

بسم الله الرحمن الرحيم

جلسه اول: مفهوم شناسی حقوق عمومی

درک دقیق از حقوق عمومی بستگی به شناخت تفاوت میان حوزه عمومی^۱ و حوزه خصوصی و نیز موضوع حقوق عمومی یعنی حکومت و عمل حکمرانی دارد. «عمل حکمرانی به عنوان پدیده ای عام هر آن جایی وجود دارد که مردم بخواهند با هم زندگی کنند؛ خواه در خانواده، شرکت، مدرسه یا باشگاه. چنین گروههایی به منظور ابقای زندگی جمعی و بی تردید برای توسعه و شکوفایی باید مجموعه ای از مناسبات حکمرانی را هر چند ابتدایی و اولیه به وجود آورند»^۲.

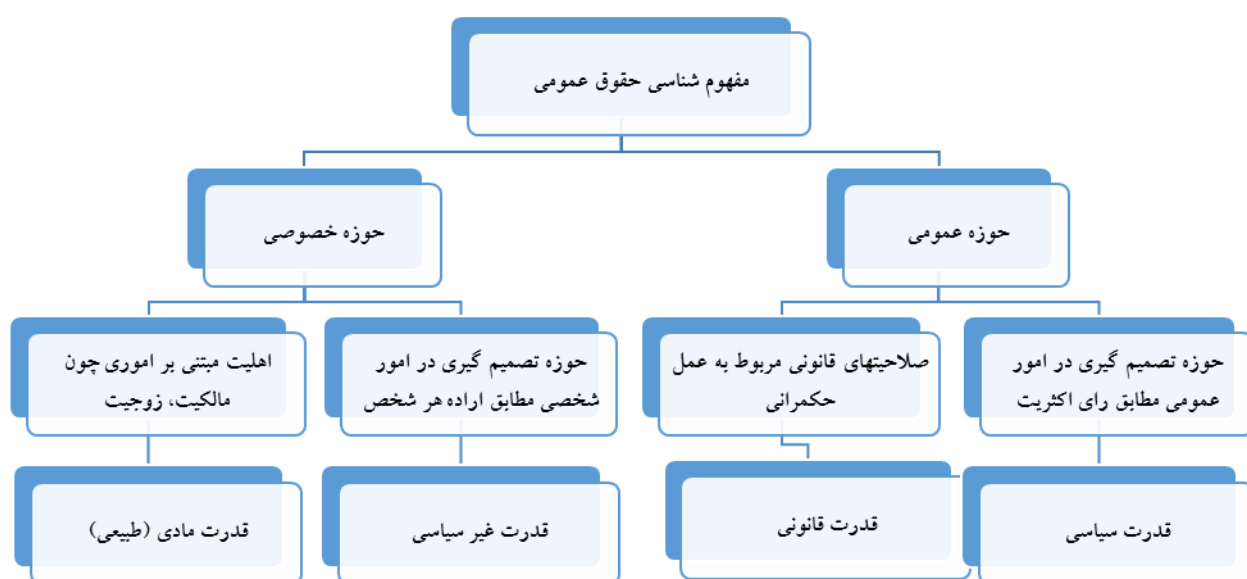
تمایز میان حوزه خصوصی و حوزه عمومی از امور پیچیده و مورد مناقشه در جامعه‌شناسی و فلسفه و علوم سیاسی است. یکی از نظریه پردازان معروف در ارتباط با حوزه عمومی «یورگن هابرماس» فیلسوف شهیر آلمانی است. وی معتقد است عرصه عمومی زمانی پدید می‌آید که افراد به‌طور گروهی درباره نیازهای عمومی‌شان بیندیشند. به باور وی، نقش حوزه عمومی هم در کنترل‌کردن و هم در مشروع‌سازی قدرت سیاسی‌ای که توسط سازمان دولت اعمال می‌شود، متجلی است. او تعبیر «سپهر عمومی» را در اطلاق به عرصه‌ای اجتماعی به‌کار می‌برد که در آن افراد از طریق مفاهمه، ارتباط و استدلال مبتنی بر تعقل، موضع‌گیری‌ها و جهت‌گیری‌های هنجاری‌ای اتخاذ می‌کنند که بر فرایند اعمال قدرت دولت، تأثیراتی آگاهی‌دهنده و عقلانی‌ساز باقی می‌گذارند^۳ (هابرماس: ۱۹۹۱، ۱۰۵). بر این اساس، حوزه عمومی، محل بحث و گفت‌وگو و رسیدن به وفاق سیاسی و اجتماعی مطابق نظر و رای اکثریت است؛ اعمال قدرت به وسیله زور و اقتدار (دولتی و دیگر انواع)، و پول، در این عرصه جایی ندارد و چون زور، پول و نابرابری جایی ندارد، استدلال اهمیت می‌یابد و استدلال برتر، پذیرفته می‌شود. به اعتقاد هابرماس حوزه‌های عمومی متنوع اند از جمله «حوزه عمومی سیاسی، حوزه عمومی اقتصادی، حوزه عمومی اجتماعی، حوزه عمومی ادبی یا فرهنگی. زمانی می‌توان از حوزه عمومی سیاسی صحبت کرد که مباحثات عمومی و یا بحث‌ها، مذاکرات، مناقشه‌ها و امثال آن در بین افراد شرکت‌کننده، ناظر به اعمال فعالیتها، اقدامات،

^۱. Public sphere

^۲. لاگلین، مبانی حقوق عمومی، ص ۴۵. نک: الیزابت زولر، در آمدی بر حقوق عمومی. حقوق عمومی را حقوق امر عمومی می‌داند (ص ۱۱-۱۶)

^۳. Habermas Jurgen (1991). The Structural Transformation of the Public Sphere, MIT

سیاستها، برنامه‌ها و خط‌مشی‌های دولت و یا در یک کلام ناظر به کل کاربست‌های دولت باشد^۴ مطابق چنین باوری از آن‌جا که نمی‌توان به شیوه‌ای جمعی درباره موضوع‌هایی مانند ایمان و معنای زندگی و چگونگی تعالی بشری بحث و گفت‌وگو کرد و به اجماع رسید، چنین اموری ماهیت خصوصی دارند و این خود افراد هستند که باید آزادانه و با توجه به وجدانشان راه خود را انتخاب کنند و درباره آنها تصمیم بگیرند. به بیان دیگر، وجود عرصه خصوصی بدین معناست که برخی از مسائل مهم انسانی می‌باید از حوزه عمومی خارج شوند. این عرصه‌ها عبارتند از: ۱. ایمان دینی و وجدان اخلاقی؛ ۲. روابط اقتصادی؛ ۳. روابط شخصی و عاطفی و جنسی.



در توضیح چارت فوق باید گفت که برخی معتقدند که «مفهوم دولت مدرن از درون فرایندی دو مرحله‌ای سر برآورده است: یکی تفکیک میان خصوصی و عمومی، میان مفاهیم مالکیت و فرمانروایی؛ دیگری تفکیک میان هویت شخصی حاکم و ویژگی غیر شخصی ترتیباتی که فرمانروایی از آن طریق اعمال می‌شود»^۵. برای تبیین بیشتر باید توجه داشت که حوزه‌های عمومی در فرایند خود به قدرت سیاسی منتهی می‌شوند در حالی که قدرت در حوزه خصوصی، غیر سیاسی است زیرا اغلب بیانگر سلطه مالکانه و شخصی افراد است و ربطی به عمل حکمرانی ندارد، بر این اساس، فرایند شکل‌گیری قدرت سیاسی به طور کلی متمایز از فرایند شکل‌گیری قدرت ناشی از امر غیر سیاسی نظیر سلطه مالکانه بر اموال یا ریاست بر

۴. نوذری، بازخوانی هابرماس، ص ۴۶۷.

۵. لاگلین، مبانی حقوق عمومی، ص ۳۲۸. به عقیده او، حقوق عمومی چارچوبی برای چگونگی تاسیس و کارکرد دولت است.

خانواده و یا مدیریت یک کارخانه و شرکت است. انتخابات را می توان یکی از فرایندهای تولید قدرت از نوع سیاسی اش دانست. البته در اندیشه های مبتنی بر حاکمیت الهی، انتخابات، بستر ساز شکل گیری قدرت در مقام اثبات است زیرا مطابق جهان بینی اسلامی، حاکمیت مطلق بر جهان و انسان از آن خداوند است؛ بر این اساس، قبل از تولید قدرت ظاهری بواسطه انتخابات مردمی، از سوی خداوند اعطای حاکمیت یا اذن به حاکمیت در مقام ثبوت به افراد ذی صلاح، داده شده است. در هر صورت، قدرت سیاسی یا در فرایندی یگانه (انتخاب مردمی) و یا در فرایندی که توأم از انتصاب الهی و انتخاب مردمی است، شکل می گیرد و به جریان می افتد.

به اعتقاد برخی از حقوقدانان اگر جامعه به مرحله متکامل خود برسد و نوعی ویژه از قدرت بتواند به عنوان عامل تعیین کننده سرنوشت کلی جامعه، بر همه اعضای آن تحمیل شود، قدرت سیاسی به وجود آمده است. این قدرت از چنان امکاناتی برخوردار است که می تواند اراده فرمانروایان را بر فرمانبران تحمیل کند و مقاومت در برابر آن از طریق دستگاه قضائی و نیروهای نظامی و انتظامی درهم شکسته شود.^۶ این گونه اعمال قدرت از آن روست که قدرت سیاسی، تکیه بر صلاحیت دارد؛ صلاحیتی که برخاسته از قوانین و مقررات است و به همین دلیل می توان قدرت سیاسی را قدرت قانونی نیز نامید.^۷

تذکر لازم: این نکته را باید در نظر داشت که اقدامات و تصمیم گیریها در حوزه عمومی، الزاما مربوط به نهادهای دولتی نیست و با توجه به صلاحیتهای قانونی نیست. به عنوان مثال در برخی از موارد اشخاص حقیقی که دارای نفوذ کلام و مورد پذیرش مردم اند، حتی بدون آنکه وابسته به حزب یا جریان خاصی باشند، دیدگاههای خود را در مسائل سیاسی و اجتماعی که مربوط به حوزه عمومی است بیان می کنند؛ در پاره ای از موارد نفوذ معنوی و کاریزمایی این اشخاص به قدری زیاد است که تاثیرگذاری آن از صلاحیتهای منبعث از قانون مقامهای عالی رتبه دولت بیشتر است و حتی آنان را نیز وادار به تمکین و

^۶. قاضی شریعت پناهی، بایسته های حقوق اساسی، ص ۲۱-۲۳. در پاره ای موارد می توان قدرت سیاسی را منهای وجود ضمانت اجرایی اشاره شده، سراغ گرفت. به عنوان مثال قدرت سیاسی برخی از احزاب یا قدرت سیاسی برخی از اشخاص که از نفوذ معنوی در جامعه برخوردارند.

^۷. نکته حائز اهمیت این است که «باید میان «قانونیت» و «حقانیت» تفاوت قائل شد. قانونی بودن قدرت، تطابق آن با موازین و مقررات و شیوه های حقوقی است و حقانیت آن، سازگاری بودنش با نظریه قدرتی است که اکثریت به درستی آن ایمان داشته باشند. ممکن است قدرتی، قانونی باشد ولی حقانی جلوه نکند (قاضی شریعت پناهی، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، ص ۲۷۸).

تبعیت می کند. جالب تر آن که در مواردی، اقتدار چنین شخصیت‌هایی نه تنها ناشی از قوانین نیست بلکه اساساً آنها جزو اتباع آن دولت به شمار نمی روند. تاثیر گذاری آیت الله سیستانی در عراق و آیه الله خامنه ای در لبنان را می توان نمونه های روشنی از این موضوع دانست.

آنچه اشاره شد هر چند ما را در برداشت از حقوق عمومی یاری می رساند اما ارائه تعریفی دقیق از «حقوق عمومی» کار آسانی نیست. ذیلاً برخی از تعاریف ارائه شده را مرور می کنیم:

۱. حقوق عمومی «مجموعه ای از قواعد، اصول، عرف ها، رویه ها و رسم هایی است که عمل حکمرانی را مقید، حفظ و تنظیم می کند»^۸.
۲. به اعتقاد «زولر» غالباً در ورای امور خصوصی، یک امر عمومی وجود دارد و «هر کشوری قواعد خاص خود را برای پرداختن به موقعیت های حقوقی مربوط به امر عمومی دارد و این قواعد، حقوق عمومی را تشکیل می دهند»^۹.
۳. «حقوق، زمانی عمومی است که در برگیرنده یک عنصر مربوط به دولت باشد در حالی که حقوق خصوصی، آن حقوقی است که احکامش بر افراد و نه بر دولت قابل انطباق است»^{۱۰}.
۴. «حقوق عمومی عبارت است از مجموعه ای از قواعد و مقررات الزام آور که هدف اساسی از وضع آنها ایجاد نظم و برابری در روابط اجتماعی است»^{۱۱}.
۵. حقوق عمومی شاخه ای از علم حقوق است که مأموریت اصلی آن مطالعه قواعد مربوط به سازماندهی روابط درونی و برونی دولت در معنای عام آن است. این شاخه از یک سو به بررسی

۸. لاگلین، مبانی حقوق عمومی، ص ۳۳۱. به این معنا که حقوق عمومی قدرت سیاسی را در راستای مدیریت تعارض در جامعه مبتنی بر روش حزم و احتیاط مقید، حفظ و تنظیم می کند. در حقیقت حقوق عمومی باید ساختارها و رویه‌هایی را طراحی کند تا قدرت سیاسی دولت در راستای مدیریت کارآمد تعارض‌ها بیشتر شود و ساختارها و قوانین حقوقی نظامی برای تولید قدرت سیاسی برای دولت است. خواست و اراده مردم فقط در ابتدای تشکیل دولت یعنی در واگذاری بخشی از آزادی‌ها و حقوقشان به دولت در قالب نمایندگی لحاظ می‌شود اما در استمرار آن این خواست و اراده در حدود مدیریت تعارض در جامعه مبتنی بر روش حزم و احتیاط معنا پیدا می‌کند و مبتنی بر این مصلحت جایگاه خود را پیدا می‌کند (نظریه ناب حقوق عمومی، مارتین لاگلین).

۹. زولر، درآمدی بر حقوق عمومی، ص ۱۲.

۱۰. ادمون رباط، مقدمه حقوق اساسی، ص ۱۵۶.

۱۱. پروین، مبانی حقوق عمومی، ص ۵۲.

قواعد حاکم بر روابط موجود بین نهادهای دولتی می پردازد و از سوی دیگر، روابط این نهادها و ماموران دولتی با شهروندان را مورد کاوش قرار می دهد.^{۱۲}

۶. «حقوق عمومی، فن و دانش مهندسی و مدیریت هنجارمند اجتماعی است؛ یعنی با استفاده از ابزارهای حقوقی (مانند قانون گذاری و سیاستگذاری)، تنظیم و تمشیت مقتدرانه روابط اجتماعی و تحقق نظم عمومی را بر اساس طرح کلان نظام اجتماعی برعهده می گیرد. علاوه بر این حقوق عمومی نقش مهمی در نظام سازی (و سطوح آن) و در گام بعد، تمدن سازی ایفا می کند»^{۱۳}.

۷. «حقوق عمومی حوزه ای از حقوق اساسی، اداری، کیفری و بین الملل است که بر سازماندهی دولت، روابط بین دولت و شهروندان، مسئولیت های مقامات دولتی و روابط میان دولت ها تمرکز دارد. این مسئله به امور سیاسی، از جمله قدرت، حقوق، صلاحیت ها و وظایف سطوح مختلف دولت و مقامات دولتی مربوط می شود»^{۱۴}.

به نظر می رسد با تامل در مفاهیمی چون «حوزه عمومی و حوزه خصوصی» و «قدرت سیاسی و قدرت غیر سیاسی»، می توان حقوق عمومی را «قواعد مربوط به ساختار دولت و حاکم بر حکومت و حکمرانی» یا «حقوق حاکم بر شکل گیری و به جریان افتادن قدرت و مناسبات زمامداری» دانست. تعاریفی هم در کتاب مبانی، کلیات و تحولات حقوق عمومی (ابراهیم موسی زاده) ص ۵۱-۵۳ آمده است.

۱۲. گرجی ازندریانی، در تکاپوی حقوق اساسی، ۴۸۴. نقد وارد بر این تعریف این است که حقوق عمومی را صرفا مطالعه و بررسی قواعد دانسته است.

۱۳. ربیع زاده، حقوق عمومی دانش نظام ساز، ص ۲۲۱.

۱۴. (<https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/public+law>). این تعریف ابعاد حقوق عمومی و یا شاخه های آن را مورد توجه قراردادده است.

جلسه دوم: جایگاه حقوق عمومی، شاخص های مرزبندی میان حقوق عمومی و خصوصی

۱. تفاوت در کنشگران

کنشگر اصلی حقوق عمومی، دولت و نهادهای حاکمیت است در حالی که در حقوق خصوصی، کنشگر اصلی افراد یا اشخاص حقوقی حقوق خصوصی است^{۱۵}. البته نباید فراموش کرد، زمانی حقوق، عمومی است که دولت، به عنوان حاکمیت، طرف رابطه حقوقی باشد و در صورتی که منهای جنبه حاکمیتی خود همانند شخص عادی، طرف رابطه با شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی قرارگیرد، قواعد حقوق خصوصی بر این رابطه حاکم خواهد بود.

۲. تفاوت در هدف

تفاوت دیگر مربوط به کارویژه و غایت هر یک از این دو رشته است. «حقوق خصوصی تنها، حامی منافع خصوصی است در حالی که هدف قواعد حقوق عمومی حفظ و حراست از منافع عموم است^{۱۶}». به همین دلیل است که معمولاً دادگاهها به نفع دولت حکم می کنند البته برای جلوگیری از سوء استفاده نهادهای دولتی، دیوان عدالت اداری هم وجود دارد که به شکایات و تظلمات اشخاص در برابر دولت رسیدگی می کند.

