

تحلیل و بررسی جایگاه و صلاحیت‌های شورای نگهبان

عنوان پژوهش

۳. نظارت بر قوانین مصوب
پیش از انقلاب و شورای انقلاب

شماره مسلسل: ۱۳۹۲۰۰۹۰

تاریخ: ۱۳۹۲/۱۰/۱۵



شناسنامه

عنوان:

تحلیل و بررسی جایگاه و صلاحیت‌های شورای نگهبان
۳. نظارت بر قوانین مصوب پیش از انقلاب و شورای انقلاب

مؤلف:

میثم درویش متولی

ناظر علمی:

سید محمد هادی راجی

دفتر مطالعات ساختارها و نهادهای اساسی

شماره مسلسل: ۱۳۹۲۰۰۹۰

تاریخ انتشار: ۱۳۹۲/۱۰/۱۵

مرکز تحقیقات شورای نگهبان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فهرست مطالب

چکیده.....	۲
مقدمه.....	۳
فصل اول: نظارت بر قوانین از حیث عدم مغایرت با شرع.....	۷
مبحث اول: تبیین صلاحیت یا عدم صلاحیت فقهای شورای نگهبان.....	۸
مبحث دوم: نظر و رویه شورای نگهبان.....	۱۴
فصل دوم: نظارت بر قوانین از حیث عدم مغایرت با قانون اساسی.....	۱۸
مبحث اول: صلاحیت یا عدم صلاحیت شورای نگهبان.....	۱۸
مبحث دوم: نظر و رویه شورای نگهبان.....	۲۵
ثمره‌ی بحث.....	۲۸
منابع.....	۳۳

چکیده

مهم‌ترین رسالت و صلاحیت شورای نگهبان در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، پاسداری از دو هنجار برتر نظام جمهوری اسلامی ایران، یعنی شرع و قانون اساسی می‌باشد. به موجب اصول متعدد قانون اساسی پاسداری از دو هنجار متعالی فوق در خصوص مصوبات مجلس شورای اسلامی به صراحت و روشنی پیش‌بینی شده است. پیش از تشکیل مجلس شورای اسلامی، از جانب نهادهای صالح قانونگذاری (مجلس شورای ملی و سنا و شورای انقلاب)، قوانینی وضع شده‌اند که هم‌اکنون برخی از آنها در نظام جمهوری اسلامی ایران مجری هستند و از حیث عدم مغایرت با شرع و قانون اساسی، توسط شورای نگهبان مورد بررسی قرار نگرفته‌اند. عدم نظارت شورای نگهبان از حیث عدم مغایرت قوانین مزبور با شرع و قانون اساسی، از جمله مسائلی است که به عنوان یک سؤال اساسی و معما در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران مطرح می‌گردد. امکان و چگونگی نظارت یا عدم نظارت شورای نگهبان بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین پیش از انقلاب از حیث عدم مغایرت با شرع و قانون اساسی، بحث اصلی نوشتار حاضر می‌باشد که در نهایت با تبیین و ارائه فرضیات، نظریات و استدلال‌های مطرح یا قابل طرح، به این نتیجه می‌رسیم که نظارت شورای نگهبان بر آن قوانین از حیث عدم مغایرت با شرع و قانون اساسی قابل اثبات است که البته در هر مورد، استدلال‌های جداگانه‌ای وجود دارد.

واژگان کلیدی: نظارت بر قوانین- نظارت بر مصوبات شورای انقلاب- نظارت بر قوانین مصوب پیش از انقلاب- نظارت بر قوانین از حیث شرع و قانون اساسی- صلاحیت یا عدم صلاحیت شورای نگهبان در نظارت بر قوانین حاکم- اصل چهارم قانون اساسی

امام خمینی (ره):

شورای نگهبان، [به] شورای قضائی بخشنامه بکنند و همه جا بگویند به اینکه این قوانین سابق که خلاف شرع بوده، نباید عمل بشود و اگر کسی عمل کند، مجرم است و باید محاکمه بشود، به جزای خودش برسد. «صحیفه‌ی امام خمینی، ج ۱۶، ص ۴۲۷»

مقدمه

در هر کشور و نظام حقوقی پاسداری از هنجارهای برتر جامعه دارای ارزش و اهمیت فراوانی است. لذا در هر جامعه لزوم انجام و برخورداری از ضمانت اجراء برای رعایت و حراست از هنجارهای برتر، امری بدیهی و محتوم می‌باشد. از این رو هر نظام حقوقی به تبیین طرق پاسداری از هنجارهای برتر خود در اسناد بالادستی اقدام نموده است. نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران نیز پاسداری از دو هنجار برتر خود یعنی شرع و قانون اساسی را از ضروریات و امور ثابت و حتمی خود قلمداد می‌نماید. به موجب قانون اساسی وظیفه حراست و پاسداری از دو هنجار شرع و قانون اساسی برعهده‌ی شورای نگهبان قرار داده شده است. قانون اساسی در اصول متعدد مانند اصول ۷۲، ۹۱ و ۹۶ به عدم تضاد و مخالف نبودن تمامی مصوبات مجلس شورای اسلامی با اصول برتر (شرع و قانون اساسی) تأکید ویژه داشته است. بر همین اساس اصل ۷۲ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد...» شورای نگهبان نیز به موجب اصل ۹۶ قانون اساسی^(۱) به نظارت بر این امر مبادرت می‌ورزد. لذا تصریح قانونگذار اساسی به عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با موازین اسلامی و قانون اساسی کاملاً مشخص و واضح است و تمامی

۱. اصل ۹۶ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام با اکثریت فقهای شورای نگهبان و تشخیص عدم تعارض آنها با قانون اساسی بر عهده اکثریت همه اعضای شورای نگهبان است».

مصوبات مجلس شورای اسلامی لزوماً برای بررسی و اظهار نظر از حیث عدم مغایرت با دو هنجار مذکور به شورای نگهبان ارسال می‌گردد.

برخی از قوانینی که در حال حاضر در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران حاکم است، قبل از تشکیل شورای نگهبان به تصویب رسیده است و لذا هیچ نظارتی از حیث عدم مغایرت با شرع و قانون اساسی بر آنها صورت نگرفته است.^(۱) بدون تردید قوانینی را در این مقطع تاریخی (پیش از تشکیل شورای نگهبان و پیش از انقلاب) می‌توان یافت با احکام اسلامی مغایر باشند، لکن نمی‌توان کلیه قوانین مصوب از صدر مشروطیت تا زمان تشکیل شورای نگهبان را مغایر با احکام اسلامی دانست. (شفیعی سروستانی، ۱۳۸۵، ۱۵۴) حال سؤال و نکته اصلی که به ذهن متبادر می‌گردد این است که آیا اصولاً شورای نگهبان می‌تواند رأساً به این قوانین نظارت کرده و نسبت به مغایرت یا عدم مغایرت آنها با شرع و قانون اساسی اظهار نظر کند؟ در صورت امکان و در فرض مغایرت قوانین مذکور با شرع و قانون اساسی از نظر شورای نگهبان، وضع آن قوانین به چه صورت درخواهد آمد؟ آیا شورای نگهبان می‌تواند مستقلاً و رأساً آنها را ابطال و یا حتی اصلاح نماید؟ یا می‌توان مجلس را ملزم به اصلاح این قوانین نمود؟ دیدگاه قانونگذار اساسی، سایر مستندات قانونی و رویکرد شورای نگهبان به این مسئله چه بوده است؟

نوشتار حاضر با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی و با نگاهی به صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، اصول قانون اساسی، نظر و رویه شورای نگهبان، مواد قانونی مربوطه و آراء اساتید و اندیشمندان حقوقی در پی آن است که به امکان و چگونگی نظارت یا عدم نظارت بر این قوانین از جانب شورای نگهبان بپردازد.

نکته‌ای که در گام نخست باید به آن توجه نمود، آن است که قوانین حاکم فعلی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران از بُعد زمانی در سه مقطع تاریخی تصویب گردیده‌اند. دسته اول که عمده قوانین حاکم می‌باشند، بعد از استقرار مجلس شورای

۱. قوانین مصوب قبل از انقلاب اسلامی، شامل مصوبات مجلس شورای ملی و مجلس سنا می‌باشد و همچنین مصوبات کمیسیونهای این مجالس را که دارای شأن قانون است را نیز دربر می‌گیرد.

اسلامی و شورای نگهبان از ۳۱ تیرماه سال ۱۳۵۹ تاکنون به تصویب رسیدند^(۱)، اما دو دسته دیگر که موضوع مطالعه پژوهش حاضر می‌باشد، پیش از تاریخ فوق به تصویب رسیده است: نخست، قوانین مصوب شورای انقلاب که از فاصله انقلاب اسلامی تا زمان آغاز تقنین توسط مجلس شورای اسلامی (۳۱ تیرماه ۱۳۵۹) به تصویب رسید و دسته آخر نیز قوانینی که قبل از انقلاب اسلامی و در زمان حکومت قانون اساسی مشروطه از جانب مجلس شورای ملی و مجلس سنا وضع و تصویب گردید. در این نوشتار به بررسی نظارت شورای نگهبان بر قوانین دو دسته اخیر یعنی قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین مجلس شورای ملی و مجلس سنا (قوانین مصوب پیش از انقلاب) خواهیم پرداخت.

بدون تردید، تفکیک و تمیز بین دو نوع نظارتی که توسط شورای نگهبان اعمال می‌گردد، (نظارت از حیث عدم مغایرت با شرع و از حیث عدم مغایرت با قانون اساسی) در این مطالعه، امری لازم و ضروری است. چرا که دو نوع نظارت مذکور، دو مقوله مجزا از یکدیگر می‌باشد که قانونگذار اساسی نیز در اصول متعدد قانون اساسی، مانند اصول ۷۲، ۸۵ و ۹۶، آن دو را از یکدیگر تفکیک نموده و سازکاری مستقل برای پاسداری و حفاظت از آنها را تبیین نموده است. بر همین اساس، رویه شورای نگهبان و مستندات ارائه شده در نظارت بر این قوانین، استدلال‌های جداگانه‌ای را در خصوص هر یک از دو نظارت مذکور مطرح نموده است که به تفصیل در این نوشتار،

۱. حضرت امام خمینی (ره) در روز نخست اسفند ۱۳۵۸ شمسی حضرات آیات لطف الله صافی گلپایگانی، احمد جنتی، عبدالرحیم ربانی شیرازی، محمدرضا مهدوی کنی، صانعی و غلامرضا رضوانی را به عنوان فقهای شورای نگهبان منصوب فرمودند. در ۲۴ اسفند ۱۳۵۸ انتخابات نخستین دوره مجلس شورای اسلامی برگزار شد. این مجلس در هفتم خرداد ۱۳۵۹ آغاز به کار کرد و پس از بررسی اعتبارنامه‌ها و انتخاب هیأت رئیسه در نخستین اقدامات خود در ۲۶ تیرماه ۱۳۵۹، از میان حقوقدانان معرفی شده از سوی شورای عالی قضائی ۶ نفر شامل آقایان علی آراد، گودرز افتخار جهرمی، محمد صالحی، حسین مهرپور محمدآبادی، محسن هادوی و مهدی هادوی را برای عضویت در شورای نگهبان برگزید و این شورا رسماً کار خود را آغاز کرد. پس از تکمیل اعضای شورای نگهبان، دکتر حسن حبیبی، سخنگوی شورای انقلاب در پایان آخرین جلسه این شورا، اعلام کرد: امروز با تشکیل مجلس شورای اسلامی و تکمیل اعضای شورای نگهبان، کار شورای انقلاب که یک نهاد قانونگذاری بود، پایان یافته است. (مهرپور، ۱۳۷۱: ۲۴)

آن را بیان خواهیم نمود.

