

اندیشه‌های حقوق عمومی

سال چهارم، شماره اول، پیاپی ۶، پاییز و زمستان ۱۳۹۳



مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی

مدیر مسئول

سیدابراهیم حسینی

سرمدیر

ابراهیم موسی‌زاده

مدیر اجرایی

امیرحسین نیک‌پور

صفحه‌آرا

مهدی دهقان

ناظر چاپ

حمید خانی

عضای هیئت تحریریه

سیدمحمد رضا امام

دانشیار دانشگاه تهران

سیدابراهیم حسینی

استادیار مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی

سیدمحمد حسینی

دانشیار دانشگاه تهران

محمد حسین زاده یزدی

دانشیار مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی

محمود رجبی

استاد مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی

ولی رستمی

دانشیار دانشگاه تهران

مرتضی قاسم‌زاده

استاد دانشگاه علم قضایی و خدمات اداری

ابراهیم موسی‌زاده

دانشیار دانشگاه تهران

سیدمحمد محمود نبویان

دانشیار مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی

نشانی: قم، بلوار امین، بلوار جمهوری اسلامی، مؤسسه آموزشی و پژوهشی

امام خمینی قدس سره - طبقه چهارم، اداره کل نشریات تخصصی

تحریریه ۳۲۱۱۳۴۸۰ مشترکان ۳۲۱۱۳۴۷۴ - دورنگار ۳۲۹۳۴۴۸۳ (۰۲۵)

صندوق پستی ۳۷۱۶۵-۱۸۶

www.iki.ac.ir & www.nashriyat.ir

فروشگاه اینترنتی

<http://eshop.iki.ac.ir>

سامانه ارسال و پی‌گیری مقاله

Nashriyat.ir/SendArticle

- اندیشه‌های حقوق عمومی** دوفصل‌نامه‌ای علمی - تخصصی در زمینه مطالعات حقوق عمومی است. قلمرو مسائل این نشریه، مطالعاتی است که حوزه‌های گوناگون زیر را شامل می‌شود:
۱. معرفی و تبیین انواع پژوهش‌های نظری و کاربردی در حوزه‌های گوناگون دانش حقوق عمومی؛
 ۲. حوزه‌های گوناگون حقوق عمومی پژوهی (فراحقوق، حقوق هنجاری، حقوق کاربردی، حقوق توصیفی، حقوق تطبیقی بین‌الادیان، بین‌الملل، بین‌المذاهب، و...)
 ۳. رابطه حقوق عمومی و علوم همگن (رابطه حقوق عمومی و فلسفه، حقوق عمومی و اقتصاد و مدیریت، حقوق عمومی و سیاست، حقوق عمومی و دین، حقوق عمومی و فقه، حقوق عمومی و...)
 ۴. رابطه حقوق عمومی و سایر علوم (معرفت‌شناسی و حقوق عمومی، جامعه‌شناسی و حقوق عمومی، انسان‌شناسی و حقوق عمومی و...)
 ۵. جایگاه حقوق عمومی در دانش‌های تجربی و علوم انسانی؛
 ۶. شیوه‌های استنباط حقوق عمومی از متون اسلامی؛
 ۷. بررسی و نقد روش‌های موجود در حوزه حقوق عمومی پژوهی؛
 ۸. بررسی و نقد منابع و تراث حقوق عمومی؛
 ۹. نقش فناوری نوین در فرایند حقوق عمومی پژوهی و طرح مسائل جدید حقوق عمومی؛
 ۱۰. راهکارهای کاربردی ساختن حقوق عمومی در همه ابعاد زندگی بشری.

ضمن استقبال از دستاورد تفکرات و تأملات دین پژوهشی، پیشنهادها و انتقادهای شما را در مسیر کمال و بالندگی نشریه پذیراییم. خواهشمندیم مقالات خود را از طریق وبگاه نشریه: <http://nashriyat.ir/SendArticle> ارسال فرمایید.

اشتراک: قیمت هر شماره مجله، ۱۰۰۰۰ ریال، و اشتراک دو شماره آن در یک سال، ۲۰۰۰۰ ریال است. در صورت تمایل، وجه اشتراک را به حساب سیبا ۰۱۰۵۹۷۳۰۰۱۰۰۰ بانک ملی، واریز، اصل فیش بانکی یا تصویر آن را همراه با برگ اشتراک به دفتر مجله ارسال نمایید.

راهنمای تهیه و تنظیم مقالات

الف) شرایط عمومی

1. مقالات ارسالی باید برخوردار از صبغه تحقیقی - تحلیلی، ساختار منطقی، انسجام محتوایی، و مستند و مستدل بوده و با قلمی روان و رسا به زبان فارسی نگارش یافته باشند.
2. مقالات خود را در محیط WORD با پسوند Doc از طریق وبگاه نشریه به <http://nashriyat.ir/SendArticle> ارسال نمایید.
3. حجم مقالات حداکثر در ۲۵ صفحه (۳۰۰ کلمه‌ای) تنظیم شود. از ارسال مقالات دنباله‌دار جدا خودداری شود.
4. مشخصات کامل نویسنده شامل: نام و نام خانوادگی، مرتبه علمی / تحصیلات، نشانی کامل پستی، نشانی صندوق الکترونیکی، شماره تلفن تماس، شماره دورنگار، مؤسسه علمی وابسته، همراه مقاله ارسال شود.
5. مقالات ارسالی نباید قبلاً در نشریات داخلی و یا خارجی و یا به عنوان بخشی از یک کتاب چاپ شده باشند. و نیز هم‌زمان برای چاپ به سایر مجلات علمی ارسال نشده باشند.
6. از ارسال مقالات ترجمه شده خودداری شود. نقد مقالات علمی و یا آثار و کتاب‌های منتشر شده، که حاوی موضوعات بدیع یا نکات علمی ویژه، که با مقتضیات و نیاز جامعه علمی تناسب داشته باشد، امکان چاپ دارند. البته، چاپ مقالات پژوهشی و تألیفی بر این‌گونه مقالات اولویت خواهد داشت.

ب) نحوه تنظیم مقالات

- مقالات ارسالی باید از ساختار علمی برخوردار باشند؛ یعنی دارای عنوان مشخصات نویسنده، چکیده، کلیدواژه‌ها، مقدمه، بدنه اصلی، نتیجه و فهرست منابع باشند.
1. چکیده: چکیده فارسی مقاله (در صورت امکان به همراه چکیده انگلیسی) حداکثر ۱۵۰ کلمه تنظیم گردد و به اختصار شامل: بیان مسئله، هدف پژوهش، روش و چگونگی پژوهش و اجمالی از یافته‌های مهم پژوهش باشد. در چکیده از طرح فهرست مباحث یا مرور بر آنها، ذکر ادله، ارجاع به مأخذ و بیان شعاری خودداری گردد.
 2. کلیدواژه‌ها: شامل حداکثر ۷ واژه کلیدی مرتبط با محتوی که ایفاکننده نقش نمایه موضوعی مقاله باشد.
 3. مقدمه: در مقدمه مقاله، مسئله تعریف، به پیشینه پژوهش اشاره، ضرورت و اهمیت پژوهش طرح، جنبه نوآوری بحث، سؤالات اصلی و فرعی، تصویر اجمالی ساختار کلی مقاله بر اساس سؤالات اصلی و فرعی مطرح و مفاهیم و اصطلاحات اساسی مقاله تعریف گردد.

۴. بدنه اصلی: در سامان‌دهی بدنه اصلی مقاله، یکی از شرایط زیر لازم است:

الف - ارائه کننده نظریه و یافته جدید علمی؛

ب - ارائه کننده تقریر و تبیین جدید از یک نظریه؛

ج - ارائه کننده استدلال جدید برای یک نظریه؛

د - ارائه نقد جامع علمی یک نظریه.

۵. نتیجه‌گیری: نتیجه بیانگر یافته‌های تفصیلی تحقیق است که به صورت گزاره‌های خبری موجز بیان می‌گردد. از ذکر بیان مسئله، جمع‌بندی، مباحث مقدماتی، بیان ساختار مباحث، ادله، مستندات، ذکر مثال یا مطالب استطرادی در این قسمت خودداری شود.

۶. فهرست منابع: اطلاعات کتاب‌شناختی کامل منابع و مأخذ تحقیق (اعم از فارسی، عربی، و لاتین) در انتهای مقاله بر اساس شیوه زیر آورده می‌شود:

نام خانوادگی و نام نویسنده، (سال نشر) نام کتاب، (ترجمه یا تحقیق)، نوبت چاپ، محل نشر، ناشر.

نام خانوادگی و نام نویسنده، (سال و ماه یا فصل نشر) «عنوان مقاله»، نام نشریه، شماره نشریه، صفحات ابتدا و انتهای مقاله.

۷. آدرس دهی باید بین متنی باشد: (نام نویسنده، سال نشر، صفحه)

ج) یادآوری

۱. حق رد یا قبول و نیز ویرایش مقالات برای مجله محفوظ است.
۲. مجله حداکثر پس از چهار ماه از دریافت مقاله، نتیجه پذیرش یا عدم پذیرش را به نویسنده اطلاع خواهد داد.
۳. حق چاپ مقاله پس از پذیرش برای مجله محفوظ و امکان نقل مطالب در جای دیگر با ذکر نشانی نشریه بلامانع است.
۴. مطالب مقالات مبین آراء نویسندگان آنهاست و مسئولیت آن نیز بر عهده آنهاست.
۵. مقالات دریافتی، نرم‌افزارها، و... در صورت تأیید یا عدم تأیید بازگردانده نمی‌شود.

فهرست مطالب

مقایسه اصل هشتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران با فرامین «امر به معروف و نهی از منکر»... / ۷

فیروز اصلانی / کچه الهه مرندی

بررسی و تحلیل حقوقی رویکردها و راه کارهای بی اثر کردن تحریم های اقتصادی... / ۳۱

محسن ایزانلو / کچه علی هاتقی

نسبت سنجی اصل یکصد و سیزدهم قانون اساسی با اصل «استقلال قوا» / ۴۹

نادر میرزاده / کچه علی سهرابلو

بررسی جایگاه نمایندگان ویژه رئیس جمهور در نظام حقوقی ایران / ۶۵

ولی رستمی / کچه آتنا تناور

اصل وفای به تعهدات و قراردادها؛ مقایسه حقوق بین الملل اسلامی و حقوق بین الملل معاصر / ۸۳

سیدمحمد رضا احمدی طباطبایی / کچه محمد رضا آرام

ضوابط تعیین قانون حاکم بر قراردادهای دولتی / ۹۹

سیدحسن وحدتی شبیری / مرضیه افضلی مهر / کچه سیدمجید موسوی

ملخص المقالات / ۱۱۵

Abstracts / ۱۲۶

مقایسه اصل هشتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران با فرامین «امر به معروف و نهی از منکر» در عصر صفوی

faslani@kayhannews.ir

elahemarandi@ut.ac.ir

فیروز اصلانی / استادیار دانشکده حقوق دانشگاه تهران

الهه مرندی / دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه تهران

دریافت: ۱۳۹۳/۵/۲۴ - پذیرش: ۱۳۹۳/۱۰/۲۹

چکیده

«امر به معروف و نهی از منکر» از جمله موضوعات و عناصر مطرح در فقه عمومی شیعه است؛ زیرا با مقوله حکومت در اندیشه اسلامی ارتباط پیدا می‌کند. در بررسی عملکرد حکومت‌ها در خصوص موضوع امر به معروف و نهی از منکر در تاریخ ایران پس از اسلام تا زمان پیروزی انقلاب اسلامی ایران، عصر صفوی برجستگی خاصی دارد. در این عصر، فرامینی از سوی برخی سلاطین صفوی صادر شد که به «فرامین امر به معروف و نهی از منکر» معروف گردید. در نظام جمهوری اسلامی ایران نیز با پیروزی انقلاب اسلامی، در راستای اسلامی کردن قوانین و ورود وظایف اسلامی به چارچوب قوانین، امر به معروف و نهی از منکر در قالب وظیفه دینی به شکل قاعده حقوقی درآمد و در اصل هشتم قانون اساسی به عنوان وظیفه‌ای همگانی مطرح گردید. بنابراین، در طول تاریخ سیاسی ایران پس از اسلام، تنها در دو مقطع تاریخی عصر صفوی و جمهوری اسلامی، امر به معروف و نهی از منکر به شکل ویژه‌ای مورد توجه حکومت‌ها قرار گرفته و به شکل قانون و قاعده حقوقی مطرح گردیده است. از این رو، پرسش بنیادین نوشتار حاضر بر این محور مبتنی است که چه شباهت‌ها و تفاوت‌هایی میان فرامین امر به معروف و نهی از منکر در عصر صفوی با اصل هشتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران وجود دارد؟

کلیدواژه‌ها: قانون اساسی، امر به معروف، صفوی، فرامین، نهی از منکر، جمهوری اسلامی.

در میان علوم اسلامی، علم فقه از گذشته تا کنون مهم‌ترین جایگاه بحث «امر به معروف و نهی از منکر» بوده و این موضوع در کتب فقهی معمولاً در کتاب *الامر بالمعروف والنهی عن المنکر* یا بایی از کتاب *الجهاد* و یا بایی از کتاب *الحدود* آمده است. در کتاب‌های فقهی در این باره، موضوعاتی آمده است؛ همچون: اهمیت امر به معروف و نهی از منکر در روایات، تعریف «معروف» و «منکر» و اقسام آن، وجوب عقلی یا سمعی، عینی یا کفایی امر به معروف و نهی از منکر، اقسام امر و نهی، شرایط وجوب امر و نهی، مراتب سه‌گانه امر و نهی، اجرای حدود در زمان غیبت، قضاوت فقها، رجوع به قاضیان جور. توجه به این مباحث، بیانگر آن است که امر به معروف و نهی از منکر از جمله موضوعات و عناصر مطرح در فقه عمومی شیعه است؛^۱ زیرا با مقوله حکومت در اندیشه اسلامی ارتباط پیدا می‌کند. این ارتباط از چند جهت قابل طرح است؛ چراکه از یک‌سو، امر به معروف و نهی از منکر از جمله فروع دین و احکام اساسی دین اسلام است و از این رو، یک حکومت دینی، که داعیه مشروعیت دارد، ملزم به رعایت آن است. از سوی دیگر، یکی از مراتب اجرای این فریضه، که مرتبه عملی اجرای آن است (انکار به ید)، در حوزه کارکردها و وظایف حکومت به‌شمار می‌آید. به عبارت دیگر، این مرتبه از اجرای امر به معروف و نهی از منکر صبغه حکومتی دارد و نیازمند تشکیلات منسجم و سازمان‌یافته حکومتی است. و در نهایت، امر به معروف و نهی از منکر ابزار و شیوه آن چیزی است که امروزه در حقوق اساسی از آن به «حق نظارت همگانی» بر هیأت حاکم یاد می‌شود.

تمامی جهات مطرح شده بیانگر اهمیت و جایگاه ویژه امر به معروف و نهی از منکر در مقوله حکومت در اندیشه اسلامی است. در طول تاریخ سیاسی پس از اسلام، تشکیلاتی به نام «حسبه» در ساختار حکومت‌های اسلامی برای اجرای امر به معروف و نهی از منکر در جامعه ایجاد شد که وظیفه امر به معروف و نهی از منکر را بر عهده داشت (مشایخی، ۱۳۷۶، ص ۶۷). در ایران نیز در دوره‌های گوناگون تاریخی، تشکیلات حسبه را در ساختار حکومت‌ها سراغ داریم و تا زمان قاجاریه چنین تشکیلاتی وجود داشت. اگرچه در حوزه صلاحیت‌ها و چگونگی فعالیت آن، تفاوت‌هایی در دوره‌های تاریخی مشاهده می‌شود، اما در بیشتر دوره‌های تاریخی، وظیفه امر به معروف و نهی از منکر از سوی حکومت‌ها به این نهاد سپرده شده بوده است.

در بررسی عملکرد حکومت‌ها در خصوص موضوع امر به معروف و نهی از منکر در تاریخ ایران پس از اسلام تا زمان پیروزی انقلاب اسلامی ایران، که در جهت اسلامی کردن قوانین و ورود وظایف اسلامی

به چارچوب قوانین، امر به معروف و نهی از منکر در قالب وظیفه دینی به شکل قاعده حقوقی درآمد و در اصل هشتم قانون اساسی به عنوان وظیفه‌ای همگانی مطرح گردید، عصر صفوی برجستگی خاصی پیدا می‌کند. در این دوران، وظیفه امر به معروف و نهی از منکر بر عهده محتسب نبوده و در زمان‌های گوناگون به افراد متفاوتی واگذار شده است (جعفریان، ۱۳۷۷، ص ۶۶). همچنین در این عصر، فرامینی از سوی برخی از سلاطین صفوی صادر شد که به «فرامین امر به معروف و نهی از منکر» معروف است.

بنابراین، ملاحظه می‌گردد که در طول تاریخ سیاسی ایران پس از اسلام، تنها در دو مقطع تاریخی عصر صفوی و جمهوری اسلامی، امر به معروف و نهی از منکر به شکل ویژه‌ای مطرح نظر حکومت‌ها قرار گرفته و به شکل قانون و قاعده حقوقی مطرح گردیده است.

در این پژوهش، درصدد پاسخ به یک پرسش اصلی طی چند بخش است: نخست به دنبال فهم این مسئله است که زمینه، علت و مبنای صدور فرامین امر به معروف و نهی از منکر در عصر صفوی چه بوده است؟ از سوی دیگر، به دنبال پاسخ به این پرسش است که چه شباهت‌ها و تفاوت‌هایی میان این فرامین با اصل هشتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران وجود دارد؟ با توجه به پرسش‌های مزبور، روشن است که نوع این تحقیق اکتشافی است. از این رو، نمی‌توان انتظار فرضیه‌ای خاص داشت. در عین حال، می‌توان طبق آراء رایج گفت: از آن رو که تفاوت مبنایی میان مشروعیت حکومت صفوی و حکومت جمهوری اسلامی وجود دارد، فرقی اساسی از لحاظ فلسفه، علت و مرجع صدور فرامین عصر صفوی و اصل هشتم به چشم می‌خورد؛ زیرا اصل هشتم قانون اساسی به دنبال ایجاد یک حکومت دینی که مشروعیت آن ریشه در اعتقادات و تفکر شیعی دارد و هدف آن رشد دادن انسان در حرکت به سوی نظام الهی و ایجاد شرایطی است که در آن انسان با ارزش‌های والا و جهان‌شمول اسلامی پرورش یابد (ر.ک: مقدمه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران)، اما فرامین عصر صفوی که از سوی برخی سلاطین صادر شده است که حکومتشان با توجه به مبنای مشروعیت حکومت در اسلام، نامشروع تلقی می‌شود، انگیزه صدور این فرامین از سوی ایشان، تلاشی در جهت کسب مشروعیت و موجه نشان دادن حکومت خودشان است و نه انجام فریضه امر به معروف به عنوان یکی از وظایف حکومت، درحالی‌که در نظام جمهوری اسلامی، اجرای امر به معروف و نهی از منکر به عنوان وظیفه حکومت تلقی می‌شود که در صورت عدم انجام آن، حکومت، مشروعیت دینی و الهی خود را از دست خواهد داد.

این پژوهش به دنبال آن است که اصل هشتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران را بررسی کند و با معرفی اصل و سازوکارهای پیش‌بینی شده و تاریخچه این اصل، جایگاه امر به معروف و نهی از منکر

را در رویکرد و عملکرد نظام جمهوری اسلامی نشان دهد. سپس با پرداختن به فرامین امر به معروف و نهی از منکر صادر شده در عصر صفوی، اصل هشتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران را با این فرامین مقایسه کرده است.

در این نوشتار، سعی شده است پژوهشی بنیادین با استفاده از روش «اکتشافی» در کنار رویکرد «توصیفی-تحلیلی»، با ابزار تحلیل محتوا و مراجعه مستقیم به اسناد و مراجع دست اول، داده‌ها و اسناد معطوف به موضوع توصیف و تبیین شود، سپس با تحلیل و مقایسه داده‌ها و اسناد، نتیجه مطلوب و قابل قبولی عرضه گردد.

بررسی اصل هشتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

بیان مسئله

در مجموعه تعالیم عالی اسلام، جامعه نمونه کمال مطلوبی است که مردم با انجام کارهای نیک و پرهیز از کارهای بد، قادر به بنیان‌گذاری آن هستند. یکی از ابزارهای پدیداری و پایداری جامعه نمونه به‌کارگیری شیوه نظارت متقابل همگانی است. در نظام اسلامی، نیرومندترین اهم کنترل قدرت و حفظ نظام، نظارت عمومی است که بر عهده عموم مردم نهاده شده است. اصل اسلامی نظارت عمومی و همه مسئول هم بودن و وظیفه همگانی و متقابل امر به معروف و نهی از منکر، که بر عهده همه مردم نسبت به یکدیگر، دولت نسبت به مردم، و مردم نسبت به دولت قرار دارد، به نظام، چنان توانایی را می‌بخشد که به صورت مداوم سطح آگاهی‌های مردم و کارایی و قدرت کنترل داخلی را تا آن حد بالا می‌برد که هرگز قدرتی به فساد کشیده نشود و طرز فکر و خواسته مردم از حدود حق و خیر تجاوز نکند و راه نفوذی برای منحرفان و قدرت‌طلبان و سودجویان باقی نماند.

با استقرار نظام جمهوری اسلامی ایران بر مبنای اعتقاد بر حکومت حق و عدل و قرآن (اصل اول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران) و اجرای دستورات و احکام اسلام، حرکت در جهت رسیدن به جامعه سالم (مقدمه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران) و نمونه، که در آن قسط، عدل، استقلال و همبستگی ملی تأمین شده باشد (بند ششم اصل ۲ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران) آغاز گردید. برای نیل به این مقصود، دولت موظف است همه امکانات خود را برای ایجاد محیط مساعد به‌منظور رشد فضایل اخلاقی بر اساس ایمان و تقوا و مبارزه با تمام مظاهر فساد و تباهی به‌کار بندد

(اصل سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران). در این مسیر، امر به معروف و نهی از منکر، اهرم قدرتمندی است که از طریق بسیج همگانی و مستمر دولت و ملت می‌تواند زمینه‌ساز رشد فضایل و طرد مفاسد باشد. از سوی دیگر- همان‌گونه که بیان گردید- در نظام اسلامی، نیرومندترین اهرم کنترل قدرت و حفظ نظام، نظارت عمومی است که بر عهدهٔ عموم مردم نهاده شده و برجسته‌ترین شیوهٔ این نظارت عمومی امر به معروف و نهی از منکر است. از این رو، قانون‌گذار با درک مراتب این عنصر سازندهٔ اسلامی، برای تأسیس نهاد «نظارت» و مراقبت همگانی در اصل هشتم، مقرر می‌دارد: در جمهوری اسلامی ایران، دعوت به خیر، امر به معروف و نهی از منکر وظیفه‌ای است همگانی و متقابل بر عهدهٔ مردم نسبت به یکدیگر، دولت نسبت به مردم، و مردم نسبت به دولت. شرایط و حدود و کیفیت آن را قانون معین می‌کند (وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ) (توبه: ۷۹).

برای بررسی و شرح این اصل ابتدائاً به‌طور مختصر به بیان مقدماتی در خصوص امر به معروف و نهی از منکر پرداخته می‌شود.

تعریف «امر به معروف و نهی از منکر»

«معرفت» و «عرفان» به معنای شناختن، و «معروف» به معنای شناخته شده است. «معروف» به افعال و صفاتی گفته می‌شود که عقل و شرع آن را شناخته و آن را تأیید کرده‌اند. پس «امر به معروف» عبارت است از: تشویق و واداشتن دیگران به انجام افعال و داشتن صفاتی که به حکم عقل و از طرف شارع، به نیکی توصیف شده است (قربانی لاهیجی، ۱۳۷۹، ص ۳۴).

«منکر» نیز به معنای ناشناخته و ناآشناست و به همهٔ اعمال و اوصاف ناپسندی اطلاق می‌شود که شرع و عقل آن را به رسمیت نمی‌شناسد (هاشمی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۲۳۶). بنابراین، منظور از «امر به معروف و نهی از منکر» ایجاد زمینهٔ تحقق معروف و اعمال شیوه‌های صالح و منتفی کردن زمینه‌های بروز منکر و اعمال ناشایست و فساد و تباهی است (عمید زنجانی، ۱۳۸۵، ص ۲۳۱).

مبانی فقهی امر به معروف و نهی از منکر

الف. وجوب امر به معروف و نهی از منکر

بر هیچ‌کس پوشیده نیست که وجوب این قانون حیات‌بخش از ضروریات و مسلمات آیین اسلام و از طریق «قرآن، سنت، عقل و اجماع» ثابت است، تا آنجاکه در برخی مذاهب اسلامی، آن را از «اصول

دین» شمرده‌اند (دوست‌محمدی، ۱۳۷۶). آیات و روایات و نصوص مصرح بر وجوب، در حدی از کثرت و شمول است که بحث درباره آن از گنجایش این مقال خارج است. تمام علمای اسلام بدون استثنا، به وجوب این فریضه الهی اعتقاد دارند، ولی در کیفیت وجوب (عینی و یا کفایی بودن) آن بین فقها اختلاف نظر است.

ب. شرایط و مراحل امر به معروف و نهی از منکر

فقه‌های اسلام وجوب امر به معروف و نهی از منکر را منوط به اجتماع چهار شرط می‌دانند:

۱. آگاهی نسبت به معروف و منکر؛ ۲. احتمال تأثیر؛ ۳. اصرار خطاکاران بر اعمال خلاف؛ ۴. عدم ترتب فساد (موسوی خمینی، ۱۴۰۳ق، ج ۱، ص ۴۰۲-۴۰۶).

در کتب فقهی، مراحل برای فریضه امر به معروف و نهی از منکر بیان شده که با توجه به کیفیت اجرا- به ترتیب ذیل- قابل اعمال است: ۱. مراتب تذکارتی انکار قلبی- انکار زبانی؛ ۲. مرتبه عملی (انکار به ید).

تاریخچه اصل هشتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

پیش از انقلاب اسلامی

در تاریخ ایران و اسلام، امر به معروف و نهی از منکر با عنوان «حسبه» در هم آمیخته و موقعیت والایی داشته است. در دوران صفویه، «محتسب الممالک» از مناصب رسمی حکومت بود و مرکز آن در پایتخت مستقر بود و در شهرهای گوناگون نمایندگی داشت، اما- همان‌گونه که در مقدمه بیان گردید- در این دوران، وظیفه امر به معروف و نهی از منکر بر عهده محتسب نبود و در اختیار منصب دیگری بود.

در دوره قاجاریه، یکی از دوایر مهم دولتی «دائرة الاحتساب» بود و در زمان حکومت طویل‌المدت ناصرالدین شاه، قدرت قابل توجهی کسب کرد. پس از انقلاب مشروطه، «قانون امور حسبی» وضع گردید و در دادگاه‌های حقوقی به امور حسبی رسیدگی می‌شد.

با محدود کردن اختیارات محتسب، به تدریج از این پس دایره حسبه و به تبع آن، امر به معروف و نهی از منکر رو به افول نهاد و در دوران حکومت پهلوی محو گردید. حرکت فردی و پراکنده آحاد مردم با رهبری بدیل بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران حضرت امام خمینی^ع در ۱۵ سال «۴۲ تا ۵۷» به حرکتی متحد و یکپارچه تبدیل شد و نظام استکباری را در هم فرو ریخت.

پس از پیروزی انقلاب اسلامی

با تجلی حکومت اسلامی به رهبری امام خمینی^{ره}، امر به معروف و نهی از منکر روحی تازه یافت. امام راحل در تاریخ ۱۰ اسفند ۱۳۵۷ طی یک سخنرانی در مدرسه «فیضیه» تشکیل دایره امر به معروف و نهی از منکر را بشارت دادند (موسوی خمینی، صحیفه امام، ج ۶، ص ۲۷۴) و به شورای انقلاب اسلامی چنین دستور دادند:

بسم الله الرحمن الرحيم. شورای انقلاب اسلامی به موجب این مرقوم، مأموریت دارد که اداره‌ای به اسم «امر به معروف و نهی از منکر» در مرکز تأسیس نماید و شعبه‌های آن در تمام کشور گسترش پیدا کند، و این اداره مستقل و در کنار دولت انقلاب اسلامی است و ناظر به اعمال دولت و ادارات دولتی و تمام اقشار مختلف است. به هر صورت که باشد جلوگیری نماید و حدود شرعیه را تحت نظر حاکم شرعی یا منصوب از قبل او، اجرا نماید (همان، ج ۹، ص ۸۹).

این حکم هرگز اجرا نشد و در تاریخ انقلاب اسلامی در هاله‌ای از ابهام باقی ماند. قابل توجه است که هنگام تدوین قانون اساسی، که نخستین بار در زمان رژیم گذشته، هنگام تبعید امام راحل در پاریس صورت گرفت (حسن زاده، ۱۳۷۹، ص ۲۷)، به فریضه امر به معروف و نهی از منکر توجه نشد. حتی در پیش‌نویس رسمی قانونی، که دولت موقت به مجلس خبرگان قانون اساسی ارائه کرد نیز چنین چیزی مطرح نشده بود (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۱۹۷-۲۲۹). اما مجلس خبرگان در زمینه تدوین قانون اساسی، خود را محدود به پیش‌نویس ارجاعی به آن نکرد و در آن ابتکاراتی به خرج داد که اصل هشتم از جمله این ابتکارات است.

تصویب اصل هشتم قانون اساسی

در تاریخ ۲۲ شهریور ماه ۱۳۵۸، اصل هشتم قانون اساسی در مجلس خبرگان قانون اساسی به تصویب رسید و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل هشتم به این فریضه مهم توجه کرد و به آن صبغه قانونی داد.

لایحه امر به معروف و نهی از منکر در دولت

در قانون اساسی مصوب سال ۱۳۵۸ معین کردن شرایط، حدود و کیفیت امر به معروف و نهی از منکر به قانون محول شده است. این قانون باید به صورت لایحه از سوی دولت به مجلس ارائه می‌شد تا برای اجرایی شدن تصویب گردد. اما با گذشت سال‌ها، بدون اینکه این اصل قانونی شود،

ستادی با عنوان «ستاد احیای امر به معروف و نهی از منکر» برای احیای این فریضه تشکیل گردید و علی‌رغم آنکه لایحه امر به معروف و نهی از منکر در ۲۸ شهریورماه ۱۳۸۶ در دولت نهم به تصویب رسید، به دلایل نامعلوم به مجلس نرسید.

تبدیل لایحه به طرح

در نیمه نخست سال ۱۳۸۹ طرح «امر به معروف و نهی از منکر» در مجلس مطرح گردید و در ششم مهرماه ۱۳۸۹ فصل اول این طرح، که شامل تعاریف و کلیات بود، بررسی شد. اکنون دیگر فصول این طرح در کمیسیون «شوراها و امور داخلی کشور»، که کمیسیون اصلی رسیدگی به این طرح است، بررسی می‌شود.

محتوای اصل هشتم قانون اساسی و ساز و کارهای اجرایی آن

بر پایه اصل هشتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، وظیفه امر به معروف و نهی از منکر در سه بخش ترسیم شده است:

الف. نظارت دولت نسبت به مردم

اجرای اصل امر به معروف و نهی از منکر از طریق نظارت زمام‌داری بر امور عمومی و اجتماعی، اوضاع جامعه را بهبود می‌بخشد و از اشاعه منکرات می‌کاهد. هیأت زمام‌داری برای رسیدن به این اهداف، از محور رهبری و قوای حاکم، وظایف سازنده خود را ایفا می‌نماید.

۱. **نظارت رهبری:** تأسیس نهاد «رهبری» در جامعه بدان معناست که مجاری امور در دست فقیه واجد شرایطی قرار گیرد که با تشخیص حلال و حرام، ضامن مصونیت سازمان‌های گوناگون از انحراف از وظایف اصیل اسلامی خود است. بدین منظور، قوای حاکم (مقننه، مجریه و قضاییه) زیر نظر ولایت امر قرار گرفته است تا طبق اصول قانون اساسی، از سلامت رفتار حکام و کارگزاران مراقبت و پاسداری نماید. تعیین فقهای شورای نگهبان، امضای حکم ریاست جمهوری، نصب و عزل رئیس قوه قضاییه و رئیس سازمان صدا و سیما جمهوری اسلامی ایران و مانند آن از سوی رهبری، زمینه تحقق نظارت مستمر و همه‌جانبه این مقام را فراهم می‌آورد. نظارت قانونی مذکور را می‌توان جلوه گویایی از امر به معروف و نهی از منکر دانست که در آن، مقام رهبری شخصاً و یا از طریق نمایندگان خود، تمام دستگاه‌ها را به اجرای حقوق خداوند و مردم مکلف می‌سازد (هاشمی،

۱۳۸۵، ج ۱، ص ۲۵۲). همچنین رهبر به‌عنوان یک شخصیت روحانی، مردم و دولت را در امور گوناگون موعظه می‌کند و از این طریق، به خیر دعوت می‌نماید.

۲. نظارت از طریق تدوین سیاست‌ها و قوانین اصلاح اجتماعی: برنامه‌ریزی و سیاست‌گذاری دولت با وضع قوانین کلی و نوعی، باید به‌گونه‌ای باشد تا هدف مبارزه با ریشه‌های فساد و نابسامانی‌های اجتماعی و ایجاد محیط مساعد برای رشد فضایل اخلاقی را محقق سازد.

۳. نظارت اجرایی: دولت برای حفظ جامعه از راه‌های نظارتی متعددی استفاده می‌کند تا کارها بر اساس قوانین صورت پذیرد. مهم‌ترین اقدامات نظارتی دولت در زمینه نظارت انتظامی، نظارت اقتصادی و نظارت بهداشتی خلاصه می‌شود.

۴. اقدام قضایی: پس از انکار از طریق تذکار، اگر ارتکاب منکرات ادامه یابد برای صیانت از جامعه و حفظ حقوق عمومی و خصوصی، تعقیب مرتکبان ضرورتی اجتناب‌ناپذیر خواهد یافت. بنابراین، دستگاه‌های قضایی، هم در پاسخ دادخواهی متظلمان و هم رأساً مبادرت به تعقیب، رسیدگی و صدور حکم مجازات بزه‌کاران می‌کنند.

ب. نظارت مردم نسبت به دولت

ایجاد جامعه مطلوب، آرمانی است که نه‌تنها در افکار اندیشمندان و آموزه‌های فلسفی (به صورت استدلالی آن) از گذشته تاکنون تبلور یافته، بلکه عموم افراد جامعه نیز کم و بیش با بهره‌گیری از تصورات خویش، آن را بررسی کرده‌اند. تحقق این آرمان مستلزم وجود لوازم و شرایط گوناگونی است که از منظر حقوقی، «نظارت عمومی برای اعمال اقتدار حکومتی» یکی از لوازم اساسی مذکور است. ضرورت این نظارت را، هم شرع و هم حقوق موضوعه پذیرفته‌اند (سیموندز، ۱۳۸۱، ص ۱۲۷؛ قاضی شریعت‌پناهی، ۱۳۷۵، ص ۲۱). در واقع، این پیشنهاد فلسفی در حقوق اساسی همراه با آموزه‌های دینی، در سند اساسی تأسیس این نظام به صورت صریح و برجسته تبیین شده است؛ یعنی بر نظارت مردم بر دولت در اصل هشتم قانون اساسی و مقدمه آن تصریح شده است. این حق و تکلیف در پرتو پشتیبانی سایر اصول قانون اساسی، برجسته‌تر می‌شود.

حاکمیت ملت بر سرنوشت خویش (اصل پنجاه و ششم قانون اساسی) حاصل لطف الهی نسبت به نوع بشر است و ملت اعمال مظاهر این حاکمیت را به نهادها و مقامات گوناگون واگذار می‌نماید و حق دارد بر شیوه‌های اعمال آن نیز نظارت کند. در چنین وضعی، مفهوم «دموکراسی دینی»، یعنی حکومت تمام مردم برای مردم و به وسیله مردم عینیت می‌یابد (آقایی، ۱۳۷۶، ص ۸۰).

این نظارت به صورت فردی (سازمان‌نیافته) و جمعی (سازمان‌یافته) قابل تحقق است. نظارت فردی به‌ویژه به وسیله اعمال آزادی‌های بیان، مطبوعات و درخواست ابطال مصوبات نامشروع قوه مجریه قابل انجام است، درحالی‌که چهره‌های سازمان‌یافته و جمعی این حق نظارت را می‌توان در قالب ایجاد تشکل‌های سیاسی، انجمن‌های صنفی، سازمان‌های غیردولتی یا برگزاری اجتماعات و راهپیمایی‌ها، برگزاری همه‌پرسی انتخابات و پله بیسیت مشاهده کرد (غریبی، بی‌تا، ۱۳۸۹).

ج. نظارت متقابل مردم بر یکدیگر

همان‌گونه که اشاره شد، در فقه اسلامی، برای امر به معروف و نهی از منکر مراتب و مراحل «تذکارتی» و «عملی» بیان شده است که مرحله تذکارتی حق و تکلیف همگانی است، اما اقدام عملی (ضرب و جرح و مجازات) از عهده مردم خارج است و بر عهده حاکم قرار می‌گیرد (موسوی خمینی، ۱۴۰۳ق، ج ۱، ص ۴۱۳، مسئله ۱۰). با توجه به اینکه قواعد اجتماعی نظام جمهوری اسلامی ایران باید بر اساس موازین اسلامی باشد، بنابراین، از نظر شرعی حق و تکلیف افراد عادی مردم به پند و اندرز (مراتب تذکارتی) محدود می‌گردد. تردیدی نیست که اقدامات عملی توسط افراد علاوه بر آنکه خلاف موازین اسلامی است، هرج و مرج و تزلزل امنیت قضایی مردم را به دنبال خواهد داشت که این امر نمی‌تواند در یک جامعه سالم مقبول باشد (بسیج، ۱۳۸۷، ص ۴).

بررسی فرامین امر به معروف و نهی از منکر در عصر صفوی

بیان مسئله

سلسله صفویه از سال ۹۰۶ق آغاز و تا سال ۱۱۴۸ق دوام یافت. اگرچه صفویان مانند اسلاف خود، بر اساس سیاست جنگ و استیلا، حکومت بر ایران را به دست آوردند، اما سلاطین این سلسله به جای تکیه بر قدرت نظامی و سیاست سرکوب، سعی داشتند حکومت خود را قانونی و مشروع جلوه دهند (عمید زنجانی، ۱۳۸۵، ص ۶۵). آنها می‌خواستند اصول تشیع را، که حکومت غیر امام را حکومت غاصبانه می‌شمرد، با سلطنت خویش همسو گردانند. از این رو، شماری از آنان مشروع بودن حکومت خود را به تأیید مجتهدان می‌دانستند (موسوی خوانساری، ۱۴۱۱ق، ص ۳۶۱)؛ چنان‌که شاه طهماسب خطاب به محقق کرکی گفت: «تو شایسته‌تر از من به حکومتی؛ زیرا تو نایب امامی و من از کارگزاران تو می‌باشم و به دستورها و نهی فرموده‌های تو عمل می‌کنم».

از جمله مهم‌ترین تغییرات در نظام حقوقی ایران در عصر صفوی، رسمیت یافتن فقه امامیه بود. طرف‌داری بعضاً تعصب‌گونه سلسله سلاطین صفویه در حمایت بی‌دریغ از عقاید، مراسم، شعائر و مقدمات تشیع در تاریخ سیاسی حکومتی بی‌نظیر است. هرچند این روش ابتدا به صورت عامیانه، صوفیانه و قشری بود، اما به تدریج، با ورود تشیع فقهاتی به درون حکومت صفویه، صبغه فقهی به خود گرفت.

از سوی دیگر، در طول تاریخ صفوی، سلاطین صفوی از طریق جلب نظر فقها و اعلام نیابت از فقها به عنوان نمایان امام زمان عجله تعالی فرجه اقدام به مشروعیت‌طلبی کردند. صفویه به راحتی می‌توانستند از مردم هرگاه که می‌خواستند بیعت بگیرند، اما بیعت جزو معتقدات آنها نبود. آنها مشروعیت حکومت خود را در انتساب به امام معصوم جست‌وجو می‌کردند و ایجاد این رابطه تنها توسط فقها امکان‌پذیر بود (عمید زنجانی، ۱۳۸۵، ص ۶۹). این اقدام سلاطین صفوی صرف‌نظر از انگیزه‌ها و نیت مثبت یا منفی، که در پشت سر آن قرار داشت، گامی مثبت در جهت حضور فقها و علمای مذهبی در حوزه‌های حکومتی بود.

تشکیلات حسبه و منصب محتسب در عصر صفوی

از دیرباز، کار امر به معروف و نهی از منکر در جامعه اسلامی، بر عهده محتسبان بوده است. در این باره، آگاهی‌های فراوانی از دوره‌های گوناگون تاریخی در دنیای اسلام در دست داریم. در دوره صفوی، منصب محتسب تحت عنوان «محتسب الممالک» وجود داشت، اما حوزه کار او آن مقدار اندک بود که نمی‌توانست سمت مهمی در این دوره به‌شمار آید. از توضیحاتی که ذیل این عنوان آمده است، چنین به‌دست می‌آید که شغل مزبور تنها نظارت بر قیمت اجناس در بازار و جلوگیری از گران‌فروشی بود (قمی، ۱۳۵۹، ج ۱، ص ۴۵۵). این مطلبی است که شاردن نیز آن را تأیید می‌کند که کار محتسب تنها نرخ‌گذاری روی اجناس و کنترل قیمت‌ها بوده است (میرزا سمیعا، بی‌تا، ص ۴۹). در این صورت، نظارت بر امر به معروف و نهی از منکر در حیطه کار وی نبوده است. در متن دیگری نیز، که درباره‌ی مناصب دوره صفوی، از سال‌های پایانی صفوی بر جای مانده، نامی از محتسب برده نشده است (ر.ک: رحیم‌لو، ۱۳۷۲).

به نظر می‌رسد در آغاز دوره صفوی، کار امر به معروف و نهی از منکر، دست‌کم در برخی از ایالات، به شخصی که منصب خلافت را داشت، واگذار می‌شد. این منصب، که ریاست اصلی آن در تخت‌گاه سلطنت در اختیار خلیفه‌الخلفاء بود، نوعی سرسلسله‌داری برای تشکیلات صوفیان

بود؛ آن هم زمانی که هنوز تشیع فقهاتی چندان رواجی نیافته و منصب «شیخ‌الاسلامی» استوار نشده بود. بعدها کار امر به معروف و نهی از منکر در حیطة اختیارات شیخ‌الاسلام قرار گرفت (جعفریان، ۱۳۷۷، ص ۶۷).

سلاطین صفوی و مسئله امر به معروف و نهی از منکر

خاندان شیخ صفی در دوران نخست خود تا پیش از رسیدن به قدرت، شهرت خاصی در تقید به رعایت احکام شرعی داشتند. تنها زمینه اتهام به بی‌قیدی و لابلالی‌گری مذهبی، تصوف آنها بود که اساساً در آن روزگار، بخش غالب مردم ایران و عثمانی گرایش‌های صوفیانه داشتند و تا حد زیادی تصوف با شریعت تلفیق شده بود. پس از آنکه این خاندان با قیام شاه اسماعیل به سلطنت و حکومت دست یافت، برای رعایت مسائل شرعی در جامعه، درست مانند دولت عثمانی، منصب صدارت و «شیخ‌الاسلامی» را ایجاد کرد و مسئولیت آن را نیز به علمای بزرگ شیعه، که از عراق یا جبل عامل دعوت می‌شدند، واگذار نمود.

در اینجا، دو نکته وجود دارد: نخست. تقید خود سلاطین صفوی و دربار آنها به احکام شرعی؛ دوم. وضعیت توده‌های مردم.

آنچه در این باره می‌توان گفت آن است که در دوره صفوی، تقید سلاطین به احکام و فرامین دینی، با فراز و نشیب و شدت و ضعف همراه بود. با تأسف باید گفت: خصلت سلطنتی بودن حکومت در ایران، از کهن‌ترین ایام تا زمان صفوی، همواره زمینه‌ای برای اشرافی‌گری و مظاهر آن، یعنی فساد اخلاقی و در رأس آن، شراب‌خواری بود (جعفریان، ۱۳۷۷، ص ۶۸).

بخشی از این فراز و نشیب به خود سلاطین صفوی و گرایش‌های شخصی آنان مربوط می‌شد. در میان آنها، شاه طهماسب و سلطان حسین صفوی، شهرت بیشتری به رعایت حدود شرعی داشتند. سایرین نیز کمابیش حساسیت‌های مذهبی خود را داشتند، جز آنکه گزارش‌هایی نیز درباره بی‌تقیدی آنها به برخی احکام شرعی در منابع ایرانی و خارجی آمده است. آنچه در این باره اهمیت دارد آن است که از نظر آنان، جمع میان حساسیت‌های دینی و مذهبی با دست زدن به برخی کارهای فسادآمیز—به‌ویژه مشروب‌خواری— روا شمرده می‌شد.

بخش دیگری از توجه به احکام شرعی در آن دوره، مربوط به حضور قاطعانه برخی از علما و مجتهدان و میدان گرفتن آنها در ایفای نقش اجتماعی بهتر بوده است؛ به این معنا که هر بار عالمی متنفذ

و قدرتمند در مجموعه حکومت و مردم نفوذ می‌یافت، برای مدتی اصلاحات دینی آغاز می‌شد. علما، که در دوره صفوی با بیشتر سلاطین صفوی نزدیکی و قرابت ویژه‌ای داشتند، در صورت به‌دست آوردن فرصت، زمینه جدی تأثیرگذاری بر شاه و دستگاه سلطنت را در زمینه اصلاح مسائل اخلاقی جامعه در قالب امر به معروف و نهی از منکر فراهم می‌کردند. کافی بود سلطان گرایشی به این امور پیدا کند. به دنبال آن، فرامینی به تمامی بلاد صادر می‌شد و احکام ویژه‌ای برای جلوگیری انواع فتنه و فساد، شرف نفاذ می‌یافت!

