فرع دانسته و تقیید آن به حالتی را که حضور شاهد اصل متعذر باشد، فاقد دلیل معرفی کرده‌اند (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۲، ص. ۴۸۱؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰، ص. ۳۶۶؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص. ۱۹۹؛ تبریزی، ۱۴۱۵ق، ص. ۵۷۰؛ موسوی خویی، ۱۴۲۲ق، ص. ۱۷۷).

بنابراین، در فقه امامیه درباره اشتراط تعذر و تعسر دو نظر وجود دارد؛ مشهور فقها تعذر یا تعسر را شرط شهادت بر شهادت می‌دانند، اما برخی بدون تحقق آن نیز پذیرش شهادت بر شهادت را بدون مانع می‌دانند و همان‌گونه که خواهیم دید، قانون ایران از نظر مشهور پیروی کرده است.

۲.۲.۲. تعذر و تعسر در اثبات دلیل در شهادت بر شهادت در قانون

تعذر و تعسر در اقامه گواهی از جمله مطالبی است که در فقه و شرع مسبوق به سابقه بوده و در

قانون نیز این مسئله مطمح نظر مقنن قرار گرفته است. در ماده ۱۳۲۰ قانون مدنی بیان شده است که شهادت بر شهادت در صورتی مسموع است که شاهد اصل وفات یافته باشد یا به واسطه موانع دیگری مانند بیماری، سفر و حبس و... نتواند حاضر شود. مطابق فحوای این ماده مشخص است که وفات مصداق بارز عذر است و سایر طروء مشقت‌بار برای شاهد مصادیقی از تعسر است. از سویی با استثنا شدن فوت شاهد اصل یا شاهد اصلی در ماده ۲۳۱ قانون آیین دادرسی مدنی، دیگر موارد یادشده در بالا به‌عنوان مصادیق تعذر و تعسر بیان شده است (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص. ۱۰۲). این دوگانگی در بیان مقنن در وهله نخست شاید بیان‌کننده این باشد که فوت شاهد اصلی از لحاظ منتفی شدن حضور و ادای گواهی ایشان خارج از محدوده تعذر و تعسر است؛ زیرا تعذر و تعسر از جمله مواردی است که می‌توان حتی با مشقت آن‌ها را برطرف کرد و به‌نوعی از شاهد اصل، تحصیل اطلاعات کرد. قانون آیین دادرسی مدنی در مواد ۲۴۴ و ۲۴۵ به معذور بودن گواه از حضور در دادگاه اشاره کرده و بیان داشته است که قاضی در محل اقامت وی حضور می‌یابد و گواهی او را استماع می‌کند. در ادامه، ماده ۲۴۵ بیان می‌دارد چنانچه قاضی در مقر دادگاه دیگری مقیم باشد، می‌توان از مقر دادگاه او درخواست استماع گواهی کرد و گواهی استماع شهادت او از مقر شاهد توسط مقام قضایی همان دادگاه به مقر دادگاه درخواست‌کننده فرستاده شود. در چنین وضعیتی، مقنن تفکیکی نیمه‌تمام را معرفی می‌کند و آن اینکه، شاهد اصلی به‌خاطر معذور بودن از حضور در دادگاه نتواند حاضر شود و ادای گواهی کند؛ البته این عدم حضور در همان محدوده می‌تواند به‌عنوان مصداقی برای عذر آوردن و مشمول ماده ۲۴۴ شدن باشد؛ زیرا اگر شاهد در همان محدوده استقرار دادگاه باشد و نتواند حضور یابد، تنها عذر ایشان بعد مسافت نیست، بلکه ظاهر در عذری دیگر است که از آن جمله عدم امکان حضور در دادگاه و دادسراست. بنابراین، ماده ۲۴۴ نوعی از عذر را به‌صورت مصداقی معرفی می‌کند درحالی‌که اگر وحدت دیدگاه مقنن را در تنقیح ماده ۲۳۱ قانون یادشده در نظر داشته باشیم، درمی‌یابیم که مواد ۲۴۴ و ۲۴۵ قانون نیز وقتی درباره همان مطالب صحبت به میان آورده است، با همان دیدگاه بیانات و اراده مقنن را معرفی می‌کند. پس ماده ۲۴۵ هم باید در ادامه همان ماده و ناظر بر رویکردهای تعذر و تعسر باشد، اما با توجه به اینکه در ماده ۲۴۵ صحبت از استماع شهادت شاهد دوم به‌واسطه بعد مسافت به میان می‌آید و مقنن به قاضی اختیار داده است که خودش یا قاضی دادگاه دیگری که در

محدوده قضایی اقامت شاهد قرار دارد، اظهارات شهود را استماع و به دادگاه درخواست کننده ارسال کند، می‌توان این‌گونه استظهار کرد که مسئله عدم حضور شاهد به هر دلیلی که برای او مشقت‌بار باشد، عذری برای حضور و ادای گواهی شمرده می‌شود و مسئله بعد مسافت و دوری از محل دادگاه تعسر شمرده می‌شود. بنابراین، در نظر مقنن، بعد مسافت، بیماری و عوارض خارجی که به واسطه عذر شخص خاصی نباشد و قهری باشد، ناظر بر تعسر است و دیگر اعذاری که شاهد اصلی به واسطه آن نمی‌خواهد یا نتواند در دادگاه حاضر شود از جمله مصادیق تعذر شمرده می‌شود، اما باز هم یک نقص در بیان قانون‌گذار وجود دارد و آن اینکه، همه موارد تعذر و تعسر را ناظر بر عدم حضور شاهد اصل بیان کرده درحالی‌که افزون بر عدم حضور، مسئله عدم ادای شهادت نیز در میان است و ممکن است شاهد اصلی در محدوده حضور داشته باشد، اما بنا به دلایل و اعذاری نتواند یا نخواهد شهادت دهد. مسئله مزبور مورد اشاره مقنن قرار نگرفته است درحالی‌که روایتی دال بر این مطلب وجود دارد که امام معصوم (صلوات‌الله علیهم اجمعین) فرمود اگر شاهدی که حتی پشت ستون مسجد ایستاده، نخواهد گواهی دهد، گواهی شاهد بر شهادت او پذیرفته می‌شود و آن شهادت اصالت دارد (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۲۵۶؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص. ۷). پس باید در نظر داشت که تعسر ناظر بر عسرت ناشی از بعد مسافت است و تعذر شامل بقیه اعذاری می‌شود که شاهد به هر دلیلی نمی‌خواهد به واسطه آن حتی اگر در مقر دادگاه حضور داشته باشد، به ادای شهادت مبادرت ورزد. این معنی از قید ماده ۲۴۶ قانون آیین دادرسی مدنی به خوبی مستفاد می‌شود. در چنین مواردی ممکن است خود دادگاه در راستای صعوبت و مشقتی که عذر برای شاهد اصل شمرده می‌شود، به دو صورت نیابت قضایی یا حضور خود قاضی در محل شاهد اصلی و همچنین، از راه‌های دیگر به اثبات دلیل بپردازد. از این رو می‌بینیم که پس از معرفی شاهد و مشخص شدن عذر شاهد، مقام قضایی است که ابتکار عمل را به دست می‌گیرد. از بررسی مواد قانونی مختلف، تعذر یا تعسر به‌عنوان مبنایی برای اثبات دلیل مستفاد می‌شود که در زیر مورد بررسی قرار می‌گیرد. در این باره چند نکته شایان توجه است.

نخست، برخلاف ماده ۱۳۲۰ قانون مدنی و ماده ۱۸۸ قانون مجازات اسلامی که لسان مصداقی دارند، ماده ۲۳۱ قانون آیین دادرسی مدنی به بیان ضابطه پرداخته و به‌صراحت تعذر و تعسر را پیش‌شرط پذیرش شهادت بر شهادت قرار داده است.

از نظر قانون‌گذار، هر عاملی که موجب تعذر حضور شاهد اصل شود، سبب پذیرش شهادت

فرع می‌شود. به عبارت دیگر، آنچه مهم و ملاک است، متعذر شدن حضور شاهد است و عامل آن خصوصیتی ندارد (حسن‌زاده، ۱۳۹۱، ص. ۱۰۱). با این حال، درباره شمول مواد بالا به مواردی مانند عدم تمایل شاهد به حضور یا امتناع از حضور به خاطر خوف از ایجاد مزاحمت اختلاف نظر وجود دارد. برخی مواد یادشده را نیز شامل مصادیق گفته شده می‌دانند (امامی، ۱۳۷۶، ج ۶، ص. ۲۰۲؛ حیاتی، ۱۳۹۰، ص. ۴۲۶؛ مهاجری، ۱۳۸۰، ب، صص. ۱۵۵-۱۸۳).

برخی با این استدلال که ضابطه مواد بالا تعذر حضور شاهد است در حالی که در مواردی که شاهد تمایل به حضور ندارد یا به دلیل خوف از مزاحمت یا هر مطلب دیگر از حضور امتناع می‌کند، حضور شاهد متعذر نیست و شهادت شهود را در این باره نمی‌پذیرند (حسن‌زاده، ۱۳۹۱، ص. ۱۰۲؛ دیانی، ۱۳۸۶، ص. ۱۹۶).

به نظر می‌رسد با توجه به اینکه ضابطه پذیرش شهادت بر شهادت، تعذر یا تعسر است که در ماده ۲۳۱ قانون آیین دادرسی مدنی مورد تأکید قرار گرفته است و از سویی مصادیق برشمرده در مواد فوق جنبه تمثیلی دارند، پذیرش دیدگاه نخست به صواب نزدیک‌تر است.

دوم، پیش شرط پذیرش شهادت بر شهادت، تحقق تعذر و تعسر است و بدون آن نمی‌توان به شهادت بر شهادت تمسک جست. بنابراین، «هرگاه شاهد اصلی فوت نموده و مانع از حضور نداشته باشد یا امتناع از شهادت نیز ننماید، شاهد فرعی در دادگاه پذیرفته نمی‌شود و گفتار او معتبر نخواهد بود.» (امامی، ۱۳۷۶، ج ۶، ص. ۲۰۲). از بیان دو ماده معلوم می‌شود که شهادت بر شهادت فقط در موارد تعذر حضور شاهد اصل پذیرفته می‌شود و با حضور شاهد اصل و ادای شهادت او، گواهی بر گواهی منتفی است. به عبارت دیگر، بر اساس این مواد، گواهی بر گواهی مشروط به تعذر حضور شاهد اصل است و از این رو وضعیت حقوقی با نظر مشهور در فقه هماهنگ است (حسن‌زاده، ۱۳۹۱، ص. ۱۰۰).

سوم، از آنجا که لازمه استناد به شهادت بر شهادت، تحقق تعذر و تعسر است، تعذر و تعسر نیز باید به اثبات برسد و صرف ادعای فوت شاهد یا بیماری و مسافرت وی کافی نیست. از این رو استنادکننده به شهادت بر شهادت باید مدرکی محکمه‌پسند مانند گواهی فوت شاهد یا گواهی پزشک و... به دادگاه ارائه کند.

۳.۲.۲. تعذر و تعسر در تأمین دلیل

تأمین دلیل نیز یکی از موارد اثبات دلیل است که پیش شرط آن تعذر و تعسر به شمار می‌رود. مطابق ماده ۱۴۹ قانون آیین دادرسی مدنی «در مواردی که اشخاص ذی نفع احتمال دهند که در آینده استفاده از دلایل و مدارک دعوی آنان از قبیل تحقیق محلی، کسب اطلاع از مطلعین و استعلام نظر کارشناسان یا دفاتر تجاری یا استفاده از قراین و امارات موجود در محل یا دلایلی که نزد طرف دعوی یا دیگری است، متعذر یا متعسر خواهد شد، می‌تواند از دادگاه درخواست تأمین آن‌ها را بنمایند...».

علت و فلسفه وجودی تأمین دلیل، امکان تعذر یا تعسر استفاده از دلایل در آینده است. از این رو در صورتی می‌توان تأمین دلیل را از دادگاه تقاضا کرد که طبیعت دلیل به گونه‌ای باشد که امکان استفاده از آن دلیل در آینده غیرممکن یا بسیار سخت باشد (کریمی، ۱۳۹۱، ص. ۱۱۹). متقاضی تأمین دلیل باید امکان تعذر یا تعسر را برای دادگاه تشریح کند تا دادگاه این ادعا را ارزیابی کند و در صورت صحت آن، درخواست تأمین دلیل را بپذیرد و به ثبت و ضبط دلیل پردازد (کریمی، ۱۳۹۱، ص. ۱۲۱). برای اینکه بتوان به درخواست تأمین دلیل رسیدگی کرد، احراز اینکه مدرک مورد تأمین به عنوان دلیل در آینده مورد استناد قرار خواهد گرفت، مستلزم رسیدگی به اثبات وجود دلیل است و اینکه دلیل یادشده در محکمه برای اثبات موضوع مورد استناد قرار گیرد. در چنین موقعیتی است که احراز اولیه شرایط یادشده نوعی از اثبات وجود دلیل را محقق می‌سازد. در حقیقت، تأمین دلیل خود از اثبات وجود آن دلیل نشئت می‌گیرد؛ زیرا ممکن است این دلیل بعداً مکتوم، غیرقابل دسترس یا معدوم شود. مثال بارز این گونه تأمین دلیل تغییر شغل در املاک تجاری اجاره داده شده است. ممکن است فرد در منطقه تجاری خاصی، شغلی متناسب با دیگر کسب و کارهای هم تراز در محدوده را برگزیند و تغییر به مورد مزبور کند. در اینجا اگر تأمین دلیل گرفته نشود، بعد از طرح دعوی مالک یا کسبه به راحتی می‌تواند موضوع کسب در مغازه تجاری را به موضوع پیشین در بیاورد و باعث رد دعوی شود. پس تأمین دلیل منجر به لزوم اثبات دلیلی که در آینده شاید به آن دسترسی نباشد، می‌شود.

هرگاه قرار تأمین صادر شود، دادگاه می‌تواند اجرای آن را به این افراد واگذار کند. الف.

دادرس علی‌البدل، ب. مدیر دفتر دادگاه و ج. شخص قاضی صادرکننده رأی هنگامی که تأمین دلیل مبنای حکم باشد. عضو مجری قرار موظف است فقط آنچه را مورد نظر متقاضی است، صورت‌برداری کند نه بیشتر و نه کمتر. برای مثال، اگر موضوع اجرای قرار تحقیق از شهود در موضوعی خاص باشد، حق ندارد درباره مسائل دیگر از شهود تحقیق کند یا اگر موضوع اجرای قرار صورت‌برداری از اسناد معینی باشد، حق ندارد افزون بر آن اسناد، از سندهای دیگر که مورد تقاضا نیستند، صورت‌برداری کند. گاه ممکن است تقاضای تأمین دلیل هم‌زمان برای چند دلیل باشد. برای مثال، تصادفی واقع و خسارتی به خودرو وارد شده است. در این مورد متقاضی می‌تواند از دادگاه تقاضای تأمین دلیل برای «شهادت شهود»، «معاینه محل» و «جلب نظر کارشناس» کند.

۴.۲.۲. تعذر و تعسر در تحقیق محلی و قرار معاینه محل

در این بخش به دلیل تعذر و تعسری که درباره دیگر دلایل وجود دارد، دادگاه می‌تواند رأساً یا به درخواست یکی از طرفین، قرار تحقیق محلی یا معاینه محل را صادر کند. در اینجا می‌بینیم که حتی بدون درخواست طرفین دعوی، برای اینکه قاضی مکلف است دعوی را فیصله دهد و فصل خصومت کند، به اثبات دلیل مبادرت می‌کند. باید دانست که توجه قاضی به دلایل ابرازی و نیز دلایلی که تشخیص می‌دهد اثبات وجود آن‌ها در رأی صادره تأثیرگذار است، منعی در قانون ندارد که رأساً به اثبات این دلایل بپردازد، بلکه آنچه ممنوع است، عدم توجه به دلایلی است که در رأی صادره مؤثر است و روند پرونده را تحت تأثیر قرار می‌دهد.^۱ درحقیقت، هنگامی که در تحقیقات محلی به شهودی اشاره شود که شاهد واقعه بودند و اکنون در دسترس نیستند و به صورت کلی مفقود شده‌اند، از جمله موارد عذری است که می‌تواند از قرائن مثبت باشد و در روند پرونده تغییر کلی ایجاد کند. پس لزوم اثبات این دلیل از مبنای یادشده در ماده فوق به خوبی برمی‌آید.

۳. عدالت

دادرسی بستر اصلی اجرای عدالت است و غایت اصلی و هدف نهایی از دادرسی برپایی قسط و

۱. این معنی از رأی ۲۵/۹/۹۳۰۹/۶۳۴ به خوبی برمی‌آید که عدم توجه به دلایل ابرازی را در صورتی که تأثیری در جریان پرونده نداشته باشد، از موجبات تخلف انتظامی قضات نمی‌داند؛ یعنی دلایلی مورد اثبات قرار می‌گیرند که وثوق به تأثیر آن‌ها در سرنوشت دعوی نزد مقام قضایی احراز شود.

عدل است. عدالت را می‌توان از دو منظر به‌عنوان مبنای توجیه اثبات دلیل شناخت. نخست، حق دادخواهی و دوم، تکلیف به دادرسی.

۱.۳. حق دادخواهی و دسترسی به عدالت

حق دادخواهی از جمله حقوق اولیه همه افراد به‌شمار می‌رود تا در مواردی که حقوق و آزادی‌های آنان در معرض تجاوز قرار گرفت، برای احیای آن، امکان مراجعه به مراجع صالح قضایی را داشته باشند (هاشمی، ۱۳۸۴، ص. ۲۹۴). در تعریف حق دادخواهی گفته شده است «چنانچه حقوق و آزادی‌های اساسی شخص در معرض تهدید قرار گرفته یا به آن تجاوز شود، می‌تواند از مرجع صلاحیت‌دار قانونی درخواست جبران خسارت وارده را نموده و مراجع مذکور بی‌غرضانه و در کمال استقلال، در یک دادرسی عادلانه به ادعای وی رسیدگی کرده و در صورت اثبات، رأی مقتضی را صادر نمایند» (مؤذن‌زادگان، ۱۳۷۷، ص. ۱۳۶).

حق دادخواهی اقتضا می‌کند که هر فردی هنگامی که حق قانونی وی تضییع شد، به مرجعی صالح دسترسی داشته باشد و تظلم‌خواهی کند (عباسی، ۱۳۹۵، ص. ۲۵۰؛ طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۹۰، ص. ۶۷)؛ زیرا می‌توان گفت «تجلی خاص و دارا بودن یک حق به این است که اگر مورد نقض واقع شد، از طریق مطمئن قانونی قابل جبران باشد و این طریق مطمئن همان سازوکارهای از پیش تعیین‌شده است که وجدان جمعی جامعه نسبت به منصفانه بودن آن متقاعد گردیده است» (فضایلی، ۱۳۹۳، ص. ۱۶۰).

اصل ۳۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مقرر می‌دارد «دادخواهی حق مسلم هر فرد است و هرکس می‌تواند به‌منظور دادخواهی به دادگاه صالح رجوع نماید. همه افراد ملت حق دارند این‌گونه دادگاه‌ها را در دسترس داشته باشند و هیچ‌کس را نمی‌توان از دادگاهی که به‌موجب قانون حق مراجعه به آن را دارد، منع کرد». همچنین، در بند ۱ اصل ۱۵۶ قانون اساسی، یکی از وظایف قوه قضائیه رسیدگی و صدور حکم درباره تظلمات، تعدیات، شکایات، حل‌وفصل دعاوی و رفع خصومات است. در نظام حقوق بین‌الملل، مواد ۸ و ۱۰ اعلامیه جهانی حقوق بشر (۱۹۴۸)، ماده ۱۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (۱۹۶۶)، بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر (۱۹۵۰) و بند ب ماده ۱۹ اعلامیه اسلامی حقوق بشر (۱۳۶۹) نیز به این اصل اختصاص یافته است.

حق دادخواهی شامل امور مهمی مانند دسترسی به قاضی، حق فهم پدیده حقوقی به زبان ساده، حق آگاه‌سازی شهروندان و به‌ویژه دادخواهان، حق دادگستری سریع و ارزان و حق بهره‌مندی از معاضدت حقوقی و قضایی می‌شود. این حق امروزه تنها شامل شنیدن ماهیت ادعا نیست و حق شنیدن اموری غیر از ماهیت دعوی را نیز دربرمی‌گیرد. در این معنا، حق دادخواهی، حق آیین‌های دادرسی است (محسنی، ۱۳۹۶، ص. ۵۳۴).

لازمه حق دادخواهی و دسترسی به محاکم و دفاع از دعاوی، فراهم ساختن امکان اثبات و ارائه دلیل به دادخواه است. این حق حالت اطلاق دارد و شامل اثبات دعوی با استناد به ادله غیرمستقیم نیز می‌شود و دادخواهی را نباید در ادله مستقیم محدود کرد. به این ترتیب، اثبات دلیل از آثار اجتناب‌ناپذیر اصل دادخواهی به شمار می‌رود. با این تفسیر، اصحاب دعوی حق دارند در صورت عدم دسترسی به دلایل اصلی، به‌موجب ادله دیگر به اثبات دلیل و سپس اثبات مدعای خود بپردازند.^۱

۲.۳. تکلیف به دادرسی

دادرسی یکی از مسائل بنیادینی است که دادگاه‌ها باید در فرایند رسیدگی به دعاوی مدنظر قرار دهند. بعضی از صاحب‌نظران حقوق را هنر دادگستری نامیده‌اند؛ یعنی نه تنها اجرای عدالت هدف غایی حقوق است، بلکه موضوع کار و وظیفه دادرسان نیز هست. وظیفه دادرس در دعاوی این است که سهم متناسب هریک از دو طرف نزاع را در مالکیت، حقوق، تعهدات، صلاحیت و... تعیین کند و به هرکس آنچه را شایسته است، بدهد. قانون‌گذار و دیگر حقوق‌دانان، معاونان و دستیاران قضات در این توزیع عادلانه هستند. پس حقوق را باید هنر توزیع نامید (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص. ۵۴). در حقوق اسلامی عدالت به‌عنوان یک اصل در دادرسی اسلامی مورد تأکید فراوان قرار

۱. گفتنی است که بررسی مبنای عدالت در لزوم اثبات ادله به معنای این نیست که این مبنا نمی‌تواند در دیگر امور قدرت اثباتی داشته باشد، بلکه در خیلی از مسائل می‌توان با تکیه بر مبنای عدالت، چنانچه تناسب بحث صغروی و کبروی رعایت شده باشد، به اثبات نظریه پرداخت، اما درباره موضوع جاری از این‌رو حائز اهمیت است که در رعایت عدالت طرفینی است و در خصوص ارائه اسنادی که غیرقابل دسترس یا مکتوم بوده یا بعداً تشخیص داده شده است که در سرنوشت دعوی مؤثر قرار می‌گیرد، می‌توان به مبنای یادشده استناد کرد تا لزوم اثبات دلیل تازه کشف‌شده را مطابق تفسیر فوق مورد بررسی قرار داد و وجود و مؤثر بودن آن را احراز کرد.

گرفته است و آیات^۱ و روایاتی^۲ که بر این اصل تأکید می‌کند، بسیار است. قسط و عدالت قضایی اسلام نه تنها مسلمانان، بلکه همه انسان‌ها را شامل می‌شود (فرح‌زادی، ۱۳۷۹، ص. ۴۳). براین اساس، در بخشی از اصل ۱۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران آمده است: «... دولت جمهوری اسلامی ایران و مسلمانان موظف‌اند نسبت به افراد غیرمسلمان با اخلاق حسنه و قسط و عدل اسلامی عمل نمایند و حقوق اسلامی آنان را رعایت کنند».

البته رعایت عدالت هم در قوانین ماهوی و هم در قوانین شکلی ضروری است. به بیان دیگر، راه حصول اطمینان از اجرای عدالت این است که عدالت در قالب موازین و قواعد روشن تشخیص و تعیین یابد و به‌گونه منصفانه تفسیر و اجرا شود (فضایلی، ۱۳۹۲، ص. ۵۳)، اما اطمینان از اینکه وضع قانون و تفسیر و اجرای آن چنین نتیجه‌ای را به بار می‌آورد، خود در گروهی دسته‌ای دیگر از قواعد و آیین‌هاست که بدون رعایت آن، اطمینان به تضمین عدالت ماهوی مورد نظر حاصل نخواهد شد. از آنجاکه این قواعد بیان‌کننده آیین و سازوکارهای درست قوانین ماهوی است، از آن‌ها به معیارهای شکلی عدالت تعبیر و عدالت حاصل از آن، عدالت شکلی یا آیینی نامیده می‌شود (فضایلی، ۱۳۹۳، ص. ۱۶۰). براین اساس، هیچ نظام حقوقی امروزی نمی‌تواند فارغ از عدالت شکلی باشد و به قواعد ماهوی بسنده کند و درعین حال، نسبت به تحقق عدالت ماهوی اطمینان داشته باشد. عدالت آیینی بر این ایده استوار است که پیش از توجه به محتوای تصمیم قضایی، باید در جریان دادرسی منتهی به اتخاذ آن تصمیم، عدالت مشاهده شود. دادرسی عادلانه نیز از تصمیمات غیرعادلانه مصون نیست، اما احتمال اینکه دادرسی غیرعادلانه به تصمیمی عادلانه منتهی شود، اندک است. عدالت آیینی به اتخاذ تصمیم و اجرای تصمیمات بر مبنای آیین‌های منصفانه تعبیر می‌شود (حیدری، ۱۳۸۹، ص. ۱۲۸). یافته‌های عدالت آیینی بر این بنیان استوار است که مردم باید بتوانند در جریان دادرسی سخن بگویند و ادله خود را ارائه دهند (محسنی، ۱۳۸۷، ص. ۲۸۷).

در عدالت آیینی دادگاه باید نسبت به طرفین مخاصمه، امکان عادلانه ارائه دلیل و اثبات دعوی را فراهم آورد. اثبات دلیل را می‌توان لازمه تحقق دادرسی عادلانه و عدالت آیینی دانست؛ زیرا عدالت اقتضا می‌کند اشخاص در صورت عدم دسترسی به دلیل، آن را به اثبات برسانند و عادلانه

۱. «و اذا حکمتم بین الناس أن تحکموا بالعدل» (نساء، ۵۸). «و ان حکمت فاحکم بین الناس بالقسط» (مائده، ۴۲). «ان الله یامر بالعدل والاحسان» (نحل، ۹۰).

۲. «لا ترال هذه الامة بخیر ما اذا قالت صدقت و اذا حکمت عدلت».

نیست که شخص به این خاطر از دادخواهی و دادرسی محروم شود.

۳.۳. حمایت از محجوران

در این بخش وضعیت اثبات ادله از طرف قاضی صورت می‌پذیرد و تکلیف اولیه هرگونه تحقیقی برای کشف حقیقت صورت می‌گیرد. برخلاف ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی که قاضی را مخیر می‌داند هرگونه تحقیق و اقدامی برای کشف حقیقت به عمل آورد، یک حکم ثانوی است و در صورت عدم کفایت و اتقان ادله طرفین، برای قاضی شک ایجاد می‌شود که برای کشف حقیقت به اثبات ادله می‌پردازد. مورد شایع این بخش، حمایت از افراد محجور است. در قانون امور حسبی به موجب ماده مقررشده، «امور حسبی، اموری است که دادگاه‌ها مکلف‌اند نسبت به آن امور، رسیدگی و اقدام کرده و تصمیمی اتخاذ کنند بدون اینکه رسیدگی به آن‌ها مستلزم وقوع اختلاف و منازعه بین اشخاص و اقامه دعوی از طرف آن‌ها باشد».

برای مثال، تعیین قیم برای محجوران و تعیین امین برای اداره اموال غایب مقفودالاضر از جمله امور حسبی هستند. در این امور است که دادرس به‌عنوان نگهبان حقوق عمومی عمل می‌کند و می‌تواند هرگونه تحقیقی را که لازم بداند، انجام دهد (ماده ۱۴ قانون امور حسبی). بنابراین، در امور حسبی مسئله ممنوعیت تحصیل دلیل به‌هیچ‌وجه مطرح نیست و می‌توان پیرو این مسئله به اثبات ادله پرداخت و دلایلی را که برای نیل به حقیقت مورد نیاز است، با تحقیق و بررسی اثبات کرد. گفتنی است که امور مزبور و مناقشات مرتبط با آن مختص امور مدنی است والا هیچ‌کس شک ندارد که اثبات ادله چه رأساً و چه بنا بر درخواست طرفین، نوعی تکلیف عمومی برای قاضی کیفی است.

۴. ضرورت احقاق حق

اینکه هدف دادرسی کشف حقیقت است یا فصل خصومت، خود موضوع مستقلی است که از عهده این تحقیق خارج است، اما حقوق‌دانان بر اصالت داشتن کشف حقیقت و احقاق حق در دادرسی گرایش دارند (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ج ۱، ص. ۱۷۳؛ صدرزاده، ۱۳۸۵، ص. ۱۰؛ واحدی، ۱۳۸۲، ص. ۲۱؛ مدنی، ۱۳۸۶، ص. ۲۵). ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی نیز با اعلام تکلیف دادگاه برای کشف حقیقت، گواه و مستند قانونی چنین اندیشه‌ای است. مطابق این ماده، «در تمام امور حقوقی، دادگاه علاوه بر رسیدگی به دلایل مورد استناد طرفین دعوی، هرگونه تحقیق یا اقدامی که برای

کشف حقیقت لازم باشد، انجام خواهد داد»^۱.

در توجیه این نظر گفته شده، محاکمه اساساً رویداد معرفت‌شناختی است و فعالیت قاضی در راستای اثبات دعوی در تحلیل نهایی به مقوله شناخت و مشکلات مربوط به کشف حقیقت بازمی‌گردد. دادرسی پیش از صدور حکم باید نسبت به موضوع دعوی شناخت لازم و کافی را به دست آورد. همین تلاش برای به دست آوردن حقیقت و ضرورت شناخت عناصر موضوعی دعوی است که جریان دادرسی و اثبات دعوی را به تکاپوی معرفتی تبدیل کرده است. قاضی باید حقیقت را در موضوع دعوی کشف و سپس حکم خود را بر پایه آن حقیقت صادر کند (مولودی و همکاران، ۱۳۹۳، ص. ۱۹۲). از سویی اگر بپذیریم فصل خصومت درهرحال واجب و لازم است، چرا خود را تا این حد به زحمت اندازیم و جور رفت‌وآمد و صرف هزینه و تخصیص وقت در دادرسی را بکشیم درحالی‌که می‌توانستیم رایانه‌ای طراحی کنیم که کار قاضی را انجام دهد و حکم هر قضیه را بر اساس برنامه‌ای از پیش تعیین‌شده، صادر کند. در واقع، اگر قضیه به‌درستی حل‌وفصل نشود، اختلاف هنوز باقی و باب نزاع مفتوح و ماده آن قلع نشده است. این موضوع ذی‌نفع را به طرح دعوی مجدد یا رسیدگی پژوهشی یا فرجامی وامی‌دارد. آنچه مدنظر اصحاب دعوی است، چیزی بیش از فصل خصومت است. آن‌ها می‌خواهند نزاع با دخالت شخص ثالث واقعاً از میان برود نه اینکه قاضی مانند موجودی منفعل گوش به خواسته آن‌ها دهد و سرانجام برای گریز از تعداد بی‌شمار و رو به افزایش پرونده‌ها، ناگزیر به صدور رأی شود که خود نزاع دیگری را از حیث اعتراض و دیگر طرق شکایت از آرا مفتوح می‌کند (محسنی، ۱۳۸۷، ص. ۲۹۵؛ حسینی، ۱۳۸۹، ص. ۱۲۸).

بنابراین، وظیفه قاضی است که در تمام مواردی که دعوایی پیش روی اوست، حق را از باطل تشخیص دهد و اقدام به صدور رأی کند. توفیق قاضی در اقدام مزبور و کسب نتیجه مطلوب منوط به این است که از ادعاها، ادله و استدلال‌ات هریک از متخاصمان مطلع شود. این موضوع مستلزم

۱. البته مضمون این ماده سابقاً در سال ۱۳۵۶ در ماده ۸ قانون اصلاح پاره‌ای از قوانین دادگستری بدین صورت مقرر شده بود «در رسیدگی به تمام دعاوی حقوقی، ارزش و موعد اقامه دلایل برای اصحاب دعوی همان است که در قانون آیین دادرسی مدنی پیش‌بینی شده [است]، ولی دادگاه می‌تواند هرگونه تحقیق یا اقدامی را برای کشف واقع به عمل آورد. در مواردی که بر دادگاه معلوم باشد استناد یا تقاضای یکی از طرفین مؤثر در اثبات نیست، دادگاه می‌تواند با استدلال از ترتیب اثر دادن آن خودداری کند».

این است که طرفین نزاع و اختلاف در موقعیتی قرار گیرند که فرصت و امکان طرح آزادانه ادعاها، ادله و استدلالات خود را داشته باشند و بتوانند ادعاها، ادله و استدلالات رقیب را مورد مناقشه قرار دهند (شمس، ۱۳۸۱، صص. ۶۳ و ۷۰).

حال که هدف از دادرسی احقاق حق است، اثبات دلیل از لوازم این احقاق حق به شمار می‌رود. طرفین باید از فرصت و امکان لازم برای اثبات ادعا به کمک ادله برخوردار باشند و چنانچه به دلیل مثبت ادعای خود دسترسی نداشته باشند، به کمک دلایل دیگر قادر به اثبات دلیل خود باشند. احقاق حق اقتضا می‌کند این فرصت به آنان اعطا شود، اما اگر اثبات دعوی منحصر به ادله مستقیم شود و فرصت اثبات دلیل سلب شود، دست قاضی در احقاق حق بسته و با محدودیت جدی روبه‌رو می‌شود.

۱.۴. رعایت اصل تناظر

اصل تناظر در دادرسی از جمله نهادهای لازم برای دادرسی عادلانه است. درحقیقت، به واسطه اصل تناظر، طرفین فرصت و امکان طرح ادله مورد استناد خود و نیز دفاع در برابر خواسته‌های طرف مقابل را دارند. طبق اصل تناظر، طرفین رسیدگی باید از ادعاها و دلایل استنادی طرف مقابل در روند رسیدگی پرونده مطلع باشند تا به نحو احسن و با اطلاع از مدارک و دلایل بتوانند در راستای دفاع از حقوق خویشان برآیند. طبق این اصل، برای صدور رأی باید طرفین رسیدگی الزاماً به جلسات رسیدگی دعوت شوند تا فرصت دفاع از خویش و ارائه دلایل و مدارک را داشته باشند و نمی‌توان بدون اینکه طرفین دعوی را به جلسه رسیدگی دعوت کرد، تنها بر اساس ادعای مدعی به صدور رأی اقدام کرد. طبق اصل تناظر، فرصت حضور در جلسه رسیدگی و اطلاع از تاریخ آن باید به هر دو طرف دعوی ابلاغ شود و اگر تاریخ جلسه رسیدگی به یکی از طرفین به‌طور صحیح و قانونی و طبق قانون آیین دادرسی مدنی ابلاغ نشده باشد، امکان تشکیل جلسه رسیدگی فراهم نمی‌شود و تشکیل جلسه رسیدگی به زمان دیگری موکول می‌شود تا ابلاغ به‌طور درست صورت گیرد و طرفین به‌صورت مساوی در راستای دفاع از حقوق خویش برآیند. اصل تناظر تنها مربوط به شرایط عادی که فرصت دفاع فراهم باشد، نیست، بلکه شامل زمان اضطراری که باید فرصت آماده کردن بعضی اسناد و مدارک و حضور فرد یا شاهد فراهم شود نیز می‌شود. اصل تناظر از دستاوردهای حقوق طبیعی است که بر اراده حکومت ترجیح دارد (حیدری، ۱۳۹۶،

ص. ۸۶). با چنین رویگری می‌توان اصل تناظر را به‌عنوان یکی از مبانی اثبات ادله در دادرسی مدنی استظهار کرد.

از سویی همیشه این‌گونه نیست که همه ادله اثبات در وهله ابتدایی رسیدگی به موضوع حقوقی موجود باشد، بلکه ممکن است بعضی دلایل مفقود، مکتوم یا معدوم شده باشند. در چنین وضعیتی، با کشف حقیقت یادشده در بخش پیشین به‌واسطه ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی و نیز ضرورت اثبات دعاوی و پرهیز از انسداد اثبات در دادرسی، باید فرصت برای طرفین فراهم باشد که در صورت موارد یادشده، امکان اثبات دلایل برای آن‌ها فراهم باشد. ازاین‌رو رعایت اصل تناظر به‌عنوان یکی از مبانی اثبات ادله در دادرسی مطرح است.

در این باره فقدان اسناد و مدارک و وصیت‌نامه مکتوب مورد استناد یکی از طرفین می‌تواند معیاری برای اثبات دلیل قرار گیرد. در حقیقت با فقدان این اسناد و مدارک و گمان به وجود آن‌ها، اثبات وجود ادله موضوعیت می‌یابد و اصل لزوم اثبات اینکه دلیلی وجود دارد و اثبات اینکه فلان دلیل وجود دارد از جمله مواردی است که تحت عمومات لزوم اثبات ادله به کار می‌رود.

۱.۱.۴. فقدان اسناد و مدارک

ارائه اسناد در دادرسی از امهات دادرسی عادلانه است. درحقیقت، هریک از اصحاب دعوی که بخواهد به سندی استناد کند، باید از پیش آن سند موجود و در دسترس باشد، اما گاه اگر این تکلیف مطلق و بی‌قیدوشرط تصور شود، نوعی بی‌عدالتی را به همراه خواهد داشت. شاید در این راستا باشد که در انتهای ماده ۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر شده است «... در صورتی که خوانده به‌واسطه کمی مدت یا دلایل دیگر نتواند اسناد خود را حاضر کند، حق دارد تأخیر جلسه را درخواست نماید. چنانچه دادگاه درخواست او را مقرون به صحت دانست، با تعیین جلسه خارج از نوبت، نسبت به موضوع رسیدگی می‌نماید». همان‌طور که ملاحظه می‌شود، اگر خوانده به‌واسطه کمی مدت یا دلایل دیگر نتواند اسناد را حاضر نماید، مستنبت این معنی است که دلایل دیگر می‌تواند شامل مکتوم یا غیرقابل دسترس نیز باشد. در این مرحله است که لزوم اثبات وجود ادله و آن سندی که مکتوم یا غیرقابل دسترس است، به میان می‌آید. در ادامه، ماده ۹۷ قانون یادشده مقرر می‌دارد «در صورتی که خوانده تا پایان جلسه اول دادرسی دلایلی اقامه کند که دفاع از آن برای خواهان جز با ارائه اسناد جدید مقدور نباشد، در صورت تقاضای خواهان و تشخیص موجه

بودن آن از سوی دادگاه، مهلت مناسب داده خواهد شد». در این ماده ملاحظه می‌شود که ارائه اسناد جدید در صورت تشخیص موجه بودن بودن آن از سوی دادگاه اجازه داده می‌شود. این مسئله غیر این نمی‌تواند باشد که برای دادگاه وجود و لزوم اثبات ادله جدید محرز شود. درحقیقت، با قراین اولیه برای دادگاه احراز می‌شود که چنین مدرکی وجود دارد و در دعوی مؤثر است. این‌ها همگی مصادیق لزوم اثبات ادله است که یکی از شئون ذاتی دادرسی به شمار می‌رود. در مورد یادشده الزامی به تحصیل دلیل نیست، ولی مختصراً اثبات ادله نزد مقام قضایی صورت می‌گیرد تا محرز شود که چنین ادله‌ای چگونه در صورت وجود در دعوی مؤثر خواهد بود.

۲.۱.۴. فقدان وصیت‌نامه مکتوب

وصیت عقدی است که به موجب آن، موصی (وصیت‌کننده) نسبت به اموال یا دارایی خود برای شخص یا اشخاصی پس از مرگ خود تعیین تکلیف می‌کند. به شخصی که وصیت می‌کند، موصی و به کسی که به نفع او وصیت تملیکی شده است، موصی‌له گفته می‌شود. در قانون امور حسبی برای وصیت‌نامه مورد پذیرش در دادگاه‌ها سه شکل پیش‌بینی شده است.

۱. وصیت‌نامه خودنوشت.

۲. وصیت‌نامه رسمی.

۳. وصیت‌نامه سری.

هر سندی که خارج از این سه شکل باشد، به‌عنوان وصیت‌نامه پذیرفته نمی‌شود. باوجوداین، هرگاه اشخاص ذی‌نفع (ورثه) به وجود وصیت‌نامه اعتراف کنند، دادگاه آن را رد نمی‌کند. وصیت‌نامه باید کتبی باشد تا بتوان در دادگاه به آن استناد کرد. وصیت شفاهی پذیرفته نمی‌شود؛ یعنی با شهادت نمی‌توان وصیت را اثبات کرد؛ البته قاعده تقسیم‌بندی وصیت به نسبت شهود در فقه امامیه و در حقوق فراملی برخی ایالت‌های آمریکا نیز به چشم می‌خورد (دادمرزی، ۱۳۹۶، ص. ۹۹). اگر وجود وصیت‌نامه محرز شود، ولی مکتوم یا غیرقابل دسترس باشد، اثبات ادله پیش می‌آید. در این طریق ممکن است عده‌ای از ورثه با قراینی نزد مقام قضایی، وجود وصیت‌نامه مکتوب را محرز کنند، اما کشف این سند به‌عنوان یکی از مصادیق ادله، لازم است اثبات شود؛ حتی اگر به شکل مورد پذیرش قانون‌گذار نباشد. چنانچه اثبات شود که این سند موجود بوده یا آنکه قصد مدول و مفاد آن نیز شده است، لزوم اثبات ادله به وجود می‌آید. شاهد مثال مدعی در

این قضیه، ماده ۱۶ «قانون راجع به طرز تنظیم وصیت‌نامه» مصوب سال ۱۳۱۷ است که مقرر می‌دارد «هر وصیتی که به ترتیب مذکور در این قانون واقع نشده باشد در مراجع رسمی پذیرفته نمی‌شود مگر اینکه اشخاص ذی‌نفع در ترکه، به صحت وصیت اقرار نمایند». ملاحظه می‌شود که وصیت‌نامه‌ای که مطابق این قانون تنظیم نشده باشد، با توجه به مفاد ماده ۱ همین قانون که تنها وصیت‌نامه خودنوشت، سری و رسمی را پذیرفته است، اگر مورد اقرار طرفین قرار گیرد، معتبر خواهد بود (عباسلو و بهرامی، ۱۴۰۱، ص. ۶۵۷). حال این وصیت می‌تواند شفاهی باشد، وصیت به غیر از مورد سه‌گانه بالا باشد یا آنکه درست تنظیم شده باشد، اما در دسترس نباشد. در اینجا اثبات ادله موضوعیت می‌یابد.

نتیجه‌گیری

به‌طور معمول، دلیل اثبات در دسترس استنادکننده و قابل عرضه به دادگاه است، اما مواردی پیش می‌آید که دلیل یا ادله‌ای که موضوع دعوی را ثابت می‌کند، در دسترس نیست و ارائه آن به دادگاه میسر نیست. از این رو لازم می‌آید که دلیل خود به‌عنوان موضوع به اثبات برسد. اثبات دلیل در برخی موارد که امکان دسترسی به دلیل و ارائه اصل آن به دادگاه وجود ندارد، به‌عنوان مقدمه‌ای برای اثبات دعوی اجتناب‌ناپذیر می‌نماید. آنچه در مسیر اثبات دلیل تردید جدی ایجاد می‌کند، این است که اثبات دعوی در گروهی اقامه دلیل است و چنانچه مدعی از ارائه دلیل ناتوان باشد، دعوی بدون دلیل تلقی می‌شود و هرآینه در آستانه بطلان یا بی‌حقی قرار می‌گیرد. اثبات دلیل مبانی متقنی می‌طلبد تا این فرایند دوچندان در دادرسی را توجیه کند. یکی از مهم‌ترین این مبانی که در فقه اسلامی ریشه در قواعدی مانند نفی عسر و حرج و نفی تکلیف ما لایطاق دارد و در حقوق خارجی با نظریاتی مانند فورس ماژور، غیرممکن شدن و هاردشیپ برابری می‌کند، «تعذر و تعسر» است که در برخی مصادیق اثبات دلیل مانند شهادت بر شهادت و تأمین دلیل به رسمیت شناخته شده است. افزون‌بر مبنای فوق، مبانی بنیادین دیگری مانند عدالت و احقاق حق را نیز می‌توان برای توجیه اثبات دلیل معرفی کرد؛ زیرا در پاره‌ای موارد ممکن است ارائه اصل دلیل بنا بر موانع احتمالی میسر نباشد. در این فرض اگر از آن دلیل صرف‌نظر شود، نه تنها عدالت در جریان رسیدگی به‌طور کامل راه نمی‌یابد، بلکه دادرسی در احقاق حق به بن‌بست خواهد رسید. با توجه به این ضرورت، برای حفظ و پاسداشت حقوق اصحاب دعوی، پذیرش اثبات دلیل، عادلانه و در

احقاق حق ضروری به نظر می‌رسد. بنابراین، افزون بر طریق عدم انسداد اثبات در اثبات دعاوی، تعذر و تعسر از مواردی است که سبب تجویز اثبات دلیل در آیین دادرسی مدنی شده است؛ زیرا هنگامی که گواهی گواه مورد انکار قرار می‌گیرد یا اینکه تزامم میان شاهد اصلی و شاهد بر شهادت و نیز لزوم تحقیق محلی و معاینه محل پیش می‌آید یا اینکه فسق و دروغ شهادت شاهی در پرونده مؤثر واقع می‌شود، باید برای مقام قضایی این امکان وجود داشته باشد که اثبات دلایل یادشده را بخواهد و در حیطة اختیارات خود اقدامات لازم را برای کشف حقیقت انجام دهد؛ البته این اثبات دلیل باید در جایی باشد که نفس دلیلی که اثبات می‌شود، هرچند جزئی در سرنوشت دعوی مؤثر باشد.

منابع

- ۱) قرآن کریم.
- ۲) آقایی، بهمن (۱۳۸۷). فرهنگ حقوقی بهمن. چاپ ۴، تهران: گنج دانش.
- ۳) ابن قدامه مقدسی، عبدالله بن احمد (۱۴۱۴ق). الکافی فی فقه الامام احمد (جلد ۴). بیروت: دارالکتب العلمیه.
- ۴) ابن قدامه مقدسی، عبدالله بن احمد (۱۳۸۸ق). المغنی (جلد ۱۰). قاهره: مکتبه القاهره.
- ۵) ابن مازه حنفی، محمود (۱۴۲۴ق). المحيط البرهانی فی الفقه النعمانی (جلدهای ۸ و ۹). بیروت: دارالکتب العلمیه.
- ۶) ابن نجیم مصری، زین الدین (بی تا). الاشباه و النظائر (جلد ۷). بیروت: دارالکتب الاسلامیه.
- ۷) ابی عز حنفی، صدرالدین علی بن علی (۱۴۲۴ق). التنبیه علی مشکلات الهدایة (جلد ۴). المملكة العربیة السعودیة: مکتبه الرشد ناشرون.
- ۸) اردبیلی، احمدین محمد (۱۴۰۳ق). مجمع الفائده والبرهان فی شرح ارشاد الازهان (جلد ۱۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ۹) امامی، سیدحسن (۱۳۷۶). حقوق مدنی (جلد ۶). تهران: انتشارات اسلامی.
- ۱۰) بستانی، فؤاد افراهم (۱۳۷۰). فرهنگ ابجدی (ترجمه المنجد الابدی). (رضا مهیار، مترجم). چاپ ۱، تهران: انتشارات اسلامی.
- ۱۱) بهرامی احمدی، حمید (۱۳۸۸). قواعد فقه (مختصر هفتاد و هفت قاعده فقهی حقوقی با تطبیق بر قوانین) (جلد ۱). چاپ ۲، تهران: دانشگاه امام صادق (علیه السلام).
- ۱۲) پارساپور، محمدباقر و ذاکری نیا، حانیه (تابستان ۱۳۹۴). اقسام، احکام و آثار معاذیر عدم اجرای قرارداد. پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۹، شماره ۲.
- ۱۳) تبریزی، میرزاجواد (۱۴۱۵ق). اسس القضا و الشهادة. چاپ ۱، بی جا: مؤسسه امام الصادق (علیه السلام).
- ۱۴) تلبا، مهدی و ابراهیمی، علیرضا (۱۳۹۶). مقایسه عقیم شدن قرارداد در حقوق کامن لا با فورس ماژور، قاعده عسر و حرج و هاردشیپ. دوفصلنامه علمی حقوق تطبیقی، دوره ۴، شماره ۲. doi:10.22096/law.2018.30743
- ۱۵) جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۶). دانشنامه حقوقی (جلد ۴). تهران: امیرکبیر.
- ۱۶) جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱). مبسوط در ترمینولوژی حقوق (جلد ۲). تهران: گنج دانش.
- ۱۷) حسن زاده، مهدی (زمستان ۱۳۹۱). اثر تعذر حضور شاهد برای ادای گواهی. حقوق اسلامی، سال ۹،

شماره ۳۵.

- ۱۸) حسینی، سیدمحمد (پاییز ۱۳۸۹). کشف حقیقت یا فصل خصومت؛ کارکرد قضا. فصلنامه علمی- پژوهشی علوم اسلامی، سال ۵، شماره ۱۹، صص. ۱۲۵-۱۵۱.
- ۱۹) حصری، احمد (۱۴۰۶ق). علم القضا (جلد ۱). چاپ ۱، بیروت: دارالکتب العربی.
- ۲۰) حلی (ابن ادریس)، محمدبن منصور (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی (جلد ۲). چاپ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ۲۱) حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۱۰ق). ارشاد الازدهان الی احکام الایمان (جلد ۲). چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ۲۲) حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۱۳ق). قواعد الاحکام فی معرفة الحلال والحرام (جلد ۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ۲۳) حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۱۷ق). مختلف الشیعة فی احکام الشریعة (جلد ۸). چاپ ۱، قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
- ۲۴) حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۳۴۸ق). تبصرة المتعلمین فی احکام الدین (جلد ۲). تهران: انتشارات اسلامی.
- ۲۵) حلی (محقق)، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن (۱۴۱۵ق). شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام (جلد ۴). چاپ ۱، بی جا: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- ۲۶) حلی (محقق)، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن (۱۴۲۸ق). المختصر النافع فی فقه الامامیه (جلد ۲). قم: مؤسسه المطبوعات الدینی.
- ۲۷) حلی (فخرالمحققین)، محمد بن حسن بن یوسف (۱۳۸۷ق). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد (جلد ۴). چاپ ۱، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- ۲۸) حمیتی واقف، احمد علی (۱۳۸۷). ادله اثبات دعوی. چاپ ۱، تهران: نشر حقوق دان.
- ۲۹) حیاتی، علی عباس (۱۳۹۰). آیین دادرسی مدنی در نظم حقوقی کنونی. چاپ ۲، تهران: میزان.
- ۳۰) حیدری، سیروس (بهار و تابستان ۱۳۸۹). اصل تناظر در حقوق فرانسه و کامن لا. فصلنامه مطالعات حقوقی، شماره ۲، صص. ۱۵۸-۱۲۳. doi:10.22099/jls.2017.24438.2290
- ۳۱) حیدری، سیروس (۱۳۹۶). اصل تناظر در دادرسی اداری با تأکید بر دادرسی دیوان عدالت اداری. مطالعات حقوقی، ۹ (۲)، صص. ۱۱۶-۸۳.
- ۳۲) دادمرزی، سیدمهدی و صادقان ندوشن، مهرداد (۱۳۹۶). مطالعه تطبیقی میزات شهادت در وصیت در فقه و حقوق ایران و آمریکا. پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ۴ (۲)، صص. ۸۷-۱۰۸.

doi:10.22091/csiw.2018.1434.1105

- ۳۳) دارابی، محمدهادی (بهار و تابستان ۱۳۹۴). مطالعه تطبیقی معاذیر اجرای قرارداد در حقوق انگلیس، آمریکا و ایران. مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۶، شماره ۱. doi:10.22059/jcl.2015.54405
- ۳۴) دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۸۵). فرهنگ متوسط دهخدا (جلد ۱). چاپ ۱، تهران: دانشگاه تهران.
- ۳۵) دیانی، عبدالرسول (۱۳۸۶). ادله اثبات دعوی در امور مدنی و کیفری. چاپ ۲، تهران: تدریس.
- ۳۶) سغدی حنفی، علی‌بن حسین بن محمد (۱۴۰۴ق). التنف فی الفتاوی (جلد ۲). بیروت: دارالفرقان.
- ۳۷) شمس، عبدالله (بهار تا زمستان ۱۳۸۱). اصل تناظر. مجله تحقیقات حقوقی، شماره‌های ۳۵ و ۳۶، صص. ۵۹-۸۶.
- ۳۸) شمس، عبدالله (۱۳۹۵). ادله اثبات دعوی، تهران: دراک.
- ۳۹) صدرزاده افشار، محسن (۱۳۸۵). ادله اثبات دعوی در حقوق ایران. چاپ ۴، تهران: مرکز نشر دانشگاهی.
- ۴۰) صفایی، سیدحسین (پاییز ۱۳۶۴). قوه قاهره یا فورس ماژور. مجله حقوقی (نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری)، شماره ۳.
- ۴۱) طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۹۰). آزادی‌های عمومی و حقوق بشر. تهران: دانشگاه تهران.
- ۴۲) طباطبایی، سیدعلی (۱۴۰۴ق). ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل (جلد ۲). قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام).
- ۴۳) طرابلسی، ابن براج (۱۴۰۶ق). المذهب (جلد ۲). چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی،
- ۴۴) طوسی، محمدبن علی بن حمزه (۱۴۰۸ق). الوسيلة الی نیل الفضیلة. چاپ ۱، قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی (رحمت‌الله علیه).
- ۴۵) طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الامامیة (جلد ۸). چاپ ۳، تهران: المكتبة المرتضوية لاحیاء الآثار الجعفریة.
- ۴۶) طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن (۱۳۹۰ق). الاستبصار فیما اختلف من الاخبار (جلد ۴). تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- ۴۷) طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن (۱۴۰۰ق). النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی. چاپ ۲، بیروت: دارالکتب العربی.
- ۴۸) طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن (۱۴۰۷ق). تهذیب الاحکام (جلد ۵). چاپ ۴، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- ۴۹) عاملی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة دمشقیة (محمد کلانتر، المحشی). (۱۰)

- جلد). چاپ ۱، قم: کتاب‌فروشی داوری.
- ۵۰) عباسلو، بختیار و بهرامی، احسان (۱۴۰۱). تشریفات سنتی تنظیم وصیت‌نامه و جایگاه آن در وصیت الکترونیکی؛ مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و آمریکا. مطالعات حقوق تطبیقی، ۱۳ (۲)، صص. ۶۵۳-۶۷۴. doi:10.22059/jcl.2022.343373.634360
- ۵۱) عباسی، بیژن (۱۳۹۵). حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین. تهران: دادگستر.
- ۵۲) عمید، حسن (۱۳۸۶). فرهنگ عمید. چاپ ۱۸، تهران: امیرکبیر.
- ۵۳) فاضل‌هندی، محمدبن‌حسن (۱۴۱۶ق). کشف‌اللتام والایهام عن قواعد الاحکام (جلد ۱۰). چاپ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ۵۴) فرح‌زادی، علی‌اکبر (پاییز و زمستان ۱۳۷۹). معرفی اجمالی اصول بنیادین در دادرسی اسلامی. دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره‌های ۱۹ و ۲۰، صص. ۳۷-۸۰.
- ۵۵) فرخنده، علی (۱۳۸۵). تحصیل دلیل در حقوق کیفری. نشریه دادرسی، شماره ۵۷.
- ۵۶) فضایی، مصطفی (۱۳۹۲). دادرسی عادلانه در محاکمات کیفری بین‌المللی. چاپ ۳، تهران: شهر دانش.
- ۵۷) فضایی، مصطفی (پاییز ۱۳۹۳). جایگاه و اصول دادرسی عادلانه در حقوق بشر و دکتترین قضایی اسلام. پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، سال اول، شماره ۱، صص. ۱۷۸-۱۵۹. doi:10.22091/csiw.2015.561
- ۵۸) فیض‌کاشانی، محمدحسن (۱۴۰۱ق). مفاتیح‌الشرایع (جلد ۳). قم: مجمع الذخائر الاسلامیه.
- ۵۹) قرجه‌لو، علیرضا (۱۳۸۵). شهادت بر شهادت در حقوق ایران و انگلیس. الهیات و حقوق، شماره ۲۸، صص. ۶۹-۸۸.
- ۶۰) قمی، محمدبن‌علی بن بابویه (۱۴۰۹ق). من لا یحضره الفقیه (علی‌اکبر غفاری، مصحح و محقق). (جلد ۳). چاپ ۱، تهران: صدوق.
- ۶۱) قیروانی مالکی، ابومحمی عبدالله (۱۹۹۹م). النوادر والزیادات (جلد ۸). بیروت: دارالغرب الاسلامی.
- ۶۲) کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). حقوق و عدالت. مجله نقد و نظر، سال ۳، شماره‌های ۲ و ۳، صص ۳۴-۵۷.
- ۶۳) کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰). قواعد عمومی قراردادها (جلد ۴). چاپ ۳، تهران: سهامی انتشار.
- ۶۴) کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰). اثبات و دلیل اثبات (جلد ۱). چاپ ۷، تهران: میزان.
- ۶۵) کریمی، عباس (۱۳۹۱). ادله اثبات دعوی. چاپ ۳، تهران: میزان.
- ۶۶) ماوردی بغدادی، علی (۱۴۱۹ق). الحاوی الکبیر (جلد ۱۷). بیروت: دارالکتب.
- ۶۷) محسنی، حسن (بهار ۱۳۸۷). عدالت آیینی؛ پژوهشی پیرامون نظریه‌های دادرسی عادلانه مدنی.

- ۶۸) فصلنامه حقوق (مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی)، دوره ۳۸، شماره ۱، صص ۲۸۵-۳۱۹.
- ۶۹) محسنی، حسن (پاییز ۱۳۹۶). اصل دسترسی به عدالت و حق دادخواهی دولت. فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۷، شماره ۳، صص ۵۵۰-۵۳۱.
- ۷۰) محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۸). قواعد فقه مدنی (بخش مدنی) (جلد ۲). چاپ ۵، تهران: سمت.
- ۷۱) مدنی، سیدجلال‌الدین (۱۳۸۶). ادله اثبات دعوی. چاپ ۱۰، تهران: پایدار.
- ۷۲) مراغی، سیدمیر عبدالفتاح (۱۴۲۵ق). العناوین الفقهیه. چاپ ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ۷۳) معین، محمد (۱۳۶۰). فرهنگ فارسی معین (جلد ۱). تهران: چاپخانه سپهر.
- ۷۴) موسوی خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۲۲ق). مبانی تکملة المنهاج؛ القضا و الحدود. قم: مؤسسه احیای آثار امام خویی.
- ۷۵) موسوی گلپایگانی، سیدمحمد رضا (۱۴۰۵ق). کتاب الشهادات (سیدعلی حسینی میلانی، تقریرات). چاپ ۱، قم: المطبعة سیدالشهدا.
- ۷۶) مولودی، محمد و همکاران (بهار و تابستان ۱۳۹۳). تحلیل انتقادی ماهیت ادله تحمیلی در حقوق اثبات دعوی. مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ۶، شماره ۱۰، صص ۱۹۱-۲۱۰. doi:10.22075/feqh.2017.1915
- ۷۷) مهاجری، علی (۱۳۸۰ الف). شرح قانون آیین دادرسی مدنی (جلد ۲). چاپ ۱، تهران: گنج دانش.
- ۷۸) مهاجری، علی (۱۳۸۰ ب). مبسوط در آیین دادرسی مدنی (جلد ۲). تهران: گنج دانش.
- ۷۹) مؤذن‌زادگان، حسنعلی (۱۳۷۷). حقوق دادخواهی و دفاع در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران. مجله دیدگاه‌های حقوقی، شماره ۹، صص ۱۳۱-۱۴۶.
- ۸۰) مؤمن قمی، محمد (۱۳۸۰). مبانی تحریر الوسیلة (جلد ۱). چاپ ۱، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله علیه).
- ۸۱) نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام (جلد ۴۱). چاپ ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ۸۲) نراقی، مولی احمد (۱۴۰۵ق). مستند الشیعة فی احکام الشریعة (جلد ۲). قم: منشورات مکتبة آیت‌الله العظمی مرعشی نجفی.
- ۸۳) واحدی، قدرت‌الله (۱۳۸۲). بایسته‌های آیین دادرسی مدنی. تهران: میزان.
- ۸۴) هاشمی، محمد (۱۳۸۴). حقوق اساسی و آزادی‌های اساسی. تهران: میزان.

References

- 1) Holy Quran
- 2) Abbāsī, Bīzan (1395 SH). Hoqūq-e Bašar va Āzādī-hā-ye Boniādīn [Human Rights and Fundamental Freedoms]. Tehrān: Dādgostar [in Persian].
- 3) Abbāslū, Baḳtīār and Behrāmī, Eḩsān (1401 SH). Tašrīfāt-e Sonnati-ye Tanzīm-e Vosīyat-Nāme va Jāyegāh-e Ān dar Vosīyat-e Elektronikī; Moṭāle‘e-ye Tatbīqī dar Hoqūq-e Īrān va Āmrikā [Traditional Formalities of Will-Making and Its Place in Electronic Will; A Comparative Study in Iranian and American Law]. Moṭāle‘āt-e Hoqūq-e Tatbīqī [Comparative Law Studies], 13 (2), pp. 653-674. doi:10.22059/jcl.2022.343373.634360 [in Persian].
- 4) Abī ‘Ez ḩanafī, Ṣadr al-Dīn ‘Alī ibn ‘Alī (1424 AH). Al-Tanbīh ‘alā Moškelāt al-Hedāya (Volume 4). Al-Mamlaka al-‘Arabiya al-Sa‘ūdīya: Maktaba al-Rašd Nāšerūn [in Arabic].
- 5) Āmelī, Zayn al-Dīn ibn ‘Alī (1410 AH). Al-Rawza al-Bahīya fī Šarḩ al-Loma‘a al-Damašqīya (Moḩammad Kalāntar, al-Moḩaššī). (10 Volumes). 1st ed., Qom: Ketābforūšī Dāvarī [in Arabic].
- 6) Amīd, ḩasan (1386 SH). Farhang-e ‘Amīd [Amid Dictionary]. 18th ed., Tehrān: Amīrkabīr [in Persian].
- 7) Āqā‘ī, Bahman (1387 SH). Farhang-e Hoqūqī Bahman [Bahman’s Legal Dictionary]. 4th ed., Tehrān: Ganj-e Dāneš [in Persian].
- 8) Ardebīlī, Aḩmad ibn Moḩammad (1403 AH). Majma‘ al-Fā‘eda va al-Borhān fī Šarḩ Eršād al-Azhān (Volume 12). Qom: Daftar-e Entesārāt-e Eslāmī [in Arabic].
- 9) Bahramī Aḩmadī, ḩamīd (1388 SH). Qavā‘ed-e Feqh (Mokhtašar-e Haftād va Haft Qā‘ede-ye Feqhī Hoqūqī bā Tatbīq bar Qavānīn) [Jurisprudential Rules (Summary of Seventy-Seven Jurisprudential Legal Rules with Application to Laws)]. Vol. 1, 2nd ed., Tehrān: Dānešgāh-e Emām Šādeq (‘alayh al-salām) [in Persian].
- 10) Bostānī, Fū‘ād Afrām (1370 SH). Farhang-e Abjadī (Tarjome-ye al-Monjad al-Abjadī) [Alphabetical Dictionary (Translation of al-Monjad al-Abjadī)]. (Rezā Mehīār, Translator). 1st ed., Tehrān: Entesārāt-e Eslāmī [in Persian].
- 11) Dādmarzī, Sayyed Mehdī and Šādeqīān Nedūšan, Mehdād (1396 SH). Moṭāle‘e-ye Tatbīqī-e Momayyezāt-e Šahādāt dar Vosīyat dar Feqh va Hoqūq-e Īrān va Āmrikā [A Comparative Study of the Characteristics of Testimony in Will in Jurisprudence and Law of Iran and America]. Pažūheš-e Tatbīqī-e Hoqūq-e Eslām va Ġarb [Comparative Research of Islamic and Western Law], 4 (2), pp. 87-108. doi:10.22091/csiw.2018.1434.1105 [in Persian].
- 12) Dārā‘ī, Moḩammad Hādī (Spring and Summer 1394 SH). Moṭāle‘e-ye Tatbīqī-e Ma‘āzer-e Ejrā-ye Qarārdād dar Hoqūq-e Engeliš, Āmrikā va Īrān [A Comparative Study of the Excuses of Contract Execution in English, American and Iranian Law]. Moṭāle‘āt-e Hoqūq-e Tatbīqī [Comparative Law Studies], 6 (1). doi:10.22059/jcl.2015.54405 [in Persian].
- 13) Deḩkodā, ‘Alī Akbar (1385 SH). Farhang-e Mīāna-ye Deḩkodā (Volume 1) [Deḩkhoda’s Medium Dictionary]. 1st ed., Tehrān: Dānešgāh-e Tehrān [in Persian].

- Persian].
- 14) Dīānī, ‘Abd-al-Rasūl (1386 SH). Adale-ye Esbāt-e Davā dar Omūr-e Madanī va Keyfari [Evidence of Claim in Civil and Criminal Matters]. 2nd ed., Tehrān: Tadres [in Persian].
 - 15) Emāmī, Sayyed Ḥasan (1376 SH). Hoqūq-e Madanī [Civil Law]. Tehrān: Enteshārāt-e Eslāmīya [in Persian].
 - 16) Farahzādī, ‘Alī Akbar (Autumn and Winter 1379 SH). Mo‘arefi Ejmālī-e Oṣūl-e Boniādīn dar Dādresī-e Eslāmī [A Brief Introduction to the Fundamental Principles of Islamic Procedure]. Dīdgāh-hā-ye Hoqūqī [Legal Perspectives], Nos. 19 and 20, pp. 37-80 [in Persian].
 - 17) Farroḳše, ‘Alī (1385 SH). Taḥṣīl-e Dalīl dar Hoqūq-e Keyfarī [Evidence Acquisition in Criminal Law]. Našriye-ye Dādresī [Judicial Journal], No. 57 [in Persian].
 - 18) Fayz Kāšānī, Moḥammad Ḥasan (1401 AH). Mafātīḥ al-Šarāye‘ (Volume 3). Qom: Majma‘ al-Žakā‘er al-Eslāmīya [in Arabic].
 - 19) Fazā‘ilī, Moṣṭafā (1392 SH). Dādresī-e ‘Ādelāne dar Moḥākemāt-e Keyfarī Bīn-al-Melalī [Fair Trial in International Criminal Courts]. 3rd ed., Tehrān: Šahr-e Dāneš [in Persian].
 - 20) Fazā‘ilī, Moṣṭafā (Autumn 1393 SH). Jāyeḡāh va Oṣūl-e Dādresī-e ‘Ādelāne dar Hoqūq-e Bašar va Doḳṭrīn-e Qazā‘ī-e Eslām [The Place and Principles of Fair Trial in Human Rights and Islamic Judicial Doctrine]. Pažūheš-e Tatbīqī-e Hoqūq-e Eslām va Ġarb [Comparative Research of Islamic and Western Law], 1 (1), pp. 159-178. doi:10.22091/csiw.2015.561 [in Persian].
 - 21) Fażel Hendī, Moḥammad ibn Ḥasan (1416 AH). Kašf al-Leṭām va al-Abḥām ‘an Qawā‘ed al-Aḥkām (Volume 10). 1st ed., Qom: Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī [in Arabic].
 - 22) Hamīti Vāqef, Aḥmad ‘Alī (1387 SH). Adale-ye Esbāt-e Davā [Evidence of Claim]. 1st ed., Tehrān: Našr-e Hoqūq-Dān [in Persian].
 - 23) Ḥasan-Zādeh, Mehdi (Winter 1391 SH). “Asar-e Ta‘zor-e Hożūr-e Shahed barā-ye Edā-ye Govāhī” [The Effect of the Impossibility of the Witness’s Presence for Giving Testimony]. Hoqūq-e Eslāmī [Islamic Law], Year 9, No. 35 [in Persian].
 - 24) Hāšemī, Mohammad (1384 SH). Hoqūq-e Asāsī va Āzādī-hā-ye Asāsī [Fundamental Rights and Freedoms]. Tehrān: Mīzān [in Persian].
 - 25) Ḥašrī, Aḥmad (1406 AH). ‘Elm al-Qazā (Volume 1). 1st ed., Bayrūt: Dār al-Kotob al-‘Arabī [in Arabic].
 - 26) Ḥayātī, ‘Alī ‘Abbās (1390 SH). Āyīn-e Dādresī-e Madanī dar Nozm-e Hoqūqī-ye Konūnī [Civil Procedure in the Current Legal System]. 2nd ed., Tehrān: Mīzān [in Persian].
 - 27) Ḥellī (‘Allāma), Ḥasan ibn Yūsuf ibn Moṭahhar (1348 AH). Tabšerat al-Mota‘allemīn fī Aḥkām al-Dīn (Volume 2). Tehrān: Enteshārāt-e Eslāmīya [in Arabic].
 - 28) Ḥellī (‘Allāma), Ḥasan ibn Yūsuf ibn Moṭahhar (1410 AH). Eršād al-Azhān elā Aḥkām al-Īmān (Volume 2). 1st ed., Qom: Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī [in Arabic].

- 29) Ḥelli ('Allāma), Ḥasan ibn Yūsof ibn Moṭahhar (1413 AH). Qawā'ed al-Aḥkām fi Ma'arafat al-Ḥalāl wa al-Ḥarām (Volume 3). Qom: Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī [in Arabic].
- 30) Ḥelli ('Allāma), Ḥasan ibn Yūsof ibn Moṭahhar (1417 AH). Moḡtalef al-Šī'a fi Aḥkām al-Šarī'a (Volume 8). 1st ed., Qom: Maktab al-A'lām al-Eslāmī [in Arabic].
- 31) Ḥelli (Fakhr al-Moḡhaqqeqīn), Moḡammad ibn Ḥasan ibn Yūsof (1387 AH). Eḡāḥ al-Fawā'ed fi Šarḥ Moškelāt al-Qawā'ed (Volume 4). 1st ed., Qom: Mo'assese-ye Esmā'iliān [in Arabic].
- 32) Ḥelli (Ibn Edrīs), Moḡammad ibn Manšūr (1410 AH). Al-Sarā'er al-Ḥāvi le-Tahrīr al-Fatāwā (Volume 2). 2nd ed., Qom: Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī [in Arabic].
- 33) Ḥelli (Moḡhaqqeq), Abū al-Qāsem Najm al-Dīn Ja'far ibn Ḥasan (1415 AH). Šarāye' al-Eslām fi Masā'el al-Ḥalāl wa al-Ḥarām (Volume 4). 1st ed., n.p.: Mo'assese-ye al-Ma'āref al-Eslāmīya [in Arabic].
- 34) Ḥelli (Moḡhaqqeq), Abū al-Qāsem Najm al-Dīn Ja'far ibn Ḥasan (1428 AH). Al-Moḡtašar al-Nāfe' fi Feḡḥ al-Emāmīya (Volume 2). Qom: Mo'assese-ye al-Maṭbū'āt al-Dīniya [in Arabic].
- 35) Ḥeydarī, Sirūs (Spring and Summer 1389 SH). "Asl-e Tanāzor dar Hoḡūq-e Farānse va Kāmen-Lā" [The Principle of Proportionality in French and Common Law]. Faslnāme-ye Moṭāle'āt-e Hoḡūqī [Journal of Legal Studies], No. 2, pp. 123-158. doi:10.22099/jls.2017.24438.2290 [in Persian].
- 36) Ḥeydarī, Sirūs (1396 SH). Asl-e Tanāzor dar Dādresī-e Edārī bā Takīd bar Dādresī-e Divān-e 'Adālat-e Edārī [The Principle of Proportionality in Administrative Procedure with Emphasis on the Procedure of the Administrative Justice Court]. Moṭāle'āt-e Hoḡūqī [Legal Studies], 9 (2), pp. 83-116 [in Persian].
- 37) Ḥosseynī, Sayyed Moḡammad (Autumn 1389 SH). "Kašf-e Ḥaḡīqat yā Fasl-e Ḳoṣūmat; Kārkarde-ye Qazā" [Revealing the Truth or Resolving the Dispute; The Function of Judgement]. Faslnāme-ye 'Elmī-Pažūhešī 'Olūm-e Eslāmī [Scientific-Research Quarterly of Islamic Sciences], Year 5, No. 19, pp. 125-151 [in Persian].
- 38) Ibn Māza Ḥanafī, Maḡmūd (1424 AH). Al-Moḡīṭ al-Borhānī fi al-Feḡḥ al-No'mānī (Volumes 8 and 9). Bayrūt: Dār al-Kotob al-'Elmīya [in Arabic].
- 39) Ibn Najīm Mesrī, Zayn al-Dīn (n.d.). Al-Ašbāḥ va al-Naḡā'er (Volume 7). Bayrūt: Dār al-Kotob al-Eslāmī [in Arabic].
- 40) Ibn Qodāma Moḡaddasī, 'Abd-Allah ibn Aḡmad (1388 AH). Al-Moḡnī (Volume 10). Qāhera: Maktaba al-Qāhera [in Arabic].
- 41) Ibn Qodāma Moḡaddasī, 'Abd-Allah ibn Aḡmad (1414 AH). Al-Kāfi fi Feḡḥ al-Emām Aḡmad (Volume 4). Bayrūt: Dār al-Kotob al-'Elmīya [in Arabic].
- 42) Ja'farī Langarūdī, Moḡammad-Ja'far (1376 SH). Dānešnāme-ye Hoḡūqī [Legal Encyclopedia]. Vol. 4, Tehrān: Amīr Kabīr [in Persian].
- 43) Ja'farī Langarūdī, Moḡammad-Ja'far (1381 SH). Mabsūṭ dar Terminolozhī-ye Hoḡūq [Extensive in Legal Terminology]. Vol. 2, Tehrān: Ganj-e Dāneš [in Persian].

