

## مقاله پژوهشی:

# مدیریت نظام تقنینی کشور؛ نظارت پسینی اساسی و شرعی شورای نگهبان بر قوانین

محمد حسن پور<sup>۱</sup>، خیراله پروین<sup>۲</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۵/۲۰

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۴/۰۵

## چکیده

مدیریت نظام قانون‌گذاری در هر جامعه‌ای از جمله فرائض مهم حقوقی و سیاسی و رسالت‌های مهم حاکمیت است. مبتنی بر اصل سلسله‌مراتب هنجاری به‌عنوان یکی از اصول طراحی نظام مدیریت قانون‌گذاری کشور، نظارت بر قوانین بر مبنای دو شاخص مطابقت با موازین شرعی و قانون اساسی پیش‌بینی شده است. نظارت پیشینی شرعی و اساسی بر قوانین در اصول قانون اساسی تصریح شده است. لیکن در خصوص امکان نظارت پسینی شرعی و اساسی بر قوانین، در نظام حقوقی ایران وحدت‌نظر وجود ندارد. با توجه به اهمیت این موضوع در این مقاله به شیوه تحلیلی توصیفی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و استناد به قوانین و مقررات، مسئله فوق مورد بررسی قرار گرفت. تحقیقات انجام شده نشان داد که بر اساس اصل ۴ قانون اساسی نظارت پسینی شرعی فقهای شورای نگهبان بر قوانین لازم الاجرا (اعم از قوانین مصوب قبل و بعد از انقلاب) در ایران شناسایی شده است؛ لیکن برای تامین امنیت حقوقی شهروندان و جلوگیری از تزلزل قوانین و... نتیجه‌گیری شد که این موضوع با اجماع فقهای شورای نگهبان امکان‌پذیر است. در خصوص نظارت پسینی اساسی برخی نویسندگان مبتنی بر این استدلال که قانون اساسی خود از مصادیق موازین اسلامی به‌شمار می‌آید، نظارت پسینی اساسی بر قوانین را شناسایی کرده‌اند، اما بررسی‌های انجام گرفته نشان داد که این موضوع در نظام حقوقی ایران فاقد مبنای قانونی بوده و قابل اعمال نیست.

**کلیدواژه‌ها:** مدیریت نظام قانون‌گذاری، شورای نگهبان، نظارت پسینی بر قوانین، امنیت حقوقی.

۱. عضو هیأت علمی دانشگاه جامع امام حسین (علیه‌السلام)، نویسنده مسئول؛ رایانامه:

hr.mohammad@ymail.com

۲. عضو هیأت علمی دانشگاه تهران

## مقدمه

نظام تقنینی کشور به مجموعه‌ای از ساختارها، فرآیندها و هنجارهایی اطلاق می‌شود که مبتنی بر آن قانون در هر نظام حقوقی تصویب و لازم الاجرا می‌شود. مدیریت این نظام به گونه‌ای که از دل این ساختارها، هنجارها و فرآیندها بهترین قوانین تصویب و به اجرا گذارده شود، مسئله‌ی مهمی است که هر نظام حقوقی باید بدان توجه کند. در نظام حقوقی ایران یکی از مهم‌ترین مراحل قانون‌گذاری که مدیریت مطلوب و شایسته آن می‌تواند به بهسازی نظام تقنینی کشور کمک شایانی نماید مدیریت فرآیندها و شیوه نظارت بر قوانین است.

نظارت بر قانون‌گذاری پیشینه‌ی تاریخی روشنی در تاریخ معاصر کشور ما دارد. اصل دوم متمم قانون اساسی مشروطیت به این مهم اختصاص یافته است که به «اصل طراز» معروف است. طبق این اصل اظهار نظر در برابر ماهیت شرعی مصوبات مجلس شورای ملی به عهده‌ی «مجتهدین طراز اول» بوده است.

پس از انقلاب اسلامی و در هنگام تصویب قانون اساسی، دغدغه غالب نمایندگان مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، تأسیس نهادی برای پاسداری از احکام شریعت بود و همین امر نیز موجب شد علاوه بر تصویب اصل چهارم، در اصول متعددی لزوم عدم مغایرت امور در نظام جمهوری اسلامی با شرع مقدس، مورد تصریح و تأکید قرار گیرد (درویشوند، راجی، ۱۳۹۰: ۱۰۵).

به نظر می‌رسد هدف از تعیین فقهای شورای نگهبان، پرهیز از ایجاد مراجع متعدد برای تضمین اسلامی بودن قوانین و مقررات بوده است و نمی‌توان به استناد اصول ۹۱ الی ۹۷ قانون اساسی، وظیفه فقهای شورای نگهبان را منحصر به تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس با شرع دانست؛ بلکه به استناد اصل چهارم قانون اساسی، دایره صلاحیت فقهای شورای نگهبان، وسیع‌تر از نظارت بر مصوبات مجلس شورای اسلامی است (عمید زنجانی و موسی‌زاده، ۱۳۸۹: ۱۲۱).

شورای نگهبان از جمله نهادهایی است که در حقوق عمومی تطبیقی در شمار سازمان‌های دادرسی اساسی به حساب می‌آید. دادرسی اساسی مفهومی برآمده از دغدغه‌های دموکراسی‌خواهی، تضمین حق‌ها و آزادی‌ها، تحدید و تنظیم قدرت و در یک کلام، صیانت از برتری هنجاری قانون اساسی در نظم سلسله‌مراتبی حقوق است. نهاد شورای نگهبان گرچه از لحاظ شکلی به الگوبرداری از شورای قانون اساسی فرانسه، پرداخته است از لحاظ بافت عضوی، رویه‌ها و صلاحیت‌ها تفاوت‌های جدی با آن دارد. مهم‌ترین تفاوت کارکردی شورای نگهبان با نهادهای دادرسی اساسی در دولت‌های مدرن، کارکرد شریعت‌مدارانه این نهاد در اصول قانون اساسی است (گرگی ازندریانی، ۱۳۹۷: ۱۵۳).

علاوه بر نظارت شرعی، نظارت اساسی بر قوانین نیز در صلاحیت شورای نگهبان است. نظارت اساسی از طریق دادرس اساسی صورت می‌گیرد. نخستین مبنا بر لزوم وجود سازکاری به‌عنوان دادرس اساسی، اصل برتری قانون اساسی و لزوم حفظ این برتری است؛ به‌عبارت‌دیگر با پذیرش این اصل که قانون اساسی هنجار برتر است، می‌توان نظر به نهادینه‌کردن دادرس اساسی داد. دومین مبنا مهم که برای دادرس اساسی عنوان می‌شود، لزوم حفظ دموکراسی است؛ یعنی به‌واسطه دادرس اساسی، دموکراسی و هنجارهای مبتنی بر آن حفظ می‌شود (جلالی و سعیدی روشن، ۱۳۹۴: ۸۳).

نظارت شورای نگهبان را می‌توان در یک تقسیم‌بندی به نظارت بر مصوبات مجلس به اعتبار اساسی بودن و شرعی بودن و نیز نظارت بر مصوبات دولت از حیث شرعی بودن و از طریق دیوان عدالت اداری تقسیم کرد. با توجه به مبانی دادرسی اساسی، پیش‌بینی چنین نهادی بر وجود سلسله‌مراتب قوانین در نظام حقوقی ایران دلالت دارد (منصوریان و آگاه، ۱۳۹۰: ۲۱۶).

مسئله و چالش اصلی در این مقاله، بررسی نظارت پسینی شورای نگهبان از نوع شرعی و اساسی بر قوانینی است که قبل از پیروزی انقلاب اسلامی توسط مراجع صالح به تصویب رسیده‌اند و یا پس از انقلاب توسط خود شورا تایید شده‌اند. ارائه راهکاری جهت مطلوب‌سازی این نوع نظارت به‌گونه‌ای که ضمن رعایت دقت‌های حقوقی، حقوق و آزادی‌های اشخاص و نیز اصل امنیت حقوقی نیز مورد خدشه قرار نگیرد، هدف نگارندگان در نگارش این مقاله است. فرضیه پژوهش بر این مبنا استوار است که در فرض پذیرش نظارت پسینی بر قوانین، اعمال این مهم باید به‌گونه‌ای صورت پذیرد که اصول مبنایی دانش حقوق از جمله اصل امنیت حقوقی، ثبات قوانین و... مخدوش نشود. برای پاسخ به این موضوع در این مقاله به شیوه توصیفی-تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای ابتدا نظارت پسینی بر قوانین امکان-سنجی خواهد شد (بند ۱)، سپس فرآیند نظارت شرعی پسینی و شیوه مطلوب اعمال آن بررسی می‌شود (بندهای ۲ و ۳) و در نهایت ضمن تبیین امکان نظارت پسینی اساسی بر قوانین، آثار فرض مطلوب در خصوص نظارت پسینی در قوانین، تبیین می‌شود (بندهای ۴ و ۵).