با این حال، در دوران صفوی، فرمان‌هایی یافت می‌شد که به‌طور عمومی، در قالب امر به معروف و نهی از منکر، دستوراتی را در جهت جلوگیری از فساد ارائه کرده و به‌طور خاص، از برخی از مظاهر فساد یاد نموده است.

در این زمینه، دو مقطع مهم وجود دارد: نخست. دوران شاه طهماسب، که فرمان عمومی صادر شد و ضمن کتیبه‌های سنگی در برخی اماکن عمومی در مساجد مهم شهرها نصب شد. دوم. در دوره شاه سلطان حسین که درست به همان صورت، فرمان مزبور به صورت کتیبه سنگی در برخی مساجد بزرگ شهرها نصب گردید.

البته از دوره‌های میانی نیز احکام مشابهی در رعایت برخی امور مذهبی وجود دارد که نمونه آن حکم شاه صفی برای جلوگیری از شراب‌خواری و ریش‌تراشی است که درباره ریش‌تراشی نمونه آن از عهد سلطان حسین باقی‌مانده نیز گزارش شده است (نوابی، ۱۳۷۰، ص ۴۱۰-۴۱۱). از دوران شاه عباس دوم نیز مانند آن موجود است.

از آنجاکه در این پژوهش، مجال پرداختن به همه این فرامین وجود ندارد، تنها چند نمونه از مهم‌ترین این فرمان‌ها ذکر می‌شود:

الف. توبه شاه طهماسب و فرمان امر به معروف و نهی از منکر

شاه طهماسب (۹۳۰-۹۸۴) در سال‌های نخست، به سبب کمی سن و سال، اسیر دست درباریان و امیران قزلباش بود؛ کسانی که کمابیش اهل مشروب‌خواری و دیگر مفاسد و مناهمی بودند. در سال ۹۳۹ با دیدن یک خواب، تحولی اخلاقی در وی پدید آمد و پس از آنکه توبه کرد، دستورالعملی برای تمامی ممالک نوشت تا بساط مشروب‌خواری و فساد برچیده شود. نخستین گزارش تاریخی از این تحول، مطالبی است که خود شاه طهماسب در تذکره خویش آورده است:

و من در وقتی که از هرات کوچ کرده به زیارت مشهد مقدس امام رضا علیه السلام می‌رفتم، میر سیدمحمد، پیش‌نماز مدینه مبارک حضرت رسالت پناه محمد صلی الله علیه و آله را در خواب دیدم که به من می‌فرماید که از مناهی بگذر که تو را فتوحات خواهد شد. در صبح، به احمد بیک وزیر و امرا، که حاضر بودند، این خواب را بیان کردم. بعضی از ایشان گفتند که از بعضی منهای بگذریم و از بعضی دیگر مثل شراب، که ضروری سلطنت است، نمی‌توان گذشت و هرکس حرفی در این باب می‌فرمود. آخر من گفتم که امشب بدین نیت می‌خواهم، به هر طریق که می‌نماید، بدان عمل خواهم کرد... باز همان شب، در واقعه دیدم که در بیرون پنجره پایین حضرت امام ضامن امام رضا علیه السلام دست سیادت پناه میرهادی محاسب را گرفته، از شراب و زنا و جمیع مناهی توبه کردم... صبح در همان موضع، سید مذکور حاضر شد، دستش را گرفته، از جمیع مناهی توبه کردم و در سن بیست سالگی این سعادت نصیب شد... الحمدلله و المنة، از آن تاریخ که سعادت میسر شده، از کل مملکت من فسق و فجور برطرف شده و روزه‌روز - بتوفیق الله تعالی - فتوحات گوناگون روی نموده، به طریقی که هرگز در خاطر ما شمه‌ای از آن نمی‌رسید (جعفریان، ۱۳۷۷، ص ۷۱).

شرحی که گذشت از آن خود طهماسب است که اصل این ماجرا را به خود نسبت می‌دهد و خوابی که در مشهد مقدس دیده است. در اینجا، باید به این نکته توجه داشت که وی درست در همین سال، حکم شیخ‌الاسلامی شیخ علی‌بن عبدالعالی کرکی (م ۹۴۰) را صادر کرد و تمامی اختیارات را به وی واگذار نمود (خاتون‌آبادی، ۱۳۵۲، ص ۶۱). بعید نیست که این اقدامات تحت تأثیر محقق کرکی انجام شده باشد. پس از آن شاه، فرمانی در این باره به ممالک فرستاد و طبق معمول، این فرامین مهم بر روی سنگ کنده شد و در مساجد نصب گردید. متن این فرمان به همراه چند فرمان دیگر، در بالای مغازه‌ای مربوط به مسجد «میرعماد» کاشان نصب شده است:

الحمدلله الذی امر با المعروف و نهی عن المنکر، و الصلوة و السلام علی سید البشر و الائمة الاثنی عشر المبعوثین لترویج الشرع الاطهر و صلوات الله [علیهم] الی یوم المحشر. و بعد، بر ضمیر انور... کبریا گوهر، مخفی نماند که همگی توجه خاطر فیض گستر نواب کامیاب حامی اهل ایمان، ماحی آثار فسق و عصیان، اعلی همایون، فرمانفرمای ربیع مسکون، المؤید بتأیید الله الملك المان، ابوالمظفر السلطان شاه طهماسب بهادر خان - خلدالله تعالی ملکه و سلطانه و افاض علی العالمین بره و عدله و احسانه - که شجره اقبالش لایزال از جوینار شریعت سیدالمرسلین و طریقت ائمة المعصومین نشو و نما پذیرفته، مصروف و معطوف به ترویج دین مبین و شرع مستبین است، در این ولاء به بیامن توفیقات ازلیه و تبرکات تقبیل عتبه علیه رضیه رضویه و به اقتضای عنایت نامتناهی که ندای دلگشای الصلوة و السلام و التحية مبشر هدايت «یا ایها الذین آمنوا توبوا الی الله توبه نصحاً» (تحریم: ۸) را به مسامع اعزاز رسانیده، از روی اخلاص استماع نموده، از مناهی و منکرات توبه نصح وقوع یافت. به مقتضای کریمه «کنتم خیر امة اخرجت للناس تأمرون بالمعروف و تنهون عن المنکر» (آل عمران: ۱۱۰) حکم مطاع واجب‌الاتباع صادر گشته که از ممالک محروسه شراب‌خانه و بنگ‌خانه و معجون‌خانه و بوزه‌خانه (محل عرضه شراب برنج و جو) و قوالب‌خانه (محل خوانندگی و نوازندگی) و بیت‌اللطف (فاحشه‌خانه‌ها) و قمارخانه و کبوتربازی نباشد. مستوفیان کرام ماهانه مقرر ی آن را از

دفاتر اخراج نموده و داخل جمع و دفتر نساژند و امور مذکوره را از جمیع ممالک خصوصاً دارالایمان کاشان برطرف ساخته، نگذارند که من بعد کسی مرتکب این مناهی شود، و سایر نامشروعات را مثل ریش تراشیدن و طنبور زدن و دیگر آلات لهو رفع نمایند، و هر کس مرتکب این امور شود زجر و سیاست بلیغ نموده، آنچه مقتضی شرع شریف باشد مرتب دارند، و منع نقاره زدن و اجتماع کردن در بقاع خیر نمایند. احدی به علت مرواطلبی نکند و منع امارد نمایند که در حمامات خدمت نکنند و غازیان عظام و عساکر ظفر فرجام و جمهور سکنه و عموم متوطنه آنجا حسبالمسطور مقرر دانسته هر کس متصدی امری از امور مذکور شود از مردودان شناخته، تغییرکننده را در لعنت و سخط الهی دانند. «فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَأَنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ» (بقره: ۱۸۱) «فَقَدْ بَاءَ بِغَضَبِ مِنَ اللَّهِ وَمَا وَاهُ جَهَنَّمَ وَبِئْسَ الْمَصِيرُ» (انفال: ۱۶) و علیه لعنة الله و لعنة اللاعنين من الملائكة و الانس و الجن اجمعين. و كان ذلك في السابع من شهر ربيع الاول، سنة احدى و اربعين و تسع مائة هجرية.

چه خدمت گزارد زبان در سپاس
که او کند بنیاد فسق از زمین
به توفیق طاعت دلش زنده‌دار

نگبجد کرم‌های حق در قیاس
خدایا، تو این شاه با داد و دین
بسی بر سر خلق پاینده‌دار

آمین رب العالمین (نوابی، ۱۳۶۰، ص ۵۱۳)

ب. فرمان شاه سلطان حسین در امر به معروف و نهی از منکر

سال‌های حکومت شاه سلیمان صفوی به سبب بی توجهی جدی شاه به مسئله فساد و آلودگی خود او، مملو از فساد بود، اما همچنین باید توجه داشت که به لحاظ ساختار سیاسی - دینی جامعه عصر صفوی، بعد مذهبی جامعه و نفوذ علمای برجسته نیز بسیار استوار بود و حتی شاه نیز به سبب آنکه در رأس این نظام واقع شده بود، در مجموعه فعالیت‌های دینی و فرهنگی مربوط به مذهب نقش داشت.

بر این اساس، پس از درگذشت وی، زمانی که شاه سلطان حسین قدرت را به دست گرفت (ذی حجه سال ۱۱۰۵) علامه مجلسی (م ۱۱۱۰) با استفاده از موقعیت بالای خود و با اعتمادی که شاه جدید به وی داشت، از فرصت استفاده کرد و زمینه را برای اصلاحات اخلاقی فراهم نمود. علامه که نسبت به وضعیت زمان شاه سلیمان راضی نبود، کوشید تا با وارد کردن عالمان دیگر، جلوی فساد را بگیرد. اینجا بود که به اصرار وی و موافقت شاه، یک جمع چند نفری از علما با تشکیل یک مجلس مشاوره، حرکتی را برای از میان بردن فساد آغاز کردند. طبیعی بود که علامه به عنوان شیخ الاسلام اصفهان، مسئولیت اجرایی از بین بردن این فساد را بر عهده داشت. این اقدام آنها سبب شد تا شاه رسماً موضع ضد فساد گرفته، به عنوان نخستین قدم، دستور دهد تا شش هزار بطری شراب شیرازی و گرجی را، که در سرداب‌های کاخ سلطنتی بود، بیرون ریخته، بشکنند (لارنس، ۱۳۶۴، ص ۴۴).

بحث از مسئله «امر به معروف و نهی از منکر» در خطبه‌های که علامه مجلسی در روز جلوس شاه ایراد کرد آغاز شد:

گویند: سلطان حسین هنگام مراسم تاج‌گذاری اجازه نداد که کسی از صوفیان به رسم معمول، شمشیر سلطنت را زیب پیکر وی سازد و در عوض، انجام آن را از شیخ‌الاسلام خواست. شاه پس از پایان مراسم، از محمدباقر پرسید که در ازای این خدمت چه انتظاری دارد؟ محمدباقر [مجلسی] پاسخ داد که تمنای وی آن است که شاه باده‌نوشی و جنگ طوائف و دسته‌جات و کبوتربازی- تفریحی علی‌الظاهر بی‌زیان- را با صدور فرمان، ممنوع سازد. شاه به طیب خاطر، موافقت خود را با این تقاضا اعلام داشت و فوراً فرامین لازم را صادر کرد. به موجب فرمان منع، باده‌گساری نیز قذف شده بود که کلیه باده‌فروشی‌ها منهدم گردیده و تمامی غرابه‌ها و سبوه‌های باده معدوم شدند. شاه به رسم عبرت، اوامر صادر کرده بود که غرابه شراب شیراز و کرجی را، که در سرداب‌های قصر سلطنتی ذخیره شده بودند، به خارج آورده در انتظار عام بشکنند. روز بعد، دو نفر، که در حین باده‌نوشی دستگیر شده بودند، در میدان شاه شدیداً تازیانه خوردند (نصیری، ۱۳۷۳، ص ۳۵).

اندکی پس از صدور حکم، اعتراض‌هایی مطرح شد. محور این اعتراض‌ها آن بود که درآمد ناشی از رواج این قبیل امور، به‌ویژه مشروب‌فروشی‌ها، قمارخانه‌ها و مراکز فحشا، بسیار گسترده بود و جلوگیری از آنها، سبب می‌شد تا دولت از درآمد قابل توجهی محروم بماند. شاه از این سخنان سخت خشمگین شد و گفت که راضی نیست این قبیل مداخل را، که به نوعی رخصت دادن به زنا و قمار کردن است، به خزانه دولت بریزد. این موضوع سبب شد تا بار دیگر حکمی سخت از سوی شاه سلطان حسین صادر شود. در این فرمان، نه تنها شراب‌خواری و قماربازی و زنا ممنوع شد، بلکه هرگونه بازی رایج در آن زمان، که به نوعی در مظان فتنه و فساد بود، به‌ویژه قمار، ممنوع اعلام شد. این اقدام شاه، که خود برگرفته از توصیه علامه مجلسی بود، نیاز به حمایت بیشتر علما داشت. به همین سبب، شاه دستور داد تا میرزا ابوالقاسم مجلس‌نویس، دعوتی از علمای اعلام به عمل آورده، آنان ضمن اعلامیه‌ای حمایت خود را از اقدامات شاه اعلام کنند.

قرار بر آن شد تا علما متن اعلامیه را امضا کرده، شهادت و گواهی خود را بر درستی آن، در پایین آن بنویسند. در حاشیه و ادامه وثیقه، گواهی شاه و شماری از علما آمده بود. پس از آنکه این وثیقه آماده شد و گواهی علما در ضمن آن آمد، شاه اعلامیه‌ای رسمی به همه ممالک محروسه ارسال کرد و ضمن آن، به این وثیقه نیز اشاره نمود. متن فرمان از این قرار است:

از هنگامی که مهره انجم بر تخت زرنگار فلک آبگون سیماب نمون به‌دست قضا چیده و به کعبتین عاج نیرین جهت تحصیل نقد سعادت کونین به نقش شش جهت گردیده، گنجور گنجینه

وجود به مؤذای: «قُلِ اللَّهُمَّ مَالِكَ الْمُلْكِ تُؤْتِي الْمُلْكَ مَنْ تَشَاءُ وَتَنْزِعُ الْمُلْكَ مِمَّنْ تَشَاءُ وَتُعِزُّ مَنْ تَشَاءُ وَتُدْلِلُ مَنْ تَشَاءُ بِبَيْدِكَ الْخَيْرِ إِنَّكَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ» (آل عمران: ۲۶) درهم و دینار تمام عیار و زر ده دهی پادشاهی و فرماندهی عرصه روزگار را جهت این دودمان خلافت و ولایت و خاندان نبوت و امامت، در مخزن هستی در کمال تردستی، محفوظ و مضبوط داشته، جهت سپاس این نعمت بی قیاس و ادای شکر این عارفه محکم اساس، در این عهد سعادت اقتباس، که عذرای دولت روزافزون، در آغوش و لیلای سلطنت ابد مقرون دوش به دوش، و اوان سال جلوس میمنت مأنوس و اوان شکفتگی گلشن آمال عامه نفوس است، همت صافی طوبیت معدلت گستر و ضمیر منیر مهر اضانت شریعت پرور، به حکم آیه وافی هدایت: «الَّذِينَ إِنْ مَكَّنَّاهُمْ فِي الْأَرْضِ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوْا الزَّكَاةَ وَأَمَرُوا بِالْمَعْرُوفِ وَنَهَوْا عَنِ الْمُنْكَرِ» (حج: ۴۱)، به اجرای اوامر و نواهی خالق کل و خاتم انبیا و رسل و به فحوای صدق انتمای: «أَطِيعُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ» (آل عمران: ۱۳۲) معطوف و مصروف داشته، امر عالم مطیع شرف نفاذ یافت که به مضمون بلاغت مشحون: «قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ» (اعراف: ۳۳) پردگیان پرده گشا، پرده نشین و شاهدان چهره نما، خلوت گزین بوده، به انامل عصیان، نقاب بی شرمی از رخسار عفت باز نموده، دامن زن آتش غضب دادار بی نیاز نگردند، و ساکنان خطه ایمان و مقیمان دارالسعاده ایقان، به مضمون حقیقت نمون: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ» دست به آلت قمار دراز نکرده، بعد از آنکه شطرنجی روزگار، ایشان را در روز ممات، مات و فیل بند حیرت و فیلبان هنگامه عرصات ساخته، معلوم شود که آنچه باخته، برده اند، سالک طریق اجتناب بوده، به هیچ وجه پیرامون آن عمل شنیع نگردند. و کل بیت اللطف و قمار و چرس فروشی و بوزه فروشی ممالک محروسه را، که هر سال مبلغ های خطیر می شد، به تخفیف و تصدق فرق فرقدسای اشرف مقرر فرمودیم و در این ابواب، صدور عظام و علمای اعلام و فقهای اسلام وثیقه انیقه علی حده مؤکده به علن ابدی و طعن سرمدی، که مزین و موشح به خط گوهرنثار همایون است، به سلك تحریر کشیده اند، می یابد که بعد از شرف اطلاع بر مضمون رقم مطاع، لازال نافذاً فی الاقطاع و الارباع، مقرر دارد که در کل محال متعلقه به خود، ساکنیم و متوطنین به قانون اظهر از هر شریعت غراً و طریق اظهر ملت بیضاء ناهج منهج صلاح و سداد بوده، مرتکب امور مزبوره نگردند و بدکاران را در حضور اهالی شرع شریف و کلانتران و ریش سفیدان محلات، توبه دهند و مرتکبین محرّمات مزبوره را تنبیه و تأدیب و التزام بازیافت نموده، هرگاه اشتغال به آن افعال ذمیمه نمایند بر

نهج شرع مطاع حد جاری و مورد مؤاخذه و بازخواست سازند. چنانچه احدی به افعال ناشایست قیام نماید و دیگری مطلع گردیده، اعلام ننماید آن شخص را به نوعی تنبیه نمایند که موجب عبرت دیگران گردد. و به علت وجوه مزبوره چیزی بازیافت طمع و توقع نماید و خلاف‌کننده‌ای از مردودان درگاه الهی و محرومان شفاعت حضرت رسالت پناهی و مستحقان لعن و نفرین حضرات ائمه معصومین - صلوات الله علیهم اجمعین - و ملائکه آسمان و زمین باشد و اهالی و اوباش را نیز از کبوترپرانی و گرگ‌دوانی و نگاهداشتن گاو و گوسفند و سایر حیوانات جهت جنگ و پرخاش، که باعث خصومت و عناد است، ممنوع ساخته، سد آن ابواب را از لوازم شمرده، دقیقه‌ای در استحکام احکام و اشاعت و اجرای اوامر شریفه فرو گذاشت ننمایند و رقم قضا شیم معدلت مضمون را بر عموم خلائق خوانده، بر سنگ نقش و در مساجد جامع نصب نمایند. و در این ابواب قدغن دانسته، هر ساله رقم مجدد طلب ندارند (نصیری، ۱۳۷۳، ص ۵۰-۵۱).

بررسی فرامین امر به معروف و نهی از منکر و مقایسه آنها با اصل هشتم قانون اساسی

با ملاحظه و بررسی دو فرمان مزبور و سایر فرامین صادر شده در عصر صفوی، مشخص می‌گردد که این فرامین همگی دربرگیرنده دستوراتی از سوی شاه به منظور جلوگیری از فساد به‌طور عمومی و یا برخی از مظاهر فساد به‌طور اختصاصی هستند. از این رو، در بررسی و تحلیل این فرامین و مقایسه با اصل هشتم قانون اساسی، نکات ذیل بیان می‌گردد:

۱. همان‌گونه که در دو فرمان مزبور مشخص است، سیاق این فرامین تنها برای نهی از منکرات است. به عبارت دیگر، این فرامین، که به نوعی در زمان خود، قانون تلقی می‌شدند، بیانگر نظارت از نوع تدوین قوانین و اقدام قضایی است که هر دو از نوع نظارت دولت بر مردم است. بنابراین، روشن است که تفاوت عمده‌ای میان اصل هشتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و این فرامین وجود دارد و آن در جامعیت اصل هشتم شمول انواع نظارت (دولت بر مردم، مردم بر دولت، و مردم بر مردم) است. این در حالی است که در فرامین صادر شده در عصر صفوی، بنابر ویژگی‌های خاص حکومت در این دوران، یعنی برتر و مافوق بودن مقام شاه و حکومت نسبت به مردم، اساساً حقی برای نظارت مردم بر دولت قایل نبودند و تنها حق نظارت را از آن شاه و حکومت دانسته و اقدام به صدور فرامینی مبتنی بر ممنوعیت برخی منکرات نموده‌اند. بنابراین، در فرامین مزبور تنها نوعی نظارت دولت بر مردم به شکل بسیار محدود و در حد منکرات شایع در آن دوران وجود داشت.

۲. آیات مشارالیه در فرامین عصر صفوی و آیه ذکر شده در اصل هشتم قانون اساسی همگی اشاره به اصل «امر به معروف و نهی از منکر» دارند، لیکن تفاوتی عمده میان آیات مذکور در فرامین با آیه مذکور در اصل هشتم وجود دارد که بیان می‌گردد. در فرمان شاه طهماسب برای اجرای امر به معروف و نهی از منکر، به آیه «كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ» (آل عمران: ۱۱۰) اشاره گردیده و در فرمان شاه سلطان حسین به آیه «الَّذِينَ إِن مَكَّنَّاهُمْ فِي الْأَرْضِ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ وَأَمَرُوا بِالْمَعْرُوفِ وَنَهَوْا عَنِ الْمُنْكَرِ» (حج: ۴۱) اشاره شده است.

اصل هشتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز به بیان آیه ۷۱ سوره توبه می‌پردازد که می‌فرماید: «وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ».

آیه ۱۱۰ سوره آل عمران، که در فرمان عمومی شاه طهماسب بدان استناد شده است، امت اسلامی را به سبب امر به معروف می‌ستاید و بیان می‌دارد امت اسلامی به سبب دارا بودن ویژگی امر به معروف، بهترین امت‌ها هستند. به عبارت دیگر، بیان می‌دارد: امت اسلامی و جامعه اسلامی امتی نمونه است؛ زیرا امر به معروف و نهی از منکر می‌کند. بنابراین، آیه در مقام ذکر «بهترین امت بودن» است، نه بیان فلسفه امر به معروف و نهی از منکر و یا بیان حکم شرعی امر به معروف و نهی از منکر.

آیه مستند در فرمان شاه سلطان حسین نیز همین ویژگی را دارد و در مقام بیان فلسفه و حکم شرعی امر به معروف و نهی از منکر نیست.

این در حالی است که آیه مشارالیه در اصل هشتم قانون اساسی در مقام بیان فلسفه این فریضه الهی است. در این آیه، ویژگی‌های مؤمنان بیان می‌گردد و بیان می‌دارد که هر مرد و زن مؤمنی امر به معروف و نهی از منکر می‌کند. در اینجا «ال» مفید عموم است و آیه اطلاق و عموم دارد و مخاطب آیه همه هستند. البته آیه در مقام «امر» نیست و نگفته است امر به معروف و نهی از منکر کنند، بلکه خبر می‌دهد که امر به معروف می‌کنند. این جمله «اخبار در مقام انشا» است و انشا افاده الزام می‌کند. به عبارت دیگر، خبری می‌دهد که سیاقش انشایی است. در این آیه، فلسفه امر به معروف و نهی از منکر بیان می‌شود؛ بیان می‌دارد بعضی از مؤمنان بر بعضی دیگر ولایت دارند و چون ولایت دارند، می‌توانند دستور دهند. بنابراین، آیه در مقام بیان مسئولیت اجتماعی و مسئولیت مشترک جمعی است که مبنای این مسئولیت ایمان است. به عبارت دیگر، در یک جامعه اسلامی، همه افراد در چارچوب عنصر ولایت (بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ) مسئولیت مشترک دارند و این مسئولیت مشترک در گرو تحقق امر به معروف و نهی از منکر است. البته لازم به ذکر است که در جلسه خبرگان قانون اساسی در خصوص انتخاب آیه مستند در اصل هشتم میان خبرگان اختلاف نظر شد، به گونه‌ای که برخی از اعضای جلسه مانند مرحوم آیت‌الله مشکینی

قابل به این بودند که بهتر است که در این اصل، به آیه ۱۰۴ سوره آل عمران «وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ» استناد شود (مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ج ۱، ص ۴۰۹)؛ زیرا این آیه دارای لسان امر است و دو وظیفه را بر عهده گروهی گذاشته است: یکی دعوت به خیر، و دیگری امر به معروف و نهی از منکر. در این آیه، «امر به معروف» و وظیفه‌ای گروهی است و نه فردی. نکته مهم در این آیه آن است که به خیر امر می‌کند و صرف دستور نیست تا فقط اغنا و ارشاد باشد، درحالی‌که در امر به معروف و نهی از منکر، دستور و بازداشتن وجود دارد. به نظر می‌رسد این آیه لسان فقهی تری دارد و از لحاظ تبیین سیاسی-اجتماعی بیشتر مانع‌الجمع است. لازم به ذکر است که آیه ۷۹ سوره توبه، که در اصل هشتم آمده نسبت به این آیه اعم است؛ چراکه در این آیه بیان داشته است تنها گروهی دعوت به خیر و امر به معروف می‌کنند، درحالی‌که در آیه ۷۹ سوره توبه بیان می‌دارد این کار وظیفه‌ای همگانی است. نکته دیگر اینکه در این آیه، فلسفه امر به معروف و نهی از منکر نیز بیان نگردیده است.

۳. در فرمان شاه طهماسب، اشاره می‌شود که شاه از معاصی توبه نموده است. از این رو، مقتضای توبه آن است که به شرع عمل کند. بنابراین، همه نیز باید به شرع عمل کنند و توبه نمایند و برای ضمانت اجرای همگانی، به آیه ۱۱۰ سوره آل عمران استناد کرده است. فرمان مزبور یک حکم مطاع واجب‌الاتباع است. به عبارت دیگر، یک حکم حکومتی است که از سوی حاکم واجب‌الاطاعه صادر شده است، درحالی‌که امر به معروف و نهی از منکر یک حکم الهی است که به استناد «الهی بودن»، باید رعایت شود، نه به استناد اینکه در حکم حکومتی شاه بدان امر شده است. این مسئله بیانگر تفاوت اساسی فرامین امر به معروف در عصر صفوی با اصل هشتم قانون اساسی است.

۴. نهادهای حکومت صفوی قابل مقایسه با نهادهای جمهوری اسلامی نبود. نهادهای عصر صفویه نهادهایی سنتی بودند، درحالی‌که نهادهای موجود در جمهوری اسلامی، مانند نهاد «امر به معروف و نهی از منکر»، در سازوکار حکومت وجود دارد و به گونه‌ای نظام‌مند است. در عصر صفوی، یک نهاد با یک فرمان ایجاد و با یک فرمان لغو می‌شد، درحالی‌که در جمهوری اسلامی، نهادها با فرمان قابل لغو نیست؛ چراکه جزئی از فلسفه حکومت هستند.

۵. قلمرو امر به معروف در دوران صفویه منکرات مسلمی است که شیوع داشت، درحالی‌که در نظام جمهوری اسلامی، امر به معروف شامل تمام مفسدات حکومتی می‌شود. از سوی دیگر، در جمهوری اسلامی، امر به معروف ضمانت اجرایی-قضایی دارد و همه در برابر قانون یکسانند، اما در دولت صفویه ضمانت اجرا وابسته به نظر شاه است، نه قانون.

نتیجه‌گیری

«امر به معروف و نهی از منکر» از جمله واجبات مهم در دین مبین اسلام بوده که دارای صبغه حکومتی است و هر حکومت اسلامی وظیفه دارد تا به اجرای این اصل مهم در جامعه اسلامی بپردازد. در تاریخ سیاسی ایران پس از اسلام، در دو مقطع تاریخی عصر صفوی و جمهوری اسلامی ایران، به این اصل به‌گونه‌ای خاص توجه شده است. توجه برخی از شاهان صفوی به مقوله «امر به معروف و نهی از منکر» و صدور فرامینی در اجرای این امر و وجود اصلی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و سازوکارهایی در اجرای این مهم در نظام جمهوری اسلامی ایران، بیانگر همین توجه است.

با بررسی و مقایسه فرامین امر به معروف و نهی از منکر در عصر صفوی و اصل هشتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، با وجود تفاوت‌هایی که در محدوده اجرایی این واجب دینی و ساختار و نهاد اجرایی این فریضه وجود دارد، شاهد تفاوت ماهوی مهم در این میان هستیم و آن ماهیت حکومت‌هایی است که متصدی اجرای این اصل هستند. اصل هشتم قانون اساسی به دنبال ایجاد یک حکومت دینی مبتنی بر ولایت فقیه است که مشروعیت آن ریشه در اعتقادات و تفکر شیعی دارد و هدف آن رشد دادن انسان در حرکت به سوی نظام الهی و ایجاد شرایطی است که در آن انسان با ارزش‌های والا و جهان‌شمول اسلامی پرورش یابد. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران قانونی منبث از شریعت است. از این رو، در این قانون بیان گردیده است (بند یک اصل دوم قانون اساسی) که نظام جمهوری اسلامی ایران بر پایه ایمان به خدای یکتا و اختصاص حاکمیت و تشریح به او و لزوم تسلیم در برابر امر او، برپا گردیده است و این اولاً، بیانگر اعتقاد به توحید ذاتی و افعالی (توحید در حاکمیت و اختصاص حاکمیت به خدا)، ثانیاً، تجلی حاکمیت خدا در شریعت (قانون‌گذار فقط خداوند است) و در نهایت، تسلیم بودن همه - چه حکمرانان و چه مردم- در برابر خداوند است؛ زیرا قانون‌گذاری شعبه‌ای از توحید در اطاعت است (کعبی، ۱۳۹۰). اما فرامین عصر صفوی از سوی سلاطینی صادر شده که حکومتشان با توجه به مبانی مشروعیت حکومت در اسلام، بر پایه توحید ذاتی و افعالی شکل نگرفته است و هیچ نشانی از تجلی حاکمیت خدا در شریعت در آنها دیده نمی‌شود. از این رو، نامشروع و جائز محسوب می‌شوند. در آن دوران، حکومت تلاش می‌نمود تا با توسل به مذهب و استفاده ابزاری از شرع، حکومت خود را مشروع جلوه دهد و علمای عصر خود را قانع سازد. از این رو، در این حکومت امر به معروف و نهی از منکر جزو وظایف ذاتی

حکومت و شاه نبود، برخلاف نظام جمهوری اسلامی، که جزو وظایف ذاتی آن است. به عبارت دیگر، شاهی شاه و حکومت او متوقف بر امر به معروف و نهی از منکر نبود، بلکه اجرای این اصل از سوی شاه نوعی تفضل، منت و اعلام محبت از سوی شاه نسبت به شرع به‌شمار می‌آمد؛ اما در نظام جمهوری اسلامی ایران هرچه خلاف شرع باشد خلاف قانون است و وظیفه دولت است تا در مقابل آن اقدام کند و نظام ماهیتاً با آن مخالف است و مقابله می‌کند.

از این رو، انگیزه صدور این فرامین از سوی ایشان، تلاشی در جهت کسب مشروعیت و موجه نشان دادن حکومت خود بود و نه انجام فریضه «امر به معروف و نهی از منکر» به‌عنوان یکی از وظایف حکومت. در نظام جمهوری اسلامی، اجرای امر به معروف و نهی از منکر به‌عنوان وظیفه حکومت تلقی می‌شود که در صورت انجام نشدن این وظیفه، حکومت مشروعیت دینی و الهی خود را از دست خواهد داد. بنابر فرامین امر به معروف، در عصر صفوی، نه تنها از لحاظ شکلی، بلکه از لحاظ مبنایی و محتوایی تفاوت اساسی با اصل هشتم قانون اساسی دارد.

پی‌نوشت‌ها

۱. فقهای مسلمان در هیچ‌یک از تقسیم‌بندی‌های متعارف فقه و حقوق اسلامی، مباحث حقوق خصوصی و حقوق عمومی را به‌طور خاص از یکدیگر جدا ننموده‌اند. لذا عملاً در فقه، اصطلاحی تحت عنوان فقه خصوصی و فقه عمومی و یا هر نوع تقسیم‌بندی که مسائل حقوق عمومی را از مباحث حقوق خصوصی جدا نماید به وجود نیامده است. از این رو، مسائل فقهی را که تعریف حقوق عمومی بر آنها صادق است، تحت عناوینی چون فقه عام (حقوق عمومی) آورده‌اند و از آنجاکه عمدتاً مباحث حقوق عمومی مسائل حکومتی اداری و مالی است و هر سه عنوان به واسطه ارتباط با دولت جنبه سیاسی دارد از این مجموعه مباحث فقهی به فقه سیاسی یا حکومتی نیز تعبیر کرده‌اند.

منابع

- آقای، بهمن، ۱۳۷۶، *فرهنگ حقوق بشر*، تهران، گنج دانش.
- بسیج، احمدرضا، ۱۳۸۷، «آسیب‌شناسی عدم اجرای اصل هشتم قانون اساسی»، *معرفت*، ش ۱۳۱، ص ۱۰۹-۱۲۸.
- جعفریان، رسول، ۱۳۷۷، «امر به معروف و نهی از منکر در دوره صفوی»، *کیهان اندیشه*، ش ۸۲، ص ۶۶-۹۶.
- حسن زاده، حمید، ۱۳۷۹، «فصاحت و بلاغت ابزاری کارآمد و شیوه‌ای مؤثر در امر به معروف و نهی از منکر در مرحله لسانی»، در: *چکیده مقالات نخستین همایش پژوهشی امر به معروف و نهی از منکر*، تهران، ستاد احیای امر به معروف و نهی از منکر.
- خاتون آبادی، عبدالحسین، ۱۳۵۲، *وقایع السنین و الاعوام*، تصحیح محمدباقر بهبودی، تهران، اسلامیه.
- دوست محمدی، هادی، ۱۳۷۶، «امر به معروف و نهی از منکر یا نظارت همگانی»، *مکتب اسلام*، ش ۸، ص ۵۱-۵۶.
- رحیم لو، یوسف، ۱۳۷۲، *القاب و مواجب دوره صفوی*، مشهد، دانشگاه فردوسی.
- سیموندز، نیل ای، ۱۳۸۱، *فلسفه حقوق، حق و مصلحت*، ترجمه محمد راسخ، تهران، طرح نو.
- طهماسب صفوی اول، ۱۳۶۳، *تذکره شاه طهماسب*، تهران، شرق.
- عمید زنجانی، عباسعلی، ۱۳۸۵، *حقوق اساسی ایران*، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- غریبی، رحمن، بی تا، *بسط امر به معروف و نهی از منکر برای مشارکت در طرح هدفمندسازی یارانه‌ها*، بازیابی شده از <http://www.taghribnews.com/vdcjvoet.uqetizsfu.html>
- فلور، ویلم، ۱۳۸۱، *نظام قضایی عصر صفوی*، ترجمه حسن زندیه، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- قاضی شریعت‌پناهی، ابوالفضل، ۱۳۷۵، *گفتارهایی در حقوق عمومی*، تهران، دادگستر.
- قربانی لاهیجی، زین‌العابدین، ۱۳۷۹، *فرضیه امر به معروف و نهی از منکر از دیدگاه قرآن و سنت*، قم، الهادی.
- قمی، قاضی احمد، ۱۳۵۹، *خلاصه التواریخ*، تصحیح احسان اشراقی، تهران، دانشگاه تهران.
- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۸، «نخستین پیش‌نویس رسمی قانون اساسی»، در: *گامی به سوی عدالت*، تهران، دادگستر.
- کعبی، عباس، ۱۳۹۰، *تقریرات درس مبانی تحلیل نظام جمهوری اسلامی ایران*، دانشگاه تهران، دوره دکتری.
- لارنس، لکهارت، ۱۳۶۴، *انقراض سلسله صفویه و ایام استیلای افغانه در ایران*، ترجمه مصطفی قلی عماد، تهران، مروارید.
- مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، *صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*، اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی.
- مشایخی، قدرت‌الله، ۱۳۷۶، *حسبه یا نظارت بر اجرای قانون*، قم، انصاریان.
- موسوی خمینی، سیدروح‌الله، ۱۴۰۳ق، *تحریرالوسیله*، طهران، منشورات مکتبه الاعتماد.
- _____، *صحیفه امام*، ج ۶، ص ۲۷۴، بازیابی شده از <http://rahebehesht.org/info/c.asp?id=44&subcatid=41>
- موسوی خوانساری، میرزاحمدباقر، ۱۴۱۱ق، *روضات الجنات*، بیروت، دارالاسلامیه.

۳۰ ♦ اندیشه‌های حقوق‌عمومی، سال چهارم، شماره اول، پیاپی ۶، پاییز و زمستان ۱۳۹۳

میرزا سمیعا، بی‌تا، *تذکره الملوک*، تهران، امیرکبیر.

نصیری، محمدابراهیم‌بن زین‌العابدین، ۱۳۷۳، *دستور شهریاران*، تهران، بنیاد موقوفات افشار.

نوایی، عبدالحسین، ۱۳۶۰، *اسناد و مکاتبات سیاسی ایران از سال ۱۰۳۸ تا ۱۱۰۵*، تهران، بنیاد فرهنگ ایران.

نوایی، عبدالحسین، ۱۳۷۰، *اسناد و مکاتبات تاریخی ایران، از تیمور تا شاه اسماعیل*، چ سوم، تهران، انتشارات علمی و فرهنگی.

هاشمی، محمد، ۱۳۸۵، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، چ هفتم، تهران، میزان.

<http://edalatkhahi.ir/main/archives/6975>.

<http://rahebesht.org/info/c.asp?id=44&subcatid=41>.

بررسی و تحلیل حقوقی رویکردها و راه کارهای بی اثر کردن تحریم‌های اقتصادی در قراردادهای تجاری بین‌المللی

محسن ایزانلو / دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه تهران

علی هاتفی / دانشجوی کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز
hatefi.ali728@gmail.com

دریافت: ۱۳۹۳/۶/۲ - پذیرش: ۱۳۹۳/۱۱/۲

چکیده

مقاله حاضر پژوهشی است علمی در خصوص تبیین رویکردها و راه کارهای بی اثر کردن تحریم‌های اقتصادی در اجرای قراردادهای تجاری بین‌المللی. امروزه وضع و اعمال تحریم‌های اقتصادی این قابلیت را دارد که اجرای تعهدات قراردادی را از خود متأثر نماید؛ زیرا این نوع تحریم‌ها معمولاً ارائه کالاها، خدمات و به‌طور کلی، مزایای تجارت بین‌الملل را با محدودیت مواجه می‌سازد. در فرایند این محدودیت‌ها، واضح است که قراردادهای تجاری بین‌المللی نیز از وضع و اعمال تحریم‌های اقتصادی متأثر می‌گردد. باید در نظر داشت که اگر خدمات یا کالاهای تجاری وارداتی هدف تحریم باشد، این امکان وجود دارد که نتوان شرکت تجاری یا تاجر صادرکننده را مجبور به ایفای تعهد قراردادی خود نمود. از سوی دیگر، عکس این مطلب هم صادق است. بالتبع این وضعیت فعالیت‌های تجاری را کاهش می‌دهد و هزینه بسیاری بر تجار و اقتصاد کشورها تحمیل می‌کند. پس به کار گرفتن رویکردها یا راه کارهای حقوقی مناسب نسبت به پدیده تحریم‌های اقتصادی، می‌تواند مشکل این وضعیت را به نحوی حل کند که قرارداد اجرا شود و متعاملان در وضعیت بهینه قرار گیرند. به کار گرفتن تدابیری همچون فرضیه «مشارکت»، طرفین را به همکاری سوق می‌دهد و تخصیص «خطرپذیری قراردادی»، کسی را که باید ریسک تحریم را متحمل شود، مشخص می‌سازد. همچنین درج شرط قراردادی در زمینه «قوة قاهره»، که در آن به‌صراحت، تحریم‌های اقتصادی را از شمول خود خارج سازد یا شرط تعدیل منوط به مذاکره مجدد، که نقش تأثیرگذاری در اعاده وضعیت قرارداد به تعادل اولیه ایفا می‌کند، از جمله دیگر رویکردها و راه کارهای حقوقی برای بقای یک قرارداد به‌شمار می‌آید.

کلیدواژه‌ها: قرارداد، بین‌المللی، تحریم، مشارکت، قاهره، خطرپذیری، مذاکره، اقتصاد.

«روابط قراردادی» از جمله شاخه‌های موضوع مطالعه حقوق است که گذر زمان چهره آن را دگرگون کرده است. از جمله ویژگی‌های روابط قراردادی اشخاص، دخالت اراده‌های آنان در تعیین سرنوشت قرارداد است. از سوی دیگر، پیشرفت و تکامل زندگی مادی انسان حد و نهایتی ندارد و بدین‌روی، به موازات پیشرفته‌تر و در نتیجه، پیچیده‌تر شدن روابط انسانی، روابط حقوقی انسان‌ها نیز متحول گردیده است. روزگاری انجام معاملات تجاری که طرفین آن در دو سوی دنیا باشند، برای انسان قابل تصور نبود، اما امروزه به لطف تجارت الکترونیک، حمل و نقل بین‌المللی و مانند آن روزانه مبالغ زیادی سرمایه و ثروت در جهان مبادله می‌شود. در این میان، عواملی در روابط قراردادی و توسعه معاملات تجاری تأثیرگذار است. از جمله این عوامل، تحریم‌هاست که بر روابط قراردادی اتباع کشورهای هم‌چون ایران نقش قابل توجهی دارد. تحریم‌های اقتصادی با توجه به کارکرد خود، موجب محدودیت‌هایی می‌شوند؛ موجب می‌گردند اجرای تعهدات در قراردادهای تجاری بین‌المللی با چالش مواجه گردند. برای مثال، تحریم اقتصادی، که واردات کالایی خاص را به کشور - به اصطلاح - هدف تحریم ممنوع می‌سازد، اجرای تعهدات طرفی را که متعهد به واردات آن کالای خاص از کشور وضع‌کننده تحریم است، دشوار و بعضاً غیرممکن می‌کند. در چنین وضعیتی، متعهد ممکن است تصمیم بگیرد به استناد «قوه قاهره»، از اجرای تعهد خود معاف شود. اما فارغ از اینکه این وضعیت در واقع، یکی از مصادیق قوه قاهره هست یا نه، به نظر می‌رسد لازم است درباره راه‌کارهایی بیندیشیم که از خاتمه دادن به قرارداد به سبب وقوع تحریم جلوگیری می‌نمایند. این موضوع نه تنها از منظر اتباع کشور هدف تحریم اهمیت دارد، بلکه به نوعی مرتبط با کارکرد اقتصادی است که عدم اجرای تعهدات قراردادی می‌تواند این کارکرد را تقلیل داده، هزینه‌های اجرای قرارداد را برای طرفین معامله افزایش دهد.

حال سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا رویکردها و راه‌کارهایی وجود دارند که در شرایطی خاص، همچون تحریم‌های اقتصادی، که اجرای تعهدات قراردادی را از خود متأثر می‌سازند، موجب بقای قرارداد و مانع فسخ آن شوند؟ و بر فرض وجود چنین راه‌کارهایی، آیا این روش‌ها قراردادی‌اند یا غیرقراردادی؟

در مقاله حاضر، بحث از این است که می‌توان با اتخاذ تدابیری، پیش از انعقاد قرارداد و به‌ویژه در مرحله مذاکرات مقدماتی طرفین، مخاطرات وقایع پیش‌بینی نشده را به نحو قابل ملاحظه‌ای

مدیریت کرد تا منجر به این مهم شود که متعهد در وضعیت تحریم، تا جایی که اجرای تعهد کاملاً غیرممکن نشده است، تعهد را انجام دهد. از سوی دیگر، به این موضوع پرداخته می‌شود که با در نظر گرفتن شروطی در قرارداد در خصوص وضعیت تحریم و «قوة قاهره» یا پیش‌بینی تعهد به مذاکره مجدد، می‌توان تا حد زیادی اجرای قرارداد را تضمین کرد. در این زمینه، مقاله به بیان این موضوع می‌پردازد که تحلیل اقتصادی و بهینه «دوجانبه بودن» (Pareto Optimal) قرارداد در اجرای آن تأثیر بسزایی دارد.

در تقسیم‌بندی بحث، این مقاله به بررسی دقیق راه‌کارهایی می‌پردازد که به نوعی، مانع اجرا نشدن تعهدات در هنگام مواجهه با تحریم‌های اقتصادی می‌شوند. تعدادی از این راه‌کارها باید پیش از انعقاد قرارداد اتخاذ شوند و برخی دیگر در متن قرارداد درج گردند. بخش اول به روش‌هایی اختصاص دارد که در مرحله مذاکره و پیش از انعقاد قرارداد، باید به کار گرفته شوند تا قرارداد را به‌طور دوجانبه، از لحاظ اقتصادی بهینه کند. در بخش دیگر، به راه‌کارهایی پرداخته می‌شود که در خود قرارداد به صورت شرط درج می‌گردد. برخی از این شروط مستقیماً مرتبط به قوة قاهره است و برخی دیگر، که شرط مذاکره مجدد و تضمین اجراست، به‌طور غیرمستقیم وضعیت تحریم‌های اقتصادی را در قرارداد مدیریت می‌کند.

۱. راه‌کار مواجهه با تحریم پیش از انعقاد قرارداد بین‌المللی

برخی از راه‌کارها به قانون‌گذاری مربوط می‌شود تا رفتاری را در متعهد برانگیزد که مانع ادعای قوة قاهره در مواردی شود که تحریم قابل پیش‌بینی است. تعدادی دیگر مربوط به شیوه لحاظ نمودن ریسک قراردادی در مرحله مذاکرات پیش‌قراردادی است تا بتواند مانع ادعای استناد به تحریم به‌عنوان قوة قاهره شود. پس بخش نخست به روش‌هایی مربوط می‌شود که در مرحله وضع قانون لحاظ می‌شود.