۳. تفاوت در نحوه شکل گیری

اشخاص حقوقی حقوق عمومی^{۱۷} که هدفشان تامین منافع عمومی است، صرفاً به موجب قانون شکل می گیرند در حالی که شکل گیری اشخاص حقوقی خصوصی، وابسته به ابتکار افراد است.

۴. تفاوت در ابزارها و چگونگی اجرا

«حقوق عمومی برای دولت شیوه‌هایی فراهم می‌آورد که مصلحت همگانی با آن تأمین می‌گردد. این روش از سرشت فشار و اجبار برخوردار است، مانند صدور احکام اداری، سلب مالکیت خصوصی برای منفعتی همگانی و اجرای مستقیم (انجام و اجرای بدون مراجعه به دادگاه و درخواست صدور حکم به خواسته‌ای

۱۵. گرجی از ندریانی، مبانی حقوق عمومی، ص ۲۷.

۱۶. دو میشل، حقوق عمومی، ص ۱۸.

۱۷. وزارتخانه ها یا موسسات و شرکت های دولتی و نیز موسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی مانند شهرداریها.

که دارد!) [در حالی که] روش‌هایی که حقوق خصوصی فراروی اشخاص می‌گذارد، از ماهیت اراده و توافق برخوردارند و در اصل بر پایه‌ی قرارداد استوار است^{۱۸}».

۵. آمره بودن قواعد حقوق عمومی

حقوق عمومی، حقوق امر و نهی و اطاعت و فرماندهی است در حالی که در حقوق خصوصی، استقلال، تراضی، برابری و آزادی اراده‌ها حاکم است. قراردادها که نماد برخورد اراده‌های آزاد و برابر اشخاص اند از عناصر اصلی حقوق خصوصی اند در حالی که کاربست قرارداد در حقوق عمومی جنبه استثنایی دارد^{۱۹} و عرصه حقوق عمومی را فرامین یک جانبه حکومتی، قواعد امری و آیین نامه‌ها پر کرده است. به عنوان مثال شما وقتی برای ساخت ساختمان به شهرداری مراجعه می‌کنید، قراردادی بسته نمی‌شود بلکه دادن پروانه ساختمان به معنای دادن مجوز ساخت با خصوصیتی است که در پروانه قید شده است. بدین ترتیب به لحاظ ماهوی، قواعد حقوق عمومی، چون با مصالح جامعه و نظم عمومی، گره خورده اند، «آمره» می‌باشند و در نتیجه طرفین رابطه حقوقی نمی‌توانند توافق بر خلاف این قواعد داشته باشند. به سخن دیگر حتی با توافق اشخاص نیز نمی‌توان عملی را برخلاف قواعد انجام داد در حالی که قواعد حاکم بر حقوق خصوصی که مربوط به منافع افراد است، اصطلاحاً «قواعد تکمیلی» است و وابسته به تراضی طرفین خواهد بود.

حقوق عمومی به لحاظ ارتباطش با دولت و حاکمیت و این که به روابط میان فرمانروایان و فرمانبران می‌پردازد، از اهمیت بیشتر و جایگاه برتری نسبت به حقوق خصوصی، برخوردار بوده^{۲۰} و اساساً «در پناه حقوق عمومی است که حقوق خصوصی به وجود می‌آید و توسعه می‌پذیرد^{۲۱}». اهمیت حقوق عمومی به دلیل رابطه نابرابر میان حکومت و مردم است؛ حکومت می‌تواند نسبت به حقوق اشخاص تصمیم‌گیری کند و آنان باید در چارچوب قانون عمل کنند.

۱۸. ساکت، حقوق شناسی، ص ۲۲۹.

۱۹. گرجی ازندریانی، در تکاپوی حقوق اساسی، ص ۴۹۰-۴۹۲.

۲۰. برخی از نویسندگان به درستی، حقوق عمومی را، دانش نظام ساز عنوان داده اند (ر.ک: ربیع زاده، حقوق عمومی، دانش نظام ساز).

۲۱. قاضی شریعت پناهی، بایسته‌های حقوق اساسی، ص ۲۸.

جلسه سوم: مفاهیم اساسی یا اصول حاکم بر حقوق عمومی

اصول حاکم بر حقوق عمومی، بیانگر اقتضائات، صلاحیتها و غایتهای کلی مرتبط با عمل حکمرانی است؛ هنگامی که از اصول حاکم بر حقوق عمومی، سخن گفته می شود، ملاحظات زیر مورد توجه است: یک. این اصول، خصیصه کلی داشته و توانایی در برگرفتن طیفی وسیع از قواعد حقوقی را دارند. دو. فایده شناسایی اصول این است که در موارد شک، می توانند مورد استناد قرار گیرند.

۱. اصل اقتدار

اقتدار عمومی مجموعه ای از صلاحیتها و ابزارهایی است که هر دولت در راستای اجرای هنجارهای حقوقی، انجام تصمیمهای اداری، برقراری نظم عمومی و پاسداری از امنیت ملی و فردی و اجتماعی، در اختیار دارد. اساساً یکی از کار ویژه های اصلی حقوق عمومی، کاربرد مفهوم اقتدار و چگونگی تعامل آن با حقوق و آزادی های عمومی است.

در ادبیات حقوقی، اقتدار بر دو گونه است: اقتدار سلسله مراتبی که به مناسبات درون سازمانی دولت ارتباط دارد و لازمه مدیریت اداری است و اقتدار سازمانی، برای وضع قوانین و مقررات. همچنین در حقوق عمومی، اقتدار از دو منظر قابل بررسی است:

یک. اقتدار در روابط میان مقامات دولت (عامل ایجاد سلسله مراتب). سلسله مراتب در همه حوزه های اداری قابلیت اعمال دارد و به موجب آن، اختیار دستور و اجرای آن به مقام مافوق داده می شود و ضمانت اجرای آن ابطال اعمالی است که برخلاف دستور انجام شده باشد.

در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، به موجب ماده ۹۶ قانون مدیریت خدمات کشوری^{۲۲}، «کارمندان دستگاههای اجرائی مکلف می باشند در حدود قوانین و مقررات، احکام و اوامر رؤسای مافوق خود را در امور اداری اطاعت نمایند، اگر کارمندان حکم یا امر مقام مافوق را برخلاف قوانین و مقررات اداری تشخیص دهند، مکلفند کتباً مغایرت دستور را با قوانین و مقررات به مقام مافوق اطلاع دهند. در صورتی که بعد از این اطلاع، مقام مافوق کتباً اجراء دستور خود را تایید کرد، کارمندان مکلف به اجراء دستور صادره خواهند بود و از این حیث مسئولیتی متوجه کارمندان نخواهد بود و پاسخگویی با مقام دستوردهنده می باشد».

۲۲. مصوب ۱۳۸۶.

ماده فوق به هیچ وجه در این مقام نیست که اوامر مافوق در دستگاههای اداری را مافوق قانون معرفی کند بلکه بدین معناست که با توجه به سلسله مراتب، انضباط اداری بر قانون شکنی احتمالی ترجیح دارد. بدیهی است در چنین حالتی، مسئولیت از دستور گیرنده ای که انضباط اداری را رعایت کرده است به دستور دهنده منتقل خواهد شد.

با وجود این، به موجب ماده ۱۵۹ قانون مجازات اسلامی ۲۳ «هرگاه به امر غیرقانونی یکی از مقامات رسمی، جرمی واقع شود آمر و مأمور به مجازات مقرر در قانون محکوم می شوند لکن مأموری که امر آمر را به علت اشتباه قابل قبول و به تصور اینکه قانونی است، اجراء کرده باشد، مجازات نمی شود و در دیه و ضمان، تابع مقررات مربوطه است». البته این قانون، ارتکاب رفتاری را که طبق قانون جرم محسوب می شود، در مواردی قابل مجازات ندانسته است. مثلاً «در صورتی که ارتکاب رفتار به امر قانونی مقام ذی صلاح باشد و امر مذکور خلاف شرع نباشد» (بند پ ماده ۱۵۸ قانون مجازات اسلامی).

دو. اقتدار در روابط میان دولت و اشخاص خصوصی (صلاحیت تصمیم گیری). در این جا اقتدار به معنای «اختیار تصمیم گیری» و امکان اراده انجام اعمال یک طرفه از سوی دولت است. به عبارت دیگر صلاحیت تصمیم گیری به عنوان یکی از جلوه های اقتدار، گویای آن است که «دستگاه دیوانی قادر است بنا به اراده خود دست به انجام اعمالی یک جانبه بزند که قاعدتاً به آن «اختیار تصمیم گیری» می گویند... و اجرای تعهدات از سوی سازمانهای دولتی به میل و اراده دستگاه بستگی دارد»^{۲۴}.

صلاحیت گاه صلاحیت تکلیفی است و گاه صلاحیت تشخیصی و اختیاری. «برخی از حقوقدانان به طرح مباحث حقوق اداری از جمله چگونگی تنظیم صلاحیتها و نظارت بر تصمیم های اداری از دیدگاه نظریه های چراغ قرمز و چراغ سبز پرداخته اند. نظریه چراغ قرمز برخاسته از مبانی دولت لیبرال کلاسیک (به مثابه دولت مشروط و محدود) است و به خاطر بدبینی های مفرط به پدیده قدرت و مداخلات آن در جامعه بر تشدید نظارت های بیرونی از جمله بازرسی و نظارت قضایی بر فعالیتهای دولت تاکید می کند. قضایی سازی فرایندهای حکمرانی و مدیریتی و تحقق نوعی از حکومت قضات پایه های این نظریه را تشکیل می دهد. در مقابل، نظریه چراغ سبز آزادی عمل بیشتری را برای مداخله گری دولت قایل است. این نظریه با اعتماد به دولت به دنبال کارآمدسازی آن و صیانت از منفعت عمومی است. هواداران این نظریه در مقوله

۲۳. مصوب ۱۳۹۲.

۲۴. دومیشل، حقوق عمومی، ص ۳۴.

نظارت بر قدرت، ضمن قبول اهمیت نظارت قضایی و حاکمیت قانون به تحکیم روش های غیر قضایی (مانند روشهای فنی، مدیریتی، سیاسی، نظارت اداری درونی و بیرونی، تصمیم سازی مشورتی) می پردازند^{۲۵}»

نظریه چراغ قرمز در حقوق اداری انگلستان، بر قانون اساسی متعادل تأکید دارد که برای کنترل قدرت و تأمین آزادی باید از طریق کنترل قضایی قوه مجریه اقدام نمود. در میانه دو جنگ جهانی، نظریه چراغ سبز شکل گرفت که بر اختیار و حاکمیت اداری دولت باور دارد. این نظریه در فصل اول کتاب «حقوق و حکومت» اثر کارول هارلو^{۲۶} و ریچارد رولینگز^{۲۷} که دانشگاه کمبریج در سا: ۲۰۰۹ آن را منتشر کرده آمده است.

«در کامن لا این رویکرد معروف به «تئوری چراغ سبز» (Green Light Theory) است. منظور از آن این است که برخورد دادگاهها در مواجهه با صلاحیت های تخییری باید برخورد منطقی و منعطفی باشد. طرفدارن واقع گرا (Realist) و کارکرد گرا (Functionalist) در حقوق اداری همواره معتقد به این نوع کنترل قضایی صلاحیتها هستند. در این رویکرد، کنترل قضایی نمی خواهد در انجام امور اداری دخالت کند و اختلال ایجاد نماید و واقعیتها و دشواری های اتخاذ تصمیمات دولتی را می پذیرد. در مقابل دکترین سنتی کنترل قضایی یعنی تئوری چراغ قرمز (Red Light Theory) است که معتقد به اعمال کنترل قضایی حداکثری بر تصمیمات اداری است. اثباتگرایان (Positivism) و شکل گرایان (Formalism) در حقوق اداری نیز بر تئوری چراغ قرمز تأکید دارند»^{۲۸}.

ملاحظات:

یک. هرچند اقتدار از لوازم زندگی سیاسی و اصل بنیادینی است که «تشخص و استقلال حقوق عمومی را پایه گذاری می کند»^{۲۹} و اساسا بدون آن، نظم عمومی با اختلال مواجه خواهد شد، اما یکی از امور بسیار مهم در حقوق عمومی، نوع تعامل و پیوند این اصل با حقوق و آزادیهای مردم است که همواره باید مورد توجه قرارگیرد.

۲۵. گرجی ازندیانی، مبانی حقوق عمومی، ص ۹۶-۹۷.

۲۶. Carol Harlow

۲۷. Richard Rawlings

۲۸. مشهدی، توجیه و نقد کنترل پذیری صلاحیت های تخییری قوه مجریه، فصلنامه اطلاع رسانی حقوقی، ص ۶۳.

۲۹. دو میشل، همان، ص ۳۳.

دو. حاکمیت و اقتدار عالی سیاسی، هرچند برای دولت، ضرورتی انکار ناپذیر است اما تفکیک و توزیع این اقتدار در حوزه صلاحیت تصمیم گیری به دو دلیل لازم دانسته شده است. این دلایل که بیانگر فلسفه تفکیک قوا هستند، عبارتند از: جلوگیری از استبداد و فساد ناشی از تمرکز قدرت و نیز تقسیم کار و وظایف به خاطر وجود سه حوزه کارکردی تقنینی، اجرایی و قضایی.

سه. دغدغه پاسداشت حقوق و آزادیهای مردم از یک سو و احتمال سوء استفاده از صلاحیت ها و اختیار تصمیم گیری مقامات، از سوی دیگر، سبب طرح و تثبیت ایده صلاحیت محدود و منطبق با قانون شده است که در اصل دوم (اصل قانونمداری) به آن اشاره خواهد شد.

جلسه چهارم: مفاهیم اساسی یا اصول حاکم بر حقوق عمومی

۲. اصل قانونمداری

اصل قانون مداری و قانونی بودن بیانگر آن است که کلیه اعمال و اقدامات مقامهای دولت باید مبتنی بر قانون و قواعد حقوقی باشد. «آموزه حاکمیت قانون طرح روشنی از فعالیتهای دولت و اصول پایه ای سازمان آن ارائه می دهد. به عنوان مثال هنگامی که دولت قصد مداخله در مقوله آزادی و مالکیت شهروندان را داشته باشد باید به یک عمل تقنینی دست یازد تا از این طریق مداخلات او مشروع تلقی شوند^{۳۰}». لازمه اصل قانونی بودن یا قانونمداری محدودیت صلاحیت مقامهای دولت و یا همان اصل عدم صلاحیت در حقوق عمومی است. در اشخاص حقیقی، شایستگی دارا بودن حق را «اهلیت تمتع» و شایستگی اجرای حق را «اهلیت استیفا^{۳۱}» می گویند. از این حق یا اختیار همان گونه که اشاره شد در حقوق عمومی به عنوان «صلاحیت^{۳۲}» نام برده می شود. در حقوق خصوصی اصل بر اهلیت است و در حقوق عمومی اصل بر عدم صلاحیت. این امر به جهت پاسداری از حقوق مردم از سویی و جلوگیری از احتمال سوء استفاده از قدرت مقامات دولتی از سوی دیگر است.

۳۰. گرجی از ندریانی، همان، ص ۱۳۴.

۳۱. اهلیت تمتع با تولد شروع و با مرگ تمام می شود ولی برای اهلیت استیفا و اعمال حقوق و تکالیف، عقل، بلوغ و رشد لازم است (عدم محجوریت).

۳۲. توانایی نهاد یا مقام سیاسی، اداری یا قضایی در اتخاذ تصمیم یا انجام عمل در حوزه عمومی و یا اختیاراتی که به موجب قانون به نهادها یا مقامها داده می شود.

هرچند برخی از حقوقدانان «اصل عدم صلاحیت» را مشابه «اصل عدم ولایت» در فقه دانسته اند^{۳۳} ولی به نظر می‌رسد این دو با هم متفاوتند. اصل عدم ولایت در فقه و حقوق عمومی در اسلام، زاییده و لازمه اصل ولایت و حاکمیت مطلق خداوند است و همان گونه که خود نویسنده در پانویشت آورده است بر این نکته دلالت دارد که هیچ فردی مجاز نیست دیگری را تحت سرپرستی و ولایت خود درآورد مگر آنکه از سوی خداوند به او ولایت داده شده باشد. حال اگر دلیلی وجود داشت که خداوند به کسی مانند پیامبر یا امام یا هر فرد دیگری، اذن به ولایت داده است، دیگر اصل عدم ولایت در مورد این افراد صادق نیست؛ اما این که دایره و قلمرو ولایت و به اصطلاح حقوقی، صلاحیت فرد دارای ولایت به چه اندازه و به عبارت دیگر ولایت او مطلقه یا مقیده است را باید بر اساس دلایل دیگر بررسی کرد. همان گونه که روشن است، مورد اصل عدم صلاحیت را اگر به زبان فقهی بخواهیم مشابه یابی کنیم مربوط به میزان اختیارات والی است (و بعد از اثبات اصل ولایت برای والی) نه مربوط به اصل عدم ولایت.

بدین ترتیب با توجه به اصل قانونی بودن، هر گونه اقدام خودسرانه از سوی هر مقام ممنوع است. با وجود این، سهمی از ابتکار عمل هم در نظرگرفته می‌شود و این امر با تفویض اختیار در مواردی صورت می‌گیرد.

محدودیت های اصل قانونی بودن: در وضعیت های غیرعادی و اضطراری مانند زمان جنگ، وقوع اغتشاش و آشوب های داخلی، ناامنی های تروریستی، تحریم بین المللی و یا حوادث و سوانح غیر طبیعی، تکلیف دولت به عمل به قانون همانند زمان عادی، قابلیت اجرا ندارد و اگر هم داشته باشد، چه بسا به ضرر منافع ملی تمام شود. در چنین مواقعی قوای سه گانه و سایر نهادهای حکومتی در برخی از موارد نمی‌توانند به مر قانون عمل کنند و با بهره گیری از مکانیسمهایی به آنان اختیارات فوق العاده داده می‌شود؛ البته اعطای این اختیارات موقتی است و با برگشت اوضاع به حالت عادی، پایان خواهد یافت^{۳۴}.

