

## تحلیل حقوقی آثار نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر قوانین و مقررات

دریافت: ۱۳۹۹/۱۰/۱۳ تأیید: ۱۴۰۰/۲/۳  
سیده فاطمه فقیهی\*  
و زینب عساکره\*\*

### چکیده

در اصل چهارم قانون اساسی، مهم‌ترین کارویژه نهاد دادرس شرعی مبنی بر پاسداری از موازین اسلامی به عنوان عالی‌ترین هنجار و اصلی‌ترین چارچوب حاکم بر هنجارهای حقوقی مورد تصریح قرار گرفته و فقهای شورای نگهبان موظف به حفاظت و حراست از این هنجار در بُعد تقنین شده‌اند. نظر به این که نظارت شرعی بر کلیه قواعد حقوقی، صرف نظر از مرجع وضع قاعده اعمال می‌گردد، تحلیل این امر که چه آثار حقوقی از نظارت شرعی بر قوانین و مقررات با توجه به نظرات این نهاد قابل استنتاج است، به عنوان پرسش اصلی پژوهش حاضر مطرح و هدف از آن بررسی نحوه و کیفیت تضمین حاکمیت موازین شرع بر قواعد حقوقی در رویه عملی فقهای شورای نگهبان است. بر این مبنا، آثار حقوقی هر یک از نظرات شرعی مشتمل بر مصوبات قبل و بعد از پیروزی انقلاب، با استفاده از روش کتاب‌خانه‌ای و از طریق تحلیل رویه‌ای و انتقادی نظرات واکاوی شده‌اند. نتایج تحقیق نشان از آن دارد که این نظرات، آثاری هم‌چون «قابل تسری بودن نظرات شرعی به موارد مشابه»، «لازم‌الاجرا بودن نظرات شرعی»، «ابطال قوانین و مقررات مغایر با شرع»، «قطعی و مختومه بودن نظرات شرعی» و «قابل استناد بودن نظرات شرعی در زمان سکوت قانون» را به دنبال داشته است.

### واژگان کلیدی

اصل چهارم قانون اساسی، فقهای شورای نگهبان، نظارت شرعی، موازین اسلامی، حکومت موازین شرع بر قوانین و مقررات

\* عضو هیأت علمی دانشگاه حضرت معصومه 3: s.f.faqihi@gmail.com  
\*\* کارشناسی ارشد رشته حقوق عمومی: zeynabasakereh68@gmail.com



## مقدمه

امروزه مسأله دادرسی اساسی و یا کنترل هنجارهای فرودین به منظور انطباق و یا عدم مغایرت آن‌ها با هنجارهای فرازین، به عنوان یکی از مهم‌ترین اصول پذیرفته‌شده در اغلب نظام‌های حقوقی موضوعه<sup>۱</sup> به شمار می‌آید. چرا که اندیشمندان از دیرباز بر اساس معیارهای مختلف به تعیین سلسله‌مراتب قواعد حقوقی و طبقه‌بندی قوانین پرداخته‌اند و معمولاً بنا را برای تنظیم این سلسله‌مراتب بر معیار شکلی؛ یعنی رتبه‌بندی بر حسب واضعان آن‌ها گذاشته‌اند. بر این مبنای قواعد مندرج در قانون اساسی بر کلیه قواعد موجود در نظم حقوقی حاکم تلقی شده و تمام نهادهای حاکمیتی باید بدو اجرای این قانون را مد نظر قرار دهند (تقی‌زاده، نجابت‌خواه و قلی‌زاده، ۱۳۹۴، ش ۷۶، ص ۱۳۸). به دیگر سخن، از آن‌جا که قانون اساسی در بافت حقوقی هر کشور، رکن اصلی ساختار سیاسی و حقوقی به شمار می‌رود (شاکری و قربان‌زاده، ۱۳۹۶، ش ۳۰۷، ص ۱۱۰) و دست‌آورد عالی‌ترین مظهر اراده حاکم محسوب می‌شود، سایر پدیده‌های حاکمیتی باید در پیروی و دنباله‌روی آن موجودیت یابند (موسی‌زاده، ۱۳۸۸، ش ۱۲، ص ۵۴). بنابراین، اجرای این قانون در گرو عدم امکان تصویب قانون عادی توسط پارلمان بر خلاف قانون اساسی دانسته شده است (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۹۰، ص ۲۰۲).<sup>۲</sup>

به طور کلی، صیانت از قانون اساسی به عنوان یکی از برجسته‌ترین دستاوردهای دانش حقوق اساسی (تروپه، ۱۳۸۳، ش ۶۶، ص ۲۶۲) ایجاب می‌کند که تمهیداتی برای مطابقت قوانین عادی با آن اندیشیده شود تا قوانین مغایر با قانون اساسی ابطال و یا دست کم غیر قابل اجرا شود و مفهوم ضمانت اجرای آن کامل گردد (موسوی بجنوردی و دانش‌پور، ۱۳۹۰، ش ۵۳، ص ۵۳). از این رو، در کلیه کشورهای که به یک قانون اساسی نوشته مجهزند، پاسداری از قانون اساسی به وسیله قانون اساسی پیش‌بینی شده است (هامون و واینر، ۱۳۸۳، ش ۲، ص ۸۲). این تدبیر در قالب نهادی به نام نهاد پاسدار قانون اساسی تجلی یافته و مراد از آن، شیوه‌ها،

روش‌ها و نهادهایی است که ارزش قانون اساسی را به عنوان قانون بالادستی برای مردم‌سالاربودن یک نظام حقوقی و اجرای مفاد این میثاق ملی و صیانت از ارزش‌های بنیادین یک نظام سیاسی تضمین می‌کند (غمامی و دیگران، ۱۳۹۵، ص ۹). بر این مبنای، دادرسی اساسی به دو گونه «نظارت قضایی» و «کنترل سیاسی یا الگوی فرانسوی» تقسیم می‌شود. الگوی نظارت قضایی در کشورهایی مانند ایالات متحده آمریکا که قوه قضاییه به عنوان کم‌خطرترین شعبه حکومت نسبت به نقض حقوق و آزادی‌های مندرج در قانون اساسی تلقی می‌گردد، به عنوان الگوی مناسب دادرسی اساسی به شمار می‌آید. در مقابل، در فرانسه به دلیل بدگمانی‌های موجود در خصوص دادگاه‌ها، تأسیس نهادی مجزا و مستقل برای تعدیل این تفکر، ضروری به نظر رسیده است (منصوریان، ۱۳۹۳، ص ۲۲). از این‌رو، الگوی کنترل سیاسی به منظور دادرسی اساسی و صیانت از قانون اساسی در بُعد تقنین در این کشور پذیرفته شده است.

مبثنی بر تقسیم‌بندی رژیم‌های سیاسی از یک منظر به رژیم اسلامی و رژیم غیر اسلامی،<sup>۳</sup> مسأله صیانت از هنجار برتر در بُعد تقنین متفاوت می‌نماید؛ چرا که اساساً در نظام‌های مبتنی بر دین، هنجار برتری وجود دارد که بر قانون اساسی نیز اولویت داشته و این قانون به همراه قوانین مادون دیگر نباید با هنجار برتر در تعارض باشد. از این‌رو، راهکاری به نام نظارت شرعی در ذیل کارویژه پاسداری از قانون اساسی پیش‌بینی شده تا از این هنجار که «موازن اسلامی» نامیده می‌شود، صیانت گردد. نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران به عنوان نمونه بارز و شاخص نظام مبتنی بر دین و مکتب، با پذیرش اصل «حاکمیت ضوابط اسلامی بر کلیه نهادها و مناسبات حکومتی»، این اصل را به عنوان اولین مشخصه قانون اساسی مطرح و بر مبنای آن، «دین» را با روی‌کرد حداکثری آن، بر کلیه نهادها حاکم دانسته است. بر اساس اصل مذکور، از جمله آثار مترتب بر این روی‌کرد، حاکمیت شریعت اسلام بر کلیه قوانین و نفی سکولاریسم در حوزه قانون‌گذاری است و اصل چهارم قانون اساسی نیز بر این مبنای پایه‌گذاری شده است. با این توضیح که در

مقدمه قانون اساسی از محوریت دین برای ساماندهی کلیه نهادها و مناسبات اجتماعی و قانون‌گذاری بر مدار «قرآن و سنت» سخن گفته شده است (روی‌کرد حداکثری دین در عرصه زندگی اجتماعی) و در اصل چهارم، قانون‌گذاری بر اساس «موازین اسلامی» لازم دانسته شده و فقهای شورای نگهبان به عنوان مرجع تشخیص این امر تعیین شده‌اند (کعبی، اصغری شورستانی و اصل زعیم، ۱۳۹۳، ش ۱۰، ص ۱۴-۵). لازم به توضیح است که عبارت «موازین اسلامی» مذکور در اصل چهارم، نه یک اصطلاح خاص فقهی، بلکه معیار و شاخصه‌ای است که انطباق با شرع یا خلاف شرع بودن یک مسأله را مشخص می‌کند (همان، ص ۲۱۱-۲۱۰) و بیان‌گر انحصار هنجار بالادستی در موازین اسلامی است.