- Persian].
- 44) Karīmī, ‘Abbās (1391 SH). *Adle-ye Esbāt-e Davā* [Evidence of Claim]. 3rd ed., Tehrān: Mizān [in Persian].
 - 45) Kātūziān, Nāṣer (1376 SH). *Hoqūq va ‘Adālat* [Law and Justice]. *Majalle-ye Naqd va Nazar* [Journal of Criticism and Opinion], Vol. 3, Nos. 2 and 3, pp. 34-57 [in Persian].
 - 46) Kātūziān, Nāṣer (1380 SH). *Qavā‘ed-e ‘Omūmī-ye Qarārdādhā* (Volume 4) [General Rules of Contracts]. 3rd ed., Tehrān: Sahāmī Enteshār [in Persian].
 - 47) Kātūziān, Nāṣer (1390 SH). *Esbāt va Dalīl-e Esbāt* (Volume 1) [Proof and Evidence of Proof]. 7th ed., Tehrān: Mizān [in Persian].
 - 48) Madanī, Sayyed Jalāl-al-Dīn (1386 SH). *Adle-ye Esbāt-e Davā* [Evidence of Claim]. 10th ed., Tehrān: Pāydār [in Persian].
 - 49) Marāgī, Sayyed-Mīr ‘Abd-al-Fattāh (1425 AH). *Al-‘Anāwīn al-Feqhīya*. 2nd ed., Qom: Mo‘assesa al-Naṣr al-Eslāmī [in Arabic].
 - 50) Māwardī Baghdādī, ‘Alī (1419 AH). *Al-Ḥawī al-Kabīr* (Volume 17). Bayrūt: Dār al-Kutub [in Arabic].
 - 51) Mo‘azenzādegān, Ḥasan-‘Alī (1377 SH). *Hoqūq-e Dādḡowāhī va Defā‘ dar Qānūn-e Asāsī Jomhūrī-ye Eslāmī-ye Irān* [Rights of Litigation and Defense in the Constitution of the Islamic Republic of Iran]. *Majalle-ye Dīdgāh-hā-ye Hoqūqī* [Journal of Legal Perspectives], No. 9, pp. 131-146 [in Persian].
 - 52) Mohājerī, ‘Alī (1380 SH, A). *Šarḥ-e Qānūn-e Āyīn-e Dādresī-ye Madanī* (Volume 2) [Commentary on the Civil Procedure Code]. 1st ed., Tehrān: Ganj-e Dāneš [in Persian].
 - 53) Mohājerī, ‘Alī (1380 SH, B). *Mabsūt dar Āyīn-e Dādresī-ye Madanī* (Volume 2) [Comprehensive on Civil Procedure]. Tehrān: Ganj-e Dāneš [in Persian].
 - 54) Moḥaqqueq Dāmād, Sayyed Moṣṭafā (1388 SH). *Qavā‘ed-e Feqh-e Madanī* (Bakhš-e Madanī) (Volume 2) [Rules of Civil Jurisprudence (Civil Section)]. 5th ed., Tehrān: Samt [in Persian].
 - 55) Moḥsenī, Ḥasan (Spring 1387 SH). *‘Adālat-e Āyīnī; Pežūhešī Pīrāmūn-e Nazariye-hā-ye Dādresī ‘Ādelāne-ye Madanī* [Procedural Justice; A Study on the Theories of Fair Civil Trial]. *Faslnāme-ye Hoqūq* (Majalle-ye Dāneškade-ye Hoqūq va ‘Olūm-e Sīāsī) [Journal of Law (Journal of Faculty of Law and Political Science)], Vol. 38, No. 1, pp. 285-319 [in Persian].
 - 56) Moḥsenī, Ḥasan (Autumn 1396 SH). *Asl-e Dastresī be ‘Adālat va Hoq-e Dādkhāhī-ye Dovlat* [The Principle of Access to Justice and the Right of State Litigation]. *Faslnāme-ye Moṭāle‘āt-e Hoqūq-e Ḳoṣūšī* [Journal of Private Law Studies], Vol. 47, No. 3, pp. 531-550 [in Persian].
 - 57) Mo‘īn, Mohammad (1360 SH). *Farhang-e Fārsī Mo‘īn* (Volume 1) [Mo‘īn’s Persian Dictionary]. Tehrān: Čāpḡāne-ye Sepehr [in Persian].
 - 58) Mo‘men Qomī, Mohammad (1380 SH). *Mobānī Taḥrīr al-Vasīla* (Volume 1) [Foundations of Writing the Means]. 1st ed., Qom: Mo‘assesa-ye Tanzīm va Naṣr-e Āsar-e Emām Ḳomeynī (Raḡmat-Allāh ‘Alayh) [in Arabic].
 - 59) Mowlūdī, Mohammad and co-authors (Spring and Summer 1393 SH). *“Taḥlīl-e Enteqādī-ye Māhiyat-e Adale-ye Taḥmīlī dar Hoqūq-e Esbāt-e Davā”* [Critical

- Analysis of the Nature of Imposed Evidence in the Law of Proof of Claim]. *Moṭāle'āt-e Feqh va Hoqūq-e Eslāmī* [Studies of Jurisprudence and Islamic Law], Vol. 6, No. 10, pp. 191-210. doi:10.22075/feqh.2017.1915 [in Persian].
- 60) Mūsavī Golpāyegānī, Sayyed-Mohammad-Rezā (1405 AH). *Ketāb al-Šahādāt* (Sayyed-'Alī Ḥosaynī Milānī, Taqrīrāt). 1st ed., Qom: al-Maṭba'a Sayyed al-Šohadā' [in Arabic].
- 61) Mūsavī Kū'ī, Sayyed-Abū al-Qāsem (1422 AH). *Mobānī Takmela al-Manhaj; al-Qaḍā' va al-Ḥodūd*. Qom: Mo'assesa Ehyā' Āsar al-Emām Kū'ī [in Arabic].
- 62) Najafī, Mohammad-Ḥasan (1404 AH). *Javāher al-Kalām fī Šarḥ Šarāye' al-Eslām* (Volume 41). 7th ed., Beirut: Dār Ehyā' al-Torāt al-'Arabī [in Arabic].
- 63) Narāqī, Mollā Aḥmad (1405 AH). *Mostanad al-Ši'a fī Aḥkām al-Šarī'a* (Volume 2). Qom: Monšorāt-e Maktabat-e Āyat-Allāh al-'Ozmā Mar'ašī Najafī [in Arabic].
- 64) Pārsāpūr, Mohammad-Bāqer and Zākerī-Niyā, Hānīya (Summer 1394 SH). "Aqsām, Aḥkām va Āsar-e Mo'āzerāt-e 'Adam-e Ejrā-ye Qarārdād" [Types, Rules and Effects of Excuses for Non-Performance of Contract]. *Pažūheš-hā-ye Hoqūq-e Tatbīqī* [Comparative Law Researches], Vol. 19, No. 2 [in Persian].
- 65) Qarje lū, 'Alī Rezā (1385 SH). *Šahādāt bar Šahādāt dar Hoqūq-e Īrān va Engelīs* [Testimony on Testimony in Iranian and English Law]. *Elahiyāt va Hoqūq* [Theology and Law], No. 28, pp. 69-88 [in Persian].
- 66) Qayrawānī Mālikī, Abū Muḥammī 'Abd-Allah (1999). *Al-Nawādir wa-al-Ziyādāt* (Volume 8). Bayrūt: Dār al-Gharb al-Islāmī [in Arabic].
- 67) Qomī, Moḥammad ibn 'Alī ibn Bābūya (1409 AH). *Man lā Yaḥzoroho al-Faqīh*. (Volume 3). 1st ed., Tehrān: Šadūq [in Arabic].
- 68) Šadrzāde Afšār, Moḥsen (1385 SH). *Adale-ye Esbāt-e Davā dar Hoqūq-e Īrān* [Evidence of Claim in Iranian Law]. 4th ed., Tehrān: Markaz-e Našr-e Dānešgāhī [in Persian].
- 69) Šafā'ī, Sayyed Ḥosayn (Autumn 1364 SH). *Qove-ye Qāhera yā Fors-e Māzūr* [Force Majeure or Superior Force]. *Majalle-ye Hoqūqī* (Našriye-ye Markaz-e Omūr-e Hoqūqī-ye Bīn-al-Melalī-ye Mo'āvenat-e Hoqūqī va Omūr-e Majles-e Rīāsat-e Jomhūrī) [Legal Journal (Publication of the Center for International Legal Affairs of the Legal and Parliamentary Affairs Deputy of the Presidency)], No. 3 [in Persian].
- 70) Šams, 'Abd-ollah (Spring to Winter 1381 SH). "Asl-e Tanāzor" [The Principle of Proportionality]. *Majalle-ye Taḥqīqāt-e Hoqūqī* [Journal of Legal Research], Nos. 35 and 36, pp. 59-86 [in Persian].
- 71) Šams, 'Abd-ollah (1395 SH). *Adale-ye Esbāt-e Davā* [Evidence of Claim]. Tehrān: Darāk [in Persian].
- 72) Seḡdī Ḥanafī, 'Alī ibn Ḥosayn ibn Moḥammad (1404 AH). *Al-Netf fī al-Fatāwī* (Volume 2). Beirut: Dār al-Ferqān [in Arabic].
- 73) Ṭabāṭabā'ī Mo'tamenī, Manūčeher (1390 SH). *Āzādī-hā-ye 'Omūmī va Hoqūq-e Bašar* [Public Freedoms and Human Rights]. Tehrān: Dānešgāh-e Tehrān [in Persian].
- 74) Ṭabāṭabā'ī, Sayyed 'Alī (1404 AH). *Reyāz al-Masā'el fī Bayān al-Aḥkām be al-*

- Dalā`el (Volume 2). Qom: Mo`assese-ye Āl al-Bayt (‘Alayhem al-Salām) [in Arabic].
- 75) Tabrīzī, Mirzā Javād (1415 AH). Oṣūl al-Qazā va al-Shahāda. 1st ed., n.p.: Mo`assese-ye Emām al-Ṣādeq (‘alayh al-salām) [in Arabic].
- 76) Ṭarāblosī, Ebn Borāj (1406 AH). Al-Moḥaḏab (Volume 2). 1st ed., Qom: Daftar-e Entesārāt-e Eslāmī [in Arabic].
- 77) Telbā, Mehdi and Ebrāhīmī, ‘Alī-Rezā (1396 SH). “Moqāyese-ye ‘Aqīm Shodan-e Qarārdād dar Hoqūq-e Kāmen-Lā bā Fors-e Mājūr, Qā‘ede-ye ‘Osr va Ḥaraj va Hārdšīp” [Comparison of Frustration of Contract in Common Law with Force Majeure, the Rule of Hardship and Difficulty and Hardship]. Dofaṣlnāme-ye ‘Elmī Hoqūq-e Tatbīqī [Scientific Biannual of Comparative Law], Vol. 4, No. 2. doi:10.22096/law.2018.30743 [in Persian].
- 78) Ṭūsī, Abū Ja‘far Moḥammad ibn Ḥasan (1387 AH). Al-Mobsūt fī Feqh al-Emāmiya (Volume 8). 3rd ed., Tehrān: Al-Maktaba al-Morṭazaviya le Aḥyā’ al-Āṭār al-Ja‘fariya [in Arabic].
- 79) Ṭūsī, Abū Ja‘far Moḥammad ibn Ḥasan (1390 AH). Al-Estebṣār fimā Ekṭelef men al-Aḳbār (Volume 4). Tehrān: Dār al-Kotob al-Eslāmiya [in Arabic].
- 80) Ṭūsī, Abū Ja‘far Moḥammad ibn Ḥasan (1400 AH). Al-Nehāya fī Mojarad al-Feqh va al-Fatāwī. 2nd ed., Beirut: Dār al-Kotob al-‘Arabī [in Arabic].
- 81) Ṭūsī, Abū Ja‘far Moḥammad ibn Ḥasan (1407 AH). Tahzīb al-Aḥkām (Volume 5). 4th ed., Tehrān: Dār al-Kotob al-Eslāmiya [in Arabic].
- 82) Ṭūsī, Moḥammad ibn ‘Alī ibn Ḥamze (1408 AH). Al-Vasila elā Neyl al-Fazīla. 1st ed., Qom: Ketābkāne-ye Āyat-Allāh Mar‘aṣī Najafi (Raḥmat-Allāh ‘Alayh) [in Arabic].
- 83) Vāhedī, Qodrat-Allāh (1382 SH). Bāyesta-hā-ye Āyīn-e Dādresi-ye Madani [Necessities of Civil Procedure]. Tehrān: Mizān [in Persian].

A Reflection on the "Foundation of Law" in Light of Various Approaches to Religious Epistemology

Mostafa Nasiri · Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Law, Faculty of Humanities, Shahid Motahari University, Tehran, Iran. m.nasiri@motahari.ac.ir

Abstract

1. Introduction

The study delves into the fundamental aspect of legal systems—the foundation of law—and its crucial role in shaping legal norms. Grounded in the unique sociocultural context of contemporary Iran, the research embarks on a comprehensive analysis of the interplay between legal perspectives and religious knowledge. While conventional discussions on the foundation of law often revolve around legal theories, this study, informed by the prominence of religion and its influence on Iranian society, investigates the role of "religious epistemology" as the guiding force behind legal doctrines.

2. Research Question

The pivotal inquiry centers on the degree of autonomy governments possess in promulgating laws and whether there exist predetermined guidelines and criteria governing the enactment of laws. In essence, the research explores the foundational basis upon which legal systems are established and the factors influencing the imposition of legal norms by the state. This prompts a critical examination of the autonomy of governments in lawmaking and the need for compliance with predetermined standards to confer credibility and legitimacy upon enacted laws.

3. Research Hypothesis

Two distinct perspectives emerge in response to the aforementioned question:



On one hand, proponents of the natural law school argue that laws must align with natural, rational, and just principles, with human beings serving as discoverers or interpreters of these inherent laws. Legitimacy and obligation, according to this view, are rooted in the congruence of laws with reality and justice, regardless of governmental recognition.

On the other hand, adherents of the positivist perspective contend that legal rules are mere products of human will and governmental imposition. In this paradigm, the legitimacy and obligation of laws are solely contingent upon governmental endorsement, rendering the alignment with reality or justice irrelevant. The hypothesis posits that the clash between these perspectives has given rise to two prominent legal schools: natural law and positivism.

4. Methodology & Framework, if Applicable

The research employs a comparative analytical approach, juxtaposing the natural law and positivist viewpoints to assess their impact on the foundation of law within the Iranian legal context. Drawing on both legal philosophy and Islamic jurisprudence, the study navigates the divergent paths taken by legal scholars who either lean towards integrating Islamic principles with natural law or assert the primacy of positivism. The methodology involves a critical review of legal literature and a nuanced examination of the evolving discourse in Iranian legal philosophy. The framework of analysis encompasses an exploration of the intersections and tensions between these two schools of thought, emphasizing their implications for the Iranian legal system.

This article endeavors to contribute to the nuanced understanding of the foundation of law in the Iranian legal landscape, shedding light on the philosophical underpinnings that shape the enactment, legitimacy, and obligation of laws. The exploration of these themes within the context of natural law and positivism offers valuable insights into the multifaceted nature of legal thought in Iran and its intersection with religious epistemology.

5. Results & Discussion

The culmination of this investigation into the foundation of law in the Iranian legal landscape yields three predominant perspectives that intersect and clash within the broader context of religious epistemology.

The first perspective challenges the role of religion as the foundation of law, emphasizing the incongruence between modern societal values

and legal principles derived from religion. It questions the legitimacy of a legal system rooted in religious doctrine, suggesting that legal norms should exclusively stem from human reason and societal norms. However, this perspective faces theoretical weaknesses, particularly in its reluctance to engage with the philosophical foundations of the New Western thought.

The second perspective, while recognizing the significant role of religion in the Iranian legal system, seeks to reinterpret fundamental rights such as freedom and equality within the framework of religious doctrines. Though practically similar to the first perspective, it attempts a theoretical reconciliation by extracting modern legal principles from religious foundations. Nevertheless, it faces profound theoretical challenges, lacking a robust theoretical basis within Western philosophy.

The third perspective, chosen by the author, confronts the foundational principles of New Western philosophy and critically examines the conditions under which modern rights, such as autonomy, can emerge. This perspective delves into the mechanism through which religion acts as the source of legal principles and analyzes its relationship with modern rights. In this approach, the coexistence of reason and religion is emphasized, with human access to universal truths facilitated by both intellect and faith. This perspective places a renewed emphasis on the intrinsic role of Sharia as the foundation of law, tackling practical challenges and reconciling the clash between reason, societal norms, and religion in the realm of law.

6. Conclusion

In conclusion, the inquiry into the foundation of law in Iran, with a focus on religious epistemology, brings to light the complexity of perspectives within the Iranian legal discourse.

The examination of three distinct approaches highlights the ongoing struggle to reconcile the relationship between law and religion. While the first two perspectives grapple with theoretical and practical challenges in aligning religious doctrines with modern legal principles, the third perspective seeks a harmonious coexistence of reason and faith. Emphasizing the intrinsic role of Sharia as the bedrock of legal principles, this perspective proposes nuanced solutions to the practical challenges posed by the evolving dynamics of society, demonstrating a dynamic synthesis of religious and modern legal thought. This study contributes to the broader understanding of the intricate interplay between law,

religion, and philosophy in shaping legal frameworks, specifically within the unique context of the Iranian legal system.

Keywords: Religious Epistemology, Foundation of Law, Legal Rules, Origin of Obligation.

تأملی در «مبنای حقوق» ذیل رویکردهای مختلف به معرفت دینی

مصطفی نصیری • استادیار، گروه فقه و حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران.
m.nasiri@motahari.ac.ir

چکیده

در هر نظام حقوقی، منشأ و محتوای هنجارها را باید در مبنا و مبانی آن جستجو کرد، اما دور از نظر نیست که در جوامع دارای باورها و گرایش‌های محکم دینی، مبنای حقوق بیش از آن که متأثر از مباحث مرسوم مکاتب حقوقی باشد، ذیل رویکردهای متفاوت به معرفت دینی و نسبت فی‌مابین آن‌ها تشخیص می‌یابد. در این پژوهش، پس از تبیین دو افق کلان در معرفت دینی، سه رویکرد اصلی مبنای حقوق در نظام حقوقی ایران شناسایی و مورد مطالعه واقع شده است؛ شاخص‌ترین ویژگی رویکرد نخست انکار نقش دین به عنوان مبنای حقوق است. در این رویکرد، مؤلفه‌های جامعه مدرن با شاخصه‌های تعیین‌کننده قواعد حقوقی مستخرج از دین متباین دانسته شده و به تبع آن قواعد حقوقی یکسره محصول عقل و عرف بشری دانسته شده است. در رویکرد دوم، تبیینی از دین ارائه شده که مؤلفه‌های اساسی حقوق در غرب یعنی آزادی، برابری و امثال آن‌ها از منظر دین قابل پذیرش باشد. این رویکرد در عمل با رویکرد نخست تفاوت اساسی ندارد ولی از حیث نظری با تحمیل قرائتی خاص از دین، تلاش می‌کند حقوق مدرن را از دل مبانی دینی استخراج کرده و رویکرد متمایزی به عنوان مبنای حقوق به نمایش گذارد. در رویکرد سوم، اما، ضمن ورود اشکال به مبانی دو رویکرد نخستین و تأکید بر نقش اصیل دین به عنوان مبنای حقوق، در مواجهه با چالش‌های عملی و اجرایی نظام حقوقی مبتنی بر دین راهکارهای متفاوت و برآمده از مبانی دینی ارائه شده است.

واژگان کلیدی: معرفت دینی، مبنای حقوق، قواعد حقوق، منشأ الزام.



مقدمه

از گذشته‌های دور و دست‌کم در روزگار ما، بخش اعظم قواعد حقوقی که در چهره قوانین الزام‌آور ظاهر می‌شوند، ساخته و پرداخته دولت‌هاست. در این باره پرسش اساسی این است که دولت‌ها در تصویب قوانین تا چه اندازه آزادند و آیا می‌توانند اراده خود را بر عموم تحمیل کنند؟ آیا ضروری است در تصویب قوانین، ضوابط و معیارهایی را رعایت کنند تا این مصوبات از اعتبار و مشروعیت برخوردار شوند یا چنین الزامی وجود ندارد (دانش‌پژوه، ۱۴۰۰، ص. ۹۶). نکته اخیر بحث، مبنای حقوق شمرده می‌شود و با در نظر داشتن آن می‌توان گفت «مبنای حقوق»، پایه، اساس و خاستگاهی است که ساختمان قاعده حقوقی بر آن استوار می‌شود و از آن نشئت می‌گیرد.

در پاسخ به این پرسش، کسانی صریح یا غیرصریح و مستقیم یا غیرمستقیم، منشأ الزام‌آوری قانون را در وضع آن به وسیله دولت خلاصه می‌کنند و آن را قاعده‌ای «خودمعیار» می‌دانند که با هیچ معیار دیگری قابل تطبیق و بررسی نیست. در مقابل، گروه دیگر اراده و وضع دولت را برای توجیه منشأ قانون کافی نمی‌دانند و ریشه الزام‌آوری و مشروعیت قوانین را در انطباق آن‌ها با «معیارها» جست‌وجو می‌کنند. با توجه به این، معیار «مبنا»، پایه، اساس و خاستگاهی است که ساختمان قاعده حقوقی بر آن استوار می‌شود و از آن نشئت می‌گیرد (دانش‌پژوه، ۱۴۰۰، صص. ۹۷ و ۹۸). نزاع میان دو دیدگاه بالا سبب شکل‌گیری دو مکتب مشهور «حقوق طبیعی» و «حقوق اثباتی» در فلسفه شده است.

از نظر پیروان مکتب حقوق طبیعی، انسان به‌عنوان کاشف قانون یا استنتاج‌کننده آن باید یا به کشف قانون طبیعی، فطری، عقلی و عادلانه یا به کشف طبیعت، فطرت، عقل و عدالت بپردازد و از دل آن‌ها قوانین حقوقی متناسب و سازگار با آن‌ها را استنتاج کند. بنابراین، مشروعیت و الزامی بودن قانون در انطباق و پیوند قانون با واقعیت یا عدالت ریشه دارد. قانون منطبق با واقعیت و عدالت، مشروع و الزام‌آور است حتی اگر دولت آن را به رسمیت نشناسد و قانون مخالف با واقعیت یا عدالت نامشروع است حتی اگر دولت به‌طور رسمی آن را تصویب کند. در نتیجه، دولت‌ها در وضع قانون آزاد نیستند و تنها باید به وضع قوانینی بپردازند که با واقعیت و عدالت هماهنگ باشد.

در مقابل، از دیدگاه مکاتب اثبات‌گرا، قواعد حقوقی، واقعیت‌هایی نیستند که انسان آن‌ها را کشف یا استنتاج کند، بلکه گزاره‌های انشایی محض‌اند که محصول اراده انسان و مشخصاً دولت‌ها

هستند و همه مشروعیت آن اعتباری و وابسته به اراده دولت و نه هیچ چیز دیگر است. بنابراین، قانون مشروع و نامشروع معنا ندارد. تا وقتی دولت از قانون حمایت می‌کند، قانون وجود دارد و مشروع و الزامی نیز هست حتی اگر ناعادلانه باشد و با رفع حمایت دولت، اصلاً قانونی وجود ندارد تا سخن از مشروعیت یا نامشروعیت آن رود.

در ادبیات حقوق دانان داخلی، در بحث مبنای حقوق در بسیاری موارد به تبع ادبیات فلسفه حقوق در غرب، همین رویکرد اتخاذ شده و حسب مورد یکی از مکاتب مورد حمایت قرار گرفته است (جعفری تبار، ۱۳۸۸؛ زارعی، ۱۳۹۴). همچنین، برخی حقوق دان‌ها با دغدغه و گرایش‌های دینی در مواجهه با دو مکتب فوق به قرابت حقوق اسلام به حقوق طبیعی متمایل شده‌اند (جاوید، ۱۳۹۷) و برخی نیز لباس این مکاتب را برای قامت دین متناسب ندیده‌اند و با این استدلال که قواعد حقوق اسلام منبعث از اراده شارع است، این نظام حقوقی را متمایل به مکتب اثباتی و از این رو که شارع در تشریح شرایع، مصالح نفس الامری مکلفان را لحاظ می‌کند، حقوق اسلامی را متمایل به حقوق طبیعی و در مجموع، این نظام حقوقی را آمیخته‌ای از این مکاتب دانسته‌اند (دانش‌پژوه، ۱۴۰۰، ص. ۱۱۲-۱۱۳). تعمیق تأملات و بازاندیشی در سوگیری مطالعات این حوزه به دلایل زیر ضروری به نظر می‌رسد.

دلیل نخست، نبود توجه کافی به تحولات فکری غرب جدید به‌عنوان منشأ اساسی اختلاف‌نظرها در مبنای حقوق و دلیل دیگر فقدان تعیین تکلیف رابطه حقوق و دین است. کم‌توجهی در مطالعات فلسفه حقوق به دو نکته اخیر که به‌نوعی مرتبط و به عبارت کلی‌تر، تقریرهای مختلف از یک اشکال اساسی هستند، این نتیجه را به همراه داشته است که برخی آثار تولیدشده در حوزه مبنای حقوق یا به‌اندازه کافی عمیق و مبنایی این بحث را طرح نکرده‌اند یا در مواردی که عمیق‌تر به این مباحث پرداخته‌اند، به مسائل و چالش‌های حقوق در ایران به‌عنوان نظام حقوق اسلامی توجه کافی نداشته‌اند. برای تقویت مطالعات این بحث و مواجهه واقع‌بینانه‌تر با این موضوع مهم و تأثیرگذار در نظام حقوقی کشور، در این پژوهش تلاش شده است به مبنای حقوق ذیل رویکردهای مختلف به معرفت دینی نگریسته شود. در این نوشتار در بخش نخست، به تبیین اهمیت و کیفیت تأثیر رویکرد اتخاذی به معرفت دینی در بحث مبنای حقوق پرداخته شده و در بخش دوم، مهم‌ترین نگرش‌های صاحب‌نظران داخلی در این حوزه طرح و بررسی شده است.

۱. تبیین کیفیت تأثیر معرفت دینی بر مبنای حقوق

نگاهی کوتاه به نظام‌های حقوقی مختلف در طول تاریخ بیان‌کننده این است که حقوق تا پیش از دوره جدید بر استخراج قواعد حقوقی از حقایق عالم و طبیعت مبتنی بوده است و ذیل رویکرد کیهان‌مدار (کاسموساتریک)، انسان در تناسب با نظم طبیعت سلوک می‌کند و باید تابع نظم طبیعی باشد (موسوی اصل و منصورآبادی، ۱۳۹۴، ص. ۲۰۸). از سوی دیگر، در نگاه دینی نیز قواعد شریعت‌های مختلف به‌عنوان بدنه اصلی قوانین نقش‌آفرینی کرده است که از حیث فلسفی و معرفت‌شناختی اختلاف بنیادین با رویکرد غیردینی باستانی ندارد. به‌طورکلی، این رویکرد غالب نزد قدما با این توجیه فلسفی همراه بوده است که قوانین مشخصی بر حوزه‌های مختلف عالم حکومت می‌کند و انسان امکان دستیابی به این احکام و قواعد را دارد. همین رویکرد نزد متکلمان و حکمای مسلمان و مسیحی تا پیش از تغییر رویکرد کلان در غرب جدید حاکم بوده است. حتی در دوره حاکمیت نظام کلیسایی در دوره قرون وسطا نیز به‌رغم عدم دسترسی به منبع مستقیم وحی، تلاش اندیشمندان مسیحی نیل به حکم الهی بود و از این رو کاوش‌های عقلی در کلیسا ذیل تلاش برای دستیابی به اراده الهی قابل فهم است. همین موضوع در دستگاه استنباط فقهای مسلمان نیز حاکم است و اساساً نگرش‌های مختلف فقها در راستای استنباط احکام در مذاهب شیعه و سنی با همین مبنای کلی (دستیابی به حکم الهی به‌عنوان مبنای حقوق) درک می‌شود.

به عبارت دقیق‌تر، تا پیش از قرن ۱۸ درباره امکان دستیابی به معرفت دینی اصیل صرف‌نظر از سوفسطاییان، در میان متفکران مسلمان و غیرمسلمان اتفاق نظر وجود داشت. از تاریخ یادشده تاکنون، این موضوع البته به موضوعی اختلاف‌برانگیز مبدل شده است و هرچند متفکران اسلامی همچنان بر موضع قبلی خود هستند، در غرب جدید ذیل تغییر رویکرد بنیادین به نسبت میان انسان و جهان در فلسفه، مسئله معرفت نیز تغییرات جدی را تجربه کرده است.

۱.۱. رهاورد تبیین غرب جدید از معرفت دینی در بحث مبنای حقوق

محور بحث حکما در بحث معرفت این بوده که آنچه در خارج است، باید هم‌سرخ آنچه در درون انسان است، باشد. در غیر این صورت امکان ارتباط و کشف وجود ندارد. علم به غیر تعلق می‌گیرد، اما درعین حال، در علم نوعی هم‌سرخ وجود دارد. اگر چیزی به‌طورکلی متباین با عالم باشد، علم اتفاق نمی‌افتد؛ زیرا یگانگی رخ نداده است. بنابراین، ملاک دانایی و علم، نوعی

مشابهت و هم‌سنخی میان عالم و معلوم است. برای مثال، در اندیشه ارسطو، موجود حقیقی، جوهر و امری معقول است. حیث محسوس جوهر، اعراض آن‌هاست و ملاک وحدت اشیا، حیث جوهری آن‌هاست. این جنبه وحدت، واقعیتی مجرد و غیرمادی دارد. حقیقت انسان نیز به عقل او و عقل امری مجرد است. بنابراین، ما که موجوداتی معقول هستیم، با این حیث مجرد اشیا ارتباط برقرار می‌کنیم و نسبت به آن‌ها آگاهی می‌یابیم. در مقابل، فلسفه عصر جدید، فلسفه‌ای است که با بیکن و دکارت آغاز می‌شود (طالب‌زاده، ۱۳۸۱، ص. ۱۱). در دکارت با دو چیز مواجه هستیم؛ با فکری که حقیقت انسان است و با امتداد که حقیقت جهان است. دکارت تفکر خود را بر می‌اندیشم پس هستم، استوار کرده است؛ یعنی من فکر هستم و عین فکرم و جهان مساوی با امتداد است. همان‌گونه که صفت ذاتی نفس یا روح، «اندیشه» است، صفت ذاتی جسم یا ماده نیز «امتداد» است (اصغری، ۱۳۸۲، ص. ۹۳). فکر و اندیشه در فلسفه جدید مساوی با مطلق آگاهی است. از سویی با آگاهی سروکار داریم و از سوی دیگر با امتداد. چیزی از آگاهی در امتداد نیست؛ یعنی هیچ امتدادی در جهان از آگاهی نیست. پس یکسره میان دو حقیقت جوهری در عالم تباین است. در دوره‌های گذشته، انسان عاقل با وجه معقول و مجرد اشیا ارتباط برقرار می‌کرد و از لحاظ هم‌سنخی نسبت به آن آگاه می‌شد. این در حالی است که در دوره جدید این وجه تنها برای انسان متصور دانسته و غیر او به امتداد تقلیل داده شد. این موضوع افزون‌بر اینکه از حیث هستی‌شناختی رویکردی بی‌سابقه در فلسفه شمرده می‌شود، تأثیرات عمیقی در مقوله معرفت باقی گذاشته است. این همان چیزی است که در فلسفه جدید به آن دوئالیسم گفته می‌شود. این دوگانه‌انگاری و قول به تباین و جدایی، کل تاریخ فلسفه را دگرگون می‌کند. انسان و جهان را بیگانه می‌کند و معرفت که تا پیش از این فرع بر مسانخت بود، وضع جدیدی می‌یابد. فلسفه جدید بر مبنای این دوگانگی استوار شده و این میراثی است که دکارت برای فیلسوفان پس از خود بر جای گذاشت (اصغری، ۱۳۸۲، صص. ۹۳ و ۹۴). ثمره تحول بنیادین در فلسفه جدید این بود که ابژه، عین خارجی یا حقیقت و ماهیت آن نیست، بلکه ابژه صورتی است از چیزی که قوه تمثیل ما آن را به آن صورت تمثیل می‌کند و اگر تمثیل‌کننده‌ای نباشد، تمثیل شده و متعلق تمثیل نیز معنا ندارد. قدما که می‌گفتند حقیقت مطابقت حکم با خارج است، ضامن این مطابقت را عقل فعال و عالم عقول می‌دانستند، اما در مطابقت ابژکتیویته و سوژکتیویته، ضامن مطابقت نیز انسان است. در فلسفه

جدید دایر مدار وجود و حقیقت، بشر است و اوست که اثبات و نفی می‌کند و ملاک و میزان همه چیز است (داوری اردکانی، ۱۳۷۴، ص. ۱۹۱).

رویکرد دکارتی در برقراری نسبت جدید انسان با موجودات، در سراسر فلسفه غرب سیطره دارد و برای همین است که او را مؤسس فلسفه خوانده و فیلسوفان دوره جدید اعم از دکارتیان و حتی ضد دکارتیان همه از پی او آمده‌اند (ضیاءشهابی، ۱۳۹۱، ص. ۸۵). با طرح فلسفی دکارت، دیوار بلندی میان انسان و طبیعت کشیده شد. واقعیت‌های مستقل از ادراک بشری، دستیابی به ادراک مطابق با واقع و به‌طور کلی، ادراک‌پذیری امور مستقل از قوه فاهمه بشری در معرض تردید و انکار قرار گرفت. به تبع این رویکرد کلی، نقش مراجعی که در تأمین محتوای قواعد حقوقی نقش آفرینی می‌کردند نیز در معرض بازبینی قرار گرفت. درحالی‌که تا پیش از این، دین به‌عنوان یکی از مبانی اصلی حقوق در غرب در تعیین بسیاری از قواعد حقوقی اثرگذار بود، از آن زمان به بعد به ایزه‌های مطالعاتی تبدیل شد و مرجعیت خود را از دست داد. نزد متفکران غرب جدید اعم از تجربه‌گرایان و عقل‌گرایان، دستیابی به معرفت منطبق با واقع ممتنع شد و در مقابل، معرفت جنبه سوژکتیو یافت و در نتیجه، معرفت دینی به این معنا که بتوان به احکام الهی دست یافت یا به‌طور کلی انکار شد یا دستیابی به آن برای بشر تحقق‌ناپذیر معرفی شد. درنهایت، شأن دین از مرجعی در کنار عقل برای دستیابی به معارف و دستورات الهی به ایزه‌ای در کنار دیگر مدرکات بشری تقلیل می‌یابد و احکام دین نیز ذیل این دیدگاه، ضرورتاً زمانی قابل بهره‌برداری خواهند بود که از عینک عقل مدرن عبور داده شوند و توسط آن تجویز شده باشند.

به تبع وضع جدید، دین به‌عنوان مبنای حقوق نیز جایگاه متفاوتی نسبت به گذشته یافت. عقل مدرن خود را مستقل و بی‌نیاز از دین می‌بیند و بر خود تکیه می‌کند و همین عقل مدرن مبنای قاعده حقوقی قرار می‌گیرد. همه صورت‌های حقوق مدرن اعم از طبیعی و پوزیتیویستی، محصولات عقل مدرن پس‌ادکارتی هستند (موسوی اصل و منصورآبادی، ۱۳۹۴، ص. ۲۱۸). این عقل مدرن در قالب‌های مختلف مبنای قاعده حقوقی قرار می‌گیرد؛ گاه در قالب قانون طبیعی غیرالهی، گاه در قالب دولت و گاه در قالب وجدان و باورهای اجتماعی. کارکرد مؤثر همه این‌ها این است که حقوق را از دنیای تعبد دور و جدا می‌کند (Van Hoecke, 2002, pp. 37-38).

در نتیجه این تغییر اساسی در معرفت دینی و سوژکتیو شدن تفکر جدید، اندیشه‌های اساسی حقوق مدرن مانند «حق داشتن» در مقابل «حق بودن» شکل می‌گیرد. با تکیه بر عقل تجربی

مدرن، مرجعیت فکری کنار می‌رود و مفهوم «برابری گرای» به‌عنوان یکی از دیگر ارکان در حقوق جدید جایگزین آن می‌شود. برابری گرای به معنای اصل برابری آن‌گونه که در عدالت اجتماعی مطرح است، نیست، بلکه به این معناست که هیچ مقامی سخنش بر دیگران از باب تعبد برتری ندارد و همه از این لحاظ برابرند (شهابی، ۱۳۸۸، ص. ۷۲).

در مقابل دیدگاه بالا، به‌تبع رویکرد متفکران اسلامی به هستی که در آن انسان با جهان از طریق عقل ارتباط دارد، دستیابی به معرفت موضوعی ممکن و بلکه متحقق است. از این‌رو وجود واقعیت، امکان دستیابی و معرفت به آن، توانایی انسان بر تمییز معرفت حقیقی از خطا و صدق از کذب موضوعاتی بدیهی است. در این رویکرد، انسان با استفاده از سرمایه‌های معرفتی یقینی، تردیدناپذیر و زوال‌ناپذیر خود از قبیل «معرفت انسان به خود»، «معرفت انسان به قوای ادراکی، تحریکی، احساسات و حالت‌های نفسانی خود»، «اصل امتناع تناقض» و «اصل علیت»، گزاره‌های صادق را از گزاره‌های کاذب و نادرست تمییز می‌دهد (حسین‌زاده، ۱۳۹۰، ص. ۲۶) و این موارد به‌عنوان ملاک و مبنای شکل‌گیری دیگر معارف در ذهن بشر نقش‌آفرینی می‌کنند. در این رویکرد بر این اصل اساسی تأکید می‌شود که اگر نقص یا ضعفی در قوای ادراکی بشر در نظر و عمل مشاهده می‌شود باید برای جبران این ضعف و نقص راهکاری اندیشید و راهکار پیشنهادی در قلمرو معرفت دینی، استعانت از دین است.

۲.۰۱. رهاورد تبیین اسلامی از معرفت دینی در بحث مبنای حقوق

نزد متفکران مسلمان نسبت انسان و جهان به‌گونه‌ای است که می‌تواند با استفاده از ظرفیت قوای ادراکی و شناختی خود در حوزه‌های مختلف به شناخت و معرفت نائل شود. در این رویکرد، ساختار وجودی انسان به‌گونه‌ای است که امکان برقراری ارتباط با جهان خارج را به علم حضوری دارد؛ البته با لحاظ این نکته اساسی که رشد و درجه وجودی هر شخص در تعیین سطح و مراتبی از عقل که او با آن ارتباط برقرار می‌کند و در نتیجه، کیفیت معرفت او به عالم خارج نقش محوری دارد. «... و بعد از طی مراتب مذکور به خصوص طی منزل سوم، آنگاه به عالم انسانیت ارتقا می‌یابد. پس ادراک می‌کند اموری را که در حس و خیال و وهم نگنجند... (که مقصود صور عقلیه و صور کلیه‌اند) و بالنتیجه، ارواح مجرد از قالب‌های جسمانی را با دیده ملکوتی مشاهده می‌کند. مقصود من از این ارواح، حقایقی است عاری و مجرد از کسوت تلبیس و حجاب‌ها و

پرده‌های اشکال گوناگونی که چهره حقیقت را می‌پوشانند. این صور عقلیه مجردة حقیقیه همان صور مفارقه‌ای هستند که بزرگان حکمت... به چشم خویش مشاهده کرده‌اند» (صدرالمآلهین، ۱۳۶۶، صص. ۴۶۷ و ۴۶۸). از این رو در این رویکرد، معارف بشر در شئون مختلف زندگی تنها به ادراکات عرفی برآمده از تاریخ و تجربه جمعی تقلیل نمی‌یابد، بلکه همسو و مبتنی بر دریافت‌های او از حقایق عالم، برای او منکشف می‌شود.

به‌رغم وحدت نسبی ادراکات در رویکرد، اختلاف آرای بسیار زیادی میان انسان‌ها حتی در سطح آن‌هایی که با درجات عالی عالم عقل ارتباط وجودی برقرار کرده‌اند، به چشم می‌خورد؛ البته برخلاف اندیشه حاکم بر غرب جدید، از نظر حکمای اسلامی این اختلاف آرا در معارف مختلف به دلیل امتناع به دستیابی حقایق عالم یا انکار وجود آن‌ها نیست، بلکه این تفاوت دیدگاه‌ها به دلیل اختلاف در سهم و سطح دسترسی به حقایق عالم است.

در مواردی که ادراکات حقیقی حاصل شده است، معلوم نیست موارد حاصل‌شده به‌صورت جامع برای پاسخ‌گویی به ابعاد مختلف زندگی انسان‌ها کفایت می‌کند یا خیر؟ در مقابل، چنین چیزی از عهده اشخاصی برمی‌آید که به بالاترین سطح از درجه وجودی رسیده‌اند و نسبت به حقایق عالم اشراف کامل دارند و درعین حال از خطا مصون هستند. این درجه به‌گونه تام در انبیای الهی و اوصیای ایشان محقق شده و بالاترین سطح این درجه وجودی و به تبع آن، اشراف بر حقایق عالم در وجود نبی مکرم اسلام (صلی‌الله علیه و آله) محقق شده است. بنابراین، جایگاه ادیان و شریعت‌های الهی در این مرحله مشخص می‌شود.

برابر رویکرد اسلامی، ورای این قوانین، هنجارها، ارزش‌ها، کنش‌ها و واکنش‌ها که انسان در زندگی اجتماعی خود با آن‌ها زندگی می‌کند، حقیقتی است که همه این امور بر آن تکیه دارند. کشف تام این حقایق تنها از عهده پیامبران و اولیای الهی برمی‌آید و دین متکفل آن است و معرفت و علومی می‌توانند این حقایق را کشف کنند که ریشه در وحی الهی داشته باشند. این حقیقت به شیوه‌های مختلف در قرآن کریم مورد تصریح قرار گرفته است.

خداوند متعال در قرآن کریم فرموده است «وَمَا كَانَ النَّاسُ إِلَّا أُمَّةً وَاحِدَةً فَاخْتَلَفُوا»^۱ و نیز «كَانَ النَّاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً، فَبَعَثَ اللَّهُ النَّبِيِّينَ مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ، وَانزَلَ مَعَهُمُ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ، لِيَحْكُمَ

۱. انسان‌ها در آغاز همه یک امت بودند، بعدها اختلاف کردند (یونس، ۱۹).

بَيْنَ النَّاسِ فِيمَا اخْتَلَفُوا^۱. این دو آیه چنین خبر می‌دهد که انسان در قدیم‌ترین عهدش، امتی واحد، ساده و بی‌اختلاف بود. سپس اختلاف در میان افرادش پیدا شد و اختلاف هم به مشاجره و نزاع انجامید. از این رو خدای تعالی انبیا را برانگیخت و با آنان کتاب فرستاد تا با آن اختلاف‌ها را برطرف کنند، دوباره به وحدت اجتماعی‌شان برگردانند و این وحدت را با قوانینی که تشریح فرموده است، حفظ کنند (طباطبایی، ۱۳۷۴، صص. ۲۱۷).

ثمره این رویکرد کلان در معرفت دینی این است که حقیقتی به نام دین مستقل از طرز تلقی انسان‌ها وجود دارد که کارکرد آن وحدت‌بخشی به آرای مختلفی است که در جوامع گوناگون در طول تاریخ مطرح می‌شود و قوانین و قواعد آن برای انسان‌ها قابل دستیابی و دسترسی است؛ البته بهره‌برداری واقعی از این معارف هنگامی امکان‌پذیر است که در مواجهه با معارف دین، اصالت آن‌ها حفظ و استفاده از آن‌ها از طریق استنباط و استخراج انجام شود نه آنکه قواعد آن به ابژه مطالعاتی تبدیل شود و مواجهه با آن‌ها آن‌گونه که در سده‌های اخیر در غرب به وقوع پیوسته است، جنبه سوپزکتیو یابد.

فقها از ابتدا ذیل همین نگاه، قواعد حقوقی اسلام را از منابع دینی استخراج کرده‌اند و نگاه حاکم در میان آن‌ها همواره ذیل همین منطق و جهت‌گیری کلی شایان درک است. حتی در مواردی که اختلاف فتوا و نظر در میان استنباطات آن‌ها دیده می‌شود، این اختلاف‌نظرها عمدتاً ریشه در اختلاف نظر در مدارک و اسناد تأمین‌گزاره‌های استنباطی دارد و جهت‌گیری کلی در عموم موضوعات نیز گواه این وحدت کلان حاکم بر دیدگاه آن‌هاست. با توجه به اینکه بخش عظیمی از این معارف ناظر به ابعاد حقوقی زندگی اجتماعی انسان‌هاست، معارف دینی به‌عنوان مبنای حقوق، نقش مهمی در تأمین قواعد حقوقی ایفا می‌کند. با در نظر داشتن جهت‌گیری‌های بالا در حوزه معرفت دینی، تأثیرگذارترین رویکردهای داخل کشور درباره نقش دین به‌عنوان مبنای حقوق بررسی و ارزیابی شده است.

۲. رویکردهای مختلف به مبنای حقوق ذیل معرفت دینی

با در نظر داشتن دو رویکرد کلی بالا، سه جهت‌گیری مختلف در نظام حقوقی کشور درباره تأثیر

۱. مردم همه یک امت بودند، سپس خدای تعالی انبیا را (که کارشان وعده و وعید دادن است) مبعوث فرمود و کتاب بحق را با آنان نازل فرمود تا بین مردم در آنچه در آن اختلاف می‌کنند، داوری کند (بقره، ۲۱۳).

معرفت دینی بر مبنای حقوق شناسایی شده است. گفتنی است ممکن است رویکردهای فرعی دیگری ذیل هریک از سه رویکرد اصلی بالا شایان شناسایی باشد که حسب مورد در خلال بحث از هر رویکرد اصلی، به این موارد نیز اشاره می‌شود.

۱.۲. عدم اصالت دین در نقش آفرینی به عنوان مبنای حقوق

این رویکرد اساساً شریعت را به عنوان منبع اصلی و اصیل متضمن قواعد حقوقی انکار می‌کند. از حیث مبانی فلسفی کمتر به این موضوع پرداخته شده است که بتوان داوری دقیق‌تری ارائه داد، اما این رویکرد از لحاظ نتیجه در حوزه معرفت دینی، نتایجی مشابه با تحلیل رایج سوپزکتیو در غرب جدید عرضه می‌کند. ثمره رویکرد اخیر در حوزه حقوق این است که با توجه به عدم امکان تمسک به مبنای الهی، قواعد حقوق از مبنا و آبشخور عقل خودبنیاد و عرف‌های بشری تأمین می‌شود. برای این منظور، مکاتب و نظریات مرسوم در فلسفه حقوق، ضرورتاً و به‌گونه اجتناب‌ناپذیر، راهنمای بحث مبنای حقوق خواهند بود.

در این رویکرد بدون تبیین فلسفی و دقیق از چگونگی عبور حقوق غرب جدید، بر عدم کفایت قواعد حقوقی مستخرج از دین تأکید و عقل خودبنیاد به عنوان مبنای اصلی و اساسی حقوق معرفی می‌شود؛ البته باید توجه داشت در این رویکرد طیف‌های مختلفی وجود دارند، اما وجه مشترک قائلان به آن این است که حقوق به معنای مدرن آن نسبتی با معارف دینی ندارد و دین به لحاظ بنیادی و مبنایی نمی‌تواند مبنایی برای حوزه‌های مختلف اجتماعی از جمله حقوق دانسته شود و آن در بهترین روایت، مبنایی ارشادی در عداد دیگر معارف در دسترس انسان‌هاست.

به موجب این رویکرد، نظام حقوق مدرن در چهار جهت با نظام‌های حقوق سنتی (دینی یا غیردینی مانند حقوق فئودالی) تفاوتی ژرف یافته است. آن چهار جهت، «هدف»، «منبع» قانون، «روش» حقوقی و «مرجع صالح قانون‌گذاری» در نظام حقوقی است. این تغییرات بر این پایه استوار می‌شود که جامعه‌ای از جوامع انسانی به‌گونه اغلیبی یا اکثری عناصر مدرن را که آن‌ها را به دو دسته عینی و ذهنی تقسیم می‌کند، پذیرفته باشد. از این تغییرات عینی در جوامع مدرن می‌توان

۱. مقصود نویسنده از منبع قانون، همان میناست؛ زیرا در بیان مرسوم‌تر، قانون یکی از منابع حقوق است و در عین حال، خاستگاه و منبعی دارد که به آن مینا گفته می‌شود. از این رو مراد از منبع قانون همان مبنای آن است.

به پیشرفت علوم طبیعی که بر عرصه تولید و صنعت تأثیر اساسی داشته است، گرایش به شهرنشینی و اقتضات زندگی شهری که زمینه‌ساز شکل‌گیری جامعه مدنی بود، تفوق دولت - ملت‌های سلطنتی که قدرت سیاسی را از کلیسا و فئودال‌ها به نفع خود اخذ کردند و... اشاره کرد. همچنین، از جمله عناصر ذهنی یا معرفتی دوره مدرن، پیدایش تفسیرهای رقیب از دین و به تبع آن، پیدایش فرقه‌های مختلف در مسیحیت، شکست اتوریته کلیسا در مرجعیت علمی و فکری و گرایش تفکر فلسفی به تفکر «خودبنیاد نقاد» و «خودآیینی» به‌عنوان مبنای حاکم بر ارزش‌های اخلاقی و... است (راسخ، ۱۳۸۶، صص. ۵-۲۰).

تغییرات بالا در حوزه مبنای حقوق این ثمر را به همراه داشت که حقوق که عمدتاً گرایش دینی داشت، به حقوقی سکولار مبدل شد. پیدایش مکاتب اثباتی نیز جلوه‌ای از عقل خودبنیاد و بیان‌کننده این دیدگاه بودند که «این حکم و تفسیر عقل بود که منبع حقوق را جامعه، تاریخ، طبیعت، عقل ابزاری انسان یا حتی دین معرفی می‌کرد». حاصل اینکه، با تحقق این عناصر در جوامع امروزی، «جامعه مدرن نمی‌تواند امور عمومی را با نظامی غیر از نظام حقوقی مدرن اداره کند. بنابراین، حقوق دینی به شرطی می‌تواند در زندگی مدرن باقی بماند که در جهات پیش‌گفته تحول یابد و به نظام حقوقی مدرن تبدیل شود. به دیگر سخن، زندگی مدرن با حقوق دینی غیرمدرن سازگار نیست» (راسخ، ۱۳۸۶، ص. ۲۳)؛ البته این مؤلفه‌ها در غرب نیز به‌صورت مشکک و تدریجی ایجاد شدند و کشور ما در وضعیت گذار به جامعه مدرن می‌تواند از تجربیات نظری جوامع مدرن بهره‌برداری کند (راسخ، ۱۳۸۶، ص. ۲۴).

این دیدگاه با این چالش مواجه است که مشخص نیست درنهایت به چه دلیل به‌رغم بی‌پاسخ ماندن تحقق مؤلفه‌های حقوق مدرن در ایران، بهره‌برداری از دستاوردهای نظری آن پیشنهاد شده است. فراتر و مهم‌تر از اشکال نخست این است که این دیدگاه به‌رغم تلاش برای بررسی مبانی حقوق مدرن نتوانسته است دلیل اساسی چرخش و تحول در غرب جدید را که باور به امتناع ارتباط انسان با حقایق عالم یا انکار آن بوده است، تحلیل کند. در نتیجه، در تبیین بنیاد نظری مبنای حقوق مدرن که ضرورتاً باید ذیل بحث معرفت دینی با مبانی فلسفی حقوق در اسلام تطبیق داده شود، ناموفق بوده است.

دسته دیگر از قائلان به عدم نقش‌آفرینی دین به‌عنوان مبنای حقوق، نظریه‌پردازانی هستند که

همسو با نظریه هرمنوتیک فلسفی در فلسفه و مکتب واقع‌گرایی و انتقادی در حقوق مطرح شده‌اند. قائلان به این رویکرد، باور به دین به‌عنوان یک واقعیت در حیات اجتماعی و فرهنگی ایرانیان را انکارناپذیر می‌دانند و بر نقش اساسی گزاره‌های آن در حوزه اخلاق و حیات اجتماعی نیز صحه می‌گذارند. با این حال، آنچه فصل‌میز این رویکرد از دو دسته دیگر می‌شود و آن را در همین جا تثبیت می‌کند، این است که با توجه به رویکردی که در قلمرو معرفت دینی اتخاذ شده است، دین به‌عنوان مبنای حقوق یعنی منشأ استخراج قواعد حقوقی، به‌خودی‌خود اصالت ندارد.

«قرآن برای این نازل نشده [است] که تمام راه‌حل‌های زندگی اجتماعی در آن باشد... هیچ لزومی ندارد ما چیزی را به قرآن نسبت دهیم که کتاب مبین برای آن نیامده است. قرآن که کتاب قانون‌گذاری نیست، مکتب انسان‌سازی است» (کاتوزیان، ۱۳۸۵، صص. ۳۶۲ و ۳۶۳). قائلان به این رویکرد ضمن اشاره به اختلاف‌نظرهای موجود میان فقها و مفسران در استنباط احکام الهی، این موضوع را به‌گونه هرمنوتیکی تحلیل کرده و قائل شده‌اند که اساساً دریافت واحد از متن دین نه امکان‌پذیر است و نه ضروری. در مقابل، قاضی موظف است ضمن بهره‌برداری از ظرفیت دین، بر پایه مبنای عقلایی در تحقق هدف نهایی حقوق یعنی «عدالت» گام بردارد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص. ۳۶۵). حاصل اینکه، حقانیت و مشروعیت نقش‌آفرینی دین به‌عنوان مبنای حقوق با توجه به رویکرد معرفت دینی حاکم بر آن، از درون دین جست‌وجو نمی‌شود، بلکه از بیرون پیگیری می‌شود. در این مدل با تأکید بر عدالت به‌عنوان مبنای حقوق، پایه‌ای برای عبور از شریعت ایجاد می‌شود و از سوی دیگر، با توسل به هرمنوتیک فلسفی راهی برای ارائه تفسیرهای مختلف از دین و قواعد حقوقی برآمده از دین گشوده می‌شود.

باید توجه داشت که در هر دو دیدگاهی که ذیل این رویکرد مطرح شد، محتوای قواعد حقوقی لزوماً از منابع غیردینی تأمین نمی‌شود. به‌عبارت‌دیگر، قائلان به این رویکرد الزاماً به گزاره‌های دینی بی‌اعتنا نیستند. برعکس در متن استدلال‌های این نظریه‌پردازان به‌ویژه قسم دوم، در موارد متعددی به نظریات فقها و فراتر از آن به متن روایات استناد می‌شود. با این حال، بهره‌برداری از منابع دینی، این نظریات را از طبقه‌بندی صورت‌گرفته خارج نمی‌کند؛ زیرا به‌رغم دینی بودن منبع، با توجه به عدم اصالت دین به‌عنوان مبنای حقوق، بهره‌برداری از منابع دینی در این رویکرد جنبه ابزاری و غیراصیل دارد. حاصل اینکه، در این رویکرد هرگونه مبنای غیربشری برای حقوق، اصالت خود را از دست می‌دهد و همسو با سوپزکتیویسم غرب جدید، دین اگر نقشی در تعیین

محتوای قواعد حقوقی داشته باشد، تنها بعد از عبور از فاهمه و عقل مدرن قابلیت پذیرش و ورود به نظام حقوقی را می‌یابد و مستقلاً نقشی در این حوزه ندارد. حتی در مواردی که نهادی دینی در حقوق پذیرفته شده است نیز به سهولت می‌توان آن را ذیل همین رویکرد ارزیابی و قاعده دیگری را جایگزین آن کرد.

۲.۲. اصالت نسبی و نقش آفرینی حداقلی دین به‌عنوان مبنای حقوق

در این رویکرد برخلاف دیدگاه قبلی، برای دین نقش جدی‌تر و عمیق‌تری به‌عنوان مبنای حقوق دیده شده و دین به‌عنوان منبع تأمین‌کننده قواعد حقوقی که از جانب خداوند تشریح شده، مسلم دانسته شده است، اما آنچه در این رویکرد بیش از دیگر جهات برجسته می‌نماید، دغدغه توأمان سنت و تجدد است؛ یعنی چگونگی امتزاج دو مقوله غیرمتناجس «خودآیینی» انسان متجدد و «آیین الهی» به‌عنوان مبنای حقوق، نقطه کانونی توجهات در اینجاست. گذار دائمی میان سنت و تجدد و تلاش برای جمع این دو مقوله به طرح رویکرد خاصی به معرفت دینی منتهی شده است که ثمرات مهمی در مباحث فلسفه حقوق به‌ویژه موضوع مبنای حقوق دارد.

از نظر قائلان به این دیدگاه، «پرسش بنیادی این است که جمع شریعت و قانون اساسی یا به‌عبارت‌دیگر، اسلام و دولت مدرن امری ممکن است یا ممتنع؟ طی دویست سال گذشته دو پاسخ عمده پیدا شده است؛ یکی بر شرایط امتناع و ناممکن بودن دولت ملی مدرن با وجود شریعت نظر دارد و دیگری نه‌تنها از امکان جمع شریعت و تجدد سخن می‌گوید، بلکه تمسک به شریعت را برای نوسازی دولت در جهان اسلام ناگزیر می‌داند. نظریه دوم البته این امکان را مشروط به برخی بازاندیشی و اصلاح در اندیشه دینی می‌داند» (فیرحی، ۱۳۹۹، صص. ۳۶۲ و ۳۶۳). قائلان به این رویکرد بر این باورند که دین دارای هسته و پوسته‌ای است. هسته دین هیچ‌گونه مغایرتی با ارزش‌های اساسی حقوق در غرب جدید ندارد و اگر مغایرتی با محصول قانون در غرب جدید و قوانین اسلامی به چشم می‌خورد، این موارد مرتبط با پوسته اسلام است که جنبه تاریخی و فرهنگی دارد و با کنار زدن این موارد می‌توان به اسلامی دست یافت که همسو با ارزش‌های اساسی حقوق جدید و درعین حال دینی است.

کوشندگان این مسیر در دو قرن اخیر، مقدمات دگرگونی در بسیاری از مفاهیم ارزشی، سیاسی، حقوقی و نهادی را فراهم کردند. در این مسیر ضمن نقد نهاد سلطنت و ارزش‌های زیرین آن،

نظریه الهیاتی نوین و نظام حقوقی جدیدی تولید شد که به تأسیس نهادهای دولت مشروطه ختم و تبیین جدیدی از ارزش‌های دوره جدید یعنی برابری، آزادی، شایستگی و امنیت ظاهر شد و متعاقب آن، سه مفهوم ملیت، دولت و قانون موضوعه، تجدد سیاسی را در ذهن ایرانیان محقق کرد (فیرحی، ۱۳۹۹، ص. ۳۷۲).

حاصل اینکه، در این رویکرد اساساً تبیینی میان مبانی اساسی دین و حقوق در غرب جدید برداشت نمی‌شود و دین نه تنها با حقوق در غرب جدید مواجه نمی‌شود، بلکه مأمّن مناسبی برای ورود مفاهیم و نهادهای اساسی غرب جدید به نظام‌های حقوقی دینی می‌شود. در این صورت می‌توان نظام حقوقی را تصور کرد که به دلیل نهادینه شدن ارزش‌های دوره جدید می‌تواند محتوای قواعد حقوقی را بر اساس مقوله‌هایی مانند عقل خودبنیاد و خودآیین تأمین کند و درعین حال، خود را پایبند به دین و مورد تأیید شریعت بداند.

در این رویکرد معرفت دینی، تردیدی نیست که در مسائل مستحدثه، الزامی به مراجعه به مبانی استنباط شریعت برای استخراج قواعد حقوقی وجود ندارد؛ زیرا با تحلیل بالا، خروجی مصوبات مجالس قانون‌گذاری و دیگر دستاوردهای بشری قدر متیقن مغایرتی با شرع نمی‌یابند. در مقابل، قواعد حقوقی مستنبط از منابع دینی که در مواجهه با قواعد حقوق غرب جدید مغایر دانسته می‌شود، با برجسب‌هایی از قبیل اسلام تاریخی و مانند آن غیراصیل و فاقد اعتبار دانسته می‌شوند؛ البته قائلان رویکرد اخیر نیز مانند رویکرد قبلی طیف گسترده‌ای دارند. برخی قائلان آن با صراحت بیشتری نقش شریعت را به‌عنوان منبع حقوق انکار می‌کنند و برخی دیگر می‌کوشند ذیل عناوین مختلف از قبیل فقه سنتی یا فقه مقاصدی به فتاوا یا نظرهای فقهی دست یابند که کمترین انحراف و بیشترین انطباق را با ارزش‌های دوره جدید داشته باشد. در مجموع، ذیل رویکرد اخیر در تدوین قواعد شرعی به‌عنوان قوانین موضوعه تا جایی که قواعد شرعی تمایل نشان داده می‌شود که عقل خودبنیاد به‌عنوان مبنای حقوق غرب لطمه‌ای نبیند. برای مثال، در حوزه حقوق کیفری، تعطیل یا پذیرش اجرای حدود الهی، قلمرو و گستره حدود، شرایط اجرای حدود و دیگر موضوعات تلاش می‌شود روایات و آرای فقهی‌ای استخراج شود که بیشترین انطباق را با مبانی حقوق کیفری در غرب جدید داشته باشد. در یک کلام، تقدم یا ترجیح نظریه بر نصوص شرعی از

ویژگی‌های بارز رویکرد اخیر در موارد ناظر بر مصرحات شرعی است.^۱ در این رویکرد کوشش شده است میان سنت و تجدد جمع شود، اما در واقع و در عمل نه تبیین دقیقی از مبانی حقوق در غرب جدید ارائه شده و نه سنت حفظ شده است. از جمله اشکالات اساسی در اینجا، نگاه تقلیل‌گرا به غرب و همچنین، به دین است. در این دیدگاه به این نکته اساسی کمتر التفات می‌شود که خودآیینی به‌عنوان مبانی حقوق در غرب جدید متضمن انکار هرگونه ذات و بنیاد غیربشری برای قواعد حقوقی است و اکتفا به تحلیل نهادهای حقوقی جدید ذیل دیدگاه نفی سلطنت و تجلیل از مشروطه، رویکردی ناقص و جزم‌اندیشانه در تحلیل مبانی حقوق در غرب جدید تلقی می‌شود. به عبارت صریح‌تر، حقوق در تلقی چند سده اخیر به‌عنوان جانشین هرگونه مبانی غیربشری در تنظیم مناسبات انسانی موجودیت یافته است و هرچند در تأمین محتوای آن از حقوق سنتی روم و یونان و حقوق کلیسایی به‌عنوان میراث بهره‌برداری شده، روح حاکم بر حقوق در غرب جدید نفی هرگونه حاکمیت غیربشری اعم از الهی یا غیر آن است. از سوی دیگر، تلقی از شریعت نیز در این رویکرد ناقص و غیردقیق است؛ زیرا ذیل این دیدگاه، دین به مجموعه‌ای از احکام شرعی در موضوعات مختلف تقلیل داده شده است که در آن سوگیری خاص و معیار و ملاکی برای راهنمایی در زندگی اجتماعی وجود ندارد. بنابراین، تلاش برای پیوند میان سنت و تجدد نه تنها با شریعت به‌عنوان مبانی حقوق منافات جدی دارد، بلکه پذیرش آن به انقلاب در محتوا و استحاله کامل دین به‌عنوان یک حقیقت دارای هویت و معنای مستقل منتهی می‌شود.

۳.۲. نقش آفرینی اصیل دین به‌عنوان مبانی حقوق

رویکرد اخیر بر دو اصل اساسی قوام یافته است. نخست اینکه، انسان در تکوین و تشریح ذیل جعل و ربوبیت الهی قرار دارد و دیگر اینکه، به دلیل ارتباط وجودی انسان با جهان خارج و در نتیجه هم‌سنخی و ارتباط مبتنی بر آگاهی میان انسان و جهان خارج او (در مقابل تلقی سوژکتیو و خودم‌کزیب از انسان)، دستیابی انسان به احکامی که بر جهان و انسان حاکم است از راه‌ها و ابزارهای مختلف امکان‌پذیر است و این ارتباط عقلی و آگاهانه در بالاترین سطح، در قالب احکام

۱. در این خصوص مقاله «بررسی قاعده فقهی حرمت تنفیر از دین» نوشته دکتر رحیم نوبهار و مقاله «تکثرگرایی حقوقی فقهی، ثابتهات شریعت و نظام تقنینی ایران» نوشته دکتر محسن برهانی قابل توجه است.

دین در دسترس بشر قرار گرفته که به‌عنوان مبنای قانون و معیار مشروعیت و الزام‌آوری آن عمل می‌کند.

«عقل منبع دیگری است که بشر از طریق آن به شناخت حقوق الهی خود می‌رسد، اما از آنجاکه در شناخت خود محدود است، بدون حضور وحی و استعانت از آن نمی‌تواند حقوقی را که تضمین‌کننده سعادت و هدایت آدمیان باشد، شناسایی کند. به همین دلیل از وحی به‌عنوان مهم‌ترین منبع یعنی حتی مهم‌تر از فطرت یاد می‌شود» (پارسانیا، ۱۳۹۰، ص. ۱۳۹).

در مقابل، دیدگاهی است که به دلیل انقطاع تصویرشده میان جهان و انسان و سوژکتیو تلقی کردن معارف بشری، «خودآیینی» را در حقوق تجویز و برای حقوق هرگونه مبنایی خارج از اراده بشری^۱ را ضرورتاً غیرممکن تلقی می‌کند. در رویکرد اخیر، ارتباط هم‌سنخ انسان و جهان ذیل مفهوم وجود، این ثمره معرفتی مهم را به همراه دارد که دستیابی انسان به احکام کلی جهان هستی که ذیل جعل الهی تشریح شده، به نحو موجهه جزئی‌ه برای همگان قابل دستیابی و دسترسی است. درعین‌حال، دسترسی به همه احکام مورد نیاز بشر از طریق عالی‌ترین جلوه این ارتباط آگاهانه یعنی «وحی» برای انبیای الهی محقق شده و خاستگاه قواعد حقوقی قرار گرفته است. بنابراین، برخلاف قائلان به رویکرد دوم که با تلقی ناتمام از معرفت دینی و با برجسب‌هایی از قبیل «اسلام تاریخی»، احکام شریعت را به دو دسته اصیل و غیراصیل تقسیم می‌کنند، سنخ معارف دینی به‌عنوان مبنای حقوق حصولی یا سوژکتیو نیست، بلکه از سنخ اتحاد عالم و معلوم است و جز اراده الهی چیزی در آن نیست^۲ که در بالاترین و عالی‌ترین وجه آن در نبی مکرم اسلام (صلی‌الله و علیه و آله) تحقق یافته است.^۳

«وحی زبان آفرینش است که با عصمت تمام به حقایق، هستی را به‌وسیله سلسله رسولان تفهیم کرده است و این سلسله تا ظهور کامل‌ترین انسان‌ها ادامه یافته است. این سلسله رسولان هر یک مصدق پیامبران گذشته و مبشر انبیای آینده‌اند و تا ظهور کامل‌ترین انسان‌های متکامل یعنی خاتم انبیا ادامه می‌یابد. با ارسال این پیامبر است که دین در وجود او به کمال نهایی مجسم

۱. در تلقی قرن ۱۸ به بعد، در مکتب حقوق طبیعی مانند مکتب حقوق اثباتی در نهایت سوژه منشأ ایجاد قواعد حقوقی دانسته می‌شود و تفاوت‌ها میان این دو مکتب به حداقل می‌رسد. برای مطالعه بیشتر رک. به: موسوی اصل و منصورآبادی، ۱۳۹۴.

۲. و ما ينطق عن الهوى ان هو الا وحى يوحى (نجم، ۳ و ۴).

۳. ثم دنى فتدلى فكان قاب قوسين او ادنى (نجم، ۸ و ۹).

می‌شود و با انزال کتاب اوست که حقایق عالم به بهترین لسان مدون می‌گردد» (جوادی آملی، ۱۳۹۲، صص. ۱۴۳ و ۱۴۴).

درعین‌حال، دین یک موضوع صامت خارجی نیست تا در ظرف معارف بشری در چهره مفهوم و لفظ درآید، بلکه خود سلسله معانی، مفاهیم و حتی الفاظ نظام‌یافته‌ای است که ضمن معرفی سعادت انسان‌ها به‌عنوان میزان و معیار عام، نقش بنیادین در توزین جمیع معارف بشری دارد. برای همین است که جمیع معارف بشری در مقایسه با این میزان در صورت مطابق بودن مورد تأیید قرار می‌گیرند و در صورت مابین بودن ابطال می‌شوند. بدین ترتیب، مجموعه معارف دینی، مجموعه ثابتی است که از دستبرد تحریف هرگونه خیال و وهم محفوظ مانده و از آسیب حوادث روزگار نیز مصون است. با رجوع به این معارف بلند است که موازین لازم برای استنباط احکام مربوط به موضوعات مستحدثه و حوادث واقعه دریافت می‌شود. نتیجه ثبات و دوام معارف دینی عدم امکان بازسازی و استحاله نوسازی دین و شریعت است. آنچه در حوزه معارف دینی ممکن است رخ بدهد، بازفهمی و نوفهمی آن است که با اصطلاح قبلی تفاوت مهمی دارد. در پندار قائلان به امکان بازسازی معارف دینی، دیانت و وحی درنهایت تجربه‌ای فردی یا تاریخی است که مانند دیگر آموزه‌های بشری در حیات فرد یا جامعه اتفاق می‌افتد. حاصل اینکه، نتیجه بازفهمی تجدید بنای معرفت دینی نیست، بلکه توسعه و بسط آن است (جوادی آملی، ۱۳۹۲، صص. ۱۴۵-۱۴۷).

در این تغییرات و تحولات، نفس انسان متفکر است که همراه با علوم جدید مراتب نوینی از کمال را تحصیل می‌کند؛ یعنی عالم است که ارتقا می‌یابد و اما علم از آن رو که موجودی مجرد است، از هرگونه تبدیل مصون است. معارف دین که در متن آفرینش است، قوانین ثابت و ازلی هستند که انسان با گذر و گذار در مراتب آن، زمینه وجود خود را ارتقا می‌دهد و هرکس به توان خود مقداری از آن را فرامی‌گیرد. بنابراین، اگر انسان نتواند به افق‌های آن معارف که متعلق به معصومان است، دست یابد، از ادراک اصول و کلیات آن‌ها در سطح دانش مفهومی و همچنین، از ادراک پایین‌ترین مراتب آن که مربوط به فروع دین و احکام ظاهری شریعت است، عاجز نیست. وقتی انسان به ظاهر شریعت دست می‌یابد هرچند از ادراک باطن ملکوتی آن عاجز باشد، در حد خود به مجموعه‌ای از بایدها و نبایدها و قواعد فقهی نائل می‌آید که مانند دیگر ابعاد و مراتب دین از ثبات و دوام برخوردار است. آنچه همراه با تحولات اجتماعی نسبت به این قوانین حادث

می‌شود، تغییراتی است که در حوزه موضوعات و مصادیق آن‌ها واقع می‌شود و تغییر موضوعات قوانین ثابت نه تنها موجب تغییر قوانین نمی‌شود، بلکه گستره و دامنه ثبات آن قوانین حاکم را ارائه می‌دهد. عالم با دریافت این احکام ثابت دامنه نفس خود را بسط و توسعه می‌دهد؛ البته نفس انسان تا زمانی که به مجرد تام بار نیاید، در معرض حرکت‌های گوناگون قرار می‌گیرد (جوادی آملی، ۱۳۹۲، صص. ۱۶۳ و ۱۶۴).

