

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فصلنامه دانش حقوق عمومی

سال دوازدهم، زمستان ۱۴۰۲، شماره ۴۲

به موجب نامه‌ی شماره ۶۳۷۳۱/۱۸/۳ مورخ ۱۳۹۳/۴/۱۵ وزارت علوم، تحقیقات و فناوری
عنوان فصلنامه‌ی «بررسی‌های حقوق عمومی» به «دانش حقوق عمومی» تغییر یافته و
اعتبار علمی به این فصلنامه اعطا شد. این اعتبار شامل شماره‌های ۱ تا ۴ فصلنامه‌ی
بررسی‌های حقوق عمومی نیز می‌شود.

فصلنامه دانش حقوق عمومی

سال دوازدهم، زمستان ۱۴۰۲، شماره ۴۲

صاحب امتیاز: پژوهشکده شورای نگهبان

مدیرمسئول: عباسعلی کدخدایی

سر دبیر: سیامک رهپیک

اعضای هیأت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا)

- فیروز اصلانی، دانشیار حقوق عمومی دانشگاه تهران
- سیدمحمد حسینی، دانشیار حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه تهران
- ولی رستمی، دانشیار حقوق عمومی دانشگاه تهران
- سیامک رهپیک، استاد حقوق خصوصی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری و عضو پژوهشکده شورای نگهبان
- حسینعلی سعدی، استاد فقه و اصول دانشگاه امام صادق علیه السلام
- محمدحسن صادقی مقدم، استاد حقوق خصوصی دانشگاه تهران و عضو پژوهشکده شورای نگهبان
- عباسعلی کدخدایی، استاد حقوق عمومی دانشگاه تهران و عضو پژوهشکده شورای نگهبان
- محمدرضا ویژه، دانشیار حقوق عمومی دانشگاه علامه طباطبائی

ویراستار: اکرم دژهوست

صفحه آرایی: حمید مزینانی

چاپخانه: تهرانی

مقالات این فصلنامه لزوماً بیان‌کننده‌ی دیدگاه شورای نگهبان و پژوهشکده نیست.
نقل مطالب تنها با ذکر کامل مأخذ مجاز است.

آدرس: تهران، خیابان شهید مطهری^(ه)، خیابان شهید سرافراز، کوچه پنجم پلاک ۱۱ پژوهشکده شورای نگهبان

کد پستی: ۱۵۹۷۸۵۶۱۱۳ تلفن: ۸۸۵۳۳۴۳۷ - ۰۲۱ فکس: ۶۴۰۱۴۸۱۷ - ۰۲۱

آدرس سامانه فصلنامه: mag.shora-gc.ir E-mail: mag@shora-rc.ir

ارسال مقاله و پیگیری روند داوری آن و همچنین کلیه‌ی مکاتبات با دفتر فصلنامه
صرفاً از طریق سامانه فصلنامه انجام می‌گیرد.

قیمت: ۵۰۰/۰۰۰ ریال

- این فصلنامه در سامانه مخصوص خود به نشانی mag.shora-gc.ir نمایه می‌گردد.

- کلبه حقوق مادی برای فصلنامه‌ی «دانش حقوق عمومی» محفوظ است و آن دسته از نویسندگان محترمی که در صدد انتشار مقاله‌ی منتشره‌ی خود در مجموعه مقالات، یا بخشی از یک کتاب هستند، لازم است با ارائه درخواست کتبی، موافقت دفتر فصلنامه را اخذ نمایند.

- تمامی مقالات این فصلنامه در پایگاه‌های زیر نمایه می‌شود:

www.isc.gov.ir	پایگاه استنادی علوم جهان اسلام
www.ensani.ir	پرتال جامع علوم انسانی
www.magiran.com	بانک اطلاعات نشریات کشور
www.noormags.ir	پایگاه مجلات تخصصی نور
www.civilica.com	سیویلیکا
https://scholar.google.com	گوگل اسکولار
https://search.ricest.ac.ir	مرکز منطقه‌ای اطلاع‌رسانی علوم و فناوری
https://www.sid.ir	پایگاه اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی

خط‌مشی فصلنامه دانش حقوق عمومی

خط‌مشی فصلنامه‌ی دانش حقوق عمومی، انتشار مقالات علمی - پژوهشی در حوزه‌ی حقوق عمومی مبتنی بر موازین اسلامی و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران است. لازم است مقالات در جهت پیشرفت مطالعات مربوط به «حقوق عمومی» باشد. تحلیل نظرات و تجارب حقوقی مرتبط با حوزه‌ی حقوق عمومی با برخورداری از رویکرد نقد علمی از رئوس این خط‌مشی می‌باشد.

محورهای این فصلنامه (اعم از مطالعات نظری و ناظر به یک یا چند کشور) عبارتند از:

- مطالعه‌ی نظام‌سازی مبتنی بر موازین اسلامی و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
- مطالعه‌ی نقش و جایگاه کارویژه‌های شورای نگهبان در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و بررسی نهادهای مشابه
- مطالعه‌ی مبانی، نظریات، ساختار و کارکرد دولت
- مطالعه‌ی ابزارهای کنترل حقوقی قدرت، بازنگری و ارتقاء آن
- مطالعه‌ی فقه حکومتی
- جایگاه مشارکت مردم در ایجاد مردم‌سالاری دینی
- مقررات‌گذاری و نظارت بر عملکرد دولت

راهنمای نگارش مقالات

از نویسندگان محترم، با رعایت نکات زیر مقالات خود را از طریق سامانه فصلنامه (mag.shora-gc.ir) ارسال نمایند.

صرفاً مقالاتی در نوبت ارزیابی قرار می‌گیرند که موارد زیر در آنها مراعات شده باشد:

۱. نام و نام‌خانوادگی و مشخصات نویسنده / نویسندگان به‌طور کامل و به صورت زیر در ابتدای مقاله ذکر شود:
۱-۱. در صورت تعدد نویسندگان، حتماً نویسنده مسئول مشخص گردد.

- ۲-۱. رتبه دانشگاهی - گروه علمی - دانشکده - دانشگاه - شهر - کشور
- ۳-۱. آدرس ایمیل نویسنده / نویسندگان نوشته شود.
۲. چکیده مقاله دارای ۲۰۰ واژه و در بردارنده موضوع مقاله، سؤال و روش تحقیق و مهم‌ترین نتایج و فهرستی از واژگان کلیدی (۵ تا ۸ کلیدواژه) باشد.
۳. مقدمه مقاله حاوی موضوع و مسئله‌ی پژوهش، سؤال تحقیق، دلایل ضرورت تحقیق، تبیین روش تحقیق، ارائه‌ی پیشینه‌ی موضوع و ادبیات تحقیق و مرور ساختار مقاله باشد.
۴. نتیجه مقاله حاوی پاسخ به سؤال تحقیق و ارزیابی آن باشد.
۵. ارجاع به منابع و مآخذ، در متن مقاله و در پایان نقل قول یا موضوع استفاده‌شده به شکل زیر آورده شود:
- ۱-۵. قرآن کریم؛ (نام سوره، شماره آیه). مثال: (حدید: ۲۵).
- ۲-۵. منابع فارسی: (نام خانوادگی مؤلف، سال نشر، جلد: صفحه - بدون درج مخفف ص): مثال: (حسینی، ۱۳۷۶، ج ۲: ۸۳).
- ۳-۵. منابع لاتین: (صفحه، جلد، سال نشر، نام خانوادگی مؤلف): مثال: (Plantinga, 1998, vol 2: 71).
۶. تکرار ارجاع یا اسناد مثل بار اول بیان شود و از کاربرد کلمات همان، پیشین و... (Ibid, op.cit) خودداری شود.
۷. چنانچه از نویسنده‌ای در یک سال بیش از یک اثر انتشار یافته باشد، با ذکر حروف الفبا (داخل قلاب) پس از سال انتشار، از یکدیگر متمایز شوند. مثال: (حسینی، ۱۳۷۶ [الف]، ج ۲: ۸۵). در چنین مواردی، در فهرست منابع نیز حرف مذکور در داخل قلاب پس از سال انتشار ذکر می‌گردد.
۸. تمام توضیحات اضافی و همچنین معادل انگلیسی اسامی خاص یا اصطلاحات (در صورت لزوم) با عنوان «یادداشت‌ها»، در انتهای متن مقاله آورده شود (ارجاع و اسناد در یادداشت‌ها مثل متن مقاله، به روش درون‌متنی [بند۵] خواهد بود).
۹. در پایان مقاله، فهرست الفبایی منابع فارسی و لاتین به صورت زیر ارائه شود:
- ۱-۹. ابتدا منابع فارسی و عربی و سپس منابع لاتین.
- ۲-۹. کتاب: نام خانوادگی، نام نویسنده (تاریخ چاپ)، نام کتاب، نام مترجم، محل انتشار: نام ناشر، نوبت چاپ، جلد.
- ۳-۹. مقاله مندرج در مجلات: نام خانوادگی، نام نویسنده (سال انتشار)، «عنوان مقاله»، نام نشریه، دوره نشریه، شماره نشریه، صفحات مقاله.
- ۴-۹. مقاله مندرج در مجموعه مقالات یا دایره‌المعارف‌ها: نام خانوادگی و نام نویسنده (تاریخ چاپ): «عنوان مقاله»، نام کتاب، نام ویراستار، محل انتشار: نام ناشر، نوبت چاپ، شماره جلد، صفحات مقاله.
۱۰. ترجمه انگلیسی عنوان مقاله، چکیده و کلیدواژه‌ها، نام و مشخصات نویسنده/نویسندگان، تماماً معادل فارسی آنها همراه مقاله ارسال گردد.
۱۱. مقاله در محیط Word2007، متن مقاله با قلم BLotus12 (لاتین TimesNewRoman11)، کتابنامه BLotus11 (لاتین TimesNewRoman10) و یادداشت‌ها BLotus10 (لاتین TimesNewRoman9) حروفچینی شود.
۱۲. عناوین (تیتراها) با روش شماره‌گذاری عددی باشد. ترتیب اعداد در عناوین فرعی مثل حروف از راست به چپ تنظیم شود (تیتراهای اصلی با ۱، ۲، ... - تیتراهای فرعی با ۱-۱، ۲-۱، ... - تیتراهای فرعی‌تر با ۱-۱-۱، ۲-۱-۱، ... و پس از آن با حروف ایجاد باشد).
۱۳. حجم مقاله، از ۴۵۰۰ کلمه کمتر و از ۷۵۰۰ کلمه بیشتر نباشد (از ابتدای مقاله تا پایان فهرست منابع).
۱۴. مقاله ارسالی نباید در هیچ مجله داخلی یا خارجی چاپ شده باشد.
۱۵. استناد به مقاله مرتبط که در «فصلنامه دانش حقوق عمومی» منتشر شده اند، موجب می‌گردد مقاله ارسالی در اولویت بررسی و داوری فصلنامه قرار گیرد و علاوه بر آن واجد امتیاز بالاتری در مرحله داوری گردد.
۱۶. مقاله ارسالی نباید همزمان به سایر مجلات فرستاده شده باشد.
۱۷. فصلنامه در اصلاح و ویرایش مقالات آزاد است.

فهرست مطالب

- امکان‌سنجی انعقاد عقد معلق در فقه و حقوق ایران با نگرشی به قوانین اداری.....۱
 - محمدحسین سیاحی، غلام علی سیفی، رحیم سیاح

- سازکار مطلوب نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر مقررات اداری.....۴۱
 - عباسعلی کدخدایی الیادرائی، حمید فعلی

- تفسیر قصدگرایانه از جایگاه و صلاحیت‌های شورای نگهبان در پرتو اندیشه‌های شهید بهشتی.....۷۳
 - محمدرضا اصغری شورستانی، محمدصادق داریوند

- جایگاه التزام نسبت به رویه در الگوهای نظارت بر قانون اساسی در جهان و ایران.....۹۱
 - رضا محمدی کسجین، محمدصادق فراهانی، علی فتاحی زفرقندی

- تحلیل حقوقی سازمان‌ها، شرکت‌ها، و مؤسسات وابسته به دولت با بررسی موردی شرکت‌های توزیع نیروی برق.....۱۲۳
 - محمدبرزگر خسروی

- امکان و سازکارهای تشخیص قابلیت اعلام وصول طرح‌ها در مجلس شورای اسلامی مبتنی بر سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری.....۱۴۵
 - روح‌الله مکارم، ابوالفضل درویشوند، علی جلیل‌زاده

- جایگاه حقوقی نظرات شرعی فقهای شورای نگهبان راجع به اصول قانون اساسی و نسبت آن با تفسیر رسمی قانون اساسی.....۱۷۱
 - محمد بهادری جهرمی، زینب عساکره

- نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر مقررات مصوب رئیس قوه قضائیه.....۱۹۳
 - محمدامین ابریشمی‌راد، رضا خسروی اسفزار

امکان سنجی انعقاد عقد معلق در فقه و حقوق ایران با نگرشی به قوانین اداری

محمدحسین سیاحی^{۱*}، غلام علی سیفی^{۲**}، رحیم سیاح^{۳ و ۴***}

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۰/۱۱ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۵/۰۱

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: 10.22034/qjplk.2023.1475.1384

چکیده

تبیین «عقد معلق» و کاربردشناسی آن در اصطلاح فقهی و زمینه‌سازی تعیین ماهیت آن در معیت مفاهیمی همچون عقود منجز از موضوعات مهم در حقوق موضوعه ی ایران است. اما وجود اندیشه‌ها و تفکرات مختلف در ارتباط با موضوع عقد معلق سبب ایجاد تلقی متفاوت در این زمینه شده است. برخی از حقوق‌دانان اسلامی تعلیق در عقود را با استدلال به عدم استقرار تنجیز و منافات با جزمیت عقود باطل می‌پندارند. با توجه به اینکه غرض متعاقدين از وضع عقود ایجاد التزام و تحقق آثار به موجب قرارداد است، با پذیرش تعلیق در انشاء و الحاق آن به عقود تنجیزی، ساختارآفرینی و صحت عقود تعلیقی و اعراض از عدم صحت تعلیق در عقود امکان‌پذیر است. بر این اساس، باورمندان نظریه یادشده، با روش توصیفی-تحلیلی و با اثبات استقرایی مصادیق همگون تعلیق عقود در فقه-مانند وصیت، جعاله، وقف- و در حقوق اداری، از جمله به مواد قانون مدیریت خدمات کشوری یا شرایط عمومی پیمان، بر آن اند که می‌توان الزام به انعقاد عقود اداری به نحو معلق در حقوق ایران را بایسته پنداشت. واژگان کلیدی: تعلیق در عقود؛ تعلیق در انشاء؛ تعلیق در منشاء؛ حقوق اداری ایران؛

۱. دانشجوی دکترا، گروه حقوق خصوصی، پردیس علوم و تحقیقات خوزستان، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران.

۲. دانشجوی دکترا، گروه حقوق خصوصی، واحد اهواز، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران.

* Email: sheykh.sayahi@gmail.com

۳. استادیار مدعو، گروه حقوق خصوصی، واحد اهواز، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران. (نویسنده‌ی مسؤل)

** Email: gh.seifi.z@gmail.com

۴. استادیار مدعو، گروه حقوق خصوصی، واحد اهواز، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران.

۵. استادیار، دانشکده نفت، دانشگاه صنعت نفت، اهواز، ایران.

*** Email: sayah_rahim@yahoo.com



مقدمه

موضوع تعلیق در عقود موضوعی حائز اهمیت در فقه و حقوق ایران است که ضرورت آن در قراردادها بر کسی پوشیده نیست. اما با توجه به مقتضیات زمان، ضرورت، پشتیبانی از عقود معلق از گذرگاه عدالت، عقل‌گرایی و اندیشه‌ورزی در ترویج تحقق عقود معلق، و عدم بینش صحیح فقهی در عقود معلق باید گفت تعلیق عقود در حقوق ایران از حیث ملاک‌های یادشده به‌مثابه ی تضمین حقوق شهروندان است و دیدگاه واقع‌گرایی^۱ و عدم صحت تعلیق در عقود موضوعیت ندارد.

موضوع مطروحه، به‌رغم اهمیت و تأثیر فراوانی که در قراردادها و تحقق حقوق شهروندان از طریق توجه به مصلحت اجتماع و پیش‌گیری از فسخ و انفساخ و توسعه‌گری قراردادها دارد، چندان مورد توجه قرار نگرفته و تا جایی که صاحب این قلم می‌داند تا کنون تحقیقی مستقل و فراگیر در نقد تعلیق عقود در حقوق اداری، با استدلال به عدم بینش صحیح فقهی از استنباط حکم عقود تعلیقی، انجام نگرفته است. سیر مطالب مقاله بر مبنای این پرسش اصلی است که «آیا تحقق عقود معلق در فقه و حقوق ایران موضوعیت دارد؟» و پرسش‌های فرعی از جمله «نقد دیدگاه عدم صحت تعلیق در عقود با ساختار آفرینی^۲ و صحت عقود تعلیقی چگونه متصور است؟» و «مصادیق همگون تعلیق در عقود معلق در فقه و حقوق ایران کدام‌اند؟». کاوش در آثار نویسندگان در این زمینه نشان‌دهنده ی توجه به تعلیق عقود و تحریر مقالات در اولویت‌بخشی به آن در حقوق مدنی هستند که در ادامه به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود.

یزدانیان (۱۳۸۸) در پژوهشی، تحت عنوان «ویژگی‌های معلق‌علیه در فقه، حقوق ایران، و فرانسه»، اعلام نموده اند که اندیشه تعلیق در عقود با احراز اوصاف مد نظر و ایجاد رابطه حقوقی به صورت معلق متصور است. زارع (۱۳۹۷) در پژوهشی، تحت عنوان «مبانی و آثار تعلیق در عقد»، قائل به تفکیک تعلیق در انشاء و منشأ از منظر فقه و حقوق موضوعه شده اند و آثار چنین تصویری را ابراز نموده اند.

در هیچ‌یک از پژوهش‌هایی که به منظور تمثیل بیان شده مطالبی درباره ی استعمال تعلیق عقود در حقوق اداری مطرح نشده است. بنابراین، ارائه ی مستند کاربردسازی موضوع مستلزم فعالیت‌های علمی و پژوهشی است و ارائه ی مقاله حاضر را می‌توان مبتنی بر همین ضرورت دانست. تحقیق پیش رو به روش توصیفی-تحلیلی انجام شده است. افزون بر این، روش

گردآوری اطلاعات مبتنی بر مطالعات کتابخانه‌ای و تحلیل منابع موجود است. نگارنده با بررسی نوشته‌های فقهی دانشیان فقه شیعه و حقوق‌دانان قصد دارد موضوع مطروحه را تبیین کند. ابزار گردآوری اطلاعات فیش‌برداری، بانک‌های اطلاعاتی، شبکه‌های کامپیوتری، و نرم‌افزارهای تخصصی می‌باشد.

سیر مطالب این پژوهش در تنقیح موضوع «امکان‌سنجی انعقاد عقد معلق در فقه و حقوق ایران با نگرشی به قوانین اداری» با رویکرد عمومیت و جامعیت موضوع آن مد نظر است. افزون بر این، پایه بحث بر استظهار از احکام فقهی و روایات مخصوص و بیان آرای اندیشمندان اسلامی استوار است. در ابتدا برای مشخص شدن امکان‌سنجی عقد معلق در فقه و حقوق ایران، با نگرشی به قوانین اداری، ناگزیر باید با مفاهیم تمهیداتی آن آشنا شد.

۱. مفاهیم تمهیداتی عقد معلق در فقه و حقوق موضوعه ی ایران

در این پژوهش، نگارنده درصدد است تا جهت تبیین مفاهیم تمهیداتی عقد معلق در فقه و حقوق موضوعه ی ایران رویکرد نظری به عقد معلق را تشریح کند.

۱-۱. رویکرد نظری به عقد معلق

مراجعه به مباحث حاضر ما را با تعاریف بسیاری در لغت و اصطلاح مواجه می‌سازد. هر یک از این تعاریف بر جهتی از عقد معلق تأکید افزون‌تری می‌کنند و معیار عقد معلق در انعقاد عقود را توصیف می‌کنند.

۱-۱-۱. توصیف تعلیق در لغت

«معلق» در فرهنگ فارسی تعبیر به آویزان و آویخته‌شده (انوری، ۱۳۸۶، ج ۳: ۱۷۹۱) و آویزش و آویختن (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۳: ۴۷۸۷) شده است. همچنین، در معجم عربی «تعلیق» مرادف با «وابسته کردن مفاد عقد یا ایقاع به امری» و «علق بالشیء علقاً و علقه» است (ابن منظور، ۱۴۱۴ ق، ج ۱۰: ۲۶۱؛ انصاری، ۱۴۱۵ ق، ج ۹: ۴۲۹؛ جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳ ق، ج ۲۹: ۲۰۶). اکثر لغت‌شناسان کلمه ی «تعلیق» را نقیض کلمه ی «تنجیز» تلقی می‌کنند

۱-۱-۲. مفهوم‌شناسی تعلیق در اصطلاح

تعلیق از منظر فقهی به معنای تحقق عقدی وابسته و منوط به تحقق شرط یا وصف یا امر دیگری معرفی شده است. به عبارت دیگر، آنچه طرفین در عقد انشاء می‌کنند (مُنشأ) که به شرط یا صفتی وابسته باشد (حسینی‌مقدم، ۱۳۸۶: ۱۴۶) یا وابسته کردن مقتضا و نتیجه ی عمل

حقوقی به تحقق یا حصول امری دیگر (امامی نمینی، ۱۳۸۳: ۱۲). همچنین، جهت تبیین تعلیق در اصطلاح باید گفت تعلیق از دیدگاه فقه اسلامی به مفهوم و منطوق مضیق مد نظر نیست. نیز وضع آن صرفاً منحصر در احکام فقهی و پیوستگی و بایستگی با عقود نیست؛ بلکه در مباحث اصولی (اوامر و واجب معلق) نیز ظهور کرده است (شیرازی زنجانی، بی تا، ج ۹: ۳۲۵۵؛ جناتی، ۱۳۸۶، ج ۲: ۳۲۶). بنابراین، جایگاه موضوع تعلیق در منابع فقهی به دلیل ارجحیت تنجیز در عقود برابر نیست و بدین جهت وصول به موضع تعلیق در فقه نیازمند التفات به نحوه ی تحقق عقود تعلیقی مانند بیع و ضمان و اجاره (عمید زنجانی، ۱۳۹۱: ۵۲؛ ذهنی تهرانی، ۱۳۶۹، ج ۶: ۳۸۹؛ حسینی حائری، ۱۴۲۳ ق، ج ۲: ۶۹؛ زاهدی، ۱۳۶۲، ج ۱: ۲۶۷) و چگونگی شرطیت تنجیز در آنان (مدرسی، ۱۳۹۳، ج ۲: ۱۵۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ ق، ج ۵: ۵۱) است. تعلیق در عقود دارای دو جنبه است؛ شرط تعلیقی مثبت و تعلیق انحلالی عقود. بنابراین، یکی از دلایل انحلال عقود شرط فاسخ است (میردآدآشی، ۱۳۹۶: ۷). بر این اساس، طرفین شرط می کنند اگر حادثه یا فعل یا ترک فعلی رخ دهد عقد از بین برود. در این صورت با حصول معلق علیه، عقد منفسخ می شود؛ که به آن شرط تعلیق انحلال یا انفساخ عقد می گویند (عباسی داکانی، ۱۳۹۰: ۲۴). در این موارد سبب انفساخ ارادی است و نتیجه به طور قهری ظاهر می شود (اسدی نژاد، ۱۳۹۰: ۱؛ صدیقیان، ۱۳۹۴: ۵۷). اثر شرط فاسخ نیز مانند شرط تعلیق خودبه خود انجام می شود و نیازی به تصمیم بدهکار یا حکم دادگاه ندارد (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۱۱۷). بنابراین، شرط فاسخ به طور معمول معلق است (صدیقیان، ۱۳۹۴: ۵۷). تعلیق از جهت اینکه در چه چیز صورت می گیرد و چه نوع است معنی عام دارد و هم شامل شروط فاسخ (تعلیق در انحلال عقد) هم شامل شروط تعلیقی (تعلیق در وجود عقد) می شود (صدیقیان، ۱۳۹۴: ۵۹؛ عباسی داکانی، ۱۳۹۰: ۲).

۱-۱-۳. مفهوم شناسی قرارداد اداری

با توجه به این که یکی از نقاط محوری پژوهش حاضر کاربردسازی عقد معلق در عقود اداری است، شناسایی و تبیین معنایی قرارداد اداری ضروری است که در ادامه مطالبی ارائه می شود.

۱-۱-۳-۱. تعریف قرارداد اداری

قرارداد اداری قراردادی است که یکی از سازمان های اداری یا به نمایندگی از آنها از یک سو با هر یک از اشخاص حقیقی یا حقوقی از سوی دیگر با هدف انجام دادن یک عمل یا

خدمت مربوط به منافع عمومی، طبق احکام خاص، منعقد می‌شود (موسی‌زاده، ۱۳۹۳: ۵۶۰). ساده‌ترین معیار برای تشخیص قرارداد اداری از سایر عقود حضور یک شخص حقوق عمومی در مقام یکی از طرف‌های قرارداد است (عباسی، ۱۳۹۶: ۲۴). گفتنی است هر نهاد حقوقی دارای اصول اختصاصی است که در قلمرو آن بنیاد حقوقی بار معنایی معین و مشخصی دارد. این پژوهش، ضمن پذیرش افتراقات، نحوه‌ی استقرار و اولویت قراردادهای در حقوق اداری با حقوق خصوصی، خواستار این نگرش است که به تعلیق مطروحه در عقود به‌مثابه‌ی قاعده‌ای عام نگریسته شود. افزون بر این، به نظر می‌رسد تسری دادن استانداردهای قراردادهای خصوصی با تأکید بر موضوع تملک، اجاره، تعلیق، و ... به حقوق اداری و تأثیر استانداردهای حقوق خصوصی بر مدیریت قراردادهای اداری قابل توجیه باشد. زیرا، با توجه به قدمت استانداردهای حقوق خصوصی در مقایسه با حقوق عمومی، تأمل در نوع تعامل این دو حوزه‌ی کلان از حقوق از بایسته‌هایی است که در بالندگی هر چه بیشتر هر دو نقش‌آفرین خواهد بود و برای مفهوم‌سازی‌های مستقل در حقوق عمومی سبب پویایی و تحول بیشتر حقوق عمومی خواهد شد.

۱-۱-۳-۲. نقاط افتراق قرارداد اداری و خصوصی

لااقل یک طرف قراردادهای اداری اداره‌ای از ادارات عمومی است و این قرارداد برای تأمین پاره‌ای از خدمات عمومی منعقد می‌شود (ادیبی، ۱۳۹۰: ۲۴). بنابراین، قرارداد دولتی یا اداری، به معنای خاص، وسیله‌ی مؤثر اداره و بهره‌برداری از منابع عمومی و مدیریت خدمات عمومی و تأمین رفاه اجتماعی از طریق واگذاری امور به مردم و مبتنی بر رضایت و مشارکت آنان است (عراقی، ۱۳۸۸: ۷۷؛ طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۴: ۱۰۳). در این قرارداد، شخص ملزم به تبعیت از شرایط مقرر در قرارداد است و قرارداد با وی مطابق فرم تنظیم‌شده توسط اداره طرف قرارداد است. در واقع، یک طرف قرارداد اداره است که دارای قدرت برتر و انحصاری است و شروط قرارداد را تهیه و پیشنهاد می‌کند و طرف دیگر، بنا به ضرورت، مجبور به پذیرش همه‌ی شروط پیشنهادی طرف مقابل است. در این نوع قرارداد، که به قرارداد الحاقی معروف است، یک طرف همه‌ی قدرت و امتیازها را در اختیار دارد و طرف دیگر در وضعیت بسیار متفاوت حتی از کمترین امتیازات و آزادی‌ها برخوردار نیست (قافی، ۱۳۸۳: ۸۸). بنابراین، تنها اختیار شخص ملحق شدن یا نشدن به قرارداد است و نمی‌تواند در مورد مفاد قرارداد وارد

مذاکره با اداره شود. برخی از حقوق‌دانان حقوق خصوصی حتی استخدام را جزء قراردادهای الحاقی می‌دانند که در این نوع قراردادها نمونه‌ی مفاد آن به وسیله‌ی یکی از دو طرف قرارداد (در اینجا دولت) تنظیم می‌شود و طرف دیگر، بدون این که امکان تغییر یا گفت‌وگو درباره‌ی شرایط قرارداد را داشته باشد، به آن رضایت می‌دهد. در این فرض، عرصه‌ی یکی از دو طرف به نظمی که دیگری آراسته می‌پیوندد و توافق به شکل سنتی آن، با تفاهم در گفت‌وگوهای مقدماتی، به دست نمی‌آید (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۱۹).

به نظر می‌رسد قراردادهای اداری، دارای ماهیتی متفاوت با قراردادهای حقوق خصوصی هستند. زیرا در حقوق خصوصی افراد در شرایط برابر قرار دارند و می‌توانند درباره‌ی حقوق خود به چانه‌زنی بپردازند. اما در قراردادهای دولتی امکان چنین چیزی وجود ندارد. تفاوت دیگر در این نوع قرارداد، بر اساس آنچه برخی از حقوق‌دانان اشاره کرده‌اند، آن است که در قراردادهای اداری تغییر یک‌جانبه‌ی قرارداد از طرف دولت امکان‌پذیر است؛ در حالی که در قرارداد خصوصی چنین کاری امکان‌پذیر نیست و مفاد و شرایط قرارداد تا پایان رابطه‌ی حقوقی دو طرف، بدون هیچ‌گونه تغییری، باقی می‌ماند (امامی، ۱۳۸۶: ۲۰۹). قراردادهای دولتی، اعم از اداری و غیر اداری، از نظر شکلی تابع تشریفات هستند که موضوع حقوق عمومی است. اما این بدان معنا نیست که احکام قوانین مدنی و تجاری در قراردادهای اداری قابل اعمال نباشند؛ بلکه قراردادهای اداری، علاوه بر قوانین یادشده، از برخی قواعد اختصاصی دیگر، از جمله رعایت تشریفات، نیز تبعیت می‌کنند که این قواعد در تفسیر و اجرای قراردادها و رسیدگی قضایی به اختلافات ناشی از آنها از اهمیت بسزایی برخوردارند. گفتنی است قراردادی که موضوع آن خدمتی عمومی باشد، فارغ از شخصیت طرفین قرارداد، قراردادی اداری تلقی می‌شود. بدین ترتیب در چنین قراردادهایی نیز با پشتوانه‌ی قانونی، امکان پیش‌بینی امتیازات ترجیحی وجود دارد؛ یعنی قراردادی که طرفین آن خصوصی هستند بر مبنای وجود موضوع خدمات عمومی و مؤلفه‌های منفعت عمومی قراردادی اداری تلقی می‌شود و متولی خدمت عمومی می‌تواند دارای امتیازات ترجیحی باشد (نجاززاده، ۱۳۹۹: ۱۰۵). مطابق قانون محاسبات عمومی، قانون برگزاری مناقصه، و نیز آیین‌نامه‌ی معاملات دولتی همه‌ی پیمانکاری‌های دولتی باید از طریق مناقصه صورت پذیرد. در این ارتباط ماده‌ی ۷۹ قانون محاسبات عمومی مقرر می‌دارد معاملات وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی اعم از خرید، فروش، اجاره، استجاره،

پیمانکاری، اجرت کاری، و ... (به استثنای مواردی که مشمول مقررات استخدامی می‌شود) باید حسب مورد از طریق مناقصه و مزایده برگزار شود. مزایده فرایندی است برای فروش یا واگذاری کالا یا خدمات یا حقوق دولتی یا متعلق به عام (بیت‌المال) به فرد یا افرادی که بیشترین قیمت را پیشنهاد کرده باشد. مناقصه فرایندی رقابتی برای تأمین کیفیت مورد نظر است که در آن تعهدات موضوع معامله به مناقصه‌گری که کمترین قیمت را پیشنهاد کرده باشد واگذار می‌شود. روند برگزاری مناقصه کتبی است و نهایتاً نیز برابر بند «ب» ماده ی ۲۱ قانون مناقصه با برنده ی مناقصه قرارداد کتبی منعقد خواهد شد. باید گفت مباحث مربوط به قراردادهای اداری، که از زیرشاخه‌های حقوق اداری محسوب می‌شود، در سال‌های اخیر بیشتر مورد توجه دانشگاهیان و مؤسسات علمی قرار گرفته و لزوم توجه به این مباحث بر صاحبان علم و اهل فن پوشیده نیست. اما از آن مهم‌تر کاربردی ساختن این مباحث در ادارات دولتی و مؤسسات عام المنفعه است که مالکیت آن‌ها متعلق به مردم است. نیز وارد کردن این مباحث در برنامه‌های آموزشی سازمان‌های دولتی کمتر مورد توجه بوده است (صمیمی، ۱۳۹۹: ۲۱). نگارنده بر این باور است که کاربرد عقد معلق در قراردادهای اداری می‌تواند کارساز و گام مهمی در جهت پیشرفت این حقوق باشد.

۱-۲-۱- واقع‌گرایی و ساختار آفرینی از تعمیم تعلیق در عقود

یکی از رویکردهای دانشیان فقه شیعه و حقوق‌دانان به تعلیق در عقود واقع‌گرایی و انکار آغازگری تعلیق در عقود است که در ادامه به تبیین و تشریح آن پرداخته خواهد شد.

۱-۲-۱-۱. واقع‌گرایی در عدم صحت تعلیق در عقود

فقه شیعه، به منزله ی یکی از نهادها و مبانی قانون‌گذاری، در طول تاریخ با دیدگاه فقهای متعدد نقشی تأثیرگذار در تحکیم نظریه ی عدم صحت عقود تعلیقی داشته است. از این رو، با مراجعه به دانش فقه با رویکرد کاربردی‌سازی موضوع از رهگذر قضایایی از جمله تعلیق در وقف (حلی، بی‌تا، ج ۲: ۴۳۲؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۲: ۳۸۵؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ ق، ج ۱: ۱۱۰)، نکاح (ماده ی ۱۰۶۸ ق.م.؛ شبیری زنجانی، بی‌تا، ج ۱۰: ۳۶۳۲؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ ق، ج ۱: ۱۱۰)، وکالت (موسوی خوانساری، ۱۳۵۵، ج ۳: ۴۷۷؛ شبیری زنجانی، بی‌تا، ج ۹: ۳۲۷۳؛ میرزای قمی، ۱۳۷۱، ج ۴: ۹)، و بیع (روحانی، ۱۴۳۵ ق، ج ۲۶: ۱۲۹؛ مامقانی،

بی تا: ۱۴۵) بر عدم صحت تعلیق با استدلال به اعتبار تنجیز (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ ق، ج ۵: ۵۱) تأکید می‌ورزند.

در جایگاه تمثیل می‌توان گفت: «یحب أن تكون الوكالة منجزة عند جميع علمائنا.» (محقق کرکی، ۱۴۱۴ ق، ج ۸: ۱۸۰؛ حکیم، ۱۳۷۴، ج ۱۲: ۴۲۹ / مامقانی، ۱۳۲۳، ج ۲: ۲۵۵؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ ق، ج ۲۱: ۲۰). افزون بر این، بسیاری از علما عدم بطلان تعلیق را مستند به اجماع و ناپسند تلقی کرده‌اند: «لا عقد مع التعليق.» (مکارم شیرازی، ۱۳۹۰، ج ۱: ۲۰۲؛ نجفی، ۱۳۸۷، ج ۴: ۲۴۹؛ طباطبایی، بی تا: ۴۲۹؛ شبیری زنجانی، بی تا، ج ۹: ۳۲۵۱؛ اراکی، ۱۴۱۳ ق: ۲۹۳؛ موسوی خوانساری، ۱۳۵۵، ج ۳: ۴۷۷). در این بین محقق حلی ظاهراً نخستین فقیه شیعی است که واژه تنجیز را برای بیان عدم تعلیق مصطلح ساخت و زمینه‌ی تبدیل آن را به قاعده‌ی عمومی عقود و ایقاعات فراهم آورد (محقق حلی ۱/۲، ۱۵۱، ۱۷۰، ۱۷۹/۳، ۱۹). علامه حلی، در بسیاری از نوشته‌های فقهی خود و نوعاً، در بخش بیان شرایط، از تنجیز و عدم جواز تعلیق سخن می‌راند (تحریر الاحکام، ۱/۲، ۵۶۹، ۳/۷۱، ۲۲، ۲۷۳، ۲۹۱؛ همو، تذکره الفقهاء، چاپ سنگی، ۲/۴۱۵، ۴۳۳؛ همو، قواعد الأحکام، ۲/۱۵۵، ۱۶۷، ۳۴۹، ۳۸۸، ۳/۱۰؛ همو، تلخیص المرام: ۱۲۱، ۱۵۱؛ همو، تبصره المتعلمین: ۱۲۳؛ همو، ارشاد الأذهان، ۱/۴۱۷، ۴۵۱؛ همو، تذکره الفقهاء، ۱۰/۹، ۱۳/۱۵، ۱۴ (چ ۱۳۸۸)؛ همو، نهایه الأحکام، ۲/۴۱۵). ظاهراً وی نخستین فقیه‌ی است که در کتاب بیع به بحث از تعلیق و تنجیز روی آورده است. به استناد ظاهر برخی از عبارات علامه حلی که تنجیز را شرط صحت و تعلیق را سبب بطلان همه‌ی عقود و ایقاعات می‌شمارد (تذکره الفقهاء، ۱۰/۹، ۱۴/۱۵؛ چاپ سنگی، ۲/۴۱۵). می‌توان گفت در تاریخ ادبیات فقه شیعه نخستین بار اوست که از شرط تنجیز و بطلان تعلیق، به صورت قاعده‌ای کلی، سخن می‌راند و آن را از قواعد عمومی عقود و ایقاعات معرفی می‌کند.

در این خصوص، برخی دانشیان فقه، همچون شیخ انصاری، که به عدم کفایت دلایل قاعده‌ی عمومی تنجیز اذعان می‌کنند و به‌صراحت می‌گویند لزوم تنجیز عقود و ایقاعات به جز اجماع، که تحقق و اعتبار آن از تردید مصون نیست، دستاویز دیگری ندارد (انصاری، ۱۶۳/۳ - ۱۶۴؛ مامقانی، ۲/۲۵۹)، همچنان به دفاع از قاعده‌ی عمومی تنجیز برمی‌خیزند و بر لزوم تنجیز عقود و ایقاعات اصرار می‌ورزند. شاید بتوان گرایش به این دیدگاه را در

اعتماد وثیق این فقیهان به اجماع و همگرایی با شهرت و رعایت احتیاط در مخالفت با مشهور جست‌وجو کرد.

ادعای اجماع و عدم خلاف مهم‌ترین دلیلی است که مشهور برای اثبات دیدگاه خود به آن تمسک می‌جویند و از وقوع آن برای همه یا برخی از عقود سخن می‌رانند (علامه حلی، *تحریر الأحکام*، ۳/ ۲۹۱؛ صیمری، ۲/ ۳۳۷؛ محقق کرکی، ۸/ ۱۸۰؛ شهید ثانی، *تمهید القواعد*، ۵۳۳؛ *مسالك الأفهام*، ۵/ ۳۵۷؛ سبزواری، ۲/ ۹؛ فیض، ۳/ ۲۰۷؛ عاملی، ۱۶/ ۳۵۲، ۲۱/ ۴۴۹، ۴۵۰؛ نراقی، ۱/ ۳۴۵؛ مراغی، ۲/ ۲۰۴، ۲۰۶؛ انصاری، ۳/ ۱۶۳؛ عراقی، *شرح تبصره المتعلمین*، ۱۶/ ۵؛ *حاشیه المکاسب*، ۱۸۲، ۱۹۰).

اهمیت استناد به اجماع تا بدانجا است که بسیاری از دانشیان فقه، اعم از پیروان و مخالفان دیدگاه مشهور، یک‌صدا آن را عمده‌ترین و بلکه یگانه دستاویز اعتبار قاعده‌ی عمومی تنجیز می‌خوانند و همه‌ی دیگر دستاویزها را وجوهی ضعیف و غیر تام می‌شمارند (اردبیلی، ۹/ ۵۳۴؛ عاملی، ۱۲/ ۵۳۴، ۲۱/ ۴۵۰؛ نراقی، ۱/ ۳۴۵؛ انصاری، ۳/ ۱۷۰؛ مامقانی، ۲/ ۲۵۹؛ شهیدی، ۲/ ۲۲۵؛ آخوند خراسانی، ۲۹؛ نایینی، *المکاسب و البیع*، ۱/ ۲۹۲؛ *منیه الطالب*، ۱/ ۲۵۳؛ عراقی، *شرح تبصره المتعلمین*، ۵/ ۱۶؛ حکیم، *مستمسک العروه*، ۱۳/ ۲۲۲، ۱۴/ ۲۲۹، ۲۳۰؛ *خوبی، مصباح الفقاهه*، ۲/ ۳۳۹؛ *مبانی العروه*، ۲/ ۲۵۱؛ روحانی، ۳/ ۲۳۵، ۲۳۸؛ حائری، ۲/ ۶۸). از این رو، برخی از فقیهان پیرو دیدگاه مشهور، اجماع را به‌تنهایی برای اثبات لزوم تنجیز کافی می‌دانند و بر این باورند که به سبب آن اصل عدم اشتراط تنجیز ساقط می‌شود (نراقی، ۱/ ۳۴۵).

در این خصوص، محقق یزدی استدلال به اجماع را به دو ایراد مهم مبتلا می‌داند:

۱. عدم امکان تحقق اجماع

صاحب عروه تحقق اجماع را برای لزوم تنجیز عقود منتفی می‌شمارد (*حاشیه المکاسب*، ۱/ ۴۴۱؛ *العروه الوثقی*، ۵/ ۴۰۴). چه به باور وی چگونه می‌توان از چنین اجماعی سخن راند در حالی که از یک سو به اعتراف پیروان دیدگاه مشهور فقیهانی چند به مخالفت با قاعده‌ی عمومی تنجیز برخاسته‌اند و از دیگر سو وجود تشتت و اختلاف اقوال بین پیروان این قاعده مشهود است.

۲. مدرکی بودن اجماع

محقق یزدی ایراد دوم اجماع بیان شده را مدرکی بودن آن می‌داند. چه به باور وی توجه به وجوهی که پیروان دیدگاه مشهور برای اثبات لزوم تنجیز دستاویز می‌سازند، خود، مستند این اجماع را کلاً یا بعضاً نمایان می‌سازد و دیگر تردیدی در غیر تعبدی بودن آن باقی نمی‌ماند (حاشیة المکاسب، ۱ / ۴۴۱).

پس از صاحب عروه، بسیاری از دانشیان فقه شیعه، اعم از موافقان و مخالفان قاعده تنجیز، ایرادهای دوگانه وی بر مهم‌ترین دلیل مشهور را مورد توجه قرار دادند و به بیان و بازخوانی آن‌ها روی نهادند و بدین شیوه به وارد بودن ایرادهای صاحب عروه بر اجماع ادعایی مشهور اذعان کردند (آخوند خراسانی، ۲۹؛ ایروانی، ۲ / ۱۰۲؛ شهیدی، ۲ / ۲۲۵؛ نایینی، المکاسب و البیع، ۱ / ۲۵۵، ۲۹۵؛ خمینی، ۱۴۲۸ ق، ۱ / ۱۶۸؛ خمینی، ۱۴۲۱ ق، ۱ / ۳۵۱؛ خوئی، مصباح الفقاهه، ۲ / ۳۳۴؛ حائری، ۲ / ۶۸؛ مکارم شیرازی، ۱۲۵).

۱-۲-۲. ساختار آفرینی صحت تعلیق در عقود

ساختار آفرینی و صحت تعلیق در عقود جهت مواجهه با واقع‌گرایی و عدم صحت تعلیق در عقود بر پایه سیاست‌گذاری فضیلت‌گرایانه^۳ و تدقیق فلسفه تشریح احکام عقود تعلیقی قائم است. بر مبنای سیاست‌گذاری فضیلت‌گرایانه و سیاست‌گذاری فقه‌الاولویه از برجسته‌ترین سیاست‌گذاری‌ها در تشریح بینش سیاست‌گذاری بهینه اقتصادی اسلامی مبتنی بر عقود معلق در تشریح احکام است.

در سیاق این سیاست‌گذاری، صحت عقد معلق مورد توجه قرار می‌گیرد. توجیه‌نگارنده در ساختار آفرینی و عدم صحت تعلیق در عقود بر پایه استظهار بر این مبنا استوار است که هرچند تعلیق عقد به معنی تعلیق انشاء^۴ امکان‌پذیر نیست، «لا تعلیق فی الإنشاء» (اصفهانی، ۱۴۲۷ ق، ج ۵: ۱۷۴؛ عمیدزنجانی، ۱۳۹۱: ۵۲؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ ق، ج ۵: ۵۱؛ هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ج ۵: ۴۲۱)، عقد معلق در تعلیق منشأ^۵ (عمیدزنجانی، ۱۳۹۱: ۵۲؛ مدرسی، ۱۳۹۳، ج ۲: ۱۷۱؛ سبحانی تبریزی، ۱۳۸۹، ج ۱: ۲۱۳) و تعلیق متعلق منشأ^۶ (شیرازی زنجانی، بی‌تا، ج ۹: ۳۲۵۶) طبق ضوابطی قابل تصور است. همچنین می‌توان در ارتباط با تعلیق منشأ تقریر کرد که «لا ریب فی انه امر متصور واقع فی العرف و الشرع کثیراً فی الاوامر و المعاملات من العقود و

الایقاعات.» (روحانی، ۱۴۲۹ ق، ج ۳: ۲۳۵؛ شیرازی، ۱۳۷۰، ج ۲: ۱۸۰؛ ذهنی تهرانی، ۱۳۶۹، ج ۶: ۳۹۰).

برآیند اینکه به موجب نگرش فضیلت‌گرایانه دینی، نسبت به عقد معلق، تشریح قراردادهای معلق، براساس بینش‌ها و مفاهیم دینی امکان‌پذیر می‌باشد و همچنین، طرز تلقی آن مکتب در زمینه عقود تعلیقی نشئت و سامان دهی گرفته و منجر می‌شود، فلسفه‌ی عقود تعلیقی تبلور یافته از آموزه‌های دینی، افراد را با کنش‌های متعارف عقود مبتنی بر فقه الاولویه در جهت نیل به اهداف، که همانا اعتلای سطح قراردادها و ... است، رهنمون سازد.

۲- کاربست‌های عقود معلق در فقه و حقوق اداری ایران

در ادامه نگارنده درصدد است به تبیین و تشریح و واکاوی دستاوردهای باورمندان به تعلیق، قائلان به تعلیق در عقود، و مصادیق تعلیق در عقود بپردازد.

۲-۱. واکاوی دستاوردهای باورمندان به تعلیق در عقود

یکی از دستاویزهای مطروحه‌ی باورمندان عقل‌گرایی و اندیشه‌ورزی در ترویج تحقق عقود معلق است که بیان نحوه‌ی استدلال آنان ضروری به نظر می‌رسد.

۲-۱-۱. تأثیر عقل‌گرایی و اندیشه‌ورزی در تحقق عقود معلق

امعان نظر در نحوه‌ی استدلال‌های عقلی موجود در آثار فقیهان نشان‌دهنده‌ی اماره‌ی صریح در استعمال عقود معلق است. افزون بر این، با ملاحظه‌ی سیره‌ی قضایی نیز تعمیم تعلیق در عقود مشهود است. در عقل‌گرایی و اندیشه‌ورزی در تحقق عقود معلق نیز عقلاً به اقتضا و مقبولیت آن در قراردادها، توجه کرده‌اند که نشان می‌دهد هرچند اصل اولی عدم پذیرش تعلیق در عقود است، این بحث در تکوین متصور است و در امور اعتباریه تعلیق مانعی ندارد و اگر در جایی عقلاً نمی‌پذیرند به این دلیل است که در طبیعت عقد نیست. اما اگر، طبیعت چیزی تعلیق باشد، معلوم می‌شود که آنجا حاجتی به تعلیق بوده است و عقلاً آن قاطعیتی را که در عقود دیگر می‌خواهند در آنجا نمی‌خواهند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ ق، ج ۱: ۱۱۳).

افزون بر این، عقلاً مشکلاتی دارند که جز با عقود معلقه نمی‌توانند آن را حل کنند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ ق، ج ۱: ۱۱۳). بنابراین، تعلیق منشأ و تأخر آن از انشاء اشکالی عقلی ندارد. موضوع نیز امروزه در اجتماع و قراردادها به وقوع می‌پیوندد (روحانی، ۱۴۳۵ ق، ج ۳۱: ۴۱). در اثبات این امر می‌توان به مفاد قضایای شرطیه توجه کرد. وقتی گفته می‌شود: «ان کانت

الشمس طالعة فالنهار موجود»، وقتی انسان علم به مفاد این جمله پیدا می‌کند، علم ما فعلی است و تعلیق ندارد. اما معلوم ما، معلق است؛ یعنی ما به وجود «نهار» بر فرض طلوع شمس علم داریم نه به وجود بالفعل نهار (شبیری زنجان، بی تا، ج ۹: ۳۲۵۲).

۲-۱-۲. عدم بینش صحیح فقهی و خودداری فقیهان از کاربرد قیاس در عقود معلق

چنان که بیان شد، فقها با بررسی نصوصی که صراحت در تحقق تعلیق در عقود دارند حکم آن را مشخص کرده‌اند. استدلال چنین تعمیمی عدم وابستگی و پیوستگی به تنجیز بر اساس طبیعت عقود است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ ق، ج ۱: ۱۱۳).

اما در خصوص نظر باورمندان به عدم صحت تعلیق در عقود، باید گفت این امر ناشی از نگرش غیر صحیح برخی از فقیهان مبنی بر عدم صحت تعلیق در عقود می باشد و حال اینکه ملاحظه می گردد با توجه به مصادیق موضوع، تعدد احکام وجود دارد و این امر باعث شده است که فقیهان در مقام امتثال، قادر به جمع بین مصادیق نباشند. بر این اساس، نگارنده نسبت به عدم صحت عقود تعلیقی فقیهان در مورد یادشده نگرشی منفی داشته و بهره‌گیری از استدلال تعلیق در عقود از طریق تعلیق در انشاء و مُنشأ را مقرون به صحت و منطبق بر آموزه‌های فقهی می‌داند. ممکن است ایراد شود که در ارتباط با عدم صحت عقود تعلیقی، اجماع وجود دارد. در پاسخ می‌توان گفت حجیت اجماع نه اساس و زیربنای عقلی دارد نه عرفی نه تعبدی؛ همچنین، بنابراین، در ارتباط با نفی پذیرش تعلیق در عقود به دست آوردن چنین اجماعی امکان ندارد. علاوه بر این، در ارتباط با عدم تحقق اجماع بر بطلان تعلیق در باب وکالت، باید گفت ابن ادریس با این که در بسیاری از موارد به طور قاطع مطالب را تعبیر می‌کند، در این موضوع ادعای اتفاق یا اجماع نکرده است. حتی ظاهر کلام مرحوم شیخ طوسی در مبسوط نیز این است که در موضوع، اجماعی نیست. چون مرحوم شیخ در مقام استدلال برای این که تعلیق در وکالت، باطل است؛ می‌فرماید دلیلی بر جواز تعلیق در وکالت وجود ندارد و کأنّ ما طبق اصل، قائل به بطلان تعلیق می‌شویم. از این نحوه استدلال می‌فهمیم که بطلان تعلیق به نظر ایشان، اجماعی نیست. چون اگر بطلان تعلیق اجماعی بود، مرحوم شیخ، نباید در مقام استدلال می‌فرمود؛ ما دلیلی بر جواز تعلیق نداریم. باید می‌فرمود؛ ما دلیل بر بطلان آن داریم. بالجمله از این که مرحوم شیخ در مقام استدلال، تعبیر به نبود دلیل بر

جواز تعلیق می‌کند؛ معلوم می‌شود که بطلان تعلیق در وکالت، اجماعی نیست (شبیری زنجانی، بی‌تا، ج ۹: ۳۲۷۳). افزون بر این، انسجام‌بخشی نقد دینی در نگرش به عقود تعلیقی، تحول در مبانی استنباط، تنقیح مبانی استدلال و طرح شیوه‌های جدید برای استدلال، بازپروری بحث‌های کهنه و معهود و مرسوم، و در نهایت توسعه و تعمیق بخشیدن بدان‌ها با استنباط‌های منطقی بر اساس فقه و حقوق ضروری به نظر می‌رسد.

بنابراین، تفکر دینی باید به ویژگی‌ها و شرایطی را که پیش از آغاز به استنباط دارد به شناخت عمیق به مبانی شریعت و فقه اجتهادی و استفاده از آن‌ها به گونه‌ای موجه و مستدل توجه داشته باشد. این مهم موجب می‌شود که دارندگان اندیشه‌های واقع‌گرا و منصف از این نوع تفکر دینی، دیدگاه روشنی نسبت به شریعت داشته باشد و عدم درک آن‌ها بزرگ‌ترین خطر را برای فقه در ابعاد حکومت اسلامی به دنبال دارد. بنابراین، بروز هر گونه تنافی میان مبانی برگزیده نشان‌دهنده‌ی ضعف تفکر فقهاست و قوت تفکر بر پایه‌ی ایرانیت، اسلامیت، و تشیع به راه‌گشایی در مشکلات فقهی و تفسیر صحیح از نصوص و حل موارد به‌ظاهر متنافی منجر می‌شود و فقیه‌ی که در فقه به مبانی خود پایبند نباشد باید در تفکر فقهی خویش تجدید نظر کند. همچنین، برداشت‌های متعارض دانشیان فقه شیعه از مسائل فقهی و تأثیرپذیری آن‌ها، آغازگر حرکت به سوی کاهش جایگاه تشیع و احکام خاص آن است و این تعارض در وحدت ملاک بطلان تعلیق در نکاح و ضمان معلق مشهود است (علی‌آبادی، ۱۳۹۳: ۲۰۸).

بنابراین، ارائه‌ی نظری خلاف مشهور فقها به نظر نمی‌رسد عملی خلاف شرع باشد. پایبندی به شرع مستلزم پذیرش اندیشه‌ی فقهای گذشته نیست. چون حقوقدان امروز بی‌نیاز از اجتهاد نیست. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۲: ۳۷). فقهی پویا لازم است تا بتوان نظرات کهن را فدای ضرورت‌ها و مصالح انسانی کرد. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۲: ۵۳۹). نگارنده بر آن است که راهکار برون‌رفت از افتراق حکمی عقود معلق را باید در نقد یکسان‌انگاری منطبق فقه و حقوق، در قانون‌گرایی و انسجام دستورالعمل‌های نظام‌مند، در تفکر فقها در تعمیم عقود تعلیقی به قراردادهای اداری تفحص کرد. به تعبیری دیگر، در منابع حقوقی و فهم و تفسیر قانون با کاربست قیاس به اراده‌ی قانون‌گذار رسید. این ضابطه، می‌تواند تأییدی بر این ادعا باشد که «روش‌ها» به طور کلی سازکارهای عقلایی و بشری محسوب می‌شوند و اعتبار آن‌ها نیازمند

تأیید مستقیم شارع نیست (سیمایی صراف، ۱۳۹۰: ۲۱۷). به نظر می‌رسد؛ حتی اگر به‌کارگیری قیاس در تفسیر فقهی، ناروا باشد؛ کاربرت آن در حقوق؛ لزوماً ناموجه نیست. بنابراین، می‌توان با تفکیک ملاکات در فقه و حقوق در استفاده از قیاس، در موضوع مقاله به این نتیجه رسید که، اختلاف فقها در صحت یا عدم صحت عقد معلق، مانع تسری حکم صحت تعلیق به قراردادهای اداری با تمرکز بر قیاس حقوقی و تنقیح مناط نمی‌شود. این خط‌مشی، مورد تأیید قانون‌گذار است. در ادامه نمونه‌هایی از تعلیق در قانون مدنی و قانون تجارت بیان خواهد شد و با تنقیح مناط و وحدت ملاک احکام آن به قراردادهای اداری امکان‌پذیر می‌شود.

۲-۲. اثبات تعلیق در عقود در فقه و حقوق ایران با نگرشی به قوانین اداری

در این قسمت، نگارنده می‌کوشد درباره‌ی صحت‌گذاری موضع فقه و قانون مدنی در پیوستگی عقود و تعلیق مطالبی را بیان کند.

