

تحلیل و بررسی

جایگاه و صلاحیت‌های شورای نگهبان

عنوان پژوهش

گفت‌وگو با آیت‌اله عباس کعبی

شماره مسلسل: ۱۳۹۳۰۰۰۵

تاریخ: ۱۳۹۳/۱/۲۵

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



شناسنامه

عنوان:

تحلیل و بررسی جایگاه و صلاحیت‌های شورای نگهبان

نفت و گویا آیت‌اله عباس کعبی

مصاحبه کنندگان:

میثم درویش متولی

سید حجت‌اله علم‌الهدی

شماره مسلسل: ۱۳۹۳۰۰۰۵

تاریخ انتشار: ۱۳۹۳/۱/۲۵

پژوهشکده شورای نگهبان

✓ با تشکر از حضرت‌عالی که دعوت ما را برای گفت و گو در خصوص جایگاه و صلاحیت‌های شورای نگهبان پذیرفتید. اولین سوال در خصوص «فتوای معیار» در اظهارنظر شرعی فقهای شورای نگهبان است. این موضوع در برخی از کتاب‌ها تحت عنوان «فتوای معیار در قانونگذاری» مطرح شده و تا اندازه قابل توجهی مورد بحث واقع شده است. در برخی از کتاب‌ها آمده که «نظر مشهور فقها» باید ملاک فقهای شورای نگهبان در نظارت شرعی بر مصوبات مجلس باشد، در مقابل برخی معتقدند که فتوای غیر مشهور هم می‌تواند معیار و ملاک فقهای شورای نگهبان قرار گیرد. نظرات مختلفی در این زمینه وجود دارد. بر اساس نظریه تفسیری ذیل اصل نود و ششم قانون اساسی نیز فتوای معیار، فتوای خود فقهای شورای نگهبان است. با توجه به این نکات، نظر حضرت‌عالی و استدلال‌ها و استنادات فقهی و کلامی اگر هست، بفرمایید؟

❖ بسم الله الرحمن الرحيم. کلیه قوانین و مقررات در نظام جمهوری اسلامی ایران باید براساس احکام شرع باشد. از همین رو اصل ۴ قانون اساسی بیان کرده که تشخیص اطلاق و عموم این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است و طبق اصل ۹۱ تا ۹۹ هم تشخیص این موضوع بر عهده فقهاست. رویه فعلی نیز این است که اگر چهار نفر از شش نفر فقیه شورای نگهبان بگویند مصوبه مجلس، خلاف شرع است آن مصوبه تأیید نمی‌شود. اگر سه نفر بگویند خلاف شرع هست و سه نفر بگویند خلاف شرع نیست، این اکثریت رأی نمی‌آورد و خلاف شرع اعلام نمی‌کند، پس حداقل چهار نفر از شش فقیه باید اعلام بکنند که مصوبه مجلس مغایر با شرع است.

قانون اساسی بیان داشته که شش فقیه «آگاه به مقتضیات زمان» برای شورای نگهبان انتخاب می‌گردد. از این شرط و قید «آگاه به مقتضیات زمان» ممکن است برداشت شود که قانونگذار خود فقاقت و آشنایی با موضوعات پیچیده سیاسی، اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی، امنیتی، مدیریتی و... را در استنباط دخالت داده و به تعبیر امام (ره) نقش زمان و مکان در اجتهاد مورد توجه بوده و از قانون اساسی برمی‌آید که نظر فقهای شورای نگهبان فتوای ملاک است. ماهیت کار فقهای شورای نگهبان مثل ماهیت کار حقوقدانان می‌باشد و از این لحاظ فرق نمی‌کند. ماهیت کار فقهای شورای نگهبان یک ماهیت قضایی است و فقهای این شورا قضاوت کلی می‌کنند. این قضاوت کلی این گونه است که فقهای شورای نگهبان، قوانین مصوب مجلس را بر قواعد استنباط شده تطبیق می‌دهند. بعد می‌بینند که

کدام قسمت از مصوبه مجلس، خلاف شرع است. فقط موارد خلاف شرع را اعلام می‌کند. اما در این تطبیق که کجا خلاف شرع است نظر خودشان ملاک است. این امر مانند کار قاضی می‌باشد. قاضی در قضاوت بر طبق قانون، نظر خودش را می‌دهد و می‌گوید «حکمت»، نه نظر اشخاص دیگر. حال اگر آن قاضی مجتهد باشد، بحث این است که فتوای خودش ملاک است یا فتوای ولی فقیه؟ اگر ما در قضاوت، اجتهاد را مداخلیت بدهیم، هیچ اختلافی بین فقها وجود ندارد که فتوای خود قاضی ملاک است. بنابراین قاضی موقعی که می‌خواهد قضاوت بکند، نسبت به یک پرونده، کبری کلی را خودش استنباط کرده یا از قانون گرفته و انطباقش را هم خودش تشخیص می‌دهد. قانونگذار این مقدار اجازه داده به قاضی که اگر قاضی موردی را ببیند که قانونی خلاف شرع است می‌تواند از اجرای آن خودداری بکند. این امر در اصل ۱۷۰ آمده است. ملاحظه می‌کنید که تصویب‌نامه‌هایی که خلاف قوانین جمهوری اسلامی و شرع است، قضات اجرا نمی‌کنند. اینجا تشخیص چه کسی ملاک است؟ مشخصاً قاضی است. اما چون قاضی نمی‌تواند اعلام بکند که این مصوبه خلاف شرع است و این را شورای نگهبان باید اعلام بکند، لذا هر کس می‌تواند به دیوان عدالت اداری شکایت کند و ابطال آن را بخواهد. دیوان عدالت اداری نیز از شورای نگهبان استعلام می‌کند. اما قاضی منتظر پاسخ شورای نگهبان نمی‌ماند و خود رأساً این بخشنامه خلاف اسلام را اجرا نمی‌کند. در اینجا فرض قانونگذار این است که قاضی می‌تواند مقررات خلاف اسلام را تشخیص بدهد و چون ماهیت کار فقها و حقوقدانان شورای نگهبان یک کار تطبیقی است، یعنی کبری قانونی و شرعی را بر قوانین و مقررات موجود انطباق می‌دهند، حقوقدانان و فقها قانون اساسی جلوی‌شان هست، که این قانون مصوب مجلس منطبق بر این قانون هست یا نیست، سپس اعلام نظر می‌کنند و علی‌القاعده نظر خودشان هست.

منتها اینجا یک اشکالی پیش می‌آید و سوالی مطرح می‌شود که فقهای شورای نگهبان لزوماً مرجع تقلید مردم نیستند، همچنین ولی فقیه هم نیستند. لذا مبنای حجیت نظر چهار فقیه از شش فقیه یا تمامی شش فقیه که یک مصوبه را تأیید می‌نمایند چیست؟ چرا قول اکثریت فقهای شورای نگهبان باید حجت داشته باشد؟ در پاسخ باید گفت که ماهیت کار فقهای شورای نگهبان یک کار فتوایی نیست. فقهای این شورا می‌خواهند احکام الله واقعی را استنباط بکنند. می‌خواهند مصوبات مجلس را با احکام اسلامی انطباق دهند. بنابراین آنها

فتوا صادر نمی کنند که این جای مرجع تقلید را بگیرد و یا جای ولی فقیه را بگیرد. آنها وظیفه انطباق را برعهده دارند. بنابراین جوابی که به این اشکال می دهیم آن است که ماهیت کار فقهای شورای نگهبان اصداً فتوا نیست، بلکه تطبیق فتواست. اما فتوایی که به تشخیص خودشان است. چون که اگر قانونگذار اساسی مقصود و هدف دیگری داشت، این امر را باید ابراز و اعلام می نمود و تصریح می کرد که تشخیص بر اساس فتوای فقهای شورای نگهبان است یا بر حسب فتوای مشهور و اینکه مصدر فتوا کجاست را قانونگذار اساسی مشخص نکرده است.

اگر در تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس با شرع، تشخیص فقهای شورای نگهبان ملاک نبود، تشخیص یک مرجع دیگر مثل منابع معتبر، فتاوی معتبر یا امثال این ها یا مشهور فقها یا هر چیز دیگری ملاک بود قانونگذار باید بیان می کرد، و همین که بیان نکرده و در مقام بیان است این معلوم می شود که نظر خود آن ها ملاک است. به قول اصول فقه «ما لا یقول لا یرید»، اطلاق مقامی دارد، اطلاق لفظی هم دارد از این بابت که گفتیم تشخیص خود فقهای شورای نگهبان بنابراین هم اطلاق لفظی دارد و هم اطلاق مقامی و به نظر من از قانون اساسی به شکل قاطع صد در صد استفاده می شود که نظر فقهای شورای نگهبان ملاک است.

حالا اینکه نظر چند نفر از اعضای شورای نگهبان برای اعلام ایراد لازم است این بسته به یک روش عقلایی دارد؛ بستگی دارد به تفاهمی که بین خودشان می کنند. در مورد حجت شرعی پیدا کردن طبق تفاهمی که در آئین نامه کرده اند، گفته اند اکثریت، چهار نفر از شش نفر و الا آن موقع هیچگاه نمی توانند به نظر برسند، و اگر نظر اقلیت را هم ملاک قرار بدهند، صحیح نیست. خصوصاً اینکه در فقاہت این شش نفر عدل همدیگر هستند، اینگونه نیست که قانونگذار گفته باشد یک نفر افقه هست و دومی فقیه و سومی فقیه و ترتب هست نسبت به فقاہتشان، تا بگوییم اعلم فقها. قانونگذار چنین چیزی را مشخص نکرده است. لذا طبق یک روش عقلایی است. روش عقلایی که خودشان تفاهم کردند، نظر اکثریت که یک روش عقلایی است که بعد از مناقشه و امثال این ها به آن می رسند.

اما باز مسئله مان حل نمی شود، این از لحاظ حقوقی حل است. از لحاظ شرعی اینجا ایرادی وارد می شود. جایگاه فقهای شورای نگهبان یک جایگاه متعالی در نظام

اسلامی است. مرجع نظام اسلامی در شرع مقدس ولی فقیه است. یعنی شئون ثلاثه در دولت اسلامی: افتاء، قضاوت و زعامت و ریاست با ولی فقیه است. شان انطباق احکام با شرع و اینکه مصوبات مجلس خلاف شرع است یا خلاف شرع نیست، این جزء شئون رهبری است. از این رو سوالی مطرح می‌شود که اگر فتوای فقهای شورای نگهبان در انطباق با نظر رهبری و ولی فقیه تفاوت داشته باشد کدام باید ملاک باشد. آیا نظر خودشان یا نظر ولی فقیه؟ پاسخ این است که در اینجا قطعاً نظر ولی فقیه ملاک و معیار است، چرا که ولی فقیه مرجع نظام اسلامی است و مرجع حکومت در مخالفت و موافقت با شرع و در مسائل دینی ولی فقیه است. ولی فقیه این شش فقیه را نصب کرده است که طبق قانون اساسی بگویند کجا خلاف شرع است و کجا خلاف شرع نیست. تا زمانی که ولی فقیه نظر نداده باشد، نظر خود آن فقها ملاک است، آنجایی که ولی فقیه نظر داشته باشد و نظرش مثل نظر فقها باشد که حل است، آنجایی که مخالف باشد، نظر مرجع نظام اسلامی ملاک است. لذا نظر رهبری مقدم است. بنابراین آن تفسیر شورای نگهبان که ملاک نظر فقهی خود فقهای شورای نگهبان را ملاک دانسته است، برای زمانی است که فتوای فقها با فتوای ولی فقیه هم راستا و یکی باشد. در همین زمینه استعلامی از رهبری صورت گرفت. ایشان به صراحت فرمودند: ابتدا طبق نظر امام (ره) عمل بکنید؛ در تحریرالوسیله و اگر در تحریرالوسیله نباشد نظری که بنده داشتم، یعنی فتوای خود رهبری. و آنجایی که من نظر ندارم، از من استفتا و سوال بکنید. یعنی نظر خود رهبری. در اینجا برداشتی که بنده داشتم، آن جوابی بود که مقام معظم رهبری به آیت الله مومن در خصوص قانون مجازات اسلامی داده بودند و آن پاسخ این بود که چون قانون مجازات اسلامی سیاست‌های شرعیه و نظام حکومت و احکام سلطانیه است این احکام سلطانیه با خود رهبری است و در واقع فتوای صرف نیست. اما بعداً در جلسه‌ای که یکی از فقهای شورای نگهبان قرار شد معرفی بشود و مجمع فقهی شورای نگهبان در قم رفتند خدمت ایشان و این مسائل را از ایشان سوال کردند، ایشان تصریح کردند که طبق فتوای خودشان عمل بکنند و فتوای خود رهبری در همه موارد ملاک است. حتی آنجا یکی از فقهای معظم یعنی آیت الله جنتی فرمودند پس چرا قانون اساسی گفته فقهای شورای نگهبان باید فقهای «آگاه به مقتضیات زمان» باشند، آقا جواب دادند که بحث انطباق قانون است که

یک غیر فقیه نمی‌تواند موارد انطباق فتوا را تشخیص بدهد، لذا این فرد حتی برای تطبیق هم باید فقاقت داشته باشد. طبق شرع مقدس فتوای رهبری برای نظام ملاک است. کما اینکه در قضاوت، رهبری رئیس قوه قضائیه را منصوب می‌کند، و کما اینکه در قوه مقننه کاری که قانونگذار انجام می‌دهد در واقع مورد تنفیذ و تأیید رهبری قرار گرفته است. قوای سه گانه مستقل نیستند. شورای نگهبان هم همین طور است. اما مجرای که رهبری طبق قانون اساسی برای اعلام نظر موارد خلاف شرع گذاشته است عزل و نصبی است که از طریق شورای نگهبان انجام می‌دهد. عزل و نصب به شکل مطلق بر عهده رهبری است. برداشت من از فقه‌های شورای نگهبان آن است که کار شورای نگهبان شأنی از شئون ولی فقیه است و قانون اساسی خواسته که رهبری از طریق شورای نگهبان اعمال ولایت بکند؛ اما مطابق نظر خود اعضای شورای نگهبان. منتها اگر جایی رهبری خلاف این برداشت بکند یا اقدام بکند آن موقع نظر رهبری ملاک است. برداشت بنده این است که چون نظر فقه‌های شورای نگهبان مستقلاً حجیت ذاتی ندارد، و حجیت ذاتی در امور نظام به عهده ولی فقیه است، باید نظر ولی فقیه را اولی دانست.

