



دانشگاه امام صادق
دانشکده معارف اسلامی و حقوق

فصلنامه علمی

پژوهش‌ها در حقوق اسلامی

سال بیست و چهارم | شماره چهارم | پیاپی ۶۲ | زمستان ۱۴۰۲

۶۲

تبيين کاربست «اصول حقوقی» به منظور حفظ تمامیت نظام قانونی،
در برابر کاربست «اصول لفظی» به منظور کشف مراد قانون گذار
محمد عبدالصالح شاهنوش فروشانی

نقش نهاد رهبری در رفع خلأ قانون عادی
عباس کعبی نسب | علیرضا جعفرزاده بهاء آبادی

ظرفیت‌های حقوقی اسلامی مغفول در سند نویسی بین‌المللی؛
مطالعه موردی «راهبرد سازمان همکاری اسلامی در خصوص سالمندی»
محمد صالح تسخیری

جستاری در بسترهای نظری و رویه‌های عملی محدودکننده صلاحیت
دیوان محاسبات کشور
محمد مظهري | فرشید بنده‌علی

انطباق سنجی «استخراج رمز ارزها در بستر بلاک‌چین» با «قمار»
از منظر فقه امامیه
احمد محمدی | جواد سلطانی‌فرد

دامنه چشم‌پوشی از اصل لزوم رفع ابهام در شروط ضمن عقد
حامد صالحی علی آبادی

بازخوانی انگاره‌های «شرع» و «قانون» نزد شیخ فضل‌الله نوری
و میرزای نائینی
احمد فرشادیان | محمدصادق لبنانی مطلق

بررسی تطبیقی نظام حقوقی ایران با اسناد و مقررات بین‌المللی در خصوص
پیشگیری از آلودگی‌های ناشی از نفت و گاز
سیدفضل‌الله موسوی | میترا اسلامی شهربابکی

شاپا الکترونیکی | ۶۶۷۳ - ۲۵۸۸

شاپا 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 ۶۲

سال بیست و چهارم • شماره چهارم • پایانی ۶۲

زمستان ۱۴۰۲

صاحب امتیاز • دانشگاه امام صادق علیه السلام

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

سردبیر • 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 ۲۶۲ صفحه	

بها: ۱,۷۵۰,۰۰۰ ریال



باسمه تعالی

پژوهش نامه حقوق اسلامی



فصلنامه علمی «پژوهش نامه حقوق اسلامی»

داوران دوره بیست و چهارم | سال ۱۴۰۲

به ترتیب حروف الفبا

نام خانوادگی	نام	وابستگی سازمانی
آقاموسی طهرانی	رضا	دانش آموخته دکتری تخصصی
ابریشمی راد	محمدامین	عضو هیأت علمی دانشگاه سمنان
ابهری	سید محمدعلی	دانش آموخته دکتری تخصصی
احسانی فر	احمد	عضو هیأت علمی پژوهشگاه قوه قضائیه
احمدزاده	رسول	دانش آموخته دکتری تخصصی
احمدی	محمدحسین	دانش آموخته دکتری تخصصی
ارسطا	محمدجواد	عضو هیأت علمی دانشگاه تهران
اصغری شورستانی	محمدرضا	عضو هیأت علمی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری
افشاری	فاطمه	عضو هیأت علمی پژوهشگاه قوه قضائیه
افشانی	هادی	دانش آموخته دکتری تخصصی
اکرمی	روح الله	عضو هیأت علمی دانشگاه قم
الهام	صادق	عضو هیأت علمی دانشگاه امام صادق علیه السلام
بابایی	احسان	عضو هیأت علمی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری
برزگر خسروی	محمد	عضو هیأت علمی مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی
بهادری جهرمی	محمد	عضو هیأت علمی دانشگاه تربیت مدرس
بهره مند	حمید	عضو هیأت علمی دانشگاه تهران
بیگدلی	سعید	عضو هیأت علمی دانشگاه زنجان
بیگدلی	عطاء الله	عضو هیأت علمی دانشگاه جامع امام حسین علیه السلام
پورعبدالله	کبری	عضو هیأت علمی دانشگاه امام صادق علیه السلام
پیری	مهدی	عضو هیأت علمی دانشگاه تهران

نام خانوادگی	نام	وابستگی سازمانی
۲۱	تنگستانی	محمدقاسم
		عضو هیأت علمی دانشگاه خوارزمی
۲۲	توحیدی	احمدرضا
		عضو هیأت علمی دانشگاه قم
۲۳	توکل پور	محمدهادی
		عضو هیأت علمی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری
۲۴	جاویدی	مجتبی
		عضو هیأت علمی دانشگاه شیراز
۲۵	جعفریان	علیرضا
		دانش آموخته دکتری تخصصی
۲۶	جعفری خسروآبادی	نصرالله
		عضو هیأت علمی دانشگاه مبین
۲۷	جهان بین	فرزاد
		عضو هیأت علمی دانشگاه شاهد
۲۸	جوهر کلام	محمدهادی
		عضو هیأت علمی دانشگاه علامه طباطبائی
۲۹	حاجی ده آبادی	احمد
		عضو هیأت علمی دانشگاه تهران
۳۰	حاجی ده آبادی	محمدعلی
		عضو هیأت علمی دانشگاه قم
۳۱	حاجی علی خمسه	مرتضی
		دانش آموخته دکتری تخصصی
۳۲	حسن زاده	مهدی
		عضو هیأت علمی دانشگاه قم
۳۳	حمدالهی	عاصف
		دانش آموخته دکتری تخصصی
۳۴	حیاتی	علی عباس
		عضو هیأت علمی دانشگاه رازی
۳۵	خسرو شاهی	قدرت الله
		عضو هیأت علمی دانشگاه اصفهان
۳۶	خلف رضایی	حسین
		عضو هیأت علمی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری
۳۷	داوری	محسن
		عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی
۳۸	رستمی غزانی	امید
		عضو هیأت علمی دانشگاه بین المللی اهل بیت علیهم السلام
۳۹	روانبخش	مسلم
		دانش آموخته دکتری تخصصی
۴۰	سلطانی	سیدناصر
		عضو هیأت علمی دانشگاه تهران
۴۱	سیاه بیدی کرمانشاهی	سعید
		دانش آموخته دکتری تخصصی
۴۲	شاهنوش فروشانی	محمد عبدالصالح
		عضو هیأت علمی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری
۴۳	شایگان	اسماعیل
		دانش آموخته دکتری تخصصی
۴۴	شریف زاد	مجید
		دانش آموخته دکتری تخصصی
۴۵	شعاریان ستاری	ابراهیم
		عضو هیأت علمی دانشگاه تبریز
۴۶	صابری تولایی	علی
		عضو هیأت علمی دانشگاه امام صادق علیه السلام
۴۷	صادق منش	جعفر
		دانش آموخته دکتری تخصصی

نام خانوادگی	نام	وابستگی سازمانی
۴۸	صفری	عضو هیأت علمی دانشگاه تهران
۴۹	طحان نظیف	عضو هیأت علمی دانشگاه امام صادق علیه السلام
۵۰	عابدینی	عضو هیأت علمی دانشگاه مبین
۵۱	عالی پناه	عضو هیأت علمی دانشگاه شهید بهشتی
۵۲	عباسی	دانش آموخته دکتری تخصصی
۵۳	عمرانی	عضو هیأت علمی دانشگاه امام صادق علیه السلام
۵۴	غفاری	عضو هیأت علمی دانشگاه علامه طباطبائی
۵۵	غمامی	عضو هیأت علمی دانشگاه امام صادق علیه السلام
۵۶	فتاحی زفرقندی	عضو هیأت علمی پژوهشکده شورای نگهبان
۵۷	فراهانی	عضو هیأت علمی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی
۵۸	فراهانی	دانش آموخته دکتری تخصصی
۵۹	فقیه لاریجانی	عضو هیأت علمی دانشگاه مازندران
۶۰	کاظمی	عضو هیأت علمی دانشگاه امام صادق علیه السلام
۶۱	کوهی اصفهانی	عضو هیأت علمی دانشگاه امام صادق علیه السلام
۶۲	مبین	عضو هیأت علمی دانشگاه شیراز
۶۳	محسنی	عضو هیأت علمی دانشگاه تهران
۶۴	محمدنسل	عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی
۶۵	محمدی قلعه	دانش آموخته دکتری تخصصی
۶۶	محمودی جانکی	عضو هیأت علمی دانشگاه تهران
۶۷	مرادی	دانش آموخته دکتری تخصصی
۶۸	مرادی	عضو هیأت علمی دانشگاه رازی
۶۹	مسعودیان	عضو هیأت علمی دانشگاه شاهد
۷۰	مشایخی	دانش آموخته دکتری تخصصی
۷۱	مشهدی زاده	عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی
۷۲	منصوریان	عضو هیأت علمی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری
۷۳	مهدوی	عضو هیأت علمی دانشگاه امام صادق علیه السلام
۷۴	موسی زاده	عضو هیأت علمی دانشگاه تهران

وابستگی سازمانی	نام	نام خانوادگی	
عضو هیأت علمی دانشگاه تهران	عباس	میرشکاری	۷۵
عضو هیأت علمی دانشگاه امام صادق علیه السلام	محمدصادق	نصرت پناه	۷۶
عضو هیأت علمی دانشگاه شهید مطهری	مصطفی	نصیری	۷۷
عضو هیأت علمی دانشگاه شهید بهشتی	حامد	نیکونهاد	۷۸
عضو هیأت علمی پژوهشگاه حوزه و دانشگاه	حسین	هوشمند فیروزآبادی	۷۹

فهرست مقالات

- تبیین کاربست «اصول حقوقی» به منظور حفظ تمامیت نظام قانونی، در برابر کاربست «اصول لفظی»
به منظور کشف مراد قانون‌گذار | مقاله پژوهشی ۶۴۷
• محمد عبدالصالح شاهنوش فروشانی
- نقش نهاد رهبری در رفع خلأ قانون عادی | مقاله پژوهشی ۶۷۵
• عباس کعبی‌نسب و علیرضا جعفرزاده بهاء‌آبادی
- ظرفیت‌های حقوقی اسلامی مغفول در سندنویسی بین‌المللی؛ مطالعه موردی «راهبرد سازمان
همکاری اسلامی در خصوص سالمندی» | مقاله پژوهشی ۷۱۳
• محمدصالح تسخیری
- جستاری در بسترهای نظری و رویه‌های عملی محدودکننده صلاحیت دیوان محاسبات کشور
| مقاله پژوهشی ۷۴۷
• محمد مظهري و فرشید بنده‌علی
- انطباق سنجی «استخراج رمز ارزها در بستر بلاک‌چین» با «قمار» از منظر فقه امامیه | مقاله پژوهشی
..... ۷۸۱
• احمد محمدی و جواد سلطانی‌فرد
- دامنه چشم‌پوشی از اصل لزوم رفع ابهام در شروط ضمن عقد | مقاله پژوهشی ۸۱۵
• حامد صالحی علی‌آبادی
- بازخوانی انگاره‌های «شرع» و «قانون» نزد شیخ فضل‌الله نوری و میرزای نائینی | مقاله مروری
..... ۸۵۱
• احمد فرشادیان و محمدصادق لبانی مطلق
- بررسی تطبیقی نظام حقوقی ایران با اسناد و مقررات بین‌المللی در خصوص پیشگیری از آلودگی‌های
ناشی از نفت و گاز | مقاله ترویجی ۸۸۳
• سیدفضل‌الله موسوی و میترا اسلامی شهربابکی

Clarifying the Utilization of "Legal Principles" for Preservation of Legal System Integrity, against Utilization of "Literal Principles" for Discovering Legislators' Intention

Mohammad Abdossaleh Shahnoosh Forooshani · Assistant Professor, Department of Islamic Law, Faculty of Judicial Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran.
h_shahnoosh@ujas.ac.ir

Abstract

1. Introduction

In the realm of legal interpretation, the application of "literal principles" has long been considered a cornerstone for deciphering the intentions behind legal texts. These principles serve as tools to uncover the intended meaning of the speaker or writer, particularly in cases where the text carries legal ramifications. However, the efficacy of literal principles comes under scrutiny when texts are composed by multiple individuals with varying intentions. This complexity is especially pronounced in legislative texts and contracts, where the confluence of different wills complicates the attribution of meaning solely through literal interpretation. Moreover, the imposition of "legal principles" concerning justice and fairness can further complicate the application of literal principles in legislative contexts, potentially hindering their efficacy. This article delves into the nuanced interplay between literal and legal principles in legal interpretation, aiming to elucidate the challenges posed by multiple intentions in textual composition and the implications for maintaining the integrity of legal systems.

2. Research Question

The main question of this paper is how do literal principles of interpretation fare in discerning legislative intent when confronted with texts shaped by multiple intentions, and how do legal principles intersect with and potentially impede the application of literal principles?



3. Research Hypothesis

We hypothesize that the efficacy of literal principles in uncovering legislative intent diminishes when texts are composed by multiple individuals, each with divergent intentions. Additionally, we posit that the imposition of legal principles, particularly those pertaining to justice and fairness, may serve as barriers to the application of literal principles in legislative interpretation.

4. Methodology & Framework, if Applicable

The methodology employed in this study utilizes a doctrinal approach, focusing on the works of Islamic jurists and legal scholars to critically analyze their perspectives on the interplay between literal and legal principles in legal interpretation. Through a comparative examination of diverse opinions within the legal discourse, we aim to elucidate the complexities inherent in attributing meaning to legislative texts and navigating the tensions between literal and legal principles. This analysis is framed within the context of both parliamentary laws and contract interpretation, offering insights into the practical implications of the theoretical discussion on legal interpretation.

5. Results & Discussion

The examination of literal principles in the context of legal interpretation unveils several key findings and prompts nuanced discussions. Firstly, the pillars upon which literal principles rest—namely, the principle of non-precedent [Asl-e Adam-e Gharineh], doctrine of ordinary meaning [Asalat al-Zuhoor], and doctrine of literal meaning [Asalat al-Haghighah]—underscore the normative nature of these tools. While literal principles are instrumental in attributing semantic meaning to speakers, their efficacy is contingent upon the existence of an intended meaning and doubts surrounding it. However, in scenarios involving texts shaped by multiple intentions, such as contractual agreements and legislative enactments, the presumption of a unified intention underlying the text becomes tenuous. This challenges the applicability of literal principles in uncovering legislative intent, as the integrity of the legal system takes precedence over individual intentions.

The interplay between literal and legal principles further complicates the landscape of legal interpretation. While literal principles aim to discern the speaker's intention, legal principles—rooted in justice, fairness, and the overarching integrity of the legal system—may impose

constraints on the application of literal interpretation. Particularly in the realm of parliamentary laws, where texts embody the collective will of multiple representatives, safeguarding the integrity of the legal system necessitates prioritizing legal principles over the pursuit of individual intentions. Thus, the application of literal principles must be tempered by the overarching framework of legal principles to ensure coherence and fidelity to the underlying ethos of the legal system.

Moreover, the tension between literal and legal principles underscores the dynamic nature of legal interpretation, which requires a delicate balance between textual fidelity and contextual considerations. While literal principles offer a structured approach to uncovering meaning, their limitations become apparent in contexts characterized by multifaceted intentions and divergent interpretations. In such scenarios, a holistic approach that integrates both literal and legal principles emerges as imperative to navigate the complexities of legal interpretation and uphold the integrity of the legal system.

6. Conclusion

In conclusion, the examination of literal and legal principles in legal interpretation elucidates the intricate dynamics at play in attributing meaning to legal texts. While literal principles serve as valuable tools for discerning the speaker's intention, their efficacy is contingent upon the existence of a unified intention underlying the text. In cases involving texts shaped by multiple intentions, such as legislative enactments and contractual agreements, the applicability of literal principles becomes fraught with challenges. Moreover, the imposition of legal principles, rooted in the overarching integrity of the legal system, may constrain the application of literal interpretation. Consequently, a nuanced approach that balances literal and legal principles is essential to navigate the complexities of legal interpretation and safeguard the integrity of the legal system. By integrating both approaches, legal interpreters can uphold coherence and fidelity to the underlying ethos of the legal system, ensuring equitable outcomes and fostering trust in the administration of justice.

Keywords: Literal Principles, Legal Principles, Legislator's Intention, Legislative Assembly, Integrity of the Legal System.

تبیین کاربست «اصول حقوقی» به منظور حفظ تمامیت نظام قانونی، در برابر کاربست «اصول لفظی» به منظور کشف مراد قانون‌گذار

محمد عبدالصالح شاهنوش فروشانی * استادیار، گروه حقوق اسلامی، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران.
h_shahnoosh@ujss.ac.ir

چکیده

«اصول لفظی» را ابزار کشف مراد گوینده دانسته‌اند. بنابراین، اصول لفظی تنها در جایی قابل استفاده می‌باشند که گوینده یا نویسنده معنایی را اراده کرده باشد. اما متن همواره توسط یک گوینده یا نویسنده ایجاد نمی‌شود و ممکن است با مشارکت اراده دو یا چند نفر نگاشته شود. در این صورت، اصول لفظی ابزاری برای کشف معنای مورد اراده ایشان خواهد بود؛ به این معنا که به استناد این اصول می‌توان معنای مستفاد از ساختار لفظ - یا همان معنای ظاهر - را به گوینده یا نویسنده نسبت داد. در این مقاله به این نتیجه رسیده‌ایم که اگر چه «اصول لفظی» کاشف از اراده گوینده یا نویسنده هستند، لکن در مواردی که اراده‌های متعدد سازنده متن بوده‌اند، نمی‌توان به نحو مطلق به این اصول برای استناد یک معنا به گویندگان یا نویسندگان تکیه کرد؛ مثلاً در خصوص متن یک قرارداد که ساخته و پرداخته اراده اصحاب آن قرارداد است، گاه ممکن است اصول لفظی به نحوی مطلق و بدون تکیه بر معنایی که طرفین قرارداد اراده کرده‌اند، تعهدی را بر ایشان تحمیل کند. از سوی دیگر، در متون مصوب مجلس قانون‌گذاری نیز «اصول حقوقی» که مقتضای عدالت یا انصاف یا ابعاد دیگر اخلاق هستند، می‌توانند مانع اجرای «اصول لفظی» شوند. در خصوص قسم اخیر، در این پژوهش چنین حاصل آمد که درباره قوانین مصوب پارلمان که از اراده‌های متکثر وکلای ملت تشکیل شده است، به جای کشف مراد قانون‌گذار، لازم است تمامیت نظام حقوقی لحاظ گردد؛ حافظ تمامیت نظام حقوقی نیز «اصول حقوقی» آن نظام است که رویکرد کلی آن نظام حقوقی را به صحنه نمایش می‌گذارد. در نتیجه، «اصول لفظی» تا جایی نسبت به متن قوانین جاری و ساری خواهند بود که منجر به نادیده انگاشتن و به محاق رفتن «اصول حقوقی» آن نظام حقوقی نشود.

واژگان کلیدی: اصول لفظی، اصول حقوقی، اراده قانون‌گذار، مجلس قانون‌گذاری، تمامیت نظام حقوقی.



مقدمه

یکی از پیش‌فرض‌های اصول لفظی وجود معنای مراد است. اصول لفظی ابزار رسیدن به مراد گوینده هستند (انصاری، ۱۴۲۸ق، ج ۱، ص. ۱۳۶). برای لفظ باید بتوان معنایی که کسی آن را اراده کرده است، تصویر کرد تا استفاده از اصول لفظی معنا داشته باشد. به تعبیر دیگر، موضوع اصول لفظی معنای مراد گوینده است. اگر نتوان نسبت به لفظی معنای مراد تصویر کرد، دیگر اصول لفظی نباید کاربردی داشته باشند. در بدو امر، مسئله لزوم وجود معنای مراد برای درک و کشف آن با اصول لفظی، بدیهی و مناقشه‌ناپذیر به نظر می‌رسد، اما بررسی انواع کلام یا متونی که آثار حقوقی (قانونی) بر جا می‌گذارند، نشان می‌دهد این پیش‌فرض جای مناقشه فراوان دارد. باید توجه داشت تنها در مواردی می‌توان به اصول لفظی استناد کرد که متن یا لفظی که موضوع اجرای اصول لفظی قرار گرفته است، اثر حقوقی (قانونی یا شرعی) داشته باشد. در غیر این صورت اجرای اصول لفظی هیچ اثری ندارد. اصول لفظی جنبه هنجاری دارند و تنها استناد معنایی به گوینده را مجاز می‌کنند. مسئله جواز انتساب یک معنا به دیگری و به‌طور کلی، مسئله جواز یا عدم جواز و مفاهیم مشابه آن‌ها مانند حسن و قبح و... تنها در قلمرو قانون‌گذاری و آثار قانونی و حقوقی معنا دارد. برای همین، در همه مواردی که اصولیون درباره اصول لفظی سخن گفته‌اند، این بحث را در رابطه میان عبد و مولی بررسی کرده‌اند.^۱ برای همین، باید برای حل مسئله معنای مراد، انواع متون حقوقی (قانونی) را بررسی کنیم.

۱. برای مثال، به این عبارات توجه کنید.

الف. شیخ انصاری در مقام رد تفصیل صاحب قوانین میان «من قصد افهامه» و «من لم يقصد افهامه» می‌فرماید «و لكن الانصاف انه لا فرق في العمل بالظهور اللفظي و اصالة عدم الصارف عن الظاهر بين من قصد افهامه و من لم يقصد؛ ... فاذا وقع المكتوب الموجه من شخص الى شخص بيد ثالث، فلا يتأمل في استخراج مرادات المتكلم من الخطاب الموجه الى المكتوب اليه، فاذا فرضنا اشتراك هذا الثالث مع المكتوب اليه فيما اراد المولى منه فلا يجوز له الاعتذار في ترك الامتثال بعدم الاطلاع على مراد المولى و هذا واضح لمن راجع الامثلة العرفية» (انصاری، ۱۴۲۸ق، ج ۱، ص. ۱۶۴).

ب. صاحب کفایة در مقام رد تفصیل صاحب قوانین مانند شیخ انصاری (رحمت‌الله علیه) به رابطه مولویت میان گوینده و مخاطب توجه می‌کند «كما ان الظاهر عدم اختصاص ذلك بمن قصد افهامه و لذا لا يسمع اعتذار من لا يقصد افهامه اذا خالف ما تضمنه ظاهر كلام المولى من تكليف يعمه او يخصه و يصح به الاحتجاج لدى المخاصمة واللجاج...». (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ص. ۲۸۱).

ج. همچنین، محقق عراقی برای تبیین رابطه میان اصول لفظیه (وحدت یا تعدد اصول لفظیه) به قاعده قبح تأخیر استناد می‌کند، ولی این قاعده را در رابطه میان عبد و مولی (تکلیف) تبیین می‌کند (عراقی، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص. ۸۶).

متون حقوقی را بر اساس اینکه بیان‌کننده اراده یک نفر یا چند نفر هستند، تقسیم می‌کنیم و کاربرد اصول لفظی برای کشف معنای مراد از آن‌ها را مورد بررسی قرار می‌دهیم. خواهیم دید که هرچه گفته به اراده‌های بیشتری منتسب باشد، کاربرد اصول لفظی برای کشف مراد گوینده (گویندگان) با محدودیت بیشتری مواجه خواهد بود، اما پیش از بحث درباره پیش‌فرض مراد بودن معنا بر اساس تقسیم بالا، به عنوان مقدمه درباره جنبه هنجاری اصول لفظی سخن خواهیم گفت. بر این اساس، معلوم می‌شود که اصول لفظی خود نوعی قانون هستند که برای انتساب یک معنا و کنش لفظی که آثار قانونی (شرعی) بر آن مترتب می‌شود به گوینده، به کار می‌روند. به تعبیر دیگر، در مقام انتساب معنا به گوینده اجرا می‌شوند. توجه به جنبه قانون بودن اصول لفظی (هنجاری) می‌تواند مقدمه برای درک محدودیت‌های کاربرد آن در مقام کشف مراد گوینده باشد.

۱. اصول لفظی به مثابه قواعد هنجاری تجویز انتساب معنا به گوینده

اگر اصول لفظی را به مثابه قانونی تلقی کنیم که جواز انتساب معنا به گوینده را افاده می‌کند، آنگاه به اندازه همین مفاد قانونی (هنجاری) هم می‌توان از کشف مراد گوینده سخن گفت. به تعبیر دیگر، اصول لفظی ابزاری برای کشف مراد گوینده هستند، اما این کشف حقیقی نیست، بلکه قانونی است و باید آن را به مثابه فرض حقوقی^۱ تلقی کرد. در این صورت در مقام اجرای این نوع قوانین (اصول لفظی) باید نسبت آن‌ها با دیگر قواعد و اصول حقوقی را در نظر داشت و در صورت تعارض یا تراحم آن‌ها با هم، قواعد رفع تعارض یا تراحم را جاری کرد.

برای درک جنبه هنجاری یا به تعبیر دیگر، وجهه قانون بودن اصول لفظی باید به دو نکته توجه کرد. نخست، نقش «هدف از وضع لفظ برای معنا» و دوم ماهیت هنجاری وضع (رابطه میان لفظ و معنا). لفظ به شکل قاعده برای معنا اعتبار می‌شود؛ به گونه‌ای که برای انتقال معنای مراد، گوینده باید از این قاعده به درستی پیروی کند^۲ تا هدف از این اعتبار و قاعده‌سازی یعنی انتقال معنای مراد به گوینده محقق شود^۳. لفظ وضع می‌شود تا معنای مراد گوینده را از طریق قاعده‌ای که لفظ

1. Fiction

۲. البته درک معنای مراد گوینده تنها منوط به توجه به این قواعد نیست. برای درک مراد گوینده قرائن عینی حاکم بر زمینه و بستری که کلام در آن صادر شده است، اهمیت دارد (برای مطالعه بیشتر در این باره ن. ک به: Marmor, 2009, p. 85).

۳. برخی از محققان به خوبی ارتباط میان این دو ویژگی را در مقام بیان چگونگی ارتباط میان لفظ و معنا توضیح داده‌اند «الوضع قبل هو تخصیص اللفظ للدلالة علی المعنی بنفسه و قبل هو نحو اختصاص بین اللفظ والمعنی و ارتباط خاص بینهما-

را به معنا پیوند می‌دهد، به دیگری منتقل کند. پس لفظ تنها معنایی را به دیگری منتقل می‌کند که بر اساس قاعده به آن معنا مرتبط شده است و نه معنای دیگر را.^۱

از سوی دیگر، مقتضای جنبه هنجاری وضع (رابطه لفظ و معنا) این است که گوینده و مخاطب پایبند و متعهد در به‌کارگیری درست این قواعد باشند. برای همین، مخاطب بر اساس این پیش‌فرض که گوینده لفظ را بر اساس قاعده وضع (قرارداد میان لفظ و معنا) در معنای موضوع له به کار می‌برد، معنایی را به گوینده نسبت می‌دهد.^۲ این قاعده (هنجار) همان چیزی است که در اصول فقه از آن به «اصالة الظهور» یا «اصل تطابق معنای ظاهر با معنای مراد گوینده» تعبیر می‌کنند. ظاهر عبارت محقق آخوند خراسانی (رحمت‌الله علیه) در کفایة این است که ایشان لزوم تبعیت از معنای ظاهر برای کشف معنای مراد گوینده را به لحاظ جنبه هنجاری آن و به مثابه یک قاعده که باید آن را به کار برد، پذیرفته است. (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ص. ۱۹۳). اینکه ایشان می‌فرماید در تبعیت از معنای ظاهر برای کشف مراد گوینده حصول ظن فعلی یا عدم ظن فعلی به معنای خلاف ظاهر لازم نیست، به این معناست که تبعیت از ظاهر برای کشف معنای مراد گوینده یک قاعده است که باید اجرا کرد و ربطی به کشف معنای مراد گوینده به معنای واقعی ولو در حد کشف ظنی ندارد. در ادامه، ایشان به عدم امکان عذر آوردن تکیه می‌کند که خود قرینه دیگری بر تکیه به جنبه هنجاری اصالة الظهور است.

نجفی اصفهانی (رحمت‌الله علیه) نیز بر همین منوال در وقایة الاذهان، اصالة الظهور را تفسیر می‌کند. به اعتقاد ایشان، لزوم تبعیت از ظاهر ناشی از این نکته است که در صورت اراده معنای خلاف ظاهر، متکلم باید قرینه‌ای بر اراده آن معنا اقامه کرده باشد. در صورتی که چنین قرینه‌ای را

ناش من تخصصه به تارة و كثرة استعماله فيه اخرى و قبل هو تعهد الواضع بارادة المعنى من اللفظ عند التكلم به و الاخير هو الاقوى و ذلك لان الوجهين الاولين لا يفي الا باثبات الدلالة التصورية للالفاظ و يحتاج اثبات الدلالة التصديقية الى بناء عقلايى منفصل عن الوضع و دون اثباته خرط القتاد و اما بناء على الثالث فالدلالة التصديقية للالفاظ نتيجة الوضع لان كل من التزم بوضع الواضع و تبعه في قانون الوضع فقد التزم بارادة المعنى عند التلفظ ...» (کمره‌ای، بی تا، ج ۱، ص. ۱۸).

۱. بر اساس نظر کسانی مانند محقق خوبی (رحمت‌الله علیه) که وضع را تعهد واضع به استعمال لفظ در معنا می‌داند، مطلب روشن‌تر است؛ زیرا اساساً تعهد گوینده به این است که لفظی را نگوید مگر اینکه آن معنا را اراده کرده باشد (خوبی، ۱۴۲۲ق، ج ۴، ص. ۲۱۲).

۲. محقق اصفهانی در مقام رد نظر میرزای قمی (رحمت‌الله علیه) که اجرای اصالة الظهور را تنها برای مخاطب کلام جایز می‌داند، به استدلالی شبیه آنچه در متن آمده است، تمسک می‌کند (اصفهانی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص. ۱۷۳).

در کلام خود نیاورده باشد، پس آن معنا را اراده نکرده است؛ زیرا در غیر این صورت چگونگی کاربرد لفظ با هدفی که گوینده از به کار بردن آن داشته است، در تضاد و تنافی خواهد بود (نجفی اصفهانی، ۱۴۱۳ق، ص. ۵۰۲).^۱

بنا بر همه آنچه گفتیم، اصالة الظهور قاعده‌ای (هنجاری) است که مردم برای درک معنای الفاظ به‌کاربرده‌شده و انتساب آن به گوینده از آن پیروی می‌کنند و مفاد آن این است که معنایی که لفظ، قالب برای آن است (ظاهر در آن است)، مراد گوینده است.^۲ اصولیون این اصل را طریق عقلا یا سیره (صدر، ۱۴۱۷ق، ج ۴، ص. ۲۵۰) یا بنای آن‌ها دانسته‌اند تا به منشأ این قاعده (هنجار) توجه دهند (نابینی، ۱۳۷۶، ج ۳، ص. ۱۳۵؛ خویی، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص. ۱۱۳). مفاد قاعده گاه به شکل جواز استفاده از ظاهر برای کشف مراد گوینده (موسوی قزوینی، ۱۴۲۷ق، ج ۵، ص. ۱۰۹) و گاه به شکل لزوم پیروی از معنای ظاهر برای کشف مراد گوینده (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، صص. ۱۹۳ و ۲۸۱) تبیین شده است. این تفاوت در عبارات را نباید جدی گرفت؛ زیرا در هر صورت به نظر می‌رسد اصالة الظهور نمی‌تواند چیزی جز هنجار یا قاعده در مقام انتساب معنای ظاهر به گوینده باشد. محقق عراقی (رحمت‌الله علیه) به شکل دیگری به جنبه هنجاری اصول لفظی توجه کرده است. ایشان کفایت اصل عدم قرینه برای کشف مراد گوینده را بر اساس قاعده «عدم جواز تأخیر بیان از زمان نیاز به آن» توجیه می‌کند. اگر تأخیر بیان مراد گوینده از زمان نیاز به آن جایز نباشد، درعین حال، قرینه نیز خلاف معنای ظاهر از کلامش که خلاف معنای مراد گوینده است، در کلام خود نیاورده باشد، آنگاه گوینده مراد خود را در وقتی که باید بیان کند، بیان نکرده است. این قاعده اقتضا دارد که گوینده در زمان نیاز، قرینه برای مراد خود را در کلامش آورده باشد و اگر نیاورده باشد، مخاطب می‌تواند معنای ظاهر را به گوینده نسبت دهد. پس آنچه

۱. البته کاملاً روشن است که ایشان به هر دو جنبه توصیفی و هنجاری دلالت ظاهر بر معنای مراد توجه داشته‌اند. ایشان ابتدا به اموری که احراز آن‌ها موجب احراز بودن معنای ظاهر از لفظ نزد گوینده است، می‌پردازد و سپس به صورتی توجه می‌کند که در آن وجود یا نبود قرینه احراز نشده است.

۲. ظاهر عبارت برخی از اصولیان این است که لازمه ظهور کلام این است که خبر دادن از مراد گوینده صحیح است؛ البته منظور از صحت در عبارت ایشان چندان روشن نیست، اما از مجموع عبارت ایشان می‌توان ادعا کرد مفهوم صحت اخبار از آنچه گوینده گفته، معادل «جواز انتساب معنا به گوینده» است «و بعبارة اخرى، ان المخصص المجمع اذا كان متصلاً بالعالم فاصل الظهور والتصديق الذي يصحح الاخبار والنقل عن المتكلم بما قال غير منعقد...» (نجم‌آبادی، ۱۳۸۰، ج ۱، ص. ۴۶۴).

انتساب معنای ظاهر به گوینده را مجاز می‌کند، احراز عدم قرینه است. حال اگر در وجود قرینه تردید کردیم، اصل عدم قرینه انتساب معنای ظاهر را به گوینده مجاز می‌کند (عراقی، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص. ۵۹).

۲. اجرای اصول لفظی برای کشف معنای مراد متن برآمده از اراده گوینده واحد

در مقام اجرای اصول لفظی برای کشف معنای متنی که برآمده از اراده گوینده واحد است، پرسش شایان طرح این است که آیا هر آنچه به گونه‌ای از لفظ فهمیده می‌شود (به ذهن متبادر می‌شود)، قابل انتساب به گوینده است؟ روشن است که افزون بر معنایی که لفظ در آن به کار رفته است، لفظ دلالت التزامی نیز می‌تواند داشته باشد. آیا برای انتساب مدلول التزامی لفظ به گوینده نیز باید فرض بگیریم گوینده آن را اراده کرده است یا اینکه ولو نتوانیم آن معنا را به اراده گوینده نسبت بدهیم، اما گوینده را می‌توانیم به آن معانی (مدلول‌های التزامی) الزام کنیم؟ در ادامه این مقاله ابتدا چگونگی اجرای اصول لفظی برای انتساب مدلول مطابقی به گوینده را بررسی خواهیم کرد و سپس به این پرسش می‌پردازیم که انتساب مدلول التزامی به گوینده با رعایت چه نکاتی مجاز است؟

۱.۲. مدلول مطابقی لفظ

اگر با گفته منتسب به یک گوینده مواجه باشیم، تصویر اراده و معنای مراد ساده به نظر می‌رسد. یک گفته وجود دارد و یک اراده و لفظ کاشف است از معنایی که او اراده کرده است و اصول لفظی در موارد تردید ما را مجاز می‌کند معنایی را به گوینده منتسب کنیم. لفظ از یک نفر صادر شده است و اراده او را به نمایش می‌گذارد، اما در همین صورت نیز باید میان مواردی که گوینده نسبت به آن‌ها توجه داشته و مواردی که نسبت به آن‌ها توجه نداشته است، فرق قائل شویم. فرض کنید گوینده لفظی را گفته و قیدی برای آن نیاورده است. زمانی می‌توان با توجه به بی‌قیدی لفظ، ارسال معنا و در نتیجه، اراده شمول آن نسبت به همه مصادیق معنا را به گوینده نسبت داد که التفات و توجه گوینده یا وجداناً یا به واسطه اصل عقلایی درباره قلمرو موضوعی که می‌خواهد درباره آن سخن بگوید، احراز شود. این نکته مبتنی است بر این پیش‌فرض که گوینده حکیم است. حکیم بودن گوینده به این معناست که او همواره در راستای رسیدن به غرض خود عمل می‌کند و رفتاری که مغایر با غرض او باشد، از او سر نمی‌زند (عراقی، ۱۳۷۰ق، ص. ۲۳۷؛ آشتیانی، ۱۴۲۹ق، ج ۲،

ص. ۴۱). برخی از همین نکته، علم به مراد گوینده را از طریق اجرای اصول لفظی نتیجه گرفته‌اند (آشتیانی، ۱۴۲۹ق، ج ۲، ص. ۴۱). براین اساس، گوینده‌ای که غرضش از به کار بردن الفاظ، انتقال معنای مراد خود است، باید به گونه‌ای از الفاظ استفاده کند که این مقصود برآورده شود. پس اگر خلاف ظاهر لفظ (معنایی که لفظ قالب برای آن است) را اراده کرده باشد، باید قرینه برخلاف آن نیز اقامه کند.

این پیش‌فرض اساس آن چیزی است که در بحث اصالة‌الاطلاق، به آن مقدمات حکمت می‌گویند. از آنجاکه غرض گوینده از بیان الفاظ انتقال مراد خود است، اگر اموری که به آن مقدمات حکمت می‌گویند، فراهم باشد، می‌توان از لفظ مطلق، شمول و عموم حکم نسبت به موضوع را احراز کرد (نایینی، ۱۳۵۲، ج ۱، ص. ۵۲۹). برای اینکه بتوان اطلاق و ارسال معنا و در نتیجه، شمول آن نسبت به مصادیقش را از کلام گوینده استفاده کرد، باید از قرینه‌ای خاص یا عام که بر آن دلالت دارد، بهره برد؛ زیرا لفظ همواره برای معنا بدون لحاظ هیچ‌گونه اعتباری (به شرط شیء، به شرط لا، لا به شرط) وضع می‌شود. دلالت لفظ بر هر یک از سه اعتبار منوط بر دلالت قرینه‌ای است که نشان دهد معنا به شرط شیء یا به شرط لا یا لا به شرط در نظر گرفته شده است. اطلاق یعنی لحاظ ارسال و بی‌قیدی مفهوم نزد متکلم. بنابراین، دلالت لفظ بر این معنا نیازمند قرینه‌ای است تا آن را نشان دهد. این قرینه، گاه قرینه‌ای است خاص که در عبارتی خاص وجود دارد، اما گاه به قرینه عمومی که معمولاً در سخن هر گوینده‌ای می‌توان آن را یافت، تمسک می‌شود و اراده شمول معنا نسبت به مصادیق آن به گوینده نسبت داده می‌شود. آن قرینه عام عبارت است از اینکه گوینده غرض خود در افاده معنای مورد نظر خود را نقض نمی‌کند. بنابراین، اگر احراز شود که او در مقام بیان همه قیود موضوع حکم است، از اطلاق کلامش می‌توان شمول و عموم را استنباط کرد و آن را به او نسبت داد (نایینی، ۱۳۵۲، ج ۱، ص. ۵۲۹).

۲.۲. مدلول التزامی لفظ

معنای موضوع‌له ممکن است لازمه‌ای هم داشته باشد. لفظ به واسطه دلالت بر معنای موضوع‌له بر این لازمه نیز ممکن است دلالت کند و آن را نیز به نمایش گذارد. این دلالت نیز دلالت لفظ بر معنای لازم به واسطه دلالت وضعی لفظی بر معنای ملزوم است (رازی، ۱۳۸۲ق، ص. ۸۶). مدلول التزامی معنایی است که در ذهن با معنای موضوع‌له لفظ پیوند خورده است و در نتیجه، با خطوط

معنای موضوع‌له به ذهن، معنای ملازم با آن به ذهن‌خطور می‌کند. شرط دلالت التزامی را تلازم ذهنی میان معنای ملزوم و لازم دانسته‌اند؛ زیرا لفظ برای معنای لازم وضع نشده، بلکه برای معنای ملزوم وضع شده است. پس اگر تلازم ذهنی میان این دو معنا برقرار نباشد، راهی برای انتقال ذهن از معنای موضوع‌له به معنای لازم باقی نخواهد بود (حلی، ۱۳۸۱، صص. ۲۵ و ۲۷). این تلازم ذهنی می‌تواند ناشی از وجود رابطه‌ای حقیقی میان لازم و ملزوم باشد که ذهن آن را می‌داند و آن‌چنان برایش واضح است که موجب شده است تلازم این دو معنا در تصور شده باشد، اما این تلازم خارجی واقعی ضروری نیست، بلکه میان متقابلان (مانند متناقضان و میان ملکه و عدم ملکه) نیز این تلازم ذهنی برقرار است.

در پاسخ به این پرسش که «آیا دلالت التزامی تابع اراده است؟»، باید گفت «به نظر می‌رسد در اینجا نیز دلالت لفظ بر معنا تابع اراده است و جزء یا لازم معنا برای اینکه مدلول لفظ باشد، باید توسط گوینده اراده شده باشد». اما دلالت لفظ بر این معانی، دلالتی وابسته به رابطه وضعی میان لفظ و این معانی نیست، بلکه ناشی از رابطه ذهنی یا واقعی میان لازم، جزء و معنای موضوع‌له است (حلی، ۱۳۸۱، صص. ۲۵ و ۲۷). بنابراین، مدلول التزامی مراد گوینده است، اما به تبع دلالت لفظ بر معنای موضوع‌له. مدلول التزامی لفظ با فرض وجود شرط لازم و کافی آن - یعنی تلازم ذهنی میان معنای موضوع‌له و معنای لازم - مراد گوینده است و قابل انتساب به او. با این حال، زمانی می‌توان از تلازم میان دو معنا برای انتساب معنای لازم به گوینده استفاده کرد که گوینده این تلازم را لحاظ کرده باشد. در غیر این صورت تنها معنای ملزوم به گوینده منتسب خواهد بود؛ زیرا وضع تنها میان آن معنا و لفظ رابطه برقرار کرده و عدم اراده آن معنا مستلزم نقض غرض از به کار بردن لفظ است، اما نسبت به معنای لازم تنها در صورتی این نقض غرض محقق می‌شود که گوینده با لحاظ تلازم ذهنی میان آن‌ها لفظ را گفته باشد، اما آن را اراده نکرده باشد.

۳. اراده طرفین قرارداد (اراده مشترک میان دو یا چند نفر)

در مقام کشف اراده مشترک میان دو نفر (توافق)، استفاده از اصول لفظی با محدودیتی مهم روبه‌روست؛ در صورتی می‌توان از اصول لفظی برای کشف معنای مراد استفاده کرد که معنا توسط گوینده اراده شده باشد درحالی‌که احراز اینکه معنایی توسط دو طرف قرارداد اراده شده، منوط است به اینکه آن‌ها از دلالت لفظ (متن قرارداد) بر آن معنا مطلع بوده‌اند. در صورتی‌که هر دو

می‌دانسته‌اند - یا به‌گونه معقولی باید می‌دانستند - که متن قرارداد بر این معنای مفروض نیز دلالت دارد و آن متن را انشا کرده‌اند (برای مثال، با امضا). اصول لفظی (اصالة الظهور) اقتضا دارد که بتوانیم آن معنا را به دو طرف منتسب کنیم، اما در مواردی که یک طرف یا هر دوی آن‌ها ملتفت معنای قابل انتساب به طرفین نبوده‌اند، استفاده از ابزار اصول لفظی برای کشف اراده مشترک میان طرفین با این چالش روبه‌روست که وقتی طرفین ملتفت آن معنا نبوده‌اند، پس نمی‌توانستند آن معنا را اراده کرده باشند. آنچه حل این مسئله را ممکن می‌کند، توجه به جنبه قاعده‌ای (هنجاری) اصول لفظی است؛ قواعدی که به‌مثابه قانون اجرا می‌شوند و اراده واقعی گوینده یا نویسنده بستر واقعی اجرای آن نیست. این قواعد حافظ نظم اجتماعی و تنظیم‌کننده روابط میان افراد جامعه است. در ادامه، در دو فرض مراد بودن معنا و عدم امکان آن، چگونگی اجرای اصول لفظی نسبت به متون قراردادی را بررسی می‌کنیم. در مواردی که فرض مراد بودن معنا ممکن باشد، اصول لفظی همچنین، جنبه کشف اراده را نیز می‌تواند داشته باشند، اما در مواردی که فرض مراد بودن معنا (به دلیل ملتفت نبودن گویندگان یا نویسندگان برای مثال) ناممکن است، وجهه قاعده‌ای (هنجاری) خود را به نمایش می‌گذارند.

۱.۳. کشف اراده مشترک به وسیله اصول لفظی

ممکن است یک متن یا یک کلام به چند نفر منتسب باشد. برای مثال، متن قرارداد گفته یک نفر نیست، بلکه به چند نفر منتسب است. به تعبیر دیگر، متن قرارداد محصول دست‌کم دو اراده است نه یک اراده.

گاه متن، نتیجه گفت‌وگوی دو نفر است به شکلی که بخشی بیان‌کننده سخن یکی از آن‌ها و بخشی بیان‌کننده سخن دیگری. متن قرارداد چنین نیست و بیان انتقال اطلاعات میان دو نفر نیست. این متن محصول توافق و گره خوردن دو اراده به هم است؛ به طوری که گویا دو اراده با هم متحد شده‌اند. بنابراین، در تفسیر چنین متنی باید رسیدن به مراد مشترک هدف قرار گیرد، اما واقعیت است که هریک از طرفین قرارداد مستقل از هم، غرض و هدفی از انعقاد قرارداد دارند. منافع و مضار هریک از آن‌ها (که معمولاً در تضاد با منافع و مضار طرف مقابل است) موجب می‌شود تا هرکدام مستقل از آنچه به آن مراد مشترک می‌گوییم، هدفی نیز برای رسیدن به منافع خود از قرارداد داشته باشند. برای همین است که نسبت به متن قرارداد و معنای آن اختلاف می‌شود.

باین حال، آنچه قرارداد را می‌سازد و برای طرفین الزام‌آور است، مراد مشترک طرفین از متن قرارداد است. بنابراین، برای تعیین حقوق و تکالیف ناشی از عقد باید این مراد مشترک را یافت.

اصول لفظی که ابزار رسیدن به مراد گوینده است، تا چه اندازه ما را به این اراده مشترک نزدیک یا مجاز به انتساب معنایی به دو طرف می‌کنند؟ برای مثال، اصل عدم قرینه که موضوع اصالة‌الظهور را فراهم می‌کند، احتمال وجود قرینه‌ای را که به مخاطب نرسیده است، منتفی می‌کند، اما در اینجا با یک گوینده مواجه نیستیم، بلکه با دو گوینده مواجه هستیم؛ زیرا متن محصول اراده دو نفر است. پس برای اقامه قرینه‌ای برخلاف ظاهر متن قرارداد، هر دو طرف قرارداد باید قرینه را اقامه کرده باشند. ممکن است گنجاندن قرینه در متن، محصول تلاش‌های یک طرف قرارداد بوده و طرف دیگر بدون التفات به نتیجه وجود این قرینه در متن، قرارداد را پذیرفته باشد. آیا با وجود چنین احتمالی می‌توان اصل عدم قرینه را جاری دانست با این استدلال که اگر شک کنیم هر دو طرف قرارداد این جزء را به‌عنوان قرینه‌ای بر اراده معنایی غیر از معنای موضوع‌له الفاظ قرارداد در متن قرارداد گنجانده‌اند؟ به تعبیر دیگر، با شک در اینکه آیا این جزء به‌عنوان قرینه در مراد مشترک طرفین گنجانده شده یا نه، اصل بر عدم قرینه بودن آن جزء خواهد بود؟

افزون‌براین، همواره مواردی هست که باید بر آن توافق می‌شد، اما طرفین آن را نادیده گرفته و درباره آن سخن نگفته‌اند. همچنین، ممکن است سکوت ناشی از بی‌توجهی به آن موارد نباشد، بلکه به این دلیل که آن را واضح می‌پنداشته‌اند از تصریح به آن صرف‌نظر کرده باشند.

قرارداد تنها طرفین آن را تحت تأثیر قرار نمی‌دهد. تعهدات و حقوق ناشی از قرارداد علی‌الاصول تنها طرفین قرار داد را تحت تأثیر قرار می‌دهد، ولی تغییر وضعیت حقوق و تعهدات طرفین می‌تواند افراد دیگری را که با آن‌ها در ارتباط هستند، تحت تأثیر قرار دهد.

با عنایت به نکات بالا، این پرسش مطرح می‌شود که آیا با اصول لفظی می‌توان اراده مشترک طرفین قرارداد را کشف کرد؟

از همه این موارد مهم‌تر، هدفی است که قرارداد برای تحقق آن منعقد شده است. اگر نتیجه اجرای اصول لفظی با هدفی که قرارداد برای آن منعقد شده است، در تضاد باشد، آیا همچنان اجرای اصول لفظی معتبر است؟

هر قراردادی در بستر و زمینه اقتصادی، اجتماعی و سیاسی منعقد می‌شود. این بستر و زمینه می‌تواند قرینه مراد طرفین از متن باشد. اگر این قرینه در تعارض با اصول لفظی دیگر مثل

اصالةالاطلاق یا اصالةالعموم قرار گیرد، کدامیک مقدم خواهند بود و بر کدامیک باید تکیه کرد؟ اگر بستر قرارداد بیان‌کننده غرض (هدف) از قرارداد باشد، نمی‌توان به راحتی و تنها بر اساس اصل لفظی آن غرض را نادیده گرفت. به تعبیر دیگر، اصول لفظی تا آنجا درباره متن قرارداد قابل اجرا هستند که در تعارض با غرض طرفین از انعقاد قرارداد (منظور اهداف و انگیزه‌ها از انعقاد قرارداد است و نه قصد انشای طرفین) قرار نگیرند. در صورت تعارض، هدف و انگیزه طرفین مقدم بر اصول لفظی است؛ زیرا هدف و انگیزه طرفین قرینه حالیه برای تفسیر متن است و با وجود قرینه خاص، جا برای استناد به اصول لفظی وجود ندارد.

۲.۳. تکمیل قرارداد به وسیله اصول لفظی

در مقام تبیین اراده مشترک طرفین یک قرار داد، مقتضای اصول لفظی به طرفین آن نسبت داده می‌شود. بی‌تردید مقتضای اطلاق قرارداد، اجرای قرارداد در محل انعقاد آن، مؤجل بودن آن، لزوم تسلیم هم‌زمان قرارداد و اینکه توابع مورد معامله داخل در مورد معامله هستند، است، اما این به آن معنا نیست که لزوماً طرفین قرار داد این امور را اراده کرده‌اند، بلکه حتی در صورتی که طرفین ملتفت نبوده‌اند و آن را اراده نکرده باشند، ملزم به مقتضای این اطلاق خواهند بود. بنابراین، کارکرد اصول لفظی در قرارداد تنها کشف اراده مشترک یا انتساب معنایی به اراده مشترک آن‌ها نیست، بلکه با توجه به جنبه قاعده‌ای (هنجاری) اصول لفظی، آن‌ها نسبت به قرارداد، کارکردی فراتر از کشف مراد گوینده یا مجوز برای انتساب معنا به او هستند. این اصول خود قواعدی هستند که می‌توانند برای گوینده الزم‌آور باشند بدون اینکه لازم باشد اراده او نسبت به معنای منتسب به او را به عنوان پیش فرض پذیرفته باشیم.

در تعریف شرط ضمنی گفته شده که اموری است که به سبب متعارف بودن آن نزد مردم - در یک نوع معامله خاص یا عموماً در هر عقدی - از مدلولات عرفی لفظ شده است و برای همین - یعنی مدلول عرفی لفظ بودن - چه طرفین آن را اراده کرده باشند و چه ملتفت آن نباشند، ملزم به اجرای آن هستند^۱. شاید به نظر برسد ملزم بودن طرفین به این شروط در صورت عدم التفات

۱. در تفاوت میان شرط تبانی و شرط ضمنی گفته شده است «الشروط الضمنية بسبب تعاهدها عندالعرف يصير من المدلولات العرفية لفظ قصدها المتعاقدان او لم يقصدا و هذا بخلاف ما تبانينا عليه فانه لا يكاد يصير مدلولاً للفظ ابداءه» -

آن‌ها، با نظریه اراده باطنی که برخی معتقدند نظریه حاکم در فقه امامیه و حقوق ایران است، مخالف است. ممکن است جواب داده شود که مدلول الفاظ از هر نوعی که باشد، به اراده طرفین منتسب است و توجه به تمام جزئیات آن برای متعهد بودن به تمام این جزئیات لازم نیست، بلکه توجه اجمالی کافی است.^۱ به عبارت دیگر، اراده اجمالی موجود در استعمال الفاظی که چنین عرفی آن‌ها را همراهی می‌کند، موجب می‌شود که معنای مفصل الفاظ - به همراه معانی عرفی آن‌ها - مقصود گوینده قرار گیرد.^۲ بنابراین تحلیل، شرط ضمنی بخشی از مفاد قرارداد است که از اراده غیر مصرح طرفین ناشی شده است که از قرائن حالیه و مقالیه موجود در قرارداد و از جمله عرف استنباط می‌شود.^۳

ان تباتی المتکلم والمخاطب علی معنی لا یکاد یوجب الدلالة و سیرورة اللفظ دالا علیه بنحو من الادلة بخلاف کون الشیء متفاهما من اللفظ عرفا» (نابینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، ص. ۱۲۴).

۱. در همین باره، در تنقیح محل نزاع در بحث «ما یدخل فی المبیع» گفته‌اند «ثم ان الظاهر کون محل البحث فی اللفظ الذی صار موردا للعقد حال غفلة المتعاقدين عما شک فی دخوله فیه و عما اختلف فیه، از مع تنبهما لذلك و لم يتعرضا للدخول والخروج و لا کان العرف عندهما منقحا، بقوی بطلان البیع للجهالة، از اناطه البیع بمعنی اللفظ؛ مع فرض عدم معرفته لاریب فی کونه منها، بخلاف ما اذا کانا غافلین و اکتفیا فی علم المبیع بمعظم اجزائه و لم یتنبها لاستحضار تمامها، فان الصحة فیه واضحة و یتجه حينئذ نزاعهما فی دخول بعض الاشياء و خروجها والمرافعة للحاکم، فیحکم بینهما بحسب ما یراه من الدخول والخروج و لو من جهة الشک و قد یقال بالصحة فی الاول ایضا بناء علی عدم قدح مثل هذه الجهالة فی امثال ذلك فی الصحة بعد ان کان معظم المراد من اللفظ معلوما فتأمل جيدا» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۳، ص. ۱۲۸).

۲. همچنین، موارد بسیاری در فقه و فتاوی فقها وجود دارد که اساساً با نظریه اراده باطنی در تنافی و به اراده ظاهری نزدیک است. کاشف‌الغطا در ذیل ماده ۳ مجله الاحکام (العبرة فی العقود للمقاصد و المعانی؛ لا لالفاظ و المبانی) می‌گوید «اعتبار القصد فی العقود مما لاشک فیه و لاریب بمعنی ان العقد اذا خلی من قصد فهو لغو بل کل کلام كذلك و لکن اناطه المدار فی العقد علی القصد وحدة دون اللفظ غیر صحیح...» (کاشف‌الغطا، ۱۳۵۹ق، ج ۱، ص. ۱۸). همچنین، فقیه دیگری می‌گوید «انه متی ما لزم قصد کیفیات المقصودة حتی یقع علی نحوها لا بد من ذکر ما یدل علیها ایضا، از قد تقرر ان القصد الخالی عن الامارة لاعبرة به...» (مراغی، ۱۴۲۵ق، ج ۲، ص. ۶۳).

۳. مقصود بودن شرط ضمنی و مفاد اراده طرفین بودن، آن ظاهر کلام برخی از فقها و حقوق‌دانان است. برای مثال، اصرار محقق بجنوردی در اینکه شروط ضمنی مدلول التزامی قرارداد است، مشعر به این است که باید آن را به اراده طرفین - که لفظ کاشف از آن است - نسبت داد (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، صص. ۲۸۶ و ۲۸۷) همچنین، محمدجواد عاملی می‌گوید «ان المدار انما هو علی عرف المتبايعین لان البائع ما باع الا ما هو مقصود له والمشتري كذلك و لیس المقصود باطلاقهما الا ما استقر علیه عرفهما و استمر علیه اصطلاحهما...» (عاملی، ۱۴۲۵ق، ج ۱۴، ص. ۵۳۶). برخی حقوق‌دانان نیز شرط ضمنی را مدلول التزامی مفاد قرارداد نامیده‌اند و در نتیجه، باید قائل به همین نظریه - یعنی مقصود بودن شرط ضمنی - باشند، اما ظاهر

بر این توجیه نمی‌توان خیلی پافشاری کرد. اگرچه نمی‌توان انکار کرد که برخی از اموری که شرط ضمنی نامیده می‌شود، مقصود طرفین بوده است، اما موارد دیگری وجود دارد که با اینکه مورد اراده طرفین واقع نمی‌شود، آن را شرط ضمنی نامیده‌اند. محقق خویی در تعریف شرط ضمنی می‌گوید «معنای شرط ضمنی آن است که نیازمند ذکر در قرارداد نباشد، بلکه این امور در قرارداد معتبرند [و طرفین ملزم به آن‌اند] چه در قرارداد ذکر شوند و چه ذکر نشوند... این شروط اگرچه در ضمن عقد ذکر نشوند، ولی به بنای عقلا در عقد معتبرند و وفای به آن‌ها [انجام دادن آن‌ها] به نفس ادله‌ای که لزوم وفای به [اصل] قرارداد را می‌رساند، واجب است بدون اینکه به ادله وجوب وفای به شرط لازم باشد» (خویی، بی‌تا، ج ۷، ص. ۳۵۲). ایشان شرط ضمنی را برحسب شیوه ورود آن به عقد، به دو نوع تقسیم می‌کند. دسته نخست، شروطی که در عقد برحسب ارتکاز ذهنی و بنای عقلا به عقد منضم می‌شوند و دسته دوم، شروطی که به واسطه اراده طرفین و اشتراط آن‌ها در قرارداد وارد می‌شوند (خویی، ج ۷، ص. ۳۳۷). میرزای نایینی نیز تأکید می‌کند که شروط ضمنی به دلیل تعاهد نزد عرف از مدلولات لفظی مفاد قرارداد شده‌اند و برای همین، چه طرفین آن‌ها را قصد کرده باشند و چه نکرده باشند، لازم‌الوفا هستند^۱. مدلول التزامی دانستن اموری که مقصود طرفین نیست، اما متبادر از لفظ است - با توجه به آنچه در ماهیت مدلول التزامی گفته شد - درست نیست، اما از این عبارت روشن می‌شود که از نظر محقق نایینی (رحمت‌الله علیه) شروط ضمنی می‌توانند مقصود طرفین عقد نباشند.

برخی نیز مسئله را چنین طرح کرده‌اند که شأن و کارکرد شروط ضمنی تنها تضییق دایره عقود است، بدون اینکه انشایی در عرض انشای عقدی که آن را همراهی می‌کند، داشته باشند، بلکه الفاظ قرارداد - در صورتی که خلاف آن‌ها شرط نشده باشد و از این حیث مطلق باشند - منصرف به

کلام آن‌ها خلاف این مطلب است و این ناشی از عدم اطلاع آن‌ها از وجه الزام‌آور بودن مدلول التزامی است (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۳، ص. ۱۳۱).

۱. «ان الشروط الضمنية بسبب تعاهدها عندالعرف يصير من المدلولات العرفية للفظ قصدھا المتعاقدان أو لم يقصدا» (نایینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، ص. ۱۲۴).

آن‌ها هستند^۱. بنابراین، ظاهراً باید پذیرفت که بخشی از آنچه شرط ضمنی نامیده می‌شود، اموری است که به دلیل عرف و ارتکاز ذهنی عقلاً به‌طور خود کار مفاد عقد را مضیق می‌کند و به اراده متعاقدين نیازمند نیست.

در حقوق کامن‌لا نیز ضمنی بودن همان‌طور که به آن بخش از مفاد قرارداد که از قرائن و احوال به اراده طرفین نسبت داده می‌شود، اطلاق می‌شود، برای اموری که به اقتضای عرف و قانون در قرارداد وارد می‌شوند و مقصود آن‌ها نیستند نیز به کار می‌رود^۲.

ماده ۳۵۶ قانون مدنی نیز همین مسیر را در مسئله توابع مورد معامله پیموده است. بر اساس مفاد این ماده، تابع در غیر مواردی که از اراده صریح طرفین اخذ می‌شود، به دو صورت به شکل شرط ضمنی خواهد بود. گاه از قرائن و اوضاع و احوال استنباط می‌شود که در این موارد اگرچه اراده به‌طور صریح ابراز نشده است، اما وجود دارد و تابع خواسته و مقصود فرعی طرفین است. موارد دیگری نیز وجود دارد که به اقتضای عرف و ارتکاز ذهنی عقلاً در قرارداد وارد می‌شود. واقع‌بینی اقتضا دارد که این موارد به اراده طرفین منسوب نشود؛ زیرا حتی در صورت جهل آن‌ها یا غفلتشان هنگام انشای قرارداد، باز هم تابع در قرارداد وارد می‌شود و اصلاً نیازی به اراده و قصد آن‌ها ندارد. ماده ۳۵۶ قانون مدنی به صراحت بر این نکته تأکید می‌کند و در فقه امامیه نیز این نوع تابع پذیرفته است^۳. تفاوت میان دو نوع یادشده آثاری در احکام تابع به جا می‌گذارد؛ زیرا آنچه به اراده طرفین وارد قرارداد می‌شود، تابع احکام و قواعد حکومت اراده است در حالی که در

۱. عراقی در حاشیه عروۃ الوثقی می‌گوید «الشروط الضمنية ليس كذلك [یعنی انشای مستقل ندارند] بل شانها ليس الا تضيق دائرة العقود بلا كونها ايضاً ايقاعياً في عرض ايقاع عقدة الا في ظرف انصراف لفظ العقد اليه فانه ايضاً متعلق انشاء في ضمن انشاء العقود» (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص. ۲۷).

2. "Incomplete contract. There is another situation where a term may be implied. This is where the court is simply concerned to establish what the contract is; the parties not having themselves fully stated the terms". (Chitty, 2004, vol 1, pp. 776).

۳. شیخ انصاری در بحث جهل به ضمیمه مبیع از این نوع تابع یاد می‌کند و به این واسطه، توابع مورد معامله را به دو نوع تقسیم می‌کند. عبارت او چنین است «و أمّا التابع للمبيع الذي يندرج في المبيع و ان لم ينضم اليه حين العقد و لم يخطر ببال المتبايعين فالظاهر عدم الخلاف و الاشكال في عدم اعتبار العلم به...» (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص. ۳۲۰). همچنین، برخی محشین، کلام او از این نوع تابع را در حاشیه خود یاد کرده‌اند «لان محل الكلام ليس فيما يدخل في المبيع تبعاً و ان لم يسم و يذكر في البيع بوجه من الوجوه و لا تعلق به التقصد بل كان مغفولاً عنه و زخرفه الجدران كاللاوتاد المثبتة فيها و المسامير التأفة اليها من ذاك القبيل...» (نجفی ابروانی، ۱۴۲۶ق، ص. ۶۲۰).

نوع دوم باید به تحلیل عرف یا مبنای دیگری که تابع را به قرارداد، ضمیمه کرده است، مراجعه کرد (درباره مفاد ماده ۳۵۶ قانون مدنی و مسئله ارتباط تابع با اراده ن. ک به: امینی و شاهنوش فروشانی، ۱۳۹۲، ص. ۳۶۳). از مجموع آنچه گفته شد، باید این نتیجه را گرفت که اصول لفظی در خصوص متن قرارداد، کارکردی فراتر از کشف مراد گوینده دارند؛ آن‌ها قواعدی هستند که طرفین قرارداد در مقام اجرای مفاد قرارداد ملزم به آن هستند.

۴.۱. اراده قانون‌گذار پارلمانی

۴.۱.۴. تمایز اراده پارلمان به‌مثابه گوینده واحد فرضی با اراده اعضای پارلمان

در پارلمان مجموعه‌ای از انسان‌ها با رعایت تشریفات خاص وضع قانون می‌کنند. وضع قانون یعنی اینکه لزوم انجام دادن یا ترک فعل، صحت یا مسائلی مانند آن را اعتبار می‌کنند. الفاظی به‌عنوان پیش‌نویس قانون ابراز می‌شوند و بعد افراد نظر خود را اعلام می‌کنند و اگر تعداد نظرهای موافق به میزان خاصی برسد، آن الفاظ، قانون دانسته می‌شوند، اما پارلمان را همه کسانی تشکیل می‌دهند که در آن عضو هستند و نه آن‌هایی که نظر موافق با اعتبار این الفاظ به‌عنوان قانون داشته‌اند. آن‌هایی هم که موافق‌اند با دیدگاه‌ها و نظرهای گوناگون با قانون موافقت می‌کنند. در فهم معنای قانون به چه چیزی باید رسید؛ معنایی که همه افراد پارلمان از موافق و مخالف از الفاظ تصور داشته‌اند یا معنایی که اکثریت بر آن توافق کرده‌اند؟ آیا می‌توان احراز کرد که همه این افراد تصویر واحدی از معنای الفاظ قانون داشته‌اند؟ (Marmor, 2011, p. 154). به فرض که بتوان چنین تصویری داشت، چرا باید این معنا، معنای الفاظ قانون دانسته شود؟

پارلمان مجموعه‌ای از انسان‌هاست که به‌گونه خاصی عضو آن شناخته شده‌اند. آنچه مصوبات پارلمان (قانون پارلمانی) نامیده می‌شود، ناشی از توافق حد خاصی از اعضای پارلمان بر اعتبار آن به‌عنوان قانون است. آیا در این توافق شرط است که توافق‌کننده معنای لفظ مورد اعتبار را بدانند؟ مسلماً پاسخ منفی است. بررسی واقعیتی که هنگام تصویب قانون واقع می‌شود، نشان می‌دهد که اراده واحدی از الفاظ قانون در میان اعضای پارلمان وجود ندارد. پس می‌توان چنین نتیجه گرفت که الفاظ قانون فاقد دلالت تصدیقیه هستند و تنها مدلول تصویری دارند.

نکته بسیار مهمی که در اینجا شایان طرح است، توجه به لفظ بودن یا نوشته بودن مصوبات قانون است. به نظر می‌رسد لفظ به تصویب پارلمان نمی‌رسد. عبارات قانون به لفظ نیز قرائت

می‌شوند، اما آنچه به تصویب می‌رسد، مکتوبی است که در نهایت به‌طور رسمی و با تشریفات خاص منتشر می‌شود. لفظ به وجود می‌آید و از بین می‌رود و نمی‌توان تصور کرد که اعضای پارلمان آنچه را در زمان به وجود می‌آید و در زمان از بین می‌رود، وسیله‌ای برای دلالت بر الزامات قانونی قرار داده باشند. سیره و رویه عقلا نیز در تکیه بر مکتوب قانون گواه همین نظر است. همه آنچه درباره دلالت لفظی گفته شد، درباره دلالت کتبی نیز صادق است. قاضی که مجری قانون است (یا هر فرد دیگری که مجری قانون باشد) برای تعیین معنای قانون نیازمند تکیه بر دلالت تصدیقه - که وجود ندارد - و کشف مراد قانون‌گذار نیست. به‌جای آن باید از عوامل دیگری بهره‌برد که مستقل از اراده اعضای پارلمان یا هر نهاد قانون‌گذاری اعتباری دیگر باشد. بنابراین، نیازمند جایگزینی برای اراده‌گوینده یا نویسنده (قانون‌گذار) هستیم.

نکته دیگری که در همین راستا شایان توجه است، تغییر افراد پارلمان در طول زمان است. در طول زمان آدم‌های مختلفی با عقاید و تمایلات سیاسی، اجتماعی و فرهنگی متفاوتی به عضویت پارلمان درمی‌آیند، قانون‌گذاری می‌کنند و جای خود را به دیگران می‌دهند، اما همه آن‌ها قانون‌گذار یک نظام حقوقی هستند. به تعبیر دیگر، این نهاد پارلمان است که قانون‌گذاری می‌کند و نه اشخاص عضو آن. برای همین باید نهاد پارلمان را به‌مثابه یک فرد به‌عنوان قانون‌گذار در نظر گرفت. او حقیقتاً فاقد اراده است، اما به اعتبار اراده اعضای آن می‌توان برای او اراده قائل شد. این اراده، اراده مشترک اعضای آن نیست؛ زیرا این اعضا در طول زمان آن‌چنان دستخوش تغییر می‌شوند که سخن از اراده مشترک آن‌ها محال به نظر می‌رسد.

باید توجه داشت که در فهم معنای متن قانونی، توجه به همان متن کافی نیست. در هر نظام حقوقی پارلمانی، همه مصوبات پارلمان در ارتباط با هم در نظر گرفته می‌شوند و همه آن‌ها با هم یک نظام حقوقی را تشکیل می‌دهند. برای همین، در نظریه‌پردازی‌های حقوقی و رویه قضات همواره برای حل یک مسئله به همه قوانین مرتبط با موضوع ارجاع داده می‌شود؛ اگرچه اعضای تصویب‌کننده آن متون یکی باشد یا اعضای تصویب‌کننده یک قانون غیر از اعضای تصویب‌کننده قانون دیگر باشند. مسئله روابط مؤجر و مستأجر و حق سرقتی و حق کسب و پیشه در نظام حقوقی ایران مثال خوبی برای این نکته است. قوانین متعددی بر این مسئله حاکم است که تصویب‌کنندگان برخی از این قوانین غیر از تصویب‌کنندگان قانون دیگر بوده‌اند، اما آنچه همه این قوانین را به هم پیوند می‌دهد، نهاد پارلمان به‌عنوان نهادی مستقل از اعضای آن است. به نظر

می‌رسد در این میان پیش‌فرض دیگری به جای پیش‌فرض اراده قانون‌گذار عمل می‌کند؛ این قوانین همه معتبرند و در تناقض با هم نیستند. اگر دو قانون به صراحت در تعارض با هم باشند، به گونه‌ای که نتوان به هیچ شکل مفاد آنها را با هم اجرا کرد یا معتبر دانست، با ادعای نسخ، یکی از آنها نامعتبر دانسته خواهد شد. این در حالی است که ممکن است اعضای پارلمانی که قانون مؤخر را تصویب کرده‌اند اساساً از قانون مقدم بی‌اطلاع بوده یا آن را لحاظ نکرده باشند.

۲.۴. اراده واحد پارلمان به عنوان فرض حقوقی

آنچه گفته شد، نشان می‌دهد مخاطبان قانون مصوب پارلمان با اینکه اراده واحدی ورای الفاظ و متن قانون وجود ندارد، اما آن اراده را پیش‌فرض گرفته‌اند. آن‌ها از پیش‌فرض دیگر که حکیم بودن گوینده است، کمک گرفته‌اند. حکیم بودن گوینده به این معناست که او به گونه‌ای رفتار نمی‌کند که غرض او نقض شود. در مسئله اراده پارلمان گوینده واحدی که اراده او به تنهایی معتبر باشد، وجود ندارد و نمی‌توان واقعاً از حکیم بودن او سخن گفت، اما می‌توان از عدم نقض غرض مستقل از وجود اراده گوینده آن سخن گفت. به تعبیر دیگر، نظام حقوقی پیکره واحدی در نظر گرفته می‌شود که گویا اراده واحدی در ورای آن وجود دارد و متون قانون‌گویای این اراده واحد است. این اراده، اراده هیچ‌یک از اعضای پارلمان نیست. این اراده تنها یک فرض حقوقی است. آنچه این اراده را به نمایش می‌گذارد، تمامیت^۱ و عدم تضاد و تناقض میان مفاد قوانین است؛ زیرا در غیر این صورت اراده مفروض قوانینی را ارائه کرده است که اهداف یکدیگر را نقض می‌کنند. تمامیت در میان قوانین و مقررات مصوب پارلمان و نهادهای قانون‌گذاری یک نظام حقوقی نمایان‌کننده اراده قانون‌گذاری است که حقیقتاً وجود ندارد، اما می‌توان به گونه فرض حقوقی آن را در نظر گرفت.

با توجه به آنچه گفته شد، اصول لفظی نمایان‌کننده این اراده مفروض خواهند بود، اما جواز اجرای این اصول تابع سازواری نتایج حاصل از اجرای آن‌ها نسبت به متن قوانین خواهد بود. در نتیجه، اگر در موردی اجرای اصل لفظی منجر به حصول معنای متضاد یا متناقض با متن قانون دیگری شود، اجرای اصل مجاز نخواهد بود (برای دیدن تحلیل مشابه که لزوم کشف اراده

قانون‌گذاران (اعضای پارلمان) را نادیده می‌گیرد و به جای آن بر تمامیت نظام حقوقی تکیه می‌کند، ن. ک به: (Dworkin, 1986, pp. 49-83 & 176-275). قواعد و مقررات نظام حقوقی از وزن یکسانی برخوردار نیستند. بررسی مجموعه قواعد نظام حقوقی نشان می‌دهد همواره در همه ادوار پارلمان، اعضای پارلمان اموری را مهم‌تر از امور دیگر تلقی کرده‌اند. در میان فیلسوفان حقوق، رونالد دورکین به تفاوت میان قواعد و معیارهای مختلف در نظام حقوقی توجه کرده است.

۳.۴. تحلیل ساختار یک نظام حقوقی

همان‌طور که دورکین گفته است، قانون افزون‌بر اینکه شامل مجموعه‌ای از قواعد است، شامل آن چیزی است که او اصل^۱ می‌نامد. به تعبیر او، اندیشه پوزیتیویسم حقوقی تنها مدلی برآمده از قواعد و برای توصیف آن‌هاست درحالی‌که این نوع نگاه به حقوق باعث می‌شود نقش کلیدی دیگر معیارهای^۲ نظام حقوقی مورد غفلت واقع شود. در آنجا که قواعد ناتوان از پاسخ‌گویی به مسئله مورد بحث می‌شوند، اصولی که از کلیت نظام حقوقی استنباط شده و به دست آمده است، مورد توجه و استناد قضات قرار می‌گیرد.

آنچه فهم این ادعای دورکین را آسان‌تر می‌کند، درک تفاوت‌ها میان سیاست‌ها و اصول حقوقی است. او سیاست‌ها و اصول را چنین تعریف می‌کند «من آن دسته از معیارها را سیاست می‌نامم که هدفی را در بهبود بخشیدن به وجود اقتصادی، سیاسی یا اجتماعی جامعه دنبال می‌کنند (البته برخی اهداف منفی هستند. در چنین مواردی، خط‌مشی‌ها وقوع تغییرات در وضع موجود را دنبال می‌کنند). آن دسته از معیارها را اصول می‌نامم که [در دادرسی] لحاظ می‌شوند نه به دلیل اینکه از وضعیت سیاسی، اقتصادی یا اجتماعی حفاظت می‌کنند یا [برای رسیدن به آن وضعی که] مطلوب به نظر می‌رسد، راهنمایی یا هدایتی دارند، بلکه به این دلیل که مقتضای عدالت یا انصاف یا دیگر ابعاد اخلاق هستند. بنابراین، این معیار که تصادفات ناشی از حرکت وسایل نقلیه باید کاهش یابد، سیاست (خط‌مشی) و این معیار که هیچ‌کس نباید از اشتباه خود بهره‌مند شود، یک اصل است» (Dworkin, 1977, p. 22). به اعتقاد دورکین لازم نیست تا میان سیاست‌ها سازواری و سازگاری باشد درحالی‌که اصول باید منسجم و سازگار باشند و هیچ تضاد و تناقضی میان آن‌ها نباشد. قوه

1. Principle

2. Standards

قانون‌گذاری ممکن است مبتنی بر سیاستی خاص برای گروهی خاص از کارگران یا کارمندان قانونی وضع کند درحالی‌که همین مناط در گروه دیگری از کارگران یا کارمندان نیز وجود داشته باشد. در نتیجه، آن‌ها در قانون‌گذاری خود، سیاست یا مبنای قانون را به‌گونه منسجم با هم دیگر در نظر نگرفته‌اند. به تعبیر دیگر، قانون برای تحقق هدف مورد نظر قانون‌گذار وضع می‌شود و قانون‌گذار بشری (عرفی) در طول تاریخ قانون‌گذاری خود ممکن است اهداف متعارض و متضادی را در نظر بگیرد؛ زیرا او آگاه به همه نیازهای بشری در آینده نیست و ممکن است پس از وضع قانون دریابد که باید مسیر دیگر و هدف متفاوتی را جست‌وجو می‌کرد. بنابراین، توقع سازواری و سازگاری میان اهداف و اغراض و سیاست‌های او، توقعی نابجاست، اما قضات نمی‌توانند نظام قوانین را متضاد و ناسازگار به اجرا گذارند؛ زیرا مستلزم اتخاذ تصمیمات غیرمنصفانه و غیرعادلانه می‌شود. آن‌ها باید تصمیماتی بگیرند که هماهنگ با تصمیمات نقض و رد نشده سابق باشد.

۴.۴. مثال‌هایی از اصول و قواعد حقوقی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران

در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران می‌توان مفاد اصل‌های ۴، ۶ یا ۴۰ قانون اساسی را مثالی از اصول نظام حقوقی آن دانست درحالی‌که کارآمد کردن اقتصاد، سیاست یا خط‌مشی است. بنابراین، قضات در اعمال حق باید به‌گونه‌ای تصمیم بگیرند که اعمال آن حق منجر به سوءاستفاده و اضرار به غیر نشود. همچنین، باید قوانین را به‌گونه‌ای تفسیر کنند که مغایرتی با مفاد شرع نداشته باشد و اگر تفسیری از قانون ارائه کنند که این اصل را لحاظ نکرده باشد، آن تفسیر معتبر نخواهد بود. برای مثال، تفسیری که از مواد ۲۲۱، ۲۲۶ و ۲۳۰ قانون مدنی ارائه می‌شود، باید به‌گونه‌ای باشد که جبران خسارت نقض تعهد یا تأخیر در تعهد منجر به ربا نشود؛ زیرا اصل ۴ قانون اساسی نشان می‌دهد تصویری که از نظام حقوق ایران به‌واسطه قانون‌گذاران یا مجریان قانون به نمایش درمی‌آید، نباید مغایر شرع باشد. به تعبیر دیگر، با توجه به اصل ۴، تفسیری از قانون معتبر است که موافق مفاد شرع باشد. درعین حال، قضات نمی‌توانند با لحاظ کار آمدی و برای افزایش بهره‌وری به‌گونه‌ای تصمیم بگیرند که خالق حق و اعتبارکننده آن یا سازنده تکلیف و واضع آن باشند؛ البته تمییز میان خط‌مشی و اصل بسیار مشکل و مرز میان آن‌ها بسیار دقیق است.

۵.۴. تفاوت‌های اصول حقوقی و قواعد حقوقی

اصول مانند قواعد قابلیت استناد قضایی دارند و بخشی از نظام حقوقی را تشکیل می‌دهند، اما

تفاوت‌های مهمی نیز با قواعد دارند که همین تفاوت‌هاست که اصول را در نظام فکری دورکین مهم می‌نماید. او تفاوت میان اصول و قواعد را تفاوتی منطقی می‌داند. قواعد به شکل «همه یا هیچ»^۱ اجرا می‌شوند؛ یعنی اگر همه شرایط اجرای قاعده فراهم باشد، آن قاعده اجرا خواهد شد، ولی اگر حتی بخش کوچکی از این شرایط فراهم نباشد، آن قاعده اجرا نخواهد شد؛ البته این به آن معنا نیست که قاعده استثنابردار نیست. در بیان قاعده باید استثنائات آن را هم بیان کرد (Dworkin, 1977, p. 24). به تعبیر دیگر، استثنا بخشی از قاعده است. برخلاف قاعده، اصول مقتضای اجرا و اعمال را دارند، اما ممکن است با وجود همه شرایط اعمال نشوند. دورکین مثال‌های متعددی از اصل‌هایی در نظام حقوقی انگلیس می‌گوید که در آن‌ها، اصل، چیزی را اقتضا می‌کند، اما آن نتیجه حاصل نمی‌شود. برای مثال، این اصل که هیچ‌کس نباید از اشتباه و خطای خودش بهره‌مند شود، در موارد متعددی در نظام حقوقی انگلیس نقض می‌شود و ممکن است کسی که بناحق ملک دیگری را تصرف کند و با گذشت زمان مستحق آن ملک شود، اما این نقض‌ها را نباید استثنا تلقی کرد؛ زیرا این موارد نقض را نمی‌توان برشمرد و در بیان اصل و در کنار آن بیان کرد (Dworkin, 1977, p. 25). این عدم امکان احصای استثنا به این دلیل نیست که موارد آن زیاد و بی‌حد و حصر است، بلکه به این دلیل است که نفس چنین استثنایی، استثنا از قاعده یا اصل نیست. به بیان دیگر، قاعده موضوع مشخصی دارد که استثنائات وارد بر قاعده آن را تعیین می‌کند، اما اصل با لحاظ اصول یا خط‌مشی‌های دیگر است که موقعیت خود را در نظام حقوقی می‌یابد. برای مثال، در نظام حقوقی ایران، اصل ۴۰^۲ قانون اساسی را می‌توان یکی از اصول آن دانست که همواره و در هر شرایط اعمال نمی‌شود. برای مثال، کسی را در نظر بگیریم که در شرایط خاص اقتصادی مقدار زیادی ارزش خارجی بخرد؛ به طوری که تقاضا در بازار به طور مؤثری افزایش یابد و به این ترتیب، قیمت ارز تحت تأثیر قرار گیرد و در شرایطی که قیمت ارز با افزایش عمده مواجه است، آن‌ها را بفروشند و از این راه درآمدی کسب کنند. خرید و فروشی که انجام داده، اعمال حقوق مشروع او بوده است. هرکس حق دارد به هر میزان که می‌خواهد، ارزش بخرد و نگهداری کند، اما این‌گونه اعمال حق می‌تواند - به دلیل تأثیری که بر قیمت ارز دارد - به دیگران ضرر وارد کند. مطابق با اصل ۴۰

1. All and Nothing Fashion

۲. لفظ اصل که در باره اجزای قانون اساسی به کار می‌رود و اصل در ترجمه Principle در نظریه دورکین، مشترک لفظی هستند. برخی از اصول قانون اساسی اصل به معنای دوم هستند، برخی دیگر به این معنا اصل نیستند، بلکه قاعده‌اند.

قانون اساسی باید این نوع معاملات ممنوع باشد درحالی‌که چنین نیست؛ زیرا اصل ۴۰ قانون اساسی یک اصل از اصول نظام حقوقی است و تنها زمانی قابل اعمال است که وزن آن با دیگر قواعد و اصول در نظر گرفته شود و سپس مورد اعمال قرار گیرد. بنابراین، نمی‌توان به صرف اینکه معاملات ارزی به این شکل، اضرار به دیگران را در پی دارد، معاملات انجام‌شده را باطل دانست.

بنابراین، در طرحی که دورکین ارائه می‌کند، وزن دار بودن و قابل ارزیابی بودن، تفاوتی مهم میان قاعده و اصل حقوقی شمرده می‌شود و برای همین است که قاعده به صورت همه یا هیچ اجرا می‌شود ولی اصل حقوقی نه؛ زیرا در مقام اعمال اصل باید اصول و خط‌مشی‌های دیگر را سنجید و وزن و اهمیت هر یک را در یک نظام حقوقی در نظر گرفت و پس از تعدیل و ترجیح، اصل پیروز در میدان تراحم را اعمال کرد. به بیان دورکین، «وقتی می‌گوییم اصل خاصی از اصول نظام حقوقی ماست، به این معناست که صاحبان مناصب حکومتی باید این اصل را در تصمیم‌گیری‌های خود به شمار بیاورند و در صورتی‌که اصل یادشده متناسب با موضوع بود، در مسیری که آن اصل تمایل دارد، حرکت کنند» (Dworkin, 1977, p. 26). در مثالی که پیش از این بیان شد، قواعد عمومی قراردادها بر معاملات ارزی یادشده به شکل همه یا هیچ اعمال می‌شود درحالی‌که اصل ۴۰ با لحاظ وزن آن و در تقابل آن با دیگر قواعد و اصول و سیاست‌ها قابل اجراست.

احترام به مالکیت شخصی و لوازم آن از دیگر اصول نظام حقوقی ایران است که از اصول متعدد قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران از جمله اصول ۴۶ و ۴۷ قابل استنباط است. از توابع و لوازم احترام به مالکیت، احترام به قراردادهایی است که مالک نسبت به مال خود منعقد می‌کند. بنابراین، در مواردی که قانون‌گذار خارج از اصول حقوقی حاکم بر معاملات (قواعد عمومی قراردادها یعنی آنچه در ماده ۱۹۰ قانون مدنی آمده است)، حکم به بطلان قرارداد کرده باشد، این بطلان باید به گونه‌ای تفسیر شود که اصل کلی احترام به مالکیت شخصی رعایت و لحاظ شده باشد. برای همین نیز به نظر می‌رسد در موادی مانند ماده ۵۶ قانون اجرای احکام مدنی یا ماده ۴۲۳ قانون تجارت و ماده ۵۵۷ همین قانون، بطلان و بی‌اثر بودن قرارداد باید به گونه‌ای تفسیر شود که به بهترین شکل محترم بودن مالکیت لحاظ شده باشد. شاید باید در برخی از این مواد، بطلان را نسبی تلقی کرد (ماده ۵۶ قانون اجرای احکام و ماده ۴۲۳ قانون تجارت) و در

برخی دیگر موضوع ماده را چنان مضیق دانست که کمترین موارد بطلان به معنای عدم صحت معامله را دربرگیرد (به مانند ماده ۵۵۷ قانون تجارت با لحاظ صدر و عنوان این بخش از مواد قانون تجارت که در ورشکستگی به تقلب و تقصیر است). با این تحلیل، اصل احترام به مالیکت شخصی با توجه اصول متعدد قانون اساسی و پیشینه فقهی (شرعی) آن، آن‌چنان وزن و ارزشی دارد که محدودکننده دایره ظاهر برخی از مواد قانونی خواهد بود.

دورکین می‌کوشد نشان دهد نسبت به هر دعوی یک پاسخ درست^۱ نسبت به حقوق طرفین وجود دارد که قضات بر مبنای قواعد و اصول می‌توانند به آن دست یابند. همواره حقی وجود دارد که می‌توان آن را یافت؛ اگرچه ممکن است در مورد خاصی قاضی اشتباه کند و آن حق را نیابد. خطاپذیر بودن آرای قضایی مانع از این نیست که قضات و نظام‌های قضایی برای رسیدن به این حقوق تلاش کنند (Dworkin, 1997, p. 130). مسیری که او در این کتاب می‌پیماید، به واسطه اعمال قواعد اخلاقی موجود در سیستم حقوقی، نشان‌دهنده نوعی رابطه میان حقوق و اخلاق است، اما او در این کتاب، این رابطه را ضروری توصیف نمی‌کند. او در کتاب بعدی خود، امپراطوری قانون، تئوری خود را بازنویسی کرد و بر اساس این طرح جدید، تمامیت (Dworkin, 1977, p. 130) را بخش جداناپذیر حقوق دانست و به این واسطه رابطه‌ای ضروری را میان اخلاق و حقوق را تبیین کرد (Ratnapala, 2009, p. 176).

بر اساس آنچه گفته شد، در اجرای اصول لفظی که تنها با تکیه بر لفظ مراد، و رای لفظ یا متن را به نمایش می‌گذارد، باید سازواری نتایج حاصل از آن را در نظام حقوقی مدنظر قرار داد. اگر نتیجه اجرای اصل لفظی نسبت به متن قانونی نادیده گرفتن اصل حقوقی باشد، دیگر نمی‌توان آن اصل لفظی را نسبت به آن متن جاری دانست.

نتیجه‌گیری

اصول لفظی ابزارهایی برای کشف مراد گوینده هستند. این ابزارها هنجارهایی هستند که انتساب معنایی را به گوینده مجاز می‌کنند. اساس این ابزارها یا به تعبیر دیگر، هنجارها، بر سه رکن است. نخست، نادیده گرفتن احتمال وجود قرینه (اصل عدم قرینه)، دوم نادیده گرفتن احتمال عدم تطابق معنای ظاهر با معنای مراد گوینده (اصالةالظهور) و سوم هدف از وضع لفظ برای معنا

(اصالة الحقیقه). در مواردی که در قرینه بودن جزئی از کلام تردید داشته باشیم، با توجه به هدف از وضع لفظ برای معنا، اصالة الحقیقه راهگشا خواهد بود.

اصول لفظی مبتنی بر پیش‌فرض‌هایی هستند که بدون آن‌ها نمی‌توانند در کشف مراد گوینده یا به تعبیر دقیق‌تر، در جواز انتساب معنایی به او نقش داشته باشند. اصول لفظی ابزاری برای کشف مراد گوینده است. بنابراین، باید معنایی اراده و در آن تردید شده باشد تا مجال برای سخن از اصول لفظی وجود داشته باشد، اما در مواردی - مثل متن قرارداد که محصول تلاقی دو اراده است یا قانون که محصول تلاقی چند اراده است - این اراده واحد واقعاً وجود ندارد، بلکه به شکل یک فرض حقوقی، تنها ادعا می‌شود. نشان دادیم که به جای اراده واحدی که معنای ورای لفظ قوانین را اراده کرده باشد، تمامیت^۱ نظام حقوقی است که باید لحاظ شود. حافظ تمامیت نظام حقوقی، اصول حقوقی آن است که رویکرد کلی نظام حقوقی را به نمایش می‌گذارد. بنابراین، اصول لفظی تا جایی نسبت به متن قوانین جاری خواهد بود که منجر به نادیده گرفتن اصول حقوقی یک نظام حقوقی نشود.

منابع

- ۱) آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین (۱۴۰۹ق). کفایة الاصول. مؤسسه آل‌البيت (عليهم السلام).
- ۲) آشتیانی، محمدحسن بن جعفر (۱۴۲۹ق). بحرال فوائد فی شرح الفرائد (جلد ۲). مؤسسه التاريخ العربی.
- ۳) اصفهانی، محمدحسین (۱۴۲۹ق). نهاية الدراية فی شرح الکفاية (جلد ۳). مؤسسه آل‌البيت (عليهم السلام) لاحیاء التراث.
- ۴) امینی، منصور و شاهنوش فروشانی، محمدعبدالصالح (بهار ۱۳۹۲). نقش عرف در تعیین مفاد قرارداد. مجله تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی (رحمت‌الله علیه)، شماره ۶۱.
- ۵) انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۵ق). کتاب المکاسب (جلد ۴). مجمع الفکر الاسلامی.
- ۶) انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۲۸ق). فرائد الاصول (جلد ۱). مجمع الفکر الاسلامی.
- ۷) حلّی، کمال‌الدین حسن بن یوسف (۱۳۸۱). الجوهر النضید. انتشارات بیدار.
- ۸) خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۲۲ق). محاضرات فی اصول الفقه (محمداسحاق فیاض). (جلد ۴). مؤسس احیاء آثار الامام الخویی (قدس سره).
- ۹) خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۲۸ق). غایة المأمول (محمدتقی جواهری، مقرر). (جلد ۲). مجمع الفکر الاسلامی.
- ۱۰) خویی، سیدابوالقاسم (بی‌تا). مصباح الفقاهه (جلد ۷). بی‌جا.
- ۱۱) رازی، قطب‌الدین (۱۳۸۲ق). تحریر القواعد المنطقیه فی شرح الرسالة الشمسیه، انتشارات بیدار.
- ۱۲) صدر، سیدمحمدباقر (۱۴۱۷ق). بحوث فی علم الاصول (محمود هاشمی شاهرودی، مقرر). (جلد ۴). مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (عليهم السلام).
- ۱۳) طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم (۱۴۱۹ق). العروه الوثقی (المحشی). (جلد ۵). چاپ ۱، دفتر انتشارات اسلامی.
- ۱۴) عاملی، محمدجواد حسینی (۱۴۲۵ق). مفتاح الكرامة (جلد ۱۴). مؤسسه النشر الاسلامی.
- ۱۵) عراقی، ضیاء‌الدین (۱۳۷۰ق). بدائع الافکار فی الاصول (میرزاهاشم آملی، مقرر). المطبعة العلمیة.
- ۱۶) عراقی، ضیاء‌الدین (۱۴۱۷ق). نهاية الافکار (محمدتقی بروجردی نجفی، مقرر). (جلد ۳). دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).
- ۱۷) عراقی، ضیاء‌الدین (۱۴۲۰ق). مقالات الاصول (جلد ۲). مجمع الفکر الاسلامی.
- ۱۸) کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳). قواعد عمومی قراردادها (جلد ۳). سهامی انتشار.
- ۱۹) کاشف‌الغطا، محمدحسین (۳۵۹ق). تحریر المجله (جلد ۱). چاپ ۱، نجف: المكتبة المرتضویة.
- ۲۰) کمره‌ای، محمدباقر (بی‌تا). اصول الفوائد الغرویة فی مسائل علم اصول الفقه الاسلامی (جلد ۱). مطبعه

فردوسی.

- ۲۱) مراغی، میرفتاح حسینی (۱۴۲۵ق). العناوین الفقہیہ (جلد ۲). مؤسسہ النشر الاسلامی.
- ۲۲) موسوی بجنوردی، میرزا حسن (۱۴۱۹ق). القواعد الفقہیہ (جلد ۳). چاپ ۱، نشر الہادی.
- ۲۳) موسوی قزوینی، علی (۱۴۲۷ق). تعلیقہ علی معالم الاصول (جلد ۵). دفتر انتشارات اسلامی (وابستہ بہ جامعہ مدرسین حوزه علمیه قم).
- ۲۴) نایینی، محمد حسین (۱۳۵۲). اجودالتقریرات (ابوالقاسم خوبی، مقرر). (جلد ۱). مطبعہ العرفان.
- ۲۵) نایینی، محمد حسین (۱۳۷۶). فوائد الاصول (محمد علی کاظمی خراسانی، مقرر). (جلد ۳). جامعہ مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۲۶) نایینی، میرزا محمد حسین غروی (۱۳۷۳ق). منیة الطالب (جلد ۲). المکتبۃ المحمدیۃ.
- ۲۷) نجفی ایروانی، میرزا علی (۱۴۲۶ق). حاشیہ کتاب مکاسب، صحیح الصادق.
- ۲۸) نجفی، محمد حسن بن باقر (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام (جلد ۲۳). دارالاحیاء التراث العربی.
- ۲۹) نجفی اصفہانی، محمد رضا (۱۴۱۳ق). وقایۃ الاذہان. مؤسسہ آل البیت (علیہم السلام).
- ۳۰) نجم آبادی، ابوالفضل (۱۳۸۰). الاصول (جلد ۱). مؤسسہ آیت اللہ العظمی البروجردی لنشر معالم اهل البیت (علیہم السلام).

- 31) Chitty, Joseph, Chitty on contracts, Sweet & Maxwell (2004). , volume 1.
- 32) Dworkin, Ronald (1977). Taking rights seriously, Harvard University Press.
- 33) Dworkin, Ronald (1986). Law's Empire, Harvard University Press.
- 34) Kelsen, Hans (2002). Introduction to the Problems of Legal Theory, Oxford University Press.
- 35) Kelsen, Hans (2008). the pure theory of law, University of California Press.
- 36) Marmor, Andrei (2009). Social Conventions From Language to Law, Princeton University Press.
- 37) Marmor, Andrei (2010). The Pure Theory of Law ([https://plato.stanford.edu/entries/lawphil-theory/.](https://plato.stanford.edu/entries/lawphil-theory/))
- 38) Marmor, Andrei (2011). Philosophy of Law, Princeton University Press.
- 39) Ratnapala, Suri (2009). Jurisprudence, Cambridge University Press.

References

- 1) Ākūnd Korāsānī, Moḥammad Kāẓem b. Ḥosayn (1409 AH). Kefāyat al-Oṣūl. Mo'asse-ye Āl al-Bayt ('alayhem al-salām) [in Arabic].
- 2) Āmelī, Moḥammad Javād Ḥosaynī (1425 AH). Mefteḥ al-Karāma (Volume 14). Mo'asse-ye al-Naṣr al-Eslāmī [in Arabic].
- 3) Aminī, Mansūr and Shāhnoš Forūšānī, Moḥammad 'Abd al-Šaleḥ (1392 SH). Naqš-e 'Orf dar Ta'yīn-e Mafād-e Qarārdād [The Role of Custom in Determining the Content of Contract]. Majalle-ye Taḥqīqāt-e Hoqūqī, Dāneškade-ye Hoqūq-e Dānešgāh-e Šahīd Beheštī (raḥmat-Allāh 'alayh), No. 61 [in Persian].
- 4) Anṣārī, Šeyḫ Mortazā (1415 AH). Ketāb al-Makāseb (Volume 4). Majma' al-Fekr al-Eslāmī [in Arabic].
- 5) Anṣārī, Šeyḫ Mortazā (1428 AH). Farā'ed al-Oṣūl (Volume 1). Majma' al-Fekr al-Eslāmī [in Arabic].
- 6) Āšteyānī, Moḥammad Ḥasan b. Ja'far (1429 AH). Baḥr al-Favā'ed fi Šarḥ al-Farā'ed (Volume 2). Mo'asse-ye al-Tārīḫ al-'Arabī [in Arabic].
- 7) Chitty, Joseph, Chitty on contracts, Sweet & Maxwell (2004). , volume 1.
- 8) Dworkin, Ronald (1977). Taking rights seriously, Harvard University Press.
- 9) Dworkin, Ronald (1986). Law's Empire, Harvard University Press.
- 10) Erāqī, Zīā' al-Dīn (1370 AH). Badāye' al-Afkār fi al-Oṣūl (Mirzā Hāšem Āmolī, Editor). al-Maṭba'a al-'Elmiya [in Arabic].
- 11) Erāqī, Zīā' al-Dīn (1417 AH). Nehāyat al-Afkār (Moḥammad Taqī Borūjerdī Najafī, Editor) (Volume 3). Daftar-e Entesārāt-e Eslāmī (Vābesta be-Jāme'a Modarresīn-e Ḥawza 'Elmiya-ye Qom) [in Arabic].
- 12) Erāqī, Zīā' al-Dīn (1420 AH). Maqālāt al-Oṣūl (Volume 2). Majma' al-Fekr al-Eslāmī [in Arabic].
- 13) Eṣfahānī, Moḥammad Ḥosayn (1429 AH). Nehāyat al-Derāya fi Šarḥ al-Kefāya (Volume 3). Mo'asse-ye Āl al-Bayt ('alayhem al-salām) le-Eḥyā' al-Torāt [in Arabic].
- 14) Ḥellī, Kamāl al-Dīn Ḥasan b. Yūsuf (1381 SH). Al-Jawhar al-Nazīd. Entesārāt-e Bīdār [in Arabic].
- 15) Kamare'ī, Moḥammad Bāqer (n.d.). Oṣūl al-Favā'ed al-Ġorūiya fi Masā'el 'Elm Oṣūl al-Feqh al-Eslāmī (Volume 1). Maṭba'a Ferdowsī [in Arabic].
- 16) Kašf al-Ġeṭā, Moḥammad Ḥosayn (1359 AH). Taḥrīr al-Majalla (Volume 1). 1st ed., Najaf: al-Maktaba al-Mortažaviya [in Arabic].
- 17) Kātūziān, Nāṣer (1383 SH). Qavā'ed-e 'Omūmī-e Qarārdādhā (Volume 3) [General Rules of Contracts]. Sāhāmī Entesār [in Persian].
- 18) Kelsen, Hans (2002). Introduction to the Problems of Legal Theory, Oxford University Press.
- 19) Kelsen, Hans (2008). the pure theory of law, University of California Press.
- 20) Kū'ī, Sayyed Abū al-Qāsem (1422 AH). Maḥāderāt fi Oṣūl al-Feqh (Moḥammad Eṣḥāq Fayyāz) (Volume 4). Mo'asse-ye Eḥyā' Ātār al-Emām al-Kū'ī (qoddes sarroh) [in Arabic].
- 21) Kū'ī, Sayyed Abū al-Qāsem (1428 AH). Ġāyat al-Ma'mūl (Moḥammad Taqī

- Javāherī, Editor) (Volume 2). Majma' al-Fekr al-Eslāmī [in Arabic].
- 22) Kū'ī, Sayyed Abū al-Qāsem (n.d.). Meşbāh al-Feqāha (Volume 7). n.p. [in Arabic].
- 23) Marāgī, Mir Fetāh Ḥosaynī (1425 AH). Al-'Onavān al-Feqhīya (Volume 2). Mo'asse-ye al-Naşr al-Eslāmī [in Arabic].
- 24) Marmor, Andrei (2009). Social Conventions From Language to Law, Princeton University Press.
- 25) Marmor, Andrei (2010). The Pure Theory of Law (<https://plato.stanford.edu/entries/lawphil-theory/>).
- 26) Marmor, Andrei (2011). Philosophy of Law, Princeton University Press.
- 27) Mūsavi Bojnūrdī, Mīrzā Ḥasan (1419 AH). Al-Qavā'ed al-Feqhīya (Volume 3). 1st ed., Naşr al-Hādi [in Arabic].
- 28) Mūsavi Qazvinī, 'Alī (1427 AH). Ta'liqa 'alā Ma'ālem al-Oşūl (Volume 5). Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī (Vābesta be-Jāme'a Modarresin-e Ḥawza 'Elmiya-ye Qom) [in Arabic].
- 29) Nā'inī, Mīrzā Moḥammad Ḥosayn Ğorūi (1373 AH). Moniyat al-Ta'leeb (Volume 2). al-Maktaba al-Moḥammadiya [in Arabic].
- 30) Nā'inī, Moḥammad Ḥosayn (1352 SH). Ajvad al-Taqrīrāt (Abū al-Qāsem Kū'ī, Editor) (Volume 1). Maṭba'a al-'Erfān [in Arabic].
- 31) Nā'inī, Moḥammad Ḥosayn (1376 SH). Favā'ed al-Oşūl (Moḥammad 'Alī Kāzemī Korāsānī, Editor) (Volume 3). Jāme'a Modarresin-e Ḥawza 'Elmiya-ye Qom [in Arabic].
- 32) Najafī Eşfahānī, Moḥammad Rezā (1413 AH). Voqāyat al-Azhān. Mo'asse-ye Āl al-Bayt ('alayhem al-salām) [in Arabic].
- 33) Najafī Eyravānī, Mīrzā 'Alī (1426 AH). Ḥāşīya Ketāb al-Makāseb, Şobḥ al-Şādeq [in Arabic].
- 34) Najafī, Moḥammad Ḥasan b. Bāqer (1404 AH). Javāher al-Kalām (Volume 23). Dār al-Eḥyā' al-Torāṭ al-'Arabī [in Arabic].
- 35) Najm Ābādī, Abū al-Faẓl (1380 SH). Al-Oşūl (Volume 1). Mo'asse-ye Āyat-Allāh al-'Ozmā al-Borūjerdī le-Naşr-e Ma'ālem-e Ahl al-Bayt ('alayhem al-salām) [in Arabic].
- 36) Ratnapala, Suri (2009). Jurisprudence, Cambridge University Press.
- 37) Rāzī, Qoṭb al-Dīn (1382 AH). Taḥrīr al-Qavā'ed al-Manteqīya fi Şarḥ al-Rasāla al-Şamsīya, Enteshārāt-e Bidār [in Arabic].
- 38) Şadr, Sayyed Moḥammad Bāqer (1417 AH). Boḥūṭ fi 'Elm al-Oşūl (Maḥmūd Hāşemī Şāhrūdī, Editor) (Volume 4). Mo'asse-ye Dāyerat al-Ma'āref Feqh Eslāmī bar Mazhab-e Ahl al-Bayt ('alayhem al-salām) [in Arabic].
- 39) Ṭabāṭabā'i Yazdī, Sayyed Moḥammad Kāzem b. 'Abd al-'Azīm (1419 AH). Al-'Orva al-Voṭqā (al-Moḥaşşā) (Volume 5). 1st ed., Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī [in Arabic].

The Role of the Leadership in Addressing the Void of Ordinary Law

Abbas Ka'bi Nasab · Imam Khomeini Education and Research Institute Faculty Member, Qom,
Iran. abbaskaabi@gmail.com

Alireza Jafarzadeh Baha'abadi · LLM in Public Law, Faculty of Law, College of Farabi,
University of Tehran, Qom, Iran. (Corresponding Author) ar.jafarzadeh@ut.ac.ir

Abstract

1. Introduction

The foundational stability of any society is significantly anchored in the presence and enforcement of laws. The enactment of laws, a primary responsibility of governance, ensures that societal relationships are regulated based on fairness and justice, thereby securing societal continuity and stability. The constitution of the Islamic Republic of Iran entrusts the Islamic Consultative Assembly with the authority to enact ordinary laws, emphasizing the legislature's monopoly over legislation. This exclusive right entails not only the privilege to legislate but also the duty to do so, ensuring that the legislative needs of society are met. In instances where the legislative body fails to fulfill its mandate, whether due to internal disagreements or conflicts of interest, it raises a pivotal question about the role of leadership, specifically the Guardianship of the Islamic Jurist [Vali-ye Faqih], in addressing legislative voids and guaranteeing citizens' rights to an efficient legislative system. This paper delves into the constitutional frameworks within Iran that enable leadership intervention in legislative processes, aiming to explore the mechanisms through which leadership can address the absence of necessary legislation and its implications on societal stability.

2. Research Question

The central inquiry of this study revolves around the role of leadership, particularly the legal personality of the Guardianship of the Islamic Jurist, in filling the void created by legislative inaction within the Islamic



Republic of Iran. Specifically, the research seeks to answer: "How can the leadership institution, under the current constitutional framework of the Islamic Republic of Iran, ensure the right of citizens to benefit from an efficient legislative power, particularly in situations where the legislative body fails to enact necessary legislation, leading to a legal vacuum?"

3. Research Hypothesis

The hypothesis posited in this research is that the leadership in Iran, especially embodied by the guardianship, possesses the constitutional authority and mechanisms to effectively address and fill legislative voids. This capability is critical in situations where the legislative body is incapacitated by internal disagreements, conflicts of interest, or procedural inefficiencies. The leadership's intervention, as hypothesized, is not only constitutionally sanctioned but is also a necessary mechanism for safeguarding the citizens' right to an efficient legislative system and maintaining societal stability in the face of legislative inaction.

4. Methodology & Framework, if Applicable

The research adopts a descriptive-analytical methodology, drawing upon a thorough review of the constitutional law of Iran and extensive library research. This study focuses on elucidating the constitutional basis that mandates the leadership's involvement in legislative processes, particularly analyzing articles 57 and 110 of the constitution of the Islamic Republic of Iran. Through this analytical framework, the research aims to identify the competencies of the leadership in ensuring the enactment of necessary legislation and securing citizens' rights against legislative inefficiencies. The study's approach is distinguished by its emphasis on the "timeliness" of law enactment, prioritizing the prevention of legal vacuums over the qualitative aspects of the legislation. This methodology facilitates a comprehensive understanding of the leadership's role in crisis resolution and the establishment of a legal mechanism to address legislative voids.

5. Results & Discussion

The analysis reveals that the leadership within the Islamic Republic of Iran plays a pivotal role in addressing legislative inefficiencies and ensuring the citizens' right to an effective legislative system. The study highlights that the constitution grants the Guardian Jurist, significant powers to intervene when the legislative assembly fails to meet the legislative needs of society. These powers are rooted in various

constitutional provisions, notably Paragraphs 1, 2, 3, 7, and 8 of Article 110, which collectively empower the leadership to supervise the proper execution of policies, issue referenda decrees, resolve disputes between powers, and address systemic problems. This constitutional framework enables the leadership to act decisively in instances of legislative deadlock or legal vacuum, thereby preventing harm to society and ensuring the continuity of governance.

The research underscores the leadership's authority to issue state decrees [Hokm-e Hukoomati] as an exceptional measure to fill legislative voids. These decrees, while potentially lacking in the quality and technicality of laws enacted through the ordinary legislative process, serve as a necessary intervention to address immediate legislative needs and safeguard public interests.

6. Conclusion

The study concludes that the leadership in the Islamic Republic of Iran, by virtue of its constitutional mandate, possesses the necessary competencies to address legislative inefficiencies and ensure the protection of citizens' rights to an efficient legislative system. The constitution provides a robust framework for leadership intervention in cases where the legislative assembly fails to fulfill its legislative duties, offering various mechanisms for resolving legal vacuums and preventing societal harm. The leadership's role, as defined by the Constitution, is essential in maintaining the stability and continuity of the legal system, particularly in ensuring that the legislative needs of society are met in a timely and effective manner.

The unique competencies granted to the leadership, including the authority to issue state decrees [Hokm-e Hukoomati] and direct legislative action, highlight the Iranian legal system's innovative approach to safeguarding public rights and addressing legislative voids. This extraordinary framework ensures that the risk of infringing citizens' fundamental rights due to legislative inefficiency is minimized. The leadership institution, with its comprehensive constitutional powers, emerges as a critical mechanism for guaranteeing public rights and facilitating effective governance, thereby affirming its unique position within the Iranian legal and constitutional order.

Keywords: Leadership, Constitution, Ordinary Law, Legislative Power.