پیشینه نظارت شرعی بر هنجارهای حقوقی، ریشه در قانون اساسی مشروطه و اصل دوم متمم این قانون دارد. در این اصل مقرر شده بود که هیأتی مرکب از مجتهدین و فقها پیش‌بینی گردد تا بر قوانین مصوب مجلس شورای ملی از حیث عدم مغایرت آن‌ها با قواعد مقدسه دین اسلام نظارت کند. اما این هیأت به دلایل مختلف سیاسی (قاضی شریعت‌پناهی، ۱۳۹۳، ص ۱۲۱) به جز یک دوره و آن هم به صورت ناقص هیچ‌گاه تشکیل نگردید و خواسته قانون‌گذار محقق نشد. با این وجود، پس از پیروزی انقلاب اسلامی و پیش‌بینی نهاد شورای نگهبان در قانون اساسی، فقهای این شورا از سال ۱۳۵۹ تا کنون بیش از یک صد و چهل مرتبه اقدام به اعمال نظارت شرعی بر هنجارهایی هم‌چون قانون اساسی، قوانین عادی و مقررات کرده‌اند که آثار حقوقی متفاوتی بر هر یک از این هنجارها مترتب شده است. لازم به ذکر است که نظارت شرعی موضوع این مقاله، منحصر در نظارت بر هنجارهای موجود از جمله قوانین عادی و مقررات است. بنابراین، نظارت فقهای شورای نگهبان بر مصوبات موضوع اصول نود و یک الی نود و هفتم قانون اساسی تخصصاً از حیثه شمول این مقاله و اصل چهارم قانون اساسی خارج است.

پژوهش حاضر با طرح این پرسش که چه آثار حقوقی از نظارت شرعی بر قوانین و مقررات قابل استنتاج است، در صدد تحلیل حقوقی آثار نظارت شرعی فقها بر قوانین

عادی و مقررات برآمده است؛ امری که تاکنون در هیچ‌یک از آثار تألیفی از حیث تحلیل رویه‌ای نظرات شرعی بدان پرداخته نشده است. بنابراین، تبیین و تحلیل این نظرات در خصوص مصوبات قبل و بعد از پیروزی انقلاب از نوآوری این پژوهش محسوب می‌شود.

درخصوص گستره و دایره شمول نظارت شرعی فقها باید بیان کرد که قلمرو نظارت فقها در اصل چهارم، شامل کلیه هنجارهای حقوقی در تمامی سطوح؛ اعم از قانون اساسی، قوانین عادی و مقررات دولتی می‌شود. این نظارت، نه تنها شامل قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی است، بلکه قوانینی که قبل از انقلاب به تصویب رسیده و یا مصوب شورای انقلاب بوده را نیز در بر می‌گیرد. افزون بر آن، مصوبات و مقررات سایر قوا و نهادها، تحت شمول نظارت شرعی فقها قرار دارند. به علاوه در اصل چهارم، نظارت پسینی در نظر گرفته شده است. مبتنی بر یکی از نظرات تفسیری شورای نگهبان، این نهاد مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام را نیز محدود به اصل چهارم می‌داند (نظر تفسیری شماره ۴۵۷۴، مورخ ۱۳۷۲/۳/۳).

آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان، مصوب ۱۳۷۹/۴/۲۲ در ماده (۱۹) با تأکید بر منصرف‌بودن اصل چهارم از اصل نود و چهار، در خصوص تبعیت از بازه زمانی مذکور در اصل اخیر، صلاحیت اعلام «مغایرت» قوانین و مقررات یا موادی از آنها را با شرع، بر عهده اکثریت فقهای شورای نگهبان قرار داده است. مطابق نظر تفسیری شورای نگهبان از این اصل، آثار ابطال قوانین و مقررات مغایر شناخته‌شده با موازین شرع، از زمان تصویب آنهاست (نظر تفسیری شماره ۸۰/۲۱/۱۲۷۹، مورخ ۱۳۸۰/۲/۱۸). مترتب بر نظر فقهای شورای نگهبان، لغو قوانین از طریق تشخیص این نهاد مبنی بر خلاف شرع بودن قوانین، ممکن است؛ بنابراین، صرفاً قانون جدید موجب نسخ یا الغای قانون قبلی نمی‌گردد، بلکه پس از تشخیص فقهای شورای نگهبان مبنی بر خلاف شرع بودن قوانین، امکان لغو قوانین خلاف شرع نیز وجود دارد (نظر شماره ۹۰/۳۰/۴۲۹۸۲، مورخ ۱۳۹۰/۴/۲۸ فقهای شورای نگهبان). مترتب بر عقیده برخی از حقوق‌دانان، اصل چهارم، اصلی مستقل از اصول

هفتاد و دوم و نود و یکم قانون اساسی است و دایره شمول آن وسیع‌تر از آن دو اصل می‌باشد. لذا این صلاحیت را می‌توان یک صلاحیت جدید و اضافه بر صلاحیت مقرر در اصول هفتاد و دوم و نود و یکم قانون اساسی برای فقهای شورا قلمداد کرد (موسی‌زاده، ۱۳۹۳، ص ۳۵۲).

نظر به توضیحات فوق، در ذیل به صورت جداگانه به تحلیل و بررسی آثار حقوقی استنتاج‌شده از نظرات شرعی فقهای شورای نگهبان بر قوانین و مقررات، پرداخته می‌شود.

### قابل تسری بودن نظرات شرعی به موارد مشابه

نخستین اثر حقوقی مترتب بر تشخیص فقها نسبت به هنجارهای حقوقی را می‌توان قابل تسری بودن نظرات شرعی به موارد مشابه دانست. به بیان دیگر، به رغم آن که فقهای شورای نگهبان نسبت به مصوبات قبل و بعد از پیروزی انقلاب به صورت موردی اقدام به اعمال نظارت شرعی می‌کنند، اما در میان نظرات شرعی، مواردی وجود دارد که نشان می‌دهد این نهاد، اثر نظرات ابرازی خود را به شرط اشتراک در موضوع به موارد مشابه نیز تسری داده است. بنابراین، آثار اعمال نظارت شرعی در صورت وجود ارتباط بین موضوعات، قابل تسری است.

به عنوان نمونه می‌توان به نظرات فقهای شورای نگهبان بر ماده (۱۱) قانون صدور چک بلا محل، مصوب ۱۳۵۵ اشاره کرد که به موجب آن، حکم مندرج در نظرات سابق فقها در خصوص مغایرت دریافت خسارت تأخیر تأدیه، موضوع مواد (۷۱۲) و (۷۱۹) قانون آیین دادرسی مدنی، مصوب ۱۳۱۸ (نظر شماره ۹۴۹۹، مورخ ۱۳۶۲/۸/۲۵) و مغایرت مطالبه و اخذ خسارت تأخیر تأدیه توسط بانک‌ها، موضوع مواد (۷۱۹) تا (۷۲۶) قانون آیین دادرسی مدنی، مصوب ۱۳۱۸ و سایر مواد قانونی که به این موضوع اشاره دارند (نظر شماره ۳۸۴۵، مورخ ۱۳۶۴/۴/۱۲) به ماده (۱۱) قانون مزبور تسری داده شد. این نهاد در نظر دیگری (نظر شماره ۳۳۷۸، مورخ ۱۳۶۷/۱۰/۱۴ مبنی بر اعلام مغایرت اخذ خسارت تأخیر تأدیه با موازین شرع، موضوع ماده (۳۴) قانون ثبت اسناد و املاک و

تبصره‌های (۴) و (۵) آن، مصوب ۱۳۵۱/۱۰/۱۸ مجلس شورای ملی) حکم مزبور را در خصوص ماده (۳۴) قانون ثبت اسناد و املاک و تبصره (۴) و (۵) آن نیز مُجرا دانسته و اقدام به اعلام خلاف شرع بودن آن کرد.