نمونه ای از این وضعیت را می‌توان در درخواست اجازه اقدامات ویژه در برخورد قاطع و سریع با اختلال گران در نظام اقتصادی کشور توسط رئیس قوه قضائیه مشاهده کرد. این اقدامات شامل ممنوعیت هرگونه تعلیق و تخفیف مجازات اختلال گران و مفسدان اقتصادی از یک سو و اتخاذ آیین دادرسی کیفری ویژه از

۳۳. گرجی از ندریانی، مبانی حقوق عمومی، ص ۹۶.

۳۴. ر.ک آندره دو میشل، همان، ص ۳۸.

سوی دیگر بود که از سوی رهبر انقلاب مورد تایید قرار گرفت^{۳۵}. در بند ۱۲ درخواست، تصریح شده است که این مصوبه برای مدت دو سال از تاریخ تصویب معتبر می باشد.

۳. اصل مسئولیت

^{۳۵}. متن درخواست رئیس قوه قضائیه و پاسخ رهبر انقلاب اسلامی به این شرح است:

بسم الله الرحمن الرحيم. محضر مبارک حضرت آیت الله العظمی خامنه ای (ادام الله ظلّه الوارف) رهبر معظم انقلاب اسلامی سلام علیکم. با احترام، نظر به شرایط ویژه اقتصادی کنونی که نوعی جنگ اقتصادی محسوب میشود و متأسفانه عده ای از اخلال گران و مفسدان اقتصادی هم در راستای اهداف دشمن موجبات آن را فراهم و مرتکب جرایمی می شوند که ضرورت برخورد قاطع و سریع با آنان را می طلبد، در صورت صلاحدید به رئیس قوه قضائیه اجازه فرمائید در چارچوب قانون مجازات اخلال گران در نظام اقتصادی کشور مصوب ۱۹ / ۹ / ۱۳۶۹ با اصلاحات و الحاقات بعدی و ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با رعایت موارد ذیل اقدام نماید.

۱- حسب مفاد تبصره ۶ ماده ۲ قانون مذکور شعبی از دادگاه انقلاب اسلامی را با ترکیب سه نفر قاضی با حداقل ۲۰ سال سابقه قضائی (یک نفر رئیس و دو مستشار) تشکیل دهد. رسمیت دادگاه با حضور دو نفر از اعضاء خواهد بود.

۲- محل استقرار این شعب در تهران می باشد و کلیه پرونده های مرتبط، توسط معاون اول قوه قضائیه به آن شعب ارجاع می شود و با تشخیص رئیس قوه قضائیه حسب ضرورت در مراکز استانها نیز قابل تشکیل است.

۳- به تشخیص رئیس دادگاه جلسات علنی و قابل انتشار در رسانه ها می باشد.

۴- کلیه مواعد قانونی لازم الرعایه مندرج در آیین دادرسی از قبیل ابلاغ و اعتراض حداکثر ۵ روز تعیین می شود.

۵- مفاد تبصره ماده ۴۸ قانون آیین دادرسی کیفری در خصوص وکیل، در دادگاه نیز مجری خواهد بود.

۶- هر گاه ضمن رسیدگی در دادگاه نقص تحقیقاتی احراز شود دادگاه میتواند رأساً نیز نسبت به تکمیل تحقیقات اقدام نماید.

۷- کلیه اتهامات اشخاص حقیقی و حقوقی و کشوری و لشکری مرتبط با پرونده ارجاعی اعم از مباشر، شرکاء و معاونین در یک شعبه رسیدگی می شود.

۸- هرگونه تعلیق و تخفیف نسبت به مجازات اخلال گران و مفسدان اقتصادی ممنوع است.

۹- در کلیه موارد رسیدگی به جرائم مذکور در صورت وجود دلایل کافی به تشخیص قاضی دادرسی یا دادگاه حسب مورد قرار بازداشت موقت تا ختم رسیدگی و صدور حکم قطعی صادر می شود. این قرار غیر قابل اعتراض در مراجع دیگر خواهد بود. هر گونه تغییری در قرار، توسط دادگاه رسیدگی کننده صورت می پذیرد.

۱۰- آرای صادره از این دادگاه به جز اعدام، قطعی و لازم الاجرا می باشد. احکام اعدام با مهلت حداکثر ۱۰ روز قابل تجدیدنظرخواهی در دیوان عالی کشور می باشد.

۱۱- آیین نامه اجرایی این مصوبه توسط رئیس قوه قضائیه تهیه و تصویب می شود.

۱۲- این مصوبه برای مدت دو سال از تاریخ تصویب معتبر می باشد.

والامر الیکم و السلام علیکم و رحمه الله و برکاته. صادق آملی لاریجانی

بسمه تعالی. با پیشنهاد موافقت میشود. مقصود آن است که مجازات مفسدان اقتصادی سریع و عادلانه انجام گیرد. در مورد اتقان احکام دادگاهها دقت لازم را توصیه فرمائید. والسلام علیکم و رحمه الله. سیدعلی خامنه ای ۲۰ / ۵ / ۱۳۹۷.

اصل مسئولیت به معنای لزوم متعهد بودن و پذیرش پیامدهای حاصل از اعمال و اقدامات اداری است، که جلوه های آن عبارتند از مسئولیت مدنی، کیفری و سیاسی. در حقوق عمومی در راستای تضمین مسئولیت زمامداران، با توجه به عنصر سلسله مراتب مقامات یا نهادهای خاصی پیش بینی شده است. پیش فرض اصل مسئولیت، امکان تقصیر یا قصور و خطاپذیری مقامات و نهادهایی است که با بهره گیری از اصل اقتدار به رتق و فتق امور مردم می پردازند و در نتیجه خساراتی را به جامعه یا مردم تحمیل می کنند. ضرورت مسئولیت پذیری هم به لحاظ فقهی و هم به لحاظ حقوقی با عنایت خاص مورد توجه قرار گرفته است. مسئولیت سیاسی بیشتر در حوزه حقوق اساسی و مرتبط با قوه مجریه است و لازمه آن پاسخگویی در برابر قوه مقننه می باشد که ساز و کارها و ضمانت اجراهای آن در نظامهای سیاسی مشخص شده است. از مسئولیت کیفری هم که ناظر به ارتکاب جرایم است که بگذریم، بخش عمده ای از مباحث مسئولیت دولت، در حوزه اقدامات اداری است که در جای خود به صورت مبسوط بررسی شده است و در این جا به آن اشاره می کنیم.

۳-۱. دلایل فقهی مسئولیت مدنی دولت

به لحاظ فقهی دلایل متعددی برای جبران خسارت و ضرری که به عمد یا خطا بر افراد وارد شده است وجود دارد. این ادله می توانند بیانگر مشروعیت مسئولیت مدنی دولت نیز باشند. قاعده فقهی اتلاف یکی از مهمترین قواعدی که مورد استناد قرار گرفته است و به موجب آن هر کس مال دیگری یا منافع مترتب بر آن را بدون اذن صاحب تلف نماید، در برابر صاحب آن ضامن و مسئول خواهد بود («من اتلف مال الغیر فهو له ضامن»). فقها قاعده اتلاف را هم در مورد اتلاف ابدان و هم اتلاف اموال به کار برده اند؛ بر این اساس، هرگونه ایجاد خسارت نسبت به اموال یا منافع دیگران، موجب ضمان است و زیان زننده در قبال آن، مسئولیت مدنی دارد. یکی دیگر از مستندات مسئولیت مدنی در فقه، قاعده لاضرر است که در حقوق اسلام کاربرد فراوانی دارد. در موضوع مورد بحث، هر گاه دولت و یا مقامات دولتی به جامعه یا اشخاص ضرری وارد کنند، ملزم به جبران خسارت بوده و دارای مسئولیت مدنی می باشند.

«با استناد به قواعد فقهی چون لاضرر و اتلاف و تسبیب و نیز مؤیداتی که در کلام فقها در این خصوص وجود دارد، با اثبات این مسأله که ضرر وارده در اثر عمل فاعل زیان به وجود آمده، می توان الزام وی را به جبران خسارت خواستار شد و تنها مسأله ای که می تواند مانع از این ضمان گردد، اثبات

فقدان رابطه انتسابی بین فعل زیان‌زننده و ضرر وارده است. که آن هم ادعایی است، که باید از طرف زیان‌زننده ثابت گردد^{۳۶}»

۲-۳. دلایل حقوقی مسئولیت مدنی دولت

در زمینه مبنای مسئولیت مدنی، نظریه های متعددی مطرح است که فهرست وار به آنها اشاره می شود:

۳-۲-۱. نظریه تقصیر

مطابق ماده ۹۵۳ قانون مدنی، تقصیر اعم است از تفریط و تعدی. مواد ۹۵۱ و ۹۵۲ این دو اصطلاح را تعریف کرده اند. «تعدی، تجاوز نمودن از حدود اذن یا متعارف است نسبت به مال یا حق دیگری» (ماده ۹۵۱) و «تفریط عبارت است از ترک عملی که به موجب قرارداد یا متعارف، برای حفظ مال غیر لازم است» (ماده ۹۵۲). بر این اساس، در صورتی که شخصی در اعمال خود احتیاط رایج و متعارف را نداشته باشد و موجب زیان دیگری شود، مقصر و ملزم به جبران زیان است.

در نظریه تقصیر فرض این است که جبران خسارت از سوی دولت زمانی است که ضرر، ناشی از عمل اداره و منتسب به آن باشد بنابر این ضررهایی ناشی از اقدامات و خطاهای کارمندان، از سوی خود آنان جبران خواهد شد زیرا دولت صرفاً مسئول اشکالات سازمانی و ضعف ساختاری خود می باشد. و به بیان دیگر به موجب این نظریه مسئولیت متوجه کسی خواهد بود، که زیان از تقصیر او به وجود آید. یعنی هر کس بار گناه خود را به دوش می‌کشد و دولت مسئول نقص سازمان، سوءتدبیر و ضعف ساختار خود بوده و کارمند نیز پای‌بند خطاهای خویش است^{۳۷}.

نظریه تقصیر مبتنی بر اصل برائت است، بنابر این تا زمانی که زیان دیده نتواند تقصیر عامل زیان را اثبات کند، وی از تقصیر بری است. به عنوان مثال در صورتی که اتومبیل به دلیل اشکال در ترمز باعث زیان مالی یا جسمی به خودرو دیگر یا فردی شود، راننده می تواند با این ادعا که خسارت وارده به عملکرد سیستم ترمز ماشین مربوط بوده است، خود را از جبران زیان مبرا و مسئولیت را متوجه سازنده ماشین کند در حالی که اقامه دعوای زیان‌دیده علیه خودروساز و اثبات تقصیر آن، امری بسیار مشکل خواهد بود. افزون بر انتقادهایی که بر این نظریه وارد شد است، با پذیرش آن، زیان‌هایی که از طرف

^{۳۶}. جایگاه تقصیر در مسئولیت مدنی، دوره ۱۱، شماره ۳۱، بهار و تابستان ۱۳۸۹، صفحه ۲۷۰

^{۳۷}. غمامی، مسئولیت مدنی دولت، ص ۳۷.

مجانین، صغار غیر ممیز، مکره و مضطر به افراد دیگر وارد می‌شود، بدون جبران می ماند زیرا هیچ تقصیری را نمی‌توان متوجه این افراد کرد.

۳-۲-۲. نظریه خطر (خطر در برابر انتفاع)

به موجب این نظریه هر کس برای دیگران ایجاد خطر کند، زیان‌های ناشی از آن را نیز باید جبران نماید. به سخن دیگر هر کس سود کاری را می‌برد، زیان‌های آن را نیز باید برعهده گیرد. مهم‌ترین فایده این نظریه این است، که با حذف تقصیر از زمره ارکان مسئولیت مدنی دعاوی جبران خسارت آسان‌تر، به مقصود می‌رسد و زیان‌دیده از اثبات تقصیر خواننده معاف می‌شود^{۳۸}.

مطابق نظریه خطر، مسئولیت بدون تقصیر اثبات می‌شود و به عبارت دیگر تقصیر از ارکان مسئولیت مدنی نیست. بر این اساس، در دعاوی جبران خسارت، زیان‌دیده لازم نیست، تقصیر را اثبات کند؛ آنچه لازم است اثبات شود، انتساب ضرر به فعل خواننده می‌باشد. این نظریه با دیدگاه «نفی ضرر» در حقوق اسلام شباهت دارد زیرا «مَنْ لَهُ الْغَنَمُ فَعَلَيْهِ الْغُرْمُ» یعنی هرکس که غنیمت و منفعت برای اوست، غرامت و خسارت نیز بر عهده او خواهد بود. بدین ترتیب در ارتباط با دولت در دعاوی مسئولیت کافی است که زیان‌دیده ارتباط خسارت وارده را با عمل ارادی اثبات نماید. البته به نظر می‌رسد قاعده نفی ضرر، دایره گسترده تری از مسئولیت را شامل شود زیرا مطابق آن هر گونه ضرر و خسارتی باید جبران شود در حالی که در نظریه خطر، زیان ناشی از فعلی مسئولیت آور است که برای فاعلش فایده داشته باشد.

۳-۲-۳. نظریه تضمین حق

طرفداران این نظریه معتقدند که نظریه تقصیر و خطر بر رفتار عامل زیان تمرکز کرده و آن را ارزیابی نموده اند در حالی که هدف اصلی مسئولیت مدنی، جبران خسارت زیان دیده است و این امر باید مورد توجه قرارگیرد. بر این اساس، هرگاه حقی از بین رود، باید به وسیله عامل از بین برنده حق، جبران شود. به تعبیر دیگر همه موارد مسئولیت مدنی باید بر مبنای تضمین قانون‌گذار بر حفظ و حمایت از حقوق اشخاص در جامعه توجیه شود.

^{۳۸}. کاتوزیان، وقایع حقوقی، ش ۹.

مطابق نظریه تضمین حق، لازمه حمایت از حقوق افراد در جامعه این است که به صرف وقوع ضرر، جبران آن پیش بینی شود و در مواردی هرچند عامل زیان، اشخاص باشند، دولت خسارت وارده را جبران کند.

در نظام حقوقی ایران، در سال ۱۳۳۹ قانون مسئولیت مدنی به تصویب رسید و به موجب آن، امکان جبران زیانهای بیرون از قرارداد فراهم و مسئولیت مدنی نهادهای دولتی نیز مطرح شد. مطابق ماده ۱۱ این قانون «کارمندان دولت و شهرداریها و موسسات وابسته به آنها که به مناسبت انجام وظیفه، عمدا یا در نتیجه بی احتیاطی خسارتی به اشخاص وارد نمایند، شخصا مسئول جبران خسارت وارده می باشند، ولی هرگاه خسارت وارده مستند به عمل آنان نبوده و مربوط به نقص وسایل ادارات و موسسات مزبور باشد، در این صورت جبران خسارت بر عهده اداره و یا موسسه مربوطه است...». پس از پیروزی انقلاب اسلامی، قانون اساسی جمهوری اسلامی نیز به صراحت مسئولیت مدنی دولت را مورد تاکید قرارداد. به موجب اصل ۱۷۱ «هرگاه در اثر تقصیر یا اشتباه قاضی در موضوع یا در حکم یا در تطبیق حکم بر مورد خاص ضرر مادی یا معنوی متوجه کسی گردد، در صورت تقصیر، مقصر طبق موازین اسلامی ضامن است و در غیر این صورت خسارت به وسیله دولت جبران می گردد و در هر حال از متهم اعاده حیثیت می گردد».

جلسه پنجم: منابع حقوق عمومی

۱. منابع غیر حقوقی

هر آن چه که بتواند منشأ ایجاد ساختار یا قاعده حقوقی باشد، به عنوان منبع حقوق تلقی می‌شود. بسیاری از حقوقدانان، بر این باورند که حقوق عمومی پیش از آن که بر منابع حقوقی تکیه کند از پویش‌های تاریخی، اندیشه‌های سیاسی و فلسفی تاثیر پذیرفته و خود را تغذیه کرده است. این امر به دلیل ماهیت حقوق عمومی است زیرا که قدرت و مناسبات زمامداری را ضابطه مند می‌کند. از این رو، تاملات سیاستمداران و اندیشه فلاسفه سیاسی در تحول و تکامل این رشته حقوقی بسیار موثر بوده و خواهد بود.

۱-۱. تاثیرات دوران اقتدارگرایی بر دولت

نیم نگاهی به تاریخ سیاسی روشن می‌سازد که سنت‌های اقتدارگرایانه در حکومت‌های پادشاهی و امپراطوری، ساز و کارهای خاص خود را در قاعده‌گذاری برای اداره امور کشور داشته‌اند و حتی برخی از حقوقدانان بر این باورند که سنت اقتداری در مقایسه با سنت آزادیخواهانه و لیبرال که به لحاظ تاریخی متاخر است، با جوهره حقوق عمومی سازگاری بیشتری دارد^{۳۹}. وجه مثبت اقتدارگرایی در نظام‌های سلطنتی این بود که در برابر نظام فئودالی که خانها و فئودالها سرزمین را میان خود تقسیم و هریک بخشی از آن را اداره می‌کردند، ایستاد و در نتیجه این پادشاه بود که سکه به نام خود می‌زد و نصب و عزل مقامات دولتی را در اختیار خود می‌گرفت. در نتیجه حاکمیت مفهوم خاص خود را پیدا کرد و حقوقدانان نیز مفاهیم لازم حقوقی را برای توجیه سیاست‌های نظام سلطنتی به کار گرفتند. رویکرد تمرکز اختیارات اداری و سیاسی که قدرت را از ید اربابان محلی خارج می‌کرد و قوای مقننه، مجریه و قضائیه را در اختیار پادشاه قرار می‌داد را می‌توان از نتایج آن دانست.