نقش نهاد رهبری در رفع خلأ قانون عادی

عباس کعبی نسب • عضو هیأت علمی مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، قم، ایران.
abbaskaabi@gmail.com
علیرضا جعفرزاده بهاء آبادی • دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشکده‌گان فارابی، دانشگاه تهران، قم، ایران. (نویسنده مسئول)
ar.jafarzadeh@ut.ac.ir

چکیده

حق برخورداری از یک قوه مقننه کارآمد که نیازهای تقنینی دولت - کشور را بدون وقفه زمانی غیرقابل قبول مرتفع کند، از مهم‌ترین حقوق شهروندی به‌شمار رفته است، به گونه‌ای که سوابق و احتمالات متعددی بیانگر این واقعیت است که تضييع این حق می‌تواند خسارات غیرقابل جبران بر صاحبان حق تحمیل کند. پژوهش حاضر با بهره‌گیری از مطالعات کتابخانه‌ای و اتخاذ رویکرد توصیفی تحلیلی درصدد پاسخ به این پرسش است که «پس از شکست قانون‌گذار در تأمین حق برخورداری از قوه مقننه کارآمد، چه نقشی می‌توان برای نهاد رهبری در تضمین این حق متصور شد؟» یافته‌های پژوهش بیانگر این است که رهبری در پرتو نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران نسبت به تأمین و تضمین حق مزبور، از مجاری متنوع صلاحیت دارد؛ «نظارت بر حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام»، «صدور فرمان همه‌پرسی»، «حل اختلاف قوا» و «حل معضلات نظام» که در اصل یکصد و دهم قانون اساسی تبلور یافته است، و «امکان انحلال مجلس» متکی بر اصل پنجاه و هفتم قانون اساسی، و همچنین «صدور حکم حکومتی» از مهم‌ترین صور ورود رهبری به ساحت برطرف نمودن خلأ قانون عادی قلمداد می‌شود. اگرچه «حکم حکومتی» مؤثرترین صلاحیت رهبری در این زمینه است، اما در عین حال نمی‌توان ورود رهبری به این ساحت را متعین در آن دانست. به‌طور کلی، پیش‌بینی نهاد رهبری و برخورداری وی از اختیارات فوق‌العاده، یکی از ویژگی‌های منحصر به فرد نظام حقوقی ایران است که موجب می‌گردد احتمال تضييع حقوق شهروندان توسط قوای حکومت به حداقل کاهش یابد.

واژگان کلیدی: نهاد رهبری، قانون اساسی، قانون عادی، قوه مقننه.



مقدمه

وجود قانون یکی از مهم‌ترین عوامل استحکام جامعه است. جامعه‌ای که فاقد قانون است، دوام نمی‌آورد، بلکه تنها به وسیله قانونی که روابط را مبتنی بر انصاف و عدالت تنظیم می‌کند، دوام و استقرار جامعه امکان‌پذیر خواهد بود (یوسفی راد، ۱۳۸۰، ص. ۲۹۶). وضع قانون نیز از اصلی‌ترین وظایف حاکمیت در سطح کلان است (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۵، ص. ۹) که این وظیفه توسط حاکمیت به قوه مقننه واگذار می‌شود. وضع قوانین لازم‌الاجرا و تأمین‌کننده نیاز جامعه، وظیفه اولیه و کارویژه اصلی مجلس قانون‌گذار را تشکیل می‌دهد (ساعدوکیل و عسکری، ۱۳۹۸، ص. ۱۸۰) و دیگر وظایف در اولویت‌های بعدی قرار می‌گیرند. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز در اصل ۷۱، مجلس شورای اسلامی را برای تقنین عادی صالح شناخته است.

انحصار تقنین در قوه مقننه نه تنها موجب حق قانون‌گذاری برای این نهاد است، بلکه این نهاد را مکلف به قانون‌گذاری در موارد لزوم، به منظور رفع نیازهای تقنینی جامعه نیز می‌کند که بنابراین افراد جامعه واجد «حق بهره‌مندی از یک قوه مقننه کارآمد» خواهند بود. بدین معنا که حق دارند از وجود قانون در مواقع و موارد لازم برخوردار باشند و در اثر خلأ قانونی متضرر نشوند. متقابلاً حاکمیت در تضمین این حق در مقابل شهروندان خود مسئول و موظف خواهد بود (نقیبی منفرد، ۱۳۸۰، صص. ۱۲۷-۱۲۹) و باید در فرض ناکارآمدی نهاد مقنن، از طرفی نسبت به برطرف کردن نیاز تقنینی آن‌ها مبادرت و حق مردم در بهره‌مندی از قانون را تأمین کند.

با توجه به این مقدمه، این پرسش شایان طرح است که اگر قوه مقننه به‌عنوان کل، به هر دلیلی (اعم از اینکه پذیرفتنی باشد مانند اختلاف‌نظر جدی نمایندگان بر سر تصویب یا عدم تصویب آن و اینکه ناپذیرفتنی نباشد مانند تعارض منافع نمایندگان مجلس) نسبت به تقنین لازم اقدامی نکرد یا انجام دادن این وظیفه از سوی آن با کندی و تعلل مواجه شد، به‌گونه‌ای که دیگر اساساً امیدی به رفع نیاز تقنینی از سوی آن وجود نداشت و حاصل این خلأ قانونی در زمان متصور، اضرار، خسارت یا ناکارآمدی هنگفت و کلان مادی یا معنوی در دیگر امور کشور و آسیب دیدن شهروندان بود، مطابق قانون اساسی کنونی جمهوری اسلامی ایران و با مفروض دانستن «حق برخورداری شهروندان (و حتی دیگر اجزای حکومت) از قوه مقننه کارآمد»، نهاد رهبری و شخصیت حقوقی ولی فقیه چه نقشی در تضمین حق مردم بر برخورداری از نظام تقنینی کارآمد و خروج از حالت اخلال در مسائل کشور در اثر خلأ قانونی دارد؟

پاسخ به پرسش یادشده از اهمیت و ضرورت نظری و عملی درخوری برخوردار است؛ زیرا موارد بسیاری متصور است که قوه مقننه به‌عنوان نهاد دارای صلاحیت قانون‌گذاری عادی، در رسالت تقنینی خود به دلایل گوناگونی از جمله اختلاف‌نظر پیرامون محتوا یا شکل متن طرح یا لایحه پیشنهادی، کمبود زمان، تعارض منافع، عدم آگاهی از نیازهای واقعی، سخت‌گیرانه، طولانی یا ضعیف بودن تشریفات تقنین، عدم توجه به مصلحت عمومی، عدم التفات به اهمیت موضوع، اعمال نفوذ و فشار باندی و... ناکارآمد جلوه می‌کند و در وضع قانون مورد نیاز و تأمین حق شهروندان در این زمینه ناکام می‌ماند. این ناکامی از چهار حالت خارج نیست؛ یا لایحه قانونی مورد بررسی قرار نمی‌گیرد یا طرح قانونی ارائه نمی‌شود یا اقدام به اصلاح قانون عادی، ناقص صورت می‌پذیرد یا اینکه پس از تصویب طرح یا لایحه و ایراد شورای نگهبان، مجلس نه بر نظر خود اصرار می‌کند و نه اقدام به اصلاح. در این فروض، شناسایی ظرفیت‌های نهاد رهبری در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران برای خروج از این بحران و تأمین به‌موقع حق مزبور، می‌تواند سازوکار حقوقی ایفای نقش رهبری را تعبیه کند و از تضییع این حق جلوگیری به عمل آورد. شایان توجه است که می‌توان راهکارهای دیگری از جمله مراجعه مستقیم به مردم مطابق اصل ۵۹ قانون اساسی را نیز برای رفع معضل محل بحث مطرح کرد. این مقاله در پی بررسی نقش رهبری است و اختیارات وی را در این راستا مورد کندوکاو قرار می‌دهد.

تأکید نگارندگان در کارآمدی موضوع این پژوهش بر عنصر «زمان» مناسب در وضع قانون ضروری است. بدین معنا که کارآمدی قوه مقننه در خصوص عدم فوت زمان در تقنین ضروری و جلوگیری از پیشامد یا ادامه خلأ قانونی (فارغ از کیفیت، اثرگذاری، هزینه و...) مقصود است. همین رویکرد، تحقیق حاضر را از دیگر تحقیق‌های موجود که در بحث از کارآمدی قوه مقننه بر کلیدواژه‌هایی مانند «کیفیت قانون»، «قانون خوب»، «نماینده شایسته»، «قانون‌گذاری بایسته» و... تمرکز دارند، متمایز می‌سازد. آسیب‌شناسی فرایند قانون‌گذاری اثر کیوان بوربور، کارآمدی مجلس شورای اسلامی و راهکارهای ارتقای آن در حقوق داخلی اثر عسکر جلالیان، حقوق و وظایف نمایندگی مجلس اثر سیداحمد حبیب‌نژاد و درآمدی بر کیفیت قانون اثر آزاده عبدالله‌زاده شهرباکی، مثال‌هایی برای معرفی دیدگاه‌های مرتبط، اما هم‌عرض با پژوهش حاضر به شمار می‌روند.

در ادامه، مبتنی بر روش توصیفی تحلیلی، پس از بیان مقصود از حق برخورداری از قوه مقننه کارآمد، ابتدا مبانی صلاحیت الزامی ورود رهبری مورد بحث قرار می‌گیرد و سپس به تفصیل صلاحیت‌های رهبری در تأمین حق مزبور مبتنی بر قانون اساسی بیان و واکاوی می‌شود. در نهایت نیز نگارندگان ارزیابی مختصر خود را نسبت به کاربرد و قابلیت اعمال صلاحیت‌های موجود از نظر می‌گذرانند.

۱. حق برخورداری از قوه مقننه کارآمد

حق برخورداری از قوه مقننه کارآمد عبارت است از «امتیاز و قدرتی که برای مردم و بر عهده حاکمیت سیاسی و مشخصاً نهاد قانون‌گذار نسبت به نبود خلأ قانون از جهت زمان (و نه محتوا و کیفیت) وجود دارد». این حق، حقی مشترک و عمومی است که در دانش حقوق عمومی به‌عنوان حق شهروندی مطرح می‌شود. ادله حقوقی و قانونی متعددی برای اثبات و شناسایی حق برخورداری از قوه مقننه کارآمد بیان شده است. «اصل حاکمیت قانون»، «امکان تضييع حقوق و آزادی‌های بنیادین»، «عدم امکان اعتراض شهروندان (جز از راه انتخابات)»، «اقتضای ماهیت نمایندگی»، «مسئولیت‌های حاکمیت»، «ماهیت اهداف قانون»، «مبانی اسلامی»، «ضرر عمومی»، «اقتضای حاکمیت خوب» و «اصل قرارداد اجتماعی» را می‌توان به‌عنوان اهم ادله حقوقی و اصول و مواد متعدد قانونی از قبیل اصول ۳، ۴، ۷، ۸، ۱۰، ۲۰، ۲۲، ۴۰ و ۶۷ قانون اساسی، بند ۱۵ سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری و محتوای قانون عادی را به‌عنوان اهم ادله قانونی در این راستا برشمرد^۱. بنابراین، شهروندان در حکومت اسلامی حق دارند تا از وجود قانون لازم برخوردار باشند و حاکمیت نسبت به تضمین و تأمین به‌موقع آن و جلوگیری از ایجاد خلأ قانونی مکلف است. این حق به دلایل مختلفی می‌تواند توسط قوه مقننه در معرض تضييع قرار گیرد. از این‌رو نظام حقوقی کارآمد باید برای این حالت تدابیر و ضمانت‌های مؤثر و اجرایی را پیش‌بینی کند.

۲. مبانی صلاحیت ورود رهبری

مبتنی بر مبانی و ماهیت نظام جمهوری اسلامی و برگرفته از نظریه ولایت مطلقه فقیه (موضوع

۱. برای مطالعه تفصیلی درباره این حق و ادله منته به آن ر. ک به: جعفرزاده بهاآبادی، علیرضا (۱۴۰۲). امکان‌سنجی حق برخورداری از قوه مقننه کارآمد و آثار حقوقی آن در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (پایان‌نامه کارشناسی ارشد).

اصل ۵۷ قانون اساسی) و دیدگاه مشهور فقها، ولایت برای فقیه در زمینه امور عمومی به صورت مطلق جعل شده است و عموم مسائل و موضوعات متعلق به مصالح و منافع عمومی جامعه اسلامی را دربرمی‌گیرد (موسوی خمینی، ۱۴۱۸ق، ص. ۱۸). از این رو شئون سه‌گانه امور عمومی جامعه اعم از تقنینی، اجرایی و قضایی و دیگر نظامات و مناسبات حکومتی در چهارچوب نظریه ولایت مطلقه فقیه، مشمول و ذیل ولایت فقیه قرار می‌گیرد (معرفت، ۱۳۸۹، ص. ۱۳۱) و ولی فقیه نسبت به رتق و فتق و سامان‌دهی آن‌ها صلاحیت و مسئولیت دارد. به عبارت دیگر احکام اسلام در نظام اسلامی همه اندام‌های تقنینی، اجرایی و قضایی را دربرمی‌گیرد و این احکام جز از طریق «اجتهاد مستمر فقهای جامع‌الشرایط بر اساس کتاب و سنت»^۱ جنبه عملی نمی‌یابد. این موضوع در قالب ولایت امر و امامت امت بر عهده فقیه عادل، باتقوا، آگاه به زمان، شجاع، مدیر و مدبری است که مطابق قانون اساسی آن را عهده‌دار می‌شود.^۲ گاه در تبیین ولایت مطلقه فقیه به‌طور کلی بیان می‌شود که هر آنچه به «انتظام امور دنیای مردم» مربوط باشد، در حوزه اختیارات فقهای جامع‌الشرایط قرار می‌گیرد (حق پرست و همکاران، ۱۳۹۹، ص. ۱۵۴). بنابراین، حاکم اسلامی در راستای ولایت خود در تطبیق و اجرای قوانین الهی و نیز نظم و سامان بخشیدن به جامعه و به‌طورکلی امور اجرایی، تقنینی و قضایی جامعه اسلامی وظیفه دارد (جوادی آملی، ۱۳۹۵، صص. ۲۳۶ و ۲۴۴). تردیدی وجود ندارد که از قطعی‌ترین واجبات شرعی و جوب حفظ نظم عمومی جامعه و حرمت از هم گسستن آن است و یقیناً شارع مقدس نسبت به اداره امور مادی و معنوی جامعه و برآوردن نیازهای مردم بی تفاوت نیست. فقها آنچه را که نظم عمومی وابسته به آن است از باب مقدمه واجب، واجب دانسته‌اند و در مباحث فقهی آن را به تفصیل مورد بررسی و تحلیل قرار داده‌اند (یعقوبی، ۱۳۷۷، ص. ۲۳). بنابراین، با فرض وجوب نظم عمومی و به تعبیری حفظ نظام و مبتنی بر دیدگاه مشهور و غالب وجوب مقدمه واجب (شهید ثانی، ۱۴۱۶ق، صص. ۵۴ و ۵۵؛ شیخ مفید، ۱۴۱۳ق، ص. ۳۱) هر آنچه لازمه و مقدمه این وجوب باشد نیز واجب خواهد بود و شاید بتوان گفت که مقدمه‌ای مهم‌تر از وجود قانون و ضابطه‌مندی امور که می‌توان آن را مساوق و لازمه حق برخورداری از قوه مقننه کارآمد دانست، وجود ندارد؛ البته می‌توان ادعا کرد که اساساً

۱. اصل ۲ قانون اساسی.

۲. اصل ۵ قانون اساسی.

تقنین، خود با انتظام امور این‌همانی دارد و از وجوب ذاتی و نه تنها مقدماتی برخوردار است. به‌طور کلی، مبانی متعددی را از زوایای گوناگون می‌توان برای اثبات لزوم مداخله رهبری برای تضمین حق محل بحث ارائه کرد و مورد بررسی قرار داد که در اینجا به‌اختصار دو نمونه از اهم این مبانی در چهارچوب شرع و قانون اساسی مورد اشاره قرار می‌گیرد.

۱.۲. امور حسبیه

فقه امامیه صلاحیت و وظیفه فوق‌الذکر را برای فقها تحت عنوان ولایت در امور حسبیه طرح و تبیین می‌کند. امام خمینی (رحمت‌الله علیه) در تعریفی موسع از این امور می‌گوید «امور حسبیه اموری است که به‌یقین می‌توان گفت شارع مقدس راضی به وانهادن آن‌ها به حال خود نیست و حتماً باید مسئولی عهده‌دار تصدی آن باشد» (موسوی خمینی، ۱۳۶۸، ص. ۱۳۳). به بیان دقیق‌تر، امور حسبیه از سه ویژگی برخوردارند. نخست اینکه، خداوند راضی به ترک و تعطیلی آن‌ها نیست. دوم اینکه، متولی مشخصی ندارند و ویژگی سوم آن‌ها نیز عدم توقف بر اقامه دعوی و رفتن نزد قاضی است. مدیریت امور دارای این سه ویژگی با فقیه جامع‌الشرایط است که البته می‌تواند آن را به افراد تحت‌نظر خود واگذار کند (ارسطا، ۱۴۰۰، ص. ۵۸). عهده‌داری امور حسبیه در نظرگاه فقهای شیعه بر عهده فقیهان است و نوعی وظیفه و تکلیف برای ایشان به شمار می‌رود. میرزا حسین نایینی (رحمت‌الله علیه) تصریح می‌کند «از جمله قطعیات مذهب ما امامیه است که در عصر غیبت، آنچه از ولایات نوعیه را که عدم رضای شارع مقدس به اهمال آن معلوم باشد، وظایف حسبیه نامیده و نیابت فقهای عصر غیبت را در آن متیقن و ثابت دانستیم... لهذا ثبوت نیابت فقها و نواب عام عصر غیبت در اقامه وظایف مذکوره از قطعیات مذهب خواهد بود.» (نایینی، ۱۳۸۲، ص. ۴۶). مقصود وی از ولایت نوعیه، امور مربوط به حکومت است که مشخصاً می‌توان تقنین را یکی از بارزترین آن‌ها دانست. ملا احمد نراقی (رحمت‌الله علیه) مجتهد شناخته‌شده شیعه بیان می‌دارد که فقیه از دو نوع وظیفه در امور ولایی برخوردار است. نخست، همان وظایف حکومتی پیامبر خاتم (صلی‌الله علیه و آله) و ائمه معصوم (علیهم‌السلام) است و دیگری عموم وظایفی است که متولی خاصی ندارد. از نظر وی، «هر کاری که به امور دین یا دنیای انسان مربوط می‌شود و عقلاً، عادتاً یا شرعاً باید آن کار انجام شود یا اینکه شارع اذن داده است که آن کار صورت پذیرد و متولی معین و غیرمعینی (به‌صورت واجب کفایی) هم ندارد، بر

فقه‌است که آن وظیفه را بر عهده گیرند» (نراقی، ۱۴۱۷ق، ص. ۲۵۴). بنابراین، در فقه امامیه، عهده‌داری و رتق وفتق امور حسبیه (از قبیل تقنین) با تعریفی که بیان شد، وجوباً بر عهده فقها و به عبارت بهتر، بر عهده ولی فقیه است.

با این تفصیل به خوبی می‌توان پی برد که قانون‌گذاری نیز از امور حسبیه‌ای است که اولاً و بالذات بر عهده ولی فقیه است، اما در نظام اساسی جمهوری اسلامی ایران توسط وی به قوه مقننه (زیر نظر ولایت مطلقه امر و امامت امت) سپرده شده است. مشخص است که در فرض عدم کارآمدی قوه مقننه در تقنین، این موضوع واجد تمام ویژگی‌های امور حسبیه خواهد بود که بر اساس آن ولی فقیه دوباره عهده‌دار و مسئول اصلی مدیریت آن می‌شود.^۱

نتیجه اینکه، اساساً وظیفه اولیه وضع قانون به‌عنوان میزان و معیاری که محور و ملاک عمل جامعه و تنظیم اعمال آن است و به متولی امر تقنین نیاز دارد (ارسطا، ۱۴۰۰، ص. ۲۹۶)، از وظایف ولی فقیه است که البته می‌تواند آن را به نهاد دیگری مانند مجلس شورای اسلامی واگذار کند (جوادی آملی، ۱۳۹۵، ص. ۲۵۳). این موضوع به خوبی به اثبات می‌رساند که در صورت عدم کارآمدی نهادی که امر تقنین به آن سپرده شده است، شخص فقیه مسئول تأمین نیاز تقنین و سامان‌دهی امور جامعه از مجاری دیگر خواهد بود. این گزاره در چهارچوب امور حسبیه قابل بیان و اثبات است که مبتنی بر آن ولی فقیه مسئول رفع نیاز و خلأ قانونی در فرض ناکارآمدی مجلس شورای اسلامی در ادای این تکلیف است. بنابراین، می‌توان نهاد ولایت فقیه را اصلی‌ترین ضمانت اجرای حق برخورداری از قوه مقننه کارآمد در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران دانست.

در این مقام گفتنی است که شروط و ویژگی‌های ولی فقیه (یادشده در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران) نیز خود مؤید لزوم ورود رهبری در فرض حاضر، به اقتضای ولایت خود است؛ توضیح اینکه در نظم حقوقی قانون اساسی کنونی، رهبری لزوماً باید صفات و شرایطی از جمله عدالت و تقوای لازم برای رهبری، بینش سیاسی صحیح، تدبیر، شجاعت، مدیریت و قدرت کافی

۱. گفتنی است که برداشت و پیش‌فرض یادشده از امور حسبه، بر بنیاد رویکرد موسع فقهایمانند مرحوم نایینی (رحمت‌الله) است که مصادیق امور مزبور را محدود ندانسته و به امور حکومت‌داری نیز تعمیم داده‌اند. از این رو، امور حسبه در نوشتار حاضر، منصرف از برداشت قائلان به ولایت مقیده است که آن‌ها را محدود به مواردی مانند قضاوت و تولى اموال غیب و قصر می‌دانند.

برای رهبری را دارا^۱ و نسبت به تحولات و مقتضیات زمان از آگاهی لازم برخوردار باشد^۲. تمام این شرایط و صفات ضروری افزون‌بر اینکه ابتدائاً باید در مقام رهبری موجود باشد، در بقا و استمرار رهبری نیز لازم و ضروری است و فقدان هرکدام از آن‌ها موجب سلب مشروعیت و برکناری وی خواهد شد^۳.

شروط یادشده از اقتضا و لازمه‌ای مهم و بنیادین حکایت دارد و آن اینکه، بروز هرگونه عملکرد مغایر با این شروط از رهبری (اعم از فعل یا ترک فعل) مجاز نیست و رهبری موظف است به منظور صیانت و حفظ این اوصاف و شروط، نقش خود را به‌درستی ایفا کند؛ توضیح اینکه، لزوم وجود صفات و شرایط بالا در رهبری هم ابتدائاً و هم استدامتاً شرط است و هرگونه عملکرد و اماره دال بر فقدان هر یک از آن‌ها موجب سلب مشروعیت از وی خواهد شد. بنابراین، اساس و بنیان بقای رهبری و ولایت در احراز آن‌ها و پرهیز از هرگونه عملکرد مغایر با آن‌ها نهفته است. در نتیجه، اگر شروطی از قبیل مدیریت، درایت، عدالت و... در رهبری شرط دانسته شده، بدین معناست که مدیریت امور جامعه اسلامی و اخذ تدابیر لازم برای برطرف ساختن خلأهای احتمالی از جمله خلأ قانون در موارد ضروری از وظایف بنیادین ولی فقیه است و ناتوانی و یا عدم اقدام او ناپذیرفتنی و موجب سلب مشروعیت وی تلقی می‌شود. همچنان که اگر رهبری در تأمین حق محل بحث موفق عمل نکند و موجب تضییع حقوق و آزادی‌های شهروندان شود، عدالت، تقوا، شجاعت و دیگر اوصاف ضروری نیز نسبت به او خدشه‌دار و محل تردید خواهد بود. این تالی بدین سبب است که رهبری موظف به رعایت مصالح عمومی و موازین اسلامی است و اگر در رعایت مصلحت اسلام و مسلمانان کوتاهی ورزد، از عدالت ساقط می‌شود و صلاحیت رهبری را از دست خواهد داد (ارسطا، ۱۳۸۹، ب، ص. ۶۲). براین اساس به‌خوبی می‌توان وظیفه رهبری و لزوم مداخله وی به‌منظور تضمین حق برخورداری از قوه مقننه کارآمد را در زمانی که مجلس از این مهم ناتوان است، به اثبات رساند^۴.

۱. اصل ۵ قانون اساسی.

۲. اصل ۱۰۹ قانون اساسی.

۳. اصل ۱۱۱ قانون اساسی.

۴. نگاهی به رویکرد و دیدگاه رهبران جمهوری اسلامی نسبت به جایگاه تقنین و اهمیت عنصر زمان در تصویب قانون (به‌رغم الزام‌آوری حقوقی)، رهنمون خوبی به لزوم اجتناب از ناکارآمدی نهاد تقنین در نظام اسلامی است. این فهم نقش مؤثری در

از مهم‌ترین ضمانت‌های اجرایی تقنین کارآمد در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، شخص ولی فقیه و رهبری جمهوری اسلامی است که می‌تواند برای تضمین حق برخورداری از قوه مقننه کارآمد در فرض ناکارآمدی مجلس شورای اسلامی به ایفای نقش بپردازد، اما این موضوع بسته به رویکرد نظری از دو مجرای استناد به اصل «ولایت مطلقه فقیه» و «صلاحیت‌های قانونی رهبری» متحقق می‌شود؛ توضیح اینکه در زمینه قلمرو اختیارات رهبری در قانون اساسی دیدگاه‌های گوناگون و ناهمگونی مطرح شده که اهم آن‌ها سه دیدگاه «انحصار اختیارات رهبری در اصل ۱۱۰ قانون اساسی» (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۰، ص. ۱۶)، «انحصار این اختیارات در قانون اساسی» (هاشمی، ۱۳۹۴، ج ۲، ص. ۶۲) و «انحصار در حدود شرعی» (یزدی، ۱۳۷۵، ص. ۵۵۲) است. دو دیدگاه نخست حدود صلاحیت اعمال رهبری را تنها موارد مصرح در قانون اساسی می‌داند برخلاف دیدگاه سوم که آن را فراتر از قانون اساسی و تنها محدود به رعایت موازین شرعی تبیین می‌کند. به نظر می‌رسد انحصار وظایف و اختیارات رهبری در موارد مذکور در اصل ۱۱۰ قانون اساسی با اصل ولایت مطلقه فقیه سازگار نیست و باید آن‌ها را تمثیلی و از باب مثال دانست که در موقعیت‌های حاد و ضروری و ایجاد معضلات و مشکلات غیرعادی و به‌خصوص مبتنی بر مصالح^۱ قابل افزایش خواهد بود (ملک‌زاده، ۱۳۹۰، ص. ۳۵۸). صورت مشروح مذاکرات بازنگری قانون اساسی که خود یکی از منابع تفسیر این قانون به شمار می‌رود (اداره کل قوانین

و جوب معطل نماندن تقنین در موارد ضروری دارد که خود مقتضی مداخله برای خروج نظام از بحران توسط ولی فقیه است. برجسته کردن رویکرد رهبران از این رو مؤثر خواهد بود که راهکار حقوقی موجود را واقعی و قابل اجرا در نظم موجود جلوه می‌دهد. برای مثال رک به: موسوی خمینی (۱۳۸۹، ج ۱۲، ص. ۱۲۲ و ج ۲۰، ص. ۲۱۴) و روابط عمومی مجلس (۱۳۷۱ و ۱۳۷۴). کارنامه مجلس شورای اسلامی، دوره‌های سوم (ص. ۲۹) و چهارم (صص. ۱۷، ۱۹ و ۴۷)، سال چهارم، تهران: مجلس شورای اسلامی. آخرین پردازش به اهمیت نظام‌مندی تقنین برای تأمین حداکثری اهداف آن توسط رهبری انقلاب، در دیدار ایشان با نمایندگان در تاریخ ۱۴۰۲/۳/۳ صورت گرفت. رهبر انقلاب اسلامی در این دیدار تصریح کردند «خود قانون‌نویسی و قانون‌گذاری هم یک اصولی دارد ... یکی از کارهایی که باید حتماً انجام بگیرد، تقنین برای شیوه قانون‌گذاری است - قانون‌گذاری برای شیوه قانون‌گذاری - تا معلوم باشد که قانون‌گذاری چه جوری انجام می‌گیرد». مراجعه شود به لینک <https://khl.ink/f/52934>

۱. مبنای ما در این پژوهش نه نظریه نخب (مشروعیت‌بخش بودن مردم و قانون اساسی به رهبری)، بلکه نظریه نصب (مشروعیت الهی رهبری و مشروعیت‌بخش بودن رهبری به قانون اساسی) است. برای مطالعه بیشتر ر. ک به: ارسطا، محمدجواد (۱۳۸۹، صص. ۱۱۶-۱۴۴).

مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۹، ج ۲، صص. ۶۴۲-۷۰۱)، عدم امکان استناد به مفهوم مخالف عدد در اصل ۱۱۰ به دلیل تصریح به خلاف آن در منطوق صریح اصل ۵۷ قانون اساسی و همچنین، ذکر اختیارات مازاد بر اصل ۱۱۰ در اصول دیگر قانون اساسی^۱ از مهم‌ترین دلایل بر حصری نبودن موارد یادشده در اصل ۱۱۰ قانون اساسی شمرده می‌شوند (ارسطا، ۱۳۷۸، صص. ۷۹-۸۲)؛ ضمن اینکه نامه امام خمینی (رحمت‌الله) در مورد اختیارات ولی فقیه مورخ ۱۳۶۶/۱۰/۱۶ که در آن حکومت را از احکام اولیه اسلام و مقدم بر تمام احکام فرعیه بر اساس مصالح می‌دانند، گویاترین دلیل بر این رویکرد ارزیابی می‌شود (موسوی خمینی، ۱۳۸۹، ج ۲۰، ص. ۴۵۲).

ناگفته نماند که برای ولایت مطلقه که به معنای اختیارات فقیه جامع‌الشرایط برای اداره جامعه اسلامی در زمان غیبت است، دو قید مهم وجود دارد. نخستین قید، محدود بودن این ولایت به امور عمومی و دیگری، لزوم رعایت مصالح عمومی است (ارسطا، ۱۳۷۸، ص. ۷۸). از این رو در هرگونه اعمال ولایت مطلقه‌ای از سوی ولی فقیه، رعایت دو قید ضروری و بلکه مفروض است.

۲.۲. دعوت به خیر و امر به معروف و نهی از منکر

افزون بر قابلیت جاگذاری لزوم ورود رهبری برای رفع مشکل ناکارآمدی قوه مقننه در قانون‌گذاری تحت عنوان امور حسبیه، «دعوت به خیر و امر به معروف و نهی از منکر» (موضوع اصل ۸ قانون اساسی) نیز عنوان مناسب دیگری برای مدلل‌سازی فقهی و حقوقی الزام ورود رهبری در این زمینه برآورد می‌شود؛ توضیح اینکه مسئولیت مستقیم حفظ و تأمین منافع ملت با هیئت زمامداری کشور است و زمامداران جز برای این موضوع تعیین نمی‌شوند (هاشمی، ۱۳۹۶، ج ۱، ص ۲۴۳). از این رو اساس تأسیس نهاد رهبری بدین منظور است که مجاری امور در دست فقیه واجد شرایط قرار گیرد تا با تشخیص حلال و حرام^۲، «ضمن عدم انحراف سازمان‌های مختلف از وظایف اصیل اسلامی خود باشد»^۳. به همین دلیل است که قوای حاکم باید زیر نظر ولایت امر قرار گیرند^۱ تا

۱. مانند تعیین اعضای ثابت و متغیر مجمع تشخیص مصلحت نظام و تأیید مقررات مربوط به آن در اصل ۱۱۲ و تعیین موارد اصلاح یا تنمیه قانون اساسی و پیشنهاد آن به شورای بازنگری قانون اساسی و تأیید و امضای مصوبات آن شورا در اصل ۱۷۷ قانون اساسی.

۲. امام حسین (علیه‌السلام) «أَنَّ مَجَارِيَ الْأُمُورِ وَالْأَحْكَامِ عَلَى أَيْدِي الْعُلَمَاءِ بِاللَّهِ الْأَمْنَاءِ عَلَى حَلَالِهِ وَحَرَامِهِ» (حرانی، ۱۳۸۲، ص. ۲۳۷).

۳. دبیاچه قانون اساسی (ولایت فقیه عادل).

نسبت به سلامت رفتار و ادای وظایف کارگزاران در هر سه قوه مراقبت و پاسداری کند و از این ممر، منافع ملی و مصالح عمومی تأمین شود. بنابراین، در چهارچوب اصل ۸ قانون اساسی و لزوم اجرای امر به معروف و نهی از منکر از مجرای نظارت زمامداران (و در رأس همه ولی فقیه) بر امور عمومی است که اوضاع جامعه رو به بهبود می‌رود و از انحرافات و کج‌روی‌ها جلوگیری و پیش‌گیری می‌شود. برخی اهالی حقوق در تبیین خود از اصل ۸ قانون اساسی تصریح کرده‌اند که «تأسیس نهاد رهبری در جامعه، بدین معناست که مجاری امور در دست فقیه واجد شرایطی قرار گیرد که با تشخیص حلال و حرام، ضامن عدم انحراف سازمان‌های مختلف از وظایف اصیل اسلامی خود باشد و بدین منظور، قوای سه‌گانه زیر نظر ولایت امر قرار می‌گیرند. در این نظارت که جلوه‌گویایی از امر به معروف و نهی از منکر است، مقام رهبری، شخصاً یا از طریق نمایندگان خود، همه دستگاه‌ها را به اجرای حقوق خداوند و مردم مکلف می‌سازد (ساعد و کیل و عسکری، ۱۳۹۸، ص. ۸۴).» بدیهی است که اگر امر به معروف و نهی از منکر بر زمین بماند و در اثر آن، حقوق افراد رو به تضییع گذارد، ولی فقیه نیز مخاطب تکلیف یادشده در اصل مزبور است و باید در این راستا ورود یابد؛ زیرا وجود قانون و نظام‌مندی امور از مصادیق معروف و خیر و فقدان و خلأ آن از مصادیق منکر و شر است. متون فقهی این بعد از وجوب امر به معروف و نهی از منکر را با این بیان مطرح می‌کنند که «دفع منکر نیز همچون رفع آن، واجب است» (شیخ انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص. ۷۳). در این راستا، قانون‌گذاری را می‌توان از مصادیق روشن دفع منکر زمینه‌ساز اختلال و هرج‌ومرج در نظام برشمرد. مختصر آنکه، وظیفه همگانی و عام‌الشمول یادشده در اصل ۸ قانون اساسی که واضح‌ترین تجلی شمول آن در مورد زمامداران است و ارتباط و درهم‌تنیدگی عمیقی با اصل ۵۷ قانون اساسی دارد، پشتوانه و استناد محکمی برای مسئولیت یافتن رهبری در تضمین حق برخورداری از قوه مقننه کارآمد در صورت ناکارآمدی مجلس در تأمین آن به شمار می‌رود.

در ادامه، به بررسی و تحلیل صلاحیت‌های رهبری در تأمین حق محل بحث (اعم از صلاحیت‌های مصرح در قانون اساسی و صلاحیت‌های مستند به ولایت مطلقه فقیه) پس از بروز ناکارآمدی مجلس شورای اسلامی در تقنین می‌پردازیم.

۳. صلاحیت‌های رهبری برای تأمین حق برخورداری از قوه مقننه کارآمد

مبتنی بر نظم حقوقی کنونی، مقام رهبری برای مداخله به منظور تأمین حق یادشده از ابزارهایی برخوردار خواهد بود که در ادامه به تبیین و بررسی هرکدام می‌پردازیم.

۱.۳. انحلال مجلس

انحلال مجلس به این معناست که رئیس کشور اعم از پادشاه یا رئیس‌جمهوری بتواند به دلایلی ادامه کار مجلس را به مصلحت نداند و آن دوره را برای تشکیل مجلس جدید منحل کند (Ropalje & Lawrence, 1883, p. 399). در نظام‌های حقوقی امروزی، یکی از متداول‌ترین روش‌های خروج مجلس از بن‌بست، انحلال آن است. در استرالیا بعد از عدم حصول نتیجه در تقنین با آزمون روش‌های ردوبدل گهواره‌ای و تشکیل کمیسیون یا کنفرانس مشترک مجلسین، فرمانروای کل می‌تواند انحلال دو مجلس را اعلام دارد. در شوروی سابق نیز با پیشامد عدم توافق در تصویب قوانین و عدم حصول نتیجه از طریق کمیسیون مشترک، هیئت‌رئیس‌سه شورای عالی می‌توانست انحلال پارلمان را اعلام و انتخابات را تجدید کند (قاضی شریعت‌پناهی، ۱۳۹۸، ص. ۴۴۲). اصل ۱۲ قانون اساسی فرانسه، اختیار انحلال مجلس ملی را به رئیس‌جمهوری سپرده است. این اختیار در اصل ۴۸ قانون اساسی مشروطه به‌صراحت برای شاه پیش‌بینی شده بود، اما در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به‌رغم بحث‌های فراوان درباره آن در شورای بازنگری قانون اساسی (اداره کل قوانین مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۹، ج ۳، ص. ۱۳۰۹)، در نهایت و پس از اختلاف‌نظرهای فراوان با درخواست رهبری مسکوت ماند.^۱

اساس و ماهیت پیش‌بینی صلاحیت انحلال مجلس در نظام‌های حقوقی دیگر کشورها، انحراف

۱ رهبری در نامه خود (مورخ ۱۳۶۸/۴/۱۰) خطاب به آیت‌الله مشکینی، رئیس شورای بازنگری قانون اساسی می‌نویسد: «... از آنجاکه طرح مسئله حق انحلال مجلس برای مقام رهبری از سوی جمع‌کنیری از نمایندگان محترم مجلس شورای اسلامی و غیر آنان مورد حساسیت و اعتراض قرار گرفته است، شایسته است که موضوع یادشده از دستور کار شورای بازنگری حذف شود تا موجهی برای اختلاف‌نظر میان برادران در این جو صفا و صمیمیت به وجود نیاید». پیشنهاد کمیسیون رهبری شورای بازنگری قانون اساسی به این شرح بود «منحل نمودن مجلس شورای اسلامی پس از موافقت اکثریت مجمع تشخیص مصلحت، در صورتی‌که این مجمع رجوع به همه‌پرسی را لازم بداند، رهبر پس از انجام همه‌پرسی مجلس را منحل می‌کند. در فرمان انحلال، تاریخ انجام انتخابات جدید که حداکثر چهل روز پس از انحلال صورت خواهد گرفت، ذکر می‌شود» (ر.ک به: <https://khl.ink/f/2120>).

به سمت دیکتاتوری و نادیده‌انگاری آرای عمومی و مشارکت مردم در ارکان حکومت است (دفتر بررسی‌های حقوقی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۷۷، ص. ۵۷). شاید بتوان عدم اشاره به امکان و صلاحیت انحلال مجلس متشکل از نمایندگان قانون‌گذار در قانون اساسی را نیز در همین راستا ارزیابی کرد^۱. مسکوت ماندن صلاحیت انحلال مجلس در قانون اساسی موجب بروز دو دیدگاه کلی درباره صلاحیت رهبری در انحلال مجلس شده است. برخی معتقدند در قانون اساسی کنونی جمهوری اسلامی ایران، امکان انحلال مجلس برای هیچ مقامی در هیچ شرایطی پیش‌بینی نشده است و اهتمام نظام اساسی به این است که در کشور همیشه مجلس وجود داشته باشد (لطفی، ۱۳۸۹، ج ۳، صص. ۲۵۸؛ جمعی از نویسندگان، ۱۳۹۶، ص. ۱۵۱). در مقابل، برخی دیگر تصریح می‌کنند که مبتنی بر شأن ولایت مطلقه فقیه، انتصابی بودن رهبری توسط خبرگان منتخب مردم و مشروح مذاکرات بازنگری قانون اساسی، رهبری از اختیار انحلال مجلس برخوردار است (کاویانی، ۱۳۸۷، ص. ۱۶۷).

از آنجاکه قانون اساسی رهبر منتخب مجلس خبرگان را دارای ولایت مطلقه امر معرفی کرده است^۲ و تصریح می‌کند که وی تمام مسئولیت‌های ناشی از ولایت امر را بر عهده دارد^۳، به نظر می‌رسد رهبری از صلاحیت یادشده برخوردار است و بنابراین، از جمله ابزارهای وی برای پایان بخشیدن به ناکارآمدی مجلس، اقدام به انحلال آن است. این در فرضی خواهد بود که رهبری مصلحت را در عدم اقدام از سوی خود بداند و معتقد باشد در هر صورت تقنین توسط نمایندگان قانون‌گذار قوه مقننه اقرب به تأمین مصالح عمومی یا ملی، حفظ جایگاه رهبری، مقبولیت فرامین

۱. یکی از اعضای شورای بازنگری در بخشی از سخنان خود می‌گوید «راجع به منحل کردن مجلس، من اعتقاد دارم مجلس جایگاه گرایش‌های عموم مردم در حدود اختیاراتی است که شرع و قانون به آن‌ها داده و فقط با مراجعه به افکار عمومی می‌شود تشخیص داد که این مجلس دیگر گرایش شما را در این چهارچوب نشان نمی‌دهد... ما وقتی مجلس را کنار می‌زنیم درحقیقت می‌خواهیم بگوییم که این نماینده‌ها، نماینده‌های این گرایش عمومی مردم، این خواسته‌های شما به‌عنوان یک جامعه اسلامی و انقلابی نیست. تشخیص این مسئله با خود مردم است. برای همین، من فکر می‌کنم در رابطه با این مورد، در صورت اینکه این مجمع رجوع به همه‌پرسی را لازم بداند، این را نباید بگذاریم. اگر انحلال را ما قبول کردیم در این رابطه حتماً با همه‌پرسی مردم باید این مسئله صورت بگیرد» (اداره کل قوانین مجلس شورای اسلامی، ایران، ج ۳، صص. ۶۹۲ و ۶۹۳).

۲. اصل ۵۷ قانون اساسی.

۳. ذیل اصل ۱۰۷ قانون اساسی.

قانونی و... است (کدخدایی و همکاران، ۱۴۰۱، ص. ۱۲۳). امکان و اختیار انحلال مجلس توسط رهبری چنان‌که ذکر شد، مستند به ولایت مطلقه او در اصل ۵۷ قانون اساسی است که بر اساس آن، در موارد استثنایی و عدم امکان اقدام از طرق عادی و پس از احراز ضرورت یا مصلحت، وی می‌تواند منویات و سیاست‌های خود را با استفاده از روش‌های غیرمصرح در قانون اساسی اعمال کند.

در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران «اعمال ولی فقیه و اداره کشور به وسیله او با سیستمی انجام می‌شود که همان سیستم قانون اساسی است و البته هر جا این سیستم با ضرورت‌ها برخورد کند و کارایی نداشته باشد، ولایت "مطلقه" فقیه گره‌گشا خواهد بود» (اداره کل قوانین مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۹، ج ۳، ص. ۱۶۳۸). اساساً انحلال مجلس توسط رهبری در شرایط عادی توجیه‌ناپذیر است و اختصاص به حالت‌ها و شرایط بسیار اضطراری و بن‌بست دارد. اصل اولی بر این است که رهبری مشکلات را براساس صفات خود مانند درایت و مدیریت و از راه صلاحیت‌های مصرح و طبیعی‌تر حل کند (کدخدایی و همکاران، ۱۴۰۱، ص. ۱۲۴).

توجه به این نکته ضروری است که برای رعایت ذیل اصل ۶۳ قانون اساسی مبنی بر لزوم «خالی نبودن کشور از مجلس در هیچ زمانی»، در صورت اعمال این صلاحیت از سوی رهبری، انتخابات باید در سریع‌ترین زمان ممکن برگزار شود و تا زمان تشکیل مجلس جدید، مجلس موجود رسمیت دارد و به کار خود ادامه می‌دهد. قانون اساسی ژاپن با تعیین ضرب‌الاجل و سقف زمانی برای انتخابات و تشکیل مجلس پس از انحلال آن، تقیصه تالی منفی فقدان مجلس را تا حدی برطرف کرده است. در نظام حقوقی این کشور، پس از آنکه امپراتور به نمایندگی از مردم و با مشورت و تصویب هیئت وزیران مجلس را منحل کرد^۱، انتخابات عمومی اعضای مجلس باید ظرف ۴۰ روز از تاریخ انحلال مجلس انجام شود و مجلسین ظرف ۳۰ روز از تاریخ انتخابات تشکیل جلسه دهند^۲. در انگلستان نیز در صورت انحلال مجلس توسط نخست‌وزیر، تعیین تاریخ انتخابات بر عهده شخص وی گذارده شده است (زارعی، ۱۳۸۴، ص. ۴۹). بنابراین، انحلال مجلس منافاتی با اصل ۶۳ قانون اساسی ندارد.

۱. اصل ۷ قانون اساسی ژاپن.

۲. اصل ۵۴ قانون اساسی ژاپن.

۲.۳. نظارت بر حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام

سیاست‌های کلی، مجموعه اصول و مقرراتی هستند که پایین‌تر از قانون اساسی و بالاتر از قوانین و مقررات عادی، راهنمای سیر قوای سه‌گانه و دیگر نیروهای مؤثر در جامعه به سوی اهداف آرمانی و اصول قانون اساسی هستند (انصاری، ۱۳۸۵، ص ۵۲). از این سیاست‌ها در شرع به‌عنوان حکم حکومتی یاد می‌شود که باید روح و مبنای حاکم بر قانون‌گذاری شناخته و تلقی شوند (اسماعیلی و طحان‌نظیف، ۱۳۹۱، صص. ۷۳-۹۴). بندهای اول و دوم اصل ۱۱۰ قانون اساسی به ترتیب، صلاحیت «تعیین سیاست‌های کلی نظام جمهوری اسلامی ایران پس از مشورت با مجمع تشخیص مصلحت نظام» و «نظارت بر حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام» را برای رهبری مورد تصریح قرار داده است که می‌توان مورد دوم را یکی از راهکارها و مجاری ورود رهبری به مقوله خروج نظام تقنینی از ناکارآمدی عنوان کرد.

رهبری بر اساس ذیل اصل ۱۱۰ قانون اساسی، به‌موجب جزء ۱-۴ پیوست حکم دوره هشتم مجمع تشخیص مصلحت نظام ابلاغی ۱۳۹۶/۵/۳۰، وظیفه نظارت بر حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام را به «هیئت عالی نظارت بر حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام» واگذار کردند^۱، اما این موضوع صلاحیت مداخله مستقیم توسط وی را در موارد لزوم سلب نمی‌کند؛ زیرا نظارت بر حسن اجرای این سیاست‌ها مرتبط با ولایت و اشراف وی بر قوای سه‌گانه ازجمله قوه مقننه مطابق با اصل ۵۷ قانون اساسی است و سلب‌شدنی نیست. رهبری بر اساس سیاست‌های کلی مرتبط با قوه مقننه، نهاد تقنین را مورد رصد و نظارت قرار می‌دهد و نسبت به اجرای مطلوب آن‌ها نظارت می‌کند (اقتداری، ۱۳۶۶، ص ۶۳). از این رو شخص رهبری همچنان صلاحیت نظارت بر حسن اجرای این سیاست‌ها را دارد و می‌تواند مستند به این صلاحیت نسبت به برطرف کردن خلأ قانونی اقدام عملی کند؛ زیرا مفاد بخشی از سیاست‌های کلی نظام ازجمله سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری (ابلاغی ۱۳۹۸/۷/۶)، ایجاد و حفظ نظام جامعه و تضمین حقوق شهروندان از طریق وجود قانون را هدف‌گذاری کرده است و در سطح بالایی (پس از قانون اساسی)، بر ضرورت و لزوم فقدان خلأ قانونی تأکید می‌کند، اما اقدام عملی رهبری در فرض ناکارآمدی مجلس در تقنین برای تضمین حق موضوع بحث، در صورت استناد به این بند (بند ۲ اصل ۱۱۰) از سه طریق

توجیه است می‌شود.

۱.۲.۳. قاعده ملازمه اذن در شیء با اذن در لوازم آن

مقصود از این قاعده آن است که اگر به چیزی اذن داده شود، خودبه‌خود به لوازم آن هم اذن داده شده است. برای مثال، اگر شخصی به شخص دیگر اجازه استفاده از آب چاهی را که در وسط خانه اوست، می‌دهد، خودبه‌خود و پیشاپیش به وی اجازه ورود به خانه را نیز داده است (شب‌خیز و محمدتبار، ۱۴۰۰، صص. ۲۸۹ و ۲۹۰). بسیاری از فقها این قاعده را قاعده‌ای پذیرفتنی و تردیدناپذیر دانسته‌اند (موسوی خمینی، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص. ۶۲۳). مبتنی بر این قاعده، لازمه ضروری اذن در «نظارت بر حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام»، جواز ورود و مداخله عملی رهبری است که در نتیجه، وی در آن (از منظر قانون اساسی) مأذون خواهد بود.

۲.۲.۳. ماهیت واجب غیری

واجب غیری عملی است که به‌خاطر واجب دیگری واجب شده است (سبحانی، ۱۴۳۱ق، ص. ۵۱۰). در بند ۲ اصل ۱۱۰ قانون اساسی «نظارت بر حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام» به دلیل موضوع ضروری دیگری به نام «لزوم اجرای سیاست‌های کلی نظام» لازم و از وظایف رهبری دانسته شده است. از این رو مهم، تحقق واجب اصلی است که مستلزم ورود رهبری و اقدام عملی وی است. این موضوع مبتنی بر نگاه کلانی است که پیش‌تر گفته شد و آن اینکه، اساساً امر تقنین از امور حسبه و اولاً و بالذات بر عهده ولی فقیه است، اما مطابق اصل ۵۷ قانون اساسی این وظیفه به قوه مقننه سپرده شده که زیر نظر ولایت مطلقه امر و امامت امت است. بنابراین، ماهیت اجرای این سیاست‌ها اولاً و بالذات بر عهده ولی فقیه است که از سوی وی به قوای دیگر تفویض شده است. نتیجه اینکه اگر دستگاه مفوض‌الیه در انجام دادن وظیفه تفویض‌شده شکست قطعی خورد، ولی فقیه از باب وجوب، عهده‌دار امور حسبه (از قبیل تقنین اضطراری)، نسبت به عهده‌داری و رفع آن مسئول خواهد بود.

۳.۲.۳. قاعده مقدمه واجب

مقصود از مقدمه واجب، ثبوت ملازمه عقلی میان وجوب شیء و مقدمه آن است (صدر، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۱۷۵). از این قاعده گاه با عنوان «مالایتم‌الواجب الا به فهو واجب» یاد می‌شود (الغزی،

۱۹۹۶م، ص. ۳۹۳). تطبیق این قاعده بر موضوع مورد بحث این‌گونه است که اگر «نظارت بر حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام» وظیفه و واجبی بر عهده رهبری است، مقدمه و متوقف‌علیه آن یعنی جواز ورود عملی برای تضمین آن نیز باید مجاز و بلکه وظیفه و واجب بر عهده رهبری باشد؛ زیرا لازمه و هدف سیاست‌های بسیاری از جمله سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری، جلوگیری از خلأ قانون مورد نیاز و اخلال در امور جامعه و حکمرانی است. اگر این امر مبتنی بر امور حسبه بودن، واجب و بر عهده رهبری تلقی و عدم حسن اجرای آن‌ها توسط وی احراز شود، باید صلاحیت ورود ولی فقیه برای تأمین قانون اضطراری (مقدمه واجب) برای اطمینان از حسن اجرای سیاست‌های کلی (واجب) نیز مفروض تلقی شود.

۴.۲.۳. دیگر قواعد قابل استناد

گذشته از سه قاعده یادشده در بالا، قواعدی مانند «تعاون بر نیکی‌ها و تقوا»، «امر به معروف و نهی از منکر»، «واجب کفایی»، «لزوم اجرای احکام اسلامی»، «وجوب حفظ نظام اسلامی»، «ضرورت تحقق قسط و عدل در جامعه» و... نیز برای اثبات اختیار و بلکه لزوم ورود رهبری به حوزه تقنین در فرض مذکور شایان استناد است (نقوی، ۱۳۹۵، صص. ۶۱-۶۸).

در نتیجه، رهبری می‌تواند با استفاده از صلاحیت یادشده در بند ۲ اصل ۱۱۰ قانون اساسی نیز حق برخورداری از قوه مقننه کارآمد را پس از ناکارآمد جلوه کردن مجلس شورای اسلامی تضمین کند.

۳.۳. فرمان همه‌پرسی

بند سوم اصل ۱۱۰ قانون اساسی «فرمان همه‌پرسی» را از اختیارات رهبری دانسته است که اگر گستره شمول این بند را اعم از همه‌پرسی تقنینی (موضوع اصل ۵۹ قانون اساسی)، همه‌پرسی اساسی (موضوع اصل ۱۷۷ قانون اساسی) و همه‌پرسی سیاسی بدانیم، قادر خواهیم بود آن را از جمله ابزارهای رهبری در تضمین حق برخورداری از قوه مقننه کارآمد معرفی کنیم؛ توضیح اینکه همه‌پرسی گاه برای قانون‌گذاری (تقنین عادی توسط مردم) است که در آن قانون‌گذاری (عمدتاً در مسائل مهم و سرنوشت‌ساز) به آرای عمومی واگذار می‌شود (پورعباس، ۱۳۸۴، ص. ۲۱). در حالت دیگر، همه‌پرسی به‌منظور شروع یا تأیید اصلاح و بازنگری در قانون اساسی انجام می‌گیرد. گاه نیز همه‌پرسی اهداف سیاسی به دنبال دارد که این حالت مربوط به زمانی است که

رئیس کشور برای تصمیمات سیاسی فوق‌العاده با مراجعه به اکثریت آرای مردم، اعتماد آن‌ها را نسبت به خود جلب می‌کند (هاشمی، ۱۳۹۴، ج ۲، ص. ۸۲). چنان‌که گفته شد همه‌پرسی تقنینی و اساسی برخلاف همه‌پرسی سیاسی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مورد تصریح قرار گرفته است، اما هیچ قرینه روشنی دال بر همه‌پرسی سیاسی در قانون اساسی کنونی وجود ندارد (هاشمی، ۱۳۹۴، ج ۲، ص. ۷۳). با تکیه بر همین موضوع برخی بیان داشته‌اند که اساساً در ایران همه‌پرسی سیاسی وجود ندارد (طحان‌نظیف و همکاران، ۱۳۹۹، ص. ۵۳). به نظر می‌رسد این دیدگاه دارای اشکال است؛ زیرا مبتنی بر ولایت مطلقه فقیه اگر مصالح و منافع عمومی اقتضای همه‌پرسی سیاسی را داشته باشد و رهبری نیز آن را احراز کند، برآمده از ولایت مطلقه خود امکان برگزاری آن را خواهد داشت؛ زیرا اساس تشریح ولایت فقیه حفظ مصالح اشخاص تحت ولایت است (ارسطا، ۱۳۸۹، ب، ص. ۵۵).

همچنین، برخلاف دیدگاه برخی که معتقدند فرمان همه‌پرسی یادشده در اصل ۱۱۰ از همه‌پرسی تقنینی موضوع اصل ۵۹ قانون اساسی انصراف دارد (ابریشمی راد و نیکونهاد، ۱۳۹۹، صص. ۴۰۲ و ۴۰۳)، به نظر می‌رسد این صلاحیت برای رهبری در خصوص همه‌پرسی تقنینی هم ثابت است و وی می‌تواند فرمان آن را صادر کند (طحان‌نظیف و همکاران، ۱۳۹۹، ص. ۶۶)؛ البته اینجا ممکن است برخی آن را با استناد به ماده ۳۶ «قانون همه‌پرسی در جمهوری اسلامی ایران» مصوب ۱۳۶۸/۴/۴ مجلس شورای اسلامی^۱، تنها ناظر به دستور آغاز فرایند برگزاری همه‌پرسی و بخشی از تشریفات آن و نه امکان ابتکار آن بدانند (کدخدایی و همکاران، ۱۴۰۱، ص. ۷۹) که کاملاً مردود است؛ زیرا رهبری چنان‌که گفته شد، بر اساس ولایت مطلقه خود و وجود مصالح عمومی می‌تواند ابتکار همه‌پرسی تقنینی را نیز طرح کند که این موضوع مغایرت ماده یادشده با اصل ۵۷ قانون اساسی (ولایت مطلقه امر) را مدلل می‌سازد. نتیجه اینکه، اختیار فرمان همه‌پرسی موضوع بند ۳ اصل ۱۱۰ قانون اساسی اعم از همه‌پرسی تقنینی، اساسی و سیاسی است.

با مقدمه و مبنای بالا می‌توان از اختیار رهبری در صدور فرمان همه‌پرسی نیز به‌عنوان یکی دیگر از مجاری تضمین حق برخورداری از قوه مقننه کارآمد نام برد. بدین صورت که وی مجاز

۱. همه‌پرسی به پیشنهاد رئیس‌جمهوری یا یک‌صد نفر از نمایندگان مجلس شورای اسلامی و تصویب حداقل دوسوم مجموع نمایندگان مجلس شورای اسلامی انجام خواهد شد.

خواهد بود در راستای وظیفه قطعی خود مبنی بر رفع خلأ قانونی در حالت ناکامی مجلس شورای اسلامی، با صدور فرمان برگزاری همه‌پرسی تقنینی، قانون معطل و معوق در مجلس یا قانون مدنظر خود را به رأی عموم مردم بگذارد. امکان استفاده از اختیار بند ۳ اصل ۱۱۰ قانون اساسی در قالب همه‌پرسی سیاسی نیز مطرح است و آن زمانی است که رهبری مصلحت را در این بیابد که در قالب همه‌پرسی سیاسی برای جلب برخی مصالح از قبیل همراهی افکار عمومی، کسب مشارکت و رضایت مردمی و... تصمیمات قانونی مدنظر خود را از طریق مراجعه به آرای عمومی استحکام (نه تقنین) بخشد. موضوع این همه‌پرسی سیاسی همچنین می‌تواند انحلال مجلس باشد. بدین معنا که رهبری در همه‌پرسی سیاسی، انحلال مجلس را به رأی عموم بگذارد و از این مجرا اقدام به انحلال مجلس کند. راهکار انحلال مجلس توسط مردم از جمله راهکارهای منطقی مطرح شده در شورای بازنگری قانون اساسی نیز بود (اداره کل قوانین مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۹، ج ۳، ص. ۶۹۵) که در نهایت مسکوت ماند.

۴.۳. حل اختلاف قوا

حل اختلاف و تنظیم روابط قوای سه‌گانه بر اساس بند ۷ اصل ۱۱۰ قانون اساسی، یکی دیگر از صلاحیت‌های رهبری عنوان شده است که مبتنی بر آن در مواردی که اختلاف حل‌نشده میان قوا پدیدار شود، رهبری مسئول رفع آن و تنظیم روابط میان قوا خواهد بود. بنابراین، رهبری بر قوای سه‌گانه نظارت دارد و در صورت فقدان، نقص، اجمال، تعارض (طاهری، ۱۳۹۵، ص. ۱۹۲) یا عدم اجرای قانون، تذکرات و دستورات لازم را به آن‌ها می‌دهد (محسنی، ۱۳۹۵، صص. ۱۹۷ و ۱۹۸). اختلاف قوا و تنظیم روابط قوا دو ماهیت متفاوت‌اند. اختلاف وضعیتی است که در نتیجه وقوع خلل جدی در روابط قوای سه‌گانه ایجاد و منجر به التهاب و تنش در فضای کل کشور می‌شود (کدخدایی و همکاران، ۱۴۰۱، ص. ۱۰۹) درحالی‌که تنظیم قوا موضوعی مداوم و نیاز است که به‌طور «مستمر» عملکرد قوا توسط رهبری مورد نظارت قرار گیرد (مهرپور، ۱۳۷۱، ص. ۴۲). تفاوت ایجاد اختلاف و ایجاد معضل نیز این است که معضل مرحله‌ای حادث‌تر از اختلاف است (کدخدایی و همکاران، ۱۴۰۱، ص. ۱۲۱) و اساساً استثنایی و نادرالوقوع به شمار می‌رود. معضل امکان دارد در مواقع خاص و بحرانی، به‌صورت مشکلی حل‌نشده از طرق عادی بروز یابد و اختصاص به امور و روابط میان قوا ندارد. بنابراین، رابطه میان این دو، عموم و خصوص من وجه

است. بدین معنا که برخی اختلافات میان قوا معضل و برخی معضلات موجود از نوع اختلاف قواست.

عنوان یادشده در بند ۷ به یک اصل کلی اشاره دارد و آن اینکه، اوضاع و احوال کشور در هر زمان مستلزم تدبیر و حرکت متناسب است که باید انجام پذیرد (هاشمی، ۱۳۹۴، ج ۲، ص. ۷۵) و مسئول این مهم بالاترین مقام قانونی یعنی رهبری شناسایی شده است. تدبیر و اقدام رهبری در این مقام که در راستای حفظ مصلحت و اقتدار کشور صورت می‌گیرد، تحت عنوان حکم ولایی قابل شناسایی و پذیرش است که در نتیجه، همه قوا ملزم به تبعیت از آن حکم هستند (طاهری، ۱۳۹۵، ص ۱۹۲).

از آنجاکه طبق ذیل اصل ۱۱۰ «رهبری می‌تواند بعضی از وظایف و اختیارات خود را به شخص دیگری تفویض کند»، به دستور رهبری، تأسیس هیئت عالی حل اختلاف و تنظیم روابط قوای سه‌گانه (در تاریخ ۱۳۹۰/۵/۳) در راستای اجرای بند مذکور انجام پذیرفت؛^۱ البته این هیئت تنها نظر مشورتی می‌دهد و تصمیم‌گیر نهایی شخص رهبری است (کدخدایی و همکاران، ۱۴۰۱، ص. ۱۲۰). این هیئت در صورتی می‌تواند کارآمد و نظام‌مند ظاهر شود که وظایف و اختیارات آن برخاسته از قانون مصوب مجلس باشد تا اعضای آن بر مبنای قانون به رفع اختلاف قوا و تحقق اهداف تشکیل این هیئت بپردازند. در غیر این صورت احتمال نقض غرض و ایجاد اختلال در امور هریک از قوا و خدشه به استقلال آن‌ها کاملاً قابل انتظار است (صالح‌احمدی، ۱۴۰۱، ص. ۴۵۸). گفتنی است که تاکنون قانونی در زمینه طرز کار و اختیارات و وظایف هیئت یادشده از سوی مجلس به تصویب نرسیده است.

با توجه به صلاحیت فوق، به نظر می‌رسد یکی دیگر از مجاری ورود رهبری برای تضمین حق برخورداری از قوه مقننه کارآمد و تأمین قانون ضروری در فرض ناکارآمدی قوه مقننه، اعمال وی مستند به صلاحیت حل اختلاف و تنظیم روابط قوای سه‌گانه است؛ البته این مجرا و صلاحیت تنها در مواردی شایان استناد است که قانون مفقود، مورد نیاز و مطالبه دیگر قوا باشد و در اثر ناکامی

۱. در حکم تشکیل هیئت مزبور آمده است «... به‌منظور بررسی و ارائه نظرات مشورتی در موارد حل اختلاف و تنظیم روابط سه قوه تشکیل می‌گردد... لازم است مسئولان عالی نظام خود در تعامل با یکدیگر، روابط قوا را به نحو مطلوب تنظیم و اختلافات احتمالی را رفع کنند و کمال همکاری را با هیئت مذکور به عمل آورند» (ر. ک به: <https://khl.ink/f/16782>).

قطعی قوه مقننه در تصویب قانون، میان قوه مجریه یا قضائیه و مجلس اختلافی پدیدار شود یا روابط آن‌ها از نظام مطلوب خارج شود.

۵.۳. حل معضلات نظام

از جمله وظایف رهبری حل معضلات نظام است که از راه‌های عادی حل‌شدنی نیست. این موضوع طبق بند ۸ اصل ۱۱۰ قانون اساسی از طریق مجمع تشخیص مصلحت نظام خواهد بود. تعبیر «معضلات نظام» از آنجاکه به صورت جمع و مطلق آمده است، شامل تمام معضلات می‌شود و منحصر در زمینه خاص نیست. تنها قید و شرط لازم برای لزوم ورود رهبری، تحقق شرط «عدم حل از طریق عادی» است که البته این موضوع از طریق مجمع تشخیص مصلحت نظام عملیاتی می‌شود (ارسطا، ۱۳۸۹، ب، ص. ۶۱). بدیهی است که فرض پژوهش حاضر از واضح‌ترین مصادیق این بند از قانون اساسی است که مطابق آن رهبری مسئول اصلی برطرف کردن و تأمین آن خواهد بود. بدین صورت که خلأ قانون را برطرف و حق برخورداری از قوه مقننه کارآمد را تضمین کند و از تضییع آن جلوگیری به عمل آورد.

عبارت «معضلات نظام که از طرق عادی قابل حل نیست» در اصل ۱۱۰ قانون اساسی را می‌توان در دو عرصه پدیدار دید. نخست، معضلاتی است که راه‌حل قانونی برای آن در نظر گرفته شده است. این خود به دو بخش تقسیم می‌شود. بخش نخست، قوانینی است که تأمین‌کننده مصالح عمومی و بر اساس موازین اسلامی است. بخش دوم نیز قوانینی را دربرمی‌گیرد که با موازین اسلامی مغایر و با مصالح عمومی مخالف است. عرصه دوم برای پدیداری معضلات، مواردی است که راه‌حل قانونی برای رفع آن‌ها وجود ندارد. در هر سه فرض یادشده، رهبری موظف است با ورود خود از طریق مجمع تشخیص مصلحت نظام به حل معضلات بپردازد با این تفاوت که در فرض نخست رهبری ملزم به رتق وفتق امور از مجاری قانونی و در فروض دوم و سوم ملزم به اعمال ولایت مطلقه فقیه است (ارسطا، ۱۳۸۹، ب، صص. ۶۲ و ۶۳). به هر روی، حق برخورداری از قوه مقننه کارآمد (پس از بروز ناکارآمدی مجلس) را می‌توان از دو زاویه مستند به اعمال ولایت مطلقه کرد. نخست اینکه، واگذاری تقنین به مجلس را راهکاری قانونی، اما درعین حال در شرایط بروز ناکارآمدی مجلس، مغایر مصالح عمومی تلقی کرد و دوم اینکه، رخداد موجود را از مصادیق فقدان راه‌حل قانونی دانست و فرض را بر این گرفت که قانون صریح و روشنی برای اقدام رهبری

پس از ناکارآمدی مجلس وجود ندارد. به هر حال، در چنین موقعیتی رهبری موظف است پس از کارشناسی دقیق و تأمل بسیار و با در نظر گرفتن تمام ابعاد قضیه اقدام به حل معضل خلأ قانونی و ناکارآمدی مجلس کند.

در رابطه با شرط بودن یا شرط نبودن اقدام از طریق مجمع تشخیص مصلحت نظام در حل معضلات، دو دیدگاه وجود دارد (محسنی، ۱۳۹۵، ص. ۱۳۶)، اما به نظر می‌رسد رهبری به دلیل ولایت مطلقه خود و استناد مشروعیت اقدامات مجمع به وی، رأساً نیز صلاحیت اقدام را دارد (مهرپور، ۱۳۷۱، ص. ۴۱) که در این صورت می‌توان اقدام از طریق مجمع را تنها دارای اولویت دانست.^۱ نکته شایان ذکر اینکه اگر تشخیص رهبری اقدام از طریق مجمع تشخیص مصلحت نظام بود، مجمع برای رفع معضل خلأ قانون و ناکارآمدی مجلس یا با پشتوانه اضطرار و فوریت خود با صلاحیت رهبری اقدامات لازم را انجام می‌دهد^۲ و به تأمین نیاز تقنینی می‌پردازد (نجفی اسفاد و محسنی، ۱۳۸۶، ص. ۲۸) یا اینکه مجمع به رهبری در زمینه مورد نیاز تنها مشورت لازم را می‌دهد و رهبری خود به وضع قانون مورد نیاز می‌پردازد و با بهره از طرق غیرجاری، نظام را از بحران خارج می‌سازد (کدخدایی و همکاران، ۱۴۰۱، ص. ۱۱۸).

۶.۳. حکم حکومتی

حکم حکومتی یا حکم اجرایی (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص. ۵۳۹) به حکمی می‌گویند که از اختیارات و ولایت مفوضه الهی به ولی و حاکم اسلامی ناشی می‌شود و در پرتوی آن می‌تواند با توجه به مصلحت و مفسده لازمه‌ای که تشخیص می‌دهد، حکمی را صادر کند یا تغییر دهد و نیز مقرراتی را وضع کند (موسوی خمینی، ۱۳۸۹، ج ۲۰، ص. ۱۷۰). در تعریفی دیگر، احکام حکومتی به آن دسته از احکامی اطلاق می‌شود که صدور آن مبتنی بر مصالح جامعه اسلامی است و با رعایت مقتضیات زمانی و مکانی و اوضاع و شرایط گوناگون امت اسلامی از سوی حاکم شرعی و ولی فقیه مقرر و به اجرا گذاشته می‌شود و دارای ماهیت و صبغه دینی است (فاطمی،

۱. شاید بتوان مواردی از جمله صدور فرمان همه‌پرسی، صدور حکم تشکیل دادگاه ویژه روحانیت، تأیید انتخابات مجلس ششم به‌رغم عدم تأیید آن توسط شورای نگهبان و... را در همین راستا ارزیابی کرد.
 ۲. عبارت «رهبر می‌تواند بعضی از وظایف و اختیارات خود را به شخص دیگری تفویض کند»، ذیل اصل ۱۱۰ قانون اساسی، این روش را مجاز دانسته است.

۱۳۹۹، ص ۳۲۷). علامه طباطبایی (رحمت‌الله علیه) نیز تصریح می‌کند که احکام حکومتی تصمیماتی بر اساس مصلحت و سازگار با شریعت هستند که طبق آن‌ها، مقرراتی لازم‌الاجرا، قابل تغییر و تأمین‌کننده مصالح وضع می‌شود و به اجرا درمی‌آید (طباطبایی، بی‌تا، ص. ۶۵). در تعریف دقیق‌تر و تخصصی‌تر، حکم حکومتی به معنای دستور لازم‌الاجرای رهبر جامعه اسلامی برای مسلمانان مبنی بر اجرای یک حکم اولی یا ثانوی با ملاک مصلحت (نه ضرورت) پس از تطبیق آن بر مصداق معین است (ارسطا، ۱۴۰۰، ص ۸۸). پشتوانه حقوقی مهم این حکم، اصل ۵۷ قانون اساسی است که تصریح می‌کند قوای سه‌گانه حاکم در جمهوری اسلامی ایران زیر نظر ولایت «مطلقه» امر و امامت امت اعمال می‌شوند. از جهت فقهی نیز احکام حکومتی که توسط ولی فقیه صادر می‌شود، نوعی از انواع احکام اسلام به شمار می‌روند و این خود البته گواهی بر وسعت اختیارات ولی فقیه حاکم است (ملک‌زاده، ۱۳۹۰، ص. ۳۵۸).

حکم حکومتی اهمیت بسزایی دارد و در حد یک دستور اجرایی، آیین‌نامه و بخش‌نامه نیست، بلکه می‌تواند به صورت یک قانون و به‌منظور تحقق اموری از قبیل نظم جامعه و حفظ دما و نفوس مردم باشد (ارسطا، ۱۳۸۹ الف، ص. ۶۲). مصوبات مجلس شورای اسلامی (اعم از تبیین حکم شرعی، تشخیص موضوع حکم شرعی و برنامه‌ریزی برای حسن اجرای احکام الهی)، مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام، سیاست‌های کلی نظام و... نیز در نظام جمهوری اسلامی ایران از ماهیت حکم حکومتی برخوردار است (ارسطا، ۱۳۹۳، صص. ۱۱۴-۱۲۱). مختصر اینکه، رهبری جمهوری اسلامی قادر و صالح خواهد بود که برای تضمین و تأمین حق برخورداری از قوه مقننه کارآمد، با صدور حکم حکومتی لازم‌الاجرا و لازم‌الاتباع برای همه، هرگونه راهکار تأمین‌کننده مصالح و رافع بن‌بست تقنینی را رسمیت بخشد.

تمام اختیارات و اقدامات رهبری در زمینه تضمین حق برخورداری از قوه مقننه کارآمد قابل استناد به ولایت مطلقه وی و حکم حکومتی مستند به آن است، اما هدف از اختصاص عنوان جداگانه به آن، دربرگرفتن دیگر اقدامات و ابتکارات رهبری بود که خود رأساً مبتنی بر ضرورت و خارج از دایره موارد مصرح قانون اساسی و دیگر فرایندهای متداول حقوقی و شرعی (مانند انحلال مجلس و صدور فتوا) بدان مبادرت می‌ورزد. به عبارت دیگر، با این عنوان، جامعیت تمام راهکارهای مفروض توسط رهبری احراز می‌شود و می‌توان اطمینان یافت که هیچ راه‌حلی خارج

از این موارد یاد شده نیست.

به‌رغم وجود آرای متنوع در تعریف و بیان ویژگی‌های حکم حکومتی، ولایت شرعی ولی فقیه این حق را به وی اعطا می‌کند که در تمام امور لازمه از جمله تقنین ورود و به اقتضای نیازهای روز آیین‌نامه اجرایی وضع کند، برنامه وزارتی تنظیم کند یا در دیگر زمینه‌ها حکم حکومتی و قانون صادر کند (براتی بنی، ۱۳۹۰، ص. ۴۶)؛ زیرا قانون در منظومه فکری برخی بنیان‌گذاران قانون اساسی کنونی، به معنای قواعد معینی است که از طرف منبع دارای قدرت اجتماعی تعیین می‌شود و قوانینی که در عصر غیبت توسط حکومت اسلامی و براساس مقتضیات زمان وضع می‌شوند، لازم‌الاتباع خواهند بود (طحان‌نظیف و داریوند، ۱۴۰۰، ص. ۲۵). بنابراین، مسلم است که حاکم اسلامی حق دارد تصمیماتی را به‌حسب مصلحت زمان اخذ و به اجرای آن امر کند.

در این مقام، توجه به سه نکته از اهمیت و ضرورت شایانی برخوردار است. نکته نخست اینکه، حالت مطلوب در تقنین، وضع قانون از سوی مجلس است و تا حد امکان باید سازوکاری طراحی کرد که مجلس ملزم به انجام دادن وظیفه ذاتی خود باشد، اما فرض حاضر، به بن‌بست رسیدن تمام راهکارهای متصور در این زمینه است که در این صورت صدور حکم حکومتی با ماهیت استثنایی و فوق‌العاده خود، صورت منطقی به خود می‌گیرد. نکته دوم، توجه به این نکته ضروری است که پیشنهاد حکم حکومتی به‌عنوان بهترین تضمین برای رفع خلأ قانون عادی و تضمین و تأمین حق شهروندان صرفاً به معنای وضع قانون نخواهد بود، بلکه مفاد حکم حکومتی رهبری می‌تواند ناظر به الزام مجلس و تعیین تکلیف برای نمایندگان و درنهایت، تقنین از مجرای مجلس باشد. سومین نکته نیز توجه دادن به این مهم است که پیچیدگی و فنی بودن قانون‌گذاری با راهکار صدور حکم حکومتی توسط رهبری - که از مهارت و امکانات سازمان‌یافته قوه مقننه برخوردار نیست - در فرض حاضر ناسازگار و در تعارض نیست؛ زیرا اولاً، این حالت، استثنایی است و چنان‌که گذشت، نباید به رویه‌ای متکرر مبدل شود. در غیر این صورت لازم است از مجرای اصل ۱۷۷ قانون اساسی و پیش‌بینی راهکارهای دیگر در این قانون اقدام کرد. ثانیاً، صدور حکم حکومتی لزوماً به معنای وضع قانون غیرفنی نیست، بلکه رهبری می‌تواند خود از امکانات قوه مقننه یا خبرگان حقوقی بهره‌مند باشد یا یکی از دو یا سه یا چند دیدگاه فنی را انتخاب کند و ثالثاً، در فرض حاضر، وجود قانون (فارغ از کیفیت آن)، خود به‌تنهایی یک هدف است؛ زیرا خلأ قانون نقش مهم‌تری در ایجاد معضل دارد تا وجود قانون غیرفنی. به‌عبارت‌دیگر عمده خسارت

مادی یا معنوی مفروض ناشی از فقدان قانون است و ای بسا وجود یک قانون هرچند کمتر فنی، بخش مهمی از خسارات و ضررها را برطرف سازد.

۴. ارزیابی صلاحیت‌های رهبری

در مقام ارزیابی میزان کارایی صلاحیت‌های رهبری برای تضمین حق برخورداری از قوه مقننه کارآمد باید گفت، فراوانی و ماهیت موسع آن‌ها موجب می‌شود نسبت به عدم ایجاد بن‌بست تردید نداشته باشیم، اما درعین حال نمی‌توان یکی از آن‌ها را متعین دانست و انحصاراً برای تضمین حق مزبور تجویز کرد؛ توضیح اینکه، رهبری می‌تواند بسته به شرایط موجود و مصالح مقتضی، از میان اختیارات خود یکی را برگزیند. برای مثال، می‌توان برخی از صورت‌های زیر را یاد کرد.

- اگر تقنین از ماهیت اضطراری و فوری برخوردار است، خود مستقلاً نسبت به صدور حکم حکومتی اقدام کند.

- اگر مصالحی مانند لزوم همراهی مردم وجود دارد، حکم حکومتی را از راه همه‌پرسی سیاسی به تأیید مردم برساند.

- اگر مصالحی مانند لزوم سلب مسئولیت از خود و صیانت از شأن و جایگاه رهبری وجود دارد، اصل تقنین توسط مردم را از ممر برگزاری همه‌پرسی تقنینی به انجام برساند.

- اگر تقنین از ماهیت کمتر ضروری برخوردار است یا مصالح اهمی وجود دارد، از مسیر هرچند زمان‌بر همه‌پرسی یا انحلال مجلس ورود کند.

- اگر ناکارآمدی مجلس در اثر اختلاف نظر احزاب و ترکیب متوازن نمایندگان است و انتظار ایجاد بن‌بست‌های متکرر وجود دارد یا ابتدای شروع مجلس است و زمان طولانی تا موعد انتخابات باقی مانده است، رأساً مجلس را منحل کند.

- اگر اختلاف مربوط به قواست، می‌تواند با استناد به بند ۷ اصل ۱۱۰ قانون اساسی و از طریق هیئت حل اختلاف به ناکارآمدی فیصله دهد.

به‌طورکلی، صورت‌های زیادی را می‌توان تصور کرد که شمارش و بررسی آن‌ها از مجال این تحقیق خارج است، اما به‌اجمال می‌توان چنین ابراز داشت که اولاً، استفاده از صلاحیت بند ۸ اصل ۱۱۰ قانون اساسی (حل معضلات نظام که از طرق عادی قابل حل نیست، از طریق مجمع تشخیص مصلحت نظام) و صدور حکم حکومتی بهترین، مؤثرترین و منطقی‌ترین راهکار است؛

مشروط بر آنکه ناکارآمدی تبدیل به رویه متکرر نشده باشد؛ زیرا این بند مربوط به موارد استثنایی است که مصالحی مبتنی بر قواعد عناوین ثانویه مانند ضرورت و اهم و مهم وجود دارد و در نتیجه، نمی‌توان و نباید آن را تبدیل به یک رویه کرد (گرجی ازندریانی، ۱۳۹۵، ص. ۱۹۶). ثانیاً، راهکارهای موجود در اصل‌های ۱۱۰ و ۱۱۲ قانون اساسی تنها در مصالح موقت و موردی مطلوب به شمار می‌رود، اما در خصوص مصالح یا مشکلات دائمی، رهبری باید از طریق اصل ۱۷۷ قانون اساسی (بازنگری) اقدام کند (گرجی ازندریانی، ۱۳۸۵، ص. ۱۹۴). نکته دیگر اینکه، اساساً صلاحیت صدور حکم حکومتی توسط رهبری در نظام حقوقی ایران، نقش بسیار مهم و تعیین‌کننده‌ای در تضمین حقوق شهروندی افراد جامعه در زمان ناکارآمدی قوا و به‌طور کلی، در موارد تهدید حقوق اساسی و بنیادین شهروندان دارد. از این رو می‌توان شناسایی این صلاحیت برای رهبری را توسط قانون اساسی، مهم‌ترین و شایان توجه‌ترین راه تضمین حقوق در معرض تضییع دانست.

در دیگر نظام‌های حقوقی، راهکارهای مختلفی برای حل اطاله در تقنین پیش‌بینی شده است. برای مثال، در انگلستان اگر به دلیل اختلاف مجلسین یا نمایندگان و... تقنین با تعلل روبه‌رو شود، کمیسیون‌هایی به نام برنامه‌ریزی، ارائه دلایل و... (به تناسب) ورود می‌یابند و با رأی اکثریت حاضر به نتیجه می‌رسند (زارعی، ۱۳۸۴، ص. ۸۲)، اما در صورت در چندین راهکارهایی نیز امکان تعلل وجود دارد و تنها ورود یک شخص حقیقی یا حقوقی می‌تواند به بن‌بست خاتمه بخشد. از این رو وجود نهاد رهبری و اختیارات قانونی آن در مواردی از این دست (برای برطرف کردن بن‌بست و حل موانع اساسی) را می‌توان نوعی مزیت و تدبیر حقوقی متمایز و منحصر به فرد دانست.

نتیجه‌گیری

مبتنی بر حق شهروندان در برخورداری از قوه مقننه کارآمد، مسئولیت پیشامد هرگونه ناکارآمدی و ناکامی در تأمین نیاز تقنینی دولت-کشور، خصوصاً در موارد واجد ضرورت بر عهده حکومت است. در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران نیز مبتنی بر پایه‌های حقوقی و قانونی، حق مزبور از قطعیت برخوردار است و تضمین آن نیز از مسئولیت‌های حکومت به شمار می‌رود، اما در مواردی که ساختار انحصاری پیش‌بینی شده برای تأمین نیاز مزبور یعنی مجلس قانون‌گذاری، با اهمال، اطاله یا شکست در تصویب قانون مواجه شود و این رخداد اضرار مستمری را برای کل یا جزئی

از جامعه در پی داشته باشد، می‌توان بر پایه قانون اساسی، نقش رهبری در تضمین حق برخورداری از قوه مقننه کارآمد را مورد بررسی قرار داد.

به نظر می‌رسد که در فرض محل بحث، رهبری بر اساس مبانی متعددی از جمله عهده‌داری امور حسبیه و لزوم دعوت به خیر و امر به معروف و نهی از منکر، صلاحیت ورود و جلوگیری از تضییع حق برخورداری از قوه مقننه را داراست. مقام رهبری از طریق برخی مجاری می‌تواند به منظور برطرف کردن بن‌بست و خلأ قانونی اقدام کند. بندهای ۱ و ۲ اصل ۱۱۰ قانون اساسی یعنی نظارت بر حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام یکی از صلاحیت‌هاست که مبتنی بر ادله‌ای از قبیل ملازمه اذن در شیء با اذن در لوازم آن، ماهیت واجب‌گیری، ماهیت مقدمه واجب و...، رهبری خود مستقیماً اختیار ورود برای حل بن‌بست را خواهد داشت. بندهای ۳، ۷ و ۸ اصل یادشده نیز که به ترتیب صلاحیت صدور فرمان همه‌پرسی، حل اختلاف و تنظیم روابط قوای سه‌گانه و همچنین، حل معضلات نظام را برای رهبری اساسی‌سازی کرده است، مدخل مهمی برای ایفای نقش وی در راستای تضمین حق برخورداری از قوه مقننه کارآمد ارزیابی می‌شود. انحلال مجلس مستند به اصل ۵۷ قانون اساسی نیز یکی دیگر از این راهکارهاست که با استمرار مجلس تا زمان پایان انتخابات جدید، مغایرتی با اصل ۶۳ این قانون نیز وجود نخواهد داشت. درنهایت، رهبری صلاحیت اصدار حکم حکومتی دارد و می‌تواند مبتنی بر مصالح جامعه اسلامی فرمان لازم‌الاجرای لازم را صادر کند. این فرمان از ماهیت استثنایی برخوردار است و همچنان‌که می‌تواند متضمن مواد قانونی لازم باشد، می‌تواند برای مجلس شورای اسلامی تعیین تکلیف کند تا تقنین از مجرای عادی خود صورت گیرد. در هر صورت، هرآینه امکان تنزل کیفی و فنی قانون تولید یافته از حکم حکومتی وجود دارد، اما در فرض حاضر یعنی خلأ قانون، نفس وجود قانون (هرچند با کیفیت نازل) خود نوعی هدف است.

صلاحیت مزبور برای رهبری، در فرض ناکارآمدی مجلس قانون‌گذار در رفع نیاز قانونی دارای ضرورت، مؤثرترین و راهبردی‌ترین ممر برای تأمین حق مزبور به شمار می‌رود، اما در عین حال، موجب ناکارایی دیگر صلاحیت‌ها در شرایط خاص نیست. پیش‌بینی نهاد رهبری در نظام اساسی جمهوری اسلامی ایران با صلاحیت‌های فوق‌العاده موجب می‌شود که نسبت به تضییع حقوق اساسی شهروندان در اثر ناکارآمدی قوای سه‌گانه، خطر کمتری وجود داشته باشد. از این رو

سال بیست و چهارم | شماره چهارم | پیاپی ۶۲ | زمستان ۱۴۰۲

پژوهش‌نامه حقوق اسلامی

نهاد رهبری با ماهیت کنونی از ابتکارات منحصر به فرد نظام حقوقی ایران در راستای تضمین حقوق عمومی به شمار می‌رود.

منابع

- ۱) ابریشمی راد، محمدامین و نیکونهاد، حامد (۱۳۹۹). تفسیری قصدگرایانه از صلاحیت مقام رهبری در صدور فرمان همه‌پرسی؛ موضوع بند ۳ اصل ۱۱۰ قانون اساسی. پژوهش حقوق عمومی، ۲۱ (۶۶)، صص. ۳۸۲-۴۰۶. doi:10.22054/qjpl.2019.41561.2125
- ۲) ابن شعبه حرانی، حسن بن علی (۱۳۸۲). تحف العقول. قم: آل علی (علیهم‌السلام).
- ۳) اداره کل قوانین مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۹). صورت مشروح مذاکرات شورای بازرنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلد ۳)، تهران: مجلس شورای اسلامی.
- ۴) ارسطا، محمدجواد (۱۳۷۸). حدود اختیارات ولی فقیه؛ مجموعه آثار کنگره امام خمینی (رحمت‌الله علیه) و اندیشه حکومت اسلامی. مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله علیه)، صص. ۵۵-۹۸.
- ۵) ارسطا، محمدجواد (۱۳۸۹ الف). تشخیص مصلحت نظام (از دیدگاه فقهی-حقوقی). چاپ ۲، تهران: کانون اندیشه.
- ۶) ارسطا، محمدجواد (۱۳۸۹ ب). نگاهی به مبانی تحلیلی نظام جمهوری اسلامی ایران. چاپ ۴، قم: مؤسسه بوستان کتاب.
- ۷) ارسطا، محمدجواد (۱۳۹۳). بررسی حکم حکومتی و قانون؛ تأملاتی فقهی در حوزه قانون‌گذاری. تهران: کتابخانه، موزه و مرکز اسناد مجلس شورای اسلامی.
- ۸) ارسطا، محمدجواد (۱۴۰۰). نگاهی به حقوق عمومی در اسلام. قم: مکتب اندیشه.
- ۹) اسماعیلی، محسن و طحان‌نظیف، هادی (۱۳۹۱). نسبت سیاست‌های کلی نظام با احکام حکومتی در حقوق اساسی ایران. پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، (۱)، صص. ۷۵-۹۴. doi:10.30497/law.2012.1014
- ۱۰) اقتداری، علی محمد (۱۳۶۶). سازمان و مدیریت. چاپ ۱۸، تهران: مولوی.
- ۱۱) انصاری، مجید (۱۳۸۵). جایگاه سیاست‌های کلی در نظام قانون‌گذاری در ایران. مجموعه مقالات یک‌صدمین سال قانون‌گذاری، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
- ۱۲) براتی بنی، مهدی (۱۳۹۰). بررسی تحلیلی چالش‌ها و راهکارهای قانون‌گذاری بر مبنای شرع (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران، دانشکدگان فارابی قم.
- ۱۳) پورعباس، یعقوب (زمستان ۱۳۸۴). اعمال حاکمیت با روش‌های دموکراسی مستقیم و بررسی آن در مورد جمهوری اسلامی ایران. حقوق اساسی، (۵)، صص. ۱۰-۲۸.
- ۱۴) جمعی از نویسندگان (۱۳۹۶). دایرةالمعارف حقوق عمومی. تهران: دانشگاه امام صادق (علیه‌السلام).

- ۱۵) جوادی آملی، عبدالله (۱۳۹۵). ولایت فقیه؛ ولایت فقاها و عدالت. چاپ ۱۸، قم: مرکز نشر اسرا.
- ۱۶) حق پرست، ذوالفقار، پنجه پور، جوادی و بهارلویی، سیامک (۱۳۹۹). جایگاه امور حسبی در هندسه اعتقادی فقه شیعه. نشریه پژوهش‌های اعتقادی کلامی (علوم اسلامی)، ۱ (۳۸)، صص. ۱۳۷-۱۵۸.
- ۱۷) دفتر بررسی‌های حقوقی مجلس شورای اسلامی (۱۳۷۷). حق نظارت و مشارکت مردم با مجلس قابل انحلال جمع‌شدنی نیست؛ استیضاح، نظارت و توازن قوا. مجله مجلس و پژوهش، (۲۵)، صص. ۵۵-۵۸.
- ۱۸) زارعی، محمدحسین (۱۳۸۴). مطالعه تطبیقی مجالس قانون‌گذاری. تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
- ۱۹) ساعد وکیل، امیر و عسکری، پوریا (۱۳۹۸). قانون اساسی در نظم حقوقی کنونی. چاپ ۸، تهران: مجد.
- ۲۰) سبحانی، جعفر (۱۴۳۱ق). الميسوط في اصول الفقه. قم: مؤسسه امام‌صادق (علیه‌السلام).
- ۲۱) شب‌خیز، محمدرضا و محمدتبار، عباد (۱۴۰۰). اصول فقه دانشگاهی. چاپ ۵۱، تهران: کتاب آوا.
- ۲۲) شهید ثانی، زین‌الدین (۱۴۱۶ق). تمهیدالقواعد (مکتب الاعلام الاسلامی (فرع خراسان)، تصحیح و تنظیم). قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
- ۲۳) شیخ انصاری، مرتضی (۱۴۱۱ق). المکاسب (جلد ۱). قم: دارالذخائر.
- ۲۴) شیخ مفید، محمدبن محمدبن نعمان (۱۴۱۳ق). التذکره باصول الفقه (مهدی نجفی، تصحیح و تنظیم). قم: المؤتمر العالمي لالفیه الشیخ المفید.
- ۲۵) صالح احمدی، سعید (۱۴۰۱). قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در نظم حقوقی کنونی. چاپ ۳، تهران: کتاب آوا.
- ۲۶) صدر، محمدباقر (۱۴۱۷ق). بحوث فی علم الاصول (سید محمود هاشمی شاهرودی، تحقیق). (جلد ۲). چاپ ۲، قم: مرکز الغدیر للدراسات الاسلامیه.
- ۲۷) طاهری، محسن (۱۳۹۵). محشای قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران. تهران: جنگل-جاودانه.
- ۲۸) طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۰). حقوق اداری. چاپ ۸، تهران: سمت.
- ۲۹) طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۵). حقوق اداری تطبیقی. تهران: سمت.
- ۳۰) طباطبایی، سیدمحمدحسین (بی‌تا). معنویت تشیع. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ۳۱) طحان‌نظیف، هادی و داریوند، محمدصادق (۱۴۰۲). تحلیل مفهوم و ابعاد «قانون» در پرتوی اندیشه‌های شهید آیت‌الله دکتر بهشتی (رحمت‌الله علیه). پژوهشنامه حقوق اسلامی، ۲۴ (۵۹)، صص.

- ۳۲) طحان‌نظیف، هادی، بهادری جهرمی، علی و کدخدامرادی، کمال (۱۳۹۹). گستره صلاحیت مقام رهبری در صدور فرمان همه‌پرسی (موضوع بند ۳ اصل ۱۱۰ قانون اساسی). دانش حقوق عمومی، ۹ (۲۹)، صص. ۵۳-۷۰. doi:10.22034/qjplk.2020.202
- ۳۳) الغزی، محمد صدقی (۱۹۹۶م). الوجیز فی ایضاح قواعدالفقه‌الکلیة. بیروت: مؤسسه الرسالۃالعالمیة.
- ۳۴) فاطمی، مرتضی (۱۳۹۹). ولایت فقیه یا ولایت فقها؟. تهران: امیرکبیر.
- ۳۵) قاضی شریعت‌پناهی، ابوالفضل (۱۳۹۸). حقوق اساسی و نهادهای سیاسی. چاپ ۱۵، تهران: میزان.
- ۳۶) کاویانی، محمدهادی (۱۳۸۷). بررسی مسئله انحلال مجلس خبرگان رهبری و مجلس شورای اسلامی از سوی مقام رهبری. اندیشه‌های حقوق خصوصی، ۵ (۱۲)، صص. ۱۶۵-۱۸۸.
- ۳۷) کدخدایی، عباسعلی، طحان‌نظیف، هادی، عبداللہی، حسین و کدخدامرادی، کمال (۱۴۰۱). شرح قانون اساسی؛ فصل هشتم: رهبری. تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
- ۳۸) گرجی ازندریانی، علی‌اکبر (۱۳۹۵). حل اختلاف و تنظیم روابط قوای سه‌گانه. تهران: مخاطب.
- ۳۹) لطفی، اسدالله (۱۳۸۹). حقوق اساسی و ساختار نظام جمهوری اسلامی ایران (جلد سوم). تهران: سروش.
- ۴۰) محسنی، فرید (۱۳۹۵). حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران. تهران: دانشگاه امام‌صادق (علیه‌السلام).
- ۴۱) معرفت، محمدهادی (۱۳۸۹). ولایت فقیه. قم: مؤسسه فرهنگی تمهید.
- ۴۲) مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱ق). انوارالفقاهة؛ کتاب‌البیع (جلد ۱). قم: مدرسه الامام امیرالمؤمنین (علیه‌السلام).
- ۴۳) ملک‌زاده، محمد (۱۳۹۰). مبانی دینی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران. تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی.
- ۴۴) موسوی خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۶۸). کتاب‌البیع (جلد ۱). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله علیه).
- ۴۵) موسوی خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۸۹). صحیفه امام (رحمت‌الله علیه) (جلدهای ۱۱، ۱۲، ۱۹ و ۲۰). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله علیه).
- ۴۶) موسوی خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۰۹ق). تحریرالوسیله (جلد ۱). قم: دارالکتب‌العلمیة.
- ۴۷) موسوی خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۱۸ق). الاجتهاد والتقلید. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله علیه).
- ۴۸) مهرپور، حسین (زمستان ۱۳۷۱). مجمع تشخیص مصلحت نظام و جایگاه قانون آن. فصلنامه تحقیقات

- حقوقی، (۱۰)، صص ۵۵-۱۱.
- ۴۹) نایینی، میرزا محمد حسین (۱۳۸۲). تنبیه‌الامة و تنزیه‌الملته. تهران: امیرکبیر.
- ۵۰) نجفی اسفاد، مرتضی و محسنی، فرید (۱۳۸۶). حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران. چاپ ۱۴، تهران: الهدی.
- ۵۱) نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۷ق). عوائد الایام. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- ۵۲) نقوی، فاطمه‌سادات (۱۳۹۵). بررسی جایگاه نهاد قانون‌گذار در فقه حکومتی و نظام جمهوری اسلامی ایران (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم.
- ۵۳) نقیبی منفرد، حسام (۱۳۸۰). حکمرانی مطلوب در یرتوی جهانی شدن حقوق بشر. تهران: شهر دانش.
- ۵۴) هاشمی، سید محمد (۱۳۹۴). حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلد ۲). چاپ ۲۶، تهران: میزان.
- ۵۵) هاشمی، سید محمد (۱۳۹۶). حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلد ۱). چاپ ۱۴، تهران: میزان.
- ۵۶) یوسفی راد، مرتضی (۱۳۸۰). اندیشه‌های سیاسی خواجه نصیرالدین طوسی. قم: بوستان کتاب.
- ۵۷) یزدی، محمد (۱۳۷۵). قانون اساسی برای همه. تهران: امیرکبیر.
- ۵۸) یعقوبی، ابوالقاسم (۱۳۷۷). حسبه و ولایت فقیه. مجله حوزه، (۸۵ و ۸۶)، صص ۱-۲۰.
- 59) Rapalje, Stewart and Lawrence, Robert (1883). A Dictionary of American and English Law, New Jersey City, F. D. Linn & Company.

References

- 1) Abrīshmī Rād, Moḥammad Amīn and Nikūnehād, Hāmed (1399 SH). Tafsīrī Qasdgerāyāneh az Salāhīyat-e Maqām Rahbarī dar Šodūr Farmān Hamah-Porsī; Moẓū‘ Band 3 Asl 110 Qānūn Asāsī [Intentionalist Interpretation of the Leader's Authority in Issuing Referendum Orders; The Subject of Clause 3 of Article 110 of the Constitution]. Peẓūheš-e Hoqūq-e ‘Ommūmī [Public Law Research], 21 (66), pp. 382-406. doi:10.22054/qjpl.2019.41561.2125 [in Persian].
- 2) Al-Ghazī, Moḥammad Šadqī (1996). Al-Wajīz fī Ḍāḥ Qawā‘id al-Fiqh al-Kullīyah. Beirut: Mo‘asseseh al-Risālah al-‘Ālamīyah [in Arabic].
- 3) Anšārī, Majīd (1385 SH). Jāygāh-e Sīasat-hā-ye Kolī dar Nezām-e Qānūn-Gozārī dar Īrān [The Position of General Policies in the Legislative System in Iran]. Majmū‘eh Maqālāt-e Yekšadomīn Sāl-e Qānūn-Gozārī [Collection of Articles on the Hundredth Year of Legislation], Tehrān: Markaz-e Peẓūheš-hā-ye Majles-e Shorā-ye Eslāmī [in Persian].
- 4) Arastā, Moḥammad Javād (1378 SH). Ḥodūd-e Ekhtiyārāt-e Valī Faqīh; Majmū‘eh-ye Āsār-e Kongereh-ye Emām Khomeini (raḥmat-Allāh ‘alayh) va Andīsheh-ye Ḥokūmat-e Eslāmī [The Limits of the Authority of the Guardian Jurist; Collection of Works of the Imam Khomeini Congress (may God have mercy on him) and the Thought of Islamic Government]. Mo‘assese-ye Tanzīm va Nashr-e Āsār-e Emām Khomeini (raḥmat-Allāh ‘alayh) [in Persian].
- 5) Arastā, Moḥammad Javād (1389 SH, a). Taškīs-e Mašlahāt-e Nezām (az Dīdgāh-e Fiqhī-Ḥoqūqī) [Determining the Expediency of the System (From a Jurisprudential-Legal Perspective)]. 2nd ed., Tehrān: Kānūn-e Andīsheh [in Persian].
- 6) Arastā, Moḥammad Javād (1389 SH, b). Negāhī be Mabānī-ye Taḥlīlī-ye Nezām-e Jomhūrī-ye Eslāmī-ye Īrān [A Look at the Analytical Foundations of the Islamic Republic of Iran's System]. 4th ed., Qom: Mo‘assese-ye Boostān-e Ketāb [in Persian].
- 7) Arastā, Moḥammad Javād (1393 SH). Barrasī-ye Ḥokm-e Ḥokūmatī va Qānūn; Tā‘ammolātī Fiqhī dar Ḥawzeh-ye Qānūn-Gozārī [A Study on Governmental Decree and Law; Jurisprudential Reflections in the Field of Legislation]. Tehrān: Ketābkhāneh, Mūzeh va Markaz-e Asnād-e Majles-e Shorā-ye Eslāmī [in Persian].
- 8) Arastā, Moḥammad Javād (1400 SH). Negāhī be Hoqūq-e ‘Ommūmī dar Eslām [A Look at Public Law in Islam]. Qom: Maks-e Andīsheh [in Persian].
- 9) Barātī Banī, Mehdī (1390 SH). Barrasī-ye Taḥlīlī-ye Čāleš-hā va Rāhkār-hā-ye Qānūn-Gozārī Bar Mobnā-ye Shar‘ (Pāyān-Nāmeḥ-ye Kāršenāsī Aršād) [Analytical Study of Challenges and Solutions in Legislation Based on Sharia (Master's Thesis)]. Group of Public Law, Faculty of Law, University of Tehran, Farabi Campus, Qom [in Persian].
- 10) Daftar-e Barrasī-hā-ye Hoqūqī-ye Majles-e Shorā-ye Eslāmī (1377 SH). Ḥaqq-e Nezārat va Mošārekāt-e Mardom bā Majles Qābel-e Enḥelāl Jam‘ Shodanī Nīst; Estīzāḥ, Nezārat va Tavāzon-e Qovā [The Right of Supervision and Public Participation with the Dissolvable Assembly is Inseparable; Impeachment,

- Supervision, and Balance of Powers]. *Majale-ye Majles va Pežūheš* [Parliament and Research Journal], (25), pp. 55-58 [in Persian].
- 11) Edāreh-ye Kol-e Qavānin-e Majles-e Shorā-ye Eslāmī (1369 SH). *Šurat-e Mashrūh-e Mozākerāt-e Shorā-ye Bāznegri Qānūn Asāsi Jomhūri-ye Eslāmī-ye Īrān* (Jeld 3) [The Detailed Proceedings of the Council for the Revision of the Constitution of the Islamic Republic of Iran (Volume 3)]. Tehrān: Majles-e Shorā-ye Eslāmī [in Persian].
 - 12) Eqtedārī, ‘Alī Moḥammad (1366 SH). *Sāzmān va Modiriyat* [Organization and Management]. 18th ed., Tehrān: Mowlavi [in Persian].
 - 13) Esmā‘ilī, Moḥsen and Ṭahān-Nazif, Hādī (1391 SH). *Nesbat-e Siāsat-hā-ye Kolī-e Nezām bā Aḥkām-e Ḥokūmatī dar Ḥoqūq-e Asāsi-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], (1), pp. 75-94. doi:10.30497/law.2012.1014 [in Persian].
 - 14) Fātemī, Morteżā (1399 SH). *Velāyat-e Faqīh yā Velāyat-e Faqāhā?* [Guardianship of the Jurist or Guardianship of the Jurists?]. Tehrān: Amirkabir [in Persian].
 - 15) Gorjī Azandariāni, ‘Alī-Akbar (1395 SH). *Ḥall-e Ekhtelāf va Tanzīm-e Ravābeṭ-e Qovā-ye Se-gāneh* [Resolution of Conflict and Regulation of Relations among the Three Powers]. Tehrān: Mokhāṭab [in Persian].
 - 16) Ḥaq Parast, Zolfaghar, Panjehpour, Javād, and Bahārlouyi, Siāmak (1399 SH). *Jāygāh-e Omūr-e Ḥasbī dar Hendese-ye E‘teqādi-ye Fiqh-e Shī‘e* [The Position of Quasi-Public Affairs in the Doctrinal Geometry of Shiite Jurisprudence]. *Nashriyeh-ye Pežūheš-hā-ye E‘teqādi Kalamī* (‘Olūm-e Eslāmī) [Journal of Doctrinal Theological Research (Islamic Sciences)], 1 (38), pp. 137-158 [in Persian].
 - 17) Hashemī, Seyyed Moḥammad (1394 SH). *Ḥoqūq-e Asāsi Jomhūri-ye Eslāmī Īrān* (Volume 2). 26th ed., Tehrān: Mizān [in Persian].
 - 18) Hashemī, Seyyed Moḥammad (1396 SH). *Ḥoqūq-e Asāsi Jomhūri-ye Eslāmī Īrān* (Volume 1). 14th ed., Tehrān: Mizān [in Persian].
 - 19) Ibn Shu‘bah Ḥarrāni, Ḥasan bin ‘Alī (1382 SH). *Toḥaf al-‘Uqūl*. Qom: Āl-e ‘Alī (‘alayhem al-salām) [in Arabic].
 - 20) Jam‘ī az Novīsandegān (1396 SH). *Dāyerat al-Ma‘āref-e Ḥoqūq-e ‘Ommūmī* [Encyclopedia of Public Law]. Tehrān: Dānešgāh-e Emām Šādeq (‘alayhe al-salām) [in Persian].
 - 21) Javādi Āmolī, ‘Abdallāh (1395 SH). *Velāyat-e Faqīh; Velāyat-e Faqāhat va ‘Adālat* [Guardianship of the Jurist; Guardianship of Jurisprudence and Justice]. 18th ed., Qom: Markaz-e Nashr-e Esrā [in Persian].
 - 22) Kāviāni, Moḥammadhādī (1387 SH). *Barrasi-ye Mas‘ale-ye Enḥelāl-e Majles-e Khebreḡān-e Rahbarī va Majles-e Shorā-ye Eslāmī az Sooy-e Maqām Rahbarī* [Examination of the Issue of Dissolving the Assembly of Experts of Leadership and the Islamic Consultative Assembly by the Leadership Authority]. *Andīshehā-ye Ḥoqūq-e Khošūši* [Private Law Thoughts], 5 (12), pp. 165-188 [in Persian].

- Persian].
- 23) Kodkhodāi, ‘Abbās ‘Alī, Taḥān-Nazīf, Hādī, ‘Abdollahī, Ḥossein, and Kodkhodāmōrādī, Kamāl (1401 SH). Sharḥ-e Qānūn Asāsī; Fasḥ-e Haštūm: Rahbarī [Commentary on the Constitution; Chapter Eight: Leadership]. Tehrān: Pežūheškade-ye Shorā-ye Negahbān [in Persian].
 - 24) Lotfī, Asadollāh (1389 SH). Ḥoqūq-e Asāsī va Sākhtār-e Nezām-e Jomhūrī-e Eslāmī-ye Īrān (Jeld-e Sevom) [Constitutional Law and the Structure of the Islamic Republic of Iran System (Volume Three)]. Tehrān: Soroosh [in Persian].
 - 25) Makārem Shīrāzī, Nāṣer (1411 AH). Anwār al-Fiqāha; Kitāb al-Bay‘ (Volume 1). Qom: Madreseh al-Imām Amīr al-Mo‘menīn (‘alayhe al-salām) [in Arabic].
 - 26) Malekzādeh, Moḥammad (1390 SH). Mabānī Dinī Qānūn Asāsī Jomhūrī Eslāmī Īrān [Religious Foundations of the Constitution of the Islamic Republic of Iran]. Tehrān: Markaz-e Asnād-e Enqelāb-e Eslāmī [in Persian].
 - 27) Ma‘refat, MoḥammadHādī (1389 SH). Velāyat-e Faqīh [Guardianship of the Jurist]. Qom: Mo‘assese-ye Farhangī Temhīd [in Persian].
 - 28) Mehrpour, Ḥossein (1371 SH). Majma‘ Taškhīṣ Mašlahat Nezām va Jāygāh Qānūn Ān. Faṣlnāmeḥ Taḥqīqāt Ḥoqūqī [Research Journal of Law], (10), pp 11-55 [in Persian].
 - 29) Mohsenī, Farīd (1395 SH). Ḥoqūq-e Asāsī Jomhūrī-e Eslāmī-ye Īrān [Constitutional Law of the Islamic Republic of Iran]. Tehrān: Dānešgāh-e Emām Ṣādeq (‘alayhe al-salām) [in Persian].
 - 30) Mousavi Khomeini, Sayyed Rūḥollah (1368 SH). Ketāb al-Bay‘ (Volume 1). Tehrān: Mo‘assese-ye Tanzīm va Nashr-e Āsār-e Imām Khomeinī (raḥmat-Allāh ‘alayh) [in Arabic].
 - 31) Mousavi Khomeini, Sayyed Rūḥollah (1389 SH). Ṣaḥīfeh Imām (raḥmat-Allāh ‘alayh) (Volumes 11, 12, 19, and 20). Tehrān: Mo‘assese-ye Tanzīm va Nashr-e Āsār-e Imām Khomeinī (raḥmat-Allāh ‘alayh) [in Persian].
 - 32) Mousavi Khomeini, Sayyed Rūḥollah (1409 AH). Taḥrīr al-Wasīlah (Volume 1). Qom: Dār al-Kotob al-‘Elmīyah [in Arabic].
 - 33) Mousavi Khomeini, Sayyed Rūḥollah (1418 AH). Al-Ijtihād wa al-Taqlīd. Tehrān: Mo‘assese-ye Tanzīm va Nashr-e Āsār-e Imām Khomeinī (raḥmat-Allāh ‘alayh) [in Arabic].
 - 34) Nā‘inī, Mīrzā Moḥammad Ḥossein (1382 SH). Tanbīh al-Umma wa Tanzīh al-Mella. Tehrān: Amīrkabīr [in Arabic].
 - 35) Najafī Asfad, Morteza and Mohsenī, Farīd (1386 SH). Ḥoqūq-e Asāsī Jomhūrī-e Eslāmī Īrān [Constitutional Law of the Islamic Republic of Iran]. 14th ed., Tehrān: Al-Hadī [in Persian].
 - 36) Naqavī, Faṭemeh-Sādāt (1395 SH). Barrasī Jāygāh Neḥād Qānūn-Gozār dar Fiqh Ḥokūmatī va Nezām Jomhūrī-e Eslāmī Īrān (Pāyān-Nāmeḥ-ye Kāršenāsī Aršād) [Study of the Position of the Legislative Institution in Governance Jurisprudence and the Islamic Republic of Iran's System (Master's Thesis)]. Group of Public Law, Faculty of Law, University of Qom [in Persian].
 - 37) Naqībī Monfared, Ḥosām (1380 SH). Ḥokmrānī Maṭlūb dar Partow-e Jahānī Shodan-e Ḥoqūq-e Bashār [Desirable Governance in the Light of the

- Globalization of Human Rights]. Tehrān: Shahre Dānesh [in Persian].
- 38) Narāqī, Aḥmad ibn Moḥammad Mehdi (1417 AH). 'Awā'id al-Ayyām. Qom: Daftar Tabliḡhāt Eslāmī Hozeh 'Elmiēh Qom [in Arabic].
- 39) Pour'Abbās, Ya'qūb (1384 SH). E'māl-e Ḥākemiyat bā Raveshehā-ye Demokrāsī-ye Mostaqīm va Barrasī-ye Ān dar Morede Jomhūrī-ye Eslāmī-ye Īrān [Exercising Sovereignty through Direct Democracy Methods and Its Examination in the Islamic Republic of Iran]. Ḥoqūq-e Asāsī [Constitutional Law], (5), pp. 10-28 [in Persian].
- 40) Qāzī Sharī'atpanāhī, Abolfazl (1398 SH). Ḥoqūq-e Asāsī va Nehādihā-ye Sīāsī [Constitutional Law and Political Institutions]. 15th ed., Tehrān: Mīzān [in Persian].
- 41) Rapalje, Stewart and Lawrence, Robert (1883). A Dictionary of American and English Law, New Jersey City, F. D. Linn & Company.
- 42) Ṣadr, MoḥammadBāqer (1417 AH). Baḥṡ fi 'Ilm al-Uṣūl (Volume 2). Qom: Markaz al-Ghadīr lil-Dirāsāt al-Islāmiyyah, Seyyed Mahmoud Hashemi Shahrudi, Taḥqīq [in Arabic].
- 43) Sā'ed Vakīl, Amīr and Askarī, Pūriā (1398 SH). Qānūn Asāsī dar Neẓam-e Ḥoqūqī Konūnī [The Constitution in the Current Legal Order]. 8th ed., Tehrān: Majd [in Persian].
- 44) Ṣāleḡ Aḥmadī, Sa'id (1401 SH). Qānūn Asāsī Jomhūrī Eslāmī Īrān dar Neẓam Ḥoqūqī Konūnī [The Constitution of the Islamic Republic of Iran in the Current Legal Order]. 3rd ed., Tehrān: Ketāb Āvā [in Persian].
- 45) Shabkhīz, MoḥammadRezā and MoḥammadTabār, 'Ebād (1400 SH). Oṣūl-e Fiḡh-e Dāneshgāhī [University Principles of Jurisprudence]. 51st ed., Tehrān: Ketāb Āvā [in Persian].
- 46) Shahīd Thānī, Zayn al-Dīn (1416 AH). Tamhīd al-Qawā'id. Qom: Maktab al-Īlām al-Islāmī (Fer'-e Khorāsān), Taṣḡīḡ va Tanzīm [in Arabic].
- 47) Shaykh Anṣārī, Morteẓā (1411 AH). Al-Makāsib (Volume 1). Qom: Dār al-Dhakhā'ir [in Arabic].
- 48) Shaykh Mufīd, Moḥammad bin Moḥammad bin Nu'mān (1413 AH). Al-Tadhkirah bī Uṣūl al-Fiḡh. Qom: Al-Mu'tamar al-'Ālamī lāfiyyah Shaykh al-Mufīd, Mahdī Najafī, Taṣḡīḡ va Tanzīm [in Arabic].
- 49) Ṣobḡhānī, Ja'far (1431 AH). Al-Mabsūṡ fi Uṣūl al-Fiḡh. Qom: Mo'assese-ye Emām Ṣādeq ('alayhe al-salām) [in Arabic].
- 50) Ṭabāṡabā'ī Mū'tamenī, Manūchehr (1380 SH). Ḥoqūq-e Edārī [Administrative Law]. 8th ed., Tehrān: Samt [in Persian].
- 51) Ṭabāṡabā'ī Mū'tamenī, Manūchehr (1385 SH). Ḥoqūq-e Edārī Taṡbīqī [Comparative Administrative Law]. Tehrān: Samt [in Persian].
- 52) Ṭabāṡabā'ī, Seyyed MoḥammadḤosseīn (n.d.). Ma'nawiyat-e Tashayyo', Tehrān: Sherkat Sahāmī Enteshār [in Persian].
- 53) Ṭaḡān-Nazīf, Hādī and Dārīvand, MoḥammadṢādeq (1402 SH). Taḡlīl-e Mafhūm va Ab'ād «Qānūn» dar Partow-e Andīshehā-ye Shahīd Āyatollah Doktor Beheshtī (raḡmat-Allāh 'alayh) [Analysis of Concept of 'Law' and its Dimensions in the light of Thoughts of Martyr Ayatollah Dr. Beheshti].