با توجه به نکته فوق، نوشتار حاضر، نظارت بر قوانین مصوب پیش از انقلاب و شورای انقلاب توسط شورای نگهبان را در دو فصل از حیث بررسی عدم مغایرت با موازین شرع (فصل اول) و از حیث بررسی عدم مغایرت با قانون اساسی (فصل دوم) مورد تدقیق قرار می‌دهد. در هر دو فصل، صلاحیت یا عدم صلاحیت شورای نگهبان در نظارت بر قوانین مصوب پیش از انقلاب و شورای انقلاب از منظر اصول قانون اساسی، نظر و رویه شورای نگهبان و نظرات حقوقدانان بررسی خواهد شد. در انتهای این پژوهش در «ثمره‌ی بحث» با ارائه پیشنهاد و راهکار عملی در خصوص چگونگی اعمال شایسته و مطلوب صلاحیت شورای نگهبان در موضوع این پژوهش، بحث را به سرانجام می‌رسانیم.

فصل اول: نظارت بر قوانین از حیث عدم مغایرت با شرع

از آنجا که نظام جمهوری اسلامی ایران مکتب اسلام را به عنوان یک ایدئولوژی و اساس نظام پذیرفته و انتخاب نموده است، لذا مغایرت نداشتن قوانین حاکم با موازین شرع در این نظام امری قطعی و حتمی می‌باشد. قانون اساسی در اصولی مانند اصول ۴، ۷۲، ۹۱، ۹۴ و ۹۶ بر رعایت نمودن موازین اسلامی و مخالف نبودن قوانین با شرع اهتمام و تأکید ویژه داشته است. اصل چهارم قانون اساسی به عنوان یک اصل کلیدی و مبنایی در خصوص ابتدای قوانین به موازین اسلامی مقرر می‌دارد: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهاء شورای نگهبان است.» نکته حائز اهمیت در این اصل چگونگی اعمال و حدود صلاحیت فوق از جانب فقهای شورای نگهبان می‌باشد. درباره چگونگی اعمال و حدود این صلاحیت در خصوص مصوبات مجلس شورای اسلامی، اصولی مانند اصول ۷۲ و ۹۶، در یک قرائت حداقلی از اصل چهارم، بخشی از چگونگی اعمال این اصل را بیان می‌کند. اما در خصوص نظارت بر مصوبات پیش از انقلاب و شورای انقلاب از حیث عدم مغایرت با شرع، قانون اساسی در هیچ یک از اصول خود راه حلی را پیش‌بینی ننموده است. از این رو حقوقدانان دو رویکرد متفاوت را در این خصوص اتخاذ کرده‌اند:

رویکرد گروه نخست بر اساس مفاد و متن صریح اصل چهارم قانون اساسی، فقهای شورای نگهبان را ناظر صالح بر تمامی قوانین و مقررات حاکم از حیث مطابقت با شرع دانسته است. بر این اساس، شمول اصل چهارم به قوانین گذشته نیز تسری می‌یابد و فقهای شورای نگهبان می‌توانند رأساً هر قانون و مقرره لازم‌الاجرای را که مغایر با شرع بدانند، ابطال نمایند. لذا هرچه تا کنون و یا از این به بعد در قوانین آمده و می‌آید، تمام آنها زیر پوشش (اصل چهارم قانون اساسی و این اصل بر همه آنها حاکم خواهد بود). (یزدی، ۱۳۷۵، ۸۲). رویکرد دوم برداشت متفاوتی را از اصل چهارم قانون اساسی ارائه می‌دهد. طبق این دیدگاه، اصل چهارم در مقام بیان اصل صلاحیت فقهای شورای نگهبان است و نه حدود و ثغور آن، و نمی‌توان هیچ اصلی از اصول

قانون اساسی را یافت که اجازه ابطال قوانین مصوب پیش از انقلاب یا شورای انقلاب را راساً به فقهای شورای نگهبان داده باشد. نظرات تفسیری و رویه شورای نگهبان نظر اول را ملاک عمل قرار داده است و نظر دوم را مقرون به صواب ندانسته است. (مجموعه نظریات شورای نگهبان، ۱۳۸۱: ۴۸ و ۴۹) از این رو ابتدا در مبحث نخست فصل حاضر به تبیین صلاحیت یا عدم صلاحیت فقهای شورای نگهبان در نظارت شرعی بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین پیش از انقلاب از نگاه دو رویکرد مزبور می‌پردازیم. سپس در مبحث دوم به بررسی و تحلیل نظر شورای نگهبان و رویکرد این شورا در این خصوص خواهیم پرداخت.

مبحث اول: تبیین صلاحیت یا عدم صلاحیت فقهای شورای نگهبان

مرجع انحصاری و اختصاصی تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با موازین اسلام و احکام شرعی فقهای شورای نگهبان می‌باشند. اما در خصوص سایر قوانین حاکم یعنی قوانینی که پیش از تشکیل مجلس شورای اسلامی در شورای انقلاب و مجلس شورای ملی و سنا مصوب گردیده‌اند، هیچ اصلی از قانون اساسی به صراحت و مستقیم همانند مصوبات مجلس شورای اسلامی، تکلیف را مشخص ننموده است. همان‌طور که پیش‌تر اشاره نمودیم، اندیشمندان و حقوقدانان دو نگاه متفاوت به این موضوع دارند.

نگاه اول بر اساس اصل چهارم قانون اساسی، فقهای شورای نگهبان را صالح در نظارت شرعی بر تمامی قوانین حاکم در نظام جمهوری اسلامی می‌داند. بر اساس این دیدگاه اصل چهارم در مقام تعمیم وظیفه فقهای شورای نگهبان نسبت به همه قوانین حاکم در جمهوری اسلامی ایران است و ذکر مصوبات مجلس شورای اسلامی در اصول ۷۲ و ۹۴ از باب خصوصیت مورد است و فقهای شورای نگهبان در نظارت بر تمامی قوانین حاکم در نظام جمهوری اسلامی ایران اعم پیش از انقلاب و بعد از انقلاب دارای صلاحیت می‌باشند. (عمید زنجانی، ۱۳۸۵، ص ۴۵۸) به عبارت دیگر، این گروه از حقوقدانان بر اساس اصل مزبور نظارت و ابطال کلیه قوانین مغایر با شرع را در صلاحیت فقهای شورای نگهبان می‌دانند و معتقدند از اصل چهارم استفاده می‌گردد که در این مملکت و در نظام جمهوری اسلامی نمی‌شود قوانینی مغایر با موازین اسلامی مجری باشد و هرگونه قانون حاکم و لازم‌الاجراء در کشور الزاماً باید بر اساس موازین اسلام باشد که تشخیص آن برعهده فقهای شورای نگهبان است،

خواه این قوانین از تصویب مجلس شورای اسلامی گذشته باشد و خواه قوانین مصوب قبل از انقلاب باشد که نسخ نشده و مورد عمل و اجرا قرار می‌گیرد. (مهرپور، ۱۳۸۷ «الف»، ۲۲؛ مدنی، ۱۳۷۶، ۴۶-۴۷؛ مدنی، ۱۳۸۹، ۲۲۱-۲۲۲؛ عمیدزنجانی، ۱۳۸۵، ۴۵۸؛ یزدی، ۱۳۷۵، ۸۲؛ هدایت‌نیا، ۱۳۸۷، ۹۲-۹۵؛ هدایت‌نیا و کاویانی، ۱۳۸۰، ۱۳۳-۱۴۲؛برزگرخسروی، ۱۳۹۱، ۱۹۵-۱۹۶؛ سخنان دکتر مهرپور: شفیع‌سروستانی، ۱۳۸۵، ۴۴۰) طرفداران نظریه شمول حکم اصل چهارم بر قوانین شورای انقلاب و قوانین پیش از انقلاب سه دلیل اصلی و شاخص در اثبات نظریه خود، بیان می‌نمایند:

دلیل اول آنکه چون در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، نظام اسلامی از طریق آراء عمومی مردم پذیرفته شده است، هیچ گونه قانونی بر خلاف شرع نباید اجرا گردد. این حکم در صدر اصل چهارم تصریح گردیده است و به تبع آن شورای نگهبان حق نظارت بر همه‌ی قوانین حاکم در این نظام را دارد.

دلیل دیگر آنکه وقتی اصل چهارم بر اطلاق و عموم همه‌ی قوانین حتی قانون اساسی حاکم است، به طریق اولی این اصل بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین پیش از انقلاب نیز حاکمیت دارد و فقهای شورای نگهبان صلاحیت نظارت شرعی بر آنان را دارند.

ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۶۰^(۱) سومین دلیل و مستند طرفداران نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین پیش از انقلاب می‌باشد. به موجب مواد قانونی فوق، هر شخص حقیقی و حقوقی می‌تواند ابطال مقررات دولتی (هم قبل و هم بعد از انقلاب) مغایر با شرع را از دیوان عدالت اداری بخواهد. هیأت عمومی دیوان عدالت اداری نیز پس از کسب نظر از فقهای شورای نگهبان و بر اساس آن رأی خود را صادر می‌نماید. بر این اساس، هنگامی که می‌توان آیین‌نامه‌های دولتی مصوب قبل از انقلاب را که مغایر با شرع است، مورد ارزیابی قرار داد و اگر با تشخیص فقهای شورای نگهبان خلاف شرع

۱. به موجب قانون تشکیلات و آئین دادرسی دیوان عدالت اداری» مصوب ۱۳۹۲، قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۶۰ نسخ گردیده و احکام مقرر در ماده ۲۵ سابق، در ماده (۱۲) و تبصره «۲» ماده (۸۴) «قانون تشکیلات و آئین دادرسی دیوان عدالت اداری» (مصوب ۱۳۹۲) عیناً آورده شده است.

