

نظارت شورای نگهبان بر قوانین مصوب پیش از انقلاب و شورای انقلاب

علی محمد فلاح‌زاده^{۱*}، میثم درویش‌متولی^{۲**}

۱. استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی (ره)، تهران، ایران

۲. دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه تهران، تهران، ایران

پذیرش: ۱۳۹۲/۶/۲۱

دریافت: ۱۳۹۲/۳/۸

چکیده

مهم‌ترین رسالت و صلاحیت شورای نگهبان در قانون اساسی، پاسداری از دو هنجار برتر نظام جمهوری اسلامی ایران، یعنی شرع و قانون اساسی است. پیش از تشکیل مجلس شورای اسلامی، نهادهای صالح قانونگذاری (مجلس شورای ملی و سنا و شورای انقلاب)، قوانینی را وضع کرده‌اند که هم‌اکنون برخی از آنها در نظام جمهوری اسلامی ایران مجری هستند و از حیث عدم مغایرت با شرع و قانون اساسی بررسی نشده‌اند. عدم نظارت شورای نگهبان از حیث عدم مغایرت قوانین مزبور با شرع و قانون اساسی، از جمله مسائل مطرح در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران است. امکان و چگونگی نظارت یا عدم نظارت شورای نگهبان بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین پیش از انقلاب از حیث عدم مغایرت با شرع و قانون اساسی، بحث اصلی نوشتار حاضر است که در نهایت با تبیین و بیان فرضیات، نظریه‌ها و استدلال‌های مطرح یا قابل طرح، به این نتیجه می‌رسیم که نظارت شورای نگهبان بر آن قوانین از حیث عدم مغایرت با شرع و قانون اساسی قابل اثبات است که البته در هر مورد، استدلال‌های جداگانه‌ای وجود دارد.

کلیدواژه‌ها: شورای نگهبان، قانون اساسی، نظارت، مصوبات شورای انقلاب، قوانین پیش از انقلاب، اصل چهارم.

* E-mail: amfallahzadeh2002@gmail.com

E-mail: maysamdarvish@gmail.com

** نویسنده مسئول

مقدمه

در هر کشور و نظام حقوقی پاسداری از هنجارهای برتر جامعه ارزش و اهمیت فراوانی دارد. از این رو در هر جامعه لزوم اجرا و برخورداری از ضمانت اجرا برای رعایت و حراست از هنجارهای برتر، امری بدیهی و محتوم است. از این رو هر نظام حقوقی به تبیین شیوه‌های پاسداری از هنجارهای برتر خود در اسناد بالادستی اقدام کرده است. نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران نیز پاسداری از دو هنجار برتر خود یعنی شرع و قانون اساسی را از ضروریات و امور ثابت و حتمی خود قلمداد می‌کند. به موجب قانون اساسی وظیفه حراست و پاسداری از دو هنجار شرع و قانون اساسی بر عهده شورای نگهبان است. قانون اساسی در اصول متعدد مانند اصول (۷۲)، (۹۱) و (۹۶) به عدم تضاد و مخالف نبودن تمامی مصوبات مجلس شورای اسلامی با اصول برتر (شرع و قانون اساسی) تأکید ویژه داشته است. بر همین اساس اصل (۷۲) قانون اساسی مقرر می‌دارد: «مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد...». شورای نگهبان نیز به موجب اصل (۹۶) قانون اساسی به نظارت بر این امر مبادرت می‌ورزد. از این رو تصریح قانونگذار اساسی به عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با موازین اسلامی و قانون اساسی کاملاً مشخص و واضح است و تمامی مصوبات مجلس شورای اسلامی لزوماً برای بررسی و اظهار نظر از حیث عدم مغایرت با دو هنجار مذکور به شورای نگهبان ارسال می‌شود.

برخی از قوانینی که در حال حاضر در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران حاکم است، قبل از تشکیل شورای نگهبان تصویب شده و از این رو هیچ نظارتی از حیث عدم مغایرت با شرع و قانون اساسی بر آنها صورت نگرفته است.^(۱) بی‌تردید در این مقطع تاریخی (پیش از تشکیل شورای نگهبان و پیش از انقلاب) قوانینی مغایر با احکام اسلامی یافت می‌شود، نمی‌توان کلیه قوانین مصوب از صدر مشروطیت تا زمان تشکیل شورای نگهبان را با احکام اسلامی مغایر دانست (شفیعی سروستانی، ۱۳۸۵: ۱۵۴). حال پرسش و نکته اصلی که به ذهن متبادر می‌شود این است که آیا اصولاً شورای نگهبان می‌تواند رأساً به این قوانین نظارت کرده و در مورد مغایرت یا عدم مغایرت آنها با شرع و قانون اساسی اظهار نظر کند؟ در صورت امکان و در فرض مغایرت قوانین مذکور با شرع و قانون اساسی از نظر شورای نگهبان، وضع آن قوانین به چه صورت درخواهد آمد؟ آیا شورای نگهبان می‌تواند به‌طور مستقل و رأساً آنها را ابطال یا حتی اصلاح کند؟ یا می‌توان مجلس را به اصلاح این قوانین ملزم کرد؟ دیدگاه قانونگذار اساسی، سایر مستندات قانونی و رویکرد شورای نگهبان به این مسئله چه بوده است؟

نوشتار حاضر به روش توصیفی - تحلیلی و با نگاهی به صورت مشروح مذاکرات مجلس

بررسی نهایی قانون اساسی، اصول قانون اساسی، نظر و رویه شورای نگهبان، مواد قانونی مربوط و آرای استادان و اندیشمندان حقوقی در پی آن است که به امکان و چگونگی نظارت یا عدم نظارت بر این قوانین از جانب شورای نگهبان بپردازد.

بی تردید، تفکیک و تمییز بین دو نوع نظارتی که توسط شورای نگهبان اعمال می‌شود (نظارت از حیث عدم مغایرت با شرع و از حیث عدم مغایرت با قانون اساسی) در این تحقیق، امری لازم و ضروری است، چراکه دو نوع نظارت مذکور، دو مقوله مجزا از یکدیگرند که قانونگذار اساسی نیز در اصول متعدد قانون اساسی، مانند اصول (۷۲)، (۸۵) و (۹۶)، آن دو را از یکدیگر تفکیک کرده و سازوکاری مستقل برای پاسداری و حفاظت از آنها تبیین کرده است. بر همین اساس، رویه شورای نگهبان و مستندات ارائه شده در نظارت بر این قوانین، استدلال‌های جداگانه‌ای را در خصوص هریک از دو نظارت مذکور مطرح کرده است که به تفصیل در این نوشتار، بیان می‌شود.