- Pažūheš'nāme-ye Hoqūq-e Islāmī [Journal of Islamic Law Research], 24 (59), pp. 1-28. doi:10.30497/law.2023.243993.3338 [in Persian].
- 54) Ṭahān-Nazīf, Hādī, Bahāderī Jahromī, 'Alī, and Kodkhodāmorādī, Kamāl (1399 SH). Gostare-ye Salāhiyat-e Maqām Rahbarī dar Šodūr Farmān Hamah-Porsī (Mowzū' Band 3 Asl 110 Qānūn Asāsī) [The Scope of the Leader's Authority in Issuing Referendum Orders (Subject of Clause 3 of Article 110 of the Constitution)]. Dāneš-e Hoqūq-e 'Ommūmī [Public Law Knowledge], 9 (29), pp. 53-70. doi:10.22034/qjplk.2020.202 [in Persian].
- 55) Ṭāherī, Moḥsen (1395 SH). Maḥshāy Qānūn Asāsī Jomhūrī Eslāmī Īrān [Commentary on the Constitution of the Islamic Republic of Iran]. Tehrān: Jungle-Jāvedāneh [in Persian].
- 56) Ya'qūbī, Abū al-Qāsem (1377 SH). Ḥesbah va Velāyat-e Faqih [Hisbah and the Guardianship of the Jurist]. Majalle-ye Ḥawzeh, (85 and 86), pp 1-20 [in Persian].
- 57) Yazdī, Moḥammad (1375 SH). Qānūn Asāsī Barāy-e Hame [The Constitution for All]. Tehrān: Amīrkabīr [in Persian].
- 58) Yūsefī Rād, Morteżā (1380 SH). Andīsheh-hā-ye Sīāsī-ye Khwājeh Našīr al-Dīn Ṭūsī [Political Thoughts of Khwaja Nasir al-Din Tusi]. Qom: Boostān-e Ketāb [in Persian].
- 59) Zāre'ī, MoḥammadḤossein (1384 SH). Moṭāle'eh-ye Taṭbīqī-ye Majāles-e Qānūn-Gozārī [Comparative Study of Legislative Assemblies]. Tehrān: Markaz-e Pežūheš-hā-ye Majles-e Shorā-ye Eslāmī [in Persian].

Unacknowledged Islamic Legal Capacities in International Documentation: A Case Study of "Organisation of Islamic Cooperation's Strategy on the Elderly"

Mohammad Saleh Taskhiri · Assistant Professor, Department of International Law, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran.
taskhiri.ms@gmail.com

Abstract

1. Introduction

The Organisation of Islamic Cooperation (OIC) has recognized the impending demographic shift within its 57 member states, particularly concerning the aging population. Despite numerous international initiatives addressing demographic changes, the legal capacities within Islamic teachings regarding the rights of the elderly remain underexplored in international documentation. This extended abstract explores the unacknowledged Islamic legal capacities within the OIC's strategy on the elderly, shedding light on the neglected aspects of Islamic jurisprudence in addressing aging populations.

2. Research Question

This study seeks to investigate whether the Organisation of Islamic Cooperation, as a religious entity, has effectively incorporated Islamic legal values into its strategy on the elderly. It aims to discern the extent to which Islamic legal principles are reflected in the documentation, highlighting any discrepancies between religious teachings and international policy frameworks.

3. Research Hypothesis

It is hypothesized that while the OIC's strategy on the elderly may demonstrate recognition of the importance of addressing aging populations, there may be a gap in the integration of Islamic legal principles into the documentation. The hypothesis suggests that the OIC's strategy may not fully capitalize on the rich heritage of Islamic jurisprudence concerning the rights and protections afforded to the elderly.



4. Methodology & Framework, if Applicable

Utilizing an analytical and descriptive approach, this study examines the OIC's strategy on the elderly, focusing on the foundational instrument approved in 2020. The methodology involves a comprehensive review and analysis of the text, with particular attention to the incorporation of Islamic legal principles. The framework for analysis encompasses several key aspects: the position of religious elements in documentation, the utilization of non-religious discourse, the convergence of member states' legislation on elderly rights, the role of women and family, and the introduction of new terminologies. These components provide a structured framework for evaluating the extent to which Islamic legal capacities are acknowledged and integrated within the OIC's strategy on the elderly.

In the subsequent sections of this extended abstract, the study will delve deeper into each aspect of the framework, offering critical insights into the documentation and its alignment with Islamic legal principles. The analysis aims to contribute to a better understanding of the intersection between religious values and international policy initiatives concerning aging populations within Islamic societies.

5. Results & Discussion

The analysis of the Organisation of Islamic Cooperation's strategy on the elderly reveals several noteworthy findings and prompts critical discussion regarding the integration of Islamic legal principles, the focus on financial matters, and the representation of women and family within the instrument.

The results indicate that while the strategy demonstrates timely recognition of population aging in Islamic societies, it falls short in substantively incorporating Islamic legal values. The instrument primarily emphasizes financial aspects and resource allocation, neglecting to establish qualitative criteria based on Sharia for addressing elderly rights. This raises questions about the extent to which the instrument reflects the unique legal heritage of Islamic societies and distinguishes itself from other international frameworks.

Furthermore, the discussion highlights the instrument's approach to representing women and family within the context of elderly issues. While there is some attempt to deviate from state-centric obligations and acknowledge the role of women and family, the instrument's treatment remains limited. This raises broader questions about the intersectionality

of gender, family dynamics, and elderly rights within Islamic legal frameworks and international policy discourse.

Additionally, the analysis identifies shortcomings in the instrument's utilization of innovative terminologies and legal convergence. The absence of an approach rooted in the realities of Islamic societies regarding labor rights and social security underscores the need for a more nuanced understanding of Islamic jurisprudence in addressing aging populations.

6. Conclusion

In conclusion, the Organisation of Islamic Cooperation's strategy on the elderly represents a significant step towards addressing the challenges posed by population aging in Islamic societies. However, the instrument falls short of fully capitalizing on Islamic legal capacities, particularly in establishing qualitative criteria based on Sharia for elderly rights. The absence of substantive values and the limited representation of women and family highlight areas for improvement in future iterations of the strategy.

The conclusion emphasizes the importance of incorporating national and religious culture into legal frameworks related to the elderly, as seen in the case of Iran. By aligning laws and instruments with Islamic principles, there is an opportunity to not only address domestic needs but also serve as a legislative model for other Islamic countries. Furthermore, the inclusion of innovative terminologies and a forward-looking understanding of Sharia can influence global discourse on elderly rights, extending beyond Islamic states.

In essence, the critique and evaluation of the Organisation of Islamic Cooperation's strategy on the elderly underscore the ongoing dialogue between national and international legal levels and the imperative of integrating Islamic legal principles into contemporary policy frameworks.

Keywords: Organisation of Islamic Cooperation, Legal Convergence, Aging, Elderly Rights, Demographic Changes, Age Discrimination, Population Aging.

ظرفیت‌های حقوقی اسلامی مغفول در سندنویسی بین‌المللی؛ مطالعه موردی «راهبرد سازمان همکاری اسلامی در خصوص سالمندی»

محمد صالح تسخیری • استادیار، گروه حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران.

taskhiri.ms@gmail.com

چکیده

در سال ۲۰۲۰ میلادی سازمان همکاری اسلامی (OIC) اقدام به تصویب سندی با عنوان «راهبردهای سازمان همکاری اسلامی در خصوص سالمندی» کرد. این سند که به بسترسازی حقوقی و مدیریتی در زمینه تحولات جمعیتی و مشکلات ناشی از آن پرداخته است، در صدد این امر بوده تا چالش‌های پیش‌روی جوامع اسلامی در این خصوص را شناسایی و راهکارهایی برای رفع آن ارائه کند. این مقاله از منظر حقوقی به این سؤال پاسخ می‌دهد که «آیا سند مذکور مصوب سازمان همکاری اسلامی توانسته است از ظرفیت نظام‌های حقوقی کشورهای اسلامی بهره‌بردار و آیا ظرفیت‌های موجود در سندنویسی در خدمت داشته‌های حقوقی کشورهای مسلمان قرار گرفته است؟» برای پاسخ به این سؤال، نوشتار پیش‌رو با روش تحلیلی توصیفی، کیفیت و میزان «اشراب هنجارهای حقوقی مبتنی بر شریعت اسلامی» را مورد ارزیابی قرار می‌دهد و تلاش سازمان برای ایجاد «همگرایی حقوقی میان کشورهای اسلامی» به واسطه این سند را بررسی می‌کند. همچنین، چگونگی استفاده از ظرفیت‌های سندنویسی بین‌المللی همانند «بازتعریف مفاهیم منطبق بر فرهنگ دولت‌های عضو» و «کاربست اصطلاحات جدید» را به‌بوته نقد گذاشته شده است. بر اساس یافته‌های این پژوهش، تلاش سازمان همکاری اسلامی منجر به اصدار سندی با هویت اسلامی نشده و سازمان مذکور نتوانسته است مناسبات معناداری میان سند یادشده و اسناد حقوقی جهانی مرتبط ایجاد کند، که برای رفع این نقیصه می‌توان با تصویب قانونی داخلی در حوزه سالمندی، ظرفیت‌های دینی در عرصه هنجارسازی حقوقی را به نمایش گذاشت و به‌عنوان یک الگوی تقنینی (تقنین مشترک) به دیگر دولت‌های اسلامی و غیراسلامی معرفی کرد.

واژگان کلیدی: سازمان همکاری اسلامی، همگرایی حقوقی، سالمندی، حقوق سالمندان، تحولات جمعیتی، تبعیض سنی، پیری جمعیت.



مقدمه

سازمان همکاری اسلامی با عضویت ۵۷ دولت، ترکیب جمعیتی و وسعت جغرافیایی عمده‌ای را پوشش می‌دهد. سازمان همگام با بسیاری از سازمان‌های بین‌المللی دیگر به سمت تغییرات جمعیت‌شناختی و مقابله با آثار آن گام برداشته است. یکی از موضوعاتی که تخمین‌های جمعیت‌شناختی از وقوع آن حکایت دارد، مسئله سالمندی و پیری جمعیت عموم دولت‌های عضو سازمان در سه دهه پیش روست. از این‌رو این سازمان در اسناد و مکتوبات متعددی کوشیده است تا سیاست‌گذاران و صاحبان اندیشه را به سمت این دغدغه سوق دهد.

کشورهای اسلامی از سه منظر در زمینه حقوق سالمندان تمرکز و توجه ویژه دارند. نخست اینکه، ارزش‌های دینی و ملی این کشورها درباره سالمندان هنوز پابرجاست (Kulwicki, 2021, p. 116)؛ هرچند زندگی مدرن از میزان التزام افراد به آن کاسته است. دوم اینکه، شبکه حمایتی سنتی موجود در بخش مهم و اعظم کشورهای اسلامی هنوز کارکرد سنتی خود را حفظ کرده است؛ هرچند به مرور زمان این شبکه اجتماعی در حال از هم‌گسیختگی است و تلاش سیاست‌گذاران اجتماعی در ابعاد کلان، حفظ و در صورت امکان، ارتقای آن است. سوم اینکه، در آموزه‌های دینی و احکام و اخلاق اسلامی، سنت‌های مذهبی عمیقی درباره سالمندان وجود دارد که به‌خودی‌خود، اهمیت موضوع سالمندان و سالمندی را در جوامع اسلامی افزایش می‌دهد (عیسی‌زاده، ۱۳۹۹، صص. ۳۴-۵۰).

پدیده پیری جمعیت یکی از کلان‌مسائل پیش روی عموم دولت‌های اسلامی است (Hekmatnia et al, 2022, p. 38) و سازمان همکاری اسلامی با برداشتی درست از عدم التفات دولتمردان و سیاست‌گذاران، اقدام به تصویب اسنادی در این باره کرده است. در سطح داخلی، شاخه‌های مختلف علوم به‌ویژه اقتصاد و پزشکی نسبت به بروز پیری جمعیت در ایران توجه شایسته‌تری مبذول کرده‌اند (یاوری و همکاران، ۱۳۹۴، ص. ۸)، اما صاحب‌نظران، مناصب و محافل حقوقی در غفلت از این موضوع به سر می‌برند. همه‌گیری کووید ۱۹ به جوامع درگیر پدیده پیری جمعیت نشان داد که دغدغه‌های جامعه سالمند از دیگر جوامع متفاوت است و حقوق باید بسترهای لازم برای حمایت از «حقوق سالمندان» را تمهید کند (Lebret, 2020, p. 4). در این جوامع «حقوق سالمندان» جایگاهی هم‌تراز با دیگر شاخه‌های حقوق حمایتی مانند «حقوق کودکان» و «حقوق معلولان» دارد درحالی‌که در ایران جز توجهاتی پراکنده، سهم حقوقی توجه به

سال‌مندان بسیار پراکنده و اندک است.

«راهبردهای سازمان همکاری اسلامی در خصوص سالمندی»^۱ و «وضعیت سالمندان در کشورهای عضو سازمان همکاری اسلامی»^۲ دو سندی است که در سال‌های اخیر در ارتباط با یکدیگر در زمینه سالمندی جمعیت دولت‌های عضو این سازمان منتشر شده است. این نوشتار با رویکرد حقوقی بر این است تا سند نخست را که سند مادر درباره مسئله سالمندی در این سازمان است، از منظر چستی و کارکردی بررسی کند و به این پرسش پردازد که آیا سازمان همکاری اسلامی در مقام سازمان دارای ماهیت دینی، ارزش‌های حقوقی اسلامی را در متن این سند اشرا ب کرده است و در این راستا، ظرفیت‌های مغفول‌مانده حقوقی اسلامی سند نویسی را یادآور شود. این مقاله از رویکرد ایجابی برخوردار است و در مقام نقد، ظرفیت‌های قابل بهره‌برداری از حقوق اسلامی دولت‌های عضو مورد اشاره قرار گرفته است. آنچه مدنظر مقاله است، صرف میراث حقوقی اسلامی نیست، بلکه از بعد سند نویسی نیز به این موضوع نگریسته شده است.

نوشتار پیش رو با روش تحلیلی و توصیفی ضمن ارائه تصویری از سند (قسمت نخست)، به مصادیق ظرفیت‌های مغفول‌مانده در سند نویسی بر اساس میراث حقوقی اسلامی می‌پردازد. از این رو ضمن تبیین جایگاه عنصر دین در سند نویسی (قسمت دوم)، به کار بردن گفتمان غیردینی در اسناد سازمان همکاری اسلامی و ایستایی در مرز گفتمان سابق در این سند را مدنظر قرار می‌دهد. میزان بهره‌مندی از حقوق برای هم‌گرایی میان دولت‌های عضو سازمان، «قانون‌گذاری مشترک» و «تقنین اخلاق» موضوعاتی است که قسمت سوم مقاله را به خود اختصاص داده‌اند. به دلیل نقش محوری «زن و خانواده» و جایگاه مهم آن، مبتنی بر ادعای نویسنده در چهارچوب نوشتار پیش رو، قسمت چهارم به این موضوع می‌پردازد. فن کاربست اصطلاحات جدید نیز آخرین قسمت این نوشتار را تشکیل می‌دهد.

۱. چستی سند

سند «راهبرد سازمان همکاری اسلامی در خصوص سالمندان» (از این به بعد: سند)، متن ۲۴ صفحه‌ای دارد که در قیاس با دیگر متون مانند خود، طولانی به شمار نمی‌آید (برای مثال،

1. OIC Strategy on the Elderly
2. State Of Elderly In OIC Member Countries.

«راهبرد سازمان بهداشت جهانی برای سالمندی فعال و همراه با سلامت و مراقبت در سنین سالمندی در منطقه آسیای میانه در سال‌های ۲۰۰۶-۲۰۱۵»^۱ با محتوایی شبیه به سند سازمان، از ۷۰ صفحه برخوردار است). با وجود این، نویسندگان و تصویب‌کنندگان آن کوشیده‌اند تا تمام جوانب موضوعات مطرح شده را به خوبی فهم و ارائه کنند.

متن سند در نخستین نشست کنفرانس وزرای امور اجتماعی کشورهای عضو سازمان همکاری اسلامی (از این به بعد: سازمان) در نوامبر سال ۲۰۲۰ به تصویب رسید. سند که نتیجه جلسات کارگروه‌های تخصصی در دوره‌های مختلف به شمار می‌آید، کوشیده است تا چالش‌های سالمندان در جوامع دولت‌های عضو سازمان را شناسایی و متناسب با آن، راهبردها و راه‌حلهایی ارائه کند. سازمان کوشیده است در این متن ضمن پرهیز از مطالب غیرضرور، مفاد مدنظر خود را در سه دسته «چالش‌های پیش روی سالمندی در کشورهای عضو»، «اهداف راهبردی برای عبور از چالش‌ها» و «اقدامات لازم برای عملیاتی‌سازی این اهداف» ارائه کند.

تا سال ۲۰۳۰، یک‌دهم جمعیت کشورهای عضو سازمان را سالمندان تشکیل می‌دهند، اما این میزان در سال ۲۰۵۰ به گونه‌ای افزایش خواهد یافت که جمعیت سالمند بر جمعیت جوان پیشی می‌گیرد. بر این اساس، هدف این راهبرد، ایجاد اقلان در سیاست‌گذاران کلان کشورهای عضو به تمرکز بر تغییرات جمعیتی سریع پیش روست. از منظر نویسندگان و تصویب‌کنندگان این سند، چهار چالش بنیادین کشورهای عضو درباره سالمندان عبارت از بازار کار و اقتصاد، بهداشت و رفاه، حمایت و تأمین اجتماعی و فرهنگ است (ص. ۴).

سند همان‌طور که در عنوان خود تصریح کرده، از جنس تعیین «راهبرد» برای دولت‌های عضو است. این‌گونه اسناد مصوب سازمان‌های بین‌المللی از جمله سازمان همکاری اسلامی از سه ویژگی اصلی بهره‌مند هستند.

نخست اینکه، ماهیت معاهده‌ای ندارند، بلکه مفاد آن غیرالزامی و ارشادی است. اسناد غیرالزامی در حقوق بین‌الملل، حقوق نرم^۲ به شمار می‌آیند و فلسفه وجودی آن‌ها، ایجاد زمینه تصویب معاهدات و اسناد لازم‌الاجرا به صورت تدریجی و در بلندمدت است (Shaffer & Mark,)

1. A Strategy for Active, Healthy Ageing and Old Age Care in the Eastern Mediterranean Region 2006-2015.

2. Soft Law

2, p. 2012). درحقیقت، اسناد غیرالزامی ابتکار عمل را در اختیار دولت‌ها قرار می‌دهند که در راستای مفاد مندرج در سند و مبتنی بر نیازها و اقتضائات داخلی کشورها، اقدامات تقنینی، اجرایی و قضایی لازم را اتخاذ کنند. در این سند نیز همین جریان وجود دارد و عموم راهبردها باید توسط دولت‌های عضو در دو ساحت تقنینی و اجرایی جامه عمل به تن کند.

دوم اینکه، این اسناد مبتنی بر ساختار «سیاست‌گذاری عمومی» نوشته می‌شود و مراد از اعلام آن، ایجاد حساسیت در ذهن سیاست‌گذاران دولت‌های عضو برای در اولویت قرار دادن یک مسئله در نظام موضوعات مدنظر است (Cahill, 2020, p. 197). در اولویت قرار گرفتن موضوع، به اقدامات دولت در ابعاد خاص جهت می‌دهد. برای مثال، هنگامی که موضوع خانواده در اولویت دولت قرار گیرد، سیاست‌ها و تصمیمات اقتصادی، اجتماعی و سیاسی آن به گونه‌ای اتخاذ می‌شود که بر نظام موضوعات خانواده اثر مثبت بگذارد. درباره سالمندی نیز همین موضوع صدق می‌کند. با اولویت قرار گرفتن سالمندی، سیاست‌گذاران و قانون‌گذاران و مجریان به گونه‌ای عمل می‌کنند که بر سالمندان اثر مثبتی بر جا گذارند یا اثر منفی کمتری بدان‌ها رسد.

سوم اینکه، هنگامی که سیاست‌گذاری برای اهمیت دادن به موضوعی در سطح بین‌المللی و توسط سازمان بین‌المللی محقق می‌شود، قصد دیگری نیز در کنار ایجاد حساسیت وجود دارد که عبارت از ایجاد هم‌گرایی در میان دولت‌ها مبتنی بر دغدغه مشترک است. رفع ناهمگونی‌ها و تفاوت‌های حقوقی میان دولت‌ها یا همان «هم‌گرایی حقوقی» یکی از مصادیق هم‌گرایی به شمار می‌آید (Augenstein & Dawson, 2012, pp. 1-2). سطوح تحقق هم‌گرایی حقوقی متفاوت است، اما آنچه در تمام این سطوح شباهت دارد، اتخاذ راهکار حقوقی برای حل مسئله مشترک است. اینکه این سند تا چه اندازه به این مهم توجه داشته است، در ادامه بیشتر بحث و بررسی می‌شود.

چنین اسنادی که توسط سازمان برای ایجاد وفاق حقوقی به تصویب می‌رسد، دولت‌ها را مکلف به تصویب محتوای سند در قالب قانون نمی‌کند، اما از آنجاکه سند به‌عنوان «راهبرد» سازمان معرفی شده است، دولت‌های عضو هنگام اقدام در چهارچوب سازمان، خود را ملتزم به رعایت چهارچوب‌های مندرج در سند می‌دانند. این اسناد، برنامه عملی برای دولت‌ها به شمار می‌آیند که مبتنی بر آن‌ها برخی اصلاحات سیاستی خود را آغاز کنند (میرمحمدی، ۱۳۹۶، ص. ۱۹۳). با توجه به اخیرالتصویب بودن سند در سازمان، کارشناسان تهیه‌کننده آن کوشیده‌اند تا از

اشتباهات اسناد پیشین گریز یابند و نقاط قوت سند را ارتقا بخشند.

۲. عنصر دین در سند

پیشینه سازمان همکاری اسلامی در صدور اسناد و تصویب معاهدات به گونه‌ای است که انتظار مخاطبان حقوقی، مشاهده سندی با مفادی نشئت گرفته از اسلام است. به بیان روشن‌تر، این سازمان محل اشراق ارزش‌های دینی در اسناد فراملی است و می‌کوشد در کنار هنجارهای بین‌المللی مندرج در اسناد جهانی، متونی را شکل دهد که رنگ و بوی اسلام در صدر و ذیل آن احساس شود. فارغ از منشأ شکل‌گیری این سازمان، رویکرد سندی سازمان در آغاز، تولید محتوای معنادار و مبتنی بر شریعت اسلامی بود؛ هرچند در گستره زمانی حیاتش متناسب با تغییر سیاست‌های دولت‌های عضو، میزان معناداری هنجارها تغییر یافت (مظفری، ۱۳۸۹، صص. ۹۵-۹۷). با تفصیلی که در این نوشتار خواهد آمد، هنجارسازی حقوقی سازمان از استقلال تا استحاله در قواعد بین‌المللی را تجربه کرده است.

رویه سازمان از ابتدا مبتنی بر فاصله نگرفتن از هنجارهای بین‌المللی مگر به قدر ضرورت بوده است؛ زیرا در منطق حقوق بین‌الملل، اسناد خاص نباید معارض اسناد عام باشد مگر اینکه استاندارد و معیار کیفی بالاتری از سند عام را به نمایش بگذارد که در آن، حقوق بشر بیش از آنچه در سند عام حفاظت شده است، مورد حمایت و پشتیبانی قرار گیرد؛ مفهومی که با عنوان «قاعده قانون مطلوب‌تر» شناخته می‌شود (سادات اخوی، ۱۳۸۵، صص. ۷-۲۰۶)؛ البته رعایت این موضوع لزوماً موفق نبود و سکوت یا استفاده از عبارات مبهم در نهایت، میان معیارهای اسلامی و حقوق بین‌الملل بشر در برخی مواضع دچار تعارض یا تضاد می‌شد. درباره استفاده از عنصر دین در این سند باید به ایرادات زیر توجه کرد.

۱.۲. توجه به گفتمان غیردینی

نوع انتخاب عنوان سند، این پیام را می‌رساند که سازمان به جای انتخاب عنوانی مانند «راهبردهای اسلام» از «راهبردهای سازمان همکاری اسلامی در خصوص سالمندی» استفاده می‌کند. این خلاف آن چیزی است که در سند قاهره از سازمان با عنوان «حقوق بشر در اسلام»^۱ دیده شده

1. Cairo Declaration on Human Rights in Islam (5 Aug 1990).

است. رویکرد سازمان در این سند و سندهای مشابه در خصوص حقوق زنان (۲۰۱۶)، جوانان (۲۰۱۸)، خانواده (۲۰۱۹) و معلولان را می‌توان نوعی سکولاریزه کردن اسناد مصوب سازمان دانست. در محتوای سند از تعبیری مانند «دین» یا «اسلام» به صراحت استفاده شده است، اما با توجه به انباشته‌های عظیم اسلامی در خصوص حمایت از اقشار ضعیف به‌ویژه سالمندان و معلولان، انتظار می‌رفت که سازمان بر داشته‌های حقوق حمایتی می‌افزود و به هنجارسازی رو می‌آورد.

سازمان با منشأ دغدغه‌های مشترک میان دولت‌های برخوردار از جمعیت مسلمان شکل گرفت، اما پس از مدتی اظهارنظر و صدور بیانیه، به سمت هنجارسازی گام برداشت. در ابتدا سازمان کنفرانس اسلامی (نام پیشین سازمان همکاری اسلامی)، محل تجمعی به شمار می‌آمد برای تمام دولت‌هایی که میزبان جمعیتی از مسلمانان بودند و لزوماً به باورهای اسلامی ملتزم نبودند. این معیار گسترده برای فزونی بخشیدن به تعداد اعضا و گسترش جغرافیای تحت سیطره سازمان برگزیده شد، اما پس از مدتی، گستردگی اعضا بر کیفیت عملکرد سازمان اثر منفی گذاشت. همین عامل از منظر حقوقی موجب شد تا رویکردهای سکولار وارد مذاکرات سازمان شود. در حال حاضر قانون اساسی برخی دولت‌ها (مانند لبنان) عمیقاً و صریحاً رویکرد سکولار دارد (Claudia, 2015, p. 5) و جدا از مواضع سیاسی، در بعد کارشناسی، کارشناسان اعزامی به سازمان در فضایی ورای اندیشه‌های دینی اعلام نظر می‌کنند؛ عاملی که به تدریج سازمان را به سمت استحاله در قواعد بین‌المللی پیش برد؛ به‌ویژه که برخی اعضا مانند ترکیه در هنجارسازی سه دهه اخیر خود به شدت از ارزش‌های اروپایی و غیراسلامی اثر پذیرفته‌اند و می‌پذیرند.

ممکن است چنین استدلال شود که سازمان در تصویب این سند، در مقام تولید هنجار نبوده، بلکه به ارائه راهبرد و راهکار برای حل مسئله‌ای عاجل می‌اندیشده است؛ همان‌گونه که در دیگر اسناد راهبردی نیز به همین شیوه عمل شده است^۱، اما واقعیت فراتر از این پاسخ است. حقیقت این است که سازمان در عرصه حقوق به‌ویژه ساحات مرتبط با حقوق بشر ناگزیر از انتخاب یکی از دو رویکرد است؛ هم‌گرایی و عام‌گرایی یا خاص‌گرایی^۲ و استثناگرایی. به بیان روشن‌تر، سازمان

1. World Health Organization, Multisectoral Action for A Life Course Approach to Healthy Ageing: Draft Global Strategy and Plan of Action on Ageing and Health (22 April 2016).
2. Particularism

یا باید با قواعد حقوق بین‌الملل بشر هم‌گرا و مانع از «چندپارگی»^۱ قواعد حقوق بشر می‌شد که در این صورت تمجید جهانی را به خود جلب می‌کرد (Gunn & Lagresa, 2016, pp. 253-255) یا اینکه رویکردی خاص‌گرایانه برای خود برمی‌گزید و بر منابع شرعی خود اصرار می‌کرد تا طرحی نو دراندازد که در این صورت محکوم نهادهای حقوق بشری و دولت‌های غیراسلامی می‌شد. این رویکرد، ماهیت سازمان را تقویت می‌کرد، اما بر فشار بین‌المللی بر این سازمان نیز می‌افزود؛ البته ذکر این نکته ضروری است (آن‌چنان‌که در ادامه نیز مورد اشاره قرار گرفته است) که تأکید بر استناد، ابتنا و استفاده از منابع شرعی لزوماً موجبات مغایرت با موازین حقوق بشری و جلب فشار بین‌المللی را فراهم نمی‌آورد و می‌توان در محدوده تنوع فرهنگی، قیوداتی را که به ضرورت‌های فرهنگی و اجتماعی پیش‌بینی می‌شود، از منظر حقوق بین‌الملل بشر نیز مورد پذیرش قرار داد.

عام‌گرایی به معنای اجرای قواعد حقوقی به‌صورت یکسان بر تمام دولت‌هاست، اما خاص‌گرایی حالتی است که دولت یا سازمان بین‌المللی در پی اجرای قواعد مبتنی بر ارزش‌های خود است؛ هرچند مغایر قواعد عام به شمار آید (Bradford & Posner, 2011, p. 7). خاص‌گرایی در دو حالت فردی و جمعی محقق می‌شود. عموماً در فرض خاص‌گرایی فردی، دولت در پی منافع شخصی خود در عرصه بین‌المللی است. این موضوع منجر به تقبیح حقوقی این رویکرد می‌شود، اما خاص‌گرایی جمعی نشان از درخواست تعداد زیادی از دولت‌ها برای تغییر یا تعدیل قواعد بین‌المللی و فرار از سلطه «هنجارین ارزش‌ها»^۲ آ‌ی حاکم بر فضای کنونی حقوق بین‌الملل است که در این صورت گونه جدیدی از خاص‌گرایی با عنوان «خاص‌گرایی موجه یا عادلانه» ظهور می‌یابد (Kirchin, 2007, p. 2). برای بروز خاص‌گرایی جمعی نیاز به نهادسازی است تا از مجرای نهاد بین‌المللی بتوان هنجارسازی کرد و هنجارهای ساخته‌شده را در فضای حقوق بین‌الملل تاباند.

سازمان ابتدا در رویکرد شبه‌مستقل اقدام کرد و سند قاهره نتیجه عینی اتخاذ چنین رویکردی بود. سند قاهره برآمد اندیشه اندیشمندان مسلمان و نخستین کوشش در ترکیب آموزه‌های اسلام و حقوق بشر مدرن به شمار می‌آید (موسوی اصل و زمانی، ۱۴۰۱، ص. ۳۰۵)، اما به تدریج با

1. Fragmentation
2. Value Imperialism

مواجهه نهادهای بین‌المللی، کم‌توانی برخی دولت‌های عضو و تغییر سیاست سازمان به سمت عام‌گرایی، کارکرد خاص سازمان (فونکسیون) در قالب برنامه‌های بلندمدت دچار استحاله شد؛ برنامه‌هایی که فراتر از طرح بلندمدت، اصلاحات بنیادینی را هدف‌گذاری کرده بود (موسوی اصل و زمانی، ۱۴۰۱، ص. ۳۰۶). سازمانی که می‌توانست نهاد انعکاس ارزش‌های حقوقی اسلامی باشد، از کارکرد هنجارسازی خود دور افتاد.

این تغییر رویکرد حقوقی، همان‌طور که در ادامه بیشتر تبیین می‌شود، ارزش حقوقی اسلامی اسناد صادر از این سازمان را کاست؛ به‌ویژه پس از تصویب اصلاحات اساسنامه در سال‌های ۲۰۰۸-۲۰۰۹ با رهبری تفکری منبعث از ترکیه؛ اصلاحاتی که حتی منجر به تعدیل گزاره‌های حقوقی مندرج در قطعنامه‌های سازمان درباره توهین به ادیان شد (موسوی اصل و طباطبایی، ۱۳۹۹، صص. ۲۵۴-۲۵۵). این موضوع استمرار یافت و حتی سند قاهره درباره حقوق بشر در اسلام نیز در فرایند اصلاح قرار گرفت؛ موضوعی که به‌منزله تغییر «کلان‌گفتمان» (پارادیم) سازمان شناخته می‌شود (Mozaffari, 2020, pp. 8-10). از این‌رو سند سازمان در خصوص سالمندان، در نگاهی حقوقی و مبتنی بر روندنگاری سازمان، نتیجه عدول عامدانه سازمان از هنجارسازی مبتنی بر داشته‌های حقوقی اسلامی است.

۲.۲. ایستایی در مرز گفتمان موجود

سند در مسئله‌یابی و حل مسئله راهی فراتر از اسناد بین‌المللی حقوق بشری نیپیموده است. یکی از مصادیق آن را می‌توان در توجه به موانع پیش روی سالمندان و راه‌حل‌های حقوقی پیشنهادی سند جست‌وجو کرد. برای مثال، سند به ایجاد نگرش مثبت نسبت به سالمند در جوامع اسلامی به‌ویژه از طریق رهبران، مساجد و مؤسسات دین‌محور و دین‌پایه پرداخته است (ص. ۲۰). یکی از موانع اصلی در برخورداری سالمند از حقوق اجتماعی، وجود تصور کلیشه‌ای است. تصور کلیشه‌ای از سالمند، فردی با صبر کم، توان اندک، قدرت تطبیق پایین با شرایط و اخلاقیات تحمل‌ناپذیر را به نمایش می‌گذارد و همین تصور که در بستر اجتماع به وجود می‌آید، از طریق سازوکارهای حقوقی نظام‌مند مانع از اشتغال و مشارکت افرادی می‌شود که تمایل و توانایی دارند که در محیط کار باقی بمانند (Gosheh, 2008, p. 3)؛ مانند درج شرط سنی غیرضرور برای مشاغل و برگزاری آزمون‌هایی که فاقد فایده‌مندی هستند و منجر به حذف افراد با سنین بالاتر می‌شوند.

تبعیض سنی دلیل اصلی بروز «سالمندهراسی» در جامعه و پدیده طرد و انزوای اجتماعی است (Islam, 2016, p. 93). تبعیض سنی به معنای این است که فرد تنها به‌خاطر برخورداری از سن خاصی از مزایای کمتری برخوردار شود یا ضرر بیشتری نسبت به دیگران متحمل شود (Gosheh, 2008, p. 1). تبعیض سنی در محیط کار عامل اصلی عدم به‌کارگیری افراد با سنین بالا، عدم مهارت‌آموزی به این افراد، اولویت دادن به اخراج این افراد در زمان تعدیل و... و بی‌توجهی به نقاط مثبت کارگران و مستخدمان با سنین بالاتر است که از تجربه، صبر حرفه‌ای و انباشت علمی بیشتری برخوردار هستند (Coals et al, 2006, p. 9). از این‌رو یکی از اهمیتمات جدی دغدغه‌مندان حقوق‌سالمندان، مبارزه با تصور کلیشه‌ای از سالمندان است. سند با نگاه تکراری به اهمیت مبارزه با سن‌گرایی و نگاه کلیشه‌ای به سالمندان، افزون‌بر سیاست‌گذاران از بخش‌های مختلف مذهبی و سیاسی خواسته است با ایجاد حساسیت علیه تبعیض مبتنی بر سن و متعاقب آن جداسازی بین‌نسلی، مانع از انزوای اجتماعی و خانوادگی این قشر جمعیتی شوند (ص. ۲۱). این درخواست بجا و درج آن ضروری بود و تنها مخاطب قرار دادن بخش‌های مذهبی اسلامی اقدام عمده‌ای به شمار نمی‌آید. به بیان روشن‌تر، جایگزینی «مسجد» به جای «کلیسا و کنیسه» تنها اقدامی است که در سند صورت گرفته است.

مثال دیگر برای این موضوع را می‌توان مطالبه سند در مقابله با «تعدی، غفلت و سوءاستفاده» نسبت به سالمند دانست که رهبران مذهبی و معتقدان به مذهب را به چاره‌اندیشی مبتنی بر دین و راهبری در این باره دعوت کرده است تا با راه‌اندازی کمپین‌ها (جنبش‌های مردمی) و حساس کردن عموم مردم، نقش اجتماعی فعالانه‌ای ایفا کنند (ص. ۲۲). این قسمت از ادبیات حقوقی به‌کارگرفته شده در سند شامل موضوعی مازاد بر آنچه در ادبیات حقوقی غرب و اسناد جهانی وجود دارد، نیست (Wamara et al, 2021, pp. 288-290). به بیان روشن‌تر، مبارزه با سه‌گانه تعدی، غفلت و سوءاستفاده که در بردارنده تبعیض مستقیم، غیرمستقیم، اذیت و آزار و مانند این‌هاست، به صورت کامل‌تر و جامع‌تر از سندهای وین و مادرید مورد بررسی قرار گرفته است.

با توجه به نقد یادشده جا داشت که سند از رویکرد ایجابی و ابداعی مبتنی بر منطق دینی بهره می‌برد و جایی برای طرح تراث اسلامی در خود باز می‌کرد. برای مثال، یکی از مهم‌ترین رویکردهای ایجابی که جای خالی آن در اسناد حقوق بشری واضح است، موضوع مسئولیت افراد در قبال افراد است. سند باید از منطق «جعل مسئولیت برای اقارب» در راستای رسیدگی به

وضعیت سالمند منزوی یا بزه‌دیده استفاده می‌کرد. برخلاف رویکرد اسناد بین‌المللی که مسئولیت پایش در موارد فوق را بر عهده نهادهای عمومی و دولتی فرض می‌کنند، مسئولیت افراد در برابر افراد می‌توانست یکی از ابداعات این سند در عرصه حقوق بشر باشد. در قرآن مجید نسبت به والدین، تکلیف «احسان» بر فرزندان وارد شده است (بقره، ۸۳؛ نساء، ۳۶؛ انعام، ۵۱؛ اسراء، ۲۳). از اطلاق لفظ «احسان» چنین نتیجه گرفته می‌شود که رفع نیازهای مادی والدین (تا جایی که نیاز والدین رفع شود) بر عهده فرزندان است (ارسطا، ۱۳۹۸، ج ۲، صص. ۳۰۸).

مثال دیگر از ظرفیت‌های دینی برای توسعه ادبیات حقوقی، موضوع تمهید خدمات اجتماعی برای سالمندان است. سند در بعضی قسمت‌های خود به لزوم تأمین خدمات اجتماعی تأکید می‌کند (ص. ۱۸)، اما این سطح از تأکید، ابتکار دینی به شمار نمی‌آید؛ زیرا همین مصادیق در دیگر ادیان نیز شایان تطبیق و صدق است. سند می‌توانست در این باره به تراث اسلامی متوسل شود و راهکارهای نوینی برای دولت‌ها ترسیم کند. برای مثال، ظرفیت آیه ۶۱ سوره مبارکه نور که می‌فرماید «لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرْجٌ وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرْجٌ وَلَا عَلَى الْمَرِيضِ حَرْجٌ وَلَا عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ...»، ظرفیتی متعالی برای به‌کارگیری در این سند اسلامی بود.

این آیه واکنشی از جانب شارع مقدس در برابر تصور کلیشه‌ای عمومی نسبت به این سه دسته قشر آسیب‌پذیر (نابینا، لنگ و مریض) و قرار گرفتن آن‌ها در حالت انزوای اجتماعی به‌شمار می‌آید (حر عاملی، ۱۳۷۰، صص. ۵۳-۵۴). آیه شریفه در شرایطی نازل شد که در فضای پیش از اسلام، از نابینایان، معلولان جسمی و حرکتی و بیماران تا جایی دوری می‌شد که در هم‌سفره شدن با ایشان نیز تابویی اجتماعی به وجود آمده بود (برازش، ۱۳۹۶، ج ۱۰، ص. ۳۲۲). این آیه ضمن شکستن این قبح پوچ، «رفع حاجت از خانه‌های نام‌بردگان» در آیه را جایز دانست (طباطبایی، ۱۳۸۳، ج ۱۵، ص. ۲۲۸). این آیه تاب تفسیر برای ارائه راهکار گسترده‌تر را در حمایت اجتماعی از سالمندان که عموماً از بیماری و معلولیت رنج می‌برند، دارد.

۳. جایگاه هم‌گرایی حقوقی در سند راهبردی

ایجاد هم‌گرایی یکی از کارکردهای نهادهای بین‌المللی شمرده می‌شود. اسناد مصوب سازمان‌های بین‌المللی، ظرفیتی را در اختیار سازمان یا نهاد قرار می‌دهد که در صورت استفاده بهینه می‌تواند میان مواضع حقوقی و قوانین داخلی دولت‌های عضو، تقارب و نزدیکی ایجاد کند (حبیب‌نژاد و

تسخیری، ۱۳۹۵، صص. ۴۲-۴۳). هم‌گرایی نهادی به معنای اتخاذ رویکرد، راه‌حل و شیوه یکسان در برابر مسئله و مشکل واحد است. این کارکرد متناسب با اهداف و صلاحیت‌های هر سازمان بین‌المللی تعریف می‌شود و نتیجه آن بروز هم‌گرایی سیاسی، اقتصادی، امنیتی، فرهنگی و مانند آن است (قربانیور نجف‌آبادی و گودرزی، ۱۳۹۵، صص. ۱۰۴-۱۰۶). هرگاه سازمانی بین‌المللی در عرصه هنجارسازی حقوقی ورود یابد، سخن از هم‌گرایی حقوقی به میان می‌آید؛ زیرا آن سازمان و دولت‌های عضو به حوزه‌ای وارد شده‌اند که منجر به حذف تفاوت‌های حقوقی و وصول به اتحاد و تقارب قانونی می‌شود.

از قابلیت‌های معاهدات و اسناد بین‌المللی می‌توان به ایجاد هم‌گرایی حقوقی اشاره کرد. این موضوع در خصوص سند سازمان همکاری اسلامی از دو بعد اهمیت دارد. نخست اینکه، سند وارد عرصه‌های حقوقی و هنجارین شده است. دوم اینکه، میان دولت‌های اسلامی امکان ایجاد هم‌گرایی بر پایه حقوق به دلیل اشتراکات ریشه‌ای در منابع حقوقی میسرتر از دیگر سازمان‌هاست. از این رو ذیل بخش هم‌گرایی حقوقی، ابعاد مختلف میزان استفاده از این ظرفیت حقوقی-اسلامی در سند سازمان مورد بررسی و ارزیابی قرار گرفته است.

۱.۳. قانون‌گذاری مشترک

استفاده از ظرفیت حقوق و قانون برای تقارب میان دولت‌ها یا همان «هم‌گرایی حقوقی»، در قالب‌های مختلفی بروز و ظهور می‌یابد مانند «قانون‌گذاری مشترک» (به‌صورت معاهده یا آنچه در پارلمان اروپایی محقق می‌شود)، اتخاذ «قانون نمونه»^۱ و «قانون‌گذاری جمعی از دولت‌ها مبتنی بر اصول واحد، اما منطبق با اقتضائات ملی». فارغ از تفاوت سازوکارها، محاسن و معایبشان، آنچه دولت‌ها را به سمت هم‌گرایی سوق می‌دهد، وجود دغدغه مشترک و تمایل به تقارب در سیاست‌گذاری و قانون‌گذاری است. موضوع سالمندان مسلمان و حل مشکلات آن‌ها به دغدغه‌ای مشترک میان دولت‌های سازمان همکاری اسلامی تبدیل شده است (کرلیفه، ۲۰۲۲، ص. ۱۷). تصویب سند خود نشانه‌ای بر اهمیت این دغدغه مشترک در میان دولت‌های عضو است. در دهه اخیر به دلیل فزونی مهاجرت میان دولت‌های عضو سازمان و جابه‌جایی محل سکونت سالمندان، دولت‌های اسلامی در پی تدابیری برای اتخاذ راهکارهای تقنینی مشابه در «موضوعات مرتبط با

سالمندی» و «موضوعات مورد رجوع سالمندان» (قوانین مرتبط با ارث، نفقه و...) هستند. درباره موضوع این سند، قانون‌گذاری میان دولت‌های اسلامی از نقطه قوت بنیادینی برخوردار است؛ اینکه بخشی از منابع تقنین کشورهای اسلامی عضو سازمان عموماً متأثر از شریعت اسلامی است و نیازها و اقتضائات ملی عموم آن‌ها در این باره اختلاف فاحشی با یکدیگر ندارند. جمع این دو عنصر در کنار هم منجر به تصویب قوانین موفق مشابهی در نظام تقنینی دولت‌های عضو سازمان می‌شود؛ زیرا موفقیت در قانون‌گذاری مشترک، نتیجه اشتراک فرهنگی و تاریخی دولت‌های قانون‌ساز است (Wessel, 2011, p. 255). اشتراک یادشده نه تنها در هنجارسازی مؤثر است، بلکه در زمان اجرا نیز منجر به سهولت در پیاده‌سازی هنجارها می‌شود.

آنچه از سند انتظار می‌رفت، این بود که به این کارکرد خود اهتمام ویژه باید داشته باشد. سند جز در موارد استثنایی از خطاب قرار دادن پارلمان‌های دولت‌های عضو اجتناب کرده است. از آنجا که مفاد سند تنها در مقام «سیاست‌گذاری» توقف نکرده و در بسیاری از موارد به عرصه اجرا نیز ورود کرده است، ضروری بود به ابزار «قانون» و سازوکارهای «تقنینی» توجه لازم را مبذول می‌داشت؛ زیرا نقطه ثقل هم‌گرایی حقوقی، فرایندهای تقنینی است که از مسیر پارلمان عبور می‌کند. با توجه به اتخاذ تصمیم سازمان در قالب سند راهبردی، به نظر می‌رسد از میان الگوهای یادشده، نیاز به «قانون‌گذاری مشترک» به صورت معاهده در اعضای سازمان احساس نمی‌شود. با توجه به روند تغییر هرم سنی جمعیت مسلمانان، دولت‌های اسلامی به‌ناچار به تصویب قوانین مرتبط با سالمندی رو خواهند آورد. از منظر حقوق بین‌الملل، تصویب قوانین داخلی ضمن جبران خلأ ناشی از نبود هنجارهای حقوقی الزام‌آور، دولت‌ها را نیز برای حرکت به سمت انعقاد معاهدات بین‌المللی آماده می‌سازد (Menkel-Meadow, 2011, p. 110). سند می‌توانست با اتخاذ رویکردی معطوف به تقنین، وصول دولت‌های اسلامی به این نقطه را سرعت بخشد.

در این سند به صورت سطحی سه خواسته تقنینی از پارلمان‌های عضو مطالبه شده است. نخست، «قانون‌گذاری حمایت از حقوق سالمندان ساکن در منزل» در راستای «رعایت امنیت و حریم خصوصی» آن‌ها. این پیشنهاد در راستای ایجاد محیط توانمندساز^۱ و بقای سالمند تا جای ممکن و دلپذیر در مکانی غیر از مراکز نگهداری سالمندان (خانه‌های سالمندان) است (صص. ۱۷

و ۱۸). دوم اینکه، از قانون‌گذار و مجریان قانون خواسته شده است تا محلات و اماکن عمومی را بر محور ایده «طراحی اسکان بین‌نسلی و محیط‌های عمومی تجمیع نسل‌ها» صورت‌بندی کنند. در پایان نیز قانون‌گذاران بر اساس این سند ترغیب شده‌اند تا قوانین شهرسازی را به سمت ساخت‌وساز بر اساس الگوهایی که مشارکت فعال سالمند در اماکن عمومی را میسر می‌سازد، تغییر دهند (ص. ۱۸). فارغ از اهمیت موضوعات اشاره‌شده، دامنه موضوعاتی از نیازهای سالمندان که پارلمان پوشش می‌دهد، شامل طیف گسترده‌ای است و منحصر در طراحی شهر دوستدار سالمند نیست. می‌توان چنین ادعا کرد که افق دید نویسندگان سند به اهمیت ابعاد قانون‌گذاری و ظرفیت ایجاد حقوقی دست نیافته بود و ضروری است در اقدامات بعد این تقیصه جبران شود.

۲.۳. تقنین اخلاق

اخلاق یکی از خاستگاه‌های قانون است و تقنین ارزش‌های اخلاقی عموماً با اقبال عمومی روبه‌رو می‌شود (حکمت‌نیا، ۱۳۹۴، صص. ۸۰-۸۲). جوامع درگیر پدیده سالمندی با کاهش ارزش‌های اخلاقی مرتبط با نگاه‌داری و تکریم سالمندان روبه‌رو هستند. تقنین ارزش‌های اخلاقی و تضمین شایسته اجرای قواعد حقوقی برخاسته از آن‌ها به ایجاد ساختارهایی منجر می‌شود که برساخته آن‌ها در طول زمان، رفتار و رویه‌ساز می‌شود. به بیان روشن‌تر، تقنین اخلاق به استمرار ارزش‌های اخلاقی تنزل‌یافته در میان‌مدت و تقویت عمل به آن‌ها در بلندمدت منجر می‌شود. به عبارت روشن‌تر، از رهگذر ایجاد الزام قانونی و نهادینه‌سازی رفتارهای مرتبط با آن دسته از ارزش‌های اخلاقی که حفظ آن‌ها برای اجتماع ضروری است، اما در طول زمان، اقبال اجتماعی خود را به هر سبب از دست داده‌اند، می‌توان اقبال اجتماعی را در قبال آن‌ها در بلندمدت ترمیم کرد. این موضوع است که قانون‌گذاران را به سمت تقنین ارزش‌های اخلاقی سوق می‌دهد.

به بیان جزئی‌تر، تقنین اخلاق بدین معناست که از ابزار قانونی برای تبدیل گزاره‌های فرهنگی به هنجارهای الزام‌آور استفاده شود؛ به‌گونه‌ای که بتوان نظم نوین خانواده را که میل به تضعیف اخلاق‌مداری و پذیرش سالمندان دارد، به سمت اخلاق اجبارشده یا همان قوانین منبعث از اخلاق و ارزش‌ها سوق داد (باقری، ۱۳۹۶، صص. ۱۳۸-۱۴۰). درباره مداخله حاکمیت در نهاد خانواده و حریم خصوصی با استفاده از ابزار قانون، مباحثات حقوقی تفصیلی جریان دارد (Schulz & Jill, 2016, pp. 15-17)، اما باید توجه داشت که قانون، ظرفیت تولید سازوکار را دارد. سازوکار نیز در

بلندمدت، بازسازی اخلاق را به همراه می‌آورد و این کارکرد قانون نباید مورد غفلت قرار گیرد. برای مثال، اگر در جامعه‌ای غفلت از والدین رو به وخامت رود، قانون می‌تواند که فرزندان را وادار به دیدار هفتگی از والدین کند و در برابر نقض آن، کیفرگذاری کند. این قاعده الزام‌آور در لباس قانون، در بلندمدت تبدیل به بخشی از اخلاق آن جامعه می‌شود و مردم بدون توجه به الزام اولیه قانونی، ناخودآگاه این عمل را تکرار می‌کنند که نوعی بازتولید اخلاق از مجرای قانون به شمار می‌آید.

با توجه به این نکته کلیدی که سالمندی و پیری جمعیت، پدیده نوین و مولود قرن کنونی است که هنوز ابعاد آن برای بسیاری از دولت‌ها نامکشوف است، سازمان می‌توانست در این قسمت‌ها ضمن تأکید بر قانون‌گذاری در خصوص سالمندان، به تبادل تجربیات «تقنینی» نیز توصیه کند. قانون برساخته اجتماعی است و ریشه در فرهنگ، تاریخ، سنت‌های اجتماعی، زبان، نژاد و به‌ویژه مذهب دارد. هر قانون شامل راهکارهایی مبتنی بر ابزار قانون‌گذاری برای رفع مشکل به شمار می‌آید که با اتکا بر زمینه‌های بالا به کار گرفته شده‌اند (Annamma, 2017, pp. 147). نگرش نوین درباره استفاده از قوانین خارجی برای رفع نیازهای داخلی، رویکرد بومی‌سازی است و استفاده عیناً از قوانین خارجی مردود شناخته می‌شود، اما تجربیات و شیوه‌های استفاده از ابزار قانون و ارزیابی آثار آن به‌ویژه در عرصه‌های فرهنگی و تقنین اخلاق، قابلیت تبادل و انتقال دارد. از این رو سند می‌توانست راهبردی درباره «تقنین اخلاق» پیش روی دولت‌های عضو گذارد تا با تقنین ارزش‌های مبتنی بر اخلاق اسلامی منجر به تقویت بعد «تکلیف افراد در برابر افراد» شود.

۴. نقش زن و خانواده در سند راهبردی

رویکرد نوین بین‌المللی، تقویت حمایت از سالمند با نهادهای حمایتی و در کنار آن، احیای شبکه اجتماعی پیرامونی سالمند است. این شبکه پیرامونی است که سالمند را در برابر آسیب‌ها محافظت و نیازهای او را تأمین می‌کند و هنگامی که خدمات رسمی و دولتی دچار نقصان شوند، کارآمدی خود را نشان می‌دهد؛ البته حمایت‌های اقتصادی و خدمات رسمی، قدرت تقویت یا تضعیف شبکه اجتماعی پیرامونی سالمند را دارند (نبوی و همکاران، ۱۴۰۱، ص. ۴۰؛ Jaspal & Breakwell, 2022, p. 162). نخستین قسمت این شبکه، خانواده سالمند است. شکل سنتی زندگی افراد گویای این است که پیش‌تر سالمندان در محیط خانواده نیازهای مادی و معنوی خود را

جست‌وجو می‌کردند و با تغییر سبک زندگی مدرن، این موضوع دچار تحول بنیادین شد. با توجه به جایگاه محوری خانواده و به‌ویژه زنان در شبکه مرتبط با سالمندان، بخش مجزایی از این مقاله به این جایگاه اختصاص یافته است. با وجود اهمیت کلان موضوع خانواده در نظام تصورات سالمند، سند از رسیدگی به این موضوع عدول کرده و کوشیده است تا با اختصار از کنار آن رد شود. شاید دلیل اصلی آن، وجود سند راهبردی سازمان درباره ازدواج و خانواده^۱ باشد. درباره موضوع زن و خانواده، از منظر «عدم تعریف نقش زن مبتنی بر نظام حقوقی اسلام» و «عدم توسعه مفهوم شبکه پیرامونی مبتنی بر شریعت و ظرفیت‌های دینی»، ایراد محتوایی بر این سند وارد است.

۱.۴. خروج از نگرش در چهارچوب منظومه حقوق اسلامی

از نظر سند، دولت‌های عضو سازمان باید دو چیز را تقویت کنند؛ خانواده‌های نگهدار سالمند و مؤسسات نگهدار سالمندان. همچنین، باید با دو مشکل نیز مبارزه کنند؛ تصور کلیشه‌ای و تعدی مستقیم به حقوق سالمندان (ص. ۲۰). در نظر سند، در وهله نخست، خانواده‌ها باید تقویت شوند، اما با تضعیف نقش خانواده، چاره‌ای جز توسل به مؤسسات نگهداری و پشتیبان سالمندان نیست (ص. ۲۳). به بیان روشن‌تر، با توجه به تضعیف خانواده‌ها از نظر اخلاقی و ارزش‌های دینی و در نتیجه، رشد غفلت نسبت به سالمندان، ضروری است تا سازمان‌های حمایتی دولتی و غیردولتی برای جبران این کاهش ورود یابند (Pampel, 2008, p. 11). همان‌طور که گفته شد، مداخله و ورود حاکمیت برای رفع خلأهای این‌چنینی محل تنازع آراست، اما درباره اقشار آسیب‌پذیر مانند کودکان و سالمندان، معیارهای حقوق بشری دولت‌ها را متعهد به توجه و اجتناب از غفلت می‌کنند. نقدی که بر هر دو سند سالمندان و «ازدواج و خانواده» سازمان همکاری اسلامی وارد است، فقدان تلاش کافی برای فاصله گرفتن از تصویر کلیشه‌ای زنان در اسناد بین‌المللی و بازآرایی حقوقی نقش زنان منطبق با منطق نظام حقوقی اسلام است. حقوق زن مسلمان از حیث معرفت‌شناختی، فعلیت خارجی، جایگاه و نقش خانوادگی تفاوت معناداری با مبانی حقوق زن غیرمسلمان دارد (مؤمن، ۱۴۰۰، صص. ۳۵-۳۶). نتیجه منطقی این تفاوت، بازخوانی هویت زنانه و بازآرایی آن در اسناد اسلامی است. با مطالعه این سند و آنچه در سندهای مادرید و وین درباره

1. OIC Strategy for the Empowerment of the Marriage & Family Institution (2019).

حقوق سالمندان درج شده است، تلاشی برای این بازتعریف به چشم نمی‌خورد. مثالی از تبعیت در مفهوم و مصداق حقوق زن غربی را می‌توان در تصویر نقش زنان در این سند دانست. در اسناد وین و مادرید، عموماً به زنان سالمند توجه شده و نقش زنان غیرسالمند در مدیریت جامعه سالمند و پدیده سالمندی مورد توجه قرار نگرفته است (Vienna Declaration and Programme of Action, 1993, pp. 33-44). دلیل عمده این است که اسناد یادشده، در محیط مبتنی بر هنجارهای اروپایی و آمریکایی نگارش یافته و تفوق ارزشی غرب (غرب‌محوری) در نگارش اسناد بین‌المللی محرز است (Edmunds, 2021, p. 316). در دیدگاه غربی، مسئولیت در قبال والدین و مسئولیت فرد در برابر فرد کم‌رنگ و تلاش شده است تا ساختار و نهادهای مراقبتی این نقش را بر عهده گیرند. این در حالی است که نظام حقوقی اسلام افزون‌بر تکلیف بر تأمین مالی والدین سالمند (نقشه اقارب)، دیگر تعهدات مراقبتی و درمانی بر عهده فرد مسلمان را به‌عنوان «تکلیف شرعی دارای ضمانت» به رسمیت شناخته است (خمینی، ۱۳۷۹، ج ۱، ص. ۳۲۱)؛ موضوعی که در ادامه بیشتر به آن پرداخته می‌شود.

در جوامع اسلامی از دو منظر زنان در سالمندی حائز اهمیت هستند. نخست اینکه، زنانی که نقش مراقبت از والدین را در عموم جوامع اسلامی بر عهده می‌گیرند، در کنار نقش مادری و همسری، بار بیشتری را نسبت به مردان در نگهداری از سالمندان متحمل می‌شوند و کلان‌گفتمان (پارادایم) حاکم بر خانواده کنونی، امکان خدمت‌رسانی زنان به والدین را بیش از مردان فراهم کرده است. دوم اینکه، بیشتر زنان سالمند در معرض فقر و آسیب‌پذیری‌های مختلف هستند. در برخی کشورها از جمله ایران وجه سومی نیز وجود دارد که پدیده زنانگی سالمندی است. جمعیت زنان سالمند نسبت به مردان سالمند رو به فزونی است و زنانگی سالمندی پیش روی جامعه ایرانی قرار دارد (دراهکی و نوبخت، ۱۳۹۹، صص ۶۲۳-۶۶۲).

سند می‌توانست با اتکا به سنت دینی و فرهنگ ملی اعضا ضمن بازآرایی نقش زن در محیط خانواده و اجتماع و توجه به دغدغه‌های خاص دولت‌های عضو (مانند زنانگی سالمندی و فقر زنان سالمند)، در راهکار و راهبرد، نوآوری لازم را پدید آورد. بازآرایی نقش زن در خانواده یعنی گریز از معیار قرار دادن ارزشمندی و فایده‌مندی زنان مبتنی بر عناصر اقتصادی (بانوان به‌عنوان نیروی کار در اجتماع) و تلاش برای ارتقای تصور اجتماعی از ارزشمندی زن در نقش دختر، مادر

و همسر (بانوان به‌عنوان کانون مرکزی حراست عاطفی از اقربا)؛ هرچند که نگرش اسلامی مانع و منکر فرصت‌های اجتماعی و نقش‌های سیاسی و اقتصادی برای زنان نیست (مؤمن، ۱۴۰۰، صص. ۲۲۰-۱۳۹). سند در محتوا، شکل، راهکار و مسئله‌یابی، از خود تفاوت معناداری از دیگر اسناد بین‌المللی به نمایش نمی‌گذارد؛ به‌ویژه که در برخی موارد به‌صورت ضمنی خود را پایبند معیارهای بین‌المللی تعریف می‌کند (ص. ۱۲).

اینکه سند یا معاهده‌ای خاص با اسناد بین‌المللی جهانی تفاوت نداشته باشد یا اینکه معیارهای بین‌المللی را تکرار کند، به‌خودی‌خود مذموم و مطرود نیست، اما با توجه به آنچه نویسنده پیش‌تر اشاره کرده و در ادامه نیز این خط روایت را پی گرفته است، سازمان در این سند می‌توانست معیارهای بین‌المللی را ارتقا بخشد یا اینکه با توجه به تراش حقوقی جوامع مسلمان، در برخی موارد انحرافات را به سمت اندیشه‌های اسلامی سوق دهد درحالی‌که از این فرصت بهره نبرد و این موضوع نقدبرانگیز است.

۲.۴. عدم توسعه مفهومی «تعهد به مراقبت»

بخش مهمی از کارکرد خانواده در مراقبت از سالمندان، در گروهی تأمین مالی درونی و بیرونی (کمک‌های دولتی) است. این موضوع محل تلاقی حقوق و اقتصاد است. حضرت امیر در خطبه ۳۵ نهج‌البلاغه می‌فرماید «به اوضاع یتیمان و سال‌خوردگان که راه چاره‌ای ندارند و خود را در معرض سؤال از مردم قرار نداده‌اند، رسیدگی کن. آنچه سفارش کردم بر حاکمان سنگین است؛ البته همه حق سنگین است و گاه خداوند آن را بر اقوامی سبک می‌کند که خواهان عاقبت‌به‌خیری هستند و خود را به صبر و استقامت واداشته و به صدق آنچه خداوند به آن وعده داده [است]، اعتماد کرده‌اند» (ترجمه استاد حسین انصاریان). تعبیر امیرالمؤمنین از «راه چاره‌ای ندارند»، در ادبیات مرتبط با تکافل اجتماعی به «یتیم»، «زمین‌گیر» و «سالمند» تقسیم شده و نظریات فقهی، دولت و مردم را به‌صورت توأمان در قبال این جمعیت مسئول دانسته است (کاظمی نجف‌آبادی و حسینی، ۱۴۰۰، ص. ۱۳).

سند در این باره به نقش سازمان‌های اجتماعی (مدنی) و دولت برای حفظ سالمندان اشاراتی دارد، اما از غور در داشته‌های اقتصادی دولت‌های عضو اجتناب می‌کند و بر تجربیات برخی دولت‌های اروپایی متمرکز می‌شود. ظرفیت ابزارهای تأمین مالی «اسلامی» یا «مبتنی بر شریعت»

مانند «تکافل»، «انفاق»، «صدقه»، «مساوات»، «ایشار»، «وقف» و هر اقدام مشمول عنوان «فی سبیل الله» که میان مسلمانان مشترک است، می‌توانست مدنظر نویسندگان سند قرار بگیرد. این درحالی است که سند، تقویت سازوکارهای تأمین اجتماعی و متعاقب آن، تمهید نظام «مراقبت بلندمدت»^۱ مبتنی بر ظرفیت‌های ملی هر کشور را به دولت‌ها به‌عنوان راهبرد پیشنهاد می‌دهد (ص. ۱۵). نظام مراقبت بلندمدت، نظامی است که برای نخستین بار در سیستم بهداشتی انگلیس مورد امتحان قرار گرفت و پس از آن نیز توسط دولت‌های رفاه مانند آلمان پی‌گرفته شد. این نظام به‌شدت نیازمند تأمین مالی دولتی است و تاریخچه کاریست آن نشان داده است که عدم تأمین مالی یا اتخاذ سیاست انقباض مالی منجر به توقف این برنامه مراقبتی می‌شود (Huntoon, 2013, pp. 98-99). در نتیجه، برای استمرار این‌گونه موارد باید در کنار تمهید نظام مراقبت بلندمدت، به فکر دیگر ابزارهای اجتماعی مراقبت از سالمندان بود. هزینه‌های ناشی از این دوره‌ها در عموم کشورها از جانب صندوق‌های بازنشستگی فراهم می‌آید و برای تأمین این هزینه‌ها، گریزی از بهبود ساختار تأمین اجتماعی نیست (Li & Otani, 2018, pp. 480). از این رو برخی دولت‌ها با توجه به لزوم تأمین مالی پایدار دوره‌های بلندمدت مراقبتی، ترویج الگوی مختلط (صندوق‌های بازنشستگی دولتی و خصوصی، ملی و محلی) را در دستور کار قرار داده‌اند (دوخایی، ۱۴۰۰، صص. ۴۹-۵۰) و در دوره پویایی شغلی از افراد وجهی را مازاد بر حق بیمه پایه دریافت می‌کنند تا در دوره بازنشستگی بتوانند افزون بر هزینه درمان و حقوق بازنشستگی، منبع لازم برای فراهم آوردن بیمه مکمل (تکمیلی) و مخارج آن از جمله تأمین مالی «مراقبت بلندمدت» را مهیا کنند.

همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد، در اسلام نیز مراقبت از سالمند به‌عنوان تکلیفی شرعی شناخته می‌شود (فخرزاده و سلطانی، ۱۳۹۶، صص. ۹۸-۱۰۰). نویسنده به دنبال ایده استقلال تأمین مالی از دولت نیست؛ زیرا احادیث و روایات متعددی درباره نگهداری از بیماران و سال‌خوردگان به هزینه بیت‌المال وجود دارد. در روایتی آمده است که حضرت امیر پس از مشاهده پیرمردی نابینا و تهی‌دست، مسئولان را مؤاخذه کردند و می‌پرسند «این چه چیزی است؟». به ایشان پاسخ دادند او مردی مسیحی است. امیر مؤمنان پس از مشاهده گریز مسئولان از ارائه پاسخ درست فرمودند «او را به کار گرفتید تا هنگامی که پیر و ناتوان شده است و حال او را منع می‌نمایید. از بیت‌المال به او

انفاق کنید» (حر عاملی، ۱۳۷۲، ج ۱۵، ص. ۶۶).

آنچه مدعی نویسنده است، استناد به تجربه نیمه‌کاره غربی و قصور در تولید ادبیات حقوقی - اقتصادی برای کمک به خانواده‌ها در راستای بقای سالمند در خانواده است؛ هرچند نویسنده اذعان می‌دارد که از آنجاکه کشورها و جوامع مسلمانان به‌تازگی با پدیده پیری جمعیت روبه‌رو شده‌اند، دستاوردها و تجربیات عمده در این باره که مبتنی بر آداب و سنت اسلامی باشد، یافت نشد؛ ساحتی که نیازمند اندیشه‌ورزی اندیشمندان حقوقی و اقتصادی برای رفع نیازهای سالمندان در آینده نزدیک است و نگارش نوشتارهای این‌چنینی، تلاشی برای تبیین ضرورت توجه بیشتر به موضوع سالمندی است.

۵. نوآوری در کاربست اصطلاحات؛ بهره‌برداری از اصطلاحات بومی - دینی

استفاده هوشمند از واژگان یکی از ظرفیت‌هایی است که سند بین‌المللی می‌تواند آن را به کار گیرد؛ زیرا واژگان نوین پیشینه‌ای ندارند تا نویسندگان مجبور به پیگیری و حرکت در چهارچوب پیشینه باشند، بلکه به دلیل ابداعی بودن، امکان شکل دادن به چهارچوب مفهومی آن راحت‌تر و قدرتمندتر از دیگر مفاهیم است. ساخت واژگان و اصطلاحات جدید در صورتی واقعی است که مفهومی که در نظام‌های حقوقی داخلی وجود دارد، هنوز وارد اسناد بین‌المللی نشده است. در این فرض، ابتکار اصطلاحات جدید، دامنه مفاهیم مرتبط با موضوع را توسعه می‌بخشد.

بسیاری از دولت‌ها به علت داشتن صلاحیت گسترده‌تر برای شکل دادن به ابعاد مفهوم و برای عدم پیروی از پیشینه اصطلاح و واژه، واژه جدیدی را برای مفاهیمی که پیش‌تر نیز وجود داشته‌اند، برمی‌گزینند. برای مثال، اتحادیه اروپا به‌جای استفاده از اصطلاح «حقوق بشر»، در اسناد خود از اصطلاح «حقوق بنیادین» استفاده می‌کند. دلیل این اقدام را افزون‌بر ریشه داشتن این اصطلاح در حقوق داخلی دولت‌های عضو اتحادیه، باید در تلاش اتحادیه برای قدرت داشتن در تعیین حدود و ثغور اصطلاح «حقوق بنیادین» و گریز از چهارچوب غیراروپایی شکل‌گرفته درباره اصطلاح حقوق بشر دانست (Rosas, 2001, pp. 5-7)؛ البته جعل اصطلاح جدید گاه نیز برای فرار از مسئولیت بین‌المللی و با رویکرد منفی صورت می‌پذیرد؛ همچنان‌که ایالات متحده آمریکا برای فرار آثار حقوق بشری ناشی از «شکنجه، رفتارهای بی‌رحمانه، ترذیلی، تحقیرآمیز و غیرانسانی»، به جعل اصطلاح «مجازات‌های شدید» در نظام حقوقی خود روی آورده است و این مجازات‌ها را

خارج از دامنه شکنجه معرفی می‌کند (Koh, 2003, pp. 1484-1485)) یا اینکه برای فرار از مسئولیت ناشی از «تجاوز ارضی»، اصطلاحات جایگزینی مانند «دفاع پیش‌دستانه» یا «مداخله بشردوستانه» پایه‌ریزی حقوقی کرد. سوءاستفاده از این ابزار حقوقی عموماً با نظریه «برچسب متفاوت»^۱ شناخته می‌شود که دولت‌ها با تغییر «نام» عمل، دگرگونی در ماهیت آن عمل را نیز مدعی می‌شوند (Douglas-Scott, 2011, p. 679).

کاربست اصطلاحات جدید چه با هدف «توسعه دامنه مفاهیم مرتبط با موضوع» و چه برای «گریز از پیشینه اصطلاح موجود»، موضوع مهمی است که هنگام نگارش اسناد بین‌المللی مدنظر قرار می‌گیرد. سند با اندک تغییرات، تلاشی ناچیز برای تولید ادبیات می‌کند که از جمله آن‌ها می‌توان به اصطلاحات «تبعیض از جانب سن‌گرایان»^۲، «رفتار نامنصفانه و ناعادلانه»^۳ و «فضای عاری از تبعیض»^۴ اشاره کرد (ص. ۱۲). این اقدام ضمن تقویت سند از منظر تولید ادبیات حقوقی، به سازمان قدرت می‌دهد تا در اسناد بعدی خود ابعاد گسترده‌تری از این اصطلاحات را تشریح کند و امکان توسعه اندارج مفاهیم و ارزش‌های دینی در ساختار اصطلاحات حقوق بشری را در اختیار سازمان قرار می‌دهد.

با نگاهی انتقادی‌تر، سند می‌توانست عبارات جدیدتری را پایه‌ریزی کند تا ظرفیت‌های موجود در سند نویسی، از میراث غنی اسلامی بهره‌بردار. در آیات شریفه قرآن کریم، برای سالمند و دوره سالمندی تعابیری مانند «شیخ» (یوسف، ۷۸؛ غافر، ۶۷)، «کهل» (آل عمران، ۴۶)، «کَبِر» (آل عمران، ۴۰؛ حجر، ۵۴)، «شیب» (مزل، ۱۷)، «ارذل‌العمر» و «طال‌علیهم‌العمر» (نحل، ۷۰؛ انبیاء، ۴۴)، «معمّر» (فاطر، ۱۱) به کار گرفته شده است. این ظرفیت عظیم واژگانی که هریک دارای معانی خاص خود و بار معنایی متفاوت است، قابلیت بهره‌گیری در این سند و اسناد مشابه را داشت. همچنین، درباره سالمندان مفاهیم متعددی در احادیث نبوی و اهل‌بیت (علیهم‌السلام) و فرهنگ مسلمانان وجود دارد که مورد غفلت واقع شده‌اند مانند الزام به «توقیر کبار» (حر عاملی، ۱۳۷۳، ج ۱۲، ص. ۹۹)، سالمندان به مثابه «مایه رحمت» (صدوق (ابن بابویه)، ۱۳۸۳، ج ۲، ص. ۵۲۱) و منع «استخفاف ذی‌شبهه» (حر عاملی، ۱۳۷۳، ج ۱۲، ص. ۹۸).

-
1. Different Label
 2. Ageist Discrimination
 3. Unfair Treatment
 4. Discrimination-Free Environment

این مفاهیم در ادبیات مسلمانان و اسناد فراملی اسلامی تجلی خاصی نیافته است درحالی‌که با ظرفیتی کمتر از آنچه اشاره شد، نویسندگان حقوقی مسیحی اقدام به استنباط و بازتولید نظریات حقوقی از کتاب مقدس مسیحیان می‌کنند. برای مثال، نظریه «خاص‌گرایی حقوقی»^۱ یا «استثناگرایی حقوقی»^۲ که در عالم حقوق بین‌الملل منجر به تحولاتی در عالم نظر و عمل شد، مبتنی بر کلام شارحان مسیحی بر «یک جمله» از کتاب مقدس شکل گرفته است. با این توضیح که جان وینتراپ^۳ پروتستانی در شرح خود، «شهری درخشان از مستعمره ماساچوست را بر فراز تپه»^۴ می‌نمایاند. این جمله ناظر به خطبه حضرت مسیح (علیه‌السلام) است که به مخاطبان محضرش می‌فرماید «شما نور جهان هستید و شهری که بر فراز تپه قرار دارد، نمی‌تواند پنهان شود»^۵. از همین دو جمله مبتنی بر نصوص دینی، نظریه خاص‌گرایی یا استثناگرایی در عالم حقوق و سیاست شکل گرفته است (Ignatieff, 2005, p. 13; Ceaser, 2012, p. 5). بدیهی است که ظرفیت نصوص دینی در سندنویسی بین‌المللی به دلایل مختلف مغفول مانده است و جا داشت این سند به این موضوع اهتمام می‌کرد.

این سند نه تنها به شیوه ایجابی از ظرفیت‌های موجود بهره نبرده است، بلکه در جایی که باید ایستادگی و در برابر مفاهیم مردود از منظر اسلامی اظهار موضع می‌کرد، با سکوت گذشته است. برای مثال، در صفحه ۱۲ سند، فراهم کردن تمام اقدامات لازم برای رعایت حقوق سالمندان در بازار کار مبتنی بر «استانداردهای عمومی» و «غیر تبعیض‌آمیز»، به‌عنوان یکی از راهبردها شناخته شده است درحالی‌که جا داشت با توجه به تلاش گسترده حقوقی در غرب برای تثبیت جایگاه حقوقی برای مبارزه با «تبعیض مبتنی بر تمایلات/گرایش‌های جنسی»^۶، سند در مقابل «تبعیضات مشکوک و ناموجه» مانند تبعیض علیه انحرافات جنسی می‌ایستاد و از این فرصت برای تولید ادبیات و اصطلاحات حقوق بشری مبتنی بر شریعت اسلامی استفاده می‌کرد؛ زیرا برخی نویسندگان حقوقی در برابر موج‌آفرینی حامیان جریان یادشده در اروپا و آمریکا برخاسته و

-
1. Legal Particularism
 2. Legal Exceptionalism
 3. John Winthrop
 4. Shining City Upon the Hill for Massachusetts Bay Colonies
 5. You Are the Light of the World. A City That Is Set on a Hill Cannot be Hidden (Matthew 5:14).
 6. Discrimination at Work on The Basis of Sexual Orientation and Gender Identity: Results of The ILO's PRIDE Project (May 2015)

مبارزه با تبعیض‌هایی را شایان توجه حقوقی دانسته‌اند که بر توانایی‌های فرد و مشارکت اجتماعی او اثرگذار باشد. با این توضیح، زمینه‌های ایجاد تبعیض «مشکوک»^۱ را مشمول حمایت‌های حقوق بشری ندانسته‌اند (Numhauser-Henning, 2013, p. 12). سند باید چنین خیزی را برمی‌داشت تا شخصیت اسلامی و دینی می‌یافت؛ هرچند به قیمت تفاوت با رویکردهای غالب حقوق بشر تمام می‌شد؛ البته نویسنده این سطور قائل به هم‌گرایی میان ارزش‌های سازمان و حقوق بین‌الملل است و بر این باور است که مصادیق اختلافی ناشی از ایستادگی بر موضع دینی و فاصله گرفتن از معیارهای بین‌المللی متعدد نیست که چالشی برای سند و سازمان به شمار بیاید، بلکه این رویکرد به سند، اعتبار می‌بخشید؛ همچنان‌که اتحادیه اروپا نیز این رویکرد را چنان‌که پیش‌تر گفته شد، پی گرفته است.

نتیجه‌گیری

سند راهبرد سازمان همکاری اسلامی در خصوص سالمندان با موقعیت‌شناسی درست و پیش از بروز و همه‌گیری پدیده سالمندی در جوامع اسلامی به تصویب این سازمان رسید. این سند راهبردهای مختلفی را برای اهداف خود در مدیریت پدیده سالمندی اتخاذ می‌کند. نگاه سند بیشتر معطوف به مسائل مالی و تأمین منابع برای رفع نیازهای سالمندان است. همچنین، نویسندگان سند کوشیده‌اند تا نگاه جامعی به دستاوردهای تمام دولت‌های عضو و غیرعضو داشته باشند و سند را حاوی آخرین دستاوردهای مدیریتی مسئله سالمندی معرفی کنند.

با وجود تمام تلاش‌های نویسندگان و تصویب‌کنندگان سند، متن نهایی فاقد ارزش‌های محتوایی و معیارهای کیفی سندنویسی مبتنی بر اسلام است. این سند می‌توانست عنصر دین در محتوا را تقویت کند و با ارائه هنجارهای حقوقی مبتنی بر شریعت، تفاوت معناداری را میان سند اسلامی سالمندان با دیگر اسناد بین‌المللی به نمایش گذارد. همچنین، جا داشت که سند در قسمت‌های مرتبط با زن و خانواده، به بازنمایی جایگاه زن و خانواده دست‌کم در موضوع سالمندی اقدام می‌کرد و از اسناد دیگر که مبتنی بر تکلیف‌انگاری دولت نوشته شده‌اند، کمی فاصله می‌گرفت. عدم بهره‌گیری از ظرفیت‌های سندنویسی به‌ویژه در عرصه کاربست مفاهیم نو، بی‌توجهی به سطوح مختلف هم‌گرایی حقوقی و فقدان نگرش مبتنی بر داشته‌های جوامع اسلامی

در حقوق کار و تأمین اجتماعی از جمله مواردی است که در این سند، قابلیت نقد و ارزیابی دارد. از آنجاکه سطوح ملی و بین‌المللی حقوقی با هم در تعامل‌اند و آنچه در ساحت ملی به وجود می‌آید، به عرصه بین‌المللی نیز سرایت می‌کند و برعکس، پیشنهاد اکید این نوشتار بر این است که دولت ایران مبتنی بر فرهنگ ملی و دینی اقدام به تصویب قانون یا اسناد مرتبط با سالمندان کند. این اسناد باید افزون‌بر درک درست از نیاز جامعه ایرانی و استفاده از تجربیات جهانی، فهمی رو به جلو از شریعت و دین مبین اسلام درباره مسئله سالمندی ارائه دهد. بدین شیوه، افزون‌بر رفع بخشی از نیازهای داخلی، قانون یا سند یادشده قابلیت ارائه به‌عنوان الگویی تقنینی به دیگر کشورهای اسلامی را دارد. همچنین، در صورت درج مفاهیم جدید و کاربست اصطلاحات بدیع در منظومه موضوعات و تصورات مرتبط با حقوق سالمندان می‌توان انتظار داشت که اسناد بین‌المللی جهانی (که اختصاص به دولت‌های اسلامی ندارند) نیز از قانون یا سند یادشده اثر پذیرند.

منابع

- ۱) قرآن کریم.
- ۲) نهج البلاغه، امیرالمومنین علی علیه السلام.
- ۳) ارسطو، محمدجواد (۱۳۹۸). نظام حقوق بشر اسلامی (بررسی مبانی فقهی اعلامیه اسلامی حقوق بشر) (جلد ۲). قم: مرکز پژوهشی مینا.
- ۴) باقری فرد، محمدحسین (۱۳۹۶). قانون‌گذاری فرهنگی. مرکز تحقیقات اسلامی مجلس و انتشارات خرسندی.
- ۵) برازش، علیرضا (۱۳۹۶). تفسیر اهل‌البیت. (سیدرسول بهشتی‌نژاد، هایبیل جوانی و مصطفی خلاش، مترجمان). (جلد ۱۰). چاپ ۲، تهران: امیرکبیر.
- ۶) حبیب‌نژاد، سیداحمد و تسخیری، محمدصالح (۱۳۹۵). تقنین مشترک کشورهای اسلامی در حوزه حقوق بشر دوسوستانه. پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ۳ (۴).
doi:10.22091/csiw.2018.1664.1141
- ۷) حر عاملی، محمدبن حسن (۱۳۷۰). وسائل‌الشیعه (جلد ۲۵). قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام لایحیاء‌التراث.
- ۸) حر عاملی، محمدبن حسن (۱۳۷۲). وسائل‌الشیعه (جلد ۱۵). قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام لایحیاء‌التراث.
- ۹) حر عاملی، محمدبن حسن (۱۳۷۳). وسائل‌الشیعه (جلد ۱۲). قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام لایحیاء‌التراث.
- ۱۰) حکمت‌نیا، محمود (پاییز ۱۳۹۴). چرایی و چگونگی تقنین اخلاق. فصلنامه دین و قانون، شماره ۹، صص. ۶۷-۹۲.
- ۱۱) خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۷۹). تحریرالوسیله (جلد ۱). مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله‌علیه).
- ۱۲) دراهکی، احمد و نوبخت، رضا (آذر و دی ۱۳۹۹). بررسی وضعیت اقتصادی و اجتماعی زنان سالمند ایرانی بر اساس آمارهای رسمی و الزامات سیاستی مبتنی بر پیش‌بینی‌های آینده‌نگرانه جمعیتی. پایش (پژوهش‌کده جهاد دانشگاهی)، سال ۱۹، شماره ۶، صص. ۶۲۱-۶۳۳.
doi:10.29252/payesh.19.6.621
- ۱۳) دوخایی، عرفانه (۱۴۰۰). بررسی اجمالی الگوی کشورهای پیشگام در حوزه بیمه سالمندی. ویرایش نخست، تهران: اداره کل روابط عمومی و امور بین‌الملل سازمان بیمه سلامت ایران.

- ۱۴) سادات اخوی، سیدعلی (۱۳۸۵). قاعده قانون مطلوب‌تر به‌عنوان ضابطه حل تعارض میان معاهدات حقوق بشری. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۷۲، صص. ۲۰۱-۲۱۹.
- ۱۵) صدوق (ابن بابویه)، محمدبن علی (۱۳۸۳). علل الشرایع (جلد ۲). مکتبه‌الحیدریه.
- ۱۶) طباطبایی، محمدحسین (۱۳۸۳). ترجمه تفسیر المیزان (سیدمحمدباقر موسوی همدانی، مترجم). (جلد ۱۵). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۱۷) عیسی‌زاده، عیسی (۱۳۹۹). مهارت‌های ارتباطی با سالمندان بر اساس آموزه‌های قرآن و اهل‌بیت علیهم‌السلام. نشر پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- ۱۸) فخرزاده، حسین و سلطانی مهاجر، حوریه (۱۳۹۶). جایگاه سالمندان و مراقبت از سلامت آن‌ها در اسلام. فصلنامه طب و تزکیه، ۲۶ (۲)، صص. ۹۷-۱۰۴.
- ۱۹) کاظمی نجف‌آبادی، مصطفی و حسینی، سیدرضا (پاییز و زمستان ۱۴۰۰). تحلیل ساختار فقهی هزینه‌ها و درآمدهای تکافل اجتماعی. معرفت اقتصاد اسلامی، سال ۱۳، شماره ۱، پایانی ۲۵، صص. ۷-۲۶.
- ۲۰) کرلیفه، سامیه (۲۰۲۲م). الجهودالدولية لحماية حقوق المسنين من خلال دورالمنظماتالدولية. المؤتمرالعلمیالدولی السابعالموسوم بحقوق المسنين بینالواقع والمأمولالمنظم من قبل کلیةالحقوق جامعة طنطا، جمهورية مصرالعربية.
- ۲۱) مظفری، محمدحسین (۱۳۸۹). منشور حقوق بشر اسلامی (چالش‌ها و راهکارها). انتشارات دانشگاه امام‌صادق (علیه‌السلام).
- ۲۲) موسوی اصل، سیدحسن و زمانی، سیدقاسم (۱۴۰۱). راستی‌آزمایی گرایش سازمان همکاری اسلامی به رویکردی درون‌گرا در زمینه حقوق بشر. پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ۹ (۲)، صص. ۲۹۹-۳۲۶. doi:10.22091/CSIW.2021.6312.1965
- ۲۳) موسوی اصل، سیدحسن و طباطبایی، سیداحمد (۱۳۹۹). رویکرد سازمان همکاری اسلامی؛ از رویگردانی تا توجه به حقوق بشر. مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ۱۱ (۲۱). doi:10.22034/law.2021.39087.2567
- ۲۴) مؤمن، رقیه‌السادات (۱۴۰۰). بازخوانی هویت زن در سنت علوی. چاپ ۱، دانشگاه امام‌صادق (علیه‌السلام).
- ۲۵) میرمحمدی، سیدمصطفی (۱۳۹۶). برنامه‌های عمل ده‌ساله سازمان همکاری اسلامی؛ صلح و امنیت بین‌المللی. پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ۴ (۱)، صص. ۱۷۳-۲۰۲. doi:10.22091/csiw.2018.1594.1134
- ۲۶) نبوی، سیدحمید، اسدی لاری، محسن، موسوی، میرظاهر، راشدی، وحید و فدای وطن، رضا (۱۴۰۱).

تحلیل چندسطحی شبکه اجتماعی سالمندان بر اساس داده‌های فاز دوم مطالعه عدالت در سلامت شهری. سالمند (مجله سالمندی ایران)، ۱۷ (۱)، صص. ۲۸-۴۳. doi:10.32598/sija.2021.1681.2

۲۷) نجف‌آبادی قربانپور، علیرضا و گودرزی، مهناز (زمستان ۱۳۹۵). بحران اقتصادی و مالی اتحادیه اروپا و هم‌گرایی سیاسی و امنیتی اروپایی. فصلنامه مطالعات روابط بین‌الملل، سال ۹، شماره ۳۶، صص. ۱۰۴-۱۳۸.

۲۸) یآوری، کاظم، باسحا، مهدی، صادقی، حسین و ناصری، علیرضا (۱۳۹۴). نگاهی بر آثار اقتصادی پدیده سالمندی. فصلنامه سالمند، ۱۰ (۱)، صص. ۹۲-۱۰۵.

- 29) Annamma, Subini Ancy, Darrell D. Jackson, & Deb Morrison (2017). "Conceptualizing color-evasiveness: Using dis/ability critical race theory to expand a color-blind racial ideology in education and society." *Race ethnicity and education* 20, no. 2, pp. 147-162.
- 30) Augenstein, Daniel & Dawson, Mark (2012). What Law for What polity: integration through law in the EU Revisited" in Augenstein, Daniel, ed. 'Integration through law'revisited: the making of the European polity. Routledge.
- 31) Baumgart-Ochse, Claudia. (2015). Which gets protection-belief or believer? The organisation of Islamic cooperation and the campaign against the 'Defamation of Religions', Vol. 136, p. 31. DEU.
- 32) Bradford, A., & Posner, E. A. (2011). Universal Exceptionalism in International Law. *Harvard International Law Journal* , 52 (1), pp. 1-54
- 33) Burd, M., & Davies, J. (2013). Age discrimination: A practical guide to the law, Lewis Silkin LLP. Lewis Silkin LLP, 2013.
- 34) Cahill, Suzanne (2020). "WHO's global action plan on the public health response to dementia: some challenges and opportunities." *Aging & Mental Health*, 24, no. 2, pp. 197-199.
- 35) Ceaser, J. W (2012). "The Origins and Character of American Exceptionalism". *American Political Thought*, 1, 2012, pp. 1-26
- 36) Coals, T., Heasman, K., Heasman, S., Lawrence, L., Price, A., Renton, D., et al (2006). Challenging Age Discrimination: A NATFHE policy document. London: NATFHE.
- 37) Douglas-Scott, Sionaidh (2011). "The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon", *Human Rights Law Review* , 11 (4), pp. 645-682.
- 38) Edmunds, Aneira J (2021). "Precarious bodies: The securitization of the "veiled" woman in European human rights." *The British Journal of Sociology*, 72, no. 2, pp. 315-327.
- 39) Ghosheh, Naj (2008). Age Discrimination and Older Workers: Theory and Legislation in Comparative Context, International Labour Office - Geneva, Conditions of Work and Employment Programme (Conditions of Work and Employment Series No. 20, 61 Pages.
- 40) Gunn, T. Jeremy, & Alvaro Lagresa (2016). "The Organisation of Islamic

- Cooperation: Universal Human Rights, Islamic Values, or Raisons d'Etat." *Hum. Rts. & Int'l Legal Discourse* 10 , p. 248.
- 41) Hekmatnia, Hasan, Mir Najaf Mousavi, Kamran Jafarpour Ghalehtemouri, Ali Shamsoddini, Ali Bagheri Kashkouli & Alireza Jamshidi (2022). "Population Aging Tendencies in Islamic Countries Between 1950-2020: A Geographical Assessment." *Journal of Population and Social Studies [JPSS]* 30, pp. 36-53.
 - 42) Huntoon, Lawrence R (2013). "The Affordable Care Act: a planned transition to socialized medicine." *Journal of American Physicians and Surgeons* 18, no. 4, pp. 98-100.
 - 43) Ignatieff, M (2005). *American Exceptionalism and Human Rights*. In *American Exceptionalism and Human Rights* (pp. 1-26). Princeton University Press.
 - 44) Islam, Md Rabiul (2016). *Ageism and Age Discrimination in Old Age: An Overview*, *Philosophy and Progress* , 55 (2), pp. 91-108.
 - 45) Jaspal, Rusi & Glynis M. Breakwell (2022). "Socio-economic inequalities in social network, loneliness and mental health during the COVID-19 pandemic", *International Journal of Social Psychiatry*, 68, no. 1, pp. 155-165.
 - 46) Kirchin, S. (2007). *Moral Particularism: An Introduction*. *Journal of Moral Philosophy* , 4 (1), pp. 8-15.
 - 47) Koh, Harold Hongju (2003). "On American Exceptionalism", *Stanford Law Review* (Yale Law School Legal Scholarship Repository) , 55, pp. 1479-1527.
 - 48) Kulwicki, Anahid Dervartanian (2021). "People of Arab heritage." in *Textbook for Transcultural Health Care: A Population Approach: Cultural Competence Concepts in Nursing Care*, pp. 251-276.
 - 49) Lebret, Audrey (2020). "COVID-19 pandemic and derogation to human rights", *Journal of Law and the Biosciences* 7, no. 1: Isaa015.
 - 50) Li, Fengyue & Otani, Junko (2018). "Financing elderly people's long-term care needs: Evidence from China." *The International journal of health planning and management* 33, no. 2, pp. 479-488.
 - 51) McCann, Laurie (2011). "Age discrimination in employment legislation in the United States experience." *Washington DC: AARP Foundation Litigation*.
 - 52) Menkel-Meadow, Carrie (2011). "Why and How to Study Transnational Law", *UC Irvine Law Review*, vol. 1(1), pp. 97-129.
 - 53) Mozaffari, M. H. (2020). *OIC Declaration on Human Rights: Changing the name or a paradigm change*. The Raoul Wallenberg Institute of Human Rights and Humanitarian Law.
 - 54) Numhauser-Henning, Ann (2013). "The EU ban on age-discrimination and older workers: Potentials and pitfalls." *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 29, no. 4.
 - 55) Pampel, Fred C (2008). *Rights Of The Elderly*, Infobase Publishing.
 - 56) Rosas, Allan (2001). *Is the EU a Human Rights Organisation?*, Centre For The Law Of EU External Relations (CLEER Working Papers 2011/1).
 - 57) Schulz, Richard & Jill Eden (2016). eds, *Families caring for an aging America*, Washington, DC: National Academies Press.
 - 58) Shaffer, Gregory & Mark A. Pollack (2012). *Hard and soft law: what have we*

- learned?, in *International Law and International Relations: Insights from Interdisciplinary Scholarship*, Jeffrey L. Dunoff and Mark A. Pollack (eds.), (New York: Cambridge University Press, 2012), Minnesota Legal Studies Research Paper 12-17.
- 59) Wamara, Charles Kiiza, Maria Bennich & Thomas Strandberg (2021). "Missing voices: older people's perspectives on being abused in Uganda." *Journal of Elder Abuse & Neglect* 33, no. 4, pp. 288-310.
- 60) Wessel, Ramses A (2011). "Informal International Law-Making as a New Form of World Legislation", *International Organizations Law Review*, vol. 8, pp. 253-265.
- 61) Wessel, Ramses A (2010). *Towards World Legislation? The Exercise of Public Authority by International Institutions*, conference *World Legislation: Perspectives from International Law, Legal Theory and Political Philosophy*, Vrije Universiteit Amsterdam.
- 62) *Madrid Plan of Action on Ageing* (2002). Second United Nations World Assembly on Ageing.
- 63) *Vienna Declaration and Programme of Action* (1993). the World Conference on Human Rights in Vienna.

References

- 1) The Holy Quran.
- 2) Nahj al-Balāgha, Amīr al-Mu'minīn 'Imam Alī (PBUH).
- 3) Annamma, Subini Ancy, Darrell D. Jackson, & Deb Morrison (2017). "Conceptualizing color-evasiveness: Using dis/ability critical race theory to expand a color-blind racial ideology in education and society." *Race ethnicity and education* 20, no. 2, pp. 147-162.
- 4) Arastā, Moḥammad Javād (1398 SH). *Nizām Ḥuqūq-e Bashar-e Eslāmī (Barresi Mabānī Fiqhī E'lāmiye Eslāmī Ḥuqūq Bashar) (Volume 2) [Islamic Human Rights System (Study of Jurisprudential Foundations of the Islamic Declaration of Human Rights)]*. Qom: Markaz-e Pazhūheshī Mabnā [in Persian].
- 5) Augenstein, Daniel & Dawson, Mark (2012). "What Law for What polity: integration through law in the EU Revisited" in Augenstein, Daniel, ed. 'Integration through law'revisited: the making of the European polity. Routledge.
- 6) Bāqerī-Fard, Moḥammad Ḥossein (1396 SH). *Qānūn-gozārī Farhangī [Cultural Legislation]*. Markaz Taḥqīqāt Eslāmī Majles va Enteshārāt Khorsandī [in Persian].
- 7) Barāzesh, 'Alirezā (1396 SH). *Tafsīr Ahl al-Bayt [Interpretation of the People of the House]*. Translated by Sayyed Rasoul Beheshti-Nejad, Hābil Javani, and Mostafa Khalash. 2nd ed., Vol. 10, Tehran: Amīrkabīr [in Persian].
- 8) Baumgart-Ochse, Claudia. (2015). Which gets protection-belief or believer? The organisation of Islamic cooperation and the campaign against the 'Defamation of Religions' ,Vol. 136, p. 31. DEU.
- 9) Bradford, A., & Posner, E. A. (2011). Universal Exceptionalism in International Law. *Harvard International Law Journal* , 52 (1), pp. 1-54
- 10) Burd, M., & Davies, J. (2013). *Age discrimination: A practical guide to the law*, Lewis Silkin LLP. Lewis Silkin LLP, 2013.
- 11) Cahill, Suzanne (2020). "WHO's global action plan on the public health response to dementia: some challenges and opportunities." *Aging & Mental Health*, 24, no. 2, pp. 197-199.
- 12) Ceaser, J. W (2012). "The Origins and Character of American Exceptionalism". *American Political Thought*, 1, 2012, pp. 1-26
- 13) Coals, T., Heasman, K., Heasman, S., Lawrence, L., Price, A., Renton, D., et al (2006). *Challenging Age Discrimination: A NATFHE policy document*. London: NATFHE.
- 14) Darāhkī, Aḥmad, and Nowbakht, Rezā (1399 SH). *Barrasī Vaz'iyat-e Eqtesādī va Ejtemā'ī Zanān Sālmānd-e Irānī Bar Asās Āmārhā-ye Rasmi va Elzāmāt-e Sīāsati Mobteni Bar Pishbinī-hā-ye Āyandeh-Negarāneh Jom'iyati [Study on the Socio-Economic Status of Elderly Iranian Women Based on Official Statistics and Policy Requirements Based on Demographic Forecasts]*. Pāyesh (Pajūheshkadeh Jahād Dāneshgāhī), Vol. 19, No. 6, pp. 621-633. doi:10.29252/payesh.19.6.621 [in Persian].
- 15) Douglas-Scott, Sionaidh (2011). "The European Union and Human Rights after

- the Treaty of Lisbon", *Human Rights Law Review*, 11 (4), pp. 645-682.
- 16) Dowkhā'ī, Erfāneh (1400 SH). *Barrasī Ejmālī Algoūye Keshvarhā-ye Pishgām dar Ḥawzeh Bimeh Sālmandī* [A Brief Review of the Model of Leading Countries in the Field of Elderly Insurance]. 1st ed., Tehran: Edāre Kol-e Rovābat 'Ommī va Omūr Bayn al-Melalī Sāzmān Bimeh Salāmat Irān [in Persian].
 - 17) Edmunds, Aneira J (2021). "Precarious bodies: The securitization of the "veiled" woman in European human rights." *The British Journal of Sociology*, 72, no. 2, pp. 315-327.
 - 18) Fakhrzādeh, Hossein and Soltānī Mahajar, Hourieh (1396 SH). *Jāygāh Sālmandān va Marāqebāt az Salāmat-e Ānhā dar Eslām* [The Position of the Elderly and Care for Their Health in Islam]. *Faslnāmeḥ Ṭibb va Tazkiyeh*, 26 (2), pp. 97-104 [in Persian].
 - 19) Ghosheh, Naj (2008). *Age Discrimination and Older Workers: Theory and Legislation in Comparative Context*, International Labour Office - Geneva, Conditions of Work and Employment Programme (Conditions of Work and Employment Series No. 20, 61 Pages.
 - 20) Gunn, T. Jeremy, & Alvaro Lagresa (2016). "The Organisation of Islamic Cooperation: Universal Human Rights, Islamic Values, or Raisons d'Etat." *Hum. Rts. & Int'l Legal Discourse* 10, p. 248.
 - 21) Ḥabīb Nezhād, Sayyed Ahmad, and Taskīrī, Moḥammad Šaleḥ (1395 SH). *Taqnīn Mushtarak Keshvarhā-ye Eslāmī dar Ḥawzeh Ḥuqūq-e Bashār-Dūstāneh* [Joint Legislation of Islamic Countries in the Field of Humanitarian Law]. *Pajūhesh Tatbiqī Ḥuqūq-e Eslām va Gharb*, 3 (4). doi:10.22091/csiw.2018.1664.1141 [in Persian].
 - 22) Ḥekmat-Niā, Hasan, Mir Najaf Mousavi, Kamran Jafarpour Ghalehtemouri, Ali Shamsoddini, Ali Bagheri Kashkouli & Alireza Jamshidi (2022). "Population Aging Tendencies in Islamic Countries Between 1950-2020: A Geographical Assessment." *Journal of Population and Social Studies [JPSS]* 30, pp. 36-53.
 - 23) Ḥekmat-Niā, Maḥmūd (1394 SH). *Cheraī va Chīgūnagī Taqnīn Akhlāq* [The Why and How of Ethics Legislation]. *Faslnāmeḥ Dīn va Qānūn*, Issue 9, pp. 67-92 [in Persian].
 - 24) Huntoon, Lawrence R (2013). "The Affordable Care Act: a planned transition to socialized medicine." *Journal of American Physicians and Surgeons* 18, no. 4, pp. 98-100.
 - 25) Ḥurr 'Āmilī, Moḥammad bin Ḥasan (1370 AH). *Wasā'il al-Shī'a* (Volume 25). Qom: Mo'asseseh Āl al-Bayt 'alayhem al-Salām Lāḥyā' al-Turāth [in Arabic].
 - 26) Ḥurr 'Āmilī, Moḥammad bin Ḥasan (1372 AH). *Wasā'il al-Shī'a* (Volume 15). Qom: Mo'asseseh Āl al-Bayt 'alayhem al-Salām Lāḥyā' al-Turāth [in Arabic].
 - 27) Ḥurr 'Āmilī, Moḥammad bin Ḥasan (1373 AH). *Wasā'il al-Shī'a* (Volume 12). Qom: Mo'asseseh Āl al-Bayt 'alayhem al-Salām Lāḥyā' al-Turāth [in Arabic].
 - 28) Ignatieff, M (2005). *American Exceptionalism and Human Rights*. In *American Exceptionalism and Human Rights* (pp. 1-26). Princeton University Press.

- 29) Īsāzādeh, 'Īsā (1399 SH). Mahārat-hā-ye Ertebātī bā Sālmandān Bar Asās Āmūzeh-hā-ye Qur'ān va Ahl-e Bayt 'alayhem al-salām [Communication Skills with the Elderly Based on the Teachings of the Quran and Ahl al-Bayt]. Nashr-e Pazhūheshgāh 'Olūm va Farhang-e Eslāmī [in Persian].
- 30) Islam, Md Rabiul (2016). Ageism and Age Discrimination in Old Age: An Overview, *Philosophy and Progress* , 55 (2), pp. 91-108.
- 31) Jaspal, Rusi & Glynis M. Breakwell (2022). "Socio-economic inequalities in social network, loneliness and mental health during the COVID-19 pandemic", *International Journal of Social Psychiatry*, 68, no. 1, pp. 155-165.
- 32) Karlifeh, Samieh (2022). Al-Juhūd al-Dawliyyah liḥimāyat ḥuqūq al-Musinnīn min khilāl dawr al-Munazzamāt al-Dawliyyah [International Efforts to Protect the Rights of the Elderly through the Role of International Organizations]. The Seventh International Scientific Conference on the Rights of the Elderly between Reality and Hope organized by the Faculty of Law, University of Tanta, Arab Republic of Egypt [in Arabic].
- 33) Kāzemī Najafābādī, Mostafā and Hosseini, Seyed Rezā (Autumn and Winter 1400 SH). Tahliḥ Sākhtār Fiqhī Hazinehā va Darāmadhā-ye Takaful Ejtemā'ī [Analysis of the Jurisprudential Structure of Expenses and Revenues of Social Takaful]. *Ma'refat Eqtesād Eslāmī*, Year 13, Issue 1, consecutive 25, pp. 7-26 [in Persian].
- 34) Khomeini, Sayyid Rūḥollah (1379 SH). Tahriṛ al-Wasīla (Volume 1). Mo'asseseh Tanzim va Nashr Āthār Imām Khomeini (ra) [in Arabic].
- 35) Kirchin, S. (2007). Moral Particularism: An Introduction. *Journal of Moral Philosophy* , 4 (1), pp. 8-15.
- 36) Koh, Harold Hongju (2003). "On American Exceptionalism", *Stanford Law Review* (Yale Law School Legal Scholarship Repository) , 55, pp. 1479-1527.
- 37) Kulwicki, Anahid Dervartanian (2021). "People of Arab heritage." in *Textbook for Transcultural Health Care: A Population Approach: Cultural Competence Concepts in Nursing Care*, pp. 251-276.
- 38) Lebret, Audrey (2020). "COVID-19 pandemic and derogation to human rights", *Journal of Law and the Biosciences* 7, no. 1: Isaa015.
- 39) Li, Fengyue & Otani, Junko (2018). "Financing elderly people's long-term care needs: Evidence from China." *The International journal of health planning and management* 33, no. 2, pp. 479-488.
- 40) Madrid Plan of Action on Ageing (2002). Second United Nations World Assembly on Ageing.
- 41) McCann, Laurie (2011). "Age discrimination in employment legislation in the United States experience." Washington DC: AARP Foundation Litigation.
- 42) Menkel-Meadow, Carrie (2011). "Why and How to Study Transnational Law", *UC Irvine Law Review*, vol. 1(1), pp. 97-129.
- 43) Mirmohammadi, Seyed Mostafā (1396 SH). Barnāmeḥā-ye 'Amal-e Dah-Sāleh Sāzmān-e Hamkāri Eslāmī; Solḥ va Amniyat Beyn al-Melalī [Ten-Year Action Plans of the Organization of Islamic Cooperation; International Peace and Security]. *Pajūhesh Tatbiqī Ḥuqūq-e Eslām va Gharb*, 4 (1), pp. 173-202.

