

گزارش پژوهشی



## شرح مبسوط قانون اساسی

عنوان پژوهش

## شرح اصل هفتاد و یکم قانون اساسی

شماره مسلسل: ۱۳۹۳۰۱۶۳

تاریخ: ۱۳۹۳/۱۰/۱۶



## شناسنامه

عنوان:

شرح مبسوط قانون اساسی  
شرح اصل هفتاد و یکم قانون اساسی

مؤلف: محمد جواهری طهرانی

زیر نظر دکتر عباسعلی کدخدایی

شماره مسلسل: ۱۳۹۳۰۱۶۳

تاریخ انتشار: ۱۳۹۳/۱۰/۱۶

پژوهشکده شورای نگهبان



## فهرست مطالب

چکیده.....	۲
درآمد.....	۳
۱- اصل ۷۱ قانون اساسی به مثابه مستند صلاحیت تخییری مجلس شورای اسلامی در قانون گذاری.....	۴
۲- تحلیل قلمرو صلاحیت قانون گذاری مجلس از حیث مطلق صلاحیت تقنین.....	۷
۳- مفهوم قانون.....	۱۰
۴- اوصاف قانون.....	۱۲
۱-۴. آمرانه بودن.....	۱۲
۲-۴. الزام آور بودن.....	۱۳
۳-۴. عام بودن.....	۱۴
۴-۴. مقدور بودن انجام حکم مصرح در قانون.....	۱۴
۵- واقع گرایی به مثابه هبوط از عرش تا فرش.....	۱۶
۶- تحلیل قلمرو صلاحیت قانون گذاری مجلس از حیث افراد.....	۱۹
برآیند.....	۲۸
منابع و مآخذ.....	۳۰

## چکیده

اصل ۷۱ قانون اساسی به مثابه مستند صلاحیت تخییری مجلس در قانون‌گذاری از جایگاه رفیعی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران برخوردار است. در حقیقت به منظور شناخت صحیح و نظام مند حوزه و قلمرو صلاحیتی مجلس شورای اسلامی در بعد تقنین ناگزیر از واکاوی مفاهیم و دلالت شناسی حکم مندرج در اصل مذکور خواهیم بود. نوشتار حاضر پژوهشی است که با رویکرد تبیینی و با اتکاء بر مفهوم‌پردازی اصطلاحی از واژگان به‌کار گرفته شده در اصل تلاش می‌نماید بر مدار سه معیار آرمان‌گرایی مفهومی، حقیقت‌گرایی رویه‌ای و عقلانیت کارکردی تبیینی شفاف از اصل ۷۱ قانون اساسی ارائه نماید.

## واژگان کلیدی:

قانون، قانون‌گذاری، صلاحیت، اعتبار و تشریح.

## درآمد

اصل ۷۱، اولین اصل از مبحث دوم فصل ششم قانون اساسی در خصوص اختیارات و صلاحیت مجلس شورای اسلامی می باشد. اصل مذکور از جمله اصولی است که در جریان مشروح مذاکرات مجلس خبرگان بررسی نهایی قانون اساسی با کمترین چالش و با ۶۲ رای موافق و ۴ رای ممتنع و بدون هیچ مخالفی به تصویب رسیده است. با این حال لازم به ذکر است به موجب پیش نویس اولیه قانون اساسی مقرر گردیده بود: «مجلس شورای ملی در عموم مسائل و در حدود صلاحیت مقرر در قانون اساسی می تواند قانون وضع کند». اما این متن از سوی گروه مربوطه در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی با دو تغییر جهت تصویب پیشنهاد گردید که این پیشنهاد عیناً تصویب شد. تغییرات مذکور عبارت بودند از حذف «و او» قرار گرفته در بین دو عبارت «در عموم مسائل» و «در حدود صلاحیت مقرر»، و حذف واژه «صلاحیت» از عبارت «در حدود صلاحیت مقرر».

بنابر تصریح این اصل «مجلس شورای اسلامی در عموم مسائل در حدود مقرر در قانون اساسی می تواند قانون وضع کند». لذا شاید بتوان گفت صلاحیت تقنینی ای که برای مجلس شورای اسلامی به موجب حکم مقرر در اصل ۵۸ قانون اساسی<sup>۱</sup> جعل گردیده، در این اصل شمایی شفاف تر یافته و حدود و ثغوری قابل اعتنا برای کیفیت اعمال این صلاحیت مقرر شده است. با این حال طرح چنین ادعایی اگر چه مطلوب و چه بسا معقول به نظر می رسد، لیکن دقت در مفاهیم مندرج در این اصل لازمه اثبات ادعای مذکور و تبیین شفاف کیفیت مقرر برای اعمال صلاحیت تقنینی مجلس شورای اسلامی خواهد بود.

می توان امهات مسائل مربوط به اصل ۷۱ قانون اساسی را در سه محور اصلی مورد تحلیل و ارزیابی قرار داد: اولاً قید «می تواند» مندرج در اصل؛ ثانیاً «قانون» وضع نمودن مجلس؛ و ثالثاً در بر گرفتن «عموم مسائل در حدود مقرر در قانون اساسی» به عنوان قلمرو موضوعی صلاحیت تقنینی مجلس شورای اسلامی. براین اساس در این نوشتار تلاش خواهد گردید در راستای ارائه تبیینی مناسب از اصل ۷۱ قانون اساسی در سه بخش مباحث اصل مذکور واکاوی و تحلیل گردد.

۱. اعمال قوه مقننه از طریق مجلس شورای اسلامی است که از نمایندگان منتخب مردم تشکیل می شود و مصوبات آن پس از طی مراحلی که در اصول بعد می آید برای اجرا به قوه مجریه و قضاییه ابلاغ می گردد.

## ۱- اصل ۷۱ قانون اساسی به مثابه مستند صلاحیت تخییری مجلس شورای اسلامی در قانون گذاری

بنابر اصل صلاحیت، هیچ مقام یا نهادی در حوزه روابط حقوقی و سیاسی واجد اختیارات رها و بی ضابطه نبوده بلکه عملکرد و اختیارات نهادهای عمومی به حدود و ثغور صلاحیت‌های اعطایی به ایشان مقید خواهد بود. (هداوند، ۱۳۸۹، ص ۱۱۰) در بازشناسی اجمالی مفهوم صلاحیت، به نظر می‌رسد در گفتار و بازی زبانی فارسی زبانان، صلاحیت به مثابه دانش واژه‌ای مصطلح در دو حوزه معنایی متفاوت به کار گرفته شده است. در حوزه تکوین و هست‌ها، منظور از صلاحیت را می‌توان به مثابه تخصص<sup>۱</sup> تعبیر نمود لذا صلاحیت در این حوزه معنایی، توانایی و مهارت برای انجام کارآمد و مناسب یک وظیفه یا مطلق هر کاری خواهد بود. اما در حوزه تشریح و بایدها می‌توان دلالت مفهومی صلاحیت را به مثابه جواز یا حق قانونی یا اقتدار حقوقی<sup>۲</sup> در انجام امور دانست. بر این اساس صلاحیت یعنی حق داشتن و مجاز بودن برای اعمال و اقامه یک امر. (<http://ivt-enc.info>: از مفهوم اخیر صلاحیت در ادبیات حقوقی متعارف با استفاده از واژه اختیار افاده می‌گردد. (لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ۱۳۷۵، ش ۳۲۵۸) و فرد یا نهاد واجد صلاحیت، اختیار حقوقی و مشروعی در اتخاذ یک تصمیم یا انجام یک کار خواهد داشت.

بر همین مبنا گفته شده موضوع صلاحیت در علم حقوق در واقع بحث تقسیم کار و تبیین وظیفه است. (علی آبادی، ۱۳۸۳، ص ۵) و صلاحیت تقنینی در حقیقت اختیار و توانایی تثبیت شده حقوقی بر ایجاد هنجارهای قانونی است. (<http://ivt-enc.info>: Torben, The Concept of Legal Competence, in : از مفهوم اختیارات حقوقی و اعتباری است که به موجب قواعد هنجارساز برای انجام اعمال معینی به هر یک از نهاد های عمومی اعطا گردیده است. (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۷، ص ۴۶۱) صلاحیت های مذکور را می‌توان به اعتبار مدخلیت صواب اندیشی و ضرورت انگاری نهادهای صاحب صلاحیت در

1. Proficiency
2. Authorization

اعمال آن، به دو بخش صلاحیت های اختیاری و صلاحیت های تکلیفی طبقه بندی نمود.<sup>۱</sup> صلاحیت اختیاری، عبارت است از حق انتخاب امری برای اقدام از میان گزینه های متعدد موجود، به گونه ای که امکان انجام انتخاب های متعدد و متفاوت وجود داشته باشد. (هداوند، ۱۳۸۹، ص ۴۴) بنابراین عمل و تصمیم اتخاذ شده نباید از بیش و فراتر از اراده اعمال کننده صلاحیت تعیین و تثبیت شده باشد به نحوی که امکان انتخاب و صواب اندیشی اعمال کننده صلاحیت را زایل نماید. (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۷، ص ۴۶۲) بر مبنای تبیین پیش گفته می توان گفت هسته اصلی تعریف مفهوم صلاحیت اختیاری، وجود حدی از آزادی عمل و قدرت تصمیم گیری و صواب اندیشی برای مقام اعمال کننده صلاحیت می باشد تا از این طریق او بتواند با توجه به اقتضائات زمان و مکان و حسب تشخیص ضرورت ها اقدام مناسب را اعمال نماید.<sup>۲</sup> در حقیقت تصمیم و صواب اندیشی مذکور در پرتو اصول و موازینی اتخاذ خواهد شد که الزاماً حقوقی نبوده و چه بسا سنجه هایی سیاسی، مدیریتی و اقتصادی و ... ملاک تصمیم گیری باشد؛ با این حال نکته مهم، همگرایی سنجه های مذکور در راستای تامین منافع و مصالح عمومی خواهد بود. (Ponce Juli, 2005, pp. 551- 553)

در طرف مقابل، آن هنگام صلاحیتی را تکلیفی قلمداد خواهیم نمود که اعمال کننده صلاحیت ابتکار عمل و آزادی ای در احراز ضرورت و کیفیت اعمال صلاحیت خود نداشته باشد. در این موارد از آنجایی که ضوابط و قواعد حاکم بر کیفیت و نحوی اعمال صلاحیت نهادها و مقامات عمومی به نحو دقیق و شفاف روشن گردیده است، صاحبان و اعمال کنندگان صلاحیت تنها مجاز به اتخاذ اقداماتی مطابق با احکام از پیش تعیین شده می باشند. (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۶، ص ۴۶۲)

فرجام سخن اینکه در همه نظام های سیاسی، انجام هر یک از وظایف و شئون حکومتی به واسطه اعطای صلاحیت به یکی از نهادها و شعبات حکومت انجام

۱. لازم به ذکر است که تقسیم بندی رایج ثنائی صلاحیت به تکلیفی و اختیاری از جمله تقسیمات متعارف در حوزه دانش حقوق اداری می باشد لیکن از آنجایی که هدف از تقسیم بندی ها و دسته بندی های علمی بازشناسی بهتر مفاهیم و تحلیل بهتر وضعیت های موجود بر مبنای دیدگاه های مذکور می باشد به نظر می رسد استفاده از تقسیم بندی مذکور در حوزه دانش حقوق اساسی نیز خالی از وجه نباشد.

2. Recommendation of the commission of ministers No. R(80) 2 concerning the Exercise of Discretionary Power by Administrative Authorities<sup>316th Mtg</sup>, 11 March 1980.

می‌پذیرد و بر همین مبنا است که اگر چه صلاحیت تقنین و قاعده سازی حقوقی از جمله صلاحیت‌های ذاتی هر حکومت به‌شمار می‌رود (Raz, 1972, V. XLVI 79, 82) لیکن به‌ناچار و بنابر ضرورت ساختارسازی حکومتی و تقسیم وظایف حاکمیت در بین نهادهای اعمال‌کننده قدرت، معمولاً اعمال این وظیفه که در قالب قوه مقننه تجلی می‌یابد به مجالس قانون‌گذاری واگذار گردیده است.

