

سازکار مطلوب نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر مقررات اداری

عباس علی کدخدایی الیادرائی^{۱*}، حمید فعلی^{۲**}

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۲/۰۷ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۴/۱۰

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: 10.22034/qjplk.2023.1528.1427

چکیده

یکی از بنیان‌های اساسی نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، طبق اصل ۴ قانون اساسی، ابتدای همه قوانین و مقررات بر شریعت است. اگرچه سازکار اجرای این اصل مطابق اصول ۹۴ و ۹۶ قانون اساسی با نظارت شرعی پیشینی و خودکار فقهای شورای نگهبان بر مصوبات مجلس تضمینی بر شرعی بودن قوانین است، جز اشاره‌ای در اصل ۱۷۰ قانون اساسی سازکاری برای نظارت بر شرعی بودن مقررات یادشده در اصل ۴ پیش‌بینی نشده است. بنابراین اقتضای تحقق مقصود مقنن اساسی از وضع اصل ۴ استقرار سازکار مناسب و کارآمد نظارت شرعی بر مقررات است. سؤال اصلی این پژوهش حول این محور طرح می‌شود که سازکار مطلوب نظارت شرعی بر مقررات اداری چیست. این تحقیق با روشی توصیفی-تحلیلی از طریق رجوع به منابع کتابخانه‌ای منتج به این نتیجه شد که نظارت شرعی از بستر دیوان عدالت اداری با چالش‌هایی ناشی از «محدودیت صلاحیت دیوان»، «رسیدگی در حد خواسته»، «فقدان ملزومات دادرسی در شورای نگهبان»، و «اعاده آثار مقررات ابطال‌شده به وضع سابق» مواجه می‌شود. نظارت شرعی پیشینی بر همه مقررات نیز هم از ظرفیت ساختار فعلی شورای نگهبان بر نمی‌آید هم با اصول حقوق اداری تعارض می‌یابد. بنابراین ضرورت دارد سازکاری زیر نظر فقهای شورا به صورت پسینی و در عین حال خودکار و فعال بر مقررات اداری اعمال نظارت کند.

واژگان کلیدی: دیوان عدالت اداری، فقهای شورای نگهبان، مقررات، نظارت پسینی،

نظارت خودکار، نظارت شرعی، نظارت فعال.

۱. استاد، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

* Email: Kakhoda@ut.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق^(ع)، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

** Email: Hamidfeli110@gmail.com



مقدمه

به جرئت می‌توان ادعا کرد پایه‌ای‌ترین سنگ بنای نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران ابتدای همه قوانین و مقررات بر پایه موازین اسلامی است. همان‌گونه که در توجیه ضرورت وجود نهاد صیانت از قانون اساسی گفته می‌شود برتری قانون اساسی بر سایر قوانین و مقررات ناشی از برتری واضح آن است. توجه به برتری قانون اساسی بر قوانین و مقررات دیگر اثبات‌کننده فلسفه وجودی نهاد صیانت‌کننده از آن است. (تروپه، ۱۳۸۳: ۲۶۸ و ۲۷۰) منشأ برتری موازین شرعی بر همه قوانین و مقررات در نظام حقوقی ایران نیز مبتنی بر حاکمیت مقام واضح آن، یعنی شارع مقدس، است. این برتری ضرورت وجود سازکار لازم برای انطباق یا عدم مغایرت سایر هنجارها با شرع را توجیه می‌کند. بر این اساس اصل ۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تشخیص عدم تخطی قوانین و مقررات از موازین اسلامی را بر عهده فقهای شورای نگهبان گذاشته و اهمیت آن را تا حدی بالا برده است که موازین شریعت را بر عموم یا اطلاق همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم کرده است.

آنچه ضرورت انجام دادن این پژوهش را روشن می‌کند اهمیت تضمین شرعی بودن مقررات اداری است. مصوبات مجلس در جای خود به نظارت پیشینی فقهای شورای نگهبان می‌رسند، اما بخش زیادی از هنجارهای حقوقی از نظارت شرعی مغفول مانده‌اند که همان مقررات اداری هستند. به علاوه به‌کارگیری ساختارهای متناسب با ماهیت و غایات هر حکومتی، از جمله نظام جمهوری اسلامی، با توجه به تأثیر و تأثر متقابل ساختار و محتوای نظام سیاسی، مستلزم تولید ساختار است که نه تنها در اسلام منعی ندارد، بلکه برای دستیابی به غایت اهداف اسلام مطلوب است. (کدخدایی و طحان‌نظیف، ۱۳۹۳: ۶۳) به‌کارگیری ساختار نظارتی متناسب با هدف شرعی بودن مقررات نظام اسلامی نیز از این اصل مستثنا نیست. بنابراین، مطابق با روح حاکم بر اصل ۴ قانون اساسی، سؤال اصلی این تحقیق این‌گونه طرح می‌شود که «برای تضمین عدم تخطی مقررات اداری از موازین شریعت اسلام چه سازکاری کارآمدی لازم را دارد؟». البته لازمه پاسخ به این سؤال اصلی بررسی و پاسخ به سؤالات دیگر مانند این است که «آیا تفویض نظارت شرعی به اشخاصی غیر از فقهای شورای نگهبان امکان‌پذیر است؟». همچنین باید پاسخ داد که «آسیب‌ها و خلأهای سازکار فعلی نظارت شرعی چیست؟». متناسب با این سؤالات فرضیه این پژوهش بر مبنای ضرورت استقرار سازکار

نظارت پسینی و فعال فقهای شورای نگهبان از طریق تفویض نظارت به مرجعی غیر از فقهای شورای نگهبان با حفظ امکان نظارت مستقیم خود فقهای شورای نگهبان بر مقررات است. با نگاهی به پیشینه تحقیقات حوزه نظارت شرعی می‌توان به نوآوری این پژوهش پی برد. نویسندگان مقاله «سازکار مطلوب نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی» بر یک حوزه خاص از مصوبات غیر از مصوبات مجلس متمرکز شده‌اند و تحقیق آن‌ها سازکار مناسب نظارت بر سایر مقررات را تبیین نمی‌کند (حاجی علی خمسه و همکاران، ۱۳۹۹: ۲۵). همچنین در مقاله «بایسته‌های نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان در نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران» الزاماتی که برای تحقق نظارت شرعی مورد نظر است تحلیل شده است (رضایی‌زاده برواتی و همکاران، ۱۴۰۰: ۵۸۳). مقالات دیگری با عنوان «آسیب‌شناسی نظارت قانونی و شرعی قضاات دادگاه‌ها بر مقررات دولتی در ایران» با محوریت علل و معایب پیش‌بینی نظارت قضاات دادگاه‌ها بر مقررات در اصل ۱۷۰ قانون اساسی (ابریشمی‌راد، ۱۳۹۹، [الف]: ۸ - ۹) و «سازوکار مطلوب نظارت فقهای شورای نگهبان بر مقررات دولتی از بستر نظارت دیوان عدالت اداری» در خصوص چگونگی بهبود فرایند اعمال نظارت شرعی در دیوان عدالت اداری (پروین و ابریشمی‌راد، ۱۳۹۷: ۱۱۳) نیز نگاشته شده‌اند. همچنین نویسنده مقاله «نقش دیوان عدالت اداری در دادرسی شرعی مقررات اداری» بر ارتقای جایگاه دیوان عدالت اداری در فرایند نظارت شرعی بر مقررات متمرکز شده است (واعظی، ۱۳۸۸: ۱۲۶ - ۱۲۷). علاوه بر این در جلد اول کتاب *آیین دادرسی اداری* (ابریشمی‌راد و آیین‌نگینی) اقسام نظارت فقهای شورای نگهبان بر مقررات به منزله بخشی از ارکان غیر قضایی دادرسی اداری بیان شده است. بنابراین وجه نوآوری این تحقیق پیش‌بینی سازکار جدیدی در فرایند نظارت شرعی بر مقررات توسط فقهای شورای نگهبان است که به صورت پسینی و فعال اعمال می‌شود و ضمن ارج نهادن به تلاش سایر پژوهشگران در آثار یادشده جنبه‌ای مغفول‌مانده از نظارت شرعی بر مقررات محور توجه این پژوهش است.

به منظور کشف پاسخ پرسش‌های این پژوهش ابتدا باید وضعیت فعلی نظارت شرعی بر مقررات را، که اغلب از طریق پاسخ به استعلام‌های دیوان عدالت اداری اعمال می‌شود، آسیب‌شناسی کرد تا خلأهای این سازکار و ضرورت پیش‌بینی سازکاری کامل‌تر و کارآمدتر مشخص شود. سپس باید بررسی کرد که آیا نظارت شرعی پیشینی بر همه مقررات اداری با

توجه به حجم وسیع این مقررات کارآمد است یا نه تا در صورت امتناع به امکان‌سنجی سازکاری پسینی پرداخته شود. در آخر باید از خلال تحلیل چالش‌های نظارت شرعی پسینی و فعال و خودکار در دو حالت عدم تفویض و تفویض صلاحیت فقهای شورای نگهبان دریابیم که کدام سازکار مطلوب‌تر است. با ارائه پاسخ به سؤال اصلی این پژوهش، سؤالات دیگری در این زمینه نیز قبل طرح است؛ مانند اینکه «مرجعی که نظارت شرعی به آن تفویض می‌شود از حیث ساختاری و وابستگی به شورای نگهبان چه ویژگی‌هایی باید داشته باشد؟» و «گستره صلاحیت این مرجع تا کجاست؟». نیز می‌توان بررسی کرد که «ترکیب مطلوب چنین مرجعی چیست و چه منابع و هنجارهایی می‌تواند به منزله مستندات نظارت شرعی این مرجع مطرح شود؟» و در نهایت اینکه «آیا آرای این مرجع قابلیت تجدیدنظرخواهی و نظارت‌پذیری دارد یا خیر؟». با توجه به اینکه پاسخ به این سؤالات از موضوع اصلی این مقاله خارج است، این موضوعات به عنوان پیشنهاد به علاقه‌مندان پژوهش در این زمینه ارائه می‌شود.

۱. نظارت شرعی بر مقررات از بستر دیوان عدالت اداری

ابتدا لازم است سازکار فعلی نظارت شرعی بر مقررات اداری، که بخش عمده آن از طریق طرح شکایت در دیوان عدالت اداری اعمال می‌شود، آسیب‌شناسی شود تا روشن شود اساساً نیازی به طراحی سازکاری غیر از سازکار فعلی هست یا خیر.

۱-۱. نوع نظارت شرعی بر مقررات از طریق دیوان

به طور کلی نظارت بر مصوبات و قوانین و مقررات در قالب الگوهای مختلف در نظام حقوقی ایران قابل تقسیم است و در اینجا ابتدا لازم است مشخص شود نظارت دیوان عدالت اداری بر مقررات به‌ویژه در جایی که دیوان به‌مثابه بستری برای نظارت شرعی بر مقررات مقرر شده است از چه نوع است. به اعتبار زمان اعمال نظارت پیش یا پس از لازم‌الاجرا شدن قوانین و مقررات، نظارت به دو نوع پیشینی و پسینی تقسیم می‌شود که نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان از بستر دیوان نیز به این اعتبار پسینی محسوب می‌شود و در مقابل آن نظارت شرعی فقهای شورا بر مصوبات مجلس بر اساس اصول ۹۴ و ۹۵ و ۹۶ قانون اساسی پیشینی است. از سوی دیگر، به اعتبار اعمال نظارت به موجب وصول درخواست و شکایات، می‌توان نظارت را به فعال و منفعل تقسیم کرد که نظارت دیوان بر مقررات و نیز نظارت شرعی فقهای شورا حسب استعلام‌های دیوان در ارتباط با شکایات را می‌توان منفعل دانست و در صورتی که

همین نظارت با ابتکار خود ناظر بدون وصول شکایت و درخواست اعمال شود نظارت فعال است. البته در صورتی که نظارت بدون درخواست بدین نحو باشد که همه مصوبات به صورت اتوماتیک برای اظهار نظر به ناظر تقدیم شود، نظارت خودکار نام می‌گیرد؛ مانند نظارت شرعی فقهای شورا بر مصوبات مجلس طبق اصول ۹۴ تا ۹۶ و نظارت رئیس مجلس بر مقررات قوه مجریه طبق اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی. بنابراین، نظارت شرعی معمول فقهای شورا از بستر دیوان را می‌توان نظارت شرعی پسینی و منفعل (اصطلاحاً دادرسی شرعی) دانست.