۱. نظارت بر قوانین از حیث عدم مغایرت با شرع

اصل چهارم قانون اساسی به‌عنوان اصل کلیدی و مبنایی در خصوص ابتدای قوانین به موازین اسلامی مقرر می‌دارد: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید براساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهاء شورای نگهبان است». درباره چگونگی اعمال و حدود این صلاحیت در خصوص مصوبات مجلس شورای اسلامی، اصولی مانند اصول (۷۲) و (۹۶)، در یک قرائت حداقلی از اصل چهارم، بخشی از چگونگی اعمال این اصل را بیان می‌کند. اما در مورد نظارت بر مصوبات پیش از انقلاب و شورای انقلاب از حیث عدم مغایرت با شرع، قانون اساسی در هیچ‌یک از اصول خود راه‌حلی را پیش‌بینی نکرده است. از این رو حقوقدانان دو رویکرد متفاوت را در این زمینه اتخاذ کرده‌اند:

رویکرد گروه نخست براساس مفاد و متن صریح اصل چهارم قانون اساسی، فقهای شورای نگهبان را ناظر صالح بر تمامی قوانین و مقررات حاکم از حیث مطابقت با شرع دانسته است. بر این اساس، شمول اصل چهارم به قوانین گذشته نیز تسری می‌یابد و فقهای شورای نگهبان می‌توانند رأساً هر قانون و مقرره لازم‌الاجرای را که مغایر با شرع بدانند، ابطال کنند (یزدی، ۱۳۷۵: ۸۲). رویکرد دوم برداشت متفاوتی را از اصل چهارم قانون اساسی ارائه می‌دهد. براساس این دیدگاه، اصل چهارم در مقام بیان اصل صلاحیت فقهای شورای نگهبان است و نه حدود و

ثغور آن، و نمی‌توان هیچ اصلی از اصول قانون اساسی را یافت که اجازه ابطال قوانین مصوب پیش از انقلاب یا شورای انقلاب را رأساً به فقهای شورای نگهبان داده باشد. نظرهای تفسیری و رویه شورای نگهبان نظر اول را ملاک عمل قرار داده و نظر دوم را مقرون به صواب ندانسته است (مجموعه نظریات شورای نگهبان، ۱۳۸۱: ۴۸ و ۴۹).

۱-۱. تبیین صلاحیت یا عدم صلاحیت فقهای شورای نگهبان

مرجع انحصاری و اختصاصی تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با موازین اسلام و احکام شرعی فقهای شورای نگهبان هستند. اما در مورد دیگر قوانین حاکم یعنی قوانینی که پیش از تشکیل مجلس شورای اسلامی در شورای انقلاب و مجلس شورای ملی و سنا مصوب شده‌اند، هیچ اصلی از قانون اساسی به صراحت و مستقیم همانند مصوبات مجلس شورای اسلامی، تکلیف را مشخص نکرده است. همان‌طور که پیشتر گفتیم، اندیشمندان و حقوقدانان دو نگاه متفاوت به این موضوع دارند؛ نگاه اول براساس اصل چهارم قانون اساسی، فقهای شورای نگهبان را صالح در نظارت شرعی بر تمامی قوانین حاکم در نظام جمهوری اسلامی می‌داند. براساس این دیدگاه اصل چهارم در مقام تعمیم وظیفه فقهای شورای نگهبان نسبت به همه قوانین حاکم در جمهوری اسلامی ایران است و ذکر مصوبات مجلس شورای اسلامی در اصول (۷۲) و (۹۴) از باب خصوصیت مورد است و فقهای شورای نگهبان در نظارت بر تمامی قوانین حاکم در نظام جمهوری اسلامی ایران اعم پیش از انقلاب و بعد از آن صلاحیت دارند (عمید زنجانی، ۱۳۸۵: ۴۵۸). به عبارت دیگر، این گروه از حقوقدانان براساس اصل مزبور نظارت و ابطال کلیه قوانین مغایر با شرع را در صلاحیت فقهای شورای نگهبان می‌دانند و معتقدند از اصل چهارم استفاده می‌شود که در این مملکت و در نظام جمهوری اسلامی نمی‌شود قوانینی مغایر با موازین اسلامی مجری باشد و هرگونه قانون حاکم و لازم‌الاجرا در کشور الزاماً باید براساس موازین اسلام باشد که تشخیص آن بر عهده فقهای شورای نگهبان است، خواه این قوانین از تصویب مجلس شورای اسلامی گذشته باشد و خواه قوانین مصوب قبل از انقلاب باشد که نسخ نشده است و مورد عمل و اجرا قرار می‌گیرد (مهرپور، ۱۳۸۷[الف]، ۲۲؛ مدنی، ۱۳۷۶: ۴۷-۴۶؛ مدنی، ۱۳۸۹: ۲۲۲-۲۲۱؛ عمیدزنجانی، ۱۳۸۵: ۴۵۸؛ یزدی، ۱۳۷۵: ۸۲؛ هدایت‌نیا، ۱۳۸۷: ۹۵-۹۲؛ هدایت‌نیا و کاویانی، ۱۳۸۰: ۱۴۲-۱۳۳؛ برزگرخسروی، ۱۳۹۱: ۱۹۶-۱۹۵؛ سخنان دکتر مهرپور: شفیع‌سروستانی، ۱۳۸۵: ۴۴۰). طرفداران نظریه شمول حکم اصل چهارم بر قوانین شورای انقلاب و قوانین پیش از انقلاب سه دلیل اصلی و شاخص در اثبات نظریه خود، بیان می‌کنند:

اول آنکه چون در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، نظام اسلامی از طریق آرای عمومی مردم پذیرفته شده است، هیچ‌گونه قانونی بر خلاف شرع نباید اجرا شود. این حکم در صدر اصل چهارم تصریح شده است و به تبع آن شورای نگهبان حق نظارت بر همه قوانین حاکم در این نظام را دارد؛ دلیل دیگر آنکه وقتی اصل چهارم بر اطلاق و عموم همه قوانین حتی قانون اساسی حاکم است، به طریق اولی این اصل بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین پیش از انقلاب نیز حاکمیت دارد و فقهای شورای نگهبان صلاحیت نظارت شرعی بر آنان را دارند.

ماده (۲۵) قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۶۰^(۲) سومین دلیل و مستند طرفداران نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین پیش از انقلاب است. به موجب مواد قانونی مذکور، هر شخص حقیقی و حقوقی می‌تواند ابطال مقررات دولتی (هم قبل و هم بعد از انقلاب) مغایر با شرع را از دیوان عدالت اداری بخواهد. هیأت عمومی دیوان عدالت اداری نیز پس از کسب نظر از فقهای شورای نگهبان و براساس آن رأی خود را صادر می‌کنند. بر این اساس، هنگامی که می‌توان آیین‌نامه‌های دولتی مصوب قبل از انقلاب را که مغایر با شرع است، ارزیابی کرد و اگر با تشخیص فقهای شورای نگهبان خلاف شرع بود، از عمل به آن خودداری کرده و آن را ابطال کرد، در خصوص قوانین مصوب پیشین نیز می‌توان گفت که فقهای شورای نگهبان حق رسیدگی و اظهار نظر در خصوص عدم مغایرت آنها با شرع را براساس اصل چهارم قانون اساسی دارند (مهرپور، ۱۳۶۸: ۳۱-۱۷). همچنین در مورد پذیرفتن این صلاحیت برای فقهای شورای نگهبان، برخی نویسندگان با استناد به کلام امام خمینی(ره) بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران معتقدند با توجه به متروک ماندن اصل دوم متمم قانون اساسی رژیم مشروطه و عمل نکردن به این اصل، در همان رژیم نیز قوانین اعتبار قانونی نداشتند، از این رو تمامی مراجع قضایی و اداری در صورت تردید در مغایرت مکلفند، نظر شورای نگهبان را در مورد تغایر یا عدم تغایر قوانین مزبور کسب کنند (مدنی، ۱۳۷۶: ۴۷-۴۶).