بنابر این دیدگاه می‌توان ادعا نمود اصل ۵۸ قانون اساسی مبنای جعل اصل صلاحیت تقنینی مجلس شورای اسلامی می‌باشد<sup>۱</sup> و به موازات واگذاری صلاحیت اجرایی به هیأت وزیران و رئیس‌جمهور در اصل شصتم<sup>۲</sup> و اعطای صلاحیت قضایی به محاکم دادگستری در اصل شصت و یکم<sup>۳</sup>، در این اصل تصریح گردیده است «اعمال قوه مقننه از طریق مجلس شورای اسلامی است»؛ لذا استناد به اصل ۵۸ به مثابه مبنای اعطای صلاحیت تقنینی به مجلس شورای اسلامی خالی از وجه نخواهد بود. به علاوه در پرتو مفهوم پردازی ثنایی پیش‌گفته از ماهیت صلاحیت به اعتبار آزادی و ابتکار عمل صاحب صلاحیت در اعمال آن می‌توان صلاحیت تقنینی مجلس را نیز به دو بخش صلاحیت تقنینی تکلیفی و صلاحیت تقنینی تخییری تقسیم بندی نمود.

بر این اساس صلاحیت تقنینی مجلس در خصوص موضوعاتی که متعلق اصولی از قانون اساسی قرار گرفته است که مجلس شورای اسلامی را مکلف به قانون‌گذاری در حوزه ای خاص نموده و یا تصریح داشته است اعمال حکم مذکور منوط به تصویب قانون می‌باشد صلاحیت تکلیفی مجلس در حوزه قانون‌گذاری می‌باشد و در فرض کوتاهی مجلس از تقنین در موضوعات مذکور نوعی استتکاف از انجام

۱. اصل پنجاه و هشتم: اعمال قوه مقننه از طریق مجلس شورای اسلامی است که از نمایندگان منتخب مردم تشکیل می‌شود و مصوبات آن پس از طی مراحلی که در اصول بعد می‌آید برای اجرا به قوه مجریه و قضاییه ابلاغ می‌گردد.

۲. اصل شصتم: اعمال قوه مجریه جز در اموری که در این قانون مستقیماً بر عهده رهبری گذارده شده، از طریق رئیس‌جمهور و وزرا است.

۳. اصل شصت و یکم: اعمال قوه قضاییه به وسیله دادگاه‌های دادگستری است که باید طبق موازین اسلامی تشکیل شود و به حل و فصل دعاوی و حفظ حقوق عمومی و گسترش و اجرای عدالت و اقامه حدود الهی بپردازد.



تکلیف قانونی را مرتکب شده است. از جمله اصول مذکور می توان به اصول هشت<sup>۱</sup>، سیزده<sup>۲</sup>، بیست و دو<sup>۳</sup>، سی و دو<sup>۴</sup> قانون اساسی اشاره نمود.

این در حالی است که در سایر مواردی که قانون اساسی تصریحی به قانون گذاری مجلس در آن خصوص نداشته، مجلس شورای اسلامی می تواند به ابتکار و صلاح دید خود پس از احراز ضرورت قاعده گذاری برای آن موارد به استناد اصل ۷۱ قانون اساسی در پرتو اصول و احکام مندرج در قانون اساسی و شرع اقدام به قانون گذاری در حوزه مذکور نماید. اصل مذکور مقرر می دارد، مجلس شورای اسلامی در عموم مسایل در حدود مقرر در قانون اساسی «می تواند» قانون وضع کند. به نظر می رسد دلالت لفظی واژه «می تواند» به مفهوم صلاحیت نزدیک و چه بسا یکسان می باشد. چه آنکه با توجه به تبیینی که از اصل ۵۸ ارائه گردید می توان مدعی شد اصل ۷۱ مستند اعمال صلاحیت تخییری مجلس شورای اسلامی در حوزه قانون گذاری می باشد. فرجام سخن آنکه می توان گفت صلاحیت تقنینی مندرج در اصل ۷۱ قانون اساسی در ذیل اصل ۵۸ این قانون و به مثابه مستند صلاحیت تخییری مجلس شورای اسلامی قابل تحلیل خواهد بود.

## ۲- تحلیل قلمرو صلاحیت قانون گذاری مجلس از حیث مطلق صلاحیت تقنین

موضوع اصل ۷۱ قانون اساسی قانون گذاری مجلس است، یعنی اینکه مجلس می تواند قانون وضع نماید. حال سوالی که پیش می آید آن است که چرا بنابر تصریح مندرج در اصل گفته شده مجلس می تواند «قانون» وضع نماید در حالی که می توانست

۱. در جمهوری اسلامی ایران دعوت به خیر، امر به معروف و نهی از منکر وظیفه ای است همگانی و متقابل بر عهده مردم نسبت به یکدیگر، دولت نسبت به مردم و مردم نسبت به دولت، شرایط و حدود و کیفیت آن را قانون معین می کند. «وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ

۲. ایرانیان زرتشتی، کلیمی و مسیحی تنها اقلیت های دینی شناخته می شوند که در حدود قانون در انجام مراسم دینی خود آزادند و در احوال شخصیه و تعلیمات دینی بر طبق آیین خود عمل می کنند.

۳. حیثیت، جان، مال، حقوق، مسکن و شغل اشخاص از تعرض مصون است مگر در مواردی که قانون تجویز کند.

۴. هیچکس را نمی توان دستگیر کرد مگر به حکم و ترتیبی که قانون معین می کند. در صورت بازداشت، موضوع اتهام باید با ذکر دلایل بلافاصله کتباً به متهم ابلاغ و تفهیم شود و حداکثر ظرف مدت بیست و چهار ساعت پرونده مقدماتی به مراجع صالحه قضایی ارسال و مقدمات محاکمه، در اسرع وقت فراهم گردد. متخلف از این اصل طبق قانون مجازات می شود.

اینطور گفته شود که «مجلس می تواند مصوبه داشته باشد» یا «امری را تصویب نماید» آیا تصریح به قانون وضع نمودن، به نوعی ارائه تعریف ماهوی از صلاحیت اعمال شده توسط مجلس می باشد؟ یا آنکه تصریح به عبارت «قانون وضع نماید» بر جعل ماهیت قانونی برای مصوبه مجلس دلالت دارد؟ بنابر فرض اول متعلق صلاحیت تقنینی موضوع اصل تنها اعتبار و جعل آن بخش از احکامی خواهد بود که در برداشت ماهوی و پیشینی حقوقدانان قانون خوانده می شود، حال آنکه بنابر فرض دوم هر گونه مصوبه ای که مجلس شورای اسلامی اعتبار نماید قانون دانسته خواهد شد.

به علاوه در ایضاح ضرورت موشکافی پیش گفته، باید توجه داشت امروزه از اصلی ترین موضوعات در پژوهش‌های حقوقی تعریف و بازشناسی مفهوم قانون و برشمردن اوصاف آن می باشد. چه آنکه از یک سو ممکن است گفته شود مفهوم قانون و قانون‌گذاری فاقد یک معنای مستقل و قائم به ذات است و بر این اساس قانون به مثابه تجلی اراده قدرت سیاسی از طریق مجلس قانون‌گذاری و هرگونه تصمیم پارلمان دانسته خواهد شد. البته به نظر می رسد این ادعا مستلزم یک دور مفهومی خواهد بود؛ چرا که صاحب نظران در تعریف قوه مقننه به مثابه قانون‌گذار و تعیین قلمرو صلاحیتی آن، معتقدند مقنن رکنی از ارکان حکومت است که قانون وضع می نماید و صلاحیت اصلی این نهاد به مثابه یک اصل تصویب و وضع قانون می باشد.<sup>۱</sup> این در حالی است که ایشان در تعریف قانون نیز مدعی‌اند که هرآنچه قانون‌گذار در حیطه بایدها و نبایدهای اجتماعی وضع نماید قانون نامیده می شود.<sup>۲</sup>

۱. در این منظومه فکری مجالس نمایندگی به مثابه ارکان تقنینی نظام‌های حکومتی علی‌الاصول کارویژه ذاتی خود را قانون‌گذاری می‌دانند البته ممکن است افزون بر شان قانون‌گذاری یکسری صلاحیت‌های نظارتی نیز به این نهاد واگذار گردد. با این حال اگر بخواهیم منصرف از این دیدگاه کارویژه اصلی مجالس نمایندگی را واکاوی نماییم با دو نظریه دیگر مواجه خواهیم بود ۱. کارویژه اصلی مجالس مذکور با توجه به تجربیات تاریخی، نظارت بوده و اگر به نحو تبعی قانون‌گذاری نیز می‌گردد صرفاً در مقام اعمال نظارت پیشینی نسبت به اعمال حاکمان در قوای مجریه و قضائیه می‌باشد. ۲. اصولاً کارویژه مجالس مذکور دوگانه است و با توجه به اینکه اصل بر عدم صلاحیت ذاتی مقامات و نهادهای عمومی در اعمال حکومت می‌باشد مگر بنابر تصریح قانونی، مجالس مذکور نیز صلاحیت قانون‌گذاری و نظارت را مستقلاً از تصریح نصوص قانون اساسی اخذ نموده‌اند. (کدخدایی، ۱۳۸۸-۱۳۸۹، تقریرات درس حقوق اساسی تطبیقی)

۲. البته گاه قائلین به این دیدگاه در تعابیری افراط‌گرایانه عنوان قانون را نه فقط شایسته مصوبات

به عقیده صاحبان این اندیشه هر مصوبه ای به شرط تصویب در فرآیند تشریفاتی مجالس قانون‌گذاری، قانون تلقی می‌گردد. و منظور از قانون، آن امری خواهد بود که در برابر عرف و عادت بیه کار می‌رود. (لنگرودی، ۱۳۸۴، ص ۹۵) خواستگاه اندیشه مذکور را باید در نظام حقوقی فرانسه و به تبع آن افکار پرورش یافته در زیست بوم فرانسوی حقوق در سرتاسر جهان جستجو نمود. خالی از حقیقت نخواهد بود اگر گفته شود به عقیده این گروه از حقوقدانان، قانون به‌عنوان عمل پارلمان، بیانگر اراده عمومی است، قانون سازنده قاعده برتر است، قاعده برتری که همه قواعد دیگر باید از آن تبعیت کنند. به همین دلیل، انجام هر کاری از لحاظ حقوقی با توسل به قانون، و تصویب هر مصوبه ای به نام قانون امکان‌پذیر به نظر می‌رسد.

اگرچه تبیین خام دیدگاه پیش گفته بسیار تامل برانگیز می‌نماید، اما در توجیه و تحکیم این نظر می‌توانیم به برخی مبانی معرفت‌شناختی و فلسفی در عالم حقوق تمسک نماییم؛ چه آنکه گفته شده «مفهوم قانون و قانون‌گذاری، یک مفهوم تفسیربردار است و هر کس که بخواهد در مورد آن‌ها سخن بگوید در حقیقت تفسیر و معنایی خاص از قانون و قانون‌گذاری را پیش می‌نهد. تفسیر و معنای یاد شده برآمده از نظریه‌های مبانی در باب «هستی»، «معرفت» و «ارزش» است که در ذهن مفسر و معناکننده شکل و جای گرفته‌اند. به علاوه، پیداست که نظریه‌های مبانی مذکور یکدست نبوده و دربرگیرنده انواع و صنوف متنوع و رقیب است. با این وصف، مفهوم قانون یک مفهوم «نظری» و به همین دلیل «اختلافی» است.» (راسخ، ۱۳۸۴، ص ۱۱) بنابراین بهتر آن است که بی‌جهت سختی جان کاه تعریف قانون را بر خود هموار ننموده و به آسانی قانون را از حیث ماهیت غیر قابل تعریف قلمداد نماییم.

در طرف مقابل به نظر می‌رسد چندان با اذهان ما بیگانه نباشد اگر ادعا نماییم که اولاً قانون مفهومی دارای تعریف مستقل و قائم به ماهیت امر تقنینی می‌باشد و از این حیث تعیین قلمرو صلاحیت تقنینی قانون‌گذاران در هر نظام حقوقی متوقف بر فهم این ماهیت و تحصیل تعریف مذکور خواهد بود. ثانیاً از آنجاکه مسئله سوء استفاده

→

مجلس در حیطه بایدهای رفتارهای عمومی بلکه قابل اتصاف به کلیه مصوبات مجلس حتی در مواردی چون اعلام پذیرش یک وضعیت حقوقی مثل وقف دانشگاه آزاد یا حتی بی‌گناه یا گناهکار دانستن افراد متهم به ارتکاب جرایم عمومی مثل برخی مصوبات مجلس مشروطه دانسته‌اند.