۱-۲. محدودیت‌های ناشی از حدود صلاحیت دیوان

منشأ صلاحیت دیوان عدالت اداری در نظارت قضایی بر مقررات از جهت رعایت موازین قانونی و شرعی، اصول ۱۷۰ و ۱۷۳ قانون اساسی^۱ است. دیوان نظارت شرعی را با استعلام از فقهای شورای نگهبان اعمال می‌کند، به نحوی که مطابق تبصره ۲ ماده ۸۴ و ماده ۸۷ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲^۲ نظر فقهای شورا برای دیوان لازم‌الاتباع است. بر اساس اصل ۴ قانون اساسی انطباق همه قوانین و مقررات با موازین اسلامی اصلی غیر قابل نقض است؛ حال آنکه نظارت شرعی پیش‌بینی شده در قانون دیوان محدود به صلاحیت هیئت عمومی دیوان عدالت اداری است (آیین‌نگینی، ۱۳۹۵: ۴۸). در نتیجه، در سازکار فعلی دادرسی شرعی مقررات اداری از بستر دیوان عدالت اداری، در اغلب موارد، مقرراتی که خارج از صلاحیت دیوان هستند، چه به علت نقص قوانین موجود چه به علت رویه اشتباه دیوان، مورد نظارت و دادرسی شرعی قرار نمی‌گیرند. البته استثنائاً مواردی رخ داده است که مانند رأی ۴۶۲ مورخ ۱۳۸۹/۱۰/۲۷ هیئت عمومی دیوان برخلاف تبصره ۸ قانون نحوه اجرای اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی با وجود ملغی‌الاثربودن مصوبه به موجب نظر رئیس مجلس، نظر فقهای شورا استعلام شد (فلاح‌زاده و ابریشمی‌راد، ۱۳۹۳: ۱۲۱). با وجود این، این رأی نیز در مورد آیین‌نامه هیئت وزیران بود که فارغ از نظر رئیس مجلس اصالتاً در صلاحیت دیوان بود. بنابراین، در موارد استثنائاً در تبصره ماده ۱۲ قانون تشکیلات دیوان ۱۳۹۲ چنین رویه‌ای از دیوان دیده نمی‌شود و این موضوع عملاً به وجود خلاف شرع در برخی مقررات و به دنبال آن تضییع حقوق اشخاص یا منافع عمومی منجر خواهد شد. در زمینه مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی نیز آخرین مورد استعلام دیوان از فقهای شورا

پیش از بازنگری قانون دیوان در سال ۱۳۹۲ بوده است^۳ و پس از آن حسب نامه مورخ ۱۳۹۲/۰۶/۳۰ مقام معظم رهبری به مجمع تشخیص مصلحت نظام، جهت درج شورای عالی انقلاب فرهنگی در تبصره ماده ۱۲، این مصوبات از صلاحیت دیوان خارج شده (بنابنی اسکویی، ۱۳۹۴: ۶۵۹) و دیوان از حیث شرعی رسیدگی و استعلام نکرده است.

هیئت عمومی دیوان در زمینه شکایت از مصوباتی که بین قانون و مقرر بودن آنها بحث و تردید وجود دارد، مانند مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی، رویه‌ای متشدد به حسب تغییر قوانین مربوط به صلاحیت دیوان داشته است. در نتیجه اکتفا به نظارت شرعی پسینی و منفعل از طریق دیوان منجر به فقدان نظارت کارآمدی بر این قبیل مصوبات شده است. یک علت مشکلات نظارت شرعی از طریق دیوان را می‌توان دشواری تمایز قانون از مقرر در همه مقررات دانست. در مورد شورای عالی انقلاب فرهنگی نیز به جهت فقدان معیار ساختاری تفکیک دشواری بیش از دیگر مصوبات است. در نتیجه این امر در عمل موانعی را در رسیدگی دیوان عدالت اداری به مصوبات با ماهیت مقرر به وجود آورده است.

۱-۳. محدودیت‌های ناشی از رسیدگی در حد خواسته

برخلاف نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر مصوبات مجلس، در مواردی که شکایتی درباره مقررهای در دیوان عدالت اداری طرح می‌شود، نظارت بر همه مواد یک مقرر اعمال نمی‌شود، بلکه با وجود صلاحیت فقهای شورا برای رسیدگی به کل مقرر، اغلب رسیدگی محدود به خواسته خواهان است. با توجه به محدودیت مقام قضایی به موضوع مورد شکایت و میزان خواسته شاکی در دیوان، در مورد تقاضای ابطال مصوبات در هیئت عمومی دیوان همه جنبه‌های مقررات اجرایی مورد شکایت از حیث مطابقت با شرع بررسی نمی‌شوند، بلکه فقط به مواد مورد شکایت رسیدگی می‌شود. مبنای این رویه را می‌توان بندهای «الف» و «ب» ماده ۹۸ قانون دیوان مصوب ۱۳۹۲^۴ در شعب دیوان و ماده ۸۰ این قانون^۵ دانست. اصلاحات سال ۱۴۰۲ قانون دیوان نیز چنین برداشتی را تقویت کرده و واژه «دادخواست» را به جای «درخواست» در مورد تقاضای ابطال مصوبات در هیئت عمومی جایگزین کرده است. همچنین طبق تبصره ۲ الحاقی به این ماده «در مواردی که آیین‌نامه و مصوبه مورد شکایت مرکب از مواد یا بندهای متعدد باشد دادخواست‌دهنده باید هر یک از مواد یا اجزائی که ادعای مغایرت

آن را با قانون یا موازین شرعی نموده است مشخص کند». البته مشخص بودن محدوده شکایت نسبت به مقررات فی نفسه مطلوب است و رسیدگی دیوان را تسهیل می‌کند. اما به هر حال اثر طبیعی خود در دادرسی شرعی را هم خواهد گذاشت که مقررات مورد استعلام از فقهای شورا محدود به قسمت معینی از مقررات خواهند بود و حتی این محدودیت نسبت به سابق تشدید می‌شود. البته ممکن است گفته شود که فقهای شورا طبق تبصره ۲ الحاق شده به ماده ۸۷ این قانون، در سال ۱۴۰۲، اگر «رأساً مغایرت شرعی مصوبه‌ای را به رئیس دیوان اعلام نمایند، هیئت عمومی مطابق نظر فقهای شورای نگهبان نسبت به ابطال مصوبه اقدام می‌کند»؛ بنابراین فقهای شورا محدودیت در اظهار نظر ندارند. اما در پاسخ باید گفت آنچه در رویه رخ خواهد داد همان فرایند سابق است که فقهای شورا در اکثر قریب به اتفاق موارد فراتر از محدوده مورد استعلام دیوان اظهار نظر نخواهند کرد؛ کما اینکه سابق بر این نیز مستنبط از اطلاق اصل ۴ قانون اساسی چنین صلاحیتی داشته‌اند، اما در مقام پاسخ به دیوان اغلب چنین نظراتی صادر نکرده‌اند. ممکن است در مقابل گفته شود به حکم ماده ۸۶ این قانون چنانچه رئیس قوه قضاییه یا رئیس دیوان از طریقی متوجه مغایرت یک مصوبه با شرع بشوند تکلیف بر طرح موضوع در هیئت عمومی دارند؛ از جمله این موارد هم می‌تواند این باشد که فقهای شورای نگهبان در حین بررسی مواد مورد شکایت متوجه وجود خلاف شرع در سایر مواد مصوبه هم بشوند و آن را به رئیس دیوان اعلام کنند که در اینجا هم باید نظر فقهای شورا را برای هیئت عمومی لازم الاتباع دانست. اما آن‌طور که از رویه برمی‌آید و فقهای شورا نیز گاهی اذعان داشته‌اند که از اظهار نظر درباره کل مفاد مقررات مورد استعلام معذورند و وقوع این حالت استثنائی است و نمی‌توان آن را سازکار مناسبی حتی برای تضمین شرعیت مقررات مورد شکایت دانست. البته ماده ۸۶ نیز در قانون ۱۴۰۲ اصلاح نشده است و مشخص نیست ملاک رسیدگی در هیئت عمومی پس از اعلام خلاف شرع رئیس قوه قضاییه و رئیس دیوان آیا نظرات خود ایشان است یا رئیس دیوان، مانند موارد طرح شکایت مقرر شده در ماده ۸۷، مکلف به استعلام از فقهای شورا است؛ که هرچند در رویه ممکن است از فقهای شورا استعلام شود، بهتر است این ابهام در الفاظ قانون رفع شود. به علاوه اساساً سازکار ماده ۸۶ در رویه عملی بسیار نادر رخ می‌دهد و نمی‌تواند تأمین‌کننده یک سازکار جامع و کارآمد برای تضمین شرعی بودن مقررات باشد.

۱-۴. محدودیت‌های مربوط به ملزومات دادرسی

گاهی در فرایند استعلام‌های دیوان عدالت اداری از فقهای شورا رسیدگی به پرونده به مشکل برخوردده است و فقها به علت عدم دسترسی به مدارک و اسناد لازم نتوانسته‌اند به پرونده ورود کنند و این موضوع نهایتاً به مشکلاتی مانند اطلاع دادرسی منجر شده است. همچنین احیاناً ممکن است به‌رغم حساسیت و قطعیت و لازم‌الاجرا بودن نظر فقهای شورا عدم دسترسی به اسناد نتیجه‌ای غیر منطبق با مدارک واقعی داشته باشد و به‌اشتباه مقررهای خلاف شرع اعلام شود یا بالعکس. مواردی مانند نامه شماره ۹۵/۱۰۰/۲۹۱۲ مورخ ۱۳۹۵/۰۸/۲۴ دبیر شورای نگهبان در خصوص «بند ۲ نامه شماره ۴۲/۲/۲۰۳۰۲ مورخ ۱۳۹۳/۰۳/۱۰ اداره کل امور دانش‌آموختگان وزارت علوم، تحقیقات، و فناوری» وجود دارد که شورا به دیوان اعلام کرده است: «با توجه به اینکه علی‌رغم پیگیری از وزارت علوم اوراق لازم به این شورا ارسال نگردید، لازم است وزارت علوم مجوز آن وزارت و نامه‌های مذکور در نامه به شماره ... و همچنین لایحه دفاعیه خود را رسماً به آن دیوان ارسال نماید تا اظهار نظر ممکن گردد».

