Archive of SID.ir

The Relationship between Jurists of Guardian Council and Administrative Court of Justice: A Review of 40 Years procedure for Announcing Contradiction of Regulations with Islam

Vahid Agah[1]
1. Assistant Professor, Department of Public and International law, Faculty of law and political sciences, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran:
dragah@atu.ac.ir

Date Received 2022/04/12
Date of Release 2022/07/29

Abstract

Famous interpretation of Jurists and professors of universities of the constitution of Islamic Republic of Iran specially 4th Principle, refers to qualification of jurists of Guardian Council for announcing contradiction of Regulations with Islam; which leaded to Voiding Regulations due to Contradiction with Islam in first act of administrative court of justice approved since the year 1981 up to now, applied by general board of this court, but the main and irrevocable qualification shall be proved only by jurists of Guardian Council. This judgment seems absolute and obvious; nevertheless, by exact considering to Constitutional Law, the contradictory issue is revealed due to following reasons about qualification of Administrative Court of Justice: 1) Qualification of jurists of Guardian Council for Announcing Contradiction of Acts with Islam. 2) Recognizing justice as field of operation of judges. 3) Qualification of jurisprudence knowledge of judges for Islamic Voiding Regulations. 4) Qualification of judges for applying Islam in civil, penal and administrative cases and courts in Acts. 5) Contradiction of qualification of jurists of Guardian Council with independence of judges. 6) Qualification of administrative court of justice in principle 170 and 173 of constitution. 7) Qualification of jurists of Guardian Council for Announcing Contradiction of constitution with Islam.

Key Words: Guardian Council, Announcing Contradiction of Regulations with Islam, Jurists of Guardian Council, Principle 4 of The Constitution of Iran, Administrative Court of Justice

Copyright© 2021, the Authors This open-access article is published under the terms of the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License which permits Share (copy and redistribute the material in any medium or format) and Adapt (remix, transform, and build upon the material) under the AttributionNonCommercial terms.

[Downloaded from qjal.smtc.ac.ir on 2025-01-20]

[DOI: 10.52547/qjal.9.31.40]

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

فصلنامه حقوق اداری
سال نهم، تابستان ۱۴۰۱، شماره ۳۱
مقاله علمی پژوهشی

نسبت فقهای شورای نگهبان و دیوان عدالت اداری: درنگی بر رویه ٤٠ ساله اعلام مغایرت مقررات با شرع

وحید آگاه[۱]

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۱/۲۳
تایخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۵/۰۷

چکیده

تفسیر مشهور حقوق‌دانان از قانون اساسی ایران به ویژه اصل ۴، نظر به صلاحیت فقهای شورای نگهبان در اعلام مغایرت مقررات با شرع دارد. امری که موجب شده از اولین قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۶۰ و بعد آن در قوانین دیوان مصوب سال‌های ۱۳۸۵ و ۱۳۹۲، ابطال شرعی مقررات صرفاً به‌صورت شکلی توسط هیات عمومی دیوان انجام شود و صلاحیت اصلی و غیر قابل اعتراض، از آن فقهای شورا باشد. اما نگاهی دقیق به قانون اساسی و مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی آن، نشان می‌دهد که به دلایل ذیل، این مهم با مرجع قضایی و طبق قانون اساسی، دیوان عدالت اداری است: ۱- صرف صلاحیت فقهای شورا در احراز اسلامیت مصوبات مجلس. ۲- شناسایی عدالت به‌عنوان حوزه فعالیت قضات. ۳- سواد فقهی قضات برای ابطال شرعی مقررات. ۴- انبوه مفادی در قوانین عادی که احراز و اعمال موازین شرعی را در محاکم و دعاوی مدنی، کیفری و اداری بر عهده قضات گذارده است. ۵- اصطکاک صلاحیت فقهای شورا با استقلال قضات. ۶- صلاحیت دیوان در اصول ۱۷۰ و ۱۷۳. ۷- اختصاص و شأن نزول اصل ۴ در تشخیص اسلامیت قانون اساسی.

واژگان کلیدی: شورای نگهبان، اعلام مغایرت مقررات با شرع، فقهای شورای نگهبان، اصل ۴ قانون اساسی، دیوان عدالت اداری

۱. استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران. dragah@atu.ac.ir

[Downloaded from qjal.smtc.ac.ir on 2025-01-20]

[DOI: 10.52547/qjal.9.31.40]

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

مقدمه

در نظام حقوقی ایران، موازین اسلامی، جایگاه رفیعی دارد. چنانکه عنوان نظام سیاسی، «جمهوری اسلامی» است و در جای جای قانون اساسی- زین پس، ق.ا.- از حکومت موازین شرعی سخن رفته است (منصوریان و آگاه، ۱۳۹۱: ۲۱۴). امری که با اصل ۱۲ ق.ا. مبنی بر شناسایی «دین رسمی»، ارتباطی وثیق دارد. بر این اساس، بدیهی‌ترین امر برای اسلامی بودن نظام سیاسی، اسلامی کردن حقوق موضوعه تلقی شده (مرندی، ۱۳۸۲: ۳۵) و منابع حقوق ازجمله قوانین و مقررات نباید مغایر با موازین اسلامی باشد. لذا در نظم حقوقی جمهوری اسلامی، نهادها و سازوکارهایی برای صیانت از شریعت پیش‌بینی شده که از یک منظر به دو نوع پیشینی و پسینی تقسیم می‌شود. برای رصد شرعی مصوبات قانونی مجلس شورای اسلامی، نهاد شورای نگهبان پیش‌بینی شده که این مهم وفق اصول ۹۱ و ۹۶ ق.ا. از طریق فقهای شورا انجام می‌شود. در مورد مقررات اما، چنین صراحتی وجود ندارد و تصویب‌نامه‌ها، آیین‌نامه‌ها، بخشنامه‌ها و دستورالعمل‌ها از نظر شرعی، «سیستماتیک و مستقیم» (فلاح زاده، ۱۳۸۶: ۲۵) و قبل از وضع و اجرا کنترل نمی‌شوند.

از ابتدا کارگزاران نظام تقنینی بر این نظر بوده‌اند که نظارت بر اسلامیت مقررات برعهده فقهای شورای نگهبان است. تفسیری که در ماده ۱۹ آیین‌نامه داخلی شورا مصوب ۱۳۷۹/۴/۲۲ شورا تصریح شده: «اعلام مغایرت مقررات یا موادی از آنها با شرع با توجه به اصل ۴ ق.ا. در هر زمان که مقتضی باشد، توسط اکثریت فقهای شورا انجام می‌یابد ... سؤال‌های فقهی دیوان عدالت اداری و قضات درباره مغایرت مقررات با شرع، حسب مورد از طریق رئیس دیوان و رئیس قوه قضاییه به شورای نگهبان ارسال می‌شود» و در نظرات شورا ازجمله نظر تفسیری اصل ۱۷۰ به شماره ۸۰/۲۱/۱۲۷۹ مورخ ۱۳۸۰/۲/۱۸ مشهود است: «چون ابطال موارد خلاف شرع، مستند به تشخیص فقهای شورا است و از مصادیق اعمال اصل ۴ می‌باشد ...». همین تفسیر در قوانین نیز تداوم یافته و موجب وضع ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۶۰/۱۱/۴، ماده ۴۱ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵/۳/۹ مجلس و ۱۳۸۵/۹/۲۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام و تبصره ۲ ماده ۸۴ و ماده ۸۷ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۰/۹/۲۲ مجلس و ۱۳۹۲/۳/۲۵ مجمع شده که متن مربوط در دو قانون اخیر، یکسان است: «هرگاه مصوبه مورد شکایت به لحاظ مغایرت با موازین شرعی برای رسیدگی مطرح باشد، موضوع جهت اظهارنظر به شورای نگهبان ارسال می‌شود. نظر فقهای شورای نگهبان برای هیأت عمومی و هیأت‌های تخصصی، لازم‌الاتباع است». امری که در ماده ۲۵ قانون دیوان در سال ۱۳۶۰ دیوان صریح‌تر بود: «در اجرای اصل ۱۷۰ ق.ا. دیوان موظف است چنانچه شکایتی مبنی بر مخالفت بعضی از تصویب نامه‌ها و یا آیین‌نامه‌های دولتی با مقررات اسلامی مطرح گردید، شکایت را به شورا ارجاع نماید. چنانچه شورا طبق اصل ۴،