✓ با پاسخی که حضرت‌عالی مطرح فرمودید، سوالات دیگری پیش می‌آید. سوال اول این که ولی فقیه قبلی یعنی حضرت امام خمینی(ره) قائل به این نظر نبودند و این امر را واگذار کرده بودند به خود فقه‌های شورای نگهبان. مقام معظم رهبری می‌فرمایند ابتدا طبق نظر من و اگر نظری نداشتیم رجوع کنید به تحریرالوسیله امام خمینی(ره) و در نهایت نظر خودتان. حال تکلیف قوانینی که در سیستم قبلی به تصویب رسیده و طبق نظر فقاقتی خود اعضا بوده، چه می‌شود؟ چون الان ولی فقیه زمان می‌گوید طبق نظر من باید باشد، خوب الان قوانین قبلی طبق نظر ولی فقیه فعلی نیست. در واقع تکلیف قوانین قبلی چه می‌شود؟

❖ فرض کنیم نظرات ولی فقیه اولویت نداشته و نظر خود فقه‌های شورای نگهبان ارجح بر نظر ولی فقیه باشد. در این فرض نیز اعضای شورای نگهبان ممکن است مدتی بعد عوض بشوند و اعضای جدید متفاوت با اعضای قدیم تلفیق بشود. یا اینکه همین فقه‌های موجود امروز یک فتوایی دادند، بعداً ممکن است فتوایشان عوض شود. خوب اینکه می‌گوییم خلاف شرع نباشد، نظر چه کسانی نظر همین فقه‌های موجود

حساب می‌شود و طبق اصل ۴ قانون اساسی فقهای شورای نگهبان یک زمانی خسارت تأخیر تادیه را خلاف شرع نمی‌دانستند، امروز بگویند فتوایمان عوض شده، و اکثریت اعضا می‌گویند خلاف شرع است و می‌توانند جلویش را بگیرند و بگویند خلاف شرع است. این نسبت به فقها، نسبت به بحث ولایت هم همین است. ولی فقیه هر دوره فتوایش ملاک است و البته آن با موت و فوت، آثار ولایت از بین نمی‌رود. آن عزل و نصب‌های ولی سابق، احکام ولی سابق، فتاوی ولی سابق لازم‌الاتباع و ممضاست، مگر اینکه خلافش توسط ولی فقیه جدید اعلام بشود، یا عزل و نصبی صورت بگیرد. اینکه می‌فرمایید، عقیده امام خمینی (ره) این بود که به نظر خود آقایان عمل بشود. باید گفت که فقها در دوران امام (ره) مقید بودند، طبق تحریرالوسیله نظر بدهند. درست است که نظر خودشان ملاک بود، اما خودشان در عمل یک رویه‌ای برای خودشان درست کرده بودند و رویه‌شان در همه دوره‌ها در انطباق قوانین تحریرالوسیله بود. البته بعضی از فقها مثل آیت الله صافی گلپایگانی ایشان محکم روی نظریات خودش می‌ایستاد. خود ایشان هم به من گفتند، خیلی هم مقید بودند که نظر خود فقیه شورای نگهبان باید ملاک باشد. اما این نظر یک رویه کلی و رویه قانونی و رویه عملی نیست. ولی فقیه پذیرفته که فتوایش در عرصه‌ی عدم مخالفت با احکام شرع از مجرای فقهای شورای نگهبان باشد و طبق برداشتی که ما از قانون اساسی داریم نظر اکثریت فقهای شورای نگهبان که شش فقیه آگاه به مقتضیات زمان است، این ملاک است. یعنی در واقع فتوای اکثریت فقهای شورای نگهبان بیانگر نظر حکومتی ولی فقیه است، اما آنجایی که ایشان دخالتی بکنند و بگویند این مورد قبول من نیست و به این فتوا عمل نکنند، یا یک روش خاصی را بیان بکنند، یا بگویند فتوای من ملاک است، آن موقع فقها نمی‌توانند طبق فتوای خودشان عمل نکنند. یعنی اگر ولی فقیه اعلام کند که فتوای او در مسئله‌ای معیار شود، فقهای شورای نگهبان نمی‌توانند بر خلاف فتوای ولی فقیه، فتوا دهند. اما اگر ولی فقیه چنین چیزی را بیان نکرد، طبق قانون اساسی فتوای اکثریت فقها مجری می‌شود.

✓ با توجه به پاسخ حضرت‌عالی آیا فردی که مجتهد است، به لحاظ شرعی می‌تواند خلاف اجتهاد خودش عمل کند؟

❖ به علت اینکه فقهای شورای نگهبان منصوب ولی فقیه هستند، یعنی مسئولیت شرعی را از طرف ولی فقیه موجه می‌دانند لذا مواردی بوده که در دوران گذشته از امام^(ره) استفتاء می‌کردند؛ مثلاً در مورد منابع طبیعی از امام^(ره) استفتاء کردند، در مورد اینکه کسی در خانه‌اش یا ملکش چاه نفت پیدا شد، از امام^(ره) استفتاء کردند و فتاوی‌ای امام^(ره) معروف هست که این‌هایی که مالک زمین یا خانه‌ای می‌شوند از زیر زمین تا بالای آسمان‌ها مالک هستند، این اشتباه است، مالکیت یک امر عرفی است و معقول است. نفت از ثروت‌های خدادادی و منابع طبیعی همگانی است و مالک نفت نمی‌شود. همچنین باید گفت که استفتاء فقیه شورای نگهبان از ولی فقیه از باب رجوع مجتهد و موضوع تقلید نیست. بلکه باید گفت نظر ولی فقیه در این زمینه حجت شرعی دارد. یکی از ادله‌ی حجیت قول فقهای شورای نگهبان در مقایسه با بقیه فقهای که در شورای نگهبان نیستند و بقیه مراجع این است که این فقها که در درون نظام هستند، می‌توانند وحدت رویه در نظام ایجاد بکنند و هنگامی که بین این‌ها اختلاف هست، نظر رهبر می‌تواند وحدت رویه در نظام ایجاد بکند و در نهایت نظر رهبر اجرا می‌شود.

یک بحثی در همین خصوص مطرح می‌شود و آن موضوعی است که ولی فقیه یک کسی را منصوب میکند، مثلاً فرماندهی سپاه یا ارتش یا بقیه انتصابات ولی فقیه، آنجا فرد منصوب شده به نظر ولی فقیه عمل می‌کند یا به نظر خودش؟ روا این است که به نظر خودشان عمل می‌کنند، مگر اینکه ولی فقیه نظر دیگری داشته باشد و الا عمل فرماندهی یا عمل تصمیم‌گیری در مجمع تشخیص، آنجایی که سیاست‌های کلی نظام است، رهبری در نهایت نظر می‌دهد، اما آنجایی که رهبری تفویض کرده است، نظارت بر حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام، اعضای مجمع براساس تشخیص خودشان نظارت می‌کنند و نه نظر رهبری. چون در واقع رهبری از طریق نصب این اعضا، تفویض ولایت کرده است. شورای نگهبان هم همین است. شورای نگهبان یک روش انتظامی است، یک روش سازمان‌دهی امور شرعی است، یک نظامات شرعیه است که رهبری نظارت بر قوانین و مقررات را از لحاظ اِعمال شرع طبق قانون اساسی به فقهای شورای نگهبان واگذار کرده است. قانون اساسی هم نظر خود اعضا را ملاک می‌داند. اما نظر اعضا ملاک است اگر رهبری نظر خلاف آن نداشته باشد، کما اینکه در تشخیص مصلحت هم همین است. ولی فقیه پذیرفته که وظیفه‌اش در عرصه‌ی عدم

مخالفت با احکام شرع از مجرای فقهای شورای نگهبان باشد و طبق برداشتی که ما از قانون اساسی داریم نظر اکثریت فقهای شورای نگهبان که شش فقیه آگاه به مقتضیات زمان هستند ملاک است. یعنی در واقع فتوای اکثریت فقهای شورای نگهبان بیانگر نظر حکومتی ولی فقیه است، اما آنجایی که ایشان دخالتی بکند و بگوید این مورد مقبول من نیست به این فتوا عمل نکنید، یا یک روش خاصی را بیان بکند، یا بگوید فتوای من ملاک است، آن موقع فقهای شورا نمی‌توانند طبق فتوای خودشان عمل بکنند. یعنی اگر ولی فقیه اعلام کند که فتوای او در مسئله‌ای معیار شود، فقهای شورای نگهبان نمی‌توانند بر خلاف فتوای ولی فقیه، فتوا دهند. اما اگر ولی فقیه چنین نظری را ندهد، طبق قانون اساسی فتوای اکثریت فقها مجری می‌شود.

✓ یک نکته‌ای را حضرتعالی فرمودید که محل تأمل است. شما معتقدید که ماهیت کاری فقهای شورای نگهبان، ماهیت فتوایی نیست و ماهیت قضایی دارد. ظاهراً در نقطه مقابل نظر حضرتعالی، نظریه تفسیری شورای نگهبان در سال ۶۳ است که صراحتاً مقرر می‌دارد تشخیص مغایرت قوانین با اسلام به طور نظر فتوایی با فقهای شورای نگهبان هست. شورا تصریح می‌کند که یک نظر فتوایی ملاک عمل قرار می‌گیرد و لذا علی‌الظاهر این دو نظر با یکدیگر مطابقت ندارند؟

❖ این که ما می‌گوییم، ماهیت کار فقهای شورای نگهبان، قضایی است، این موضوع تعارض ندارد با این جمله‌ای که نظر فتوایی را ملاک دانسته است؛ مقصود از قضاوت فقهای شورای نگهبان، قضاوت نسبت به انطباق کبریات علی الصغریات است. کارکرد اصلی شورای نگهبان استنباط نیست، اینکه مثلاً در یک اتاقی نشسته، گفته بیایید استنباط بکنیم احکام حمل و نقل در اسلام، بنویسند باب حمل و نقل هوایی و زمینی و دریایی؛ کارشان این نیست؛ کل این کار به عهده مجلس است که از طریق لایحه و طرح و کار کارشناسی صورت می‌گیرد. شورای نگهبان کنترل می‌کند که این قانون حمل و نقل کجایش خلاف شرع است، در این موارد خلاف شرع موارد استنباط شده و استخراج شده از فقه به این قانون حمل و نقل انطباق داده می‌شود. همان گونه که در موارد خلاف قانون اساسی، این قانون حمل و نقل با اصول قانون اساسی انطباق داده می‌شود. مگر اعضای شورای نگهبان برای انطباق قانون اساسی چه کار می‌کنند؟ شش حقوقدان و شش فقیه یکنواخت مثل هم می‌گویند به نظر ما این

خلاف فلان اصل قانون اساسی است. یا خلاف سیاست های کلی نظام است، خلاف اصل ۵۷ است. هفت نفر از دوازده نفر نظر می دهند و اینجا در مورد انطباق شرعی هم همین روش را معمول دانسته است. یعنی فقها باید ببینند که شرع مقدس چه می گوید. حالا یا کتابی مانند مجموعه استفتائاتشان خودشان دارند، یا به فتاوی استنباط شده که خلاف شرع نیست مراجعه می کنند و معمولاً آنجا آنچنان بحث نمی شود که اگر یک فقیهی نظر شاذ فقهی داشته باشد، و نظر بر خلاف مشهور داشته باشد، بتواند پای نظرش بایستد. معمولاً نظر فقهای شورای نگهبان، مثل نظر مشهور فقها می شود، یا نظر مشهور فقهای موجود می شود. لذا در جمع بندی می توان گفت که اولاً فقهای شورای نگهبان افتا نمی کنند، بلکه تطبیق می کنند و دلیل اینکه فقیه مجتهد باید باشند برای این نیست که باید افتا بکنند، به خاطر این است که این قدر باید مسلط بر مبانی باشند که بتوانند مبانی آن مجتهد را بر موارد خاص تطبیق بدهند.

✓ در راستای پاسخی که حضرتعالی در خصوص فتوای معیار فرمودید، یک سوالی پیش می آید و آن اینکه اگر ولی فقیه این را اعلام بکند که طبق فتوای خودش باشد ما در اصل دوم بحث اجتهاد مستمر فقهای جامع الشرایط را داریم. آن موقع جایگاه این اجتهاد مستمر کجاست؟

❖ به نظر بنده اصل دوم قانون اساسی که اجتهاد مستمر را مطرح کرده است، این اجتهاد مستمر اعم از اجتهاد ولی فقیه، اجتهاد فقهای شورای نگهبان، اجتهاد شورای افتائی که با ولی فقیه کار می کنند و اجتهاد مطرح در حوزه های علمیه است. در واقع اصل دوم قانون اساسی می گوید نظام جمهوری اسلامی نظامی است که اهداف آن از سه راه محقق می شود: اجتهاد مستمر، استفاده از علوم و فنون و نفی سلطه^(۱). اما

۱. اصل دوم قانون اساسی: «جمهوری اسلامی، نظامی است بر پایه ایمان به:

۱- خدای یکتا (لا اله الا الله) و اختصاص حاکمیت و تشریع به او و لزوم تسلیم در برابر امر او.

۲- وحی الهی و نقش بنیادی آن در بیان قوانین.

۳- معاد و نقش سازنده آن در سیر تکاملی انسان به سوی خدا.

۴- عدل خدا در خلقت و تشریع.

۵- امامت و رهبری مستمر و نقش اساسی آن در تداوم انقلاب اسلام.

۶- کرامت و ارزش والای انسان و آزادی توأم با مسئولیت او در برابر خدا، که از راه: الف - اجتهاد مستمر فقهای جامع الشرایط بر اساس کتاب و سنت معصومین سلام الله علیهم اجمعین، ب - استفاده از

چگونگی اعمال این سه راه موکول به اصول آینده گردیده است. اصول بعدی قانون اساسی، روش اجتهاد فقهای شورای نگهبان را مشخص کرده است.