هرچند این مشکل با بررسی ابتدایی در دیوان و کامل کردن مدارک و اسناد تا حدودی قابل حل است (پروین و ابریشمی‌راد، ۱۳۹۷: ۱۲۱)، با واسطه شدن دیوان ممکن است این کار به نحو مطلوب صورت نگیرد. به علاوه خلأ قانونی تا زمان اعتبار قانون تشکیلات دیوان، مصوب ۱۳۹۲، از آنجا که دیوان به جهت الزام به تبعیت از فقهای شورا خود را دارای استقلال نظر کامل نمی‌دید مقام یا مأمور اداری را ملزم به ارسال همه مدارک و اسناد مورد نیاز برای اظهار نظر فقهای شورا نمی‌کرد. در نتیجه احتمال خطا در شناخت صحیح موضوع در دادرسی شرعی فقهای شورای نگهبان بالاتر می‌رفت. از این رو، این خلأ در قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ محسوس بود که تکلیفی مقرر نشده بود که مقدمات تکمیل فرایند دادرسی، از جمله الزام به رعایت اصول دادرسی و اختیار و ضمانت اجرای لازم، برای شورای نگهبان فراهم شود. از طرف دیگر مقرر نشده بود که هیئت عمومی دیوان بررسی مقدماتی خود را انجام بدهد و سپس پرونده را به شورا ارسال کنند. با وجود پیش‌بینی موضوع درج‌شده در ماده ۸۷ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۴۰۲/۰۲/۱۰ و به‌رغم اینکه طبق بند ۱ این ماده تبادل دادخواست و دریافت پاسخ طرف شکایت و آماده کردن اسناد و مدارک و ارسال آن‌ها توسط

رئیس دیوان به فقهای شورای نگهبان در موارد شکایت فقط از حیث شرعی مقرر شده است و همچنین طبق بند ۲ این ماده در موارد شکایت از جهت شرعی و سایر جهات ابتدا رسیدگی در دیوان از سایر جهات انجام می‌شود و در صورت ابطال و تسری اثر آن به زمان تصویب مقررات دیگر نیازی به رسیدگی شرعی نیست و در غیر این صورت پرونده با نظر دیوان و مدارک کامل به فقهای شورا ارسال می‌شود، همچنان ملزومات دادرسی برای خود فقهای شورا فراهم نشده است تا در صورتی که ناظر به جهت شرعی، که خود متخصص آن هستند، مدارکی را لازم دیدند آن را درخواست کنند و دستگاه اداری ملزم به پاسخ باشد. در هر صورت حتی با فراهم شدن ملزومات دادرسی برای فقهای شورا نیز این سازکار جامعی برای تضمین شرعیت همه مفاد مقررات حتی در زمینه مقررات مورد شکایت نیست.

۱-۵. چالش اعاده آثار مقررات ابطال شده به وضع سابق

نظارت فقهای شورا بر مقررات در سازکار فعلی اگرچه این مزیت را دارد که ممکن است با اجرای یک آیین‌نامه آثار نهفته آن آشکار شود و خلاف شرع در آن قابل تشخیص شود، نظارت شرعی همواره با تأخیر صورت می‌گیرد. زیرا شروع به رسیدگی از زمان طرح شکایت است و ممکن است مقررات خلاف شرع مدت‌ها اجرا شده باشد و اگرچه ابطالشان اثر قهقراپی دارد و به زمان تصویب بازمی‌گردد، اعاده آثار آن به وضع سابق و جبران خسارت وارده به مردم مدت‌ها زمان می‌برد (مزارعی، ۱۳۹۲: ۲۰۵) و متعسر و دشوار و بعضاً اعاده به وضع سابق غیر ممکن است. علاوه بر حقوق اشخاص، که برخلاف شرع توسط دولت تضییع شده و مورد تعدی قرار گرفته است، ممکن است حقوق عمومی نیز با اعطای امتیازاتی به اشخاص حقیقی مورد تعرض قرار گرفته باشد؛ در حالی که بازپس‌گیری امتیازات یادشده از اشخاص اغلب دشوار یا محال است. بنابراین، منافع و مصالح عمومی و حقوق عامه نیز در اینجا برخلاف اصل حاکمیت شرع و حاکمیت قانون تضییع می‌شود.

این دلایل در کنار رویه عملی نشان داده است که در صورت اکتفا به سازکار دادرسی شرعی مشترک دیوان و شورا نمی‌توان نظارت شرعی جامع و کارآمدی را از طریق دیوان درباره مقررات و مصوبات مختلف، غیر از مصوبات مجلس، اعمال کرد و ارائه سازکاری کارآمد و هوشمند و تخصصی و منطبق با مبانی نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران ضروری به نظر می‌رسد.

۲. موانع نظارت شرعی پیشینی بر مقررات

به‌رغم اینکه اعمال نظارت شرعی پیش از اعتبار یافتن مقررات می‌تواند از ظهور احکام مغایر شرع پیشگیری کند و در مرحله نظر تضمینی قوی‌تر نسبت به شرعی بودن هنجارهای حقوقی به نظر می‌رسد، موانعی بر سر راه استقرار چنین سازکاری وجود دارد که ما را به ضرورت پیش‌بینی راهکاری دیگر رهنمود می‌کند. در هر صورت این موضوع از اهمیت نظارت پیشینی نمی‌کاهد و مصوباتی غیر از مصوبات مجلس نیز امکان قرار گرفتن تحت چنین نظارتی را دارند و می‌توان قائل به امکان نظارت شرعی پیشینی بر مقررات اداری نیز شد. هرچند نظارت پیشینی با اعمال شدن پیش از اعتباربخشی به مقررۀ اطمینان‌بخشی بیشتری نسبت به نظارت پسینی از جهت زمان اعمال نظارت خواهد داشت (فعلی، ۱۳۹۹: ۷۸)، امکان تحقق آن به صورت جامع بر جمیع مقررات اداری وجود ندارد و برای اعمال نظارت پیشینی باید رویکردی گزینشی نسبت به مقررات داشت که امکان‌سنجی نظارت پیشینی و چالش‌های آن و همچنین معیارهای گزینش مقرراتی که مستلزم اعمال نظارت پیشینی هستند بحثی خارج از حوصله و موضوع این تحقیق می‌طلبد و در جای خود قابل پژوهش است. بنابراین در اینجا فقط به برخی موانع مهم نظارت شرعی پیشینی بر جمیع مقررات اشاره می‌شود.

۲-۱. موانع ساختاری

با توجه به حجم گسترده مقررات اداری که توسط نهادهای مختلف اعم از قوای سه‌گانه، نهادهای فراقوه‌ای، شوراهای عالی، شوراهای محلی و حتی نهادهای صنفی وضع می‌شوند، این حجم از هنجارهای حقوقی قابل قیاس با مصوبات مجلس که به نظارت پیشینی و خودکار شورای نگهبان می‌رسند نیست؛ به‌ویژه آنکه وصف ذاتی مقررات اجرایی بیان جزئیات بیشتر نسبت به قوانین است. حتی در صورتی که نظارت بر انتخابات و مصوبات مجلس و پاسخ به استعلامات دیوان عدالت اداری جزء کارویژه‌های فقهای شورا نبود، ظرفیت ایشان متناسب با اعمال چنین نظارتی بر حجم گسترده مقررات اداری نبود. بنابراین، چالش سازکار نظارت شرعی پیشینی و خودکار و فراگیر فقهای شورای نگهبان بر مقررات با وجود اشتغالات زیاد فقهای شورا تشدید می‌شود. در نتیجه ساختار فعلی شورای نگهبان برای نظارت پیشینی بر حجم بسیار گسترده مقررات اجرایی نامتناسب است. کما اینکه در سال‌های اولیه فعالیت

شورای نگهبان این شورا به اذعان خود در نظر شماره ۶۴۳۱ مورخ ۱۳۶۵/۰۸/۲۰ این گونه بیان کرده بود: «چون بررسی کل آیین نامه در شورای نگهبان با کثرت مشاغل میسر نیست، مقتضی است هر کدام از مواد که از لحاظ شرعی مورد شبهه است با ذکر جهت آن مرقوم فرماید تا پاسخ مقتضی داده شود». این نظر اشاره به نداشتن فرصت کافی فقهای شورا برای رسیدگی به همه مواد مصوبه مورد استعلام دیوان عدالت اداری به علت کثرت مشاغل دارد و البته برخلاف نظر برخی نویسندگان (واعظی، ۱۳۸۸: ۱۴۲) در مقام سلب صلاحیت از خود در نظارت شرعی فعال بر مقررات نیست.

از سوی دیگر دستگاه‌های اجرایی بنا بر وظایف ذاتی خود با امور اجرایی در ارتباط هستند که اغلب تحت تأثیر مسائل گوناگون در حال تغییر و تحول‌اند. به تبع این قضیه اداره این امور ایجاب می‌کند دستگاه اجرایی در عین تلاش بر حفظ ثبات در امور بنیادی و به ویژه امور حاکمیتی در بسیاری از موارد هم مقررات را به روزرسانی کند و به اقتضای نیازمندی مردم دست به وضع مقرر بزند. این موضوع در عمل منجر به کثرت مقررات موضوعه شده است که طبعاً نظارت بر آنها از حیث انطباق با موازین شرع و قانون اساسی، با توجه به سایر اشتغالاتی که اعضای شورای نگهبان دارند، خارج از توان اعضای شورای نگهبان به نظر می‌رسد. این چالش را می‌توان مانعی جدی در تحقق سازکار نظارت شرعی پیشینی و خودکار بر مقررات دانست. بنابراین در سازکار تضمین‌کننده شریعت مقررات نباید در پی نظارت مستقیم فقهای شورا به صورت پیشینی و خودکار بر همه مقررات باشیم. چون با توجه به حجم کثیر مقررات و فرصت محدود آنها چنین کاری عقلاً محال است.

۲-۲. اصول حقوق اداری

طبق اصل تداوم یا استمرار خدمات عمومی، این امور به جهت ضرورت پاسخگویی مداوم به نیازهای عمومی تعطیل‌بردار نیست و نیازمند تداوم است. همچنین حق رسیدگی مناسب در سریع‌ترین زمان ممکن تکلیف پاسخگویی در زمان معقول را بر مقامات عمومی بار می‌کند (هداوند، ۱۳۹۱: ۱۸۸ و ۲۰۱). در این خصوص اعمال فرایند نظارت شرعی بر مصوبات اجرایی به صورت پیشینی با اصل استمرار خدمات عمومی منافات دارد یا با وجود ضرورت تسریع اجرای مصوبات نظارت پیشینی ممکن است باعث ایجاد خلل و تأخیر در اجرایی شدن این مصوبات شود. البته در مورد ضوابط اجرایی و مقرراتی که اقتضای آن سرعت در اجراست اعمال نظارت پیشینی بر

آن‌ها به معنی تعطیل شدن امور ذکرشده در این مصوبات نیست و این مصوبات پس از طی فرایند نظارت معتبر و قابل اجرا هستند. با این حال چنین نظارتی را نمی‌توان بر همه مقررات اعمال کرد و تنها بر بخشی از مقررات مهم‌تر، آن هم در صورتی که آن‌قدر فوریت نداشته باشند که ایجاد وقفه در اجرای آن‌ها برای نظارت منجر به خدشه به نظم عمومی شود، قابل اعمال است. در حالی که با در نظر گرفتن اینکه ایجاد سازکاری برای نظارت شرعی بر بخش عمده مقررات ضروری است و نه صرفاً بخشی از مقررات مهم‌تر به صورت گزینش‌شده، ایجاد وقفه در اجرای بخش عمده مقررات، ولو موقتی، در سطح وسیع می‌تواند در امور اجرایی و اداری مشکل‌ساز باشد. به عبارت دیگر، هرچند با تعیین مهلت قانونی معقول و مناسب برای اعمال نظارت پیشینی بر مصوبات مهم‌تر از میان جمیع مقررات تعارض جدی با اصل سرعت در پاسخگویی پیش نمی‌آید و در کشورهای دیگر هم مهلت‌هایی در قوانین اداری برای رسیدگی معین شده است (هداوند، ۱۳۹۱: ۱۸۹ - ۱۹۰)، پذیرش سازکار نظارت پیشینی در سطح گسترده و به‌ویژه در زمینه همه سطوح مقررات اداری، اعم از آیین‌نامه و بخشنامه و دستورالعمل، به معنی توقف و معطل گذاردن امور اداری و خدمات عمومی است و نهایتاً ضرورت نظارت پسینی بر آن‌ها باقی می‌ماند.