[Downloaded from qjal.smtc.ac.ir on 2025-01-20]

[DOI: 10.52547/qjal.9.31.40]

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

خلاف شرع بودن را تشخیص داد، دیوان حکم ابطال آن را صادر نماید».[۱] بنابراین ۴۰ سال است که مقنن، صلاحیت اعلام مغایرت مقررات با شرع را به فقهای شورا اعطا نموده و در این زمینه، هیچ اختیاری برای دیوان درنظر نگرفته است. گویی دیوان صرفاً یک رابط اجرایی بوده، صلاحیت تشخیصی ندارد و در تبعیت محض از فقهای شورا قرار دارد.

در کنار اراده مقنن در این سال‌ها، تفسیر قاطبه دکترین، این بوده و هست که به موجب ق.ا. وظیفه مزبور بر عهده فقهای شورا قرار دارد. کانون استدلال مدافعان تقنین مجلس در واگذاری صلاحیت اعلام مغایرت مقررات با شرع به فقهای شورا، اصل ۴ ق.ا. است (مدنی،۱۳۸۴: ۲۲۲ و هدایت‌نیا،۱۳۸۷: ۶۱ و عمید زنجانی،۱۳۸۷: ۶۹ وکدخدایی و ویژه، ۱۳۸۸: ۴۱ و خسروی،۱۳۸۹: ۱۹۳ و موسی‌زاده، ۱۳۸۹: ۳۴۰-۳۳۶ و عباسی لاهیجی، ۱۳۹۷: ۸۴ و محسنی، ۱۳۹۵: ۳۰۱). اصلی که آن را «اساسی‌ترین اصل ق.ا.»(ملک‌زاده، ۱۳۹۰: ۱۰۵) و «فرا ق.ا.»(کعبی، ۱۳۶۹: ۲۳۲) خوانده‌اند و از لزوم عدم مغایرت نظام هنجاری کشور با شرع سخن می‌گوید: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول همه اصول ق.ا. و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است». حال آنکه به‌نظر می‌رسد مداقه در سایر مفاد ق.ا. و نگاه دقیق‌تر به این اصل، تفسیر رقیبی را نیز عیان می‌سازد که این مقاله در همین موضوع می‌باشد. اینکه مرجع صالح برای اعلام عدم مغایرت مقررات دولتی با شرع کدام بوده و تا چه حد، اقدام قوه مقننه در قوانین دیوان از ابتدا تاکنون، صحیح و مطابق با ق.ا. ارزیابی می‌شود. گفتنی است در حال حاضر ابطال این مقررات پس از اعلام نظر فقهای شورا بر عهده هیات عمومی دیوان قرار دارد و در این قسمت یعنی ابطال- ونه اعلام مغایرت- اختلافی نیست.

در پژوهش حاضر، انطباق صلاحیت فقهای شورا در این خصوص، با ق.ا. و مراد قانون‌گذار اساسی، طی ۶ بند، مورد تحلیل قرار می‌گیرد.

۱. صرف صلاحیت فقهای شورا در احراز غیر اسلامی نبودن مصوبات مجلس

در اصول ۷۲،۹۱،۹۴،۹۶،۹۷ و ۱۱۲ ق.ا. صرفاً تشخیص شرعیت مصوبات مجلس به فقهای شورا سپرده شده و حرفی از نظارت شرعی فقها بر مقررات نیامده است. ضمن اینکه شورا نهادی در قوه مقننه و بخشی از آن است و مفاد اصلی مربوط به شورا از اصل ۹۱ تا ۹۷ ذیل فصل ششم ق.ا. یعنی

---

۱. در مواردی که طی درخواست ابطال شرعی مقررات از دیوان، موضوع واضح نیست، فقهای شورا به صورت گزینه‌ای، موضوع و حکم را مشخص نموده و هیات عمومی دیوان از طریق تطابق مصداق با حکم، گزینه موردنظر را انتخاب می‌کند (امامی و واعظی و سلیمانی،۱۳۹۱: ۳۴۲-۳۴۱). اما در این مصادیق نیز، صلاحیت از آنِ فقهاست و دیوان تنها موضوع را تشخیص می‌دهد. لذا این رویه، حکایتی از صلاحیتِ ولو اندکِ دیوان ندارد.

[Downloaded from qjal.smtc.ac.ir on 2025-01-20]

[DOI: 10.52547/qjal.9.31.40]

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

«قوه مقننه» آمده. این فصل، دو مبحث دارد که هر دو به مجلس پرداخته[۱] و مقنن اساسی از تخصیص مبحث سومی برای شورا پرهیز نموده است. وفق اصل ۹۳ نیز، به جز دو مورد، مجلس بدون وجود شورا اعتبار قانونی ندارد. حتی طبق اصل ۸۵ که «مجلس می‌تواند تصویب دائمی اساسنامه سازمان‌ها، شرکت‌ها، مؤسسات دولتی یا وابسته به دولت را با رعایت اصل ۷۲ به کمیسیون‌های ذیربط واگذار کند و یا اجازه تصویب آنها را به دولت بدهد»، «مصوبات دولت نباید با اصول و احکام مذهب رسمی کشور و یا ق.ا. مغایرت داشته باشد» و «تشخیص این امر به ترتیب مذکور در اصل ۹۶ با شورای نگهبان است». لذا اینجا که با تجویز تفویض مواجهیم، مقنن اساسی در اخذ تأییدیه عدم مغایرت این اساسنامه‌ها با ق.ا. و شرع تاکید داشته است. ادامه این اصل نیز به کار ما می‌آید: «علاوه بر این، مصوبات دولت نباید مخالفت قوانین و مقررات عمومی کشور باشد و به‌منظور بررسی و اعلام عدم مغایرت آنها با قوانین مزبور، باید ضمن ابلاغ برای اجرا به اطلاع رییس مجلس برسد». مشاهده می‌شود برای نظارت بر مقررات مصوب هیات وزیران، رییس مجلس معین و شیوه آن هم تصریح شده، حال آنکه برای فقها چنین نیست و «ق.ا. برای شورا حق و تکلیفی را مقرر نداشته است» (هاشمی، ۱۳۸۳: ۲۴۷).

مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی ق.ا. هم، موید این نظر است. آیت‌الله ناصر مکارم شیرازی در مخالفت با این اصل، استدلال می‌کنند که اصل ۱۷۳ و گذاشتن تشخیص بر عهده قاضی، با اصل ۴ و وظیفه شورای نگهبان متضاد است. اما دیگر نمایندگان، شبهه را رفع می‌کنند: ۱- جوادی: «قوانینی که مجلس تصویب می‌کند، باید شورا تشخیص بدهد. ولی آیین‌نامه‌های داخلی[۲] که شورای نگهبان را لازم ندارد». ۲- ربانی شیرازی: قوانین باید زیر نظر شورای نگهبان باشد و مسئولش، آن شوراست. در اینجا منظور آیین‌نامه‌ها و تصویب‌نامه‌هایی است که در اصل ۱۷۰ ذکر شد و مرجعش، دیوان عدالت است. ۳- سبحانی: اصل ۹۱ راجع به وظیفه شورا در خصوص مصوبات مجلس بوده و در اصل ۱۳۸ هم که ناظر به مقررات می‌باشد، سخنی از شورای نگهبان نشده است.۴- آیت: اصل اشتباه را آقای مکارم کردند، چون ما یک ق.ا. داریم و یک قانون داریم و یک تصویب‌نامه و آیین‌نامه. در مورد مغایرت قانون عادی با ق.ا. شورای نگهبان داریم. اما در مورد مغایرت مقررات، مرجع نگذاشتیم و در اصل ۱۷۰، دیوان عدالت اداری را تعیین کردیم (مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴: ۱۶۵۶-۱۶۵۴).