۱-۱. تبیین فرضیه «مشارکت» در شرایط راهبردی قرارداد

فرضیه «مشارکت» یا «بازی» شاخه‌ای از ریاضیات کاربردی است که در علوم اجتماعی و به‌ویژه در روابط بین‌الملل از آن استفاده می‌شود. فرضیه «بازی» در تلاش است توسط ریاضیات، رفتار را در شرایط راهبردی یا بازی، که در آنها موفقیت فرد در انتخاب کردن، وابسته به انتخاب دیگران است، به دست آورد. در این فرضیه، یک بازی شامل مجموعه‌ای از بازیکنان، مجموعه‌ای از

حرکت‌ها یا راهبردها و نتیجه مشخصی برای هر ترکیب از راهبردهاست. پیروزی در هر بازی تنها تابع یاری شانس نیست، بلکه اصول و قوانین ویژه خود را دارد و هر بازیکن در طی بازی، سعی می‌کند با به‌کارگیری آن اصول، خود را به بُرد نزدیک کند. رقابت دو کشور برای دستیابی به انرژی هسته‌ای و رقابت دو شرکت تجاری در بازار بورس کالا نمونه‌هایی از بازی‌ها هستند. فرضیه «بازی‌ها» تلاش می‌کند تا رفتار ریاضی حاکم بر یک موقعیت راهبردی (تضاد منافع) را الگوسازی کند. این موقعیت زمانی پدید می‌آید که موفقیت یک فرد وابسته به راهبردهایی است که دیگران انتخاب می‌کنند. هدف نهایی این دانش، یافتن راهبرد بهینه برای بازیکنان است (شوارتز، ۱۹۹۲).

دیدگاه فرضیه «بازی‌ها» به حقوق قراردادهای به نوعی با نگاه نظریه «رفاه‌محور» به قراردادها شباهت دارد. در نظریه «رفاه‌محور»، قراردادهای باید الزام‌آور شوند؛ چون رفاه و کارآمدی اقتصادی را افزایش می‌دهند (زوالسکی، ۲۰۱۱، ص ۳؛ راسموسن، ۲۰۰۷، ص ۲-۳). از سوی دیگر، وضعیت اجرای قراردادها نیز در فرضیه «بازی‌ها» معمولاً با نظریه «معمای زندانی» شرح داده می‌شود (گوئتز، ۲۰۰۶؛ استرنز، ۲۰۰۷، ص ۵۴؛ داگلاس، ۱۹۹۸). این نظریه برای تبیین وضعیت‌هایی به‌کار می‌رود که نفع هر طرف از عدم همکاری با طرف دیگر، بیش از نفع همکاری با اوست.

در موضوع اجرا یا عدم اجرای قرارداد همچون هر یک از طرفین قرارداد تصور می‌کند اگر تعهدش را انجام دهد ممکن است طرف دیگر تعهدش را انجام ندهد، پس ناگزیر نفع خود را در عدم اجرا می‌بیند. بدین‌روی باید یک الزام قانونی وجود داشته باشد تا متعاملان را تشویق به ایفای تعهد قراردادی خود کند (سی پیکر، ۲۰۰۸، ص ۲۱). روشن است که نتیجه‌گیری پیش‌گفته نشئت‌گرفته از غیرمشارکتی بودن یک وضعیت است و این وضعیت بر خلاف وضعیتی است که نظریه «کشاورز» تبیین می‌کند و معروف به «مشارکتی بودن» است. در نظریه اخیر، هر کشاورز برای برداشت محصول خود، نیاز به کمک کشاورز دیگر دارد. اما کشاورز اول امروز محصول خود را برداشت می‌کند و دیگری روز بعد. پس کشاورز دوم به اولی کمک می‌کند تا او هم فردا به او کمک کند (اچ، مک آدامز، ۲۰۰۸). اگر یک الزام قانونی و یا شرط قراردادی بتواند این وضعیت به وجود آمده از تحریم را به همکاری تبدیل کند در این صورت، طرفین قرارداد تمایل بر اجرای کامل قرارداد دارند. پس هنگامی که قوه قاهره اجرای تعهدات را با تعدد مواجه می‌سازد، باز هر دو طرف در تلاش هستند ضرر را به حداقل برسانند؛ زیرا همان‌گونه که در اجرای قرارداد هر دو منتفع می‌شوند، روشن است که در صورت اجرا نشدن هم هر دو متضرر می‌گردند.

راه‌کار مناسب قانونی مانع استناد به تحریم به‌عنوان عذر قراردادی قوه قاهره، می‌تواند مطلق شمردن مشخصه غیرقابل پیش‌بینی در قوه قاهره باشد؛ زیرا متعهد از زمان انعقاد قرارداد تمام جوانب امر را می‌سنجد تا اگر یک ریسک و خطر قابل پیش‌بینی وجود داشته باشد، برای آن راه‌کاری اتخاذ کند. پس هنگامی که آن ریسک به‌واقع غیرقابل پیش‌بینی باشد از اجرای قرارداد معاف می‌شود (چترجی و ساموئلسون، ۲۰۰۱).

از آن‌رو که بهره‌گیری از فرضیه «بازی‌ها» در تدوین قانون یا حتی تهیه پیش‌نویس یک قرارداد بین‌المللی منجر به افزایش رفتار اقتصادی در متعاملان می‌شود، حال اگر در فرض تحریم‌های اقتصادی، بپذیریم که متعهد از اجرای مفاد قرارداد معاف می‌شود، رفتار اقتصادی را کاهش داده‌ایم؛ زیرا متعهد بدون هیچ هزینه‌ای و به سهولت از ایفای تعهدات خود امتناع می‌ورزد و به‌واقع، در این وضعیت، هزینه اجرای قرارداد برای او بیش از هزینه امتناع از اجرای قرارداد است. پس می‌توان اذعان کرد که بهره‌گیری از فرضیه «بازی‌ها» و تبدیل یک بازی به یک نوع بازی همکاری‌محور در قرارداد، نه‌تنها کارایی اقتصادی را افزایش می‌دهد، بلکه سطح رفتار اقتصادی را نیز در قرارداد بالا می‌برد و این رفتار در قراردادهای همکاری‌محور، معمول است؛ چراکه هر یک از طرفین می‌داند طرف مقابل به اجرای او در قرارداد نیاز دارد. البته باید توجه داشت که پیش‌بینی مشوق‌هایی که اجرای قرارداد را برای طرفین سودآور و رضایت‌بخش می‌سازد به وضعیت پیش‌گفته کمک شایانی می‌کند که در این زمینه، تحت عنوان تخصیص «خطرپذیری قراردادی» از آن بحث می‌شود.

۲-۱. تخصیص «خطرپذیری قراردادی»

ناگفته پیداست که از منظر اقتصادی، هدف طرفین یک قرارداد به حداکثر رساندن یا کارآمدی آنهاست. به همین منظور، آن قاعده حقوقی رجحان دارد که منجر به افزایش کارآمدی اقتصادی - در کل - شود و قواعد حقوقی نیز باید از این نتیجه حمایت کنند (پاسنر و اندرو، ۱۹۷۷، ص ۷۹؛ هاموند، ۲۰۰۳، ص ۱۸۲). تخصیص «خطرپذیری قراردادی» نیز به دنبال حداکثر کردن همین کارآمدی است. از این‌رو، تخصیص «خطرپذیری» در قرارداد، یک مسئله ریاضی نیست و از مشکل‌ترین موضوعات بین طرفین قرارداد است که در آن باید به این موارد توجه شود:

اول: بدانیم اطلاعات کافی در زمینه طرح وجود دارد.

دوم: خطرهای مرتبط با طرح شناسایی شود.

سوم: تا جایی که امکان دارد، خطر به کسی محول شود که بهتر می‌تواند از وقوع آن جلوگیری یا آن را اداره کند.

چهارم: خطری که باید به مؤسسات بیمه واگذار شود، مشخص باشد (یسکومبل، ۲۰۰۲، ص ۱۳۷). خطر «قوه قاهره» نیز معمولاً در زمره ریسک‌های نامعمول قرار می‌گیرد؛ یعنی آنچه به‌طور فوق العاده ممکن است رخ دهد (گولدرگ، ۲۰۰۷؛ کامر، ۲۰۰۱). در بحث تخصیص کارآمد خطرپذیری قراردادی، از نظر اقتصادی، به دنبال راه‌کاری هستیم که تنها وقتی اجازه فسخ قرارداد به سبب قوه قاهره را می‌دهد که از نظر اقتصادی به صرفه باشد؛ یعنی بیشترین سود در جامعه ایجاد شود. این سود در قرارداد بیع، ممکن است برای بایع کاهش هزینه‌ها با عدم اجرا به سبب قوه قاهره و برای مشتری به دست آوردن سود بیشتر با دریافت حق اجرا پس از وضعیت قوه قاهره باشد. امروزه برای لحاظ نمودن «خطرپذیری قراردادی» و اتخاذ تدبیر مناسب برای قراردادهای طولانی مدت، بیشتر بررسی و تطبیق قرارداد به شکل دوره‌ای پیشنهاد می‌شود تا در همان ابتدای امر، وضعیت تمامی ریسک‌ها و اتفاقات پیش‌بینی نشده مشخص شود. البته مشخص است که اتخاذ چنین راه‌کاری دشوار است؛ زیرا که وقتی در طول قرارداد، اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد تغییر کند، الزام متعهد به ایفای تعهدات قراردادی بسیار سخت و دشوار است.

برخی حقوق‌دانان معتقدند: برای اینکه بینیم ریسک وقوع قوه قاهره بر عهده کدام‌یک از طرفین است، باید در ابتدا به مفاد قرارداد مراجعه نمود، و اگر قرارداد در این باره مسکوت بود باید ریسک را بر طرفی تحمیل کرد که برای پذیرفتن ریسک در وضعیت بهتری قرار دارد. در اصطلاح، به این شخص «بهترین پذیرنده ریسک» (Superior Risk Bearer) گفته می‌شود (هانس، ۱۹۹۳، ص ۲۱۴). یکی از ملاک‌هایی که برای تعیین این شخص به کار می‌رود آن است که کسی ریسک را بر عهده گیرد که توانایی بیمه کردن آن را با قیمت پایین‌تر دارد (پاسنر و اندرو، ۱۹۷۷، ص ۹۰). ضابطه دیگر در این زمینه، توانایی طرفین در جلوگیری از ریسک با هزینه پایین است. اما برای تشخیص اینکه چه کسی در موقعیت بهتری برای بیمه کردن ریسک قرار داشته است، به دو عامل توجه می‌شود: برای مثال، به این سؤال پاسخ دهد که ریسک با چند درصد احتمال، ممکن است واقع شود، و عمق خسارات آن تا چه حد است؟ عامل دوم توجه به هزینه تحصیل پوشش بیمه‌ای است؛ یعنی چه کسی توانایی تحصیل بیمه به قیمت ارزان‌تر را داشته است (پاسنر و اندرو، ۱۹۷۷، ص ۹۰).

البته در زمینه تحصیل پوشش بیمه‌ای، باید امکان خودبیمه‌گری را هم در نظر آورد. منظور این است که بدون استفاده از یک پوشش بیمه‌ای، یک طرف بتواند با استفاده از متنوع کردن قراردادها، از تجمع ریسک در یک قرارداد جلوگیری کند. اما ایرادی که به نظریه «بهترین پذیرنده ریسک» وارد می‌شود این است که تعیین این شخص در قرارداد، با توجه به شاخص‌ها و ملاک‌های پیش‌گفته دشوار است، به‌ویژه آنکه قاضی اطلاعی از کم و کیف قضیه ندارد و حالا که قرارداد با مانعی در اجرا مواجه شده، طرفین واقعیت را به‌گونه‌ای دیگر نشان می‌دهند (بروس، ۱۹۸۲). بنابراین، برخی بر این اعتقادند که وقتی کسی مسئولیت عدم اجرای قرارداد را بر عهده نمی‌گیرد «فسخ قرارداد» بهترین گزینه است؛ زیرا از تحمیل هزینه طرح دعوا جلوگیری می‌کند. اما این دیدگاه صحیح به نظر نمی‌رسد؛ زیرا مسئول عدم اجرا ممکن است با سوء استفاده از ابهامات قرارداد، بتواند به راحتی قرارداد را فسخ کند. در مقابل، امری که حتماً باید در اعطا یا عدم اعطای معافیت دخیل شود تلاش متعهد برای کاهش خسارات و جایگزینی اجرای تعهدات دیگر است.

ممکن است تصور شود افزایش هزینه‌ها خیلی بیش از افزایش قیمت قراردادی است که به بائع ضرر جدی وارد می‌شود و او هیچ‌گاه اقدام به ایفای تعهد قراردادی خود نمی‌کند. اما در عمل، این افزایش قیمت با افزایش سود خریدار از اجرای قرارداد خنثا می‌شود؛ زیرا تخصیص کارآمد ریسک به دنبال حداکثر کردن سود جامعه است. اما به نظر می‌رسد برخی از این روش‌ها بیشتر در مرحله نظریه قابل بحث است و در عمل کارایی ندارد؛ زیرا در عمل، نمی‌توان ضررهای مالی را که به سود بائع به سبب اجرا با صعوبت قرارداد وارد می‌شود، به صرف کارآمدی اقتصادی نادیده گرفت (بروس، ۱۹۸۲). البته ممکن است فرضی بهره‌گیری از کارآمدی اقتصادی را توجیه کند، مانند اینکه بگوییم اگر تمکن مالی بائع خوب باشد، می‌تواند با استفاده از منابع مالی خود، خسارات وارد شده را پوشش دهد و از ضرر اجتناب ورزد.

اما با وجود تمام این مطالب، در بدو امر، باید به قرارداد و نوع تخصیص ریسکی که به صراحت یا به‌طور ضمنی در آن آمده است، توجه شود (برانر، ۲۰۰۸). همچنین این نکته را باید در نظر گرفت: طرفی که حق‌الزحمه خود را برای ارائه خدماتی که عرضه می‌کند دریافت می‌دارد، رغبت بیشتری در پذیرش ریسک دارد و در صورت مواجهه قرارداد با مانعی در اجرا، تلاش بیشتری برای برطرف نمودن آن و استمرار قرارداد می‌کند (تراکمن، ۲۰۰۷، ص ۱۴۰). از سوی دیگر قرارداد بلندمدتی که مزیت زیادی به یک طرف بدهد آسیب‌پذیر می‌شود؛ زیرا طرف مقابل احساس می‌کند در قرارداد

مغبون شده است و سعی چندانی در اجرای قرارداد ندارد و بعکس، می‌خواهد با اشکال تراشی مانع اجرای قرارداد شود (یسکومبل، ۲۰۰۲، ص ۱۴۰). پس باید در تخصیص ریسک، توجه داشت که نمی‌توان تضمین‌ها یا تعهدات زیادی از متعهد یا سرمایه‌گذار مطالبه کرد، مگر اینکه متقابلاً قرارداد برای او مشوق‌هایی داشته باشد. هرچند ممکن است اجرای قرارداد برای سرمایه‌گذار در وضعیت تحریم از سوی کشور متبوع او با مانع روبه‌رو یا دشوار و پرهزینه شود، اما تعهد به پرداخت مبلغی بابت خسارت، همیشه می‌تواند عملی باشد. علاوه بر آن، این امر موجب می‌شود سرمایه‌گذار برای جلوگیری از اجرا نکردن قرارداد تلاش کند، نه اینکه به راحتی موافق فسخ قرارداد باشد. همچنین تعهد به پرداخت این مبلغ برای متعهد، یک الزام روانی ایجاد می‌کند که وضعیت را به خوبی بررسی کند؛ اگر احتمال عدم اجرای قرارداد را بالا پیش‌بینی می‌کند، ریسک را نپذیرد و هزینه‌های بعدی را برای طرف دیگر هم ایجاد نکند.

گروهی دیگر از راه‌کارهای مقابله با قوه قاهره و به‌شمار نیامدن تحریم را باید در خود قرارداد جست‌وجو کرد که به صورت شروط گوناگون قراردادی، وضعیت‌های ناظر به قوه قاهره را مشخص می‌کند. این شروط ممکن است مستقیماً مربوط به قوه قاهره باشند یا شروط دیگری باشند که غیرمستقیم با استناد به تحریم، به‌عنوان قوه قاهره اثر می‌گذارند.

۲. راه‌کار مواجهه با تحریم در شروط قرارداد بین‌المللی

برخی از راه‌کارهای مقابله با ادعای تحریم به‌عنوان قوه قاهره مرتبط با خود شرط قوه قاهره در قرارداد هستند که سعی می‌کنند عرصه این شرط را محدود کنند. برخی دیگر شروطی هستند که هرچند ارتباطی مستقیم با قوه قاهره ندارند، اما اگر به آنها استناد شود منجر به کاهش خسارت طرف مقابل قرارداد می‌شوند. این نوع اخیر می‌تواند تضمین اجرای قرارداد باشد، خواه به این صورت که متعهد در هر صورت که تعهد قراردادی خود را اجرا نکند مبلغی را بابت خسارت به طرف مقابل بپردازد و خواه متعهد بپذیرد هرگاه به دلیل الزامات قانونی کشور متبوع خود، نتواند تعهد خود را اجرا کند، شرایط انجام تعهد را توسط ثالث فراهم نماید.

شایان ذکر است که کارایی و امکان استفاده از هریک از این راه‌کارها بستگی به عوامل گوناگونی دارد. از جمله این عوامل، نوع قرارداد و موضوع آن است. برای مثال، شرط «تضمین» از نوع پرداخت خسارت، ممکن است مناسب قراردادهای بلندمدت نباشد؛ زیرا هدف ذی‌نفع در این

قرارداد، بیشتر اجرای قرارداد است و تأدیه خسارت نمی‌تواند جایگزین منافع او شود. همچنین مناسب بودن یک راه‌کار، بستگی به قدرت چانه‌زنی طرفین نیز دارد تا مشخص شود آیا توانایی متقاعد کردن متعهد به درج شرط خاصی برای طرف دیگر وجود دارد یا خیر؟ پس در اینجاست که کارایی راه‌کار اول، یعنی تخصیص ریسک و فرضیه «بازی‌ها» بیشتر مشخص می‌شود؛ زیرا یک طرف می‌تواند با بهره‌گیری از این روش‌ها، قرارداد را برای طرف مقابل آنچنان مطلوب سازد که او هم به پذیرش ریسک بیشتری ترغیب شود.

۲-۱. درج شروط مربوط به قوه قاهره

این روش می‌تواند منجر به خارج کردن تحریم‌های اقتصادی از مصادیق قوه قاهره گردد. با توجه به اینکه تحریم‌ها غالباً قابل پیش‌بینی هستند، باید بر ضابطه «غیرقابل پیش‌بینی بودن قوه قاهره» بیشتر تأکید گردد. همچنین از آن‌رو که اعمال تحریم‌های اقتصادی می‌تواند منجر به پرهزینه شدن و صعوبت اجرای قرارداد شود - هرچند که غیرممکن نشده است - ممکن است متعهد با استناد به همین افزایش چشمگیر و خارج کردن کنترل هزینه‌ها، که توازن قراردادی را برهم زده، تقاضای تعدیل قراردادی را داشته باشد.

۲-۱-۱. استثنا کردن تحریم از مصادیق قوه قاهره

اصولاً در قرارداد بین‌المللی، شرط مربوط به قوه قاهره می‌تواند به این صورت باشد که با ذکر مصادیقی از وقایع رایج قوه قاهره، مبنایی ارائه دهد یا تعریفی از قوه قاهره - به‌طور کلی - به عمل آید که هر واقعه‌ای که در شمول آن قرار گرفت، موجب اعمال آن شود (دی‌لی، ۲۰۰۶، ص ۴۰۳). حال با این وصف، برای کشور یا اتباع کشوری که هدف تحریم قرار گرفته‌اند و احتمال وضع و اعمال تحریم‌های جدید را هم می‌دهند شرط قوه قاهره‌ای مناسب است که تحریم از مصادیق آن خارج گردد و به‌صراحت، تحریم‌های اقتصادی از محدوده اعمال شرط مزبور مستثنا شود. در این وضعیت، تحریم‌های اقتصادی حتی اگر تمام مشخصه‌های قوه قاهره را هم داشته باشد، نه تحت عنوان «شرط ضمن قرارداد» و نه حتی به‌عنوان اصل کلی «حقوقی بودن قوه قاهره»، موجب معافیت متعهد از اجرای قرارداد نمی‌گردد، چراکه قرارداد به‌صراحت، آن را از مصادیق قوه قاهره خارج کرده است و بنابراین، نمی‌توان خلاف اراده صریح طرفین حکم نمود.

البته - همان گونه که پیش تر هم اشاره شد - قدرت چانه زنی در دو طرف در درج چنین شرطی بسیار مهم و تأثیرگذار است تا بتوانند طرف مقابل را به پذیرش آن ترغیب کنند. همچنین اگر طرف قراردادی که کشور متبوع او تحت اعمال تحریم است، احتمال دهد که انجام تعهدات خودش بیشتر تحت تأثیر قرار می گیرد، درباره درج چنین شرطی باید ملاحظه و دقت بیشتری داشته باشد.

۲-۱-۲. تأکید بر اطلاق عدم قابلیت پیش بینی قوه قاهره در قرارداد

در این باره، به عنوان یک راه کار اصولی، می توان در شرط قوه قاهره تصریح کرد واقعه ای که موجب آن می شود باید کاملاً غیر قابل پیش بینی باشد، و اگر آن حادثه احتمال وقوع هم داشته نمی توان به آن به عنوان قوه قاهره استناد کرد.

در اینجا، ممکن است این سؤال مطرح شود که در هر حال، هر حادثه ای در طول مدت زمان اجرای یک قرارداد، به ویژه بلندمدت، احتمال وقوع دارد. پس در این وضعیت، آیا می توان چنین بار سنگینی را بر متعهد تحمیل کرد که هر واقعه محتملی را لحاظ کند، و اگر چنین نکرد دیگر امکان استناد به آن واقعه را به عنوان قوه قاهره نداشته باشد؟ واضح است که ملاک «عدم قابلیت پیش بینی»، می تواند منجر به افزایش هزینه قرارداد شود و یا حتی اعمال آن ناممکن باشد؛ چون اگر قرار باشد طرفین قرارداد هر حادثه محتملی را لحاظ کنند باید هزینه ای صرف شود، مدت مذاکرات پیش از انعقاد قرارداد زیاد شود، و هماهنگی میان امتیاز و ریسک یک طرف قرارداد رعایت گردد (پاسنر و اندرو، ۱۹۷۷، ص ۹۶) که البته همه این موارد در فرایند انعقاد یک قرارداد خارجی دشوار است.

اما اگر مطلق بودن «عدم قابلیت پیش بینی» را این گونه تعبیر کنیم که حادثه با توجه به اوضاع و احوال زمان قرارداد، نوع آن از لحاظ موضوع، مدت و روابط قرارداد قبلی طرفین با احتمال درصد معقول و منطقی قابلیت وقوع داشته باشد تا آن واقعه به عنوان قوه قاهره محسوب نگردد، موانع و مشکلات مذکور برطرف می شود. در این صورت، از یک سو، دیگر هر حادثه ای قابلیت پیش بینی پیدا نمی کند، و از سوی دیگر، هر واقعه ای که با درصد معقولی احتمال وقوع داشته باشد قوه قاهره محسوب نمی شود. تأکید اصلی در اینجا، بر کلمه «احتمال» است؛ چون از نظر طرفداران قوه قاهره محسوب شدن تحریم، احتمال را نمی توان قابل پیش بینی شمرد، بلکه حادثه باید نزد طرفین قرارداد پیش بینی شده باشد. به عبارت دیگر، باید برای آن، در اوضاع قرارداد، امری حتمی باشد.

۳-۱-۲. تبیین موضوع تحریم در قالب تعسر اقتصادی در قرارداد

همواره تأثیر تحریم بر قرارداد می‌تواند غیرممکن ساختن اجرا - که در موضوع قوه قاهره مطرح است - نباشد، بلکه هزینه اجرای قرارداد را افزایش دهد و توازن را که در ابتدای قرارداد موجود بوده است، بر هم بزند. در ارتباط با این موضوع، درج یک شرط ضمن قرارداد، می‌تواند این مقصود را حاصل کند؛ شرطی که به صراحت قید کند: «وقایعی که صرفاً اجرای قرارداد را دشوار می‌سازد و از حیث امکان ایفای تعهدات تأثیری ندارد یا صرفاً هزینه اجرای قرارداد را افزایش می‌دهد، نمی‌تواند منجر به معافیت در اجرای تعهدات طرفین گردد».

سکوت قرارداد درباره وقایعی که اجرای قرارداد را بسیار دشوار یا نسبت به آنچه در ابتدای امر بوده است، گزاف می‌کند. با وجود این، سکوت قرارداد موجب می‌شود نظریه «تعسر اقتصادی» (به سبب آنکه یک اصل کلی حقوقی نیست و بدون تصریح در قرارداد نمی‌توان آن را تعدیل کرد) قابل اعمال نباشد. اما توجه به این امر جای هیچ تردیدی باقی نمی‌گذارد؛ زیرا ممکن است در نظر داور خاصی، تعسر اقتصادی هم مانند قوه قاهره یک اصل کلی حقوقی باشد (برانر، ۲۰۰۸).

به موازات شروطی که ناظر به قوه قاهره‌اند، شروط دیگر قرارداد هم می‌تواند بر موضوع استناد به موضوع تحریم به‌عنوان یکی از مصادیق قوه قاهره تأثیرگذار باشد. این شروط ممکن است نتوانند مانع استناد به تحریم شوند، اما می‌توانند خسارات حاصل از عدم اجرای قرارداد را کاهش دهند.

۲-۲. سایر شروط قراردادی

در اینجا، منظور آن دسته از شروط است که ارتباطی مستقیم با قوه قاهره یا سایر شروط معافیت ندارند، اما می‌توانند در قرارداد، راه‌کاری ارائه دهند که مانع انحلال قرارداد یا افزایش خسارات ناشی از اجرا نشدن آن گردند. تضمین اجرای قرارداد یکی از همین شروط است که می‌تواند متعهد را ملزم به اجرای قرارداد توسط شخص ثالثی سازد که با محدودیت تحریم مواجه نیست، یا بابت عدم اجرای تعهد، حتی وقتی ناشی از قوه قاهره بوده است، مطالبه خسارت کند. از سوی دیگر، تعدیل منوط به مذاکره مجدد نیز به طرفین قرارداد این امکان را می‌دهد که به جای انحلال قرارداد، تلاش کنند به نتیجه‌ای دست یابند که منجر به استمرار قرارداد گردد.

۲-۲-۱. تضمین اجرای قرارداد

موضوع تضمین اجرای قرارداد می‌تواند به این صورت باشد که صرف‌نظر از اجرا یا عدم اجرای قرارداد، متعهد مبلغ معینی را بپردازد. تضمین اجرا می‌تواند برای متعهد این تعهد را ایجاد کند که اگر به علت ممانعت کشور متبوعش نتوانست تعهد خود را انجام دهد حتی‌الامکان باید این تعهد را در کشور دیگری که با چنین محدودیتی مواجه نیست، به انجام برساند، یا شخص ثالثی آن را اجرا کند. برای مثال، متعهد می‌تواند توسط شرکت فرعی، ملزم به اجرای قرارداد شود؛ زیرا معمولاً تحریم‌هایی که روابط تجاری اتباع دولت اعمال‌کننده تحریم را با دولت هدف محدود می‌کنند بر روابط شرکت‌های فرعی آنها به لحاظ تبعه محسوب نشدن آنها تأثیری ندارند و علاوه بر این، روابط نزدیک شرکت اصلی با شرکت فرعی می‌تواند به راحتی آن را جایگزین کند (هالیبرتون، ۲۰۰۷، ص ۳۱). البته باید در نظر داشت حتی در جایی که امکان ادامه اجرا از سوی شرکت فرعی هم وجود ندارد، متعهد می‌تواند ملزم باشد به اینکه شخص ثالثی را جایگزین کند. حتی می‌توان از ابتدای قرارداد، شخص ثالثی را برای این موضوع در نظر گرفت که با هزینه متعهد، ملزم باشد پس از اینکه امکان ادامه تعهدات توسط متعهد اول نبود، آن شخص ثالث جایگزین او شود. در این صورت، متعهد دوم از ابتدا می‌تواند در جریان کامل امور قرارداد قرار گیرد تا هنگام جایگزینی مشکلی از این بابت وجود نداشته باشد.

۲-۲-۲. شرط تعدیل منوط به مذاکره مجدد

در مذاکره مجدد، طرفین قرارداد متعهد می‌شوند هرگاه تغییرات اوضاع و احوال، توازن قرارداد آنها را از بین ببرد، با هم مذاکره کنند تا دوباره به آن توازن اولیه بازگردند. این روش می‌تواند برای هر هدف دیگری نیز در قرارداد درج شود. برای مثال، ممکن است طرفین بخواهند هرگاه تغییر قوانین یا اعمال تحریم‌های اقتصادی انجام تعهدات یک طرف را دشوار یا گزاف کرد با هم مذاکره کنند تا در تعهدات تعدیلی صورت گیرد. اما باید توجه داشت که بهره‌گیری از این روش با محدودیتی مواجه است و آن اینکه طرفین باید خود در قرارداد، تمام جوانب را در نظر بگیرند. در غیر این صورت، نظر محاکم نسبت به اعمال این روش متفاوت است. برای مثال، در ایالات متحده آمریکا، معمولاً تمایل ندارند بدون وجود شرط ضمن قرارداد، الزام به مذاکره کنند، هر چند محاکم نیز بر ناعادلانه بودن چنین نتیجه‌ای از این نظر که موجب معافیت‌های ناروا از اجرای تعهدات می‌شود واقف هستند (زاکوریا، ۲۰۰۵).

در موضوع بحث حاضر، مانع دیگر عدم دستیابی به نتیجه است که در این صورت، ممکن است یک طرف بخواهد قرارداد را فسخ کند. در یکی از آرا صادر شده از سوی «دیوان داوری بازرگانی بین‌المللی» گفته شده است: وقتی در قراردادی شرط مذاکره مجدد وجود دارد یک طرف نمی‌تواند به عذر اینکه مذاکره به نتیجه نرسیده است، قرارداد را فسخ کند، بلکه حق فسخ تنها زمانی وجود دارد که طرف مقابل پیشنهاد معقول او را رد کند. با وجود این، اعطای قدرت تطبیق قرارداد به یک دیوان داوری، ممکن است صحیح قلمداد نشود؛ زیرا مطابق بسیاری از قوانین داوری، شرط اولیه ارجاع به داوری، وجود یک اختلاف است، و در اینکه صرف تطبیق قرارداد یک اختلاف محسوب شود، تردید جدی وجود دارد (هورن، ۱۹۸۵؛ ولفگانگ، ۱۹۹۵). از این رو، بین داوری قراردادی و قضایی فاصله می‌افتد و این پرسش به وجود می‌آید که آیا فاصله را باید این گونه از بین برد که بگوییم: وقتی طرفین خودشان چنین قدرتی به یک فرد در قراردادشان می‌دهند، یعنی تصمیم او را مثل تصمیم داور پذیرفته‌اند؟ اما اگر صرف رضایت قراردادی کافی نباشد، تصمیم شخص ثالث مانند تصمیم داور نیست (هورن، ۱۹۸۵). بنابراین، نمی‌توان اجرای این تصمیم را طبق کنوانسیون ۱۹۸۵ نیویورک - که درباره شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی است (ماده ۵، بند پ) - درخواست کرد و شخصی که نسبت به تصمیم اعتراض دارد ممکن است اختلاف را به مرجع دیگری مثل داوری ارجاع دهد (تریماچی، ۱۹۹۱، ص ۱۲۴).

در هر حال، برای رفع این مانع، به نظر می‌رسد باید به تعریف «داوری» و «اختلاف» مراجعه کرد. در تعریف «داوری» آمده است: «داوری حل اختلاف بین طرفین توسط شخص ثالث (داور) است که قدرتش را از قرارداد می‌گیرد و تصمیم این شخص برای طرفین قرارداد الزام‌آور است». از این رو، می‌توان این گونه نتیجه گرفت که وقتی طرفین قرارداد به عنوان یک شرط قراردادی، توافق می‌کنند به تطبیق و تعدیل قرارداد در شرایط تغییر اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد به سبب واقع شدن قوه قاهره به داوری مراجعه شود (پس از آنکه خود به نتیجه‌ای در مذاکره نرسیده باشند) یعنی: در واقع، این یقین حاصل می‌شود که در آن زمینه، بین آنها اختلاف وجود دارد. با این وصف، دیگر نمی‌توان رأی صادر شده را به عذر آنکه ناشی از یک اختلاف نبوده است، رد کرد.

از سوی دیگر، در یک نگاه جامع‌تر، وقتی طرفین، خود با مذاکره نتوانسته‌اند به نتیجه برسند؛ یعنی بر سر نحوه تعدیل قرارداد و یافتن راه‌حل مناسبی برای ادامه اجرای قرارداد، اختلاف دارند، و به این اختلاف یک دیوان داوری رسیدگی می‌کند. پس نمی‌توان ادعای این موضوع را که تعهد به مذاکره،

تعهد به اخذ نتیجه نیست، دستاویزی قرار داد تا ارجاع این امر به داوری با مشکل مواجه شود؛ زیرا وقتی طرفین توافق می‌کنند مذاکره نمایند تا برای بقا و ادامه قرارداد، راه‌کاری بیابند به‌طور ضمنی، تعهد رسیدن به یک نتیجه را هم مد نظر داشته‌اند. علاوه بر آن، طرفین قرارداد برای رسیدن به نتیجه، در هنگامی که نمی‌توانند به نتیجه مشخصی برسند، پیش‌بینی کرده‌اند که یک دیوان داوری به اختلافات فی‌مابین رسیدگی کند. پس اولاً، جای هیچ تردیدی نیست که با چنین تدبیری، آنها خود را متعهد به دستیابی به نتیجه کرده‌اند، خواه به‌طور مستقیم در جریان مذاکره یا به‌طور غیرمستقیم از طریق دیوان داوری. ثانیاً، برای دیوان داوری، رسیدگی به این امر یک اختلاف قلمداد می‌شود.

در این میان، برخی ایرادهای دیگری هم در زمینه به‌کارگیری روش مذاکره مجدد مطرح می‌شود؛ از جمله آنکه این شرط روابط قراردادی را غیرقابل پیش‌بینی می‌کند، هزینه اجرای قرارداد را بالا می‌برد، و یا اینکه الزام‌آور نیست. به عبارت دیگر، اگر از مذاکره نتیجه‌ای حاصل نشد یک دیوان داوری یا شخص ثالث قرارداد را بررسی می‌کند و این ممکن است نتیجه‌ای به بار آورد که هیچ‌کدام از طرفین قرارداد آن را نپذیرند (وای گوتاندا، ۲۰۰۳).

اما باید توجه داشت ادعای غیر قابل پیش‌بینی کردن قرارداد به‌سبب درج شرط مذاکره مجدد، امری است که می‌توان آن را کنترل نمود. برای مثال، مذاکره مجدد تنها در جایی صورت می‌گیرد که اجرای قرارداد به‌سبب وقوع مانعی که همان مشخصه‌های «قوة قاهره» یا «تعسر اقتصادی» را دارد، غیرممکن یا دشوار شده است، با این هدف که راه‌کاری برای ادامه قرارداد پیدا کنند. در غیر این صورت، هیچ‌کدام از طرفین حق درخواست مذاکره مجدد و اجبار طرف مقابل به مذاکره را ندارند. راه‌کاری که در مذاکره ممکن است حاصل شود، می‌تواند افزایش مدت قرارداد باشد، به نحوی که امکان اجرا فراهم شود، یا گاهی که متعهد خودش به‌سبب وضع و اعمال تحریم نمی‌تواند قرارداد را انجام دهد، اما شرکت فرعی او مشمول تحریم نمی‌شود، از این شرکت فرعی برای انجام تعهدش بهره‌گیری (هالیبرتون، ۲۰۰۷، ص ۳۱). از سوی دیگر، باید توجه داشت که افزایش هزینه قرارداد به‌سبب درج شرط مذاکره مجدد، در جایی موضوعیت پیدا می‌کند که متعهد وضعیت خود را با درج این شرط نامطمئن می‌بیند و احساس می‌کند طرف دیگر قرارداد به عذر هر تغییری در اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد، درخواست مذاکره مجدد می‌کند. به همین منظور، متعهد مبلغ قرارداد را بالا می‌برد تا ریسک او را در این شرایط تقلیل دهد. در صورتی که اگر - طبق آنچه بیان شد - استفاده از مذاکره مجدد منحصر به موضوع خاصی باشد میزان ریسک متعهد در قرارداد افزایش نمی‌یابد.

نتیجه‌گیری

از مجموع مطالب پیش‌گفته، این نتیجه حاصل شد که اتخاذ راه‌کارهای عملی فعالانه در مقابله با تحریم‌های اقتصادی در قراردادهای بین‌المللی موجب می‌شود نه تنها تحریم‌های اقتصادی در غالب موارد، مانع و چالشی برای اجرای قرارداد نباشد، بلکه می‌تواند هزینه‌های متعاملان را کاهش دهد. در حقیقت، بر خلاف آنچه تصور می‌شود که متعهد قرارداد همواره به دنبال این است که در اوضاع و احوال وضع تحریم‌ها علیه هر یک از کشورهای متبوع طرفین، از ایفای قرارداد امتناع کند، راه‌کارهای عملی ارائه شده، منافع متعهد را در نظر می‌گیرد و اتخاذ تدابیری قبل از انعقاد قرارداد یا در حین اجرای آن، طرفین را در مسیری قرار می‌دهد که منافعتشان وابسته به اجرای قرارداد است. از سوی دیگر، امروزه استناد به قوه قاهره در روابط قراردادی، صرفاً برای رهایی از بار مسئولیت اجرای قرارداد در وضعیت‌های غیرممکن یا بسیار سخت نیست، بلکه غالباً اعلام وضعیت قوه قاهره یک اغراق و تظاهر است برای اهداف دیگر تا یک واقعیت خارجی (تراکمن، ۲۰۰۷، ص ۶). به همین سبب، اختلافات درباره قوه قاهره معمولاً در محاکم فیصله نمی‌یابد، بلکه متعاملان خودشان با بررسی دقیق وضعیت قرارداد و قابلیت‌ها و توانایی‌هایی که دارند، به مصالحه و توافق می‌رسند. مسائلی از این قبیل که از سرگیری یک رابطه قراردادی با شخص ثالث چه میزان هزینه دربر دارد، یا اینکه خریدار منبع دیگری برای تهیه کالای مورد نیاز دارد یا فسخ و انحلال قرارداد مابازای مناسبی برای هزینه‌های متحمل شده متعاملان می‌شود یا نه، و سایر موارد مشابه دیگر، مشخص می‌کند که یک طرف قرارداد ادعای قوه قاهره طرف مقابل را بپذیرد یا رد کند.

در این بین، باید توجه داشت که با وجود تمام ملاحظات، تحریم‌های اقتصادی به سبب محدودیت‌هایی که به وجود می‌آورند، اجرای قرارداد را برای متعهد سخت می‌کنند و موجب می‌شوند متعهد با استناد به عذر قوه قاهره، که از وضع و اعمال تحریم ناشی شده است، بخواهد از ایفای تعهد قراردادی خود امتناع ورزد. واضح است که به وجود آمدن این وضعیت، چیزی نیست که متعاملان به دنبال آن باشند. فارغ از اینکه چه حادثه‌ای موجب تعذر به قوه قاهره شده است، عدم اجرای تعهدات مندرج در یک قرارداد، به ویژه قرارداد بین‌المللی، موجب ناکارآمدی اقتصادی و افزایش هزینه برای طرفین می‌شود. اما با توجه به اینکه امروزه تحریم‌های اقتصادی بسیار شایع و فراگیر هستند و موجب می‌شوند طیف وسیعی از تعهدات را تحت تأثیر قرار دهند، از اهمیت بیشتری برخوردارند. بهره‌گیری از راه‌کارهایی که مانع استناد به تحریم - به‌عنوان یکی از مصادیق

قوه قاهره - می‌شوند، فقط به سود طرف اجرای تعهد نیست، بلکه باید در نظر داشت که سود متعهد در اجرای قرارداد است؛ زیرا - همان‌گونه که بیان شد - اجرا نشدن قرارداد برای هر دو طرف هزینه‌هایی در پی دارد که حداقل آن، هزینه برقراری مجدد یک رابطه قراردادی است. از این رو، در مقاله حاضر، سعی شد تا با اشاره به فرضیه «بازی‌ها» به عنوان یک الگو و روش قبل از انعقاد قرارداد، طرفین به سوی مشارکت در اجرای قرارداد ترغیب و تشویق شوند. همچنین تبیین نظریه «تخصیص خطر وقایع پیش‌بینی نشده» و ارتباط آن با افزایش هزینه اجرای قرارداد، در همین زمینه صورت گرفت و با توصیف شروطی که به صراحت، به قوه قاهره می‌پردازند و تحریم‌های اقتصادی را از شمول خود خارج می‌سازند یا تعسر اقتصادی را مستثنا می‌کنند و همچنین با اشاره به مذاکره مجدد که موجب می‌گردد قرارداد به تعادل اولیه بازگردد و نیز بحث از ضمانت اجرای تعهد، راه‌کارها و روش‌هایی بررسی شدند که در متن قرارداد، وضعیت تحریم‌های اقتصادی را مدیریت و ساماندهی می‌کنند. اگرچه ممکن است به نظر برسد که درخواست اجرای قرارداد در وضعیت تحریم‌های اقتصادی، موجب افزایش ناعادلانه هزینه‌ها و ریسک متعهد در اجرای قرارداد می‌گردد، لیکن توزیع کارآمد ریسک قراردادی و توجه به بهینه بودن قرارداد، در مجموع، موجب می‌شود با بهره‌گیری از فرضیه «بازی‌ها» هزینه عدم اجرای قرارداد بیش از اجرای آن در شرایط قوه قاهره باشد، به گونه‌ای که منافع طرفین قرارداد در مشارکت بیشتر برای اجرا باشد. امروزه بلندمدت بودن روابط قراردادی و به تعبیر دیگر، شریک تجاری یکدیگر بودن طرفین، این همکاری را ارتقا می‌دهد. همچنین توجه به عوامل مهمی مانند نحوه توزیع ریسک قراردادی در افزایش اتخاذ رفتار عقلایی، در طرفین قرارداد مؤثر است؛ به این مفهوم که طرفین پیش از انعقاد قرارداد اول، شرایط و اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد را پیش‌بینی می‌کنند و در پی آن، ریسک ناشی از آن را می‌پذیرند. از این رو، به هنگام وقوع آن مخاطره و ریسک، نمی‌توانند خلاف آنچه را پذیرفته‌اند عمل کنند. و در نهایت نیز در صورت بروز و ایجاد اختلاف، مذاکره مجدد به آنها اجازه می‌دهد تا با در نظر گرفتن وضعیت جدید، مجدداً رابطه قراردادی خود را از سرگیرند.

- Bruce, Christopher, 1982, An Economic Analysis of the Impossibility Doctrines In Contract Law, *The Journal of Legal Studies*, 11, Goldberg. Vol. Xi., p.231.
- Brunner, Christoph, 2008, Force Majeure and Hardship under General Contract Principles; Exemption for Non Performance in International Arbitration, London, *The Journal of Kluwer Law International* ,p7-124.
- C.Picker, Randal, 2008, *An Introduction to Game Theory and Law*, In *Chicago Lectures in Law and Economics*, edited by Eric A. Posner, Foundation Press, formerly Chicago Law & Economics working paper no. 22 (2d series).
- Camerer, Colin, Teck Hua Ho and Juin Kuan Chong, 2001, Behavioral Games Theory: Thinking, Learning and Teaching, *The Journal of National University of Singapore*, p18.
- Chatterjee, Kaylan, William F. Samuelson, 2001, Game Theory and Business Application, (International Series in Operations Research & Management Science, 35), *The Journal of Kluwer Academic Publishers*, p133.
- Convention on The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award United Nations 1958.
- De Ly, Filip and Marcel Fontaine, 2006, *Drafting International Contracts: An Analysis of Contract Clauses*, Published and distributed by translation publisher, Inc Ardshly Park.
- Douglas, Baird; Robert H. Gertner and Randal C. Picker ,1998, Game Theory and The Law, Ready for Prime Time?, *The Journal of Harvard University Press*, p18.
- Goetz, Charles J, 2006, Law and Economic Cases and Materials, *The Journal of University of Virginia*, p14.
- Goldberg ,Victor P, 2007, Impossibility and related doctrines in contract law: an economic analysis, *The Journal of Cambridge University Press* ,p65.
- H. Mc Adams, Richard, 2008, Beyond the Prisoners' Dilemma: Coordination ,Game Theory and Law, *The Journal of University of Chicago Law School*, Vol. 82,p.14.
- Halliburton and U.S. Business Ties to Iran, 2007, Hearing Before the Subcommittee on Interstate, Trade and Tourism, of the Committee on Commerce, Science, and Transportation, United States Senate, One Hundred Tenth Congress, first session, April 30.
- Hammond, Peter J, 2003, Equal Right to Trade and Mediate, Social Choice and Welfare, Springer-Verlag, Volume 21.
- Hans, Van Houtt, 1993, Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda, in: Gaillard (ed.), Transnational Rules in International Commercial Arbitration, (ICC Publ. No. 480,4), Paris, at 105 et seq.
- Horn, Norbern, 1985, Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance Law, *The Journal of Kluwer Academic Publishers*; Antwerp, Boston, London, Frankfurt, at 15 et seq., p.206-237.

