



Feasibility of Judges' Citation to the Constitution in the Non-Implementation of Laws Contrary to It

Mostafa Mansourian ^{1*} , Mahdi Farahmand ² 

1- Assistant Professor, Department of Public and International Law, Faculty of Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran.

2- Master's student in Public Law, Faculty of Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran

DOI: [10.22034/qjplk.2024.1887.1710](https://doi.org/10.22034/qjplk.2024.1887.1710)

Abstract

The Constitution, as the highest legal-political instrument of the country, must be immune from any kind of intervention, for which special institutions are usually formed or appointed; otherwise, the rights and freedoms of the people in the constitution will be abandoned and the existence of the constitution will be invalidated. In the Islamic Republic of Iran, the Guardian Council is responsible for the protection of the Constitution in the legislative phase, and all the enactments of the parliament become law after the approval of the council. The challenge that exists in this connection is whether the judges of the courts have the discretion, by insisting on the principle of the supremacy of the constitution and the need to cite to the valid law, as well as the constitutional review entity, not to implement the laws that they consider to be contrary to the constitution and refuse to implement them?; this research aims to analyze and respond to this issue using a descriptive-analytical approach. The findings show that although it is not possible to comment on the absolute rejection or acceptance of the judges' competence in this regard, in relation to the laws passed before the formation of the Guardian Council (both pre-revolutionary laws and laws approved by the Revolutionary Council) and the enactments that became law due to ending the legal deadline for the council's comments, and also some enforceable legal norms that are not under the review of the Guardian Council, the courts can be given the authority not to implement them.

Keywords

Citation to The Constitution, Review of Laws, Judicial Control, Constitutional Review, Article 166.

* Email: Mansourian@ujsas.ac.ir (Corresponding Author)





امکان‌سنجی استناد قضات به قانون اساسی در عدم اجرای قوانین مغایر با آن

مصطفی منصوریان^{۱*}، مهدی فرهمند^۲

۱. استادیار گروه حقوق عمومی و بین الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری،

تهران، ایران

۲. دانش‌آموخته کارشناسی‌ارشد حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه علوم قضایی و خدمات

اداری، تهران، ایران

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۶/۰۷ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۸/۲۲

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: [10.22034/qiplk.2024.1887.1710](https://doi.org/10.22034/qiplk.2024.1887.1710)

چکیده

قانون اساسی به عنوان عالی‌ترین سند حقوقی-سیاسی کشور باید مصون از هر نوع تعرض باشد که برای این امر به طور معمول نهادهای ویژه‌ای تشکیل یا تعیین می‌شود؛ چنان که در غیر این صورت حقوق و آزادی‌های مصرح مردم در قانون اساسی متروک و وجود قانون اساسی بی‌اعتبار می‌شود. در جمهوری اسلامی ایران، شورای نگهبان صیانت از قانون اساسی را در مقام تقنین بر عهده دارد و همه مصوبات مجلس پس از تأیید شورا لباس قانون بر تن می‌کنند. چالشی که در این ارتباط وجود دارد این است که آیا قضات دادگاه‌ها می‌توانند با تمسک به اصل برتری قانون اساسی و لزوم استناد به قانون معتبر قوانینی را که مغایر قانون اساسی ارزیابی می‌کنند مورد عمل قرار ندهند و از اجرای آن‌ها خودداری کنند؟ موضوعی که این پژوهش با روش توصیفی-تحلیلی درصدد تحلیل و پاسخ به آن است. یافته‌های این پژوهش بیانگر آن است که در رابطه با قوانین قبل از تشکیل شورای نگهبان (اعم از قوانین قبل از انقلاب و قوانین مصوب شورای انقلاب) و مصوباتی که به دلیل عدم اظهارنظر شورا تبدیل به قانون شده‌اند و نیز برخی هنجارهای قانونی لازم‌الاجرا که مورد نظارت شورای نگهبان قرار ندارند می‌توان قائل به صلاحیت محاکم در عدم اجرای آن‌ها- و نه ابطال- شد و در مواردی که شورای نگهبان اظهارنظر صریح در عدم مغایرت کرده است قضات مکلف به تبعیت از نظر شورا هستند. کلیدواژگان: استناد قضات به قانون اساسی، اصل ۱۶۶، خودداری از اجرای قوانین، نظارت اساسی، نظارت بر قوانین، نظارت قضات، نظارت قضایی.

استادیار گروه حقوق عمومی و بین الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

* Email: Mansourian@ujsas.ac.ir



مقدمه

اختلافات و درگیری‌ها از دیرباز بین اقشار مختلف مردم وجود داشته است. در طول تاریخ همواره نهادها یا افرادی وظیفه حل این اختلافات را بر عهده داشته‌اند. امروزه وظیفه حل و فصل این اختلافات در بسیاری از کشورها بر عهده قوه قضاییه است. در ایران نیز محاکم طبق اصل ۶۱ قانون اساسی مکلف هستند به دعاوی و اختلافات رسیدگی و اقدام به رفع خصومت کنند. این رسیدگی، به موجب اصل ۱۶۶ قانون اساسی، با استناد به «قوانین و مقررات» صورت می‌پذیرد. حال مسئله این است که آیا «قانون اساسی» نیز جزء آن قوانین و مقرراتی است که قضات می‌توانند به آن‌ها استناد کنند یا خیر. در این مورد وحدت نظر وجود ندارد. طبق یک رویکرد، به این دلیل که قانون اساسی مقرر داشته است احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند به مواد قانونی باشد و با توجه به اینکه در ایران اصلاً مواد قانون اساسی نداریم، بلکه اصول قانون اساسی داریم، استناد به قانون اساسی غیر قابل پذیرش است. اما رویکرد مقابل استناد قضات به قانون اساسی را با هدف تضمین کامل برتری قانون اساسی موجه قلمداد می‌کند (پژوهشکده حقوق عمومی و بین‌الملل پژوهشگاه قوه قضاییه، ۱۳۹۲: ۳۰ و ۴۶).

استنادپذیری قانون اساسی توسط قضات امری پراهمیت است. چون اگر استناد قضات به قانون اساسی را نپذیریم، قضات موظف‌اند آرای صادره را مطابق با قوانین مادون قانون اساسی صادر کنند و قانون اساسی برای محاکم متروک و بی‌اعتبار می‌شود. همچنین مردم نمی‌توانند در دعاوی خود به حقوق و آزادی‌های مندرج در قانون اساسی استناد کنند. این در حالی است که اگر استناد قضات به قانون اساسی را بپذیریم، این امر می‌تواند به توسعه و گسترش حقوق و آزادی‌های بنیادین کمک شایانی کند. همچنین قانون اساسی را از خطر متروک و بی‌اعتبار شدن نجات دهد (دادفر، ۱۳۳۲: ۳۹). در عین حال، چنانچه امکان استناد به قانون اساسی را در محاکم مورد قبول قرار دهیم، چالشی که با آن روبه‌رو می‌شویم این است که قضاتی که در مقام استناد به قانون اساسی قرار می‌گیرند، اگر با قانونی مغایر با قانون اساسی روبه‌رو شوند، آیا می‌توانند از استناد به قانون مغایر با قانون اساسی خودداری کنند؟ البته باید توجه داشت که مسئله مورد بحث ابطال قوانین مغایر نیست. زیرا شورای نگهبان چنین نقشی را ایفا می‌کند و بر مصوبات نظارت می‌کند. در این مورد، موضوع عدم اجرای قوانین مطرح است که اگر قاضی با قانون مغایر با قانون اساسی روبه‌رو شد موظف به اجرای آن است یا می‌تواند به

ارزیابی بپردازد و از اجرای آن خودداری کند. این مقاله با روش توصیفی-تحلیلی و از طریق مراجعه به منابع کتابخانه‌ای در پی پاسخ به این سؤال بوده است.