بود، از عمل به آن خودداری کرده و آن را ابطال نمود، در خصوص قوانین مصوب پیشین نیز می‌توان گفت که فقهای شورای نگهبان حق رسیدگی و اظهارنظر درخصوص عدم مغایرت آنها با شرع را بر اساس اصل چهارم قانون اساسی دارند. (مهرپور، ۱۳۶۸: ۱۷ تا ۳۱) همچنین در خصوص پذیرفتن این صلاحیت برای فقهای شورای نگهبان، برخی از نویسندگان با استناد به کلام امام خمینی(ره) بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران معتقدند با توجه به متروک ماندن اصل دوم متمم قانون اساسی رژیم مشروطه و عمل نمودن به این اصل، در همان رژیم نیز قوانین اعتبار قانونی پیدا نکرده است، لذا تمامی مراجع قضایی و اداری در صورت تردید در مغایرت مکلفند، نظر شورای نگهبان را در خصوص تغایر یا عدم تغایر قوانین مزبور کسب نمایند. (مدنی، ۱۳۷۶: ۴۶-۴۷)

لذا بر اساس استدلال‌های فوق، برخی از حقوقدانان معتقدند که فقهای شورای نگهبان صلاحیت نظارت شرعی بر تمامی قوانین از جمله قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین مصوب پیش از انقلاب را دارا هستند. در مقابل، برخی دیگر نتیجه استدلال‌های سه‌گانه فوق در اثبات پذیرش صلاحیت فقهای شورای نگهبان در نظارت شرعی بر قوانین پیش از تشکیل شورای نگهبان را قابل نقد و خدشه پذیر می‌دانند. (هاشمی، ۱۳۸۰: ۲۴۴؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۳۳۹؛ خامنه‌ای، ۱۳۶۸: ۱۱-۴۱؛ سخنان دکتر هاشمی: شفيعی‌سروستانی، ۱۳۸۵، ۴۶۲)^(۱) به عقیده آنان، پذیرش و اجرایی نمودن صلاحیت فقهای شورای نگهبان در نظارت بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین مصوب پیش از انقلاب سبب می‌گردد که امکان مواجه شدن جامعه و حکومت با خلأ قانونی، پیش آید و در این صورت فساد ناشی از خلأ به مراتب بالاتر از حالتی است که در آن قوانین اسلامی حاکم نباشد. (هاشمی، ۱۳۸۰: ۲۴۴) توضیح بیشتر آنکه هنگامی که ما بپذیریم، فقهای شورای نگهبان می‌توانند رأساً قانونی را خلاف شرع دانسته و آن را مستقیماً ابطال نمایند، در این صورت در آن موضوع، نظام جمهوری اسلامی ایران فاقد گزاره حقوقی گردیده و آثار سوء این خلأ قانونی حاصل

۱. برخی از اساتید نیز موضع خاصی را در این خصوص ابراز ننموده‌اند؛ به عنوان مثال می‌توان به دکتر ابوالفضل قاضی اشاره نمود که به صورت کلی معتقدند که دامنه و برد اصل چهارم قانون اساسی حاکم بر کلیه شبکه قانون‌گذاری کشور است، بدون آنکه نظری را در خصوص نظارت بر قوانین پیش از انقلاب بیان دارند. (قاضی، ۱۳۷۵، ۱۲۳)

شده، به مراتب از عدم وجود قوانین اسلامی زیان‌بارتر می‌باشد. به نظر می‌رسد که نقد مذکور، واجد استدلالی تام و کامل نمی‌باشد و خود، قابل نقد است. اولاً در این موارد که قانونی از جانب فقهای شورای نگهبان ابطال می‌گردد، بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی^(۱) می‌توان بیان نمود که دادگاه‌ها صلاحیت دارند با توجه به منابع و فتاوی فقهای رأی دهند و لذا با استناد به منابع و فتاوی معتبر فقھی، این خلأ حاصل نمی‌شود. همچنین در همین راستا می‌توان گفت که همان اقدامی که در زمان عدم وجود قانون در خصوص یک موضوع انجام می‌گیرد، می‌تواند در زمانی که قانونی ابطال شود نیز انجام گیرد و می‌توان با قانونگذاری جدیدی که صورت می‌گیرد، خلأ احتمالی را پر کرد. علاوه بر این، به اصول کلی حقوقی همچون اصل آزادی اراده، عدم صلاحیت و برائت نیز می‌توان به حل چالش احتمالی پیش آمده، مبادرت ورزید. توجه به قوانینی که مغایرت آنها با شرع توسط فقهای شورای نگهبان اعلام و بر همین اساس ابطال شده‌اند نیز می‌تواند این امر را روشن کند. مثلاً در ابطال ماده ۷۳۱ قانون آیین دادرسی مدنی سابق در خصوص مرور زمان در دعاوی که فقهای شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۶۷/۱۱/۲۷ آن را مغایر با شرع دانسته و آن را ابطال نمودند (مهرپور «ب»، ۱۳۸۷، ۱۷۳-۱۷۶) و یا در ابطال قانون کالای متروکه مصوب ۱۳۵۸/۲/۱۸ شورای انقلاب که فقهای شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۶۱/۱۱/۱۸ آن را مغایر شرع دانستند (مهرپور، ۱۳۸۷ «ب»، ۱۶۶-۱۶۷)، عملاً خلأی ایجاد نشد. در فرض ایجاد خلأ قانونی نیز با بهره‌گیری از اصول کلی حقوقی مزبور، این خلأ قابل رفع می‌باشد. ذکر این نکته نیز خالی از لطف نیست که ابطال قوانین موجود، امر غریبی در نظام‌های حقوقی نیست. در برخی از کشورها (همانند امریکا و فرانسه) نظارت پسینی بر قوانین مصوب وجود دارد و قوانین موجود توسط نهادهایی همچون دیوان عالی و شورای قانون اساسی ابطال می‌شود. در جمهوری اسلامی ایران نیز ابطال مقررات دولتی توسط دیوان عدالت اداری انجام می‌گیرد و خلأی هم ایجاد نمی‌شود.

علاوه بر دلیل مزبور در پذیرش فرضیه عدم صلاحیت فقهای شورای نگهبان در

۱. اصل ۱۶۷ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «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 نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.»

نظارت شرعی بر قوانین پیش از انقلاب و شورای انقلاب از حیث عدم مغایرت با شرع، برخی دیگر از حقوق دانان با تفسیری شکلی و صوری از اصل چهارم نظر به عدم صلاحیت فقهای شورای نگهبان در این زمینه دارند. به عقیده آنان اصل چهارم قانون اساسی، صرفاً به مشخص نمودن مرجع ناظر عدم مغایرت قانون عادی با شرع پرداخته است و نمی‌توان از این اصل چنین برداشت نمود که فقهای شورای نگهبان صلاحیت دارند، هر قانونی را که خلاف شرع یافتند، رأساً ابطال نمایند. لذا بر اساس تشریفات مقرر در قانون اساسی، فقهای شورای نگهبان باید قانون مغایر با شرع را به مجلس بازگردانند و صلاحیت ابطال آن را ندارند. (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۳۳۹) علاوه بر این، ایشان معتقد به عدم شمول دامنه اصل چهارم بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین مصوب پیش از انقلاب هستند و از این منظر، استناد به اصل چهارم قانون اساسی را در بحث حاضر، مقرون به صواب نمی‌دانند، چرا که اصل چهارم از زمره اصولی است که در فصل «اصول کلی» قانون اساسی آمده است و صرفاً به تبیین اصل صلاحیت فقهای شورای نگهبان پرداخته است و نه چیز دیگر. به عبارت دیگر اصل چهارم، فقط در مقام بیان اصل صلاحیت فقهای شورای نگهبان بوده است، نه حدود و ثغور آن و شاهد بر آن عنوان «فصل اول» قانون اساسی است که «اصول کلی» نامیده می‌شود که در مقام تشریح و بیان خصوصیات نیست. (خامنه‌ای، ۱۳۶۸: ۲۶) مذاکرات صورت گرفته در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی سال ۱۳۵۸ پیرامون اصل چهارم قانون اساسی نیز مؤید همین نظر و دیدگاه می‌باشد. به عنوان مثال می‌توان به صحبت‌های نایب رئیس مجلس مزبور اشاره نمود که بیان فرمودند: «عنایت بفرمایید که اینجا الان اصول کلی مطرح است. در اصول کلی اگر روی موضوعی تأکید شود، تکرارش بعداً غیر ضروری است. وقتی می‌رسیم به حقوق و حدود حقوق و وظایف قوه مقننه، می‌گوییم طبق اصل چهارم قوه مقننه حدود اختیاراتش تا آن اندازه است که با موازین اسلامی اصطکاک پیدا نکند و وقتی می‌رسیم به حقوق قوه مجریه و احیاناً کسانی که در حد مقررات وظایفی به عهده دارند، باز به این اصل ارجاع می‌شوند.» (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۸: ۳۱۵) لذا فقهای شورای نگهبان صلاحیت نظارت شرعی بر مصوبات قبل از انقلاب و شورای انقلاب را دارا نمی‌باشد.

بر اساس این دیدگاه، اصل چهارم یک اصل کلی است و تفصیل آن در اصولی

نظیر ۷۲ و ۹۶ در فصل ششم (قوه مقننه) آورده شده است و در آن اصول، چنین اختیاری به فقهای شورای نگهبان إعطاء نشده است. به عبارت دیگر براساس اصول یاد شده وظیفه شورای نگهبان تنها انطباق مصوبات مجلس شورای اسلامی با موازین اسلام است، زیرا آنچه در اصول فوق آمده، «مصوبات مجلس شورای اسلامی» است (به نقل از: هدایت نیا، ۱۳۸۷: ۹۱). بنابراین اگر قوانین جاری کشور که قبل از انقلاب و قانون اساسی تصویب شده و مجری است، در مظان مغایرت با موازین اسلام باشد، باید از طریق مجلس شورای اسلامی نسبت به اصلاح و الغای آنها و جایگزینی مقررات جدید به جای آنها اقدام گردد و پس از تصویب این قانون در مجلس، فقهای شورای نگهبان آن را بررسی می‌کنند و تشخیص خود را بر انطباق یا عدم انطباق آن با موازین اسلام اعلام دارند، ولی بدون مداخله مجلس، فقهای شورای نگهبان نمی‌توانند ابتدا به‌ساکن، قانون مصوب قبل از انقلاب (و یا قانون مصوب شورای انقلاب) را مورد بررسی قرار دهند و اگر آن را مغایر با احکام اسلام دیدند، آن را اعلام نمایند و نتیجتاً اجرای قانون را متوقف سازند. (به نقل از: مهرپور، ۱۳۸۷ «الف»:

(۲۱)

رویکرد دوم در نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین پیش از انقلاب واجد ایراد بوده و خدشه پذیر است. این نظریه -عدم صلاحیت فقهای شورای نگهبان در نظارت شرعی بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین مصوب پیش از انقلاب - با روح و هدف اصول قانون اساسی هم‌خوانی ندارد. در خصوص اصول قانون اساسی و به طور موردی اصل چهارم و اهداف آن باید گفت که اصل چهارم قانون اساسی در مقام بیان این معنا است که در نظام جمهوری اسلامی و با استقرار این نظام کلیه قوانین و مقررات از هر قبیل باید طبق موازین اسلامی باشد و قوانین و مقررات مغایر با شرع نمی‌توانند در این نظام به اجرا درآید. با تصریح اصل چهارم، قوانین مغایر اسلام منسوخند و غیر قابل عمل می‌باشند. (مهرپور، ۱۳۸۷ «الف»:

(۲۷) لذا اصل چهارم را باید بر اساس پایه‌ها و اهداف موجود در اصل دوم و سوم قانون اساسی، در مقام بیان اسلامی بودن تمامی قواعد و گزاره‌های حقوقی حاکم در نظام جمهوری اسلامی ایران -اعم از آنکه مصوب قبل یا بعد از انقلاب باشند- دانست، هرچند که در لفظ خود تصریح به قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین مصوب پیش از انقلاب ننموده باشد. توضیح بیشتر آنکه، سازوکاری که در اصول ۷۲

و ۹۶ آمده است، ناظر به اِعمال بخشی از احکام مقرر در اصل چهارم قانون اساسی می‌باشد و نه تمام آن. عموم و اطلاق اصل چهارم قانون اساسی ابتدای کلیه قوانین (اعم از پیش از انقلاب و بعد از انقلاب) را در نظر داشته است و سازوکار بیان شده برای اصول ۷۲ و ۹۶ در تبیین بخشی از احکام موجود در اصل چهارم در ارتباط با مصوبات مجلس شورای اسلامی بوده است و تزامم و مغایرتی با نظارت شرعی مقرر در اصل چهارم برای قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین پیش از انقلاب از جانب فقهای شورای نگهبان ندارند. لذا بر اساس نکات فوق رویکرد دوم که نظریه عدم صلاحیت فقهای شورای نگهبان در نظارت شرعی بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین مصوب پیش از انقلاب را پذیرفته است، قابل نقض و واجد ایراد و خدشه پذیر است.^(۱) فرضیه نخست، مقرون به صواب می‌باشد و لذا می‌توان به نوعی صلاحیت نظارت شرعی بر قوانین پیش از انقلاب و شورای انقلاب را برای فقهای شورای نگهبان بر اساس مستندات مطروحه که تبیین گردید، در نظر داشت.