- ICC International Court of Arbitration Award* No. 2478 IN 1974, YCA 1978, at 222 et seq. (also published in: *Clunet* 1975, at 925 et seq.)
- International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*) an international arbitration institution which facilitates arbitration and conciliation of legal disputes between international investors) ICSID website at www.worldbank.org/icsid/about/about.htm
- Posner, Richard & Andrew M. Rosenfield, 1977, Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis, The University of Chicago Press, *Journal of Legal Studies*, Vol. 6, Iss. 1, Article 6.
- Rasmusen, Bennett, Eric, 2007, *Law and Game Theory*, Kelley School of Business, Indiana University, This is the introduction and contents list for the forthcoming book, Law and Game Theory, in the series Economic Approaches to Law edited by Richard A. Posner and Francesco, Paris, Edward Elgar Publishing, Forthcoming, Edward Elgar Publishing.
- Schwartz, Alan, 1992, Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies, *The Journal of Legal Studies* 21, 271 ff, p.14.
- Stearns, Maxwell L, 2007, The New Commerce Clause Doctrine in Game Theoretical Perspective, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 60, No.1.
- Trackman Dean, Leon E, 2007, Declaring Force Majeure: Veracity or Sham?, *The Journal of Selected Works*, Be press.
- Trimarchi, Pierto, 1991, Commercial Impracticability in Contract: An Economic Analysis, *International Review of Law and Economic*, No.11.
- Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006.
- Watson, Joel, 2006, Contract and Game Theory: Basic Concepts for Settings with Finite Horizons, The Journal of University of California at San Diego, Economics Working Paper Series from Department of Economics, UC San Diego (UCSD, UC San Diego), p2.
- Wolfgang, Peter, 1995, Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements, 2nd Ed, *The Journal of Kluwer law International*, p272.
- Y.Gotanda, John, 2003, Renegotiation and Adaptation Clauses in Investment Contracts, Revisited, *The Journal of Villanova University School of Law*, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 36, p.1464.
- Yescombe, E.R, 2002, *Principles of Project Financing*, 1 edition, Publisher Academe Press.
- Zaccaria, Elena Christine, 2005, The Effect of Changed Circumstances in International Commercial Trade, *International Trade and Business Law*, Vol. 9.
- Zaluski, Wojciech, 2011, On The Application Of Game Theory in Contract Law, Academia.edu.

نسبت سنجی اصل یکصد و سیزدهم قانون اساسی با اصل «استقلال قوا»

mirzadeh@ut.ac.ir

نادر میرزاده / استادیار دانشگاه تهران

Asohrablu@yahoo.com

علی سهرابلو / دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه تهران

دریافت: ۱۳۹۳/۶/۱۲ - پذیرش: ۱۳۹۳/۱۱/۲

چکیده

در تلاش برای تحقق اهداف اصل «تفکیک قوا» در نظام‌های معاصر، ابزارهایی تعبیه و پیش‌بینی گردیده است. از جمله این ابزارها، نظارت قوای حاکم بر یکدیگر است تا بدین وسیله، از قانون‌شکنی هر قوه‌ای به‌وسیله قوای دیگر جلوگیری به عمل آید و قدرت موجود در سطح نهادهای حاکمیت تعدیل گردد. اما نکته مهمی که در بحث شبکه نظارت‌ها در تفکیک نسبی قوا وجود دارد، تعادل در نظارت قوا بر یکدیگر است. بدون وجود تعادل در این مجموعه نظارت‌ها و تأثیرات، کفه ترازوی قدرت به نفع برخی قوا سنگین‌تر خواهد بود و هدف از تفکیک قوا، که توزیع متناسب قدرت در سطح نهادهای زمامدار است، تحقق نخواهد یافت. به این مهم در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران توجه شده و مقنن اساسی در اصل ۱۱۳ قانون اساسی، تعادل مزبور را در روابط قوای سه‌گانه حاکم بر کشور بهبود بخشیده است.

کلیدواژه‌ها: استقلال، قوا، تفکیک، تعادل، مسئولیت، قانون، نظارت.

تفکیک قوا از اصول بنیادین در دموکراسی‌های معاصر است. هرچند انتقاداتی در عصر حاضر بر این اصل وارد گردیده، ولی همچنان این اصل یکی از پایه‌ها و ساختارهای اساسی نظام‌های حقوقی و سیاسی است. برای تحقق اهداف این اصل، که جلوگیری از تمرکز قدرت در ید واحد یا عده‌ای از زمام‌داران است، راه‌کارهایی پیش‌بینی و تعبیه شده است. در تفکیک نسبی قوا، که همکاری و ارتباط قوای حاکم با یکدیگر حاکم است، از جمله ابزارهای اساسی، که بدین منظور پیش‌بینی شده، بحث «شبکه نظارت‌ها» در ساختار تفکیک قواست. این نظارت‌ها قدرت موجود در نهادهای زمام‌دار را سازمان‌دهی و تعدیل می‌کنند و البته مفهوم این نظارت‌ها دلالتی بر دخالت قوا در امور یکدیگر ندارد. در کشور ما نیز در اصل ۵۷ قانون اساسی بر تفکیک نسبی قوا تحت عنوان «استقلال قوا» تصریح شده و مجموعه‌ای از نظارت‌ها مابین قوای سه‌گانه مقرر گشته است. این نظارت‌ها کاملاً در جهت اصل «تفکیک قوا» و با توجه به اصل پنجاه و هفتم قانون اساسی وضع شده‌اند. نکته حایز اهمیت در این بین، آن است که این نظارت‌ها، که به اقتدار یک قوه بر دیگر قوا منجر می‌شود، باید به گونه‌ای تعبیه شوند که قدرت قوا را در برابر یکدیگر تعدیل سازند. در غیر این صورت، هدف از برقراری این نظارت‌ها و تأثیرات بی اثر خواهد بود. در قانون اساسی ج.ا.ا نیز نظارت‌های بسیاری برای قوای مقننه و قضاییه در ارتباط با قوه مجریه وضع گردیده و نظارت‌هایی نیز برای قوه مجریه نسبت به این دو قوه منظور گشته است. در این میان، مسئولیت اجرای قانون اساسی، که در اصل ۱۱۳ قانون اساسی برای رئیس‌جمهور مقرر شده است و اعمال آن نظارت رئیس‌جمهور بر قوای دیگر را در پی دارد، محل بحث و مناقشه صاحب‌نظران و دادرس اساسی بوده است و از منظر موضوع این مقاله، این پرسش را می‌توان مطرح کرد که چه ارتباطی بین مسئولیت اجرای قانون اساسی از سوی رئیس‌جمهور با تفکیک قوای مقرر در قانون اساسی وجود دارد؟ فرضیه مقاله این است که مسئولیت اجرای قانون اساسی مقرر در اصل یکصد و سیزدهم قانون اساسی مکمل شبکه نظارت‌های مقرر در قانون اساسی برای تحقق تفکیک قواست و منافاتی با استقلال قوا ندارد.

روش تحقیق «توصیفی» و «تحلیلی» است و مجموعه مطالب مقاله در سه بند سامان یافته است. در بند ۱ تفکیک قوا و الزامات آن بیان می‌شود. بند ۲ به تبیین مسئولیت رئیس‌جمهور در اصل ۱۱۳ قانون اساسی می‌پردازد. و بند ۳ با اتکا به مطالب دو بند قبل، تکمیل تفکیک قوای مقرر در قانون اساسی را با اصل ۱۱۳ این قانون نشان می‌دهد. پس از این سه بند، حاصل سخن اثبات فرضیه مقاله را به تصویر می‌کشد.

۱. تفکیک قوا و لوازم آن

۱-۱. تفکیک قوا

ذهن و اندیشه متفکران همواره در حال حرکت در این زمینه بوده است تا با دستیابی به ابزارهایی از تمرکز قدرت در ید واحد و یا عده‌ای از زمام‌داران جلوگیری کنند و راه برای رسیدن به مطلوب‌ترین حکومت‌ها برای جوامع انسانی مهیا باشد (ملکوتی هشجین، ۱۳۹۱، ص ۶۶۳). هرچند ریشه‌های اصل «تفکیک قوا» به اندیشه فلاسفه متقدم، به‌ویژه اندیشمند اسلامی، *عبدالرحمان بن خلدون*، برمی‌گردد (پروین و اصلانی، ۱۳۹۱، ص ۱۹۸-۲۰۰)، اما اصل «تفکیک قوا» به حالت امروزی و سازمان‌یافته آن، محصول اندیشه متفکر برجسته فرانسوی، *شارل دو منتسکیو* در قرن هجده است. منتسکیو در نظریه خویش، به دنبال آزادی است (منتسکیو، ۱۷۴۸، ص ۱۷۲) و در این زمینه، مهم‌ترین ملاک و ضابطه از نظر وی برای تأمین این هدف، ملاک «قانون» است (قاضی، ۱۳۸۸، ص ۱۶۴-۱۶۸). بر اساس همین ملاک، وی هر یک از قوای حکومتی را عهده‌دار بخشی از حاکمیت می‌داند و آنها را به سه دسته تقسیم می‌کند: قوه مقننه که عهده‌دار وضع و تصویب قانون است. قوه مجریه که وظیفه اجرای قانون را بر اساس قانون مصوب قوه مقننه بر عهده دارد، و قوه قضاییه که بر مبنای قانون، به حل و فصل اختلافات و دعاوی میان افراد می‌پردازد (منتسکیو، ۱۷۴۸، ص ۱۷۳). در تدوین قوانین اساسی، دو برداشت متفاوت از نظریه «تفکیک قوا» صورت پذیرفت: «تفکیک مطلق» و «تفکیک نسبی قوا».

۱-۱-۱. تفکیک مطلق قوا

این برداشت از تفکیک قوا، که حاصل آن رژیم‌های ریاستی است، قایل به انفصال کامل قوا از یکدیگر در حوزه وظایف و اختیارات است. در این الگو، دیواره‌های نفوذناپذیری میان قوای سه‌گانه تعیین شده که قوا بدون همکاری سایرین، وظیفه خود را به انجام می‌رسانند تا مقصود اصلی از «تفکیک قوا» را، که آزادی و امنیت شهروندان و حکومت دموکراتیک است، محقق گرداند (بلامی، ۱۳۸۴، ص ۸۸). موريس دوورژه سه ویژگی برای رژیم‌های ریاستی، که محصول تفکیک مطلق قواست، برمی‌شمارد:

۱. وظایف هر قوه‌ای تخصصی است.

۲. هر قوه وظیفه خود را به تنهایی و مستقل ایفا می‌کند.

۳. دستگاه‌های حکومتی کاملاً از یکدیگر مستقل بوده، هیچ‌یک در کار دیگری دخالت نمی‌کند و هیچ‌یک را بر دیگری برتری نیست (قاضی، ۱۳۸۸، ص ۱۷۴).

از این الگو با عنوان «تفکیک انعطاف‌ناپذیر قوا» نیز نام می‌برند (قاضی، ۱۳۸۸، ص ۱۷۳-۱۷۹).

۱-۱-۲. تفکیک نسبی قوا

در این برداشت، که از آن با عنوان «همکاری قوا» نیز یاد می‌شود، انفصال کامل قوا از یکدیگر وجود ندارد، بلکه هر قوه‌ای بخشی از حاکمیت را در ارتباط با دیگر قوا و با همکاری آنان اعمال می‌کند. این ارتباط و همکاری به معنای دخالت قوا در امور یکدیگر نیست. در این روش، هر قوه در مقابل قوه‌ی دیگر مجهز به ابزارها و وسایلی است که از آن راه می‌تواند جلوی انحرافات مستبدانه‌ی قوه‌ی دیگر را بگیرد و مانع خطاهای احتمالی آن شود (طباطبائی، ۱۳۸۰، ص ۱۸۶). علت اساسی تفکیک نسبی این است که قوای سه‌گانه تجلیات گوناگون قدرت سیاسی یا حاکمیت واحد بوده، اساساً تفکیک آنها صرفاً به منظور طبقه‌بندی و تقسیم کار صورت می‌پذیرد (دولاپرادل، ۱۹۱۲، ص ۲۴۰، به نقل از: قاضی، ۱۳۸۸، ص ۱۶۸).

۱-۲-۲. نظارت قوا بر یکدیگر در تفکیک نسبی

چون مبنای «تفکیک نسبی قوا» بر همکاری و مبنای «تفکیک مطلق» بر استقلال تام مبتنی است، از این رو، با عدول از نظارت قوا در تفکیک مطلق، صرفاً به این موضوع در تفکیک نسبی می‌پردازیم. در این الگو از تفکیک قوا، تقسیم‌بندی وظایف و محدوده‌ها انعطاف‌پذیر است و تأثیرات متقابلی مابین قوای سه‌گانه وجود دارد. در این برداشت، مفهوم «دخالت» از «نظارت» متمایز بوده و صرف نظارت ارکان حکومتی بر یکدیگر، منجر به مداخله در اختیارات هریک از قوا نمی‌گردد (زارعی و مرکز مال‌میری، ۱۳۸۴، ص ۱۷۵-۱۸۵). در این میان، قوه‌ی مجریه به واسطه‌ی بر عهده داشتن کارویژه اجرایی، اهمیتی دوچندان دارد؛ امری که به خاطر ماهیت و اهمیت آن، این قوه را نهادی با اقتدار بالا و تهدیدی بالقوه برای تحدید آزادی‌های فردی نشان می‌دهد. اما در این بین، روابط بین قوا باید به گونه‌ای سازمان یابد که چرخش امور و ایفای وظایف توسط هر قوه‌ای در پناه همکاری و نظارت متقابل دیگر قوا سامان پذیرد، و نظارت‌های متقابل قوا بر یکدیگر موجب نفی استقلال ذاتی آنها نگردد (ملکوتی هاشجین، ۱۳۹۱، ص ۶۶۳).

۱-۲-۱. نظارت قوه‌ی مقننه بر دو قوه‌ی دیگر

۱-۲-۱-۱. نظارت قوه‌ی مقننه بر قوه‌ی مجریه (قاضی، ۱۳۸۳، ص ۴۴۸-۴۶۸)

هدف اساسی از نظارت قوه‌ی مقننه بر قوه‌ی مجریه پاسخ‌گویی قوه‌ی مجریه در اختیارات تفویض شده به آن است (السزک، ۲۰۱۰، ص ۱). فارغ از انتخاب رئیس کشور، که برای نمونه، در جمهوری

چهارم فرانسه توسط نمایندگان مجلس انتخاب می‌شد، یا در قانون اساسی ۱۹۴۷ ایتالیا، نمایندگان جزو هیأت انتخابیه‌ای بودند که این مقام را انتخاب می‌کردند، نظارت قوه مقننه بر قوه مجریه در انتخاب و روی کار آمدن اعضای هیأت دولت نمود پیدا می‌کند. هیأت دولت تا زمانی که رأی اعتماد مجلس را داراست، به کار خود ادامه می‌دهد و در حین انجام کار خود نیز به وسیله ابزارهایی همچون تذکر، سؤال و استیضاح از سوی قوه مقننه بر کارش نظارت می‌شود. اما اگر اعتماد مجلس را از دست بدهد باید از کار برکنار گردد؛ مانند حق ساقط کردن دولت توسط نمایندگان مجلس ملی در نظام فرانسه. از سوی دیگر، مجلس میدان باز و آشکاری است که هرگونه اطلاعاتی به آن وارد می‌شود و با به‌کارگیری برخی شیوه‌ها، همکاری قوا در آن تسهیل می‌گردد و زمینه برای اعمال هرگونه نظارت سازنده فراهم می‌شود (هاشمی، ۱۳۹۱، ص ۱۶۵). این اختیار نظارتی در بیشتر نظام‌ها به صورت سؤال از مسئولان اجرایی و حق تحقیق و تفحص برای مجلس به رسمیت شناخته شده است. در نظام‌های مبتنی بر «تفکیک نسبی»، مسائلی وجود دارد که به علت حساسیت و اهمیت آنها، قوه مجریه تحت نظارت شدید مجلس قرار می‌گیرد، به‌گونه‌ای که پیش از انجام آن، موظف به کسب اجازه از مجلس است، بدون اینکه این امور متوقف شوند. مبنای نظارت مجلس بر پایه منافع و مصالح عمومی قرار دارد (هاشمی، ۱۳۹۱، ص ۱۸۰)؛ همانند تصویب قراردادهای بین‌المللی نکته مهم و تأثیرگذار دیگر، نظارت بر دخل و خرج دولت از طریق تصویب و نظارت بر اجرای بودجه است. فارغ از مرحله تصویب بودجه، که بر عهده مجلس قرار دارد، نظارت بر اجرای بودجه در بیشتر نظام‌های حقوقی از وظایف مجلس به‌شمار می‌رود که مستقیماً و یا از طریق نهاد مورد نظر خویش بر آن اعمال نظارت می‌نماید.

۱-۲-۱. نظارت قوه مقننه بر قوه قضاییه

«قوه قضاییه» نهادی است که به علت اهمیت و خطیر بودن کارویژه قضایی‌اش، بر استقلال آن تأکید زیادی می‌شود و مداخله دیگر قوا در آن محدود می‌گردد (بزن و روزنبرگ، ۲۰۰۵، ص ۴) تا استقلال این نهاد حفظ شود و در نتیجه، عدالت برقرار و ثابت گردد. اصولاً قوه قضاییه در نظام‌های معاصر، تحت نظارت قوای دیگر قرار نمی‌گیرد، ولی نمونه‌هایی وجود دارد که نظارت‌هایی بر آن اعمال می‌شود. برای نمونه، در بحث بودجه، در اکثریت قریب به اتفاق نظام‌ها، تهیه بودجه بر عهده قوه مجریه و تصویب آن بر عهده مجلس قرار دارد که می‌تواند به ابزاری برای تأثیرگذاری بر قوه قضاییه تبدیل گردد و استقلال آن را به نحوی متأثر سازد.

۱-۲-۲. نظارت قوه قضاییه بر قوای مقننه و مجریه

قوه قضاییه به مقتضای وظیفه و ماهیت خویش، که همانا حل و فصل اختلافات و دعاوی و برقراری عدالت است، تأثیر شگرفی بر نهادهای دیگر دارد. جدای از کارویژه اصلی قوه قضاییه، این قوه به شیوه‌های گوناگون در دو قوه دیگر تأثیرگذار است. از جمله این نمونه‌ها، می‌توان به تأثیرگذاری بر دیگر قوا با قضاوت در جرایم سیاسی اشاره کرد. این قضاوت در بعضی کشورها مانند انگلیس و آمریکا، بر عهده مجلس شورا گذارده شده است. در بعضی کشورها نیز نقش مجلس شورا محدود به تعقیب متهم است و قضاوت بر عهده نهادی خاص از قوه قضاییه قرار دارد؛ مانند دیوان «عالی عدالت» در فرانسه. در دیگر کشورها نیز این امر کاملاً بر عهده قوه قضاییه نهاده شده است؛ همانند ایران که به اتهامات اعضای قوه مجریه و مقننه در دادگاه‌های دادگستری رسیدگی می‌شود و توسط دو نهاد «دیوان عدالت اداری» و «سازمان بازرسی» بر عملکرد دستگاه‌های اجرایی نظارت می‌کند و این می‌تواند وسیله‌ای تأثیرگذار بر دیگر قوا باشد.

۱-۲-۳. نظارت قوه مجریه بر قوه مقننه و قضاییه

۱-۲-۳-۱. نظارت قوه مجریه بر قوه مقننه

در نظام‌های حقوقی معاصر، تقنین امری مشترک میان قوه مقننه و مجریه محسوب می‌شود. امروزه در بسیاری از کشورها، هم قوه مقننه و هم قوه مجریه در تمام مراحل سیاست‌گذاری تشریک مساعی می‌نمایند. در مرحله پیشنهاد و شروع قانون‌گذاری، مردم برای پیشنهاد قوانین و سیاست‌های مهم از قوه مجریه متوقع هستند. این دو قوه در مرحله رایزنی و تبادل نظر و نیز در مرحله تصمیم‌گیری درباره سیاست‌ها، با یکدیگر مشارکت می‌کنند. پس از تصویب یک قانون، قوه مجریه مسئولیت اولیه اجرای آن را تحت نظارت قوه مقننه بر عهده می‌گیرد (مزی، ۱۳۸۵، ص ۲۰۰). امروزه بیشترین قوانین تصویبی، لوایح تقدیمی قوه مجریه هستند (مرکز مالگیری، ۱۳۹۱، ص ۱۸۹). این همکاری مشترک در عرصه تقنین، یکی از موارد مداخله و نظارتی است که قوه مجریه در مقابل قوه مقننه از آن برخوردار است و بر قوه مزبور تأثیر می‌گذارد (همان، ص ۱۷۴). از سوی دیگر، قوه مقننه، در جزئیات قوانین وارد نمی‌شود و در نظام‌های پارلمانی، غالباً اجلاس‌ها سالانه هستند و به این سبب، جزئیات قوانین در قالب تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌ها به مجریه واگذار می‌شود (موسی‌زاده، ۱۳۹۲، ص ۴۰). از دیگر موارد، می‌توان به حق شرکت اعضای قوه مجریه در جلسات مجلس اشاره کرد. حضور این افراد در جلسات مجلس، جنبه تشریفاتی ندارد، بلکه آنان در مذاکرات و مباحثات شرکت، و از سیاست‌ها، برنامه‌ها و لوایح خود یا طرح‌های نمایندگان، که مورد نظر دولت است، دفاع می‌کنند (عباسی، ۱۳۹۱، ص ۱۵۰).

۱-۲-۳. نظارت قوه مجریه بر قوه قضائیه

با توجه به ماهیت این قوه و اهمیت استقلال آن، دیگر قوا تأثیرگذاری اندکی بر این قوه دارند. تأثیرگذاری قوه مجریه از طریق بودجه را می‌توان از جمله این موارد ذکر کرد. از سوی دیگر، در بعضی نظام‌ها، قوه مجریه در انتصاب اعضای این قوه دخالت دارد؛ همانند نظام ایالات متحده امریکا که قضات فدرال با حکم رئیس جمهور و تأیید سنا منصوب می‌شوند (فنازاد، ۱۳۹۱، ص ۳۳۵).

۲. تبیین مسئولیت رئیس جمهور در اصل ۱۱۳ قانون اساسی

۲-۱. مفهوم

اصل ۱۱۳ قانون اساسی ج.ا.ا. مسئولیت اجرای قانون اساسی را بر عهده رئیس جمهور قرار داده است؛ امری که از ابتدا دست‌خوش تفاسیر متفاوتی از سوی شورای نگهبان به‌عنوان مفسران قانون اساسی و حقوق‌دانان بوده است. عده‌ای گستره این وظیفه رئیس جمهور را محدود به قوه مجریه می‌دانند و عللی برای این نظر ذکر می‌کنند. در مقابل نیز عده‌ای به بسط مسئولیت رئیس جمهور به فراتر از قوه مجریه قایلند.

در ادامه، ابتدا مفهوم این عبارت و همچنین دلایل موافقان و مخالفان در این زمینه بیان خواهد شد و سپس ارتباطی که این مسئولیت با تفکیک نسبی قوای موجود در قانون اساسی ایران دارد، شرح داده خواهد شد.

«مسئولیت» در لغت، به معنای «موظف بودن به انجام کاری» و در اصطلاح حقوقی، به معنای «تعهد قانونی شخص در مقابل دیگری» است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۶۴۲). از این‌رو، عبارت «مسئولیت اجرای قانون اساسی» را به لحاظ لغوی، می‌توان به «موظف بودن یا ضمانت کردن به اجرای قانون اساسی» تعبیر نمود (الهام و فقوری بیلندی، ۱۳۹۱، ص ۴۳۲).

در کنار مسئولیت اجرای قانون اساسی مصرح در اصل ۱۱۳، در اصل ۱۲۱ نیز مسئولیت پاسداری از قانون اساسی بر عهده رئیس جمهور قرار گرفته است. لازم به ذکر است که حقوق‌دانان در تفسیر معنایی از عبارت «مسئولیت اجرای قانون اساسی»، عموماً در کنار «پاسداری تقنینی»، که بر عهده شورای نگهبان است، «پاسداری اجرایی» را ذکر می‌کنند (هاشمی، ۱۳۹۱، ص ۲۸۸). «پاسداری اجرایی» از تعامل اصل ۱۲۱ با اصل ۱۱۳ قانون اساسی حاصل می‌شود. به نظر می‌رسد عبارت «پاسداری از قانون اساسی» و «مسئولیت اجرای قانون اساسی» باید به یک معنا تفسیر گردند، وگرنه تالی فاسد آن،

این خواهد بود که رئیس جمهور، هم مجری قانون اساسی است و هم بر اجرای آن نظارت می‌نماید. در واقع، قانون اساسی در این دو اصل، با دو تعبیر متفاوت، یک مسئولیت واحد برای رئیس جمهور پیش‌بینی کرده و آن نظارت بر اعمال مجریان قانون اساسی از حیث اجرای صحیح قانون و جلوگیری از نقض آن است (الهام و فقهوری بیلندی، ۱۳۹۱، ص ۴۳۴). حال اینکه این نظارت چگونه باید اعمال شود، بحثی جداست که مقنن عادی در قانون تعیین حدود وظایف و اختیارات ریاست جمهوری، مصوب ۱۳۶۵ به آن پرداخته است.

نکته دیگری که قابل ذکر است اینکه مسئولیت اجرا همراه با نوعی نظارت است. به تعبیر دیگر، در اجرا، نظارت نیز نهفته است؛ همان‌گونه که قانون‌گذار عادی در قانون «تعیین حدود وظایف و اختیارات ریاست جمهوری» بر این امر صحنه می‌گذارد و مفسر قانون اساسی نیز با تأیید این قانون، به‌طور تلویحی آن را می‌پذیرد. البته در باب شیوه این نظارت نیز برخی حقوق‌دانان معتقد به انضباطی بودن آن در میان شیوه‌های اطلاعاتی، استصوابی و استرجاعی هستند. در نظارت انضباطی، ناظر پس از کشف تخلف، اقدامات لازم (مذکور در ماده ۱۳ قانون تعیین حدود وظایف و اختیارات ریاست جمهوری) را انجام می‌دهد (هاشمی، به نقل از: الهام و فقهوری بیلندی، ۱۳۹۱، ص ۴۳۳).

۲-۲. بررسی ادله موافقان و مخالفان

در ادامه، به بررسی ادله قایلان دو نظر پیش گفته می‌پردازیم:

۲-۲-۱. نظریه «مسئولیت محدود»

موافقان محدود بودن مسئولیت رئیس جمهور در اجرای اصول قانون اساسی، برای نظر خویش، سه دلیل ابراز داشته‌اند:

۱. اصل ۱۱۳ قانون اساسی در مقام بیان وظایف و اختیارات رئیس قوه مجریه است و در فصل مربوط به این قوه، آورده شده است. بنابراین، نمی‌توان آن را مطلق دانست، بلکه تنها در ارتباط با قوه مجریه است که معنا و تفسیر می‌گردد (اسماعیلی، ۱۳۸۳، ص ۲۲).

۲. در اصل ۱۱۳ دو مسئولیت بر عهده رئیس جمهور قرار داده شده است: مسئولیت اجرای قانون اساسی و ریاست قوه مجریه. هر دوی اینها مقید به اموری شده‌اند که مستقیماً به رهبری مربوط نمی‌شود؛ یعنی قید «جز در اموری که» شامل هر دو مسئولیت می‌گردد و تنها ریاست قوه مجریه را دربر نمی‌گیرد (محسنی و نجفی، ۱۳۸۸، ص ۳۱۸).

۳. نمی‌توان به بهانه شک و تردید در یک اصل، محکومات قانون اساسی را زیر سؤال برد. اصل «استقلال قوا» از اصول و قواعد بنیادین حاکم بر قانون اساسی ایران است و قوه مجریه نباید در قوای دیگر دخالت نماید (اسماعیلی، ۱۳۸۳، ص ۲۲).

۲-۲-۲. نظریه «مسئولیت گسترده»

ادله قایلان «مسئولیت گسترده» نیز در سه محور قابل جمع است:

۱. عبارت «مسئولیت اجرای قانون اساسی» مقرر در اصل ۱۱۳، اطلاق دارد و نمی‌توان آن را به این علت که در قوه مجریه آمده است، محدود به قوه مجریه کرد. عناوین فصول قانون اساسی نمی‌توانند و اساساً نباید مفسر نص اصول قانون اساسی باشد (الهام و فقهوری بیلندی، ۱۳۹۱، ص ۴۴۲). حتی از متن سوگندنامه رئیس جمهور نیز پیداست که این امر اختصاصی به قوه مجریه ندارد.

۲. قید «جز در اموری که» فقط جمله ماقبل خود را دربر می‌گیرد و جمله قبل آن را شامل نمی‌شود؛ چنان‌که از لحاظ اصولی، مستثنا منه «الا» همیشه کلمه یا جمله متصل به «الا» است و به قبل از آن تعمیم داده نمی‌شود. از سوی دیگر، در اصل ۶۰ قانون اساسی، اعمال قوه مجریه جز در اموری که این قانون بر عهده رهبری نهاده، از طریق رئیس جمهور و وزرا صورت می‌گیرد و این قرینه‌ای بر آن است که استثنای اصل ۱۱۳ تنها مربوط به ریاست قوه مجریه است (مهرپور، ۱۳۸۴، ص ۳۲۷).

۳. در بحث «نقض استقلال قوا» مصرح در اصل ۵۷، که طرف‌داران نظریه «مسئولیت محدود» آن را مطرح می‌سازند، انجام این وظیفه در ارتباط با قوای مقننه و قضاییه منافی با اصل «تفکیک و استقلال قوا» محسوب نمی‌شود؛ چنان‌که نظارت‌های گسترده‌ای از سوی قوای دیگر بر قوه مجریه اعمال می‌شود و اگر این نظارت‌ها مداخله و نقض استقلال قوا محسوب می‌شد مسلماً قانون اساسی این نظارت‌ها را مقرر نمی‌داشت (الهام و فقهوری بیلندی، ۱۳۹۱، ص ۴۴۳).

۲-۳. نظریات تفسیری دادرسی قانون اساسی در این زمینه

شورای نگهبان در این زمینه، نظراتی تفسیری در سال‌های ۱۳۵۹، ۱۳۶۰ و ۱۳۹۱ ارائه کرده است (ر.ک: مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۹). در نظریه تفسیری اول، شورای نگهبان اخطار و تذکر رئیس جمهور به قوه قضاییه را مطابق قانون اساسی حق رئیس جمهور می‌داند. در نظریه دوم نیز شورای نگهبان اقدام رئیس جمهور در توضیح خواستن از مقامات قضایی و الزام آنها را مخالف قانون اساسی و اصل «استقلال قوا» نمی‌داند. اما در نظریه سوم، در نظری کاملاً متفاوت با نظرات پیشین، اختیار رئیس

جمهور را محدود به قوه مجریه می‌داند. نکته‌ای که در این میان وجود دارد این است که نظر سوم شورای نگهبان از لحاظ حقوقی، مستند و مستدل نیست و به‌نوعی، می‌توان گفت: متأثر از مقتضیات سیاسی زمان است (یاوری، ۱۳۹۱، ص ۴۹۷). مقنن اساسی، چه در سال ۱۳۵۸ و چه در اصلاحات سال ۱۳۶۸ توجه ویژه‌ای به مسئولیت اجرای قانون اساسی توسط رئیس‌جمهور داشته است و چنانچه گستره این اختیار رئیس‌جمهور را فقط به قوه مجریه محدود بدانیم، هدف مقنن اساسی را نادیده انگاشته‌ایم. مقنن عادی نیز با توجه به هدف مقنن اساسی در «قانون تعیین حدود وظایف و اختیارات و مسئولیت‌های ریاست جمهوری ج.ا.ا» در سال ۱۳۶۵، در ماده ۱۵ بیان می‌دارد که رئیس‌جمهور حق اخطار و تذکر به قوای سه‌گانه کشور را دارد. این قانون از سوی شورای نگهبان نیز مطابق قانون اساسی تشخیص داده می‌شود (ر.ک: مهرپور، ۱۳۸۰؛ الهام و قفقوری بیلندی، ۱۳۹۱).

۳. تکمیل تفکیک نسبی قوا در اصل ۱۱۳ قانون اساسی

۳-۱. تفکیک نسبی قوا در قانون اساسی

همان‌گونه که ملاحظه شد، در تفکیک نسبی قوا، هر قوه‌ای وظیفه قانونی محول شده به وی را انجام می‌دهد و در عین حال، امکان نفوذ و تأثیر قوا بر یکدیگر وجود دارد. اینکه اصل ۵۷ قانون اساسی بیان می‌دارد «این قوا مستقل از یکدیگرند»، منظور «استقلال و انحصار در انجام وظیفه» است و نه نفی نظارت بر یکدیگر (هاشمی، ۱۳۹۱، ص ۲۹۱). بر اساس استقلال قوایی که در قانون اساسی ایران منظور گشته است، مشاهده می‌شود که نظارت‌های بسیاری برای قوای مقننه و قضاییه برای تأثیرگذاری بر قوه مجریه پیش‌بینی شده است. بر اساس هدف و ماهیت اصل «استقلال قوا»، تأثیرگذاری و نظارت قوا بر یکدیگر باید به نحوی سازمان یابد که قانون‌شکنی‌ها و از محدوده خارج شدن هر قوه از سوی قوای دیگر متوقف شود. بدین منظور، در قانون اساسی کشور ما نیز برای قوه مجریه علاوه بر موارد مزبور، «نظارت بر اجرای قانون اساسی» در اصل ۱۱۳ پیش‌بینی شده است. چنانچه این اختیار را برای قوه مجریه به رسمیت نشناسیم درواقع، هدف مقنن اساسی را از تعبیه این اصل عبث و نادیده انگاشته‌ایم و اسناد عمل لغو به مقنن قبیح و نادرست است. قانون اساسی ج.ا.ا. برای رئیس‌جمهور دو شأن و جایگاه قابل شده است: ریاست قوه مجریه و عالی‌ترین مقام رسمی کشور پس از رهبری. در مقام اول، رئیس‌جمهور و هریک از قوا بر اساس اصل «تفکیک و استقلال قوا»، وظیفه خود را انجام می‌دهند، ولی در مقام و جایگاه دوم، رئیس‌جمهور با نظارت بر دو قوه دیگر، به‌منظور عدم تخطی از اصول قانون اساسی، موجب تکمیل نظارت‌ها در چرخه تفکیک قوا می‌گردد.

در تفکیک نسبی، قوا از یکدیگر مستقل هستند، به گونه‌ای که در اصل ۵۷ قانون اساسی، به این مهم تصریح شده است. اما این امر نافی نظارت‌های متقابل قوا بر یکدیگر نیست؛ همان‌گونه که در قانون اساسی ما نیز این نظارت‌ها مقرر گشته است.

«نظارت» مفهومی غیر از «مداخله» دارد. «نظارت» به معنای «کنترل و بررسی اقدامات یک مقام یا نهاد حکومتی از سوی مقام و نهادی دیگر» است که نهایت آن حصول اطمینان از باقی ماندن اقدامات یاد شده در حدود و ثغور قانونی است (راسخ، ۱۳۸۸، ص ۲۰). «دخالت» نیز به مفهوم «جای‌گزینی تصمیم نهاد یا مقام کنترل‌کننده به جای تصمیم نهاد و یا مقام تصمیم‌گیرنده و صلاحیتدار» است (زارعی، ۱۳۸۴، ص ۲۸۲). معلوم می‌شود که در «نظارت»، فقط کنترل و حصول اطمینان از زیرپا نگذاشتن حدود قانونی وجود دارد و ناظر جایگزین مقام صلاحیتدار نمی‌شود، درحالی‌که در «دخالت»، ناظر می‌تواند در صورت مشاهده عمل غیر قانونی خود، به جای آن تصمیم گرفته، یا آن تصمیم را لغو سازد. در مسئولیت اجرای قانون اساسی نیز مشاهده می‌گردد که رئیس جمهور دخالتی در امور سایر قوا ندارد و مطابق قانون «تعیین حدود و وظایف و اختیارات ریاست جمهوری»، مصوب ۱۳۶۵، رئیس جمهور از طریق برخی امور همچون «نظارت» به ایفای این وظیفه خود می‌پردازد. همان‌گونه که قوای مقننه و قضاییه بر قوه مجریه نظارت دارند و این امر نافی اصل استقلال قوا نیست (ملکوتی هاشجین، ۱۳۹۱، ص ۶۶۵)، قوه مجریه نیز باید نظارت خود را به دو قوه مزبور اعمال کند تا کفه ترازو به سود یک طرف سنگینی نکند، و اصولاً در تفکیک نسبی، نظارت‌ها و تأثیرهای قوا بر یکدیگر به گونه‌ای است که قدرت هر قوه به وسیله دیگر قوا متوقف شود و تعادلی در حدود اختیارات و اقتدارات هر قوه به وجود می‌آید. در اصل ۱۱۳ نیز این مسئولیت و نظارت موجود در آن بر این اساس مقرر گشته است تا چرخه نظارت‌ها در تفکیک نسبی قوا در قانون اساسی ایران تکمیل گردد. اصل تفکیک قوا یکی از محکّمات و مسلمّات قانون اساسی است و مقنن اساسی توجه ویژه‌ای به آن مبذول داشته، و بر همین اساس است که در بازنگری سال ۱۳۶۸، این عبارت دست نخورده باقی مانده است.

در ادامه، نشان داده خواهد شد که قانون‌گذار اساسی تفکیک نسبی قوا در قانون اساسی را تکمیل کرده است تا قدرت زمامداران محدود و حقوق شهروندان تثبیت و تضمین گردد.

۲-۳. تمرکز و افزایش اقتدار قوه مجریه در اصلاحات ۱۳۶۸

رئیس جمهور مطابق اصلاحات سال ۱۳۶۸، ریاست برخی شوراها و نهادهای عالی را عهده‌دار گردید که زیرمجموعه و تحت نظارت قوه مجریه نیستند که می‌توان این کار را در مقام اعمال ریاست قوه

مجریه تلقی کرد. مطابق اصل ۱۷۶ قانون اساسی، رئیس جمهور ریاست شورای عالی امنیت ملی را بر عهده دارد که در عالی‌ترین سطح، به منظور تأمین منافع ملی و پاسداری از انقلاب اسلامی و تمامیت ارضی و حاکمیت ملی تأسیس شده است. از سوی دیگر، در اصل ۱۷۷ رئیس جمهور مخاطب رهبری برای انجام مسئولیت‌های بازرنگری در قانون اساسی قلمداد شده است. بر این اساس، می‌توان به نوعی، به ریاست وی در «شورای بازرنگری قانون اساسی» به منظور پیگیری امور بازرنگری قایل شد (شمس، ۱۳۹۱، ص ۶۳۹). از دیگر موارد، می‌توان به ریاست شورای عالی انقلاب فرهنگی اشاره کرد. بر اساس اصل ۱۲۶ قانون اساسی نیز رئیس جمهور مسئولیت امور برنامه و بودجه و امور اداری و استخدامی کشور را مستقیماً بر عهده دارد که این امر در نظر اخیر شورای نگهبان درباره طرح «تأسیس سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی کشور» تأیید و تصدیق شد (ر.ک: مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۹). همه نکات مزبور به جایگاه والای رئیس جمهور اشاره دارد و با تدقیق در قانون اساسی، مشخص می‌گردد که این قانون برای رئیس جمهور دو جایگاه مقرر داشته است:

۳-۳. مفروض بودن دو شأن و جایگاه برای رئیس جمهور

قانون اساسی ج.ا.ا. برای رئیس جمهور دو شأن و جایگاه قایل شده است: «ریاست قوه مجریه» (اصول ۶۰ و ۱۱۳)، و «عالی‌ترین مقام رسمی کشور پس از رهبری» (اصل ۱۱۳). در جایگاه نخست، رئیس جمهور ریاست قوه مجریه را بر عهده دارد و هریک از قوا بر اساس اصل «استقلال قوا» وظیفه خود را انجام می‌دهد، و در جایگاه دوم، رئیس جمهور به‌عنوان عالی‌ترین مقام پس از رهبری، بر دو قوه دیگر در ایفای مسئولیت اجرای قانون اساسی نظارت می‌کند تا از اصول قانون اساسی تخطی صورت نگیرد (مهرپور، ۱۳۸۰، ص ۴۷). همان‌گونه که قبلاً بیان گردید، این نظارت مخالف استقلال قوا نیست.

۳-۳-۱. عالی‌ترین مقام رسمی پس از رهبری

اصل ۱۱۳ بیان می‌دارد: «پس از مقام رهبری، رئیس جمهور عالی‌ترین مقام رسمی کشور است». این عبارت به‌صراحت، جایگاه رئیس جمهور را پس از مقام رهبری، عالی‌ترین مقام رسمی و بالاتر از رؤسای دو قوه دیگر معرفی می‌نماید. در واقع، مفروض بودن دو شأن و جایگاه برای رئیس جمهور به‌صراحت، در این اصل قابل مشاهده است (امامی و استوارسنگری، ۱۳۸۱، ص ۶۸). شاید در مقابل، گفته شود: با اصلاحات سال ۱۳۶۸ و حذف پست «نخست‌وزیری» و انتقال اختیار تنظیم روابط قوای سه‌گانه به رهبری، این اصل نیز تلویحاً معنای خود را در این شأن و جایگاه از دست می‌دهد. ولی باید

توجه داشت که مقنن اساسی، چه در سال ۱۳۵۸ و چه در سال ۱۳۶۸ به امر «تفکیک نسبی قوا» و ایجاد شبکه‌ای متعادل از نظارت‌ها بین قوای سه‌گانه توجه داشته است و بدین‌منظور نیز رئیس‌جمهور را عالی‌ترین مقام رسمی پس از رهبری قرار داده، تا قوهٔ مزبور بتواند با استفاده از ابزار تعبیه شده در این اصل، به نظارت بر دیگر قوا بپردازد.

۳-۲. پذیرفتن استیضاح رئیس‌جمهور فقط در مقام مدیریت قوهٔ مجریه و ادارهٔ امور اجرایی

بند دوم اصل ۸۹ قانون اساسی، که موضوع «استیضاح رئیس‌جمهور» را بیان کرده است، مقرر می‌دارد: «در صورتی که حداقل یک سوم از نمایندگان مجلس شورای اسلامی رئیس‌جمهور را در مقام اجرای وظایف مدیریت قوهٔ مجریه و ادارهٔ امور اجرایی مورد سؤال قرار دهند...». در اینجا، این سؤال مطرح می‌شود که آیا رئیس‌جمهور بجز مدیریت قوهٔ مجریه و به عبارت دیگر، ریاست قوهٔ مجریه وظایف و اختیارات دیگری نیز بر عهده دارد که ایجادکنندهٔ یک مقام و جایگاه دیگر برای رئیس‌جمهور باشد؟ این اصل به‌صراحت، بر اعطای دو شأن و جایگاه برای رئیس‌جمهور دلالت دارد، به‌گونه‌ای که استیضاح رئیس‌جمهور را در مقام مدیریت و ریاست بر قوهٔ مجریه قابل طرح می‌داند، ولی در جایگاه عالی‌ترین مقام رسمی پس از رهبری، آن را قابل طرح نمی‌داند و حتی پس از استیضاح، تنفیذ این امر را به عهدهٔ رهبری واگذار می‌کند.

پس همان‌گونه که مشاهده می‌شود، قانون اساسی برای رئیس‌جمهور دو شأن قابل شده است، «ریاست قوهٔ مجریه» و «عالی‌ترین مقام رسمی کشور پس از رهبری». اینکه اصل ۱۱۳ رئیس‌جمهور را عالی‌ترین مقام رسمی کشور پس از رهبر و بالاتر از رؤسای سایر قوا می‌داند و در اصل ۸۹ استیضاح را فقط در ریاست قوهٔ مجریه قابل طرح می‌داند، به‌صراحت نشان از پذیرفتن دو شأن و جایگاه برای رئیس‌جمهور دارد.

نتیجه‌گیری

اصل «تفکیک قوا» از اصول مهم و پایه‌ای است که در اکثریت قریب به اتفاق نظام‌های حقوقی معاصر پذیرفته شده است. در «تفکیک نسبی»، قوا در انجام وظیفه و کارویژهٔ خود، استقلال دارند، ولی این امر نافی نظارت قوا بر یکدیگر نیست. نظارت‌ها مابین قوا وجود دارد، و این امر به معنای مداخله در امور یکدیگر نیست. در برداشت نسبی از این اصل، که همکاری‌ها و نظارت‌های مابین قوا را تدارک می‌بیند، نکتهٔ حایز اهمیت تعادل در مجموعهٔ این نظارت‌هاست. بدون این تعادل، این نظارت‌ها فقط باعث دخالت قوا در امور یکدیگر می‌گردد و خلاف هدف و مقتضای تفکیک قوا خواهد بود.

در قانون اساسی ج.ا.ا. نیز این نظارت‌ها پیش‌بینی گردیده است، اما آنچه در ابتدا جلب توجه می‌نماید نظارت‌های بسیار قوای مقننه و قضاییه بر قوه مجریه است که کفه ترازوی نظارت‌ها را به سود این دو قوه سنگین می‌کند، درحالی‌که این امر خلاف ماهیت و مقتضای تفکیک قواست. اما در حقیقت، قانون‌گذار اساسی به اصل «تفکیک قوا» و نظارت‌های مابین قوا توجه ویژه‌ای داشته و این امر را، چه در قانون اساسی سال ۱۳۵۸ و چه در اصلاحات سال ۱۳۶۸ نشان داده است. مطابق اصلاحات سال ۱۳۶۸، پست «نخست‌وزیری» حذف و رئیس‌جمهور ریاست دولت را بر عهده گرفته است. مقنن اساسی با هدف تمرکز در قوه مجریه، اختیار تنظیم روابط قوای سه‌گانه را به مقام رهبری سپرد، ولی مسئولیت اجرای قانون اساسی همچنان در اختیار رئیس‌جمهور باقی ماند. باید توجه داشت که قانون‌گذار عامدانه این مسئولیت را در اختیار رئیس‌جمهور باقی گذاشت تا نظارت خود را از این طریق بر قوای مقننه و قضاییه اعمال کند. اینچنین است که چرخه نظارت‌ها در تفکیک نسبی موجود در قانون اساسی ج.ا.ا. تکمیل می‌شود. حال اگر این نظارت را منحصر به قوه مجریه بدانیم فایده‌ای بر آن مترتب نیست و درواقع، هدف مقنن اساسی را زیر سؤال برده‌ایم؛ چراکه بدون پیش‌بینی این امر در قانون اساسی نیز، رئیس‌جمهور مدیریت و ریاست قوه مجریه را بر عهده دارد و نظارتی عالی بر دستگاه‌های اجرایی این قوه اعمال می‌کند. همان‌گونه که بیان شد، هدف قانون‌گذار اساسی از مقرر کردن این وظیفه برای رئیس‌جمهور، نظارت بر دیگر قوا با استفاده از این ابزار بوده و به این طریق، تعادل لازم در شبکه نظارت‌ها را برقرار نموده است.