حاصل اینکه، در رویکرد اخیر، بهره‌برداری از دین به عنوان مبنای حقوق کاملاً اصالت دارد. در رویکردهای قبلی متأثر از دستگاه معرفتی غرب جدید، دین مانند دیگر دستاوردهای بشری جنبه تاریخی و فرهنگی می‌یابد و در نتیجه، فاقد اصالت است. دین در این رویکردها حداکثر به عنوان میراث تاریخی و فرهنگی در مواجهه با مسائل جدید پاسخی جز الهام‌بخشی ندارد و درباره دیگر موضوعات نیز که در شرع اظهار نظر صریحی وجود ندارد، دین به عنوان مبنای حقوق فاقد هرگونه اصالت است، اما ذیل رویکرد اخیر به هستی و معرفت، دین نقشی اساسی در قلمرو حقوق به عنوان مبنا و خاستگاه اصلی قواعد حقوقی ایفا می‌کند.

رویکرد اخیر به‌رغم اینکه چالش‌های مبنایی کمتری نسبت به دو رویکرد قبلی دارد، از حیث اجرایی با برخی مسائل مواجه است. از جمله چالش‌های رویکرد سوم در ارتباط با نقش‌آفرینی دین به عنوان مبنای حقوق، تبیین دقیق کیفیت استخراج قواعد حقوقی از دین است. روشن است بخشی از دین که بیان‌کننده احکام الهی است، «شریعت» نام دارد و چگونگی دستیابی به این احکام از طریق «اجتهاد» است که خروجی آن در «دانش فقه» تجلی می‌یابد. بنابراین، شریعت مجموعه احکامی است که بر پیامبر خاتم عرضه شده و با توجه به مقدمات قبلی، خالی از هرگونه کاستی و در اوج کمال است، اما فقه برداشتی از شریعت است که ممکن است صواب یا ناصواب باشد (علیدوست، ۱۴۰۱، صص. ۲۸ و ۲۹) همچنین، ممکن است موضوعات جدیدی مطرح شود که در فقه سابقه‌ای ندارد یا با قضاوت‌های عقل و عرف متزاحم به نظر برسد.

در رویکرد سوم، استمرار اجتهاد، فقیه را در استنباط احکام مربوط به موضوع‌های تازه و بی‌سابقه یاری می‌کند. موضوع‌های جدید همراه با تحولات اجتماعی همواره چهره می‌نمایند. شناخت این موضوع‌ها و استنباط احکام آن‌ها، جریان بسط معارف دینی را شکل می‌دهد. این بسط و توسعه بدون اینکه ثبات شریعت یا معرفت دینی را دگرگون کند، تنها در ظرف استنباط و فهم فقیه واقع می‌شود. فقیه به تناسب شرایط اجتماعی جدید ضرورت تحقیق پیرامون احکام ثابتی

را که تاکنون از معرفت آن‌ها بی‌بهره بوده است، احساس می‌نماید؛ زیرا استنباط احکام موضوع‌های تازه و بی‌سابقه وظیفه شرعی است (جوادی آملی، ۱۳۹۲، صص. ۲۲۴ و ۲۲۵). در مجموع، قائلان به اصالت شریعت به‌عنوان مبنای حقوق ضمن تأکید بر مبانی دقیق فلسفی و کلامی در این رویکرد، در مواجهه با تراحمات عقل و عرف با شریعت و همچنین، طرح مسائل جدید و فاقد سابقه به‌عنوان مهم‌ترین چالش‌های دیدگاه خود، ذیل سه بحث زیر از موضع خود دفاع کرده‌اند.

۱.۳.۲. تبدل موضوعات احکام

احکام شرع در حوزه حقوق و دیگر قلمروها همواره تابع موضوعات خود هستند. برای مثال، در گزاره «بازی با آلات قمار حرام است» یا «طلاق بدون حضور دو شاهد عادل باطل است»، استمرار حرمت بازی با آلات قمار و همچنین، بطلان طلاق تابعی از ثبات و عدم تغییر موضوع است و در مواردی که موضوع دچار انقلاب شود برای مثال، آنچه درباره شطرنج به وقوع پیوسته است، حکم سابق به تبع موضوع تغییر می‌کند. بنابراین، می‌توان برخی احکام به‌ظاهر نامتناسب با عرفیات امروز را تصور کرد که با توجه به تغییر در موضوعات آن‌ها دیگر جریان ندارند (مطهری، ۱۳۸۰، ج ۲، ص. ۳۹). برخی از مصادیق تراحمات عقل و عرف با شریعت از این طریق موضوعیت خود را از دست می‌دهد.

۲.۳.۲. تراحم احکام

احکام دین در مرحله تشریح به عناوین کلی تعلق می‌گیرند نه به افراد و مصادیق خارجی یا ذهنی. در این مرحله، عناوین کلی با یکدیگر اصطکاک و برخوردی ندارند. برای مثال، در تراحم حرمت لمس نامحرم یا حرمت غصب و وجوب نجات غریق در مرحله تشریح هیچ‌گونه اصطکاک با یکدیگر ندارند، اما ممکن است در مقام تطبیق و اجرا میان این احکام اصطکاک پیش بیاید. این اصطکاک و برخورد میان احکام که به تبع عناوین آن‌ها هنگام اجرا و در مرحله تطبیق رخ می‌دهد، «تراحم» نامیده می‌شود (مطهری، ۱۳۸۰، ج ۲، صص. ۲۲ و ۲۳). برای این موارد که بخشی از چالش‌های شریعت به‌عنوان مبنای اصیل حقوق به آن بازگشت دارد، راهکارهایی ارائه شده است از جمله اینکه در این موارد، قانون اهم و دارای ملاک اقوی اجرا می‌شود و قانون دیگر رها می‌شود. بدین‌سان، نوع دیگری از تغییر و تحولات در احکام تحقق می‌یابد که در واقع تغییر

نیست، بلکه حکم شریعت است و درعین حال می‌تواند در برخی موارد در مواجهه با نیازهای زمان و تغییرات در اقتضات راهگشا باشد.

۳.۳.۲. احکام حکومتی

تردیدی نیست هر جامعه‌ای در هر عصری با مسائل مختلف اجتماعی روبه‌رو می‌شود که لازم است برای حل آن‌ها چاره‌جویی کرد. در بسیاری از این موارد، موضوعاتی مطرح می‌شوند که حکم آن‌ها به‌صراحت در منابع اسلامی تعیین تکلیف نشده است و فقها ذیل سازوکار مطرح در اصول عملیه تنها برای رفع تحیر، حکم به برائت یا احتیاط در خصوص آن صادر کرده‌اند. همچنین، گاهی این مسائل دارای سابقه در منابع اسلامی و به‌تبع آن، استنباطات روشن فقهی است، اما فقها با توجه به مسائل اجتماعی نوظهور به‌اجمال نشانه‌هایی از تغییر موضوع را درک می‌کنند، اما برایشان مسلم نمی‌شود که این تغییرات به درجه‌ای رسیده است که به تغییر حکم قبلی و صدور حکم متناسب با موضوع جدید منتهی شود یا خیر و درعین حال، تدوین حکم کنونی را در قالب قوانین موضوعه با ملاحظات مختلف امکان‌پذیر نمی‌دانند. با توجه به اجتناب‌ناپذیری مداخلات رسمی نظام حقوقی، در این موارد از ظرفیت «احکام حکومتی» که برآمده از جایگاه حاکم در جامعه اسلامی است، برای حل چالش‌های نظام حقوقی استفاده می‌شود. گفتنی است که تلقی از احکام حکومتی در اینجا اعم از احکام ثانوی و احکام حکومتی به معنی اخص است (دانش‌پژوه، ۱۴۰۰، صص. ۲۳۳ و ۲۳۴).

در رویکرد سوم تأکید بر این است که منطق و معیار مواجهه با موضوعات نوپدید یا موضوعات با ماهیت در حال تحول، باید جنبه درون‌دینی داشته باشد و مداخلات نظام حقوقی در این موارد بر اساس اصول اساسی مستنبط از شریعت در حوزه‌های مختلف زندگی انسان‌ها تنظیم شود. حاصل اینکه، آنچه رویکرد سوم را از دیگر رویکردهای مختلف به معرفت دینی متمایز می‌کند، منطق و راهکاری است که در مقایسه با دیگر رویکردها در مواجهه با موضوعات مختلف اعم از قدیم یا جدید اتخاذ می‌کند. رویکرد نخست با توجه به انکار اصالت دین به‌عنوان مبنای حقوق، تفاوتی میان مسائل قدیم یا جدید نظام حقوقی با دیگر موضوعات قائل نیست و از اساس مبنای دیگری را آبخور قواعد حقوقی می‌داند. رویکرد دوم ذیل تلقی خاصی که از شریعت ارائه کرده است، موضوعات مستحدثه را اساساً مجالی برای جریان حاکمیت عقلانیت عرفی بشری و

نظریات مطرح در غرب جدید می‌داند و با موضوعات دارای پیشینه در منابع اسلامی نیز با همین منطق مواجه می‌شود و به شیوه‌های مختلف، سازگاری میان قواعد حقوقی با اصول و نظریات بالا را حفظ می‌کند. در مقابل، رویکرد سوم تأکید می‌کند که در فرایند تدوین قواعد حقوقی شریعت نقش اصیل و محوری دارد با این وصف که در همه موارد اعم از اینکه حکم صریح شرعی درباره موضوع وجود دارد و قاعده حقوقی از منابع استنباط می‌شود و نیز در مواردی که به‌ظاهر حکم صریح شرعی وجود ندارد و مجرای احکام حکومتی در تصویب قوانین گشوده می‌شود، ملاک‌های کلی مستنبط از معارف و احکام اسلامی مبنای قانون‌گذار است و در نتیجه، اصالت قواعد حقوقی به‌گونه مطلوب‌تری تضمین می‌شود.

نتیجه‌گیری

چیستی مبنای حقوق یا همان تبیین منشأ قواعد حقوقی از جمله مهم‌ترین بحث‌های هر نظام حقوقی است؛ زیرا تعیین‌کننده محتوای هنجارهای حقوقی شمرده می‌شود. بحث‌های مرسوم در مبنای حقوق بر مکاتب حقوقی متمرکز است، اما در این پژوهش با توجه به جایگاه دین و معرفت دینی به‌عنوان یکی از اصلی‌ترین مؤلفه‌های تکوین جامعه ایرانی که در عین حال ذیل دستگاه گسترده فقهی، منبع تأمین قواعد حقوقی است، «معرفت دینی» به‌عنوان روح حاکم بر مکاتب حقوقی و مقدم بر آن، موضوع تأمل و بررسی است. به تعبیر دقیق‌تر، در جوامع با گرایش‌ها و باورهای شدید دینی، «مبنای حقوق» بیش از آنکه متأثر از بحث‌های مرسوم مکاتب حقوقی باشد، ذیل نزاع کیروی رویکردهای مختلف به معرفت دینی و نسبت میان آن‌ها معنا می‌یابد و مکاتب حقوقی به‌عنوان بحث صغروی پس از تعیین تکلیف نسبت دین با حقوق، جایگاه مناسب خود را می‌یابد. با بررسی واقع‌بینانه مختصات نظام حقوقی ایران، این بحث همواره محلی برای نزاع میان دیدگاه‌های مختلف بوده است که در این پژوهش ذیل افق‌های کلان در معرفت دینی، سه رویکرد اصلی شناسایی و بررسی شد.

شاخص‌ترین مشخصه رویکرد نخست، انعکاس تصویری از معرفت دینی است که تأکید آن بر انکار نقش‌آفرینی دین به‌عنوان مبنای حقوق است. در این رویکرد با تأکید بر اینکه مؤلفه‌های جامعه مدرن با شاخصه‌های تعیین‌کننده قواعد حقوقی مستخرج از دین متباین هستند، رویکرد کلی نظام دینی مغایر با حقوق دانسته شده و به تبع آن، قواعد حقوقی یکسره محصول عقل و عرف

بشری دانسته شده است. مهم‌ترین چالش رویکرد اخیر ضعف نظری آن از لحاظ اکتفا به نظریه‌های فلسفه سیاسی و حقوق و عدم مواجه شدن با مبانی فلسفی غرب جدید است که یکسره منجر به پذیرش تلقی‌های مرسوم از نسبت حقوق و دین در غرب و تجویز آن برای جامعه ایرانی شده است.

رویکرد دوم ضمن التفات به جایگاه دین در نظام حقوقی ایران تلاش دارد تبیینی از دین ارائه دهد که مؤلفه‌های اساسی حقوق در غرب یعنی آزادی، برابری و مانند آن از درون دین پذیرفتنی دانسته شود. از لحاظ عملی این رویکرد با رویکرد نخست تفاوت اساسی ندارد، اما از حیث نظری می‌کوشد با تحمیل قرائتی خاص از دین و بهره‌برداری از برخی مستندات آن، اساساً حقوق مدرن را از دل مبانی دینی استخراج کند. چالش‌های این رویکرد در مقایسه با رویکرد قبلی عمیق‌تر و حل‌نشدنی‌تر به نظر می‌رسد. توضیح اینکه، این رویکرد از لحاظ نظری بنیاد نظری مستحکمی در اندیشه غرب ندارد. درحالی‌که در غرب خودآیینی به‌عنوان مبنای حقوق اساساً محصول انکار مرجعیت دین است، در این رویکرد، ارزش‌های فلسفه حقوق در غرب جدید از درون دین جست‌وجو می‌شود. از سوی دیگر، رویکرد اخیر از منظر دینی نیز با این چالش اساسی مواجه است که دیدگاه اصیل به دین ندارد و با تحمیل پیش‌فرض‌های نظری خود به نصوص دینی، استنباطاتی از نظام حقوقی اسلام ارائه کرده است که آشکارا با معارف دینی مغایرت دارد.

رویکرد سوم به‌عنوان دیدگاه مختار با التفات به چالش‌های بالا در تلاش است از سویی با بنیادی‌ترین مؤلفه‌های نظری فلسفه غرب جدید مواجه شود و شرایط امکان پیدایش حقوق مدرن با مؤلفه‌هایی مانند خودآیینی را بررسی و نقد کند و در مقابل، ذیل رویکرد معرفت دینی خود، سازوکار عملکرد دین به‌عنوان منشأ قواعد حقوقی و نسبت آن با حقوق مدرن را تحلیل و تعیین کند. ذیل رویکردی که در اینجا درباره معرفت دینی وجود دارد، با توجه به امکان دستیابی انسان به حقایق عالم با کمک عقل و دین به‌صورت توأمان، این دو مقوله در تعیین محتوای قواعد حقوقی نقش‌آفرینی می‌کنند. در این رویکرد، ضمن تأکید بر نقش اصیل شریعت به‌عنوان مبنای حقوق در مواجهه با چالش‌های عملی از قبیل نیازها و مقتضیات زمان و تراحمات عقل و عرف با دین در قلمرو حقوق، راهکارهای متفاوتی در مقایسه با رویکرد دوم ارائه شده است.

منابع

- ۱) قرآن کریم.
- ۲) آقامهدوی، اصغر و کاظمی، سید محمدصادق (۱۳۹۹). کلیات فقه سیاسی. چاپ ۱، انتشارات پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- ۳) ارسطا، محمدجواد (تابستان ۱۴۰۰). نگاهی به حقوق عمومی در اسلام. چاپ ۱، نشر مکتب اندیشه.
- ۴) اصغری، محمد (تابستان ۱۳۸۲). ماده در فلسفه دکارت. مجله علامه، شماره ۵، صص ۸۸-۱۰۴.
- ۵) پارسانیا، حمید (بهار ۱۳۹۰). فلسفه حقوق بشر از دیدگاه آیت‌الله جوادی آملی. مجله حکمت اسراء، شماره ۷، صص ۱۳۰-۱۴۶.
- ۶) جاوید، محمدجواد (۱۳۹۷). مکاتب فلسفی حقوق. چاپ ۱، تهران: خرسندی.
- ۷) جعفری تبار، حسن (۱۳۸۸). فلسفه تفسیری حقوق. چاپ ۱، تهران: سهامی انتشار.
- ۸) جوادی آملی، عبدالله (۱۳۹۲). شریعت در آینه معرفت (بررسی و نقد نظریه قبض و بسط تئوریک شریعت). نشر اسراء.
- ۹) حسین زاده، محمد (۱۳۹۰). درآمدی بر معرفت‌شناسی و مبانی معرفت دینی. چاپ ۴، انتشارات مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (رحمت‌الله علیه).
- ۱۰) دانش‌پژوه، مصطفی و خسروشاهی، قدرت‌الله (۱۳۹۰). فلسفه حقوق. چاپ ۱۱، قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (رحمت‌الله علیه).
- ۱۱) دانش‌پژوه، مصطفی (۱۴۰۰). کلیات حقوق اسلام. چاپ ۲، انتشارات پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و دانشگاه علوم اسلامی رضوی.
- ۱۲) داوری اردکانی، رضا (۱۳۷۴). فلسفه چیست؟. تهران: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- ۱۳) راسخ، محمد (۱۳۸۶). مدرنیته و حقوق دینی. نامه حقوقی، شماره ۲، صص ۳-۲۶.
- ۱۴) زارعی، محمدحسین (۱۳۹۴). گفتارهایی در حقوق عمومی مدرن حاکمیت قانون دمکراسی، چاپ ۱، تهران: خرسندی.
- ۱۵) شهابی، مهدی (۱۳۸۸). از حقوق سنتی تا حقوق مدرن؛ تأملی در مبانی نظام حقوقی. نامه مفید، شماره ۷۶، صص ۶۹-۹۰.
- ۱۶) صدرالمتألهین، محمدبن‌ابراهیم (ملاصدرا) (۱۳۶۶). الشواهد الربوبیه (جواد مصلح، مترجم و مفسر). تهران: سروش.
- ۱۷) ضیاء‌شهابی، پرویز (۱۳۹۱). درآمدی پدیدارشناسانه به فلسفه دکارت. تهران: هرمس.
- ۱۸) طالب‌زاده، سیدحمید (۱۳۸۱). نگاهی به مبانی مابعدالطبیعه اراده. فصلنامه فلسفه دانشگاه تهران،

شماره‌های ۶ و ۷.

- ۱۹) طالب‌زاده، سیدحمید (بهار و تابستان ۱۳۸۱). نگاه غربی و میانی علم جدید از دیدگاه مارتین هایدگر. مجله فرهنگ، شماره‌های ۴۱ و ۴۲، صص. ۳۸-۹.
- ۲۰) طباطبایی، محمدحسین (۱۳۷۴). تفسیر المیزان (سیدمحمدباقر موسوی همدانی، مترجم). چاپ ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۲۱) علیدوست، ابوالقاسم (۱۴۰۱). مصادر فقه (عقل و عرف). چاپ ۴، مرکز بین‌المللی ترجمه و نشر المصطفی (صلی‌الله‌علیه و آله).
- ۲۲) فیرحی، داود (۱۳۹۹). مفهوم قانون در ایران معاصر (تحولات پیشامشروطه). چاپ ۱، تهران: نشر نی.
- ۲۳) کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲). رابطه فقه و حقوق. نامه مفید، شماره ۴۳، صص. ۱۸۷-۲۰۰.
- ۲۴) کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). نقش عدالت در تفسیر قانون. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۷۲، صص. ۳۶۱-۳۸۳.
- ۲۵) کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳). مقدمه علم حقوق. چاپ ۹۷، تهران: سهامی انتشار.
- ۲۶) مطهری، مرتضی (۱۳۸۰). اسلام و مقتضیات زمان (جلد ۲). چاپ ۱۲، انتشارات صدرا.
- ۲۷) موسوی اصل، سیدسعید و منصورآبادی، عباس (پاییز و زمستان ۱۳۹۴). تحول مفهومی قانون طبیعی ذیل سوژکتیویته دکارتی. مجله حقوق خصوصی، دوره ۱۲، شماره ۲، صص. ۲۰۵-۲۳۱.
- ۲۸) میراحمدی، منصور (۱۳۹۲). ملاحظاتی بر چالش‌های فقه سیاسی. چاپ ۱، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- ۲۹) نصیری، مصطفی (۱۳۹۹). تأثیر رویکردهای انسان‌شناسی بر سیاست جنایی با تأکید بر انسان‌شناسی اسلامی و انسان‌شناسی اثباتی (رساله دکتری دفاع‌شده در دانشکده حقوق دانشگاه تهران).
- ۳۰) ورعی، سیدجواد (۱۳۹۶). درس‌نامه فقه سیاسی. چاپ ۱، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.

References

- 1) The Holy Quran.
- 2) Alidūst, Abū-al-Qāsem (1401 SH). Maṣāder-e Feqh ('Aql va 'Orf) [Sources of Jurisprudence (Reason and Custom)]. 4th ed., Markaz-e Bīn-al-Melalī-ye Tarjome va Našr-e al-Moṣṭafā (ṣallī-Allāh 'alayh va āl-e-h) [in Persian].
- 3) Āqā-Mehdūī, Aṣḡar and Kāzemī, Sayyed Moḥammad-Ṣādeq (1399 SH). Koliyāt-e Feqh-e Siāsī [Generalities of Political Jurisprudence]. 1st ed., Enteshārāt-e Pažūhešgāh-e Hoze va Dānešgāh [in Persian].
- 4) Arastā, Moḥammad-Javād (Summer 1400 SH). Negāhī be Hoqūq-e 'Omūmī dar Eslām [A Look at Public Law in Islam]. 1st ed., Našr-e Mokṭ Andīše [in Persian].
- 5) Aṣḡarī, Moḥammad (Summer 1382 SH). Mādde dar Falsafe-ye Dekārt [Matter in Descartes' Philosophy]. Majalle-ye 'Allāme [Allameh Journal], No. 5, pp. 88-104 [in Persian].
- 6) Dāneš-Pažūh, Moṣṭafā and Kosrošāhī, Qodrat-Allāh (1390 SH). Falsafe-ye Hoqūq [Philosophy of Law]. 11th ed., Qom: Mo'asseṣe-ye Āmūzešī va Pažūhešī-ye Emām Komeynī (raḥmat-Allāh 'alayh) [in Persian].
- 7) Dāneš-Pažūh, Moṣṭafā (1400 SH). Koliyāt-e Hoqūq-e Eslām [Generalities of Islamic Law]. 2nd ed., Enteshārāt-e Pažūhešgāh-e Hoze va Dānešgāh va Dānešgāh-e 'Olūm-e Eslāmī Rezavī [in Persian].
- 8) Dāvārī Ardakānī, Rezā (1374 SH). Falsafe Čīst? [What is Philosophy?]. Tehrān: Pažūhešgāh-e 'Olūm va Farhang-e Eslāmī [in Persian].
- 9) Fīraḥī, Dāvūd (1399 SH). Mafhūm-e Qānūn dar Īrān-e Mo'āṣer (Taḥvolāt-e Piš-amšrūte) [The Concept of Law in Contemporary Iran (Pre-Constitutional Developments)]. 1st ed., Tehrān: Našr-e Nī [in Persian].
- 10) Hoṣayn-Zāde, Moḥammad (1390 SH). Darāmādī bar Ma'refat-Šenāsī va Mobānī-ye Ma'refat-e Dinī [An Introduction to Epistemology and the Foundations of Religious Knowledge]. 4th ed., Enteshārāt-e Mo'asseṣe-ye Āmūzešī va Pažūhešī-ye Emām Komeynī (raḥmat-Allāh 'alayh) [in Persian].
- 11) Ja'farī-Tabār, Ḥasan (1388 SH). Falsafe-ye Tafsīrī-ye Hoqūq [Interpretive Philosophy of Law]. 1st ed., Tehrān: Sahāmī Enteshār [in Persian].
- 12) Javādī Āmolī, 'Abd-Allāh (1392 SH). Šarī'at dar Āyīne-ye Ma'refat (Barrasī va Naqd-e Nazariye-ye Qabḡ va Bašt-e Te'orik-e Šarī'at) [Sharia in the Mirror of Knowledge (Study and Criticism of the Theory of Contraction and Expansion of Sharia)]. Našr-e Esrā [in Persian].
- 13) Jāvīd, Moḥammad-Javād (1397 SH). Makāteb-e Falsafī-ye Hoqūq [Philosophical Schools of Law]. 1st ed., Tehrān: Kōrsandī [in Persian].
- 14) Kātūziān, Nāṣer (1382 SH). Rābeṭe-ye Feqh va Hoqūq [The Relationship between Jurisprudence and Law]. Nāme-ye Mofid [Mofid Letter], No. 43, pp. 187-200 [in Persian].
- 15) Kātūziān, Nāṣer (1385 SH). Naqš-e 'Adālat dar Tafsīr-e Qānūn [The Role of Justice in the Interpretation of Law]. Majalle-ye Dāneškade-ye Hoqūq va 'Olūm-e Siāsī [Journal of Faculty of Law and Political Science], No. 72, pp. 361-383 [in Persian].
- 16) Kātūziān, Nāṣer (1393 SH). Moqaddame-ye 'Elm-e Hoqūq [Introduction to the

- Science of Law]. 97th ed., Tehrān: Sahāmī Enteshār [in Persian].
- 17) Mīr-Aḥmadī, Maṣṣūr (1392 SH). Molāheẓātī bar Čāleš-hā-ye Feqh-e Sīāsī [Observations on the Challenges of Political Jurisprudence]. 1st ed., Paẓūhešgāh-e Farhang va Andiše-ye Eslāmī [in Persian].
 - 18) Moṭahharī, Mortazā (1380 SH). Eslām va Moqtaẓāyāt-e Zamān (Volume 2) [Islam and the Requirements of Time]. 12th ed., Enteshārāt-e Šadrā [in Persian].
 - 19) Mūsavī Asl, Sayyed-Sa‘īd and Maṣṣūr-Ābādī, ‘Abbās (Autumn and Winter 1394 SH). Taḥavol-e Mafhūmī-ye Qānūn-e Ṭabī‘ī Zil-e Sobẓektīvīte-ye Dekārtī [The Conceptual Transformation of Natural Law under Cartesian Subjectivity]. Majalle-ye Hoqūq-e Košūšī [Journal of Private Law], Vol. 12, No. 2, pp. 205-231 [in Persian].
 - 20) Našīrī, Moštāfā (1399 SH). Ta‘tīr-e Roykarde-hā-ye Ensān-Šenāsī bar Sīāsat-e Jenāyī bā Tākīd bar Ensān-Šenāsī-ye Eslāmī va Ensān-Šenāsī-ye Eṭbātī (Resāle-ye Doktorī Defā‘-Šode dar Dāneškade-ye Hoqūq-e Dānešgāh-e Tehrān) [The Influence of Anthropological Approaches on Criminal Policy with Emphasis on Islamic Anthropology and Positive Anthropology (PhD Thesis Defended at the Faculty of Law of Tehran University)] [in Persian].
 - 21) Pārsānīā, Ḥamīd (Spring 1390 SH). Falsafe-ye Hoqūq-e Bašar az Dīdgāh-e Āyat-Allāh Javādī Āmolī [Philosophy of Human Rights from the Perspective of Ayatollah Javadi Amoli]. Majalle-ye Ḥekmat-e Esrā [Wisdom of Esra Journal], No. 7, pp. 130-146 [in Persian].
 - 22) Rāseḳ, Moḥammad (1386 SH). Modernīte va Hoqūq-e Dīnī [Modernity and Religious Law]. Nāme-ye Hoqūqī [Legal Letter], No. 2, pp. 3-26 [in Persian].
 - 23) Šadr-al-Mota‘allehīn, Moḥammad-ebn-Ebrāhīm (Mollāšadrā) (1366 SH). Al-Šavāhed al-Robūbīya (Javād Mošleḥ, Translator and Interpreter). Tehrān: Soroš [in Persian].
 - 24) Šahābī, Mehdi (1388 SH). Az Hoqūq-e Sonnatī tā Hoqūq-e Modern; T‘amoli dar Mobānī-ye Neẓām-e Hoqūqī [From Traditional Law to Modern Law; A Reflection on the Foundations of the Legal System]. Nāme-ye Mofīd [Mofid Letter], No. 76, pp. 69-90 [in Persian].
 - 25) Ṭabāṭabā‘ī, Moḥammad-Ḥosayn (1374 SH). Tafsīr al-Mīzān (Sayyed-Moḥammad-Bāqer Mūsavī Hamadānī, Translator). 5th ed., Qom: Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī Jāme‘e-ye Modarresīn-e Hoze-ye ‘Elmīye-ye Qom [in Persian].
 - 26) Ṭāleb-Zāde, Sayyed-Ḥamīd (1381 SH). Negāhī be Mobānī-ye Mā-Ba‘d-al-Ṭabī‘at-e Erāde [A Look at the Metaphysical Foundations of Will]. Faslnāme-ye Falsafe-ye Dānešgāh-e Tehrān [Journal of Philosophy of Tehran University], Nos. 6 and 7 [in Persian].
 - 27) Ṭāleb-Zāde, Sayyed-Ḥamīd (Spring and Summer 1381 SH). Negāh-e Ġarbī va Mobānī-ye ‘Elm-e Jadīd az Dīdgāh-e Mārtīn Hāydegger [The Western View and the Foundations of the New Science from the Perspective of Martin Heidegger]. Majalle-ye Farhang [Culture Journal], Nos. 41 and 42, pp. 9-38 [in Persian].
 - 28) Van Hoecke, Mark (2002). Law as Communication, Oregon, Hart press.

- 29) Vara'ī, Sayyed Javād (1396 SH). Dars-Nāme-ye Feqh-e Sīāsī [Political Jurisprudence Coursebook]. 1st ed., Pažūhešgāh-e Ḥoze va Dānešgāh [in Persian].
- 30) Zāre'ī, Moḥammad-Ḥosayn (1394 SH). Goftār-hā-ī dar Ḥoqūq-e 'Omūmī-ye Modern Ḥākemīyat-e Qānūn Demokrāsī [Discourses on Modern Public Law Rule of Law Democracy]. 1st ed., Tehrān: Kōrsandī [in Persian].
- 31) Zīā-Šahābī, Parvīz (1391 SH). Darāmādī Pedīdāršenāsāne be Falsafe-ye Dekārt [A Phenomenological Introduction to Descartes' Philosophy]. Tehrān: Hermes [in Persian].

The Canonic Oversight Procedure of Laws and Regulations by the Jurists of the of Guardian Council: From Procedural Analysis to a Proposed Model

Zeynab Asakereh · LLM in Public Law, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran.
(Corresponding Author) zeynabasakereh68@gmail.com

Hamed Nikoonahad · PhD in Public Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran,
Iran. hamednikoonahad@gmail.com

Abstract

1. Introduction

The Iranian legal landscape is intricately intertwined with Islamic principles, notably enshrined in article 4 of the Iranian Constitution, which requires all laws and regulations to conform to Islamic standards. The core of this constitutional framework is the concept of Sharia supervision [Nezarat-e-Sharei] exercised by the jurists of the Guardian Council. This paper tries to focus on the crucial issue of the procedural mechanisms and protocols guiding the Sharia supervision of legal norms, including the constitution, ordinary laws, and regulations.

2. Research Question

Considering the emphasis of the constitution on Sharia-based legal norms, this study addresses this basic question: "What procedural arrangements define and illustrate the Sharia supervisory process undertaken by the jurists of the Guardian Council, as mandated by article 4 of the Iranian Constitution?"

3. Research Hypothesis

The lack of explicit procedural details in article 4 prompts the hypothesis that there is a need for a more comprehensive framework and protocols for the implementation of Sharia supervision. The evolving legal landscape in Iran, along with the endorsement of overarching legislative policies by the leadership, underscores the importance of formalizing procedural aspects to ensure compliance with Islamic principles.



4. Methodology & Framework, if Applicable

This research employs a meticulous approach, using extensive library sources and analyzing the ongoing procedures of the Guardian Council's jurists. In response to the primary question of the research, this paper examines the Sharia supervision mechanisms applied by these jurists regarding various legal norms, spanning the Constitution, pre-revolutionary laws, and post-revolutionary enactments.

In order to evaluate the Sharia legality of enactments, this research examines the criteria for judicial proceedings and the timeframe within which Sharia opinions are issued. The focal point is the identification of the authority responsible for declaring non-compliance with Sharia standards and elucidating the primary audience for these opinions, particularly with regard to regulations.

Due to lack of comprehensive studies on the procedural aspects of Sharia supervision, this research tries to contribute a nuanced understanding of the jurists' approach to monitoring legal norms. The innovative aspect lies in the analytical critique and positive suggestions offered for the procedural aspects of Sharia supervision under article 4.

The article concludes by examining how Sharia's opinions have been historically applied to diverse legal norms and provides a detailed review of the procedures and practices of Sharia supervision on laws and regulations. This comprehensive analysis aims to fill the gap in the existing literature, offering valuable insights into the evolving dynamics of Sharia supervision within the Iranian legal system. The findings hold significance not only for scholars and legal practitioners interested in Iranian law but also for a broader international audience seeking to comprehend the intricate relationship between Islamic principles and legal governance in Iran.

5. Results & Discussion

The findings of the research shed light on the multifaceted procedures employed by the jurists of the Guardian Council in Sharia supervision. Sharia supervision primarily targets legal norms that are perceived as conflicting with Islamic principles, with mechanisms triggered either through self-initiated reviews or in response to specific petitions. Notably, the authority of the jurists is contingent on the submission of a formal request indicating the violation of Sharia principles.

To increase legal security, this study proposes the establishment of specific time frames for Sharia supervision. Depending on the type of

legal norm under review, this timeframe initiates either from the issuance of an inspection request or the approval of the norm, with permissible extensions, up to a maximum of five months. This nuanced approach aims to bring clarity and efficiency to the Sharia supervision process, ensuring a structured and accountable application.

This research also unveils the dichotomy between self-initiated reviews and reviews prompted by specific petitions. Self-initiated reviews, while contributing to proactive Sharia supervision, demand a strategic balance to prevent an overwhelming caseload for the jurists. Meanwhile, reviews prompted by petitions introduce an element of public engagement, allowing citizens to actively participate in upholding Islamic principles within the legal framework.

An integral aspect of the discussion revolves around the capacity of the jurists to address diverse legal norms. This study discerns that Sharia supervision is not limited quantitatively; however, it is subject to certain constraints. The possibility of review and the potential for reconsideration and modification are inherent in the Sharia supervision process. This adaptability ensures the ongoing relevance of Sharia supervision in the face of evolving legal dynamics.

6. Conclusion

In conclusion, this research unravels the complexities of Sharia supervision within the Iranian legal system, offering insights into the procedural arrangements necessary for the effective implementation of article 4 of the Iranian Constitution. By examining the ongoing practices of the Guardian Council's jurists, the study not only contributes to a deeper understanding of the Iranian legal landscape but also proposes enhancements aligning Sharia supervision practices with broader legislative policies.

The proposed refinements aim to foster transparency and reinforce the principles of Islamic governance within the Iranian legal system. The establishment of specific time frames for Sharia supervision represents a significant stride towards a more structured and accountable approach.

Keywords: Guardians Council, Constitutional Review, Fourth Art of Iranian Constitutional Law, Jurisprudential Oversight of the Guardians Council, Superiority of Jurisprudential Criteria.

آیین نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر قوانین و مقررات؛ از تحلیل رویه‌ای تا الگوی پیشنهادی

زینب عساکره • دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران. (نویسنده مسئول)
zeynabasakereh68@gmail.com
حامد نیکونهاد • دانش‌آموخته دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.
hamednikoonahad@gmail.com

چکیده

«نظارت شرعی» در حقوق اساسی ایران همچون «دادرسی اساسی» در دیگر نظام‌های حقوقی، مهم‌ترین راهکار حفظ برتری «موازن برتری» بر دیگر قواعد حقوقی در نظام هنجاری حقوقی به شمار می‌آید. نظارت شرعی که در اصل فرادستوری چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران پیش‌بینی گردیده، مهم‌ترین کارویژه فقیهان شورای نگهبان در پاسداری از اسلامیت نظام در بُعد تقنین را اساسی‌سازی کرده است. بر این اساس، تبیین این موضوع که «کدام آیین و ترتیب هنجاری برای تضمین مفاد اصل چهارم قانون اساسی، مبتنی بر رویه عملی فقهای شورای نگهبان قابل تعریف و ترسیم است؟» به عنوان پرسش اصلی مقاله حاضر مطرح شده است و پاسخ به آن با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و با رویکرد «تحلیل رویه» چهل ساله فقیهان پیش‌گفته در نظارت شرعی بر هنجارهای حقوقی حاکم حاصل گردیده است. چنان که نتیجه تحقیق نشان می‌دهد، نظارت شرعی در خصوص تمامی مصوبات قابل بازبینی از حیث شرعی به دو طریق «فعال و خودجوش» و یا «از طریق استعلام اشخاص و مقامات» صورت می‌گیرد. از دیگر یافته‌های پژوهش آن است فقهای شورای نگهبان در نظارت شرعی نسبت به مصوبات، قائل به محدودیت نبوده‌اند و امکان تجدیدنظر در نظرات شرعی سابق‌الصدور نیز متصور است. این نظرات، در مهلت زمانی معینی صادر نمی‌شوند، هم‌چنین صرفاً برخی از نظرات در روزنامه رسمی کشور منتشر شده و می‌شوند. بر این اساس، شایسته است با تجدیدنظر در آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان، آیین نظارت شرعی فقیهان شورا در راستای تحقق ذیل بند دوم سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری مبنی بر «ایجاد ساز و کار لازم برای تضمین اصل چهارم قانون اساسی» به طور دقیق تعیین گردد. این مقاله پیشنهادهای ایجابی خود را در این راستا ارائه داده است.

واژگان کلیدی: شورای نگهبان، دادرسی اساسی، اصل چهارم قانون اساسی، نظارت شرعی شورای نگهبان، اصل برتری موازن شرعی.



مقدمه

اصل ۴ قانون اساسی در مقام تثبیت حاکمیت موازین اسلامی بر سلسله‌مراتب هنجارهای حقوقی، ابتدای همه قوانین و مقررات را بر اساس موازین اسلامی با هدف شرعی‌سازی قوانین به رسمیت شناخته و مکتبی بودن حکومت را در بعد قانونگذاری به صورت صریح و شفاف اساسی‌سازی کرده است. در این راستا، صیانت و پاسداری از موازین اسلامی به‌عنوان سرسلسله هنجارهای حقوقی موجب شد که راهکاری به نام «نظارت شرعی» در قانون اساسی پیش‌بینی شود و اعمال این کارویژه در بعد تقنین بر همه هنجارهای حقوقی منحصرأ در مرجعی به نام فقهای شورای نگهبان تعیین یابد. قانون اساسی با تعیین مرجعی متمرکز همراه با نظارت پسینی برای اجرای حکم مندرج در اصل ۴، ضمانت اجرای صیانت از موازین اسلامی را در حیطة تقنین اساسی‌سازی کرده است (موسی‌زاده، ۱۳۸۹، ص. ۳۳۶).

دادرسی اساسی به‌عنوان یکی از زیربناهای دستورگرایی (مرادخانی و فتحی، ۱۳۹۷، ص. ۱) و نهادی برآمده از قانون اساسی در تعریف کلی به معنای نظارت بر مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی است. دادرسی اساسی در واقع، صلاحیت نهاد برتر در نظارت بر قوانین و مقررات و تصمیمات نهادهای حکومتی است که در آن تجاوز از حدود اختیارات مندرج در قانون اساسی یا نقض قانون اساسی توسط نهادهای حکومتی بررسی می‌شود (غمامی و همکاران، ۱۳۹۵، ص. ۱۸). «نظارت شرعی یا دادرسی شرعی» را می‌توان به صلاحیت نهاد برتر در ارزیابی، پالایش و سنجش قوانین و مقررات با موازین اسلامی به‌عنوان عالی‌ترین هنجار در نظم حقوقی داخلی تعبیر کرد.

نکته حائز اهمیت اینکه در الگو و تجربه ایران از این نوع پاسداری از موازین برتر، دغدغه محوری، صیانت از برتری هنجارهای اسلامی بوده است و صیانت از قانون اساسی به تبع آن مطرح شده است (اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ج ۲، صص. ۹۴۷، ۹۴۸، ۹۴۹، ۹۵۱، ۹۵۲ و ۸۳۶). براین اساس، دادرسی شرعی یا نظارت شرعی را نمی‌توان زیرمجموعه دادرسی اساسی دانست. تجربه اصل ۲ متمم قانون اساسی مشروطه و نیز اقتباس شورای نگهبان از اصل مزبور، گواه این مدعاست.

میان حقوق‌دانان درباره قلمرو نظارت شرعی فقهای شورا بر هنجارهای مصوب پیش از پیروزی انقلاب اتفاق نظر وجود ندارد (فلاح‌زاده و درویش‌متولی، ۱۳۹۲، ص. ۱۰۶)، اما قلمرو این

صلاحیت را باید شامل مصوبات پیش و پس از پیروزی انقلاب دانست؛ زیرا عمومیت اصل ۴ نسبت به همه قوانین و مقررات لازم‌الاجرا موجب شده است تا برخی معتقد باشند که این اصل شامل همه قوانین کشور می‌شود (کعبی، ۱۳۹۴، ج ۱، ص. ۲۳۶). بنابراین، چه مصوباتی که پیش از انقلاب وضع شده‌اند و همچنان در نظام حقوقی مجری هستند و چه مصوبات پس از پیروزی انقلاب، تحت شمول این نظارت قرار دارند. نظر تفسیری شماره ۱۹۸۳ مورخ ۱۳۶۰/۲/۸ شورای نگهبان از اصل ۴ گواه این موضوع است^۱ و رویه جاری فقها نیز نشان از موسع بودن قلمرو نظارتی ایشان در نظارت بر این دسته از هنجارها دارد. مطابق این نظر، «مستفاد از اصل ۴ قانون اساسی این است که به‌طور اطلاق، همه قوانین و مقررات در تمام زمینه‌ها باید مطابق موازین اسلامی باشد و تشخیص این موضوع به عهده فقهای شورای نگهبان است». شایان توضیح است که نظارت شرعی صرف‌نظر از مرجع واضع قاعده، از قانون اساسی تا قوانین و مقررات مادون آن اعمال می‌شود.

یکی از مهم‌ترین مسائل درباره نظارت شرعی فقهای شورا، مسئله سازوکار و آیین نظارت شرعی این نهاد بر هنجارهای حقوقی (اعم از قانون اساسی، قوانین عادی و مقررات) است. نظر به اینکه ذیل اصل ۴، تنها به تعیین مرجع تشخیص انطباق یا عدم انطباق قوانین و مقررات با موازین اسلامی پرداخته است بدون اینکه آیین و تشریفات اعمال نظارت شرعی را تعیین کند، تعیین و تبیین سازوکارهای اعمال، ذیل این اصل ضرورت می‌یابد. اهمیت این موضوع با تصویب و ابلاغ سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری از سوی مقام رهبری بیش‌ازپیش نمایان شده است. بند ۱ این سیاست‌ها، اصلی‌ترین منشأ قانون‌گذاری در نظم تقنینی جمهوری اسلامی را منحصر در «موازین اسلامی» دانسته و در ذیل بند ۲، تکلیفی را مبنی بر «ایجاد سازوکارهای لازم به‌منظور تضمین اصل ۴ قانون اساسی» مقرر کرده است. براین‌اساس، پژوهش حاضر با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و با رویکرد تحلیل رویه جاری فقهای شورا، درصدد پاسخ به این پرسش برآمده است که «چه آیین و ترتیبات هنجاری برای تضمین مفاد اصل ۴ قانون اساسی مبتنی بر رویه فقهای شورای نگهبان قابل تعریف و ترسیم است؟».

۱. همه نظرات از سامانه جامع نظرات شورای نگهبان به نشانی <http://nazarat.shora-rc.ir> برداشته شده و در این نشانی قابل دسترسی است.

افزون بر پرسش اصلی بالا، چند پرسش زیر نیز در راستای تکمیل آن شایان طرح است. کدام‌یک از مصوبات از حیث شرعی قابل دادخواهی هستند؟ این نظرها در چه بازه زمانی اعلام می‌شوند؟ در صورت اعمال نظارت شرعی بر هریک از هنجارها، چه مرجعی مغایرت آن هنجار را با موازین شرعی اعلام می‌کند و مخاطب اصلی این نظرها به‌ویژه در خصوص مقررات کیست؟

با توجه به اهمیت نظارت شرعی بر هنجارهای حقوقی، برخی آثار حقوقی^۱ به بررسی سازوکارهای مطلوب نظارت شرعی فقهای شورا بر قوانین و مقررات پرداخته‌اند، اما تاکنون رویه فقها به‌طور جامع از حیث آیین و سازوکارهای اجرایی ناظر به هریک از هنجارهای حقوقی اعم از قانون اساسی، قوانین عادی (مصوب پیش و پس از انقلاب) و مقررات بررسی نشده‌اند. مقاله حاضر درصدد است با رویکرد تحلیل رویه‌ای، آیین و ترتیبات رسیدگی فقهای شورا درباره چگونگی اعمال ذیل اصل ۴ را نقد و بررسی و پیشنهادهای ایجابی را ارائه کند. نوآوری این پژوهش نیز جست‌وجو در رویه فقهای شورا برای استنتاج و استخراج بایسته‌ها و الزامات منبعت از رویه به‌موجب ذیل اصل ۴ است. ساختار مقاله به این صورت سامان‌دهی شده است که هریک از سازوکارها و تشریفات نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان صرف‌نظر از تفکیک قلمرو هنجاری و زمانی (مصوبات پیش و پس از انقلاب)، از حیث شکلی تبیین و ضمن بررسی هرکدام از آنها، پیشنهادهایی به‌عنوان سازوکارهای اعمال ذیل اصل ۴ ارائه می‌شود. تتبع در نظریات شرعی فقهای شورا نشان می‌دهد که این نظارت به‌صورت مختلف بر هنجارهای حقوقی اعمال شده است. در ادامه، آیین و تشریفات نظارت شرعی فقها بر قوانین و مقررات تعیین و به یکایک این موارد پرداخته می‌شود.

۱. صلاحیت رسیدگی؛ مقدمه نظارت فقها و صدور نظر شرعی

نخستین مسئله‌ای که پس از طرح هر موضوع برای مرجع قضایی پیش از ورود به رسیدگی نسبت

۱. برای مثال می‌توان به مقالات «سازوکار مطلوب نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی» (مرتضی حاجی علی‌خمس، مصطفی مسعودیان و حمید فعلی، دانش حقوق عمومی، سال ۹، زمستان ۱۳۹۹ شماره ۳۰) و «آثار حقوقی نظارت فقهای شورای نگهبان بر اطلاق و عموم قوانین و مقررات در نظام قضایی و دادگستری ایران» (محمدعلی فراهانی، مرتضی حاجی علی‌خمس و هادی طحان‌نظیف، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۶، شماره ۱۱۸، تابستان ۱۴۰۱) اشاره کرد.

به اصل آن مطرح می‌شود، صلاحیت رسیدگی به آن موضوع و تشخیص آن بر عهده همان مرجع است (قائم‌مقام فراهانی، ۱۳۸۴، صص. ۱۵۸-۱۵۹). صلاحیت عبارت از اختیار قانونی مأمور رسمی برای انجام دادن پاره‌ای از امور مانند صلاحیت دادگاه‌هاست (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ص. ۴۰۷). نکته حائز اهمیت اینکه، در حقوق عمومی اصل بر عدم صلاحیت مقام عمومی است مگر اینکه قانون‌گذار صلاحیتی را به وی اعطا کرده باشد (مظهری و مرندی، ۱۳۹۵، ص. ۱۰۲)؛ زیرا عرصه حقوق عمومی برخلاف حقوق خصوصی، گستره منع و ممنوعیت است و اصولاً اعمال قدرت عمومی روا نیست مگر اینکه قانون‌گذار اجازه داده باشد. براین اساس، اختیار مقام عمومی و اعمال اقتدار عمومی به موارد شمرده‌شده در قانون منحصر می‌شود (طاهری و رجب، ۱۳۹۳، ص. ۷۳).

نظر به اینکه فقهای شورا اقدام به تطبیق موضوع (مصوبه یا قانون) با حکم (احکام، قواعد و موازین شرعی) می‌کنند، کارویژه ایشان در نظارت شرعی بر قوانین و مقررات را می‌توان قضایی دانست. این کارویژه از نوع فصل خصومت نیست، اما قضایی شمرده می‌شود؛ زیرا عنصر لازم برای قضایی دانستن عمل، تطبیق حکم بر موضوع است. از این رو تمام نهادهایی که به تطبیق حکم بر موضوع به‌عنوان کارکرد اصلی خود می‌پردازند، به لحاظ ماهوی نهاد قضایی شمرده می‌شوند (طلابکی و ابریشمی راد، ۱۳۹۲، ص. ۱۷). در این راستا، فقهای شورا رسیدگی به صلاحیت را به‌عنوان معیاری ضروری و مقدمه‌ای برای بررسی موضوعات مورد استعلام می‌دانند. در واقع، فقهای شورا مانند دیگر نهادها و مقام‌های حقوق عمومی، در نظارت شرعی بر همه موضوعات (چه به‌صورت فعال و خودجوش باشند چه موارد ارجاعی و استعلامی) ابتدا باید احراز کنند که حسب قانون، تکلیف یا اختیاری درباره موضوع ارجاعی دارند یا خیر؟ بر این مبنا، مقتضی است که جهات ورود ایشان مشخص شود. این جهات را می‌توان از چند حیث دسته‌بندی کرد. نخست، تصمیم باید کلی باشد (موردی نباشد). دوم، استعلام باید از لحاظ خلاف شرع بودن مصوبه طرح شده باشد نه صرف خلاف قانون بودن. سوم، مقام یا مرجع استعلام‌کننده باید برای استعلام صلاحیت داشته باشد.

۱.۱. نظارت شرعی بر مصوبات و مقررات کلی و نه تصمیمات موردی

فراز نخست اصل ۴ قانون اساسی بیان می‌دارد «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی،

اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد». این اصل با ذکر عبارت «کلیه قوانین و مقررات»، بی‌آنکه هیچ‌یک از هنجارهای حقوقی را از شمول نظارت شرعی مستثنا کند، به لزوم ابتدائی «کلیه قوانین و مقررات» بر اساس موازین اسلامی تصریح کرده است. مقتضای عموم مستفاد از عبارت «کلیه قوانین و مقررات» این است که اصل ۴، تمام قواعد الزام‌آور از جمله همه اصول قانون اساسی، همه قوانین مجلس شورای اسلامی، همه مقررات مصوب دستگاه‌های اجرایی و اداری، تصمیمات قانونی شوراهای موضوع اصول ۷ و ۱۰۰ به بعد و احکام وحدت رویه را که در حکم قانون هستند و وصف کلیت دارند، شامل می‌شود (خامنه‌ای، ۱۳۶۹، صص. ۱۱ و ۱۲). همچنین، آن دسته از قوانین و مقررات پیش از انقلاب و مصوبات شورای انقلاب اسلامی و همه مراجع واضع قاعده صرف نظر از عنوان مصوبه و جایگاه در ساختار نظام سیاسی را که نسخ نشده‌اند نیز تحت شمول عموم این اصل قرار دارند. از آنجاکه هدف اصلی از وضع این اصل، پیشگیری از تصویب قواعد لازم‌الاجرای غیراسلامی است، تدوین‌کنندگان قانون اساسی پس از ذکر انواع قوانین و مقررات، برای احتیاط از عبارت «و مانند این‌ها» استفاده کرده‌اند که از آن، تمثیلی بودن قوانین و مقررات مستفاد می‌شود و بدین معناست که صدر اصل ۴ شامل همه قوانین و مقررات دیگر که در این اصل نیامده‌اند نیز می‌شود.

با توجه به عبارت «کلیه قوانین و مقررات»، فقهای شورا تنها در نظارت شرعی بر «قوانین و مقررات لازم‌الاجرا» که واجد وصف کلیت هستند، صالح دانسته شده‌اند. بنابراین، نظارت شرعی درباره تصمیمات موردی و مصداقی (نظر شماره ۱۰۲/۳۵۶۴۹ مورخ ۱۴۰۱/۱۱/۲۳ فقهای شورای نگهبان) از صلاحیت ایشان خارج است و باید در محاکم صالح به این تصمیمات رسیدگی شود. فقها در نظر شماره ۹۳/۱۰۲/۲۹۱ مورخ ۱۳۹۳/۲/۱، با تصریح به این مهم که «در کلیت امر باید مقررات شرعی وقف رعایت شود»، مقرر کردند که «چنانچه به‌طور موردی دستگامی عمل خلاف انجام دهد، اشخاص ذی‌نفع و ذی‌سخت می‌توانند به مراجع صالح قضایی مراجعه نمایند». همچنین، فقها در نظر دیگری ناظر به «قانونی بودن» مصوبه ۴۶۲۸۷/ت/۵۸۶۲ مورخ ۱۴۰۰/۴/۲۸ هیئت وزیران در خصوص ایجاد بخش باسمنج، تشخیص آن را بر عهده دیوان عدالت اداری دانستند (نظر شماره ۱۰۲/۳۵۶۴۲ مورخ ۱۴۰۱/۱۱/۲۳). گفتنی است که فقها صلاحیتی در اظهار نظر نسبت به شمول و عدم شمول قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی ناظر به موردی خاص ندارند و این مهم در زمره صلاحیت‌های دیوان عدالت اداری قرار دارد (نظر

شماره ۶۶۰۷ مورخ ۱۳۷۳/۷/۲۳ و نظر شماره ۱۲۳۷ مورخ ۱۳۶۹/۱۰/۵). افزون بر این، فقهای شورا در پاسخ به استعلام نماینده ولی فقیه و سرپرست سازمان اوقاف و امور خیریه نسبت به بررسی مشروع بودن یا نبودن تبصره ۶ ماده ۹۶ قانون شهرداری و ماده ۴۵ آیین‌نامه مالی شهرداری‌ها از حیث ملک عمومی شمردن گورستان‌های متروکه فاقد وقف‌نامه صادرشده، خود را از لحاظ تشخیص موضوعی (نسبت به تشخیص موارد گورستان‌های موقوفه و غیرموقوفه با توجه به ضوابط شرعی) صالح ندانستند (نظر شماره ۵۹۱۷ مورخ ۱۳۷۳/۴/۱۱). از آنجاکه فقها تنها مرجع بررسی خلاف شرع بودن یا نبودن مصوبه یا مقررات هستند، رسیدگی به تصمیمات موردی از حیثه نظارت شرعی ایشان خارج است.

البته فقها در پاسخ به استعلام رئیس مجلس شورای اسلامی نسبت به آیین‌نامه اجرایی عملیات پولی و بانکی در مناطق آزاد تجاری-صنعتی جمهوری اسلامی ایران مورخ ۱۳۷۹/۲/۲۷ هیئت وزیران، از رسیدگی به موضوع خودداری کردند و اعلام نظر در این باره را به دلیل مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام بودن قانونی که آیین‌نامه مزبور در راستای آن وضع شده بود، منتفی دانستند (نظر شماره ۷۹/۲۱/۱۹۳۰ مورخ ۱۳۷۹/۱۲/۸). به نظر می‌رسد که فقها رسیدگی به مصوبات کلی مجمع تشخیص مصلحت نظام را در حیثه صلاحیت خود نمی‌دانند و قائل به منصرف بودن رسیدگی به این مصوبات از اصل ۴ هستند که البته این نظر شایان انتقاد به نظر می‌رسد و با شأن نزول اصل ۴ و غایت آن سازگار نیست. در واقع، از نظر فقها، «هر» مقرر و مصوبه‌ای در شمول نظارت شرعی آنان قرار ندارد و از این رو می‌توان این نظر را به‌عنوان استثنایی بر قاعده کلی که «کلیه قوانین و مقررات مشمول نظارت شرعی موضوع اصل ۴ هستند» دانست (ارسطا، ۱۳۹۶، صص. ۷۰-۷۱).

هنجارهای حقوقی بر اساس سلسله‌مراتب قواعد حقوقی به سه دسته مهم قانون اساسی، قوانین عادی و مقررات تقسیم می‌شوند. در این میان، قواعدی وجود دارد که در هیچ‌یک از این سه دسته قرار نمی‌گیرند که از جمله می‌توان به «سیاست‌های کلی نظام»، مصوبات شوراهای عالی مانند «شورای عالی امنیت ملی»، «شورای عالی هماهنگی اقتصادی سران سه قوه» و «شورای عالی انقلاب فرهنگی» اشاره کرد. این شوراها عمدتاً قواعدی وضع می‌کنند که موجد حق و تکلیف‌اند. مطابق ذیل اصل ۱۷۶ قانون اساسی، مصوبات شورای عالی امنیت ملی پس از تأیید مقام رهبری

شایان اجرا هستند. بنابراین، مقام رهبری نسبت به مصوبات شورای مذکور نظارت دارد، اما درباره مصوبات نوعی و کلی شورای عالی هماهنگی اقتصادی سران سه قوه و مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی که اصلی در قانون اساسی به آن‌ها اختصاص داده نشده و به موجب حکم حکومتی ولی فقیه ایجاد شده‌اند، رویه مشخصی مبنی بر امکان یا عدم امکان نظارت شرعی وجود ندارد. مترتب بر این موضوع، «نظر به حکومت اصل ۴ بر "اطلاق و عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر"، ابتدای مصوبات شوراها یادشده بر موازین اسلامی باید توسط فقهای شورا بررسی شوند و عدم اعمال این نظارت در رویه کنونی به معنای نقض اصل ۴ در خصوص مصوبات این شوراهاست» (حاجی علی خمسه و همکاران، ۱۳۹۹، ص. ۳۱). درباره سیاست‌های کلی نظام، از آنجاکه به موجب بند ۱ اصل ۱۱۰ قانون اساسی، توسط مقام رهبری تعیین و ابلاغ می‌شوند و نظارت ولی فقیه را به همراه دارند، تخصصاً از نظارت شرعی اصل ۴ خارج هستند. همچنین، آن دسته از مصوبات حل اختلافی که مجمع تشخیص مصلحت مطبق صدر اصل ۱۱۲ نسبت به آنها تعیین تکلیف می‌کند، در گستره نظارت شرعی اصل ۴ قرار ندارند و نظر شماره ۷۹/۲۱/۱۹۳۰ مورخ ۱۳۷۹/۱۲/۸ فقهای شورا گواه این موضوع است. با وجود این، مصوبات مزبور نمی‌توانند خلاف موازین شرع باشند (نظر تفسیری شماره ۴۵۷۵ مورخ ۱۳۷۲/۳/۳ شورای نگهبان). منظور از خلاف موازین شرع این است که نه با احکام اولیه شرع سازگار باشند و نه با احکام عناوین ثانویه (نظر تفسیری شماره ۴۸۷۲ مورخ ۱۳۷۲/۴/۲۰ شورای نگهبان).

۲.۱. درخواست متقاضی مبنی بر بررسی خلاف شرع بودن مصوبه برای رسیدگی

در میان نظرهای شرعی فقها مواردی یافت می‌شود که استعمال‌کنندگان از ایشان خواستار نظارت از حیث قانونی شده‌اند. این در حالی است که آنچه فقها را نسبت به مصوبات لازم‌الاجرای صالح به نظارت شرعی درباره ماهیت استعمال می‌کند، این است که «خلاف شرع بودن» مورد تقاضا باشد و اصل ۴ نیز به فقها صلاحیت نظارت شرعی بر قوانین و مقررات را اعطا کرده است نه صلاحیت نظارت از منظر انطباق با قوانین و مقررات را. با وجود این، در مواردی از فقها بررسی قوانین و مقررات از حیث «خلاف قانون بودن یا نبودن» درخواست شده است و فقها با اعلام عدم صلاحیت خود نسبت به اظهارنظر در این باره، مقام یا مرجع استعمال‌کننده را به طرح موضوع در مرجع صالح برای اخذ پاسخ قانونی راهنمایی می‌کنند (نظر شماره ۷۸/۲۱/۵۳۶۵ مورخ

۱۳۷۸/۰۷/۱۰).

در تفکیک میان دو بعد خلاف شرع و خلاف قانون بودن، این نظر مهم فقهای شورا به شماره ۷۶/۲۱/۱۰۲۱ مورخ ۱۳۷۶/۴/۲۴ خطاب به رئیس هیئت عمومی دیوان عدالت اداری بسیار روشن‌گر است؛ «نظر [فقهای] شورا در همه جا این بوده که اگر خلاف قانون باشد، به طبع خلاف شرع هم هست و چنین مفهوم کلی ندارد که هر جا خلاف قانون نباشد خلاف شرع هم نیست، بلکه موارد مختلف است؛ ممکن است خلاف شرع باشد ممکن است نباشد؛ البته در پاسخ‌های آینده اظهار نظر صریح خواهد شد».

همچنین، در صورتی که ادعای شاکی یا مقام استعلام‌کننده این باشد که مقام واضع هنجار حقوقی اساساً فاقد صلاحیت وضع بوده یا خارج از صلاحیت عمل کرده است و این عمل چون خلاف قانون است، خلاف شرع نیز هست، نظر فقهای شورا این است که در صورتی که دیوان عدالت اداری خلاف قانون بودن یا خروج از صلاحیت مقام واضع را احراز کند، خلاف شرع بودن آن نیز به موجب نظر بالا اثبات می‌شود (نظر شماره ۷۸/۲۱/۵۳۶۵ مورخ ۱۳۷۸/۷/۱۰). آنچه از نظر فقهای شورا استنتاج می‌شود، این است که فقها، تشخیص خلاف قانون بودن مقرر را در حیطه صلاحیت خود نمی‌دانند و اعلام می‌دارند که دیوان عدالت اداری باید خلاف قانون بودن مقرر مورد شکایت را احراز کند و معتقدند اگر دیوان عدالت اداری خلاف قانون بودن مقرر مورد اعتراض را احراز کند، آن مقرر خلاف شرع نیز هست. نکته مهم و مغفول اینک، خلاف قانون بودن حتماً به معنای خلاف شرع بودن است، اما خلاف قانون نبودن لزوماً به معنای خلاف شرع نبودن نیست. در واقع، ممکن است مقرره‌ای خلاف قانون نباشد، اما خلاف شرع باشد. در این صورت تشخیص آن الزاماً با فقهای شورا است؛ همان‌طور که در نظر شماره ۷۶/۲۱/۱۰۲۱ به این مهم توجه و تأکید شده است.

۳.۱. صلاحیت مقام یا مرجع استعلام‌کننده

پرسش در اینجا از حیث «صلاحیت مقام یا مرجع استعلام‌کننده»، ناظر بر این است که آیا مقام یا مرجع مربوط، صلاحیت طرح موضوع برای نظارت توسط فقها را دارد یا خیر؟ رویه فقها در این باره نشان می‌دهد که برای نظارت شرعی لازم نیست که حتماً اشخاص و مقامات مشخصی از فقها استعلام کنند تا فقها خود را صالح به رسیدگی بدانند و به موضوع ورود کنند، بلکه موضوع اصلی

این است که شخص، مرجع یا مقام حکومتی استعلام‌کننده باید اجازه استعلام درباره آن موضوع را داشته باشد. در این راستا، پس از استعلام سرپرست بنیاد مستضعفان گیلان و مازندران از فقها درباره مطالبه و اخذ خسارت تأخیر تأدیه توسط بانک‌ها، فقها با این استدلال که چون مسئولیت بنیاد مستضعفان از سوی حضرت امام^(ره) به نخست‌وزیر واگذار شده است، بیان داشتند که مقتضی است برای هماهنگی لازم، پرسش یادشده از طریق ایشان برای شورا ارسال شود. در واقع، فقها از باب هماهنگی، از رسیدگی به موضوع امتناع کردند تا موضوع ابتدا توسط مقام صلاحیت‌دار مطرح شود. براین اساس، معاون نخست‌وزیر و سرپرست بنیاد مستضعفان اقدام به استعلام از فقها می‌کنند و فقها نیز پاسخ خود را به ایشان اعلام می‌دارند (نظر شماره ۲۶۰۹ مورخ ۱۳۶۴/۴/۱۸). درباره استعلامات صورت گرفته از سوی دیوان عدالت اداری مستند به مواد ۵ (تبصره الحاقی)، ۸۴ و ۸۷ قانون دیوان عدالت اداری اصلاحی سال ۱۴۰۲، صلاحیت مکاتبه و استعلام به صورت مباشرتی در صلاحیت غیرقابل تفویض رئیس دیوان عدالت اداری است. از این رو در فرض استعلام دیگر قضات یا مقامات دیوان از فقهای شورا، این شورا با وظیفه‌ای برای پاسخ مواجه نیست؛ البته اگر فقهای شورای نگهبان رأساً مغایرت شرعی مصوبه‌ای را به رئیس دیوان اعلام کنند، هیئت عمومی مطابق نظر فقهای شورای نگهبان نسبت به ابطال مصوبه اقدام می‌کند (تبصره ۲ الحاقی ماده ۸۷ قانون بالا).

۲. نظارت شرعی؛ فعال و خودجوش یا مبتنی بر استعلام

نظارت بر قوانین و مقررات به دو صورت پسینی و پیشینی صورت می‌گیرد. فقهای شورا بر اساس اصل ۹۴ قانون اساسی، نظارت شرعی خود بر مصوبات مجلس شورای اسلامی را به صورت پیشینی اعمال می‌کنند. وجه تسمیه نظارت شرعی پیشینی به علت تقدم اعمال نظارت بر اعتبار هنجار حقوقی است (حاجی علی خمسه و همکاران، ۱۳۹۹، ص. ۳۲)، اما به موجب اصل ۴، صلاحیت ویژه نظارت پسینی از نوع شرعی بر همه هنجارهای حقوقی برای فقهای شورا پیش‌بینی شده و اعمال آن حسب مورد ممکن است به دو صورت انجام شود؛ نظارت فعال و خودجوش یا نظارت مبتنی بر استعلام اشخاص و مقامات^۱.

۱. در الگوی اروپایی دادرسی اساسی که نظارت در آن به شیوه محدود و متمرکز است، نظارت عمدتاً فعالانه و کنشی است. نظارت پسینی فعال در این الگو، زمانی است که قانون مورد بحث به تصویب رسیده، تمام مراحل را پشت سر گذاشته و در

در این راستا، فقهای شورا در مواردی نظارت شرعی را علی‌الرأس بی‌آنکه استعمال خاصی از سوی ذی‌نفع یا متقاضی مطرح شده باشد، به صورت خودجوش اعمال می‌کنند، اما در بسیاری از موارد، اعمال این نظارت از طریق استعمال صورت می‌گیرد. نظارتی که بدون دخالت اشخاص و مبتنی بر نظارت فعالانه و مستقیم فقها انجام شود، نظارت فعال و خودجوش نام دارد که در مقابل نظارت مبتنی بر استعمال اشخاص و مقامات، تعداد کمتری دارد و در اغلب موارد، نظارت از طریق استعمال انجام می‌پذیرد. در هر دو صورت، نظارت شرعی مطابق اصل ۴ بر همه قواعد لازم‌الاجرای حقوقی از نوع پسینی است. شایان توضیح است که در الگوی دادرسی اساسی در اغلب کشورهای پیشرفته، الگوی نظارت به صورت پسینی پیش‌بینی شده است. براین اساس، اصل بر صلاحیت پسینی است و نظارت پیشینی استثناست. از این‌روست که هم در آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان و هم در قانون آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی، نظارت شرعی بر هنجارها تابع زمان مشخص و از نوع پیشینی نشده است. قانون اساسی تنها برای مصوبات مجلس نظارت پیشینی شرعی در نظر گرفته است که بر اساس اصول ۹۱ تا ۹۷ صورت می‌گیرد، اما با توجه به اصل ۴، نظارت شرعی از نوع پسینی می‌تواند بر قوانین مصوب مجلس اعمال شود؛ چنان‌که این نظارت در مواردی مانند ابطال تبصره ۱ ماده ۲۶ قانون شوراها مستند به اصل ۴ انجام گرفت.

درباره امکان نظارت پیشینی بر مصوبات شورای عالی سران سه قوه، از آنجاکه در اغلب موارد مصوبات شورای یادشده به تأیید مقام رهبری می‌رسد، نظارت بر مصوبات این شورا چه توسط فقهای شورا و چه توسط دیوان عدالت اداری امکان‌پذیر نیست، اما دیگر مصوبات این شورا در شمول بند ۱ ماده ۱۲ قانون دیوان عدالت اداری می‌گنجد. نسبت به مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی نیز قانون‌گذار سازوکار خاصی برای اعمال نظارت شرعی از نوع پیشینی تعیین نکرده است. در نتیجه، امکان نظارت شرعی به صورت پیشینی بر مصوبات مرجع اخیر به دلیل فقدان ضوابط و سازوکارهای قانونی وجود ندارد.^۱ نظارت پسینی و خودجوش شرعی فقها نیز با توجه

حال اجراست. فایده این نوع نظارت این است که قوانینی را که پس از توشیح، خلاف هنجار برتر اعلام می‌شود، ابطال می‌کند (جلالی و یاوری، ۱۳۹۹، صص. ۱۱۱ و ۱۱۲).

۱. البته استفاده از مفهوم مخالف ظرفیت تبصره ۲ الحاقی ماده ۱۲ قانون دیوان عدالت اداری (اصلاحی سال ۱۴۰۲) در فرضی میسر است که ادعا شود خروج شورای عالی انقلاب فرهنگی از حدود و حوزه تحت صلاحیت، خلاف شرع است. در این صورت شکایت قابل ارجاع پیشینی به فقهای شورای نگهبان مبتنی بر مواد ۸۴ و ۸۷ قانون بالا خواهد بود.

به تبصره ۲ الحاقی ماده ۸۷ قانون دیوان عدالت اداری که پیش از این گفته شد و اطلاق واژه مصوبه، میسر است.

در نظارت فعال و خودجوش ممکن است فقها به شیوه‌های مختلف از مغایرت گزاره یا هنجار حقوقی مطلع شوند. برای مثال، گاه در فرایند بررسی مصوبات مجلس مبتنی بر اصول ۹۴ و ۹۵ قانون اساسی، از مغایرت قانون یا مقرره دیگر که در راستای مصوبه مجلس بررسی شده‌اند، مغایرت شرعی احراز می‌شود. برای مثال، در فرایند بررسی ماده ۳۰۵ لایحه آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۰/۱۱/۱۹ مجلس شورای اسلامی که مقرر می‌داشت «به جرائم سیاسی و مطبوعاتی به‌طور علنی در دادگاه کیفری یک مرکز استان محل وقوع جرم با حضور هیئت منصفه رسیدگی می‌شود»، فقهای شورا اطلاق این ماده را در مواردی که علنی بودن دادگاه منافی عفت عمومی یا نظم عمومی باشد، خلاف موازین شرع اعلام کردند (نظر شماره ۴۸۳۲۸/۳۰/۹۱ مورخ ۱۳۹۱/۷/۲۳). مطابق این نظر، علنی بودن رسیدگی به جرائم سیاسی و مطبوعاتی مقرر در اصل ۱۶۸ در موارد منافی عفت عمومی یا نظم عمومی، خلاف موازین شرع شناخته شد. بدین ترتیب، فقها اطلاق اصل ۱۶۸ قانون اساسی را مقید کرده‌اند. گاه ممکن است از طریق نامه برخی از محاکم دادگستری و اشخاص به فقهای شورا بدون آنکه استعلام مشخصی صورت بگیرد (نظر شماره ۲۶۵۰ مورخ ۱۳۶۷/۸/۴ و نظر شماره ۹۵/۱۰۰/۵۲۹ مورخ ۹۵/۱۰۰/۲۳/۱۳۹۵) یا از طریق مراجعه اشخاص به شورای نگهبان (نظر شماره ۸۵/۳۰/۱۶۹۰۸ مورخ ۸۵/۵/۱۲/۱۳۸۵) و گاه نیز ممکن است از طریق اخبار و اطلاعات واصله مبنی بر چگونگی برداشت و تفسیر اجرایی از قانون توسط مجریان، بر ماده یا مواد قانونی نظارت شرعی صورت بگیرد. برای مثال، می‌توان به نظر شماره ۲۴۰/۱۰۰/۹۶ مورخ ۱۳۹۶/۱/۲۶ اشاره کرد که به‌موجب آن، فقها با وصول اخبار و اطلاعات، خلاف موازین شرع بودن تبصره ۱ ماده ۲۶ قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران مصوب سال ۱۳۷۵ را اعلام کردند.

این شیوه از نظارت فقهای شورا بر هنجارهای حقوقی یکی از مهم‌ترین راه‌های اجرای اصل ۴ شمرده می‌شود. مطابق رویه، فقها در مواردی اقدام به اعمال نظارت شرعی به‌صورت خودجوش کرده‌اند (نظر شماره ۱۴۸۸ مورخ ۱۳۶۳/۵/۹؛ نظر شماره ۹۲/۳۰/۵۱۸۸۶ مورخ ۹۲/۳۰/۱۰/۱۳۹۲؛ نظر شماره ۳۳۹ مورخ ۱۳۷۴/۳/۸؛ نظر شماره ۸۵/۳۰/۱۶۹۰۸ مورخ ۸۵/۵/۱۲/۱۳۸۵؛ نظر شماره ۸۰/۲۱/۲۳۸۲ مورخ ۱۳۸۰/۷/۲۲؛ نظر شماره ۸۵/۳۰/۳۰۵۱۸ مورخ ۸۵/۱۱/۲۸/۱۳۸۵؛ نظر

شماره ۱۰۳۵ مورخ ۱۳۶۸/۰۷/۱۲؛ زیرا از تکلیف مندرج در اصل ۴، این نوع نظارت قابل استنباط است و فقهای شورا مکلف‌اند در هر زمان که با گزاره الزام‌آور حقوقی مغایر با شرع مواجه شدند، موضوع را بررسی و نتیجه را اعلام کنند.