براساس استدلال‌های مذکور، برخی حقوقدانان معتقدند که فقهای شورای نگهبان صلاحیت نظارت شرعی بر تمامی قوانین از جمله قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین مصوب پیش از انقلاب را دارند. در مقابل، برخی دیگر نتیجه استدلال‌های سه‌گانه مذکور در اثبات پذیرش صلاحیت فقهای شورای نگهبان در نظارت شرعی بر قوانین پیش از تشکیل شورای نگهبان را قابل نقد و خدشه‌پذیر می‌دانند (هاشمی، ۱۳۸۰: ۲۴۴؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۳۳۹؛ خامنه‌ای، ۱۳۶۸: ۴۱-۱۱؛ سخنان دکتر هاشمی: شفیع‌سروستانی، ۱۳۸۵: ۴۶۲).^(۳) به عقیده آنان،

پذیرش و اجرایی کردن صلاحیت فقهای شورای نگهبان در نظارت بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین مصوب پیش از آن سبب می‌شود که امکان مواجه شدن جامعه و حکومت با خلأ قانونی، پیش آید و در این صورت فساد ناشی از خلأ به مراتب بالاتر از حالتی است که در آن قوانین اسلامی حاکم نباشد (هاشمی، ۱۳۸۰: ۲۴۴). توضیح بیشتر آنکه هنگامی که بپذیریم، فقهای شورای نگهبان می‌توانند رأساً قانونی را خلاف شرع بدانند و آن را مستقیماً ابطال کنند، در این صورت در آن موضوع، نظام جمهوری اسلامی ایران فاقد گزاره حقوقی شده و آثار سوء این خلأ قانونی حاصل شده، به مراتب از نبود قوانین اسلامی زیانبارتر است. به نظر می‌رسد که نقد مذکور، استدلال تام و کاملی ندارد و خود، قابل نقد است. اولاً در مواردی که فقهای شورای نگهبان قانونی را ابطال می‌کنند، براساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی می‌توان گفت که دادگاه‌ها صلاحیت دارند با توجه به منابع و فتاوی فقهی رأی دهند و از این رو با استناد به منابع و فتاوی معتبر فقهی، این خلأ حاصل نمی‌شود. در همین زمینه می‌توان گفت همان اقدامی که در زمان نبود قانون در خصوص موضوعی انجام می‌گیرد، می‌تواند در زمانی که قانونی ابطال شود نیز انجام گیرد و می‌توان با قانونگذاری جدید، خلأ احتمالی را پر کرد. علاوه بر این، به اصول کلی حقوقی همچون اصل آزادی اراده، عدم صلاحیت و برائت نیز می‌توان به حل چالش احتمالی پیش آمده، مبادرت ورزید. توجه به قوانینی که مغایرت آنها با شرع را فقهای شورای نگهبان اعلام کرده و بر همین اساس ابطال شده‌اند نیز این مسئله را روشن می‌کند. برای مثال در ابطال ماده (۷۳۱) قانون آیین دادرسی مدنی سابق در مورد مرور زمان در دعاوی که فقهای شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۶۷/۱۱/۲۷ آن را مغایر با شرع دانستند و آن را ابطال کردند (مهرپور، ۱۳۸۷ [ب]: ۱۷۶-۱۷۳) یا در ابطال قانون کالای متروکه مصوب ۱۳۵۸/۲/۱۸ شورای انقلاب که فقهای شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۶۱/۱۱/۱۸ آن را مغایر شرع دانستند (مهرپور، ۱۳۸۷ [ب]: ۱۶۷-۱۶۶)، عملاً خلأیی ایجاد نشد. در فرض ایجاد خلأ قانونی نیز با بهره‌گیری از اصول کلی حقوقی مزبور، این خلأ قابل رفع است. شایان ذکر است که ابطال قوانین موجود، امر غریبی در نظام‌های حقوقی نیست. در برخی کشورها (همانند آمریکا و فرانسه) نظارت پسینی بر قوانین مصوب وجود دارد و قوانین موجود توسط نهادهایی همچون دیوان عالی و شورای قانون اساسی ابطال می‌شود. در جمهوری اسلامی ایران نیز ابطال مقررات دولتی توسط دیوان عدالت اداری انجام می‌گیرد و خلأیی هم ایجاد نمی‌شود.

رویکرد دوم در نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین پیش از انقلاب ایراد دارد و خدشه‌پذیر است. این نظریه -عدم صلاحیت فقهای شورای نگهبان در نظارت شرعی بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین مصوب پیش از انقلاب-

با روح و هدف اصول قانون اساسی همخوانی ندارد. در خصوص اصول قانون اساسی و به‌طور موردی اصل چهارم و اهداف آن باید گفت که اصل چهارم قانون اساسی در مقام بیان این معناست که در نظام جمهوری اسلامی و با استقرار این نظام کلیه قوانین و مقررات از هر گونه باید براساس موازین اسلامی باشد و قوانین و مقررات مغایر با شرع در این نظام به اجرا در نمی‌آید. با تصریح اصل چهارم، قوانین مغایر اسلام منسوخ و غیر قابل عمل هستند (مهرپور، ۱۳۸۷ [الف]: ۲۷). اصل چهارم را باید براساس پایه‌ها و اهداف موجود در اصول دوم و سوم قانون اساسی، در مقام بیان اسلامی بودن تمامی قواعد و گزاره‌های حقوقی حاکم در نظام جمهوری اسلامی ایران- اعم از آنکه مصوب قبل یا بعد از انقلاب باشند- دانست، هرچند در لفظ خود تصریح به قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین مصوب پیش از انقلاب نکرده باشد. توضیح بیشتر آنکه، سازوکاری که در اصول ۷۲ و ۹۶ آمده است، ناظر بر اعمال بخشی از احکام مقرر در اصل چهارم قانون اساسی است و نه تمام آن. عموم و اطلاق اصل چهارم قانون اساسی ابتدای کلیه قوانین (اعم از پیش از انقلاب و پس از آن) را در نظر داشته است و سازوکار بیان‌شده برای اصول (۷۲) و (۹۶) در تبیین بخشی از احکام موجود در اصل چهارم در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی بوده است و تراحم و مغایرتی با نظارت شرعی مقرر در اصل چهارم برای قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین پیش از انقلاب از جانب فقهای شورای نگهبان ندارند. از این رو براساس نکات مذکور رویکرد دوم که نظریه عدم صلاحیت فقهای شورای نگهبان در نظارت شرعی بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین مصوب پیش از انقلاب را پذیرفته است، قابل نقض و واجد ایراد و خدشه‌پذیر است.^(۴) فرضیه نخست، مقرون به صواب است و از این رو می‌توان به نوعی صلاحیت نظارت شرعی بر قوانین پیش از انقلاب و شورای انقلاب را برای فقهای شورای نگهبان براساس مستندات مطروحه که تبیین شد، در نظر داشت.

۲-۱. نظر و رویه شورای نگهبان

پس از تبیین دو نظریه موجود در مورد صلاحیت یا عدم صلاحیت فقهای شورای نگهبان در نظارت شرعی بر قوانین مصوب شورای انقلاب و پیش از انقلاب پرداختیم، حال به بررسی نظر مرجع رسمی مفسر قانون اساسی و نهاد پاسدار شریعت در حوزه تقنینی نظام جمهوری اسلامی ایران یعنی شورای نگهبان می‌پردازیم. بی‌تردید نظر، برداشت و عملکرد شورای نگهبان در امر نظارت بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین پیش از انقلاب، راه‌گشایی اساسی در تبیین و شناخت صحیح از بحث حاضر است.