نکته قابل ذکر دیگر اینکه رئیس‌جمهور این وظیفه را در مقام ریاست قوه مجریه انجام نمی‌دهد، بلکه این نظارت را در جایگاه عالی‌ترین مقام رسمی کشور پس از مقام رهبری اعمال می‌کند. قانون اساسی با قایل شدن شأن «عالی‌ترین مقام رسمی کشور پس از رهبری» برای رئیس‌جمهور، که به صراحت حکایت از جایگاه برتر رئیس‌جمهور دارد، و پذیرفتن استیضاح رئیس‌جمهور فقط در مقام مدیریت و ریاست قوه مجریه (اصل ۸۹ قانون اساسی)، دو شأن و جایگاه برای رئیس‌جمهور در نظر گرفته است. پس باید توجه داشت که مقنن اساسی عامدانه و برای تحقق تعادل در چرخه نظارت‌ها در تفکیک نسبی قوا در قانون اساسی، این نظارت را برای رئیس‌جمهور مقرر داشته است؛ نظارتی که به معنای دخالت در امور سایر قوا نیست و منافاتی با استقلال قوای مذکور در قانون اساسی ندارد.

منابع

- اسماعیلی، محسن، ۱۳۸۳، «نقش رئیس‌جمهور در اجرای قانون اساسی»، *دین و ارتباطات*، ش ۲۴، ص ۷-۳۲.
- الهام، غلامحسین و محمدصادق فقهوری بیلندی، ۱۳۹۱، «مسئولیت اجرای قانون اساسی، توسط رئیس‌جمهور در پرتو اصل ۱۱۳ ق.ا.»، در: *مجموعه مقالات اولین همایش ملی قوه مجریه در حقوق اساسی ج.ا.ا.*، تهران، معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات.
- امامی، محمد و کوروش استوارسنگری، ۱۳۸۸، *حقوق اداری*، چ نهم، تهران، میزان.
- بلاهی، ریچار، ۱۳۸۴، «شکل سیاسی قانون اساسی، تفکیک قوا، حقوق فردی و دموکراسی نماینده سالار»، ترجمه محسن حسنونند، *حقوق اساسی*، ش ۲، ص ۸۸-۱۱۶.
- پروین، خیرالله و فیروز اصلانی، ۱۳۹۱، *اصول و مبانی حقوق اساسی*، چ دوم، تهران، دانشگاه تهران.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۸۷، *ترمینولوژی حقوق*، چ یازدهم، تهران، کتابخانه گنج دانش.
- راسخ، محمد، ۱۳۸۸، *نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی*، تهران، دراک.
- زارعی، محمدحسین و احمد مرکز مالگیری، ۱۳۸۴، «مفهوم و مبانی کنترل قضایی با تأکید بر نظام حقوق ایالات متحده آمریکا»، *تحقیقات حقوقی*، ش ۴۲، ص ۱۴۹-۱۹۸.
- زارعی، محمدحسین، ۱۳۸۴، «جایگاه نظارتی مجلس و اصول حاکم بر آن»، *مجلس و پژوهش*، ش ۴۸، ص ۲۷۳-۲۸۶.
- شمس، عرفان، ۱۳۹۱، «مسئولیت سیاسی رئیس‌جمهور»، در: *مجموعه مقالات اولین همایش ملی قوه مجریه در حقوق اساسی ج.ا.ا.*، تهران، معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات.
- طباطبائی مومنی، منوچهر، ۱۳۸۰، *حقوق اساسی*، چ دوم، تهران، میزان.
- عباسی، بیژن، ۱۳۹۱، «بررسی تطبیقی نقش قوه مجریه در پیشنهاد قانون و تفویض قانونگذاری»، در: *مجموعه مقالات اولین همایش ملی قوه مجریه در حقوق اساسی ج.ا.ا.*، تهران، معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات.
- فنازاد، رضا، ۱۳۹۱، «قوه مجریه در همجواری با قوه قضائیه: انفعال یا انفکاک یا تعامل»، در: *مجموعه مقالات اولین همایش ملی قوه مجریه در حقوق اساسی ج.ا.ا.*، تهران، معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات.
- قاضی، ابوالفضل، ۱۳۸۳، *حقوق اساسی و نهادهای سیاسی*، چ دوازدهم، تهران، میزان.
- _____، ۱۳۸۸، *بایسته‌های حقوق اساسی*، چ سی و سوم، تهران، میزان.
- مزی، مایکل، ۱۳۸۵، «روابط قوای مقننه و مجریه»، ترجمه حسن و کیلیان، *مجلس و پژوهش*، ش ۵۲، ص ۱۹۷-۲۱۶.
- محسنی، فرید و مرتضی نجفی اسناد، ۱۳۸۸، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران، الهدی.
- مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۹، *مجموعه نظریات شورای نگهبان*، دوم، تهران.
- مرکز مالگیری، احمد، ۱۳۹۱، «راهکارهای تاثیرگذاری قوه مجریه در فرآیند تصویب لوایح در مجلس»، در: *مجموعه مقالات اولین همایش ملی قوه مجریه در حقوق اساسی ج.ا.ا.*، تهران، معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات.

ملکوتی هشجین، حسین، ۱۳۹۱، «حدود اختیارات رئیس مجلس شورای اسلامی، در نظارت بر مصوبات هیات وزیران»، در: *مجموعه مقالات اولین همایش ملی قوه مجریه در حقوق اساسی ج.ا.ا.*، تهران، معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات.

موسی زاده، ابراهیم، ۱۳۹۲، *جزوه حقوق اساسی تطبیقی*، دانشگاه تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی.

مهرپور، حسین، ۱۳۸۰ و ۱۳۸۴، *رئیس جمهور و مسئولیت اجرای قانون اساسی*، تهران، مؤسسه اطلاعات.

هاشمی، سیدمحمد، ۱۳۹۱، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران، میزان.

یاوری، اسدالله، ۱۳۹۱، «نقش و جایگاه رئیس جمهور در اجرای قانون اساسی»، در: *مجموعه مقالات اولین همایش*

ملی قوه مجریه در حقوق اساسی ج.ا.ا.، تهران، معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات.

Bazan, Elizabeth B and Morton Rosenberg, 2005, "Congressional Oversight Of Judges and Justices", *Congressional Research Service*, The Library Of Congress, available at <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/RL32935>

Montesquieu, Baron De, 1748, *The Spirit Of The Laws*, Translated by Thomas Nugent, Batoche Books, Kitchener, Ontario, Canada.

Oleszek, Walter j, 2010, "Congressional Oversight: An Overview", *Congressional Research Service*, The Library Of Congress, available at <https://www.fas.org/sgp/crs/misc/R41079>

بررسی جایگاه نمایندگان ویژه رئیس جمهور در نظام حقوقی ایران

vrostami@ut.ac.ir

ولی رستمی / دانشیار گروه حقوق عمومی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

a.tanavar@yahoo.com

آتنا تناور / کارشناس ارشد حقوق عمومی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی

دریافت: ۱۳۹۳/۷/۷ - پذیرش: ۱۳۹۳/۱۲/۹

چکیده

طبق اصل یکصد و بیست و هفتم قانون اساسی، «رئیس جمهور می‌تواند در موارد خاص، برحسب ضرورت با تصویب هیأت وزیران، نماینده یا نمایندگان ویژه با اختیارات مشخص تعیین نماید. در این موارد، تصمیمات نماینده یا نمایندگان مذکور در حکم تصمیمات رئیس جمهور و هیأت وزیران خواهد بود». این اصل منشأ حقوقی وجود پست «نماینده‌گی ویژه رئیس جمهور» در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران است. با توجه به مذاکرات صورت گرفته در شورای بازرنگری قانون اساسی، دغدغه اصلی پیشنهادکنندگان اصل مزبور این بوده که رئیس جمهور بتواند در صورت ضرورت، با تصویب هیأت وزیران، بخشی از اختیارات خود و یا چند وزیر را به یک شخص تفویض نماید تا وی بتواند با اعمال نوعی مدیریت واحد، موجب تسریع در انجام امور خاص شود. مسلماً وجود «ضرورت» لازمه این امر است و نباید نمایندگی ویژه، خود مرکزی جایگزین و یا در مقابل وزارتخانه‌ها و یا نهادهای قانونی محسوب گردد. همچنین اصل یکصد و بیست و هفتم قانون اساسی اطلاق داشته و شرط خاصی را برای انتخاب به این سمت در نظر نگرفته است.

کلیدواژه‌ها: نماینده، رئیس جمهور، اصل، قانون تفویض، اختیار.

اصل شصتم قانون اساسی مصوب ۱۳۵۸، برای ریاست قوه مجریه با ترتیب خاص و شاید بی‌سابقه، قابل به ارکان سه‌گانه (رهبری، ریاست جمهوری و دولت) بود. وجود دو نهاد مجزای «ریاست جمهوری» و «دولت» از همان آغاز برای جامعه مسئله‌ساز و مشکل‌آفرین شده بود. این دو نهاد، هم از لحاظ تفکیک صلاحیت‌ها و هم از لحاظ برخورد صلاحیت‌ها و همچنین از نظر سلسله‌مراتب نمی‌توانست وافی به مقصود و کارساز باشد. اشکالات عملی گوناگون در خصوص نبود تناسب میان موقعیت مهم رئیس جمهور با اختیارات وی، در نصب و عزل وزیران، در مصوبات، تصمیم‌ها و سیاست‌ها و ناهماهنگی در قوه مجریه کاملاً مشهود بود، به گونه‌ای که جز اصلاح اصول برای تأسیس مدیریت قوه مجریه منسجم و هماهنگ راه دیگری به نظر نمی‌رسید. در بازنگری قانون اساسی در سال ۱۳۶۸، پست «نخست‌وزیری» کاملاً حذف شد و اصل شصتم بدین صورت اصلاح گردید: «اعمال قوه مجریه جز در اموری که در این قانون مستقیماً بر عهده رهبری گذارده شده، از طریق رئیس جمهور و وزارت» (هاشمی، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۲۶۶).

یکی دیگر از اصولی که در جریان بازنگری سال ۱۳۶۸ تغییر یافته اصل یکصد و بیست و هفتم قانون اساسی است. به متن اصل سابق توجه کنید تا در مقایسه و شناخت فلسفه تغییر، متوجه شوید که از یک منبع سرچشمه گرفته است. اصل سابق خلاصه‌تر می‌گفت: «هرگاه رئیس جمهور لازم بداند جلسه هیأت وزیران در حضور او، به ریاست وی تشکیل می‌شود».

در نظام قبلی، که قوه مجریه عملاً دو رئیس داشت، ریاست هیأت وزیران به عهده نخست‌وزیر بود و بیشتر تصمیمات توسط وی قطعی و نهایی می‌شد. ناچار به رئیس جمهور حق داده شده بود هرگاه لازم می‌داند جلسه هیأت وزیران به ریاست وی و در حضور او تشکیل شود تا بتواند مطلب خود را منتقل و به اجرا نزدیک کند. اما در نظام بازنگری شده که پست «نخست‌وزیری» حذف شد و تمام مسئولیت به عهده رئیس جمهور گذارده شد، به سبب وسعت کار، به وی اجازه داده شد که بتواند با تصویب هیأت وزیران، فرد یا افرادی را به‌عنوان نماینده ویژه منصوب نماید (یزدی، ۱۳۷۵، ص ۶۰۵).

در این خصوص، سؤالاتی مطرح است، به‌ویژه باید به دو سؤال مهم پاسخ داد. اولاً، آیا می‌توان وزیران را به‌عنوان نماینده یا نمایندگان ویژه تعیین کرد؟ ثانیاً، آیا صلاحیت نظارت سیاسی مجلس شورای اسلامی در خصوص تصمیمات نمایندگان ویژه رئیس جمهوری قابل اعمال است؟

برای پاسخ به این سؤالات، ضوابط تعیین و مدت اعتبار صلاحیت نماینده ویژه، ارتباط بین رئیس جمهور و نماینده ویژه از منظر حقوق اداری، نظارت بر نماینده ویژه، و نتایج مثبت و منفی حاصل از سپردن امور به نمایندگان ویژه رئیس جمهور بررسی شده است.

ضوابط تعیین نماینده ویژه

با توجه به نص صریح اصل ۱۲۷ قانون اساسی، تعیین نماینده یا نمایندگان ویژه منوط به اراده تعیینی رئیس جمهور در مرحله اول، و تصویب هیأت وزیران در مرحله دوم است. بنابراین، اراده رئیس جمهور در این خصوص، به تنهایی کفایت نمی‌کند و تصویب هیأت وزیران به‌عنوان شرط تمام‌کننده آن لازم است.

مسئله دیگر ضوابط مربوط به ویژگی‌های لازم برای نماینده یا نمایندگان ویژه است. سؤالاتی که در این خصوص مطرح می‌شود این است که آیا نماینده ویژه باید از بین مستخدمان دولت باشد و یا هر کس را به تناسب موضوع می‌توان به این پست منصوب نمود؟ آیا می‌توان وزیران و یا ترکیبی از آنان با غیر وزیران را به‌عنوان نماینده یا نمایندگان ویژه تعیین کرد؟ و آیا این امر صرفاً در خصوص اشخاص حقیقی است و اشخاص حقوقی را دربر نمی‌گیرد؟

اصل یکصد و بیست و هفتم از حیث «ناظر بودن به موضوعات خاص و بر حسب ضرورت» نشانگر وجود وضعیتی غیرعادی است و وضع هرگونه محدودیتی بی‌سبب، در شرایط مذکور خواسته قانون اساسی نیست. بنابراین، به نظر می‌رسد نمی‌توان برای این موضوع، شرط خاصی - غیر از شرایط ناظر به صلاحیت‌های کلی نماینده- از حیث مستخدم دولت بودن یا نبودن یا دارا بودن پست‌های مشخص سیاسی یا مدیریتی تعیین کرد. از سوی دیگر، اصل یکصد و بیست و هفتم قانون اساسی در این زمینه اطلاق دارد و شرط خاصی را برای انتخاب به این سمت در نظر نگرفته است (مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۰، ص ۱۸). به‌عبارت دیگر، با مراجعه به متن قانون اساسی با سکوت قانونی در این خصوص مواجهیم. چنین سکوتی، به‌ویژه توسط قانون‌گذار اساسی، می‌تواند مؤید این فرضیه باشد که قانون‌گذار اساسی با سکوت خویش، در مقام بیان و درصدد نفی هرگونه ضابطه خاص برآمده است و نتیجه چنین وضعیتی این خواهد بود که قانون‌گذار با سکوت خویش، در این خصوص، خواسته است دست مسئولان امر را در انتخاب شخص مناسب باز بگذارد تا آنها اهداف غایی اصل ۱۲۷ را بهتر برآورده سازند (لطفی، ۱۳۹۲، ص ۶۰۹).

تردید در این باره که آیا می‌توان وزیران را به این سمت منصوب نمود یا نه، ناشی از صعوبت در تفکیک اقدامات آنان به‌عنوان وزیر و به‌عنوان نماینده ویژه است که این امر، مسئولیت آنان را در برابر مجلس متزلزل می‌سازد. هرچند ضمن اصل یکصد و بیست و هفتم این امر منع نگردیده است، با این حال، نباید فراموش نمود که تعیین نماینده ویژه و احراز «موارد خاص»، که ضرورت آن را در دستور قرار می‌دهد، یک وضعیت استثنایی است و باید موارد و موجبات آن را مشابه ورود استثنا بر اصل تفسیر نمود. همچنین در خصوص اختیارات متصدیان مناصب عمومی نیز اصل بر فقدان حق تفویض اختیار و گرفتن نایب و نماینده است. بنابراین، باید اصل بر این نهاده شود که رئیس جمهور و هیأت وزیران نمی‌توانند از بین خود نماینده یا نمایندگان ویژه تعیین کنند.

در عمل، علاوه بر اینکه وزیران به‌عنوان نمایندگان ویژه تعیین شده‌اند، گاهی اختیارات خاص وزارت خانه یا مؤسسات دولتی به نمایندگان ویژه تفویض شده است. ستاد موسوم به «پشتیبانی تنظیم بازار»، که از طریق تصویب نامه شماره ۴۰۲۱۴/ت، مورخ ۱۳۷۳/۷/۲۳ ایجاد شده، عهده‌دار وظایفی از قبیل تأمین و توزیع کالاهای اساسی، فراهم کردن تسهیلات کافی برای واردات کالا و مانند آن گردیده و ضمن مصوبه مزبور، تصریح شده است: «... کلیه وظایف و اختیارات رئیس جمهور و هیأت وزیران در امور یادشده به ستاد متشکل از نمایندگان ویژه رئیس جمهور تفویض می‌شود». این هیأت از وزیران نفت، بازرگانی، کشور، دادگستری، جهاد سازندگی، کشاورزی، معادن و فلزات، امور اقتصادی و دارایی، صنایع و رئیس کل بانک مرکزی و معاون اجرایی رئیس جمهور تشکیل گردیده است. همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، ستاد مزبور در واقع، یک هیأت فرعی و یا یک هیأت وزیران ثانویه‌ای است که امکان استیضاح و برکناری آن به لحاظ تصمیماتی که در این هیأت ثانویه اتخاذ نموده‌اند، مردد است (شریف، ۱۳۸۳، ص ۱۰۵).

آیا می‌توان اشخاص حقوقی را نیز به سمت مذکور تعیین نمود یا این امر منحصر در اشخاص حقیقی است؟ در این باره، پاسخ راه‌گشایی از مذاکرات شورای بازرگری قانون اساسی، تفاسیر شورای نگهبان و نظریات حقوق دانان احراز نمی‌شود، اگرچه اطلاق عبارت «نماینده یا نمایندگان ویژه» در اصل یادشده، از لحاظ حقوقی و معنایی ظهور مصداقی در هر دو نوع شخص مذکور دارد، اما نگاهی به سوابق مصوبات مربوط به این اصل، بیانگر آن است که ظهور مصداقی آن در

اشخاص حقیقی خلاصه شده است. علاوه بر آن، ذیل اصل مذکور، همخوانی بیشتری با این برداشت دارد؛ زیرا اتخاذ تصمیمات در شرایط ضرورت، خود مؤید وضعیت خاصی است که نیازمند تدابیر فوری و سریع است. البته چنین تصمیماتی توسط شخص حقیقی زودتر از یک شخص حقوقی قابل اتخاذ است (لطفی، ۱۳۹۲، ص ۶۱۰).

باید اضافه کرد با توجه به تعریف قانونی «شغل»، پست نمایندگی ویژه دارای تمامی ویژگی‌های مذکور در تعریف نیست و از این رو، انتخاب مستخدمان دولتی به عنوان نماینده ویژه (از حیث ممنوعیت تجمع مشاغل موضوع اصل یکصد و چهل و یکم قانون اساسی) بدون اشکال قلمداد می‌شود (مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۰، ص ۱).

مدت اعتبار صلاحیت نماینده ویژه

با توجه به ماهیت حقوقی اعطای صلاحیت به نماینده ویژه رئیس جمهور، که بنابر استدلالی که در بند بعدی خواهد آمد، در شمار تفویض اختیار رئیس جمهور و هیأت وزیران قرار می‌گیرد و با عنایت به ماهیت حقوقی تفویض اختیار، مدت اعتبار صلاحیت نماینده ویژه محل بحث است.

در حالت کلی، چون تمام مقامات و پست‌ها به اعتبار نقشی که در خدمات عمومی دارند، ایجاد شده‌اند و خدمات یا امور عمومی تعطیل‌بردار نیستند، بدین‌روی، تا زمانی که مقام اداری یا پست ثابت سازمانی وجود دارد، اختیاراتی که به واسطه این موقعیت اداری تفویض شده، به قوت خود باقی است، خواه این مقام یا پست سازمانی، متصدی داشته باشد یا نداشته باشد (امامی و استوارسنگری، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۸۰).

در نتیجه، اقتضای اصل «خدمت عمومی» این است که در صورت وقوع مرگ، برکناری، استعفا یا اتمام دوره مقام تفویض‌کننده، صلاحیت تفویض شده مقامات اداری، باقی خواهد ماند.

اما باید توجه داشت چنانچه هر یک از حالات مزبور برای مقام تفویض‌کننده صلاحیت نماینده ویژه، که رئیس جمهور است، واقع شود، نماینده ویژه دیگر صلاحیتی نخواهد داشت؛ زیرا پس از مرگ، برکناری، یا استعفای رئیس جمهور، به موجب اصل یکصد و سی و یکم قانون اساسی، معاون اول رئیس جمهور، اختیارات و مسئولیت‌های وی را بر عهده می‌گیرد.

در خصوص مدت اعتبار تصمیمات نمایندگان ویژه رئیس جمهور، جناب آقای حسن حبیبی، معاون اول رئیس جمهور وقت، در تاریخ ۱۱ مرداد ۱۳۷۶ سؤالی را با این مضمون برای شورای نگهبان مطرح نمود:

نظر به اینکه از زمان پایان یافتن دوره ریاست جمهوری تا معرفی وزرا به مجلس و اخذ رأی اعتماد، با توجه به سابقه، فاصله چند هفته‌ای وجود دارد و در این مدت، چگونگی تصدی امور وزارتخانه‌ها و اعتبار تصمیمات هیأت وزیران و مقاماتی که به نمایندگی از ریاست جمهوری مسئولیت یافته‌اند محل سؤال است، لطفاً نظر تفسیری آن شورا را نسبت به اصول قانون اساسی در موارد زیر اعلام فرمایند:

۴. کلیه تصمیمات نمایندگان ویژه رئیس جمهور، که به استناد اصل یکصد و بیست و هفتم قانون اساسی انتخاب شده‌اند، در این مدت نافذ است؟ یا صرفاً تصمیماتی که در حکم تصمیم هیأت وزیران باشد اعتبار خواهد داشت؟

شورای نگهبان در پاسخ، نظریه تفسیری خود را بدین شرح اعلام نمود: «... ۴. کلیه تصمیمات نمایندگان ویژه رئیس جمهور، که به استناد اصل یکصد و بیست و هفتم قانون اساسی انتخاب شده‌اند، در این مدت نافذ نمی‌باشد...».

از این رو، با وقوع هر یک از حالات مزبور، چون معاون اول رئیس جمهور و وزیر دولت قبلی به انجام خدمت عمومی پرداخته‌اند و این امور تعطیل نمی‌گردد، علتی برای ادامه فعالیت نماینده ویژه پس از وقوع هر یک از حالات مذکور، وجود ندارد. همچنین بند «۴» نظر تفسیری مزبور که بیان می‌کند: «کلیه تصمیمات نمایندگان ویژه رئیس جمهور که به استناد اصل یکصد و بیست و هفتم قانون اساسی انتخاب شده‌اند، در این مدت نافذ نمی‌باشد»، با توجه به نکات مزبور قابل توجیه به نظر می‌رسد. در نهایت، پس از مرگ، برکناری، استعفا یا اتمام دوره مقام تفویض‌کننده صلاحیت نماینده ویژه، این صلاحیت پایان یافته تلقی می‌گردد.

نکته دیگر درباره مدت اعتبار صلاحیت نماینده ویژه، اینکه چنانچه در مصوبه هیأت وزیران مدت اعتباری برای سمت نماینده ویژه ذکر شده باشد، با پایان یافتن آن، این سمت نیز پایان یافته تلقی می‌شود. اما در حالتی که مدتی در مصوبه هیأت وزیران ذکر نشده باشد، اعتبار صلاحیت به میزان دوام «موضوع خاص» و تا زمانی که «ضرورت» باقی باشد وابسته است و تشخیص این امر به عهده مراجعی است که نماینده ویژه را منصوب کرده‌اند؛ یعنی رئیس جمهور و هیأت وزیران.

ارتباط بین رئیس جمهور و نماینده ویژه از منظر حقوق اداری

در حقوق اداری، اصل بر این است که متصدیان امر عمومی حق واگذاری وظایف و اختیارات خود را به دیگری ندارند (اصل عدم حق واگذاری اختیارات). واگذاری اختیارات در دو قالب حقوقی صورت

می‌گیرد: یکی به شکل «تفویض اختیار» است که در آن، مقام اداری با اراده خود (به صورت ارادی) اختیار خود را واگذار می‌کند. طریق دیگر «کفالت اداری» است که به صورت غیر ارادی صورت می‌گیرد. به عبارت دیگر، این حالت تابع اراده مقام اصلی دارای اختیار نیست، بلکه به حکم قانون انجام می‌پذیرد (انصاری، ۱۳۸۶، ص ۱۳۸).

صحت تفویض اختیار دارای شروط ذیل است:

- باید صریح و کتبی باشد.

- اختیارات اساسی و قایم به شخص، قابل تفویض نیست؛ مانند قسم خوردن رئیس جمهور در مجلس به موجب اصل یکصد و بیست و یکم قانون اساسی.

- فقط بخشی از اختیارات قابل واگذاری است و نمی‌توان تمام اختیارات را به دیگری واگذار نمود؛ زیرا واگذاری تمام اختیارات در حکم استعفاست.

تفویض اختیار دارای آثار حقوقی ذیل است:

- مقام تفویض‌کننده هر زمان که اراده کند، می‌تواند اختیارات تفویض شده را باز پس بگیرد.

- تفویض اختیار موجب سلب مسئولیت از مقام تفویض‌کننده نمی‌شود.

- اصل بر شخصی بودن اختیارات است. بنابراین، تفویض اختیار یک امر استثنایی است. تفویض

اختیار به اعتبار مقام و پست تفویض‌کننده انجام می‌گیرد، نه به اعتبار شخص حقیقی تفویض‌کننده (سنجابی، بی تا، ص ۵۶).

بنابراین، تا زمانی که مقام اداری یا پست سازمانی وجود دارد، اختیاراتی که به واسطه این موقعیت اداری تفویض شده، به قوت خود باقی است و فوت یا عزل یا استعفا مقام تفویض‌کننده اختیار سبب لغو اختیارات تفویضی نمی‌شود.

در برابر مفهوم «تفویض اختیار»، «کفالت اداری» قرار دارد. اصولاً «کفالت اداری» در غیاب متصدی اصلی مقام و به صورت موقت محقق می‌شود.

«کفالت اداری» با «تفویض اختیار» از جهات ذیل متفاوت است:

- از نظر مبنا، تعطیل‌ناپذیری و استمرار خدمات عمومی مبنای کفالت اداری است، درحالی‌که کاهش اختیارات و پیش‌گیری از تمرکز قدرت در دست یک نفر مبنای تفویض اختیار است.

- تفویض اختیار با اراده مقام اصلی بالاتر صورت می‌گیرد، درحالی‌که کفالت اداری به حکم

قانون‌گذار انجام می‌گیرد؛ یعنی کفیل تنها وقتی منصوب می‌شود که قانون پیش‌بینی کرده باشد.

- در تفویض اختیار، برخی از اختیارات قابل واگذاری است و واگذاری کل اختیارات باطل است، درحالی‌که در کفالت اداری، اصل بر این است که کفیل اداری تمام وظایف و اختیارات متصدی اصلی را بر عهده دارد، مگر اینکه قانون موضوعاتی را استثنا کرده باشد (امامی و استوارسنگری، ۱۳۸۶، ص ۸۲).

چنانچه به موجب قانون، به مأموری غیر از وزیر، اختیاراتی داده شود، اختیارات مزبور اصلی محسوب می‌شوند (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۸۳، ص ۴۵).

منصوص اصل یکصد و بیست و هفتم اشاره مستقیمی به ماهیت اعطای صلاحیت ندارد؛ اما آنچه از مفهوم عبارت «در حکم تصمیمات رئیس جمهوری و هیأت وزیران» بودن تصمیمات نماینده ویژه و همچنین برخی عبارات در مشروح مذاکرات مجلس بازنگری قانون اساسی، می‌توان به‌دست آورد، این است که دستور این اصل نه‌تنها از «تفویض اختیار» رئیس جمهور سخن می‌گوید، بلکه درباره «تفویض اختیار» هیأت وزیران نیز خواهد بود (رضایی‌زاده، ۱۳۸۵، ص ۱۱۸-۱۱۹). به نمونه‌ای از شروع مذاکرات در این خصوص توجه کنید:

امینی: «... بعد همین را ممکن است مجلس مورد بازخواست قرار بدهد: این رئیس جمهور را یا هرچه که، چرا این کار را کردی؟ چه حقی داشتی اختیاراتی که ما به تو داده بودیم این اختیارات را به دیگری واگذار کردی؟ برای یک منطقه‌ای مثل کردستان، گفتند: ما یک نفر را می‌خواهیم، بفرستیم تام‌الاختیار که مسائل سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و امنیتی آنجا را همه تحت نظرش باشد...».

عبدالله نوری: «... نمی‌تواند این کار را بکند؛ برای اینکه وزیر کشور می‌گوید: من مسائل امنیتی را نمی‌خواهم واگذار کنم؛ وزیر کشاورزی می‌گوید: من مسائل کشاورزی را نمی‌خواهم واگذار کنم...» (مجلس شورای اسلامی، ج ۲، ص ۱۱۳۵-۱۱۳۶).

البته شرایط مقرر در اصل مذکور برای تعیین نماینده یا نماینده ویژه نیز کاملاً مشخص می‌کند که اعطای صلاحیت به نماینده ویژه در چارچوب تفویض اختیار، در حقوق اداری موضوع قرار می‌گیرد و از جنس و مقوله آن است؛ زیرا مطابق این اصل، اولاً رئیس جمهور فقط در حالات خاص، می‌تواند نماینده یا نمایندگان ویژه تعیین کند و تعیین چنین نماینده‌ای برای امور کلی و با اختیارات نامشخص، خلاف نص قانون اساسی است. ثانیاً، تعیین نماینده ویژه فقط در صورت ضرورت باید صورت گیرد. ثالثاً، تعیین آن باید به تصویب هیأت وزیران برسد (فتحی، ۱۳۹۲، ص ۶۲۷).

بنابراین، وضعیت تفویض اختیاری که رئیس جمهور و هیأت وزیران در نتیجه اجرای اصل یکصد و بیست و هفتم قانون اساسی اعمال می‌کنند واجد تمام شرایط و آثار پیش‌گفته درباره تفویض اختیار در حقوق اداری هست، بجز اینکه پس از مرگ، برکناری، استعفا یا اتمام دوره فعالیت مقام تفویض‌کننده (رئیس جمهور) این نوع تفویض اختیار پایان‌یافته تلقی می‌شود؛ چراکه صلاحیت تفویض شده در صورت وقوع هر یک از حالات مزبور، به شرطی باقی است که خدمات یا امور عمومی تعطیل شوند که این موضوع در خصوص پست نماینده ویژه جاری نیست؛ زیرا در این وضعیت، معاون اول رئیس و وزرای دولت سابق به انجام وظایف خواهند پرداخت.

در خصوص ماهیت اعمال نمایندگان ویژه، قابل ذکر است که نمایندگی ویژه رئیس جمهور، هم ممکن است در امور اداری باشد و هم در امور سیاسی، و هیچ معنی در قانون اساسی پیش‌بینی نشده است. همچنین به سبب آنکه تصمیمات نماینده ویژه در حکم تصمیم رئیس جمهور و هیأت وزیران است، در صورتی که تصمیمات اداری خلاف قانون بوده و یا خارج از حدود اختیارات باشد، می‌توان از آن شکایت کرد. این موضوع نظارت بر نماینده ویژه و تصمیمات آن را مطرح می‌کند که در بند بعدی بررسی می‌شود:

نظارت بر نماینده ویژه

اهمیت و لزوم اصل کلی «نظارت» بر کسی پوشیده نیست و از این رو، در موضوع اصل یکصد و بیست و هفتم نیز موضوعاتی مانند «وضعیت فوق‌العاده»، «امور خاص» و «بر حسب ضرورت» نمی‌تواند توجیه‌کننده نبود لزوم نظارت بر نمایندگان ویژه باشد.

در نظام حقوق اساسی ایران، نظارت بر عملکرد رئیس جمهور و وزرا و سایر مسئولان دستگاه‌ها، منحصر به سؤال و استیضاح موضوع اصل هشتاد و هشتم و هشتاد و نهم قانون اساسی نمی‌شود و ابزارهای نظارتی دیگری برای مجلس شورای اسلامی وجود دارد؛ همچون: تذکر (موضوع ماده ۱۹۲ آیین‌نامه داخلی مجلس)، نظارت از طریق کمیسیون اصل نود، تحقیق و تفحص (اصل هفتاد و ششم قانون اساسی)، اظهار نظر همراه با مصونیت نمایندگان (اصول هشتاد و چهارم و هشتاد و ششم قانون اساسی)، کسب اطلاع و بررسی گزارش‌های عملکردی و نظارتی کمیسیون‌های تخصصی (موضوع بند ۵ ماده ۳۳ آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی) و نیز اعمال نظارت توسط دیوان محاسبات (موضوع اصول پنجاه و چهارم و پنجاه و پنجم قانون اساسی) (مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، بی تا، ص ۱۰).

بر اساس اصل هفتاد و ششم قانون اساسی، «مجلس شورای اسلامی حق تحقیق و تفحص در تمام امور کشور را دارد». همان‌گونه که از سیاق اصل پیداست، این اصل به نحو مطلق، صلاحیت تحقیق و تفحص در تمام امور کشور را به مجلس شورای اسلامی واگذار کرده است. از این رو، مجلس می‌تواند از این ابزار نظارتی خود برای نظارت بر نمایندگان ویژه بهره‌گیرد؛ چنان‌که شورای نگهبان در بند ۴- الف نظریه مشورتی شماره ۵۴۷۷، مورخ ۱۳۷۲/۸/۲۳ بر این موضوع تأکید کرده است: مجلس شورای اسلامی حق تحقیق و تفحص در همه امور کشور و در صورت لزوم، درخواست رسیدگی از قوه قضائیه را دارد. تحقیق و تفحص حقی برای مجلس است که جنبه نظارت اطلاعاتی دارد و در صورت ملاحظه تخلف مجریان، این اصل- فی نفسه- راه‌کاری برای ممانعت پیش‌بینی نکرده، بلکه صرفاً نتیجه تحقیق و تفحص به مجلس گزارش می‌گردد و جلوگیری از تخلف به گونه دیگری دنبال خواهد شد.

مطابق اصل هشتاد و چهار قانون اساسی، هر نماینده مجلس می‌تواند در همه مسائل داخلی و خارجی کشور اظهار نظر نماید. بسیاری از تذکرات شفاهی نمایندگان مجلس به دستگاه‌های اجرایی در این نطق‌ها صورت می‌گیرد. بر اساس اطلاق این اصل، نمایندگان حق اظهار نظر در خصوص امور تحت نظر نمایندگان ویژه رئیس‌جمهور را دارند و می‌توانند از این ابزارهای نظارتی، یعنی «تذکرات شفاهی به نمایندگان ویژه» استفاده کنند.

«تذکر کتبی به مقامات دولتی» یکی دیگر از ابزارهای نظارتی مجلس شورای اسلامی است که هرچند در قانون اساسی نیامده، اما در آیین‌نامه داخلی مجلس ذکر شده است. مطابق ماده ۱۹۲ آیین‌نامه داخلی، مجلس شورای اسلامی حق تذکر کتبی به رئیس‌جمهور و وزرا را دارد. نظر به قسمت اخیر اصل یکصد و بیست و هفتم، می‌توان نمایندگان ویژه رئیس‌جمهور را به‌طور غیرمستقیم مشمول این ماده دانست.

بر اساس اصل نود قانون اساسی، هر کس می‌تواند از طرز کار قوای سه‌گانه به کمیسیون اصل نود شکایت کند. نظر به اینکه نمایندگان ویژه رئیس‌جمهور زیرمجموعه قوه مجریه هستند، شکایت از طرز کار آنها در کمیسیون اصل نود امکان‌پذیر است. علاوه بر آن، با توجه به اینکه تصویب‌نامه انتصاب نمایندگان ویژه توسط هیأت وزیران از مصادیق «طرز کار قوه مجریه» است، می‌توان از تصویب‌نامه‌های مزبور نیز نزد کمیسیون مزبور شکایت برد.

طبق اصل پنجاه و پنجم قانون اساسی، «دیوان محاسبات» کشور بر تمام وزارت‌خانه‌ها، مؤسسات، شرکت‌های دولتی و سایر دستگاه‌هایی که به نحوی از انحا از بودجه کل کشور استفاده می‌کنند، نظارت

مالی دارد. بر اساس این اصل، با عنایت به اینکه نمایندگان ویژه رئیس جمهور نیز مشمول عناوین مندرج در این اصل هستند، نظارت مالی دیوان محاسبات کشور شامل آنها نیز می‌شود.

همچنین نگاهی به اصل یکصد و هفتادم و یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی در خصوص «دیوان عدالت اداری» و همچنین ماده ۱۰ «قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری» (مصوب ۱۳۹۲) در رابطه با صلاحیت دیوان، نشان می‌دهد نظارت دیوان عدالت اداری نیز شامل نمایندگان ویژه رئیس جمهور می‌شود. از این رو، می‌توان گفت: هر کس می‌تواند ابطال تصمیمات نماینده ویژه را از دیوان عدالت اداری تقاضا کند؛ همچنین مردم می‌توانند شکایات خود از تصمیمات مذکور را به این دیوان ببرند.

البته با توجه به اینکه محدوده تصمیمات نمایندگان ویژه رئیس جمهوری در حوزه امور اجرایی است و برابر نظریه تفسیری شماره ۷۹/۲۱/۷۳۷، مورخ ۱۳۷۹/۵/۳۰ شورای نگهبان محدوده اصل ۱۲۷ شامل تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌ها و اساس‌نامه‌ها نمی‌شود و منحصراً شامل تصمیمات خواهد بود، و همچنین مطابق نظریه شماره ۷۸/۲۱/۶۱۸۶، مورخ ۱۳۷۸/۱۱/۲۰ شورای نگهبان (با استظهار به اینکه اصل یکصد و بیست و هفتم قانون اساسی مربوط به امور اجرایی است، الزام به ارسال تصمیمات مذکور در اصل یکصد و بیست و هفتم قانون اساسی به رئیس مجلس خلاف قانون اساسی شناخته شد) ارسال تصمیمات نمایندگان ویژه به رئیس مجلس شورای اسلامی - که می‌توانست به‌عنوان یک مرجع نظارتی بر این تصمیمات قلمداد شود - وجود ندارد. اما طبق اصل یکصد و سی و هشتم قانون اساسی و نظرات متعدد این شورا، از جمله نظریه تفسیری شماره ۸۱/۳۰/۲۱۲۴، به تاریخ ۱۳۸۱/۱۰/۲،^۱ «مصوبه هیأت وزیران در تعیین نماینده ویژه» به رئیس مجلس ارسال می‌شود تا چنانچه مغایر قوانین عادی باشد برای تجدید نظر، به هیأت وزیران بازگرداند.

البته ذکر این نکته ضروری است که طبق نظر دیگر شورای نگهبان به شماره ۵۴۷۷، مورخ ۱۳۷۲/۸/۲۲^۲، مجلس شورای اسلامی می‌تواند از رئیس جمهور و وزرا در خصوص وظایفی که قانوناً به عهده دارند و «به دیگری تفویض می‌کنند» (مانند تصمیمات نمایندگان ویژه) سؤال کند. بدین‌سان، صلاحیت نظارت سیاسی مجلس شورای اسلامی در خصوص تصمیمات نمایندگان ویژه رئیس جمهوری نیز قابل اعمال است، هرچند این نظارت «نظارتی غیرمستقیم» و از طریق رئیس جمهوری و وزارت (مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۰، ص ۱۵).

رئیس جمهور و هیأت وزیران در برابر اقدامات نماینده یا نمایندگان ویژه مسئول هستند (فرجی، ۱۳۸۵، ص ۴۴). برای مثال، اگر رئیس جمهور یکی از استانداران را نماینده ویژه خود در امر خاصی قرار دهد و نماینده ویژه نتواند وظایف محول شده را به درستی انجام دهد یا تخلفی صورت بگیرد، آیا وزیر کشور مسئول است یا رئیس جمهور؟

نمونه چنین ابهامی در جلسه مورخ ۱۳۷۲/۳/۱۰ مجلس شورای اسلامی (دوره چهارم) به وجود آمد که طی آن یکی از نمایندگان مجلس شورای اسلامی (آقای بوالفتح) به سبب تخلفی که استاندار لرستان کرده بود، از وزیر کشور وقت با استناد به اصل هشتاد و هشتم قانون اساسی سؤال کرده بود، و حال آنکه وزیر کشور و برخی از نمایندگان معتقد بودند استاندار در امر مزبور، به عنوان نماینده رئیس جمهور اقدام کرده است، نه به عنوان استاندار. به نظر می‌رسد از آن رو که ذیل اصل یکصد و بیست و هفتم قانون اساسی تصمیمات نماینده ویژه را در حکم تصمیم رئیس جمهور و هیأت وزیران می‌داند، رئیس جمهور و هیأت وزیران مسئولند، نه نمایندگان ویژه. نماینده ویژه در قبال اقداماتی که انجام می‌دهد، در مقابل مجلس پاسخگو نیست، ولی مجلس می‌تواند در موضوعاتی که تخلفی به وجود آمده و یا سایر مسائل، رئیس جمهور و یا هیأت وزیران را با استناد به اصول هشتاد و هشت و هشتاد و نه قانون اساسی بازخواست کند (دولت رفتار و آقایی طوق، ۱۳۹۲، ص ۱۵۷). علاوه بر این، همان‌گونه که در خصوص شرایط و آثار تفویض اختیار بیان شد، تفویض اختیار سبب سلب مسئولیت از مقام تفویض‌کننده اختیار نمی‌شود و این مقام باید همواره بر اجرای صحیح کارها نظارت کند (فتحی، ۱۳۹۲، ص ۶۲۷).

محاسن سپردن امور به نماینده ویژه

سپردن امور به نماینده ویژه در بسیاری از جاها گریزناپذیر است. برخی از امور دارای ماهیت فراوزارت‌خانه‌ای هستند که سپردن آنها به یک وزارت‌خانه موجب اختلال در امور می‌گردد. این‌گونه امور نیاز به نهادی فراتر از وزارت‌خانه‌ها دارند تا با برنامه‌ریزی و سیاست‌گذاری در این حوزه‌ها، وزارت‌خانه‌های مرتبط را هماهنگ سازند و امکانات آنها را برای انجام امور مذکور بسیج نمایند. از این رو، جایگاه نمایندگان ویژه رئیس جمهور به عنوان نهادی فراوزارت‌خانه‌ای بهترین جایگاه برای چنین اموری به‌شمار می‌آید.

تمرکز در امور اجرایی، سرعت و هماهنگی در اتخاذ و اجرای تصمیم و وحدت و یگانگی در امور اجرایی از محاسن سپردن امور به نمایندگان ویژه به جای وزیر است. در دوران پیش از بازنگری، گاهی پیش می‌آمد که در یک استان یا منطقه خاصی لازم بود اقداماتی برای بهبود امور صورت گیرد؛ زیرا اقدامات مزبور دخالت همزمان چند وزارتخانه را می‌طلبد و در عمل، موجب می‌شد دولت نتواند در فرصت مناسب، کاری از پیش ببرد. این یکی از مشکلات اجرایی کشور در دوران پیش از بازنگری قانون اساسی بود که در شورای بازنگری سعی شد برطرف شود. با توجه به اینکه اصول قانون اساسی اجازه تفویض اختیارات را به رئیس جمهور نداده و ممکن بود رئیس جمهور یک نماینده تام‌الاختیار تعیین کند و این نماینده یک تصمیم اساسی بگیرد و این تصمیم به مجلس برود و مجلس بازخواست کند که چرا رئیس جمهور اختیاراتی را که مجلس به او داده به دیگری واگذار نموده است، تردیدی در نیاز به این اصل وجود ندارد. وجود چنین اصلی مفید است و عدمش دست‌کم یک سلسله ابهامات را به وجود می‌آورد.

معایب سپردن امور به نماینده ویژه

سپردن امور به نمایندگان ویژه در کنار محاسنی که دارد، با معایب متعددی مواجه است: در سال‌های اخیر، شاهد بودیم برخلاف شرایط مصرح در اصل یکصد و بیست و هفتم قانون اساسی، در موضوعاتی گوناگون و در حیطه شرح وظایف قانونی وزارتخانه‌ها، نمایندگان ویژه رئیس جمهور تعیین شده‌اند. نمونه بارز آن تعیین نمایندگان ویژه در زمینه‌های حساس امور خاورمیانه، آسیا و آفریقا بوده است. صرف‌نظر از تداخل وظایف این نمایندگان با ادارات گوناگون وزارت امور خارجه، هیچ‌گونه مورد خاص و ضرورتی برای این انتصابات دیده نمی‌شود و به نظر می‌رسد این نمایندگان مأموریت درازمدت داشته باشند.

دغدغه اصلی در انتصاب نمایندگان ویژه رئیس جمهور فقدان تخصص و تجربه کافی در برخی از آنان است که قطعاً موجب بروز مشکلاتی خواهد شد و موضوع حکم به «لزوم هماهنگی کلی دستگاه‌های متولی این امور با نمایندگان ویژه در حوزه‌های مربوط» موجب اختلال در امور خواهد شد.

دخالت افراد مذکور به‌عنوان نماینده ویژه سبب خواهد شد امکان نظارت مستقیم بر تصمیمات و فعالیت‌های آنان نیز سلب شود و وزیر امور خارجه نیز طبیعتاً می‌تواند مدعی شود مسئولیتی در قبال اقدامات و تصمیمات آنان ندارد.

متأسفانه این پدیده به رویه جاری دولت تبدیل گردیده است، به گونه‌ای که برای هر موضوع عادی و اجرایی شاهد انتصاب نمایندگان ویژه رئیس جمهور هستیم؛ مثلاً، چندین کارگروه دائمی متشکل از نمایندگان ویژه رئیس جمهور ایجاد شده است؛ از جمله:

- کارگروه توسعه حمل و نقل عمومی و مدیریت مصرف سوخت؛
- کارگروه طرح‌های تحول اقتصادی.