۲-۲-۱. صحت‌گذاری موضع فقه و قانون مدنی در پیوستگی عقود و تعلیق

نگارنده، ضمن پذیرش دیدگاه «تعلیق در منشأ و حتی گاهی موارد در انشاء» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ ق، ج ۱: ۱۱۲)، پیوستگی تعلیق در عقود را در احکام از موضع قانون مدنی برابر و مشترک می‌داند. بنابراین، هرچند در حقوق موضوعه‌ی ایران، در ارتباط با عقد معلق، مضمونی مبرهن ملاحظه نمی‌شود، قانون‌گذار در ماده‌ی ۱۸۴ قانون مدنی، تعلیق را نوعی عقد محسوب کرده است. افزون بر این، از مفهوم مخالف ماده‌ی ۱۸۹ قانون یادشده نیز، می‌توان به تعریفی از عقد معلق رسید (قبولی درافشان، ۱۳۹۲: ۸۰). همچنین، از نظر منطق قضایی عقد معلق، جزء یکی از عقود است و هیچ ماده‌ی قانونی صریحی دال بر بطلان آن در دست نیست. بنابراین، آن عقود معلق که به صورت شرط متأخر یا واجب مشروط باشد را می‌پذیرند و آن را داخل در ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی و جزء عقود صحیح، می‌دانند (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹، ج ۲: ۳۸۹؛ کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۱۷). برخی بر آن‌اند که قانون مدنی ایران در ارتباط با عقود معلق، ساکت است. اما به نظر می‌رسد؛ با ژرف‌نگری قانون‌گذار و به‌کارگیری مواد ۱۸۴^۷ و ۱۸۹^۸ با نوعی پذیرش تعلیق در عقود، روبه‌رو هستیم. به علاوه، بر اساس ماده‌ی ۲۱۹^۹ و ۲۳۳^{۱۰} قانون یادشده اصل بر لزوم و صحت معاملات، از جمله معامله‌ی معلق، است. همچنین، از ماده‌ی ۱۰۶۸ این قانون برداشت می‌شود؛ که قانون‌گذار فقط تعلیق در عقد نکاح را، سبب بطلان آن

دانسته است؛ زیرا اگر نظر به بطلان سایر عقود داشت؛ اولاً، در ماده‌ی ۱۸۴ قانون مدنی آن را جزء عقود صحیح نمی‌آورد و ثانیاً؛ نیاز به ذکر استثنائاتی مانند، ماده‌ی ۱۱۰۶۸ نبود. نگارنده در این قسمت درصدد است تا مصادیق تعلیق در عقود معلق با محوریت افاقه‌ی سیاست‌گذاری‌ها در تشریح بهینه‌ی اسلامی مبتنی بر عقود معلق، در تشریح احکام از منظر فقه الموازنه را نشان دهد. شیوه‌ی این سیاست‌گذاری، به موازنه‌ی تعلیق عقود با اتحاد نقش فقه و در نهایت تشریح مصادیق همگون تعلیق عقود در فقه و حقوق مدنی توجه دارد. بنابراین، نگارنده در مصادیق تعلیق در عقود معلق، ضمن برشمردن مکانیسم عام با رویکرد اختصار، همچنین شیوه‌ی خاص اجرای تعلیق در عقود با تحدید مصادیقی چون عمل عامل در جعاله، قبول موصی‌له در وصیت تملیکی، نذر، و عقد اجاره به شرط تملیک، مدعی است؛ که در نظام اسلامی با در اختیار داشتن ابزارهای تشریحی از جانب شرع می‌توان عقد معلق را در عقود اداری، محقق ساخت. ممکن است ایراد شود که چگونه می‌توان چنین نتیجه‌ای گرفت و چگونه می‌توان چنین قیاسی را انجام داد؟ در پاسخ می‌توان گفت؛ چنین معنی برای حقوقدان در استفاده از قیاس، متصور نیست و حقوقدان، لزومی به پایبندی به تشتت آرای فقهی و ظاهرگرایی آنان، ندارد. وظیفه‌ی قانون‌گذار تطبیق قانون مناسب منطبق با نظر فقیهی است که تعلیق در عقود را پذیرفته است.

- **ضمان معلق:** در کنار فقهایی که تعلیق در ضمان را مقدور نمی‌دانند: «مثل این‌که ضامن، قید کند که اگر مدیون، نداد من ضامنم؛ باطل است؛ ولی التزام به تأدیه، ممکن است معلق باشد» (محقق داماد، ۱۳۸۴: ۲۱۰؛ خوئی، ۱۴۱۸ ق، ج ۳۱: ۴۰۲؛ یزدی، ۱۴۲۲ ق، ج ۲: ۶۴۰؛ محسنی، ۱۳۸۲: ۲۹؛ مفاد ماده ۶۹۹ ق.م.م)، برخی دیگر از فقها، در کتب فقهی مکرر و به صورت تلویحی، تعلیق در ضمان را با استدلال به منجز نبودن ضمانت و قائل شدن به اصل صحت و استصحاب کردن و یقین بر تعلیق عقود پذیرفته‌اند: «إذا وجد مع التعلیق صح الضمان» (مغنیه، ۱۳۷۹، ج ۴: ۴۵). در حقوق موضوعه‌ی ایران ماده‌ی ۷۰۰ قانون مدنی بر این مهم صحه گذاشته است (باریکلو، ۱۳۸۰: ۳۵). افزون بر این، ضمان چیز ثابت‌نشده را می‌توان از مهم ترین مصادیق ضمان معلق باشد؛ «ضمان ما لم یجب جاز التعلیق» (حلی، بی‌تا، ج ۲: ۸۶؛ عراقی، ۱۳۷۹: ۱۸۵) و «لا دلیل علی بطلان التعلیق و عدم صحه ضمان ما لم یجب من نصّ او اجماع» (امامی خوانساری، ۱۴۱۴ ق، ج ۱: ۹۴).

- عمل عامل در جعاله: در جعاله، ملکیت جُعَل برای عامل مشروط به تحقّق شرط بیان شده است. در همه‌ی این موارد انشاء فعلی است و تعلیقی در آن نیست. اما مُنشأ معلق یا متأخر است (شیرازی زنجانی، بی تا، ج ۹: ۳۲۵۵). بنابراین، ملکیت عامل در ارتباط با جعل، معلق به انجام دادن عمل است و عامل زمانی مالک جُعَل می‌شود که عمل را انجام داده باشد (نقیبی، ۱۳۹۶: ۱۸۷). ماده‌ی ۵۶۷ قانون مدنی مقرر می‌دارد که «عامل وقتی مستحق جعل می‌گردد که متعلق جعاله را تسلیم کرده یا انجام داده باشد».

- قبول موصی له در وصیت تملیکی: در طبیعت بعضی از عقود، مانند وصیت، تعلیق مشاهده می‌شود و نمی‌توانیم بگوییم که تعلیق در آن‌ها، اشکال دارد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ ق، ج ۱: ۱۱۳). باب وصیت چون در حال حیات به اموال خود نیاز دارد و بعد از ممات می‌خواهد بر نوع تصرف اموالش تأثیرگذار باشد، وصیت می‌کند که این نیاز فطری و اجتماعی انسان است که به طور منجز نمی‌تواند به آن دسترسی پیدا کند. پس این عقود، برای رفع نیازهاست که این نیازها با عقود منجزه درست نمی‌شود (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ ق، ج ۱: ۱۱۳). در تأیید طبیعت برخی عقود تعلیقی، مانند وصیت، می‌توان گفت تعلیق در وصیت را صحیح می‌داند (امامی خوانساری، ۱۴۱۴، ج ۱: ۳۸). «اذا امتّ فهذه الدار لك». این وصیت تملیکیه چیزی غیر از تعلیق نیست (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹، ج ۲: ۳۸۹؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ ق، ج ۱: ۱۱۳) و این نوع تصرف، اجتماعی فقهاست (ذهنی تهرانی، ۱۳۶۶، ج ۱۲: ۳۶۱). قانون مدنی در ماده‌ی ۸۲۶ مقرر می‌دارد که «وصیت تملیکی عبارت است از این که کسی عین یا منفعتی را از مال خود برای زمان بعد از فوتش به دیگری مجاناً تملیک کند». افزون بر این، ماده‌ی ۸۲۷ نیز مشعر است که «تملیک به موجب وصیت محقق نمی‌شود؛ مگر با قبول موصی له پس از فوت موصی».

- عقود وثیقه‌ای: در نظام حقوقی کنونی می‌توان عقد ضمان، حواله، کفالت، و رهن را تحت شمول عقود یادشده قرار داد (سیفی زیناب، ۱۳۹۷: ۲۰۶). ماده‌ی ۷۲۳ قانون مدنی در ارتباط با اثر عقد ضمان، که پیش‌تر توضیحاتی درباره‌ی آن بیان شد، مشعر است که «ممکن است کسی در ضمن عقد لازمی به تأدیة دین دیگری ملتزم شود. در این صورت تعلیق به التزام مبطل نیست؛ مثل این که کسی التزام خود را به تأدیة دین مدیون معلق به عدم تأدیة او کند». بنابراین، وجود قانون یادشده و رواج عقود وثیقه‌ای، باعث می‌شود شرط اثر عقد ضمان در قالب شرط نتیجه معلق در ضمن عقد لازمی دیگر صحیح اعلام شود (باریکلو، ۱۳۸۰: ۳۶).

حاصل این‌که با تدقیق در مبانی دیدگاه‌های ارائه‌شده به نظر می‌رسد؛ دلیلی برای عدم امکان تعلیق در عقود وثیقه‌ای، وجود ندارد و عقود یادشده را نیز، باید داخل در قلمرو قاعده‌ی تعلیق‌پذیری قراردادها دانست (سیفی، ۱۳۹۷: ۲۰۷).

– **عقد اجاره به شرط تملیک:** شخص می‌تواند در عقد اجاره، که تملیک منافع است، ظرف تملیک منافع را زمان آینده قرار دهد (شبیری زنجانی، بی‌تا، ج ۹: ۳۲۶۷). بر این اساس، انتقال مالکیت، معلق به پرداخت آخرین قسط می‌شود و با پرداخت آن، مالکیت منتقل می‌شود (وحدتی شبیری، ۱۳۹۹: ۳۹۸؛ اسلامی‌پناه، ۱۳۸۸: ۳۱). چنین قراردادی با اجاره و بیع ارتباط برقرار می‌کند (اسلامی‌پناه، ۱۳۸۸: ۲۳). این اصطلاح ابتدا در «آیین‌نامه‌ی اجرایی اجاره به شرط تملیک» مصوب ۱۳۶۱/۰۸/۲۶ شورای پول و اعتبار و سپس در قانون عملیات بانکی بدون ربا و بهره مصوب ۱۳۶۲/۰۶/۰۸ به کار گرفته شد و در ماده‌ی ۵۷ آیین‌نامه‌ی تسهیلات اعطایی بانکی و آیین‌نامه‌ی فصل سوم عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲/۱۰/۱۲ هیئت وزیران تعریف شد و چگونگی و شرایط تنظیم قرارداد یادشده ماده‌ی ۵۸ تا ۶۵ آیین‌نامه‌ی یادشده معرفی شد. در ماده‌ی ۵۷ این آیین‌نامه چنین آمده است: «اجاره به شرط تملیک عقد اجاره‌ای است که در آن شرط شود مستأجر در پایان مدت اجاره و در صورت عمل به شرایط مندرج در قرارداد عین مستأجره را مالک گردد».

– **نذر مشروط:** نذرهایی که مشروط به شروط مستقبل است، مثلاً: «ان شفانی الله الی آخر الشهر فله علی ذبح شاة»، که ایقاع (نذر، تملیک) در واقع معلق است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ ق، ج ۱: ۱۱۳).

– **وکالت:** ضرورت در برخی موارد، باعث تغییر برخی احکام می‌شود که عقود تنجیزی نیز، از این مهم مستثنی هستند؛ مثلاً در وکالتی که تنجیز از شرایط صحت است، اما گاهی در همین وکالت، نیاز به تعلیق هست. مثل همان «جنگ موته» که اهل سنت به آن استدلال کرده‌اند؛ که پیامبر(ص) فرمود: «امیرکم جعفر فان قتل جعفر فزید بن حارثه». بنا بر این‌که این امارت، به معنی وکالت باشد؛ در این صورت، یک وکالت منجز و بقیه معلق است. چون جای حاجت است و در موقع نیاز، به پیامبر دسترسی ندارند و بنابراین، از قبل تکلیف را معلماً مشخص کرده است (حلی، بی‌تا، ج ۲: ۱۱۴؛ ابن زهره، ۱۴۱۷ ق، ج ۲: ۱۵۹؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ ق، ج ۱: ۱۱۴). برخی نیز، تعلیق در وکالت را، به تصرف تعبیر کرده‌اند (ترحینی عاملی، ۱۳۸۵، ج ۵: ۴۵۷).

همچنین، برخی فقها، با جمله‌ی «لا بأس بتعلیق متعلقها» تعلیق در منشأ وکالت را پذیرفته‌اند (فاضل موحدی لنگرانی، ۱۴۲۵ ق: ۴۱۴).

۲-۲-۲. تصدیق موضع قانون تجارت در عقود معلق

- در مورد دلالتی: ماده‌ی ۳۵۰ قانون تجارت حکمی دارد که نشان‌دهنده‌ی پذیرش معاملات تعلیقی است: «هرگاه معامله مشروط به شرط تعلیقی باشد، دلال پس از حصول شرط، مستحق اجرت خواهد بود». با توجه به این‌که طبق مقررات قانون تجارت دلال نمی‌تواند حق دلالتی را مطالبه کند؛ مگر در صورتی که معامله به وساطت او تمام شده باشد و اگر معامله، معلق باشد؛ پس از تحقق معلق‌علیه (شرط) معامله، تمام و کمال می‌شود. قانون تجارت، شرط مطالبه‌ی اجرت را از سوی دلال، حصول معلق‌علیه اعلام کرده است. بدین ترتیب، ملاحظه می‌شود که قانون تجارت نیز، معاملات تجاری تعلیقی را، به‌صراحت پذیرفته است (امامی نمینی، ۱۳۸۳: ۴۰).

- استفاده از لیزینگ در تأمین منابع مالی: قرارداد لیزینگ خودرو در ایران، قراردادهای ساده-ی اجاره به شرط تملیک، با روش محاسباتی بانکی است. چنین قراردادی بین دو یا چند نفر به منظور بهره‌برداری از منافع کالای سرمایه‌ای یا مصرفی بادوام، که قابلیت اجاره دارند، منعقد می‌شوند؛ به گونه‌ای که، معمولاً در پایان قرارداد، مستأجر مالک عین مستأجره می‌شود (اصغری آق‌مشهدی، ۱۳۹۱: ۲). در ارتباط با کارآیی اجاره به شرط تملیک در قانون، مطالبی در قسمت‌های قبل آمد. اجاره به شرط تملیک را می‌توان در زمینه‌ی خودرو به صورت لیزینگ و مسکن مشاهده کرد. اگر این نوع عقد، از سوی بانک با اشخاص تنظیم شود؛ عقد معین است. زیرا ضوابط و مقررات و آثار آن در قانون، پیش‌بینی شده است. اما اگر، این عقد بین اشخاص منعقد شود طبق اصل حاکمیت اراده و طبق ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی، عقد نامعین است. البته لایحه‌ی جدید قانون تجارت، مصوب ۱۳۹۸، این نوع معاملات را، عقد معین در نظر گرفته است. در ماده‌ی ۲۲۱ آمده است قرارداد اجاره به شرط تملیک (لیزینگ) قراردادی است که طبق آن شخصی مال متعلق به خود یا مالی را که طبق قرارداد تأمین به او واگذار شده است، به دیگری اجاره می‌دهد، به نحوی که در پایان مدت اجاره یا هر زمان که شروط مندرج در قرارداد تحقق یابد؛ مستأجر مورد اجاره را مالک شود.

- توثیق اسناد تجاری: در رابطه با ماهیت توثیق اسناد تجاری در مرحله صدور، امکان طرح ادعای تبدیل تعهد معلق موجه به نظر می‌رسد. همچنین، این مهم در هر سه اسناد تجاری

امکان‌پذیر است (بهرامی، ۱۴۰۰: ۱۹۶). انحلال همه اعمال حقوقی مرتبط با اسناد تجارتي به جز قبول برات قابل تعلیق است. طرفین می‌توانند آثار قراردادهای صدور برات و سفته و چک و قرارداد ظهنویسی و ضمانت هر سه سند براتی را تعلیق کنند. ماده ۱۳ بند «ب» مقرر می‌دارد: «هرگاه در متن چک وصول وجه آن منوط به تحقق شرطی شده باشد... چک قابل تعقیب کیفری نیست. این به معنای تأثیر تعلیق است.»

۲-۳. قرارداد استصناع: استصناع عبارت است از توافق سفارش‌دهنده با صنعتگر برای ساختن کالایی معین مانند، میز و لباس. در این توافق‌نامه، تهیه مواد اولیه و عملیات ساخت کالا بر عهده سازنده است. از این عنوان در باب تجارت یاد شده است (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ج ۱: ۴۲۷). قرارداد استصناع با توجه به این‌که، مبیع در زمان انعقاد قرارداد، وجود خارجی ندارد و در آینده به وجود خواهد آمد؛ نوعی عقد معلق است که آثار آن در زمان تحقق معلق‌علیه (ساخته شدن مبیع) است (عبدی، ۱۳۹۴: ۹۵). ماده ۷۷ آیین‌نامه‌ی اجرایی قانون عملیات بانکی بدون ربا، به تعریف عقد استصناع می‌پردازد و ماده ۷۸ بانک‌ها در قالب عقد استصناع به مشتریان تسهیلات اعطا می‌کند و ساخت موضوع استصناع را در قالب قرارداد استصناع دیگری به سازنده وا می‌گذارد و طبق ماده ۷۹ اموال موضوع این عقد، نباید ساخته شده باشد و باید دارای مشخصات مورد تقاضا و برخوردار از استانداردهای قابل قبول در کشور باشد و ویژگی‌های آن اندازه، حجم، کیفیت، کمیت، و غیره. به طور صریح در عقد ذکر شود و طبق ماده ۸۰ همان آیین‌نامه در عقد استصناع؛ مبلغ و نحوه پرداخت آن، باید معلوم و مشخص باشد. دلیل استفاده قرارداد استصناع در موضوع قانون تجارت، این است که ماده ۲۵ قانون بانکداری بدون ربا (بهره)، مصوب ۱۳۶۲، مقرر می‌دارد: «واحدهایی که بانک‌ها در آن‌ها مشارکت و یا سرمایه‌گذاری نموده باشند تابع قانون تجارت خواهند بود؛ مگر این‌که مشمول قانون دیگری باشند.»

۲-۳. تقویت موضع حقوق اداری در عقود معلق

در ادامه در ارتباط با تبیین موضوعی عقد معلق در عقود اداری مطالبی می‌آید و نمونه‌هایی ارائه می‌شود.

۲-۲-۳-۱. تبیین موضوعی عقد معلق در عقود اداری

در عرف معاملات و قراردادهای تجاری و بازرگانی و پیمانکاری، عقود تعلیقی فراوانی، نظیر معاملات با وزارتخانه‌های دولتی (مانند وزارت راه، شهرداری‌ها، بانک‌ها)، منعقد می‌شود که برنده شدن در معاملات مزایده‌ای و مناقصه‌ای آن‌ها منوط به تأیید کمیسیون معاملات آن دستگاه است. از این رو، تعلیق در عقود جز در موارد شرعی و قانونی در قرارداد اداری معتبر است (روشن، ۱۳۹۱: ۱۰۰). افزون بر این، بر اساس نتایج این پژوهش، می‌توان گفت تعلیق در قراردادها یک قاعده‌ی عام محسوب می‌شود و انتظار می‌رود گستره‌ی آن در حقوق اداری ایران، به دلیل مصلحت و تسهیل قراردادی، افزایش یابد و جایگزین فسخ یا انفساخ، توسط دولت یا شهرداری شود. بنابراین، به نظر می‌رسد می‌توان قراردادهای اداری را تا جایی که با قواعد و اصول حاکم بر قراردادهای عمومی و دولتی تعارض پیدا نکند؛ تابعی از قواعد عمومی قراردادها یا نظام حقوق خصوصی، تلقی کرد. این تحقیق با تلاش در اثبات امکان‌سنجی تعلیق عقود درصدد است با بیان کارکرد تعلیق قراردادی در فقه و حقوق مدنی و تجارت نشان دهد چنین امکانی در قراردادهای اداری امکان‌پذیر است؛ تا راه را برای استفاده‌ی متخصصان این رشته در استعمال تعلیق قراردادها با پشتوانه‌ی فقهی و حقوقی هموار کند. مضاف بر این، می‌توان خیلی از اعمال حقوقی را، که فعلاً به صورت مناقشه‌آمیز انجام می‌گیرند، با بهره‌گیری از امکانات تعلیق در انشاء، به نحو کارآمدتر و دور از مناقشه، منعقد کرد. استفاده از تعلیق در انشاء، راهکاری هوشمندانه‌تر برای دستیابی راحت به اهداف قرارداد و رسیدن به اهداف چندمرحله‌ای و اجتناب از باقی گذاشتن مشکلات احتمالی اجرا، برای بعد از انعقاد قرارداد فراهم می‌آورد. در تعلیق در انشاء قصد وجود دارد و این‌طور نیست که قصد در تعلیق در انشاء، معلق باشد؛ اگرچه قصد، برای امری معلق است.

۲-۲-۳-۲. مصادیق عقد معلق در عقود اداری

الف) گاهی منجز شدن ایجاب به ارائه‌ی گواهی خاصی معلق می‌شود، مثل گواهی عدم اعتیاد یا عدم سوء پیشینه، و به همین ترتیب ایجاب استخدام رسمی و قطعی شدن نیز به رضایت بخش بودن عمل مستخدم در مدت استخدام رسمی آزمایشی او معلق است. به عبارت دیگر، ایجاب می‌تواند به نحوه‌ی عمل طرف مقابل، معلق باشد. این نمونه از عقود اداری در تبدیل وضعیت به کارکنان دستگاه‌های دولتی، که همه‌ی شرایط را دولت مشخص می‌کند، قابل

مشاهده است. چنین قراردادی هم مربوط به آینده است، به علاوه‌ی این که وقوع آن توسط افراد، احتمالی است و ممکن است اقدام کنند یا نکنند، هم جزء شرایط اصلی پیمان نیست.

ب) با توجه به بند «الف» ماده‌ی ۲۹ شرایط عمومی پیمان، اگر جمع مبلغ مربوط به کاهش مقادیر و حذف آن‌ها از ۲۵ درصد مبلغ اولیه‌ی پیمان بیشتر شود، یعنی عملیات موضوع پیمان تا حد ۱۲۵ درصد مبلغ اولیه‌ی پیمان انجام شود؛ اما کارهای اجراشده قابل بهره‌برداری نباشد و پیمانکار، برای ادامه‌ی کار موافقت نکند، کارفرما طبق ماده‌ی ۴۸ به پیمان خاتمه می‌دهد. این معنا را بند «ج» ماده‌ی ۳۹ شرایط عمومی پیمان نیز به نحو دیگری تکرار می‌کند. با این وصف، در این قسمت از شرایط عمومی پیمان، انحلال پیمان منوط به سه پیش‌شرط است: اول این که جمع مبلغ مربوط به کاهش مقادیر و حذف آن‌ها از ۲۵ درصد مبلغ اولیه‌ی پیمان بیشتر شود، دوم این که کارهای اجراشده قابل بهره‌برداری نباشد، سوم این که پیمانکار برای ادامه‌ی کار موافقت نکند. هرچند در این‌جا نیز ظاهراً اعمال فسخ پیمان به استناد ماده‌ی ۴۸ شرایط عمومی پیمان به دست کارفرماست، اگر عمیقاً توجه کنیم می‌بینیم که انحلال پیمان به نحو یادشده از شروط فسخ پیمان است؛ اما، شرط فاسخی که به اختیار پیمانکار سپرده شده و او را در زمینه‌ی انفساخ پیمان، مسلط کرده است. بنابراین، شرط یادشده نه از نوع خیار شرط است نه از گونه‌ی خیار تخلف شرط و گرچه در ظاهر به خیار شرط نزدیک است، که به نفع پیمانکار منظور شده، در حقیقت از شروط فسخ است.

پ) ماده‌ی ۴۳ شرایط عمومی پیمان نیز نوعی تعلیق قهری است. البته این نکته را باید ابراز کرد که حق تعلیق قرارداد از طرف دولت، محدود به شرایط فورس ماژور نیست. تعلیق قرارداد در شرایط خاص، که مقتضیات اداری ایجاب کند، از حقوق ترجیحی دولت است. بنابراین، اگر قراردادی به شرط تعلیق عدم جنگ، اعم از اعلام‌شده یا اعلام‌نشده، انقلاب‌ها و اعتصابات‌های عمومی، شیوع بیماری‌های واگیردار، آتش‌سوزی‌های دامنه‌دار و مهارنشدنی، طوفان، و حوادث مشابه خارج از کنترل دو طرف پیمان که در منطقه‌ی اجرای کار وقوع یابد و ادامه‌ی کار را برای پیمانکار ناممکن سازد و جزء حوادث قهری به شمار می‌آید، معلق نمایند، در چنین صورتی انحلال تعلیقی محقق و شرط فاسخ باعث از بین رفتن عقد می‌شود و نیازی به رأی دادگاه نیست. هرگاه طرفین شرط کنند اگر حادثه یا فعل یا ترک فعلی رخ دهد عقد از بین برود، با حصول معلق‌علیه، عقد منفسخ می‌شود که به آن شرط تعلیق انحلال یا انفساخ عقد

می‌گویند (عباسی داکانی، ۱۳۹۰: ۲۴). این موارد سبب انفساخ ارادی است. در نتیجه به طور قهری ظاهر می‌شود (اسدی‌نژاد، ۱۳۹۰: ۱؛ صدیقیان، ۱۳۹۴: ۵۷).

ت) مطلبی در خصوص تعلیق در انشاء در قراردادهای اداری در ماده‌ی ۴۵ شرایط عمومی پیمان، حقوق ناشی از آفرینش فکری، پیمانکار آمده است. حقوق آفرینش‌های فکری، موضوع جدیدی است که در عصر حاضر از آن حمایت می‌شود. قوانین جدیدی در کشورهای مختلف برای حمایت از پدیدآورندگان آثار فکری به تصویب رسیده و حتی پاره‌ای قراردادهای بین‌المللی در این زمینه منعقد شده است. مالکیت‌های فکری را مالکیت معنوی می‌نامند و به دو بخش «مالکیت صنعتی» و «مالکیت ادبی و هنری» تقسیم می‌شوند. در شرایط عمومی پیمان برای رعایت حقوق مربوط به مالکیت فکری پیمانکار، ماده‌ای تحت عنوان «حقوق انحصاری ثبت‌شده» آمده که در واقع، بر حق انحصاری آفرینش فکری پیمانکار، صحه می‌گذارد. ماده‌ی مرقوم از دو بند «الف» و «ب» تشکیل یافته است. در بند «الف» پیمانکار پیشاپیش از دعاوی خسارت‌ها و مطالبات احتمالی ناشی از مالکیت‌های فکری و هنری خود، صرف‌نظر و آن را به نفع کارفرما، صلح می‌کند و در بند «ب» کارفرما می‌کوشد به نحوی از مالکیت‌های فکری و هنری پیمانکار، صیانت کند. در ضمن اجرای عملیات موضوع پیمان، ممکن است پیمانکار از راه فعالیت علمی یا هنری یا ابتکاری اثری پدید آورد که مالکیت آن متعلق به وی باشد. مثلاً، تألیف یا ترجمه‌ای درباره‌ی موضوع پیمان انجام دهد، که انتشار آن مخل حقوق مربوط به آفرینش فکری او تلقی شود یا طراحی او ابتکاری و منحصربه‌فرد باشد و استفاده‌ی دیگران از طرح او در موضوعات مشابه، مغایر با حقوق او شناخته شود. بعضی از ان حقوق در بند (الف) ماده‌ی ۴۵ شرایط عمومی پیمان به طور تمثیلی بیان شده است. در صورتی که پیمانکاری در اجرای موضوع پیمان در خصوص قسمت‌های فنی طرح ابتکار و ابداعی از خود نشان داده باشد، این حق منحصربه‌فرد او قطعاً مورد حمایت قانونی خواهد بود؛ به‌ویژه چنانچه پیمانکار مبتکر این اثر فنی خود را در مراجع رسمی به ثبت رسانده باشد اشخاص دیگر نخواهند توانست به حق معنوی و مالکیت فکری او تجاوز کنند. نگارنده معتقد است، که صلح دعاوی و اختلافات احتمالی در آینده و صلح دعاوی و خسارت‌های ناشی از مالکیت فکری و هنری پیمانکار، باید بیان نمود که بند «الف» ماده‌ی ۴۵ شرایط عمومی پیمان اشعار می‌دارد که: «پیمانکار کارفرما را در مقابل تمام دعاوی، خسارت‌ها، و مطالبات مربوط به نقض احتمالی

حقوق ثبت‌شده‌ی تألیفات، علائم، یا نام‌های تجاری و دیگر حقوق حمایت‌شده که در اجرای موضوع پیمان ایجاد شود مصون می‌دارد». بدو باید این پرسش را پاسخ دهیم که چه دعای و خسارت‌هایی ممکن است از مالکیت‌های فکری و هنری (مالکیت معنوی) به وجود آید و علت این دعای، زیان‌ها، و مطالبات چیست؟ در فصل چهارم قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان و نیز موادی از قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار حقوقی اعمال بعضی مجازات‌های مدنی و کیفری علیه متجاوز به نفع پدیدآورنده مقرر شده که ضمانت اجرای مؤثری برای احقاق حقوق مادی و معنوی او در برابر متجاوز به اثر است. مجازات‌ها در چهار شکل حبس تأدیبی، جبران خسارت، درج مفاد حکم دادگاه دایر بر محکومیت متجاوز در یکی از روزنامه‌ها، و جلوگیری از نشر و پخش و عرضه‌ی آثار مورد شکایت و ضبط آن محدود گردیده است. آنچه در بند «الف» ماده‌ی ۴۵ شرایط عمومی پیمان، پیمانکار پیشاپیش کارفرما را از تمام دعای، خسارت‌ها و مطالبات مربوط به نقض حقوق احتمالی ثبت‌شده، مصون می‌دارد. در واقع، همان مجازات‌های مدنی و کیفری مقرر در قوانین می‌باشد. مصون داشتن کارفرما از دعای، خسارت‌ها و مطالبات مزبور از جانب پیمانکار فی نفسه عقد صلحی است که به صورت شرطی از شروط پیمان در سند شرایط عمومی درج شده است. به موجب ماده‌ی ۷۵۲ قانون مدنی «صلح ممکن است یا در مورد رفع تنازع موجود و یا جلوگیری از تنازع احتمالی یا در مورد معامله و غیر آن واقع شود». هر یک از عقود مستقلاً می‌توانند بین متعاملین منعقد شوند و این ممکن است در قراردادی به طور تبعی جزء شروط آن قرارداد باشد. در بند «الف» ماده‌ی ۴۵ شرایط عمومی پیمان نیز مصونیت کارفرما از دعای و خسارت‌ها و مطالبات مربوط به نقض حقوق احتمالی ثبت‌شده از سوی پیمانکار، همان عقد صلح است که به صورت تعلیقی (تعلیق درانشاء) و تبعی به عنوان یکی از شرایط عمومی پیمان در سند پیمان قید گردیده است.

نکته‌ای که از نظرها دور مانده است و نیاز به تصریح دارد؛ این است که نفوذ صلح درباره-ی حقوق خصوصی ناشی از جرم، ناظر به بعد از وقوع آن است؛ زمانی که عقد صلح، مجرمی را تشویق به ارتکاب بزه نمی‌کند و حق مدعی خصوصی نیز تحقق یافته است. اما، پیش از وقوع جرم درباره‌ی آثار احتمالی آن، نمی‌شود صلح کرد؛ زیرا حقی را که به وجود نیامده است، نمی‌توان اسقاط کرد یا به دیگری منتقل ساخت. وانگهی، امکان چنین صلحی وسیله‌ی

فرار آثار مدنی جرم را فراهم می‌سازد و از این جهت، برخلاف نظم عمومی است. بنا به نظر بعضی از حقوق دانان مفاد بند «الف» مورد بحث به گونه‌ای تنظیم شده، که از لحاظ حقوقی، خالی از اشکال نیست؛ زیرا به موجب بند یادشده، پیمانکار حقی را که هنوز برای او ایجاد نشده و احتمال دارد بعداً حادث شود، پیشاپیش به کارفرما، صلح می‌کند؛ این همان مسئله‌ی «اسقاط ما لم یجب» در فقه است که به معنی ساقط کردن چیزی است که هنوز ایجاد نشده است و اساساً اثری بر آن مترتب نیست.

در نتیجه گفته‌اند، که به لحاظ ایراد و اشکال حقوقی شرط مندرج در بند «الف» ماده‌ی ۴۵ شرایط عمومی پیمان باطل است و قابل اعتنا نیست (اسماعیل هریسی، ۱۳۹۶: ۳۲۴). در پاسخ به این اشکال اینکه صلح یادشده به صورت تعلیقی (تعلیق در انشاء) و تبعی به عنوان یکی از شرایط عمومی پیمان در سند پیمان قید شده است.

ث) با توجه به جزء ۱۰ بند «الف» ماده‌ی ۴۶ شرایط عمومی پیمان، هنگام انعقاد پیمان بقای شرکت پیمانکار و عدم انحلال آن از شرایط ضمنی و مستتر برای ادامه‌ی اجرای پیمان است و هرگاه شخصیت حقوقی شرکت پیمانکار، بنا به هر دلیلی به پایان رسد؛ یعنی شرکت پیمانکار، منحل شود؛ پیمان نیز منحل می‌شود. پس وقتی یک طرف قرارداد (پیمانکار) حیات حقوقی و اعتباری خود را از دست دهد قطعاً نمی‌تواند از عهده‌ی تعهدات خود برآید.

جزء ۱۰ بند «الف» ماده‌ی ۴۶ شرایط عمومی پیمان، انحلال شرکت پیمانکار را یکی از موارد فسخ پیمان از ناحیه‌ی کارفرما می‌داند. اما اگر دقت شود معلوم می‌شود که «انحلال شرکت پیمانکار» نه خیار تخلف شرط است نه شرط خیار پیمان به نفع کارفرما و اعمال آن به طریق مندرج در ماده‌ی ۴۶ شرایط عمومی پیمان، از حیث حقوقی صحیح نیست و نمی‌تواند ماهیت آن را، که در واقع شرط فاسخ پیمان است، دگرگون کند.

ج) مطابق جزء ۱۱ بند «الف» ماده‌ی ۴۶ شرایط عمومی پیمان، علاوه بر ورشکستگی، توقیف ماشین‌آلات و اموال پیمانکار نیز از موجبات انفساخ پیمان است؛ به طوری که ملاحظه می‌شود که ورشکستگی پیمانکار یا توقیف ماشین‌آلات و اموال او از سوی محاکم قضایی، رخدادهایی است که نمی‌توان به فعل پیمانکار، مستند کرد و سپس بر اثر تخلف از شرط، پیمانکار، کارفرما را محق در فسخ عقد دانست. این مورد نیز اگرچه به صورت خیار شرط برای کارفرما در جزء ۱۱ بند «الف» ماده‌ی ۴۶ شرایط عمومی پیمان در نظر گرفته شده، ماهیت

حقوقی آن غیر از شرط فاسخ نیست که موجب انحلال قهری پیمان می‌شود؛ بنابراین، وقتی شرکت پیمانکار ورشکست می‌شود یا ماشین‌آلات و اموال او توقیف می‌شود، به نحوی که موجب توقف یا کندی پیشرفت کار پیمان می‌شود؛ کارفرما، چاره‌ای جز فسخ پیمان ندارد. لذا نمی‌توان گفت چون اراده‌ی کارفرما در انحلال پیمان، مؤثر است کارفرما مسلط بر انفساخ پیمان است؛ زیرا دستگاه اجرایی و نماینده‌ی او حق ندارد در صورت ورشکستگی یا توقیف ماشین‌آلات پیمانکار از فسخ، امتناع کند. او موظف است طبق مقررات اداری در آن صورت به موجودیت پیمان خاتمه دهد؛ گرچه مکانیسم انفساخ با فسخ تفاوت اساسی دارد.

ج) بند «د» ماده‌ی ۴۹ شرایط عمومی، انحلال پیمان را به ماده‌ی ۴۸ شرایط عمومی مستند می‌کند و حواله می‌دهد. با این حال، نه کارفرما شرط خیار در این خصوص برای خود دارد؛ نه پیمانکار، بلکه پیمانکار در موقعیتی قرار می‌گیرد که با نظر منفی او، پیمان نیز خودبه‌خود و الزاماً حیات خود را از دست می‌دهد. اگر عمیق‌تر به کیفیت انحلال پیمان توجه کنیم، می‌بینیم خیار که موجب انحلال پیمان به واسطه‌ی عدم تحویل کارگاه از سوی کارفرما می‌شود از نوع شرط فاسخ عقد است؛ گرچه سند پیمان، مقرر نکرده که در صورت عدم تحویل کارگاه از جانب کارفرما، پیمان منحل می‌شود؛ نحوه‌ی عملکرد و طریقه‌ی انحلال پیمان، افاده‌ی انفساخ پیمان می‌کند.

ح) نمونه‌ای دیگر از تعلیق در انشاء در قراردادهای اداری در ماده‌ی ۴۶ قانون مدیریت خدمات کشوری آمده است؛ بر این اساس که، آن دسته از کارمندان پیمانی دستگاه‌های اجرایی که استخدام پیمانی آنان از طریق شرکت و قبولی در آزمون‌های استخدامی، که با رعایت سازکار ماده‌ی ۴۴ قانون مدیریت خدمات کشوری برگزار می‌شود، نبوده است برای استخدام آزمایشی باید در آزمون‌های استخدامی موضوع ماده‌ی ۴۴ قانون یادشده، که توسط سازمان اداری و استخدامی کشور برگزار می‌شود، شرکت کنند و حد نصاب نمره‌ی آزمون را بر اساس دستورالعمل مربوطه به دست آورند. مشاهده می‌فرمایید که قرارداد به آزمون‌های استخدامی و حد نصاب نمره‌ی آزمون بر اساس دستورالعمل معلق شده است؛ که تعلیق مثبت است.

خ) در قرارداد خرید خدمت کارکنان دستگاه اجرایی و همچنین در قراردادهای مقاطعه‌کاری دولتی پیمانکار به صراحت ملزم شده برای آزادسازی سپرده‌ی حسن انجام کار مفصلاً حساب مالیاتی و بیمه و... ارائه نموده است.

د) در قانون برگزاری مزایده در پیشنهاد فروش، فروشنده‌ی قبولی معلق می‌دارد در صورت پیشنهاد بالاترین قیمت با پیشنهاد او موافقت شود و معامله با معلوم شدن این‌که قیمت پیشنهادی طرف مقابل بالاترین پیشنهاد بوده است معامله خودبه‌خود انجام می‌گیرد.

ذ) نحوه‌ی عقد قرارداد با بخش خصوصی توسط دولت برای ارائه‌ی خدمات ریلی، به پیشنهاد وزارت راه و ترابری ملاحظه می‌گردد که به استناد ماده‌ی ۱۲۸ تنفیذی قانون برنامه‌ی سوم توسعه‌ی اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و ماده‌ی ۲۹ قانون برنامه‌ی چهارم توسعه‌ی اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۸۳، این اختیار به دولت می‌دهد که بر اساس ماده‌ی ۳ واگذاری تجهیزات و امکانات و اموال به کارفرما در قالب اجاره به شرط تملیک که نوعی عقد معلق است را انجام دهد (نشریه‌ی برنامه، ۱۳۸۴، شماره‌ی ۱۲۷).

ر) در ماده‌ی ۱۶ آیین‌نامه‌ی اجرایی قانون جمع‌آوری و فروش کالاهای متروکه، قاچاق و ضبطی قطعیت‌یافته و کالاهای قاچاق بلا صاحب و صاحب متواری، مصوب ۱۳۶۲، چنین آمده است: «بهای کالاهای متروکه در جلسات حراج نقداً وصول می‌شود. ولی در مورد معاملات بیش از پانصد هزار ریال هیئت یا نماینده‌ی منتخب وی می‌تواند در صورتی که خریدار کالا یک ربع آن را فی المجلس پرداخته باشد، برای پرداخت سه ربع دیگر آن مهلتی که از پانزده روز تجاوز نکند قائل شود. این مهلت به شرطی داده می‌شود که خریدار مزبور آن را کتباً تقاضا کرده و ضمن تقاضانامه‌ی خود تعهد و تقبل کرده باشد که هر گاه تا انقضای مهلت مزبور بقیه‌ی بهای کالا را نقداً نپردازد حق استرداد ۲۵ درصد پیش‌پرداختی خود را نخواهد داشت و معامله منفسخ می‌شود». در تبصره‌ی این ماده نیز بار دیگر چنین شرطی آورده شده است.

نتیجه‌گیری

۱. با توجه به پرسش‌های مطروحه، که آیا تحقق عقود معلق در فقه و حقوق ایران موضوعیت دارد، برخلاف متون حقوقی، که تعلیق را به منزله‌ی یکی از موضوعات مترتب بر عقود مطابق با قاعده‌ی معتبر بودن عقود معلق مورد پذیرش قرار داده‌اند، در متون فقهی، عقد معلق مورد تصدیق برخی از فقها قرار نگرفته است. دلیل این امر این است که فقها تمایلی به معتبر دانستن عقد معلق ندارند. بر اساس این استمداد، برخی فقها مطلق تعلیق را باطل انگاشته‌اند و برخی دیگر نیز قائل به تفکیک میان تعلیق در انشاء و مُنشأ شده‌اند.

۲. در ارتباط با نقد دیدگاه عدم صحت تعلیق در عقود با ساختار آفرینی و صحت عقود تعلیقی باید گفت نقد استدلال فقها خارج از توان مقاله‌ی پیش روست، اما، به نظر می‌رسد تبیین اختلاف نظر برخی فقها در استفاده از قیاس^{۱۲} توسط آنها نباید به حقوق موضوعه تسری پیدا کند و باعث عدم استفاده از قیاس توسط حقوق‌دانان شود. بنابراین، با عقل‌گرایی و اندیشه‌ورزی در ترویج تحقق عقود معلق و با مذاقه در متون فقهی و این‌که تعلیق در انشاء استحاله ندارد و اگر در جایی عقلاً نمی‌پذیرند؛ بدین سبب است که در طبیعت عقد نیست؛ اما اگر طبیعت چیزی تعلیق باشد، معلوم می‌شود که آنجا حاجتی به تعلیق بوده است و افزون بر این، عقلاً مشکلاتی دارند که جز با عقود معلقه نمی‌توانند آن را حل کنند، می‌توان گفت تعلیق منشأ و تأخر آن از انشاء اشکالی عقلی ندارد و در خارج هم به وقوع می‌پیوندد. بنابراین، عدم بینش صحیح فقهی و خودداری فقها از کاربرد قیاس در عقود معلق باعث شده فقها در مقام امتثال قادر به جمع بین مصادیق نباشند. به نظر می‌رسد راه برون‌رفت از افتراق حکمی عقود معلق را باید در نقد یکسان‌انگاری منطق فقه و حقوق در قانون‌گرایی تفحص کرد. به دیگر سخن با توجه به منابع حقوقی و همچنین تفسیر قانون با بهره‌مندی از به کارگیری قیاس، بتوان به هدف و اراده‌ی قانون‌گذار پی برد و این ضابطه می‌تواند تأییدی بر این ادعا باشد که «روش‌ها» به طور کلی سازکارهای عقلایی و بشری محسوب می‌شوند و اعتبار آنها نیازمند تأیید مستقیم شارع نیست. بنابراین، حتی اگر به کارگیری قیاس در تفسیر فقهی ناروا باشد کاربست آن در حقوق، لزوماً ناموجه نیست. بدین جهت نگارنده به عدم صحت عقود تعلیقی فقها در مورد یادشده نگرشی منفی دارد و بهره‌گیری از استدلال تعلیق در عقود از طریق منشأ را مقرون به صواب و منطبق بر آموزه‌های فقهی می‌داند. افزون بر این، انسجام‌بخشی نقد دینی در نگرش به عقود تعلیقی، تحول در مبانی استنباط، تقیح مبانی استدلال و طرح شیوه‌های جدید برای استدلال، بازپروری بحث‌های کهنه و معهود و مرسوم، و در نهایت توسعه و تعمیق بخشیدن به آنها با استنباط‌های منطقی بر اساس فقه و حقوق ایرانی-شیعی ضروری است. بنابراین، می‌توان با تفکیک ملاکات در فقه و حقوق در استفاده از قیاس در موضوع مقاله به این نتیجه رسید که اختلافات عقد معلق در فرضی اگر وجود داشته باشد مانع تسری حکم صحت تعلیق قراردادهای اداری نمی‌شود و این خط‌مشی مورد تأیید قانون‌گذار است.

۳. در مورد این که مصادیق همگون تعلیق در عقود معلق در فقه و حقوق ایران کدام اند، باید گفت وجود سرمایه‌ی مذهبی از طریق سیاست‌گذاری فضیلت‌گرایانه (وجود فلسفه‌ی احکام در تحقق عقود تعلیقی) و فقه‌الاولیت (تشریح احکام اقتصادی و تشریح آن در روایات مبتنی بر عقود معلق) و موازنه‌ی آن با فقه، به منزله‌ی رکن اصلی قانون‌گذاری جوامع اسلامی، با اثبات موضع قانون مدنی در پیوستگی عقود و تعلیق با زیرمجموعه‌ی ضمان معلق، جعاله، وصیت، و ... و موضع قانون تجارت در عقود معلق ملاحظه می‌گردد که نظریه‌ی مقبولیت امکان‌سنجی عقود معلق را در همه‌ی عقود مدنی و تجاری قابل پذیرش است و این موجب شود که عقود معلق در قراردادهای اداری کاربردسازی شود. از این رو، تعلیق در عقود جز در موارد شرعی و قانونی در قرارداد اداری معتبر است و تأثیر استانداردهای حقوق خصوصی بر مدیریت قراردادهای اداری قابل تسری است. بنابراین، به نظر می‌رسد قراردادهای اداری را تا جایی که با قواعد و اصول حاکم بر قراردادهای عمومی و دولتی تعارض پیدا نکنند می‌توان تابعی از قواعد عمومی قراردادها یا نظام حقوق خصوصی تلقی کرد. برای تحقیقات آتی به نظر می‌رسد پرداختن به کاربردی‌سازی عقود معلق در حقوق اداری به نتایج خوبی برسد و پژوهشگران می‌توانند به شکل تخصصی آثار تعلیق در عقود اداری را تعیین و تشریح کنند.

یادداشت‌ها

۱. واقع‌گرایی و انکار تعلیق در عقود از دیدگاه برخی از فقیهان، بر اساس تاکید ورزیدن به عدم صحت تعلیق با استدلال به اعتبار تنجیز استوار است و افزون بر این، بسیاری از فقیهان، بطلان تعلیق را مستند به اجماع اظهار نموده و جواز آن را ناپسند تلقی می‌نمایند و جزم در انشاء را شرط صحت عقد دانسته‌اند و بر آن متفرع کرده‌اند که عقد نباید معلق بر شرط باشد؛ چرا که تعلیق منافات با جزم دارد و همچنین معتقدند که اساس انتقال، بر رضایت است و رضایت در عقد حاصل نمی‌شود، مگر با جزم، جزم هم معلوم است که منافای تعلیق است؛ پس تعلیق در عقود مضر بوده و تنجیز، لازم می‌باشد.
۲. ساختار آفرینی در واقع مدخلی برای پاسخ به این پرسش است که تأثیرپذیری عقود از تعلیق و کاربردسازی آن برخلاف موضوعیت و اولویت‌بخشی به تنجیز به گونه‌ای که چرخش در ساختار اولیه آن صورت می‌پذیرد چگونه به وجود می‌آید و سرانجام توصیف این موضوع که چگونه قائل شدن به عقود تعلیقی عامل خلق ساختاری دیگر در قراردادها می‌شود. به عبارت دیگر، این نوشتار می‌خواهد چرخش عدم صحت عقود تعلیقی را از متون دیروز به صحت عقود تعلیقی امروز نشان دهد.
۳. سیاست‌گذاری فضیلت‌گرایانه با توجه به قرابت‌هایی که در مبانی خود با تعالیم اسلامی دارد بر تأکید رفاه عمومی در تشریح احکام با توجه به مقتضیات زمان قائم است. به معنای دیگر می‌توان گفت فضیلت‌گرایی بدیلی برای فایده‌گرایی در سیاست‌گذاری اقتصادی است (عربی و زندی، ۱۳۹۶، «سیاست‌گذاری اقتصادی از منظر اخلاق فضیلت»). بنابراین، در مفهوم سیاست‌گذاری فضیلت‌گرایانه به دنبال این مهم هستیم که امروزه قوانین و احکام اسلامی به جای ارضای ترجیحات فقها در استعمال تنجیز در عقود چگونه با اولویت‌بخشی به عقود تعلیقی می‌تواند تأثیرگذار بر اقتصادی اسلامی باشد (نگارنده).
۴. تعلیق در انشاء یعنی معلق کردن عقد (ماهیت) حقوقی و مشروط کردن آن به شرطی در خود ایجاد عقد. این نوع تعلیق باعث می‌شود عقدی صورت نگیرد؛ مثلاً فروشنده می‌گوید اتومبیل را به تو به مبلغ صد هزار تومان خواهیم فروخت، اگر برادرم از سفر برگردد. در این مورد اگر منظور این باشد که ایجاد عقد بیع وابسته به آمدن برادر است تعلیق در انشاء است و ماهیت حقوقی در زمان حال ایجاد نشده است.
۵. منشأ همان ماهیت حقوقی یا عقد به معنی محصولی است که در عالم اعتبار، ساخته می‌شود (شهیدی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۷۳). به تعبیری دیگر، تعلیق در منشأ بدین معناست که، عقد به طور مطلق و منجز منعقد می‌شود و مقتضای ذات عقد، با توافق طرفین محقق می‌شود و انشای آن از سوی طرفین صورت می‌پذیرد و در ارکان و شرایط معمول عقد توافق می‌شود و به صورت شفاهی یا کتبی نماد خارجی به خود گرفته و امضا می‌شود؛ لیکن اجرای تمام آثار حقوقی یا برخی از آثار آن وابسته به تحقق یک امر خارجی می‌گردد. به عبارت دیگر؛ جعل شرط معلق علیه، موجب بطلان نسبی عقد و جلوگیری از پیدایش و اجرای آثار حقوقی عقد یاد شده می‌شود. و لیکن در صورت تحقق مشروط علیه، همان طور که عقد از زمان انعقاد آن تحقق یافته، آثار آن نیز از همان زمان جریان یافته و تعهدات طرفین محاسبه و آغاز می‌گردد. در غیر این صورت، عدم پیدایش امر خارجی معلق علیه، قطعیت و ثبات عقد و آثار آن وابسته به تحقق آن گردیده و موجب بطلان کامل از زمان انعقاد آن شده و خود به خود موجب انفساخ عقد از زمان وقوع آن می‌شوند.



۶. تعلیق متعلق منشأ هم که جایز است بلاخلاف؛ مثل اینکه شما الان زید را وکیل در فروش خانه در فردا می‌کنید، وکالت هم از همین الان فرض شده، اما، موکل فیه «فروش خانه در فردا» است. تعلیق متعلق منشأ در اینجا شبیه واجب معلق است که در آن وجوب فعلی است، اما، واجب استقبالی.
۷. ماده ۱۸۴ قانون مدنی: عقود و معاملات به اقسام ذیل منقسم می‌شوند: لازم، جائز، خیاری، منجز، و معلق.
۸. ماده ۱۸۹ قانون مدنی: عقد منجز آن است که تأثیر آن بر حسب انشاء موقوف به امر دیگری نباشد، والا معلق خواهد بود.
۹. عقود که طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم‌مقام آن‌ها لازم الاتباع است، مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود.
۱۰. هر معامله که واقع شده باشد محمول بر صحت است، مگر اینکه فساد آن معلوم شود.
۱۱. تعلیق در عقد موجب بطلان است.
۱۲. قیاس دارای اقسامی است: قیاس منصوص العله، قیاس اولویت، قیاس همراه با یافتن علت حکم به طور قطعی، و قیاس ظنی. حجیت سه قسم اول تقریباً مورد اتفاق همه فقهای اسلام است و آنچه مورد اختلاف است قسم چهارم قیاس است که گاه آن را «مستنبط العله» نیز می‌نامند. بدین معنا که فقیهی با ظن و گمان خود علت حکم را به دست می‌آورد و آن را از موضوعی به موضوع دیگر سرایت می‌دهد. این قسم از قیاس از نظر بسیاری از فقهای اهل سنت حجت است.

منابع و ماخذ

- ابن منظور، ابوالفضل جمال‌الدین (۱۴۱۴ ق)، لسان العرب، بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، ج ۱۰.
- ابن زهره، حمزه بن علی (۱۴۱۷ ق)، غنیه النزوع إلى علمی الأصول و الفروع، قم: مؤسسه الإمام الصادق (ع)، ج ۲.
- اراکي، محمد علی (۱۴۱۳ ق)، رسالتان فی الإرث و نفقة الزوجه، قم: [بی‌نا].
- اسماعیلی هریسی، ابراهیم (۱۳۹۶)، مبانی حقوق پیمان، تهران: جاودانه و جنگل.
- اصفهانى، محمدحسین (۱۴۲۷ ق)، حاشیه المکاسب، قم: ذوی القربی، ج ۵.
- امامی خوانساری، محمد (۱۴۱۴ ق)، الحاشیه علی المکاسب، قم: [بی‌نا]، ج ۱.
- امامی، محمد (۱۳۸۶)، حقوق اداری، ویرایش دوم، تهران: میزان.
- ادیبی، محمدرضا (۱۳۹۰)، تحلیل حقوقی فسخ و آثار آن در قراردادهای دولتی، تهران: جنگل.

۹. اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ ق)، *مجمع الفائدة و الرهان فی شرح ارشاد الاذهان*، قم: اسلامی.
۱۰. انوری، حسن (۱۳۸۶)، *فرهنگ بزرگ سخن*، تهران: سخن، ج ۳.
۱۱. انصاری، محمدعلی (۱۴۱۵ ق)، *الموسوعه الفقهیه المیسره*، قم: انتشارات مجمع الفکر الإسلامی، ج ۹.
۱۲. ترحینی عاملی، محمدحسن (۱۳۸۵)، *الزبدہ الفقهیه فی شرح الروضه البهیة*، دار الفقه للطباعه و النشر، ج ۵.
۱۳. جمعی از پژوهشگران (۱۴۲۳ ق)، *موسوعه الفقه الإسلامی*، قم: دائره‌المعارف فقه اسلامی، ج ۲۹.
۱۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶)، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش، ج ۳.
۱۵. جناتی، محمدابراهیم (۱۳۸۶)، *تطور اجتهاد در حوزه استنباط*، تهران: امیرکبیر، ج ۲.
۱۶. حسینی حائری، کاظم (۱۴۲۳ ق)، *فقه العقود*، قم: انتشارات مجمع الفکر الإسلامی، ج ۲.
۱۷. حسینی عاملی، محمدجواد (۱۴۱۹ ق)، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد*، قم: انتشارات جماعه المدرسین، ج ۲۱.
۱۸. حسینی مراغی، عبدالفتاح ابن علی (۱۴۱۷ ق)، *العناوین الفقهیه*، قم: اسلامی.
۱۹. حلی، (محقق حلی)، جعفر بن حسن، *شرایع الاسلام*، قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۸.
۲۰. حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف (بی تا)، *تذکره الفقهاء*، تهران: مکتبه المرتضویه، ج ۲.
۲۱. _____، *تبصره المتعلمین*، تهران، مؤسسه چاپ و نشر، چاپ اول، ۱۴۱۱ ق.
۲۲. _____، *تذکره الفقهاء (چاپ سنگی)*، قم، مؤسسه ال‌بیت (ع)، چاپ اول، ۱۳۸۸ ق.
۲۳. _____، *تحریر الاحکام*، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۲۰ ق.
۲۴. _____، *تلخیص المرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۲۱ ق.
۲۵. _____، *قواعد الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
۲۶. _____، *نهایه الاحکام*، قم، مؤسسه ال‌بیت (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.
۲۷. حکیم، محسن (۱۳۷۴)، *مستمک العروه الوثقی*، قم: دار التفسیر، ج ۱۲.