شایان توضیح است که مطابق رویه جاری، فقها در همه موارد استعلامی اقدام به بررسی موضوع کرده‌اند، اما نمی‌توان ادعا کرد که همه موارد در ابتدا منتج به صدور نظر شرعی شده است. این مهم به دلیل لزوم طی ترتیباتی - از جمله اجازه داشتن مرجع یا شخص استعلام‌کننده - برای رسیدگی به موضوع است تا نظر شرعی صادر شود. به جز سازوکار مندرج در قانون دیوان عدالت اداری برای شکایت اشخاص از مقررات مغایر با شرع و نیز امکان اعمال نظارت شرعی بر قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی وفق آیین‌نامه داخلی مجلس به دو صورت فعال و مبتنی بر استعلام (در سطور دیگر به تفصیل توضیح داده می‌شود)، سازوکار و آیینی برای شکایت از دیگر هنجارهای حقوقی به معنی اعم در قوانین پیش‌بینی نشده است. بر این مبنا، فقهای شورا درباره قوانین مرجع استعلام‌شونده ابتدایی تلقی می‌شود. با این توضیح که اشخاص مطابق رویه می‌توانند به هر شکل مغایرت قوانین را به اطلاع فقها برسانند و این مهم لزوماً مستلزم استعلام نیست؛ همان‌گونه که درباره تبصره ۱ ماده ۲۶ قانون شوراها تنها از طریق اطلاع فقها صورت گرفت و مبتنی بر سازوکار رسمی مشخصی نبود، اما درباره مقررات، با توجه به قانون دیوان عدالت اداری، ابتدا اشخاص شکایت خود را از مقرر خلاف شرع به دیوان عرضه می‌دارند و دیوان مطابق این قانون مکلف به ارسال دادخواست به فقهای شورا است. در هر مورد، شورای نگهبان با تشکیل جلسه‌ای با حضور فقهای شورا، اقدام به بررسی موارد استعلامی یا مبتنی بر نظارت خودجوش می‌کند و حصول نظر شرعی نیز منوط به نظر اکثریت اعضای فقهاست.

۳. مرجع و مخاطب اعلام مغایرت هنجارها به‌ویژه درباره مقررات

یکی از نکات مهم درباره نظارت شرعی، به «مرجع و مخاطب اعلام مغایرت» هنجارها با موازین شرع اختصاص دارد. اینکه پس از بررسی و اظهار نظر شرعی، اعلام مغایرت یا عدم مغایرت گزاره حقوقی توسط فقها، خطاب به چه کسی یا مرجعی اعلام می‌شود، پرسش مهمی است که باید به آن پاسخ داده شود. آنگاه این پرسش مطرح می‌شود که آیا تفاوتی میان مرجع و مخاطب اعلام مغایرت درباره قوانین و مقررات وجود دارد یا خیر؟ مترتب بر این موضوع، نظارت شرعی بر

قوانین و مقررات از نقطه نظر مخاطب اعلام در دو وجه «نظارت مبتنی بر استعلام» و «نظارت خودجوش» به تفکیک هنجارهای یادشده بررسی می‌شود. دلیل تفکیک بررسی قوانین عادی از مقررات، پیش‌بینی دو سازوکار نظارت قانونی رئیس مجلس و دیوان عدالت اداری بر مقررات دولتی است که در فرایند نظارت شرعی مبتنی بر استعلام تأثیر دارند.

۱.۳. مخاطب نظارت شرعی بر قوانین مبتنی بر استعلام

در صورتی که نظارت بر قوانین از نظر انطباق یا عدم انطباق آن با موازین شرعی مبتنی بر استعلام اشخاص و مقامات باشد، اصولاً اعلام مغایرت یا عدم مغایرت آن هنجار باید خطاب به همان اشخاص و مقامات باشد. برای مثال، فقهای شورا درباره استعلام رئیس مجلس شورای اسلامی مبنی بر درخواست اظهار نظر درباره «بند ۹ ماده ۵۰ قانون برنامه و بودجه کشور مصوب ۱۳۵۱/۱۲/۱۰»، پاسخ خود را خطاب به ایشان تهیه و ارسال کردند (نظر شماره ۱۳۸۱۸/۲۲/۳۰/۸۶ مورخ ۱۳۸۶/۷/۸). همچنین است نظر فقها درباره اثبات قتل با قسامه و خلاف شرع دانستن ماده ۲۵۲ قانون مجازات اسلامی (نظر شماره ۱۳۷۵/۱۲/۱۴ مورخ ۱۳۷۵/۱۲/۱۴) خطاب به دادستان کل کشور و نظارت شرعی درباره مصوبه مورخ ۱۳۵۸/۲/۴ با موضوع «تجدید قرارداد اجاره در اراضی و املاک موقوفات» که در پاسخ به نامه نماینده دادستان کل انقلاب اسلامی ایران مستقر در اوقاف کشور صورت گرفت (نظر شماره ۷۱۳۰ مورخ ۱۳۶۱/۱۲/۲۳).

البته اعلام نظر درباره استعلام اشخاص به گونه دیگری صورت پذیرفته است. برای مثال، پس از استعلام آقای سیدمحمد رضا حسینی منش درباره ماده ۴ قانون افراز و فروش املاک مشاع مصوب ۱۳۵۷/۰۸/۲۲، فقها نظر خود را مبنی بر مغایرت اطلاق ماده ۴ قانون مزبور از حیث حکم به فروش مال مشاع غیرقابل افراز حتی در فرض عدم رضایت شرکا، خطاب به «رئیس وقت قوه قضائیه» اعلام کردند (نظر شماره ۱۳۸۸۷/۳۰/۵۱۸۸۷ مورخ ۱۳۹۲/۷/۱۰). فقها همچنین، در پاسخ به استعلام رئیس اتحادیه صنف دارندگان دکان گوشت گوسفندی تهران (نامه شماره ۲۴۴۵ مورخ ۱۳۶۰/۱۱/۲۱) و نیز استعلام انجمن اسلامی صنف قصابان تهران (نامه مورخ ۱۳۶۰/۱۲/۲۲) درباره لایحه قانونی در مورد محدودیت داشتن مغازه گوشت‌فروشی مصوب ۱۳۵۹/۰۴/۲۵ شورای انقلاب، نظر شرعی خود مبنی بر ابطال برخی از مواد این لایحه را خطاب به

«رئیس‌جمهوری وقت» اعلام کردند (نظر شماره ۴۶۰۵ مورخ ۱۳۶۱/۲/۲۲) و در استعلام صورت‌گرفته از سوی رئیس کل سازمان مالی گسترش مالکیت واحدهای تولیدی در خصوص اعلام نظر درباره ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۵۱/۱۰/۱۸ (نظر شماره ۴۸۹۸ مورخ ۱۳۶۴/۹/۱۹) و استعلام مدیرکل ثبت منطقه ۵ باختران درباره نظارت شرعی بر تبصره ماده ۳۴ و مواد ۳۶ و ۳۷ آیین‌نامه اجرایی قانون ثبت، پاسخ خود را خطاب به شورای عالی قضایی ارسال کردند (نظر شماره ۳۱۲۰ مورخ ۱۳۶۳/۱۲/۲۳).^۱ به نظر می‌رسد دلیل مخاطب قرار دادن مراجع و مقامات مربوط در این موارد، اطلاع‌رسانی مستقیم نسبت به مغایرت آن‌ها با موازین شرع به‌عنوان عهده‌داران وظایف قانونی برای اتخاذ تدابیر لازم از سوی ایشان بوده است. در واقع، از نظر فقها، مخاطب اصلی اعلام مغایرت هنجار حقوقی ارتباط تنگاتنگی با موضوع آن هنجار و مرجع وضع آن دارد. از این رو در مواردی صرف‌نظر از مرجع یا شخص استعلام‌کننده، نظر شرعی به مرجع یا مقام صالح که شایستگی قانونی اتخاذ تدابیر مقتضی را دارد، منعکس شده است.

۲.۳. مخاطب نظارت شرعی بر قوانین مبتنی بر نظارت خودجوش

مطالعه رویه نشان می‌دهد که درباره نظارت خودجوش یکسان عمل نشده است. برای مثال، فقها در نظارت شرعی نسبت به تبصره ۱ ماده ۲۶ قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران مصوب ۱۳۷۵، مستند به مواد ۱۹ و ۲۱ آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان، در نامه‌ای خطاب به «روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران»، اطلاق این تبصره را مغایر با موازین شرع اعلام کردند (نظر شماره ۹۶/۱۰۰/۲۴۰ مورخ ۱۳۹۶/۰۱/۲۶). استناد به ماده ۱۹ آیین‌نامه داخلی از حیث عدم تبعیت فقهای شورا از مهلت مقرر در اصل ۹۴ قانون اساسی و امکان اعمال نظارت شرعی در هر زمان که مقتضی باشد و استناد به ماده ۲۱ نیز از لحاظ اتخاذ تدابیر لازم برای ابلاغ توسط رئیس‌جمهوری به‌موجب تکلیف مقرر در اصل ۱۲۳ و انتشار توسط روزنامه رسمی است؛ البته پیش از این، فقها در نظارت شرعی بر ماده ۵۲ قانون تجارت، در

۱. گفتنی است که در این موارد، خطاب به آقای حسینی‌منش و سازمان مالی گسترش مالکیت واحدهای تولیدی رونوشت صادر شد، اما نسبت به استعلام اتحادیه صنف دارندگان دکان گوشت گوسفندی تهران و انجمن اسلامی صنف قصابان تهران و مدیرکل ثبت منطقه ۵ باختران، رونوشتی صادر نشد.

نامه‌ای «خطاب به رئیس‌جمهوری» مستند به اصل ۴ و ماده ۲۲ آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان، خلاف موازین شرع بودن معامله اوراق قرضه یادشده در ماده اخیر را از این رو که وام یادشده در آن مشتمل بر بهره است، اعلام کردند (نظر شماره ۸۵/۳۰/۳۰۵۱۸ مورخ ۱۳۸۵/۱۱/۲۸). با وجود این، به نظر می‌رسد که فقها باید هم‌زمان، هم به رئیس‌جمهوری و هم به روزنامه رسمی، نظر شرعی خود را ابلاغ می‌کردند. فایده اعلام نظرهای شرعی در روزنامه رسمی این است که افزون بر شهروندان و مراجع و مقامات و همه کسانی که مخاطب قوانین و مقررات هستند، قضات محاکم نیز از بی‌اعتبار شدن موضوع اطلاع یابند تا دیگر به آن بخش از هنجار حقوقی که بی‌اعتبار اعلام شده است، در رسیدگی‌های قضایی ترتیب اثر ندهند و اثر آن را می‌توانند مانند مقررات ابطال‌شده از سوی دیوان عدالت اداری تلقی کنند.

۳.۳. نظارت شرعی خودجوش بر مقررات

در یکی از نظرهای شرعی فقهای شورا درباره نظارت بر قسمتی از آیین‌نامه اجرایی قانون لغو مالکیت اراضی شهری، بدون آنکه مخاطب نامه تعیین شود، در متن نظر اعلام شده است «با توجه به تعریف آیین‌نامه مذکور که شامل اراضی بایر مسبوق به احیا مثل اراضی زراعتی و باغ‌ها نیز می‌شود و در بعضی موارد نیز که استثنا شده، قیودی در آیین‌نامه اخذ شده [است که] غیر شرعی به نظر می‌رسد. شمول آیین‌نامه مذکور نسبت به زمین‌های بایر مسبوق به احیا، غیرشرعی و خلاف قانون اساسی و غیرقابل اجرا تشخیص داده شد» (نظر شماره ۷۴۹ مورخ ۱۳۵۹/۱۱/۱۴). در این مورد، مخاطب نظر مشخص نیست و از این منظر ابهام دارد. از آنجاکه برای ترتیب اثر دادن به نظرهای شرعی، مقام و مرجع مشخصی باید وجود داشته باشد تا از اجرای قواعد مغایر با شرع جلوگیری کند، به نظر می‌رسد که دست‌کم این نظر باید برای اطلاع و اتخاذ تدابیر لازم به شورای عالی قضایی ارسال می‌شد.

۴.۳. نظارت شرعی مبتنی بر استعلام رئیس مجلس شورای اسلامی

عمده نظرهایی که فقهای شورا نسبت به مقررات مصوب پس از پیروزی انقلاب صادر کرده‌اند، مربوط به استعلام رئیس مجلس شورای اسلامی است. این مقام به موجب اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی، مسئولیت تطبیق مقررات مصوب دولت از حیث عدم مغایرت آن‌ها با قوانین عادی (نظر تفسیری شماره ۲۱۰۱ مورخ ۱۳۷۱/۶/۱۵ شورای نگهبان) را بر عهده دارد. با توجه به مسئولیت

رئیس مجلس در این موضوع، مواردی که از نظر این مقام خلاف موازین شرع به نظر می‌آمد، برای فقهای شورا ارسال می‌شد تا این موارد از نقطه نظر شرعی بررسی شوند. در این نظرها، فقهای شورا در هر مرتبه پاسخ خود را به رئیس مجلس ارسال می‌کردند (نظر شماره ۷۲۲۲ مورخ ۱۳۷۳/۱۲/۲۰؛ نظر شماره ۱۰۱۴ مورخ ۱۳۷۶/۴/۲۴؛ نظر شماره ۱۰۱۵ مورخ ۱۳۷۶/۴/۲۴؛ نظر شماره ۷۷/۲۱/۲۵۶۰ مورخ ۱۳۷۷/۱/۱۰؛ نظر شماره ۳۶۰۵ مورخ ۱۳۷۷/۷/۲۷؛ نظر شماره ۷۷/۲۱/۳۸۱۷ مورخ ۱۳۷۷/۹/۱؛ نظر شماره ۷۸/۲۱/۵۱۲۸ مورخ ۱۳۷۸/۵/۱۸؛ نظر شماره ۷۸/۲۱/۵۳۶۴ مورخ ۱۳۷۸/۷/۱۰؛ نظر شماره ۷۸/۲۱/۵۵۲۶ مورخ ۱۳۸۷/۸/۵؛ نظر شماره ۷۹/۲۱/۱۲۹۹ مورخ ۱۳۷۹/۹/۱۵؛ نظر شماره ۷۷/۲۱/۳۲۵۰ مورخ ۱۳۷۵/۵/۲۶).

۵.۳. نظارت شرعی مبتنی بر شکایت در دیوان عدالت اداری

با توجه به بخشی از ماده ۱۹ آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان، پرسش‌های فقهی دیوان عدالت اداری و قضات درباره مغایرت قوانین و مقررات با شرع و رسیدگی به مصوبات مغایر با موازین شرع طبق ماده ۸۷ قانون دیوان عدالت اداری مصوب سال‌های ۱۳۹۰ و ۱۳۹۲ مجلس و مجمع تشخیص (اصلاحی ۱۴۰۲/۲/۱۰ مجلس) جهت اظهار نظر به شورای نگهبان ارسال می‌شود و نظر فقهای شورا برای هیئت عمومی یا هیئت‌های تخصصی، طبق بند ۱ ماده ۸۷ قانون اصلاحی دیوان عدالت اداری، لازم‌الاتباع است و در صورت مغایرت مصوبه با شرع، بی‌درنگ نسبت به اعلام بطلان مصوبه اقدام می‌کند.

آنچه از قانون تشکیلات دیوان عدالت اداری و جمع بین اصول ۴ و ۱۷۰ برداشت می‌شود، این است که اعلام مغایرت با شرع تنها بر عهده فقهای شورای نگهبان است و حق ورود به این موضوع برای مرجع دیگری به رسمیت شناخته نشده است (قطبی، ۱۳۹۴، ص. ۱۴۱). با اینکه مرجع تشخیص مغایرت مصوبات (مقررات) مورد شکایت در دیوان عدالت اداری از حیث شرعی، فقهای شورا است و ماده ۱۹ آیین‌نامه داخلی نیز بدون اینکه تفکیکی میان قوانین و مقررات وجود داشته باشد، مرجع اعلام مغایرت قوانین و مقررات را اکثریت فقهای شورا دانسته است، فقها نسبت به آن دسته از مقرراتی که در دیوان عدالت اداری شکایت می‌شوند و مغایرت آن‌ها از حیث شرعی توسط اکثریت ایشان احراز می‌شود، «یگانه مرجع اعلام» مغایرت این مقررات شمرده نمی‌شوند؛ زیرا با توجه به بندهای ۱ و ۲ ماده ۸۷ قانون دیوان عدالت اداری (اصلاحی ۱۴۰۲/۲/۱۰)، نظر

فقه‌های شورا برای دیوان عدالت اداری ارسال و اعلام مغایرت پس از اظهارنظر از سوی فقه‌های شورا توسط این دیوان صورت می‌گیرد. براین اساس، دیوان عدالت مکلف به تبعیت از نظر فقه‌های شورا است و اعلام مغایرت مقرر با شرع از سوی دیوان در راستای عملیاتی کردن نظر فقه‌های شورا صورت می‌گیرد.

رویه نشان می‌دهد نظارت شرعی نسبت به اصول قانون اساسی حسب درخواست مراجع صالح، خطاب به آن‌ها اعلام می‌شود. تاکنون نسبت به سه اصل ۱۳ (نظر شماره ۱۷۹۴ مورخ ۱۳۶۸/۱۲/۱۵)، ۶۹ (نظر شماره ۸۷/۳۰/۲۹۳۴۹ مورخ ۱۳۸۷/۹/۳) و ۱۲۱ (نظر شماره ۷۶۰۳ مورخ ۱۳۶۵/۱۲/۶) نظارت شرعی صورت گرفته و در هر سه مورد، پاسخ به مقامات استعلام‌کننده ارسال شده است.

۴. مهلت رسیدگی فقه‌های شورا

تعیین بازه زمانی مناسب برای رسیدگی و اعلام نظر از جمله سازوکارهای لازم و ضروری برای اعمال نظارت شرعی شمرده می‌شود. این مهم در زمره اقتضائاتی است که منجر به ایجاد نظم حقوقی و پیشگیری از برهم خوردن آن می‌شود و امنیت حقوقی را نیز در پی دارد. قانون اساسی برای شورای نگهبان به‌عنوان نهاد پاسدار تقنینی از قانون اساسی و موازین اسلامی، در اصول ۹۴ و ۹۵ مهلت‌های ۱۰ و ۲۰ روزه را در نظر گرفته و ضمانت اجرای عدم اعلام مغایرت مصوبات مجلس در این بازه را، قابل اجرا شدن آن مصوبات به‌عنوان قانون دانسته است. باوجود این، ماده ۱۹ آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان، مهلت‌های مندرج در اصول یادشده را منصرف از نظارت شرعی پسینی که مبتنی بر اصل ۴ صورت می‌گیرد، دانسته است. در قانون دیوان عدالت اداری نیز برای رسیدگی فقه‌های شورا نسبت به مقررات شکایت‌شده از حیث مغایرت با شرع، بازه زمانی تعیین نشده است. در نتیجه، فقها در زمان نسبتاً طولانی از زمان شکایت اقدام به اظهارنظر شرعی بر مقررات شکایت‌شده در دیوان کرده‌اند. در این راستا، پرسش‌های مهمی شایان طرح است از جمله اینکه، آیا مهلت رسیدگی به هنجارهای مغایر با شرع باید از زمان استعلام محاسبه شود یا از زمان تصویب آن هنجار؟ آیا برای شکایت (یا استعلام) از هنجارهای حقوقی مغایر با موازین شرع نزد فقها، بازه زمانی باید به تفکیک هریک از هنجارها (قانون اساسی، قوانین عادی و مقررات و مصوبات قابل دادخواهی) تعیین شود؟ درباره نظارت خودجوش، آیا تعیین بازه زمانی

امکان‌پذیر است؟ برای پاسخ به پرسش‌های مطرح‌شده مقتضی است رویه فقهای شورا به روشنی واکاوی شود.

تعیین بازه زمانی برای نظارت شرعی با هدف نظام‌مند کردن آن منطقی است. واکاوی رویه فقها نشان می‌دهد که این نظارت، تابع بازه زمانی مشخص نبوده و نیست. از این رو برای تعیین بازه ابتدا باید به این پرسش پاسخ داده شود که آیا ملاک تعیین مهلت برای رسیدگی باید از زمان استعلام در نظر گرفته شود یا از زمان تصویب آن هنجار؟ درباره زمان استعلام می‌توان با وحدت ملاک گرفتن از اصل ۹۴ که آغاز بازه ۱۰ روزه را از زمان وصول مصوبه مجلس دانسته است، روز وصول استعلام مقامات، مراجع و اشخاص را به‌عنوان ملاک رسیدگی قرار داد. این موضوع نافی امکان رسیدگی به هنجار حقوقی توسط فقها از زمان تصویب مصوبه نخواهد بود. هرچند رسیدگی فقها متوقف بر استعلام نیست و با توجه به اعمال نظارت شرعی به دو صورت خودجوش و مبتنی بر استعلام، تعیین بازه برای بررسی و اعلام نظر اصولاً در نظارت مبتنی بر استعلام موضوعیت می‌یابد و نظارت فعال و خودجوش بنا بر اقتضا و حدوث شرایطی به تشخیص فقهای شورا صورت می‌گیرد، می‌توان برای این نوع نظارت نیز بازه زمانی پیش‌بینی کرد. در این راستا، پیشنهاد می‌شود برای پیشگیری از برهم خوردن امنیت حقوقی مخاطبان هنجار حقوقی و جلوگیری از برداشت‌های ناصواب مجریان قانون، ضمن اصلاح تبصره ۲ ماده ۲۰۱ قانون آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۰^۱ و فراز نخست ماده ۱۹ آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان مصوب ۱۳۷۹/۴/۲۲^۲، نسبت به قوانین عادی حداکثر یک سال پس از تصویب و اجرای آن قانون و نسبت به مقررات (با اولویت‌بندی از حیث اهمیت موضوع یا مرجع تصویب) حداکثر ۶ ماه از زمان تصویب آن، نظارت خودجوش از سوی فقها صورت پذیرد. بر این مبنا، با گذشت زمان یادشده تنها در صورتی که شرایط ایجاب کند یا بن‌بستی ایجاد شود که رفع آن متوقف بر نظر فقهای شورا باشد، امکان نظارت شرعی بر قوانین و مقررات از طریق استعلام وجود خواهد داشت.

۱. «شورای نگهبان نمی‌تواند پس از گذشت مهلت‌های مقرر و رفع ایراد در نوبت اول، مجدداً مغایرت مواد دیگری را که مربوط به اصلاحیه نمی‌باشد بعد از گذشت مدت قانونی به مجلس اعلام نماید "مگر در رابطه با انطباق با موازین شرعی"».

۲. «اعلام مغایرت قوانین و مقررات یا موادی از آن‌ها با شرع با توجه به اصل چهارم قانون اساسی، در هر زمان که مقتضی باشد توسط اکثریت فقهای شورای نگهبان انجام می‌یابد و تابع مدت‌های مذکور در اصل نود و چهارم قانون اساسی نمی‌باشد».

اهمیت تعیین بازه زمانی برای رسیدگی از این روست که ضمن انسجام بخشی به نظارت شرعی فقهای شورا از حیث تعیین محدوده زمانی با در نظر گرفتن ملاحظات فنی و کارشناسی مقتضی در بازه متناسب، از اجرای قواعد لازم الاجرای مغایر با موازین شرع پیشگیری شود.

در رویه کنونی نظرهایی وجود دارد که اظهار نظر فقها بین ۶ ماه تا ۱/۵ سال درباره استعلام صورت گرفته به طول انجامیده است (نظر شماره ۱۵۴۷ مورخ ۱۳۶۳/۵/۱۷؛ نظر شماره ۲۶۳۹ مورخ ۹۱/۳۰/۴۹۰۹۹؛ نظر شماره ۲۵۸۷ مورخ ۱۳۶۷/۸/۴؛ نظر شماره ۱۳۹۱/۱۰/۲۰؛ نظر شماره ۱۳۶۷/۸/۴ درباره ماده ۲۹۴ قانون امور حسبی)؛ البته فقهای شورا در مواردی نیز در بازه زمانی کوتاهی اقدام به اعلام نظر شرعی کرده‌اند (نظر شماره ۶۲۹۵ مورخ ۱۳۶۵/۴/۲۲؛ نظر شماره ۷۹/۲۱/۱۸۹۶ مورخ ۱۳۷۹/۱۲/۴؛ نظر شماره ۷۷/۲۱/۳۲۵۸ مورخ ۱۳۷۷/۵/۲۷).

افزون بر اهمیت و ضرورت تعیین زمان آغاز رسیدگی به هنجارها، توجه به نوع هنجار حقوقی نیز در تعیین مهلت رسیدگی ضروری است. برای مثال، درباره نظارت شرعی بر اصول قانون اساسی که به مراتب اهمیت بیشتری نسبت به دیگر قوانین و مقررات دارد و ترتیبات رسیدگی به آن نیز متفاوت است، مهلت بررسی باید متفاوت باشد. پیشنهاد می‌شود فقهای شورا هنگام وصول درخواست نظر شرعی درباره اصول قانون اساسی (به دلیل ادعای مغایرت اطلاق یا عموم یکی از اصول قانون اساسی با موازین شرع) نظر خود را حداکثر ظرف یک ماه اظهار کنند. مطابق رویه نیز فقها در خصوص اصل ۱۲۱، ۱/۵ ماه پس از وصول استعلام (نظر شماره ۷۶۰۳ مورخ ۱۳۶۵/۱۲/۱۶) و درباره اصل ۶۹ نزدیک یک ماه پس از وصول استعلام (نظر شماره ۸۷/۳۰/۲۹۳۴۹ مورخ ۱۳۸۷/۹/۳) نظر خود را اعلام کردند.

درباره استعلام اشخاص و مقامات ذی صلاح نسبت به قوانین و مقررات به نظر می‌رسد که بازه زمانی ۳ تا ۴ ماه در شرایط عادی برای نظارت شرعی مناسب باشد؛ همان گونه که فقهای شورا نسبت به برخی از هنجارها در این بازه زمانی نظر شرعی صادر کرده‌اند (نظر شماره ۶۵۶۷ مورخ ۱۳۶۱/۹/۲۰؛ نظر شماره ۶۵۱۷ مورخ ۱۳۶۱/۹/۱۰؛ نظر شماره ۱۶۳۴ مورخ ۱۳۵۹/۱۲/۲۶؛ نظر شماره ۹۹۸۴ مورخ ۱۳۶۶/۱۰/۲۳). از آنجاکه فقهای شورا به موجب قانون اساسی کارویژه‌های دیگری مانند نظارت بر مصوبات مجلس (موضوع اصول ۹۱ و ۹۴ تا ۹۷)، نظارت بر انتخابات ملی (اصل ۹۹) و تفسیر اصول قانون اساسی (اصل ۹۸) را نیز بر عهده دارند و اعمال این کارویژه‌ها ممکن است به دلایلی از قبیل تراکم مصوبات، هم‌زمانی با بودجه سالانه، جلسات اندک

شورا، بررسی مصوبات مفصل و حجیم، هم‌زمانی با انتخابات ملی یا لزوم اخذ نظر کارشناسی نهادهای مشورتی مانند مجمع مشورتی فقهی یا حقوقی شورای نگهبان به دلایلی مانند پیچیدگی موضوع، مستلزم صرف زمان بیشتری باشد، پیشنهاد می‌شود که این بازه تا حداکثر ظرف ۵ ماه تمدید شود. در این باره می‌توان به استعلام سازمان اوقاف و امور خیریه در خصوص گرفتن درصدی از بهای ماده معدنی در اراضی موقوفه به‌عنوان حقوق دولتی اشاره کرد (نامه شماره ۹۴/۷۷۳۱۸۸ مورخ ۱۳۹۴/۸/۲۷ و نامه شماره ۹۴/۱۱۷۸۳۸۸ مورخ ۱۳۹۴/۱۲/۲۵) که فقهای شورا پس از دریافت نظر مجمع مشورتی فقهی شورای نگهبان اقدام به اظهار نظر شرعی کردند (نظر شماره ۹۵/۱۰۰/۴۸۴ مورخ ۱۳۹۵/۲/۲۰). همچنین است نظر فقها در عدم رعایت برخی از مقررات قانونی درباره اراضی موقوفه (نظر شماره ۹۳/۱۰۲/۲۹۱ مورخ ۱۳۹۳/۲/۱).

۵. عدم محدودیت در نظارت بر هنجار واحد و امکان تجدیدنظر در نظرهای سابق

با اعمال نظارت خودجوش فقهای شورا مستند به اصل ۴ و اعلام مغایرت آیین‌نامه اجرایی قانون لغو مالکیت اراضی موات مصوب ۱۳۵۸/۵/۲۲ با موازین شرع از حیث شمول آن بر زمین‌های بایر مسبوق به احیا (نظر شماره ۷۴۹ مورخ ۱۳۵۹/۱۱/۱۴)، وزیر مسکن و شهرسازی شبهات خود را نسبت به آن نظر مطرح کرد و از فقها خواستار اعلام نظر شد. فقها بیان کردند «این نظر فقط مربوط به شمول آیین‌نامه نسبت به اراضی بایر شهری مسبوق به احیاست و به اصل قانون لغو مالکیت اراضی موات و عملیاتی که بر اساس آن انجام شده [است]، ارتباط ندارد» (نظر شماره ۹۴۷۱ مورخ ۱۳۵۹/۱۱/۱۵). پس از آن، وزیر مسکن بخش‌نامه شماره ۱/۱۵۹۷۲ مورخ ۱۳۵۹/۱۲/۴ را که بر مبنای نظر فقیهان شورا تهیه شده بود، برای فقها ارسال می‌دارد، اما فقها در خصوص بند ۳ این بخش‌نامه که مقرر کرده بود «کلیه اقدامات انجام‌شده قبلی که با رعایت دقیق قانون مذکور و آیین‌نامه اجرایی آن به عمل آمده است، به قوت خود باقی است»، تذکر دادند که «در بند ۳ اظهار نظر جناب‌عالی مورد ندارد» (نظر شماره ۱۶۳۴ مورخ ۱۳۵۹/۱۲/۲۶). در نظر دیگری، وزیر مسکن از فقها استعلامی درباره صدور گواهی عمران و ابطال سند به نفع خریدار در خصوص زمین‌های مشکوک به بایر تا تعیین تکلیف از طرف محاکم صلاحیت‌دار به عمل آورد که بخشی از آن ناظر به نظر شرعی سابق فقها درباره آیین‌نامه اجرایی قانون لغو مالکیت اراضی موات مصوب ۱۳۵۸/۵/۲۲ بود. در این راستا، فقها با حکم شرعی خواندن نظر سابق خود درباره

زمین‌های بایر مسبوق به احیا، تأیید نظر سابق خود را نسبت به استعلام مزبور اعلام کردند (نظر شماره ۳۲۹۳ مورخ ۱۳۶۰/۵/۲۹). همچنین است نظر شماره ۱۲۹۸ مورخ ۱۳۶۹/۱۰/۵ و نظر شماره ۵۱۴ مورخ ۷۶/۲۱/۰۵ مورخ ۱۳۷۶/۳/۱.

از جمله کارویژه مهم فقها، صلاحیت تجدیدنظر در نظرهای شرعی سابق خویش است. به موجب این صلاحیت، فقها می‌توانند در نظرهای شرعی سابق خود تجدیدنظر کنند. برای مثال، فقها در فرایند استعلام رئیس مجلس شورای اسلامی نسبت به تصویب‌نامه هیئت وزیران به شماره ۱۴۶۲۴/ت/۳۶۸ هـ مورخ ۱۳۷۳/۱۰/۶ اعلام کردند «تصویب‌نامه مذکور چون مستند به ماده ۱۲ قانون انتشار اسناد خزانه و اوراق قرضه مصوب سال ۱۳۴۸ و منوط به رعایت ضوابط مربوط و ترتیبات مذکور در آن قانون است و آن ماده اخذ بهره بر اوراق قرضه را جایز دانسته است، خلاف موازین شرع شناخته شد». نکته مهم اینکه، فقها در خلال بررسی این تصویب‌نامه به صورت خودجوش اقدام به نظارت بر مواد ۶، ۷، ۹، ۱۲، ۲۰، ۲۱، ۲۲، ۲۳، ۲۴ و ۲۷ قانون انتشار اسناد خزانه و اوراق قرضه مصوب سال ۱۳۴۸ کردند و ابطال آن مواد را به دلیل تجویز اخذ و پرداخت بهره بر اوراق قرضه اعلام داشتند (نظر شماره ۷۷/۲۱/۲۵۶۰ مورخ ۱۳۷۷/۱/۱۰). با گذشت ۳ سال پس از اعلام نظر، فقها به صورت خودجوش اقدام به تجدیدنظر از طریق مقید کردن اطلاق نظر قبلی خود کردند (نظر شماره ۸۰/۲۱/۲۳۸۲ مورخ ۱۳۸۰/۷/۲۲). همچنین، پس از اینکه شورای عالی قضایی در نامه‌ای با طرح این پرسش که «آیا عدم استماع دعوای طلب و دین در دادگاه با توجه به ماده ۷۳۱ و... در باب مرور زمان از قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۱۲ از قانون آیین دادرسی کیفری، مخالف با موازین شرع است یا خیر؟»، از فقهای شورا خواستار پاسخ شد، فقها در نظر خود بیان کردند «مواد مزبور که مقرر می‌دارد پس از گذشت مدتی (ده سال، بیست سال، سه سال، یک سال و غیره) دعوی در دادگاه شنیده نمی‌شود، مخالف با موازین شرع تشخیص داده شد» (نظر شماره ۷۲۵۷ مورخ ۱۳۶۱/۱۱/۲۷)، اما در نظر شماره ۳۵۰۶ مورخ ۱۳۷۱/۰۵/۱۱، اطلاق نظر سابق خود را مقید کردند. همچنین است نظر فقها در پاسخ به نامه کمیسیون اصل ۹۰ قانون اساسی در باب شمول مرور زمان رسیدگی به تخلفات قضات و صاحب‌منصبان پارک مصوب ۲۸ اسفند ۱۳۰۶ شمسی (نظر شماره ۹۹۸۴ مورخ ۱۳۶۶/۱۰/۲۳).

۶. اصلاح نظر و ارائه پیشنهاد اصلاحی و ایجابی و ارشاد استعلام‌کننده برای دریافت پاسخ

افزون بر امکان تجدیدنظر در نظرهای شرعی، ارائه پیشنهادات اصلاحی و تذکر به مراجع برای اصلاح ماده قانونی یا دستور به ابطال آن بخش از هنجار که مغایر شرع اعلام شده است برای همخوانی آن‌ها با عالی‌ترین هنجار حقوقی، یکی از سازوکارهایی است که در رویه فقها دیده می‌شود. در این راستا، می‌توان به نظر شماره ۸۵/۳۰/۱۶۹۰۸ مورخ ۱۳۸۵/۵/۱۲ اشاره کرد که به موجب آن، فقهای شورا خطاب به رئیس وقت قوه قضائیه بیان کردند «با عنایت به اینکه برخی از مراجعین به شورای نگهبان اظهار نموده‌اند که بعضی از واحدهای ثبتی نظریه مورخ ۱۳۶۴/۹/۱۹ فقهای شورای نگهبان راجع به خلاف شرع بودن و ابطال ماده ۳۴ قانون ثبت مصوب ۱۳۵۱/۱۰/۱۸ را کافی نمی‌دانند و با عنایت به حکم اصل ۴ قانون اساسی که متضمن فقد اعتبار قانونی قوانین و مقررات مغایر با موازین شرعی می‌باشد، با ارسال یک نسخه از نظریه فوق خواشمنند است مقرر فرمایید ضمن اقدام برای اصلاح ماده ۳۴ قانون مزبور، مراتب به کلیه واحدهای ثبتی و دفاتر اسناد رسمی ابلاغ گردد تا از ارتکاب خلاف شرع و قانون جلوگیری به عمل آید».

فقها درباره ماده ۵۶ قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع و تبصره آن نیز ضمن ابطال این ماده، ناظر به ماده یادشده و بند الف آن که مقرر می‌داشت «در صورتی که به نظر جنگل‌دار اعتراض نشده باشد، نظر جنگل‌دار قطعی است»، اعلام کردند «در ماده ۵۶ اصلاحی قانون مذکور، محدود نمودن پذیرش اعتراض اشخاص ذی‌نفع به یک ماه، خلاف موازین شرع و در این قسمت ماده مذکور ابطال می‌شود و بند الف این ماده بر این اساس اصلاح می‌شود» (نظر شماره ۲۶۵۰ مورخ ۱۳۶۷/۸/۴). در واقع، به موجب این نظر، بند الف ماده ۵۶ بدین صورت که «پذیرش اعتراض اشخاص ذی‌نفع محدود به یک ماه نیست» توسط فقها اصلاح شد. افزون‌براین، می‌توان به استعلام رئیس شعبه سوم دادگاه عمومی قزوین درباره الزام قاضی به تبعیت از استدلال هیئت عمومی دیوان عالی کشور موضوع قسمتی از ماده ۴۰۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی اشاره کرد. در این نظر، فقهای شورا ضمن اعلام خلاف شرع بودن اطلاق عبارت ذیل این ماده از این حیث که قاضی را ملزم کرده است که به مطلبی حکم کند که خود آن را قانونی یا شرعی نمی‌داند، پیشنهاد دادند که اگر به این صورت که «دادگاه مرجوع‌الیه با ملاحظه استدلال هیئت عمومی دیوان عالی کشور حکم مقتضی را صادر خواهد کرد» اصلاح شود،

رفع اشکال خواهد شد (نظر شماره ۱۵۳۸/۲۱/۷۹ مورخ ۱۳۷۹/۱۰/۲۰). همچنین است نظر شماره ۷۷/۲۱/۳۹۰۰ مورخ ۱۳۷۷/۹/۱۸ درباره ماده ۳ الحاقی به آیین‌نامه اصلاحی اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی که به موجب آن، فقهای شورا ضمن تذکر به رئیس وقت قوه قضائیه اعلام کردند «خلاف شرع دانستن تبصره ۳ الحاقی مزبور بنا بر این استظهار بوده [است] که توقیف نصف منزل مسکونی مقدمه فروش آن و مصرف ثمن در تأمین مهریه است و گرنه اگر تصریح شود که این توقیف مقدمه فروش فوق‌الذکر نیست و تنها مانع بی‌اعتنایی به پرداخت مهر همسر می‌باشد، اشکال شرعی برطرف خواهد شد». فقهای شورا در برخی موارد ضمن اظهار نظر شرعی، پیشنهاد اصلاح مواد قانونی در راستای انطباق با موازین شرع را ارائه می‌دهند. در خصوص تبصره ۳ ماده ۶۹ الحاقی به آیین‌نامه اصلاحی اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی نیز فقهای شورا خطاب به رئیس وقت قوه قضائیه اعلام کردند که «تبصره ۳ ماده ۶۹ که با این عبارت "در صورتی که بستانکار همسر مدیون بوده [باشد] و بابت وصول مهریه درخواست بازداشت محل سکونت او را بنماید، در این صورت حداکثر تا نصف از مالکیت مدیون بازداشت می‌شود" به آن ماده اضافه شده است، خلاف موازین شرع است. دستور فرمایید تبصره ۳ الحاقی به ماده ۶۹ ابطال گردد» (نظر شماره ۷۷/۲۱/۳۲۱۵ مورخ ۱۳۷۷/۵/۲۱).

افزون بر موارد بالا، در میان نظرهای شرعی موردی وجود دارد که فقهای شورا برای خود صلاحیت اظهار نظر درباره چگونگی تنظیم قراردادهای بانکی و ارائه پیشنهاد به منظور اصلاح این قراردادها را قائل شده‌اند. به موجب استعلام رئیس‌کل بانک مرکزی درباره اخذ جریمه ناشی از تأخیر تأدیه مطالبات بانکی‌ها از مشتریان در قراردادهای بانکی، این مقام از فقهای شورا خواستار اعلام نظر درباره یکی از بندهای این قرارداد می‌شود (نامه شماره ۳۳۶/هـ مورخ ۱۳۶۱/۲/۶ رئیس‌کل بانک مرکزی). مترتب بر این درخواست، فقیهان شورا نظر خود را در قالب عبارات اصلاحی به ریاست بانک مرکزی ابلاغ می‌کنند (نظر شماره ۴۶۵۲ مورخ ۱۳۶۱/۴/۸)، اما از آنجاکه اعمال اصلاحات توسط بانک مرکزی مطابق نظر فقهای شورا، بانک‌ها را در عمل با مشکلاتی مواجه می‌کرد، رئیس‌کل بانک مرکزی دوباره از فقها نسبت به مفاد قرارداد تنظیمی استعلام می‌کند (نامه شماره ۴۰۹۵/هـ مورخ ۱۳۶۱/۱۱/۲۸). فقها نیز تنها اصلاح یک عبارت از مفاد قرارداد را به شکل پیشنهادی (اصلاح عبارت «تسویه کامل بدهی» به عبارت «تسویه کامل

اصل بدهی» را لازم دانستند و کلیت قرارداد مزبور را مغایر شرع ندانستند (نظر شماره ۷۷۴۲ مورخ ۱۳۶۱/۱۲/۱۱).

همچنین، فقهای شورا در تبیین نظر شرعی خود به شماره ۴۱۷۹ مورخ ۷۱/۱۲/۱۶ خطاب به نماینده ولی فقیه و سرپرست سازمان اوقاف و امور خیریه در خصوص ماده ۴۷ آیین‌نامه اجرایی قانون تشکیلات و اختیارات سازمان اوقاف و امور خیریه اعلام کردند که در این نظر، تنها اطلاق ماده بالا و تبصره مغایر موازین شرع اعلام شده، اما دیوان عدالت به حکایت روزنامه رسمی، اصل ماده و تبصره را ابطال کرده است در صورتی که باید اطلاق آن را ابطال می‌کرد. از این رو به نماینده مزبور پیشنهاد دادند که یا از دیوان عدالت پرسیده شود که این نظر دیوان، ابطال اصل ماده و تبصره آن است یا اطلاق آن تا دیوان در پاسخ، رأی یادشده را اصلاح کند یا دوباره از هیئت دولت بخواهد تا ماده ۴۷ را به گونه‌ای تصویب کند که اشکال شورای نگهبان بر آن وارد نباشد (نظر شماره ۵۷۶۸ مورخ ۱۳۷۲/۱۲/۱۱). همچنین است نظر فقهای شورا درباره نظارت شرعی بر ماده ۷۱۲ قانون آیین دادرسی مدنی با موضوع الزام به پرداخت هزینه دادرسی و پیشنهاد به دستگاه قضایی مبنی بر تهیه و تصویب لایحه قضایی برای جلوگیری از پیش آمدن مشکل اجرایی درباره آن (نظر شماره ۰۲۳۵ مورخ ۱۳۶۹/۶/۱۸) و نیز ارشاد رئیس شعبه ۳۱ دیوان عالی کشور مبنی بر عمل به ماده ۲۶ لایحه مجازات جرائم نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۷۱/۳/۳ مجلس شورای اسلامی درباره ماده ۳۲۳ قانون دادرسی و کیفر ارتش (نظر شماره ۳۶۸۹ مورخ ۱۳۷۱/۸/۴).

نتیجه‌گیری

اصل ۴ قانون اساسی در راستای تضمین برتری موازین اسلامی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، صلاحیت نظارت شرعی را برای فقهای شورای نگهبان پیش‌بینی کرده است. با اینکه در این اصل، فقهای شورا تنها مرجع قانونی در اعمال نظارت شرعی بر هنجارهای حقوقی معرفی شده‌اند، اما از کیفیت و ترتیبات نظارت شرعی توسط ایشان سخنی به میان نیامده است. بر این اساس، تبیین اینکه «چه آیین و ترتیبات هنجاری برای تضمین مفاد اصل ۴ قانون اساسی مبتنی بر رویه فقهای شورای نگهبان شایان تعریف و ترسیم است»، به‌عنوان پرسش اصلی مقاله مطرح شده و پاسخ به آن با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و رویکرد تحلیل رویه چهل‌ساله فقهای شورا در نظارت شرعی

بر هنجارهای حقوقی حاکم صورت گرفته است. پس از خوانش رویه فقهای شورا و جست‌وجو در یکایک نظرهای اعلامی، رویه جاری آیین ترتیبات متعدد و مختلفی را در نظارت شرعی بر هنجارها نشان داده است. فقها در نظارت بر هنجارهای مغایر با شرع که به دو صورت خودجوش یا مبتنی بر استعمال صورت می‌گیرد، محدود به رعایت ضوابطی هستند از جمله اینکه نظارت بر هنجارهای واجد وصف کلی اعمال می‌شود و رسیدگی به تصمیمات موردی و ادعاهای مصداقی در صلاحیت ایشان نیست. برای رسیدگی در همه موارد باید درخواست خلاف شرع بودن آن هنجار باشد. بنابراین، درخواست بررسی خلاف قانون بودن آن هنجار مستقلاً قابل استماع نزد فقها نیست. برای تأمین امنیت حقوقی مردم پیشنهاد می‌شود بازه زمانی محدود و مشخصی برای اعمال نظارت شرعی بر قانون اساسی، قوانین عادی یا مقررات که ممکن است از زمان وصول استعمال صورت بگیرد یا از زمان تصویب هنجار، حسب نوع هنجار حقوقی تعیین شود. از این رو درباره اصول قانون اساسی ظرف یک ماه و در خصوص استعمال اشخاص و مقامات ذی‌صلاح نسبت به قوانین و مقررات پیشنهاد شد که ظرف سه ماه از تاریخ استعمال که تا حداکثر ظرف پنج ماه شایان تمدید است، اظهار نظر صورت پذیرد. همچنین، شایسته است که فقهای شورا در نظارت خودجوش بر قوانین و مقررات به ترتیب در بازه یک‌ساله و شش‌ماهه از زمان تصویب و اجرای قوانین و مقررات، نظارت خودجوش خود را اعمال کنند.

گفتنی است این نظارت از حیث کمی و تعداد نظارت بر موضوع واحد، تابع محدودیت نیست و امکان تجدیدنظر در آن و اصلاح وجود دارد. با وجود این، مقتضی است که فقها در اعلام نظر خود مبنی بر بی‌اعتباری مصوبه ناظر به مرجع و مخاطب اعلام نظرهای شرعی، به غیر قابل اجرا و استناد بودن مصوبه به لحاظ مغایرت با موازین شرع نیز تصریح کنند. همچنین، در مواردی که اظهار نظر مبتنی بر استعمال است، افزون بر اعلام به مرجع استعمال‌کننده، نظرهای شرعی هم‌زمان به روزنامه رسمی ارسال شوند. در مواردی که نظارت شرعی به صورت خودجوش است، افزون بر اعلام به روزنامه رسمی، درباره قوانین به مجلس شورای اسلامی و رئیس‌جمهوری و در مورد مقررات حسب مورد به مرجع واضح مقرر یا رئیس‌جمهوری منعکس شود. ضرورت دارد شورای نگهبان با تجدیدنظر در آیین‌نامه داخلی خود، آیین نظارت شرعی فقهای شورا را در راستای تحقق ذیل بند ۲ سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری مبنی بر «ایجاد سازوکار لازم برای تضمین اصل ۴ قانون اساسی» به طور دقیق تعیین کند.

منابع

- ۱) آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان، مصوب ۱۳۷۹.
- ۲) سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری ابلاغی مقام معظم رهبری، مصوب ۱۳۹۸.
- ۳) قانون آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی، مصوب ۱۳۷۹/۰۱/۲۰.
- ۴) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مصوب سال ۱۳۵۸ و بازنگری سال ۱۳۶۸.
- ۵) قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، مصوب سال ۱۳۹۰ مجلس شورای اسلامی و سال ۱۳۹۲ مجمع تشخیص مصلحت نظام.
- ۶) قانون دیوان عدالت اداری، اصلاحی ۱۴۰۲/۰۲/۱۰.
- ۷) اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۴). صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلدهای ۱ و ۲). چاپ ۱، تهران.
- ۸) ارسطا، محمدجواد (۱۳۹۶). گستره نظارت شرعی شورای نگهبان در اصل چهارم قانون اساسی؛ نسبت‌سنجی اصول چهارم و یک‌صد و دوازدهم قانون اساسی. فصلنامه حقوق اسلامی، دوره ۱۴، شماره ۵۵، صص. ۵۹-۸۲.
- ۹) پروین، خیرالله (۱۳۹۴). جستاری بر اندیشه دادرسی اساسی در جهان. مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۶، شماره ۱، صص. ۶۱-۸۳. doi:10.22059/jcl.2015.54401
- ۱۰) جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۰). ترمینولوژی حقوق. چاپ ۲۳، تهران: گنج دانش.
- ۱۱) جلالی، محمد و یآوری، اسدالله (۱۳۹۹). درآمدی بر حقوق اساسی. چاپ ۱، تهران: میزان.
- ۱۲) حاجی علی‌خمسه، مرتضی و همکاران (۱۳۹۹). سازوکار مطلوب نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی. دانش حقوق عمومی، سال ۹، شماره ۳۰، صص. ۵۰-۲۵. doi:10.22034/qjplk.2020.207
- ۱۳) خامنه‌ای، سیدمحمد (۱۳۶۹). اصل چهارم قانون اساسی. کانون وکلا، شماره ۱۵۲ و ۱۵۳، صص. ۷-۴۲.
- ۱۴) طاهری، آزاده‌السادات و رجب، محمدعلی (۱۳۹۳). آثار عدم صلاحیت در حقوق کیفری در پرتوی آموزه‌های حقوق عمومی. مجله پژوهش‌های حقوق جزا و جرم‌شناسی، شماره ۴.
- ۱۵) طلابکی، اکبر و ابریشمی راد محمدامین (۱۳۹۲). بررسی ماهیت نظرات شورای نگهبان. فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال ۲، شماره ۶، صص. ۱-۲۱.
- ۱۶) غمامی، محمدمهدی و همکاران (۱۳۹۵). دادرسی اساسی تطبیقی؛ مطالعه مبانی، ساختارها و صلاحیت‌های نهاد دادرسی اساسی. چاپ ۲، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.

- ۱۷) فتحی، محمد و کوهی اصفهانی، کاظم (۱۳۹۷). نظرات شرعی فقهای شورای نگهبان بر اساس اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران. چاپ ۱، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
- ۱۸) فلاح‌زاده، علی‌محمد و درویش‌متولی، میثم (۱۳۹۲). نظارت شورای نگهبان بر قوانین مصوب پیش از انقلاب و شورای انقلاب. دانش حقوق عمومی، شماره ۵، صص. ۱۰۳-۱۲۲.
- ۱۹) قائم‌مقام فراهانی، محمدحسین (۱۳۸۴). صلاحیت در رسیدگی به امور مدنی. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۸، صص. ۱۵۷-۱۷۸.
- ۲۰) قطبی، میلاد (۱۳۹۴). جایگاه و صلاحیت‌های دیوان عدالت اداری در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران با نگاهی به نظرات شورای نگهبان. چاپ ۱، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
- ۲۱) کعبی، عباس (۱۳۹۴). تحلیل مبانی جمهوری اسلامی ایران مبتنی بر اصول قانون اساسی (جلد ۱). چاپ ۱، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
- ۲۲) مرادخانی، فردین و فتحی، یونس (۱۳۹۷). رابطه دموکراسی و دادرسی اساسی (مطالعه موردی آمریکا). دانش حقوق عمومی، شماره ۲۰، صص. ۱-۲۲.
- ۲۳) مظهری، محمد و مرندی، سمیه (۱۳۹۷). بررسی آثار حقوقی مترتب بر تمایز صلاحیت در حقوق عمومی و اهلیت در حقوق خصوصی. دوفصلنامه علمی دانش حقوق مدنی، دوره ۷، شماره ۱.
- ۲۴) موسی‌زاده، ابراهیم (۱۳۸۹). تحلیل فرجام‌شناختی از اصل چهارم قانون اساسی. فصلنامه حقوق، دوره ۴۰، شماره ۲، صص. ۳۲۵-۳۴۳.

References

- 1) Āyīn-Nāme-ye Dākeli-ye Šorā-ye Negahbān, Mošavvab 1379 SH [Internal Regulations of the Guardian Council, Approved in 1379 SH].
- 2) Qānūn-e Asāsī-ye Jomhūrī-ye Eslāmī-ye Īrān, Mošavvab Sāl-e 1358 SH va Bāz-Negarī Sāl-e 1368 SH [Constitution of the Islamic Republic of Iran, Approved in 1358 SH and Revised in 1368 SH].
- 3) Qānūn-e Āyīn-Nāme-ye Dākeli-ye Majles-e Šorā-ye Eslāmī, Mošavvab 1379 SH [Law of the Internal Regulations of the Islamic Consultative Assembly, Approved in 1379 SH].
- 4) Qānūn-e Dīvān-e ‘Adālat-e Edārī, Ešlāhī 1402 SH [Law of the Administrative Justice Court, Amended in 1402 SH].
- 5) Qānūn-e Teškīlāt va Āyīn-e Dādresī-ye Dīvān-e ‘Adālat-e Edārī, Mošavvab Sāl-e 1390 SH Majles-e Šorā-ye Eslāmī va Sāl-e 1392 SH Majma‘-e Taškīš-e Mašleḥat-e Nežām [Law of the Organization and Procedure of the Administrative Justice Court, Approved in 1390 SH by the Islamic Consultative Assembly and in 1392 SH by the Expediency Discernment Council].
- 6) Siāsāt-hā-ye Kolī-ye Nežām-e Qānūn-Gozārī Eblāghī Moqām-e Mo‘azzam-e Rahbarī, Mošavvab 1398 SH [General Policies of the Legislative System Issued by the Supreme Leader, Approved in 1398 SH].
- 7) Araštā, Moḥammad-Javād (1396 SH). Gostare-ye Nežārat-e Šar‘ī-ye Šorā-ye Negahbān dar Asl-e Čahārom-e Qānūn-e Asāsī; Nesbat-Sanjī-ye Asole-Čahārom va Yek-Šad va Davāzdahom-e Qānūn-e Asāsī [The Scope of the Guardian Council’s Jurisprudential Supervision in Article Four of the Constitution; Comparison of Article Four and Article One Hundred and Twelve of the Constitution]. Faslnāme-ye Hoqūq-e Eslāmī [Journal of Islamic Law], Vol. 14, No. 55, pp. 59-82 [in Persian].
- 8) Edāre-ye Kol-e Omūr-e Farhangī va Ravabāte-e ‘Omūmī-ye Majles-e Šorā-ye Eslāmī (1364 SH). Šūrat-e Mošroh-e Mozākerāt-e Majles-e Barrasī-ye Nahāyī-ye Qānūn-e Asāsī-ye Jomhūrī-ye Eslāmī-ye Īrān (Jeld-hā-ye 1 va 2) [General Directorate of Cultural Affairs and Public Relations of the Islamic Consultative Assembly (1364 SH). Detailed Report of the Assembly’s Final Review of the Constitution of the Islamic Republic of Iran (Volumes 1 and 2)]. 1st ed., Tehrān [in Persian].
- 9) Falāḥ-Zāde, ‘Alī-Moḥammad and Darviš-Metūli, Meyṭam (1392 SH). Nežārat-e Šorā-ye Negahbān bar Qavānīn-e Mošavvab Peš az Enqelāb va Šorā-ye Enqelāb [The Guardian Council’s Supervision over the Laws Approved before the Revolution and the Council of Revolution]. Dāneš-e Hoqūq-e ‘Omūmī [Public Law Knowledge], No. 5, pp. 103-122 [in Persian].
- 10) Fathī, Moḥammad and Kūhī Ešfahānī, Kāzem (1397 SH). Nežārat-e Šar‘ī-ye Foqahā-ye Šorā-ye Negahbān bar Asās-e Čahārom-e Qānūn-e Asāsī-ye Jomhūrī-ye Eslāmī-ye Īrān [The Jurisprudential Opinions of the Guardian Council’s Jurists on the Basis of Article Four of the Constitution of the Islamic Republic of Iran]. 1st ed., Tehrān: Pažūheškade-ye Šorā-ye Negahbān [in Persian].

- 11) Ġamāmī, Moḥammad-Mehdī et al. (1395 SH). Dādresī-ye Asāsī Tatbīqī; Moṭāle'e-ye Mobānī, Sāktār-hā va Šalāḥiyat-hā-ye Nehād-e Dādres-e Asāsī [Comparative Constitutional Jurisdiction; A Study of the Foundations, Structures and Competencies of the Constitutional Jurisdiction Institution]. 2nd ed., Tehrān: Pažūheškade-ye Šorā-ye Negahbān [in Persian].
- 12) Hāji 'Alī Ḳamsa, Mortazā et al. (1399 SH). Sāzūkār-e Moṭlab-e Nežārat-e Šar'ī-ye Foqahā-ye Šorā-ye Negahbān bar Mošavvabāt-e Šorā-ye 'Ālī-ye Enqelāb-e Farhangī [The Desirable Mechanism of the Jurisprudential Supervision of the Guardian Council's Jurists on the Resolutions of the Supreme Council of the Cultural Revolution]. Dāneš-e Ḥoqūq-e 'Omūmī [Public Law Knowledge], Vol. 9, No. 30, pp. 25-50. doi:10.22034/qjplk.2020.207 [in Persian].
- 13) Ja'farī Langarūdi, Moḥammad-Ja'far (1390 SH). Terminology-e Ḥoqūq [Legal Terminology]. 23rd ed., Tehrān: Ganj-e Dāneš [in Persian].
- 14) Jalālī, Moḥammad and Yāvarī, Asad-Allāh (1399 SH). Darāmādī bar Ḥoqūq-e Asāsī [An Introduction to Fundamental Rights]. 1st ed., Tehrān: Mizān [in Persian].
- 15) Ka'bī, 'Abbās (1394 SH). Taḥlīl-e Mobānī-ye Jomhūrī-ye Eslāmī-ye Īrān Mobtonī bar Asol-e Qānūn-e Asāsī (Jeld 1) [Analysis of the Foundations of the Islamic Republic of Iran Based on the Principles of the Constitution (Volume 1)]. 1st ed., Tehrān: Pažūheškade-ye Šorā-ye Negahbān [in Persian].
- 16) Ḳāmene'ī, Sayyed Moḥammad (1369 SH). Asl-e Čahārom-e Qānūn-e Asāsī [Article Four of the Constitution]. Kānūn-e Vokalā [Lawyers' Association], Nos. 152 and 153, pp. 7-42 [in Persian].
- 17) Mažharī, Moḥammad and Marnedī, Samīye (1397 SH). Barrasī-ye Āṭār-e Ḥoqūqī Motarattab bar Tamāyoz-e Šalāḥiyat dar Ḥoqūq-e 'Omūmī va Aḥaliyat dar Ḥoqūq-e Ḳošuši [An Examination of the Legal Effects of the Distinction between Competence in Public Law and Capacity in Private Law]. Dofašnāme-ye 'Elmī Dāneš-e Ḥoqūq-e Madanī [Biannual Scientific Journal of Civil Law Knowledge], Vol. 7, No. 1 [in Persian].
- 18) Morādḳānī, Ferdīn and Fathī, Yūnes (1397 SH). Rābeṭe-ye Demokrāsī va Dādresī-ye Asāsī (Moṭāle'e-ye Mordī Āmrikā) [The Relationship between Democracy and Constitutional Jurisdiction (A Case Study of America)]. Dāneš-e Ḥoqūq-e 'Omūmī [Public Law Knowledge], No. 20, pp. 1-22 [in Persian].
- 19) Mūsa-Zāde, Ebrāhīm (1389 SH). Taḥlīl-e Farjam-Šenāktī az Asl-e Čahārom-e Qānūn-e Asāsī [A Consequential Analysis of Article Four of the Constitution]. Faslnāme-ye Ḥoqūq [Journal of Law], Vol. 40, No. 2, pp. 325-343.
- 20) Parvīn, Ḳeyr-ollāh (1394 SH). Jostārī bar Andīše-ye Dādresī-ye Asāsī dar Jahān [An Inquiry into the Thought of Constitutional Jurisdiction in the World]. Moṭāle'āt-e Ḥoqūq-e Tatbīqī [Comparative Law Studies], Vol. 6, No. 1, pp. 61-83. doi:10.22059/jcl.2015.54401 [in Persian].
- 21) Qā'em-Moqām Farāhānī, Moḥammad-Ḥosayn (1384 SH). Šalāḥiyat dar Resīdgī be Omūr-e Madanī [Competence in Civil Affairs]. Majalle-ye Dāneškade-ye Ḥoqūq va 'Olūm-e Siāsī [Journal of Faculty of Law and Political Science], No. 68, pp. 157-178 [in Persian].

- 22) Qoṭbī, Milād (1394 SH). Jāyghāh va Ṣalāḥīyat-hā-ye Dīvān-e ‘Adālat-e Edārī dar Nezām-e Ḥoqūqī-ye Jomhūrī-ye Eslāmī-ye Īrān bā Negāhī be Nezārāt-e Šorā-ye Negahbān [The Position and Competencies of the Administrative Justice Court in the Legal System of the Islamic Republic of Iran with a Look at the Opinions of the Guardian Council]. 1st ed., Tehrān: Pažūheškade-ye Šorā-ye Negahbān [in Persian].
- 23) Ṭāherī, Āzāde-al-Sādāt and Rajab, Moḥammad-‘Alī (1393 SH). Āṭār-e ‘Adam-e Ṣalāḥīyat dar Ḥoqūq-e Keyfarī dar Portū-ye Āmūze-hā-ye Ḥoqūq-e ‘Omūmī [The Effects of Incompetence in Criminal Law in the Light of Public Law Teachings]. Majalle-ye Pažūheš-hā-ye Ḥoqūq-e Jazā va Jorm-Šenāsī [Journal of Criminal Law and Criminology Research], No. 4 [in Persian].
- 24) Ṭalābkī, Akbar and Abrišamī Rād Moḥammad-Amīn (1392 SH). Barrasī-ye Māhīyat-e Nezārāt-e Šorā-ye Negahbān [An Examination of the Nature of the Guardian Council’s Opinions]. Faslnāme-ye Dāneš-e Ḥoqūq-e ‘Omūmī [Journal of Public Law Knowledge], Vol. 2, No. 6, pp. 1-21 [in Persian].
- 25) <http://nazarat.shora-rc.ir/Default.aspx>

Foundations, Functions, and Place of Ethical Principles of Judicial Interpretation in the Iranian Legal System

Ahmad Ehsani Far · Assistant Professor, Judiciary Research Institute, Tehran, Iran.
(Corresponding Author) ehsanifarahmad@gmail.com

Hosein Hooshmand Firuzabadi · Associate Professor, Research Institute of Hawzah and
University, Qom, Iran. hooshmand@rihu.ac.ir

Abstract

1. Introduction

This article delves into the intricate relationship between law and ethics within the Iranian legal system, exploring the foundations, functions, and significance of ethical principles in the judicial interpretation process. The interdependence of law and ethics is a central theme, emphasizing that a proper understanding of the law often requires consideration of ethical norms. The article navigates through various legal theories, highlighting the debates surrounding the use of ethical arguments in judicial interpretation.

2. Research Question

The primary inquiry guiding this research is: what is the extent of the influence of ethical principles on judicial interpretation within the Iranian legal context?

3. Research Hypothesis

We hypothesize that ethical considerations play a crucial role in shaping judicial interpretation, acting as a guiding force for legal practitioners in aligning legal outcomes with moral values. The hypothesis posits that the integration of ethical reasoning in the interpretation process contributes to a more just and equitable legal system.

4. Methodology & Framework, if Applicable

This research adopts a multidisciplinary approach, drawing from legal philosophy, psychology, and historical analysis. The methodology



involves a comprehensive review of legal texts, scholarly writings, and jurisprudential sources, coupled with an exploration of the perspectives of prominent legal philosophers such as Georges Ripert and Ronald Dworkin. The framework for analysis includes an examination of historical legal practices, linguistic considerations, and the psychological impact of ethical reasoning on judicial decision-making.

5. Results & Discussion

The study unfolds with an exploration of the historical and linguistic ties between law and ethics, establishing that throughout history, the two have been intrinsically linked. Even positivist legal theorists, who deny any necessary connection between law and ethics, acknowledge the historical interplay between these domains. Furthermore, the linguistic dimension reveals that legal terms and phrases often carry ethical connotations, necessitating a judge's reliance on ethical principles for accurate interpretation.

Addressing the debate between legal positivism and its critics, the paper introduces the concept of "ethical positivism," suggesting that ethical reasoning is not only permissible but essential for ensuring justice in legal interpretation. It recognizes a middle ground that advocates for the judicious use of ethical arguments in certain cases, allowing courts to consider ethical principles in tandem with legal norms to achieve just outcomes.

The research then delves into the perspectives of legal philosophers Georges Ripert and Ronald Dworkin, both of whom have profoundly influenced legal thought. Ripert emphasizes the significance of justice over mere adherence to legal rules, underscoring the judge's commitment to ethical principles even in the absence of explicit legal provisions. Dworkin, on the other hand, advocates for an interpretative approach that reconciles past legal doctrines with societal ethics, positing that judges should strive for consistency and alignment with ethical values in their interpretations.

The paper proceeds to discuss the five dependencies identified between law and ethics: historical, linguistic, ontological, existential, and psychological. Each dependency sheds light on the intricate connections between these two realms and emphasizes the significance of ethical considerations in legal interpretation.

6. Conclusion

In conclusion, the paper underscores that ethical principles are integral to the proper functioning of the Iranian legal system. While legislation aims to regulate ethical conduct, relying solely on legal ethics is insufficient for achieving the broader goal of ethical transformation within society. The importance of ethical considerations in both the legislative and interpretative stages is emphasized, highlighting the need for a comprehensive approach that integrates ethical principles into the entire legal process.

The research concludes by asserting that ethics in judicial interpretation serves as a vital mechanism for shaping societal relations. Grounded in constitutional principles and Islamic norms, the Iranian legal system provides a suitable foundation for the integration of ethical reasoning in legal interpretation. The study contends that, according to legal and jurisprudential foundations, deducing legal judgments from legal texts based on ethical principles is not only feasible but imperative for fostering a just and equitable legal system.

This research contributes to the ongoing discourse on the intersection of law and ethics, providing insights into the practical applications of ethical reasoning in judicial interpretation within the Iranian legal context. The multidisciplinary approach and comprehensive analysis aim to bridge the gap between theoretical discussions and practical implications, offering valuable perspectives for both legal scholars and practitioners.

Keywords: Legal Interpretation, Judicial Interpretation, Islamic Criteria, Credible Islamic Sources, Virtuous Ethics.

مبانی، کارکردها و جایگاه اصول اخلاقی حاکم بر تفسیر قضایی در نظام حقوقی ایران

احمد احسانی فر • استادیار، پژوهشگاه قوه قضائیه، تهران، ایران. (نویسنده مسئول) ehsanifarahmad@gmail.com
حسین هوشمند فیروزآبادی • دانشیار، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، قم، ایران. hooshmand@rihu.ac.ir

چکیده

چنانچه نظام حقوقی یک کشور نیاز جامعه خویش به زیست اخلاق مدار را باور داشته باشد، چه در وهله کشف قواعد حقوقی از منابع و مبانی، چه در وهله بیان و وضع قواعد در قالب تقنین، و چه در وهله تفسیر قواعد موضوعه در مرحله اجراء، لاجرم جایگاه صحیح «عنصر اخلاق» را در همه مراتب پیش‌گفته منظور می‌نماید. ارباب دانش را دور از نظر نیست که نظام حقوقی ایران، «موازن اسلامی» را مبنای وضع قانون قلمداد کرده و «منابع معتبر اسلامی» را مبنای تفسیر قانون می‌داند. با توجه به اینکه بخش مهمی از «موازن اسلامی» و «منابع معتبر اسلامی» به دانش اخلاق و بیان گزاره‌ها، هنجارها و استدلال‌ات اخلاقی اختصاص یافته است، بایسته است که نقش محوری مؤلفه‌های اخلاقی در مراحل کشف قواعد، بیان قواعد در قالب تقنین و النهایه تفسیر قواعد در مرحله اجرای آن را استخراج و تبیین کرد. مشخص است که مخاطب بحث در دو مرحله نخست، قانون‌گذاران و مخاطب مرحله اخیر دادرسان و قضات در اجرای قواعد می‌باشند، اگر چه به نظر می‌رسد دادرسان با تبیین اخلاقی قانون می‌توانند باعث ایجاد قاعده حقوقی بر پایه قواعد اخلاقی گردند و بدین ترتیب در مراحل نخست نیز نقش‌آفرینی کنند. مقاله پیش‌رو درصدد برآمده است تا با تبیین ضرورت تفسیر اخلاقی از قوانین و استنباط قانون بر مدار گزاره‌های اخلاقی، در ابتدا مبانی قانونی امکان تمسک به تفسیر اخلاقی از قوانین و بلکه ضرورت فهم و تفسیر اخلاقی از قوانین را مبتنی بر نظام قانونی ایران و مبانی فقهی اثبات نماید و در ادامه، کارکردهای قابل توجه بکارگیری اخلاق در تفسیر قانون و استنباط حکم حقوقی بر مبنای اخلاق را به مخاطب نشان داده، و در نهایت مظان و جایگاه‌های عمده بکارگیری اخلاق در تفسیر قانون و همچنین روش بکارگیری آن را تقییح و صورت‌بندی نماید.

واژگان کلیدی: تفسیر قانون، تفسیر قضایی، موازن اسلامی، منابع معتبر اسلامی، اخلاق حسنه.



مقدمه

قانون و اخلاق به چند دلیل به یکدیگر وابسته هستند و با یکدیگر ترابط و تعامل دوسویه (تعاطی) برقرار می‌کنند و به علت همین پیوندهاست که فهم درست قانون در بسیاری موارد بدون توجه به هنجارهای اخلاقی میسر نیست و ضرورت به‌کارگیری اخلاق در فرایند تفسیر قضایی نیز از همین مطلب نشئت می‌گیرد.

مکاتب حقوقی گوناگون، نظریات مختلفی را در ارتباط با جواز به‌کارگیری استدلال اخلاقی در تفسیر قضایی مطرح کرده‌اند. پوزیتیویسم افراطی حقوقی، هرگونه فرصت استدلال اخلاقی در استنباط حقوقی و تفسیر قضایی را انکار می‌کند. در مقابل، مخالفان پوزیتیویسم بر این تأکید دارند که بهره‌مندی از استدلال‌های اخلاقی به مقتضای عدالت، جزو تعهدات دادگاه‌ها به شمار می‌رود. میان این دو نظریه، نظریه بینابین و معتدل‌تری وجود دارد که معتقد است استفاده از استدلال اخلاقی در بعضی موارد و نه همه موارد، برای استنتاج حقوقی لازم و ضروری است. این دیدگاه به محاکم اجازه می‌دهد که در حوزه تفسیر قانون با توجه به اقتضای نظام حقوقی، از استدلال اخلاقی برای تعیین نتایج حقوقی استفاده کنند (ا. شینر، ۱۳۸۳، ص. ۹۹).

ژرژ ریبر و رونالد دورکین از جمله فیلسوفان حقوقی هستند که بر تأثیر کلان مضامین اخلاقی بر فرایند دادرسی و صدور حکم صحه نهاده‌اند. بر اساس «مکتب روان‌شناسی حقوقی» که ریبر در کتاب قاعده اخلاقی در تعهدات مدنی آن را بنا کرده است، حقوق در فنی‌ترین قواعد خود تحت نفوذ اخلاق قرار دارد و اخلاق چنان در میان حقوق موضوعه گردش می‌کند که خون در بدن. از دیدگاه ریبر، دادرسی همه ندهای گوناگونی را که در صدد تلقین رأی به او هستند، می‌شنود، اما بیش از همه نسبت به رعایت قانون اخلاقی و اجرای عدالت حساس است. او بیشتر شیفته انصاف است تا منافع و مصالح عمومی. حتی در مواردی که قانون‌گذار متوجه نبوده است که اجرای قاعده حقوقی در پاره‌ای موارد منجر به تجاوز به اخلاق می‌شود، دادرسی احترام به قانون اخلاقی را بر آن قاعده حقوقی تحمیل می‌کند (قربان‌نیا، ۱۳۷۶ و ۱۳۷۷، صص. ۳۹۵-۳۹۷).