مبحث دوم: نظر و رویه شورای نگهبان

پس از آنکه به تبیین دو نظریه موجود در خصوص صلاحیت یا عدم صلاحیت فقهای شورای نگهبان در نظارت شرعی بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین مصوب پیش از انقلاب پرداختیم، حال باید به ارائه و بررسی نظر مرجع رسمی مفسر قانون اساسی و نهاد پاسدار شریعت در حوزه تقنینی نظام جمهوری اسلامی ایران یعنی شورای نگهبان بپردازیم. بدون تردید نظر، برداشت و عملکرد شورای نگهبان در امر نظارت بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین پیش از انقلاب، راه‌گشایی اساسی در تبیین و شناخت صحیح از بحث حاضر می‌باشد.

شورای نگهبان عقیده به صلاحیت فقهای شورای نگهبان در نظارت شرعی بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین مصوب پیش از انقلاب دارد. نظر شورای نگهبان به طور رسمی در خصوص بحث حاضر در نظر تفسیری شماره ۱۹۸۳ مورخ ۱۳۶۰/۲/۸ و مبتنی بر اصل چهارم قانون اساسی بیان شده است. نظریه تفسیری مزبور در پاسخ به شورای عالی قضایی وقت، در خصوص مغایرت شرعی برخی از قوانین مصوب پیش از انقلاب که در زمان حال (جمهوری اسلامی) حاکمند، صادر شده

است. متن سؤال و جواب شورا که حاکی از نظر تفسیری شورای نگهبان در ارتباط با قانون اساسی می‌باشد عیناً نقل می‌شود:

«سوال: اجرای قوانین و تصویب‌نامه‌ها و آئین‌نامه‌های گذشته که بر خلاف موازین اسلامی است و صدور حکم بر طبق آنها در محاکم، به خصوص با توجه به اصل چهارم و اصل یکصد و هفتادم قانون اساسی به هیچ عنوان موجه نیست.... خواهشمند است نظر آن شورا را کتباً اعلام فرمائید.

جواب: مستفاد از اصل چهارم قانون اساسی این است که به‌طور اطلاق کلیه قوانین و مقررات در تمام زمینه‌ها باید مطابق موازین اسلامی باشد و تشخیص این امر به عهده فقهای شورای نگهبان است. بنابراین قوانین و مقرراتی را که در مراجع قضائی اجراء می‌گردد و شورای عالی قضائی آنها را مخالف موازین اسلامی می‌داند، جهت بررسی و تشخیص مطابقت یا مخالفت با موازین اسلامی برای فقهای شورای نگهبان ارسال دارید». (مجموعه نظریات شورای نگهبان، ۱۳۸۱: ۴۸ و ۴۹)

بر اساس نظر تفسیری مزبور، شورای نگهبان تاکنون موارد متعددی از قوانین مصوب پیش از انقلاب را که مغایر با شرع بوده، ابطال نموده است. برای مثال می‌توان به ابطال ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷ که از جانب فقهای شورای نگهبان مغایر با شرع دانسته شده اشاره نمود. ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی مقرر می‌داشت: «در مقابل سند رسمی یا سندی که اعتبار آن در محکمه محرز شده، دعوی که مخالف با مفاد یا مندرجات آن باشد به شهادت اثبات نمی‌گردد». فقهای شورای نگهبان در نظر شماره ۲۶۵۵ مورخ ۱۳۶۷/۸/۸ که در روزنامه رسمی شماره ۱۲۷۴۳ درج شده است، در مورد ماده مزبور چنین اعلام نظر نمودند: «ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی از این نظر که شهادت بینه شرعیه را در برابر اسناد معتبر، فاقد ارزش دانسته، خلاف موازین شرعی بوده و بدین وسیله ابطال می‌گردد». همچنین در نظر شماره ۹۲/۳۰/۵۱۸۸۶ مورخ ۹۲/۷/۱۰، شورای نگهبان بر ابطال این ماده تأکید نموده است. لذا در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، این ماده فاقد جایگاه قانونی است. از لحاظ عملی و کاربردی نیز می‌توان گفت که امروزه، استناد قضات به ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷ چشمگیر نیست و می‌توان آن را از جمله مواد قانونی برشمرد که در احکام قضایی دادگاه‌های دادگستری مورد استناد قرار نمی‌گیرد. (بندرچی، ۱۳۸۲: ۳۱) علاوه بر ماده

۱۳۰۹ قانون مدنی، مصادیق دیگری مانند ماده ۴ قانون افراز و فروش املاک مشاع^(۱) مصوب ۱۳۵۷/۸/۲۲ و ماده ۷۳۱ به بعد قانون آیین دادرسی مدنی^(۲) مصوب ۱۳۶۱/۶/۶ و حق کسب و پیشه موضوع ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر^(۳) مصوب ۱۳۵۶/۵/۲، ماده ۱۷۱، ۱۷۲، ۱۷۳، ۱۷۴، ۱۷۵، ۱۷۵، ۱۷۵، مکرر، ۱۷۷، ۱۸۰ تا ۱۸۳، ۲۰۷ و ۲۱۱ قانون مجازات عمومی سال ۱۳۵۴ (مهرپور «ب»، ۱۳۸۷، ۱۳۵-۱۳۸) و قانون حفظ آثار ملی مصوب ۱۳۰۹ (مهرپور «ب»، ۱۳۸۷، ۱۵۹-۱۶۰) از جمله قوانین مصوب پیش از انقلاب می‌باشند که فقهای شورای نگهبان آن‌ها را مغایر با شرع دانسته است. همچنین فقهای شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۵۹/۱۱/۱۴ طی نامه‌ای به وزارت مسکن و شهرسازی آیین نامه اجرائی قانون لغو مالکیت اراضی شهری مصوب شورای انقلاب را مغایر شرع دانسته است^(۴) و علاوه بر این «لایحه قانونی راجع به محدودیت

۱. ابطال ماده ۴ قانون افراز و فروش املاک مشاع مصوب سال ۱۳۵۷ در نامه شماره ۹۲/۳۰/۵۱۸۸۷ مورخ ۱۰/مهر/۹۲ از جانب شورای نگهبان، خطاب به رئیس قوه قضاییه اعلام گردید.

۲. شورای نگهبان در پاسخ به شورای عالی قضایی در تاریخ ۱۳۶۷/۱۱/۲۷ در خصوص شرعی بودن یا نبودن عدم استماع دعوی به لحاظ شمول مرور زمان موضوع ماده ۷۳۱ قانون آیین دادرسی مدنی به بعد، چنین اظهار نظر نموده است: «مواد ۷۳۱ قانون آیین دادرسی مدنی به بعد در مورد مرور زمان، در جلسه فقهای شورای نگهبان مطرح و مورد بررسی قرار گرفت و به نظر اکثریت فقهای شورا مواد مزبور که مقرر می‌دارد پس از گذشتن مدتی (ده سال، بیست سال، سه سال و یک سال و غیره) دعوی در دادگاه شنیده نمی‌شود، مخالف با موازین شرع تشخیص داده شد.» (مهرپور «ب»، ۱۳۸۷، ۱۷۳-۱۷۶)

۳. ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶/۵/۲ مقرر می‌دارد: «در صورتی که مستأجر محل کسب یا پیشه یا تجارت به موجب اجاره‌نامه، حق انتقال به غیر داشته باشد می‌تواند برای همان شغل یا مشابه آن منافع مورد اجاره را با سند رسمی به دیگری انتقال دهد. هر گاه در اجاره‌نامه حق انتقال به غیر سلب شده یا اجاره‌نامه‌ای در بین نبوده و مالک راضی به انتقال به غیر نباشد باید در مقابل تخلیه مورد اجاره، حق کسب یا پیشه یا تجارت مستأجر را بپردازد والا مستأجر می‌تواند برای تنظیم سند انتقال به دادگاه مراجعه کند، در این صورت دادگاه حکم به تجویز انتقال منافع مورد اجاره به غیر و تنظیم سند انتقال در دفترخانه تنظیم‌کننده سند اجاره‌نامه سابق یا دفترخانه نزدیک ملک (اگر اجاره‌نامه رسمی در بین نباشد) صادر و رونوشت آن را به دفترخانه مربوط ارسال می‌نماید و مراتب را به موجر نیز اعلام خواهد نمود، مستأجر جدید از هر حیث نسبت به تمام شرایط اجاره قائم‌مقام مستأجر سابق خواهد بود. هر گاه ظرف شش ماه از تاریخ ابلاغ حکم قطعی منافع مورد اجاره با سند رسمی به مستأجر جدید انتقال داده نشود حکم مزبور ملغی‌الاثر خواهد بود.

۴. شورای نگهبان شمول آیین نامه اجرائی قانون لغو مالکیت اراضی شهری مصوب شورای انقلاب را نسبت به زمین‌های بایر مسبوق به احیاء غیرشرعی تشخیص داده است. (مهرپور، ۱۳۸۷ «ب»: ۱۲۹-۱۳۴)

داشتن مغازه گوشت فروشی» مصوب ۱۳۵۹/۴/۲۵ شورای انقلاب (مهرپور «ب»، ۱۳۸۷: ۱۴۲) رأساً مواد آن را بر اساس اصل چهارم قانون اساسی مغایر شرع دانسته و آن را باطل نمودند.

لذا بر اساس نظر تفسیری فوق و مصادیق مزبور، باید بیان داشت که نظر و رویه شورای نگهبان در نظارت شرعی فقهای این شورا بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین مصوب پیش از انقلاب به وضوح و صراحت مشخص است. شورای نگهبان با پذیرفتن صلاحیت نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین پیش از انقلاب، خط بطلانی در عالم عمل بر نظریه عدم شمول اصل چهارم قانون اساسی در نظارت شرعی بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین پیش از انقلاب کشیده است. (مجموعه نظریات شورای نگهبان، ۱۳۸۱: ۴۸-۴۹)

فصل دوم: نظارت بر قوانین از حیث عدم مغایرت با قانون اساسی

به موجب اصل نود و ششم قانون اساسی تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام با اکثریت فقهای شورای نگهبان و تشخیص عدم تعارض آنها با قانون اساسی بر عهده اکثریت همه اعضای شورای نگهبان است. لذا در نظارت بر قوانین از حیث عدم مغایرت با قانون اساسی هر دوازده عضو شورای نگهبان و نه فقط شش عضو فقیه- اظهار نظر می نمایند. در بحث نظارت بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین مصوب پیش از انقلاب از حیث عدم مغایرت با قانون اساسی همانند بحث نظارت شرعی، هیچ اصل از قانون اساسی را نمی توان یافت که به طور مستقیم و صریح اشاره ای به این امر نماید. همان طور که در فصل گذشته به تفصیل در بحث نظارت شرعی بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین مصوب پیش از انقلاب از منظری حقوقدانان- بیان نمودیم، بر اساس مفهوم کلی اصل چهارم قانون اساسی دو نظریه شمول یا عدم شمول اصل چهارم در بحث نظارت شرعی بر قوانین مصوب شورای انقلاب و پیش از انقلاب مطرح می باشد، لکن هیچ اصلی از قانون اساسی را نمی توان یافت که به طور مستقیم و یا حتی غیرمستقیم و کلی به بحث نظارت بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین مصوب پیش از انقلاب از حیث قانون اساسی پرداخته باشد. لذا مستندات قانونی بحث حاضر، به مراتب کمتر از بحث قبل و البته متفاوت با آن می باشد. بر همین اساس، در مبحث نخست این فصل به بحث صلاحیت یا عدم صلاحیت شورای نگهبان در نظارت بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین مصوب پیش از انقلاب از حیث عدم مغایرت آن مصوبات با قانون اساسی از منظر اندیشمندان و حقوقدانان و همچنین تبیین نظریات موجود خواهیم پرداخت و سپس در مبحث دوم این فصل به بررسی آراء، نظرات و رویه عملی شورای نگهبان در خصوص نظارت بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین مصوب پیش از انقلاب از حیث عدم مغایرت با قانون اساسی می پردازیم.