افزون بر آن، فقهای شورای نگهبان در یکی دیگر از نظرات شرعی خود، با اعلام مغایرت اطلاق مفاد قانون راجع به نحوه اقدام نسبت به کالاهای متروکه، مصوب ۱۳۵۸ شورای انقلاب، (نظر شماره ۷۳۳۹، مورخ ۱۳۶۱/۱۱/۱۸) طی اعلام تذکری، مفهوم نظر مزبور را تأیید سایر مواردی که مشمول مصوبه شورای انقلاب می‌شود، ندانسته‌اند. در این نظر، فقها شمول قانون مزبور را در مواردی که صاحب کالا مقصر نباشد، مغایر موازین شرع تشخیص دادند و به موجب تذکر اخیر، «مغایرت سایر مواردی را که ممکن است با شرع مخالف باشند، اعلام کردند». بدیهی است که این عبارت، بیان‌گر قابل تسری بودن نظر شرعی آنان به سایر موارد مشابه است. همچنین نظر ایشان در پاسخ به استعلام رئیس‌جمهور وقت در سال ۱۳۶۲ درخور توجه است. چرا که در این نظر، به این نکته تصریح شد که نظر فقها صرفاً نسبت به ابطال موارد خلاف شرع «معتبر» است و موجب سلب اعتبار از مواردی که با این موضوع ارتباط ندارند، نمی‌شود و کمافی‌السابق قابل اجراست (نظر شماره ۱۰۷۰۸، مورخ ۱۳۶۲/۱۲/۹). بر این اساس، زمانی می‌توان حکم صادرشده از سوی فقهای شورای نگهبان را در موارد دیگر جاری کرد که موضوعاً با یک‌دیگر مرتبط باشند، در غیر این صورت قابل تسری به موارد غیر مشابه نخواهند بود.

### لازم‌الاجرا بودن نظرات شرعی

نتیجه منطقی نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر کلیه قواعد حقوقی که از طریق صدور نظر شرعی نمود عینی می‌یابد، داشتن اعتبار اجرایی و لازم‌الاجرا بودن این دسته از نظرات است؛ به گونه‌ای که بدون در نظر گرفتن چنین نتیجه‌ای نمی‌توان این نظرات را از نوع مؤثر و قانونی تلقی کرد. در این راستا، ترتیب اثربخشیدن یا



ملاک عمل قراردادن نظرات شرعی فقها برای اصلاح قانون و یا مقررات را می‌توان به عنوان یکی از مهم‌ترین نتایج نظارت شرعی فقها دانست. بنابراین، الزام نهادهای ذی‌ربط مبنی بر اصلاح قوانین یا مقررات مغایر با شرع شناخته شده از طریق تهیه طرح و یا لایحه قانونی و یا اصلاح مقررات توسط نهادهای مربوطه نشان از لازم‌الاجرا بودن نظرات شرعی دارد. در این صورت، اصلاح مصوبات (اعم از قوانین یا مقررات) می‌بایست در راستای اعمال نظرات شرعی فقهای شورای نگهبان و منطبق با آن باشد.

برای مثال، می‌توان به تذکر شورای نگهبان در ضمن نظر شماره ۲۶۵۰، مورخ ۱۳۶۷/۸/۴ فقهای شورای نگهبان در پاسخ به استعلام دادرس شعبه (۶) دادگاه عمومی کیفری خرم‌آباد مبنی بر اعلام مغایرت برخی از مفاد مواد (۵۵) و (۵۶) قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع (اصلاحی ۱۳۴۸ و ۱۳۵۴) با موازین شرع اشاره کرد. مبتنی بر این نظر، این‌گونه مقرر شد که «پس از تهیه و ابلاغ آیین‌نامه قانون تعیین اراضی اختلافی موضوع اجرای ماده (۵۶) قانون جنگل‌ها و مراتع، مصوب ۱۳۶۷/۶/۲۲ مجلس شورای اسلامی، این ماده واحده ملاک عمل خواهد بود». با اعلام این نظر، استعلامی از سوی نماینده ولی امر در ستاد مرکزی هیأت‌های واگذاری و احیای اراضی، نسبت به آرای کمیسیون ماده (۵۶) قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع کشور از شورا به عمل آمد و دبیر شورا با ارسال نظرات شماره ۱۷۵۱، مورخ ۱۳۶۳/۷/۱۸ و شماره ۲۶۵۰، مورخ ۱۳۶۷/۸/۴ به ایشان بیان داشت:

... در رابطه با ماده (۵۶) قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع، شورای نگهبان ماده (۵۶) قبلی را خلاف شرع اعلام کرد و همان‌گونه که در ذیل نظریه مزبور آمده است، بدیهی است با توجه به ماده (۵۶) اصلاحی مصوبه مجلس شورای اسلامی<sup>۴</sup> و تنظیم آیین‌نامه اجرایی و به اجرا درآمدن آن، دیگر نظریه فوق‌الاشعار شورای نگهبان موضوعاً منتفی است.

(نظر شماره ۱۰۹۱، مورخ ۱۳۶۸/۸/۳ دبیر شورای نگهبان) همان‌گونه که ملاحظه می‌گردد، با اصلاح مصوبه مجلس، مطابق نظر شرعی فقیهان شورا، مصوبه مزبور ملاک عمل قرار گرفته است.

نکته دیگری که ذکر آن ضروری می‌نماید، این است که مقامات اجرایی صلاحیتی در اصلاح مواد قانونی خلاف شرع اعلام‌شده ندارند و صرفاً اصلاح این موارد از طریق مجلس شورای اسلامی امکان‌پذیر است (نظر شماره ۳۹- مورخ ۱۳۶۳/۱/۱۶ فقهای شورای نگهبان در پاسخ به سؤال رئیس جمهور در نامه شماره ۸-م/۱- مورخ ۱۳۳/۱/۶ مبنی بر رفع و اصلاح برخی از مواد مغایر با شرع توسط مقامات اجرایی). هم‌چنین در خصوص الزام نهادهای ذی‌ربط مبنی بر اصلاح مقررات خلاف شرع شناخته شده به عنوان یکی از آثار حقوقی نظرات شرعی باید بیان کرد که در برخی موارد، پس از آن که فقها به اعمال نظارت مزبور بر مقررات و اعلام نظر پرداختند، نهادهای ذی‌ربط - عمدتاً هیأت وزیران - به منظور رفع ایرادات شرعی مطابق نظر فقها اقدام به اصلاح مصوبات خود می‌کردند و مصوبه اصلاحی توسط رئیس مجلس<sup>۵</sup> برای فقها فرستاده می‌شد تا این نهاد با ملاحظه اصلاحات به‌عمل‌آمده نظر خود را در این خصوص اظهار نماید. در مجموع چهار نظر در این خصوص وجود دارد که پس از اظهار نظر فقها مبنی بر مغایرت مصوبات با موازین شرع، نهادهای ذی‌ربط اقدام به اصلاح مصوبه می‌کردند که فقها جز در یک مورد، (نظرات شماره ۷۷/۲۱/۳۲۵۰، مورخ ۱۳۷۷/۵/۲۶ و شماره ۷۹/۲۱/۴۷۹، مورخ ۱۳۷۹/۳/۴ فقهای شورای نگهبان در پاسخ به استعلام رئیس مجلس شورای اسلامی مبنی بر اعلام مغایرت ماده (۵) آیین‌نامه اجرایی تبصره (۴۰) قانون برنامه دوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، مورخ ۱۳۷۶/۳/۱۸ هیأت وزیران با موازین شرع، از جهت تجویز پرداخت سود به وام و اعلام عدم مغایرت آیین‌نامه اصلاحی، مورخ ۱۳۷۸/۱۲/۲۱ هیأت وزیران با موازین شرع) ما بقی اصلاحات به‌عمل‌آمده را رافع ایرادات خود تشخیص ندادند (نظرات شماره ۷۲۲۲، مورخ ۱۳۷۳/۱۲/۲۰ و شماره ۷۷/۲۱/۳۶۰۴، مورخ ۱۳۷۷/۷/۲۷ فقهای شورای نگهبان در پاسخ به استعلام رئیس مجلس شورای اسلامی مبنی بر اعلام مغایرت برخی از مفاد تصویب‌نامه مورخ ۱۳۷۳/۶/۶ و

تصویب‌نامه اصلاحی مورخ ۱۳۷۷/۵/۱۰ هیأت وزیران با موازین شرع از جهت در نظر گرفتن بهره برای وام. نظر شماره ۷۷/۲۱/۳۸۱۷، مورخ ۱۳۷۷/۹/۱ فقهای شورای نگهبان در پاسخ به استعلام رئیس مجلس شورای اسلامی مبنی بر اعلام مغایرت تصویب‌نامه‌های مورخ ۱۳۷۵/۲/۳ و ۱۳۷۷/۵/۱۰ هیأت وزیران با موازین شرع از حیث تجویز پرداخت سود به تسهیلات مالی (وام) و نظر شماره ۷۸/۲۱/۵۶۲۰، مورخ ۱۳۷۸/۸/۱۳ فقهای شورای نگهبان در پاسخ به استعلام رئیس مجلس شورای اسلامی نسبت به برخی از تصویب‌نامه‌های هیأت وزیران از جمله تصویب‌نامه مورخ ۱۳۷۵/۳/۲۶ (اصلاحی ۱۳۷۵/۶/۱۸) که در آن‌ها به پرداخت هزینه‌های تبعی، علاوه بر اصل تسهیلات دریافتی حکم شده است).