- doi:10.22091/csiw.2018.1594.1134 [in Persian].
- 44) Mo'men, Raqiye al-Sādāt (1400 SH). Bāzkhānī Hoviyat Zan dar Sonnat-e 'Alavī [Re-reading the Identity of Women in Alavi Tradition]. 1st ed., Dāneshgāh Emām Šādeq (AS) [in Persian].
- 45) Mousavī Asl, Sayyed Ḥasan and Ṭabāṭabā'ī, Sayyed Aḥmad (1399 SH). Roykard Sāzmān-e Hamkāri Eslāmī; az Roygardānī tā Tavajjoh be Ḥuqūq-e Bashār [The Approach of the Islamic Cooperation Organization; From Neglect to Attention to Human Rights]. Motāle'āt Ḥuqūq-e Tatbiqī Mo'āser, 11 (21). doi:10.22034/law.2021.39087.2567 [in Persian].
- 46) Mousavī Asl, Sayyed Ḥasan and Zamānī, Sayyed Qāsem (1401 SH). Rāstī-Āzmā'ī Gerāyesh Sāzmān-e Hamkāri Eslāmī be Roykardī Darūn-Gerā dar Zemīneh Ḥuqūq-e Bashār [Verifying the Islamic Cooperation Organization's Inward Approach in the Field of Human Rights]. Pajūhesh Tatbiqī Ḥuqūq-e Eslām va Gharb, 9 (2), pp. 299-326. doi:10.22091/CSIW.2021.6312.1965 [in Persian].
- 47) Moẓaffarī, Moḥammad Ḥosseini (1389 SH). Manshūr Ḥuqūq-e Bashār-e Eslāmī (Chālesh-hā va Rāhkarhā) [Islamic Human Rights Charter (Challenges and Solutions)]. Enteshārāt Dāneshgāh Emām Šādeq (AS) [in Persian].
- 48) Mozaffari, M. H. (2020). OIC Declaration on Human Rights: Changing the name or a paradigm change. The Raoul Wallenberg Institute of Human Rights and Humanitarian Law.
- 49) Nabavī, Seyed Ḥamid, Asadī Lārī, Mohsen, Mousavī, Mīr Ṭāher, Rāshidī, Vahid, and Fedā'ī Vatan, Rezā (1401 SH). Taḥlīl Chand-Sathī Shabakeh Ejtemā'ī Sālmāndān Bar Asās Dādeh-hā-ye Fāz-e Dovvom Motāle'eh 'Adālat dar Salāmat-e Shahrī [Multilevel Analysis of the Social Network of the Elderly Based on the Data of the Second Phase of the Urban Health Equity Study]. Sālmānd (Iranian Journal of Ageing), 17 (1), pp. 28-43. doi:10.32598/sija.2021.1681.2 [in Persian].
- 50) Najafābādī Qorbānpūr, 'Alīrezā and Goodarzī, Mahnāz (Winter 1395 SH). Boḥrān-e Eqtešādī va Mālī-ye Etteḥādiye Orūpā va Ham-gerāyī Siāsī va Amniyatī Orūpā'ī [The Economic and Financial Crisis of the European Union and the European Political and Security Convergence]. Fasl-nāmeḥ Motāle'āt Ravābet Beyn al-Melal, Year 9, Issue 36, pp. 104-138 [in Persian].
- 51) Numhauser-Henning, Ann (2013). "The EU ban on age-discrimination and older workers: Potentials and pitfalls." International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, 29, no. 4.
- 52) Pampel, Fred C (2008). Rights Of The Elderly, Infobase Publishing.
- 53) Rosas, Allan (2001). Is the EU a Human Rights Organisation?, Centre For The Law Of EU External Relations (CLEER Working Papers 2011/1).
- 54) Sādāt Akhavi, Sayyed 'Alī (1385 SH). Qā'edeḥ Qānūn Maṭlūb-Tar Be 'Onvān Zābeṭeh Ḥall Ta'āroz Miān Mo'āhedāt Ḥuqūq Bashārī [The Most Desired Law Rule as a Criterion for Resolving Conflicts Between Human Rights Treaties]. Majalleh Dāneshkadeh Ḥuqūq va 'Ulūm Siāsī, No. 72, pp. 201-219 [in Persian].
- 55) Šadūq (Ibn Bābūyah), Moḥammad bin 'Alī (1383 AH). 'Ilal al-Sharā'ī' (Volume

- 2). Maktabat al-Ḥeydariya [in Arabic].
- 56) Schulz, Richard & Jill Eden (2016). eds, Families caring for an aging America, Washington, DC: National Academies Press.
- 57) Shaffer, Gregory & Mark A. Pollack (2012). Hard and soft law: what have we learned?, in International Law and International Relations: Insights from Interdisciplinary Scholarship, Jeffrey L. Dunoff and Mark A. Pollack (eds.), (New York: Cambridge University Press, 2012), Minnesota Legal Studies Research Paper 12-17.
- 58) Ṭabāṭabā'ī, Moḥammad Ḥossein (1383 SH). Tarjomeh Tafsir al-Mizān [Translation of Tafsir al-Mizan]. Translated by Sayyed Mohammad Baqer Mousavi Hamedani. Vol. 15, Qom: Daftar-e Enteshārāt-e Eslāmī affiliated with Jāme'eh Modarresin Hawzeh 'Elmiyyeh Qom [in Arabic].
- 59) Vienna Declaration and Programme of Action (1993). the World Conference on Human Rights in Vienna.
- 60) Wamara, Charles Kiiza, Maria Bennich & Thomas Strandberg (2021). "Missing voices: older people's perspectives on being abused in Uganda." Journal of Elder Abuse & Neglect 33, no. 4, pp. 288-310.
- 61) Wessel, Ramses A (2010). Towards World Legislation? The Exercise of Public Authority by International Institutions, conference World Legislation: Perspectives from International Law, Legal Theory and Political Philosophy, Vrije Universiteit Amsterdam.
- 62) Wessel, Ramses A (2011). "Informal International Law-Making as a New Form of World Legislation", International Organizations Law Review, vol. 8, pp. 253-265.
- 63) Yāvarī, Kāzem, Bāsakhā, Mehdī, Šādeqī, Hossein, and Nāserī, 'Alirezā (1394 SH). Negāhī bar Āsār Eqtesādī Pādideh-ye Sālmandī [A Look at the Economic Effects of the Aging Phenomenon]. Faslnāmeḥ Sālmand, 10 (1), pp. 92-105 [in Persian].

An Exploration of Theoretical Foundations and Practical Procedures Constraining the Jurisdiction of the Supreme Audit Court of Iran

Mohammad Mazhari · Associate Professor, Department of Law, Faculty of Law and Social Sciences, University of Tabriz, Tabriz, Iran. (Corresponding Author)
m.mazhari@tabrizu.ac.ir

Farshid Bandehali · PhD Student in Public Law, Faculty of Law and Social Sciences, University of Tabriz, Tabriz, Iran.
farshidbandehali@gmail.com

Abstract

1. Introduction

The modern democratic framework is underpinned by the concept of representation, particularly within the realm of public finance. Central to this concept is the principle that any imposition of taxation must be sanctioned by the representatives of the people, establishing a foundation for governmental accountability in financial and budgetary matters to the parliament. The role of parliamentary oversight, executed by supervisory organizations like the "National Supreme Audit Institutions," is pivotal in ensuring transparency and adherence to financial regulations. This study aims to unravel the intricate relationship between the theoretical foundations and practical procedures that delineate the jurisdiction of the Iranian Supreme Audit Court of Iran, tracing its historical origins and examining its evolution through legislative procedures.

2. Research Question

This research endeavors to address a fundamental question: what are the challenges and requirements constraining the Supreme Audit Court's oversight of the government's financial performance in the current legal system of Iran? By scrutinizing the legal constraints imposed on the court since the Iranian Constitutional Revolution [Asr-e-Mashrooteh] and exploring their impact on the Court's goals post the Islamic Revolution, this study seeks to uncover the nuanced dynamics shaping the institution's jurisdiction.



3. Research Hypothesis

The research is grounded in the hypothesis that misunderstandings inherited from the Constitutional Era regarding the functions and duties of the Supreme Audit Court, coupled with the post-revolutionary Constitutional Council's inability to rectify these misconceptions, have resulted in the exclusion of a significant portion of public treasury resources from the Court's oversight. This exclusion has relegated financial supervision to the considerations of the national budget. The overarching hypothesis posits that a comprehensive oversight role for the Supreme Audit Court over the entire public treasury is an imperative that has been neglected.

4. Methodology & Framework, if Applicable

The methodology employed in this research is primarily descriptive-analytical. Drawing on extensive library documents, legal texts, and scientific and legal procedures, the study meticulously examines the evolution of the Supreme Audit Court's jurisdiction from its establishment to the present. A thorough exploration of legislative procedures, both constitutional and ordinary, is undertaken to unravel ambiguities and challenges in depicting the relationship between the Court's goals and the obligation of audited institutions. The framework of analysis is rooted in the examination of intellectual-legal backgrounds, with a focus on understanding the theoretical foundations and practical procedures that have shaped the court's jurisdiction.

The study aims to provide a comprehensive overview of the challenges and limitations faced by the Supreme Audit Court in its financial oversight activities. Notably, it seeks to identify essential requirements governing the court's jurisdiction and evaluate the impact of historical legal constraints on its ability to achieve the lofty goals envisioned by the framers of the Persian Constitutional Amendment of 1907 and the Constitution of the Islamic Republic of Iran.

We will delve into the detailed results and discussions of the research findings, followed by a conclusive synthesis of the identified challenges and potential avenues for reform within the jurisdiction of the Supreme Audit Court of Iran.

5. Results & Discussion

The historical trajectory of the Supreme Audit Court of Iran reveals a complex evolution marked by significant jurisdictional fluctuations.

Established under the principles (101) and (103) of the Persian Constitutional Amendment of 1907, the Court initially operated under the supervision of the Ministry of Finance. However, the lack of expertise among its founders, coupled with inadequate awareness and the influence of translated texts and Western models, resulted in inefficiencies. Notably, the Court's supervisory position over the government's financial affairs was transferred to the internal auditor of the executive branch in the 1352 SH amendments to the Audit Court Law. The inefficiencies persisted due to the absence of systematic accountability and regular financial management responsiveness by the political-administrative currents of the time.

Post the Islamic Revolution in Iran in 1357 SH, the Court's fundamental role as the guardian of the public treasury was preserved within the Islamic framework. However, deficiencies in the regulatory text of Article (55) of the Constitution of the Islamic Republic of Iran hindered the complete establishment of the Court's role. Challenges emerged, including the interpretative theory of the Guardian Council, leading to the exclusion of a significant portion of the public treasury's financial resources from the Court's oversight.

Despite interpretative theories, it is argued that the term "approved credits" mentioned in Article (55) may be confined to the overall national budget, but limiting the jurisdiction of the Supreme Audit Court in addressing these matters is deemed unacceptable. This potential limitation not only casts doubt on the legal functions of the Court but fundamentally challenges its legal personality in safeguarding the public treasury. The conflict between constitutional principles and provisions of current Audit Court laws raises substantial concerns regarding the Court's ability to fulfill its supervisory role effectively.

6. Conclusion

The journey of the Supreme Audit Court of Iran reflects the intricate interplay between historical developments, constitutional principles, and evolving legislative frameworks. While the Court's establishment aimed to be an independent and comprehensive supervisor of the country's income and expenditure, its early inefficiencies, rooted in a lack of expertise and awareness, led to jurisdictional adjustments over time. The post-revolution preservation of the Court's role as the guardian of the public treasury encountered challenges due to deficiencies in the constitutional text.

The research underscores the need for clarity and precision in delineating the foundations and limits of the audit jurisdiction of the Supreme Audit Court. The recommendation is put forth that Article (55) of the Constitution of the Islamic Republic of Iran be revised, transferring these matters to ordinary law. This move, it is argued, will enable a more specialized, detailed, and non-constitutional approach to defining the Court's audit jurisdiction. Such a step is imperative to address the identified challenges, ensuring the Court can effectively fulfill its role as a vital safeguard of the public treasury within the evolving legal landscape of Iran.

Keywords: Supreme Audit Court of Iran, Article 55 of the Constitutional Law, Public Budget, Guardian Council.

جستاری در بسترهای نظری و رویه‌های عملی محدودکننده صلاحیت دیوان محاسبات کشور

محمد مظهری • دانشیار، گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران. (نویسنده مسئول)
m.mazhari@tabrizu.ac.ir
فرشید بنده‌علی • دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران.
farshidbandehali@gmail.com

چکیده

دیوان محاسبات کشور نهاد ناظری است که سابقه تأسیس آن به دوران مبارزات مشروطه‌خواهی ایرانیان باز می‌گردد. نهادی حدوداً یکصد ساله با شأنی برگرفته از اصل ۱۰۱ متمم قانون اساسی مشروطه، و سپس اصول ۵۴ و ۵۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، که اگر چه هدف ایجاد آن از همان بدو تأسیس نظارت بر در دخل و خرج مملکت بود، اما این هدف در گذر زمان فراز و فرودهای متعدد به خود دیده است. با وجود چنین سابقه نظارتی دیوان محاسبات، این پژوهش سعی در این امر دارد تا با مطالعه توصیفی تحلیلی، و با مراجعه به اسناد و رویه‌های قانونی موجود، به این پرسش پاسخ دهد که «چالش‌ها و بایسته‌های حاکم بر صلاحیت نظارتی دیوان محاسبات کشور نسبت به عملکرد مالی دولت در نظام کنونی حقوق اداری ایران چیست؟»، پاسخی درخور و منطبق با قصد واضعان قانون اساسی از تأسیس این دیوان. پژوهشگران در این مقاله به این نتیجه رسیده‌اند که بدفهمی‌های فکری برجای مانده از دوران مشروطه در خصوص کارکردها و وظایف دیوان و متعاقباً عدم توانایی قوه مؤسس اساسی بعد از انقلاب اسلامی ایران در برطرف نمودن آن بدفهمی‌ها، نهایتاً منجر به خروج بخش عمده‌ای از منابع مالی بیت‌المال از شمول نظارت دیوان و مآلاً فروکاستن این نظارت به اعتبارات بودجه کل کشور گردیده است، حال آنکه نظارت تمام‌عیار دیوان محاسبات بر عموم بیت‌المال ضرورتی انکارناپذیر است.

واژگان کلیدی: دیوان محاسبات کشور، اصل ۵۵ قانون اساسی، بودجه، شورای نگهبان.



مقدمه

اگر بپذیریم نمایندگی، مفهوم بنیادین شکل‌دهنده دولت مدرن است، افزون‌بر اینکه بحث مالیه عمومی و این قاعده که وضع هر مالیات باید به تصویب نمایندگان مردم برسد، نقش کلیدی در شکل‌گیری این مفهوم ایفا می‌کند، پاسخ‌گویی مقامات دولتی در امور مالی و بودجه‌ای در برابر پارلمان، مفهوم نمایندگی را به جزء ضروری حکومت دموکراتیک تبدیل می‌کند که بدون آن جوهره دموکراسی تحقق نمی‌یابد. به همین مناسبت در دموکراسی‌های ادعایی مدرن یکی از راهکارهای مؤثر کنترل اقتدار عمومی، نظارت پارلمان بر همه فعالیت‌های مالی نهادهای حکومتی از طریق سازمان‌های نظارتی است که با عناوین مختلف مانند «اداره ملی حسابرسی» یا «دیوان محاسبات» شناخته می‌شوند (Sarker & Hasan, 2010, p. 2).

سابقه تأسیس دیوان محاسبات در کشور به متمم قانون اساسی مشروطه که در تاریخ ۲۹ شعبان سال ۱۳۲۵ (۱۲۸۶) به تصویب رسید، بازمی‌گردد. با تصویب این سند، دیوان محاسبات با هدف نظارت مستقل و تمام‌عیار بر دخل و خرج مملکت و به‌عنوان نهاد ناظر بر «حکومت» تأسیس شد که البته بیان این اهداف عالی‌ه توسط مشروطه‌خواهان به دلیل برخورداری روابط مالی - اقتصادی دولت از نوعی نظام جمع‌گرایانه و مدافع منافع عمومی جامعه، چندان راه ناصوابی نبود. دیوان محاسبات از آن زمان تاکنون با اتخاذ رویکردهای نظارتی عمدتاً معطوف به کنترل و رعایت قوانین و مقررات مالی، تلاش‌های عمده‌ای در دفاع از این اهداف داشته است. دستیابی به هدفی مانند لزوم صیانت از بیت‌المال که واضعان قانون اساسی مشروطه و کنونی برای دیوان محاسبات در نظر داشته‌اند، بیش از هر چیز مستلزم شناخت و ارائه پیش‌زمینه‌ای دقیق و شفاف از اصول و مفاهیم بنیادین حاکم بر مالیه عمومی مانند «بودجه»، «بیت‌المال»، «خزانه‌داری کل» و... است که بتواند ارتباط معنادار و منطقی را میان اهداف و فعالیت‌های نهاد ناظر و الزام نهاد نظارت‌شونده به تبعیت از آن‌ها برقرار سازد درحالی‌که رویه‌های قانون‌گذاری چه اساسی و چه عادی تا به حال در به تصویر کشیدن این ارتباط با اشکال و ابهامات فراوان همراه بوده است؛ موضوعی که دست‌کم موجب شده است دیوان محاسبات کشور در دوران حیات نظارتی خود فرازوفرودهای صلاحیتی بسیاری را متحمل شود. در این باره تحقیقات زیادی انجام شده است از جمله مقاله ابوالحسنی و همکاران (۱۴۰۲) با عنوان «محدوده نظارتی دیوان محاسبات در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران» که به بررسی تحلیلی و کاربردی رویکردهای حاکم بر صلاحیت دیوان پرداخته یا تحقیق

عباسعلی کدخدایی و همکاران که صلاحیت دیوان محاسبات کشور را در نظارت مالی بر مؤسسات عمومی غیردولتی با واکاوی حقوقی نظارت دیوان بر حساب‌های شهرداری‌ها به بحث گذاشته است. این تحقیق با نگاهی هرچند مختصر به کارکرد دیوان از بدو تأسیس تاکنون، سعی در شناسایی زمینه‌های بروز چالش و ایجاد محدودیت در اعمال نظارت مالی دیوان محاسبات بر منابع عمومی و بازشناسی بایسته‌های حاکم بر این صلاحیت دارد. برای همین، ضمن گردآوری اسناد قانونی و منابع اطلاعاتی موجود در این باره به روش کتابخانه‌ای و بررسی توصیفی-تحلیلی آن‌ها، قصد دارد به این پرسش که در نظام کنونی حقوق اداری ایران، چالش‌ها و بایسته‌های نظارت دیوان محاسبات بر عملکرد مالی دولت کدام‌اند، پاسخی مناسب ارائه دهد. در این راستا، ابتدا محدودیت‌های قانونی وضع شده بر صلاحیت دیوان از ابتدای مشروطه تا زمان انقلاب اسلامی بررسی و سپس به تأثیرگذاری این پیش‌زمینه‌های فکری-قانونی در تدوین اهداف اساسی برای دیوان پس از انقلاب و بروز چالش‌های جدید ناشی از آن در مسیر توسعه صلاحیت این نهاد ناظر پرداخته می‌شود.

۱. دیوان محاسبات از مشروطه تا انقلاب اسلامی

پس از انقلاب مشروطه، مشروطه‌خواهان در کنار توجه به مسائل سیاسی، یکی از مهم‌ترین دلایل درگیر شدن خود با حکومت موجود را فقر خزانه ایران و نبود نظارت بر دخل و خرج حکومت می‌دانستند و خواستار قانونمند شدن گردش مالی خزانه ملی و مصارف و مخارج لازمه عادی و فوق‌العاده سالانه کشور بودند (مرادی‌نیا، ۱۳۹۴، ص. ۳۳)؛ خواستی که سرانجام با وضع قانون اساسی مشروطیت سال ۱۳۲۴ق، شکلی رسمی به خود گرفت؛ هرچند در این سند بنیادین فهم درستی از اصول، مبانی و چگونگی نظارت مالی بر منابع عمومی به چشم نمی‌خورد؛ شرایطی که موجب شد تا دیوان محاسبات برای نخستین بار طبق اصول ۱۰۱ تا ۱۰۳ متمم قانون اساسی مشروطیت، زیر نظر وزارت مالیه تأسیس شود. مطابق اصل ۱۰۱، تعیین اعضای دیوان محاسبات بر عهده مجلس شورای ملی قرار گرفت و اصل ۱۰۲ نیز وظیفه دیوان محاسبات را این‌گونه تعریف

کرد «دیوان محاسبات مأمور به معاینه و تفکیک محاسبات اداره مالیه و تفریغ^۱ حساب کلیه محاسبین خزانه است و مخصوصاً مواظب است که هیچ‌یک از فقرات مخارج معینه در بودجه از میزان مقرر تجاوز ننموده، تغییر و تبدیل نپذیرد و هر وجهی در محل خود به مصرف برسد و همچنین، معاینه و تفکیک محاسبه کلیه ادارات دولتی را نموده، اوراق سند خرج محاسبات را جمع‌آوری خواهد کرد و صورت کلیه محاسبات مملکتی را باید به انضمام ملاحظات خود تسلیم مجلس شورای ملی نماید». با تصویب این سند، افزون‌بر ایجاد شخصیت حقوقی دیوان، مفاهیم محاسبات و تفریغ حساب نیز که از اصول زیربنایی در امور حسابداری و حسابرسی دولتی شمرده می‌شوند، جنبه رسمی به خود گرفتند. از سویی بیان مفاهیمی عام مانند «حساب کلیه محاسبین خزانه»، «محاسبه کلیه ادارات دولتی»، «اوراق سند خرج محاسبات و صورت کلیه محاسبات مملکتی» در این سند نشان می‌دهد که واضعان قانون اساسی بر آن بودند تا دیوان محاسبات به‌صورت نهاد مستقل با آزادی به تمام امور مالی حکومت نظارت و درباره محاسبات خزانه مملکت اظهار نظر کند و نتیجه کار خود را به عرض مجلس شورای ملی برساند. باین‌همه، وضع نخستین قانون دیوان محاسبات حدود چهار سال (۱۳۲۵-۱۳۲۹ق) یعنی تا اواخر دوره دوم مجلس به تأخیر افتاد. در خلال این مدت، دیوان به‌طور موقت طبق نظام‌نامه‌ای از طرف کمیسیون مالیه در سال ۱۳۲۷ق تأسیس شد (محمدی و همکاران، ۱۳۹۸، صص. ۱۲۶-۱۲۸) و هنگامی هم که در مجلس نوبت بحث و رسیدگی درباره این قانون رسید، روشن شد که دست همگان خالی است و کمتر کسی بود که چیز زیادی درباره دیوان محاسبات، چگونگی کارکرد، وظایف و دیگر مسائل آن بداند؛ زیرا با نگاهی به فهرست اسامی افرادی که هیئت‌مدیره موقت انقلاب مشروطه آن‌ها را مأمور به دایر کردن دیوان محاسبات کرده بود، جز یکی دو نفر، هیچ‌کدام حتی سابقه مستوفی‌گری نداشتند و گروه مزبور فقط «محل امانت و دیانت» بود و بس. از این‌رو وکلایی مانند آقا شیخ محمدعلی، وکیل‌التجار، آقا میرزاحمود، حاج امام‌جمعه و تقی‌زاده، ترجمه قوانین دیگر کشورها به‌خصوص ایتالیا و فرانسه را پیش کشیدند و متن ترجمه‌شده این قوانین را در اختیار نمایندگان قرار دادند تا بحث‌ها با محوریت این قوانین سروسامان بگیرد (مرادی‌نیا، ۱۳۹۴، ص.

۱. کلمه تفریغ در لغت به معنی فارغ شدن است، اما در معنای اصطلاحی منظور از تفریغ بودجه، ارائه و بررسی حساب‌های دولت طبق بودجه و برنامه مصوب و در واقع، حسابرسی کلی عملیات مالی دولت توسط قوه مقننه از طریق تطبیق عملیات انجام‌شده با هدف‌ها و برنامه‌های پیش‌بینی‌شده است (دانشفرد و قزلباش، ۱۳۸۹، ص. ۹۵).

(۳۸).

به موجب مواد ۱۲ و ۱۳ نخستین قانون دیوان، انتخاب اعضا شامل رئیس‌کل، سه نفر برای ریاست محاکم، مستشاران و ممیزان حساب، موافق اصل ۱۰۱ متمم قانون اساسی از وظایف مجلس شورای ملی بود. حسب ماده ۱۵ همین قانون، مدعی‌العموم (دادستان دیوان) نیز از طرف دولت و به موجب فرمان همایونی تعیین می‌شد. فصول بعدی این قانون نیز در مواد متعدد، وظایفی را بر عهده دیوان محاسبات قرار داده بود که برخی از اهم آن به این قرار است «نظارت و تفتیش کلیه عایدات، مخارج و اموال دولت (ماده ۳۷)، رسیدگی به حساب‌های وزارتخانه‌ها و اشخاصی که نقود دولتی یا اجناس در حکم نقود را متصدی هستند (ماده ۳۹)، رسیدگی و تفتیش همه ساله کلیه حساب‌های بانک‌ها و کمپانی‌های داخله، خارجه و اشخاصی که دارای امتیاز هستند و باید حقی به دولت بدهند (ماده ۴۰)، مراقبت دیوان بر عدم تجاوز مخارج از بودجه مصوبه و انتقالات غیرقانونی در آن و تأدیه وجوه بر وفق قوانین و نظامات مقرر (ماده ۴۹)، رسیدگی و صدور حکم توسط دیوان درباره حساب‌های صاحبان جمع نقدی دولت و اجناس در حکم نقود و حساب کارگزاران دیوانی که مأمور یا متصدی دریافت و پرداخت و محافظه وجوه دولتی بودند و حساب‌های خزانه‌داران و مأمورین سایر تأسیسات عمومی که رسیدگی آن را قانون به دیوان محول کرده بود (ماده ۵۹). جالب آنکه، طبق ماده ۱۴۱ این قانون، مجلس شورای ملی برای حفظ استقلال دیوان محاسبات حتی نحوه پرداخت حقوق رئیس‌کل و اعضای آن را در قانون تعیین و به‌عنوان سندی مجزا از سایر مواجب دولتی قید نموده بود»^۱.

مجلس شورای ملی وقت که در آن زمان متأثر از جو انقلابی مشروطه بود، موافق با نظر واضعان قانون اساسی، خواستار ورود و نظارت دیوان به‌عنوان ناظر مالی تمام‌عیار و قبل از خرج بر همه مسائل مالی حکومت بود و اختیارات زیادی به دیوان اعطا کرد، اما متأسفانه اختیارات مزبور تنها روی کاغذ بسیار گسترده بود و در وادی عمل با توجه به فقدان ثبات سیاسی و مطلوب نبودن اوضاع اقتصادی و اجتماعی داخلی که ناشی از نفوذ دوباره و تدریجی جریان‌های سیاسی وقت در امور مملکتی بود، این قانون عملاً به مرحله اجرا درنیامد و حتی تداوم موانع و چالش‌ها باعث شد تا تشکیلات دیوان محاسبات در سال ۱۳۰۲ (شمسی) منحل و دوباره در سال ۱۳۱۲

۱. قانون دیوان محاسبات (مصوب ۱۳۲۹ق).

با اصلاحات قانونی راه‌اندازی شود (مرادی‌نیا، ۱۳۹۴، ص. ۴۰). با اصلاحاتی که بعدها در این قانون به تصویب مجلس شورای ملی وقت رسید، اختیارات دیوان محدودتر و در مقابل، میزان اختیارات وزیر دارایی ابتدا در تشکیلات و سپس در صلاحیت دیوان محاسبات بیشتر شد که پایه‌های اولیه نفوذ قوه مجریه بر دیوان و زمینه انحراف از اصول ۱۰۱ تا ۱۰۳ متمم قانون اساسی را بنیاد نهاد. تا آنجا که برای انتصاب اشخاص به ریاست و عضویت شعب سه‌گانه دیوان محاسبات، مجلس می‌توانست عده لازم را تنها از میان اشخاص پیشنهادی وزیر مالیه آن هم بدون تعیین سمت انتخاب کند. میزان و اعضای دفتری را هم وزیر مالیه در حدود مقررات قانون استخدام می‌کرد. مدعی‌العموم نیز مانند رویه پیشین از سوی وزیر مالیه و به‌موجب فرمان همایونی تعیین می‌شد، اما اختیارات وی برخلاف رویه سابق که حق اطلاع نسبت به هر حسابی را داشت^۱، دیگر مطلق نبود و محدود به موارد مشمول این قانون شد. از سویی دیوان محاسبات تنها می‌توانست به حساب وزارتخانه‌ها و ادارات مستقل نظارت و رسیدگی کند و بانک‌ها، شرکت‌ها و موسسات مهم دیگری که با سرمایه دولت اداره می‌شدند، به‌عنوان مختلف از نظارت و رسیدگی دیوان خارج شدند. حساب وزارتخانه‌ها هم به‌جای آنکه پیش از پرداخت و هنگام عمل اسناد مربوط برای رسیدگی و تسجیل به دیوان فرستاده شود، پس از اتمام کارها و پرداخت وجوه اسناد فرستاده می‌شد که غالباً به علت گذشت زمان و تغییر و تبدیل متصدیان مربوط، تحقیق و رسیدگی مشکل و گاه غیرممکن می‌شد^۲. محدودیت اساسی دیگری که بعدها دنبال شد، ماده ۳۹ قانون اصلاحی دیوان بود که طبق آن «حساب، مخارج، اموال و اسناد راجع به معاملات و تعهدات و تصویب مخارجی که افشا و مداخله در آن برخلاف مصالح مملکتی باشد، از شمول مقررات این قانون خارج و این نوع مخارج، اموال و اسناد به‌موجب نظام‌نامه‌ای که به تصویب هیئت وزرا رسید، معین می‌گردید»^۳.

افزون‌براین، اصلاحات سال‌های ۱۳۱۳، ۱۳۱۷ و ۱۳۱۸ این قانون و وضع دیگر قوانین مطرح در حوزه مالیه عمومی کشور، هریک لطمات بزرگ‌تری به اختیارات و امتیازات دیوان محاسبات

۱. ماده ۶۶ دیوان محاسبات (مصوب ۱۳۲۹ق).

۲. البته مطابق ماده ۳۱ این قانون، حوالجات وزرا باید پیش از پرداخت طبق قانون دیوان محاسبات که مصوب همین سال بود، در دیوان مزبور ثبت و تسجیل شود.

۳. قانون دیوان محاسبات (مصوب ۱۳۱۲).

وارد آوردند. برای مثال، به موجب قانون تشکیل اداره خزانهداری کل سال ۱۳۰۱، هیچ‌گونه مخارج مملکتی اعم از نقدی یا جنسی تأدیه نمی‌شد مگر اینکه صحت خرج آن به تصدیق و تطبیق مأموران مستقل از تحت امر اجزای اداره و مسئولیت خزانهداری کل می‌رسید.^۱ طبق ساختار خرج نخستین قانون محاسبات عمومی (سال ۱۲۸۹ شمسی) نیز حواله یا دستور پرداخت صادره توسط وزرا ابتدا به تأیید و تسجیل دیوان محاسبات می‌رسید و پس از آن وزیر مالیه دستور پرداخت را به تحویل‌داران صادر می‌کرد و از این طریق سازوکارهای قانونی تفکیک وظایف در امور تشخیص، تسجیل و پرداخت هزینه‌ها به ترتیب بر عهده وزرا، وزرات مالیه از طریق دیوان محاسبات و خزانهداری کل قرار داشت. با تصویب ماده ۱۷ قانون متمم بودجه ۱۳۱۹ کل کشور، «اداره تطبیق اسناد و تعهدات» وزارت دارایی وقت جایگزین دیوان در کنترل اعتبارات و نظارت بر رعایت قوانین و مقررات قبل از خرج شد و درنهایت، طبق ماده ۴۵ قانون محاسبات عمومی مصوب ۱۳۴۹، تأمین اعتبار به عهده ذی‌حسابان^۲ منسوب وزارت دارایی (وقت) و مسئولیت تشخیص و انجام دادن تعهد و تسجیل به عهده وزیر یا رئیس مؤسسه یا اشخاص مجاز از طرف آنان محول شد. به این ترتیب، با تغییرات بنیادی در سیستم نظارت مالی دستگاه‌های دولتی که به صورت تدریجی پس از دوران مشروطه صورت گرفت، مسئولیت نظارت قبل از خرج دستگاه‌های اجرایی بر عهده ذی‌حساب قرار گرفت و عملاً با حذف دیوان محاسبات از این جریان، مسئولیت‌های آن محدود به نظارت بعد از خرج همراه با کاهش دامنه دستگاه‌های اجرایی قابل نظارت شد درحالی‌که هدف اصلی از اعمال نظارت مالی بعد از خرج، انجام دادن تمام کنترل‌هایی است که پس از مصرف منابع مالی و با همان اهداف نظارت پیش از خرج صورت می‌گیرد. از این رو چگونگی اجرای سیستم نظارت پیش از خرج که ارتباط نزدیکی با مخارج مربوط به طرح‌ها، فعالیت‌ها و برنامه‌های مورد نظر دارد، همواره مورد انتقاد صاحب‌نظران بوده و هست (باباجانی، ۱۳۸۲، صص. ۱۰۷-۱۰۰). همچنین، نظارت پس از خرج دیوان اثر نهایی خود را بر تفریغ بودجه باقی‌گذارند. لازم به توضیح است که سیاست‌های مالی دولت عمدتاً از طریق

۱. ماده‌های ۴ و ۵ قانون تشکیل اداره خزانهداری کل (۱۳۰۱).

۲. برای نخستین بار در این قانون واژه «ذی‌حساب» که شکل تکامل‌یافته تحویل‌داران حساب بود، وارد ادبیات حقوق اداری شد.

بودجه اعمال می‌شود و در فرایند اجرایی بودجه، مرحله نظارت بر آن از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است؛ زیرا این نظارت شامل دستورات و توصیه‌هایی می‌شود که قبل یا حین اجرا به مجری یا مأموریت اجرا داده می‌شود و با مشاهده عملیات انجام‌شده و بررسی‌های نمونه‌ای یا مستمر آن شایان ارزشیابی و بیان‌کننده صحت و سقم مسئله است. پس هر قدر از اهرم نظارت درست‌تر، مناسب‌تر و به‌موقع‌تر استفاده شود، ضریب بهره‌وری نظام اداری و مالی افزایش می‌یابد حال آنکه در فرایند یادشده به‌واسطه نوع نظارت ایجادشده برای دیوان، تسویه بودجه از طریق تطبیق اطلاعات صورت حساب عملکرد تهیه‌شده توسط وزارت امور اقتصادی و دارایی با اطلاعات تهیه‌شده توسط دیوان محاسبات کشور و تجزیه و تحلیل نتایج حاصل از آن صورت می‌پذیرد. صرف نظر از اینکه فرایند تفریغ بودجه در چنین شرایطی روبه‌ای تکراری، مضاعف و همراه با تداخلات شایان توجه ثبت داده‌های مالی را برای هر دو نهاد تهیه‌کننده آن به همراه داشته است که تاکنون نیز ادامه دارد، اجرای آن بر مدت زمان تنظیم و ارائه لایحه تفریغ بودجه اثری نامطلوب دارد که با نگاه به قوانین مربوط شایان مشاهده است (الماسی و اشرف‌پور، ۱۳۹۲، صص. ۱۱۲-۱۱۳). به‌موجب ماده ۴۷ قانون محاسبات عمومی ۱۳۱۲، زمان پیشنهاد لایحه قانونی تفریغ بودجه، از پایان سال مالی تا ۱۲ ماه بعد بود؛ مهلتی که در قوانین بعدی نیز تنفیذ و درنهایت، قانون تفریغ بودجه سال‌های پس از انقلاب (مصوب ۱۳۶۵) بر آن شد تا بررسی‌های بودجه‌ای سالانه و تهیه تفریغ آن توسط دیوان محاسبات همواره یک سال از زمان اجرای بودجه سال جدید که باید به‌نگام رسیدگی شود، عقب‌تر باشد^۱.

نکته تأمل‌برانگیز دیگر، محتوای تفریغ بودجه بود که ماده ۴۶ قانون محاسبات عمومی ۱۳۱۲ آن را این‌گونه بیان می‌کرد «تفریغ بودجه به‌وسیله تصویب "لایحه قانونی" که وزیر مالیه به مجلس شورای ملی پیشنهاد می‌کند، به عمل می‌آید». همچنین، «وزارت مالیه مکلف بود تا افزون‌بر صورت کل عایدات مملکتی، صورت محاسبات کل مالیه شامل تمام عملیات راجع به وصول و مصرف وجوه دولتی و موجودی اول و آخر دوره تمام صندوق‌های عمومی مملکت را تهیه [کند] و

۱. به‌موجب ماده ۷۸ قانون محاسبات عمومی ۱۳۴۹، این مهلت به پایان آذر سال مالی بعد تقلیل یافته بود.

۲. بر اساس ماده ۱ قانون یادشده، برای تسریع در تفریغ بودجه، وزارت امور اقتصادی و دارایی مکلف است «صورت حساب عملکرد سالانه بودجه کل کشور» هر سال را حداکثر تا پایان دی سال بعد تنظیم و پس از تأیید هیئت وزیران برای تهیه گزارش تفریغ بودجه به دیوان محاسبات کشور ارسال کند.

به دیوان بدهد و این صورت حساب می‌بایست ضمیمه "لایحه" مذکور گردد^۱ درحالی‌که مطابق ماده ۷۹ قانون محاسبات عمومی ۱۳۴۹، اولاً، ماهیت تفریغ بودجه از لایحه قانونی به یک «گزارش» بلا تکلیف تقلیل یافت؛ هرچند همین گزارش غیراثربخش و غیرکارا نیز در طول عمر ۶۰ساله دیوان پیش از انقلاب تنها ۱۳ بار به مجلس تقدیم شد که نخستین گزارش در سال ۱۳۳۶ و آخرین آن سال ۱۳۵۲ بود. ثانیاً، این گزارش تنها اطلاعات لازم درباره امور مالی مورد عمل بودجه سالانه و متضمن صورت ارقام قطعی درآمدهای وصول‌شده و هزینه‌های انجام‌یافته آن بود و این برخلاف اصل ۱۰۲ متمم قانون اساسی مشروطه بود که بیان می‌داشت صورت همه محاسبات مملکتی به انضمام ملاحظات دیوان باید به مجلس شورای ملی تسلیم شود (پروین و شهپازی، ۱۳۷۳، ص. ۱۴۵)؛ موضوعی چالش‌برانگیز که تاکنون هیچ‌یک از صاحب‌نظران واجد صلاحیت داخلی به آن نپرداخته و بدین لحاظ، ماهیت حقوقی، جایگاه و منزلت لایحه تفریغ بودجه سالانه کل کشور به‌عنوان سند مهم نظارت بر امور مالی دستگاه‌های دولتی و دستاورد یک‌سال فعالیت نظارتی دیوان محاسبات، همچنان نامشخص و غیرکاربردی باقی مانده است.^۲ بدین ترتیب، با اصلاحات مکرر قانونی وارده بر صلاحیت دیوان که آخرین آن قانون دیوان محاسبات مصوب ۱۳۵۲ بود، نه تنها از نظر سازمانی و تشکیلاتی سیطره قوه مجریه بر دیوان بیش‌ازپیش افزوده شد، بلکه به لحاظ کارکردی نیز جایگاه دیوان محاسبات در پیش از انقلاب از ناظری تمام‌عیار بر عملکرد مالی حکومت، به حسابرس داخلی قوه مجریه و نهادی رهاشده در گوشه‌ای از وزارت دارائی تنزل یافت.^۳

۲. دیوان محاسبات از ابتدای انقلاب اسلامی تاکنون

با آغاز به کار مجلس بررسی نهایی قانون اساسی (مجلس خبرگان قانون اساسی)، بار دیگر بحث و بررسی بر سر تشکیلات و صلاحیت دیوان محاسبات مطرح شد. پیش‌نویس آن قانون در این

۱. مواد ۴۵ و ۵۱ از قانون محاسبات عمومی، مصوب ۱۳۱۲.

۲. در قسمت اخیر اصل ۵۵ قانون اساسی کنونی نیز از این لایحه به‌عنوان «گزارش» نام برده شده است.

۳. این مسئله را اساتیدی که درباره دیوان بحث کرده‌اند و در رژیم سابق به‌ویژه در امور مالی صاحب منصب و مقام بودند از جمله دکتر شمس‌الدین جزایری و دکتر حسین پیرنیا، اشاره و تأیید داشته‌اند (مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۷۵، ص. ۷؛ پیرنیا، ۱۳۴۸).

رابطه دو اصل را پیش‌بینی کرده بود، و در ادامه جلسات پیشنهاداتی از جمله متن تنظیمی تعدادی از کارکنان دیوان محاسبات به مجلس ارائه شد که تشکیلات دیوان را به جای دو اصل در یک اصل به این شرح بیان می‌کرد «دیوان محاسبات عالی کشور مستقل و تحت نظارت عالی مجلس شورای ملی است. سازمان و اداره امور آن در تهران و مراکز استان‌ها به موجب قانون تعیین خواهد شد». نایب‌رئیس مجلس در موافقت با اصل پیشنهادی، دلایل توجیهی آن را این‌گونه بیان کرد «توضیح این است که منظور اساسی از دیوان محاسبات، نظارت ملت بر وضع مالی کشور است... درحقیقت، نقش اساسی دیوان محاسبات این است که ملت یک راه‌حل قابل اعتماد برای نظارت داشته باشد. چون نقش اصلی دیوان محاسبات این کار است، این نقش را باید مستقیماً زیر نظر نمایندگان ملت قرار بدهیم». در ادامه بحث، با وجود برخی مخالفت‌ها با متن پیشنهادی، در مجموع، نظر موافقان این بود که «دیوان محاسبات بازرسی مالی مجلس است و نظارت، امر فنی است که پایه اصلی کار دیوان را تشکیل می‌دهد و دیگر وظایف دیوان جنبه فرعی دارد. لذا چیزی که آقایان [کارکنان دیوان محاسبات] داده‌اند، خیلی محکم و خوب است و جلوی خیانت را هم می‌گیرد... از طرفی با توجه به فلسفه دیوان محاسبات که ناظر بر دخل و خرج مملکت است، وقتی ملت می‌خواهد یک چنین کاری بکند باید یک سازمان داشته باشد. پس طبیعی است که دیوان محاسبات یکی از سازمان‌های مجلس شورای ملی می‌شود». با این تفاسیر، متن پیشنهادی با اندک اصلاحاتی در کلمات، با اکثریت آرا به‌عنوان اصل ۵۴ قانون اساسی کنونی تصویب شد و دیوان محاسبات توانست پس از ۷۰ سال از عمر وجودی خود، جایگاه واقعی خود را که همانا ارائه نتایج حاصل از نظارت مالی حکومت به پیشگاه نمایندگان ملت بود، دوباره بازیابد (صورت مشروح مذاکرات مجلس، ۱۳۶۴، ج ۳، صص. ۱۴۲۳-۱۴۲۸)؛ البته در ارتباط با جایگاه یادشده باید گفت برخلاف این اصل که دیوان را زیر نظر مستقیم مجلس شورای اسلامی قرار داد، اصل ۱۰۱ متمم قانون اساسی مشروطه وابستگی سازمانی دیوان محاسبات را معین نکرده بود و تنها تعیین اعضای دیوان را به مجلس شورای ملی سپرده بود. از این رو با توجه به تأکید اصل ۵۴ بر ویژگی استقلال دیوان محاسبات، بهتر بود تا مجلس خبرگان قانون اساسی نیز برای جلوگیری از هرگونه شائبه دخالت‌های سیاسی در وظایف تخصصی دیوان، با پیروی از دیدگاه بالا، این نهاد

۱. برای مشاهده اختصاری این نظرها بنگرید به: ورعی، ۱۳۸۵، صص. ۳۴۴-۳۴۶.

ناظر را به‌عنوان «مؤسسه حرفه‌ای و مستقل دولتی» که ذی‌نفع اصلی گزارش‌های آن، مجلس است، معرفی^۱ و تنها به انتخاب ریاست و دادستان دیوان توسط مجلس شورای اسلامی بسنده می‌کرد.

به‌هرروی، به‌رغم کسب این جایگاه، نقش‌آفرینی دیوان در اعمال صلاحیت‌ها و وظایف قانونی خود نتوانست نتیجه‌چندان مطلوبی را کسب کند. دلیل این موضوع تصویب اصل ۱۳۶ متن پیشنهادی یا همان اصل ۵۵ کنونی توسط مجلس خبرگان قانون اساسی بود. مطابق این اصل، «دیوان محاسبات به کلیه حساب‌های وزارتخانه‌ها، مؤسسات، شرکت‌های دولتی و سایر دستگاه‌هایی که به‌نحوی از انحاز بودجه کل کشور استفاده می‌کنند، به ترتیبی که قانون مقرر می‌دارد، رسیدگی یا حسابرسی می‌نماید که هیچ هزینه‌ای از اعتبارات مصوب تجاوز نکرده و هر وجهی در محل خود به مصرف رسیده باشد. دیوان محاسبات، حساب‌ها و اسناد و مدارک مربوطه را برابر قانون جمع‌آوری و گزارش تفریغ بودجه هر سال را به انضمام نظرات خود به مجلس شورای اسلامی تسلیم می‌نماید. این گزارش باید در دسترس عموم گذاشته شود». از مقایسه مفاد این اصل با اصل ۱۰۲ متمم قانون اساسی مشروطه که «معاینه و تفکیک محاسبات اداره مالیه و تفریغ حساب کلیه محاسبین خزانه»، «معاینه و تفکیک محاسبه کلیه ادارات دولتی»، «جمع‌آوری اوراق سند خرج محاسبات و صورت کلیه محاسبات مملکتی» را بر عهده دیوان قرار داده بود، چنین برمی‌آید که اصل ۵۵ به شکل اختصاری و با جمله‌بندی مبهم و نارسا، دامنه صلاحیت دیوان محاسبات را بیان و حتی ظاهراً حوزه اعمال این صلاحیت‌ها را تنها ناظر و محدود به «اعتبارات مصوب بودجه کل کشور» کرده است حال آنکه با رجوع به مشروح مذاکرات مجلس خبرگان قانون اساسی که پیش‌تر عنوان شد، به نظر می‌رسد واضعان قانون اساسی نه تنها چنین قصدی از تدوین این اصل نداشتند، بلکه خواستار آن بودند تا دیوان بر دخل و خرج مملکت نظارتی تمام‌عیار داشته باشند. همچنین، ایشان درصدد نبودند تا تمام صلاحیت‌های نظارتی ممکن دیوان محاسبات را در متنی کوتاه جمع کنند. از این‌رو با ذکر مهم‌ترین وظیفه دیوان یعنی «نظارت بر بودجه کل

۱. در حال حاضر مطابق ماده ۲ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶، همه سازمان‌هایی که در قانون اساسی نام برده شده‌اند، «در حکم مؤسسه دولتی» شناخته می‌شوند؛ هرچند این ماده مشخص نمی‌کند که این سازمان‌ها از چه بابت در حکم ماهیت حقوقی یادشده هستند و میزان درجه استقلال آن‌ها نسبت به دیگر ارگان‌های دولتی مطرح در سازمان اداری کشور تا چه اندازه است.

کشور»، بر آن شدند تا کیفیت کار و جزئیات دیگر وظایف دیوان را قانون عادی تعیین کنند، اما آنچه در واقع اتفاق افتاد، بروز چالش‌های اساسی در صلاحیت و کارکرد دیوان بود که تأثیرات بعدی بسیار مهمی را در حوزه نظارت مالی بر دولت از خود بر جا نهاد.

۳. نگاهی به زمینه‌های ایجاد چالش در تدوین متن اصل ۵۵ قانون اساسی

با رجوع به صورت مشروح مذاکرات مجلس خبرگان قانون اساسی، نمی‌توان این نکته را دور از ذهن داشت که مذاکره‌کنندگان این مجلس مانند نهاد خلف خود، عموماً اطلاعی از کارکردهای فنی-تخصصی نهادی ناظر مانند دیوان محاسبات نداشتند و برای همین، فضای فکری حاکم بر تصویب این اصل بیشتر تحت تأثیر آخرین قانون دیوان که پیش از انقلاب در سال ۱۳۵۲ تصویب شده و اندک رمق‌های صلاحیتی و نظارتی یعنی «مراقبت بر عدم تجاوز مخارج از بودجه و اعتبارات مصوب آن»^۱ را برای دیوان محاسبات باقی گذاشته بود، قرار داشت.^۲ همچنین، ضرورت توجه به مسائل اجتماعی و اقتصادی جامعه در تدوین این اصل عامل مهم دیگری بود که به نظر می‌رسد مشروطه‌خواهان ایرانی در زمان خود بهتر از آن بهره برده‌اند؛ زیرا نبود نظارت بر خزانه مملکتی و هزینه‌های بی حساب و کتاب دربار حکومت بی‌قانون قاچار از عواملی بودند که موجب شدند مشروطه‌خواهان در جریان مباحثی مانند لزوم نظارت‌پذیری امور مالی حکومت، تمام محاسبان خزانه و ادارات دولتی را مشمول نظارت دیوان محاسبات قرار دهند؛ اقدامی که خواسته یا ناخواسته ویژگی آینده‌نگری اصل ۱۰۲ متمم قانون اساسی مشروطه را تقویت می‌کرد. لازم به توضیح است که رشد و گسترش سازمان اداری کشور که از زمان وضع این اصل تا اوایل دوره حکومت پهلوی دوم از آهنگ تدریجی برخوردار بود و در این باره بررسی قوانین اداری-مالی آن

۱. آقای منتظری «من نفهمیدم دیوان محاسبات، حساب‌ها و اسناد و مدارک را برابر قانون جمع می‌کند، یعنی چه؟». نایب‌رئیس «یعنی قانون باید کیفیت این‌ها را معین کند» (صورت مشروح مذاکرات مجلس، ۱۳۶۴، ج ۳، ص. ۱۴۳۰)

۲. مواد ۱ و ۱۴.

۳. دکتر آیت «یک قانونی ما داریم به نام قانون دیوان محاسبات؛ من نمی‌دانم وقتی این اصل تنظیم می‌شده، آن قانون مطالعه شده یا نه؛ قانون مفصلی است و من معتقدم با توجه به آن قانون و سوابق آن قانون این اصل تنظیم بشود. آقای تهرانی «مطالعه شده است». [دکتر آیت] «بسیار خوب؛ اگر شده که حرفی نیست» (صورت مشروح مذاکرات مجلس، ۱۳۶۴؛ صص. ۱۴۲۹-۱۴۳۰).

زمان از جمله قانون استخدام کشوری مصوب ۱۳۴۵ همراه با اصلاحات بعدی آن^۱ و قانون محاسبات عمومی مصوب ۱۳۴۹ نشان می‌دهد به جز وزارتخانه‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی، شهرداری‌ها، سازمان تأمین اجتماعی، هلال احمر و برخی مؤسساتی که بند ۱۱ ماده ۱ قانون برنامه و بودجه کشور مصوب ۱۳۵۱ از آن‌ها با عنوان کلی «مؤسسه عمومی عام‌المنفعه» نام برده است، عموماً موارد بااهمیت دیگری از ایجاد شخصیت‌های حقوقی مستقل دولتی به چشم نمی‌خورد، اما پس از این دوران به دلیل حاکم شدن مبانی فکری نظریه دولت-رفاه اجتماعی در کشور، توسعه کمی واحدهای عمومی ارائه‌دهنده خدمات عمومی تحول‌شتابانی به خود گرفت؛ به‌گونه‌ای که قاطبه پیکره دولت از لحاظ تأمین منابع مالی، یا به‌طور مستقیم وابسته به بودجه کل کشور بودند یا به انحای مختلف از کمک‌های مالی خزانه‌داری دولت استفاده می‌کردند. تا آنجا که برای قطع این وابستگی، در آن دوران تلاش‌هایی ولو ناموفق صورت گرفت، اما با وجود این شرایط و به‌استثنای قوانین عادی محدودکننده صلاحیت دیوان که به دلیل وضعیت سیاسی موجود مغایر با این اصل وضع می‌شدند، عمومیت و جامعیت مفاد اصل یادشده به‌گونه‌ای بود که ایرادات و ابهامات تفسیربرداری از خود در خصوص شمولیت نظارت دیوان محاسبات بر دستگاه‌های حکومتی آن زمان بر جا نمی‌گذاشت. در مقابل، اصل ۵۵ قانون اساسی در شرایطی تدوین شد که به‌رغم آشکار شدن تردیدها درباره بنیان‌های نظری اندیشه دولت-رفاه اجتماعی، روند نادرست توسعه ساختارهای اجرایی دولت همچنان در دوران انقلاب و پس از آن ادامه یافت. با توجه به اینکه قانون اساسی به‌عنوان هنجاری برتر باید از ویژگی‌هایی مانند عمومیت، شفافیت، آینده‌نگری و... آن هم در حد اعلائی خود برخوردار باشد تا قوانین و مقررات مادون بتوانند به‌درستی و آسانی و بدون ابهام با اصول آن انطباق یابند،^۲ شایسته بود که تدوین‌کنندگان قانون اساسی ضمن توجه بیشتر به این ویژگی‌ها به تدوین اصل ۵۵ می‌پرداختند تا از این طریق جلوی هرگونه ابهام و ایراد

۱. مواد ۱ و ۲.

۲. نمونه بارز این وابستگی سازمانی به بودجه کل کشور، شهرداری‌ها هستند که دست‌کم از زمان تصویب قانون بلدییه مصوب ۱۳۰۹، بر لزوم استقلال آن‌ها از کمک‌های مالی دولت و حرکت به سمت خودکفایی در تأمین منابع درآمدی تأکید شده بود، اما بنا بر دلایلی چند از جمله نبود شفافیت در طرح‌ها و برنامه‌های مربوط، این وابستگی نه‌تنها کاهش نیافت، بلکه تداوم این شیوه تا سال ۱۳۶۲ نقش عمده‌ای در تأمین مالی شهرداری‌ها ایفا کرد (مظفری و همکاران، ۱۳۹۵، ص. ۲۵).

۳. برای اطلاع بیشتر در این باره رک به: قاضی، ۱۳۹۲، ص. ۴۰.

وارد بر صلاحیت دیوان را در برابر توسعه روزافزون ساختارهای سازمان‌یافته دولتی بگیرند، اما این‌گونه نشد و ایشان به دلیل خلط جزئیات امور با اصول و مفاهیم بنیادینی که شأن اساسی دیوان محاسبات را رقم می‌زد و همچنین، ابهامات و کاستی‌های متن تنظیمی اصل ۵۵ در این زمینه، مواردی مانند تعیین دامنه صلاحیت نظارتی دیوان را به قانون‌گذار عادی سپردند؛ غافل از اینکه این اقدام بعدها به چالشی اساسی در پیشبرد اهداف عالی دیوان محاسبات تبدیل خواهد شد. برای همین، به‌رغم اینکه سیاق عبارات قانون دیوان محاسبات مصوب ۱۳۶۱ تا حدودی ابهامات یادشده را جبران کرد و صلاحیت نظارتی دیوان را ارتقا بخشید، اما باعث نشد تا جایگاه اساسی و بایسته دیوان در مرحله نهایی به‌طور کامل استقرار یابد.

۴. دلایل صدور نظریه تفسیری شورای نگهبان از اصل ۵۵ قانون اساسی

بنا بر آنچه عنوان شد، باید عبارت «بودجه کل کشور» را که در اصل ۵۵ به کار رفته است، مهم‌ترین کلیدواژه تحدید حدود صلاحیت نظارت مالی دیوان به شمار آورد، اما موضوع تنها به این عبارت ختم نمی‌شود، بلکه واژگان دیگر و به‌طور کلی، عبارت‌پردازی این اصل است که صلاحیت عام دیوان را به مخاطره می‌اندازد از جمله عبارت «سایر دستگاه‌هایی» است که بنا بر ادبیات ابتدایی این اصل به‌نحوی از انحا از بودجه کل کشور استفاده می‌کنند. این دستگاه‌ها که اصل یادشده بدون قید هیچ نشانه دیگری به بیان آن‌ها پرداخته، بیش از همه مرتبط با ساختارهای اجرایی است که به‌ویژه پس از انقلاب اسلامی با توجه به زمینه‌های قانونی مانند عدم تمرکز اداری، واحدهای بزرگ اقتصادی را به‌صورت مالکیت عمومی خارج از اداره مستقیم دولت پدید آوردند (هاشمی، ۱۳۹۱، ج ۱، ص. ۳۵۸)؛ ساختارهایی که قانون‌گذار با قصد سامان بخشیدن به ماهیت حقوقی‌شان، عنوان «مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی» را برای آن‌ها برگزید، اما به واقع، ماهیت حقوقی بسیاری از آن‌ها هنوز هم نامعلوم است و تنها از حیث استفاده از منابع و اعتبارات بودجه کل کشور در حکم این عنوان شناخته می‌شوند. این وضعیت در کنار چگونگی و میزان استفاده واحدهای اجرایی یادشده از بودجه‌های دولتی که در بازه‌ای از استقلال تا وابستگی کامل قرار دارند، افزون‌بر پیچیده‌تر شدن ساختار سازمانی دولت، باعث عدم یکپارچگی در

۱. تبصره ذیل ماده ۱۳۰ قانون محاسبات عمومی مصوب ۱۳۶۶ و مواد ۴۰ و ۵۰ قوانین الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۱) و (۲).

بهره‌برداری از منابع مالی عمومی و تفکیک آن به دو بخش «پیش‌بینی شده» و «سایر منابع» در بودجه کل کشور شده است؛ نوسان و تفکیکی که دست‌کم گستره صلاحیت نظارتی دیوان بر منابع مالی اخیر را در سال‌های پس از انقلاب همواره به محل مناقشه‌ای میان این بازوی نظارتی مجلس و موسسات و نهادهای یادشده تبدیل کرد و منجر به صدور نظریه تفسیری شماره ۷۵/۲۱/۱۱۱۶ مورخ ۱۳۷۵/۹/۱۴ شورای نگهبان از اصل ۵۵ قانون اساسی شد. مفاد این نظریه به این شرح است «اصل ۵۵ قانون اساسی ناظر بر اعتباراتی است که در بودجه کل کشور منظور شده و صلاحیت دیوان محاسبات در رسیدگی و حسابرسی محدود به همان موارد است». نگاه حداقلی به کارکردهای دیوان محاسبات که در سال‌های بعد در نظریه تفسیری شماره ۸۲/۳۰/۳۹۵۲ مورخ ۱۳۸۳/۵/۲۵ آن شورا دوباره تنفیذ شد، محدودیت اساسی در نظارت دیوان بر آن بخش از منابع مالی موسسات و نهادهای عمومی که از محلی غیر از بودجه کل کشور تأمین می‌شود، ایجاد کرد؛ وضعیتی که همراهی آن با عدم شناخت درست ماهیت حقوقی، جایگاه و کارکرد این واحدهای اجرایی در نظام اداری کشور^۱ به انضمام تأکید بر لزوم حفظ استقلال شخصیت حقوقی‌شان از قوای حکومتی و پاره‌ای مسائل خاص دیگر، در نهایت منجر به پایداری نظریه تفسیری اصل ۵۵ قانون اساسی شد^۲ (مولایی و بنده‌علی، ۱۳۹۹، صص. ۲۶۴-۲۹۷).

البته تنها مؤسسات و نهادهای عمومی غیردولتی نیستند که از شمول نظارت دیوان خارج شده‌اند، بلکه ساختارهای اجرایی متنوع و نوظهور دیگری نیز وجود دارند که مستقل از قوای

۱. مطابق ماده ۵ قانون محاسبات عمومی و ماده ۳ قانون مدیریت خدمات کشوری، «موسسات و نهادهای عمومی غیردولتی واحدهای سازمانی هستند که هدف از ایجاد آنها انجام وظایف و خدماتی است که جنبه عمومی دارند».

۲. از جمله تلاش‌های قانونی سال‌های اخیر که برای شفاف‌سازی دامنه صلاحیت نظارتی دیوان محاسبات بر برخی موسسات و نهادها انجام، اما مفاد نظریه تفسیری اصل ۵۵ مانع از اجرای آن شد، جزء ۳ بند ب ماده ۱۴۲ قانون برنامه ششم توسعه است. به موجب این جزء، نمایندگان با اصلاح تبصره ماده ۲ قانون دیوان محاسبات کشور به این شرح موافقت کردند «بعد از عبارت "هر واحد اجرایی که بر طبق اصول ۴۴ و ۴۵ قانون اساسی مالکیت عمومی بر آنها مترتب بشود"، عبارت از جمله کلیه فعالیت‌های مالی و درآمد هزینه و منابع، مصارف شهرداری‌ها، سازمان تأمین اجتماعی، هلال احمر و واحدهای وابسته به آنها و مناطق آزاد و ویژه و موارد کمک اشخاص حقیقی و حقوقی اضافه می‌شود». با ارسال مصوبه به شورای نگهبان، این شورا بر اساس نظریه تفسیری اصل ۵۵ قانون اساسی که شرح آن گذشت، موارد اصلاحی را مغایر با قانون اساسی تشخیص داد و مصوبه را برای اصلاح به مجلس اعاده کرد، اما با اصرار نمایندگان بر موضوع، مصوبه به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارسال شد و در نهایت، با پذیرش نظر شورای نگهبان از سوی مجمع، تصویب موارد اصلاحی مورد اختلاف منتفی شد.

حکومتی به ارائه خدمات عمومی می‌پردازند، اما ماهیت حقوقی آن‌ها در نظام حقوق اداری کشور تاکنون شناخته نشده است. تا آنجا که حتی وضع قانونی مانند تبصره ذیل ماده ۱۳۰ قانون محاسبات عمومی سال ۱۳۶۶ نیز که این ساختارهای عموماً اجرایی را مکلف به انطباق وضعیت حقوقی خود با یکی از اشکال سازمانی مطرح در مواد ۲، ۳، ۴ و ۵ این قانون می‌کند، در رفع این ابهام مؤثر واقع نشده است و این وضعیت همچنان پس از گذشت سال‌ها از وضع تبصره یادشده ادامه دارد.^۱ از این رو به رغم اینکه رعایت اصل حاکمیت قانون، اعمال کنترل‌های مختلف اداری، مالی مراجع نظارتی مانند دیوان را بر این قبیل واحدها ضروری می‌نماید، اما در شرایط فقدان ماهیت حقوقی شفاف و مشخص برای آن‌ها در نظام اداری کشور، سخن گفتن از چنین نظارتی از اساس مواجه با امتناع است. اصولاً کارکرد نهادهایی مانند دیوان محاسبات باید رسیدگی به واحدهای عمومی و نه صرفاً دولتی باشد؛ زیرا لزوماً واحدهای دولتی نیستند که در راستای ارائه خدمات عمومی به جامعه از امتیازات قدرت عمومی بهره می‌برند، بلکه واحدهای عمومی نیز فراخور اهداف و فعالیت‌های خود از چنین امتیازی بهره‌مند هستند و در این باره از منابع عمومی جامعه استفاده می‌کنند. از این رو توسعه قلمرو اعمال نظارت‌گریز موجب تضعیف پایه‌های دولت قانون‌مدار و سازکارهای نظارتی در نظر گرفته‌شده برای آن می‌شود. در مقابل، هرچه قلمرو اشخاص، نهادها و موضوعات نظارت‌پذیر گسترده باشد، افزون‌بر تأمین بهتر حاکمیت قانون، اهداف نظارتی در نظر گرفته‌شده نیز بیشتر تقویت می‌شود (شفیعی سردشت و همکاران، ۱۳۹۵، ص. ۵۷). بنابراین، عدم نظارت‌پذیری بخش مهمی از این منابع کاملاً تعجب‌برانگیز و نپذیرفتنی است؛ زیرا نه اعمال صلاحیت ذاتی نظارت دیوان در حفظ بیت‌المال موضوعی است که قابل تفکیک به چگونگی تأمین منابع مالی این واحدهای اجرایی - اعم از بودجه کل کشور یا منابع غیربودجه‌ای - باشد و نه لزوم حفظ منافع و منابع عمومی در برابر تصمیمات و اقدامات مقامات عمومی امکان چنین تفکیکی را در خصوص صلاحیت مقام نظارت‌کننده و مسئولیت پاسخ‌گویی

۱. این وضعیت را می‌توان در قوانینی مانند ماده ۵۰ قانون الحاق موادی به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت مصوب ۱۳۸۴، بند ۷۴ قانون بودجه ۱۳۹۰، بند ۹۸ قانون بودجه ۱۳۹۱ و تبصره ۱ بند ۱ ماده ۸۴ قانون برنامه پنجم توسعه مشاهده کرد.

نظارت‌شونده برمی‌تابد؛^۱ موضوعی که موجب شده است در حال حاضر در بسیاری از موارد، دیوان به‌جای اعمال صلاحیت‌ها بر نهاد نظارت‌شونده برای ایفای نقش خود در دفاع از بیت‌المال، همواره در پی احراز صلاحیت خود به استناد قانون مربوط باشد.^۲

۵. بررسی نظریه تفسیری اصل ۵۵ بر اساس مفاد این اصل و قانون دیوان محاسبات

با توجه به آثار سوء دیدگاه‌های حداقلی بر لزوم نظارت‌پذیری مالی سازمان اداری کشور، قاعده اصلی و کلی این است که دولت مورد بحث در مفهوم حاکمیتی آن مطرح باشد و دامنه امور مالی مشمول نظارت دیوان کل وجوه عمومی جامعه را دربرگیرد. دیدگاه‌هایی که صلاحیت دیوان را بر اساس مالکیت عمومی مورد بررسی قرار می‌دهند، قائل به این رویکرد حداکثری هستند که اساس آن بر گستردگی سازمانی بیشتر، برجسته‌ترین نقش تصمیم‌گیری در ارتباط با کارکنان، منافع عمومی، شهروندان و اعمال بیشترین اقتدارات حاکمیتی در عرصه داخلی و بین‌المللی برای دولت قرار دارد. در واقع، به باور این دیدگاه، قوه اجرایی مشمول نظارت دیوان محاسبات را باید سازوکاری فراتر از وزارتخانه‌ها و سازمان‌های موجود در درون قوه مجریه به‌شمار آورد.^۳ به استناد برخی اسناد و قوانین مالی و محاسباتی کشور، پذیرش این دیدگاه در ارتباط با صلاحیت دیوان مقبول می‌نماید و شایان اثبات است. برای مثال، مطابق ماده ۱۳ قانون محاسبات عمومی مصوب ۱۳۶۶ «تقدینه‌های مربوط به وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی و شرکت‌های دولتی و نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی و مؤسسات وابسته به سازمان‌های مذکور که متعلق به حق افراد و مؤسسات خصوصی نیست و صرف‌نظر از نحوه و منشأ تحصیل آن، منحصرأً برای مصارف عمومی

۱. ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶، دستگاه‌های اجرایی را شامل «کلیه وزارتخانه‌ها، مؤسسات دولتی، مؤسسات یا نهادهای عمومی غیردولتی، شرکت‌های دولتی و کلیه دستگاه‌هایی که شمول قانون بر آن‌ها مستلزم ذکر یا تصریح نام است»، می‌داند.

۲. به‌موجب تبصره ذیل ماده ۲ قانون دیوان محاسبات، «هر واحد اجرایی که بر طبق اصول ۴۴ و ۴۵ قانون اساسی مالکیت عمومی بر آن مترتب می‌شود»، مشمول نظارت دیوان قرار دارد.

۳. اصطلاح «قوه اجرایی» به این معناست که عمل اداری و عمل سیاسی هر دو از امور عمومی هستند، اما مفهومی متفاوت از یکدیگر دارند. تا آنجا که به باور اندیشمندانی مانند ویلویی آمریکایی، عمل اداری فعالیت مستقل است که در عرض قوای سه‌گانه قرار دارد و به تعبیر او، قوه اداری، قوه چهارم شمرده می‌شود. بنابراین، دیدگاه عمل اداری در معنای عام، اداره امور قوای سه‌گانه است. به تعبیر دیگر، امور اداری، تنظیم و تنسيق امور حکومت به‌طورکلی است (انصاری، ۱۳۹۲، ص. ۴۷).

به موجب قانون قابل دخل و تصرف می‌باشند؛ مستند قانونی که به وضوح بیان می‌کند منابع مالی که به هر شکل در اختیار دستگاه‌های اجرایی قرار دارد، بنا بر ماهیت اسلامی نظام مالی-اقتصادی کشور، «بیت‌المال» هستند که به قرینه اصول ۴۴ و ۴۵ قانون اساسی در اختیار حکومت اسلامی قرار دارند تا صرف مصالحه عامه شوند. بی‌شک مراقبت از این ظرفیت کلان مالی به‌عنوان خواست عمومی، همان‌گونه که واضعان قانون اساسی در نظر داشته‌اند، نیاز به دستگاه نظارتی دارد که از توان تخصصی در همه ابعاد این مراقبت برخوردار باشد.^۱ برای همین ماده ۱ قانون دیوان محاسبات مصوب ۱۳۶۱ «اعمال کنترل و نظارت مستمر مالی به‌منظور پاسداری از "بیت‌المال" را به‌موجب اصول مندرج در قانون اساسی، هدف اصلی دیوان محاسبات دانسته است» و هم‌راستا با این هدف، مفاد ماده ۲ این قانون نیز کنترل عملیات و فعالیت مالی دستگاه‌ها را که شامل «کلیه وزارتخانه‌ها، سازمان‌ها، مؤسسات، شرکت‌های دولتی و به‌طورکلی، هر واحد اجرایی که بر طبق اصول ۴۴ و ۴۵ قانون اساسی تحت مالکیت عمومی می‌باشد»، بر عهده دیوان قرار داده است. این صلاحیت گسترده و موارد بیشتری از آن که در قانون دیوان محاسبات سال ۱۳۶۱ و اصلاحات بعدی آن به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده است و جملگی مورد تأیید شورای نگهبان نیز هست، حاکی از عدم مغایرت صلاحیت‌های اعطاشده به دیوان با مفاد قانون اساسی و به‌ویژه اصول ۵۴ و ۵۵ آن قانون است. باوجوداین، باید قائل بود که مفاد کنونی اصل ۵۵ با همه ابهامات فراوانی که در بطن خود دارد، باز هم ظرفیت نظارتی بیشتری را نسبت به آنچه در نظریه شورای نگهبان آمده، برای دیوان قائل شده است. برای درک بهتر موضوع کافی است به بار معنایی برخی اصطلاحات به‌کاررفته در اصل ۵۵ قانون اساسی نگاه دقیق و تخصصی‌تر کرد؛ زیرا این عبارات در واقع اصطلاحات فنی-تخصصی در نظام مالیه عمومی هستند که برداشت صحیح از معنای آن‌ها مستلزم شناخت همه‌جانبه ابعاد کاربردی‌شان است.

۱. نایب‌رئیس مجلس خبرگان قانون اساسی «ببینید دوستان! باز هم من این مطلب را تکرار می‌کنم. از نظر قانون اساسی و از مبنای حکومتی، فلسفه تشکیل دیوان محاسبات همیشه این است که کسی که باید ناظر بر دخل و خرج مملکت باشد، یک سازمان می‌خواهد و وقتی که ملت می‌خواهد این کار را بکند و اختیار این کار دست ملت است، ملت باید چنین دستگاهی داشته باشد» (صورت مشروح مذاکرات مجلس، ۱۳۶۴، ص. ۱۴۲۶).

۱.۵. «اعتبارات مصوب» کلیدواژه نظریه تفسیری اصل ۵۵

در ارتباط با عبارت «اعتبارات مصوب»^۱ که تفسیر شورای نگهبان بر آن معطوف شده است، موافقان تفسیر شورای نگهبان از اصل ۵۵ عموماً به استناد ماده ۷ قانون محاسبات عمومی مصوب ۱۳۶۶ بر این باورند که «اعتبار مبلغی است که به منظور نیل به اهداف و اجرای برنامه‌های دولت به تصویب مجلس شورای اسلامی می‌رسد». از سویی عموم برنامه‌های دولت نیز در بودجه کل کشور لحاظ می‌شود. از نظر ایشان، «اعتبارات مصوب» عبارتی است که تنها درباره منابع پیش‌بینی شده در بودجه به کار می‌رود و بدین لحاظ، برداشت شورای نگهبان از این عبارت که صلاحیت دیوان را محدود به رسیدگی به اعتبارات قانون بودجه کل کشور می‌کند، صحیح است.^۲ با این حال، بررسی قوانین و مقررات حاکم بر نهادها و مؤسسات فعال در بخش عمومی جامعه حاکی است که اصطلاح «اعتبار مصوب» به‌وضوح درباره آن بخش از منابع مالی آن‌ها که در قالب بودجه‌های داخلی به تصویب مراجع ذی‌صلاح غیر از مجلس شورای اسلامی می‌رسد، به کار رفته است. مثال بارز از موضوع بندهای ۶ ماده ۱۱ و ۸ ماده ۱۴، اساسنامه کمیته امداد امام خمینی (رحمت‌الله علیه) مصوب ۱۳۹۴ است که تصویب بودجه سالانه کمیته امداد امام (رحمت‌الله علیه) و تخصیص «اعتبارات مصوب» آن را به ترتیب از اختیارات هیئت امنا و وظایف رئیس کمیته امداد امام (رحمت‌الله علیه) دانسته است؛ اقدامی که مصادیق مشابه آن را در دیگر اساسنامه‌ها یا آیین‌نامه‌های مالی و معاملاتی دیگر مؤسسات و نهادها نیز می‌توان مشاهده کرد. افزون‌بر این موارد، چنانچه صلاحیت دیوان تنها محدود به اعتبارات مصوب بودجه کل کشور شود، بخش مهمی از این بودجه که مربوط به شرکت‌های دولتی است و در قالب «بودجه مصوب» (و نه اعتبارات مصوب) به‌صورت سرجمع در ضمن بودجه کل کشور به تصویب مجلس شورای اسلامی می‌رسد، از دامنه این نظارت خارج می‌شود حال آنکه در عالم واقع تردیدی بر بقای این صلاحیت وجود ندارد. بنابراین، برخلاف تصورات پیشین، اصطلاحاتی مانند اعتبار مصوب، بودجه مصوب، تأمین اعتبار و... تنها معطوف به بودجه کل کشور نیست، بلکه در نظام بودجه‌ریزی داخلی همه

1. Credit Approved

۲. برای دیدن این نظر رک به: کدخدایی و همکاران، ۱۳۹۸، ص. ۳۴.

دستگاه‌ها، شرکت‌ها، نهادها و مؤسسات عمومی به گونه الزامی رواج واژگانی دارد^۱ (مرادخانی و بنده‌علی، ۱۳۹۷، ص. ۱۹۶). این نظم که در ارتباط با امور مالی دولت تابع اصول و استانداردهای حسابداری و حسابرسی دولتی است، تا آن اندازه اهمیت دارد که عدم رعایت آن موجب می‌شود گزارش‌ها و صورت‌های مالی تنظیم‌شده در هیچیک از مراجع دولتی قابلیت استناد نداشته باشد^۲.

۲.۵. عبارت «کلیه حساب‌ها» یبانی عام و مطلق در اصل ۵۵ برای اعمال صلاحیت دیوان

اصطلاح بعدی عبارت «کلیه حساب‌ها» است که با وجود بیان عام و مطلق آن در صدر اصل ۵۵، موافقان نظریه شورای نگهبان هیچ دلیل قانع‌کننده‌ای برای ضرورت آن ارائه نداده‌اند درحالی‌که دلیل موضوع کاملاً روشن است. با نگاهی به نظام بودجه‌ریزی دولتی و روش حسابداری رایج آن که هم‌اکنون مطابق نظام مالی GFS^۲ اجرا می‌شود، بودجه دستگاه‌های دولتی برحسب امور به چهار دسته ۱. امور عمومی، ۲. امور دفاعی، ۳. امور اجتماعی و ۴. امور اقتصادی تقسیم می‌شوند و برنامه‌های دولت نیز که برای اجرای این امور لازم هستند بر اساس مواد ۸ تا ۱۱ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶ شامل پنج موضوع کلی حاکمیتی، اجتماعی، فرهنگی و خدماتی، زیربنایی و اقتصادی می‌شوند. اجرای بخش عمده‌ای از این برنامه‌ها مطابق مواد ۱۳ تا ۱۵ همین قانون از طریق مشارکت دولت با نهادها و مؤسسات عمومی، اعمال حمایت، خرید خدمات یا واگذاری مدیریت امور یادشده به آن‌ها، میسر می‌شود. این مشارکت ایجاب می‌کند تا افزون‌بر اینکه برنامه‌ها و طرح‌های مصوب در بودجه‌های داخلی نهادها و مؤسسات هم‌راستا با اهداف و سیاست‌های کلان مندرج در قوانین برنامه‌های توسعه و بودجه‌های سنواتی کل کشور تنظیم شود، منابع اجرای آن‌ها نیز فراخور سیاست‌های در نظر گرفته‌شده، از محل بودجه کل کشور یا دیگر منابع عمومی در اختیار مؤسسات و نهادهای عمومی یا هم‌زمان از هر دو محل بودجه‌ای تأمین اعتبار شود. در چنین شرایطی طبیعی است که همه حساب‌ها و اسناد مالی مشارکت‌کنندگان در اداره امور عمومی جامعه - به‌ویژه آن دسته از اسناد مالی برنامه‌ها و طرح‌های اجراشده که

۱. در تأیید این دیدگاه، ماده ۶ قانون محاسبات عمومی مصوب ۱۳۴۹، «اعتبار را مبلغی می‌داند که برای مصرف یا مصارف معین در بودجه مربوط به تصویب می‌رسد».

۲. بند ۷ ماده ۷ قانون اساسنامه سازمان حسابرسی مصوب ۱۳۶۶.

هم‌زمان از بودجه کل کشور و دیگر منابع غیربودجه‌ای تأمین اعتبار می‌شوند - مورد نظارت دیوان محاسبات قرار گیرند. در غیر این صورت و در وادی عمل امکان تفکیک این منابع از یکدیگر برای حصول اطمینان از اجرای کامل برنامه‌ها و سیاست‌های در نظر گرفته‌شده یا آن‌گونه که مدنظر اصل ۵۵ است، «هزینه‌کرد هر وجهی در محل خود» مقدور نخواهد بود. این ایرادی است مغایر با اهداف عالی دیوان محاسبات که متأسفانه در حال حاضر به دلیل نظریه شورای نگهبان وجود دارد. بنابراین، دست‌کم هر مؤسسه و نهادی که نام آن در بودجه کل کشور برده شود، باید همه اسناد و حساب‌های مالی آن فارغ از چگونگی تأمین مالی مربوط، توسط دیوان مورد نظارت قرار گیرد؛ هرچند این‌گونه نظارت با حسابرسی اسناد مالی دستگاه‌های اجرایی دولتی تفاوت‌های معناداری دارد.

۳.۵. تعیین دامنه صلاحیت نظارتی دیوان محاسبات با قید عبارت «رسیدگی یا حسابرسی» در اصل ۵۵

اصطلاح دیگر که تفاوت معنادار یادشده را نشان می‌دهد، عبارت «رسیدگی یا حسابرسی» است که به نوعی مفهوم عبارت بعدی خود یعنی «عدم تجاوز از اعتبارات مصوب و مصرف هر وجهی در محل خود» را بیان می‌کند. از مطالعه صورت مشروح مذاکرات مجلس خبرگان قانون اساسی چنین برمی‌آید که تنها بحث تخصصی این مجلس بر سر فعالیت‌های دیوان، پرداختن به این عبارت آن هم به گونه مبهم و بسیار مختصر به این شرح بوده است «آقای منتظری! دیوان رسیدگی یا حسابرسی می‌نماید، یعنی چه؟!» پاسخ «رسیدگی و حسابرسی دو مطلب است. رسیدگی یعنی مستقیماً رسیدگی می‌نماید، ولی حسابرسی یعنی دفاتر آن‌ها را ممکن است، بررسی کند». [در جای دیگر] «آقای یزدی! مراقبت خواهد کرد که هیچ هزینه‌ای از اعتبارات مصوب تجاوز نکرده، درحقیقت با کار حسابرسی نمی‌خواند؛ زیرا کار حسابرسی یعنی ببیند آیا خرج با اجازه‌ای که به آن داده‌اند، اضافه شده یا نشده و مراقبت خواهد کرد یعنی در موقع خرج کردن مواظبت کند. این معنایش این است که اگر اشتباهی در حساب است، رسیدگی کند». (صورت مشروح مذاکرات مجلس، ۱۳۶۴، ج ۳، ص. ۱۴۲۹). از این رو برخی اعضای این مجلس، حسابرسی را موضوعی موقت و بررسی را دائمی و برخی دیگر عکس این را بیان داشته‌اند که به نظر دیدگاه اخیر بیشتر با ماهیت تخصصی این مفاهیم همخوانی دارد؛ با این توضیح که مطابق نظر کمیته تدوین مفاهیم بنیادی حسابرسی، «حسابرسی فرایندی است بسامان به شکل جمع‌آوری و ارزیابی بی‌طرفانه

شواهد درباره ادعاهای مربوط به فعالیت‌ها و وقایع اقتصادی برای تعیین میزان انطباق این ادعاها با معیارهای از پیش تعیین‌شده و گزارش نتایج به اشخاص ذی‌نفع» (Committee on Basic Auditing Concepts, 1973, p. 2). بسامان بودن حسابرسی بر این نکته دلالت دارد که این فرایند باید بر اساس برنامه‌ریزی مناسب و از پیش تعیین‌شده صورت پذیرد. به همین دلیل، اصطلاح حسابرسی به‌کاررفته در اصل ۵۵ را باید فرایندی مستمر دانست که هدف آن بیش از هر فعالیت مالی دیگر بر کنترل اعتبارات منظور شده در بودجه مصوب کل کشور تمرکز دارد؛ زیرا این بودجه در سطحی بسیار کلان به برنامه‌ها و طرح‌های مالی دولت می‌پردازد و اساس برنامه‌ریزی‌های مالی کشور را که در طول یک سال مالی شایان تحقق و هزینه‌کرد هستند، پی‌ریزی می‌کند. پس حسابرسی ارتباط معناداری با عبارت «عدم تجاوز هزینه‌ها از اعتبارات مصوب» دارد. در خصوص بودجه‌های داخلی دستگاه‌هایی که شخصیت حقوقی مستقل از دولت دارند، این‌گونه حسابرسی کاملاً تخصصی و رایج است و نهاد ناظری مانند دیوان محاسبات در فرانسه سالیان متمادی است که به آن مبادرت می‌ورزد، اما در کشور ما دیدگاه‌های حداقلی مورد اشاره، به این‌گونه حسابرسی توسط دیوان محاسبات باور ندارد درحالی‌که این حسابرسی وضعیتی کلی را در ارتباط با تقابل درآمدها-هزینه‌ها یا به عبارت بهتر، تراز نهایی منابع مالی نهادهای حکومتی نشان می‌دهد که با آن می‌توان از موفقیت‌آمیز بودن سیاست‌ها و برنامه‌های عمومی مورد بهره‌برداری دستگاه‌های یادشده اطمینان معقول حاصل کرد یا دلایل کمبود منابع یا فعالیت‌های زیان‌بار مالی این برنامه‌ها را شناسایی کرد. با این حال نمی‌توان گفت قانون‌گذار اساسی لزوم این‌گونه حسابرسی بودجه‌ای توسط دیوان را درباره نهادها و مؤسسات عمومی به‌طور کامل انکار کرده، بلکه در واقع، عبارت‌پردازی‌های ناقص و نارسای اصل ۵۵، بیان آنچه را مقصود است به حداقل‌های ضروری مورد انتظار از واژه حسابرسی تقلیل داده است.

واژه «رسیدگی» مندرج در اصل ۵۵ که تاکنون نیز تعریف دقیق و واحدی از آن در مقررات مالی و محاسباتی موجود ارائه نشده، در مقام بیان همین حداقل‌های ضروری است. برخی ضوابط مانند دستورالعمل نظام جامع مالی شهرداری‌های کشور، این واژه را برای موضوعاتی که جنبه

تکرار و استمرار در امور مالی دارند، استفاده کرده است^۱ و برخی دیگر مانند قانون دیوان محاسبات در مواد متعددی از این واژه برای فعالیت‌های خاص که جنبه استمرار از آن‌ها برداشت نمی‌شود، بهره برده است. از این رو با معیار قرار دادن این قانون و در تفاوتی معنادار میان دو واژه «رسیدگی» و «حسابرسی»، به نظر می‌رسد رسیدگی متضمن آن دسته فعالیت‌هایی است که علی‌الاصول جنبه استمرار ندارد و شامل مواردی مانند گزارشگری‌های خاص، تحقیق و تفحص‌های موردی و ارجاعی از طرف مقامات حکومتی^۲، بررسی رؤس کلی برنامه‌ها بدون پرداختن به جزئیات آن‌ها می‌شود که تنها برای حصول اطمینان از انجام دادن فعالیت یا کارکرد مورد نظر، بدون دخالت مستقیم، پیشینی یا پسینی مقام ناظر در تصمیمات و اقدامات اتخاذشده انجام می‌شود. بنابراین، بیشترین بار معنایی واژه رسیدگی به عبارت «هر وجهی در محل خود به مصرف برسد» در اصل ۵۵ بازمی‌گردد و این وضعیت که درباره مؤسسات عمومی برخوردار از منابع عمومی غیر از بودجه کل کشور یا اشخاص کمک‌گیرنده از این بودجه که منابع در اختیار را مطابق مقررات داخلی خود، اما بر اساس اهداف و سیاست‌های عمومی دولت هزینه می‌کنند، موضوعیت می‌یابد^۳، بیان می‌کند که دیوان در رسیدگی به این منابع، همین اندازه که اطمینان معقول حاصل کند که وجوه مربوط مطابق رؤس برنامه‌ها و سیاست‌های تعیین شده و دیگر موضوعات تحت رسیدگی، هزینه شده و در محل خود به مصرف رسیده‌اند، موضوع نظارت تحقق یافته است. با این تفاوت که حسابرسی دیوان درباره دستگاه‌های اجرایی دولتی نتیجه‌محور است و به واخواهی تخلفات مالی احراز شده و برخورد با متخلفان از طریق دادسرای دیوان منجر می‌شود، اما درباره دیگر نهادها و مؤسسات عمومی باید تنها قائل به گزارش دهی یافته‌های رسیدگی شده

۱. مطابق بندهای الف تا ج ماده ۲۸ این دستورالعمل، «رسیدگی و بررسی مدارک و اسناد مثبت جهت حصول اطمینان از مبلغ تسجیل و اصالت و کفالت درخواست انجام می‌گیرد و مأمور رسیدگی موظف است در اسرع وقت اسناد ارائه شده را رسیدگی و امضا نماید».

۲. طبق ماده ۴۲ قانون دیوان محاسبات، «دیوان در راستای وظایف قانونی خود می‌تواند در تمام امور مالی کشور تحقیق و تفحص نموده و مستقیماً مکاتبه برقرار نماید و تمام مقامات، قوای سه‌گانه، سازمان‌ها و ادارات تابعه، کلیه اشخاصی که به‌نحوی از آنجا از بودجه کل کشور استفاده می‌نمایند، مکلف به پاسخ‌گویی مستقیم می‌باشند ولو از شمول قانون محاسبات عمومی مستثنا شده باشند».

۳. به استناد ماده ۵۰ قانون محاسبات عمومی مصوب ۱۳۶۶، «وجود اعتبار در بودجه کل کشور نیز به‌خودی‌خود برای اشخاص ایجاد حق نمی‌کند و استفاده از اعتبارات باید با رعایت مقررات مربوط به خود به عمل آید».

توسط دیوان به ذی نفعان بود؛ زیرا به باور مخالفان، چنین تفسیری نافی شخصیت حقوقی مستقل و فلسفه وجودی مؤسسات و نهادهای عمومی یعنی رها بودن از قیود تکلیفی و نظارتی مستقیم دستگاه‌های حکومتی برای ارائه بهتر خدمات عمومی به جامعه هدف است؛ هرچند که در بازگشت به اندیشه مشروطه‌خواهان و حتی قصد واضعان قانون اساسی کنونی از بیان اصل ۵۵، رسیدگی‌های دیوان در این حالت را نیز باید نتیجه‌محور قلمداد کرد؛ دیدگاهی که برخی مواد قانون دیوان نیز بر آن تأکید دارند.^۱ نکته دیگری که به نظر می‌رسد پذیرش این تفسیر را با تردید مواجه می‌سازد، به‌ویژه به استفاده از واژه نامأنوس «حسابرسی» در اصل ۵۵ قانون اساسی برای فعالیت‌های دیوان بازمی‌گردد. به کار بردن این واژه در حالی صاحب‌نظران داخلی را به این باور رسانده است که دیوان محاسبات «حسابرس دولت» شمرده می‌شود که این اصطلاح بیش از هر چیز در ارتباط با فعالیت آن دسته از ناظران مالی مطرح در سنت آنگلو ساکسونی - مانند اداره ملی حسابرسی انگلستان - کاربرد دارد که تنها به بررسی و انطباق فعالیت حسابداری و صورت‌های مالی واحد گزارشگر با اصول و استانداردهای حسابداری و حسابرسی می‌پردازند و نتایج فعالیت خود را تنها به پیشگاه ذی نفعان گزارش ارائه می‌دهند حال آنکه دیوان محاسبات مرجع عالی قضاوت‌کننده درباره هرگونه استفاده از منابع مالی دولت - در مفهوم حاکمیتی آن - و به تعبیر اصل ۱۰۱ ممتن قانون اساسی مشروطه، «مأمور به معاینه و تفکیک محاسبات اداره مالیه و تفریغ حساب کلیه محاسبین خزانه» است و به واسطه چنین کارکردی است که تشکیلات و ویژه‌های شامل دادسرا، هیئت‌های مستشاری و یک محکمه تجدیدنظر در ساختار سازمانی دیوان معنا و مفهوم می‌یابد.^۲ از این رو شایسته بود برای جلوگیری از هرگونه سوء برداشت نسبت به موضوع،

۱. مطابق تبصره اصلاحی ذیل ماده ۴۲ این قانون، «خلاصه گزارشات رسیدگی یا حسابرسی کلیه دستگاه‌های اجرایی پس از رسیدگی دادستان دیوان و هیئت‌های مستشاری ظرف مدت یک ماه از تاریخ تنظیم هر گزارش باید جهت اطلاع به کمیسیون دیوان محاسبات و بودجه و امور مالی مجلس شورای اسلامی ارسال گردد». برای اطلاع بیشتر درباره دستگاه‌های اجرایی مدنظر این حکم قانونی رک به: تبصره ذیل ماده ۲ این قانون و نیز ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶.

۲. البته برخی با الگوبرداری حسابرسی سنت آنگلو ساکسونی، قائل بر این‌اند که وجود این دادسرا برای دیوان برخلاف اصل تفکیک قواست و آن را موجب خلط نهاد ناظر و قاضی دانسته‌اند (راسخ، ۱۳۹۵، ص. ۷۲).

لازم به توضیح است که در جریان تصویب طرح اجازه تجدیدنظر در قوانین دیوان محاسبات در سال ۱۳۵۹ نیز شورای نگهبان در نامه شماره م/۳۹ مورخ ۱۳۵۹/۹/۲۰ بیان داشت «چون ماده واحده و خصوصاً بند ۳ آن به صورتی تنظیم شده که دیوان محاسبات را نوعی محکمه قضایی اختصاصی قرار می‌دهد، با اصل ۵۵ و صراحت اصل ۶۱ قانون اساسی مغایرت دارد».

آن‌گونه که مفاد اصل ۱۰۱ ممتن قانون اساسی مشروطه و مشروح مذاکرات اصل ۵۵ کنونی تصریح می‌دارد، دیوان مأمور به «تفتیش حساب و بازرس مالی دولت» معرفی می‌شد و نه حسابرس آن^۱. در این صورت می‌توان ماهیت حقوقی نظارت‌های دیوان محاسبات را از جنس «شبه‌قضایی» دانست و به‌واسطه این شأن، دیوان را باید همان‌گونه که در متن پیشنهادی گروهی از کارکنان دیوان به مجلس خبرگان قانون اساسی آمده بود، «مؤسسه عالی دولتی» قلمداد کرد؛ عنوانی که به دلایل نامعلوم در جریان مذاکرات نهایی این مجلس از متن پیشنهادی حذف شد.

بنابراین، با معنانشناسی عام و تخصصی عبارات موجود در اصل ۵۵ قانون اساسی، این مطلب برداشت می‌شود که دامنه صلاحیتی که مفاد این اصل برای دیوان محاسبات در نظر گرفته، در محدوده به‌مراتب بیشتری است که برخی با استناد به نظریه شواری نگهبان قائل به آن هستند؛ هرچند که نمی‌توان دیگر کاستی‌های عدیده در متن اصل ۵۵ قانون اساسی را که با هیچ تفسیر موسعی خلاء ناشی از آن‌ها جبران‌شدنی نیست، نادیده انگاشت. برای مثال، در ضمن معنانشناسی واژه حسابرسی، به دلیل ضعف‌های موجود در تدوین مبادی قانونی این واژه، حداکثر شأن نظارتی در نظر گرفته‌شده برای دیوان، انجام دادن «حسابرسی رعایت» است؛ یعنی رعایت قوانین و مقررات در هزینه‌ها و «عدم تجاوز از اعتبارات مصوب و مصرف هر وجهی در محل خود». بنابراین، نمی‌توان صلاحیت دیگر حسابرسی‌ها^۲ را برای دیوان محاسبات به رسمیت شناخت^۳. همچنین، با امعان‌نظر به لزوم «کلی بودن» و «عام‌الشمول بودن» اصول این قانون، باید به‌جای واژه

بررسی مشروح مذاکرات مجلس وقت نیز حاکی از تأیید این نظر است «صدر حاج سیدجوادی: ملاحظه بفرمایید شورا به این طرح ایراد کرد که امکان دارد شعب دیوان محاسبات به‌صورت محکمه اختصاصی اداره بشود و این محکمه اختصاصی خلاف قانون اساسی است که خارج از قوه قضائیه دارد به مسائل قضایی رسیدگی کند. ما هم تمکین کردیم که این قسمت را برداریم» (روزنامه رسمی، ۱۳۵۹، ص. ۲۲).

۱. استعمال واژه «حسابرسی» به‌جای «بازرسی مالی» برای بیان کارکردهای دیوان موجب خلط وظایف آن با سازمان حسابرسی که به‌موجب قانون مربوط وظیفه اصلی و انحصاری‌اش حسابرسی صورت‌های مالی دستگاه‌ها برای حصول اطمینان از رعایت استانداردهای حسابداری و حسابرسی در تهیه این اسناد است نیز می‌شود (بند ۱ ماده‌واحد قانون تشکیل سازمان حسابرسی مصوب ۱۳۶۲).

۲. مهم‌ترین انواع حسابرسی عبارت از «حسابرسی رعایت، صورت‌های مالی، عملیاتی، عملکرد، قانونی و داخلی» است.

۳. در خصوص تفسیرهای تحول‌گرایانه در این راستا، قانونی بودن یا نبودن این نوع تفاسیر محل اختلاف نظر است. برای دیدن نظر موافق ر.ک به: زارعی و فاضلی‌نژاد، ۱۳۹۵، ص. ۲۷۷.

«هزینه» از اصطلاح «خرج» استفاده می‌شود^۱ تا بتوان به درک واقع بینانه‌تری از فعالیت‌های دیوان و دامنه نظارت‌های آن نسبت به منابع عمومی جامعه و پاسخ‌گویی اشخاص و مقامات عمومی در این باره نائل شد. این موضوعی است که به مفهوم بیت‌المال در امور حکمرانی مالی کشور و ضرورت تعریف و تعیین حدود آن حتی پیش از تصویب قانون اساسی مربوط می‌شود؛ زیرا در وضعیتی که مشخص نیست حدود اختیارات و نظارت دیوان محاسبات بر بیت‌المال باید چگونه باشد و به دلیل ماهیت دستگاه‌هایی که مصادیق مختلف بیت‌المال (شامل منابع عمومی) را استفاده می‌کنند، به یقین وجود برداشت‌های مختلف که باعث عدم هماهنگی در اعمال صلاحیت و نظارت بر بیت‌المال می‌شوند نیز اجتناب‌ناپذیر خواهد بود. بنابراین، شاید مهم‌ترین اشکالی که بتوان در محدوده نظارتی دیوان محاسبات در نظام حقوقی کشور ایران وارد کرد، به نظام بودجه‌ریزی کشور برمی‌گردد. این مطلب را می‌توان این‌گونه بیان کرد که تلقی قانون‌گذار اساسی همان‌گونه که در اصل ۵۳ مقرر شده، این بوده است که اصول حقوقی مالیه عمومی گویای این هستند که جامعیت بودجه رعایت می‌شود که در این صورت تفاوت جدی میان رویکردهای مختلف بیان‌شده باقی نمی‌ماند و با درج همه مخارج و هزینه‌های کشور در قانون بودجه، نظارت بر اجرای بودجه به معنای نظارت بر منابع عمومی کشور شمرده می‌شود، اما وجود مشکلات کنونی نظام بودجه‌ریزی در کشور باعث شده غایت هدف قانون‌گذار اساسی با اتخاذ رویکرد نخست که منطبق با تفسیر شورای نگهبان است، عملیاتی نشود و برای همین، رویکردهای دیگری ایجاد شود و دیوان محاسبات نیز در راستای تحقق اهداف خود همواره در پی افزایش محدوده صلاحیت نظارتی خود بر دستگاه‌هایی باشد که از منابع عمومی استفاده می‌کنند؛ چاره‌اندیشی‌ای که با تفسیر شورای نگهبان، در محدوده نظارتی دیوان قرار نمی‌گیرد (ابوالحسنی و همکاران، ۱۴۰۲، صص. ۱۲۲-۱۲۳). از این رو با فرض پذیرش حیطه صلاحیت تعیین‌شده در قانون اساسی، بحث مهم، تعیین حدود بودجه کل کشور است که مطابق با تجربه برخی کشورها برای اطلاع مجلس از عملیات مالی دولت‌های محلی و هماهنگی سیاست‌های بودجه میان این نهادها و دولت، سند بودجه این نهادها نیز برای اطلاع به مجلس ارسال می‌شود. همچنین، در این کشورها بودجه صندوق‌های تأمین اجتماعی نیز برای تصویب به

۱. اصطلاح «خرج» اعم از «هزینه» است. هر خرجی که در قبال آن کالا یا خدماتی دریافت شود، هزینه نام دارد و هر خرج‌کردی که دریافت کالا و خدمات و به‌طورکلی، منفعت عقلایی از آن حاصل نشود، زیان نامیده می‌شود.

مجلس ارسال می‌شود که در این صورت دامنه نهاد ناظر نیز گسترش خواهد یافت (اسلامیان، ۱۴۰۲، ص. ۳). این‌ها همه موضوعاتی است که خارج از دامنه اصل یادشده است و به قوانین پایه‌ای در زمینه بودجه و مالیه عمومی که باید اصلاح شود، بازمی‌گردد. به بیان دیگر، هنگامی که بودجه مبنای مسئولیت پاسخ‌گویی حاکم بر تحصیل و مصرف منابع مالی و اقتصادی قرار می‌گیرد، حسابداری، گزارشگری مالی و وجود ناظران آن به‌عنوان خرده‌نظام فعال در نظام پاسخ‌گویی، ابزار لازم را برای ایفا و ارزیابی این مسئولیت فراهم می‌کند. بنابراین، نه تنها این ابزارها تحت تأثیر نظام بودجه‌بندی قرار می‌گیرد، بلکه هر دوی آن‌ها متناسب با نقشی که در فرایند مسئولیت پاسخ‌گویی ایفا می‌کنند، تحت تأثیر نظام پاسخ‌گویی قرار دارند^۱ (باباجانی و همکاران، ۱۳۹۲، ج ۲، ص. ۳۵). پس ذکر این اندیشه که شاید مسیر صدساله به تصویر کشیدن صلاحیت‌های بایسته دیوان محاسبات آن هم تنها با عبارت‌پردازی از طریق متون کوتاه و کلی قانون اساسی ایده‌ای ناکارآمد می‌نماید، اندیشه‌ای نه نادرست، بلکه تأمل‌برانگیز است.

نتیجه‌گیری

یکی از نهادهای ناظری که در تکاپوی صلاحیت از زمان تأسیس تاکنون فراز و فرودهای بسیار به خود دیده، دیوان محاسبات کشور است؛ نهادی که به‌موجب اصول ۱۰۱ و ۱۰۳ متمم قانون اساسی مشروطه زیر نظر وزارت مالیه تأسیس شد، اما از همان ابتدا اجرای وظایف آن به دلیل فقدان

۱. در ارتباط با ضرورت و اهمیت پرداختن به این موضوع می‌توان به دستگاه‌های اجرایی اشاره کرد که حتی در شرایط کنونی و با وجود قید بودجه آن‌ها در ضمن بودجه کل کشور، باز هم در قبال ناظرانی مانند دیوان محاسبات، برداشت‌های مختلفی از مسئولیت پاسخ‌گویی خود در زمینه استفاده از منابع بودجه‌ای ارائه می‌دهند. در مثالی از این موارد می‌توان به ماده ۵۵ اصلاحی آیین‌نامه مالی و معاملاتی دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی، مصوب ۱۳۹۰ وزارت علوم، تحقیقات و فناوری که مفهم عدم لزوم ارسال اسناد و مدارک لازم در راستای رسیدگی و حسابرسی به دیوان محاسبات کشور است، اشاره کرد که رأی شماره ۱۹۵ مورخ ۱۳۹۰/۴/۲۷ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در مقام ابطال آن با اشاره به این نکته مهم که با وجود وضع قوانین متعدد در این باره، وظایف و تکالیف مقرر در قانون دیوان محاسبات کشور مصوب سال ۱۳۶۱ نسخ نشده و به قوت خود باقی است، دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزش عالی و تحقیقاتی را مکلف کرده است تا حساب همه اعتبارات و هزینه‌ها را نگهداری و صورت‌حساب دریافت و پرداخت هر ماه و حساب نهایی هر سال را تنظیم کنند و پس از گواهی ذی‌حساب به همراه اسناد و مدارک مربوط برای رسیدگی یا حسابرسی در اختیار دیوان محاسبات قرار دهند و یک نسخه از صورت‌حساب دریافت و پرداخت هر ماه و حساب نهایی هر سال را نیز به وزارت امور اقتصادی و دارایی ارسال دارند.

تخصص و آگاهی لازم برای مؤسسان، بیان مبانی نظری و ساختاری دیوان محاسبات با ترجمه متون و الگوی برداری غربی و عدم تمایل جریان‌های سیاسی-اداری حکومت‌های وقت به حساب‌دهی قاعده‌مند و پاسخ‌گویی منظم امور مالی، با ناکارآمدی فراوان مواجه شد. تا آنجا که سرانجام در آخرین اصلاحات قانون دیوان محاسبات در سال ۱۳۵۲، جایگاه و شأن نظارتی دیوان از ناظر تمام‌عیار امور مالی حکومت به حساب‌برس داخلی قوه مجریه تنزل یافت. بعد از انقلاب اسلامی و با توجه به ماهیت اسلامی نظام، جایگاه اساسی دیوان محاسبات با قصد نقش‌آفرینی به‌عنوان پاسدار بیت‌المال حفظ شد، اما به دلیل نارسایی‌های متن تنظیمی اصل ۵۵ قانون اساسی به‌ویژه در سایه نگاه‌های حداقلی برجایمانده به کارکردهای دیوان، استقرار کامل نیافت و حتی از برخی جنبه‌ها با چالش‌های جدیدی مانند نظریه تفسیری شورای نگهبان از این اصل و خارج شدن بخش عمده‌ای از منابع مالی بیت‌المال از شمول نظارت دیوان مواجه شد. با این‌همه، به نظر می‌رسد با معناشناسی عام و تخصصی عبارت قیدشده در اصل ۵۵ قانون اساسی و ارائه تفسیر متن‌محور از آن حتی اگر موافق نظریه شورای نگهبان، اصطلاح اعتبارات مصوب به‌کاررفته در این اصل محدود به بودجه کل کشور تلقی شود، قسمت دوم نظریه یعنی محدود بودن صلاحیت دیوان محاسبات در رسیدگی به همین موارد، موضوعی ناپذیرفتنی است؛ زیرا در غیر این صورت تعارض میان اصل قانون اساسی با بسیاری از مفاد قانون کنونی دیوان محاسبات اجتناب‌ناپذیر است؛ موضوعی که نه تنها کارکردهای قانونی دیوان، بلکه اساساً بقای شخصیت حقوقی این نهاد ناظر را در پاسداری از بیت‌المال با تردیدهای جدی مواجه می‌سازد. در پایان با توجه به اینکه عبارت‌پردازی لازم در زمینه تعیین مبانی و حدود صلاحیت نظارتی دیوان محاسبات از جمله امور تخصصی، تفصیلی و خارج از شئون قانون اساسی است، پیشنهاد می‌شود اصل ۵۵ قانون اساسی حذف و بیان این موارد به قانون عادی سپرده شود.

منابع

- ۱) قانون تشکیل اداره خزانهداری کل، مصوب ۱۳۰۱.
- ۲) قانون دیوان محاسبات، مصوب ۱۳۱۲.
- ۳) قانون دیوان محاسبات، مصوب ۱۳۲۹ ق.
- ۴) قانون دیوان محاسبات، مصوب ۱۳۵۲.
- ۵) قانون دیوان محاسبات، مصوب ۱۳۶۱.
- ۶) قانون محاسبات عمومی، مصوب ۱۳۴۹.
- ۷) قانون محاسبات عمومی، مصوب ۱۳۶۶.
- ۸) قوانین الحاق برخی مواد به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۱) و (۲).
- ۹) ابوالحسنی، محسن، رضایی‌زاده، محمدجواد و رستمی، ولی (۱۴۰۲). محدوده نظارتی دیوان محاسبات در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران. فصلنامه دانش حقوق عمومی، شماره ۴۱، صص. ۹۷-۱۲۶. doi:10.22034/qjplk.2023.1856.1684
- ۱۰) اسلامیان، مجتبی (۱۴۰۲). طرح اصلاح موادی از قانون دیوان محاسبات کشور. مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل: ۲۳۰۱۹۲۰۰.
- ۱۱) انصاری، ولی‌الله (۱۳۹۲). کلیات حقوق اداری. چاپ ۱۰، تهران: میزان.
- ۱۲) باباجانی، جعفر (۱۳۸۲). تحلیلی نظری پیرامون سیستم نظارت مالی کشور از منظر پاسخ‌گویی. مجله بررسی‌های حسابداری و حسابرسی، شماره ۳۱، صص. ۹۷-۱۳۰.
- ۱۳) باباجانی، جعفر و همکاران (۱۳۹۲). مبانی نظری حسابداری و گزارشگری مالی شهرداری‌ها (جلد ۲). تهران: مرکز مطالعات و برنامه‌ریزی شهر تهران.
- ۱۴) پروین، خیرالله و شهبازی، علی (۱۳۷۳). سیری در تحولات حقوقی دیوان محاسبات از آغاز تا به امروز دیوان؛ محاسبات در آینه حقوق. نشریه مجلس و راهبرد، شماره ۱۳، صص. ۱۴۳-۱۶۰.
- ۱۵) پیرنیا، حسین (۱۳۴۸). مالیه عمومی؛ مالیات‌ها و بودجه‌ها. تهران: کتابخانه ابن سینا.
- ۱۶) دانشفرد، کرم‌الله و قزلباش، حسن (۱۳۸۹). بررسی نقش گزارش تفریغ بودجه در اعمال نظارت پارلمانی بر عملکرد دولت. مجله حسابداری مدیریت، شماره ۴، صص. ۲۰۳-۲۲۶.
- ۱۷) راسخ، محمد (۱۳۹۵). نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی. چاپ ۳، تهران: دراک.
- ۱۸) روزنامه رسمی (۱۳۵۹). مشروح مذاکرات جلسه علنی مجلس شورای اسلامی. جلسه ۱۲۵، شماره ۱۲۰۸۵.
- ۱۹) زارعی، محمدحسین و فاضلی‌نژاد، جواد (۱۳۹۵). الزامات حقوقی تحقق حسابرسی عملکرد در دیوان

- محاسبات کشور. نشریه دانش حسابرسی، شماره ۶۳، صص. ۲۶۹-۲۸۸.
- ۲۰) شفیع سردشت، جعفر و همکاران (۱۳۹۵). اعمال نظارت‌ناپذیر قضایی دولت در نظام حقوقی ایران. مجله حقوقی دادگستری، شماره ۹۶، صص. ۱۲۵-۱۵۳. doi:10.22106/zlj.2016.24722
- ۲۱) صورت مشروح مذاکرات مجلس (۱۳۶۴). بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلد ۳). تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (جلسه ۵۲).
- ۲۲) قاضی، ابوالفضل (۱۳۹۲). بایسته‌های حقوق اساسی. چاپ ۴۷، تهران: میزان.
- ۲۳) کدخدایی، عباسعلی و همکاران (۱۳۹۸). صلاحیت دیوان محاسبات کشور در نظارت مالی بر مؤسسات عمومی غیردولتی. فصلنامه دانش حقوق عمومی، شماره ۲۳، صص. ۲۰-۴۳. doi:10.22034/qjplk.2019.146
- ۲۴) الماسی، حسن و اشرف‌پور، ابوالفضل (۱۳۹۲). شناسایی مبانی قانونی و حقوقی تفریغ بودجه و جایگاه دیوان محاسبات کشور در تهیه آن. دوفصلنامه بررسی‌های حقوقی، شماره ۵، صص ۱۰۵-۱۴۲.
- ۲۵) محمدی، امین و همکاران (۱۳۹۸). دیوان محاسبات و مسئله پرداخت حقوق در دوره قاجار (۱۳۲۷-۱۳۲۹ق). فصلنامه علمی تاریخ اسلام و ایران، دانشگاه الزهراء، شماره ۴۴، صص. ۱۲۷-۱۵۹. doi:10.22051/hii.2020.26698.2031
- ۲۶) مرادخانی، فردین و بنده‌علی، فرشید (۱۳۹۷). صلاحیت دیوان محاسبات کشور در پاسداری از بیت‌المال با نگاهی به نقش نظارتی دیوان بر شهرداری‌ها. فصلنامه حقوق اداری، شماره ۱۶، صص. ۱۸۱-۲۰۴.
- ۲۷) مرادی‌نیا، محمدجواد (۱۳۹۴). تحلیل عملکرد دیوان محاسبات پس از مشروطه. فصلنامه گنجینه اسناد، شماره ۹۸، صص. ۳۲-۴۷.
- ۲۸) مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی (۱۳۷۵). تحولات و جایگاه قانونی دیوان محاسبات کشور. کد گزارش: ۲۷۰۱۳۱۴.
- ۲۹) مظفری، غلامحسین و همکاران (۱۳۹۵). ارائه الگوی پایدارسازی نظام درآمدی و تأمین منابع مالی شهرداری‌ها. فصلنامه تحقیقات جغرافیایی، شماره ۴، صص. ۲۴-۴۴.
- ۳۰) مولایی، آیت و بنده‌علی، فرشید (۱۳۹۹). ماهیت پژوهی نهادهای عمومی غیردولتی؛ چالش‌ها و بایسته‌ها. فصلنامه مجلس و راهبرد، شماره ۱۷، صص. ۲۶۷-۲۹۴.
- ۳۱) ورعی، سیدجواد (۱۳۸۵). مبانی و مستندات قانون اساسی به روایت قانون‌گذار. قم: دبیرخانه مجلس خبرگان رهبری.
- ۳۲) هاشمی، سیدمحمد (۱۳۹۱). حقوق اساسی (جلد ۱). چاپ ۱۱، تهران: میزان.