این مهم در زمان تصویب نخستین قانون دیوان در جلسه ۲۴۶ مجلس مورخ ۱۳۶۰/۹/۱۵ نیز مطرح می‌شود و سیدرضا زواره‌ای در مخالفت با ماده ۲۵ قانون دیوان که وفق آن، در ابطال شرعی

---

۱. مبحث اول- مجلس شورای اسلامی. مبحث دوم- اختیارات و صلاحیت مجلس شورای اسلامی.

۲. در ادبیات برخی از نمایندگان آن مجلس، مراد از آیین نامه‌های داخلی، همان مقررات یعنی آیین نامه‌ها و نظام نامه‌های دولتی است و ارتباطی با قانون آیین نامه داخلی مجلس ندارد.

[Downloaded from qjal.smtc.ac.ir on 2025-01-20]

[DOI: 10.52547/qjal.9.31.40]

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

مقررات، کسب نظر فقهای شورا الزامی است، با قرائت اصل ۹۱، اختیارات شورای نگهبان را در حدود مصوبات مجلس می‌داند ولاغیر. هنگامی هم که نایب رییس مجلس (سیدمحمد موسوی خوئینی‌ها) گوشزد می‌کند که اصل ۴ را نیز بخواند، به جای آن به قرائت اصل ۹۶ می‌پردازد و از جمع این دو اصل، نتیجه‌گیری می‌کند که هیچ جا در اختیارات شورا، بحثی از مسائل دیگر پیش نیامده و در مجادله با نایب رییس که طراح این ماده و مدیر جلسه هست و می‌گوید: اصل ۴ نیز از اختیارات شورا می‌باشد، زواره‌ای تصریح می‌کند اصل ۹۱، حدود اختیارت شورای نگهبان را مشخص می‌کند (روزنامه رسمی، شماره ۱۰۷۲۵،۱۳۶۰: ۲۹).

اصل ۴ در فصل اول ق.ا. با عنوان «اصول کلی» جای گرفته و نظر به اینکه اصول کلی، قصد و غرض قانونگذار را مشخص می‌کند، تعیین کننده حدود صلاحیت نیست، زیرا دامنه صلاحیت در اصول کلی جای نمی‌گیرد (حسینی خامنه‌ای، ۱۳۶۹: ۱۸-۱۶، ۲۹ و ۴۰). لذا حوزه صلاحیت فقهای شورا باید در اصول دیگر یافت شود و درخصوص اعلام مغایرت مقررات با شرع در اصول دیگر ق.ا. برای فقهای شورا، صلاحیتی وجود ندارد.

۲. عدالت، حوزه فعالیت قضات یا فقهای شورا؟

از اصول متعدد ق.ا. در فصل یازدهم (قوه قضاییه) برمی‌آید که عدالت، دغدغه دستگاه قضا و کارویژه اصلی دادرسان است. قوه قضاییه وفق اصل ۱۵۶، مستقل، پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی، مسئول تحقق بخشیدن عدالت و عهده‌دار وظایفی است: «۱- رسیدگی و صدور حکم در مورد تظلمات، تعدیات، شکایات، حل و فصل دعاوی و رفع خصومات. ۲ - احیای حقوق عامه و گسترش عدل و آزادی‌های مشروع». اصل ۱۵۹ نیز اشعار می‌دارد: «مرجع رسمی تظلمات و شکایات، دادگستری است». لذا عدالت، حوزه محاکم قوه قضاییه بوده و ابطال مقررات هم، نه مداخله پیشینی، بلکه نظارت قضایی است که همیشه پسینی می‌باشد (راسخ، ۱۳۸۸: ۲۰- ۱۹). ضمن اینکه شورا دادگاه نبوده، وظیفه دادرسی اساسی را انجام نمی‌دهد و فقهای شورا دادرس اساسی نیستند، چون در ایران، نظام کنترل قوانین عادی با ق.ا. از الگوی قضایی پیروی نکرده و این مهم به شورای نگهبان که غیرقضایی می‌باشد، اعطا شده است. بدین‌جهت، واگذاری ابطال مقررات به فقهای شورا، تخصیص صلاحیت قوه قضاییه بدون نص قانونی محسوب می‌شود. اگر هم گفته شود فقهای شورا صرفاً اظهارنظر نموده و هیات عمومی دیوان، حکم به ابطال می‌دهد؛ پاسخ این است که هیات عمومی، یارای مخالفت با نظر فقها را ندارد و این مهم با تصریح به لازم‌الاتباع بودن نظر شورا در حقوق موضوعه دیوان از ابتدا تاکنون، تثبیت شده است.

بنابراین هیات عمومی تنها یک واسطه بی‌اختیار بوده و در این زمینه، مأمور ابلاغ می‌باشد. موضوعی که در نخستین اثر پژوهشی جامع در باب دیوان، بدون تعرض به تفسیر اصل ۴ ق.ا. با عناوین «تشریفاتی» و «اتلاف وقت جمع کثیری از قضات» یاد شده است (صدرالحفاظی، ۱۳۷۲:

[Downloaded from qjal.smtc.ac.ir on 2025-01-20]

[DOI: 10.52547/qjal.9.31.40]

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

۳۸۵). گفتنی است وفق ماده ۸۴ قانون دیوان، اموری که در صلاحیت هیات عمومی است، ابتدا در هیات‌های تخصصی متشکل از حداقل ۱۵ نفر قاضی دیوان مطرح می‌شود. سپس با رعایت شرایط و حدنصابی، آرای هیات‌های تخصصی به هیات عمومی ارسال می‌شود. در بند ب این ماده، «در صورتی که نظر سه چهارم اعضای هیأت تخصصی بر رد شکایت باشد، رأی به رد شکایت صادر می‌کند. این رأی ظرف ۲۰ روز از تاریخ صدور، از سوی رییس دیوان یا ده نفر از قضات دیوان قابل اعتراض است. در صورت اعتراض و یا در صورتی که نظر اکثریت کمتر از سه چهارم اعضاء بر رد شکایت باشد، پرونده در هیأت عمومی مطرح و اتخاذ تصمیم می‌شود». اما ماده ۳۳ «آیین‌نامه اداره جلسات هیات عمومی و هیات‌های تخصصی دیوان عدالت اداری» مصوب ۱۳۹۳/۱۱/۴ رییس قوه قضاییه اشعار می‌دارد: «در مواردی که درخواست ابطال مصوبه‌ای در هیات تخصصی به لحاظ مغایرت با شرع مورد رسیدگی قرار گرفته و هیات تخصصی نیز به استناد نظر فقهای شورای نگهبان، شکایت را رد کرده باشد، این شکایت مشمول اعتراض موضوع بند ب ماده ۸۴ قانون دیوان نخواهد بود». بدین لحاظ در مواردی که «مصوبه مغایر با شرع تشخیص نشده باشد، چون قابل ابطال نیست، در عمل هیات تخصصی، حکم به رد صادر می‌نماید و پرونده به هیات عمومی ارسال نمی‌شود» (مولابیگی،۱۳۹۴: ۳۱۶). لذا قضات دیوان در ابطال شرعی مقررات، یارای مخالفت با نظر فقها را ندارند، نه در مخالفت با نظر فقهای شورا در ابطال یا عدم ابطال، و نه در اعتراض بعدی توسط ۱۰ نفر از قضات به رأی هیات تخصصی دیوان که بر مبنای نظر فقها صادر شده است.