شورای نگهبان به صلاحیت فقهای شورای نگهبان در نظارت شرعی بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین مصوب پیش از آن معتقد است. نظر شورای نگهبان به طور رسمی در خصوص بحث حاضر در نظر تفسیری شماره ۱۹۸۳ مورخ ۱۳۶۰/۲/۸ و مبتنی بر اصل چهارم قانون اساسی بیان شده است. نظریه تفسیری مزبور در پاسخ به شورای عالی قضایی وقت، در مورد مغایرت شرعی برخی از قوانین مصوب پیش از انقلاب که در زمان حال (جمهوری اسلامی) حاکم‌اند، صادر شده است. متن سؤال و جواب شورا که حاکی از نظر تفسیری شورای نگهبان در زمینه قانون اساسی است عیناً نقل می‌شود:

«مستفاد از اصل چهارم قانون اساسی این است که به طور اطلاق کلیه قوانین و مقررات در تمام زمینه‌ها باید مطابق موازین اسلامی باشد و تشخیص این امر به عهده فقهای شورای نگهبان است. بنابراین قوانین و مقرراتی را که در مراجع قضائی اجراء می‌گردد و شورای عالی قضائی آنها را مخالف موازین اسلامی می‌داند، جهت بررسی و تشخیص مطابقت یا مخالفت با موازین اسلامی برای فقهاء شورای نگهبان ارسال دارید». (مجموعه نظریات شورای نگهبان، ۱۳۸۱: ۴۹-۴۸).

براساس نظر تفسیری مزبور، شورای نگهبان تاکنون موارد متعددی از قوانین مصوب پیش از انقلاب را که مغایر با شرع بوده، ابطال کرده است. برای مثال می‌توان به ابطال ماده (۱۳۰۹) قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷ که فقهای شورای نگهبان مغایر با شرع دانستند اشاره کرد. ماده (۱۳۰۹) قانون مدنی مقرر می‌داشت: «در مقابل سند رسمی یا سندی که اعتبار آن در محکمه محرز شده، دعوی که مخالف با مفاد یا مندرجات آن باشد به شهادت اثبات نمی‌گردد». فقهای شورای نگهبان در نظر شماره ۲۶۵۵ مورخ ۱۳۶۷/۸/۸ که در روزنامه رسمی شماره ۱۲۷۴۳ درج شده است، در مورد ماده مزبور چنین اعلام نظر کردند: «ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی از این نظر که شهادت بینة شرعیه را در برابر اسناد معتبر، فاقد ارزش دانسته، خلاف موازین شرعی بوده و بدین وسیله ابطال می‌گردد». همچنین در نظر شماره ۹۲/۳۰/۵۱۸۸۶ مورخ ۹۲/۷/۱۰، شورای نگهبان بر ابطال این ماده تأکید کرده است. از این رو در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، این ماده جایگاه قانونی ندارد. از لحاظ عملی و کاربردی نیز می‌توان گفت که امروزه، استناد قضات به ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷ چشمگیر نیست و می‌توان آن را از جمله مواد قانونی برشمرد که در احکام قضایی دادگاه‌های دادگستری مورد استناد قرار نمی‌گیرد (بندرچی، ۱۳۸۲: ۳۱). علاوه بر ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی، مصادیق دیگری مانند ماده (۴) قانون افراز و فروش املاک مشاع مصوب ۱۳۵۷/۸/۲۲ و ماده (۷۳۱) به بعد قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۶۱/۶/۶ و حق کسب و پیشه موضوع ماده ۱۹ قانون روابط مؤجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶/۵/۲، ماده ۱۷۱، ۱۷۲، ۱۷۳، ۱۷۴، ۱۷۵، ۱۷۵، ۱۷۷، ۱۸۰ تا ۱۸۳، ۲۰۷ و ۲۱۱ قانون

مجازات عمومی سال ۱۳۵۴ (مهرپور، ۱۳۸۷[ب]: ۱۳۸-۱۳۵) و قانون حفظ آثار ملی مصوب ۱۳۰۹ (مهرپور، ۱۳۸۷[ب]: ۱۶۰-۱۵۹) از جمله قوانین مصوب پیش از انقلاب هستند که فقهای شورای نگهبان آنها را مغایر با شرع دانسته‌اند. همچنین فقهای شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۵۹/۱۱/۱۴ طی نامه‌ای به وزارت مسکن و شهرسازی آیین‌نامه اجرایی قانون لغو مالکیت اراضی شهری مصوب شورای انقلاب را مغایر شرع دانسته است و علاوه بر این «لایحه قانونی راجع به محدودیت داشتن مغازه گوشت‌فروشی» مصوب ۱۳۵۹/۴/۲۵ شورای انقلاب (مهرپور، ۱۳۸۷[ب]: ۱۴۲) رأساً مواد آن را براساس اصل چهارم قانون اساسی مغایر شرع دانستند و آن را باطل کردند.

براساس نظر تفسیری مذکور و مصادیق مزبور، باید گفت که نظر و رویه شورای نگهبان در نظارت شرعی فقهای این شورا بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین مصوب پیش از انقلاب به وضوح و صراحت مشخص است. شورای نگهبان با پذیرفتن صلاحیت نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین پیش از انقلاب، خط بطلانی در عالم عمل بر نظریه عدم شمول اصل چهارم قانون اساسی در نظارت شرعی بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین پیش از انقلاب کشیده است (مجموعه نظریات شورای نگهبان، ۱۳۸۱: ۴۹-۴۸).

۲. نظارت بر قوانین از حیث عدم مغایرت با قانون اساسی

۲-۱. صلاحیت یا عدم صلاحیت شورای نگهبان

همان‌طور که پیشتر گفتیم، قانون اساسی در خصوص اعطای صلاحیت یا عدم صلاحیت به شورای نگهبان در بحث نظارت بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین مصوب پیش از انقلاب از حیث عدم مغایرت با قانون اساسی ساکت بوده و حکم صریح یا مستقیمی را در اصول خود برای این مسئله پیش‌بینی نکرده است. حقوقدانان نیز برخلاف بحث نظارت شرعی بر قوانین مذکور، در بحث نظارت از حیث عدم مغایرت با قانون اساسی ورود نکرده‌اند. در بحث صلاحیت یا عدم صلاحیت شورای نگهبان در نظارت بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین مصوب پیش از انقلاب از حیث عدم مغایرت با قانون اساسی دو فرضیه مطرح می‌شود:

فرضیه نخست که عدم صلاحیت شورای نگهبان در نظارت بر قوانین مذکور از حیث عدم مغایرت با قانون اساسی پذیرفته، مبتنی بر این دلیل است که براساس یک اصل کلی در علم حقوق، اصل بر عدم صلاحیت در حقوق عمومی است و هنگام شک و تردید در اصل

صلاحیت یک شخص حقوقی حقوق عمومی باید ناصالح بودن آن مقام را بر صلاحیت وی در آن موضوع مقدم بدانیم (طباطبائی مؤتمنی، ۱۳۸۷: ۴۶۲).^(۵) از این رو با توجه به عدم پیش‌بینی صلاحیت مزبور در قانون اساسی برای شورای نگهبان نمی‌توان چنین صلاحیتی را برای این شورا متصور شد و در نظر گرفتن رسالت نظارت بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین پیش از انقلاب از جانب شورای نگهبان، از حیث عدم مغایرت آن قوانین با قانون اساسی، نیازمند پیش‌بینی چنین صلاحیتی در قانون اساسی است. نظر و رویه ظاهری شورای نگهبان نیز مؤید پذیرش عدم صلاحیت خویش در این زمینه است، هرچند نظر مذکور به‌صراحت از جانب شورای نگهبان ابراز نشده است، مواردی وجود دارد که شورای نگهبان نظر به عدم صلاحیت در موضوع فوق داده است. نکته شایان توجه در بحث حاضر آن است که استناد به اصل عدم صلاحیت در حقوق عمومی به‌صورت کلی محل بحث و تأمل است. هرچند اصل - عدم صلاحیت یکی از اصول اساسی در حقوق عمومی است، لکن استناد به این اصل کلی زمانی صورت می‌گیرد که نتوانیم اصل صلاحیت را احراز کنیم و در صورتی که بتوان از هر طریقی صلاحیتی را اثبات کرد، استناد به اصل عدم صلاحیت خدشه‌پذیر و قابل نقد است. این موضوع در «نتیجه بحث» بررسی می‌شود.