- 33) Committee on Basic Auditing Concepts (1973). A Statement of Basic Auditing Concepts, Sarasota, Fla: American Accounting Association.
- 34) Sarker, Abu Elias & Hassan, Mostafa (2010). "Civic Engagement and Public Accountability: An Analysis with Particular Reference to Developing Countries", 14th Annual IRSPM Conference (At The University Of Bern, April 7 - 9, Switzerland).

References

- 1) Qānūn-e Dīvān-e Moḥāsebāt [Law of the Court of Audit, Enacted 1312 SH].
- 2) Qānūn-e Dīvān-e Moḥāsebāt [Law of the Court of Audit, Enacted 1329 AH].
- 3) Qānūn-e Dīvān-e Moḥāsebāt [Law of the Court of Audit, Enacted 1352 SH].
- 4) Qānūn-e Dīvān-e Moḥāsebāt [Law of the Court of Audit, Enacted 1361 SH].
- 5) Qānūn-e Moḥāsebāt-e 'Ommūmī [Public Accounting Law, Enacted 1349 SH].
- 6) Qānūn-e Moḥāsebāt-e 'Ommūmī [Public Accounting Law, Enacted 1366 SH].
- 7) Qānūn-e Taškīl-e Edāre-ye Khazānedārī Kol [Law on the Establishment of the General Treasury, Enacted 1301 SH].
- 8) Qavānīn-e Elḥāq-e Barkī Mavād be Qānūn-e Tanzīm-e Bakhshī az Moqarrarāt-e Mālī-ye Dowlat (1) va (2) [Laws on the Addition of Some Articles to the Law Regulating Some Financial Regulations of the Government (1) and (2)].
- 9) Abūalḥasanī, Moḥsen; Rezāizādeh, Moḥammad Javād; Rostamī, Valī (1402 SH). Maḥdūde-ye Neẓāratī Dīvān Moḥāsebāt dar Neẓām-e Ḥoqūqī Jomhūrī-e Eslāmī Irān [The Supervisory Scope of the Court of Audit in the Legal System of the Islamic Republic of Iran]. Faṣlnāme-ye Dāneš-e Ḥoqūq-e 'Ommūmī [Public Law Knowledge Quarterly], Issue 41, pp. 97-126. doi:10.22034/qjplk.2023.1856.1684 [in Persian].
- 10) Almāsī, Ḥasan; Ashraf-Pour, Abūalfazl (1392 SH). Shenāsāi-ye Mobānī-ye Qānūnī va Ḥoqūqī-ye Tafriḡ-e Būdje va Jāygāh-e Dīvān Moḥāsebāt-e Kešvar dar Taḥīye-ye Ān [Identification of Legal and Juridical Foundations of Budget Discharge and the Position of the Country's Court of Audit in its Preparation]. Dofašlnāme-ye Barrasīhā-ye Ḥoqūqī [Bi-quarterly Legal Studies], No. 5, pp. 105-142 [in Persian].
- 11) Anšārī, Valī-Allāh (1392 SH). Kolīyāt-e Ḥoqūq-e Edārī [Principles of Administrative Law]. 10th ed., Tehrān: Mīzān [in Persian].
- 12) Bābājānī, Ja'far (1382 SH). Taḥlīlī Nazārī Pīrāmūn-e Sīstem-e Neẓārat-e Mālī Kešvar az Manẓar-e Pāsokh-gūyī [A Theoretical Analysis on the Country's Financial Supervision System from the Perspective of Accountability]. Majalle-ye Barrasīhā-ye Ḥesābdārī va Ḥesābresī [Accounting and Auditing Review], Issue 31, pp. 97-130 [in Persian].
- 13) Bābājānī, Ja'far and colleagues (1392 SH). Mobānī-ye Nazārī-ye Ḥesābdārī va Gozārešgīrī-ye Mālī Šahrīārīhā (Volume 2) [Theoretical Foundations of Accounting and Financial Reporting of Municipalities Volume 2]. Tehrān: Markaz-e Moṭāle'āt va Barnāmeḥ-rīzī-ye Šahr-e Tehrān [in Persian].
- 14) Committee on Basic Auditing Concepts (1973). A Statement of Basic Auditing Concepts, Sarasota, Fla: American Accounting Association.
- 15) Dānešfard, Karam-Allah; Qazalbāš, Ḥasan (1389 SH). Barrasī-ye Naqš-e Gozāreš-e Tafriḡ-e Būdje dar E'māl-e Neẓārat-e Parlāmanī bar 'Amalkard-e Dowlat [The Role of Budget Discharge Report in Applying Parliamentary Supervision over Government Performance]. Majalle-ye Ḥesābdārī-ye Modīrīat [Management Accounting Journal], No. 4, pp. 203-226 [in Persian].
- 16) Eslāmīān, Mojtāba (1402 SH). Taḥe-e Ešlāḥ Mavādī az Qānūn-e Dīvān Moḥāsebāt-e Kešvar [Proposal for the Amendment of Some Articles of the

- Country's Court of Audit Law]. Markaz-e Pažūhešhā-ye Majles-e Shorā-ye Eslāmī, Serial Number: 23019200 [in Persian].
- 17) Hāšemī, SeyedMoḥammad (1391 SH). Ḥoqūq-e Asāsī (Volume 1) [Constitutional Law Volume 1]. 11th ed., Tehrān: Mizān [in Persian].
 - 18) Kādkhodāi, ‘Abbās‘Alī and colleagues (1398 SH). Šalāḥiyat-e Divān Moḥāsebāt-e Kešvar dar Nežārat-e Mālī bar Mo‘assesāt-e ‘Ommūmī Ghayr-e Dowlatī [The Jurisdiction of the Country's Court of Audit in Financial Supervision over Non-Governmental Public Institutions]. Fašlnāme-ye Dāneš-e Ḥoqūq-e ‘Ommūmī [Public Law Knowledge Quarterly], No. 23, pp. 20-43. doi:10.22034/qjplk.2019.146 [in Persian].
 - 19) Markaz-e Pažūhešhā-ye Majles-e Shorā-ye Eslāmī (1375 SH). Taḥavvolāt va Jāygāh-e Qānūnī-e Divān Moḥāsebāt-e Kešvar [Developments and Legal Position of the Country's Court of Audit]. Report Code: 2701314 [in Persian].
 - 20) Moḥammadī, Amīn and colleagues (1398 SH). Divān Moḥāsebāt va Mas‘ale-ye Pardākht-e Ḥoqūq dar Dore-ye Qājār [The Court of Audit and the Issue of Salary Payment during the Qajar Period]. Fašlnāme-ye ‘Elmī Tāriq-e Eslām va Irān, Dānešgāh-e Alzahrā, No. 44, pp. 127-159. doi:10.22051/hii.2020.26698.2031 [in Persian].
 - 21) Morādiniā, MoḥammadJavād (1394 SH). Taḥlīl-e ‘Amalkard-e Divān Moḥāsebāt Pas az Mashrūte [Analysis of the Court of Audit's Performance After the Constitutional Revolution]. Fašlnāme-ye Ganjīne-ye Asnād [Treasury of Documents Quarterly], No. 98, pp. 32-47 [in Persian].
 - 22) Morādkhāni, Fardīn; Bande-‘Alī, Faršīd (1397 SH). Šalāḥiyat-e Divān Moḥāsebāt-e Kešvar dar Pāsdāri az Bit-al-Māl bā Negāhī be Naqš-e Nežāratī-e Divān bar Šahrdārihā [The Jurisdiction of the Country's Court of Audit in Protecting the Public Treasury with a Look at the Supervisory Role of the Audit over Municipalities]. Fašlnāme-ye Ḥoqūq-e Edārī [Administrative Law Quarterly], No. 16, pp. 181-204 [in Persian].
 - 23) Moẓaffarī, GholāmḤosseīn and colleagues (1395 SH). Era‘e-ye Algooye Pāydārsāzi-ye Nežām-e Darāmadī va Tāmīn-e Manābe‘-e Mālī-ye Šahrdārihā [Presentation of a Model for Sustainable Income System and Financial Resource Provision for Municipalities]. Fašlnāme-ye Taḥqīqāt-e Joğrāfiāi [Geographical Research Quarterly], No. 4, pp. 24-44 [in Persian].
 - 24) Mūlāyi, Āyat; Bande-‘Alī, Faršīd (1399 SH). Māhiyat-Pažūhi-ye Neḥād-hāye ‘Ommūmī Ghayr-e Dowlatī; Čāleš-hā va Bāyestehā [Research on the Nature of Non-Governmental Public Institutions; Challenges and Necessities]. Fašlnāme-ye Majles va Rāhborād [Parliament and Strategy Quarterly], No. 17, pp. 267-294 [in Persian].
 - 25) Parvīn, Kheyr-Allāh; Shahbāzi, Alī (1373 SH). Sīri dar Taḥavvolāt-e Ḥoqūqī Divān Moḥāsebāt az Āghāz tā be Emrūz; Divān; Moḥāsebāt dar Āyene-ye Ḥoqūq [A Journey Through the Legal Developments of the Court of Audit from the Beginning to the Present; The Court of Audit in the Mirror of Law]. Našriye-ye Majles va Rāhbord [Parliament and Strategy Journal], Issue 13, pp. 143-160 [in Persian].

- 26) Pirniā, Ḥossein (1348 SH). Māliye ‘Ommūmī; Māliyāt-hā va Būdje-hā [Public Finance; Taxes and Budgets]. Tehrān: Ketābkhāne-ye Ibn Sīnā [in Persian].
- 27) Qāzī, Abūalfazl (1392 SH). Bāyestehā-ye Ḥoqūq-e Asāsī [Essentials of Constitutional Law]. 47th ed., Tehrān: Mīzān [in Persian].
- 28) Rāsekh, Moḥammad (1395 SH). Neẓārat va Ta‘adol dar Neẓām-e Ḥoqūq-e Asāsī [Supervision and Balance in the Constitutional Law System]. 3rd ed., Tehrān: Drāk [in Persian].
- 29) Rūznāme-ye Rasmi (1359 SH). Mashrūḥ-e Mozākerāt-e Jalse-ye ‘Olnī-ye Majles-e Shorā-ye Eslāmī [Detailed Discussions of the Public Session of the Islamic Consultative Assembly], Session 125, No. 12085 [in Persian].
- 30) Sarker, Abu Elias & Hassan, Mostafa (2010). "Civic Engagement and Public Accountability: An Analysis with Particular Reference to Developing Countries", 14th Annual IRSPM Conference (At The University Of Bern, April 7 - 9, Switzerland).
- 31) Shafī‘ī Sardasht, Ja‘far and colleagues (1395 SH). E‘māl-e Neẓārat-nāpazīr-e Qazāī-ye Dowlat dar Neẓām-e Ḥoqūqī-ye Īrān [The Exercise of Judicially Unsupervised Government Oversight in the Iranian Legal System]. Majalle-ye Ḥoqūqī Dādgoṣtarī [Judicial Law Journal], No. 96, pp. 125-153. doi:10.22106/jlj.2016.24722 [in Persian].
- 32) Šurat-e Mashrūḥ-e Mozākerāt-e Majles (1364 SH). Barrasī-ye Nihāī-e Qānūn-e Asāsī-ye Jomhūrī-e Eslāmī-ye Īrān [Final Review of the Constitution of the Islamic Republic of Iran], Vol. 3, Tehrān: Edāre-ye Kol-e Amūr-e Farhangī va Rabṭ-e ‘Ommūmī-ye Majles-e Shorā-ye Eslāmī (Session 52) [in Persian].
- 33) Vara‘ī, SeyedJavād (1385 SH). Mobānī va Mostanadāt-e Qānūn-e Asāsī be Revāyat-e Qānūngoẓār [Foundations and Documents of the Constitution as Narrated by the Legislator]. Qom: Dabirkhāne-ye Majles-e Khebragān-e Rahbarī [in Persian].
- 34) Zāre‘ī, MoḥammadḤosseini; Fāzelinejād, Javād (1395 SH). Alzāmāt-e Ḥoqūqī-ye Taḥqīq-e Ḥesābrasi-ye ‘Amalkard dar Divān Moḥāsebāt-e Kešvar [Legal Requirements for Performance Audit in the Country's Court of Audit]. Našriye-ye Dāneš-e Ḥesābrasi [Auditing Knowledge Journal], No. 63, pp. 269-288 [in Persian].

Assessing the Conformity of "Cryptocurrency Mining on Blockchain" with "Gambling" [Ghomar] from the Perspective of Imamia Jurisprudence

Ahmad Mohammadi · PhD in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Research Institute of Imam Khomeini and Islamic Revolution, Tehran, Iran. (Corresponding Author)
mohammadi.ahmad199112@gmail.com

Javad Soltani Fard · Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Private Law, Faculty of Humanities, Shahid Motahari University, Tehran, Iran. j.soltanifard@motahari.ac.ir

Abstract

1. Introduction

In the rapidly evolving landscape of digital technology, the emergence of blockchain and cryptocurrencies has presented new challenges and questions for religious jurisprudence. Among these, the practice of cryptocurrency mining has sparked debates concerning its conformity with Islamic laws, particularly in light of similarities drawn between mining activities and gambling [Ghomar] – a concept well-defined and often condemned in Islamic teachings. This paper aims to explore the intricate dynamics of cryptocurrency mining within the framework of Imamia Jurisprudence, scrutinizing whether the practice bears the hallmarks of gambling, as traditionally understood within the Sharia. Given the profound impact of digital currencies on global financial systems and the ethical considerations they raise, this investigation seeks to elucidate the religious standings on cryptocurrency mining, thereby guiding adherents in their engagement with this modern financial phenomenon.

2. Research Question

The core inquiry of this study revolves around the assessment of cryptocurrency mining through the lens of Imamia Jurisprudence: "Does the process of cryptocurrency mining align with the characteristics of gambling as defined by Islamic law, thereby rendering it prohibited. This



question seeks to unravel the ethical and religious implications of mining activities, which involve significant financial investment in competition for a potentially lucrative reward, mirroring aspects of chance and speculation akin to gambling.

3. Research Hypothesis

This paper hypothesizes that despite superficial similarities between cryptocurrency mining and gambling—such as the reliance on chance, competitive investment, and the potential for monetary gain without traditional labor—there are fundamental differences that could distinguish mining activities from gambling under Imamia Jurisprudence. These differences hinge on the intentions behind mining, the nature of effort and investment involved, and the broader economic implications of cryptocurrency within Islamic ethical frameworks. The hypothesis posits that a nuanced understanding of these factors may reveal that cryptocurrency mining does not inherently constitute gambling and thus may not be universally deemed haram within an Islamic context.

4. Methodology & Framework, if Applicable

To address the research question and test the hypothesis, this study adopts a descriptive analytical methodology, underpinned by a qualitative framework that involves the examination of primary and secondary sources within Islamic jurisprudence. The research will delve into the canonical texts, fatwas, and scholarly interpretations that define gambling from an Imamia perspective, subsequently applying these criteria to the process of cryptocurrency mining. Through comparative analysis, the study will identify the parallels and distinctions between mining and gambling, considering factors such as the element of risk, the role of skill versus chance, and the societal and economic contributions of cryptocurrency mining. This methodological approach allows for a comprehensive assessment of the subject matter, grounded in the rich tradition of Islamic legal scholarship while engaging with the contemporary implications of digital finance.

5. Results & Discussion

The research meticulously dissected the characteristics traditionally associated with gambling within Islamic jurisprudence and juxtaposed these with the intrinsic elements of cryptocurrency mining. This comparative analysis yielded several critical insights, underscoring the

distinct nature of cryptocurrency mining from gambling. Key findings include:

Rational benefit and ecosystem contribution: cryptocurrency mining was found to offer tangible benefits to the digital currency ecosystem, enhancing security and facilitating transactions. This utility and contribution render it distinct from gambling activities, which lack productive output or societal benefit.

Nature of rewards: unlike gambling, where stakes are placed with the possibility of total loss or gain based on chance, cryptocurrency mining rewards are not predicated on the loss of another but are rewards for computational efforts contributed to the network.

Financial risk and effort: the research clarified that the financial investment in mining does not equate to wagering since it involves expenditure towards productive work with inherent value, differentiating it from the speculative risk in gambling.

Competition and intent: the competitive aspect of mining does not inherently signify gambling, as it lacks the direct adversarial win-lose scenario typical of gambling. Instead, mining competition is more akin to market competition, where success does not necessitate another's loss.

Investment and loss: the argument that miners face a total loss in the absence of rewards was countered by the understanding that investments in mining infrastructure and operations constitute business expenses rather than gambles, with inherent value and potential for future gains.

Chance versus effort: The role of chance in mining does not align with the gambling criterion of reliance on pure luck, as mining involves significant preparatory effort, investment, and an ongoing contribution to network maintenance.

These findings collectively argue against the classification of cryptocurrency mining as gambling within the framework of Imamia Jurisprudence, highlighting the nuanced understanding required to evaluate modern financial technologies through the lens of traditional religious law.

6. Conclusion

The exhaustive investigation into the parallels between gambling characteristics and cryptocurrency mining concluded a significant divergence between the two under Imamia Jurisprudence. The research established that cryptocurrency mining does not embody the essential elements of gambling, namely, reliance on chance, direct financial

wagering, and lack of productive contribution. Instead, mining is characterized by its integral role in the maintenance and security of the blockchain network, necessitating significant effort, investment, and skill.

However, the conclusion that mining does not equate to gambling does not automatically confer legitimacy on all aspects of cryptocurrency operations within an Islamic context. The research underscores the need for further scholarly examination on other concerns related to cryptocurrency, such as the legitimacy of earnings and the intrinsic value of digital currencies.

In essence, this study not only clarifies the position of cryptocurrency mining in relation to gambling within Imamia Jurisprudence but also opens avenues for further research into the broader ethical and economic implications of cryptocurrencies. It serves as a foundational piece for ongoing dialogue and exploration in the intersection of technology, finance, and religious ethics, emphasizing the importance of informed, nuanced scholarship in addressing contemporary issues through the lens of traditional jurisprudence.

Keywords: Gambling, Cryptocurrency Mining, Cryptocurrencies, Digital Currency.

انطباق سنجی «استخراج رمز ارزها در بستر بلاک‌چین» با «قمار» از منظر فقه امامیه

احمد محمدی • دانش‌آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، پژوهشکده امام خمینی و انقلاب اسلامی، تهران، ایران.
mohammadi.ahmad199112@gmail.com (نویسنده مسئول)
جواد سلطانی‌فرد • استادیار، گروه فقه و حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران.
j.soltanifard@motahari.ac.ir

چکیده

بی‌تردید در دنیای امروز، انطباق‌سنجی پدیده‌های نوظهور در حوزه تکنولوژی با قوانین و مقررات شرعی به جهت مشخص ساختن تکلیف مردمان امری ضروری است. یکی از این رویدادهای جدید، فرایند «استخراج رمزارز» در بستر بلاک‌چین است. در بادی امر، با توجه به شباهت احتمالی آن با قمار، ضروری می‌نماید که مفهوم قمار و ویژگی‌های آن از منظر شریعت مشخص شده، آنگاه روشن شود که آیا می‌توان شرعاً ماهیت استخراج رمزارزها را قمار دانست یا خیر؟ این نوشتار ضمن بازشناسی مشخصات قمار و بررسی آراء فقهای امامیه در این زمینه، با روش توصیفی تحلیلی به این نتایج دست یافته است که وجود منافع عقلایی در استخراج رمزارزها مانع صدق «لعب» بر آن شده است. همچنین پاداش اعطاء شده در این فرایند را نمی‌توان از باب «مراهنه» (گروگذاری) دانست و به تبع، وجود «بردوباخت مالی» نیز در آن منتفی است. عدم موفقیت در استخراج نیز به معنای بازنده بودن استخراج‌کننده نیست و رقابت موجود در آن به‌مانند جعله عام بوده و «مسابقه» نامشروعی اتفاق نمی‌افتد؛ چه اینکه، قوام مسابقه به وجود رقیب به شرطی است، حال آنکه در استخراج رمزارزها وجود رقیب لایشرط است. میزان «ریسک» موجود در استخراج به اندازه عمل پرخطر قمار غیرمتعارف نبوده و از همین روی، نمی‌توان آن را «شانسی» دانست. همچنین تلاشی‌هایی که برای استخراج صورت می‌گیرد، معنای «میسر» بودن را از آن دورتر کرده است. بر اساس یافته‌های این پژوهش، ادعای قمار بودن استخراج رمزارزها پذیرفتنی نیست. واضح است که نتایج مذکور، به معنای مشروعیت فرایند یادشده نیست، بلکه در این خصوص، چالش‌های دیگری همچون «اکل مال به باطل بودن» و «مالیت نداشتن» رمزارزها وجود دارد که اهل پژوهش را به تتبع فرامی‌خواند.

واژگان کلیدی: قمار، استخراج رمز ارز، ارزهای رمزپایه، ارز دیجیتال.



مقدمه

امروزه سبک زندگی بشر از حالت سنتی خارج شده و فناوری‌های دیجیتال سبک زندگی جدیدی ایجاد کرده که در سراسر دنیا با رشد فزاینده‌ای در حال احاطه بر تمام ابعاد زندگی بشر هستند. «پول‌های رمزپایه» به‌عنوان یکی از ارزش‌های دیجیتال با ماهیتی کاملاً متفاوت و فرایند تولید پیچیده یکی از پدیده‌های زندگی دیجیتال به‌شمار می‌آید. با رواج این نوع پول در جامعه، ضروری است با بررسی ادله شرعی، احکام مرتبط با آن را مشخص کرد. یکی از شبهاتی که درباره ماینینگ یا استخراج رمزارزها توسط صاحب‌نظران در این حوزه مطرح می‌شود، مسئله قمار بودن آن است (تحلیل نواب‌پور و همکاران، ۱۳۹۷، ص. ۲۳۱). بدین شکل که استخراج رمزارزها در قالب ماهیتی مسابقه‌گونه طراحی شده است که فرد برای شرکت در آن باید با صرف هزینه‌ای هنگفت، اقدام به خرید لوازم استخراج کند و برای استخراج رمزارز به مسابقه با دیگران بپردازد. از میان شرکت‌کنندگان تنها فردی که زودتر از بقیه به کد دست یابد، مقداری رمزارز به‌عنوان پاداش دریافت می‌کند. در این فرایند، فرد برنده هیچ تلاشی نکرده است و فقط به لطف تعداد دستگاه بیشتر و البته شانس و اقبال (به معنای عرفی آن) برنده جایزه شده است؛ مشابه اتفاقی که درباره بلیت‌های بخت‌آزمایی می‌افتد. ممکن است ادعا شود که فرایند استخراج رمزارزها از لحاظ شانس بودن، در خطر قرار دادن مال، مسابقه بودن و در میان بودن بردو باخت «قمار» است و در نتیجه، آن را حرام دانست.

از آنجاکه فقها درباره ماهیت و مشخصات قمار با یکدیگر هم‌داستان نیستند و از سوی دیگر، ماهیت و موضوع استخراج رمزارزها نیاز به تبیین دارد، ضروری است ابتدا با مراجعه به منابع دینی در پی بازشناسی مشخصات قمار بود و سپس به تطبیق‌پذیری آن با استخراج رمزارزها پرداخت.

پیشینه پژوهش: در موضوع قمار آثار مختلفی به رشته تحریر درآمده‌اند که از جمله می‌توان به «تحلیل جرم قمار در فقه و حقوق ایران» نوشته حبیب‌زاده، «نسبت‌سنجی فقهی-حقوقی بخت‌آزمایی با قمار» نوشته نظری علوم، «واکاوی مفهوم مخاطره در قراردادها با تأکید بر مفاهیم قمار و غرر» نوشته حکمت‌نیا و... اشاره کرد. در موضوع رمزارزها نیز مقالات و نگاشته‌هایی وجود دارد مانند «مشروعیت رمزارزها از منظر فقه حکومتی و فردی» نوشته ربانی موسویان، «بررسی ماهیت حقوقی، چالش‌ها و عناوین مجرمانه مرتبط با رمزارز در حقوق ایران» نوشته

میبینی‌زاد، «بررسی فقهی رمزارزها با تمرکز بر اشکالات ناشی از واحد مبادله بودن و ساختار الکترونیکی آن‌ها» نوشته بیاتی، «رمزارزها، چالش‌ها و جرائم پیرامون آن» نوشته رحیمی و «تحلیل ماهیت، آثار و چالش‌های اقتصادی و فقهی بیت‌کوین» نوشته رستمی.

در این میان تنها سه مقاله مرتبط به بحث حاضر وجود دارد.

«بررسی فقهی پول مجازی» نوشته سلیمانی‌پور که به بررسی برخی از چالش‌های محتمل در مشروعیت پول مجازی پرداخته و مهم‌ترین معضل مشروعیت پول‌های یادشده را ورود آن به عرصه حقیقی دانسته است. در این مقاله با استناد به قواعد لاضرر، احترام، اتلاف و مصلحت، بر ممنوعیت شرعی استفاده از این ارزها - مادامی‌که دولت سیاست‌های پولی مناسبی برای آن نیندیشیده - استدلال شده است.

«تحلیل فقهی کارکردهای پول‌های رمزنگاری‌شده؛ مورد مطالعه: بیت‌کوین» نوشته نواب‌پور نیز مقاله دیگری در این باره است که ساختار و سازوکار بیت‌کوین را بررسی کرده و با اتکا بر موضوع‌شناسی انجام‌شده، پرسش‌های متعددی درباره پول، معامله و استفاده از استخراج پول رمزنگاری‌شده مطرح و به آن‌ها پاسخ داده شده است. در این مقاله، جوانب فقهی موضوع به‌صورت اجمالی بررسی شده و در ادامه، نظر ۱۳ تن از مراجع تقلید در این باره آورده شده است. «بررسی فقهی استخراج و مبادله رمزارزها با تمرکز بر شبکه بیت‌کوین» نوشته خردمند. وی در این مقاله اشکالات شایان طرح در زمینه استخراج بیت‌کوین را مطرح کرده و مشارکت با افراد ممنوع از تصرف را به‌عنوان تنها چالش پیش روی استخراج، مورد بررسی قرار داده است. این مقاله در ادامه به بررسی فقهی موضوع می‌پردازد و اشکالاتی مانند اکل مال به باطل و ضرری بودن را به‌صورت اجمالی (هرکدام در چند سطر) بررسی کرده است.

از آنچه گفته شد، به‌وضوح مشخص می‌شود که تاکنون پژوهش مستقلی درباره ماهیت استخراج رمزارزها و میزان انطباق‌پذیری آن با قمار صورت نگرفته است.

۱. مفهوم‌شناسی

۱.۱.۱. رمزارز

رمزارزها نوعی ارز مجازی هستند که در طراحی آن‌ها از فناوری رمزنگاری استفاده شده است. عملیات رمزنگاری با کد کردن اطلاعات از طریق الگوریتم‌های پیچیده ریاضی انجام می‌شود.

رمزنگاری اطلاعات به افزایش امنیت رمزارزها کمک می‌کند. رمزارزها برخلاف ارزهای دیجیتال و مجازی، غیرمتمرکز هستند و توسط هیچ حکومت، سازمان یا ارگان خاصی کنترل نمی‌شوند و هیچ شخص یا نهادی توان کنترل یا دست‌کاری در آن‌ها را ندارد (اخوان، ۱۳۹۸، ص. ۶۷). رمزارزها دو گونه‌اند.

۱.۱.۱. کوین^۱

کوین‌ها نوعی پول دیجیتال هستند که با استفاده از روش‌های رمزنگاری خلق می‌شوند. از معروف‌ترین آن‌ها می‌توان به «بیت‌کوین» اشاره کرد که بر اساس فناوری «بلاک‌چین» ساخته شده است. بلاک‌چین سامانه عمومی و توزیع‌شده‌ای است که تمام معاملات کوین‌ها را به صورت شفاف ثبت و نگهداری می‌کند. داده‌های بلاک‌چین توسط شرکت‌کنندگان در شبکه به اشتراک گذاشته و از امنیت و صحت آن‌ها اطمینان حاصل می‌شود. بلاک‌چین جلوی تقلب و دست‌کاری داده‌ها را می‌گیرد.

بیت‌کوین نخستین ارز دیجیتال شناخته‌شده در جهان است و پس از آن نیز انواع مختلفی از ارزها تولید شده است. هر ارز دیجیتالی را که پس از بیت‌کوین روانه بازار شده است، «آلت‌کوین»^۲ یا «سکه جایگزین» می‌نامند. سرعت بالاتر، هزینه پایین‌تر، امنیت بیشتر و حریم خصوصی بالاتر نسبت به بیت‌کوین از ویژگی‌های این کوین است. آلت‌کوین‌ها خود به دو دسته تقسیم می‌شوند؛ برخی از آن‌ها مانند «تریوم» و «ریپل» از فناوری بلاک‌چین مخصوص به خود استفاده می‌کنند و برخی دیگر مانند «لایت‌کوین»^۳ و «بیت‌کوین‌کش»^۴ از دستورالعمل بیت‌کوین که ساتوشی ناکاموتو طراحی کرده است، نشئت گرفته‌اند.

قابلیت تبادل، تقسیم‌پذیری، قابل حمل بودن، ماندگاری، محدود بودن، وسیله پرداخت بودن در خرید و فروش، بلاک‌چین اختصاصی داشتن و قابلیت استخراج از جمله ویژگی‌های کوین‌هاست. این

1. Coin

۲. «آلت‌کوین» (Altcoin) ترکیبی از دو کلمه «آلترناتیو» (Alternative) به معنای جایگزین و «کوین» (Coin) به معنای سکه یا ارز است. به تمام رمزارزها به جز بیت‌کوین، آلت‌کوین گفته می‌شود.

۳. «لایت‌کوین» نسبت به «بیت‌کوین» سرعت تولید بلاک، سطح دشواری استخراج و تعداد کل سکه‌ها را تغییر داده است. (<https://arzdigital.com/what-is-an-altcoin>)

۴. در «بیت‌کوین‌کش»، اندازه حجم هر بلاک ۸ مگابایت است درحالی‌که اندازه هر بلاک بیت‌کوین ۱ مگابایت است.

پول‌ها دارای زنجیره بلاک خودشان هستند و به‌عنوان ارز آن زنجیره شناسایی می‌شوند. پول‌های یادشده در صورت استفاده از فناوری بلاک‌چین قابل استخراج هستند و قصد دارند در آینده جایگزین پول فیات شوند و همه می‌توانند از آن‌ها استفاده کنند و اختصاص به گروه خاصی ندارد (زمانی فراهانی، ۱۳۸۹، صص. ۳۴-۳۸؛ حاجی‌حاجی ملامیرزایی و همکاران، صص. ۴۸-۵۰).

۲.۱.۱. توکن^۱

توکن‌ها نوعی دارایی دیجیتال هستند که برای پروژه‌ای خاص به‌عنوان روش پرداخت، درون اکوسامانه پروژه صادر می‌شوند و عملکرد یکسانی با کوین دارند و تفاوت اصلی در این است که به دارندگان این حق را می‌دهند تا در شبکه مشارکت کنند. توکن‌ها ممکن است برای اهداف مختلفی طراحی شوند مانند نشان دادن دارایی دیجیتال، واحد ارزش، سهم شرکت، دسترسی به کارکردهای پروژه و... برای مثال، بلیت استخر توکنی در دنیای واقعی است که فقط در زمان و محل مشخص شایان استفاده است و نمی‌توان آن را مثلاً برای خرید لباس استفاده کرد. توکن‌های دیجیتال هم همین‌طور هستند؛ تنها در پروژه خود قابل استفاده و معامله هستند (بامبارا، ۱۳۹۹، ص. ۸۱). کاربردهای گسترده‌تر نسبت به کوین، عدم قابلیت استخراج و استفاده از کوین برای خرید آن‌ها از ویژگی‌های توکن‌هاست.

در حال حاضر دسته‌بندی واحدی برای توکن‌ها وجود ندارد؛ گرچه کمیسیون بورس و اوراق آمریکا^۲ و اداره نظارت بر بازار مالی سوئیس^۳ برای رفع این مشکل تلاش‌هایی کرده‌اند. هر دو سازمان، توکن‌ها را به دو دسته گسترده تقسیم‌بندی کرده‌اند. الف. توکن‌های سهام یا توکن‌های سرمایه‌ای و ب. توکن‌های خدماتی (حاجی‌حاجی ملامیرزایی و همکاران، ص. ۵۰؛ هلاکویی و محمدی، ۱۳۹۹، ص. ۸۱).

1. Token
2. SEC
3. FINMA

جدول «یک»: انواع رمزارز

ویژگی‌ها	انواع	تعریف		انواع رمزارزها
		مبتنی بر پول	مبتنی بر توکن	
<ul style="list-style-type: none"> - هرکسی می‌تواند در شبکه بلاک‌چین آن مشارکت کند. - ممکن است قابل ارسال و دریافت یا استخراج باشد. - زنجیره بلاکی خاص خود را دارد و به‌عنوان ارز آن زنجیره بلاکی شناخته می‌شود. - ویژگی‌های یکسانی با پول دارد. - وسیله‌ای برای پرداخت و خریدوفروش است. - اگر از فناوری بلاک‌چین استفاده کند، قابل استخراج است. - استفاده از آن برای عموم آزاد است و محدود به گروه خاصی نیست. 	<ul style="list-style-type: none"> - بیت‌کوین - آلت‌کوین 	پولی است که با تکنیک‌های رمزگذاری در شبکه بلاک‌چین به وجود آمده است.	مبتنی بر پول	
<ul style="list-style-type: none"> - کاربردهای گسترده‌تری نسبت به کوین دارد. - بر اساس دستور العمل بر شبکه بلاک‌چین ارز دیگر ایجاد می‌شود. - قابلیت استخراج ندارد. - تأثیری بر گسترش شبکه بلاک‌چین ندارد. - برای ایجاد آن الگو و استاندارد مشخصی وجود دارد. - برای برگزاری عرضه اولیه سکه از آن استفاده می‌شود. - برای خرید آن باید از کوین استفاده کرد. - با آن نمی‌شود کوین خریداری کرد، اما از طریق صرافی‌ها قابل تبدیل به یکدیگر هستند. 	<ul style="list-style-type: none"> - توکن‌های سهام یا توکن‌های سرمایه‌ای - توکن‌های خدماتی 	دارایی دیجیتالی است که برای پروژه‌های خاص به‌عنوان روش پرداخت، درون اکوسیستم پروژه صادر می‌شود.	مبتنی بر توکن	

۲.۱. قمار

۱.۲.۱. مفهوم‌شناسی لغوی

واژه «قمار» بر وزن «فعال» مانند واژه «مُقَامَرَةٌ» از مصادر باب مفاعلة و به معنای «قمار کردن» است. مشهور لغویان ریشه این کلمه را از واژه «قمر» دانسته (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص.

(۱۱۵) و درباره وجه اشتقاق آن مطالبی گفته‌اند (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص. ۱۱۴؛ فیومی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص. ۵۱۵؛ مصطفوی، ۱۳۶۸، ج ۹، ص. ۳۱۷).^۱ این ریشه افزون‌بر باب مفاعلة، در باب‌های تفاعل و تفعُّل نیز به ترتیب به معنای «قمار کردن» و «پیروز شدن در قمار» به کار می‌رود (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص. ۱۱۵).

واژه «قمار» در اکثر قریب‌به‌اتفاق کتاب‌های لغتی که به بررسی معنای کلمات قرآن کریم می‌پردازند، به چشم نمی‌خورد؛ زیرا این واژه در قرآن کریم به کار نرفته و در دو جا (بقره، ۲۱۹؛ مائده، ۹۰ و ۹۱) آن هم با کلمه «میسر» از آن یاد شده است. به دلیل پیشینه کهن قمار و روشن بودن معنای آن در عرف^۲، برخی از کتاب‌های لغوی متقدم مانند العین (قرن ۲) ذیل ماده «قمر» (فراهیدی، ۱۴۰۹ق، ج ۵، ص. ۱۶۱) مشخصاً به ذکر معنای این واژه پرداخته و تنها در بیان معنای «میسر» به آن اشاره‌ای داشته‌اند^۳؛ هرچند که در جای دیگر از کتاب یادشده، در کنار قمار، معنای «غلبه» (چیرگی و پیروزی) ذکر شده است (فراهیدی، ۱۴۰۹ق، ج ۸، ص. ۳۰۵). در کتاب معجم مقاییس‌اللغة (قرن ۴) نیز ضمن هم‌معنی دانستن میسر و قمار (ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۶، ص. ۱۵۶)، معنای قمار به صراحت نیامده و قیودی برای آن مشخص نشده است (ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۵، ص. ۲۶). زمخشری (قرن‌های ۵ و ۶) در کتاب اساس‌البلاغة در بیان معنای قمار، ضمن اشاره به معنای غلبه، آن را به معنای «فریب دادن» و «خدعه کردن» دانسته است (زمخشری، ۱۳۹۹، ص. ۵۲۲). ابن اثیر (قرن‌های ۶ و ۷) نیز در النهایة ضمن هم‌معنی دانستن میسر و قمار (ابن اثیر جزری، ۱۳۹۹ق، ج ۵، ص. ۲۹۶)، نقل می‌کند که هر آنچه در آن قمار صورت گیرد، میسر شمرده می‌شود حتی بازی کودکان با گردو (ابن اثیر جزری، ۱۳۹۹ق، ج ۴، ص. ۱۵۴). همچنین، ابن منظور (قرن‌های ۷ و ۸) در لسان‌العرب پس از جمع‌آوری اقوال، معتقد است که قمار در بردارنده مفهوم «فریفتن» و «گول زدن» بوده و به معنای نوعی بازی است که همراه با «رهان» (گروگذاری) باشد (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۵، صص. ۱۱۴ و ۱۱۵). در این تعریف، اشاره‌ای به قید «غلبه» نشده، اما روشن است در جایی که چیزی رهن و گرو گذاشته شود، باید با نوعی از

۱. برخی نیز به پنج قول در این زمینه اشاره کرده‌اند (ملحم، بی‌تا، صص. ۶۲-۶۴).

۲. «القمار معروف» (صاحب‌بن‌عباد، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص. ۴۱۹).

۳. «المیسر؛ کل نعت و فعل یقمر علیه فهو القمار» (فراهیدی، ۱۴۰۹ق، ج ۷، ص. ۲۵۵).

بردو باخت همراه باشد تا وجود رهن معنی یابد. فیومی (قرن ۸) در المصباح‌المنیر بدون توضیحی در بیان مفهوم قمار، به معنای غلبه بر شخص دیگر اشاره می‌کند (فیومی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص. ۵۱۵). از این معنی مشخص می‌شود که از نظر وی، قمار عملی است که با نوعی بردو باخت همراه باشد. حسینی زبیدی (قرن‌های ۱۲ و ۱۳) نیز در تاج‌العروس قمار کردن را نوعی بازی می‌داند که در آن چیزی رهن گذاشته شود و به فرد برنده داده شود (حسینی زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۷، ص. ۴۱۳).

از مجموع سخن لغویان می‌توان چنین نتیجه گرفت که قمار نوعی «بازی» است که با «رهان» همراه باشد؛ البته از آنجاکه قید «غلبه» در معنای «رهان» وجود دارد، به‌جز اندکی، به آن اشاره نکرده‌اند.

گفتنی است در کتاب‌های لغت یادشده اشاره‌ای نشده است که قمار لزوماً باید با ابزار و آلات مخصوص به آن صورت گیرد. این در حالی است که طریحی (قرن‌های ۱۰ و ۱۱) در مجمع‌البحرین، پس از اینکه جنس قمار را بازی کردن می‌داند، با آوردن قیدی توضیحی اشاره می‌کند که منظور، بازی کردن با آلات مخصوص به قمار است مانند شطرنج و نرد (طریحی، ۱۳۷۵، ج ۳، ص ۴۶۳)؛ یعنی قمارکنندگان چیزی را به‌عنوان رهن کنار بگذارند و با یکی از ابزار مخصوص، قمار کنند. سپس آنچه را گرو گذاشته شده است، به فرد پیروز دهند. بر اساس نقل این کتاب، فقط بازی همراه با راهنه قمار نیست، بلکه باید قید دیگری را نیز افزود که همان «استفاده از آلات مخصوص به قمار» است.

خلاصه اینکه با بررسی کتاب‌های لغت چنین به دست می‌آید که بیشتر لغویان قمار را نوعی عمل و از جنس «بازی» و به‌منظور «غلبه» دانسته‌اند و «رهان» را مقوم اصلی معنای آن می‌دانند. در این میان، تنها کتاب مجمع‌البحرین «استفاده از آلات قمار» را در بازی قمار دخیل دانسته است. گفتنی است با توجه به اینکه این کتاب شامل استنباط‌های فقهی و کلامی مؤلف نیز هست، به نظر می‌رسد این قید به معنای اصطلاحی قمار اشاره دارد نه معنای لغوی آن.

۱. به ابزارهایی مانند پاسور و نرد که نزد عرف به‌عنوان ابزار مختص به قمار شناخته شوند، «آلات قمار» می‌گویند (هاشمی، ۱۳۸۲، ج ۱، ص. ۱۵۲).

الف. وجه اشتقاق قمار از قمر

به ماه آسمان از آن رو «قمر» می‌گویند که سفید و روشن است (فیومی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص. ۵۱۵) و خود را در تاریکی شب به‌خوبی نشان می‌دهد. پس گویا قمر مفهوم تاریکی را با خود دارد؛ همچنان‌که عبارت «تقمر الصیادالظباء باللیل» (صیاد در شب مهتابی به دنبال شکار آهو رفت) (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص. ۱۱۴)، با شب است که معنی می‌یابد؛ زیرا شکارچی از نور ماه بهره می‌برد و در شب‌های مهتابی که چشم حیوانات با نور ماه خیرگی یافته است و دید کافی ندارد، بهتر به صید آنان می‌پردازد.

برخی از لغویان معنای دیگری برای «قمر» ذکر کرده‌اند و آن «حیله» و «خدعه» است.^۱ بر اساس مطالب گفته‌شده مشخص می‌شود که این مطلب صحیح نیست؛ زیرا حیله و خدعه از لوازم وجود شب است و ذکر این معنی از باب ذکر لازم معناست و نه دلالت معنای مطابقی یا مصداقی آن. براین اساس، قمار از «خداع» و خدعه گرفته نشده است، بلکه قمار از قمر است، اما به اعتبار شب، دارای حیله، خدعه، نیرنگ و فریب است.

می‌توان گفت همان‌طور که «قمر» خود را در شب نمایان می‌سازد، قماربازان نیز قمار را در تاریکی شب انجام می‌دادند و چنین نبود که در روز و به‌صورت آشکارا به قمار بپردازند و از آنجا که زیر نور ماه به این بازی می‌پرداختند، بازی آنان، «قمار» نامیده شده است (مصطفوی، ۱۳۶۸، ج ۹، ص. ۳۱۷).^۲ با این توضیح به دست می‌آید که «قمار» وصف به حال متعلق موصوف است. از این رو مراد از قمار، بیاض و روشنائی نیست، بلکه چون در شب انجام می‌شده، «قمار» نام گرفته است؛ مانند برخی از فلاسفه که آنان را به‌خاطر راه رفتن هنگام بحث از فلسفه، «مشایی» می‌گویند و گرچه فلسفه با مشی و راه رفتن ارتباطی ندارد. همچنین است صوفی که به پشمینه‌پوشان می‌گفتند و این معنی ارتباطی با صوفی و درویش‌های امروزی ندارد. نام‌گذاری قمار نیز ارتباطی با اصل این بازی و بردوباخت آن ندارد، بلکه به‌خاطر وصف این فعل در ظرف مخصوص (شب) و انجام یافتن آن در زیر نور ماه است. در ادبیات گفته می‌شود «زید ضارب ابوه» که برخلاف ظاهر

۱. «قال الاصمعی تقمرها طلب غرتها و خدعها... و كأن القمار مأخوذ من الخداع؛ يقال قامرة بالخداع قمره» (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص. ۱۱۴).

۲. امروزه نیز معمولاً قماربازان به شکل پنهانی و در زیرزمین‌ها یا مکان‌های تاریک و مخوف به قماربازی می‌پردازند.

و شروع این جمله که به ذهن می‌آید زید ضارب باشد، این پدر زید است که ضارب را واقع می‌سازد و چنین تعبیری وصف به حال متعلق خوانده می‌شود؛ یعنی وصف (ضارب) به حال متعلق موصوف (ابوه) است و نه خود موصوف که زید باشد. قمار هم قمار گفته می‌شود چون در شب و در زیر نور ماه انجام می‌شده است (نکونام، ۱۳۹۱، صص. ۲۱ و ۲۲).

۲.۲.۱. مفهوم‌شناسی اصطلاحی

پس از بررسی تفصیلی معنای لغوی قمار، اینک به بررسی معنای قمار در اصطلاح فقها می‌پردازیم. همان‌طور که گفته شد، به اتفاق تمام فقها قمار حرام است. اکنون برای اینکه مشخص شود قمار به‌عنوان موضوعی برای حکم حرمت از نظر شرع چه قیود و حدودی دارد، ضمن بررسی آیات و روایات، باید تعاریفی که فقها از قمار ارائه داده‌اند نیز نقادی شود.

در کتاب‌های فقهی تعریف‌های متفاوتی از قمار مطرح شده است. به گفته شیخ انصاری، قمار عبارت است از بازی با ابزارهای خاصی که در آن، چیزی گرو گذاشته می‌شود (انصاری، بی‌تا، ج ۱، ص. ۳۷۱). در این تعریف، هم قید «ابزارهای مخصوص به قمار» به چشم می‌خورد و هم قید «مراهنه». همچنین، اساساً قمار نوعی «بازی» و از سنخ عمل دانسته شده است.

برخی مانند صاحب جواهر تصریح کرده‌اند که فرقی نیست میان آنکه گرو و رهن از جانب طرفین بازی قرار داده شود یا آنکه از طرف فرد ثالثی در نظر گرفته شده باشد (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۲، ص ۱۰۹؛ صافی، ۱۴۲۸ق، ص. ۳۰۵).

بحث زیادی درباره ماهیت قمار و بعضاً مصادیق و آلات آن در فقه دیده نمی‌شود. از این رو در لسان فقها نمی‌توان برای قمار تعریف دقیقی یافت. صاحب جواهر می‌نویسد «لاریب و لاخلاف فی ان اللعب بآلات القمار کلها حرام کالشطرنج والنرد الذی فی بعض الاخبار انه اشد من الشطرنج...» (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۴۱، ص. ۴۳).

البته در این میان، برخی مانند شیخ انصاری، امام خمینی، محقق خویی و محقق خوانساری تا حدی به بررسی مفهوم قمار پرداخته‌اند؛ هرچند در کلام قریب به اتفاق اینان نیز تردید دیده می‌شود که بیان آن خواهد آمد.

الف. مهم‌ترین نظریات فقها درباره ماهیت قمار

مهم‌ترین نظریات درباره قمار را می‌توان به سه دسته کلی تقسیم کرد.

نظریه نخست: قمار عبارت است از بازی با ابزار مخصوص به قمار همراه با گروگذاری. شیخ انصاری ضمن ارائه این تعریف (انصاری، بی تا، ج ۱، ص. ۳۷۱)، معتقد است علما نسبت به حرمت این نوع بازی هم‌داستان‌اند (انصاری، بی تا، ج ۱، صص. ۳۷۱ و ۳۷۲). از نظر امام خمینی (رحمت‌الله علیه)، قدر متیقن از ادله و مصداق اکمل آن‌ها، همین معنی برای قمار است (خمینی، ۱۴۳۴ق، ج ۲، ص. ۷). صاحب جامع‌المدارک (موسوی خوانساری، ۱۳۵۵، ج ۳، ص. ۲۷) این تعریف را برگزیده و کاشف‌الغطا (کاشف‌الغطا، ۱۴۲۰ق، ص. ۴۰) نیز به آن اشاره کرده است. صاحب جواهر نیز اصل قمار را بازی با آلات قمار همراه با گروگذاری می‌داند (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۲، ص. ۱۰۹).

نظریه دوم: قمار عبارت است از بازی‌ای که با گروگذاری همراه باشد (چه همراه با ابزار مخصوص قمار و چه بدون آن).

بر اساس این نظریه، اگر در مسابقه‌ای آلات قمار وجود داشته باشد، اما رهانی در کار نباشد، نمی‌توان آن را از مصادیق قمار به شمار آورد. در مقابل، اگر بازی حتی با ابزاری که عادتاً جزو آلات قمار نیستند (مانند گردو و انگشتر که در روایات آمده است) صورت بگیرد، اما گروگذاری در آن باشد، قمار شمرده می‌شود و حرام است.

محقق نراقی این نظریه را برگزیده است (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۴، ص. ۱۰۴). شیخ انصاری با اینکه معتقد است صدق تعریف قمار بر بازی با گروگذاری بدون ابزار مخصوص قمار محرز نیست، اما آن را از نظر حکم (حرمت) ملحق به مورد قبل (بازی با آلات قمار همراه با گروگذاری) می‌داند (انصاری، بی تا، ج ۱، ص. ۳۷۵)؛ البته شیخ در ادامه می‌گوید «ظاهراً مقامره به معنای مطلق مغالبه دو کس با شرط رهن است [چه با آلات قمار و چه بدون آن]» (انصاری، بی تا، ج ۱، ص. ۳۷۷).

از نظر محقق خوبی نیز گروگذاری در مفهوم قمار اخذ شده است؛ چه بازی با آلات مخصوص به قمار صورت بگیرد و چه با غیر آن (خوبی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص. ۵۸۵).

گفتنی است تعریفی که این نظریه از قمار در اصطلاح شرع ارائه می‌دهد، با مفهوم لغوی قمار

۱. البته شیخ انصاری بعد از ذکر این تعریف، به دو تعریف دیگر نیز اشاره می‌کند که به نوعی شاید بیان‌کننده تردید ایشان نسبت به تعریف شرعی قمار است (انصاری، بی تا، ج ۱، ص. ۳۷۱).

که در آن «رهان» اخذ شده بود (نه ابزار قمار)، هماهنگی و تناسب دارد. شاهد دیگر اینکه، در بسیاری از تعاریف دانشمندان اهل تسنن از قمار نیز مسئله نقل و انتقال مال جایگاه ویژه‌ای دارد. برای مثال، فخر رازی در تعریف میسر می‌گوید: «المیسر ما یوجب دفع‌المال او اخذ مال.» (فخر رازی، ۱۴۲۰ق، ج ۶، ص. ۴۰۰). ابن تیمیه نیز می‌نویسد «الْقَمَارُ مَعْنَاهُ أَنْ يُؤْخَذَ مَالُ الْإِنْسَانِ وَ هُوَ عَلَى مُخَاطَرَةٍ» (ابن تیمیه، ۱۴۰۸ق، ج ۱، ص. ۱۵۴).

نظریه سوم: قمار عبارت است از بازی‌ای که با ابزار مخصوص به آن انجام شود؛ چه همراه با گروگذاری و چه بدون آن.

شهید ثانی و مقدس اردبیلی در تعریف قمار می‌نویسند «قمار عبارت است از بازی با وسایل ویژه قمار مانند [بازی با] نرد و شطرنج» (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص. ۱۲۹؛ مقدس اردبیلی، بی تا، ج ۸، ص. ۴۱).

صاحب جواهر نیز همین نظر را دارد (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۲، ص. ۱۰۹؛ نجفی، ۱۳۶۲، ج ۴۱، ص. ۵۶). همچنین، برخی معتقدند که در عرف به کسی که بدون راهنما با آلات قمار بازی کند، قمارباز می‌گویند (موسوی سبزواری، بی تا، ج ۱۶، ص. ۱۴۰؛ ایروانی نجفی، ۱۳۸۴، ج ۱، ص. ۳۷). محقق کرکی نیز به این نظریه به عنوان یک احتمال اشاره کرده است (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص. ۲۴).

بر اساس این نظریه، اگر کسی حتی به قصد تفریح (نه گروگذاری) اقدام به بازی با ابزار قمار کند، بازی او مصداق قمار خواهد بود.

همان‌طور که معلوم است، فقها درباره ماهیت قمار هم‌داستان نیستند. در ادامه، سعی می‌شود با در نظر گرفتن نظریات گوناگون فقها در این باره، به بیان مهم‌ترین مشخصات قمار پرداخت. سپس در صدد انطباق سنجی استخراج رمازها با آن برآمد.

۳.۱. ماینینگ (فرایند استخراج رماز)

به فرایند معتبر ساختن تراکنش افراد دیگر با رایانه و سپس افزودن آن به فهرستی بلند و عمومی به نام بلاک‌چین که تراکنش‌های دیگر را نیز شامل می‌شود، «Mining» یا «استخراج ارز دیجیتال» می‌گویند (هلاکوبی و محمدی، ۱۳۹۹، ص. ۷۷؛ شفاعی نجف‌آبادی، ۱۳۹۹، ص. ۱۰۰).

ماینینگ یا استخراج رمازها در چند مرحله اتفاق می‌افتد.

مرحله یک: کاربر تراکنشی را انجام می‌دهد و سعی می‌کند تا ارز دیجیتال مدنظر خود را به شخص دیگری ارسال کند.

مرحله دو: این تراکنش از طریق برنامه کیف پول پخش می‌شود و در آن لحظه منتظر می‌ماند تا توسط ماینر روی این بلاک چین انتخاب شود. تا هنگامی که ماینری آن را انتخاب نکرده است، این تراکنش در «استخر تراکنش‌های تأیید نشده» معلق می‌ماند. این استخر، مجموعه‌ای از معاملات تأیید نشده در شبکه است که در انتظار پردازش هستند. معاملات تأیید نشده معمولاً در یک استخر بزرگ جمع‌آوری نمی‌شوند، بلکه بیشتر آن‌ها در استخرهای طبقه‌بندی شده کوچک قرار می‌گیرند. مرحله سه: ماینرهای موجود در شبکه - که گاه به آن‌ها «نود» نیز گفته می‌شود - تراکنش‌ها را از این استخرها انتخاب می‌کنند و آن‌ها را به شکل «بلاک» درمی‌آورند. بلاک در اصل شامل مجموعه‌ای از تراکنش‌ها - که در این لحظه شامل تراکنش‌های تأیید نشده است - افزون بر برخی اطلاعات اضافی دیگر مانند امضای دیجیتال، زمان سنج و... می‌شود.

هر ماینر، بلاک تراکنش‌های خود را ایجاد می‌کند و چندین ماینر می‌توانند تراکنش مشابهی را انتخاب کنند که در بلاک آن‌ها گنجانده شود. برای مثال، دو ماینر A و B را در نظر بگیرید. هر دو ماینر می‌توانند تصمیم بگیرند که تراکنش X را در بلاک خود بگنجانند. هر بلاک چین حداکثر اندازه بلاک خاص خود را دارد. در بلاک چین بیت‌کوین، حداکثر اندازه بلاک، ۱ مگابایت داده است. ماینرها پیش از افزودن تراکنش به بلاکشان، باید بررسی کنند که آیا این تراکنش - با توجه به تاریخچه بلاک چین - برای اجرا واجد شرایط است یا خیر؟

اگر تراز کیف پول فرستنده ارز با توجه به سوابق موجود در بلاک چین، از بودجه کافی برخوردار باشد، تراکنش معتبر تلقی می‌شود و می‌توان آن را به بلاک افزود. ماینرها معمولاً تراکنشی را در اولویت قرار می‌دهند که هزینه تراکنش بالایی داشته باشد؛ زیرا در این صورت پاداش بالاتری را برای آن‌ها فراهم می‌کند.

مرحله چهار: ماینرها با انتخاب تراکنش‌ها و افزودن آن‌ها به بلاک خود، بلاکی از تراکنش‌ها را ایجاد می‌کنند. آن‌ها در بلاک چین برای افزودن این بلاک از تراکنش‌ها به امضا نیاز دارند. این امضا که به آن «اثبات کار» یا «Proof of Work» نیز گفته می‌شود، با حل یک مسئله بسیار پیچیده ریاضی ساخته می‌شود و برای هر بلاک از تراکنش‌ها منحصر به فرد است. هر بلاک مسئله ریاضی

متفاوتی دارد.

بنابراین، هر ماینر روی مسئله‌ای متفاوت و مختص به بلاک خود کار خواهد کرد. حل هر کدام از این مسائل به اندازه‌ای دشوار است که برای آن باید از قدرت محاسباتی بالا و برق بسیار زیادی استفاده شود. این همان فرایندی است که به آن ماینینگ می‌گویند (فضلی و همکاران، ۱۳۹۸، ص. ۸۵).

۲. تطبیق‌پذیری قمار با استخراج رمزارزها

برای انطباق‌سنجی استخراج رمزارزها با قمار ضروری است ابتدا مشخصات مفهوم قمار بیان و پس از آن بررسی شود که آیا ویژگی‌های یادشده در پدیده ماینینگ یا استخراج رمزارزها وجود دارد یا خیر؟

۱.۲. مشخصات قمار

بررسی آیات، روایات و متون فقهی نشان می‌دهد قمار دارای ویژگی‌هایی است که می‌توان برخی از آن‌ها را جزو مقومات اصلی قمار (هدائی و همکاران، ۱۴۰۳، ص. ۹) و برخی دیگر را از لوازم مفهوم آن به شمار آورد. مشخصات قمار شامل موارد زیر است.

۱.۱.۲. لعب و بازی است.

رجوع به احادیثی که در باب قمار وارد شده است، نشان می‌دهد قمار نوعی بازی است. برای مثال، اسحاق بن‌عمار می‌گوید به حضرت صادق (علیه‌السلام) عرض کردم «کودکان با گردو و تخم‌مرغ بازی و قمار می‌کنند، حضرت فرمودند «از آن نخور؛ زیرا حرام است» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۱۲۴).

همچنین، با توجه به کلمه «یلعبون» در روایت می‌توان دریافت که قمار اساساً نوعی بازی و لعب است. بنابراین، برای صدق قمار باید قید «بازی» را در نظر گرفت و گرنه ممکن است در موارد دیگری (مانند خرید بلیت‌های بخت‌آزمایی، عضویت در شرکت‌های هرمی، شرط‌بندی روی تیم‌های فوتبال و...) نیز مال بدون زحمت به انسان برسد، اما نمی‌توان این موارد را از مصادیق قمار دانست؛ زیرا عنوان «بازی» بر آن‌ها صدق نمی‌کند؛ هرچند که حرمت موارد یادشده به‌خاطر دلایل دیگری مانند عنوان کلی «حرمت اکل مال به باطل» و... می‌تواند مورد بررسی قرار گیرد.

شاید برای همین است که فقها موردی را که دو نفر در یادگیری تجوید قرآن یا خطاطی مسابقه دهند و مالی را نیز در بین خود شرط کنند، از مصادیق قمار نمی‌دانند (خمینی، ۱۴۳۴ق، ج ۲، ص. ۸)؛ زیرا با اینکه در اینجا رهان وجود دارد، اما چون عرفاً عنوان «بازی» بر چنین مسابقه‌هایی صدق نمی‌کند، این موارد را نمی‌توان از مصادیق قمار دانست. از این رو برخی گفته‌اند که عمل اشخاص باید در عرف بازی باشد تا قمار بر آن صدق کند. مسابقه در کتابت، نجاری و مانند آن‌ها که حرفه و صنعت است - حتی اگر برای فرد برنده چیزی در نظر گرفته شود - مصداق قمار نیست (تبریزی، ۱۳۹۹، ج ۱، ص. ۲۱۸)؛ زیرا در این صورت مال به آسانی و بدون زحمت - آن‌گونه که در بازی قمار چنین است - به فرد برنده نمی‌رسد، بلکه برای به دست آوردن آن باید از طریق کسب تخصص، تمرین و... زحمت کشیده شود.^۱ همچنین، «لعب» از نظر لغوی به معنای عملی است که در آن انگیزه صحیح و غرض عقلایی و اساساً منفعتی موجود نباشد (قرشی بنایی، ۱۴۱۲ق، ج ۶، ص. ۱۹۱؛ حسینی زبیدی، ۱۴۱۴، ج ۲، ص. ۴۰۳؛ انصاری، بی‌تا، ج ۲، ص. ۴۷) حال آنکه این موارد در مثال‌های یادشده وجود دارند.

۲.۱.۲. همراه با مُراهنه (گروگذاری) است.

در تحقق مفهوم قمار «وجود مُراهنه» (رهان) شرط است. کلمات «مُراهَنَة» و «رهان» مصادر باب مفاعلة و به معنای «گرو بستن با کسی» هستند (فراهیدی، ۱۴۰۹ق، ج ۴، ص. ۴۴). افزون‌بر روایت پیشین، روایت دیگری نیز در تأیید این مطلب وجود دارد. ابن سعید گوید حضرت کاظم (علیه‌السلام) خادمی را فرستادند که برای ایشان تخم‌مرغ بخرد. آن خادم یک یا دو تخم‌مرغ گرفت و با آن‌ها قمار کرد. وقتی تخم‌مرغ را آورد، حضرت آن را خوردند. یکی از خادمان ایشان گفت «در این تخم‌مرغ بخشی از قمار وجود دارد». راوی می‌گوید «حضرت فرمودند تشتی بیاورند و آنچه را خورده بودند، بالا آوردند» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۱۲۳). این روایت صرف‌نظر از بحث دلالتی^۲ با وضوح بیشتری بیان می‌کند که تخم‌مرغ در آن زمان از

۱. در بیشتر نظام‌های حقوقی، بازی‌های مبتنی بر شانس (Game of Chance) مشمول عنوان مجرمانه «قمار» قرار می‌گیرند و بازی‌های مبتنی بر مهارت (Game of Skill) مجاز شمرده می‌شوند (جگینی، ۱۳۹۸، صص. ۳۴۱ و ۳۴۲).
۲. اشکال مطرح شده است که این روایت - بر فرض صدور آن - با علم امام منافات دارد. در این باره پاسخ‌هایی داده شده است. برای مثال، می‌توانید به کتاب المعارف‌الاسلامیة فی کیفیت علم‌الامام و کمیته مراجعه کنید.

ابزار مخصوص به قمار نبوده است؛ زیرا اگر چنین بود، اساساً حضرت از ابتدا از آن‌ها نمی‌خوردند. همچنین، وجود رهان موجب شده است که حضرت تخم‌مرغ‌ها را بالا بیاورند. بر اساس این روایت نیز می‌توان گفت «مراهنه» در مفهوم شرعی قمار اخذ شده است و اساساً «ابزار مخصوص به قمار» مدخلیتی در تحقق مفهوم قمار ندارد.

محقق خوبی معتقد است که اگر قید «آلات مخصوص به قمار» در تعریف قمار مدخلیت داشته باشد، چنین تعریفی دوری خواهد بود؛ زیرا شناخت «آلات قمار» متوقف به تفسیر و تبیین معنای «قمار» خواهد بود (خویی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص. ۵۷۷). بنابراین، در مفهوم شرعی «قمار» وجود ابزار مخصوص لحاظ نشده است؛ همچنان‌که در مفهوم «قتل» وجود آلات خاص شرط نیست.

گواه دیگر اینکه، معمولاً اختلاف فقها درباره حکم بازی‌هایی است که فاقد گرو هستند، اما اگر در بازی‌ای گرو و عوض وجود داشته باشد، نسبت به حرمت آن هم‌داستان‌اند. محقق خوانساری درباره «گرو‌گذاری برای بازی با غیرآلات قمار» مانند گرو‌گذاری برای برداشتن سنگ سنگین، کشتی و... که نصی بر جواز آن نرسیده است، می‌گوید «ظاهراً اختلافی در حرمت چنین مسابقاتی نیست... و شاهد این ادعا آن است که فقیهان محل نزاع و اختلاف را مسابقاتی قرار می‌دهند که گرو و عوضی در آن نباشد» (موسوی خوانساری، ۱۳۵۵، ج ۳، ص. ۲۸).

۳.۱.۲. با بردوباخت همراه است.

با توجه به آنچه در تعریف لغوی قمار گذشت، از برخی از تعاریف چنین برمی‌آید که قمار به معنای غلبه بر شخص دیگر است (فیومی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص. ۵۱۵). در واقع، قمار عملی است که با نوعی بردوباخت همراه باشد. زبیدی نیز قمار را نوعی بازی می‌داند که در آن چیزی رهن گذاشته و به فرد برنده داده شود (حسینی زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۷، ص. ۴۱۳). ابن منظور نیز بردوباخت را در تعریف قمار داخل نکرده است، اما از کلمه رهان مشخص شد که به دخالت قید «غلبه» در حقیقت قمار واقف بوده است؛ زیرا در جایی که چیزی رهن و گرو گذاشته شود، باید بردوباختی باشد تا وجود رهن معنی یابد.

البته این بردوباخت باید بردوباخت مالی باشد؛ زیرا سیره قطعیه متشرعه بر این بوده است که در مباحات بدون بردوباخت مسابقه می‌گذاشتند. کتاب کافی به نقل از علی بن جعفر، از برادرش حضرت کاظم (علیه السلام) روایت کرده است که از حضرت پرسیدم «آیا مُصارعه (کشتی گرفتن)

برای مُحرم رواست؟ حضرت فرمودند: «لَا يَصْلِحُ لَهُ مَخَافَةٌ أَنْ يُصِيبَهُ جِرَاحٌ أَوْ يَقَعَ بَعْضُ شَعْرِهِ»^۱
(کلینی، ۱۳۶۳، ج ۴، ص. ۳۶۷).

و اگر مشخصاً «مصارع» به عنوان مسابقه حرام بود، عرفی نبود که گفته شود شخص محرم کشتی نگیرد. چنین مطلبی قرینه عرفیه یا «ما یصلح للقرینة» است بر اینکه در عرف متشرعه، مطلق مسابقه بدون بردو باخت مالی حرام نبوده است. از این رو درباره «المحرم لا یصارع» چون دلیلی وجود ندارد، ظاهر در این است که مصارع در غیر احرام حرام نیست و از این رو نیز تعلیل «مخافة أن یسقط منه شعر» در ذیل آن آمده است (درس خارج فقه شهیدی، ۱۳۹۶/۱/۱۶).

۴.۱.۲. مسابقه است.

«مسابقه» از ماده «سبق» مصدر باب مفاعله و به معنای پیش افتادن و سبقت گرفتن است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰، ص. ۱۵۱). به آن بازیکنی که جلو می‌افتد و زودتر از دیگران به مقصد از پیش تعیین شده می‌رسد و بر رقیب پیروز می‌شود، «سابق» و «پیشتاز» گفته می‌شود. همان‌طور که از معنای مسابقه نیز برمی‌آید، مسابقه بدون در نظر گرفتن رقیب تصویرپذیر نیست. به عبارت دیگر، شرط تحقق معنای مسابقه رقابت دست‌کم دو طرف است. نمونه‌هایی در قرآن کریم وجود دارد که ماده «سبق» و مشتقات آن به همین معنی استعمال شده‌اند برای مثال، در آیه ۲۱ سوره حدید آمده است «سَابِقُوا إِلَى مَغْفِرَةٍ مِّن رَّبِّكُمْ...»^۲.

در آیه ۲۵ سوره یوسف نیز می‌خوانیم «وَاسْتَبَقَا الْبَابَ»^۳.

از آنجاکه در قمار پای همراهی وسط است، تلاش برای غلبه بر دیگری (رقابت) و پیش افتادن در به دست آوردن گرو، امری لابد منه خواهد بود و از این رو قمار را می‌توان مسابقه دانست؛ هرچند باید دانست که مسابقه اعم از قمار است؛ زیرا اگر رقابتی بین دو نفر شکل بگیرد، اما رهان و گروگذاری در میان نباشد، مسابقه بر آن صدق می‌کند ولی قمار نه. در واقع، می‌توان گفت هر قماری مسابقه است، اما هر مسابقه‌ای قمار نیست.

۱. روا نیست؛ زیرا بیم آن است که زخمی شود [و خون بیاید] یا بعضی از موهای او بریزد.

۲. سبقت جویید به آمرزشی از سوی پروردگارتان... .

۳. و هر دو به سوی درکاخ پیشی گرفتند.

۵.۱.۲. مخاطره آمیز است

از آنجاکه لغویان در تعریف قمار به عنصر مرآه‌ن اشاره کرده‌اند - که پیش‌تر بدان اشاره شد - و با توجه به هم‌معنایی دو واژه «مرآه‌ن» و «مخاطره»، قاعدتاً بازی‌هایی را می‌توان مصداق قمار دانست که در آن‌ها احتمال خطر وجود داشته باشد (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص. ۷۵۱؛ حسینی زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص. ۴۲۱).

بنابراین، در تعریف قمار مفهوم «مخاطره» نیز باید در نظر گرفته شود. شاید علت اینکه فقهای شیعه - برخلاف اهل تسنن - در تعریف قمار نوعاً به این مفهوم اشاره نکرده‌اند، این باشد که مفهوم مخاطره در درون معنای «مرآه‌ن» (رهان) وجود داشته است.

مخاطره به معنای این است که دو نفر در کاری بزرگ دست به خطر بزنند؛ در اینجا یعنی هریک از طرفین قمارکننده، مال خود را در معرض خطر از دست رفتن قرار می‌دهد. از محدود افرادی که مفهوم مخاطره را به صورت مفهومی مستقل مورد بررسی قرار داده، شهید صدر است. از نظر وی، تحریم قمار و درآمدهای ناشی از آن در اسلام به دلیل عدم مشروعیت مخاطره است (صدر، ۱۴۱۷ق، ص. ۶۰۳).

البته باید در نظر داشت که عقود دارای سطوح مختلفی از میزان مخاطره هستند. قراردادهای با مخاطره و ریسک^۱ پایین، شایان چشم‌پوشی هستند، اما با پررنگ شدن عنصر مخاطره است که قواعد و مقررات سخت‌تری برای آن در نظر گرفته می‌شود. تا جایی که قانون‌گذار از قراردادهای با مخاطره و ریسک‌های اغماض‌ناپذیر منع کرده است (حکمت‌نیا، و نظری علوم، ۱۳۹۶، صص. ۲۶-۵).

براین اساس، می‌توان گفت قمار هنگامی محقق می‌شود که طرف‌های مسابقه، خود اقدام به گروگذاری کنند نه آنکه طرفی خارج از بازی گرو قرار دهد؛ زیرا در این صورت بازنده ملزم به چیزی نمی‌شود و اساساً مفهوم مخاطره و ریسک نسبت به او معنی نمی‌یابد. برای همین بازی‌های متعارفی مانند فوتبال، کشتی و... را نمی‌توان از مصداق قمار دانست؛ زیرا در آن‌ها جایزه را طرف خارج از بازی می‌دهد؛ البته در همین بازی‌ها اگر طرف‌های بازی خود گروگذاری کنند به نوعی که عرفاً با مخاطره همراه باشد، بازی آن‌ها مصداق قمار خواهد بود.

۱. به نظر می‌رسد مخاطره و ریسک مفاهیمی مترادف دارند (حکمت‌نیا و نظری علوم، ۱۳۹۶، ص. ۸).

۶.۱.۲. شانس در آن دخالت دارد.

یکی از ویژگی‌های قمار، شانسی بودن آن است؛ به طوری که در آغاز بازی طرفین برای مالک شدن رهان، شانس مساوی دارند، اما با شروع بازی توانایی هریک بر تملک مال گرو گذاشته شده تأثیر می‌گذارد. باید توجه داشت در عقود شانسی مثل قمار نه تنها قصد انتقال مال به طرف دیگر وجود ندارد، بلکه برعکس تا آخرین لحظه مسابقه، هر دو طرف قصد تملک مال طرف مقابل و همچنین، حفظ ملکیت خود را دارند (پیرهادی، ۱۳۸۹). در واقع، نبود قصد تملیک و تملک از طرفین، عقد بودن آن را نیز در هاله‌ای از ابهام قرار می‌دهد. از سوی دیگر، در اقتصاد اسلامی، سود فقط از مال، کار و ضمان حاصل می‌شود و براین اساس می‌توان به تبیین اثر مخاطره در استحقاق سود و ارتباط میان سود و مخاطره پرداخت. تفاوت مهم میان ریسک حلال و حرام این است که ریسک حلال بر پایه سرمایه یا کار استوار است، اما ریسک حرام مانند قمار، به سرمایه یا کار تکیه ندارد، بلکه به شانس خالص متکی است (موسوی و رئیسی، ۱۳۹۷).

۷.۱.۲. میسر بودن

یکی از مشخصات قمار «میسر بودن» آن است. واژه «میسر» از نظر مشهور لغویان مصدر میمی است که از ریشه «یسر» به معنای آسانی در مقابل سختی (عسر) گرفته شده است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص. ۲۹۵). از آنجاکه مال به دست آمده از راه قمار به آسانی و بدون زحمت به شخص برنده می‌رسد، از قمار تعبیر به میسر شده است (زمخشری، ۱۳۹۹، ج ۱، ص. ۲۶۱؛ طباطبایی، ۱۳۹۰، ج ۲، ص. ۱۹۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص. ۲۲). از این رو به قمارباز «یاسر» می‌گویند (ابن اثیر جزری، ۱۳۹۹ق، ج ۵، ص. ۲۹۶)؛ زیرا برنده از این راه درآمدی را مفت، از آن خود می‌کند. برای مثال، در قمار با نرد، فردی قاپ (طاس) را می‌اندازد و با این انداختن، گاه پول هنگفتی را از آن خود می‌کند. اسلام اکتساب ثروت و انتقال مال را از یکی به دیگری به گونه یادشده و بدون زحمت ممنوع کرده است و آن را مشروع نمی‌داند. از این رو چه بسا بتوان گفت خداوند در قرآن کریم به جای کلمه «قمار» از واژه «میسر» استفاده کرده است تا به نوعی به وجه حرمت این عمل اشاره‌ای داشته باشد.

نکته مهم این است که معنای حقیقی میسر در اصطلاح دینی، فعل قمار کردن است نه ابزار

قمار؛ زیرا بر اساس آیه ۲۱۹ سوره بقره^۱، همان‌گونه که نوشیدن خمر در عین داشتن ضررهای فراوان، منافعی نیز دارد، قمار (نه ابزار قمار) نیز دارای منافعی است. همچنین، بر اساس آیات ۹۰ و ۹۱ سوره مائده^۲، قمار است که موجب عداوت و بغضا می‌شود نه ابزار قمار. بنابراین، در کاربرد قرآنی میسر مطلقاً به معنای آلت استعمال نشده و اگر در برخی از روایات چنین معنایی برای میسر در نظر گرفته شده است^۳، این استعمال به قرینه مشارفت مجازی خواهد بود.

۲.۲. بررسی وجود مشخصات قمار در استخراج رمزارزها

پیش از پاسخ به این پرسش که آیا مشخصات قمار در استخراج رمزارزها وجود دارند یا خیر، لازم است مقدمتاً به چرایی نیاز به ماینرها در فرایند استخراج اشاره کنیم. برخلاف ارزهای چایی که دو بار خرج کردن آن معنی ندارد، در ارزهای دیجیتالی امکان کپی و بازتولید آن وجود دارد. از آنجاکه بیت‌کوین‌ها در واقع رکوردهای دیجیتالی هستند، خطر کپی کردن، جعل یا دو بار خرج کردن رمزارز - که غیرقانونی است - وجود دارد. براین اساس، برای بیت‌کوین و دیگر رمزارزها این خطر وجود دارد که خرج‌کننده بتواند رمزارز خود را کپی کند و درحالی‌که هنوز نسخه اصلی را نگاه داشته است، به طرف دیگر ارسال کند. رفع مشکل دو بار خرج کردن نیازمند اجماع نودها در مورد سابقه معاملات است. مالکیت رمزارز را می‌توان از طریق رمزنگاری کلید عمومی به صورت ریاضی اثبات کرد. باین حال، رمزنگاری به تنهایی نمی‌تواند تضمین کند رمزارز خاصی پیش‌تر برای شخص دیگری ارسال نشده باشد. ماینینگ این مشکلات را حل می‌کند. ماینرها تراکنش‌ها را بررسی می‌کنند تا مطمئن شوند که کاربران به طور غیرقانونی سعی نکرده باشند رمزارزی را دو بار خرج کنند. در واقع، استخراج رمزارزها راهی برای پشتیبانی از اکوسیستم رمزارزهای قابل استخراج به شمار می‌رود (کنت و همکاران، ۱۴۰۰،

۱. «يَسْئَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِنَّهُمَا كَبَرٌ مِّن نَّفْعِهِمَا».

۲. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تَفْلِحُونَ * إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنتُمْ مَنتهُونَ».

۳. از حضرت باقر (علیه السلام) نقل شده است که پیامبر (صلی الله علیه و آله) در معنای میسر فرموده‌اند «هر چیزی که با آن قمار شود حتی طاس‌های تخته‌نرد و گردو». (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۱۲۲) و «مُعَمَّرِينَ خُلَادَ از حضرت کاظم (علیه السلام) نقل کرده است «بازی‌های نرد، شطرنج و اربعه عشر حکم یکسانی دارند و هر چیزی که با آن قمار شود، میسر است» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۴۳۵؛ عیاشی، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۳۳۹).

ص. ۸۷؛ فضلی و همکاران، ۱۳۹۸، ص. ۸۵).

افزون بر پاداش، ماینرها از هر تراکنش موجود در یک بلوک کارمزد دریافت می‌کنند. به‌طورکلی، عملیات استخراج برای حفظ دفتر کل تراکنش‌هایی که بیت‌کوین بر آن استوار است، ضروری است. هیچ مرجع مرکزی مانند بانک، دادگاه، دولت یا هر چیز دیگری وجود ندارد که تعیین کند کدام تراکنش بیت‌کوین معتبر است و کدام معتبر نیست. در عوض، فرایند استخراج بیت‌کوین به اجماعی غیرمتمرکز از طریق اثبات کار (PoW) دست می‌یابد.

در واقع، ماینرها اساساً برای کار خود به‌عنوان حسابرس دستمزد دریافت می‌کنند. آن‌ها کار تأیید مشروعیت تراکنش‌های بیت‌کوین را انجام می‌دهند. ماینرها با تأیید تراکنش‌ها به جلوگیری از مشکل دو بار خرج کردن کمک می‌کنند. ایده‌ای که در پس تأیید اطلاعات تراکنش بیت‌کوین وجود دارد، جلوگیری از خرج کردن یک دارایی در چند تراکنش است. استخراج‌کنندگان بیت‌کوین با حل مسائل ریاضی پیچیده، شبکه ارز دیجیتال را با تأیید اطلاعات تراکنش‌های آن قابل اعتماد می‌کنند. استخراج، افزون بر پوشش سود ماینرها و پشتیبانی از اکوسیستم رمزارزها، هدف حیاتی دیگری نیز دارد؛ استخراج تنها راه عرضه ارزهای دیجیتال جدید است. به‌عبارت‌دیگر، ماینرها اساساً در حال ضرب رمزارزها هستند. به‌غیر از رمزارزهایی که در بلوک پیدایش ضرب شدند، تک‌تک رمزارزها توسط استخراج‌کنندگان به‌وجود آمده‌اند.

با این مقدمه می‌توان به‌صراحت قمار بودن رمزارزها را زیر سؤال برد؛ زیرا

۱. استخراج رمزارزها برخلاف قمار، بازی نیست؛ زیرا همان‌طور که گفته شد، «لعب» به معنای عملی است که در آن انگیزه صحیح و غرض عقلایی و اساساً منفعتی موجود نباشد درحالی‌که در استخراج رمزارزها غرض و منفعت عقلایی وجود دارد؛ زیرا این عمل افزون بر ایجاد درآمد برای استخراج‌کنندگان، به تأمین امنیت، ایجاد رمزارز جدید و جلوگیری از خرج دوباره رمزارز کمک می‌کند و بدون حضور آن‌ها، اکوسیستم رمزارزها معیوب می‌شود و از کار می‌افتد.

۲. در استخراج رمزارزها، راهنه وجود ندارد و چیزی از جانب دو طرف در رهن قرار داده نشده است تا در صورتی‌که یکی از طرفین نتوانست عملی انجام دهد، طرف دیگر به‌عنوان برنده گرو را از آن خود کند، بلکه در استخراج رمزارزها، فردی اقدام به عمل استخراج می‌کند و در

صورت موفقیت، رمزارز از جانب تعریف‌کننده ساختار رمزارز به او تعلق می‌گیرد و در صورتی که نتواند این عمل را انجام دهد، تنها اتفاقی که می‌افتد این است که به رمزارز وعده داده شده نخواهد رسید، اما چیزی به عنوان گرو قرار داده نشده است تا فرد در صورت شکست آن را به ایجادکننده رمزارز بپردازد و تنها ضرر استخراج‌کننده در این صورت، هزینه زمانی و مالی است که برای استخراج رمزارز گذاشته است.

۳. همان‌طور که در بحث از بردوباخت در قمار گذشت، تنها بردوباخت مالی ملاک صدق قمار است و این موضوع تنها در صورتی محقق می‌شود که رهانی در میان باشد حال آنکه بر اساس تبیینی که از فرایند استخراج رمزارزها صورت گرفت، اگر فرد استخراج‌کننده را به عنوان یکی از طرفین و سیستم را به عنوان طرف دیگر در نظر بگیریم، در هر صورت بردوباخت معنی نخواهد داشت؛ زیرا استخراج‌کننده رمزارز هیچ مالی را به عنوان گرو قرار نمی‌دهد تا بردوباخت برای او معنی داشته باشد. از سوی دیگر، در صورت تحقق استخراج و پرداخت پاداش به استخراج‌کننده و با توجه به اینکه از پدیده استخراج رمزارزها منافی (مانند تأمین امنیت) عاید سیستم رمزارزها می‌شود (کنت و همکاران، ۱۴۰۰، ص. ۸۷؛ فضلی و همکاران، ۱۳۹۸، ص. ۸۵)، باز نمی‌توان بردوباخت را نسبت به سیستم مطرح کرد. بله؛ شاید برد بر فردی که استخراج را انجام می‌دهد نسبت به افرادی که نتوانسته‌اند زودتر از وی استخراج کنند، صدق کند، اما رقیبان او بازنده نیستند (هرچند متحمل هزینه زیادی برای استخراج رمزارز شده‌اند)؛ زیرا در این صورت نیز مالی به عنوان گرو در میان رقابت‌کنندگان برای استخراج گذاشته نشده است تا در صورت عدم موفقیت در استخراج رمزارزها، آن مال را از دست بدهند.

۴. درست است که در استخراج رمزارزها برای حل سریع‌تر معادله و دریافت پاداش، رقابت و مسابقه وجود دارد و تنها به شخصی که توانسته باشد زودتر از بقیه به این مهم دست یابد، پاداش تعلق می‌گیرد، اما باید در نظر داشت که این نوع مسابقه در جعاله عام نیز وجود دارد. در آنجا جاعل، ایجابی عام صادر می‌کند و هر شخصی که بتواند زودتر از بقیه درخواست مورد نظر موجب را انجام دهد، به جعل قرار داده‌شده توسط جاعل دست خواهد یافت. در واقع، وجود رقیب از مقومات مسابقه است حال آنکه در استخراج بدون وجود رقیب نیز دستیابی به نتیجه متصور است. به بیان دقیق‌تر، در مسابقه وجود رقیب «به شرط شیء» است و در

استخراج رمزارزها، «لا به شرط».

۵. درباره وجود مخاطره و ریسک‌های موجود در استخراج رمزارزها نیز باید گفت که وجود اصل ریسک در فعالیت‌های تجاری عادی و متعارف است و انسان برای دستیابی به منافع ناگزیر از ریسک است و دست‌کم بیشتر معاملات امروزی بر پایه آن انجام می‌شود؛ البته ریسک پذیرفته‌شده نزد عقلا بی‌حدومرز نیست و تا جایی است که موجب به وجود آمدن موقعیت‌های پرخطر و ضررهای اغماض‌ناپذیر نشود که در این صورت معمولاً انسان‌ها نه تنها حداکثر سود مورد انتظار خود را کسب نمی‌کنند، بلکه دچار خسارت نیز می‌شوند.

در تمام قراردادهای عنصر مخاطره و احتمال عدم رسیدن به نتایج مطلوب برای هریک از طرفین وجود دارد؛ البته گفتنی است احتمال نرسیدن به مطلوب مقادیر گوناگونی دارد؛ عقود و قراردادهای درست‌کمترین مخاطره را در هنگام عقد قرارداد دارند که این مقدار مخاطره جای توجه و آسیب نخواهد بود. هرچه عنصر مخاطره شدیدتر باشد، قواعد و مقررات دشوارتر می‌شوند. اسلام از تجارت‌های کم‌ریسک حمایت کرده و با قراردادهای پرریسکی مانند قمار به شدت به مقابله برخاسته است.

براین اساس، می‌توان گفت پدیده ماینینگ در رمزارزها به‌اندازه فعل قمار پرخطر نیست؛ زیرا با اینکه در استخراج رمزارزها، فرد استخراج‌کننده متحمل هزینه‌های زیادی برای تأمین ابزارهای مورد نیاز خود مانند تهیه دستگاه‌های ماینینگ و نیز پرداخت هزینه بالای برق می‌شود، اما با در نظر گرفتن شرایط معمول، تحمل چنین هزینه‌هایی طبیعی است و به‌عنوان هزینه‌های نامتعارف در کسب‌وکار شناخته نمی‌شود. همچنین، در صورت عدم موفقیت استخراج‌کننده، امکان فروش ابزارهای یادشده برای وی وجود خواهد داشت.

۶. در عقود شانس‌ی مثل قمار نه‌تنها قصد انتقال مالی به طرف دیگر وجود ندارد، بلکه برعکس تا آخرین لحظه مسابقه، هر دو طرف قصد تملک مال طرف مقابل و نیز حفظ ملکیت خود را دارند درحالی‌که در استخراج رمزارزها، اساساً چنین قصدی وجود ندارد.

۷. درباره میسر بودن استخراج رمزارزها نیز باید گفت زمانی عملی میسر به شمار می‌آید که با انجام دادن آن عمل، درآمدی مفت‌عاید فرد شود بدون اینکه برای به دست آوردن آن زحمت‌کشیده باشد، اما این مشخصه در استخراج رمزارزها مفقود است؛ زیرا برای اینکه فرد

بتواند رمزارزی استخراج کند، باید برای آن زمان و هزینه زیادی صرف کند. تا جایی که با گذر زمان و همچنین، محدود بودن استخراج رمزارزها، فرایند ماینینگ دشوارتر می‌شود؛ زیرا هر رمزارز قابل استخراجی به‌منظور کنترل تورم، فرایندی به نام «هاوینگ» دارد که موجب می‌شود با گذر زمان مقرر، پاداش استخراج‌کننده نصف شود. برای مثال، پاداش استخراج بیت‌کوین پس از استخراج هر ۲۱۰۰۰۰ بلاک (تقریباً پس از هر چهار سال) نصف می‌شود و برای تضمین اینکه بلاک‌ها خیلی تند استخراج نشوند، سختی ماینینگ افزایش می‌یابد. سختی ماینینگ در واقع، به دشواری حل پازل ریاضی و تولید بیت‌کوین اشاره دارد. همچنین، دشواری استخراج بر نرخ تولید بیت‌کوین نیز تأثیر می‌گذارد. دشواری استخراج هر ۲۰۱۶ بلاک تقریباً هر دو هفته یک بار تغییر می‌کند. سطح دشواری کشف و استخراج بیت‌کوین، به میزان کارآمدی ماینرها در چرخه قبلی و نیز تعداد ماینرهای جدید بستگی دارد (فضلی و همکاران، ۱۳۹۸، ص. ۸۷؛ هلاکویی و حیدریان، ۱۴۰۰، ص. ۵۴).

نتیجه‌گیری

بررسی ویژگی‌های قمار، ماهیت‌شناسی ماینینگ (فرایند استخراج رمزارزها) و نیز انطباق‌سنجی میان این دو نشان می‌دهد که مشخصات قمار در استخراج رمزارزها وجود ندارد؛ زیرا:

- با توجه به منفعت عقلایی که استخراج رمزارزها برای اکوسیستم رمزارزها و ادامه حیات آن دارد، نمی‌توان آن را «لعب» (بازی) - که از مشخصات قمار است - به شمار آورد.
- پاداشی را که در فرایند استخراج رمزارز به ماینر تعلق می‌گیرد، نمی‌توان از باب «مراهنه» (گروگذاری) تلقی کرد؛ زیرا در قمار، طرفین/اطراف چیزی را به‌عنوان گرو قرار می‌دهند و فرد برنده تمام آن را برمی‌دارد درحالی‌که در استخراج رمزارزها چنین چیزی نیست.
- تنها بردو باخت مالی ملاک صدق قمار است و این موضوع تنها در صورتی محقق می‌شود که رهانی در میان باشد حال‌آنکه بر اساس تبیینی که از فرایند استخراج رمزارزها صورت گرفت، اگر فرد استخراج‌کننده را به‌عنوان یکی از طرفین و سیستم را به‌عنوان طرف دیگر در نظر بگیریم، در هر صورت بردو باخت معنی نخواهد داشت.
- مسابقه موجود در استخراج رمزارزها مانند مسابقه در جعاله عام است و مسابقه نامشروعی در آن اتفاق نمی‌افتد؛ زیرا قوام مسابقه به وجود رقیب به‌شرط شیء است، حال‌آنکه در استخراج

رمزارزها، وجود رقیب لا به شرط است.

- ادعای اینکه فرد استخراج‌کننده در صورت عدم موفقیت، تمام هزینه‌هایی که متحمل شده است، بیهوده بوده و بازنده‌ای بزرگ است، پذیرفته نیست؛ زیرا استخراج‌کننده در فرایند استخراج چیزی را به‌عنوان گرو قرار نداده است، بلکه هر آنچه از دست می‌دهد هزینه تأمین، نگهداری و استخراج رمزارزهاست و وقتی بازنده‌ای وجود ندارد، اساساً مفهوم مخاطره و ریسک نسبت به او معنی نخواهد یافت.

- برخلاف عقود شانس مانند قمار - که در آن هیچ‌یک از طرفین تا آخرین لحظه قصد تملیک نداشته، بلکه قصد تملک مال طرف مقابل را دارند - در استخراج رمزارزها طرفین قصد انجام دادن فعل استخراج و تملیک پاداش به استخراج‌کننده را دارند و از این رو نمی‌توان آن را شانس دانست.

- اینکه استخراج‌کننده بدون هیچ تلاشی و تنها با راه‌اندازی سیستم به پاداش می‌رسد، موجب تحقق مفهوم میسر نمی‌شود؛ زیرا در استخراج رمزارزها فرد باید هزینه و زمان زیادی صرف کند و پاداش دریافتی وی مفت و به‌آسانی نیست. از این گذشته، با وجود پدیده «هاوینگ» در فرایند استخراج، عمل استخراج روزبه‌روز دشوارتر می‌شود.

- ناگفته نماند که منطبق نبودن ماینینگ با قمار به معنای مشروعیت فرایند استخراج رمزارزها نیست و در این باره چالش‌های دیگری مانند «اکل مال به باطل بودن» و «مالیت نداشتن» رمزارزها وجود دارد که در جستارهای جداگانه‌ای باید بدان‌ها پرداخته شود.

منابع

- ۱) قرآن کریم.
- ۲) ابن اثیر جزری، مبارک بن محمد (۱۳۹۹ق). *النهاية في غريب الحديث والاثار* (جلدهای ۴ و ۵). بیروت: المكتبة العلمية.
- ۳) ابن تیمیه، احمد (۱۴۰۸ق). *الفتاوى الكبرى* (جلد ۱). بی جا: دارالکتب العلمیه.
- ۴) ابن فارس، احمد بن فارس (۱۴۰۴ق). *معجم مقاییس اللغة* (جلدهای ۵ و ۶). قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
- ۵) ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق). *لسان العرب* (جلدهای ۱، ۵ و ۱۰). چاپ ۳، بیروت: دارالفکر للطباعة والنشر والتوزیع و دار صادر.
- ۶) اخوان، پیمان (۱۳۹۸). *ارزهای دیجیتال: بیت کوین، بلاک چین و مفاهیم پایه*. بی جا: انتشارات آتی نگر.
- ۷) اعرافی، علیرضا (۱۳۹۵). *مکاسب محرمة*. بی جا: مؤسسه اشراق و عرفان.
- ۸) امامی، میرسیدحسن (۱۳۹۹). *کلیات حقوق مدنی*. تهران: مجد.
- ۹) انصاری، مرتضی (بی تا). *کتاب مکاسب* (جلدهای ۱ و ۲). بی جا: تراث الشیخ الاعظم.
- ۱۰) ایروانی نجفی، میرزا علی (۱۳۸۴). *حاشیه مکاسب* (جلد ۱). تهران: کیا.
- ۱۱) بارامبا، جوزف؛ آلن، پاتول (۱۳۹۹). *مهدی عینی، ترجمه*. بلاک چین یک راهنمای کاربردی برای توسعه راه حل های تجاری، قانونی و تکنولوژی. تهران: انتشارات و پژوهشگاه عالی دفاع ملی و تحقیقات راهبردی.
- ۱۲) بحرانی، یوسف بن احمد (۱۳۶۳). *الحدائق الناضرة في احكام العترة الطاهرة*. قم، جماعة المدرسين في الحوزة العلمية و مؤسسه النشر الاسلامی.
- ۱۳) پیرهادی، محمدرضا (۱۳۸۹). *عقد احتمالی با تأکید بر بیع احتمالی*. تحقیقات حقوق بین المللی، دوره ۳، پیاپی ۷.
- ۱۴) تبریزی، جواد (۱۳۹۹). *ارشاد الطالب الى تعليق المكاسب*. قم: مطبعه مهر.
- ۱۵) جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۴۰۰). *ترمینولوژی حقوق*. چاپ ۳۵، تهران: مجد.
- ۱۶) چگینی، مهدی (۱۳۹۸). *قماربازی در فضای مجازی از نظر حقوق کیفری*، مجلس و راهبرد، سال ۲۶، شماره ۱۰۰.
- ۱۷) حاجی ملامیرزایی، حامد و همکاران (۱۳۹۹). *بلاک چین*. تهران: انتشارات دانشگاه عالی دفاع ملی و تحقیقات راهبردی.
- ۱۸) حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق). *تفصیل وسائل الشیعة الى تحصیل مسائل الشریعة*. قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام لاحیاء التراث.

- ۱۹) حرانی حلبی، ابو محمد حسن بن علی بن حسین بن شعبه (۱۳۸۲). تحف العقول. قم: آل علی (علیه السلام).
- ۲۰) الحرانی، احمد بن عبدالحلیم بن تیمیه (۲۰۰۳م). مجموع الفتاوی. بی‌جا: دار اضواء السلف.
- ۲۱) حسینی زبیدی، محمد مرتضی (۱۴۱۴ق). تاج العروس من جواهر القاموس (جلدهای ۲ و ۷). بیروت: دارالفکر.
- ۲۲) حسینی عاملی، محمد جواد بن محمد (۱۴۱۹ق). مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة (ط الحدیثة). قم: جماعة المدرسين فی الحوزة العلمیه و مؤسسه النشر الاسلامی.
- ۲۳) حکمت‌نیا، محمود و نظری علوم، میثم (۱۳۹۶). واکاوی مفهوم مخاطره در قراردادهای با تأکید بر مفاهیم قمار و غرر، پژوهشنامه حقوق اسلامی؛ سال ۱۸، شماره ۲، پیاپی (۴۶)، صص. ۵-۲۶. doi:10.30497/law.2018.2140
- ۲۴) حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ق). تذکرة الفقهاء (ط الحدیثة). قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث.
- ۲۵) خمینی، سید روح‌الله (۱۴۳۴ق). المكاسب المحرمة. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- ۲۶) خوبی، سید ابوالقاسم (۱۳۷۷). مصباح الفقاهة (جلد ۱). قم: مکتبه‌الداوری.
- ۲۷) راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ق). مفردات الفاظ القرآن. چاپ ۲، بیروت - دمشق: دارالقلم - الدار الشامية.
- ۲۸) زمانی فراهانی، مجتبی (۱۳۸۹). پول، ارز و بانکداری. تهران: انتشارات ترمه.
- ۲۹) زمخشری، محمود (۱۳۹۹). اساس البلاغة (جلد ۱). بیروت: دار صادر.
- ۳۰) شفاعی نجف آبادی، محمد (۱۳۹۹ش). ارزهای دیجیتال. تهران: انتشارات گنجور.
- ۳۱) شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳ق). مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام (جلد ۳). قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- ۳۲) صاحب بن عبّاد، اسماعیل (۱۴۱۴). المحيط فی اللغة، بیروت: عالم الكتاب.
- ۳۳) صافی، لطف‌الله (۱۴۲۸ق). هداية السائل. قم: مکتب سماحة آیت‌الله العظمی الصافی گلپایگانی.
- ۳۴) صدر، محمدباقر (۱۴۱۷ق). إقتصادنا، قم: مکتب الإعلام الإسلامی.
- ۳۵) طباطبایی، سید محمدحسین (۱۳۹۰). المیزان فی تفسیر القرآن. لبنان: مؤسسة الأعلمی للمطبوعات.
- ۳۶) طبرسی، فضل بن حسن (۱۳۷۲). مجمع البیان فی تفسیر القرآن. چاپ ۳، تهران: ناصر خسرو.
- ۳۷) طبری، محمد بن جریر (۱۴۱۲ق). جامع البیان فی تفسیر القرآن (تفسیر الطبری). بیروت: دارالمعرفة.
- ۳۸) طریحی، فخرالدین بن محمد (۱۳۷۵). مجمع البحرین و مطلع النیرین (جلد ۳). چاپ ۳، تهران: مرتضوی.
- ۳۹) عیاشی، محمد (۱۳۸۰). تفسیر العیاشی، تهران: المطبعة العلمیه.

- ۴۰) فاضل مقداد، مقدادین عبدالله (۱۴۰۴ق). التنقیح الرائع لمختصر الشرائع. قم: مكتبة آيت الله العظمى المرعشي النجفی (رحمت الله عليه).
- ۴۱) فخر رازی، محمد (۱۴۲۰ق). التفسیر الکبیر (جلد ۶). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ۴۲) فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۰۹ق). کتاب العین (جلدهای ۴، ۵، ۷ و ۸). چاپ ۲، قم: هجرت.
- ۴۳) فضلی، حسن، چمندار، مهدی، زمردی منور، مهدی (۱۳۹۸). بلاکچین و رمز ارزها. تهران: انتشارات ناقوس.
- ۴۴) فیومی، احمد بن محمد (۱۴۱۴ق). المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر (جلد ۲). چاپ ۲، قم: مؤسسه دارالهجرة.
- ۴۵) قرشی بنایی، علی اکبر (۱۴۱۲ق). قاموس قرآن. چاپ ۶، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- ۴۶) قمی، ابوجعفر محمد بن علی بن حسین بن بابویه (۱۴۱۶ق). الخصال. قم: جماعة المدرسين بقم و مؤسسه النشر الاسلامی.
- ۴۷) کلینی، محمد (۱۴۰۷ق). الکافی. تهران: دارالکتب الإسلامیة.
- ۴۸) کاشف الغطاء، جعفر (۱۴۲۰ق). شرح الشیخ جعفر علی قواعد العلامة ابن المطهر. نجف: الذخائر.
- ۴۹) کنت، پیترو؛ بین، تیلور (۱۴۰۰). استخراج ارز دیجیتال (محمد حسین صالحی، ترجمه). بی جا: نشر مهربان.
- ۵۰) مجلسی، محمدباقر (۱۴۰۳ق). بحار الانوار، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ۵۱) محقق کرکی، علی (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- ۵۲) مصطفوی، حسن (۱۳۶۸). التحقیق فی کلمات القرآن الکریم (جلد ۹). تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- ۵۳) مقدس اردبیلی، احمد بن محمد (بی تا). مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان (جلد ۸). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ۵۴) مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۱). تفسیر نمونه. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- ۵۵) ملحم، سلیمان (بی تا). القمار حقیقتة و احکامه. ریاض: دار کنوز اشبیلیا.
- ۵۶) موسوی خوانساری، سید احمد (۱۳۵۵). جامع المدارک فی شرح المختصر النافع (جلد ۳). تهران: مكتبة الصدوق.
- ۵۷) موسوی سبزواری، سید عبدالاعلی (بی تا). مذهب الأحكام فی بیان حلال و الحرام، قم: دار التفسیر.
- ۵۸) موسوی، سید محمد صادق و رئیس، روح الله (۱۳۹۷). تحلیل فقهی و اخلاقی ریسک تجاری و مقایسه آن با غرر با تأکید بر قواعد عام درآمدزایی مخاطره. پژوهش‌های اخلاقی، سال ۸، شماره ۴.

- ۵۹) نجفی، محمدحسن (۱۳۶۲). جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام (جلدهای ۲۲ و ۴۱). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ۶۰) نراقی، احمد (۱۴۱۵ق). مستند الشیعة فی احکام الشریعة (جلد ۱۴). قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام).
- ۶۱) نکونام، محمدرضا (۱۳۹۱). قمار. تهران: صبح فردا.
- ۶۲) نوری، حسین‌بن‌محمد تقی (۱۴۰۸ق). مستدرک الوسائل، بیروت: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام لاحیاء التراث.
- ۶۳) هاشمی شاهرودی، محمود (۱۳۸۲). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل‌بیت(ع)، قم: موسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل‌بیت(ع).
- ۶۴) هدائی، علیرضا؛ سلطانی فرد، جواد و محمدی، احمد (۱۴۰۳). بازپژوهی معاشناختی «قمار» در فقه امامیه. پژوهش‌های فقهی، سال ۲۰، شماره ۲.
- ۶۵) هلاکویی، محمد و حیدریان، نکیسا (۱۴۰۰). دانشنامه جامع ارز دیجیتال. اصفهان: رهنج.
- ۶۶) هلاکویی، محمد و محمدی، شبنم (۱۳۹۹). امپراتوری بلاک‌چین. اصفهان: انتشارات زهنج.

References

- 1) The Holy Quran.
- 2) Akhvān, Peymān (1398 SH). Arz'hā-ye Dījītāl: Bit-Coin, Block-Chain va Mafāhīm Pāyeh [Digital Currencies: Bitcoin, Blockchain, and Basic Concepts]. n.p.: Enteshārāt Āti Negar [in Persian].
- 3) al-Ḥarānī, Aḥmad b. 'Abd al-Ḥalīm b. Taymīya (2003). Majmū' al-Fatāwā. n.p.: Dār Aḍwā' al-Salaf [in Arabic].
- 4) Ansārī, Morteżā (n.d.). Kitāb al-Makāsib (Volumes 1 & 2). n.p.: Turāth al-Sheikh al-A'zam [in Arabic].
- 5) A'rafī, 'Alī Rezā (1395 SH). Makāsib Muḥarramah. n.p.: Mo'asseseh Eshrāq va 'Erfān [in Arabic].
- 6) 'Ayāšī, Moḥammad (1380 SH). Tafsīr al-'Ayāšī. Tehrān: al-Maṭba'a al-'Elmīya [in Arabic].
- 7) Baḥrānī, Yūsuf-bin-Aḥmad (1363 SH). Al-Ḥadā'iq al-Nāḍirah fī Aḥkām al-'Itrah al-Ṭāhīrah. Qom, Jamā'at al-Mudarrisīn fī al-Ḥawzah al-'Ilmīyah & Mo'assasat al-Nashr al-Islāmī [in Arabic].
- 8) Baramba, Joseph; Allen, Paul (1399 SH) (Mahdī Aynī, Trans.). Block-Chain Yek Rahnamā-ye Karbordī barāye Towse'eh-e Rah-ḥal-hā-ye Tejārī, Qānūnī va Teknolożhī [Blockchain: A Practical Guide for Developing Business, Law, and Technology Solutions]. Tehrān: Enteshārāt va Pazhūheshgāh-e 'Ālī Defā' Mellī va Taḥqīqāt-e Rahbordī [in Persian].
- 9) Čeginī, Mehdi (1398 SH). Qomārbāzī dar Fazā-ye Majāzī az Nazar-e Hoqūq-e Keyfīrī [Gambling in Cyberspace from the Perspective of Criminal Law]. Majles va Rāhbarī [Parliament and Strategy], 26 (100), pp. 1-24. [in Persian].
- 10) Emāmī, MīrsayyedḤasan (1399 SH). Koliyāt-e Hoqūq-e Madanī [General Principles of Civil Law]. Tehrān: Majd [in Persian].
- 11) Fakhr Rāzī, Moḥammad (1420 AH). al-Tafsīr al-Kabīr (Volume 6). Bayrūt: Dār Eḥyā' al-Torāṭ al-'Arabī [in Arabic].
- 12) Farāhīdī, Ḳalīl b. Aḥmad (1409 AH). Ketāb al-'Ayn (Volumes 4, 5, 7 and 8). 2nd ed., Qom: Hejrat [in Arabic].
- 13) Fayyūmī, Aḥmad b. Moḥammad (1414 AH). al-Meṣbāḥ al-Monīr fī Ġarīb al-Šarḥ al-Kabīr (Volume 2). 2nd ed., Qom: Mo'assasat Dār al-Hejra [in Arabic].
- 14) Fāzel Meqdād, Moqdād b. 'Abd Allāh (1404 AH). al-Tanqīḥ al-Rā'e' le-Mokṭaşar al-Šarāye'. Qom: Maktabat Āyatollāh al-'Ozmā al-Mar'ašī al-Najafī (raḥmat Allāh 'alayh) [in Arabic].
- 15) Fazlī, Ḥasan, Čamandār, Mehdi, Zomorodī Monvar, Mehdi (1398 SH). Block-čeyn va Ramz Arz-hā [Blockchain and Cryptocurrencies]. Tehrān: Enteshārāt-e Nāqūs [in Persian].
- 16) Ḥājī-Molāmīrzā'ī, Hāmed et al. (1399 SH). Block-čeyn [Blockchain]. Tehrān: Enteshārāt-e Dānešgāh-e 'Ālī Defā'-e Mellī va Taḥqīqāt-e Rāhbarī [in Persian].
- 17) Halākū'ī, Moḥammad and Moḥammadi, Šabnam (1399 SH). Emperātorī-ye Block-čeyn [Blockchain Empire]. Ešfahān: Enteshārāt-e Zehnej [in Persian].
- 18) Ḥarānī Ḥalabī, Abū Moḥammad Ḥasan b. 'Alī b. Ḥosayn b. Šo'ba (1382 SH). Toḥf al-'Oqūl. Qom: Āl 'Alī ('Alayhem al-Salām) [in Arabic].