قانون‌گذاران از صلاحیت تقنینی خود دغدغه محتمل و البته همیشگی صاحب نظران بوده است، می‌توانیم از طریق ارائه تعریف مفهومی قانون و تعیین اوصاف آن، نهادهای قانون‌گذار را از آن جهت که قانون‌گذاری می‌نمایند از تصویب هر امری منع نموده و به رعایت برخی الزامات ماهیتی در خصوص کیفیت اعمال صلاحیت تقنینی محدود و مقید نماییم.

بدیهی است دست یافتن به یک تعریف ماهوی از قانون و پذیرش آن توسط کارگزاران بخش‌های مختلف حکومت و مردم می‌تواند به طور چشم‌گیری به تبیین بایسته‌های حکمی صلاحیت تقنینی مجلس شورای اسلامی و دیگر نهادهای قاعده‌گذار در حکومت کمک نماید. امری که اولاً در رفع اختلافات در حوزه صلاحیت کارگزاران حکومت و ثانیاً در نفی سوء استفاده از اقتدار قانون‌گذاری حکومت بر علیه شهروندان موثر خواهد بود. در ادامه تلاش خواهد شد که دیدگاه مذکور به نحو مبسوط و موشکافانه‌ای تبیین گردد.

### ۳- مفهوم قانون

اصل، رسم، شکل، قاعده، طریقه، ترتیب، نظم، دستور، منوال، طرز، کانون، روش، آئین، آداب و شریعت از جمله معانی متعددی است که در کتب لغت فارسی بر مدلول لغوی قانون اقامه گردیده است (نفیسی، ۱۳۴۳، ج ۴؛ و معین، ۱۳۶۲، ج ۲، ذیل واژه قانون) در حالی که این واژه در فارسی امروز از الفاظ به عاریه گرفته شده از زبان عربی قلمداد می‌گردد، اما گروهی از نویسندگان آن را عربی الاصل ندانسته و از واژه‌های دخیل در لسان عربی می‌دانند که از واژه لاتین *kanon* - یعنی خط کش - مأخوذ است. (محمصانی، ۱۳۸۶، صفحه ۱۴-۱۲) تشابه آوایی بین لفظ «قانون» و «kanon» و نزدیک بودن معنای این دو، احتمال معرب شدن این کلمه را تقویت می‌نماید، اما گروه دیگری از نویسندگان ضمن پذیرش معرب بودن این واژه ماخذ آن را زبان‌های رومی، سریانی و یا عبری دانسته‌اند. اما نکته شایسته توجه آن است که برخی از لغویون اینکه این واژه از زبان فارسی به زبان عربی وارد شده باشد را محتمل دانسته‌اند. (زیبیدی، ۱۳۸۶، ج ۹، ص ۳۱۵)

در تعریف اصطلاحی قانون نیز می‌توان مدعی گردید ماخوذ بودن محتوای قانون از قواعد حقوقی فصل مشترک تعاریف اصطلاحی قانون در میان صاحب نظران می

باشد و صراحتاً یا تلویحاً هسته اصلی تعاریف ارائه شده از مفهوم قانون قرار گرفته است. البته در ادبیات امروز دانش حقوق، قانون دارای دو معنای عام و خاص می باشد در معنای عام کلمه، قانون به قواعدی گفته می شود که شیوه رفتار انسان را در زندگی اجتماعی تعریف می کند و مفاد آن به طور تلویحی یا تصریحی این است که انسان در زندگی فردی و اجتماعی باید چنین کند و چنان نکند. و یا حقی را برای مردم تعیین می کند که البته لازمه آن تصریح به بایدها و نبایدها است و دیگران می بایست این حق را برای دیگران رعایت کرده و تجاوزی به این حقوق ننمایند. (مصباح یزدی، ۱۳۶۹، ص ۲۵) اما آنچه به مثابه شرط اخیر اعتبار یک قانون را تکمیل می نماید ضمانت اجرای آن است. (لنگرودی، ۱۳۸۴، ص ۹۴)

بنابراین می توان گفت قانون قاعده ای است برای عمل که به نحو قاهرانه و با پشتیبانی اقتدار سیاسی به اجرا در می آید.<sup>۱</sup> به عبارت دیگر، فرق قانون با دیگر هنجارهای رفتاری در این است که عدم پیروی از آن عکس العمل دستگاه حکومتی را به دنبال می آورد<sup>۲</sup> و حکومت اجرای قاعده حقوقی را تضمین می نماید. (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج. ۱، صص ۴۲۱-۴۲۰) ضرورت وجود ضمانت اجرا برای یک قانون به آن حد است که قائلین به حقوق طبیعی نیز به نحوی سعی در توجیه وجود ضمانت اجراهای طبیعی برای قوانین طبیعی داشته اند. (Aquinas, 1948, Art. 1 & Finnis, 1998, p. 256)

اما در خصوص معنای خاص قانون در ادبیات حقوقی و سیاسی امروز، باید گفت در حقیقت همان قانون در معنای عام است که مرجع صالح در تشریح و وضع آن

۱. جهت ملاحظه تعاریف مشابه نویسندگان مراجعه کنید:

Austin, J., 'The Province of Jurisprudence Determined', ed. by H.L.A. Hart, George Weidenfeld & Nixolson Ltd, 1954, pp. 9-15.

Kelsen, H., "The Function of a Constitution", Trans. By I. Stewart, in Essays on Kelsen, ed. By R. Tur and W. Twining, Oxford, Clarendon Press, 1986, pp. 111-19.

Raz, J., 'The Concept of a Legal System', Oxford: OUP, 1978, p. 3.

۲. ایمانوئل کانت در تفکیک قانون در معنای حقوقی آن از معنای اخلاقی آن مدعی شده است. معیار تفکیک میان این دو قانون، محرک و مشوق اطاعت از قانون است. اگر محرک و انگیزه اطاعت از یک امر یا دستور خود عمل امر شده باشد قانون را اخلاقی می نامیم، ولی اگر انگیزه اطاعت از فعل امر شده، محرک دیگری غیر از خود فعل مزبور باشد (مثل ترس از ضمانت اجرای مقرر) قانون را حقوقی می دانیم. (اسکروتین، ۱۳۷۵، ص ۱۷۱)

مجالس یا پارلمان‌های قانون‌گذاری قلمداد گردیده است، بنابراین قانون حکمی عام است که به وسیله مجلس مقننه یا مجلس موسسان وضع می‌شود. (طباطبایی مومنی، ۱۳۷۵، ص ۲۳۱) و تصویب‌نامه و نظامنامه وزارتی که توسط قوه مجریه مقرر می‌شود به این معنی قانون نمی‌باشد. (لنگرودی، ۱۳۸۴، ص ۹۵)

#### ۴- اوصاف قانون

بنابر مراتب فوق و باتوجه به قائل شدن به یک تعریف مستقل و کارکرد مشخص برای قانون، می‌توان اوصاف بخصوصی را برای گزاره‌هایی که قانون شناخته می‌شوند شناسایی نمود. در حقیقت در مقام مصداق یابی و تمیز یک گزاره قانونی از دیگر گزاره‌هایی که ممکن است به عنوان مصوبه مجلس شورای اسلامی شناخته شوند توجه به اوصاف آتی ضروری می‌نماید.

#### ۴-۱. آمرانه بودن

ماهیت قانون، امری اعتباری و باید انگار است؛ در حقیقت قانون به توصیف وضع موجود نمی‌پردازد، بلکه مجموعه‌ای از بایدها یا نبایدهای حقوقی است که در جهت تأمین غایات مطلوب و اعمال به کارکردهای حکومت توسط نهاد یا مقام برتر تشریح می‌گردد. (Raz, 1977, pp. 198- 200) به همین استدلال گفته شده «فرد یا مقام قانون‌گذار خواسته خود را شخصاً با اراده منتهی به تکاپوی جسمانی خویش انجام نمی‌دهد، بلکه مطلوب خود را در فرم جملات قانونی که به آن طلب انشائی گویند، به خواسته و اراده دیگران تحمیل کرده و از آنان می‌خواهد که عمل مطلوب او را از روی اراده و اختیار خود اجراء کنند». (حائری یزدی، ۱۹۹۵م، صص ۱۳۰- ۱۲۹)

به دیگر سخن، قواعد حقوقی گزاره‌های «باید - انگار» اند که گوهر آن‌ها از بایدها یا نبایدهایی برای راهنمایی و هدایت اعمال و رفتار انسان، تشکیل می‌شود (راسخ، ۱۳۸۴، ص ۳۲) وجود این وصف در مفهوم شناسی نهاد قانون آن چنان حائز اهمیت به نظر می‌رسد که صرف نظر از مبانی فکری و فلسفی مختلف حاکم بر نگرش صاحب نظران نسبت به ماهیت و منشا قانون، در اصل ضرورت وصف باید انگار قانون و گزاره‌های حقوقی، قریب به اتفاق صاحب نظران حتی قائلان به حقوق طبیعی اتفاق نظر دارند (مونتسکیو، ۱۳۷۰، ص ۷۶۳. هابز، ۱۳۸۱، ص ۲۵۴)

## ۴-۲. الزام آور بودن

منظور از الزام آور بودن قانون آن است که تابعان خود را مکلف به تبعیت از قانون بدانند. در حقیقت الزام مذکور حالت یا وصفی است که بر نفس تابعان عارض و مسلط گردیده است و ایشان را به سر سپردن در عمل به قوانین وادار می‌نماید. اما در خصوص منشا این الزام دو دیدگاه مختلف وجود دارد:

الف) قائلین به حقیقت ذاتی برای قانون از حیث مطابقت با حقایق نفس الامری معتقدند الزام آور بودن قوانین وصفی است که ریشه در ذات و ماهیت قوانین دارد؛ در حقیقت ایشان با ضروری دانستن مطابقت قوانین بشری با سنن و نوامیس هستی که همان قواعد تکوینی عالم می‌باشند، برای اجرا و سرپیچی از قوانین آثار وضعی قائل گردیده‌اند. در هندسه اندیشه ایشان هم آوایی محتوای قانون با حقایق تکوینی به تنهایی برای الزام تابعان به اطاعت از قانون کفایت می‌نماید و ضمانت اجراهای وضعی نیز تضمین تکوینی تن دادن به این هنجارهای حقوقی خواهد بود. هر چند که انضمام تکمیلی ضمانت اجراهای مادی و حکومتی مغایرتی با این قاعده ندارد. (رک. کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۱، صص ۵۴۲-۵۱۶. مونتسکیو، ۱۳۷۰، ص ۷۶۳)

ب) گروه دیگری از صاحبان اندیشه که مبانی حقوقی خود را بر پایه‌های تفکرات اثبات گرایانه بنیان نهاده‌اند معتقدند آنچه اراده برتر مقنن را بر اراده تابعان غالب می‌نماید اقتدار و اتوریته حکومت و صلاحیت رکن تقنینی آن است که این اقتدار به وجود ضمانت اجراهای مادی و قانونی تضمین گردیده است و باعث می‌شود تابعان حتی بر خلاف میل باطنی خود ناچار از گردن نهادن به قوانین گردند (Kelsen, 1970, pp. 4-8) برخی از قائلین به این نگرش تاجایی پیش رفته‌اند که ماهیت اصیل حالت نفسانی الزام را، ترس تابعان از برخورد قهری حکومت قلمداد نموده‌اند.<sup>۱</sup>

۱. ایشان در توصیف چگونگی شکل‌گیری ضرورت تبعیت از قوانین جمعی در جوامع ابتدایی معتقدند قبایل بدوی چندان هم خالی از قواعدی برای اداره امور خود نبودند. اما این قواعد بیش‌تر از آنچه بتوان در نظر آورد، ساده و ابتدایی بود. منشأ این قواعد فرمان رییس قبیله (خداوندگار اجتماع و منابع آن) به شمار می‌رفت و تنها ضمانت اجرای آن عنصر ترس بود؛ بدین معنی که اعضای قبیله تنها به علت ترس از کشته شدن یا اخراج از قبیله بر اجرای این قواعد گردن می‌نهادند. لکن با گذشت زمان، این ترس در بشر درونی شد و «لزوم اطاعت از فرمان رییس» به مثابه قانونی ابتدایی برای قبیله به شمار آمد. (عالی پناه، ۱۳۸۶، ص ۱۳)

### ۴-۳. عام بودن

عام بودن قانون از یک سو به این معناست که قانون بر یک نوع عام رفتاری دلالت کند و از سوی دیگر، به مفهوم شمول قانون بر یک طبقه عام از مردم (تابعان) می باشد. (طباطبایی مومنی، ۱۳۷۵، ص ۲۳۱) بنابراین تعریف نمی توان گزاره های باید انگاری که متعلق حکم آنها موضوعات خاص و جزئی است را در معنای علمی و اصطلاحی قانون دانست.