همان گونه که پیداست تحول‌های تاریخی، رویکرد سیاستمداران و فلاسفه سیاسی، در قرون وسطی به خوبی در شکل‌گیری دولتهای اقتدارگرا و میزان اختیارات و گستره فعالیت‌های آنها نقش ایفا کرده‌اند.

۲-۱. تاثیرات دوران مردمسالاری بر دولت

انقلاب فرانسه را باید نقطه عطفی در این رابطه به شمار آورد. در سایه چنین انقلابی بود که قدرت مطلق پادشاه توسط مجلس محدود شد و به موجب اعلامیه حقوق بشر و شهروند فرانسه (مصوب ۲۶ اوت ۱۷۸۹) برخی از حقوق بنیادین مانند آزادی، امنیت، مالکیت و حق مقاومت در برابر ظلم برای مردم رسمیت

^{۳۹}. آندرو دو میشل، حقوق عمومی، ص ۲۴.

یافت و رهاورد آن مسائل بسیار مهمی مانند تفکیک قوا بود که همه و همه برخاسته از تفکرات فلاسفه سیاسی مانند جان لاک (۱۶۳۲-۱۷۰۴) و دو نظریه پرداز معروف فرانسوی، منتسکیو (۱۶۸۹-۱۷۵۵) و ژان ژاک روسو (۱۷۱۲ - ۱۷۷۸) بود. اندیشه تفکیک قوا بیشتر از آن که حقوقی باشد، اندیشه ای سیاسی است که بر چگونگی شکل گیری قوا و به جریان افتادن آن دلالت می کند و به موجب آن به حمایت از اشخاص در برابر قدرت دولت می پردازد و بدیهی بود که با نهادینه شدن چنین تاملاتی، حقوق عمومی به شدت تحت تاثیر قرار می گرفت.

در نظریه های حقوق عمومی جمهوری سوم فرانسه «چیزی که به عنوان محور اصلی و مرکزی پذیرفته شد، چنین بود: دولت (یا به طور عام تر، قدرت) بد است زیرا زمام اختیارات را به دست برخی انسانها می سپارد تا نسبت به بقیه انسانها اعمال کنند. اما همین قدرت امر لازمی است، زیرا هیچ جامعه ای قادر نیست، بدون وجود اقتدار و دولت به حیات خود ادامه دهد»^{۴۰}. مطابق این دیدگاهها، دولت به مثابه شری که جایگزین دیگری ندارد و چاره ای جز پذیرش آن نیست تلقی می شود بنا بر این باید اعمالش مهار شود؛ یا دولت خودش، آزادانه محدودیتهایی را بپذیرد و یا ابزارهای محدودیت آوری از بیرون برایش در نظر گرفته شود. و این گونه بود که حقوق اساسی به عنوان مهم ترین شاخه حقوق عمومی، بر پایه نظریه های تفکیک قوا و دیدگاههای مربوط به آزادیهای عمومی به وجود آمد.

۳-۱. تاثیرات دوران مردمسالاری دینی بر دولت

همان گونه که انقلاب فرانسه نقطه عطفی در تحولات مغرب زمین بود که آثار فراوانی را در عالم سیاست و حقوق برجای گذاشت، انقلاب اسلامی ایران نیز که در دهه های پایانی قرن بیستم به وقوع پیوست را باید نقطه عطفی به شمار آورد که منشأ تحولات گسترده سیاسی، اجتماعی و فرهنگی در جهان شده و تاثیر گذاری آن بر تحولات سیاسی و حقوقی جهان اسلام به قدری فراوان است که موافقان و مخالفان این انقلاب در اصل آن، همداستانند. این زلزله عظیم هر دو قطب غرب کاپیتالیستی و شرق سوسیالیستی را به سختی تکان داد و نظریه پردازان علوم سیاسی را متوجه ظهور قدرتی در برابر ابرقدرت های زمان نمود؛ اینک این قدرت دین بود که پس از قرن ها انزوا و حاشیه نشینی بار دیگر ایفاگر نقش ممتاز خویش در عرصه زندگی سیاسی و حقوقی انسان می شد.

۴۰. همان، ص ۲۵.

در اندیشه سیاسی اسلام، نظام سیاسی بر سه پایه اساسی بنا نهاده شده است که عبارتند از «دین و سیاست»، «امت» و «امامت». تاثیرگذاری چنین اندیشه ای را بر ساحت‌های حقوقی مربوط به دولت مانند حاکمیت، حکومت و حقوق ملت، به روشنی می توان در بعد داخلی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و در عرصه خارجی در تدوین اعلامیه اسلامی حقوق بشر (۱۴ مرداد ۱۳۶۹ / ۵ اوت ۱۹۹۰) مشاهده کرد. اگر پرسیده شود که چه زمینه هایی سبب شد تا جهان اسلام به تدوین چنین اعلامیه ای اقدام کند، یکی از پاسخهایی که می توان به آن داد، اعتماد به نفس و خودباوری تزریق شده توسط انقلاب اسلامی در پیکره جهان اسلام بود تا در نظر گرفتن آموزه های اسلامی را در دستور کار قرار دهد. عدم در نظر گرفتن خداوند در حقوق بشر و نیز نارساییهای مفاهیمی کلیدی چون معرفت شناسی، جهان شناسی، انسان شناسی و ارزش های اخلاقی، هرچند پیش از انقلاب اسلامی نیز برای اندیشمندان مسلمان روشن بود اما نه انگیزه، نه شهادت و نه امیدی برای اقدام وجود داشت؛ انقلاب اسلامی این بستر را به خوبی فراهم کرد. مواد ۱ اعلامیه حقوق بشر و شهروند فرانسه، اعلامیه جهانی حقوق بشر و اعلامیه اسلامی حقوق بشر، در خصوص قائل شدن یا نشدن جایگاهی برای خداوند در حقوق، قابل تامل است:

«بشر آزاد متولد می شود و آزاد زیست می کند و از حیث حقوق با یکدیگر برابر است...» (ماده ۱ اعلامیه حقوق بشر و شهروند فرانسه مصوب ۱۷۸۹).

«همه افراد بشر آزاد و با حیثیت و حقوق یکسان زاییده می شوند و دارای موهبت خرد و وجدان می باشند...» (ماده ۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر مصوب ۱۹۴۸).

«همه مخلوقات به منزله عائله خداوندی هستند و محبوبترین آنان نزد خدا سودمندترین آنان به همنون خود است و احدی بر دیگری برتری ندارد مگر در تقوا و کار نیکو» (بند ب ماده ۱ اعلامیه اسلامی حقوق بشر مصوب ۱۹۹۰).

دو اعلامیه حقوق بشر و شهروند فرانسه و اعلامیه جهانی حقوق بشر، به جای تعبیر آفریده شدن انسان، تعبیر به متولد شدن کرده اند که دلالتی بر وجود آفریدگار ندارد در حالی که اعلامیه اسلامی حقوق بشر، انسانها را مخلوق خداوند دانسته است و این تنها یک نمونه از رویکردهای متفاوت به حقوق است.

در یک جمع بندی می توان گفت که در بررسی منابع غیر حقوقی حقوق عمومی، افزون بر تحولات تاریخی و اندیشه های فلاسفه سیاسی، نقش مذهب را نیز نمی توان انکار کرد. برخی از حقوقدانان برای منابع غیر حقوقی، به درستی دایره گسترده تری قائل شده و اخلاق، مذهب و اقتصاد را نیز به منابع حقوق عمومی اضافه کرده اند^{۴۱}.

۴۱. کاتوزیان، ۱۳۷۷، ص ۳۴۰.

۲. منابع حقوقی

۲-۱. اعلامیه های حقوقی

هرچند در نظر بسیاری از حقوقدانان، اعلامیه های حقوق بشری، الزام آور نیستند ولی از آن جا که به تصویب رسیده اند، به عنوان اسنادی بسیار مهم در حقوق بین الملل عمومی و در حقوق عمومی داخلی، همواره تاثیرگذار بوده اند. بیشترین تاثیر این اعلامیه را می توان در بخش حقوق ملت و شهروندان مشاهده کرد. پیشتر به سه اعلامیه حقوق بشر و شهروند فرانسه، اعلامیه جهانی حقوق بشر و اعلامیه اسلامی حقوق بشر اشاره کردیم.

۲-۲. قوانین (اساسی و عادی)

مهمترین شاخه حقوق عمومی که حقوق اساسی است از قانون اساسی و تفاسیر مربوط به آن، بیشترین بهره برداری را می کند و اساسا حقوق اساسی منهای قانون اساسی که مهمترین منبع آن است، مفهومی ندارد. قانون اساسی عالیترین سند حقوقی هر کشور است که با تشریفات خاصی ۴۲ توسط قوه موسس به تصویب می رسد ۴۳ و به لحاظ محتوا، تعیین کننده نوع حاکمیت و حکومت، ساختار و سلسله مراتب قدرت، اهداف حکومت، اصول سیاست داخلی و خارجی، صلاحیت و مسئولیت نهادها و مقامهای دولت و نیز حقوق ملت، می باشد. برخی از قوانین مهم نیز مانند قوانین احزاب سیاسی، مطبوعات، انتخابات، حریم خصوصی و... در رشد و تکامل و فربهی حقوق عمومی، بسیار موثرند.

۲-۳. رویه ها

رویه قضائی، در معنای عام، احکام یکسان دادگاه های مختلف در دعاوی مشابه بر اساس تفسیر قضات از قوانین می باشد و در معنای خاص، «هنگامی است که دادگاهها یا دسته ای از آنها در یکی از مسائل حقوقی، روش و نظام یکسانی در پیش گیرند و در برخورد با دشواری های قضائی از آن تصمیم پیروی کنند. در

۴۲. این تشریفات، بیانگر برتری شکلی قانون اساسی نسبت به سایر قوانین است. استاد زنده یاد دکتر قاضی شریعت پناهی، از برتری شکلی و ماهوی قانون اساسی، تعبیر به مفهوم ماهوی (مادی) و شکلی قانون اساسی کرده اند (گفتارهایی در حقوق عمومی، ص ۷۶) و دیگران نیز به پیروی از ایشان همین تعبیر را فراوان به کار برده اند، در حالی که اساسا مفهوم، امری ماهوی است و مفهوم شکلی، مفهوم ندارد! اگر از مفهوم شکلی تعبیر به عنصر شکلی می شد، این اشکال وارد نبود.

۴۳. دلیل نامگذاری آن به «قوه موسس» این است که شان آن، تاسیس ساختار دولت و تعیین حقوق ملت است. بدین ترتیب، صلاحیت و کارویژه قوه موسس، طراحی یک نظام سیاسی و حقوقی در قالب سندی به نام «قانون اساسی» است (جهت اطلاع بیشتر ر.ک: فصل اول کتاب حقوق اساسی ۲ از همین قلم) معمولا به قوه موسس، «مجلس موسسان» و در جمهوری اسلامی ایران «مجلس خبرگان قانون اساسی» گفته می شود.

واقع رویه قضایی تفسیر قانون است و همیشه حقوق را تکمیل می کند^{۴۴}». در جمهوری اسلامی ایران، رویه قضایی، آرائی است که توسط هیات عمومی دیوان عالی کشور به منظور ایجاد وحدت رویه صادر می شود و برای همه محاکم الزام آور است. رویه قضایی همان گونه که از نامش پیداست اولاً با مرور زمان صورت می گیرد و ثانياً محصول تصمیم گیرهای قضایی است و بیشتر ناظر به موارد ابهام، اجمال و سکوت قانون است. رویه قضایی در نظام حقوقی «کامن لا» اصلی ترین منبع رسمی حقوق و در حقوق رومی - ژرمنی منبع تفسیری یا تکمیلی به شمار می رود. امروزه قانون گذاری مجال زیادی برای عرض اندام عرف باقی نگذاشته و «تنگ تر شدن حلقه قلمرو و نفوذ عرف، رویه قضایی نقش برجسته تری پیدا کرده^{۴۵}» است.

۲-۴. عرف ها

در صورتی که عملکرد زمامداران در موضوع خاصی در طول زمان تکرار شود و مقامهای دولت، خود را در پیروی از آن ملزم بدانند (حالت الزام آور بگیرد)، عرف اساسی به وجود آمده است. به سخن دیگر «عرف حقوق اساسی زمانی ایجاد می شود که نهادی قانونی، عادت های قانونی مشخصی را به طور مداوم و بدون هیچ گونه مخالفتی از سوی سایر نهادهای عمومی تکرار کند و در لازم الاجرا شدن و برخورداری آن از ثبات نقش موثری داشته باشد^{۴۶}». بدین ترتیب، عرف حقوق اساسی همانند عرف های عام، دارای دو عنصر مادی و معنوی است.

در برخی از کشورها بویژه کشورهای با نظام حقوقی کامن لا، عرف نیز همانند قانون از منابع مهم حقوق اساسی بلکه از کهنترین منابع به شمار می رود و اساس نظام حقوقی این کشورها به شمار می رود؛ در انگلستان اختیارات پادشاه توسط پارلمان محدود می شود؛ مطابق قانون اساسی غیرمدون انگلستان، پادشاه حق دارد از توشیح و ابلاغ قوانینی که مجلس عوام و لردها تصویب نموده اند خودداری کند، ولی چون از سال ۱۷۰۷ از این حق استفاده نشده و کلیه قوانین مصوب مجالس از سوی پادشاه توشیح و حکم اجرای آنها را صادر شده است، بیشتر حقوقدانان انگلستان بر این باورند که وی به حکم مرور زمان از حق عدم توشیح و ابلاغ قوانین مصوب محروم گردیده است.

۴۴. ساکت، حقوق شناسی، ص ۳۹۳-۳۹۴.

۴۵. ساکت، همان، ص ۳۹۵.

۴۶. پروین و اصلانی، اصول و مبانی حقوق اساسی، ص ۷۷.

دکترین حقوقی عبارت است از دیدگاه‌های حقوقدانان (استادان حقوق، قضات، وکلا) که در تدریس، سخنرانی، تدوین مقاله و کتاب، مصاحبه و یا مناظره ارائه می‌شود. در صورتی که این دیدگاهها در توجیه و بیان و تفسیر مسائل حقوقی از سوی تعداد قابل توجهی از حقوقدانان مورد پذیرش قرارگیرد، به عنوان اندیشه حقوقی، می‌تواند در قانون گذاری، رویه قضایی و آموزش مورد استفاده قرار گیرد و به توسعه و تعمیق نظام حقوق اساسی کمک شایانی کند. دکترین حقوقی هرچند منبعی رسمی حقوق اساسی نیست و ضمانت اجرای مستقیمی ندارد اما تجربه نشان داده است که بعضی از تفسیر های رسمی که از اصول قانون اساسی می‌شود، انعکاس نظریات استادان حقوق است.

توسعه حقوق عمومی را از جهتی باید مرهون تلاش استادان دانشکده های حقوق دانست که با نظریه پردازی، تبیین، تحلیل و ارائه ایده های نو، به تصحیح، تنقیح و پالایش مسائل حقوق عمومی می‌پردازند و همزمان با گشودن افقهای جدید به فربهی این رشته حقوق یاری می‌رسانند. در واقع این دکترین است که اصول جایگزین را استخراج می‌کند، راه حل های مناسب را ارائه می‌دهد و حتی در سطح عالی، مکتب تاسیس می‌کند.

جلسه ششم: منابع حقوق عمومی در اسلام

در اندیشه سیاسی اسلام، حاکمیت مطلق بر جهان و انسان از آن خداست؛ چنین باوری که مبتنی بر جهان بینی اسلامی است، در مقایسه با اعتقاد به حاکمیت ملی، تاثیرات متفاوتی را در شکل گیری دولت و شیوه به جریان افتادن قدرت برجای خواهد گذاشت. تمایز اساسی منابع حقوق عمومی رایج با منابع حقوق عمومی در اسلام در جایگاه ممتاز آموزه های دینی در منظومه حقوقی است، بدین ترتیب، منابع حقوق عمومی را نمی‌توان صرفاً از طریق قرارداد یا قوانین موضوعه و یا رویه قضایی به دست آورد؛ همان گونه که عرف و سنت ها نیز نمی‌توانند منبع حقوق عمومی به شمار آیند. (جوادی آملی، فلسفه دین، ص ۹۱). وحی و عقل، سرچشمه های اصلی، استنباط احکام فقهی و حقوق اسلامی هستند و دو منبع دیگر که سنت و اجماع اند، به نوعی زیر مجموعه وحی قرار می‌گیرند. کتاب و سنت و عقل و اجماع، ادله اربعه اند. احکام حکومتی نیز یکی از منابع مهم حقوق عمومی در اسلام است.

به این نکته نیز باید توجه کرد که اعتقاد به حاکمیت الهی، نافی نقش مردم در زمامداری نخواهد بود؛ مباحث مربوط به آن به تفصیل در فقه سیاسی مطرح شده است. بر این اساس نمی توان منابع حقوق عمومی صرفاً به اندیشه های بشری و عرفی محدود کرد و نقش دین را در این زمینه نادیده گرفت و یا حتی آن را هم ردیف تاریخ، اقتصاد، سیاست و فلسفه دانست. مباحث فقه سیاسی در کتب فقهی معمولاً در خلال ابوابی همچون خمس، زکات، نماز جمعه، امر به معروف و نهی از منکر، جهاد، انفال، حربه، ولایات، قضاء و احیاناً در حدود و دیات مطرح می گردد.

۱-۲. منابع چهارگانه

همان منابع فقه یعنی کتاب، سنت، عقل و اجماع اند که در جای خود مورد بحث قرار گرفته اند.