در خصوص موضوع نظارت قضات بر قوانین تحقیقاتی چند توسط برخی نویسندگان صورت گرفته است. برخی حقوقدانان اگرچه دقیقاً به سؤال این پژوهش پرداخته‌اند، دلایل را به طور کافی بررسی نکرده و نهایتاً برخلاف یافته‌های این پژوهش به نفی مطلق صلاحیت قضات در ارزیابی قوانین نظر داده‌اند (← تیلا، ۱۳۸۴: ۱۵۹-۱۸۱). در مقابل، پاره‌ای دیگر بدون بررسی کامل جوانب موضوع و پرداختن به کلیاتی از نظام نظارت قضایی به پذیرش مطلق صلاحیت قضات تصریح کرده‌اند (← خدابخشی شلمزاری و عابدین‌زاده شهری، ۱۳۸۳: ۳۳-۶۰؛ تقی‌زاده و دیگران، ۱۳۹۴: ۱۲۵-۱۴۴). برخی نیز این صلاحیت محاکم را صرفاً در خصوص دیوان عدالت اداری و آن هم از حیث عدم مغایرت مقررات با قانون اساسی بررسی کرده‌اند (← علم‌الهدی و مهرپور، ۱۳۹۶: ۲۱۵-۲۳۴؛ تقی‌زاده و دیگران، ۱۳۹۵: ۱-۲۷) که بحث مرتبط ولی مجزایی است و با موضوع این پژوهش فاصله دارد. عده‌ای نیز (ضرونی و دیگران، ۱۴۰۱: ۶۹-۱۰۵) صرفاً به بحث استنادپذیری قانون اساسی در آرای محاکم پرداخته‌اند و در خصوص چالش حاصل از مغایرت قانون عادی با قانون اساسی راهکاری ارائه نداده‌اند که از این لحاظ با تحقیق حاضر تفاوت دارد. بنابراین پژوهش پیش رو، علاوه بر جامعیت در بیان ادله طرفین، دارای راهکار عملی در جهت استناد به قانون اساسی و صیانت از آن با توجه به نظام حقوقی فعلی ایران است.

با هدف پاسخ به سؤال این پژوهش، به تحلیل صلاحیت محاکم در این خصوص در چارچوب نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران پرداخته می‌شود و از همین رهگذر ابتدا ادله عدم صلاحیت قضات بیان می‌شود و پس از نقد و ارزیابی ادله پذیرش صلاحیت قضات و قلمرو اعمال آن بررسی می‌شود.

۱. عدم صلاحیت قضات در تشخیص مغایرت قوانین عادی با قانون اساسی

رویکرد عدم صلاحیت قضات در ارزیابی قوانین از حیث مغایرت با قانون اساسی چنین بیان کرده که به طور کلی در نظام حقوقی ایران قاضی موظف به اجرای بی‌چون‌وچرای قانون است و عدم اجرای قانون توسط قاضی، به هر دلیل، از جمله عدم اجرای قانون به دلیل مغایرت با قانون اساسی، فاقد وجهت قانونی است و موجب مجازات وی می‌شود. به بیان

دیگر، نظام قضایی ایران تحت تأثیر نظام رومی- ژرمنی قرار دارد و قاضی به منزله گوش و دهان قانون است و باید قانون را اجرا کند. قاضی در سطحی نیست که مستقیم به قانون اساسی استناد و حکم صادر کند (پژوهشکده حقوق عمومی و بین‌الملل پژوهشگاه قوه قضاییه، ۱۳۹۲: ۳۹). به هر ترتیب، در مخالفت با نظارت قضات بر قوانین، ادله‌ای قابل بیان است که در ادامه بررسی می‌شود.

۱- ۱. حاکمیت پارلمان

به طور کلی، حاکمیت پارلمان بدین معناست که چون پارلمان بیان‌کننده اراده عمومی جامعه است قوانینی که تصویب می‌کند توسط هیچ مقامی قابل بازرسی و ابطال نیست (کاتوزیان، ۱۴۰۰: ۱۶۵). اعتقاد به حاکمیت پارلمان را تا حدی می‌توان در اعلامیه حقوق بشر و شهروند ۱۷۸۹ مشاهده کرد که اعمال حقوق فردی را به عهده قانون گذاشته و صراحتاً جایگاه برتر قانون را در بیان اراده عمومی تأیید کرده بود. قائل شدن این ارج و منزلت برای قانون مجلس نتیجه سنت «برتری قانون» است که از «روسو» وام گرفته شده است. بر اساس سنت یادشده، غیر قابل باور بود که قانون، به عنوان مظهر و تجلی اراده مردم، بتواند به هر صورت آزادی‌های شهروندان را از بین ببرد (لوران‌پش، ۱۳۸۵: ۲۲۵).

در قرن ۱۸ میلادی در انگلستان اختیار قانون‌گذاری پارلمان تا بدانجا گسترش یافت که دادگاه‌ها یارای مقاومت در برابر پارلمان را از کف دادند (ویژه، ۱۳۹۰: ۷). با اینکه اعتقاد به اصل حاکمیت پارلمان به دلایلی چون محدود بودن مصوبات مجلس در حدود مقرر قانون اساسی و حقوق و آزادی‌ها تعدیل شده است، هنوز هم برخی به همین دلیل حق نظارت بر مصوبات مجلس را خلاف اصل حاکمیت پارلمان می‌دانند و بر نظر خود پافشاری می‌کنند که مجلس به عنوان مظهر و تجلی اراده عموم مردم از حاکمیت مطلق برخوردار است و هیچ نهادی اختیار ندارد درباره صحت و سقم مصوبات آن قضاوت کند و محدوده‌ای برای آن متصور شود. از این رو، نظارت قضات دادگاه‌های دادگستری بر مصوبات مجلس به عنوان وسیله‌ای برای محدود کردن اراده عموم جامعه و عملی ضد مردم‌سالاری پذیرفتنی نیست و قضات تنها مکلف به اجرای عدالت در محدوده مشخص شده توسط شارع و مقنن هستند (تقی‌زاده و دیگران، ۱۳۹۴: ۱۴۴).

در جمهوری اسلامی ایران نیز قوه مقننه سازمانی است که ریشه در آرای عمومی مردم دارد

و به موجب قانون اساسی سهم قابل توجهی از حاکمیت را در نظام جمهوری اسلامی اعمال می‌کند. قوه مقننه حق خدادادی مردم و نشان‌دهنده اراده ملت است که در آن سرنوشت اجتماعی و سیاسی مردم رقم می‌خورد (هاشمی، ۱۳۹۵: ۸۷). پس مجلس که مظهر اراده ملت است نمی‌تواند با نظارت قضات محدود شود. البته اصل عدم محدودیت قانون‌گذاری مجلس در نظام جمهوری اسلامی ایران نیز تخصیص خورده و محدود شده است. از جمله محدودیت‌هایی که در صلاحیت مجلس شورای اسلامی اعمال شده است می‌توان اشاره کرد به منع تصویب قوانین مغایر با شرع یا قانون اساسی طبق اصل ۷۲ قانون اساسی، ممنوعیت وضع قانون در مغایرت با سیاست‌های کلی نظام طبق بند ۲ اصل ۱۱۰ قانون اساسی، و ... (پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۴۰۰: ۴۴۷).

۱-۲. اصل استقلال قوا

حقوقدانان فرانسوی هیچ‌وقت موافق با کنترل قوانین توسط قضات دادگستری نبوده‌اند. اندیشمندان فرانسوی، با تکیه بر هم‌سطح بودن (افقی بودن) قوای سه‌گانه و انفصال این سه قوه، چنین استدلال کرده‌اند که مقام ناظر بر مطابقت قانون عادی با قانون اساسی باید لزوماً در مرتبه‌ای بالاتر از قوای سه‌گانه به‌ویژه قوه مقننه، که تصویب‌کننده قواعد قانونی است، قرار گیرد. در جایی که قاضی باید اعمال‌کننده قوانین مجلس باشد و نمی‌تواند به عنوان ناظر عمل کند، چگونه می‌توان به قوه قضاییه صلاحیت رسیدگی در نفس قانون داد؟ دخالت دادگاه‌های دادگستری در امر نظارت بر قوانین موجب برتری قوه قضاییه بر قوه مقننه می‌شود (قاضی، ۱۳۹۳: ۵۲). در حقوق ایالات متحده آمریکا و سایر کشورهایی که از این نظام تأثیر پذیرفته‌اند، اصولاً، عالی‌ترین نهاد قضایی، یعنی دیوان عالی فدرال، می‌تواند در باب مغایرت یا عدم مغایرت قانون عادی با قانون اساسی قضاوت کند. البته دادگاه‌های زیرین نیز می‌توانند به بررسی قانون عادی بپردازند تا مطابقت آن را با قانون اساسی تشخیص دهند و از اجرای قوانینی که خلاف قانون اساسی هستند خودداری کنند. در این کشور، قوه قضاییه علاوه بر انجام دادن وظایف عادی خود، یعنی حل و فصل اختلافات، می‌تواند به قضاوت دستورنامه‌ای نیز بپردازد. به همین سبب است که برخی از نویسندگان به انتقاد از نظام امریکایی پرداخته‌اند و از آن به عنوان حکومت قضات سخن به میان آورده‌اند و دخالت قوه قضاییه را در نظارت بر قوانین خلاف اصل استقلال قوا تلقی کرده‌اند (قاضی، ۱۳۹۳: ۵۲).