✓ اصل چهارم قانون اساسی مقرر داشته که کلیه قوانین و مقررات باید براساس موازین اسلامی باشد. علاوه بر اصل چهارم، عبارت «موازین اسلامی» در مقدمه قانون اساسی و چهارده اصل از اصول قانون اساسی به کار رفته است. به نظر شما مقصود قانون‌گذار اساسی از عبارت «موازین اسلامی» که نقش مهمی نیز در قانون‌گذاری نظام جمهوری اسلامی ایران دارد و در قانون اساسی نیز به آن تأکید شده است، چیست؟

❖ کلمه «موازین» جمع «میزان» است. منظور از «میزان» در اینجا، همان شاخص و معیار فقهی است. موازین اسلامی یک اصطلاح خاص فقهی نیست، بلکه معنای لغوی آن ملاک بوده است. موازین اسلامی یعنی معیارها و شاخصه‌ها. شاخص‌هایی که خلاف شرع یا منطبق با شرع، مسائل را مشخص می‌کند. لذا موازین اسلامی به معنای احکام شرعی و احکام فقهی است. چیزی بیشتر از این نیست. نکته قابل توجه در اینجا آن است که اساساً مسائل فقهی قلمرو گسترده‌ای دارند؛ همه ساحت‌های زندگی را در بر می‌گیرد اعم از رابطه‌ی فرد با خدا و رابطه فرد با خودش، با خانواده، با جامعه، با حکومت، رابطه حکومت با فرد، رابطه حکومت‌ها با هم، رابطه دولت با یک سازمان داخلی، رابطه حکومت با یک سازمان بین‌المللی و... همه این‌ها ساحت‌های مختلف فقه است. پس قلمرو فقه یک قلمروی است که همه‌ی گستره زندگی و عرصه‌های داخلی و بین‌المللی مربوط به نظام را شامل می‌شود. در این عرصه‌ها به غیر از عرصه‌های حقوقی یک مباحث و رشته‌هایی مثل فقه اخلاق، فقه اقتصاد، فقه مدیریت، فقه تربیت، فقه جامعه، فقه محیط زیست، فقه پزشکی، فقه مطبوعات، فقه رسانه، فقه مالیات و... مطرح می‌گردد. قطعاً از مبانی کلامی، مبانی اخلاقی و ابعاد گسترده معارف اسلام در استنباط استفاده می‌شود. اما آن‌ها جنبه‌ی مقدماتی دارند. اما فقهای شورای نگهبان، تنها باید به بررسی فقهی موضوعات بپردازند. وظیفه فقهای این شورا این نیست که شورای ایدئولوژی یا شورای معارف

علوم و فنون و تجارب پیشرفته بشری و تلاش در پیشبرد آنها، ج - نفی هر گونه ستمگری و ستم‌کشی و سلطه‌گری و سلطه‌پذیری، قسط و عدل و استقلال سیاسی و اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی و همبستگی ملی را تأمین می‌کند».

اسلامی باشد؛ آنها شورای فقهی هستند؛ شورای متشکل بر پایه فقاها هستند. در قانون اساسی پاکستان شورای ایدئولوژیک وجود دارد که آنها قوانین را بررسی می کنند و می بینند که قوانین با خطوط کلی ایدئولوژی منافات نداشته باشد، ولو با احکام فقهی به نظر آنها منافات داشته باشد، اما می گویند این خطوط کلی اسلام در آن هست. اگر بعضی ها بخواهند از موازین چنین برداشتی بکنند، در واقع چنین برداشتی درست نیست. هر چه که خلاف فقه است، قطعاً خلاف موازین اسلامی است. در نهایت منظور از موازین اسلامی حکم فقهی است. آن جاهایی که در بحث راهپیمائی ها^(۱) و آزادی مطبوعات^(۲) گفته که برخلاف مبانی اسلامی نباشد، منظور از مبانی اسلام در واقع یعنی اصول دین و اصول اعتقادی و باورها و ارزش هاست. لکن موازین اسلامی، صرفاً احکام فقهی است و نه اصول اخلاقی و اعتقادی.

واژه «موازین اسلامی» در متون فقهی و اصولی و قواعد فقه و سیره فقهای شیعه، معنای خاصی غیر از «احکام شرعی» ندارد و می توان گفت منظور قانون گذار از این واژه، همان احکام و قوانین و مقررات شرعی است. بله، اهل سنت واژه های «ضابط فقهی» و «قاعده فقهی» را به کار برده و بین آن دو فرق قائل می شوند و می گویند قواعد فقهی قواعدی است که در اکثر ابواب فقهی می آید، اما ضابطه فقهی قاعده ای است که مخصوص یک باب است؛ مثل قاعده طهارت، که این خارج از بحث ما است. اما اینکه گفته است «موازین اسلامی» نه «موازین فقهی» و آیا می شود از واژه «اسلامی» معنایی اعم از «فقه» مراد قانون گذار باشد، این هم بسیار بعید است.

در این جا قطعاً «اسلامی» به معنای «فقهی» است. بله، برخی کشورها مثل پاکستان عده ای را به عنوان ناظر بر اسلامیت نظام تعیین کرده اند ولی تصریح دارند که آنها مجموعه ای متشکل از فیلسوف و اسلام شناسان اند نه فقط فقیه، اما در اینجا به تناسب همین فقه، تشخیص موازین اسلامی - بر اساس اصل نود و ششم^(۳) - بر عهده فقهای

۱. اصل (۲۷) قانون اساسی مقرر می دارد: «تشکیل اجتماعات و راه پیمایی ها، بدون حمل سلاح، به شرط آن که مخل به مبانی اسلام نباشد آزاد است».

۲. اصل (۲۴) قانون اساسی مقرر می دارد: «نشریات و مطبوعات در بیان مطالب آزادند مگر آنکه مخل به مبانی اسلام یا حقوق عمومی باشد. تفصیل آن را قانون معین می کند».

۳. اصل (۹۶) قانون اساسی مقرر می دارد: «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

شورای نگهبان نهاده شده است. به اصطلاح از اینکه تشخیص این موضوع به عهده فقهاست معلوم می‌شود که موازین اسلامی به معنای موازین فقهی است.

بنابراین می‌توان گفت که واژه «موازین اسلامی» اصطلاح خاصی نیست و از این واژه معنای خاصی اراده نشده و به کار بردن آن تنها از باب تفنن در عبارت بوده است. با وجود این، بعضی از متأخرین برای این واژه معنا و مفهوم خاصی در نظر گرفته اند و گفته‌اند موازین اسلامی یعنی «اصول کلی ثابت شریعت» که جنبه‌ای عام‌تر از قواعد فقهی و امثال اینها دارد. این‌ها می‌گویند اینکه قانون اساسی می‌گوید قوانین بر خلاف موازین اسلامی نباشد یعنی بر خلاف مدار اسلامی و کلیت اسلام نباشد، نه اینکه بر خلاف فلان مسئله شرعی خاص نباشد. لذا شورای نگهبان تنها وظیفه دارد، نظارت کند تا مدار کلی قوانین جامعه بر خلاف احکام شرع نباشد، نه اینکه به استناد اصل چهارم بخواهد در همه جزئیات دخالت کند. به نظر من، این برداشت از «موازین اسلامی» واقعاً تحمیل بر نصّ است، چون اصل چهارم که می‌گوید «کلیه قوانین و مقررات... 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 به عهده فقهای شورای نگهبان است» تنها زمانی تحقق می‌یابد که فقهای شورای نگهبان بتوانند تک تک اصول قانون اساسی و همچنین قوانین و مقررات دیگر را قید یا تخصیص بزنند.

بله، ممکن است کسی جعل اصطلاح کرده و موازین اسلامی را به معنای خاصی بداند و بین اصول کلی شریعت، موازین اسلامی، قواعد فقهی و مسائل شرعی قائل به سلسله مراتب باشد، اما این صرفاً جعل اصطلاح است و از لحاظ قانون‌گذاری مشکلی را برای ما حل نمی‌کند، اگر به مشروح مذاکرات مجلس خبرگان قانون اساسی هم مراجعه کنیم معلوم می‌شود قانون‌گذار در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی در مورد موازین اسلامی چیزی غیر از احکام شرع و مسائل فقهی مد نظرش نبوده است.

✓ به عقیده برخی از اساتید مانند مرحوم استاد عمید زنجانی موازین اسلامی، اعم است از اصول عملیه، اصول لفظیه و احکام اسلامی. آیا می توان قواعد فقهی، اصول عملیه، اصول لفظیه که برای رسیدن به حکم شرعی از آن ها استفاده می کنیم، این موارد را نیز جزء موازین اسلامی بدانیم؟

❖ این مواردی که شما نام بردید، مبنای استنباط است، نه خود استنباط و حکم شرعی نیستند. قاعده فقهی خودش یک مسئله شرعی است اما قابل انطباق بر موارد عدیده است. لذا نمی توان مواردی مانند اصول عملیه و اصول لفظیه را در عرض حکم شرعی قرار داد و آنها را نیز قسم مستقلی از موازین اسلامی بدانیم. موازین اسلامی صرفاً شامل احکام اسلامی و شرعی است.

✓ آیا دامنه عبارت موازین اسلامی، شامل احکام ثانویه و احکام حکومتی هم می شود یا خیر؟ به ویژه بعد از تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام، تلقی فقهایی شورای نگهبان این است که فقهایی شورای نگهبان مصوبات مجلس را نباید از حیث احکام ثانویه بررسی کنند و تشخیص این امر با مجمع تشخیص مصلحت نظام است. با توجه به جمیع این مطالب، به نظر حضرتعالی آیا فقهایی شورای نگهبان می توانند در بررسی مصوبات از حیث عدم مغایرت با شرع، احکام ثانویه و احکام حکومتی را نیز مانند احکام اولیه در نظر بگیرند یا فقط احکام اولیه ملاک است؟

❖ این موضوع، بحث بسیار مهمی است و یکی از مباحثی است که من به نظر باید در موردش یک کتاب تالیف بشود، و خیلی مستند هم از لحاظ فقهی، و هم از لحاظ حقوقی و هم از لحاظ تاریخ تحولات جمهوری اسلامی بحث شود. رویه ی عملی فعلی که معلوم است. همان طور که بیان داشتید رویه عملی فعلی فقهایی محترم شورای نگهبان این است که صرفاً براساس احکام اولیه نظر می دهند. از دوره اول شورای نگهبان تا به حال رویه عملی به همین شکل بوده و احکام حکومتی و احکام ثانویه را در تطبیق مصوبات لحاظ نمی نمودند. علت این امر هم آن بوده که به عقیده شورای نگهبان تشخیص مصلحت در قانون گذاری با خود مجلس است. بعد فقهایی شورای نگهبان می گویند ما وظیفه داریم بگوئیم کجا خلاف شرع است. اگر یک جایی که خلاف احکام اولیه شرعیه است، اما اقتضا می کند که حکم ثانوی داشته باشد یا حکم حکومتی، در اینجا ولی فقیه باید نظر بدهد. آقایان فقهایی شورای نگهبان از بدو تاسیس شورای نگهبان تا به حال نظرشان

همین بوده، استنادشان این است که می‌گویند ما باید مسائل شرعی را نگاه بکنیم. مطابق اصل (۹۶) تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلامی با اکثریت فقهای شورای نگهبان است. فقها برداشتشان از احکام اسلامی و کارکرد فقهی همین احکام اولیه شرعیه است. استدلال اعضای شورای نگهبان این است که ما فقیه هستیم و فقیه در واقع ولی فقیه نیست. فقهای شورای نگهبان، منصوب ولی هستند. وظیفه آنها این است که با استفاده از ادله اربعه یعنی کتاب، سنت، اجماع و عقل حکم شرعی را استنباط کنند و بر مصوبات مجلس تطبیق دهند، نه اینکه تشخیص مصلحت و خود موضوع را انجام دهند.

اما نظر شخصی بنده با نظر و رویه فوق متفاوت است. به عقیده من بند یک اصل (۹۱) می‌گوید شش نفر از فقهای عادل و آگاه به مقتضیات زمان و مسائل روز^(۱). قانون‌گذار اساسی با آوردن قید آگاهی به مقتضیات زمان و مسائل روز، بر این نکته تأکید دارد که برای تشخیص موضوعات جدید و امثال این‌ها که بتوانند استنباط بکنند، نیاز به فقهی است که نسبت به مسائل مستحدثه و روز بتوانند تصمیم بگیرند. به نظر می‌آید با توجه به نقش زمان و مکان که در اجتهاد فقیه اثر می‌کند، اولاً در خیلی از موارد این را به عنوان حکم اولی می‌توانند استفاده بکنند. مثلاً قوانین مربوط به استرداد مجرمین. فقهای شورای نگهبان استنباط می‌کنند و می‌گویند خلاف شرع است. می‌گویند اینها حکومت‌های جور و طاغوت هستند، قضاوت طاغوت بر مسلمان، حرام است. ما مجرم را در واقع برمی‌گردانیم به حکومت طاغوتی، این ظلم و حرام است و بنابراین خلاف شرع است. هر جایی که استرداد مجرمین برگردانیم به حکومت طاغوتی بود، این خلاف شرع است و پایش هم ایستادند و این گونه قوانین اصولاً در مجمع تشخیص مصلحت نظام تصویب می‌شود. مثال دیگر در خصوص قانون کار است. فهم دقیق رابطه کار و کارتابع که از مسائل حقوق حمایتی است، می‌تواند در

۱. اصل (۹۱) قانون اساسی مقرر می‌دارد: «به منظور پاسداری از احکام اسلام و قانون اساسی از نظر عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای ملی با آنها، شورایی به نام شورای نگهبان با ترکیب زیر تشکیل می‌شود. ۱ - شش نفر از فقهای عادل و آگاه به مقتضیات زمان و مسائل روز. انتخاب این عده با مقام رهبری است. ۲ - شش نفر حقوقدان، در رشته‌های مختلف حقوقی، از میان حقوقدانان مسلمانی که به وسیله رئیس قوه قضائیه به مجلس شورای ملی معرفی می‌شوند و با رای مجلس انتخاب می‌گ

شناخت احکام شرعی در این موضوع کمک قابل توجهی نماید. اگر عقد کار را صحیح متوجه بشویم، هشت ساعت کار، ایمنی کار، اخراج کارگر و خیلی از این مسائل از لحاظ شرعی حل می شود، نه به حکم ثانوی و به حکم حکومتی، بلکه به حکم اولی. اما زمانی که نقش زمان و مکان در اجتهاد و شناخت موضوعات پیچیده دخالت داده نمی شود، آن موقع خیلی از موارد در واقع بین مصلحت و بین حکم شرع تهافت پیدا می کند و در نتیجه به حکم ثانویه باید رجوع نماییم. حکم ثانویه و حکم حکومتی هر دو حکم شرعی است و اگر این تفسیر را قبول بکنیم که شورای نگهبان مرجع نهایی تشخیص مسائل شرعی است خیلی از معضلات حل می گردد. مثالی را در همین زمینه عرض بکنم. در مسئله استخراج چاه نفت و نظر امام خمینی (ره) در این زمینه می تواند مثال خوبی باشد. استنباط امام ^(ره) از منابع طبیعی این بود که اگر در خانه کسی چاه نفتی پیدا بشود، می توان مالک را ملزم به فروش آن خانه نمود. استنباط حضرت امام ^(ره) این بود که ملکیت یک امر عرفی است. اگر یک کسی مالک یک زمین یا خانه ای بشود، مالکیت در حد عرفی است. مالک زمین مالک چاه نفت نمی شود، چاه نفت از ثروت های ملی است و ملک دولت است. این فتوای حضرت امام ^(ره) موجب شد تا شورای نگهبان، از نظر قبلی خود در این زمینه عدول کند و الزام مالک به فروش خانه را مغایر و خلاف شرع نداند. لذا بحث در مورد شیوه استنباط و نقش مکان و زمان در اجتهاد است. بنابراین برای اینکه بسیاری از مسائل و چالش ها حل بشود، من نظرم این است که شش فقیه شورای نگهبان هر کدامشان نیاز دارند به یک مجموعه پشتیبانی در حد یک پژوهشکده که البته در شورای نگهبان به تدریج ایجاد شود. یک مجمع مشورتی فقهی مطلوب. اگر مجمع مشورتی فقهی تنها یک جلسه هفتگی بگیرند و نظر بدهند این کافی نیست. پشوانه مجمع مشورتی فقهی باید یک پژوهشکده فقهی تلفیقی باشد. یعنی احاطه و اشراف داشته باشند به ابواب مختلف فقه و به موضوعات پیچیده معاصر و با تلفیق این دو تا بتوانند احکام هر موضوع را استنباط کنند. آن موقع محصول این اجتهاد نوین و به روز مورد توجه و استفاده شورای نگهبان واقع می شود. اگر ما این کار را انجام دادیم، دیگر نیازی به تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام و حل اختلاف بین شورای نگهبان و مجلس نمی باشد، بلکه خود فقهای شورای نگهبان علی الراس حل می نمایند.