۲-۲. مصلحت

مصلحت اسلام و مسلمانان یکی از عناصر مهمی است که به ویژه در فقه سیاسی و حقوق عمومی کاربرد فراوان دارد و در بسیاری از موارد احکام ولایی و حکومتی با استناد به آن صادر می شود. «زمامدار مسلمانان در اعمال ولایت، موظف به رعایت مصلحت جامعه اسلامی است»^{۴۷}.

حکومت می تواند قراردادهای شرعی را که خود با مردم بسته است، در موقعی که آن قرارداد مخالف مصالح کشور و اسلام باشد، یکجانبه لغو کند و می تواند هر امری را چه عبادی و یا غیر عبادی است که جریان آن مخالف مصالح اسلام است، از آن مادامی که چنین است جلوگیری کند. حکومت می تواند از حج، که از فرایض مهم الهی است، در مواقعی که مخالف صلاح کشور اسلامی دانست موقتاً جلوگیری کند»^{۴۸}.

همان گونه که از عبارات فوق روشن می شود، نقش زمان و مکان و اوضاع و احوال در تشخیص مصالح کشور و مردم تعیین کننده است و مطابق با آن ها این اختیار به فقیه حاکم داده شده است که احکام و اوامری را در حوزه حکمرانی صادر کند تا امور کشور وفق مقتضیات زمان به درستی سامان یابد. از آن جا که مباشرت در تمامی حوزه های حکومتی برای شخص زمامدار و صاحب ولایت امکان ندارد وی می تواند برخی از این دسته از اختیارات را به قوای قانون گذاری، اجرایی و قضایی واگذار کند.

۲-۳. عرف

^{۴۷}. موسوی خمینی، کتاب البیع، ج ۲، ص ۶۵۴ و ۶۶۳، تهران ۱۳۷۹ ش.

^{۴۸}. موسوی خمینی، صحیفه امام، ج ۲۰، ص ۴۵۱ و ۴۵۲.

در این که عرف را می توان یکی از منابع حقوق اسلام دانست تردید جدی وجود دارد زیرا به اعتقاد فقیهان، کارایی عرف در تشخیص مصادیق است و نه بیان احکام.

۱. منابع حقوق عمومی در جمهوری اسلامی ایران

نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، با الهام از نظام حقوقی اسلام، مبتنی بر اختصاص حاکمیت و تشریح برای خدای یکتاست که از طریق اجتهاد مستمر فقهای جامع الشرائط، بر اساس کتاب و سنت به دست می آید البته با بهره مندی از علوم و فنون و تجارب پیشرفته بشری (اصل دوم قانون اساسی).

۱-۳. قوانین (قانون اساسی و برخی از قوانین مهم عادی).

البته روشن است که قوانین یا برگرفته از شرع اند و یا دست کم نباید مغایرتی با شرع داشته باشند.

۲-۳. تفسیر قوانین

۳-۳. شرع (کتاب، سنت و عقل).

هرچند همان گونه که گفته شد، قوانین برگرفته از شرع اند ولی در برخی موارد، «شرع» مستقیماً به عنوان یک منبع می تواند مورد استناد قرارگیرد. به موجب اصل ۱۶۷ قانون اساسی «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد».

۴-۳. رویه

۵-۳. دکترین

جلسه هفتم: شاخه های حقوق عمومی

۱. حقوق اساسی

برای درک درست از تعریف و چیستی حقوق اساسی، شناخت موضوع و هدف حقوق اساسی ضرورت دارد.

۱-۱. موضوع حقوق اساسی

دیدگاههای زیادی در ارتباط با موضوع حقوق اساسی مطرح شده است. به نظر می رسد دیدگاه دقیق تر را دکتر سید محمد هاشمی ارائه کرده است. به نظر وی «موضوع حقوق اساسی عبارت از تنظیم قانونی اعمال سیاسی است»^{۴۹}. در صورتی که مقصود از تنظیم قانونی، همان قواعد و قوانین باشد، شاید بتوان گفت که موضوع حقوق اساسی، چیزی جز قواعد اعمال سیاسی نیست. (قواعد در این جا شامل اصول، عرف ها و رویه ها نیز می شود). بر این اساس، هر عمل و اقدام سیاسی به لحاظ ارتباطی که با قواعد و مقررات پیدامی کند، موضوع حقوق اساسی است؛ خواه مربوط به ساختار دولت، شکل گیری حکومت، روابط میان نهادهای سیاسی و میزان صلاحیت زمامداران باشد و خواه مربوط به آزادیهای بنیادین ملت. برخی از آزادیهای مدنی (غیر سیاسی) مصرح در قوانین اساسی نیز هرچند رنگ بوی سیاسی ندارند ولی از باب تغلیب و با مسامحه، قرارگرفتن آنها در قلمرو حقوق اساسی، مشکلی ایجاد نخواهد کرد. در نتیجه به نظر می رسد موضوع حقوق اساسی در یک بررسی نسبتاً دقیق، چیزی جز «قواعد اعمال سیاسی» نیست.

۲-۱. اهداف حقوق اساسی

هدف اصلی در حقوق اساسی این است که حکومت بر پایه هنجارهای حقوقی شکل گیرد، قواعد حقوقی بر نحوه به جریان افتادن قدرت و توزیع آن، حاکم باشد و حقوق و آزادیهای افراد به رسمیت شناخته شده و تامین گردد. به طور خلاصه می توان اهداف و کارویژه های آن را در موارد زیر فهرست کرد:

- کنترل و تنظیم قدرت حکومت
- تامین و تضمین حقوق ملت
- برقراری نظم و امنیت

با عنایت به موضوع حقوق اساسی، می توان گفت که بن مایه این اهداف، ایجاد توازن میان «قدرت» و «آزادی» است که با توجه به مقوله هایی همچون عدالت و نظم عمومی ساخته و پرداخته می شود.

۴۹. هاشمی، حقوق اساسی و ساختارهای سیاسی، ص ۳۰.

در این جا مناسب است به اهداف حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز اشاره کنیم. این اهداف در مقدمه قانون اساسی به صورت زیر بازتاب یافته است:

حکومت از دیدگاه اسلام، برخاسته از موضع طبقاتی و سلطه‌گری فردی یا گروهی نیست بلکه تبلور آرمان سیاسی ملتی هم کیش و هم فکر است که به خود سازمان می‌دهد تا در روند تحول فکری و عقیدتی راه خود را به سوی هدف نهایی (حرکت به سوی الله) بگشاید. .. قانون اساسی تضمین‌گر نفی هر گونه استبداد فکری و اجتماعی و انحصار اقتصادی می‌باشد و در خط گسستن از سیستم استبدادی، و سپردن سرنوشت مردم به دست خودشان تلاش می‌کند... قانون اساسی زمینه چنین مشارکتی را در تمام مراحل تصمیم‌گیری‌های سیاسی و سرنوشت‌ساز برای همه افراد اجتماع فراهم می‌سازد تا در مسیر تکامل انسان هر فردی خود دست اندرکار و مسئول رشد و ارتقاء و رهبری گردد که این همان تحقق حکومت مستضعفین در زمین خواهد بود.

۱-۳. تعریف حقوق اساسی

از آن جا که اولاً: حقوق اساسی شالوده و بنیان دولت را می‌گذارد و شکل حکومت را مشخص می‌کند و ثانیاً: مشخص می‌کند که اجزای مختلف آن، چگونه انتخاب یا منصوب می‌شوند، چه گونه کار می‌کنند و نظام تفکیک قوا و مسئولیت بین آنها چگونه است و ثالثاً: به تبیین حقوق بنیادین شهروندان می‌پردازد و تکالیف دولت نسبت به حقوق مدنی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی ملت را اعلام می‌دارد؛ و نیز از آن جا که هدف حقوق اساسی، ایجاد توازن میان «قدرت» و «آزادی» است؛ می‌توان حقوق اساسی را این گونه تعریف کرد: «حقوق اساسی، نظریه‌ها و قواعد حاکم بر هر نوع عمل سیاسی با هدف ایجاد توازن میان قدرت و حقوق ملت به طور عادلانه است».

در این تعریف ملاحظات زیر قابل توجه است:

یک. مراد از قواعد در این جا مفهوم موسعی است که قوانین، عرف و رویه را دربر می‌گیرد؛
دو. این تعریف در درون خود قواعد مرتبط با ساختار دولت، قواعد حاکم بر حکومت، قواعد حاکم بر نهادهای سیاسی و نیز چگونگی حکمرانی و تعامل با شهروندان را دارد و ضابطه مند شدن قدرت سیاسی را کاملاً مورد توجه قرار داده است.

سه. اشاره به هدف (ایجاد موازنه میان قدرت و حقوق ملت) در متن تعریف بدین خاطر است که روشن سازد سخن برخی از استادان حقوق که حقوق اساسی، علم آشتی «اقتدار» و «آزادی» است و یا ایجاد همزیستی مسالمت آمیز بین عوامل «قدرت» و «آزادی» در هر جامعه سیاسی است، جایگزینی هدف به جای تعریف است؛

چهار. بسیاری از تعاریف به بیان مصادیق نهادهای سیاسی پرداخته و آنها را فهرست کرده اند؛ به عنوان مثال: «قسمتی از حقوق داخلی عمومی است که شکل حکومت، سازمان قوای عالیه مملکت، وظایف و اختیارات هر یک از آن ها و همچنین روابط قوای مزبور را با هم تعیین م یکنند؛ به علاوه، حقوق اساسی حقوق عمومی افراد را که دولت ها مکلف به احترام آنها می شد، مشخص و معین می نماید». (قاسم زاده، حقوق اساسی، ص ۱۰)، و یا «رشته ای از علم حقوق است که در آن سازمان عمومی دولت، رژیم سیاسی آن، ساختار حکومت، سازمان و وظایف و اختیارات قوای ثلاثه و حقوق و آزادیهای فردی و اجتماعی، انتخابات و احزاب سیاسی و تبلیغات و نظایر آن بحث و گفتگو می شود». (طباطبایی موتمنی، حقوق اساسی، ص ۱۴) و یا «رشته ای از دانش حقوق است که در آن از ساختار حکومت در سطح کلان، رژیم سیاسی آن، وظایف و اختیارات عناصر تشکیل دهنده حکومت از سویی و روابط حکومت و شهروندان و حقوق و آزادیهای بنیادین شهروندان از سوی دیگر، سخن گفته می شود». (ویژه، کلیات حقوق اساسی، ص ۱۲).

ذکر این مصادیق اشکالی ندارد و حتی برای تبیین بیشتر تعریف، مفید است، ولی نباید مصادیق جای تعاریف را بگیرند.

جلسه هشتم: شاخه های حقوق عمومی: حقوق اساسی: منابع حقوق اساسی

منابع حقوق اساسی، عناصری هستند که در ایجاد و توسعه حقوق اساسی نقش داشته و به تعبیر دیگر بر اساس آنها قواعد حقوق اساسی از سوی حقوقدانان کشف و استخراج می شوند. این منابع به دو دسته منابع رسمی و منابع غیر رسمی تقسیم می شوند؛ منابع رسمی به منابعی گفته می شود که قابلیت استناد داشته و از اعتبار حقوقی برخوردارند؛ منابع غیر رسمی، هرچند در شکل گیری و فهم از حقوق اساسی، نقش مهمی ایفا می کنند ولی اعتبار حقوقی آنها توسط قانون گذار، به رسمیت شناخته نشده است.

۱. منابع رسمی

۱-۱. قانون اساسی

پیشتر گفتیم که قانون اساسی عالیترین سند سیاسی و حقوقی هر کشور به شمار می رود و محصول مجلس و نهادی مستقل است که به آن «قوه موسس» می گویند. این قانون، به لحاظ سلسله مراتب، بر تمامی قوانین دیگر در کشور، حاکم است. سیطره قانون اساسی بر قوانین عادی، صرفاً به لحاظ محتوا نیست، بلکه از نظر شکلی نیز، هم در تدوین اولیه و هم در بازنگری، تابع تشریفات خاصی است. در جهان انواع مختلفی از قانون اساسی وجود دارد:

از یک نظر قوانین اساسی به قانون اساسی نوشته و نانوشته تقسیم می شوند. به طور معمول، قوانین اساسی کشورها، متن واحد مدون دارند؛ متنی با تشریفات خاص که به تصویب مقام صلاحیت دار (مجلس موسسان و یا مجلس خبرگان قانون اساسی) رسیده است. اما در قانون اساسی غیر مدون، متن واحد مشخصی وجود ندارد و اصول آن را باید در لابلای قوانین عادی و از سوابق پرونده های قضایی و یا از فرمانهای سلطنتی و رؤسای جمهور و یا عرف و عادات و رسوم جستجو کرد. انگلستان کشوری است که قانون اساسی مدون ندارد.

قوانین اساسی از منظر دیگر، انعطاف ناپذیر (سخت) و یا انعطاف پذیر (نرم) می باشند. ملاک این تقسیم بندی، چگونگی بازنگری است. اگر قانون اساسی همانند قوانین عادی که مصوب مجلس است از طریق قوه مقننه و با فرایندی ساده، مورد تجدید نظر قرارگیرد، آن را قانون اساسی نرم و در صورتی که برای بازنگری نیاز به مجلس ویژه ای (مانند شورای بازنگری) باشد و یا این که بازنگری را پارلمان با تشریفات متمایز از تصویب قوانین عادی انجام دهد و پس از طی مراحل تصویب (چه در مجلس ویژه و چه در پارلمان) از طریق همه پرسی، نسبت به تغییرات صورت گرفته، از مردم نظرخواهی شود، قانون اساسی را سخت می

گویند. معمولاً قوانین اساسی انعطاف ناپذیرند تا به راحتی قابل تجدید نظر نباشند. به عنوان مثال مطابق اصل ۵ قانون اساسی امریکا، هرگونه اصلاح در این قانون باید به تصویب سه چهارم آراء ایالات برسد.^{۵۰}

۲-۱. تفسیر اساسی

یکی دیگر از منابع حقوق اساسی، تفسیر قانون اساسی است که از نظر اعتبار در حکم قانون اساسی است. در جمهوری اسلامی ایران به موجب اصل ۹۸ قانون اساسی «تفسیر قانون اساسی، به عهده شورای نگهبان است که با تصویب سه چهارم آنان انجام میشود» مطابق ماده ۱۸ آیین نامه داخلی شورای نگهبان مصوب ۱۳۷۹، تفسیر اصول قانون اساسی، با ارجاع مقام معظم رهبری و یا با درخواست روسای سه قوه و یا یکی از اعضای شورای نگهبان صورت می گیرد.

۳-۱. برخی از قوانین مهم عادی

برخی از قوانین مهم عادی که مرتبط با موضوعات حقوق اساسی اند مانند قانون مطبوعات و احزاب را می توان به عنوان منابع حقوق اساسی به شمار آورد. در قوانین اساسی خطوط کلی مربوط به دولت و نهادها و حقوق ملت بیان می گردد و جزئیات مربوط به این اصول و نحوه به اجرا درآمدن آنها به قوانین مصوب پارلمان احاله می شود. در جمهوری اسلامی ایران، برخی از مصوبات مجمع تشخیص مصلحت را نیز می توان در شمار منابع حقوق اساسی در نظر گرفت.

۴-۱. فرامین رهبران کشورها

احکام و فرامین رهبر یا رئیس کشور نیز از منابع حقوق اساسی به شمار می رود. به عنوان مثال تعیین سیاستهای کلی نظام یا برخی از احکام حکومتی را می توان از این منظر مورد توجه قرارداد.

۵-۱. رویه قضایی

رویه قضایی، در معنای عام، احکام یکسان دادگاه های مختلف در دعاوی مشابه بر اساس تفسیر قضات از قوانین میباشد و در معنای خاص، آرائی است که توسط هیات عمومی دیوان عالی کشور به منظور ایجاد

۵۰. اصل پنجم. هرگاه دو سوم نمایندگان دو مجلس ضروری تشخیص دهند، کنگره اصلاحاتی را برای قانون اساسی پیشنهاد خواهد داد و یا بنا به درخواست مجلسین قانونگذاری دو سوم ایالتهای مختلف، خواستار تشکیل مجمعی برای پیشنهاد اصلاحات خواهد گردید. در هر دو حالت هرگاه پیشنهادها را مجلسین قانونگذاری سه چهارم ایالتهای مختلف و یا مجمع سه چهارم ایالتها تصویب نمایند، به عنوان بخشی از این قانون اساسی برای کلیه مقاصد و اهداف معتبر خواهد بود. هر یک از دو روش اصلاحی فوق را کنگره می تواند پیشنهاد نماید.

وحدت رویه صادر می شود و برای محاکم الزام آور می باشد. رویه قضایی در نظام حقوقی «کامن لا» اصلی ترین منبع رسمی حقوق و در حقوق رومی - ژرمنی منبع تفسیری یا تکمیلی به شمار می رود.

۱-۶. عرف

در برخی از کشورها بویژه کشورهای با نظام حقوقی کامن لا، عرف نیز از منابع مهم حقوق اساسی به شمار می رود؛ در انگلستان اختیارات پادشاه توسط پارلمان محدود می شود؛ «یک ناظر آگاه به حقوق اساسی انگلستان اما غافل از عرف ها، ممکن است بر این عقیده باشد که ملکه دارای اختیار تام در توشیح یا امتناع از توشیح قوانین مصوب پارلمان باشد و نیز این که ملکه در انتخاب نخست وزیر جهت تشکیل کابینه مختار می باشد. این شخص از اهمیت رای عدم اعتماد مجلس عوام به دولت مطلع نمی باشد»^{۵۱}. در امریکا مطابق اصل دوم قانون اساسی، رئیس جمهور و معاون وی (جانشین)، توسط کالجی مرکب از نمایندگان هر ایالت (که تعدادشان برابر با تعداد کل سناتورها و نمایندگان می باشد که یک ایالت مجاز به داشتن آنها در کنگره است) انتخاب می شوند. اما برابر عرفی که وجود دارد رئیس جمهور و معاونش به وسیله آرای عمومی انتخاب می شوند و نمایندگان هر ایالت، همسو با آرای عمومی، به کسی که در آن ایالت، برنده شده است، رای می دهند. بدین ترتیب انتخاب رئیس جمهور هم مستقیم و هم غیر مستقیم است.