بر این اساس صاحب نظران را عقیده بر آن است که تاکید بر ضرورت عام الشمول بودن گزاره اعتباری پذیرفته شده به عنوان قانون، لازمه عادلانه اعمال گشتن اقتدارات عمومی حکومت بوده و به تبع آن تامین بدون تبعیض غایات مطلوب در اندیشه تشکیل حکومت و اعتبار قانون را در پی خواهد داشت.<sup>۱</sup> بنابراین بایسته است قانون بدون پیش داوری، بر عموم افراد تحت شمول خود اعمال شود و حتی خود قانون گذار نیز در شمول اجرایی قانون مصوب خود قرار گیرد. (Hart, 1961, p. 202; and Finnis, 1980, pp. 255- 58)

### ۴-۴. مقدور بودن انجام حکم مصرح در قانون

نباید فراموش نمود هدف از قانون را هرچه بدانیم تنها در صورتی این هدف محقق می گردد که گزاره قانونی بتواند در مقام هدایت تابعان، اراده ایشان را در انجام امور اجتماعی ضابطه مند و مطابق با تامین غایت مطلوب حکومت قرار دهد؛ درحالی که تعیین الزامات رفتاری نسبت به اعمالی که از حیثه اراده فعلی افراد خارج است را نمی توان واجد وصف هدایت گر بودن دانست. (Raz, 1977, pp. 198- 202)

بنابراین ضروری خواهد بود متعلق حکم مصرح در گزاره های قانونی از جمله

۱. جهت ملاحظه دیدگاه مشابه رجوع کنید:

هایک، فردریش فون، «آزادی اقتصادی و حکومت انتخابی»، در: هایک، فردریش فون، در سنگر آزادی، ترجمه عزت ا. فولادوند، تهران، لوح فکر، ۱۳۸۲، ص ۹۴.

روسو، ژان ژاک؛ قرارداد اجتماعی، ترجمه مرتضی کلانتریان، تهران، نشر آگاه، ۱۳۸۰، صص ۱۹۲-۱۹۱.

- Mcleod, I., Legal Theory, London, MacMillan, 1999, pp. 84- 89.

- Roth, M.T., Law Collections from Mesopotamia and Asia Minor, Atlanta, Scholars Press, 1997, pp. 6- 7

- Stewart Cameron, The Rule of Law & The Tinkerbell Effect : Theoretical Considerations, Criticisms & Justifications for The Rule of Law, Macquarie Law Journal Vol 4(2004), p. 135.



اموری باشد که اولاً بتواند موضوع اراده افراد قرار بگیرد و ثانیاً آنچه به موجب قانون از تابعین خواسته می شود توسط ایشان قابلیت انجام را داشته باشد. (McLeod, 1999, pp. 84-89) برای تامین این مطلوب نیز لازم است به ماهیت حکم محل اعتبار و میزان توانایی تابعان در هنگام وضع قانون توجه گردد، در غیر این صورت قانون تشریح شده مصداق بارز تکلیف مالایطاق خواهد بود و اجبار تابعان به انجام آن مذموم و عبث تلقی خواهد گردید.

همچنین است ضرورت عطف بماسبق نشدن قوانین، چرا که عقل اقتضاء می نماید گزاره های امری قانون انگاشته شده در خصوص افعال آینده تابعان، جعل و تشریح گردند؛ چراکه افعال گذشته تابعان نمی تواند متعلق اعمال اراده ایشان واقع شود (Hayek, 1993, p. 208) الزامی که موضوع حکم آن، انجام فعل یا افعالی در گذشته باشد الزام به انجام امری است که امکان تعلق یافتن اراده تابعان به انجام آن وجود نخواهد داشت.<sup>۱</sup>

ضرورت واضح بودن مفاد یک قانون را نیز بر همین مبنا می توان توجیه نمود. از

۱. البته نباید از نظر دور داشت که آنچه بعضاً در عالم واقع با عنوان عطف بماسبق شدن قانون مشاهده می شود از دو صورت خارج نیست یا اینکه قانون مذکور نه یک قانون ماهوی بلکه یک قانون شکلی باشد، برای مثال قانون مجازات اسلامی یک قانون ماهوی است ولی قانون آیین دادرسی کیفری یک قانون شکلی می باشد. در خصوص قوانین ماهوی قطعاً عطف بماسبق شدن قانون ممنوع است چراکه این قوانین موجد حق و تکلیف افراد بوده و توضیح این استدلال در متن مقاله ارائه گردیده است. اما به نظر می رسد عطف بما سبق شدن در خصوص قوانین شکلی بلاشکال و در بسیاری از موارد حتی الزامی است؛ زیرا که این قوانین تعیین کننده شرایط و کیفیت اعمال یا اجرای حقوق ماهوی می باشد و از آنجایی که اصلاح قانون شکلی به معنای اصلاح مکانیزم اجرایی اعمال حقوق ماهوی با هدف بهبود آن است شایسته است در رسیدگی به امور گذشته نیز این اصلاح تسری یابد. به علاوه چنانچه در قوانین شکلی نیز عطف بماسبق شدن قانون به ضرر تابعان قانون باشد این کار صحیح نیست هر چند که گاه از جهت اضطرار و ناچارگی انجام پذیرد.

دومین حالت متصور برای تجاوز از قاعده منع عطف بماسبق شدن قانون، موردی است که به طور استثنایی در حوزه قوانین ماهوی با توجهات متعددی از جمله ضرورت یا قابل سرزنش بودن فعل سابق انجام گرفته است؛ همچنان که عملکرد متهمان دادگاه نورنبرگ که بعضاً از سران و مقامات آلمان نازی بودند توسط متفقین جرم انگاری شده و برای ایشان مجازات هایی از جمله اعدام و حبس های طولانی مدت تعیین گردید. اگرچه بعضاً هستند صاحب نظرانی که سعی در توجیه این گونه عطف بماسبق شدن ها دارند ولی به نظر می رسد پذیرش این گونه استثنائات جای تامل و مذاقه بسیاری داشته باشد.

آنجا که هدف از تصویب قوانین هدایت رفتارهای اجتماعی و تعیین موازین برای تمشیت امور اجتماعی است، بنابراین منطقی خواهد بود که انتظار برود قانون‌گذار اراده خود را در قالب عبارات و جملات صریح و به دور از هر گونه ابهام بیان نماید. باید معلوم باشد که قانون به طور مشخص راجع به چیست و چه اموری را می‌خواهد تمشیت نماید (Finnis, 1980, pp. 276- 80) قانون مبهم و ابهام دار، موجب سردرگمی تابعان قانون خواهد شد. (Raz, 1977, 198- 202)

می‌توان گفت هر چه عبارات قانون معین‌تر باشد محتوای آن اجرا شدنی‌تر خواهد بود؛ چرا که مراد قانون‌گذار را بهتر روشن می‌سازد. (هابز، ۱۳۷۱، ص ۳۱۰) در غیر این صورت شهروندان و مجریان به مثابه مخاطبان قانون‌گذار هیچ گاه امکان فهم تکلیف یا تکالیف خواسته شده از ایشان را نداشته و لاجرم امکان عملی اطاعت از قانون‌گذار مفقود خواهد بود. به علاوه شفافیت مفاد یک قانون به فهم بهتر تابعان از تکالیف در نظر گرفته شده منجر می‌گردد که در نهایت امکان پیش بینی پذیر ساختن فرآیند تعامل میان شهروندان و شهروندان را به مثابه یک غایت مطلوب فراهم خواهد نمود. (همایون کاتوزیان، ۱۳۷۷، ص ۱۰۱)

## ۵- واقع‌گرایی به مثابه هبوط از عرش تا فرش

دیدگاه پیش گفته تصویر مطلوبی از هنجارگرایی رفتاری در سیره حکمرانان را در ذهن ترسیم می‌نماید که بی‌گمان می‌تواند به مثابه دربی از درب های آرمان شهر قصه های فلاسفه ایده آل گرا، مبنای مشی تقنینی حکومت‌ها در جوامع امروز بشری قرار گیرد. اما واقعیت های زندگی ما همیشه مطابق با ارزش‌ها و آرزوهای خواستنی ما رقم نمی‌خورد؛ چه آنکه اندکی تامل در رویه قانون‌گذاری مجالس مقننه در کشور ما این واقع‌گرایی تلخ را به مثابه یک ضرورت تحلیلی گریزناپذیر ظاهر می‌نماید. حقیقت آن است که نباید خود را فریب دهیم، بلکه باید صادقانه بپذیریم در رویه عملی مجالس قانون‌گذاری در ایران چه در زمان فعالیت مجلس شورای ملی و چه مجلس شورای اسلامی این مبنا چندان مورد پذیرش و توجه نبوده است. این واقعیت آن هنگام برجسته تر می‌گردد که علی‌رغم فحوص و تدقیق فراوان، کمتر می‌توان در تمامی این سال‌ها مواردی از ایراد شورای نگهبان به مثابه نهاد ناظر بر اعمال صلاحیت تقنینی مجلس شورای اسلامی بر

مبنای ملاک قرار دادن یک تعریف مستقل از مفهوم قانون را ملاحظه نمود.<sup>۱</sup>

با این حال اگرچه فضای ذهنی قانون‌گذاران و ناظران بر امر تقنین چندان با این نگرش آرمان‌گرایانه همسو نیست و حتی اگر برخی این دیدگاه را مطلوب بدانند تصریح خواهند نمود که امکان پذیرش آن بنا بر ظرفیت سیاسی و درک سیاست‌مداران مفقود می‌باشد، ولی این به معنای آن نیست که باید ناامیدانه صرفاً تماشاگر خودکامگی قانون‌گذاران و سقوط شانیت تقنین به مثابه بنیانی فخیم در فرآیند حکمرانی باشیم. حقیقت آن است که علیرغم رویه نادرست شکل گرفته در مشی تقنینی مجالس و نگرش نظارتی شورای نگهبان، پذیرش برخی الزامات اولیه به مثابه حداقلی از عقلانیت و درک از مفهوم امر حکمرانی گریز ناپذیر می‌نماید.

به راستی کدامین عقل سلیم بیان یکسری آرزوهای دلنشین در سیاق مصوبات مجلس را قانون می‌داند؟ یا آنکه اگر تمامی نمایندگان مجلس به واسطه اجماع خود توصیفات هنرمندانه از طبیعت را تصویب نمایند می‌توانیم با کمال سرافرازی آن را قانون بخوانیم؟ همچنین است اگر مجلس قانون‌گذار مجموعه‌ای از توصیه‌های اخلاقی چون تقبیح کبر و غرور را بدون بر شمردن ضمانت اجرا برای تخلف از این ارشادات در سلک مصوبات خود درآورد. براین اساس می‌توان ادعا نمود مواردی مثل آمرانه بودن و الزام‌آور بودن مصوبات مجلس، شرط حداقلی شناسایی یک مصوبه به مثابه قانون می‌باشد. (اصلائی، محدوده قلمرو قانون‌گذاری، ۱۱/۳/۸۹)

به علاوه به نظر می‌رسد وصف دیگر تصریح شده در دیدگاه اخیر یعنی عام بودن مصوبات قانونی را می‌توان به عنوان فصل ممیزه مفهوم تقنین از مفاهیم مشابه چون اجرا و قضاء در ذیل اصولی چون اصل ۵۷، ۵۸، ۶۰ و ۶۱ قانون اساسی تحلیل و حسب مورد به پذیرش یا رد آن از حیث تفکیک مفهومی نهاد تقنین از اجرا و قضا حکم نمود.