از جمله حقوق‌دانانی که بر تأثیر فراوان اخلاق بر تفسیر قضایی پافشاری می‌کند، رونالد دورکین است. او عمل و استدلال حقوقی را اساساً از وادی تفسیر معرفی می‌کند. در این دیدگاه که کاملاً تحت تأثیر جریان تفسیرگرایی (هرمنوتیک) قرن ۲۰ است، استدلال حقوقی به‌جای آنکه فقط به توصیف یا قضاوت درباره تاریخ حقوق بنشیند، به تفسیر آن اقدام می‌کند. این دیدگاه به

دنبال گونه‌ای از صورت‌بندی دوباره آرای حقوقی گذشته است که با واقعیات تاریخ حقوق بیشترین سازگاری منطقی را داشته و از بالاترین جذابیت اخلاقی برخوردار باشد. واقعیات تاریخی از منظر دورکین عبارت‌اند از قوانین مصوب قانون‌گذاران گذشته، احکام قطعی صادرشده توسط دادرسان پیشین و از همه مهم‌تر، سنت‌های اخلاقی جامعه. دورکین معتقد است با پذیرش نگاه تفسیری، ناگزیر نگاه اخلاقی دادرس بر چگونگی تفسیر او تأثیرگذار است و در میان تفاسیر گوناگونی که امکان ارائه دارند، دادرس باید به سمتی برود که این رویکردهای ارزشی اقتضای آن را داشته باشد. از این رو او در تفسیر قانون به هم‌گرایی قانون با آرای پیشین و اصول اخلاقی تأکید می‌کند (برهانی، ۱۳۹۵، صص. ۱۶۰ و ۱۶۱). دست‌کم پنج وابستگی میان اخلاق و قانون مشاهده می‌شود که می‌توان آن‌ها در صور زیر صورت‌بندی کرد.

تعامل نخست میان قانون و اخلاق، وابستگی تاریخی است. در طول تاریخ همواره قانون و اخلاق با یکدیگر رابطه و تعامل داشته‌اند و در این مطلب تردید و مناقشه‌ای وجود ندارد. حتی اثبات‌گرایان حقوقی که منکر هرگونه رابطه ضروری میان اخلاق و حقوق‌اند نیز چنین رابطه تاریخی را انکار نمی‌کنند.

تعامل دوم میان قانون و اخلاق، وابستگی زبان‌شناسانه است. بدین معنا که بسیاری از واژه‌ها و عبارات موجود در قوانین تنها با فرهنگ‌واره‌های حقوقی تحلیل‌شدنی نیست؛ زیرا از علم اخلاق عاریت گرفته شده است. از این رو قاضی برای تفسیر و تحلیل مفاد قانون در این موارد، ناچار است که از اخلاق کمک بستاند؛ عباراتی مانند مسئولیت، تعهد، وفای به عهد، عدالت و انصاف.

سومین تعامل میان قانون و اخلاق، وابستگی وجودشناسانه است. بسیاری از هنجارها و ارزش‌های حقوقی موجود در قانون به لحاظ وجودی تابع امر و نهی‌های اخلاقی و از آموزه‌های اخلاقی سرچشمه گرفته‌اند. بدین معنا که منشأ الزام‌گزاره‌های حقوقی، احکام اخلاقی است. تحت این شرایط، تفسیر منطقی قانون توسط قضات ایجاب می‌کند که هنجارهای اخلاقی مدنظر قاضی قرار داشته باشد.

چهارمین تعامل میان قانون و اخلاق، وابستگی روان‌شناسانه است. داوران و احکام قضایی به‌خودی‌خود محرک و برانگیزاننده نیستند و انگیزه لازم برای عمل به این احکام تنها از راه

باورهای اخلاقی تأمین می‌شود. از این رو تضاد این احکام با گزاره‌های اخلاقی عامل محرک و برانگیزاننده طرفین خصومت برای تبعیت از مفاد حکم را از بین می‌برد. بنابراین، قاضی دست‌کم برای اجرایی‌شدن احکام خویش و تبعیت صاحبان نزاع از این احکام نیازمند در نظر گرفتن مضامین اخلاقی است. احکام قضایی وقتی با تصدیق فطری مردم و گزاره‌های اخلاقی که ریشه در مذهب، عقل و شهودهای درونی دارد، در تقابل قرار گیرد، باعث تعارضات عمیق و از میان رفتن آرامش افراد می‌شود. کامیابی نظام قضایی که بر این تعارضات دامن می‌زند، به شدت مورد تردید است. تعبیر پاتریک دولین در این زمینه جالب است. از نظر او، ضوابط اخلاقی در جامعه مانند سیمان موجود در ساختمان است؛ تضعیف این ضوابط امکان فروپاشی جامعه را به همراه دارد (برهانی، ۱۳۹۵، ص. ۲۱۱).

پنجمین تعامل میان قانون و اخلاق، وابستگی غایت‌انگارانه است. اخلاق هدف و غایت حقوق است و مواد قانونی باید در راستای این هدف تفسیر شوند. از این رو مواد قانونی باید با سمت‌وسوی اخلاقی تفسیر شوند و به‌عنوان پلی برای وصول به این اهداف قلمداد شوند. در واقع، بخش عمده‌ای از اخلاقی زیستن شهروندان در جامعه متکی به اخلاقی بودن آرای قضایی است. بر این اساس، هرگاه اعمال یک قاعده حقوقی یا ماده قانونی در دعوی مدنی یا کیفری، نقضی آشکار بر اخلاق روا دارد و حکم مزبور را به غیر اخلاقی بودن متصف کند، قاضی باید با تفسیر اخلاقی قواعد و قوانین، سعی در نفی یا تغییر آن کند. اهمیت این مطلب آنگاه بیشتر رخ عیان می‌کند که کمتر قاعده حقوقی یا ماده قانونی را می‌توان یافت که قابلیت تفسیر و اجرا به صورت حکمی غیر اخلاقی و ظالمانه را نداشته باشند.

زمان و مکان در تشخیص اخلاقیات قضاوت نقش بسزایی دارد. همان‌گونه که صاحب جواهر درباره آداب قضاوت به این مطلب تصریح می‌کند که بسیاری از آدابی که در متون فقهی مطرح شده است، فاقد دلیل شرعی و مأخوذ از سنن رایج در عصر و مکان زیست فقیه هستند. با این حال، فقیهان درباره این آداب کمترین تردیدی به خود راه نداده‌اند. صاحب جواهر دلیل این اقدام فقیهان را با کمی تردید این‌گونه توجیه می‌کند که استحباب اخلاقی نیاز به دلیل شرعی خاص ندارد و همین قدر که اصل اخلاق مشروعیت داشته باشد، کفایت می‌کند. برای همین، تسامح در استحبابات اخلاقی فراتر از تسامح در ادله سنن است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، صص. ۷۲ و ۷۳). می‌توان گفت اخلاقیات قضاوت که در نصوص شرعی بدان تصریح شده است، از باب ذکر مصادیق هستند و

جنبه حصری ندارند.

از آنجاکه دادرسی موظف به حل و فصل دعوا بر مبنای قوانین و مقررات است، دائماً با متون قانونی سروکار دارد و مجری قانون شمرده می‌شود. اجرای قانون حتی در فرض نبود ابهام و اجمال در مفاد آن، نیازمند تفسیر است. بنابراین، تکلیف قاضی به رفع خصومت لاجرم مستلزم تفسیر قانون است. این تفسیر که به تفسیر قضایی شهرت دارد، بر اساس شیوه‌ها و پیش‌انگاره‌های گوناگونی انجام می‌گیرد. هریک از مکاتب و نظام‌های حقوقی شیوه‌ای از تفسیر قوانین را مورد پذیرش قرار داده‌اند. این شیوه‌های تفسیری در بردارنده مؤلفه‌هایی هستند که قاضی در تفسیر خویش باید بدان وفادار بماند. یکی از این مؤلفه‌ها، مفاهیم اخلاقی است که نقش آن در تفسیر قضایی از منظر مکاتب و نظام‌های حقوقی گوناگون، با اختلاف آرا و انظار مواجه شده است. مقاله پیش رو در صدد بررسی و تبیین نقش اخلاق در تفسیر قضایی مواد قانونی است که از آن با عنوان اصول اخلاقی تفسیر قضایی نسبت به قوانین یاد می‌شود.

با هدف غایتمندی کارکردی مقاله و داشتن کارایی عینی و کارکردهای عملیاتی، مقاله پیش رو مباحث نظری و مبانی فلسفی در باب تعاملات اخلاق و حقوق را رها می‌کند و به آشکارسازی کارکردهای عملی کاربست اخلاق در تفسیر قانون و جایگاه‌های عینی و ملموس این کاربست و شیوه و روش و چگونگی آن می‌پردازد تا ثمر، اثر و فایده کارکردی به‌کارگیری اخلاق در تفسیر قانون در مقام عمل و فراتر از تئوری‌های صرف فلسفی مشخص شود.

۱. لزوم تفسیر قانون توسط دادرسان

تفسیر قضایی نه تنها جزو حقوق قاضی به شمار می‌آید، بلکه منطبق با اصل ۷۳ قانون اساسی باید آن را از وظایف قاضی در مقام تمییزدهنده حق به شمار آورد؛ زیرا قاضی طبق ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، موظف به دادن رأی و فصل خصومت است. مقدمه صدور رأی درست نیز تفسیر منطقی قانون است.

تفسیر قضایی برای همان دعوا اعتبار دارد، اما در صورت تکرار یک تفسیر قضایی در موارد مشابه و تبدیل آن به رویه قضایی که به مثابه عرف دادگاه‌هاست، به‌عنوان منبع ثانوی حقوق، اعتبار عام و قدرت الزام‌آوری معنوی و گاه قانونی می‌یابد؛ البته در نظام حقوقی کامن‌لا که احکام صادرشده از سوی محاکم به‌مثابه منبع زاینده حقوق به شمار می‌آید، تفسیر قضایی از اعتبار بسیار

بیشتری برخوردار است؛ زیرا در این نظام‌ها، اصولاً قانون آفریده قاضی است. دادرسی که موظف به اعمال قانون است، باید بتواند در صورت لزوم آن را تفسیر کند. احراز لزوم تفسیر نیز با خود اوست. گاه این لزوم جنبه واقعی دارد و گاه زاییده محذورات دادرسی است؛ محذوراتی که ریشه در اخلاق، عدالت، انسانیت و مصالح فردی و اجتماعی دارند و دادرسی با استفاده از فنون تفسیر، آن‌ها را در اعمال قوانین دخالت می‌دهد و نقش سازنده خود را ایفا می‌کند. او قانون را از دریچه اخلاق ویژه خود می‌بیند و قواعدی را که عادلانه و اخلاقی می‌پندارد، استنباط می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۵۶۷). دقیقاً برای همین است که فقیهان بیش از آنکه به نقش آفرینی اخلاق در متن احکام صادره توسط قضات توجه کنند، به عدالت، تقوا، تهذیب نفس و صلاح باطن در شخص قاضی توجه کرده‌اند؛ زیرا به‌خوبی دریافته‌اند که قاضی متخلق به اخلاق، مقررات شرعی را به‌گونه‌ای اخلاق‌مدار تفسیر و اجرایی می‌کند و قاضی بی‌اخلاق، همان مقررات شرعی را در مقام تفسیر و اجرا به انحراف و بیراهه می‌کشاند.

شیوه دیگر تأثیرگذاری اخلاق در تفسیر قانون که با روش‌های تفسیری هرمنوتیکی پیوند دارد، تأثیر دانسته‌های اخلاقی دادرسی بر تفسیر او از قانون است. در این شیوه، معلومات اخلاقی دادرسی بر شیوه تفسیر او از قانون تأثیر روان‌شناختی می‌نهد که به‌صورت قهری و غیر آگاهانه رخ می‌دهد. بدین معنا که آگاهی‌های قاضی از علم اخلاق (اهداف، مبانی، روش‌ها، منابع، مسائل و ارزش‌های اخلاقی) به‌صورت غیرارادی در استنباط قاضی از قانون تأثیر می‌گذارد و استنباط او را نسبت به قاضی‌ای که فاقد چنین آگاهی‌هایی از علم اخلاق است، متمایز می‌سازد. این غیر از خصلت‌های اخلاقی قاضی است که فقها با عنوان آداب قضاوت درباره آن بحث می‌کنند. آداب قضاوت بدین معناست که قاضی متخلق به صفات و خصایل نیکوی اخلاقی شود تا از این رهگذر، تفسیر او نیز واجد محسنات اخلاقی شود، اما در اینجا مراد، معلومات و آگاهی‌های قاضی از دانش اخلاق است که چگونه و در چه سطحی توانایی تأثیرگذاری بر تفسیر او را دارد.

آگاهی‌ها، پیش‌فرض‌ها و علایق مفسر در تفسیر وی مؤثر است. براین‌اساس، اگر قاضی با آموزه‌های اخلاقی آشنا شد و معلومات نسبتاً گسترده‌ای در این حوزه تحصیل کرد، به‌صورت ناخودآگاه در فهم قانونی وی تأثیر می‌گذارد؛ تأثیری که مدیریت‌ناپذیر و غیرضابطه‌مند است.

۲. موضوعیت یا طریقت قانون نسبت به اخلاق

بحثی در ساختار نظام‌های حقوقی مطرح شده است که آیا قوانین موضوعیت دارد یا طریقت؟ براین اساس، آیا وظیفه قاضی این است که قوانین را صرف نظر از محتوای ارزشی آن‌ها اعمال کند یا اینکه در اعمال قوانین، محتوای ارزشی و هنجارهای اخلاقی آن‌ها را نیز مورد توجه قرار دهد؟ در صورت نخست، قوانین برای دادرس در حکم هدف هستند که وی با اعمال آن‌ها به‌ویژه از طریق منطق صوری و قیاس قضایی به وظیفه خود عمل می‌کند (انصاری، ۱۳۸۷، صص. ۵۶-۶۱). گزارش پرلمان از گفتار مورلن در این زمینه جالب است.

«دادرس خوب در برابر عقل قانون، عقل خود را فرو می‌افکند و تحقیر می‌کند؛ زیرا وی را منصوب کرده‌اند تا مطابق قانون قضاوت کند نه اینکه به قضاوت درباره قانون پردازد... در رویه قضایی، معقولی عقلانی‌تر از عقل قانون و انصافی منصف‌تر از انصاف قانون نمی‌توان یافت.» (پرلمان، ۱۳۷۳، ص. ۴۴)

در صورت دوم، قوانین در حکم وسیله هستند که دادرس از طریق منطق ماهوی برای رسیدن به هدف خاص از آن‌ها استفاده می‌کند. در این فرض اگر قاضی یک وسیله (قاعده حقوقی یا ماده قانونی) را با هدف مورد نظر (عدالت یا اخلاق) ناسازگار بباید، می‌تواند آن را کنار بگذارد و از وسایل دیگر استفاده کند و اگر وسیله دیگری در اختیار نداشته باشد، می‌تواند همان وسیله نخست را به‌گونه‌ای سازگار با اهداف قانون‌گذار تفسیر کند. چارلز پرلمان در انتقاد از مکاتب جمودآور بر متن قانون که هدف قانون را به‌کلی وامی‌نهند، می‌گوید:

«نظام حقوقی نمی‌تواند نظامی صورتگر باشد؛ زیرا در نظام حقوقی، دادرس باید حق را در هر مورد خاص بیان کند و نمی‌تواند رضایت دهد که نتایج لازم به مدد قیاس از متون قانونی استنباط شود، بلکه باید بررسی کند و ببیند که آیا این نتایج قابل قبول هستند یا خیر؟ اگر نتایج قابل قبول باشند، اعمال مکانیکی قانون مورد بحث و ایراد قرار نمی‌گیرد، اما اگر نتایج قابل قبول نباشند، دادرس باید به تفسیر بپردازد و بنابراین، باید این یا آن مقدمه را تغییر دهد تا از نتیجه‌ای که پذیرفتنی نیست، پرهیز کند.» (پرلمان، ۱۳۷۳، صص. ۴۴-۴۵)

ص. ۵۱

بحث موضوعیت یا طریقت قانون در راه تحصیل ارزش‌های اخلاقی را می‌توان در ضمانت اجرای اشتباه در شخص طرف معامله در عقد نکاح مشاهده کرد. قانون‌گذار ضمانت اجرای اشتباه در قراردادها را در ماده ۲۰۱ قانون مدنی این‌گونه بیان کرده است «اشتباه در شخص طرف، به صحت معامله خللی وارد نمی‌آورد مگر در مواردی که شخصیت طرف علت عمده عقد بوده باشد». روشن است که عقد نکاح، مصداق بین قراردادی است که شخصیت طرف، علت عمده عقد است. از این رو منطبق با متن ماده، اشتباه در شخصیت طرف عقد نکاح، در عقد ایجاد خلل می‌کند، اما نوع خلل در این ماده مشخص نشده است و وضعیت حقوقی معامله اشتباهی نیاز به تفسیر دارد. می‌توان دو تفسیر از واژه «خلل» ارائه داد که اولی، بطلان عقد و دومی، قابلیت فسخ توسط مشتبه است، اما اگر قاضی تفسیر نخست را برگزیند و حکم به بطلان چنین نکاحی دهد، زن و مرد را در حکم نامحرمان قرار داده است. این نتیجه از لحاظ اخلاقی بسیار مذموم است و پیامدهای نامناسبی بر جا می‌نهد؛ زیرا هم برای آنان که مدتی با هم به سر برده‌اند، گران‌بار و ناپسند است و آینده خطرناکی را برای آنان رقم می‌زند و هم به کودکان بی‌گناهی که ثمره این تراضی آلوده به اشتباه بوده‌اند، لطمه وارد می‌کند و آنان را به‌عنوان کودکان نامشروع تلقی خواهد کرد. این نتایج که از لحاظ اخلاقی ناگوار است، باعث شد که رویه قضایی به‌درستی واژه «خلل» را به قابلیت فسخ از جانب اشتباه‌کننده تفسیر کند.

در نظام‌های حقوقی که به قانون به دیده ابزار می‌نگرند، به دادرس نقش فعالی در رسیدگی به دعوا اعطا می‌شود. در این جوامع، دادرس-داور جای خود را به دادرس-مداخله‌گر یا دادرس-هادی می‌دهد. کارکرد حقوقی دادرس نیز جای خود را به کارکرد حقوقی-سیاسی می‌دهد. دادرس تنها در صدد اجرای قوانین موجود نیست، بلکه همگام با سیاست‌های حکومت در راستای تحقق عملی هنجارهای اخلاقی مشارکت می‌کند (انصاری، ۱۳۸۷، ص. ۷۹).

۳. مبانی قانونی تفسیر قضایی اخلاق محور در نظام حقوقی ایران

اصل ۴ قانون اساسی که در جایگاهی فراتر از دیگر اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر قرار دارد و با داشتن نقش نظارتی بر آن‌ها، چیرگی خاصی بر آن‌ها دارد، چنین مقرر کرده است «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر

این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است». برخی از حقوق‌دانان در تفسیر این اصل، منبع اصلی قوانین در ساختار حقوقی ایران را تنها منابع فقهی می‌دانند حال آنکه اگر هدف قانون‌گذار، پیروی محض از منابع فقهی و کنار نهادن دیگر دانش‌های مأخوذ از نصوص دینی و معارفی اسلام بود، به راحتی می‌توانست به جای واژه «موازین اسلامی» از واژه موازین فقهی استفاده کند. واژه «موازین اسلامی» اعم از موازین فقهی، کلامی و اخلاقی است؛ زیرا سرچشمه و منبع تغذیه همه این دانش‌ها، نصوص قرآنی و حدیثی است که از جمع کتاب و سنت، «موازین اسلامی» به دست می‌آید. بدین ترتیب، موازین اخلاقی نیز بسان موازین فقهی و کلامی، از منابع و مبانی اصلی نظام قانونی ایران به شمار می‌آید. با عمومیت واژه «موازین اسلامی»، کنار نهادن موازین اخلاقی از منابع نظام قانون‌گذاری موجه به نظر نمی‌آید. براین اساس، از لحاظ نظری در نظام حقوقی ایران، معارف اخلاقی در وضع قانون نقش ارزنده‌ای ایفا می‌کند. بنابراین، اگر تفسیر قانون را به معنای کشف مراد و منظور قانون‌گذار بدانیم، لاجرم باید مبانی، منابع، ملاحظات و رویه واضعان قانون در تفسیر قانون مدنظر قرار گیرد. اینجاست که اخلاق در تفسیر قانون توسط دادرسان نقش عمده خویش را نشان می‌دهد؛ زیرا حضور فعال مبانی اخلاقی در وضع قانون بسترساز حضور فعال مبانی اخلاقی در تفسیر قانون می‌شود.

قاضی در همه فروض و دعاوی نیازمند تفسیر قانون است. حتی در جایی که قانون وجود دارد و با صراحت نگاشته شده است؛ زیرا دادرس باید معنی درست قانون را معین کند و مفاهیم مجرد را با پدیده‌های خارجی منطبق سازد. از این رو کمتر موردی است که بتوان ادعا کرد قانون نیاز به تفسیر ندارد و رویه قضایی در چگونگی اجرای قانون مؤثر نیست (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۲، ص. ۵۶۷). در این صورت رویه قضایی که از تفاسیر قضات نشئت می‌گیرد، زمینه مؤثری برای اجرای اخلاق‌محور قانون قلمداد می‌شود.

وقتی در اجرای موضوعات صریح قانونی، نقش تفسیر قضایی مشهود است، در موضوعاتی که قانون حکم صریحی ندارد یا مجمل، مبهم، متعارض و متزاحم نگاشته شده است، به طریق اولی وظیفه قاضی در تفسیر قانون و نقش درخور رویه قضایی عیان می‌شود؛ چنان‌که در اصل ۱۶۷ قانون اساسی با الگوگیری از اصل ۴ و باز هم با عبارتی که از انحصار فقهی عدول کرده است و بر

حضور تمام دانش‌های اسلامی در فرایند تفسیر قانون تأکید دارد، چنین مقرر شده است «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر کند و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد». با همین الگو، ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر می‌دارد: «در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند».

در هیچ‌یک از متون قانونی بالا، صحبتی از منابع فقهی در میان نیست حال آنکه قانون‌گذاری که بیش از شمه اخلاق از شمه فقهی برخوردار است، به راحتی می‌توانست از واژه منابع فقهی استفاده کند. با وجود این، واژه «منابع معتبر اسلامی» که مرجع تفسیر قانون به شمار آمده است، مجموعه‌ای از دانش‌های فقه، کلام و اخلاق را دربرمی‌گیرد؛ زیرا اسلام همان‌طور که فقه‌ساز است، اخلاق‌ساز و اخلاق‌آفرین نیز هست؛ زیرا یکی از فلسفه‌های مهم بعثت آورنده این دین، تکامل اخلاقی بشر بوده است.^۱ وقتی احکام شریعت مبتنی بر حسن و قبح وضع شده و تشریحات شارع از قبیح پیراسته است و اسلام احکامش را بر اساس اخلاق فاضله جعل کرده است (طباطبایی، ۱۴۱۷ق، ج ۴، ص. ۱۱۰)، می‌توان برای اخلاق در حقوق دینی که منبع قوانینش را احکام شریعت و مرجع تفسیر قوانینش را منابع معتبر شریعت تشکیل می‌دهند، جایگاه مناسبی را در مقام کشف شریعت در مرحله اجتهاد، بیان شریعت در مرحله تقنین و تشریح و اجرای شریعت در مرحله تفسیر قضایی بنیان نهاد. از این‌رو ارزش‌های اخلاقی با تبدیل شدن به قواعد و ضوابط مستدل و معتبر، در مراحل تفسیر قانون نقش ارزنده‌ای ایفا می‌کند.

وقتی قاضی موظف است که از منابع معتبر اسلامی در تفسیر قانون استفاده کند، به طبع تنها از اخلاق دینی بهره می‌گیرد نه از اخلاق سکولاریته و غیردینی. بخشی از اخلاق ناشی از مستقلات عقلیه است که اگر دین نیز در این حوزه گفتمان‌سازی نمی‌کرد، عقل به تنهایی توان تشخیص این بخش از گزاره‌های اخلاقی را داشت، اما این بخش از اخلاق با اخلاق دینی ناسازگار نیست و

۱. «خص‌الرسول بانزال‌المکارم علیهم و امرهم بتبلیغها كما روی عن النبی (صلی‌الله‌علیه و آله) بعثت لأتمم مکارم‌الاخلاق»

(مجلسی، ۱۴۰۴ق، ج ۷، ص. ۳۴۷).

همسو با گزاره‌های منبعث از نصوص دینی است، اما بخش دیگر از اخلاق دینی را تنها می‌توان در نصوص وحیانی کتاب و سنت به دست آورد. در این صورت کتاب و سنت همان‌طور که منابع شناخت حکم فقهی می‌شوند، منابع شناخت حکم اخلاقی نیز واقع می‌شوند. روش بهره‌گیری حکم اخلاقی از نصوص کتاب و سنت نیز منطبق با همان روش‌های اصولی متجلی در دانش اصول است. اگرچه به این دلیل که نگاه عمده و متمرکز در دانش اصول به سمت دانش فقه بوده است، متدولوژی منسجم و منظمی برای فهم گزاره‌های اخلاقی از نصوص وحیانی وجود ندارد که باید محققان در این زمینه به پا خیزند.

قانون‌گذار طبق ماده ۹۷۵ قانون مدنی، ضرورت تفسیر قضایی اخلاق‌محور را نسبت به قوانین و قراردادهای مورد توجه قرار داده است و چنین مقرر می‌دارد «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود، به موقع اجرا گذارد؛ اگرچه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد». ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی در تأیید گفتمان حاکم بر ماده ۹۷۵ قانون مدنی چنین مقرر داشته است «عقود و قراردادهایی که مخل نظم عمومی یا برخلاف اخلاق حسنه که مغایر با موازین شرع باشد، در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست». برای مثال، در مقررات احوال شخصیه بیگانگان، منطبق با ماده ۷ قانون مدنی، اتباع خارجی در ایران تابع قانون دولت متبوع خود هستند، اما تفسیر اخلاق‌محور نصوص قانونی اقتضا می‌کند که مقررات مربوط به احوال شخصیه بیگانگان در ایران در صورتی نافذ باشد که با اخلاق حسنه منافات نداشته باشد. برای مثال، اگر قانون خارجی الحاق طفل متولد از زنا را به پدر به رسمیت بشناسد، با اخلاق حسنه در ایران منافات دارد و دادگاه ایرانی نمی‌تواند بر اساس آن قانون، رأی یا اجراییه صادر کند.

در ماده ۹۷۵ قانون مدنی، تفسیر قضایی اخلاق‌محور در دو متن رسمی مورد شناسایی قرار گرفته است؛ قوانین خارجی و قراردادها. از این ماده نمی‌توان چنین برداشت کرد که قاضی در تفسیر قوانین داخلی الزامی به تفسیر اخلاق‌محور ندارد، بلکه فرض قانون‌گذار این است که قوانین داخلی با لحاظ عنصر اخلاق نگاشته می‌شوند. متن اخلاقی برای اجرا نیاز به تفسیر اخلاقی دارد و تا هنگامی که از متن اخلاقی تفسیر اخلاقی به عمل نیاید، نمی‌توان از اجرای اخلاقی قانون

دل‌آسوده بود. تفسیر و اجرای قوانینی که منطبق با فرض قانون‌گذار با محوریت اخلاق نگاشته شده‌اند، اگر به‌درستی توسط قاضی صورت پذیرد و نقش اخلاق در آن‌ها به‌درستی دیده شود، کارکرد اخلاقی قانون را در عالم خارج به منصفه ظهور می‌گذارد و اگر قاضی در مرحله تفسیر و اجرای قانون، نقش اخلاق را به‌درستی در قوانین ملاحظه نکند، نمی‌تواند کارکرد و غایت اخلاقی را که در تقنین ملاحظه شده است، به منصفه ظهور گذارد. در این مرحله، نقش قاضی در ملاحظه جایگاهی که اخلاق در تنصیص قانون دارد، حائز اهمیت است.

برای مثال، در تقسیم‌بندی فعل به عمد و غیرعمد در قوانین مدنی و کیفری، آنچه ملاک تقسیم‌بندی قرار می‌گیرد، توجه به نیت و انگیزه‌های درونی واردکننده زیان است. توجه به سوءنیت و حسن نیت افراد و نقشی که این مسئله در مسئول دانستنشان دارد، مبنای اخلاقی دارد. تشخیص سوءنیت و درجه آن کاملاً در اختیار قاضی است. اگر قاضی نقش اخلاق را در این مواد قانونی ملاحظه کند و راهکار مناسبی برای پیاده‌سازی آن در مرحله اجرای قانون بیندیشد، می‌تواند کارکرد و غرض اخلاقی ماده قانونی را در عالم خارج به جریان اندازد و اگر نقشی برای اخلاق در این مواد قانونی ملاحظه نکند یا راهکار و سازوکاری مناسبی برای پیاده‌سازی آن در مرحله اجرای قانون پیش‌بینی نکند، نمی‌تواند کارکرد و غرض اخلاقی ماده قانونی را در عالم خارج به جریان اندازد.

ماده ۹۷۵ قانون مدنی، اجرای قوانین خارجی مخالف با اخلاق حسنه را ممنوع دانسته، اما درباره اجرای احکام صادره از دادگاه‌های خارجی صحبتی به میان نیاورده است. ماده ۱۶۹ قانون اجرای احکام مدنی، قاضی ایرانی را موظف به تفسیر احکام صادر از دادگاه‌های خارجی و بررسی انطباق یا عدم انطباق آن با اخلاق حسنه می‌داند و چنین مقرر می‌دارد «احکام مدنی صادر از دادگاه‌های خارجی در صورتی که واجد شرایط زیر باشد، در ایران قابل اجراست... مفاد حکم مخالف با قوانین مربوط به نظم عمومی یا اخلاق حسنه نباشد».

وظیفه قاضی در تفسیر اخلاقی نصوص قانونی و قراردادی از جمله وظایف سردفتران اسناد رسمی نسبت به مفاد اسناد تنظیمی قلمداد شده است تا الزام به تفسیر اخلاقی نصوص نسبت به همه نصوص رسمی و معتبر تکمیل شود. به موجب ماده ۳۰ قانون دفاتر اسناد رسمی، «سردفتران و دفتریاران موظف‌اند نسبت به تنظیم و ثبت اسناد مراجعین اقدام نمایند مگر آنکه مفاد و مدلول سند مخالف با قوانین و مقررات موضوعه و نظم عمومی یا اخلاق حسنه باشد». قانون‌گذار در تداوم

روندی که در لزوم تفسیر اخلاقی متون رسمی در پیش گرفته است، در تبصره ماده ۱۵۶ قانون آیین دادرسی مدنی، بررسی اخلاق محور اظهارنامه‌ها را نیز در زمره تکالیف اداره ثبت اسناد و دفاتر دادگاه‌ها دانسته و چنین مقرر داشته است «اداره ثبت اسناد و دفتر دادگاه‌ها می‌توانند از ابلاغ اظهارنامه‌هایی که حاوی مطالب خلاف اخلاق و خارج از نزاکت باشد، خودداری نمایند».

در ادامه این روند و الزام مفسران متون رسمی به تفسیر اخلاقی نصوص، ماده ۱۲۹۵ قانون مدنی نیز قضات را ملزم می‌کند تا اسناد تنظیم‌شده در کشورهای خارجی را از حیث اخلاقی مورد واریسی قرار دهند و از اجرای اسناد مخالف اخلاق امتناع به عمل آورند. «محاکم ایران به اسناد تنظیم‌شده در کشورهای خارجه همان اعتباری را خواهند داد که آن اسناد مطابق قوانین کشوری که در آنجا تنظیم شده، دارا می‌باشد مشروط بر اینکه... مفاد آن‌ها مخالف با قوانین مربوط به نظم عمومی یا اخلاق حسنه ایران نباشد».

قانون‌گذار در همه اصول و مواد قانونی بالا، کارگزاران رسمی حکومت را موظف به تفسیر نصوص رسمی بر پایه «اخلاق حسنه» کرده است. با این حال، قانون‌گذار عامدانه از شناسایی مفهوم «اخلاق حسنه» سر باز می‌زند و در هیچ متن قانونی به تعریف و بیان قلمرو شمولی این مفهوم اشاره‌ای نمی‌کند. این رفتار عمدی قانون‌گذار را می‌توان این‌گونه توجیه کرد که قصد قانون‌گذار این است که با توجه به مفهوم سیال «اخلاق حسنه»، شناسایی آن را به فرایند قضایی سپرد و خود تنها به ارائه ادراک کلی و ارتکاز عرفی از این مفهوم بسنده کند و شناسایی مصادیق آن را به کلی در دامن رسیدگی‌های قضایی قرار دهد.

۴. کارکردهای به‌کارگیری اخلاق در تفسیر قضایی

توجه به نقش اثرگذار اخلاق در تفسیر قضایی و طراحی سازوکار مناسب برای مداخلت این عنصر در فرایند دادرسی و تفسیر قوانین، دربردارنده کارکردهای متعددی در نظام حقوقی است که در ادامه به چهار کارکرد مهم اشاره می‌شود.

۱.۴. کارکرد تفسیر اخلاقی در تبدیل هنجار اخلاقی به قاعده حقوقی

یکی از کارکردهای تفسیر اخلاقی این است که قاضی از طریق تفسیر اخلاق محور قانون، هنجارهای اخلاقی‌ای را که در موضوع دعوا استفاده می‌شود، به قاعده‌ای حقوقی تبدیل می‌کند و با تکرار استفاده از آن قاعده اخلاقی در آرای قضات و تبدیل آن به رویه قضایی، آن قاعده اخلاقی

به یکی از منابع حقوقی تبدیل می‌شود. ریپر معتقد است که دادرس در مواجهه با دعاوی باید ارزش‌های اخلاقی نهفته در موضوع هر دعوا را به شمار آورد. به عقیده او، قاضی از میان بهترین افراد ملت انتخاب می‌شود؛ کسی که به محترم داشتن سنت‌های اخلاقی خو گرفته است و اگر معتقد به آن‌ها نیز نباشد، انضباط شغلی او را ناگزیر می‌کند که به این‌گونه سنت‌ها احترام گذارد. بنابراین، طبیعی است که در دعاوی، رأی‌ای را که قاعده اخلاقی به او تلقین کرده است، صادر می‌کند. بدین ترتیب، قاعده اخلاقی که الهام‌بخش دادرس بوده است به قاعده حقوقی تبدیل می‌شود (قربان‌نیا، ۱۳۷۶ و ۱۳۷۷، ص ۳۹۸). در این صورت قاعده حقوقی عبارت است از معنایی که دادرسان برای قوانین تعیین کرده‌اند و بدین ترتیب، اراده ایشان نیز از نیروهایی است که در نظام حقوقی هر کشور، سهم مستقیم و مؤثر دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۳۴۷).

۲.۴. کارکرد تفسیر اخلاقی در تشریح، تکمیل و انسجام‌بخشی نسبت به قوانین

نظام‌های حقوقی ممکن است به شیوه‌های گوناگون، فضاهایی را به‌عنوان منطقه آزاد حقوقی (منطقه‌الفراغ) در نظر بگیرند. همچنین، رویدادهای خارجی و دعاوی ناشی از آن‌ها به‌اندازه‌ای گوناگون و پیچیده است که حتی در مواردی که قانون ابهام و نقصی ندارد، دادرس ناگزیر از تفسیر آن است (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۳۴۶). در این شرایط می‌توان اصول حقوقی، فروع و مصادیق آن‌ها را با توسل به ایده‌ها و استدلال‌های اخلاقی تکمیل کرد. برای مثال، در قوانین اساسی قلمرو ضمانت اجرایی «حق حیات، حق آزادی بیان، آزادی و امنیت فردی و رفتار مساوی مطابق قانون» معمولاً نیاز دارد که با استمداد از مفاهیم اخلاقی تکمیل شود.

یکی از وظایف دادرس این است که میان تعاریف مختلف احتمالی از مفاهیم حقوقی به‌کاررفته در قانون دست به‌گزینش زند. گاه قانون دربردارنده مفاهیم کلی است که معنا و مفاد متعین ندارند که نیاز به تعریف دارد. در این حالات نیز دادرس بر پایه اصول اخلاقی که در زمره اهداف قانون‌گذار است، دست به‌گزینش می‌زند و میان تعاریف مختلف، اخلاقی‌ترین تعریف را برمی‌گزیند و نسبت به مفاهیم کلی، تعریف اخلاقی ارائه می‌دهد.

بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی، دادگاه می‌تواند برای کامل ساختن قوانین به اجتهاد در مبانی دست زند یا از میان فتاوی معتبر، آنچه را اخلاقی‌تر می‌یابد، انتخاب کند و حاصل اجتهاد و انتخاب خود را به‌عنوان حقوق رسمی کشور اعلام کند. بدین ترتیب، تفسیر قضایی زمینه لازم را

برای ایجاد حقوق اخلاقی در کنار حقوق دولتی در نظام حقوقی فراهم آورده است که اگر استفاده شایان از آن بشود، رویه قضایی پیشگام در حرکت نظم حقوقی می‌شود و انعطاف لازم برای جذب هنجارهای اخلاقی را به آن می‌دهد (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۲، صص. ۳۴۷ و ۳۴۸).

این کارکرد اخلاق در حوزه مسئولیت مدنی بسیار فراتر از حوزه قراردادها مشاهده می‌شود و به دادرسان امکان بسیار وسیع‌تری را برای دخالت اخلاقی در دعاوی می‌دهد. اگر حاکمیت اراده، آزادی، امنیت و ثبات قراردادها امکان دخالت اخلاقی دادرس در قراردادها را محدود می‌سازد، در قلمرو مسئولیت مدنی لزوم جبران کامل همه زیان‌های ناروا، دخالت اخلاقی بیشتر دادرس را می‌طلبد. برای همین، نقش رویه قضایی در اخلاقی کردن مسئولیت‌های غیرقراردادی بسیار محسوس و مؤثر است. قواعدی که در قوانین درباره مسئولیت مدنی پیش‌بینی شده‌اند، آن‌چنان اندک هستند و وقایعی که در نتیجه تحولات اقتصادی، صنعتی و اجتماعی رخ می‌دهند آن‌چنان ظریف، جزئی و بسیارند که نه تنها زمینه لازم برای ایفای نقش فعال و سازنده از سوی دادرسان را برای تکمیل، توضیح و انسجام‌بخشی نسبت به قوانین بر پایه اخلاق فراهم می‌آورند، بلکه آن‌ها را ناگزیر از ایفای چنین نقشی می‌سازند.

۳.۴. کارکرد تفسیر اخلاقی در توسعه و تضییق شمول مدلولی قانون

گزاره‌های اخلاقی به‌خوبی نقش مفسر مواد قانونی را ایفا می‌کنند. قاضی در مقام مفسر قانون موظف است که در مسیر استنباط و صدور حکم، پیوسته نگاه دوسویه خود را حفظ کند. از سویی برای تشخیص حکم به مواد قانون رجوع کند و از سوی دیگر، برای تفسیر و تشخیص محدوده اجرایی حکم از نظر ضیق و سعه، توجه دائمی به گزاره‌های اخلاقی داشته باشد. گاه با توجه به این گزاره‌های اخلاقی است که حکم قانونی عام یا مطلق، تضییق می‌شود و گاه ملاحظه این گزاره‌های اخلاقی است که حکم قانونی خاص یا مقید را گستره وسیع‌تری می‌بخشد.

تمسک به اخلاق در تفسیر قانون گاه منجر به افزایش در شمول آن می‌شود. برای مثال، ماده ۶۹۷ قانون تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده (ماده ۹۲۱ قانون مجازات اسلامی) درباره جرم افترا این‌گونه مقرر داشته است «هرکس به‌وسیله اوراق چاپی یا خطی یا به‌وسیله درج در روزنامه و جراید یا نطق در مجامع یا به هر وسیله دیگر به کسی امری را صریحاً نسبت دهد یا آن‌ها را منتشر نماید»، به مجازات مقرر در این ماده محکوم می‌شود. در اینجا مواردی که قانون به‌عنوان

وسیله ارتکاب جرم افترا برشمرده شامل «اوراق چاپی یا خطی، درج در روزنامه و جراید و نطق در مجامع» است. حال چنانچه اکتفا به معانی ظاهری واژگان به‌کاررفته در ماده مزبور شود، جرم افترا شامل موردی نمی‌شود که متهم به وسیله رادیو، تلویزیون، سینما یا اوراق پلی‌کی جرمی را به کسی نسبت دهد درحالی‌که رعایت اصول اخلاقی مرتبط با حفظ حرمت و حیثیت اشخاص و جلوگیری از اتهامات واهی به آنان ایجاب می‌کند که افترا با استفاده از این راه‌ها و وسایل نیز جرم‌انگاری شود؛ زیرا آثار ناشی از نطق در رادیو و تلویزیون به مراتب بیش از نطق در مجامع برای مجنی‌علیه خطرناک است. بنابراین، تفسیر اخلاق‌محور ماده فوق بر اساس مفهوم موافق (قیاس اولویت یا مفهوم اولویت) باعث توسعه در شمول ماده می‌شود.

مثال دیگر در این باره، ماده ۲۶۶ قانون مدنی است که چنین مقرر می‌دارد «در مورد تعهداتی که برای متعهدله قانوناً حق مطالبه نمی‌باشد، اگر متعهد به میل خود آن را ایفا نماید، دعوی استرداد او مسموع نخواهد بود». این تعهدات که به تعهدات طبیعی شهرت یافته است، بر اساس تفسیر مضیق ماده، محدود به حقی می‌شود که مشمول مرور زمان شده یا قرارداد مبنای آن باطل شده است، اما تفسیر قضایی اخلاق‌محور با توسعه در شمول موضوعی این ماده، مفهوم حق طبیعی را گسترش می‌بخشد. در این صورت حق طبیعی شامل تمام مواردی است که شخص دین وجدانی و اخلاقی خود را می‌پردازد مانند دادن جهیزه به فرزند یا جبران ضرری که شرایط تحقق مسئولیت در آن جمع نیست. بدین ترتیب، رویه قضایی باعث نزدیکی رابطه حقوق و اخلاق می‌شود؛ زیرا هر دین اخلاقی را که وجدان عمومی می‌پذیرد و شخص نیز به اختیار آن را می‌پردازد، حقوق نیز تضمین می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۲، ص. ۳۵۰).

گاه تمسک به اخلاق در تفسیر قانون باعث عدم انعقاد اطلاق برای متن قانونی می‌شود و جلوی توسعه دلالت متن قانون برای پوشاندن موارد غیراخلاقی را می‌گیرد و گاه باعث تقیید یا تخصیص می‌شود. دست‌کم استفاده از اخلاق می‌تواند از شمول برخی مواد قانون بکاهد. برای مثال، ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی، ازدواج پیش از بلوغ را چه برای پسران و چه برای دختران با اذن ولی و تأیید مصلحت نابالغ توسط دادگاه، درست دانسته است. در ماده ۱۱۰۲ قانون مدنی چنین مقرر شده است «همین که نکاح به‌طور صحت واقع شد، روابط زوجیت بین طرفین موجود و حقوق و تکالیف زوجین در مقابل همدیگر برقرار می‌شود». یکی از این حقوق و تکالیف زوجین در مقابل یکدیگر، حق استمتاع از زوجه است. اطلاق این ماده شامل همه استمتاع‌اعمال اعم از

آمیزش و غیرآمیزش و در استمتاعات غیرآمیزشی شامل استمتاعات نامتعارف و خشن نیز می‌شود. همچنین، اطلاق این ماده هرگونه استمتاع از نابالغ را جایز می‌کند. فتاوی فقہی نیز درباره جواز جمیع استمتاعات غیرآمیزشی از نابالغ ولو طفل شیرخوار، گواه این اطلاقات قانونی باشد (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۸۱۱). در استدلال بر این رأی گفته شده است که نه تنها دلیلی بر حرمت این قبیل استمتاعات نیست، بلکه عمومیت موجود در ادله جواز استمتاع از زوجه و مملوکه، این موارد را هم دربرمی‌گیرد (موسوی خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۲، ص. ۱۲۶) حال آنکه برخی استمتاعات جنسی از همسر و به‌ویژه همسر نابالغ یا همسر کم‌توان که از ضعف قوای جسمی یا جنسی رنج می‌برد، غیراخلاقی جلوه می‌کند.

رجوع به مجاری اخلاقی از دو لحاظ منجر به کاستن از شمول این اطلاقات قانونی می‌شود. یکی از لحاظ سن زوجه و دیگری از لحاظ نوع و کیفیت استمتاع. از لحاظ سن زوجه می‌توان اطلاق قانون را منصرف از هرگونه استمتاع از اطفال غیرممیز دانست. از لحاظ نوع و کیفیت استمتاع نیز می‌توان اطلاق قانون را منصرف از استمتاع نامتعارف و خشن تلقی کرد. توجه به اصول اخلاقی باعث شد تا برخی فقیهان اصل انعقاد اطلاق در ادله شرعی نسبت به استمتاع از زوجه را انکار کنند و ادله جواز استمتاع را محدود به استمتاع متعارف گردانند؛ آن‌گونه که یکی از فقیهان معاصر در حاشیه خویش بر متن العروة الوثقی چنین می‌نگارد:

«قول نزدیک به احتیاط آن است که در مورد اشخاص متعارف، جواز استمتاع تنها محدود به استمتاع متعارف شود، اما دلیلی که جایزکننده استمتاع از طفل شیرخوار باشد، وجود ندارد. وقتی ادله شرعی مقید به استمتاع متعارف شده‌اند، نمی‌توان در این موارد به اصل اباحه یا اطلاق ادله تمسک کرد.» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص. ۷۷۲)

همچنین، توجه به همین هنجارهای اخلاقی سبب شد تا برخی فقیهان، جواز برخی استمتاعات نامتعارف را منوط به وجود دلیل روشن با دلالت واضح کرده و اطلاق ادله را کافی برای جواز این قبیل از استمتاعات ندانسته‌اند؛ آن‌گونه که یکی از فقیهان در این باره چنین نگاشته است:

«جواز برخی استمتاعات نامتعارف که خارج از اقتضای عقد است به دلیلی نیاز دارد که آن فعل را تجویز کند.» (موسوی خمینی، بی تا، ج ۲، ص. ۳۴۳)

به تعبیر دیگر، عقد نکاح مقتضی جواز استمتاع از همسر است، اما عموم و اطلاق آن به گونه‌ای نیست که هرگونه استتماعی را دربرگیرد؛ هرچند این استمتاع نزد خردمندان غیراخلاقی و قبیح باشد، بلکه تنها استتماعات اخلاقی نزد خردمندان را دربرمی‌گیرد و چون استمتاع از همسر نابالغ، امری نامتعارف و نزد خردمندان، ناخوشایند و از منظر مجاری اخلاق، ناپسند است، ادله جواز استمتاع بر آن شمول نمی‌یابد. طبق فتاویٰ بالا، حتی نسبت به همسر بالغ نیز ادله جواز استمتاع منصرف از استتماعات ناپسند و نامتعارف و مذموم نزد اخلاق است. از این رو نمی‌توان به عموم و اطلاق چنین ادله‌ای اعم از ادله فقهی و قانونی تمسک جست.

۴.۴. کارکرد تفسیر اخلاقی در استنباط حکم مخالف با ظاهر قانون

یکی از مهم‌ترین کارکردهای اخلاق در فرایند تفسیر قضایی مواردی است که میان گزاره‌های قانونی و اخلاقی، تباین و ناسازگاری رخ می‌دهد. تباین دو صورت دارد؛ گاه تباین به صورت موجه جزئی است؛ یعنی حکم اخلاق با عموم یا اطلاق حکم قانونی و به عکس، حکم قانونی با عموم و اطلاق حکم اخلاقی سازگار نیست. گاه هم تباین به صورت موجه کلیه است؛ یعنی حکم قانونی نه تنها با عموم حکم اخلاقی، بلکه با اصل آن نیز ناسازگار است. صورت دوم را کمتر می‌توان در قوانین ردیابی کرد و بعید است که قانون‌گذار به تقنینی اقدام کند که به کلی ناقض اصول اخلاقی باشد، اما اگر این اتفاق به هر دلیلی رخ دهد، بحث حاضر در هر دو فرض ناسازگاری و تباین جزئی و کلی می‌تواند مطرح شود. در این حالت می‌توان به چهار احتمال در حل این تباین اشاره کرد.

احتمال نخست اینکه، گفته شود تبعیت از قانون، خود فعل اخلاقی است و رهاورد چنین تبعیتی پیراستگی اخلاقی است. از این رو اخلاق نباید خود را در تعارض با قانون قلمداد کند. احتمال دوم اینکه، گفته شود وقتی ملاکات احکام قانونی از منظر عقل روشن شود، احکام اخلاقی عموم و اطلاق احکام قانونی را تخصیص یا تقیید می‌زند؛ زیرا در این حالت اخلاق به مثابه یک مخصص لُبّی در استنباط حکم قانون ایفای نقش می‌کند.

در احتمال سوم، میان دو قسم از احکام اخلاقی تفصیل برقرار می‌شود. دسته نخست، احکام اخلاقی قطعی که احکام عقلی هستند و دسته دوم، احکام اخلاقی غیرقطعی که احکام عقلایی و عرفی هستند. درباره احکام اخلاقی دسته نخست باید در ظاهر قانون به گونه‌ای تصرف شود

و استنباطی خلاف ظاهر از قانون به دست آورد که مخالف با احکام قطعی اخلاقی نباشد، اما درباره احکام اخلاقی دسته دوم نمی‌توان از ظاهر حکم قانونی به خاطر وجود حکم اخلاقی دست کشید؛ زیرا این اخلاق محصول عرف است و می‌تواند در زمان و مکان دیگر تغییر کند و در این صورت نمی‌تواند بر احکام قانونی که کلی هستند و به مکان و زمان خاص اختصاص ندارند، تقیید یا تخصیص وارد کند.

درباره این احتمال آنچه مشکل به نظر می‌آید، تشخیص مصادیق حکم اخلاقی قطعی و غیر قطعی است. این مسئله باعث اختلاف آرای قضایی می‌شود. برای مثال، ممکن است یک قاضی «آزادی بیان» را به این علت که یکی از حقوق بنیادین بشر شمرده می‌شود، از احکام اخلاقی قطعی بیندارد و قاضی دیگر آن را نه به عنوان یکی از حقوق بنیادین بشر، بلکه زاییده آداب و رسوم و عرف متداول تلقی کند که در این صورت حکم اخلاقی مزبور در زمره احکام غیر قطعی است.

احتمال چهارم اینکه، گفته شود در تبیین احکام قانونی و اخلاقی باید اهم و مهم کرد و با درجه بندی اهمیت، هر حکمی که از اهمیت بیشتری برخوردار بود، مقدم شود و حکم مهم باید به نفع حکم اهم تفسیر شود. درست مانند مشکلی که در احتمال قبل وجود داشت، در این احتمال نیز می‌تواند رخ دهد و در تشخیص مصادیق اهم و مهم، اختلاف آرای قضایی بروز کند. برای مثال، آیاتی از قرآن، بی‌انصافی را به عنوان رذیله اخلاقی حتی در عرصه کارزار با دشمن نیز مدخلیت داده است و بر تقدم انصاف نسبت به حکم فقهی و جوب مقاتله با کافران حکم می‌دهد^۱. برای همین ممکن است یک قاضی، انصاف را به عنوان حکم اخلاقی اهم تلقی کند و مراعات آن را حتی در برخورد با دگراندیشان مذهبی و سیاسی نیز لازم بیندارد در حالی که قاضی دیگر حکم فقهی مقابله با دگراندیشان سیاسی و مذهبی را اهم بداند و آن را بر حکم اخلاقی انصاف ترجیح دهد.

صرف نظر از ادله تفصیلی - تحلیلی هر یک از احتمالات چهارگانه فوق، این مطلب قطعی و

۱. «وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ اَنْ صَدُّوْكُمْ عَنِ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ اَنْ تَعْتَدُوْا» (مائده، ۲)؛ و دشمنی گروهی از مردم که شما را از ورود

به مسجد الحرام بازداشتند، وادارتان نکند که بر آنان تعدی کنید.

«وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلٰٓى اَلَّا تَعْدِلُوْا اَعْدِلُوْا هُوَ اَقْرَبُ لِلتَّقْوٰى» (مائده، ۸)؛ و مبدا دشمنی با قومی وادارتان کند که به عدالت

رفتار نکنید. به عدالت رفتار کنید که آن به تقوا نزدیک تر است.

مسلم است که احکام قانونی نسبت به ارزش‌های اخلاقی بسان وسیله‌اند نسبت به هدف یا بسان مقدمه‌اند نسبت به ذی‌مقدمه. بخشی از قوانین با هدف تکامل اخلاقی شهروندان وضع می‌شوند و بدین ترتیب، احکام قانونی طریقت دارند نه موضوعیت. از این رو باید استنباط از متن قانون به گونه‌ای باشد که غایت اخلاقی مدنظر قانون‌گذار تأمین شود؛ زیرا غایت متن باید بر مبادی و روش مطالعه و تفسیر متن تأثیر گذارد؛ یعنی روش‌ها و ضوابط منطقی برای تفسیر متن باید ناظر غایت آن باشد؛ البته نمی‌توان ادعا کرد که همه احکام قانونی به صورت موجه کلیه با هدف تکامل ارزش‌های اخلاقی وضع شده‌اند، اما دست‌کم در مواردی که حکم قانونی دارای غایت اخلاقی است، باید در تفسیر قانون به نفع اخلاق عمل کرد.

ارجحیت بخشی به تفسیر اخلاق‌محور از نص نسبت به تفسیر غیر اخلاقی از آن، در نصوص تشریحی نیز ضرورت می‌یابد و برخی فقیهان را به عدول از تفسیر ظاهری و افتاب بر پایه تفسیر غیر ظاهری وامی‌دارد. برای مثال، در روایت «إِذَا رَأَيْتُمْ أَهْلَ الرَّيْبِ وَالْبِدْعِ مِنَ بَعْدِي، فَأُظْهِرُوا الْبِرَاءَةَ مِنْهُمْ، وَ أَكْثَرُوا مِنْ سَبِّهِمْ وَالْقَوْلِ فِيهِمْ وَالْوَقِيعَةَ، وَ بَاهْتُوهُمْ» (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۴، ص. ۱۲۳)، نبی مکرم (صلی‌الله علیه و آله) با استفاده از واژه «باهتوهم» دستور به مباحثه با بدعت‌گذاران و شبهه‌افکنان داده است. در اینکه مراد از این واژه چیست، دو تفسیر نزد فقیهان و محدثان شهرت یافته است. تفسیر نخست، آن را به معنای «بهتان زدن» می‌داند و تفسیر دوم، آن را به معنای «مبهوت کردن» می‌داند. از آنجاکه تفسیر نخست منجر به انتساب تهمت و کذب به بدعت‌گذاران می‌شود و مسلمانان را به افترازندگان دروغ‌گو تبدیل می‌کند، تفسیر غیر اخلاقی است. برای همین برخی فقیهان و محدثان سعی در انکار این تفسیر و پذیرش تفسیر دوم که ناظر به مبهوت کردن بدعت‌گذاران در مقام احتجاج و استدلال است، داشته‌اند (فیض کاشانی، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص. ۲۴۵؛ مجلسی، ۱۴۰۴ق، ج ۱۱، ص. ۸۱؛ طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۶، ص. ۴۲؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص. ۴۱۳).

در اندیشه‌های حقوقی و رویه‌های قضایی نیز رویکرد بسیاری از حقوق‌دانان و نظامات قضایی در راستای عدول از ظاهر قانون به علت غلبه تفسیر اخلاقی بر تفسیر غیر اخلاقی سامان یافته است. برای مثال، در نظام قضایی آلمان در مواردی که اجرای حکمی با نیازمندی‌های عملی منافات داشته باشد، دادرس از تفسیر منطقی و احترام به قانون دست برنمی‌دارد، ولی از اصول مورد احترام قانون‌گذار مانند لزوم احترام به اخلاق حسنه و رعایت حسن نیت و ممنوع بودن

کاری که به قصد آزار رساندن دیگران انجام می‌شود، برای تعدیل قانون و متناسب کردن آن با هنجارهای اخلاقی جامعه الهام می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۳۵۲).

لون فولر درباره تعارض کامل قانون با اخلاق و طرز عمل قاضی در این شرایط می‌نویسد:

«ممکن است قانونی آن‌چنان ناعادلانه باشد که موازنه اخلاقی به طور قطع بر ضد اطاعت از آن قانون باشد. این مسئله به روشنی ثابت می‌کند که در پایبندی به قوانین موضوعه مانند پایبندی به دیگر فضیلت‌های اخلاقی مانند صداقت، گاه سنگینی دلایل اخلاقی ما را وادار می‌کند برخلاف آن‌ها عمل کنیم.» (آلمن، ۱۳۸۵، ص. ۱۲۴)

فولر قانون نورمبرگ را یکی از قوانینی می‌داند که آشکارا با اصول اخلاقی در تعارض است و نمی‌توان به پیروی از این قانون توصیه کرد. منطبق با این قانون، ازدواج و رابطه جنسی میان یهودیان و آلمانی‌تبارها منع شده بود (آلمن، ۱۳۸۵، ص. ۱۲۶).

جنبش مطالعه انتقادی حقوق نیز با تکیه بر ماهیت نامتعین قواعد حقوقی، تصمیمات قضایی را محصول مواضع ایدئولوژیک دادرسان می‌داند (انصاری، ۱۳۸۷، ص. ۷۵). در میان طرف‌داران این جنبش، دونکن کندی بیش از دیگران درباره نقش دادرس سخن گفته و امکان عدول از ظاهر قانون به نفع گرایش‌های اخلاقی قاضی را مورد تأکید و تأیید قرار داده است و بلکه آن را واقع‌های قهری و ناخودآگاه می‌پندارد. او معتقد است که دادرسان انسان‌های مجبور هستند؛ یا قانون آن‌ها را مجبور می‌کند یا ندای وجدان. او دادرس را عضوی از جامعه می‌داند که از اخلاق و روحیات جامعه تأثیر می‌پذیرد. از این رو دادرس می‌تواند واکنش جامعه به تفسیری خاص را پیش‌بینی کند. دادرس می‌تواند با ترجیحات اخلاقی خود جولان دهد تا تحقیقی از مطالب حقوقی و مواد قانونی به عمل آورد و به راه‌حلی غیر از آنچه در قانون ظاهر شده است، برسد. او آن قدر با متن قانون کار می‌کند و آن را تغییر می‌دهد و در آن تصرف می‌کند، تا قانون با اخلاقی که خود آن را مناسب می‌بیند، سازگار افتد. او معتقد است دادرسان هنگامی که با مواد قانونی قابل اعمال در دعاوی سروکار دارند، راهبردهای اخلاقی را دنبال می‌کنند؛ خواه از این امر آگاه باشند و خواه ناآگاه (انصاری، ۱۳۸۷، صص. ۱۰۱ و ۱۰۲).

در نظام قضایی نیز تفسیر اخلاق‌محور از مواد قانونی گاه ایجاب می‌کند که فرایند قضایی به

سمتی گرایش یابد که برخی مواد قانونی بر مرادات غیرظاهری آن‌ها حمل شود. برای مثال، ظاهر ماده ۲۰۶ قانون مدنی دلالت بر اعتبار قراردادهای اضطراری می‌کند. این ماده چنین مقرر کرده است «اگر کسی در نتیجه اضطرار اقدام به معامله کند، مکره محسوب نشده و معامله اضطراری معتبر خواهد بود». ظاهر ماده حکم می‌کند که معامله اضطراری نافذ و معتبر تلقی شود، اما اگر حالت اضطرار به صورت آگاهانه توسط طرف قوی‌تر قرارداد ایجاد شود تا حربه‌ای برای تحمیل شرایط غیرمنصفانه قراردادی باشد، اگرچه ظهور ماده قانونی فوق شامل این قرارداد نیز می‌شود، وجدان اخلاقی دادرس نمی‌تواند چنین قراردادی را در زمره قراردادهای اضطراری قرار دهد و به اعتبار آن حکم دهد، بلکه هنجارهای اخلاقی ایجاب می‌کند که تنها قراردادی به عنوان قرارداد اضطراری دانسته شود که حالت اضطرار از سوی طرف قرارداد تمهید و زمینه‌چینی نشده باشد. برای مثال، اگر شرایط لازم برای غرق کردن دیگری در رودخانه به عمد ایجاد شود تا غرق‌کننده بتواند لباس‌های نجات خود را تحت شرایط اضطرار با قیمتی گزاف به فروش رساند، عدول از ظاهر قانون بر مبنای تفسیر اخلاقی قانون ضرورت می‌یابد و نمی‌توان چنین قراردادی را معتبر دانست.

مثال دیگر در این باره، تحولات عمیقی است که در نظریه تقصیر در حوزه مسئولیت مدنی به وجود آمده است. منطبق با قواعد سنتی مسئولیت مدنی که بر محور نظریه تقصیر گرد آمده است، تا هنگامی که تقصیر عامل زیان توسط زیان‌دیده به اثبات نرسد، قاضی نمی‌تواند حکم به جبران خسارت زیان‌دیده دهد. کامیاب نشدن زیان‌دیده در وصول غرامت، نشانه این است که دست سرنوشت و قوه قاهره این زیان را برای او به بار آورده است، اما مشکل بودن اثبات تقصیر برای زیان‌دیده در برخی دعاوی باعث می‌شد که عملاً بسیاری از زیان‌ها بدون جبران خسارت باقی بماند و لکه‌ای بر دامن عدالت و اخلاق اجتماعی پدید آورد. توجه به باورهای اخلاقی باعث شد که قضات برخی کشورها از ظاهر قانون عدول کند و نظریه تقصیر را در شیوه‌های جدید بر اساس رویکرد اخلاقی اجرایی کنند؛ شیوه‌هایی از قبیل توسعه مسئولیت قراردادی و استفاده از فرض تقصیر و تعهد به نتیجه. برای مثال، به علت مشکلاتی که زیان‌دیدگان از انتقال خون به‌ویژه بر اثر ویروس هپاتیت سی در زمینه ارائه دلیل با آن روبه‌رو بودند، دیوان عالی فرانسه فرض سببیت میان انتقال خون و آلودگی را به قاعده‌ای حقوقی درآورد و بدین ترتیب، وظیفه اثبات عدم تقصیر را بر عهده انتقال‌دهنده خون نهاد. دیوان عالی فرانسه با صدور سه رأی در سال ۲۰۰۱ چنین مقرر

می‌کند «اگر کسی، هم ثابت کند که در پی انتقال خون، آلوده به ویروس شده است و هم ثابت کند که خود وی هیچ‌گونه آلودگی خاصی نداشته است، مرکز انتقال خون که خواننده دعواست، موظف است ثابت کند که فراورده‌های خونی‌اش بدون عیب بوده است» (ژوردن، ۱۳۸۶، ص. ۱۰۱) یا در رأیی که در سال ۱۹۹۶ صادر کرد، برای بیمارستان نسبت به هر عفونتی که در حین جراحی حاصل شود، فرض تقصیر می‌کند و چنین مقرر می‌دارد «اگر هنگام انجام جراحی در یک اتاق عمل، بیمار دچار عفونت شود، فرض بر مسئولیت بیمارستان است مگر اینکه ثابت کند که مرتکب تقصیری نشده است» (ژوردن، ۱۳۸۶، ص. ۱۲۳) حال آنکه پیش از این تاریخ، رویه قضایی همچنان بر اصل تعهد به وسیله تأکید می‌کرد و اثبات تقصیر را لازم می‌دانست (ژوردن، ۱۳۸۶، ص. ۱۲۴). همچنین، در آرای متعددی که در دادگاه‌ها و دیوان عالی فرانسه صادر شده است، برای صاحبان مشاغل حساس و خطیر، تعهد ایمنی به نتیجه یا تعهد به اطلاع‌رسانی و هشداردهی گاه با توسعه تعهدات قراردادی و گاه بر اساس روابط خارج از قرارداد نهاده شده است.^۱ در نظر گرفتن چنین تمهیداتی رنگ‌وبوی اخلاقی دارد؛ همان‌گونه که پاتریس ژوردن، استاد حقوق دانشگاه سوربن، در شرح این آرای قضایی، به مبنای اخلاقی «انصاف» تصریح می‌کند و این‌گونه می‌نویسد:

«بی‌تردید امکان آن وجود داشت که بر مبنای ماده ۱۱۳۵ قانون مدنی، یک

تعهد تبعی مبتنی بر انصاف پذیرفته شود.» (ژوردن، ۱۳۸۶، ص. ۱۶۷)

ماده ۱۱۳۵ قانون مدنی فرانسه که در کلام ژوردن مورد اشاره قرار گرفته است، «انصاف» را به‌عنوان یکی از منابع تکمیل و تفسیرکننده قرارداد تلقی می‌کند و چنین مقرر می‌دارد: «عقود نه فقط متعاملان را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است، ملزم می‌کند، بلکه متعاملان به همه نتایجی که به موجب انصاف، عرف یا قانون و به علت ماهیت تعهد از آن حاصل می‌شود نیز ملزم هستند».

بنابراین، در برخی مواقع، چشم‌پوشی از نیت افراد و در نظر گرفتن معیارهای اجتماعی به‌علت برآورده ساختن اهداف اخلاقی قانون‌گذار، بر معیارهای شخصی ترجیح می‌یابند. به نظر می‌رسد

۱. برای مشاهده موضوعات دعاوی و شکایات مرتبط با تعهد ایمنی به نتیجه و آرای صادره در دادگاه‌ها و دیوان عالی فرانسه و همچنین شرح این آرا، رک به: ژوردن، ۱۳۸۶، صص. ۱۶۳-۱۹۶. همچنین، برای مشاهده موضوعات دعاوی و شکایات مرتبط با وظیفه آگاه‌سازی و هشداردهی رک به: ژوردن، ۱۳۸۶، صص. ۱۹۷-۲۲۳.

در تمام تحولاتی که در نظریه تقصیر رخ داده است و همچنان ادامه دارد، با اینکه متن قانون بی‌تغییر مانده، نقش دادگاه در تفسیر اخلاقی قانون به‌عنوان مبنای مهمی در شکل‌دهی به نظریه، انکارناپذیر است.

۵. جایگاه‌های به‌کارگیری اخلاق در تفسیر قضایی

هنجارهای اخلاقی در حالات مختلفی از فرایند تفسیر قضایی ایفای نقش می‌کند که در ادامه به چهار جایگاه مهم اشاره می‌شود.

۱.۵. به‌کارگیری اخلاق در تفسیر قضایی در حالت اشتراک هنجارهای قانونی و اخلاقی

برخی هنجارهای اخلاق و قانون یکسان هستند. در این صورت اخلاق راهنمای خوبی برای تفسیر قانون قلمداد می‌شود. برای مثال، قبح اضرار به غیر از هنجارهای مشترک اخلاقی و قانونی است. براین اساس، اگر اجرای قانون در موردی خاص به اضرار ناموجه بینجامد، قاعده اخلاقی قبح اضرار راهنمای نوعی از تفسیر قانون قرار می‌گیرد که به این نتیجه منتهی نشود. برای مثال، اگر شخصی بر مبنای اطلاق مجوزات قانونی موجود در مواد ۲۷ و ۹۲ قانون مدنی، به حیازت مباحات در سطح وسیع دست زند و مالک اموال حیازت‌شده شود، اضرار غیرموجهی به دیگر افراد جامعه به‌ویژه محرومان و نیازمندان وارد می‌شود. برای مثال، اگر شخصی چندین کیلومتر از فاصله میان دو شهر را حیازت کند و سپس آن را به تملک درآورد یا قسمت وسیعی از رودخانه یا منابع طبیعی و غذایی آن را حیازت کند و سپس آن را به تملک درآورد، باعث محروم ماندن دیگران از زمین و ثروت‌های طبیعی موجود در آن می‌شود. از سویی اطلاق ادله قانونی مجوزه حیازت مباحات و سببیت آن در ملکیت، به او اجازه حیازت در این سطح وسیع را می‌دهد و از سوی دیگر، هنجار اخلاقی مربوط به منع اضرار به دیگران مانع حیازت در این سطح می‌شود. این هنجار اخلاقی برای هر شخص سهم ویژه‌ای را لحاظ می‌کند که حیازت و تملک فراتر از آن به منزله تجاوز به حقوق دیگران قلمداد می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۴۱۶ق، ص. ۱۲۱). از آنجاکه هنجار مزبور، خود از کلیدی‌ترین هنجارهای قانونی به شمار می‌آید، اخلاق راهنمای مناسبی در تفسیر قوانین حیازت مباحات و سببیت آن در ملکیت قلمداد می‌شود و گستره شمولی این قوانین را محدود و مضیق می‌سازد.

برای مثال دیگر در این باره می‌توان به ازدواج هم‌جنسان اشاره کرد. در هیچ‌یک از مواد قانون

مدنی، تغایر جنسیتی دو طرف عقد نکاح به‌عنوان شرط صحت عقد مطرح نشده است. برای قانون‌گذار قانون مدنی که قریب به ۹۰ سال پیش به تقنین مقررات نکاح می‌پرداخت، مسئله از چندان بداهتی برخوردار بود که نیاز به طرح ماده‌ای جداگانه احساس نمی‌شد، اما در دهه‌های بعد، پدیده هم‌جنس‌گرایی و ازدواج هم‌جنسان در کشورهای غربی مطرح و به تقنین گذارده شد و اگر در آینده چنین مسئله‌ای در حقوق ایران مطرح شود، ماده قانونی صریحی درباره آن مشاهده نمی‌شود. قاضی در این موارد با ملاحظه هم‌پوشانی هنجارهای اخلاقی و هنجارهای قانونی در بسیاری از قواعد و فروع حقوق خانواده، با تمسک به باورهای اخلاقی اکثریت می‌تواند به تفسیر منطقی قانون دست زند.

۲.۵. به‌کارگیری اخلاق در تفسیر قضایی در حالت تعارض و تراحم قوانین

در تراحم و تعارض دو ماده قانونی، اگر ماده‌ای منطبق با آموزه‌های اخلاقی بوده و ماده دیگر انطباقی با آموزه‌های اخلاقی نداشته باشد، قاضی در مرحله تفسیر قانون می‌تواند ماده همسو با گزاره‌های اخلاقی را از حیث دلالت قوی‌تر از ماده دیگر تلقی کند. در این صورت حل تنافی قوانین با اصول اخلاقی صورت می‌پذیرد. برای مثال، صدر ماده ۲۰۲ قانون مدنی با ارائه ضابطه نوعی، معیار شناسایی اعمال اکراه‌آمیز را این‌گونه مقرر داشته است «اکراه با اعمالی حاصل می‌شود که مؤثر در شخص باشعور بوده و او را نسبت به جان یا مال یا آبروی خود تهدید کند؛ به‌نحوی که عادتاً قابل تحمل نباشد»، اما ذیل همین ماده با ارائه ضابطه شخصی، معیار شناسایی اعمال اکراه‌آمیز را این‌گونه مقرر کرده است «در مورد اعمال اکراه‌آمیز، سن و شخصیت و اخلاق و مرد یا زن بودن شخص باید در نظر گرفته شود». دقت در مفاد دو بخش از این ماده، نمایان‌کننده تعارض در ارائه ضابطه تشخیص اعمال اکراه‌آمیز است. راه‌حل این تعارض، توجه به هنجارهای اخلاقی موجود در ضابطه شخصی است؛ زیرا قانون‌گذار از حیث اخلاقی موظف به حمایت از مکره است که قربانی زورگویی اکراه‌کننده شده است و این حمایت اقتضا می‌کند که ناتوانی‌های او از قبیل بیماری، کهولت سن و موقعیت نازل اجتماعی به‌صورت شخصی مورد ملاحظه قرار گیرد (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ج ۱، ص. ۵۳۱)؛ زیرا ممکن است عمل تهدیدآمیز در سطح متوسط افراد جامعه مؤثر واقع نشود، اما در برخی افراد به دلیل ناتوانی و ضعف جسمی یا روحی مؤثر واقع شود. حمایت از افراد ضعیف و ناتوان که از وظایف اخلاقی قانون‌گذار به شمار می‌رود، اقتضای غلبه

تفسیر شخصی بر تفسیر نوعی را می‌نماید. برای همین، ترجیح ضابطه شخصی بر ضابطه نوعی در فقه امامیه، مسلم و یقینی انگاشته شده است؛ به گونه‌ای که گاه تهدید به اندک ضرری با توجه به درجات روحی و طبقات اجتماعی اشخاص باعث صدق عنوان «عمل اکراه‌آمیز» می‌شود (حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۳، ص. ۴؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۲، صص. ۱۱ و ۱۲).

همچنین، در تزامم میان قاعده سلطه^۱ و قاعده نفی ضرر با الگوگیری از هنجارهای اخلاقی موجود در قاعده نفی ضرر درباره لزوم اجتناب از اضرار دیگران، می‌توان به این راه‌حل سوق یافت که «شارع... فرمود که تصرف در مال خود به نحوی بکن که از آن تصرف، ضرری به غیر نرسد» (قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص. ۵۰).