همچنین به طور خاص در ایران، بر اساس اصل استقلال قوای سه‌گانه (مقننه، مجریه، قضاییه) اعمال قانون‌گذاری در صلاحیت ویژه قوه مقننه است. قوه قضاییه موظف است قوانین مجلس را در دعاوی مطرح‌شده اجرا کند و بحث درباره مغایرت یا عدم مغایرت قوانین با قانون اساسی از محدوده اختیار قضات دادگستری خارج است. چون اگر قوه قضاییه بتواند به بهانه جلوگیری از تجاوز به قانون اساسی از اجرای مصوبات قوه مقننه خودداری کند، قوه نام‌برده همیشه زیر نفوذ و بازرسی قوه قضاییه خواهد بود و این موضوعی است که قانون اساسی با اعلام استقلال قوا در اصل ۵۷ قانون اساسی آن را منع کرده است (کاتوزیان، ۱۳۹۸: ۱۶۵). البته در پاسخ به این ادعا می‌توان گفت قاضی در این مقام دست به ابطال قوانین نمی‌زند، بلکه صرفاً قانون مغایر با قانون اساسی را هنگام صدور رأی اجرا نمی‌کند و بنابراین این اقدام قضات قانون‌گذاری محسوب نمی‌شود. در عین حال، در رد این پاسخ نیز چنین گفته می‌شود که هرچند قضات دادگستری در مقام نظارت بر قوانین عادی به طور مستقیم به وضع قوانین نمی‌پردازند، در حقیقت، با عدم اجرای قانون مجلس، آزادی عمل و استقلال قوه مقننه را در وضع قوانین محدود می‌کنند. این عمل خود سبب نفوذ و برتری قوه قضاییه بر قوه مقننه می‌شود. زیرا قضات دادگاه علاوه بر وظایف تخصصی خویش، یعنی حل اختلافات طرفین دعوا به موجب قانون، با اجرا نکردن قوانین مجلس می‌توانند استقلال و آزادی آن را در وضع قوانین تحت‌الشعاع قرار دهند (تقی‌زاده و دیگران، ۱۳۹۴: ۱۳۲).

پس، از منظر این رویکرد، نظارت قاضی بر قوانین موجب دخالت یک قوه (قضاییه) در کار قوه دیگر (مقننه) است و این خلاف هدف اولیه استقلال قوا محسوب می‌شود. همچنین، کارکرد قوه قضاییه نه کاری ویژه و در ماهیت یک قوه مستقل بلکه صرفاً اجرای قوانین مصوب پارلمان است. به همین دلیل است که فیلسوفانی نظیر جان لاک اساساً قوه قضاییه را در قالب قوه مجریه دانسته و تفکیک دوگانه قوا را مطرح کرده‌اند (تیلا، ۱۳۸۴: ۱۶۳).

۱-۳. اصل عدم صلاحیت

در حقوق خصوصی اصل بر اهلیت، ولی، در حقوق عمومی اصل بر عدم صلاحیت است (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۹۶: ۴۴۶). فایده این تفکیک این است که مقام عمومی برخلاف شخص خصوصی وقتی می‌تواند اختیاری را اعمال کند که قانون به صراحت اجازه آن را داده باشد. به همین دلیل دخالت مقامات عمومی در امور خارج از صلاحیت خود، که توسط قانون‌گذار

مشخص شده است، از لحاظ قانونی ممنوع است. پس، اگر قانون‌گذار نسبت به صلاحیت مقامات عمومی سکوت کرده باشد، باید بر اساس اصل عدم صلاحیت قائل به فقدان صلاحیت آن مقام و نهاد عمومی شد (مظهری و مرندی، ۱۳۹۷: ۶۹). حال، طبق همین اصل حقوقی، عدم شناسایی صلاحیت نظارتی برای قضات در قانون اساسی دلالت بر این مفهوم دارد که قانونگذار اساسی مخالف نظارت قضات بر قوانین عادی است و چنین نظارتی را فقط برای شورای نگهبان مورد شناسایی قرار داده است (تقی‌زاده و دیگران، ۱۳۹۴: ۱۳۲). به این ترتیب، یک، پیش‌بینی نهادی به نام شورای نگهبان برای کنترل قوانین، دو، وجود اصل ۱۷۰ قانون اساسی که صلاحیت قضات را محدود به کنترل قضایی «تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌ها» دانسته است بیانگر این است که مقنن اساسی صلاحیت قضات دادگستری را محدود به کنترل هنجارهای درجه سوم می‌داند. پس دلیل مشخصی به عنوان اختیار قضات در نظارت قضایی بر قوانین عادی در قانون اساسی یافت نمی‌شود (تقی‌زاده و دیگران، ۱۳۹۵: ۵). همچنین اگر نظارت قضات را بدون مستند قانونی و صرفاً به دلیل برتر بودن قانون اساسی در ایران بپذیریم، کارمندان ادارات و سایر نهادها نیز می‌توانند با ادعای اینکه دستور مافوق اداری خلاف قانون اساسی است یا چون بخشنامه با قانون مغایرت دارد از اجرای آن خودداری کنند. اگر باور داشته باشیم کارمند حق دارد از دستورهای خلاف قانون تبعیت نکند، مانند این است که به او اختیار و حق بحث و احتجاج درباره قانونی بودن دستورهای مقام مافوق را داده باشیم؛ یعنی چنانچه اوامر رئیس خود را خلاف قانون تشخیص داد می‌تواند از آن اطاعت نکند. روشن است پذیرفتن چنین امری باعث هرج و مرج در ادارات و خودسری کارمندان می‌شود و ممکن است آن‌ها به بهانه مغایرت دستور مافوق با قوانین از اجرای دستورها خودداری کنند (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۹۳: ۲۰۸). به طور کلی، قضات نیز مانند مأموران دولتی موظف به اجرای قانون هستند و در صورت استنکاف آنچه حاصل می‌شود هرج و مرج است (تیلا، ۱۳۸۴: ۱۶۵). علاوه بر این رویه قضایی مشوش می‌شود. زیرا یک قاضی قانونی را مغایر قانون اساسی می‌داند و به آن ارجاع نمی‌دهد، اما قاضی دیگر همان قانون را معتبر می‌داند و بر اساس آن حکم می‌دهد. در این صورت یک موضوع واحد می‌تواند دارای احکام متفاوتی باشد که این امر مقبول یک نظام منسجم نیست.

۱-۴. پیش‌بینی شورای نگهبان به منظور نظارت اساسی بر مصوبات مجلس

نظارت قضایی به طور کلی به معنی نظارت بر مصوبات قوه مقننه و تصمیمات قوه مجریه توسط قوه قضاییه است. در نظارت قضایی، قوه قضاییه به منزله ناظر در برابر قوه مقننه اقتدار خاصی دارد. چون این قوه به وسیله قضات خود در دادگاه‌ها به بررسی مصوبات قوه مقننه می‌پردازد تا آن مصوبات مغایرتی با قانون اساسی نداشته باشند. همچنین قضات می‌توانند در صورت احراز تعارض مصوبه مجلس با قانون اساسی از اجرای آن خودداری کنند و اصول قانون اساسی را از هر گونه تعرضی توسط مصوبات مجلس در امان بدارند. در واقع «صلاحیت کنترل قضایی» به قاضی اجازه می‌دهد قانون مجلس را عملاً باطل کند (غمامی و منصوریان، ۱۳۹۸: ۳۸).

نظارت قضات بر قوانین از حیث مطابقت آن با قانون اساسی از قرن ۱۹ در ایالات متحده آمریکا بنیان نهاده شد. در این کشور اگر قضات محاکم، هنگام رسیدگی، به قانون عادی برخورد کنند که با قانون اساسی مطابق نباشد حق دارند از اجرای آن استنکاف کنند. قاضی، که باید به نوعی اجراکننده قانون پارلمان باشد، در عین حال بر قانون نظارت می‌کند تا قانون با قانون اساسی مغایرت نداشته باشد. یعنی ابتدا به ارزشیابی این موضوع می‌پردازد که قانون عادی با قانون اساسی مطابقت دارد یا خیر. در صورتی که به مطابقت و درستی قانون پی برد و به این نتیجه رسید که قانون کاملاً سازگار با مفهوم و مدلول قانون برتر (قانون اساسی) است، بر اساس آن، رأی خود را صادر می‌کند. آنچه از قبول این نظر در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا حاصل شده این است که قانون اساسی در دادگاه‌های این کشور قابل استناد و دارای بالاترین ارزش قضایی است. طرفین دعوی در دادگاه می‌توانند به اصول قانون اساسی تمسک جویند و قاضی نیز مکلف است قانون اساسی را در آرای خود مستند قرار دهد (قاضی، ۱۳۹۳: ۵۱).