✓ اصل چهارم قانون اساسی مقرر داشته که کلیه قوانین و مقررات باید براساس موازین اسلامی باشد. در سایر اصول قانون اساسی، مثل اصل هفتاد و دوم و نود و ششم گفته مصوبات مجلس نباید با احکام شرعی مغایرت داشته باشد. در عمل و در رویه فعلی در نظام تقنینی جمهوری اسلامی ایران، صرفاً به «عدم مغایرت» مصوبات مجلس با شرع اکتفاء شده است و بحث «انطباق» قوانین با موازین اسلام که در اصل چهارم آمده مسکوت و مغفول مانده است. به نظر حضرتعالی آیا رویه موجود، یک رویه صحیح و مطابق با قانون اساسی می‌باشد؟ یا باید بازبینی گردد و مطابق اصل چهارم قوانین بر اساس موازین اسلامی تهیه و تصویب گردد؟

❖ نسبت به اصل چهارم و هفتاد و دوم و رویه عملی شورای نگهبان براساس اصول قانون اساسی، دو دیدگاه وجود دارد. یک دیدگاه «مطابقت» قوانین با احکام اسلامی می‌باشد و دیدگاه دیگر «عدم مغایرت» قوانین با احکام اسلامی می‌باشد. این دو دیدگاه هم از لحاظ محتوایی و هم از لحاظ شکلی نتایج متفاوتی خواهند داشت. از لحاظ محتوایی اگر قائل به دیدگاه «مطابقت» بشویم باید این قوانینی که مجلس تصویب می‌نماید و به شورای نگهبان ارسال می‌نماید، فقهای شورای نگهبان استنباط کنند که آیا مصوبه مجلس براساس استنباط‌های فقهی صورت گرفته یا خیر. به عبارت دیگر، آنها باید بگویند که این قانون و ماده‌اش حکم تکلیفی‌اش چیست؟ حکم وضعی‌اش چیست؟ یا واجب است؟ یا حرام است؟ یا مستحب است؟ یا مکروه است؟ یا مباح است؟ حکم وضعی‌اش صحیح است؟ یا باطل است؟ مطابقت از لحاظ شکلی هم در رأی‌گیری اثر دارد. یعنی هنگامی مصوبه مجلس تأیید می‌شود که چهار نفر از فقهای شورای نگهبان مصوبه مجلس را مطابق با موازین اسلام بدانند. در نتیجه تنها آن دسته از قوانین و مقرراتی که در مورد آن آیه و روایت و اجماع یا حکم مستقل عقلی وجود دارد، آن‌ها قوانین مطابق شرع می‌شوند. و آنجایی که ادله فوق نیست و در فقه مدون وجود ندارد، باید فقها از منابع استنباط کنند یا رای بدهند به عدم مطابقت. اگر این کار را می‌خواستند بکنند از لحاظ امکان، شاید بگوییم بیش از سه چهارم قوانین و مقررات با قید عدم مطابقت برخورد می‌نمود و به این شکل کشور معطل می‌ماند. خیلی از قوانین و مقررات بر پایه حوزه مباحثات است و بنابراین امور کشور معطل می‌ماند.

رویه‌ی دوم این رویه است که بگوییم که عدم مخالفت در واقع همان مطابقت

حساب می‌شود. یعنی همین که ما بگوییم قانونی مخالف شرع نیست، پس مورد تأیید احکام شرع است. در این روش از لحاظ محتوایی دیگر فقهای شورای نگهبان لازم نیست در کتاب، سنت، اجماع و عقل تتبع و بررسی کنند، تا مطابقت مصوبات را احراز نمایند. از لحاظ شکلی نیز لازم نیست، به مطابقت رأی بدهند. همین که رأی بدهند به عدم مخالفت کافی است. رویه سی و پنج ساله شورای نگهبان از ابتدا تا به الان احراز عدم مخالفت بوده. بعضی از فقهای معظم، نظرشان بر بحث مطابقت بود. اما این مطابقت قابل اجرا نیست. اما اگر اینگونه که ما تفسیر بکنیم مطابقت به معنای اینکه مورد تأیید شرع مقدس و آنچه که خلاف شرع نیست مورد تأیید شرع مقدس است، آن موقع ما می‌توانیم جمع بکنیم بین اصل چهارم و هفتاد و دوم که فعلاً این رویه حاکم است.

بعد از بازنگری قانون اساسی، تحول مهمی در کشور ایجاد شد که من فکر می‌کنم این تحول هم می‌تواند باز فقه را فعال سازد، نه اینکه منفعل کند. آن تحول مهم این است که در بند یک اصل یکصد و دوم قانون اساسی «تعیین سیاست‌های کلی نظام جمهوری اسلامی ایران پس از مشورت با مجمع تشخیص مصلحت نظام»، یکی از وظایف و اختیارات رهبر ذکر شده است^(۱). بند دوم هم «نظارت بر حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام» را به عهده رهبر گذاشته است. معنای این مطلب این است که سیاست‌های کلی نظام را می‌توان با در نظر گرفتن همه شرایط اجتهاد کرد و فقه هر ابتکار عملی که داشته باشد، در اینجا از خود نشان می‌دهد و بعد همین سیاست‌ها، ملاک و معیار می‌شود برای مجلس و قوه قضائیه، و همه موظف‌اند بر اساس این سیاست‌ها حرکت کنند. سیاست‌گذاری و نظارت رهبری بر اجرا و ایجاد پلی بین نهاد حوزه و رهبری، می‌تواند زمینه فعالیت مجدد حوزه‌ها را در این زمینه بر اساس همین قانون اساسی به وجود بیاورد. مجمع تشخیص مصلحت نظام نهاد بسیار خوبی برای این کار است و الآن در کمیسیون‌های مجمع تشخیص، کمیسیون حوزوی هم تشکیل داده‌اند که در شهر قم مستقر است و این می‌تواند پل و اقدام مبارکی باشد.

۱. اصل (۱۱۰) قانون اساسی مقرر می‌دارد: «وظایف و اختیارات رهبر:

۱ - تعیین سیاست‌های کلی نظام جمهوری اسلامی ایران پس از مشورت با مجمع تشخیص مصلحت نظام.

۲ - نظارت بر حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام...».

به هر جهت به گمان من قانون اساسی چنین ظرفیت‌هایی دارد و می‌تواند اسلام را به سوی فعال‌شدن در عرصه قانون‌گذاری به پیش برد.

در بسیاری از اصول، شورای نگهبان قبلاً این طور فکر می‌کرد که کارشناسی، وظیفه شورای نگهبان نیست، بلکه وظیفه مجلس است و آنها بر اساس مصالح می‌توانند تشخیص دهند و کار را پیش ببرند. بعد بحث‌هایی مطرح شد؛ از جمله بنده با بعضی از فقها و حقوق‌دانان این بحث را مطرح کردم که بعد از تصویب بودجه در مجلس، شما می‌خواهید ببینید که آیا این قانون با بند نهم از اصل سوم سازگار است یا نه. در این بند، «رفع تبعیضات ناروا و ایجاد امکانات عادلانه برای همه در تمام زمینه‌های مادی و معنوی»، به عنوان یکی از وظایف دولت جمهوری اسلامی بر شمرده شده است. شما در زمینه اعداد و ارقام بودجه چگونه قضاوت می‌کنید که این برخلاف شرع و قانون اساسی است یا نه؟ شما که نمی‌توانید مصداق بودن برای بند نهم را با آیه یا حدیث تشخیص دهید. برای اینکه شما در بند نهم اطمینان حاصل کنید، بر اساس همین فقه باید به اهل خبره از اقتصاددانان و مدیران رجوع کنید یا بعد از چندین جلسه با آنها به اطمینان برسید که این قانون بودجه باعث تبعیضات ناروا می‌شود یا نه. این یک نکته مثبت بود که اتفاق افتاد و اکنون دو سال است که شورای نگهبان این کار را انجام می‌دهد. البته با اعتراض مجلس ششم روبه‌رو شد و سروصداهایی در این زمینه به راه افتاد. من گمان می‌کنم که خود شورای نگهبان هم مکان مناسبی برای کارشناسی‌های مفصل‌تر و اظهارنظرهاست. شورای نگهبان دو نوع کارشناسی دارد: گاهی تعدادی از فقهای کارشناس با استفاده از متون فقهی، خلاف شرع یا خلاف قانون اساسی بودن را بررسی می‌کنند و گاهی لازم است که در مورد محتوا، کارشناسی مفصلی انجام بدهند و خودشان به نتیجه برسند و استنباط کنند. کار دوم قبلاً انجام نمی‌شد؛ در حالی‌که شورای نگهبان محل قضاوت کلی است. اگر بتوانیم بگوییم قضاوت، رفع خصومت، حلّ منازعه و به اصطلاح استیفای حق است به نحو قضیه خارجی و مصداق جزئی، در اینجا قضاوت کلی می‌کنند که آیا این شرعی است یا نه.

✓ در حال حاضر غالب مصوبات فعلی مجلس و همچنین مقررات دولتی برگرفته و متخذ از فقه و شریعت نمی‌باشد. مثلاً در قوانین استخدامی، فقهای شورای نگهبان صرفاً مصوبات را از حیث عدم مغایرت با احکام شرعی مورد بررسی قرار می‌دهند. با

توجه به این ضعف و اشکال وارد، چه پیشنهاد و راهکاری به نظر حضرتعالی برای برون رفت از این مشکل مطلوب می‌باشد؟ آیا می‌توان در این بحث از قاعده منطقه الفراغ کمک گرفت؟

❖ به نظر بنده، می‌توان با کمک فقه سستی و گنجینه‌ی گران سنگ جواهر و منابع فقهی، به راحتی به نقطه مطلوب رسید. خصوصاً اینکه در قانون اساسی شش فقیه آگاه به مقتضیات زمان و مسائل روز آمده است. این قید برای توانمند بودن فقهای شورای نگهبان در استنباط نسبت به حوادث واقعه می‌باشد. اگر شش فقیه شورای نگهبان به مقتضیات زمان آشنا باشند و مسائل روز را بشناسند که علی القاعده هم همینطور است و همچنین با تسلطی که بر فقه سستی دارند، می‌توانند مسائل مستحدثه و ابواب مستحدثه را استنباط بکنند. قاعده منطقه الفراغ که نظریه‌ای است از شهید صدر، فعلاً مورد نظر ما نیست. در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، مبنای الزام آور بودن قوانین، تأیید ولی فقیه است. فقهای شورای نگهبان با اعلام خلاف شرع نبودن مصوبه مجلس، یک مصوبه را تبدیل به قانون لازم‌الاتباع می‌کنند. مبنای الزام قانون در اینجا نظر ولی فقیه است که از طریق فقهای شورای نگهبان اعمال می‌گردد. اصل چهارم قانون اساسی می‌گوید: «کلیه قوانین و مقررات... باید براساس موازین اسلامی باشد». جای این سؤال باقی است که موازین اسلامی یعنی چه؟ آیا موازین به این معناست که مطابقت با اسلام، یا مغایرت نداشتن با اسلام هم کافی است؟ اصل هفتاد و دوم قانون اساسی صراحتاً می‌گوید: «مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد». بنابراین عدم مغایرت ظاهراً کافی است. تفسیر شورای نگهبان از «موازین» در اصل هفتاد و دوم و اقدام آنها بر اساس اصل نود و ششم هم بیشتر عدم مغایرت را به ذهن تداعی می‌کند.

لایحه به مجلس می‌رود و روند اداری خود را طی می‌کند و به قانون تبدیل می‌شود. در این روند اداری، در ایران قوانین به لحاظ شرعی هم کنترل می‌شود و اگر مغایرت با شرع نداشت، تأیید می‌شود.

در کشور ما روند قانون‌نویسی براساس نیازهای زمانه، مصالح متغیر و نیازهای اجتماعی به تشخیص مجریان و مدیران ارشد کشور، تاکنون بدون هیچ محدودیتی انجام شده است و اگر آن را با قانون‌نویسی در کشورهای دیگر جهان مقایسه کنیم،

تقریباً می‌توانیم بگوییم این روند یکی است و تفاوتی ندارد. حالا باید دید این روند خوب است یا بد، و به تعبیر شما به بررسی نقاط مثبت و منفی آن بپردازیم.