۳. جهات مطلوبیت نظارت شرعی پسینی

پس از بررسی مشکلات نظارت شرعی بر مقررات به صورت پیشینی و خودکار (مشابه نظارت بر مصوبات مجلس) و منفعل و پسینی (از بستر دیوان عدالت اداری)، با توجه به اینکه هر یک ویژگی‌های مثبت و منفی دارند که می‌توانند پوشش‌دهنده خلأهای یک‌دیگر باشند و نظر به مانع‌الجمع نبودن این قسم نظارت‌ها در منظومه نظارت شرعی فقهای شورا، پرداختن به ابعاد مطلوبیت نظارت پسینی زمینه اثبات ضرورت تحقق نظارت شرعی پسینی را، به نحوی که در عین حال فعال و خودکار باشد، فراهم می‌آورد. همان‌طور که گفته شد اکتفا به سازکار نظارت پسینی و منفعل از بستر نهاد دادرسی اداری می‌تواند مشکلاتی به‌ویژه در بعد اعاده آثار مقررات ابطال‌شده به وضع سابق به بار بیاورد. این موضوع محدود به ایران نیست و بر این پایه در نظام حقوقی فرانسه مصوبات قوه مجریه قبل از اجرا شدن باید در شورای دولتی بررسی شوند (خسروی، ۱۳۹۴: ۱۱۶). در فرانسه تکلیف قانونی است که نظر مشورتی شورای دولتی برای آیین‌نامه‌های اجرایی جلب شود؛ هرچند در مورد سایر مقررات جلب این نظر اختیاری

است (مؤتمنی طباطبایی، ۱۳۹۱: ۷۲). گرچه این قسم نظارت مشورتی است، تا حدودی مانع مقام اجرایی از تصویب مقرراتی می‌شود که می‌داند در آینده ممکن است ابطال شوند. از موارد مهمی که با پسینی بودن نظارت شرعی ارتباط دارد احترام به حقوق اشخاص است. با اجرای مصوبه دولتی مغایر با شرع، مانند مصوبات مغایر با قانون، به‌ویژه مصوبات مربوط به اخذ عوارض و وجوه، تضييع حقوق قانونی برخی از اشخاص قابل پیش‌بینی است. زیرا در مواردی که اثر ابطال مصوبه از زمان صدور باشد الزامی برای جبران حقوق تضييع شده نیست (آقایی طوق، ۱۳۹۷: ۳۵۰). در این موارد می‌توان از ظرفیتی که نظارت شرعی برای حمایت از حقوق اشخاص دارد استفاده کرد. چون بسیاری از حقوق قانونی اشخاص در نظام جمهوری اسلامی ایران ریشه در شرع دارد.

از سوی دیگر با ترکیب نظارت پسینی و منفعل از طریق دیوان عدالت اداری اگر مقرراتی خلاف شرع باشد و ابطال شود، از آنجا که اثر ابطال آن از روز تصویب مصوبه است، مشکلاتی را به دنبال خواهد داشت. مصوبه دولتی با یک تصمیم موردی یا قرارداد اداری یکسان نیست و با پوشش عرصه‌ای گسترده، چنانچه مصوبات و تصمیمات مبتنی بر مصوبه باطل شده باطل شوند، این بطلان آبخاری و متناوب، برای امنیت حقوقی خطرساز است و می‌تواند پیامدهای اقتصادی و اجتماعی سوء داشته باشد (آقایی طوق، ۱۳۹۷: ۳۵۲). این تعارض بین اصل حاکمیت قانون و مخاطره امنیت حقوقی جامعه تا حد زیادی از طریق نظارت شرعی خودکار قابل حل است.

در مدت اجرایی بودن مقرره، اعمالی از جانب دستگاه‌ها و مقامات و افراد صورت گرفته است که باید به حالت سابق اعاده شود و گاهی اوضاع و احوال در طول مدت اجرای مقرره چنان تغییر می‌کند که اعاده به وضع سابق یا بسیار دشوار است یا امکان‌پذیر نیست. بنابراین، همیشه اعاده به وضع سابق در جایی که بر پایه مقرره نامشروع امور نامشروعی وقوع یافته است آسان نیست. این وضعیت را می‌توان نتیجه نبودن نظارت شرعی پسینی و فعال و خودکار، که در فاصله کمی از زمان اجرایی شدن مصوبه اعمال شود، دانست. چون اگر چنین نظارتی اعمال شود بعدها وجهی برای ابطال قهقرایی آن مقرره باقی نمی‌ماند.

از طرف دیگر نمی‌توان اثر ابطال مقرره نامشروع را از روز ابطال دانست. زیرا علاوه بر اینکه با هدف و بنیان‌های اساسی این نظام که همانا شرع مقدس است منافات دارد که اموری

خلاف شرع را ولو برای مدتی معین تجویز کند، حتی اگر بپذیریم که اثر ابطال مقرر از روز ابطال مقرر باشد، باز هم این مشکل پیش خواهد آمد که نظم عمومی بر هم می‌خورد. چون مردم در مواجهه با دولت و قدرت‌های عمومی بلا تکلیف می‌مانند و هر روز با یک روند و رویه مواجه می‌شوند. این در حالی است که با اعمال نظارت پسینی و فعال و خودکار می‌توان از بروز این مشکلات تا حد زیادی پیشگیری کرد. چون با این نظارت نظر فقهای شورا در خصوص مقرر لازم‌الاتباع است و اقبالاً به جهت مغایرت با شرع به ابطال بعدی مقرر منجر نخواهد شد؛ مگر آنکه رویکرد فقهی همان فقها تغییر کند یا در ادوار بعدی شورای نگهبان فقهای دیگری نظراتی مغایر فقهای سابق داشته باشند و همان مقررات مورد شکایت قرار گیرد که در این صورت اولاً اوضاع نسبت به وضعیت فعلی که هیچ نظارتی از قبل نشده است بهبود می‌یابد و احتمال صدور نظری مبنی بر مغایرت مقررات با شرع به میزان قابل توجهی کاهش پیدا می‌کند و ثانیاً می‌توان راهکاری پیش‌بینی کرد که دیوان عدالت اداری در موارد شکایت از حیث شرعی نسبت به مقرراتی که قبلاً نظارت شرعی شده‌اند بار دیگر از فقها استعلام نگیرد، به‌ویژه در مواردی که مقررات از جنس آیین‌نامه مستقل نیست و مقرره‌ای اجرایی و مستند به حکمی قانونی است که با تضییق و توسعه حکم قانون که قبلاً به تأیید فقهای شورا رسیده است توسط دیوان مغایر قانون شناخته شود.

ممکن است به سازکار پیشنهاد شده این اشکال وارد شود که اعمال نظارت شرعی پس از اینکه مقررات لازم‌الاجرا شد می‌تواند منجر به ورود خدشه به نظم عمومی شود. پاسخ آنکه حکومت هنجاری موازین شرع منجر به تزلزل و ازهم‌گسیختگی در قانون اساسی و سایر قوانین و مقررات نمی‌شود. زیرا همان‌طور که اطلاق و عموم اصول قانون اساسی توسط فقهای مستقل و بی‌طرف طبق موازین شرعی و نه مصلحت‌سنجی سلیقه‌ای تقیید یا تخصیص می‌خورد و تنها مصداق خلاف شرع از دایره شمول اصل خارج می‌شود (نیکونهاد و زندیه، ۱۳۹۸: ۱۲۰ - ۱۲۱)، به طریق اولی، حکومت شریعت بر سایر قوانین و مقررات مادون قانون اساسی نیز به همین ترتیب است و با به‌کارگیری سازکاری کارآمد منجر به خلل در اداره منظم امور کشور با توقف و تعطیلی وضع و اجرای قوانین و مقررات نخواهد شد، بلکه تنها مانع اجرای حکم خلاف شرعی است که خود می‌تواند عامل فروغلتیدن نظام حقوقی در بی‌نظمی و تضییع حقوق شرعی افراد شود.

برخی نویسندگان جهت جلوگیری از تعرض احتمالی تعمیم آثار ابطال مقررات به اصل انتظارات مشروع، نظم عمومی، و حقوق مکتسبه شهروندان پیشنهاد اعطای اختیار دخالت پیشینی دیوان در ابطال مقررات خلاف قانون و شرع و خارج از حدود اختیارات را داده‌اند (محمودی، ۱۳۹۳: ۹۶)؛ در حالی که ماهیت نظارت قضایی پسینی است. راهکار پیشنهادی در این تحقیق نظارت پسینی اما خودکار است و نه منفعل و منوط بر شکایت؛ یعنی در عین حال که با فرض گرفتن عدم مغایرت مقرر با شرع این مقرر برای اجرا ابلاغ می‌شود، حین یا پس از اعتبار یافتن آن برای اجرا، بدون آنکه مقام ناظر منتظر وصول شکایتی در خصوص آن مقرر باشد، به صورت خودکار، به اعمال نظارت می‌پردازد. تفصیل این سازکار در بخش مربوط به سازکار مطلوب نظارت شرعی خواهد آمد.

ممکن است گفته شود برخی مقررات پس از اجرا آثار خلاف شرع خود را آشکار می‌سازند و شاید نتوان قبل از اجرا آن را تشخیص داد (مزارعی، ۱۳۹۲: ۲۰۵). در پاسخ باید گفت چنین وضعیتی به صورت استثنائی ممکن است رخ دهد. اما در اکثر موارد می‌توان از نص مقرر به بسیاری از موارد خلاف شرع پی برد. از آنجا که نباید در زمان پی‌ریزی یک قاعده استثنا را اصل قرار داد، اکتفا به نظارت پسینی و منفعل، آن هم مدت‌ها پس از اجرای یک مصوبه، معقول نیست. آثار منفی گذشتن مدت مدیدی از اجرای یک مصوبه و سپس ابطال آن زیاد است؛ به‌ویژه آنکه مبتنی بر نظر تفسیری شماره ۸۰/۲۱/۱۲۷۹ مورخ ۱۳۸۰/۰۲/۱۸ شورای نگهبان از اصل ۴ و ۱۷۰ قانون اساسی ابطال قهقرایی مقررات به استناد شرع مطلق است و امکان قانون‌گذاری جهت حفظ امنیت حقوقی و حقوق مکتسبه وجود ندارد. در اینجا بر پایه ترجیح اصل حاکمیت قانون اگر حقی به موجب قانون مستقر شده باشد ابطال مقرر مربوط به آن قانون به استناد شرع از زمان تصویب نقض حقوق مکتسبه است (ابریشمی‌راد، ۱۳۹۹، [ب]: ۱۹)؛ هرچند بر اساس ترجیح اصل حاکمیت شرع می‌توان بین دو حالت انطباق و عدم مغایرت قانون مربوطه با شرع تفکیک کرد و صرفاً اثر ابطال مقرر در حالت انطباق قانون با شرع را قهقرایی ندانست. حتی با فرض رد رویکرد دوم نیز چنانچه قانون منشأ مقرر ابطال‌شده نیز مغایر شرع باشد، وجهی برای ادعای نقض حقوق مکتسبه باقی نمی‌ماند و اثر ابطال مقرر و قانون هر دو باید قهقرایی باشد. در هر صورت چالش نقض امنیت حقوقی و حقوق مکتسبه یا قدر متیقن دشواری اعاده آثار به وضع سابق حتی در فرض عدم نقض حقوق

مکتسبه ما را به سوی ترجیح دادن نظارت شرعی پسینی به صورت خودکار و فعال در کمترین زمان از لازم‌الاجرا شدن مقررہ سوق می‌دهد.