در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز هرچند مطابق اصل ۱۱۲ قانون اساسی، اعضای ثابت و متغیر مجمع تشخیص مصلحت را رهبر تعیین می کند ولی مطابق یک عرف، همیشه روسای قوای سه گانه و فقهای شورای نگهبان، عضو این مجمع بوده اند.

۲. منابع غیر رسمی

۱-۲. مشروح مذاکرات تدوین قانون اساسی

اصول قانون اساسی بر مبنای یک پیش نویس اولیه، تقدیم مجلس موسسان یا خبرگان می شود و با کار کارشناسی فراوان در کمیسیون ها و نیز بحث و بررسی جدی اعضا در صحن این مجلس به تصویب می رسد. مراجعه به مذاکرات صورت گرفته در مجلس موسسان، بویژه در ارتباط با اصولی از قانون اساسی که دارای ابهام هستند، می تواند در بسیاری از موارد راهگشا بوده و روح حاکم بر اصل مورد نظر را تبیین کند.

^{۵۱}. اریک بارت، مقدمه ای بر حقوق اساسی، ص ۶۱.

در بسیاری از موارد، مقام صلاحیتدار برای تفسیر قانون اساسی، به مشروح مذاکرات مراجعه کرده و آن را مستند تفسیر خود قرار می دهد.

۲-۲. دکترین های حقوقی

دکترین حقوقی عبارت است از دیدگاههای حقوقدانان (استادان حقوق، قضات، وکلا) که در تدریس، سخنرانی، تدوین مقاله و کتاب، مصاحبه و یا مناظره ارائه می شود. در صورتی که این دیدگاهها در توجیه و بیان و تفسیر مسائل حقوقی از سوی تعداد قابل توجهی از حقوقدانان مورد پذیرش قرارگیرد، به عنوان اندیشه حقوقی، می تواند در قانون گذاری، رویه قضایی، آموزش و شناخت نظام حقوقی مورد استفاده قرار گیرد. بعضی از تفسیر هایی که از اصول قانون اساسی می شود، انعکاس نظریات استادان حقوق است. دکترین در نظام های حقوقی معاصر به عنوان یک منبع تفسیری مورد توجه قرار گرفته است.

جلسه نهم: شاخه های حقوق عمومی

۱. حقوق اساسی

۲. حقوق اداری

حقوق اداری یکی دیگر از شاخه های مهم حقوق عمومی است که قواعد حاکم بر اداره کشور و تشکیلات اداری، روابط سازمانهای اداری با هم، با مستخدمان ادارات و با مردم و نیز خدمات عمومی را دربرمی گیرد و به عبارت دیگر قواعدی است که حقوق و تکالیف سازمانهای اداری را معین و روابط آنها را با مردم تنظیم می کند.

برخلاف حقوق اساسی، حقوق اداری شامل فعالیت های سیاسی، قضائی و قانون گذاری نهادهای حکومتی نیست. صبغه حقوق اساسی بیشتر سیاسی و صبغه حقوق اداری، صرفا اداری است. یکی از محورهای مهم حقوق اساسی در راستای صبغه سیاسی اش، ساختار حکومت است در حالی که حقوق اداری به ساختار جز در یک مورد که سیستم اداری کشور است، کاری ندارد. حفظ نظم عمومی و تأمین نیازهای عموم مردم، دو کارکرد مهم حقوق اداری است.

۲-۱. سلسله مراتب اداری

وجود سلسله مراتب اداری ضامن تفوق مقام‌های سیاسی بر اداره یا قوه مجریه است که در رأس آن رئیس دولت و هیئت دولت قرار دارند. ساماندهی تشکیلات ادارات و سازمان‌های اداری، وضع آیین‌نامه‌ها و مقررات و نیز دادن لایحه به قوه مقننه، از جمله اختیارات رئیس قوه مجریه برای هدایت سازمان‌های اداری و اجرایی کشور است. مستخدمان اداری تنها در چهارچوب قوانین می‌توانند تصمیم بگیرند و آن را به اجرا بگذارند. هرچه این مسئولیت‌ها و اختیارات روشن‌تر و دقیق‌تر باشد، آزادی عمل و کارایی آنان بیش‌تر است.

۲-۲. سیستم تمرکز و عدم تمرکز اداری

به لحاظ اداری در کشورهای بسیط و تک‌بافت (نه کشورهای فدرال) دو گونه سیستم برای اداره کشور وجود دارد که عبارت است از تمرکز (Centralization) و عدم تمرکز (Decentralization). تمرکز اداری روشی است.

تمرکز اداری روشی است که همه تصمیمات توسط دولت و مقامات مرکزی گرفته می‌شود. با توجه به گسترش فعالیتها دولت و نیز دایره جغرافیایی دولتها امروزه در کشورهای غیر فدرال معمولاً نوعی از تمرکز وجود دارد که به آن عدم تراکم می‌گویند. مطابق این سیستم برخی سازمان‌های وابسته به حکومت مرکزی در نقاط غیر از مرکز وجود دارند (مانند استانداری‌ها، فرمانداریها، بخشدارها و دهدارها) و ارتباط آنها با دولت مرکزی به صورت سلسله‌مراتبی است.

عدم تمرکز اداری روشی است که در آن امور کشور به دو دسته امور ملی و امور محلی تقسیم می‌شود و صلاحیت تصمیم‌گیری درباره امور محلی به مقاماتی که تقریباً مستقل از دولت مرکزی هستند و توسط مردم شهر انتخاب می‌شوند واگذار می‌شود. انتخاب شهرداران و شوراهای شهر، بیانگر سیستم عدم تمرکز اداری است. در این نوع از عدم تمرکز صلاحیت اتخاذ تصمیمات لازم‌الاجرا برای اداره امور به اهالی یک شهر یا روستا داده می‌شود.

۲-۳. حقوق و تکالیف مستخدمان

یکی از مباحث مهم حقوق اداری، حقوق استخدامی است که شامل تعریف مستخدم، انواع مستخدمان دولت، طبقه‌بندی مشاغل و حالات استخدامی (خدمت قراردادی، خدمت پیمانی، خدمت آزمایشی، خدمت رسمی، ازکار افتادگی، بازنشستگی و ...) مزایای مستخدمان است.

۲-۴. دیوان عدالت اداری

در برخی کشورها دادگاه‌هایی وجود دارند که دادگاه های اداری یا اختصاصی نامیده می‌شوند، مانند کمیسیون حل اختلاف مالیاتی، هیئت حل اختلاف و هیئت های رسیدگی به تخلفات اداری در ایران. شاخص ترین محمکه در این زمینه دیوان عدالت اداری است که پس از پیروزی انقلاب اسلامی در ایران تأسیس شده و — ضامن حقوق اشخاص در برابر تجاوز قوه مجریه و ادارات دولتی است و آرای آن از منابع مهم حقوق اداری به شمار می‌رود.

۳. حقوق کار

حقوق کار، عبارت است از مجموعه قوانین حاکم بر روابط کارگر و کارفرما. حقوق کار ریشه در حقوق خصوصی دارد و دخالت دولت آن را زیر مجموعه حقوق عمومی قرار داده است. امروزه برخلاف دستمزد کارگران در عقد اجاره اشخاص که پیشتر جنبه خصوصی داشت و تعیین آن به تراضی میان کارگر و کارفرما مربوط می شد، با انتقال حقوق کار از حقوق خصوصی به عمومی و دخالت دولت در روابط میان کارگر و کارفرما اموری چون ساعات کار، حد اقل دستمزد، میزان مرخصی و تعطیلات و همچنین بیمه کارگر همه از سوی دولت تعیین می شود و جزو قواعد امری است.

۴. حقوق مالی

حقوق مالی، مجموعه قواعد مربوط به بودجه عمومی (راههای در آمد دولت و موارد هزینه آنها)، وضع مالیاتها و عوارض و وظایف دیوان محاسبات است.

در ارتباط با بودجه دو تعبیر «تصویب بودجه» و «تفریغ بودجه» به چشم می خورد، بودجه سالیانه کشور توسط دولت تهیه و تقدیم مجلس می شود و تصویب آن توسط مجلس صورت می گیرد. تفریغ بودجه نیز توسط دیوان محاسبات کشور که به منزله دادگاهی مالی است، صورت می گیرد. این دیوان به موجب اصل پنجاه و چهارم قانون اساسی مستقیماً زیر نظر مجلس شورای اسلامی می‌باشد. مطابق اصل پنجاه و پنجم «دیوان محاسبات به کلیه حساب های وزارتخانه‌ها، مؤسسات، شرکت های دولتی و سایر دستگاه هایی که به نحوی از انحاء از بودجه کل کشور استفاده می‌کنند به ترتیبی که قانون مقرر می‌دارد رسیدگی یا حسابرسی می‌نماید که هیچ هزینه‌ای از اعتبارات مصوب تجاوز نکرده و هر وجهی در محل خود به مصرف رسیده باشد. دیوان محاسبات، حساب ها و اسناد و مدارک مربوطه را برابر قانون جمع‌آوری و گزارش

تفریغ بودجه هر سال را به انضمام نظرات خود به مجلس شورای اسلامی تسلیم می‌نماید. این گزارش باید در دسترس عموم گذاشته شود».

به لحاظ تاریخی دیوان محاسبات کشور طبق اصول ۱۰۱ تا ۱۰۳ قانون اساسی مشروطه و متمم آن در سال‌های ۱۲۵۸ و ۱۲۸۶ هجری شمسی موجودیت پیدا کرد و قانون آن در دوره دوم ۲۳ صفر ۱۳۲۹ بتصویب رسید.

۵. حقوق کیفری

حقوق کیفری (جزا و جرم‌شناسی) یکی از شاخه‌های حقوق عمومی است که قواعد کلی ناظر بر جنبه‌های ماهوی و شکلی انواع جرائم و تعیین و چگونگی مجازات آن‌ها است. از آن جا که جرایم علاوه بر بعد خصوصی که مربوط به مجنی علیه است، بعد عمومی دارند که مربوط به دولت به نمایندگی از جامعه می‌شود، حقوق کیفری زیر مجموعه حقوق عمومی قرار گرفته است.

۶. آیین دادرسی مدنی و کیفری

آیین دادرسی مجموعه‌ای از قواعد و ضوابط شکلی مربوط به طرح دعوا در محاکم و تشریفات دادرسی است. از آن جا که طبیعت این امور با حقوق عمومی سازگارتر است این بخش را جزء حقوق عمومی می‌دانند.

جلسه دهم: دولت و ارکان آن

دولت در اصطلاح علوم سیاسی و حقوق عمومی در سه معنای اخص، خاص و عام به کار می‌رود. مراد از معنای اخص دولت، قوه مجریه ۵۲ است؛ یکی از قوای سه‌گانه حکومت که متشکل از رئیس جمهور و هیات وزیران است. وقتی گفته می‌شود هیئت دولت تشکیل جلسه داد و یا این که دولت در برابر مجلس مسئولیت سیاسی دارد، مراد از دولت قوه مجریه است. گاهی دولت به معنای حکومت ۵۳ است؛ یعنی هیات حاکمه و قوای سه‌گانه مقننه، مجریه و قضائیه و مجموعه سازمان‌ها و مقامات. به تعبیر دیگر منظور از دولت، گروه حکومت‌کنندگان در برابر حکومت‌شوندگان است. دولت در معنای عام خود (دولت-)

۵۲. Executive

۵۳. Government.

کشور (۵۴)، جامعه سیاسی است و مراد از آن، جمعیتی است که در سرزمین معین تحت حاکمیت و حکومتی خاص قرار دارد. وقتی می‌گوییم دولت ایران عضو سازمان ملل متحد است یا دولت الف، متحد دولت ایران است، همین معنای عام از دولت، قصد می‌شود. بدین ترتیب، ارکان تشکیل دهنده دولت در معنای عام آن، در نظامهای سیاسی رایج، عبارتند از «ملت»، «قلمرو»، «حاکمیت» و «حکومت». ارکان دولت در نظامهای عرفی در مقایسه با نظام سیاسی اسلام نقاط اشتراک و افتراقی دارد که به اختصار اشاره می‌کنیم:

۱. در نظامهای عرفی

۱-۱. رکن انسانی (ملت)

در اصطلاح حقوقی و سیاسی «ملت^{۵۵}» مرادف با واژه «شهروند» است. رابطه حقوقی که یک دولت را با مردم پیوند میدهد «ملیت» یا «تابعیت» نام دارد. تابعیت عبارت است از رابطه سیاسی و حقوقی یک شخص با دولت معین که نشانه آن در داخل، شناسنامه و در خارج، گذرنامه است. ملت ایران، تمامی کسانی هستند که چنین رابطه‌ای را با دولت ایران دارند. گروه‌های انسانی در ارتباط با دولت به لحاظ حقوقی به دو دسته تقسیم می‌شوند:

یک. اتباع کشور. بیشتر افراد یک کشور را اتباع آن تشکیل می‌دهند و به عنوان «ملت» یک دولت به شمار می‌روند. «ملیت» که از طریق رابطه تابعیت، شکل می‌گیرد، به قدری استحکام دارد که حتی اقامت در کشورهای دیگر نمی‌تواند سبب قطع ملیت شود و هر فرد وابسته به یک دولت در هر کشوری که باشد به وسیله ملیت و تابعیت خودش بازشناخته می‌شود و معلوم می‌شود که فرد متعلق به چه کشوری است و همین تابعیت است که مجموعه‌ای از حقوق و تکالیف را برای اشخاص به دنبال می‌آورد.

دو. بیگانگان مقیم. اتباع یک کشور ممکن است به دلایل مختلفی کاری یا تحصیلی یا سیاسی و یا هر دلیل دیگر، برای زمانی کوتاه یا طولانی در کشوری غیر از کشور خود، زندگی کنند؛ به این افراد اتباع بیگانه یا بیگانگان مقیم می‌گویند. هر چند دولتها موظف اند حقوق اولیه انسانی را در مورد آنها رعایت کنند ولی

۵۴. Estate

۵۵. Nation

امتیازات و حقوقی که مختص اتباع کشور است مانند حق رای و مشارکت سیاسی، حق آموزش رایگان، یارانه و یا تصدی مناصب سیاسی و اجتماعی، معمولاً برای آنها در نظر گرفته نمی شود.

۲-۱. رکن جغرافیایی (قلمرو)

قلمرو یا سرزمین، در برگیرنده مرزهای زمینی، هوایی و دریایی کشور و جغرافیایی است که گروه انسانی در آن استقرار یافته و صلاحیتهای دولت در آن اعمال می شود. همان گونه که «دولت» بدون «ملت» معنا ندارد، «دولت» بدون «قلمرو» نیز وجود خارجی نخواهد داشت. سرزمین هر کشور علاوه بر مرزهای زمینی و دریایی، امتداد عمودی آن را نیز از دو سو شامل می شود یعنی فضای زیرزمین و فضای هوایی نیز جزء قلمرو دولت محسوب می شود؛ مرزهای زمینی یا طبیعی هستند و یا قراردادی. قلمرو دریایی هر دولت، شامل آبهای داخلی، دریای سرزمینی، منطقه انحصاری- اقتصادی و فلات قاره می باشد ۵۶. فراتر از این، منطقه دریایی آزاد است که همه دولت های حق دسترسی به آن را دارند. مرزهای هوایی در فضای بالای مرزهای زمینی و دریایی قرار دارند و دولتها به موجب کنوانسیون شیکاگو مصوب ۷ دسامبر ۱۹۴۴ میتوانند مقررات مربوط به پرواز در این منطقه را تنظیم کنند ۵۷.

جلسه یازدهم: دولت و ارکان آن

۳-۱. رکن قدرت سیاسی (حاکمیت) ۵۸

حاکمیت در لغت به معنای تفوق و برتری و در اصطلاح عبارت از «قدرت برتر فرماندهی یا امکان اعمال اراده ای فوق اراده های دیگر است. هنگامی که گفته می شود دولت حاکم است بدین معناست که در حوزه اقتدارش دارای نیرویی است خودجوش که از نیروی دیگری بر نمی خیزد و قدرت دیگری برابر با آن

۵۶. مرزهای دریایی کشورها بر اساس ضوابط مشخص شده در حقوق بین الملل تعیین شده اند: آب های داخلی (۱۲ مایل داخلی از ساحل کشور، حدود ۲۲ کیلومتر) منطقه انحصاری- اقتصادی (۲۰۰ مایل دریایی از ساحل کشور) برای بهره برداری و حفاظت از منابع طبیعی.

۵۷. قطب جنوب تنها منطقه خشکی در دنیاست که به دولت خاصی تعلق ندارد و هرگونه ادعای سرزمین در آن ممنوع و منطقه ای غیر نظامی شناخته شده است. فضای ماورای جو نیز همانند قطب جنوب فضایی بین المللی و غیر نظامی است که برای تحقیقات و پژوهشهای علمی از آن استفاده می شود.

وجود ندارد. در مقابل اعمال اراده و اجرای اقتدارش مانعی نمی پذیرد و از هیچ قدرت دیگری تبعیت نمی کند.^{۵۹} این قدرت برتر در یک قلمرو جغرافیایی بر مردم اعمال می شود و تمامی صلاحیتهای نهادها و مقامات، ناشی از اوست. البته اعمال حاکمیت، لازم است در چارچوب قانون اساسی صورت گیرد؛ در قانون اساسی هر کشور، حدود و شیوه اعمال قدرت دولت از یک سو و حقوق و آزادی های غیر قابل تعرض مردم مشخص شده است و دولت موظف است حاکمیت خود را در چهارچوب وظایف و اختیارات مشخص شده در آن اعمال کند.