۳.۵. به‌کارگیری اخلاق در تفسیر قضایی برای یافتن ضمانت‌اجراهای اخلاقی

جایگاه دیگری که برای مداخله اخلاقی قاضی می‌توان در نظر گرفت، یافتن ضمانت‌اجراهای اخلاقی است. دادرس با گزینش اخلاقی‌ترین ضمانت اجرا از میان ضمانت‌اجراهای مختلف، قانون را تکمیل می‌کند. برای مثال، ضرر معنوی که ابعاد روحی و عاطفی انسان را دربرمی‌گیرد و اموری از قبیل حیثیت، آزادی و شرافت را شامل می‌شود، منطبق با ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی، مشمول قواعد مسئولیت مدنی و جبران خسارت قرار می‌گیرد. ماده ۱۰ قانون مسئولیت مدنی، دادگاه را مکلف می‌کند که در این موارد، افزون بر صدور حکم به جبران خسارت مالی، حکم به رفع زیان دهد. این ماده مصادیقی را نیز به‌عنوان رفع‌کننده‌های زیان معرفی می‌کند از قبیل الزام به عذرخواهی و درج در جراید. این راه‌های جبران خسارت در متون فقهی بی‌سابقه است، اما به علت داشتن سنخیت و ماهیت اخلاقی به عرصه تقنین وارد شده است. در واقع، لطمه به امتیازات معنوی اشخاص از نظر قانون‌گذار تا اندازه‌ای واجد اهمیت بوده که جبران خسارت مالی را کافی ندانسته و درصد برآمده است تا برای لطمه به حقوق اخلاقی افراد، راهی اخلاقی برای جبران در نظر بگیرد. راه‌های جبران خسارت در ماده یادشده حصری نیست و قانون‌گذار با آوردن قید «و امثال آن» در انتهای ماده، دست قاضی را برای در نظر گرفتن راه اخلاقی دیگر برای جبران، با توجه به حساسیت موضوع باز گذاشته است.

۱. «وَقَالَ النَّبِيُّ (صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ) عَلَى أَمْوَالِهِمْ» (ابن ابی‌جمهور احسائی، ۱۴۰۵ق، ج ۳، ص. ۲۰۸).

همچنین، منطبق با ماده ۴ قانون مسئولیت مدنی، «دادگاه می‌تواند میزان خسارت را در موارد زیر تخفیف دهد. ۱. هرگاه پس از وقوع خسارت واردکننده زیان به‌نحو مؤثری به زیان‌دیده کمک و مساعدت کرده باشد. ۲. هرگاه وقوع خسارت ناشی از غفلتی بود که عرفاً قابل اغماض باشد و جبران آن نیز موجب عسرت و تنگ‌دستی واردکننده زیان شود». هر دو بند این ماده به‌روشنی حاوی نقشی است که قاضی در اخلاقی کردن ضمانت‌اجراهای خسارات غیرقراردادی ایفا می‌کند. در بند نخست، به قاضی این فرصت داده می‌شود که ارزش اخلاقی کمک‌رسانی به مصدوم را در حکم خویش مدنظر قرار دهد. از منطبق قانون‌گذار، عملکرد اخلاقی عامل زیان بعد از ورود خسارت، مستحق اعمال ضمانت اجرای اخلاقی از سوی قاضی است. در بند دوم، به قاضی این فرصت داده شده است که اولاً، در سیر ذهنی عامل زیان تحقیق و قصد و عمد او را از غفلت و تسامح تفکیک کند. ثانیاً، به قاضی این فرصت داده می‌شود تا تأثیر جبران خسارت بر زندگی عامل زیان را در نظر داشته باشد. هر دو عاملی که در این بند مورد ملاحظه قانون‌گذار قرار گرفته، با توجه به هنجارهای اخلاقی بوده است. اجرای این دو هنجار اخلاقی با تفسیر اخلاقی قاضی از متن قانون و با مداخلت عامل اخلاق در میزان خسارت میسر می‌شود.

همچنین، می‌توان به ماده ۳۸ قانون مجازات اسلامی اشاره کرد که در بیان جهات تخفیف مجازات به این موارد تصریح می‌کند «ندامت، حسن سابقه یا وضع خاص متهم از قبیل کهولت یا بیماری، کوشش متهم به منظور تخفیف آثار جرم یا اقدام وی برای جبران زیان ناشی از آن». تمام عوامل یادشده در تخفیف مجازات، جزو هنجارهای اخلاقی بوده که مورد اهتمام قانون‌گذار قرار گرفته است. همان‌طور که این ارزش‌های اخلاقی مدنظر قانون‌گذار بوده است، اعمال مجازات توسط قاضی نیز باید با ملاحظه ارزش‌های اخلاقی صورت گیرد و مجازات اخلاقی مورد حکم قرار گیرد.

اثبات توبه و ندامت مرتکب منطبق با مواد ۱۱۴ تا ۱۱۷ قانون مجازات اسلامی، این اختیار را به قاضی می‌دهد تا در سقوط مجازات یا تخفیف آن تصمیم‌گیری کند. نهاد توبه و گسترده‌گی آن، موضوعی تأمل‌برانگیز در نقش و جایگاه آموزه‌های اخلاقی در مسئولیت کیفری به شمار می‌آید؛ به‌گونه‌ای که در مرحله پیش از اثبات جرم، هرچند شخص جرائم متعدد و حتی جرائم مستوجب اعدام و رجم را انجام داده باشد، فقط با یک بار توبه می‌تواند از تمام این مجازات‌های شدید

رهایی یابد.

۴.۵. به کارگیری اخلاق در تفسیر مضیق قوانین کیفری

تفسیر مضیق قوانین کیفری که یکی از اصول تفسیری در این سنخ از قوانین به شمار می‌آید، از جلوه‌های تأثیرگذاری اخلاق در تفسیر قانون است؛ زیرا منشأ آن به حسن ظن نسبت به مردم و بی‌گناه شمردن متهمان بازمی‌گردد. اصل براءت و قاعده درأ که از اصول تثبیت‌شده در دادرسی‌های کیفری شمرده می‌شود، ریشه در اصل اخلاقی حسن ظن دارد. اصل اخلاقی حسن ظن به دیگران اقتضا دارد که در مواردی که شخصی متهم به ارتکاب جرم می‌شود و در ارتکاب جرم توسط او تردید وجود دارد، تا هنگامی که جرم ارتكابی با ادله معتبر به اثبات نرسد، قاضی بنا را بر عدم ارتکاب نهد. براین اساس، تفسیر قانون در شبهات نمی‌تواند به گونه‌ای باشد که اشخاص را مجرم تلقی کند.

نقش این عامل در دادرسی‌های امام‌علی (علیه‌السلام) مشاهده می‌شود؛ یکی از یاران امام درباره خطر توطئه عبدالله بن وهب راسبی و زید بن حصین به ایشان می‌گوید چیزهایی از این دو شنیده است که اگر امام آن‌ها را می‌شنید، آنان را به قتل می‌رساند یا مجازات می‌کرد. امام با او درباره چگونگی برخورد با این دو نفر به استشاره می‌نشیند و او پیشنهاد می‌کند که امام آنان را دستگیر و سپس به قتل رساند. امام (علیه‌الصلوة والسلام) در پاسخ می‌فرماید:

«به خدا! تو نه پرهیزکاری و نه خردمند و کاردان. به خدا! اگر من قصد کشتن آنان را داشتم، تو باید به من می‌گفتی از خدا بترس؛ چرا کشتن آنان را روا می‌دانی درحالی‌که آنان کسی را نکشته‌اند و از تو جدا نشده‌اند و از اطاعت تو عدول نکرده‌اند.» (طبری، ۱۳۸۷ق، ج ۵، صص. ۱۳۱ و ۱۳۲)^۱

در این کلام امام، کارایی و نقش اصل اخلاقی حسن ظن در دادرسی به وضوح عیان شده است.

نتیجه‌گیری

اخلاقی کردن مناسبات و روابط اعضای جامعه با یکدیگر از مقاصد کلان قانون‌گذاری شمرده

۱. «والله! ما اظنک ورعا و لا عاقلا نافعاً، والله! لقد کان ینبغی لک لو اردت قتلهم ان تقول اتق الله، لم تستحل قتلهم و لم یقتلوا أحداً، و لم ینابذوک، و لم یخرجوا من طاعتک.»

می‌شود و از این رو قانون‌گذاران را به تمهید سازوکاری برای تقنین اخلاقی واداشته است، اما نظام حقوقی با قانون اخلاقی صرف، توانایی اخلاقی کردن نظام اجتماعی را ندارد، بلکه قانون اخلاق محور تا هنگامی که به اجرای اخلاق محور منتهی نشود، نمی‌تواند اهداف قانون‌گذاری در تعالی اخلاقی جامعه را سامان بخشد. از این رو ملاحظات اخلاقی موجود در مرحله وضع قانون باید در مرحله اجرای قانون نیز مدنظر قرار گیرد. اجرای درست قانون نیز مستلزم تفسیر درست آن است تا معنای قانون و مصادیق آن مشخص شود. از این رو مجری قانون حتی در فرض صراحت قانون نیز نیازمند تفسیر قانون است تا در اجرای آن به انحراف از مراد و مقصود واضع قانون نگراید. مجری خوب قانون کسی است که پیش از اجرا، مفسر خوبی برای آن باشد. ملاحظه نیازهای عملی و اجتماعی، اصول و قواعد حقوقی و ملاحظات تاریخی مبنای تفسیر قانون شمرده می‌شوند.

اخلاق در تفسیر قضایی نسبت به قانون یکی از مجاری و راهکارهای مهم در راستای اخلاقی‌سازی مناسبات جامعه است و نقش برجسته‌ای در نمود خارجی و عینی اخلاق قضایی دارد. مبانی قانونی این نقش در اصول ۴ و ۱۶۷ قانون اساسی تمهید شده و قانون‌گذار با استفاده از عبارات عام «موازین اسلامی» و «منابع معتبر اسلامی» که دانش اخلاق یکی از این موازین و منابع است، جایگاه مناسبی را برای اخلاق در مرحله تفسیر قانون گشوده است. به موجب مبانی فقهی و قانونی مندرج در نظام حقوقی ایران، استنباط احکام حقوقی از متون قانونی بر پایه گزاره‌های اخلاقی نه تنها امکان‌پذیر است، بلکه مبانی فقهی و قانونی موجود، ضرورت رهیافت‌های اخلاق‌مدار از قوانین و مقررات را اقتضا می‌کند.

در مقاله پیش رو سعی شد تا به دور از مفهوم‌شناسی‌های صرف و با گذر از مباحث فلسفی و نظری در باب تعاملات میان اخلاق و حقوق، به بررسی نقش عملی، عینی و ملموس اخلاق در ساحت تفسیر قانون و مسیر استنباط احکام حقوقی از قانون پرداخته شود. در این راستا، کارکردهای عملی کاربست اخلاق در تفسیر، تفهیم و تفهم قانون و همچنین، جایگاه‌ها و مظان عینی این کاربست مورد گفت‌وگو قرار گرفت. افزون‌براین، روش و چگونگی کاربست اخلاق و مفاهیم و گزاره‌های اخلاقی در تفسیر قانون و استنباط احکام حقوقی از قانون در به عرصه نقد و نظر گذارده شد.

منابع

- ۱) قرآن کریم.
- ۲) آلتمن، اندرو (۱۳۸۵). درآمدی بر فلسفه حقوق (بهر روز جندقی، مترجم). چاپ ۱، قم: مرکز انتشارات مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (رحمت‌الله علیه).
- ۳) ا. شینر، راجر (مهر ۱۳۸۳). حقوق و اخلاق (عبدالحکیم سلیمی، مترجم). مجله معرفت، شماره ۸۲.
- ۴) ابن‌ابی‌جمهور احسائی، محمدبن علی (۱۴۰۵ق). عوالی‌الثالی‌الغریزیة (جلد ۳). چاپ ۱، قم: دار سیدالشهداء.
- ۵) انصاری، باقر (۱۳۸۷). نقش قاضی در تحول نظام حقوقی. چاپ ۱، تهران: میزان.
- ۶) برهانی، محسن (۱۳۹۵). اخلاق و حقوق کیفری. چاپ ۱، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- ۷) پرلمان، چارلز (۱۳۷۳). قضاوت، قاعده و منطق حقوقی (حسن حبیبی، مترجم). کتاب منطق حقوقی و انفورماتیک حقوقی، تهران: اطلاعات.
- ۸) حلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). شرائع‌الاسلام فی مسائل‌الحلال‌والحرام (جلد ۳). چاپ ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- ۹) ژوردن، پاتریس (۱۳۸۶). تحلیل رویه قضایی در زمینه مسئولیت مدنی (مجید ادیب، مترجم). چاپ ۱، تهران: میزان.
- ۱۰) طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۰۹ق). العروة‌الوثقی فیما تعم به‌البلوی (جلد ۲). چاپ ۲، بیروت: مؤسسه الاعلمی.
- ۱۱) طباطبایی، سیدعلی (۱۴۱۸ق). ریاض‌المسائل فی تحقیق‌الاحکام بالدلائل (جلد ۱۶). چاپ ۱، قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام).
- ۱۲) طباطبایی، سیدمحمدحسین (۱۴۱۷ق). المیزان فی تفسیرالقرآن (جلد ۴). چاپ ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ۱۳) طبری، محمدبن جریر (۱۳۸۷ق). تاریخ‌الامم‌والمملوک (جلد ۵). چاپ ۲، بیروت: دارالتراث.
- ۱۴) فیض کاشانی، محمدحسن (۱۴۰۶ق). الوافی (جلد ۱). چاپ ۱، اصفهان: کتابخانه امام امیرالمؤمنین علی (علیه‌السلام).
- ۱۵) قربان‌نیا، ناصر (۱۳۷۶ و ۱۳۷۷). حقوق ترجمان اخلاق. مجله نقد و نظر، شماره‌های ۱۳ و ۱۴، سال ۴.
- ۱۶) قشقایی، حسین (۱۳۸۷). شیوه تفسیر قراردادهای خصوصی. چاپ ۱، قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.

- ۱۷) قمی، ابوالقاسم (۱۴۱۳ق). جامع الشتات فی اجوبة السؤالات (جلد ۱). چاپ ۱، تهران: مؤسسه کیهان.
- ۱۸) کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴). قواعد عمومی قراردادها؛ مفهوم عقد، انعقاد و اعتبار قرارداد (جلد ۱). چاپ ۳، تهران: سهامی انتشار.
- ۱۹) کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷). فلسفه حقوق؛ منابع حقوق (جلد ۲). چاپ ۱، تهران: سهامی انتشار.
- ۲۰) کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب (۱۴۲۹ق). الکافی (جلد ۴). چاپ ۱، قم: دارالحدیث.
- ۲۱) مجلسی، محمدباقر بن محمد تقی (۱۴۰۴ق). مرآة العقول فی شرح اخبار آل الرسول (جلدهای ۷ و ۱۱). چاپ ۲، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- ۲۲) مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۶ق). انوار الفقاهة؛ کتاب الخمس والانفال. ج ۱، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (علیه السلام).
- ۲۳) مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۸ق). العروة الوثقی مع التعليقات (جلد ۲). چاپ ۱، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (علیه السلام).
- ۲۴) موسوی خمینی، سیدمصطفی (بی تا). مستند تحریر الوسيلة (جلد ۲). چاپ ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت الله علیه).
- ۲۵) موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۸ق). موسوعة الامام الخویی (جلد ۳۲). چاپ ۱، قم: مؤسسه احیای آثار الامام الخویی (رحمت الله علیه).
- ۲۶) نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام (جلدهای ۳۲، ۴۰ و ۴۱). چاپ ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

References

- 1) The Holy Quran.
- 2) Altman, Andrew (1385 SH). Darāmadī bar Falsafa-ye Hoqūq [An Introduction to Legal Philosophy] (Behrūz Jandagī, Translator). 1st ed., Qom: Markaz-e Entesārāt-e Mo'assesa-ye Āmūzešī va Pažūhešī Emām Komeynī (raḥmat-Allāh 'alayh) [in Persian].
- 3) Ansārī, Bāqer (1387 SH). Naqš-e Qāzī dar Tahavvol-e Nezām-e Hoqūqī [The Role of the Judge in the Transformation of the Legal System]. 1st ed., Tehrān: Mīzān [in Persian].
- 4) Borhanī, Moḥsen (1395 SH). Aqlāq va Hoqūq-e Keyfari [Ethics and Criminal Law]. 1st ed., Tehrān: Pažūhešgāh-e Farhang va Andīša-ye Eslāmī [in Persian].
- 5) Ebn-e Abī Jamhūr Eḥsā'ī, Moḥammad b. 'Alī (1405 AH). 'Awālī al-La'ālī al-'Azīziya (Volume 3). 1st ed., Qom: Dār Sayyed al-Šohadā'.
- 6) Fayz Kāšānī, Moḥammad Moḥsen (1406 AH). Al-Wafī (Volume 1). 1st ed., Isfahan: Ketābkhāne-ye Emām Amīr al-Mo'menīn 'Alī ('alayhe al-salām) [in Arabic].
- 7) Ḥellī, Najm al-Dīn Ja'far b. Ḥasan (1408 AH). Šarā'e al-Eslām fi Masā'el al-Ḥalāl wa al-Ḥarām (Volume 3). 2nd ed., Qom: Mo'assesa-ye Esmā'īlīān.
- 8) Jordan, Patrice (1386 SH). Taḥlīl-e Rūye-ye Qazā'ī dar Zemīne-ye Mas'ūliyat-e Madanī [Analysis of Judicial Practice in the Field of Civil Liability] (Majīd Adīb, Translator). 1st ed., Tehrān: Mīzān [in Persian].
- 9) Kātoziān, Nāšer (1374 SH). Qavā'ed-e 'Omūmī-ye Qarārdādhā; Mafhūm-e 'Aqd, En'eqād wa E'tebār-e Qarārdād (Volume 1) [General Rules of Contracts; The Concept of Contract, Formation and Validity of Contract]. 3rd ed., Tehran: Sahāmī Entesār [in Persian].
- 10) Kātoziān, Nāšer (1377 SH). Falsafe-ye Hoqūq; Manābe'-e Hoqūq (Volume 2) [Philosophy of Law; Sources of Law]. 1st ed., Tehran: Sahāmī Entesār [in Persian].
- 11) Kolaynī, Abū Ja'far Moḥammad ibn Ya'qūb (1429 AH). Al-Kāfi (Volume 4). 1st ed., Qom: Dār al-Ḥadīth [in Arabic].
- 12) Majlesī, Moḥammad Bāqer ibn Moḥammad Taqī (1404 AH). Mer'āt al-'Oqūl fi Šarḥ Aḵbār Āl al-Rasūl (Volumes 7 and 11). 2nd ed., Tehran: Dār al-Kotob al-Eslāmīye [in Arabic].
- 13) Makārem Širāzī, Nāšer (1416 AH). Anwār al-Foqahā'; Ketāb al-Qoms wa-l-Anfāl. 1st ed., Qom: Entesārāt-e Madrese-ye Emām 'Alī ibn Abī Ṭāleb ('alayhe al-salām) [in Arabic].
- 14) Makārem Širāzī, Nāšer (1428 AH). Al-'Orwa al-Woṭqā ma' al-Ta'liqāt (Volume 2). 1st ed., Qom: Entesārāt-e Madrese-ye Emām 'Alī ibn Abī Ṭāleb ('alayhe al-salām) [in Arabic].
- 15) Mosavī Komīnī, Sayyid Mostafā (n.d.). Mostanad Taḥrīr al-Wasila (Volume 2). 1st ed., Tehran: Mo'assese-ye Tanzīm wa Našr Āṭār-e Emām Komīnī (raḥmat Allāh 'alayh) [in Arabic].
- 16) Mosavī Kū'ī, Sayyid Abū al-Qāsem (1418 AH). Mawsū'a al-Emām al-Kū'ī (Volume 32). 1st ed., Qom: Mo'assese-ye Eḥyā' Āṭār al-Emām al-Kū'ī (raḥmat

Allāh ‘alayh) [in Arabic].

- 17) Najafī, Moḥammad Ḥasan (1404 AH). *Jawāher al-Kalām fī Šarḥ Šarāye‘ al-Eslām* (Volumes 32, 40 and 41). 7th ed., Beirut: Dār Eḥyā‘ al-Torāt al-‘Arabī [in Arabic].
- 18) O. Shiner, Roger (Mehr 1383 SH). *Hoqūq va Aqlāq* [Law and Morality] (‘Abd-al-Ḥakīm Salīmī, Translator). *Majalle-ye Ma‘refat* [Journal of Knowledge], No. 82 [in Persian].
- 19) Perlman, Charles (1373 SH). *Qazāvat, Qā‘eda va Mantegh-e Hoqūqī* [Judgment, Rule and Legal Logic] (Ḥasan Ḥabībī, Translator). *Ketāb-e Mantegh-e Hoqūqī va Enformātik-e Hoqūqī* [Book of Legal Logic and Legal Informatics], Tehrān: Eṭṭelā‘āt [in Persian].
- 20) Qašqā‘ī, Ḥosayn (1387 SH). *Šive-ye Tafsīr-e Qarārdādhā-ye Košūšī* [The Method of Interpretation of Private Contracts]. 1st ed., Qom: Markaz-e Enteshārāt-e Daftar-e Tablīgāt-e Eslāmī [in Persian].
- 21) Qomī, Abū al-Qāsem (1413 AH). *Jāme‘ al-Šetāt fī Ajwobat al-Sowālāt* (Volume 1). 1st ed., Tehran: Mo‘assese-ye Keyhān [in Arabic].
- 22) Qorbān-Niā, Nāšer (1376 SH and 1377 SH). *Hoqūq-e Tarjomān-e Aqlāq* [The Rights of the Translator of Ethics]. *Majalle-ye Naqd wa Nazar* [Journal of Criticism and Review], Nos. 13 and 14, Year 4 [in Persian].
- 23) Ṭabarī, Moḥammad ibn Jarīr (1387 AH). *Tārīkh al-Omam wa-l-Molūk* (Volume 5). 2nd ed., Beirut: Dār al-Torāt [in Arabic].
- 24) Ṭabāṭabā‘ī Yazdī, Sayyed Moḥammad Kāzem (1409 AH). *al-‘Orwa al-Woṭqā fīmā Ta‘ammah Beh al-Balwā* (Volume 2). 2nd ed., Beirut: Mo‘assesa al-A‘lamī.
- 25) Ṭabāṭabā‘ī, Sayyid ‘Alī (1418 AH). *Riyāḍ al-Masā‘il fī Taḥqīq al-Aḥkām bi-l-Dalā‘il* (Volume 16). 1st ed., Qom: Mo‘assese-ye Āl al-Bayt (‘alayhem al-salām) [in Arabic].
- 26) Ṭabāṭabā‘ī, Sayyid Moḥammad Ḥosayn (1417 AH). *Al-Mizān fī Tafsīr al-Qor‘ān* (Volume 4). 5th ed., Qom: Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī [in Arabic].

Jurisprudential-Legal Examination of the Crime of Pandering [Ghavvadi] by Non-Muslims

Aref Hamdollahi · PhD in Criminal jurisprudence, Razavi University of Islamic Sciences,
Mashhad, Iran. (Corresponding Author) a.hamdollahi26@gmail.com

Mohammad Imami · Associate Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of
Islamic Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. dr.imami@razavi.ac.ir

Mohammad Hasan Ghasemi · Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Its
Principles, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. ghasemi@razavi.ac.ir

Abstract

1. Introduction

In Islamic jurisprudence, individuals belonging to the divine religions of Judaism, Christianity, and Zoroastrianism, who possess divine prophets and celestial scriptures, are referred to as religious minorities, People of the Book, or Dhimmis. Through the Dhimma contract, they are permitted to live in Islamic societies. Non-Muslims residing in Islamic lands are obliged to enter into a Dhimma contract, necessitating adherence to two fundamental conditions: the payment of the jizya tax and compliance with the regulations of the Islamic society. Among the commitments for non-Muslims (Dhimmis) in Islamic countries is the prohibition of certain acts, such as sexual offenses. Unfortunately, one of the prominent sexual offenses, known as panderism [ghavvadi], persists among Dhimmis residing in Islamic societies, despite their commitment to Islamic penal laws. This offense has evolved from individual transgressions into organized crimes, including the trafficking of women and girls, leading to the establishment of networks of corruption and centers promoting indecency.

2. Research Question

This study aims to address a significant gap in the existing body of research by focusing on the offense of panderism committed by non-Muslim minorities. Despite numerous studies on the subject, there is a lack of independent research specifically dedicated to panderism among non-Muslims.



Therefore, the primary research question is whether the offense of panderism is unequivocally established for non-Muslims, and if so, what punishment is applicable to them.

3. Research Hypothesis

The hypothesis posited for this research is that the offense of panderism by non-Muslim minorities is subject to legal consequences within the framework of Islamic penal laws. While existing legal provisions address the offenses committed by non-Muslims, the legislation does not explicitly mention panderism. This study aims to examine the clarity and adequacy of legal provisions, proposing a nuanced perspective on the equivalence of punishment between Muslim and non-Muslim offenders, particularly in cases of panderism.

4. Methodology & Framework, if Applicable

This research adopts a doctrinal and analytical approach, drawing from a comprehensive review of library resources. The nature of panderism as a punishable offense will be first explored from a legal standpoint, examining the legal nature of the offense and its justifiability under the Islamic penal framework. Subsequently, a detailed exploration of panderism from a jurisprudential perspective will be conducted, comparing the legal consequences of panderism committed by Muslim and non-Muslim individuals. The study will scrutinize the legal and jurisprudential foundations to underscore any disparities and ambiguities in the treatment of this offense within Islamic societies.

5. Results & Discussion

The culmination of legal perspectives indicates a challenge in categorizing the offense of panderism by non-Muslim minorities as a crime and enforcing punishment solely based on the legality of crimes and penalties. However, a profound examination of the rational foundations and the refinement of principles allows for the substantiation of the criminal nature of panderism committed by non-Muslims (Dhimmis). Furthermore, a steadfast commitment to the broad interpretation of the narrative provided by Abdullah ibn Sinan, as recounted by Imam Sadiq (peace be upon him), sheds light on the role of a panderism. Described as a sexual intermediary who facilitates adultery between men and women, the narrative prescribes a punishment of seventy-five lashes and banishment from the city. Notably, this narrative

encompasses both Muslim and non-Muslim offenders, emphasizing the act of bringing individuals together for unlawful sexual activities.

The application of this narrative, inclusive of Dhimmis, overcomes existing challenges and obstacles, leading to the conclusion that there is no ambiguity in the criminality of a panderism, whether Muslim or non-Muslim. The change in religion does not impact the essence of the offense, as a mature, rational, and consenting individual intentionally gathering people for illicit acts remains unchanged. Therefore, establishing both the material and mental elements of the crime is unequivocal, enabling the enforcement of the punishment outlined in Article 242 of the Iran's Islamic Penal Code of 1392 SH. This entails seventy-five lashes and subsequent banishment from the place of residence upon a repeat offense.

Moreover, through the refinement of legal principles, it becomes apparent that the execution of the prescribed punishment is equally applicable to non-Muslim pimpers. This affirms the equivalence of penalties between Muslim and non-Muslim offenders, addressing any potential concerns about disparate treatment based on religious affiliation.

6. Conclusion

In conclusion, this study navigates the intricate legal terrain surrounding the offense of panderism committed by non-Muslim minorities in Islamic societies. By examining both the legal and jurisprudential aspects, the research establishes that the criminality of panderism by non-Muslims can be substantiated through rational foundations and the refinement of legal principles. The study draws on a comprehensive interpretation of a narrated account from Islamic tradition, encompassing both Muslim and non-Muslim offenders, thereby offering a nuanced understanding of the offense.

Furthermore, the research underscores that the conditions warranting the execution of punishment for panderism are applicable to non-Muslim pandersims without any shadow of doubt. The change in religious affiliation does not mitigate the criminal nature of this act, as it involves a mature individual intentionally facilitating illicit activities between consenting parties.

This study contributes to the ongoing discourse on the treatment of offenses committed by non-Muslim minorities within Islamic legal frameworks. By clarifying the legal implications surrounding panderism,

the research provides valuable insights for legal practitioners, policymakers, and scholars seeking a comprehensive understanding of the complexities associated with such offenses in the context of Islamic societies.

Keywords: Panderism Crime, Muslim Panderism, Non-Muslim Panderism, Panderism for Dhimmis, Crime Deserving the Hadd Punishment.

بررسی فقهی حقوقی جرم قوادی غیرمسلمان

عارف حمداللهی • دانش‌آموخته دکتری فقه جزایی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران. (نویسنده مسئول)
a.hamdollahi26@gmail.com
محمد امامی • دانشیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران.
dr.imami@razavi.ac.ir
محمدحسن قاسمی • استادیار، گروه فقه و اصول، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران.
ghasemi@razavi.ac.ir

چکیده

یکی از جرایمی که در جامعه امروزی شیوع داشته و بعید نیست اثر آن در ترویج فحشا و منکر، از سایر جرایم بیشتر باشد، قوادی است. حکم قوادی غیرمسلمان توسط فقیهان و حتی فقیهان معاصر مورد بررسی قرار نگرفته است؛ علی‌رغم تصریح قانون‌گذار ایرانی در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ درباره جرایم موجب حد بر اهل ذمه، در مواد قانونی مربوط به جرم قوادی، مجازات قوادی به صورت مطلق ذکر شده و نامی از غیرمسلمان نیامده است. بر همین اساس، سوال اساسی پژوهش این است که «آیا این جرم در مورد غیرمسلمان، با وجود شرایط آن ثابت است؟ و در صورت اثبات، چه مجازاتی در حق ایشان قابل اجراست؟». اگر چه در ابتدا می‌توان با استناد به اصول کلی حقوق جزا از جمله اصل قانونی بودن جرم و مجازات و اصل براءت، قوادی اهل ذمه را جرم تلقی نکرد، ولی این نوشتار که به روش توصیفی تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای سامان یافته، با استناد به بنای عقلا و تنقیح مناط، جرم قوادی اهل ذمه را اثبات نموده و با بررسی دیدگاه‌های فقیهان، مبنی بر تساوی حکم قوادی مسلمان با کافر ذمی و تمسک به دلایلی همچون اطلاق روایت عبدالله بن سنان، به این نتیجه رسیده است که در صورتی که شخص ذمی، با قصد جمع نمودن افراد برای اعمال نامشروع زنا و لواط، آن‌ها را به یکدیگر برساند شرایط قوادی مستوجب حد، موجود بوده و حد قوادی بر وی جاری خواهد گشت.

واژگان کلیدی: جرم قوادی، قوادی مسلمان، قوادی غیرمسلمان، قوادی اهل ذمه، جرم مستوجب حد.



مقدمه

در دین اسلام به پیروان ادیان یهودیت، مسیحیت و زرتشت که دارای پیامبر الهی و کتاب آسمانی هستند، عنوان اقلیت دینی، اهل کتاب یا کافر ذمی اطلاق می‌شود. ایشان با استفاده از قرارداد ذمه می‌توانند در جامعه اسلامی زندگی کنند. غیرمسلمانان برای سکونت در بلاد اسلامی ناگزیر از انعقاد پیمان ذمه هستند و برای انعقاد قرارداد ذمه لازم است که دو شرط اساسی را بپذیرند. یکی، پرداخت جزیه و دیگری، التزام به مقررات جامعه اسلامی (موسوی خمینی، بی‌تا، ب، ج ۲، صص ۵۰۲ و ۵۱۰). یکی از تعهدات غیرمسلمانان (اهل ذمه) در بلاد اسلامی ترک محرمانتی از قبیل جرائم جنسی است. یکی از مهم‌ترین جرائم جنسی، قوادی است که متأسفانه اهل کتاب ذمی مقیم در جامعه اسلامی، به‌رغم التزام به رعایت قوانین جزایی اسلامی، مرتکب این جرم می‌شوند. تا جایی که از حد بزه ساده به جرم سازمان‌یافته قاچاق زنان و دختران و تشکیل باندهای فساد و مراکز فحشا تبدیل شده است.

درباره قوادی و مسائل مربوط به آن، آثار پژوهشی متعددی از ناحیه محققان صورت گرفته است. مقاله وزین و پرمحتوای «بررسی و نقد ادله حدی بودن قوادی» توسط رحیم نوبهار و نیز دو مقاله با نام‌های «تأثیر حصول نتیجه در مطلق با مشروط بودن قوادی» و «بررسی فقهی قوادی اینترنتی» به تلاش و همت سیدمجتبی حسین‌نژاد و مقالات «بازجستی فقهی در ماهیت قوادی» از محمد محسنی دهکلانی و «متناسب‌سازی کیفر قوادی؛ چالش‌ها و راهبردها» از روزین ابراهیمی در باره قوادی تألیف شده است. به‌رغم تألیفات پرثمر و کاربردی بالا، اثر مستقلی درباره قوادی غیرمسلمان به نگارش درنیامده است. براین اساس، برای پیشنهاد به قانون‌گذار اسلامی در راستای تصریح جرم قوادی شخص ذمی و نیاز مراجع قضایی به حکم این نوع قوادی و رفع ابهام از اجمال مواد قانونی و نیز ارائه آن به مجامع علمی برای نقد و بررسی جرم‌انگاری این نوع قوادی، ضرورت ایجاب می‌کند تا درباره جرم قوادی اهل ذمه پژوهشی مستقل انجام گیرد. آنچه در این مقاله بحث و بررسی می‌شود، جرم قوادی شخص ذمی است. در منابع معتبر فقهی، مفهوم قوادی و حکم قیادت درباره قواد مسلمان به تفصیل بحث شده و نسبت به حکم قوادی کافر ذمی به ذکر عبارت «بستوی فی‌المسلم والکافر» اکتفا شده است. با توجه به اینکه در فقه جزایی اسلام در موارد متعددی مجازات‌های حدی در نظر گرفته‌شده برای مسلمان و غیرمسلمان متفاوت است، به نظر می‌رسد این عبارت از لحاظ روشن نبودن دلیل تساوی و قیود لازم، کافی نیست و نیاز به

بررسی و تحلیل علت تساوی و تنقیح مناط حکم مسلمان با کافر ذمی است. در بادی امر به نظر می‌رسد احکام و قوانین جزایی اسلام میان مسلمانان و اهل ذمه مساوی باشد، ولی به اعتقاد عبدالقادر عوده، نویسنده برجسته مصری، اختلاف احکام در مواردی که متعلق آن اختلاف در عقیده است، به وجود می‌آید (عوده، بی تا، ج ۱، صص. ۵۱۳-۵۱۵). جرائمی که شریعت میان مسلمانان و ذمیان تفاوت قائل شده است (مانند مجازات شرب خمر)، جرائم بر مبنای دینی و اعتقادی محض هستند. از این رو غیرمسلمانی که اعتقاد به حرمت شرب خمر ندارد، مستحق شلاق نیست مگر اینکه در ملاعام تظاهر به شرب خمر کرده باشد که مجازات وی به خاطر مستی حاصل از شرب خمر است والا شرب خمر ذمی بدون مستی وی مجازات ندارد. درباره جرم قیادت نیز همین شبهه اعتقادی شایان طرح است؛ زیرا کفار ذمی اعتقادی به حرمت روابط نامشروعی مثل زنا ندارند.

در قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲، برخی جرائم غیرمسلمان (شخص ذمی) مثل زنا، لواط، تفریخ و مصرف مسکر مورد تصریح قرار گرفته است. در بند پ ماده ۲۲۴ آمده است «زنای مرد غیرمسلمان با زن مسلمان موجب اعدام زانی است» و در تبصره ۱ ماده ۲۳۴ درباره حد لواط چنین مقرر داشته است «در صورتی که فاعل غیرمسلمان و مفعول مسلمان باشد، حد فاعل اعدام است». همچنین، در تبصره ماده ۲۳۶، قانون‌گذار با تشدید مجازات غیرمسلمان در تفریخ چنین بیان داشته است «در صورتی که فاعل غیرمسلمان و مفعول مسلمان باشد، حد فاعل اعدام است». به رغم مواد یادشده، قانون‌گذار اسلامی مجازات قوادی را به صورت مطلق گفته و در مواد قانونی مربوط به قوادی، نامی از غیرمسلمان (شخص ذمی) به میان نیامده است. در مجازات قوادی در ماده ۲۴۳ چنین آمده است «حد قوادی برای مرد هفتاد و پنج ضربه شلاق است و برای بار دوم علاوه بر هفتاد و پنج ضربه شلاق به عنوان حد، به تبعید تا یک سال نیز محکوم می‌شود که مدت آن را قاضی مشخص می‌کند و برای زن فقط هفتاد و پنج ضربه شلاق است». با توجه به مطالب پیش گفته، این پرسش پیش می‌آید که آیا جرم قوادی غیرمسلمان مثل قوادی مسلمان ثابت است و در صورت اثبات این جرم درباره غیرمسلمان، مجازات آن چیست؟ آیا با مجازات مسلمان یکسان است تا بتوان مجازات مقرر در ماده ۲۴۳ را در مورد وی اجرا کرد؟ پاسخ پرسش‌های بالا در دو مبحث جداگانه حقوقی و فقهی بحث و بررسی می‌شود. در این جستار پس از بیان ماهیت

قوادی مستوجب حد، نخست از منظر حقوقی به بیان و حل مسئله پرداخته می‌شود. سپس از منظر فقهی، جرم بودن قوادی شخص ذمی با استفاده از اطلاق ادله قوادی مسلمان و تنقیح مناط و بنای عقلا اثبات می‌شود و تقنین و جرم‌انگاری آن در قانون مجازات اسلامی و اجرای حد بر قوادی شخص ذمی مورد تأکید قرار می‌گیرد.

۱. ماهیت قوادی

قیادت در لغت از واژه قود گرفته شده که معانی متعددی برای آن گفته شده است. یکی از معانی که مناسب با موضوع تحقیق دارد، به معنای هدایت و راهنمایی کردن است. فراهیدی در العین چنین می‌نویسد «الْقَوْدُ نَقِيضُ السُّوقِ. يَقُودُ الدَّابَّةَ مِنْ أَمَامِهَا (و يسوقها من خلفها). وَالْقِيَادُ الْحَبْلُ الَّذِي تَقُودُ بِهِ دَابَّةً أَوْ شَيْئًا... وَالْقِيَادَةُ مَصْدَرُ الْقَائِدِ؛ قَوْدٌ نَقِيضُ سَوْقٍ (یعنی از عقب راندن) است؛ چهارپا را از جلو می‌کشد و از عقب می‌راند و قیاد ریسمانی است که با آن چهارپا یا چیزی را می‌کشد... و قیادت مصدر قائد است» (فراهیدی، بی‌تا، ج ۵، ص. ۱۹۶).

در اقرب‌الموارد آمده است «القَوَادُ كَشَدَادٍ؛ السَّاعِي بَيْنَ الرَّجُلِ وَالْمَرَاةِ لِلْفَجْرِ؛ قَوَادٌ بِرِزْنِ شَدَادٍ یعنی کسی که میان مرد و زن برای زنا تلاش می‌کند» (شرتونی، بی‌تا، ص. ۳۵۳). تاج‌العروس نیز قواد را مترادف با دیوث آورده است و چنین بیان می‌کند «الدُّيُوثُ وَالَّذِي لَا غَيْرَةَ لَهُ عَلَى حَرِيمِهِ، أَوْ الْقَوَادُ قَالَ وَهُمْ يَرْجِعُونَ إِلَى مَعْنَى وَاحِدٍ؛ لِأَنَّ الدُّيُوثَ لَا غَيْرَةَ لَهُ وَ يَصْلُحُ لِلْقِيَادَةِ؛ دِيُوثٌ كَسَى اسْتِ كَيْ غَيْرَتِ بَرَايَ حَرِيمِش نَدَارِدُ يَا دِيُوثُ هَمَانُ قَوَادِ اسْتِ كَيْ هَر دُو بِي يَكُ مَعْنَا بَرَمِي گَرَدَد؛ بِمَخَاطَرِ اَيْنَكِه دِيُوثُ غَيْرَتِي بَرَايش نِيَسْتِ وَ بَرَايَ قِيَادَتِ اَصْلَاحِ مِي كَنْد» (واسطی زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، صص. ۳۱۶ و ۳۱۷).

طریحی نیز در مجمع‌البحرین قواد را چنین تعریف می‌کند: «والقواد بالفتح والتشديد؛ هوالذي يجمع بين الذكر والأنثى حراما والقيادة بالكسر؛ الصناعة؛ قواد با فتحه و تشديد کسی است که بین مذکر و مؤنث برای کار حرام جمع می‌کند و قیادت با کسره حرفه است» (طریحی، ۱۴۱۶ق، ج ۳، ص. ۱۳۲).

بنابراین، همان‌طور که از کتاب‌های لغت برمی‌آید، قواد کسی است که بین زن و مرد برای کار حرام جمع می‌کند و قیادت حرفه کسی است که به قوادی مشغول است. بر اساس کتاب‌های لغت، قواد تنها بر جمع‌کننده برای زنا اطلاق می‌شود و جمع‌کننده دو تا مرد برای لواط و دو تا زن برای

مساحقه، خارج از معنای لغوی آن است.

درباره معنای اصطلاحی و شرعی قوادی، نگارندگان با بررسی و تتبعی که در عبارات فقهای امامیه انجام داده‌اند، به دو دیدگاه دست یافته است.

دیدگاه نخست این است که قیادت عبارت است از جمع کردن بین مردان و زنان برای زنا و جمع کردن مردان با مردان یا غلمان با هم برای لواط (الجمع بین النساء والرجال أو الرجال والغلمان للفجور). این دیدگاه مربوط به فقهای از جمله شیخ مفید، شیخ طوسی، شریف مرتضی، قاضی بن برّاج، ابن ادریس، یحیی بن سعید حلّی، محقق حلّی، علامه حلّی، محمدتقی مجلسی، صاحب جواهر و امام خمینی است (مفید، ۱۴۱۳ق، ص. ۷۹۱؛ طوسی، ۱۴۰۰ق، ص. ۷۱؛ شریف مرتضی، ۱۴۱۵ق، ص. ۵۱۵؛ حلّی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۵۳۴؛ حلّی (علامه)، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۴۷۱؛ حلّی، ۱۴۰۵ق، ص. ۵۵۷؛ حلّی، ۱۴۰۸ق، ص. ۲۱۹؛ حلّی (علامه)، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۱۷۶؛ حلّی (علامه)، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص. ۵۳۸؛ حلّی (علامه)، ۱۴۲۰ق، ج ۵، ص. ۳۳۶؛ مجلسی دوم، ۱۴۰۶ق، ج ۱۰، ص. ۱۰۰؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص. ۴۰۰؛ موسوی خمینی، بی‌تا، ب، ج ۲، ص. ۴۷۱).

دیدگاه دوم این است که قیادت عبارت است از جمع کردن بین فاجران برای فجور (الجمع بین الفاجرین للفجور). به تعبیر دیگر و صریح‌تر عبارت است از جمع کردن مردان و زنان برای زنا و مردان با مردان یا غلمان برای لواط و زنان با زنان برای مساحقه. این دیدگاه مربوط به برخی از فقها مثل ابن حمزه، ابن زهره، ابوالصلاح حلبی، قطب‌الدین بیهقی، شهید اول، شهید ثانی، صاحب ریاض و محقق خویی است (طوسی، ۱۴۰۸ق، ص. ۴۱۴؛ حلبی، ۱۴۱۷ق، ص. ۴۲۷؛ حلبی، ۱۴۰۹ق، ص. ۴۱۰؛ کیدری، ۱۴۱۶ق، ص. ۵۱۹؛ شهید اول، ۱۴۱۰ق، ص. ۲۵۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۹، ص. ۱۶۴؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۱۶، صص. ۲۷ و ۲۸؛ خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص. ۲۵۰).

صاحب جواهر در مورد این دیدگاه چنین مرقوم داشته‌اند «از غنیه و جامع و اصباح نقل شده [است] که علاوه بر آن آنچه گفته شد، واسطه شدن بین انجام مساحقه بین زنان نیز قیادت دانسته شده [است]؛ گرچه ما از نظر لغوی و عرفی این را به دست نیاوردیم و حتی خواهید دید که در روایت فقط اکتفا به مورد اول (دیدگاه اول) شده است» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص. ۴۰۰).

درباره کلام صاحب جواهر می‌توان گفت کلام ایشان درباره عدم وجدان دیدگاه دوم در عرف و لغت و نیز درباره غنیه و اصباح صحت دارد، اما در مورد ابن سعید حلی در الجامع للشرائع (حلی، ۱۴۰۵ق، ص. ۵۵۷) صحت ندارد و ایشان - همان‌طور که پیش‌تر گفته شد - قائل به دیدگاه نخست هستند، اما باید دید که در نصوص و روایات کدام دیدگاه درباره معنای قیادت آمده است. در مباحث پیش رو، دو روایتی که متعرض مفهوم قیادت و قواد شده‌اند، گفته می‌شود تا بتوان با توجه به اختلاف نظر موجود میان فقیهان به نتیجه مطلوب رسید.

روایت اول را شیخ صدوق در عقاب‌الاعمال به سند خودش نقل کرده است «هرکس بین زن و مردی واسطه کار حرام شود، خداوند او را از بهشت محروم کرده و جایگاهش آتش بوده و چه بد بازگشتگاهی است و همواره در سخط الهی است تا اینکه بمیرد»^۱ (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۰، ص. ۳۵۱).

این روایت را صاحب جواهر نیز در کتاب خویش آورده و مورد استناد قرار داده است. در این روایت، برای جمع‌کننده میان زن و مرد برای فعل حرام، قیادت اطلاق شده و افزون بر سخط الهی، تا لحظه مردن برای فاعل آن، وعید مجازات اخروی محرومیت از بهشت و دخول در جهنم را داده است.

روایت دوم، روایتی است که درباره حد قوادى در وسائل‌الشیعه آمده است. در این روایت عبدالله بن سنان چنین نقل می‌کند «به امام صادق (علیه‌السلام) عرض کردم که از قواد به من خبر دهید که حدش چیست؟ فرمودند که حدی بر قواد نیست مگر این‌طور نیست که پول می‌گیرد تا قیادت کند. عرض کردم فدایت شوم! بین مذکر و مؤنث برای حرام جمع می‌کند. فرمودند او کسی است که بین مذکر و مؤنث پیوند می‌دهد. عرض کردم او چنین است. فرمودند که سه‌چهارم حد زانی، هفتادوینج تازیانه زده می‌شود و از شهری که در آن است، تبعید می‌شود»^۲ (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۸، ص. ۱۷۱).

۱. «عَنْ رَسُولِ اللَّهِ (صلى الله عليه و آله) فِي حَدِيثٍ قَالَ وَ مَنْ قَادَ بَيْنَ امْرَأَةٍ وَ رَجُلٍ حَرَامًا - حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْهِ الْجَنَّةَ وَ مَا أَوَاهُ جَهَنَّمَ وَ سَاءَتْ مَصِيرًا - وَ لَمْ يَزَلْ فِي سَخَطِ اللَّهِ حَتَّى يَمُوتَ».

۲. قَالَ قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عليه‌السلام)، أَخْبِرْنِي عَنِ الْقَوَادِ مَا حَدُّهُ. قَالَ لَا حَدَّ عَلَى الْقَوَادِ إِذْ لَيْسَ إِذَا يُعْطَى الْأَجْرَ عَلَى أَنْ يَقُودَ. قُلْتُ جَعَلْتَ فِدَاكَ! إِنَّمَا يَجْمَعُ بَيْنَ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى حَرَامًا. قَالَ ذَاكَ الْمُؤَلَّفُ بَيْنَ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى حَرَامًا. قُلْتُ هُوَ ذَاكَ. قَالَ يَضْرِبُ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ حَدِّ الزَّانِي خَمْسَةً وَ سَبْعِينَ سَوْطًا وَ يَنْفَى مِنَ الْمَصْرِ الَّذِي هُوَ فِيهِ الْحَدِيثُ.

در این روایت، ابتدا عبدالله بن سنان به این نتیجه می‌رسد که گویا امام (علیه‌السلام) حرف او را متوجه نشده است. از این رو می‌گوید «فدایت شوم! قوادی که می‌گویم، منظور کسی است که میان زن و مرد برای حرام جمع می‌کند نه هر واسطه‌ای». بنابراین، صدر این روایت، منظور راوی نبوده و مراد از قواد کسی است که میان مذکر و مؤنث برای حرام جمع می‌کند و راوی نیز با ذکر ادات «انما» برای بیان مقصود خویش، معنای قوادی را منحصر در جمع بین زن و مرد کرده است.

بررسی سندی این دو روایت نشان می‌دهد که هر دو مشکل ضعف سندی دارند با این توضیح که در سلسله سند روایت نخست، محمد بن سلیمان وجود دارد که مشترک بین ثقه و غیر ثقه است (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۱، ص. ۳۰۵) و نجاشی نیز او را تضعیف کرده است «ضعیف جداً، لا یعول علیه فی شیء» (نجاشی، ۱۴۰۷ق، ص. ۳۶۵)، اما ضعف سندی آن به خاطر عمل مشهور جبران شده و به اعتبار عمل مشهور از قوت برخوردار شده است (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۱ الف، ج ۱، ص. ۳۴۹).

بررسی و استقرای نگارندگان حاکی است که در جوامع روایی امامیه همین دو روایت ذکر شده است و فقیهان نیز در کتاب‌های فقهی به این دو روایت پرداخته‌اند. از این رو با بررسی این دو روایت می‌توان گفت آنچه از دلالت آن‌ها استظهار می‌شود، این است که قواد کسی است که جامع میان زن و مرد برای فعل حرام است و برای جامع مردان برای لواط یا زنان برای مساحقه اطلاق نمی‌شود. از این رو بر اساس روایات می‌توان معنای قوادی را منحصر در جمع میان زن و مرد برای زنا دانست که دقیقاً با معنای لغوی سازگار است، اما آنچه از بررسی عبارات فقیهان به دست می‌آید، این است که هیچ‌کدام از آن‌ها جمع کردن میان مردان را از مفهوم قیادت نفی نکرده است. درباره جمع کردن زنان با مردان برای زنا و مردان با مردان برای لواط میان فقها اتفاق نظر وجود دارد و تنها درباره شمول قوادی بر جمع میان زنان برای مساحقه اختلاف نظر وجود دارد. در شمول احکام قیادت بر جمع میان زنان برای مساحقه، به خاطر نبود آن در روایات، عرف و لغت، شک و تردید وجود دارد. از این رو به لحاظ قاعده در آن نمی‌توان جمع‌کننده زنان برای مساحقه را مشمول حد قوادی دانست و در نهایت، با در نظر گرفتن حرمت این کار می‌توان جمع‌کننده زنان برای مساحقه را مشمول تعزیر دانست و مجازات آن را به حاکم سپرد.

با جمع‌بندی روایات و دیدگاه‌های فقیهان و اهل لغت می‌توان به این نتیجه رسید که قدر متیقن

از معنای قواد، جامع میان زن و مرد برای زناست. برای جامع میان مردان در روایات و لغت اطلاق قواد نشده است، اما با در نظر گرفتن نظر مشهور فقهای می‌توان جامع مردان برای لواط را داخل در معنای قواد تلقی کرد؛ چنان‌که قانون مجازات اسلامی در ماده ۲۴۲ به تبعیت از نظر مشهور فقها چنین نگاشته است «قوادی عبارت از به هم رساندن دو یا چند نفر برای زنا یا لواط است».

۲. بررسی حقوقی جرم قوادی غیرمسلمان (شخص ذمی)

۱.۲. دین و تأثیر آن در جرم‌انگاری قوادی

پیش از بیان تأثیر دین در جرم‌انگاری قوادی، توجه به این موضوع ضروری است که در حقوق به تبعیت از متون دینی مسلمانان (مانند آیات شریفه ۱۳۵ و ۱۳۶ بقره و آیه ۱۹ آل عمران)، از دین (نه مذهب) نام برده شده است. به نظر می‌رسد آنچه به‌عنوان دستورات الهی از آن یاد می‌شود، نام دین بر آن نهاده شده است. مذهب گاه به شاخه‌ای از دین مانند مذاهب شیعه و سنی در اسلام و گاه به شیوه عبادت واحد گروهی - که ممکن است منشأ وحیانی نداشته باشد - گفته می‌شود (صادقی، ۱۳۸۳، ۹۵).

بررسی سابقه قانون‌گذاری در جرائم موجب حد نشان می‌دهد که قانون‌گذار در جرائمی مانند زنا، لواط و مساحقه، متعرض جرم غیرمسلمان شده است، ولی در قوادی اهل ذمه سکوت اختیار کرده و قانون خاصی تدوین نکرده است. با توجه به سابقه تقنین در ایران، به‌موجب بند ۳ از ماده ۲۱۱ قانون مجازات عمومی سابق، مواد ۱۳۵ تا ۱۳۸ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ و ماده ۲۴۳ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ درباره مباشرت جرم قوادی، جنسیت مؤثر در مقام نیست. این موضوع از تصریح مواد یادشده در بالا شایان استنباط است و قواد ممکن است مرد یا زن باشد. در نظام حقوق کیفری ایران در تبعیت از فقه، میان جنس زن و مرد در مباشرت جرم تفاوتی وجود ندارد، اما در مؤثر بودن یا نبودن دین مباشرت جرم قوادی، مواد قانونی صراحت ندارد. پرسش این است با توجه به این دو تفاوت موجود در تقنین جرم‌انگاری میان برخی جرائم حدی با جرم قوادی و نیز تفاوت تقنین در جنسیت و دین مباشرت قوادی چگونه باید به موضوع نگریست؟ در این باره باید گفت صراحت قانونی درباره جرم قوادی غیرمسلمان در مواد قانونی دیده نمی‌شود اما حکم مسئله با دو روش استنباط می‌شود. یک روش این است که هر شخص که مرتکب قوادی شود، با عنایت به اطلاق موجود در ماده قانونی و همچنین، مبنای فقهی - که

به تفصیل به آن پرداخته خواهد شد - تفاوتی میان مسلمان و کافر نیست و در هر صورت به حد قوادی محکوم خواهد شد.

روش دیگر این است که بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی عمل کرد و این موارد را از مصادیق موضوع این اصل دانست و قاضی را مکلف کرد با استناد به منابع فقهی و فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر کند. اصل ۱۶۷ قانون اساسی چنین مقرر می‌دارد «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقض یا اجمال یا تناقض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد».

در استناد به این اصل، میان حقوق دانان دو رویکرد در فرضی که درباره موضوع کیفری حکمی در قوانین مدون یافت نشود، وجود دارد.

الف. عدم مراجعه به منابع و فتاوی معتبر اسلامی (اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها) بر اساس این دیدگاه، در مواردی مثل قوادی ذمی که قانون ساکت است، نمی‌توان بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی به منابع و فتاوی معتبر اسلامی مراجعه و قواد ذمی را مجازات کرد. بیشتر حقوق دانان مفاد این اصل را ناظر به امور مدنی دانسته و معتقدند که بی‌تردید نظر نویسندگان قانون اساسی این نبوده است که با تسری این اصل به امور کیفری، حقوق افراد در معرض نقض و خدشه قرار گیرد و امکان سوءاستفاده قضات و به طریق اولی مأموران انتظامی در برخورد با شهروندان فراهم آید (افتخارچهرمی، ۱۳۹۴، ص. ۷۸).

قائلان به این رویکرد معتقدند اصول ۳۴ تا ۳۹ قانون اساسی به‌طور صریح بر پذیرش قانونی بودن مجازات و دادرسی دلالت دارند. همچنین، اصل ۱۶۶، مستند بودن احکام دادگاه‌ها را به مواد قانون می‌کند. با جمع اصول یادشده شکی نمی‌ماند که اجازه مقنن در اصل ۱۶۷ به قضات محاکم مبنی بر مراجعه به منابع معتبر اسلامی و فتاوی مشهور در صورت فقدان نص، سکوت یا نقض قانون منصرف به امور حقوقی است. همچنین، در اصل ۳۶ قانون اساسی لفظ «فقط» که از ادات حصر است، به کار رفته که با توجه به حجت بودن مفهوم حصر، حکم به تعیین مجازات و اجرای آن جز به استناد قانون مدون امکان ندارد و خلاف قانون اساسی است (حبیب‌زاده و توحیدی فرد، ۱۳۸۸، ص. ۷۵). این اصل بدون هیچ رأی مخالفی به تصویب رسیده و از این رو در میان اصول

قانون اساسی کم‌مانند است. (هاشمی و کوشا، ۱۳۸۸، ص. ۷۰).

یکی از محکم‌ترین ادله این رویکرد، اصل قانونی بودن جرم و مجازات‌هاست که در مواد ۲، ۱۰ و ۱۲ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ پیش‌بینی شده است. بر اساس مطالب پیش‌گفته می‌توان از اصل برائت استفاده کرد و در صورتی که در قوانین مدون جزایی برای فعلی مثل قوادی اهل ذمه مجازات پیش‌بینی نشده بود، مبنا را بر جرم نبودن آن گذاشت و حکم برائت صادر کرد.

گواه این استدلال، گفتار ناصر کاتوزیان است که در این باره بیان می‌دارد «در دعوی کیفری، همین که دادرس نتواند برای عمل ارتكابی در قوانین مجازاتی بیابد باید حکم به برائت متهم بدهد؛ هرچند آن کار از نظر اخلاقی زشت و شایسته کیفر باشد. این کار استنکاف از حق‌گذاری نیست، بلکه لازمه اجرای اصل برائت و نتیجه احترازناپذیر اصل قانونی بودن مجازات‌هاست» (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ص. ۹۶).

همچنین، می‌توان به نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه به شماره ۷/۲۵۳۰ مورخ ۱۳۷۲/۴/۷ در این باره اشاره کرد که بیان می‌دارد «با سکوت قانون، قاضی مکلف به صدور رأی برائت است؛ هرچند عمل یادشده در شرع حرام باشد».

همچنین، می‌توان برای حاکمیت اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها به اصل ۱۵۶ قانون اساسی استدلال کرد با این توضیح که کشف جرم، تعقیب و مجازات و تعزیر مجرمان و اجرای حدود و مقررات مدون جزایی اسلام بر عهده قوه قضائیه است. در این اصل، تأکید بر واژه «مقررات مدون» حاکی از پذیرش اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌هاست. در صورتی که قاضی ملزم به مراجعه به غیر از قانون باشد، مشکلات اساسی از جمله نبود وحدت رویه و تشتت آرا در محاکم گریبان‌گیر قوه قضائیه و موجب عسر و حرج برای مردم می‌شود؛ زیرا لازمه این موضوع، این است که مردم افزون‌بر قانون، به منابع فقهی و فتاوی معتبر نیز احاطه داشته باشند که مبتلا به اصل عدم جهل به قانون نشوند. این موضوع سبب عسر و حرج می‌شود.

ب. مراجعه به منابع و فتاوی معتبر اسلامی (اصل شرعی بودن جرائم و مجازات‌ها)

بر اساس این رویکرد می‌توان در موارد سکوت، اجمال یا نقص قوانین کیفری به منابع و فتاوی معتبر اسلامی مراجعه کرد. قائلان این رویکرد معتقدند که اصل ۱۶۷ افزون‌بر دعوی حقوقی شامل دعوی کیفری نیز می‌شود و می‌توان براساس آن جرم‌انگاری کرد. طرف‌داران این دیدگاه

معتقدند خود قانون اساسی بر اساس اصل ۱۶۷، فتاوی و منابع معتبر اسلامی را در حکم قانون قرار داده است. بنابراین، منافاتی با اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها ندارد. استدلال دیگر این گروه این است که اصل ۱۶۷ دلالت بر «عموم» دارد (اعم از دعاوی کیفری و مدنی)؛ زیرا تعبیر شده است به هر دعوا و کلمه «هر» در فارسی دلالت بر عموم دارد. مشروح مذاکرات بررسی نهایی قانون اساسی نیز گویای این است که مطلق دعاوی مورد نظر قانون‌گذاران بوده است (طویلی، ۱۳۹۶، ص. ۵).

به نظر می‌رسد این نظریه مبتلا به ایراداتی است از جمله با اصول دیگر قانون اساسی مانند ۳۶، ۱۶۵ و ۱۶۹ و نیز اصول کلی حقوق جزا از جمله اصل برائت، اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها، اصل تفسیر به نفع متهم و... منافات دارد. از جمله اشکالات اساسی این رویکرد قاعده درء است که مورد پذیرش فقها و قانون مجازات اسلامی است.

در نقد این رویکرد نیز می‌توان گفت که پذیرش این رویکرد و تسری اصل ۱۶۷ به موضوعات کیفری، با روح قانون اساسی که مبتنی بر اصل حاکمیت قانون و شفافیت قوانین برای رعایت حقوق و آزادی‌های اساسی شهروندان و مصلحت نظام اجتماعی است، سازگار نیست.

نهایت اینکه با وجود ایرادات مطرح شده بر این رویکرد و نکات قوت رویکرد قبلی، به نظر می‌رسد که قضات در قوادی اهل ذمه مأذون به جرم‌انگاری و مراجعه به منابع و فتاوی فقهی نیستند و در مقام عمل باید حکم به برائت مرتکب صادر کنند، اما باید دید که بررسی فقهی این مسئله چه رویکردی را در مرعی و منظر قضات قرار خواهد داد. بدین منظور بررسی فقهی این مسئله و نقد نظرهای حقوق‌دانان ضروری به نظر می‌رسد.

۲.۲. دین و تأثیر آن در تخفیف و تشدید مجازات جرم قوادی

برخی از مقررات کیفری قانون مجازات اسلامی صحت این تأثیر را تأیید می‌کند. برای مثال، می‌توان از مقررات بند پ ماده ۲۲۴ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ نام برد که بیان می‌دارد در صورتی که (مرد) غیرمسلمان با زن مسلمان مرتکب زنا شود؛ هرچند غیرمحصن باشد، مجازات او قتل خواهد بود. این در حالی است که در فرض مسلمان و غیرمحصن بودن زانی، مجازات وی تنها صد ضربه شلاق است. همچنین، تبصره ماده ۲۳۶ همین قانون مقرر می‌دارد «در فرضی که غیرمسلمان به‌عنوان فاعل اقدام به عمل تفخیز با مسلمان نماید و مسلمان مفعول واقع

گردد، مجازات غیرمسلمان قتل خواهد بود. مجازات این جرم در فرض مسلمان بودن فاعل تنها یکصد تازیانه می‌باشد». بنابراین، می‌توان نتیجه گرفت که در مقررات کیفری ایران نوع مذهب به معنای اعتقاد به دینی غیر از اسلام که دارای مذاهب متعدد است، در تعیین کیفر نقش اساسی ایفا می‌کند (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۲، صص. ۳۹-۶۴).

برخلاف مواد یادشده در برخی جرائم، قانون‌گذار ایران میان مسلمان و غیرمسلمان از نظر میزان کیفر تفاوت قائل نشده است. درباره جرم قوادی می‌توان بر این عقیده بود که با توجه به اطلاق ماده ۲۴۳ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ و همچنین، مبانی فقهی - که در این مقاله به آن پرداخته می‌شود - در فرض تحقق بزه قوادی، میان مسلمان و غیرمسلمان از نظر میزان مجازات تفاوتی وجود ندارد.

۳. بررسی فقهی جرم قوادی اهل ذمه (شخص غیرمسلمان)

همان‌طور که بیان شد، بسیاری از حقوق‌دانان جرم بودن جرائمی را که برای آن‌ها قانون خاصی تدوین نشده است، منتفی می‌دانند. بر اساس این نظریه و به دلیل نبود نص صریح و قانون خاص و همچنین، با التفات به تفسیر مضیق قانون جزا و تفسیر به نفع متهم و اصول کلی حقوق جزا، قوادی اهل ذمه جرم شمرده نمی‌شود.

از نظر فقهی در تبیین این نظریه می‌توان گفت که قوادی مزبور مجرای اصالت برائت نیز هست؛ زیرا موضوع اصل برائت عقلی، نبود بیان از جانب شارع است و در فرض مزبور نیز بیانی از جانب شارع به ما نرسیده است؛ ضمن اینکه اهل ذمه در زمان شارع می‌زیسته‌اند و در صورت جرم بودن حتماً باید از ناحیه اصحاب مورد پرسش قرار می‌گرفت و حرمت این عمل از ناحیه اهل ذمه به دست ما می‌رسید. از این رو با توجه به احتمال ارتکاب این عمل از ناحیه غیرمسلمانان، موضوع برائت عقلیه در اینجا محقق است. در نتیجه، به تبع آن، برائت عقلیه جاری می‌شود و مجازات جاری نمی‌شود؛ زیرا اجرای مجازات و عقاب با بودن موضوع برائت عقلیه (فقدان بیان) قبح عقاب بدون بیان را به همراه دارد که جایز نیست.

باید در نظر داشت که در نگاه ابتدایی ممکن است که استدلال بالا درست به نظر آید، اما با امعان نظر در آن، دلیل بر عدم صحت آن روشن می‌شود؛ زیرا هیچ‌گونه تغییری در اصل و جنس و ماهیت این جرم حاصل نشده، بلکه تنها فاعل این جرم غیرمسلمان است. بنابراین، نمی‌توان قوادی

مسلمان را جرم تلقی کرد، اما قوادی غیرمسلمان جرم در نظر گرفته نشود.

۱.۱.۳. ادله فقهی جرم بودن قوادی اهل ذمه

در مبحث پیش رو ضمن رد صحت نظریه بیشتر حقوق دانان، با تمسک به بنای عقلا و تنقیح مناط، جرم بودن قوادی اهل ذمه بسان قوادی مسلمان ثابت می‌شود.

۱.۱.۳.۱. بنای عقلا

با توجه به ماهیت جرم قوادی، چنان‌که فردی از اهل ذمه مرتکب این عمل شود، بر مبنای بنای عقلا این فعل وی جرم شمرده می‌شود؛ از این رو که بنای عقلا بما هم عقلا و ارتکازات عرفی، این‌گونه اعمال را جرم قوادی تلقی کرده و برای آن مجازات در نظر گرفته است. شارع مقدس هم که رئیس عقلاست، آن را ردع و انکار نکرده است. در نتیجه، با صدور بیان به صورت کلی از ناحیه شارع و الغای خصوصیت از موارد موجود (قوادی مسلمان) به دلیل ارتکازات عرفی و بنای عقلا می‌توان گفت که موضوع برائت عقلیه (عدم بیان) در اینجا منتفی است.

از این رو با تغییر دین و مذهب فاعل آن نمی‌توان شبهه‌ای بر مجرم بودن فاعل آن وارد کرد و فاعل این جرم بدون لحاظ دین و مذهب مرتکب، مجرم تلقی و در صورت داشتن شرایط اجرای حد، بر فاعل آن نیز حد جاری می‌شود.

ممکن است گفته شود طبق مبنای مشهور و رایج، بنای عقلا در صورتی معتبر است که مورد تأیید و امضای شارع باشد و موافقت ایشان را از طریق تقریر یعنی از سکوت و عدم ردع معصوم (علیه‌السلام) می‌توان کشف کرد. برای اثبات موافقت و تأیید معصوم از این شیوه دو مرحله اساسی باید مدنظر قرار گیرد. نخست، اتصال و هم‌زمانی سیره عقلائی با زمان معصوم (علیه‌السلام) و دوم، عدم ردع معصوم (علیه‌السلام) از سیره عقلائی.

حال در موضوع مورد بحث (قوادی اهل ذمه)، معاصرت و هم‌زمانی سیره مورد نظر با معصوم (علیه‌السلام) معلوم نیست و در صورت تردید درباره سیره‌ای که در زمان معصومان وجود نداشته و بعداً حادث شده است، نمی‌توان موافقت معصوم را احراز کرد.

در پاسخ باید گفت که راه‌های متعددی وجود دارد که از طریق آن‌ها می‌توان وجود سیره عقلائی را در زمان معصومان احراز کرد. شهید صدر راه‌های متعددی را مطرح کرده است که در اینجا به دو راه اشاره می‌شود (صدر، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص ۱۱۸).

راه نخست این است که از طریق وجود سیره عقلایی در زمان حال به وجود آن در زمان گذشته پی ببریم. این موضوع با تأمل در منشأ سیره عقلایی امکان‌پذیر است؛ همچنان‌که درباره قوادی اهل ذمه این حدس قوی و اطمینان‌بخش در حرمت این عمل و قبیح آن نزد عقلا وجود دارد که از قریحه عمومی و مشترک میان عقلا نشئت می‌گیرد. پس همچنان‌که در حال حاضر این سیره وجود دارد، در گذشته نیز همین سیره موجود بوده است.

راه دوم از طریق استقرا در جوامع مختلف است. به این صورت که پژوهشگر با بررسی جوامع مختلف و مشاهده وجود سیره عقلایی در موضوع بحث (جمع کردن مردان و زنان برای افعال حرام و قبیح) پی می‌برد که در جامعه معاصر معصوم (علیه‌السلام) نیز چنین سیره‌ای وجود داشته است. ممکن است گفته شود که با فرض وجود سیره عقلا در این مقام، برای کشف موافقت معصوم (علیه‌السلام) ادله لفظی صریح وجود ندارد پس چگونه از عدم ردع، موافقت او احراز می‌شود؟

در پاسخ به این پرسش نیز باید گفت که از طریق دو جمله شرطیه می‌توان موافقت معصوم (علیه‌السلام) را با سیره مورد بحث اثبات کرد. نخست اینکه، اگر شارع با مفاد سیره عقلا موافق نبود مخالفت خود را ابراز می‌کرد و مردم را از عمل طبق آن سیره عقلایی منع و ردع می‌کرد. دوم اینکه، اگر معصوم (علیه‌السلام) مردم را از عمل به سیره عقلا منع کرده بود، خبر آن به دست ما هم می‌رسید. از آنجاکه چنین منع و ردعی به دست ما نرسیده است، پس معلوم می‌شود که هیچ منع و ردعی وجود نداشته است. در صورت اشکال به امکان صدور منع و عدم وصول آن باید گفت اگر مصلحت و اراده شدید در منع بود، قاعده لطف اقتضا می‌کرد این منع و بیان شارع به مکلف واصل شود (حکیم، ۱۹۷۹م، ص. ۲۶۵).

در صورتی که طبق مبنای مشهور نتوان امضا و تقریر شارع را احراز کرد، می‌توان از مبنای دوم برای حجیت بنا عقلا بهره جست. بر این مبنا، علت حجیت بنای عقلا آن است که کاشف از حکم عقل است و از آنجاکه بنای عقلا طریقی برای رسیدن به حکم عقل است، بر اساس قانون ملازمه حکم عقل و شرع می‌توان امضا و تقریر شارع را احراز کرد و مفاد بنای عقلا را حکم شرعی دانست.

در موضوع مورد بحث (قوادی اهل ذمه) با استعانت از این مبنا می‌توان چنین گفت که هرگاه عقلا (بما هم عقلا) بر حرمت فعل قوادی اهل ذمه و مجازات عامل آن هم‌داستان باشند و سیره عملی بر آن نیز استوار شود، می‌توان حدس زد که این سیره از حکم عقل آنان ناشی شده است؛

زیرا عادتاً ممکن نیست خردمندان که در زبان، فرهنگ، مذهب و احساسات با هم اختلاف و تفاوت دارند، در رفتار خاصی با هم اتفاق نظر داشته باشند.

مطابق با هر دو مبنا می‌توان گفت وجهی برای فقدان نص و قانون خاص و حاکمیت اصالت برائت وجود ندارد و ماهیت قوادی اهل ذمه با قوادی مسلمان یکی است و منطقی به نظر نمی‌رسد که قوادی مسلمان را جرم بدانیم، اما قوادی غیرمسلمان را جرم نشماریم؛ زیرا طبیعی است که در بلاد اسلامی، افعال حرام مانند قوادی ممکن است از ناحیه مسلمان و غیرمسلمان صورت گیرد و اختلاف دین و مذهب تغییری در ماهیت جرم ایجاد نمی‌کند.

۲.۱.۳. تنقیح مناط

در نظر اصولیان تنقیح مناط یکی از شیوه‌های استنباط حکم شرعی است که در آن با اجتهاد و نظر، علت حکم از دیگر اوصاف غیردخیل که در نص شرعی آمده است، تمییز داده می‌شود تا بدین وسیله بتوان حکم یادشده را به دیگر مواردی که علت حکم در آن‌ها وجود دارد، سرایت داد. از طریق تنقیح مناط می‌توان جرم بودن قوادی اهل ذمه را احراز کرد؛ زیرا قوادی با توجه به روایات وارده به دلایل مختلفی حرام و مستوجب حد است. در روایاتی مانند روایت نبوی و روایت عبدالله بن سنان - که در مبحث پیش گفته شد - حرمت عمل قوادی و اجرای حد و وعید سخط الهی در دنیا و آخرت بر قواد، به مناط و ملاک جمعی است که قواد میان افراد برای اعمال نامشروع انجام می‌دهد. در این روایات قطعی و مسلم است که ملاک یادشده (جمع میان افراد برای عمل نامشروع) برای مسلمان یا غیرمسلمان موجود است و بر غیرمسلمان نیز قوادی اطلاق می‌شود و علت اصلی این احکام و مجازات‌ها، ارتکاب فعل حرام و مستوجب حد است و درباره هر فردی که در بلاد اسلامی مرتکب چنین افعالی بشود، جاری می‌شود.