۲۸. حکیم، محسن (۱۴۳۰ ق)، مستمسک العروه، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۲۹. _____ (بی تا)، نهج الفقاهه، قم: انتشارات ۲۲ بهمن.
۳۰. خمینی، روح الله (۱۴۲۱ ق)، البیع، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۳۱. خمینی، مصطفی (۱۴۲۸ ق)، البیع، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۳۲. خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۸ ق)، موسوعه الإمام الخوئی، قم: مؤسسه إحياء آثار الامام الخوئی، ج ۳۱.
۳۳. _____ (۱۳۷۷)، مصباح الفقاهه، قم: داوری... .
۳۴. ذهنی تهرانی، محمدجواد (۱۳۶۹ ق)، تشریح المطالب، قم: نشر حاذق، ج ۶ و ۱۲.
۳۵. روحانی، محمدصادق (۱۴۳۵ ق)، فقه الصادق، قم: آیین دانش، ج ۲۶ و ۳۱.
۳۶. _____ (۱۴۲۹ ق)، منهاج الفقاهه، قم: أنوار الهدی، ج ۳.
۳۷. زاهدی، جعفر (۱۳۶۲)، خودآموز کفایه، مشهد، ج ۱.
۳۸. سبحانی تبریزی، جعفر (۱۳۸۹)، استفتانات، قم: انتشارات مؤسسه امام صادق (ع)، ج ۱.
۳۹. شبیری زنجانی، موسی (بی تا)، کتاب نکاح، قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز.
۴۰. شیرازی، محمدکاظم (۱۳۷۰)، بلغه الطالب، تهران: مطبعة بوذرجمهری، ج ۲.
۴۱. شهیدی، مهدی (۱۳۹۰)، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران، انتشارات مجتمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ هشتم، ج ۱.
۴۲. طباطبایی، محمد بن علی (بی تا)، المناهل، قم: انتشارات مؤسسه آل البيت (ع) لإحياء التراث.
۴۳. عراقی، ضیاءالدین (۱۳۷۹)، حاشیه مکاسب، قم: الغفور.
۴۴. عمیدزنجانی، عباس علی (۱۳۹۱)، قواعد کلی عقود کتاب البیع و المتأجر، تهران: خرسندی.
۴۵. فاضل موحدی لنکرانی، محمد (۱۴۲۵ ق)، تفصیل الشریعه، قم: مرکز فقه الأئمه الأطهار (ع).
۴۶. فخرالمحققین، محمد بن حسن (۱۳۸۷)، إيضاح الفوائد فی شرح إشکالات القواعد، قم: اسماعیلیان، ج ۲

۴۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴)، حقوق مدنی، نظریه عمومی تعهدات، تهران: یلدا.
۴۸. _____ (۱۳۸۷)، گامی به سوی عدالت، تهران: میزان، ج ۲.
۴۹. مامقانی، عبدالله (۱۳۲۳)، نه‌ایه المقال فی تکمله غایه الآمال، قم: مجمع الذخائر الاسلامیه، ج ۲.
۵۰. مامقانی، محمدحسن بن عبدالله (بی‌تا)، غایه الآمال فی شرح المکاسب و البیع، قم: مجمع الذخائر الاسلامیه.
۵۱. محسنی، محمدآصف (۱۳۸۲)، الضمانات الفقهیه و أسبابها، قم: پیام مهر.
۵۲. محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۴)، قواعد فقه، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۵۳. محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم: مؤسسه آل‌ال‌بیت، ج ۸.
۵۴. مدرسی، محمدرضا (۱۳۹۳)، البیع، قم: دار التفسیر، ج ۲.
۵۵. مغنیه، محمدجواد (۱۳۷۹)، فقه الإمام جعفر الصادق، قم: انصاریان، ج ۴.
۵۶. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۹۰)، أنوار الفقاهه فی أحكام العتره الطاهره، قم: دار النشر الإمام علی (ع)، ج ۱.
۵۷. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ ق)، کتاب النکاح، قم: مدرسه الإمام علی بن أبی طالب (ع)، ج ۱ و ۵.
۵۸. موسوی بجنوردی، محمد (۱۳۷۹)، قواعد فقهیه، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ج ۲.
۵۹. موسوی خوانساری، احمد (۱۳۵۵)، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، تهران: مکتبه الصدوق، ج ۳.
۶۰. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن (۱۳۷۱)، جامع الشتات، تهران: کیهان، ج ۴.
۶۱. موسوی‌زاده، ابراهیم (۱۳۹۳)، حقوق اداری، تهران: دادگستر.
۶۲. نجفی، هادی (۱۳۸۷)، الآراء الفقهیه، اصفهان: مهر قائم، ج ۴.

۶۳. هاشمی شاهرودی، محمود (۱۳۸۲). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت، قم: دائره‌المعارف فقه اسلامی، ج ۱ و ۵.
۶۴. یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم (۱۴۲۲ ق)، *العروه الوثقی*، قم: مرکز فقه الأئمه الأطهار^(ع)، ج ۲.
۶۵. اسلامی پناه، علی (۱۳۸۸)، «ماهیت اجاره به شرط تملیک»، *مطالعات حقوق خصوصی*، شماره ۳.
۶۶. اصغری آق‌مشهدی، فخرالدین (۱۳۹۱)، «بررسی معاملات شرکت‌های لیزینگ در ایران»، *حقوق خصوصی*، شماره ۲۷.
۶۷. امامی نمینی، محمود (۱۳۸۳)، «بطلان یا صحت تعلیق در اعمال حقوقی»، *مطالعات اسلامی*، شماره ۶۳.
۶۸. باریکلو، علی‌رضا (۱۳۸۰)، «قرارداد ضمان معلق»، *نشریه مجتمه آموزش عالی قم*، شماره ۱۰.
۶۹. بهرامی، حسین (۱۴۰۰)، «مشروعیت صدور توثیقی اسناد براتی»، *مطالعات فقه اسلامی و حقوق*، شماره ۴۳.
۷۰. حسینی مقدم، سید عسگری (۱۳۸۶)، «تحلیل تعلیق در قراردادها»، *پژوهش‌های فقه و حقوق*، شماره ۱۰.
۷۱. عباسی داکانی، خسرو (۱۳۹۰)، «مقایسه عقد معلق با عقود مشروط و خیاری»، *کانون*، شماره ۱۲۱.
۷۲. روشن، محمد (۱۳۹۱)، «تأملی انتقادی- تحلیلی بر مبانی نظری عقد تعلیقی»، *متین*، شماره ۵۷.
۷۳. سیفی، غلام‌علی (۱۳۹۷)، «تعلیق‌پذیری در عقود وثیقه‌ای»، *تحقیقات حقوقی*، شماره ۸۲.
۷۴. سیمایی صراف، حسین (۱۳۹۰)، «حقوق مدرن و اصول فقه»، *تحقیقات حقوقی*، شماره ۵۵.
۷۵. صمیمی، محمد مهدی (۱۳۹۹)، «مشابه‌ترین اعمال قراردادی به قرارداد اداری در ایران»، *تحقیقات علوم انسانی*، شماره ۹.

۷۶. عبدی، یاسر (۱۳۹۴)، «بررسی فقهی حقوقی قرارداد استصناع»، پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، شماره ۴۲.
۷۷. عباسی، بیژن (۱۳۹۶)، «قرارداد اداری از منظر فقه مذاهب اسلامی»، فقه مقارن، شماره ۱۰.
۷۸. علی‌آبادی، علی (۱۳۹۳)، «عقد معلق در قانون مدنی»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره ۱۱.
۷۹. عراقی، عزت‌الله (۱۳۸۸)، «قراردادهای دولتی در حقوق ایران»، حقوق خصوصی، شماره ۱۵.
۸۰. قبولی درافشان، محمدتقی (۱۳۹۲)، «تعلیق در انشاء در فقه و حقوق ایران»، آموزه‌های فقه مدنی، شماره ۷.
۸۱. قافی، حسین (۱۳۸۳)، «ماهیت و میزان اعتبار قرارداد الحاقی»، حقوق اسلامی، شماره ۲.
۸۲. میرداداشی، مهدی (۱۳۹۶)، «مسئولیت مدنی ناشی از فسخ و شرط فاسخ در قراردادها»، مطالعات فقهی و فلسفی، شماره ۳۱.
۸۳. نقیبی، سید ابوالقاسم (۱۳۹۶)، «شرط متأخر و کاربرد آن در حقوق»، مبانی فقهی حقوق اسلامی، شماره ۲۰.
۸۴. وحدتی شبیری، حسن (۱۳۹۹)، «عقد معلق با تعهد به ایجاد معلق‌علیه»، مطالعات فقه و حقوق، شماره ۲۲.
۸۵. یزدانیان، علی‌رضا (۱۳۸۹)، «بررسی تطبیقی آثار تعلیق در تشکیل و انحلال تعهدات در حقوق ایران و فرانسه»، مطالعات حقوق خصوصی، سال چهارم، شماره ۱۳.
۸۶. یزدانیان، علی‌رضا (۱۳۸۸)، «تحلیلی از تعلیق در انحلال عقد در فقه امامیه و حقوق فرانسه»، مطالعات اسلامی: فقه و اصول، شماره ۸۲.
۸۷. یزدانیان، علی‌رضا (۱۳۸۷)، «ویژگی‌های معلق‌علیه در حقوق ایران و فرانسه»، فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره ۱.

References

1. Ebn Manzoor, Abolfazl, Jamal Aldin, 1993, Beyroot, Lisan Al Arab, Dar alfekr Leltabaeh publishing, V. Vol 10.
2. Ebn zohre, Hamze Ebn Ali, 1996, Qaniya Alnozo Ela Elm Al Osol Wa

-
- Alforooq, Qom, V. Vol 2.
3. Araki, Mohammad Ali, 1992, Qom, Resalatan fi Al erth wa Nafaqato Alzawja.
 4. Esmail Harisi, Ebrahim, 2017, Mabani Hoquq Peyman, Javedaneh Jangal Publishing, Tehran. (in Persian)
 5. Esfahani, Mohammad Hosein, 2006, Hashiyatol Makaseb, zolqorba Publishing, V. Vol 5.
 6. Emami, Khansari, Mohammad, 1993, Alhasiya Ala Almakaseb, Qom, V. Vol 5.
 7. Emami, Mohammad, 2007, Hoquq Edari, Mizan Publishing, 2nd e.d, Tehran. (in Persian)
 8. Adibi, Mohammad Reza, 2001, Tahlile Hoquqi Faskh va Asare an dar Qaradadhaye Dolati, Jangal Publishing, Tehran. (in Persian)
 9. Ardebili, Ahmad Ben Mohammad, 1982, Majmaa olfaede wa Alrahan Fi sharh Ershad ol Azhan, First e.d, Eslami Publishing, Qom.
 10. Anvari, Hasan, 2007, Farhange Bozorge Sokhan, Tehran, sokhan publishing, Vol 3
 11. Ansari, Mohammad Ali, 1994, Almousooae Alfeqhiya Almayasara, Majmaa Olfekr Aleslami publishing, Qom, V. Vol 9.
 12. Tarhini Ameli, Mohammad Hosein, 2006, Alzebda Alfeqhiya Fi Sharh Alrowza Albehiya, Dar Olfeqh Publishing, V. Vol 5.
 13. A group of researchers, 2002, Mousooae Alfeqh Al Eslami, Feqh Eslami Encyclopedia, Qom, V. Vol 29.
 14. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, 2007, Mabsoot dar Terminology Hoquq, Tehran, Ganj Danesh publishing, V. Vol 3. (in Persian)
 15. Gannati, Mohammad Ebrahim, 2007, Tattawor Ejtehad Dar Hoze Estenbat, Tehran, Amir Kabir Publishing, V. Vol 2.
 16. Hoseini Haaeri, Kazem, 2002, Feqh Ol Oqood, Qom, Majmaa Ol fekr Al Eslami Publishing, V. Vol 2.
 17. Hoseini Ameli, Mohammad Javad, 1998, Meftah Ol Kerama Fi Sharh Qavaed, Qom, Jamae Almodaresin Publishing, V. Vol 21.
 18. Hoseini Maraqi, Abd Ol Meftah Ebn Ali, 1996, Qom, Al Anavin Feqhiye, Eslami Publishing, First e.d.
 19. Hakim, Mohsen, 1995, Mostamsek Ol Orva Tol Vothqa, Qom, Dar Ol Tafsir Publishing, V. Vol 12.
 20. Hakim, Mohsen, 2009, Mostamsek Ol Orva, Beyroot, Dar Ol Ehya Torath OL Arabi, First e.d.
 21. Nahjo Ol Faqahe, Qom, n.d, 22 Bahman Publishing, First e.d-----.

22. Khomeini, Rohol Lah, 2000, Albeyae, Tehran, Emam Khomeini Publishing, First e.d. ▶
23. Komeini, Moustafa, 2007, Albeyae, Tehran, Emam Khomeini Publishing, First e.d
24. Khoe, Seyed Abolqasem, 1997, Mousooae AEmam Alkhoe, Qom, Mouasesa Ehya Athar AEmam khoe Publishing, V. Vol 31.
- 25., -----1999, Mesbah Alfeqaha, Qom, Davari Publishing, First e.d.
26. Zehni Tehrani, Mohammad Javad, 1949, Tashrih Ol Mataleb, Qom, Nashre Hazeq Pablising, V. Vol 6.
- 27., -----1949, Tashrih Ol Mataleb, Qom, Nashre Hazeq Pablising, V. Vol 12.
28. Rouhani, Mohammad sadeq, 2014, Feqh Ol Sadeq, Qom, Ayeen Danesh Publishing, V. Vol 26.
- 29., 2014, Feqh Ol Sadeq, Qom, Ayeen Danesh Publishing, V. Vol 31-----.
30. Rouhani, Mohammad Sadeq, 2008, Menhaj Ol Feqahe, Qom, Anvar ol Hoda Publishing, V. Vol 3.
31. Zahedi, Jafar, 1983, Khod Amouz Kefaye, Mashhad Moqadas, First e.d, V. Vol 1.
32. Sobhani Tabrizi, Jafar, 2010, Estafdaat, Qom, Mousesa Emam Sadeq Alayhe Salam Publishing, V. Vol 1.
33. Shobeyri Zanjani, Mousa, n.d, Ketab Nekah, Qom, Mousesa pazhoheshi Ray Pardaz publishing .
34. Shirazi, Mohammad Kazem, 1991, Balqat Ol Taleb, Tehran, Matbaa Bouzar Jemehri Publishing, V. Vol 2.
35. Tabatabai, Mohammad Ben Ali, n.d, Al Manahel, Qom, Mousesa Al beyt Le Ehya Ol Torath Publishing.
36. Eraqi, Zayaa Oldin, 2000, Hashiya Tol Makaseb, Qom, Alqafoor Publishing.
37. Heli, Hasan Ben Yousef, n.d, Tazkeratol Foqaha, Tehran, Makteba Tol Mortazawiye Publishing, V. Vol 2.
38. Amid Zajani, Abass Ali, 2012, General Rules Of Contracts Of The Book Of Albeyae Wa Almotajer, Tehran, KHorsandi Publishing.
39. Fazel Mouwahedi Lankarani, 2004, Tafzil o Shariae, Qom, Markaz Feqh A Eme Athaar Publishing .
40. Fakhr Ol Mohaheqin, Mohammad Ben hasan, 2008, Ayzaa ol Fawaed Fi Sharh Eshkalat Alqawaed, Qom, Esmailian, V. Vol 2.
41. Katouzian, Nasser, 1995, Hoquq Madani, General theory of obligations, Tehran, Yalda Publishing. (in Persian)
- 42., -----2008, Gami be Sooye Edalat, Tehran, Mizan Publishin, V. Vol 2. (in Persian) ◀

43. Mamqani, Abd Ol Lah, 1944, Nahaya Tol Maqal Fi Taklema Qayat Ol Emal, Qom, Majmaa Ol Zakhaer Al Eslamiya, V. Vol 2.
44. Mamqani, Mohammad Hasan Ben Abd Ol Lah, n.d, Qaya Tol Amal Fi Sharh Almakaseb, Qom, Majmaa Ol Zakhaer Al Eslamiya Publishing.
45. Mohseni, Mohammad Asef, 2003, Alzamanat Alfeqhiya Wa Asbabeha, Qom, Payam mehr Publishing.
46. Mohaheq Damad, Moustafa, 2005, Qavaed Fiqh , Tehran, Markaz Nashr Olom Eslami Publishing. (in Persian)
47. Mohaheq Korki, Ali Ben Hosein, 1993, Jamea Ol Maqased Fi Sharh El Qawaed, Qom, Mousesa Al Beyt Publishing, V. Vol 8 .
48. Modaresi, Mohammad Reza, 2014, Albeyae, Qom, Dar Ol Tafsir Publishing, V. Vol 2.
49. Moqniye, Mohammad Javad, 2000, Feqh Ol Emam Jafar Sadeq , Qom, Ansarian Publishing, V. Vol 4.
50. Makarem Shirazi, Nasser, 2011, Anvar Ol Feqahe fi Ahkam Al Otre Al Tahrtr, Qom, Dar Ol Nashr Emam Ali Publishing, V. Vol 1.
51. Makarem Shirazi, Nasser, 2003, Ketab Ol Nekah, Qom, Madresa Tol Emam Ali Ben Abi Taleb, V. Vol 1.
- 52.,-----2003, Ketak ol Nekah, , Qom, Madresa Tol Emam Ali Ben Abi Taleb, V. Vol 5.
53. Mousavi Boujnoordi, Mohammad, 2000, Qawaed Feqhiye, Tehran, Emam Khomeini Publishing, V. Vol 2.
54. Mousavi Khansari, Ahmad, 1976, Jamea Ol Madarek Fi Sharh ol Mokhtasar Alnafea, Tehran, Makteba tol Soddoq Publishing, V. Vol 3.
55. Mirzaye qomi, Abolqasem Ben Mohammad Hasan, 1992, Jamea ol Shatat, Tehran, Keyhan Publishing, V. Vol 4.
56. Mousazade, Ebrahim, 2014, Administrative rights, Tehran, Dadgosar Publishing.
57. Najafi, Hadi, 2008, Al Ara Ol Feqhiya, Esfahan, Mehre Qaem Publishing, V. Vol 4.
58. Hashemi Shahroudi, Mahmoud, 2003, Farhang Feqh Motabeq Mazhab Ahle Beyt., Qom, Encyclopedia Of Eslamic Law, V. Vol 1.
- 59.,-----2003, Farhang Feqh Motabeq Mazhab Ahle Beyt, Qom., Encyclopedia Of Islamic Law, V. Vol 5 .
60. Yazdi, Mohammad Kazem Ben Abdol Azim, 2001, Al Orwa Tol Wothqa, Qom, Markaz Feqh Aeme Athaar Publishing, V. Vol 2.
- B) Articles

61. Eslami Panah, Ali, 2008, Legal Nature of Hire Purchase, Private Law Studies Quarterly, Publishing, NO 3.
62. Asqhari Aqmashhadi, Fakhr O Din, 2011, Survey of the Leasing Companies Transaction in Iranian Law, Private Law Studies Quarterly, NO 27.
63. Emami Namini, Mohmoud, 2004, Botlan ya Sehate Taligh dar A'amale Hoquqi, Motaleaat Eslami Research, NO 63. (in Persian)
64. Barikloo, Alireza, 2001, Qaradade Zamane Moalaq, Mojtamae Amoozash Alee Qom Publishing, NO 10. (in Persian)
65. Bahrami, Hosein, 2021 "Jurisprudential and Legal Study of the Nature and Legitimacy of Issuance of Bill of Exchange Documents for Securement Purposes", Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law, NO 43.
66. Hoseini Moqadam, Seyed Askari, 2006, Tahlile Taligh dar Qaradadha, Journal of Islamic Law & Jurisprudence Researches, NO 10.
67. Abbasi Dakani, Khosrow, 2010, Moqayeseye Aqde Moalaq ba Oqoode Mashroot va Khiari, Nashriye Kanoon Research, NO 121. (in Persian)
68. Roshan, Mohammad, 2011, A Critical-Analytical Reflection on the Theoretical Basis of Pending Contract with Special Reference to Imam Khomeini's Approach, Matin Research Journal, NO 57.
69. Seyfi, Qolam Ali, 2018, Suspension in Collateral Contracts, Legal Research Quarterly, NO 82.
70. Simayee Saraf, Hosein, 2010, Manteqe Hoquqe Modern va Osoole Fiqh, Humanities Research, NO 55. (in Persian)
71. Samimi, Mohammad Mahdi, 2019, The Most Similar Contractual Practices To The Administrative Contract In Iran, Humanities Research, NO 9.
72. Abdi, Yaser, 2014, Jurisprudential Review Of The Made Contract, Pazhooheshhsye Feqh Wa Hoqooq Eslami Research, NO 42.
73. Abasi, Bizhan, 2016, Administrative Contract From The Point Of View Of Jurisprudence Of Islamic Religions, Quarterly Of Feqh Maqaren, NO 10.
74. Ali Abadi, Ali, 2013, Suspended Contract In Civil Law, Motaleaat Feqh Wa Hoqooq Eslami Publishing, NO 11.
75. Eraqi, Ezat O Lah, 2008, Government Contracts In Iranian Law, Journal Of Private Law, NO 15.
76. Qabooli Dorrafshan, Mohammad Taqi, 2012, Suspension In Writing In Iranian Jurisprudence And Law, Teaching Of Civil Jurisprudence, NO 7.
77. Qafi, Hosein, 2004, The Nature And Validity Of The Additional Contract, Journal Of Eslamic Law, NO 2.
78. Mirdadashee, Mahdi, 2016, Civil Liability Arising From Termination And The Termination Clause In Contracts, Jurisprudence And Philosophical

Studies,NO 31.

79.Naqibi,Seyed Abolqasem,2016,Late Condition And It's Application In Law ,Jurisprudential Foundations Of Islamic Law,NO 20.

80.Vahdati Shobeyri,Hasan,2019,Suspended Contract With Obligation,Jurisprudence And Law Studies, NO 22.

81.Yazdanian, Alireza,2009, Examination Comparative of the Effects of Suspension and Dissolution of Obligations in Iran and French Law , Private Law Studies Quarterly ,NO 13.

82.,-----An Analysis Of Suspension In Dissolution Of Contract In Imamiyyah jurisprudence And French Law,Islamic studies: Jurisprudence And Principles,2008,NO 82.

83.,-----,The Characteristics Of Suspended Against In Iranian And French Law,Islamic Jurisprudence And Fundamentals Journal,2007,NO.

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 برخورد کرده 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.

۱-۲. 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 فرمایید 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 ذکر شده 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 گزینش شده، 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 خرساز 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 فقهی 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 ۱۲۷۲/۲۱/۷۹ 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)، «سازکار 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.

تفسیر قصدگرایانه از جایگاه و صلاحیت‌های شورای نگهبان در پرتو اندیشه‌های شهید بهشتی

محمد رضا اصغری شورستانی^{۱*}، محمدصادق داریوند^{۲**}

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۵/۳۱ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۸/۲۲

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: 10.22034/qjplk.2023.1657.1524

چکیده

شورای نگهبان یکی از نهادهای مهم نظام جمهوری اسلامی ایران است. این نهاد دستاورد تلاش متفکران مؤثر در انقلاب اسلامی و از جمله آن‌ها شهید آیت‌الله دکتر بهشتی است که از اصل دوم متمم قانون اساسی مشروطه، موسوم به اصل طراز، الهام گرفتند و به منظور جلوگیری از تصویب قوانین و مقررات مغایر با احکام و موازین شرع مقدس اسلام آن را پایه‌گذاری کردند. در پژوهش حاضر سعی بر آن شده است تا با استفاده از روش توصیفی-تحلیلی و با بهره‌گیری از منابع کتابخانه‌ای و اندیشه‌های حقوقدانان به این پرسش پاسخ داده شود که نهاد شورای نگهبان در اندیشه شهید بهشتی چه جایگاه و صلاحیت‌هایی داشته و چگونه می‌توان با التفات به این اندیشه‌ها در مسیر تفسیر قصدگرایانه صلاحیت‌های شورای نگهبان به نظری درست دست یافت. نتایج به‌دست‌آمده نشان می‌دهد از دیدگاه شهید بهشتی شورای نگهبان از جایگاه فصل الخطاب بودن در نظام جمهوری اسلامی ایران برخوردار است و به همین جهت در زمینه سنجش قوانین و مقررات از حیث شرعی صلاحیتی غیر موقت دارد. نیز در زمینه تفسیر قانون اساسی سخن شورای نگهبان فصل الخطاب و قاطع است و نهادهای دیگر حق اظهار نظر قانونی در این باره را ندارند.

واژگان کلیدی: پدران بنیان‌گذار، تفسیر قانون اساسی، شورای نگهبان، شهید بهشتی، قانون اساسی، نظارت شرعی.

۱. استادیار حقوق عمومی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران.

* Email: M.asghari@ujss.ac.ir

۲. دانشجوی کارشناسی‌ارشد رشته معارف اسلامی و حقوق عمومی، دانشگاه امام صادق (ع)، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)

** Email: Darivand1378@gmail.com



مقدمه

تنظیم مقررات و قوانین مطابق احکام شرع مقدس و اسلامی بودن آن‌ها همواره دغدغه فقها و عالمان اسلامی بوده است. پس از پیروزی انقلاب اسلامی و به دنبال آن تعیین شکل حکومتی جمهوری اسلامی لازم بود در قانون اساسی متأثر از این انقلاب حاکمیت مکتب اسلام بر همه اصول آن به صراحت اعلام شود. زیرا مردم مسلمان ایران خواهان چنین امری بودند؛ طوری که در مقدمه قانون اساسی تشکیل حکومت اسلامی خواست دیرینه مردم مسلمان ایران عنوان شده است. از این رو، به منظور اطمینان از اینکه در جمهوری اسلامی قانونی مغایر با شرع وضع نشود، ضرورت داشت مرجعی صالح مصوبات مجلس را از جهت انطباق با موازین و احکام شرعی بررسی کند و بدین منظور در قانون اساسی نهادی به نام شورای نگهبان پیش‌بینی و پایه‌گذاری شد. از سوی دیگر یکی از منابعی که می‌توان به کمک آن مبانی و اهداف نظام حقوقی را استنباط کرد افکار و ایده‌های مطرح‌شده از سوی پدران بنیان‌گذار^۱ نظام حقوقی است. اندیشمندان و متفکران اسلامی با الهام از آیات قرآن کریم و سیره معصومان^(ع) و با اعتقاد به اینکه اجرای همه‌جانبه شریعت جز در سایه وجود نظام سیاسی و حقوقی مقتدر قابل اجرا نیست، تلاش‌های بسیاری در پایه‌ریزی نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران داشتند و قدر متیقن از مصادیقی که می‌توان در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران به منزله پایه‌گذار نظام حقوقی ذکر کرد، در کنار بنیان‌گذار جمهوری اسلامی^۲، شهید بهشتی^(ره) است. زیرا او نقش مهمی در پایه‌ریزی نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران داشت و از افراد شاخص در تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بود. زیرا، پس از تشکیل مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، به عنوان نایب‌رئیس این مجلس انتخاب شد و به دلیل برخورداری از قدرت مدیریتی عملاً در بسیاری از جلسات ریاست جلسه را بر عهده داشت و به دلیل اظهارنظرهای مهم خود در روند تصویب اصول مختلف و مهم قانون اساسی به تعبیری زبان‌گویای هیئت تقنین اساسی محسوب می‌شد. ایشان در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی مفاهیم مطرح‌شده در اصول پیشنهادی گروه‌ها را توضیح می‌داد و برای اعضای مجلس تبیین می‌کرد و اگر نیاز ضروری و منطقی به اصلاح عبارتی وجود داشت آن را تکمیل یا اصلاح می‌کرد و به رأی نمایندگان می‌گذاشت.^۳

برای دستیابی دقیق به اندیشه شهید بهشتی درباره جایگاه و صلاحیت‌های شورای نگهبان لازم است با نگاهی قصدگرایانه^۴ به آثار و نظرات ایشان در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی

مراجعه کرد. زیرا مقصود از این روش تفسیری تفسیر قانون بر اساس قصد و مراد مقنن است و باید توجه داشت که در رویکرد قصدگرا هدف کشف مراد مقنن است و قانون بر مبنای مراد مقنن تفسیر می‌شود و مفسر می‌کوشد تا مراد مقنن را به دست آورد و قانون را بر اساس آن تفسیر کند. بالطبع ممکن است در مسیر کشف مراد مقنن از متن قانون نیز کمک بگیرد. اما از آنجا که هدف از تفسیر را کشف مراد مقنن می‌داند، در مقام تراحم میان افاده معنای الفاظ و مراد مقنن، اولویت را به مراد مقنن خواهد داد (اصغری شورشانی، ۱۳۹۸: ۵۶ - ۵۷).

نظریه‌پردازانی که از قصدگرایی سخن گفته‌اند آن را از این جهت در تقابل با متن‌گرایی می‌دانند که بر آن‌اند متن قانون صرفاً طریقی برای درک معنایی است که قانون‌گذار مد نظر دارد و بنابراین به خودی خود فاقد موضوعیت است. این دسته به صراحت می‌گویند خوانندگان به هیچ وجه نمی‌توانند متون را بدون مقاصد انسانی مسلم یا واقعی آن متوجه شوند. چون الفاظ نشانه‌های بی‌معنایی روی کاغذ هستند (Kay, 1988: 230).

بنابراین پژوهش حاضر با رویکردی قصدگرایانه از طریق گردآوری گفتارها و نوشتارهای ایشان با روش توصیفی-تحلیلی به دنبال پاسخ به این پرسش است که نهاد شورای نگهبان در اندیشه شهید بهشتی چه جایگاهی داشته و کارویژه‌های آن در نظام حقوقی ایران به چه ترتیب است. با بررسی‌های انجام‌شده، به نظر می‌رسد اثر مستقلاً در رابطه با این موضوع نگاشته نشده است. البته در ذیل چند پژوهش فقط به بیان دیدگاه‌های شهید بهشتی در روند تصویب اصول مربوط به شورای نگهبان اکتفا شده است.^۵ بدین جهت وجه نوآورانه پژوهش حاضر این است که اولاً در تحقیق حاضر برخلاف پژوهش‌های قبلی، که صرفاً به ذکر دیدگاه شهید بهشتی در روند تصویب اصول مربوط به نهاد شورای نگهبان پرداخته‌اند، با نگاه قصدگرا از گفتارها و نوشتارهای شهید بهشتی چه در مشروح مذاکرات چه در کتب و مصاحبه‌های وی در جهت تبیین هر چه بهتر اندیشه ایشان استفاده شده است و ثانیاً بحث از آرای شهید بهشتی در این رابطه برخلاف آثار قبلی که فقط بخشی از تحقیق به بیان دیدگاه ایشان اختصاص یافته است در اثری مستقل همراه بررسی دیدگاه‌های حقوقدانان صورت گرفته است. در همین زمینه، ابتدا خطوط کلی منظومه فکری شهید بهشتی تبیین شده تا بتوان دیدگاه کلان ایشان را در موضوعات مرتبط با نظام حقوقی استنباط کرد. در ادامه با بررسی ریزمؤلفه‌های اندیشه شهید بهشتی در خصوص نهاد شورای نگهبان نخست ضرورت وجود نهاد شورای نگهبان بررسی شده است. و در نهایت به صلاحیت‌های مناقشه‌برانگیز شورای نگهبان اشاره شده و

ضمن تبیین اندیشه‌های مختلف در خصوص هر یک، با نگاه قصدگرا، تلاش شده از منظر شهید بهشتی قول مختار تبیین شود.

۱. چارچوب کلی نظام حقوقی جمهوری اسلامی در منظر شهید بهشتی

شهید بهشتی ساختار نظام اصیل اسلامی را مبتنی بر مؤلفه‌های «امت و امامت» و آن را برگرفته از برداشت تشیع راستین از اسلام می‌داند و بر آن است که بهترین نام برای نظام جمهوری اسلامی نظام امت و امامت است. زیرا این نظام طرح نوین حکومتی است و با هیچ‌یک از نظام‌های سیاسی موجود در کتب حقوق سیاسی و قانون اساسی قابل تطبیق نیست (حسینی بهشتی، ۱۳۹۰ الف: ۱۵). از دیدگاه شهید بهشتی قانون اساسی انقلاب اسلامی یک ملت و جامعه مسلمان نیاز دارد متکی به معارف اسلامی باشد و این امر قابل انکار و تردید نیست (صورت مشروح مذاکرات ...، ۱۳۶۴، ج ۱: ۳۷۶). ایشان معتقد بودند در جوامع مکتب‌محور مردم، در اولین گام، مکتب خود را مشخص می‌کنند و با این انتخاب در واقع اعلام می‌کنند که زین پس باید همه امور بر اساس این مکتب پیش برود. این انتخاب به شکل کاملاً آزادانه‌ای صورت پذیرفته و مردم جامعه با اقدام اول خود اقدامات بعدی را در چارچوب مکتب محدود کرده‌اند (صورت مشروح مذاکرات ...، ۱۳۶۴، ج ۱: ۳۸۰). بر همین اساس به عقیده ایشان یکی از ویژگی‌های مهم نظام حقوقی ایران مکتبی بودن آن است و در همین زمینه ایشان بر آن‌اند که شخص فقیه دو نقش اساسی در جامعه اسلامی ایفا می‌کند: فقهت فقیه و ولایت فقیه: «فقیه بعد از اینکه نظرات اسلامی را روشن کرد و فقهای شورای نگهبان که آن‌ها هم باید فتاوی فقهت رهبری را رعایت کنند قوانین را تطبیق کردند و معلوم شد قوانینی که از مجلس گذشته مطابق اسلام است، اگر این قسمت تأمین شد، یعنی فقهای شورای نگهبان نقش فقهت ولی فقیه را در تأیید انطباق قوانین با اسلام ایفا کردند، بعد از اینکه این کار را کردند، باید در مجاری اجرای قوانین، ولایت فقیه و تسلط او بر کیفیت اداره جامعه تأمین شود تا این قوانین مصوب و تضمین شده از نظر انطباق با اسلام در مقام عمل هم اجرا شود و این ولایت فقیه است.» (حسینی بهشتی، ۱۳۹۰ ب: ۲۸۱ - ۲۸۲). بنابراین برداشت شهید بهشتی آن است که نهاد شورای نگهبان بازوی فقهت رهبری در نظام اسلامی محسوب می‌شود و به همین سبب اعتقاد داشتند که شورای نگهبان باید حالت تداومی داشته باشد؛ به گونه‌ای که همیشه نظام جمهوری اسلامی دارای شورای نگهبان باشد و هیچ زمانی اختلال و سستی در تشکیل این نهاد به وجود نیاید

(صورت مشروح مذاکرات ...، ۱۳۶۴، ج ۲: ۹۷۱). شهید بهشتی جایگاه محوری مردم را در اداره حکومت به مثابه «امتی» که حول محور «امام» بر اساس تعالیم اسلام اجتماع یافته می‌داند و معتقد است: «نظام اجتماعی جدید ایران نظامی است اسلامی، ولی نظامی است که مردم با انتخاب و اختیار و گزینش خودشان آن را انتخاب کردند، نظامی است در راه خدمت به مردم یا به تعبیر دیگر نظامی است مردمی بر پایه اسلام. بنابراین نظام اجتماعی آینده ما نظامی است متعهد در برابر اسلام و نظامی است مردمی و اومانیستی نه ملی و ناسیونالیست، آن هم اومانیسم اسلامی که انسان‌دوست است نه انسان‌پرست.» (بهشتی، ۱۳۹۰ الف: ۶۴). از دیگر مؤلفه‌های فکری شهید بهشتی، مرتبط با مبانی و مقاصد نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، ناظر به ماهیت قانون اساسی است. از نگاه شهید بهشتی قانون اساسی به مثابه دستگاه گردش خون است که باید سالم نگاه داشته شود و در همین زمینه ایشان باور داشت امت و مردمی که در تشخیص بسیار قوی باشند و زمانه خود را به درستی درک کنند و عالم به زمان باشند این حضور آگاهانه و متعهدانه منجر به آن خواهد شد که نظام سیاسی مبتنی بر قانون اساسی همچون دستگاه گردش خون منظم و دقیق کار کند (شعاع‌حسینی، ۱۳۹۲، ج ۳: ۳۱). ایشان قانون اساسی را «بیانیه اصل‌بندی‌شده و تنظیم‌شده انقلاب اسلامی» می‌دانست (بهشتی، ۱۳۹۰ الف: ۶۳). به عبارت دیگر قانون اساسی در حقیقت خواسته‌های تنظیم‌شده و دسته‌بندی‌شده مردمی است که در فرایند حدوث و استمرار انقلاب اسلامی ابراز می‌کنند و این مفسر قانون اساسی است که پایه‌پای مردم و اقتضائات انقلاب اسلامی باید تفسیر خود را نه با انحصار در اقتضائات زمان تصویب، بلکه با نگاه به پویایی و پایایی نظام حقوقی پیش ببرد و از جمله آثار این نگاه فهم ماهیت حقیقی قانون اساسی است.

۲. ضرورت وجود شورای نگهبان و ترکیب اعضای آن از منظر شهید بهشتی

اصل برتری و حاکمیت قانون اساسی ریشه در انقلاب مشروطه دارد. زیرا قانون اساسی مشروطه و متمم آن جنبش قانون اساسی خواهی را به ارمغان آورد. لکن قانون اساسی بدون وجود نهادی که تضمین‌کننده «برتری قانون اساسی و احکام شرع» باشد همواره مورد نقض خواهد بود؛ طوری که بازنگری‌های چندگانه در قانون اساسی مشروطه تا زمان لغو آن قادر به رفع این نقص و کاستی نشد (منصوریان و ملازاده، ۱۳۹۴: ۲۵۲). اما با وقوع انقلاب اسلامی و تشکیل نظام مکتبی جمهوری اسلامی، که مردم ایران در همه‌پرسی ۱۰ و ۱۱ فروردین ۱۳۵۸ شکل حکومت خود را «جمهوری اسلامی» اعلام کردند، ضرورت داشت تا در این شکل حکومتی تقنین و اجرا و قضا بر اساس موازین اسلام باشد. به همین دلیل ویژگی این نهاد در

نظام جمهوری اسلامی این است که علاوه بر پاسداری از قانون اساسی، به مفهوم متداول و عرفی آن، وظیفه پاسداری از موازین و احکام شرع اسلام را نیز که آن هم مورد عنایت قانون اساسی است به عهده دارد و مشخصاً قوانین عادی را از این حیث که مغایر با موازین شرع اسلام نباشند بررسی می‌کند (مهرپور، ۱۳۸۹: ۲۱۹).

۱-۲. ضرورت وجود شورای نگهبان در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران

شهید بهشتی از کسانی بود که باور داشت شورای نگهبان باید حالت تداومی داشته باشد؛ به گونه‌ای که همیشه نظام جمهوری اسلامی دارای شورای نگهبان باشد و هیچ فترتی پیش نیاید (صورت مشروح مذاکرات ...، ۱۳۶۴، ج ۲: ۹۷۱). بنابراین، از اصل وجود نهادی به نام شورای نگهبان با ترکیبی از فقها و حقوقدانان و با شرح وظایف مشخصی دفاع می‌کرد. ایشان با توجه به تجربه تاریخی، که منجر به سرنوشت مجتهدان اصل طراز در عصر مشروطه یعنی موضوع اصل دوم متمم قانون اساسی مشروطه شد، این دغدغه را در ذهن داشت که اگر قرار شود یک بار دیگر خدای نکرده تاریخ تکرار شود و موضوع تشکیل شورای نگهبان مثل موضوع طراز اول به بوته فراموشی سپرده شود، آن وقت تکلیف چه می‌شود؟ (صورت مشروح مذاکرات ...، ۱۳۶۴، ج ۲: ۱۰۸۴). بر همین اساس ایشان در جریان تصویب اصل ۹۳ قانون اساسی^۶ این نکته مهم را اظهار داشت که علت تهیه شدن این اصل مقابله با قدرت و عوامل احتمالی بوده که بخواهند مانع تشکیل شورای نگهبان شوند و این نهاد مهم را سالبه به انتفاء موضوع کنند. پس این اصل پیشنهاد شده است تا اساساً مجلس بدون شورای نگهبان اعتبار قانونی نداشته باشد و در نتیجه تضمینی برای عدم تعطیلی شورای نگهبان و نظارت شرعی بر قوانین باشد (صورت مشروح مذاکرات ...، ۱۳۶۴، ج ۲: ۱۰۷۹ - ۱۰۸۰).

۲-۲. ترکیب اعضای شورای نگهبان

در روند بررسی این اصل، چند موضوع مطرح شد. یک موضوع در روند تصویب اصل ۹۱ در خصوص تعداد حقوقدانانی بود که شورای عالی قضایی^۷ معرفی می‌کرد و پیشنهاد شد که فقط تعداد افراد معینی از سوی شورا به مجلس معرفی شود و از بین آنها شش نفر برای جلوگیری از مشکلات احتمالی انتخاب شود. لیکن نظر شهید بهشتی این بود که باید دست شورای عالی قضایی را باز گذاشت که عده بیشتری را معرفی کند تا نمایندگان مجلس بتوانند از میان آنها به کسانی که از شش نفر بیشتر هستند رأی اعتماد بدهند؛ یعنی مسلماً باید هفت

نفر، هشت نفر، یا حتی ده نفر معرفی شود تا امکان انتخاب برای نمایندگان باشد و بن‌بستی هم پیش نمی‌آید؛ چون اگر هفت نفر معرفی کند آن‌ها موظف‌اند از میان این هفت نفر شش نفر را انتخاب کنند و نمی‌توانند بگویند چهار نفر از آن‌ها یا پنج نفر را انتخاب می‌کنیم و این نکته که به عنوان اصل نوشته شد بدین معنا بود که مجلس باید از میان هفت نفر شش نفر را انتخاب کند و حق رد کامل ندارد (صورت مشروح مذاکرات ...، ۱۳۶۴، ج ۲: ۹۴۶).

یکی از موضوعات جدی دیگری که مطرح شد حضور حقوقدانان در نهاد شورای نگهبان بود. درباره حضور فقها در شورای نگهبان تردیدی وجود نداشت. زیرا فقها نسبت به دیگران از آگاهی بیشتری در زمینه احکام و موازین اسلامی برخوردارند. اما درباره حضور حقوقدانان برخی از اعضای مجلس بررسی نهایی قانون اساسی مخالف بودند و ضرورت وجود حقوقدانان در کنار فقها برای ایشان ابهام داشت. از این رو پیشنهاد حذف حقوقدانان و اکتفا به حضور فقها را مطرح می‌کردند. استدلال مخالفان آن بود که چون نظام حکومتی تغییر کرده و مبنای قانون اساسی فقه امامیه است، حقوق اسلامی همان فقه است و از آنجا که بناسط قوانین ما متخذ از احکام اسلامی باشد، نیازی به حضور حقوقدانان وجود ندارد و همان‌طور که اکثریت اعضای مجلس بررسی نهایی قانون اساسی از فقها هستند، اعضای شورای نگهبان نیز باید فقیه باشند و از سویی حضور حقوقدانان می‌تواند این توهم را ایجاد کند که فقه اسلام ناقص است (صورت مشروح مذاکرات ...، ۱۳۶۴، ج ۲: ۹۴۸، ۹۵۱، ۹۵۳). شهید بهشتی در پاسخ به استدلال اعضای که مخالف حضور حقوقدانان در شورای نگهبان بودند ابراز کرد بسیاری از احکام مندرج در قانون اساسی در چارچوب احکام اسلامی است؛ ولی متخذ از قوانین اساسی سایر کشورهاست و مصادیقی از حقوق تطبیقی دارد که در بسیاری از مکاتب حقوق دنیا وجود دارد. بنابراین در خصوص تشخیص ابعاد مختلف این موضوعات صاحب فن بودن در حقوق- اعم از رشته‌های مختلف اساسی، مدنی، جزایی، بین‌المللی، و... مؤثر است. بنابراین ضرورت دارد در اینجا حقوقدانان حضور داشته باشند و نظر بدهند؛ ضمن اینکه قانون اساسی متضمن احکام کلی است که بسیاری از آن‌ها از اسلام گرفته شده است، لیکن تطبیق این احکام کلی بر مصادیق جزئی لزوماً کار فقیه نیست و وظیفه کارشناسان، شامل متخصصان حقوق سیاسی و قضایی و اقتصادی، است و در این زمینه حضور حقوقدانان در ترکیب شورای نگهبان ضروری است (صورت مشروح مذاکرات ...، ۱۳۶۴، ج ۲: ۹۵۱ - ۹۵۲). به عبارت دقیق‌تر شهید بهشتی بر آن بود که همه اعضای شورای نگهبان وظیفه پاسداری و حراست از قانون اساسی را دارند و فقط اظهارنظر در

مورد بخش‌های مربوط به انطباق با موازین اسلام مخصوص فقهاست. بنابراین چون طبق اصل ۴ قانون اساسی همه قوانین و مقررات کشور باید منطبق با قوانین اسلام باشد، برای اجرای این اصل، شش نفر فقیه اظهارنظر می‌کنند (صورت مشروح مذاکرات مجلس ...، ۱۳۶۴، ج ۲: ۱۲۳۷). بدین ترتیب با توضیحی که شهید بهشتی در روند تصویب این اصل داد حضور حقوقدانان در کنار فقها در شورای نگهبان با ۵۷ رأی از ۶۷ رأی تصویب شد.

۲-۳. مدت عضویت اعضای شورای نگهبان

بنا بر اصل ۹۲ قانون اساسی، اعضای شورای نگهبان برای مدت شش سال انتخاب می‌شوند. ولی در نخستین دوره، پس از گذشت سه سال، نیمی از اعضای هر گروه به قید قرعه تغییر می‌کند و اعضای تازه‌ای به جای آن‌ها انتخاب می‌شود. از نگاه شهید بهشتی فلسفه این اصل آن است که برای شورای نگهبان باید حالتی مقرر شود که اندیشمندان جدیدی در مقطع زمانی مشخصی بیایند و با صاحب‌نظران قبلی ارتباط فکری داشته باشند تا آن مهارت و حضوری که افراد در طول این اقدام فنی پیدا می‌کنند به آن‌هایی که بعد از ایشان می‌آیند منتقل شود و چنان نباشد که افراد دوره بعدی کم‌تجربه باشند (صورت مشروح مذاکرات ...، ۱۳۶۴، ج ۲: ۹۷۱). به عبارت بهتر از نگاه ایشان مقصود از این اصل آن است که در هر سه سال شش نفر از اعضا که مدت کارشان به اتمام رسیده بار دیگر انتخاب شوند و افراد جدید با آن شش نفر قبلی، که سه سال سابقه کار دارند، همکاری کنند تا آن تجربه و مهارت که آن‌ها کسب کرده‌اند با افکاری که افراد تازه‌وارد دارند تلاقی کند که باعث شود این شورا در عین استحکام دارای خلاقیت نیز بشود (صورت مشروح مذاکرات ...، ۱۳۶۴، ج ۲: ۹۷۱). در ادامه روند تصویب اصل ۹۲، این سؤال مطرح شد که آیا حق انتخاب مجدد برای اعضا وجود دارد که شهید بهشتی در جواب این سؤال امکان انتخاب مجدد اعضا را تأیید کرد. زیرا از دیدگاه ایشان این افراد در کارشان متبحرتر شده‌اند و اگر واجد صلاحیت باشند مجدداً می‌توانند انتخاب شوند و انتخاب آن‌ها مانند نمایندگان مجلس خواهد بود؛ چون در اصول قانون اساسی برای نمایندگان مجلس محدودیت در حق انتخاب مجدد قرار داده نشده است. از سوی دیگر شهید بهشتی بر آن بود که چون اعضای شورای نگهبان شأن اجرایی ندارند برای انتخاب مجدد ایشان محدودیتی، همانند رئیس‌جمهور که شأن اجرایی دارد و مقرر شده که نباید بیش از دو نوبت انتخاب شود، در نظر گرفته نمی‌شود چراکه سنخ کار این شورا تخصصی است. (صورت

مشروح مذاکرات ...، ۱۳۶۴، ج ۲: ۹۷۱ - ۹۷۲).

۳. صلاحیت‌های شورای نگهبان در قانون اساسی از منظر شهید بهشتی

شورای نگهبان یکی از نهادهای مهم و تأثیرگذار در ساختار نظام جمهوری اسلامی است که نقش ویژه‌ای در قانون‌گذاری و تحقق قانون دارد. با عنایت به اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، درمی‌یابیم که این نهاد دارای دو کارویژه مهم نظارت بر قوانین و مقررات از جهت انطباق یا عدم انطباق با قانون اساسی و شرع اسلام و تفسیر قانون اساسی در صورت ضرورت است که در این بخش هر یک به صورت جداگانه بررسی می‌شود.

۳-۱. نظارت بر قوانین و مقررات

نظارت بر مصوبات مجلس به معنی تطبیق آن‌ها با هنجارهای برتر است و به منظور جلوگیری از وضع و تصویب قوانین مغایر با هنجارهای بنیادین در هر نظام حقوقی است. با توجه به مبنای حاکمیت شریعت در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، نهاد شورای نگهبان علاوه بر سنجش مصوبات با قانون اساسی مکلف به سنجش مصوبات با احکام و موازین شرعی نیز هست.

۳-۱-۱. نظارت بر قوانین و مقررات از حیث عدم مغایرت با شرع

اصل ۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به صراحت اعلام می‌کند که همه قوانین و مقررات باید مطابق موازین اسلامی باشد و تشخیص این موضوع بر عهده فقهای شورای نگهبان است و مصوبات مجلس شورای اسلامی پس از طی مراحل قانونی لازم‌الاجرا می‌شوند. از این رو از نظر انطباق با شرع و قانون اساسی ارسال همه این مصوبات به شورای نگهبان الزامی است (حاجی‌پور، ۱۳۸۳: ۱۹۳). شهید بهشتی، در جریان بررسی در زمینه تصویب اصل ۴ قانون اساسی، با عنایت به واژه مطابقت قوانین و مقررات با موازین اسلامی، این سؤال را مطرح می‌کند که در نظام حقوقی آینده ایران، تحت نام جمهوری اسلامی، دیدگاه ما برای انطباق قوانین و مقررات با موازین اسلامی و احکام شرعی چگونه باید باشد. سپس ایشان در مقام پاسخ به این سؤال دو دیدگاه در این زمینه مطرح می‌کند: «دیدگاه اول آن است که اگر برای هر نوع قانون و مقرره‌ای در مکتب اسلام قائل به منشأ و خاستگاهی باشیم که سمت و سوی قانون را تعیین می‌کند پس بر این اساس نمی‌توان به این امر اکتفا کرد که یک قانون و مقررات مخالف شرایط اسلام نباشد، بلکه بیشتر هدف در اینجا آن است که قوانین و مقررات ما همیشه دارای روح اسلامی باشد، و دیدگاه دوم آن است که اگر ما قائل به این نکته باشیم که دین اسلام در یک

سری از حیطه‌ها دارای قانون و مقرراتی می‌باشد، به دلیل آنکه ما نیاز به تقنین در زمینه‌های مختلف داریم، فلذا در اینجا باید بگوییم این قوانین نباید با موازین اسلامی مخالفتی داشته باشد» (صورت مشروح مذاکرات ...، ۱۳۶۴، ج ۱: ۳۱۷). شهید بهشتی در زمینه قانون‌گذاری ضمن تصریح به لزوم رعایت خطوط کلی قرآن کریم و سنت معصومین^(ع) در فرایند قانون‌گذاری و قرار داشتن قوانین و مقررات در محدوده آن خطوط کلی، با ذکر مثال قوانین مربوط به امور راهنمایی و رانندگی، این مهم را اظهار می‌کند که باید از تجارب استادان و کارشناسان این فن با رعایت حدود کلی کتاب و سنت استفاده کنیم؛ هرچند این امور به طور صریح در کتاب و سنت ذکر نشده است (صورت مشروح مذاکرات ...، ۱۳۶۴، ج ۱: ۳۱۷). برخی از حقوقدانان بر آن‌اند که نظارت تقنینی شورای نگهبان محدود به مصوبات تقنینی مجلس است و دیگر مصوبات را در بر نمی‌گیرد و اضافه کرده‌اند که دقت در پیش‌نویس قانون اساسی و مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی مؤید این معناست (راسخ، ۱۳۹۷: ۱۰۷). اما نگاهی به مشروح مذاکرات اصل ۴ قانون اساسی نشان می‌دهد که دغدغه اعضای مجلس بررسی نهایی قانون اساسی این بوده که هیچ قانون و مقرره‌ای مخالف با احکام و موازین اسلامی تصویب نشود و به عرصه اجرا نرسد. در همین زمینه، شهید بهشتی به صراحت در خصوص لزوم اسلامی بودن همه قوانین و مقررات بر پایه اجتهاد اسلامی می‌فرماید: «کلیه مسائل مربوط به قانون‌گذاری‌ها و تهیه و تصویب آیین‌نامه‌ها در یک نظام ایدئولوژیک، یعنی در یک نظام مکتبی، نمی‌تواند دور از نظر مکتب و جهت‌گیری از آن صورت بگیرد. همه این قوانین باید در رابطه با تصمیم و جهت‌گیری خاص آن باشد تا آن قانون و آن آیین‌نامه بتواند متناسب با یک جامعه مکتبی باشد. 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 مآخذ اسلامی مشخص کرد و بعد از نظر روش‌های قانون اساسی آن را دنبال کرد و تکمیل کرد.» (صورت مشروح مذاکرات ...، ۱۳۶۴، ج ۱: ۲۶۱). از سویی عده‌ای از حقوقدانان بر این باورند که اصل ۴ قانون اساسی مبین لزوم انطباق قوانین و مقررات با احکام شرع توسط شورای نگهبان است. اما این صلاحیت بسیار مهم به این معنا نیست که اگر شورای نگهبان در هر مجموعه قانون مخالفتی دید قوانین مصوب گذشته را ابطال کند. شورای نگهبان فقط می‌تواند، به عنوان تذکر و مخالفت، قانونی را که با شرع یا با قانون اساسی مخالفت دارد به مجلس برگرداند؛ ولی در هیچ حالتی حق ابطال قانون را ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۷۶ - ۷۷). اما با دقت در اندیشه شهید بهشتی متوجه می‌شویم که ایشان بر آن است که اگر هر یک از

قوانین پیش از انقلاب تا تصویب قوانین جدید برخلاف اسلام باشند، طبق اصل ۴ قانون اساسی، خودبه‌خود بی‌اعتبار می‌شود و فقهای شورای نگهبان مسئولیت اظهارنظر در این زمینه را بر عهده دارند و پس از آنکه آن‌ها اعلام کردند که قانون برخلاف موازین اسلام است دیگر قابل اجرا نیست. در مواردی هم که قوانین گذشته برخلاف قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران باشد، پس از تصویب قانون اساسی، دیگر اعتبار قانونی نخواهند داشت (سرابندی، ۱۳۸۶، ج ۳: ۲۱۴). بنابراین شورای نگهبان به لحاظ شرعی در زمینه همه قوانین و مقررات لازم‌الاجرا، اعم از قوانینی که از مجرای مجلس تصویب می‌شود یا آن‌هایی که پیش از انقلاب در نظام حقوقی ایران وارد شده و مورد نظارت شورای نگهبان قرار نگرفته، صلاحیت نظارتی دارد. به عبارت بهتر، رسالت شورای نگهبان در پاسداری از قانون اساسی در مرحله تقنین و پاسداری از شرع مطلق است؛ چه در فرایند تقنین چه در خصوص پایش قوانین و مقررات.