- 19) Hāšemī Šāhrūdī, Maḥmūd (1382 SH). Farhang-e Foqah-e Motābeq ba Mazhab-e Ahl-e Bayt [Jurisprudence Dictionary According to the School of Ahl al-Bayt]. Qom: Mowassasat Dāyerat al-Ma‘āref-e Foqah-e Eslāmī bar Mazhab-e Ahl-e Bayt [in Persian].
- 20) Hedā’ī, ‘Alī Rezā; Solṭānī Fard, Javād and Moḥammadī, Aḥmad (1403 SH). Bāzpažūhī-ye Ma‘nāšenāktī-ye «Qomār» dar Foqah-e Emāmīya [Semantic Reinvestigation of “Gambling” in Imami Jurisprudence]. Pažūheš-hā-ye Foqahī [Jurisprudential Research], 20 (2), pp. 9-38. [in Persian].
- 21) Ḥekmat-Niā, Maḥmūd and Nazari ‘Olūm, Meyṭam (1396 SH). Vākāvī-ye Mafhūm-e Moqāṭere dar Qarārdādhā bā Tākīd bar Mafāhīm-e Qomār va Ġarar [Explaining the concept of risk in Islamic legal system with emphasis on Gharar and gamble concepts]. Pažūheš’name-ye Hoqūq-e Islāmī [Journal of Islamic Law Research], 18 (2), pp. 5-26. doi:10.30497/law.2018.2140 [in Persian].
- 22) Ḥelli (‘Allāma), Ḥasan b. Yūsof (1414 AH). Taḍkera al-Foqahā (Ṭ al-Ḥadīṭa). Qom: Mo’assesat Āl al-Bayt ‘Alayhem al-Salām le-Ehyā’ al-Torāṭ [in Arabic].
- 23) Holākū’ī, Moḥammad and Heydariān, Nakīsā (1400 SH). Dānešname-ye Jāme’-e Arz-e Dijitāl [Comprehensive Encyclopedia of Digital Currency]. Ešfahān: Raḥnej [in Persian].
- 24) Ḥorrr ‘Āmeli, Moḥammad b. Ḥasan (1416 AH). Tafṣīl Wasā’el al-Šī’a elā Taḥṣīl Masā’el al-Šarī’a (Volume 1). Qom: Mo’assesat Āl al-Bayt ‘Alayhem al-Salām le-Ehyā’ al-Torāṭ [in Arabic].
- 25) Ḥosaynī ‘Āmeli, Moḥammad Javād b. Moḥammad (1419 AH). Mefteḥ al-Karāma fi Šarḥ Qavā’ed al-‘Allāma (Ṭ al-Ḥadīṭa). Qom: Jamā’at al-Modarresīn fi al-Ḥawza al-‘Elmiya va Mo’assesat al-Našr al-Eslāmī [in Arabic].
- 26) Ḥosaynī Zobeīdī, Moḥammad Mortazā (1414 AH). Tāj al-‘Arūs men Jawāher al-Qāmūs (Volumes 2 and 7). Bayrūt: Dār al-Fekr [in Arabic].
- 27) Ibn Āthīr Jazarī, Mubārak-bin-Muḥammad (1399 AH). Al-Nihāyah fi Gharīb al-Ḥadīth wal Athar (Volumes 4 & 5). Beirut: Al-Maktaba al-‘Ilmiyah [in Arabic].
- 28) Ibn Fāris, Aḥmad-bin-Fāris (1404 AH). Mu’jam Maqāyīs al-Lughah (Volumes 5 & 6). Qom: Maktab al-‘Ilām al-Islāmī [in Arabic].
- 29) Ibn Manzūr, Muḥammad-bin-Makram (1414 AH). Lisān al-‘Arab (Volumes 1, 5 & 10), 3rd ed. Beirut: Dār al-Fikr li al-Ṭibā‘ah wa al-Našr wa al-Tawzī’ & Dār Šādir [in Arabic].
- 30) Ibn Taymiyyah, Aḥmad (1408 AH). Al-Fatāwā al-Kubrā (Volume 1). n.p.: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyah [in Arabic].
- 31) Īrvānī Najafī, Mirzā ‘Alī (1384 SH). Ḥāšhiyeh al-Makāsib (Volume 1). Tehrān: Kiā [in Arabic].
- 32) Jāfarī Langarūdī, Mohammad Jafar (1400 SH). Terminology-e Hoqūq [Terminology of Law], 35th ed. Tehrān: Majd [in Persian].
- 33) Kāsef al-Ġeṭā, Ja’far (1420 AH). Šarḥ al-Šeyḵ Ja’far ‘Alī Qavā’ed al-‘Allāma Ebn al-Moṭahhar. Najaf: al-Žakā’er [in Arabic].
- 34) Kent, Peter; Ben, Taylor (1400 SH). Estekhrāj-e Arz-e Dijitāl (Moḥammad Ḥosayn Šāleḥī, Translation) [Digital Currency Extraction]. n.p.: Našr-e Mehrbān [in Persian].

- 35) Kolaynī, Moḥammad (1407 AH). al-Kāfi. Tehrān: Dār al-Ketab al-Eslāmiya [in Arabic].
- 36) Ḳomaynī, Sayyed Roḥollāh (1434 AH). al-Makāseb al-Moḥarrama. Tehrān: Mowassasat Tanzīm va Našr Ātār Emām Ḳomaynī (rah) [in Arabic].
- 37) Ḳū'ī, Sayyed Abū al-Qāsem (1377 SH). Mesbāḥ al-Foqahā (Volume 1). Qom: Maktabat al-Dāvārī [in Arabic].
- 38) Majlesī, Moḥammad Bāqer (1403 AH). Behār al-Anwār. Bayrūt: Dār Eḥyā' al-Torāṭ al-'Arabī [in Arabic].
- 39) Makārem Širāzī, Nāšer (1371 SH). Tafsīr-e Nemūne. Tehrān: Dār al-Ketab al-Eslāmiya [in Persian].
- 40) Malḥem, Solaymān (n.d.). al-Qomār Ḥaḳīqatah va Aḥkāmah [Gambling: Its Reality and Rulings]. Riyāz: Dār Konūz Ešbīliya [in Arabic].
- 41) Moḥaqeq Karakī, 'Alī (1414 AH). Jāme' al-Maqāšed fi Šarḥ al-Qavā'ed. Qom: Mo'assesat Āl al-Bayt [in Arabic].
- 42) Moqaddas Ardabīlī, Aḥmad b. Moḥammad (n.d.). Majma' al-Fā'eda va al-Borhān fi Šarḥ Eršād al-Azhān (Volume 8). Qom: Mo'assesat al-Našr al-Eslāmī [in Arabic].
- 43) Mostafavi, Ḥasan (1368 SH). al-Taḥqīq fi Kalāmāt al-Qor'ān al-Karīm (Volume 9). Tehrān: Vezārat-e Farhang va Eršād-e Eslāmī [in Arabic].
- 44) Mūsavi Ḳonsārī, Sayyed Aḥmad (1355 SH). Jāme' al-Madārek fi Šarḥ al-Moḳtašar al-Nāfe' (Volume 3). Tehrān: Maktabat al-Šadūq [in Arabic].
- 45) Mūsavi Sabzevārī, Sayyed 'Abd al-A'lā (n.d.). Mahzab al-Aḥkāḡ fi Bayān Ḥalāl va al-Ḥarām. Qom: Dār al-Tafsīr [in Arabic].
- 46) Mūsavi, Sayyed Moḥammad Šadeq and Ra'īsī, Rūḥollāh (1397 SH). Taḥlīl-e Foqahī va Aḳlāqī-ye Risk-e Tejārī va Moqāyese-ye Ān bā Ġarar bā Tākīd bar Qavā'ed-e 'Ām-e Darāmadzāyi-e Moḳāṭere [Jurisprudential and Ethical Analysis of Commercial Risk and Its Comparison with Uncertainty with Emphasis on the General Rules of Risk-Based Income]. Pažūheš-hā-ye Aḳlāqī [Ethical Research], 8 (4), pp. 7-36. [in Persian].
- 47) Najafī, Moḥammad Ḥasan (1362 AH). Javāher al-Kalām fi Šarḥ Šarāye' al-Eslām (Volumes 22 and 41). Bayrūt: Dār Eḥyā' al-Torāṭ al-'Arabī [in Arabic].
- 48) Narāqī, Aḥmad (1415 AH). Mostanad al-Ši'a fi Aḥkāḡ al-Šarī'a (Volume 14). Qom: Mo'assesat Āl al-Bayt ('Alayhem al-Salām) [in Arabic].
- 49) Nekūnām, Moḥammad Rezā (1391 SH). Qomār [Gambling]. Tehrān: Sobh-e Fardā [in Persian].
- 50) Nūrī, Ḥosayn b. Moḥammad Taqī (1408 AH). Mostadrak al-Vasā'el. Bayrūt: Mo'assesat Āl al-Bayt 'Alayhem al-Salām le-Eḥyā' al-Torāṭ [in Arabic].
- 51) Pīrhādī, Moḥammad Rezā (1389 SH). 'Aqd-e Eḥtimālī bā Tākīd bar Bay'-e Eḥtimālī [Contingent Contracts with Emphasis on Contingent Sale]. Taḥqīqāt-e Ḥoqūqī Beyn al-Melalī, Volume 3, Issue 7 [in Persian].
- 52) Qomī, Abū Ja'far Moḥammad b. 'Alī b. Ḥosayn b. Bābūya (1416 AH). al-Ḳešāl. Qom: Jamā'at al-Modarresīn be-Qom va Mo'assesat al-Našr al-Eslāmī [in Arabic].
- 53) Qorašī Banāyī, 'Alī Akbar (1412 AH). Qāmūs Qor'ān. 6th ed., Tehrān: Dār al-

Ketab al-Eslāmīya [in Arabic].

- 54) Rāḡeb Eṣfahānī, Ḥosayn b. Moḥammad (1412 AH). Moferadāt Alfāz al-Qor'ān. 2nd ed., Bayrūt - Damašq: Dār al-Qalam - al-Dār al-Šāmīya [in Arabic].
- 55) Šadr, Moḥammad Bāqer (1417 AH). Eqtešād-nā. Qom: Maktab al-E'lām al-Eslāmī [in Arabic].
- 56) Šafā'ī Najaf Ābādī, Moḥammad (1399 SH). Arz-hā-ye Dījital [Digital Currencies]. Tehrān: Entešārāt-e Gonjūr [in Persian].
- 57) Šafī, Loṭfollāh (1428 AH). Hedāyat al-Sā'el. Qom: Maktab Samāḡat Āyatollāh al-'Ozmā al-Šafī al-Golpāyegānī [in Arabic].
- 58) Šāheb b. 'Abbād, Esmā'īl (1414 AH). al-Moḡīṭ fī al-Loḡa. Bayrūt: 'Ālam al-Ketāb [in Arabic].
- 59) Šahīd Ṭānī, Zayn al-Dīn b. 'Alī (1413 AH). Masālek al-Afhām elā Tanqīḡ Šarāye' al-Eslām (Volume 3). Qom: Mo'assesat al-Ma'āref al-Eslāmīya [in Arabic].
- 60) Ṭabarī, Moḥammad b. Jarīr (1412 AH). Jāme' al-Bayān fī Tafsīr al-Qor'ān (Tafsīr al-Ṭabarī). Bayrūt: Dār al-Ma'refa [in Arabic].
- 61) Ṭabarsī, Fazl b. Ḥasan (1372 SH). Majma' al-Bayān fī Tafsīr al-Qor'ān. 3rd ed., Tehrān: Nāšer Kosrow [in Arabic].
- 62) Ṭabāṭabā'ī, Sayyed Moḥammad Ḥosayn (1390 SH). al-Mīzān fī Tafsīr al-Qor'ān. Lobnān: Mo'assesat al-A'lāmī lel-Maṭbū'āt [in Arabic].
- 63) Tabrīzī, Javād (1399 SH). Irshād al-Ṭalīb ilā Ta'liq al-Makāsib. Qom: Maṭba'ah Mehr [in Arabic].
- 64) Ṭarīḡī, Fakhr al-Dīn b. Moḥammad (1375 SH). Majma' al-Baḡrayn va Maṭla' al-Neyrīn (Volume 3). 3rd ed., Tehrān: Mortažavī [in Arabic].
- 65) Zamaqšarī, Maḡmūd (1399 AH). Asās al-Balāḡa (Volume 1). Bayrūt: Dār Šāder [in Arabic].
- 66) Zamānī Farāhānī, Mojtabā (1389 SH). Pūl, Arz va Bānkdarī [Money, Currency and Banking]. Tehrān: Entešārāt-e Torme [in Persian].

The Scope of Waiving the Principle of Necessity to Remove Ambiguity from Contractual Terms

Hamed Salehi Ali Abadi • Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.
h.salehy@gmail.com

Abstract

1. Introduction

The balance of economic interests in contractual agreements is a pivotal concern across legal systems worldwide. In Islamic jurisprudence, particularly within the context of exchange conditions in sale contracts, the no-harm principle [Nafy-e Gharar] stands out as a crucial rule to maintain this balance. Despite the absence of an explicit reference in Iran's Civil Law, certain provisions reflect the principle's influence on transactional and contractual terms. This paper embarks on a comprehensive exploration of the "principle of necessity to remove ambiguity" in contractual terms, a topic that, despite previous scholarly attention, lacks a systematic and in-depth examination. The prevalent ambiguity in applying the No-harm principle across various contractual realms has led to divergent interpretations and a need for clearer guidelines. Our investigation delves into the role of ambiguity in contractual terms under Islamic jurisprudence and Iranian law, aiming to unravel the legal implications of No-harm and propose refinements to existing legislative frameworks.

2. Research Question

The core inquiry of this article revolves around the legal ramifications of ambiguity in contractual terms within the realms of Islamic jurisprudence and Iranian civil law. Specifically, it seeks to understand how such ambiguity influences the creation of risk in transactions and the extent to which the "principle of necessity to remove ambiguity" is applied in



mitigating these effects. This question is pivotal for clarifying the legal status of ambiguous conditions and their potential to nullify contracts deemed risk.

3. Research Hypothesis

The hypothesis posits that a comprehensive application of the "principle of necessity to remove ambiguity" significantly mitigates the risk of risk in contracts by clarifying conditions that could otherwise lead to economic imbalance between parties. This clarification process is essential for ensuring the validity and enforceability of contracts, particularly in the dynamic context of modern economic and commercial transactions where speed and efficiency often prioritize over detailed negotiations of contract conditions.

4. Methodology & Framework, if Applicable

This study adopts an analytical and doctrinal methodology, grounding its analysis in the primary sources of Imamia jurisprudence and the provisions of Iranian civil law. By scrutinizing the nature of risk and its implications on contractual terms, the research systematically explores the potential for ambiguity to create risk. It further examines the scope of risk creation within contractual terms, considering their secondary and dependent nature in contractual agreements. The analysis is structured around a critical examination of Iranian Civil Law Articles 232 and 233, which deal with unknown conditions within contracts. Through this lens, the study aims to elucidate how the unknown nature of a condition impacts the contract's overall unknown nature, thereby affecting its validity. The doctrinal framework provides a solid foundation for proposing legislative amendments to better address and reduce the ambiguities related to contractual terms, thereby minimizing the risk of nullity in uncertain contractions.

By investigating these dimensions, the article contributes to understanding of the legal challenges posed by ambiguous contract conditions. It seeks to offer a nuanced analysis that bridges the gap between traditional jurisprudential approaches and the practical needs of modern contractual practices, emphasizing the importance of clarity and precision in contract formation to prevent economic disparities and ensure contractual fairness. Through this exploration, the study underscores the critical role of the "Principle of Necessity to Eliminate Ambiguity" in safeguarding the integrity of contractual agreements and

promoting a more stable and predictable legal environment for economic actors.

5. Results & Discussion

The exploration of transactional ambiguities within the framework of Islamic jurisprudence and Iranian civil law has yielded significant insights into the mechanisms through which risk (or uncertainty) is generated in contracts. A nuanced understanding of risk emerges, positioning it not as a strictly legal or religious concept but as one deeply rooted in customary practices. This customary basis underscores the importance of contextual interpretation, where not all forms of ignorance are deemed risky, but rather, significant potential harm as recognized by custom is essential for deeming an ambiguity as contributing to uncertainty.

A critical distinction is drawn between different types of conditions within a contract, highlighting the unique treatment of the "condition of quality" [Shart-e Sefat] which is inherently tied to the contract's subject matter, as opposed to other conditions that, while independent, serve a subordinate and ancillary role. This delineation is crucial for understanding the application of the Eqtefar Principle in Islamic jurisprudence and Iranian law, which permits overlooking certain ambiguities in contract conditions based on their nature and the economic insignificance attributed to them by the contracting parties.

The research meticulously details the conditions under which ambiguities in contract conditions may or may not lead to uncertainty. It is articulated that the potential for risk arises primarily from absolute ignorance in conditions that disrupt their execution, posing a dispute risk. However, the application of the Eqtefar Principle mitigates this risk, provided specific criteria are met, emphasizing the condition's ancillary nature and its alignment with the contract's main subject. This principle's application is contingent upon clear contractual content and the economic significance of the condition, which, if unclear, may elevate the condition to a status equivalent to the contract's subject, thereby increasing the risk of uncertainty.

6. Conclusion

The research culminates in understanding of the relationship between transactional ambiguities and the creation of uncertainty in contracts. It delineates the customary foundation of risk, emphasizing the need for a

significant potential for harm to constitute a risk. The analysis distinguishes between conditions directly related to the contract's subject and those ancillary to it, revealing the nuanced application of the Eqtefar Principle in forgiving ambiguities in contract conditions based on their subordinate nature and economic insignificance.

A pivotal finding of this study is the conditional nature of ambiguity's impact on uncertainty, predicated on the execution feasibility of the condition and the clarity of the contractual content regarding the condition's economic significance. The research underscores that only under specific circumstances does ambiguity in conditions not affect the contract's legal status, thereby preventing risk. Conversely, when conditions are fundamental to the contract's subject or when ambiguity renders the contract's subject unknown, the risk of uncertainty is significantly heightened, potentially leading to contract nullification.

This exploration offers valuable legal insights and practical implications for drafting contracts within Islamic jurisprudence and Iranian law contexts. It highlights the importance of clarity in contract conditions and the careful consideration of conditions' roles and significances to mitigate the risk of uncertainty. The findings provide a foundation for future legal research and practice, emphasizing the need for precision and awareness of customary interpretations in contract formation and execution.

Keywords: Risk [Gharar], Principle of Necessity to Eliminate Ambiguity, Eqtefar Principle, Contractual Terms.

دامنه چشم‌پوشی از اصل لزوم رفع ابهام در شروط ضمن عقد

حامد صالحی علی‌آبادی - استادیار، گروه حقوق، دانشکده حقوق، واحد تهران مرکز، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.
h.salehy@gmail.com

چکیده

امروزه مشخص شدن همه ابعاد معامله در لحظه انعقاد - از جمله شروط ضمن عقد - با برداشته‌های سنتی از فقه امامیه و قوانین موضوعه، امری دشوار و در مواردی ممتنع شده است. از سویی، واکاوی در منابع فقهی در باب قاعده غرر یا اصل لزوم رفع ابهام از معامله، و مجموع مقررات موضوعه نشان می‌دهد هر جهلی در معامله که در آن احتمال ضرر می‌رود مؤثر در بطلان قرارداد نیست؛ چرا که در فقه، «غرر» به معنای خطر بوده و خطر نیز عبارت از احتمال ضرری است که عرف از آن اجتناب می‌کند؛ بنابراین اگر عرف به جهت قابل اغماض بودن ابهام در یکی از ابعاد معامله، از آن روی‌گردان نبوده و آن را خطرناک نداند، چنین جهلی غیر مؤثر در ایجاد غرر محسوب می‌شود. در تحقیق پیش روی، با مراجعه به منابع اصیل فقه امامیه و حقوق مدنی ایران، و با اتخاذ روش تحلیلی، نسبت به «تبیین آثار ابهام در شروط ضمن عقد، با توجه به ماهیت فرعی و تابع‌گونه آن در عقد» نشان داده شده است که «ریسک ناشی از آن عمدتاً از منظر عرف قابل اغماض بوده و معامله را مشتمل بر خطر نمی‌سازد.» مع الوصف، جهل به شرط در صورتی که امکان سرایت به موضوع عقد را داشته و در اصل معامله تولید ریسک قابل توجه نماید، موجب ایجاد غرر و مآلاً بطلان آن خواهد شد. در این راستا، مکانیسم چگونگی سرایت مجهولیت شرط به مجهولیت عقد نیز مورد تحلیل قرار گرفت و در نهایت پیشنهاداتی برای اصلاح مادتين ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی ایران، که به مقوله شروط مجهول در ضمن عقد پرداخته است، ارائه گردید.

واژگان کلیدی: غرر، اصل لزوم رفع ابهام، قاعده اغتفار، شرط ضمن عقد.



مقدمه

به‌منظور صیانت از تعادل اقتصادی میان طرفین قراردادهای معاوضی و مغایبی، یکی از قواعدی که در فقه ذیل شرایط عوضین در عقود معاوضی به‌خصوص عقد بیع مورد بحث قرار گرفته است و به محل اجرا گذاشته می‌شود، قاعده نفی غرر است. در قانون مدنی به‌صراحت به این قاعده اشاره‌ای نشده، اما برخی از مواد آن مانند بند ۳ از ماده ۱۹۰ و ماده ۲۱۶ در خصوص موضوع معاملات و بند ۲ از ماده ۲۳۳ در خصوص شروط ضمن عقد بر اساس چگونگی و کیفیت اجرای این قاعده در شئون مختلف قراردادی تنظیم شده است.

حقوق‌دانان نیز حسب مورد و بیشتر در مبحث شرایط اساسی، صحت معاملات این قاعده را مورد توجه و بررسی قرار داده‌اند و در آثار ایشان از این قاعده بعضاً با عنوان «اصل لزوم رفع ابهام» در معاملات یاد شده است (وحدتی شبیری، ۱۳۷۹، ص. ۴۸). در عین حال، مقالاتی چند نیز در این خصوص نگارش شده (قنواتی و همکاران، ۱۳۹۶، صص. ۶۲-۷۶؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۸۷، صص. ۱۲۵-۱۶۱) که هرچند در ایضاح مطلب تا حدی برای مخاطبان مفید فایده بوده، اما تاکنون مبانی و عناصر سازنده غرر، به‌صورت نظام‌مند و منقح، تبیین نشده و با نظامی واحد و هماهنگ به تطبیق غرر بر مصادیقش در شئون مختلف قراردادی پرداخته نشده است. از این‌رو قلمرو تأثیر غرر در موضوع معاملات، شروط ضمن عقد و توابع معاملی، بعضاً در حاله‌ای از ابهام و مشتمل بر اختلاف نظر در میان فقها و حقوق‌دانان قرار دارد. عدم تنقیح لازم در ضابطه ارائه‌شده برای ایجاد غرر در معاملات و همچنین، انحراف از ضابطه در تطبیق غرر با مصادیق، خود موجب شده است تا حدود و ثغور ریسک منتج به غرر در حقوق قراردادهای و شئون گوناگون آن از جمله شروط ضمن عقد مشتمل بر تشتت و نوعی سردرگمی شود.

مباحث ارائه‌شده از سوی فقها و حقوق‌دانان در باب غرر عمدتاً ناظر به موضوع معاملات بوده و پرداخت مختصری که بعضی از فقیهان در باب شرایط ناظر بر صحت شروط ضمن عقد که از جمله آن مجهول نبودن شرط است، ضمن اینکه فتح بابی برای ورود به بحث و بررسی مقوله «تأثیر غرر به حوزه شروط ضمن عقد» شمرده می‌شود، کفایت امر را نمی‌کند؛ زیرا از لحاظ نبود شفافیت در ماهیت غرر و مصادیق امروزی آن از سویی و همچنین، ابعاد و زوایای ماهوی شروط ضمن عقد و جایگاه آن در عقود و قراردادهای دیگر سو، مقوله یادشده را همچنان در میان آرای فقها و حقوق‌دانان با ابهامات بیشتری روبه‌رو کرده است. گفتنی است سکوت قانون‌گذار در قانون

مدنی نسبت به وضعیت شرط مجهول به‌خصوص در فرضی که ابهام آن به عقد سرایت نمی‌کند، در تشدید این اختلاف‌نظرها مؤثر بوده است. ایراد دیگری نیز که در این بین متصور است، عدم شفاف‌سازی قانون‌گذار در چگونگی و سازوکار سرایت جهل شرط به عقد است که نیاز به تبیین دارد و در میان آثار فقهی و حقوقی به‌درستی کمتر بدان پرداخته شده است.

بنابراین، لزوم شفاف‌سازی قلمرو غرر در انواع شروط ضمن عقد و تعیین تکلیف وضعیت حقوقی ابهامات ناظر بر آن، ضروری و اجتناب‌ناپذیر شمرده می‌شود؛ زیرا امروزه به‌ندرت اتفاق می‌افتد که افراد در قراردادهای حوزه‌های اقتصادی و تجاری به ذکر جزئیات ساحت‌های مختلف قراردادی از جمله شروط ضمن عقد بپردازند. این مهم از آن‌روست که سرعت در قراردادهای مزبور مقتضی حذف این قسم از چانه‌زنی‌ها در مرحله انعقاد قرارداد به‌خصوص در بخش‌های کم‌اهمیت قراردادها از منظر متعاقدان است. از سویی، در هر صنف از معاملات، عرف و عادات خاصی وجود دارد که جایگزین توافق طرفین و نقایص قراردادی می‌شود. در این راستا، شروط ضمن عقد نیز معمولاً به‌خاطر فرعی انگاشته شدن آن از منظر متعاقدان، به‌روشنی مورد احصا قرار نگرفته و مشتمل بر سطحی از ابهام است. ابهامات ناظر بر شروط ضمن عقد به شرحی که مورد اشاره قرار گرفت، قراردادهای مربوط و شروط در ضمن خود را در شائبه غرری بودن و به‌طبع، بطلان فرو برده و موجب دغدغه فعالان اقتصادی شده است.

به‌منظور حل این معضل، واکاوی ماهوی غرر و تطبیق مفهوم بازشناسی شده مزبور بر شئون مختلف قراردادی در دستور کار قرار گرفت و ارائه مباحث تفصیلی ناظر بر مفهوم غرر، مبانی و عناصر سازنده آن به مقاله علمی با موضوع «واکاوی غرر مؤثر در فقه امامیه و حقوق ایران و مقایسه آن با حقوق مصر» به قلم نویسنده همین مقاله و همکاران (صالحی علی‌آبادی و همکاران، ۱۴۰۲، صص. ۱۴۵-۱۸۳) سپرده شد و بررسی حوزه قلمرو غرر در شروط ضمن عقد و در واقع، دایره چشم‌پوشی از اصل لزوم رفع ابهام در شروط مزبور، موضوع مقاله حاضر قرار گرفت.

در این مقاله با واکاوی در منابع فقه اسلامی و حقوق موضوعه به دنبال پاسخ به این پرسش هستیم که ابهام در انواع شروط ضمن عقد چه آثار وضعی در فقه و حقوق موضوعه در پی دارد و چگونه و با چه دامنه‌ای در ایجاد غرر در معامله مؤثر است؟ برای این منظور، به‌ناچار در بخش نخست مقاله پرداخت مختصری از ماهیت غرر و آثار آن در معاملات صورت گرفت و سپس

تأثیرات ابهام در انواع شروط ضمن عقد در وهله نخست از حیث امکان یا عدم امکان ایجاد غرر و در وهله دوم از حیث دامنه امکان ایجاد غرر مورد بررسی و تجزیه و تحلیل فقهی و حقوقی قرار گرفت و در نهایت، روشن کرد که اجرای اصل لزوم رفع ابهام در شروط ضمن عقد تا کجا به پیش می‌رود.

۱. واکاوی ماهوی غرر و ضمانت اجرای آن در فقه و حقوق موضوعه

در اینجا ابتدا با بررسی تعریف لغوی غرر از منظر لغت‌شناسان و در ادامه، با تتبع مختصر در مفهوم اصطلاحی آن، ماهیت غرر و ضمانت اجرای آن در فضای فقه و حقوق موضوعه از نگاه فقها و حقوق‌دانان مفهوم و مورد تبیین قرار خواهد گرفت.

۱.۱. مفهوم و ماهیت غرر

غرر واژه‌ای است عربی و برابر بررسی صورت‌گرفته، لغت‌شناسان عمدتاً این واژه را در معنای خطر تعبیر کرده‌اند (صفی‌پوری شیرازی، ۱۳۹۳، ص. ۹؛ فراهیدی، ۱۴۱۰، ج ۴، ص. ۳۶۴؛ زبیدی، ۱۴۱۴، ج ۳، ص. ۴۴۳؛ مقرئ فیومی، ۱۴۰۵، ص. ۴۴۵؛ جوهری، ۱۹۹۰، معین، ۱۳۸۷، ج ۲، ص. ۲۴۰۰) که به چندین معنا آمده است از جمله احتمال ضرر، نزدیک به هلاکت و «اقدام بر عملی که ایمن از ضرر نیست» (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۳، ص. ۲۰۴) یا «آنچه مایه تلف شدن کسی یا چیزی باشد» (عمید، ۱۳۸۷، ص. ۵۳۷) و اگر این واژه بر چیزی که مورد تعهد است، اما معلوم‌الوجود یا معلوم‌الحصول یا معلوم‌الوصف نیست یا بر چیزی که ظاهری زیبا و فریب‌کارانه و باطنی مجهول دارد، اطلاق می‌شود به دلیل خطری بودن و ریسک‌پذیر بودن آن است.

غرر در اصطلاح فقهی حقوقی از معنای لغوی خود دور نیفتاده و از آرای فقها و حقوق‌دانان و با استمداد از معنای لغوی غرر چنین استفاده می‌شود که غرر همان خطر ناشی از ابهام در معامله است و عقد غرری به عقدی گفته می‌شود که ابهام موجود در ارکان قراردادی آن موجب شود یکی از عوضین در معرض خطر مالی قرار گیرد و آن خطر بر صاحب آن عوض در موقع انعقاد قرارداد تحمیل شود؛ البته این خطر می‌تواند ناشی از ابهام در زوایای مختلف معامله اعم از تردید در اصل وجود مورد معامله یا ناشی از تردید در قدرت تسلیم یا تسلیم مورد معامله یا ناشی از جهل به صفات یا ناشی از شک و تردید نسبت به حصول مورد معامله باشد (صالحی علی‌آبادی و همکاران، ۱۴۰۲، صص. ۱۵۲-۱۵۳؛ مراغه‌ای، ۱۴۱۷، ج ۲، ص. ۲۶۸؛ نراقی، ۱۴۱۶، ص.

۹۳؛ خوبی، ۱۴۱۲ق، ج ۵، صص. ۲۲۶ و ۲۲۸؛ وحدتی شبیری، ۱۳۷۹، ص. ۶۰؛ رفیعی، ۱۳۷۸، ص. ۲۸).

همان‌طور که از تعریف غرر چه از منظر لغت و چه از دیدگاه فقها و حقوق‌دانان برمی‌آید، جهالت به تنهایی مبنای مناسبی برای تحقق غرر نیست، بلکه ماهیت آن با ابهام متضمن خطر جدی مالی و اقتصادی که به تعبیر برخی فقها (مراغه‌ای، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۳۱۶؛ نراقی، ۱۴۱۷ق، ص. ۹۱) عبارت باشد از احتمال ضرر غیرقابل تسامح از منظر عرف که معمولاً منجر به اختلاف و نزاع می‌شود، قوام می‌یابد.

۲.۱. ضابطه شناسایی ابهامات معاملی مؤثر در ایجاد غرر

ابهام در معامله باید کثیر باشد و قابل چشم‌پوشی نباشد تا منجر به غرر شود (حسینی عاملی، ۱۴۱۸ق، ج ۸، ص. ۴۹۴؛ محمدی، ۱۳۸۲، ص. ۷۱؛ مراغه‌ای، ۱۴۱۷ق، ص. ۳۱۶؛ نراقی، ۱۴۱۷ق، ص. ۹۴؛ ضریح، ۱۹۹۳م، صص. ۳۹ به بعد؛ سنهوری، ۱۹۹۷م، ج ۳، ص. ۴۵). به دیگر سخن، احتمال ضرر ناشی از جهل و تردید در معامله باید آن‌چنان قابل توجه باشد که موجب اتصاف و غلبه آن ابهام بر معامله شود و عرف با ملاحظه آن ابهام، معامله را خطرناک و لازم‌الاحتراز تلقی کند. برخی از نویسندگان (صمدانی، ۱۳۹۹، ص. ۶۱) نیز در توضیح غرر کثیر یا به تعبیر ما ابهام کثیر، آن را ابهامی در معامله شمرده‌اند که معمولاً باعث تنش و درگیری میان طرفین عقد در مرحله اجرای آن می‌شود و برای شناسایی این شاخص در معامله معمولاً مثال فروش پرنده‌ای در هوا زده می‌شود که عادتاً بازگشت و به طبع قابلیت تسلیم و تسلّم آن مشخص نباشد.

متقابلاً احتمال ضرر ناشی از جهل در معامله گاهی آن‌چنان ناچیز و به اصطلاح یسیر است که اساساً مورد توجه و اعتنای طرفین و عرف جامعه قرار نمی‌گیرد و از این حیث معامله متصف به آن شمرده نمی‌شود. چنین ابهامی از نوع غیرمؤثر در ایجاد غرر و بطلان عقد شمرده می‌شود. برای مثال، در عقد اجاره‌ای که به مدت یک ماه قمری و به مال‌الاجاره مشخص منعقد می‌شود، اما معلوم نباشد ماه ۲۹ روزه یا ۳۰ روزه است، این میزان از ابهام را هیچ‌کس مؤثر در ایجاد غرر تلقی نمی‌کند (طالب احمدی، ۱۳۸۰، صص. ۴۳-۵۵).

۳.۱. ضمانت اجرای غرر در مستندات روایی

حدیث شریف نبوی که با مضمون «ان رسول الله نهی عن بیع الغرر» از طریق امام رضا (علیه السلام) نقل شده است (تمیمی مغربی، ۱۳۸۳ق، ص. ۲۱؛ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۷، ص. ۴۴۷؛ ابن بابویه، ۱۴۳۱ق، ج ۲، ص. ۵۰)، مهم‌ترین روایتی است که در کتاب‌های فقهی و روایی شیعه بدان استناد شده است و همان‌طور که برخی (روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۶، ص. ۴۱۲) هم تصریح کرده‌اند، در حدیث مزبور نهی از انعقاد بیع غرری، به‌خاطر وجود غرر است و گرنه عقد بیع به‌خودی‌خود در این باره خصوصیتی ندارد. پس هنگامی که علت بطلان غرر باشد، لازمه آن این است که دیگر عقود مشابه بیع که مبتلا به این وصف باشند نیز محکوم به بطلان شوند. بر اساس حدیث مزبور، معامله غرری مورد نهی و ممنوع اعلام شده است و البته فقهای همه مذاهب اسلامی نیز آن حدیث را معتبر دانسته‌اند (ضریر، ۱۹۹۰م، ص. ۵۸-۵۹) و به‌تبع آن، در قوانین مدنی کشورهای اسلامی از جمله ایران و مصر (برای مثال، بند ۳ از ماده ۱۹۰ و ماده ۲۱۶ از قانون مدنی ایران و مواد ۴۲۳ و ۴۲۴ از قانون مدنی مصر)، موادی مرتبط با آن درج شده است.

از منظر اصولیون در صورتی‌که نهی وارده در میان نصوص، بر اعتبار موضوعی در زمره شرایط متعاقدان یا عوضین دلالت کند مانند نهی از معامله سفیه یا مجنون که بر اعتبار عقل و بلوغ در متعاملان دلالت دارد یا نهی از معامله غرری در حدیث شریف نبوی که فهم عرفی از آن حدیث، بر اعتبار اشتراط قدرت بر تسلیم یا علم به اوصاف کمی یا کیفی مورد معامله حکایت دارد، در این‌گونه موارد بدون شک نهی بر فساد معامله دلالت می‌کند (مظفر، ۱۴۰۵م، ج ۱، ص. ۳۰۶؛ وحدتی شبیری، ۱۳۷۹، ص. ۶۹).

در همین راستا، نهی وارد شده در خصوص معاملات غرری از نظر فقها به‌نحو اجماع بیان‌کننده فساد در معامله است (انصاری، ۱۴۲۷ق، ص. ۱۸۵؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۲، ص. ۳۸۷؛ نراقی، ۱۴۱۷، ص. ۲۸؛ مراغه‌ای، ۱۴۱۷ق، ص. ۲۶۷؛ نایینی، ۱۳۷۳ق، ج ۱، ص. ۳۷۹)؛ زیرا این نهی ناظر به عدم رعایت یکی از شرایط اساسی صحت عقد در نظر شارع است.

۴.۱. امکان جریان نهی از غرر در غیر از عوضین

در تبیین ماهیت غرر که در روایت شریف نبوی موضوع نهی قرار گرفت، موضوع آن نهی منصرف به ریسک ناشی از وجود ابهام در عوضین معامله دانسته شد. حال با این توصیف، در معاملات

معاوضی فارغ از عوضین، امور دیگری مطرح است که اعتبار لزوم شفاف‌سازی و رفع ابهام نسبت به آن محل بحث قرار می‌گیرد. توابع شروط ضمن عقد و خیار شرط در زمره این امور قرار می‌گیرند. بعضی به استناد اینکه این امور خارج از عوضین هستند، امکان جریان غرر در این امور را منتفی دانسته‌اند (ایروانی غروی، ۱۳۷۹ق، ج ۲، ص. ۲۱)، اما با الغای خصوصیت از حکم نهی از غرر در عوضین در عقد بیع می‌توان آن را نسبت به امور بیع و دیگر عقود مغایری نیز مدعی شد و مفاد و حکم حدیث را نسبت به آن جاری کرد؛ البته به شرط اینکه صدق غرر با آن معنا و مفهومی که از آن ارائه شد، در نتیجه ابهام در آن امور احراز شود؛ ضمن اینکه ابهام در امور بیع گاه خود بیع و عوضین را نیز می‌تواند دچار جهل و بعضاً ریسک‌های معتنا به کند. همچنان‌که وقتی مدت زمان خیار در بیع نامعلوم باشد، می‌دانیم وجود این خیار به منزله تزلزل در انتقال مالکیت میباید برای مدت نامشخصی است و از این‌رو این جهل به خصوص در شرایط ناپایدار اقتصادی به بیع سرایت می‌کند و آن را گاه دچار ابهام مشتمل بر ریسک معتنا به می‌سازد (انصاری، ۱۴۲۷ق، ج ۵، صص. ۱۱۳-۱۱۵)؛ زیرا مردم خانه‌ای مشخص با حق‌الخیار نامشخص یا مردد بین یک روز و یک سال را به خصوص در شرایط ناپایدار اقتصادی هرگز به قیمتی نمی‌خرند که همان خانه را بدون حق فسخ می‌خرند و افزایش مدت زمان خیار در قیمت میباید تأثیر منفی بیشتری می‌گذارد.

۲. قلمرو غرر در شروط ضمن عقد

در بررسی مقوله قلمرو غرر در شروط ضمن عقد نیز باید نخست ماهیت شرط ضمن عقد را در فضای فقه و حقوق موضوعه تبیین کرد. آنگاه چگونگی تأثیر انواع ابهامات را در ایجاد غرر نسبت به ماهیتی که آن را بازشناسی خواهیم کرد، در فروض مختلف و با توجه به ضابطه و ملاک ارائه شده در بخش نخست این مقاله، تحلیل می‌کنیم.

۱.۲. ماهیت شرط ضمن عقد در فقه و حقوق موضوعه

شرط در لغت به معنای مطلق الزام و التزام است؛ هرچند که اهل لغت آن را بعضاً منصرف به الزام و التزامی گرفته‌اند که در ضمن عقود درج شده باشد (ابن منظور، ۱۴۰۵ق، ج ۷، ص. ۳۲۹)، اما در

۱. «الشرط الزام‌الشیء والتزامه فی نحوالبیع و غیره».

فقه و حقوق و هم‌راستا با معنای لغوی یادشده، مراد از شرط ضمن عقد^۱ این است که موضوعی حقوقی اعم از التزام به انجام کاری (شرط فعل)، وجود صفتی (شرط صفت) در موضوع اصلی عقد یا حصول ماهیتی حقوقی (شرط نتیجه) حسب اراده متعاملان به صورت فرعی و تبعی در ضمن آن عقد مرتبط شود؛ به گونه‌ای که وجود اصلی از آن عقد و تحقق آن شرط وابسته به وجود و تحقق موضوع اصلی مورد اشاره باشد، اما عکس آن صادق نباشد (انصاری، ۱۴۲۷ق، ج ۵، ص ۲۱؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۲۵۳؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۶۹، ج ۱، ص ۷۱).^۲ بنابراین، ارتباط شرط و عقد مانند رابطه اصل و فرع است. این ارتباط ممکن است به خاطر طبیعت خاص شرط باشد که وجود و تحقق آن به طور مستقل و جدا از عقد متصور نیست. پس به ناچار باید در زمره توابع عقد قرار گیرد مانند صفتی که در خصوص موضوع معامله شرط شود (شرط صفت). برای مثال، در بیع خودرو شرط شود ساخت کارخانه معینی باشد یا زمانی که موعد اجرای تعهد اصلی را با فاصله از عقد معین می‌کند (شرط اجل). همچنین، ممکن است شرط فاقد وابستگی ذاتی به عقد و موضوع آن باشد، اما ارتباط شرط و عقد منتسب به اراده طرفین باشد. در این فرض، شرط موضوعی است مستقل از موضوع اصلی قرارداد که در مقام جعل و انشا به هم مرتبط شده‌اند؛ به گونه‌ای که شرط در تابعیت موضوع اصلی قرارداد قرار گرفته است (خویی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۶۶؛ کاتوزیان، ۱۳۹۸، ج ۳، ص ۱۱۴) مانند اشتراط نتیجه عقد وکالت در ضمن عقد نکاح. در این مثال و موارد مشابه، همان‌طور که ملاحظه می‌شود، شرط به تنهایی می‌تواند به صورت عقد مستقلی درآید، اما اراده متعاملان به جهتی از جهات مانند کسب لزوم از عقد اصلی و... در این مسیر قرار گرفته است که نتیجه عقدی مستقل به‌عنوان تعهدی فرعی در ضمن عقد دیگری گنجانیده شود.

نکته بسیار مهم در شفاف‌سازی ماهیت شرط ضمن عقد، تبیین جایگاه آن در عقد است. به‌رغم

۱. شروط ضمن عقد با ماهیتی که ذیل این بند مورد تبیین قرار خواهد گرفت، به سه دسته تقسیم می‌شوند. الف. شرطی که قبل از عقد واقع شده باشد و از باب به‌اصطلاح تبانی وارد قرارداد شود. ب. شرطی که بعد از عقد واقع شده باشد و از طریق به‌اصطلاح الحاق وارد قرارداد شود. ج. شرطی که حین عقد و موقع انشا در ضمن قرارداد قرار می‌گیرند.

۲. «أنَّ الشُّرُوطَ الْوَالِقَةَ فِي ضَمَنِ الْعُقُودِ الصَّحِيحَةِ اللَّازِمَةِ مِنْ تَوَابِعِ تَلْكَ الْعُقُودِ وَ مُرْتَبِطَةٌ بِهَا» (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۲۵۳).

آنچه بعضی از فقها (طباطبایی حائری، بی‌تا، ج ۱، ص. ۵۳۶؛ نراقی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۱۳۹)^۱ بدان معتقدند مبنی بر اینکه شرط جزئی از یکی از عوضین در قرارداد شمرده می‌شود، شرط ضمن عقد نوعی از توابع معاملی است که با اراده صریح یا ضمنی طرفین وارد معامله می‌شود و عمدتاً انگیزه متعاملان را برای ورود به معامله زیاد می‌کند، اما در برابر موضوع معامله قرار نمی‌گیرد (وحید خراسانی، ۱۴۳۸ق، ج ۴، ص. ۳۶۰ و مامقانی، ۱۳۴۴ق، ص. ۲۳۳)؛ زیرا مدلول عقد چیزی جز وقوع معاوضه بین عوضین نیست. از این رو شرط در حکم عوضین یا جزئی از آن‌ها نخواهد بود؛ چنان‌که به لحاظ فقهی و حقوقی در صورت فقد شرط، مشروط له مخیر در فسخ یا امضای عقد می‌شود در حالی‌که با اعتقاد به اینکه شرط جزئی از عوضین است، مشروط له در صورت امضای عقد باید قادر به اخذ ارش یعنی همان مابه‌التفاوت عوض با شرط و عوض بدون شرط باشد (انصاری، ۱۴۲۷، ج ۶، ص ۹۳)^۲.

دیدگاه اخیر فقهی در حقوق موضوعه نیز مورد تبعیت حقوق‌دانان (شهیدی، ۱۳۹۸، ص. ۲۵) و قانون‌گذار قرار گرفته است. قانون‌گذار به استناد مواد ۲۳۹ و ۲۴۰ قانون مدنی، ضمانت اجرای تخلف از شرط را تنها در مختار کردن مشروط له بین فسخ یا امضای قرارداد پیش‌بینی کرده است. این در حالی است که اگر شرط در حکم یکی از عوضین باشد، مشروط له در صورت تعدر وفای به شرط به لحاظ اینکه جزئی از عوض را از دست داده است، باید مخیر در فسخ معامله یا امضای آن با اخذ ارش شود. همچنین، قانون‌گذار برای ضمانت اجرای تخلف از اجرای تعهدات اصلی در قرارداد، امکان امتناع طرف مقابل از اجرای تعهد متقابل خویش یا همان اعمال حق حبس را پیش‌بینی کرده است^۳. در خصوص شرط نیز در صورتی که در زمره التزامات اصلی عقد تلقی شود، باید تخلف از آن چنین ضمانت اجرایی را در پی داشته باشد. این در حالی است که حقوق‌دانان معتقدند در صورت تخلف از شرط، مشروط له تنها می‌تواند اجبار مشروط علیه را از دادگاه

۱. «إنما الشرط محسوب من الثمن و قد حصل باعتبارہ نقص فی القیمه» (طباطبایی حائری، بی‌تا، ج ۱، ص. ۵۳۶).

۲. «مدلول العقد هو وقوع المعاوضة بین الثمن والمثمن، غایة الامر کون الشرط قیداً لاحدهما یكون له دخل فی زیادة العوض و نقصانه والشرع لم یحکم علی هذا العقد الا بامضاءه علی النحو الواقع علیه، فلا یقابل الشرط بجزء من العوضین و لذا لم یکن فی فقهه الا الخيار بین الفسخ و الامضاء مجاناً، كما عرفت» (انصاری، ۱۴۲۷ق، ج ۶، ص. ۹۳).

۳. «هریک از بایع و مشتری حق دارد که از تسلیم مبیع یا ثمن خودداری کند تا طرف دیگر حاضر به تسلیم شود ...» (ماده ۳۷۷ قانون مدنی).

بخواهد و نمی‌تواند مقابله به مثل کند و از اجرای تعهد اصلی مربوط به خود در قرارداد استنکاف ورزد (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ج ۳، ص. ۱۲۹).

۲.۲. قاعده اغتفار و شروط ضمن عقد

قاعده اغتفار با مضمون «یغتفر فی التوابع ما لا یغتفر فی غیرها»^۱، از قواعد مسلم و البته اصطیادی در فقه اسلامی است که مورد استناد فقیهان شیعه و سنی قرار گرفته است (عراقی، ۱۴۱۴، ج ۵، ص. ۲۷۰؛ زحیلی، ۱۴۲۷، ج ۱، ص. ۴۴۷). قاعده اغتفار بیان‌کننده این حقیقت است که بعضی از شرایطی که در متبوع یا اصل یا همان موضوع در قراردادها غیرقابل گذشت و تسامح است، در توابع قابل چشم‌پوشی و گذشت است. از این قاعده چنین نتیجه‌گیری می‌شود که بعضی از شرایط اساسی صحت قراردادها نسبت به موضوع عقود مثل لزوم معلوم بودن، قابل تسامح و چشم‌پوشی نسبت به توابع آن است (کاشف‌الغطا، ۱۴۲۲، ص. ۱۰۵).

تابع نیز در قاعده اغتفار به چیزی اطلاق می‌شود که می‌تواند وجود مستقلاً داشته باشد، اما به‌عنوان دنباله و تابع شیء دیگری در عقد مورد اراده اشخاص قرار گرفته است مانند شرط فعل و شرط نتیجه که از انواع شرط ضمن عقد است و درعین‌حال که قابلیت انشای مستقل را دارد، با اراده و نظر متعاقدان در تابعیت موضوع عقد دیگری قرار می‌گیرد.

گفتنی است که همان‌طور که اشاره شد، دامنه قاعده اغتفار تمام شروط صحت معاملات را دربرنمی‌گیرد؛ زیرا رعایت بعضی از شروط صحت معاملات مانند قصد و رضا و اهلیت در مورد شروط ضمن عقد غیرقابل چشم‌پوشی است. از آنجاکه این شروط ناظر بر متعاقدان است، میان عقد و شرط مشترک است و فقدان این شرط در مورد شرط عیناً به منزله فقدان آن در خصوص اصل عقد است و از این رو بطلان قرارداد را به دنبال دارد. بنابراین، قاعده اغتفار این دسته از شروط را دربرنمی‌گیرد.

حکم مندرج در این قاعده یعنی نادیده گرفتن بعضی از شرایط صحت معاملات برای توابع از جمله شروط ضمن عقد، افزون بر مستندات نقلی مثبت آن، منطقیاً با توجه به ماهیت توابع معاملی و فرعی بودن آن در نظر متعاقدان شکل گرفته است. در این راستا و در خصوص مبانی این قاعده

۱. در کلام فقیهان از قاعده اغتفار با تعابیر دیگری مانند «یغتفر فی التوابع ما لا یغتفر فی غیرها» و... نیز یاد شده است (مراغدی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص. ۲۴۴).

و برای اثبات آن، افزون بر سیره عقلا، به روایتی از نبی اکرم (صلی‌الله علیه و آله) با عبارت «من باع نخلاً قد ابرت فثمره للبایع، الا ان یشرط المبتاع.» که در کتاب‌های فقهی شیعه و سنی نقل شده، اشاره شده است (کاشف‌الغطا، بی‌تا، ج ۴، ص. ۱۷۹؛ قاضی نعمان مغربی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص. ۲۷؛ بخاری، ۱۴۰۱ق، ج ۵، ص. ۴۹). از این روایت چنین فهمیده می‌شود که ثمره‌ای که به بدو صلاح نرسیده باشد، بیع آن به همراه درخت (اصل) مجاز است. ابن قدامه، فقیه اهل سنت در همین راستا چنین می‌نویسد که هرگاه ثمره با اصل آن فروخته شود، از آنجاکه ثمره به صورت تبعی در بیع وارد شده است، احتمال غرر در آن وجود ندارد؛ زیرا غرر در تابع جایز است؛ هرچند که در متبوع جایز نیست مانند بیع شیر در پستان همراه با گوسفند و حمل حیوان همراه مادرش... که جهل به آن‌ها ضرری نمی‌رساند، اما فروش آن‌ها به‌تنهایی جایز نیست (ابن قدامه مقدسی، ۱۳۸۸، ص. ۱۵۰).

سیره عقلای عالم نیز بر این ترتیب شکل گرفته است که در روابط قراردادی خود، در رعایت ضوابط نسبت به توابع معاملی با توجه به جنبه فرعی و تبعی‌شان از منظر متعاملان انعطاف بیشتری به خرج داده و آنچه از شرایط را که برای موضوع عقد ضروری تلقی کرده‌اند، برای توابع چشم‌پوشی می‌کنند (کاشف‌الغطا، بی‌تا، ج ۴، ص. ۲۸؛ مراغه‌ای، ۱۴۱۷، ج ۲، ص. ۲۴۴). از سویی شارع مقدس که خود رئیس عقلا شمرده می‌شود، نه تنها به این ترتیب ردع و منعی وارد نکرده، بلکه به سبب نصوص وارده از جمله روایت اخیر آن را تأیید کرده است. بنابراین، در تحلیل صحیح و عمیق از چگونگی تأثیر ابهامات بر شروط ضمن عقد از حیث مؤثر واقع شدن آن‌ها در ایجاد غرر باید مفاد این قاعده نیز مطمح نظر قرار گیرد.

۳.۲. بررسی تأثیر ابهامات ناظر بر شروط ضمن عقد

قانون مدنی در مبحث اقسام شروط (مواد ۲۳۲ و ۲۳۳)، آن را به شرط صحیح و غیر صحیح تقسیم کرده است و شروط غیر صحیح را نیز دوباره به شروط باطل و شروط باطل و مبطل عقد

۱. «شروط مفصله ذیل باطل است، ولی مفسد عقد نیست: ۱. شرطی که انجام آن غیر مقدور باشد. ۲. شرطی که در آن نفع و فایده نباشد. ۳. شرطی که نامشروع باشد».

۲. «شروط مفصله ذیل باطل و موجب بطلان عقد است: ۱. شرط خلاف مقتضای عقد؛ ۲. شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود».

تقسیم‌بندی می‌کند. در این راستا، بند ۲ از ماده ۲۳۳ قانون مدنی مقرر می‌دارد در صورتی که جهل به شرط به خود عقد تسری یابد و مورد معامله را نیز مجهول سازد، چنین شرطی باطل و در عین حال، مبطل عقد شمرده می‌شود؛ البته روشن است که در جایی که موضوع اصلی عقد دچار جهالت خطرناک و لازم‌الاجتناب شود، از لحاظ حدوث غرر در معامله، جایی برای تردید در بطلان آن باقی نماند، اما قانون مزبور در خصوص وضعیت شرط مجهولی که جهالت آن به عقد سرایت نکند، ساکت است.

پرسش‌هایی که در اینجا مطرح می‌شود، این است که اولاً، املاي شرط مجهول ولو اینکه جهل به آن به عقد تسری نیابد، چه وضعیتی به لحاظ فقهی و حقوقی دارد؟ ثانیاً جهل نسبی یا جهل مطلق در تأثیر نسبت به وضعیت شرط مجهول به لحاظ فقهی و حقوقی تفاوتی دارد یا خیر؟ ثالثاً، چگونه و با چه سازوکاری از منظر فقه و حقوق موضوعه جهل شرط و ریسک ناشی از آن به عقد سرایت می‌کند؟

۱.۳.۲. بررسی فقهی و حقوقی شرط مجهول

در خصوص اظهارنظر درباره ابهام در شروط ضمن عقد نخست باید قائل به تفکیک شد و وضعیت چنین ابهامی را در شروطی که ضمن عقود مغابنی و شروطی که ضمن عقود مسامحی توسط متعاقدان درج می‌شود، از لحاظ تفاوت در شرایط حول موضوع به‌طور جداگانه مورد توجه و بررسی قرار داد، اما پیش از آن لازم است از باب مقدمه به تعریفی از عقود مغابنی و مسامحی و مبنای تقسیم‌بندی عقود به دو دسته یادشده در فقه و حقوق قراردادها پرداخت. در عقود مغابنه مانند عقد بیع، هدف طرفین عقد به دست آوردن سود اقتصادی و منافع مادی است و از این رو طرفین تمام سعی خویش را به کار می‌گیرند تا مالی را که در نتیجه عقد به دست می‌آورند، از لحاظ ارزش اقتصادی، بیشتر یا معادل مالی باشد که بر اثر عقد از دست می‌دهند، اما در عقود مسامحی هدف اصلی از انعقاد آن‌ها، احسان به دیگران و نوع دوستی است. لازم به بیان است که در عقود مسامحی لازم نیست حتماً بخشش مال صورت بگیرد. قرض نوعی عقد مسامحی است ولی در سررسید، معادل مال تملیک‌شده بازپرداخت می‌شود (محقق داماد، ۱۳۸۸، ج ۱، ص. ۱۸۲)

الف. شرط مجهول ضمن عقود مسامحی و تبرعی

همان‌طور که اشاره شد، عقود مسامحی و تبرعی بر مبنای تسامح و تساهل پایه‌ریزی شده است و

انگیزه‌های اقتصادی و سودجویانه در آن متصور نیست. از این رو وجود ابهام در این دسته از عقود و موضوع آن عمدتاً منجر به ایجاد خطر مالی در معامله و غرر نمی‌شود (محقق داماد، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۴۳۷). حال با لحاظ این مهم که ابهام در موضوع اصلی در این دسته از عقود بدون وجود غرر و امکان صدمه به صحت آن وجود داشته باشد، پس به طریق اولی می‌توان اظهار کرد که ابهام در شروط ضمن آن عقود نیز با عنایت به جنبه فرعی و تبعی آن، خللی به شرط و عقد وارد نمی‌سازد. در مورد اصل عقد نیز اعم از اینکه جهل شرط به عقد سرایت کند یا نکند، باید قائل به صحت شد؛ زیرا وقتی موضوع عقد می‌تواند راساً مجهول باشد، پس این امکان نیز وجود دارد که در فرضی که موضوع عقد در نتیجه جهل به شرط دچار ابهام شده باشد، به صحت عقد آسیبی وارد نشود. برای مثال، اگر کسی یک گونی گندم را به دیگری هبه کند بدون اینکه آن را وزن کند، عقد صحیح است؛ زیرا علم اجمالی نسبت به موضوع عقد هبه برای دفع غرر نسبت به آن کفایت امر را می‌کند. حال اگر گونی گندم قبل یا هم‌زمان با انعقاد هبه وزن شده باشد و ضمن عقد شرط شود که متبهب مقداری از آن را به شخص ثالث بدهد، این شرط مجهول منجر به جهل در موضوع عقد هبه خواهد شد. با این وصف، مطابق با استدلال‌هایی که از نظر گذشت، غرر در این فرض نیز منتفی و شرط و عقد صحیح شمرده می‌شود. به نظر می‌رسد این نگاه مورد توجه و تأیید گروه بسیاری از فقیهان و حقوق‌دانان در باب تعیین تکلیف وضعیت شروط ضمن عقود مسامحی و تبرعی قرار گرفته است (نایینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، ص ۱۲۰؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۲۷۹؛ کاتوزیان، ناصر، ۱۳۹۸، ج ۳، ص ۱۸۹؛ شهیدی، ۱۳۹۸، ص ۱۲۱).

گفتنی است که اگر شرط مجهول مشتمل بر جهل مطلق باشد یا اینکه جهل به آن موضوع، عقد مسامحی را دچار جهل مطلق کند، بی‌شک موجب ایجاد غرر در خود در فرض نخست و در شرط و عقد به صورت توأمان در فرض دوم می‌شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۱۱۶؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۲۷۹).

ب. شرط مجهول در عقود مغابنی

در خصوص وضعیت حقوقی شرط مجهول در عقود مغابنی فقیهان سه نوع رویکرد ابراز کرده‌اند.

اول. بطلان شرط

برخی از فقها (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۲۷۹) در خصوص شرط مجهول در ضمن عقود

مغایبی معتقدند که همچنان که قرارداد مجهول غرری و باطل است، شرط مجهول را نیز باید غرری و باطل دانست، اما چنانچه جهل شرط به عقد و عوضین آن تسری نیابد، عقد همچنان صحیح تلقی می‌شود. در غیر این صورت شرط و عقد هر دو باطل می‌شوند.

ایشان در تبیین مبنای نگاه خود چنین استدلال کرده است.

اولاً، در حدیث نبوی بنا بر نقلی^۱ که به صورت مطلق با مضمون «نهی النبى (صلى الله عليه) عن الغرر» آمده است، هرگونه توافقی را که دربردارنده غرر باشد، باطل اعلام کرده است؛ خواه غرر در خصوص مورد معامله یا شرط ضمن آن باشد. بنابراین، بر فرض عدم سرایت ابهام و غرر به اصل معامله، صرف تحقق غرر در خود شرط برای بطلان آن کافی است.^۲

ثانیاً، نسبت به این ادعا که «شرط مجهول موضوعی فرعی و تبعی است و جهل از موضوعات فرعی به موضوعات اصلی عقد سرایت نمی‌کند؛ زیرا عقد و شرط دارای ارزش برابر در عقد و نظر متعاقدان نیستند»، هیچ دلیل عقلی و نقلی وجود ندارد و ممکن است جهل به برخی از توابع و شروط، منجر به جهل عوضین و موضوعات اصلی عقد شود. برای مثال، اگر ضمن عقد، شرط اجل برای پرداخت ثمن مقرر شود، اما مدت آن معین نشود، مجهول بودن شرط به عوضین تسری می‌یابد و موجب بطلان عقد خواهد بود؛ زیرا به لحاظ عرفی، مدت جزئی از ثمن و مؤثر در ارزش آن است (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص. ۲۷۹).

یکی از فقهای این گروه ضمن احراز تمایز عرفی بین شرط و موضوع عقد، شرط را هرگز جزو مورد معامله به شمار نمی‌آورد و از این رو بطلان شرط در نتیجه جهل به آن را موجب بطلان عقد

۱. چنین متنی در هیچ‌یکی از کتاب‌های معتبر حدیث شیعه وارد نشده است و تنها سه نفر از فقها یعنی علامه حلی، شیخ طوسی و ابن زهره در آثار خود چنین متنی را از باب نقل به مضمون آورده‌اند (برای مطالعه بیشتر در این باره ر. ک به: علیدوست، ۱۳۹۸، ص. ۱۱۷).

۲. استدلال‌های شیخ انصاری و میرزای نایینی در امکان حدوث غرر در شرط در نتیجه جهل و ابهام، قابل توجه است؛ هرچند ایشان به خلاف نظر فقهای دسته دوم معتقدند که این جهل و غرر در شرط لزوماً به عقد سرایت می‌کند و آن را باطل می‌سازد. در این راستا، شیخ انصاری در کتاب مکاسب می‌نویسد «بل لو فرضنا عدم سראية الغرر فی البیع کفی لزومه فی اصل الشرط بناءً علی ان المنفی مطلق الغرر حتی فی غیر البیع؛ و لذا یستندون الیه فی ابواب المعاملات حتی الوکالة، فبطلان الشرط المجهول لیس لابطال البیع المشروط به؛ و لذا قد یجزم ببطلان هذا الشرط مع الاستشکال فی بطلان البیع...» (انصاری، ۱۴۲۷ق، ج ۶، ص. ۵۲). همچنین در منیه الطالب می‌خوانیم «و بالجملة فقد ظهر ان المتجه هوالقول بالبطلان لصيرورته ضمیمه لاحدالعوضین کالواصف فجھالته توجب جهالتهما لا محالة» (نایینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، ص. ۱۲۰).

تلقی نمی‌کند (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۲۹۷).

عده‌ای از حقوق‌دانان (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ج ۳، ص ۱۶۶) نیز طرف‌دار نظریه این دسته از فقیهان هستند. اینان شرایط مندرج در ماده ۱۹۰ قانون مدنی را ناظر به همه تعهدات اصلی و فرعی عقد دانسته و در این راستا، هیچ استثنایی برای شروط ضمن عقد قائل نشده‌اند.

دوم. بطلان شرط و عقد توأمان

گروه دیگری از فقیهان و حقوق‌دانان (انصاری، ۱۴۲۷ق، ج ۶، ص ۵۱؛ نایینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، ص ۱۲۰؛ خویی، ۱۴۱۲ق، ج ۷، ص ۳۴۹؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹، ص ۲۰۶؛ محقق داماد، ۱۳۹۳، ص ۷۱)، ابهام در شرط ضمن عقد را موجب بطلان شرط و عقد توأمان تلقی کرده‌اند. به نظر ایشان، با عنایت به اینکه مطابق تعبیر مشهور «للشروط قسط من الثمن»، مجموع شرط و ثمن یا مجموع شرط و مبیع عوضین اصلی را در عقد بیع تشکیل می‌دهند، پس شرط مجهول همواره موجب تسری جهل در ساختار اصلی عقد می‌شود و به طبع ایجاد غرر در معامله می‌کند. در میان حقوق‌دانان شاخص، مدافع این نظریه مشاهده نشد.

سوم. عدم بطلان شرط

جمع دیگری از فقها و حقوق‌دانان (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۳، ص ۲۰۳؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۱۱۶؛ خراسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص ۲۴۳؛ روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۸، ص ۳۶؛ امامی، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۲۷۲؛ شهیدی، ۱۳۹۸، ص ۹۳؛ صفایی، ۱۳۹۱، ص ۱۹۱)^۱ معتقد هستند که شرط مجهول در صورتی که جهل به شرط مطلق نبوده و نسبی باشد و از این حیث در نهایت، امکان رفع آن وجود داشته باشد، صحیح است. بر این مبنا، فقها و حقوق‌دانان مزبور افزوده‌اند اجرای تعهدی که موضوع آن مجهول مطلق است؛ به گونه‌ای که نتوان از آن رفع ابهام کرد و به تعبیر برخی از ایشان، جهل موجود در شرط در نهایت، به علم باز نگردد، غیرقابل اجرا و غرری است و از این رو قطعاً باطل شمرده می‌شود.

درعین حال، برخی از ایشان معتقدند که جهل به شرط و ریسک ناشی از آن هیچ گاه امکان

۱. «از نظر صاحب جواهر اگر شرط مجهول موجب جهل به عوضین نشود، مشروط بر آنکه جهل نسبت به چنین شرطی، قابل برطرف شدن باشد، نافذ است» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۳، ص ۲۰۳).

سرایت به اصل عقد و موضوع آن را نخواهد داشت (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص. ۱۱۶؛ خراسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص. ۲۴۳)^۱ و در تعلیل نظریه خود چنین استناد کرده‌اند: اولاً، مجهول بودن شرط در چنین شرایطی در آینده نزاع ایجاد نمی‌کند؛ زیرا در متن عقد، معیاری به دست داده شده است که به تدریج و بدون آنکه اختلافی پیش آید، جهل را به علم تبدیل می‌کند. در روایات (عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۳، ص. ۲۱۲) نیز اجاره زمین زراعی به شرط پرداخت خراج آن از سوی مستأجر صحیح دانسته شده است؛ هرچند میزان مالیات مزبور در موقع عقد مشخص نباشد.

ثانیاً، حکم نهی در روایت شریف نبوی ناظر بر غرر را مربوط به بیع دانسته‌اند و البته با عنایت به اینکه خصوصیتی در بیع نیست، در تمام عقود مغابنی و عوضین آن قابل جریان می‌دانند، اما بر این، دلیلی برای تعمیم آن به تعهدات فرعی و شروط ضمن عقد وجود ندارد. از این رو شرط مجهول از دایره شمول روایت خارج است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص. ۱۱۶؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۳، ص. ۲۰۲).

ثالثاً، شرط موضوعی فرعی و تبعی است و خارج از جریان معاوضه در عقود معاوضی و مغابنی قرار دارد. از این رو هیچ‌گاه قابلیت سرایت به عقد و عوضین آن را ندارد (خراسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص. ۲۴۲؛ عاملی، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص. ۲۱۶).

عمده فقیهان و حقوق‌دانانی که در این دسته جای گرفته‌اند، بر این باورند که جایی که شرط کاملاً مبهم و به دیگر سخن، جهل به شرط مطلق باشد و لو اینکه جهل به آن به عقد تسری نیابد، چنین شرطی باطل است، اما در صورت عدم تسری جهل شرط به عقد، اصل قرارداد صحیح است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۳، ص. ۲۰۲؛ صفایی، ۱۳۹۸، ص. ۲۰۵)^۲. به عقیده ایشان، بر اساس ادله لزوم رفع ابهام، جهل به توابع به تنهایی منجر به حدوث غرر در شرط و بطلان آن نمی‌شود، اما در صورت جهل مطلق یعنی جهالتی که هرگز به علم باز نمی‌گردد، شرط باطل است و بطلان آن به لحاظ عدم امکان اجرای آن و موجبات نزاع قراردادی در آینده است (شهیدی، ۱۳۹۸، ص. ۹۳).

برای مثال، جایی که فروشنده بر خریدار در ضمن عقد شرط کند خریدار برای او کاری انجام

۱. «والحاصل ان الشرط تابع غیر مقصود بالاصالة فالغرر والجهالة فیه لا یسری الی اصل البیع» (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص. ۱۱۶).

۲. «اما اذا كان جهالة لا تتول الى العلم، اتجه البطلان لانه مشار النزاع...» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۳، ص. ۲۰۲).

دهد یا چیزی به او بدهد بدون آنکه ویژگی‌های آن را بیان کند. در این مثال به خاطر وجود جهل مطلق و غیرقابل رفعی که در این شرط وجود دارد، چنین شرطی را باید علی‌الاصول مشتمل بر غرر و در نتیجه، باطل دانست. متقابلاً در صورتی که جهل به شرط، نسبی و قابل رفع باشد مانند جایی که در ضمن معامله یک زمین، خریدار بر فروشنده که تاجر نیز هست، شرط کند که سود تجارت سال آینده او که هنگام فروش زمین و فی‌المجلس مشخص نیست، از آن خریدار باشد. با توجه به اینکه سود تجارت فروشنده در سال آینده در هر حال قابل تعیین است و امکان رفع ابهام از آن وجود دارد، در این صورت شرط صحیح است. واضح است در این مثال، مجهول بودن شرط در آینده نزاع ایجاد نمی‌کند؛ زیرا در متن شرط، معیاری به دست داده شده است که به تدریج بدون اینکه اختلافی پیش آید، جهل را تبدیل به علم می‌کند.

چهارم. نقد و بررسی دیدگاه‌های فقیهان

با تحلیل وضعیت فقهی شرط مجهول ضمن عقود مغایبی، موارد زیر قابل برداشت و استنباط است. اولاً، حدیث شریف نبوی با مضمون «نهی‌النبی (صلی‌الله‌علیه و آله) عن بیع‌الغرر» برای تعیین تکلیف وضعیت فقهی و حقوقی شرط مجهول حتماً قابل استناد است؛ زیرا همان‌طور که پیش‌تر در بخش نخست این مقاله خاطر نشان شد، با الغای خصوصیت از حکم نهی از غرر در عوضین در عقد بیع و دیگر عقود معاوضی می‌توان جریان آن را نسبت به امور عقود مزبور نیز مدعی شد و مفاد و حکم حدیث را نسبت به آن جاری کرد؛ البته به شرط اینکه صدق غرر در آن امور با آن معنا و مفهومی که از آن ارائه شد، قابل احراز باشد؛ ضمن اینکه ابهام در امور بیع گاه می‌تواند خود بیع و عوضین را نیز دچار جهل و بعضاً ریسک‌های معتنا به کند.

ثانیاً، در تحلیل امکان یا عدم امکان وقوع غرر در شروط ضمن عقد و تأثیر آن نسبت به شرط و عقد، استفاده و امعان نظر به مباحثی که در تبیین ماهیت شروط ضمن عقد و جایگاه آن در قراردادها در فضای فقه اسلامی و حقوق موضوعه ارائه شد، ضروری شمرده می‌شود. در راستای همان مباحث مبنی بر عدم لحاظ و خارج بودن شرط ضمن عقد در جریان فرایند اقتصادی معاوضه از سویی و جنبه فرعی تبعی بودن آن از منظر متعاقدان از دیگر سو، موجب می‌شود چنین استنباط شود:

۱. در نتیجه ابهامات ناشی از علم اجمالی که در نهایت قابل رفع است، در شروط ضمن عقد

امکان ایجاد ریسک معتنا به عرفی که ضابطه معهود ما در ایجاد غرر است، عمدتاً وجود ندارد. به همین دلیل، بعضی از شرایط اساسی صحت معاملات مانند معلوم بودن در خصوص شروط ضمن عقد معتفر و قابل چشم‌پوشی است مگر اینکه شرط دچار جهل مطلق باشد و عدم امکان اجرای آن در نتیجه این ابهام حداکثری و احتمال نزاع و اختلاف ادامه آن، وقوع غرر در شرط و بطلان آن را تردیدناپذیر سازد.

۲. در صورت وجود ابهام مؤثر در ایجاد غرر در شرط و بطلان آن، این ابهام تا زمانی که به موضوع اصلی عقد سرایت نکند و آن را مجهول نسازد، تأثیری در وضعیت حقوقی عقد و به‌طور مشخص غرری شدن آن ندارد و در نهایت، می‌تواند برای طرف ذی‌نفع ایجاد حق فسخ کند؛ شرط در برابر عوض یا معوض قراردادی قرار نمی‌گیرد تا در نتیجه آن، عرف ابهام در آن را موجب احتمال ضرر معتنا به و حالت خطرناک در عقد به شمار آورد و قرارداد مشمول عنوان غرر شود.

پنجم. نقد و بررسی دیدگاه‌های حقوق دانان

در تحلیل حقوقی وضعیت شرط مجهول ضمن عقود مغابنی و نصوص قانونی موجود درباره آن باید گفت ادعای فراگیر بودن اصل لزوم رفع ابهام در همه تعهدات اصلی و تبعی عقود با استفاده از نصوصی مانند ماده ۱۹۰ قانون مدنی مخدوش است؛ زیرا شرایط صحت عقد یادشده در ماده ۱۹۰ قانون مدنی ناظر به تعهدات اصلی معاملات و شروط ضمن عقد از نظر عنوان و موضوع، خارج از شمول حکم ماده یادشده است. این برداشت از عبارت صدر این ماده که مقرر می‌دارد «برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است...» قابل استنباط است؛ زیرا اصطلاح «معامله» که به قرینه مقررات مواد ۱۹۱ به بعد قانون مدنی در معنی اخص خود به کار رفته، به معنی عقد به مفهوم همان توافق اصلی و اساسی متعاقدان است (شهیدی، ۱۳۹۸، ص. ۹۲). از این رو نمی‌توان شرایط اساسی صحت معامله را به شروط ضمن عقد تعمیم داد. بنابراین، برای مثال، در خصوص شرط معلوم بودن، مادامی‌که جهل شرط به عقد و موضوع آن سرایت نکند، نمی‌تواند تأثیری در وضعیت حقوقی شرط و عقد بگذارد. همچنین، اگر با توجه به ابهامات متصور در شرط بودن لزوم معلوم بودن برای شروط ضمن عقد دچار شک شویم، مقتضای اصل عملی استصحاب عدمی، عدم شرطیت معلوم بودن برای صحت شرط خواهد بود.

درعین‌حال، قانون‌گذار در مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی در مقام بیان انواع شروط باطل است و در این مقام هیچ اشاره‌ای به شرط مجهول به‌عنوان یکی از اقسام شروط باطل نمی‌کند. از سویی به‌خصوص در بند دوم از ماده ۲۳۳ قانون اخیرالذکر، شرط مجهول را در صورتی باطل و البته مبطل عقد شمرده است که جهل آن به عوضین عقد تسری یابد. مفهوم مخالف این ماده به‌خوبی نشان می‌دهد که مصادیقی نیز متصور بوده که جهل به شرط، قابل تسری به عقد نبوده است و از منظر قانون‌گذار شرط مجهول در چنین فرضی اصولاً بدون اشکال است. همچنین، با استفاده از نصوص قانونی و مستظهر به استنتاجات فقهی، در حقوق موضوعه نیز شرط مجهول را البته به شرط آنکه جهل آن مطلق نباشد، باید صحیح تلقی کرد.

توجه به پیشینه تاریخی شروط ضمن عقد، تحلیل حقوقی یادشده نسبت به این موضوع را تقویت می‌کند؛ زیرا ظاهراً در گذشته، بسیاری از روابط حقوقی را که به علت عدم اجتماع دقیق شرایط مقرر قانونی نمی‌توانسته است در عالم اعتبار تحقق یابد، به‌صورت شرط مندرج در ضمن عقد با استفاده از رابطه وابستگی و تبعی نسبت به عقد که آثار حقوقی خاصی را از جمله اغتقار و نادیده گرفتن بعضی از شروط صحت اقتضا می‌کند، محقق می‌کردند (شهیدی، ۱۳۹۸، ص. ۱۹).

امروزه جامعه ما بعضاً با شروط ضمن عقد مجهول متعددی روبه‌روست که تعیین تکلیف امکان یا عدم امکان تأثیر غرر نسبت به آن‌ها سهم بسزایی در برون‌رفت از وضعیت حقوقی ابهام‌آلود این شروط ایفا خواهد کرد. مثال بسیار مهم در این خصوص انعقاد نکاح با لحاظ شرطی در ضمن آن مبنی بر تنصیف اموال زوج با توجه در صورت طلاق است که در شروط چایی مندرج در قباله‌های نکاح بعد از انقلاب اسلامی مشاهده می‌شود.

مفهوم این شرط در صورتی که به امضای زوجین برسد عبارت است از تعهد زوج به انتقال و تملیک مجانی و بلاعوض نصف اموالی که دوره زناشویی تحصیل کرده است به زوج؛ البته در صورتی که شرایط دیگر پیش‌بینی شده از سوی طرفین محقق شود. در این مثال نیز شرط ضمن عقد مجهول است؛ زیرا دارایی مشمول تعهد مشروط علیه در حین وقوع عقد وجود خارجی ندارد و معلوم نیست که شوهر اولاً، در زمان طلاق مالی خواهد داشت یا نه و ثانیاً، میزان آن به شرط تحصیل دارایی، مشخص نیست. در این مثال نیز با عنایت به اینکه جهل به شرط مطلق نبوده و در متن شرط معیاری به دست داده شده که در زمان اجرا قابل تشخیص توسط دادگاه است، شرط را

باید با توجه به جنبه فرعی و تبعی آن نسبت به عقد نکاح صحیح تلقی کرد و ابهام موجود در آن را در شمول ابهامات غیرمؤثر در ایجاد غرر تلقی کرد (صفایی، ۱۳۹۷، ص. ۷۵).

۲.۳.۲. چگونگی امکان سرایت جهل شرط به عقد و بطلان آن

در حقوق موضوعه کشور در ماده ۲۳۳ قانون مدنی به صراحت شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود، باطل شناخته شده است، اما ماده قانونی مزبور هیچ‌گونه ضابطه مشخصی مبنی بر روشن کردن چگونگی امکان سرایت جهل شرط به عقد به دست نمی‌دهد. از سویی فقها دو رویکرد مختلف در خصوص چگونگی امکان سرایت جهل شرط و ریسک ناشی از آن به عقد اتخاذ کرده اند که بعد از بررسی و تجزیه و تحلیل نظریات ایشان و پاسخ به پرسش‌های اساسی مانند آیا جهالت شرط اساساً قابلیت سرایت به موضوع اصلی عقد را دارد و در چه مواردی و با چه سازوکاری مجهول بودن شرط واقعاً می‌تواند به عقد سرایت کند؛ به تعیین تکلیف موضوع اقدام می‌شود.

الف. سرایت همیشگی جهل شرط به عقد

برخی از فقها (نایینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص. ۱۲۰؛ انصاری، ۱۴۲۷، ج ۶، صص. ۵۲-۵۳) معتقدند ابهام در شرط مجهول در هر حال به عقد سرایت می‌کند و موجب ابهام در اساس عقد می‌شود؛ زیرا با اشتراط چیزی در ضمن آن، چنان پیوندی میان آن دو برقرار می‌شود که شرط را هم مانند جزئی از معامله و ضمیمه آن قرار می‌دهد. در نتیجه، شرط را نمی‌توان یک التزام تبعی صرف به شمار آورد. از این روست که گفته‌اند «انَّ لَشَرِّطٍ قِسْطًا لِلثَّمَنِ»؛ زیرا اگر شرط نبود، چه بسا خریدار حاضر به پرداخت چنین ثمنی نمی‌شد. بدین ترتیب آنجا که شرط باطل و غیرقابل اجراست، باید تمام عقد را باطل تلقی کرد.

در عین حال، برخی از ایشان (نایینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص. ۱۲۰)^۲ مدعی هستند که حدیث نبوی بنا بر نقلی که غرر در آن به صورت مطلق آمده است، اساساً شامل شروط مجهول هم می‌شود و بنابراین، شرط مجهول باطل است و در ادامه می‌افزایند که جهل به شرط علی‌القاعده مبتنی بر

۱. در برابر شرط بخشی از ثمن قرار می‌گیرد.

۲. «الی ان اطلاق النبوی یقتضی بطلانه بنفسه و لا موجب لان یدعی انصرافه الی غیرالشروط» (نایینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص. ۱۲۰).

دلایل اخیر، موجب جهل به عوضین و منجر به بطلان معامله می‌شود. شیخ اعظم نیز از زبان علامه حلی در کتاب تذکره چنین نقل می‌فرماید که همان‌طور که جهل به عوضین مبطل عقد است، جهل به لواحق ایشان نیز مبطل است و اگر متعاقدان شرط مجهولی در عقد بکنجانند، مبطل عقد خواهد بود. آنگاه شیخ در تعلیل نظر ایشان می‌نویسد چون «شرط بخشی از یکی از عوضین شمرده می‌شود» و از سویی حدیث نبوی نیز مستقلاً شامل شرط نیز شده است، دلیلی برای خروج شروط از نفی غرر وجود ندارد (انصاری، ۱۴۲۷ق، ج ۶، صص. ۵۲-۵۳).

ب. اختیار تفصیل در مقوله سرایت جهل شرط به عقد

بیشتر فقهای شیعه (نایینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، ص ۱۴۵؛ نراقی، ۱۴۱۶ق، ص ۱۵۴؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۳، ص ۱۹۹)^۱ قائل به تفصیل هستند و معتقدند تنها در مواردی شرط مجهول، باطل و مبطل عقد است که مجهول بودن شرط به عقد و موضوع آن سرایت کند و از نظر عرف موضوع عقد را به‌گونه‌ای مبهم سازد که مشتمل بر عنوان غرر شود. ایشان نظریه خود را چنین مستدل کرده‌اند که شرط ضمن عقد عهد مستقلی است که در ضمن عقد اصلی درج می‌شود و درحقیقت، طرفین عقد با انعقاد آن دو عهد را بر عهده می‌گیرند که یکی جنبه اساسی و دیگری جنبه فرعی و تبعی در نظر متعاقدان دارد و فاسد شدن یکی مادامی‌که به دیگری سرایت نکند، موجب فساد و بی‌اثر شدن دیگری نمی‌شود.

برخی از نویسندگان فقهی و حقوقی (خویی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۱۶۱؛ صفایی، ۱۳۹۱، ج ۲، ص ۱۹۱) در راستای نظریه ارائه‌شده از سوی فقیهان دسته دوم، برای سرایت جهل به عقد چنین مثال زده‌اند؛ خریداری در ضمن معامله شرط می‌کند ثمن معامله نصف دارایی مورث وی به هنگام مرگ باشد یا فروشنده خانه‌ای شرط می‌کند یکی از اتاق‌های آن به‌طور نامعین از مورد معامله استثنا شود یا به‌صورت شرط ضمن عقد منافع خانه را در مدت حیات خویش، از مورد معامله استثنا می‌کند. در این مثال‌ها و مانند آن، چون شرط ضمن عقد ناظر به اصل مورد معامله است، مجهول بودن آن به اصل عقد سرایت می‌کند و عقد را غرری می‌سازد.

۱. میرزا در اینجا همین نظر را مطرح کرده و تابع آن می‌شود: «... و من هذا القبيل الشرط المجهول لكن لا مطلقا بل اذا كان مرجعه الى اشتراط احداث وصف مجهول في احدالعوضين فانه يوجب الجهالة فيهما فيوجب البطلان لا محاله» (نایینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، ص ۱۴۵).

از دیگر مثال‌های یادشده در آثار فقیهان برای سرایت جهل شرط به عقد می‌توان به اشتراط اجل مبهم برای تسلیم عوضین در جایی که عوضین مؤجل هستند یا مدت مبهم و نامعین برای خیار شرط جایی که معامله خیاری است، اشاره کرد (عاملی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۳۰۳؛ انصاری، ۱۴۲۷ق، ج ۵، ص. ۱۱۴).

در تمام مثال‌های یادشده، شرط ضمن عقد از نوع شرط صفت است و جنبه استقلالی از موضوع عقد ندارد. از این رو هیچ‌یک از مثال‌های یادشده، مصداق سرایت جهل به شرط ضمن عقد در اصل عقد نیست؛ زیرا شروط یادشده، همان‌طور که اشاره رفت، مربوط به وصفی از اوصاف خود مورد معامله است و یکی از ویژگی‌های کمی و کیفی مورد معامله را مشخص می‌سازد. بنابراین، مجهول بودن آن‌ها عین مجهول بودن مورد معامله است نه اینکه جهل مزبور ناظر به امری جدا از موضوع اصلی عقد باشد و به آن سرایت کند. از این رو مثال‌های یادشده با نگرش دقیق علمی از محل بحث ما که عبارت است از سرایت جهالت شرط ضمن عقد به موضوع عقد، خارج است و در نهایت، با مسامحه یا دید عرفی باید سرایت جهل شرط به موضوع عقد را در آن بپذیریم؛ هرچند که با لحاظ دقت علمی، پذیرش مفهوم سرایت از جهل در خیار شرط به عقد قدری ملموس‌تر و قابل درک‌تر ارزیابی می‌شود.

ج. تحلیل و بررسی نظریات فقیهان

با توجه به نظریات صادره از هر دو گروه فقیهان در خصوص چگونگی امکان سرایت جهل شرط به عقد، کیفیت موضوع از حیث فقهی و حقوقی چنین ارزیابی می‌شود.

الف. همان‌طور که در تعریف شرط ضمن عقد اشاره شد، شرط موصوف در نظر طرفین قرارداد فرع بر موضوع قرارداد لحاظ می‌شود. از این رو خارج از مقوله معاوضه شمرده می‌شود و چنانچه در کلام فقیهان آمده است «لشرط قسطٌ من الثمن»، این کلام متضمن تحلیل عقلی است و دلیلش این است که شرط در ازدیاد یا تضعیف انگیزه متعاملان در ورود به قرارداد و به تبع آن، ازدیاد یا نقصان قیمت مؤثر است، اما این بدین معنا نیست که دو طرف در قصد انشای خود، مستقیماً بخشی از ثمن را در برابر شرط قرار داده باشند. نتیجه اینکه، مجهول بودن شرط هرچند بتواند شرط را باطل سازد، موجب مجهول شدن مورد معامله نخواهد شد. در این راستا برخی فقیهان (انصاری، ۱۴۲۷ق، ج ۶، ص. ۸۱) در تأیید این نگاه چنین استدلال

می‌کند که اولاً، دلیل مستقل و خارج از توافق و اراده طرفین بر تقسیط ثمن بر شرط نداریم. ثانیاً، مفاد عقد نیز چنین دلالتی ندارد؛ زیرا آنچه عرف از مفاد عقد معوض می‌فهمد، این است که عوضین در برابر هم قرار دارند و شرط ضمن عقد خارج از این معاوضه و تقابل قرار دارد. شرع (قانون) نیز اجرای مفاد عقد برحسب مدلول عرفی آن را لازم دانسته است و چیزی بر آن نمی‌افزاید. بنابراین، ثمن بر شرط تقسیط نمی‌شود و برای همین نتیجه گرفته می‌شود که در صورت تخلف از شرط، فقط حق فسخ برای مشروطه له ایجاد می‌شود و او نمی‌تواند بخشی از ثمن را در برابر شرط مطالبه کند.

نتیجه آنکه، ادعای گروه نخست از فقها مبنی بر اینکه جهل به شرط همواره منجر به سرایت به عقد و خطرناک شدن موقعیت معامله می‌شود و باید آن را موجب بطلان معامله از لحاظ غرر قلمداد کرد، مقرون به صواب نیست؛ زیرا شرط در نظر متعاملان موضوعی فرعی بوده و بابت آن مستقیماً مابه‌ازایی پرداخت نشده است که جهل به آن امکان خطرناک شدن معامله و به‌طبع، ایجاد غرر را فراهم کند.

به نظر می‌رسد نظریه این دسته از فقها مورد پذیرش قانون‌گذار کشور قرار نگرفته است؛ زیرا مفهوم مخالف بند ۲ از ماده ۲۳۳ قانون مدنی، این معنی را به ذهن متبادر می‌سازد که فرضی هم متصور بوده که بر اساس آن ممکن است جهالت شرط به عقد سرایت نکند.

ب. ادعای گروه دوم از فقها نیز که جهل به شرط را در مواردی قابل سرایت به عقد دانسته‌اند که در ضمن معامله شرط صفت درج شده و شرط مذکور دچار ابهام باشد، نیز محل خدشه است؛ زیرا در چنین فرضی، شرط موضوعی جدا از موضوع اصلی عقد نیست، بلکه به‌طور مستقیم ناظر به موضوع اصلی عقد و اوصاف آن است و از آن ماهیت مستقلی ندارد تا جهل بدان را موجب تسری به عقد و موضوع آن بدانیم. در واقع، در اینجا موضوع عقد از همان ابتدای انعقاد عقد دچار ابهام بوده و از این رو پذیرش سرایت جهل شرط به عقد مشکل و دست‌کم با قدری تسامح و تساهل امکان‌پذیر است. بر مبنای همین استدلال، تعدادی از فقها (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص. ۱۱۶؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص. ۲۸۱)^۱ قائل شده‌اند که جهل به

۱. از تعابیر به کار گرفته‌شده توسط مرحوم بجنوردی در این مأخذ چنین استفاده می‌شود که سرایت جهل شرط به عقد جز در مواردی که شرط از نوع شرط صفت و ناظر به موضوع عقد باشد، ممکن نیست (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص. ۲۸۱).

شرط مجهول به خصوص اگر همچون شرط فعل و شرط نتیجه واجد جنبه استقلالی از موضوع عقد باشد، اساساً امکان سرایت به عقد را ندارد.

یکی از نویسندگان حقوقی (وحدتی شبیری، ۱۳۷۹، ص. ۱۷۵) برای رفع این اشکال چنین نظر داده که در جایی جهل به شرط به عقد ساری است که شرط اولاً، از نوع شرط نتیجه یا فعل و در نتیجه، مستقل از عقد باشد و ثانیاً، ارزش شرط نسبت به مجموع مورد معامله سنجیده شود و کاشف به عمل آید که ارزش اقتصادی شرط نزدیک به موضوع معامله، هم‌تراز یا بالاتر از آن است. برای مثال، اگر مورد معامله، خانه‌ای در قبال پنجاه میلیون تومان باشد و در ضمن آن بر خریدار شرط شود که خانه دیگری برای او مجاناً بسازد، در مثال‌هایی از این دست باید گفت چون ارزش مالی شرط مزبور نسبت به مورد معامله کاملاً قابل توجه است، از نظر عرفی ابهام در شرط به مورد معامله سرایت می‌کند و موضوع تعهد را مجهول می‌سازد.

در مثال‌هایی از این دست، مادامی که با استفاده از مصرحات قراردادی و قرائن حول آن احراز شود که شرط ضمن عقد ماهیت فرعی و تابع‌گونه خود را در نظر متعاقدان حفظ کرده و از این حیث اساس عوض قراردادی در برابر موضوع بوده و شرط در میزان آن تأثیر اساسی نداشته است، همچنان جهالت شرط ولو با وجود وزانت اقتصادی، قابل تسری به عقد نیست. حقیقت عقد در مثال‌هایی از این دست حاکی است که متعاقدان با نحوه تنظیم عقد و شرط و به دیگر سخن، متبوع و تابع و عدم لحاظ وزانت اقتصادی آن‌ها در این چپشش قراردادی به خاطر هر دلیل یا ضرورتی، به نوعی از جنبه مغایرتی عقد صرف‌نظر کرده‌اند و از این حیث قرارداد منعقد دچار تحول به سمت مسامحی بودن می‌شود و در واقع، عمده عوض قراردادی مابه‌ازای موضوع اصلی عقد قرار گرفته است. بدیهی است در صورت عدم احراز جنبه فرعی و تبعیت شرط قراردادی نسبت به موضوع با استفاده از مفاد قرارداد و قرائن حول آن که از آن جمله می‌تواند همین سنگینی ارزش اقتصادی شرط نسبت به موضوع عقد باشد، شرط در حکم جزئی از موضوع اصلی تلقی می‌شود و حتماً جهالت آن منجر به جهالت موضوع عقد خواهد شد (علامه، ۱۳۷۵، ص. ۳۹).

نتیجه‌گیری

همان‌طور که در مقدمه اشاره شد، در این مقاله پاسخ به این پرسش مورد تعقیب بود که سازوکار تأثیر ابهامات معاملی در راستای ایجاد غرر چیست و سپس چگونگی تأثیرات ابهام در انواع

شروط ضمن عقد و در وهله نخست از حیث امکان یا عدم امکان ایجاد غرر و در وهله دوم از حیث دامنه امکان ایجاد غرر از حیث فقهی و حقوقی مورد بررسی و واکاوی قرار گرفت. نتایج حاصل از این تحقیق با محورهای مزبور بدین شرح است.

۱. غرر به مفهوم خطر یک تأسیس شرعی یا قانونی نیست، بلکه یک نهاد عرفی است که برای درک مفهوم و حدود آن باید به عرف مراجعه کرد. امروزه عرف هرگونه جهل را که توأم با قدری از احتمال ضرر باشد، در معاملات خطرناک و به طبع غرری به شمار نیآورده، بلکه جایی که ابهام در معامله توأم با احتمال ضرر معتابه عرفی و اغماض‌ناپذیر باشد، باید مؤثر در ایجاد غرر به شمار آورد.

۲. در تحلیل تأثیر یا عدم تأثیر ابهامات معاملی در شروط ضمن عقد که ممکن است باعث غرر شود، توجه به ماهیت شروط ضمن عقد کارساز و تعیین‌کننده است. در میان شروط ضمن عقد جز شرط صفت که دقیقاً ناظر بر موضوع عقد است و از خود استقلالی ندارد، دیگر شروط ضمن عقد دارای استقلال از موضوع عقد و خارج از آن شمرده می‌شود و درعین حال، در ساختار عقود و قراردادهای جنبه فرعی و تبعی نسبت به آن دارند.

۳. بر اساس قاعده اغتفار که دارای مبانی عقلی و نقلی در فقه و حقوق موضوعه است، بعضی از شرایط اساسی صحت معامله از جمله لزوم معلوم بودن در مورد شروط ضمن عقد مورد چشم‌پوشی و گذشت قرار می‌گیرد. این حکم دقیقاً نتیجه ماهیت شرط و جنبه تبعی و فرعی آن نسبت به عقد و خروج شرط از فرایند اقتصادی معاوضه در عقود معاوضی و مغایبی است؛ زیرا برای شرط ضمن عقد مابه‌ازایی در قرارداد به‌طور مستقیم دیده نمی‌شود و با عنایت به جنبه فرعی آن در نظر متعاقدان، در نتیجه جهل به شرط، امکان ایجاد خطر و غرر منتفی است و از این رو جهل به شروط نیز نمی‌تواند آسیبی به خود شرط و عقد بزند؛ البته این حکم مادامی پابرجاست که در متن شرط معیاری برای رفع جهل و اجرای آن وجود داشته باشد. در غیر این صورت وجود جهل مطلق در شرط اجرای آن مختل و محل نزاع بین متعاقدان قرار گرفته است که این خود زمینه حدوث غرر در خصوص شرط و بطلان آن را فراهم می‌آورد.

۴. قاعده اغتفار و چشم‌پوشی از اجرای اصل لزوم رفع ابهام در خصوص شروط ضمن عقد در صورتی انجام می‌پذیرد که دو محور زیر از مفاد قراردادی و قرائن حول آن محرز باشد.

الف. شرط واجد جنبه فرعی و تبعی در عقد باشد و اصالتاً مقصود متعاقدان نباشد.
 ب. تعلق اراده متعاقدان به شرط، (تابع) موضوع اصلی عقد باشد و اگر تحقق موضوع اصلی عقد منتفی شود، اراده و خواست تابع نیز منتفی شود. در صورتی که مفاد قراردادی نسبت به دو محور اخیر دچار اجمال باشد و صراحت کافی نداشته باشد، وزانت اقتصادی شرط نسبت به موضوع قرارداد، قرینه‌ای بر خروج شرط از حالت تبعی و قرار گرفتن آن در جزئی از موضوع قرارداد شمرده خواهد شد. بدیهی است در چنین وضعیتی جهالت شرط منجر به جهالت کل موضوع عقد می‌شود و به طبع، امکان ایجاد غرر در معامله پدید می‌آید.

۵. در صورت مجهول بودن شرط ضمن عقد، این مهم در صورتی که شرط موضوعی مستقل از موضوع عقد باشد، اصولاً هیچ تأثیری در وضعیت حقوقی اصل عقد نمی‌گذارد و در نهایت، ممکن است برای طرف ذی‌نفع حق فسخ پدید آید. تنها جهل در خصوص شروطی که ناظر به اوصاف موضوع عقد و معامله هستند، عیناً موجب مجهول شدن موضوع عقد می‌شود و با قدری تسامح، جهل شرط به عقد سرایت می‌کند. این جهالت مسری به عقد در صورت ایجاد خطر معتدبه، از منظر عرف، مؤثر در ایجاد غرر و بطلان عقد و شرط به تبعیت از عقد خواهد شد.

پیشنهادها

با عنایت به نتایج به دست آمده، الحاق یک تبصره به ماده ۲۳۲ قانون مدنی و الحاق دو تبصره به ماده ۲۳۳ قانون مدنی به شرح زیر برای ایجاد شفافیت در فضای قانون‌گذاری و پایان دادن به تشتت‌ها در برداشت‌های حقوقی از موضوع پیشنهاد می‌شود.

۱. تبصره الحاقی مورد پیشنهاد به ماده ۲۳۲ قانون مدنی: «جهل به شرط در صورتی که نسبی بوده و معیاری در متن آن برای رفع جهل وجود داشته باشد، به صحت شرط لطمه‌ای وارد نمی‌سازد مگر اینکه شرط دچار جهل مطلق باشد و این سطح از ابهام، شرط را در مرحله اجرا دچار اختلال سازد. در این صورت شرط غرری و باطل شمرده می‌شود».

۲. تبصره شماره ۱ الحاقی مورد پیشنهاد به ماده ۲۳۳ قانون مدنی: «جهل در شرط ضمن عقد در صورتی که مستقل از موضوع عقد باشد، اصولاً قابل سرایت به عقد نیست، اما در صورتی که شرط از نوع صفت و بیان‌کننده اوصاف عقد و موضوع آن باشد، ابهام در چنین شرطی قابل

سرایت به عقد شمرده می‌شود و در صورت ایجاد خطر مالی معتنابه موجب بطلان در معامله می‌شود».

۳. تبصره شماره ۲ الحاقی مورد پیشنهاد به ماده ۲۳۳ قانون مدنی: «در خصوص شروط ضمن عقد که واجد جنبه استقلال از موضوع عقد هستند، عدم سرایت جهل شرط به عقد و موضوع آن مادامی محقق است که جنبه فرعی و تبعی آن به گونه‌ای که اصالتاً مقصود متعاقدان نباشد، از مفاد قرارداد و قرائن حول آن محرز باشد. در صورت اجمال مفاد قرارداد در احراز این ضابطه، وزانت اقتصادی موضوع شرط، قرینه‌ای بر خروج شرط از حالت تبعی و قرار گرفتن آن در زمره موضوع عقد تلقی می‌شود. در چنین حالتی، جهل به شرط منجر به جهالت موضوع عقد خواهد بود».

منابع

- ۱) ابن بابویه (صدوق)، محمدبن علی (۱۴۳۱ق). عیون اخبارالرضا (علیه السلام) (جلد ۲). چاپ ۳، قم: مکتبه الحیدریه.
- ۲) ابن عابدین، محمد امین بن عمر (۱۴۲۴ق). ردالمحتار علی الدرالمختار (شرح ابن عابدین) (جلد ۷). بیروت: دارالکتب العلمیه.
- ۳) ابن قدامه مقدسی، عبدالله بن احمد (۱۳۸۸ق). المغنی فی شرح المختصر الخرقی (جلد ۶). قاهره: مکتبه القاهره.
- ۴) ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۰۵ق). لسان العرب (جلد ۷). چاپ ۱، قم: نشر ادب الحوزه.
- ۵) ابو جیب، سعدی (۱۴۰۲ق). القاموس الفقهی. دمشق: دارالفکر.
- ۶) امامی، سیدحسن (۱۳۷۱). حقوق مدنی (جلد ۱). چاپ ۹، تهران: اسلامیه.
- ۷) انصاری، مرتضی (۱۴۲۷ق). مکاسب (جلدهای ۴، ۵ و ۶). چاپ ۷، قم: مجمع الفکر الاسلامی (کنگره).
- ۸) ایروانی غروی، میرزا علی (۱۳۷۹ق). حاشیه مکاسب (جلد ۲). چاپ ۲، تهران: رشدیّه.
- ۹) بجنوردی، سیدحسن (۱۴۱۹ق). القواعد الفقهیّه (جلد ۳). چاپ ۱، قم: الهادی.
- ۱۰) بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۵ق). الحدائق الناظره (جلدهای ۱۸ و ۲۷). چاپ ۱، قم: دفتر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۱۱) بخاری، محمد بن اسماعیل (۱۴۰۱ق). صحیح بخاری (جلد ۵). بیروت: دارالفکر للطباعه والنشر والتوزیع.
- ۱۲) تمیمی مغربی، ابوحنیفه نعمان بن محمد (۱۳۸۳ق). دعائم الاسلام (جلد ۲). قاهره: دارالمعارف.
- ۱۳) جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۶۹). دوره حقوق مدنی؛ حقوق تعهدات (جلد ۱). تهران: دانشگاه تهران.
- ۱۴) جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۹). مجموعه محشی قانون مدنی. چاپ ۱. تهران: گنج دانش.
- ۱۵) جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۵). ترمینولوژی در حقوق. چاپ ۱۶. تهران: گنج دانش.
- ۱۶) جلیلی، مهدی (زمستان ۱۳۹۷). تحلیل فقهی شرکت ابدان از منظر فقه مذاهب اسلامی. فصلنامه حقوق اسلامی، سال ۱۵، شماره ۵۹، صص. ۳۵-۵۶.
- ۱۷) جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۹۹۰م). صحاح اللغه (جلد ۲). بیروت: دارالعلم للملایین.
- ۱۸) حسینی عاملی، سیدمحمدجواد (۱۴۱۸ق). مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه (جلد ۸). بیروت: دارالتراث.
- ۱۹) حلی، حسن بن یوسف مطهر اسدی (۱۴۱۴ق). تذکره الفقها (جلد ۱). چاپ ۱، قم: مؤسسه آل‌البیته

- (علیه‌السلام).
- ۲۰) خراسانی، محمدکاظم (۱۴۰۶ق). حاشیه بر مکاسب (جلد ۱). چاپ ۱، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- ۲۱) خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۲۱ق). کتاب‌البیع (جلدهای ۳ و ۵). تهران: مؤسسه نشر و تنظیم آثار امام خمینی (رحمت‌الله علیه).
- ۲۲) خوبی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۲ق). مصباح‌الفقاهة (جلد ۷). بیروت: دارالهادی.
- ۲۳) خوبی، سیدمحمدتقی (۱۴۱۵ق). الشروط او التزامات‌التبعیه فی العقود (جلد ۱). چاپ ۳، قم: مؤسسه المنار.
- ۲۴) دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۷۰). فرهنگ فارسی دهخدا (جلد ۳۱). تهران: مؤسسه دهخدا.
- ۲۵) رفیعی، محمد تقی (۱۳۷۸). مطالعه تطبیقی غرر در معامله، مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی، چاپ اول، قم.
- ۲۶) روحانی، سیدصادق (۱۴۱۲ق). فقه‌الصادق (جلد ۱۶). چاپ ۱، دارالکتاب-مدرسه امام‌صادق (علیه‌السلام).
- ۲۷) زبیدی، سیدمحمدمرتضی (۱۴۱۴ق). تاج‌العروس من جواهرالقاموس (جلد ۳). بیروت: دارالفکر للطباعة والنشر والتوزیع.
- ۲۸) زحیلی، محمدمصطفی (۱۴۲۷ق). القواعد‌الفقهیه و تطبیقاتها فی المذاهب‌الاربعه (جلد ۱). چاپ ۱، دمشق: دارالفکر.
- ۲۹) سنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۹۹۷م). مصادرالحق فی فقه‌الاسلامی (جلد ۳). بیروت: دار احیاء التراث‌العربی.
- ۳۰) شرتونی، سعید (بی‌تا). اقرب‌الموارد فی فصیح‌العربیة والشوارد. قم: مؤسسه‌النصر.
- ۳۱) شهیدی، مهدی (۱۳۹۸). شروط ضمن عقد. چاپ ۷، تهران: مجد.
- ۳۲) صالحی علی‌آبادی، حامد، شمشیری، علیرضا و کریمی، عباس (تیر ۱۴۰۲). واکاوی غرر مؤثر در فقه امامیه و حقوق ایران و مقایسه آن با حقوق مصر. فصلنامه حقوق اسلامی، شماره ۷۷، صص. ۱۴۵-۱۸۳.
- ۳۳) صفایی، سیدحسین (۱۳۹۱). قواعد عمومی قراردادها (جلد ۲). چاپ ۳۱، تهران: میزان.
- ۳۴) صفایی، سیدحسین و امامی، اسدالله (۱۳۹۷). حقوق خانواده. چاپ ۵۰، تهران: میزان.
- ۳۵) صفی‌پوری شیرازی، عبدالرحیم‌بن‌عبدالکریم (۱۳۹۳). منتهی‌الارب فی لغة‌العرب (محمدحسن فؤادیان و علیرضا حاجیان‌نژاد، تصحیح و تعلیق). تهران: دانشگاه تهران.

- ۳۶) صمدانی، مولانا اعجاز احمد (۱۳۹۹). بانکداری اسلامی و غرر. تهران: احسان.
- ۳۷) ضریر، صدیق محمد امین (۱۹۹۰م). الغرر و اثره فی العقود فی الفقه الاسلامی. چاپ ۲، بیروت: دار الجیل.
- ۳۸) ضریر، صدیق محمد امین (۱۹۹۳م). الغرر فی العقود و آثاره فی تطبیقات المعاصرة. جده: المعهد الاسلامی للبحوث والتدریب.
- ۳۹) طالب احمدی، حبیب (۱۳۸۰). تأثیر غرر در معاملات. مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز، دوره ۱۷، شماره ۱، صص. ۴۳-۵۵.
- ۴۰) طباطبایی حائری، سید علی (بی تا). ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل (جلد ۱). چاپ ۱، قم: مؤسسه آل‌البیت (علیه السلام).
- ۴۱) طباطبایی یزدی (۱۴۲۱ق). حاشیه المکاسب (جلد ۲). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- ۴۲) طوسی (شیخ الطایفه)، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق). المبسوط (جلد ۲). چاپ ۲، مکتبه مرتضویه لاحیا آثار الجعفریه.
- ۴۳) عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (۱۳۱۴ق). القواعد والفوائد. قم: نشر جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۴۴) عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة فی شرح المعتمد دمشقیة (جلدهای ۳ و ۴). چاپ ۱، قم: کتابفروشی داوری.
- ۴۵) عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعه (جلدهای ۱۲ و ۱۳ و ۱۷). قم: مؤسسه آل‌البیت (علیه السلام).
- ۴۶) عراقی، آقاضیاء الدین (۱۴۱۴ق). شرح تبصره المتعلمین (جلد ۵). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ۴۷) علامه، سید مهدی (۱۳۷۵). شروط باطل و تأثیر آن در عقود. چاپ ۱، اصفهان: مانی.
- ۴۸) علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۹۸). فقه و حقوق قراردادها (ادله عام روایی). چاپ ۵، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- ۴۹) عمید، حسن (۱۳۸۷). فرهنگ فارسی عمید. تهران: امیرکبیر.
- ۵۰) فخار طوسی، جواد (۱۳۸۴). در محضر شیخ انصاری (جلد ۲۳). چاپ ۱، قم: نسیم مهر.
- ۵۱) فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۱۰ق). کتاب العین؛ منشورات الهجره (جلد ۴). چاپ ۲، قم: دارالهجره.
- ۵۲) قاضی نعمان مغربی، نعمان بن محمد (۱۳۸۵ق). دعائم الاسلام (جلد ۲). مؤسسه آل‌البیت (علیه السلام).
- ۵۳) قنوتی، جلیل؛ رجبی، عبدالله (۱۳۹۶). بررسی ضرورت رفع ابهام از قرارداد. دانش حقوق مدنی، سال ششم، شماره ۲، صص ۶۲-۷۶.
- ۵۴) کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۸). قواعد عمومی قراردادها (جلدهای ۲ و ۳). تهران: گنج دانش.
- ۵۵) کاشف‌الغطا، حسن بن جعفر (۱۴۲۲ق). انوار الفقاهه؛ کتاب البیع. قم: مؤسسه کاشف‌الغطا.

- (۵۶) کاشف الغطاء، حسن بن جعفر (بی تا). القواعد سته عشر (جلد ۴). قم: مؤسسه کاشف الغطاء.
- (۵۷) گل محمدی، علی اصغر و همکاران (بهار ۱۳۹۷). تحلیل قاعده اغتفار و نقش آن در شروط ضمن عقد. فصلنامه حقوق اسلامی، سال ۱۵، شماره ۵۶.
- (۵۸) مامقانی، عبدالله (۱۳۴۴ق). مناهج المتقین. نجف: مؤسسه آل‌البیت (علیه السلام) لاحیاء تراث.
- (۵۹) محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۸). حقوق قراردادها در فقه امامیه (جلد ۱). تهران: سمت.
- (۶۰) محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۹). حقوق قراردادها در فقه امامیه (جلد ۲). تهران: سمت.
- (۶۱) محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۳). قواعد فقه، بخش مدنی ۲. چاپ ۱۴، تهران: سمت.
- (۶۲) محمدی، ابوالحسن (۱۳۸۲). قواعد فقه. چاپ ۶، تهران: میزان.
- (۶۳) مراغی، سیدمیرعبدالفتاح (۱۴۱۷ق). العناوین الفقهیة (جلد ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
- (۶۴) مظفر، محمدرضا (۱۴۰۵ق). اصول فقه (جلد ۱). قم: دانش اسلامی.
- (۶۵) معین، محمد (۱۳۸۷). فرهنگ فارسی. چاپ ۴، تهران: امیرکبیر.
- (۶۶) مقرئ فیومی، احمدین محمد (۱۴۰۵ق). المصباح المنیر. چاپ ۱، قم: دارالهجره.
- (۶۷) موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۸۷)، ابهام و لزوم رفع آن از مورد معامله، فصلنامه فقه و مبانی حقوق، دوره ۴، شماره ۱۳، صص ۱۲۵-۱۶۱.
- (۶۸) نایینی، محمدحسین (۱۳۷۳ق). منیه الطالب فی شرح المکاسب (جلد ۱ و ۲). چاپ ۱، قم: مکتبه‌المحمدیه.
- (۶۹) نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام (جلدهای ۲۲ و ۲۳). چاپ ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- (۷۰) نراقی، ملااحمد (۱۴۱۷ق). عوائد الایام. چاپ ۱، قم: دفتر تبلیغات حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- (۷۱) وحدتی شبیری، سیدحسن (۱۳۷۹). مجهول بودن مورد معامله. چاپ ۱، قم: مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی.
- (۷۲) وحید خراسانی، حسین (۱۴۳۸ق). بغیة الراغب فی مبانی المکاسب (جلد ۴). مدرسه امام باقرالعلوم (علیه السلام).