فرجام سخن اینکه اوصاف آمرانه بودن مفاد، الزام‌آور بودن حکم و عام بودن

۱. البته گاه ملاحظه شده است که شورای نگهبان مصوبه مجلس را از حیث آنکه ماهیت تقنینی نداشته بلکه امور اجرایی یا قضایی را مورد حکم قرار داده بوده است مغایر اصل ۶۰ شناخته است؛ برای مثال شورای نگهبان به موجب نظر شماره ۸۵/۳۰/۱۸۸۰۸ مورخ ۱۳۸۵/۱۰/۷ مصوبه مجلس در خصوص بازگشت ساعت کار بانک به وضع سابق را مغایر اصل ۶۰ دانسته است. همچنین این شورا به موجب نظر شماره ۸۴/۳۰/۱۲۶۵۹ مورخ ۱۳۸۴/۴/۱۵ خود مصوبه مجلس در خصوص ساماندهی مبادلات مرزی را خلاف اصل ۶۰ اعلام نموده است.

متعلق مصوبه قانون‌گذار، از مقومات ذاتی مفهوم قانون به حساب می‌آید که در صورت نقض هر یک از آنها توسط مجلس در فرآیند وضع مصوبه می‌توان حکم به خروج از صلاحیت تقنینی مجلس نمود. در حقیقت گزاره‌های غیرآمرانه در صورتی که حتی نوعی ترجیح و هدایت درخصوص انجام فعل یا ترک فعلی را دلالت نمایند در نهایت می‌توانند نوعی ارشاد، دعوت و توصیه به حساب آیند. به علاوه در صورتی که گزاره‌های مصوب علیرغم داشتن سیاق آمرانه از وجه الزام حقوقی برخوردار نباشند تا برای تابعان متخلف حقوقی مسئولیت حقوقی به وجود آورند، در نهایت امر و نهی اخلاقی (در معنای خاص کلمه) و نه قانونی خواهند بود. اما اگر قانون‌گذار حکم خاص و جزئی را متعلق مصوبه خود قرار دهد نه یک عمل تقنینی بلکه به حسب امر یک عمل اجرایی یا قضایی را تحقق بخشیده است.

اما در خصوص شرط دیگر برشمرده شده در این نوشتار یعنی قابل انجام بودن قانون، رعایت انصاف و تعهد این قلم به بیان آنچه به اقتناع پذیرفته است اقتضا دارد تصریح گردد معیار قابل انجام بودن متعلق حکم مورد تصریح در یک مصوبه و همچنین عطف بما سبق نشدن یا ابهام نداشتن آن اگرچه مطلوب و خواستنی است، لیکن ارتباطی به ماهیت امر تقنین و ذات مفهومی قانون ندارد. در تمامی این موارد پس از تصویب قانون غیر قابل انجام یا معطوف به افعال گذشته و یا مبهم، به هر حال حکم و الزامی ایجاد شده است، لیکن به جهت آنکه تابعین امکان فهم یا تبعیت از آن را ندارند لاجرم ایشان را بدون آن که قصدی بر نقض قانون داشته باشند در مظان مجازات قرار می‌دهد، امری که قطعاً ظالمانه و بر خلاف موازین شریعت اسلامی است. لیکن در نهایت می‌توان گفت «قانونی ظالمانه یا قانونی غیر قابل تبعیت تصویب گردیده است» چه آنکه از قاعده قبح حکم بما لایطاق، زوال اعتبار و وصف عنوانی حکم بودن دستور فراتر از توان مخاطب حکم استفاده نمی‌شود؛ همچنان که حکم بما لایطاق نه عقلاً و نه وقوعاً محال نیست (شرح المقاصد، ۱۳۷۲، ج ۴، ص ۲۹۶) بلکه تنها قبیح و حرام بودن چنین امری مد نظر می‌باشد. البته این به معنی آن نیست که اگر مجلس قانونی مبهم یا غیر قابل اجرا و یا معطوف به افعال گذشته افراد تصویب نمود شورای نگهبان نمی‌تواند نسبت به آن اقدامی داشته باشد، بلکه این شورا می‌تواند با تمسک به موازین شرعی و استفاده از ظرفیت ابهام‌گیری در خصوص مصوبات، مجلس شورای اسلامی را در مسیر اصلاح مصوبه مذکور قرار دهد ولی در هر صورت مصوبات واجد این بخش از ایرادات را نمی‌تواند به استناد قانون نبودن مصوبه مورد ایراد قرار دهد.

## ۶- تحلیل قلمرو و صلاحیت قانون گذاری مجلس از حیث افراد

محور دیگری که در تبیین سازوکار اعمال صلاحیت قانون گذاری مجلس شورای اسلامی موثر خواهد بود بازشناسی قلمرو تعیین شده در قانون اساسی به مثابه محدوده‌ی مجاز قانون گذاری مجلس می باشد. چه آنکه ممکن است بسیاری از امور، ماهیتاً تقنینی فرض گردد و بر این اساس از حوزه مطلق صلاحیت و امر تقنین به خودی خود و به اتکاء ماهیت تقنین خارج نباشند، ولی قانون گذار اساسی بنابر صلاح دید خود و در راستای تأمین منافع جامعه، قانون گذار را از ورود به این موضوعات منع نموده باشد.

برای مثال اصلاحیه یکم قانون اساسی ایالات متحده آمریکا مقرر داشته است کنگره نمی تواند در خصوص مذهب، یا ممنوعیت انجام مناسک مذهبی، یا محدودیت آزادی بیان، یا مطبوعات، یا حق مردم برای تجمع صلح آمیز، و منع از دادخواهی هیچ قانونی وضع کند. بدیهی است که قاعده گذاری در امور مذکور به لحاظ ماهیت، کاملاً شأن تقنینی دارد ولی قانون گذار اساسی آمریکا به جهت رعایت یکسری مصالح و در راستای توجه به بنیادهای نظام حکومتی خود، کنگره را از اعمال صلاحیت تقنینی در این امور منع نموده است. (<http://constitutionus.com>)

البته این دیدگاه در همه نظام های حکومتی ملاک عمل بوده است؛ چه آنکه در اصل ۱۵ قانون اساسی مشروطه مقرر گردیده بود: «مجلس شورای ملی حق دارد در عموم مسائل، آنچه را صلاح ملک و ملت می داند پس از مذاکره و مذاقه، از روی راستی و درستی عنوان کرده، با رعایت اکثریت آراء درکمال امنیت و اطمینان، با تصویب مجلس سنا، به توسط شخص اول دولت به عرض برساند که به صحنه همایونی موشح و به موقع اجراء گذارده شود.» اگرچه در این اصل صریحاً ذکری از صلاحیت تقنینی مجلس شورای ملی نشده بود، ولی از آنجاکه اصولاً مجالس نمایندگی در جهان دارای دو شأن تقنین و نظارت می باشند، متعلق تصویب مذکور، جز یک قانون یا یک مصوبه نظارتی در خصوص عموم مسائل مملکتی نمی توانسته باشد. اما نکته حائز اهمیت آن است که در این اصل هیچ قیدی در خصوص تقیید قلمرو موضوعاتی که در صلاحیت تقنینی مجلس شورای ملی بود وجود نداشته است و ظاهراً مجلس می توانسته نسبت به همه موضوعات به فراخور صلاح دید خود قانون وضع نماید.

اما در خصوص اینکه به موجب اصل ۷۱ قانون اساسی قلمرو موضوعی صلاحیت

قانون‌گذاری مجلس به چه کیفیتی مقرر گردیده است، موضوع چندان شفاف و خالی از مناقشه به نظر نمی‌رسد، چه آنکه مستنبط از اصل ۷۱ قانون اساسی سه دیدگاه متفاوت در بین حقوقدانان وجود دارد. به عقیده برخی مجلس شورای اسلامی حق دارد در کلیه اموری که واجد شأن تقنین است قانون‌گذاری نماید. در سوی دیگر معدودی از حقوقدانان را اعتقاد بر آن است که مجلس شورای اسلامی به جز موارد تصریح شده در قانون اساسی حق قانون‌گذاری در سایر موارد را ندارد. و در نهایت سومین گروه از صاحب نظران معتقدند اگرچه اصل بر عمومیت داشتن صلاحیت قانون‌گذاری مجلس نسبت به موضوعات ماهیتاً تقنینی می‌باشد، ولی در برخی موضوعات مجلس از قانون‌گذاری منع شده است.

#### دیدگاه اول: عمومیت داشتن صلاحیت تقنینی مجلس در تمامی مسائل و موضوعات

برخی از صاحب نظران با توجه به مدلول اصل ۷۱ قانون اساسی و به موجب دلیل مندرج در اصل مذکور، صلاحیت تقنینی مجلس شورای اسلامی به نحو عام از حیث قلمرو موضوعی را مورد تاکید قرار داده‌اند. بنابراین پذیرش صلاحیت قانون‌گذاری مجلس در همه موضوعات کاملاً مطابق با مقتضای اصل قانونیت شناخته خواهد شد. (عمید زنجانی، قانون‌گذاری، مجلس شورای اسلامی، قوه مجریه، ۱۳۸۹ / ۲ / ۱۸ و اصلانی، محدوده قلمرو قانون‌گذاری، ۱۳۸۹ / ۰۳ / ۱۱ و گرجی، مفهوم قانون و ویژگی‌های آن، ۱۳۸۹ / ۰۲ / ۲۸ و ۱۳۸۹ / ۰۳ / ۰۴) به عقیده ایشان قید «در حدود مقرر در قانون اساسی» نه قید موضوع صلاحیت، بلکه قید کیفیت و نحوه اعمال قانون‌گذاری مجلس می‌باشد؛ حکمی که اجمالاً در اصل ۷۱ مطرح گردیده است و در ادامه به موجب حکم مندرج در اصل ۷۲ تفصیل یافته و مقرر گردیده است «مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد. تشخیص این امر به ترتیبی که در اصل نود و ششم آمده بر عهده شورای نگهبان است.» (مهرپور، ۱۳۸۷، ص ۲۰۰)

البته قائلین به این دیدگاه بلااستثناء این اصل اولیه را پذیرفته‌اند که در عرصه سیاست اصل بر عدم صلاحیت ذاتی هر فرد یا نهادی در اعمال اقتدار و تحکم نسبت به دیگران است و از آنجایی که عمل قانون‌گذاری نه یک استنتاج منطقی، بلکه ماهیتاً فعلی اعتباری و مصداقی از اعمال اراده است، بنابراین قانون‌گذار همچون دیگر نهادهای یک حکومت تنها در حیطه اموری که واجد صلاحیت شناخته شده است

امکان اعتبار قواعد رفتاری بایندانگار یا خلق مفاهیم اعتباری را دارد.<sup>۱</sup> به خصوص که قانون اساسی سازمان‌ها و تشکیلات اساسی حکومت را تعیین نموده، و به منظور حفظ نظم و تنظیم روابط حکومتی، حیطه قلمرو صلاحیتی هر یک را مشخص می‌نماید. (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۲۹۴)

بر این اساس باید گفت، هیچ موضوعی از موضوعات عمومی و مبتلابه جامعه نخواهد بود که مجلس حق ورود تقنینی به آن را نداشته باشد و تنها موظف است صلاحیت تقنینی خود را به نحوی اعمال نماید که در نهایت مصوبه مجلس مغایر موازین شرعی و احکام قانون اساسی نباشد. (عمید زنجانی، قانون‌گذاری، مجلس شورای اسلامی، قوه مجریه، ۱۳۸۹ / ۲ / ۱۸ و اصلانی، محدوده قلمرو قانون‌گذاری، ۱۳۸۹ / ۰۳ / ۱۱ و گرجی، مفهوم قانون و ویژگی‌های آن، ۱۳۸۹ / ۰۲ / ۲۸ و ۱۳۸۹ / ۰۳ / ۰۴) بنابراین صلاحیت تقنینی مجلس فاقد هرگونه محدودیت تخصصی خواهد بود و تنها در برخی موارد متناسب با موازین محتوای اصول قانون اساسی یا احکام شرعی، این صلاحیت با محدودیت‌های تخصصی مواجه می‌باشد.