۳. کفایت سواد فقهی قضات برای ابطال شرعی مقررات

قضات از مقامات گرفته تا پایین‌ترین سطوح، آشنا به موازین اسلامی هستند. چنانکه به موجب اصول ۱۵۷ و ۱۶۲ ق.ا. رییس قوه، دادستان کل و رییس دیوان عالی کشور می‌بایست «مجتهد عادل و آگاه به امور قضایی» باشند. وفق اصل ۱۶۳ هم، «صفات و شرایط قاضی طبق موازین فقهی» به قانون ارجاع شده که به‌طور خاص، طی بند الف ماده ۳ نخستین قانون دیوان مصوب ۱۳۶۰ در عداد شرایط قضات دیوان ذکر شد: «عدالت، ایمان و تقوی و تعهد عملی نسبت به موازین اسلامی». تبصره ۲ همین ماده اشعار می‌دارد: «شورای عالی قضایی می‌تواند علاوه بر قضات دادگستری، از قضات شرع» استفاده نماید. رویه‌ای که به‌طور عام، ادامه یافت و در بند ۱ ماده واحده «قانون شرایط انتخاب قضات دادگستری» مصوب ۱۳۶۱/۲/۱۴، بند الف پیش گفته تکرار شد و طی بند ۵ نیز، «دارا بودن اجتهاد ... یا اجازه قضا ... به کسانی که دارای لیسانس قضایی یا لیسانس الهیات ... یا طلابی که سطح را تمام کرده و دو سال خارج فقه و قضا را با امتحان و تصدیق جامعه مدرسین دیده باشند، مادامی که به اندازه کافی مجتهد جامع‌الشرایط در اختیار ... نباشد» در شرایط قضات لحاظ شده است. در اصل ۱۶۷ ق.ا. نیز: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر

[Downloaded from qjal.smtc.ac.ir on 2025-01-20]

[DOI: 10.52547/qjal.9.31.40]

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

نیابد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوای معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد». طبق این اصل، اگر پاسخی در قوانین برای حل و فصل دعوی نباشد، قاضی باید با مراجعه به موازین شرعی رأی صادر نماید. جالب اینکه در این اصل به منابع معتبر اسلامی بسنده نشده و بعد از آن، به «فتاوای معتبر» تصریح گردیده و می‌دانیم فتوا، نظر شخصی فقها در مسائل شرعی است. لذا به قول شهید بهشتی «در اصل ۱۶۷ به قاضی حق اجتهاد داده‌ایم و قاضی تا اندازه‌ای حق دارد که به منابع اسلامی مراجعه کند» (مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴: ۱۶۵۵). جالب اینکه در مجلس بررسی نهایی ق.ا. هیچ کس معترض اصل ۱۶۷ و صلاحیت فقهی قضات نمی‌شود و به رغم ۴ مخالف و ۸ ممتنع، نمایندگان مخالفت یا نکته‌ای ندارند و اصل ۱۶۷ به سرعت و بی‌هیچ بحثی، تصویب می‌شود (همان: ۱۶۵۲-۱۶۵۰). این اصل در ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱ با اندک تفاوتی، تکرار شده و اولاً- عدم انجام آن، تخلف «استنکاف از احقاق حق» شناخته شده و مستوجب مجازات است. ثانیاً- مطابق تبصره ماده، «چنانچه قاضی مجتهد باشد و قانون را خلاف شرع بداند، پرونده به شعبه دیگری جهت رسیدگی ارجاع خواهد شد» که اهمیت و جایگاه صلاحیت فقهی قضات را می‌رساند. لذا این سؤال مطرح می‌شود که ضرورت اشراف قاضی به موازین اسلامی برای چیست؟ برای اینکه در تطبیق اسلامیت مقررات، از فقهای شورا استعلام شود؟! بدین لحاظ، معلومات و بینش اسلامی دادرسان دیوان، دلیل دیگری بر صلاحیت ایشان در ابطال شرعی مقررات است.

جدا از موارد یادشده، صلاحیت و سواد اسلامی قضات و تکلیف ایشان در مواجهه با موازین شرعی، به کرات در قوانین عادی نیز وجود دارد. به‌عنوان مثال مطابق ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی، عقود و قراردادهای برخلاف اخلاق حسنه که مغایر با موازین شرع باشد، در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست. نیز بند (ه) ماده ۳۴۸، «ادعای مخالف بودن رأی با موازین شرعی» را از جهات درخواست تجدیدنظر و در مبحث فرجام، ماده ۳۶۶، رسیدگی فرجامی را ازجمله تشخیص انطباق یا عدم انطباق رأی با موازین شرعی دانسته و بند ۲ ماده ۳۷۱، «رأی صادره خلاف موازین شرعی» را موجب نقض حکم یا قرار می‌داند. در فرجام تبعی هم، طی ماده ۴۱۳، فرجام‌خوانده می‌تواند نسبت به جهتی که آن را خلاف موازین شرعی می‌داند، تبعاً درخواست رسیدگی فرجامی نماید. در قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲/۱۲/۴، ماده ۴۲ در بازجویی و تحقیقات از زنان، به رعایت موازین شرعی تصریح نموده؛ وفق تبصره ۳ ماده ۱۰۰، شاکی در انتشار مطالبِ شرعاً ممنوع، محدود شده و طبق تبصره ۲ ماده ۱۳۲ و ماده ۱۴۲، بازپرس در اقدامات مربوط به کشف هویت متوفی و بازرسی محل اقامت افراد، مقید به رعایت موازین شرعی می‌باشد. مستند به ماده ۴۷۷، در صورتی‌که رییس قوه قضاییه، رأی قطعی را خلاف شرع بیّن تشخیص دهد، با تجویز اعاده دادرسی، شعبه مجدداً رسیدگی

[Downloaded from qjal.smtc.ac.ir on 2025-01-20]

[DOI: 10.52547/qjal.9.31.40]

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

می‌نماید. در ماده ۴۹۷ هم، رفع اشکالات مربوط به اجرای رأی با رعایت موازین شرعی، با قاضی اجرای احکام کیفری است.[۱] در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱، وفق مواد ۱۰۳ و ۱۲۷، در قابل گذشت بودن جرم و مجازات معاون جرم، حکم شرع، مطرح است. به موجب ماده ۱۵۵، جهل به حکم، مانع از مجازات مرتکب نیست، مگر اینکه شرعاً عذر محسوب شود. در ماده ۱۵۸، ارتکاب رفتاری که طبق قانون جرم محسوب می‌شود، در مواردی قابل مجازات نیست و در این مصادیق، نقش شرع پررنگ است. وفق مواد ۱۶۲، ۲۱۷ و ۲۶۸ در موضوعات «شناسایی ادله، مسئولیت مرتکبِ جرائم موجب حد و شرایط سرقت حدی»، تشخیص شرع موضوعیت دارد و در تبصره ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵/۳/۲(کتاب پنجم- تعزیرات)، حضور زنان بدون حجاب شرعی در انظار عمومی، جرم است.