References

- 1) Abū Jīb, Sa'adī (1402 AH). *Al-Qāmūs al-Fiqhī*. Damascus: Dār al-Fikr [in Arabic].
- 2) Alidoost, Abolghasem (1398 SH). *Fiqh va Hoquq-e Gharardadha (Adle-ye Amm-e Rawayi) [Jurisprudence and Contract Law (General Documentary Evidence)]*. 5th ed., Tehran: Pazhooheshgah-e Farhang va Andisheh-e Islami [in Persian].
- 3) Allameh, Sayyid Mehdi (1375 SH). *Shoroot-e Batel va Ta'sir-e An dar Aghood [Invalid Conditions and Their Impact on Contracts]*. 1st ed., Isfahan: Mani [in Persian].
- 4) Ameli (Shahid Awwal), Mohammad bin Makki (1314 AH). *Al-Qawa'id wa al-Fawa'id*. Qom: Nashr Jamia'at Modarresin Hawzah Elmiyyah Qom [in Arabic].
- 5) Ameli (Shahid Thani), Zain al-Din bin Ali (1410 AH). *Al-Rawdah al-Bahiyyah fi Sharh al-Lum'ah al-Dimashqiyyah (Volumes 3 and 4)*. 1st ed., Qom: Ketabforushi Davari [in Arabic].
- 6) Ameli, Mohammad bin Hassan (1409 AH). *Wasa'il al-Shi'ah (Volumes 12, 13, and 17)*. Qom: Mo'asseseh Al al-Bayt (a.s.) [in Arabic].
- 7) Amid, Hassan (1387 SH). *Farhang-e Farsi-e Amid [Amid's Persian Dictionary]*. Tehran: Amir Kabir [in Persian].
- 8) Anṣārī, Mortazā (1427 AH). *Makāsib (Volumes 4, 5 and 6)*. 7th ed., Qom: Majma' al-Fikr al-Eslāmī (Kongere) [in Arabic].
- 9) Baḥrānī, Yūsuf bin Aḥmad (1405 AH). *Al-Ḥadā'eq al-Nāzera (Volumes 18 and 27)*. 1st ed., Qom: Daftar Eslāmī Vābesta be Jāme'a Modaresin Hawza 'Elmiya Qom [in Arabic].
- 10) Bejnūrdī, Seyyed Ḥasan (1419 AH). *Al-Qavā'ed al-Fiqhiya (Volume 3)*. 1st ed., Qom: Al-Hādī [in Arabic].
- 11) Bukhārī, Moḥammad bin Esmā'il (1401 AH). *Ṣaḥīḥ Bukhārī (Volume 5)*. Beirut: Dār al-Fikr lel-Ṭabā'a wa al-Nashr wa al-Tawzī' [in Arabic].
- 12) Dehkhodā, 'Alī Akbar (1370 SH). *Farhang-e Fārsī Dehkhodā (Volume 31) [Dehkhoda's Persian Dictionary]*. Tehrān: Mo'assesa Dehkhodā [in Persian].
- 13) Emāmī, Seyyed Ḥasan (1371 SH). *Ḥoquq-e Madani (Volume 1) [Civil Law]*. 9th ed., Tehrān: Eslāmīya [in Persian].
- 14) Eyvānī Gharavī, Mirzā 'Alī (1379 AH). *Ḥāshiye al-Makāsib (Volume 2)*. 2nd ed., Tehrān: Roshdiya [in Arabic].
- 15) Fakhar Tusi, Javad (1384 SH). *Dar Mehzar-e Sheikh Ansari (Volume 23)*. 1st ed., Qom: Nasim Mehr [in Persian].
- 16) Farahidi, Khalil ibn Ahmad (1410 AH). *Kitab al-Ayn; Manshoorat al-Hijrah (Volume 4)*. 2nd ed., Qom: Dar al-Hijrah [in Arabic].
- 17) Golmohammadi, Ali Asghar et al. (1397 SH). *Tahlil-e Qa'edeh-e Eghtefar va Naqsh-e An dar Shoroot-e Zamon-e Aqd [Analysis of the Rule of Forgiveness and its Role in Contractual Conditions]*. *Faslnameh Hoquq-e Islami [Islamic Law Quarterly]*, Year 15, Issue 56 [in Persian].
- 18) Ḥellī, Ḥasan bin Yūsuf Moṭahhar Asadī (1414 AH). *Taḍkera al-Foqahā (Volume 1)*. 1st ed., Qom: Mo'assesa 'Al al-Bayt ('alayhem al-salām) [in Arabic].
- 19) Ḥosaynī 'Ameli, Seyyed Moḥammad Javād (1418 AH). *Mafātih al-Karāma fi*

- Sharḥ Qavā'ed al-'Allāma (Volume 8). Beirut: Dār al-Torāth [in Arabic].
- 20) Ibn 'Ābedīn, Moḥammad Amīn bin 'Omar (1424 AH). Radd al-Moḥtār 'alā al-Durr al-Mukhtār (Sharḥ Ibn 'Ābedīn) (Volume 7). Beirut: Dār al-Kotob al-'Elmīya [in Arabic].
 - 21) Ibn Bābewey (Ṣadūq), Moḥammad bin 'Alī (1431 AH). 'Uyūn Akhbār al-Riḍā ('alayhe al-salām) (Volume 2). 3rd ed., Qom: Maktabat al-Ḥeydariya [in Arabic].
 - 22) Ibn Manzūr, Moḥammad bin Makram (1405 AH). Lisān al-'Arab (Volume 7). 1st ed., Qom: Nashr Adab al-Ḥawza [in Arabic].
 - 23) Ibn Qodāma Moqaddasī, 'Abdullah bin Aḥmad (1388 AH). Al-Moghni fi Sharḥ al-Mokhtaṣar al-Kharqī (Volume 6). Cairo: Maktabat al-Qāhira [in Arabic].
 - 24) Iraqī, Agha Ziauddin (1414 AH). Sharḥ Tabsirat al-Muta'allimin (Volume 5). Qom: Daftar-e Entesharat-e Islami [in Arabic].
 - 25) Ja'farī Langarūdī, Moḥammad Ja'far (1369 SH). Doreye Ḥoqūq-e Madanī; Ḥoqūq-e Ta'ahodāt (Volume 1) [Civil Law Course; Contract Law]. Tehrān: Dānešgāh-e Tehrān [in Persian].
 - 26) Ja'farī Langarūdī, Moḥammad Ja'far (1379 SH). Majmū'a Moḥashī Qānūn-e Madanī [Civil Law Glossary Collection]. 1st ed., Tehrān: Ganj-e Dāneš [in Persian].
 - 27) Ja'farī Langarūdī, Moḥammad Ja'far (1385 SH). Terminology in Law. 16th ed., Tehrān: Ganj-e Dāneš [in Persian].
 - 28) Jalīlī, Mahdī (1397 SH). Taḥlīl-e Fiqhī-ye Sherkat-e Abdān az Manẓar-e Fiqh-e Mazāheb-e Eslāmī [Jurisprudential Analysis of Body Corporations from the Perspective of Islamic Jurisprudence]. Faslnāme-ye Ḥoqūq-e Eslāmī [Islamic Law Quarterly], Year 15, No. 59, pp. 35-56 [in Persian].
 - 29) Jawharī, Esmā'il bin Ḥamād (1990). Ṣaḥāḥ al-Lughah (Volume 2). Beirut: Dār al-'Elm lel-Malāyīn [in Arabic].
 - 30) Kashif al-Ghita, Hassan ibn Ja'far (1422 AH). Anwar al-Fuqaha; Kitab al-Bay. Qom: Mo'asseseh Kashif al-Ghita [in Arabic].
 - 31) Kashif al-Ghita, Hassan ibn Ja'far (n.d.). Al-Qawa'id Sittah 'Ashar (Volume 4). Qom: Mo'asseseh Kashif al-Ghita [in Arabic].
 - 32) Katouzian, Naser (1398 SH). Ghavaed-e Omoomi-e Gharardadha (Volumes 2 and 3) [General Rules of Contracts]. Tehran: Ganj-e Danesh [in Persian].
 - 33) Kho'i, Seyyed Abū al-Qāsem (1412 AH). Moṣbaḥ al-Fiqāha (Volume 7). Beirut: Dār al-Hādī [in Arabic].
 - 34) Kho'i, Seyyed Moḥammad Taqī (1415 AH). Al-Shorūṭ aw al-Tazāmāt al-Tabē'īya fī al-'Oqūd (Volume 1). 3rd ed., Qom: Mo'assesa al-Manār [in Arabic].
 - 35) Khomeinī, Seyyed Rūḥollah (1421 AH). Ketāb al-Bay' (Volumes 3 and 5). Tehrān: Mo'assesa Nashr va Tanẓīm Āthār-e Emām Khomeinī (raḥmat allah 'alayhe) [in Arabic].
 - 36) Khorāsānī, Moḥammad Kāzem (1406 AH). Ḥāshīye bar Makāsib (Volume 1). 1st ed., Tehrān: Vezārat-e Farhang va Ershād-e Eslāmī [in Arabic].
 - 37) Mamaqani, Abdullah (1344 AH). Minahaj al-Muttaqin [The Pathways of the Pious]. Najaf: Mo'asseseh Al al-Bayt (a.s.) Liḥya' Tarath [in Arabic].

- 38) Maqri Fiumi, Ahmad ibn Muhammad (1405 AH). Al-Misbah al-Munir. 1st ed., Qom: Dar al-Hijrah [in Arabic].
- 39) Maraghi, Sayyid Mir Abd al-Fattah (1417 AH). Al-'Unawin al-Fiqhiyyah (Volume 2). Qom: Daftar-e Entesharat-e Islami Wabasteh be Jame'eh Modarresin Hawzeh Elmiyyah [in Arabic].
- 40) Moein, Mohammad (1387 SH). Farhang-e Farsi [Persian Dictionary]. 4th ed., Tehran: Amir Kabir [in Persian].
- 41) Mohammadi, Abolhasan (1382 SH). Ghavaed-e Fiqh [Jurisprudential Rules]. 6th ed., Tehran: Mizan [in Persian].
- 42) Mohaqqueq Damad, Sayyid Mostafa (1388 SH). Hoquq-e Gharardadha dar Fiqh-e Emamiyeh (Volume 1) [Contract Law in Imami Jurisprudence]. Tehran: Samt [in Persian].
- 43) Mohaqqueq Damad, Sayyid Mostafa (1389 SH). Hoquq-e Gharardadha dar Fiqh-e Emamiyeh (Volume 2). Tehran: Samt [in Persian].
- 44) Mohaqqueq Damad, Sayyid Mostafa (1393 SH). Ghavaed-e Fiqh, Bakhsh-e Madani 2 [Jurisprudential Rules, Civil Part 2]. 14th ed., Tehran: Samt [in Persian].
- 45) Mousavi Bojnurdi, Sayyid Mohammad (1387 SH). Abham va Lozoom-e Raf'e An az Mored-e Moamelah [Ambiguity and the Necessity of its Removal from the Subject of the Transaction]. Fasnameh Fiqh va Mabani-e Hoquq [Jurisprudence and Legal Foundations Quarterly], Volume 4, Issue 13, pp. 125-161 [in Persian].
- 46) Muzaffar, Mohammad Reza (1405 AH). Usul al-Fiqh (Volume 1). Qom: Danesh-e Islami [in Arabic].
- 47) Naini, Mohammad Hossein (1373 AH). Muniyat al-Talib fi Sharh al-Makasib (Volumes 1 and 2). 1st ed., Qom: Maktabat al-Mohammadiyah [in Arabic].
- 48) Najafi, Mohammad Hassan (1404 AH). Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'i' al-Islam (Volumes 22 and 23). 7th ed., Beirut: Dar Ihya' al-Turath al-Arabi [in Arabic].
- 49) Naraqi, Mulla Ahmad (1417 AH). 'Awaid al-Ayyam. 1st ed., Qom: Daftar Tablighat Hawzeh Elmiyyah Qom [in Arabic].
- 50) Qadi No'man Maghribi, No'man ibn Muhammad (1385 AH). Da'a'im al-Islam (Volume 2). Qom: Mo'asseseh Al al-Bayt (a.s.) [in Arabic].
- 51) Qanavati, Jalil; Rajabi, Abdullah (1396 SH). Barrasi-ye Zaroorat-e Raf'e Abham az Gharardad [Study of the Necessity of Removing Ambiguity from the Contract]. Danesh-e Hoquq-e Madani [Civil Law Knowledge], Year 6, Issue 2, pp. 62-76 [in Persian].
- 52) Rafi'i, Mohammad Taqi (1378 SH). Motale'e Tatbiqi Ghorr dar Mo'amele, Markaz-e Motale'at va Tahqiqat-e Eslami, 1st ed., Qom [Comparative Study of Ghorr in Transaction]. Qom: Center for Islamic Studies and Research [in Persian].
- 53) Rūhāni, Seyyed Šādeq (1412 AH). Fiqh al-Šādeq (Volume 16). 1st ed., Dār al-Ketāb- Madrese Emām Šādeq ('alayhe al-salām) [in Arabic].
- 54) Safai, Seyyed Hossein (1391 SH). Ghavaed-e Omoomi-e Gharardadha (Volume

- 2) [General Rules of Contracts]. 31st ed., Tehran: Mizan [in Persian].
- 55) Safai, Seyyed Hossein; and Emami, Asadollah (1397 SH). Hoquq-e Khanevadeh [Family Law]. 50th ed., Tehran: Mizan [in Persian].
- 56) Safipouri Shirazi, Abdul Rahim bin Abdul Karim (1393 SH). Montahi-al-Arab fi Loghat-al-Arab (Mohammad Hassan Fouadian and Alireza Hajian Nejad, Eds.) [The Ultimate Goal in the Language of the Arabs]. Tehran: University of Tehran [in Persian].
- 57) Salehi Aliabadi, Hamed; Shamschiri, Alireza; and Karimi, Abbas (1402 SH). Vakavi-ye Gharar Mo'asser dar Fiqh-e Emamiyeh va Hoquq-e Iran va Moghayese An ba Hoquq-e Misr [Analysis of Effective Uncertainty in Imami Jurisprudence and Iranian Law and its Comparison with Egyptian Law]. Faslnameh Hoquq-e Eslami [Islamic Law Quarterly], No. 77, pp. 145-183 [in Persian].
- 58) Samadani, Molana Ejaz Ahmad (1399 SH). Bankdari-e Eslami va Gharar [Islamic Banking and Uncertainty]. Tehran: Ehsan [in Persian].
- 59) Sanhūrī, 'Abd al-Razzāq Aḥmad (1997). Maṣāder al-Ḥaqq fi Fiqh al-Eslāmī (Volume 3). Beirut: Dār Eḥyā' al-Torāth al-'Arabī [in Arabic].
- 60) Shahidi, Mehdi (1398 SH). Shoroot-e Zamon-e Aqd [Conditions Within the Contract]. 7th ed., Tehran: Majd [in Persian].
- 61) Shartoni, Sa'id (n.d.). Aqrab al-Mawāred fi Faṣḥ al-'Arabīya wa al-Shawāred. Qom: Mo'assesa al-Naṣr [in Arabic].
- 62) Tabatabai Haeri, Seyyed Ali (n.d.). Riyaz al-Masa'il fi Tahqiq al-Ahkam bi al-Dalail (Volume 1). 1st ed., Qom: Mo'asseseh Al al-Bayt (a.s.) [in Arabic].
- 63) Tabatabai Yazdi (1421 AH). Hashiyeh al-Makasib (Volume 2). Qom: Mo'asseseh Ismailian [in Arabic].
- 64) Taleb Ahmadi, Habib (1380 SH). Ta'sir-e Gharar dar Moamelat [The Impact of Uncertainty in Transactions]. Majalleh Olum-e Ejtemai va Ensani Daneshgah-e Shiraz [Journal of Social Sciences and Humanities of Shiraz University], Vol. 17, No. 1, pp. 43-55 [in Persian].
- 65) Tamīmī Maghrebī, Abū Ḥanīfa Na'mān bin Moḥammad (1383 AH). Da'ā'em al-Eslām (Volume 2). Cairo: Dār al-Ma'āref [in Arabic].
- 66) Tusi (Sheikh al-Ta'ifah), Mohammad bin Hassan (1387 AH). Al-Mabsut (Volume 2). 2nd ed., Maktabah Mortazaviyah Lihya Athar al-Ja'fariyah [in Arabic].
- 67) Vahdati Shobeiri, Sayyid Hasan (1379 SH). Mojhol Boodan-e Mored-e Moamelah [The Unknown in the Subject of Transaction]. 1st ed., Qom: Markaz-e Motale'at va Tahqiqat-e Islami [in Persian].
- 68) Vahid Khorasani, Hossein (1438 AH). Baghiyat al-Raghib fi Mabani al-Makasib (Volume 4). Imam Baqir al-Uloom (a.s.) School [in Arabic].
- 69) Zarir, Siddiq Mohammad Amin (1990). Al-Gharar wa Atharuhu fi al-Aqood fi al-Fiqh al-Islami [Uncertainty and its Effect on Contracts in Islamic Jurisprudence]. 2nd ed., Beirut: Dar al-Jil [in Arabic].
- 70) Zarir, Siddiq Mohammad Amin (1993). Al-Gharar fi al-Aqood wa Atharuhu fi Tatbiqat al-Mu'asirah [Uncertainty in Contracts and its Effects in

- Contemporary Applications]. Jeddah: Al-Ma'had al-Islami lil-Buhuth wa al-Tadrib [in Arabic].
- 71) Zobeidī, Seyyed Moḥammad Mortazā (1414 AH). Tāj al-‘Arūs men Jawāher al-Qāmūs (Volume 3). Beirut: Dār al-Fikr lel-Ṭabā‘a wa al-Nashr wa al-Tawzī‘ [in Arabic].
- 72) Zoḥeīlī, Moḥammad Moṣṭafā (1427 AH). Al-Qavā‘ed al-Fiqhīya wa Tatbīqāt-hā fī al-Maḍāheb al-Arba‘a (Volume 1). 1st ed., Damascus: Dār al-Fikr [in Arabic].

Reviewing the Concepts of "Sharia" and "Law" according to Sheikh Fazlollah Nuri and Mirza-ye Naini

Ahmad Farshadian · LLM Student in Public Law, Faculty of Islamic Studies and Law, Imam
Sadiq University, Tehran, Iran. (Corresponding Author) a.farshadian@isu.ac.ir

Mohammad Sadegh Labbani Motlagh · Assistant Professor, Department of Law, Faculty of
Humanities, Khatam University, Tehran, Iran. m.labbani@khatam.ac.ir

Abstract

1. Introduction

The complex interplay between Islamic jurisprudence (Fiqh) and law in Iranian society, particularly since the Islamic Revolution of 1979, has sparked intense debates among intellectuals. In navigating legislative impasses within the legal system of the Islamic Republic of Iran, understanding the historical evolution and essence of concepts related to Sharia and law becomes paramount. The historical study of the relationship between these two institutions is integral to comprehending the trajectory of Iranian law and the evolution of Imamia jurisprudence.

The focus of this study revolves around the perspectives of Sheikh Fazlollah Nuri (1843-1909) and Mirza-ye Naini (Muhammad Hussain Naini) (1860-1936), two pivotal jurists during the Iranian Constitutional Revolution [Asr-e-Mashrooteh] in Iran. Positioned on opposite ends of the Sharia-oriented intellectual spectrum, Sheikh Fazlollah Nuri represents those who question the legitimacy of law, while Mirza-ye Naini embodies those who acknowledge the necessity of law within the framework of Sharia. The uniqueness of this exploration lies in dissecting the assumptions these jurists held regarding Sharia and law, shedding light on the mental constructions that shaped their perspectives.

2. Research Question

This research aims to delve into the theories of Sheikh Fazlollah Nuri and Allameh Naini, unraveling their assumptions regarding the concepts of "Sharia" and "Law." The central questions guiding this study include:



What are the nuanced readings of Sheikh Fazlollah Nuri and Allameh Naini concerning the institutions of 'Sharia' and 'Law'? How do these readings contribute to conceptualizing the relationship between these two institutions in their views?

3. Research Hypothesis

Formulating a comprehensive understanding of the assumptions held by Sheikh Fazlollah Nuri and Mirza-ye Naini regarding Sharia and law requires a nuanced exploration of their respective intellectual frameworks. The hypothesis posited is that Sheikh Fazlollah Nuri, as a representative of the spectrum questioning the legitimacy of law, might emphasize the precedence and superiority of Sharia over legal constructs. On the other hand, Mirza-ye Naini, as a proponent of acknowledging the role of law, is likely to present a perspective that harmonizes the two institutions.

4. Methodology & Framework, if Applicable

To address the research questions and test the hypothesis, a componential approach will be employed. Unlike the traditional flow analysis approach, which tends to be reductionist, the componential approach allows for the identification of distinct thoughts and their conflicts within the intellectual frameworks of Sheikh Fazlollah Nuri and Mirza-ye Naini. This method acknowledges the possibility of individuals belonging to multiple thought components rather than being confined to a single flow.

The study will critically examine existing literature, focusing on the methodologies adopted by previous researchers who have explored the opinions of Constitutional Sharia-oriented individuals. This research distinguishes itself by proposing a new framework that offers a deeper understanding of the relationships between Sharia and law based on the intellectual contributions of Sheikh Fazlollah Nuri and Mirza-ye Naini.

In the subsequent sections, the article will scrutinize the scope of Sharia as perceived by these jurists, addressing the ongoing debate regarding whether the differences among Sharia-oriented individuals are fundamental or minor. Additionally, a positive exploration of the concept of law for Sheikh Fazlollah Nuri and Mirza-ye Naini will be presented, shedding light on the divergent yet interconnected perspectives of these two influential figures during the Iranian Constitutional Revolution.

5. Results & Discussion

Interpretation of the Scope of Sharia: An in-depth analysis of Sheikh Fazlollah Nuri and Mirza-ye Naini's perspectives on the scope of Sharia reveals a nuanced understanding that challenges conventional interpretations. While initial comparisons suggest conflicts, the shared foundations of Imamia jurisprudence among these jurists blur the lines of contention. The assertion that Sheikh Fazlollah Nuri holds a maximalist view of Sharia, contrasting with Mirza-ye Naini's minimalist stance due to the separation of customary and Sharia jurisdictions, lacks substantial evidence. The semantic differences between these two jurists regarding the scope of Sharia appear to be minimal, indicating a convergence in their interpretation of Sharia's principles.

Conceptualization of Law as the Locus of Conflict: The crux of the divergence between Sheikh Fazlollah Nuri and Mirza-ye Naini lies in their conceptualization of law (Codified Law). Sheikh Fazlollah Nuri perceives law as a substantial, comprehensive entity that contradicts Sharia, leading him to reject the law as a modern concept. His viewpoint aligns with the broader understanding of the "incompatibility between Sharia and law" ideology. In stark contrast, Mirza-ye Naini integrates the law into traditional societal structures, viewing it as consistent with Sharia and not a separate, non-religious entity. His perspective positions the law as a formal interpretation reflecting religious rulings in the legal domain, highlighting a compatibility between Sharia and law.

6. Conclusion

This research sought to reevaluate the theories of Sheikh Fazlollah Nuri and Mirza-ye Naini regarding Sharia and law during the Constitutional Era in Iran. The examination focused on two crucial aspects: the interpretation of the scope of Sharia and the conceptualization of the law. Within the ideological backdrop of the era, the study positioned the opinions of these two jurists under the overarching ideologies of "incompatibility between jurisprudence and law," "Sharia-oriented thinking," and "collectivism".

Regarding the interpretation of the scope of Sharia, the research found that semantic differences between Sheikh Fazlollah Nuri and Mirza-ye Naini were minimal, challenging the commonly held belief of maximalist and minimalist views. Both jurists, rooted in Imamia jurisprudence, shared foundational principles of Sharia, mitigating potential conflicts in their interpretations.

The conceptualization of law emerged as the focal point of disagreement between the two jurists. Sheikh Fazlollah Nuri rejected the law as a modern, comprehensive entity incompatible with Sharia, aligning with the broader narrative of incompatibility. In contrast, Mirza-ye Naini perceived the law as an integral part of traditional societies, deeming it consistent with Sharia and serving as an expression of religious rulings in the legal domain.

In essence, while Sheikh Fazlollah Nuri and Mirza-ye Naini both identified as Sharia-oriented thinkers, their divergence lay in their understanding of the law. Sheikh Fazlollah Nuri's rejection of the law paralleled the incompatibility ideology, while Mirza-ye Naini's integration of the law within religious frameworks resonated with the collectivist perspective. This nuanced exploration contributes to a more nuanced understanding of the intellectual landscape during the Constitutional Era in Iran, shedding light on the intricate relationship between Sharia and law as perceived by these influential jurists.

Keywords: Scope of Sharia, Concept of Law, Jurisprudence and Law Relationship, Constitutional Era, Sheikh Fazlollah Nuri, Mirza-ye Naini.

بازخوانی انگاره‌های «شرع» و «قانون» نزد شیخ فضل‌الله نوری و میرزای نائینی

احمد فرشادیان • دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق علیه‌السلام، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)
a.farshadian@isu.ac.ir
محمدصادق لبانی مطلق • استادیار، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه خاتم، تهران، ایران.
m.labbani@khatam.ac.ir

چکیده

نسبت «فقه» و «قانون» به خصوص در دهه‌های اخیر، در کانون توجه ارباب دانش قرار گرفته است. از این روی، پی‌جویی تاریخی بن‌مایه‌های فکری اندیشمندان مسلمان، به‌ویژه فقیهان عصر مشروطه، می‌تواند در این باره راهگشا باشد. در کشاکش بحث‌های عصر مشروطه‌خواهی ایرانیان، تعیین موضع نسبت شرع و قانون، همواره نقشی مهم و مؤثر داشته و چه بسا محور اصلی نزاع اندیشمندان این دوره بوده است. به‌طور خاص، دور از انتظار نیست که فقیهان، به قانون از رهگذر نسبت آن با شرع بنگرند. در شمار این فقهاء، می‌توان از شیخ فضل‌الله نوری و میرزای نائینی به‌مثابه نمایندگان دو نگاه متقابل در نسبت‌سنجی شرع و قانون نام برد. در تحلیل‌های پسینی ناظر به این نزاع، شماری محققان از طیف‌های گوناگون دست به پژوهش برده‌اند و مؤلفه‌های مختلف معرفتی و غیرمعرفتی را به‌عنوان عوامل مؤثر بر اتخاذ موضع این دو فقیه نسبت به قانون برشمرده‌اند. با توجه به اینکه در سنجش مناسبات میان این دو امر، درک طرفین جدال از این نسبت نقش بنیادین دارد، نمی‌توان انکار کرد که خوانش این دو فقیه از «شریعت» و نیز تلقی آن‌ها از مفهوم «قانون» در اتخاذ موضع عملی ایشان مؤثر بوده است؛ بر این اساس مقصد پژوهش حاضر، «بازخوانی آراء شیخ فضل‌الله نوری و میرزای نائینی درباره انگاره‌های شرع و قانون و سرانجام تبیین تفاوت انگاشت از فقه و قانون در نسبت‌سنجی میان این دو نهاد» خواهد بود. در نهایت نشان داده خواهد شد که می‌توان گرایش این دو اندیشمند به اتخاذ مواضعی متعارض نسبت به قانون را ناشی درک متفاوت آن‌ها از «مفهوم قانون» دانست.

واژگان کلیدی: گستره شرع، مفهوم قانون، نسبت فقه و قانون، عصر مشروطه، شیخ فضل‌الله نوری، میرزای نائینی.



مقدمه

نسبت فقه و قانون از ابتدای طرح ایده قانون در ایران محل گفت‌وگو میان اندیشمندان و نخبگان از گروه‌های مختلف فکری و فرهنگی جامعه ایران بوده و پس از انقلاب اسلامی اهمیتی خاص یافته است. دسته‌بندی و مطالعه مباحثی که در این باره مطرح شده است و در نهایت، صورت‌بندی این نسبت، تأثیر مهمی در خروج از انسداد تقنین در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران دارد. در این راستا، ارائه تبیین‌های تاریخی چنانچه بتواند تبار و منشأ مفاهیم را نمایان سازد، زمینه‌ساز درک بهتر از پدیده یادشده و تدقیق در فهم موضع‌گیری‌های اندیشمندان می‌شود. مطالعه مناسبات میان این دو نهاد از موضوعات مهم حقوق ایران بوده و مطالعه تاریخی آن مربوط به تاریخ حقوق ایران و فقه امامیه است.

با توجه به نقش ویژه شریعت و فقیهان در زندگی ایرانیان پیش از عصر مشروطه، شرع‌گرایان در میان طیف‌های مختلف فکری حاضر در دوره مشروطه، از جایگاه ممتازی برخوردار بودند. شرع‌گرا به کسانی اطلاق می‌شود که دست‌کم در دو انگاره ضرورت قانون برای حفظ نظام اجتماعی و نیز برتری و اصالت شریعت اتفاق نظر داشتند. هر آنچه به‌عنوان شاخص این جریان بیان می‌شود، نزد افراد مختلف این جریان تفسیرهای گوناگونی می‌یابد و هریک به‌گونه‌ای خاص به شرع و قانون و مناسبات میان آن دو می‌نگرند (راسخ و بخشی‌زاده، ۱۳۹۷، صص. ۴ به بعد)، اما نمی‌توان در تفوق و برتری شرع نسبت به قانون در این جریان تردیدی روا داشت. می‌توان شرع‌گرایان را در یک پیوستار و میان دو کرانه جایابی کرد؛ در یک سوی این پیوستار، شیخ فضل‌الله نوری به‌عنوان نماینده شرع‌گرایان نافی قانون قرار دارد و در مقابل، میرزای نایینی نماینده شرع‌گرایانی است که در اندیشه خود پذیرای قانون شناخته می‌شوند.

در علم تاریخ، معلول واحد می‌تواند از علل متعدد ناشی شود. در سخن از آرای شرع‌گرایان و به‌طورکلی، در موضع‌گیری آنان نسبت به شرع و قانون باید گفت عوامل متعدد شامل معرفتی و غیرمعرفتی ایفای نقش می‌کنند. شاید از مهم‌ترین عوامل مؤثر بر نسبت‌سنجی، درک از مفاهیم و انگاره‌ها باشد. در بحث کنونی، خوانش‌های متفاوت نسبت به چیستی شریعت و گستره آن یا درک‌های مختلف از مفهوم قانون، سرنوشت بحث از نسبت شرع و قانون را به سمت‌وسوهای مختلف می‌برد. پژوهش حاضر در پی کشف نظر شیخ فضل‌الله نوری و علامه نایینی نسبت به انگاره‌های شرع و قانون است. در این راستا، ضروری است تا با بازخوانی آثار به‌جامانده از این

دو فقیه، نوع نگاه آن‌ها به شرع و دامنه گزاره‌های شرعی و نیز تلقی آنان از قانون را مورد بررسی قرار داد و مناسبات میان این دو نهاد را تحلیل کرد. پرسش‌های اصلی این پژوهش از این قرار است که «خوانش شیخ فضل‌الله نوری و علامه نائینی از نهادهای شرع و قانون چیست و بر پایه خوانش‌های یادشده چگونه می‌توان نسبت میان این دو نهاد را در دیدگاه آنان صورت‌بندی کرد؟» محل بررسی نوشتار حاضر، انگاره‌های شرع و قانون نزد این دو فقیه است و بر این پایه، از نسبت‌سنجی این انگاره‌ها با واقع صرف‌نظر شده است. مقصود از انگاره، مفاهیم ساخت‌یافته جزئی در ذهنیت بخش‌های اجتماع است (گرامی، ۱۳۹۶، ص. ۳۰). بر این مبنای انگاره‌ها تصاویر ذهنی افراد هستند که دو خصوصیت متمایز دارند. اول اینکه، اجتماعی هستند و دوم اینکه، حاصل فرایندی هستند که از تاریخت بر خوردار است؛ یعنی در بستر زمان شکل گرفته‌اند و تحول می‌یابند. بدین ترتیب، آنچه در این پژوهش مورد توجه قرار گرفته، بر ساخت ذهنی (تصویر) این دو فقیه از شرع و قانون است نه صورت عینی شرع و قانون. ناگفته پیداست که بررسی صورت عینی شرع و قانون، خود مجال دیگری می‌طلبد که در گنجایش این مقاله نیست.

به‌عنوان مرور پیشینه پژوهش باید گفت در سال‌های اخیر، برخی محققان به بررسی آرای شرع‌گرایان مشروطه دست یازیده‌اند. نوشتار حاضر را می‌توان در دو مقوله محوری با پژوهش‌های پیشین متمایز دانست. یکی از حیث روش‌شناسی و دیگری در مقوله گستره شریعت. تمایز نخست از حیث روش‌شناختی است. پژوهش حاضر به‌جای رویکرد «جریان‌شناختی»، رویکرد «مؤلفه‌ای» را محور بحث خود قرار داده است. برخی پژوهشگران مانند طحان‌نظیف و احسانی (۱۳۹۶) در مقاله «خوانشی نو از دیدگاه‌های تحلیلی نسبت به قانون در عصر مشروطه» و نیز نجفی (۱۳۹۱) در کتاب فلسفه تجدد در ایران، دست به جریان‌شناسی متفکران عصر مشروطه زده و کوشیده‌اند آن‌ها را به‌صورت جریانی طبقه‌بندی کنند. نگاه جریان‌شناختی و خطی می‌تواند تحلیل‌های راهگشایی در سطحی کلان^۱ ارائه دهد، اما از آنجاکه عمدتاً با نوعی تقلیل‌گرایی همراه است، از برخی نقاط مهم افتراق چشم‌پوشی می‌کند. رویکرد مؤلفه‌ای می‌کوشد تا با تکیه بر تقابل‌ها، اندیشه‌های متمایز را از یکدیگر تمییز دهد و وابستگی افراد به اندیشه‌ها را مشخص کند. در رویکرد مؤلفه‌ای، منعی برای تعلق سوزّه (مورد بحث) به بیش از یک اندیشه وجود ندارد و او

می‌تواند به بیش از یک اندیشه تعلق داشته باشد. این رویکرد برخلاف رویکرد جریان‌شناختی است که افراد لاجرم در ضمن جریانی واحد تعریف می‌شوند. براین اساس، دو اندیشمند می‌توانند در مؤلفه‌ای با یکدیگر همسو، اما در مؤلفه دیگر ناهمسو باشند. بخش نخست نوشتار حاضر به این نکته اختصاص دارد تا با بررسی انتقادی دیدگاه‌های پیشین و ارائه طرحی نو از این مناسبات، بتوان درک بهتری از آرای میرزای نایینی و شیخ فضل‌الله نوری ارائه داد.

تمایز دیگر مربوط به گستره شریعت است. برخی نویسندگان اختلاف شیخ فضل‌الله نوری و میرزای نایینی را به خوانش‌های این دو متفکر از شرع ارجاع داده و با تکیه بر مؤلفه‌های کمینه‌گرایی و بیشینه‌گرایی، دست به تبیین مواضع شرع‌گرایان مشروطه زده‌اند (راسخ و بخشی‌زاده، ۱۳۹۷، ص. ۲۰).^۱ شمار دیگری نیز اختلاف میان شرع‌گرایان را نه اختلاف مبنایی، بلکه اختلاف صغروی و بر سر تشخیص موضوع دانسته‌اند (ابوالحسنی (منذر)، ۱۳۹۰، سراسر اثر؛ جهان‌بین، ۱۳۹۶، صص. ۱۶۴-۱۷۵). بخش دوم از نوشتار حاضر به‌عنوان موضع سلبی و انتقادی، بررسی این نزاع را هدف خود قرار داده و سرانجام واپسین بخش مقاله (بخش ۳) به درک آن دو متفکر از مفهوم قانون پرداخته و آن را به‌عنوان موضع ایجابی درباره اختلاف این دو فقیه طرح کرده است.

۱. انگاره‌های شرع و قانون در عصر مشروطه

از آنجاکه پیش از مواجهه تمدنی ایرانیان با جهان غرب در دوره قاجار، عمدتاً دستگاه شریعت سامان‌بخش مناسبات حقوقی ایرانیان بود، ورود مفاهیم جدید از جمله قانون به فضای فکری جامعه ایرانی، از همان ابتدا چالش‌های نظری را میان متفکران این سرزمین ایجاد کرد. هم قانون و هم شرع در پی تنظیم روابط هستند و هر دو از بایده‌ونبایدها سخن می‌گویند و این هم‌پوشانی، مهم‌ترین مسئله قانون در ایران را در نسبت آن با شرع قرار داده است (مرادخانی، ۱۳۹۶، ص. ۲۸۲).

در مرور تاریخی به‌عنوان درآمد باید گفت نخستین انگاره‌ها در نسبت میان شرع و قانون در ایران، در تحولات پیشامشروطه و نظریه‌پردازی اندیشمندان عصر مشروطه شایان‌پی‌جویی است. در این میان، برخی نویسندگان ترجیح داده‌اند تا اندیشه‌های سیاسی عصر مشروطه را خارج از فضای جریان‌شناختی و به‌صورت فردی مورد مطالعه قرار دهند (آجودانی، ۱۳۹۱، سراسر اثر)، اما

۱. برای ملاحظه توضیح فقه کمینه‌گرا و بیشینه‌گرا رک به: بخش ۲ این مقاله.

برخی دیگر در این باره به جریان‌شناسی و دسته‌بندی افراد ذیل عامل وحدت‌بخش دست زده‌اند تا بدین وسیله درک روشن‌تر و جامع‌تری از فضای فکری مشروطه ارائه کنند.

برخی نویسندگان جریان‌های عصر مشروطه را سه گروه دانسته‌اند؛ تجددطلب، جمع‌گرا و تجددستیز (طحان‌نظیف و احسانی، ۱۳۹۶، ص. ۳). این تقسیم مبتنی بر ملاک پذیرش یا عدم پذیرش تجدد به‌طورکلی و قانون به‌طور خاص است. تجددطلبان در پی اخذ کامل تمدن غربی و قانون مدرن بودند. این نویسندگان از آخوندزاده و ملکم‌خان به‌عنوان دو مثال از افراد شاخص در این جریان یاد کرده‌اند. در مقابل، جریان تجددستیز مخالف اخذ قانون چه از حیث وجوه شکلی آن و چه از حیث ساختاری و ماهوی آن بود. افراد شاخص این جریان، شیخ فضل‌الله نوری و میرزاابوتراب شهیدی بودند. جریان سوم، جریان جمع‌گراست که متفکران آن به دنبال اخذ وجوه شکلی، ساختاری و تشریفاتی قانون و در کنار آن، درج محتوای دینی در آن بودند. نویسندگان این پژوهش، از مستشارالدوله و میرزای نایینی به‌منزله دو شخصیت شاخص این جریان نام برده‌اند. این نوع جریان‌شناسی محل تردید جدی است؛ زیرا به تعلقات هویتی افراد توجه ندارد. برای مثال، قرابت‌های فکری میان آخوندزاده و مستشارالدوله به‌مراتب بیشتر است تا میان علامه نایینی و مستشارالدوله. از دیگر سو، قرابت فکری میرزای نایینی و آخوند خراسانی که از جمع‌گرایان دانسته شده‌اند، با شیخ فضل‌الله نوری انکارشدنی و حتی شایان صرف‌نظر نیست.^۱

نجفی نیز سه جریان را از یکدیگر متمایز کرده است. نخست، علمای آزادی‌خواه یا مشروطه‌خواه، دوم، علمای مشروعه‌خواه و سوم، روشن‌فکران؛ البته وی در خصوص دسته اخیر تعابیر دیگری مانند متجددان و آزادی‌خواهان سکولار را نیز به کار برده است (نجفی، ۱۳۹۱، صص. ۱۱۴-۱۱۵). آخوند خراسانی و میرزای نایینی ضمن علمای مشروطه‌خواه، شیخ فضل‌الله نوری ذیل علمای مشروعه‌خواه و درنهایت آخوندزاده، تقی‌زاده، مستشارالدوله و ملکم‌خان ضمن دسته سوم جای می‌گیرند. این نوع جریان‌شناسی تفاوت‌های هویتی افراد را در انتساب به جریان‌ها لحاظ کرده، اما از این رو که ملاک را در چگونگی مواجهه با استبداد قرار داده نه نسبت شرع-قانون، در راستای پژوهش حاضر از کارایی کافی برخوردار نیست. همچنین پوشیده نیست که تعبیر مشروعه‌خواهی می‌تواند با القای نوعی سوءتفاهم همراه باشد؛ از آن نظر که میرزای نایینی

۱. ر.ک به: ادامه مقاله، بخش‌های ۲ و ۳.

و آخوند خراسانی را نمی‌توان غیر مشروعه‌خواه نامید. شبیه همین دسته‌بندی، در آثار زرگری‌نژاد نیز مشاهده می‌شود؛ آنجا که وی نوشته‌های عصر مشروطه را ذیل دو عنوان کلی مشروعه‌خواهان و مشروطه‌خواهان جای می‌دهد (زرگری‌نژاد، ۱۳۹۰، سراسر اثر).

در این میان، نوع دیگری از جریان‌شناسی در نوشته‌های راسخ و بخشی‌زاده (۱۳۹۳ و ۱۳۹۷) ملاحظه می‌شود که نسبت به تقسیمات پیشین بیشتر برای پژوهش حاضر راهگشاست.^۱ در مقالات ایشان، متفکران دوره مشروطه به دو جریان کلان قانون‌خواه و شرع‌گرا تقسیم می‌شوند. در اندیشه متفکران قانون‌خواه، شباهت‌ها و تفاوت‌هایی هست. از شباهت‌ها اینکه اولاً، همه افراد این جریان معتقدند قانون واضح بشری دارد. ثانیاً، قانون بیان اراده عمومی و ثالثاً تغییرپذیر است. از تفاوت‌ها نیز اینکه، افراد این جریان ضمن دو جریان خردتر یعنی رویکردهای سازگاری شرع و قانون و ناسازگاری شرع و قانون جای می‌گیرند (راسخ و بخشی‌زاده، ۱۳۹۳، سراسر اثر). در مقابل، متفکران جریان شرع‌گرا - که در عمل همان فقیهان هستند - نیز واجد شباهت‌ها و تفاوت‌های اندیشه‌ای هستند. در ساحت شباهت‌ها، می‌توان اولاً، از اعتقاد به لزوم قانون در اجتماع و ثانیاً از اصالت شریعت یاد کرد. در حوزه تفاوت‌ها نیز در میان افراد حاضر در این جریان، سه دیدگاه نسبت به قانون قابل احصاست. ۱. دیدگاه مخالفان قانون مبتنی بر دلایلی از جمله عدم نیاز به جعل قانون و عدم امکان جعل قانون، ۲. دیدگاهی که قانون را به‌مثابه وسیله‌ای برای اجرای شریعت می‌دانست و ۳. موافقان قانون، از آن‌رو که قانون را خارج از دایره شرع لحاظ می‌کردند (راسخ و بخشی‌زاده، ۱۳۹۷، ص. ۱۱). این شیوه از جریان‌شناسی به علت اینکه به تعلق افراد به اردوگاه فکری خاص (روشن‌فکری یا شرع‌گرایی) توجه دارد، دقیق بوده و توانسته است تفاوت افراد را از حیث هویتی لحاظ کند. با این حال، چنان‌که در ادامه نیز روشن خواهد شد، این نوع جریان‌شناسی بسنده نیست و می‌توان نوع دیگری از دسته‌بندی را مبتنی بر رویکرد مؤلفه‌ای ارائه کرد.

در نهایت، با برساختی از جریان‌شناسی‌های بالا و درکی از شرایط فرهنگی و فکری این دوره، می‌توان به‌جای تأکید بر جریان‌ها، با پی‌جویی تقابلی‌ها و تأکید بر نگاه مؤلفه‌ای، به‌خوبی سه اندیشه را از یکدیگر متمایز و به وجود نوعی همسویی ماهوی و اشتراک هویتی میان حاملان این

۱. راسخ و بخشی‌زاده خود به چنین نگاه جریانی تصریح نداشته‌اند، بلکه نویسندگان مقاله حاضر از کنار هم نهادن مقالات آنان این جریان‌شناسی را استخراج کرده‌اند.

اندیشه‌ها تأکید کرد. براین اساس، می‌توان اندیشه‌های فکری موجود در عصر مشروطه را در قالب سه اندیشه سکولار، شرع‌گرا و جمع‌گرا متمایز دانست.

مراد از اندیشه «ناسازگاری شرع و قانون»، اندیشه‌ای است که میان شرع و قانون منافات و ناسازگاری کلی در نظر می‌گیرد. به این معنا که پذیرش هر یک ملزم به نفی دیگری خواهد بود. این اندیشه بر این مهم تأکید می‌کند که مفاهیم جدید از جمله قانون، واجد استلزاماتی خاص هستند و تناظری با مفاهیم همنام آن‌ها در سنت اسلامی ندارند. در میان دسته اخیر، برخی مانند آخوندزاده با نگاهی سکولار، جانب قانون مدرن و برخی مانند شیخ فضل‌الله نوری جانب شرع و نفی قانون را گرفته‌اند. متفکرانی مانند آخوندزاده، ملک‌خان - در نوشته‌های اولیه‌اش^۱ - و همفکران ایشان، در پی جدایی شریعت از زندگی اجتماعی بودند و به جایگزینی کامل قانون با شریعت باور داشتند. آنان ضمن اصیل شمردن قانون، به نفی فقه و نفی هرگونه نسبت و مداخله آن با قانون تأکید می‌ورزند. آخوندزاده قوانین فقه را منافی با روح نظام قانونی و دموکراسی غربی دانسته و تلاش مستشارالدوله در رساله یک کلمه را مبنی بر جمع میان فقه و قانون مورد نقد جدی قرار داده است (آدمیت، ۱۳۴۹، ص. ۱۱۷). در مقابل، شیخ فضل‌الله نوری نیز متکی بر همین اندیشه، جانب شریعت ایستاد و به نفی کامل قانون باور داشت. طالب‌اف (۱۲۱۳-۱۲۹۰) نیز به‌رغم تفکیک عرف از شرع، قانون‌گذاری در حوزه‌های غیرشرعی یعنی امور سیاسی و مدنی را از اختیارات اکثریت مردم دانست و نظامی مبتنی بر قوانین عرفی و غیرمذهبی را پیشنهاد کرد (حائری، ۱۳۹۹، ص. ۸۸). طالب‌اف نیز مانند آنچه در شاخصه جمع‌گرایی مطرح است، قانون را متمم شرع و ناظر به اجرای احکام شرع می‌دانست، اما با توجه به اینکه حوزه شرع برای وی محدود به عرصه فردی و روح بود، نمی‌توان اندیشه وی را با اندیشه مانند مستشارالدوله همسو دانست (طالب‌اف، ۱۳۹۴، صص. ۲۸۱-۲۸۴؛ حائری، ۱۳۹۹، ص. ۸۹).

وجه تمایز اندیشه «شرع‌گرایی»، چنان‌که پیش‌تر نیز اشاره شد، باور به برتری و اصالت شریعت در میان نظام‌های هنجاری است. در دیدگاه اندیشمندان شرع‌گرا، دست برتر در سامان‌دهی

۱. برخی ملک‌خان را معتقد به ناسازگاری میان شرع و قانون دانسته (طحان‌نظیف و احسانی، ۱۳۹۶، ص. ۳) و برخی دیگر، به وی نسبت اعتقاد به سازگاری میان این دو موضوع را داده‌اند (راسخ و بخشی‌زاده، ۱۳۹۷، ص. ۱۲). می‌توان دلیل چنین تعارضی را چرخش در اندیشه‌های ملک‌خان دانست. براین اساس، اندیشه ملک‌خان متقدم و ملک‌خان متأخر با هم متفاوت است.

زندگی انسان، دستگاه شریعت است. اصالت شریعت هم‌بستگی قطعی با نفی قانون ندارد، اما سرانجام این اندیشه به یکی از این دو حالت منتج می‌شود؛ یا مانند علامه نایینی به پذیرش محدود قانون یا مانند شیخ فضل‌الله نوری به نفی کامل قانون می‌انجامد. این تمایز کافی نیست که میرزای نایینی و شیخ فضل‌الله نوری را منتسب به دو اردوگاه متفاوت دانست، بلکه با وجود این تمایز نیز همچنان این دو ذیل اندیشه شرع‌گرایی جای دارند.

سرانجام باید به اندیشه «جمع‌گرا» اشاره کرد. جمع‌گرایی اندیشه‌ای است که در راستای آشتی دادن مذهب با نوگرایی و جمع میان قانون و شرع می‌کوشد. محور اندیشه جمع‌گرایی این‌انگاره است که میان قانون - به مثابه پدیده‌ای مدرن - و فقه منافاتی نیست و می‌توان میان این دو نهاد را جمع کرد؛ البته هرکدام از متفکران با انگیزه‌های متفاوت به این نظریه گرایش یافته و طرح‌های مختلفی نیز به‌عنوان وجه جمع ارائه داده‌اند. این گروه از متفکران اساساً قانون را منافی با شرع نمی‌دیدند، اما برخی از آن‌ها مانند مستشارالدوله و ملک‌خان - در نوشته‌های بعدی خود - و نیز طالب‌اف با برتر دانستن قانون در میان نظام‌های هنجاری اجتماعی، دست برتر را به قانون می‌دادند. برخی دیگر نیز مانند نایینی برعکس گروه پیشین، شرع را محور این جمع‌گرایی قرار دادند. مستشارالدوله (۱۲۰۲-۱۲۷۴) ضمن تأکید بر اشتراکات فقه و قانون، به اختلافات این دو نهاد هم اشاره کرده، اما درنهایت، بیشتر وجوه اشتراک را ماهوی و وجوه افتراق را شکلی و غیرماهوی تلقی کرده است (فیرحی، ۱۳۹۹، صص. ۳۵۷-۳۶۱). درباره دیدگاه وی در نسبت شرع و قانون اختلاف نظر وجود دارد؛ از جمله اینکه برخی انگاره یکسانی قانون و شرع را به وی نسبت داده‌اند و برخی دیگر معتقدند وی کوشیده است که قانون مدرن را از دیدگاه شرع توجیه کند. تقریر سومی نیز از دیدگاه او وجود دارد مبنی بر اینکه وی طرحی برای استخراج قانون از بستر شرع ارائه می‌کند (برای ملاحظه تفصیل بحث‌ها در این باره، ر.ک به: محمدی‌پور و جواهری تهرانی، ۱۴۰۱، سراسر اثر). باین حال تأکید بر خواست و اراده مردم به مثابه مبنای قانون، مهم‌ترین ویژگی قانون در اندیشه اوست (عباسی و یعقوبی، ۱۳۹۹، ص. ۵۴). ملک‌خان (۱۲۱۲-۱۲۸۷) قانون را هر حکم صادره از حکومت که مبتنی بر صلاح ملت باشد و اطاعت از آن بر همه لازم شود، می‌دانست (ملک‌خان، ۱۳۲۷، ص. ۱۵؛ به نقل از: مرادخانی، ۱۳۹۸، ص. ۱۲۸). او در جای دیگر قانون را این‌گونه تعریف می‌کند «توان آحاد یک جماعت به جهت حفظ حقوق عامه» (ملک‌خان، ۱۳۷۰، ش ۲). ملک‌خان متأخر، قانون را نه تنها مغایر با شرع تلقی نمی‌کرد، بلکه اکمل

قوانین را در شرع اسلام دانسته است (ملک‌خان، ۱۳۷۰، ش ۱؛ برای دیدن تفاوت ملکم متقدم و متأخر رک به: آجودانی، ۱۳۹۹، صص. ۲۸۱-۳۶۰). دغدغه او تبدیل احکام متفرق شریعت به قانون به‌مثابه قرآن دولت است (مرادخانی، ۱۳۹۶، ص. ۲۹۸). در نظر او نه‌تنها نظام جدید با اسلام منافاتی ندارد، بلکه بنیان‌های آن تا اندازه‌ای با اسلام هماهنگ است که حتی ممکن است تصور شود این بنیان‌های نو از اسلام سرچشمه گرفته است (حائری، ۱۳۹۹، ص. ۷۹). وی در این جمع‌گرایی تا آنجا پیش رفت که به‌صراحت از حکومت فقها و مشروعیت آن در عصر غیبت دفاع کرد (ملک‌خان، ۱۳۷۰، ش ۲۶).

بنا بر آنچه در این بخش گذشت، در خوانشی مؤلفه‌ای، میرزای نائینی از سویی متعلق به اندیشه شرع‌گرایی و از دیگر سو، متعلق به اندیشه جمع‌گرایی است. در مقابل، شیخ فضل‌الله نوری، هم واجد اندیشه ناسازگاری شرع و قانون است و هم به اندیشه شرع‌گرایی تعلق دارد. بر پایه این مقدمه می‌کوشیم با بررسی اندیشه این دو متفکر درباره شرع و قانون، این نسبت را در نظریه آنان بازخوانی کنیم.

۲. خوانش‌ها نسبت به شریعت

رابطه «شرع و قانون» در ایران معاصر در قالب نسبت «فقه و قانون» پی‌جویی شده است. آنگاه که سخن از شریعت و گستره آن در نسبت با اموری جدید و بیرون از دایره شریعت - مانند قانون - به میان می‌آید، پژوهشگران از دو اصطلاح «فقه کمینه‌گرا» و «فقه بیشینه‌گرا» بهره‌جسته‌اند. به‌زعم برخی پژوهشگران، در میان جریان‌های اسلامی از سده‌های نخستین تا دوره کنونی، همواره دو رویکرد کمینه و بیشینه نسبت به گستره شرع وجود داشته است. کمینه‌گرایی در یکی از کاربردهای خود، انگاره‌ای ناظر به نگاه حداقلی به دامنه احکام شرع است و در مقابل، بیشینه‌گرایی در پی توسعه حداکثری دامنه احکام شرع است (پاکتچی، ۱۳۹۲، صص. ۱۲۵ به بعد)؛ البته این دو اصطلاح نسبت به دامنه ادله فقه و نیز نسبت به رویکردها به فهم متون دینی یعنی میزان کاربرد ابزارهای مختلف در استنباط فقهی و... کاربرد دارد. برخی نویسندگان به‌جای اصطلاح کمینه‌گرایی و بیشینه‌گرایی، از نگاه حداقلی و حداکثری به شریعت استفاده کرده و دو اصطلاح فقه حداکثری و حداقلی را در نسبت میزان بیان و پرداخت شریعت به الهیات، احکام، اخلاق و جهان‌شناسی یا میزان واگذاری این امور به عقل و دانش بشری تبیین کرده‌اند (ربانی

گلیپایگانی، ۱۳۹۴، ج ۱، صص. ۲۳۳ به بعد). برخی دیگر از نویسندگان به جای فقه کمینه‌گرا و بیشینه‌گرا، اصطلاح فقه حداکثرگرا و فقه ناخداکثرگرا را به کار برده‌اند (راسخ و بخشی‌زاده، ۱۳۹۷، ص. ۲۰).

در خصوص کمینه‌گرایی و بیشینه‌گرایی از شاخص‌های مختلفی استفاده شده است که از جمله می‌توان به شاخص‌های مربوط به کلیات کلامی و خوانش‌ها از جاودانگی شریعت، شاخص‌های مربوط به شیوه استدلال فقهی از جمله کاربرد مصالح، مقاصد الشریعه و نقش زمان و مکان در استنباط و نیز شاخص‌های مربوط به گفتمان فقهی و میزان کاربرد عرف در شریعت اشاره کرد (پاکتچی، ۱۳۹۲، ص. ۱۳۷). در این بخش، بر پایه شاخص‌های دو مؤلفه کمینه‌گرایی و بیشینه‌گرایی، دیدگاه شیخ فضل‌الله نوری و میرزای نایینی درباره شریعت بازخوانی می‌شود تا در نهایت، بررسی شود که دیدگاه این دو فقیه درباره شرع دیدگاه هم‌گراست یا می‌توان مشخصه‌هایی از واگرایی را در اندیشه آنان پی‌جویی کرد.

۱.۲. خوانش شیخ فضل‌الله نوری از شریعت

دیدگاه شیخ فضل‌الله نوری درباره شریعت و قلمرو آن را می‌توان ضمن خوانش وی از اندیشه خاتمیت و جاودانگی شریعت پی‌جویی کرد. خاتمیت اسلام از نظرگاه وی بایسته‌ها و اقتضائاتی دارد که لازم است هر مسلمانی به آن پایبند باشد. به‌طور خاص، اندیشه خاتمیت با انگاره‌های کمال دین، عدم تغییرپذیری احکام شرعی، امتداد امامت در عصر غیبت و عدالت به‌مثابه اجرای احکام اسلامی پیوند می‌یابد.

کمال دین از دو حیث گستره و کیفیت احکام شایان پیگیری است. درباره شاخص گستره و قلمرو شرع می‌توان گفت از دیدگاه وی، شریعت جامع و کامل است و نیازی به تکمیل ندارد. خوانش او از جاودانگی شریعت متناظر با ورود شریعت به تمام حوزه‌های زندگی است؛ یعنی شریعت جاودانه، شریعت کامل است و همین کمال، اقتضای ورود شریعت به تمام عرصه‌های حیات بشری است. به باور او، «... و اسلام ناتمامی ندارد که کسی او را تمام نماید» (نوری، ۱۳۹۰، ب، ص. ۲۷۳).

این اندیشه مبتنی بر انگاره «منع خلو» است^۱ که مربوط به شمول حکم شرعی نسبت به تمام

۱. ان‌الواقعة لا تخلو من حکم.

نیازهای زندگی است. این شمول اقتضای برتر بودن تشریح الهی نسبت به دیگر نظام‌های قانون‌گذاری است (صدر، ۱۴۳۳ق، ص. ۱۷۹). این نوع خوانش از شریعت و گستره آن، از شاخص‌های مهم در اندیشه‌های پیشینه‌گراست و بر همین پایه می‌توان وی را در رده فقهای پیشینه‌گرا به شمار آورد.

نکته شایان توجه اینکه، از دیدگاه شیخ فضل‌الله حوزه «ما لانص فیه» و اباحه، حوزه خارج از شرع نیست که بتوان در آن احکام الزامی وضع کرد، بلکه اباحه نیز حکم است و نمی‌توان الزامی در حوزه آنچه مباح است، وضع کرد. این همان چیزی است که از دیدگاه شیخ فضل‌الله، وارد کردن موضوع غیردینی در دین است که بدعت شمرده و مرتکب آن مرتد شناخته می‌شود (نوری، ۱۳۹۰، ص. ۲۶۴).

افزون بر پیشینه‌گرایی در نسبت با گستره شرع، از حیث کیفیت شریعت اسلام به باور شیخ فضل‌الله، مذهب امامیه واجد بهترین و کامل‌ترین قانون است (نوری، ۱۳۹۰ الف، ص. ۲۸۳)^۱ و برای این کمال می‌توان دو وجه در نظر گرفت. وجه نخست آن، اعتقاد به کامل، صحیح، متین و مستحکم بودن شریعت آسمانی و وجه دوم آن، بیان‌کننده وجود حکم و تکلیف در هر موضوع و موقعی است. وی بیان می‌دارد: «ما اهل اسلام شریعتی داریم آسمانی و جاودانی که از بس متین و صحیح و کامل و مستحکم است، نسخ بر نمی‌دارد. صَادِعِ آن شریعت در هر موضوع، حکمی و برای هر موقع، تکلیفی مقرر کرده است» (نوری، ۱۳۶۲، ص. ۳۱). از دیدگاه وی، دین اسلام قویم و قیم است و اصلاحات دنیا و آخرت را دربردارد (نوری، ۱۳۹۰، ص. ۲۷۱).

محور دیگری که در خوانش شیخ از شریعت واجد اهمیت است، باور به تغییرناپذیری شریعت و عدم دخالت مقتضیات در احکام شرع است. از دیدگاه وی، اقتضائات زمان و مکان نمی‌توانند قوانین الهی را تغییر دهند؛ زیرا منافی جاودانگی شریعت است. وی اعتقاد به چنین چیزی را

۱. انتساب یا عدم انتساب رساله تذکره الغافل و ارشاد الجاهل به شیخ فضل‌الله نوری محل نزاع است و بررسی آن خارج از مسئله پژوهش حاضر است (برای ملاحظه استدلال‌ها در این باره رک به: زرگری‌نژاد، ۱۳۹۰، ج ۱، صص. ۲۷۷-۲۷۹ و نیز ابوالحسنی (منذر)، ۱۳۸۹، صص. ۵۵۵-۵۵۸). به هر حال، چه این رساله متعلق به شیخ فضل‌الله نوری باشد و چه این انتساب مخدوش باشد، این رساله از نوشته‌های مهم شرع‌گرایان مخالف مشروطه است و به لحاظ محتوایی با رساله حرمت مشروطه شیخ قرابت ماهوی دارد.

۲. آنکه در میان مردم قضاوت کند (زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۱، ص. ۲۶۸).

به منزله انکار اصل دین و بدعت می‌داند. به نقل از شیخ «اگر کسی را گمان آن باشد که مقتضیات عصر، تغییردهنده بعض مواد قانون الهی است یا مکمل آن است، چنین کس از عقاید اسلامی خارج است» (نوری، ۱۳۹۰ الف، ص. ۲۸۴). وی در جای دیگر می‌گوید «اینکه می‌گویند مواد قانونیه قابل تغییر است، آیا این تغییر از اسلام به کفر است یا از کفر به اسلام و خرافت هر دو معلوم» (نوری، ۱۳۹۰ ب، ص. ۲۶۷).

از دیدگاه وی، ولایت در شریعت اسلام با غیبت حضرت ولی عصر (عج الله تعالی) منقطع نمی‌شود و در فقیه امتداد می‌یابد (نوری، ۱۳۹۰ ب، ص. ۲۷۲)؛ البته به نظر نمی‌رسد این موضوع برای وی لزوماً منافاتی با پذیرش سلطان داشته باشد؛ زیرا سلطنت از دیدگاه شیخ، مقابل شرع نیست، بلکه پس از پیامبر اسلام، ولایت سیاسی و دینی از یکدیگر جدا شد و مجتهدان نمایندگان احکام و سلاطین عهده‌دار امنیت و اعمال قدرت شدند. بر این مبنا، سلطنت قوه اجراییه احکام اسلام است (نوری، ۱۳۹۰ ب، ص. ۲۷۰). حتی مواردی درباره حمایت وی از سلطان نیز به چشم می‌خورد. برای مثال، او در نامه‌ای به مشیرالسلطنه (صدراعظم) با اتکا به اسلام، از شاه حمایت می‌کند و این‌طور می‌گوید «بحمدالله اعلی حضرت مؤیدند در تقویت اسلام» (زرگری‌نژاد، ۱۳۹۰، ج ۱، ص. ۸۷). در مقام تبیین این دو دیدگاه بعید نیست که بتوان گفت وی به ولایت فقیه در امور حسبه اکتفا کرده است (آجودانی، ۱۳۹۱، ص. ۱۵۹).

در نهایت، تحصیل عدالت از دیدگاه وی چیزی جز اجرای احکام اسلام نیست (نوری، ۱۳۹۰ ب، ص. ۲۶۹)؛ به طوری که با کنار هم نهادن این مورد و لحاظ موارد پیشین درباره خوانش وی از شریعت، جایی برای قانون یا هر چیز دیگر باقی نمی‌ماند.

۲.۲. خوانش میرزای نایینی از شریعت

دیدگاه میرزای نایینی درباره گستره شرع را می‌توان ذیل نسبت شرع و عرف پی گرفت. آنچه بیش از همه در اندیشه علامه نایینی در نسبت‌سنجی با قانون شایان توجه است، دیدگاه وی مبنی بر تفکیک قلمرو شرع از قلمرو عرف است. از دید او، الزام‌های اجتماعی به دو دسته الزام‌های منصوص شرعی و غیرمنصوص عرفی تفکیک می‌شوند و حوزه غیرمنصوص، حوزه‌ای است که شریعت درباره آن چیزی نگفته است. به گفته او، «مجموعه وظایف راجع به نظم و حفظ مملکت و سیاست امور امت، خارج از دو قسم نیست. اول، منصوصاتی که وظیفه عملیه آن در شریعت

مضبوط است. دوم، وظایف غیرمنصوص که عمل به آن به نظر و ترجیح ولی نوعی موکول است» (نائینی، ۱۳۹۰، ص. ۴۶۷).

از نظر وی، درباره امور عرفی غیرمنصوص، ملاک و ضابط مشخصی برای قانون وجود ندارد و این حوزه از الزامات وابسته به مقتضیات زمان و مکان است؛ آنجا که می‌گوید «وظایفی که غیرمنصوص در شریعت است، به واسطه عدم اندراج تحت ضابط خاص و میزان مخصوص، غیرمعین است... و تابع مصالح و مقتضیات اعصار و امصار و به اختلاف آن، قابل اختلاف و تغییر است» (نائینی، ۱۳۹۰، صص. ۴۶۷ - ۴۶۸). با تکیه بر همین شواهد، برخی نویسندگان، علامه نائینی را معتقد به فقه کمینه‌گرا دانسته‌اند (راسخ و بخشی‌زاده، ۱۳۹۷، ص. ۲۰).

از موارد دیگری که در خوانش میرزای نائینی از شریعت حائز اهمیت است، اعتقاد وی به ولایت مطلقه فقیه است.^۱ وی در تنبیه‌الامته و تنزیه‌الملة تصریح می‌کند که از آنجا که در شرایط کنونی، ولایت فقیه تحقق‌ناپذیر است، ناگزیر به طرح ولایت اذنی^۲ است (نائینی، ۱۳۹۰، ص. ۴۵۶). در دیدگاه او، ولایت معصومان منحصر در عصر ظهور نیست و در عصر غیبت نیز در فقیه جامع‌الشرایط امتداد می‌یابد.

۲.۲. خوانش از شریعت به مثابه محل نزاع دو فقیه

شماری از نویسندگان اختلاف شیخ فضل‌الله نوری و میرزای نائینی را به خوانش آنان از شرع ارجاع داده و با تکیه بر مؤلفه‌های کمینه‌گرایی و بیشینه‌گرایی، دست به تبیین مواضع شرع‌گرایان مشروطه زده‌اند. این دسته از پژوهشگران اشاره نائینی به اینکه حوزه‌ای وجود دارد که می‌توان در آن قانون وضع و آن را الزامی کرد، گامی مهم برای تحولات بعدی در نظر گرفته‌اند (مرادخانی، ۱۳۹۶، ص. ۳۲۰). فیرحی نیز فقه شیعه را غیرمقاصدی و حق‌محور دانسته است و اشاره می‌دارد که فقه حق‌محور، فقه حداقلی و به دنبال این است که بگوید تا کجا شریعت هست و بعد از آن را چگونه می‌توان سامان داد؛ به طوری که تنها خلاف شرع نباشد (فیرحی، ۱۳۹۷). همچنین، راسخ و

۱. برای کسب اطلاعات تفصیلی درباره نظرگاه نائینی پیرامون ولایت فقیه رک به: ورعی، ۱۳۸۲، صص. ۶۱-۷۷؛ آقاجانی فکجور و همکاران، ۱۴۰۰، سراسر اثر.

۲. تمایز نهادن میان ولایت استقلالی و ولایت اذنی در میان فقهای امامی مسبوق به سابقه است. منظور از ولایت اذنی، اناطه تصرف فرد در اموال و نفوس به اذن فرد دیگر است (انصاری، ۱۴۳۹ق، ج ۳، ص. ۵۴۶).

بخشی‌زاده (۱۳۹۷) در مقاله «شرع‌گرایان و قانون در عصر انقلاب مشروطه ایران»، فقه‌نایینی و اتباع او را از آن‌رو که مبتنی بر تفکیک شرع از عرف است، حداقلی دانسته‌اند. به باور آنان، اعتقاد به «عدم گستره شرع به تمام حوزه‌ها» حاکی از نوعی واقع‌گرایی دینی است (راسخ و بخشی‌زاده، ۱۳۹۷، ص. ۲۰). هاشمی و مهرآذر (۱۳۹۳) نیز در مقاله «شیخ فضل‌الله نوری و مخالفت مبنایی با مشروطه»، کوشیده‌اند تا دلایل مخالفت شیخ با مشروطه را در دیدگاه‌های شرعی وی جست‌وجو و بر این موضوع تأکید کنند که وجود مبانی شرعی متفاوت میان شیخ فضل‌الله نوری و فقیهان مشروطه‌خواه مانند میرزای نایینی موجب شده است تا آنان در موضوع واحد حکم متعارض صادر کنند. بر اساس این دیدگاه، شیخ فضل‌الله نوری با تکیه بر نوعی پیشینه‌گرایی نسبت به گستره شرع، درنهایت، به نفی قانون اقدام کرده است و در مقابل، علامه نایینی با تفکیک قلمروهای شرع و عرف و تکیه بر اندیشه کمینه‌گرایی گستره شرع، توانسته است پذیرای قانون باشد.

در تقابل با مطالعات یادشده، برخی پژوهشگران بر این نظر تأکید ورزیده‌اند که اختلاف میان شرع‌گرایان نه اختلاف مبنایی، بلکه اختلاف صغروی و بر سر تشخیص موضوع بوده است. این دسته معتقدند اصل اختلاف علمای عصر مشروطه، اختلاف اصولی و بنیادین نبوده و عمده اختلاف به تشخیص موضوع (نزاع صغروی) بازمی‌گشته است و در توضیح این نزاع صغروی بیشتر به عوامل جریان‌شناختی مانند شناخت ماهیت واقعی جریان‌ها و نیز مبدأ و مآل اشخاص و گروه‌های دست‌اندرکار مشروطه (مانند تقی‌زاده) متوسل شده‌اند (ابوالحسنی (منذر)، ۱۳۹۰، سراسر مقاله؛ ابوالحسنی (منذر)، ۱۳۸۹، صص. ۴۸۱-۴۸۲) و در مقام استدلال بر مدعای خویش، بیشتر بر رفتارها تکیه کرده‌اند نه بر اندیشه‌ها. آنان به‌طور کلی، از عوامل معرفتی و فکری به‌عنوان عاملی که می‌تواند موجب اختلاف شده باشد، چشم پوشیدند.

اکنون جا دارد به طرح این پرسش پرداخت که آیا شیخ فضل‌الله نوری و میرزای نایینی در خوانش از شریعت و گستره آن، اختلاف مبنایی داشته‌اند؟

در ساحت بحث نظری و تحلیل‌های فقهی و فلسفی از شرع و قانون می‌توان فقه کمینه‌گرا را حائز ظرفیت پذیرش قانون دانست (پاکتچی، ۱۳۹۲، ص. ۱۳۱)، اما تقلیل مواضع به‌ظاهر متعارض این دو فقیه درباره قانون به نظریه کمینه‌گرایی و پیشینه‌گرایی، فارغ از اینکه به تحلیل ماهیت شرع و قانون و مناسبات میان آن دو پرداخت، با چالش‌های جدی روبه‌روست. مقایسه اندیشمندان شرع‌گرای عصر مشروطه از سنخ مطالعات تطبیقی و از مواضع خطابرانگیز در پژوهش‌های

تطبیقی، ظاهرگرایی و توجه به شباهت‌ها و تفاوت‌های ظاهری است. از عواملی که موجب این خطای روش‌شناختی می‌شود، عدم توجه به هسته نظریه و پوسته آن است. بنابراین، باید کوشید با عبور از تشابه و تفاوت ظاهری، به مواضع خلاف و وفاق واقعی دست یافت که یکی از راه‌های چنین عبوری، توجه به مبانی نظریات و موضع‌گیری‌ها و نیز توجه به منظومه نظام فکری دو نظریه‌پرداز است (فرامرز قراملکی، ۱۳۹۶، صص. ۳۰۸-۳۲۳).

آنچه به‌عنوان شواهدی از تمایز کمینه‌گرایی و بیشینه‌گرایی در اندیشه شیخ فضل‌الله نوری و میرزای نائینی گفته شد، نمی‌تواند وجه تمایز دقیقی میان دیدگاه این دو فقیه درباره شرع باشد و نمی‌توان گستره شرع را به‌مثابه محل نزاع میان این دو فقیه قلمداد کرد؛ توضیح اینکه میرزای نائینی به‌عنوان فقیه شیعه، شریعت را کامل و تام می‌داند. از آنجاکه اقتضای اندیشه اصولی، تمامیت‌گرایی آن است، از دیدگاه جریان غالب اصولی، شریعت کامل است؛ به‌طوری‌که هیچ واقعه‌ای خارج از حکم قطعی از جانب شارع مقدس نیست و «اگر کسی حکمی از قبل خود صادر کند و مستند به احکام منزل از ناحیه خدای متعال نباشد، از کافران محسوب خواهد شد» (انصاری، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص. ۳۷۹).

بنابراین، نسبت شرع و عرف در اندیشه نائینی باید به‌گونه‌ای تبیین شود تا با اندیشه کمال شریعت در تضاد نباشد. می‌توان این‌طور گفت که وی امورات را منصوص به نص خاص و عام و موکول به نظر ولی شرعی می‌داند. در این صورت وظیفه حاکم شرع تقنین در امور عرفی نیست، بلکه تطبیق عمومات و قواعد شرعی بر موارد خاص است و آنچه معین می‌شود حکم الهی و شریعت اولی است. امور از دیدگاه نائینی یا منصوص به نص خاص است یا مندرج در نص عام و هیچ حوزه‌ای از جعل مستقیم الهی خالی نخواهد بود (علیدوست، ۱۳۹۵، ص. ۲۰۷).

از همین روست که نائینی و همفکرانش در ردیف شرع‌گرایان طبقه‌بندی می‌شوند؛ زیرا موضع او نه موضعی خارج از شرع، بلکه موضعی داخل در شرع است؛ به‌ویژه که می‌کوشد دفاع خود از مبانی مشروطه را ضمن استعاره‌های شرعی صورت‌بندی کند و در تبیین مشروعیت حکمرانی مشروطه به نهاد وقف (نائینی، ۱۳۹۰، ص. ۴۳۷) و در تبیین مشروعیت پارلمان به نهاد شورا (شوری، ۳۸) استناد می‌کند.

تردیدی نیست که هم شیخ فضل‌الله نوری و هم علامه نائینی به‌عنوان فقهای اصولی، حوزه

عرف را نیز به رسمیت می‌شناختند. به‌طورکلی، تعاملات اجتماعی پیش از طرح ایده قانون در ایران بر پایه همین تفکیک سامان می‌یافت. حوزه شرع، محدوده اعمال ولایت مجتهدان و حوزه عرف، محدوده اعمال ولایت سلطان تلقی می‌شد (فیرحی، ۱۴۰۰، صص. ۲۳-۲۸). سیدحسن امین درباره تفکیک محاکم شرعی از عرفی در عصر قاجار - که به پیروی از عصر صفویه سامان داده شده بود - می‌نویسد «حاکمان شرع به پرونده‌های خصوصی و مدنی رسیدگی می‌کردند و دادرسی در حوزه حقوق عمومی و جزایی یعنی هر آنچه با حفظ نظم عمومی و جان، مال و ناموس مردم ربطی داشت، در صلاحیت مراجع عرفی و حکومتگران منصوب از سوی دولت بود» (امین، ۱۳۸۲، صص. ۳۸۱-۳۸۲). بنابراین، تقلیل وجوه افتراق شیخ فضل‌الله نوری و علامه نایینی و اتباع آنان به اعتقاد یا عدم اعتقاد به تفکیک شرع و عرف، با اشکال مواجه و ناموجه است.

تأثیر مقتضیات در قوانین نیز از مواضع ظاهری اختلاف میان شیخ فضل‌الله و علامه نایینی است. آنچه از دیدگاه نایینی شایان تغییر است، احکام شرع نیست، بلکه احکام عرفی است که در حوزه «ما لانص فیہ» قرار دارد. در مقابل، تغییر احکام و دخالت مقتضیات، آن‌گونه که توسط شیخ فضل‌الله مورد نفی قرار می‌گیرد، ناظر به احکام شریعت است.

از طیف مخالفان مشروطه نیز شواهدی در این باره وجود دارد. چنان‌که در عبارات منقول از سیدکاظم یزدی صاحب کتاب عروه‌الوثقی و از مخالفان جریان مشروطه آمده است، اختلاف میان علمای عصر مشروطه نه اختلاف مبنایی و کبروی، بلکه اختلاف صفروی و ناظر به تشخیص موضوع بود (رخشاد، ۱۳۸۹، صص. ۳۲۷). بدین معنا که شرع‌گرایان عصر مشروطه، در مبانی و آنچه به‌صورت کبروی خواستار آن بودند، اشتراک داشتند و هدف همه آنان نفی استبداد به‌مثابه پدیده شرعاً نامطلوب بود، اما در اینکه در نبود استبداد چه چیزی باید جایگزین شود، اختلاف داشتند (طالقانی، ۱۳۶۱، صص. ۱۰). چنین اختلافی، اختلاف در کبریات شرع نیست، بلکه در تشخیص موضوع و مصادیق است.^۱

۱. افزون‌براین، شواهدی درباره بازگشت نایینی از دیدگاه خود و امحای نسخه‌های کتابش وجود دارد (برای ملاحظه اختلاف دیدگاه‌ها و تحلیل‌ها رک. به: ورعی، ۱۳۸۲، صص. ۲۷-۳۰). برخی نیز معتقدند اصل این اتفاق درست است، اما علت آن، بازگشت نایینی از دیدگاه‌های خود به‌طور کامل نیست، بلکه علت آن، تعدیل برخی دیدگاه‌ها بود که در اثر غلبه فضای احساسی نجف القا شده بود (نجفی، ۱۳۹۱، صص. ۱۳۲-۱۳۳).

طرفه اینکه، همفکران نائینی از جمله آخوند خراسانی^۱ و ملا عبدالله مازندرانی نیز پس از شکست نهضت مشروطه و افتتاح مجلس دوم، در نامه‌ای مفصل نسبت قانون و شرع را به روشنی تبیین و همان مواضع شیخ فضل‌الله را تکرار کردند. به اعتقاد آنها، قوانین امکان تعارض با شرع را دارند و این موضوع باید به وسیله مجتهدان پیوسته پایش شود. از دیدگاه آنان، «وظیفه مقامیه آقایان عظام که به عضویت هیئت منتخب می‌شوند، رعایت تطبیق قوانین راجعه به سیاسات مملکتی است کائناً ماکان بر احکام خاصه و عامه شریعت. چنان‌که قوانین راجعه به مواد قضائیه و فصل خصومات و قصاص و حدود و غیرذلک از آنچه صدور حکم در آنها وظیفه خاصه حکام شرع انور است و از برای هیئت معظمه دولت جز ارجاع به مجتهدان عدول نافذالحکومه و اجرای حکم صادر کائناً ماکان مداخله و تصرفی نیست» (فیرحی، ۱۴۰۰، ص. ۱۷۵). بنابراین، به‌عنوان جمع‌بندی باید گفت میان خوانش شیخ فضل‌الله نوری و علامه نائینی از شریعت نمی‌توان تفاوت معناداری یافت که بتواند تبیین کافی برای اتخاذ مواضع ناهمسو نسبت به قانون ارائه کند.

۳. خوانش‌ها نسبت به مفهوم قانون

پیش از هر چیز باید اشاره کرد که آنچه اینجا به‌عنوان «قانون» در نظر گرفته می‌شود، قانون در معنای عام آن نیست؛ زیرا قانون در معنای عام آن که به معنی هنجار لازم‌الاجراست، احکام شرعی را نیز شامل می‌شود. تعبیر قانون الهی که در بیان شیخ فضل‌الله و دیگر هم‌کیشان وی مورد استفاده قرار گرفته (نوری، ۱۳۹۰ الف، ص. ۲۸۳)، حاکی است که قانون در معنای عام خود و ضرورت وجود آن برای حفظ اجتماع مورد پذیرش همه شرع‌گرایان بوده است. بدین ترتیب، این معنا از قانون نمی‌تواند محل نزاع شرع‌گرایان موافق و مخالف قانون قرار بگیرد. در نتیجه، آنچه در مخالفت شیخ فضل‌الله با مفهوم قانون خواهد آمد، به معنای اقتدارگریزی^۲ نیست، بلکه مراد از قانون به‌مثابه مفهومی که قابلیت نزاع بر سر آن وجود داشته باشد، قانون در معنای جدید آن است. از مؤلفه‌های این قانون جدید در فضای فکری مشروطه می‌توان دست‌کم دو ویژگی را عنوان کرد. نخست اینکه، این قانون تنها به زندگی دنیایی و سطح اجتماعی آن نظر دارد و دوم اینکه، ناشی از

۲. همسویی آخوند خراسانی با میرزای نائینی در مبانی را می‌توان در تقریظ آخوند بر رساله تنبیه‌الامة... او پی جست (طالقانی، ۱۳۶۱، ص. ۱).

اراده مردم است. در این بخش می‌کوشیم تا با بازخوانی آرای شیخ فضل‌الله نوری و علامه نایینی دریابیم که آنان چه درکی از قانون به‌مثابه موضوع جدیدی که پیش از این در سنت مسلمانان سابقه نداشت، داشتند.

برخی پژوهشگران کوشیده‌اند تا اختلاف دیدگاه شرع‌گرایان مشروطه را به درک آنان از مفاهیمی مانند مشروطه، قانون، پارلمان، برابری و آزادی ارجاع دهند (میراحمدی، ۱۳۹۴، سراسر مقاله)، اما در بیان اینکه اختلاف اساسی درک شرع‌گرایان از قانون چه بوده و چگونه موجب اختلاف موضع در تشخیص نسبت شرع و قانون شده است، تبیین کافی ارائه نکرده‌اند؛ توضیح اینکه، آنان با تأکید بر اینکه قانون در اندیشه شیخ فضل‌الله نوری مورد تراحم با شرع و ملازم با خروج از دین و بدعت بوده است (میراحمدی، ۱۳۹۴، ص. ۱۲) و در مقابل، علامه نایینی با به رسمیت شناختن تفکیک شرع از عرف و انحصار تقنین در حوزه عرفی و لزوم هماهنگی آن با شرع (میراحمدی، ۱۳۹۴، ص. ۱۰) در اندیشه خود پذیرای مفهوم قانون بود، از این مسئله عبور کردند. این پژوهش در نهایت، به اختلاف شرع‌گرایان در «نسبت میان شرع و قانون» اشاره کرده است نه درک آنان از «مفهوم قانون».

۱.۳. خوانش شیخ فضل‌الله نوری از قانون

در این بخش، تلقی شیخ فضل‌الله نوری از قانون بررسی می‌شود. شیخ فضل‌الله نوری اساساً به ضرورت وجود قوانین عرفی در جامعه معترف بود (آجودانی، ۱۳۹۱، ص. ۱۵۷)، اما تلقی متفاوتی از قانون و مبانی آن داشت. به‌عنوان انگاره‌ای کلان درباره ماهیت مشروطه، وی مشروطه را به‌مثابه فتنه می‌داند که منشأ آن، طبیعی مذهب‌ها هستند (نوری، ۱۳۹۰، ص. ۲۵۹). به نظر می‌رسد مراد وی از طبیعی مذهب‌ها ماتریالیست‌ها باشد. از دیدگاه وی، قانون نظر دارد به وجه دنیایی زندگی با فراموشی آخرت؛ نه آن دنیایی که در کنار شرع قرار می‌گیرد (نوری، ۱۳۹۰، ص. ۲۷۱). دیدگاه وی درباره قانون را می‌توان ذیل دو مفهوم مبانی قانون و گستره آن توضیح داد.

از حیث مبانی قانون اولاً، شیخ فضل‌الله نوری قانون‌گذاری را پدیده‌ای بشری می‌داند و اعتبار آن را ارجاع می‌دهد به اعتبار رأی اکثریت. نهاد نمایندگی را نیز با وکالت شرعی در پیوند دانسته و معتقد است چنانچه تقنین مربوط به امور عرفیه باشد، نیازی به وکالت نیست و از آن‌رو که در امور

شرعی هم محور امور ولایت است، پس قانون‌گذاری موضوعی باطل است (نوری، ۱۳۹۰، ص. ۲۶۰). همان‌طور که در بخش شرع گذشت، این ولایت هم در فقها و مجتهدان تجلی می‌یابد.

در این راستا، وی چند مورد از مبانی قانون را مورد واکاوی قرار می‌دهد. یکی از مبانی قانون‌گذاری، مساوات است. شیخ معتقد است در اسلام مساوات پذیرفته نیست (نوری، ۱۳۹۰، ص. ۲۶۵). مراد او از مساوات، همان چیزی است که در ادبیات امروز به آن برابری در قانون گفته می‌شود که برابری فطری و ذاتی فرد فرد انسان‌هاست؛ اگرچه گاه شاهد را اشتباه می‌آورد و برابری در مقابل قانون را عنوان می‌کند که در اسلام نیز پذیرفته است (نوری، ۱۳۹۰، ص. ۲۶۵). به عقیده وی، در احکام اسلامی مساوات به رسمیت شناخته نشده و میان دسته‌های مختلف از مردم مانند مسلمان و غیرمسلمان، آزاد و بنده، زن و مرد، مجتهد و غیرمجتهد، بالغ و نابالغ و... تفاوت وجود دارد و انکار آن، انکار امور مسلم شرعی است. مبانی مساوات نیز از قانون شایان حذف نیست و در ذات قانون نهفته است. بنابراین، قانون موضوعی است غیرشرعی.

مبنای دیگری که وی مورد خدشه قرار می‌دهد، اصل حاکمیت قانون است. وی اصل حاکمیت قانون را و اینکه هر مجازاتی باید مبتنی بر قانون باشد، مخالف مذهب جعفری و به‌طور خاص ولایت فقیه می‌داند. از دیدگاه وی، مجازات در اختیار فقهاست و منوط به تصویب کسی نیست (نوری، ۱۳۹۰، ص. ۲۷۲). افزون بر این مبنا، وی به مبنای تفکیک قوا اشاره می‌کند؛ آنجا که تفکیک قوا را از آن‌رو که موجد حق تقنین برای بشر است، غیرشرعی و باطل تلقی می‌کند (نوری، ۱۳۹۰، ص. ۲۶۹). همچنین، آنچه از آزادی در مشروطه و قانون مطرح می‌شود، به آزادی از شریعت برمی‌گردد که اباحه‌گری شمرده می‌شود (نوری، ۱۳۹۰، ص. ۲۶۸). به باور شیخ، از حیث گستره، قانون نیز مانند شرع تمامیت‌طلبی دارد و نگرانی شیخ از این است که قانون جای شرع را بگیرد؛ «... جز اینکه خیال این باشد که دکانی در مقابل شرع گشوده و احکام جدیدی تأسیس گردد» (نوری، ۱۳۹۰، ص. ۲۶۶).

از این‌رو، در نقد خود نسبت به قانون و مشروطه، پیوسته به مبانی قانون ارجاع می‌دهد و به این نکته اشاره می‌کند که حتی اگر در امور دولتی و عرفی نیز وضع قانون صورت بگیرد، از آن‌رو که مبانی قانون با مبانی شرع در تضاد است، این چنین تقنینی پذیرفته نیست (نوری، ۱۳۹۰، ص. ۲۶۶). شیخ فضل‌الله نوری وضع قانون را دلیلی بر ناتمامیت شریعت می‌داند و این‌انگاره حاکی

است که از دیدگاه وی، شرع و قانون با هم تزاخم دارند نه اینکه قلمروهای متفاوتی داشته باشند. بر مبنای دیدگاه بیشینه‌گرا، شرع می‌خواهد درباره تمام امور زندگی انسان وضع مقررات کند. در مقابل، قانون نیز تمامیت‌خواه است و همه امورات اجتماعی انسان را دربرمی‌گیرد. بر اساس چنین زمینه‌ای، او معتقد است که قانون یعنی تمام کردن نواقص شریعت (نوری، ۱۳۹۰، ص. ۲۷۳) و بطلان چنین چیزی از دیدگاه وی و هر فقیه مسلمانی ناگفته پیداست.

از همین روست که شیخ فضل‌الله به‌رغم پذیرش حوزه عرفی، قانون را نمی‌پذیرد؛ زیرا در نگاه وی، حکومت سلطان و عرف از جنس تقنین نیست و معتقد است امور دیوانی و... همچنان باید در اختیار سلطان باشد. چرا وی با وضع قانون توسط سلطان مخالف نیست اما با وضع قانون توسط مجلس مخالف است (نوری، ۱۳۹۰، ص. ۲۶۴)؟ قانون‌گذاری سلطان، محدود به محدوده‌ای است که شریعت آن را به عهده عرف گذاشته است. بنابراین، با شریعت نیز مزاحمتی نخواهد داشت، اما از آن‌رو که در اندیشه شیخ، قانون‌گذاری مجلس بر اساس غیردینی بنا شده است، لزوماً با احکام قطعی شرعی تزاخم خواهد داشت و ترجیح قانون در این معنا در مقابل شرع، کفر و بدعت است.

بعید نیست بتوان گفت مفهوم قانون در نگاه شیخ فضل‌الله نوری، مفهومی عرفی (سکولار) است. وی به استلزامات وضع قانون نظر دارد و معتقد است که این‌گونه نیست که قانون محدوده‌ای داشته باشد که بتوان در مقابل آن ایستاد؛ زیرا مبنای قانون‌گذاری مبنایی غیرشرعی است. همچنین، باید اشاره کرد که از دیدگاه وی، ماهیت و گستره قانون تغییرناپذیر و تغییر آن برای هماهنگ کردن آن با اسلام، قلب ماهیت آن است و اصل مشروطه با اسلام جمع نمی‌شود. برای مثال، وی از مساوات نام می‌برد که با حذف مبنای مساوات، مشروطه و قانون به‌طورکلی منتفی است (نوری، ۱۳۹۰، صص. ۲۶۱-۲۶۲).

بر همین پایه، مسلمان همان‌گونه که اجازه تغییر دین را ندارد، اجازه وضع قانون را نیز ندارد؛ زیرا وضع قانون در حیطه‌ای که شرع نیز در آنجا واجد احکام است، به‌نوعی تغییر شریعت به شمار می‌آید. به گفته او، «مسلم را حق جعل قانون نیست. ابدأ گمان نداشتیم که کسی جعل قانون را امضا کند و از برای مملکت اسلام، قانونی جز قانون الهی بیسند و مقتضیات عصر را مغیر بعضی مواد قانون الهی بداند» (نوری، ۱۳۹۰، الف، ص. ۲۸۵).

۲.۳. خوانش میرزای نایینی از قانون

آنچه محور بحث‌های علامه نایینی در دفاع از مشروطه قرار می‌گیرد، نفی استبداد و مبارزه با آن است. او در مبارزه با استبداد می‌کوشد و مشروطه و قانون را راهی برای برون‌رفت از استبداد تلقی می‌کند (آجودانی، ۱۳۹۱، ص. ۱۴۰). درباره دیدگاه وی درباره قانون، نخست باید گفت میرزای نایینی نیز مانند شیخ فضل‌الله به ضرورت قانون برای جامعه باور دارد. وی به ضرورت قانون به مثابه ابزاری برای حفظ نظام اجتماعی معتقد است. در این نکته وی با دیگر شرع‌گرایان از جمله شیخ فضل‌الله نوری تمایز خاصی ندارد. برای مثال، وی بیان می‌دارد که «توقف حفظ نظام و ضبط اعمال معتصبه متصدیان و منع از تعاون و تجاوزشان بر تدوین آن‌ها، به‌طور قانونی بر همین وجه متعین است» (نایینی، ۱۳۹۰، ص. ۴۵۹).

باین حال، وی در تفسیر ماهیت قانون رویکردی مقابل شیخ فضل‌الله اتخاذ کرده است. نایینی نه تنها امور غربی و نوپیدا از جمله قانون را بد و ناپسند نمی‌داند، بلکه معتقد است این مفاهیم جدید ریشه در آموزه‌های اسلام دارند (نایینی، ۱۳۹۰، ص. ۴۱۴). از این روست که نمی‌توان تنافر و تعارضی میان آن‌ها و شرع اسلامی یافت. بنابراین، ماهیت قانون برای نایینی جدید و نو نیست، بلکه ریشه در همان مفاهیم سنتی دارد. این تلقی از قانون نوعی تلقی شکلی از آن است.

در بحث از قلمرو قانون از نظر او، به تناسب وجود دو قلمرو شرعی و عرفی، قانون نیز دو گونه دارد؛ قانون الهی و قانون عرفی. بر این اساس، قانون یا بازتاب احکام شرعی است یا تنظیمات عرفی. وی این‌گونه بیان می‌دارد که «دستورات تفصیلیه هم، یا سیاساتی است عرفیه که حفظاً للنظام مقرر است یا شرعیات است بین‌العموم مشترک و غیرمختلف‌الصنف...» (نایینی، ۱۳۹۰، ص. ۴۵۱). از آنجاکه قانون‌گذار بشری منحصر در مواردی است که حکم منصوص شرعی وجود ندارد و در واقع، حوزه رخصت شارع است، اولاً، فرض تعارض آن با شرع منتفی است و ثانیاً، فرض ورود موضوع غیردینی در دین و ایجاد بدعت از بین می‌رود. بنابراین، «بدعت در صورتی متحقق گردد که غیرمجموع شرعی به‌عنوان مجموع شرعی و حکم الهی ارائه، اظهار و الزام شود والا بدون اقتران به‌عنوان مذکور، هیچ نوع الزام و التزامی بدعت و تشریح نخواهد بود» (نایینی، ۱۳۹۰، ص. ۴۵۳).

قانون برای علامه نایینی کارکردی دوگانه دارد. کارکرد نخست قانون و به‌طور خاص قانون اساسی، تعیین و تحدید وظایف حکمرانان است. از دیدگاه وی، «اصل عقد دستور اساسی فقط

برای ضبط رفتار متصدیان و تحدید استیلا و تعیین وظایف آنان و تشخیص وظایف نوعیه لازم‌الاقامه از ماعدای آن است» (نایینی، ۱۳۹۰، ص. ۴۵۱). همچنین، می‌توان قانون و نظارت عمومی را جایگزینی برای فقدان عصمت در حاکمان غیرمعصوم در نظر گرفت. وی می‌گوید: «غایت آنچه به حسب قوه بشریه، جامع این جهات و اقامه‌اش با اطراد و رسمیت به‌جای آن قوه عاصمه عصمت و حتی با معصوبیت مقام هم ممکن و مجازی از آن حقیقت تواند بود، موقوف بر دو امر است. اول، مرتب داشتن دستوری که به تحدید مذکور و تمییز مصالح نوعیه لازم‌الاقامه از آنچه رد آن حق مداخله و تعرض نیست... به‌طور رسمیت متضمن گردد. دوم، استوار داشتن اساس مراقبه و محاسبه» (نایینی، ۱۳۹۰، ص. ۴۲۱).

۳.۳. مفهوم قانون به‌مثابه محل نزاع دو فقیه

بر اساس آنچه گذشت، قانون برای شیخ فضل‌الله نوری موضوعی ماهوی است که واجد مبانی خاص، روشن و تغییرناپذیر است. در مقابل، نگاه نایینی به قانون، ناظر به موضوعی است قابل کنترل و محدود؛ یعنی از نظر وی می‌توان برای قانون حد و مرز تعیین کرد و همین موجب می‌شود تا شرع و قانون با یکدیگر تراحم نداشته باشند.

با این مقدمات، دور از ذهن نیست که تفاوت علامه نایینی و شیخ فضل‌الله نوری را در درک قانون و مبانی آن جست‌وجو کنیم. برای مثال، می‌توان به تفاسیر متفاوت از مساوات و آزادی به‌مثابه مبانی قانون اشاره کرد. هم علامه نایینی و هم شیخ فضل‌الله نوری، اسلام را منافی با مساوات نمی‌دانند، اما محل نزاع در تفاسیر ایشان در نسبت مساوات و قانون است که مساوات در قانون کدام است (نایینی، ۱۳۹۰، ص. ۴۴۸؛ برای ملاحظه توضیح این تفاوت رک به: زرگری‌نژاد، ۱۳۹۰، صص. ۱۵۸-۱۶۰). چنانچه پیش‌تر نیز بیان شد، برابری در نظام‌های مشروطه که به‌مثابه مبنایی تغییرناپذیر درباره قانون مطرح است، برابری در قانون است؛ یعنی قانون به‌گونه‌ای نوشته شود که برابری انسان‌ها در آن لحاظ شود حال‌آنکه برای نایینی برابری، برابری در برابر قانون و در مقام اجرای قانون است. این مساوات و برابری را نمی‌توان مفهوم مدرن برابری تلقی کرد (آجودانی، ۱۳۹۱، ص. ۱۴۹). همین‌طور درباره مفهوم آزادی، شیخ فضل‌الله آزادی را رهایی از شریعت می‌فهمید، اما نایینی بدون توجه به جدید بودن این مفاهیم، آن‌ها را در راستای همان آزادی سنتی توضیح می‌داد (آجودانی، ۱۳۹۱، ص. ۱۵۰). از دیدگاه حائری، درک نایینی از

دمکراسی هم غیرتاریخی و هم غیردمکراتیک است و در توضیح این‌ها دائم اسیر همان مفاهیم سنتی است (حائری، ۱۳۹۹، صص. ۳۰۱-۳۰۳). ازین‌روست که اگر از میرزای نائینی نیز پرسیده شود آیا مساوات و آزادی که او از آن‌ها دفاع می‌کند به این معناست که قانون‌گذار حقوق زن و مرد یا حر و آزاد را یکی در نظر بگیرد، پاسخ وی قطعاً منفی خواهد بود.

می‌توان این تفاوت در تلقی از قانون را به جریان‌های دیگر نیز ارجاع داد. شیخ فضل‌الله نوری و علامه نائینی در اندیشه شرع‌گرایی با یکدیگر مشترک و همسو هستند، اما از آن‌رو که شیخ فضل‌الله در درک خود از قانون، متعلق به اندیشه ناسازگاری قانون و شرع و در مقابل، علامه نائینی متعلق به اندیشه جمع‌گرایی است، به نتایج غیرهمسو می‌رسند. مشابه تفکیک عرف و شرع در اندیشه نائینی، در اندیشه طالب‌اف نیز شایان پی‌جویی است. او حق بشر را حق روح و جسم می‌دانست و شریعت انبیا را مربوط به حق روح می‌انگاشت. در مقابل، حق جسم را تابع وضع حکما و عقلای ملت طبق مقتضیات زمانه و عصر خود تلقی می‌کرد (طالب‌اف، ۱۳۹۴، ص. ۲۸۴). در دیدگاه او، شریعت مهم است و ضرورت آن مورد انکار نیست، اما مربوط به حوزه دیگری غیر از سیاست و قوانین عرفی است. حائری نیز کوشش جریان جمع‌گرا را برای هماهنگی قانون و شرع زمینه‌ساز برداشت‌های نادرست برخی شرع‌گرایان از قانون و نظام مشروطه می‌داند (حائری، ۱۳۹۹، صص. ۷۵-۸۹).

البته باید توجه داشت که مفهوم قانون در نظرگاه نائینی، قانونی شبیه به قانون در اندیشه جمع‌گراست و تفکیک عرف و شرع، هم در اندیشه نائینی و هم در اندیشه متفکران جریان جمع‌گرا وجود دارد، اما این شباهت ناشی از هم‌گرایی مبنایی نیست. ازین‌روست که قرار دادن نائینی در ردیف جمع‌گرایان درست به نظر نمی‌رسد (برای ملاحظه تفاوت در اندیشه شرع‌گرایان طرف‌دار قانون با اندیشه‌های جمع‌گرایان رک به: نجفی، ۱۳۹۱، صص. ۱۱۶-۱۳۳).

می‌توان گفت اصلی‌ترین محل نزاع میرزای نائینی و شیخ فضل‌الله نوری، خوانش آنان از قانون است. اینکه در خوانش از قانون، آن را موضوعی جدید و واجد مبانی خاص بدانیم (مانند شیخ فضل‌الله) یا اینکه آن را تنها موضوعی شکلی در نظر بگیریم که می‌تواند محمل هنجارهای شریعت نیز باشد (مانند میرزای نائینی)، دو دیدگاه متعارض را در نسبت با آن سامان خواهد داد؛ اگرچه خوانش از شریعت را در نزد آنان یکسان بدانیم. بر این پایه، قانون برای میرزای نائینی ابزار

محدود کردن استبداد است که نمی‌تواند با شرع منافاتی داشته باشد. در مقابل، برای شیخ فضل‌الله نوری قانون جایگزینی برای شرع است. با معنای دوم از قانون - قانون جایگزین شرع - دیدگاه میرزای نایینی با شیخ فضل‌الله نوری هم‌راستا خواهد شد.

نتیجه‌گیری

هدف این پژوهش بازخوانی نظریه دو تن از فقیهان برجسته مشروطه، شیخ فضل‌الله نوری و میرزای نایینی درباره انگاره‌های شرع و قانون است و در این راستا، دیدگاه آنان در خصوص دو مؤلفه خوانش‌ها از گستره شریعت و درک از مفهوم قانون مورد بررسی قرار گرفته است. به‌عنوان مقدمه‌ای بر این بازخوانی، سه اندیشه محوری در عصر مشروطه مورد معرفی قرار گرفت؛ اندیشه «ناسازگاری میان فقه و قانون»، اندیشه «شرع‌گرایی» و اندیشه «جمع‌گرایی». براین اساس، می‌توان آرای شیخ فضل‌الله نوری و علامه نایینی را دست‌کم ذیل دو اندیشه جایابی کرد.

در خصوص مؤلفه خوانش از شریعت باید گفت در مقایسه اولیه نوشته‌های این دو فقیه، شواهدی مبنی بر تقابل و واگرایی در میان اندیشه‌های ایشان یافت می‌شود، اما با توجه به اینکه شیخ فضل‌الله نوری و علامه نایینی به‌منزله دو فقیه اصولی امامی از مبانی مشترکی نسبت به اصل شریعت برخوردارند، نمی‌توان بر این تقابل تأکید کرد. به این ترتیب، این ادعا که شیخ فضل‌الله نوری نگاه بیشینه‌گرا به شریعت داشته و در مقابل، علامه نایینی با تأکید بر تفکیک حوزه عرفی از حوزه شرعی، نگاه کمینه‌گرا به شرع دارد، ادعایی است که دلایل کافی برای پشتیبانی از آن وجود ندارند. بنابراین، نمی‌توان در مقوله خوانش از شریعت، اختلاف معناداری میان این دو فقیه یافت و خوانش از شریعت نمی‌تواند محل نزاع دقیقی میان ایشان باشد.

نتیجه دیگر این نوشتار، طرح مفهوم قانون به‌مثابه محل نزاع این دو فقیه است. دیدگاه شیخ فضل‌الله نوری از این حیث که نظر به ماهیت جدید قانون و امر عمومی دارد، نگاهی ماهوی به قانون است و آن را منافی شریعت می‌داند و از آن‌رو که وی شرع‌گراست، در نهایت، بر نفی قانون به‌مثابه موضوعی مدرن پای می‌افشرد. در مقابل، میرزای نایینی قانون را جدا از آنچه پیش‌تر نیز در جوامع سنتی وجود داشت، در نظر نمی‌گیرد. از این‌رو قانون را نه موضوعی غیردینی، بلکه موضوعی سازگار و منطبق با آن می‌داند. این نگاه که تلقی شکلی از قانون است، معتقد است که قانون‌گذاری اگر در حوزه شریعت باشد، باید به‌مثابه بیانی برای حکم شرعی باشد و چنانچه در

حوزه‌ای خارج از آن باشد، اساساً فرض تنافی با شرع درباره آن منتفی است؛ زیرا فرض این است که در این حوزه، شریعت ورود نکرده است.

در نهایت، می‌توان گفت با وجود اینکه شیخ فضل‌الله نوری و علامه نائینی هر دو شرع‌گرا بودند، در درک از مفهوم قانون به دو اندیشه متضاد گرایش داشتند. تلقی شیخ فضل‌الله از قانون به مثابه موضوعی ماهوی و تمامیت‌خواه، مشابه درک از قانون نزد دیگر متفکران معتقد به اندیشه «ناسازگاری شرع و قانون» است. باور به ناسازگاری میان شرع و قانون بدانجا می‌انجامد که اندیشمندان، ناگزیر به انتخاب یکی از آن دو می‌شود. با این حال، شیخ فضل‌الله با ترجیح شرع و کنار نهادن قانون در وضعی مقابل نسبت به سایر باورمندان به اندیشه ناسازگاری که با انتخاب قانون شرع را از عرصه اجتماعی حذف کرده بودند قرار می‌گیرد. بنابراین گزارف نیست اگر ادعا شود که درک علامه نائینی از قانون به درکی مشابه مفهوم قانون در اندیشه «جمع‌گرایی» ارجاع دارد. جمع‌بندی نسبت شرع و قانون با لحاظ مؤلفه‌های مختلفی که در این پژوهش مورد تأکید قرار گرفته، در جدول «یک» آمده است.

جدول «یک»: مقایسه نسبت شرع و قانون در اندیشه شیخ فضل‌الله نوری و علامه نائینی

موضوع نهایی	نگاه به شرع	نگاه به قانون	مؤلفه اندیشه‌ای دوم	مؤلفه اندیشه‌ای اول	اندیشمند
نفی مطلق و کلی قانون	نگاه بیشینه‌گرا	نگاه ماهوی و بیشینه	اندیشه ناسازگاری شرع و قانون	اندیشه	شیخ فضل‌الله نوری
پذیرش محدود و مقید قانون	نگاه بیشینه‌گرا	نگاه شکلی و کمینه	اندیشه جمع‌گرایی	شرع‌گرایی	میرزای نائینی

منابع

- ۱) آجودانی، لطف‌الله (۱۳۹۱). اندیشه‌های سیاسی در عصر مشروطیت ایران. تهران: علم.
- ۲) آجودانی، ماشاء‌الله (۱۳۹۹). مشروطه ایرانی. تهران: اختران.
- ۳) آدمیت، فریدون (۱۳۴۹). اندیشه‌های میرزافتحعلی آخوندزاده. تهران.
- ۴) آقاجانی فکجور، مصطفی، جمالزاده، ناصر و عزیزی، سیدمجتبی (۱۴۰۰). گستره ولایت فقیه در اندیشه سیاسی علامه محمدحسین نایینی. فصلنامه علمی پژوهش‌نامه انقلاب اسلامی، ۱۱ (۳۸)، صص. ۱-۲۰. doi:10.22084/rjir.2021.19296.2784
- ۵) ابوالحسنی (منذر)، علی (۱۳۸۹ الف). شیخ فضل‌الله نوری و مکتب تاریخ‌نگاری مشروطه. تهران: مؤسسه مطالعات تاریخ معاصر ایران.
- ۶) ابوالحسنی (منذر)، علی (۱۳۸۹ ب). فراتر از روش آزمون و خطا. تهران: مؤسسه مطالعات تاریخ معاصر ایران.
- ۷) ابوالحسنی (منذر)، علی (۱۳۹۰). وحدت در اصول، تفاوت در روش. یاد ایام، (۳۹).
- ۸) امین، سیدحسن (۱۳۸۲). تاریخ حقوق ایران. تهران: دائرةالمعارف ایران‌شناسی.
- ۹) انصاری، مرتضی (۱۴۱۶ ق). فرائدالاصول (جلد ۱). قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين بقم.
- ۱۰) انصاری، مرتضی (۱۴۳۹ ق). کتاب المکاسب (جلد ۳). قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- ۱۱) پاکتچی، احمد (۱۳۹۲). کمیته‌گرایی و پیشینه‌گرایی در تاریخ فقه اسلامی؛ ذیل کتاب تأملاتی در فرهنگ اسلامی (مرتضی سلمان‌نژاد، به کوشش). تهران: دانشگاه امام‌صادق (علیه‌السلام).
- ۱۲) جهان‌بین، فرزاد (۱۳۹۶). تحلیلی بر مواضع سیاسی علمای شیعه از عدالت‌خانه تا کودتای رضاخان. تهران: مؤسسه مطالعات تاریخ معاصر ایران.
- ۱۳) حائری، عبدالهادی (۱۳۹۹). تشیع و مشروطیت در ایران. تهران: امیرکبیر.
- ۱۴) راسخ، محمد و بخشی‌زاده، فاطمه (۱۳۹۳). مفهوم قانون در عصر مشروطه؛ نویسندگان متقدم. فصلنامه تحقیقات حقوقی، ۱۷ (۶۸)، صص. ۱-۲۱.
- ۱۵) راسخ، محمد و بخشی‌زاده، فاطمه (۱۳۹۷). شرح‌گرایان و قانون در عصر انقلاب مشروطه ایران. نشریه حقوقی دادگستری، ۸۲ (۱۰۱)، صص. ۸۵-۱۱۶. doi:10.22106/jlj.2018.31410
- ۱۶) ربانی گلپایگانی، علی (۱۳۹۴). نقد نظریه حداقلی در قلمرو فقه اسلامی؛ ذیل کتاب فلسفه فقه (حسینعلی بای، به کوشش). (جلد ۱). تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- ۱۷) رخشاد، محمدحسین (۱۳۸۹). در محضر حضرت آیت‌الله بهجت. قم: مؤسسه فرهنگی سما.