۲.۳. مجازات قوادی غیرمسلمان

پس از احراز جرم بودن قوادی شخص ذمی، اکنون باید دید که آیا شرایط قوادی مستوجب حد برای مسلمان، در قوادی غیرمسلمان نیز وجود دارد تا بتوان غیرمسلمانان را مشمول مجازات مقرر در قانون و شرع دانست؟ به عبارت دیگر، آیا می‌توان رکن مادی و روانی جرم قوادی را در شخص ذمی احراز کرد و تحت ماده ۲۴۲ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ - که رکن قانونی جرم قوادی را تشکیل می‌دهد - مجازات این قوادی را اجرای هفتادو پنج ضربه تازیانه و سپس

تبعید از محل زندگی - البته در بار دوم - دانست؟

تتبع در منابع فقهی نشان می‌دهد که فقیهان امامیه فقط اکتفا به این عبارت کرده‌اند: «بستوی فیه المسلم والکافر» (حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص. ۱۴۹)؛ یعنی در احکام قیادت، مسلمان و کافر مساوی هستند. ایشان درباره اجرای حد بر قوادی اهل ذمه سکوت کرده‌اند و فقط برخی فقیهان مثل شریف مرتضی در انتصار (۱۴۱۵ق، ص. ۵۱۵) و حلبی در غنیه (۱۴۱۷ق، ص. ۴۲۷)، بر این نظر اجماع دارند و مستند آن را ادله اطلاق ذکر کرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص. ۴۰۰). برای امکان بهره جستن از اطلاق ادله لازم است ادله مورد استناد از ناحیه فقیهان برای حکم قوادی گفته شود تا بتوان گفت از اطلاق کدام دلیل می‌توان قوادی شخص ذمی را مشمول حکم قوادی مسلمان دانست. در مباحث پیش رو ادله مورد استناد گفته و چگونگی استدلال به اطلاق آن‌ها نقد و بررسی می‌شود.

۱.۲.۳. اطلاق روایت عبدالله بن سنان

از ادله یادشد برای حد قوادی، روایت عبدالله بن سنان است که در مقام تعیین مجازات قواد وارد شده است. متن این روایت در مبحث پیشین آورده شد. در تبیین اطلاق روایت باید گفت که در روایت عبدالله بن سنان آمده است: «ذاک المؤلف بین المذکر والأُنثی حراما». در سخنان امام (علیه السلام) قواد چنین توصیف شده که او کسی است که به‌عنوان دلال جنسی، میان زن و مرد برای ارتکاب زنا جمع می‌کند و بعد فرموده است که حدش، اجرای هفتاد و پنج ضربه تازیانه و تبعید از شهر محل زندگی است. اطلاق این روایت (اطلاق لفظ مؤلف) شامل قواد مسلمان و غیرمسلمان می‌شود؛ زیرا پرسش راوی درباره کسی است که جمع میان زن و مرد کند و تردیدی نیست که قواد غیرمسلمان نیز همان‌طور که گذشت، از جمله کسانی است که جمع میان زن و مرد حاصل می‌کند. بدیهی است که در جمع کردن آن دو از نظر عقلی فرقی میان مسلمان و غیرمسلمان نیست. از این رو اطلاق این روایت شامل قواد اهل ذمه نیز می‌شود. تمسک به اطلاق این روایت ممکن است در بدو نظر اشکالاتی به شرح زیر به همراه داشته باشد.

اشکال نخست: به عقیده بسیاری از اصولیان، برای استفاده از اطلاق باید به قرائن خارجی تمسک جست و مقدمات حکمت از مهم‌ترین قرائنی هستند که می‌توان به کمک آن‌ها از لفظ

مطلق، استفاده اطلاق کرد (قافی و شریعتی، ۱۳۹۲، ج ۱، ص. ۲۶۷). نخستین مقدمه از مقدمات حکمت این است که متکلم در مقام بیان باشد؛ یعنی باید احراز شود که گوینده درصدد بیان تمام منظور و مقصود خویش برای شنونده است تا شنونده با دریافت تمام مقصود او از مراد وی آگاه شود (نایینی، بی تا، ج ۱، ص. ۵۲۸). در روایت ابن سنان، امام (علیه السلام) در مقام بیان اصل تشریح و قانون و حکم قوادی است. از این رو هدف امام این بوده است که تنها راوی را از اصل نظر و حکم خود درباره مسئله آگاه کند و به هیچ وجه در مقام بیان جزئیات و خصوصیات مرتبط با مسئله نبوده است. بنابراین، امام در مقام «اهمال و اجمال» است و نمی توان به اطلاق این روایت استناد کرد.

در مقام پاسخ اشکال بالا باید گفت تردید در مقام بیان بودن امام در این روایت مانع از تمسک به اطلاق آن نیست؛ زیرا در موارد شک و تردید به عقیده اصولیان باید به اصل عقلایی «اصالة الاطلاق» متوسل شد (نایینی، ۱۴۲۱ق، ص. ۵۷۴). این اصل عقلایی اقتضا می کند که در چنین مواردی فرض شود که امام در مقام بیان تمام مراد است و درصدد اهمال گویی نیست. اشکال دوم: یکی از مقدمات حکمت نبود قرینه بر تقیید است. در روایت بالا از اینکه راوی یعنی عبدالله بن سنان از امام (علیه السلام) درباره حد قوادی پرسیده است، قرینه بر این است که موضوع پرسش، مسلمان است و معمولاً اصحاب ائمه (علیهم السلام) درباره احکام مسلمانان می پرسیدند. از این رو این قرینه نشان می دهد که پاسخ امام (علیه السلام) نیز درباره حکم قوادی مسلمان بوده است و شامل قوادی اهل ذمه نمی شود.

در پاسخ این اشکال نیز باید گفت که منظور از نبود قرینه در اینجا، قرینه متصل است که در صورت وجود قرینه متصل همراه لفظ مطلق، مانع از انعقاد اطلاق خواهد بود، اما قرینه منفصل چنین نیست و قرینه یادشده در مناقشه، بر فرض قرینه بودن آن، قرینه منفصل است که در مرحله انعقاد اطلاق دخالتی ندارد (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۱ ب، ج ۶، ص. ۴۰۸).

اشکال سوم: کلمه «المؤلف» که در روایت به کار رفته است، انصراف به فرد مسلمان دارد و شامل غیرمسلمان نمی شود. این انصراف لفظ مطلق به برخی از مصادیق آن مانع از اطلاق است و حد یادشده در روایت را نمی توان شامل قوادی اهل ذمه دانست.

در پاسخ باید گفت که اولاً، لازم است منشأ انصراف ادعاشده بیان شود. ثانیاً، انصراف با توجه

به منشأ پیدایش آن دارای مراتبی است که تنها در برخی مراتب مانع از اطلاق می‌شود؛ چنان‌که منشأ انصراف این باشد که برخی مصادیق معنایی بیش از دیگر مصادیق در خارج یافت شود یا شنونده با برخی مصادیق بیش از بقیه ارتباط داشته باشد، به آن انصراف بدوی اطلاق می‌شود. این نوع انصراف مانع اطلاق نیست. برای مثال، در کشور ما لفظ مسلمان انصراف به شیعه دارد، اما این انصراف بدوی است و مانع از اطلاق نیست، اما چنان‌که منشأ انصراف کثرت استعمال باشد؛ به طوری که در اثر کثرت استعمال یک لفظ در برخی مصادیق، بین آن لفظ و آن مصداق خاص، علاقه و مناسبتی ایجاد می‌شود؛ به گونه‌ای که آن لفظ در آن معنا ظهور می‌یابد. این نوع انصراف مانع از اطلاق است (قافی و شریعتی، ۱۳۹۲، ج ۱، ص. ۲۷۲). بر اساس مطالب یادشده، برای تشخیص وجود انصراف و تمییز نوع آن باید به کاربرد عرفی «المؤلف» به‌ویژه در عرف خاص مراجعه کرد. در نهایت، باید گفت در فرض وجود انصراف با توجه به وجود مصادیق مسلمان آن بیش از دیگر مصادیق (غیرمسلمان) در عصر راوی یا به‌خاطر ارتباط بیشتر مخاطب با مصادیق مسلمان آن، انصراف یادشده بدوی است و مانع از اطلاق نیست.

اشکال چهارم: یکی از مقدمات حکمت در مقام تمسک به اطلاق، احراز فقدان قدر متیقن در مقام تخاطب است. در روایت عبدالله بن سنان، اگر قوادی مسلمان به‌عنوان قدر متیقن از قوادی در مقام تخاطب بین راوی و امام (علیه‌السلام) باشد، وجود این قدر متیقن مانع از استناد به اطلاق لفظ در روایت است.

در پاسخ اشکال بالا گفته می‌شود که در کتاب‌های اصولی برای قدر متیقن دو منشأ گفته شده است.

الف. قدر متیقن خارجی: گاهی شنونده به دلیل عقلی یا دلیل دیگری خارج از لفظ، اطمینان می‌یابد که برخی مصادیق مطلق به‌یقین مشمول حکم مورد نظر هستند (قافی و شریعتی، ۱۳۹۲، ج ۱، ص. ۲۷۵). این نوع قدر متیقن به عقیده عالمان اصول هیچ‌گونه ضرری به اطلاق نمی‌زند و مانع از استفاده اطلاق از لفظ نیست (خراسانی، ۱۴۱۲، ص. ۲۸۷).

ب. قدر متیقن در مقام تخاطب: در این نوع، قدر متیقن در مقام محاوره و گفت‌وگو از دلالت و ظهور کلام گوینده استفاده می‌شود نه از قرائن و امارات خارج از کلام (نائینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص. ۵۷۵). در میان اصولیان، آخوند خراسانی این نوع قدر متیقن را مانع از تمسک به اطلاق دانسته است. به عقیده ایشان برای استفاده اطلاق از یک لفظ افزون بر مقدمات حکمت باید قدر متیقن در

مقام تخاطب نیز وجود نداشته باشد (خراسانی، ۱۴۱۲ق، ص. ۲۸۷). این عقیده به شدت مورد انتقاد عالمان دیگر قرار گرفته است و بسیاری از آنان وجود قدر متیقن در مقام تخاطب را تنها در صورتی مانع از اطلاق دانسته‌اند که باعث انصراف لفظ به برخی مصادیق شود (نایینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص. ۵۷۵؛ خمینی، بی تا. الف، ص. ۷۳).

حال در روایت مزبور، این قدر متیقن اگر در مقام تخاطب و مستفاد از کلام متکلم باشد، تنها بر مبنای آخوند خراسانی مناقشه مزبور وارد است، اما بر مبنای بسیاری از عالمان دیگر با انصراف لفظ روایت به قوادی مسلمان، مناقشه مزبور وارد خواهد بود، اما همان‌طور که در مناقشه سوم یاد شد، انصراف لفظ در این روایت به برخی مصادیق بدوی است و مانع از تمسک به اطلاق نیست. با توجه به اشکالات و پاسخ‌های آن، به‌طور خلاصه می‌توان نتیجه گرفت که با وجود تمام مقدمات حکمت در روایت عبدالله بن سنان، تردیدی نمی‌ماند که حکم یادشده در این روایت، اطلاق دارد و شامل قوادی مسلمان و غیرمسلمان می‌شود و اختلاف دین و مذهب و دیگر خصوصیات تأثیری در تغییر حکم یادشده نخواهد داشت.

۲.۲.۳. اجماع فقیهان

یکی از ادله‌ای که بر حد قوادی اقامه شده، اجماع فقهای امامیه است. در اینجا برخی از عبارات فقیهانی که ادعای اجماع در مسئله کرده‌اند، بیان می‌شود. شریف مرتضی در انتصار چنین می‌نویسد: «از آن چیزهایی که مختص امامیه است قول بر اینکه هر کسی که بر او بینه اقامه شود که جمع بین مردان و زنان یا مردان و پسر بچه‌ها برای فجور نموده است، واجب است که هفتادو پنج ضربه شلاق بخورد... دلیل ما در این حکم اجماع طایفه امامیه است» (شریف مرتضی، ۱۴۱۵ق، ص. ۵۱۵). حلبی نیز پس از ذکر حکم یادشده چنین بیان می‌دارد: «کل ذلک بدلیل اجماع الطائفة» (حلبی، ۱۴۱۷ق، ص. ۴۲۷). عبارت شریف مرتضی در انتصار چنین است: «اتَّفَقَ الْجَمِيعُ عَلٰی اَنْ حُدَّ الْقِيَادَةُ مَطْلَقًا خَمْسًا وَسَبْعِينَ جَلْدَةً» (شاهد ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۴، ص. ۴۲۲). چنان‌که از عبارات پیداست، مجازات حدی قوادی (هفتادو پنج ضربه شلاق) مورد اتفاق همه فقهای امامیه است، اما دیگر مجازات‌های قوادی مانند تبعید (نفی)، سر تراشیدن (حلق) و اشتهار میان مردم (شهره) مورد اختلاف فقهاست که پرداختن به آن‌ها از مجال این جستار خارج است و فرصت جداگانه‌ای می‌طلبد. اکنون پرسش این است که آیا با تمسک به این اجماع می‌توان مجازات

یادشده را درباره قوادی اهل ذمه جاری کرد؟

آنچه در پاسخ به این پرسش باید گفته شود، این است که اجماع یک دلیل غیرلفظی و به اصطلاح یک دلیل «لبی» است. پس باید به قدر متیقن آن اکتفا کرد و نمی‌توان به اطلاق یا عموم آن استناد جست. همین پاسخ را می‌توان درباره بنای عقلا هم مطرح کرد که بنای عقلا مانند اجماع دلیل لبی و فاقد عموم و اطلاق است. بنابراین، درباره قوادی اهل ذمه نمی‌توان از سیره عقلا استفاده و مجازات قوادی مسلمان را جاری کرد.

۳.۲.۳. تنقیح مناط

دلیل دیگری که می‌توان به واسطه آن اجرای حد بر قوادی اهل ذمه را ثابت کرد، تنقیح مناط است که در مبحث پیشین توضیح داده شد. با مراجعه به روایت عبدالله بن سنان دانسته می‌شود که اجرای حد و مجازات دنیوی قواد به مناط و ملاک جمعی است که قواد میان افراد برای عمل نامشروع زنا انجام داده است و شکی نیست که این جمع در قوادی ذمه نیز وجود دارد و مجازات مقرر برای قواد مسلمان را می‌توان برای قواد ذمی نیز جاری کرد.

از راه تنقیح مناط نه تنها می‌توان جرم بودن قوادی ذمی را اثبات کرد، بلکه می‌توان قواد ذمی را مستوجب حد دانست.

۴. شبهه قاعده درء و ماهیت جرم قوادی غیرمسلمان

پایان‌بخش این جستار ذکر دو نکته مهم است که برای تکمیل موضوع بحث ضروری به نظر می‌رسد.

نکته نخست، دفع شبهه‌ای است که با توجه به قاعده درء و ماده ۱۲۲ قانون مجازات اسلامی ممکن است درباره همه جرائم مطرح شود. اینجا نیز ممکن است در جرم‌انگاری قوادی غیرمسلمان و اجرای حد بر وی، شک و شبهه ایجاد شود که می‌توان به قاعده درء و ماده یادشده تمسک جست و از شخص ذمی حد را ساقط کرد.

در پاسخ اشکال بالا گفته می‌شود قاعده درء، قاعده اختصاصی در ابواب فقه جزایی به خصوص باب حدود است منتها باید دانست که تمسک به این قاعده و منتفی دانستن اجرای حد در صورتی است که هیچ شمولیتی از ناحیه اطلاق روایت عبدالله بن سنان وجود نداشته باشد. از این رو با احراز اطلاق و شمولیت آن، وجهی برای تمسک به قاعده درء در ما نحن فیه نیست.

بنابراین، با اثبات اطلاق روایت یادشده و نیز تنقیح مناط می‌توان حد را بر قواد غیرمسلمان جاری کرد.

نکته دوم، ابهامی است که درباره ماهیت قوادی غیرمسلمان وجود دارد که آیا قوادی شخص ذمی، جرمی مقید به نتیجه است یا جرمی مطلق شمرده می‌شود؟ به عبارت دیگر، آیا قوادی در صورتی مستوجب حد می‌شود که افزون بر جمع، زنا یا لواط نیز صورت گیرد یا اینکه صرف جمع میان طرفین و مرتبط ساختن آن‌ها برای زنا یا لواط هرچند مرتکب آن نشوند، در اجرای حد شخص ذمی کافی است؟ درباره ماهیت قوادی شخص مسلمان نیز ابهام و پرسش بالا مطرح است (حسین‌نژاد، ۱۳۹۵). همان‌طور که در سطور پیشین اشاره شد، فقیهان درباره قوادی شخص ذمی به عبارت «تساوی بودن حکم مسلمان و کافر ذمی» اکتفا کرده‌اند چه رسد به اینکه درباره ماهیت آن بحث کرده باشند. درباره ماهیت قوادی مسلمان میان قدما و متأخران از فقهای معاصر اختلاف نظر وجود دارد؛ به طوری که ظاهر عبارت قدما و متأخران مقتضی اجرای حد بر قواد است، هرچند زنا یا لواط صورت نگیرد (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ج ۲، ص. ۱۶۰)، اما جمعی از فقهای معاصر در پاسخ به استفتا درباره این پرسش در فرض تحقق نیافتن وطی و نزدیکی، حد قوادی را جاری ندانسته‌اند (حسین‌نژاد، ۱۳۹۵، ص. ۳). قانون‌گذار اسلامی نیز با تبعیت از فقیهان معاصر در تبصره ۱ ماده ۲۴۲ قانون مجازات اسلامی مقرر داشته است «حد قوادی منوط به تحقق زنا یا لواط است. در غیر این صورت عامل مستوجب تعزیر مقرر در ماده ۲۴۴ این قانون است».

اظهار نظر درباره پرسش بالا تحقیق و مجال دیگری می‌طلبد (برای مطالعه بیشتر رک به: حسین‌نژاد، ۱۳۹۷، ص. ۳)، اما به صورت خلاصه می‌توان گفت قاعده درء و احتیاط در دما و اصل احتیاط و نیز مقتضای بنای حدود بر تخفیف، ایجاب می‌کند که در صورتی که شخص ذمی مبادرت به جمع کردن میان زنان و مردان برای جرائم زنا و لواط کند، اما در عمل جرائم یادشده تحقق نیابد، مستوجب حد قوادی نیست و تنها مستوجب تعزیر خواهد بود.

نتیجه‌گیری

بنا بر نظر بسیاری از حقوق‌دانان نمی‌توان با استناد به اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها، قوادی اهل ذمه را جرم تلقی و مرتکب آن را مجازات کرد، اما با توجه به مقتضای بنای عقلا و تنقیح مناط می‌توان جرم بودن قوادی غیرمسلمان (شخص ذمی) را ثابت کرد. همچنین، با تمسک

به اطلاق روایت عبدالله بن سنان و رفع چالش‌ها و موانع موجود در اطلاق‌گیری از این روایت می‌توان نتیجه گرفت که در شأنیت وجود شرایط قوادی مستوجب حد در قوادی شخص ذمی جای شک و شبهه‌ای نیست و تغییر دین عامل فعل، تأثیری نخواهد داشت؛ زیرا دلال جنسی شخص بالغ، عاقل و مختاری است که با قصد جمع کردن افراد برای اعمال نامشروع زنا یا لواط، آن‌ها را با یکدیگر جمع می‌کند. بنابراین، در احراز رکن مادی و روانی شکی نیست و می‌توان تحت ماده ۲۴۲ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ که رکن قانونی جرم قوادی را تشکیل می‌دهد، مجازات این قوادی را اجرای هفتادوپنج ضربه تازیانه و سپس تبعید از محل زندگی - البته در بار دوم - دانست. همچنین، از راه تنقیح مناط افزون بر اثبات جرم بودن قوادی غیرمسلمان، می‌توان اجرای حد را نیز بر قواد غیرمسلمان ثابت کرد.

منابع

- ۱) افتخارچهرمی، گودرز (۱۳۹۴). اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها و تحولات آن. مجله تحقیقات حقوقی، شماره‌های ۲۵ و ۲۶.
- ۲) حاجی ده‌آبادی، احمد (۱۳۸۲). تأملی پیرامون قصاص مسلمان در مقابل کافر. نامه مفید، شماره ۴، صص. ۳۹-۶۴.
- ۳) حبیب‌زاده، محمدجعفر و توحیدی فرد، محمد (۱۳۸۸). قانون‌مداری در قلمرو حقوق کیفری. چاپ ۲، نشر دادگستر.
- ۴) حر عاملی، محمدبن‌حسن (۱۴۰۹ق). وسائل‌الشیعة. قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام).
- ۵) حسین‌نژاد، سیدمجتبی (۱۳۹۵). بررسی فقهی قوادی اینترنتی. فقه و اصول، سال ۴۸، شماره ۱۰۶. doi:10.22067/fiqh.v0i0.37289
- ۶) حسین‌نژاد، سیدمجتبی (۱۳۹۷). تأثیر حصول نتیجه در مطلق یا مشروط بودن قوادی. مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ۱۰، شماره ۱۸. doi:10.22075/feqh.2017.11813.1185
- ۷) حکیم، محمدتقی (۱۹۷۹م). اصول‌العامه للفقهاء المقارن. چاپ ۲، قم: آل‌البیت (علیهم‌السلام).
- ۸) حلبی، ابن زهره حمزة بن‌علی حسینی (۱۴۱۷ق). غنیة النزوع الی علمی الاصول والفروع. قم: مؤسسه امام‌صادق (علیه‌السلام).
- ۹) حلبی، ابوالصلاح تقی‌الدین بن‌نجم‌الدین (۱۴۰۹ق). الکافی فی الفقه. اصفهان: کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین (علیه‌السلام).
- ۱۰) حلی (علامه) حسن بن‌یوسف بن‌مظهر اسدی (۱۴۱۰ق). ارشادالاذهان الی احکام الیمان (جلدهای ۲ و ۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۱۱) حلی (علامه)، حسن بن‌یوسف بن‌مظهر اسدی (۱۴۱۳ق). قواعد الاحکام فی معرفة الحلال والحرام (جلد ۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۱۲) حلی (علامه) حسن بن‌یوسف بن‌مظهر اسدی (۱۴۲۰ق). تحریر الاحکام الشرعية علی مذهب الامامية (جلد ۵). قم: مؤسسه امام‌صادق (علیه‌السلام).
- ۱۳) حلی، ابن ادريس محمد بن‌منصور بن‌احمد (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. چاپ ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۱۴) حلی، جمال‌الدین احمد بن‌محمد اسدی (۱۴۰۷ق). المذهب البارع فی شرح المختصر النافع (جلد ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه .
- ۱۵) حلی، نجم‌الدین جعفر بن‌حسن (۱۴۰۸ق). شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام (جلد ۴). چاپ ۲،

قم: اسماعیلیان.

- ١٦) حلی، یحیی بن سعید (١٤٠٥ق). الجامع للشرائع. قم: مؤسسه سیدالشهداء العلمیه.
- ١٧) خراسانی، محمدکاظم (١٤١٢ق). کفایه الاصول. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- ١٨) خویی، سیدابوالقاسم (١٤٢٢ق). مبانی تکملة المنهاج (جلد ١). قم: مؤسسه إحياء آثار الامام الخوئی (رحمت الله علیه).
- ١٩) شرتونی، سعید (بی تا). اقرب الموارد فی فصیح العربیة والشوارد. بی جا: مکتبه آیت الله العظمی المرعشی النجفی.
- ٢٠) شریف مرتضی، علی بن حسین (١٤١٥ق). الانتصار فی انفرادات الامامیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ٢١) شهید اول، محمد بن مکی عاملی (١٤١٠ق). اللمعة الدمشقیة فی فقه الامامیه. بیروت: دار التراث و الدار الاسلامیه.
- ٢٢) شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی (١٤١٠ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (جلد ٩). قم: کتابفروشی داوری.
- ٢٣) شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی (١٤١٣ق). مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام (جلد ١٤). قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- ٢٤) صدر، سید محمدباقر (١٤٠٧ق). مباحث الاصول (جلد ٢). قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
- ٢٥) طباطبایی حائری، سید علی بن محمد (١٤١٨ق). ریاض المسائل (جلد ١٦). مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
- ٢٦) طریحی، فخرالدین (١٤١٦ق). مجمع البحرین (جلد ٣). چاپ ٣، تهران: کتابفروشی مرتضوی.
- ٢٧) طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن (١٤٠٠ق). النهایه فی مجرد الفقه والفتاوی. چاپ ٢، بیروت: دارالکتاب العربی.
- ٢٨) طوسی، محمد بن علی بن حمزه (١٤٠٨ق). الوسيلة الی نبیل الفضیلة. قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی (رحمت الله علیه).
- ٢٩) طویلی، مهدی (١٣٩٦). جرم انگاری یا عدم جرم انگاری فقهی با نگاه به ماده ٢٢٠ قانون مجازات اسلامی. فصلنامه علمی آرا، ٢ (٥)، صص. ٦٣-٩٢.
- ٣٠) عوده، عبدالقادر (بی تا). التشریع الجنائی الاسلامی مقارناً بالقانون الوضعی (جلد ١). بیروت: الدار الکاتب العربی.
- ٣١) فاضل لنکرانی، محمد (١٣٨١ الف). اصول فقه شیعه. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم السلام).

- ۳۲) فاضل لنکرانی، محمد (۱۳۸۱ ب). تفصیل الشریعة: الحدود. قم: مرکز فقه الاثمه الاطهار (علیهم السلام).
- ۳۳) فراهیدی، خلیل بن احمد (بی تا). کتاب العین (جلد ۵). بی جا: دار و مکتبه الهلال.
- ۳۴) قافی، حسن و شریعتی، سعید (۱۳۹۲). اصول فقه کاربرد (جلد ۱). قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- ۳۵) کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳). جایگاه حقوق اسلامی در نظم حقوقی. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۹۶.
- ۳۶) کیدری، قطب الدین محمد بن حسین (۱۴۱۶ ق). اصباح الشیعة بمصباح الشریعة. قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
- ۳۷) مجلسی دوم، محمدباقر بن محمد تقی (۱۴۰۶ ق). روضة المتقین فی شرح من لایحضره الفقیه (جلد ۱۰). چاپ ۲، قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانیور.
- ۳۸) مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری (۱۴۱۳ ق). المقنعة. قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید (رحمت الله علیه).
- ۳۹) موسوی اردبیلی، سید عبد الکریم (۱۴۲۷ ق). فقه الحدود و التعزیرات (ج ۲). چاپ دوم، قم: مؤسسه النشر لجامعة المفید رحمه الله تعالی.
- ۴۰) موسوی خمینی، سیدروح الله (بی تا الف). تهذیب الاصول (جلد ۲)، قم: دارالفکر.
- ۴۱) موسوی خمینی، سیدروح الله (بی تا ب). تحریر الوسیلة (جلد ۲). قم: مطبوعات دارالعلم.
- ۴۲) میرمحمد صادقی، سیدحسین (۱۳۸۳). دادگاه کیفری بین المللی، چاپ ۱، نشر دادگستر.
- ۴۳) نایینی، میرزامحمدحسین (۱۴۲۱ ق). فوائداصول (جلد ۱)، چاپ ۷، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ۴۴) نایینی، میرزامحمدحسین (بی تا). اجودالتقریرات (سیدابوالقاسم خویی، مقرر). (جلد ۱). قم: کتابفروشی مصطفوی.
- ۴۵) نجاشی، احمد بن علی (۱۴۰۷ ق). رجال النجاشی. قم: انتشارات جامعه مدرسین.
- ۴۶) نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام (جلد ۴۱). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ۴۷) واسطی زبیدی، محب الدین (۱۴۱۴ ق). تاج العروس من جواهر القاموس (جلد ۲). بیروت: دارالفکر للطباعة والنشر والتوزیع.
- ۴۸) هاشمی، سیدحسین و کوشا، جعفر (۱۳۸۸). بررسی تعارض اصل ۱۶۷ قانون اساسی با اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها. نامه مفید، شماره ۲۶.

References

- 1) Awda, 'Abd al-Qāder (n.d.). *Al-Tašrī' al-Jenā'ī al-Eslāmī Moqārenan be-l-Qānūn al-Waḍ'ī* (Volume 1). Beirut: Dār al-Kāteb al-'Arabī [in Arabic].
- 2) Efteḵār-Jahromī, Gowdarz (1394 SH). *Asl-e Qānūnī Būdan-e Jarā'em wa Mojāzāt-hā wa Taḥvolāt-e Ān* [The principle of legality of crime and punishment and Its Developments]. *Majalle-ye Taḥqīqāt-e Hoḡūqī* [Journal of Legal Research], Nos. 25 and 26 [in Persian].
- 3) Farāhīdī, Ḳalīl ibn Aḡmad (n.d.). *Ketāb al-'Ayn* (Volume 5). n.p.: Dār wa Maktaba al-Helāl [in Arabic].
- 4) Fāzel Lankarānī, Moḡammad (1381 SH, a). *Oṣūl-e Fegh-e Šī'a*. Qom: Markaz-e Feghī Āyema Aḡhār ('alayhem al-salām) [in Arabic].
- 5) Fāzel Lankarānī, Moḡammad (1381 SH, b). *Tafsīl al-Šarī'a; al-Ḥodūd*. Qom: Markaz-e Fegh-e Āyema al-Aḡhār ('alayhem al-salām) [in Arabic].
- 6) Ḥabīb-Zāde, Moḡammad Ja'far and Towḡhīdī Fard, Moḡammad (1388 SH). *Qānūn-Madārī dar Qalamro-ye Hoḡūq-e Keyfarī* [Rule of Law in the Realm of Criminal Law]. 2nd ed., Našr-e Dādgostar [in Persian].
- 7) Ḥāji Deh-Ābādī, Aḡmad (1382 SH). *T'ammoli Pirāmūn-e Qešāš-e Mosalmān dar Moḡābel-e Kāfer* [A Reflection on the Retaliation of a Muslim against an Infidel]. *Nāme-ye Mofid* [Mofid Letter], No. 4, pp. 39-64 [in Persian].
- 8) Ḥakīm, Moḡammad Taḡī (1979). *Oṣūl al-'Āmma le-l-Feqh al-Moḡāren*. 2nd ed., Qom: Āl al-Bayt ('alayhem al-salām) [in Arabic].
- 9) Ḥalabī, Abū al-Šalāḡ Taḡī al-Dīn ibn Najm al-Dīn (1409 AH). *Al-Kāfi fi al-Feqh*. Isfahan: Ketābkhāne-ye 'Omūmī-ye Emām Amīr al-Mo'menīn ('alayhe al-salām) [in Arabic].
- 10) Ḥalabī, Ibn Zohra Ḥamza ibn 'Alī Ḥosaynī (1417 AH). *Ġonīyat al-Nezū' elā 'Elmī al-Oṣūl wa-l-Forū'*. Qom: Mo'assese-ye Emām Šādeq ('alayhe al-salām) [in Arabic].
- 11) Ḥāšemī, Sayyed Ḥosayn and Kūšā, Ja'far (1388 SH). *Barrasī-e Ta'āroz-e Aṣl-e 167 Qānūn-e Āsāsī bā Aṣl-e Qānūnī Būdan-e Jarā'em wa Mojāzāt-hā* [A Study of the Conflict between Article 167 of the Constitution and the Principle of Legality of Crimes and Punishments]. *Nāme-ye Mofid*, No. 26 [in Persian].
- 12) Ḥellī ('Allāma), Ḥasan ibn Yūsof ibn Moḡahhar Asadī (1410 AH). *Eršād al-Azhān elā Aḡkām al-Īmān* (Volumes 2 and 3). Qom: Daftar-e Entesārāt-e Eslāmī affiliated with Jāme'e-ye Modarresīn-e Ḥawze-ye 'Elmiye-ye Qom [in Arabic].
- 13) Ḥellī ('Allāma), Ḥasan ibn Yūsof ibn Moḡahhar Asadī (1413 AH). *Qavā'ed al-Aḡkām fi Ma'refat al-Ḥalāl wa-l-Ḥarām* (Volume 3). Qom: Daftar-e Entesārāt-e Eslāmī affiliated with Jāme'e-ye Modarresīn-e Ḥawze-ye 'Elmiye-ye Qom [in Arabic].
- 14) Ḥellī ('Allāma), Ḥasan ibn Yūsof ibn Moḡahhar Asadī (1420 AH). *Taḡrīr al-Aḡkām al-Šar'īya 'alā Mazhab al-Emāmīya* (Volume 5). Qom: Mo'assese-ye Emām Šādeq ('alayhe al-salām) [in Arabic].
- 15) Ḥellī, Ibn Edrīs Moḡammad ibn Manšūr ibn Aḡmad (1410 AH). *Al-Sarā'er al-Ḥawī le-Taḡrīr al-Fatāwā*. 2nd ed., Qom: Daftar-e Entesārāt-e Eslāmī affiliated

- with Jāme‘e-ye Modarresin-e Ḥawze-ye ‘Elmiye-ye Qom [in Arabic].
- 16) Ḥelli, Jamāl al-Dīn Aḥmad ibn Moḥammad Asadī (1407 AH). Al-Moḥaddab al-Bāre‘ fi Šarḥ al-Moḥtašar al-Nāfe‘ (Volume 2). Qom: Daftar-e Entesārāt-e Eslāmī affiliated with Jāme‘e-ye Modarresin-e Ḥawze-ye ‘Elmiye-ye Qom [in Arabic].
 - 17) Ḥelli, Najm al-Dīn Ja‘far ibn Ḥasan (1408 AH). Šarāye‘ al-Eslām fi Masā‘el al-Ḥalāl wa-l-Ḥarām (Volume 4). 2nd ed., Qom: Esmā‘ilīān [in Arabic].
 - 18) Ḥelli, Yaḥyā ibn Sa‘īd (1405 AH). Al-Jāme‘ le-l-Šarāye‘. Qom: Mo‘assese-ye Sayyed al-Šohadā‘ al-‘Elmiya [in Arabic].
 - 19) Ḥorr ‘Amelī, Moḥammad ibn Ḥasan (1409 AH). Wasā‘el al-Šī‘a. Qom: Mo‘assese-ye Āl al-Bayt (‘alayhem al-salām) [in Arabic].
 - 20) Ḥosayn-Nežād, Sayyid Mojtabā (1395 SH). Barrasī-e Feqhī-ye Qavādī-e Īnternetī [A Jurisprudential Study of Internet Pimping]. Feqh wa Ošūl [Jurisprudence and Principles], Year 48, No. 106. doi:10.22067/fiqh.v0i0.37289 [in Persian].
 - 21) Ḥosayn-Nežād, Sayyid Mojtabā (1397 SH). T’atīr-e Ḥošūl-e Natije dar Moṭlaq yā Mašrūt Būdan-e Qavādī [The Effect of Obtaining the Result on the Absolute or Conditional Nature of Pimping]. Moṭāle‘āt-e Feqh wa Ḥoqūq-e Eslāmī [Studies of Jurisprudence and Islamic Law], Year 10, No. 18. doi:10.22075/feqh.2017.11813.1185 [in Persian].
 - 22) Kātūziān, Našr (1383 SH). Jāygāh-e Ḥoqūq-e Eslāmī dar Nežām-e Ḥoqūqī [The Place of Islamic Law in the Legal System]. Majale-ye Dāneškade-ye Ḥoqūq wa ‘Olūm-e Siāsī Dānešgāh-e Tehrān [Journal of the Faculty of Law and Political Science of the University of Tehran], No. 96 [in Persian].
 - 23) Kidrī, Qoṭb al-Dīn Moḥammad ibn Ḥosayn (1416 AH). Ašbāḥ al-Šī‘a be-Mašbāḥ al-Šarī‘a. Qom: Mo‘assese-ye Emām Šādeq (‘alayhe al-salām) [in Arabic].
 - 24) Ḳorāsānī, Moḥammad Kāzem (1412 AH). Kefāyat al-Ošūl. Qom: Mo‘assese-ye Našr-e Eslāmī [in Arabic].
 - 25) Ḳū‘ī, Sayyid Abū al-Qāsem (1422 AH). Mobānī Takmelat al-Manhaj (Volume 1). Qom: Mo‘assese-ye Ehyā‘ Ātār al-Emām al-Ḳū‘ī (raḥmat Allāh ‘alayh) [in Arabic].
 - 26) Majlesī Dovvom, Moḥammad Bāqer ibn Moḥammad Taqī (1406 AH). Rawza al-Mottaqīn fi Šarḥ Man Lā Yaḥzoroho al-Faqīh (Volume 10). 2nd ed., Qom: Mo‘assese-ye Farhangī Eslāmī Kūšānpūr [in Arabic].
 - 27) Mīr Moḥammad Šādeqī, Sayyed Ḥosayn (1383 SH). Dādghāh-e Keyfarī Beyn al-Melalī [International Criminal Court]. 1st ed., Našr-e Dādghostar [in Persian].
 - 28) Mofid, Moḥammad ibn Moḥammad ibn No‘mān ‘Okbarī (1413 AH). Al-Moqna‘a. Qom: Kongere-ye Jahānī Hezāre Šeyḵ Mofid (raḥmatollāh ‘alayh) [in Arabic].
 - 29) Mūsavī Ardabilī, Sayyed ‘Abd al-Karīm (1427 AH). Foqoh al-Ḥodūd wa al-Ta‘zīrāt (Volume 2). 2nd ed., Qom: Mo‘assese-ye al-Našr le-Jāme‘a al-Mofid raḥmahō Allāh ta‘ālā [in Arabic].
 - 30) Mūsavī Ḳomeynī, Sayyed Rūḥollāh (n.d., a). Taḍīb al-Ošūl (Volume 2), Qom: Dār al-Fekr [in Arabic].

- 31) Mūsavī Komeynī, Sayyed Rūhollāh (n.d., b). Taḥrīr al-Vasīla (Volume 2). Qom: Maṭbū'āt Dār al-'Elm [in Arabic].
- 32) Najafī, Moḥammad Ḥasan (1404 AH). Javāher al-Kalām fi Šarḥ Šarāye' al-Eslām (Volume 41). Beirut: Dār Ehyā' al-Torāṭ al-'Arabī [in Arabic].
- 33) Najāšī, Aḥmad ibn 'Alī (1407 AH). Rejāl al-Najāšī. Qom: Entesārāt-e Jāme'a Modarresīn [in Arabic].
- 34) Nāyīnī, Mīrzā Moḥammad Ḥosayn (1421 AH). Fawā'ed al-Oṣūl (Volume 1). 7th ed., Qom: Mo'assese-ye al-Našr al-Eslāmī [in Arabic].
- 35) Nāyīnī, Mīrzā Moḥammad Ḥosayn (n.d. AH). Ajvad al-Taqrīrāt (Sayyed Abū al-Qāsem Kū'ī, Editor). (Volume 1). Qom: Ketābfurūšī Mostafavī [in Arabic].
- 36) Qāfi, Ḥasan and Šarī'atī, Sa'id (1392 SH). Oṣūl-e Feqh-e Kārbarī (Volume 1) [Practical Principles of Jurisprudence]. Qom: Pažūhešgāh-e Ḥoze wa Dānešgāh [in Persian].
- 37) Šadr, Sayyid Moḥammad Bāqer (1407 AH). Mobāḥeṭ al-Oṣūl (Volume 2). Qom: Maktab al-A'lām al-Eslāmī [in Arabic].
- 38) Šahīd Awwal, Moḥammad ibn Makī 'Āmelī (1410 AH). Al-Lom'a al-Demešqīya fi Feqh al-Emāmiya. Beirut: Dār al-Torāṭ wa Dār al-Eslāmiya [in Arabic].
- 39) Šahīd Ṭānī, Zayn al-Dīn ibn 'Alī 'Āmelī (1410 AH). Al-Rawḍa al-Bahīya fi Šarḥ al-Lom'a al-Demešqīya (Volume 9). Qom: Ketābfurūšī Dāvori [in Arabic].
- 40) Šahīd Ṭānī, Zayn al-Dīn ibn 'Alī 'Āmelī (1413 AH). Masālek al-Afhām elā Tanqīḥ Šarāye' al-Eslām (Volume 14). Qom: Mo'assese-ye Ma'āref al-Eslāmiya [in Arabic].
- 41) Šarīf Mortazā, 'Alī ibn Ḥosayn (1415 AH). Al-Entešār fi Enferādāt al-Emāmiya. Qom: Daftar-e Entesārāt-e Eslāmī affiliated with Jāme'e-ye Modarresīn-e Ḥawze-ye 'Elmiye-ye Qom [in Arabic].
- 42) Šartoni, Sa'id (n.d.). Aqrab al-Mawāred fi Faṣḥ al-'Arabīya wa-l-Šawāred. n.p.: Maktabat Āyat Allāh al-'Ozmā al-Mar'ašī al-Najafī [in Arabic].
- 43) Ṭabāṭabā'ī Ḥā'erī, Sayyid 'Alī ibn Moḥammad (1418 AH). Reyād al-Masā'el (Volume 16). Mo'assese-ye Āl al-Bayt ('alayhem al-salām) [in Arabic].
- 44) Ṭarīḥī, Fakhr al-Dīn (1416 AH). Majma' al-Baḥrayn (Volume 3). 3rd ed., Tehran: Ketābfurūšī Mortazawī [in Arabic].
- 45) Ṭavīlī, Mahdī (1396 SH). Jorm-Engārī yā 'Adam-e Jorm-Engārī-e Foqahī bā Negāhī be Mādde-ye 220 Qānūn-e Mojāzāt-e Eslāmī [Criminalization or Non-Criminalization of Jurisprudence with a Look at Article 220 of the Islamic Penal Code]. Faslnāme-ye 'Elmī Ārā [Scientific Journal of Ara], 2 (5), pp. 63-92 [in Persian].
- 46) Ṭūsī, Abū Ja'far Moḥammad ibn Ḥasan (1400 AH). Al-Nehāya fi Mojarrad al-Feqh wa-l-Fatāwā. 2nd ed., Beirut: Dār al-Ketāb al-'Arabī [in Arabic].
- 47) Ṭūsī, Moḥammad ibn 'Alī ibn Ḥamza (1408 AH). Al-Wasīla elā Neyl al-Fazīla. Qom: Entesārāt-e Ketābkhāne-ye Āyat Allāh Mar'ašī Najafī (raḥmat Allāh 'alayh) [in Arabic].
- 48) Vāseṭī Zobeidī, Moḥebb al-Dīn (1414 AH). Taj al-'Arūs men Javāher al-Qāmūs (Volume 2). Beirut: Dār al-Fekr lel-Ṭebā'a wal-Našr wal-Tawzī' [in Arabic].

The Nature of the "General Policies of the System" in the Legal System of the Islamic Republic of Iran

Morteza Haji Ali Khamseh · PhD in Public Law, Faculty of Law and Political Sciences,
University of Tehran, Tehran, Iran. morhakh@gmail.com

Abstract

1. Introduction

Following the triumph of the Islamic Revolution in Iran in 1979, the establishment of the Islamic government became a reality with the approval of the Constitution based on the principle of "Guardianship of the Competent." In the early years of implementing the constitution, deficiencies and necessary reforms became apparent, leading to amendments in 1989. Among the reforms, articles 1 and 2 of article 110 of the Constitution were introduced to enhance the role of the Supreme Leader. This paper critically explores the legal nature of the "General Policies of the System," a novel legal institution introduced officially in 1989.

2. Research Question

The central question addressed in this research is: what is the legal nature of the general policies of the System within the Iranian legal system?

3. Research Hypothesis

The hypothesis under consideration is that the General Policies of the System constitute a modern legal entity within the Iranian legal system, with their nature rooted in the Islamic principles and the theory of absolute guardianship of the competent. The normative nature of these policies, rather than directive, forms the basis for their legal analysis.

4. Methodology & Framework, if Applicable

This research employs an analytical approach, utilizing library-based



data collection. The methodology involves a comprehensive examination of the legal aspects surrounding the nature of the general policies of the system. The framework includes evaluating impacts, presenting arguments, critiquing these arguments, and presenting positive evidence. Special attention is given to the legal foundations, understanding the constitutional intent, and adopting a comprehensive perspective.

5. Results & Discussion

The analysis reveals that determining the legal nature of the General Policies of the System requires a deep legal investigation, detached from political discussions. The institution is presented as a modern legal entity, established officially in 1989, reflecting the evolving legal landscape of the Islamic Republic of Iran. However, critiques point to three main deficiencies in existing analyses: the neglect of legal foundations rooted in Islamic concepts, a lack of understanding of the constitutional legislator's intent, and a failure to adopt a comprehensive perspective in analyzing this innovative concept.

The research criticizes arguments supporting the directive nature of the general policies of the system, emphasizing the need for a meticulous examination of legal foundations. It positively establishes the normative nature of these policies, considering this aspect a crucial element in correctly analyzing various related issues. The legal nature is rooted in the Islamic principles and the theory of absolute guardianship of the competent, highlighting the innovative nature of this institution within the Iranian legal system.

6. Conclusion

In conclusion, this research underscores the importance of a comprehensive legal analysis to determine the nature of the General Policies of the System in Iran. It highlights deficiencies in existing analyses, emphasizing the neglect of legal foundations, a lack of understanding of the constitutional legislator's intent, and the absence of a comprehensive perspective. The paper critiques arguments supporting the directive nature of these policies and positively establishes their normative nature, rooted in Islamic principles and the theory of absolute guardianship of the competent. While the normative nature has to some extent been solidified in constitutional practice, the article calls for further research to address remaining gaps and deficiencies and proposes

mechanisms for their practical application within the political system based on legal principles. This research contributes to a nuanced understanding of the legal nature of the General Policies of the System for a non-Iranian audience, shedding light on their historical background, legal developments, and challenges within the Iranian legal system.

Keywords: General Policies of the System, Overall Governance of the System, Supreme Leadership, Guardianship of a Competent [Velayat-e-Faqih], Constitution Law, Constitutional Approach.

ماهیت‌شناسی «سیاست‌های کلی نظام» در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران

مرتضی حاجی‌علی‌خمسه * دانش‌آموخته دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.
morhakh@gmail.com

چکیده

از جمله مواردی که در اصلاحات قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مورد توجه واقع شد، لحاظ کردن برخی ابزارها و صلاحیت‌ها برای مقام رهبری جهت تحقق کامل‌تر نقش ولی‌فقیه در راهبری کلان نظام و نیل به اهداف اصیل اسلامی بوده است. در همین راستا، تعیین سیاست‌های کلی نظام و نظارت بر حسن اجرای این سیاست‌ها، دو ابزار مهمی بود که به عنوان صلاحیت‌های مقام رهبری بدان تصریح شد. علیرغم اختلافات حادث شده در خصوص ماهیت این نهاد نوپا - ماهیت هنجاری و الزام‌آور یا ماهیت ارشادی و غیرالزام‌الاجرا - امروزه در مقام عمل، رویه اساسی بر ماهیت هنجاری و الزام‌آور سیاست‌های کلی نظام مستقر شده است. اما همچنان در برخی اظهارات، اصرار بر ماهیت ارشادی سیاست‌های پیش‌گفته مشاهده می‌شود. بر همین اساس، این نوشتار به دنبال پاسخی برای این پرسش است که ماهیت سیاست‌های کلی نظام در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران چیست؟ در این تحقیق، با استفاده از روش توصیفی تحلیلی و با ملاحظه منابع و اطلاعات کتابخانه‌ای، سعی شده است ادبیات موضوع به نحو جامع گردآوری، نقد و تحلیل شود. پژوهشگر در پی این امر بوده است که تمامی مطالب اصلی و هم‌چنین پیرامونی راجع به سیاست‌های کلی نظام را به صورت منقح‌شده پیش‌روی خوانندگان و پژوهشگران قرار دهد تا در پژوهش‌های آتی مورد استفاده واقع گردد.

واژگان کلیدی: سیاست‌های کلی نظام، راهبری کلان نظام، مقام رهبری، ولایت فقیه، قانون اساسی، رویه اساسی.



مقدمه

با پیروزی انقلاب شکوهمند اسلامی در سال ۱۳۵۷، خواست ملت ایران در برپایی حکومت اسلامی با تصویب قانون اساسی مبتنی بر ولایت فقیه عینیت یافت. در ده سال ابتدایی اجرای قانون اساسی، برخی نقصان‌ها و اصلاحات مورد نیاز برای تکمیل و بالندگی آن رخ نمود. از جمله این موارد، برخی ابزارها و صلاحیت‌هایی بود که در راستای تحقق بهتر و کامل‌تر نقش ولی فقیه در راهبری کلان ارزشی نظام جمهوری اسلامی برای نیل به اهداف اصیل اسلامی مورد نیاز بود و قانون اساسی از این‌رو نیازمند برخی اصلاحات بود. در اصلاحات سال ۱۳۶۸، بندهای ۱ و ۲ اصل ۱۱۰ قانون اساسی به‌عنوان راهکاری برای جبران این نقیصه پیش‌بینی شد. تعیین سیاست‌های کلی نظام و نظارت بر حسن اجرای آن‌ها دو ابزار مهمی بود که به‌عنوان صلاحیت‌های رهبری بدان تصریح شد.

پیش از بازنگری در قانون اساسی نیز چنین صلاحیتی از اطلاق اصول ۵ و ۵۷ آن مستفاد بود و حتی در رویه عملی نیز مواردی با همین عنوان - سیاست‌های کلی - به تصویب رسید و ابلاغ نیز شد، اما در سال ۱۳۶۸، آنچه در عمل و به‌اجمال در صلاحیت‌های رهبری بود، به‌طور رسمی در زمره صلاحیت‌های رهبری تصریح شد. از جمله سیاست‌های کلی ابلاغی تا پیش از بازنگری در قانون اساسی می‌توان به سیاست‌های کلی نظام اسلامی در دوران بازسازی کشور در تاریخ ۱۳۶۷/۷/۱۱ اشاره کرد. بنابراین، تأسیس نهاد «سیاست‌های کلی نظام» نه به‌عنوان ابتکار شورای بازنگری قانون اساسی، بلکه مولود سیر تطور تاریخی نظام جمهوری اسلامی ایران و نظام‌سازی اسلامی در چهارچوب نظریه ولایت مطلقه فقیه بوده است، اما بنا به دلایلی چند در رابطه با ماهیت این نهاد نوپا - از حیث ماهیت هنجاری و الزام‌آور یا ماهیت ارشادی و غیرالزام‌الاجرا - اختلافاتی بروز و ظهور یافت. از این دلایل می‌توان به مسبوق به سابقه نبودن چنین نهادی در دیگر نظام‌های حقوقی و اختلاف در مشابهت‌سازی این نهاد با برخی نهادهای مشابه در نظام‌های حقوقی دیگر، به‌اجمال برگزار شدن رسمیت یافتن این مفهوم در قانون اساسی و مشخص نشدن ابعاد و آثار حقوقی آن به تفصیل، توجه نکردن به ریشه‌های تاریخی و مبانی شکل‌گیری این نهاد و جمود بر لفظ «سیاست» در تحلیل این مفهوم و... اشاره کرد. امروزه در مقام عمل، عرف و رویه اساسی بر ماهیت هنجاری و الزام‌آور سیاست‌های کلی نظام شکل گرفته و مستقر شده است، اما همچنان در برخی اظهارات سیاسی در میان سیاست‌مداران یا تحلیل‌های حقوقی در میان

حقوق‌دانان، اصرار بر ماهیت غیرالزام‌آور سیاست‌های کلی نظام مشاهده می‌شود. بنابراین، نیاز است تا این موضوع به‌گونه علمی و منسجم مورد بحث و بررسی قرار گیرد تا مبانی علمی و حقوقی موضوع روشن شود و در صورتی که نتیجه، تأیید وضع موجود مبنی بر ماهیت لازم‌الاجرای سیاست‌های کلی نظام باشد، مبانی و پشتوانه علمی و حقوقی موضوع روشن و منقح شود و اگر نتیجه مغایر رویه کنونی باشد، می‌تواند با نگاه انتقادی، زمینه‌های اصلاح رویه مستقر را فراهم سازد؛ همچنان‌که در اکثر قریب به اتفاق موضوعات نظام حقوقی، پشتوانه علمی و حقوقی ارائه‌شده توسط حقوق‌دانان چنین نقش مهمی را ایفا می‌کند.

آنچه ضرورت پرداختن به این موضوع را در نوشتاری مستقل سبب شده است، عبارت است از اینکه اظهارات بیان‌شده در این باره و ادبیات موجود در جامعه حقوقی، به‌صورت پراکنده به ادله و استدلال‌های این حوزه پرداخته و هریک به بخشی از ابعاد موضوع توجه کرده‌اند و در هیچ‌یک از نوشتارهای نگارش‌شده در این باره، به‌صورت منسجم و جامع به موضوع پرداخته نشده است. همچنین، بخش مهمی از استدلال‌های حقوقی در این باره مغفول واقع شده و به‌طور اساسی مورد توجه قرار نگرفته است. عدم توجه به مبانی نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و ریشه‌های تاریخی نضج‌گیری این موضوع و فقدان نگاه کل‌نگر و مجموعی به نظام حقوقی در راستای ارائه تحلیلی مبتنی بر هم‌گرایی و انسجام نظام حقوقی از جمله مهم‌ترین نکات مغفول در تحلیل ماهیت سیاست‌های کلی نظام است که این نوشتار آن را وجهه همت خود قرار داده است.

در این نوشتار سعی شده است به‌خصوص با توجه به آثار پیشین نگارنده و البته دیگر آثار این حوزه، نگاهی جامع به موضوع افکنده شود تا نخست، به‌صورت منسجم همه مباحث مطروح درباره موضوع گردآوری، طرح و نقد شود و دوم، آنچه به لحاظ حقوقی در تکمیل مبحث از حیث ارائه ادله و استدلال‌های جدید و ارتقای یافته‌های پیشین مورد نیاز بوده است، تبیین شود و همه ابعاد حقوقی موضوع را روشن سازد.

این مقاله با نگاهی نو به موضوع، نخست، ابعاد حقوقی مغفول در تحلیل ماهیت سیاست‌های کلی نظام را ارزیابی کرده و دوم، به‌گونه جامع و کامل همه ابعاد و آثار حقوقی مرتبط با این موضوع را مورد توجه قرار داده و سوم، به پاسخ مستدل و علمی به نظرهای ابراز‌شده در این موضوع پرداخته است تا هم به نحو ایجابی و هم سلبی، نکات مطروح درباره این قضیه را بحث و

بررسی کرده باشد. پرسش اصلی این نوشتار عبارت است از اینکه ماهیت سیاست‌های کلی نظام در نظام حقوقی ایران چیست؟

در این تحقیق با استفاده از روش «تحلیلی» و جمع‌آوری منابع و اطلاعات به‌صورت کتابخانه‌ای سعی شده است پاسخی برای پرسش فوق یافت شود. برای نیل به هدف مورد نظر در این پژوهش، در قسمت نخست آثار مترتب بر ماهیت سیاست‌های کلی نظام - در هریک از دو فرض هنجاری یا ارشادی بودن آن - بیان شده است تا هدف و آثار مترتب بر بررسی انجام‌شده در این نوشتار روشن شود. در قسمت دوم، همه ادله قائلان به ماهیت ارشادی نهاد سیاست‌های کلی نظام بیان شده و در قسمت سوم، به‌طور تفصیلی و جداگانه هریک از این ادله به‌گونه مستدل مورد نقد و ارزیابی قرار گرفته است. در قسمت چهارم نیز ادله ایجابی در اثبات ماهیت هنجاری سیاست‌های کلی نظام مورد اشاره قرار گرفته است

۱. آثار مترتب بر ماهیت سیاست‌های کلی نظام

چنان‌که برخی گفته‌اند، ماهیت الزامی سیاست‌های کلی نظام بدیهی و خدشه‌ناپذیر به نظر می‌رسد (رضایی‌زاده و اکبری، ۱۳۹۶، ص. ۳۷) و بسیاری از حقوق‌دانان بر این موضوع صحه گذارده‌اند (ابوالحسنی و همکاران، ج ۲، ۱۳۹۷، صص. ۷۵۴-۷۵۵؛ ارسطا و همکاران، ۱۳۸۰، ص. ۴۰۲؛ اسماعیلی و بالایی، ۱۳۹۴، ص. ۱۳؛ اسماعیلی و طحان‌نظیف، ۱۳۸۷، صص. ۱۱۰-۱۱۲؛ اسماعیلی و منصوریان، ۱۳۹۱، ص. ۵؛ بهادری جهرمی و همکاران، ۱۳۸۹، صص. ۱۹-۲۰؛ ترمان، ۱۳۹۰، ص. ۱۲۹؛ حسن‌نژاد، ۱۳۷۵، ص. ۹۱؛ درویش متولی، ۱۳۹۳، ص. ۱۱؛ زارعی و همکاران، ۱۳۸۰، ص. ۳۸۴؛ طحان‌نظیف، ۱۳۸۸، ص. ۲۵؛ عمید زنجانی، ۱۳۸۵، ص. ۶۳۹؛ غلامی و بهادری جهرمی، ۱۳۹۲، ص. ۵۱؛ غمامی، ۱۳۹۰، ص. ۲۲۱؛ کعبی، ۱۳۹۴، ج ۱، صص. ۳۰-۳۲؛ موسی‌زاده، ۱۳۸۷، ص. ۱۷۴؛ نیکزاد، ۱۳۸۳، ص. ۷۰؛ ویژه، ۱۳۸۸، ص. ۲۷)، اما از فحوای کلام برخی نویسندگان چنین برمی‌آید که سیاست‌های کلی نظام را فاقد ماهیت هنجاری می‌دانند و این سیاست‌ها را به‌عنوان «قاعده حقوقی» به رسمیت نمی‌شناسند و نیز تمسک نهاد دادرسی به این سیاست‌ها به‌عنوان هنجار حقوقی و در جایگاه میان قانون اساسی و قانون عادی را دلیلی بر فقدان سلسله‌مراتب قوانین در نظام حقوقی ایران دانسته‌اند (گرجی ازندریانی، ۱۳۸۸، صص. ۲۹۲-۲۹۴). در واقع، در نظر این گروه، سیاست‌های کلی نظام بیشتر از ویژگی راهبردی و

ارشادی برخوردار است (جهانی، ۱۳۸۶، صص. ۱۰۹-۱۱۱؛ راسخ، ۱۳۹۶، صص. ۱۶۳-۱۶۳؛ گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، ۱۳۸۹، ص. ۲۸؛ هاشمی به نقل از: طحان‌نظیف، ۱۳۸۸، ص. ۲۲۳). هریک از دو نظر بالا آثار خاصی را به دنبال دارد و تفاوت میان این دو طیف از نظرها، در آثار مترتب بر هریک مشخص می‌شود.

۱.۱. آثار مترتب بر ماهیت هنجاری سیاست‌ها

اگر سیاست‌های کلی نظام را واجد مشخصه هنجاری بدانیم، در این صورت این سیاست‌ها وارد هرم هنجارهای حقوقی می‌شود و به تبع آن، واجد اثر مستقیم و قاطع در نظام حقوقی خواهد بود (جهانی، ۱۳۸۶، ص. ۶۵). به این معنا که به تناسب جایگاهی که در سلسله‌مراتب هنجارها دارد، نخست، ملزم به رعایت چهارچوب تعیین‌شده توسط هنجارهای مافوق است و دوم، خود تعیین‌کننده چهارچوب‌های لازم‌الرعايه برای هنجارهای مادون خواهد بود (حاجی‌علی‌خمسه، ۱۳۹۹، ص. ۲۷۲). اثر مهم این موضوع، لازم‌الاجرا بودن آن از منظر حقوقی است. گفتنی است که لازم‌الاتباع بودن هنجار حقوقی ویژگی مستقلی برای آن شمرده می‌شود که البته به تبع آن، به رسمیت شناختن ضمانت اجرا برای فرض تخطی از آن، لازم و ضروری است.

۲.۱. آثار مترتب بر ماهیت ارشادی سیاست‌ها

ارشادی بودن سیاست‌های کلی نظام به معنای عدم ترتب اثر حقوقی بر آن خواهد بود. به عبارت دیگر، در فرض ارشادی بودن این سیاست‌ها، از منظر حقوقی نمی‌توان الزامی به رعایت آن در نظر گرفت و به طریق اولی، ضمانت اجرایی نیز نمی‌توان برای آن متصور بود. اینکه از لحاظ سیاسی یا اجتماعی موضوعی لازم‌الرعايه تلقی شود (مانند فشار افکار عمومی، توصیه و تذکر شخصیت‌های برجسته اجتماعی و...) و به تناسب آن، الزامات سیاسی یا اجتماعی خاص را اقتضا داشته باشد، بحثی مجزا است که از منظر حقوقی قابلیت تدقیق و بررسی ندارد و موضوع دیگر رشته‌ها مانند علوم سیاسی، علوم اجتماعی و... است.

۳.۱. ثمره بررسی آثار مترتب بر ماهیت سیاست‌های کلی نظام

ماهیت هنجاری سیاست‌های کلی نظام با لازم‌الاجرا بودن آن تلازم دارد و ماهیت ارشادی آن با عدم لازم‌الاتباع بودن آن ملازمت دارد. بنابراین، از لحاظ منطق حقوقی، اعتقاد به ماهیت ارشادی

سیاست‌های کلی نظام به دلیل نبود ضمانت اجرای مؤثر از سویی و اعتقاد به لزوم رعایت آن از سوی دیگر، در تناقضی آشکار به نظر می‌رسد؛ زیرا بحث لازم‌الرعايه بودن این سیاست‌ها با وجود ضمانت اجرای مؤثر برای آن، دو مقوله جدا و مجزاست و اتفاقاً تعبیه ضمانت اجرا یا لزوم مؤثر بودن ضمانت اجرای پیش‌بینی‌شده، فرع و نتیجه لازم‌الاجرا بودن آن است.

ممکن است گفته شود که ضمانت اجرای مؤثری برای این سیاست‌ها وجود ندارد و عمل مقنن اساسی از این‌رو شایان انتقاد به نظر می‌رسد، اما این موضوع همان‌طور که گفته شد، متفاوت از لزوم رعایت آن است. به عبارت دیگر، ابتدا باید تکلیف لازم‌الرعايه بودن سیاست‌های کلی نظام مشخص شود تا بعد بر اساس آن بتوان فهمید که اساساً نیازی به ضمانت اجرا برای آن وجود دارد یا خیر و سپس درباره مؤثر بودن یا نبودن نوع ضمانت اجرای آن بحث کرد.

برخی به‌رغم اعتقاد به ماهیت ارشادی این سیاست‌ها، قائل به لزوم اجرای آن‌ها با توجه به جایگاه والای قانونی، شرعی و عرفی رهبر در نظام جمهوری اسلامی ایران شده‌اند (جهانی، ۱۳۸۶، ص. ۱۵۴). حال آنکه خصلت ذاتی و انفکاک‌ناپذیر ارشادی بودن موضوعی، غیرالزام‌آور بودن آن است و نمی‌توان قائل به وصف «ارشادی» برای سیاست‌های کلی نظام شد، اما از سوی دیگر، به لوازِم ارشادی بودن آن پایبند نبود.

شاید به دلیل همین تناقض و تلاش در راستای احتراز از آن است که در نظریه یادشده، صرف «سعی در اهتمام و توجه» به سیاست‌های ابلاغی به‌عنوان «اجرای سیاست‌های کلی نظام» تلقی و «تلاش دولت و مجلس» در تنظیم و تصویب سیاست‌ها در قالب قوانین و مقررات به‌عنوان «برجسته‌ترین نمود اجرای سیاست‌های کلی نظام» بیان شده است (جهانی، ۱۳۸۶، ص. ۱۵۴). چنین برداشتی از «اجرای سیاست‌های کلی نظام» و کفایت «سعی و تلاش در راستای اجرای سیاست‌ها» برای تحقق معنای «اجرای سیاست‌ها»، نه به لحاظ منطق حاکم بر قانون اساسی و نه منطق حقوقی و نه حتی تبادر عرفی پذیرفتنی به نظر نمی‌رسد.

۲. ادله قائلان به ماهیت ارشادی سیاست‌های کلی نظام

حال پس از مشخص شدن تفاوت حقوقی میان ماهیت هنجاری و ماهیت ارشادی سیاست‌های کلی نظام و آثار مترتب بر آن، به بررسی ادله و استدلال‌های قائلان به دو نظر بالا می‌پردازیم. برخی چنین اظهار داشته‌اند که سیاست‌های کلی نظام چیزی جز ارشادات و رهنمودهای رهبر

نسبت به مسائل اساسی نظام نیست؛ زیرا اولاً، پیش‌بینی این صلاحیت در بخش مربوط به رهبری و عدم بیان آن در اصول مرتبط با قوای سه‌گانه و نیز تأکید بر آن در اصل ۱۷۶ قانون اساسی، همگی حاکی از عدم دخالت این سیاست‌ها در روند حقوقی وظایف قواست. ثانیاً، عدم بیان ابزارها و ضمانت اجرای نظارت رهبری بر این سیاست‌ها در اصول قانون اساسی و نیز انحصار صلاحیت نظارت بر حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام به رهبری بیان‌کننده ماهیت ارشادی این سیاست‌هاست که نظارت بر آن را واجد ماهیت خاص کرده و آن را محدود به تذکر و ارشاد قرار داده است. ثالثاً، تقیید تعیین سیاست‌ها و نظارت بر آن به وصف «کلی» گواه دیگری بر ماهیت ارشادی آن است. افزون‌بر اینکه خواست مقنن اساسی برای استمرار زمانی این سیاست‌ها نشان‌دهنده ماهیت آرمانی آن است نه ماهیت حقوقی با امر و نهی منجز. رابعاً، امکان تفویض بندهای ۱ و ۲ اصل ۱۱۰ قانون اساسی دلالت بر ارشادی بودن سیاست‌های کلی نظام است؛ زیرا تفویض اختیار در حقوق اساسی و اداری، موضوعی اداری و سیاسی شمرده می‌شود (جهانی، ۱۳۸۶، صص. ۱۱۰-۱۱۱). افزون‌براین، استفاده از واژه «تعیین» در بند ۱ اصل ۱۱۰ و به کار نبردن الفاظی مانند «وضع»، «تدوین» یا «تنظیم» در این بند، نشانه این است که سیاست‌های کلی نظام در شمار قوانین و مقررات جمهوری اسلامی ایران قرار نمی‌گیرد (جهانی، ۱۳۸۶، ص. ۱۲۰). دلیل دیگری که این گروه را به مخالفت با ماهیت هنجاری سیاست‌های کلی نظام واداشته است، مغایرت این نهاد با مفهوم تفکیک قواست؛ زیرا معتقدند که روند سیاست‌گذاری در حقوق اساسی بر مبنای تفکیک قوا استوار است که قانون اساسی مصوب سال ۱۳۵۸ در این مسیر قرار داشت، اما تصویب بندهای ۱ و ۲ اصل ۱۱۰ خارج از این روند بوده و با تفکیک قوا در تعارض است. برخی دیگر نیز با استناد به اصول ۲۷۱^۲ و ۲۷۲^۳ قانون اساسی، مجلس را تنها ملزم به رعایت

۱. «به‌منظور تأمین منافع ملی و پاسداری از انقلاب اسلامی و تمامیت ارضی و حاکمیت ملی، "شورای عالی امنیت ملی" به ریاست رئیس‌جمهور، با وظایف زیر تشکیل می‌گردد:

۱. تعیین سیاست‌های دفاعی - امنیتی کشور در محدوده سیاست‌های کلی تعیین‌شده از طرف مقام رهبری.

۲. «...».

۲. «مجلس شورای اسلامی در عموم مسائل در حدود مقرر در قانون اساسی می‌تواند قانون وضع کند».

۳. «مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد. تشخیص این امر به ترتیبی که در اصل نود و ششم آمده، بر عهده شورای نگهبان است».

چهارچوب شرع و قانون اساسی دانسته‌اند (حسن‌خانی، ۱۳۷۷، ص. ۱۷۸؛ صفایی‌فر، ۱۳۸۲، ص. ۱۷۴).

۳. نقد و تحلیل ادله مربوط به ماهیت ارشادی سیاست‌ها

به نظر می‌رسد که استدلال‌های مطرح‌شده چندان مقرون به صواب نیست. در اینجا سعی می‌شود ادله یادشده به ترتیب مطرح‌شده در قسمت پیشین پاسخ داده شود.

۱.۳. نقد دلیل نخست

عدم بیان صلاحیت مربوط به تعیین سیاست‌های کلی نظام در اصول مربوط به قوای سه‌گانه نمی‌تواند دلیلی بر ماهیت ارشادی قلمداد شود؛ زیرا این بیان مبتنی بر این پیش‌فرض است که تنها مواردی که توسط قوای سه‌گانه انجام می‌پذیرد و در اصول مربوط به آن‌ها نیز بیان شده است، دارای وصف «الزام‌آور» است حال آنکه این موضوع ادعایی است که خود نیازمند اثبات است. افزون‌براین، با این توجیه اولاً، دیگر صلاحیت‌های یادشده در اصل ۱۱۰ قانون اساسی نیز به دلیل عدم بیان در اصول مربوط به قوای سه‌گانه باید واجد ماهیت ارشادی باشند. برای مثال، «اعلان جنگ و صلح» توسط رهبر، تنها به معنای توصیه رهبر در این باره خواهد بود؛ ثانیاً، اصول یادشده در فصل ۸ قانون اساسی (رهبر یا شورای رهبری) نیز به همین دلیل ماهیتی جز ارشاد و توصیه نخواهند داشت. برای مثال، منظور از «قانون» در اصل ۱۰۸ قانون اساسی، تنها توصیه‌های مجلس خبرگان درباره «تعداد و شرایط خبرگان و کیفیت انتخاب آن‌ها» است. ثالثاً، دیگر صلاحیت‌هایی که برای نهادهای گوناگون در دیگر اصول قانون اساسی (غیر از اصول مربوط به قوای سه‌گانه) گفته شده، تنها توصیه‌هایی است که توسط آن نهادها بیان می‌شود. برای مثال، شورای عالی امنیت ملی تنها نهادی است که توصیه‌هایی در امور امنیتی بر عهده خواهد داشت.^۱

۱. «قانون مربوط به تعداد و شرایط خبرگان، کیفیت انتخاب آن‌ها و آیین‌نامه داخلی جلسات آنان برای نخستین دوره باید به وسیله فقهای اولین شورای نگهبان تهیه و با اکثریت آرای آنان تصویب شود و به تصویب نهایی رهبر انقلاب برسد. از آن پس هرگونه تغییر و تجدیدنظر در این قانون و تصویب سایر مقررات مربوط به وظایف خبرگان در صلاحیت خود آنان است.»

۲. بر اساس استدلال مطروح توسط قائلان به وصف ارشادی سیاست‌های کلی نظام، تأیید مصوبات این شورا توسط رهبر نیز نمی‌تواند ماهیت ارشادی مصوبات شورای عالی امنیت ملی را به ماهیت الزامی مبدل سازد؛ زیرا سیاست‌های کلی نظام که خود

همچنین، همه صلاحیت‌های یادشده در فصل ۷ قانون اساسی با عنوان «شوراها» برای شوراهای محلی، به دلیل عدم بیان در اصول مربوط به قوای سه‌گانه، همگی بیان‌کننده مواردی است که شوراها می‌توانند درباره آن‌ها توصیه‌هایی داشته باشند درحالی‌که اصل ۱۰۳ قانون اساسی به صراحت دلالت بر لازم‌الاجرا بودن مصوبات این شوراها در چهارچوب مقرر دارد. خلاصه اینکه با این استدلال، از قانون اساسی - جز در رابطه با قوای سه‌گانه - توصیه‌نامه‌ای بیش باقی نمی‌ماند. نکته دیگر در این باره اینکه، از منظومه قانون اساسی چنین بر نمی‌آید که نهاد رهبری، نهادی جدا از قوای حاکم در جمهوری اسلامی باشد؛ توضیح اینکه، اولاً، بر اساس اصل ۵۷ قانون اساسی، قوای حاکم در جمهوری اسلامی همگی زیر نظر ولایت امر قرار گرفته‌اند. این موضوع حاکی از نوعی رابطه سلسله‌مراتبی میان رهبر و قوای سه‌گانه است. ثانیاً، افزون بر برتری جایگاه رهبر نسبت به قوای مزبور، از اصل ۳۶۰ قانون اساسی چنین بر می‌آید که بخشی از قوه مجریه نیز مستقیماً تحت امر رهبر قرار گرفته است. ثالثاً، بر اساس روال فصل‌بندی اصول قانون اساسی، فصل «رهبر یا شورای رهبری» (فصل ۸) در میانه فصول مربوط به قوه مقننه (فصل ۶) و قوه مجریه (فصل ۷) و قوه قضائیه (فصل ۱۱) قرار گرفته که حداقل معنای آن بی‌ارتباط نبودن جایگاه رهبری در جمهوری اسلامی با قوای سه‌گانه است.

۲.۳. نقد دلیل دوم

عدم بیان ابزار و ضمانت اجرای رهبری در اعمال صلاحیت یادشده در بند ۲ اصل ۱۱۰ قانون اساسی دلالتی بر ماهیت ارشادی این صلاحیت و نیز صلاحیت یادشده در بند ۱ اصل مزبور ندارد؛ زیرا اولاً، موجه به نظر نمی‌رسد که سیاست‌های کلی نظام دارای ماهیت ارشادی باشد، اما حسن اجرای آن نیازمند نظارت باشد. به عبارت دیگر، تصویب بند ۲ اصل ۱۱۰ قانون اساسی خود به

مصوب رهبری هستند، به دلیل عدم بیان در اصول مربوط به قوای سه‌گانه، دارای وصف ارشادی هستند. بنابراین، از منظر قائلان به این نظر، تأیید رهبری در این موارد نباید تأثیری بر الزامی شدن مصوبات شورای عالی امنیت ملی داشته باشد!