مبحث اول: صلاحیت یا عدم صلاحیت شورای نگهبان

همان طور که پیش تر اشاره نمودیم، قانون اساسی در خصوص اعطای صلاحیت یا عدم صلاحیت به شورای نگهبان در بحث نظارت بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین مصوب پیش از انقلاب از حیث عدم مغایرت با قانون اساسی ساکت بوده و

حکم صریح و یا مستقیمی را در اصول خود برای این امر پیش‌بینی ننموده است. حقوق‌دانان نیز برخلاف بحث نظارت شرعی بر قوانین مذکور، در بحث نظارت از حیث عدم مغایرت با قانون اساسی ورود ننموده‌اند. در بحث صلاحیت یا عدم صلاحیت شورای نگهبان در نظارت بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین مصوب پیش از انقلاب از حیث عدم مغایرت با قانون اساسی دو فرضیه را می‌توان مطرح نمود:

فرضیه نخست که عدم صلاحیت شورای نگهبان در نظارت بر قوانین مذکور از حیث عدم مغایرت با قانون اساسی را پذیرفته است، مبتنی بر این دلیل می‌باشد که بر اساس یک اصل کلی در علم حقوق، اصل بر عدم صلاحیت در حقوق عمومی بوده و در هنگام شک و تردید در اصل صلاحیت یک شخص حقوقی حقوق عمومی باید ناصالح بودن آن مقام را بر صلاحیت وی در آن موضوع مقدم بدانیم. (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۸۷: ۴۶۲)^(۱) لذا با توجه به عدم پیش‌بینی صلاحیت مزبور در قانون اساسی برای شورای نگهبان نمی‌توان چنین صلاحیتی را برای این شورا متصور شد و در نظر گرفتن رسالت نظارت بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین پیش از انقلاب از جانب شورای نگهبان، از حیث عدم مغایرت آن قوانین با قانون اساسی، نیازمند پیش‌بینی چنین صلاحیتی در قانون اساسی می‌باشد. همچنین نظر و رویه ظاهری شورای نگهبان نیز مؤید پذیرش عدم صلاحیت خویش در این خصوص می‌باشد، هرچند نظر فوق به صراحت از جانب شورای نگهبان ابراز نشده است، لکن مواردی وجود دارد که شورای نگهبان نظر به عدم صلاحیت در موضوع فوق داده است. نکته قابل توجه در بحث حاضر آن است که استناد به اصل عدم صلاحیت در حقوق عمومی به صورت کلی محل بحث و تأمل است. هرچند که اصل عدم صلاحیت به عنوان یکی از اصول اساسی در حقوق عمومی است، لکن استناد به این اصل کلی زمانی صورت می‌گیرد که نتوانیم اصل صلاحیت را احراز نماییم و در صورتی که بتوان از هر طریقی صلاحیتی را اثبات کرد، استناد به اصل عدم صلاحیت خدشه پذیر و قابل نقد است. این موضوع را در «ثمره بحث» مورد بررسی قرار خواهیم داد.

۱. بر خلاف حقوق عمومی که اصل را بر عدم صلاحیت اشخاص (حقوقی و حقیقی) دانسته است، در حقوق خصوصی اصل بر اهلیت اشخاص می‌باشد. (صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۸۹: ۲۰۶)

اما در مقابل استدلال فوق در فرضیه نخست، فرضیه رقیب مبنی بر پذیرش صلاحیت شورای نگهبان در نظارت بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین پیش از انقلاب از حیث عدم مغایرت با قانون اساسی نیز دلایلی را برای اثبات حقانیت خود مطرح می‌نماید. برای فرضیه حاضر سه دلیل قابل ارائه است. اول آنکه، بر اساس اصل چهارم قانون اساسی کلیه قوانین حاکم در جمهوری اسلامی ایران باید مبتنی بر موازین شرعی بوده و تخلف از آنها برای هیچ کسی جایز نیست. از این رو هر فعل یا ترک فعلی که مغایر با قانون اساسی (مبتنی بر شرع) باشد، به طریق اولی مغایر با شرع هم خواهد بود. (موسی زاده، ۱۳۸۹: ۳۴۰)

لذا قانون اساسی خود به عنوان یکی از اقسام و شقوق موازین اسلامی بوده و دامنه تعریف موازین اسلامی با یک تفسیر موسع شامل قانون اساسی نیز می‌شود و بر اساس اصل چهارم قانون اساسی رعایت نمودن و لحاظ آن در قوانین حاکم، الزامی می‌باشد. در نتیجه براساس اصل چهارم قانون اساسی و همانند بحثی که در فصل قبل مطرح شد، می‌توان قائل به صلاحیت فقهای شورای نگهبان در نظارت بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین پیش از انقلاب از حیث عدم مغایرت آنها با قانون اساسی بود. به عبارت دیگر، حکم اصل چهارم قانون اساسی در ابتدای قوانین بر موازین اسلام در خصوص ابتدای قوانین به قانون اساسی نیز لازم‌الاجراست و این صلاحیت برای فقهای شورای نگهبان در قانون اساسی در نظر گرفته شده است.

علاوه بر دلیل فوق می‌توان دلیل دیگری را نیز در راستای اثبات فرضیه مزبور ارائه داد: با توجه به اینکه مبنای پذیرش و گردن نهادن به قانون اساسی، تنفیذی است که از جانب ولی فقیه بر آن صورت گرفته، لذا قانون اساسی همچون حکمی از احکام حکومتی ولی فقیه است و حکم حکومتی نیز یکی از احکام شرع تلقی می‌شود، و از سوی دیگر، اگر شورای نگهبان و خصوصاً فقهای آن را ملزم به تبعیت از احکام حکومتی ولی فقیه بدانیم و آنها ملزم باشند مصوباتی از مجلس را که در تغایر با احکام حکومتی است، به دلیل مغایرت با شرع رد کنند، قوانین مصوب شورای انقلاب و مجلس شورای ملی نیز در صورتی که مغایر قانون اساسی باشد، در اصل، مغایر حکم حکومتی ولی فقیه بوده و از این جهت، فقهای شورای نگهبان صلاحیت ابطال قوانین مذکور را به استناد مغایرت با قانون اساسی (حکم حکومتی ولی فقیه) خواهد داشت.

لکن هر دو دلیل فوق خدشه پذیر و قابل نقد است. در نقد استدلال‌های فوق می‌توان گفت در خود قانون اساسی، میان «موازین شرع» و «قانون اساسی» تفکیک شده است و احکام متفاوتی در خصوص هریک از آنها مقرر شده است. نظارت بر عدم مغایرت قوانین با شرع، بر عهده «فقهای شورای نگهبان» نهاده شده، ولی نظارت بر عدم مغایرت قوانین با قانون اساسی بر عهده تمام اعضای شورای نگهبان قرار داده شده است. لذا این تفکیک در هر دو دلیل فوق مخدوش بوده و تفکیکی بین شورای نگهبان و فقهای شورای نگهبان صورت نپذیرفته است. ضمن اینکه در قانون اساسی در همه جا این دو عبارت در کنار هم آمده است و در هیچ جا، هیچ‌یک جایگزین دیگری نشده است. همچنین در رد دلیل اول، علاوه بر نقد فوق باید بیان نمود که

اساساً تعاریف گوناگونی از اصطلاح مزبور (موازین اسلامی) در نزد حقوقدانان صورت گرفته است^(۱)، اما آنچه در تعریف این اصطلاح مقرون به صحت به نظر می‌رسد آن است که مقصود از موازین اسلامی، همان احکام اسلامی است و نه عقاید، اخلاق اسلامی، اصول عملیه و حتی قانون اساسی.^(۲) در رد دلیل دوم نیز باید چنین گفت که خود ولی فقیه (در مقام تنفیذ کننده قانون اساسی) قانون اساسی را یکی از مصادیق موازین شرع تلقی نکرده است. ولی فقیه با تنفیذ قانون اساسی، تفکیک بین نظارت شرعی و نظارت از حیث قانون اساسی را پذیرفته است.

دلیل سوم در اثبات فرضیه صلاحیت شورای نگهبان در نظارت بر قوانین پیش از انقلاب و شورای انقلاب از حیث عدم مغایرت با قانون اساسی، در موضوع «نسخ قوانین» مطرح می‌شود. توضیح بیشتر آنکه در مبحث نسخ قوانین، دو نوع نسخ مطرح است: نسخ صریح و نسخ ضمنی. در نسخ صریح، قانونگذار به صراحت از بین رفتن قانون سابق را اعلام می‌کند، ولی در نسخ ضمنی مقنن بدون اشاره به قانون قبل، حکمی مغایر آن قانون می‌دهد و این شخص مکلف است که باید تشخیص دهد که حکم جدید، مغایر حکم قبل بوده و باید از اجرای حکم قبل خودداری کرده و حکم جدید را اجرا نماید. از سویی دیگر نسخ ممکن است، توسط قانونی هم عرض قانون قبل رخ دهد و ممکن است قانون ناسخ، از نظر جایگاه برتر از قانون منسوخ باشد. به عنوان مثال، در فرض اول در جایی محقق می‌شود که قانون ناسخ و منسوخ هر دو

۱. به عنوان نمونه می‌توان به برخی از این تعاریف اشاره نمود. به عقیده استاد عمید زنجانی معنی «موازین اسلامی» اعم از «احکام اسلام» است، زیرا قواعد کلی فقهی و اصول عقلیه و عملیه جزء «موازین اسلامی» اند، ولی عنوان «احکام اسلام» بر آنها صدق نمی‌کند. (عمید زنجانی، ۱۴۲۱، ج ۱: ۴۰۲) همچنین برخی «موازین اسلام» را ذیل عناوین مشمول اجتهاد و استنباط آورده و اصول عملیه و فقهی را مد نظر قرار داده و البته مواردی مانند قیاس و استحسان را از موازین اسلام خارج دانسته‌اند. (مرتضوی، ۱۳۸۶: ۲) گروهی دیگر، با عنایت به صراحت و تأکید اصل چهارم قانون اساسی و تصریح به اینکه اطلاق یا عموم این اصل بر همه اصول قانون اساسی مقدم است، «موازین اسلام» را آن دسته مقرراتی دانسته‌اند که مستقیماً از منابع شرع استنباط می‌شود، ولی موضوعات نوپیدا و نیازهای جدید زمانه را از دسته احکام اسلامی دانسته‌اند (احمدی، ۱۳۸۶: ۱۵۷). بعضی هم گفته‌اند هر آنچه که خلاف اسلام نباشد از موازین اسلام است و به عبارتی هر آنچه مطابق با استنباط فقهاء باشد، جزء موازین اسلام دانسته می‌شود. (بجنوردی و دانش پور، ۱۳۹۰: ۵) بنابراین موازین اسلامی عام تر است و مبانی و احکام اسلامی نیز مشمول آن می‌شوند. (فتاحی مارنانی، <http://m.ir/post/55>)