- ۱۸) رضوانی، هما (۱۳۶۲). لوایح آقا شیخ فضل‌الله نوری. تهران: نشر تاریخ ایران.
- ۱۹) زبیدی، مرتضی محمدبن محمد (۱۴۱۴ق). تاج العروس من جواهر القاموس (ج ۱۱). (۲۰ج)، بیروت: دارالفکر.
- ۲۰) زرگری نژاد، غلامحسین (۱۳۹۰). رسائل مشروطیت. (۲ج)، تهران: مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی.
- ۲۱) صدر، محمد باقر (۱۴۳۳). دروس فی علم الاصول، الحقله الثانيه، لبنان: العارف للمطبوعات.
- ۲۲) طالب‌اف، عبدالرحیم (۱۳۹۴). کتاب احمد. تهران: علمی و فرهنگی.
- ۲۳) طالقانی، سید محمود (۱۳۶۱). مقدمه تنقیح و شرح تنبیه‌الامة و تنزیه‌الملة یا حکومت از نظر اسلام. تهران: سهامی انتشار.
- ۲۴) طحان‌نظیف، هادی و احسانی، رضا (۱۳۹۶). خوانشی نو از دیدگاه‌های تحلیلی نسبت به قانون در عصر مشروطه. پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، ۱ (۴۵)، صص. ۵۷-۸۰.
doi:10.30497/law.2017.2092
- ۲۵) عباسی، بیژن و یعقوبی، رضا (۱۳۹۹). مفهوم قانون در اندیشه‌های مستشارالدوله. فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، ۱ (۵۰)، صص. ۴۱-۵۹.
doi:10.22059/jplsq.2019.258708.1749
- ۲۶) علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۹۵). فقه و مصلحت. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- ۲۷) فرامرزی قراملکی، احد (۱۳۹۶). روش‌شناسی مطالعات دینی. مشهد: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.
- ۲۸) فیرحی، داوود (۱۳۹۷). مصاحبه با روزنامه فرهیختگان به تاریخ ۲۹/۰۸/۱۳۹۷.
- ۲۹) فیرحی، داوود (۱۳۹۹). مفهوم قانون در ایران معاصر. تهران: نشر نی.
- ۳۰) فیرحی، داوود (۱۴۰۰). دولت مدرن و بحران قانون. تهران: نشر نی.
- ۳۱) گرامی، سیدمحمدهادی (۱۳۹۶). مقدمه‌ای بر تاریخ‌نگاری انگاره‌ای و اندیشه‌ای. تهران: دانشگاه امام‌صادق (علیه‌السلام).
- ۳۲) محمدی‌پور، زینب و جواهری‌تهرانی، محمد (۱۴۰۱). تحلیل خوانش‌های معاصر از نسبت قانون و شریعت در رساله یک کلمه میرزا یوسف‌خان مستشارالدوله. فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، ۲ (۵۲)، صص. ۱۱۰۳-۱۱۲۲.
doi:10.22059/jplsq.2019.265880.1825
- ۳۳) مرادخانی، فردین (۱۳۹۶). خوانش حقوقی از انقلاب مشروطه ایران. تهران: میزان.
- ۳۴) مرادخانی، فردین (۱۳۹۸). مفهوم قانون در اندیشه طالبوف تبریزی. مطالعات تاریخ فرهنگی، ۱۰ (۳۹)، صص. ۱۰۷-۱۲۸.
- ۳۵) میراحمدی، منصور (۱۳۹۴). تحلیلی بر اختلاف دیدگاه علمای موافق و مخالف مشروطه. نشریه علوم

- سیاسی دانشگاه باقرالعلوم، (۶۹)، صص. ۳۵-۵۸.
- ۳۶) ناظم‌الدوله، میرزاملکم‌خان (۱۳۷۰). روزنامه قانون. تهران: کویر.
- ۳۷) نایینی، محمدحسین (۱۳۹۰). تنبیه‌الامة و تنزیه‌المللة. در زرگری‌نژاد، غلامحسین (۱۳۹۰). رسائل مشروطیت (جلد ۲). تهران: انتشارات مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی.
- ۳۸) نجفی، موسی (۱۳۹۱). فلسفه تجدد در ایران. تهران: شرکت چاپ و نشر بین‌الملل.
- ۳۹) نوری، فضل‌الله (۱۳۶۲). لایحه مطبوع در آستانه مقدسه حضرت عبدالعظیم برای انتباه و رفع اشتباه از برادران دینی. در رضوانی، هما (۱۳۶۲). لوائح آقا شیخ فضل‌الله نوری. تهران: نشر تاریخ ایران.
- ۴۰) نوری، فضل‌الله (۱۳۹۰ الف). تذکره‌الغافل و ارشادالجاهل. در زرگری‌نژاد، غلامحسین (۱۳۹۰). رسائل مشروطیت (جلد ۱). تهران: انتشارات مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی.
- ۴۱) نوری، فضل‌الله (۱۳۹۰ ب). رساله حرمت مشروطه. نوری، فضل‌الله (۱۳۹۰ ب). رساله حرمت مشروطه. در زرگری‌نژاد (۱۳۹۰) غلامحسین رسائل مشروطیت (جلد ۱). تهران: انتشارات مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی.
- ۴۲) هاشمی، عباس و مهرآذر، حمید (۱۳۹۳). شیخ فضل‌الله نوری و مخالفت مبنایی با مشروطه. فصلنامه ژرفاپژوه (تاریخ‌نامه انقلاب)، ۱(۱)، صص. ۱۷۷-۱۵۵.
- ۴۳) ورعی، سیدجواد (۱۳۸۲). پژوهشی در اندیشه سیاسی نایینی، قم: مرکز تحقیقات علمی دبیرخانه مجلس خبرگان رهبری.

References

- 1) Abbāsī, Bīẓan and Ya'qūbī, Rezā (1399 SH). *Mafhūm-e Qānūn dar Andīše-hā-ye Mostāšār-al-Dowla* [The Concept of Law in Mostashar-al-Dowla's Thoughts]. *Faṣl-nāme-ye Moṭāle'āt-e Hoqūq-e 'Amūmī* [Journal of Public Law Studies], 1 (50), pp. 41-59. doi:10.22059/jplsq.2019.258708.1749 [in Persian].
- 2) Abū-al-Ḥasanī (Monẓer), 'Alī (1389 SH. A). *Šayḵ Fazl-Allāh Nūrī va Maktab-e Tārīḵ-Negārī-e Mašrūṭe* [Sheikh Fazlollah Nouri and the School of Constitutional Historiography]. Tehrān: Mo'assese-ye Moṭāle'āt-e Tārīḵ-e Mo'ašer-e Īrān [in Persian].
- 3) Abū-al-Ḥasanī (Monẓer), 'Alī (1389 SH. B). *Farātar az Raviš-e Āzmon va Ḳaṭā* [Beyond the Trial and Error Method]. Tehrān: Mo'assese-ye Moṭāle'āt-e Tārīḵ-e Mo'ašer-e Īrān [in Persian].
- 4) Abū-al-Ḥasanī (Monẓer), 'Alī (1390 SH). *Vaḥdat dar Oṣūl, Tafāvat dar Raviš* [Unity in Principles, Difference in Method]. *Yād-e Āyām*, (39) [in Persian].
- 5) Ādamiyat, Farīdūn (1349 SH). *Andīše-hā-ye Mīrzā-Faṭḥ-'Alī Āḳūndzāde* [Thoughts of Mirza Fath-Ali Akhundzade]. Tehrān [in Persian].
- 6) Ājūdānī, Lotf-Allāh (1391 SH). *Andīše-hā-ye Sīāsī dar 'Aṣr-e Mašrūṭiyat-e Īrān* [Political Thoughts in the Constitutional Era of Iran]. Tehrān: 'Elm [in Persian].
- 7) Ājūdānī, Māšā'-Allāh (1399 SH). *Mašrūṭe-ye Īrānī* [Iranian Constitution]. Tehrān: Aḳtarān [in Persian].
- 8) Alī-Dūst, Abū-al-Qāsem (1395 SH). *Feqh va Mašlahat* [Jurisprudence and Expediency]. Tehrān: Pežūhešgāh-e Farhang va Andīše-ye Eslāmī [in Persian].
- 9) Amīn, Sayyed-Ḥasan (1382 SH). *Tārīḵ-e Hoqūq-e Īrān* [History of Iranian Law]. Tehrān: Dā'ere-ye Ma'āref-e Īrān-Šenāsī [in Persian].
- 10) Anšārī, Mortazā (1416 AH). *Farā'ed-al-Oṣūl* (Volume 1). Qom: Mo'assese-ye al-Našr-al-Eslāmī al-Tābe'a le-Jamā'a-al-Madresīn be-Qom [in Arabic].
- 11) Anšārī, Mortazā (1439 AH). *Ketāb al-Makāseb* (Volume 3). Qom: Majma' al-Fekr-al-Eslāmī [in Arabic].
- 12) Āqājānī Feḳjūr, Mošāfā, Jamālzāde, Nāšer, and 'Azīzī, Sayyed-Mojtabā (1400 SH). *Gostare-ye Velāyat-e Faqih dar Andīše-ye Sīāsī-ye 'Allāme Moḥammad-Ḥosayn Nā'inī* [The Scope of the Guardianship of the Jurist in the Political Thought of Allameh Mohammad-Hossein Naeini]. *Faṣl-nāme-ye 'Elmī Pežūheš-nāme Enqelāb-e Eslāmī* [Journal of Islamic Revolution Studies], 11 (38), pp. 1-20. doi:10.22084/rjir.2021.19296.2784 [in Persian].
- 13) Fārāmerz Qarāmlūkī, Aḥad (1396 SH). *Raviš-Šenāsī Moṭāle'āt-e Dīnī* [Methodology of Religious Studies]. Mašhad: Dānešgāh-e 'Olūm-e Eslāmī Reżawī [in Persian].
- 14) Fīarḥī, Dāvūd (1397 SH). *Mošāhebe bā Rūz-nāme Farhīḳteḡān be Tārīḵ 29/08/1397* [Interview with Farhikhtegan Newspaper dated 29/08/1397] [in Persian].
- 15) Fīarḥī, Dāvūd (1399 SH). *Mafhūm-e Qānūn dar Īrān-e Mo'ašer* [The Concept of Law in Contemporary Iran]. Tehrān: Našr-e Nī [in Persian].
- 16) Fīarḥī, Dāvūd (1400 SH). *Dowlat-e Modern va Boḥrān-e Qānūn* [Modern State and Law Crisis]. Tehrān: Našr-e Nī [in Persian].

- 17) Gerāmī, Sayyed-Moḥammad-Hādī (1396 SH). Moqaddame-i bar Tāriḵ-Negārī-ye Engāre-ī va Andīše-ī [An Introduction to Ideological and Thoughtful Historiography]. Tehrān: Dānešgāh-e Emām-Šādeq (‘Alīh-al-Salām) [in Persian].
- 18) Ḥā’erī, ‘Abd-al-Hādī (1399 SH). Tašayyo’ va Mašrūṭiyat dar Īrān [Shiism and Constitutionalism in Iran]. Tehrān: Amīr-Kabīr [in Persian].
- 19) Hāshemī, Abbās and Mehrāzar, Hamīd (1393 SH). Sheikh Fazlollah Nūrī va Mokhālefate Mabnā’ī bā Mashrūte [Sheikh Fazlollah Nouri and Fundamental Opposition to Constitutionalism]. Faslnāme-ye Zerfāpezhūh (Tāriḵ-nāme-ye Enqelāb) [Deep Research Quarterly (Revolution History)], 1 (1), pp. 155-177 [in Persian].
- 20) Jahān-Bīn, Farzād (1396 SH). Taḥlīlī bar Mavāqe’-e Sīāsī-ye ‘Olāmā-ye Šī’e az ‘Adālat-Ḳāne tā Kūdetā-ye Rezā-Ḳān [An Analysis of the Political Positions of Shiite Scholars from the House of Justice to the Coup of Reza Khan]. Tehrān: Mo’assese-ye Moṭāle’āt-e Tāriḵ-e Mo’āšer-e Īrān [in Persian].
- 21) Mīr-Aḥmadī, Mansūr (1394 SH). Taḥlīlī bar Eḳtelāf-e Dīdga-hā-ye ‘Olāmā-ye Movāfeq va Moḳālef-e Mašrūte [An Analysis of the Differences in the Views of Scholars in Favor and Against the Constitution]. Našrie-ye ‘Olūm-e Sīāsī Dānešgāh-e Bāqer-al-‘Olūm, (69), pp. 35-58 [in Persian].
- 22) Moḥammadi-Pūr, Zeynab and Javāherī Tehrānī, Moḥammad (1401 SH). Taḥlīl-e Ḳāneš-hā-ye Mo’āšer az Nesbat-e Qānūn va Šarī’at dar Resāle Yek Kalame Mīrzā Yūsof-Ḳān Mostašār-al-Dowla [Analysis of Contemporary Readings on the Relationship between Law and Sharia in the One Word Treatise of Mirza Yusuf Khan Mostashar-al-Dowla]. Fašl-nāme-ye Moṭāle’āt-e Ḥoqūq-e ‘Amūmī [Journal of Public Law Studies], 2 (52), pp. 1103-1122. doi:10.22059/jplsq.2019.265880.1825 [in Persian].
- 23) Morādḳānī, Ferdīn (1396 SH). Ḳāneš-e Ḥoqūqī az Enqelāb-e Mašrūte-ye Īrān [Legal Reading of the Iranian Constitutional Revolution]. Tehrān: Mizān [in Persian].
- 24) Morādḳānī, Ferdīn (1398 SH). Mafhūm-e Qānūn dar Andīše-ye Ṭālebūf Tabrīzī [The Concept of Law in the Thought of Talebūf Tabrizi]. Moṭāle’āt-e Tāriḵ-e Farhangī [Cultural History Studies], 10 (39), pp. 107-128 [in Persian].
- 25) Nā’inī, Moḥammad-Ḥosayn (1390 SH). Tanbih-al-Umma va Tanzīh-al-Mella. In Zargārī-Nežād, Ḡolām-Ḥosayn (1390). Resā’el-e Mašrūṭiyat (Volume 2). Tehrān: Entesārāt-e Mo’assese-ye Taḥqīqāt va Towse’-ye ‘Olūm-e Ensānī [in Persian].
- 26) Najafī, Mūsā (1391 SH). Falsafe-ye Tajaddod dar Īrān [Philosophy of Renewal in Iran]. Tehrān: Sherkat-e Chāp va Nashr-e Bīn-al-Mellal [in Persian].
- 27) Nāzem-al-Dowla, Mīrzā-Molkom-Ḳān (1370 SH). Rūz-nāme Qānūn [Qanun Newspaper]. Tehrān: Kavīr [in Persian].
- 28) Nūrī, Fazlollah (1362 SH). Lāyehe Matbū’ dar Āstāne-ye Moqaddase Hazrat-e Abdolazīm barāye Entebāh va Raf’e Eshtebāh az Barādarān-e Dīnī. In Rezvanī, Homā (1362 SH). Lāyehēhā-ye Āghā Sheikh Fazlollah Nūrī. Tehrān: Nashr-e Tāriḵ-e Īrān [in Persian].
- 29) Nūrī, Fazlollah (1390 SH. A). Tazkere-al-Ghāfel va Ershād-al-Jāhel. In Zargārī-

- Nezhād, Gholāmhossein (1390 SH). *Resā'il-e Mashrūte* (Volume 1). Tehrān: Enteshārāt-e Mūsese-ye Tahqīqāt va Tose'e Olūm-e Ensānī [in Persian].
- 30) Nūrī, Fazlollah (1390 SH. B). *Resāle-ye Hormat-e Mashrūte*. In Zargari-Nezhād, Gholāmhossein (1390 SH). *Resā'il-e Mashrūte* (Volume 1). Tehrān: Enteshārāt-e Mūsese-ye Tahqīqāt va Tose'e Olūm-e Ensānī [in Persian].
- 31) Pākātī, Aḥmad (1392 SH). *Kamīne-Gerāyī va Bišīne-Gerāyī dar Tāriḳ-e Feqh-e Eslāmī; Dīl-e Ketāb-e T'āmelāti dar Farhang-e Eslāmī* (Mortazā Salman-Nezād, be-Kūšeš) [Minimalism and Maximalism in the History of Islamic Jurisprudence; Under the Book of Reflections on Islamic Culture (Morteza Salman-Nejad, Effort)]. Tehrān: Dānešgāh-e Emām-Šādeq ('Alīh-al-Salām) [in Persian].
- 32) Rabānī Golpāyegānī, 'Alī (1394 SH). *Naqd-e Nazariye-ye Ḥadāqālī dar Qalamro-ye Feqh-e Eslāmī; Dīl-e Ketāb-e Falsafe-ye Feqh* (Ḥosayn-'Alī Bāy, be-Kūšeš) [Critique of the Minimalist Theory in the Field of Islamic Jurisprudence; Under the Book of Philosophy of Jurisprudence (Hossein-Ali Bay, Effort)]. (Volume 1). Tehrān: Pežūhešgāh-e Farhang va Andīše-ye Eslāmī [in Persian].
- 33) Raḳšād, Moḥammad-Ḥosayn (1389 SH). *Dar Maḥzar-e Ḥāzrat-e Āyat-Allāh Behejt* [In the Presence of His Excellency Ayatollah Behjat]. Qom: Mo'assese-ye Farhangī Samā [in Persian].
- 34) Rāseḳ, Moḥammad and Baḳšī-Zāde, Fāṭeme (1393 SH). *Mafhūm-e Qānūn dar 'Ašr-e Mašrūte; Nowīsandegān-e Motaqaddem* [The Concept of Law in the Constitutional Era; Advanced Authors]. *Fašl-nāme-ye Tahqīqāt-e Hoqūqī*, 17 (68), pp. 1-21 [in Persian].
- 35) Rāseḳ, Moḥammad and Baḳšī-Zāde, Fāṭeme (1397 SH). *Šar'-Gerāyān va Qānūn dar 'Ašr-e Enqelāb-e Mašrūte-ye Īrān* [Jurists and Law in the Era of the Iranian Constitutional Revolution]. *Našrie-ye Hoqūqī Dādgostari*, 82 (101), pp. 85-116. doi:10.22106/jlj.2018.31410 [in Persian].
- 36) Režvānī, Homā (1362 SH). *Lavāyeḩ-e Āqā Šayḳ Fazl-Allāh Nūrī* [Sheets of Agha Sheikh Fazlollah Nouri]. Tehrān: Našr-e Tāriḳ-e Īrān [in Persian].
- 37) Šadr, Moḥammad Bāqer (1433 AH). *Dorūs fī 'Elm al-Ošūl, al-Ḥāqla al-Tānīya*, Lebanon: al-'Āref lel-Maṭbū'āt [in Arabic].
- 38) Ṭaḩān-Nežif, Hādī and Eḩsānī, Rezā (1396 SH). *Ḳānešī Now az Dīdga-hā-ye Ṭaḩlīlī Nesbat be Qānūn dar 'Ašr-e Mašrūte* [A new look at analytical views on the concept of law in the constitutional era]. *Pažūheš-nāme-ye Hoqūq-e Islāmī* [Journal of Islamic Law Research], 1 (45), pp. 57-80. doi:10.30497/law.2017.2092 [in Persian].
- 39) Ṭāleb-Of, 'Abd-al-Raḩīm (1394 SH). *Ketāb-e Aḩmad* [Ahmad's Book]. Tehrān: 'Elmī va Farhangī [in Persian].
- 40) Ṭāleqānī, Sayyed-Maḩmūd (1361 SH). *Moqaddame Tanqīḩ va Šarḩ Tanbīh-al-Umma va Tanzīh-al-Mella yā ḩokūmat az Nazar-e Eslām* [Introduction to the Amendment and Explanation of the Warning of the Nation and the Purification of the Sect or Government from the Perspective of Islam]. Tehrān: Sahāmī Entesār [in Persian].
- 41) Vara'ī, Seyyed Javād (1382 SH). *Pajūheshī dar Andishe-ye Siāsī Nā'inī* [A Study

- in the Political Thought of Naini], Qom: Markaz-e Taḥqīqāt-e Elmi Dabirkhāne-ye Majles-e Khebragān-e Rahbarī [in Persian].
- 42) Zargari-Nezād, Gōlām-Ḥosayn (1390 SH). Resā'el-e Mašrūṭiyat [Constitutional Letters]. (2 volumes), Tehrān: Mo'assese-ye Taḥqīqāt va Towse'e-ye 'Olūm-e Ensānī [in Persian].
- 43) Zobeydī, Mortazā Moḥammad-ben-Moḥammad (1414 AH). Tāj-al-'Arūs men Jawāher-al-Qāmūs (Volume 11). (20 volumes), Beirut: Dār-al-Fekr [in Arabic].

A Comparative Study of the Iranian Legal System with International Rules and Regulations Regarding Prevention of Oil and Gas Pollution

Sayyed Fazlollah Mousavi · Professor, Department of Public Law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran. fmousavi@ut.ac.ir

Mitra Eslami Shahrabaki · PhD Student in Oil and Gas Law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran, Tehran, Iran. (Corresponding Author) mitra.eslami@ut.ac.ir

Abstract

1. Introduction

The prevention of pollution, particularly stemming from the oil and gas industry, stands as a pivotal measure in safeguarding the environment from irreparable damage. At its core, prevention acts as a formidable barrier against the creation of existing hazards, with a primary objective of preserving the environment. Recognizing its significance, international environmental law defines the principle of prevention as not only averting the occurrence of environmental hazards but also mandating actions that mitigate harm in the event of their occurrence. The intricate interconnection of the prevention principle with other environmental tenets, including the precautionary principle, principle of sovereignty, conservation-use, no-harm principle, principle of cooperation, environmental protection, and sustainable development, underscores its centrality in the global efforts toward environmental preservation.

The repercussions of oil pollution, a subset of environmental pollution, are substantial, inflicting irreversible damage on ecosystems and living organisms. Given the transboundary nature of oil pollution, the international community has been prompted to establish a framework of regulations aimed at preventing and mitigating such pollution. This research delves into the importance of pollution prevention, examining the incorporation of this principle in both international and Iranian legal systems. The subsequent sections delve into the standards, principles,



and the level of emphasis given to prevention in international and domestic laws and regulations related to the oil and gas sector.

2. Research Question

This study seeks to address the following central question: to what extent do the Iranian legal system and international legal instruments align in their emphasis on the prevention of pollution resulting from oil and gas activities? The research aims to provide a comprehensive analysis of the legal frameworks, exploring whether the principle of prevention is uniformly prioritized and integrated into the pertinent legislations on both the global and national scales.

3. Research Hypothesis

Based on the intricate interconnectedness of international environmental principles and the historical development of regulations following catastrophic incidents such as the Torrey Canyon oil spill, we hypothesize that both international and Iranian legal frameworks emphasize the principle of prevention in addressing pollution resulting from oil and gas activities. The hypothesis posits that an alignment exists between the global and national legal approaches, emphasizing the proactive mitigation of environmental harm through preventive measures.

4. Methodology & Framework, if Applicable

To investigate the alignment of the Iranian legal system with international instruments and regulations regarding pollution prevention in the oil and gas sector, a descriptive and comparative approach was employed. The research extensively reviewed library documents, referencing texts of conventions, and scrutinized both domestic and international regulations. The comparative framework focused on identifying commonalities and divergences in the emphasis placed on the principle of prevention. The research methodology also considered historical events, such as the Torrey Canyon incident, as pivotal moments shaping the trajectory of international environmental regulations.

In navigating the comparative analysis, the study categorized legal instruments into international conventions and Iranian laws, providing a comprehensive overview of the legal landscape. By employing a meticulous examination of these documents, the research aimed to uncover the nuances in the application of the principle of prevention,

providing insights into the extent to which both legal frameworks address the challenges posed by pollution resulting from oil and gas activities.

5. Results & Discussion

The analysis of international and domestic regulations reveals a significant emphasis on the principle of prevention in addressing oil and gas pollution. International environmental instruments, reflecting a collective global consciousness, underscore the critical role of prevention in averting and mitigating environmental harm caused by these pollutants. The overarching conclusion is that states are entrusted to undertake activities only if they can demonstrate that such actions will not harm the environment. This necessitates strict adherence to constitutional laws, ordinary laws, regulations, and both domestic and international customs.

The prevention principle, being interconnected with other environmental tenets, resonates across various international standards, including the principle of precautionary, principle of sovereignty, no-harm principle, principle of cooperation, information disclosure, environmental protection, and principle of sustainable development. The international arena showcases a prioritization of these principles, fortifying compliance with the principle of prevention. Countries that manifest a commitment to these principles garner greater global acceptance in the ongoing fight against environmental degradation.

Within the internal context, the focus on Iran sheds light on its legislative landscape encompassing laws, plans, guidelines, regulations, and standards pertaining to prevent pollution, cooperation, confrontation, preparedness, protection, rehabilitation, and identification of affected areas. While Iran aligns itself with international actions and conventions, concerns arise regarding the seventh development plan code draft, marked by generality, ambiguity, and a lack of specificity in addressing environmental issues. The need for a distinct environmental chapter, issue-oriented approaches, ecological balance considerations, and guarantees for implementation are apparent shortcomings.

6. Conclusion

In conclusion, the imperative to protect against oil and gas pollution has precipitated the establishment of various international conventions and regulations. The principle of prevention emerges as a cornerstone in this

effort, both at the global and national levels. Governments, bound by this principle, are mandated to ensure that their activities do not harm the environment, necessitating compliance with a myriad of legal instruments.

International collaboration is deemed crucial for the shared goal of safeguarding the environment from hazardous oil pollution. This collaboration requires continuous dialogue, legislative efforts, and the ratification of international conventions. As societies evolve, the commitment to environmental protection becomes more pronounced, with a focus on achieving sustainable development. Iran, as an oil-producing nation, aligns itself with the global community in supporting, protecting, and preventing environmental pollution, particularly from industrial oil emissions.

However, as evidenced by the analysis of development plans, there is room for improvement in Iran's legislative approach. The seventh development plan code draft, in particular, reveals deficiencies in specificity, issue-oriented strategies, ecological considerations, and guarantees for implementation. Recommendations include the continuous dialogue and collaboration among countries, leveraging technological advancements for accurate prediction and simulation of future regulations, and the assessment of environmental consequences before oil exploration and extraction. Collaboration between petrochemical industries and research centers, both domestically and globally, is crucial to reducing the negative impacts of oil emissions. Specific principles and standards for oil and gas environmental protection should be recognized and emphasized in international conventions, reflecting a commitment to the overarching goal of preserving the environment for future generations.

Keywords: Oil Pollution, Gas Pollution, Environmental Support and Protection, Prevention Principle.

بررسی تطبیقی نظام حقوقی ایران با اسناد و مقررات بین‌المللی در خصوص پیشگیری از آلودگی‌های ناشی از نفت و گاز

سیدفضل‌الله موسوی • استاد، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.
fmousavi@ut.ac.ir

میتراسلامی شهربابکی • دانشجوی دکتری حقوق نفت و گاز، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.
mitra.eslami@ut.ac.ir (نویسنده مسئول)

چکیده

آلودگی‌های ناشی از نفت و گاز و فرآورده‌های آن‌ها می‌تواند آسیب گسترده و غیرقابل جبرانی به محیط زیست وارد کند، علاوه بر آن، این آلودگی‌ها به دلیل خصیصه سیال بودن به راحتی به قلمرو دیگر کشورها نیز قابل سرایت خواهد بود. مبارزه علیه این آلودگی‌های زیست‌محیطی که دارای جنبه‌های داخلی و بین‌المللی می‌باشند، معمولاً در سه مرحله پیشگیری، تعقیب و رسیدگی صورت می‌پذیرد. جبران خسارات حادث شده از آلودگی‌های نفتی و گازی بی‌تردید پرهزینه، و در برخی موارد ناممکن است، به همین منظور، «اصل پیشگیری» به عنوان یک قاعده طلایی تقریباً در همه اسناد زیست‌محیطی بین‌المللی مورد توجه قرار گرفته است. ماحصل اصل مذکور این است که دولت‌ها هنگامی مجاز به انجام فعالیتی هستند که نشان دهند آن اقدام باعث ورود ضرر به محیط زیست نخواهد شد. اگر چه اصل پیشگیری با سایر اصول مذکور در مقررات بین‌المللی زیست‌محیطی از قبیل اصل احتیاط، اصل حاکمیت، اصل استفاده صیانتی، اصل استفاده غیرزیان‌بار از قلمرو سرزمینی، اصل همکاری، اصل اطلاع‌رسانی، اصل حفاظت و حمایت از محیط زیست و اصل توسعه پایدار ارتباط تنگاتنگی دارد، اما به دلیل اهمیت، معمولاً مقدم انگاشته می‌شود. نگارندگان در پژوهش حاضر، با ملاحظه اسناد بین‌المللی و مقررات داخلی ایران، با رویکردی تطبیقی به چگونگی تفوق این اصل بر دیگر اصول پیش گفته پرداخته‌اند.

واژگان کلیدی: آلودگی نفتی، آلودگی گازی، حمایت و حفاظت از محیط زیست، اصل پیشگیری.



مقدمه

پیشگیری از آلودگی محیط‌زیست، جزو مراحل ابتدایی و پیش از بروز ضرر و آسیب است. در تعریف اصل پیشگیری می‌توان گفت که پیشگیری مانع از ایجاد خطرهای موجود است که نتیجه اصلی توجه به آن، حفظ محیط‌زیست است. حقوق بین‌الملل محیط‌زیست نیز اصل جلوگیری را به معنای پیشگیری از وقوع خطرهای قطعی زیست‌محیطی در پی وقوع آسیب و ضررهای ناشی اقداماتی که به محیط زیست آسیب می‌رساند، تعریف کرده است (رضوی‌نژاد، ۱۴۰۱، ص. ۱۶۵). فعالیت‌های بشر در محیط‌زیست به‌خصوص فعالیت در صنعت نفت و گاز و فراورده‌های آن‌ها همراه با ورود خسارات گاه جبران‌ناپذیر به محیط‌زیست بوده که تمام جامعه جهانی را درگیر کرده است (Ekaterina Anyanova, 2012, p. 22) و اقدامات اصلاحی بسیار هزینه‌بر و تلاش فراگیر و پیوسته را پیش از ورود خسارات می‌طلبد. توجه به اصل پیشگیری پیش از شروع به فعالیت در عرصه نفت و گاز حائز اهمیت است (Baiyu Zhang et al, 2019, p. 391; Shipra Jha & Praveen Dahiya, 2022, p.103). اصل پیشگیری با دیگر اصول و استانداردهای زیست‌محیطی به‌خصوص اصول احتیاط، حاکمیت، استفاده صیانتی، استفاده غیرزیان‌بار از قلمرو سرزمینی، همکاری، اطلاع‌رسانی، حفاظت و حمایت از محیط‌زیست و اصل توسعه پایدار ارتباط دارد. آلودگی نفتی تنها بخشی از آلودگی عمومی محیط‌زیست را تشکیل می‌دهد، اما پیامدهای نشت نفت و ضایعات نفتی برای زیست‌بوم و موجودات زنده بسیار مضر است. با بروز سوانح و اتفاقات زیست‌محیطی از قبیل مرگ موجودات و تخریب و آلودگی در اثر نشت نفت خام و نگاه نو به محیط‌زیست و حقوق بشر، ضرورت اقدامات ملی و بین‌المللی در راستای حفاظت از محیط‌زیست احساس شد. از سال ۱۹۲۶، کشورها در ابعاد بین‌المللی اقدام به وضع مقررات یا برگزاری نشست‌ها و کنفرانس‌ها در زمینه آلودگی‌های ناشی از نفت و گاز کردند (رضوی‌راد، ۱۳۹۹، ص. ۱۱۶). آلودگی نفتی بدون توجه به مرزهای ملی گسترش می‌یابد و تأثیر خود را بر محیط‌زیست به‌ویژه اکوسیستم بر جا می‌گذارد و از نظر محیطی و اقتصادی خسارات جبران‌ناپذیری به همراه دارد. این موضوع سازمان‌های بین‌المللی را نسبت به آلودگی‌های نفتی نگران کرد و بر آن داشت که در سراسر جهان مقررات متعددی برای پیشگیری و ممانعت از آلودگی که از مهم‌ترین و باسابقه‌ترین تکلیف کشورهاست، ارائه کنند (K. Krishna Koundiny, 2022, p. 67).

در این تحقیق ابتدا به اهمیت پیشگیری از آلودگی و حفاظت از محیط‌زیست و این مهم که

پیشگیری از آلودگی نفت و فراورده‌های آن تا چه اندازه حائز اهمیت است و آیا قوانین و مقررات در سطح بین‌المللی و ملی به این موضوع توجه داشته و آن را لحاظ کرده‌اند، می‌پردازیم. قسمت دوم پژوهش به استانداردها و اصول عمومی و اختصاصی حفاظت از محیط‌زیست در برابر آلودگی ناشی از نفت و گاز توجه دارد. در این قسمت، توضیحات کوتاهی در این باره ارائه می‌شود تا در مباحث بعدی به این پرسش‌ها پاسخ داده شود که چه اصولی در قوانین و مقررات در این باره لحاظ می‌شود؟ آیا همراه با اصل پیشگیری به دیگر اصول نیز توجه شده است؟ در قسمت سوم نیز این مهم بررسی می‌شود که مبارزه علیه آلودگی در چه سطحی است و آیا پیشگیری را دربردارد؟ در قسمت‌های چهارم و پنجم که در راستای هدف اصلی این تحقیق است، تمام عناصر یادشده را در چند مورد از مهم‌ترین قوانین و مقررات بین‌المللی و داخلی مرتبط با حوزه نفت و گاز بررسی می‌کنیم.

پیشینه پژوهش: لزوم حفاظت و پیشگیری از ورود آلودگی‌های نفت و گاز به محیط‌زیست منجر به تنظیم کنوانسیون‌ها و مقررات گوناگونی شده است. از نخستین اقدامات در این باره می‌توان به تلاش در راستای جلوگیری از آلودگی توسط کشتی و محدودیت در تخلیه نفت و گاز در دریا در سال ۱۹۲۶ اشاره کرد که به دعوت ایالات متحده آمریکا، کنفرانسی به نام «کنفرانس مقدماتی آلودگی نفتی آب‌های قابل کشتی‌رانی» برگزار شد (رضوی‌راد، ۱۳۹۹، ص. ۱۱۶). بعد از آن در سال ۱۹۳۵، دوباره پیش‌نویسی با همان موضوع مطرح شد، اما هیچ‌کدام مورد استقبال واقع نشدند. (موسوی اصفهانی و همکاران، ۱۳۹۱).

نخستین نتیجه ملموس در وضع مقررات، در سال ۱۹۵۴ بود که «کنوانسیون بین‌المللی پیشگیری از آلودگی دریا ناشی از نفت» به تصویب رسید (Ekaterina Anyanova, 2012, p. 22)، اما کنوانسیون‌های پس از آن در سال ۱۹۵۸، به‌طور مستقیم حمایتی از محیط‌زیست نداشتند (رضوی‌راد، ۱۳۹۹، ص. ۱۱۶).

بعد از کنوانسیون‌ها و کنفرانس‌های یادشده، در ۱۸ مه سال ۱۹۶۷، حادثه «توری‌کانیون» رخ داد. در این حادثه، نفت‌کش لیبریایی در آب‌های آزاد مجاور سواحل انگلستان در اثر اشتباه انسانی به تخته‌سنگی برخورد و باعث نشت ۱۱۷ هزار تن نفت خام از کشتی به دریا و مرگ موجودات دریایی در سطح وسیعی شد. در جلسه فوق‌العاده سازمان بین‌المللی مشورتی دریایی که

برای این حادثه تشکیل شده بود، دولت انگلستان تصمیم گرفت توری کانیون را بمباران کند تا از گسترش آلودگی بکاهد (ابراهیمی و همکاران، ۱۳۹۶، ص. ۱۷۰). بروز این سانحه منجر شد که کشورها به آلودگی‌های دریایی و نفتی و مسائلی از قبیل غرامت و مسئولیت‌های ایجادشده در این زمینه توجه کنند که در نتیجه آن، در ۱۷ دسامبر سال ۱۹۶۸، مجمع عمومی سازمان ملل متحد، قطعنامه ۲۱۱۴ را مطرح کرد. این قطعنامه خواستار همکاری در بعد بین‌المللی و به‌کارگیری موافقت‌نامه‌های اثرگذار در راستای پیشگیری و کنترل آلودگی‌های دریاها و اقیانوس‌ها بود (موسوی اصفهانی و همکاران، ۱۳۹۱). پس از آن در سال ۱۹۶۹، دو پیش‌نویس کنوانسیون درباره مسئولیت مدنی جبران خسارت ناشی از آلودگی نفتی و مداخله در دریای آزاد در موارد حوادث آلودگی نفتی که قلمرو آن همه انواع نفت و مواد آلوده‌کننده خطرناک است (حکیم‌زاده خوبی و اسدزاده، ۱۳۹۸، ص. ۳۴) توسط ایمکو ارائه شد و در نهایت، به تصویب سازمان بین‌المللی دریایی رسید (بادینی و جعفری چالشتری، ۱۳۹۷، صص. ۹۰ و ۹۳). حادثه اثرگذار بعدی در زمینه آلودگی دریایی نفتی، در سال ۱۹۶۹ در کانال «سانت‌باربارا» در سکوی نفتی شرکت یونیون رخ داد که سه میلیون بشکه نفت خام را به اقیانوس وارد کرد و موجب مرگ هزاران پرنده، ماهی و پستاندار شد که جرقه‌ای برای جنبش زیست‌محیطی و حفاظت از سواحل در آمریکا بود (Times Staff, 2019). این حادثه و حوادث بعدی از سرسختی دولت‌ها کاست و آن‌ها را به سمت وضع مقررات بین‌المللی برای حفاظت از محیط‌زیست در برابر آلودگی‌ها هدایت کرد؛ البته جای تأسف دارد که بشر بعد از وقوع چنین حوادث خسارت‌باری به فکر وضع قوانین و مقررات در ابعاد داخلی و بین‌المللی پرداخت.

تلاش‌های بعدی کشورها در زمینه وضع مقررات بین‌المللی، در سال ۱۹۷۱ منجر به تصویب «کنوانسیون تأسیس صندوق بین‌المللی برای جبران آلودگی نفتی» شد. بعد از آن در سال ۱۹۷۲، کنفرانس جهانی استکهلم به‌وجودآورنده نگاهی نو به محیط‌زیست و بشر بود و توصیه‌هایی به جوامع بین‌المللی در راستای حفظ محیط‌زیست و جلوگیری از دفع مواد زائد ارائه کرد. متعاقباً در دسامبر سال ۱۹۷۲، کشورهای حاضر در کنفرانس لندن، «کنوانسیون جلوگیری از آلودگی دریایی به‌وسیله ریزش ضایعات و دیگر مواد» را که به‌اختصار کنوانسیون لندن گفته می‌شود، امضا کردند (IMO, 2022).

کنوانسیون‌های بعدی، کنوانسیون جلوگیری از تمام آلودگی‌های ناشی از کشتی‌ها (مارپل)

مصوب ۱۹۷۳، کنوانسیون بازل مصوب سال ۱۹۸۹، کنوانسیون آمادگی، مقابله و همکاری در برابر آلودگی نفتی مصوب ۱۹۹۰، اعلامیه سازمان ملل در مورد محیط‌زیست و توسعه مصوب ۱۹۹۲، پروتکل کارتاگنا مصوب ۲۰۰۰، کنوانسیون جلوگیری از آلاینده‌های پایدار مصوب ۲۰۰۱، کنوانسیون حفاظت از محیط‌زیست دریایی دریای خزر مصوب ۲۰۰۳ و... غیره هستند که در سطح بین‌المللی یا منطقه‌ای تصویب شدند.

در سطح داخلی نیز در ایران قوانین و مقررات بین‌المللی، منطقه‌ای و ملی وضع شده است که به برخی از آن‌ها که به‌طور مستقیم به آلودگی ناشی از نفت و گاز مرتبط است، خواهیم پرداخت. برخی از این مقررات عبارت‌اند از قانون اساسی، برنامه توسعه ششم و لایحه برنامه هفتم توسعه، قانون حفاظت از دریا و رودخانه‌های مرزی از آلودگی به مواد نفتی سال ۱۳۵۴، قانون حفاظت و بهسازی محیط‌زیست، طرح آمادگی، مقابله و همکاری در برابر آلودگی‌های نفتی و مواد خطرناک و سمی در دریا و رودخانه‌های قابل کشتی‌رانی، آیین‌نامه جلوگیری از آلودگی آب ۱۳۷۳، قانون حفاظت از دریاها و رودخانه‌های قابل کشتی‌رانی در مقابل آلودگی به مواد نفتی مصوب ۱۳۸۹، آیین‌نامه اجرایی ماده‌های پنج و شش قانون حفاظت از دریاها و رودخانه‌های قابل کشتی‌رانی در مقابل آلودگی به مواد نفتی ۱۳۹۲، آیین‌نامه اجرایی تبصره سه ماده سه قانون حفاظت از دریاها و رودخانه‌های قابل کشتی‌رانی در مقابل آلودگی به مواد نفتی ۱۳۹۳، استاندارد تخلیه به دریاها ایران ۱۳۹۹.

۱. اهمیت پیشگیری از آلودگی و حفاظت از محیط‌زیست

محیط‌زیست را می‌توان به‌عنوان سیستمی بیان کرد که همه عناصر زنده و غیرزنده را دربرمی‌گیرد و بر زندگی انسان تأثیر می‌گذارد. اجزای زنده شامل همه گیاهان و جانوران است و اجزای غیرزنده شامل آب، نور خورشید، هوا، آب‌وهوا و... است. منابع زیست‌محیطی می‌توانند هر چیزی باشند که نیازهای زندگی روزمره را برآورده می‌کنند. برای مثال، نفت و گاز از منابع محیط‌زیست هستند (Vedantu, 2024).

حفاظت محیط‌زیست در قرن ۲۱ به‌عنوان یکی از هشت هدف توسعه هزاره و یکی از سه پایه توسعه پایدار شناخته می‌شود (پژوهشکده مهندسی مواد، ۱۴۰۲).

ورود نفت، گاز و فراورده‌های آن‌ها به محیط‌زیست از جمله آب، خاک، هوا و زیست‌بوم و

زندگی بشر را به خطر می‌اندازد (زیاری فر و علی پور، ۱۴۰۲). با توجه به اینکه ایران چیزی بیش از ۹ درصد از منابع نفتی و مقام دوم ذخایر گازی جهان را دارد، بیش از ۲۵۰۰۰ کیلومتر خط انتقال نفت و گاز و بیش از ۱۳۰۰ ایستگاه انتقال سوخت‌گیری و ۱۰۰۰۰ تانکر حمل نفت و فراورده‌های آن در ایران وجود دارد که این موضوع سبب در معرض آلودگی قرار گرفتن آب، هوا و خاک به نفت، گاز و فراورده‌های آن‌ها می‌شود (وزارت نفت ایران، ۱۳۹۹؛ برد و لایت، ۱۳۸۸). امروزه با رشد و توسعه کشورها، جایگاه و اهمیت حقیقی محیط‌زیست بر کسی پوشیده نیست. حمل‌ونقل از طریق راه‌های هوایی، خشکی و دریایی به‌خصوص در صنعت نفت و گاز که از طریق خط لوله و کشتی‌ها و تانکرهای نفتی انجام می‌شود، بسیار حائز اهمیت است و از نظر سیاسی برای کشورها آثار بسیار مهمی دارد. گفتنی است که در حمل‌ونقل دریایی ساخت راه انجام نمی‌شود، اما حفاظت از آب‌ها و اقیانوس‌ها و اقدامات پیشگیرانه در مقابل آلودگی لازم است. محیط‌زیست منبع تغذیه موجودات، تنظیم‌کننده دی‌اکسیدکربن و اکسیژن و به لحاظ اقتصادی نیز حائز اهمیت است. امروزه تأثیر محیط‌زیست بر ذهن و روان، گردشگری و امور اجتماعی پررنگ‌تر از گذشته خود را نشان می‌دهد. بنابراین، آلوده ساختن این محیط و انتشار آلودگی در سطوح گسترده و گاه جهانی، خسارات زیان‌باری ایجاد می‌کند که منجر به اختلاف و عدم دستیابی به توسعه پایدار می‌شود (امیرحسینی، ۱۳۸۸).

بنا بر آنچه بیان شد، امروزه توجه به مسائل زیست‌محیطی بیشتر شده است. در منابع حقوقی داخلی و بین‌المللی الزام‌آور یا غیر آن، به آلودگی‌های ناشی از صنعت نفت و گاز و آسیب آن به آب، خاک، هوا، انسان و دیگر موجودات زنده و غیرزنده و آثار سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و روانی آن توجه شده و ضرورت حفاظت از محیط‌زیست و به‌خصوص پیشگیری از ورود آلودگی و آسیب، قطعی و ضروری شناخته شده است.

۲. استانداردها و اصول عمومی و اختصاصی حفاظت از محیط‌زیست در برابر آلودگی ناشی از نفت و گاز

آلودگی به معنی وارد کردن مستقیم یا غیرمستقیم مواد یا انرژی توسط انسان به محیط است که منجر به آثار مخربی مانند آسیب به حیات و مخاطرات برای سلامت انسان می‌شود (Theint Nandar Htet, 2017, p. 2). برخی از منابع آلوده‌کننده ناشی از نفت و گاز عبارت‌اند از تخلیه‌های

نفتی و آب‌موازنه‌ها^۱ در طول عملیات معمول کشتی‌رانی و تخلیه غیرقانونی زباله‌های جامد، نشست تصادفی از کشتی‌های حامل مواد خطرناک، سوزندان گاز همراه، نشست نفت، ترکیدن لوله‌های نفت، حفاری نفتی، اکتشاف منابع جدید و سرریز نفت از چاه‌ها، تردد کشتی‌های حامل نفت و هیدروکربورهای نفتی، تخلیه مواد زائد عملیات نفتی از طریق هواپیماها و کشتی‌ها، آلودگی‌های نفت و گازی از منشأ خشکی، آلودگی‌های ایجادشده از طریق جنگ که حاصل آسیب به تأسیسات و تجهیزات نفتی یا آسیب به نفت‌کش‌ها و سکوهاست، عملیات اکتشاف در بستر و زیر بستر دریا، آلودگی‌های خود سکوه‌های نفتی در ساحل و فراساحل و آلودگی‌های ناشی از سازه‌های ساحلی و فراساحلی در خصوص نفت و گاز که به محیط زیست آسیب می‌زند (Angela, Carpenter, 2019, p. 109; Ainsley Henry, 2019).

در اینجا منظور از اصول، اصول کلی‌ای است که قدرتی بالاتر از عرف دارد؛ زیرا در طول زمان شکل یافته و به مرور از حالت غیرالزام‌آور به الزام‌آور تبدیل شده‌اند. ریشه اصول می‌تواند در عرف، رویه قضایی، دکترین یا قانون باشد. اصل فراتر از مصداق است و تعمیم می‌یابد. اصول منبع دوم حقوق نفت و گاز است که در یح از اینکه اولویت با اصول بین‌المللی باشد یا داخلی، ابتدا باید به داخل نگاه کرد و دید که نظام حقوقی ایران چه قاعده اختصاصی‌ای دارد و سپس در بعد بین‌المللی به دنبال اصول مرتبط گشت و در صورت خلأ نیز به اصول بین‌المللی و استانداردهای بین‌المللی نفتی مراجعه کرد (ابراهیمی، ۱۴۰۲).

۳. مبارزه علیه آلودگی

مبارزه علیه آلودگی که دارای جنبه‌های داخلی و بین‌المللی است، معمولاً در سه مرحله پیشگیری، تعقیب و رسیدگی (کیفری) و جبران خسارت پولی (مسئولیت مدنی) انجام می‌شود (موسوی

۱. کشتی‌های باری بزرگ از آب موازنه برای متعادل نگه داشتن وزن خود و پایدار نگه داشتن آنها در طول سفر استفاده می‌کنند. آب موازنه وزن مضاعفی است که هنگام تخلیه محموله به کشتی اضافه می‌شود. هنگامی که کشتی‌ها نیاز به آب موازنه دارند، آب به راحتی از دریا یا آب‌های داخلی که کشتی در آن قرار دارد به مخازن موازنه پمپاژ می‌شود که به کف و کناره‌های کشتی وزن اضافه می‌کند. آب موازنه زمانی که دیگر مورد نیاز نیست به اقیانوس پمپ می‌شود. آب موازنه برای ایمنی کشتی ضروری است، اما آب موازنه می‌تواند برای محیط زیست دریایی مضر نیز باشد. برای مثال هنگام پمپ کردن آب موازنه به درون کشتی موجودات میکروسکوپی نیز به مخازن موازنه منتقل می‌شوند. بنابراین در اینجا کشتی‌ها به حاملی برای انتقال و گسترش گونه‌های آبی مهاجم از یک قسمت از اقیانوس‌های جهان به قسمت دیگر تبدیل می‌شوند.

اصفهانی و همکاران، ۱۳۹۱) که در کنوانسیون‌ها و مقررات مطرح شده این موارد قید شده‌اند. گاه مانند کنوانسیون پیشگیری از آلودگی دریا ناشی از نفت (۱۹۵۴)، بر پیشگیری تأکید دارند و گاه مانند کنوانسیون‌های مسئولیت مدنی جبران خسارت ناشی از آلودگی نفتی (۱۹۶۹) و تأسیس صندوق بین‌المللی برای جبران آلودگی نفتی (۱۹۷۱)، بر جبران خسارت تأکید دارند و در موارد دیگر مانند طرح آمادگی، مقابله و همکاری در برابر آلودگی‌های نفتی و مواد خطرناک و سمی در دریا و رودخانه‌های قابل کشتی‌رانی (۱۴۰۰) به هر سه مورد توجه کرده‌اند.

۴. مقررات بین‌المللی مرتبط با آلودگی‌های نفت و گاز

در این قسمت، مقررات مربوط به آلودگی ناشی از نفت و گاز در سطح بین‌المللی بررسی می‌شود. همچنین، سعی شده است که با بررسی این اسناد بین‌المللی، اصول حقوقی بین‌المللی محیط‌زیست و اصول اختصاصی زیست‌محیطی نفت و گاز را نیز در صورت وجود شرح داد.

۱.۴. کنوانسیون بین‌المللی پیشگیری از آلودگی دریا ناشی از نفت (سال ۱۹۵۴)

این کنوانسیون زیرمجموعه مارپل است و سازمان بین‌المللی دریانوردی آن را پایه‌ریزی و ترویج کرده است که در قسمت‌های بعد بیان خواهد شد. این کنوانسیون درباره همه کشتی‌ها اعمال می‌شود به‌استثنای تانک‌هایی با ظرفیت ناخالص کمتر از ۱۵۰ تن و دیگر کشتی‌های با تناژ ناخالص کمتر از ۵۰۰ تن که در قلمرو یک طرف ثبت شده‌اند یا تابعیت آن را دارند. کشتی‌های نیروی دریایی و کشتی‌های مشغول به شکار نهنگ نیز مستثنا هستند (ماده ۲). در موارد ضروری برای ایمن‌سازی کشتی‌ها، حفظ جان یا جلوگیری از آسیب به محموله‌ها یا مواردی که ناشی از اجتناب‌ناپذیر است و اقدامات دیگر برای به حداقل رساندن آن انجام شده، ارائه شده است (ماده ۴). کشتی‌ها باید ظرف ۱۲ ماه تعبیه شوند تا از خروج نفت به داخل آب‌ها جلوگیری شود (ماده ۷). طرفین متعهد می‌شوند که تسهیلات مناسب را در بنادر و پایانه‌های بارگیری نفت فراهم کنند (ماده ۸). تمام کشتی‌های تحت پوشش کنوانسیون باید دارای دفترچه ثبت نفت به شکلی که در پیوست مشخص شده است، باشند تا هر زمان که عملیات خاصی انجام می‌شود، تکمیل شود (ماده ۹). طرفین موافقت می‌کنند که متون قوانین، فرامین، دستورات و مقررات مربوط به کنوانسیون را به سازمان ملل ارسال کنند (International Convention for the Prevention of Pollution of the Sea by Oil, 1954, as amended in 1962 and 1969).

همان‌طور که از عنوان کنوانسیون نیز برمی‌آید، بر پیشگیری تأکید دارد و می‌توان اصل الزام به پیشگیری و مراقبت را از آن استخراج کرد. به‌طورکلی، درباره پیشگیری از آلودگی باید گفت محیط‌زیست برای همه است و در دهه‌های اخیر کشورها بیش‌ازپیش بر حفظ و پیشگیری از آلودگی آن اصرار می‌ورزند. در مفهوم توسعه پایدار نیز بر ضرورت حفظ محیط‌زیست و منابع که میراث مشترک بشریت برای نسل‌های حاضر و آینده است، تأکید شده و در صورت نقض این تعهد برای مسئول شناخته شدن دولتی که نقض تعهد کرده است، نیازی به ارائه دلایل برای ورود خسارت بالفعل نیست. طبق این کنوانسیون، کشوری که به‌گونه‌ای با نفت در ارتباط است، متعهد به انجام دادن اقدامات پیشگیرانه و تأمین تسهیلات مناسب در بنادر و پایانه‌های بارگیری نفت است.

۲.۴. کنوانسیون مسئولیت مدنی جبران خسارت ناشی از آلودگی نفتی (سال ۱۹۶۹)

کشورهای طرف این کنوانسیون با آگاهی از خطرهای آلودگی ناشی از حمل‌ونقل دریایی جهانی نفت به صورت فله، خواهان اطمینان از بابت دریافت غرامت کافی برای افراد آسیب دیده از خسارات ناشی از نشت یا تخلیه نفت کشتی‌ها بودند بنابراین تمایل به اتخاذ قوانین و رویه‌های بین‌المللی یکسان برای تعیین مسائل مربوط به مسئولیت و ارائه غرامت کافی در چنین مواردی داشتند. این کنوانسیون منحصراً درباره آسیب‌های ناشی از آلودگی در قلمرو از جمله دریای سرزمینی دولت متعاقد و اقدامات پیشگیرانه اتخاذشده برای جلوگیری یا به حداقل رساندن آن خسارت است. کنوانسیون مسئولیت چنین خسارتی را متوجه مالک کشتی می‌کند که نفت آلاینده از آن خارج یا تخلیه شده است. باین‌حال، جز مواردی که مالک مقصر واقعی باشد، ممکن است مسئولیت را درباره هر حادثه محدود کند. در صورتی که خسارت ناشی از جنگ یا قوه قاهره یا توسط ثالث ایجاد شده باشد، مالک کشتی مسئول نیست (ماده ۳). کنوانسیون، کشتی‌های تحت پوشش آن را ملزم می‌کند که بیمه یا دیگر تضمین‌های مالی را به مبلغی معادل کل مسئولیت مالک برای حادثه انجام دهند. همچنین، کنوانسیون خسارات ناشی از آلودگی ناشی از نشت نفت پایدار در قلمرو (از جمله دریای سرزمینی) کشور عضو کنوانسیون را پوشش می‌دهد (International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage (CLC), 1969).

در این کنوانسیون همچنان‌که گفته شد، قاعده طلایی یعنی اصل پیشگیری و اقدامات پیشگیرانه مطرح شده است. از عنوان کنوانسیون نیز اصل مسئولیت دولت سرزمینی نسبت به آلوده‌سازی

محیط زیست برداشت می‌شود. طبق این اصل می‌توان به اصل حاکمیت دولت‌ها بر منابع طبیعی و آزادی در بهره‌برداری اشاره کرد که نشان می‌دهد کشورها هرگونه آزادی برای فعالیت‌های نفتی ندارند و اصلی به نام اصل ممنوعیت وارد آمدن خسارت به دولت دیگر آن را ممنوع می‌کند. در اسلام از این اصل با عنوان «لاضرر و لااضرار فی الاسلام» یاد می‌شود (امیرحسینی، ۱۳۸۸، ص. ۸۶)

۳.۴. کنوانسیون مداخله در دریای آزاد در موارد حوادث آلودگی نفتی (سال ۱۹۶۹)

این کنوانسیون حق کشور ساحلی را برای اتخاذ تدابیری در دریاهای آزاد که ممکن است برای جلوگیری، کاهش یا از بین بردن خطری که خط ساحلی آن یا منافع مرتبط با آن را که ناشی از آلودگی نفتی است، تأیید می‌کند. کشور ساحلی که اقداماتی فراتر از موارد مجاز کنوانسیون اتخاذ می‌کند، موظف به پرداخت غرامت برای هرگونه خسارت ناشی از چنین اقداماتی است. این کنوانسیون درباره همه کشتی‌های دریانوردی جز کشتی‌های جنگی یا دیگر کشتی‌های متعلق به دولت که در امور غیرتجاری دولتی استفاده می‌شوند، اعمال می‌شود (International in Convention Relating to Intervention on the High Seas Cases of Oil Pollution (Casualties, 1969).

ایران در سال ۱۳۷۵ به این کنوانسیون ملحق شد (قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون بین‌المللی مداخله در دریاهای آزاد در صورت بروز سوانح آلودگی نفتی و پروتکل مداخله در دریاهای آزاد در صورت بروز آلودگی غیرنفتی، ۱۳۷۵). اصول مطرح‌شده در این کنوانسیون عبارت‌اند از اصل الزام به پیشگیری، قاعده لاضرر، اصل ممنوعیت ورود خسارت به دولت دیگر، اصل احتیاط، اصل حاکمیت دولت‌ها بر سرزمین و منابع خود با رعایت محدودیت‌های آن یعنی استفاده غیرزیان‌بار از قلمرو سرزمینی خود و اصل صیانت و حفاظت از محیط‌زیست که در دل مفهوم کنوانسیون وجود دارد.

۴.۴. کنوانسیون جلوگیری از تمام آلودگی‌های ناشی از کشتی‌ها (ماریل) (سال ۱۹۷۳)

کنوانسیون بین‌المللی برای جلوگیری از آلودگی کشتی‌ها، اصلی‌ترین کنوانسیون بین‌المللی است که پیشگیری از آلودگی محیط‌زیست دریایی توسط کشتی‌ها را به دلایل عملیاتی یا تصادفی پوشش می‌دهد. کنوانسیون در ۲ نوامبر سال ۱۹۷۳ در آیمو به تصویب رسید. پروتکل ۱۹۷۸ در پاسخ به

موجی از سوانح نفت‌کش‌ها در سال‌های ۱۹۷۶-۱۹۷۷ به تصویب رسید. از آنجاکه کنوانسیون مارپل سال ۱۹۷۳ هنوز لازم‌الاجرا نشده بود، پروتکل مارپل ۱۹۷۸، کنوانسیون مادر را جذب کرد. سند ترکیبی در ۲ اکتبر سال ۱۹۸۳ لازم‌الاجرا شد. در سال ۱۹۹۷، پروتکلی برای اصلاح کنوانسیون به تصویب رسید که در ۱۹ مه سال ۲۰۰۵ لازم‌الاجرا شد (IMO, International Convention for the Prevention of Pollution from Ships (MARPOL), 1973). ایران در سال ۱۳۹۵ به‌طور کامل به این پروتکل ملحق شد (قانون تصویب اصلاحات ضوابط کنوانسیون بین‌المللی جلوگیری از آلودگی دریا ناشی از کشتی‌ها ۱۹۷۳ (مارپل ۱۹۷۳/۱۹۷۸)، ۱۳۹۵). در این کنوانسیون اصل الزام به پیشگیری مورد تأکید بسیار قرار گرفته است. این تأکید در راستای اصل حفاظت از محیط‌زیست و اصل احتیاط است.

۵.۴. کنوانسیون کویت (سال ۱۹۷۸)

این کنوانسیون منطقه‌ای میان کشورهای ایران، عربستان، کویت، عراق، امارات متحده عربی و قطر منعقد شده است (نجفی اسفاد و دارابی‌نیا، ۱۳۹۱، ص. ۱). در این کنوانسیون طرفین توافق کردند که تمام اقدامات مناسب را برای جلوگیری، کاهش و مبارزه با آلودگی محیط‌زیست دریایی انجام دهند. آن‌ها متعهد شدند در اقدامات لازم برای مقابله با شرایط اضطراری آلودگی (ماده ۹)، در تحقیقات علمی و فنی مربوط به آلودگی دریایی و در ایجاد نقش‌ها و رویه‌های مناسب برای تعیین مسئولیت مدنی و جبران خسارت همکاری کنند (Kuwait Regional Convention for Co-operation on the Protection of the Marine Environment from Pollution, 1978). در این کنوانسیون نیز اصول پیشگیری، احتیاط، استفاده غیرزیان‌بار از قلمرو سرزمینی، همکاری و حمایت از محیط‌زیست قابل برداشت است.

۶.۴. کنوانسیون آمادگی، مقابله و همکاری در برابر آلودگی نفتی (سال ۱۹۹۰)

در جولای سال ۱۹۸۹، کنفرانسی از کشورهای صنعتی پیشرو در پاریس از آیمو خواست تا اقدامات بیشتری برای جلوگیری از آلودگی کشتی‌ها ایجاد کند. مجمع آیمو این فراخوان را در نوامبر همان سال تأیید کرد و کار روی پیش‌نویس کنوانسیون با هدف ارائه چهارچوب جهانی برای همکاری بین‌المللی در مبارزه با حوادث بزرگ یا تهدیدات آلودگی دریایی آغاز شد. طرف‌های این کنوانسیون ملزم به ایجاد تدابیری برای مقابله با حوادث آلودگی چه در سطح ملی و

چه در همکاری با دیگر کشورها هستند. کشتی‌ها ملزم به اجرای طرح اضطراری آلودگی نفتی روی کشتی هستند. اپراتورهای واحدهای فراساحلی تحت صلاحیت طرف‌ها نیز ملزم به داشتن طرح‌های اضطراری آلودگی نفتی یا ترتیبات مشابه هستند که باید با سیستم‌های ملی برای واکنش سریع و مؤثر نسبت به حوادث ناشی از آلودگی نفتی هماهنگ شود. کشتی‌ها موظفانند حوادث آلودگی را به مقامات ساحلی گزارش دهند و کنوانسیون اقداماتی را که باید انجام شود، شرح می‌دهد. این کنوانسیون خواستار ایجاد انبارهای تجهیزات مبارزه با نشت نفت، برگزاری رزمایش‌های مبارزه با نشت نفت و تدوین برنامه‌های دقیق برای مقابله با حوادث آلودگی است. طرف‌های کنوانسیون ملزم به ارائه کمک به دیگران در مواقع اضطراری آلودگی هستند و پیش‌بینی می‌شود که هرگونه کمک ارائه‌شده بازپرداخت شود (International Convention on Oil Pollution Preparedness, Response and Co-operation (OPRC), 1990).

در اینجا نیز تلاش بر پیشگیری از ورود ضرر، رعایت احتیاط و اصل همکاری است. همچنین، از مواد این کنوانسیون درمی‌یابیم که دولت‌ها ملزم به رعایت قاعده لاضرر و اصل حفاظت از محیط‌زیست و استفاده غیرزیان‌بار از قلمرو و پیش‌بینی اصل مسئولیت دولت ناشی از نقض تعهد هستند.

۷.۴. کنوانسیون حفاظت از محیط‌زیست دریایی دریای خزر (سال ۲۰۰۳) (سال ۱۳۸۲)

کنوانسیون تهران یا کنوانسیون حفاظت از محیط‌زیست دریای خزر، معاهده‌ای منطقه‌ای میان کشورهای حوزه دریای خزر است که برای حفظ محیط‌زیست و اکوسیستم دریای خزر توسط نمایندگان این کشورها (ایران، جمهوری آذربایجان، ترکمنستان، قزاقستان و فدراسیون روسیه) در سال ۱۳۸۲ به امضا رسید. هدف از تصویب این کنوانسیون بر اساس ماده ۲ آن، «حفاظت از محیط‌زیست دریای خزر از کلیه منابع آلوده‌کننده از جمله حفاظت، نگهداری، احیا و استفاده منطقی و پایدار از منابع بیولوژیکی دریای خزر می‌باشد». اصول مهم حقوق محیط‌زیست شامل اصل احتیاطی، اصل تعهد به همکاری، اصل پرداخت توسط آلوده‌کننده و اصل دسترسی به اطلاعات مربوط به آلودگی، در روابط بین طرف‌ها جاری است. باین‌حال، کنوانسیون فاقد سازوکار حل‌وفصل اختلافات اجباری است (امیدی، ۱۳۸۹، ص. ۶).

۵. مقررات داخلی مرتبط با آلودگی‌های ناشی از نفت و گاز

در مبحث پیش قوانینی مطرح شدند که ایران نیز در آن‌ها عضویت دارد. در اینجا برخی مواردی که بیشتر جنبه داخلی دارد، بررسی می‌شود.

نخستین تعریف از آلودگی محیط‌زیست در حقوق ایران مربوط به قانون حفاظت و بهسازی محیط زیست مصوب سال ۱۳۵۳ است. در این تعریف آمده است «منظور از آلوده ساختن محیط‌زیست عبارت است از پخش یا آمیختن مواد خارجی به آب یا هوا یا خاک یا زمین به میزانی که کیفیت فیزیکی یا شیمیایی یا بیولوژیک آن را به طوری که زیان‌آور به حال انسان یا سایر موجودات زنده یا گیاهان یا آثار و ابنیه باشد، تغییر دهد»^۱.

۱.۵. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

در قوانین و مقررات ایران کمابیش توجه به محیط‌زیست صورت گرفته است. قانون اساسی به‌عنوان بالاترین قانون، اصل ۵۰ خود را به محیط‌زیست اختصاص داده است. در این اصل گفته شده است «در جمهوری اسلامی ایران، حفاظت محیط‌زیست که نسل امروز و نسل‌های بعد باید در آن حیات اجتماعی روبه‌رشد داشته باشند، وظیفه عمومی تلقی می‌شود. از این‌رو فعالیت‌های اقتصادی و غیر آن که با آلودگی محیط‌زیست یا تخریب غیرقابل جبران آن ملازمه پیدا کند، ممنوع است». با دقت در این اصل درمی‌یابیم که تأکید بر حفاظت از محیط‌زیست و توسعه پایدار و حفظ آن برای نسل‌های حاضر و آینده مورد توجه بوده است. همچنین، اصولی از قبیل پیشگیری، همکاری، احتیاط و استفاده صیانتی در بطن این اصل وجود دارد.

در اصل ۴۰ قانون اساسی از قاعده لاضرر صحبت شده است. از این اصل قانون اساسی به اصل استفاده غیرزیان‌بار می‌رسیم. اصل ۴۳ قانون اساسی نیز از عدالت اجتماعی که از عناصر توسعه پایدار است، می‌گوید و درنهایت، در اصل ۴۵ گفته شده است «انفال و ثروت‌های عمومی از قبیل زمین‌های موات یا رهاشده، معادن، دریاها، دریاچه‌ها، رودخانه‌ها و سایر آب‌های عمومی، کوه‌ها، دره‌ها، جنگل‌ها، نیزارها، بیشه‌های طبیعی، مراتعی که حریم نیست، ارث بدون وارث و اموال مجهول‌المالک و اموال عمومی که از غاصبین مسترد می‌شود، در اختیار حکومت اسلامی است تا بر طبق مصالح عامه نسبت به آن‌ها عمل نماید. تفصیل و ترتیب استفاده از هر یک را قانون

معین می‌کند». این اصل دربردارنده بخش عمده‌ای از محیط‌زیست و منابع است که طبق مصالح عامه در اختیار حکومت اسلامی است (امیرحسینی، ۱۳۸۸، ص. ۱۳۹). نفت و گاز یکی از مهم‌ترین و بیشترین منابع در ایران است که به‌طور طبیعی آلودگی بسیاری ایجاد می‌کند. اصول قانون اساسی بر حفاظت و استفاده صیانتی از منابع و محیط‌زیست تأکید کرده و دولت موظف است اصول حفاظتی را رعایت کند. رعایت قاعده طلایی پیشگیری بیشترین تأثیر و کمترین هزینه را در پی خواهد داشت.

۲.۵. قانون حفاظت و بهسازی محیط‌زیست (سال ۱۳۵۳)

طبق این قانون «حفاظت و بهبود و بهسازی محیط‌زیست و پیشگیری و ممانعت از هر نوع آلودگی و هر اقدام مخربی که موجب برهم خوردن تعادل و تناسب محیط‌زیست می‌شود، همچنین، کلیه امور مربوط به جانوران وحشی و آبریان آب‌های داخلی از وظایف سازمان حفاظت محیط‌زیست است» (ماده ۱). این سازمان وظیفه تحقیقات و بررسی‌های علمی و اقتصادی در زمینه حفاظت، بهبود، بهسازی محیط‌زیست و جلوگیری از آلودگی و برهم خوردن تعادل محیط‌زیست از جمله حفظ مناسبات محیط‌زیست، تغییراتی که تأسیسات و مستحدثات مختلف در وضع فیزیکی، شیمیایی و بیولوژیک خاک، آب و هوا ایجاد می‌کنند، جلوگیری از آلودگی صوتی، استفاده از سموم کشاورزی و حفظ ظاهری محیط‌زیست را دارد. همچنین، برنامه‌های آموزشی، همکاری با سازمان‌های بین‌المللی و پیشنهاد ضوابط برای مراقبت و جلوگیری از آلودگی آب، هوا و خاک، جلوگیری از پخش فضولات اعم از زباله و مواد زائد کارخانه‌جات و به‌طورکلی، عواملی که بر محیط مؤثرند و... از وظایف سازمان است. این قانون، قانونی جامع است که به ابعاد مختلف حفاظت از محیط‌زیست، کنترل، پیشگیری و اتخاذ تدابیر مناسب پیشگیرانه از آلودگی توجه کرده است.

۳.۵. قانون حفاظت از دریا و رودخانه‌های مرزی از آلودگی به مواد نفتی (سال ۱۳۵۴)

این قانون در خصوص آلودگی نفتی و فراورده‌های آن است. تأکید قانون بر اصل حفاظت از محیط‌زیست است و استفاده زیان‌بار از قلمرو سرزمینی را منع می‌کند و پیش‌بینی‌ای از الزام شخص مسئول به دلیل نقض تعهد کرده است. درباره اصل احتیاط نیز آلودگی بر اساس بی‌احتیاطی را مشمول مجازات دانسته است (ماده ۲). در ماده ۸ نیز از اصل پیشگیری سخن گفته است

«سازمان بنادر و کشتی‌رانی می‌تواند اقدامات لازم را جهت پیشگیری و جلوگیری از سرایت آلودگی در موارد سوانح و اتفاقاتی که موجب آلودگی دریا بشود یا به‌نحوی خطر وقوع آلودگی را فراهم آورد که سلامت آب‌های مقرر در ماده ۲ این قانون را مورد تهدید قرار دهد، به عمل آورد.» و در مواد ۱۱ و ۱۶ بر اصل همکاری تأکید شده است.

قانون یادشده درباره همه انواع آلودگی‌های نفتی است و بر اصول حفاظتی محیط‌زیست دقت دارد و در هر جا که سازمان بنادر و کشتی‌رانی در وظایف خود کوتاهی کند، سازمان محیط‌زیست طبق اصل حمایت و حفاظت از محیط‌زیست مسئول جلوگیری خواهد بود (ماده ۱۸).

۴.۵. طرح آمایش نواحی تأثیرپذیر از حوزه گازی پارس جنوبی (سال ۱۳۸۴)

در ماده ۵ این طرح آمده است «با توجه به ضرورت توسعه منطقه ویژه پارس جنوبی به دلیل ذخایر بزرگ گازی آن، وزارت نفت موظف است که با در نظر گرفتن الزامات فنی، شبکه‌های زیربنایی موجود و پیش‌بینی‌شده، اقداماتی را در طول برنامه‌های زمان‌بندی‌شده پنج‌ساله کشور در منطقه به اجرا بگذارد». از جمله این اقدامات، استقرار سیستم مدیریت محیط‌زیستی در منطقه، عملیاتی کردن سیاست پیشگیری از تولید آلاینده‌ها در واحدهای مستقر در ساختگاه‌های سه‌گانه و ارزیابی راهبردی محیط‌زیستی است (ماده ۵). این طرح وزارت جهاد کشاورزی را موظف کرده است تا در راستای پایداری بهره‌برداری از منابع آب و خاک مناطق تأثیرپذیر از حوزه گازی پارس جنوبی، اقداماتی در طول برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی انجام دهد (ماده ۱۰). سازمان حفاظت محیط‌زیست موظف است با همکاری دیگر سازمان‌ها و وزارتخانه‌های فعال در نواحی تأثیرپذیر از حوزه گازی پارس جنوبی، اقداماتی در خصوص تعیین ضوابط و استانداردهای زیست‌محیطی منطقه‌ای درباره فعالیت‌ها و خروجی‌ها، نظارت بر اجرای طرح ارزیابی پیامدهای محیط‌زیستی طرح‌ها و فعالیت‌های مهم، ایجاد شبکه ایستگاه‌های سنجش آلودگی در عمق و در ساحل و تدوین و اجرای طرح مدیریت پارک ملی انجام دهد (ماده ۱۴). سازمان‌های دخیل باید تصمیم‌گیری مناسبی درباره همه امور مربوط به تسهیل عملیات نشت‌دهنده توسعه‌ای و کاهش آثار زیان‌بار احتمالی داشته باشند (ماده ۲۴). رعایت «اصل حفاظت از محیط‌زیست، توجه جدی به حفاظت از محیط‌زیست با توجه به ماهیت و نوع فعالیت‌های اصلی منطقه ویژه پارس جنوبی و نواحی تأثیرپذیر و ضرورت رعایت جدی ضوابط و اتخاذ تمهیدات

لازم برای حفاظت هرچه بیشتر از معیارهای زیست‌محیطی و الزامات توسعه پایدار» (ماده ۲۹) نیز از موارد شایان توجه است.

۵.۵. آیین‌نامه رفع آلودگی زیست‌محیطی فعالیت‌های نفتی (سال ۱۳۸۸)

همه شرکت‌ها و واحدهای دارای فعالیت‌های نفتی موضوع این آیین‌نامه موظف‌اند برنامه مدون خود را برای مقابله با سوانح زیست‌محیطی مربوط، تهیه و توسط واحدهای بهداشت، ایمنی و محیط‌زیست وزارت نفت در اختیار سازمان قرار دهند و سوانح زیست‌محیطی احتمالی را با ذکر محل وقوع و کم‌وکیف سوانح، به اطلاع سازمان برسانند. برگزاری دوره‌های آموزشی زیست‌محیطی، ایجاد سیستم‌های پایش مستمر آلودگی در خروجی تصفیه‌خانه فاضلاب‌های صنعتی و دودکش، عدم دفع پسماندها در حوزه‌های آبخیز سدها و رودخانه‌های تأمین‌کننده آب شرب، عدم سوزاندن نفت خام روی چاه‌های نفت و گاز همراه، رعایت اصول دفع فاضلاب انسانی و گل حفاری از دیگر مواردی است که طبق این آیین‌نامه باید رعایت شود.

۶.۵. استاندارد تخلیه به دریا‌های ایران (سال ۱۳۹۹)

این استاندارد به استناد آیین‌نامه جلوگیری از آلودگی آب توسط سازمان حفاظت محیط‌زیست تهیه شده است. استاندارد تخلیه به دریا با هدف کنترل آلودگی جریان‌های مایع تخلیه‌شده به دریا از منابع و فعالیت‌های انسان و کاهش آثار آن‌ها بر کیفیت آب دریا و اکوسیستم‌های دریایی است و حدود پذیرفتنی کیفیت را برای تخلیه به دریا‌های کشور تعیین می‌کند. در این استاندارد اصول تخلیه به پهنه‌های دریایی طبقه یک، دو و سه شرح داده شده است.

۷.۵. برنامه ششم توسعه (سال ۱۳۹۶) و لایحه پیشنهادی برنامه هفتم توسعه؛ «حوزه محیط‌زیست و احکام پیشنهادی» (سال ۱۴۰۲)

در برنامه‌های توسعه پنج‌ساله در کشور به‌خصوص برنامه‌های چهارم، پنجم و ششم توسعه شاهد رشد توجه به محیط‌زیست بودیم، اما برنامه هفتم توسعه به لحاظ عملکردی، شاخص مناسبی ندارد. از ایرادات این برنامه می‌توان به کلی‌گویی، ابهام، فقدان سرفصل مجزای محیط‌زیست، عدم رویکرد مسئله‌محوری، عقب‌گرد به برنامه توسعه گذشته، بی‌توجهی به پایداری متوازن و زیست‌بوم، فقدان ضمانت اجرا و عدم توجه به قوانین دائمی کشور در این حوزه اشاره کرد (غلام‌پور ارباستان و رضایی، ۱۴۰۲، ص. ۵). قوت برنامه‌های پنجم و ششم توسعه و جامعیت این

دو برنامه بسیار بهتر از برنامه توسعه هفتم است و در برنامه هفتم شاهد سیر نزولی تحقق اهداف از اجرای این برنامه‌ها هستیم. در این لایحه از همکاری در مقابله با آلودگی آب‌های مرزی و گردوغبار صحبت شده است. در فصل ۲ این برنامه که به اصلاح ساختار بودجه اختصاص دارد، در مواد ۴۵ و ۴۶ به موضوع ارزیابی آثار محیط‌زیستی^۱ و ارزیابی راهبردی محیط‌زیست پرداخته شده است. در فصل ۵ که به موضوعات مرتبط با انرژی پرداخته، در ماده ۸۴ بر رعایت استانداردهای زیست‌محیطی در تولید فراورده‌های نفتی و پالایشی تأکید شده است. برنامه هفتم درباره مسائل مهم نفت و گاز و مباحث آلوده‌کننده آن‌ها و اقدامات پیشگیرانه موضوع خاصی را بیان نکرده است. در نتیجه، می‌توان به صورت واضح ضعف این برنامه را در رعایت اصول زیست‌محیطی دید.

نتیجه‌گیری

آلودگی ناشی از نفت و گاز و فراورده‌های آن‌ها آسیب گسترده و جبران‌ناپذیری به محیط‌زیست وارد می‌کند. این آلودگی‌ها به دلیل خصیصه سیال بودن یا گازی بودن راحت‌تر به قلمرو دیگر کشورها وارد می‌شود. مبارزه علیه آلودگی که دارای جنبه‌های داخلی و بین‌المللی است، معمولاً سه مرحله پیشگیری، تعقیب و رسیدگی دارد.

با توجه به اینکه گاه خسارات ایجادشده جبران‌ناپذیر است یا به طور کامل نمی‌توان آن را به وضع سابق خود برگرداند یا هزینه‌های جبران بسیار گران است، می‌توان به اهمیت پیشگیری و جلوگیری از آلودگی پی برد و از این رو اصل پیشگیری را قاعده‌گذاری می‌نامند. این اصل تقریباً در همه اسناد زیست‌محیطی بین‌المللی مورد توجه است و هدف اغلب این اسناد، منع و جلوگیری از ورود خسارات به محیط‌زیست است.

نتیجه‌ای که از اصل پیشگیری گرفته می‌شود، این است که دولت‌ها هنگامی مجاز به انجام دادن فعالیتی هستند که نشان دهند آن فعالیت باعث ضرر به محیط‌زیست نخواهد شد. از این رو هنگام فعالیت باید موارد الزام‌آور از قبیل قوانین اساسی، قوانین عادی، آیین‌نامه‌ها، عرف‌های داخلی و بین‌المللی و اصول کلی و اختصاصی رعایت شود. در کنار این موارد برای رسیدن به توسعه پایدار و حفاظت در بهترین حالت خود، مواردی از قبیل راهنما و مدل پیشنهادی هم وجود دارد که توجه

به آن‌ها در درازمدت تأثیر خود را نشان می‌دهد. امروزه هرچه کشوری بیشتر به محیط‌زیست توجه کند و به اصول و پیشگیری از آلودگی آن پایبند باشد، در عرصه جهانی وجهه مقبول‌تری می‌یابد.

در اینجا منظور از اصول، اصول کلی‌ای است که قدرتی بالاتر از عرف دارد و می‌تواند ریشه در عرف داشته باشد یا برای مثال، ریشه در رویه قضایی داشته باشد. اصل پیشگیری با دیگر اصول و استانداردهای زیست‌محیطی به خصوص اصول احتیاط، حاکمیت، استفاده صیانتی، استفاده غیرزیان‌بار از قلمرو سرزمینی، همکاری، اطلاع‌رسانی، اصل حفاظت و حمایت از محیط‌زیست و اصل توسعه پایدار ارتباط دارد. در مقررات بین‌المللی و داخلی بررسی شده دریافتیم کشورها نخست به این قاعده طلایی توجه داشته‌اند و دیگر اصول در راستای تقویت رعایت اصل پیشگیری بسیار حائز اهمیت است.

لزوم حفاظت و پیشگیری از ورود آلودگی‌های نفت و گاز به محیط‌زیست منجر به تنظیم کنوانسیون‌ها و مقررات گوناگونی شده است. در اینجا هدف از بررسی مقررات بین‌المللی و داخلی این بود که دریابیم آیا در داخل کشورها نیز همسو با بین‌الملل و اقدامات بین‌المللی عمل می‌کنند و اقدامی در راستای قانون‌گذاری داخلی صورت گرفته یا خیر؟ در بعد داخلی که در اینجا کشور ایران مدنظر است، مواردی از قبیل قوانین، طرح، راهنما، آیین‌نامه، برنامه و استاندارد به پیشگیری و جلوگیری، همکاری، مقابله، آمادگی، حفاظت، بهسازی و شناسایی مناطق تأثیرپذیر و روش‌های تخلیه و اصول پرداخته است. در نهایت، می‌توان گفت همسویی و همکاری کشورها با یکدیگر برای رسیدن به هدف مشترک که حفظ محیط‌زیست از آلودگی مواد خطرناک نفتی است، بسیار حائز اهمیت و لازم است که کشورها در مقررات داخلی و بین‌المللی خود، به اصول مهم حقوق محیط‌زیست شامل اصول پیشگیری و احتیاط، حمایت و حفاظت از محیط‌زیست و دسترسی به اطلاعات مربوط به آلودگی در روابط بین طرف‌ها توجه کافی داشته باشند.

اقدامات نسبت به حفظ محیط‌زیست از آلودگی ناشی از نفت و گاز در سال ۱۹۲۶ با اقداماتی برای جلوگیری از آلودگی توسط کشتی و محدودیت در تخلیه نفت و گاز در دریا آغاز شد. نخستین نتیجه ملموس در وضع مقررات در سال ۱۹۵۴ بود که کنوانسیون بین‌المللی پیشگیری از آلودگی دریا ناشی از نفت ارائه شد. بعد از آن حوادثی از قبیل توری‌کانیون و حادثه در کانال سانتاباربارا رخ داد که منجر به اقدامات بیشتر برای حفاظت از محیط‌زیست شد. کنفرانس جهانی

استکھلم به وجود آورنده نگاهی نو به محیط‌زیست و بشر بود و توصیه‌هایی به جوامع بین‌المللی در راستای حفظ محیط‌زیست و جلوگیری از دفع مواد زائد ارائه کرد. با بررسی کنوانسیون‌ها و مقررات دریافتیم که قاعده طلایی «اصل پیشگیری» یا در عنوان این مقررات ذکر شده است یا در درون ذات این‌گونه مقررات به این مهم توجه شده است؛ همچنان که از عنوان کنوانسیون جلوگیری از تمام آلودگی‌های ناشی از کشتی‌ها چنین برمی‌آید یا در قانون حفاظت از دریا و رودخانه‌های مرزی از آلودگی به مواد نفتی که در عنوان آن اشاره‌ای به اصل پیشگیری نشده، ماده ۸ آن به این مهم پرداخته و تأکید کرده است.

امروزه هرچه جوامع پیشرفته‌تر می‌شوند، به محیط‌زیست آسیب‌های گسترده‌تری می‌زنند، اما در راستای حفاظت و حمایت از محیط‌زیست نیز عمل می‌کنند و خواهان دستیابی به توسعه پایدار هستند. ایران نیز همسو با بین‌الملل با پیوستن به کنوانسیون‌های بین‌المللی و منطقه‌ای و وضع مقررات زیست‌محیطی سعی بر حمایت، حفاظت و پیشگیری از آلودگی محیط‌زیست به خصوص آلودگی‌های صنعت نفت به عنوان کشور نفت خیز داشته است و در برنامه‌های چهارم، پنجم و ششم توسعه در این باره خوب عمل کرده است، اما در لایحه برنامه هفتم اقداماتش سیر نزولی یافته و کلی‌گویی، ابهام، فقدان سرفصل مجزای محیط‌زیست، عدم رویکرد مسئله‌محوری، عقب‌گرد به برنامه توسعه گذشته، بی‌توجهی به پایداری متوازن و زیست‌بوم، فقدان ضمانت اجرا و عدم توجه به قوانین دائمی کشور از ایرادات این لایحه است.

مقررات داخلی و بین‌المللی بسیاری تاکنون در این مورد مطرح شده‌اند، اما لازم است کشورها در این باره به موارد زیر اهتمام داشته باشند.

- همواره در زمینه قانون‌گذاری و وضع مقررات و انعقاد کنوانسیون‌های بین‌المللی گفت‌وگو و همکاری داشته باشند.
- مطابق با فناوری و پیشرفت‌های روز دنیا به بهترین شکل که در توان است، نسبت به حفظ محیط‌زیست اقدام کنند.
- پیشنهاد می‌شود با استفاده از هوش مصنوعی، شبیه‌سازی و پیش‌بینی درست و مناسبی از آینده وضع مقررات و اقدامات خود داشته باشند.
- پیامدهای زیست‌محیطی پیش از اکتشاف و استخراج نفت ارزیابی شود.

- صنایع پتروشیمی برای کاهش پیامدهای منفی انتشار نفت با مراکز تحقیقاتی در داخل و در سطح جهانی همکاری داشته باشند.
- اصول و استانداردهای اختصاصی نفت و گاز برای حفاظت از محیط‌زیست شناخته شوند و در کنوانسیون‌ها به آن‌ها شود.

منابع

- ۱) استاندارد تخلیه به دریاهای ایران، مصوب ۱۳۹۹.
- ۲) آیین‌نامه رفع آلودگی زیست‌محیطی فعالیت‌های نفتی، مصوب ۱۳۸۸.
- ۳) برنامه ششم توسعه، مصوب ۱۳۹۶.
- ۴) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۵۸.
- ۵) قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به کنوانسیون بین‌المللی مداخله در دریاهای آزاد در صورت بروز سوانح آلودگی نفتی و پروتکل مداخله در دریاهای آزاد در صورت بروز آلودگی غیرنفتی، مصوب ۱۳۷۵.
- ۶) قانون تصویب اصلاحات ضوابط کنوانسیون بین‌المللی جلوگیری از آلودگی دریا ناشی از کشتی‌ها ۱۹۷۳ (ماریل ۱۹۸۷/۱۹۷۳)، مصوب ۱۳۹۵.
- ۷) قانون حفاظت از دریا و رودخانه‌های مرزی از آلودگی به مواد نفتی، مصوب ۱۳۵۴.
- ۸) قانون حفاظت و بهسازی محیط‌زیست، مصوب ۱۳۵۳.
- ۹) لایحه پیشنهادی برنامه هفتم توسعه؛ حوزه محیط‌زیست و احکام پیشنهادی، ۱۴۰۲.
- ۱۰) ابراهیمی، نصرالله (۱۴۰۲). جزوه کلاسی دوره دکتری حقوق نفت و گاز دانشگاه تهران (ورودی ۱۴۰۱).
- ۱۱) ابراهیمی، نصرالله، کشاورزی، غزال، کشاورزی بهادری، نرگس و شریفی، شهریار (۱۳۹۶). نقش باشگاه‌های حمایت و غرامت در جبران خسارات ناشی از آلودگی‌های نفتی. مطالعات حقوق انرژی، دوره ۳، شماره ۲، صص. ۱۶۹-۱۹۲.
- ۱۲) امیدی، علی (۱۳۸۹). ضرورت عملیاتی کردن سازوکارهای نظارتی و اجرایی کنوانسیون محیط‌زیست دریای خزر. فصلنامه آسیای مرکزی و قفقاز، شماره ۷۱، صص. ۱-۱۶.
- ۱۳) امیرحسینی، سارا (۱۳۸۸). بررسی حقوق کنوانسیون جلوگیری از دفع مواد زائد و دیگر مواد در دریا و ارزیابی نحوه اجرای آن در ایران (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه آزاد اسلامی تهران.
- ۱۴) بادینی، حسن و جعفری چالشتری، محمود (۱۳۹۷). نگرشی تحلیلی و انتقادی به اسناد بین‌المللی نظام مسئولیت و جبران خسارت در آلودگی‌های نفتی ناشی از حمل‌ونقل دریایی. مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۵۸، صص. ۸۹-۱۱۳. doi:10.22066/cilamag.2018.31684
- ۱۵) برد، استوارت و لایت، فوت (۱۳۸۸). پدیده‌های انتقال (عرفان زیاری‌فر و سروش زرین‌آبادی، مترجمان). دانشگاه آزاد اهواز.
- ۱۶) پژوهشکده مهندسی مواد (۱۴۰۲). محیط‌زیست مرکز. مرکز پژوهش متالوژی رازی، قابل دسترسی

در: <https://www.razi-center.net/farsi/enviromental.aspx>.

۱۷) حکیم‌زاده خویی، پیمان و اسدزاده، خدیجه (۱۳۹۸). نحوه رسیدگی قضایی و جبران خسارت ناشی از آلودگی نفتی در دریا با تأکید بر دریای آزاد. مطالعات حقوق انرژی، دوره ۵، شماره ۱، صص.

doi:10.22059/jrels.2019.269504.241 .۲۳-۴۱

۱۸) رضوی‌راد، محمد (۱۳۹۹). وضعیت حقوقی الزامات زیست‌محیطی کنوانسیون ماربل برای دولت‌های عضو کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها. مطالعات حقوق انرژی، دوره ۶، شماره ۱، صص. ۱۱۵-۱۳۱.

doi:10.22059/jrels.2020.278740.274

۱۹) رضوی‌نژاد، سیدمحمد رضا (۱۴۰۱). اصل پیشگیری در پرتوی آرای زیست‌محیطی دیوان بین‌المللی دادگستری. مجله پژوهش‌های حقوقی، دوره ۲۱، شماره ۵۱، صص. ۱۴۱-۱۷۵.

doi:10.48300/jlr.2021.284066.1639

۲۰) زیاری‌فر، عرفان و علی‌پور، مرتضی (۱۴۰۲). تأثیر آلودگی‌های نفتی بر روی محیط‌زیست. دانشگاه شیراز.

۲۱) طرح آمایش نواحی تأثیرپذیر از حوزه گازی پارس جنوبی (۱۳۸۴).

۲۲) غلام‌پور اربابستان، هومن و رضایی، مسعود (۱۴۰۲). بررسی لایحه برنامه هفتم توسعه؛ حوزه محیط‌زیست و ارائه احکام پیشنهادی. ماهنامه گزارش‌های کارشناسی مرکز پژوهش‌های مجلس،

دوره ۱۱، سال ۴، صص ۱-۳۷.

۲۳) موسوی اصفهانی، زینب‌سادات، مطلبی، شقایق، قریشی، سیدسعید و مژگانی، سیدمجید (۱۳۹۱). حقوق بین‌الملل دریاها و حفاظت از محیط‌زیست دریایی (آلودگی دریایی). مؤسسه ترنم حقوق.

۲۴) نجفی اسفاد، مرتضی و دارابی‌نیا، مرتضی (۱۳۹۰). بررسی روند آلودگی نفتی با وجود کنوانسیون‌های بین‌المللی مبنی بر جلوگیری و رفع آن‌ها. مجله دانشگاه علوم پزشکی مازندران، دوره ۲۱، ویژه‌نامه ۱،

صص. ۹۴-۱۰۱.

25) Agreement concerning co-operation to ensure compliance with the regulations for preventing the pollution of the sea by oil. Signed at Copenhagen, on 8 December (1967).

26) Ainsley Henry, IWCZMB (2019). Marine pollution, NEPA.

27) Angela, Carpenter (2019). Oil pollution in the North Sea: the impact of governance measures on oil pollution over several decades, Hydrobiologia, 845, p 109-127.

28) Baiyu Zhang, Ethan J. Matchinski, Bing Chen, Xudong Ye, Liang Jing, Kenneth Lee (2019). World seas: An environmental evaluation (second edition), volume 3, Ecological issues and environmental impacts, chapter 21, p 391-406, available online 21 September 2018, version of record 21 September 2018.

29) Cartagena protocol on biosafety to the convention on biological diversity

- (2000).
- 30) Ekaterina Anyanova (2012). oil pollution and international marine environmental law, second edition, London, United Kingdom. doi:10.57772/37399.
 - 31) IMO, International Convention for the Prevention of Pollution from Ships (MARPOL) (1973).
 - 32) IMO (2022). Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter.
 - 33) International Convention for the Prevention of Pollution of the Sea by Oil (1954). as amended in 1962 and 1969.
 - 34) INTERNATIONAL CONVENTION ON CIVIL LIABILITY FOR OIL POLLUTION DAMAGE (CLC), Adopted in Brussels, Belgium on 29 November (1969).
 - 35) International Convention on Oil Pollution Preparedness, Response and Co-operation (OPRC) (1990).
 - 36) International Convention Relating to Intervention on the High Seas in Cases of Oil Pollution Casualties (1969).
 - 37) K. Krishna Koundinya, Surajit Mondal, Amarnath Bose (2022). worldwide regulations on oil pollution control, p65-82.
 - 38) Kuwait Regional Convention for Co-operation on the Protection of the Marine Environment from Pollution (1978).
 - 39) Shipra Jha, Praveen Dahiya (2022). Advances in Oil-Water Separation, chapter 6, p110-99, available online 18 February 2022, version of record 18 February 2022.
 - 40) Theint Nandar Htet (2017). protection of marine environment under the law of the sea, United Nations_ The Nippon Foundation of Japan Fellowship programme, p1-122.
 - 41) Times Staff (2019). How the 1969 Santa Barbara oil spill led to 50 years of coastal protections in California, 31 Jan, 11:40Am, www.Latimes.com.
 - 42) Vedantu (2024). Environment, 9 Jan, 10:14Am, available at: <https://www.vedantu.com/commerce/environment>.

References

- 1) Agreement concerning co-operation to ensure compliance with the regulations for preventing the pollution of the sea by oil. Signed at Copenhagen, on 8 December (1967).
- 2) Ainsley Henry, IWCZMB (2019). Marine pollution, NEPA.
- 3) Amirhosseini, Sara (1388 SH). Investigation of the Law of the Convention on the Prevention of Discharge of Wastes and Other Substances in the Sea and Evaluation of Its Implementation in Iran (Master's Thesis). Islamic Azad University, Tehran [in Persian].
- 4) Angela, Carpenter (2019). Oil pollution in the North Sea: the impact of governance measures on oil pollution over several decades, *Hydrobiologia*, 845, p 109-127.
- 5) Badini, Hassan and Jafari Chaleshtori, Mahmoud (1397 SH). An Analytical and Critical Approach to International Documents of Liability and Compensation System in Oil Pollution Caused by Maritime Transport. *International Legal Journal*, 58, pp. 89-113. doi:10.22066/cilamag.2018.31684 [in Persian].
- 6) Baiyu Zhang, Ethan J. Matchinski, Bing Chen, Xudong Ye, Liang Jing, Kenneth Lee (2019). *World seas: An environmental evaluation* (second edition), volume 3, Ecological issues and environmental impacts, chapter 21, p 391-406, available online 21 September 2018, version of record 21 September 2018.
- 7) Bird, Stuart and Light, Foot (1388 SH). *Transfer Phenomena* (Erfan Ziarifar and Soroush Zarinabadi, Translators). Azad University, Ahvaz [in Persian].
- 8) Cartagena protocol on biosafety to the convention on biological diversity (2000).
- 9) Constitution of the Islamic Republic of Iran, approved 1358 SH [in Persian].
- 10) Ebrahimi, Nasrallah (1402 SH). *Class Notes for the Doctoral Course in Oil and Gas Law*, University of Tehran [in Persian].
- 11) Ebrahimi, Nasrallah, Keshavarzi, Ghazal, Keshavarzi Bahadori, Narges, and Sharifi, Shahriar (1396 SH). The Role of Support and Compensation Clubs in Compensating for Damages Caused by Oil Pollution. *Energy Law Studies*, 3 (2), pp. 169-192 [in Persian].
- 12) Ekaterina Anyanova (2012). *oil pollution and international marine environmental law*, second edition, London, United Kingdom. doi:10.57772/37399.
- 13) Gholampour Arbostani, Hooman and Rezaei, Masoud (1402 SH). Review of the Seventh Development Plan Bill; Environmental Sector and Proposed Provisions. *Monthly Expert Reports of the Research Center of the Parliament*, 11 (4), pp. 1-37 [in Persian].
- 14) Hakimzadeh Khuyi, Peyman and Asadzadeh, Khadijeh (1398 SH). The Method of Judicial Proceedings and Compensation for Damage Caused by Oil Pollution in the Sea with Emphasis on the High Seas. *Energy Law Studies*, 5 (1), pp. 23-41. doi:10.22059/jrels.2019.269504.241 [in Persian].
- 15) IMO (2022). *Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter*.
- 16) IMO, *International Convention for the Prevention of Pollution from Ships*

- (MARPOL) (1973).
- 17) International Convention for the Prevention of Pollution of the Sea by Oil (1954). as amended in 1962 and 1969.
 - 18) INTERNATIONAL CONVENTION ON CIVIL LIABILITY FOR OIL POLLUTION DAMAGE (CLC), Adopted in Brussels, Belgium on 29 November (1969).
 - 19) International Convention on Oil Pollution Preparedness, Response and Co-operation (OPRC) (1990).
 - 20) International Convention Relating to Intervention on the High Seas in Cases of Oil Pollution Casualties (1969).
 - 21) K. Krishna Koundinya, Surajit Mondal, Amarnath Bose (2022). worldwide regulations on oil pollution control, p65-82.
 - 22) Kuwait Regional Convention for Co-operation on the Protection of the Marine Environment from Pollution (1978).
 - 23) Law on the Accession of the Government of the Islamic Republic of Iran to the International Convention on Intervention in the High Seas in the Event of Oil Pollution Accidents and the Protocol on Intervention in the High Seas in the Event of Non-Oil Pollution, approved 1375 SH [in Persian].
 - 24) Law on the Adoption of Amendments to the Annexes of the International Convention for the Prevention of Pollution from Ships 1973 (MARPOL 1973/1987), approved 1395 SH [in Persian].
 - 25) Law on the Protection and Improvement of the Environment, approved 1353 SH [in Persian].
 - 26) Law on the Protection of the Sea and Border Rivers from Pollution by Oil Substances, approved 1354 SH [in Persian].
 - 27) Materials Engineering Research Institute (1402 SH). Environmental Center. Razi Metallurgy Research Center, available at: <https://www.razi-center.net/farsi/enviromental.aspx> [in Persian].
 - 28) Mousavi Esfahani, Zeinab Sadat, Motallebi, Shaghayegh, Gharishi, Seyed Saeed and Mojjani, Seyed Majid (1391 SH). International Law of the Seas and Protection of the Marine Environment (Marine Pollution). Tarannom Law Institute [in Persian].
 - 29) Najafi Asfad, Morteza and Darabynia, Morteza (1390 SH). Investigation of Oil Pollution Trend in the Presence of International Conventions Based on Prevention and Removal of Them. Journal of Mazandaran University of Medical Sciences, 21, Special Issue 1, pp. 94-101 [in Persian].
 - 30) Omid, Ali (1389 SH). The Necessity of Operationalizing the Supervisory and Executive Mechanisms of the Caspian Sea Environmental Convention. Central Asia and the Caucasus Quarterly, 71, pp. 1-16 [in Persian].
 - 31) Plan for the Arrangement of Areas Affected by the South Pars Gas Field (1384 SH) [in Persian].
 - 32) Proposed Draft for the Seventh Development Plan; Environmental Sector and Proposed Provisions, 1402 SH [in Persian].
 - 33) Razavinejad, Seyed Mohammad Reza (1401 SH). The Principle of Prevention in

- the Light of Environmental Judgments of the International Court of Justice. Legal Research Journal, 21 (51), pp. 141-175. doi:10.48300/jlr.2021.284066.1639 [in Persian].
- 34) Razavirad, Mohammad (1399 SH). The Legal Status of Environmental Obligations of the MARPOL Convention for Member States of the 1982 Law of the Seas Convention. Energy Law Studies, 6 (1), pp. 115-131. doi:10.22059/jrels.2020.278740.274 [in Persian].
 - 35) Regulations for the Removal of Environmental Pollution from Oil Activities, approved 1388 SH [in Persian].
 - 36) Shipra Jha, Praveen Dahiya (2022). Advances in Oil-Water Separation, chapter 6, p110-99, available online 18 February 2022, version of record 18 February 2022.
 - 37) Sixth Development Plan, approved 1396 SH [in Persian].
 - 38) Standard for Discharge into the Iranian Seas, approved 1399 SH [in Persian].
 - 39) Theint Nandar Htet (2017). protection of marine environment under the law of the sea, United Nations_ The Nippon Foundation of Japan Fellowship programme, p1-122.
 - 40) Times Staff (2019). How the 1969 Santa Barbara oil spill led to 50 years of coastal protections in California, 31 Jan, 11:40Am, www.Latimes.com.
 - 41) Vedantu (2024). Environment, 9 Jan, 10:14Am, available at: <https://www.vedantu.com/commerce/environment>.
 - 42) Ziarifar, Erfan and Alipour, Morteza (1402 SH). The Impact of Oil Pollution on the Environment. Shiraz University [in Persian].

Article Directory

- ❖ Clarifying the Utilization of "Legal Principles" for Preservation of Legal System Integrity, against Utilization of "Literal Principles" for Discovering Legislators' Intention | Research Article 647
 - Mohammad Abdossaleh Shahnoosh Forooshani

- ❖ The Role of the Leadership in Addressing the Void of Ordinary Law | Research Article 675
 - Abbas Ka'bi Nasab & Alireza Jafarzadeh Baha'abadi

- ❖ Unacknowledged Islamic Legal Capacities in International Documentation: A Case Study of "Organisation of Islamic Cooperation's Strategy on the Elderly" | Research Article 713
 - Mohammad Saleh Taskhiri

- ❖ An Exploration of Theoretical Foundations and Practical Procedures Constraining the Jurisdiction of the Supreme Audit Court of Iran | Research Article 747
 - Mohammad Mazhari & Farshid Bandehali

- ❖ Assessing the Conformity of "Cryptocurrency Mining on Blockchain" with "Gambling" [Ghomar] from the Perspective of Imamia Jurisprudence | Research Article 781
 - Ahmad Mohammadi & Javad Soltani Fard

- ❖ The Scope of Waiving the Principle of Necessity to Remove Ambiguity from Contractual Terms | Research Article 815
 - Hamed Salehi Ali Abadi

- ❖ Reviewing the Concepts of "Sharia" and "Law" according to Sheikh Fazlollah Nuri and Mirza-ye Naini | Review Article 851
 - Ahmad Farshadian & Mohammad Sadegh Labbani Motlagh

- ❖ A Comparative Study of the Iranian Legal System with International Rules and Regulations Regarding Prevention of Oil and Gas Pollution | Brief Communication Paper 883
 - Sayyed Fazlollah Mousavi & Mitra Eslami Shahrabaki

In The Name of God

Islamic Law Research Journal



The Quarterly Journal of Islamic Law Research

Reviewers of the 24th Volume | 2023





























Alphabetically Sorted

	Surname	Forename	Affiliation
1	Abbasi	Atefeh	PhD Graduate
2	Abedini	Hossein	Meybod University Faculty Member
3	Abhari	Seyyed Mohammad Ali	PhD Graduate
4	Abrishami Rad	Mohammad Amin	Semnan University Faculty Member
5	Afshani	Hadi	PhD Graduate
6	Afshari	Fatemeh	Judiciary Research Institute Faculty Member
7	Agha Moosa Tehrani	Reza	PhD Graduate
8	Ahmad Zadeh	Rasool	PhD Graduate
9	Ahmadi	Mohammad Hosein	PhD Graduate
10	Akrami	Ruhollah	University of Qom Faculty Member
11	Alipanah	Alireza	Shahid Beheshti University Faculty Member
12	Arasta	Mohammad Javad	University of Tehran Faculty Member
13	Asghari Shoorestani	Mohammad Reza	University of Judicial Sciences and Administrative Services Faculty Member
14	Babaei	Ehsan	University of Judicial Sciences and Administrative Services Faculty Member
15	Bahadori Jahromi	Mohammad	Tarbiat Modares University Faculty Member
16	Bahremand	Hamid	University of Tehran Faculty Member
17	Barzegar Khosravi	Mohammad	Islamic Parliament Research Center Faculty Member
18	Bigdeli	Saeed	University of Zanjan Faculty Member
19	Bigdeli	Ata'ollah	Imam Hussein University Faculty Member
20	Davari	Mohsen	Islamic Azad University Faculty Member
21	Ehsani Far	Ahmad	Judiciary Research Institute Faculty Member
22	Elham	Sadegh	Imam Sadiq University Faculty Member

	Surname	Forename	Affiliation
23	Emrani	Salman	Imam Sadiq University Faculty Member
24	Faghih Larijani	Farhang	University of Mazandaran Faculty Member
25	Farahani	Mohammad Ali	Islamic Parliament Research Center Faculty Member
26	Farahani	Mohammad Sadegh	PhD Graduate
27	Fattahi Zafarghandi	Ali	Constitutional Council Research Institute Faculty Member
28	Ghafari	Hoda	Allameh Tabataba'i University Faculty Member
29	Ghamami	Seyyed Mohammad Mahdi	Imam Sadiq University Faculty Member
30	Haji Ali Khamseh	Morteza	PhD Graduate
31	Haji Deh Abadi	Ahmad	University of Tehran Faculty Member
32	Haji Deh Abadi	Mohammad Ali	University of Qom Faculty Member
33	Hamdollahi	Asef	PhD Graduate
34	Hasan Zadeh	Mahdi	University of Qom Faculty Member
35	Hayati	Ali Abbas	Razi University Faculty Member
36	Houshmand Firuzabady	Hosein	Research Institute of Hawzah and University Faculty Member
37	Sadegh Manesh	Ja'far	PhD Graduate
38	Jafari Khosroabadi	Nasrollah	Meybod University Faculty Member
39	Jafarian	Alireza	PhD Graduate
40	Jahan Bein	Farzad	Shahed University Faculty Member
41	Javaherkalam	Mohammad Hadi	Allameh Tabataba'i University Faculty Member
42	Javidi	Mojtaba	Shiraz University Faculty Member
43	Khalaf Rezaei	Hosein	University of Judicial Sciences and Administrative Services Faculty Member
44	Khosroshahi	Ghodratollah	University of Isfahan Faculty Member
45	Koochi Esfahani	Kazem	Imam Sadiq University Faculty Member
46	Mahdavi	Asghar Agha	Imam Sadiq University Faculty Member
47	Mahmoodi Janaki	Firooz	University of Tehran Faculty Member
48	Mansourian	Mostafa	University of Judicial Sciences and Administrative Services Faculty Member
49	Mashayekhi	Zahra	PhD Graduate
50	Mashhadi Zadeh	Alireza	Islamic Azad University Faculty Member

	Surname	Forename	Affiliation
51	Masoodian	Mostafa	Shahed University Faculty Member
52	Mirshekari	Abbas	University of Tehran Faculty Member
53	Mobayyen	Hojjat	Shiraz University Faculty Member
54	Mohammad Nasl	Gholam Reza	Islamic Azad University Faculty Member
55	Mohammadi Ghal'e	Ahmad	PhD Graduate
56	Mohseni	Hasan	University of Tehran Faculty Member
57	Moosa Zadeh	Ebrahim	University of Tehran Faculty Member
58	Moradi	Yaser	PhD Graduate
59	Moradi	Khadijeh	Razi University Faculty Member
60	Nasiri	Mostafa	Shahid Motahari University Faculty Member
61	Nikoonahad	Hamed	Shahid Beheshti University Faculty Member
62	Nosrat Panah	Mohammad Sadegh	Imam Sadiq University Faculty Member
63	Piri	Mahdi	University of Tehran Faculty Member
64	Poor Abdollah	Kobra	Imam Sadiq University Faculty Member
65	Ravanbakhsh	Moslem	PhD Graduate
66	Rostami Ghazani	Omid	Ahlul Bayt International University Faculty Member
67	Saberi Tavallaei	Ali	Imam Sadiq University Faculty Member
68	Safari	Mohsen	University of Tehran Faculty Member
69	Kazemi	Seyyed Mohammad Sadegh	Imam Sadiq University Faculty Member
70	Shahnoosh Forooshani	Mohammad Abdossaleh	University of Judicial Sciences and Administrative Services Faculty Member
71	Sharif Zad	Majid	PhD Graduate
72	Shayegan	Esmail	PhD Graduate
73	Shoarian Sattari	Ebrahim	University of Tabriz Faculty Member
74	Siahbidi Kermanshahi	Saeed	PhD Graduate
75	Soltani	Seyyed Naser	University of Tehran Faculty Member
76	Tahan Nazif	Hadi	Imam Sadiq University Faculty Member
77	Tangestani	Mohammad Ghasem	Kharazmi University Faculty Member
78	Tavakkol Pour	Mohammad Hadi	University of Judicial Sciences and Administrative Services Faculty Member
79	Towhidi	Ahmad Reza	University of Qom Faculty Member

• 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 262 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

62

24th Year | Fourth Issue | Serial No. 62
Winter 2023

- **Clarifying the Utilization of "Legal Principles" for Preservation of Legal System Integrity, against Utilization of "Literal Principles" for Discovering Legislators' Intention**
Mohammad Abdossaleh Shahnoosh Forooshani
- **The Role of the Leadership in Addressing the Void of Ordinary Law**
Abbas Ka'bi Nasab | Alireza Jafarzadeh Baha'abadi
- **Unacknowledged Islamic Legal Capacities in International Documentation: A Case Study of "Organisation of Islamic Cooperation's Strategy on the Elderly"**
Mohammad Saleh Taskhiri
- **An Exploration of Theoretical Foundations and Practical Procedures Constraining the Jurisdiction of the Supreme Audit Court of Iran**
Mohammad Mazhari | Farshid Bandehali
- **Assessing the Conformity of "Cryptocurrency Mining on Blockchain" with "Gambling" [Ghomar] from the Perspective of Imamia Jurisprudence**
Ahmad Mohammadi | Javad Soltani Fard
- **The Scope of Waiving the Principle of Necessity to Remove Ambiguity from Contractual Terms**
Hamed Salehi Ali Abadi
- **Reviewing the Concepts of "Sharia" and "Law" according to Sheikh Fazlollah Nuri and Mirza-ye Naini**
Ahmad Farshadian | Mohammad Sadegh Labbani Motlagh
- **A Comparative Study of the Iranian Legal System with International Rules and Regulations Regarding Prevention of Oil and Gas Pollution**
Sayyed Fazlollah Mousavi | Mitra Eslami Shahrababaki