۱. «استانداران، فرمانداران، بخشداران و سایر مقامات کشوری که از طرف دولت تعیین می‌شوند، در حدود اختیارات شوراها ملزم به رعایت تصمیمات آن‌ها هستند».

۲. «قوای حاکم در جمهوری اسلامی ایران عبارت‌اند از قوه مقننه، قوه مجریه و قوه قضائیه که زیر نظر ولایت مطلقه امر و امامت امت بر طبق اصول آینده این قانون اعمال می‌گردند. این قوا مستقل از یکدیگرند».

۳. «اعمال قوه مجریه جز در اموری که در این قانون مستقیماً بر عهده رهبری گذارده شده، از طریق رئیس‌جمهور و وزارت».

معنای پیش‌بینی ضمانت اجرا برای سیاست‌های ابلاغی و وجود ضمانت اجرا برای سیاست‌های کلی نظام، احرازکننده مشخصه اساسی هنجار حقوقی در خصوص این سیاست‌هاست (رضایی‌زاده و اکبری، ۱۳۹۶، صص. ۳۷-۳۸؛ حسن‌نژاد، ۱۳۷۵، ص. ۹۱؛ غلامی و بهادری جهرمی، ۱۳۹۲، ص. ۵۱؛ ویژه، ۱۳۸۸، ص. ۲۷). ثانیاً، همان‌طور که بیان شد، عدم تعبیه ضمانت اجرا یا مؤثر نبودن ضمانت اجرای تعبیه‌شده، تعیین‌کننده ماهیت هنجاری یا ارشادی صلاحیت حقوقی نیست و ماهیت صلاحیت با ضمانت اجرای آن دو مقوله مجزا هستند. به دیگر سخن، تعبیه ضمانت اجرا برای صلاحیت بیان‌کننده خصوصیت الزام‌آور آن است، اما عدم پیش‌بینی ضمانت اجرا لزوماً اثبات‌کننده ماهیت ارشادی آن نخواهد بود. برای مثال، برخی از اصول قانون اساسی تکالیفی را مقرر داشته است بدون اینکه ضمانت اجرای منجز و مشخصی برای آن گفته باشد، اما نمی‌توان این موضوع را دلیلی بر ماهیت ارشادی مفاد این اصول تلقی و مقنن اساسی را در مقام بیان توصیه قلمداد کرد. از این موارد می‌توان به صلاحیت تکلیفی قانون‌گذاری برای مجلس در برخی اصول اشاره کرد؛ توضیح اینکه اصولی از قانون اساسی مانند اصل‌های ۲۴، ۲۶ و...، مجلس را مکلف به قانون‌گذاری در برخی امور کرده که حاکی از صلاحیت تکلیفی مجلس در وضع قوانین یادشده است، اما در قانون اساسی ضمانت اجرای خاصی برای آن پیش‌بینی نشده است (بهادری جهرمی و همکاران، ۱۳۸۹، ص. ۲۷). ثالثاً، تضمین اجرای قانون اساسی در کلیت خود طیف وسیعی از ضمانت اجراها را دربردارد که حتی بر فرض نبود ضمانت اجرای مشخص و معین در برخی موارد، تمهیداتی را در این باره فراهم می‌آورد (علم‌الهدی، ۱۳۹۴، صص. ۵۴-۶۴ و ۸۵-۱۶۹).

نهایت امر این است که عمل مقنن اساسی را در عدم بیان ابزار و ضمانت اجرای لازم برای تضمین حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام، محل نقد و نادرست بدانیم، اما باز با این حال نمی‌توان این موضوع را دلیلی بر اهمال و بی‌توجهی قانون‌گذار اساسی دانست؛ زیرا علت عدم بیان ابزار خاص برای اعمال صلاحیت یادشده در بند ۲ اصل ۱۱۰ این بوده که از منظر اعضای شورای بازنگری، رهبری صلاحیت لازم را درباره انتخاب ابزار و شیوه‌های گوناگون نظارت داراست

۱. «نشریات و مطبوعات در بیان مطالب آزادند مگر آنکه مغل به مبانی اسلام یا حقوق عمومی باشد. تفصیل آن را قانون معین می‌کند».

۲. «مجلس شورای اسلامی از نمایندگان ملت که به‌طور مستقیم و با رأی مخفی انتخاب می‌شوند، تشکیل می‌گردد. شرایط انتخاب‌کنندگان و انتخاب‌شوندگان و کیفیت انتخابات را قانون معین خواهد کرد».

(حاجی علی خمسه، ۱۳۹۹ الف، ص. ۵۲) و با توجه به جایگاه شرعی و قانونی وی، اثر مترتب بر نظارت وی نیز تضمین‌شده و تردیدناپذیر است (حاجی علی خمسه، ۱۳۹۷ الف، صص. ۱۶-۳۰).

۳.۳. نقد دلیل سوم

وصف «کلی» در «سیاست‌های کلی نظام» به‌خودی‌خود دلالت و اساساً ارتباطی با ماهیت هنجاری یا ارشادی سیاست‌های کلی نظام ندارد؛ زیرا «کلی» بودن سیاست‌ها نسبی است و میزان «کلیت» آن دخلی بر تعیین ماهیت آن ندارد. از سوی دیگر، همه قائلان به ماهیت ارشادی سیاست‌های کلی نظام اذعان دارند که این سیاست‌ها ذیل قانون اساسی تعریف می‌شوند و نسبت به آرمان‌ها، ارزش‌ها و اهداف یادشده در قانون اساسی، جنبه تفصیلی بیشتری دارند. به‌عبارت‌دیگر، قانون اساسی در مقایسه با سیاست‌های کلی نظام، کلی‌تر به شمار می‌آید حال آنکه هیچ‌یک از قائلان بالا، قانون اساسی را به دلیل وصف «کلی» آن (به نسبت سیاست‌های کلی نظام) واجد ماهیت ارشادی ندانسته‌اند.

جالب‌تر اینکه، برخی همه سیاست‌های کلی یادشده در قانون اساسی را تنها به دلیل بیان آن در قانون اساسی، «قاعده حقوقی» تلقی کرده‌اند، اما سیاست‌های کلی نظام را به‌رغم جزئی‌تر و تفصیلی‌تر بودن این سیاست‌ها، «قاعده حقوقی» نمی‌دانند (امیرارجمند و همکاران، ۱۳۸۰، ص. ۳۷۸). بنابراین، فارغ از صحت یا سقم نتیجه این نظر (مبنی بر «قاعده حقوقی» نبودن سیاست‌های کلی نظام)، دست‌کم می‌توان این‌طور برداشت کرد که وصف «کلی» سیاست‌های کلی نظام تأثیری بر ماهیت هنجاری یا ارشادی آن نخواهد داشت؛ زیرا در غیر این صورت اصول قانون اساسی با توجه به کلی‌تر بودنشان نسبت به سیاست‌های کلی نظام باید دارای ماهیت ارشادی باشند.

به نظر می‌رسد که اشتباه یادشده ناشی از عدم توجه به مشکک و چندسطحی بودن مفهوم «هنجار» و «قاعده حقوقی» است؛ توضیح اینکه، قاعده حقوقی بر اساس مؤلفه‌های مختلفی از جمله کلیت آن می‌تواند نسبت به دیگر قواعد حقوقی از سطحی متفاوت برخوردار باشد بدون اینکه بر ماهیت هنجاری آن خلل و خدشه‌ای وارد شود. مثال بارز این موضوع، تفاوت سطح میان قوانین اساسی و قوانین عادی است در عین اینکه هر دو قاعده حقوقی به شمار می‌آیند.

همچنین، به نظر می‌رسد که دلیل دیگر این برداشت ناصواب، جمود غیرمعقول بر لفظ

«سیاست» در عبارت «سیاست‌های کلی نظام» است که در مباحث بعدی بیشتر درباره آن سخن خواهیم گفت، اما به‌اجمال باید گفت که واژه «سیاست» در این اصطلاح، اذهان بسیاری از حقوق‌دانان را از مبنا و فلسفه تأسیس این نهاد و مراد قانون‌گذار اساسی را از ایجاد آن منحرف کرده و منجر به تلقی‌های اشتباه درباره مفهوم اصطلاحی و مورد نظر از آن شده است که تلقی ماهیت ارشادی و سیاسی - و نه حقوقی - برای این سیاست‌ها از جمله آن‌هاست.

۴.۳. نقد دلیل چهارم

ادعای دیگر این دسته مبنی بر خواست مقنن اساسی برای استمرار زمانی این سیاست‌ها و دلالت این موضوع بر ماهیت آرمانی - و نه حقوقی - آن، فاقد اتقان حقوقی است. اولاً، هیچ استنادی مبنی بر اینکه مقنن اساسی خواستار چنین موضوعی بوده، ارائه نشده است. ثانیاً، ثبات نسبی از جمله ویژگی‌های سیاست‌های کلی نظام است، اما با وجود این مشخصه، اکثر قریب‌به‌اتفاق حقوق‌دانان قائل به تناسب این سیاست‌ها با مقتضیات زمان و مکان هستند (ارسطا و همکاران، ۱۳۸۰، ص. ۳۷۷؛ امیرارجمند و همکاران، ۱۳۸۰، ص. ۳۸۲؛ دولت‌رفتار حقیقی، بی‌تا، ص. ۶۵؛ مختاری، ۱۳۹۰، ص. ۱۴۷) که این موضوع نشان‌دهنده امکان تغییر این سیاست‌ها در دوره‌های مختلف است. ثالثاً، حتی بر فرض استمرار طولانی‌مدت همه سیاست‌های کلی نظام، این موضوع را نمی‌توان دلیلی بر ارشادی بودن آن دانست؛ زیرا قوانین اساسی (به‌خصوص قوانین اساسی سخت) و بسیاری از قوانین عادی مادر و بنیادین عملاً از همین استمرار برخوردارند، اما این استمرار نه لزوماً دلالتی بر آرمانی بودن آن‌ها دارد و نه حتی بر فرض چنین دلالتی، دلیلی بر ماهیت ارشادی آن‌ها خواهد داشت. بنابراین، ویژگی «استمرار» نفیاً یا اثباتاً ارتباطی با وجه‌هنجاری یا ارشادی سیاست‌های کلی نظام ندارد.

۵.۳. نقد دلیل پنجم

امکان تفویض صلاحیت یادشده در بندهای ۱ و ۲ اصل ۱۱۰ قانون اساسی دلیلی بر ارشادی بودن سیاست‌های کلی شمرده نمی‌شود و این استدلال که تفویض اختیار در حقوق اساسی موضوعی اداری و سیاسی است، اگر به معنای ارشادی بودن اصل صلاحیت مقام مفوض اراده شود، مبنایی ندارد؛ زیرا اولاً، بقیه بندهای اصل یادشده نیز بر اساس ذیل آن که بیان می‌دارد «رهبر می‌تواند

بعضی از وظایف و اختیارات خود را به شخص دیگری تفویض کند»، قابلیت تفویض دارند^۱ و با استدلال یادشده، کل این دارای ماهیت ارشادی خواهد بود که وضوح بطلان چنین ادعایی مشخص است. ثانیاً، صلاحیت‌های دیگری نیز در دیگر اصول قانون اساسی وجود دارد که به‌رغم پیش‌بینی امکان تفویض آن‌ها، هیچ تردیدی در ماهیت الزامی آن‌ها وجود ندارد. برای مثال، امکان تفویض صلاحیت قانون‌گذاری به کمیسیون‌های مجلس یا هیئت وزیران در چهارچوب اصل ۲۸۵ قانون اساسی پیش‌بینی شده است، اما هیچ تردیدی در لازم‌الاجرا بودن قوانین مصوب مجلس - که امکان تفویض آن به‌موجب اصل ۸۵ به رسمیت شناخته شده است - وجود ندارد. همچنین، به‌موجب اصل ۲۱۲۶ قانون اساسی، مسئولیت امور برنامه و بودجه و اداری و استخدامی بر عهده رئیس‌جمهوری است که امکان تفویض آن پیش‌بینی شده است، اما نمی‌توان پیش‌بینی امکان تفویض این صلاحیت را دلیلی بر ارشادی بودن مسئولیت رئیس‌جمهوری دانست و مسئولیت وی در امور مربوط به برنامه و بودجه و اداری و استخدامی را محدود به توصیه‌هایی در این باره دانست.

۶.۳. نقد دلیل ششم

استفاده از واژه «تعیین» در بند ۱ اصل ۱۱۰ و به کار نبردن الفاظی مانند «وضع»، «تدوین» یا

۱. تنها محدودیتی که از جمله ذیل این اصل قابل برداشت است، این است که صلاحیت‌های یادشده در اصل ۱۱۰ به‌صورت کامل و هم‌زمان - به‌گونه‌ای که دیگر هیچ صلاحیتی در اختیار رهبر باقی نماند - قابلیت تفویض ندارد.

۲. «سمت نمایندگی قائم به شخص است و قابل واگذاری به دیگری نیست. مجلس نمی‌تواند اختیار قانون‌گذاری را به شخص یا هیئتی واگذار کند، ولی در موارد ضروری می‌تواند اختیار وضع بعضی از قوانین را با رعایت اصل هفتاد و دوم به کمیسیون‌های داخلی خود تفویض کند. در این صورت این قوانین در مدتی که مجلس تعیین می‌نماید به‌صورت آزمایشی اجرا می‌شود و تصویب نهایی آن‌ها با مجلس خواهد بود. همچنین، مجلس شورای اسلامی می‌تواند تصویب دائمی اساسنامه سازمان‌ها، شرکت‌ها، مؤسسات دولتی یا وابسته به دولت را با رعایت اصل هفتاد و دوم به کمیسیون‌های ذی‌ربط واگذار کند یا اجازه تصویب آن‌ها را به دولت بدهد. در این صورت مصوبات دولت نباید با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد. تشخیص این امر به ترتیب مذکور در اصل نود و ششم، با شورای نگهبان است. علاوه‌براین، مصوبات دولت نباید مخالف قوانین و مقررات عمومی کشور باشد و به منظور بررسی و اعلام عدم مغایرت آن‌ها با قوانین مزبور باید ضمن ابلاغ برای اجرا به اطلاع رئیس مجلس شورای اسلامی برسد».

۳. «رئیس‌جمهور مسئولیت امور برنامه و بودجه و امور اداری و استخدامی کشور را مستقیماً بر عهده دارد و می‌تواند اداره آن‌ها را به عهده دیگری بگذارد».

«تنظیم»، هیچ ظهوری در تشخیص ماهیت سیاست‌های کلی نظام ندارد. بررسی اجمالی از اصول مختلف قانون اساسی به وضوح نادرستی ادعای مطرح شده را مشخص می‌سازد. برای مثال، در اصول متعدد قانون اساسی مانند اصل‌های ۸۵، ۱۰۷، ۱۳۹ و...، واژه «تعیین» درباره مواردی که ماهیت الزامی - نه ارشادی و توصیه‌ای - دارند، استعمال شده است. افزون‌بر اینکه واژگان «تدوین» و «تنظیم» نیز برخلاف ادعای مطروح مبنی بر اینکه درباره موارد هنجاری استعمال می‌شوند، نوعاً در ادبیات حقوقی در خصوص پیش‌نویس‌های متونی که نیازمند تصویب در مرجع مافوق و ذی‌صلاح هستند، استفاده می‌شود.

قائلان به ماهیت ارشادی سیاست‌های کلی نظام نیز برای اثبات مدعای خود استدلال‌های دیگری را مستمسک قرار داده‌اند و جالب اینکه، حتی برخی از آن‌ها اذعان داشته‌اند که عبارت «تعیین سیاست‌های کلی نظام» در بند ۱ اصل ۱۱۰ قانون اساسی، الزام‌آور بودن این سیاست‌ها را تأیید می‌کند (هاشمی به نقل از: طحان‌نظیف، ۱۳۸۸، ص. ۲۲۵).

۷.۳. نقد دلیل هفتم

الزامی بودن ماهیت سیاست‌های کلی نظام هیچ تعارضی با مفهوم تفکیک قوا ایجاد نمی‌کند؛ زیرا اولاً، تفکیک قوا با الگوها و سازوکارهای مختلفی در کشورهای گوناگون پذیرفته شده و مبنای عمل قرار گرفته است که لزوماً در تمام اجزا یکسان و مشابه نیستند. برای فهم الگوی پذیرفته شده در کشورهای مختلف نیز باید به قوانین اساسی آن‌ها مراجعه کرد تا جزئیات و سازوکار چگونگی اعمال این مفهوم روشن شود. قانون اساسی ایران نیز بر اساس آنچه از اصول یادشده در آن برمی‌آید، این مفهوم را مورد پذیرش قرار داده است که از جمله آن‌ها، تعیین خطوط و جهت‌گیری‌های کلی کشور توسط رهبر و در قالب سیاست‌های کلی نظام است که دیگر قوا ملزم به رعایت آن هستند. ثانیاً، وجود مقام یا نهاد برتری که نقش تعدیل‌کننده و هماهنگ‌کننده میان قوا

۱. «پس از مرجع عالی‌قدر تقلید و رهبر کبیر انقلاب جهانی اسلام و بنیان‌گذار جمهوری اسلامی ایران حضرت آیت‌الله العظمی امام خمینی «قدس سره الشریف» که از طرف اکثریت قاطع مردم به مرجعیت و رهبری شناخته و پذیرفته شدند، تعیین رهبر به عهده خبرگان منتخب مردم است...».

۲. «صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد، موکول به تصویب هیئت وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. در مواردی که طرف دعوا خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می‌کند.»

را بر عهده داشته باشد، در کنار مفهوم تفکیک قوا پذیرفته شده است و نافی آن تلقی نمی‌شود و کم‌وبیش در دیگر کشورها نیز مشاهده می‌شود (موسی‌زاده، ۱۳۸۷، ص. ۱۷۴). طراحی نهاد سیاست‌های کلی نظام نیز که میان اجزا و قوای حکومت انسجام و هماهنگی لازم را ایجاد می‌کند، در همین راستا موجه به نظر می‌رسد. ثالثاً، باید توجه داشت که نظام جمهوری اسلامی نیز در چهارچوب مبانی دینی و معرفتی خود، تفکیک قوا را به رسمیت شناخته و این مفهوم متفاوت از مفهوم «تفکیک قوا» با مبانی و آثار مخصوص آن در دیگر نظام‌های حقوقی است. بنابراین، اساساً مقایسه این دو مفهوم نادرست است؛ به‌خصوص که در حکومت اسلامی مشروعیت تمام ارکان حکومت ناشی از ولی فقیه است و قوا و نهادهای حاکم منبعث از ولی فقیه و مأذون از قبل وی شمرده می‌شوند (جوادی آملی، ۱۳۸۴، ص. ۴۰۱).

۸.۳. نقد دلیل هشتم

با استناد به اصول ۷۱ و ۷۲ قانون اساسی که مجلس را موظف به رعایت چهارچوب شرع و قانون اساسی دانسته است، نمی‌توان این‌طور نتیجه گرفت که مجلس ملزم به رعایت هیچ چیز دیگر - مانند سیاست‌های کلی نظام - نیست. تکلیف مجلس به رعایت قانون اساسی و وضع قوانین «در حدود مقرر در قانون اساسی» به این معناست که مجلس در راستای اعمال صلاحیت قانون‌گذاری خود، موظف به رعایت مفاد اصول قانون اساسی و نیز منطق حاکم بر قانون اساسی و هر آن چیزی است که اصول قانون اساسی اقتضای آن را دارد. در واقع، مفاد اصول قانون اساسی و اقتضائات مترتب بر آن در صورتی که با صلاحیت قانون‌گذاری مجلس ارتباط یا اصطکاک یابد، از چهارچوب‌هایی شمرده می‌شود که مجلس مکلف به رعایت آن است.

بنابراین، هنگامی که محرز شد که هدف قانون‌گذار اساسی از تأسیس نهاد سیاست‌های کلی نظام، مشخص شدن جهت‌گیری‌های کلی و کلان کشور برای تعیین چهارچوب‌های حاکم بر قوانین و مقررات بوده که در بند ۱ اصل ۱۱۰ جلوه‌گر شده، بی‌معناست که مجلس را مکلف به رعایت آن ندانیم آن هم با این استدلال که مجلس تنها مکلف به رعایت مفاد اصول قانون اساسی است حال آنکه مفاد یکی از همین اصول - یعنی بند ۱ اصل ۱۱۰ - ملزم شدن مجلس به رعایت سیاست‌های کلی نظام و حاکم بودن این سیاست‌ها بر قانون‌گذاری مجلس است.

به بیان دیگر، ازجمله اهداف تدوین بند ۱ اصل ۱۱۰، تعیین یکی از حدود حاکم بر

قانون‌گذاری مجلس بوده است. بنابراین، اقتضای این بند، رعایت مفاد سیاست‌های کلی نظام در اعمال صلاحیت قانون‌گذاری است. نتیجه اینکه، بند ۱ اصل ۱۱۰ قانون اساسی از جمله «حدود مقرر در قانون اساسی» است که بنا بر اصل ۷۱، صلاحیت قانون‌گذاری مجلس محدود به آن شده است (عمید زنجانی، ۱۳۸۵، ص. ۶۳۹؛ کریمی‌زاده، ۱۳۹۴، ص. ۱۶). خلاصه، همان اراده‌ای که در اصل ۷۲ قانون اساسی، قانون‌گذاری مجلس را محدود به شرع و قانون اساسی دانسته، در بند ۱ اصل ۱۱۰ قانون اساسی اراده کرده است که قانون‌گذاری مجلس در چهارچوب سیاست‌های کلی نظام اعمال شود.

درنهایت، حتی اگر رعایت اقتضای دیگر اصول قانون اساسی را داخل در معنای «حدود مقرر در قانون اساسی» ندانیم، از آنجاکه بند ۱ اصل ۱۱۰ خود یکی از اصول قانون اساسی بوده و در عرض و هم‌ارز اصل ۷۱ است، باید قائل به تخصیص عبارت یادشده در اصل ۷۱ توسط بند ۱ اصل ۱۱۰ باشیم. بنابراین، با تمسک به اطلاق اصل ۷۱ نمی‌توان بخشی دیگر از قانون اساسی را از معنا تهی کرد، بلکه قواعد عام تفسیر حقوقی ایجاب می‌کند که قائل به تخصیص آن باشیم.

همچنین، نحوه استناد قائلان نظر مزبور به اصول ۷۱ و ۷۲ قانون اساسی مبنی بر اینکه تنها شرع و قانون اساسی می‌تواند به‌عنوان محدودیت‌های قانون‌گذاری مجلس در نظر گرفته شود، نتایج ناپذیرفتنی دیگری به دنبال خواهد داشت. اگر به بُب استدلال این گروه توجه شود، یکی از نتایج استناد آن‌ها به اصول ۷۱ و ۷۲ قانون اساسی این است که مجلس به‌هیچ‌وجه نتواند با در نظر گرفتن مصلحت نظام، چیزی را به تصویب برساند که مغایر اصول قانون اساسی یا شرع باشد و بر آن اصرار ورزد تا سازوکار یادشده در اصل ۱۱۲ قانون اساسی به جریان افتد؛ زیرا اگر اصل ۷۲ را یکی از «حدود مقرر در قانون اساسی» بدانیم که تردیدی در آن نیست، تصویب مصوبه خلاف شرع یا قانون اساسی توسط مجلس به‌خاطر در نظر گرفتن مصلحت نظام - که اصل ۱۱۲ اقتضای آن را دارد - باید به معنای نقض اصل ۷۲ (به دلیل تصویب مصوبه خلاف شرع یا قانون اساسی) و به‌تبع آن، نقض اصل ۷۱ به دلیل عدم رعایت «حدود مقرر در قانون اساسی» به‌شمار آید، اما از آنجاکه اقتضای توجه به مجموعه اصول قانون اساسی و منظومه فکری حاکم بر آن، مجاز شمردن چنین چیزی است، هیچ‌کس قائل به نقض اصل ۷۱ در فرض یادشده نیست.

بنابراین، همان‌طور که می‌توان در عمل به آنچه اصل ۱۱۲ و مجموعه دیگر اصول قانون اساسی اقتضای آن را دارد، از ظاهر اصل ۷۲ مبنی بر محدود بودن مجلس به قانون‌گذاری در

چهارچوب «اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی» عدول کرد، باید بتوان با استناد به آنچه بند ۱ اصل ۱۱۰ و منطق و روح حاکم بر قانون اساسی اقتضای آن را دارد، با عدول از ظاهر اصل ۷۲، مجلس را موظف به رعایت مفاد سیاست‌های کلی نظام دانست؛^۱ یعنی اقتضای بند ۱ اصل ۱۱۰ قانون اساسی نیز این است که افزون بر مکلف دانستن مجلس به رعایت شرع و قانون اساسی، بتوان مجلس را مکلف به رعایت مفاد سیاست‌های کلی نظام نیز دانست؛ هرچند این موضوع در واقع، عدول از یک اصل قانون اساسی نیز شمرده نمی‌شود، بلکه اقتضای نگاه مجموعی و منسجم به اصول قانون اساسی (به‌عنوان «کل» واحد) و منظومه فکری حاکم بر آن است.

۴. ادله اثبات ماهیت هنجاری سیاست‌ها

نکاتی که تاکنون در نفی ماهیت ارشادی سیاست‌های کلی نظام و اثبات ماهیت هنجاری و الزام‌آور آن بیان شد، ناظر بر پاسخ به ادله قائلان به ماهیت ارشادی این سیاست‌ها بود. اکنون به بیان ادله‌ای که به‌طور مستقل در مقام اثبات ماهیت هنجاری این سیاست‌ها ارائه شده است، می‌پردازیم. باید توجه داشت که فلسفه وجودی نهاد سیاست‌های کلی نظام و ماهیت و کارکرد مدنظر از آن و همچنین، ضرورت ناشی از ابعاد حقوقی و مدیریتی این سیاست‌ها، مجوز قرائتی جز قرائت الزام‌آور از آن را نمی‌دهد (طحان‌نظیف، ۱۳۹۶، ص. ۲۵؛ غلامی و بهادری جهرمی، ۱۳۹۲، ص. ۶۴)؛ زیرا همان‌طور که پیش‌تر بیان شد، هدف از تأسیس نهاد سیاست‌های کلی نظام در شورای بازنگری قانون اساسی جبران خلأیی بود که در نظام حقوقی جمهوری اسلامی احساس می‌شد و عبارت بود از فقدان مرجع قانونی برای تنظیم خط‌مشی‌های کلان کشور تا به‌واسطه آن از هدررفت نیروها در کشور جلوگیری و انسجامی در مجموعه قوا و نهادهای حاکم بر جامعه ایجاد شود. این مراد مقنن اساسی جز در سایه ماهیت هنجاری سیاست‌های کلی نظام قابلیت تحقق ندارد (طحان‌نظیف، ۱۳۹۶، ص. ۲۷). در غیر این صورت تنها بیان‌کننده آمال و آرزوهای آنان خواهد بود.

توجه به مبانی نظام و ریشه‌های انقلاب اسلامی در فهم مفهوم مورد نظر قانون‌گذار اساسی از تدوین بندهای ۱ و ۲ اصل ۱۱۰ اهمیت بسزایی دارد؛ همان‌طور که با توجه به صبغه اسلامی و

۱. تفاوت این دو فرض، از سنخ «سلب» و «ایجاب» است. به این معنا که در حالت نخست، عدول از ظاهر اصل ۷۲، اثر «سلبی» خواهد داشت و در حالت دوم، عدول از ظاهر اصل ۷۲، اثر «ایجابی» خواهد داشت.

نگرش فقهی اعضای شورای بازنگری قانون اساسی، تأکید فراوانی بر جایگاه ولایت مطلقه و لزوم اجرای اوامر ولی فقیه برای تحقق جایگاه بایسته این مقام در نظام جمهوری اسلامی مشاهده می‌شود و در همین راستا، بندهای ۱ و ۲ اصل ۱۱۰ قانون اساسی به تصویب رسید که گواه ماهیت هنجاری سیاست‌های کلی نظام است (اسماعیلی و طحان‌نظیف، ۱۳۹۱، ص. ۸۹).

تحلیل منظومه‌ای قانون اساسی به‌جای توجه جزئی و جزیره‌ای به الفاظ و عبارات ظاهری آن، بیشترین کمک را به درک بهتر ماهیت هنجاری این سیاست‌ها می‌کند؛ توضیح اینکه با توجه به جایگاه حاکم اسلامی در حکومت اسلامی و انعکاس آن در اصول مختلف قانون اساسی از جمله اصول ۵ و ۵۷ و آثار مترتب بر آن مانند نظارت عالی رهبر بر قوای سه‌گانه، لازم‌الاتباع بودن سیاست‌های کلی نظام استنباط می‌شود (حسن‌نژاد، ۱۳۷۵، ص. ۹۱؛ عمید زنجانی، ۱۳۹۰، ص. ۱۵)؛ زیرا راهبری سیاسی به معنای اداره سیاسی جامعه اسلامی و تعیین خط‌مشی حاکم بر حرکت دولت و امت اسلامی، لازمه «خلیفه»، «وارث»، «امین»، «حاکم» و «حجت» بودن فقیه (حاکم جامعه اسلامی) است (عمید زنجانی، ۱۳۷۷، ج ۲، ص. ۳۶۱).

افزون بر اینکه، تعیین سیاست‌های کلی نظام در واقع نوعی قانون‌گذاری در معنای عام آن است (زارعی و همکاران، ۱۳۸۰، ص. ۳۹۱؛ عمید زنجانی، ۱۳۹۰، ص. ۱۶). در معنای عام، قانون قاعده‌ای کلی و الزام‌آور است که برای انتظام امور جامعه و برقراری عدالت بر زندگی اجتماعی انسان حاکم است و به‌صورت مکتوب به تصویب مرجع صلاحیت‌دار رسیده و اجرای آن توسط دولت تضمین شده است (حاجی علی‌خمس، ۱۳۹۳، ص. ۸). این موضوع نیز گواهی بر ماهیت الزام‌آور این سیاست‌هاست.

نکته مهم دیگری که اثبات‌کننده ماهیت الزامی سیاست‌های کلی نظام است، جایگاه سندی است که زادگاه این سیاست‌ها در نظام حقوقی ایران شمرده می‌شود. انعکاس صلاحیت مربوط به تعیین سیاست‌های کلی نظام در قانون اساسی، خود گویای جایگاه، اهمیت و ماهیت حقوقی و الزام‌آور این سیاست‌هاست. قانون اساسی محملی برای تفنن در عبارات و بیان تعارفات اجتماعی یا سیاسی نیست. قانون اساسی دست‌کم به لحاظ شکلی، سند بنیادین حقوقی است که حتی مناسبات

۱. «در زمان غیبت حضرت ولی عصر (عجل‌الله تعالی فرجه)، در جمهوری اسلامی ایران ولایت امر و امامت امت بر عهده فقیه عادل و باتقوی، آگاه به زمان، شجاع، مدیر و مدبر است که طبق اصل یکصد و هفتم عهده‌دار آن می‌گردد».

سیاسی-اجتماعی را نیز در قالب و ضوابط حقوقی تنظیم و تضمین می‌کند. پس نمی‌توان صلاحیت مربوط به تعیین سیاست‌های کلی نظام را که در قانون اساسی منعکس شده است، حمل بر توصیه و ارشاد کرد (حاجی علی‌خمسه، ۱۳۹۹ ب، ص. ۲۷۳)؛ زیرا قانون اساسی جایی برای بیان اینکه چه شخصیت‌هایی و در چه چهارچوبی امکان توصیه دارند، نیست. اساساً ارشاد و توصیه نیازمند اذن قانون‌گذار نیست. شأن قانون، الزام است (کاتوزیان، ۱۳۹۲، صص. ۵۴-۵۵) و اصل بر الزام‌آور بودن متون قانونی - و در رأس همه آن‌ها قانون اساسی - است. در نتیجه، نمی‌توان و نباید متن قانون اساسی را حمل به توصیه کرد. همچنین، با توجه به خلاف اصل بودن این موضوع، اگر قانون‌گذار اساسی قائل به ماهیت ارشادی سیاست‌های کلی نظام می‌بود، باید بر این موضوع تصریح می‌کرد (طحان‌نظیف، ۱۳۹۶، صص. ۲۷-۲۸). بنابراین، اگر سیاست‌های کلی نظام الزام‌آور نبود، اصلاً در قانون اساسی آورده نمی‌شد (عمید زنجانی به نقل از طحان‌نظیف، ۱۳۸۸، ص. ۲۱۶).

توجه به ظهور و سیاق دیگر بندهای اصل ۱۱۰ قانون اساسی نیز فرض ارشادی بودن سیاست‌های کلی نظام را منتفی می‌سازد؛ زیرا اختصاص دو بند از اصل ۱۱۰ قانون اساسی به بیان برخی رهنمودها و ارشادات رهبر درحالی‌که دیگر بندهای این اصل در مقام بیان صلاحیت‌ها و شئون لازم‌الاتباع وی هستند، برداشتی دور از واقع و ناسازگار با منطق تدوین قانون اساسی به نظر می‌رسد (طحان‌نظیف، ۱۳۹۶، صص. ۲۷-۲۸).

نکته پایانی که حاکی از ماهیت الزام‌آور سیاست‌های کلی نظام است، عرف حقوق اساسی و رویه جاری در نظام حقوقی است که بر اساس آن، سیاست‌های کلی نظام به‌عنوان موضوعی لازم‌الاجرا مورد پذیرش قوای سه‌گانه و دیگر نهادهای اساسی قرار گرفته است. به بیان دیگر، تلقی الزام‌آور از این سیاست‌ها در عرف جامعه و نیز عرف حاکم و رویه سیاسی (صورت خاصی از عرف که میان زمامداران مرسوم است)، گواه ماهیت هنجاری سیاست‌های کلی نظام است (گودرزی، ۱۳۹۴، ص. ۱۴۹). بنا بر آنچه در این قسمت به تفصیل بیان شد، نمی‌توان ماهیتی جز ماهیت هنجاری و الزام‌آور برای سیاست‌های کلی نظام در جمهوری اسلامی ایران قائل شد.

نتیجه‌گیری

بر اساس آنچه بیان شد، تعیین ماهیت سیاست‌های کلی نظام نیازمند بررسی و مذاقه عمیق حقوقی

است تا موضوع فارغ از مباحث سیاسی که ممکن است با اغراض و اهداف گوناگون مطرح شود، مورد ارزیابی گیرد. حسب آنچه به تفصیل بیان شد، سیاست‌های کلی نظام نهاد حقوقی نوینی در نظام جمهوری اسلامی ایران است که با اصلاحات قانون اساسی در سال ۱۳۶۸ به طور رسمی پا به عرصه وجود گذاشت. آنچه در بیشتر تحلیل‌های ناظر بر ماهیت سیاست‌های کلی نظام جای خالی آن احساس می‌شود، عبارت است از عدم توجه به مبانی نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران که برگرفته از آبخشور مفاهیم و مبانی اسلام ناب محمدی (صلی‌الله علیه و آله) و نظریه ولایت مطلقه فقیه است.

در کنار این موضوع، عدم فهم اراده قانون‌گذار اساسی و فقدان نگاه دقیق به مشروح مذاکرات بازنگری قانون اساسی، علت دیگر نگارش این نوشتار است تا با روشی علمی و مبتنی بر اصول تفسیر حقوقی، ماهیت سیاست‌های کلی نظام مورد ارزیابی و تحلیل قرار گیرد. سومین نقصان اساسی در تحلیل ماهیت سیاست‌های کلی نظام در منظومه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز عبارت است از بی‌توجهی به نگاه جامع و مجموعی به نظام حقوقی و اصول قانون اساسی در تحلیل و تفسیر مفهوم نوپای سیاست‌های کلی نظام که بسیاری از تحلیل‌های این حوزه را مخدوش و قابل نقد کرده است.

در این نوشتار ضمن نقد حقوقی و رد ادله‌ای که برخی در اثبات ماهیت ارشادی سیاست‌های کلی نظام ارائه کرده‌اند، مبتنی بر مبانی فوق - که فقدان آن در اکثر قریب به اتفاق تحلیل‌های حقوقی محسوس است - به گونه ایجابی، ماهیت هنجاری سیاست‌های کلی نظام به اثبات رسید. این موضوع شاه‌کلید و سنگ بنای تحلیل درست بسیاری از موضوعات پیرامونی سیاست‌های کلی نظام و تحلیل آثار حقوقی حاکم بر آن و در یک کلام، محور اصلی تحلیل نظام حقوقی حاکم بر سیاست‌های کلی نظام است؛ به خصوص در رابطه با مباحث مرتبط با نظارت بر حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام که چالش‌های حقوقی زیادی پیش روی خود دارد.

این نوشتار رسالت خود را بر پایه تحکیم مبانی حقوقی ماهیت هنجاری سیاست‌های کلی نظام استوار کرد که البته هم‌اکنون در عرف اساسی جاری در کشور نیز تا حدود زیادی این مبنا تثبیت شده است، اما فقدان یا دست‌کم نقصان پشتوانه علمی و حقوقی آن ضرورتی بود که نگارش این سطور را لازم می‌نمود. در ادامه این مسیر، نیاز است تا پژوهشگران این حوزه دیگر ابعاد و آثار حقوقی مترتب بر سیاست‌های کلی نظام را مبتنی بر ماهیت هنجاری این سیاست‌ها بررسی و

سازوکارهای تحقق و پیاده‌سازی آن را بر مبنای اصول حقوقی طراحی کنند تا کنشگران نظام سیاسی بر پایه مبانی و سازوکارهای پیشنهادی بتوانند طرحی نو در به سرانجام رساندن آن در عرصه عملی دراندازند.

منابع

- ۱) ابوالحسنی، محسن و همکاران (۱۳۹۷). آشنایی با مفاهیم حقوق عمومی؛ مدخل سیاست‌های کلی نظام (زیر نظر علی بهادری جهرمی و سیدحجت‌الله علم‌الهدی). (جلد ۲). چاپ ۱، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
- ۲) اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (۱۳۸۰). صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی (جلد ۳). چاپ ۲، تهران: چاپخانه مجلس شورای اسلامی.
- ۳) ارسطو، محمدجواد، امیرارجمند، اردشیر، زارعی، محمدحسین، مهرپور، حسین و هاشمی، محمد (۱۳۸۰). جایگاه حقوقی سیاست‌های کلی نظام. راهبرد، شماره ۲۰.
- ۴) اسماعیلی، محسن و طحان‌نظیف، هادی (۱۳۸۷). تحلیل ماهیت نهاد سیاست‌های کلی نظام در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران. پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، شماره ۲۸. doi:10.30497/law.2012.1264
- ۵) اسماعیلی، محسن و طحان‌نظیف، هادی (۱۳۹۱). نسبت سیاست‌های کلی نظام با احکام حکومتی در حقوق اساسی ایران. پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، شماره ۳۵. doi:10.30497/law.2012.1014
- ۶) اسماعیلی، محسن و منصوریان، مصطفی (۱۳۹۱). درآمدی بر نقش مجلس شورای اسلامی در حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام. دانش حقوق عمومی، شماره ۲.
- ۷) اسماعیلی، محسن و بالایی، حمید (۱۳۹۴). الگوی راهبردی تأمین امنیت ملی در سیاست‌های کلی نظام جمهوری اسلامی ایران. آفاق امنیت، شماره ۲۷.
- ۸) بهادری جهرمی و همکاران (۱۳۸۹). بررسی ماهیت و حدود نظارت بر حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام. ویرایش دوم، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
- ۹) ترمان، علی‌اکبر (۱۳۹۰). بررسی نقش و جایگاه سند چشم‌انداز در نظام حقوقی ایران (پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه تبریز).
- ۱۰) جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۴). ولایت فقیه؛ ولایت فقاهت و عدالت. چاپ ۶، قم: مرکز نشر اسرا.
- ۱۱) جهانی، قاسم (۱۳۸۶). جایگاه سیاست‌های کلی نظام در جمهوری اسلامی ایران (پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه علامه طباطبایی (رحمت‌الله علیه)).
- ۱۲) حاجی علی خمسه، مرتضی (۱۳۹۳). سلسله‌مراتب قوانین در نظام جمهوری اسلامی ایران. تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
- ۱۳) حاجی علی خمسه، مرتضی (۱۳۹۷ الف). الگوی مطلوب نظام حقوقی حاکم بر سیاست‌های کلی نظام در نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (رساله دکتری حقوق عمومی دانشگاه تهران).
- ۱۴) حاجی علی خمسه، مرتضی (۱۳۹۷ ب). تأملی بر لزوم «انطباق» یا «عدم مغایرت» قوانین با

- سیاست‌های کلی نظام. دانش حقوق عمومی، شماره ۱۹.
- ۱۵) حاجی علی خامنه‌ای، مرتضی (۱۳۹۹ الف)، امکان‌سنجی اصرار مجلس (موضوع اصل ۱۱۲) بر مصوبات مغایر با سیاست‌های کلی نظام. دانش حقوق عمومی، شماره ۲۸. doi:10.22034/qjplk.2020.196
- ۱۶) حاجی علی خامنه‌ای، مرتضی (۱۳۹۹ ب). امکان‌سنجی نسخ قوانین و مقررات توسط سیاست‌های کلی نظام. پژوهشنامه حقوق اسلامی، شماره ۵۱. doi:10.30497/law.2020.2771
- ۱۷) حسن‌خانی، عباس (۱۳۷۷). نقش مجمع تشخیص مصلحت نظام در حل معضلات و مشکلات حقوقی نظام جمهوری اسلامی ایران (پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه شیراز).
- ۱۸) حسن‌زاد، حسین (۱۳۷۵). نهاد مجمع تشخیص مصلحت نظام در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه تهران).
- ۱۹) درویش‌متولی، میثم (۱۳۹۶). الگوی مطلوب دادرسی اساسی بر اساس الزامات و ظرفیت‌های مقرر در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (رساله دکتری حقوق عمومی دانشگاه تهران).
- ۲۰) درویش‌متولی، میثم (۱۳۹۹). آشنایی با جایگاه و صلاحیت‌های شورای نگهبان؛ نظارت شورای نگهبان بر مصوبات مجلس شورای اسلامی بر اساس اسناد بالادستی، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، شماره مسلسل: ۱۳۹۳۰۱۵۰.
- ۲۱) دولت‌رفتار حقیقی، محمدرضا (بی‌تا). تعیین سیاست‌های کلی نظام توسط رهبری و جمهوریت نظام. بی‌جا.
- ۲۲) راسخ، محمد (۱۳۹۶). نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی. چاپ ۴، تهران: دراک.
- ۲۳) رضایی‌زاده، محمدجواد و اکبری، احسان (۱۳۹۶). درآمدی بر ابعاد حقوقی سیاست‌های کلی نظام اداری. چاپ ۱، تهران: مجد.
- ۲۴) صفایی‌فر، احمد (۱۳۸۲). سیاست‌های کلی نظام. مجموعه مقالات علوم انسانی، شماره ۷.
- ۲۵) طحان‌نظیف، هادی (۱۳۸۸). ماهیت و جایگاه سیاست‌های کلی نظام در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه امام‌صادق (علیه‌السلام)).
- ۲۶) طحان‌نظیف، هادی (۱۳۹۶). شرح بند ۱ اصل یکصد و دهم قانون اساسی (زیرنظر عباسعلی کدخدایی). چاپ ۱، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
- ۲۷) علم‌الهدی، سیدحجت‌الله (۱۳۹۴). تضمین اجرای قانون اساسی؛ مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و آمریکا (رساله دکتری حقوق عمومی دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات تهران).
- ۲۸) عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۷۷). فقه سیاسی (نظام سیاسی و رهبری در اسلام) (جلد ۲). چاپ ۴، تهران: امیرکبیر.

- ۲۹) عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۵). حقوق اساسی ایران شامل دوره باستان، دوره اسلامی، مشروطه و جمهوری اسلامی ایران با اصلاحات بازنگری ۱۳۶۸. چاپ ۱، تهران: دانشگاه تهران.
- ۳۰) عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۹۰). سیاست‌های کلی نظام. کیهان فرهنگی، شماره‌های ۲۹۹-۲۰۰، صص. ۱۴-۱۷.
- ۳۱) غلامی، علی و بهادری جهرمی، علی (۱۳۹۲). مفهوم، ماهیت و نظارت بر اجرای سیاست‌های کلی نظام. بررسی‌های حقوق عمومی، شماره ۵.
- ۳۲) غمامی، سیدمحمد مهدی (۱۳۹۰). حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران. چاپ ۱، تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی.
- ۳۳) کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲). مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران. چاپ ۸۹، تهران: سهامی انتشار.
- ۳۴) گرمی‌زاده، آمنه (۱۳۹۴). بررسی جایگاه و ماهیت حقوقی سیاست‌های کلی نظام در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران. دومین کنفرانس بین‌المللی حقوق و توسعه پایدار جامعه مدنی.
- ۳۵) کعبی، عباس (۱۳۹۴). تحلیل مبانی نظام جمهوری اسلامی ایران مبتنی بر اصول قانون اساسی؛ اصول کلی (اصول اول تا هفتم) (جلد ۱). چاپ ۱، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
- ۳۶) گرجی ازندریانی، علی‌اکبر (۱۳۸۸). در تکاپوی حقوق اساسی. چاپ ۲، تهران: جنگل - جاودانه.
- ۳۷) گروه حقوق عمومی و بین‌الملل (۱۳۸۹). بررسی ماهیت و حدود نظارت بر حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام. تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
- ۳۸) گودرزی، احمد (۱۳۹۴). ضمانت اجرای «سیاست‌های کلی نظام» در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه قم).
- ۳۹) مختاری، جمال (۱۳۹۰). بررسی راهبردی و کاربردی مصلحت نظام با نگرشی به قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی).
- ۴۰) موسی‌زاده، ابراهیم (۱۳۸۷). تأملی در مفهوم، ماهیت و جایگاه حقوقی سیاست‌های کلی نظام. فقه و حقوق، شماره ۱۷.
- ۴۱) نیکزاد، عباس (۱۳۸۳). قوه مقننه در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران. رواق هنر و اندیشه، شماره ۳۲.
- ۴۲) ویژه، محمدرضا (۱۳۸۸). تأملی بر سلسله‌مراتب هنجارها در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران. راهبرد، شماره ۵۰.

References

- 1) Behādorī Jahromī and colleagues (1389 SH). Barrasī-ye Māhīyat va Ḥodūd-e Nezārat bar Ḥosn-e Ejrā-ye Siyāsāt-hā-ye Kolī-ye Nezām [A Study of the Nature and Limits of Supervision over the Proper Implementation of the General Policies of the System]. 2nd ed., Tehrān: Markaz-e Pažūheš-hā-ye Majles-e Šorā-ye Eslāmī [in Persian].
- 2) Tarmān, ‘Alī-Akbar (1390 SH), Barrasī-ye Naqš va Jāygāh-e Sanad-e Češm-Andāz dar Nezām-e Hoqūqī-ye Īrān [A Study of the Role and Position of the Vision Document in the Legal System of Iran] (Master’s Thesis in Public Law, University of Tabriz) [in Persian].
- 3) Javadī Āmolī, ‘Abd-Allāh (1384 SH). Velāyat-e Faqīh; Velāyat-e Faqāhat va ‘Edālat [The Guardianship of the Jurist; The Guardianship of Jurisprudence and Justice]. 6th ed., Qom: Markaz-e Našr-e Asrā [in Persian].
- 4) Abūlhasanī, Moḥsen and colleagues (1397 SH). Ašnāyī bā Mafāhīm-e Hoqūq-e ‘Omūmī; Modakhal-e Siyāsāt-hā-ye Kolī-ye Nezām (under the supervision of ‘Alī Behādarī Jahromī and Sayyed Ḥojjat-Allāh ‘Elm-al-Hodā) [Introduction to the Concepts of Public Law; Introduction to the General Policies of the System]. (Volume 2). 1st ed., Tehrān: Pažūheškade-ye Šorā-ye Negahbān [in Persian].
- 5) Edāre-ye Kol-e Omūr-e Farhangī va Ravābeṭ-e ‘Omūmī-ye Majles-e Šorā-ye Eslāmī (1380 SH). Šurat-e Mošrooḥ-e Mozākerāt-e Šorā-ye Bāznegārī-ye Qānūn-e Asāsī (Volume 3) [The Verbatim Report of the Deliberations of the Constitutional Review Council]. 2nd ed., Tehrān: Čāpkhāne-ye Majles-e Šorā-ye Eslāmī [in Persian].
- 6) Araštā, Moḥammad-Javād, Amīr-Arjmand, Ardešhīr, Zāre‘ī, Moḥammad-Ḥosayn, Mehrpūr, Ḥosayn and Hāsemī, Moḥammad (1380 SH). Jāygāh-e Hoqūqī-ye Siyāsāt-hā-ye Kolī-ye Nezām [The Legal Status of the General Policies of the System]. Rāhbord [Strategy], No. 20 [in Persian].
- 7) Esmā‘ilī, Moḥsen and Taḥān-Nazīf, Hādī (1387 SH). Taḥlīl-e Māhīyat-e Nahād-e Siyāsāt-hā-ye Kolī-ye Nezām dar Hoqūq-e Asāsī-ye Jomhūrī-ye Eslāmī-ye Īrān [Analysis of the Nature of the Institution of the General Policies of the Islamic System in the Constitutional Law of the Islamic Republic of Iran]. Pažūheš-nāme-ye Hoqūq-e Islāmī [Journal of Islamic Law Research], No. 28 [in Persian]. doi:10.30497/law.2012.1264
- 8) Esmā‘ilī, Moḥsen and Taḥān-Nazīf, Hādī (1391 SH). Nesbat-e Siyāsāt-hā-ye Kolī-ye Nezām bā Aḥkām-e Hokūmatī dar Hoqūq-e Asāsī-ye Īrān [Relation of the General Policies of the System with the Privileged Commandments of the Islamic Ruler in the Constitution of Iran]. Pažūheš-nāme-ye Hoqūq-e Islāmī [Journal of Islamic Law Research], No. 35 [in Persian]. doi:10.30497/law.2012.1014
- 9) Esmā‘ilī, Moḥsen and Manšūrīān, Moštafā (1391 SH). Darāmadī bar Naqš-e Majles-e Šorā-ye Eslāmī dar Ḥosn-e Ejrā-ye Siyāsāt-hā-ye Kolī-ye Nezām [An Introduction to the Role of the Islamic Consultative Assembly in the Proper Implementation of the General Policies of the System]. Dāneš-e Hoqūq-e ‘Omūmī [Public Law Knowledge], No. 2 [in Persian].

- 10) Esmā'ili, Moḥsen and Bālāyi, Ḥamid (1394 SH). *Algovī-ye Rāhbardi-ye Tāmīn-e Amniyat-e Melli dar Siyāsāt-hā-ye Kolī-ye Nezām-e Jomhūrī-ye Eslāmī-ye Īrān* [The Strategic Model of National Security Provision in the General Policies of the System of the Islamic Republic of Iran]. *Āfāq-e Amniyat* [Security Horizons], No. 27 [in Persian].
- 11) Jahānī, Qāsem (1386 SH). *Jāygāh-e Siyāsāt-hā-ye Kolī-ye Nezām dar Jomhūrī-ye Eslāmī-ye Īrān* [The Position of the General Policies of the System in the Islamic Republic of Iran] (Master's Thesis in Public Law, Allameh Tabataba'i University (May God have mercy on him)) [in Persian].
- 12) Hājī 'Alī Khamsa, Mortazā (1393 SH). *Selsela-ye Marāteb-e Qavānīn dar Nezām-e Jomhūrī-ye Eslāmī-ye Īrān* [The Hierarchy of Laws in the System of the Islamic Republic of Iran]. Tehrān: Pažūheškade-ye Šorā-ye Negahbān [in Persian].
- 13) Hājī 'Alī Khamsa, Mortazā (1397 SH, A). *Algovī-ye Matlūb-e Nezām-e Hoqūqī-ye Hākem bar Siyāsāt-hā-ye Kolī-ye Nezām dar Nezām-e Hoqūq-e Asāsī-ye Jomhūrī-ye Eslāmī-ye Īrān* [The Desirable Model of the Legal System Governing the General Policies of the System in the Constitutional Law System of the Islamic Republic of Iran] (PhD Thesis in Public Law, University of Tehran) [in Persian].
- 14) Hājī 'Alī Khamsa, Mortazā (1397 SH, B). *Tāmoli bar Lozūm-e «Entebāq» yā «'Adam-e Moghāyera» Qavānīn bā Siyāsāt-hā-ye Kolī-ye Nezām* [A Reflection on the Necessity of "Conformity" or "Non-Contradiction" of Laws with the General Policies of the System]. *Dāneš-e Hoqūq-e 'Omūmī* [Public Law Knowledge], No. 19 [in Persian].
- 15) Hājī 'Alī Khamsa, Mortazā (1399 SH, A), *Emkān-Sanjī-ye Ešrār-e Majles (Mowzū '-e Ašl-e 112) bar Mošavvabāt-e Moghāyera bā Siyāsāt-hā-ye Kolī-ye Nezām* [The Feasibility of the Parliament's Insistence (Subject of Article 112) on Resolutions Contrary to the General Policies of the System]. *Dāneš-e Hoqūq-e 'Omūmī* [Public Law Knowledge], No. 28 [in Persian]. doi:10.22034/qjplk.2020.196
- 16) Hājī 'Alī Khamsa, Mortazā (1399 SH, B). *Emkān-Sanjī-ye Neskh-e Qavānīn va Moqarrarāt tavasot-e Siyāsāt-hā-ye Kolī-ye Nezām* [A Study On The Feasibility Of Abrogated Rules And Regulations By The Means Of The General Policies Of Iran's Political System]. *Pažūheš-nāme-ye Hoqūq-e Islāmī* [Journal of Islamic Law Research], No. 51 [in Persian]. doi:10.30497/law.2020.2771
- 17) Ḥasan-Khanī, 'Abbās (1377 SH). *Naqš-e Majma '-e Taškhiš-e Mašlahat-e Nezām dar Ḥal-e Ma'zelāt va Moškelāt-e Hoqūqī-ye Nezām-e Jomhūrī-ye Eslāmī-ye Īrān* [The Role of the Expediency Discernment Council in Solving the Legal Problems and Dilemmas of the System of the Islamic Republic of Iran] (Master's Thesis in Public Law, University of Shiraz) [in Persian].
- 18) Ḥasan-Nežād, Ḥosayn (1375 SH). *Nahād-e Majma '-e Taškhiš-e Mašlahat-e Nezām dar Hoqūq-e Asāsī-ye Jomhūrī-ye Eslāmī-ye Īrān* [The Institution of the Expediency Discernment Council in the Constitutional Law of the Islamic Republic of Iran] (Master's Thesis in Public Law, University of Tehran) [in Persian].

- Persian].
- 19) Darviš Motawallī, Mayṭam (1396 SH). *Algovi-ye Matlūb-e Dādresī-ye Asāsī bar Asās-e Elzāmāt va Zarfiyat-hā-ye Moqarrar dar Hoqūq-e Asāsī-ye Jomhūrī-ye Eslāmī-ye Īrān* [The Desirable Model of Constitutional Adjudication Based on the Requirements and Capacities Stipulated in the Constitutional Law of the Islamic Republic of Iran] (PhD Thesis in Public Law, University of Tehran) [in Persian].
 - 20) Darviš Motawallī, Mayṭam (1399 SH), *Āšnāyī bā Jāygāh va Šalāhiyat-hā-ye Šorā-ye Negahbān; Neẓārat-e Šorā-ye Negahbān bar Mošavvabāt-e Majles-e Šorā-ye Eslāmī bar Asās-e Asnād-e Bālādastī* [An Introduction to the Position and Competencies of the Guardian Council; The Guardian Council's Supervision over the Resolutions of the Islamic Consultative Assembly Based on the Higher Documents], Tehrān: Pažūheškade-ye Šorā-ye Negahbān [in Persian], Serial Number: 13930150.
 - 21) Dolat-Raftar Ḥaqīqī, Moḥammad-Rezā (n.d.). *Ta'yīn-e Siyāsāt-hā-ye Kolī-ye Neẓām tavasot-e Rahbarī va Jomhūrīyat-e Neẓām* [The Determination of the General Policies of the System by the Leadership and the Republicanism of the System]. n.p. [in Persian].
 - 22) Rāsekh, Moḥammad (1396 SH). *Neẓārat va Ta'ādol dar Neẓām-e Hoqūq-e Asāsī* [Supervision and Balance in the Constitutional Law System]. 4th ed., Tehrān: Darāk [in Persian].
 - 23) Rezā'ī-Zāde, Moḥammad-Javād and Akbarī, Ehsān (1396 SH). *Darāmādī bar Ab'ād-e Hoqūqī-ye Siyāsāt-hā-ye Kolī-ye Neẓām-e Edārī* [An Introduction to the Legal Dimensions of the General Policies of the Administrative System]. 1st ed., Tehrān: Majd [in Persian].
 - 24) Šafā'ī-Far, Aḥmad (1382 SH). *Siyāsāt-hā-ye Kolī-ye Neẓām* [The General Policies of the System]. *Majmū'e-ye Maqālāt-e 'Olūm-e Ensānī* [Collection of Articles on Human Sciences], No. 7 [in Persian].
 - 25) Taḥān-Nazīf, Hādī (1388 SH). *Māhiyat va Jāygāh-e Siyāsāt-hā-ye Kolī-ye Neẓām dar Hoqūq-e Asāsī-ye Jomhūrī-ye Eslāmī-ye Īrān* [The Nature and Position of the General Policies of the System in the Constitutional Law of the Islamic Republic of Iran] (Master's Thesis in Public Law, Imam Sadeq University (Peace be upon him)) [in Persian].
 - 26) Taḥān-Nazīf, Hādī (1396 SH). *Šarḥ-e Band 1-e Ašl-e Yekšad va Dahom-e Qānūn-e Asāsī (Zīr-Neẓar-e 'Abbās-'Alī Koda-Khodā'ī)* [Explanation of Clause 1 of Article 110 of the Constitution (Under the Supervision of Abbas-Ali Koda-Khodai)]. 1st ed., Tehrān: Pažūheškade-ye Šorā-ye Negahbān [in Persian].
 - 27) Alam-al-Hodā, Sayyed Ḥojjat-Allāh (1394 SH). *Taẓmīn-e Ejrā-ye Qānūn-e Asāsī; Moṭāle'e-ye Tatbīqī dar Hoqūq-e Īrān va Āmerikā* [The Guarantee of the Implementation of the Constitution; A Comparative Study in the Laws of Iran and America] (PhD Thesis in Public Law, Islamic Azad University, Science and Research Branch, Tehran) [in Persian].
 - 28) Amīd Zanjānī, 'Abbās-'Alī (1377 SH). *Foqah-e Siyāsī (Neẓām-e Siyāsī va Rahbarī dar Eslām)* (Volume 2) [Political Jurisprudence (Political System and

- Leadership in Islam)]. 4th ed., Tehrān: Amīr-Kabīr [in Persian].
- 29) Amīd Zanjānī, ‘Abbās-‘Alī (1385 SH). Hoqūq-e Asāsī-ye Īrān Šāmel-e Dore-ye Bāstān, Dore-ye Eslāmī, Mašrūṭe va Jomhūrī-ye Eslāmī-ye Īrān bā Eslāḥāt-e Bāznegarī 1368 [The Constitutional Law of Iran Including the Ancient Period, the Islamic Period, the Constitutional Period and the Islamic Republic of Iran with the Revisions of 1989]. 1st ed., Tehrān: Dānešgāh-e Tehrān [in Persian].
 - 30) Amīd Zanjānī, ‘Abbās-‘Alī (1390 SH). Siyāsāt-hā-ye Kolī-ye Neẓām [The General Policies of the System]. Keyhān-e Farhangī [Cultural Kayhan], Nos. 299-200, pp. 14-17 [in Persian].
 - 31) Gholāmī, ‘Alī and Behādārī Jahromī, ‘Alī (1392 SH). Mafhūm, Māhīyat va Neẓārat bar Ejrā-ye Siyāsāt-hā-ye Kolī-ye Neẓām [The Concept, Nature and Supervision over the Implementation of the General Policies of the System]. Barrasī-hā-ye Hoqūq-e ‘Omūmī [Public Law Studies], No. 5 [in Persian].
 - 32) Ghamāmī, Sayyed-Moḥammad-Mehdī (1390 SH). Hoqūq-e Asāsī-ye Jomhūrī-ye Eslāmī-ye Īrān [The Constitutional Law of the Islamic Republic of Iran]. 1st ed., Tehrān: Markaz-e Asnād-e Enqelāb-e Eslāmī [in Persian].
 - 33) Kātūziān, Nāšer (1392 SH). Moqaddame-ye ‘Elm-e Hoqūq va Moṭāle‘e dar Neẓām-e Hoqūqī-ye Īrān [Introduction to the Science of Law and Study in the Legal System of Iran]. 89th ed., Tehrān: Sahāmī Enteshār [in Persian].
 - 34) Karamī-Zāde, Āmene (1394 SH). Barrasī-ye Jāygāh va Māhīyat-e Hoqūqī-ye Siyāsāt-hā-ye Kolī-ye Neẓām dar Hoqūq-e Asāsī-ye Jomhūrī-ye Eslāmī-ye Īrān [A Study of the Position and Legal Nature of the General Policies of the System in the Constitutional Law of the Islamic Republic of Iran]. Dovvomīn Konferāns-e Beyn-al-Mellalī-ye Hoqūq va Towse‘e-ye Pāydar-e Jāme‘e-ye Madanī [The Second International Conference on Law and Sustainable Development of Civil Society] [in Persian].
 - 35) Ka‘bī, ‘Abbās (1394 SH), Taḥlīl-e Mobānī-ye Neẓām-e Jomhūrī-ye Eslāmī-ye Īrān Mobtonī bar Aṣūl-e Qānūn-e Asāsī; Aṣūl-e Kolī (Aṣūl-e Awwal tā Haftom) (Volume 1) [Analysis of the Foundations of the System of the Islamic Republic of Iran Based on the Principles of the Constitution; General Principles (Principles One to Seven)]. 1st ed., Tehrān: Pažūheškade-ye Šorā-ye Negahbān [in Persian].
 - 36) Gorjī Azandariānī, ‘Alī-Akbar (1388 SH). Dar Tekāpū-ye Hoqūq-e Asāsī [In the Struggle of Constitutional Law]. 2nd ed., Tehrān: Jangal - Jāvedāne [in Persian].
 - 37) Gorūh-e Hoqūq-e ‘Omūmī va Beyn-al-Mellal (1389 SH). Barrasī-ye Māhīyat va Ḥodūd-e Neẓārat bar Ḥosn-e Ejrā-ye Siyāsāt-hā-ye Kolī-ye Neẓām [A Study of the Nature and Limits of Supervision over the Proper Implementation of the General Policies of the System]. Tehrān: Markaz-e Pažūheš-hā-ye Majles-e Šorā-ye Eslāmī [in Persian].
 - 38) Godarzi, Aḥmad (1394 SH). Tazmīn-e Ejrā-ye «Siyāsāt-hā-ye Kolī-ye Neẓām» dar Hoqūq-e Asāsī-ye Jomhūrī-ye Eslāmī-ye Īrān [The Guarantee of the Implementation of the “General Policies of the System” in the Constitutional Law of the Islamic Republic of Iran] (Master’s Thesis in Public Law, University of Qom) [in Persian].

- 39) Mokhtārī, Jamāl (1390 SH). Barrasī-ye Rāhbardī va Kārborī-ye Mašlahat-e Nezām bā Negarešī be Qānūn-e Asāsī-ye Jomhūrī-ye Eslāmī-ye Īrān [A Strategic and Practical Study of the Expediency of the System with a View to the Constitution of the Islamic Republic of Iran] (Master's Thesis in Criminal Law and Criminology, Islamic Azad University, Central Tehran Branch) [in Persian].
- 40) Mūsa-Zāde, Ebrāhīm (1387 SH). Tāmoli dar Mafhūm, Māhiyat va Jāygāh-e Hoqūqī-ye Siyāsāt-hā-ye Kolī-ye Nezām [A Reflection on the Concept, Nature and Legal Position of the General Policies of the System]. Foqah va Hoqūq [Jurisprudence and Law], No. 17 [in Persian].
- 41) Nīkzād, 'Abbās (1383 SH). Qove-ye Moqanne'e dar Qānūn-e Asāsī-ye Jomhūrī-ye Eslāmī-ye Īrān [The Legislative Power in the Constitution of the Islamic Republic of Iran]. Ravāq-e Honar va Andīše [Art and Thought Corridor], No. 32 [in Persian].
- 42) Vīžhe, Moḥammad-Rezā (1388 SH). Tāmoli bar Selsela-ye Marāteb-e Henjār-hā dar Nezām-e Hoqūqī-ye Jomhūrī-ye Eslāmī-ye Īrān [A Reflection on the Hierarchy of Norms in the Legal System of the Islamic Republic of Iran]. Rāhbard [Strategy], No. 50 [in Persian].

Article Directory

- ❖ Judge Writing [Ketabat] as a Basis for Granting Judicial Representation and Enforcement of Court Judgments; An Analysis of Islamic Jurisprudence and Iranian Judicial Practice | Research Article 407
 - Mohammad Rasool Ahangaran, Ali Keshavarz & Fatemeh Tayefi Nasrabadi

- ❖ A Reflection on the Practice of the Guardian Council in Examining the Jurisprudential Requirements Relevant to International Treaties | Research Article 435
 - Abbas Ali Kadkhodaei Elyaderani, Ali Fattahi Zafarghandi & Amir Lohrasbi

- ❖ A Jurisprudential and Legal Examination of the Necessity of Evidential Proof in Civil Proceedings | Research Article 463
 - Mahdi Hasanzadeh, Azizollah Fahimi & Hamzeh Amininasab

- ❖ A Reflection on the "Foundation of Law" in Light of Various Approaches to Religious Epistemology | Research Article 495
 - Mostafa Nasiri





























- ❖ The Canonic Oversight Procedure of Laws and Regulations by the Jurists of the of Guardian Council: From Procedural Analysis to a Proposed Model | Research Article 523
 - Zeynab Asakereh & Hamed Nikoonahad

- ❖ Foundations, Functions, and Place of Ethical Principles of Judicial Interpretation in the Iranian Legal System | Research Article 555
 - Ahmad Ehsani Far & Hosein Hooshmand Firuzabadi

- ❖ Jurisprudential-Legal Examination of the Crime of Pandering [Ghavvadi] by Non-Muslims | Review Article 589
 - Aref Hamdollahi, Mohammad Imami & Mohammad Hasan Ghasemi

- ❖ The Nature of the "General Policies of the System" in the Legal System of the Islamic Republic of Iran | Review Article 617
 - Morteza Haji Ali Khamseh

• Indexing and Abstracting •

• Publication Information •

Print ISSN: 2251-9858	Online ISSN: 2588-6673
Subject Area: Law with an Islamic Approach	Review Policy: Peer Review Double Blind
Release Frequency: Quarterly	Submission Procedure: Exclusively via the website
Website Address: https://ilr.isu.ac.ir	E-mail Address: ilrisu@yahoo.com
This journal was initially published under the title "Andishe-ye-Sadeq" from the first issue to the twenty-fourth issue. From the twenty-fifth to the thirty-first issue, it was known as "Islamic Studies and Law". Since the thirty-second issue, it has been published under the title "Islamic Law Research".	From the first to the twenty-fourth issue, the journal was published "Occasionally". Subsequently, from the twenty-fifth to the fifty-fourth issue, it transitioned to a "Bi-Annual" release schedule. However, the release frequency was revised to "Quarterly" starting from the fifty-fifth issue onwards.
Postal Address: Imam Sadiq University, Shahid Chamran Expressway, Tehran, Iran. P.O.Box: 14655-159	
Scientific Management & Editorial: Faculty of Islamic Studies and Law. Phone No: +98 (21) 88385118	
Technical Management: University Research and Technology Deputy. Phone No: +98 (21) 88094915	
Access and reissue of the articles are open in accordance with the (CC BY-NC 4.0).	
The articles do not necessarily express the views of the publisher university.	
Printing House: Imam Sadiq University Press 240 Pages	
Price: 1,750,000 Rials	



Publisher • Imam Sadiq University

• Director-in-Charge •

Salman Emrani | Assistant Professor | Criminal Law & Criminology | Imam Sadiq University

• Editor-in-Chief •

Nejad Ali Almasi | Professor | Private International Law | University of Tehran

• English Text Editor •

Taher Habibzadeh | Assistant Professor | Intellectual Property Law | Imam Sadiq University

Editorial Manager • Mojtaba Ashoori

Editorial Board

• National Board •

Vali Rostami | Professor | Public Law | University of Tehran

Seyyed Hosein Safaei | Professor | Private Law | University of Tehran

Ali Gholami | Professor | Criminal Law & Criminology | Imam Sadiq University

Abbas Karimi | Professor | Private Law | University of Tehran

Farid Mohseni | Professor | Criminal Law & Criminology | University of Judicial Sciences & Administrative Services

Seyyed Fazlollah Moosavi | Professor | Public International Law | University of Tehran

Tavakkol Habibzadeh | Associate Professor | Public International Law | Imam Sadiq University

Mohammad Roshan | Associate Professor | Private Law | Shahid Beheshti University

Seyyed Mostafa Sa'adat Mostafavi | Associate Professor | Private Law | Imam Sadiq University

• International Board •

Ahmed Abouelwafa Mohammad Hasan | Professor | Public International Law | Cairo University | Egypt

Ahmad Atif Ahmad | Professor | Islamic Law | University of California, Santa Barbara | United States of America

Ali Abdelaali Khashan al-Assadi | Professor | Private Law | University of Basrah | Iraq

Seyyed Hesamoddin Seyyed Esfahani | Professor | Criminal Law & Criminology | University of Moncton | Canada

Mohammad Aloom Mohammad al-Oghabi | Professor | Public Law | University of Baghdad | Iraq

Ammar Kareim Kadham al-Bsherawy | Professor | Private Law | University of Kufa | Iraq

Ashgar Ali Bin Ali Mohamed | Professor | Private Law | International Islamic University Malaysia | Malaysia

Walid Ali Maher Morsi | Professor | Commercial Law | Helwan University | Egypt

Ahmed Sami Marhoon al-Mamoori | Professor | Commercial Law | University of Kufa | Iraq

Ali Wardak | Professor | Criminal Law & Criminology | University of South Wales | United Kingdom

Tarek Goma al-Sayyed Rashed | Associate Professor | Intellectual Property Law | Qatar University | Qatar

Hamid Reza Younesi | Assistant Professor | International Commercial Law | University of York | United Kingdom

Validated: as a "Scientific Journal"

License No. 3/196191 dated 12/12/2012 issued by
The Ministry of Science, Research, & Technology.

First Released: Winter 2000

License No. 17260 dated 27/11/2000 issued by
The Ministry of Culture & Islamic Guidance.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

IN THE NAME OF GOD,
THE MOST GRACIOUS, THE MOST MERCIFUL



Imam Sadiq University
Faculty of Islamic Studies & Law

The Quarterly

Journal of Islamic Law Research

61

24th Year | Third Issue | Serial No. 61
Autumn 2023

- **Judge Writing [Ketabat] as a Basis for Granting Judicial Representation and Enforcement of Court Judgments;
An Analysis of Islamic Jurisprudence and Iranian Judicial Practice**
Mohammad Rasool Ahangaran | Ali Keshavarz |
Fatemeh Tayefi Nasrabadi
- **A Reflection on the Practice of the Guardian Council in Examining the Jurisprudential Requirements Relevant to International Treaties**
Abbas Ali Kadkhodaei Elyaderani | Ali Fattahi Zafarghandi |
Amir Lohrasbi
- **A Jurisprudential and Legal Examination of the Necessity of Evidential Proof in Civil Proceedings**
Mahdi Hasanzadeh | Azizollah Fahimi | Hamzeh Amininasab
- **A Reflection on the "Foundation of Law" in Light of Various Approaches to Religious Epistemology**
Mostafa Nasiri
- **The Canonic Oversight Procedure of Laws and Regulations by the Jurists of the of Guardian Council:
From Procedural Analysis to a Proposed Model**
Zeynab Asakereh | Hamed Nikoonahad
- **Foundations, Functions, and Place of Ethical Principles of Judicial Interpretation in the Iranian Legal System**
Ahmad Ehsani Far | Hosein Hooshmand Firuzabadi
- **Jurisprudential-Legal Examination of the Crime of Pandering [Ghavvadi] by Non-Muslims**
Aref Hamdollahi | Mohammad Imami | Mohammad Hasan Ghasemi
- **The Nature of the "General Policies of the System" in the Legal System of the Islamic Republic of Iran**
Morteza Haji Ali Khamseh