نظارت بر قوانین از حیث مطابقت با قانون اساسی در حقوق ایران به مانند کشور فرانسه به یک شورای سیاسی، به نام شورای نگهبان، واگذار شده است. نظارت در کشور فرانسه به این صورت است که امکان اعلام مغایرت قانون عادی با قانون اساسی از سوی قضات یا یک مرجع قضایی پذیرفته نشده است. در این کشور، علل تاریخی مانع از آن شده که دادگاه‌ها این اختیار را برای خود قائل شوند. در نتیجه، این مهم بر عهده شورای قانون اساسی نهاده شده است که با ترکیب خاص و تشریفات ویژه و خارج از هر دعوا به مسئله رسیدگی می‌کند

(هریسی‌نژاد، ۱۳۸۰: ۲۰۹). شورای نگهبان در ایران نیز به موجب اصل ۹۱ قانون اساسی نظارت بر قوانین را از حیث مغایرت یا عدم مغایرت با شرع و قانون اساسی بر عهده دارد. پس، یکی دیگر از ایرادات نظارت اساسی قضات بر قوانین، در ایران، وجود نظارت شورای نگهبان است؛ توضیح اینکه قانون اساسی صلاحیت تطبیق قوانین عادی با قانون اساسی را در صلاحیت شورای نگهبان قرار داده است و اصول ۹۱، ۹۲، ۹۴، ۹۶ قانون اساسی بر این امر دلالت دارند (تقی‌زاده و دیگران، ۱۳۹۵: ۵). همچنین سیر تاریخی نشان‌دهنده این موضوع است که در نظام حقوقی ایران اصل عدم دخالت قوه قضاییه در کار قانون‌گذاری از پیش پذیرفته شده و توسط قانون اساسی جدید نیز مورد قبول واقع شده است. رویه غالب در دادگاه‌های ایران این‌گونه بوده که قضات پیوسته از استناد به اصول قانون اساسی، برای صدور احکام، خودداری کرده‌اند (قاضی، ۱۴۰۰: ۱۲۰). به عبارت دیگر، محاکم خود را موظف به اجرای بی‌چون‌وچرای قانون عادی می‌دانسته‌اند و در خصوص نظارت بر انطباق این قوانین با قانون اساسی مداخله نمی‌کرده‌اند. یعنی عملاً در دادگاه‌ها نظریه کنترل قضایی بر قوانین در ایران مردود شمرده می‌شد. از سوی دیگر، قانون اساسی مشروطه نیز نهاد خاصی را برای نظارت بر مصوبات قوه مقننه از نظر مغایرت با قانون اساسی پیش‌بینی نکرده بود (به جز اصل ۲ قانون اساسی مشروطه که از جهت نظارت شرعی پیش‌بینی شده بود). در قانون اساسی جمهوری اسلامی مصوب ۱۳۵۸ کوشش شده این خلأ رفع شود. بنابراین نهاد ناظری به نام شورای نگهبان در اصل ۹۱ این قانون پایه‌گذاری شده است (قاضی، ۱۴۰۰: ۱۲۰). بنابراین پیش‌بینی شورای نگهبان در قانون اساسی اماره بر این است که قانون اساسی با دخالت قضات در امر نظارت اساسی مخالف است و ترجیح می‌دهد مغایرت یا عدم مغایرت قانون به طور پیشینی در شورای نگهبان بررسی شود و باب تردید و گفت‌وگو باز نماند. پس، قاضی باید بدون هیچ‌گونه نظارتی مصوبه قوه مقننه را اجرا کند؛ هرچند به نظر او قانون یادشده با قانون اساسی مخالف باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۸: ۱۶۶). در غیر این صورت نظارت مجدد قضات، علاوه بر نظارتی که توسط شورای نگهبان اعمال می‌شود، امری زائد به نظر می‌رسد و موجب می‌شود دو رویه متضاد در ارتباط با کنترل قوانین ایجاد شود. پس، با قبول نظارت دوگانه شورا و محاکم، ما شاهد تشتت آرا و صدور احکام متفاوت در موضوعی واحد خواهیم بود. زیرا ممکن است یک قاضی در موضوعی با پذیرفتن نظر شورای نگهبان مبنی بر مطابقت قانون

عادی با قانون اساسی به قانون عادی استناد کند و بر اساس آن حکمی صادر کند و قاضی دیگری با اعتقاد به تعارض قانون مورد استناد با قانون اساسی در همان موضوع به قانون اساسی استناد کند و با کنار گذاشتن قانون عادی به صدور حکمی دیگر مبادرت ورزد (تقی‌زاده و دیگران، ۱۳۹۴: ۱۲۷).

۱-۵. اصل قانونی بودن قضا و قضاوت

دلیل دیگر در مخالفت نظارت اساسی اینکه رأی قاضی و قضاوت او باید بر اساس قانون باشد. به موجب اصل حاکمیت قانون، هر گونه تشکیلات قضایی، صلاحیت‌های قضایی، کارکرد قضات، و حدود اختیارات آن‌ها باید به صراحت توسط قانون مشخص شده باشد (اصل ۱۵۹). مثلاً، آرای دادگاه‌های دادگستری باید مستدل و مستند به مواد قانونی باشد (اصل ۱۶۶). تعیین جرم و نحوه اجرای مجازات باید بر اساس قانون و توسط دادگاه صالح صورت گیرد که به وسیله قانون مشخص شده است (اصل ۳۶). در حقیقت، قاضی فقط مأمور به اجرای عدالت به مفهوم و شیوه‌ای است که قانون‌گذار در نظر داشته است. از این رو، هرچند قاضی در زمینه اعمال قوانین مجلس مجری بی‌چون و چرا نیست، بلکه می‌تواند از گزینه‌های مختلف قانونی آن را که به نظر صحیح‌تر و عادلانه‌تر است انتخاب کند، هرگز این محدوده اختیار گزینش یا قدرت تشخیص قاضی معنای نظارت اساسی قوانین نمی‌یابد. درست است که قاضی حق دارد به این نتیجه برسد که آیا قانون عادی با قانون اساسی مطابقت دارد یا ندارد، اما، در نظم حقوقی پوزیتیویستی حقیقت موضوع همان است که مرجع صالح اعلام می‌کند. بنابراین، اصل بر این است که مصوبات مجلس مبتنی بر خواست اکثریت جامعه و مطابق با قانون اساسی است؛ مگر آنکه مرجع خاص نظارتی که توسط قانون اساسی مشخص شده مغایرت قانون عادی با قانون اساسی را اعلام کند. در صورتی که چنین مغایرتی به هر دلیلی توسط نهاد یادشده اعلام نشود، فرض بر این است که مصوبه مجلس از وصف قانون برخوردار است و کلیه مجریان و قضات موظف به اجرای آن هستند، بدون اینکه حق داشته باشند درباره مغایرت یا عدم مغایرت آن با قانون اساسی اظهار نظر کنند (تیلا، ۱۳۸۴: ۱۶۴).

۱-۶. فقدان جنبه عملی بحث

مخالفان در مورد این دلیل اعلام می‌کنند که فرض که نظارت قضات بر قوانین را بپذیریم، برای اجرای عملی این موضوع، نیازمند فراهم کردن زیرساخت‌هایی هستیم تا قاضی بتواند بر

قانون عادی نظارت کند. در غیر این صورت این مباحث فقط جنبه نظری دارد. مثلاً، نظارت قضایی در حقوق ژاپن و حقوق ایالات متحده آمریکا گسترش یکسان در رویه عملی نیافته است؛ هرچند از لحاظ نظر تفاوتی میان این دو نظام در خصوص نظارت قضات بر قوانین به چشم نمی‌خورد. در سه کشور سوئد و دانمارک و نروژ دکتترین حقوقی از لحاظ نظری قبول می‌کنند که دادگاه‌ها اختیار دارند از اجرای یک مصوبه مجلس به علت مغایرت با قانون اساسی خودداری کنند، اما، در رویه عملی دادگاه‌های این سه کشور هیچ نمونه‌ای از قانونی که مغایر با قانون اساسی اعلام شده باشد به دست نیامده است (خدابخشی شلمزاری و عابدین‌زاده شهری، ۱۳۸۳: ۴۳). در ایران نیز شرایط تاریخی و شرایط اجتماعی از یک سو و ترس قضات از اینکه مستنکف از قانون شناخته شوند از سوی دیگر باعث شده در عمل قضات علاقه‌ای به نظارت بر قوانین نداشته باشند.