لازم به توضیح است که خلاف شرع دانستن مقررات مصوب هیأت وزیران دارای آثاری است. ممکن است در وهله اول این‌گونه برداشت شود که در صورتی که فقهای شورای نگهبان نسبت به قسمتی از مصوبه هیأت وزیران اعلام مغایرت و خلاف شرع بودن کنند، از آن‌جا که اعلام نظر مستند به اصل چهارم قانون اساسی است، ضمانت اجرای آن چیزی جز ابطال نخواهد بود و اثر ابطال مقررات مستند به اصل اخیر نیز از زمان تصویب آن‌ها خواهد بود. اما به نظر می‌رسد که می‌توان میان انواع آثار نظارت فقها نسبت به خلاف شرع بودن مصوبات دولت قائل به تفکیک شد. با این توضیح که در صورتی که فقها به صراحت پس از اعلام خلاف شرع بودن مصوبات دولت حکم به ابطال آن‌ها بدهند، در این صورت حکم ابطال بر مصوبات مزبور جاری و اثر ابطال نیز از زمان تصویب آن مقرر خواهد بود. اما در صورتی که فقها صرفاً حکم به خلاف شرع بودن مصوبه بدهند، در این صورت نمی‌توان با قاطعیت از ابطال کل مصوبه یا قسمتی از آن سخن گفت. به بیان دیگر، خلاف شرع بودن مقررات لزوماً به معنای بطلان آن نیست، بلکه می‌تواند این معنا را نیز ایفاد کند. اما به طور کلی می‌توان این‌گونه تحلیل کرد که در صورت خلاف موازین شرع دانستن قسمتی از مصوبه دولت توسط فقهای شورا، اجرای آن قسمت از مصوبه متوقف بر اصلاح آن توسط مقامات ذی‌ربط مطابق با نظر فقها می‌شود. بر این اساس، تا زمانی که اصلاح

مصوبه مطابق با آنچه که مد نظر فقهای شورا است، صورت نگیرد، عملاً امکان اجرای آن قسمت از مصوبه به هیچ عنوان وجود نخواهد داشت و در صورت اجرا، هیچ اثری از حیث قانونی بر آن مترتب نمی‌شود.

### ابطال قوانین و مقررات مغایر با شرع

ابطال قوانین و مقررات مغایر با موازین شرع از طریق اعمال نظارت شرعی و اعلام نظر توسط فقهای شورا به عنوان یکی از مهم‌ترین آثار حقوقی و نیز اصلی‌ترین و مؤثرترین ضمانت اجرای اصل چهارم قانون اساسی محسوب می‌شود که در راستای حفاظت از احکام اسلام و تضمین نظام مبتنی بر شریعت اسلامی صورت می‌گیرد. نظر به این که در اصل چهارم، صلاحیت تشخیص اسلامی بودن قواعد حقوقی به فقهای شورا واگذار شده است، این نهاد نتیجه تشخیص خود را به یکی از سه صور مغایرت، عدم مغایرت و یا ابطال قوانین و مقررات اعلام می‌کند. البته در ماده (۱۹) آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان، به صلاحیت فقها مبنی بر اعلام مغایرت قوانین و مقررات یا موادی از آنها با شرع با توجه به اصل چهارم تصریح شده است و با عطف توجه به ماده (۲۱) این آیین‌نامه، چنانچه نظر اکثریت فقها بر مغایرت قوانین با شرع باشد، نظر فقها به رئیس‌جمهور اعلام می‌گردد تا از طرف وی اقدامات لازم به عمل آید.

با وجود آن که قوانین عادی بر خلاف مقررات ابطال‌پذیر نیستند، اما در مواردی فقهای شورا اقدام به ابطال قوانین مصوب قبل از انقلاب - برخی از مواد یک قانون و یا یک ماده از چند قانون - و مصوبات شورای انقلاب که شأن قانون عادی دارند، کرده‌اند. برای مثال، نظر فقها نسبت به ماده (۱۳۰۹) قانون مدنی، شایسته ذکر است که ایشان از طریق نظارت شرعی فعال و به طور مستقیم و بدون استعلام از مراجع و مقامات ذی‌ربط، اقدام به ابطال این ماده کرده‌اند (نظر شماره ۲۶۵۵، مورخ ۱۳۶۷/۸/۸ فقهای شورای نگهبان مبنی بر اعلام مغایرت ماده (۱۳۰۹) قانون مدنی با موازین شرع از جهت بی‌اعتبار اعلام کردن شهادت بینه شرعیه در برابر اسناد معتبر و نظر شماره

۵۱۸۸۶/۳۰/۹۲، مورخ ۱۳۹۲/۷/۱۰ فقهای شورای نگهبان در پاسخ به استعلام آقای حسینی منش، مبنی بر پابرجا بودن نظریه شرعی فقهای شورای نگهبان در خصوص ابطال ماده (۱۳۰۹) قانون مدنی).<sup>۶</sup>

آن چه از رویه فقهای شورا در برخی موارد استنتاج می‌شود، این است که قوانین مصوب قبل از انقلاب و مصوبات شورای انقلاب قابلیت ابطال دارند. برای مثال، می‌توان به لایحه قانونی راجع به محدودیت داشتن مغازه گوشت‌فروشی، مصوب ۱۳۵۹/۴/۲۵ شورای انقلاب جمهوری اسلامی ایران اشاره کرد که با توجه به خلاف شرع بودن چند ماده آن، بطلان کل قانون توسط فقهای شورا اعلام شد (نظر شماره ۴۶۰۵، مورخ ۱۳۶۱/۲/۲۲ فقهای شورای نگهبان). به نظر می‌رسد دلیل امکان ابطال قوانین مصوب قبل از انقلاب آن است که بر مصوبات مزبور به هنگام تصویب، هیچ‌گونه نظارت شرعی پیشینی صورت نگرفته است. این در حالی است که ابطال نسبت به قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی مصداق پیدا نمی‌کند؛ چرا که این مصوبات، اصولاً تحت نظارت پیشینی شورای نگهبان قرار گرفته و پس از ارزیابی از حیث عدم مغایرت و یا انطباق با موازین شرع مورد تأیید فقهای شورای نگهبان قرار گرفته‌اند. نتیجه آن که مصوبات قبل از پیروزی انقلاب و نیز مصوبات شورای انقلاب به دلیل فقدان نظارت شرعی قابل ابطال هستند، اما نسبت به مصوبات مجلس شورای اسلامی، این امر اصولاً امکان‌پذیر نخواهد بود. البته این امر بدان معنا نیست که نتوان بر قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی نظارت پسینی اعمال کرد، بلکه در هر زمان که از قوانین مزبور، مورد خلاف شرعی استنتاج شد، فقهای شورا می‌توانند در راستای صیانت از موازین اسلامی مذکور در اصل چهارم، به اعلام مغایرت آن قسمت از قانون خلاف شرع پردازند و در نتیجه لغو و یا نسخ آن را اعلام کنند. در این خصوص می‌توان به نظر شماره ۹۶/۱۰۰/۲۴۰، مورخ ۱۳۹۶/۱/۲۶ اشاره کرد که فقهای شورا از طریق نظارت فعال یا مستقیم، اطلاق تبصره (۱) ماده (۲۶) قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران، مصوب ۱۳۷۵ را از حیث تجویز انتخاب افراد

غیر مسلمان برای شوراهاى مناطقى که اکثریت مردم آن مسلمان و پیرو مذهب رسمی کشور هستند، مغایر موازین شرع تشخیص دادند.<sup>۷</sup>

### قطعی و مختومه بودن نظرات شرعی فقهای شورای نگهبان

نظرات شرعی فقهای شورای نگهبان دارای ویژگی قطعی بودن است. قطعی بودن این نظرات بدین معناست که اولاً نمی‌توان از آنها تجدید نظرخواهی کرد و ثانیاً این نظرات به هیچ وجه قابل اعتراض در هیچ یک از مراجع قضایی نخواهند بود. قطعی بودن نظرات شرعی فقها به عنوان یکی از آثار مهم نظارت شرعی به موجب اصل چهارم قانون اساسی به شمار می‌آید که در رویه عملی بدان تصریح شده و فقها در موارد متعددی اقدام به اعلام صریح قطعی بودن نظرات خود کرده‌اند. در واقع، پس از اعلام نظر شرعی توسط فقها، آن نظر نهایی بوده و به معنای مختومه بودن آن است. از این رو، نمی‌توان از آن نظر در هیچ یک از مراجع قضایی شکایت کرد. در این راستا می‌توان به نظرات صادر شده در خصوص برخی از مصوبات شورای انقلاب اشاره کرد که در آنها، به این امر تصریح و تأکید شده است.