اگر به قضایا نگاه تجددگرا و توسعه‌گرا، آن‌هم توسعه این جهانی داشته باشیم، ممکن است این روند را خوب و مثبت بدانیم و دلخوش باشیم که مثلاً شریعت و «موازین اسلامی» با «توسعه» در تناقض نیست. با این نگرش، ما می‌توانیم نظامی داشته باشیم به نام نظام اسلامی، اما روندی را در قانون‌نویسی طی کنیم که کاملاً عرفی باشد و کشور را بر اساس موازین عرفی اداره کنیم؛ یعنی هم به دنبال مطالبات و نیازهای عرفی شدن و سکولار شدن باشیم و هم بگوییم این قانون اسلامی است. در اینجا می‌توانم قاطعانه بگویم که در این سال‌ها در کشور ما، شریعت سازنده‌ی قانون نبوده و ابتکار عمل در دست شریعت و کتاب و سنت و داده‌های وحی نبوده است، بلکه قانون‌گذاران بر اساس نیازهای زمانه موضوع‌سازی کرده‌اند و برای این موضوعات احکام خاصی ایجاد کرده‌اند. در اینجا شرع بیشتر مانند پاسبان یا نگهبانی بوده است که اجازه ورود و خروج می‌دهد. لذا ما نمی‌توانیم این قوانین را به شرع نسبت دهیم. اگر ما شرع را کنار می‌گذاشتیم و مسئله لزوم انطباق یا عدم مغایرت قوانین با موازین اسلامی را هم در قانون اساسی نمی‌آوردیم، همین روند طی می‌شد، با این تفاوت که دیگر نمی‌گفتیم این قانون، اسلامی است. ممکن بود پنج یا ده درصدی هم در شیوه نگرش و امثال اینها تفاوت داشته باشد، اما همین روند در ۹۰ یا ۹۵ درصد مسائل طی می‌شد. با توجه به این توضیحات، نقطه منفی در قانون‌نویسی کنونی آن است که ابتکار عمل در دست شریعت و داده‌های وحی نیست، هنر آن است که ما از داده‌های وحی، توسعه را استنباط کنیم و آن موقع، مدل توسعه دینی، با این مدل توسعه عرفی، شاید از زمین تا آسمان تفاوت داشته باشد و این مدل توسعه و تمدن، از آن به دست نیاید.

تاکنون قانون‌نویسی عرفی نتوانسته است به نیازهای همه جانبه انسان معاصر پاسخ بدهد و بیشتر به کمیت زندگی پرداخته تا کیفیت آن، نتوانسته است خیلی از خلأها را پر کند. متأسفانه در دستگاه قانون‌نویسی ما هم همین نقاط ضعف وجود دارد؛ چون چنان‌که عرض کردم، در این دستگاه ابتکار عمل در دست شرع نیست، بلکه شرع برخورد منفعل دارد؛ یعنی منتظر است ببیند متخصصان و کارشناسان و مدیران چه می‌گویند، تا بعد آن هم براساس کلیاتی بگوید درست است یا غلط.

علاوه بر این موارد، نقطه ضعف بسیار بزرگ دیگر، تلفیق و وام گرفتن بخشی از یک سیستم و ساختار حقوقی و وصله زدن آن به ساختار اسلامی است. در واقع ما می‌خواهیم نهادهای حقوقی اسلامی، در قالب ساختار عرفی نتیجه بدهد که به نظر من اگر هزار سال هم منتظر بمانیم، نتیجه نخواهد داد؛ مثلاً قرآن می‌فرماید: «و السارق و السارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله...»^۱. مجازات قطع دست برای سارق به این جهت تعیین شده است که جنبه بازدارندگی داشته باشد. حالا اگر این مجازات را تبدیل به قانون کردیم، اما در کنارش صدها ماده قانونی دیگری تدوین کردیم که متناسب با این حکم نبود، طبیعی است قطع دست هم نتیجه نمی‌دهد. یا می‌فرماید: «و لكم فى القصاص حياءً یا اولى الألباب لعلکم تتقون»^۲. این حکم موقعی جواب می‌دهد که با سرعت و دقت همراه باشد، نه با این تشریفات قانون‌نویسی و صدور بخشنامه و تصویب‌نامه و آیین‌نامه و دادگاه‌های بدوی و تجدیدنظر و دیوان عالی و امثال اینها طی می‌شود. تأثیرگذاری قصاص و حدود و تعزیرات در صورتی است که ساختار مطلوب خودشان را داشته باشند.

مثال دیگر بانک‌داری بدون رباست. ما به جای آنکه ابتدا نظامات اسلامی را استنباط و بعد نهادها و سازمان‌های متناسب با آن را ایجاد کنیم، همین سازوکارهای قانونی و بانک‌ها و نهادهایی را که اصلاً رسالتشان چیز دیگری است، حفظ کرده‌ایم و می‌خواهیم همان را توجیه شرعی کنیم. برای این کار عقود اسلامی را در قالب شروط ضمن عقد، مشارکت مدنی، مضاربه، جعاله و امثال اینها تعریف کردیم و بعد همین را بانک اسلامی نامیدیم در واقع «ما قُصِدَ لَمْ يَفَعْ و ما وَقَعَ لَمْ يَقْصُدْ»، یعنی به صورت قضیه حقیقه صحبت می‌کنیم و در مورد آن راه‌حل‌های شرعی ارائه می‌دهیم، اما آنچه به صورت قضیه خارجی واقع می‌شود، چیز دیگری است؛ چون با این سازوکار و ساختار چیز دیگری به دست می‌آید، نه محصولات بانک‌داری اسلامی و امثال اینها.

بنابراین یکی از نقطه‌ضعف‌های بسیار بزرگ قانون‌نویسی ما، علاوه بر نقطه ضعف‌های قانون‌نویسی عرفی، وصل کردن ساختار حقوقی دیگر، به نظام حقوقی - سیاسی اسلام است. الان خود این سیستم و روند قانون‌نویسی که برای قوانین اسلامی

۱. وره مائده، آیه ۳۸

۲. سوره بقره، آیه ۱۷۹

ایجاد کرده‌ایم، دارای عیب و ایراد است. اگر ما اصول قانون‌نویسی را در اسلام بررسی کنیم، این عیب‌ها و نقص‌ها و ایرادها روشن‌تر می‌شود.

✓ آیا سازوکار تصمیم‌گیری در شورا (رأی‌گیری و ملاک دانستن رأی اکثریت در مسائل شرعی) مبنای شرعی و مشروعیت دارد؟ مبنای فقهی این اکثریت چیست و چه حجیتی دارد؟

❖ بر اساس بنای عقلا، ملاک اکثریت برای تمیز حق و باطل حجیت ندارد. اینکه بگوییم هر چه اکثریت گفته درست و حق است و هر چه اقلیت بگوید باطل است، این خلاف موازین اسلامی و آیات قرآن است. حق و باطل را نمی‌توانیم براساس نظر اقلیت و اکثریت بفهمیم. لکن ما در اینجا بحث‌مان حقیقت‌شناسی نیست. بحث یک امر کارشناسی مذهبی است. یعنی بعد از پذیرفتن همه حقایق دین، ما می‌خواهیم حکم‌الله را بشناسیم. حالا در شناختن این حکم‌الله فرض‌مان این است که شش نفر فقیه شورای نگهبان، همگی فقیه جامع‌الشرایط هستند. آنها با هم مباحثه می‌کنند، نظر می‌دهند، موافق و مخالف بحث می‌کند، کنکاش می‌کنند و در این مباحثه طبق ادله، إقناع ایجاد می‌شود. همچنین فرض بر این نیست که بین این شش فقیه اعلم فالاعلم وجود دارد. مثلاً یک فقیهی اعلم باشد، فقیه دوم درجه دوم اعلمیت، فقیه سوم درجه سوم اعلمیت و ... بلکه شش فقیه عادل و آگاه به مقتضیات زمان به صورت عمومی و کلی در یک سطح می‌باشند. البته طبیعی است که هر یک از فقهای این شورا در یک بخشی از فقه ممکن است تبحر داشته باشند و در بخشی از ابواب فقه تبحرشان بیشتر است. بالاخره آنجا یک کسی بحث رجالی می‌کند، یک کسی بحث فتوایی می‌کند، یک کسی بحث روایی می‌کند، در نهایت بحث کارشناسی نظریه چهار کارشناس ترجیح داد بر نظر دو کارشناس.

این ترجیح یک امر عقلایی است. یعنی بنای عقلا در ترجیح نظر کارشناسان بیشتر است. این یک امر عقلایی است. علاوه بر امر عقلایی در ترجیح نظر اکثر، این امر موجب نظم است. بالاخره باید به تصمیم‌گیری منجر بشود و امور نظام معطل نماند، لذا سازوکاری به جز نظر اکثریت برای ایجاد این نظم معقول نیست. لذا این نظم اقتضا می‌کند که ترجیح اکثریت که یک امر عقلایی نیز هست، در شورای نگهبان پذیرفته شود. همچنین در مورد ذم و نکوهش پذیرش نظر اکثریت در شرع باید گفت که این

موضوع در مورد خداشناسی، معادشناسی و نبوت شناسی مطرح می گردد. آنجایی که اکثریت مذمت شده، اکثریت جاهلان و بی سوادان و غیرمتخصصین است. لذا فقهای شورای نگهبان که شش متخصص و فقیه عادل و آگاه به مقتضیات زمان می باشند، مشمول حکم نكوهش بالا نمی باشند. این در واقع یک نوع اجتهادی است که می گوئیم اجتهاد شورایی. شور و مشورت در اجتهاد جایز است، بلکه شور و مشورت در اجتهاد ارجح است از اجتهاد فردی. چون در اجتهاد فردی یک نفر نظر می دهد، در اجتهاد شورایی شش نفر با هم بحث می کنند.

✓ آیا در سیره معصومین (صلوات الله علیهم اجمعین) هم مصادیق یا مصادیقی را داریم که اکثریت را ملاک قرار داده باشند؟

❖ اکثریت در اجتهاد خیر، چون نظر خود ائمه متبع است. به این معنا که حجت الله است. منتها در روش حکومتی پیامبر (ص)، در مشورت هایی که صحابه به پیامبر (ص) می دادند، یا نظر صحابه ای که تاثیرگذار بود، مصادیق و مثال های متعددی داریم. مثلاً در غزوه احد، نظر جوان ها را بر پیرمرد ها مرجح قرار دادند. همچنین در تعارض بین روایات ائمه از خود ائمه سوال می کنند، می فرماید آنجا که مشهور شده، به خلاف مشهور عمل نکنید. آنجایی که تعارض می شود بین روایات، بعضی از فقها می گویند این روایت درست است و بعضی می گویند آن روایت. اینجا ائمه ارجاع دادند که مشهور اصحاب چه می گویند. لذا این تبدیل شده به یک رویه که می گویند ضعف سند. حجیت عمل اصحاب چیست، همین شهرت است. فلسفه ی شورا کشف حقیقت است برای رهبر. این نیست که نظر شورا بر نظر رهبر حاکم باشد. رهبر مسلمین مشورت می کند تا نسبت به موضوع احاطه پیدا بکند. مشورت برای کشف حقیقت الزامی است، اما اتباع از نظر شورا واجب نیست. لذا شیوه رسول الله (ص) و شیوه ائمه همین بود. مشورت می کردند، اما الزامی به تبعیت از نظر شورا نداشتند. امام علی (ع) به ابن عباس می فرماید: «شما می توانید به من مشورت بدهید و حق توست. اما اگر من با شما مخالفت کردم باید از من اطاعت کنی».

✓ یکی از بحث ها و مسائل اصلی در خصوص شورای نگهبان، موضوع عدم وحدت رویه در آراء و نظرات شورای نگهبان می باشد. شورای نگهبان الزام و تقیدی

به داشتن وحدت رویه در آراء و نظرات خود ندارد. از همین رو چند بحث مطرح می‌گردد. اول اینکه آیا خود وحدت رویه، یک امر مطلوب هم از نظر شرعی و هم از نظر حقوق هست یا خیر؟

❖ یکی از بحث‌های خیلی مهم که هم در حوزه قانون‌گذاری و هم در حوزه قضا و هم در حوزه اجرا وجود دارد، بحث وحدت رویه می‌باشد. وحدت رویه در حقوق یک اصل پسندیده و الزام‌آوری است که فلسفه‌اش برمی‌گردد به نظم عمومی و حقوق عمومی و عدالت. نظم عمومی؛ چون هدف قانون‌گذار از قانون ایجاد نظم است، اگر این رویه عمومی در مدیریت، در قضاوت و در قانون‌گذاری به هم بخورد، نظم عمومی خدشه‌دار می‌شود و یک رویه واحد در مملکت حاکم نمی‌شود. یکی از فلسفه‌های دیگر موضوع وحدت رویه، حق عمومی است. مثلاً قانونی یک شخص را ذی‌حق کند و همان قانون در شرایط صد در صد مشابه از دیگری حق را سلب کند. در حالی که هر دو شهروندان دولت اسلامی هستند، لذا بر اساس حقوق عمومی نیازمند وحدت رویه می‌باشیم. سومین علت عدالت است. اگر وحدت رویه نباشد، عدالت از بین می‌رود؛ به این معنا که چون قانون محدودیت ایجاد می‌کند، بعد یک فرآیند و یک هنجار حقوقی یک زمانی الزامی ایجاد می‌شود و یک زمانی با به هم ریختن وحدت رویه آن هنجار از بین می‌رود. بنابراین عدالت به هم می‌خورد.

بحث وحدت رویه فراتر از بحث شورای نگهبان است. الان در بحث مجلس و قانون‌گذاری هم همین است. شما در مورد بحث تنفیج قوانین می‌بینید که نمایندگان هر دوره مجلس ممکن است قوانین دوره قبل را نسخ بکنند یا نمایندگان یک دوره چند دفعه یک قانون را عوض بکنند. در اجرا هم همین است. دولت‌ها و قوه مجریه که عوض بشود خیلی موارد تغییر می‌کند و ثبات مدیریتی تحت الشعاع قرار می‌گیرد. بلکه در یک دوره ممکن است یک وزیر چند تصمیم بگیرد. در قضاوت‌ها همین است. بنابراین وحدت رویه یک امر مدیریتی و قضایی نیز هست. بنابراین از لحاظ حقوقی و مدیریتی و سیاست‌گذاری و تعیین خط مشی عمومی دولت و یک نظام قطعاً وحدت رویه باید لحاظ گردد.

اما از لحاظ روان‌شناختی مسئولان و سطح آگاهی‌ها و اطلاعات در مورد یک تصمیم و از لحاظ تغییر مصالح و مفاسد، تبدل در قوانین و مصالح و مفاسد عمومی

کشور اجتناب‌ناپذیر است. بنابراین اگر ما به این فکر باشیم که وحدت رویه یعنی در واقع یک اصول ثابتی تدوین بکنیم و این اصول ثابت همیشه وحدت رویه ایجاد بکند، این شدنی نیست. در شورای نگهبان و در استنباطات فقهی و اظهارنظرهای حقوقی یک فقیه ممکن است آن عضو با توجه به عللی که اشاره نمودیم، نظراتش متحول بشود. ممکن است در هر دوره، عده‌ای از فقها عوض بشوند و در دوره جدید، فقیه جدیدی جایگزین گردد و نظرات این فقیه مطابق با فقه‌های گذشته نباشد و این یک موضوع طبیعی و اجتناب‌ناپذیر است. ما نمی‌توانیم در استنباطات و در برداشته‌ها وحدت رویه را الزام بکنیم. منتها می‌توان، یک سازوکار توافقی در خود شورای نگهبان ایجاد کرد، برای ایجاد نظم، حفظ حق عمومی و عدالت و مصالح عمومی. این موضوع با توافق اعضاء قابل حل است. به طور مثال می‌توان گفت برای تحقق وحدت رویه در نظرات، اعضاء شورای نگهبان یک زمانی را توافق کنند و قائل بشوند که مثلاً حداقل پنج سال نظر ابرازی شورا قابل تجدیدنظر نیست. مصادیقی از این دست، با توافق اعضاء شورای نگهبان و با آوردن در آئین‌نامه داخلی شورای نگهبان قابل اعمال و شدن است.