۲. صلاحیت قضات در عدم اجرای قانون مغایر با قانون اساسی

پیش از ورود به بحث گفتنی است این ادعا که قضات می‌توانند از استناد به قانون مغایر با قانون اساسی خودداری کنند، علاوه بر ایران، در دیگر کشورهایی که ذیل نظام حقوق رومی-ژرمنی قرار دارند نیز مطرح شده است. مثلاً یکی از حقوقدانان در این زمینه می‌گوید: «قاضی دقیقاً مکلف به تبعیت از قوانین لازم‌الاجراست. بنابراین باید قبل از هر چیز به این نکته توجه کند که آیا کلیه شرایط لازم برای تکوین واقعی قانون تحقق یافته است یا نه؟». پس، قاضی مکلف است فقط قانونی را رعایت کند که به تصویب نهاد مقرر در قانون اساسی رسیده و تشریفات لازم را به‌درستی طی کرده باشد. هرچند این موارد نادر و بعید است، از لحاظ نظری امکان آن وجود دارد (خدابخشی شلمزاری و عابدین‌زاده شهری، ۱۳۸۳: ۵۷). «حتی در کشور فرانسه، که نظارت توسط شورای سیاسی انجام می‌شود، از نظر یکی از حقوقدانان، از حیث نظری، هیچ مانعی برای برقراری نظارت قضایی قانون موضوعه در فرانسه وجود ندارد.» (لوران‌پش، ۱۳۸۵: ۲۲۶). به هر حال، در موافقت با نظارت قضات بر قوانین ادله‌ای قابل بیان‌اند:

۲-۱. عدم نقض حاکمیت پارلمان

این نظر روسو و طرفداران او، که معتقدند قانون ناشی از اراده عمومی و برتر از همه قدرتهاست، صحیح نیست. در واقع، قانون تصمیم کسانی است که توانسته‌اند اکثریت را در

پارلمان به دست آورند. اعتبار این تصمیم ناشی از اختیاری است که قانون اساسی به نمایندگان اکثریت مردم تفویض کرده است. پس، تصمیم اکثریت نمایندگان در صورتی ارزش دارد که در محدوده صلاحیت ترسیم شده قانون اساسی باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۸: ۱۶۶). محدود شدن حاکمیت پارلمان هم‌اکنون اصلی پذیرفته شده است. زیرا قانون مصوب مجلس مظهر و بیان اراده عموم مردم نیست، بلکه بیانگر اراده اکثریت مردم و نگرش سیاسی حاکم بر آن جامعه است؛ در صورتی که قانون اساسی در یک همه‌پرسی عمومی به تصویب رسیده و لازم‌الاجرا شده است. اعمال قانون‌گذاری در قوه مقننه، درست مانند اعمال و تصمیمات قوای مجریه یا قضاییه، باید تابع قانون اساسی باشد که منبع مشترک قوای مقننه و مجریه و قضاییه است (لوران‌پش، ۱۳۸۵: ۲۲۶). از همین جهت است که در حال حاضر در بسیاری از کشورها مصوبات پارلمان باید در محدوده قانون اساسی باشد و اگر با قانون اساسی یا حقوق و آزادی‌ها تعارض پیدا کند توسط نهادهای ناظر مورد ایراد واقع می‌شود. در ایران، به موجب اصل ۷۲ قانون اساسی، مصوبات مجلس باید در محدوده قانون اساسی و شرع باشد. این امر نشان‌دهنده پذیرش محدودیت حاکمیت پارلمان در ایران است. بر این اساس، ادعای مخالفین در مورد حاکمیت پارلمان دیگر مورد پذیرش نیست و این دلیل فاقد ارزش است.

۲-۲. استقلال قوه قضاییه

اگر مجلس استقلال دارد، پس قوه قضاییه هم باید استقلال داشته باشد. قوه قضاییه نباید با قوه مقننه در نقض قانون اساسی هم‌داستان شود (کاتوزیان، ۱۴۰۰: ۱۶۷). استقلال قوه قضاییه ایجاد می‌کند دادرس بتواند آزادانه در برابر قوانین متعارض مطابق اصول حقوقی تصمیم بگیرد (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۱۴۷). در این موضوع باید گفت قاضی با نظارت بر قوانین و اجرای قانون اساسی، به جای قانون مغایر، اقدام به قانون‌گذاری نمی‌کند تا معتقد به نقض تفکیک قوا یا استقلال قوا باشیم، بلکه، صرفاً بین قانون برتر و قانون مادون قانون برتر را مستند رأی خود قرار داده است. همچنین نظارت قوه قضاییه بر مصوبات قوه مقننه اصل استقلال قوا را به چالش نمی‌کشد. در بسیاری از کشورها، مانند ایالات متحده آمریکا، با وجود اینکه تفکیک قوا وجود دارد، قوه قضاییه بر قوه مقننه نظارت می‌کند. علاوه بر این، در ایران، قوه مقننه به طرق مختلف بر قوه مجریه نظارت دارد. حق سؤال و استیضاح (اصول ۸۸ و ۸۹ قانون اساسی)، تحقیق و تفحص (اصل ۷۶)، یا رسیدگی کمیسیون اصل ۹۰ قانون اساسی در همین ارتباط قابل توجه است.

بنابراین، این بحث که استقلال قوا مانع نظارت قضات بر قوانین است نیز بی‌مورد است.

۲-۳. عدم لزوم به تصریح صلاحیت قضات در نظارت اساسی

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران درباره صلاحیت نظارت اساسی قضات دادگاه‌ها در برابر قوانین عادی ساکت است. از این منظر، اصل عدم صلاحیت در حقوق عمومی به عنوان یکی از دلایل عدم پذیرش صلاحیت نظارت قضات از حیث مغایرت و عدم مغایرت قوانین عادی با قانون اساسی مورد استناد قرار گرفته است (تقی‌زاده و دیگران، ۱۳۹۴: ۱۳۶).

در این مورد می‌توان ادعا کرد که اساساً ضرورتی به پیش‌بینی صلاحیت نیست. چون ماهیت تفسیر قضایی ایجاب می‌کند اگر قاضی با قاعده‌ای روبه‌رو شد که این دو قاعده حقوقی از نظر ارزش با هم متفاوت هستند به قاعده‌ای استناد کند که بالاتر است. این امر نیاز به تصریح در قانون اساسی ندارد. پس این عدم صلاحیت معنا ندارد. همچنین ضرورتی ندارد که به این اختیار یا وظیفه قوه قضاییه در قانون اساسی تصریح شود؛ صرف اینکه قضات را در قانون اساسی به صراحت از این اقدام منع نکرده باشند برای تطبیق قانون عادی با قانون اساسی از سوی قضات دادگاه کفایت می‌کند. چون منطقی و عقلاً قاضی، در مقام مواجه شدن با دو قانون مغایر دارای ارزشی نابرابر، باید قانون برتر را اختیار و آن را اجرا کند. بنابراین، اصل عدم صلاحیت در حقوق عمومی نمی‌تواند دلیل قانع‌کننده‌ای برای قبول عدم صلاحیت نظارت اساسی قضات بر قوانین عادی محسوب شود (تقی‌زاده و دیگران، ۱۳۹۴: ۱۳۹).

ضمناً اصل ۱۶۷ قانون اساسی چنین بیان می‌دارد: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد...». هیچ تردیدی وجود ندارد که «قانون مدون» شامل قانون اساسی هم می‌شود و با هیچ دلیلی نمی‌توان ثابت کرد که قانون اساسی جزء قوانین مدون اشاره‌شده در اصل یادشده نیست. علاوه بر این، اصل ۱۶۶ قانون اساسی نیز تصریح می‌کند: «احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند به مواد قانونی و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است». واژه «اصول» درج‌شده در این اصل می‌تواند ناظر به اصول قانون اساسی باشد و استناد دادگاه‌ها به تنهایی به هر یک از مواد قانون عادی یا اصول قانون اساسی کفایت می‌کند (پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۴۰۰: ۳۹۷). بنابراین قضات می‌توانند با استناد به قانون اساسی احکامشان را صادر کنند. پس، از این منظر، دلیل عدم صلاحیت در مخالفت با نظارت قاضی بر قوانین صحیح نیست.