برای مثال، نظر شماره ۷۹/۲۱/۵۷۵، مورخ ۱۳۷۹/۴/۹ این نهاد در پاسخ به استعلام رئیس بنیاد مستضعفان و جانبازان انقلاب اسلامی در خصوص نسبت قانون حفاظت و توسعه صنایع ایران و سایر قوانین و مقررات مرتبط با آن، با فرمان حکومتی حضرت امام خمینی 1 مبنی بر تشکیل بنیاد مستضعفان قابل توجه است. با این توضیح که این مقام، با استناد به آن قسمت از مفاد قانون حفاظت و توسعه صنایع ایران و فرمان تاریخی حضرت امام مبنی بر تشکیل بنیاد مستضعفان و با توجه به نظر شرعی فقهای شورا در خصوص لایحه تسهیلات استخدامی و اجتماعی جانبازان انقلاب اسلامی، مصوب ۱۳۶۸/۶/۱۳ کمیسیون نهادهای انقلاب مجلس شورای اسلامی که آن را با توجه به ورود به حوزه قلمرو اختصاصی ولی فقیه - از حیث وضع قانون توسط مجلس و دولت در مورد بنیاد مستضعفان - مورد ایراد قرار داده بودند، از فقهای شورا خواستار اعلام نظر در خصوص نسبت قانون حفاظت و توسعه صنایع ایران با فرمان

تاریخی حضرت امام 1 مبنی بر تشکیل بنیاد مستضعفان و جانبازان شد. فقها در جلسه خود با اشاره به موادی از قانون حفاظت و توسعه صنایع ایران که پیش‌تر آن‌ها را مغایر با موازین شرع تشخیص داده بودند، مواد دیگر این قانون را مغایر با شرع ندانستند (نظر شماره ۷۹/۲۱/۵۷۵، مورخ ۱۳۷۹/۴/۹ فقهای شورای نگهبان). در واقع، این نهاد با نهایی‌دانستن نظر قبلی خود، عملاً امکان تجدید نظر نسبت به نظرات پیشین خود را منتفی دانسته است.

با این وجود، این سؤال قابل طرح است که آیا امکان شکایت از نظرات شرعی فقها در مراجعی هم‌چون مراجع قضایی وجود دارد یا خیر؟ طرح این سؤال از آن‌جا نشأت می‌گیرد که برخی از مقامات در پی استعلامات خود از فقهای شورا نسبت به موضوع برخی از قوانین، به فصل‌الخطاب بودن نظرات شرعی فقها تصریح کردند و فقها نیز در ضمن پاسخ به استعلامات مزبور، امکان ابطال نظرات خود توسط هیچ مرجعی را جایز ندانستند (نظر شماره ۷۹/۲۱/۲۰۷۹، مورخ ۱۳۷۹/۱۲/۲۸ فقهای شورای نگهبان در پاسخ به استعلام نماینده ولی فقیه و سرپرست سازمان اوقاف و امور خیریه مبنی بر غیر قابل ابطال بودن نظرات شرعی فقهای شورای نگهبان از جمله نظر شماره ۸۴۴۴، مورخ ۱۳۶۶/۳/۲۸ در خصوص تعلق معادن واقع در اراضی موقوفه به موقوفه). به دیگر سخن، فقهای شورا با تفسیری برشمردن نظرات خود هم‌چون نظر پیشین و با اشاره به اعتبار اجرایی داشتن این نظر، غیر قابل ابطال بودن این دست از نظرات را توسط مراجع دیگر به صراحت اعلام می‌کنند. بنابراین، یکی از مهم‌ترین نکاتی که می‌توان با واکاوی رویه فقهای شورا نسبت به قوانین عادی مصوب قبل و بعد از پیروزی انقلاب استنتاج کرد، این است که نظرات شرعی فقهای شورای نگهبان قطعی و نهایی هستند و این امر، به معنای عدم امکان ابطال و یا شکایت از آن‌ها در مراجع دیگر هم‌چون مراجع قضایی است.

علاوه بر آن، رویه جاری فقهای شورا نشان می‌دهد که این نهاد در اغلب موارد به هنگام طرح مجدد موضوعاتی که قبلاً درخصوص آن‌ها به ارائه نظر شرعی پرداخته است، نظرات سابق خود را ابرام کرده و صحت آن را اعلام می‌کردند که این امر به

نوعی می‌تواند به معنای مختومه‌بودن یا نهایی‌بودن نظرات شرعی باشد. به عنوان مثال، می‌توان به نظر این نهاد در خصوص ماده (۱۳۰۹) قانون مدنی اشاره کرد که در مرتبه اول با نظارت فعال و مستقیم، مغایرت آن را اعلام کردند (نظر شماره ۲۶۵۵، مورخ ۱۳۶۷/۸/۸ فقهای شورای نگهبان) و در مرتبه دوم با توجه به استعلام صورت‌گرفته در خصوص این ماده، بر بقای خود بر نظر قبلی مبنی بر ابطال آن تأکید کردند (نظر شماره ۹۲/۳۰/۵۱۸۸۶، مورخ ۱۳۹۲/۷/۱۰ فقهای شورای نگهبان).

هم‌چنین می‌توان به نظر ایشان در خصوص قانون منع توقیف اشخاص در قبال تخلف از انجام تعهدات و الزامات مالی، مصوب ۱۳۵۲ اشاره کرد که در مرتبه نخست، رأساً اطلاق مفاد این قانون را از حیث شمول آن بر منع توقیف متعهد متمکن ممتنع از ادای حق، مغایر شرع اعلام کرد (نظر شماره ۴۵۹۱، مورخ ۱۳۶۴/۷/۹ فقهای شورای نگهبان) و در مرتبه دوم، هفت سال پس از اعلام نظر فقها به موجب استعلام صورت‌گرفته از سوی معاون قضایی دادستان کل کشور، نظر سابق خود را در این زمینه برای وی ارسال کردند که به معنای بقای این نهاد بر نظر سابق خویش بوده است (نظر شماره ۳۶۵۰، مورخ ۱۳۷۱/۸/۴ فقهای شورای نگهبان).

هم‌چنین است نظر فقها در خصوص مغایرت ماده (۳۳۰) قانون آیین دادرسی مدنی، مصوب ۱۳۱۸، ماده (۱۹) قانون روابط موجر و مستأجر، مصوب ۱۳۵۶، ماده (۱) قانون ازدواج اصلاحی ۱۳۱۶، ماده (۱۷) قانون حمایت خانواده، مصوب ۱۳۵۳<sup>۱</sup> (نظر شماره ۱۴۸۸، مورخ ۱۳۶۳/۵/۹ فقهای شورای نگهبان)، مغایرت ماده (۲۹۴) قانون امور حسبی، مصوب ۱۳۱۹<sup>۲</sup>، نظر شماره ۲۶۳۹، مورخ ۱۳۶۷/۸/۴ فقهای شورای نگهبان) و نظر شماره ۳۲۹۳، مورخ ۱۳۶۰/۵/۲۹ فقهای شورای نگهبان در پاسخ به استعلام وزیر مسکن و شهرسازی نسبت به صدور گواهی عمران و ابطال سند به نفع خریدار در خصوص زمین‌های مشکوک به بایر تا تعیین تکلیف از طرف محاکم صلاحیت‌دار).