۴. چالش‌های نظارت شرعی پسینی بر مقررات

نظارت شرعی پسینی فقهای شورا در دو حالت تفویض و عدم تفویض صلاحیت قابل تصور است. اگر بنا باشد خود فقهای شورا بر همه مقررات بدون تفویض و واگذاری صلاحیتشان نظارت کنند، با دو وضعیت نظارت پسینی به صورت منفعل و موردی و نظارت پسینی به صورت فعال و خودکار مواجهیم که بررسی چالش‌های این دو وضعیت نشان‌دهنده مطلوب نبودن سازکار نظارت شرعی پسینی خود فقهای شورا بدون تفویض صلاحیت و مطلوب بودن پیش‌بینی سازکار نظارت شرعی پسینی و فعال و خودکار از طریق تفویض صلاحیت فقهای شورا است. البته تفویض صلاحیت به اشخاص یا مرجعی غیر از فقهای شورا نیز چالش‌های خود را از حیث امکان یا امتناع تحقق آن دارد که نیازمند تحلیل و بررسی است. بنابراین ابتدا چالش‌های حالت اول این نظارت، یعنی نظارت شرعی پسینی و در عین حال فعال و خودکار خود فقهای شورا، و سپس چالش‌های حالت دوم، یعنی نظارت شرعی پسینی و فعال و خودکار غیر فقهای شورا، را بررسی می‌کنیم.

۴-۱. فرض عدم تفویض نظارت شرعی پسینی فقهای شورای نگهبان و چالش‌های آن

با توجه به اینکه اصل ۴ قانون اساسی تشخیص بر اساس موازین اسلامی بودن قوانین و مقررات را بر عهده فقهای شورای نگهبان نهاده است، ابتدا فرض عدم تفویض با تفسیری نص‌گرایانه از این اصل بدون توجه به غایت و منشأ آن و قصد مقنن اساسی تقویت می‌شود. با توجه به دو وضعیتی که از نظارت فقها بر مقررات گفته شد، در حالت عدم تفویض صلاحیت ابتدا به چالش‌های وضعیت نظارت پسینی و منفعل و موردی فقهای شورا می‌پردازیم.

۴-۱-۱. چالش‌های نظارت شرعی پسینی و منفعل فقهای شورای نگهبان

نظارت شرعی منفعل بر مقررات، که منوط به طرح شکایت از مقررات در دیوان است، در موارد معدودی با طرح شکایت یا درخواست مستقیم در شورای نگهبان در رویه فقهای شورا هم ملاحظه می‌شود. این نوع نظارت شرعی را هم به جهت شروع فرایند آن با یک درخواست به جهت منفعل بودن آن می‌توان دادرسی شرعی نامید. قلت تعداد اعمال این نظارت اماره‌ای بر

مناسب نبودن این سازکار است. حتی در صورت رواج تقدیم چنین درخواستی به شورای نگهبان، اولاً فقهای شورا از ابزارها و الزامات دادرسی که برای مقامات قضایی وجود دارد، مانند ضمانت اجرا برای مطالبه اسناد و مدارک مورد نیاز، بهره‌مند نیستند و ثانیاً فقهای شورا ملزم به رعایت اصول بنیادین دادرسی، مانند اصل تناظر، نیستند (پروین و ابریشمی‌راد، ۱۳۹۷: ۱۲۱ و ۱۲۲). اگر بین سازکارهای ممکن بنا بر شکل‌گیری و اجرای چنین سازکاری باشد، باید ضمانت اجراهای لازم و زیرساخت‌های حقوقی و قضایی مستلزم رسیدگی به شکایات توسط فقهای شورا نیز فراهم شود تا هم امکان الزام مقامات به ارسال مدارک و اسناد ایجاد شود هم اصول دادرسی عادلانه در شورای نگهبان لازم‌الرعایه شود.

با توجه به ساختار و ظرفیت موجود شورای نگهبان در قانون اساسی، دادرسی شرعی مستقیم در شورای نگهبان با موانعی مانند نداشتن زیرساخت‌های قضایی متناسب در شورای نگهبان مواجه است. هرچند قائل باشیم که امکان ایجاد این الزامات و ظرفیت‌های قانونی وجود دارد، با توجه به نتیجه چنین فرایندی، که گسیل سیل شکایات مردمی به شورا است، به دلیل عدم تناسب عده و عده فقهای شورا برای رسیدگی به حجم وسیع شکایات، با توجه به سایر کارویژه‌ها و کثرت مشاغل فقهای شورا، که پیش‌تر توضیح داده شد، به نظر می‌رسد توسعه این شیوه نظارت مطلوب نیست. بنابراین، با نظر به ساختار و مقررات فعلی شورای نگهبان، مطلوب آن است که این سازکار در همین حدود، که در حال حاضر به صورت موردی و استثنائی از طرف برخی مقامات از فقهای شورا درخواست می‌شود، باقی بماند. در تأیید این مدعا می‌توان به آمار نظارت شرعی پسینی بر مقررات خارج از سازکار استعلام دیوان نیز توجه کرد. از بدو انقلاب اسلامی تا کنون از میان ۱۳۴ مورد اعمال نظارت شرعی بر هنجارهای حقوقی لازم‌الاجرا تنها ۲۷ مورد به طور مستقیم در زمینه مقررات اجرایی اظهار نظر صورت گرفته است که ۹ مورد آن خلاف شرع شناخته شده است. متقاضی ابطال این مقررات هم اکثراً هیئت بررسی و تطبیق مصوبات دولت با قوانین مجلس شورای اسلامی و در برخی موارد هم اشخاص حقیقی یا حقوقی بوده‌اند.^۷ این وضعیت تا حدی گویای فقدان زیرساخت مناسب در زمینه حجم مقررات خلاف شرع است.

۴-۱-۲. چالش‌های نظارت شرعی پسینی و فعال فقهای شورای نگهبان

برخی بر آن‌اند که فقهای شورا نمی‌توانند به ابتکار خود مقرره‌ای را خلاف شرع اعلام

کنند؛ مثلاً در زمان استعلام دیوان عدالت اداری فقهای شورا را در رسیدگی به موادی بیش از مواد مندرج در خواسته شاکی در دیوان عدالت اداری طبق ماده ۳۸ قانون دیوان مصوب ۱۳۸۵ مجلس که ذکر دلایل و جهات شرعی ابطال را بر درخواست‌دهنده الزامی کرده بود فاقد صلاحیت دانسته است (واعظی، ۱۳۸۸: ۱۴۱ و ۱۴۲). طبق این استدلال قسمت مورد استناد از آن ماده قانونی هم در حال حاضر بند «پ» ماده ۸۰ قانون دیوان مصوب ۱۳۹۲ است که تصریح به «حکم شرعی یا مواد قانونی که ادعای مغایرت مصوبه با آن شده» را در درخواست متقاضی ابطال مصوبه الزامی دانسته است.

در پاسخ باید گفت صرفاً الزام شاکی به درج حکم شرعی مورد استناد محدودکننده صلاحیت فقهای شورا نیست. چون آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان در این زمینه تعیین تکلیف کرده است و مؤید این نظر است. ماده ۱۹ آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان عدم محدودیت زمانی برای نظارت شرعی بر مقررات را مانند قوانین ذکر کرده است: «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 نود و چهارم قانون اساسی نمی‌باشد...». همچنین بند ۲ تذکر شماره ۷۹/۲۱/۷۶۶ مورخ ۱۳۷۹/۰۶/۰۶ شورای نگهبان به رئیس مجلس وقت همین نظر را تأیید می‌کند و مقرر می‌کند: «۲... فقهای شورای نگهبان می‌توانند در مورد قوانین و مقررات هر زمان آنها را خلاف شرع بیابند اعلام نظر کنند...» (فتحی و کوهی اصفهانی، ۱۳۹۶: ۸۱). همچنین دلالت التزامی نظر تفسیری ۱۹۸۳ مورخ ۱۳۶۰/۰۲/۰۸ شورای نگهبان به امکان نظارت فعال فقهای شورا اشاره دارد. بنابراین، پس از اجرای این قبیل مصوبات نیز فقهای شورا می‌توانند در صورت مغایرت آنها با شرع اعلام نظر کنند. اما در این حالت با سازکار گفته‌شده نظارت به استثنائی‌ترین حالت خود می‌رسد و ای بسا به هیچ وجه رخ ندهد. کما اینکه با بررسی صورت‌گرفته میان پرونده‌های مقررات نظارت‌شده فقهای شورای نگهبان خارج از سازکار استعلام دیوان عدالت اداری موردی که فقها با ابتکار خود رأساً وارد بررسی مقررهای شده باشند ملاحظه نشد.^۸

البته در اینجا این امکان مطرح می‌شود که برای اعمال نظارت شرعی پسینی و فعال فقهای شورا به صورت مستقیم می‌توان این الزام قانونی را برای مقررگذاران پیش‌بینی کرد که مصوبات خود را پس از تصویب و ابلاغ برای اجرا به فقهای شورا برای اعمال نظارت

بفرستند. اما، همان‌طور که در بحث از دادرسی شرعی مستقیم فقهای شورا استدلال شد، نتیجه ایجاد امکان شکایت مردمی در شورای دادرسی شرعی مستقیم، به دلیل عدم تناسب ساختار فعلی شورای نگهبان برای چنین مقصودی، مطلوب نیست و این در حالی است که در نظارت پسینی و خودکار و فعال فقهای شورا به صورت مستقیم بر همه مقررات و مصوبات به طریق اولی چنین ظرفیت و تناسبی وجود ندارد؛ چه آنکه اگر بنا باشد در دادرسی شرعی فقط مصوبات مورد شکایت به شورا گسیل داده شود همه مصوبات همه مقامات و دستگاه‌های دولتی و عمومی غیر دولتی و صنفی و غیره به سمت فقها سرازیر و عملاً فرایند نظارت با انسداد مواجه می‌شود. بنابراین، به‌رغم اینکه مطابق استدلال گفته‌شده در ابتدای این بحث امکان نظارت پسینی و فعال فقها، چه در قالب اظهار نظر فراتر از حدود خواسته شاکیان در دیوان عدالت چه در قالب اطلاع یافتن به هر نحوی به‌ویژه از طریق مقامات مربوط، مانند اطلاع‌رسانی و استعمال رئیس مجلس، که نمونه نیز داشته است، در صلاحیت فقهای شورا هست، توسعه و بسط سازکار نظارت پسینی و فعال به صورت مستقیم بر همه مقررات مطلوب نیست. مضاف بر اینکه در صورت عدم اعلام نظر فقهای شورا درباره آن مصوبات در مهلت مقرر شده امکان نظارت پسینی و فعال بر این دسته از مقررات نیز برای فقهای شورا محفوظ است و خارج از صلاحیت ایشان نیست.