در قانون دیوان نیز، اولاً- به موجب ماده ۷۹، وقتی رییس قوه قضاییه یا رییس دیوان، رأی قطعی شعب دیوان را خلاف بیّن شرع تشخیص دهند، پرونده جهت رسیدگی به شعبه هم عرض ارجاع می‌شود. ثانیاً- مطابق ماده ۹۴، «درصورتی که آرای هیأت عمومی دیوان از سوی رییس قوه قضاییه، خلاف موازین شرع تشخیص داده شود، هیأت عمومی با توجه به‌نظر رییس قوه قضاییه تجدیدنظر می‌نماید».[۲] لذا سوای اینکه آیا آرای هیات عمومی دیوان که مطابق با نظر فقهای شورا به جهت مغایرت با شرع ابطال شده، می‌تواند توسط رییس قوه قضاییه، خلاف شرع تشخیص شود یا خیر، مستند به مواد ۷۹ و ۹۴ رییس قوه قضاییه می‌تواند رأی شعب یا هیات عمومی را خلاف شرع تشخیص دهد، بی‌آنکه در این مهم نیازمند استعلام یا تبعیت از فقهای شورا باشد. ضمن اینکه در طرح اصلاح قانون دیوان مصوب ۱۴۰۰/۴/۸ کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس، در کنار مخالفت با قانون، شرع نیز از جهات طرح شکایت علیه دولت در شعب دیوان ذکر شده (ویژه و آگاه: ۱۴۰۰، ۴۵۰) که نشان از عزم مقنن در گسترش حضور مستقیم شرع در حقوق دارد.

علیهذا بدیهی است برای احراز انبوه مصادیق مذکور در قوانین توسط قاضی، اشراف به موازین شرعی نیاز است و قاضی در اعمال موارد معنونه، الزامی ندارد از فقهای شورا استعلام کند و رویه نیز

---

۱. در قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳/۴/۱۵ نیز، این مهم مصادیقی داشت: ۱. ماده ۸ – قضات مکلفند به دعاوی و شکایات، موافق قوانین موضوعه و اصل ۱۶۷ ق.ا. حکم را صادر نمایند. ۲. ماده ۹ – قرارها و احکام دادگاه‌ها باید مستند به قانون یا شرع باشد.۳. تبصره ۱ ماده ۱۴ – پاره‌ای از تحقیقات و تصمیمات به دستور و زیر نظر دادگاه با لحاظ موازین شرع، وسیله قضات تحقیق به عمل می‌آید.

۲. استفاده گسترده از مورد استثناییِ اصل ۱۶۷ ق.ا. در نظم حقوقی، محل انتقاد است، چرا که این حجم از امکان و تکلیف قضات در استناد به منابع شرعی، جایگاه اصل حاکمیت قانون را متزلزل نموده و آن را در موقعیت «تخصیص اکثر» قرار داده است. لذا جدا از محل تأمل بودن این مهم، در مقاله حاضر، بحث درخصوص مرجع ذی صلاحِ اعلام مغایرت شرعی مقررات است و صحبت در مورد مطلوبیت مصادیق فراوان اصل ۱۶۷ در قوانین، خارج از موضوع تحقیق می‌باشد.

[Downloaded from qjal.smtc.ac.ir on 2025-01-20]

[DOI: 10.52547/qjal.9.31.40]

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

چنین حکایت می‌کند. بر این اساس، در همه مصادیق مذکور، قاضی با تسلط فقهی خود تصمیم می‌گیرد و ابطال مقررات، ویژگی خاصی ندارد که از این قاعده مستثنی باشد.

٤. تناقض صلاحیت فقهای شورا با استقلال قضات

استقلال قضات، دلیل دیگر مدعای صلاحیت دیوان در اعلام مغایرت شرعی مقررات است. پیرو علم دادرسان به موازین اسلامی، استقلال ایشان در هردوی موازین قانونی و شرعی تجلی می‌یابد. «سیاست‌های کلی نظام برای حفظشان و استقلال قضات» مصوب ۲۷ /۱۲ /۱۳۸۴ مجمع تشخیص مصلحت نظام، بر استقلال قاضی تاکید دارد. خصوصاً بند ۱ آن مبنی بر «استقلال قضات در رسیدگی به پرونده‌ها، تفسیر از قوانین در مقام تشخیص حق، اتخاذ تصمیم و انشای رأی». استقلال قضات هرچند اصل مستقلی در ق.ا. ندارد، اما از مجموع اصول فصل ۱۱(قوه قضاییه) ق.ا. برمی آید (شعبانی،۱۳۸۵: ۲۲۰). چنانکه سوای اصل ۷۳ مبنی بر استقلال تفسیری قوانین، به نحو زیبایی در بطن اصول ۱۷۰ و ۱۶۷ جای گرفته است:

وفق قسمت اول اصل ۱۷۰، «قضات دادگاه‌ها مکلفند از اجرای تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی ... مخالف با قوانین و مقررات اسلامی ... خودداری کنند». لذا با «بی‌اثرکردن» (مزارعی،۱۳۹۲: ۱۸۷) مقررات خلاف شرع توسط دادرسان، تنها مصوباتی «قدرت قانونی»(مدنی، ۱۳۶۸: ۸۳) پیدا می‌کنند که خلاف موازین اسلامی نباشند. مطابق این اصل، اختیار مطرح نبوده و قضات موظفند مقررات مخالف شرع را کنار بگذارند. وظیفه‌ای که به‌رغم تفاوت کلمه دادگاه در اصل ۱۷۰ با دیوان، همه دادرسان دستگاه قضا ازجمله قضات دیوان را شامل می‌شود (محمودی، ۱۳۹۰: ۴۳-۴۲) و مستظهر به تسلط دادرسان بر بایسته‌های اسلامی مذکور در بند پیشین است. پس، قاضی نیازی ندارد تا برای اعمال بند نخست اصل ۱۷۰ از فقهای شورا بهره ببرد. امری که در ادبیات حقوقی، سابقه دارد (محمودی، ۱۳۸۸: ۳۲-۱۰ و آقایی طوق و لطفی،۱۳۹۸: ۵۲).

اصل ۱۶۷ نیز، پس از اینکه دادرسان را برای فصل خصومت، مکلف به فحص در قوانین نموده، استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوای معتبر را مقرر نموده است. این اصل سوای اینکه پس از قانون، موازین اسلامی را منبع حقوق دانسته، به نکته دیگری هم اشاره دارد که در سایه نکته قبل، مغفول واقع شده. اینکه قاضی در نظام حقوقی ایران می‌تواند با تحصیل شرایط مذکور در اصل ۱۶۷، به آموزه‌های اسلامی مراجعه کند و در این خصوص، استعلام از فقهای شورا ضرورت ندارد. هرچند که مطابق نظر برخی، قضات به مجتهد و غیرآن تفکیک شده و مراجعه به «منابع معتبر اسلامی» به قضات مجتهد اختصاص داشته و «فتاوی معتبر» به قضات غیرمجتهد تعلق دارد (جباری،۱۳۸۷: ۱۲۸). حال، چطور است که قاضی برای صدور رأی ولو به‌طور استثنایی، باید مستقلاً به منابع و فتاوی معتبر اسلامی استناد کند و شهروندان را از عدالت زمینی مأیوس نسازد و حتی باید مقررات را به استناد مغایرت با موازین شرعی، اجرا نکند؛ اما به یک باره و فقط در ابطال مقررات صلاحیت

[Downloaded from qjal.smtc.ac.ir on 2025-01-20]

[DOI: 10.52547/qjal.9.31.40]

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

ندارد؟ آن هم قضات دیوان که آگاه‌ترین به موضوعات[۱] اداری هستند و دست کم، در تشخیص موضوع، از قاطبه دادرسان در حوزه حقوق خصوصی و کیفری، عالم‌ترند. لذا واگذاری این صلاحیت به فقهای شورا «با اصل استقلال قاضی در تعارض است» (درویشی، ۱۳۸۸: ۲۶۱) و تحمیل نظر غیرقاضی به قاضی در قضاوت می‌باشد.