در مقابل استدلال مذکور در فرضیه نخست، فرضیه رقیب مبنی بر پذیرش صلاحیت شورای نگهبان در نظارت بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین پیش از انقلاب از حیث عدم مغایرت با قانون اساسی نیز دلایلی را برای اثبات حقانیت خود مطرح می‌کند. برای فرضیه حاضر سه دلیل می‌توان بیان کرد؛ اول آنکه، براساس اصل چهارم قانون اساسی کلیه قوانین حاکم در جمهوری اسلامی ایران باید مبتنی بر موازین شرعی باشد و تخلف از آنها برای هیچ کس جایز نیست. از این رو هر فعل یا ترک فعلی که مغایر با قانون اساسی (مبتنی بر شرع) باشد، به طریق اولی مغایر با شرع هم خواهد بود (موسی‌زاده، ۱۳۸۹: ۳۴۰). قانون اساسی یکی از اقسام و شقوق موازین اسلامی است و دامنه تعریف موازین اسلامی با تفسیر موسع شامل قانون اساسی نیز می‌شود و براساس اصل چهارم قانون اساسی رعایت کردن و لحاظ آن در قوانین حاکم، الزامی است. در نتیجه براساس اصل چهارم قانون اساسی و همانند بحثی که در فصل قبل مطرح شد، می‌توان قائل به صلاحیت فقهای شورای نگهبان در نظارت بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین پیش از انقلاب از حیث عدم مغایرت آنها با قانون اساسی بود. به عبارت دیگر، حکم اصل چهارم قانون اساسی در ابتدای قوانین بر موازین اسلام در خصوص ابتدای قوانین به قانون اساسی نیز لازم‌الاجراست و این صلاحیت برای فقهای شورای نگهبان در قانون اساسی در نظر گرفته شده است.

علاوه بر دلیل مذکور می‌توان دلیل دیگری را نیز در راستای اثبات فرضیه مزبور بیان کرد: با توجه به اینکه مبنای پذیرش و گردن نهادن به قانون اساسی، تنفیذی است که از جانب ولی فقیه بر آن صورت گرفته، قانون اساسی همچون حکمی از احکام حکومتی ولی فقیه است و حکم حکومتی نیز یکی از احکام شرع تلقی می‌شود، و از سوی دیگر، اگر شورای نگهبان و به‌ویژه فقهای آن را ملزم به تبعیت از احکام حکومتی ولی فقیه بدانیم و آنها ملزم باشند مصوباتی از مجلس را که در تغایر با احکام حکومتی است، به دلیل مغایرت با شرع رد کنند، قوانین مصوب شورای انقلاب و مجلس شورای ملی نیز در صورت مغایرت با قانون اساسی، در اصل، مغایر حکم حکومتی ولی فقیه است و از این نظر، فقهای شورای نگهبان صلاحیت ابطال قوانین مذکور را به استناد مغایرت با قانون اساسی (حکم حکومتی ولی فقیه) خواهند داشت.

لکن هر دو دلیل مذکور خدشه‌پذیر و قابل نقد است. در نقد استدلال‌های مذکور می‌توان گفت قانون اساسی، بین «موازین شرع» و «قانون اساسی» تفکیک قائل شده و احکام متفاوتی در مورد هر یک از آنها مقرر شده است. نظارت بر عدم مغایرت قوانین با شرع، بر عهده «فقهای شورای نگهبان» و نظارت بر عدم مغایرت قوانین با قانون اساسی بر عهده تمام اعضای شورای نگهبان قرار داده شده است. این تفکیک در هر دو دلیل مذکور مخدوش بوده و تفکیکی بین شورای نگهبان و فقهای شورای نگهبان صورت پذیرفته است. ضمن اینکه در قانون اساسی در همه جا این دو عبارت در کنار هم آمده و در هیچ جا، هیچ‌یک جایگزین دیگری نشده است. همچنین در رد دلیل اول، علاوه بر نقد مذکور باید گفت که اساساً حقوقدانان تعاریف گوناگونی از اصطلاح مزبور (موازین اسلامی) بیان کرده‌اند، اما آنچه در تعریف این اصطلاح مقرون به صحت به نظر می‌رسد، آن است که مقصود از موازین اسلامی، همان احکام اسلامی است و نه عقاید، اخلاق اسلامی، اصول عملیه و حتی قانون اساسی.^(۶) در رد دلیل دوم نیز باید گفت که خود ولی فقیه (در مقام تنفیذکننده قانون اساسی) قانون اساسی را از مصادیق موازین شرع تلقی نکرده است. ایشان با تنفیذ قانون اساسی، تفکیک بین نظارت شرعی و نظارت از حیث قانون اساسی را پذیرفته است.

حال می‌توان گفت که استناد به اصل عدم صلاحیت برای اثبات عدم صلاحیت شورای نگهبان در بررسی قوانین مذکور نابجا خواهد بود، چراکه همان‌طور که گذشت، این اصل -همانند دیگر اصول عملیه- زمانی کاربرد دارد که دلیلی وجود نداشته باشد و حال که دلیلی برای صلاحیت اقامه شد، استناد به اصل منتفی خواهد بود.

۲-۲. نظر و رویه شورای نگهبان

در مبحث پیشین و در ذیل فرضیه عدم صلاحیت شورای نگهبان در نظارت بر قوانین مصوب پیش از انقلاب و قوانین مصوب شورای انقلاب، گفتیم که نظر و رویه شورای نگهبان به عنوان یکی از دلایل عدم صلاحیت شورا در نظارت بر قوانین مزبور از حیث قانون اساسی، قابل طرح است.

برای شناخت نظر و رویه شورای نگهبان در این زمینه، چند مصداق قابل ذکر است که در اینجا به آنها اشاره می‌شود: اول، هنگامی که مجلس شورای اسلامی در ذیل مصوبه‌ای، درصدد توسعه احکام قانونی از قوانین مصوب پیش از انقلاب است، شورای نگهبان با رجوع به قانون اصلی، مصوبه مجلس شورای اسلامی را از حیث شرع و قانون اساسی ارزیابی و نظارت می‌کند و ممکن است موادی از قانون مورد بررسی را مغایر با قانون اساسی اعلام کند. در این زمینه می‌توان به «طرح تسری آیین‌نامه معاملات شهرداری تهران مصوب ۱۳۵۵ با اصلاحات بعدی به شهرداری‌های شهرهای بالای یک میلیون نفر جمعیت، کلانشهرها و مراکز استان‌ها» و نظر شورای نگهبان در مورد آن به شماره ۸۸/۳۰/۳۲۴۰۰ مورخ ۱۳۸۸/۱/۲۵ اشاره کرد.^(۷) شورای نگهبان موادی از این آیین‌نامه را که پیش از انقلاب تصویب شده بود، مغایر با اصولی از قانون اساسی مانند اصول ۱، ۱۷ و ۱۳۹ دانست. بر این اساس می‌توان گفت که شورای نگهبان در این مورد و مصادیقی از این دست، نظر به عدم صلاحیت خویش در نظارت بر قوانین مصوب پیش از انقلاب و شورای انقلاب از حیث عدم مغایرت با قانون اساسی داشته است، مگر در مواردی که قوانین مذکور به نحوی مصوبه مجلس شورای اسلامی محسوب شوند.