✓ آیا آنچه که در قانون اساسی در خصوص نحوه انتخاب اعضاء شورای نگهبان، شرایط عضویت، مدت عضویت و سازوکار انتخاب اعضاء در نظر گرفته شده، یک امر مطلوب است یا آنکه روش‌ها و شرایط مقرر در قانون اساسی محل تأمل و نقد است؟

❖ از لحاظ تعداد کمی اعضاء شورای نگهبان، به نظر بنده، عدد در اینجا خصوصیتی ندارد. یعنی تفاوتی نداشت اگر به جای دوازده نفر، پانزده نفر یا نه نفر می‌شدند. لذا تعداد اعضاء شورای نگهبان که در قانون اساسی دوازده نفر تعیین شده، خصوصیت ندارد. به عقیده قانونگذار اساسی دوازده نفر یک جمعیت مناسبی است که می‌تواند درباره صلاحیت‌های مقرر برای شورای نگهبان، اعضاء با یکدیگر شور و مشورت نمایند.

همچنین از این بابت که هم حقوقدان و هم فقها در مسئله خلاف قانون اساسی نظر می‌دهند، یعنی شش فقیه مثل شش حقوقدان نظر حقوقی می‌دهند، پیش‌فرض قانون‌گذار اساسی این است که یک فقیه علاوه بر فقاقت، حقوقدان اسلامی نیز هست.

اما حقوقدان الزاماً فقیه نیست و این پیش‌فرض درستی است. چون نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران بر مبنای فقه است. پس لزوماً در جمهوری اسلامی هر مسئله حقوقی، یک مسئله فقهی است. لذا قوانین و مقررات ما که نباید خلاف شرع باشد، قوانین و مقررات حقوق اسلامی است. لذا فقهای شورای نگهبان می‌توانند اظهار نظر حقوقی هم نمایند. اما حقوقدانان فقیه نیستند که اظهار نظر فقهی بکنند. لذا در مورد تشخیص مخالفت با شرع، شش فقیه نظر می‌دهند، ولی در مخالفت با قانون اساسی همه دوازده نفر نظر می‌دهند. در نتیجه این سازوکار نیز که در مسائل شرعی فقط فقهای شورای نگهبان نظر دهند و در مسائل قانون اساسی هر دوازده عضو، یک امر درست و صحیحی است. البته به صورت کلی ممکن است این سازوکار قابل تکمیل نیز باشد، مثلاً اینکه هم برای فقها و هم برای حقوقدانان در مرحله ورود به شورا در حد مهارت افزایی و آشنایی با فنون نظارت و تفسیر قانون اساسی دوره‌هایی تشکیل گردد، تا در تشخیص و اظهار نظر، اعضاء مهارت‌های بیشتری را کسب نمایند.

قانون اساسی در خصوص شرایط حقوقدان‌ها هم گفته، شش حقوقدان مسلمان. در همین جا سؤالی به وجود می‌آید این است که آیا منظور قانونگذار شش حقوقدان مسلمانی است که تحصیلات حقوق غیراسلامی مثل حقوق غربی و مکاتب غربی دارند یا خیر؟ در پاسخ باید گفت که فرض بر این است که مبنای قانون اساسی، بر اساس مبنای حقوق اسلامی است و بعید و غیر ممکن است که بتوان تحصیلات حقوق غیراسلامی را برای حقوقدان شورای نگهبان پذیرفت.

بر مبنای نص قانون اساسی باید فقهای شورای نگهبان از جانب ولی فقیه منصوب شوند. اما در خصوص شش حقوقدان، قانون‌گذار خواسته که هم قوه قضائیه و هم قوه مقننه نقش داشته باشند. علت استفاده از این شیوه آن است که از یک سوء قوه قضائیه اصولاً در ارتباط مستقیم با حقوقدانان و قضات است و از سویی دیگر مجلس بیشترین آگاهی و ارتباط را با بحث قانون‌گذاری و انتخاب افراد شایسته برای این امور دارد. لذا ترکیب و مدل حاضر، مدل خوبی است. مهمترین نقد و اشکال وارد بر این روش، کارکردهای شورای نگهبان در تعیین صلاحیت کاندیداهای نمایندگی مجلس است و ممکن است در تعیین یا رد صلاحیت شائبه‌هایی پیش بیاید. لذا هنگام انتخابات مجلس امکان دارد مسائل سیاسی به جای نگاه حقوقی، تأثیر منفی داشته باشد و ممکن

است که شش حقوقدان شورای نگهبان با نگاه سیاسی انتخاب بشوند. منتها از آنجا که معرفی شش حقوقدان شورای نگهبان با رئیس قوه قضائیه است و این معرفی ماهیت حقوقی دارد، ابتکار عمل در انتخاب شش حقوقدان، در دست مجلس نیست. لذا نقد حاضر نیز از این جهت قابل رد می‌باشد. البته در همین جا انتقادی به سازوکار مزبور وارد است. اساساً همواره باید، بایسته‌های تقنین و الزامات آن مورد توجه پارلمان قرار گیرد و این بایسته‌های تقنین در انتخاب حقوقدانان باید مورد توجه قرار گیرد، تا افرادی برای شورای نگهبان انتخاب شوند که مهارت در تشخیص قانون بهتر دارند. با توجه به سازوکار فوق در عمل این اصل اجرایی نمی‌گردد و این اشکالات بیشتر تجربی است تا نظری.

✓ سوال بعدی در حوزه تفسیر شورای نگهبان از اصول قانون اساسی است. در خصوص تفسیر قانون، مکاتب حقوقی متعدد و مختلف وجود دارد. آیا از منظر دینی ما می‌توانیم قائل به یک مکتب تفسیری بشویم؟ یعنی بگوییم از منظر دینی ما مکتب متن‌گرایی را می‌پذیریم، چون متون اسلامی ما متون منصوص هستند و یک مجتهد، سعی می‌کند که ببیند متن چه بوده، آیا می‌توان این امر را به قانون هم تسری داد؟ آیا می‌توان گفت که اسلام از منظر دینی یک رویکرد تفسیری خاصی را تایید می‌کند؟

❖ همان طور که از خود واژه تفسیر در می‌آید، تفسیر به معنای توضیح، بیان و رفع ابهام یا توضیح ابهام پیش آمده است. تفسیر قانون اساسی به معنای تغییر اصل قانون اساسی نیست، لذا نباید منجر به توسعه‌ی مفهومی خلاف متن یا تغییر مفهومی شود. اگر تفسیر قانون اساسی باعث شود که آن اصل قانون اساسی به شکل موسّع یا به شکل مضیق و مخصّص بیان بشود، این تفسیر نیست. چیزی که قانونگذار اساسی از شورای نگهبان در اصل نود و هشتم^(۱) خواسته است، تفسیر است و نه امری بیشتر. طبعاً در تفسیر، اجتهاد اثر دارد و علاوه بر اجتهاد، گرایش و مکتب حقوقی تفسیر هم اثر دارد. اینکه می‌گوییم اجتهاد اثر دارد بالاخره اطلاق، عموم، تخصیص، تغییر، مفهوم مخالف، مفهوم عدم مخالف، معنای واژه، همه این موارد مربوط به متن اثر خودش را

۱. اصل نود و هشتم: تفسیر قانون اساسی به عهده شورای نگهبان است که با تصویب سه چهارم آنان انجام می‌شو

دارد. مبانی آن اصل، دیدگاه شرع مقدس در مورد آن اصل، همه این‌ها مورد لحاظ واقع می‌شود. اما اجتهاد در یک اصل قانون اساسی باز هم نباید منجر به یک برداشت شخصی شود. در فهم آن اصل باید اجتهاد بشود، نه اجتهاد در استنباط موارد دیگر.

از لحاظ دینی که شما فرمودید، من نظر شخصی‌ام این است و قبلاً هم بحث کرده‌ام که قانون اساسی رساله حکومتیه فقیه حاکم است و این اصول قانون اساسی در واقع مثل مسائل حکومتی می‌ماند که مورد تأیید و امضای ولی فقیه قرار گرفته است. هرگاه ولی فقیه بخواهد یک اصل را بیان بکند، می‌تواند اجتهادش را تغییر بدهد یا اجتهادش را توسعه بدهد و این برداشت ولی فقیه است و نه تفسیر قانون اساسی. اما فقهای شورای نگهبان بر خلاف رهبری حق ندارند اجتهاد کنند، بلکه باید در فهم نص و متن اجتهاد نکنند. پس ما نمی‌توانیم اجتهاد فراتر از متن در تفسیر قانون اساسی داشته باشیم. در مکاتب حقوقی هم بسته به نوع نگاه آنها به قانون اساسی (نرم، سخت، عرفی، مدون) برداشتها و تفاسیر مختلفی را پذیرفته‌اند. در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تفسیر متن محوری مقبول گردیده است. یعنی هر چه که در قانون اساسی آمده، مورد قبول قانون اساسی بوده و هر چه که نیامده این قانون اساسی نیست. لذا استناد به مشروع مذاکرات مجلس بررسی قانون اساسی و شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی در تفسیر یک اصل الزاماً نمی‌تواند استشهاد درستی باشد. ممکن است با توجه به مشروع مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، مراد قانونگذار کاملاً واضح و صریح مشخص باشد، اما در تدوین آن اصل از قانون اساسی، مطلب مزبور را به نحوی نوشته‌اند که یک برداشت دیگری از آن می‌شود. لذا آنچه که در متن آمده اعتبار دارد، نه آنچه که در نیت قانونگذار بوده یا هدف قانونگذار بوده است.

✓ اصل چهارم قانون اساسی گفته کلیه قوانین و مقررات باید منطبق بر موازین اسلام باشد. اما بر اساس اصول هفتاد و دوم، نود و یکم تا نود و ششم قانون اساسی، شورای نگهبان فقط نظارت پیشینی بر مصوبات مجلس دارد و درخصوص نظارت پسینی بر قوانین، تصریحی در قانون اساسی وجود ندارد. آیا نظارت پسینی بر قوانین از لحاظ مطابقت با شرع و قانون اساسی را نمی‌توان از قانون اساسی استنباط نمود؟ به نظر حضرتعالی مناسب‌ترین سازوکار پیشنهادی در این راستا چیست؟

❖ به نظرم اصل چهارم قانون اساسی چنین کششی دارد که بتوان بر اساس آن هم نظارت پیشینی و هم نظارت پسینی را بر مصوبات مجلس اعمال نمود. لکن در حال حاضر متأسفانه در شورای نگهبان فقط به نظارت پیشینی اکتفا شده و نظارت پسینی به صورت جدی عمل نمی‌شود. یکی از علت‌هایی که فقهای شورای نگهبان، نظارت پسینی را بر قوانین اعمال نمی‌نماید، شاید این باشد که وقت کافی نباشد. از لحاظ زمانی و مواعید اصل چهارم محدودیتی وجود ندارد و بر اساس آیین نامه داخلی شورای نگهبان، فقهای این شورا می‌توانند قوانینی را که خلاف شرع است در هر زمان مورد نظارت قرار دهند و می‌توانند بر قوانین از نظر شرعی نظارت پسینی کنند. اما برای این نوع نظارت یعنی نظارت پسینی بر قوانین در عمل خیلی شاهد مثالی نداریم. من یک مثالی بزنم؛ نسبت به استفتائاتی که از مراجع می‌شود، اصولاً مراجع عظام تقلید یک شورای استفتائی دارند و یک دفتر مراجعات شرعی دارند. دفاتر مراجع براساس مبانی آن مرجع تقلید و براساس نظرات خود آن مرجع تقلید به استفتائات جواب می‌دهند. روزانه ممکن است صدها مسئله شرعی بیاید و مرجع نبیند، ولی مهر مرجع خورده است و از جانب آن مرجع پاسخ داده می‌شود. همین مکانیزم در شورا قابل اتباع است. فقهای شورای نگهبان نیز باید یک کمیته‌ای تشکیل بدهند. کمیته‌ای که بر نظرات فقهای شورای نگهبان اشراف کامل داشته باشد. اعضای این کمیته افراد فاضلی باشند و بدانند که معمولاً چه مواردی را فقهای شورای نگهبان خلاف شرع اعلام می‌کنند و چه مواردی را فقهای شورای نگهبان تأیید می‌نمایند. همچنین بتوانند در بعضی از موارد هم از فقهای شورای نگهبان استفتاء بکنند. به نظر این روش و سازوکار یکی از سازوکارهای مطلوب برای تحقق نظارت شرعی پسینی بر قوانین از جانب فقهای شورای نگهبان می‌باشد. این یک روش مطلوب است که باید به تدریج به یک رویه تبدیل شود.

✓ به نظر حضرت‌عالی آیا شورای نگهبان نهادی شایسته و مطلوب برای نظارت بر انتخابات می‌باشد یا خیر؟ نقش شورای نگهبان در صیانت و پاسداری از آراء مردم چگونه ارزیابی می‌شود؟ نسبت شورای نگهبان با سایر نهادهای مشابه در نظام‌های حقوقی مختلف در نظارت بر انتخابات چگونه است؟

❖ نکته اول این است که کارکرد شورای نگهبان از لحاظ نظارت بر انتخابات یک کارکردی است که براساس فرآیند مردم‌سالاری می‌باشد و در واقع قابل دفاع است. این نوع نظارت، تضمین مردم‌سالاری است. یعنی اگر نظارت شورای نگهبان نبود و پیش‌بینی نمی‌شد، ممکن بود که رأی مردم ضایع شود. از این بابت شورای نگهبان امین رأی مردم است. نظارت شورای نگهبان بر انتخابات، باعث پیشرفت مردم‌سالاری و دفاع از انتخاب مردم است. در هر نظام حقوقی در بحث انتخابات یک نهادی باید سلامت انتخابات را تضمین کند. تأیید صحت انتخابات و تأیید صلاحیت کاندیدها را باید نهاد صالحی تأیید کند. اگر این نهاد دولت باشد و یک سازمان وابسته به قوه مجریه باشد، آن موقع کسانی که نماینده می‌شوند، وکیل‌الدوله یا وکیل قوه مجریه می‌شوند. در خصوص نظارت از جانب قوه قضائیه نیز باید گفت، نفس نظارت بر انتخابات ماهیت قضایی ندارد. مجلس شورای اسلامی هم نمی‌تواند نظارت کند. اگر مجلس نظارت نماید، یک نوع تبعیض می‌شود بر علیه کاندیداهایی که در مجلس نیستند و وابسته به حزب خاصی نیستند. لذا یک نهادی باید پیش‌بینی بشود که علاوه بر اشراف کامل نسبت به نظارت بر انتخابات، این نهاد باید وابستگی به مجلس یا قوه مجریه یا به هر نهاد دیگری نیز نداشته باشد. شورای نگهبان با توجه به جایگاهش که نه وابسته به قوه قضائیه، نه مجریه و نه مقننه است و بلکه یک نهاد مستقلی است که ترکیب ویژه‌ای دارد، قانونگذار اساسی تشخیص داده که نظارت بر انتخابات به عهده این نهاد باشد.