با وجود قطعی و مختومه‌بودن نظرات شرعی فقها، اما مطابق رویه، امکان طرح موضوعات تکراری که سابقاً در خصوص آن‌ها نظارت شرعی صورت گرفته و نظر



شرعی صادر شده صرفاً در این نهاد و نه مراجع قضایی وجود دارد. با اعلام نظر شرعی توسط فقها در خصوص تصویب نامه‌هایی که مربوط به تجویز پرداخت سود به وام‌های دریافتی از شرکت‌های خارجی هستند (نظر شماره ۷۸/۲۱/۵۱۲۸، مورخ ۱۳۷۸/۵/۱۸ فقهای شورای نگهبان مبنی بر اعلام مغایرت تصویب‌نامه مورخ ۱۳۷۷/۱۱/۲۱ هیأت وزیران با موازین شرع از جهت تجویز پرداخت سود به وام)، دبیر هیأت بررسی و تطبیق مصوبات دولت با قوانین مجلس شورای اسلامی، استعلامی در خصوص مورد اخیر از فقها انجام داد که به موجب آن، فقها نظر شرعی سابق خود را ابرام و بر بقای این نهاد بر نظر سابق خویش تصریح کردند (نظر شماره ۷۹/۲۱/۶۴۰، مورخ ۱۳۷۹/۵/۱ فقهای شورای نگهبان). بر این اساس، رویه فقها در پاسخ به موضوعاتی که قبلاً در این نهاد بررسی و مجدداً مطرح شدند، نشان از تأیید نظرات سابق فقها دارد. بر این مبنای می‌توان این‌گونه نتیجه گرفت که تأیید نظرات قبلی فقها به نوعی به معنای قطعی و مختومه بودن نظرات شرعی فقهای شورای نگهبان است.

### قابل استناد بودن نظرات شرعی در زمان سکوت قانون

از جمله آثار حقوقی مترتب بر نظرات شرعی فقها در خصوص قوانین مصوب مجلس این است که نظرات این نهاد، حتی پس از نسخ قوانین و تصویب قانون جدید نیز مجراست؛ مشروط به این که در قانون جدید، حکمی در خصوص موضوعات مندرج در قانون پیشین وجود نداشته باشد. به بیان دیگر، نظرات شرعی فقها در خصوص هر یک از مواد قانونی که قبلاً در قوانین حکم مشخصی داشتند، اما در قانون جدید با فقدان حکم مواجهند، کما کان مجراست و می‌توان با استناد به این نظرات، به قانون مربوطه عمل کرد. این مسأله در نظر شماره ۸۷/۳۰/۲۷۴۲۶، مورخ ۱۳۸۷/۴/۴ فقهای شورای نگهبان نسبت به استعلام وزیر دادگستری مبنی بر قابلیت استناد داشتن نظر سابق فقها در خصوص حکم به مرور زمان در دعاوی اشخاص خارجی که در کشورشان مرور زمان به رسمیت شناخته شده است و پس از

تصویب قانون آیین دادرسی مدنی، مصوب ۱۳۷۹ مطرح شد که فقها با استناد به نظر سابق خود،<sup>۱۰</sup> آن را مُجرا و قابل استناد می‌دانستند. از آن جا که فلسفه ایجاد شورای نگهبان، نظارت است و نه قانون‌گذاری، به نظر می‌رسد تعیین تکلیف نمودن در خصوص مصوبات مغایر با شرع، خروج از صلاحیت ذاتی این نهاد بوده و قاعدتاً ابتکار عمل در وضع قانون و مقررات باید در دست نهادهای قانون‌گذار باشد. از سوی دیگر، خلاء قانون و فقدان حکم قانونی نیز معضلی است که شایسته است مد نظر قرار گیرد.

### نتیجه‌گیری

با توجه به اصل سلسله‌مراتب قواعد حقوقی و برتری موازین اسلامی در نظم حقوقی جمهوری اسلامی ایران، کنترل قواعد حقوقی از حیث انطباق و یا عدم مغایرت آن‌ها با این هنجار و به موجب اصل چهارم بر عهده فقیهان شورای نگهبان قرار گرفته است. هر چند اعمال نظارت شرعی از سوی فقها با بهره‌گیری از سازوکارهای اصولی و مبانی اجتهادی صورت می‌پذیرد، اما در عمل نمی‌توان منکر اثرات این نظرات فقهی بر نظام حقوقی و قوانین و مقررات مورد نظارت شد. در صورتی که فقهای شورای نگهبان تمام یا بخشی از محتوای قوانین و مقررات را مغایر با موازین شرعی تشخیص دهند، آن بخش یا تمام مصوبه فاقد اعتبار قانونی خواهد بود. اما بررسی رویه عملی نظارت شورای نگهبان از سال ۱۳۵۹ تا کنون حاکی از این واقعیت است که این کارویژه توسط فقها در یک چارچوب شکلی واحدی صورت نگرفته و نظرات شرعی به طرق و صور مختلفی قوانین و مقررات را تحت تأثیر قرار داده و آثار حقوقی متفاوتی را به دنبال داشته است.

این مقاله با طرح پرسشی مبنی بر این که چه آثار حقوقی از نظارت شرعی بر قوانین و مقررات با توجه به نظرات این نهاد قابل استنتاج است، صرفاً از طریق کنکاش و جست‌وجو در رویه عملی و جاری نهاد فقها به تحلیل و استنتاج این آثار اقدام نمود و با بررسی بیش از یک‌صد مورد از نظرات شرعی در خصوص قوانین و مقررات

مصوب قبل و بعد از انقلاب، به این نتیجه دست یازیده که نظارت شرعی فقها در مواردی موجب «ابطال قوانین مصوب قبل از انقلاب و مقررات مغایر با شرع» شده است. این اثر به عنوان اصلی‌ترین و مهم‌ترین اثر حقوقی و ضمانت اجرایی اعمال نظارت شرعی بر قواعد حقوقی به شمار می‌رود. هر چند که این اثر عمدتاً مربوط به مقررات دولتی است، اما ابطال قوانین خلاف شرع، مصوب قبل انقلاب و برخی از مصوبات شورای انقلاب که از شأن قانون عادی برخوردارند نیز از جمله موارد این اعمال نظارت به شمار می‌رود. هم‌چنین در مواردی نیز فقهای شورای نگهبان با «الزام نهادهای ذی‌ربط مبنی بر اصلاح قوانین و مقررات مغایر با شرع»، اجرای مصوبه را تا رفع موارد مورد اشکال تعلیق و متوقف نموده‌اند. «مختومه‌بودن و عدم امکان تجدید نظرخواهی از نظرات شرعی در مراجع قضایی» از دیگر آثار حقوقی است که نشان از قطعی‌بودن و فصل‌الخطاب‌بودن این نظارت دارد. هم‌چنین «امکان استناد به نظرات شرعی در زمان سکوت قانون» از آثاری است که نسبت به برخی مصوبات مجلس مترتب شده و در موارد فقدان حکم قانونی، نظر سابق فقها ملاک عمل قرار داده شده است.

بررسی رویه عملی شورا حاکی از این است که علی‌رغم اعمال نظارت موردی و جداگانه در مواردی این نهاد، اثر نظرات ابرازی خود را در صورت اشتراک در موضوع، به موارد مشابه تسری داده است. بدیهی است استحصال این آثار و نتایج نشان می‌دهد که در زمینه آثار حقوقی، نهاد فقهای شورای نگهبان فاقد اصول و ضوابط متقن و ازپیش‌تعیین‌شده است. لذا تبیین رویه عملی شورا می‌تواند علاوه بر درک بهتر چگونگی عمل‌کرد شورا، زمینه ارائه یک چارچوب اجرایی مشخص و روشن‌تر برای تعیین شیوه اعمال نظارت شرعی و قانونی را فراهم سازد.

## یادداشت‌ها

۱. لازم به ذکر است که مسأله نظارت و کنترل قوانین در نظام‌های حقوقی موضوعه یا نوشته مد نظر است؛ چرا که هر یک از نظام‌ها یکی از دو صورت کنترل قضایی و یا کنترل سیاسی را به منظور صیانت از قانون اساسی پذیرفته‌اند. با این وجود، در برخی از نظام‌ها نظیر انگلستان مسأله کنترل قوانین متفاوت می‌نماید. در این نظام که از شیوه کنترل قضایی تبعیت می‌کند، این مسأله به «کنترل عمل اداری توسط دادگاه‌ها بر مبنای این که آن عمل در محدوده اختیارات تفویض شده به یک مقام محلی یا یک وزیر صورت پذیرفته» اطلاق می‌شود. بنابراین، کنترل قضایی در چنین مفهومی موضوعی مربوط به حقوق اداری است و نه حقوق اساسی؛ چرا که در این کشور، قانون اساسی هم‌عرض قوانین عادی بوده و مسأله سلسله‌مراتب شکلی یا کنترل قوانین عادی بر مآخذ قانون اساسی مطرح نمی‌گردد (مصطفی منصوریان، «دادرسی اساسی تطبیقی؛ مفاهیم، مبانی و الگوهای دادرسی اساسی»، ص ۲۵).