## مبانی نظری پژوهش

### ۱. امکان یا عدم امکان نظارت پسینی بر قوانین

نظارت پسینی بر قوانین یکی از مباحث چالش‌برانگیز در نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران است و اعمال آن موافقان و مخالفانی را به همراه دارد.

### ۱-۱. فرض عدم امکان نظارت پسینی شرعی و اساسی شورای نگهبان

تعداد قابل توجهی از قوانین فعلی که در نظام جمهوری اسلامی ایران حاکم است، مصوب مجلس شورای ملی و مربوط به زمان استقرار قانون اساسی مشروطه است. قوانینی چون قانون مدنی، قانون تجارت و ... از جمله این موارد هستند.

به موجب اصل دوم متمم قانون اساسی مشروطه (اصل تراز)، مصوب سال ۱۲۸۶ شمسی، مصوبات مجلس شورای ملی نباید مخالفی با قواعد مقدسه اسلام داشته باشد و تشخیص مخالفت قوانین با قواعد اسلامی بر عهده فقها و علمایی است که شرایط مذکور در این اصل را دارا بوده، لکن چون این اصل از ضمانت اجرایی صریح و مکفی برخوردار نبوده است در عمل می توان گفت که این اصل از جمله اصول متروک قانون اساسی مشروطه بوده و عمل به آن به بوته فراموشی سپرده شد. حال این سؤال پیش می آید که آیا این قوانین که قبل از قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به تصویب رسیده اند و عملاً نظارت شرعی بر آنها حاکم نبوده است، مشمول حکم اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران قرار می گیرند و باید فقهای شورای نگهبان آنها را از حیث انطباق با موازین اسلامی مورد ارزیابی قرار دهند و امکان ابطال آنها به موجب اصل چهارم وجود دارد یا خیر؟ در این زمینه، میان حقوقدانان، اختلاف نظر وجود دارد.

برخی معتقدند که نظارت شورای نگهبان بر قوانین از حیث انطباق با موازین اسلام، تنها شامل قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی می شود و دامنه شمول این اصل را نمی توان به قوانین مجلس شورای ملی، تسری داد.

این دسته از حقوقدانان معتقدند اصل چهارم که در فصل اول قانون اساسی آمده و از جمله «اصول کلی» تلقی می شود در مقام بیان اصل صلاحیت فقهای شورای نگهبان است، نه حدود و ثغور آن؛ به عبارت دیگر، آنان معتقدند که عموم و اطلاق مطروحه در قسمت دوم اصل چهارم، ناظر به بیان اصل صلاحیت فقهای شورای نگهبان در انطباق قوانین با موازین اسلام است و در تبیین جزئیات این اصل باید به اصول دیگر مراجعه کرد. لذا «اصل چهارم، فقط ناظر به اصول ۷۲، ۹۱، ۹۴، ۹۶ و اختیارات و وظایف شورای نگهبان، محدود به اصل ۹۱ تا ۹۹ است و از آن فراتر نمی رود و بالطبع شامل قوانین مصوب قبل از انقلاب... نمی شود» (خامنه ای، ۱۳۶۸: ۲۶) در تأیید همین دیدگاه می توان به سخنان شهید بهشتی در جلسه سیزدهم خبرگان قانون اساسی اشاره کرد که مقرر می فرمایند: «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 و وظایف قوه مقننه می‌گوییم طبق اصل چهارم، قوه مقننه حدود اختیارش تا آن اندازه است که با موازین اسلامی، اصطکاک پیدا نکند...» (صورت مشروح مذاکرات مجلس قانون اساسی، ۱۳۶۱: ۳۱۵). علاوه بر این دلیل، برخی از حقوقدانان، ابطال قوانین پیش از انقلاب را از سوی فقهای شورای نگهبان، موجب اخلال و بی‌نظمی در جامعه می‌دانند. آنها بیان می‌کنند که «... نظام قانونی کشور، مبتنی بر قوانین عدیده و پرشماری است که اکثریت آنها مصوب قبل از تأسیس نظام جمهوری اسلامی و مجلس شورای اسلامی است ... تعطیل و توقف این‌گونه قوانین نوعاً موجب اختلال و بی‌نظمی در جامعه خواهد بود» (جوان آراسته، ۱۳۸۲، ص ۹۴).

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 مستقیمی را در اصول خود برای این مسئله پیش‌بینی نکرده است. حقوقدانان نیز بر خلاف بحث نظارت شرعی بر قوانین مذکور، در بحث نظارت از حیث عدم مغایرت با قانون اساسی ورود نکرده‌اند. 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 این فرضیه مطرح است: که عدم صلاحیت شورای نگهبان در نظارت بر قوانین مذکور از حیث عدم مغایرت با قانون اساسی پذیرفته، مبتنی بر این دلیل است که بر اساس یک اصل کلی در علم حقوق، اصل بر عدم صلاحیت در حقوق عمومی است و 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. از این رو 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 است (فلاح زاده، درویش متولی، ۱۳۹۲: ۱۱۲).

## ۲-۱. فرض امکان نظارت پسینی شرعی و اساسی شورای نگهبان

اکثریت حقوقدانان، معتقد به صلاحیت شورای نگهبان در اظهار نظر شرعی نسبت به قوانین قبل از انقلاب هستند. آنان معتقدند اصل چهارم قانون اساسی از صراحت لازم در این زمینه برخوردار است. اطلاق و عموم قوانین می‌تواند مورد ارزیابی فقهای شورای نگهبان قرار گیرد. پس «هیچ قانون مغایر موازین شرع نمی‌تواند در نظام جمهوری اسلامی ایران، قدرت اجرایی داشته باشد. بنابراین، قوانین قبل از

انقلاب که مخالف موازین اسلامی هستند، نمی‌توانند در مملکت مجری باشند. حال اگر مجلس شورای اسلامی به این قوانین نپرداخت و در مقام نسخ و اصلاح آنها برنیامد، فقهای شورای نگهبان که طبق اصل مزبور (اصل چهارم) مشخص این امر هستند، می‌توانند تشخیص خود را مبنی بر مغایرت این قانون با موازین شرعی اعلام دارند و این تشخیص، معتبر و قابل ترتیب اثر است» (مهرپور، ۱۳۷۲: ۶۹).

علاوه بر دو دلیل «صراحت لازم اصل چهارم» و «لزوم اسلامی بودن قوانین»، برخی از حقوقدانان با استناد به اصل ۱۷۰ قانون اساسی و ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری<sup>۱</sup> گفته‌اند: «... چگونه می‌توان گفت آیین‌نامه‌های دولتی مصوب قبل از انقلاب، اگر خلاف شرع بود، از عمل به آن خودداری و با تشخیص شورای نگهبان، مبنی بر مغایر با موازین شرع [بودن] ابطال شود، ولی قوانین مصوب پیشین همچنان باید مورد عمل قرار گیرد» (مهرپور، ۱۳۷۴: ۲۳-۲۲).

در پاسخ به قائلین عدم صلاحیت فقهای شورای نگهبان در اظهار نظر نسبت به قوانین پیش از انقلاب در استناد به بیانات شهید بهشتی در مجلس خبرگان قانون اساسی نیز، حقوقدانان عقیده دارند که «استناد به سخنان نایب‌رئیس مجلس خبرگان نیز قابل قبول نیست؛ زیرا فضای طرح مطلب به کلی بیگانه از چیزی است که مورد استناد قرار گرفته است... سخن نایب‌رئیس مجلس [خبرگان] در مقام رفع این نگرانی و تأکیدی بر این نکته است که در اصول کلی، ذکر لزوم انطباق با موازین اسلامی یکبار کافی است و تکرار آن ضرورتی ندارد...» (جوان آراسته، ۱۳۸۲: ۹۵).

با بررسی و تحلیل ادله فوق، می‌توان گفت که نظر دوم به صواب نزدیک‌تر است. همانطور که گفته شد اطلاق و عموم مطروحه در اصل چهارم، بیانگر ضرورت حکومت اسلام بر کلیه قوانین و مقررات، اعم از مصوبات پیش از انقلاب و بعد از آن است. همچنین برخی از حقوقدانان، با یک نگاه و تحلیل غایت‌گرا به اصل چهارم، عقیده دارند که «از قوانین لازم‌الاجراء همچون قوانین مصوب قبل از پیروزی انقلاب اسلامی... می‌توان در نزد فقهای شورای نگهبان به ادعای مغایرت آنها با هنجار برتر (شریعت اسلام) شکایت کرد» (موسی‌زاده، ۱۳۸۹: ۳۴۱).