۲-۴. عدم جامعیت نظارت شورای نگهبان

شورای نگهبان، به موجب اصل ۹۴ قانون اساسی، نظارت بر عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با قانون اساسی و شرع را بر عهده دارد که این نظارت به صورت خودکار و پیشینی اعمال می‌شود. شورای نگهبان، با نظارت بر مصوبه مجلس شورای اسلامی، عدم مغایرت آن را با قانون اساسی بررسی کرده و سعی دارد از تحقق قانون مغایر با قانون اساسی و ورود آن به نظم حقوقی جلوگیری کند. اثر این نظارت عدم قانون شدن مصوبه است. ولی قاضی در نظارتی که اعمال می‌کند تنها حق دارد در دعوی خاص طرح شده در دادگاه قانون اساسی را به عنوان قاعده حاکم برگزیند و آن را مقدم بر سایر قوانین دارد. پس، هیچ تعارضی میان این دو نوع نظارت وجود ندارد (تقی‌زاده و دیگران، ۱۳۹۴: ۱۳۱). چالش دیگر اینکه نظارت شورای نگهبان فقط بر مصوبات مجلس شورای اسلامی انجام می‌شود و شورا بر مصوبات لازم‌الاجرای دیگر نظارتی اعمال نمی‌کند. این مصوبات شامل هنجارهای معتبری است که در زمان تصویب آن‌ها هنوز شورای نگهبان ایجاد نشده بود. قوانین مصوب پیش از انقلاب اسلامی و قوانین مصوب شورای انقلاب تا قبل از تشکیل مجلس شورای اسلامی از این قبیل مصوبات هستند (تقی‌زاده و دیگران، ۱۳۹۴: ۱۳۱). البته شورای نگهبان سابقه نظارت بر قوانین قبل از انقلاب را دارد. نظارت یادشده فقط از جهت انطباق این قوانین با شرع بوده و در صورت مغایرت آن قوانین با شرع شورا، به موجب اصل ۴ قانون اساسی، آن‌ها را ابطال کرده است. لکن شورای نگهبان تا زمان حاضر هیچ قانونی را قبل از تأسیس خود، به دلیل مغایرت با قانون اساسی، ابطال نکرده و به نظر می‌رسد خود را در این زمینه دارای صلاحیت نمی‌داند. توضیح آنکه به موجب اصل ۷۱ «مجلس شورای اسلامی در عموم مسائل در حدود مقرر در قانون اساسی می‌تواند قانون وضع کند». ملاحظه می‌شود که حاکمیت قانون اساسی فقط ناظر بر مصوبات مجلس شورای اسلامی است. بنابراین، قوانین و مقررات قبل از ایجاد شورای نگهبان، تا زمانی که مورد اصلاح و تجدید نظر قرار نگرفته باشند، حتی اگر مغایر قانون اساسی به نظر برسند، لازم‌الاجرا خواهند بود (هاشمی، ۱۳۹۵: ۲۴۰). پس وجود قانون مغایر قبل از انقلاب با قانون اساسی کاملاً مشهود است. جدا از وجود قوانین قبل از تشکیل شورای نگهبان (اعم از قوانین قبل از انقلاب و قوانین مصوب شورای انقلاب) هنجارهای لازم‌الاجرائی وجود دارند که توسط نهادهای مختلف به تصویب می‌رسند. این هنجارها مورد

نظارت شورای نگهبان قرار نمی‌گیرند. زیرا، مطابق اصل ۹۴ قانون اساسی، شورای نگهبان فقط بر مصوبات مجلس شورای اسلامی نظارت دارد. این در حالی است که نهادهای دیگری هم اقدام به وضع هنجار می‌کنند که مغایر بودن مصوبات آن‌ها با قانون اساسی محتمل است (تقی‌زاده و دیگران، ۱۳۹۴: ۱۳۱). مجمع تشخیص مصلحت نظام، شورای عالی انقلاب فرهنگی، مجلس خبرگان، شورای عالی فضای مجازی در زمره این مراجع هستند که مصوباتشان از حیث عدم مغایرت با قانون اساسی تحت نظارت شورای نگهبان قرار نمی‌گیرد. با توجه به اینکه شورای نگهبان تنها نهاد ناظر بر تطبیق مصوبات با قانون اساسی است و هیچ‌گونه نظارتی بر این مصوبات مغایر قانون اساسی اعمال نمی‌کند، در این وضعیت، آیا هیچ راهی جز عدم اجرای این مصوبات، در جهت جلوگیری از نقض قانون اساسی، توسط قضات محاکم وجود دارد؟

همچنین در اصل ۹۴ قانون اساسی آمده است: «کلیه مصوبات مجلس شورای اسلامی باید به شورای نگهبان فرستاده شود. شورای نگهبان موظف است آن را حداکثر ظرف ده روز از تاریخ وصول از نظر انطباق بر موازین اسلام و قانون اساسی مورد بررسی قرار دهد و چنانچه آن را مغایر ببیند برای تجدیدنظر به مجلس بازگرداند. در غیر این صورت مصوبه قابل اجرا است.» در اصل ۹۵ این قانون نیز اجازه داده شده شورای نگهبان، با ذکر دلیل، حداکثر ده روز دیگر از مجلس خواستار تمدید وقت شود. اگر شورای نگهبان درباره مصوبه‌ای در موعد مقرر اظهارنظر نکند، مصوبه قابل اجرا می‌شود. بنابراین مغایرت این دست قوانین با قانون اساسی نیز ممکن است. پس، در این خصوص، چون شورای نگهبان نظری ابراز نکرده، امکان لازم‌الاجرا شدن قانون مغایر وجود دارد. چون، مطابق اصلی کلی، ناظری برای این قوانین لازم است. بنابراین قضات در مرحله دادرسی عهده‌دار ارزیابی چنین قوانینی خواهند بود (خدابخشی شلمزاری و عابدین‌زاده شهری، ۱۳۸۳: ۵۵).

بر این اساس اصل سلسله‌مراتب قوانین به دلیل قانون‌گذاری نهادهای شبه‌تقنینی و با عدم امکان نظارت بر این نهادها رعایت نمی‌شود و قانون اساسی ممکن است نقض شود. پذیرش امکان استناد قضات محاکم به قانون اساسی در خودداری از اجرای قوانین راهکاری مؤثر در تضمین قانون اساسی خواهد بود.

۲-۵. جایگاه برتر قانون اساسی

در خصوص برتری قانون اساسی دو پیش‌فرض قابل تصور است. یا قانون اساسی قانون برتر و عالی محسوب می‌شود و به وسیله قوانین عادی تغییر نمی‌یابد یا قانون اساسی با قانون عادی یکسان و برابر و مانند سایر قوانین است که در نتیجه وفق خواست و اراده قوه مقننه قابل اصلاح و تغییر است. اگر نظر نخست را بپذیریم، قانونی که به تصویب مجلس می‌رسد و مغایر با قانون اساسی است قانون محسوب نمی‌شود و اگر نظر دوم مورد قبول واقع شود، قانون اساسی که حاصل کوشش عموم آحاد جامعه برای محدود ساختن قدرت نامحدود است بی‌معنی و پوچ می‌شود (ویژه، ۱۳۹۰: ۲۵۱). بدون شک، نظر دوم هیچ پشتوانه استدلالی قوی‌ای بین اندیشمندان ندارد. زیرا اگر این نظر را بپذیریم، وجود و عدم قانون اساسی فرقی ندارد. درحالی‌که چنین نیست. پس قانون اساسی، در سلسله مراتب قوانین و مقررات، در رأس هرم قرار دارد. حال، اگر یکی از این دو متن مربوط به قانون اساسی و دیگری مربوط به قوانین عادی باشد، عقل و منطق حکم می‌کند قاعده برتر (قانون اساسی) بر مقررات مادون (قانون عادی) حکومت کند (کاتوزیان، ۱۳۹۸: ۱۶۷). این امر کاملاً عاقلانه است که دادرس قانون اساسی (که قانون برتر است) را بر قانون عادی (قانون فروتر) مقدم شمرد و آن را اجرا کند. اگر این نظر را نپذیریم، قضات موظف هستند آرای صادره را مطابق با قوانین مادون اساسی صادر کنند و قانون اساسی برای محاکم متروک و بی‌اعتبار می‌شود. همچنین مردم نمی‌توانند در دعوی خود به حقوق و آزادی‌های مندرج در قانون اساسی استناد کنند. این در حالی است که اگر استناد قضات به قانون اساسی را بپذیریم این امر می‌تواند به توسعه و گسترش حقوق و آزادی‌های بنیادین کمک شایانی کند (پژوهشکده حقوق عمومی و بین‌الملل پژوهشگاه قوه قضاییه، ۱۳۹۲: ۴۶)؛ همچنین قانون اساسی را از خطر متروک و بی‌اعتبار شدن نجات دهد (دادفر، ۱۳۳۲: ۳۹).