۵. اصول ۱۷۰ و ۱۷۳: صلاحیت ابطال شرعی مقررات و به طریق اولی، اعلام مغایرت

اصول ۱۷۰ و ۱۷۳ ق.ا. از بعدی دیگر هم، شایسته توجهند. به موجب این اصول: «قضات دادگاه‌ها مکلفند از اجرای تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی ... مخالف با قوانین و مقررات اسلامی ... خودداری کنند و هرکس می‌تواند ابطال این گونه مقررات را از دیوان عدالت اداری تقاضا کند» و «به‌منظور رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به ... آیین‌نامه‌های دولتی و احقاق حقوق آنها، دیوانی به نام «دیوان عدالت اداری» زیر نظر رییس قوه قضاییه تأسیس می‌گردد». بنابراین:

اولاً- تکلیف عدم اجرای مقرراتِ مغایر با اسلام به همه قضات، اما صلاحیت ابطال تنها به قضات دیوان اعطا شده. کما اینکه بلافاصله بعد از بار نمودن وظیفه عدم اجرا که شامل خلاف قانون و شرع می‌شود، صلاحیت ابطال مورد نظر قرارگرفته است. بدین جهت، همان گستره صلاحیت عدم اجرا به صلاحیت ابطال منتقل شده و نمی‌توان تفسیر نمود که قسمت اول اصل ۱۷۰ شامل مقررات مغایر با قوانین و موازین اسلامی است، اما در ادامه آن، ناگهان بخشی از قلمرو صلاحیت، آب رفته و در صلاحیت فقهای شورا قرار گرفته است!

ثانیاً- صلاحیت ابطال مقررات به طور مطلق به دیوان عدالت داده شده و اگر این مهم می‌بایست به فقهای شورا ارجاع می‌گردید، اصل ۱۷۰ تصریح می‌نمود. کما اینکه در جای دیگر چنین شده و اصل ۱۰۸، «قانون مربوط به تعداد و شرایط خبرگان، کیفیت انتخاب آنها و آیین‌نامه داخلی جلسات آنان برای نخستین دوره» را به تهیه و تأیید فقهای اولین شورای نگهبان و تصویب نهایی «رهبر انقلاب» منوط کرده و تکلیف ادامه را هم مشخص نموده: «از آن پس، هر گونه تغییر و تجدید نظر در این قانون و تصویب سایر مقررات مربوط به وظایف خبرگان، در صلاحیت خود آنان است».

ثالثاً- در اصل ۱۷۳ و پیرو آن، مواد یک قوانین سال‌های ۱۳۸۵ و ۱۳۹۲ دیوان، آشکارا اعتراض به مقررات و احقاق حق در زمره وظایف دیوان قرار گرفته و پس گرفتن صلاحیتی چنین واضح، سنگ بزرگی است که متاسفانه در تقنین عادی، زده شده است. چه، دیوان نهادی قضایی با شأن قضایی است و شورا و فقهای آن، از چنین شأنی در صلاحیت مربوط به قوانین و مقررات، بی بهره

---

۱. صلاحیت قضات در خصوص امور حکمی و موضوعی در اصل ۱۷۱ ق.ا. بیان شده است: «هرگاه در اثر تفسیر یا اشتباه قاضی در موضوع یا در حکم یا در تطبیق حکم بر مورد خاص، ضرر مادی یا معنوی متوجه کسی گردد ...».

[Downloaded from qjal.smtc.ac.ir on 2025-01-20]

[DOI: 10.52547/qjal.9.31.40]

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

هستند. هرچند برخی به دلیل قضاوت تلقی نمودن وظایف شورا، آن را «دادگاه مختلط شرعی و عرفی»(کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۲۷۷) و به رغم خارج بودن شورا از کالبد قضایی، قضاوت آن را «دستورنامه‌ای» دانسته‌اند (قاضی شریعت پناهی، ۱۳۷۱: ۷۸).

رابعاً- صلاحیت دیوان بدون نیاز به فقهای شورا در زمان تصویب اولین قانون دیوان (سال ۱۳۶۰) در مجلس نیز مطرح شد. به روایت مشروح مذاکرات مجلس، درخصوص ماده ۲۵ مبنی بر ضرورت استعلام هیات عمومی دیوان از فقهای شورا در ابطال مقررات، موسوی خوئینی‌ها استدلال می‌کند که اولاً- طبق اصل ۴ وظیفه شورا نظارت بر مقررات نیز هست. ثانیاً- در انتصاب مقامات دیوان، اجتهاد شرط نشده و مناسب نیست امر تشخیص خلاف شرع به چنین نهادی سپرده شود. این پیشنهاد با مخالفت برخی نمایندگان روبه رو می‌شود. مجتهد شبستری، پیشنهاد ارجاع بررسی مخالفت با شرع را به شورا، با اصل ۱۷۳ مغایر می‌داند چون مرجع نهایی این مسائل، خود دیوان شناخته شده که زیر نظر شورای عالی قضایی است. یعنی در هر حال، قوه قضاییه مرجع نهایی شناخته شده. در حالی که شورای نگهبان، بخشی از قوه قضاییه نیست. در اصل ۱۷۰ هم، مرجع نهایی ابطال، خود دیوان بیان شده یعنی دیوان را باید جامع شرایطی کرد که بتواند درخصوص خلاف شرع بودن مقررات تصمیم بگیرد. ایشان بیان می‌کند ما نمی‌توانیم دیوان یا مافوق دیوان (شورای عالی قضایی) را به چیزی که در ق.ا. مرجع نهایی آن، خود دیوان است ملزم کنیم یا آنها را ملزم کنیم که به نهاد دیگری مراجعه کنند. شورا جزو قوه قضاییه و دیوان نیست. حل قضیه، این است که شرایطی برای دیوان قائل شویم که بتواند صلاحیت تشخیص مخالفت مقررات با شرع را اعمال نماید و دست ما برای این کار باز است. برای اینکه در اصل ۱۷۳ گفته شده: «حدود اختیارات و نحوه عمل دیوان را قانون تعیین می‌کند». بنابراین اگر به جای شورای نگهبان، مثلاً به شورای عالی قضایی برگردانیم-که در آنجا ۵ مجتهد جامع شرط شده - تا دیوان زیر نظر شورای عالی قضایی حکم بدهد که آیا مخالف شرع هست یا نیست، با ق.ا. هماهنگ می‌باشد، چون از چارچوب قوه قضاییه بیرون نمی‌رود. اما الزام دیوان در ارجاع به شورای نگهبان خلاف ق.ا. است (روزنامه رسمی، شماره ۱۰۷۲۵: ۲۹-۲۸).

٦. عدم ظرفیت اصل ٤ برای صلاحیت فقهای شورا در اعلام مغایرت مقررات با شرع

در نظر موافقان صلاحیت فقهای شورا، خروج صلاحیت ابطال شرعی مقررات از فهرست وظایف دیوان و الحاق به لیست تکالیف شورا، مستندی جز اصل ۴ ندارد: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید براساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول ق.ا. و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر برعهده فقهای شورای نگهبان است». اما از این اصل، وظیفه معنونه افاده نمی‌شود، زیرا:

[Downloaded from qjal.smtc.ac.ir on 2025-01-20]

[DOI: 10.52547/qjal.9.31.40]