۲. باید افزود که ایجاد و تأسیس نهادهای عالی به منظور تضمین رعایت قانون اساسی و قانون، نوآوری و ابتکار نظام‌های حقوقی به شمار نمی‌آید، اما تا حدودی مرتبط با توسعه و پیشرفت رعایت قانون اساسی به ویژه در اروپای قاره‌ای است (جواد کارگزاری، «دادگاه قانون اساسی: مراحل تاریخی پیشرفت و توسعه نظام‌های نظارت قانون اساسی»، ش ۳، ص ۲۷۳). از این روست که حقوق دانان، توسعه دادرسی اساسی را در قرن بیستم به عنوان برجسته‌ترین واقعه در عرصه حقوق اساسی اروپایی قلمداد کرده‌اند و معتقدند که امروزه هیچ نظامی را نمی‌توان یافت که برای دادرسی اساسی جایگاهی در نظر نگرفته باشد (فاورو لویی، «دادگاه‌های قانون اساسی»، ش ۵، ص ۳۳۸).

۳. لازم به توضیح است که رژیم اسلامی بر مبنای قوانین و قواعد ناشی از قرآن مجید، سنت، اجماع و عقل یا قیاس به حکومت می‌پردازد و رژیم غیر اسلامی بر مآخذ مقررات ناشی از منابع غیر اسلامی حکومت می‌کند (سید ابوالفضل قاضی شریعت‌پناهی، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، ص ۳۶۸-۳۵۸).

۴. منظور، ماده واحده قانون تکلیف اراضی اختلافی موضوع اجرای ماده (۵۶) قانون جنگل‌ها و مراتع، مصوب ۱۳۶۷/۶/۲۲ مجلس شورای اسلامی است.

۵. به موجب قسمتی از اصل هشتم و پنجم و فراز آخر اصل یک صد و هشتم قانون اساسی، رئیس مجلس شورای اسلامی این صلاحیت را دارد که بر مقررات مصوب دولت، نظارت قانونی انجام

دهد. این نظارت از آن جهت است که مقرراتی بر خلاف قوانین عادی تصویب و اجرا نگردد و رئیس مجلس از طریق هیأت تطبیق مصوبات دولت اقدام به نظارت می‌کند. در این میان ممکن است مقررات تحت نظارت رئیس مجلس علاوه بر واجد ایراد قانونی بودن، دارای ایرادات شرعی نیز باشند. از این رو، مقرر مقرر به موجب حکم مقرر در اصل چهارم قانون اساسی برای تشخیص به فقهای شورای نگهبان فرستاده می‌شود تا در صورت خلاف موازین شرع بودن، توسط فقهای این نهاد حسب مورد، موقوف‌الاجرا و یا ابطال گردد.

۶. همچنین سایر مصوباتی که از طریق نظارت فقهای شورا حکم به ابطال آن‌ها داده شده است، عبارتند از: اطلاق ماده (۴) قانون افراز و فروش املاک مشاء، مصوب ۱۳۵۷/۸/۲۲ (نظر شماره ۵۱۸۸۷/۵۱۸۸۷/۳۰/۹۲، مورخ ۱۳۹۲/۷/۱۰ فقهای شورای نگهبان)، ابطال برخی از مواد قانون مجازات عمومی، مصوب ۱۳۰۴ و ۱۳۵۲ در دو مرحله\* (نظرات شماره ۴۰۵۹، مورخ ۱۳۶۰/۱۱/۱۵ و شماره ۴۰۵۰، مورخ ۱۳۶۱/۶/۱ فقهای شورای نگهبان) ابطال ماده (۳۴) اصلاحی قانون ثبت اسناد و املاک، مصوب ۱۳۵۱ (تذکر شماره ۱۶۹۰۸/۳۰/۸۵، مورخ ۱۳۸۵/۵/۱۲ شورای نگهبان به رئیس قوه قضاییه در خصوص ابطال ماده (۳۴) اصلاحی قانون ثبت اسناد و املاک، مصوب ۱۳۵۱ و نظر شماره ۳۳۷۸، مورخ ۱۳۶۷/۱۰/۱۴ فقهای شورای نگهبان) ابطال قسمت‌هایی از مواد (۵۵) و (۵۶) قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع و تبصره‌های آن (نظر شماره ۲۶۵۰، مورخ ۱۳۶۷/۸/۴ فقهای شورای نگهبان) و ابطال ماده (۲۹۴) قانون امور حسبی، مصوب ۱۳۱۹ (نظر شماره ۲۶۳۹، مورخ ۱۳۶۷/۸/۴ فقهای شورای نگهبان).

\* پیرو استعلام شورای عالی قضایی از فقهای شورای نگهبان مبنی بر اعلام مغایرت برخی از مواد قانون مجازات عمومی، مصوب ۱۳۰۴ و ۱۳۵۲، فقهای شورا در دو مرحله به این استعلام پاسخ دادند. در مرحله اول، سیزده ماده را خلاف موازین شرع تشخیص داده و متذکر شدند که نسبت به سایر موارد، پس از بررسی کافی اظهار نظر خواهد شد. از این روی، در مرحله دوم خطاب به شورای عالی قضایی، شش ماده دیگر از قانون مزبور را ابطال کردند. همچنین متذکر شدند چنانچه شورای عالی قضایی موادی را که مورد عمل و خلاف موازین شرع تشخیص می‌دهند، برای بررسی و ابطال آن ارسال فرمایند.

۷. علاوه بر قوانین مصوب قبل از پیروزی انقلاب و قوانین مصوب شورای انقلاب، فقها تا کنون پنج مرتبه مقررات مصوب قبل از پیروزی انقلاب را نیز ابطال کرده‌اند. این نظرات عبارتند از: (نظر شماره ۵۱۸۸۷/۵۱۸۸۷/۳۰/۹۲، مورخ ۱۳۹۲/۷/۱۰ فقهای شورای نگهبان مبنی بر اعلام مغایرت

- مواد (۹) و (۱۰) آیین‌نامه اجرایی قانون افراز و فروش املاک مشاء، مصوب ۱۳۵۷ از جهت حکم به فروش مال مشاء غیر قابل افراز، حتی در فرض عدم رضایت شرکا - نظرات شماره ۳۱۲۰، مورخ ۱۳۶۳/۱۲/۲۳ و شماره ۳۳۷۸، مورخ ۱۳۶۷/۱۰/۱۴ فقهای شورای نگهبان مبنی بر مغایرت دریافت خسارت تأخیر تأدیه با موازین شرعی موضوع مواد (۳۶) و (۳۷) آیین‌نامه اجرایی مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا - نظر شماره ۹۰۳۳، مورخ ۱۳۶۲/۴/۱۶ فقهای شورای نگهبان مبنی بر مغایرت آیین‌نامه مربوط به قانون تأسیس سازمان اسناد ملی ایران، مصوب ۱۳۴۹ با موازین شرع از جهت تعیین ضرب‌الأجل برای امحای اوراق زاید و راکد - و نظر شماره ۶۰۵۳، مورخ ۱۳۶۱/۱۱/۱۹ فقهای شورای نگهبان مبنی بر مغایرت مفاد برخی از مواد آیین‌نامه انتظامی پزشکی، مصوب ۱۳۴۸ با موازین شرع).
۸. لازم به توضیح است که فقهای شورای نگهبان چهارده سال بعد، نظر قبلی خود را تأیید و برای مقام استعلام‌کننده ارسال می‌دارند.
۹. لازم به ذکر است که فقهای شورا نظر قبلی خود، به شماره ۶۲۹۵، مورخ ۱۳۶۵/۴/۲۲ را تأیید و برای مقام استعلام‌کننده ارسال داشته‌اند.
۱۰. منظور، نظر شماره ۷۲۵۷، مورخ ۱۳۶۱/۱۱/۲۷ فقهای شورای نگهبان در پاسخ به استعلام شورای عالی قضایی مبنی بر نامشروع بودن حکم مرور زمان عدم استماع دعوی در مواد (۷۳۱) به بعد قانون آیین دادرسی مدنی، مصوب ۱۳۱۸ است.