دیدگاه مذکور عمیقاً محل مناقشه به نظر می‌رسد؛ اولاً بنابر مبنای مشهور در میان عالمان علم اصول، اصل بر آن است که قید در احکام، به موضوع حکم بر می‌گردد و نه کیفیت حکم؛ یعنی آنکه اگر شک کنیم که قیدی امر مستثناء را به تخصیص از شمول حکم خارج نموده است یا به تخصص، اصل بر تخصص است.<sup>۲</sup> (خوبی، اجود التقریرات، ص ۴۵۸؛ سبجانی، تهذیب الاصول، ص ۳۴؛ مغنیه، علم اصول الفقه فی ثوبه الجدید، ص ۱۷۹) ثانیاً در متن پیش نویس این اصل مقرر گردیده بود «مجلس شورای ملی در عموم مسائل و در حدود صلاحیت مقرر در قانون اساسی می‌تواند قانون وضع کند»، حال آنکه در متن نهایی مصوب حرف عطف «و» حذف گردیده است. با توجه به آنکه باید قانون‌گذار را حکیم فرض نماییم و تغییرات در عبارات قانون اساسی را بر اغراضی عقلایی حمل نماییم به نظر می‌رسد مجلس بررسی نهایی قانون اساسی با این حذف سعی داشته است تا از یک برداشت ناصواب احتمالی در آینده از این اصل جلوگیری نماید و آن این است که گفته شود در بخش اول افراد موضوع صلاحیت قانون‌گذاری مجلس و در بخش

۱. این امر را اصل قانونیت یا صلاحیت می‌نامند جهت مطالعه بیشتر رجوع کنید:

Hart, H. L. A., "The Concept of Law", Oxford: Clarendon Press, (1961) at ch.5, p. 202.

۲. به منظور مطالعه دیدگاه مخالف مراجعه کنید: آخوندخراسانی، محمدکاظم بن حسین، کفایة الاصول، ص ۲۲۷

دوم کیفیت قانون‌گذاری مجلس مورد حکم قرار گرفته است. حال آنکه حذف او و اضافه نمودن عبارت «در حدود مقرر در قانون اساسی» به عنوان قید وصف برای عبارت «عموم مسائل» ما را مطمئن می‌نماید که موضوع هر دو عبارت یکی بوده و بخش دوم تکمیل‌کننده مفهوم بخش اول اصل ۷۱ قانون اساسی است.

### دیدگاه دوم: صلاحیت تقنینی مجلس تنها در موارد منصوص در قانون اساسی

اندک قائلان به این دیدگاه، معتقدند اگر چه مجلس شورای اسلامی در عموم مسائل می‌تواند قانون‌گذاری نماید، ولی این عموم مسائل در حدود موضوعات مقرر در قانون اساسی محدود و مقید گردیده است. لذا به منظور تبیین امور موضوع صلاحیت تقنینی مجلس شورای اسلامی لازم است به قید «در حدود مقرر در قانون اساسی» توجه شود. به منظور تأیید این دیدگاه می‌توان استدلال نمود که دیدگاه نویسندگان پیش نویس قانون اساسی نیز بر این نظر منطبق بوده است؛ چه آنکه در پیش نویس این اصل مقرر شده بود «مجلس شورای ملی در عموم مسائل و در حدود صلاحیت مقرر در قانون اساسی می‌تواند قانون وضع کند»، که البته ظاهراً به جهت روشن بودن موضوع و اینکه گمان بر زائد بودن واژه صلاحیت وجود داشته، در فرآیند تصویب نهایی این اصل واژه «صلاحیت» حذف گردیده است.

به منظور فهم بهتر اصل ۷۱ در پرتو مقدر دانستن واژه «صلاحیت» در نگارش آن لازم است مفهوم صلاحیت بیشتر مورد واکاوی قرار گیرد. صلاحیت مفهومی است که عمدتاً در اروپای قاره ای شکل گرفته است (کاردونا، ۱۳۸۵، ص ۱۷۲) و فلسفه پردازش آن را می‌توان دلالت بر مسئله "تقسیم کار" و "تبیین وظیفه" دانست. (علی آبادی، ۱۳۸۳، ص ۵) در این منظومه فکری، صلاحیت مجموع اختیاراتی خواهد بود که به موجب قانون برای انجام اعمال معینی به کارگزاران داده شده است. (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۷، ص ۴۶۱) و به عبارت دیگر صلاحیت، اختیار قانونی یک مامور رسمی برای انجام پاره ای از امور می‌باشد. (لنگرودی، ۱۳۷۵، ش ۳۲۵۸)

بنابر مراتب فوق، مدلول اصل ۷۱ قانون اساسی با عنایت به مقدر فرض نمودن واژه «صلاحیت» در عبارت «در حدود (صلاحیت) مقرر در قانون اساسی» آن خواهد بود که مجلس شورای اسلامی در عموم مسائلی که قانون اساسی تصریح به صلاحیت تقنینی مجلس در آن مورد نموده است حق قانون‌گذاری خواهد داشت. بنابراین به جز مواردی که به نص خاص اصلی از اصول قانون اساسی، قاعده گذاری در آن مورد، به



تصویب قانون منوط شده باشد مجلس حق قانون‌گذاری ندارد. (الهام، قلمرو قانون‌گذاری، ۱۳۸۹/۰۳/۰۹)

شاید به جهت تشابه در ساختار برداشت ارائه شده بتوان ادعا نمود این دیدگاه تا حدود زیادی وام گرفته شده از نگرش نوین قانون اساسی فرانسه مصوب ۱۹۵۸م می باشد. چه آنکه بنابر سنت تقنینی پذیرفته شده در تاریخ فرانسه، یعنی حاکمیت مطلق و بلامنزاع پارلمان در حوزه تقنین، به این نهاد اجازه داده می شد در هر موضوعی که خود صلاح می دانست قانون‌گذاری نماید. لیکن به موجب اصل ۳۴ اصلاحی قانون اساسی فرانسه، صلاحیت قانون‌گذاری مجلس از حیث افراد در یک قلمرو معین محصور شده است. این اصل به احصای موضوعاتی می‌پردازد که قانون‌گذار، صلاحیت وضع قانون درباره آنها را دارد. براین اساس صلاحیت قانون‌گذاری به دو حوزه مشخص محدود گردیده است؛ در بخش نخست پارلمان می‌تواند فقط در موضوعات مربوط به حق‌های مدنی، ملیت، جرائم و مجازات‌ها، مالیات، نظام انتخاباتی، تأسیس مؤسسات عمومی، تضمینات بنیادین کارکنان اداری و نظامی دولت، ملی‌سازی شرکت‌ها یا خصوصی‌سازی قانون‌گذاری نماید. در بخش دوم نیز به قانون‌گذار اجازه می‌دهد تا فقط به «تعیین اصول بنیادین» در زمینه دفاع ملی، اداره آزاد مجامع محلی، آموزش، نظام مالکیت، حقوق کار، حقوق سندیکایی و تأمین اجتماعی بپردازد.<sup>۱</sup>

به نظر می‌رسد نگرش پذیرفته شده در نظام حقوقی فرانسه را می‌توان این گونه توجیه نمود که در سنت حقوقی فرانسوی ضمن نفی مفهوم مستقل و ماهیت گرا برای قانون به تعریف شکلی و تشریفاتی آن تأکید گردیده است. بنابراین از حیث مطلق صلاحیت تقنین، کلیه امور بدون استثناء شأنیت موضوع واقع شدن برای قانون‌گذاری را خواهند داشت. امری که به واسطه ایجاد امکان محتمل سوء استفاده پارلمان، حاکمیت قانون را به دیکتاتوری پارلمانی تبدیل می‌نماید. بر همین اساس قانون اساسی فرانسه صلاحیت قانون‌گذاری پارلمان را تنها در برخی حوزه‌ها و موضوعات مشخص به رسمیت شناخته است.

بنابر مراتب فوق به نظر می‌رسد قائلین به دیدگاه دوم نیز به بیراهه رفته‌اند. چراکه صرف نظر از سوء استفاده‌هایی که در سال‌های اخیر مجالس قانون‌گذاری از موسع

1. <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>

تعریف شدن حیطه صلاحیتی خود نموده اند، لیکن اولاً تفسیر این اصل بنابر خوانش این گروه در عمل خود به مشکلات بزرگتر دیگری ختم خواهد شد که استبداد اجرایی و قضایی از محتمل ترین توالی فاسد این اندیشه به نظر می آید؛ ثانیاً حذف واژه «صلاحیت» از عبارت این اصل همچنان که قبلاً نیز گفته شد باید کاملاً حکیمانانه و برآمده از تیزبینی خبرگان قانون اساسی تحلیل گردد. در حقیقت فائلین به دیدگاه دوم سعی داشته‌اند آنچه را که بزرگترین دلیل در نقض انتصاب اندیشه ایشان به قانون اساسی می باشد به عنوان دلیلی در تحکیم دیدگاه خود مصادره نمایند.

**دیدگاه سوم: عمومیت داشتن صلاحیت تقنینی مجلس به مثابه یک اصل، و**

#### **وجود یکسری استثنائات**

در این منظرگاه فکری، مطابق اصل (۷۱) قانون اساسی «مجلس شورای اسلامی در عموم مسائل در حدود مقرر در قانون اساسی می تواند قانون وضع کند» که نتیجه آن اثبات صلاحیت عام تقنینی مجلس در حوزه موضوعات متعلق امر تقنین از یک سو، و نفی این صلاحیت در خصوص موضوعات خارج شده از این قلمرو، بنابر تصریح قانون اساسی از سوی دیگر می باشد. بنابراین مجلس تنها مرجع تقنین و قاعده گذاری در کشور نیست و در برخی موارد، قانون اساسی این امر را به مراجع دیگر وانهاده است که این موارد را باید مصادیق خروج تخصصی از صلاحیت تقنینی مجلس دانست.

بنابراین این دیدگاه در عام دانستن صلاحیت تقنینی مجلس از حیث امور موضوع تقنین با دیدگاه اول مشابه می باشد، اما با توجه به اینکه در دیدگاه اول قید «در حدود مقرر در قانون اساسی» را منصرف از حوزه افراد موضوع صلاحیت تقنینی مجلس دانسته، و عبارت مذکور را تنها ناظر بر چگونگی و کیفیت اعمال صلاحیت قانون گذاری قلمداد نموده‌اند باید دیدگاه سوم را برداشتی مستقل از اصل ۷۱ و در عرض دیدگاه‌های پیشین قلمداد نمود.

در توجیه این ادعا که مدلول عبارت «در حدود مقرر در قانون اساسی» ناظر بر قلمرو موضوعی افراد یا امور متعلق صلاحیت تقنینی مجلس می باشد و نه کیفیت و محتوای قانون گذاری مجلس، می توان استدلال نمود:

اولاً، اصل (۷۱) از شرع سخنی به میان نیاورده است، در حالی که قطعاً مراد مقنن تجویز تقنین در حدود قانون اساسی و مخالف موازین شرع نبوده است. بنابراین، مقصود مقنن نفی صلاحیت تقنینی در خارج از حدود مقرر در قانون اساسی بوده است و از این

رو چون فرض مخالفت مصوبه مجلس با شرع در صورت خروج از حدود مقرر در قانون اساسی در نظر مقنن اساسی سالبه بانتفاء موضوع بوده، دیگر نیازی به اشاره بدان باقی نمانده است. البته ممکن است به این استدلال پاسخ داده شود که لزوم عدم مغایرت با شرع در خود قانون اساسی هم آمده است و لذا «حدود مقرر در قانون اساسی» عدم مغایر با شرع را هم در بر می گیرد. اگرچه این پاسخ به لحاظ سیاق عبارات قانون اساسی خالی از وجه نیست، اما اگر با فضای حاکم بر مشروح مذاکرات مجلس بررسی قانون اساسی آشنایی داشته باشیم می پذیریم که اعضای این مجلس به جهت حساسیت داشتن نسبت به رعایت موازین شرعی هیچ گاه حاضر نبوده‌اند به این استدلال که یکی از مندرجات اصول قانون اساسی لزوم نداشتن مغایرت مصوبات با شرع است اقدامات قانونی یا اجرایی نهادهای حکومتی را صرفاً به عدم مغایرت با قانون اساسی مشروط نمایند؛ چه آنکه به کرات و در اصول متعددی هم عرض شرط عدم مغایرت با قانون یا قانون اساسی عدم مغایرت با شرع را نیز تصریح نموده‌اند.