۳-۱-۲. مدت زمان اظهارنظر درباره مصوبات

نظارت شورای نگهبان بر مصوبات مجلس مطلق است و شامل همه مصوبات می‌شود و یک مرحله قانون‌گذاری به شمار می‌رود. این بدان معناست که همه مصوبات مجلس باید به صورت خودبه‌خود از مسیر شورای نگهبان گذر کند. در عین حال، شورای نگهبان حق ندارد به بهانه اعمال این حق سیر قانون‌گذاری را با بن‌بست مواجه سازد. این موضوع در اصول ۹۴ و ۹۵ قانون اساسی انعکاس یافته است. در خصوص زمان اظهارنظر درباره قوانین مغایر شرع نیز باید توجه داشت که مقنن اساسی به سبب محذورات اداره جامعه و لزوم تعیین تکلیف در امور اجتماعی و حکومتی (بهادری جهرمی و اصغری شورشانی، ۱۴۰۱: ۱۳۲) برای شورای نگهبان مهلت ده‌روزه و حق استمهال ده‌روزه مجدد و در مجموع فرصتی بیست‌روزه در نظر گرفته است. در صورتی که شورای نگهبان در طول این مدت در مورد مصوبه اظهارنظر نکند، آن مصوبه قانونی می‌شود و لازم‌الاجرا خواهد بود. در جریان بررسی این موضوع، شهید بهشتی هدف از پیش‌بینی چنین مقوله‌ای را این نکته دانست که شورای نگهبان موظف شود در مدت زمان مشخص نظر خود را اعلام کند و با این اصل این اختیار از شورا سلب شود تا هر گونه که خودش خواست یا هر زمان که خواست اظهارنظرش را به تعویق بیندازد (صورت مشروح مذاکرات ...، ۱۳۶۴، ج ۲: ۹۵۷). در ادامه بررسی اصل این سؤال مطرح شد که اگر شورا طی ده روزی که جهت بررسی مصوبه وقت دارد نظر خود را اعلام نکند تکلیف چیست؟ آیا مصوبه قابلیت اجرایی را پیدا می‌کند یا اینکه تا زمان بررسی شورا مصوبه رسمیت ندارد؟ شهید بهشتی در مقام پاسخ اظهار داشت

مادامی که مغایرت این تصمیم با مبانی اسلام ظاهر و آشکار نشده باید اجرا شود. زیرا اصل اولی در تصمیمات این است که تصمیم باید قابلیت اجرا داشته باشد؛ مگر آنکه مخالفتش با اسلام ثابت شود. ایشان در ادامه دیدگاه گروه تنظیم‌کننده این اصل را چنین توضیح داد که برای اینکه به همه جوانب امر دقت شود نباید هیچ‌وقت مهار کشور و دولت را منحصر در دست چند نفر کرد. چون وقتی یک قانون تصویب شد کافی است که شورای نگهبان اظهارنظر در این زمینه را به تأخیر بیندازد و این تعویق خلاف مصلحت مردم باشد. بنابراین اینکه اصولاً چند شخص تحت نام شورای نگهبان کمترین امکانی برای در دست داشتن عنان امور مملکت را، ولو برای چند روز، داشته باشند به نظر گروه مصلحت‌نیامد (صورت مشروح مذاکرات ...، ۱۳۶۴، ج ۲: ۹۵۸). در عین حال باید دانست با توجه به اینکه حاکمیت شریعت در عرصه قانون‌گذاری مبنای نظام حقوقی است و کشف گزاره‌های قانونی مغایر شرع در دوره‌های مختلف امری محتمل است، توقیت مهلت زمانی اظهارنظر در خصوص قوانین و مقررات غیر شرعی با مبنا دانستن حاکمیت شرع در تنافی است. هرچند، همان‌طور که در روند تصویب اصل ۹۴ قانون اساسی نیز اشاره شده است، خسارات احتمالی از این حیث باید جبران شود و تمسک به این مبنا نباید موجبی برای عدم جبران حقوق تضییع‌شده اشخاص باشد. در خصوص این مبنا برخی از اعضای مجلس بررسی نهایی قانون اساسی بیان می‌کردند که زندگی مردم را نمی‌شود متزلزل کرد. چون وقتی یک قانون وضع می‌شود و یک سلسله حقوق و تکالیفی به دنبال آن به وجود می‌آید، اگر مثلاً یک سال بعد شورای نگهبان بگوید رأی یک سال پیش بنده اشتباه بوده، باعث تزلزل و اختلال در زندگی روزمره مردم می‌شود. پس ضروری است که فکری برای جبران ضرر و زیان ناشی از این اظهارنظر شورای نگهبان بشود. شهید بهشتی ضمن پذیرش این نکته که در صورت وقوع چنین امری ضرر و زیان وارده باید جبران شود بیان کرد که در برخی از کشورها محکمه عالی قانون اساسی در مواردی که از یک قانون به استناد خلاف قانون اساسی بودن شکایت می‌شود به این موضوع رسیدگی و اظهارنظر می‌کند و این امر ولو پس از گذشت مدت زمان معتابه امری مرسوم و پذیرفته‌شده است (صورت مشروح مذاکرات مجلس ...، ۱۳۶۴، ج ۲: ۹۵۸ - ۹۵۹). بنابراین در منظومه فکری شهید بهشتی هرچند نباید امور کشور را حتی در فرضی که شورای نگهبان به نتیجه و جمع‌بندی نهایی نرسیده باشد متوقف کرد، در عین حال، نمی‌توان از مبانی نظام حقوقی که به‌مثابه دلایل اعتبار و مشروعیت نظام حقوقی ایفای نقش می‌کنند نیز چشم پوشید. بنابراین، ایشان در همین گفت‌وگو، ضمن تصریح به حق اظهارنظر شرعی شورای نگهبان،

به لزوم جبران خسارات وارده در فرض نقض حقوق مکتسبه اشخاص نیز تصریح می‌کند و می‌فرماید: «این درست است. پس بفرمایید بنویسیم اگر چنین شد، ضررها را جبران کند. این اشکالی ندارد.» (صورت مشروح مذاکرات مجلس ...، ۱۳۶۴، ج ۲: ۹۵۹).

۲-۳. تفسیر قانون اساسی

تفسیر در لغت به معنای آشکار ساختن و پدیدار کردن یک امر است که همان پرده‌برداری از ابهام یا اجمال و هویدا کردن معناست و در زبان حقوقدانان تطبیق دادن منطوق قانون با عمل و اجرا محسوب می‌شود (جعفری ندوشن، ۱۳۸۵: ۳۵). دقت‌های مقنن اساسی مانع از آن نیست که در مسیر اجرای قانون اساسی اجمال، ابهام، تعارض، و تناقضی پیش نیاید (مطلبی، ۱۳۸۵: ۱۱۹ - ۱۱۸). تجربه عملی و ارائه ده‌ها تفسیر، خود، دلیلی بر این امر است که قانون اساسی در مواردی نیاز به تفسیر داشته است. بر همین اساس اصل ۹۸ قانون اساسی ایران تفسیر قانون اساسی را به عهده شورای نگهبان گذاشته که با تصویب سه‌چهارم آنان انجام می‌شود. برداشت برخی از حقوقدانان چنین است که از اصل ۹۸ قانون اساسی افاده حصر نمی‌شود و نباید چنین پنداشت که شورای نگهبان یگانه مقامی است که حق تفسیر قانون اساسی را دارد. مثلاً رئیس‌جمهور که مسئول اجرای قانون اساسی است، به مناسبت وظایفی که بر عهده دارد، حق تفسیر قانون اساسی را دارد یا هر شهروند عادی که باید از قانون اساسی اطاعت کند ضروری است قانون اساسی را ابتدا پیش خود معنی کند تا بتواند آن را رعایت کند. بنابراین، تفسیر قانون اساسی گل زرینی نیست که فقط بر سینه شورای نگهبان زده شود. هر کس که مأمور اجرای قانون اساسی است حق تفسیر قانون اساسی را دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۶۷ - ۶۸). اما با دقت در مواضع شهید بهشتی به این نکته پی می‌بریم که ایشان بر آن است که هر چند امکان فهم قانون اساسی برای همه افراد عادی نیز وجود دارد، تشخیص افراد عادی ملاک نیست. بنابراین آن امری که در اصل ۹۸ قانون اساسی می‌خواهد انجام شود آن است که نهاد شورای نگهبان تشخیص ملاک و معیار را با اکثریت آرا انجام می‌دهد (صورت مشروح مذاکرات ...، ۱۳۶۴، ج ۳: ۱۷۰۸). ایشان باور داشت که اگر هر مقامی غیر از شورای نگهبان تفسیری از قانون اساسی ارائه بدهد یک نظر شخصی محسوب می‌شود و دارای اعتبار قانونی نیست و بهتر آن است که به اظهار نظر مقام مسئول قانونی توجه و از اظهار نظرهای متفرقه خودداری شود (سرابندی، ۱۳۸۶، ج ۱: ۶۳۵). به عبارت بهتر برداشت شهید بهشتی آن بود که قانون اساسی مرجع تصمیم‌گیری و اظهار نظر در این موضوع را معین کرده است؛ بدین نحو که اگر رئیس‌جمهور یا مجلس یا مجلس با شورای عالی قضایی یا هر یک از این‌ها با رهبری در مورد

اختیارات و وظایف خود در فهم قانون اساسی اختلاف نظر پیدا کردند، طبق قانون اساسی، مقام داور و تشخیص‌دهنده در این زمینه شورای نگهبان خواهد بود. پس، اگر اختلاف در فهم وظایف و اختیارات و فهم اصول قانون اساسی به وجود آید، مقام مفسر قانون اساسی، که شورای نگهبان است متشکل از شش فقیه و شش حقوقدان مسلمان متعهد، در مواقع لزوم تفسیر تشکیل جلسه می‌دهد و این دوازده نفر درباره آن اصل مورد اختلاف در قانون اساسی گفت‌وگو و سپس رأی خود را با سه‌چهارم آرا صادر می‌کنند (سرابندی، ۱۳۸۶، ج ۳: ۶۵۰). شاید دیدگاه حقوقدانانی که صلاحیت تفسیر قانون اساسی را منحصر به شورای نگهبان نمی‌دانند نیز ناشی از عدم تفکیک در زمینه صلاحیت تفسیر علمی از تفسیر رسمی و لازم‌الاتباع باشد. زیرا تفسیر رسمی تفسیری است که مقام صلاحیت‌دار به استناد اختیاری که قوه مؤسس به او اعطا می‌کند از قانون ارائه می‌دهد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۷: ۱۷۱). لکن تفسیر علمی تفسیری است که صاحب‌نظران حقوقی بدون آنکه مقام و موقعیت رسمی داشته باشند اقدام به تفسیر متن قانونی می‌کنند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۷: ۱۷۱). بر این اساس باید گفت صلاحیت تفسیر نسبت به قانون اساسی به صورت کلی اختصاصی به شورای نگهبان ندارد و هر شخصی می‌تواند آن را نزد خود تفسیر کند. اما آنچه مختص شورای نگهبان است صلاحیت تفسیر رسمی و لازم‌الاتباع است که طبق اصل ۹۸ قانون اساسی به این نهاد سپرده شده است.

نتیجه‌گیری

با بررسی‌های صورت‌گرفته در نوشتار حاضر، مشخص شد که شهید بهشتی، از بنیان‌گذاران نظام حقوقی ایران اسلامی، نقشی بی‌بدیل در تصویب اصول مربوط به نهاد شورای نگهبان در قانون اساسی داشته و در جلسات متعدد مجلس بررسی نهایی قانون اساسی به دفاع از این شورا و ساختار حقوقی آن پرداخته است. ایشان جامعه ایران را یک جامعه مکتبی می‌داند که دین مبین اسلام را به عنوان آیین زندگی اجتماعی خود انتخاب کرده است و به همین منظور نهاد شورای نگهبان در نظام حقوقی ایران، به منزله بازوی فقه‌ای مقام رهبری، وظیفه پاسداری از اسلامی بودن این نظام را بر عهده دارد و از جایگاه فصل‌الخطاب بودن برخوردار است. ارائه سخن‌نهایی در زمینه تطبیق قوانین عادی با احکام شرعی و تفسیر اصول قانون اساسی و عدم ارجاع اختلافات در این زمینه‌ها به مرجعی دیگر با همین مبنای فصل‌الخطاب بودن شورای نگهبان قابل توجیه است. از نظر شهید بهشتی، در بررسی و نظارت بر قوانین، شورای نگهبان بر اساس اصول

۴ و ۹۱ قانون اساسی وظیفه دارد قوانین را از دو جهت اساسی و شرعی مورد بررسی و تطبیق قرار دهد که با این کار هم از حاکمیت احکام اسلام و قانون اساسی بر ارکان کشور حراست می‌کند هم اجازه تصویب و به اجرا رسیدن قوانین و مقررات مغایر با قانون اساسی و شرع مقدس را نمی‌دهد. مضافاً بر اینکه شورای نگهبان از جهت شرعی در زمینه همه قوانین و مقررات لازم‌الاجرا، اعم از قوانینی که از مجرای مجلس تصویب می‌شود یا آن‌هایی که پیش از انقلاب در نظام حقوقی ایران وارد شده و مورد نظارت شورای نگهبان قرار نگرفته‌اند، صلاحیت نظارتی دارد. رسالت شورای نگهبان در پاسداری از قانون اساسی در مرحله تقنین و پاسداری از شرع به صورت مطلق هم در فرایند تقنین هم در خصوص پایش قوانین و مقررات است. در باب تفسیر قانون اساسی، برداشت ایشان آن است که شورای نگهبان طبق اصل ۹۸ قانون اساسی در مواردی که درباره اصول قانون اساسی اختلاف‌نظری به وجود آید، در مقام حکم و داور، وظیفه دارد با تفسیر قانون اساسی مسئله را خاتمه بخشد و نتیجه این دیدگاه شهید بهشتی منجر به این می‌شود که فقط نهاد شورای نگهبان است که می‌تواند اظهارنظر کند و اظهارنظر قانونی و رسمی در این زمینه صرفاً به عهده آن است و اگر هر مقام دیگری نظری بدهد یک نظر شخصی و فاقد اعتبار قانونی است.

یادداشت‌ها

1. founding fathers

۲. در خصوص نقش امام خمینی^(ره) در تکوین نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران ← بهادری جهرمی و کدخدامرادی، ۱۳۹۸.

۳. انتخاب شهید بهشتی به عنوان نایب‌رئیس مجلس بررسی نهایی قانون اساسی با ۴۰ رأی و اداره ۵۰ جلسه از ۶۷ جلسه مجلس بررسی نهایی قانون اساسی و نطق‌های مهم و تأثیرگذار ایشان به‌خصوص درباره اصل ۵ قانون اساسی و مسئله ولایت‌فقیه گواهی بر این مطلب است (← صورت مشروح مذاکرات قانون اساسی، ۱۳۶۴، ج ۱: ۳۲۲ - ۳۲۳؛ صورت مشروح مذاکرات قانون اساسی، ۱۳۶۴، ج ۱: ۳۷۶ - ۳۸۱؛ صورت مشروح مذاکرات قانون اساسی، ۱۳۶۴، ج ۱: ۲۱۳ - ۲۱۴؛ صورت مشروح مذاکرات قانون اساسی، ۱۳۶۴، ج ۱: ۲۱۸ - ۲۱۹؛ صورت مشروح مذاکرات قانون اساسی، ۱۳۶۴، ج ۱: ۳۵۹ - ۳۶۱؛ صورت مشروح مذاکرات قانون اساسی، ۱۳۶۴، ج ۲: ۹۵۸ - ۹۵۹).

4. intentionalism

۵. اهم این پژوهش‌ها به شرح زیر است:

- حسنی، سید محمدهادی (۱۳۹۶)، «بررسی اندیشه حقوق اساسی شهید بهشتی»، اندیشه‌های حقوق عمومی، (۱)۷، ۴۳ - ۶۶.

- پرورش، یاسر؛ یاسر روستایی حسین آبادی و احمد رنجبر (۱۳۹۸)، «تحلیل آرا و اندیشه‌های آیت‌الله سید محمد حسینی بهشتی در حوزه حقوق عمومی و تأثیر آن بر شکل‌گیری و تفسیر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، پژوهش‌های سیاسی و بین‌المللی، ۱۰(۴۱)، ۲۲۹ - ۲۵۳.

- بستانی، محمدحسین (۱۳۹۵)، «تأثیر اندیشه‌های شهید بهشتی بر فرایند تدوین قانون اساسی»، پایان‌نامه مقطع کارشناسی‌ارشد دانشگاه آزاد اسلامی، استاد راهنما: علی شجاعی‌فرد، واحد مرودشت.

- اصل ۹۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «مجلس شورای اسلامی بدون وجود شورای نگهبان اعتبار قانونی ندارد؛ مگر در مورد تصویب اعتبارنامه نمایندگان و انتخاب شش نفر حقوقدان اعضای شورای نگهبان».

- باید توجه داشت که در بازنگری قانون اساسی در سال ۱۳۶۸، شورای عالی قضایی به قوه قضاییه تغییر یافته است.

منابع

۱. اصغری شورستانی، محمدرضا (۱۳۹۸)، «نظریه تفسیر اجتهادی در تحلیل رویه تفسیری شورای نگهبان»، رساله دکتری حقوق عمومی، استاد راهنما: توکل حبیب‌زاده، دانشگاه امام صادق (ع).
۲. بهادری جهرمی، محمد و محمدرضا اصغری شورستانی (۱۴۰۱)، «جایگاه و نقش مبانی نظام حقوقی در تفسیر اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، دانش حقوق عمومی، ۱۱(۳۶)، ۱۱۹ - ۱۴۸.
۳. بهادری جهرمی، محمد و کمال کدخدامرادی (۱۳۹۸)، «نقش و اثر امام خمینی (ره) در تکوین و تدوین قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، دانش حقوق عمومی، شماره ۲۵، ۴۵ - ۶۸.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۷)، ترمینولوژی حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۵. جعفری ندوشن، علی‌اکبر (۱۳۸۵)، بررسی تطبیقی کارویژه‌های شورای نگهبان در ایران، فرانسه، و مریکا، تهران: نشر مرکز اسناد انقلاب اسلامی.
۶. حاجی‌پور، نصرت‌الله (۱۳۸۳)، تطبیق قوانین با شرع در نظام قانون‌گذاری ایران، تهران: نشر مرکز اسناد انقلاب اسلامی.
۷. حسینی بهشتی، سید محمد (۱۳۹۰ الف)، مبانی نظری قانون اساسی، ج ۴، تهران: بنیاد نشر آثار و اندیشه‌های شهید بهشتی.
۸. _____ (۱۳۹۰ ب)، ولایت، رهبری، و روحانیت، ج ۲، تهران: بنیاد نشر آثار و اندیشه‌های شهید بهشتی.
۹. راسخ، محمد (۱۳۹۷)، نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی، ج ۵، تهران: دراک.
۱۰. سرابندی، محمدرضا (۱۳۸۶)، سخنرانی‌ها و مصاحبه‌های آیت‌الله شهید دکتر سید محمد حسینی بهشتی، تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی، ج ۱ و ۳.

۱۱. شعاع‌حسینی، فرامرز (۱۳۹۲). *بهشتی از زبان بهشتی*، تهران: انجمن آثار و مفاخر فرهنگی، ج ۳.
۱۲. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۶۴)، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ج ۱ - ۳.
۱۳. کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۸۳)، «اصول منطقی حاکم بر تفسیر قانون اساسی»، *مجله کانون وکلا*، شماره ۱۸۶، ۶۵ - ۷۷.
۱۴. مطلبی، سید محسن (۱۳۸۵)، *پاسداری از قوانین اساسی در نظام‌های سیاسی غرب و جمهوری اسلامی ایران*، تهران: نشر مرکز اسناد انقلاب اسلامی.
۱۵. منصوریان، ناصرعلی و علی ملازاده (۱۳۹۴)، «سازوکارهای ناظر بر صیانت از قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، *فقه و حقوق اسلامی*، ۶(۱۱)، ۲۴۹ - ۲۹۸.
۱۶. مهرپور، حسین (۱۳۸۹)، *مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، ج ۲، تهران: دادگستر.

ب) انگلیسی

17. Kay, Richard S. (1988), "Adherence to the Original Intentions in Constitutional Adjudication: Three Objectives and Responses", *Northwestern University Law Review*, vol. 82, p. 226- 247.

References:

1. Asghari Shoorestani, Mohammad Reza (2020), **Theory of Ijtihad Interpretation in the Analysis of the Interpretative Procedure of the Guardian Council**, A thesis presented for the degree of Ph.D in Public Law, Supervisor: Dr. Tavakkol Habib Zadeh, Imam Sadiq University. (in Persian)
2. Bahadri Jahormi, Mohammad & Asghari Shoorestani, Mohammad Reza (2022), **The Position & The Role of The Foundations of The Legal System In The Interpretation of The Principles of Iran's Constitution**, Quarterly Journal of Public Law Knowledge, No. 36, pp. 119-148.
3. Bahadri Jahormi, Mohammad and Kadkhodamoradi, Kamal, (2018) **The Role and Effect of Imam Khomeini in the Formation and Drafting of the Constitution of the Islamic Republic of Iran**, Quarterly Journal of Public Law Knowledge, No. 25, pp. 45-68.
4. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar (1998), **Legal Terminology**, Tehran: Ganj Danesh Library. (in Persian)
5. Jafari Nadushan, Ali Akbar (2006), **Comparative survey of duties of the Guardian Council in Iran, France and America**, Tehran, Publishing Center of Islamic Revolution Documents, First Edition. (in Persian)
6. Hajipoor, Nusratallah (2004), **Comparison of Laws with religious law in Iran's Legislative System**, Publishing Center of Islamic Revolution Documents, First Edition. (in Persian)

7. Hosseini Beheshti, Seyyed Mohammad (2011), **Theoretical Foundations of the Constitution**, Tehran: martyr Beheshti Works and Thoughts Publishing Foundation, Fourth Edition. (in Persian)
8. Hosseini Beheshti, Seyyed Mohammad (2011), **Velayat, Leadership and Clergy**, Tehran: martyr Beheshti Works and Thoughts Publishing Foundation, Second Edition. (in Persian)
9. Rasekh, Mohammad (2018), **checks and Balances under the Constitutional System**, Tehran: Derak Pub, Fifth Edition. (in Persian)
10. Sarabandi, MohammadReza (2008). **Speeches and Interviews of Ayatollah Doctor Martyr sayyed Mohammad Hosseini Beheshti**, (Vol.1). Tehran: Islamic Revolution Documentation Center. (in Persian)
11. Sarabandi, MohammadReza (2008). **Speeches and Interviews of Ayatollah Doctor Martyr sayyed Mohammad Hosseini Beheshti**, (Vol.3). Tehran: Islamic Revolution Documentation Center. (in Persian)
12. Shua Hosseini, Faramarz (2013). **Beheshti from Beheshti language**, (Vol.2). Tehran: Publications of the Association of Cultural Artifacts and Masters. (in Persian)
13. **Detailed minutes of the deliberations of the Assembly Final Review of the Constitution of the Islamic Republic of Iran** (1985), General Department of Cultural Affairs and Public Relations of the Islamic Consultative Assembly, (Vol.1).
14. **Detailed minutes of the deliberations of the Assembly Final Review of the Constitution of the Islamic Republic of Iran** (1985), General Department of Cultural Affairs and Public Relations of the Islamic Consultative Assembly, (Vol.2).
15. **Detailed minutes of the deliberations of the Assembly Final Review of the Constitution of the Islamic Republic of Iran** (1985), General Department of Cultural Affairs and Public Relations of the Islamic Consultative Assembly, (Vol.3).
16. Katouzian, Amirnaser (2004), **Logical Principles Governing the Interpretation of the Constitution**, Lawyers Association Magazine, No. 186, pp.77-65. (in Persian)
17. Matlebi, Seyyed Mohsen (2006), **Guarding the Constitutions in Western Political Systems and the Islamic Republic of Iran**, Tehran: Publishing Center of Islamic Revolution Documents, First Edition. (in Persian)
18. Mansourian, Naser Ali; Molazadeh, Ali (2015), **Mechanisms Governing the Status of the Constitution of the Islamic Republic of Iran**, Islamic Jurisprudence and Law Quarterly, No.11, pp. 298-249.
19. Mehrpour, Hossien, (2011), **Mokhtasare Hoquq Asasi Jomhuri Eslami Iran**, Tehran, publication Dadgostar, second edition. (in Persian)

جایگاه التزام نسبت به رویه در الگوهای نظارت بر قانون اساسی در جهان و ایران

رضا محمدی کسجین^{۱*}، محمدصادق فراهانی^{۲**}، علی فتاحی زفرقندی^{۳***}

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۷/۰۷ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۹/۱۲

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: 10.22034/qjplk.2023.1684.1544

چکیده

نسبت نهاد دادرسی اساسی به منزله نهادی که پاسدار و ضامن اجرا و اعمال قانون اساسی در یک نظام مردم‌سالار است با رویه و آرای ماسبق خود از مسائلی است که به اقتضای الگوهای مختلف حقوقی آشکال و تبعاً دلالت‌های مختلفی را همراه خود دارد. گرچه الگوهای دادرسی مختلفی را می‌توان بر اساس ملاک‌های گونه‌گون در نظر گرفت، به صورت کلان، دو الگوی حقوق نوشته و حقوق عرفی مقسم صورت‌بندی نسبت نهادهای دادرسی اساسی با آرا و رویه ماسبق خود است. بر این اساس، تحقیق حاضر درصدد است تا با روش توصیفی-تحلیلی، ضمن بررسی موضوع مارالذکر در نسبت با کشورهای مختلف ذیل دو الگوی حقوق نوشته و عرفی و تبعاً الگوی نهاد دادرسی اساسی در نظام جمهوری اسلامی ایران، افزون بر تطبیق مرجحات و مزیت‌های الگوی دادرسی اساسی جمهوری اسلامی ایران، دستاوردها و تجربیات کشورهای مختلف را جهت ارتقای کیفیت عملکرد نهاد بومی دادرسی اساسی شورای نگهبان مورد لحاظ قرار دهد.

واژگان کلیدی: آرای تفسیری، التزام به آرای سابق، حاکمیت قانون، دادرسی اساسی، قانون اساسی.

۱. دانشجوی کارشناسی‌ارشد حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشکدگان فارابی، دانشگاه تهران، قم، ایران (نویسنده مسئول)

* Email: Remohammadi1375@ut.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

** Email: msfarahani72@ut.ac.ir

۳. عضو هیأت علمی پژوهشکده شورای نگهبان، تهران، ایران.

*** Email: a.fattahi.zafarghandi@gmail.com



مقدمه

صیانت از قانون اساسی، که در جهان با دو مفهوم «نظارت قضایی»^۱، که در کشورهای دارای الگوی روش قضایی مطرح است و مشیر به نظارت نهادهای قضایی در مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی است، و نیز «دادرسی اساسی»^۲، که ناظر به صیانت از قانون اساسی توسط دادگاه قضایی یا نهادی خارج از بدنه قضایی کشور است، مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد، گرچه بر اساس ملاک‌های مختلف تقسیم شده است^۳، می‌توان الگوهای صیانت از قانون اساسی را از منظر معیار وابستگی نهادی به قوه قضاییه به صورت کلان به دو الگوی رایج تقسیم کرد: «دادرسی اساسی به روش قضایی»، که خود به دو قسم «نظام حقوقی حقوق عرفی امریکایی» و «نظام حقوقی رومی-ژرمنی اروپای قاره‌ای» تقسیم می‌شود، و «دادرسی اساسی به روش کنترل سیاسی»، که الگوی غالب و حاکم بر کشور فرانسه است. آنچه در تحقیق حاضر ملحوظ نظر است عبارت است از بررسی التزام و عدم التزام نهادهای دادرسی اساسی؛ اعم از الگوی نظارت قضایی و دادرسی اساسی در نسبت با رویه و آرای ماسبق خود. این التزام و عدم التزام بر بستر دو الگوی کلان نظام حقوقی، که عبارت است از الگوی نظام حقوق نوشته و الگوی نظام حقوق عرفی، مورد تتبع قرار می‌گیرد.

۱. مبانی التزام به رویه ماسبق در فرایند دادرسی

التزام نسبت به رویه ماسبق، که در مباحث حقوقی جهان ذیل دو عنوان precedent^۴ و stare decisis^۵ شناخته می‌شود، به دو معنا تقسیم و تعریف شده است. رویه از یک وجه عبارت است از تصمیمات و آرای صادره در موارد و پرونده‌های زمان سابق که بر موقعیت‌های مشابه در زمان آتی اعمال می‌شود (Sebastian, 2021: 873). از وجه دیگر، رویه قضایی را آن دسته از آرا و تصمیمات قضایی می‌دانند که یک هنجار رفتاری را، که در پرونده‌ها و موارد آینده برای دادگاه‌ها الزام‌آور خواهد بود، ایجاد می‌کنند یا توضیح می‌دهند. رویه به معنای اخیر به ایده منابع شکلی حقوق و دکترین الزام به قاعده سابق^۶ نزدیک است (Spaic, 2018: 28).

رویه ماسبق معمولاً بر حسب نظامات حقوقی گونه‌گون مبتنی بر وجه نظری و مبنایی خاصی مورد اعتنا واقع شده و می‌شود. از این رو، به نحو کلان و فارغ از الگوهای مختلف صیانت از قانون اساسی، که همگی ضمن الگوی کلان پیش رو قرار می‌گیرند، می‌توان جایگاه

رویه و نحوه کاربست آن را در دو نظام حقوقی حقوق نوشته^۷ و حقوق عرفی^۸ مورد توجه و ارزیابی قرار داد. توضیح آنکه حقوق نوشته یا همان حقوق رومی-ژرمنی، که واجد طیف و خانواده‌ای وسیع است، به صورت قدر متیقن، دارای ساختاری واحد است که قابل اطلاق بر همه اعضای این طیف است. در ساختار حقوق نوشته، قانون به معنای عام کلام، بدین معنا که شامل همه مصوبات قوه مقننه و آیین‌نامه‌های قوه مجریه است، واجد برترین جایگاه در نظام حقوقی است. بنابراین، حقوقدان در این نظام پیش از هر چیز به دنبال آن است که قواعد و راه‌حل‌های حقوقی را با تمسک به متون قوانین موضوعه و آیین‌نامه‌ها به دست آورد (داوید، ۱۳۸۱: ۱۰۰). پس از قانون نوشته، عرف و عادت، رویه قضایی، دکترین، و نیز اصول عالی حقوق در زمره منابع نظام حقوقی حقوق نوشته محسوب می‌شوند. گرچه میان این امور، به مقتضای نظام حقوق ملی هر کشوری که در خانواده حقوق رومی-ژرمنی قرار دارد، امور و منابع گونه‌گون دیگری درج می‌شوند، ساختار کلان مقبول نزد همه این نظامات اموری است که ذکرش گذشت (داوید، ۱۳۸۱: ۱۰۴). آنچه در نظامات حقوق رومی-ژرمنی قابل توجه است و مایز این نظام از نظام حقوق عرفی است جایگاهی است که رویه قضایی در نظام حقوق رومی-ژرمنی دارد. رویه قضایی در نظام حقوقی رومی-ژرمنی گرچه نقش پررنگی که در نظام حقوق عرفی دارد را دارا نیست، بدین معنا نیست که از اعتبار حقوقی برخوردار نباشد. می‌توان گفت این منبع در برخی از نظامات حقوقی ذیل نظام حقوق نوشته، نظیر فرانسه و آلمان، در مواردی نقش درجه اول ایفا می‌کند (داوید، ۱۳۸۱: ۱۲۶) و اساساً وجود و گسترش مجموعه‌ها و فهرست‌های رویه قضایی در کشورهای تابع حقوق رومی-ژرمنی از مؤیدات بسیار مهم در جایگاه رفیع رویه قضایی در این نظام حقوقی است (داوید، ۱۳۸۱: ۱۲۷). با وجود این، التزام به رویه ماسبق در این سنت حقوقی اغلب با هدف ایجاد تعادل در جهت دستیابی به پیامدهای خاص مورد توجه قرار می‌گیرد و از همین روست که می‌توان گفت التزام به رویه ماسبق در این سنت واجد شأنی ابزاری و آلی است و در موارد بسیاری نیز برای تشریح و توضیح این نکته که یک موضوع حقوقی در گذشته به چه نحو بررسی و پرداخت می‌شده به کار گرفته می‌شود (Sebastian, 2021: 874). به عبارت دیگر در کشورهای تابع نظام حقوق نوشته تصمیمات قضایی در خصوص هر مورد و پرونده عموماً در باب همان مورد و طرفین آن نافذ و معتبر است. از این وضعیت تحت عنوان «نیروی نسبی»^۹ آرا و تصمیمات

قضایی تعبیر می‌شود.^{۱۰} بنابراین، عموماً تنها طرفین یک پرونده از اعتبار رأی و تصمیم دادگاه بهره‌مند می‌شوند (Sebastian, 2021: 876). با وجود این، گرایش بسیار نیرومندی به الزام‌آور دانستن التزام نسب به رویهٔ ماسبق دادگاه‌ها طی چند سالهٔ اخیر در عموم کشورهای تابع سنت حقوق نوشته پدیدار شده است؛ تا حدی که برخی از محققان آن را نقطهٔ اتصال دو نظام حقوق نوشته و حقوق عرفی در نظر گرفته‌اند. البته با این توجه که این گرایش در اغلب موارد نه به معنای پذیرش دکترین قاعدهٔ سابقه که در سنت حقوق عرفی نمود پررنگ و اساسی دارد بلکه در خصوص آرا و تصمیمات دادگاه‌های خاص، نظیر دادگاه عالی یا دادگاه قانون اساسی، است (Sebastian, 2021: 877).

از سوی دیگر، سنت حقوق عرفی که به صورت کلان شامل دو نظام حقوقی برجستهٔ انگلیس و امریکاست ساختاری متفاوت با سنت حقوق نوشته دارد. سنت حقوق عرفی برخلاف حقوق رومی-ژرمنی، که در آن ساختار حقوق رم واجد اعتبار خاصی است، توسط دادگاه‌های شاهی ساخته شده است و اساساً حقوقی است که ساختار آن متشکل از آرای قضایی^{۱۱} است (داوید، ۱۳۸۱: ۲۰۵). در ساختار حقوق عرفی نوعاً قانون واجد نقشی اصلاحی-تکمیلی است. بدین معنا که به اصلاح یا تکمیل کار رویهٔ قضایی می‌پردازد. البته در موارد عدیده‌ای نیز قانون در نظام حقوق عرفی رتبه‌ای والا و مستقل دارد (داوید، ۱۳۸۱، همان). در نظام حقوق عرفی، سایر منابع حقوقی، نظیر قانون و عرف و عادت و دکترین و عقل، واجد شأنی فرعی و تبعی هستند. در این سنت حقوقی، رویه‌های ماسبق نوعاً نقش پررنگ‌تر و تعیین‌کننده‌تری^{۱۲} ایفا می‌کنند؛ بدین معنا که در بسیاری از موارد و پرونده‌های مطروحه رویه‌های ماسبق منابع معتبر حقوقی تلقی می‌شوند. بنابراین، اگر وقایع و امور حقوقی پدیدار شده در پرونده و مورد متأخر حادث به حیث قانونی مشابه وضعیت رویهٔ ماسبق باشد، دادگاه پسین^{۱۳} اغلب ملزم به اعمال رأی و تصمیم مشابه است (Sebastian, 2021: 874). پر واضح است که الزام به رعایت قاعدهٔ سابقه و احترام گزاردن به سوابق قضایی در نظام حقوق عرفی مطابق با منطق این نظام است که مبتنی بر آرای قضایی است (داوید، ۱۳۸۱: ۲۱۷).

عامل موجههٔ التزام نسبت به رویهٔ ماسبق گرچه در پاره‌ای از انظار ناشی از اصل مؤثریت فرایند نظام دادرسی^{۱۴} دانسته شده است (Duxbury, 2008: 108)، واقعیت این است که این عامل مبتنی بر سنت‌ها و نظامات حقوقی مختلف متفاوت است و اساساً به بیان یکی از

پژوهشگران حقوقی ما هیچ نظریه واحد و جامع و فراگیری درباره التزام به رویه ماسبق نداریم (Duxbury, 2008: 151). اما به صورت کلان می‌توان جمیع این عوامل را ناشی از سه رویکرد عمده قلمداد کرد: اصل حاکمیت قانون^{۱۵}، عام‌الشمول بودن تصمیمات و آرای قضایی^{۱۶}، قاعده شناسایی^{۱۷}.

۱-۱. اصل حاکمیت قانون به منزله مبناى التزام به رویه ماسبق در الگوی حقوق نوشته و عرفی

همان‌گونه که جرمی والدرون، حقوقدان برجسته آمریکایی متمایل به مشرب پوزیتیویسم حقوقی، بیان داشته است، موجه بودن قاعده سابقه تا حد بسیاری مبتنی بر اصل حاکمیت قانون است (Waldron, 2012: 31). اهمیت اصل حاکمیت قانون به طرق مختلف مورد اشاره متفکران معاصر حقوقی جهان قرار گرفته است. جوزف رز بر این باور است که اصل حاکمیت قانون برتری خود حقوق و قانون است (Raz, 2018: 15). از سوی دیگر، جان فینیس نیز بر این باور است که این اصل فضیلت و مزیت خاص نظامات حقوقی است (Finnis, 2005: 270). به هر منظر، این آرا نشان‌دهنده این نکته است که یک نظام حقوقی می‌تواند برای تحقق آرمان حاکمیت قانون دلایل مختلفی داشته باشد. هرچند اصل حاکمیت قانون به دو حیث شکلی^{۱۸} و ماهوی^{۱۹} منقسم می‌شود، آنچه در نسبت میان این اصل حقوقی با التزام به رویه ماسبق مطرح است حیث شکلی آن است. چون مناقشات و مباحثات اختلافی در باب وجه ماهوی اصل حاکمیت قانون بسیار است، به جهت عدم ورود به این اختلافات، به وجه قدر متیقن و عام‌الشمول شکلی این اصل در این مقام از بحث بسنده می‌شود. از یک منظر، حاکمیت قانون در نسبت با التزام به قاعده سابقه بر اساس دو رهیافت نقش حداقلی و حداکثری مورد توجه و بررسی قرار می‌گیرد. مستنبط از اصل حاکمیت قانون، سه ارزش کلیدی را در عموم نظامات حقوقی می‌توان مطرح کرد که عبارت‌اند از حفظ کردن و برقرار داشتن ثبات حقوقی یا همان ارزش ثبات^{۲۰} بدین معنا که محتوای قانون در موضوعات مختلف به واسطه تفاسیر عدیده دستخوش تغییرات جدی نشود و طبعاً در مدت زمان قابل توجهی بتوان به دلالت مشخصی از محتوای قانون در ضمن امور دست یافت (Lewis, 2021: 881)، مهیا کردن امکان تکیه بر انتظارات و پیشامدهای معقول یا همان ارزش قابلیت اعتماد^{۲۱} بدین معنا که مردم بدانند محتوای قانون در موضوعات مختلف چه حکمی می‌کند و چه چیزی

را مجاز می‌شمرد و از چه چیزی منع می‌کند. مردم به واسطه این آگاهی می‌توانند بر قانون تکیه و امور زندگی خویش را بر آن اساس تنظیم کنند. و نیز در پایان، فراهم ساختن برابری در اعمال قضایی قانون یا همان ارزش برابری^{۲۲} بدین معنا که مبتنی بر این ارزش دادگاه‌های پسین ملزم هستند هنگام عدم تبعیت از آرای ماسبق وجه و دلیل عدم تبعیت را اعلام کنند؛ یعنی تصمیم متفاوت با رویه بدون داشتن وجه و دلیل بازداشته و منع می‌شود (Lewis, 2021: 881). یک نظام حقوقی همواره برای صدور رأی و اخذ تصمیم در باب محل مورد مناقشه و پیشبرد یکی از ارزش‌های سه‌گانه مندرج تحت اصل حاکمیت قانون واجد «یک دلیل» است تا از رویه ماسبق متابعت کند. اما از سوی دیگر نیز یک نظام حقوقی می‌تواند التزامش به آرمان حاکمیت قانون را به واسطه الزام دادگاه‌ها به اینکه دلیل و وجه پیروی از رویه ماسبق صورت یک «تعهد و الزام» را دارد تقویت کند (Lewis, 2021: 874-875). قسم اول را، که دلیل پیروی از رویه ماسبق صورت الزامی ندارد و صرفاً دلیلی جهت پیشبرد اصول و ارزش‌های حاکمیت قانون است، رویکرد حداقلی یا اقلانی^{۲۳} به اصل حاکمیت قانون در نسبت با التزام به رویه ماسبق و قسم دوم را، که دلیل متابعت شأن الزامی و متعهدانه می‌یابد، رویکرد حداکثری یا الزامی^{۲۴} می‌نامند. به عبارت دیگر، در شیوه حداقلی، که در نسبت با التزام به رویه ماسبق وجهی از انعطاف‌پذیری دارد، دلیل التزام یا عدم التزام می‌تواند بر اساس عوامل گونه‌گونی شدت و ضعف بیابد. برخی از این عوامل عبارت‌اند از اینکه رأی ماسبق از بالاترین نهاد دادرسی^{۲۵} در یک سرزمین اصدار یافته باشد یا اینکه رأی سابق توسط اکثریت مشخصی حاصل آمده باشد و نیز اینکه یک قاضی معتبر با آن رأی هم‌سو باشد و از سوی دیگر عوامل مختلفی نیز می‌توانند این دلیل را تضعیف سازند؛ از جمله آنکه رأی سابق توسط دادگاه مادون^{۲۶} اصدار یافته باشد (Lewis, 2021: 894). این در حالی است که مبتنی بر رهیافت حداکثری به اصل حاکمیت قانون در مواجهه با التزام نسبت به رویه ماسبق، چنانچه پرونده و مورد پیش‌آمده به نحو قانونی در وضعیتی مشابه و یکسان با رویه ماسبق بوده باشد، نوعاً دادگاه متعهد و ملتزم به تبعیت از رویه ماسبق است؛ در غیر این صورت، اگر دادگاه تشخیص دهد که شرایط قانونی پرونده و مورد پیش‌آمده با شرایط قانونی رویه سابق تفاوت اساسی دارد دست به تفکیک میان این دو زده و التزامی به رویه ماسبق نمی‌کند (Lewis, 2021: 892).

۲-۱. اصل عام الشمولی تصمیمات و آرای قضایی به منزله مبنای التزام به رویه ماسبق در الگوی حقوق نوشته

مبتنی بر این اصل، بسیاری از نظامات حقوقی نیروی عامل الشمولی را به تصمیمات و آرای قضایی دادگاه‌های خاص اعطا می‌کنند و بالتبع احکام صادره توسط این دادگاه‌ها به نحو عمومی واجد اعتبار است؛ بدین معنا که این احکام بر همه پرونده‌ها و موارد آتی، که به لحاظ قانونی وضع مشابهی با احکام مارالذکر دارند، حاکم می‌شود. نمونه اتم عام الشمولی تصمیمات و آرای قضایی آن چیزی است که در دادگاه‌های قانون اساسی ملاحظه می‌شود (Lewis, 2021: 877). البته، با وجود این، این مسئله نافی آن نیست که نهادی غیر از نهادهای قضایی دادرسی اساسی نیز بر اساس مبنای عام الشمولی تصمیمات و آرا ملتزم به آرای ماسبق خود شوند؛ کما اینکه در الگوی کنترل سیاسی صیانت از قانون اساسی می‌توان چنین امری را ملاحظه کرد.^{۲۷} عام الشمولی تصمیمات و آرای قضایی بیشتر برخاسته از ساختار سلسله مراتبی دادگاه‌ها و هنجارهای قانونی است.

۳-۱. قاعده شناسایی و قاعده سابقه ۲۸ به عنوان مبنای التزام به رویه ماسبق در الگوی حقوق عرفی

همان‌گونه که جوزف رز تصریح می‌کند، دکترین رویه ماسبق بخشی از قاعده شناسایی محسوب می‌شود (Raz, 2009: 184) که به بیان برخی محققان به همه کشورهای تابع نظام حقوق عرفی بسط پیدا کرده است. توضیح آنکه قاعده شناسایی، که از جمله مفاهیم مطرح در آثار هربرت هارت، متفکر انگلیسی پوزیتیویسم حقوقی، است و پس از او به عنوان مفهومی عام در تلقی پوزیتیویسم حقوقی مقبول افتاد و شایع شد، آن چیزی است که شرایط لازم را برای قانونیت هنجار مشخص می‌سازد (پترسون، ۱۳۹۵: ۵۸). به عبارت دقیق‌تر، قاعده شناسایی که قاعده‌ای اجتماعی است و متضمن معیارهای تشخیص قانونیت یک قانون نزد یک نظام حقوقی است و به نحو درونی بر یک نظام سیاسی-حقوقی اثر می‌گذارد ضوابطی را فراهم می‌سازد که به موجب آن‌ها اعتبار دیگر قواعد نظام حقوقی سنجیده می‌شود (هارت، ۱۳۹۵: ۱۷۵). به بیان جوزف رز، الزام دادگاه‌ها به تبعیت از رویه ماسبق به نوعی می‌تواند آزادی دادگاه را در مواجهه با امور حادث زایل سازد و از همین رو مبحث مستند اصلی رأی یا همان مبنای اصلی تصمیم^{۲۹} در خصوص پرونده‌ها و موارد در حقوق عرفی، خصوصاً حقوق

انگلستان، موضوعیت یافته است. از همین رو و در ضمن این مسئله است که رز به پیروی از پروفیسور کراس بیان می‌دارد دکترین رویه ماسبق خودش مبتنی بر رویه نیست؛ بلکه جزئی از قاعده شناسایی در هر نظام حقوقی (در اینجا نظام حقوقی عرفی مدرن) است (Raz, 2009: 183-184).

از سوی دیگر، برخی نیز به تبع وضعیت نظام حقوقی کشورهایی غیر از انگلستان، که درون سنت حقوق عرفی قرار دارند، از جمله ایالات متحده آمریکا و افریقای جنوبی، بر این باورند که التزام به رویه ماسبق مبتنی بر اصل پیروی از قاعده سابقه است. *stare decisis*، که مفهومی لاتینی است و در ریشه خود به معنای «ایستادن بر روی اموری است که تصمیم گرفته شده است» (Law, 2015: 593)، یک دکترین حقوقی است که دادگاه‌های عرفی را در مواردی که گزاره‌ها و امور پرونده حادث و لاحق با پرونده سابق شباهت و قرابت داشته باشد متعهد و ملزم به تبعیت از آرای ماسبق می‌کند. این اصل در تفسیر رسمی مبتنی بر رویه قضایی دیوان عالی و رویه‌های تاریخی ناظر به تفسیر، که در تارنمای رسمی قانون اساسی تفسیر شده کنگره آمریکا درج شده، ناظر به تفسیر بخش اول اصل سوم قانون اساسی ایالات متحده آمریکا^{۳۰} ذکر شده است مبنی بر اینکه «پایبندی به سابقه معمولاً رویکرد دادگاه‌ها را به اخذ تصمیم در باب مسئله مطروحه مقید می‌سازد و شکل می‌دهد. [از این رو] اصل الزام به قاعده سابقه خط‌مشی عاقلانه‌ای است...»^{۳۱} افزون بر این، این دکترین در نسبت با قانون اساسی کشور افریقای جنوبی و دادگاه قانون اساسی این کشور اعمال می‌شود و در همین زمینه است که عمده پرونده‌های دادگاه قانون اساسی این کشور آرای ماسبق را لحاظ می‌کنند (Jakab, 2017: 583).

۲. شیوه التزام یا عدم التزام نسبت به آرا و رویه ماسبق در الگوهای دادرسی اساسی

سوابق گرچه می‌توانند در یک نظام حقوق عرفی و حتی نظام حقوق نوشته جایگاه مهمی داشته باشند، اغلب، توجه بر الزام‌آوری یا عدم الزام آرای ماسبق یک دادگاه برای دادگاه‌های دیگر است و کمتر به این مهم پرداخته شده است که سوابق خودساخته یک دادگاه قانون اساسی برای خود آن نهاد به حیث الزام یا عدم الزام چه جایگاهی دارد.

برای درک التزام یا عدم التزام کشورهایی که ذیل سنت‌های حقوقی مختلف، نظیر حقوق عرفی و نوشته، قرار دارند باید الگوهای استدلال و تفسیر ناظر به آرای ماسبق را لحاظ کرد. تقسیمات گونه‌گونی در این خصوص صورت پذیرفته است که هر یک مبتنی بر ملاکات خاصی است. مثلاً یکی از این تقسیمات مهم عبارت است از تقسیم شیوه استدلال مبتنی بر آرای ماسبق به دو قسم. یک قسم «شیوه استدلال و تفسیر مبتنی بر مورد و پرونده»^{۳۲} است که مبتنی بر آن به موقعیت‌ها و گزاره‌های خاص هر پرونده در نسبت با پرونده سابق توجه می‌شود و اصولی که در آرای ماسبق مطرح شده‌اند بر اساس مقتضیات موقعیت‌ها و گزاره‌های خاص پرونده لاحق شأن خاصی می‌یابند، به نحوی که گاه در این شیوه از تفسیر و استدلال «گویی» رأی صادره در خصوص پرونده لاحق در تعارض با اصول مطرح شده در آرای ماسبق قرار دارد (Komrak, 2013: 157). در این شیوه تجربه مشترک مقامات حقوقی^{۳۳}، نسبتی که با موقعیت‌های زندگی واقعی^{۳۴} دارند، و عقل سلیم و متعارف^{۳۵} واجد اهمیت است و آرای ماسبق نشان‌دهنده خرد انباشته مردانی است که تجربه‌ای مستقیم از زندگی معاصر داشته و در این نسبت آموزش دیده‌اند؛ به تعبیر دیگر «همان تجربیات ورزیده قضات میان حقایق عریان و بی‌رحم». در این شیوه، آرای ماسبق دادگاه به منزله سرمشق اینکه یک موقعیت از زندگی به چه نحوی در گذشته حل شده است لحاظ می‌شود و پرونده‌ها و موارد مطروحه به مثابه محک‌ها و آزمون‌هایی درک می‌شوند که دادگاه‌ها را مستقل از موقعیتشان در سلسله مراتب سازمانی اختیار می‌کنند و برای اعتبار آرای ماسبق باید این آرا دقیقاً به شرایط پرونده لاحق و حادث مقید شوند (Komrak, 2013: 163). شیوه دیگر تفسیر و استدلال ناظر به سابقه عبارت است از «استدلال تقنینی»^{۳۶} که به معنای تدارک اخذ یک تصمیم به سیاقی نزدیک‌تر به روند قانون‌گذاری است. در این شیوه، هیچ فرایندی برای الزام به واریسی وقایع و گزاره‌ها و اخذ تصمیم در باب موقعیت‌های خاص، چنان که در خصوص دادگاه‌ها مطرح است، وجود ندارد؛ بلکه بسان عملی است که قانون‌گذاران در نسبت با متن یک ماده قانونی ایفا می‌کنند، بدین نحو که قانون‌گذاران در هنگام تأمل درباره متن یک ماده قانونی ممکن است موقعیت‌های بسیار عدیده و گونه‌گونی را در ذهن خود همراه با راه‌حل‌های مختلفی که یک ماده قانونی برای آن‌ها تعیین می‌کند ترسیم کنند. در این شیوه از استدلال، اعتبار و اقتدار سلسله مراتبی در کانون توجه است؛ بدین معنا که آنچه قاضی در آرای ماسبق می‌جوید اعلام و اظهار قواعدی از

مقامات بالاتر است و حقایق پرونده در حال بررسی در سایه این قواعد عیان می‌شوند (Komrak, 2013).

الگوی دادگاه فرانسوی و ایتالیایی در استدلال مبتنی بر سابقه در نسبت با دو شیوه یادشده معمولاً بدین نحو است که چنانچه دادگاه صادرکننده رأی سابق زبانی بسیار انتزاعی را برگزیده باشد که مشتمل بر صورت‌بندی‌های متعارف از قواعدی است که به یک رأی منجر می‌شود و این زبان نتوانسته باشد اطلاعات کافی درخصوص بستر پرونده و مورد را پیش نهد، آنگاه دادگاه در صدور رأی خود ناگزیر به استفاده از شیوه استدلال تقنینی خواهد بود. اما اگر محتوای رأی سابق و نیز طریقی که گزارش شده است قابلیت فراهم ساختن اطلاعات بیشتری را در باب پرونده لاحق فراهم سازد، مستلزم این خواهد بود که دادگاه در صدور رأی لاحق از رأی سابق به شیوه استدلال مبتنی بر پرونده استفاده کند. در برخی دیگر از کشورها، نظیر ایتالیا، اغلب فقط توضیحاتی مختصر^{۳۷} در پرونده گزارش می‌شود و استدلال بر اساس آرای ماسبق به نحو انحصاری متمرکز بر متن این گزارش‌ها و توضیحات مختصر است (Komrak, 2013: 160). تقسیمات دیگری نیز در این زمینه ارائه شده است که این مختصر مجال تفصیل آن‌ها را نمی‌دهد.^{۳۸}

۱-۲. جایگاه التزام یا عدم التزام به آرای ماسبق در کشورهای تابع حقوق عرفی

همان‌گونه که پیش‌تر آمد، سوابق در کشورهای تابع نظام حقوق عرفی جایگاه رفیع و اصیلی دارد. در نظام حقوق عرفی، قضات نقش کشف قواعد و قوانین حقوقی را دارند و طبعاً هر حکمی که صادر می‌کنند به‌مثابه پرده برداشتن از بخشی از قواعد نظام حقوق عرفی است (گرچی ازندریانی، ۱۳۹۴: ۵۹). در واقع، در سنت حقوق عرفی عنصر الزام‌آور آرای ماسبق مورد شناسایی قرار گرفته است و از آن به عنوان «مستند اصلی رأی یا مبنای اصلی تصمیم»^{۳۹} یاد می‌شود. کشورهای مهمی که ذیل نظام حقوق عرفی قرار می‌گیرند عبارت‌اند از سه نظام حقوقی انگلستان و ایالات متحده آمریکا و استرالیا که در ادامه به جایگاه سابقه^{۴۰} در استدلال و تفسیر اساسی آن‌ها پرداخته می‌شود.

۲-۱-۱. نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا

نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا، که در زمره نظام حقوق عرفی قرار دارد، کنترل قضایی را به منزله شیوه صیانت از قانون اساسی اعمال می‌دارد. هرچند در این نظام حقوقی همه قضات عادی در مطابقت قوانین با قانون اساسی واجد صلاحیت هستند (جمعی از نویسندگان، ۱۳۹۳: ۲۶)، تنها نهاد قضایی فدرال که در قانون اساسی این کشور از آن سخن به میان رفته دیوان عالی فدرال^{۴۱} است که یکی از کارویژه‌های آن تفسیر قانون اساسی و نظارت بر مطابقت قوانین است (جمعی از نویسندگان، ۱۳۹۳: ۶۹۶).

در این نظام حقوقی، توجه و اعتنا به سوابق خودساخته در قالب اصل الزام به قاعده سابق^{۴۲} ضمن پرونده سازمان تنظیم خانواده پنسیلوانیای جنوبی علیه کیسی، در سال ۱۹۹۲^{۴۳}، که توسط دادگاه عالی فدرال در حال رسیدگی بود، مورد تصریح قرار گرفت: «الزام به پیروی از سابقه ضرورت دارد و ضرورت خلاف آن حد خارجی و بیرونی سابقه را معین می‌کند... هیچ نظام قضایی‌ای، چنانچه به هر مسئله مطرح شده در هر پرونده از نو نظر کند، قادر به عملکرد [مناسب] در جامعه نخواهد بود. در واقع، مفهوم حاکمیت قانون زیربنای قانون اساسی خود ماست که مستلزم تداوم در زمان است و از همین روست که توجه و اعتنا به سابقه ضروری است. هنگامی که این دادگاه مجدداً یک تصمیم قبلی را بررسی کند رأی این دادگاه معمولاً با مجموعه‌ای از ملاحظات محتاطانه و نیز عملی همراه است که برای سنجش سازگاری نسخ رأی سابق با آرمان حاکمیت قانون و نیز ارزیابی هزینه‌های مربوط به ابرام یا نسخ یک مورد سابق شکل می‌گیرد.» (Jakab, 2017: 741).

با توجه به تمایل قضات دادگاه عالی فدرال به ارائه استدلال‌ها و تفاسیر مبتنی بر قانون اساسی در قالب زبان حقوقی^{۴۴} هنگامی که به نحو موجه سوابقی موجود باشد بدان‌ها توسل خواهد شد. با وجود این، در هشت پرونده از چهل نمونه قضایی^{۴۵} در دیوان عالی فدرال هیچ رجوعی به سابقه صورت نپذیرفته است (Jakab, 2017: 742).

عامل موجه اصلی التزام دادگاه عالی فدرال نسبت به آرای ماسبق خود، نظیر سایر کشورهای تابع حقوق عرفی، مبتنی بر قاعده شناسایی و بیش از آن مبتنی بر اصل التزام به قاعده سابق است که ذکرش در بخش‌های قبلی گذشت. اما، فراتر از این مبنای کلان، به نحو خاص و جزئی نیز عوامل متعددی بیان شده است که نزد مفسران آمریکایی، گرچه موجهات عدیده‌ای برای پیروی

از سابقه مطرح شده، از میان آن‌ها دو مورد بیشتر شایع است که عبارت‌اند از «ثبات»^{۴۶} که رهاورد سابقه برای ساختار یک جامعه است و نیز «قطعیت»^{۴۷} که حاصل اعمال قواعد در چارچوب و شیوه‌ای پایدار و منصفانه است (MacCormick, 1997: 379).