نظرات تفسیری شورای نگهبان و رویه عملی این شورا نیز مؤید دیدگاه دوم است. شورای نگهبان در نظر تفسیری شماره ۱۹۸۳ مورخ ۱۳۶۰/۲/۸ به اتفاق آرای اعضاء در خصوص دامنه شمول نظارت فقهی این شورا بر قوانین پیش از انقلاب چنین اظهار می‌دارد: «مستفاد از اصل ۴ قانون اساسی این است که

۱. ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری کنونی

به طور اطلاق، کلیه قوانین و مقررات در تمام زمینه‌ها باید مطابق موازین اسلامی باشد و تشخیص این امر به عهده فقهای شورای نگهبان است...» (مجموعه نظریات شورای نگهبان، ۱۳۸۹: ۴۲).

همانگونه که گفته شد این نظر تفسیری در رویه شورا نیز لحاظ شده است. از مصادیق اجرای این نظر تفسیری، می‌توان به ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی مصوب سال ۱۳۱۴ شمسی اشاره کرد که فقهای شورای نگهبان این ماده را در سال ۶۷، مغایر شرع اعلام و ابطال کرده‌اند. در عمل نیز مراجع قضایی از سال ۱۳۶۷ تا کنون به این ماده استناد نمی‌کنند.

در مقابل استدلال مذکور 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 برای اثبات حقانیت خود مطرح می‌کند. اول آن‌که بر اساس اصل چهارم قانون اساسی کلیه قوانین حاکم در جمهوری اسلامی باید مبتنی بر موازین شرعی باشد و تخلف از آنها برای هیچ کس جایز نیست. از این رو، هر فعل یا ترک فعلی که مغایر با قانون اساسی باشد به طریق اولی مغایر با شرع هم خواهد بود (موسی زاده، ۱۳۸۹: ۳۴۰).

در خصوص نظارت پسینی اساسی نیز باید گفت که یک نظر آن است که قانون اساسی یکی از اقسام و شقوق موازین اسلامی است و دامنه تعریف موازین اسلامی با تفسیر موسع شامل قانون اساسی نیز می‌شود و بر اساس اصل چهارم، 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. علاوه بر دلیل مذکور، دلیل دیگری نیز قابل ذکر است: با توجه به این که مبنای پذیرش و گردن نهادن به قانون اساسی، تنفیذی است که از جانب ولی فقیه صورت گرفته، قانون اساسی همچون حکمی از احکام حکومتی ولی فقیه است و حکم حکومتی یکی از احکام شرع تلقی می‌شود و از سوی دیگر اگر شورای نگهبان و به‌ویژه 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 نیز در صورت مغایرت با قانون اساسی، در اصل مغایر حکم حکومتی ولی فقیه است و از این نظر، فقهای شورای نگهبان صلاحیت ابطال قوانین مذکور را به استناد مغایرت با قانون اساسی خواهند داشت و از این نظر، فقهای شورای نگهبان صلاحیت ابطال قوانین مذکور را به استناد مغایرت با قانون اساسی (حکم حکومتی ولی فقیه) خواهند داشت (فلاح زاده، درویش متولی، ۱۳۹۲: ۱۱۴).

## ۲. انواع نظارت پسینی شرعی شورای نگهبان بر قوانین

نظارت پسینی شرعی شورای نگهبان، تنها منحصر به قوانین مصوب پیش از انقلاب نیست؛ بلکه اساساً شامل قوانینی نیز می‌شود که توسط خود شورا تایید شده‌اند. همچنین نظارت شرعی شورا بر مقررات اداری نیز در همین قسمت قابل بررسی است.

### ۲-۱. نظارت پسینی شورای نگهبان بر قوانین مصوب قبل از انقلاب اسلامی

در پی پیروزی انقلاب اسلامی و تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، به موجب اصل چهارم مقرر شد تمامی قوانین و مقررات مطابق شرع به تصویب برسند و معیار در این میان تصمیم و نظر اکثریت فقهای شورای نگهبان است. اما با این وجود تکلیف قوانین مصوب مجلس شورای ملی از سال ۱۲۸۵ تا سال پیروزی انقلاب اسلامی و تشکیل اولین دوره شورای نگهبان (سال ۱۳۵۹) مشخص نبود. اگر چه فحوی کلام نمایندگان مجلس بررسی نهایی قانون اساسی در مذاکرات تدوین این قانون و اطلاق موجود در اصل چهارم قانون اساسی لزوم هماهنگی این دسته از قوانین را اثبات می‌کند، ولی با این حال لازم است این مسئله به طور خاص مورد بررسی قرار گیرد و ابعاد اجرایی آن پیش‌بینی و تدارک شود.

در خصوص پایش قوانین مصوب پیش از انقلاب به نظر می‌رسد علاوه بر نکته فوق، مناسب‌ترین راهکار، ایجاد سازوکار جامع پایش و اصلاح قوانین مغایر شرع است تا پس از طی فرایند لازم و اصلاح یا تصویب کردن قانون مناسب، قوانین خلاف شرع، نقض و ابطال و از منظومه قوانین کشور حذف شوند. یکی از مسائل مطرح در مورد نظارت شورای نگهبان، بحث نظارت بر قوانین مصوب قبل از انقلاب اسلامی است. آیا شورای نگهبان می‌تواند راساً به بررسی آن قوانین بپردازد و اگر آنها را مغایر با شرع یافت، اقدام به ابطال آنها نماید؟

در این موارد موضوع اعلام مغایرت و آثار حقوقی آن تا حدود قابل ملاحظه‌ای از موارد قبلی متفاوت است؛ زیرا در این موارد در حقیقت، اعلام نظر فقهای شورای نگهبان به معنای ابطال قانون سابق است؛ پس جنبه کنشی، پیشینی و پیشگیری از اعتبار قانون در حال شکل‌گیری ندارد؛ بلکه جنبه پسینی و واکنشی و تهاجمی دارد (حسینی بهشتی، ۱۳۸۰: ۶۹).

قائلان به عدم صلاحیت شورای نگهبان در این خصوص استدلال می‌کنند که اولاً شورای نگهبان برای بررسی «مصوبات مجلس شورای اسلامی» تشکیل شده است و مصوبات غیر آن، اعم از مصوبات مجلس شورای ملی قبل از انقلاب و شورای انقلاب در صلاحیت آن گذاشته نشده است.



دوم اینکه، در اصول قانون اساسی که مبنای تشکیل شورای نگهبان است، چنین اختیاری برای شورای نگهبان تعریف نشده است. ثالثاً تنها مستندی که می‌توان برای صلاحیت شورای نگهبان در این مورد ارائه کرد، ذیل اصل ۴ قانون اساسی که البته قابل پذیرش نیست؛ چرا که این اصل صرفاً مرجعیت شورای نگهبان در مورد تشخیص مغایرت یا عدم مغایرت قوانین و مقررات با شرع و قانون اساسی را بیان می‌کند ولی جزئیات آن و چگونگی انجام این امر در اصول بعدی قانون اساسی ذکر شده است. اصل چهارم در اصول کلی قانون اساسی آمده است و باید آن را با توجه به اصول مربوطه بعدی تفسیر کرد که از آنها چنین صلاحیتی برای شورای نگهبان به دست نمی‌آید.

این نویسندگان در ادامه بیان می‌دارند: که اصل ۴ جزء اصول کلی است که جزئیات آن در اصول دیگر قابل پیگیری است و طبق بررسی، شورای نگهبان تنها می‌تواند مانع قانون‌گذاری نامشروع شود و نمی‌تواند در مورد ابقاء یا نسخ قوانین تصمیم‌گیری کند و مسئله بررسی قوانین سابق باید توسط کمیسیون ویژه‌ای در مجلس به تدریج مورد مطالعه قرار گیرد (هاشمی، ۱۳۸۱: ۲۴۱).

بدون دخالت مجلس شورای اسلامی، شورا ابتدا به ساکن نمی‌تواند به بررسی این قوانین بپردازد و در خصوص نظارت فقها از طریق اصل چهارم قانون اساسی، تدبیر خاصی در مورد این نظارت پیش‌بینی نکرده است (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۲۹).

چهارم اینکه، عدم صلاحیت شورای نگهبان در این امر، ملازم با نقض غرض قانون‌گذار اساسی در اجرا شدن قوانین عدم مغایر شرع در کشور نیست چرا که در صورتی می‌توان قائل به چنین تلازمی شد که مرجع دیگری برای این امر نباشد ولی حال که مراجعی جهت این امر پیش‌بینی شده است، تلازم مذکور وجود نخواهد داشت. اولین آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی، کمیسیونی به نام «کمیسیون ویژه برای بررسی قوانین شورای انقلاب و قبل از انقلاب» تشکیل داد. بر اساس ماده ۶۱ آیین‌نامه مذکور، این کمیسیون به منظور رسیدگی به قوانین گذشته، اعم از قوانین شورای انقلاب و قوانین قبل از انقلاب تشکیل می‌شود.»