## منابع و مأخذ

۱. آیین‌نامه اجرایی تبصره (۴۰) قانون برنامه دوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، مورخ ۱۳۷۶/۳/۱۸ هیأت وزیران.
۲. آیین‌نامه اصلاحی، مورخ ۱۳۷۸/۱۲/۲۱ هیأت وزیران.
۳. آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان، مصوب ۱۳۷۹/۴/۲۲.
۴. اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، صورت مشروح مذاکرات بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ج ۱، تهران: چاپخانه مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۰.
۵. پژوهشکده شورای نگهبان، نظرات شرعی فقهای شورای نگهبان بر اساس اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: فتوحی، تدوین و تحقیق محمد و کوهی اصفهانی، کاظم، ۱۳۹۷.

۶. تروپه، میشل، «منطق حاکم بر توجیه صیانت از قانون اساسی»، ترجمه عباسعلی کدخدایی و محمدرضا ویژه، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۶۶، ۱۳۸۳.
۷. تصویب‌نامه اصلاحی، مورخ ۱۳۷۷/۵/۱۰ هیأت وزیران.
۸. تصویب‌نامه، مورخ ۱۳۷۷/۱۱/۲۱ هیأت وزیران.
۹. تصویب‌نامه، مورخ ۱۳۷۵/۳/۲۶ (اصلاحی ۱۳۷۵/۶/۱۸) هیأت وزیران.
۱۰. تصویب‌نامه، مورخ ۱۳۷۳/۶/۶ هیأت وزیران.
۱۱. تصویب‌نامه‌های مورخ ۱۳۷۵/۲/۳ و ۱۳۷۷/۵/۱۰ هیأت وزیران.
۱۲. تقی‌زاده، جواد، نجابت‌خواه، مرتضی و قلی‌زاده، عادل، «مسأله نظارت اساسی قضات محاکم بر قوانین عادی»، فصلنامه راهبرد، سال بیست و چهارم، ش ۷۶، ۱۳۹۴.
۱۳. راعی، مسعود و علی‌زمانیان جهرمی (۱۳۹۵)، «بررسی قلمرو دین و تبلوران در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، مطالعات انقلاب اسلامی، سال سیزدهم، شماره ۴۶.
۱۴. سایت رسمی پژوهشکده شورای نگهبان: [www.shors-rc.ir](http://www.shors-rc.ir).
۱۵. سایت رسمی سامانه جامع نظرات شورای نگهبان: [nazarat.shora-rc.ir](http://nazarat.shora-rc.ir).
۱۶. سایت رسمی شورای نگهبان: [www.shora-gc.ir](http://www.shora-gc.ir).
۱۷. سایت رسمی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی: [www.rc.majlis.ir](http://www.rc.majlis.ir).
۱۸. شاکری، حمید و قربان‌زاده، محمد، «تأملی بر اندیشه دادرسی اساسی، سیاسی - اقتصادی»، نشریه سیاسی - اقتصادی، ش ۳۰۷، ۱۳۹۶.
۱۹. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اساسی (کلیات و رژیم‌های مهم سیاسی)، تهران: میزان، چ ۱۴، ۱۳۹۰.
۲۰. غمامی، محمدمهدی و دیگران، دادرسی اساسی تطبیقی؛ مطالعه مبانی، ساختارها و صلاحیت‌های نهاد دادرسی اساسی، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، چ ۲، ۱۳۹۵.
۲۱. فاورو، لویی، «دادگاه‌های قانون اساسی»، ترجمه علی‌اکبر گرجی، نشریه حقوق اساسی، سال سوم، ش ۵، ۱۳۸۴.
۲۲. قاضی شریعت‌پناهی، سیدابوالفضل، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، تهران: میزان، چ ۱۳، ۱۳۹۳.
۲۳. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۵۸ با بازنگری سال ۱۳۶۸.
۲۴. قانون اصلاح مواد ۱ و ۳ ازدواج، مصوب ۱۳۱۶/۲۹۰۲ مجلس شورای ملی.

۲۵. قانون اصلاحی ثبت اسناد و املاک، مصوب ۱۳۵۱/۱۰/۱۸ مجلس شورای ملی.
۲۶. قانون افراز و فروش املاک مشاء، مصوب ۱۳۵۷/۸/۲۲ مجلس شورای ملی.
۲۷. قانون امور حسبی، مصوب ۱۳۱۹/۴/۲ مجلس شورای ملی.
۲۸. قانون آیین دادرسی مدنی، مصوب ۱۳۱۸/۶/۲۵ مجلس شورای ملی.
۲۹. قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران، مصوب ۱۳۷۵ مجلس شورای اسلامی.
۳۰. قانون حفاظت و بهره‌برداری از جنگل‌ها و مراتع، اصلاحی ۱۳۴۸/۱/۲۰ مجلس شورای ملی.
۳۱. قانون حفاظت و توسعه صنایع ایران، مصوب ۱۳۵۸/۴/۱۰ شورای انقلاب جمهوری اسلامی ایران.
۳۲. قانون حمایت خانواده، مصوب ۱۳۵۳/۱۱/۱۵ مجلس شورای ملی.
۳۳. قانون روابط موجر و مستأجر، مصوب ۱۳۵۶/۵/۲ مجلس شورای ملی.
۳۴. قانون صدور چک، مصوب ۱۳۵۵/۴/۱۶ مجلس شورای ملی.
۳۵. قانون مجازات عمومی، مصوب ۱۳۰۴/۱۰/۲۳ کمیسیون مجلس و مصوب ۱۳۵۲/۳/۷ مجلس شورای ملی.
۳۶. قانون مدنی، مصوب ۱۳۰۷/۲/۱۸ مجلس شورای ملی.
۳۷. قانون منع توقیف اشخاص در قبال تخلف از انجام تعهدات و الزامات مالی، مصوب ۱۳۵۲/۸/۲۲ مجلس شورای ملی.
۳۸. کارگزاری، جواد، «دادگاه قانون اساسی: مراحل تاریخی پیشرفت و توسعه نظام‌های نظارت قانون اساسی»، نشریه حقوق اساسی، سال دوم، ش ۱۰، ۱۳۸۳.
۳۹. کعبی، عباس، اصغری شورستانی، محمدرضا و اصل زعیم، امیرحسین، «نقش مقدمه قانون اساسی در تفسیر اصول و شناخت اهداف و رسالت‌های قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، دانش حقوق عمومی، ش ۱۰، ۱۳۹۳.
۴۰. لایحه قانونی تسهیلات استخدامی و اجتماعی جانبازان انقلاب اسلامی، مصوب ۱۳۶۸/۶/۱۳ کمیسیون نهادهای انقلاب مجلس شورای اسلامی.
۴۱. لایحه قانونی راجع به محدودیت داشتن مغازه گوشت‌فروشی، مصوب ۱۳۵۹/۴/۲۵ شورای انقلاب جمهوری اسلامی ایران.
۴۲. لایحه قانونی راجع به نحوه اقدام نسبت به کالاهای متروکه، مصوب ۱۳۵۸/۱۲/۱۸ شورای انقلاب جمهوری اسلامی ایران.



۴۳. منصوریان، مصطفی، «دادرسی اساسی تطبیقی؛ مفاهیم، مبانی و الگوهای دادرسی اساسی»، گزارش پژوهشی پژوهشکده شورای نگهبان، دفتر مطالعات تطبیقی، شماره مسلسل ۱۳۹۳، ۱۳۹۳۰۰۰۱.
۴۴. موسوی بجنوردی، محمد و دانش‌پور، افتخار، «بررسی فقهی - حقوقی جایگاه شورای نگهبان در نظام جمهوری اسلامی ایران و نحوه نظارت آن بر قوانین و مقررات»، پژوهش‌نامه متین، ش ۵۳، ۱۳۹۰.
۴۵. موسوی‌زاده، ابراهیم، «ضمانت‌اجرای مغفول در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، آموزه‌های حقوقی دانشگاه علوم رضوی، ش ۱۲، ۱۳۸۸.
۴۶. موسوی‌زاده، ابراهیم، جستارهایی در حقوق عمومی، تهران: خرسندی، ۱۳۹۳.
۴۷. هامون، فرانسیس و واینر، سلین، «صیانت از قانون اساسی در فرانسه و ایالات متحده آمریکا»، ترجمه محمد جلالی، نشریه حقوق اساسی، سال دوم، ش ۲، ۱۳۸۳.