۴-۲. فرض امکان تفویض نظارت شرعی پسینی به اشخاصی غیر فقهای شورا و چالش‌های آن

همان‌طور که آمد، به طور کلی در مورد نظارت بر قوانین و مقررات دو سازکار نظارت پیشینی و پسینی متصور است و با توجه به مقررات چالش‌های نظارت پیشینی و نظارت پسینی توسط خود فقهای شورا در حالت عدم تفویض صلاحیت بیان شد. ممکن است درباره برخی از چالش‌های بیان‌شده گفته شود که با توجه به توان محدود و سایر کارویژه‌های شورای نگهبان، طبق قاعده عقلی تقدم اهم بر مهم، مصوباتی که اهمیت بیشتری دارند یا زمان بررسی آن‌ها مضیق است در اولویت قرار گیرند و اعلام نظر درباره سایر مصوبات که نظارت بر آن‌ها محدود به مهلت خاصی نشده است به تأخیر بیفتد (هدایت‌نیا و کاویانی، ۱۳۸۰: ۱۴۵). در چنین حالتی تفکیک مقررات اهم از غیر اهم با ابهاماتی نظیر ابهام در معیارهای تفکیک این دو دسته از مقررات مواجه می‌شود. حتی در حالت تفکیک مقررات اهم، همان‌طور که در

بخش‌های قبل گفته شد، بسیاری از مقررات مورد نظارت قرار نمی‌گیرند و در نتیجه این شیوه منتج به تحقق مقصود مقنن اساسی از اصل ۴ نمی‌شود. بنابراین، این فرض مطرح می‌شود که صلاحیت نظارت شرعی از طریق مرجع دیگری غیر از فقهای شورا نیز قابل اعمال است. مثلاً با انتخاب اشخاص یا تشکیل مرجعی بر مقررات اعمال نظارت شرعی شود. با این حال چالش‌هایی درباره این سازکار نیز به وجود می‌آید که در ادامه بررسی می‌شود.

۴-۲-۱. چالش انتصاب فقهای شورا توسط ولی فقیه

برخی بر آن‌اند که هرچند شورای نگهبان در نظارت بر انتخابات نیز با سازکار تعیین نماینده از طریق هیئت‌های نظارت بر انتخابات اعمال نظارت می‌کند، در مورد نظارت شرعی به دلیل لزوم فقیه بودن اعضای شورا و نصب آن‌ها توسط مقام رهبری و مشروعیت دیدگاه‌های آن‌ها به دلیل انتساب به ولایت امر فرض عدم تفویض صلاحیت و اعمال نظارت مستقیم فقهای شورا صرفاً بر مصوبات مهم‌تر با مبنای قانون اساسی سازگارتر است (هدایت‌نیا و کاویانی، ۱۳۸۰: ۱۴۵). در نقد نظر یادشده باید گفت اگرچه صلاحیت فقهای شورا مانند صلاحیت سایر ارکان نظام برآمده از تنفیذ اعمال ولایت از طریق تأیید صلاحیت‌های مقرر شده در قانون اساسی توسط ولی فقیه است، حجیت شرعی نظر فقهای شورای نگهبان ناشی از انتساب نظر آن‌ها به ولایت امر نیست. چون طبق نظر تفسیری شماره ۲۴۳۷ مورخ ۱۳۶۳/۱۰/۱۱ شورای نگهبان «تشخیص مغایرت یا انطباق قوانین با موازین اسلامی به طور نظر فتوایی با فقهای شورای نگهبان است»؛ مگر اینکه در زمینه‌ای مقام رهبری فرمان یا حکمی حکومتی داشته باشد که خلاف نظر فقهای شورا باشد. به علاوه انتخاب هر گونه نماینده به صورت فردی یا شورایی توسط اعضای شورای نگهبان به‌ویژه فقهای شورا منافاتی با معیار بودن نظر فقهی فقهای شورا در فرایند اعمال نظارت شرعی ندارد. چون می‌توان نمایندگان یادشده را ملزم به تبعیت از نظرات فقهای شورای نگهبان دانست.

۴-۲-۲. چالش مغایرت با نص اصل ۴

ذیل اصل ۴ آمده است: «تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است». بر این اساس استدلال می‌شود که هیچ مرجعی غیر از فقهای شورا صلاحیت اعمال چنین نظارتی را ندارند. بنابراین، فرض تفویض صلاحیت نظارت شرعی مغایر نص اصل ۴ قانون اساسی دانسته می‌شود. در پاسخ نظر فوق باید گفت روش تعیین نماینده توسط فقهای شورا برای

اعمال نظارت شرعی در مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی مورد توجه بوده است. کما اینکه رئیس این مجلس این نکته را این‌گونه بیان کرده بود: «بعد از اینکه ان‌شاءالله مجلس شورای ملی تشکیل شد و شورای نگهبان هم تشکیل شد، ما می‌رویم در حضور شورای نگهبان و می‌گوییم در این اصل [اصل ۴] نوشته شده است که تمامی قوانین و مقررات مملکت هر چه باشد بایستی زیر نظر شما باشد. پس شما موظفید برای همه استان‌ها و شهرستان‌ها و بخش‌ها نماینده معین کنید که مقررات را زیر نظر بگیرند.» (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۴، ج ۲: ۱۰۰۸). بر مبنای این فضای حاکم بر تصویب‌کنندگان اصل ۴، با تفسیری منشأگرا و قصدگرا از اصل ۴ قانون اساسی می‌توان امکان اعمال نظارت فقهای شورا از طریق تعیین نماینده را از مشروح مذاکرات یادشده برداشت کرد.

به علاوه، فقهای شورا در برخی موارد مانند نظر شماره ۷۹/۲۱/۱۲۷۲ مورخ ۱۳۷۹/۰۹/۰۷ شورای نگهبان نه فتوای ولی فقیه را مبنای صدور نظر خود اعلام کرده‌اند. هرچند این موضوع نافی امکان صدور نظر ایشان بر مبنای نظر فتوایی خودشان طبق نظر تفسیری شماره ۲۴۳۷ مورخ ۱۳۶۳/۱۰/۱۱ نیست، رساننده این مطلب است که اشخاص دیگری نیز که توان تشخیص و انطباق حکم قانون و مقرره با یک فتوا را داشته باشند می‌توانند چنین نظارتی را اعمال کنند و الزامی به فقیه بودن چنین اشخاصی نیست. چه آنکه ضرورتی ندارد برای اعمال چنین صلاحیتی لزوماً اجتهاد صورت گیرد؛ کما اینکه طبق نظر تفسیری شماره ۲۴۳۷ اگر نیاز به اجتهاد باشد فتوای فقهای شورا یا طبق رویه فقهای شورا فتوای ولی فقیه نیز می‌تواند برای این اشخاص ملاک قرار گیرد. بنابراین، قید «تشخیص» در اصل ۴ را می‌توان مطابق نظر تفسیری یادشده ناظر به مواردی دانست که نیاز به اجتهاد و فتوا هست، که توسط خود فقهای شورا صورت می‌گیرد. در واقع مقصود تشخیص حکم شرعی مراد اصلی مقنن بوده است و تشخیص و تطبیق موضوع در قانون و مقرره با حکم شرعی، که قبلاً توسط فقهای شورا به صورت فتوایی تشخیص داده شده است، می‌تواند توسط اشخاص دیگری صورت پذیرد.

علاوه بر این، می‌توان فقهای شورای نگهبان را مرجعی عالی در نظر گرفت که در صورت اصرار واضعان مقررات بر مصوبه خود، در صورت واجد شرایط بودن، قابلیت رجوع و درخواست اعمال نظارت از این مرجع عالی نیز وجود داشته باشد. مضاف بر این، در فرایند نظارت شرعی، در قیاس با سازکار موجود در نظارت بر انتخابات، رویه‌ها و نظرات فقهای

شورا سهولت بیشتری در استحصال دارند تا نظارت بر انتخابات. چون هم نظرات فقهای شورا منتشر می‌شود هم اینکه ماهیت نظارت شرعی که تطبیق حکم یک مقرر با یک حکم شرعی است در مقام کسب اطلاع از آن حکم شرعی سهولت بیشتری دارد. بنابراین از این جهات تعیین نمایندگانی توسط فقهای شورا، به منظور بازوی کمکی شورا در نظارت شرعی، عقلانی به نظر می‌رسد و مانع نظارت بعدی خود فقهای شورا نیز نیست.

نمونه‌ای از این تجویز نظارت شرعی غیر فقهای شورای نگهبان را در تشکیل شورای فقهی بانک مرکزی می‌توان دید که شورای نگهبان ابتدا در بند ۶ نظر شماره ۹۵/۱۰۰/۵۰۳۲ مورخ ۱۳۹۵/۱۱/۱۹ و بند ۳ نظر شماره ۹۵/۱۰۰/۵۵۷۴ مورخ ۱۳۹۵/۱۲/۰۷ ایراد مغایرت با اصل ۴ وارد کرد؛ مبنی بر اینکه نظر شورای فقهی یادشده نباید مخالف و نافی اختیارات و نظرات فقهای شورای نگهبان باشد. نهایتاً با قید حاکم بودن نظرات ایشان بر مصوبات شورای فقهی بانک مرکزی در تبصره ۲ ماده ۱۸ مصوبه ۱۰ (ماده ۱۶ قانون برنامه پنج‌ساله ششم توسعه) به نوعی با حفظ صلاحیت نظارت بعدی فقهای شورای نگهبان تفویض صلاحیت ایشان پذیرفته شد.

۴-۲-۳. چالش ظرفیت قانونی برای تشکیل ساختار مناسب

یکی از چالش‌هایی که تا پیش از بازنگری قانون دیوان عدالت اداری در سال ۱۴۰۲ نیز در مورد فقدان ظرفیت و اختیار قانونی لازم برای فقهای شورا مطرح بود زمینه قانونی لازم برای تشکیل ساختاری متناسب به منظور اجرای کامل اصل ۴ قانون اساسی بود. قانون‌گذار در تبصره ۱ ماده ۸۷ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۴۰۲ این خلأ را رفع و این‌گونه مقرر کرد: «تبصره ۱. فقهای شورای نگهبان می‌توانند برای انجام وظایف خود از حیث بررسی مغایرت یا عدم مغایرت مقررات با شرع، ترتیباتی را برای رسیدگی مقرر و ساختارهای مناسب را ایجاد کنند». هرچند ممکن است این ایراد وارد شود که شورای نگهبان و فقهای این شورا صلاحیت قانون‌گذاری برای ایجاد ساختار ندارند و باید مانند ساختار شورای نگهبان در کارویژه نظارت بر انتخابات، که در قانون نظارت شورای نگهبان بر انتخابات مجلس شورای اسلامی به تصویب رسیده است، ساختار مورد نیاز از بستر تقنین ایجاد شود. با این حال می‌توان پاسخ داد که طبق نظر تفسیری شماره ۱۶/۳۰/۲۱۹۳۴ مورخ ۱۳۸۶/۰۴/۱۹ شورای نگهبان «مستفاد از اصول ۴، ۹۱، و ۹۹ قانون اساسی این است که تصویب ضوابط و مقررات مالی، اداری، استخدامی، و تشکیلاتی شورای نگهبان که انجام وظایف آن به تشخیص شورا

متوقف بر آن‌ها است بر عهده خود این شورا می‌باشد». بنابراین، به‌رغم اینکه این نظر تفسیری در جای خود محل نقد است، شورای نگهبان به استناد این تفسیر لازم‌الاجرا، که هم‌سنگ اصول قانون اساسی است، صلاحیت ایجاد تشکیلات لازم برای اعمال نظارت شرعی بر مقررات را نیز دارد؛ البته چالش در بر داشتن بار مالی ایجاد تشکیلات نیز لزوم پیش‌بینی آن در لوایح بودجه را ایجاب می‌کند که طبق ماده ۱ قانون مقررات مالی شورای نگهبان مصوب ۱۳۶۲/۰۷/۱۰ دولت مکلف به درج پیشنهاد بودجه شورای نگهبان در لایحه بودجه سالیانه کل کشور است. با این حال، جهت رعایت اصل وحدت بودجه بهتر آن است که شورای نگهبان با هماهنگی رئیس‌جمهور، که از یک سو طبق اصل ۱۲۶ مسئولیت امور بودجه را بر عهده دارد و از سوی دیگر طبق اصل ۱۱۳ مسئولیت اجرای قانون اساسی را بر عهده دارد (به منظور اجرای مطلوب اصل ۴)، زمینه لازم برای ایجاد ساختار مناسب شورا با پیش‌بینی در لایحه بودجه سالیانه تنظیم‌شده توسط سازمان برنامه و بودجه را فراهم آورد تا توسط هیئت وزیران تصویب شود و در مجلس نیز به تصویب برسد و از این طریق زمینه قانونی لازم تکمیل شود. با این حال مانند ساختار تشکیل‌شده برای انتخابات راهکار تهیه لایحه‌ای در دولت در مورد ساختار زیر نظر فقهای شورا، که با اشکال عدم پیش‌بینی بار مالی و مغایرت با اصل ۷۵ مواجه نمی‌شود، نیز به جای خود باقی است و ای بسا این راهکار کارآمدتر باشد. زیرا ظرفیت لازم در قانون مصوب مجلس برای الزام دستگاه‌ها به ارسال مقررات خود به شورا و مرجع زیر نظر شورا بیشتر از راهکار تصویب مقررات داخلی شورا وجود دارد؛ چه آنکه ممکن است دستگاه‌ها خود را ملزم به تبعیت از مقررات داخلی یک نهاد دیگر ندانند که ضمانت اجرایی وضع مجازات لازم نیز طبق اصل ۳۶ تنها در قالب قانون ممکن است.