علاوه بر موارد مذکور در بالا، پذیرش و اجرایی کردن صلاحیت‌های فقهای شورای نگهبان در نظارت بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین مصوب پیش از آن سبب می‌شود که امکان مواجه شدن جامعه و حکومت با خلا قانونی پیش آید و در این صورت، فساد ناشی از خلا به مراتب بالاتر از حالتی است که در آن قوانین اسلامی حاکم نباشد (هاشمی، ۱۳۸۰: ۲۴۴).

## ۲-۲. نظارت پسینی شورا بر قوانین عادی لازم‌الاجرا (تایید شده توسط شورای نگهبان)

دستور کار فقهای شورای نگهبان از سه قسم خارج نیست: قسم نخست، متنی است که مصوبه مجلس شورای اسلامی است و در مقام اجرای اصول ۹۴ و ۹۵ قانون اساسی به این شورا ارسال شده است یا اساسنامه مصوب هیئت وزیران است که به استناد ذیل اصل ۸۵ قانون اساسی برای شورای نگهبان ارسال می‌شود. قسم دوم، موردی است که قانونی که لازم‌الاجرا است در دستور کار فقهای شورای نگهبان قرار گرفته باشد، اعم از این که پیش از آن توسط شورای نگهبان مورد نظارت قرار گرفته است یا قوانین پیش از انقلاب و نظایر آن باشد. قسم سوم، موردی است که مقرراتی در دستور کار فقهای محترم شورای نگهبان قرار گرفته است و درخواست ابطال آنها به دلیل مغایرت با موازین شرعی مطرح شده است (فراهانی، حاجی علی خمسه، ۲۱۹).

قانون‌گذار اساسی، موضوع ضمانت اجرای قانون اساسی و تعیین آن را مدنظر داشته و از آن عبور نکرده است، بلکه مرجعی متمرکز و همراه با نظارت پسینی بر تمامی قوانین و مقررات پیش‌بینی و تصویب کرده است؛ به عبارت دیگر، بر اساس اصل چهارم قانون اساسی، تضمینی بهتر و مطمئن‌تر صورت گرفته است ولی متأسفانه در مرحله اجرا و عمل مغفول مانده است و به آن توجهی صورت نگرفته است. یکی از دلایل اصلی مغفول ماندن موضوع این است که اصل چهارم در ارتباط با اصول ۹۱ تا ۹۹ قانون اساسی تعبیر شده است در حالی که موضوع چنین نبوده است. بلکه فقهای اصل ۹۱ قانون اساسی صرفاً از نظر عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با موازین شرع و قانون اساسی شکل گرفته است در حالی که فقهای اصل چهارم از نظر عدم مغایرت همه قوانین و مقررات (اعم از مصوبات مجلس شورای اسلامی و غیر آن) شکل گرفته است. باید توجه داشت که نظارت بر قانون اساسی و تضمین آن توسط مرجع اصل چهارم علاوه بر این که به لحاظ استقلال و عدم وابستگی آنها به قوای سه گانه با اصل استقلال و تفکیک قوا سازگار است، با روح حاکم بر قانون اساسی نیز منطبق است (موسی-زاده، ۱۳۸۸: ۷۸).

عبارات اصل ۴ قانون اساسی بیان‌گر آن است که همه‌ی قوانین و مقررات لازم‌الاجرا در کشور باید بر اساس موازین اسلامی باشد و این اصل هیچ استثنایی را بر نمی‌تابد. عبارت صدر اصل ۴ قانون اساسی با استفاده از عبارت «کلیه‌ی قوانین و مقررات» همه‌ی قواعد لازم‌الاجرا در نظام جمهوری اسلامی را در بر می‌گیرد. پس از آن قانون‌گذار اساسی از باب مثال به چندین حوزه از جمله قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی و سیاسی اشاره می‌کند، اما بلافاصله با عبارت «و غیر

این‌ها» راه را برای تفسیر حصری از این اصل می‌بندد. قانون‌گذار اساسی به این میزان اکتفا نکرده و سپس بر حکومت مفهوم اصل ۴ بر اطلاق و عموم اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر نیز تاکید می‌کند. آنچه از اصل ۴ قانون اساسی بر می‌آید آن است که هیچ‌یک از قوانین و مقررات لازم‌الاجرا در جمهوری اسلامی ایران نباید مغایر با موازین اسلامی باشد و نهاد متولی تشخیص این امر فقهای شورای نگهبانند که می‌توانند در صورت مشاهده‌ی قوانین و مقررات مغایر اسلام، اعمال نظارت شرعی کنند. ضمناً با دقت نظر در مباحث مطرح در مشروح مذاکرات مجلس بررسی قانون اساسی در خصوص جایگاه موازین اسلامی روشن می‌شود که دغدغه‌ی اصلی قانون‌گذار اساسی پاسداری از موازین اسلامی بوده و حتی در صورت تعیین مهلت برای اظهارنظر شورای نگهبان در قانون اساسی، نمایندگان مجلس بررسی نهایی با طرح فروض مختلف به دنبال جلوگیری از تصویب هرگونه مقرره‌ی لازم‌الاجرای مغایر با موازین اسلامی بودند (بجنوردی، ۱۴۱۹ق).

قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی، حتی پس از تایید شورای نگهبان و در مرحله اجرا می‌تواند به ادعای مغایرت با قانون اساسی و هنجار برتر حقوقی مورد شکایت و دعوا قرار گیرند و رسیدگی به این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان بوده تا در صورت تشخیص صحت ادعا، موارد مغایرت را اعلام کنند (موسی‌زاده، ۱۳۸۹: ۳۴۱).

مغایرت برخی از قوانین با شرع و قانون اساسی هنگامی هویدا می‌شود که قوانین در بوته اجرا گذارده شوند و گاه قبل از اجرای قوانین موارد تضاد و مغایرت آنها با شرع انور و قانون اساسی قابل تشخیص نیست، آیا می‌توان علاوه بر نظارت پیشینی که در قانون اساسی به صراحت بیان شده است، قائل به نظارت پسینی در تطبیق مصوبات مجلس با شرع و قانون اساسی نیز بود؟ اگر چنین امری حادث شود، آیا قانون اساسی ظرفیت ارائه راه حل اشکال وارد در این خصوص را دارد یا خیر؟ همچنین با توجه به اصل چهارم قانون اساسی که مقرر داشته است کلیه قوانین و مقررات باید بر اساس موازین اسلامی باشد و تشخیص این امر را به فقهای شورای نگهبان نهاده است، این سؤال به ذهن متبادر می‌شود که فقهای شورای نگهبان چگونه از حیث تطابق با شرع و قانون اساسی بر مقررات نظارت می‌کنند؟ طریقه اعمال این اصل در خصوص مقررات چگونه اجرایی می‌شود؟

برای بررسی و تبیین صلاحیت شورای نگهبان در خصوص تطبیق مصوبات مجلس شورای اسلامی با شرع و قانون اساسی در گام نخست باید به راهنمای شاخص قانون اساسی یعنی مذاکرات صورت گرفته در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی پیرامون این موضوع بپردازیم. نمایندگان این مجلس علاوه بر آنکه

نظارت پیشینی را برای شورای نگهبان در تطبیق قوانین با شرع و قانون اساسی مفروض می دانستند و همان طور که گفته شد، در اصل ۹۶ به اجرای آن اهتمام ورزیدند، توجه ویژه‌ای را نیز به نظارت پسینی داشتند و از اهمیت آن غافل نبودند.