استدلال شورای نگهبان در نظارت بر این مصادیق آن است که این موارد قانونگذاری جدیدی محسوب می‌شود و براساس اصل (۷۱) قانون اساسی، مجلس شورای اسلامی قاعده حقوقی جدیدی را مقرر کرده است. به عبارت دیگر تسری قانون مصوب پیش از انقلاب از جانب مجلس شورای اسلامی، خود به طور مستقل گزاره جدید حقوقی تلقی شده است که شورای نگهبان براساس اصول (۷۲)، (۹۱)، (۹۴) و (۹۶) قانون اساسی مصوبه مجلس شورای اسلامی را از حیث شرع و قانون اساسی مورد نظارت قرار داده است. از این رو نمی‌توان گفت که این دست از نظرها و رویه شورای نگهبان مؤید پذیرش صلاحیت نظارت بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین پیش از انقلاب از حیث عدم مغایرت با قانون اساسی از جانب شورای نگهبان است.

دوم، شورای نگهبان در پاسخ به پرسشی در مورد مغایرت برخی از قوانین مصوب پیش از انقلاب و شورای انقلاب با قانون اساسی، رویه عدم صلاحیت را اتخاذ کرده است. شورای

نگهبان در ضمن «پاسخ به پرسش در خصوص مغایرت یا عدم مغایرت قانون استقلال کارشناسان رسمی دادگستری مصوب شورای انقلاب با قانون اساسی» به شماره ۷۷/۲۱/۳۹۰۱ مورخ ۱۳۷۷/۹/۱۸ اشاره کرد که «ممکن است موادی از این قانون خلاف قانون اساسی باشد، لکن اظهارنظر در مورد خلاف قانون اساسی بودن قوانین گذشته از صلاحیت شورای نگهبان خارج است» (مجموعه نظریات شورای نگهبان، ۱۳۸۱: ۴۴۲). هرچند که این نظر شورای نگهبان در پاسخ به پرسش مدیر کل قضایی وقت قوه قضائیه و در مقام جواب به یک سؤال بوده و نمی‌توان آن را نظر تفسیری محسوب کرد، چراکه نظر تفسیری شورای نگهبان تابع تشریفات خاص (مانند آرای موافق سه‌چهارم اعضا و درخواست افراد مشخص در آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان) و در زمینه یکی از اصول قانون اساسی است و اثر «در حکم قانون اساسی بودن» را داراست - لکن نظریه مذکور می‌تواند به‌عنوان اماره و قرینه‌ای مبنی بر پذیرفتن عدم صلاحیت شورای نگهبان در نظارت بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین مصوب پیش از انقلاب از حیث عدم مغایرت با قانون اساسی، از جانب این شورا تلقی شود.

با بررسی و امعان نظر در نظر و رویه شورای نگهبان درمی‌یابیم، که تمایل شورای نگهبان در اظهارنظرهای خود به سمت عدم صلاحیت نظارت بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین پیش از انقلاب از حیث عدم مغایرت با قانون اساسی بوده است.

نتیجه‌گیری

* پیشنهادها و راهکارهای عملی برای نظارت بر قوانین سابق از حیث عدم مغایرت با

قانون اساسی و شرع:

در تحلیل دارا بودن یا نبودن صلاحیت شورای نگهبان در نظارت بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین مصوب پیش از انقلاب از حیث شرع و قانون اساسی، باید اصل و فلسفه وجودی شورای نگهبان به‌طور ویژه مورد توجه قرار گیرد. رسالت و هدف اصلی تشکیل شورای نگهبان حفاظت و پاسداری از عالی‌ترین هنجارهای نظام جمهوری اسلامی ایران یعنی شرع و قانون اساسی است. مبنای تشکیل شورای نگهبان از نگاه خبرگان مجلس بررسی نهایی قانون اساسی مشروعیت‌بخشی به قوانین مصوب مجلس از حیث مطابقت با شریعت اسلام است (مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۴: ۹۲). این نوع نگاه به قانونگذاری متأثر از نگاهی مکتبی و ایدئولوژیک به قانونگذاری است. وقتی مکتب اسلام به‌عنوان مبنا و اساس تشکیل حکومت پذیرفته شد، باید قوانین و آنچه را که لزوم اجرا دارد همسو و عدم مغایر با احکام آن تدوین کرد (درویش متولی، ۱۳۹۲[ب]: ۶). در همین راستا در

جلسه یازدهم مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، شهید بهشتی (ره) در مورد لزوم اسلامی بودن قوانین و مقررات می‌فرمایند: «در یک جامعه اسلامی کلیه قوانین و مقررات و تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌ها باید ناظر داشته باشد و باید قوانین و مقررات را با مراجعه به منابع و مأخذ اسلامی مشخص کرد و بعد از نظر روش‌های قانون اساسی آن را دنبال کرد و تکمیل کرد» (مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۴: ۲۶۱).

از این رو، علت اساسی و مبنای اصلی تأسیس شورای نگهبان پاسداری از شریعت اسلام و ابتدای همه قوانین و مقررات حاکم در جامعه اسلامی به احکام و موازین اسلامی بوده است (درویش متولی، ۱۳۹۲ [ب]: ۷). نظارت شرعی شورای نگهبان بر تمامی قوانین حاکم اعم از مصوبات مجلس شورای اسلامی و قوانین مصوب پیش از انقلاب یا شورای انقلاب در نظام جمهوری اسلامی ایران، امری محتوم و ضروری است. در نتیجه براساس مجموع مستندات و استدلال‌های مذکور می‌توان دیدگاه صلاحیت فقهای شورای نگهبان در نظارت بر قوانین مصوب پیش از انقلاب یا شورای انقلاب از حیث عدم مغایرت با شرع را پذیرفت. در خصوص نظارت از حیث عدم مغایرت با قانون اساسی نیز چنین است. در نظارت شورای نگهبان بر قوانین پیش از انقلاب و شورای انقلاب از حیث عدم مغایرت با قانون اساسی استناد به اصل عدم صلاحیت بلاجهت به نظر می‌رسد و شورای نگهبان نیز باید رویه خود را در نظارت بر قوانین مزبور از حیث عدم مغایرت با قانون اساسی بازبینی کند و این صلاحیت را براساس اصول کلی قانون اساسی و به موجب سازوکاری که در ادامه بیان می‌شود، مورد لحاظ و امعان نظر قرار دهد.

پس از بیان نظرها، فرضیات و استدلال‌های مختلف و پی بردن به نظر مقرون به صواب، در گام نهایی باید پیشنهادها و راهکارهای عملی برای اعمال به نحو احسن و مطلوب صلاحیت شورای نگهبان در نظارت شرعی و قانون اساسی بر قوانین مصوب شورای انقلاب و قوانین مصوب پیش از انقلاب بیان شود.