۲-۱-۲. نظام حقوقی استرالیا

کشور دیگری که در زمره نظامات حقوق عرفی قرار دارد استرالیاست. قانون اساسی استرالیا یک قانون اساسی نوشته است که در سال ۱۹۰۱ مصوب شده است. در نظام حقوقی این کشور همچون سایر کشورهای تابع حقوق عرفی اساساً استدلال مبتنی بر سابقه جایگاه مرکزی و اصیلی دارد و از این روست که گفته شده است بخش عمده حقوق اساسی کشور استرالیا حقوق ایجادشده توسط قضات^{۴۸} است. به تبع دکتترین سابقه^{۴۹}، تصمیمات و آرای دادگاه عالی استرالیا^{۵۰} شأن یک منبع حقوقی را دارد که تأثیر قابل توجهی بر پرونده‌های آتی می‌گذارد. توضیح مطلب آنکه دادگاه عالی استرالیا، که بالاترین دادگاه این کشور محسوب می‌شود و تفسیر قانون اساسی را نیز عهده‌دار است، علاوه بر آنکه آرای آن بر سایر دادگاه‌ها الزام‌آور است و همواره آن‌ها از آن متابعت می‌کنند، اغلب، برای خود نیز معتبر است (Jakab, 2017: 45). این دادگاه در تفسیر پرونده‌هایی که ناظر به قانون اساسی است چهار مفهوم و روش کلیدی را مورد توجه قرار می‌دهد که عبارت‌اند از «متن»، «تاریخ»، «سابقه»، «استنباطات از متن و ساختار». استدلال تاریخی شامل ارجاع به سوابق مباحثات در کنوانسیون‌های تشکیل‌شده و متون قانونی نوشته‌شده هنگام تشکیل این کنوانسیون‌ها و نیز سایر مطالب تاریخی است که این سنخ از استدلال ناظر به هدف واضح قانون اساسی است (Jakab, 2017: 51). تفسیر مبتنی بر سابقه نیز زمینه‌ای را برای بحث از اصول و مفاهیمی که در متن قانونی بدان اشاره نشده مهیا می‌سازد. تفسیر مبتنی بر سابقه، خود، شکلی از قیاس^{۵۱} و برقراری شرایط مشابهت امور محسوب می‌شود؛ بدین معنا که اساساً تعیین کاربست‌پذیری سابقه در یک پرونده معین مستلزم مقایسه دقیق گزاره‌ها و وقایع و استدلال‌های قیاسی در باب شباهت میان آن‌هاست (Jakab, 2017: 53). اعمال دکتترین سابقه بدین نکته منجر می‌شود که اصول و مفاهیم خارج از متن به بخشی از حقوق اساسی مبدل شود و تبعاً به نحو مکرر در پرونده‌های بعدی مورد استناد قرار گیرد (Jakab, 2017).

۲-۲. جایگاه التزام یا عدم التزام به آرای ماسبق در کشورهای تابع حقوق نوشته

از یک منظر، سابقه را به دو قسم «سوابق [ناظر به] راه‌حل»^{۵۲} و «سوابق تفسیری»^{۵۳} تقسیم کرده‌اند (Spaic, 2018: 28). بر این اساس، فرایند اتخاذ تصمیم دادگاه‌ها محدود به تصمیم‌گیری و صدور رأی در باب موارد در حال رسیدگی نمی‌شود، بلکه همچنین مشتمل بر تصمیم‌گیری در باب موضوعات و مسائلی است که ناظر به تفسیر متون و نیز شرایط وقایع و گزاره‌ها هستند. هرگاه بتوان تعدد معانی را به یک متن حقوقی نسبت داد، وظیفه تفسیر قضایی آن است که به تصمیمی در باب معنای این متن دست یابد. سوابق ناظر به راه‌حل آن چیزی است که در نظامات حقوق عرفی رایج است و این معنا را مشیر است که یک رأی سابق در آرای آتی بر اساس سنجش مشابهت^{۵۴} یا مطابقت^{۵۵} گزاره‌ها و وقایع پرونده لاحق با پرونده‌ای که مشتمل بر رأی ماسبق بوده مورد استفاده قرار می‌گیرد تا راه‌حلی حقوقی حاصل شود. اما، در قسم ثانی، رأی قضایی سابق می‌تواند الگویی قلمداد شود در این معنا که جهت نیل به آرای تفسیری، مبتنی بر مشابهت یا عینیت متون قوانین عادی و متون قوانین اساسی، مورد متابعت قرار می‌گیرند تا از این طریق بتوان به راه‌حلی دست یافت. البته در سنخ دوم دادگاه ضرورتاً به دنبال اعمال مشابهت گزاره‌های دو پرونده نیست، بلکه کانون اصلی توجه در باب آرای ماسبق بر دلالتی است که در تفسیر یک عبارت، یک جمله، یا کلیت یک ماده قانونی حاصل می‌شود (Spaic, 2018: 31-32). بر این اساس، گرچه سوابق در طرق مختلفی می‌توانند مورد استناد یا حتی التزام دادگاه قانون اساسی در کشورهای تابع حقوق نوشته باشند، اما در معنای حداقلی اشاره‌شده، که عبارت است از سوابق ناظر به تفسیر، در جمیع کشورهای تابع این سنت مورد اقبال و اعمال است. کشورهای برجسته تابع سنت حقوق نوشته (البته حقوق نوشته در اینجا ناظر به کشورهای تابع الگوی اروپای قاره‌ای دادرسی اساسی است که فرانسه به دلایل یادشده در ابتدای تحقیق از آن‌ها مستثنی است) که در این تحقیق بررسی شده‌اند عبارت‌اند از اتریش، آلمان، اسپانیا، و ایتالیا. در ادامه به هر یک از آن‌ها پرداخته می‌شود.

۲-۲-۱. نظام حقوقی اتریش

نظام حقوقی کشور اتریش، که در ضمن نظام حقوق قاره‌ای یا متمرکز قرار دارد، در صیانت از قانون اساسی از الگوی دادرسی اساسی بهره می‌برد؛ به نحوی که دادگاهی مستقل از

بدنه قضایی به نام دادگاه قانون اساسی تشکیل شده است تا صیانت از قانون اساسی را عهده‌دار شود. می‌توان گفت دادگاه قانون اساسی اتریش قدیمی‌ترین دادگاه قانون اساسی در سنت حقوق قاره‌ای محسوب می‌شود.

دادگاه قانون اساسی اتریش^{۵۶} تقریباً در همه پرونده‌ها به آرای قضایی^{۵۷} خود ارجاع می‌دهد. اما از آنجا که نظام حقوق اساسی اتریش نظیر دیگر کشورهای تابع حقوق رومی-ژرمنی بر اساس سوابق ایجاد نشده است و کد مدنی این کشور در باب سوابق تصریح کرده است: «احکام صادره در پرونده‌های خاص و آرای که قضات در دعوی خاصی صادر کرده‌اند هیچ‌گاه واجد اثر و اعتبار قانون نخواهند بود و این آرا نمی‌توانند به سایر پرونده‌ها یا سایر اشخاص تعمیم داده شوند»^{۵۸}، دادگاه قانون اساسی به صورت رسمی ملزم به آرای قضایی خود نیست؛ بلکه در هر مورد می‌تواند صرفاً ناظر به همان پرونده اقدام کند. با این حال، دادگاه قانون اساسی همواره سعی کرده به آرای توجیه کند که در ضمن آرای قضایی خود به نحو منسجم مطرح بوده و این دادگاه آن‌ها را در طول دهه‌ها بسط و توسعه داده است. در واقع، راهبرد دادگاه در ایجاد هماهنگی و سازگاری مشتمل بر ایجاد روش‌های معینی است که به طور همانند و مشابه در آرای مشابه تکرار شده باشند. البته باید به این نکته نیز توجه داشت که دادگاه همواره در تبعیت و تکرار از آرای قضایی خود به اعمال حقوق بشر توجه داشته و سعی کرده معیارهای معینی را بر هر یک از حق‌های مندرج در حقوق بشر در تبعیت از آرای قضایی خویش ملحوظ دارد (Jakab, 2017: 94). همچنین، دادگاه قانون اساسی اتریش در طول سال‌های اخیر به نحو گسترده‌ای به منابع اروپایی، به‌ویژه آرای قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر^{۵۹} و دیوان دادگستری اتحادیه اروپا^{۶۰} و نیز در موارد اندکی به آرای قضایی دادگاه قانون اساسی فدرال آلمان، ارجاع داده است. این وضعیت بیشتر ناشی از فرهنگ حقوقی حاکم بر کشور اتریش است (Jakab, 2017: 95).

۲-۲-۲. نظام حقوقی آلمان

آلمان نیز از جمله کشورهایی است که ذیل سنت حقوق اروپای قاره‌ای قرار دارد و در صیانت از قانون اساسی تابع الگوی متمرکز است. به‌رغم آنکه نظام حقوقی این کشور هیچ صورتی از قاعده رسمی الزام به قاعده سابق^{۶۱}، که الگوی حاکم بر کشورهای تابع حقوق عرفی

به‌ویژه ایالات متحده آمریکا است، را شناسایی نکرده است، تصمیمات و آرای دادگاه فدرال قانون اساسی^{۶۲} بر سایر دادگاه‌ها به‌مثابه امری حکمی^{۶۳} الزام‌آور است. بنابراین، در صورتی که دادگاه‌های مادون دادگاه قانون اساسی فدرال از تصمیمات و آرای این دادگاه تبعیت نکنند تصمیماتشان غیر قانونی است و در صورت تجدیدنظر لغو خواهند شد (MacCormick, 1997: 27). به‌رغم نکته یادشده، پاسخ به این پرسش دشوار است که آیا تصمیمات دادگاه فدرال قانون اساسی برای خود آن نهاد نیز الزام‌آور است یا خیر. گرچه اکثر مفسران دانشگاهی نظام حقوقی آلمان این الزام‌آوری را قبول ندارند، دادگاه قانون اساسی در هر پرونده مقید و محدود و مشمول محدودیت‌های عام آکادمیک و نیز افکار عمومی است. علاوه بر این، اعتنای بسیار به انسجام و سازگاری حقوقی و نیز قطعیت حقوقی در فرهنگ حقوقی آلمان دلالت بر این معنا دارد که دادگاه مترصد این است که از تغییر صریح و آشکار رویه خود اجتناب کند و برای تقویت اعتبار خود مکرراً به رویه سابق خویش ارجاع دهد. هرچند دادگاه فدرال قانون اساسی در ضمن سه رأی از آرای خود^{۶۴} بر این مهم تأکید کرده که هیچ الزامی به تبعیت از آرای ماسبق خود ندارد (MacCormick, 1997)، این دادگاه در بالغ بر چهل پرونده این دادگاه مشمول ارجاع به رویه سابق شده است. افزون بر این، سوابق نقش عمده‌ای در شکل دادن به اصطلاحات و نتیجه‌های غالباً موسع قانون اساسی ایفا می‌کنند و تبعاً نقشی مهم در تفسیر عهده‌دار می‌شوند. در برابر نظام حقوق عرفی، سوابق در نظام حقوقی آلمان، نه از منظر حکمی نه از منظر گزاره‌های قابل قیاس،^{۶۵} معمولاً به نحو مفصل مورد طرح و بحث قرار نگرفته‌اند؛ به جای آن، دادگاه قانون اساسی نوعاً به نحو مجمل به سوابق خود ارجاع می‌دهد تا سازگاری نظام حقوقی را مورد تأکید قرار دهد و نیز از تلاش برای بیان مجدد معیارهایی که سابقاً توسعه یافته است اجتناب کند (Jakab, 2017: 375). به عبارت دیگر، سابقه در نظام حقوقی آلمان منبعی مستقل از قوانین موضوعه و عرف شناخته نمی‌شود؛ نیروی سابقه یک نیروی غیر مستقیم است، بدین معنا که تفسیری است از قانون موضوعه معین. بنابراین، می‌توان گفت نیروی سابقه ناشی از منبع رسمی است که سابقه آن را تفسیر می‌کند (MacCormick, 1997: 33).

۲-۳. نظام حقوقی اسپانیا

کشور اسپانیا نیز در زمره الگوهای دادرسی اساسی به سبک نظام متمرکز محسوب می‌شود که مطابق فصل نهم قانون اساسی خود^{۶۶} واجد دادگاه قانون اساسی است. استناد به تصمیمات

و آرای ماسبق نه تنها موضوعی قابل توجه و نیز اجتناب‌ناپذیر در دادگاه قانون اساسی اسپانیاست، بلکه به پدیده‌ای رایج نیز مبدل شده است. اساساً در نظام حقوقی اسپانیا رویه قضایی دادگاه قانون اساسی را می‌توان دلیلی مستحکم برای یک راه‌حل قانونی معین قلمداد کرد (MacCormick, 1997: 270). سوابق دادگاه قانون اساسی به نحو رسمی و سفت و سخت واجد نیروی الزام‌آور^{۶۷} برای سایر دادگاه‌هاست (MacCormick, 1997: 272) که پدیده‌ای حاکم بر رویه خود دادگاه قانون اساسی نیز هست. گرچه دادگاه قانون اساسی اسپانیا دکترین‌های ایجادشده خود را برای حل پرونده‌ها به کار می‌برد، دلیل این وضعیت اصل الزام به قاعده سابق^{۶۸} نیست که در کشورهای تابع حقوق عرفی مطرح است (Jakab, 2017: 624)، بلکه می‌توان گفت ایده اصلی الزام‌آوری سوابق دادگاه قانون اساسی اسپانیا ناشی از ایده هنجاریت قانون اساسی^{۶۹} است که دلالت بر حاکمیت قانون اساسی دارد و نشان‌دهنده ایده کلی حاکمیت قانون است و این ایده در کنار برخی مواد قانون ارگانیک دادگاه قانون اساسی است؛ بدین معنا که ماده ۱ این قانون بیان می‌دارد: «دادگاه قانون اساسی بالاترین مفسر قانون اساسی است». ^{۷۰} نیز، ماده ۶۱ آن مشیر به این مطلب است که «تصمیم دادگاه قانون اساسی بر همه مقامات عمومی الزام‌آور است و به نحو عام الشمول^{۷۱} کاملاً قابل اجراست». ^{۷۲} بر این اساس، مبنای کلان نظام حقوقی اسپانیا در تبعیت دادگاه قانون اساسی از آرای ماسبق خود مبتنی بر اصل عام الشمولی تصمیمات و آرای این دادگاه است که در کنار مبنای نظری خاص هنجاریت قانون اساسی قرار می‌گیرد.

۲-۲-۴. نظام حقوقی ایتالیا

ایتالیا کشور دیگری است که درون سنت حقوقی کشورهای اروپای قاره‌ای قرار دارد و دادگاه قانون اساسی را مطابق با مواد ۱۳۴ تا ۱۳۷ قانون اساسی خود، به منزله دادگاهی خاص و فارغ از گرایش‌های سیاسی و خارج از سلسله مراتب دادگاه‌های عادی، با توجه به تمرکز روی نظارت بر مطابقت قوانین با قانون اساسی، تأسیس کرده است (جمعی از نویسندگان، ۱۳۹۳: ۳۹۶). سوابق در این نظام حقوقی واجد شأن الزام‌آور^{۷۳} نیستند، بلکه اعتبارشان دارای حیث اقلی^{۷۴} است. بدین وجه، دادگاه قانون اساسی ایتالیا در اغلب آرا به سوابقی که در پرونده‌های مشابه ایجاد شده است ارجاع می‌دهد و از آن‌ها تبعیت می‌کند (Jakab, 2017: 624).

538). فقط تعداد اندکی از آرا و تصمیمات این دادگاه ارجاعی به سوابق نمی‌دهند. این آرا عبارت‌اند از رأی شماره ۱ به تاریخ ۱۹۵۶ و نیز هشت رأیی که ناظر به مسائل بدیع‌اند: رأی شماره ۲۷ به تاریخ ۱۹۷۵ در خصوص سقط جنین^{۷۵}، رأی شماره ۱۶۱ به تاریخ ۱۹۸۵ در خصوص تراجنسیتی^{۷۶}، رأی شماره ۱۳ به تاریخ ۱۹۹۴ در باب حق به هویت شخصی به عنوان حق در باب نام، رأی شماره ۴۲۲ به تاریخ ۱۹۹۵ در باب سهمیه‌های جنسیتی در انتخابات، رأی شماره ۷ به تاریخ ۱۹۹۶ در باب طرح عدم اعتماد به یک وزیر، رأی شماره ۳۵۶ به تاریخ ۱۹۹۶ که برای اولین بار اصل «سازگاری تفسیر قانون اساسی» را بنا نهاد، رأی شماره ۱۰۶ به تاریخ ۲۰۰۲ در باب استفاده از نام «پارلمان» در خصوص محافل ناحیه‌ای، رأی شماره ۱۳۸ به تاریخ ۲۰۱۰ در باب ازدواج با هم‌جنس^{۷۷}. البته در یک مورد از آرای یادشده ارجاعی عام^{۷۸} نسبت به وحدت رویه ثابت^{۷۹} در باب حقوق فردی در خصوص بدن هر شخص مشاهده می‌شود (Jakab, 2017).

ارجاع دادگاه قانون اساسی ایتالیا به آرای ماسبق خود اغلب به عنوان پرونده‌های موردی ملحوظ می‌شود. اما گاهی نیز به عنوان قانون دائمی و منسجم مورد ارجاع و استناد قرار می‌گیرند. در این بین و به‌رغم آنکه دادگاه قانون اساسی ایتالیا به آرای ماسبق مکرراً استناد می‌کند، شش رأی این دادگاه نیز منجر به نسخ آرای ماسبق خود شده است. در دهه‌های ابتدایی فعالیت این دادگاه، دلیل عمده بر نسخ آرای ماسبق تغییرات اجتماعی بود که در برهه‌ای از زمان حاصل می‌شد. مثلاً در رأی شماره ۱۲۶، به تاریخ ۱۹۶۸، دادگاه با استدلال مبنی بر فزونی تغییرات اجتماعی ماده‌ای را در باب جرم‌انگاری زنا محصنه زنان لغو کرد. همچنین، در رأی شماره ۴۹، به تاریخ ۱۹۷۱، دادگاه به دلیل تغییرات اجتماعی و نیز بی‌دقتی در صدور رأی ماسبق جرم‌انگاری اشاعه شیوه‌های کنترل موالید را لغو کرد (Jakab, 2017: 539).

دلیل اصلی التزام به رویه در نظام حقوقی ایتالیا عبارت است از رفتار طبق قانون که مستند بر اصل ۳ قانون اساسی این کشور است.^{۸۰} بر اساس همین اصل برابری است که گفته می‌شود یک موضوع حقوقی که مشابه موضوعات قبلی است باید همواره به همان روش مشابه حل و فصل شود. بدین روی، سابقه به عنوان ابزاری جهت ایجاد حدی معقول از برابری در تفسیر و اعمال قانون در فرایند حقوقی لحاظ می‌شود. در کنار اصل برابری، اصل قطعیت قانونی نیز از دیگر دلایل و موجهات استناد و التزام به آرای ماسبق در نظام حقوقی ایتالیا است.

بر اساس این اصل، چنانچه مواد قانونی در طریقی شفاف و به نحو معقول تغییرناپذیر در خصوص وقایعی مشابه اعمال شوند، قانون واجد قطعیت خواهد بود. پیش‌بینی‌پذیری تصمیمات قضایی و نیز یگانگی آرای وحدت رویه قضایی^{۸۱} نیز از دیگر دلایل موجهه التزام نسبت به آرای ماسبق در این نظام حقوقی است (MacCormick, 1997: 165-166).

۲-۲-۵. نظام حقوقی فرانسه

کشور فرانسه، که در سنت حقوق کشورهای رومی-ژرمنی محسوب می‌شود، همان‌گونه که پیش‌تر بیان شد، دارای الگوی کنترل سیاسی در صیانت از قانون اساسی است. شورای قانون اساسی نهادی است که بر اساس قانون اساسی این کشور به منظور نظارت بر انتخابات و مطابقت دادن قوانین با قانون اساسی تشکیل شده است (جمعی از نویسندگان، ۱۳۹۳: ۱۶۹).

تصمیمات شورای قانون اساسی فرانسه هیچ‌گاه به منزله ایجاد اصول جدید لحاظ نمی‌شود؛ این تصمیمات شأن تفسیری قانون اساسی را دارند. از این رو، ابهام متن قانون اساسی این کشور منجر به این شده است که نگاشتن هر رساله‌ای در باب حقوق اساسی در فرانسه بدون بهره‌مندی از مفاهیم و اصول و تمایزات شورای قانون اساسی ناممکن خواهد بود (MacCormick, 1997: 114). اساس هیچ الزام رسمی^{۸۲} در باب تبعیت از رویه ماسبق قضایی در نظام حقوقی کشور فرانسه مطرح نیست تا جایی که گفته شده پیروی از یک سابقه در نظام حقوقی فرانسه ممنوع است تنها به این دلیل که سابقه است (MacCormick, 1997: 115). به‌رغم این وضعیت، مستند به اصل ۶۲ قانون اساسی کشور فرانسه، که اشعار می‌دارد «هرگاه شورای قانون اساسی قانونی را مخالف با قانون اساسی اعلام کند نمی‌توان آن را توشیح کرد و مجری ساخت. تصمیمات این شورا قابل اعتراض نیست و برای قوای حاکمه اجرایی و قوای قضایی الزام‌آور است»^{۸۳}، تصمیمات شورای قانون اساسی به اعتبار امر مختومه^{۸۴} برای همه دادگاه‌ها و نیز قوا در فهم از قانون اساسی و سایر قوانین حاکم است (MacCormick, 1997: 116). به‌رغم این نکته پرسش این است که آیا آرای ماسبق شورای قانون اساسی برای خود این نهاد نیز الزام‌آور است یا نه. در حالی که شورای قانون اساسی معمولاً به احکام خود یا سایر دادگاه‌های داخلی یا خارجی استناد نمی‌کند، در این خصوص سه استثنا پدیدار شده است. اولین استثنا عبارت است از رأی سال ۱۹۶۲ که طبق آن شورا ارجاع ابتکاری توسط نخست‌وزیر را رد کرد به این دلیل که

یک سال قبل رأی در این موضوع صادر شده بود. شورا ذیل اصل ۶۲ قانون اساسی حکم کرد که تصمیم این شورا اعتبار عام الشمول بودن [آراء]^{۸۵} را دارد و این اعتبار فقط در خصوص رسیدگی به این پرونده اعمال نمی‌شود، بلکه به‌مثابه مبنای اصلی تصمیم^{۸۶} بسط و توسعه می‌یابد. دومین ارجاع و استناد به یک تصمیم ماسبق در تصمیم و رأی Lisbon مطرح شد. شورا در این تصمیم با بیان اینکه هیچ نکته‌ای در منشور حقایق بنیادی اتحادیه اروپا^{۸۷} نیست که مغایر با قانون اساسی فرانسه باشد، صرفاً آنچه را پیش‌تر در رأی خود در باب معاهده قانون اساسی^{۸۸} اعلان کرده بود تکرار کرد. استناد و ارجاع سوم عبارت است از تصمیم در باب قمار آنلاین^{۸۹} که شورا ضمن آن با صراحت به رأی دادگاه تجدیدنظر استناد کرد که در راستای صدور درخواست حکم اولیه از دیوان دادگستری اروپا در مورد انطباق مکانیسم ارجاع اولویت جدید^{۹۰} با قوانین اتحادیه اروپا اصدار یافته بود.^{۹۱} در اصل، معنای این استناد شورای قانون اساسی فرانسه را باید در بستر بحث و جدل درباره اقدام دادگاه تجدیدنظر فرانسه جست‌وجو کرد که به نحو گسترده به‌مثابه تلاشی برای ابزاری کردن قوانین اتحادیه اروپا جهت منحرف ساختن اصلاحات قانون اساسی، که مقبول عامه بود، درک شد. این استناد در واقع پیامی به دیوان دادگستری اتحادیه اروپا^{۹۲} بود تا از صدور یک حکم نامطلوب جلوگیری کند. شورای قانون اساسی فرانسه درصدد بود تا نظر قضات لوکزامبورگ (مراد همان محل دیوان دادگستری اتحادیه اروپاست) را به این نکته معطوف کند که خوانش ارائه‌شده توسط دادگاه تجدیدنظر در درخواستش برای صدور رأی مقدماتی تنها ساختار ممکن قانونی برای اعمال رویه جدید نیست (Jakab, 2017: 344-345). همان‌طور که در سطور پیشین اشاره شد، مبنای اصلی استناد به رویه‌های ماسبق در نظام حقوقی فرانسه عبارت است از عام الشمول بودن آرای تفسیری ناظر به قانون اساسی.

۳. جایگاه التزام یا عدم التزام به آرای ماسبق در الگوی حقوقی نهاد دادرسی نظام جمهوری اسلامی ایران

نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، که به دلیل ربط وثیق آن با شریعت اسلامی از آن با عنوان نظام حقوق مکتبی نیز یاد می‌شود، میان دو الگوی کلان نظام حقوقی، بیشتر به الگوی حقوق نوشته متمایل است. نهاد دادرسی اساسی را مستند به اصل ۹۱ قانون اساسی، با نام شورای نگهبان، که مرکب از شش نفر فقیه و شش نفر حقوقدان است، پیش‌بینی کرده است. توضیح آنکه مؤلفه‌های اصلی الگوی حقوق نوشته، که مشتمل بر وجود قوانین موضوعه و

برتری قانون مصوب در مقام اعمال و افعال جمعی است، در نظام حقوقی ایران بارز و آشکار است. نظام حقوقی جمهوری اسلامی واجد قانون اساسی نوشته است و قوانین عادی در مجلس قانون‌گذاری این کشور به تصویب رسیده است و عدم مغایرت آن با قانون اساسی توسط نهاد دادرسی اساسی بررسی و احراز می‌شود. از سوی دیگر اقدامات نهاد مجریه ضمن مصوبات هیئت وزیران، که به تأیید رئیس قوه مقننه به حیث انطباق با قوانین عادی می‌رسد، مشروع و مجاز شمرده می‌شود.

از این رو، عملکرد نهاد دادرسی اساسی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران عموماً بر بستر الگوی حقوق نوشته معنا می‌یابد. این نهاد، که یک نهاد نظارتی تقنینی و سیاسی است، در حیطه نظارت قانونی خود دارای سه قسم از اقسام نظرات حقوقی-فقهی است: نظر شرعی، نظر تطبیقی یا تبعی (کدخدایی، ۱۳۹۷: ۱۶۲)، نظر تفسیری. مستند به اصل ۴ قانون اساسی، که اشعار می‌دارد: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی، و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است»، شورای نگهبان دارای وظیفه بررسی مصوبات نهادهای تقنینی و اجرایی با موازین شرعی است^{۹۳} و نظر شرعی این نهاد حاکم بر قوانین و مقررات است. افزون بر این، نظر تطبیقی یا تبعی شورا آن تفسیری است که این نهاد هنگام بررسی مصوبات مجلس شورای اسلامی با هدف حراست از اصول قانون اساسی از نظر تضمین عدم مغایرت مصوبات مجلس با این اصول انجام می‌دهد (کدخدایی، ۱۳۹۷: ۱۶۴). این تفسیر هرچند دارای اعتبار و آثار تفسیر رسمی از قانون اساسی یا همان نظر تفسیری شورای نگهبان نیست، مفاد نظرهای شورای نگهبان در خصوص مصوبات مجلس مؤید و بیانگر نظر کلی این نهاد در خصوص اصولی از قانون اساسی است که با مفاد مصوبه مجلس شورای اسلامی ارتباط دارند. بنابراین، می‌توان آن را بیانگر برداشت و تفسیر شورای نگهبان از اصول قانون اساسی دانست (کدخدایی، ۱۳۹۷: ۱۶۵ - ۱۶۶). افزون بر این موارد، نظر تفسیری شورا نیز، که ناظر به تفسیر اصول قانون اساسی است، از جمله آرای این نهاد در عملکرد حقوقی خود است. توضیح آنکه مستند به اصل ۹۸ قانون اساسی «تفسیر قانون اساسی به عهده شورای نگهبان است که با تصویب سه‌چهارم آنان انجام می‌شود». نظر تفسیری این نهاد از اصول قانون اساسی تفسیری

است که جایگاهی والا در زمره منابع حقوق اساسی دارد (کدخدایی، ۱۳۹۷: ۱۶۳) و منحصر در نهاد دادرسی اساسی محسوب می‌شود.^{۹۴}

بر این اساس، در خصوص التزام یا عدم التزام نهاد شورای نگهبان نسبت به آرای ماسبق خود باید در نسبت با تمایز انظار سه‌گانه این نهاد تتبع و بررسی صورت پذیرد. از این رو، در باب نظر شرعی این نهاد، بر اساس تصریح ذیل اصل ۴ «... تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است»؛ فقهایی که عادل و آگاه به مقتضیات زمان و مسائل روز هستند^{۹۵} و در ارائه نظر شرعی خود بر ممشای اجتهاد تطبیقی عمل می‌کنند. یعنی حوادث واقعه و مسائلی که به فقیه ارجاع می‌شود توسط فقه استنباط می‌شود و مدون و نظریات فقهی بر اساس تشخیص فقیه عضو این شورا رقم می‌خورد که نتیجه آن نظارت فقه است (کعبی، ۱۳۹۸: ۲۴۱). لازمه اجتهاد در سنت فقهی اسلامی حجیت نظر فقهی فقیه مجتهد برای خود او و نیز احياناً مقلدانش است که بر اساس روش اجتهادی، که دارای حجیت شرعی است، برای او حاصل می‌شود. بنابراین، چنانچه فقهی بر اساس موازین و روش فقهی در اجتهاد خود بدین نظر نایل شد که نظر اجتهادی پیشین او مصاب به واقع نبوده، خود او می‌تواند از نظر پیشین خویش عدول کند. از این رو، مانع و محذوری برای هیچ فقهی در خصوص امکان اجتهاد در موضوع یا مصداقی واحد برخلاف رأی اجتهادی سابق خود وجود ندارد و این در ضمن اصل تخطئه در فقه شیعه معنای خود را حامل است.^{۹۶}

در خصوص نظر تطبیقی یا تبعی، آنچه از رویه شورای نگهبان پیداست این نکته است که نهاد یادشده هیچ التزامی نسبت به پیروی از آرای ماسبق خود ندارد؛ مگر آنکه عواملی در التزام و پیروی دخیل باشند. یکی از این عوامل عبارت است از تغییر ترکیب اعضای شورای نگهبان. بدین معنا که مستند به اصل ۹۲ قانون اساسی «اعضای شورای نگهبان برای مدت شش سال انتخاب می‌شوند. ولی در نخستین دوره پس از گذشتن سه سال نیمی از اعضای هر گروه به قید قرعه تغییر می‌یابند و اعضای تازه‌ای به جای آن‌ها انتخاب می‌شوند». عضویت اعضای شورا مقید به زمان مقرر است و پس از زمان معین اعضای جدیدی جایگزین اعضای سابق می‌شوند. از این رو، هیچ الزامی برای اعضای جدید در تبعیت از رأی تطبیقی ماسبق که مسبوق به فهم و برداشت اعضاست وجود ندارد. افزون بر این، ممکن است ترکیب اعضای شورا ثابت باشد و هنوز زمان تغییر مقرر فرانسیده باشد، اما نظر و تفسیر علمی اعضا در بررسی تطبیقی

خود دچار تغییر بشود. ممکن است در این تغییر نظر کشف اشتباه نیز دخیل باشد؛ بدین معنا که به دلایل علمی مختلف برای اعضای شورا این نکته محرز شود که نظر سابق مصاب به واقع نبوده است. علاوه بر این، در مواردی این گونه به نظر می‌رسد که تغییر رویه نزد شورای نگهبان تلقی به پیشرفت و دستاورد می‌شود؛ نظیر اصرار بر ذکر بودجه شرکت‌های دولتی، که به‌رغم عدم ورود خاص این نهاد به موضوع بودجه شرکت‌های دولتی، ضمن لایحه بودجه سالیانه در رویه سابق خود، در بررسی لایحه بودجه سال ۱۴۰۱ کل کشور ضمن بند ۲.۲.۱ اشعار داشته است: «در صدر بند، اطلاق واگذاری تصویب نظام بودجه‌ریزی شرکت‌های دولتی به هیئت‌وزیران مغایر اصل ۸۵ قانون اساسی است»^{۹۷}، و ذیل بند ۲.۶.۱ بیان داشته است: «نسبت میان دستورالعمل تهیه و تنظیم بودجه شرکت‌های دولتی و ... مذکور در جزء ۱.۲ این بند با آیین‌نامه نظام بودجه‌ریزی مذکور در صدر بند 'ه' این تبصره ابهام دارد؛ پس از رفع ابهام اظهارنظر خواهد شد»^{۹۸} و نیز طبق اظهارات سخنگوی این نهاد در نشست خبری درباره بررسی لایحه بودجه یادشده ورود تفصیلی این نهاد به موضوع بودجه شرکت‌های دولتی را از جمله دستاوردهای شورا در طول سال‌های اخیر اعلام کرده است.^{۹۹} همچنین، در مواردی ممکن است تبیین جدیدی از موضوع‌شناسی برای اعضا صورت پذیرد و همین امر منجر به تغییر نظر شورا نسبت به رویه ماسبق خود شود؛ نظیر آنکه این نهاد در بررسی طرح جوانی جمعیت و حمایت از خانواده در سال ۱۴۰۰^{۱۰۰}، به‌رغم ایراداتی که در مراحل مختلف به طرح یادشده گرفته شد، در میان آن‌ها ایراد ناظر به اصل ۷۵ قانون اساسی مبنی بر «طرح‌های قانونی و پیشنهادها و اصلاحاتی که نمایندگان در خصوص لوایح قانونی عنوان می‌کنند و به تقلیل درآمد عمومی یا افزایش هزینه عمومی می‌انجامد در صورتی قابل طرح در مجلس است که در آن طریق جبران کاهش درآمد یا تأمین هزینه جدید نیز معلوم شده باشد» مشاهده نشد. این نکته حاکی از آن است که نهاد حاضر در تبیین موضوع طرح یادشده به این نتیجه دست یافته است که تصویب آن طرح در قالب قانون می‌تواند به حیث بار مالی از طریق بودجه جاری و مصوب سالیانه تأمین شود. افزون بر عوامل یادشده، در مواردی نیز ابلاغ اسناد بالادستی بر تغییر رویه و نظر ماسبق شورا مؤثر می‌شود، نظیر آنکه رویه شورا تا پیش از ابلاغ سند سیاست‌های کلی انتخابات^{۱۰۱} طرح ایراد به اقدامات مجلس شورای اسلامی جهت تبیین مصادیق اصل ۱۱۵ قانون اساسی^{۱۰۲} بود^{۱۰۳}، اما، پس از ابلاغ سند سیاست‌های کلی انتخابات،

رویه شورای نگهبان نسبت به تبیین مصادیق اصل ۱۱۵ قانون اساسی توسط مجلس شورای اسلامی تغییر کرد؛ بدین نحو که گرچه در مرحله اول ایراداتی نسبت به مصوبه مجلس شورای اسلامی گرفته شد، پس از اصلاح ایرادات توسط مجلس، دو مرحله ایراد بعدی ایراداتی بود که هیئت عالی نظارت بر حسن اجرای سیاست‌های کلی نظام بر مصوبه یادشده گرفت و طبعاً شورای نگهبان هیچ ایرادی در دو مرحله بعدی به آن نداشته است.^{۱۰۴} همچنین، از دیگر عواملی که مؤثر بر تغییر رویه و نظر شورای نگهبان است این است که پاره‌ای ضوابط شکلی حاکم بر جلسات شورا می‌تواند بر تغییر رویه و آرای ماسبق مؤثر افتد؛ نظیر آنکه رویه شورا تا پیش از سال ۱۳۹۸ در زمینه پرداخت هزینه‌های درمان و خسارات مازاد بر دیه منطبق با نظر فقهی حضرت امام^(ره) و نیز مقام معظم رهبری و همچنین قول غالب در فقه شیعه مبنی بر مغایرت شرعی و بلاوجه بودن آن بود (مسعودیان، ۱۳۹۹: ۸۰)، اما، در سال ۱۳۹۸، در جریان بررسی ماده ۵ قانون تشدید مجازات اسیدپاشی^{۱۰۵} که بر پرداخت هزینه‌های درمان مازاد بر دیه دلالت می‌کرد، به‌رغم آنکه رویکرد اکثریت فقهای حاضر در جلسه (سه فقیه) مبنی بر مغایرت پرداخت هزینه‌های درمان مازاد بر دیه توسط جانی بود، به علت آنکه تعداد حاضران در جلسه فقط چهار فقیه از شش فقیه عضو بود و از آن میان نیز یک فقیه با رویکرد اکثر فقهای حاضر در جلسه مخالفت کرد، آرای اکثریت به حد نصاب نرسید و ماده ۵ قانون تشدید مجازات اسیدپاشی مغایر با موازین شرع قلمداد نشد.^{۱۰۶} در نهایت، افزون بر عوامل اشاره‌شده، عدم اطلاع و علم شورا نسبت به رویه و آرای ماسبق خود نیز می‌تواند در زمره دیگر عوامل مؤثر در تغییر آرا و رویه این نهاد محسوب شود. این عامل به طور خاص به علت فقدان فهرست احصاء‌شده‌ای از آرا و رویه‌های ماسبق بیشتر محمل می‌یابد. در کنار عوامل یادشده که مؤثر در عدم التزام شورا نسبت به آرای ماسبق خود هستند، پاره‌ای از آرا و موارد نیز مطرح‌اند که بر پابندی این نهاد به آرای ماسبق خود دلالت دارند؛ از آن جمله می‌توان به اظهارنظر این نهاد درباره ماده ۶۹ آیین‌نامه استخدامی سازمان تأمین اجتماعی اشاره کرد که شورا به آرای ماسبق خود ارجاع می‌دهد: «همان‌طور که در نامه ۹۰/۳۰/۴۲۵۰۲ مورخ ۱۳۹۰/۰۳/۱۲ این شورا آمده ماده ۶۹ آیین‌نامه مذکور خلاف موازین شرع شناخته نشد و از جهت مغایرت با قانون تشخیص امر با آن دیوان محترم است. مقرر فرمایید ترتیبی اتخاذ تا در موارد مطرح شدن امور مشابه از سؤال مجدد خودداری گردد» و نیز همچنین اظهارنظر شورا درباره لایحه ایجاد یک

منطقه آزاد تجاری- صنعتی و بیست و سه منطقه ویژه اقتصادی مورخ ۱۳۸۸/۰۲/۰۶: «همان‌طور که در نظرات قبلی این شورا اعلام گردید نظر به اینکه اجازه ایجاد منطقه آزاد تجاری- صنعتی و تعیین محدوده مناطق و نیز حدود فعالیت مجاز از امور تقنینی است، واگذاری آن به دولت مغایر اصل ۸۵ شناخته شد». از این قبیل ارجاع به آرای ماسبق بیش از ده مورد توسط نگارنده احصا شده است که برای اجتناب از اطناب به ذکر دو مورد از موارد اشاره شده بسنده می‌شود. در خصوص نظر تفسیری شورای نگهبان نیز همان‌گونه که ذکرش گذشت این نظر در حکم قانون اساسی است (هاشمی، ۱۳۹۹: ۲۵۵) که با ارجاع مقام معظم رهبری یا با درخواست رئیس‌جمهور، رئیس مجلس شورای اسلامی، رئیس قوه قضاییه، یا یکی از اعضای شورای نگهبان صورت می‌گیرد.^{۱۰۷} گرچه با توجه به جایگاه والای نظر تفسیری شورا به طور منطقی نباید امکان تغییر یا عدول از آن بسان نظر تطبیقی فراهم باشد و تغییرپذیری آن باید به عوامل و علل موجهه مختلف منوط شود، در عمل، هیچ سازکار و ضابطه دقیق و معینی در این خصوص وجود ندارد. در مجموع، می‌توان گفت اصل بر عدم التزام شورای نگهبان نسبت به آرا و رویه ماسبق خود در آرای تطبیقی و نیز آرای شرعی است. اما هرچند رویه شورا در عمل پایبندی به آرای تفسیری خود است، امکان تغییر آن توسط نهاد مفسر باز است. البته هیچ ضابطه و معیار دقیقی در این خصوص وجود ندارد.

نتیجه‌گیری

طبق آنچه در این تحقیق بر اساس دو الگوی کلان حقوق نوشته و عرفی بررسی شد، این نکته تبیین شد که نهادهای دادرسی اساسی در هر دو الگوی یادشده به آرا و رویه ماسبق خود بی‌توجه نیستند و گرچه بر اساس مبانی و غایات مختلفی (نظیر تصریح به اصل قاعده سابقه در نظام حقوقی یا انسجام و قطعیت حقوقی و ...)، که ناشی از سنت حقوقی خاصی است که هر نظام حقوقی معین درون آن معنا می‌یابد، به التزام یا عدم التزام به آرا و رویه ماسبق اعتنا می‌کنند، به صورت کلی، تصریح به تعیین نسبت در باب آرای ماسبق در همه نظام‌های دادرسی اساسی واجد محمل است. به‌رغم آنکه نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران در بسیاری از موارد قرابت بیشتری با نظام حقوقی فرانسه دارد، بر اساس آنچه در مبحث حاضر در دادرسی اساسی واکاوی شد، می‌توان نتیجه گرفت که نظام دادرسی اساسی در جمهوری

اسلامی ایران به نظام دادرسی اساسی آلمان شبیه‌تر است تا به آنچه در کشور فرانسه جریان دارد. هرچند نظام حقوقی ایران به الگوی حقوق نوشته بیش از سایر الگوها قرابت دارد، بدین معنا نیست که تکیه بر ثبات و امنیت حقوقی و اعتمادپذیری عمومی به نظم اجتماعی حقوقی مانع از توجه به پویایی حقوقی می‌شود. از این رو، در ابراز دستاوردی پیشنهادی با هدف ارتقای کیفیت نظام دادرسی اساسی جمهوری اسلامی ایران، به نظر می‌رسد به‌رغم آنکه قاطبه بر آن است که اصل بر عدم التزام نسبت به آرا و رویه ماسبق (آنچه محل توجه است نظر تطبیقی و نظر تفسیری است) در نهاد شورای نگهبان است، نهاد دادرسی اساسی هنگام عدم التزام نسبت به آرای تطبیقی خود، به‌ویژه آرای که بنا بر نظر اکثریت به تصویب رسیده است، باید دلایل و موجهات خود را برای عدم التزام تصریح و ذکر کند تا سازگاری و انسجام نظام حقوقی در عین توجه به پویایی آن محفوظ بماند. از این‌رو اهتمام به احصا و تعیین آرا و رویه ماسبق شورا در قالب نوشتارهایی معین و مشخص از ضرورت‌های این پیشنهاد است.

یادداشت‌ها

1. Judicial review

2. Constitutional review

۳. یکی از این تقسیمات عبارت است از بررسی سامانه‌های دادرسی اساسی بر اساس معیار کثرت و یگانگی نظم قضایی که منجر به چهار قول در الگوی سامانه دادرسی اساسی در جهان شده است: ۱. الگوی مبتنی بر کثرت قضایی و یگانگی نهادی، مانند سامانه فرانسوی؛ ۲. الگوی مبتنی بر یگانگی قضایی و یگانگی نهادی؛ ۳. الگوی مبتنی بر کثرت نهادی و یگانگی قضایی، مانند سامانه امریکایی؛ ۴. الگوی مبتنی بر کثرت نهادی و کثرت قضایی (گرگی ازندیانی، ۱۳۹۴: و - ز).

۴. به معنای رویه و به‌ویژه رویه قضایی مشیر است و هنگامی که بناست به التزام نسبت به رویه قضایی اشاره شود از عبارت ذیل استفاده می‌شود:

Precedent-following

۵. معنای خاص الزام به قاعده سابقه و قواعد وضع شده توسط قضات مشیر است.

6. stare decisis

7. civil law

8. common law

9. relative force

۱۰. قوانین کشورهای مختلف ذیل سنت حقوق نوشته بر این معنا دلالت می‌کنند که برخی از آن‌ها عبارت‌اند از: ماده ۱۳۵۵ از کد مدنی فرانسه، ماده ۲۹۰۹ از کد مدنی ایتالیا، ماده ۳ از کد مدنی شیلی، ماده ۱۷ از کد مدنی کلمبیا.

11. decisive

۱۲. لفظ یادشده هم می‌تواند به مثابه یک قرارداد شامل هر دادگاهی غیر از دادگاه بدوی شود هم قسم بدیعی از دادگاه‌ها در سنت حقوقی کامن لا به‌خصوص کشور انگلستان محسوب می‌شود که به معنای عام کلام هر نوع دادگاهی در برابر دادگاه بدوی به شمار می‌رود؛ اعم از دادگاه عالی، استیناف، دادگاه صلح، و ... بنابراین این قسم دادگاه‌ها همان دادگاه‌های سبک جدید یا امروزی هستند که در نظام کامن لا پدیدار شده‌اند.

13. later court
14. efficiency of the system's adjudicatory process
15. rule of law
16. erga omnes
17. rule of recognition
18. formal
19. substantive
20. stability
21. reliability
22. equality
23. persuasive approach
24. authoritative approach
25. highest tribunal
26. lower court

۲۷. نهاد شورای قانون اساسی کشور فرانسه، به‌رغم آنکه طبق معمول هیچ التزامی نسبت به آرای ماسبق خود ندارد و اساساً سابقه در نظام حقوقی فرانسه جایگاه الزام‌آور ندارد، در مواردی که حسب تشخیص خود شورای قانون اساسی التزام و پایبندی نسبت به آرای ماسبق خود انجام گرفته است استناد به اصل عام الشمولی تصمیمات و آرای قضایی شده است (Jakab et al., 2017: 344).

28. stare decisis
29. ratio decidendi

۳۰. قوه قضاییه ایالات متحده به دیوان عالی و دادگاه‌های تالی، که کنگره می‌تواند در هر زمانی تعیین کند و تشکیل دهد، واگذار می‌شود. قضات دادگاه‌های عالی و دادگاه‌های تالی تا هنگامی که حسن رفتار داشته باشند در مقام خود باقی می‌مانند و در قبال خدماتشان در زمان‌های معین حقوق دریافت می‌کنند. میزان این حقوق در طول مدت عهده‌داری این سمت کاهش نمی‌یابد:

The constitution of the United States, Article III, section. 1.

31. https://constitution.congress.gov/browse/essay/artIII_S1_5_1
32. case-bound reasoning
33. legal officials
34. real life situations
35. common sense
36. legislative reasoning
37. headnotes

۳۸. در این زمینه می‌توان به دو اثر مراجعه کرد:

1. Sherwin, E. & Larry, A. (2008). **Demystifying Legal Reasoning**, Cambridge University Press.
2. Stevens, K. (2016). **Reasoning By Precedent**, mcCaster University.
39. ratio decidendi
40. precedent
41. the supreme court
42. stare decisis
43. Planned parenthood of southern Pennsylvania v. Casey (1992)
44. legal terms
45. leading case
46. stability
47. certainty
48. judge-made law
49. doctrine of precedent
50. the high court of australia
51. analogy
52. precedents of solution
53. precedents of interpretation
54. similarity
55. sameness
56. les cours constitutionnelles/ constitutional court
57. case law
58. S.12 from ABGB(1811)
59. european court of human rights
60. court of justice of the european union
61. stare decisis
63. the federal constitutional court
63. matter of law

۶۴. برای بررسی آرای دادگاه فدرال قانون اساسی آلمان می‌توان به تارنمای ذیل که جمیع این آرا در آنجا گردآوری شده است مراجعه کرد:

<https://www.servat.unibe.ch/dfr>

65. binding force
66. stare decisis
67. normativity of the constitution
68. organic law on the constitutional court of 3 october 1979, article 1
69. erga omnes
70. organic law on the constitutional court of 3 october 1979, article 61
71. binding
72. persuasive
73. abortion
74. transsexualism

۷۵. برای مطالعه آرای صادره توسط دادگاه قانون اساسی کشور ایتالیا می‌توان به دو تارنمای ذیل مراجعه کرد:

<https://www.cortecostituzionale.it/actionJudgment>

<https://www.bo-ecli.eu>

76. generic reference

77. permanent case law

۷۸. اصل سوم قانون اساسی کشور ایتالیا اشعار می‌دارد: «همه شهروندان دارای شأن اجتماعی یکسان و در برابر قانون برابرند، بدون هیچ تمایزی که ناشی از جنسیت، نژاد، زبان، دین، عقیده سیاسی، شرایط شخصی و اجتماعی باشد. این وظیفه جمهوری است که آن موانع اقتصادی یا اجتماعی را که آزادی و برابری شهروندان را محدود می‌سازد و از شکوفایی شخصیت انسان و مشارکت مؤثر همه کارگران در تشکیلات سیاسی و اقتصادی و اجتماعی کشور جلوگیری می‌کند مرتفع سازد.» (Constitution of Italian republic, article 3 (1947)).

79. case law

80. formally bindingness

81. The constitution of France, article 62 (enacted by 1958 with amendments through 2008)

82. res judicata

83. erga omnes

84. ratio decidendi

85. charter of fundamental rights

86. constitutional treaty

87. online gambling

88. QPS (The Question Prioritaire de Constitutionnalité)

۸۹. این رأی ناظر به رویه «مسئله اولویت‌دار قانون اساسی» است که بدین معنا مشیر است که یکی از طرفین پرونده می‌تواند قانونی را به دلیل نقض حقوق یا آزادی مندرج و تضمین شده در قانون اساسی به چالش بکشد.

90. court of justice of the european union

۹۱. ماده ۱۹ آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان مصوب ۱۳۷۹/۰۴/۲۲ اشعار می‌دارد: «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. سؤال‌های فقهی دیوان عدالت اداری و قضات درباره مغایرت قوانین و مقررات با شرع حسب مورد از طریق رئیس دیوان و رئیس قوه قضاییه به شورای نگهبان ارسال می‌شود.»

۹۲. نظریه تفسیری شماره ۷۹/۲۱/۸۹۲ مورخ ۱۳۷۹/۰۷/۰۳ شورای نگهبان در پاسخ به نامه ریاست محترم شورای عالی انقلاب فرهنگی در تفسیر اصل ۲۴ قانون اساسی: «مطابق اصل ۹۸ قانون اساسی، تفسیر هر یک از اصول آن انحصاراً بر عهده شورای نگهبان است و هیچ مرجع دیگری حق تفسیر هیچ‌یک از اصول قانون اساسی را ندارد.»

۹۳. اصل ۹۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب سال ۱۳۵۸ و تجدیدنظرشده در سال ۱۳۶۸.

۹۴. برای توضیح تفصیلی این مبحث می‌توان به فصل «تبدل ال‌رای المجهت» از مجلد دوم کتاب *کفایه الاصول*، اثر آخوند ملا محمدکاظم خراسانی، طبع مجمع الفکر الاسلامی، مراجعه کرد.

۹۵. نظر شورای نگهبان مبنی بر مغایرت در باب لایحه بودجه سال ۱۴۰۱ کل کشور به تاریخ ۱۴۰۰/۱۲/۲۴.

۹۶. همان.

97. <https://www.shora-gc.ir/fa/news/8338/%D9%81%DB%8C%D9%84%D9%85%7C%D8%AD%D8%B3%D8%A7%D8%B3%DB%8C%D8%AA-%D8%B4%D9%88%D8%B1%D8%A7%DB%8C-%D9%86%DA%AF%D9%87%D8%A8%D8%A7%D9%86-%D8%B1%D9%88%DB%8C-%D8%A8%D9%88%D8%AF%D8%AC%D9%87-%D8%B4%D8%B1%DA%A9%D8%AA%E2%80%8C%D9%87%D8%A7%DB%8C-%D8%AF%D9%88%D9%84%D8%AA%DB%8C>

۹۸. نظرات شورای نگهبان مبنی بر «مغایرت»، «مغایرت»، «ابهام» به تاریخ ۱۳۹۵/۰۷/۲۴، ۱۴۰۰/۰۵/۰۹، ۱۴۰۰/۰۲/۰۴ به تاریخ ۱۴۰۰/۰۷/۲۴.
۹۹. سند سیاست‌های کلی انتخابات به تاریخ ۱۳۹۵/۰۷/۲۴ توسط مقام معظم رهبری ابلاغ شد.
۱۰۰. اصل یادشده اشعار می‌دارد: «رئیس‌جمهور باید از میان رجال مذهبی و سیاسی که واجد شرایط زیر باشند انتخاب گردد: ایرانی الاصل، تابع ایران، مدیر و مدبر، دارای حسن سابقه و امانت و تقوا، مؤمن و معتقد به مبانی جمهوری اسلامی ایران و مذهب رسمی کشور».
۱۰۱. نظر شورای نگهبان مبنی بر مغایرت در باب طرح اصلاح مواد ۳۵ و ۵۵ قانون انتخابات ریاست‌جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۶۴ و اصلاحات بعدی آن به تاریخ ۱۳۸۷/۰۹/۱۱.
۱۰۲. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به نظر شورای نگهبان مبنی بر مغایرت در مرحله یک به تاریخ ۱۳۹۹/۱۱/۱۳ در خصوص طرح اصلاح موادی از قانون انتخابات ریاست‌جمهوری و نیز نظر شورای نگهبان مبنی بر مغایرت در مرحله دو به تاریخ ۱۴۰۰/۰۱/۲۲ و نیز نظر شورای نگهبان مبنی بر مغایرت در مرحله سه به تاریخ ۱۴۰۰/۰۱/۲۹.
۱۰۳. ماده ۵ قانون تشدید مجازات اسیدپاشی و حمایت از بزه‌دیدگان ناشی از آن مصوب سال ۱۳۹۸: «در کلیه موارد مذکور در این قانون، مرتکب علاوه بر جبران خسارت‌های مقرر در ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری، مصوب ۱۳۹۲/۱۲/۰۴، ملزم به پرداخت هزینه‌های درمان بزه‌دیده می‌باشد. در صورتی که مرتکب با تشخیص قاضی رسیدگی‌کننده متمکن از پرداخت هزینه‌های درمان نباشد، هزینه‌های مربوطه از محل صندوق تأمین خسارت‌های بدنی پرداخت می‌شود».
۱۰۴. پژوهشکده شورای نگهبان مشروح مذاکرات شورای نگهبان درباره قانون تشدید مجازات اسیدپاشی و حمایت از بزه‌دیدگان ناشی از آن، تهران، پژوهشکده شورای نگهبان، قابل دسترس در پایگاه: www.nazarat.shora-rc.ir
۱۰۵. ماده ۱۸ آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان مصوب ۱۳۷۹/۰۴/۲۲.

منابع

۱. خراسانی، محمدکاظم (۱۴۳۹ ق)، کفایة الاصول، ج ۹، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ج ۲.
۲. کعبی، عباس (۱۳۹۸)، تحلیل مبانی نظام جمهوری اسلامی ایران، ج ۲، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ج ۱.
۳. هاشمی، محمد (۱۳۹۹)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، ج ۳۰، تهران: بنیاد حقوقی میزان، ج ۲.

۴. کدخدایی، عباس علی (۱۳۹۷)، شرح قانون اساسی: فصل ششم شورای نگهبان، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ج ۱.
۵. جمعی از نویسندگان (۱۳۹۵)، دادرسی اساسی تطبیقی، ج ۲، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
۶. داوید، رنه و کامی ژوفره اسپینوزی (۱۳۸۱)، درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام بزرگ حقوقی معاصر، مترجم: سید حسین صفایی، ج ۴، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
۷. پترسون، دنیس (۱۳۹۵)، مکاتب معاصر فلسفه حقوق، تهران: ترجمان.
۸. هارت، هربرت (۱۳۹۵)، مفهوم قانون، مترجم: محمد راسخ، ج ۵، تهران: نی.
۹. گرجی ازندریانی، علی اکبر (۱۳۹۴)، دادگاه‌های قانون اساسی: الگوی غیر اروپایی دادرسی اساسی، تهران: جنگل.
۱۰. مسعودیان، مصطفی (۱۳۹۹)، «تحلیل فقهی حقوقی رویکردهای شورای نگهبان در پرداخت هزینه‌های درمان مازاد بر دیه»، دانش حقوق عمومی، سال ۹، شماره ۲۷، ۶۹ - ۸۸.

ب) انگلیسی

1. MacCormick, D. Neil (2016), interpreting precedents: a comparative study, Routledge publishing, second edition
2. Larry, Alexander, Sherwin, Emily (2008), demystifying legal reasoning, Cambridge university press, first edition
3. Jakab, Andras, Dyevre, Arthur, Itzcovich, Giulo (2017), comparative constitutional reasoning, Cambridge university press, first edition
4. Duxbury, Neil (2008), the nature and authority of precedent, Cambridge university press, first edition
5. Raz, Joseph (1979), the authority of law, oxford university press, first edition
6. Finnis, John (2005), natural law and natural rights, oxford university press, 16th edition
7. Stevens, Katharina (2016), "reasoning by precedents", a thesis for Ma students as requirements for Phd degree, MacMaster university
8. Spaic, Bojan (2018), "the authority of precedents in civil law systems", studia luridica lublinensia, vol XXVII, N1, 27-44
9. Komarek, Jan (2013), "reasoning with previous decisions: beyond the doctrine of precedent", the American journal of comparative law, winter 2013, vol 61, N1, 149-171
10. Waldron, Jeremy (2012), "stare decisis and the rule of law: a layered approach", Michigan law review, winter 2012, vol 111, N1, 1-32

11. Lewis, Sebastian (2021), "precedent and the rule of law", oxford journal of legal studies, spring 2021, vol 41, N4, 873-898
12. Kelsen, Hans (1982), "the concept of the legal order", the American journal of jurisprudence, summer 1982, vol 27, N1, 64-84
13. Law, Jonathan (2015), oxford dictionary of law, oxford university press, 8th edition

قوانین، مصوبات، و نظریات تفسیری

۱. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، بازنگری و تصویب سال ۱۳۶۸.
۲. سند سیاست‌های کلی انتخابات ابلاغ شده به تاریخ ۱۳۹۵/۰۷/۲۴.
۳. قانون تشدید مجازات اسیدپاشی از بزه‌دیدگان ناشی از آن مصوب سال ۱۳۹۸.
۴. آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان مصوب ۱۳۷۹/۰۴/۲۲.
۵. نظریه تفسیری شورای نگهبان به شماره ۷۹/۲۱/۸۹۲ مورخ ۱۳۷۹/۰۷/۰۳.
۶. نظر شورای نگهبان در باب طرح جوانی جمعیت و حمایت از خانواده در سال ۱۴۰۰.
۷. نظر شورای نگهبان در باب لایحه بودجه سال ۱۴۰۱ در سال ۱۴۰۰.
۸. نظر شورای نگهبان در باب طرح اصلاح مواد ۳۵ و ۵۵ قانون انتخابات ریاست‌جمهوری مصوب سال ۱۳۶۴ و اصلاحات سال ۱۳۸۷.