در خصوص مقایسه نهادهای متناظر با شورای نگهبان در سایر نظام‌های حقوقی باید گفت که کشورها، روش‌های مختلفی را برای نظارت بر انتخابات در پیش گرفته‌اند. نهاد شورای نگهبان مثل نهاد شورای قانون اساسی در فرانسه است که آنجا هم انتخابات به عهده شورای قانون اساسی است. یک نهاد سیاسی-حقوقی و نه نهاد قضایی است. در نظارت بر انتخابات ما چند حیث داریم، نظارت بر سلامت انتخابات، نظارت بر صلاحیت کاندیدها و... باید دقت بکنیم که نسبت به نامزدهای مجلس در واقع تأیید صلاحیت نامزدها به عهده شورای نگهبان نیست. رد صلاحیت‌ها هم به عهده شورای نگهبان نیست، به عهده هیئت‌های اجرایی است. این نظارت بر هیئت‌ها یک بحث مفصلی بوده که چگونه باشد. طبق اصل ۹۹ قانون اساسی^(۱)، شورای نگهبان

۱. اصل (۹۹) قانون اساسی: «شورای نگهبان نظارت بر انتخابات مجلس خبرگان رهبری، ریاست

این را به عنوان نظارت استصوابی تفسیر کرده است^(۱) و بعداً در قانون انتخابات این نظارت استصوابی و عام ذکر شده است.^(۲) این نظارت استصوابی و عام در واقع از بابت جایگاه برتر شورای نگهبان در صیانت از قانون اساسی باعث صیانت از فرآیند قانونگذاری بر پایه شرع و بر پایه قانون اساسی می‌شود. چون نماینده را می‌بیند که این التزام عملی به احکام اسلام دارد یا نه. با تقوا هست یا نه. به ولایت فقیه معتقد است یا نه، و بقیه مواردی که هست. و این باعث می‌شود که یک مجلسی سر کار بیاید که مجلس متعهد به شرع و متعهد به قانون اساسی باشد. البته این طور نیست که این کار صد در صد پیش برود. ممکن است شبهاتی هم بشود. اما به شکل نسبی قابل توجه است. لذا این باعث صیانت قانون اساسی است. باعث صیانت شرع است. نظارت بر صلاحیت نماینده‌ها باعث صیانت قانون اساسی است و هم باعث صیانت شرع مقدس است. از این بابت به نظر مفید دارد.

اما نظارت شورای نگهبان بر بحث صلاحیت رئیس جمهور آن نظارت اجرایی است. نه نظارت، اسمش را نباید بگذاریم نظارت. یعنی نظارتی نیست. اصل (۱۱۵) قانون اساسی^(۳) شرایطی را برای رئیس جمهور مشخص می‌کند، این شرایط را طبق بند «۹» اصل (۱۱۰) قانون اساسی^(۴) تصریح می‌کند که صلاحیت داوطلبان ریاست

جمهوری، مجلس شورای اسلامی و مراجعه به آراء عمومی و همه پرسی را بر عهده دارد.
۲. نظر تفسیری شماره ۱۲۳۴ مورخ ۱۳۷۰/۳/۱ شورای نگهبان: «نظارت مذکور در اصل (۹۹) قانون اساسی استصوابی است و شامل تمامی مراحل اجرایی انتخابات از جمله تأیید و رد صلاحیت کاندیدها می‌شود»

۳. ماده (۳) «قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی» (مصوب ۱۳۷۸): «نظارت بر انتخابات مجلس شورای اسلامی به عهده شورای نگهبان می‌باشد. این نظارت استصوابی و عام و در تمام مراحل در کلیه امور مربوط به انتخابات جاری است».

۴. اصل (۱۱۵) قانون اساسی: «رئیس جمهور باید از میان رجال مذهبی و سیاسی که واجد شرایط زیر باشند انتخاب گردد: ایرانی الاصل، تابع ایران، مدیر و مدبر، دارای حسن سابقه و امانت و تقوی، مومن و معتقد به مبانی جمهوری اسلامی ایران و مذهب رسمی کشور».

۴. اصل (۱۱۰) قانون اساسی: وظایف و اختیارات رهبر:

۹ - امضا حکم ریاست جمهوری پس از انتخاب مردم. صلاحیت داوطلبان ریاست جمهوری از جهت دارا بودن شرایطی که در این قانون می‌آید، باید قبل از انتخابات به تأیید شورای نگهبان و در دوره اول

جمهوری براساس مواردی که در قانون می‌آید باید قبل از انتخابات به تأیید شورای نگهبان برسد. یعنی تأیید صلاحیت نامزدهای ریاست جمهوری بالمباشره به عهده شورای نگهبان است. اما تأیید صلاحیت نامزدهای مجلس بالمباشره با شورای نگهبان نیست، با هیئت‌های اجرایی است. شورای نگهبان نظارت می‌کند، اما اینجا نه نظارت، بلکه بالمباشره تأیید صلاحیت می‌کند، مرجع عالی و مرجع اصلی است. یعنی غیر از شورای نگهبان مرجعی برای تشخیص صلاحیت‌های ریاست جمهوری وجود ندارد، در حالی که در نامزدهای مجلس مرجع هیئت‌های اجرایی است و شورای نگهبان نظارت می‌کند. انتخابات شورای شهر و روستا که اصلاً با شورای نگهبان نیست.

انتخابات خبرگان از جهت صلاحیت نامزدهای خبرگان این وظیفه در آئین نامه‌ی داخلی مجلس خبرگان و آئین نامه انتخابات بر طبق اصل (۱۰۸) قانون اساسی به «فقهایی» شورای نگهبان واگذار شده، نه شورای نگهبان. یعنی در واقع فقهایی شورای نگهبان صلاحیت نامزدهای مجلس خبرگان را از طریق تفویض اختیاری که مجلس خبرگان به آن‌ها کرده انجام می‌دهد. اما نظارت بر انتخابات خبرگان از لحاظ سلامت انتخابات طبق اصل (۹۹) قانون اساسی^(۱) باز با شورای نگهبان است. و نظارت بر تأیید صلاحیت نامزدهای خبرگان مطابق نظر تفسیری شورای نگهبان که ذکر شد باز هم با کل شورای نگهبان است؛ چون آن تشخیصی که فقها می‌دهند، طبق اصل (۹۹) قانون اساسی کل شورای نگهبان باید از حیث شورای نگهبان یک نظر بدهد و در اصل (۹۹) قانون اساسی واژه نظارت آمده است. می‌گوید شورای نگهبان نظارت بر مجلس خبرگان رهبری، ریاست جمهوری، مجلس شورای اسلامی و مراجعه به آرای عمومی و همه پرسی را به عهده دارد. لذا شورای نگهبان در انتخابات مجلس خبرگان دو وظیفه دارد: یکی تعیین صلاحیت‌های خبرگان است، که از جهت صلاحیت، این وظیفه به عهده فقهاست و این وظیفه از طریق قانون انتخابات خبرگان که مصوب خود خبرگان است به فقها واگذار شده است، وظیفه دوم شورای نگهبان به موجب اصل

به تأیید رهبری برسد».

۱. اصل (۹۹) قانون اساسی: «شورای نگهبان نظارت بر انتخابات مجلس خبرگان رهبری، ریاست جمهوری، مجلس شورای اسلامی و مراجعه به آراء عمومی و همه پرسی را بر عهده دارد».

(۹۹) قانون اساسی نظارت بر انتخابات مجلس خبرگان است که این نظارت هم شامل بعضی از تایید صلاحیت‌ها می‌شود هم شامل اصل صحت و سلامت برگزاری انتخابات خبرگان می‌شود. آن آئین‌نامه می‌گوید صلاحیت‌ها از جهت این موارد به عهده فقهاست، این که اجتهاد داشته باشد در حدی که رهبری را تشخیص بدهد، عدالت و تقوا داشته باشد، بینش سیاسی و اجتماعی داشته باشد، چنانچه فقهای شورای نگهبان این موارد را تشخیص بدهند تمام می‌شود. اما صلاحیت نظارتی شورای نگهبان اینجا سلب نمی‌شود. در جای خودش محفوظ است.

حالا سوال بعدی که ممکن است مطرح بکنید که این است که این فرآیند نظارت شورای نگهبان آسیب‌هایی هم دارد یا نه؟ قطعاً خالی از آسیب نیست و اگر من بخواهم آسیب‌ها را نام ببرم طول می‌کشد. یکی از آسیب‌ها مواعید زمانی است، مدت رسیدگی خیلی کم است و شورای نگهبان نمی‌تواند تحقیقات همه جانبه بکند، لذا گاهی بر اثر همین زمان کوتاه تصمیماتی گرفته می‌شود که دارای اشتباهاتی می‌باشد. آسیب دوم نسبت به بحث شیوه تحقیق شورای نگهبان است؛ که غیر از مراجع چهارگانه تحقیقات محلی هم هست که این در جای خودش درست است، اما ممکن است چون خود شورای نگهبان یک نهاد تحقیقی مستقل به شکل تفصیلی ممکن است نداشته باشد از نظرات مراجع چهارگانه متأثر بشود. در نظرات مراجع چهارگانه دولت می‌تواند نسبت به بعضی جاها که باید رد بشوند اظهارنظر نکند یا مثبت اظهارنظر بکند، در تحقیقات محلی هم شورای نگهبان سازوکار ندارد که تحقیقات مفصل بکند. دفاتر نظارتی این وظیفه را انجام می‌دهند، لکن به دلیل اینکه این‌ها تشکیلات اداری نیستند، شاید نتوانند این کار را بکنند. اینجا هم یک آسیب‌هایی دارد. مثل این آسیب، آسیب‌های دیگر در مورد نحوه رسیدگی مطرح می‌شود. آیا هر پرونده در خصوص صلاحیت نامزدهای انتخابات در صحن شورای نگهبان مطرح می‌شود، یا اینکه یک حقوقدان و یک فقیه نظر بدهند کافی است؟ رابطه صحن شورا با هیئت مرکزی نظارت بر انتخابات چگونه است. بالاخره در عمل اشکالاتی پیش می‌آید، اما در مجموع فرآیند نظارت شورای نگهبان بر انتخابات فرآیند بسیار قابل دفاعی است.

✓ یکی از سؤالات و شبهاتی که درخصوص نظارت شورای نگهبان بر انتخابات مطرح می‌شود، نظارت فقهای این شورا بر صلاحیت کاندیداهای مجلس خبرگان

رهبری است. در حال حاضر، مرجع تأیید صلاحیت نامزدهای خبرگان رهبری، فقهای شورای نگهبان است. همچنین فقهای شورای نگهبان منصوب رهبری هستند. از سویی دیگر خبرگان بر اعمال رهبری نظارت می‌نمایند. لذا این شبهه بوجود می‌آید که این سازوکار به نوعی یک دور محسوب می‌شود، در آن امکان فساد وجود داشته باشد. به نظر حضرت‌عالی آیا ابهام و شبهه مزبور وارد است یا خیر؟

❖ بر اساس اصل ۱۰۸ قانون اساسی، فقهای شورای نگهبان در دوره اول آئین‌نامه‌ای را برای خبرگان تدوین نمودند که به تأیید امام خمینی (ره) نیز رسید. در ادامه بعد از اینکه نمایندگان خبرگان انتخاب شدند بر مبنای همان اصل ۱۰۸ که می‌گوید هر گونه تغییر در قوانین و مقررات و تصویب قوانین بعدی به عهده خود خبرگان است. خبرگان آن آئین‌نامه را عوض نمودند. آئین‌نامه‌ای که فقهای دوره اول شورای نگهبان تدوین کرده بودند، شرط اجتهاد در آن برای خبرگان نبود، بلکه آشنایی با مبانی اجتهاد شرط شده بود. آشنایی با مبانی اجتهاد این است که در حوزه‌های علمیه بزرگ، مثلاً در درس‌های خارج شرکت کرده، طبیعی است که دو نفر از مرجع یا دو مجتهد، گواهی می‌نویسند که این فرد در درس‌هایمان حاضر شده و همین برای آشنایی با مبانی اجتهاد کافی بود. بقیه شرط‌ها هم ساز و کار برایش پیش بینی نکرده بودند که چه کار بکنند. حالا که مجلس خبرگان مستقر شد طبق ذیل اصل ۱۰۸ قانون اساسی، قوانین و مقررات، تشکیلات، تعداد، شرایط و آنچه که مربوط به وظیفه خبرگان است، به عهده خود خبرگان می‌باشد. بعد از تشکیل مجلس خبرگان، این مجلس در آیین‌نامه خود بیان داشت که آشنایی با مبانی اجتهاد کافی نیست. کسی که می‌خواهد رهبرشناس باشد، شرایطی باید داشته باشد. یک، اجتهاد در حدی که توانایی تشخیص رهبری را داشته باشد. دوم، عدالت و تقوا. سوم، بینش سیاسی و... خوب حالا مرجع تشخیص اجتهاد نامزد خبرگان چیست؟ آیا گواهی حضور در درس مراجع و فقهای حوزه می‌توانست مؤید احراز شرایط فوق باشد. از سویی دیگر اگر گواهی اجتهاد را به مراجع واگذار نمایند، اولاً خود مراجع معظم به سختی می‌افتند، ثانیاً در معذوریت قرار می‌گیرند، ثالثاً این امر نیازمند سازوکار قانونی خواهد بود. لذا خبرگان رهبری در دوره اول بیان داشتند که بهترین، سالم‌ترین، مطمئن‌ترین و بی‌طرف‌ترین نهادی که می‌تواند مرجع تشخیص این شرایط باشد، خود فقهای شورای نگهبان