ثانیاً، در صورتی که مراد از اصل (۷۱) خروج تخصصی نباشد، حداقل بخشی از مقرر مندرج در اصل (۷۲) از قبیل تحصیل حاصل و لغو خواهد بود. زیرا با وجود حکم مقرر در اصل (۷۱) نیازی به گفتن این مطلب در اصل (۷۲) نیست که «مجلس شورای اسلامی نمی تواند قوانینی وضع کند که با ... قانون اساسی مغایرت داشته باشد.» و این امر تکرار بی علت یک حکم و بیهوده محسوب خواهد گردید، امری که از حکیم صادر نمی شود. (عالی پناه، علیرضا، بررسی قلمرو صلاحیت تقنینی مجلس، گزارش مرکز پژوهش های مجلس، در دست چاپ)

ثالثاً، همان گونه که پیش از این نیز به نقل از علماء اصول تصریح گردید، اصل در قید وارد بر حکم عام، تعلق آن به موضوع یا متعلق موضوع است نه تعلق آن به کیفیت حکم. (خویی، اجود التقریرات، ص ۴۵۸؛ سبحانی، تهذیب الاصول، ص ۳۴؛ مغنیه، علم اصول الفقه فی ثوبه الجدید، ص ۱۷۹) از این رو این قید را نباید قید حکم بدانیم بلکه باید پذیرفت قید به متعلق موضوع اصل (۷۱) تعلق گرفته است. لذا تقنین در «خارج از حدود مقرر در قانون اساسی» موضوعاً و تخصصاً از صلاحیت تقنینی مجلس خارج است نه تخصیصاً.

نهایت کلام آنکه بنابر مقتضای جمع اصول (۷۱) و (۷۲) می توان گفت: «مجلس

۱. به منظور مطالعه دیدگاه مخالف مراجعه کنید: آخوندخراسانی، محمدکاظم بن حسین، کفایة الاصول، ص ۲۲۷

شورای اسلامی می‌تواند در عموم مسائل در حدود مقرر در قانون اساسی قانون وضع کند، مگر این‌که محتوای مصوبه مذکور با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد.» بنابراین، اصل (۷۱) به موارد خروج تخصصی از صلاحیت تقنینی مجلس و اصل (۷۲) به موارد خروج تخصصی اشاره می‌کند.

بنابر مراتب پیش گفته می‌توان از طریق تعیین مواردی که موضوعاً از صلاحیت قانون‌گذاری مجلس خارج هستند قلمرو موضوعی صلاحیت تقنینی مجلس شورای اسلامی را موارد باقی مانده قلمداد نمود. در این راستا رجوع به اصول قانون اساسی و نصوصی که اعتباری همسنگ اصول قانون اساسی دارند (مثل نظریات تفسیری شورای نگهبان و احکام حکومتی مقام معظم رهبری) راهگشا خواهد بود. از جمله مواردی که علیرغم ماهیت قاعده‌گذاری آن، تخصصاً از صلاحیت تقنینی مجلس خارج گردیده‌اند عبارتند از:

۱. تعیین سیاست‌های کلی نظام که در صلاحیت مقام رهبری است. (بند «۱» اصل ۱۱۰)
  ۲. اصلاح و تغییر قانون اساسی که در صلاحیت شورای بازنگری قانون اساسی است. (اصل ۱۷۷)
  ۳. تفسیر قانون اساسی که در صلاحیت شورای نگهبان قانون اساسی است. (اصل ۹۸)
  ۴. تعیین سیاست‌های دفاعی - امنیتی کشور که در صلاحیت شورای عالی امنیت ملی است. (بند «۱» اصل ۱۷۶)
  ۵. سیاست‌گذاری در حیطه صلاحیت شورای عالی انقلاب فرهنگی که در صلاحیت آن شورا است. (اصل ۵۷)
  ۶. تصویب قانون انتخابات مجلس خبرگان رهبری شامل شرایط ناخبان و منتخبان و موارد دیگر، آیین‌نامه داخلی و وظایف مجلس خبرگان که در صلاحیت آن مجلس است. (اصل ۱۰۸)
  ۷. مقررات مربوط به مجمع تشخیص مصلحت نظام که به وسیله آن مجمع تهیه و به تصویب مقام رهبری می‌رسد. (اصل ۱۱۲)
  ۸. تصویب ضوابط و مقررات مالی، اداری، استخدامی و تشکیلاتی شورای نگهبان که انجام وظایف آن به تشخیص شورا متوقف بر آنها است، بر عهده خود این شورا می‌باشد. (نظر تفسیر شماره ۱۶/۳۰/۲۱۹۳۴ مورخ ۱۳۸۶/۴/۱۹ شورای نگهبان) (مجموعه اساسی، ۱۳۸۶، ص ۷۷)
- ممکن است ادعا شود که تفکیک محدودیت‌های تخصصی و تخصصی صلاحیت

تقنینی مجلس صرفاً یک لفاظی است و هیچ گونه اثر عملی بر آن مترتب نیست؛ به خصوص که به هر حال قانون‌گذاری توسط مجلس در مواردی که اساساً در صلاحیت یک نهاد دیگر قرار گرفته است مصداق اجلای تعارض با قانون اساسی بوده و بنابر اصل ۷۲ قانون اساسی قطعاً مورد ایراد شورای نگهبان قرار خواهد گرفت. بنابراین تفسیر قید «در حدود مقرر در قانون اساسی» به مثابه قید موضوع صلاحیت تقنینی مجلس شورای اسلامی و تفسیر محدودیت‌های اصل ۷۲ به مثابه محدودیت‌های حکمی صلاحیت قانون‌گذاری مجلس فاقد اثر عملی خواهد بود.

در پاسخ به این اشکال باید دقت نمود که به موجب تفسیر ارائه شده از اصل ۷۱ قانون اساسی، مجلس شورای اسلامی در ورود به برخی موضوعات و قانون‌گذاری برای آن‌ها اساساً فاقد صلاحیت بوده و بنابر یک تحلیل مبنایراییانه باید بگوییم در این موارد مصوبه مجلس حتی به عنوان یک مصوبه گویی که اساساً هیچ گاه وقوع حقوقی نخواهد یافت؛ زیرا که وقوع یک عمل حقوقی بنابر ماهیت اعتباری آن در عالم تشریح، منوط به صلاحیت داشتن جاعل و معتبر آن می باشد. بنابراین هرگاه مجلس خارج از حدود مقرر در قانون اساسی و بر خلاف اصل (۷۱) مصوبه ای را وضع نماید شورای نگهبان مصوبه مذکور را تخصصاً خارج از صلاحیت تقنینی مجلس شورای اسلامی اعلام خواهد نمود و مجلس حق ندارد بر چنین مصوبه‌ای اصرار و مسأله را برای حل اختلاف به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارسال نماید.

در تبیین نظر فوق باید توجه داشت که مطابق اصل (۱۱۲) قانون اساسی ارسال مصوبه اختلافی به مجمع مذکور مخصوص مواردی است که شورای نگهبان علیرغم آنکه شمول صلاحیت تقنینی مجلس را در ورود به آن عرصه پذیرفته است «... مصوبه مجلس شورای اسلامی را ... خلاف موازین شرع و یا قانون اساسی بداند و مجلس با در نظر گرفتن مصلحت نظام، نظر شورای نگهبان را تأمین نکند ...» و این امر در صورتی متصور است که مجلس در حدود صلاحیت ذاتی خود به تصویب مصوبه اقدام کرده باشد. چه آن که گفته شد، در صورتی که مجلس خارج از حدود مقرر در قانون اساسی سعی در جعل قاعده ای نموده باشد، مصوبه مذکور وقوع حقوقی نیافته و لاجرم از جهت مخالفت با شرع یا قانون اساسی قابل بررسی نیست. البته ممکن است در پاسخ به این نقد گفته شود فرض تحقق چنین فاجعه ای بعید است، لذا نباید در تحلیل حقوقی به آن پرداخت. با این حال به نظر می رسد اولاً این فرض محال

نیست و صرف بعید بودن آن نیز رافع ایراد نمی باشد، کما اینکه به شهادت تاریخ در برخی مواقع سیاست مداران به استفاده از این سو برداشت قانونی وسوسه شده‌اند.

به علاوه منحصر دانستن شمول اصل ۱۱۲ به مصوبات مورد ایراد مجلس از حیث مغایرت با اصل ۷۲ قانون اساسی منطقاً نیز مقبول به نظر می‌رسد؛ زیرا معقول نیست قانون اساسی در اصل (۱۱۲) تمام اصول خود را نفی کرده و به مجمع تشخیص مصلحت نظام اختیار نسخ و تعطیل تمام یا برخی از مقررات خود را به صورت موجه کلیه داده باشد؛ مانند این که مجلس قانونی در خصوص مادام‌العمرشدن دوره نمایندگی یا ریاست جمهوری، عزل مقام رهبری، انحلال مجلس خبرگان و مانند این‌ها تصویب کند و پس از رد مصوبه به وسیله شورای نگهبان با اصرار آن را به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارسال کند و مجمع نیز با در نظر گرفتن یک مصلحت مزعوم آن را موافق مصلحت نظام تشخیص دهد! همچنین است آن هنگام که مجلس مصوبه ای در خصوص امور تکوینی یا امور خارج از حوزه حکومتی (مثل قضاوت در خصوص اثبات یا رد یک نظریه علمی بر طبق موازین فلسفه علم و یا قاعده گذاری در مورد امور خصوصی افراد که نسبتی با مصالح و منافع عمومی نداشته باشد) وضع نماید که با توجه به خروج موضوعی این امور از حیطه صلاحیت‌های اعتباری و عمومی حکومت امکان اصرار مجلس بر مصوبه خود در مقابل شورای نگهبان و نهایتاً تأیید آن در مجمع تشخیص مصلحت نظام وجود ندارد.

## برآیند

در تحلیل قلمرو صلاحیت تقنینی مجلس شورای اسلامی باید توجه نمود که اولاً حکم مندرج در اصل ۷۱ قانون اساسی ناظر بر تصریح به صلاحیت اختیاری مجلس در قانون‌گذاری می باشد. براین اساس در موضوعاتی که مجلس احراز ضرورت نماید

۱. منظور از امور خصوصی افراد آن است که اموری از حوزه خصوصی شهروندان جامعه بدون آنکه نقشی در روابط جمعی و ساحت عمومی جامعه از حیث مصالح یا مفساد داشته باشد موضوع قانون‌گذاری حکومت واقع شود که در تمامی مکاتب و دیدگاه‌ها چنین موضوعاتی از شمول صلاحیت حکومت‌ها خارج گردیده است حتی در میان قائلین به نظریه ولایت فقیه نیز به صراحت تأکید شده است تنها آن بخش از شئون ولایی پیامبر و امام در عصر غیبت به فقیه جامع شرایط تفویض شده است که به منظور اداره اجتماع و تأمین مصالح عمومی لازم است. به منظور مطالعه بیشتر رجوع کنید: مومن، محمد، مبادی ولایت فقیه، مجله حکومت اسلامی، شماره ۲، ۱۳۷۵، ص ۱۱.

پس از ابتکار طرح یا لایحه مجاز در قانون‌گذاری و قاعده سازی هنجاری خواهد بود. این صلاحیت جزء صلاحیت های تخییری مجلس بوده و علی الاصل تکلیف حقوقی در اعمال چنین صلاحیتی وجود نخواهد داشت.