نتیجه‌گیری

در این پژوهش با در نظر گرفتن مبانی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در زمینه لزوم رعایت موازین اسلامی در مراتب مختلف سلسله مراتب هنجارهای حقوقی، با توجه به خلأ نظارتی موجود به منظور تضمین شرعی بودن مصوبات مادون قانون عادی، که عمدتاً مقررات اداری نام دارند، به این نتیجه رسیدیم که ارائه سازکاری مناسب بدین منظور ضرورت دارد. با تبیین آسیب‌ها و معایب سازکارهای قابل تصور ضرورت یادشده بر ما روشن‌تر شد؛ بدین

صورت که نظارت شرعی در سازکار موجود از بستر دیوان عدالت اداری، که به صورت پسینی و منفعل در قالب دادرسی شرعی صورت می‌گیرد، خلأهایی مانند عدم شکایت از بخش عظیمی از مقررات و مغفول ماندن تضمین شرعی بودن آن‌ها و نیز مشکلات ناشی از فرایند رسیدگی در طول استعلامات دیوان عدالت اداری از فقهای شورا، مانند عدم دسترسی فقها به پرونده و اسناد و مدارک لازم، ضرورت پیش‌بینی سازکاری دیگر برای شرعیت مقررات را توجیه می‌کند. از طرفی نظارت شرعی پیشینی بر همه مقررات به دلیل نقض اصول حقوق اداری مانند لزوم تسریع در ارائه خدمات عمومی با اجرایی شدن مقررات و همچنین عدم تناسب ساختار و ظرفیت موجود فقهای شورا برای اعمال نظارت بر حجم وسیع مقررات مطلوبیت ندارد که توجیهی دیگر بر ضرورت ارائه سازکار نظارت شرعی به صورت پسینی است.

همچنین نتیجه بررسی امکان نظارت شرعی به صورت پسینی و منفعل توسط خود فقهای شورای نگهبان نشان داد این سازکار اشکالات سازکار نظارت از بستر دیوان عدالت اداری را به صورت مضاعفی دارد و نظارت شرعی به صورت پسینی و خودکار و فعال توسط خود فقهای شورا نیز به علت وجود اشکالاتی مشابه اشکالات نظارت شرعی پیشینی ما را به ضرورت استقرار سازکار نظارت پسینی و خودکار و فعال بیش از پیش رهنمون می‌شود. بنابراین ضرورت تشکیل سازکاری زیر نظر فقهای شورای نگهبان جهت اجرای کامل اصل ۴ قانون اساسی اثبات شد. با این حال این سازکار نیز چالش‌هایی پیش رو دارد. چالش منصوب ولی فقیه بودن فقهای شورا و عدم قابلیت تفویض صلاحیتشان به دلیل انتساب نظراتشان به ولی فقیه با نظر تفسیری شورای نگهبان مبنی بر ملاک بودن نظر فتوایی فقهای شورا پاسخ داده شد. اما چالش تصریح اصل ۴ به تشخیص توسط فقهای شورا با تأویل معنی «تشخیص» به تشخیص حکم شرعی و موازین اسلامی در این اصل و در عین حال حفظ ملاک بودن نظر فتوایی فقهای شورا (که خود در مواردی نیز به فتوای ولی فقیه استناد کرده‌اند) پاسخ داده شد. به علاوه قابلیت استنباط نظر فقهی فقهای شورا از خلال نظرات صادرشده توسط ایشان است. نمونه‌ای نیز در تأیید نظارت شرعی توسط شورای فقهی بانک مرکزی مشروط بر رعایت نظرات شورای نگهبان و حفظ قابلیت نظارت فقهای شورا در این موارد وجود دارد که نشان می‌دهد خود شورای نگهبان نیز امکان چنین ظرفیتی را پذیرفته است. ظرفیت قانونی ایجاد ساختار مناسب برای اعمال چنین نظارتی نیز در اصلاحیه ماده ۸۷ قانون دیوان عدالت اداری

در سال ۱۴۰۲ پیش‌بینی شده است و بار مالی ایجاد این ساختار نیز هم از طریق پیشنهاد خود شورای نگهبان برای درج در لایحه بودجه هم از طریق ارائه لایحه‌ای توسط دولت برای ایجاد ساختار مناسب ذیل شورای نگهبان قابل جبران است.

یادداشت‌ها

۱. اصل ۱۷۰: «قضات دادگاه‌ها مکلف‌اند از اجرای تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی که مخالف با قوانین و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیارات قوه مجریه است خودداری کنند و هر کس می‌تواند ابطال این‌گونه مقررات را از دیوان عدالت اداری تقاضا کند.»
- اصل ۱۷۳: «به منظور رسیدگی به شکایات، تظلمات، و اعتراضات مردم نسبت به مأمورین یا واحدها یا آیین‌نامه‌های دولتی و احقاق حقوق آن‌ها دیوانی به نام دیوان عدالت اداری زیر نظر رئیس قوه قضاییه تأسیس می‌گردد. حدود اختیارات و نحوه عمل این دیوان را قانون تعیین می‌کند.»
۲. ماده ۸۴: «... تبصره ۲. هرگاه مصوبه مورد شکایت به لحاظ مغایرت با موازین شرعی برای رسیدگی مطرح باشد موضوع جهت اظهار نظر به شورای نگهبان ارسال می‌شود. نظر فقهای شورای نگهبان برای هیئت عمومی و هیئت‌های تخصصی لازم‌الاتباع است.»
- ماده ۸۷: «در صورتی که مصوبه‌ای به لحاظ مغایرت با موازین شرعی برای رسیدگی مطرح باشد، موضوع جهت اظهار نظر به شورای نگهبان ارسال می‌شود. نظر فقهای شورای نگهبان برای هیئت عمومی لازم‌الاتباع است.»
۳. قابل مشاهده در نشانی: slink.shora-gc.ir/gyCLT
۴. ماده ۹۸: «در مورد احکام قطعی به جهات ذیل می‌توان دادخواست اعاده دادرسی تقدیم نمود:
الف) حکم خارج از موضوع شکایت صادر شده باشد؛
ب) حکم به میزان بیشتر از خواسته صادر شده باشد...»
۵. ماده ۸۰: «تقاضای ابطال مصوبات در هیئت عمومی دیوان با تقدیم درخواست انجام می‌گیرد. در درخواست مذکور تصریح به موارد زیر ضروری است:
الف) ...
ب) حکم شرعی یا مواد قانونی که ادعای مغایرت مصوبه با آن شده ...»
۶. نظر شماره ۶۴۳۱ مورخ ۱۳۶۵/۰۸/۲۰ شورای نگهبان، قابل مشاهده در نشانی: slink.shora-gc.ir/NNXN2
۷. قابل مشاهده در نشانی: nazarat.shora-rc.ir (آخرین بازدید: ۱۴۰۲/۰۳/۲۳)
۸. قابل مشاهده در نشانی: <http://nazarat.shora-rc.ir/Forms/frmNezaratSharee.aspx> (آخرین بازدید: ۱۴۰۲/۰۳/۲۴)
۹. قابل مشاهده در نشانی: slink.shora-gc.ir/pz0cx
۱۰. «تبصره ۲. مصوبات شورای فقهی لازم‌الرعایه است. رئیس کل بانک مرکزی اجرای مصوبات شورا را پیگیری و بر حسن اجرای آن‌ها نظارت می‌کند. حکم این ماده نافی اختیارات و نظرات فقهای شورای نگهبان در اصل چهارم (۴) قانون اساسی نمی‌باشد.»

منابع

۱. آقای طوق، مسلم (۱۳۹۷)، «تأملی در خصوص اثر ابطال مقررات مغایر با قانون»، مطالعات حقوق عمومی، دوره ۴۸، شماره ۲، ۳۳۹-۳۵۶.
۲. آینه‌نگینی، حسین (۱۳۹۵)، کلیدواژه «مقررات» در قانون اساسی (از مفاهیم تا مصادیق)، تهران: خرسندی، چاپ اول.
۳. ابراهیمی، مهدی، رضایی‌زاده برواتی، محمدجواد و محمد بهادری جهرمی (۱۴۰۰)، «بایسته‌های نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان در نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال ۲۲، شماره ۲ (پیاپی ۵۴)، ۵۸۳-۶۰۴.
۴. ابریشمی‌راد، محمدمین (۱۳۹۹) [الف]، «آسیب‌شناسی نظارت قانونی و شرعی قضات دادگاه‌ها بر مقررات دولتی در ایران»، اندیشه‌های حقوق عمومی، شماره دوم (پیاپی ۱۷)، ۲۴-۷.
۵. _____ (۱۳۹۹) [ب]، «تحلیل حقوقی و فقهی نظرات شورای نگهبان و رویه دیوان عدالت اداری در زمینه تسری اثر ابطال به زمان تصویب مقررات»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، دوره ۱۲، شماره ۲۳، ۳۴-۹.
۶. بنایی اسکویی، مجید (۱۳۹۴)، «تحدید صلاحیت دیوان عدالت اداری توسط شورای عالی انقلاب فرهنگی»، مطالعات حقوق عمومی، دوره ۴۵، شماره ۴، ۶۳۱-۶۶۵.
۷. پروین، خیرالله و محمدمین ابریشمی‌راد (۱۳۹۷)، «سازوکار مطلوب نظارت فقهای شورای نگهبان بر مقررات دولتی از بستر نظارت دیوان عدالت اداری»، دانش حقوق عمومی، دوره ۷، شماره ۲۰، ۱۱۳-۱۳۴.
۸. تروپه، میشل (۱۳۸۳)، «منطق حاکم بر توجیه صیانت از قانون اساسی»، مترجمان: عباس‌علی کدخدایی و محمدرضا ویژه، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۶۶، شماره ۵۲۰، ۲۶۱-۲۹۱.
۹. حاجی‌علی‌خمسه، مرتضی؛ مصطفی مسعودیان و حمید فعلی (۱۳۹۹)، «سازوکار مطلوب نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی»، دانش حقوق عمومی، دوره ۹، شماره ۳۰، ۲۵-۵۰.
۱۰. خسروی، حسن (۱۳۹۴)، «تحلیل سازوکار نظارت رئیس مجلس شورای اسلامی بر