هستند و این وظیفه اجرایی را به فقهای شورای نگهبان سپردند و نه کل شورای نگهبان. در واقع فقهای شورای نگهبان یک وظیفه اجرایی و یک مأموریت از طرف مجلس خبرگان به آن‌ها محول شده، نه از طرف قانون اساسی و نه از طرف رهبری. همچنین باید گفت که چون قانون مزبور یک قانون داخلی خبرگان است، این قابل تغییر است. خود خبرگان می‌توانند این تغییر را بدهند و این جزو وظایف ذاتی فقهای شورای نگهبان نیست. اما تشخیص خبرگان این است که بهترین نهاد ممکن، فقهای شورای نگهبان هستند. فقهای شورای نگهبان نیز در تشخیص اجتهاد نامزدهای خبرگان، آزمون کتبی و مصاحبه شفاهی رو برگزار می‌کنند. البته افرادی که مجتهد مسلم هستند و به واسطه مناصبی و جایگاه قانونی که دارند اجتهادشان مسلم باشد، از این آزمون و مصاحبه معافاند، چون اجتهادشان محرز است. مانند: فقهای شورای نگهبان، رئیس قوه قضائیه، دادستان کل و مراجع عظام تقلید. در خصوص وزیر اطلاعات باید گفت اجتهاد وزیر اطلاعات چون با تشخیص مجلس است و نه مراجع حوزوی یا رهبری، لذا باید فقهای شورای نگهبان، اجتهاد این وزیر را برای عضویت در خبرگان احراز کنند. بنابراین وظیفه‌ای که بر عهده فقهای شورای نگهبان است، مأموریتی از جانب خبرگان می‌باشد که به آنها اعطا شده است و نه از طرف رهبری یا قانون اساسی. علت اینکه چرا این امر به فقهای شورای نگهبان سپرده شده است، آن است که فقهای شورای نگهبان هم از حیث جایگاه فقاها و هم اجتهاد مطلق از صلاحیت لازم برای انجام این امر برخوردار هستند. در خصوص شبهه دور در این زمینه نیز باید ابتدا رابطه خبرگان و رهبری را درست تبیین نماییم. اساساً خبرگان بر رهبری نظارت ندارد (نظارت به مفهوم پارلمانی آن). بلکه خبرگان نظارت دارد بر تداوم صفات رهبری و نه نظارت بر عملکرد رهبری. وظیفه احراز صلاحیت خبرگان از جانب فقهای شورای نگهبان، صلاحیتی است که خبرگان به فقهای شورای نگهبان محول نموده‌اند و امری نیست که از جانب رهبری به فقهای شورای نگهبان محول شده باشد. ثانیاً فرض بر این است که فقهای شورای نگهبان با برخورداری از شرط فقاها، عدالت و امین بودن که همگی یک ابزار کنترل درونی است، هیچ فساد یا شبهه‌ای را در تأیید صلاحیت خبرگان ایجاد نمی‌نمایند.

✓ نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران برای کارمندان و کارکنان خود، اعم از افرادی که در سطوح بالا مانند ریاست جمهوری یا نمایندگی مجلس شورای اسلامی یا سطوح پایین‌تر مانند کارمندان عادی دستگاه‌های اجرایی مشغول به فعالیت می‌شوند، شرایط اعتقادی و اخلاقی را لازم می‌داند. شورای نگهبان در انتخاباتی که بر آنها نظارت دارد، شرایط مزبور را در نامزدهای انتخابات احراز می‌نماید. به نظر حضرتعالی موارد و شرایط اعتقادی و اخلاقی مصرح در قوانین چگونه توجیه می‌گردد؟ همچنین آیا این شرایط با آزادی افراد در تناقض است یا خیر؟ احراز شرایطی چون تعهد و التزام به چه نحوی است؟ آیا شرایط اخلاقی و اعتقادی مزبور، مبنای فقهی دارد؟

یکی از مسائل مورد اتفاق درخصوص تصدی کارگزاران دولت اسلامی این است که کارکنان و کارگزاران دولت اسلامی باید دو ویژگی پایه‌ای داشته باشند. یکی تخصص است و دیگری تعهد و التزام عملی به احکام اسلام که از جمله آن می‌توان به «عدالت» اشاره نمود. یکی از ادله‌ی فقهی شرط مزبور این است که اساساً پست و مقام در اسلام امانت است و نه امتیاز. آیه‌ی شریفه می‌فرماید: «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا»^(۱). و یا امیرالمومنین^(ع) در نامه پنجم نهج البلاغه، خطاب به اشعث بن قیس، استاندار آذربایجان، نوشتند: «وَإِنَّ عَمَلَكَ لَيْسَ لَكَ بِطَعْمَةٍ وَ لَكِنَّهُ فِي عُنُقِكَ أمانةٌ وَ أَنْتَ مُسْتَرْعى لِمَنْ فَوْقَكَ لَيْسَ لَكَ أَنْ تَفْتَنَ فِي رَعِيَّةٍ وَ لَا تَخَاطِرَ إِلَّا بِوَيْفَهِ وَ فِي يَدَيْكَ مَالٌ مِنْ مَالِ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ وَ أَنْتَ مِنْ خِزَانِهِ حَتَّى تُسَلِّمَهُ إِلَىٰ وَ لَعَلَىٰ أَلَّا أَكُونَ شَرًّا وَ لَا يَكْ لَكَ وَ أَلَسَلَامُ»^(۲) بنابراین کسی که می‌خواهد در دولت اسلامی متصدی کاری شود، باید علاوه بر تخصص و علم، به احکام اسلام هم التزام داشته باشد و امانت‌داری‌اش از این جهت است. هم علم و هم التزام عملی. خوب این موضوع در سطوح گوناگون وجود دارد؛ حتی یک کارمند عادی که بخواهد متصدی

۱. سوره‌ی نساء، آیه ۵۳

۲. فرمانداری برای تو، وسیله آب و نان نیست، بلکه امانتی در گردن توست و تو، تحت نظر مافوق خود می‌باشی. حق نداری درباره رعیت استبداد به خرج دهی، و نه به کار عظیمی اقدام کنی، مگر اطمینان داشته باشی که از عهده‌اش بر می‌آیی، اموال خدا، در اختیار توست، و تو، یکی از خزانه‌داران او می‌باشی که آن را به من تسلیم کنی، و من امیدوارم برای تو فرمانروای بدی نباشم. (نهج البلاغه علی (ع)، گردآوری: سیدرضی، ترجمه: محمد تقی جعفری تبریزی (علامه جعفری)، انتشارات موسسه تدوین و نشر آثار علامه جعفری، ۱۳۷۹، ص ۷۹۹)

بشود و در نظام اداری بخواهد اعمال حاکمیت کند، باید از شرایط مزبور برخوردار باشد. در مجلس شورای اسلامی و ریاست جمهوری و همه سطوح گوناگون همین موضوع وجود دارد.

یکی از علل فقهی لزوم شرط تعهد برای کارگزاران دولت اسلامی این است که این افراد می‌خواهند اجرای اسلام کنند و نمی‌شود نسبت به قوانین و مقررات دولت اسلامی بی‌اطلاع باشند و یا غیرمعتقد به مقررات اسلامی باشند. در کتب فقهی نیز برخی از این شرایط برای برخی از مناصب به تفصیل آورده شده است. مثل امام جمعه، که باید عادل باشد. در کتاب الصلاة و در بحث نماز جمعه، در جواهرالکلام عدالت را به دو دسته تقسیم می‌کند:^۱ عدالت در احکام و عدالت در مناصب. عدالت در احکام مثل عدالت امام جماعت. این عدالت، عدالت ظاهری است. اما عدالت در مناصب، این عدالت یک عدالت واقعی است. این عدالت باید احراز بشود. مثلاً عدالت قاضی، که قاضی باید عادل باشد. ادله‌ی بی شماری در مورد عدالت قاضی هست. خود کسی که می‌خواهد قاضی باشد، باید در مقام واقع و نفس الامر هم عدالت داشته باشد و به عدالت خودش معتقد باشد وگرنه نمی‌تواند تصدیق قضا بکند.

از جمله مواردی که در مورد عدالت بحث کرده اند، در حقوق عمومی و موضوع نمایندگی پارلمان و ریاست جمهوری است. چون اشخاص در این مناصب و پست‌ها، اعمال حاکمیت می‌نمایند، لذا باید شرط عدالت را نیز دارا باشند. از همین رو کسی که بخواهد به عنوان نماینده مردم در مجلس یا ریاست جمهوری حاضر شود، باید عدالت و سایر موارد تعهدش توسط شورای نگهبان احراز شود که این برای این منصب حاکمیتی عدالت دارد. لذا در قوانین و مقررات، عدالت به التزام عملی به احکام اسلام به این شکل ترجمه شده است. اعتقاد به ولایت مطلقه و التزام عملی به ولایت مطلقه از باب اطاعت از حکومت است، چون مشروعیتش ناشی از ولایت فقیه است. لذا این بندی که در قانون آمده با عنوان التزام عملی به احکام اسلام و ولایت مطلقه فقیه، ناشی از همین لزوم عدالت است.

۱۰. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، محقق/ مصحح: عباس قوچانی - علی آخوندی، انتشارات دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم، جلد ۱۳، ۱۴۰۴هـ.ق، ص ۲۷۸

علاوه بر تعهد، تخصص نیز لازم است. سؤالی که در اینجا به وجود می‌آید، این است که آیا این مدرکی که لازم هست، مثل لیسانس، فوق لیسانس، دکتری برای محرز شدن تخصص کافی است؟ به نظر می‌آید، این کافی نباشد. مثلاً فرض کنیم، کسی که فوق تخصص مغز و اعصاب است، می‌تواند در یک کمیته کارشناسی پزشکی در مجلس نظر بدهد، اما در مورد قوانین و مقررات پزشکی و خیلی از قوانین و مقرراتی که در مجلس به تصویب می‌رسد، تخصص ندارد و بنابراین نمی‌تواند واقعاً مصلحت عمومی را تشخیص دهد. مصوبات مجلس شورای اسلامی هنگامی که به شورای نگهبان ارسال می‌گردد، شورای نگهبان این مصوبات را تنها از حیث عدم مغایرت با شرع و قانون اساسی کنترل می‌نماید و نه بیشتر. اما آیا این قوانینی که مجلس تصویب می‌کند، مبتنی بر تخصص و کار کارشناسی و رعایت مصلحت عمومی است و توسط متخصصان تدوین شده است؟ پاسخ منفی است. ممکن است لوایحی که از طرف دولت به مجلس فرستاده می‌شود، مبتنی بر تخصص و کار کارشناسی و رعایت مصلحت عمومی باشد. اما مجرای قانون فقط لایحه نیست، بلکه طرح هم هست. در مجلس شورای اسلامی آن رکن مربوط به عدالت و التزام عملی به اسلام و ولایت مطلقه (رکن تعهد) این مورد توجه واقع شده است. اما رکن تخصص در پارلمان مورد توجه واقع نشده است. اما در مورد ریاست جمهوری هر دو رکن تعهد و تخصص مورد توجه واقع شده است. در اصل (۱۱۵) قانون اساسی شرط مدیر و مدبر همان شرط تخصص برای ریاست جمهوری است که رعایت شده است. عدالت هم رعایت شده، آنجایی که گفته عدالت و تقوا (رکن تعهد). در مجلس خبرگان نیز دو شرط تعهد و تخصص لحاظ شده است. ازجمله شرایط لازم برای خبرگان رهبری علاوه بر اجتهاد -در حد اینکه بتوانند رهبر را تشخیص بدهند- عدالت، تقوا، بینش سیاسی و اجتماعی لازم دانسته شده است. پس بر مبنای قاعده کلی هر شخص در هر پست و مقامی به عنوان کارگزار دولت اسلامی، هم نیازمند عدالت است و هم شرط تخصص را باید دارا باشد.

✓ آخرین سوال ناظر به این است که در بسیاری از کشورها دادگاه قانون اساسی وجود دارد، اما در کشورمان برای شورای نگهبان چنین نقشی را قائل نشدیم که کسی بتواند از قوانین یا مصوبات مجلس به استناد مغایرت با قانون اساسی یا شرع، به شورای نگهبان مستقیماً مراجعه کند. ضمن اینکه خود شورا هم معمولاً مستقیماً ورود پیدا نمی‌کند

که فلان قانون مغایر شرع یا قانون اساسی است. آیا چنین ظرفیتی در قانون اساسی وجود دارد که شورای نگهبان تبدیل به یک دادگاه قانون اساسی هم بشود؟

❖ در کشورهایی که دادگاه قانون اساسی دارند، این دادگاه حق ابطال قانون را ندارد و حق نقد قانون را ندارد، اما این دادگاه به شکایات خصوصی نسبت به کسانی که از آنها سلب حق می‌شود، رسیدگی می‌نماید. اگر قانونی خلاف قانون اساسی بود، این دادگاه می‌تواند رسیدگی کند و حق آن را استیفا کند. در حالی که سیستم کنترل قوانین و مقررات در جمهوری اسلامی ایران به واسطه شرع و قانون اساسی به شکل مضاعف (به واسطه شرع و قانون اساسی) است و با دادگاه قانون اساسی فرق می‌کند. شورای نگهبان با مدل دادگاه قانون اساسی و حتی مدل شورای قانون اساسی فرانسه یا مدل قانون اساسی آمریکا و کشورهایی که این مدل را گرفتند، تفاوت دارد. به نظر بنده، ما در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران با وجود نهادهایی مانند شورای نگهبان و دیوان عدالت اداری، می‌توانیم یک دادگاهی در قوه قضاییه به نام «دادگاه قانون اساسی برای رسیدگی به جرائم علیه قانون اساسی» داشته باشیم، مثل بازداشت طولانی مدت و نقض اصول فصل سوم (حقوق ملت) که این دادگاه می‌تواند به این جرایم رسیدگی نماید. شورای نگهبان، طبق اصل (۴) قانون اساسی هر زمانی که لازم بداند، می‌تواند قوانین مغایر با شرع را ابطال نماید. اما رویه شورای نگهبان درخصوص قوانین مغایر با قانون اساسی بدین شکل نیست و به نظر بنده به این رویه نقد وارد است و شورای نگهبان می‌تواند به قوانین مغایر با قانون اساسی نیز به صورت پسینی نظارت نماید. لذا با توجه به صلاحیت‌های مقرر برای شورای نگهبان، نمی‌توانیم دادگاه قانون اساسی برای ابطال قوانین تشکیل دهیم، اما می‌توان دادگاه قانون اساسی برای رسیدگی به جرائم علیه قانون اساسی تشکیل داد.

امام خمینی (ره):

و از شورای محترم نگهبان می‌خواهم و توصیه می‌کنم، چه در نسل حاضر و
چه در نسل های آینده که با کمال دقت و قدرت و طایف اسلامی و ملی خود
را ایضا و تحت تاثیر هیچ قدرتی واقع نشوند و از قوانین مخالف با شرع مطهر و
قانون اساسی بدون هیچ ملاحظه ای 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