پیش از ارائه راهکار، شایان ذکر است که مجلس شورای اسلامی در سال ۱۳۶۱ و در اولین آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی در مورد این موضوع، حکمی را مقرر کرد که هرچند به صلاحیت شورای نگهبان در این موضوع ارتباطی ندارد، درصدد شناخت و اصلاح قوانین مصوب پیش از انقلاب و شورای انقلاب بود. ماده (۶۱) آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۶۱/۳/۲۳ مقرر می‌کرد که «از اولین دوره مجلس شورای اسلامی کمیسیون ویژه‌ای به منظور رسیدگی به قوانین گذشته اعم از قوانین شورای انقلاب و قوانین قبل از انقلاب تشکیل می‌شود. این کمیسیون متناسب با انقلاب اسلامی تغییرات لازم را در قوانین

گذشته پیشنهاد می‌نماید که به صورت طرح یا لایحه مطابق آئین‌نامه در مجلس مطرح شود». لکن این روش در عمل با شکست مواجه شد و ظاهراً از طرف کمیسیون مذکور در طول حیات خود هیچ اقدامی صورت نگرفته است (هاشمی، ۱۳۸۰: ۲۴۴؛ خامنه‌ای، ۱۳۶۸: ۲۵-۲۶؛ سخنان دکتر هاشمی: شفيعی سروستانی، ۱۳۸۵: ۴۶۲). در آیین‌نامه داخلی مجلس مصوب ۱۳۷۹ که در حال حاضر مجراست، چنین کمیسیونی وجود ندارد.

برخی در این زمینه پیشنهاد کرده‌اند، در صورتی که شورای نگهبان از هر طریق به خلاف شرع بودن قانونی مطلع شد و بر آن صحه گذاشت، به مجلس اعلام کند تا مجلس به اصلاح یا لغو آن قانون اقدام کند (درویشوند و راجی، ۱۳۹۰: ۱۲۳). در نگاه نخست، این پیشنهاد، پیشنهاد خوبی تلقی می‌شود. اما ایراد این پیشنهاد آن است که تصریح ندارد که آیا مجلس الزامی به اصلاح یا لغو آن قانون مغایر با شرع دارد یا خیر. اگر پیشنهاد مذکور یک تخییر برای مجلس محسوب شود، ناقص بوده و فاقد ضمانت اجرای مناسب است و در صورت الزام به قانونگذاری، این ایراد وارد است که براساس اصل (۷۴) قانون اساسی ابتکار قانونگذاری، از طریق طرح نمایندگان یا لایحه دولت صورت می‌گیرد. از سویی دیگر بر مبنای اصل (۷۱) قانون اساسی نمی‌توان الزامی را برای مجلس در امر قانونگذاری لحاظ کرد. از این رو شورای نگهبان نمی‌تواند مجلس شورای اسلامی را به قانونگذاری (اصلاح یا ابطال)، در خصوص قوانین مصوب شورای انقلاب یا قوانین مصوب پیش از انقلاب که شورای نگهبان آن را مغایر با شرع می‌داند، ملزم کند. ضمن اینکه به نظر می‌رسد پیشنهاد مذکور مبتنی بر این پیش فرض است که شورای نگهبان صلاحیت ابطال قوانین مصوب شورای انقلاب و قبل از انقلاب را ندارد و صرفاً می‌تواند مغایرت این قوانین با شرع یا قانون اساسی را اعلام کند و این مجلس است که صلاحیت لغو یا اصلاح قوانین مصوب پیشین را داراست، چراکه ابطال قوانین پیشین توسط شورای نگهبان، موجب ایجاد خلأ قانونی خواهد شد. با توجه به مطالبی که در اثنای نوشتار گفته شد و صلاحیت شورای نگهبان برای ابطال قوانین مغایر شرع و قانون اساسی به اثبات رسید و ایراد ایجاد خلأ پاسخ داده شد، می‌توان گفت که پیشنهاد مذکور، از نظر مبنای، با آنچه در این نوشتار مورد پذیرش قرار گرفت، متفاوت است و نمی‌توان پیشنهاد حاضر را مقرون به صواب دانست.

پیشنهاد دیگری نیز در بحث حاضر مطرح است که براساس آن باید قانونی وضع و تصویب شود که نحوه اعلام نظر شورای نگهبان و اجرای آن را اعلام دارد (مهرپور، ۱۳۸۷[الف]: ۲۸). توضیح بیشتر آنکه، همان‌طور که برای نحوه نظارت شورای نگهبان بر انتخابات، به قانون نیازمندیم و سازوکار نظارت بر انتخابات توسط شورای نگهبان، در قانون

مشخص شده است، در این زمینه هم می‌توان سازوکار قانونی را طراحی کرد که مثلاً چه اشخاصی و چگونه بتوانند موضوع را به شورای نگهبان اطلاع دهند و شورا چطور اعلام نظر کند.^(۸) در این مورد که چه اشخاصی بتوانند مغایرت قوانین پیش از انقلاب و شورای انقلاب با قانون اساسی و شرع را به شورای نگهبان اطلاع دهند، می‌توان برای تمام اشخاص این صلاحیت را قائل شد - همان‌طور که عملاً در حال حاضر، هر کسی می‌تواند مغایرت با شرع را در خصوص قوانین مذکور به فقهای شورای نگهبان اطلاع دهد و از آنها ابطال آن را بخواهد - یا این امر را به اشخاص مشخصی محدود کرد، همچنان‌که در خصوص استفسار از شورای نگهبان طبق ماده (۱۸) آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان، صرفاً مقام معظم رهبری، رؤسای سه قوه و اعضای شورای نگهبان این صلاحیت را دارند. در هر دو صورت، باید هریک از اعضای این شورا بتواند از شورای نگهبان اعلام نظر در قوانین سابق را بخواهد و حتی شورای نگهبان می‌تواند مرکز تحقیقات شورای نگهبان را که بازوی پژوهشی و مشورتی شورای نگهبان است، مأمور کند تا به شناسایی قوانین سابق که در مظان مغایرت با شرع یا قانون اساسی‌اند، اقدام کند و زمینه را برای پیشنهاد یکی از اعضای شورای نگهبان به منظور طرح موضوع در شورای نگهبان برای اعلام نظر در مورد آن قوانین، فراهم سازد.

یادداشت‌ها

۱. قوانین مصوب قبل از انقلاب اسلامی، شامل مصوبات مجلس شورای ملی و مجلس سناست، همچنین مصوبات کمیسیون‌های این مجالس را که شأن قانونی دارد در برمی‌گیرد.
۲. به موجب قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲، قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۶۰ نسخ شده و احکام مقرر در ماده (۲۵) سابق، در ماده (۱۲) و تبصره «۲» ماده (۸۴) «قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری» (مصوب ۱۳۹۲) عیناً آورده شده است.
۳. برخی از استادان نیز موضع خاصی را در این خصوص ابراز نکرده‌اند؛ برای مثال می‌توان به دکتر ابوالفضل قاضی اشاره کرد که به صورت کلی معتقدند که دامنه و برد اصل چهارم قانون اساسی حاکم بر کلیه شبکه قانونگذاری کشور است، بدون آنکه نظری را در مورد نظارت بر قوانین پیش از انقلاب بیان دارند (قاضی، ۱۳۷۵: ۱۲۳).
۴. برای مطالعه بیشتر ر.ک: درویش متولی، شماره مسلسل ۱۳۹۲۰۳۵، ۱۳۹۲.
۵. بر خلاف حقوق عمومی که اصل را بر عدم صلاحیت اشخاص (حقوقی و حقیقی) دانسته است، در حقوق خصوصی اصل بر اهلیت اشخاص است (صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۸۹: ۲۰۶).
۶. برای مطالعه بیشتر ر.ک: درویش متولی، ۱۳۹۲: ۱۳۲-۱۰۹.
7. http://rc.majlis.ir/fa/legal_draft/show/720635
۸. البته ممکن است برخی قائل به عدم صلاحیت مجلس برای تصویب قانون در این زمینه باشند، که در فرض پذیرش این نظر، خود شورای نگهبان باید در خصوص مسائل مذکور در متن تصمیم بگیرد. بحث درباره صلاحیت یا عدم صلاحیت مجلس در این مورد، به پژوهشی جداگانه نیاز دارد که از حوصله این نوشتار خارج است.