تصمیمات بیشتر این نمایندگان ویژه نیز در امور جاری و در قلمرو صلاحیت وزارتخانه‌هاست. برای نمونه، می‌توان به چند نمونه از تصمیمات این نمایندگان ویژه طی چند ماه گذشته اشاره کرد:

- تصمیم نمایندگان ویژه رئیس جمهور در خصوص تعیین تعرفه گاز؛
- تصمیم نمایندگان ویژه رئیس جمهور در خصوص تعیین تعرفه برق؛
- تصمیم نمایندگان ویژه رئیس جمهور در خصوص الزام نصب بخاری در جا با اولویت تولید داخل برای تمام کامیون‌های سنگین.

آیا مسائلی همچون نصب بخاری در کامیون، از مصادیق «موضوعات خاص» و «ضروری» محسوب می‌شود که نیاز به مداخله نمایندگان ویژه رئیس جمهور داشته باشد؟

نتیجه‌گیری

طبق اصل یکصد و بیست و هفتم قانون اساسی، رئیس جمهور می‌تواند در موضوعات خاص، بر حسب ضرورت با تصویب هیأت وزیران، نماینده یا نمایندگان ویژه با اختیارات مشخص تعیین نماید. بنابراین، سه شرط اساسی انتصاب نماینده ویژه رئیس جمهور عبارتند از: در موضوعات خاص؛ بر حسب ضرورت؛ با اختیارات مشخص.

از این رو، به نظر می‌رسد تشکیل کارگروه‌های گوناگون به منظور اتخاذ تصمیمات از سوی دولت فاقد وجاهت قانونی بوده و با شرح وظایف قانونی دستگاه‌های اجرایی در تعارض است.

انتصاب نمایندگان متعدد از سوی رئیس جمهور برای امور جاری دستگاه‌های اجرایی و واگذاری وظایف و اختیارات ذاتی وزارتخانه‌ها و سازمان‌ها به نمایندگان ویژه مغایر قانون اساسی است. از این رو، به منظور جلوگیری از اختلاط احتمالی وظایف و اختیارات وزارتخانه‌ها و دستگاه‌های اجرایی با حدود اختیارات نمایندگان ویژه، رئیس جمهور و هیأت وزیران باید توجه و اهتمام خاصی به این موضوع داشته باشند.

این نمایندگان ویژه برخلاف وزیران، در مقابل مجلس یا هر نهاد دیگری پاسخگو نیستند و این موضوع قانون‌گریزی نظام اداری را تشدید کرده است. مسلماً وجود ضرورت لازمه این امر است و نباید نمایندگی ویژه، خود مرکزی جایگزین و یا در مقابل وزارت‌خانه‌ها و یا نهادهای قانونی محسوب گردد. همچنین دامنه آن باید محدود و منحصر به موارد ضروری مشکلات اجتماعی و اجرایی خاص نظیر وقایع اجتماعی و معضلات ویژه باشد.

از سوی دیگر، به زعم نگارندگان، باید نمایندگان ویژه به لحاظ شخصی، دارای ویژگی‌هایی باشند: - پرونده‌های خاص محول شده به آنان تنها شغل آنها محسوب می‌شود تا بتوانند به صورت تمام‌وقت، پیگیر آن باشند.

- تناسبی میان سابقه و تخصص نمایندگان ویژه با حوزه اقدام آنان وجود داشته باشد و از ورزیدگی دیپلماتیک برخوردار باشند.

- نمایندگان ویژه، به‌ویژه در مسائل حساس، باید از پشتوانه اجماع داخلی برخوردار باشند، به‌گونه‌ای که از یک‌سو، اقدامات، مواضع و ابتکارهای نمایندگان ویژه از سوی نخبگان سیاسی داخلی تأیید شود، و از سوی دیگر، کشورهای خارجی نیز با توجه به تعهدات و عملکرد، آنان را قابل اعتماد و قابل مذاکره بدانند.

- نهایت آنکه مراکز اصلی تصمیم‌گیری کشور نسبت به آنها اعتماد داشته باشند.

مهم‌ترین مشکل نمایندگان ویژه فقدان مسئولیت مستقیم آنان در برابر مجلس و پاسخ‌گو نبودن آنهاست. مجلس از ابزارهای نظارتی خود مانند سؤال و استیضاح، نمی‌تواند در خصوص نمایندگان ویژه استفاده کند. مسئولیت اعمال نمایندگان ویژه به عهده رئیس جمهور و هیأت وزیران است و نظارت مجلس در خصوص این نهاد، باید بر رئیس جمهور و هیأت وزیران صورت گیرد. نظارت بر رئیس جمهور از سوی مجلس نیز به سبب داشتن بار سیاسی انجام نمی‌شود. به سبب وجود این مشکلات، شاید بهتر باشد حوزه مجاز برای تعیین نمایندگان ویژه رئیس جمهور به صورت مضیق تفسیر شود.

از سوی دیگر، وضع قوانین عادی منجر به اعمال محدودیت برای تحقق اهداف اصل - آن هم در موقعیت اجرای موضوعی که با شرایط خاص و مسائلی ضروری مطرح شده است - می‌شود و ممکن است نه تنها راه‌گشا نباشد، بلکه خود بن‌بست دیگری ایجاد کند. نیز بررسی نمونه‌هایی از احکام انتصابی روشن می‌سازد که وضع قوانین عادی در خصوص اصل یکصد و

بیست و هفتم قانون اساسی، می‌تواند به کارکرد بهتر این سمت کمک کند. برخی نکات را می‌توان به‌عنوان نمونه‌ای از موضوعات قوانین عادی یاد کرد؛ از جمله: تعیین مقامی که از حیث مغایرت نداشتن تصمیمات نماینده ویژه با قوانین عادی و مصوبات هیأت وزیران، دارای «نظارتی مستقیم» باشد؛ و الزام قانونی هیأت وزیران به بررسی و جلوگیری از اختلاط احتمالی وظایف دستگاه‌های گوناگون با حدود اختیارات نماینده ویژه.

از این رو، می‌توان نتیجه گرفت که وضع قوانین عادی می‌تواند منجر به عملکرد بهتر نهاد نمایندگی ویژه شود و نمی‌توان به‌طور کلی و مطلق، ادعا کرد که «اصل یکصد و بیست و هفتم قانون اساسی نیاز به قانون عادی ندارد و وضع هرگونه قانون موجب محدودیتی دیگر می‌شود» (مدنی، ۱۳۷۵، ص ۳۰۷).

منابع

- امامی، محمد و کورش استوارسنگری، ۱۳۸۶، *حقوق اداری*، تهران، میزان.
- انصاری، ولی الله، ۱۳۸۶، *کلیات حقوق اداری*، چ هفتم، تهران، میزان.
- دولت رفتار، محمدرضا و مسلم آقایی طوق، ۱۳۹۲، *وظایف و اختیارات رئیس جمهور در حقوق اساسی ایران*، تهران، دبیرخانه مجمع تشخیص مصلحت نظام.
- رضائی زاده، محمدجواد، ۱۳۸۵، *حقوق اداری (۱)*، تهران، میزان.
- سنجایی، کریم، بی تا، *حقوق اداری ایران*، تهران، مهرآیین.
- شریف، محمد، ۱۳۸۳، «تحلیل اصل یکصد و بیست و هفتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، *پژوهش حقوق عمومی*، ش ۱۳، ص ۹۳-۱۱۰.
- طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، ۱۳۸۳، *حقوق اداری*، چ نهم، تهران، سمت.
- فتحی، یونس، ۱۳۹۲، «جایگاه نمایندگان ویژه ریاست جمهوری در حقوق اساسی ایران»، در: *مجموعه مقالات اولین همایش ملی قوه مجریه در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، معاونت تدوین، تقیح و انتشار قوانین و مقررات معاونت حقوقی رئیس جمهور.
- فرجی، محمد، ۱۳۸۵، *حقوق اساسی*، تهران، طرح نوین اندیشه.
- لطفی، حسن، ۱۳۹۲، «ضوابط تعیین نماینده یا نمایندگان ویژه و معاونان رئیس جمهور»، در: *مجموعه مقالات اولین همایش ملی قوه مجریه در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، معاونت تدوین، تقیح و انتشار قوانین و مقررات معاونت حقوقی رئیس جمهور.
- مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۹، صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی، ۱۳۶۹، تهران، اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی.
- مدنی، سیدجلال‌الدین، ۱۳۷۵، *حقوق اساسی و نهادهای سیاسی*، چ چهارم، تهران، همراه.
- مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، بی تا، *نحوه پاسخگویی سیاسی معاونان رئیس جمهور در نظام حقوق اساسی ایران*، تهران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
- _____، ۱۳۹۰، *نگاهی به ابعاد حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران؛ پیرامون جایگاه و حوزه صلاحیت قوه مجریه*، تهران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
- مهرپور، حسین، ۱۳۷۱، *مجموعه نظریات شورای نگهبان*، تهران، کیهان.
- هاشمی، سیدمحمد، ۱۳۸۶، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، چ هجدهم، تهران، میزان.
- یزدی، محمد، ۱۳۷۵، *قانون اساسی برای همه*، تهران، امیرکبیر.

پی‌نوشت‌ها

۱. «اصل یکصد و بیست و هفتم قانون اساسی مربوط به امور اجرایی است و شامل تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌ها و اساسنامه‌ها نمی‌شود و منحصرأً شامل تصمیمات است. بنابراین، تبصره الحاقی ماده ۲۹، که مقرر کرده است تفویض اختیار دولت موضوع اصل یکصد و بیست و هفتم قانون اساسی به نماینده یا نمایندگان ویژه رئیس جمهور محدود به امور اجرایی است، وافی به مقصود است، لکن تصویب‌نامه هیأت وزیران، که طی آن نماینده یا نمایندگان با اختیارات مشخص تعیین می‌نماید، از مصادیق تصویب‌نامه ذیل اصل یکصد و سی و هشتم قانون اساسی است و لازم است این تصویب‌نامه‌ها ضمن ابلاغ، برای اجرا به اطلاع رئیس مجلس شورای اسلامی برسد تا در صورتی که آنها را برخلاف قوانین بدانند با ذکر علت، برای تجدید نظر به هیأت وزیران بفرستد.

۲. نظریه مشورتی شماره ۵۴۷۷ مورخ ۱۳۷۲/۸/۲۲ شورای نگهبان: «مجلس شورای اسلامی می‌تواند از رئیس جمهوری یا وزرا صرفأً در خصوص وظایفی که قانوناً بر عهده دارند و به دیگری تفویض کرده‌اند، سؤال کند، البته اگر مجلس مستقیماً کاری را بر عهده غیر رئیس جمهوری و وزیر بگذارد حق سؤال در این مورد را از رئیس جمهوری یا وزیر ندارد؛ کما اینکه حق سؤال از مسئول مزبور را نیز ندارد، اگرچه حق تحقیق و تفحص در همه امور کشور و در صورت لزوم، درخواست رسیدگی از قوه قضائیه را دارد».

اصل وفای به تعهدات و قراردادها؛ مقایسه حقوق بین‌الملل اسلامی و حقوق بین‌الملل معاصر

سیدمحمد رضا احمدی طباطبایی / دانشیار علوم سیاسی دانشگاه امام صادق

m.aram@isu.ac.ir

محمدرضا آرام / دانشجوی کارشناسی ارشد معارف اسلامی و علوم سیاسی، دانشگاه امام صادق

دریافت: ۱۳۹۳/۱۰/۲۰ - پذیرش: ۱۳۹۴/۲/۳۰

چکیده

پایبندی به تعهدات و قراردادها، با فطرت، آموزه‌های اصیل اسلام و آموزه‌های حقوق بین‌الملل معاصر سازگار و همسو است. اهمیت اصل وفای به تعهدات و قراردادها، در تعلیم اسلام به گونه‌ای است که شرط لازم دینداری و یکی از مهم‌ترین پایه‌های نظریه اسلام خوانده می‌شود. در حوزه حقوق بین‌الملل معاصر هم، تنها با رعایت این اصل، کشورها می‌توانند به‌طور سازنده با یکدیگر تعامل کنند؛ زیرا یکی از عوامل مهم درگیری‌ها و جنگ‌ها در طول تاریخ «عدم پایبندی به تعهدات» بوده است. در اسلام از نظر قرآن کریم، کشورهایی را که به هیچ یک از تعهدات خود پایبند نیستند، مستکبر خوانده و خواستار نابودی آنها در عرصه بین‌المللی است. با مقایسه رویکرد اسلام و رویکرد حقوق بین‌الملل معاصر به این مهم، می‌توان به برتری‌های رویکرد اسلامی در گستره این اصل و ضمانت اجرای آن در مراحل مختلف پی برد. با فهم این برتری، می‌توان آموزه‌های اسلام را به‌عنوان مرجع و مبنایی بهتر و کارآمدتر به حقوق بین‌الملل عرضه نمود.

کلیدواژه‌ها: حقوق بین‌الملل، حقوق بین‌الملل اسلامی، عهد، پیمان، قرارداد.

«أَيُّسَ الْبِرِّ أَنْ تُوَلُّوا وُجُوهَكُمْ قِبَلَ الْمَشْرِقِ وَالْمَغْرِبِ وَلَكِنَّ الْبِرَّ مَنْ آمَنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالْكِتَابِ وَالنَّبِيِّينَ ... وَالْمُؤْفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا... أُولَئِكَ هُمُ الْمُتَّقُونَ» (بقره: ۱۷۷)؛ نیکوکاری آن نیست که روی خود را به سوی مشرق و [یا] مغرب بگردانید، بلکه نیکی آن است که کسی به خدا و روز بازپسین و فرشتگان و کتاب [آسمانی] و پیامبران ایمان آورد ... و آنان که چون عهد بندند، به عهد خود وفادارند... و آنان همان پرهیزگارانند.

حقوق تعهدات و قراردادهای، یکی از مهم‌ترین اصول مورد اهتمام حقوق بین‌الملل اسلامی و حقوق بین‌الملل معاصر می‌باشد. این مهم، در معارف اسلامی، نه تنها یک حق‌الناس بزرگ محسوب می‌شود، بلکه حق‌اللهی است که از ابتدای خلقت آدمی تا هنگامه مرگ بر عهده اوست. خداوند متعال، به این عهد و پیمان تمامی انسان‌ها در قرآن کریم این‌گونه اشاره نموده است: «الْمُ أَغْهَدَ إِلَيْكُمْ يَا بَنِي آدَمَ أَنْ لَا تَعْبُدُوا الشَّيْطَانَ إِنَّهُ لَكُمْ عَدُوٌّ مُبِينٌ» (یس: ۶۰). بنابراین، می‌توان گفت: یکی از مهم‌ترین و ابتدایی‌ترین مفاهیمی که بشر با آن آشنا گشته و ریشه در سرشت پاک و فطرت الهی او دارد، مفهوم «عهد» و «پیمان» و لزوم پایبندی به آن می‌باشد.

حوزه حقوق بین‌الملل، یکی از مهم‌ترین حوزه‌های حکومتی می‌باشد. امروزه و پس از گذشت سه دهه از آغاز انقلاب اسلامی ایران، نظام سیاسی‌ای در این کشور شکل گرفته است که داعیه‌دار اسلامی بودن تمامی احکام سیاسی، اجتماعی و حقوقی خود، یا حداقل امکان‌آیندایی این احکام، بر اساس آیین مبین اسلام است. از این رو، می‌توان حقوق بین‌المللی مبتنی بر آموزه‌ها و اصول اسلامی بنا ساخت.

از مهم‌ترین اصول مورد اهتمام حقوق بین‌الملل معاصر، اصل «حقوق قراردادهای و لزوم پایبندی به تعهدات» می‌باشد. این امر در اسلام، مدت‌ها پیش از آنکه صبغه حقوقی و ضمانت‌اجرای قانونی داشته باشد، صبغه اخلاقی و شرعی با ضمانت‌اجرای مستحکم درونی داشته است. بر همین اساس، حقوق بین‌الملل اسلامی با الهام از این اصل و اسلام، شالوده بسیاری از مباحث خود را بنا ساخته است و به این آموزه‌ها صبغه حقوقی، اسلامی داده است.

این مقاله درصدد پاسخ به این سؤال است: حقوق تعهدات و قراردادهای، چه جایگاهی در حقوق بین‌الملل اسلامی دارد؟ برای پاسخ به این سؤال، باید به چهار سؤال فرعی دیگر پاسخ گفت:

- حقوق تعهدات و قراردادهای، چه جایگاهی در حقوق بین‌الملل اسلامی، از منظر قرآن کریم داراست؟

- حقوق تعهدات و قراردادهای، چه جایگاهی در حقوق بین الملل اسلامی، از منظر سنت نبوی ﷺ و سیره اهل بیت عصمت و جلاله دارد؟
- حقوق تعهدات و قراردادهای در حقوق بین الملل اسلامی، دارای گستره‌ای است؟
- رویکرد حقوق بین الملل معاصر به اصل قراردادهای و پایبندی به تعهدات چگونه است؟
- نقاط اشتراک و افتراق حقوق بین الملل اسلامی در مقایسه با حقوق بین الملل معاصر، در عرصه تعهدات و قراردادهای کدام است؟

در اینجا لازم است تعریفی مختصر از مهم‌ترین مفاهیم مورد نظر ارائه دهیم:

۱. حقوق بین الملل: مجموعه اصول و قواعدی است که دولت‌ها به عنوان اعضای اصلی جامعه بین المللی خود را ملزم به رعایت آنها می‌دانند و در روابط با یکدیگر اجرا می‌کنند. علاوه بر این، حقوق بین الملل شامل قواعدی است که طرز تشکیل و وظایف سازمان‌های بین المللی و روابط این سازمان‌ها را با یکدیگر و با دولت‌ها و همچنین در بعضی موارد حقوق و تکالیف افراد را تعیین می‌کند (موسی‌زاده، ۱۳۸۰، ص ۷).
۲. قرارداد: هر نوع توافق بین دو یا چند طرف صلاحیت‌دار در موضوعی خاص، که دارای اثر حقوقی باشد، می‌توان «قرارداد» نامید (همو، ۱۳۸۸، ص ۵).
۳. عقد: عملی حقوقی است که برای ایجاد آن اراده دو طرف لازم است. دو یا چند نفر باید توافق کنند تا از توافق اراده آنها عقد بوجود آید (مدنی، ۱۳۱۶، ص ۲۴۶).
۴. تفاوت عقد با قرارداد: در فقه و حقوق اسلام، هر «قراردادی» واجد جنبه الزامی نیست و تعهد ایجاد نمی‌کند، بلکه موضوع برخی از قراردادهای شناسایی، اسقاط و تغییر حق یا تکلیف است. در حالی که «عقد» علی‌الاصول به منظور ایجاد تعهد واقع می‌شود و با قصد انشاء همراه است. از این رو، مفسران «عقد» را به «أوكد العهود» و فقها آن را به «عهد مشدد» تفسیر کرده‌اند (طبرسی، ۱۳۷۲، ص ۱۵۱).
۵. قرارداد بین المللی: عبارت از نوعی توافق به منظور شناسایی، ایجاد، تغییر یا اسقاط و یا انتقال حق است که بین دو یا چند دولت یا سازمان بین المللی منعقد می‌شود (عمید زنجانی، ۱۳۸۸، ص ۴۶۷).

چارچوب نظری

در این قسمت ابتدا به اثبات عقلانی و اصولی حقوق تعهدات و قراردادهای (بالمعنی الاعم) و حقوق تعهدات و قراردادهای بین المللی (بالمعنی الاخص) می‌پردازیم، سپس به بیان انواع و اقسام قراردادهای پرداخته و در نهایت هم به ضرورت پایبندی به قراردادهای و تعهدات در ادیان و مکاتب مختلف اشاره‌ای خواهیم نمود.

اثبات عقلانی و اصولی حقوق تعهدات و قراردادهای (بالمعنی الاعم)

«پایبندی به قراردادها و تعهدات» اصلی است که نوع بشر آن را می‌شناسد و پایبندی به آن را نیکو و عدم پایبندی به آن را ناروا می‌داند. به‌عنوان نمونه، کسی که به کودکی قول می‌دهد که پس از انجام فلان کار، به او جایزه می‌دهد؛ اگر این کودک کار خود را به درستی انجام دهد، اما او از وفای به عهد خویش امتناع ورزد، همگان عمل او را زشت دانسته، چنین فردی را مستحق ملامت و سرزنش می‌دانند.

علامه طباطبایی، ذیل تفسیر آیه ۱ سوره مبارکه انعام می‌فرماید: «حسن وفای به عهد و قبح نقض عهد از فطریات بشر است و انسان در زندگی فردی و اجتماعی بی‌نیاز از عهد و وفای به آن نیست» (طباطبائی، ۱۳۷۴، ج ۵، ص ۲۵۹). ایشان در توضیح این مدعا می‌نویسند:

علت و ریشه این مطلب این است که بشر در زندگی‌اش هرگز بی‌نیاز از عهد و وفای به عهد نیست؛ نه فرد انسان از آن بی‌نیاز است، و نه مجتمع انسان، و اگر در زندگی اجتماعی بشر، که خاص بشر است، دقیق شویم، خواهیم دید که تمامی مزایایی که از مجتمع و از زندگی اجتماعی خود استفاده می‌کنیم، و همه حقوق زندگی اجتماعی ما که با تأمین آن حقوق آرامش می‌یابیم، بر اساس عقد اجتماعی عمومی و عقدهای فرعی و جزئی مرتب بر آن عقدهای عمومی استوار است. پس ما نه از خود برای انسان‌های دیگر اجتماعان مالک چیزی می‌شویم، و نه از آن انسان‌ها برای خود مالک چیزی می‌شویم، مگر زمانی که عهدی عملی به اجتماع بدهیم، و عهدی از اجتماع بگیریم، هر چند که این عهد را با زبان جاری نکنیم؛ چون زبان تنها در جایی دخالت پیدا می‌کند که بخواهیم عهد عملی خود را برای دیگران بیان کنیم. پس ما همین که دور هم جمع شده و اجتماعی تشکیل دادیم، در حقیقت عقدها و پیمان‌هایی بین افراد جامعه خود مبادله کرده‌ایم. هر چند که به زبان نیاروده باشیم. اگر این مبادله نباشد، هرگز اجتماع تشکیل نمی‌شود، و بعد از تشکیل هم اگر به خود اجازه دهیم که یا به ملاک اینکه زورمندیم، و کسی نمی‌تواند جلوگیری ما شود، و یا به خاطر عذری که برای خود تراشیده‌ایم، این پیمان‌های عملی را بشکنیم، اولین چیزی را که شکسته‌ایم، عدالت اجتماعی خودمان است، که رکن جامعه ما است، و پناهگاهی است که هر انسانی از خطر اسارت و استخدام و استثمار، به آن رکن رکن پناهنده می‌شود (طباطبایی، ۱۳۷۴، ج ۵، ص ۲۵۹).

پس باید ریشه «گرایش به تعهدات» و «احترام و وفای به تعهدات» را اصل واحدی شمرد و با قبول فطری بودن حس گرایش به تعهدات، اصل وفای به عهد را نیز از احساسات عالی فطری انسان به شمار آورد (عمیدزنجانی، ۱۳۸۸، ص ۳۱).

اثبات عقلانی و اصولی حقوق تعهدات و قراردادهای بین‌المللی (بالمعنی الاخص)

اگر معتقد باشیم که اصل و قاعده در روابط بین‌الملل، صلح و همزیستی مسالمت‌آمیز است (ورعی، ۱۳۹۰، ص ۱۶۹)، و ایجاد روابط صلح‌آمیز میان کشورها، در حالت عادی، لازم و ضروری است، باید قبول کرد که تمامی اسباب و عللی که منجر به ایجاد اصل صلح و حکومت آن در

روابط بین الملل شود، لازم و ضروری است. یکی از مهم ترین این اسباب «تعهدات و قراردادهای» می باشد که مقدمه تمهید و استقرار شرایط صلح و همزیستی مسالمت آمیز است. بنابراین، برای دوام صلح بین المللی، صیانت از تعهدات و قراردادهای لازم و ضروری است.

در تعالیم اسلامی، بر این امر مهر تأیید و صحت نهاده شده است. خداوند متعال در قرآن کریم می فرماید: «وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ» (انفال: ۶۱)؛ و اگر دشمنان به صلح گرایند، تو هم به صلح گرای، و بر خدا توکل کن که یقیناً او شنوا و داناست. طبق این آیه، خداوند متعال به نبی مکرم اسلام ﷺ دستور می دهد که با دشمنانی که تمایل به صلح دارند، چه رسد به غیر دشمنان، صلح کن و ایشان را پذیرا باش. همان گونه که می دانیم، فعل امر در زبان عرب ظهور در وجوب دارد. پس صلح پیامبر ﷺ با چنین دشمنانی واجب و لازم است. از آنجاکه مقدمه یا مقدمات واجب، واجب است، انعقاد پیمان صلح، که یکی از بهترین و رایج ترین و مورد قبول ترین اسباب برای ایجاد صلح است، واجب و ضروری خواهد بود. حال، ما طبق قاعده أسوه یعنی کریمه «لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ» (احزاب: ۱) باید به حضرت رسول ﷺ اقتدا کنیم و این را به عنوان یک اصل مستمر پذیرا باشیم.

اهمیت پایبندی به تعهدات و قراردادهای در حقوق بین الملل اسلامی (متناسب با آموزه های قرآن و سنت)

در دین اسلام و حقوق اسلامی، در حوزه مسایل اجتماعی و سیاسی، هیچ اصل مهم و فراگیری همچون اصل پایبندی به تعهدات و قراردادهای وجود ندارد (احمدی طباطبایی، ۱۳۸۷، ص ۱۹۲). اهمیت این اصل، به گونه ای است که یکی از ملاک های دین داری و ایمان شمرده می شود. همان گونه که پیامبر گرامی ﷺ می فرمایند: «حسن العهد من الايمان»؛ «لادین لمن لاعهد له» (محممدی ری شهری، ۱۴۱۶ق، ص ۲۱۴۷)؛ در روایت اول وفای به عهد، به عنوان یکی از نشانه های ایمان بیان شده و در روایت دوم، برای کسی که به هیچ عهد و پیمانی پایبند نیست، وصف بی دینی مطلق آمده است.

در قرآن کریم، لزوم پایبندی مطلق به عهد و پیمان در موارد متعددی بیان شده است. در اینجا به برخی از مهم ترین آیات مرتبط با این موضوع اشاره می کنیم.

«يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده: ۱). علامه طباطبایی، ذیل تفسیر این آیه می فرمایند:

چون لفظ «العقود» جمع محلی به الف و لام است، لاجرم مناسب تر آن صحیح تر آن است که کلمه «عقود» در آیه را حمل کنیم بر هر چیزی که عنوان عقد بر آن صادق است (طباطبائی، ۱۳۷۴، ج ۵، ص ۲۵۸). قرآن کریم در وفاء به عهد، به همه معانی که دارد تأکید کرده، و رعایت عهد را و در همه معانی آن و همه مصادیقی که دارد تأکید شدید فرموده، تأکیدی که شدیدتر از آن نمی شود، و کسانی که عهد و پیمان را می شکنند به شدیدترین بیان مذمت فرموده، و به وجهی عین و لحنی خشن تهدید نموده، و کسانی را که پایبند وفای به عهد خویشند در آیاتی بسیار مدح و ثنا کرده (همان).

جان کلام اینکه، اسلام حرمت عهد و وجوب وفای به آن را به طور اطلاق رعایت کرده، چه اینکه رعایت آن به نفع صاحب عهد باشد، و چه به ضرر او. آری کسی که با شخصی دیگر هر چند که مشرک باشد پیمان می‌بندد، باید بداند که از نظر اسلام باید به پیمان خود عمل کند و یا آنکه از اول پیمان نبندد، برای اینکه رعایت جانب عدالت اجتماعی لازم‌تر، و واجب‌تر از منافع و یا متضرر نشدن یک فرد است... و به جان خودم سوگند که این یکی از تعالیم عالی‌های است که دین اسلام آن را برای بشر و به منظور هدایت انسان‌ها به سوی فطرت بشری خود آورده، و عامل مهمی است که عدالت اجتماعی را که نظام اجتماع جز به آن تحقق نمی‌یابد، حفظ می‌کند و مظلومه استخدام و استثمار را از جامعه نفی می‌کند (همان، ص ۲۶۲).

این آیه، دو نوع دلالت دارد: دلالت انطباقی و دلالت التزامی. مدلول مطابق این آیه شریفه این است که طرفین بر وفای به عهد ملتزم باشند (عقد ایجابی). مدلول التزامی آن نیز این است که از دو طرف، هیچ‌یک نتوانند، بدون اذن طرف مقابل، عقد را نقض کنند (عقد سلبی) (عمیدزنجانی، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۱۹۳).

«وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا»؛ و همه به عهد خود باید وفا کنید که البته (در قیامت) از عهد و پیمان سؤال خواهد شد (اسراء: ۳۴). علامه طباطبایی می‌فرماید:

و این آیه شریفه مانند غالب آیاتی که وفای به عهد را مدح و تقض آن را مذمت کرده، هم شامل عهدهای فردی و بین دو نفری است، و هم شامل عهدهای اجتماعی و بین قبیله‌ای و قومی و امی است، بلکه از نظر اسلام وفای به عهدهای اجتماعی مهم‌تر از وفای به عهدهای فردی است. برای اینکه عدالت اجتماعی مهم‌تر و نقض آن بلایی عمومی‌تر است (طباطبائی، ۱۳۷۴، ج ۵، ص ۲۵۹).

همچنین آیت/الله جوادی آملی ذیل این آیه می‌فرماید: «اطلاق آیه و سایر ادله، دلیل است در لزوم وفای به عهد مطلقاً حتی در عهد با خلق خدا» (جوادی آملی، ۱۳۸۹، ص ۱۱۵).

این امر از آنجا ناشی می‌شود که اولاً، در اسلام حفظ منافع و یا قدرت هیچ‌گاه هدف نبوده. ثانیاً، حفظ سامان و نظام سیاسی جامعه مسلمین هم که هدف است، هیچ‌گاه وسیله نامشروعی چون نقض قرارداد را توجیه نمی‌کند.

«... وَبَشِّرِ الَّذِينَ كَفَرُوا بِعَذَابِ أَلِيمٍ إِلَّا الَّذِينَ عَاهَدْتُمْ مِنَ الْمُشْرِكِينَ ثُمَّ لَمْ يَنْقُصُوكُمْ شَيْئًا، وَلَمْ يُظَاهِرُوا عَلَيْكُمْ أَحَدًا، فَاتِمُوا إِلَيْهِمْ عَهْدَهُمْ إِلَىٰ مُدَّتِّهِمْ، إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَّقِينَ»؛ (توبه: ۳-۴) و کافران را به مجازات دردناک بشارت ده! مگر کسانی از مشرکان که با آنها عهد بستید، و چیزی از آن را در حق شما فروگذار نکردند، و احدی را بر ضد شما تقویت نمودند پیمان آنها را تا پایان مدتشان محترم بشمرید زیرا خداوند پرهیزگاران را دوست دارد!

علامه طباطبائی ذیل تفسیر آیه «إِلَّا الَّذِينَ عَاهَدْتُمْ...» می فرمایند:

این جمله استثنایی است از عمومیت برائت از مشرکین، و استنادشدگان عبارتند از مشرکینی که با مسلمین عهدی داشته و نسبت به عهد خود وفادار بوده‌اند. و آن را نه مستقیماً و نه غیرمستقیم نشکسته‌اند. البته عهد چنین کسانی را واجب است محترم شمردن و تا سر آمد مدت آن را به پایان بردن (طباطبائی، ۱۳۷۴، ج ۹، ص ۲۰۱).

سپس ذیل «إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَّقِينَ» ادامه می دهند: «این جمله در مقام بیان علت و جوب وفای به عهد است و اینکه وفای به عهد و محترم شمردن آن در صورتی که دشمن نقض نکند خود یکی از مصادیق تقوا است» (همان).

«وَإِنْ نَكَثُوا أَيْمَانَهُمْ مِنْ بَعْدِ عَهْدِهِمْ وَطَعَنُوا فِي دِينِكُمْ فَقَاتِلُوا أُمَّةَ الْكُفْرِ إِنَّهُمْ لَأَيْمَانَ لَهُمْ لَعَلَّهُمْ يَنْتَهُونَ»؛ و اگر پیمان‌های خود را پس از عهد خویش بشکنند، و آیین شما را مورد طعن قرار دهند، با پیشوایان کفر پیکار کنید چراکه آنها پیمانی ندارند شاید (با شدت عمل) دست بردارند! (توبه: ۱۲) آیت‌الله جوادی آملی ذیل این آیه می فرمایند:

یکی از مصادیق مهم خوی استکبار، پیمان‌شکنی و نقض میثاق است. لذا طبق این آیه مهم‌ترین دلیل نبرد با مستکبران، پیمان‌شکنی ایشان است. قرآن کریم مبارزه با چنین اشخاصی را نه به جهت بی‌ایمانی آنان، بلکه به دلیل بی‌تعهدی‌شان لازم می‌داند و لذا فرمود: «لَا أَيْمَانَ لَهُمْ» (به فتح همزه)؛ یعنی اینها افراد بی‌تعهدی هستند. لذا غیر قابل اعتمادند. با «کافر بی ایمان» می‌توان زندگی مسالمت‌آمیز نمود، ولی با «مستکبر بی ایمان» هرگز ممکن نیست (جوادی آملی، ۱۳۸۹، ص ۱۱۵).

در روایات هم لزوم پابندی مطلق به عهد و پیمان در موارد پرشماری بیان شده است. علاوه بر قرآن کریم، حضرات معصومان علیهم‌السلام به عنوان قرآن ناطق و مفسران حقیقی قرآن کریم، به‌طور مکرر به لزوم پابندی به عهد و پیمان‌ها اشاره کرده، و به اهمیت و فواید آن پرداخته‌اند.

ضرورت پابندی به تعهدات حتی در زمان جنگ

از سکونی از امام صادق علیه‌السلام روایت شده است:

«قُلْتُ لَهُ مَا مَعْنَى قَوْلِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَسْعَى بِذِمَّتِهِمْ أَذْنَاهُمْ قَالَ لَوْ أَنَّ جَيْشًا مِنَ الْمُسْلِمِينَ حَاصَرُوا قَوْمًا مِنَ الْمُشْرِكِينَ فَاشْرَفَ رَجُلٌ فَقَالَ أُعْطُونِي الْأَمَانَ حَتَّى أَلْقَى صَاحِبِكُمْ وَأَنْظِرَهُ فَأَعْطَاهُ أَذْنَاهُمْ الْأَمَانَ وَجَبَّ عَلَى أَفْضَلِهِمْ الْوَفَاءُ بِهِ» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۳۰-۳۱).
 راوی می‌گوید: به امام صادق علیه‌السلام عرض کردم: معنی این سخن پیامبر که فرمود: «مسلمانان با هم برابرند و خونشان با هم همسنگ است و کمترین فرد آنان، ذمه آنها را متعهد می‌سازد»، چیست؟

حضرت فرمود: به این معنی است که اگر سپاهی از مسلمانان گروهی از مشرکان را به محاصره خود درآوردند، سپس مردی از آنان خود را نشان دهد و بگوید: مرا امان دهید، تا با فرمانده شما ملاقات و گفتگو کنم و در این هنگام، اگر پایین رتبه‌ترین مسلمان حاضر در لشکر، به او امان دهد، وفا کردن به این امان، بر والاترین شخص آن لشکر واجب است.

این روایت، لزوم پابندی به تعهدات را به‌طور مطلق نشان می‌دهد؛ چراکه مفهوم موافق آن این است: حال که حتی در جنگ پابندی به تعهدات لازم و ضروری است، به طریق اولی در تمامی شرایط پابندی به قراردادها لازم و ضروری است.

نامه حضرت علی علیه السلام به مالک اشتر:

امیرالمؤمنین علیه السلام در این نامه که به منشور سیاست اسلامی معروف است، به مالک توصیه به وفای عهد می‌کند و به ابعاد و اهمیت این مسئله می‌پردازد:

«وَإِنْ عَقَدْتَ بَيْنَكَ وَبَيْنَ [عَدُوِّكَ] عَهْدًا أَوْ أَلْبَسْتَهُ مِنْكَ ذِمَّةً فَحُطُّ عَهْدِكَ بِالْوَفَاءِ و...؛ حال اگر پیمانی بین تو و دشمن منعقد گردید، یا در پناه خود او را امان دادی، به عهد خویش وفادار باش، و آنچه برعهده گرفتی امانت‌دار باش، و جان خود را سپر پیمان خود گردان؛ زیرا هیچ‌یک از واجبات الهی همانند وفای به عهد نیست که همه مردم جهان با تمام اختلافاتی که در افکار و تمایلات دارند، در آن اتفاق نظر داشته باشند. تا آنجاکه مشرکان زمان جاهلیت به عهد و پیمانی که با مسلمانان داشتند وفادار بودند؛ زیرا که آینده ناگوار پیمان‌شکنی را آزمودند، پس هرگز پیمان‌شکن مباش، و در عهد خود خیانت مکن، و دشمن را فریب مده؛ زیرا کسی جز نادان بدکار، بر خدا گستاخی روا نمی‌دارد. خداوند عهد و پیمانی که با نام او شکل می‌گیرد با رحمت خود مایه آسایش بندگان، و پناهگاه امنی برای پناه‌آورندگان قرار داده است، تا همگان به حریم امن آن روی بیاورند. پس فساد، خیانت، فریب، در عهد و پیمان راه ندارد. مبدا قراردادی را امضا کنی که در آن برای دغلكاری و فریب راه‌هایی وجود دارد، و پس از محکم‌کاری و دقت در قراردادنامه، دست از بهانه‌جویی بردار، مبدا مشکلات پیمانی که بر عهده‌ات قرار گرفته، و خدا آن را بر گردنت نهاده، تو را به پیمان‌شکنی وادارد؛ زیرا شکیبایی تو در مشکلات پیمانها که امید پیروزی در آینده را به همراه دارد، بهتر از پیمان‌شکنی است که از کیفر آن می‌ترسی، و در دنیا و آخرت نمی‌توانی پاسخ‌گوی پیمان‌شکنی باشی (سیدرضی، ۱۴۱۴ق، ص ۴۴۲-۴۴۳).

از این نامه حضرت، نکاتی چند قابل تأمل است:

اولاً، از عبارت «اجْعَلْ نَفْسَكَ جُنَّةً دُونَ مَا أُعْطِيتَ»، می توان فهمید که باید پایبند به تعهدات بود، حتی به قیمت بزرگترین منفعت یعنی حفظ جان! همچنین از این عبارت می توان فهمید که حتی اگر حین انعقاد قرارداد فریب خوردیم، حق فسخ پیمان را نداریم، بلکه می بایست پیش از انعقاد قرارداد تمام جوانب و ابعاد آن را بررسی می کردیم، تا فریب نخوریم.

ثانیاً، از عبارت «لَيْسَ مِنْ فَرَائِضِ اللَّهِ شَيْءٌ النَّاسُ أَشَدُّ عَلَيْهِ اجْتِمَاعاً مَعَ تَفَرُّقِ أَهْوَائِهِمْ وَتَشْتُّبِ آرَائِهِمْ مِنْ تَعْظِيمِ الْوَفَاءِ بِالْعُهُودِ» می توان فهمید که عمل به هیچ ارزش دیگری، به اندازه وفای به عهد، مورد اتفاق نظر انسانها نیست.

در پرتو این اصل استوار، می توان از «قائده الزام» بهره جست. قاعده الزام از این روایت بهره می جوید که می فرماید: «الزُّمُوهُمْ بِمَا الزُّمُوا بِهِ أَنْفُسَهُمْ» (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ص ۳۲۰)؛ یعنی اینکه مسلمانان می توانند آموزه های دینی خود را در قالب مواردی که دشمن هم خود را ملزم به رعایت آنها می داند (از جمله قرارداد)، بقبولانند، تا این آموزه ها را همچون آموزه های خود الزام آور بدانند.

امام صادق علیه السلام می فرماید: «إِنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى لَا يَقْبَلُ إِلَّا الْعَمَلَ الصَّالِحَ وَلَا يَقْبَلُ اللَّهُ إِلَّا الْوَفَاءَ بِالشُّرُوطِ وَالْعُهُودِ» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۱۸۲). طبق این حدیث شریف، شرط قبولی اعمال منحصر به دو چیز است: اولاً، عمل صالح و ثانیاً، وفای به پیمانها و شروط. از سوی دیگر، به دلیل تناظر ایجاد شده میان عمل صالح و وفای به عهد، می توان وفای به عهد را یکی از مصادیق تام عمل صالح به شمار آورد.

در حدیثی دیگر از امام صادق علیه السلام می خوانیم:

ثَلَاثٌ لَا غَدْرَ لَأَحَدٍ فِيهَا أَدَاءُ الْأَمَانَةِ إِلَى الْبَرِّ وَالْفَاجِرِ وَالْوَفَاءُ بِالْعَهْدِ لِلْبَرِّ وَالْفَاجِرِ وَبِرُّ الْوَالِدَيْنِ بَرِّينَ كَانَا أَوْ فَاجِرِينَ؛ سه چیز است که در آنها هیچ عذر و بهانه ای پذیرفته شده نیست: برگرداندن امانت به نیکوکار و فاجر، وفای به عهد در حق نیکوکار و فاجر و نیکی به پدر و مادر چه نیکوکار باشند و چه فاجر (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۹، ص ۷۱).

فاجر به کسی می گویند که از تقوای الهی خارج شده، به شهوات گرایش پیدا کرده است (مصطفوی، ۱۳۶۰، ج ۹، ص ۳۳). در این حدیث شریف، فاجر و گناهکار بودن فرد، هیچ دلیلی برای نقض پیمان او محسوب نمی شود. بنابراین، می توان گفت: احادیث این باب اطلاق دارند. به این معنا است که اولاً، طرف مقابل مهم نیست چه کسی باشد، اعم از نیکوکار یا فاجر، باید در حق او وفای به عهد داشت. ثانیاً، منافع شخصی ما نمی تواند مانع وفای به عهد باشد.

در سیره معصومین

حضرات معصومین^{علیهم‌السلام}، پیش از همه و بیش از دیگران، به احکام و دستورات الهی عمل می‌کردند. در زمینه پایبندی به قراردادهای و تعهدات هم ایشان پیشتاز در عمل بوده‌اند. برای مسلمانان، نه‌تنها قول معصوم، بلکه فعل او هم حجیت تمام دارد و قابل تمسک و الگوبرداری است. در اینجا، به نمونه‌هایی از پایبندی پیامبر^{صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم} و ائمه اطهار^{علیهم‌السلام} به قراردادهای در دوران حیات مبارکشان اشاره می‌شود.

حلف الفضول

«حلف الفضول» نام قراردادی است که در دوران پیش از بعثت، به منظور تأمین امنیت و دفاع از مظلومان میان قبایل مکه منعقد گردید. پیامبر اکرم^{صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم} که در این پیمان حضور داشتند، سال‌ها بعد در مورد آن فرمودند: «من در خانه عبدالله بن جدعان (از بزرگان مکه) شاهد پیمانی بودم که آن قدر برای من گرامی است که هرگز حاضر نیستم آن را با انبوهی از شتران گران‌قیمت معاوضه کنم. هرگاه در اسلام هم بدان پیمان دعوت شوم، بی‌درنگ اجابت می‌کنم» (محمّد بن هشام، بی‌تا، ص ۱۴۱).

واکنش پیامبر^{صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم} بیانگر این حقیقت است که اسلام از هر نوع پیمانی، که دارای اهداف انسانی و مقدّس باشد، استقبال می‌کند (سلیمی، ۱۳۹۰، ص ۱۲۸).

قضیه ابوجندل و ابوبصیر

در سال ششم هجری، پیمانی میان مسلمانان و مشرکان مکه منعقد شد. این پیمان معروف به «عهدنامه حدیبیه» است. ابوجندل و ابوبصیر، دو تن از مسلمانان که گرفتار مشرکان مکه بودند، خود را نزد پیامبر اکرم^{صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم} رساندند و درخواست پناهندگی کردند. سهیل نماینده قریش گفت: پناهندگان به استناد ماده دوم عهدنامه، باید به مکه بازگردند. پیامبر^{صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم} به آن دو فرمودند: «برگردید ما با این قوم پیمان بسته‌ایم. شایسته نیست نقض عهد کنیم» (عزالدین بن الاثیر، ۱۹۶۵م، ص ۵۸۶-۵۸۷).

واکنش پیامبر^{صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم} در برابر عملکرد خالد بن ولید

پس از فتح مکه پیامبر^{صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم}، سپاهی را به فرماندهی خالد بن ولید به سوی قبیله جزیمه بن عامر، برای تبلیغ اسلام فرستادند و به او اجازه بدرفتاری با مردم را ندادند. اما خالد بن ولید که پیش از این عمویش را این قبیله کشته بودند، پس از ورود به این قبیله، ابتدا آنها را خلع سلاح کرده و باعث قتل تعدادی از آنها می‌شود. هنگامی که این خبر به پیامبر^{صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم} رسید، دست‌های خود را به سوی آسمان بالا برده و دو مرتبه فرمودند: «خداوندا! من از آنچه خالد بن ولید مرتکب شده است، براثت می‌جویم» (حرعاملی، ۱۴۰۹ق،

ص ۱۸۱۷). از این رفتار پیامبرگرامی ﷺ می توان به شدت قبح عدم وفای به عهد پی برد. خالد بن ولید در اینجا دو بار عهد و پیمان خود را می شکند. اول، عهدی که با پیامبر ﷺ بسته بود. دوم عهد، و امانی که به اهالی قبیله جزیمه بن عامر داده بود.

عدم نقض حکمیت توسط حضرت علی ﷺ

زمانی که خوارج به اشتباه خود در ماجرای حکمیت پی بردند، از حضرت علی ﷺ خواستند تا آن حضرت، مانند آنها توبه کند و از مواضع گذشته خویش برگردد. آنان تهدید کردند که اگر ایشان توبه نکنند، از آن حضرت برائت خواهند جست. حضرت علی ﷺ هم در پاسخ به این درخواست خوارج فرمودند: «وای بر شما! آیا پس از آنکه به حکمیت رضایت دادیم و با آنها عهد و پیمان بستیم، تغییر موضع دهیم؟! مگر خداوند متعال نفرموده است: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و مگر نفرمود: «أَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا». در نتیجه، امام علی ﷺ، از تغییر موضع خودداری کردند. اما خوارج جز خوار شمردن حکمیت و اشکال تراشی در آن کاری نکردند. پس، آنها از امام علی ﷺ تبری جستند و امام علی ﷺ از ایشان (مجلسی، ۱۴۰۳ق، ج ۳۲، ص ۵۴۵).