۲. برای مطالعه بیشتر ر.ک: (درویش متولی، ۱۳۹۲: ۱۰۹-۱۳۲)

قانون عادی هستند و فرض دوم هنگامی است که قانون ناسخ قانون اساسی بوده و قانون عادی منسوخ می‌باشد و یا مقررات دولتی توسط قانون عادی نسخ شده است. در هر صورت (نسخ توسط قانون هم عرض یا نسخ توسط قانون برتر)، اگر نسخ صریح باشد، مشکلی عملی وجود نخواهد داشت و اشخاص تکلیف قانونی خود را به روشنی می‌دانند، ولی در صورتی که نسخ ضمنی رخ دهد، اصولاً اصل تحقق نسخ محل سؤال خواهد بود. چرا که باید اثبات شود که حکم اخیر مغایر حکم سابق است و به اهم قابل جمع نیستند و حکم سابق منسوخ می‌باشد و به بیان دیگر، اسباب نسخ فراهم است. در مواردی که شبهه نسخ ضمنی وجود داشته باشد، هر مجری قانون، در حدود صلاحیت خویش، رأساً تشخیص می‌دهد که آیا نسخ رخ داده است یا خیر، و این تشخیص نیز می‌تواند برای خود او حجت باشد و البته ممکن است بتواند با شرایطی، به زیردستان خود نیز این برداشت را ابلاغ نماید. ولی وضعیت در تمام موارد یکسان نیست و ممکن است اختلافاتی میان اشخاص در برداشت از قوانین رخ دهد و عملاً مشکلاتی را ایجاد کند. این اختلافات در دادگاه‌ها و میان قضات می‌تواند، در شرایطی در دیوان عالی کشور یا دیوان عدالت اداری مطرح شده و یک برداشت، در قالب رأی وحدت رویه، تأیید اکثریت را کسب کرده و برای همگان الزام‌آور شود و یا موضوع در قالب طرح یا لایحه استفساریه به مجلس شورای اسلامی کشیده شده و در آنجا تصمیم‌گیری شده و آن تصمیم در قالب قانون برای همگان متبع گردد. ولی آیا این اتفاقات می‌تواند در خصوص شبهه نسخ قانون عادی توسط قانون اساسی رخ دهد و دیوان عالی کشور یا دیوان عدالت اداری یا مجلس شورای اسلامی، در رأی یا مصوبه خود، نسخ قانون عادی به وسیله قانون اساسی را اعلام نمایند؟ البته اگر مجلس چنین تصمیمی را بگیرد، طبق اصل ۷۲ قانون اساسی، شورای نگهبان نیز نظر خود را در آن خصوص اعلام خواهد کرد، ولی آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور و دیوان عدالت اداری به تأیید شورای نگهبان نمی‌رسد. فارغ از این امر، اصولاً بسیاری از موارد به دادگاه کشیده نمی‌شود، یا به هر دلیلی دولت یا نمایندگان مجلس، لایحه یا طرح استفساریه را به مجلس تقدیم نمی‌کنند، تا مسئله در مجلس تعیین تکلیف شود. آیا اصولاً نهادی وجود دارد که نسخ قانون عادی به وسیله قانون اساسی را اعلام کند؟ به بیان دیگر، آیا برای تشخیص و اعلام مغایرت قانون اساسی با قوانین عادی سابق‌التصویب نهادی وجود دارد که نظر او برای همگان لازم‌الاتباع باشد؟ قبل از

ارائه پاسخ، ذکر این نکته ضروری است که تشخیص نسخ قانون مستلزم تفسیر قانون سابق و لاحق است و بدون تفسیر، شناخت قانون ناسخ و منسوخ ممکن نیست.^(۲-۱)

همچنین باید توجه شود که اعلام چنین نسخی، مستلزم تفسیر^(۳) قانون اساسی است. با نگاهی به مجموع اصول قانون اساسی در می‌یابیم که این قانون صلاحیت‌ها، وظایف و تکالیف اصلی هر یک از اشخاص و دستگاه‌های مقرر در آن را بیان نموده است. از این رو، در اصول چهارم، هفتاد و دوم، نود و یکم تا نود و نهم که در ارتباط با صلاحیت‌های شورای نگهبان می‌باشد، می‌توان چنین برداشت و تفسیری از این اصول داشت که قانون‌گذار اساسی در پی آن بوده تا این صلاحیت را به شورای نگهبان اعطا نماید، تا هیچ قانون مغایری (اعم از پیش از تشکیل این شورا و یا بعد از تشکیل آن) با شرع و قانون اساسی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران حاکم نگردد و در نظر گرفتن محدودیت‌هایی چون مهلت زمانی ده روزه و یا بیست روزه برای اظهارنظر نسبت به مصوبات مجلس شورای اسلامی از حیث معطل نماندن و عدم وقفه در امور جاری کشور می‌باشد (مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۴: ۹۵۷).^(۴) لذا از مجموع اصول مرتبط می‌توان مرجع رسمی تشخیص نسخ قوانین مغایر با دو هنجار برتر یعنی شرع و قانون اساسی را به ترتیب فقهای

۱. تفسیر نیز اقسامی دارد: تفسیر علمی که توسط علمای فن و در کتاب و کلاس درس انجام می‌گیرد و هیچ الزامی ندارد؛ تفسیر اجرایی که توسط مجری قانون در مقام اجرا رخ می‌دهد و قابل تسری به سایر موارد نیست و برای دیگران نیز الزام‌آور نمی‌باشد. تفسیر قضایی که توسط قاضی رخ می‌دهد نیز از همین قبیل است؛ تفسیر قانونی که توسط مقنن یا مقام ذیصلاح انجام می‌شود و شأن قانون اصلی را دارد و همانند همان قانون، لازم‌الاتباع است.

۲. شاید نیاز به یادآوری باشد که اگر قانون عادی بعد از قانون اساسی به تصویب رسیده باشد، شورای نگهبان طبق اصول متعدد قانون اساسی از جمله اصل ۷۲ آن را بررسی می‌کند و در صورتی آن مصوبه در قامت قانون حاضر می‌شود که شورای نگهبان آن را مغایر شرع و قانون اساسی نداند. موضوع متن در جایی که است تصویب قانون عادی مقدم بر تصویب قانون اساسی بوده است.

۳. مقصود از «تفسیر» در اینجا، تفسیر رسمی موضوع اصل ۹۸ قانون اساسی نیست، بلکه معنای عام تفسیر مدنظر است.

۴. شهید بهشتی (ره) به عنوان نائب رئیس مجلس بررسی نهایی قانون اساسی در توضیح قید ده روز در اصل نود و چهارم قانون اساسی بیان می‌دارند که «ما می‌خواهیم شورای نگهبان اگر در طی ده روز مسامحه‌ای کرد و قانونی را برنگردانید، مسائل معطل نماند» (مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۴: ۹۵۷)

شورای نگهبان و شورای نگهبان دانست. شورای نگهبان نیز چنین برداشتی از قانون اساسی داشته است. شورای نگهبان در پاسخ به سؤال و پیشنهاد شورای عالی قضائی وقت در خصوص ابطال قوانین مغایر با شرع توسط شورای عالی قضائی بیان می‌دارد که ابطال قوانین مغایر با شرع بر اساس اصول قانون اساسی به مرجع مشخصی واگذار شده است و قوانین را که شورای عالی قضائی مخالف موازین اسلامی می‌داند، باید به شورای نگهبان (مرجع رسمی این امر) جهت بررسی و تشخیص مغایرت اعلام نماید.^(۱) (مجموعه نظریات شورای نگهبان، ۱۳۸۱: ۴۹) هرچند که این پاسخ در خصوص نظارت بر قوانین مغایر با شرع بوده است، لکن استدلال مطرح شده در آن، که بر اساس قانون اساسی مرجع رسمی را تعیین نموده است، مبین و مؤید معرفی شورای نگهبان به عنوان مرجع رسمی نظارت بر قوانین از حیث عدم مغایرت با شرع و قانون اساسی می‌باشد.

به نظر می‌رسد که این استدلال می‌تواند مورد پذیرش قرار گیرد و اثبات کننده صلاحیت شورای نگهبان در خصوص بررسی قوانین مصوب قبل از انقلاب و شورای انقلاب از حیث عدم مغایرت با قانون اساسی باشد.

حال می‌توان گفت که استناد به اصل عدم صلاحیت برای اثبات عدم صلاحیت شورای نگهبان در بررسی قوانین مذکور نابجا خواهد بود، چراکه همانطور که گذشت، این اصل - همانند سایر اصول عملیه- در جایی کاربرد دارد که دلیلی وجود نداشته باشد و حال که دلیلی برای صلاحیت اقامه شد، استناد به اصل منتفی خواهد بود.

مبحث دوم: نظر و رویه شورای نگهبان

در مبحث پیشین و در ذیل فرضیه عدم صلاحیت شورای نگهبان در نظارت بر قوانین مصوب پیش از انقلاب و قوانین مصوب شورای انقلاب، به این نکته اشاره نمودیم که نظر و رویه شورای نگهبان به عنوان یکی از دلایل عدم صلاحیت شورا در

۱. توضیح بیشتر آنکه در ابتدای انقلاب شورای عالی قضائی مبادرت به تشکیل کمیسیون‌های پنج‌گانه برای شناسایی و ابطال قوانین مغایر با شرع پیش از انقلاب کرده است. (سخنان سیدعلی محقق داماد: شفیع‌سروستانی، ۱۳۸۵: ۲۴۳-۲۴۵) شورای نگهبان نیز در پاسخ به سوال شورای عالی قضائی این امر را در صلاحیت انحصاری خود دانسته است و لذا به شورای عالی قضائی اعلام نموده است که در صورت مواجهه مراجع قضائی با قوانین مغایر با شرع، شورای عالی قضائی قوانین مغایر را به شورای نگهبان جهت بررسی و تشخیص اعلام نمایند.

نظارت بر قوانین مزبور از حیث قانون اساسی، قابل طرح می‌باشد.

برای شناخت نظر و رویه شورای نگهبان در این خصوص، چند مصداق قابل ذکر است که در اینجا به آنها اشاره می‌شود: اول: هنگامی که مجلس شورای اسلامی در ذیل مصوبه‌ای، درصدد توسعه‌ی احکام قانونی از قوانین مصوب پیش از انقلاب می‌باشد، شورای نگهبان با رجوع به قانون اصلی، مصوبه مجلس شورای اسلامی را از حیث شرع و قانون اساسی مورد ارزیابی و نظارت قرار می‌دهد و ممکن است موادی از قانون مورد بررسی را مغایر با قانون اساسی اعلام کند. در این زمینه می‌توان به «طرح تسری آئین‌نامه معاملات شهرداری تهران مصوب ۱۳۵۵ با اصلاحات بعدی به شهرداری‌های شهرهای بالای یک میلیون نفر جمعیت، کلانشهرها و مراکز استان‌ها» و نظر شورای نگهبان در خصوص آن به شماره ۸۸/۳۰/۳۲۴۰ مورخ ۱۳۸۸/۱/۲۵ اشاره نمود.^(۱) شورای نگهبان موادی از این آیین‌نامه را که پیش از انقلاب به تصویب رسیده بود، مغایر با اصولی از قانون اساسی مانند اصل ۱، ۱۷ و ۱۳۹ دانست. بر این اساس می‌توان گفت که شورای نگهبان در این مورد و مصادیقی از این دست، نظر به عدم صلاحیت خویش در نظارت بر قوانین مصوب پیش از انقلاب و شورای انقلاب از حیث عدم مغایرت با قانون اساسی داشته است مگر در مواردی که قوانین مذکور به نحوی مصوبه مجلس شورای اسلامی محسوب شوند.