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

اولاً- قسمت نخست اصل که به ضرورت اسلامی بودن قوانین و مقررات پرداخته، نهادی را مشخص نکرده و قسمت دوم اصل، مطمح‌نظر است که دو بند دارد: بند نخست به حکومت اسلام بر قوانین اساسی، عادی و مقررات تصریح نموده و بند دوم، وجه اسلامیت را بر ذمه فقهای شورا گذاشته است. اما باید توجه داشت که بحث اعلام مغایرت و مآلاً نظارت در دیوان، قانون گذاری و مقررات‌گذاری نبوده و دادرسی و احقاق حق می‌باشد و اصل ۴ نه صراحتاً و نه تلویحاً متعرض دادرسی نشده است. ضمن آنکه در بحث تقنین نیز، اگر قرار بود در «اعلام مغایرت مقررات یا ابطال شرعی مقررات» که برخلاف مداخله پیشینی همچون قوانین مجلس، پسینی است، فقهای شورا متقبل این امر شوند؛ می‌بایست در اصول بعد تصریح می‌شد. امری که نه تنها نشده، بلکه مفاد مارالذکر، گویای اظهار خلاف آن است. کما اینکه در باب قوانین، در اصول متعدد به صلاحیت شورا اشاره گردیده. پس اگر اعلام مغایرت یا ابطال مقررات در صلاحیت فقهای شورا بود، مقنن اساسی به سادگی تصریح می‌نمود. البته خلاف استدلال ما، سال‌هاست که با تفسیر رسمیِ غیرغایی، غیر تاریخی و ناقض اصول حقوق عمومی همچون عدم صلاحیت و تفکیک قوا و مغایر با «اصول و معیارهای تفسیر قضایی در حقوق عمومی» (یاوری، مرادی برلیان و مهرآرام، ۱۳۹۶:۱۸۰-۵۹)، نظام تقنینی اصل ۴ را بر فراز ۱۷۶ اصل دیگر قرار داده و با نادیده گرفتن مفاد متعددی از ق.ا. این صلاحیت را از دیوان گرفته و به فقهای شورا داده است. هرچند برخی با تفکیک دقیق بین «اعلام مغایرت» و «ابطال» میان فقهای شورا و دیوان، سعی در تعادل و تنظیم وظایف این دو داشته‌اند، اما در هر حال، صلاحیت فقها را پذیرفته‌اند (واعظی، ۱۳۸۸: ۱۴۵-۱۲۵).

ثانیاً- تفسیر تاریخی نیز موید صلاحیت فقهای شورا نیست. چنانکه در مشروح مذاکرات مجلس موسوم به خبرگان ق.ا. در زمان تصویب اصل ۴ بحث‌های مفصلی در می‌گیرد که در ۵ دسته قابل ارزیابی می‌باشد: ۱- عبارت‌بندی و جملات اصل ۴ از نظر دستور زبان فارسی. ۲- در رصد قوانین عادی با موازین اسلامی، مطابقت مهم است یا صرف عدم مغایرت کافیست (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۳۵۸-۳۵۵) که به تبعیت مثبت یا منفی در مواجهه با شرع نیز خوانده می‌شود (ویژه، ۱۳۸۹: ۲۱۵). ۳- در جای جای ق.ا. قید اسلامی باید تکرار شود یا صرف یک بار ذکر کفایت می‌نماید. ۴- واژگان اطلاق و عموم در ق.ا. تصریح شود یا به دلیل قابل فهم نبودن برای عموم مردم استفاده نگردد. ۵- در بحث مرجع تشخیص اسلامیت هم، نظرات معطوف است به تشخیص اسلامی بودن ق.ا. و نه مقررات. لذا اصلاً بحث اصلی این نیست که اسلامی بودن مقررات بر عهده چه نهادی باشد. بلکه بر سر این است که اسلامیت خود اصول ق.ا. را چه کسانی تشخیص دهند. اینکه فقهای عادل یا جامع‌الشرایط، ولی فقیه، فقیه اعلم، شورای رهبری، فقهای تعیین شده در اصول بعد یا شورای نگهبان باشد (ورعی،۱۳۸۶: ۱۹۰-۱۸۹) یا این مهم را اساساً بنویسند یا خیر و سرآخر هم به شورای نگهبان می‌رسند که تفسیر اسلامی

[Downloaded from qjal.smtc.ac.ir on 2025-01-20]

[DOI: 10.52547/qjal.9.31.40]

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

بودن اصول ق.ا. را انجام دهد. لذا خروجی تفسیر تاریخی در مرجع ذی صلاحِ موضوع این پژوهش هم، فقهای شورا نیست (مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴: ۳۲۵-۳۱۳ و ۳۵۷-۳۴۵).

نتیجه‌گیری

ق.ا. ایران در کنار حق‌ها و آزادی‌ها، دغدغه پاسداشت شریعت را نیز داشته و در این میان، قانون و قانون‌گذاری مجلس، ساحتی مهم برای نمود بیشتر این نگاه است. امری که طی مقاله در زمینه مرجع صالحِ اعلام مغایرت مقررات با موازین شرعی، مورد پژوهش قرار گرفت. با این توضیح که در تفسیری ثابت از اصل ۴ ق.ا. مقنن هماره از اولین قانون دیوان مصوب ۱۳۶۰ تا حال حاضر، این مهم را به صورت پسینی از طریق هیات عمومی دیوان، اما با اجازه فقهای شورای نگهبان پیش بینی نموده است. اینکه دیوان درخواست ابطال خواهان را به فقهای شورا ارسال می‌دارد و پیرو پاسخ ایشان، به صورت شکلی و بدون اعلام نظر دیوان در مورد مخالفت یا عدم مخالفت با شریعت، نظر فقها را صرفاً در قالب دادنامه قرار می‌دهد.

بررسی‌ها در این تحقیق نشان می‌دهد اقدام مجالس قانون‌گذار در شناسایی فقهای شورا به عنوان مرجع ذی صلاح، با مفاد ق. ا. ازجمله موارد ذیل، در مغایرت است: استقلال قضات و عدم امکان مداخله شورا به عنوان بخشی از قوه مقننه در دادرسی؛ سواد فقهی قضات مستظهر به اصل ۱۶۷ و مواد متعددی از قوانین عادی مبنی بر اعطای صلاحیت شرعی به دادرسان برای استناد و اعمال موازین اسلامی؛ صراحت اصول ۱۷۰ و ۱۷۳ در صلاحیت ابطال شرعی مقررات و به طریق اولی، اعلام مغایرت توسط دیوان؛ استقرار عدالت قضایی در تکالیف قوه قضاییه، تفاوت صلاحیت شورا در فرایند تقنین و صلاحیت دیوان در مقوله دادرسی، صلاحیت مضیق شورا در ق.ا. و عدم ذکر صلاحیت اظهارنظر درخصوص مقررات. ضمن اینکه مهم‌ترین مستند موافقان صلاحیت فقهای شورا در این زمینه، اصل ۴ است که صراحت اصل و مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی ق.ا. حکایتی دیگر دارد.

[Downloaded from qjal.smtc.ac.ir on 2025-01-20]

[DOI: 10.52547/qjal.9.31.40]