اختلاف میان حضرت علی ﷺ و خوارج به دلیل پابندی آن حضرت بر عهد و پیمان خویش، آغاز شد و با شهادت ایشان توسط یکی از همین خوارج، به اوج رسید. این امر، نشان می دهد که پابندی به تعهدات و قراردادهای آن چنان مهم است که، حضرت علی ﷺ حاضر است به خاطر آن، جان خود را از دست بدهد. درحالی که، اگر حضرت در اینجا حکمیت پذیرفته شده را نقض می کردند، ممکن بود با همراه کردن خوارج با خود، مجدداً زمام جامعه اسلامی را به دست گرفته و تشکیل حکومت اسلامی می دادند. اما ایشان همه اینها را فدای پابندی به عهد و پیمان خویش کردند تا برای همیشه مولای متقیان و امیرمؤمنان باقی بمانند.

در فقه اسلامی هم این اصل مطرح است به گونه ای که به صورت یکی از مهم ترین قواعد فقهی، که حاکم بر احکام فقهی است، درآمده است. قاعده «المؤمنون عند شروطهم» (مجلسی، ۱۴۰۳ق، ج ۷۲، ص ۹۶)، یکی از قواعد مهم و مشهور فقهی به شمار می رود. طبق این قاعده، بر هر مسلمان و مؤمنی لازم است تا در برابر تعهدات خویش ثابت قدم باشد (موسوی بجنوردی، بی تا، ج ۳، ص ۲۲۰). در فقه، برای صحت و درستی هر عقدی شرایطی بیان شده است. به طوری که اگر این شرایط مراعات نشود، عقد از اساس باطل است. این شروط عبارتند از: ۱. فردی که شرطی را تعیین می کند، قدرت عمل به آن را داشته

باشد. برای نمونه، فرد نمی‌تواند ضمن عقد مالی را شرط کند که در تملک او نیست. ۲. شرط نباید منعی شرعی داشته باشد؛ به این معنا که التزام به آن شرط، مستلزم انجام فعل حرام یا ترک واجب نگردد. ۳. شرط نباید مخالف کتاب و سنت باشد. «كُلُّ شَرْطٍ خَالَفَ كِتَابَ اللَّهِ فَهُوَ رَدٌّ» (کلینی، ج ۵، ص ۲۱۲). ۴. شرطی که انجام می‌شود، نباید مجهول باشد، بلکه باید کاملاً روشن و معلوم باشد (رک: القواعد الفقهیه، ج ۳، قاعدة المؤمنون عند شروطهم). بنابراین، اگر عهد و پیمانی با رعایت این شروط منعقد شود، لازم‌الاجرا می‌باشد (موسوی بجنوردی، بی‌تا، ج ۳، ص ۲۸۹).

لازم به یادآوری است که طبق تعالیم اسلام، باید به‌طور مطلق ملزم به رعایت قراردادهای و پیمان‌ها بود، اما لزوم وفای به پیمان‌های دوجانبه، مادامی است که از یک طرف نقض نشده باشد. اما اگر از یک طرف نقض شود، طرف مقابل ملزم به وفاداری نیست؛ چراکه در این صورت، این قرارداد، از ماهیت عقد و پیمان افتاده است (مکارم شیرازی و دیگران، ۱۳۷۴، ج ۴، ص ۲۴۵).

اهمیت پابندی به تعهدات و قراردادهای در حقوق بین‌الملل معاصر

همان‌طور که اشاره شد، حقوق تعهدات و قراردادهای، یک اصل مقبول و مورد اهتمام بین‌المللی است. دیوان بین‌المللی دادگستری، که ارگان قضایی سازمان ملل متحد است، اولین منبع در حل و فصل اختلاف‌های میان دولت‌ها را، «قرارداد» معرفی می‌کند (حتی در زمینه دعاوی خصوصی). منابع دیگر، نظیر عرف بین‌المللی، اصول کلی حقوقی، رویه قضایی و دکترین حقوق‌دانان، در مراتب بعدی از جهت اعتبار قرار دارند (احمدی طباطبایی، ۱۳۸۷، ص ۱۹۲). انعقاد توافقی‌نامه‌های بین‌المللی، رایج‌ترین روش ایجاد قواعد بین‌المللی محسوب می‌شود. تمامی این توافقی‌نامه‌ها (قراردادهای کنوانسیون‌ها، پروتکل‌ها، مصوبه‌ها) نمایانگر تلفیق اراده‌های دو یا چند تابع بین‌المللی، به منظور تنظیم منافع‌شان از طریق قواعد بین‌المللی هستند (کاسسه، ۱۳۸۵، ص ۲۳۲). این امر، نشانگر اهمیت فوق‌العاده و اولیه قراردادهای در حقوق بین‌الملل معاصر است و بیان می‌کند که قراردادهای منبع بسیار خوبی برای ایجاد دوستی‌ها و وفاق‌های بین‌المللی هستند.

برتری رویکرد حقوق بین‌الملل اسلامی بر حقوق بین‌الملل معاصر نسبت به حقوق تعهدات و قراردادهای

درست است که پابندی به تعهدات و قراردادهای، اصلی مشترک در حقوق بین‌الملل اسلامی و حقوق بین‌الملل معاصر است، اما روش‌های حاکم کردن این الزام، در دو رویکرد یکسان نیست. در اینجا، به برخی از مزیت‌ها و برتری‌های آن در اسلام می‌پردازیم:

۱. در رویکرد اسلامی تأکید اولیه بر درونی کردن لزوم پابندی به قراردادهای است. اگر از درون،

فرد ملزم به رعایت قراردادهای و تعهدات شود، علاوه بر اینکه ضمانت اجرایی مستحکم تر و دقیق تری دارد، دیگر نیاز چندانی به مراقبت های قانونی و حقوقی نیست. افزون بر این، اسلام رویکرد حقوقی را هم می پذیرد؛ اما نه به عنوان یک اصل و رویکرد اولی. شاهد این مدعا، با اندک تأمل در تاریخ گذشته ایران به دست می آید. نمونه بارز آن را می توان در قراردادهای ایران و روس در دوران قاجاریه و همچنین قراردادهای ایران و انگلیس در دوران پهلوی اشاره نمود. علامه شهید مطهری در این زمینه می نویسد:

چرچیل در آن کتابی که در تاریخ جنگ بین الملل دوم نوشته است و یک وقت روزنامه های ایران منتشر می کردند و من مقداری از آن را خواندم، وقتی که حمله متفقین به ایران را نقل می کند، می گوید: «اگرچه ما با ایرانی ها پیمان بسته بودیم، قرارداد داشتیم و طبق قرارداد نباید چنین کاری می کردیم». بعد خودش به خودش جواب می دهد، می گوید: «ولی این معیارها، پیمان و وفای به پیمان، در مقیاس های کوچک درست است. دو نفر وقتی با همدیگر قول و قرار می گذارند درست است، اما در سیاست، وقتی که پای منافع یک ملت در میان می آید، این حرف ها دیگر موهوم است. من نمی توانستم از منافع بریتانیای کبیر به عنوان اینکه این کار ضد اخلاق است، چشم پوشم که ما با یک کشور دیگر پیمان بسته ایم و نقض پیمان برخلاف اصول انسانیت است. این حرف ها اساساً در مقیاس های کلی و در شعاع های خیلی وسیع درست نیست» (مطهری، ۱۳۶۸، ج ۱۶، ص ۷۸-۷۹).

۲. طبق مبنای پیشین در رویکرد اسلامی، حتی قراردادهای شفاهی معتبر و لازم الاجراست. حال آنکه در حقوق بین الملل معاصر، تنها قراردادهای کتبی معتبر است. افزون بر این، در کتاب های فقهی از آنجا که عقود را در زمره امور قلبی تعریف کرده اند (العقود تابعة للقصود)، می توان قراردادهای قلبی و درونی را هم لازم الاجرا دانست. بعضی از زبان شناسان عرب، عقد را این گونه تعریف کرده اند: «العقد هو العهد المؤكد، والعهد امرٌ قلبی وإن كان له مبرزٌ خارجي؛ عقد، پیمانی است محکم و استوار، و پیمان هم از امور قلبی و درونی است، چه بروز و ظهور خارجی داشته باشد و چه نداشته باشد» (موسوی بجنوردی، بی تا، ج ۳، ص ۱۱۶). عکس این قاعده هم صادق است؛ به این معنا که پیمانی که فرد دیوانه، خواب، مست و امثال این افراد منعقد می کنند، باطل است (همان).

۳. در رویکرد اسلامی «إقالة پیمان» مستحب است؛ بدین معنی که اگر زمانی طرف مقابل قرارداد، از انعقاد قرارداد پشیمان شد، برگرداندن قرارداد مستحب است و برای آن پاداش فراوان اخروی بیان شده است: «قَالَ الصَّادِقُ (ع): أَيُّمَا مُسْلِمٍ أَقَالَ مُسْلِمًا نَدَامَةً فِي الْبَيْعِ أَقَالَهَ اللَّهُ عَثْرَةَ يَوْمِ الْقِيَامَةِ»؛ (ابن بابویه، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۱۹). بنابراین، قانون اسلام در عین اینکه فسخ یک جانبه را از طرف مسلمین مشروع نمی داند، در پاره ای از قراردادهای مانند قرارداد ذمه و پیمان مصونیت موقت (امان)، به طرف متعهد اجازه می دهد که هرگاه بخواهد با ترک قلمرو مسلمانان، قرارداد فیما بین را کأن لم یکن و منتفی سازد (عمیدزنجانی، ۱۳۶۷، ج ۳، ص ۴۹۰).

۴. در مواردی که مصالح مسلمین الغای قراردادی را ایجاب نماید و یا پیمان صلح به جهت تغییر اوضاع و شرایط، فاقد مصلحت یا برخلاف مصلحت مسلمین گردد، و یا تحولاتی در مورد مقام زعامت و پیشوایی مسلمین رخ دهد، هیچ مقام صلاحیت‌دار اسلامی قادر بر فسخ یک‌جانبه پیمان‌های بین‌المللی نخواهد بود. این مورد، یکی دیگر از مزایای حقوق اسلام در برابر حقوق بین‌المللی جدید است؛ زیرا که در موارد متعدد، فسخ یک‌جانبه قراردادهای بین‌المللی در حقوق بین‌الملل تجویز شده است (همان، ص ۴۸۹).

فسخ قرارداد و عوامل آن

حال این سؤال مطرح می‌شود و آن این است که، با اینکه پابندی به قراردادها و وفای به عهد، امری فطری، عقلی، قانونی و لازمه بقای زندگی اجتماعی است، چرا برخی افراد یا گروه‌ها اقدام به فسخ قراردادها و عدم وفای به عهد و پیمان‌های خود می‌کنند؟
برای پاسخ به این سؤال، ابتدا باید معنای «فسخ قراردادهای بین‌المللی» را روشن کنیم. سپس، به بیان برخی از مهم‌ترین عوامل روان‌شناسانه این اقدام ناشایست می‌پردازیم.

فسخ قراردادهای بین‌المللی

«فسخ قرارداد»، به معنای نسخ و عدم رعایت قرارداد به صورت یک‌جانبه است. با این اصل، پیمان‌ها با تغییر شخص و یا هیئت حاکم و دگرگونی اوضاع و شرایط، همچنان به قوت و احترام خود باقی خواهد ماند. زمامدار بعدی حق تبدیل و یا ابطال قراردادی را که قبلاً به‌طور مشروع بین جامعه اسلامی و گروه‌های دیگر به امضا رسیده است، ندارد. این مطلب، در مورد هر نوع معاهده، اعم از دائمی و یا محدود و موقت، یکسان صادق خواهد بود (همان، ص ۴۸۸).

عوامل فسخ قراردادها

می‌توان آبخشور تمامی انحرافات را در وجود رذایل اخلاقی خلاصه کرد. فسخ قراردادها از رذیلت‌های اخلاقی مختلفی می‌تواند سرچشمه بگیرد. برخی از مهم‌ترین دلایل فسخ قراردادها عبارتند از:

۱. دروغ: فرد متعهد از ابتدا قصد انجام پیمان را نداشته و به دروغ پیمان می‌بندد تا به منفعی برسد.
۲. منافع: در مواردی است که فرد از ابتدا قصد پابندی به قرارداد خود را نداشته، اما به محض اینکه منافع او در تعارض با قرارداد قرار می‌گیرد، قرارداد را فسخ می‌کند.
۳. غفلت: فسخ قرارداد به دلیل عواملی چون سوء تدبیر یا فراموشی.
۴. بهانه‌گیری‌های جزئی: بهانه‌هایی همچون کوچک یا غیرمهم بودن قرارداد، یا توجیه فسخ قرارداد، به دلیل سوء سابقه طرف مقابل قرارداد (موسسه فرهنگی هنری سبل‌السلام، ۱۳۹۲، ج ۲، ص ۲۰۹ - ۲۱۱).

نتیجه گیری

پابندی به تعهدات و قراردادهای در دین مبین اسلام، شرط لازم دینداری، و اصلی لازم الاجرا در تمام شئون فردی، اجتماعی و سیاسی است. حقوق بین الملل معاصر هم تعهدات و قراردادهای بین المللی را اولین و مهمترین منبع خود می داند و تا زمانی که در یک مسأله بین المللی قراردادی وجود دارد، به سایر منابع مراجعه نمی کند.

به طور کلی، می توان دو شیوه سیاست مداری را در عالم سیاست شناسایی کنیم: ۱. سیاست علوی؛ ۲. سیاست اموی؛

۱. در سیاست علوی، هیچ گاه هدف وسیله را توجیه نمی کند. در نتیجه، فرد هرگز برای رسیدن به قدرت و حفظ آن، هر کاری را روا نمی داند، بلکه بعکس، او توسل به ابزار نامشروع را حتی به بهای از دست دادن قدرت صحیح نیز جایز نمی داند.

۲. در سیاست اموی که هدف آن عبارت است از: «تشخیص هدف و به دست آوردن آن از هر راه ممکن»؛ اکثر رهبران سیاسی با معتقد نمودن گروه کثیری از مردم به اینکه ایشان خواسته های بشردوستانه دارند، مناصب خود را به دست می آورند (اگنر، ۱۳۷۰، ص ۲۲۲؛ محمدی ری شهری، ۱۳۸۲، ج ۴، ص ۲۲-۲۴).

سیاستی که عموم مردم آن را شیطانی خطاب می کنند، وصفی است متناسب برای سیاست اموی، نه سیاست علوی. یکی از مهم ترین مؤلفه های پذیرفته شده در سیاست علوی، اصل وفای به تعهدات و قراردادهای است.

اصل لزوم پابندی به تعهدات و قراردادهای، یکی از مهم ترین پایه های گفتمان سیاست علوی را تشکیل می دهد. به طوری که «اگر رعایت میثاق، از جامعه ای رخت برندد، امنیت، آزادی، و سایر شئون مدنیت آن نیز از میان خواهد رفت» (جوادی آملی، ۱۳۸۹، ص ۱۱۵) و ما را مستقیماً وارد گفتمان سیاست اموی می کند. این اصل، هیچ عذر و بهانه ای را برای نقض پذیرا نیست. از منظر اسلام، اجرای این اصل فرازمانی و فرامکانی است؛ توجه نمی کند که طرف مقابل ضعیف است، یا قوی. رویکرد اسلامی خواهان اجرای کامل و مطلق این اصل است.

اگرچه اکثر مکاتب خود را ملزم به رعایت این اصل می دانند. این امر موجب شده است که اصل لزوم پابندی به تعهدات و قراردادهای، تبدیل به یکی از مهم ترین حلقه های وصل حقوق بین الملل اسلامی، به حقوق بین الملل معاصر شود. اما رویکرد اسلامی، دارای برتری هایی از جمله ضمانت اجرایی قوی تر برای دوام این اصل می باشد تا جایی که این اصل را به طور مطلق فدای هیچ هدفی نمی کند.

منابع

- نهج البلاغه، ۱۴۱۴ق، محمدبن حسین سیدرضی، قم، هجرت.
- احمدی طباطبایی، محمدرضا، ۱۳۸۷، *اخلاق و سیاست (رویکردی اسلامی و تطبیقی)*، تهران، دانشگاه امام صادق علیه السلام و پژوهشکده مطالعات فرهنگی و اجتماعی وزارت علوم، تحقیقات و فن آوری.
- جوادی آملی، عبدالله، ۱۳۸۹، *ولایت فقیه ولایت فقاهت و عدالت*، قم، اسراء.
- حرعاملی، محمدبن حسن، ۱۴۰۹ق، *وسائل الشیعه*، قم، آل‌الایت علیهم السلام.
- اگنر، رابرت، ۱۳۷۰، *برگزیده افکار راسل*، عبدالرحیم گواهی، تهران، فرهنگ اسلامی.
- سلیمی، عبدالحکیم، ۱۳۹۰، *حقوق بین الملل اسلامی*، قم، مرکز بین المللی ترجمه و نشر المصطفی.
- صدوق، محمدبن علی، ۱۴۱۳ق، *من لا یحضره الفقیه*، قم، انتشارات اسلامی.
- طباطبائی، سیدمحمدحسین، ۱۳۷۴، *ترجمه المیزان*، سیدمحمدباقر موسوی همدانی، قم، انتشارات اسلامی.
- طبرسی، فضل بن حسن، ۱۳۷۲، *مجمع البیان*، تهران، ناصرخسرو.
- عزالدین بن الاثیر، ۱۹۶۵م، *الکامل فی التاریخ*، بیروت، داربیروت و دارصادر.
- عمیدزنجانی، عباسعلی، ۱۳۶۷، *فقه سیاسی*، تهران، امیرکبیر.
- ۱۳۸۶، *قواعد فقه: بخش حقوق خصوصی*، تهران، سمت.
- ۱۳۸۸، *فقه سیاسی: حقوق معاهدات بین المللی و دیپلماسی در اسلام*، تهران، سمت.
- کاسسه، آنتونیو، ۱۳۸۵، *حقوق بین الملل*، ترجمه حسین شریفی طرازکوهی، تهران، میزان.
- کلینی، محمدبن یعقوب، ۱۴۰۷ق، *الکافی*، تهران، دارالکتب الاسلامیه.
- مجلسی، محمدباقر، ۱۴۰۳ق، *بحار الأنوار*، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی.
- محمدبن هشام، بی تا، *السیره النبویه*، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی.
- محمدی ری شهری، محمد، ۱۳۸۲، *دانشنامه امیرالمؤمنین علیه السلام بر پایه قرآن، حدیث و تاریخ*، قم، دار الحدیث.
- ۱۴۱۶ق، *میزان الحکمه*، قم، دار الحدیث.
- مدنی، سیدجلال الدین، ۱۳۱۶، *مبانی و کلیات علم حقوق*، تهران، پایدار.
- مصطفوی، حسن، ۱۳۶۰، *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*، تهران، بنگاه ترجمه و نشر کتاب.
- مطهری، مرتضی، ۱۳۶۸، *مجموعه آثار استاد شهید مطهری*، تهران، صدرا.
- مکارم شیرازی، ناصر و دیگران، ۱۳۷۴، *تفسیر نمونه*، تهران، دارالکتب الاسلامیه.
- موسوی بجنوردی، سیدمیرزا حسن، بی تا، *القواعد الفقهیه*، قم، دارالکتب العلمیه.
- موسی زاده، رضا، ۱۳۸۰، *بایسته های حقوق بین الملل عمومی*، تهران، نشر میزان.
- مؤسسه فرهنگی هنری سبیل السلام، ۱۳۹۲، *پله پله تا ملاقات خدا*، تهران، مؤسسه نشر شهر.
- ورعی، سیدجواد، ۱۳۹۰، *بررسی فقهی اصل در روابط خارجی دولت اسلامی*، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.

ضوابط تعیین قانون حاکم بر قراردادهای دولتی

vahdati11@yahoo.com

ma.afzalimehr@gmail.com

sm.mousaviamoli@yahoo.com

سیدحسین وحدتی شبیری / استادیار دانشگاه قم

مرضیه افضلی مهر / دکتری حقوق خصوصی دانشگاه قم

سیدمجید موسوی / کارشناس ارشد حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی

دریافت: ۱۳۹۳/۱۱/۳ - پذیرش: ۱۳۹۴/۳/۳

چکیده

در خصوص نظام حقوقی حاکم بر قراردادهای دولتی با شرکت‌های سرمایه‌گذاری خارجی، دو دیدگاه غالب در میان حقوقدانان وجود دارد: برخی، نظام حقوقی حاکم بر قراردادهای دولتی را طبق یک نظر سنتی، همان قانون ملی دولت طرف قرارداد می‌دانند. اما از نظر عده‌ای دیگر، قواعد بین‌المللی، اعم از قواعد سنتی حقوق بین‌الملل خصوصی و یا قواعد بازرگانی فراملی، تعیین‌کننده نظام حقوقی حاکم بر این نوع خاص از قراردادها هستند. به نظر می‌رسد، در مورد قراردادهای دولتی، به‌ویژه قراردادهای سرمایه‌گذاری، راه حل مرجح این است که با اعمال اصول شناخته شده تعارض قوانین، بخصوص با اعمال ضابطه عینی، قانونی را تعیین کنیم که با قرارداد نزدیک‌ترین ارتباط دارد. به‌طور کلی تعیین قانون حاکم بر قراردادها در نظام‌های حقوقی مختلف، با یکی از دو ضابطه عمده عینی و شخصی انجام می‌شود.

کلیدواژه‌ها: قراردادهای دولتی، اعمال حقوقی دوجانبه، تعارض قوانین، ضابطه عینی، ضابطه ذهنی.

اعمال حقوقی دولت، از سوی حقوقدانان از نظر موضوع به اعمال حاکمیت، و با استفاده از اقتدارات خاص و اعمال تصدی، به مانند سایر اشخاص، و از نظر شکلی، به اعمال یکجانبه (ایقاعات) و اعمال دوجانبه (عقود) تقسیم می‌شود. امروز، با گسترش فزاینده روابط اقتصادی و تجاری بین کشورهای مختلف و برقراری روابط حقوقی بین‌المللی میان اتباع کشورها و یا حتی میان دولت‌ها و مؤسسات دولتی با شرکت‌های سرمایه‌گذاری خارجی، دو نظریه عینی و ذهنی اصل حاکمیت اراده، برای تعیین قانون حاکم بر قراردادها به کار می‌رود. اگرچه بسیاری از نظام‌های حقوقی دنیا و اسناد بین‌المللی و منطقه‌ای، اصل حاکمیت اراده را به عنوان ضابطه اولیه برای تعیین قانون حاکم بر قراردادها پذیرفته‌اند، اما برای تفسیر این اصل و تشخیص حدود و قلمرو آن، به ضابطه عینی متوسل شده و آزادی اراده طرفین قرارداد را در مواردی نپذیرفته، یا محدودیت‌هایی برای آن قائل شده‌اند. در مواردی که مغایر مصالح عمومی است و با سیاست‌های خاص دولت‌ها، مثل منافع و مصالح کشورهای سرمایه‌پذیر و در حال توسعه که در آن، محدودیت‌های بیشتری نسبت به اصل حاکمیت اراده ایجاد می‌شود، و نیز مواردی که با حمایت از اقشار خاصی در جامعه، مثل کارگران یا مصرف‌کنندگان منافات دارد و امکان سوء استفاده یا تقلب از آن می‌رود، این اصل انکار یا محدود شده است.

با توجه به اینکه قرارداد دولتی متضمن نابرابری منافع طرفین است، به لحاظ مسئله حاکمیت دولت، طرف قرارداد و لزوم رعایت منافع ملی و عمومی در اغلب قراردادهای تجاری دولت با مؤسسه یا شرکت خارجی، به‌ویژه دولت‌ها، قانون داخلی خود را که اغلب متضمن حمایت کافی از این منافع است، حاکم بر قرارداد دولتی می‌دانند؛ زیرا ممکن است حقوق دولت طرف قرارداد دربردارنده مقررات آمره‌ای باشد که انتخاب قانون قابل اعمال دیگری را بر قرارداد دولتی محدود نماید.

مفهوم، انواع و ماهیت قراردادهای دولتی

مفهوم قراردادهای دولتی

یکی از چهره‌های مشارکت تجاری در حقوق تجارت بین‌المللی و حتی چهره شاخص آن، قراردادی است که برای انجام پروژه‌های بین یک دولت حاکم از موضع حاکمیت و شرکت خصوصی خارجی، خارج از نظم قضایی دولت متعاقد منعقد می‌گردد. این نوع قرارداد، به علت فراوانی و تنوع موضوع، در اواسط قرن بیستم عنوان «قرارداد دولتی» به خود گرفته است (خزایی، ۱۳۸۶، ص ۲۱۱). قرارداد دولتی،

به معنای عام به هر قراردادی که با دولت حاکم منعقد گردد، اطلاق می‌شود. اصولاً دولت در سه وضعیت حقوقی متفاوت قرارداد منعقد می‌کند:

الف) گاهی دو یا چند دولت از موضع حق حاکمیت با یکدیگر قراردادی منعقد می‌کنند که اصطلاحاً در حقوق بین‌الملل، «معاهده» نامیده می‌شود.

ب) گاهی دو دولت از موضع حق تصدی قراردادی مربوط به همکاری اقتصادی و یا خرید و فروش کالا، که جنبه سیاسی و یا حقوق عمومی ندارد، منعقد می‌کنند.

ج) در موارد دیگر، فقط یک طرف قرارداد دولت واقع می‌شود: دولت ممکن است طرف قرارداد اداری قرار گیرد و یا اینکه با اشخاص حقوقی حقوق خصوصی داخلی، قراردادی را منعقد نماید.

بر هریک از وضعیت‌های فوق، قواعد مخصوصی متفاوت از وضعیت دیگر حاکم است. وضعیت سوم، وضعیتی است که در آن دولت گاهی از موضع حق حاکمیت و گاهی از موضع حق تصدی با شرکت‌ها و مؤسسات خصوصی خارجی قراردادی منعقد می‌کند. منظور از «قراردادهای دولتی» یا «قرارداد شرکت‌های دولتی» با مؤسسات خصوصی خارجی، نوع سوم است (همان).

بنابراین، می‌توان گفت: قرارداد دولتی، قراردادی است ناظر بر روابط یک سازمان دولتی با یک شخصیت حقوق خصوصی در یک فعالیت اقتصادی و بازرگانی (موحد، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۸). مهم‌ترین ویژگی این نوع قراردادهای دولتی، این است که یکی از طرفین آن، دولت یک کشور یا سازمان‌های دولتی یا دیگر، کارگزارانی هستند که از سوی دولت اختیار عقد قرارداد به آنها اعطا شده است و طرف دیگر قرارداد، یک شخص حقیقی یا حقوقی خصوصی است که وابسته به اقتصاد بخش خصوصی است. ویژگی مهم‌تر قراردادهای دولتی این است که این نوع قراردادهای متضمن نابرابری منافع طرفین است. در نتیجه، عنصر قصد و رضا در قرارداد، اساساً با وجود قدرت مقام عمومی در یک طرف قرارداد، نظم عمومی است (وون مهن، ۲۰۰۸، ص ۲۸). در این قراردادهای دولتی ما شاهد نوعی اختلاط دو نظام حقوقی، یعنی حقوق خصوصی و حقوق عمومی هستیم. البته قراردادهای دولتی با یک شخص حقوق خصوصی می‌تواند صرفاً قراردادی مربوط به حقوق خصوصی باشد، یا قراردادی باشد که منحصرأً مربوط به حقوق اداری است و یا اختلاطی از آن دو باشد (فور و ون دروالت، ۲۰۱۰، ص ۱۴۱). هنوز هم در برخی از کشورها، مانند آلمان و فرانسه، تقسیم‌بندی قراردادهای دولتی در دسته قراردادهای اداری یا قراردادهای حقوق خصوصی با مشکلاتی روبه‌رو است (همان).

انواع قراردادهای دولتی

بنابر نظر برخی حقوقدانان (موحد، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۸-۱۰)، قراردادهای دولتی را می‌توان بر سه گروه تقسیم کرد:

۱. قراردادهای اداری که تابع حقوق عمومی است. قراردادهای اداری قراردادهایی هستند که یکی از طرفین آن، شخص حقوقی حقوق عمومی می‌باشد (امامی و استوار سنگری، ۱۳۹۱، ج ۲، ص ۱۱۴). به عبارت دیگر، قرارداد اداری به قراردادی اطلاق می‌شود که هریک از اشخاص حقوقی عمومی، با یک شخص حقوقی خصوصی، اعم از داخلی و خارجی منعقد می‌نماید (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۷، ص ۳۱۸).

البته به زعم بسیاری از نویسندگان، تعاریف فوق ناظر بر کلیه قراردادهایی می‌باشد که بین شخص حقوق عمومی و شخص حقوق خصوصی، با هدف انجام یک خدمت عمومی منعقد گردیده، مشمول مقررات و احکام خاص قرار می‌گیرد (ر.ک: موسی‌زاده، ۱۳۸۷).

یکی از مصادیق اشخاص حقوقی حقوق عمومی، شرکت دولتی است. شرکت دولتی، در ماده ۴ قانون مدیریت خدمات کشوری چنین تعریف شده است: «بنگاه اقتصادی است که به موجب قانون برای انجام قسمتی از تصدی‌های دولت به موجب سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، ایجاد و بیش از ۵۰ درصد سرمایه و سهام آن متعلق به دولت باشد» (عباسی، ۱۳۸۹، ص ۶۲).

۲. نوع دوم قراردادهای دولتی، قراردادی است که یک سازمان دولتی به‌عنوان بازرگان و برای انجام یک عمل تجاری امضا می‌کند. در اینجا، دولت است که در قلمرو حقوق خصوصی وارد می‌شود و مقتضیات و الزامات آن را هم می‌پذیرد. معمولاً در این قراردادها، موادی ناظر بر شرط داوری و گزینش قانون حاکم وجود دارد. مانند قراردادهای وام که بین یک دولت و یک بانک خارجی منعقد می‌شود و قراردادهای خرید کالا و خدمات که محل اجرای تعهدات موضوع قرارداد، خارج از قلمرو حاکمیت دولت است. به‌طور کلی، این قبیل قراردادها، از حکومت انحصاری قانون دولت خارج هستند و رسیدگی به اختلافات ناشی از آنها نیز معمولاً در صلاحیت انحصاری محاکم دولت طرف قرارداد نیست.

۳. گروه سوم، قراردادهایی هستند که دولت یا سازمان دولتی به‌عنوان نماینده و حافظ مصالح عمومی، و طرف دیگر صرفاً به‌عنوان یک شخصیت خصوصی انتفاعی در آنها وارد می‌شود؛ نقشی که بخش عمومی در اقتصاد کشورهای صنعتی به عهده دارد، دولت‌ها را بر این داشته که یکی از اطراف

مهم قراردادها باشد (لیپستین، ۲۰۱۱، ج ۳، ص ۹۱-۹۲). فعالیت‌های موضوع قرارداد، در قلمرو حاکمیت ملی است. دولت در اجرای آنها، مسئولیت زیادی بر عهده دارد. از این قبیل است، قراردادهای مربوط به توسعه و بهره‌برداری منابع و ثروت طبیعی کشور، به‌ویژه نفت. عملیات موضوع این قراردادها، در سرزمین تحت حاکمیت دولت به موقع اجرا گذاشته می‌شود و طولانی‌مدت است. معمولاً این نوع قراردادهای دولتی تابع قانون ملی دولت طرف قرارداد می‌باشد (موحد، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۸-۱۰).

ماهیت قراردادهای دولتی

بحث مهم تشخیص ماهیت حقوقی قراردادهای دولت است. این امر، همچنان مورد بحث و اختلاف حقوقدانان است. تعیین اینکه قراردادهای دولت، قراردادهای حقوق عمومی‌اند یا حقوق خصوصی، به‌طور تجربیدی و ذهنی امکان‌پذیر نیست. این کار ملاک و ضوابطی عینی می‌طلبد. در کشورهای مختلف، تمایز بین قراردادهای اداری مربوط به حقوق عمومی و قراردادهای خصوصی، معیار واحدی ندارد، بلکه توصیف آن به قانون مقرر دادگاه و‌اگذار شده است. از این رو، در یک رأی قضایی فرانسوی، موافقت‌نامه‌ای میان دولت فرانسه و یک شخص خصوصی، در مورد تحویل بسته‌های پستی به فرماندهی فرانسه در لبنان، یک قرارداد اداری دانسته شد که تحت حاکمیت قانون فرانسه است. اما در رأیی دیگر، قراردادی میان دولت فرانسه و یک صاحبخانه ترکیه‌ای، در خصوص اجاره ملک استانبول، موافقت‌نامه‌ای با ماهیت حقوق خصوصی تلقی شد که تحت حاکمیت قانون محل استقرار ملک است (لیپستین، ۲۰۱۱، ج ۳، ص ۹۲). تمایز اصلی بین حقوق خصوصی و حقوق عمومی را می‌توان به این صورت بیان کرد: یکی از آنها با روابط قراردادی فی‌مابین طرف‌های هم‌تراز و برابر سر و کار دارد. دیگری، با روابط طرف‌هایی که بین آنها رابطه حاکمیت و تابعیت برقرار است. البته نباید پنداشت که «ناابری» طرفین قرارداد، تنها ملاک برای شناخت رابطه حقوق عمومی بین دولت و طرف خصوصی است، بلکه برای اینکه قراردادی، به‌عنوان قرارداد حقوق عمومی توصیف شود، علاوه بر وصف مزبور، شاخص‌های دیگری نیز ضروری است (منیرالزمان، ۱۳۷۸، ص ۱۹۹-۲۰۰). فصل ممیز حقوق عمومی این است که دولت با در دست داشتن حق حاکمیت، حمایت از منافع عمومی را وجهه همت خود قرار داده و به نمایندگی از سوی اتباع خود و با هدف تأمین منافع و مصالح جمعی آنها، به انعقاد قرارداد حقوق عمومی مبادرت می‌ورزد. درحالی‌که شخص خصوصی از بستن چنین قراردادی، جز نیل به اهداف منفعت‌گرایانه خود انگیزه‌ای ندارد. در پیمان‌هایی که دو طرف آنها اشخاص خصوصی هستند، هریک از آنها به دنبال تأمین هرچه بیشتر منافع خود است (همان).

در حقوق ایران، معیاری که برای شناسایی قراردادهای اداری از قراردادهای غیر اداری در دست داریم، با مراجعه به مقررات پراکنده و همچنین نظریات حقوقدانان، چنین است: قراردادهای اداری، دارای مختصاتی مانند وجود دستگاه دولتی یا عمومی به‌عنوان یک طرف قرارداد، انجام یک امر عمومی به‌عنوان موضوع قرارداد و حاکمیت قواعد خاص بر قرارداد می‌باشد (امامی و استوار سنگری، ۱۳۹۱، ج ۲، ص ۱۲۲).

در کنار مشخصه‌های فوق، قرارداد اداری به مانند هر نهاد دیگر حقوقی، در پرتو اصولی چون اصل حاکمیت قانون، اصل تشریفاتی بودن قرارداد، اصل تأمین منافع و مصالح عمومی و اصل برتری اداره دولت به وجود می‌آید که البته متفاوت از اصول حاکم بر قراردادهای حقوق خصوصی می‌باشد (همان، ص ۱۳۰). نتیجه اینکه، نوع دوم قراردادهای دولتی را نمی‌توان با این معیار، قراردادی تابع حقوق عمومی دانست؛ زیرا عمل دولت در این نوع قراردادها، عملی تصدی‌گرایانه است که دولت یا سازمان دولتی، در کسوت یک بازرگان با طرف خارجی برای تجارت و خرید و فروش به عقد قرارداد مبادرت می‌ورزند. این دولت است که در عرصه حقوق خصوصی وارد می‌شود و در نتیجه، الزامات آن را از جمله‌گرینش قانون حاکم بر قرارداد با توافق متعاملین و تعهد به شرط داوری برای حل و فصل اختلافات ناشی از قرارداد را هم می‌پذیرد. اما بی‌شک نوع اول قراردادهای دولتی، که موسوم به قراردادهای اداری می‌باشد، تابع حقوق عمومی است. بنابراین، تابع قانون دولت طرف قرارداد است و رسیدگی به اختلافات حاصل از آن نیز در صلاحیت مراجع داخلی است (موحد، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۹۸).

نوع سوم قراردادهای دولتی را نیز می‌توان یک قرارداد حقوق عمومی دانست؛ چراکه دولت به‌عنوان یکی از طرفین عقد، از موقعیتی برجسته و ممتاز سود می‌برد؛ زیرا گذشته از سمت و نقشی که به‌عنوان یکی از طرفین قرارداد دارد، حافظ منافع جامعه نیز هست. از این رو، مصلحت عامه ایجاب می‌کند که مقام دولتی امضاکننده قرارداد بتواند بر اجرای قرارداد نظارت مستمر داشته و نیز مجاز باشد، پاره‌ای از اختیارات چون تعلیق، تغییر و یا فسخ قرارداد، واگذاری آن به طرف دیگر و یا جانشین کردن خود را به‌طور یک‌طرفه اعمال کند (منیرالزمان، ۱۳۷۸، ص ۲۰۰-۲۰۱).

۲. قانون حاکم بر قراردادهای دولتی

در قرارداد دولت، اغلب دولت به‌عنوان دولت حاکم، یعنی به‌عنوان موضوع حقوق بین‌الملل عمل می‌کند و حق حاکمیت خود را اعمال می‌نماید. اشخاص خصوصی هم که با دولت قراردادی منعقد

می‌کنند، خطر اعمال حاکمیت را از جانب طرف قرارداد خود می‌پذیرند. بحث ما در این تحقیق، به‌طور خاص راجع به نوع سوم قراردادهای دولتی می‌باشد که ناظر به قراردادهای سرمایه‌گذاری است؛ چراکه این قراردادها موضوع مهم‌ترین و جنجالی‌ترین کشمکش‌ها و مباحثی است که در طول قرن حاضر در مناسبات اقتصادی و سیاسی بین کشورهای در حال توسعه و جهان صنعتی پیش آمده است. در این حالت، مسئله تعیین قانون حاکم بر قراردادهای دولت، از اهمیت بسزایی برخوردار است. در این خصوص، چند سؤال اساسی مطرح می‌شود: آیا طرفین قرارداد اختیار آن را دارند که قانون حاکم بر روابط خود را معین کنند؟ اگر این اختیار وجود دارد، آیا اختیار مطلق است یا حد و مرزی برای آن متصور می‌باشد؟

برای پاسخ به سؤال فوق، لازم است اشاره‌ای به دو مکتب فکری متفاوت راجع به اصل حاکمیت اراده متعاملین برای انتخاب قانون حاکم بر قرارداد کنیم. مکتب لیبرالیسم کلاسیک معتقد به آزادی مطلق افراد است، ولی مکتب پوزیتیویسم حقوقی یا تحقیقی حقوق، معتقد به حاکمیت قانون ملی است. به لحاظ عقاید، لیبرالیست‌ها قرارداد بین‌المللی به مثابه دریای آزاد است که از حاکمیت دولت‌ها خارج است. هر قانونی می‌تواند در آن راه یابد. در مقابل، پوزیتیویست‌ها روی این نکته اصرار می‌ورزند که قرارداد هرچه باشد، قدرت اجرایی خود را از قانون معینی کسب می‌کند و اساساً وجود، تحقق تعهد و التزام در خارج از قلمرو قانون غیرمتصور است (موحد، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۳۴). در نظام‌های حقوق ملی، در عین حال که آزادی و استقلال اراده طرفین قرارداد به رسمیت شناخته شده است، این آزادی مطلق و بی‌قید و شرط نیست.

حال، با بیان این مقدمه به بحث قراردادهای دولتی در خصوص سرمایه‌گذاری می‌پردازیم. در مورد این نوع قراردادها، قاعده این است که قرارداد، بر طبق موازین شناخته شده حقوق بین‌الملل خصوصی، تحت حاکمیت قانون کشوری درمی‌آید که قرارداد در آنجا به امضا رسیده و عملیات پیش‌بینی شده در قرارداد، در آنجا به موقع اجرا گذاشته شده است. به هر حال، در هر قرارداد که یک طرف آن دولت و طرف دیگر شخص خصوصی باشد، حاکمیت دولت اقتضا نمی‌کند که تعهدات خود را تابع سیستم حقوقی دیگری قرار دهد (لیپستین، ۲۰۱۱، ج ۳، ص ۹۲). دیوان دایمی دادگستری بین‌المللی، در ۱۹۲۹ در قضیه وام صربستان این مطلب را به مثابه یک اصل پذیرفته و گفته بود: «هر قراردادی که دولت‌ها به حیث اینکه تابع حقوق بین‌الملل هستند، آن را منعقد نکرده باشند، لاجرم در تابعیت کشور معینی خواهد بود، تشخیص این قانون موضوع رشته حقوق بین‌الملل خصوصی است» (موحد، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۱۳).

از سوی دیگر، گرچه در این دو نوع قراردادهای دولتی، طرفین می‌توانند نظر به اصل حاکمیت اراده، با توافق صریح یکدیگر، قانون مورد نظر خود را انتخاب نمایند (جنیدی، ۱۳۷۶، ص ۱۹۷). همچنان که در ماده یک قطعنامه مؤسسه حقوق بین‌الملل مورخ سپتامبر ۱۹۷۹ چنین آمده است: «قراردادهای منعقدہ بین یک دولت و یک شخص خصوصی خارجی تابع قواعد حقوقی است که توسط طرفین انتخاب شده است و در نبود چنین انتخابی، تابع قواعد حقوقی است که قرارداد با آن نزدیک‌ترین ارتباط را دارد». ماده ۴۲ کنوانسیون واشنگتن نیز اصل آزادی طرفین در قراردادهای دولتی را پذیرفته است. در این کنوانسیون، مقرر شده است که در صورت سکوت طرفین قرارداد، قانون متبوع دولت طرف قرارداد، حاکم شناخته شده است (همان). همچنین کنوانسیون راجع به حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها و اتباع سایر کشورها، موسوم به کنوانسیون ICSID در ماده ۴۲ مقرر داشته است: «دیوان داوری باید اختلافات را بر اساس قواعد قانونی که طرفین نسبت به آن توافق نموده‌اند حل و فصل نماید» (نای، ۱۹۹۹، ص ۱۹۲). اما بسیار دیده شده است که به لحاظ مسئله حاکمیت دولت و برتری اقتصادی و سیاسی او، طرف دولتی زیر بار یک قانون خارجی نرفته و غالباً قانون دولت طرف قرارداد حاکم بر قرارداد معرفی می‌شود (لیستین، ۲۰۱۱، ج ۳، ص ۹۲).

در بسیاری از موارد، دولت بعضی شروط، مثل شرط حل و فصل اختلاف و قانون حاکم را تحمیل می‌کند. این امر ممکن است اراده آزاد طرف مقابل را محدود کند، اما این به این معنی نیست که طرفی که با دولت چنین قراردادی منعقد می‌کند، به یک قرارداد الحاقی پیوسته است؛ زیرا، محتوای حقوق و تعهدات طرفین آن چیزی است که مورد توافق طرفین قرار گرفته است. این نکته، در مورد قراردادهای دولتی که حاصل مناقصه‌اند نیز صدق می‌کند؛ زیرا اگرچه شرایط قرارداد قبلاً توسط دولت معین می‌شود و به شرکت‌کنندگان در مناقصه اعلام می‌گردد، اما نمی‌توان گفت: در این‌گونه موارد، ما با یک قرارداد الحاقی مواجه هستیم؛ زیرا اسناد و مدارک حتی از پیش تدوین شده، الزاماً قابل اعمال نیستند و طرفین را ملزم نمی‌کنند، مگر اینکه طرفین بر روی این جنبه توافق کرده باشند (اسکینی، ۱۳۸۲، ص ۱۴). مشکلی که در ارتباط با حاکمیت قانون دولت طرف قرارداد در چنین قراردادهایی به وجود می‌آید، تغییر متعاقب قانون داخلی توسط قانونگذار کشور طرف قرارداد و در نتیجه، تغییر حقوق و تعهداتی است که بر مبنای قانون مزبور ایجاد شده بود. برای مقابله با چنین مشکلاتی از راه حل درج شرط تثبیت (Stabilisation Clause) در قرارداد استفاده می‌کنند. مراد از «شرط تثبیت»، آن است که قانون حاکم بر قرارداد تا زمان انقضا و اجرای کامل قرارداد منعقدہ میان دولت و شخص خصوصی طرف قرارداد،

ثابت و بی‌تغییر بماند. تغییرات تقنینی دولت طرف قرارداد، موجب تغییر حقوق و تکالیف طرفین نگشته و از این جهت، سبب ورود ضرر به طرف غیردولتی نگردد (لیپستین، ۲۰۱۱، ج ۳، ص ۱۰).

در تحلیل دقیق‌تر قانون حاکم بر قراردادهای دولتی با شرکت‌های سرمایه‌گذاری خارجی، لازم است دو دیدگاه غالب در میان حقوقدانان را در این خصوص شرح دهیم:

قانون حاکم یا نظام حقوقی حاکم بر قراردادهای دولتی، مطابق نظر دسته‌ای از حقوق‌دانان، همان قانون ملی دولت طرف قرارداد است. بر اساس نظر عده‌ای دیگر قواعد بین‌المللی، خواه در قالب قواعد سنتی حقوق بین‌الملل عمومی و حقوق بین‌الملل خصوصی و یا قواعد رو به گسترش بازرگانی فراملی، تعیین‌کننده نظام حقوقی حاکم بر این نوع خاص از قراردادها هستند (ایران‌پور، ۱۳۸۲، ص ۵۶-۵۷).