به علاوه باید توجه داشته باشیم در صورت احراز ضرورت قانون‌گذاری، صلاحیت تقنینی مجلس ماهیتاً به اموری تعلق خواهد گرفت که شأنیت امر تقنینی را داشته باشند و بنابر تعاریف و مفاهیم اصطلاحی دانش حقوق مصوبه مجلس در آن حوزه با مفاهیم و ماهیت دانش واژه «قانون» مطابقت داشته باشد، همچنان که اصل ۷۱ مقرر داشته است که مجلس «قانون» و نه هر مصوبه ای را تصویب نماید. در نوشتار حاضر تلاش گردید ضمن واکاوی مفهوم قانون و ویژگی هایی مثل آمرانه و الزام‌آور بودن به مثابه اوصاف ذاتی نهاد قانون تلقی گردد و لازم است کلیه مصوبات تقنینی مجلس واجد دو وصف پیش گفته باشند. همچنین در خصوص لزوم یا عدم لزوم شرطیت عام بودن مصوبات تقنینی مجلس به نظر می رسد باید بحث را در حوزه مفهوم شناسی سه‌گانه «تقنین»، «اجرا» و «قضا» در ذیل اصول ۵۷ و ۵۸ و ۶۰ و ۶۱ قانون اساسی پیگیری نمود.

از حیث افراد موضوع قانون‌گذاری نیز مجلس باید در حدودی که به صلاحیت‌ها و حیطه های مقرر شده در قانون اساسی تجاوز ننماید یعنی «در حدود مقرر در قانون اساسی» قانون وضع نماید. بنابراین مجلس نمی تواند به واسطه تصویب قانون ساختار یا نهادی را از قانون اساسی کم یا اضافه نماید یا صلاحیت‌ها و اختیارات تصریح شده در قانون اساسی را کاهش یا افزایش دهد.

در صورتی که مجلس بر خلاف هر یک از دو محور تبیین شده از این اصل قانون‌گذاری نماید به نظر می رسد که شورای نگهبان موظف باشد مصوبه مجلس را از جهت مغایرت با اصل ۷۱ و خروج از مطلق صلاحیت تقنینی یا خروج تخصصی از صلاحیت تقنینی مجلس مورد ایراد قرار دهد که در هر دو مورد از آنجایی که اساساً صلاحیتی برای مجلس وجود نداشته است مصوبه مجلس به هیچ عنوان در عالم اعتبارات معتبر قلمداد نخواهد شد و گویی که اساساً اراده مجلس به مرحله وجود در عالم اعتبارات نمی توانسته ختم گردد، حالتی که می توانیم آن را جهت تقریب به ذهن به یک جرم عقیم تشبیه نماییم. بنابراین در این موارد مجلس امکان اصرار بر مصوبه خود و ارسال آن به مجمع تشخیص مصلحت نظام را نخواهد داشت.

## منابع و مأخذ

۱. اداره کل تدوین و تنقیح قوانین و مقررات (تدوین)، مجموعه قوانین اساسی، نشر معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین و مقررات ریاست جمهوری، ۱۳۸۶.
۲. اصلانی، فیروز، سخنرانی در مرکز تحقیقات شورای نگهبان با عنوان محدودده قلمرو قانون گذاری، ۱۳۸۹/۰۳/۱۱.
۳. الهام، غلامحسین، سخنرانی در مرکز تحقیقات شورای نگهبان با عنوان محدودده قلمرو قانون گذاری، ۱۳۸۹/۰۳/۰۹.
۴. تفتازانی، سعد الدین، شرح مقاصد، نشر شریف الرضی، قم، ۱۴۰۹ ق، سال ۱۳۷۲ ش.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مقدمه عمومی علم حقوق، نشر گنج دانش، تهران ۱۳۸۴.
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش، تهران، چاپ پنجم، ۱۳۷۰.
۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۷۵.
۸. حائری یزدی، مهدی؛ حکمت و حکومت، شاری، لندن، ۱۹۹۵ م.
۹. خراسانی (آخوند)، محمدکاظم بن حسین، کفایة الاصول، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، قم، ۱۴۲۷ ق.
۱۰. خوبی، سید ابو القاسم، اجود التقريرات (تقریرات درس میرزای نائینی)، مؤسسه صاحب الامر، قم، ج ۱، ۱۴۲۰ ق.
۱۱. راسخ، محمد، بنیاد نظری اصلاح نظام قانون گذاری، مرکز پژوهشهای مجلس، تهران، چاپ اول ۱۳۸۴.
۱۲. روسو، ژان ژاک؛ قرارداد اجتماعی، ترجمه مرتضی کلاتریان، انتشارات آگاه، تهران، ۱۳۸۰.
۱۳. زبیدی، محمد بن محمد مرتضی، تاج العروس من جواهر، مصحح: شیری، علی، مرکز اطلاعات و مداراک اسلامی، تهران، ۱۳۸۶.
۱۴. سبحانی، جعفر، تهذیب الاصول (تقریرات درس امام خمینی)، اسماعیلیان، قم، ج ۲، ۱۳۶۳.
۱۵. طباطبایی مومتمنی، منوچهر، آزادی های عمومی و حقوق بشر، نشر دادگستر، تهران، چاپ دوم ۱۳۷۵.
۱۶. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، انتشارات سمت، تهران، چاپ پانزدهم ۱۳۸۷.
۱۷. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، سمت، تهران، چاپ سیزدهم، ۱۳۸۶.
۱۸. عالی پناه، علیرضا، تبارشناسی عدالت حقوقی، مجله معارف اسلامی و حقوق، سال هشتم، شماره دوم، پائیز و زمستان ۱۳۸۶.



۱۹. عالی پناه، علیرضا، حدود صلاحیت‌های مجلس شورای اسلامی، گزارش به کارشناسی در مرکز پژوهش‌های مجلس، در دست چاپ.
۲۰. علی‌آبادی، علی، آئین دادرسی تخلفات اداری، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۸۳.
۲۱. علی‌آبادی، علی، آئین دادرسی تخلفات اداری، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۸۳.
۲۲. عمید زنجانی، سخنرانی در مرکز تحقیقات شورای نگهبان با عنوان قانونگزاری، مجلس شورای اسلامی، قوه مجریه، ۱۳۸۹/۲/۱۸.
۲۳. کاتوزیان، ناصر، گامی به سوی عدالت، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۷۸.
۲۴. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، ج ۱، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۸۰.
۲۵. کاردونا، فرانسیسکو، تفویض اختیار تصمیم‌گیری اداری: ابزاری برای مدیریت عمومی مطلوب، ترجمه همتی، مجتبی، دوفصلنامه حقوق عمومی و حقوق بشر سال اول و دوم، شماره ۲ و ۳، بهار و تابستان ۱۳۸۵.
۲۶. گرجی، علی اکبر، سخنرانی در مرکز تحقیقات شورای نگهبان با عنوان قلمرو قانون‌گذاری، ۱۳۸۹/۰۲/۲۸.
۲۷. گری، جان، فلسفه سیاسی فون هایک، ترجمه خشایار دیهیمی، طرح نو، تهران، ۱۳۷۹.
۲۸. محمصانی، صبحی رجب، فلسفه قانون‌گذاری در اسلام، ترجمه اسمعیل گلستانی، انتشارات آثار اندیشه، تهران، چاپ سوم، ۱۳۸۶.
۲۹. مصباح یزدی، محمد تقی، حکومت اسلامی و ولایت فقیه، مرکز چاپ و نشر سازمان تبلیغات اسلامی، قم، چاپ اول ۱۳۶۹.
۳۰. معین، محمد، فرهنگ فارسی، انتشارات امیرکبیر، تهران، ج ۲، ۱۳۶۲.
۳۱. مغنیه، محمدجواد، علم أصول الفقه فی توبه الجدید، انتشارات ذوالفقار، قم، الطبعة الثانية بی تا.
۳۲. مومن، محمد، «مبادی ولایت فقیه»، مجله حکومت اسلامی، شماره ۲، ۱۳۷۵، صص ۶-۱۲.
۳۳. مونتسکیو، شارل دو؛ روح القوانين، ترجمه علی اکبر مهتدی، امیر کبیر، تهران، ۱۳۷۰.
۳۴. مهر پور، حسین، مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، نشر دادگستر، تهران، ۱۳۸۷.
۳۵. نفیسی، علی اکبر (ناظم الاطباء)، فرهنگ نفیسی، انتشارات خیام، تهران، ۱۳۴۳.
۳۶. هابز، توماس؛ لویاتان، ویرایش و مقدمه از سی. بی. مکفرسون، ترجمه حسین بشیریه، نشر نی، تهران، ۱۳۸۱.
۳۷. هایک، فردریش فون، «آزادی اقتصادی و حکومت انتخابی»، در: هایک، فردریش فون، در سنگر آزادی، ترجمه عزت ا. فولادوند، لوح فکر، تهران، ۱۳۸۲.

۳۸. هداوند، مهدی و مشهدی، علی، اصول حقوق اداری، انتشارات خرسندی، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۹.
۳۹. هداوند، مهدی، مدون سازی آئین‌های اداری در آئین‌های تصمیم‌گیری در حقوق اداری، تألیف مجموعه‌ای از نویسندگان، انتشارات خرسندی، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۹.
۴۰. همایون کاتوزیان، محمد علی؛ اقتصاد سیاسی ایران: از مشروطیت تا پایان سلسله پهلوی، نشر مرکز، تهران، ۱۳۷۷.
41. Aquinas, T., *Summa Theologica*, Trans. J.G. Dawson, ed. J'Entrevies, Oxford, Basil Blackwell, 1948.
42. Austin, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, ed. by H.L.A. Hart, George Weidenfeld & Nixolson Ltd, 1954.
43. Finnis, J., *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, New York, OUP, 1998
44. Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, OUP, 1980.
45. Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1961.
46. Hayek, F.A., *The Constitution of Liberty*, London, Rutledge, 1993.
47. Kelsen, H., "The Function of a Constitution", Trans. By I. Stewart, in *Essays on Kelsen*, ed. By R. Tur and W. Twining, Oxford: Clarendon Press, 1986
48. Kelsen, H., *The Pure Theory of Law*, Trans. from the 2nd Revised and Enlarged German ed. by M. Knight, Berkeley: UCP, 1970.
49. Mcleod, I., *Legal Theory*, London, MacMillan, 1999
50. Ponce Juli, "Good Administration and Administrative Procedures" *Global Legal Studies*, 552, 2005.
51. Raz, J., *The Concept of a Legal System*, Oxford, OUP, 1978.
52. Raz, Joseph, *The Rule of Law and its Virtue*, *Law Quarterly Review*, vol. 93, 1977.
53. Raz, Joseph, *Voluntary Obligations and Normative Powers*, *The Aristotelian Society*, Supplementary, Volume XLVI 1972.
54. Recommendation of the commission of ministers No. R(80) 2 concerning the Exercise of Discretionary Power by Administrative Authorities, 316th Mtg, 11 March 1980.
55. Roth, M.T., *Law Collections from Mesopotamia and Asia Minor*, Atlanta, Scholars Press, 1997.
56. Spaak, Torben, *The Concept of Legal Competence*, in : [http://ivr-enc.info/index.php?title=The\\_Concept\\_of\\_Legal\\_Competence](http://ivr-enc.info/index.php?title=The_Concept_of_Legal_Competence)
57. Stewart, Cameron, *The Rule of law and the Tinkerbell Effect: Theoretical Considerations, Criticisms and Justifications for the Rule of law*, *Macquarie Law Journal*, Vol 4, 2004.
58. Stockhammer, M. (ed.), *Plato Dictionary*, New York, Philosophical Library, 1963.
59. <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>
60. <http://constitutionus.com>

امام خمینی (ره):

و از شورای محترم نگهبان می‌خواهم و توصیه می‌کنم، چه در نسل حاضر و  
چه در نسل‌های آینده که با کمال دقت و قدرت و ظایف اسلامی و ملی خود  
را ایفا و تحت تأثیر بیچ‌قدرتی واقع نشوند و از قوانین مخالف با شرع مطهر و  
قانون اساسی بدون بیچ‌ملاحظه‌ای جلوگیری نمایند.

(صحیفه امام، ج ۲۱، ص ۴۲۲)



بزهشکده شورای نگهبان

آدرس: تهران، خیابان شهید سپهبد  
قرنی، کوچه خسرو، پلاک ۱۲  
صندوق پستی: ۱۴۶۳ - ۱۳۱۴۵  
تلفکس: ۰۲۱ - ۸۸۳۲۵۰۴۵  
info@shora-rc.ir  
www.shora-rc.ir