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

فهرست منابع

کتاب‌ها و مقاله‌ها

- آقایی طوق، مسلم و لطفی، حسن (۱۳۹۸). حقوق اداری ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول.
- امامی، محمد، واعظی، سیدمجتبی و سلیمانی، مهستی (۱۳۹۱). ضوابط دعاوی قابل طرح در دیوان عدالت اداری، تهران: میزان، چاپ اول.
- جباری، مصطفی (۱۳۸۷). «فتوا یا قانون؟ نگاهی به اصل ۱۶۷ قانون اساسی»، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۸، شماره ۳، صص ۱۳۷-۱۲۷.
- حسینی خامنه‌ای، سیدمحمد (۱۳۶۹). «اصل چهارم قانون اساسی»، کانون وکلا، شماره ۱۵۳-۱۵۲، صص ۴۲-۷.
- خسروی، حسن (۱۳۸۹). حقوق اساسی ۲، تهران: دانشگاه پیام نور، چاپ دوم.
- درویشی، بابک (۱۳۸۸). «مرجع ابطال تصویب نامه‌ها و آیین نامه‌های دولتی مغایر با موازین شرع؛ شورای نگهبان یا دیوان عدالت اداری؟»، دیوان عدالت اداری: صلاحیت قضایی و دادرسی اداری (مجموعه مقالات همایش)، تهران: دانشگاه آزاد اسلامی- واحد تهران مرکزی، چاپ اول، صص ۲۶۵- ۲۴۵.
- راسخ، محمد (۱۳۸۸). نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی، تهران: دراک، چاپ اول.
- شعبانی، قاسم (۱۳۸۵). حقوق اساسی و ساختار حکومت جمهوری اسلامی ایران، تهران: اطلاعات، چاپ بیست و چهارم.
- صدرالحفاظی، سید نصرالله (۱۳۷۲). نظارت قضایی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری، تهران: شهریار، چاپ اول.
- عباسی لاهیجی، بیژن (۱۳۹۷). حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: دادگستر، چاپ اول.
- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۷). کلیات حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: مجد، چاپ سوم.
- فلاح زاده، علی محمد (۱۳۸۶). «جایگاه دیوان عدالت اداری در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، پژوهشنامه معاونت حقوقی و بررسی‌های فقهی مرکز تحقیقات استراتژیک، سال اول، شماره ۱، صص ۴۰-۱۷.
- قاضی شریعت پناهی، ابوالفضل (۱۳۷۱). «قانون اساسی: سیر مفهوم و منطوق از دید تطبیقی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۲۸، صص ۷۸-۳۰.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸). «جایگاه حقوق اسلامی در نظم حقوقی»، گامی به سوی عدالت (مجموعه مقالات)، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، چاپ اول، جلد ۱، صص ۳۸۲-۳۵۱.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸). «نقدی تحلیلی بر پیش نویس قانون اساسی»، گامی به سوی عدالت (مجموعه مقالات)، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، چاپ اول، جلد ۱، صص ۲۹۰-۲۴۳.
- کدخدایی، عباسعلی و ویژه، محمدرضا (۱۳۸۸). «شورای نگهبان و دعاوی مربوط به ابطال تصمیمات دولتی خلاف قانون اساسی»، دیوان عدالت اداری: صلاحیت قضایی و دادرسی اداری (مجموعه مقالات همایش)، تهران: دانشگاه آزاد اسلامی- واحد تهران مرکزی، چاپ اول، صص ۴۲- ۲۸.
- کعبی، عباس (۱۳۹۶). تحلیل مبانی نظام جمهوری اسلامی ایران مبتنی بر اصول قانون اساسی، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، چاپ دوم، جلد ۱(اصول اول تا هفتم).

[Downloaded from qjal.smtc.ac.ir on 2025-01-20]

[DOI: 10.52547/qjal.9.31.40]

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

- مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۴). صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، چاپ اول، جلد ۱.
- مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۴). صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، چاپ اول، جلد ۳.
- محسنی، فرید (۱۳۹۵). حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، چاپ اول.
- محمودی، جواد (۱۳۹۰). بررسی تحلیلی دادرسی اداری در حقوق ایران، تهران: جنگل- جاودانه، چاپ اول.
- محمودی، جواد (۱۳۸۸). «چالش‌های حقوقی اصل یکصد و هفتادم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، داور (نشریه دانشجویان دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی)، شماره ۲، صص ۳۲-۱۰.
- مدنی، سیدجلال الدین (۱۳۶۸). حقوق اساسی در جمهوری اسلامی ایران، تهران: سروش، جلد ۶ (قوه قضاییه).
- مدنی، سیدجلال الدین (۱۳۸۴). حقوق اساسی و نهادهای سیاسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: پایدار، چاپ هفتم.
- مرندی، محمدرضا (۱۳۸۲). حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، قم: پارسایان، چاپ اول.
- مزارعی، غلامحسن (۱۳۹۲). جهات ابطال مصوبات دولت در دیوان عدالت اداری و شورای نگهبان، تهران: خرسندی، چاپ اول.
- ملک زاده، محمد (۱۳۹۰). مبانی دینی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی، چاپ اول.
- منصوریان، ناصرعلی و آگاه، وحید (۱۳۹۱). «مساله یابی اسلامی در قوانین اساسی ایران، افغانستان و موریتانی»، پژوهشنامه علوم سیاسی، سال هفتم، شماره ۲، صص ۲۵۲-۲۰۵.
- موسی زاده، ابراهیم (۱۳۸۹). «تحلیل فرجام شناختی از اصل چهارم قانون اساسی»، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۴۰، شماره ۲، صص ۳۴۳-۳۲۵.
- مولابیگی، غلامرضا (۱۳۹۴). صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، تهران: جنگل- جاودانه، چاپ دوم.
- واعظی، مجتبی (۱۳۸۸). «نقش دیوان عدالت اداری در دادرسی شرعی مقررات اداری»، مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره اول، شماره ۳، صص ۱۵۱- ۱۲۵.
- ورعی، سید جواد (۱۳۸۶). مبانی و مستندات قانون اساسی به روایت قانونگذار، قم: دبیرخانه مجلس خبرگان رهبری، چاپ اول.
- ویژه، محمدرضا (۱۳۸۹). «تاملی بر سلسله مراتب هنجارها در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران»، حقوق در پرتو نظریه و کارکرد، تهران: جنگل- جاودانه، چاپ اول.
- ویژه، محمدرضا و آگاه، وحید (۱۴۰۰). «اشک‌ها و لبخندها: مختصری بر مفصل طرح اصلاح قانون دیوان عدالت اداری به سال ۱۴۰۰»، اداره در پیشگاه عدالت: مروری بر پیشینه و تحولات دادرسی ایران (مجموعه مقالات ارج نامه استاد سیدنصرالله صدرالحفاظی)، تهران: داتیک، چاپ اول، صص ۴۷۹-۴۴۵.
- هاشمی، سیدمحمد (۱۳۸۳). حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: میزان، چاپ نهم، جلد ۲(حاکمیت و نهادهای سیاسی).

[Downloaded from qjal.smtc.ac.ir on 2025-01-20]

[DOI: 10.52547/qjal.9.31.40]

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

- هدایت نیا، فرج الله (۱۳۸۷). شورای نگهبان: پرسش‌ها و پاسخ‌ها، تهران، کانون اندیشه جوان، چاپ اول.
- یاوری، اسدالله، مرادی برلیان، مهدی و مهرآرام، پرهام (۱۳۹۶). اصول و معیارهای تفسیر قضایی در حقوق عمومی، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چاپ اول.

قوانین، مقررات و اسناد

- آیین نامه اداره جلسات هیات عمومی و هیات های تخصصی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۳/۱۱/۴ رییس قوه قضاییه.
- آیین نامه داخلی شورای نگهبان مصوب ۱۳۷۹/۴/۲۲ شورای نگهبان.
- روزنامه رسمی، مذاکرات جلسه علنی شماره ۲۴۶ مجلس شورای اسلامی، شماره ۱۰۷۲۵.
- سیاست‌های کلی نظام برای حفظشان و استقلال قضات مصوب ۱۳۸۴/۱۲/۲۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام.
- طرح اصلاح قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۴۰۰/۴/۸ کمیسون قضایی و حقوقی مجلس.
- قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲/۱۲/۴.
- قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱.
- قانون اساسی.
- قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۰/۹/۲۲ مجلس و ۱۳۹۲/۳/۲۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام.
- قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۶۰/۱۱/۴.
- قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵/۳/۹ مجلس و ۱۳۸۵/۹/۲۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام.
- قانون شرایط انتخاب قضات دادگستری مصوب ۱۳۶۱/۲/۱۴.
- قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵/۳/۲(کتاب پنجم- تعزیرات).
- قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱.
- نظر تفسیری اصل ۱۷۰ به شماره ۸۰/۲۱/۱۲۷۹ مورخ ۲/۱۸/ ۱۳۸۰ شورای نگهبان.

[Downloaded from qjal.smtc.ac.ir on 2025-01-20]

[DOI: 10.52547/qjal.9.31.40]

Archive of SID.ir