۲-۶. برخورداری موضوع از جنبه عملی

نظارت قضات بر قوانین فقط جنبه نظری ندارد و علاوه بر اینکه رویه غالب در نظام‌های حقوقی مختلف است در دادگاه‌های دادگستری ایران نیز چندین بار به کار گرفته شده است (خدابخشی شلمزاری و عابدین‌زاده شهری، ۱۳۸۳: ۵۰). در واقع، یکی از دلایلی که قضات در عرصه عمل کمتر به قانون اساسی در جهت عدم

اجرای قانون رجوع می‌کنند ترس از مجازات به دلیل استتکاف از اجرای قانون است. هرچند نظر مشورتی اداره کل امور حقوقی و اسناد قوه قضاییه برای محاکم الزام‌آور نیست، می‌تواند بیانگر جو حاکم باشد. نظریه مشورتی اداره کل امور حقوقی و اسناد قوه قضاییه، مورخه ۱۳۸۳/۱۱/۱۷، اعلام می‌دارد: «با توجه به اصول چهارم و نود و ششم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تشخیص مغایرت قوانین عادی با موازین شرعی یا قانون اساسی حسب مورد در صلاحیت فقهای شورای نگهبان و اکثریت اعضای شورای نگهبان است و لذا قاضی نمی‌تواند به استناد اینکه قانون عادی را مغایر با قانون اساسی تشخیص می‌دهد از اجرای آن خودداری کند.» (خدابخشی شلمزاری و عابدین‌زاده شهری، ۱۳۸۳: ۶۰). با وجود این، بعضی از دادگاه‌ها رأی‌هایی صادر کرده‌اند که در آن قاضی نقش دادرسی اساسی را ایفا کرده است. مثلاً یک رأی در مورد عدم اجرای قانون عادی مغایر با قانون اساسی رأی شماره ۷۷-۱۷/۱/۷۲ دادگاه مدنی خاص شهرضا، شعبه ۱، است. مفاد این رأی چنین است: «... بنا بر اصل ۴۰ قانون اساسی هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیلهٔ اضرار به غیر و یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد. بنابراین اجرای ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی نمی‌تواند اولاً بدون توجه به موازین فوق‌الذکر و ملاک ماده ۱۳۲ قانون مدنی و بدون قید و شرط و صرفاً بر اساس میل زوج صورت پذیرد...» (خدابخشی شلمزاری و عابدین‌زاده شهری، ۱۳۸۳: ۵۰). توضیح آنکه ماده ۱۱۳۳ پیشین قانون مدنی بیان می‌داشت: «مرد می‌تواند هر وقت که بخواهد زن خود را طلاق دهد». این ماده موجب سوءاستفادهٔ بعضی از مردان از اختیار طلاق می‌شد؛ به‌ویژه اینکه لایحهٔ قانونی تشکیل دادگاه‌های مدنی خاص، مصوب مهر ۱۳۵۸، با تأیید ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی، فقط ارجاع به داوری و سعی در سازش زوجین و سپس اجازهٔ دادگاه در طلاق را بیان کرده بود (صفایی، ۱۳۹۶: ۲۲۵). بنابراین دادگاه رسیدگی‌کننده با تمسک به اصل ۴۰ قانون اساسی که مانع تجاوز و سوءاستفادهٔ افراد از حق می‌شود و با عنایت به اینکه واژه «حق» درج‌شده در اصل ۴۰ قانون اساسی شامل کلیهٔ آزادی‌ها و امتیازات و صلاحیت‌های افراد است. پس، مردم در صورتی می‌توانند از حقوق و آزادی‌های خویش استفاده کنند که موجب ضرر رساندن به دیگران یا تجاوز به منافع عموم جامعه نشوند. همچنین مفهوم اضرار که در اصل ۴۰ قانون اساسی آمده است نیز محدود به ضررهای مادی نیست و اعمال کردن هر حقی که موجب ورود ضرر معنوی به غیر شود ممنوع است. قاعدهٔ «لاضرر و لااضرار فی اسلام» نیز مؤید این ادعا است که

مفهوم ضرر شامل خسارت معنوی نیز می‌شود و مختص به ضرر مادی نیست. علاوه بر آن، منافع عمومی همه آن چیزی است که برای جامعه دارای ارزش و سود بوده است (پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۴۰۰: ۲۳۳).

نتیجه‌گیری

این مسئله که قضات دادگاه اختیار نظارت بر قوانین از حیث مغایرت با قانون اساسی و عدم اجرای آن را دارند یا اینکه مکلف به اجرای قانون، هرچند به نظر مغایر، باشند مورد بحث جدی و اختلاف نظر است. برای عدم پذیرش صلاحیت ارزیابی قوانین برای قضات محاکم، ادله‌ای قابل بیان‌اند:

یک، حاکمیت پارلمان مقتضی آن است که قوانین غیر قابل نظارت و ارزیابی هستند. در عین حال، با وجود قبول این موضوع که حاکمیت پارلمان باید در محدوده قانون اساسی باشد، این نظر تعدیل شده است. به بیان دیگر، نظارت قضات هم از جهت عدم مغایرت با قانون اساسی است. پس نقضی نسبت به حاکمیت پارلمان صورت نمی‌گیرد. دو، استقلال قوا بیانگر آن است که قضات حق دخالت در امور قوه مقننه و وضع قانون را ندارند. درحالی‌که قاضی با نظارت بر قوانین صرفاً بین دو قانون مدون قانون برتر را اجرا می‌کند و این امر قانون‌گذاری محسوب نمی‌شود تا خلاف اصل استقلال قوا باشد. سه، اصل عدم صلاحیت است؛ به این معنی که تا قانونگذار صلاحیت نظارتی برای قضات پیش‌بینی نکرده باشد قضات حق نظارت ندارند. موجه بودن این مطلب نیز آن است که قضات برای استناد فقط بین دو قانون برتر و فروتر قانون برتر را انتخاب می‌کنند و این امر نیاز به تصریح ندارد و ذاتی امر قضاوت است. چهار، پیش‌بینی شورای نگهبان به منظور نظارت اساسی بر مصوبات مجلس مانع از نظارت دوباره قضات است. در صورتی این دلیل قابل تأیید بود که شورای نگهبان بر همه مصوبات معتبر و لازم‌الاجرا نظارت داشته باشد. این در حالی است که قوانین قبل از انقلاب و قوانین مصوب شورای انقلاب و همچنین مصوبات دیگر نهادهای قاعده‌گذار هیچ‌گاه مورد نظارت شورای نگهبان از حیث مغایرت با قانون اساسی قرار نگرفته‌اند. پنج، استناد به اصل قانونی بودن قضاوت است که بیان می‌دارد مستند رأی قاضی باید قانون باشد. در عین حال قانون اساسی نیز قانون است و می‌تواند مستند رأی باشد. پس این دلیل نیز منطقی نیست. شش، نظارت قضات بعد نظری دارد و در عرصه عمل مورد استفاده قرار نمی‌گیرد و حال آنکه

قضات در آرای مختلف این نوع نظارت را به کار برده‌اند. بنابراین موضوع مورد بحث رویه عملی دارد و این دلیل صحیح نیست.

بنابراین دلایل ارائه‌شده در عدم نظارت اساسی بر قوانین مورد پذیرش نیست؛ مگر دلیل چهارم، یعنی نظارت شورای نگهبان بر قوانین، به این صورت که اگر شورا اعلام کند قانونی با قانون اساسی مغایرت ندارد دیگر منطقی نیست که قاضی مجدداً نظارت کند و آن را مغایر تشخیص دهد و این امر فلسفه شورای نگهبان را در نظام جمهوری اسلامی زیر سؤال می‌برد. برای رفع این مشکل پیشنهاد می‌شود در مواردی که مصوبات مجلس مورد نظارت شورای نگهبان قرار گرفته و شورا آن‌ها را مغایر با قانون اساسی تشخیص نداده قضات مکلف به قبول نظر شورای نگهبان هستند. زیرا نظر شورای نگهبان در عدم مغایرت قانون عادی با قانون اساسی فصل‌الخطاب است و قضات حق مخالفت ندارند. ولی در مواردی که قانون یا قاعده‌ای لازم‌الاجرا مورد نظارت شورای نگهبان قرار نگرفته است، چه اینکه این قانون قبل از تشکیل شورای نگهبان یعنی در دوره حکومت قانون اساسی مشروطه و قبل از انقلاب به تصویب رسیده است چه اینکه پس از انقلاب اسلامی تا استقرار نهادها توسط شورای انقلاب وضع شده است چه اینکه پس از تشکیل شورا به دلیل گذشت زمان و عدم اظهار نظر شورا مصوبه‌ای لازم‌الاجرا شده باشد. افزون بر این‌ها، در مورد دیگر هنجارهای قانونی که از طریقی غیر از مجلس شورای اسلامی لازم‌الاجرا می‌شوند و توسط هیچ مرجعی بر آنان نظارت اساسی صورت نمی‌پذیرد، مانند مصوبات شورای انقلاب فرهنگی و شورای عالی فضای مجازی، می‌توان قائل به صلاحیت نظارت اساسی قضات محاکم بر این مصوبات بود و عدم تصریح صلاحیت نظارتی قضات در قوانین موضوعه منعی جهت نظارت بر این مصوبات ایجاد نمی‌کند. زیرا قضات به حکم عقل و با توجه به اینکه قاعده فروتر با قاعده برتر تعارض دارد فقط قاعده برتر را اجرا می‌کنند و بدین ترتیب با عدم جامعیت نظارتی در نظام حقوقی حاکم این وظیفه به قضات واگذار می‌شود. بنابراین قضات بر قوانین و قواعدی که شورای نگهبان بر آن‌ها نظارت نکرده نظارت موردی و جزئی می‌کنند و این امر در نظام حقوقی فعلی به دلیل عدم تداخل با صلاحیت نظارتی شورای نگهبان، که فقط بر مصوبات مجلس انجام می‌شود، کاملاً اجرایی و عملی است و مشکلی ایجاد نمی‌کند.