9. The Constitution of Spain enacted in 1978
10. The Constitution of Italian Republic enacted in 1947
11. The Constitution of France with amendments through 2008
12. Allgemeines Burgerliches Gesetzbuch(ABGB) enacted in 1811
13. Organic law on the constitution court enacted in 3 October 1979
14. Planned parenthood of Southern Pennsylvania v. Casey (1992)

پایگاه‌های اینترنتی

1. www.nazarat.shora-rc.ir
2. www.servat.unibe.ch
3. www.bo-ecli.eu
4. www.cortecostituzionale.it
5. www.constitution.congress.gov

References

A) Books and Articles

1. Khorasani, Muhammad Kazem (1439 AH), Qifayat al Osoul, Qom: Majma al Fekr al Islami, 9th ed, Vol 2nd
2. Kabi, Abbas Ali (1398 SH), Analysis of the foundations of the Islamic Republic of Iran, Tehran: constitutional council research institute, 2nd edition, first Vol

3. Hashemi, Muhammad (1399 SH), The constitutional law of Islamic Republic of Iran, Tehran: Mizan publication, ed 30, vol 2.
4. Kadkhodaei, Abbas Ali (1397 SH), The constitutional Explained: sixth chapter guardian council, Tehran: constitutional council research institute, first ed.
5. Group of Authors (2016), Comparative basic trial, Tehran: constitutional council research institute, second ed.
6. David, Rene (2003), Introduction to comparative law and two major contemporary legal systems, translated by Hussain Safaei, Tehran: Mizan publication, fourth ed.
7. Patterson, Dennis (2010), A companion to philosophy of law and legal theory, Tehran: Tarjoman publication, first edition
8. Hart, H.L.A (2010), The concept pf law, translated by Muhammad Rasekh, Tehran: Ney publication, fifth ed
9. Gorji Azandaryani, Ali Akbar (2015), Constitutional courts: a non-European model, Tehran: Jungle publication, first ed
10. Massoudian, Mostafa (1399 SH), "The jurisprudential-legal analysis of the guardian council's approaches in paying the medical expenses surplus to blood-money" in quarterly journal of public law knowledge, ninth year, spring of 1399, No 27, pp 69-88.

C) Laws, statutes and interpretative opinions

1. Constitution of the Islamic Republic of Iran, 1979 and Rev 1989
2. The general policies of the election issued in 24/05/1395S H
3. The law of intensifying the punishment of acid attack victims enacted in 1398 SH.
4. Organizational regulation of constitutional council enacted in 22/04/1379 SH.
5. Interpretative opinion of constitutional council, No892/21/79 dated 3/07/1379 SH.
6. Opinion of constitutional council on the statutory proposition about youthfully population and supporting of family, dated 1400 SH
7. Opinion of constitutional council on the Budget Bill of the State in 1400SH, dated 1401 SH.
8. Opinion of constitutional council on the Amendment proposition about articles 35 and 55 from the presidential election law enacted in 1364SH and its amendments in 1387SH.

تحلیل حقوقی سازمان‌ها، شرکت‌ها، و مؤسسات وابسته به دولت با بررسی موردی شرکت‌های توزیع نیروی برق

محمد برزگر خسروی^{*۱}

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۷/۱۰ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۰/۱۰

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: 10.22034/qjplk.2023.1391.1333

چکیده

اصطلاحات سازمان وابسته به دولت، شرکت وابسته به دولت، و مؤسسات وابسته به دولت در قانون اساسی و قوانین عادی استفاده شده و برای آن‌ها تعریف شفاف و مستقلی ارائه نشده است. این ابهام (عدم شفافیت) صدور آرای قضایی ناصواب (که مد نظر مقنن نبوده است) در تفسیر قوانین یادشده را ایجاد کرده است. سؤال نوشتار پیش رو این است که قانون‌گذار و قضات محاکم دادگستری باید چه مفهومی از این اشخاص را مد نظر قرار دهند. برای پاسخ به این پرسش، با روش تحلیلی-انتقادی، قانون اساسی و رویه شورای نگهبان و قوانین عادی مطالعه می‌شود و در نهایت، با بررسی موردی شرکت‌های توزیع برق، ضوابط تعریف اشخاص وابسته به دولت ارائه می‌شود. این شرکت‌ها نماد اشخاص وابسته به دولت‌اند. یافته‌های تحقیق نشان می‌دهد منظور مقنن از شخص وابسته به دولت شخصی است که تحت کنترل مدیریتی دولت (به معنای عام آن) قرار دارد و لازم نیست مالکیت یا سرمایه شخص وابسته متعلق به دولت باشد. بر این اساس لازم است مراجع قضایی و مقامات اجرایی در تفاسیر خود از قوانین این برداشت را ملاک عمل قرار دهند. پیشنهاد می‌شود این اصطلاح در قانون بر اساس ضوابط اشاره شده تعریف شود تا از تشتت تفاسیر اجرایی و قضایی پیشگیری شود.

واژگان کلیدی: آرای قضایی، توزیع برق، حقوق اداری، قانون اساسی، وابسته به دولت.

۱. استادیار، گروه حقوق اقتصادی و مالیه عمومی، دفتر مطالعاتی حقوق، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

* Email: mbarzegarkhosravi@gmail.com



مقدمه

قانون‌گذار اساسی و عادی در موارد متعدد از اصطلاحاتی نظیر «سازمان‌ها، شرکت‌ها، مؤسسات وابسته به دولت» (مصرح در اصل ۸۵ قانون اساسی)، «وابسته به مؤسسه دولتی»، «وابسته به سازمان دولتی»، «وابسته به مؤسسه عمومی غیر دولتی»، و «وابسته به شرکت دولتی» استفاده کرده است. اصطلاح «وابسته به دولت» در تبصره ۷۱ قانون بودجه اصلاحی سال ۱۳۴۳ کل کشور، مصوب ۱۳۴۳/۰۵/۰۴، ماده ۱ قانون تمرکز و هماهنگی امور درمانی کارمندان دولت، مصوب ۱۳۴۴/۰۳/۰۳، بند ۱۱ ماده ۱ قانون برنامه و بودجه کشور، مصوب ۱۳۵۱/۱۲/۱۰، آمده است. استفاده از اصطلاح یادشده پس از انقلاب اسلامی نیز در قوانین ادامه یافت. صرفاً تبصره ۱ قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیر دولتی، مصوب ۱۳۷۳/۰۴/۱۹ مجلس، مؤسسه وابسته از نظر این قانون را تعریف کرده است و نیز در ماده ۴۹ قانون اساسنامه شرکت ملی نفت ایران، مصوب ۱۳۹۵/۰۱/۲۳، کمیسیون انرژی مجلس^۱ منظور از شرکت‌های وابسته به شرکت ملی نفت تعریف شده است و در سایر موارد تعریف شفاف قانونی وجود ندارد؛ با اینکه بر این اشخاص تکالیف و اختیاراتی در حوزه‌های مختلف مالی و محاسباتی، اداری، کیفری، و ... بار شده است. این وضعیت موجب بروز ابهام (عدم شفافیت) و در صدور رأی قضایی اشتباه در خصوص شمول یا عدم شمول قوانین یادشده بر این اشخاص شده است. در این زمینه می‌توان به رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۳۲۰۰۷۹۷ مورخ ۱۳۹۲/۰۶/۱۲ شعبه ۱۰۲ دادگاه عمومی جزایی دماوند و نظریه شماره ۷/۹۹/۵۹۶ مورخ ۱۳۹۹/۰۵/۱۴ اداره حقوقی قوه قضاییه اشاره کرد.

سؤال اساسی این است که چه تعریفی از اصطلاحات یادشده با تمرکز بر واژه «وابسته» مد نظر قانون‌گذار بوده یا باید مد نظر مراجع قضایی و مقامات اجرایی باشد. به عبارت دیگر، سؤال این است که از حیث ماهوی قانون‌گذار چه مفهومی را از این اشخاص مد نظر داشته است و آیا بر اساس قوانین می‌توان تحلیلی از ویژگی آن‌ها ارائه کرد تا از این پس مد نظر قانون‌گذار عادی و مقامات قضایی و اجرایی قرار گیرد.

تحلیل حقوقی مؤسسه وابسته به دولت نیازمند برداشت صحیح از قانون اساسی، به عنوان قانون حاکم، و نقد و تحلیل سایر قوانین و مقررات و رویه‌های اجرایی است. اکتشاف مفهوم وابستگی از حیث حقوقی، بدون شناخت مبنا و موضوع و هدف از ایجاد اشخاص حقوقی وابسته به دولت، امکان‌پذیر نیست. برخی پژوهشگران این موضوع را تحت عنوان «تأثیر اصول

و سیاست‌ها در تفسیر قانون و حل مسائل حقوقی» مطرح کرده‌اند. بر این اساس در پرونده‌های دشوار، که قوانین نوشته و قواعد مصرح پاسخ‌گو نیستند، باید با بهره‌گیری از اصول و سیاست‌ها تفسیری سازنده ارائه کرد (ریدی، ۱۳۹۲: ۸۷ - ۹۴؛ وکس، ۱۳۸۹: ۵۴ - ۵۸؛ هارت، ۱۳۹۰: ۳۸۱ - ۳۸۲ و ۳۸۷). این نوع نگرش تفسیری در منابع اسلامی نیز قابل رصد است؛ ذیل بحث «التعزیر بما یراه الحاکم» به عنوان یک قاعده فقهی مقرر شده است که «بما یراه» مشروط است و از حیث درونی و بیرونی کنترل می‌شود. از حیث کنترل درونی حاکم باید دارای شرایط فقاقت و عدالت باشد و از حیث بیرونی ضابطه «بما یراه» مصلحت شرعی است (الهام، ۱۳۹۱: ۲۵ - ۴۲). در اصل ۱۳۸ قانون اساسی نیز بر «روح قانون» تصریح شده است؛ بدین نحو که مصوبات دولت نه تنها با متن بلکه با روح قوانین نیز نباید مغایرت داشته باشد. همچنین در اصل ۱۶۶ قانون اساسی تکلیف شده است که آرای دادگاه‌ها «مستند به مواد قانون و اصولی» باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است. تأکید این اصل بر این است که مستند صدور آرا فقط قانون نیست و می‌تواند اصول دیگری نیز باشد (نجفی‌خواه و برزگرخسروی، ۱۳۹۳: ۳۷). بنابراین، بدون توجه به مبنای تأسیس مؤسسات وابسته به دولت، که به منزله روح آن مؤسسات و مبین اهداف مورد نظر از آن تأسیس است، تفسیر قواعد مندرج در قانون اساسی و قوانین عادی در این مورد به خطا خواهد رفت.

همچنین، تحلیل حقوقی مؤسسه وابسته به دولت باید با رعایت اصل انطباق باشد. از اصول بنیادین در حقوق اصل حاکمیت قانون و اصل انطباق است. بر اساس اصل انطباق، هنجار حقوقی مادون باید مطابق با هنجار حقوقی مافوق باشد. به عبارت دیگر، اصل حاکمیت قانون مستلزم رعایت سلسله مراتب قوانین است (موسی‌زاده، ۱۳۹۱: ۹۰). در نتیجه، جهت تحلیل حقوقی باید این سلسله مراتب هنجاری رعایت شود.

در خصوص موضوع این مقاله، پورارشاد (۱۳۹۷) در مقاله «معنا و مراد از مؤسسات وابسته به دولت در حقوق ایران»، پس از بررسی مفاهیم مشابه با مؤسسات وابسته به دولت، احتمالات ممکن مد نظر قانون‌گذار را با رویکرد تبیینی و بدون تحلیل قانون اساسی و نظرات شورای نگهبان بررسی کرده و نتیجه گرفته که این مؤسسات چهار ویژگی دارند و به جهت اینکه در مقام تبیین وضع موجود بوده ناگزیر به تخصیص زدن هر یک از این چهار ویژگی شده است. این مقاله فاقد رویکرد انتقادی است و در سطح کشف مراد قانون‌گذار عادی باقی مانده است و توجهی به قانون اساسی و نظرات شورای نگهبان نکرده است. همچنین غمami و

همکارانش (۱۳۹۶)، در مقاله‌ای با عنوان «ماهیت حقوقی شرکت‌های وابسته به مؤسسات عمومی غیر دولتی»، به مطالعه موردی شرکت‌های وابسته به مؤسسات عمومی غیر دولتی پرداخته و نتیجه گرفته‌اند این شرکت‌ها مشمول عمومیت قواعد شرکت‌های خصوصی شده‌اند؛ لیکن با تحلیل کارکرد و ساختار این شرکت‌ها، که شباهت و قرابت بیشتری به شرکت‌های دولتی به نسبت شرکت‌های خصوصی دارند، می‌توان وضعیت مطلوب حقوقی این شرکت‌ها را در دولتی بودن آن‌ها دانست که این خود نیاز به اصلاح قانون دارد.

نقصان در پیشینه موجود و ضرورت تحلیل مبتنی بر حقوق اساسی اصطلاح سازمان‌ها و شرکت‌ها و مؤسسات وابسته به دولت بیانگر ضرورت تحقیق است.

برای پاسخ به پرسش این مقاله، با روش تحلیلی-انتقادی و بر اساس منابع کتابخانه‌ای، این مقاله در چهار بند کلی سازماندهی شده است. پس از بیان مقدمه، نخست بر اساس سلسله مراتب هنجارهای حقوقی اصطلاح «وابسته به دولت» از منظر قانون اساسی تحلیل و بررسی شده است. در بند دوم، رویه شورای نگهبان تحلیل شده است. در بند سوم، موضوع با تحلیل قوانین پی گرفته شده است. و در نهایت، به مطالعه موردی شرکت‌های توزیع برق و تعیین ضوابط تعریف اشخاص وابسته به دولت پرداخته شده است.

۱. تحلیل سازمان‌ها، شرکت‌ها، و مؤسسات وابسته به دولت از منظر قانون اساسی

اصطلاح «سازمان‌ها، شرکت‌ها، مؤسسات وابسته به دولت» در قانون اساسی مصوب ۱۳۵۸ وجود نداشت. در بازنگری ۱۳۶۸، با الحاق جملاتی به اصل ۸۵ قانون اساسی، بر عبارت «سازمان‌ها، شرکت‌ها، مؤسسات دولتی یا وابسته به دولت» تصریح شد. پس از بازنگری، شورای نگهبان در اجرای اصل ۸۵ قانون اساسی تحولاتی را پشت سر گذاشت که در بند بعد به آن پرداخته می‌شود.

برای تحلیل اصطلاح «سازمان‌ها، شرکت‌ها، مؤسسات وابسته به دولت» از سه روش استفاده می‌شود:

۱-۱. روش تعریف مفهومی با ارجاع به مفردات آن اصطلاح

در این نوشتار برای تحلیل حقوقی اصطلاح «سازمان‌ها، شرکت‌ها، مؤسسات وابسته به دولت» مصرح در اصل ۸۵ از روش تعریف مفهومی با ارجاع به مفردات آن (خندان، ۱۳۷۹: ۷۶)، یعنی وابسته بودن و دولتی بودن، بدین شرح استفاده می‌شود:

۱-۱-۱. تحلیل اصطلاح «وابسته»

اصطلاح «وابسته به دولت» صرفاً در اصل ۸۵ مورد تصریح قرار گرفته است. یکی از روش‌های تعریف تعریف به ضد است (خندان، ۱۳۷۹: ۷۸). استقلال ضد وابستگی است تا آنجا که گفته می‌شود استقلال به معنای دقیق آن یعنی تکیه بر خود و عدم وابستگی به هر کس دیگر (شعبانی، ۱۳۸۳: ۹۰). همان‌طور که استقلال جنبه‌های مختلفی دارد، وابستگی نیز انواع متعددی دارد. اعطای استقلال حقوقی در صلاحیت قانون‌گذار است و بر اساس اصل ۸۵ قانون اساسی و دکرین اعطای شخصیت حقوقی ماهیت تقنینی دارد. هر شخص حقوقی دارای ابعاد مالی و اداری و کارکردی است که وابسته بودن یکی از این ابعاد به اراده شخص حقوقی دیگر موجب می‌شود تا شخص اول وابسته به شخص دوم تلقی شود (ابوالحمد، ۱۳۶۹: ۲۱). وابستگی دارای شدت‌های متفاوت است و می‌توان از مرتبه یا میزان وابستگی سخن به میان آورد و وابستگی تام را همان استحاله شخصیتی دانست. مثلاً برخی مدعی‌اند شخصیت وزارتخانه‌ها مستحیل در شخصیت قوه مجریه است (امامی و استوارسنگری، ۱۳۹۱: ۵۱؛ طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۳: ۲۶۳ - ۲۶۵). شرایط حاکم بر روابط وزیر و رئیس‌جمهور و لزوم مدیریت یکپارچه قوه مجریه (مستنبط از اصول ۶۰، ۱۱۳، ۱۲۴، ۱۳۲ تا ۱۳۸ قانون اساسی)، حکم اصل ۱۳۴ مبنی بر صلاحیت هیئت وزیران در حل اختلافات دستگاه‌های دولتی، مقایسه مفاد ماده ۱ قانون مدیریت خدمات کشوری (در تعریف وزارتخانه) با مفاد مواد ۲ و ۳ آن قانون (به ترتیب، در تعریف مؤسسه دولتی و مؤسسه عمومی غیر دولتی که تصریح بر عبارت «استقلال حقوقی» شده است)، و حکم ماده ۱۱۴ قانون محاسبات عمومی کشور^۲ از مؤیدات این برداشت هستند. با وجود این، به نظر می‌رسد حکم ماده ۵۸۷ قانون تجارت^۳ بیانگر این است که وزارتخانه‌ها شخصیت حقوقی مستقل دارند.

همچنین می‌توان مفهوم وابسته بودن را با تحلیل عبارت «زیر نظر» در قانون اساسی پیگیری کرد. مثلاً، طبق اصل ۵۴ قانون اساسی، دیوان محاسبات کشور مستقیماً زیر نظر مجلس است. بنابراین در مواد ۹، ۱۱، ۱۴، ۱۶، ۲۲، ۳۷، و ۴۴ قانون دیوان محاسبات کشور مصوب ۱۳۶۱/۱۱/۱۱ با اصلاحات بعدی آن همه ارکان و مقامات مؤثر در این دیوان متأثر از رأی مجلس هستند. همچنین، طبق اصول ۱۷۳ و ۱۷۴، به ترتیب، دیوان عدالت اداری و سازمان بازرسی کل کشور زیر نظر رئیس قوه قضاییه تشکیل شده‌اند و به همین جهت رئیس قوه قضاییه در این دو سازمان دارای اختیاراتی است.^۴ به نظر می‌رسد زیر نظر بودن مصرح در

اصول ۱۷۳ و ۱۷۴ از جنس زیر نظر بودن مصرح در اصل ۵۷ قانون اساسی است؛ بدین معنا که در جهت حراست از اهداف و جهت‌گیری‌ها و چارچوب کلی سازمان تحت نظر نظارت استصوابی و معمولاً به صورت پسینی انجام می‌شود.

طبق اصل ۵۷ قانون اساسی، قوای سه‌گانه زیر نظر ولایت مطلقه امر و امامت امت اعمال می‌شود. در عین حال، طبق اصل ۶۰ اعمال قوه مجریه جز در اموری که در قانون اساسی مستقیماً بر عهده رهبری گذارده شده از طریق رئیس‌جمهور و وزرا است و طبق اصل ۱۱۳، پس از مقام رهبری، رئیس‌جمهور عالی‌ترین مقام رسمی کشور است و مسئولیت اجرای قانون اساسی و ریاست قوه مجریه را جز در اموری که مستقیماً به رهبری مربوط می‌شود بر عهده دارد. از این اصول برداشت می‌شود که امور زیر نظر رهبری بر دو قسم است: ۱. اموری که مستقیماً زیر نظر رهبری هستند؛ ۲. اموری که مستقیماً زیر نظر رهبری نیستند (اموری که غیر مستقیم زیر نظر رهبری هستند). طبق ماده ۱۶ آیین‌نامه داخلی مجلس خبرگان، هیئت رئیسه مجلس خبرگان می‌تواند در هر اجلاسیه‌ای مسئولان نهادهایی را که زیر نظر مستقیم مقام معظم رهبری فعالیت می‌کنند، جهت استماع گزارش فعالیت‌های مهم آن‌ها، به جلسه رسمی مجلس خبرگان دعوت کند (جوان‌آراسته، ۱۳۹۱: ۲۲۷). همچنین شورای نگهبان در بند «الف» نظر تفسیری شماره ۷۹/۲۱/۹۷۹ مورخ ۱۳۷۹/۰۷/۱۰ خود تصریح کرده است که صدا و سیما زیر نظر مستقیم مقام معظم رهبری است. تصریح بر زیر نظر مستقیم بودن در نظر تفسیری یادشده دلالت بر پذیرش انواع نظارت رهبری بر قوای حاکم دارد که قابل تقسیم به دو نوع نظارت مستقیم و نظارت غیر مستقیم است. به نظر می‌رسد عدم تفکیک میان این دو نوع نظارت در برخی قوانین و در نظر برخی متخصصان^۵ با روح قانون اساسی سازگار نباشد. به نظر می‌رسد از منظر قانون اساسی هر زیر نظر بودن مترادف با وابستگی نیست و آن حدی از زیر نظر بودن موجب وابستگی مصطلح می‌شود که شخص «ناظر» در هر زمانی امکان تغییر در عملکرد شخص «منظور» را داشته باشد و این حد منحصر در صلاحیت نظارت پیشینی بر مصوبات شخص «منظور» نیست^۶ و ممکن است با نصب و عزل بالاترین مقام شخص «منظور» صورت گیرد. برخلاف نظر برخی حقوقدانان (رستمی و همکاران، ۱۳۹۷: ۶۶) ظاهراً این ملاک محدود به این نیست که نام شخص «منظور» در قانون اساسی ذکر نشده باشد یا آن شخص جزء نهادهای کلان و اساسی کشور نباشد.

۱-۱-۲. تحلیل اصطلاح «دولت»

واژه «دولت» در اصول متعدد قانون اساسی در مجموع ۴۲ مرتبه و در معانی مختلف آمده است. دولت در قوانین عادی معانی مختلفی دارد و توسط حقوقدانان نیز در مفاهیم متعددی (حداقل چهار مفهوم) به کار گرفته شده است. بر اساس همین تعدد معانی، برخی حقوقدانان استفاده از واژگان دولت، کشور، مملکت، و حکومت را به جای یکدیگر نادرست و نادقیق دانسته‌اند (ابوالحمد، ۱۳۶۹: ۱۳).

- **مفهوم اعم:** دولت در این معنا (مفهوم اول)، معادل واژه *État* در زبان فرانسه و معادل واژه *State* در زبان انگلیسی، به معنای شخصیت مرکب از سرزمین و ملت و رژیم سیاسی است. در این معنا، دولت همان دولت-کشور است. به نظر می‌رسد در اصول ۴۲ و ۱۲۵ و ۱۵۲ قانون اساسی دولت در این معنا استعمال شده است (نورایی، ۱۳۹۴: ۶).

- **مفهوم عام:** دولت در این مفهوم (مفهوم دوم) به معنای جبهه فرمانروایان و نظام سیاسی است که در اصول ۳، ۸، ۹، ۱۱، ۱۴، ۱۷، ۲۱، ۲۸، ۳۰، ۳۱، ۴۱، ۴۹، ۵۳، ۵۵، ۸۰، ۸۲، ۸۳، ۸۵، ۱۰۳، ۱۲۹، ۱۳۹، ۱۴۱، ۱۵۵، ۱۵۱، و ۱۷۳ در این معنا استعمال شده است (نورایی، ۱۳۹۴: ۸). واژه دولت در اصل ۵۳ با توجه به مبنا و فلسفه این اصل، مشروح مذاکرات خبرگان قانون اساسی^۷، و تصریح ماده ۱۱ قانون محاسبات عمومی کشور شامل شرکت‌های دولتی نیز می‌شود. شرکت‌های دولتی نیز صرفاً ذیل قوه مجریه قرار ندارند. در نتیجه، مؤسسات دولتی و شرکت‌های دولتی (ذیل هر سه قوه) از مصادیق دولت در معنای عام آن هستند.

- **مفهوم خاص:** دولت در این مفهوم (مفهوم سوم) به معنای قوه مجریه است (قاضی شریعت‌پناهی، ۱۳۸۴: ۵۴-۵۵) که در اصول ۲۹، ۴۴، ۴۹، و ۱۳۴ در بدین معنا به کار رفته است. واژه دولت در قانون اساسی مشروطیت و در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، جز در اصل ۴۲، به مفهوم قوه مجریه به کار رفته است (ابوالحمد، ۱۳۶۹: ۱۵؛ ابوالحمد، ۱۳۷۶: ۵۴۱).

- **مفهوم اخص:** دولت در این مفهوم (مفهوم چهارم) به معنای هیئت وزیران است (مدنی، ۱۳۶۸: ۲۶) که در اصول ۷۹ و ۸۲ و ذیل اصل ۸۵ در این معنا استعمال شده است. واژه «دولت» در عبارت «سازمان‌ها، شرکت‌ها، مؤسسات ... وابسته به دولت»، مصرح در اصل ۸۵ قانون اساسی، را می‌توان در مفهوم سوم برداشت کرد.

۱-۲. روش تعریف به ضد (تعریف بر اساس مفاهیم مقابل یا رقیب)

در این روش از قاعده اصولی «اذا اجتماعاً افترقاً» استفاده می‌شود. بر اساس قاعده اصولی «اذا اجتماعاً افترقاً»، وقتی دو لفظ در کنار یکدیگر با حرف رابط «واو» به همدیگر عطف می‌شوند به معنای تفاوت معنای آن دو لفظ است. یکی از اصولی که انواع سازمان‌ها در قانون اساسی را به‌خوبی بیان کرده است اصل ۵۵ قانون اساسی است. این اصل تصریح بر عبارت «وزارتخانه‌ها، مؤسسات، شرکت‌های دولتی و سایر دستگاه‌هایی که به نحوی از انحا از بودجه کل کشور استفاده می‌کنند» کرده است. مبتنی بر قاعده اصولی «اذا اجتماعاً افترقاً»، اصل بر این است که مفاهیم: ۱. «وزارتخانه» (موضوع ماده ۲ قانون محاسبات عمومی کشور مصوب ۱۳۴۹ و نیز مصوب ۱۳۶۶^۸، موضوع ماده ۱ قانون مدیریت خدمات کشوری، موضوع بند «ت» ماده ۱ قانون استخدام کشوری مصوب ۱۳۴۵)؛ ۲. «مؤسسه دولتی» (موضوع ماده ۳ قانون محاسبات عمومی کشور مصوب ۱۳۴۹ و نیز مصوب ۱۳۶۶، موضوع ماده ۲ قانون مدیریت خدمات کشوری، موضوع بند «ث» ماده ۱ قانون استخدام کشوری مصوب ۱۳۴۵)؛ ۳. «شرکت دولتی» (موضوع ماده ۴ قانون محاسبات عمومی کشور مصوب ۱۳۴۹ و نیز مصوب ۱۳۶۶، ماده ۴ قانون مدیریت خدمات کشوری، بند «ج» ماده ۱ قانون استخدام کشوری مصوب ۱۳۴۵)؛ و ۴. «سایر دستگاه‌هایی که به نحوی از انحا از بودجه کل کشور استفاده می‌کنند» متفاوت از یکدیگر هستند؛ ضمن اینکه تصریح بر واژه «سایر» نیز قرینه دیگری بر صحت این ادعا است. البته این شائبه وجود دارد که قانون‌گذار اساسی به صورت عمیق به تفاوت‌های تخصصی اصطلاحات توجه نداشته (مثلاً اختلاف تعابیر از مطابقت یا عدم مغایرت با احکام یا موازین اسلامی) و متکی بر برداشت عرفی (تا قانونی) آن اصطلاحات را به کار برده است. به علاوه، عبارت «سایر دستگاه‌هایی که به نحوی از انحا از بودجه کل کشور استفاده می‌کنند» مصرح در اصل ۵۵ می‌تواند این برداشت را به ذهن متبادر کند که برخی اشخاص حقوقی از بودجه کل کشور استفاده می‌کنند و قالب حقوقی وزارتخانه و مؤسسه دولتی و شرکت دولتی ندارند و این استفاده آن‌ها از بودجه می‌تواند ناشی از وابستگی آن‌ها به دولت باشد. بنابراین، از عبارت یادشده وجود مفهوم اشخاص وابسته به دولت قابل برداشت است.

اصطلاحات حقوقی مندرج در عبارت «سازمان‌ها، شرکت‌ها، مؤسسات دولتی یا وابسته به دولت» مصرح در اصل ۸۵ قانون اساسی بازنگری شده در سال ۱۳۶۸ ناهماهنگ با اصطلاحات حقوقی مندرج در قانون اساسی سال ۱۳۵۸ است و استحکام کمتری دارد.

۱-۳. روش تعریف مصداقی

مبنای تأسیس اشخاص وابسته به دولت، با گرده‌برداری از نظام «مؤسسه عمومی» در حقوق اداری فرانسه (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۳: ۱۲۳ - ۱۲۵)، ایجاد دستگاهی با استقلال نسبی از دولت ملی و محلی برای امر عمومی و تحت نظارت مقامات دولتی است. اشخاص وابسته به دولت، از حیث هدف تأسیس، بر دو نوع انتفاعی و غیر انتفاعی هستند.

در خصوص اشخاص انتفاعی وابسته به دولت، طبق ماده ۱۳۰ قانون محاسبات عمومی کشور، مصوب ۱۳۶۶/۰۶/۰۱، از تاریخ تصویب این قانون، ایجاد یا تشکیل سازمان دولتی با توجه به مواد ۲ و ۳ و ۴ این قانون منحصراً به صورت وزارتخانه یا مؤسسه دولتی یا شرکت دولتی مجاز است و همه مؤسسات انتفاعی و بازرگانی وابسته به دولت و سایر دستگاه‌های دولتی، که به صورتی غیر از وزارتخانه یا مؤسسه دولتی یا شرکت دولتی ایجاد شده و اداره می‌شدند، مکلف بودند حداکثر ظرف مدت یک سال از تاریخ اجرای این قانون، با رعایت مقررات مربوط، وضع خود را با یکی از سه وضع حقوقی یادشده تطبیق دهند؛ وگرنه با انقضای این فرصت مؤسسه دولتی محسوب می‌شدند. بر اساس ماده ۵۰ قانون الحاق موادی به قانون تنظیم بخشی از مقررات مالی دولت (۱) مصوب ۱۳۸۴، همه دستگاه‌هایی که در جدول‌های قوانین بودجه سنواتی برای آن‌ها اعتبار منظور شده است و شکل حقوقی آن‌ها منطبق با تعاریف درج‌شده در مواد ۲، ۳، ۴ و ۵ قانون محاسبات عمومی کشور نیست، از لحاظ اجرای مقررات قانون یادشده، صرفاً به مدت دو سال، در حکم مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی به شمار می‌آمدند. هم‌اکنون از مؤسسات انتفاعی وابسته به دولت، بر اساس پیوست شماره ۳ قوانین بودجه کل کشور، سازمان بنادر و دریانوردی ایران و سازمان صنایع دفاع باقی مانده‌اند (شبییری‌نژاد، ۱۳۸۶: ۴۴). بر اساس ماده ۹ اساسنامه سازمان صنایع دفاع ملی مصوب ۱۳۶۱/۰۳/۰۵ هیئت وزیران، مجمع عمومی سازمان صنایع دفاع عالی‌ترین رکن این سازمان است. این مجمع، طبق ماده ۱۱ آن اساسنامه، متشکل است از وزرای دفاع و پشتیبانی نیروهای مسلح (رئیس مجمع)، صنعت، معدن و تجارت (صمت)، امور اقتصادی و دارایی، تعاون، کار و رفاه اجتماعی، رئیس سازمان برنامه و بودجه، و یکی از وزرا به انتخاب رئیس‌جمهور. بنابراین، این سازمان عملاً تحت کنترل دولت قرار دارد. بر اساس ماده ۵ آیین‌نامه سازمان بنادر و کشتیرانی مصوب ۱۳۴۸ کمیسیون‌های مجلسین، شورای عالی سازمان بنادر و دریانوردی ایران نیز، در مقام

عالی‌ترین رکن آن، متشکل است از وزیر راه و شهرسازی (رئیس شورا)، وزیر امور اقتصادی و دارایی، فرمانده نیروی دریایی ارتش، رئیس سازمان برنامه و بودجه یا معاونان آن‌ها.

۲. تحلیل سازمان‌ها، شرکت‌ها، و مؤسسات وابسته به دولت از منظر رویه شورای نگهبان

در خصوص عملکرد شورای نگهبان در ارتباط با اساسنامه مصوب اشخاص وابسته به دولت چند رویکرد دیده می‌شود:

از یک سو، شورای نگهبان در نظر شماره ۷۸/۲۱/۵۰۲۲ مورخ ۱۳۷۸/۰۴/۲۸ خود درباره اساسنامه فدراسیون‌های ورزشی آماتوری جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۷۸/۰۳/۰۹ هیئت وزیران، اعلام کرد: «این اساسنامه جزء اساسنامه‌های مذکور در اصل ۸۵ قانون اساسی نمی‌باشد». به استناد قانون الحاق بندهای ۱۱ و ۱۲ به قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیر دولتی، مصوب ۱۳۷۶/۰۳/۱۱، این اشخاص غیر دولتی هستند و دولت در نامه خود بر این امر تصریح کرده بود. بر اساس ماده ۵ این اساسنامه، مجمع عمومی فدراسیون، در مقام عالی‌ترین رکن فدراسیون، متشکل است از: ۱. رئیس سازمان تربیت بدنی یا یکی از معاونان وی در مقام رئیس مجمع؛ ۲. سه نفر نماینده ورزشکاران که یک نفر آنان از میان زنان باشد؛ ۳. یک نفر به انتخاب کانون داوران؛ ۴. یک نفر به انتخاب کانون مربیان؛ ۵. دو نفر به انتخاب اتحادیه باشگاه‌ها؛ ۶. رؤسای هیئت‌های ورزشی استان‌ها و رئیس انجمن بانوان در رشته مربوط؛ ۷. رؤسای انجمن‌ها و هیئت‌های ورزشی کارگران، نیروهای مسلح، دانش‌آموزان، و دانشجویان که توسط وزارتخانه یا سازمان ذی‌ربط معرفی می‌شوند؛ ۸. دبیرکل کمیته ملی المپیک یا نماینده وی؛ و ۹. رئیس فدراسیون. تبصره ۱ ماده ۵ یادشده اشعار می‌داشت: «چگونگی انتخاب اعضای ردیف‌های ۲ تا ۵ این ماده طبق دستورالعملی می‌باشد که ظرف سه ماه از سوی سازمان تربیت بدنی تهیه و ابلاغ می‌شود و تا زمانی که تشکل‌های موضوع بندهای ۲ تا ۵ تشکیل نشده‌اند سازمان تربیت بدنی به قائم‌مقامی نمایندگان مورد نظر را معرفی خواهد کرد».

در عمل، این ترکیب و شیوه انتخاب اعضای این مجمع و سازکار اداره مجمع، مندرج در مواد ۶ تا ۸ این اساسنامه، بیانگر سلطه رئیس سازمان تربیت بدنی وقت بر فدراسیون‌های ورزشی است. بنابراین، اگر ملاک وابستگی به دولت وابستگی مدیریتی و تحت کنترل بودن باشد، فدراسیون‌ها را می‌توان از مصادیق مؤسسات وابسته به دولت دانست که در این صورت عملکرد اشاره‌شده شورای نگهبان محل خدشه و ایراد خواهد بود. در ادامه این رویه، اساسنامه

فدراسیون‌های ورزشی آماتوری جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۱/۰۲/۱۱ هیئت وزیران، بدون بررسی در شورای نگهبان، به دلیل عدم ارسال اساسنامه یادشده به شورا، جایگزین اساسنامه اشاره شده شد تا اینکه شورای نگهبان در نظر شماره ۹۹/۱۰۲/۱۸۷۷۱ مورخ ۱۳۹۹/۰۴/۲۵ خود اساسنامه فدراسیون‌های ورزشی آماتوری جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۹۸/۰۷/۱۴ هیئت وزیران را مغایر با قانون اساسی دانست؛ با اینکه طبق ماده ۱ اساسنامه یادشده فدراسیون‌های ورزشی آماتوری مؤسسه عمومی غیر دولتی هستند. در عین حال، با توجه به مفاد مواد ۱۳ و ۱۴ اساسنامه یادشده از شدت سلطه وزیر ورزش و جوانان بر فدراسیون‌های ورزشی در زمینه اساسنامه جاری کاسته شده است. به نظر می‌رسد شورای نگهبان مؤسسات عمومی غیر دولتی موضوع ماده ۵ قانون محاسبات عمومی کشور را از باب وابسته به دولت بودن مشمول اصل ۸۵ می‌داند.

از سوی دیگر، شورای نگهبان در خصوص اصلاحیه‌های اساسنامه سازمان تأمین اجتماعی، مصوب ۱۳۷۵/۰۳/۱۳ و ۱۳۷۵/۰۶/۱۱ هیئت وزیران، خود را صالح دانست و طی نامه‌هایی به شماره ۷۵/۲۱/۰۵۵۸ مورخ ۱۳۷۵/۰۳/۲۳ و ۷۵/۲۱/۰۸۵۶ مورخ ۱۳۷۵/۰۷/۰۱ اظهار نظر کرد؛ حال آنکه به تصریح بند ۱۰ قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیر دولتی مصوب ۱۳۷۳/۰۴/۱۹ مجلس این سازمان مؤسسه عمومی غیر دولتی است.

شورای نگهبان در خصوص اساسنامه صندوق نوآوری و شکوفایی، مصوب ۱۳۹۰/۰۶/۲۰ هیئت وزیران، خود را صالح دانست و در نامه شماره ۹۰/۳۰/۴۴۸۲۲ مورخ ۱۳۹۰/۱۲/۰۱ خود اعلام کرد که ابلاغ و دستور انتشار اساسنامه یادشده بدون اظهار نظر شورای نگهبان اقدامی خلاف قانون اساسی و بی اعتبار و غیر قابل اجرا است. بر اساس ماده ۲ اساسنامه صندوق یادشده مصوب جلسه، مورخ ۱۳۹۱/۰۲/۲۷ هیئت وزیران، این صندوق نهاد عمومی غیر دولتی است. همچنین می‌توان به اظهار نظر شماره ۹۳/۱۰۲/۲۷۵۵، مورخ ۱۳۹۳/۰۹/۱۵ شورای نگهبان، در خصوص اساسنامه صندوق ملی محیط زیست مصوب ۱۳۹۳/۰۸/۱۸ هیئت وزیران اشاره کرد؛ حال آنکه به تصریح ماده ۲ اساسنامه یادشده این صندوق مؤسسه عمومی غیر دولتی وابسته به سازمان حفاظت محیط زیست است. همچنین شورای نگهبان در خصوص اساسنامه صندوق کارآفرینی امید، مصوب ۱۳۹۶/۱۲/۲۷ هیئت وزیران، خود را طی نامه شماره ۹۸/۱۰۲/۱۰۵۲۶ مورخ ۱۳۹۸/۰۴/۰۳ صالح دانست؛ حال آنکه به تصریح ماده ۱ اساسنامه یادشده این صندوق مؤسسه عمومی غیر دولتی است. جالب‌تر اینکه دولت، در نامه مورخ

۱۳۹۸/۰۲/۰۸ خود، شورای نگهبان را صالح ندانسته و صرفاً بر اساس مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام ناظر بر جزء ۲ بند «الف» تبصره ۱۸ قانون بودجه سال ۱۳۹۸، مبنی بر ارسال اساسنامه صندوق برای شورای نگهبان، به ارسال اساسنامه یادشده تمکین کرده است. آخرین مورد از این مصادیق نظر شماره ۹۸/۱۰۲/۱۴۴۸۳ مورخ ۱۳۹۸/۰۹/۱۲ شورای نگهبان در خصوص اساسنامه صندوق‌های بازنشستگی، پس‌انداز، و رفاه کارکنان صنعت نفت مصوب جلسه ۱۳۹۸/۰۷/۰۳ هیئت وزیران است. در این نظر آمده است: «نظر به اینکه ابلاغ و دستور انتشار مصوبه مزبور بدون اظهار نظر شورای نگهبان بوده است، این اقدام خلاف قانون اساسی و بی‌اعتبار و غیر قابل اجرا می‌باشد و هیچ اثر قانونی بر آن مترتب نیست و ترتب آثار و اجرای آن خلاف قانون است. لذا لازم است در اسرع وقت نسبت به الغای عملیات مرقوم و ارسال این مصوبه به شورای نگهبان اقدام لازم معمول گردد». طبق ماده ۸ این اساسنامه، اعضای هیئت‌امنای این صندوق‌ها، در مقام عالی‌ترین رکن، عبارت‌اند از: وزیر نفت، امور اقتصادی و دارایی، تعاون، کار و رفاه اجتماعی، اعضای اصلی هیئت‌مدیره شرکت ملی نفت، مدیران عامل سه شرکت اصلی دیگر تابعه وزارت نفت و دو تن از بازنشستگان صنعت نفت به انتخاب وزیر نفت. در نتیجه، این صندوق‌ها تحت کنترل وزیر نفت قرار دارند.

تحولات نظرات شورای نگهبان نشان می‌دهد نظر این شورا از داشتن صلاحیت جهت رسیدگی به اساسنامه مؤسسات عمومی غیر دولتی در سال ۱۳۷۵ طی سال‌های ۱۳۷۸ تا ۱۳۸۹ منقلب شد و بار دیگر از سال ۱۳۹۰ تاکنون به همان نظر اولیه خود برگشت. برخلاف رویکرد غالب حقوقی محور این شورا که قالب و شکل حقوقی اشخاص مورد توجه می‌گرفت و در نتیجه مؤسسات عمومی غیر دولتی را مشمول نظارت اصل ۸۵ قانون اساسی نمی‌دانست، به نظر می‌رسد رویکرد اولیه و کنونی این شورا با قانون اساسی سازگاری دارد.

۳. ضوابط تعریف اشخاص وابسته به دولت

جهت تعیین ضوابط اشخاص وابسته به دولت، ناگزیر از تبیین وابستگی هستیم. ضابطه تقسیم‌بندی انواع وابسته بودن ملاک قرار دادن میزان مداخله در: ۱. مالکیت؛ ۲. سرمایه‌گذاری؛ یا ۳. مدیریت شخص وابسته است. این ملاک منبعث از جزء ۲ بند «الف» سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی ابلاغی ۱۳۸۴/۰۳/۰۱ مقام معظم رهبری است. بر این اساس، یکی از ابهامات این است که وابسته به دولت بودن، مستلزم چه نوع وابستگی است و وجود یک یا چند نوع از انواع وابستگی موجب وابسته بودن تلقی می‌شود.

مقنن در یکی از تعاریف قانونی خود از «مؤسسات وابسته» مالکیت و مدیریت را شرط دانسته است. مقنن در تعریف «مؤسسات وابسته» در تبصره ۱ قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی مصوب ۱۳۷۳/۰۴/۱۹ اشعار داشته است که از نظر این قانون مؤسسه وابسته «واحد سازمانی مشخصی است که به صورتی غیر از شرکت و برای مقاصد غیر تجارتي و غیر انتفاعی توسط یک یا چند مؤسسه و نهاد عمومی غیر دولتی تأسیس و اداره می‌شود و به نحوی مالکیت آن متعلق به یک یا چند مؤسسه یا نهاد عمومی غیر دولتی باشد». در این تعریف قانونی که صرفاً ناظر بر اصطلاحات مندرج در این قانون است اولاً وابستگی تأسیسی (سرمایه‌گذاری) و مدیریتی و مالکیتی ملاک وابسته بودن دانسته شده است، ثانیاً اشخاص حقوقی‌ای که در قالب شرکت یا برای مقاصد تجارتي و انتفاعی فعالیت می‌کنند مؤسسه وابسته به نهادها و مؤسسات عمومی غیر دولتی تلقی نمی‌شوند (انصاری و راجی، ۱۳۸۷). برخی بر آن‌اند که با توجه به ساختار و کارکرد شرکت‌های وابسته به نهادها و مؤسسات عمومی غیر دولتی باید آن‌ها را نزدیک به شرکت‌های دولتی دانست (غمامی و همکاران، ۱۳۹۶: ۷۴). به نظر می‌رسد بتوان بر اساس معیار نحوه مدیریت برخی از شرکت‌های وابسته به نهادها و مؤسسات عمومی غیر دولتی را از مصادیق شرکت‌های وابسته به دولت دانست که از آن‌ها می‌توان به بانک سینا و شرکت لابیات پاک به عنوان اشخاص وابسته به بنیاد مستضعفان اشاره کرد.

در خصوص معیار مالکیت، در صورتی که قالب حقوقی شخص وابسته به دولت شرکت باشد، داشتن بیش از ۵۰ درصد سهام شرکت به معنای داشتن مالکیت شرکت است. با این حال، با توجه به مواد ۸۳ تا ۸۵ قانون تجارت تصمیمات مهم شرکت (تغییر در مواد اساسنامه یا در سرمایه شرکت یا انحلال شرکت) در مجمع عمومی فوق‌العاده قابل اتخاذ است که اتخاذ چنین تصمیماتی نیازمند داشتن اکثریت دوسوم آرا (یعنی حدود ۶۶.۷ درصد سهام شرکت) است. بر اساس ماده ۴ قانون محاسبات عمومی کشور، مصوب ۱۳۶۶، شرکت دولتی واحد سازمانی مشخصی است که بیش از ۵۰ درصد سرمایه آن متعلق به دولت باشد. با توجه به بازگشت ضمیر «آن» در ماده یادشده به «شرکت دولتی»، این تعریف مانع از شناسایی شرکت‌های نسل دوم^۹ به بعد به منزله شرکت دولتی می‌شود.

در خصوص معیار سرمایه‌گذاری، حتی در خصوص شرکت تجارتي که بیش از ۵۰ درصد سرمایه آن به طور مستقیم یا غیر مستقیم به شخص دیگری تعلق دارد، این میزان سهام باید

توسط آن شخص در جهت مدیریت شرکت تابعه اعمال شود؛ والا آن شخص مؤسسه مادر نیست و صرفاً یک مؤسسه سرمایه‌گذار است (رضایی، ۱۳۹۶: ۱۵۳). با وجود این، یکی از طرق تأثیر گذاشتن و وابسته کردن، به منزله ملاک شخصی و نه ملاک نوعی، سرمایه‌گذاری است. شخص سرمایه‌گذار می‌تواند با تهدید شرکت سرمایه‌پذیر در خصوص فروش سهامش تصمیمات آن شرکت را تحت تأثیر اراده خود قرار دهد. نظر به اینکه این معیار ملاک نوعی نیست، تشخیص موردی آن را باید به دادرس یا مرجع ذیصلاح واگذار کرد و نمی‌توان در خصوص آن اقدام به وضع قاعده عام کرد.

در خصوص مدیریت، باید به تفاوت نظارت (که پسینی است) و مدیریت (پیشینی و پسینی و مشارکت حداکثری در اداره) توجه کرد. نظارت یک عمل حاکمیتی است که دولت بر بخش خصوصی نیز اعمال می‌کند. در صورتی که این نظارت به نحوی خاص (غالباً به شکل استصوابی) و فراتر از نظارتی باشد که بر اشخاص خصوصی اعمال می‌شود، می‌توان آن را قرینه‌ای بر وابسته به دولت بودن آن شخص دانست. البته این امر تابع قصد مقنن از اعمال نظارت خاص است. نظارت استصوابی نوعاً بر کنترل مدیریتی دلالت می‌کند.

شاید بتوان بهترین تعریف از شخص وابسته را در قالب اصطلاح «شرکت تابع» مصرح در ماده ۲۲۶ لایحه تجارت مصوب ۱۳۹۰/۱۰/۰۶ کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس (و مصوب ۱۳۹۱/۰۱/۲۳ مجلس) که توسط شورای نگهبان به دلیل مغایرت با اصل ۸۵ رد شد پیگیری کرد. بر اساس ماده ۲۲۶ اشاره شده «شرکت تجارتي که بیش از پنجاه درصد (۵۰٪) سرمایه آن به طور مستقیم یا غیر مستقیم به شرکت دیگری تعلق دارد، همچنین شرکت تجارتي که به طرق پیش‌بینی در اساسنامه و یا به هر نحو، از قبیل کسب اکثریت مدیران، تحت کنترل شرکت دیگر باشد شرکت تابع یا فرعی نامیده می‌شود؛ اگرچه کمتر از پنجاه درصد (۵۰٪) سرمایه آن به شرکت کنترل‌کننده تعلق داشته باشد». ممکن است اکثر سهام شرکتی در مالکیت شخص خصوصی باشد. ولی بر اساس اساسنامه آن شرکت بخش دولتی سهامدار به دلیل داشتن سهام ممتاز یا سهام کنترلی (موضوع بند ۷ ماده ۱ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی) یا سایر موارد مدیریت شرکت را در دست داشته باشد. در این تعریف، به‌درستی کنترل شدن معیار وابسته بودن دانسته شده است و نه صرف تحت مالکیت بودن.

سازمان توسعه و نوسازی معادن و صنایع معدنی ایران (ایمیدرو) در خصوص شرکت‌های

وابسته و تابعه خود چنین تعریفی را ارائه کرده است:^{۱۰}

شرکت وابسته: شرکتی است که پنجاه درصد و کمتر از پنجاه درصد (۵۰٪) سهام آن متعلق به سازمان باشد.

شرکت تابعه: شرکتی است که بیش از پنجاه درصد (۵۰٪) سهام آن متعلق به سازمان باشد. تفسیر اجرایی اشاره شده، به رغم مخالفت با روح قانون، از این حیث حائز اهمیت است که سازمان ایمیدرو و شرکت‌های وابسته و تابعه آن، بر اساس ماده ۲ قانون تأسیس سازمان گسترش و نوسازی صنایع ایران، مصوب ۱۳۴۶/۰۴/۲۶، و ماده ۶ قانون تمرکز امور صنعت و معدن و تشکیل وزارت صنایع و معادن، مصوب ۱۳۷۹/۱۰/۰۶، تابع قوانین و مقررات و آیین‌نامه‌های عمومی مربوط به مؤسسات دولتی و وابسته به دولت و قانون محاسبات عمومی نمی‌شدند؛ مگر آنکه در قانونی صراحتاً از سازمان اسم برده می‌شد (برزگر خسروی و فلاح‌زاده، ۱۴۰۰: ۲۲ - ۲۳). این تفسیر اجرایی ایمیدرو ناظر بر تعریف شرکت‌های وابسته و تابعه خود در مواردی که اجرا شده باشد، طبق بند ۲ نظر تفسیری شماره ۷۶/۲۱/۵۸۳، مورخ ۱۳۷۶/۰۳/۱۰ شورای نگهبان، مانع از اجرای تفسیر صحیح قانون‌گذار از تعریف شرکت‌های وابسته و تابعه سازمان ایمیدرو خواهد شد.

۴. بررسی موردی شرکت‌های توزیع نیروی برق به‌مثابه مصداق شرکت وابسته به دولت

شعبه ۱۰۲ دادگاه عمومی جزایی دماوند در رأی شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۳۲۰۰۷۹۷ مورخ ۱۳۹۲/۰۶/۱۲ خود (<https://ara.jri.ac.ir/Judge/Text/5912>)، مستند به بند ۲ ماده واحده استقلال شرکت‌های توزیع برق در استان‌ها، مصوب سال ۱۳۸۴ مجلس، اعلام کرد: «شرکت‌های توزیع برق به صورت غیر دولتی اداره می‌شوند». همچنین، اداره حقوقی قوه قضاییه، در نظریه مشورتی شماره ۷/۹۹/۵۹۶ مورخ ۱۳۹۹/۰۵/۱۴ خود، شرکت‌های توزیع برق در استان‌ها را جزء اشخاص ذکر شده در ماده ۳۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی^{۱۱} ندانست؛ بدین دلیل که شرکت‌های توزیع نیروی برق مطابق اساسنامه و بند ۲ قانون استقلال شرکت‌های توزیع برق نیروی برق استان‌ها، مصوب ۱۳۸۴، غیر دولتی هستند. طبق ماده یادشده، مؤسسات دولتی و وابسته به دولت و مؤسسات عمومی غیر دولتی می‌توانند علاوه بر استفاده از وکلای دادگستری، برای طرح هر گونه دعوا یا دفاع و تعقیب دعاوی مربوط، از اداره حقوقی خود یا کارمندان رسمی خود با داشتن شرایطی به منزله نماینده حقوقی استفاده کنند. حال آنکه بر اساس بند ۲ قانون استقلال شرکت‌های توزیع برق نیروی برق

استان‌ها و وزارت نیرو مکلف شده بود اساسنامه شرکت‌های توزیع نیروی برق را به نحوی اصلاح کند که این شرکت‌ها در حوزه فعالیت خود به صورت غیر دولتی عمل کنند. واقعیات و مفاد اساسنامه اصلاحی این شرکت‌ها نشان می‌دهد این تکلیف محقق نشده و همچنان این شرکت‌ها غیر دولتی نیستند. توضیح اینکه بر اساس ماده ۸ اساسنامه شرکت‌های توزیع برق (ابلاغی مورخ ۱۳۸۵/۱۲/۰۶ به شماره ۹۸۲۸۸/۳۰/۱۰۰ وزیر نیرو مستند به قانون استقلال شرکت‌های توزیع نیروی برق در استان‌ها مصوب ۱۳۸۴/۱۲/۰۹) ۴۰ درصد سهام این شرکت‌ها به صورت ممتاز (جنیدی و دشتی، ۱۳۸۸) (با امتیارات مصرح در تبصره ماده یادشده که در واقع منجر به کنترل، اداره و مدیریت این شرکت‌ها توسط شرکت مدیریت تولید، انتقال و توزیع نیروی برق ایران (توانیر) می‌شود) متعلق به شرکت مادر تخصصی توانیر است. در نتیجه، شرکت‌های توزیع برق در کنترل توانیر هستند و توانیر در کنترل وزارت نیرو و قوه مجریه قرار دارد.

هرچند طبق حکم مواد ۲ و ۳ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی ۴۰ درصد سهام یادشده باید به ۲۰ درصد تقلیل یابد، بر اساس تبصره ۳ بند «ب» ماده ۳ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، دولت مکلف است در حد مقابله با بحران به تأمین کالاهای اساسی، مانند گندم و سوخت، برای مدت معین، تمهیدات لازم را بیندیشد. به نظر می‌رسد بتوان این حکم را مستند و مجوز اقدامات پیشگیرانه دولت در حوزه تأمین برق قرار داد. زیرا برق را، نظر به اهمیت راهبردی آن، می‌توان از مصادیق کالاهای اساسی دانست؛ به‌خصوص که بر واژه سوخت، که یکی از حامل‌های تأمین نیروست، به مثابه مصداق کالای اساسی تصریح شده است. البته این تمهید به جهت منشأ اجرایی آن، به استناد اصل ۱۳۸ قانون اساسی، نباید مخالف قوانین باشد و به تصریح تبصره ۳ یادشده این تمهید صرفاً باید برای مدت معین باشد.

ترکیب سبد سهام شرکت‌های توزیع برق نیز قابل توجه است. ۴۰ درصد سهام این شرکت‌ها متعلق به توانیر (سهام ممتاز) و ۶۰ درصد باقی‌مانده متعلق به شرکت سرمایه‌گذاری صنایع برق و آب (صبا) است (yun.ir/zszl0g). سهامدار شرکت صبا نیز شرکت مادر تخصصی مدیریت ساخت و تهیه کالای آب و برق (ساتکاب) وابسته به وزارت نیرو (۴۹.۹۹ درصد) و شرکت مهندسی مشاور مهتاب قدس (۴۹.۹۸ درصد) است (yun.ir/lk9kyc). همان‌طور که بیان شد، تعریف ماده ۴ قانون محاسبات عمومی کشور از شرکت دولتی مانع از این می‌شود که

شرکت‌های توزیع برق را شرکت دولتی بدانیم؛ حال آنکه در عمل مدیریت این شرکت‌ها در دست توانیر است.