استدلال شورای نگهبان در نظارت بر این مصادیق آن است که این موارد قانون‌گذاری جدیدی محسوب می‌شود و بر اساس اصل ۷۱ قانون اساسی^(۲)، مجلس شورای اسلامی یک قاعده حقوقی جدید را مقرر نموده است. به عبارت دیگر تسری قانون مصوب پیش از انقلاب از جانب مجلس شورای اسلامی، خود مستقلاً به عنوان یک گزاره‌ی جدید حقوقی تلقی شده است که شورای نگهبان بر اساس اصول ۷۲، ۹۱، ۹۴ و ۹۶ قانون اساسی مصوبه مجلس شورای اسلامی را از حیث شرع و قانون اساسی مورد نظارت قرار داده است. لذا نمی‌توان بیان نمود که این دست از نظرات و رویه شورای نگهبان مؤید پذیرش صلاحیت نظارت بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین پیش از انقلاب از حیث عدم مغایرت با قانون اساسی از جانب شورای

1. http://rc.majlis.ir/fa/legal_draft/show/720635

۲. اصل ۷۱ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «مجلس شورای اسلامی در عموم مسایل در حدود مقرر در قانون اساسی می‌تواند قانون وضع کند».

نگهبان می‌باشد.

دوم: شورای نگهبان در پاسخ به سؤالی در خصوص مغایرت برخی از قوانین مصوب پیش از انقلاب و شورای انقلاب با قانون اساسی، رویه عدم صلاحیت را اتخاذ نموده است. شورای نگهبان در ضمن «پاسخ به سوال در خصوص مغایرت یا عدم مغایرت قانون استقلال کارشناسان رسمی دادگستری مصوب شورای انقلاب با قانون اساسی» به شماره ۷۷/۲۱/۳۹۰۱ مورخ ۱۳۷۷/۹/۱۸ اشاره نمود که «ممکن است موادی از این قانون خلاف قانون اساسی باشد، لکن اظهارنظر در مورد خلاف قانون اساسی بودن قوانین گذشته از صلاحیت شورای نگهبان خارج است». (مجموعه نظریات شورای نگهبان، ۱۳۸۱: ۴۴۲) هرچند که این نظر شورای نگهبان در پاسخ به سؤال مدیرکل قضایی وقت قوه قضاییه و در مقام جواب به یک سؤال بوده و نمی‌تواند یک نظر تفسیری محسوب شود، - چرا که نظر تفسیری شورای نگهبان تابع تشریفات خاص (مانند آراء موافق سه چهارم اعضاء و درخواست افراد مشخص در آیین نامه داخلی شورای نگهبان) و در ارتباط با یکی از اصول قانون اساسی است و اثر «در حکم قانون اساسی بودن» را داراست- لکن نظریه فوق می‌تواند به عنوان اماره و قرینه‌ای مبنی بر پذیرفتن عدم صلاحیت شورای نگهبان در نظارت بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین مصوب پیش از انقلاب از حیث عدم مغایرت با قانون اساسی، از جانب این شورا تلقی گردد.

با بررسی و امعان نظر در نظر و رویه شورای نگهبان در می‌یابیم، که تمایل شورای نگهبان در اظهارنظرهای خود به سمت عدم صلاحیت نظارت بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین پیش از انقلاب از حیث عدم مغایرت با قانون اساسی بوده است.

ثمره‌ی بحث

ارائه پیشنهادها و راهکارهای عملی برای نظارت بر قوانین سابق از حیث عدم مغایرت با قانون اساسی و شرع

پس از آنکه به تبیین صلاحیت یا عدم صلاحیت شورای نگهبان در نظارت بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین مصوب پیش از انقلاب از حیث عدم مغایرت با شرع و قانون اساسی و ارائه نظریات اساتید و حقوقدانان و فرضیه‌های موجود در این خصوص پرداختیم، در ثمره‌ی بحث به تحلیل موارد مذکور پرداخته و با ارائه پیشنهاد و راهکار عملی که مقرون به صواب به نظر می‌رسد، بحث را کامل می‌نماییم. در فصل نخست و موضوع نظارت شرعی شورای نگهبان بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین مصوب پیش از انقلاب دو نظریه رایج شمول یا عدم شمول اصل چهارم را در این خصوص مطرح نمودیم و ضمن تبیین عقیده شورای نگهبان مبنی بر پذیرش صلاحیت شورای نگهبان در نظارت شرعی بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین مصوب پیش از انقلاب، این صلاحیت را با منطق حقوقی برای شورای نگهبان اثبات نموده و استدلال‌های حقوقی رقیب را رد نمودیم. در بحث نظارت بر قانون اساسی نیز تقریباً بر همین اساس مباحث تبیین گردید و دو فرضیه صلاحیت یا عدم صلاحیت و نظر ضمنی شورای نگهبان را تبیین نمودیم و نتیجه گرفتیم که فرضیه عدم صلاحیت شورای نگهبان در نظارت بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین مصوب پیش از انقلاب از حیث عدم مغایرت با قانون اساسی هم جهت با نظر و رویه شورای نگهبان می‌باشد، ولی در این نوشتار نظریه رقیب آن تقویت شد و صلاحیت شورای نگهبان در بررسی قوانین مذکور از حیث عدم مغایرت با قانون اساسی مورد پذیرش قرار گرفت.

در تحلیل دارا بودن یا نبودن صلاحیت شورای نگهبان در نظارت بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین مصوب پیش از انقلاب از حیث شرع و قانون اساسی، باید به اصل و فلسفه وجودی شورای نگهبان توجهی ویژه نماییم. رسالت و هدف اصلی تشکیل شورای نگهبان حفاظت و پاسداری از عالی‌ترین هنجارهای نظام جمهوری اسلامی ایران یعنی شرع و قانون اساسی می‌باشد. مبنای تشکیل شورای

نگهبان از نگاه خبرگان مجلس بررسی نهایی قانون اساسی مشروعیت بخشی به قوانین مصوب مجلس از حیث مطابقت با شریعت اسلام می‌باشد. (مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۴، ۹۲) این نوع نگاه به قانونگذاری متأثر از نگاهی مکتبی و ایدئولوژیک به قانونگذاری است. وقتی مکتب اسلام به عنوان مبنا و اساس تشکیل حکومت پذیرفته شد، باید قوانین و آنچه لزوم اجرا دارد را هم‌سو و عدم مغایر با احکام آن تدوین نمود (درویش متولی، ۱۳۹۲ «ب»: ۶). در همین راستا در جلسه یازدهم مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، شهید بهشتی (ره) در خصوص لزوم اسلامی بودن قوانین و مقررات می‌فرماید «کلیه مسائل مربوط به قانون‌گذاری‌ها، تهیه و تصویب آیین‌نامه‌ها، در یک نظام ایدئولوژیک یعنی در یک نظام مکتبی، نمی‌تواند دور از نظر مکتب و جهت‌گیری از آن صورت بگیرد... در یک جامعه اسلامی کلیه قوانین و مقررات و تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌ها باید ناظر داشته باشد و باید قوانین و مقررات را با مراجعه به منابع و مأخذ اسلامی مشخص کرد و بعد از نظر روش‌های قانون اساسی آن را دنبال کرد و تکمیل کرد.» (مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۴: ۲۶۱)

از این رو، علت اساسی و مبنای اصلی تأسیس شورای نگهبان پاسداری از شریعت اسلام و ابتدای همه قوانین و مقررات حاکم در جامعه اسلامی به احکام و موازین اسلامی بوده است. (درویش متولی، ۱۳۹۲ «ب»: ۷) لذا نظارت شرعی شورای نگهبان بر تمامی قوانین حاکم اعم از مصوبات مجلس شورای اسلامی و قوانین مصوب پیش از انقلاب یا شورای انقلاب در نظام جمهوری اسلامی ایران، امری محتوم و ضروری می‌باشد. در نتیجه بر اساس مجموع مستندات و استدلال‌های فوق می‌توان دیدگاه صلاحیت فقه‌های شورای نگهبان در نظارت بر قوانین مصوب پیش از انقلاب یا شورای انقلاب از حیث عدم مغایرت با شرع را پذیرفت. در خصوص نظارت از حیث عدم مغایرت با قانون اساسی نیز چنین است. در نظارت شورای نگهبان بر قوانین پیش از انقلاب و شورای انقلاب از حیث عدم مغایرت با قانون اساسی استناد به اصل عدم صلاحیت بلا جهت به نظر می‌رسد و شورای نگهبان نیز باید رویه خود را در نظارت بر قوانین مزبور از حیث عدم مغایرت با قانون اساسی مورد بازبینی قرار داده و این صلاحیت را بر اساس اصول کلی قانون اساسی و به موجب سازو کاری که در ادامه

برای آن بیان می‌نماییم، مورد لحاظ و امعان نظر قرار دهد.

حال پس از بیان نظرات، فرضیات و استدلال‌های مختلف و پی بردن به نظر مقرون به صواب در گام نهایی باید به ارائه پیشنهاد و راهکار عملی برای اعمال به نحو احسن و مطلوب صلاحیت شورای نگهبان در نظارت شرعی و قانون اساسی بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین مصوب پیش از انقلاب بپردازیم.

پیش از ارائه راه‌کار، قابل ذکر است که مجلس شورای اسلامی در سال ۱۳۶۱ و در اولین آیین نامه داخلی مجلس شورای اسلامی در مورد این موضوع، حکمی را مقرر کرد که هرچند به صلاحیت شورای نگهبان در این موضوع ارتباطی ندارد ولی در صدد شناخت و اصلاح قوانین مصوب پیش از انقلاب و شورای انقلاب بود. ماده ۶۱ آیین نامه داخلی مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۶۱/۳/۲۳ مقرر می‌نمود که «از اولین دوره مجلس شورای اسلامی کمیسیون ویژه‌ای به‌منظور رسیدگی به قوانین گذشته اعم از قوانین شورای انقلاب و قوانین قبل از انقلاب تشکیل می‌شود. این کمیسیون متناسب با انقلاب اسلامی تغییرات لازم را در قوانین گذشته پیشنهاد می‌نماید که به‌صورت طرح یا لایحه مطابق آئین‌نامه در مجلس مطرح شود.» لکن این روش در عمل با شکست مواجه شد و ظاهراً از طرف کمیسیون مذکور در طول حیات خود هیچ اقدامی صورت نگرفته است. (هاشمی، ۱۳۸۰: ۲۴۴؛ خامنه‌ای، ۱۳۶۸: ۲۵-۲۶؛ سخنان دکتر هاشمی: شفيعی سروستانی، ۱۳۸۵: ۴۶۲) در آئین‌نامه داخلی مجلس مصوب ۱۳۷۹ که در حال حاضر مجراست، چنین کمیسیونی وجود ندارد.

برخی در این موضوع پیشنهادی را به شرح زیر مطرح کرده‌اند: در صورتی که شورای نگهبان از هرطریق به خلاف شرع بودن قانونی مطلع گشت و بر آن صحه گذاشت، به مجلس اعلام کند تا مجلس نسبت به اصلاح یا لغو آن قانون اقدام نماید. (درویشوند و راجی، ۱۳۹۰: ۱۲۳) در نگاه نخست، این پیشنهاد یک پیشنهاد خوب تلقی می‌شود. اما ایراد این پیشنهاد آن است که تصریح ندارد که آیا مجلس الزامی به اصلاح یا لغو آن قانون مغایر با شرع دارد یا خیر. اگر پیشنهاد فوق یک تأخیر برای مجلس محسوب شود، این پیشنهاد ناقص است و فاقد ضمانت اجرای مناسب می‌باشد و در صورت الزام به قانونگذاری، این ایراد وارد است که بر اساس اصل ۷۴ قانون اساسی ابتکار قانونگذاری، از طریق طرح نمایندگان و یا لایحه دولت صورت می‌گیرد.