اصلی ترین پرسش در ارتباط با یک دولت، سؤال از منشأ مشروعیت حاکمیت و قدرت اوست. در پاسخ به این پرسش که دولت به چه دلیل حاکمیت دارد و قدرت خود را از کجا گرفته است، برخی دیدگاههای خاصی که حتی حاکمیت مبتنی بر قهر و غلبه، مجاز میدانند، سه دیدگاه «حاکمیت الهی»، «حاکمیت ملی» و «حاکمیت الهی - ملی» قابل توجه اند و شاید بتوان این سه دیدگاه را وابسته به تحولات مربوط به حاکمیت را در سه دوره متمایز دانست.

۱-۳-۱. حاکمیت الهی

ایده حاکمیت الهی در خاستگاه اولیه خود، نه به منظور توجیه خودکامگی زمامداران و پادشاهان بلکه بر این منطق استوار بود که فرمانروایی امانتی الهی است و باید به نفع مردم و از سوی زمامداران امین، با هدف تحقق عدالت به کارگرفته شود. متأسفانه این ایده در عمل به تدریج وسیله ای برای توجیه قدرت مطلق و بی چون چرای پادشاهان شد و مورد سوء استفاده قرار گرفت؛ بسیاری از حکومتهای سلطنتی استبدادی چنین وانمود کردند که چون فرمانروایان از سوی خداوند منصوب شده اند، از قدرت و اختیار نامحدودی برخوردار و تنها در برابر خدا مسئول می باشند. این نوع نگاه به حاکمیت الهی بویژه در غرب با حاکمیت استبدادی کلیسا فجایع فراوانی را به دنبال آورد و یکی از علل پیدایش و تولد سکولاریزم بود.

در حال حاضر نیز همین ایده را با با قرائتی خاص از حاکمیت الهی، می توان در عربستان سعودی سراغ گرفت. بر اساس ماده ۷ قانون اساسی عربستان « قدرت حکومت در عربستان نشئت گرفته از قرآن کریم و سنت پیامبر می باشد» و مطابق ماده ۶ این قانون «شهروندان باید مطابق با قرآن کریم و سنت پیامبر در راستای اطاعت و فرمانبرداری درهنگام آسایش و سختی، خوشی و ناخوشی، دست بیعت و وفاداری به

۵۹. قاضی شریعت پناهی، سید ابوالفضل، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، صفحه ۱۸۰.

پادشاه بدهند». در این تلقی از منشا مشروعیت حاکمیت، هیچ نقشی برای مردم در نظر گرفته نمی شود و به همین دلیل در عربستان انتخابات معنا و مفهومی ندارد.

۱-۳-۲. حاکمیت ملی

در حقوق اساسی کشورهای مردمسالار، منشا مشروعیت حاکمیت، ملت است. به عنوان نمونه اصل سوم قانون اساسی فرانسه، اصل اول قانون اساسی ایتالیا و اصل بیستم قانون اساسی آلمان، تصریح می کنند که حاکمیت از آن ملت است. مطابق ماده پنج قانون اساسی عراق، حاکمیت از آن قانون است و مردم منبع اختیارات و مشروعیت آن به شمار می روند. بدین ترتیب، قدرت سیاسی، تنها و تنها از ملت ناشی می شود و رنگ و بویی کاملاً زمینی دارد.

درست در نقطه مقابل حاکمیت الهی محض، که هیچ جایگاهی برای ملت قائل نبود، حاکمیت ملی محض نیز هیچ جایگاهی برای خداوند قائل نیست؛ در چنین دولتی، خداوند هیچ نقشی ندارد و طبیعتاً دولت هیچ تعهدی به آموزه های شرعی و دستورات الهی نخواهد داشت. نظریه پردازان سکولار، برای رهایی از اندیشه غیر معقول و غیر مقبول حاکمیت الهی کلیسا، با نفی دین در حوزه دولت و حکومت و گرایش به انسان محوری، به کلی نقش دین و خدا را در زندگی سیاسی و اجتماعی نفی کردند. پیامدهای ناگوار چنین نگرشی امروزه بیش از هر زمان دیگری در جوامع بشری نمود پیدا کرده است.

۱-۳-۳. حاکمیت الهی - ملی

در سیر تحول حاکمیت، با توجه به نقدهای جدی وارد بر هریک از دو نگرش افراطی و تفریطی حاکمیت الهی محض و حاکمیت ملی محض، جمهوری اسلامی ایران مدلی از حاکمیت را ارائه داد که ضمن به رسمیت شناختن حاکمیت ملی، حاکمیت الهی (دین) نیز در جایگاه بایسته و شایسته خود قرار گرفته است. بر اساس جهان بینی اسلامی، چون خالقیت، مالکیت، ربوبیت، و حقانیت مختص خداوند است، پس حاکمیت چه در نظام تکوین و چه در نظام تشریح، اختصاص به خداوند دارد؛ خداوند منشأ تمام قدرت‌ها و شریعت اسلام تنها مصدر قانون گذاری است ۶۰.

در حقوق اساسی ایران، به موجب اصل پنجاه و ششم قانون اساسی، هم بیانگر مبنای حاکمیت الهی و هم بیانگر مبنای حاکمیت ملی است. صدر این اصل به صراحت اعلام میدارد که: «حاکمیت مطلق بر جهان و

۶۰. إِنْ الْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ أَمَرَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ (سوره یوسف: ۴۰).

انسان از آن خداست (حاکمیت الهی) و هم او انسان را بر سرنوشت اجتماعی خویش حاکم ساخته است (حاکمیت ملی). اصول دیگری نیز مانند اصول دوم، چهارم و پنجم بر حاکمیت الهی و دینی تاکید دارند همان گونه که اصول اول، ششم و هفتم، ترجمانی از حاکمیت ملی اند. جمهوری اسلامی بیانگر ایده مردمسالاری دینی است و در چنین نظامی مردم هم در انتخاب نوع نظام سیاسی یعنی شکل گیری اولیه آن و هم در استقرار و استمرار نهادهای نقش آفرین اند.

بدین ترتیب، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، با به رسمیت شناختن توأمان حاکمیت دینی و ملی، سیمای نوینی از حقوق عمومی و اساسی را به تصویر کشیده است. در زمینه نسبت میان حاکمیت ملی و دینی، یاد آوری این نکته لازم است که به رسمیت شناختن حاکمیت دینی، در گام نخست، از سوی ملت و با اعمال حاکمیت ملی صورت گرفته است ۶۱.

۱-۳-۴. رکن تشکیلاتی (حکومت ۶۲)

دولت در شکل مدرن و امروزی آن یک شخص حقوقی است و برای این که «حاکمیت» خود را اعمال کند، نیازمند ارگان ها و نهادهایی است. حکومت همان هیأت حاکمه ای است که سیاست گذاری، قانونگذاری، اجرا و قضاوت را بر عهده دارد و بر این اساس به سه قوه مقننه، مجریه و قضائیه نیازمند است. حکومت با قوای سه گانه اش، تجلی و مظهر حاکمیت و یا ابزار اعمال حاکمیت است. در یک دولت، قدرت و حاکمیت اگر بخواهد به جریان بیفتد، این کار از طریق حکومت صورت می پذیرد؛ حاکمیت به منزله روح است و حکومت به منزله بدن.

۶۱. همان گونه که به حکم عقل به «وحی و نبوت» ایمان آورده و پس از آن، خود را در چارچوب فرامین پیامبر قرار می دهیم.

جلسه دوازدهم: دولت و ارکان آن

۲. در نظام اسلامی

۱-۲. رکن انسانی: ملت (امت مسلمان و کافران اهل ذمه)

همان گونه که اشاره شد، عنصر و عامل انسانی دولت در نظامهای سیاسی رایج را «ملت» تشکیل می دهد؛ در نظام سیاسی اسلام نیز همین اصطلاح البته با ملاحظات خاص خود در رابطه با عامل انسانی مورد توجه قرار می گیرد.

۲-۱-۱. امت ۶۳ (مسلمانان)

برای «امت» معانی مختلفی در کتب لغت بیان شده است که همگی را می توان به یک معنای اصلی برگرداند. «أُمَّةٌ» به معنای قَصَدَ است. أم، معانی دیگری نیز دارد، مانند دوره ای از مردم، محدوده ای از زمان ۶۴. به اعتقاد لغت شناس معروف قرآنی، راغب اصفهانی، «أُمَّةٌ» به معنای قصد و عزم پایدار است. امت هر جماعتی است که چیزی مانند دین یا زمان یا مکان آنها را جمع کند. فرقی ندارد که عامل تجمع، اختیاری یا غیر اختیاری باشد^{۶۵} شاید بتوان گفت که اصلی ترین معنای این واژه «بنیان و اصل هر چیز» است. و اگر در معانی دیگری مانند جامعه و گروه، دین و یا قصد به کار می رود، بدین خاطر است که هر جامعه ای اصل و بنیانی دارد؛ دین هم دارای اصل و بنیانی است، ضمناً اصالت یک چیز سبب می شود که او را قصد کنیم. به عنوان مثال، در زبان عربی به مادر «أُمَّةٌ» اطلاق می شود هم به این جهت که اصل است و فرزند «فرع» و هم به این جهت که او مقصد است و کودک برای رفع نیازهای خود مادر را قصد می کند. واژه «امام» هم با همین ملاحظه به کار می رود، امام، مقصد امت است و امت او را قصد می کند.

«امت» در اصطلاح به مجموعه ای از انسان ها اطلاق می شود که دارای مقصد واحدند. منظور از امت اسلام، همه افرادی هستند که در سه محور توحید، نبوت پیامبر و اعتقاد به معاد هم عقیده اند. اگر «ملت»ها براساس مرزهای جغرافیایی از یکدیگر بازشناخته می شوند، مرز میان امت ها، عقیدتی و فکری است. اسلام برای مرزبندی های جغرافیایی اصالت قائل نیست. در ادبیات دینی و نظام سیاسی اسلام، آنچه اولاً و بالذات در

۶۳. Ummah

۶۴. ابن منظور، لسان العرب، واژه ام.

۶۵. راغب اصفهانی، مفردات الفاظ القرآن، واژه ام.

رابطه با رکن جمعیت مورد توجه قرار گرفته است «امت» می‌باشد. همین امر سبب شده است که هر دو اصطلاح «ملت و امت» به حقوق اساسی ایران راه پیدا کنند. کاربرد متعدد اصطلاح «امت» به خوبی نشانگر تأثیرپذیری حقوق اساسی ایران از نظام سیاسی اسلام است.

۲-۱-۲. اهل ذمه^{۶۶} (غیر مسلمانان دارای پیمان)

اگر چه اسلام «امت مسلمان» را بر مبنای پیوند دینی و اشتراک در عقیده شکل می‌دهد و طبعاً غیر مسلمان نمی‌تواند عضوی از امت اسلام محسوب شود، اما در عین حال «ملت» خویش را منحصر به امت مسلمان نساخته و «اهل ذمه» را نیز عضوی از شهروندان و جامعه سیاسی اسلامی دانسته است؛ این گروه از اتباع دولت اسلامی به شمار می‌آیند. به عبارت دیگر، عضو جامعه اسلامی بودن و تابع دولت اسلامی محسوب شدن، حاصل ارتباط فرد با دولت اسلامی است و این ارتباط منحصر به داشتن اسلام نیست بلکه با داشتن پیمان نیز این ارتباط پدید می‌آید. بر این اساس، دین اسلام تنها مبنای تابعیت دولت اسلامی نیست بلکه

۶۶. کفار به چهار گروه تقسیم می‌شوند:

گروه اول: کفار ذمی: اهل کتابی هستند که در کشور اسلامی زندگی می‌کنند و پیمان ذمه دارند و در صورت درخواست حکومت اسلامی، جزیه می‌پردازند که در شرایط فعلی همان مالیات است و حکومت اسلامی، جان و مال و ناموس آنها را مانند سایر شهروندان حفظ می‌کند.

گروه دوم: کفار معاهد: کفاری که خارج از کشورهای اسلامی هستند ولی با مسلمانان عهد و پیمان دارند و در زمان حاضر، مبادله سفیر و کاردار و مانند آن نوعی عهد و پیمان محسوب می‌شود. کفار مستامن، نیز در همین گروه قرار می‌گیرند یعنی کافرانی که با دریافت ویزا از دولت اسلامی، وارد کشور می‌شوند؛ استیمان، نوعی عهد و پیمان است. بنابراین جهانگردها و امثال آنها حتی از کشورهای محارب، که ویزا می‌گیرند و وارد کشور می‌شوند، باید در امنیت کامل باشند.

گروه سوم: کفار مه‌ادین: کفاری که نه با مسلمانان عهد و پیمانی دارند و نه در جنگ هستند؛ مانند بعضی از کشورها که در زمان حاضر هیچ ارتباطی با مسلمانان ندارند، این گروه نیز در امنیت قرار دارند. قرآن مجید می‌فرماید: «لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ كَفَرُوا بِمَا دِينُهُمْ أَنْ تَجَاهِدُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَمَنْ قَاتَلَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَمَاتَ أَوْ قُتِلَ أَوْ جَاهَدَ فَأَمَاتَ أُولَئِكَ سَاءَ مَا كَانُوا عَمَلًا» (آیه هستند و به صراحت قرآن (لا ینهاکم)، می‌توان حتی به آنها نیکی کرده، و باید عدالت را درباره آنها رعایت نمود و در امنیت باشند. هر چند عهد و پیمانی با مسلمانان ندارند).

گروه چهارم: کفار محارب: کفاری که در حال جنگ با مسلمانان هستند یا به محاربین کمک می‌کنند. در عصر ما بعضی کشورها مانند اسرائیل و برخی دیگر از کشورها مستقیم با مسلمانان در حال جنگ هستند و بعضی‌ها هم به آنها کمک می‌کنند. در مورد شهروندان این کشورها، آنهایی که به حکومت کمک می‌کنند، در حکم محارب هستند مانند مردم اسرائیل که با ساخت شهرک‌ها و سکونت در آنها و خوشحالی در شکست مسلمانان سبب کمک و تقویت اسرائیل هستند.

«پیمان» مبنای دیگر تابعیت دولت اسلامی محسوب می‌گردد^{۶۷}. بدین ترتیب در دولت اسلامی، «ملت» به عنوان رکن جمعیتی، افزون بر امت مسلمان می‌تواند فرادینی نیز باشد و غیر مسلمانان اهل ذمه را نیز شامل شود.

۲-۱-۳. ملت در حقوق اساسی ایران

به رسمیت شناخته شدن امت در نظام سیاسی اسلام، سبب شده است که هر دو اصطلاح «ملت و امت» به حقوق اساسی ایران راه پیدا کنند. کاربرد متعدد اصطلاح «امت» به خوبی نشانگر تأثیرپذیری حقوق اساسی ایران از نظام سیاسی اسلام است.

در مقدمه قانون اساسی آمده است که در راستای گسترش روابط بین‌المللی با دیگر جنبش‌های اسلامی و مردمی، قانون اساسی «می‌کوشد تا راه تشکیل امت واحد جهانی را هموار کند». دانش‌واژه «امت» در اصول ۵، ۵۷ و ۱۷۷ در ترکیب «امامت امت» و برای اشاره به جایگاه رهبر در جمهوری اسلامی آمده است^{۶۸}؛ قانونگذار، در بند دوم اصل ۱۰۹، یکی از شرایط و صفات رهبر را «عدالت و تقوای لازم برای رهبری امت اسلام» دانسته است. صریح‌ترین اصل در این رابطه، اصل یازدهم قانون اساسی است که می‌گوید: «به حکم آیه کریمه تغییر نکند "إِنَّ هَذِهِ أُمَّتُكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَأَنَا رَبُّكُمْ فَاعْبُدُونِ" همه مسلمانان یک امت‌اند و دولت جمهوری اسلامی ایران موظف است سیاست کلی خود را بر پایه ائتلاف و اتحاد ملل اسلامی قرار دهد و کوشش به عمل آورد تا وحدت سیاسی، اقتصادی و فرهنگی جهان اسلام را تحقق بخشد». اصل سوم قانون اساسی که بیانگر سیاستهای نظام است، دولت جمهوری اسلامی ایران را موظف می‌کند که «همه امکانات خود را برای "تنظیم سیاست خارجی کشور بر اساس معیارهای اسلام، تعهد برادرانه نسبت به همه مسلمانان و حمایت بی دریغ از مستضعفان جهان"^{۶۹} به کار گیرد.

۶۷. دانش پژوه، اسلام و حقوق بین‌الملل خصوصی، ص ۹۰-۹۱.

۶۸. اصل پنجم: «در زمان غیبت حضرت ولی عصر... ولایت امر و "امامت امت" بر عهده فقیه عادل و با تقوا... است». اصل پنجاه و هفتم: «قوای حاکم در جمهوری اسلامی ایران... زیر نظر ولایت مطلقه امر و امامت امت بر طبق اصول آینده این قانون اعمال می‌گردند. این قوا مستقل از یکدیگرند».

۶۹. بند ۱۶ اصل سوم قانون اساسی.