- مصوبات قوه مجریه»، علوم سیاسی، دوره ۱۸، شماره ۷۲، ۹۷-۱۲۰.
۱۱. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی (۱۳۶۴)، اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، تهران، ج ۲، چاپ اول.
۱۲. فتحی، محمد و کاظم کوهی اصفهانی (۱۳۹۶)، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به همراه نظرات تفسیری، مشورتی و ... شورای نگهبان (۱۳۹۶-۱۳۵۹)، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، چاپ اول.
۱۳. فعلی، حمید (۱۳۹۹)، «نظارت شرعی شورای نگهبان بر مقررات»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، استاد راهنما: مسلم آقایی طوق، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری.
۱۴. فلاح‌زاده، علی محمد و محمدمبین ابریشمی‌راد (۱۳۹۳)، «سنجش سازوکار برتر نظارت بر مقررات دولتی در ایران؛ نقدی بر نظارت موازی رئیس مجلس و دیوان عدالت اداری بر مقررات دولتی»، دانش حقوق عمومی، دوره ۳، شماره ۹، ۱۱۱-۱۳۰.
۱۵. کدخدایی، عباس‌علی و هادی طحان‌نظیف (۱۳۹۳)، «تأثیر ساختارهای حکومتی بر ماهیت نظام سیاسی از منظر عاملیت و ساختار»، دانش حقوق عمومی، دوره ۳، شماره ۱۰، ۴۵-۶۸.
۱۶. محمودی، جواد (۱۳۹۳)، «اثر ابطال مقررات دولتی بر حقوق مکتسبه اشخاص»، حقوق اداری، سال ۶، دوره ۲، شماره ۶، ۷۷-۹۸.
۱۷. مزارعی، غلام‌حسن (۱۳۹۲)، جهات ابطال مصوبات دولت در دیوان عدالت اداری و شورای نگهبان، تهران: خرسندی، چاپ دوم.
۱۸. مؤتمنی طباطبایی، منوچهر (۱۳۹۱)، حقوق اداری تطبیقی، تهران: سمت.
۱۹. نیکونهاد، حامد و زهرا زندیه (۱۳۹۸)، «حکومت موازین اسلامی بر اطلاق و عموم اصول قانون اساسی در رویه فقهای شورای نگهبان: نگاهی رویه‌ای به آثار نظارت شرعی بر اصول قانون اساسی»، دانش حقوق عمومی، دوره ۸، شماره ۲۴، ۱۰۹-۱۳۲.
۲۰. واعظی، سید مجتبی (۱۳۸۸)، «نقش دیوان عدالت اداری در دادرسی شرعی مقررات اداری»، مطالعات حقوقی، دوره ۱، شماره ۳، ۱۲۵-۱۵۱.
۲۱. هداوند، مهدی و علی مشهدی (۱۳۹۱)، اصول حقوق اداری (در پرتو آرای دیوان عدالت اداری) همراه با مطالعه تطبیقی در (حقوق فرانسه، سوئیس، آلمان، مصر، لبنان،

انگلیس، و امریکا)، تهران: خرسندی، چاپ دوم.

۲۲. هدایت‌نیا، فرج‌الله و محمدهادی کاویانی (۱۳۸۰)، بررسی فقهی- حقوقی شورای نگهبان، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی (مؤسسه فرهنگی دانش و اندیشه معاصر)، چاپ اول.

اسناد و مدارک

۲۳. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۵۸، بازنگری‌شده در سال ۱۳۶۸.
۲۴. نظر تفسیری شماره ۱۹۸۳ مورخ ۱۳۶۰/۰۲/۰۸ شورای نگهبان.
۲۵. نظر تفسیری شماره ۲۴۳۷ مورخ ۱۳۶۳/۱۰/۱۱ شورای نگهبان.
۲۶. نظر تفسیری شماره ۱۶/۳۰/۲۱۹۳۴ مورخ ۱۳۸۶/۰۴/۱۹ شورای نگهبان.
۲۷. نظر تفسیری شماره ۸۰/۲۱/۱۲۷۹ مورخ ۱۳۸۰/۰۲/۱۸ شورای نگهبان.
۲۸. نظر شماره ۶۴۳۱ مورخ ۱۳۶۵/۰۸/۲۰ شورای نگهبان.
۲۹. نظر شماره ۹۵/۱۰۰/۵۰۳۲ مورخ ۱۳۹۵/۱۱/۱۹ شورای نگهبان.
۳۰. نظر شماره ۹۵/۱۰۰/۵۵۷۴ مورخ ۱۳۹۵/۱۲/۰۷ شورای نگهبان.
۳۱. نامه شماره ۹۵/۱۰۰/۲۹۱۲ مورخ ۱۳۹۵/۰۸/۲۴ دبیر شورای نگهبان.
۳۲. نظر شماره ۷۹/۲۱/۱۲۷۲ مورخ ۱۳۷۹/۰۹/۰۷ شورای نگهبان.
۳۳. تذکر شماره ۷۹/۲۱/۷۶۶ مورخ ۱۳۷۹/۰۶/۰۶ شورای نگهبان به رئیس مجلس وقت.
۳۴. رأی ۴۶۲ مورخ ۱۳۸۹/۱۰/۲۷ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری.
۳۵. آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان.
۳۶. قانون برنامه پنج‌ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی، و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۹۶ - ۱۴۰۰).
۳۷. قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵.
۳۸. قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲.
۳۹. قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۴۰۲.

References

1. Abrishami Rad, Mohammad Amin, (2019), "Pathology of the legal and Shariah supervision of court judges on government regulations in Iran", Public Law Thoughts, No. 17. [in Persian]
2. Abrishmi Rad, Mohammad Amin, (2019), "Legal and Jurisprudential Analysis of the views of the Guardian Council and the procedure of the Administrative Justice Court about Extending the Effect of Revocation to the Time of ratification", Quarterly Journal of Fiqh and Islamic Law Studies, No. 23. [in Persian]
3. Aghaei Tough, Moslem (2017), "Thinking about the Effects of Annulment of Regulations Contrary to the Law", Public Law Studies Quarterly, No. 48. [in Persian]
4. Annotated report of the deliberations of the Parliament of the Final Review of the Constitution (1364 in Persian calender), Volume II, General Department of Cultural Affairs and Public Relations of the Islamic Council, Tehran. [in Persian]
5. Ayene Negini, Hosein (2015), the keyword "regulations" in the constitution (from concepts to examples), Khorsandi, Tehran. [in Persian]
6. Banayi Oskuyi, Majid (2014), "Demarcating the competence of Administrative Justice Court by the Supreme Council of the Cultural Revolution", Public Law Studies, No. 4. [in Persian]
7. Fallahzadeh, Ali Mohammad and Mohammad Amin Abrishami Rad, (2014), "Evaluating Superior mechanism of monitoring government regulations; a critique on parallel supervision of Majlis Chairman and Administrative Justice Court on government regulations", Public Law Knowledge Quarterly, No. 9. [in Persian]
8. Fathi, Mohammad and Kazem Kouhi Esfahani (2016), The Constitution of the Islamic Republic of Iran along with interpretive, advisory opinions and ... Guardian Council (1359-1396 in Persian calender), Guardian Council Research Institute, Tehran. [in Persian]
9. Fe'li, Hamid (2019), Sharia supervision of the Guardian Council on regulations, master's thesis, supervisor: Aghaei Touq, Moslem, University of Judicial Sciences and Administrative Services. [in Persian]
10. Hadavand, Mahdi and Ali Mashhadi (2011), Principles of Administrative Law (in the light of the opinions of the Court of Administrative Justice); Along with a comparative study in (laws of France, Switzerland, Germany, Egypt, Lebanon, England and America), Khorsandi, Tehran. [in Persian]
11. Haji Ali Khamseh, Morteza, Masoudian, Mostafa and Hamid fe'li (2021),

- "The Desirable Mechanism for Religious Review of the Supreme Council of Cultural Revolution's Enactments by the Jurists of the Guardian Council", Public Law Knowledge Quarterly, No. 30. [in Persian]
12. Hedayatnia, Farajollah and Mohammad Hadi Kaviani (2010), Legal & Jurisprudence review of the Guardian Council, Research Institute of Islamic Culture and Thought (Cultural Institute of Contemporary Knowledge and Thought), Tehran. [in Persian]
13. Kadkhodaei, Abbas Ali and Hadi TahanNazif (2015), "The impact of government structures on the substance of the political system; from the perspective of functionality and structure", Public Law Knowledge Quarterly, No. 10. [in Persian]
14. Kheirollah Parvin & Mohammad Amin Abrishami raad (2018), "The Desirable Mechanism for Review of the Governmental Regulation by the Islamic Jurists of the Guardian Council through the Administrative Justice Court", Public Law Knowledge Quarterly, No. 20. [in Persian]
15. Khosravi, Hasan (2014), "Analysis of the supervision mechanism of the Speaker of the Islamic Council on the enactments of the executive branch", Journal of Political Science, No. 72. [in Persian]
16. Mahmoudi, Javad (2013), "Effect of repeal of government regulations on acquired rights of individuals", Administrative Law Quarterly, Year 6, Number 6. [in Persian]
17. Mazarei, Gholamhasan (2012), Revocation of Executive Regulations in the Administrative Court of Justice: Causes and Motivations, Khorsandi, Tehran. [in Persian]
18. Motamani Tabatabai, Manoochehr (2012), The Comparative Administrative Law, Samt, Tehran. [in Persian]
19. Nikoonahad, Hamed and Zahra Zandieh (2019), "The Rule of Islamic Criteria on Absoluteness and Generality of the Articles of the Constitution in the precedent of Guardian Council Jurists; A Procedural Overview at the Effects of Sharia Supervision over the Articles of the Constitution", Public Law Knowledge Quarterly, No. 24.
20. Troupe, Michel (2013), "The logic governing the justification of the protection of the constitution", translators: Kadkhodaei, Abbas Ali and Mohammad Reza Vijeh, Journal of the Faculty of Law and Political Science, No. 66. [in Persian]
21. Vaezi, Seyyed Mojtaba (2008), "The role of the administrative justice court in the legal proceedings of administrative regulations", Legal Studies, No. 3. [in Persian]

22.Zarei, Mohammad Hosein and Ahmad Markaz Malmiri (2014), "The Concept and Basics of Judicial Control with an Emphasis on the Legal System of the United States of America", Journal of Legal Research, No. 42. [in Persian]

Documents

23.The Constitution of the Islamic Republic of Iran

24.Interpretative opinion of the Guardian Council, No. 1983 dated 8/2/1360 [in Persian calendar]

25.Interpretative opinion of the Guardian Council, No. 2437 dated 11/10/1363 1360 [in Persian calendar]

26.Interpretative opinion of the Guardian Council, No. 21934/30/16 dated 4/19/1386 [in Persian calendar]

27.Interpretative opinion of the Guardian Council, No. 1279/21/80 dated 2/18/1380 [in Persian calendar]

28.Opinion of the Guardian Council, No. 6431 dated 20/8/1365 [in Persian calendar]

29.Opinion of the Guardian Council No. 5032/100/95 dated 11/19/2015 [in Persian calendar]

30.Opinion of the Guardian Council, No. 5574/100/95 dated 12/7/1395 [in Persian calendar]

31.Letter from the Secretary of the Guardian Council, No. 2912/100/95 dated 8/24/1395 [in Persian calendar]

32.Opinion of the Guardian Council, No. 1272/21/79 dated 9/7/1379 [in Persian calendar]

33.Notice of the Guardian Council to the Speaker of the Parliament, No. 766/21/79 dated 6/6/1379 [in Persian calendar]

34.Opinion General Board of the Court of Administrative Justice 462 dated 10/27/1389 [in Persian calendar]

35.Internal regulations of the Guardian Council

36.Act of the 6th five-year economic, social and cultural development plan of the Islamic Republic of Iran (1396-1400) [in Persian calendar]

37.Act of the Court of Administrative Justice approved in 2005.

38.Act on Organizations and Procedures of the Court of Administrative Justice approved in 2012.

39.Act of the Court of Administrative Justice approved in 2023.