نتیجه‌گیری

با توجه به تحلیل حقوقی اشخاص وابسته به دولت، مبتنی بر متن و روح قانون اساسی (با روش‌های ارجاع به مفردات، تعریف به ضد، تعریف مصداقی)، و مبتنی بر رویه شورای نگهبان به عنوان مفسر قانون اساسی، و بنا بر قوانین لازم‌الاجرای کشور که مستظهر به تأیید شورای نگهبان هستند «سازمان‌ها، شرکت‌ها، و مؤسسات وابسته به دولت» اشخاص حقوقی حقوق عمومی هستند که مستقیم یا غیر مستقیم، به واسطه داشتن سلطه مالکیتی یا هر طریق دیگر، تحت کنترل مدیریتی دولت قرار دارند و قانون‌گذار و مراجع قضایی و مجریان باید مبتنی بر این ضابطه (مدیریت توسط دولت، نه مالکیت دولت بر آن) این مراجع را شناسایی کنند. شرکت‌های توزیع برق مصداق بارز شرکت‌های وابسته به دولت هستند. هرچند این اشخاص به جهت عدم تعلق اکثریت سهام یا اموالشان به دولت (در معنای عام) غیر دولتی به شمار می‌روند، از جهت اینکه به دلیل سازکارهای ساختاری-مدیریتی مندرج در اساسنامه‌شان یا در قوانین خاص تحت کنترل دولت قرار دارند، معمولاً تابع قواعد عمومی حاکم بر بخش دولتی هستند. نظر به فقدان تعریف شفاف و جامع و مانع از اشخاص حقوقی وابسته به دولت (در معنای عام آن)- که شامل اشخاص حقوقی وابسته به وزارتخانه، مؤسسه دولتی، شرکت دولتی، و مؤسسه عمومی غیر دولتی (در برخی مصداق که ضابطه آن نحوه مدیریت شخص است) می‌شود- پیشنهاد می‌شود این اصطلاح در قانون بر اساس ضوابط یادشده تعریف شود تا از تشتت تفاسیر اجرایی و قضایی پیشگیری شود و به تبع آن امنیت حقوقی و قضایی آحاد ملت تضمین و از رفتار تبعیض‌آمیز مقامات جلوگیری شود.

یادداشت‌ها

۱. ماده ۴۹. هیئت‌مدیره شرکت نماینده صاحب سهام شرکت در مجامع عمومی شرکت‌های فرعی تابعه و شرکت‌های وابسته به شرکت می‌باشد و اعمال کلیه حقوق شرکت در شرکت‌های مذکور را بر عهده دارد. منظور از شرکت‌های وابسته شرکت‌هایی است که پنجاه درصد (۵۰٪) از سهام آن‌ها یا کمتر متعلق به شرکت است.
۲. ماده ۱۱۴. کلیه اموال غیر منقول وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی متعلق به دولت است و حفظ و حراست آن‌ها با وزارتخانه یا مؤسسه دولتی است که مال را در اختیار دارد. وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی می‌توانند با تصویب هیئت وزیران حق استفاده از اموال مزبور را که در اختیار دارند به یک‌دیگر واگذار کنند.
۳. ماده ۵۸۷. مؤسسات و تشکیلات دولتی و بلدی به محض ایجاد و بدون احتیاج به ثبت دارای شخصیت



حقوقی می‌شوند.

۴. مثلاً می‌توان به مواد ۲، ۷۹، ۸۶، ۹۱، و ۹۴ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری و به بندهای «ب» و «ج» ماده ۲ و ماده ۴ قانون تشکیل سازمان بازرسی کل کشور اشاره کرد.
۵. برخی متخصصان حداکثر قائل به وجود دو دیدگاه حداقلی و حداکثری برای تعیین مصادیق نهادهای زیر نظر رهبری شده‌اند (← قطبی، ۱۳۹۳؛ رستمی و قطبی، ۱۳۹۳؛ رستمی و همکاران، ۱۳۹۷).
۶. برخی متخصصان با رد ملاک‌های تعیین نهادهای زیر نظر رهبری با رویکرد حداقلی بر آن‌اند که «نهادی که تمام تصمیمات آن به تأیید رهبری برسد نهادهای زیر نظر رهبری است.» (قطبی، ۱۳۹۳: ۴ و ۱۴ - ۲۱).
۷. «شاید کم هم دارد؛ طوری نشود که مثلاً شرکت‌های دولتی ... [مشمول این اصل نشوند.] (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، همان، بنی‌صدر: ۱۴۲۱). شرکت‌های دولتی هم مربوط به دولت است.» (پیشین، نایب‌رئیس (شهید بهشتی): ۱۴۲۱).
۸. از آنجا که قوانین پس از انقلاب را شورای نگهبان کنترل کرده است و به تعاریف این اصطلاحات ایرادی گرفته نشده است، می‌توان تعاریف قوانین بعد از انقلاب را نیز در جهت فهم منظور قانون اساسی سال ۱۳۵۸ مورد استناد قرار داد.

۹. شرکت‌هایی که بیش از ۵۰ درصد سرمایه آن‌ها مستقیم متعلق به دولت یا شرکت‌های دولتی نیست، اما، سهم مالکیت مستقیم و غیر مستقیم دولت یا شرکت‌های دولتی در آن شرکت‌ها بیش از ۵۰ درصد سرمایه آن شرکت است.

10.

http://imidro.gov.ir/parameters/imidro/modules/cdk/upload/content/general_content/290/15245569935404pq3n79csrkbk9lp8ggjlpb550.pdf

۱۱. ماده ۳۲. وزارتخانه‌ها، مؤسسات دولتی و وابسته به دولت، شرکت‌های دولتی، نهادهای انقلاب اسلامی و مؤسسات عمومی غیر دولتی، شهرداری‌ها و بانک‌ها می‌توانند علاوه بر استفاده از وکلای دادگستری برای طرح هر گونه دعوا یا دفاع و تعقیب دعاوی مربوط از اداره حقوقی خود یا کارمندان رسمی خود با داشتن یکی از شرایط زیر به عنوان نماینده حقوقی استفاده نمایند:

۱. دارا بودن لیسانس در رشته حقوق با دو سال سابقه کارآموزی در دفاتر حقوقی دستگاه‌های مربوط؛
 ۲. دو سال سابقه کار قضایی یا وکالت به شرط عدم محرومیت از اشتغال به مشاغل قضاوت یا وکالت.
- تشخیص احراز شرایط یادشده به عهده بالاترین مقام اجرایی سازمان یا قائم‌مقام قانونی وی خواهد بود. ارائه معرفی‌نامه نمایندگی حقوقی به مراجع قضایی الزامی است.

منابع و مآخذ

۱. ابوالحمد، عبدالحمید (۱۳۶۹)، «پیرامون یک رأی وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عالی کشور و مسئله شخصیت حقوقی دولت»، *کانون وکلا*، شماره ۱۵۰ و ۱۵۱، ۹۹ - ۱۳۰.
۲. _____ (۱۳۷۶)، *حقوق اداری ایران، استخدام‌های کشوری، و مسئولیت مدنی سه قوه و نهادهای اداری ایران*، چ ۶، تهران: توس.
۳. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۶۴)، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ج ۱، ۲ و ۳.
۴. الهام، غلام‌حسین (۱۳۹۱)، «اعتماد به قاضی (تحلیل ماده ۷۲۸ قانون مجازات اسلامی بر مبنای نظریات فقهی شورای نگهبان)»، *دیدگاه‌های حقوق قضایی*، شماره ۵۷، ۲۵ - ۴۲.
۵. امامی، محمد و کوروش استوارسنگری (۱۳۹۱)، *حقوق اداری*، چ ۱۵، تهران: میزان، ج ۱.
۶. انصاری، علی و سید محمدهادی راجی (۱۳۸۷)، «نقد و بررسی رأی شماره ۱۴۶-۱۳۷۳/۱۱/۲۹ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در خصوص صلاحیت دیوان عدالت اداری جهت رسیدگی به شکایات شرکت‌های وابسته به بنیاد جانبازان و مستضعفان»، *تحقیقات حقوقی آزاد*، شماره ۴، ۱۱۹ - ۱۲۲.
۷. برزگر خسروی، محمد و علی محمد فلاح‌زاده (۱۴۰۰)، «نظام حقوقی حاکم بر اشخاص مستلزم ذکر و یا تصریح نام از حیث شمول قوانین عمومی»، *حقوق اداری*، سال هشتم، شماره ۲۷، ۹ - ۲۸.
۸. پورارشد، نادر (۱۳۹۷)، «معنا و مراد از مؤسسات وابسته به دولت در حقوق ایران»، *حقوق اساسی*، شماره ۳۰، ۵۵ - ۷۸.
۹. جوان‌آراسته، حسین (۱۳۹۱)، *گزینش رهبر و نظارت بر او در نظام جمهوری اسلامی ایران*، چ ۲، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۱۰. جنیدی، لعیا و رحمت دشتی (۱۳۸۸)، «بررسی نظام حقوقی حاکم بر سهام ممتاز در حقوق ایران و انگلستان»، *بورس اوراق بهادار*، سال دوم، شماره ۷، ۸۱ - ۱۰۴.
۱۱. خندان، سید علی‌اصغر (۱۳۷۹)، *منطق کاربردی*، قم: سمت.

۱۲. رضایی، علی (۱۳۹۶)، «مسئولیت شرکت مادر در قبال شرکت تابعه (مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه، بلژیک، و ایران)»، *مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۸، شماره ۱، ۱۵۱ - ۱۷۷.
۱۳. رستمی، ولی و میلاد قطبی (۱۳۹۳)، «تحلیلی بر مفهوم نهادهای زیر نظر رهبری در نظام تقنینی ایران»، *دانش حقوق عمومی*، شماره ۹، ۶۹ - ۹۰.
۱۴. رستمی، ولی؛ میلاد قطبی و مصطفی حضوری (۱۳۹۷)، «نظارت بر نهادهای زیر نظر رهبری در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران»، *حکومت اسلامی*، شماره ۸۸، ۵۹ - ۸۶.
۱۵. ریدی، دیوید ای. (۱۳۹۲)، *فلسفه حقوق*، مترجم: حسن خسروی، تهران: مجد.
۱۶. شبیری نژاد، علی اکبر (۱۳۸۶)، *حقوق قوه مقننه در بررسی و رأی به بودجه*، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
۱۷. شعبانی، قاسم (۱۳۸۳)، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، چ ۱۶، تهران: اطلاعات.
۱۸. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۳)، *حقوق اداری*، چ ۹، تهران: سمت.
۱۹. غمامی، سید محمد مهدی؛ کمال کدخدامرادی و مهدی فلاحیان (۱۳۹۶)، «ماهیت حقوقی شرکت‌های وابسته به مؤسسات عمومی غیر دولتی»، *حقوق اسلامی*، شماره ۴۶، ۷۳ - ۹۶.
۲۰. قاضی شریعت پناهی، سید ابوالفضل (۱۳۸۴)، *بایسته‌های حقوق اساسی*، چ ۱۸، تهران: میزان.
۲۱. قطبی، میلاد (۱۳۹۳)، «وضعیت حقوقی نهادهای زیر نظر رهبری در نظام جمهوری اسلامی ایران»، *گزارش پژوهشی پژوهشکده شورای نگهبان*، شماره مسلسل ۱۳۹۳۰۰۴۸.
۲۲. مدنی، جلال‌الدین (۱۳۶۸)، *قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ج ۵.
۲۳. موسی زاده، ابراهیم (۱۳۹۱)، *حقوق اداری*، تهران: دادگستر.
۲۴. نجفی خواه، محسن و محمد برزگر خسروی (۱۳۹۳)، «حدود صلاحیت مجلس شورای اسلامی در اصلاح لایحه بودجه»، *برنامه‌ریزی و راهبرد*، دوره ۱۹، شماره ۲، ۲۵ - ۴۶.
۲۵. نورایی، مهدی (۱۳۹۴)، «واکاوی مفهومی کلیدواژگان چندمعنا در قانون اساسی: بررسی واژه دولت»، *گزارش پژوهشکده شورای نگهبان*، شماره مسلسل ۱۳۹۴۰۰۷۰.

۲۶. وکس، ریموند (۱۳۸۹)، فلسفه حقوق: مختصر و مفید، مترجم: باقر انصاری و مسلم آقایی طوق، تهران: جاودانه و جنگل.

۲۷. هارت، هربرت (۱۳۹۰)، مفهوم قانون، مترجم: محمد راسخ، ج ۲، تهران: نی.

References

1. Abul Hamad, Abdul Hamid (1369), about a "unanimity vote of the General Board of the Supreme Court" and the issue of legal personality of the government, Lawyers' Association, Vol. 150 and 151, 99-130. (in Persian)
2. Abolhamad, Abdul Hamid (1376), Iran's administrative law, state use and civil responsibility of the three powers and administrative institutions of Iran, Tehran: Tos Publications, 6th edition. (in Persian)
3. Elham, Gholamhossein (2012), Trust in the judge (Analysis of Article 728 of the Islamic Penal Code based on the jurisprudential theories of the Guardian Council), Judicial Law Views, No. 57, 25-42. (in Persian)
4. Emami, Mohammad; Stvarsangri, Korosh (2011), Administrative Law, Tehran, Mizan, 15th edition, first volume. (in Persian)
5. Ansari, Ali; Raji, Seyyed Mohammad Hadi (2007), review of decision number 146-29/11/1373 of the General Board of the Court of Administrative Justice regarding the jurisdiction of the Court of Administrative Justice, 119-122. (in Persian)
6. Barzegar Khosravi, Mohammad and Fallahzadeh, Ali Mohammad (1400) The legal system ruling on entities required to be named or specified regarding to included in laws and regulations, Administrative Law Quarterly, 8th year, number 27, 9-28.
7. Pourarshad, Nader (2017), Institutions on State in Iranian Law , Journal of Basic Law, 30, 55-78.
8. Javan Arasteh, Hossein (2012), Selection of the leader and his supervision in the system of the Islamic Republic of Iran, Qom: Research Institute of the Field and University, second edition. (in Persian)
9. Junadi, Laiya; Dashti, Rahmat (2008), Review of the Legal System Governing Preferred Shares in Iranian and English Law, Stock Exchange Quarterly, second year, number 7, 81-104. (in Persian)
10. Khandan, Seyed Ali Asghar (1379), Applied Logic, Qom: Samit, first edition. (in Persian)
11. Rezaei, Ali (2016), The Liability of a Mother Company Towards its Subsidiary (A Comparative Study between the French, Belgian and Iranian Legal Systems), Comparative Law Studies Quarterly, Volume 8, Number 1,

151-177.

12. Rostami, Vali; Qutbi, Milad (2013), An analysis on the concept of "institutions under the supervision of the leader" in the Iranian legislative system, *Quarterly Journal of Public Law Knowledge*, Vol. 9, 69-90.

13. Rostami, Vali; Qutubi, AD Hozoori, Mustafa (2017), Supervision of institutions under the supervision of the leadership in the legal system of the Islamic Republic of Iran, *Journal of Islamic Government*, No. 88, 59-86. (in Persian)

14. Reidy, David A. (2012), *On the Philosophy of Law*, translated by Hassan Khosravi, Tehran: Majd, first edition.

15. Shabirinejad, Ali Akbar (1386), *Legislature's rights in criticizing and voting on the budget*, Tehran: Majlis Shura Islamic Research Center, first edition. (in Persian)

16. Shabani, Qasim (1383), *Fundamental Rights of the Islamic Republic of Iran*, Tehran: Information Publications, 16th edition. (in Persian)

17. Tabatabai Motmani, Manouchehr (1383), *Administrative Law*, Tehran: Samit, 9th edition. (in Persian)

18. Ghamami, Seyyed Mohammad Mahdi; Kodkhodamoradi, Kamal; Falahian, Mehdi (2016), *Legal Firms Affiliated to Public Non-Governmental Institutions*, *Islamic Law Research Journal*, No. 46, 73-96. (in Persian)

19. Qazi Shariatpanahi, Seyyed Abulfazl (2004), *Essentials of Basic Rights*, Tehran, Mizan Publishing House, 18th edition. (in Persian)

20. Qutbi, Milad (2013), *Legal Status of Institutions under the Supervision of the Leadership in the System of the Islamic Republic of Iran*, Research Report of the Guardian Council, serial number: 13930048. (in Persian)

21. Mosizadeh, Ebrahim (2011), *Administrative Law*, Tehran, Dadgstar, first edition. (in Persian)

22. Najafikhah, Mohsen; Barzegar Khosravi, Mohammad (2013), the jurisdiction of the Islamic Council in amending the budget bill, *Planning and Strategy Quarterly*, Volume 19, Number 2, 25-46.

23. Nouraei, Mehdi (2014), *Conceptual Analysis of Multiple Meaning Keywords in the Constitution: Examining the Word "Government"*, Guardian Council Research Institute Report, Issue Number: 13940070.

24. Wax, Raymond (1389), *Philosophy of Law: a very Short Introduction*, translated by Bagher Ansari and Muslim Aghaei-Toogh, Tehran, Jangal Javdaneh, first edition.

25. Hart, Herbert (1390), *The Concept of Law*, translated by Mohammad Rasakh. Tehran, Ni, second edition.

امکان و سازکارهای تشخیص قابلیت اعلام وصول طرح‌ها در مجلس شورای اسلامی مبتنی بر سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری

روح‌الله مکارم^{۱*}، ابوالفضل درویشوند^{۲**}، علی جلیل‌زاده^{۳***}

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۸/۲۳ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۴/۲۰

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: 10.22034/qjplk.2023.1709.1565

چکیده

افزایش تعداد طرح‌های بدون پشتوانه کارشناسی، کاهش کیفیت قوانین، و عدم امکان اجرای قوانین از مشکلات نظام قانون‌گذاری ایران است. یکی از راهکارهای رفع این موضوع فعالیت‌های کارشناسی پیش از اعلام وصول و درج ضمانت اجرای عدم اعلام وصول برای پیش‌نویس‌های نیازمند اطلاعات و داده است. از این رو، این سؤال مطرح می‌شود که آیا در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران امکان اشتراط مؤلفه‌هایی برای اعلام وصول پیش‌نویس‌های تقنینی وجود دارد و در صورت مثبت بودن پاسخ سازکار تشخیص قابلیت طرح در مجلس شورای اسلامی چیست. این پژوهش با روش توصیفی-تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای در جهت پاسخ به این سؤال کوشیده است. حاصل آنکه اگرچه با توجه به برداشت شورای نگهبان از اصل ۷۴ در رویه موجود اعلام وصول طرح‌ها اختیاری نیست و هر طرحی به صرف داشتن امضای ۱۵ نماینده مجلس اعلام وصول می‌شود، در نظام حقوقی ایران، امکان تعیین مؤلفه‌هایی برای تشخیص اعلام وصول در مجلس شورای اسلامی در چارچوب قانون اساسی وجود دارد. این مؤلفه‌ها می‌تواند با استفاده از ظرفیت سیاست‌های

۱. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی (ره)، تهران، ایران
(نویسنده مسئول)

* Email: r.makarem1996@gmail.com

۲. استادیار، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران
** Email: a.darvishvand@modares.ac.ir

۳. کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه امام صادق (ع)، تهران، ایران
*** Email: alijalilzadeh1174@gmail.com



کلی نظام قانون‌گذاری تعیین و به صورت تدریجی اجرایی شود. از مهم‌ترین این مؤلفه‌ها تهیه گزارش ارزیابی تأثیرات پیش‌نویس‌های تقنینی است. در نهایت، جهت تضمین حقوق نمایندگی، احراز آن‌ها باید به صورت شکلی باشد. در صورت نبود اطلاعات کافی یا پیچیدگی‌های فنی موضوع، مجلس می‌تواند با استفاده از قوانین توانمندساز اقدام به پیشبرد اهداف خود کند. طبیعی است که اعلام وصول چنین پیش‌نویس‌هایی نیازمند احراز مؤلفه‌های یادشده نیست.

واژگان کلیدی: اعلام وصول اختیاری، تقنین، سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری، قانون آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی، قانون‌گذاری تفویضی، قوانین توانمندساز.

مقدمه

در مباحث دانش تقنین فرایندهایی برای چگونگی تهیه پیش‌نویس‌های تقنینی پیش‌بینی شده است. نیازسنجی تقنینی و ارزیابی تأثیرات قانون^۱ از فرایندهای مهم پیش‌اقتانون‌گذاری است. چنین فرایندهایی کمک می‌کنند هنگامی که این پیش‌نویس‌ها در پارلمان اعلام وصول می‌شوند کیفیت لازم را داشته باشند. با توجه به کمی وقت پارلمان‌ها، پیچیده شدن روابط اجتماعی و عدم تخصص لازم نمایندگان برای بررسی پیش‌نویس‌ها در پارلمان گروه‌هایی برای پشتیبانی تخصصی پارلمان ایجاد شده‌اند. این گروه‌ها به صورت جمعی و با صرف زمان قابل توجه فرایندهای پیش‌اقتانون‌گذاری را انجام می‌دهند تا پیش‌نویس‌های اعلام وصول شده در پارلمان حداقل‌های کیفی لازم را داشته باشند. یکی از این مؤلفه‌ها اشتراط تهیه گزارش ارزیابی تأثیرات قانون است. تهیه چنین گزارشی از هر یک از مراکز صلاحیت‌دار می‌تواند زمینه‌ساز افزایش کیفیت قانون‌گذاری شود.

با بررسی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران این‌گونه فهم می‌شود که هنجاری صریح در این زمینه وجود ندارد و قانون اساسی در این زمینه قابلیت تفسیر دارد. این پژوهش با بررسی تحلیلی حقوق اساسی ایران در پی پاسخ به این پرسش است که آیا در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران امکان اشتراط مؤلفه‌هایی برای اعلام وصول پیش‌نویس‌های تقنینی وجود دارد؟ در صورت مثبت بودن پاسخ، سازکار تشخیص قابلیت اعلام وصول آن‌ها در مجلس چیست؟ این پژوهش با روش توصیفی-تحلیلی با استفاده از منابع کتابخانه‌ای به این دو سؤال پاسخ خواهد داد. به صورت کلی دو دسته پاسخ برای پرسش فوق وجود دارد. ممکن است برداشت

برخی از منابع حقوق اساسی ایران عدم امکان مشروط کردن اعلام وصول طرح‌ها به طی فرایندهایی همچون ارزیابی تأثیرات قانون باشد. در مقابل ممکن است برخی دیگر این امر را محتمل بدانند (دهقان‌بنادکی، ۱۴۰۰: ۲ - ۳). اگرچه ظاهراً در رویه فعلی اعلام وصول طرح‌ها در مجلس شورای اسلامی پیش‌شرطی جز امضای پانزده نفر از نمایندگان ندارد، بازخوانی حقوق اساسی ایران در این زمینه به ارائه پاسخ کمک می‌کند.

در ادامه، مطالب در سه قسمت مطرح خواهد شد. ابتدا مبانی و کلیات ابتکار قانون‌گذاری توضیح داده می‌شود و سپس قابلیت تشخیص اعلام وصول طرح‌ها امکان‌سنجی می‌شود. در نهایت، سازکار تشخیص قابلیت طرح در مجلس پیشنهاد خواهد شد. گفتنی است تا کنون در هیچ منبع دیگری (اعم از کتاب، مقاله، پایان‌نامه) در خصوص امکان‌سنجی اعلام وصول اختیاری در مجلس شورای اسلامی مطلبی نیامده است.

مبانی و کلیات ابتکار قانون‌گذاری

برای تبیین مبانی و کلیات ابتکار قانون‌گذاری در سه گفتار مطالبی بیان خواهد شد که عبارت‌اند از: «نوع روابط بین قوا و ابتکار قانون‌گذاری»، «انواع شیوه‌های ابتکار قانون‌گذاری در ایران و شرایط آن»، «علل تنوع ابتکار قانون‌گذاری».

نوع روابط بین قوا و ابتکار قانون‌گذاری

فرایند و شیوه ابتکار قانون در کشورهای گوناگون، با توجه به نوع رژیم سیاسی حاکم بر آن‌ها (پارلمانی یا ریاستی)، متفاوت است. در عموم نظام‌های ریاستی ابتکار قانون‌گذاری منحصرأ در صلاحیت پارلمان است و قوه مجریه چنین حقی ندارد. از سوی دیگر، در نظام‌های پارلمانی و نیز در نظام‌های نیمه‌ریاستی-نیمه‌پارلمانی، علاوه بر اعضای پارلمان، قوه مجریه نیز صلاحیت ابتکار قانون را دارد و حتی امروزه در بسیاری از کشورهای جهان عموم قوانین برآمده از لوایح قانونی‌اند (کوئن‌جی، ۱۳۸۷: ۷). نکته دیگر اینکه، هرچند ابتکار قانون اغلب امتیازی متعلق به نمایندگان پارلمان یا هیئت وزراست، در نمونه‌های خاصی این امتیاز برای مقامات دیگری غیر از موارد ذکرشده یا حتی ملت پیش‌بینی شده است (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۶: ۱۱۰). مثلاً بر اساس اصل ۷۵ قانون اساسی بلژیک پادشاه صلاحیت ابتکار قانون یافته است. طبق ماده ۵۰ قانون اساسی ایتالیا^۲ و بند ۲ ماده ۸۹ قانون اساسی سوئیس^۳ نیز علاوه بر مراجع قانونی تعیین‌شده ابتکار قانون از طریق ابتکار عمومی ممکن دانسته شده است.

انواع شیوه‌های ابتکار قانون‌گذاری در ایران و شرایط آن

طبق اصل ۷۱ مجلس شورای اسلامی می‌تواند در عموم مسائل در حدود مقرر در قانون اساسی قانون وضع کند. همچنین طبق اصل ۷۴ می‌توان گفت نمایندگان مجلس صلاحیت دارند در موضوعات مختلف طرح‌های خود را تقدیم کنند. غیر از قوه مؤسس، به موجب قانون اساسی، هیچ قدرت دیگری نمی‌تواند مجلس را موظف به قانون‌گذاری در موضوعی کند (شریف، ۱۳۸۴: ۲۱۹). به‌رغم صلاحیت عام مجلس، قانون اساسی برای این اختیار شرایطی وضع کرده است. طبق اصل ۵۲ پیش‌نویس قانون بودجه کل کشور باید از سوی دولت و به صورت لایحه تقدیم مجلس شود و مجلس صلاحیت ابتکار نگارش قانون بودجه را ندارد.^۴ از این منظر، طبق تفسیر شورای نگهبان، متمم بودجه و بودجه‌های چند دوازدهم نیز همانند بودجه کل کشور است. اصل ۵۷۵ هم در زمره شرایط ماهوی ارائه طرح است که طی آن مجلس نمی‌تواند طرح‌هایی با بار مالی بدون تعیین منبع آن ارائه دهد (البته حسب مورد با موافقت هیئت وزیران امکان ارائه طرح با بار مالی امکان‌پذیر است).

طبق اصل ۷۴، همانند مجلس، دولت نیز صلاحیت تقدیم پیش‌نویس قوانین را دارد. لوایح دولت باید به تصویب هیئت وزیران برسد. همه لوایح قانونی تقدیمی به مجلس باید به امضای رئیس‌جمهور و وزیر یا وزرای مسئول رسیده باشد. در صورت نداشتن وزیر مسئول، امضای رئیس‌جمهور کافی است (ماده ۱۳۲ قانون آیین‌نامه داخلی مجلس). در کنار مطالب اجماعی گفته‌شده، در زمینه امکان الزام دولت به ارائه لایحه توسط قانون اختلاف‌نظر وجود دارد. این اختلاف‌نظر در رویه شورای نگهبان ملاحظه می‌شود. در دوره‌های آغازین، شورای نگهبان این نظر را داشته است که مجلس می‌تواند دولت را به ارائه لایحه ملزم کند. از این رو به مصوبات مجلس در این زمینه ایرادی وارد نمی‌دانسته است. اما در رویکردهای اخیر شورای نگهبان الزام دولت به ارائه لایحه مغایر اصل ۷۴ دانسته شده است (ابریشمی‌راد و کدخدایی، ۱۳۹۵: ۷).

به لحاظ مرجع ابتدایی ابتکار پیشنهاد پیش‌نویس تقنینی می‌توان مراجع دیگری نیز به مجلس و دولت اضافه کرد. شورای عالی استان‌ها و رئیس قوه قضاییه نیز می‌توانند مبتکر قوانین باشند. ابتکار قانون‌گذاری از سوی شورای عالی استان‌ها در اصل ۱۰۲ پیش‌بینی شده است؛ به این ترتیب که «شورای عالی استان‌ها حق دارد در حدود وظایف خود طرح‌هایی تهیه و مستقیماً یا از طریق دولت به مجلس شورای اسلامی پیشنهاد کند. این طرح‌ها باید در مجلس

مورد بررسی قرار گیرد». هدف این اختیار عملی کردن وظایف محوله در اصل ۱۰۱ قانون اساسی است.

ابتکار قانون‌گذاری از سوی رئیس قوه قضاییه، که تحت عنوان لوایح قضایی از آن یاد می‌شود، در بند ۲ اصل ۱۵۸ آمده است. لوایح قضایی از طریق دولت در مجلس مطرح می‌شود. دولت موظف است ظرف سه ماه لوایح قضایی را، که توسط رئیس قوه قضاییه تهیه و تحویل دولت می‌شود، تقدیم مجلس شورای اسلامی کند و در صورتی که دولت در مدت یادشده نتواند به تصویب و ارسال لایحه به مجلس اقدام کند و سه ماه دیگر از مهلت قانونی آن بگذرد رئیس قوه قضاییه می‌تواند مستقیماً لایحه را به مجلس ارسال کند (ماده ۳ قانون وظایف و اختیارات رئیس قوه قضاییه، مصوب ۱۳۷۸ با اصلاحات و الحاقات بعدی).

امکان تشخیص قابلیت اعلام وصول طرح‌ها

همان‌طور که پیش‌تر مطرح شد، اشتراط مؤلفه‌هایی برای تشخیص قابلیت اعلام وصول با محدودیت‌هایی در قانون اساسی مواجه است. بدین صورت که در اصل ۷۴ صرفاً شرط شکلی (پیشنهاد ۱۵ نفر از نمایندگان یا تصویب هیئت وزیران) برای اعلام وصول طرح‌ها و لوایح مقرر شده است و همچنین اصل ۷۵ طرح‌های دارای بار مالی و بدون تأمین منبع آن را قابل اعلام وصول ندانسته است. در این بخش تلاش می‌شود ابتدا در قالب نظام حقوقی کنونی جمهوری اسلامی ایران رویکرد و تفسیری ارائه شود که امکان اشتراط برخی از مؤلفه‌ها برای تشخیص قابلیت اعلام وصول طرح‌ها وجود داشته باشد. سپس مصادیقی از محدودیت‌های موجود اعلام وصول طرح‌ها، که به‌صراحت در قانون اساسی بیان نشده، به‌عنوان مؤید بیان شود.

دلایل امکان تشخیص قابلیت اعلام وصول طرح‌ها

با توجه به اصل ۷۴ در نگاه اول به نظر می‌رسد که اشتراط مؤلفه‌هایی غیر از «شرط ۱۵ امضای نماینده» برای تشخیص اعلام وصول طرح‌ها مغایر قانون اساسی است. اصل ۷۴ بیان می‌کند: «لوایح قانونی پس از تصویب هیئت وزیران به مجلس تقدیم می‌شود و طرح‌های قانونی به پیشنهاد حداقل پانزده نفر از نمایندگان در مجلس شورای اسلامی قابل طرح است». اولاً مکاتب و رویکردهای متعددی برای تفسیر قانون اساسی وجود دارد. منشأگرایی و غیر منشأگرایی دو رویکرد عمده در این ارتباط هستند. رویکرد منشأگرایی مبتنی بر این باور شکل گرفته است که معنای قانون اساسی در زمان تصویب آن مقرر شده و بنابراین قانون

اساسی باید همان‌گونه که در زمان تصویب ادراک شده است تفسیر شود. از این رویکرد تحت عنوان نص‌گرایی^۶ نیز یاد می‌شود. در این رویکرد، تفسیر شناخت و کشف معنای زبان‌شناختی یک متن معتبر حقوقی است و بر این اساس تفسیر قانون اساسی تلاش برای یافتن معنای زبان‌شناختی اصول آن است. در مقابل، رویکردهای غیر منشأگرا با عدم اکتفا به متن قانون و قصد قانون‌گذار مؤلفه‌های دیگری را نیز در تفسیر دخیل می‌دانند. غایت‌گرایی، مصلحت‌گرایی، و عمل‌گرایی در زمره این دست رویکردها هستند (پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۴۰۰: ۴۳). در همین زمینه، باورمندان به قانون اساسی به‌مثابه یک درخت زنده به نقش عرف و چگونگی استعمال واژه در زمان تفسیر محتوای معنایی آن قائل هستند.

شورای نگهبان در ارائه نظریه تفسیری از «قانون اساسی» محدود به ذکر مراد خبرگان قانون اساسی نیست و می‌تواند در ارائه نظریه تفسیری خود از انواع روش‌های تفسیری بهره بگیرد.^۷ در بند دوم نظریه شماره ۹۷۵۱ شورای نگهبان مورخ ۱۳۶۲/۰۷/۲۷ در خصوص اصل ۹۸ بیان شده است: «۲. در مواردی که تفسیر به عنوان الغای خصوصیت و یا توسعه و توضیح موضوع مذکور در اصلی از اصول قانون اساسی باشد، در صورتی که احتیاج مبرم کشور به تفسیر احساس شود و شورای نگهبان این احتیاج را تشخیص داد، اصل مورد نظر را تفسیر خواهد نمود.» به عبارت دیگر تفسیر قانون اساسی همانند تفسیر قانون عادی نیست. مجلس در تفسیر قانون عادی محدود به بیان مراد مقنن است.^۸ اما شورای نگهبان در صورت ضرورت می‌تواند اصول قانون اساسی را، از باب الغای خصوصیت، توسعه یا توضیح تفسیر کند. البته این تفسیر باید مبتنی بر اصول بنیادین قانون اساسی صورت پذیرد تا منجر به مرگ قانون اساسی نشود.^۹ تجربه دادرسی اساسی در رویه دیوان عالی امریکا نشان می‌دهد، ضمن آنکه ثبات و قوام قانون اساسی به منزله منشور حکومتی باید تضمین شود و تحت تأثیر هیجانات زودگذر سیاسی قرار نگیرد، مرجع دادرسی اساسی باید با در نظر گرفتن مصالح ملی و به منظور پاسخگویی به نیازهای اجتماعی و سیاسی تفسیرهای منطقی مبتنی بر اصول و قواعد حاکم بر تفسیر متون حقوقی ارائه کند و قانون اساسی را به سندی زنده و پویا تبدیل سازد (حبیب‌زاده، ۱۳۹۳: ۱۳۲). از این رو حتی اگر اعلام وصول طرح‌ها منحصر در شرایط مصرح در قانون اساسی ایران باشد، می‌توان قانون اساسی را حسب شرایط و ضرورت به گونه‌ای فهم کرد که با مقتضیات زمان هماهنگ باشد و کارآمدی لازم را داشته باشد.^{۱۰} اقتضای قائل به نظریه قانون

اساسی زنده این است که مخاطب متن قانون اساسی، که در شرایط مختلف و زمان‌های متفاوت گوناگون است، موضوعیت داشته باشد و قانون اساسی در مواجهه با این زمینه‌های مختلف انعطاف لازم و کافی را داشته باشد. البته این انعطاف به گونه‌ای نیست و نباید باشد که موجب مرگ قانون اساسی یا اصلاح آن شود و به منزله قانون‌گذاری جدید باشد.

افزون بر استدلال پیشین، باید گفت اصل ۷۴ در مقام بیان حکم است و نه موضوع. بدین صورت که این اصل صرفاً بیان می‌کند که چه گروه‌هایی امکان ارائهٔ پیش‌نویس‌های قانونی را دارند. لکن اصل یادشده توضیحی در معنای طرح و لایحه نمی‌دهد. توضیح بیشتر آنکه احراز حدود و ثغور مفهومی موضوع، مادام که تعریفی مشخص و متعین از آن ارائه نشده است، امری به اصطلاح اجتهادی است و می‌توان در چارچوب قواعد زبانی و عرفی و تاریخی و غیره حدود و ثغور موضوع را مشخص کرد. مثلاً هنگامی که گفته می‌شود غنا حرام است، موضوع این گزاره غنا است و حکم آن حرمت. در اینکه حکم غنا همیشه حرام است تردیدی نیست؛ لکن، اینکه غنا چه چیزی است می‌تواند معرکهٔ آرا باشد و ملاکات عرفی و تاریخی در احراز معنا و مفهوم آن دخیل باشند.

بر این اساس، آنچه در اصل ۷۴ مطمح نظر بوده بیان حکم مربوط به طرح‌ها و لوایح قانونی است؛ لکن در مورد اینکه طرح‌ها و لوایح قانونی چیستند سخنی به میان نیامده است. از این رو مقام صلاحیت‌دار می‌تواند با تمسک به معنای تخصصی و اقتضانات عرفی و تاریخی طرح و لایحهٔ قانونی را در چارچوب قانون اساسی تعریف و حدود و ثغور آن را مشخص کند. بر این اساس و با این استدلال نیز می‌توان امکان اشتراط مؤلفه‌هایی جهت اعلام وصول را تأیید کرد.

علاوه بر این، با در کنار هم دیدن اصل ۷۴ و ۷۱ این نتیجه حاصل می‌شود که طرح‌ها و لوایح اعلام وصول شده باید استعداد بالقوه برای تبدیل شدن به قانون را داشته باشند. به عبارت دیگر هر متنی به لحاظ محتوایی و شکلی این صلاحیت بالقوه را ندارد. مثلاً به لحاظ محتوایی یک حکم قضایی یا تصمیم اداری یا مقالهٔ علمی جایگاه و شأن محتوایی و شکلی قانون را ندارد و نمی‌توان از آن به عنوان پیش‌نویس تقنینی یاد کرد. از این رو حتی اگر به جای ۱۵ نمایندهٔ مجلس همهٔ آن‌ها از چنین متونی حمایت کنند باز هم این محتواها صلاحیت تبدیل شدن به متن

قانونی را ندارند. بنابراین، با توجه به معنای اصطلاحی طرح و لایحه، پیش‌نویس تقنینی باید صلاحیت محتوایی و شکلی اولیه را برای تبدیل شدن به قانون داشته باشد.

ممکن است در پاسخ به این استدلال اشکال شود که «تسری شرایط قانون به شرایط طرح یا لایحه نیازمند دلیل است و بالعکس. در طرح ممکن است شرایطی باشد که در قانون ضروری نباشد، مانند وجود امضا یا مقدمه توجیهی». در پاسخ به این اشکال باید گفت شرایط شکلی و تشریفات طرح و لایحه با قانون متفاوت است، اما کلیت محتوای اصلی طرح با محتوای قانون تفاوت نمی‌کند. چون محتوای طرح پیش‌نویس قانون است و باید پیش‌نویس استعداد تصویب را داشته باشد. از این رو درج ویژگی‌هایی برای طرح و لایحه مستند به ویژگی‌های قانون معقول است. به عبارت بهتر اصول ماهوی قانون‌گذاری در همه مراحل قانون‌گذاری لازم‌الرعایه هستند. این اصول از مرحله تنظیم پیش‌نویس تا مرحله وضع قوانین باید مد نظر باشند (انصاری، ۱۳۹۸: ۵۶). در واقع با توجه به اصول قانون‌گذاری امکان تسری شرایط محتوایی قانون به شرایط طرح ممکن است و امکان کنترل شکلی رعایت این اصول در مرحله اعلام وصول امکان‌پذیر است.

در تبیین معنای تخصصی طرح می‌توان از ظرفیت سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری بهره گرفت. بدین صورت که «ابتناء قانون بر نظرات کارشناسی» درج‌شده در جزء ششم بند ۹ این سیاست‌ها اقتضای آن را دارد که از ابتدا «نگارش پیش‌نویس» از طریق کارشناسان صورت بگیرد و مقنن صرفاً درباره انتخاب سوبه تقنینی اظهارنظر کنند. به عبارت دیگر، صرف اظهارنظر کارشناسی پس از اعلام وصول نمی‌تواند دلالت کاملی بر «ابتنای طرح بر نظرات کارشناسی» داشته باشد. با این ملاحظه، ابتنا بر نظرات کارشناسی صرفاً شرط مصوبه مجلس نیست؛ بلکه می‌تواند یکی از شرایط طرح و لایحه نیز باشد. در واقع می‌توان گفت به موجب سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری، علاوه بر شرایط درج‌شده در اصل ۷۴، شرایط دیگری نیز برای اعلام وصول پیش‌نویس‌های تقنینی لازم است. این شرایط در سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری، به خصوص در بند ۹ آن، اشاره شده است. بنابراین، قانون‌گذار لازم است جهت اجرای این سیاست‌ها این شرایط را به صورت جزئی بیان کند.

در دلایل قبلی سعی شد با استفاده از ظرفیت‌های قانون اساسی تشخیص قابلیت اعلام وصول طرح‌ها اثبات شود؛ اما، در پایان می‌توان گفت حتی اگر پذیرفته شود که متن قانون

اساسی تاب وضع شروطی برای استماع طرح‌ها را ندارد، در نظام حقوقی ایران، ظرفیت دیگری نیز وجود دارد که می‌توان با استناد به آن شروطی را به طور موقتی و دائرمدار منافع عمومی برای اعلام وصول طرح‌ها قرار داد.^{۱۱} در واقع، علاوه بر پیشنهادهای یادشده، اگر نمایندگان مجلس شورای اسلامی بدین منظور قانونی را وضع کنند و شورای نگهبان آن را مغایر قانون اساسی اعلام کند، می‌توانند با در نظر گرفتن مصلحت نظام بر مصوبه خویش اصرار و آن را به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارسال کنند. در صورتی که مجمع تشخیص نظر مجلس را بپذیرد، این قانون معتبر خواهد بود. بنابراین، در این فرض از طریق ظرفیت اصل ۱۲۱۱۲ امکان وضع مؤلفه‌هایی برای تشخیص اعلام وصول وجود دارد.

در واقع به نظر می‌رسد شرایط کنونی قانون‌گذاری مطلوب نیست و طرح محوری جایگزین لایحه محوری شده است. با این حال در شرایط کنونی درصد قابل توجهی از پیشنهادهای تقنینی اعلام وصول شده طرح هستند و بیشتر وقت مجلس صرف بررسی طرح‌ها می‌شود. این در حالی است که در نهایت درصد قابل توجهی از این طرح‌ها به دلایل مختلف، از جمله ناکارآمدی، تبدیل به قانون نمی‌شود؛ اما باز هم تعداد طرح‌های قانون‌شده بسیار بالاست.

دوره تقنینی	تعداد / درصد لوایح اعلام وصول شده	تعداد / درصد طرح‌های اعلام وصول شده	تبدیل شده به قانون درصد
هشتم	۳۵۲ ۵۲ درصد	۳۲۵ ۴۸ درصد	۳۳ درصد
نهم	۲۱۷ ۲۱ درصد	۴۸۰ ۶۹ درصد	۴۷ درصد
دهم	۲۲۸ ۳۲ درصد	۴۹۳ ۶۸ درصد	۳۹ درصد

مأخذ^{۱۳}: مرکزالمیری، ۱۳۹۹: ۱۱

طبق آمار یادشده اگرچه در نهایت اکثر قوانین مصوب لوایح بوده‌اند، طرح‌ها بیشتر از لوایح اعلام وصول شده‌اند. البته تمسک به تعداد لوایح تصویب‌شده برای مطلوب نشان دادن وضعیت کنونی صحیح نیست. چون حجم قابل توجهی از لوایح مربوط به موافقنامه‌های

بین‌المللی، عضویت در کنوانسیون‌ها، و مانند آن است. پس از کسر آمار این موارد، باید در خصوص میزان طرح‌ها و لوایح تصویب‌شده اظهار نظر کرد.

در نهایت باید گفت برای تصویب قوانین کارآمدتر باید بخشی از مطالعات کارشناسی پیش از اعلام وصول انجام گیرد و شرایطی برای اعلام وصول طرح‌ها قرار داده شود که کیفیت پیشنهادها، تقنینی تا قبل از اعلام وصول افزایش یابد. در غیر این صورت هزینه‌های گزافی به بودجه عمومی و بیت‌المال تحمیل می‌شود. بنابراین از منظر کارشناسی در بازه زمانی معین اشتراط مؤلفه‌هایی برای تشخیص اعلام وصول به مصلحت نظام به نظر می‌رسد و مجلس می‌تواند از مکانیسم اصل ۱۱۲ برای این منظور استفاده کند.

مصادیق مؤلفه‌های تشخیص قابلیت اعلام وصول در قوانین موجود

با بررسی قوانین و رویه موجود مجلس شورای اسلامی می‌توان تشریفات را احصا کرد که هم‌اکنون برای تشخیص قابلیت اعلام وصول طرح‌ها یا لوایح فرض شده است. در واقع اگرچه در نگاه اولیه اطلاق اصل ۷۴ قانون اساسی این تصور را ایجاد می‌کند که به صرف اینکه پانزده نفر از نمایندگان مجلس مفادی را پیشنهاد بدهند این پیشنهاد قابلیت اعلام وصول در مجلس شورای اسلامی را پیدا می‌کند، فرایند کنونی منطبق بر این تصور نیست و علاوه بر شرایط یادشده در قانون اساسی تشریفات دیگری نیز برای تشخیص قابلیت اعلام وصول مد نظر قرار می‌گیرد. این تشریفات ناشی از استظهار عرفی ارائه طرح یا لایحه یا اقتضائات اجرایی است. ملاحظه این مصادیق می‌تواند مؤید استدلال‌های یادشده در قسمت قبل باشد. این تشریفات به شرح زیر است:

- **کتبی بودن:** همه طرح‌ها و لوایح باید به صورت مکتوب تقدیم دبیر هیئت‌رئیس مجلس بشوند. در واقع، اگرچه نصوص قانونی (چه قانون اساسی چه قانون آیین‌نامه داخلی مجلس) اطلاق دارند و به نظر می‌رسد که به صورت انتزاعی امکان ارائه طرح یا لایحه، چه به صورت کتبی چه به صورت شفاهی، وجود دارد، رویه و عرف مجلس این است که به دلیل اقتضائات عملی همه طرح‌ها و لوایح باید کتباً تقدیم رئیس جلسه شود.

- **تکمیل کاربرگ نگارش طرح‌ها و لوایح به‌ویژه در خصوص مقدمه**

توجهی: ذیل ماده ۱۲۷ قانون آیین‌نامه داخلی مجلس اعلام می‌دارد:

طرح‌های قانونی با امضا و ذکر نام حداقل پانزده نفر از نمایندگان در مجلس به رئیس جلسه تسلیم می‌شود و پس از اعلام وصول و قرائت عنوان آن توسط رئیس یا یکی از دبیران در همان جلسه به کمیسیون‌های مربوط ارجاع می‌شود. این طرح‌ها پس از ارجاع به کمیسیون‌های ذی‌ربط چاپ و توزیع و نسخه‌ای از آن توسط رئیس برای وزیر یا وزیران مربوط ارسال می‌گردد. طرح‌ها نیز همانند لوایح باید دارای موضوع و عنوان مشخص باشند و دلایل لزوم تهیه و پیشنهاد آن در مقدمه به‌وضوح درج شود و همچنین دارای موادی متناسب با اصل موضوع و عنوان طرح نیز باشد.

با توجه به این ماده، باید همه طرح‌ها دارای چهار قسمت باشد. بدین منظور به صورت سیستمی کاربرگی تهیه شده است. این کاربرگ دارای قسمت عنوان، مقدمه توجیهی، نام پیشنهاددهندگان طرح، و مواد پیشنهادی است. بنابراین اگر طرحی این مختصات را نداشته باشد، عملاً امکان اعلام وصول ندارد. مشابه همین کاربرگ برای لوایح نیز در نظر گرفته شده است. با دقت در ماهیت این موارد، می‌توان دریافت که مهم‌ترین این تشریفات برای ارائه طرح‌ها و لوایح مقدمه توجیهی است. چون شرطی ماهوی محسوب می‌شود و معمولاً دلایل ضرورت و اهداف قانون‌گذاری در آن ذکر می‌شود. در نظام مطلوب و کارآمد قانون‌گذاری، پیش‌نویس طرح‌ها و لوایح باید مستند و مستدل به اسناد کارشناسی در حوزه‌های مختلف باشند و ضمن نظرخواهی از نهادهای تخصصی هر بخش نظرات کارشناسی با در نظر گرفتن جامع‌نگری به صورت یکپارچه و در ارتباط با محور اصلی موضوع جمع‌بندی و به صورت خروجی قابل بهره‌برداری برای نمایندگان ارائه شوند (با این حال، کیفیت مقدمه توجیهی، چه در طرح‌ها چه در لوایح، پایین است و توجیهی درخور به آن نمی‌شود) (عبدالاحد و همکاران، ۱۳۹۸: ۴۴).

همان‌طور که گفته شد، شرط حمایت حداقل پانزده نماینده از مفاد طرح در قانون اساسی آمده است. اما سه قسمت دیگر در آیین‌نامه داخلی مجلس به شروط نگارش طرح و لایحه اضافه شده است. بنابراین یکی دیگر از مؤلفه‌هایی که هم‌اکنون برای اعلام وصول طرح‌ها و لوایح لازم است مد نظر قرار بگیرد تکمیل هر چهار قسمت این کاربرگ است. تأکید می‌شود که لازمه قانون‌گذاری صحیح پیش‌بینی چنین کاربرگ‌هایی است و نباید با تعصب بی‌جا بر واژگان قانون اساسی اقتضانات علمی و عرفی و اجرایی قانون‌گذاری نادیده گرفته شود.

• **عدم امکان اعلام وصول طرح یا لایحه با موضوعات متعدد به عنوان ماده**

واحد: ماده ۱۳۸ آیین‌نامه داخلی بیان می‌دارد:

نمایندگان مجلس و دولت نمی‌توانند یک طرح یا لایحه قانونی را که بیش از یک موضوع دارد به عنوان ماده واحده پیشنهاد و تقاضای تصویب نمایند. در صورتی که طرح یا لایحه مشتمل بر بیش از یک موضوع باشد، باید مواد و تبصره‌ها جزء به جزء طرح و مورد شور قرار گیرد. هیئت‌رئیس موظف است قبل از اعلام وصول طرح‌ها و لوایح مفاد این ماده را رعایت نماید. لایحه بودجه سالیانه کل کشور و متمم آن از این قاعده مستثنی است.

در مقام تفسیر ماده ۱۳۸ باید چند نکته را مد نظر داشت. ماده یادشده ذیل مبحث اول (با عنوان «طرح‌ها و لوایح قانونی») از فصل اول (با عنوان «قانون‌گذاری») در آیین‌نامه داخلی آمده است. به عبارت دیگر، به لحاظ جایگاه، این ماده در مقام بیان ابتدای فرایند قانون‌گذاری و قبل از طی «مراحل بررسی و تصویب طرح‌ها و لوایح عادی» (عنوان مبحث دوم) است. بنابراین برای تفسیر این ماده باید در نظر داشت که جایگاه این ماده مبین تشریفات اعلام وصول است. همچنین با کنار هم گذاشتن صدر و ذیل این ماده این نتیجه حاصل می‌شود که اگر یک طرح یا لایحه بیش از یک موضوع داشته باشد قابل ارائه به عنوان ماده واحده نیست و هیئت‌رئیس مسئول عدم اعلام وصول آن است. در نتیجه، نباید حکم میانی این ماده^{۱۴} رویکرد مفسر را تغییر دهد. اگرچه حکم میانی بیانگر روش رسیدگی طرح‌ها و لوایح دارای موضوع متعدد است، حکم صدر این ماده ممنوعیت اعلام وصول طرح‌ها و لوایح با موضوع متعدد در قالب ماده واحده است.^{۱۵} در واقع این موضوع به ماهیت ماده واحده بازگشت دارد. این مورد نیز از دیگر محدودیت‌های ارائه طرح و لایحه است.

در مجموع باید گفت علاوه بر شرایط درج‌شده در اصول ۷۴ و ۷۵ قانون اساسی، در آیین‌نامه داخلی مجلس نیز در مواد متعدد «تشریفات» و «شرایط شکلی» برای اعلام وصول طرح‌ها و لوایح بیان شده است و این شرایط مورد ایراد شورای نگهبان قرار نگرفته است. در واقع اگرچه این شرایط و تشریفات ناشی از الزامات عرفی و علمی قانون‌گذاری است، به‌صراحت در قانون اساسی بیان نشده‌اند. بنابراین تصریح به مؤلفه‌هایی که لازمه علمی و عرفی قانون‌گذاری صحیح است مغایر قانون اساسی به نظر نمی‌رسد. البته دایره شمول این

مؤلفه‌ها بستگی به رویکردها دارد. در صورت اتخاذ رویکرد مضیق مؤلفه‌های بسیار محدودی لازمه قانون‌گذاری صحیح برشمرده می‌شود و طبعاً در رویکرد موسع محدوده این مؤلفه‌ها وسیع‌تر است.

سازکار تشخیص قابلیت طرح در مجلس

با توجه به استدلال‌های یادشده، مؤلفه‌های ذکرشده در سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری امکان اشتراط برای اعلام وصول را دارند. اگر هر یک از دلایل یادشده پذیرفته شود، این مؤلفه‌ها با توجه به ظرفیت‌های سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری تعیین می‌شود. در حالی که سابقاً (قبل از ابلاغ سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری) پذیرش هر یک از استدلال‌های مطرح‌شده در قسمت قبل بعضاً به مؤلفه‌های متفاوتی منتج می‌شد. به هر حال بند نهم سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری مؤلفه‌های بسیاری را مطرح می‌کند که عبارت‌اند از: «ارزیابی تأثیرات قانون»، «تنقیح قوانین»، «شفافیت و عدم ابهام»^{۱۶}، «قابلیت اجرا»، «معطوف بودن به نیازهای واقعی»، «استحکام در ادبیات»، «دارا بودن شناسه تخصصی»، «رعایت ضوابط قانون‌نویسی»، «عدالت‌محوری و عدم تبعیض ناروا»، «جلب مشارکت حداکثری مردم، ذی‌نفعان، و نهادهای قانونی مردم‌نهاد تخصصی و صنفی». برای تحقق بند نهم سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری، برخی از این موارد ذکرشده در این بند ناظر به اسناد پشتیبان است که باید در آن‌ها گنجانده شوند و برخی دیگر ناظر به متن طرح یا لایحه است. در اسناد پشتیبان، باید به مسئله، انواع راهکارهای حل آن، چرایی انتخاب یکی از راهکارها، نتایج و تأثیر آن بر سایر متغیرهای اجتماعی، و مانند آن پرداخته شود.

مسئله باید منبعث از واقعیت باشد. هرچه مطالعات انتزاعی‌تر باشد خطای فکری آن زیادت‌تر است. باید در تشخیص مشکل همه ذی‌نفعان^{۱۷} مداخله داشته باشند. ذی‌نفعان کسانی هستند که تصمیمات مقامات دولتی بر آن‌ها اثرگذار است و بر این اساس باید در روند تصمیمات و قانون‌گذاری مشارکت داشته باشند. این مشارکت در انتخاب راه‌حل مسئله، که ممکن است طیفی از سازکارهای مختلف ناظر به آن باشد، ضروری است. پس از طی همه این مراحل، اسناد پشتیبان برای ارائه پیش‌نویس تقنینی آماده می‌شود و تهیه سند پشتیبان می‌تواند یکی از شروط اعلام وصول باشد.

طبیعی است امکان اشتراط همه مؤلفه‌های یادشده به صورت یکباره و دفعی وجود ندارد. ایجاد مکانیسمی برای افزایش کیفیت پیش‌نویس‌های تقنینی باید تدریجی باشد. چون اشتراط همه موارد مذکور به طرح‌ها یا لوایح نیازمند بسترهایی است که هم‌اکنون به صورت مطلوب وجود ندارد. از این رو مشکلات اجرای کامل و یکباره آن می‌تواند به افزایش انتقادات بیفزاید و باعث رد کامل آن شود. پیشنهاد می‌شود ابتدا درج این موارد به پیوست طرح‌ها و لوایح اختیاری در نظر گرفته شود و عدم رعایت این تشریفات مانع از اعلام وصول نباشد. در نهایت، پس از ایجاد بسترهای کافی برای این امر، مؤلفه‌های دیگری برای تشخیص اعلام وصول طرح‌ها شرط شود.