باوجود ارائه نطق‌ها و سخنرانی‌های نمایندگان مجلس فوق پیرامون پیش‌بینی نظارت پسینی برای شورای نگهبان در اعمال نظارت شرعی و قانون اساسی بر مصوبات مجلس شورای اسلامی، لکن تصریح و نص مستقیمی در خصوص نظارت پسینی در قانون اساسی تدوین نشده است. با وجود این، برخی از حقوقدانان معتقدند که قانون‌گذار اساسی مرجعی متمرکز و همراه با نظارت پسینی بر تمامی قوانین و مقررات را در قانون اساسی پیش بینی کرده است (موسی زاده، ۱۳۸۹، ص ۳۳۹). آنان معتقدند با وجود اصل چهارم قانون اساسی نظارت پسینی نیز به‌نحو ضمنی در قانون اساسی برای شورای نگهبان پیش‌بینی شده است و این اصل تجلی پیش‌بینی خبرگان قانون اساسی در راستای نظارت پسینی بر قوانین و مقررات از جانب شورای نگهبان است؛ به عبارت دیگر «قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران برای حاکمیت قانون و شرع و تضمین عالی‌ترین هنجار حقوقی، مرجعی واحد و متمرکز و در عین حال نظارتی از نوع پسینی را پیش‌بینی کرده است که بر اساس صراحت اصل چهارم قانون اساسی این تضمین به‌صورت عام و مطلق همه قوانین و مقررات را شامل می‌شود.» (همان، ص ۳۶۱). این حقوقدان، در توجیه سازکار این ادعا بیان می‌دارد، از آنجا که اعمال اصل چهارم قانون اساسی مستلزم نوعی نظارت بعدی و پسینی است، پس بر خلاف نوع نظارت فقهای شورای نگهبان بر مصوبات مجلس شورای اسلامی که به صورت پیشینی و خودکار و بدون شکایت صورت می‌گیرد، این نوع نظارت (نظارت اصل چهارم) باید همراه با ارجاع و شکایت و دادخواهی باشد؛ به عبارت دیگر زمانی نظارت اعمال می‌شود که فرد یا مقام یا مرجعی از موضوع شکایت کرده و ادعای مغایرت آن با شرع را داشته باشد (همان، ص ۳۴۰). نتیجه عملی این دیدگاه این خواهد شد که می‌توان از قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی (حتی پس از تأیید فقهای شورای نگهبان و در مرحله اجراء) به ادعای مغایرت با هنجار برتر جامعه یعنی شریعت اسلام، طرح شکایت و دعوا کرد که رسیدگی به این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان بوده تا در صورت تشخیص صحت ادعا، موارد مغایرت را اعلام کنند. همچنین بر اساس این نظر، از سایر قوانین لازم‌الاجراء مانند قوانین مصوب قبل از پیروزی انقلاب اسلامی، قوانین مصوب شورای انقلاب، قوانین مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام در مقام حل اختلاف بین مجلس و شورای نگهبان پس از گذشت زمان و ... می‌توان در نزد فقهای شورای نگهبان به ادعای مغایرت آنها با هنجار برتر شکایت کرد. علاوه بر قوانین حاکم

از هر نوع مقررات (اعم از آیین نامه ها، مصوبات، دستورالعمل و ...) و تصمیم قضایی مغایر با موازین اسلام که قابل شکایت در دیوان عدالت اداری نباشند می توان به استناد اصل چهارم در نزد فقهای شورای نگهبان شکایت کرد که رسیدگی به این شکایت از تکالیف آنان می باشد (همان، ص ۳۴۱).

به عقیده نگارنده، این نوع نگاه به اصول قانون اساسی به ویژه اصل چهارم با برداشت و استنباطی که از اصل چهارم می شود، قابل هم پوشانی و هم راستایی نیست. همان طور که از عنوان مقاله مذکور (تحلیل فرجام شناختی از اصل چهارم قانون اساسی) قابل برداشت است، این تفسیر ناظر به تحلیلی غایت گرا و آرمانی از اصل چهارم قانون اساسی است و نه ناظر به قانون اساسی واقع. هر چند که در مقاله مذکور طرق و راه کارهای ارائه شده برای نظارت پسینی فقهای شورای نگهبان یک فرآیند مطلوب و بهینه برای نظارت بر قوانین جلوه گر می نماید، لکن مفاد اصل چهارم قانون اساسی مقرر می دارد که کلیه قوانین و مقررات باید بر اساس موازین اسلامی باشد و تشخیص این امر با فقهای شورای نگهبان است و اساسا در این اصل اثری از سازکار اجرایی این امر با چگونگی عملیاتی نمودن اصل مشاهده نمی شود؛ به عبارت دیگر، هر چند بر اساس مفاد صریح اصل چهارم قانون اساسی که به تبیین لزوم ابتنای کلیه قوانین (اعم از قانون اساسی و قانون عادی) و مقررات بر موازین اسلام پرداخته است، می توان نظارت پسینی را برای فقهای شورای نگهبان در این ارتباط در نظر گرفت، لکن در نظر گرفتن سازکار فوق منبعث از مفهوم و منطوق اصل چهارم قانون اساسی نیست. در نتیجه می توان گفت که با یک نگاه اولیه به نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران نظارت پیشینی شورای نگهبان در تطبیق قوانین با موازین اسلامی و قانون اساسی را به صراحت و نظارت پسینی شرعی فقهای شورای نگهبان - منبعث از اصل چهارم قانون اساسی - پذیرفته شده است، ولی در این اصل نحوه اجرای آن بیان نشده است. در اصول بعدی قانون اساسی، برای مصوبات مجلس و نیز برخی از مقررات، سازکار نظارت فقهای شورای نگهبان مشخص شده، ولی این سازکارها شامل تمامی قوانین و مقررات نیست و از این رو طریقه نظارت فقهای شورای نگهبان بر برخی از قوانین و مقررات مشخص نیست و به نظر می رسد که مقاله مذکور، در صدد ارائه سازکاری جهت اجرایی شدن نظارت فوق است که ظاهرا با توجه به سوابق استفساریه های شورای عالی قضایی از شورای نگهبان (که در ادامه به آن اشاره می شود) ارائه شده است. علاوه بر نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران بحث نظارت پسینی و یا پیشینی در تطبیق مصوبات پارلمان با هنجارهای برتر یک جامعه در همه ی نظام های حقوقی مطرح است. در قوانین اساسی کشورهای جهان هر کدام بسته به نظام حقوقی خود در این زمینه نظارت پیشینی یا پسینی را انتخاب کردند. در بسیاری از کشورها بر خلاف جمهوری اسلامی ایران، دادرسی اساسی یا مرجع

صالح برای بررسی انطباق مصوبات با قانون اساسی شورای قانون اساسی یا دادگاه قانون اساسی) رأی وارد رسیدگی نمی‌شود، بلکه با درخواست برخی از مقامات و در واقع با طرح شکایت مبنی بر مغایرت قانون عادی با قانون اساسی، مصوبات پارلمان را مورد رسیدگی قرار می‌دهند.

### ۳. سازکار نظارت پسینی شرعی بر قوانین (تعیین نصاب نظر فقهای شورای نگهبان در مقام اعمال نظارت پسینی)

با پذیرش اعمال نظارت پسینی شرعی بر قوانین و مقررات مصوب مجلس شورای اسلامی و یا قوانین مصوب قبل از انقلاب اسلامی، سوالی که مطرح می‌شود این است که نظر فقهای شورای نگهبان مبنی بر اعلام مغایرت یک قانون با شرع با چه اکثریتی قابل پذیرش است؟ در این خصوص دو فرض قابل طرح است که به بررسی هریک می‌پردازیم.

#### ۳-۱. فرض اول: نظر اکثریت فقهای شورای نگهبان معیار است

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، در اصل ۹۶، در خصوص تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام و نیز تشخیص عدم تعارض آنها با قانون اساسی، نصاب خاصی را تعیین کرده است؛ بر این اساس: «تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس با احکام اسلام بر عهده اکثریت فقهای شورای نگهبان و تشخیص عدم تعارض آنها با قانون اساسی بر عهده اکثریت همه اعضای شورای نگهبان است.» همچنین در خصوص دیگر نصاب تعیین شده جهت اتخاذ تصمیم در شورای نگهبان بر اساس اصل ۹۸، تفسیر قانون اساسی است که با تصویب سه چهارم اعضای شورای نگهبان انجام می‌شود.

در آیین نامه داخلی شورای نگهبان مصوب ۱۳۷۹/۴/۲۲، نیز بر اساس ماده ۱۴، «جلسات فقهاء با حضور ۴ نفر رسمی است ولی اخذ رای جز در موارد ضروری و یا حصول رای لازم با حضور حداقل ۵ نفر خواهد بود.» همچنین بر اساس ماده ۱۹ این آیین نامه، «اعلام مغایرت قوانین و مقررات یا موادی از آنها با شرع با توجه به اصل چهارم قانون اساسی، در هر زمان که مقتضی باشد توسط اکثریت فقهای شورای نگهبان، انجام می‌یابد و تابع مدت‌های مذکور در اصل ۹۴ قانون اساسی نیست.»

با توجه به این که قانون اساسی نسبت به مسئله نظارت شرعی پسینی شورای نگهبان ساکت است و حقوقدانان با اطلاق و عموم مقرر در اصل ۴ قانون اساسی، نظارت مذکور را عملی می‌دانند، اما آیین نامه داخلی شورای نگهبان در ماده ۱۹، به صراحت این نوع نظارت را مورد پیش‌بینی و پذیرش قرار داده است و نصاب اعلام مغایرت قوانین و مقررات با شرع را تعیین نموده و «نظر اکثریت فقهای شورای نگهبان» را

معیار و ملاک قرار داده است. در ادامه عبارت مقرر در ماده ۱۹ آیین نامه داخلی، نیز این گونه بیان شده است: «این نوع نظارت، تابع مدت‌های مذکور در اصل ۹۴ قانون اساسی نیست.»