از سویی دیگر اصل ۷۱ قانون اساسی مقرر نموده است: «مجلس شورای اسلامی در عموم مسایل در حدود مقرر در قانون اساسی می‌تواند قانون وضع کند» و الزامی را نمی‌توان برای مجلس در امر قانونگذاری لحاظ نمود. لذا شورای نگهبان نمی‌تواند مجلس شورای اسلامی را به قانونگذاری (اصلاح یا ابطال)، در خصوص قوانین مصوب شورای انقلاب یا قوانین مصوب پیش از انقلاب که شورای نگهبان آن را مغایر با شرع می‌داند، ملزم نماید. ضمن اینکه به نظر می‌رسد پیشنهاد مذکور مبتنی بر این پیش‌فرض است که شورای نگهبان صلاحیت ابطال قوانین مصوب شورای انقلاب و قبل از انقلاب را ندارد و صرفاً می‌تواند مغایرت این قوانین با شرع یا قانون اساسی را اعلام کند و این مجلس است که صلاحیت لغو یا اصلاح قوانین مصوب پیشین را داراست، چراکه ابطال قوانین پیشین توسط شورای نگهبان، موجب ایجاد خلأ قانونی خواهد شد. با توجه به مطالبی که در اثنای نوشتار گفته شد و صلاحیت شورای نگهبان برای ابطال قوانین مغایر شرع و قانون اساسی به اثبات رسید و ایراد ایجاد خلأ پاسخ داده شد، می‌توان گفت که پیشنهاد مذکور، از نظر مبنا، با آنچه در این نوشتار مورد پذیرش قرار گرفت، متفاوت است و نمی‌توان پیشنهاد حاضر را مقرون به صواب دانست.

پیشنهاد دیگری نیز در بحث حاضر مطرح می‌باشد که بر اساس آن لازم است قانونی وضع و تصویب شود که نحوه‌ی اعلام نظر شورای نگهبان و اجرای آن را اعلام دارد. (مهرپور «الف»، ۱۳۸۷: ۲۸) توضیح بیشتر آنکه، همانطور که برای نحوه نظارت شورای نگهبان بر انتخابات، نیازمند قانون می‌باشیم و سازوکار نظارت بر انتخابات توسط شورای نگهبان، در قانون مشخص شده است، در این خصوص هم می‌توان سازوکار قانونی را طراحی کرد که مثلاً چه اشخاصی و چگونه بتوانند موضوع را به شورای نگهبان اطلاع دهند و شورا چطور اعلام نظر کند.^(۱) در این خصوص که چه اشخاصی بتوانند مغایرت قوانین پیش از انقلاب و شورای انقلاب با قانون اساسی و

۱. البته ممکن است برخی قائل به عدم صلاحیت مجلس برای تصویب قانون در این خصوص باشند، که در فرض پذیرش این نظر، خود شورای نگهبان باید در خصوص مسائل مذکور در متن تصمیم‌گیری نماید. بحث در خصوص صلاحیت یا عدم صلاحیت مجلس در این مورد، نیازمند پژوهشی جداگانه است که از حوصله این نوشتار خارج می‌باشد.

شرع را به شورای نگهبان اطلاع دهند، می‌توان برای تمام اشخاص این صلاحیت را قائل شد. همانطور که عملاً در حال حاضر، هرکسی می‌تواند مغایرت با شرع را در خصوص قوانین مذکور به فقهای شورای نگهبان اطلاع دهد و از آنها ابطال آن را بخواهد. و یا این امر را محدود به اشخاص مشخصی نمود، همچنانکه در خصوص استفسار از شورای نگهبان طبق ماده ۱۸ آیین نامه داخلی شورای نگهبان، صرفاً مقام معظم رهبری، رؤسای سه قوه و اعضای شورای نگهبان این صلاحیت را دارا می‌باشند. در هر دو صورت، لازم است هریک از اعضای این شورا بتواند از شورای نگهبان اعلام نظر در قوانین سابق را بخواهد و حتی شورای نگهبان می‌تواند مرکز تحقیقات شورای نگهبان را که بازوی پژوهشی و مشورتی شورای نگهبان است، مأمور نماید تا نسبت به شناسایی قوانین سابق که در مظان مغایرت با شرع یا قانون اساسی هستند، اقدام کند و زمینه را برای پیشنهاد یکی از اعضای شورای نگهبان جهت طرح موضوع در شورای نگهبان برای اعلام نظر در خصوص آن قوانین، فراهم نماید.

منابع

کتاب

۱. اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، انتشارات اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، چاپ اول، چهار جلد، ۱۳۶۴
۲. امور تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات (تدوین کننده)، مجموعه اساسی، معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات، چاپ دوم، ۱۳۹۱
۳. برزگر خسروی، محمد، مقاله «حاکمیت شرع بر تقنین مجلس شورای اسلامی در مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی» در کتاب «دین و قانون»، انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۳۹۱
۴. خمینی، روح الله، صحیفه‌ی امام، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)، جلد ۱۶، چاپ اول، ۱۳۷۸
۵. شفیعی سروستانی، ابراهیم، قانونگذاری در نظام جمهوری اسلامی ایران، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۵
۶. صفایی حسین و قاسم‌زاده مرتضی، حقوق مدنی: اشخاص و محجورین، انتشارات سمت، چاپ شانزدهم، ۱۳۸۹
۷. طباطبائی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، انتشارات سمت، چاپ پانزدهم، ۱۳۸۷
۸. عمید زنجانی، عباسعلی، حقوق اساسی ایران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۸۵
۹. عمید زنجانی، عباسعلی، فقه سیاسی (فقه استدلالی)، جلد ۱، انتشارات امیر کبیر، ۱۴۲۱
۱۰. قاضی، ابوالفضل، گفتارهایی در حقوق عمومی، نشر دادگستر، چاپ اول، ۱۳۷۵
۱۱. مدنی، سید جلال الدین، حقوق اساسی در جمهوری اسلامی ایران، جلد چهارم، انتشارات صدا و سیمای جمهوری اسلامی ایران (سروش)، چاپ دوم، ۱۳۷۶
۱۲. مدنی، سید جلال الدین، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی جمهوری اسلامی ایران، انتشارات پایدار، چاپ پانزدهم، ۱۳۸۹
۱۳. مرکز تحقیقات شورای نگهبان (تدوین کننده)، مجموعه نظریات شورای نگهبان تفسیری و مشورتی در خصوص اصول قانون اساسی به انضمام استفساریه‌ها و

- تذکرات، مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۱
۱۴. موسی زاده، ابراهیم، دادرسی اساسی در جمهوری اسلامی ایران، معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات ریاست جمهوری و مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۹۰
۱۵. موسی زاده، ابراهیم، حقوق اداری، انتشارات دادگستر، چاپ اول، ۱۳۹۱
۱۶. مهرپور، حسین، مجموعه نظریات شورای نگهبان، جلد اول، انتشارات کیهان، ۱۳۷۱
۱۷. مهرپور، حسین، دیدگاه‌های جدید در مسائل حقوقی، انتشارات اطلاعات، چاپ سوم، ۱۳۸۷ «الف»
۱۸. مهرپور، حسین، مجموعه نظرات شورای نگهبان، جلد دوم، نشر دادگستر، چاپ اول، ۱۳۸۷ «ب»
۱۹. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، انتشارات دادگستر، جلد دوم، چاپ پنجم، ۱۳۸۰
۲۰. هدایت‌نیا، فرج الله، شورای نگهبان: پرسش‌ها و پاسخ‌ها، کانون اندیشه جوان، ۱۳۸۷
۲۱. هدایت‌نیا گنجی، فرج الله، کاویانی محمد هادی، بررسی فقهی-حقوقی شورای نگهبان، پژوهشکده فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۰
۲۲. یزدی، محمد، قانون اساسی برای همه، انتشارات امیرکبیر، چاپ اول، ۱۳۷۵
- مقالات**
۲۳. احمدی، عید محمد، مبانی قانونگذاری در افغانستان، ماهنامه معرفت، شماره ۱۱۸، ۱۳۸۶
۲۴. بندرچی، محمدرضا، ارزش سند رسمی «ضرورت احیای ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی»، نشریه حقوق دادرسی، شماره ۴۱، سال هفتم، ۱۳۸۲
۲۵. خامنه‌ای، سید محمد، اصل چهارم قانون اساسی، مجله کانون وکلاء، شماره ۱۵۲-۱۵۳، ۱۳۶۹، ص ۱۱ تا ۴۱
۲۶. درویش‌متولی، میثم، صلاحیت‌ها و جایگاه شورای نگهبان در پرتو مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، گزارش پژوهشی مرکز تحقیقات شورای نگهبان، شماره مسلسل ۱۳۹۲۰۱۱، ۱۳۹۲ «الف»
۲۷. درویش‌متولی، میثم، مأخذ شریعت ناظر در نظام تقنینی جمهوری اسلامی ایران،

- فصلنامه حکومت اسلامی، شماره ۶۷، شماره ۱۸، ۱۳۹۲ «ب»
۲۸. درویشوند، ابوالفضل و راجی، سیدمحمد هادی، تحلیلی بر نظارت بر قوانین و مقررات در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، مجله حکومت اسلامی، سال شانزدهم، شماره سوم، ۱۳۹۰
۲۹. کاتوزیان، ناصر، اصول منطقی حاکم بر تفسیر قانون اساسی، مجله دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۶۶، زمستان ۱۳۸۳
۳۰. مرتضوی، سید ضیاء، مبانی کلی فقهی حجاب و مسئولیت دولت اسلامی، فصلنامه فقه، شماره ۵۲، ۱۳۸۶
۳۱. موسوی بجنوردی، سید محمد، دانش پور، افتخار، بررسی فقهی و حقوقی جایگاه شورای نگهبان در نظام جمهوری اسلامی و نحوه نظارت آن بر قوانین و مقررات، پژوهشنامه متین، شماره ۵۳، ۱۳۹۰
۳۲. موسی زاده، ابراهیم، تحلیل فرجام شناختی از اصل چهارم قانون اساسی، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۹
۳۳. موسی زاده، ابراهیم، ضمانت اجرای مغفول در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مجله آموزه‌های حقوقی- دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۱۲
۳۴. مهرپور، حسین، اصل چهارم قانون اساسی و قلمرو شمول آن، مجله کانون وکلاء، شماره ۱۴۶-۱۴۷، ۱۳۶۸
۳۵. هدایت نیا گنجی، فرج الله، نظارت شورای نگهبان بر قوانین و مقررات، «رواق اندیشه»، آبان ۱۳۸۱، شماره ۱۱

پایگاه‌های اینترنتی

36. <http://www.rc.majlis.ir>
 37. <http://www.tasnimnews.com>
 38. <http://cLm.ir>
 39. <http://haghgostar.ir>

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 طایف اسلامی و ملی خود
را ایفا و تحت تأثیر هیچ قدرتی واقع نشوند و از قوانین مخالف با شرع مطهر و
قانون اساسی بدون هیچ ملاحظه‌ای جلوگیری نمایند.

(صحیفه امام، ج ۲۱، ص ۴۲۲)



مرکز تحقیقات 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