منابع

کتاب

- پژوهشکده شورای نگهبان (۱۴۰۰). *محشای قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*. تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
- غمامی، م.، و منصوریان، م. (۱۳۹۸). *مفاهیم، مبانی، و الگوهای دادرسی اساسی تطبیقی مطالعه مبانی، ساختارها، و صلاحیت‌های نهاد دادرسی اساسی*. تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
- صفایی، ح.، و امامی، ا. (۱۳۹۶). *مختصر حقوق خانواده*. تهران: میزان.
- طباطبایی مؤتمنی، م. (۱۳۹۳). *حقوق اداری*. تهران: سمت.
- قاضی، ا. (۱۳۹۳). *بایسته‌های حقوق اساسی*. تهران: میزان.
- قاضی، ا. (۱۴۰۰). *حقوق اساسی و نهادهای سیاسی*. تهران: میزان.
- کاتوزیان، ن. (۱۳۹۸). *فلسفه حقوق*. تهران: گنج دانش.
- کاتوزیان، ن. (۱۳۹۵). *مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران*. تهران: انتشار.
- ویژه، م. (۱۳۹۰). *مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی*. تهران: جنگل جاودانه.
- هاشمی، م. (۱۳۹۵). *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*. تهران: میزان.
- هریسی نژاد، ک. (۱۳۸۶). *حقوق اساسی تطبیقی*. تبریز: آیدین.

مقالات

- تقی‌زاده، ج.، نجابت‌خواه، م.، و فدایی، ر. (۱۳۹۵). *صیانت از قانون اساسی توسط قضات محاکم با تأکید بر اصل یکصد و هفتادم قانون اساسی*. *مطالعات حقوق دانشگاه شیراز*، ۱ (۱)، ۱ - ۲۸.
- تقی‌زاده، ج.، نجابت‌خواه، م.، و قلی‌زاده، ع. (۱۳۹۴). *مسئله نظارت اساسی قضات محاکم بر قوانین عادی*. *راهبرد*، ۲۴ (۷۶)، ۱۲۵ - ۱۴۴.
- تیلا، پ. (۱۳۸۴). *حاکمیت قانون اساسی و وظیفه قضات در حقوق جمهوری اسلامی ایران*. *پژوهش‌های حقوقی*، ۴ (۷)، ۱۵۹ - ۱۸۱.
- خدابخشی شلمزاری، ع.، و عابدین‌زاده شهری، ن. (۱۳۸۳). *کنترل قضایی قانون عادی در تطبیق با قانون اساسی (حقوق تطبیقی و ایران)*. *پژوهش‌های حقوقی*، ۳ (۶)، ۳۳ - ۶۰.
- دادفر، ح. (۱۳۳۲). *قاضی و مسئله تعارض قانون عادی با قانون اساسی*. *نشریه کانون وکلا*، اول (۳۲)، ۳۶ - ۳۹.

علم‌الهدی، ح.، و مهرپور، ح. (۱۳۹۶). تحلیل امکان استناد دیوان عدالت اداری به قانون اساسی. راهبرد، ۲۶ (۸۳)، ۲۱۵ - ۲۳۴.

مظهری، م.، و مرندی، س. (۱۳۹۷). بررسی آثار حقوقی مرتبط بر تمایز صلاحیت در حقوق عمومی و اهلیت در حقوق خصوصی. دانش حقوق مدنی، ۷ (۱)، ۹۹ - ۱۱۱.

لوران، پ. (۱۳۸۵). حاکمیت قانون در فرانسه. مترجم: مرکز‌المیری، ا. مجلس و راهبرد، ۱۳ (۵۱)، ۲۱۱ - ۲۵۸.

اسناد و مدارک

پژوهشکده حقوق عمومی و بین‌الملل (۱۳۹۲). پژوهشگاه قوه قضاییه. نشست تخصصی قابلیت استناد محاکم عادی به قانون اساسی گروه حقوق اساسی.

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (مصوب ۱۳۵۸، اصلاحات ۱۳۶۸).

قانون آیین دادرسی کیفری (مصوب ۱۳۹۲).

قانون تعزیرات حکومتی (مصوب ۱۳۶۷).

قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲).

متمم قانون اساسی مشروطه (۱۳۲۴).

References

Books

- Ghamami, M., Mansoorian, M. (2018). *Concepts, foundations and patterns of basic proceedings, comparative basic proceedings, the study of the basics, structures and competencies of the basic proceedings*. second edition. Tehran: Guardian Research Institute. (in Persian)
- Safai, H., Emami, A. (2016). *Summary of family law*. 48th edition, Tehran: Mizan. (in Persian)
- Ghazi, A. (2013). *Basic rights requirements*. 49th edition, Tehran: Mizan. (in Persian)
- Guardian Council Research Institute. (1400). *Outline of the Constitution of the Islamic Republic of Iran*, Tehran: Guardian Council Research Institute . (in Persian)
- Harisinejad, K. (1386). *Comparative fundamental rights*. Tabriz: Aydin. (in Persian)
- Hashemi, M. (2016). *Fundamental Rights of the Islamic Republic of Iran*. Volume II, 27th edition, Tehran: Mizan. (in Persian)
- Judge, A. (1400). *Fundamental rights and political institutions*, 16th edition, Tehran: Mizan. (in Persian)
- Katouzian, N. (2015). *Introduction to the science of law and study in Iran's*

legal system. edition 104, Tehran: Publication. (in Persian)

Katouzian, N. (2018). *Philosophy of Law, volume 2*. first edition, Tehran: Ganj Danesh. (in Persian)

Special, M. (1390). *Theoretical foundations and structure of the legal state*. second edition, Tehran: Jangal Javadane. (in Persian)

Tabatabai Motmani, M. (2013). *Administrative law*. 19th edition, Tehran: Samt. (in Persian)

Articles

Alam Elhadi, H. Mehrpour, H. (2016). Analyzing the Possibility of Reference to the Constitution by Administrative Justice Court. *A Quarterly Journal of Strategy*: 26(83), 215-234 .

Dadfar, H. (1332). The Judge and the Problem of the Conflict between the Ordinary Law and the Constitutional Law. *Bar Association Journal*: 1 (32), 36-39. (in Persian)

Khodabakhshi Shalmazari, A. Abedinzadeh Shahri, N. (1383). Judicial control of ordinary law in comparison with the constitution (Comparative Law and Iran), *Journal of Legal Research*: 3 (6), 33-60. (in Persian)

Laurent Pash. (1385). The rule of law in France, Malmiri Center, A. *Majlis and Strategy*: 13 (51), 211-258.

Mazhari, M. Marandi, S. (2017). Survey on the legal effects of competence in public law and capacity in private law. *Civil Law Knowledge*: 7(1) 111-99.

Taghizadeh, J. Najabatkhah, M. Fedai, R. (2015). Preservation of Constitution by Judges of Courts with Emphasis on Article 170 of the Constitution: *Academic Journal of Legal Studies Shiraz University*, 8 (1), 1-28.

Taghizadeh, J. Najabatkhah, M. Qolizadeh, A. (2014). Question of Constitutional Review of Judges of Courts on the Ordinary Laws. *Strategy Quarterly*: 24 (76), 125-144.

Tila, P. (1384). The sovereignty of the constitution and the duties of judges in the laws of the Islamic Republic of Iran. *Journal of Legal Research*: 4(7), 159-181. (in Persian)

Documents

Amendment to the Constitutional Constitution (1906).

Approved Criminal Procedure Law (2013).

Approved Islamic Penal Code (2012).

Public and International Law Research Institute. (2012). Judiciary Research Institute, specialized meeting on the ability of ordinary courts to refer to the Constitution of the Constitutional Rights Group.

The approved government punishment law (1988).

The Constitution of the Islamic Republic of Iran approved (1979) and reforms (1989).