از این عبارت، به روشنی این نکته قابل استنباط است که نظارت مقرر در این ماده، متفاوت با نظارتی است که شورای نگهبان بر مصوبات مجلس شورای اسلامی می‌نماید و مقید به مهلت ۱۰ روزه و نهایتاً ۲۰ روزه (در صورت درخواست استمهال شورای نگهبان) است، نظارت مذکور در اصل ۹۴ قانون اساسی، نظارت پیشینی بوده و مخصوص مصوبات مجلس است حال آن که نظارت مقرر در ماده ۱۹ آیین نامه داخلی شورای نگهبان، پسینی بوده و مخصوص قوانین مصوب مجلس و نیز سایر مقررات در معنای عام کلمه می‌شود.

بنابراین، در حال حاضر، با عنایت به اصل ۹۶ قانون اساسی در خصوص اعلام مغایرت مصوبات مجلس با شرع (اکثریت فقهای شورای نگهبان) و نیز ماده ۱۹ آیین نامه داخلی، در خصوص اعلام مغایرت قوانین و مقررات با شرع (اکثریت فقهای شورای نگهبان)، آنچه در عمل معیار و ملاک است، اعتبار نظر اکثریت فقهای شورای نگهبان است.

### ۲-۳. فرض دوم (فرض مطلوب): اجماع فقها ملاک است

با توجه به این که حصول اکثریت فقهای شورای نگهبان در بیان مغایرت قوانین لازم الاجرا با موازین شرعی، سهل الوصول تر است، این نظریه قابل طرح است که اعلام مغایرت در مورد این دسته از قوانین تنها در فرض اجماع فقهای شورای نگهبان، قابل حصول باشد و با توجه به این که حصول اجماع نسبت به حصول اکثریت، دشوارتر است، پس پذیرش اجماع فقهاء با اصل امنیت حقوقی سازگارتر است. علاوه بر این هرگاه در فرض مسئله از ۶ فقیه شورای نگهبان حتی ۱ نفر بر عدم مغایرت قانون با شرع نظر داشته باشد در این موارد نمی‌توان با قاطعیت گفت که این قانون مغایر شرع است؛ چراکه از نظر این فقیه قانون مزبور شرعی است. در خصوص این موضوع توجه به این نکته لازم است که یکی از تفاوت‌های اساسی در نظارت پیشینی و پسینی شرعی بر قوانین در این نکته نهفته است که فقهای شورای نگهبان مستند به اصل ۹۶ در نظارت پیشینی عدم مغایرت مصوبه با شرع را بررسی می‌کنند؛ لیکن در خصوص نظارت پسینی بر قوانین در واقع باید مغایرت را به رای بگذارند و در فرض مغایرت قانون را باطل اعلام کنند. از منظر فقهی نیز با توجه به این که احکام اسلامی در ظرف زمان قابلیت اجرایی دارند و در بسیاری از مسائل اجتماعی ممکن است بین فقها اختلاف آراء وجود داشته باشد، پس تعیین اینکه یک قانون مغایر

شرع است بر اساس نظر اجماعی و با توجه به مقتضیات زمان و عدم تزلزل مسائل قواعد اجتماعی همخوانی بیشتری دارد.

بر این اساس، در مورد قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی، چون شورای نگهبان قبلاً یکبار نظارت پیشینی را اعمال کرده است، اعمال نظارت پسینی باید محدود و مضیق بوده و تنها در فرض اجماع فقهای شورای نگهبان، قانون عادی لازم‌الاجرا، یکبار دیگر قابل نظارت قرار گیرد. در مورد قوانین مصوب قبل از انقلاب اسلامی نیز، از آنجایی که لغو این قوانین ممکن است نظام حقوقی را با خلا قانونی مواجه سازد، بنابراین محدوده نظارت پسینی باید در قالب اجماع فقهای شورای نگهبان بر اعلام مغایرت قوانین یاد شده با شرع باشد. در این خصوص، توجه به عبارت ذیل اصل ۴ قانون اساسی قابل توجه است که مقرر نموده است: «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 و عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است.» بنابراین، عبارت به‌کار رفته در این اصل، یعنی «فقهای شورای نگهبان» عام بوده و به‌نظر می‌رسد، مراد قانون‌گذار، نظر اجماعی تمامی اعضای فقیه شورای نگهبان است. پذیرش این نظر، آثاری در پی دارد که با ثبات نظام حقوق اساسی، سازگاری و تناسب بیشتری دارد.

#### ۴. نظارت اساسی پسینی شورای نگهبان بر قوانین و فرض مطلوب

بر اساس قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مصوبات مجلس شورای اسلامی باید علاوه بر مطابقت با موازین شرع، با اصول قانون اساسی نیز مطابق باشد و تشخیص این امر بر عهده همه اعضای شورای نگهبان است. حال در فرضی که قانونی به تصویب رسید، آیا شورای نگهبان می‌تواند با اعمال نظارت پسینی، آن قانون را خلاف قانون اساسی اعلام نماید؟

شورای نگهبان با تکیه بر صلاحیت برخورداره از قانون اساسی، تصویب قوانین مغایر با قانون اساسی را از مجرای مجلس شورای اسلامی ناممکن ساخته است؛ پس در حوزه هنجاری و در بحث قوانین موضوعه مصوب مجلس، فرآیند دادرسی اساسی به‌طور کامل انجام می‌پذیرد. از طرفی در بحث نظارت شرعی بر مصوبات دولت از طریق دیوان عدالت اداری، امکان مغایرت این مصوبات با قانون اساسی وجود داشته است؛ اما زمانی که منشأ قانونی مصوبات مذکور، یعنی قانونی که به پشتوانه آن مصوبه صادر شده است، از شمول نظارت شورای نگهبان خارج شده باشد، این نظارت از حیث تطبیق با قانون اساسی ناقص خواهد بود.



در بحث هنجارها، تهاجم به قانون اساسی و نقض اصول آن ممکن است نه تنها از سوی نهاد پارلمان، بلکه از سوی هر نهاد دیگری مانند قوه قضاییه و شوراهاى عالی اتفاق بیفتد؛ به عبارت دیگر، مصوبات نهادهایی چون مجمع تشخیص مصلحت نظام، شورای عالی امنیت ملی و شورای عالی انقلاب فرهنگی و مجلس خبرگان رهبری تحت نظارت شورای نگهبان به منظور مطابقت با قانون اساسی قرار نمی‌گیرد (جباری آسا، ۱۳۹۵: ۳۹).

موضوع نظارت اساسی پسینی بر قوانین و مقررات، تاکنون چندان مورد توجه حقوقدانان و دکترین حقوقی قرار نگرفته است. در این خصوص اگرچه می‌توان در فرض پذیرش صلاحیت شورای نگهبان نسبت به قوانین و مقررات و با عنایت به سکوت قانون‌گذار اساسی و نیز آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان این مهم را منوط بر اجماع همه اعضای شورای نگهبان در مورد مغایرت یک قانون با اصول قانون اساسی دانست و اساساً تحقق نظر اجماعی ۱۲ عضو شورای نگهبان به دشواری قابل حصول است و با در نظر گرفتن این نصاب، امکان نقض قوانین مستند به نظارت اساسی پسینی، کاهش می‌یابد؛ لیکن مستند به اصل عدم صلاحیت در حقوق عمومی، هرگاه قانون در مقام بیان صلاحیت‌های یک نهاد، موضوعی را مطرح نکرده باشد، اصل بر آن است که آن نهاد و مقام فاقد صلاحیت مسکوت است. بر این اساس این‌که نظارت پسینی شرعی از منظر نگارنده مورد پذیرش واقع شد مبتنی بر صراحت اصل ۴ و مفهوم قانون در این اصل است. بنابراین در خصوص نظارت پسینی اساسی نمی‌توان قائل به صلاحیت شورای نگهبان در این خصوص شد. در پاسخ به آن گروه از نویسندگان که مبتنی بر این‌همانی قانون اساسی و شرع، قائل به نظارت پسینی اساسی شورای نگهبان بر قوانین مصوب می‌باشند و نظریه آن‌ها قبلاً مطرح شد، توجه به این نکته ضروری است که قانون اساسی در اصل ۹۶ به صراحت موضوع نظارت شرعی از قانون اساسی را تفکیک و ضمن تمایز ماهوی این دو از یکدیگر مرجع تشخیص این دو موضوع را متفاوت پیش‌بینی کرده است. بر این اساس پذیرش این فرض نادر نه تنها با ظواهر و منطوق اصول قانون اساسی از جمله اصل ۹۶ مغایر است، بلکه زمینه حذف معنوی این اصول را نیز فراهم می‌کند؛ با این توضیح که در این فرض فقهای شورای نگهبان می‌توانند حتی در نظارت پیشینی نیز مستند به این‌همانی قانون اساسی و شرع، نظریه حقوقدانان شورای نگهبان را نادیده و خود مستقلاً در خصوص عدم مغایرت یا مغایرت مصوبه با قانون اساسی نیز نظر دهند.