منابع و مأخذ

الف) کتاب‌ها

- اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۴)، صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، تهران: انتشارات اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، چ اول، چهار جلد.
- امور تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات (تدوین‌کننده)، (۱۳۹۱)، مجموعه اساسی، تهران: معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات، چ دوم.
- برزگر خسروی، محمد (۱۳۹۱)، «حاکمیت شرع بر تقنین مجلس شورای اسلامی در مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی»، دین و قانون، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق(ع)، چ اول.
- خمینی، روح‌الله (۱۳۷۸)، صحیفه امام، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی(س)، چ اول، ج شانزدهم.
- شفیعی سروستانی، ابراهیم (۱۳۸۵)، قانونگذاری در نظام جمهوری اسلامی ایران، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چ اول.
- صفایی، حسین؛ قاسم‌زاده، مرتضی (۱۳۸۹)، حقوق مدنی: اشخاص و محجورین، تهران: انتشارات سمت، چ شانزدهم.
- طباطبائی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۷)، حقوق اداری، تهران: انتشارات سمت، چ پانزدهم.
- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۵)، حقوق اساسی ایران، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چ اول.
- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۴۲۱ق)، فقه سیاسی (فقه استدلالی)، تهران: انتشارات امیرکبیر، ج ۱.
- قاضی، ابوالفضل (۱۳۷۵)، گفتارهایی در حقوق عمومی، تهران: نشر دادگستر، چ اول.
- مدنی، سید جلال‌الدین (۱۳۷۶)، حقوق اساسی در جمهوری اسلامی ایران، تهران: انتشارات صدا و سیمای جمهوری اسلامی ایران (سروش)، چ دوم، ج چهارم.
- مدنی، سید جلال‌الدین (۱۳۸۹)، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: انتشارات پایدار، چ پانزدهم.

مرکز تحقیقات شورای نگهبان (تدوین‌کننده)، (۱۳۸۱)، مجموعه نظریات شورای نگهبان تفسیری و مشورتی در خصوص اصول قانون اساسی به انضمام استفساریه‌ها و تذکرات، تهران: مرکز تحقیقات شورای نگهبان.

موسی‌زاده، ابراهیم و همکاران (۱۳۹۰)، *دادرسی اساسی در جمهوری اسلامی ایران*، تهران: معاونت تدوین، تقیح و انتشار قوانین و مقررات ریاست جمهوری و مرکز تحقیقات شورای نگهبان.

موسی‌زاده، ابراهیم (۱۳۹۱)، *حقوق اداری*، تهران: انتشارات دادگستر، چ اول.

مهرپور، حسین (۱۳۷۱)، *مجموعه نظریات شورای نگهبان*، تهران: انتشارات کیهان، چ اول.

مهرپور، حسین (۱۳۸۷) [الف]، *دیدگاه‌های جدید در مسائل حقوقی*، تهران: انتشارات اطلاعات، چ سوم.

مهرپور، حسین (۱۳۸۷) [ب]، *مجموعه نظرات شورای نگهبان*، تهران: نشر دادگستر، چ اول، ج دوم.

هاشمی، سید محمد (۱۳۸۰)، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: انتشارات دادگستر، چ پنجم، ج دوم.

هدایت‌نیا، فرج‌الله (۱۳۸۷)، *شورای نگهبان: پرسش‌ها و پاسخ‌ها*، تهران: کانون اندیشه جوان.

هدایت‌نیا گنجی، فرج‌الله؛ کاویانی محمدهادی (۱۳۸۰)، *بررسی فقهی-حقوقی شورای نگهبان*، تهران: پژوهشکده فرهنگ و اندیشه اسلامی، چ اول.

یزدی، محمد (۱۳۷۵)، *قانون اساسی برای همه*، تهران: انتشارات امیرکبیر، چ اول.

ب) مقالات

احمدی، عیدمحمد (۱۳۸۶)، «مبانی قانونگذاری در افغانستان»، *ماهنامه معرفت*، ش ۱۱۸.

بندرچی، محمدرضا (۱۳۸۲)، «ارزش سند رسمی ضرورت احیای ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی»، *نشریه حقوق دادرسی*، سال هفتم، ش ۴۱.

خامنه‌ای، سید محمد (۱۳۶۹)، «اصل چهارم قانون اساسی»، *مجله کانون وکلاء*، ش ۱۵۳-۱۵۲، صص ۴۱-۱۱.

درویش‌متولی، میثم (۱۳۹۲) [الف]، *صلاحیت‌ها و جایگاه شورای نگهبان در پرتو مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی*، گزارش پژوهشی مرکز تحقیقات شورای نگهبان، شماره مسلسل ۱۳۹۲۰۰۱۱.

درویش‌متولی، میثم (۱۳۹۲)[ب]، «مأخذ شریعت ناظر در نظام تقنینی جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه حکومت اسلامی، ش ۶۷، شماره ۱۸.

درویشوند، ابوالفضل؛ راجی، سیدمحمد هادی (۱۳۹۰)، «تحلیلی بر نظارت بر قوانین و مقررات در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران»، مجله حکومت اسلامی، سال شانزدهم، ش سوم. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)، «اصول منطقی حاکم بر تفسیر قانون اساسی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۶۶.

مرتضوی، سید ضیاء (۱۳۸۶)، «مبانی کلی فقهی حجاب و مسئولیت دولت اسلامی»، فصلنامه فقه، ش ۵۲.

موسوی بجنوردی، سید محمد، دانش‌پور، افتخار (۱۳۹۰)، «بررسی فقهی و حقوقی جایگاه شورای نگهبان در نظام جمهوری اسلامی و نحوه نظارت آن بر قوانین و مقررات»، پژوهشنامه متین، ش ۵۳.

موسی‌زاده، ابراهیم (۱۳۸۹)، «تحلیل فرجام‌شناختی از اصل چهارم قانون اساسی»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰، ش ۲.

موسی‌زاده، ابراهیم (۱۳۸۸)، «ضمانت اجرای مغفول در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، مجله آموزه‌های حقوقی - دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ش ۱۲.

مهرپور، حسین (۱۳۶۸)، «اصل چهارم قانون اساسی و قلمرو شمول آن»، مجله کانون وکلاء، ش ۱۴۶-۱۴۷.

هدایت‌نیا گنجی، فرج‌الله (۱۳۸۱)، «نظارت شورای نگهبان بر قوانین و مقررات»، رواق اندیشه، ش ۱۱.

ج) پایگاه‌های اینترنتی

<http://www.rc.majlis.ir>
<http://www.tasnimnews.com>
<http://cl-m.ir>
<http://haghgostar.ir>