دیدگاه نخست: حکومت قانون ملی دولت طرف قرارداد بر قراردادهای دولتی

در نظریه نخست مطرح شده است که اعمال قواعد حقوق داخلی کشور میزبان، به‌عنوان نظریه سنتی، مبتنی بر این استدلال است که چون در این قراردادها طرفین قرارداد از یک‌سو، اشخاص حقوق خصوصی و از سوی دیگر، دولت یا سازمان‌های دولتی می‌باشند، این رابطه حقوقی از شمول قواعد حقوق بین‌الملل که قواعد ناظر به روابط بین دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی می‌باشد، خارج است. این نظر، تا پیش از چند دهه اخیر به‌عنوان نظریه غالب و فراگیری قلمداد می‌شد و به‌طور بلامنازع حتی در کشورهای پیشرفته‌ای همچون کشورهای مشترک‌المنافع اعمال می‌شد (سدون، ۱۹۹۵، ص ۱۲۷). به‌علاوه، قراردادهای دولتی ضرورتاً باید مبتنی بر نظام حقوقی داخلی باشد؛ زیرا برای یک دولت دارای «حاکمیت ملی» نمی‌توان این فرض را پذیرفت که ماهیت تعهدات خود در رابطه قراردادی و همچنین صحت آن تعهدات را، که به‌عنوان دولت دارای اقتدار ملی به عهده گرفته است، به قانونی غیر از قانون ملی خود ارجاع دهد.

این روش استدلال، به‌ویژه مورد عنایت کشورهای در حال توسعه بوده، یوگسلاوی سابق در مقابل دیوان دایمی لاهه، دولت ایران در دعوی مشهور شرکت نفت ایران و انگلیس، و دولت نروژ در دعوی استقراض خود معتقد به حکومت قانون ملی خود در دعوی مطرحه بوده‌اند (ایران‌پور، ۱۳۸۲، ص ۵۷-۵۸).

بی‌شک شرکت‌های خصوصی طرف قرارداد سرمایه‌گذاری در کشورهای در حال توسعه، از اینکه قرارداد خود را تابع قانون کشوری سازند که عملیات موضوع قرارداد در آنجا اجرا خواهد شد، رضایت

ندارند؛ زیرا همواره این بیم وجود دارد که مبدا دولت، با اتخاذ تدابیر اجرایی و اداری و یا با تغییر احکام قانونی تزییقاتی را در جریان عمل بر طرف قرارداد وارد آورد، یا در مقام تغییر و تبدیل مقررات آن برآید. بنابراین، به تدریج این طرز تفکر در میان حقوقدانان، بخصوص حقوقدانان غربی مطرح گردید که قرارداد باید از حکومت قانون ملی خارج باشد. برای حصول این نتیجه، در آراء برخی داوران مشاهده می‌شود که آنها معتقدند: صرف انعقاد قرارداد تجاری با شرکت‌های خارجی نمی‌تواند به‌عنوان عدول از حق مسلم دولت برای سلب مالکیت محسوب گردد. اگر دولتی با شرکت خارجی قرارداد می‌بندد، بر اساس قواعد عمومی حقوق بین‌الملل، این حق را برای خود محفوظ می‌دارد که در جهت حفظ منافع ملی خود، بتواند از شرکت خارجی نسبت به منابع طبیعی خود سلب مالکیت نمایند. البته این امر با پرداخت خسارت به شرکت خارجی امکان‌پذیر است. بنابراین، دولت می‌تواند با استناد به منافع عمومی کشورش، مبادرت به فسخ قرارداد نماید و با پرداخت خسارت عادلانه، در مقام سلب مالکیت درآید. در نتیجه، برخی از داوران، ضمن پذیرش و به رسمیت شناختن حق حاکمیت دولت، به گونه‌ای عمل کردند که منافع اشخاص بیگانه را نیز حفظ نمایند. داوران همچنین در مقام تعدیل اثر اعمال حاکمیت دولت، اعمال حاکمیت مطلق دولت را از طریق درج شروط قراردادی مثل شرط تثبیت، محدود نموده‌اند (ایران‌پور، ۱۳۸۲، ص ۶۱).

دیدگاه دوم: حکومت قواعد حقوق بین‌المللی یا قواعد فراسرزمینی نسبت به قراردادهای دولتی

بی‌شک شرکت‌های خصوصی طرف قرارداد سرمایه‌گذاری در کشورهای در حال توسعه، از اینکه قرارداد خود را تابع قانون کشوری سازند، چندان رغبتی نشان نمی‌دهند، که عملیات موضوع قرارداد در آنجا اجرا خواهد شد؛ زیرا همواره بیم آن می‌رود که دولت، با اتخاذ تدابیر اجرایی و اداری و یا با تغییر احکام قانونی تزییقاتی را در جریان عمل بر طرف قرارداد وارد آورد، یا در مقام تغییر و تبدیل مقررات آن برآید. بنابراین، به تدریج این طرز تفکر در میان حقوقدانان، به‌ویژه حقوقدانان غربی مطرح گردید که قرارداد باید از حکومت قانون ملی خارج باشد. برای نیل به این نتیجه، با درج عبارتهایی مانند اینکه قرارداد باید بر اساس «حسن نیت» تفسیر شود و یا باید از مفاد آن تفسیر «معقول» کرد، قرارداد را تابع قانون دولت دانسته، اما به این شرط که قانون دولت مابینتی با قرارداد نداشته باشد. در نتیجه، اصل حاکمیت قانون ملی را متزلزل نمودند. کم‌کم نویسندگان همان مقالات، به سمت داور در دعاوی انتخاب شدند و در آراء خود آن عقاید را

مسجل ساختند و به اقوال یکدیگر استناد نمودند، به گونه‌ای که اکنون اصل تابعیت قرارداد دولتی، از قانون داخلی، که شصت سال پیش در رأی دیوان دایمی داوری بین‌المللی تثبیت شده بود و اصل غیرقابل تردید می‌نمود، دیگر چنان کارآیی ندارد (موحد، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۱۳-۱۴).

حقوقدانان دسته دوم، که هوادار بین‌المللی بودن قراردادهای دولتی هستند، سعی در تدوین قواعد و اصولی نموده‌اند که بتوان، با استناد به این مبانی، امکان حکومت قواعد حقوق بین‌المللی عمومی و یا قواعد فراسرزمینی را نسبت به این قراردادها هموار نمود.

در سال ۱۹۵۷ لورد مک نایر (Lord Mc Nair) مقاله مشهوری را به رشته تحریر درآورد. وی در این مقاله پیشنهاد داد که انواع خاصی از قراردادها، که او آنها را «موافقت‌نامه‌های اقتصادی مترقی» می‌نامید، به‌طور معمول تحت حاکمیت استانداردهای حقوقی خاصی باشند، که نه حقوق داخلی کشوری خاص است و نه حقوق بین‌الملل عمومی است، بلکه به جای آن توسط آنچه که او «اصول کلی شناخته شده توسط ملت‌های متمدن» می‌نامید، محصور شده است (آلویک، ۲۰۱۱، ص ۴۸). مک نایر، چنین استدلال می‌کرد که چون معمولاً در قراردادها ارجاع به داوری در خارج از قلمرو کشور دولت طرف قرارداد می‌شود، قرارداد به‌طور خودبه‌خود، از اعمال حقوق داخلی آن کشور مستثنا می‌شود. اما از آنجاکه هر دو طرف قرارداد دولت نیستند، و در سطح بین‌دولی تعامل ندارند، این نوع قرارداد تحت حاکمیت حقوق بین‌الملل عمومی نیست، بلکه این قراردادها تابع «اصول کلی حقوقی» است (همان).

نظریه «اصل مرسوم به حقوق بین‌الملل»، در حقوق فرانسه نیز توسط ویل (Weil) مطرح شد. نوآوری ویل در خصوص این نظریه، طرح مفهوم «نظم حقوقی بنیادی» است. در این مفهوم، قانون حاکم بر قرارداد به روش عینی تعیین می‌شود؛ بدین معنی که حقوق بین‌المللی در مورد قراردادهای دولت با اشخاص خصوصی، بدون ملاحظه انتخاب قانون از سوی طرفین، اعمال می‌شود. فرض بر این است که این نوع قراردادهای خاص، در نظم بین‌المللی، از مرکز ثقل ویژه‌ای برخوردارند و در نتیجه، باید تابع حقوق بین‌المللی باشند (همان، ص ۵۲).

«بین‌المللی» دانستن قراردادهای دولتی و خروج آن از شمول قانون دولت میزبان و قواعد حقوق داخلی دولت طرف قرارداد، خود مبتنی بر توجیحات عملی است. در توجیه مبانی این نظریه گفته شده است که اجرای این قواعد برای شرکت‌های خارجی، که علی‌الاصول تابعیت کشورهای توسعه‌یافته را داشته و برای سرمایه‌گذاری به کشورهای میزبان وارد می‌گردند، حائز اهمیت است؛ چراکه حقوق بین‌الملل بیشتر می‌تواند حقوق شرکت‌های خارجی را حفظ نماید (نای، ۱۹۹۹، ص ۱۹۲).

همچنین اعمال قواعد حقوق بین‌الملل به‌عنوان قانون حاکم بر قراردادهای دولتی، موجب می‌گردد که حداقل حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی فراهم آید. این امر موجب جذب سرمایه‌های خارجی می‌باشد که خود می‌تواند منافع کشورهای در حال توسعه را که نیاز مبرم به سرمایه‌های خارجی دارند، تأمین نماید (ایرانپور، ۱۳۸۲، ص ۶۹).

نظریه بین‌المللی شدن قرارداد، اولین بار توسط دوپوئی (Dupuy)، داور منفرد پرونده «تگزاکو و جمهوری عربی لیبی (تاپکو)» به کار گرفته شد و طرفداران زیادی پیدا کرد (ویلیام باوت، ۱۳۷۸، ص ۳۸۱-۳۸۲).

انتقادهای فراوانی بر این نظریه وارد شده است. ایراد نخست آنکه، تاکنون تعریف قانع‌کننده و جامعی از قراردادهای به اصطلاح «بین‌المللی» ارائه نشده است. به علاوه، این حقیقت که کشورهای پیشرفته غربی هنگام انعقاد قراردادهای موسوم به قراردادهای توسعه اقتصادی با سرمایه‌گذاران خارجی، نظریه بین‌المللی شدن قرارداد را قبول ندارند. هنگامی آن قرارداد را بین‌المللی تلقی می‌کنند که با کشورهای در حال توسعه منعقد شده باشد. همان‌گونه که جنیک (Jaenicke) در این خصوص اظهار داشته است:

... رفتار دوگانه با قراردادهای فراملی به دلیل حجم و میزان سرمایه‌گذاری، علاوه بر اینکه منطقاً قابل توجه نیست، رویه قضایی نیز از آن پشتیبانی نمی‌کند، مگر در مواردی که طرفین قصد خود مبنی بر خارج کردن قرارداد از حیطه شمول صلاحیت قانون محلی را با توافق به ارجاع اختلافات خود به داوری بین‌المللی آشکارا ابراز کرده باشد (همان).

برای نمونه، در دعوی شرکت نفتی توسعه علیه ابوظبی (Petroleum Development Ltd v. The Sheikh of Abu Dhabi ICL Q(1952)) در سال ۱۹۵۲، لورد اسکوییت (Lord A dquith)، که در سمت داور، رسیدگی به دعوی را بر عهده داشت، در ضمن رأی خود، مطالبی را در خصوص قانون حاکم بر قرارداد مطرح ساخت. لرد چنین گفت:

قراردادی است که در سرزمین ابوظبی انعقاد یافته و هم در آنجا باید به موقع اجرا گذارده شود و ظاهراً باید قانون ابوظبی بر آن حکومت کند، لیکن چنین قانونی در ابوظبی وجود خارجی ندارد... خیالیافی خواهد بود که گفته شود در این منطقه بسیار بدوی اصول حقوقی مسلمی وجود دارد که در مورد اسناد بازرگانی امروزی قابل اعمال باشد.

مشاهده می‌شود که در این رأی، داور به بهانه اینکه در سرزمین ابوظبی، یک نوع خلاً قانونی وجود دارد، قرارداد را تحت حکومت اصولی دانست که به تعبیر او «ریشه در ذوق سلیم و رویه عمومی ملت‌های متمدن دارد (موحد، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۲۹-۳۰).

تصمیمات داوران مبنی بر ردّ یا نادیده گرفتن این نظریه وجود دارد و باید گفت: به نظر می‌رسد، این نظریه اساساً نظریه‌ای خودمحمور است که درصدد حمایت از سرمایه‌داری در اختلافات قراردادی است. از این رو، درک اهداف اساسی این نظریه حائز اهمیت است.

این اهداف در دو جهت خلاصه می‌شود: اول، خارج کردن قرارداد از حیطه قانون کشور طرف قرارداد. دوم، محروم کردن کشور طرف قرارداد از حق مسلم تغییر و اصلاح قانون خود و در نتیجه اثر گذاشتن بر قرارداد (ویلیام باوت، ۱۳۷۸، ص ۳۸۲).

نظریه دیگری که در این خصوص، از سوی برخی داوران و حقوقدانان مطرح شده، نظریه «حقوق عرفی تجاری» است. براساس این نظریه، حقوق عرفی تجاری، بر قراردادهای دولتی حاکم است، جز در مواردی که به صراحت قانون خاصی تعیین شده باشد. این حقوق، گاهی در کنار رسوم و رویه‌های بازرگانی، به معنای اصول کلی حقوق هم به کار می‌رود. بنابر تعریفی، حقوق عرفی تجاری، «مجموعه‌ای از اصول است که در چارچوب بازرگانی بین‌المللی و بدون ارجاع به قانون ملی بخصوصی» فراهم آمده است (موحد، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۴۹).

این نظریه موافقان و مخالفانی دارد، اما اشکال عمده آن این است که فقط متضمن چند قاعده منجز و از پیش تعیین شده است. در مقابل، اختیارات وسیعی را به داور اعطا می‌کند، تا بر حسب سلیقه و دریافت شخصی خود حکم کند. علاوه بر این، هر روشی که بر پایه نظریه حقوق عرفی تجاری بنا شده باشد، به نفع اشخاص خصوصی و مصالح بازرگانی است و به کاهش نقش منافع دولت گرایش دارد (ویلیام باوت، ۱۳۷۸، ص ۳۸۳-۳۸۴). حال آنکه در قراردادهایی که یک طرف آن دولت و یا سازمان دولتی است، ملاحظات مبتنی بر مصلحت عامه نیز دست‌کم باید در جنب ملاحظات بازرگانی و هم‌سطح با آنها مورد نظر قرار گیرد.

با توجه به آنچه در باب نظریات گذشت، به نظر می‌رسد، راه حل مرجح این است که با اعمال اصول شناخته شده تعارض قوانین، بخصوص با اعمال ضابطه عینی، قانونی را که با قرارداد نزدیک‌ترین ارتباط دارد، تعیین نماییم. بنابراین، با توسل به مفاهیمی چون جلوگیری از تقلب نسبت به قانون، که ریشه در اصل «حسن نیت» در قراردادها دارد و لزوم رعایت نظم عمومی و مصالح اساسی جامعه دولت طرف قرارداد، با این فرض که قانون کشور طرف قرارداد، از نزدیک‌ترین ارتباط با آن برخوردار است، نظر داوران بین‌المللی مبنی بر ردّ انتخاب قانون دولت طرف قرارداد، به‌عنوان قانون حاکم بر عقد موجه نیست، بعکس، اگر بنا باشد قرارداد در کشور دولت طرف معامله، منعقد شده و اجرا شود، در این صورت ردّ اماره ارتباط نزدیک قانون ملی دولت طرف قرارداد با قرارداد دولتی آسان نخواهد بود (همان، ص ۳۸۴).

ثانیاً، به نظر پرفسور شوارتزنبورگر (Schwarzenberger) در مورد قراردادهای دولتی، در صورتی که توافقی نسبت به گزینش قانون حاکم وجود نداشته باشد، فرض این است که قرارداد از قانون دولت طرف قرارداد تبعیت می‌کند (موحد، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۱۱۳-۱۱۴).

بنابراین، گرچه آزادی اراده طرفین قراردادهای دولتی، در تعیین قانون یا نظام حقوقی حاکم بر این نوع قرارداد، اصولاً پذیرفته شده است، اما به لحاظ مسئله حاکمیت دولت طرف قرارداد و لزوم رعایت منافع ملی و عمومی در اغلب قراردادهای تجاری دولت با مؤسسه یا شرکت خارجی، علی‌الاصول دولت‌ها قانون داخلی خود را که اغلب متضمن حمایت کافی از این منافع است، حاکم بر قرارداد دولتی می‌دانند. حقوق دولت طرف قرارداد ممکن است در بردارنده مقررات آمره‌ای باشد که انتخاب قانون قابل اعمال بر قرارداد دولتی را محدود می‌کند (سورناراجاه، ۱۹۹۰، ص ۱۰۲).

اما قراردادهای زیادی هم وجود دارد که در آن، دولت طرف قرارداد به صراحت به تابعیت قرارداد از حقوق بین‌الملل یا اصول عمومی حقوقی رضایت داده است. این امر، که دولت حاکم خود به پذیرش اصول عمومی حقوقی یا حقوق بین‌الملل مبادرت ورزد، موجب شده تا امکان تابعیت قرارداد دولتی از حقوق بین‌الملل یا اصول عمومی حقوقی، جنبه واقعیت به خود گیرد و نتوان آن را نفی کرد. منتها واقعیت داشتن غیر از مطلوب بودن است (موحد، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۲۴۸).

نتیجه‌گیری

در زمینه قراردادهای و قانون حاکم بر آن، ابتدا شاهد تفوق اصل حاکمیت اراده در تعیین حقوق و تکالیف متعاملین و تعیین شروط مختلف قراردادی، از جمله شرط تعیین قانون حاکم بر قرارداد می‌باشیم. اما در راستای تحولات اجتماعی حادث، از قرن نوزدهم میلادی، به دلایلی از جمله بروز سوء استفاده از آزادی مطلق معاملاتی و طرح افکار سوسیالیستی، شاهد دخالت روزافزون دولت در عرصه‌های مختلف اجتماعی، به‌ویژه در مسئله انعقاد برخی قراردادهای و یا کنترل شدید شرایط برخی از قراردادهای می‌باشیم. این امر، موجب شکل‌گیری صور مختلفی از قراردادهای از جمله قراردادهای جمعی، الحاقی، نمونه و یا به‌طور کلی، قراردادهای دولتی شده است. مبنای ضابطه‌عینی را می‌توان اصل حاکمیت و اقتدار دولت در ایجاد و برقراری نظم اجتماعی، از طریق وضع قوانین آمره، حمایتی و نظارتی دانست. در برخی موارد، تاب تحمل قانون خارجی منتخب متعاقدین را که مغایر با منافع و اهداف اساسی آن جامعه باشد، ندارد. از لحاظ اقتصادی نیز چون قرارداد در واقع ابزار اقتصادی انتقال سرمایه است، باید بیشتر به مرکز ثقل اقتصادی قرارداد توجه کرد.

از سوی دیگر، از آنجایی که دولت با هدف تأمین منافع عمومی در قراردادهای دولتی، از اختیارات ویژه‌ای برخوردار گردیده است، علی‌رغم تحولات صورت گرفته در عرصه گذار از معیار عینی به معیار شخصی در تعیین قانون حاکم بر قراردادهای دولتی، ما شاهد جریانی در تضاد این گذار در برخی قراردادهای خاص می‌باشیم. یکی از مصادیق آن قراردادهای دولتی و حاکمیت ضابطه عینی در تعیین قانون حاکم بر آن است. به‌ویژه، در فرض عدم تعیین قانون حاکم بر قراردادهای دولتی از سوی متعاملین، با اعمال اصول تعارض قوانین، یعنی با اجرای ضابطه عینی در تعیین قانون حاکم بر قرارداد، قانون دولت طرف قرارداد به‌عنوان قانونی که نزدیک‌ترین ارتباط را با قرارداد از لحاظ محل اجرای قرارداد و یا منافع اساسی و گاه رعایت قواعد آمره دولت طرف قرارداد دارد، قانون مناسب تلقی می‌شود. از این‌رو، داوران بین‌المللی نباید با هدف حفظ منافع شرکت‌های خارجی و یا شرکت‌های چندملیتی جهان سرمایه، به انکار سودجویانه امکان اعمال قواعد حقوقی کشور میزبان مبادرت نمایند؛ با این توجیه که این نوع قراردادها تابع نظام حقوق بین‌الملل بوده و بنابراین، از قواعد حقوق داخلی مبری هستند و یا با معرفی اعمال نظام حقوقی مستقلی به نام «قواعد حقوق بازرگانی فراملی»، قرارداد تجاری منعقد شده با دولت را تابع نظام حقوقی مستقلی قرار دهند که ایجاد آن، نه‌تنها توسط مقنن داخلی و مبتنی بر منافع ملی کشور سرمایه‌پذیر یا میزبان نیست، بلکه به دست داوران بین‌المللی و به بهانه حفظ منافع تجارت بین‌المللی، نقش بسته است.

منابع

- امامی، محمد و کوروش استوار سنگری، ۱۳۹۱، *حقوق اداری*، تهران، میزان.
- اسکینی، ربیعا، ۱۳۸۲، *قراردادهای بین دولتها و مؤسسات خارجی*، جزوه درسی حقوق تجارت بین‌المللی، تهران، دانشکده حقوق دانشگاه امام صادق (ع).
- ایرانپور، فرهاد، ۱۳۸۲، «نظام حقوقی حاکم بر قراردادهای تجاری بین‌المللی»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، ش ۶۲.
- جنیدی، لعیا، ۱۳۷۶، *قانون حاکم در داوری‌های تجاری بین‌المللی*، تهران، شر دادگستر.
- خزایی، حسین، ۱۳۸۶، *حقوق تجارت بین‌الملل*، تهران، قانون.
- طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، ۱۳۸۷، *حقوق اداری*، تهران، سمت.
- عباسی، بیژن، ۱۳۸۹، *حقوق اداری*، تهران، دادگستر.
- موحد، محمدعلی، ۱۳۷۴، *درسهایی از داوری‌های نفتی*، تهران، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران.
- موسی‌زاده، ابراهیم، ۱۳۸۷، *حقوق اداری*، تهران، دادگستر.
- منیر الزمان، ا. ف. م، ۱۳۷۸، «قراردادهای دولت با بیگانگان مساله تغییر یکجانبه قرارداد توسط دولت در حقوق بین‌الملل معاصر» ترجمه محمدجواد میرفخرایی، *حقوق*، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، ش ۲۴.
- ویلیام باوت، دریک، ۱۳۷۸، «قراردادهای دولت با بیگانگان (تحولات معاصر در مسأله غرامت ناشی از فسخ یا نقض این نوع قراردادها)»، ترجمه علی قاسمی، *حقوق*، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، ش ۲۴.
- Alvik, Ivar , 2011, *Contracting with Sovereignty, State Contracts and International Arbitration*, North America, Oregon, Heart Publishing.
- Faure, Michael, Van der Walt, Andre, 2010, *Globalization and Private International Law (The Way Forward)*, Cheltenham, UK, Edward Elgar.
- Lipstein, Kurt, 2011, *International Encyclopedia of Comparative Law, Volume III "Private International Law"* , Part 2, Germany: Mohr Siebeck, Tubingen, Chapter 24, Contracts.
- Nygh, Peter, 1999, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, Clarendon Press.
- Seddon, Nicolas, 1995, *Governmental Contracts, Federal, State and Local*, Australia: The Federation Press.
- Sornarajah, M, 1990, *International Commercial Arbitration (the Problem of State Contracts)*, Singapore, Longman, 1st Published.
- Von Mehren, Arthur T, 2008, *International Encyclopedia of Comparative Law, Volume VII, Contracts in General, part 1*, Germany: Mohr Siebeck, Chapter 4, Public Contracts, by: Colin c. Turpin.

ملخص المقالات

دراسة مقارنة بين المادة الثامنة من دستور الجمهورية الإسلامية وبين أوامر الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في العهد الصفوي

faslani@kayhannews.ir

elahemarandi@ut.ac.ir

فيروز أصلاني / أستاذ مساعد في كلية القانون بجامعة طهران

آلهه مرندي / طالبة دكتوراه في القانون العام بجامعة طهران

الوصول: ١٨ شوال ١٤٣٥ - القبول: ٢٧ ربيع الأول ١٤٣٦

الملخص

الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر يعتبران من جملة المواضيع المطروحة في الفقه العام لدى الشيعة، لأنها مرتبطة بمفهوم الحكومة في الفكر الإسلامي، ولدى دراسة وتحليل أداء الحكومات في تاريخ إيران حول هذه الأمر - وذلك بعد الإسلام وحتى عهد الثورة الإسلامية - لوجدنا أنه قد ساد بشكل ملحوظ إبان العهد الصفوي الذي صدرت فيه بعض المقررات والأوامر من قبل الحكام الصفويين والتي عرفت بعنوان أوامر الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. أما في نظام الجمهورية الإسلامية، فبعد انتصار الثورة وفي ظل أسلمة القوانين ودخول الواجبات الدينية ضمن إطار القوانين فقد تحول هذا الأصل الديني إلى قاعدة حقوقية ضمن القواعد الدينية، وقد أعيرت له أهمية خاصة في المادة الثامنة من الدستور بصفته واجباً يتحمّله الجميع. وعلى هذا الأساس فتوالى التاريخ السياسي لإيران بعد الإسلام وفي فترتين تاريخيتين، هما العهد الصفوي وعهد الجمهورية الإسلامية، اهتمت السلطات الرسمية بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وتمّ طرحهما كقاعدة حقوقية وقانون ملزم. السؤال الأساسي الذي يطرح في هذه المقالة هو: ما هي أوجه التشابه والاختلاف بين أوامر الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في العهد الصفوي، وبين المادة الثامنة من دستور الجمهورية الإسلامية؟

كلمات مفتاحية: الدستور، الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، العهد الصفوي، الأوامر، النهي عن المنكر، الجمهورية الإسلامية

دراسة حقوقية للرؤى والسبيل الكفيلة بتجاوز تأثير الحظر الاقتصادي في المعاهدات التجارية الدولية

محسن إيزان لو / أستاذ في كلية الحقوق بجامعة طهران

علی هاتفي / طالب ماجستير في القانون الخاص بكلية الحقوق - جامعة آزاد الإسلامية في طهران المركزية

hatefi.ali728@gmail.com

الوصول: ٢٧ شوال ١٤٣٥ - القبول: ٣٠ ربيع الاول ١٤٣٦

الملخص

هذه المقالة عبارة عن دراسة علمية تتمحور حول بيان الرؤى والسبيل الكفيلة بتجاوز تأثير الحظر الاقتصادي في تطبيق المعاهدات التجارية الدولية، فالظروف الراهنة والحظر الاقتصادي المفروض من الممكن أن يؤثرًا على تطبيق ما يتم الاتفاق عليه في العقود المبرمة، وذلك لأن هذا النمط من الحظر بطبيعة الحال يقلص من تداول البضائع والخدمات ومختلف مزايا التجارة الدولية، وفي ظل هذا الأمر لا يخفى أن المعاهدات التجارية الدولية تتأثر بذلك. ويجب الانتفاة إلى أن الخدمات والبضائع التجارية المستوردة أصبحت هدفًا للحظر، فمن الممكن إرغام التجار والشركات التجارية المصدرة على الالتزام بتعهداتها المتفق عليها، والعكس صحيح. نتيجة الحظر هي تقليص مدى النشاطات التجارية وتحميل التجار واقتصاد البلد تكاليف باهضة، لذا عند اتباع رؤى وسبيل حقوقية مناسبة في هذا الصدد بالإمكان حل هذه المعضلة بنحو ما، حيث يتم تطبيق مضمون الصفقات وتتحقق الفائدة لطرفها، ومن جملة ذلك اتخاذ تدابير خاصة كتعاون الطرفين بشكل مشترك وتخصيص مسألة قبول المخاطر التي تترتب على الاتفاق المبرم عبر تحديد الجانب الذي يجب أن يتحمل الضرر من الحظر. كما أن تدوين الشرط المتفق عليه على صعيد القوة الغالبة والذي يتم التصريح فيه بعدم شمول المعاهدة للحظر الاقتصادي أو أن شرط التعديل فيها مرهون بالمحادثات الجديدة التي لها تأثير في إعادة وضعها إلى حالة التوازن الأولى، يعد من الرؤى والسبيل الحقوقية الأخرى لاستمرار كل معاهدة تجارية.

كلمات مفتاحية: المعاهدة، الدولية، الحظر، المشاركة، القوة الغالبة، تقبل الخطر، المحادثات، الاقتصاد

تقييم النسبة بين المادة ١١٣ من الدستور وبين أصل استقلال السلطات

نادر ميرزاده / أستاذ مساعد في جامعة طهران

mirzadeh@ut.ac.ir

علي سهراب لو / طالب ماجستير في القانون العام بجامعة طهران

Asohrablu@yahoo.com

الوصول: ٧ ذي القعدة ١٤٣٥ - القبول: ٣٠ ربيع الاول ١٤٣٦

الملخص

هناك بعض الوسائل التي تمّ تمهيدها لتحقيق أهداف أصل (الفصل بين السلطات) في الأنظمة المعاصرة، ومن جملتها إشراف السلطات الحاكمة على بعضها البعض لأجل الحيلولة دون قيام إحداها بالتعدى على القانون وبغية إصلاح السلطة الموجودة على مستوى المؤسسات التابعة للسيادة. أمّا الأمر الهامّ على مستوى شبكة الإشراف في الفصل النسبي بين السلطات فهو التوازن بين إشرافها على بعضها، فعند انعدام التوازن على صعيد الإشراف والتأثير سوف ترجّح كفة إحدى السلطات على الأخرى، وبالتالي لا يتحقّق الهدف من الفصل بينها والذي يركّز على تقسيم السلطة بين مختلف المؤسسات بشكل متعادل. وقد أعار دستور الجمهورية الإسلامية أهمية لهذا الأمر، ففي المادة رقم ١١٣ تمّ تنسيق التوازن المشار إليه بين السلطات الثلاثة التي تحكم البلد.

كلمات مفتاحية: الاستقلال، السلطات، الفصل، التوازن، المسؤولية، القانون، الإشراف

دراسة حول الممثلين الخاصين لرئيس الجمهورية في النظام الحقوقي الإيراني

vrostami@ut.ac.ir

ولي رستمی / أستاذ مساعد في فرع القانون العام بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة طهران

a.tanavar@yahoo.com

كآنا تناور / حائزة على شهادة ماجستير في القانون العام من جامعة آزاد الإسلامية في طهران المركزية

الوصول: ٣ ذى الحجة ١٤٣٥ - القبول: ٨ جمادى الاول ١٤٣٦

الملخص

حسب المادة ١٢٧ من دستور الجمهورية الإسلامية فإنَّ رئيس الجمهورية في بعض الحالات مخول لأن يعيّن ممثلاً أو ممثلين خاصين يتمتعون بصلاحيات خاصة حسب مقتضى الضرورة وبعد مصادقة مجلس الوزراء. في هذه الحالة فإنَّ القرارات التي يتخذها الممثل أو الممثلون تعادل تلك القرارات التي يتخذها رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء، وهذا الأمر هو منشأ قانوني لمنصب الممثلة الخاصة برئيس الجمهورية في النظام القانوني للجمهورية الإسلامية في إيران.

على أساس المحادثات التي أجريت من قبل شوري إعادة النظر في الدستور فإنَّ الهاجس الأساسي للذين اقترحوا هذا الأصل هو أنَّ رئيس الجمهورية في الحالات الضرورية وبعد مصادقة مجلس الوزراء، له صلاحية تفويض بعض وظائفه أو وظائف بعض وزرائه إلى شخص آخر لأجل المسارعة في إجراء بعض المسائل الخاصة عن طريق تنفيذ المقررات بشكل إداري موحد. من البديهي أنَّ الضرورة التي يقتضيها هذا الأمر هي عدم قيام هذا الممثل بأداء وظائف بديلة عن وظائف الوزارات ومختلف المؤسسات الرسمية أو وظائف تتعارض مع مهامها.

كلمات مفتاحية: الممثل الخاص لرئيس الجمهورية، المادة ١٢٧ من الدستور، تفويض الصلاحية، زملاء العمل لرئيس الجمهورية

أصل الوفاء بالعهود والعقود: دراسة مقارنة بين القانون الدولي الإسلامى والقانون الدولي المعاصر

السيد محمدرضا أحمدى طباطبائى / استاذ مشارك فى العلوم السياسية بجامعة الإمام الصادق

m.aram@isu.ac.ir

محمّد رضا آرام / طالب دكتوراه فى المعارف الإسلامية والعلوم السياسية بجامعة الإمام الصادق

الوصول: ١٨ ربيع الاول ١٤٣٦ - القبول: ٣٠ رجب ١٤٣٦

الملخص

الالتزام بالعهود والعقود ينسجم مع الفطرة والتعاليم الإسلامية الأصيلة وتعاليم القانون الدولي المعاصر، وأهمية أصل الوفاء بها فى التعاليم الإسلامية يعتبر شرطاً ضرورياً للتدين وواحداً من أهمّ الأسس النظرية فى الإسلام، وأما على صعيد القانون الدولي المعاصر فإنّ البلدان لا يمكنها التعامل مع بعضها بشكلٍ بناءٍ إلا فى ظلّ مراعاة هذا الأصل لأنّ عدم الالتزام به يعدّ أحد العوامل الهامة التى أسفرت عن النزاعات والحروب على مرّ التاريخ.

أما فى الإسلام فقد أطلق القرآن الكريم على البلدان التى لا تلتزم بموائمتها بأنّها مستكبرة ودعا إلى القضاء عليها. ومن خلال المقارنة بين الرؤية الإسلامية ورؤية القانون الدولي المعاصر ندرك أفضلية الرؤية الإسلامية فى نطاق هذا الأصل وعلى صعيد تنفيذه فى مختلف المراحل، وعبر إدراك هذه الأفضلية يمكن طرح تعاليم الإسلام بصفقتها مرجعاً وأساساً أكثر رجحاناً وفائدةً من القانون الدولي.

كلمات مفتاحية: القانون الدولي، القانون الدولي الإسلامى، العهد، الميثاق، العقد

ضوابط تعيين القانون الحاكم على العقود الحكومية

vahdati11@yahoo.com

ma.afzalimehr@gmail.com

sm.mousaviamolli@yahoo.com

السيد حسن وحدتي شيرى / أستاذ مساعد فى جامعة قم

مرضيه أفضلى مهر / دكتوراه فى القانون الخاص بجامعة قم

السيد مجيد الموسوى / ماجستير فى القانون العام فى جامعة شهيد بهشتى

الوصول: ١ ربيع الثانى ١٤٣٦ - القبول: ٤ شعبان ١٤٣٦

الملخص

بالنسبة إلى النظام الحقوقي الحاكم على العقود الحكومية مع الشركات الاستثمارية الأجنبية، هناك رأيان أساسيان مطروحان بين خبراء القانون، فبعضهم يعتقدون أن النظام الحقوقي الحاكم على العقود الحكومية يمكن اعتباره طبق أحد الآراء التقليدية بأنه نفس القانون الوطنى للحكومة التى هى أحد طرفى العقد، فيما يرى البعض الآخر أن القواعد الدولية سواء كانت تقليدية أو قوانين دولية خاصة أو قواعد تجارية دولية فهى تعين النظام الحقوقي الحاكم على هذا النمط الخاص من العقود.

يبدو أنه على صعيد العقود الحكومية، ولا سيما عقود الاستثمار، فإن الحلّ المرجح هو وضعنا لقانون يكون له أقرب ارتباط بالعقد وذلك عن طريق تطبيق الأصول المتعارفة لتعارض القوانين وبالأخصّ عبر تطبيق المعيار العيني. وبشكل عام، فإنّ وضع القانون الحاكم على العقود فى مختلف الأنظمة الحقوقية يتحقّق عن طريق إحدى ضابطين أساسيتين عينية وشخصية.

كلمات مفتاحية: العقود الحكومية، الأعمال القانونية الثنائية، تعارض القوانين، الضابطة العينية، الضابطة الذهنية

The Qualifying Standards of the Law Governing the Contracts Signed by Government

Seyyed Hassan Vahdati Shobeiri / Assistant Professor of Qom University

vahdati11@yahoo.com

Marziyeh Afzali Mehr / PhD in private law, Qom University

ma.afzalimehr@gmail.com

✉ **Seyyed Majid Musavi** / MA Student of public law, Beheshti University

sm.mousaviamoli@yahoo.com

Received: 2015/01/23 - **Accepted:** 2015/05/24

Abstract

Concerning the legal system governing the contracts concluded between the government and foreign investment companies, two widely-held views are presented by jurists. Some, resting on traditional ideas, consider the legal system governing the contracts signed by government as the national law of governmental treaties. But others hold that international rules, whether the traditional rules of private international law or transnational trading rules, determine the legal system which governs this particular kind of contracts. Apparently, in dealing with the contracts signed by government especially investment contracts, the only ideal solution will be to refer to the identified principles of inconsistency of laws, especially the objective rule, in order to the law which has strong connection to the contract. Generally speaking, the law which governs the contracts in different law systems is defined either by an objective standard or a private standard.

Key words: the contracts signed by government, bilateral legal acts, inconsistency of laws, objective rule, mental rule.

The Fulfilment of Commitments and Contracts: a Comparative Study of Islamic Law and Current International Law

Sayyed Mohammad Reza Ahmadi Tabatabai / Associate professor, Political Science, Imam Sadegh University.

✉ **Mohammad Reza Aram** / MA Student of Islamic Thoughts and Political Science, Imam Sadegh University

Received: 2015/01/10 - **Accepted:** 2015/05/20

m.aram@isu.ac.ir

Abstract

The fulfilments commitment and contracts is compatible with human nature, true Islamic doctrines and the doctrines of current international law. In Islamic doctrines, the importance of fulfillment of commitments and contracts is considered as a special condition of piety and one of the main principles of the theory of Islam. Moreover, in current international law, countries can deal with each other effectively by observing this condition, because lack of commitment has been one of the main causes of the struggles and wars throughout history. In Islam, the Quran considers the countries which do not fulfill their commitments as tyrant and their not being committed is their downfall in the international eyes. A comparison between the approach of Islam and that of current international law shows that the Islamic approach has precedence over the other approaches regarding of this principle and its sanctions in the different stages. Having realized the superiority, of the Islamic approach, we can present Islamic doctrines as a better and more efficient source of international law.

Key words: international law, Islamic international law, commitment, treaty, contract.

The Status of President's Special Deputies in the Legal System in Iran

Vali Rustami / Associate Professor of public law, College of law and politic science, Tehran University

vrostami@ut.ac.ir

✉ **Atena Tanavar** / MA Student of public law, Islamic Azad University of Tehran center

a.tanavar@yahoo.com

Received: 2014/09/29 - **Accepted:** 2015/02/28

Abstract

According to the 127th principle in the constitution, the president can, on special occasions and if necessary, choose a special deputy or deputies having specific choice, provided that the cabinet ministers give their consent. In these cases, the decisions made by the deputy or deputies have the same effect as the decisions which the president and cabinet ministers make. This principle is a legal basis for having the post of president's special deputy in the legal system of the Islamic Republic of Iran. Give the discussions held by the Council for Reviewing the Constitution, the main concern of those who propose this principle is that the president can, if necessary, entrust part or some of his or ministers' choices to someone after gaining cabinet ministers, consent, so that he/she can carry out special duties in a short time under the management of one person. Certainly, this is necessary, and the special deputy should not be regarded as a self substitute center or as a counter to ministries or legal institutions.

Key words: president's special deputy, the 127th principle, delegation of authority, president's colleagues.

A Comparison between Principle 113 in the Constitution and the Clause on Independence of Powers

Nader Mirzadeh / Assistant Professor of Tehran University

mirzadeh@ut.ac.ir

✉ **Ali Sohrablu** / MA Student of public Low, Tehran University

Asohrablu@yahoo.com

Received: 2014/09/03 - **Accepted:** 2015/01/22

Abstract

The means for achieving the goals of the principle of separation of powers in contemporary systems have been provided and predicted. One of these means is the supervision by ruling powers over each other so that the possibility of breaking of law by any power may be recognized and prevented by the other powers and the current power of government institutions may be put right. But the main point in the question of the network of supervision concerning relative separation of powers is balance in the supervision of each power over the other. The unevenness in these kinds of supervision and effects will tip the balance in favor of the other powers, and so, it will not be possible to achieve the aim of separation of powers; that is, the fair distribution of power among government institutions. The constitution of the Islamic Republic of Iran has attended to this point, and the legislator of the constitution has maintained the mentioned balance in the relation among the three ruling powers of the country which is referred to in the principle 113 in the constitution.

Key words: independence, powers, separation, balance, responsibility, law, supervision.

Analysis of the Approaches to Marring the Effect of Economic Sanctions in International Commercial Contracts in the View of Law

Mohsen Izanlu / Associate Professor of law's college, Tehran University

✉ Ali Hatefi / AM Student of special law, law college of Islamic Azad university of Tehran Center

hatefi.ali728@gmail.com

Received: 2014/08/24 - **Accepted:** 2015/01/22

Abstract

The present paper is an academic research about the approaches to marring the effect of economic sanctions in executing international commercial contracts. Nowadays, imposing economic sanctions can have its effect on honouring conventional commitments, because these kinds of sanctions usually cause the process of providing goods and services and, generally speaking, international trade benefits to be subject to restrictions. In the process of these restrictions, it is clear that international commercial contracts, too, are affected by the imposition of economic sanctions. It is worth noticing here that if the services or imported goods are sanctioned, perhaps, it will not be possible to oblige the commercial company or exporter to fulfill its or his conventional commitments, and the reverse is true. Naturally, this condition reduces the commercial activities and increases the government expenditure on commerce and economy. Thus, using suitable logical approaches or strategies towards the phenomena of economic sanctions can contribute to solving the problem in such a way that it will be possible to execute the contract, and the stand of dealers' condition will be better. Taking such measures; like the proposition of "participation" will make the two sides tend towards cooperation and the allocation of conventional risk-taking will make known the person who should take the risk of sanction. Also, dictating the terms and conditions of contract in the context of "overpowering force", which explicitly mars the effect of economic sanctions or the amending condition depending on further negotiation which has an effective role in the restoration of contract and makes balance come back to its initial stage, are among the other legal approaches and strategies for the permanence of the contract.

Key words: contract, international, sanction, participation, overpowering, risk-taking, negotiation, economy.

Abstracts

A Comparison between the 8th Principle in the Constitution of the Islamic Republic of Iran with the Commands of " Enjoining Good and Forbidding Evil" in the Safavid Era

Firuz Aslani / Assistant Professor of law college, Tehran University

faslani@kayhannews.ir

✉ **Ellah Marandi** / PhD Student of public law, Tehran University

elahemarandi@ut.ac.ir

Received: 2014/08/15 - **Accepted:** 2015/01/19

Abstract

"Enjoining good and forbidding evil" is one of the important topics in the general fiqh of Shi'a because it is relating to the question of government in Islamic thought. A study of governments' performance in relation to the question of enjoining good and forbidding evil in the history of Iran from post-Islam period until the victory of the Islamic Republic of Iran shows that the Safavid era reached a pre-eminent position. At that time, the commands which were issued by Safavid kings were known as "enjoining good and forbidding evil commands". Also, in the Islamic Republic of Iran, after the victory of the Islamic Revolution and in line with the attempts of Islamizing the laws and coming of Islamic obligation into the framework of law, enjoining good and forbidding evil manifested itself in the form of a religious duty and a legal basis. Therefore, the fundamental question of this paper is related to the differences and similarities between the commands of enjoining good and forbidding evil in Safavid era and the 8th principle in the constitution of the Islamic Republic of Iran.

Key words: constitution, enjoining good, Safavid, commands, forbidding evil, the Islamic Republic.

Table of Contents

A Comparison between the 8th Principle in the Constitution of the Islamic Republic of Iran with the Commands of " Enjoining Good and Forbidding Evil" in the Safavid Era / <i>Firuz Aslani / Ellahe Marandi</i>	7
Analysis of the Approaches to Marring the Effect of Economic Sanctions in International Commercial Contracts in the View of Law / <i>Mohsen Izanlu / Ali Hatefi</i>.....	31
A Comparison between Principle 113 in the Constitution and the Clause on Independence of Powers / <i>Nader Mirzadeh / Ali Sohrablu</i>	49
The Status of President's Special Deputies in the Legal System in Iran / <i>Vali Rustami / Atena Tanavar</i>.....	65
The Fulfilment of Commitments and Contracts: a Comparative Study of Islamic Law and Current International Law / <i>Sayyed Mohammad Reza Ahmadi Tabatabai / Mohammad Reza Aram</i>.....	83
The Qualifying Standards of the Law Governing the Contracts Signed by Government / <i>Seyyed Hassan Vahdati Shobeiri / Marziyeh Afzali Mehr / Seyyed Majid Musavi</i>	99

In the Name of Allah

Andishehaye Hoghuq Omomi

Vol.4, No.1

A Quarterly Journal of law

Fall & Winter 2014-15

Director-in-charge: *IKI*

Managing Director: *Seyyed Ebrahim Husseini*

Editor in Chief: *Ebrahim Mosazadeh*

Executive Manager: *Amir Hosein Nikpour.*

Translation of Abstracts: *Language Department of IKI.*

Editorial Board:

Seyeed Mohammadreda Emam: *Associate professor Tehran University*

Seyeed Ebrahim Hoseini: *Associate professor, IKI*

Seyeed Mohammad Hoseini: *Associate professor, Terhran University*

Mohammad Hosein Zadeh Yazdi: *Associate professor, IKI*

Mahmud Rajabi: *professor, IKI*

Vali Rostami: *Associate professor Tehran Univesity*

Morteza Ghasemzadeh: *professor Tehran Univesity*

Ebrahim Mosazadeh: *Associate professor, Tehran University*

Seyeed Mahmud Nabaviyan: *Associate professor, IKI*

Address:

IKI

**Jomhori Eslami Blvd
Amin Blvd., Qum, Iran**

Tel: +982532113480

Fax: +982532934483

Box: 37185-186

www.nashriyat.ir & www.iki.ac.ir

<http://nashriyat.ir/SendArticle>