## ۵. آثار فرض مطلوب نظارت پسینی شورای نگهبان

همان‌گونه که بیان شد، اعلام مغایرت قوانین با موازین شرع بر اساس نظر همه اعضای فقهای شورای نگهبان، به‌عنوان فرض مطلوب در نظر گرفته شده است که آثار حقوقی مثبتی در پی دارد که در ادامه به توضیح آنها می‌پردازیم.

### ۵-۱. امنیت حقوقی کشور

اصل امنیت حقوقی به تبیین وضعیت حقوقی شهروندان می‌پردازد. به‌این‌معناکه هر شهروند به‌صرف تعلق به جامعه باید از وضعیت حقوقی معین و مشخصی برخوردار باشد و خود نیز از این وضعیت حقوقی آگاه باشد. کارکرد و مفهوم اصل امنیت حقوقی از امنیت قضایی و امنیت انسانی متمایز است؛ چرا که امنیت قضایی امنیت خاطر و اطمینانی است که به هر شخص حقیقی و حقوقی می‌دهد که بدون دلیل و خودسرانه تحت تعقیب قضایی و انتظامی قرار نمی‌گیرد. در مجموع، می‌توان گفت که امنیت حقوقی همچون امنیت قضایی، صرفاً در سیطره نظم قضایی نیست؛ بلکه به تبیین وضعیت حقوقی شهروندان در کل حوزه نظم حقوقی می‌پردازد. در نهایت، اصل امنیت حقوقی از اصول حقوق عمومی است که در تمامی نظام‌های حقوقی مورد استناد قرار می‌گیرد. ریشه این اصل به ویژگی‌هایی از نظام حقوقی برمی‌گردد که امروزه اجزای جدایی‌ناپذیر آن نظام‌ها به‌شمار می‌روند. ثبات نظام حقوقی و تضمین حمایت دائمی از حق‌ها و آزادی‌های شهروندان قطعیت قواعد موجود در آن نظام و ایجاد اعتماد به نظام حقوقی از مهم‌ترین این ویژگی‌ها به‌شمار می‌روند (ویژه، ۱۳۹۰: ۲۳). امنیت حقوقی، تضمین‌کننده اعتماد اشخاص به طرح‌ها و برنامه‌ریزی‌های خود است و به اشخاص جامعه این آسودگی خاطر را می‌دهد که با اطمینان لازم و با اعتماد به دیگران فعالیت کنند (انصاری، ۱۳۸۶: ۴۰).

امنیت حقوقی، شامل هنجارهای شکلی و ماهوی بوده و حتی برخی از این هنجارها واجد هر دو جنبه هستند و از لحاظ ماهوی، کلیه اصولی که در حاشیه اصل امنیت حقوقی قرار دارند، در مجموعه‌ای منسجم باید ساماندهی شوند (ویژه، ۱۳۹۰: ۱۸۴).

یکی از شاخص‌های امنیت حقوقی، قابلیت پیش‌بینی‌پذیری اشخاص از وضعیت حقوقی است. بنابراین، نظارت شرعی پسینی شورای نگهبان، بر قوانین ممکن است اصل امنیت حقوقی اشخاص را خدشه دار کند در نتیجه، پذیرش اجماع فقها در اعلام مغایرت قوانین با شرع (که سخت‌تر حاصل می‌شود)، به‌نحو شایسته‌تری، تضمین‌کننده اصل امنیت حقوقی است.

در مورد نظارت اساسی پسینی نیز اصل امنیت حقوقی اقتضاء می‌کند که اصل عدم صلاحیت شورای نگهبان را در مورد اصول قانون اساسی مورد پذیرش قرار دهیم.

## ۲-۵. ثبات قوانین

یکی از جنبه‌های تحقق امنیت حقوقی، وجود قوانین مناسب در نظام حقوقی است؛ بدین منظور، گذشته از ویژگی‌های عام و شکلی قانون، لازم است که یک قاعده حقوقی برای ایجاد شرایط عادلانه در روابط اجتماعی و تضمین حقوق و آزادی‌های شهروندان از کیفیت مناسبی برخوردار باشد (جلیلودن، گرجی ازندریانی، ۱۳۹۹: ۱۵۲۶).

از ویژگی‌های مهم قواعد حقوقی، مسئله ثبات و دوام قوانین است که از دیرباز از جهات متعددی در بین حقوقدانان محل بحث بوده است. بی‌تردید، بی‌ثباتی قواعد حقوقی، امنیت شهروندان را خدشه‌دار کرده و ممکن است به تناسب امیال و منافع حاکمان قوانینی گذرا و بی‌ثبات بر شهروندان تحمیل شود که هر زمان امکان تغییر بنیادهای آن وجود داشته باشد. در عین حال، نباید از سرعت تحولات در عرصه اجتماعی نیز غافل بود. بی‌تردید رفع نیازهای مردم و توجه به واقعیات جامعه از غایت‌های حقوق و قانون است؛ اما از نظم نیز نباید غافل شد (میرزایی، ۱۳۹۰: ۸۳).

اعمال و اجرای قانون باید به‌نحو مستمر صورت گیرد. البته این به‌معنای دائمی بودن قانون و بقای ابدی آن نیست؛ بلکه به این معنی است که قانون نباید خیلی زود به زود تغییر و تبدل کند و باید از ثبات برخوردار باشد؛ به‌طوری‌که شهروندان، حقوق و وظایف خود را به روشنی دریابند و زندگی‌شان را در چهارچوب قوانین تنظیم کنند. برای توسعه دامنه آزادی عمل شهروندان، ضروری است، قانون تا آنجا که ممکن است ثبات و استمرار داشته باشد. حکم استمرار و ثبات و به همین معنا تغییر و تبدل، شامل هر دو قانون اساسی و عادی می‌شود (راسخ، ۱۳۸۵: ۱۳).

شورای نگهبان داشتن ثبات قوانین را گامی در راستای «نظام اداری صحیح» قلمداد کرده است. در تاریخ ۱۳۷۰/۱/۱۵، نظر شورا در مورد «طرح تغییر جدول حقوق و ضوابط پرداخت مستخدمین مشمول قانون استخدام کشوری و قضات» مبین همین موضوع است و تاکید می‌کند: «ماده ۱۳ که دلالت بر یکساله بودن این قانون دارد صرف نظر از این که این ترتیب با نظام اداری صحیح مغایر است، با ماده ۵ و تبصره ۸ که برای سال ۷۱ طبق همین مصوبه تعیین تکلیف شده است، متناقض به نظر می‌رسد. همچنین، شورای نگهبان قانون بی‌ثبات را بر هم زنده نظام اداری کشور تلقی می‌کند که بی‌شک امنیت حقوقی شهروندان را خدشه‌دار خواهد ساخت. نظارت شورا بر مسئله ثبات، امری بدیع است. بدیهی است که موضوع ثبات

قوانین نباید از نگاه اعضای محترم شورای نگهبان مغفول بماند؛ چرا که وجود قوانین بی‌ثبات، آسیب دیگری به‌عنوان «تورم تقنینی» خواهد داشت که احتمال تعرض به حقوق بنیادین افراد را افزایش خواهد داد (گرگی ازندریانی، جلیلود، ۱۳۹۶: ۹).

بنابراین با توجه به این‌که شورای نگهبان در مقام نظارت بر مصوبات مجلس شورای اسلامی، خود به ویژگی «ثبات» قوانین توجه داشته در اعمال نظارت شرعی پسینی نیز باید به معیار مورد نظر توجه کند و نظارت شرعی را محدوده نص و به‌صورت مضیق (در فرض اجماع فقهای شورای نگهبان) اعمال نماید. در مورد نظارت اساسی پسینی بر قوانین نیز، ثبات قوانین مقتضی آن است تا عدم نظارت شورای نگهبان بر قوانین گذشته را مورد پذیرش قرار دهیم.

### نتیجه‌گیری و پیشنهادات

همچنان‌که بررسی شد یکی از مهم‌ترین سازکارهای مطلوب‌سازی مدیریت نظام قانون‌گذاری در کشور تعبیه و طراحی صلاحیت مراجع و نهادهای دخیل در فرآیند نهادهای قانون‌گذاری مبتنی بر اصول حقوقی است. اصل ثبات و استمرار قوانین یکی از اصول مهم در تامین امنیت حقوقی شهروندان در جامعه به‌شمار می‌آید. در تضمین این رسالت مهم یکی از اصول کاربردی و اساسی در هر نظام حقوقی اصل سلسله‌مراتب هنجاری است که بر اساس آن هنجارهای مادون نمی‌تواند ناقض هنجارهای مافوق باشد. نظر به ماهیت اسلامی نظام حقوقی ایران، بررسی و نظارت بر قوانین از منظر شرعی و قانون اساسی یکی از مهم‌ترین سازکارهای تضمین اصل مزبور در این نظام حقوقی است. قانون اساسی با تاکید بر نظارت پیشینی، از بعد اساسی این مهم را به شورای نگهبان و از بعد شرعی به فقهای شورای نگهبان واگذار کرده است.