مروری بر مذاکرات مجلس خبرگان قانون اساسی به روشنی دیدگاه قوه موسس، در این زمینه را روشن می سازد.^{۷۰} آیت الله دکتر بهشتی که بیشترین تأثیر را در مجلس خبرگان قانون اساسی داشته است، جایگاه امت را در نظام سیاسی اسلام این گونه مطرح می کند: «تشیع راستین برای نظام سیاسی اسلام چه عنوان گویایی را انتخاب کرده است؟ نظام امت و امامت، نظام سیاسی اجتماعی جمهوری اسلامی، نظام امت و امامت است و حق این است که با هیچ یک از این عناوینی که در کتاب های حقوق سیاسی یا حقوق اساسی آمده قابل تطبیق نیست (۷۱)». این نگرش از سوی برخی از استادان حقوق بدین صورت بیان شده است که موسسان قانون اساسی بر این باور بوده اند که انقلاب اسلامی منحصر به ایران نبوده و همه مسلمانان در همه کشورها را شامل می شود. گستره امت اسلامی جهانی است و با مفهوم ملت که یکی از ارکان اساسی دولت-کشور در جغرافیای سیاسی امروز می باشد، کاملاً متمایز است. مرز جامعه اسلامی عقیده و ایمان است و اصولاً با مرزهای جغرافیایی مصطلح قابل مقایسه نمی باشد.^{۷۲} یکی از واقع بینانه ترین برداشتها به رویکرد امت در حقوق اساسی ایران را می توان در سخن زیر سراغ گرفت:

از آن جا که حقوق اساسی ما بر مکتب اسلام بنا شده و اسلام همه مسلمانان را یک امت می شناسد، طبعا در جستجوی راهها و طرقی است که مسلمانان کشورهای مختلف را به هم پیوند دهد. قوانین مصوب باید پیوسته تحقق این هدف را در نظر داشته باشند. اگر فرضاً دولت ایران خریدهایی دارد، در درجه اول باید متوجه کشورهای اسلامی باشد؛ اگر می خواهد دانشجویی را بپذیرد و بورس دهد باید از دانشجویان مسلمان دعوت کند و اگر روابط سیاسی برقرار می سازد باید اولویت را به کشورهای اسلامی بدهد.^{۷۳}

۷۰. هرچند در برخی از موارد، مراد نمایندگان مجلس خبرگان قانون اساسی، از «امت» مردم یا ملت ایران بوده است، ولی در مواردی که این اصطلاح با توجه و عنایت به کاررفته، عموماً همان معنای مصطلح در ادبیات دینی یعنی همه مسلمانان قطع نظر از منطقه جغرافیایی آنان، مورد نظر بوده است. ر.ک: صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، جلد ۱، ص ۵۰، ۷۶، ۷۸، ۹۰، ۳۶۲ و ۵۵۶؛ جلد ۲، ص ۱۰۶۸، ۱۱۲۷، ۱۲۲۲ و ۱۳۷۵؛ جلد ۳، ص ۱۴۰۳ و ۱۴۳۱ و نیز مذاکرات پیرامون اصل ۱۱ و ۱۵۲ قانون اساسی جلد ۱، ص ۴۴۹-۴۵۴؛ جلد ۳، ص ۱۴۳۱-۱۴۳۸.

۷۱. حسینی بهشتی، مبانی نظری قانون اساسی، ص ۵۶ و ۵۷.

۷۲. هاشمی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد ۱، ص ۱۳۸ و ۱۴۲.

۷۳. مدنی، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی جمهوری اسلامی ایران، ص ۵۹.

کاربرد دانش‌واژه «امت» در قانون اساسی ایران چندان دور از انتظار نبوده است؛ زیرا در اصیل‌ترین منبع دین، یعنی قرآن کریم و نیز در احادیث امامان معصوم، به صورت گسترده‌ای این واژه برای اشاره به مسلمانان به کار رفته و در اندیشه سیاسی اسلام جای خویش را باز کرده است.

۲-۲. رکن جغرافیایی (دار الاسلام و دار الکفر)

۲-۲-۱. دولت اسلامی یا دولتهای اسلامی

با عنایب به آنچه در خصوص «امت» گفته شد، به نظر می‌رسد که «کشور و سرزمین در اسلام ارزش ذاتی ندارد، بلکه از نظر اسلام، ارزش کشور بدان علت است که شریعت و خواسته‌های او در آن حکمفرما باشد»^{۷۴}. در پاسخ به این پرسش که آیا در نظام حقوقی اسلام مسئله تقسیم سیاسی زمین پذیرفته شده است، هرچند ممکن است برخی «با استناد به مفهوم امت اسلامی یا امت مسلمان که وحدت بخش همه مسلمانان جهان است، این تقسیم بندی را نفی نمایند، اما باید دانست که بین «امت اسلامی» و «دولت اسلامی» هم به لحاظ مفهومی و هم به لحاظ وجود خارجی، تفاوت وجود دارد»^{۷۵}. آنچه فراسرزمینی است، مفهوم امت اسلامی است، ولی دولت اسلامی در هر صورت محدود به قلمرو جغرافیایی خاصی خواهد بود که از آن به «دار الاسلام» تعبیر شده است. در نقطه مقابل، «دار الکفر»^{۷۶} قرارداد که در برگرفته قلمرو دولت‌های غیر اسلامی (صرف نظر از این که محارب یا غیر محارب باشند) است. بدین ترتیب هر دولتی که متشکل از دو عنصر و رکن جمعیتی خاص (امت) و با حاکمیتی دینی شکل‌گیرد، دولتی اسلامی است. این دولت می‌تواند دولت بزرگ واحد و مجموعه‌ای از دولتهای متعدد باشد و از آن جا که تابعیت رابطه سیاسی اشخاص با دولت معین است، هر مسلمانی که با دولت اسلامی چنین رابطه‌ای دارد، جزو اتباع دولت اسلامی است و تفاوت نمی‌کند که در قلمرو کدام دولت اسلامی باشد؛ به سخن دیگر، مطلوب‌ترین شکل، آن است که در دار الاسلام بیش از یک دولت وجود نداشته باشد اما برخی از اندیشمندان مسلمان تعدد حکومت اسلامی در دار الاسلام را به شرط وحدت اهداف و التزام به دستور قرآن و سنت مجاز دانسته‌اند^{۷۷}. بدین ترتیب در صورت تعدد-که مطابق با واقعیتهای امروز است- نیز علی القاعده هر

۷۴. صدقی، سیاست خارجی جمهوری اسلامی ایران از آغاز تا سال ۱۳۸۶، ص ۷۹.

۷۵. دانش پژوه، اسلام و حقوق بین الملل خصوصی، جلد ۱، ص ۸۸.

۷۶. تقسیم بندی رایج در نظامهای سیاسی تقسیمی اعتباری و تقسیم بندی نظام سیاسی اسلام، تقسیمی اعتقادی است.

۷۷. زحیلی، آثار الحرب فی الفقه الاسلامی، ص ۲۸۲.

فرد مسلمانی که به تابعیت هر دولت اسلامی در آمده باشد، جزو امت اسلامی است^{۷۸} و از تمامی حقوق مدنی و سیاسی بدون هیچگونه تمایزی میان مسلمانان، متمتع خواهد شد و بر این اساس هیچ دولت اسلامی نمی تواند مانع ورود مسلمان به اراضی اش شود یا آن که اتباع دولت های اسلامی دیگر را از اقلیم خود بیرون کند^{۷۹}.

حال باید دید که وضعیت غیر مسلمانان در دار الاسلام یا وطن اسلامی چگونه است. آیا آنان به عنوان بیگانه تلقی می شوند یا خیر؟ در پاسخ می توان گفت که:

اگر چه اسلام «امت مسلمان» را بر مبنای پیوند دینی و اشتراک در عقیده شکل می دهد و طبعاً غیر مسلمان نمی تواند عضوی از امت محسوب شود اما در عین حال «ملت» خویش را منحصر به امت مسلمان نساخته و «اهل ذمه» را نیز عضوی از جامعه سیاسی اسلامی دانست و از اتباع دولت اسلامی به شمار می آورد. به عبارت دیگر، عضو جامعه اسلامی بودن و تابع دولت اسلامی محسوب شدن، نتیجه ارتباط فرد با دولت اسلامی است و این ارتباط منحصرآ نتیجه طبیعی داشتن اسلام نیست بلکه با داشتن پیمان نیز این ارتباط پدید می آید... بنا بر این می توان گفت که دین، تنهای مبنای تابعیت دولت اسلامی نیست بلکه «پیمان» مبنای دیگر تابعیت دولت اسلامی محسوب می گردد^{۸۰}.

در یک جمع بندی می توان گفت که در دولت دینی و اسلامی، عنصر و رکن جمعیتی، فرادینی است و غیر مسلمانان اهل ذمه نیز، تابعان دولت اند.

۲-۲-۲. تعامل دولت اسلامی با دولتهای دیگر

به نظر برخی از نویسندگان، اسلام مرزهای جغرافیایی را به رسمیت شناخته و برای آن آثار حقوقی خاص قائل شده است یعنی تا پیش از آن که آرمان جهانی اسلام تحقق پذیرد و تا پیش از یکپارچه شدن جهان بر اثر رشد و بلوغ کامل بشریت، همواره دو نوع مرزبندی جغرافیایی از نظر حقوق بین الملل اسلامی می تواند

۷۸. دکتر وهبه زحیلی استاد فقه و اصول در دانشکده شریعت و حقوق دانشگاه دمشق در این رابطه می گوید «مسلمان مانند ماهی در دریاست، وطن خاصی برای او نیست بلکه همه کشورهای مسلمان، وطن اوست و به همین جهت تمامی مسلمانان در هر گوشه ای از زمین، ملتزم به دفاع از وطن بزرگ خود هستند». (زحیلی، آثار الحرب فی الفقه الاسلامی، ص ۱۸۰).

۷۹. زحیلی، همان، ص ۲۸۲-۲۸۳.

۸۰. دانش پژوه، همان، ص ۹۰-۹۱.

وجود داشته باشد: مرزهای قراردادی و مرز اسلام و کفر^{۸۱}. بدین ترتیب از باب ضرورت و حکم ثانوی، به رسمیت شناختن مرزهای جغرافیایی و دولتهای غیر اسلامی و پیوستن به معاهدات بین المللی در این خصوص، منعی ندارد و مشروعیت آن تا زمانی است که قدرت و امکانات لازم برای تحقق ایده و آرمان اسلامی فراهم آید. نتیجه حاصل از چنین نگرشی این است که قلمرو و سرزمین را نمی توان اولاً و بالذات یکی از ارکان اصلی دولت اسلامی دانست زیرا سرزمین در اسلام ارزش ذاتی نداشته و نقش آن، فرعی است. برخی از حقوقدانان به درستی گفته اند که ارزش کشور از آن روست که شریعت الهی در آن حکمفرماست یعنی از آن جهت که زمین در برگیرنده عقیده، میدان پیاده شدن نظام، خانه اسلام و نقطه صدور اعلان آزادی انسان است^{۸۲}.

۲-۳. رکن قدرت سیاسی (حاکمیت)

دیدگاههای مربوط به منشا مشروعیت حاکمیت و از جمله دیدگاه اسلام، پیشتر در بحث از رکن سوم نظامهای عرفی، اشاره کردیم.

۲-۴. رکن تشکیلاتی (حکومت)

در بررسی ارکان دولت، توجه به لزوم سنخیت میان رکن حاکمیت و رکن حکومت از نکات بسیار مهمی است که کمتر به آن توجه شده است. میان حاکمیت و حکومت، همواره سنخیت و مشابهت وجود دارد؛ هر حاکمیت و قدرت سیاسی، حکومت خاص و متناسب با خود را طلب می کند؛ حکومتی که بتواند آرمانها و اهداف حاکمیت را تحقق بخشد. اگر حاکمیت، حاکمیتی صرفاً ملی باشد، حکومت بر آمده از چنین حاکمیتی متفاوت از حکومتی خواهد بود که حاکمیت آن، الهی یا الهی-ملی است. همیشه باید به یاد داشته باشیم که حکومت در خدمت حاکمیت است. این امر، کلید فهم بسیاری از تفاوتهای موجود در حکومتها می باشد و با عنایت به آن می توان تحلیل درستی از ساختار حکومتها را ارائه داد. به عنوان مثال اگر در سیستم حکومتی جمهوری اسلامی ایران، نهادی به نام ولایت فقیه وجود دارد، ریشه آن را باید در نوع حاکمیت پذیرفته شده در این نظام جست و جو کرد. نهادهایی همچون شورای نگهبان یا مجمع تشخیص مصلحت با کارکردهای خاص آن را نیز در همین راستا قابل تحلیل می باشند.

۸۱. خلیلیان، حقوق بین الملل اسلامی، ص ۱۵۵-۱۵۷.

۸۲. ضیایی بیگدلی، اسلام و حقوق بین الملل، ص ۸۲.

جلسه سیزدهم: تفکیک قوا

تفکیک قوا هرچند از زمان ارسطو مطرح بوده است اما تبیین فلسفه تفکیک قوا به مثابه تکنیکی که می تواند از تمرکز قدرت و در نتیجه استبداد جلوگیری کند، مرهون فلاسفه سیاسی پس از رنسانس و اندیشمندانی همچون «ژان بُدن» (۱۵۳۰-۱۵۹۶)، جان لاک (۱۶۳۲-۱۷۰۴) و منتسکیو (۱۶۸۹-۱۷۵۵) است.^{۸۳} در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران که از نظام سیاسی اسلام، الهام گرفته است، تفکیک قوا صرفاً به دلیل تقسیم وظایف، کارآمدی و تخصصی بودن امور صورت می گیرد و نه نگرانی از سوء استفاده از قدرت. اسلام مسأله استبداد و سوء استفاده از قدرت را به گونه دیگری حل کرده است. ریشه اصلی استبداد، دیکتاتوری درون انسان است که برای مهار آن باید از ملکه عدالت کمک گرفت و البته در کنار کنترل درونی، کنترل بیرونی بر حاکم اسلامی را نیز با دقت اعمال کرد. پذیرش حاکمیت الهی بدین معناست که قوای سه گانه اگر بخواهند مشروعیت داشته باشند باید از سوی حاکم اسلامی مورد تایید قرار گیرند.

منتسکیو بر این باور بود که هرچند قدرت سیاسی در یک کشور لازم است و نمی توان از آن صرف نظر کرد اما باید این قدرت سرشکن شود. به عقیده او اگر اختیار قانون گذاری به دستگاه اجرایی داده شود دیگر از آزادی خبری نخواهد بود و «اگر یک فرد یا هیأتی که مرکب از رجال یا توده و اعیان است، این سه قوه را در عین حال با هم دارا باشد، یعنی هم قوانین را وضع کند و هم تصمیمات عمومی را به موقع اجرا بگذارد و هم اختلافات بین افراد را حل و فصل کند و هم جنایات را کیفر دهد، آن وقت همه چیز از بین می رود».^{۸۴} وی معتقد است که تنها قدرت می تواند قدرت را مهار کند و به همین دلیل، تفکیک قوای سه گانه، به گونه ای که هریک سهمی از قدرت را در اختیار داشته و در عین ارتباط با یکدیگر، مستقل از هم نیز باشند، ضرورت دارد.

^{۸۳}. شرح و بسط این نظریه، توسط منتسکیو در کتاب مشهورش به نام روح القوانين سبب شد تا نظریه تفکیک قوا به او نسبت داده شود. این نظریه ابتدا در قانون اساسی امریکا و فرانسه و سپس به سرعت در سایر قوانین اساسی کشورها مورد پذیرش قرار گرفت.

^{۸۴}. منتسکیو، روح القوانين، ص ۲۹۷. جهت آگاهی از پیشینه تفکیک قوا، فلسفه و انواع آن و بررسی این نظریه از دیدگاه اسلام و حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، ر. ک. فصل اول از کتاب حقوق اساسی ۲ از همین قلم.

نقد تفکیک قوا

گذری بر وضعیت شکل‌گیری قدرت در نظام‌های سیاسی مردمسالار که وجود احزاب سیاسی را یکی از ضرورت‌های دموکراسی برمی‌شمارند، روشن می‌سازد که تفکیک قوا به معنای واقعی آن، در کمتر نظام سیاسی وجود دارد زیرا به طور معمول در رقابتهای انتخاباتی، تمایل مردم به یک حزب در یک برهه زمانی، باعث می‌شود که این حزب، هم در انتخابات ریاست جمهوری و هم در انتخابات پارلمان، اکثریت آراء را به دست آورده و در نتیجه قوای مجریه و مقننه را در اختیار خود بگیرد. اساساً احزاب سیاسی به دنبال آنند که همه سنگ‌های قدرت در یک نظام سیاسی را تصاحب کنند و نتیجه آن چیز جز تمرکز قدرت در دست یک حزب نخواهد بود. این حال و روز نظام‌های ریاستی است و اما تمرکز قدرت در نظام‌های پارلمانی که قوه مجریه از درون قوه مقننه بیرون می‌آید بسیار روشنتر است و اساساً در چنین نظام‌هایی، تفکیک قوا به معنای واقعی وجود ندارد زیرا حزب پیروز در انتخابات پارلمان، قوه مجریه را هم در اختیار خود دارد؛ در انگلستان، گاهی نزدیک به دو دهه، یکی از دو حزب کارگر و محافظه کار، تمام قدرت یعنی دولت و پارلمان را در اختیار خود داشته است. با توجه به همین واقعیتها است که برخی در مورد انگلستان گفته‌اند که «به سهولت می‌توان مشاهده کرد که در یکی از لیبرال‌ترین کشورهای غربی، نشانی از تفکیک قوا نمی‌توان یافت»^{۸۵}.

به عقیده برخی، اغلب کشورهای دموکراتیک جهان نه آموزه تفکیک قوا را می‌پذیرند و نه نظارت و توازن به شیوه امریکایی را قبول می‌کنند. در مقابل، آنها آن چیزی را دارند که علمای سیاست معمولاً نظام‌های پارلمانی می‌نامند؛ یعنی حکومت‌هایی که بر پایه اصل پیوستگی قوا سازمان یافته‌اند، بریتانیای کبیر، کشورهای مشترک‌المنافع انگلیسی، کشورهای اروپای غربی و اسکاندیناوی و کشورهای غیر اروپایی دموکراتیکی مانند هند و ژاپن در این دسته جای می‌گیرند. اصل اساسی همه نظام‌های دموکراتیک پارلمانی آن چیزی است که برخی از تحلیلگران آن را پیوستگی قوا می‌نامند یعنی تمرکز همه قوا در پارلمان^{۸۶}.

^{۸۵}. ویژه، محمد رضا، کلیات حقوق اساسی، ص ۲۰۷.

^{۸۶}. رنی، آستین، حکومت‌آشنایی با علم سیاست، ص ۳۲۳.