باتوجه به اهمیت احکام، موازین شرعی و اصول قانون اساسی و این نکته که در برخی موارد پس از تصویب قوانین مغایرت آنان با احکام شرعی یا اصول قانون اساسی آشکار می‌شود و در برخی موارد نیز اساساً نظارت پیشینی شرعی اساسی بر قوانین مصوب صورت نگرفته است (عمده قوانین قبل از انقلاب)، امکان‌سنجی نظارت پسینی شرعی و اساسی از جمله موضوعات روز نظام حقوقی بوده که در این مقاله به تشریح و تفصیل آن پرداخته شد. باوجود اختلاف نظرهای موجود میان صاحب‌نظران در خصوص امکان نظارت پسینی شرعی بر قوانین، مستند به اصل چهارم قانون اساسی که با هدف انطباق کلیه "قوانین" جاری کشور با موازین اسلام تصویب شده است، صلاحیت فقهای شورای نگهبان در نظارت پسینی شرعی بر قوانین موضوعی اثبات شده و دارای مبنای حقوقی است. در خصوص این مسئله آنچه از نظر

نگارندگان این مقاله بیش از اصل صلاحیت نظارت پسینی شرعی از اهمیت برخوردار است، فرایند و شیوه اعمال این نوع نظارت است با این توضیح که در جهت حراست از اصل امنیت حقوقی شهروندان، ثبات و عدم تزلزل قوانین، نویسندگان از بین فروض مطروحه این پیشنهاد را مطرح کردند که اگرچه اصل صلاحیت شورای نگهبان در نظارت پسینی شرعی مورد پذیرش است، لیکن این مهم در فرضی قابل اعمال است که فقهای شورای نگهبان بر مغایرت یک قانون با احکام شرعی اجماع داشته باشند.

لازم به ذکر است، در خصوص پالایش قوانین مصوب پیش از انقلاب به نظر می‌رسد علاوه بر فقره فوق، مناسب‌ترین راهکار، ایجاد ساز و کار جامع پالایش و اصلاح قوانین مغایر شرع است تا پس از طی فرایند لازم و اصلاح یا تصویب کردن قانون مناسب، قوانین خلاف شرع، نقض و ابطال و از منظومه قوانین کشور حذف شوند.

در خصوص امکان نظارت پسینی اساسی بر قوانین، اگرچه برخی صاحب نظران بر امکان و لزوم اعمال این نظارت نظر داده‌اند، لیکن بر اساس اصل عدم صلاحیت و عدم وجود مبنای حقوقی برای این مهم نمی‌توان چنین صلاحیتی برای شورای نگهبان قائل شد.

## فهرست منابع و مآخذ

### الف) منابع فارسی

- ابریشمی راد، محمدمبین (۱۳۹۹). تحلیل حقوقی و فقهی نظرات شورای نگهبان و رویه دیوان عدالت اداری در زمینه تسری اثر ابطال مصوبات به زمان تصویب مقررات، *مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، سال ۱۲، شماره ۲۳.
- امامی، محمد و سلیمانی، مهستی (۱۳۹۲). ضوابط تشخیص دعاوی قابل طرح در دیوان عدالت اداری، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۷۷، شماره ۸۲.
- انصاری، باقر (۱۳۸۶). تفسیح قوانین و مقررات: تدبیری برای مبارزه با ابهام حقوقی، *فصلنامه اطلاع‌رسانی حقوقی*، شماره ۱۱.
- آگاه، وحید (۱۰۱). نسبت فقهای شورای نگهبان و دیوان عدالت اداری: درنگی بر رویه ۴۰ ساله اعلام مغایرت مقررات با شرع، *مجله حقوق اداری*، شماره ۳۱.
- جباری آسا، علی (۱۳۹۵). الگوی مطلوب رفع نقایص سازوکار دادرسی اساسی در ایران، با تأکید کارکردهای شورای نگهبان و دیوان عدالت اداری، *مجله حقوق بشر و شهروندی*، شماره ۲.
- جلالی، محمد و سعیدی روشن، حمیده (۱۳۹۴). *نقض دیوان عدالت اداری در صیانت از قانون اساسی در گستره مقررات دولتی*، انتشارات جنگل.
- جلیلود، محمدشهاب و گرجی ازندریانی، علی اکبر (۱۳۹۹). نظارت نهاد پاسدار قانون اساسی بر شفافیت قوانین مطالعه تطبیقی شورای نگهبان ایران و دادگاه قانون اساسی فدرال آلمان، *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، دوره ۵۰، شماره ۴.
- حسینی بهشتی، سید محمد (۱۳۸۰). *جاودانه تاریخ: آشنایی با افکار و اندیشه‌های شهید بهشتی*، تهران، انتشارات روزنامه جمهوری اسلامی ایران.
- خامنه‌ای، سید محمد (۱۳۶۹). اصل چهارم قانون اساسی، *مجله کانون وکلا*، شماره ۱۵۲ و ۱۵۳.
- درویشوند، ابوالفضل و راجی، سید محمد هادی (۱۳۹۰). تحلیلی بر نظارت بر قوانین و مقررات در نظام جمهوری اسلامی ایران، *مجله حکومت اسلامی*، سال شانزدهم، شماره ۶۱.
- راسخ، محمد (۱۳۸۵). ویژگی‌های ذاتی و عرضی قانون، مجلس و پژوهش، سال سیزدهم، شماره ۵۱.
- عمید زنجانی، عباسعلی و موسی‌زاده، ابراهیم (۱۳۸۹). *نظارت بر اعمال حکومت و عدالت اداری*، تهران، دانشگاه تهران.
- فراهانی، محمدعلی و همکاران (۰). آثار حقوقی نظارت فقهای شورای نگهبان بر اطلاق و عموم قوانین و مقررات در نظام قضایی و دادگستری ایران، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۶، ۱۱۸.
- فراهانی، محمدعلی و حاجی علی خمسه، مرتضی (۱۳۹۹). سازکار مطلوب نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی، *مجله حقوقی دادگستری*، سال نهم، شماره ۳۰.

- فلاح زاده، علی محمد و درویش متولی، میثم (۱۳۹۲). نظارت شورای نگهبان بر قوانین مصوب پیش از انقلاب و شورای انقلاب. *فصلنامه دانش حقوق عمومی*، سال دوم، شماره ۵.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷). *گامی به سوی عدالت*، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول.
- کدخدایی، عباسعلی و ویژه، محمدرضا (۱۳۸۸). شورای نگهبان و دعاوی مربوط به ابطال تصمیمات دولتی خلاف قانون اساسی، *مندرج در مجموعه مقالات همایش دیوان عدالت اداری*، دانشگاه آزاد اسلامی، چاپ اول.
- گرجی ازندریانی، علی اکبر و جلیلود، محمدشهاب (۱۳۹۶). نظارت بر کیفیت قوانین در رویه شورای نگهبان. *فصلنامه دانش حقوق عمومی*، شماره ۱۸.
- منصوریان، ناصرعلی و آگاه، وحید (۱۳۹۰). جایگاه قوانین آزمایشی در حقوق عمومی ایران، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۵۵.
- موسی زاده، ابراهیم (۱۳۸۹). تحلیل فرجام شناختی از اصل چهارم قانون اساسی، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۴۰، شماره ۲.
- موسی زاده، ابراهیم (۱۳۸۸). ضمانت اجرای مغفول در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، *آموزه‌های حقوق کیفری*، شماره ۱۲.
- میرزایی، اقبالعلی (۱۳۹۰). قانون متروک: مبانی، مفهوم و مصادیق، *مجله حقوقی دادگستری*، سال ۷۵، شماره ۷۴.
- واعظی، سید مجتبی (۱۳۸۸). نقش دیوان عدالت اداری در دادرسی شرعی مقررات اداری، *فصلنامه مطالعات حقوقی*، سال اول، شماره ۳.
- ویژه، محمدرضا (۱۳۹۰). امنیت حقوقی به مثابه شرط تحقق امنیت قضایی، *فصلنامه راهبرد*، شماره ۵۸.
- ویژه، محمدرضا (۱). *کلیات حقوق اساسی*، تهران، انتشارات سمت.
- هاشمی، سیدمحمد (۱۳۸۱). *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران: حاکمیت و نهادهای سیاسی*، تهران، نشر میزان، چاپ ششم.

#### COPYRIGHT

© ۲۰۲۴ by the authors. Published by The National Defense University. This article is an open-access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0) <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>