اولین گام تعیین مشوق‌هایی برای طرح‌ها و لوایح دارای مؤلفه‌های یادشده است. این مشوق‌ها می‌تواند در اولویت‌دهی بررسی در کمیسیون یا صحن یا مانند آن ظهور پیدا کند. هدف از اعطای این مشوق‌ها فرهنگ‌سازی برای تهیه این مؤلفه‌ها قبل از اعلام وصول طرح‌ها و لوایح است. واضح است که این راهکار منوط به تشخیص مؤلفه‌هایی برای اعلام وصول نیست و به صورت مستقل نیز برای تقویت در همه مراکز و مؤسسات پژوهشی قابل ارائه است.

در گام بعدی پیشنهاد می‌شود مؤلفه‌های شرط‌شده به دو دسته تقسیم شوند: «مؤلفه‌های قابل اصرار» و «مؤلفه‌های غیر قابل اصرار». مؤلفه‌های قابل اصرار مواردی هستند که طراحان می‌توانند به‌رغم نواقصی در تأمین مؤلفه‌ها بر اعلام وصول شدن طرحشان اصرار کنند. در این صورت، اعلام وصول آن منوط به تأیید «اکثریت مطلق نمایندگان حاضر در جلسه» یا «جلسه مشترک رؤسای کمیسیون‌های تخصصی و هیئت‌رئیس مجلس» باشد. در مقابل مؤلفه‌های غیر قابل اصرار مواردی هستند که بدون تحقق آن‌ها در هیچ شرایطی امکان اعلام وصول طرح یا لایحه وجود ندارد. بنابراین، می‌توان ضمانت اجرای هر یک از مؤلفه‌ها را سطح‌بندی کرد؛ بدین شکل که برای عدم رعایت شروط بااهمیت ضمانت اجرای عدم اعلام وصول در نظر گرفت و در مقابل برای عدم رعایت شروط کم‌اهمیت یا رعایت ناقص شروط مهم ضمانت اجرای اخطار رفع نقص یا قابلیت اصرار پیش‌بینی کرد. تأکید می‌شود که جهت حفظ حقوق نمایندگی، در مرحله اعلام وصول، این مؤلفه‌ها به صورت شکلی احراز شوند و بررسی ماهوی به جهت کیفیت مطالب صورت نگیرد. به عبارت دیگر، معیارهای اعلام وصول طرح‌ها لازم است شکلی باشند نه ماهوی. مثلاً اگر داشتن گزارش ارزیابی تأثیرات قانون شرط اعلام وصول

باشد صرف وجود این گزارش از هر یک از پژوهشگاه‌ها یا مراکز علمی معتبر کفایت می‌کند^{۱۸} و بررسی کیفیت محتوای این گزارش در مرحله اعلام وصول شرط نیست.^{۱۹} تأکید می‌شود که این صلاحیت نباید در مرکز پژوهش‌های مجلس منحصر شود. چون، با توجه به کمبود امکانات جهت بررسی همه طرح‌ها، این انحصار باعث کاهش بسیار سرعت اعلام وصول می‌شود. با این حال می‌توان برای اعلام مخالفت این مرکز امتیاز خاص قائل شد.

علت تأکید بر احراز شکلی مؤلفه‌ها آن است که اولاً یکی از انگیزه‌های مهم برای شناسایی معیارهایی برای اعلام طرح‌ها کاهش تعداد آن‌ها و جلوگیری از هدررفت هزینه عمومی برای رسیدگی به طرح‌ها است و منطقی نیست برای چنین انگیزه‌ای فرایندی زمان‌بر، مثل احراز مؤلفه‌های ماهوی و کیفی، شناسایی شود. ثانیاً بررسی ماهوی طرح‌ها معرکه آراست. چون کارشناسی این‌چنینی تابع دکترین علمی در هر حوزه خواهد بود و حتی ممکن است نظرات مختلف کارشناسی مستمسکی برای مصلحت‌سنجی و سیاست‌ورزی شود.

اشکالی که ممکن است در این مجال طرح شود این است که شناسایی مؤلفه‌های شکلی برای اعلام وصول طرح‌ها خود می‌تواند موجب کثرت ارائه آن‌ها و نقض غرض شود. چون وقتی فرایند ارائه طرح در قالبی معین و کارشناسی محدود می‌شود ارائه‌کنندگان راحت‌تر می‌توانند به آن اعتماد کنند و گذر زمان نیز این امر را به مراتب سهل‌تر خواهد کرد. بنابراین ممکن است در درازمدت، با وضع مؤلفه‌هایی برای اعلام وصول، تعداد طرح‌های تصویب‌شده افزایش یابد و لایحه محوری محقق نشود. در این زمینه باید گفت اولاً معمولاً توان کارشناسی و امکانات در بدنه قوه مجریه بیشتر از قوه مقننه است و از این رو اگر کیفیت پیش‌نویس‌های تقنینی مد نظر باشد تعداد لوایح طبیعتاً بیشتر خواهد بود. البته افزایش کیفیت قوانین هدف اصلی این پیشنهاد است و با لحاظ این هدف تصویب طرح‌های باکیفیت مانعی ندارد. ثانیاً تأکید بر وضع مؤلفه‌هایی برای اعلام وصول نافی سایر آسیب‌ها نیست. بنابراین افزایش کیفیت قانون‌گذاری نیازمند جمع شرایط مختلفی است که در این مقاله صرفاً در خصوص یک مورد ارائه بحث شد.

در نهایت گفتنی است که وضع مؤلفه‌های تشخیص اعلام وصول ماهیت تقنینی دارد. بنابراین نیازمند قانون‌گذاری در مجلس شورای اسلامی از طریق اصلاح قانون آیین‌نامه داخلی مجلس است و هیئت‌رئیس مجلس نمی‌تواند با وضع مقرره‌ای این مهم را اجرایی کند.

در کنار ایده یادشده، باید توجه کرد ابتکار تقنینی ابزار کنترل قدرت سیاسی است و اعطا یا محدود کردن هر یک از قوا در ابتکار تقنینی بر مختصات تفکیک قوای آن نظام سیاسی مؤثر است. بنابراین، به رغم ضرورت افزایش کیفیت پیش‌نویس‌های قانونی، نباید با محدود کردن مجلس در ابتکار تقنینی از قدرت سیاسی مجلس در اداره کشور و به خصوص نظارت بر قوه مجریه کاسته شود. در این زمینه، می‌توان پیش‌نویس‌های تقنینی را در دو دسته تقسیم کرد. دسته اول پیش‌نویس‌هایی هستند که به صورت جزئی در یک موضوع هنجارگذاری می‌کنند. در چنین حالتی مجلس اطلاعات کافی برای قانون‌گذاری در اختیار دارد. دسته دوم پیش‌نویس‌هایی هستند که ضوابط کلی را تعیین می‌کنند. در آن چارچوب، مشخص کردن جزئیات را به قوه مجریه وامی‌گذارند. قوانینی که حاصل پیش‌نویس‌های دسته دوم باشند قوانین توانمندساز^{۲۰} یا قوانین پدر و مادر نامیده می‌شوند.

در واقع با تصویب قوانین توانمندساز مجلس، ضمن شروطنی، تصمیم‌گیری در خصوص مسائل فنی را به قوه مجریه وامی‌گذارد و برای خود فرصت تصمیم‌گیری در خصوص مسائل مهم سیاستی و راهبردی ایجاد می‌کند^{۲۱} (Lovelock & Evans, 2008: 422). مجالس قانون‌گذار به چند دلیل از الگوی دوم استفاده می‌کنند؛ از جمله:

- عدم تخصصی یا فقدان تجربه در اتخاذ تصمیم؛
- کندی در فرایند قانون‌گذاری: برخی تصمیمات قانونی ممکن است فوری باشند و این فوریت با فرایند پارلمان سازگار نیستند؛
- جلوگیری از دخالت‌های سیاسی در تصمیم‌گیری: محیط پارلمان آکنده از ملاحظات سیاسی و حزبی است و ورود به جزئیات هنجارگذاری در یک موضوع می‌تواند انگیزه‌های سیاسی و حزبی را فعال کند. بنابراین، واگذاری تصمیم‌گیری در جزئیات به یک نهاد تخصصی ضروری است؛
- فقدان ظرفیت برای رویارویی با تغییر و عدم قطعیت: پارلمان‌ها ممکن است از ناتوانی خود در پیش‌بینی همه موارد احتمالی آینده و واکنش سریع به تغییرات محیطی آگاه باشند. بنابراین ممکن است تصمیم‌گیری را به نهادهایی که به مشکلات خاص نزدیک‌ترند تفویض کنند (Zapatero Gomez, 2019: 156).^{۲۲}

در موارد یادشده و مشابه آن مجلس صلاحیت قانون‌گذاری خود را منتقل می‌کند. در استفاده از قوانین توانمندساز نباید واگذاری کامل اختیارات تقنینی مجلس به یک دستگاه صورت پذیرد. نظارت مجلس بر آن دستگاه محدود به قانون اولیه نیست و مجلس با توجه به اطلاعات خود می‌تواند در هر زمان صلاحیت‌های واگذارشده را تغییر دهد و حتی آن نهاد را منحل کند. بنابراین تصویب قوانین توانمندساز مغایرتی با تفکیک قوا ندارد (Garvey & Stiff, 2023: 10-11).

با توجه به مطالب پیش‌گفته، هنگامی که پارلمان اطلاعات کافی ندارد یا نمی‌تواند تأثیر تصمیم‌گیرهای خود را ارزیابی کند می‌تواند با تعیین اهداف یا ضوابط یا تعیین بازه زمانی ضمن یک قانون مشخص کردن جزئیات اجرایی را واگذار کند. به عبارت دیگر اگرچه به صورت متداول گفته می‌شود که باید ابتکار اکثر قوانین از طریق لایحه باشد، پارلمان‌ها نیز از طریق قوانین توانمندساز تأثیرگذاری عمیقی در حکمرانی دارند. در نهایت، باید گفت امروزه الگوی ابتکارات تقنینی مجلس و دولت متفاوت است و نباید مجلس را به دلایل گوناگون در ابتکارات تقنینی محدود کرد. گفتنی است در نظام حقوقی ایران نظر مشهور آن است که امکان قانون‌گذاری تفویض به صورت محدود در چارچوب اصل ۸۵ پذیرفته شده است. طبق این نظر صرفاً در برخی از حالات تفویض قانون‌گذاری به کمیسیون‌های مجلس یا دولت امکان‌پذیر است (امینی باغبادرانی، ۱۳۹۰: ۱۰۷ و ۷۲). با این حال در رویکردهای اخیر شورای نگهبان امکان واگذاری صلاحیت قانون‌گذاری همراه ذکر ضوابط آن به قوه مجریه پذیرفته شده است. مثلاً می‌توان به ایراد مرحله اول شورای نگهبان^{۳۳} و اصلاحیه مجلس در ارتباط با ماده ۵ «لایحه بیمه اجباری خسارت واردشده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه» اشاره کرد. این رویکرد گام اولیه در پذیرش تصویب قوانین توانمندساز در ایران است.

نتیجه‌گیری

یکی از راهکارهای تقویت کیفیت قانون‌گذاری پیش‌بینی سازکاری برای تشخیص اعلام وصول طرح‌ها و لوایح است تا از این طریق متونی در دستور کار پارلمان قرار گیرد که اقتضائات اولیه قانون‌گذاری مدرن در آن رعایت شده باشد. همان‌طور که بیان شد، اصل ۷۴ اعلام وصول طرح و لایحه را در مجلس با شروطی امکان‌پذیر می‌داند. برخی با حصری دانستن شروط مطرح در قانون اساسی قائل به امتناع گسترش این شروط شده‌اند. در این

پژوهش با چندین استدلال امکان افزوده شدن به این شروط ممکن دانسته شد. این استدلال‌ها بدین شرح است:

۱. تشریح معنای اصطلاحی طرح و لایحه قانونی در اصل ۷۴؛
 ۲. شرط شکلی اصل ۷۴ شرط لازم برای اعلام وصول و نه شرط کافی؛
 ۳. اصل ۷۴ در مقام بیان حکم و نه موضوع؛
 ۴. وضع شرایطی برای تشخیص اعلام وصول بر اساس مکانیسم اصل ۱۱۲.
- علاوه بر استدلال‌های نظری یادشده، در رویه عملی کنونی نیز تشریفات به جمع شروط اصل ۷۴ افزوده شده است؛ از جمله «کتبی بودن»، «نگارش پیشنهاد در کاربرگ مخصوص»، «عدم امکان اعلام وصول طرح یا لایحه با موضوعات متعدد به عنوان ماده واحده». مجموع این استدلال‌ها نشان می‌دهد در چارچوب قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران امکان وضع شروطی برای طرح پیش‌نویس تقنین در مجلس وجود دارد. در نهایت برای عملیاتی شدن این امکان با استفاده از سیاست‌های کلی قانون‌گذاری پیشنهادهایی مطرح شد. در ارائه راهکار این نکته مهم مد نظر بوده است که اساساً ابتکار قانونی یکی از ضرورت‌های مردم‌سالاری کنترل قدرت توسط قدرت و ارتقای نظم عمومی است. بنابراین محدود کردن ابتکار تقنینی دولت و مجلس هر دو راهکارهای اقتدارگرایانه است و خطر تحدید دولت و مجلس در آن وجود دارد. راهکار دقیق این است که الگوی ابتکارات تقنینی مجلس و دولت متفاوت باشد؛ با این توضیح که در صورتی که محتوای پیش‌نویس نیازمند ابتننا بر داده و اطلاعات و بررسی سوابق تقنینی است باید اعلام وصول آن منوط به احراز مؤلفه‌هایی شود. بدین جهت، پس از طی گام‌های اولیه، در نهایت، پیشنهاد می‌شود با ایجاد دو کمیته بدوی و تجدید نظر در مجلس شورای اسلامی طرح‌ها و لوایح در قیاس با مؤلفه‌هایی ارزیابی شوند. این مؤلفه‌ها حسب اهمیت می‌توانند در دو دسته مؤلفه‌های قابل اصرار و مؤلفه‌های غیر قابل اصرار جای گیرند. گفتنی است به‌رغم امکان حقوقی اعلام وصول اختیاری، تحقق آن نیازمند توجه به موضوعات سیاسی و اجتماعی و فرهنگی است. بنابراین، اجرای سازکارهای پیشنهادی منوط به بررسی همه جوانب است. در مقابل نمایندگان مجلس امکان اعلام وصول اجباری پیش‌نویس قوانین توانمندساز را دارند. با توجه توأمان به این دو راهکار، علاوه بر ارتقای کیفیت تقنینی، اقتدارات مجلس برای تقنین و نظارت بر دولت محدود نمی‌شود.

یادداشت‌ها

۱. ارزیابی تأثیرات قانون (RIA: Regulatory Impact Assessment) «تکنیکی برای ارتقای تصمیمات قانونی بر پایه تجربه از طریق سنجش نظام‌مند و دائمی تأثیرات بالقوه یا بالفعل ناشی از عملکرد دولت است تا آثار مثبت و منفی تقنین مشخص گردد.» (زرشکن عابد، ۱۳۸۷: ۲۹).
۲. ماده ۵۰. تمام افراد ملت می‌توانند تقاضاهای خود را برای درخواست تصویب قوانین یا بیان نیازهای عمومی به مجلسین ارسال کنند.
۳. ماده ۸۹ ... ۲. قوانین و مصوبات فدرال به صورت عام در صورت درخواست ۵۰۰۰۰ شهروند سوئسی دارای حق رأی یا هشت ایالت جهت تصویب یا رد به رأی مردم ارجاع خواهد شد.
۴. در موارد عدم اقدام دولت به ارائه لایحه بودجه چند دوازدهم، لزوم تقدیم لایحه از سوی دولت قابل تردید و تأمل است. با این حال تفصیل این موضوع از موضوع این مقاله خارج است.
۵. اصل ۷۵. طرح‌های قانونی و پیشنهادها و اصلاحاتی که نمایندگان در خصوص لوایح قانونی عنوان می‌کنند و به تقلیل درآمد عمومی یا افزایش هزینه‌های عمومی می‌انجامد در صورتی قابل طرح در مجلس است که در آن طریق جبران کاهش درآمد یا تأمین هزینه جدید نیز معلوم شده باشد.
۶. نص‌گرایی سه کاربرد و معنا دارد:
 - الف) نص‌گرایی مقابل اجتهادگرایی. این کاربرد از نص‌گرایی در فضای فکری اسلامی رواج پیدا کرد و تاریخ ایجاد آن به قرن دوم هجری می‌رسد که در آن فرقی ظاهر شدند که نص دینی را تنها منبع معرفت دینی می‌انگاشتند و با اجتهاد در فقه و اعتقادات سخت مخالفت می‌کردند. تبلور این رویکرد در تحصیل معرفت اسلامی ظاهرگرایان یا همان اهل حدیث بودند که به ظواهر قرآن و احادیث اکتفا می‌کردند. در میان شیعیان نیز نحله‌ای پدید آمد که فقط به احادیث معصومان^(ع) اعتنا می‌کردند و حتی تمسک به ظاهر قرآن را نیز مصداق تفسیر به رأی می‌دانستند و اجتهادات عقلی را، که در علموی چون کلام و فلسفه و اصول فقه متبلور شده‌اند، جایز نمی‌شمردند (واعظی، ۱۳۹۹: ۱۴۴ - ۱۴۵).
 - ب) نص‌گرایی در مقابل اصالت خواننده متن. نص‌گرایی در این کاربرد در برابر این ایده که مفسر می‌تواند در تفسیر و برداشت خود از متن آزادی عمل داشته باشد می‌ایستد و محوریت دادن به خواننده متن را با همه اشکال آن نفی می‌کند. این نوع نص‌گرایی خواننده را ملتزم به اطلاعاتی که از خود متن به دست می‌آید می‌کند و در عالم حقوق دست قضا و مجریان قانون را در فهم و تفسیر قوانین و مقررات گشوده نمی‌داند تا پیش‌فرض‌های سوژکتیو و ذهنی خودشان را، که مبتنی به تلقی‌های فلسفی و اخلاقی و مصلحت‌سنجی‌های فردی است، در فرایند فهم متن قانون اعمال کنند (واعظی، ۱۳۹۹: ۱۴۶). این رویکرد با آنکه با اصالت خواننده در فهم و تفسیر متن مخالف است فهم و تفسیر متن را با محوریت مراد مقنن و ماتن برمی‌تابد و با آن سازگاری دارد.
 - ج) نص‌گرایی در مقابل قصدمحوری تفسیری. در فلسفه حقوق این کاربرد از نص‌گرایی به متن‌گرایی موسوم است و در برابر رویکردهایی که تفسیر قانون را بر محور قصد قانون‌گذار تجویز می‌کنند می‌ایستد (واعظی، ۱۳۹۹: ۱۴۶). در رویکرد سوم به فهم و تفسیر متن با آزادی عمل تفسیری قاضی مخالفت می‌شود و وظیفه اصلی مفسر قانون اکتفا به معنای متعارف و محتوای سمانتیکال متن قانون عنوان می‌شود. متن‌گرایی خود به دو نوع متن‌گرایی مثبت و متن‌گرایی منفی تقسیم می‌شود که در اولی تأکید بر عدم تأثیر دادن قصد تقنینی است و در



دومی افزون بر تأکید بر نفعی قصد تقنینی در تقنین بر محور قرار دادن اصول و قواعد زبانی و معنای متعارف حاصل از کاربرد آن‌ها در فهم و تفسیر قانون تأکید می‌شود. از منظر متن‌گرایی تصرفات قصدگرایانه قضات در تفسیر متن قانونی به منزله قانون‌گذاری و ساختن قانون است. علاوه بر این، متن‌گرایان مخالف گشاده بودن دست قاضی در تفسیر قانون مطابق با عدالت و اخلاقیات هستند (واعظی، ۱۳۹۹: ۱۴۷ - ۱۴۸).

۷. برای مطالعه بیشتر در این زمینه ← خلف‌رضایی، ۱۳۹۳.

۸. نظریه تفسیری شماره ۷۶/۲۱/۵۸۳ مورخ ۱۳۷۶/۰۳/۱۰ شورای نگهبان در خصوص اصل ۷۳.

۹. برای مطالعه بیشتر در این زمینه ← یآوری و همکاران (۱۳۹۶).

۱۰. البته باید توجه داشت که از طریق تفسیر قانون اساسی اصلاح صورت نپذیرد.

۱۱. گفتنی است این پیشنهاد تجویزی خلاف قانون اساسی نیست، بلکه از ظرفیت مجمع تشخیص مصلحت نظام که نهادی منبعث از قانون اساسی است استفاده شده است. در واقع از طریق مجمع تشخیص مصلحت نظام نمی‌توان حکمی خلاف «نص صریح قانون اساسی» ذکر و بر این اساس در قانون اساسی بازنگری کرد. مجمع تشخیص صرفاً می‌تواند نظر مبتنی بر مصلحت مجلس شورای اسلامی را برخلاف «تفسیر شورای نگهبان» از قانون اساسی تأیید کند.

۱۲. اصل ۱۱۲. مجمع تشخیص مصلحت نظام برای تشخیص مصلحت در مواردی که مصوبه مجلس شورای اسلامی را شورای نگهبان خلاف موازین شرع و یا قانون اساسی بداند و مجلس با در نظر گرفتن مصلحت نظام نظر شورای نگهبان را تأمین نکند و مشاوره در اموری که رهبری به آنان ارجاع می‌دهد و سایر وظایفی که در این قانون ذکر شده است به دستور رهبری تشکیل می‌شود. اعضای ثابت و متغیر این مجمع را مقام رهبری تعیین می‌نماید. مقررات مربوط به مجمع توسط خود اعضا تهیه و تصویب و به تأیید مقام رهبری خواهد رسید.

۱۳. از آنجا که هنوز مجلس یازدهم به اتمام نرسیده و اقدامات این مجلس هنوز وفق ماده ۲۱۷ قانون آیین‌نامه داخلی مجلس به صورت عمومی منتشر نشده است، امکان درج آمار آن در جدول تهیه‌شده وجود ندارد و به آمار مجلس دهم اکتفا شده است.

۱۴. در صورتی که طرح یا لایحه مشتمل بر بیش از یک موضوع باشد، باید مواد و تبصره‌ها جزء به جزء طرح شود و مورد شور قرار گیرد.

۱۵. رویه فعلی اعلام وصول در مجلس مطابق رویکرد تفسیری یادشده نیست.

۱۶. همچنین بند ۱۳ سیاست‌های کلی نظام اداری بیان می‌دارد: «عدالت‌محوری، شفافیت، و روزآمدی در تنظیم و تقیح قوانین و مقررات اداری».

17. stake holder

۱۸. یکی از موضوعات مهم در این زمینه استانداردهای علمی یک گزارش پیش‌نویس قانونی است. اگرچه به دلایل مطرح‌شده در متن نمی‌توان برای اعلام وصول کردن پیش‌نویس شروطی ماهوی برای این گزارش‌ها را مطرح کرد، باید در مراکز علمی چارچوبی متقن و مبتنی بر ضوابط علمی در این خصوص قرار داده شود و با توجه به گزارش‌های تهیه‌شده هر ساله مراکز علمی پایش و رتبه‌بندی شوند. مثلاً باید در این گزارش‌ها ارزیابی تأثیرات قانون مبتنی بر داده‌های موثق و معتبر باشد و صرف مطالعات کتابخانه‌ای کفایت نمی‌کند. همچنین در این گزارش

باید سوابق تقنینی مرتبط با موضوع مطرح شود. به‌رغم اهمیت توصیف استانداردهای این گزارش‌ها، این موضوع خارج از هدف اصلی این پژوهش است.

۱۹. البته لازمه این پیشنهاد شفافیت اطلاعات و تضارب آرا در میان همه ذی‌نفعان و کارشناسان است و بدون این موارد در درازمدت ممکن است نهادهای کارشناسی در خدمت قدرت و گروه‌های سیاسی قرار گیرند.

20. Enabling Act/Empowering Act

۲۱. برای مطالعه بیشتر در این زمینه ← زانتاکی، ۱۴۰۱، ۳۱۹ - ۳۲۰.

۲۲. برای مطالعه در این زمینه ← مؤذنی، ۱۳۹۳، ۱۱۰ - ۱۱۱.

۲۳. اظهارنظر شورای نگهبان به شماره ۹۴/۱۰۲/۵۸۱۴ مورخ ۱۳۹۴/۱۲/۱۳ در خصوص «لایحه بیمه اجباری خسارت واردشده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه».

منابع

۱. ابریشمی‌راد، محمدمبین و عباس‌علی کدخدایی (۱۳۹۵)، «رویه شورای نگهبان در خصوص اصول و ضوابط حاکم بر ابتکار قانون»، دانش حقوق عمومی، شماره ۱۳، ۱ - ۲۲.
۲. امینی باغبادرانی، مسعود (۱۳۹۰)، «مطالعه تطبیقی تفویض اختیار قانون‌گذاری در نظام‌های حقوقی جمهوری اسلامی ایران و فرانسه»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شیراز.
۳. انصاری، باقر (۱۳۹۸)، اصول و فنون قانون‌گذاری؛ تنظیم پیش‌نویس طرح‌ها و لوایح، تنقیح و تدوین قوانین، تهران: دادگستر.
۴. پژوهشکده شورای نگهبان (۱۴۰۰)، محشای قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: انتشارات پژوهشکده شورای نگهبان، ج ۲.
۵. حبیب‌زاده، توکل (۱۳۹۳)، «نظارت قضایی و رویکردهای دیوان عالی فدرال امریکا در تفسیر قانون اساسی در پرتو تحولات سیاسی و اجتماعی»، دانش حقوق عمومی، شماره ۱۰، ۱۱۳ - ۱۴۰.
۶. خلف‌رضایی، حسین (۱۳۹۳)، «رویکردهای تفسیر به قانون اساسی با نگاهی به نظرات شورای نگهبان»، دانش حقوق عمومی، شماره ۷، ۷۳ - ۹۳.
۷. دهقان‌بنادکی، علی (۱۴۰۰)، اظهارنظر کارشناسی درباره «طرح اصلاح موادی از قانون آیین‌نامه داخلی مجلس» (قسمت اول: فرایند تقنین)، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل ۱۷۹۶۳.
۸. زانتاکی، هلن (۱۴۰۱)، قانون‌نویسی هنر و فناوری قواعد تنظیم‌گیری، مترجم: حسن وکیلان، تهران: سمت و مجلس شورای اسلامی.
۹. زرشکن عابد، لیلا (۱۳۸۷)، ارزیابی تأثیرات قانون، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
۱۰. شریف، محمد (۱۳۸۴)، «جایگاه قانونی شورای عالی انقلاب فرهنگی و مرتبه مصوبات آن»، پژوهش حقوق عمومی، دوره ۷، شماره ۱۶، ۲۱۳ - ۲۴۹.

۱۱. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۶)، *حقوق اساسی*، ج ۱۱، تهران: میزان.
۱۲. عبدالاحد، علی و همکاران (۱۳۹۸)، *آسیب‌شناسی نظام قانون‌گذاری جمهوری اسلامی ایران* (ویرایش دوم)، گزارش کارشناسی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره مسلسل ۱۶۰۸۰.
۱۳. کوئن‌جی، مویل (۱۳۸۷). *ارتقای کارآمدی رویه‌های تقنینی پارلمان*، مترجم: حسن وکیلان، مرکز پژوهش‌های مجلس، شماره مسلسل ۹۴۲۶.
۱۴. مؤذنی، روح‌الله (۱۳۹۳)، *حقوق عمومی اقتصادی: مطالعه تطبیقی ایران و فرانسه*، تهران: مجد.
۱۵. واعظی، احمد (۱۳۹۹)، *هرمون‌تیک حقوقی*، قم: مؤسسه بوستان کتاب.
۱۶. یآوری، اسدالله و همکاران (۱۳۹۶)، *اصول و معیارهای تفسیر قضایی در حقوق عمومی*، تهران: انتشارات قوه قضاییه.

17. Zapatero Gomez, Virgilio. (2019). *The Art of Legislation*, Switzerland: Springer.

18. Garvey, Todd; Stiff, sean M. (2023), 'Congress's Authority to Influence and Control Executive Branch Agencies Congress's Authority to Influence and Control Executive Branch Agencies', Congressional Research Service, Serial number: R45442.

19. Lovelock, Lynn; Evens, John. (2008), 'New South Wales Legislation Council Practice' Sydney: The Federation Press.

قوانین و اسناد

۱. اظهارنظر شورای نگهبان به شماره ۹۴/۱۰۲/۵۸۱۴ مورخ ۱۳/۱۲/۱۳۹۴ در خصوص «لایحه بیمه اجباری خسارت واردشده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه».
۲. آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی مصوب سال ۱۳۷۹ با اصلاحات و الحاقات بعدی.
۳. سیاست‌های کلی نظام اداری، ابلاغیه مقام معظم رهبری در سال ۱۳۸۹.
۴. سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری، ابلاغیه مقام معظم رهبری در سال ۱۳۹۸.
۵. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مصوب سال ۱۳۵۸ با اصلاحیه سال ۱۳۶۸.
۶. قانون وظایف و اختیارات رئیس قوه قضاییه، مصوب سال ۱۳۷۸.

۷. نظریه تفسیری شورای نگهبان به شماره ۹۷۵۱، مورخ ۱۳۶۲/۰۷/۲۷ در خصوص اصل ۹۸.
۸. نظریه تفسیری شماره ۷۶/۲۱/۵۸۳ مورخ ۱۳۷۶/۰۳/۱۰ شورای نگهبان در خصوص اصل ۷۳.

Refereces

A. Books, articles and theses:

- 1 .Abrishmi Rad, Mohammad Amin; Kodkhodaei, Abbas Ali. (2015). " The Procedure of the Guardian Council Regarding the Principles and Criteria Ruling on Legislative Initiative ", Quarterly Journal of Public Law Knowledge, No. 13, Spring 2015, pp. 1-22.
- 2 .Amini Baghbadrani, Masoud. (2011), An Applied Study of the Delegation of Legislative Discretion in the Legal Systems of the Islamic Republic of Iran and France, Master's Thesis, Shiraz University. (In Persian)
- 3 .Ansari, Baqir. (2018). Principles and Techniques of Legislation; Preparation of draft Plans and Bills, Revision and Compilation of Laws, Tehran: Justice Publishing House, first edition. (In Persian)
- 4 .The Research Institute of the Guardian Council, (2021), Outline of the Constitution of the Islamic Republic of Iran, second volume, Tehran: Publications of the Research Institute of the Guardian Council, first edition. (In Persian)
- 5 .Habibzadeh, Tavakol. (2014), "Judicial review and American Supreme Court's approaches to interpretation of the Constitution in the light of the political and social evolutions", Quarterly Journal of Public Law Knowledge, No. 10, pp. 113-140.
- 6 .Khalaf Rezaei, Hossein. (2014), "Approaches to Constitutional Interpretation; with Regard to the Guardian Council's Decisions", Knowledge Quarterly Journal of Public Law Knowledge, No. 7, pp. 73-93. (In Persian)
- 7 .Dehghan Benadaki, Ali. (2021), expert opinion on: "Amendment plan for articles of the law of internal regulations of the parliament" (the first part of the legislative process), Research Center of the Islamic Council, serial number 17963. (In Persian)
- 8 .Zantaki, Helen. (2022), Law writing art and technology of regulation rules, translated by Hassan Vakilian, Tehran: Samt and Majlis Islamic Shura Publications. (In Persian)
- 9 .Zarshkan Abed, Leila. (2008). Evaluating the effects of the law, Tehran: Islamic Parliament Research Center, first edition. (In Persian)
- 10 .Sharif, Mohammad. (2005). "Gas Wins Legal Hierarchy Pervasive

- Cultural Revolution even Higher", Public Law Research Quarterly, Volume 7, Number 16, pp. 213-249 .
- 11 .Tabatabayi Mottamani, Manouchehr. (2007)). Fundamental Rights, Tehran: Mizan, 11th edition. (In Persian)
- 12 .Abdul Ahad, Ali and others. (2018), Pathology of the Legislative System of the Islamic Republic of Iran (2nd Edition), Expert Report of the Islamic Council Research Center, serial number 16080. (In Persian)
- 13 .Kuenji, Moyil. (2008). Improving the efficiency of legislative procedures of parliament, translated by Hassan Vakilian, Majlis Research Center, serial number 9426. (In Persian)
- 14 .Muezzin, Ruhollah. (2014), General Economic Law: A Comparative Study of Iran and France, Tehran: Majd Publications. (In Persian)
- 15 .Vaezi, Ahmed. (2019), legal hermeneutics, Qom: Bostan Kitab Institute. (In Persian)
- 16 .Yavari, Asadullah et al. (2016), principles and criteria of judicial interpretation in public law, Tehran: Judiciary Publications. (In Persian)
- 17 .Zapatero Gomez, Virgilio. (2019). The Art of Legislation, Switzerland: Springer .
- 18 .Garvey, Todd; Stiff, Sean M. (2023), 'Congress's Authority to Influence and Control Executive Branch Agencies Congress's Authority to Influence and Control Executive Branch Agencies', Congressional Research Service, Serial number: R45442.
- 19 .Lovelock, Lynn; Evens, John. (2008), 'New South Wales Legislation Council Practice' Sydney: The Federation Press.

B. Laws and documents

- 1 .Statement of the Guardian Council No. 5814/102/94 dated 13/12/2013 regarding "Compulsory insurance bill for damages caused to third parties due to accidents caused by vehicles". (In Persian)
- 2 .The internal regulations of the Islamic Council approved in 1379 with subsequent amendments and additions. (In Persian)
- 3 .The general policies of the administrative system of the notification of the Supreme Leader in 2019. (In Persian)
- 4 .The general policies of the legislative system of the notification of the Supreme Leader in 2018. (In Persian)
- 5 .The Constitution of the Islamic Republic of Iran approved in 1979 with the amendment of 1989 . (In Persian)
- 6 .The Law on the Duties and Powers of the Head of the Judiciary approved

in1999. (In Persian)

7 .Interpretive theory of the Guardian Council No. 9751 dated 19/10/1983 regarding the ninety-eighth principle. (In Persian)

8. Interpretation theory No. 583/21/76 dated 31/5/1997 of the Guardian Council regarding the seventy-third principle. (In Persian)

جایگاه حقوقی نظرات شرعی^۱ فقهای شورای نگهبان راجع به اصول قانون اساسی و نسبت آن با تفسیر رسمی قانون اساسی^۲

محمد بهادری جهرمی^۱، زینب عساکره^۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۹/۰۵ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۱/۳۰

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: 10.22034/qjplk.2023.1721.1575

چکیده

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در مهم‌ترین اصل فرادستوری خود، یعنی اصل ۴، به لزوم انطباق همه قوانین و مقررات با موازین اسلامی تصریح و فقهای شورای نگهبان را به عنوان مرجع انحصاری صیانت از این مهم در بُعد تقنین تعیین کرده است. در این زمینه، نهاد یادشده عهده‌دار بررسی همه گزاره‌های الزام‌آور حقوقی از حیث انطباق یا عدم مغایرت با موازین اسلامی شده است. کارویژه مهمی که به موجب این اصل در اختیار نهاد فقهای شورا قرار گرفته نظارت شرعی نام دارد و نتیجه اعمال این نظارت صدور نظر شرعی است. نظر به عدم تصریح قانون اساسی به کارویژه نظر شرعی برخلاف تصریح به تفسیر رسمی و قانونی شورای نگهبان، به موجب اصل ۹۸، پژوهش حاضر با رویکرد تحلیل رویه‌ای و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای درصدد پاسخ به این پرسش‌ها بوده است: اولاً نظر به اینکه در اصل ۹۸ صلاحیت تفسیر اصول قانون اساسی بر عهده شورای نگهبان قرار گرفته نظرات مبتنی بر اصل ۴ در خصوص اصول قانون اساسی چه نوع نظری است؟ ثانیاً نسبت این نظرات با تفاسیر رسمی شورای نگهبان بر اساس اصل ۹۸ چیست؟ ثالثاً نظرات فقهای شورای نگهبان از اصول قانون اساسی مبتنی بر اصل ۴ چه ماهیتی دارد؟ نظر به لازم‌الاجرا بودن نظرات شرعی و اتصال آن‌ها به موازین اسلامی و برتری این موازین بر همه هنجارهای حقوقی، از جمله قانون اساسی مستند به اصل ۴، نظرات شرعی که در مواضع مغایرت «اطلاق» یا «عموم» اصول قانون اساسی صادر می‌شوند واجد

۱. استادیار، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران

* Email: m.bahadori@modares.ac.ir

۲. کارشناس ارشد حقوق عمومی، دانشکده حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشگاه قم، قم، ایران (نویسنده مسئول)

** Email: zeynabasakereh68@gmail.com



ماهیتی برتر از تفاسیر رسمی هستند.

واژگان کلیدی: اصل ۴ قانون اساسی، اصل ۹۸ قانون اساسی، تفسیر رسمی، فقهای شورای نگهبان، موازین اسلامی، نظارت شرعی، نظر شرعی.

مقدمه

در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، که قانونی برآمده از ایدئولوژی مکتبی است، اجرای شریعت اسلام یکی از اهداف عالی معرفی شده و بدین سبب است که در حکومت اسلامی مبنای مشروعیت قانون انطباق آن با موازین شرعی است (ارسطا، ۱۳۸۲: ۲۱). بر این اساس، با توجه به اینکه در نظام حقوقی جمهوری اسلامی اسلامیت نظام مبین و معرف ماهیت آن است، «موازین اسلامی» به منزله والاترین هنجار معرفی و به این مهم در مقدمه قانون اساسی تصریح شده است. در دیباچه این سند فرازین حقوقی، قانون اساسی از یک سو «مبین نهادهای فرهنگی، اجتماعی، سیاسی، و اقتصادی جامعه ایران بر اساس اصول و ضوابط اسلامی» معرفی شده و از سویی دیگر «قانون‌گذاری، که مبین ضابطه‌های مدیریت اجتماعی است، بر مدار قرآن و سنت جریان می‌یابد. بنابراین نظارت دقیق و جدی از ناحیه اسلام‌شناسان عادل و پرهیزکار و متعهد امری محتوم و ضروری است». مترتب بر این امر، اصل ۴ قانون اساسی نسبت به چهارهای قانونی با موازین شرع را تعیین و مسئله شرعی بودن قوانین و مقررات را به منزله رکن مهم اسلامی بودن و اسلامی ماندن نظام سیاسی کشور تبیین کرده است. این اصل مقرر می‌دارد: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی، و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است».

قانون اساسی اصلی‌ترین سند تضمین حقوق و آزادی‌ها (حیدری و همکاران، ۱۳۹۷: ۹) و میثاق مشترک ملت محسوب می‌شود. این قانون به هنجارهای بنیادین و انتظام‌بخش یک جامعه سیاسی اطلاق می‌شود که در آن، ضمن تأکید ویژه بر حقوق و آزادی‌های اساسی شهروندان، به تبیین سازکار نهادها و قوای حاکم بر جامعه پرداخته می‌شود (هاشمی، ۱۳۹۰: ۴۷؛ عالمی، ۱۳۷۶: ۲۵). قانون اساسی در واقع مبین و مشخص خطوط و اصول کلی صلاحیت مقامات و نهادهای حاکمیتی به منظور تضمین حقوق و آزادی‌های شهروندان در چارچوب موازین شرع است. «فقهای شورای نگهبان» یکی از نهادهای حاکمیتی است که موجودیت آن در اصل یادشده به

رسمیت شناخته شده و صلاحیت اعمال نظارت شرعی بر همهٔ هنجارها، از جمله اطلاق و عموم اصول قانون اساسی، به این نهاد واگذار شده است.

نظر به اینکه ذیل اصل ۴ در مقام اعطای صلاحیت تشخیص انطباق همهٔ هنجارها با موازین اسلامی به فقهای شورای نگهبان است، تبیین این امر که نهاد یادشده به چه نحو اقدام به تشخیص مغایرت یا عدم انطباق گزاره‌های الزام‌آور حقوقی می‌کند بسیار حائز اهمیت است. به دیگر سخن، با وجود آنکه اصل ۴ به صراحت از چگونگی اجرا و اعمال این اصل توسط فقهای شورای نگهبان سخن نگفته، از آنجا که فقهای شورا را مرجع اصلی و مشخص اسلامی بودن یا نبودن قوانین و مقررات تعیین کرده، این نهاد در اعمال صلاحیت خود اقدام به تفسیر (به معنی عام) کرده است.^۳ در این زمینه، به نظر می‌رسد اصلی‌ترین طریق اعمال ذیل اصل ۴ را می‌توان تفسیر دانست. به بیان دیگر، تشخیص این نهاد در همهٔ موارد، با توجه به رویهٔ موجود، عمدتاً از طریق تفسیر صورت می‌گیرد. اما سؤال اصلی این است که با توجه به اینکه در اصل ۹۸ قانون اساسی صلاحیت تفسیر اصول قانون اساسی بر عهدهٔ شورای نگهبان قرار گرفته، نظرات مبتنی بر اصل ۴ در خصوص اصول قانون اساسی اولاً چه نوع نظری است؟ ثانیاً نسبت این نظرات با تفاسیر رسمی شورای نگهبان بر اساس اصل ۹۸ چیست؟ ثالثاً، نظر به اینکه در دکترین حقوقی تفسیر قانون اساسی در حکم قانون اساسی تلقی شده، همان‌گونه که تفسیر قانون عادی در حکم قانون عادی است (هاشمی، ۱۳۸۱: ۲۵۱)، و در دیدگاه اعضای شورای نگهبان نیز این تلقی که «تفسیر قانون اساسی در حکم قانون اساسی است» سابقه دارد^۴ (بهادری جهرمی، ۱۳۹۵: ۵۰)، این سؤال مطرح می‌شود که نظرات فقهای شورای نگهبان از اصول قانون اساسی مبتنی بر اصل ۴ چه ماهیتی دارد؟

مبتنی بر پرسش‌های اخیر، نوشتار حاضر با رویکرد تحلیل رویه‌ای و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و رویهٔ موجود متکفل پاسخ به پرسش‌های مطرح‌شده شده است. تتبع در آثار پژوهشی نشان می‌دهد با وجود اینکه آثاری در باب تفاسیر رسمی و نظرات شرعی به طور جداگانه نگاشته شده، تا کنون از منظر نسبت‌سنجی این دو مهم تحقیق جامعی صورت نگرفته است. بنابراین، نوشتار حاضر از این منظر واجد نوآوری است. بر این مبنا، ساختار پژوهش در سه قسمت ساماندهی شده است. در بخش نخست به مفهوم تفسیر و اقسام آن در قانون اساسی پرداخته می‌شود. در بخش دوم تحلیل رویهٔ فقهای شورای نگهبان در خصوص اصول قانون اساسی واکاوی می‌شود. و در

بخش سوم وجوه افتراق و اشتراک تفاسیر رسمی و نظرات شرعی بررسی می‌شود.

۱. تفسیر؛ مفهوم و اقسام آن در قانون اساسی

تفسیر در لغت به معنای تبیین، توضیح، کشف و آشکار ساختن امور پوشیده و مخفی است (بابایی مهر، ۱۳۸۸: ۱۶۸) و در فرهنگ اصطلاحات حقوقی به «کشف مراد قانون‌گذار از طریق به کار بردن قواعد و مقررات ادبی یا منطقی یا از طریق استفاده از سوابق تاریخی» معنا شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۱۷۱). این دانش‌واژه از منظر مفسر قانون اساسی به بیان مراد مقنن (نظر تفسیری شماره ۵۸۳/۲۱/۷۶ مورخ ۱۳۷۶/۰۳/۱۰ شورای نگهبان) یا قصد اصلی قانون‌گذار در زمان وضع قانون تعبیر شده است (خلف‌رضایی، ۱۳۹۳: ۸۵). به بیان دیگر، تفسیر قانون به معنای رفع ابهام و توضیح و تبیین مفهوم و قلمرو آن در مقام اجراست (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۳۰۴) و در حقوق به معنای تعیین مفهوم و گستره قاعده حقوقی است (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۲۱۰). این اصطلاح در مباحث حقوقی کاربرد فراوانی دارد و در خصوص معنای آن نظرات مختلفی از سوی نظریه‌پردازان اظهار شده است؛ از جمله آنکه «تفسیر عبارت است از آشکار ساختن قاعده یا قواعد قانونی به عنوان مقدمه‌ای برای تطبیق آن بر حالات و شرایط خاص»، «تعیین قلمرو و تطبیق آن بحث و جست‌وجوی الفاظی که متن از آن استفاده کرده است»، یا «کوششی در جهت شناخت؛ یعنی دقیقاً پی بردن به معنای قواعدی که در منابع حقوق تبلور یافته است» (یاوری و حسنوند، ۱۳۹۸: ۲۴۶).

تفسیر به اعتبار مرجع تفسیر یا به عبارتی مقام و موقعیت مفسر به انواع «شخصی»، «قضایی»، و «قانونی» تقسیم می‌شود (موسوی بجنوردی و دانش‌پور، ۱۳۹۰: ۶۰). در قانون اساسی سه نوع تفسیر به رسمیت شناخته شده است: تفسیر قانون اساسی^۵، تفسیر (نوعی) قانون عادی^۶، تفسیر موردی^۷. در این میان، انواع تفاسیر ابرازی مرجع رسمی تفسیر قانون اساسی شامل سه نوع تفسیر قانونی^۸، تفسیر تطبیقی^۹، نظریه مشورتی^{۱۰} می‌شود (بهادری جهرمی، ۱۳۹۴: ۱۱۸ - ۱۲۱).

نقشی که نهاد فقهی - حقوقی فقهای شورای نگهبان در اجرای اصل ۴ قانون اساسی در زمینه همهٔ هنجارهای حقوقی، از جمله قانون اساسی، ایفا می‌کند همانند کارویژه تفسیری است که شورای نگهبان در مقام اعمال اصل ۹۸ انجام می‌دهد. البته نمی‌توان خروجی نظارت شرعی فقهای شورا را با تفاسیر پیشین یکسان دانست. چون، علاوه بر تفاوت در مرجع تفسیر، سازکار اعمال آن نیز متفاوت است. فقهای شورای نگهبان، از طریق اصل ۴، اصول قانون اساسی را از

منظر شرعی بودن یا نبودن و از نظر مقید کردن اطلاق اصول یا تخصیص زدن عموم اصول قانون اساسی تفسیر می‌کنند و بدین ترتیب خروجی نظارت شرعی ایشان صدور نظر شرعی از مجرای تفسیر اصول قانون اساسی است؛ نظراتی که می‌توان آن‌ها را در معنای اخص و اعم به کار برد. نظرات شرعی در معنای اخص به آن دسته از نظرات فقهای شورای نگهبان در خصوص اصول قانون اساسی اشاره دارد که بر اساس آن می‌توان اطلاق اصلی از اصول قانون اساسی را مقید کرد یا عمومیت یک اصل را تخصیص زد و این کارویژه مستند به اصل ۴ منحصراً در اختیار فقهای شورای نگهبان است. نظرات شرعی در معنای اعم خود به معنای نظارت شرعی و اعلام نظر در خصوص همه گزاره‌های حقوقی است که فقهای شورا بر یکایک قوانین و با توجه به سازکارهای مختلف اعمال می‌کنند و خروجی نظارت این نهاد صدور نظر شرعی خواهد بود. بر این اساس، تفسیر مهم‌ترین و اصلی‌ترین سازکار فقهای شورای نگهبان در اعمال اصل ۴ قانون اساسی است که با تفاسیر قانونی و قضایی تفاوت دارد و در نوع خود منحصر به فرد است.

۲. تحلیل و ارزیابی رویه فقهای شورای نگهبان در نظارت شرعی بر قانون اساسی

رویه فقهای شورای نگهبان در اجرای اصل ۴ قانون اساسی در خصوص اصول قانون اساسی نشان از نظارت شرعی این نهاد بر اصول ۱۳ و ۶۹ و ۱۲۱ این قانون دارد. بر این مبنا، در ادامه ابتدا به بررسی رویه فقها در خصوص سه اصل یادشده پرداخته می‌شود و سپس وجوه افتراق و اشتراک یا نسبت‌سنجی نظر شرعی و تفسیر رسمی تبیین می‌شود.

نخستین نظر فقهای شورای نگهبان در خصوص اصول قانون اساسی به استفسار رئیس‌جمهور وقت، در سال ۱۳۶۵، نسبت به مفاد اصل ۱۲۱ این قانون بازمی‌گردد. این مقام، به موجب صلاحیت مقرر در ماده ۱۳ آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان، مصوب ۱۳۶۲/۰۵/۱۷، در نامه‌ای خطاب به شورای نگهبان با طرح این سؤال که «با توجه به مفاد سوگندنامه رئیس‌جمهور در اصل ۱۲۱ قانون اساسی، آنجا که رئیس‌جمهور در حراست از مرزها و استقلال سیاسی و فرهنگی کشور نباید از هیچ اقدامی دریغ ورزد، در صورتی که بنا به تشخیص و نظر رئیس‌جمهور فردی که به عنوان سفیر فوق‌العاده و نماینده تام‌الاختیار دولت جمهوری اسلامی ایران پیشنهاد می‌شود، از صلاحیت و اهلیت کامل برای احراز چنین نمایندگی برخوردار نباشد، آیا در این صورت امضای نمایندگی یادشده با مفاد سوگندنامه منافاتی ندارد؟»^{۱۲} از شورا درخواست نظر تفسیری

کرده بود. پس از طرح موضوع در جلسه رسمی شورای نگهبان، اکثریت فقهای شورا- و نه اعضای شورا- نظر خود را در این خصوص اعلام می‌کنند.^{۱۳}

دومین آن مربوط به استفسار ریاست وقت قوه قضاییه در خصوص اصل ۱۳ قانون اساسی در سال ۱۳۶۵ است. رئیس قوه به دنبال صدور رأی وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عالی کشور، در تاریخ ۱۳۶۳/۰۳/۱۹، که به موجب آن دادگاه‌ها مکلف شده بودند در خصوص احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه آرای خود را بر اساس آیین و دین اقلیت‌های ذکر شده در صدر اصل ۱۳ قانون اساسی صادر کنند، از شورای نگهبان تقاضای استفسار کرد. در این میان، فقهای شورای نگهبان نظر خود را به شماره ۱۷۹۴ در مورخ ۱۳۶۸/۱۲/۱۵ بدین صورت اعلام کردند: «چنانچه دادگاه‌های اسلامی حکم کنند باید بر اساس موازین اسلامی باشد؛ مگر در مواردی که شارع مقدس احکام مربوط به احوال شخصیه اهل کتاب را امضا فرموده است. بنابراین رأی وحدت رویه ردیف ۶۳/۲۳ شماره ۷۳ مورخ ۱۳۶۳/۰۹/۱۹ و اطلاق مواد مورد استناد آن در این قسمت خلاف شرع و باطل است».

سومین نظر ناظر به اصل ۶۹ قانون اساسی است. به دنبال درخواست نظر تفسیری یکی از اعضای شورای نگهبان به موجب صلاحیت مقرر در ماده ۱۸ آیین‌نامه داخلی شورا مصوب ۱۳۷۹/۰۴/۲۲ و با استناد به اصل ۹۸ مبنی بر تعیین شعاع کلمه «مذاکرات» درج شده در اصل ۶۹ قانون اساسی پانزده موضوع در جلسه شورای نگهبان مطرح شد و مورد بحث و بررسی قرار گرفت. در این میان، فقهای شورای نگهبان- و نه اعضای شورای نگهبان- اطلاق علنی بودن مذاکرات مجلس شورای اسلامی و انتشار گزارش کامل آن از طریق رادیو و روزنامه رسمی برای اطلاع عموم نسبت به مواردی که مشتمل بر توهین و هتک حیثیت افراد و اشاعه فاحشه باشد را خلاف موازین شرع تشخیص دادند و اطلاق آن را مقید به موارد اخیر کردند (نظر شماره ۸۷/۳۰/۲۹۳۴۹ مورخ ۱۳۸۷/۰۹/۰۳ فقهای شورای نگهبان).

علاوه بر موارد فوق، در رویه تطبیقی شورای نگهبان نظری وجود دارد که نشان می‌دهد فقهای شورای نگهبان در بررسی لایحه آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۰/۱۱/۱۹ مجلس شورای اسلامی، بدون اشاره به اصل مشخصی از قانون اساسی، نسبت به یکی از اصول این قانون اقدام به صدور نظر شرعی، نه مبتنی بر اصل ۴، بلکه بر اساس اصل ۹۴، کرده‌اند. توضیح آنکه ماده ۳۰۵ لایحه یادشده مقرر کرده بود: «به جرایم سیاسی و مطبوعاتی به طور علنی در دادگاه کیفری یک

مرکز استان محل وقوع جرم با حضور هیئت منصفه رسیدگی می‌شود». شورای نگهبان در بررسی این لایحه اطلاق ماده ۳۰۵ را در مواردی که علنی بودن دادگاه منافی عفت عمومی یا نظم عمومی باشد خلاف موازین شرع اعلام کرد (نظر شماره ۹۱/۳۰/۴۸۳۲۸ مورخ ۱۳۹۱/۰۷/۲۳ شورای نگهبان). نکته قابل ذکر آنکه به نظر می‌رسد با توجه به اینکه اصل ۱۶۸ باید در محدوده اصل ۱۶۵ تفسیر شود، بدین معنا که در فرض خلاف منافی عفت عمومی یا نظم عمومی بودن نمی‌توان رسیدگی به جرایم سیاسی و مطبوعاتی را به طور علنی برگزار کرد، اطلاق موجود در ماده ۳۰۵ لایحه یادشده قابلیت ورود ایراد مستند به اصل ۱۶۵ را نیز دارد. بر این اساس، ماده ۳۰۵ علاوه بر مغایرت با اصل ۱۶۸ قانون اساسی با اصل ۱۶۵ نیز در تعارض است. در این زمینه، مجلس شورای اسلامی به منظور رفع ایراد یادشده حسب نظر شورای نگهبان اصلاحات لازم را به عمل آورد. در واقع، فقهای شورا با ابزارهای موجود در اصل ۴، یعنی مقید کردن اطلاق یا تخصیص زدن اصول قانون اساسی اما مستند به اصل ۹۴، اقدام به ارائه نظر شرعی کردند.

طرح سؤالات یادشده از سوی رئیس‌جمهور در خصوص مفاد سوگندنامه ریاست‌جمهوری (موضوع اصل ۱۲۱)، استفسار ریاست وقت قوه قضاییه در خصوص اصل ۱۳ قانون اساسی و استفسار یکی از اعضای شورای نگهبان در خصوص تعیین شعاع کلمه مذاکرات (یادشده در اصل ۶۹) و پاسخ فقیهان شورا- و نه شورای نگهبان- به استفساریه‌ها دربردارنده نکات مهمی به شرح ذیل است:

- درخواست نظر تفسیری- و نه نظر شرعی- توسط مقامات یادشده از شورای نگهبان درباره مفاد اصول ۱۳، ۱۲۱، و ۶۹ قانون اساسی.^{۱۶}
- طرح موضوع در جلسه رسمی شورای نگهبان به استناد اصل ۹۸ قانون اساسی و موادی از آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان.
- اعلام نظر شرعی اکثریت فقیهان شورا در خصوص موضوعات مطرح‌شده در جلسه شورای نگهبان بدون استناد به اصل مشخصی از قانون اساسی.

قاعده اصلی در خصوص تفسیر رسمی مرجع مفسر قانون اساسی این است که شورای نگهبان هنگام تشکیل جلسه در خصوص بررسی درخواست نظر تفسیری از سوی مقامات مصرح در موادی از آیین‌نامه داخلی شورا باید با توجه به سؤالات مطرح‌شده نظر تفسیری یا نظر مشورتی خود را اعلام کند. اما پس از آنکه موضوع در جلسه رسمی شورا مطرح می‌شود، به

جای این نهاد، فقهای شورای نگهبان نظر خود را اظهار می‌کنند. به دیگر سخن، «نظر شرعی» موضوع اصل ۴ جایگزین «نظر تفسیری رسمی» موضوع اصل ۹۸ می‌شود که این امر می‌تواند فروض مختلفی در بر داشته باشد که در ادامه به هر یک از آنها پرداخته می‌شود.

۲-۱. اعلام نظر شرعی به دلیل عدم حصول نصاب لازم برای تفسیر

قانون اساسی در اصل ۹۸ تفسیر اصول قانون اساسی را بر عهده شورای نگهبان قرار داده و تحقق آن را منوط به حصول رأی حداقل ۹ نفر از اعضای حاضر در این نهاد دانسته است. افزون بر آن، در آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان مقرر شده این نهاد، علاوه بر اینکه مفسر قانون اساسی است، در مقام تشخیص ضرورت تفسیر نیز قرار دارد.^{۱۷} بنابراین نخستین گام مرجع یادشده در تفسیر اصول قانون اساسی تشخیص این امر است که آیا سؤال مطرح شده از مصادیق تفسیر است یا خیر. در اینجا دو فرض در خصوص اصول اشاره شده متصور است:

نخست، ممکن است شورا در جلسه رسمی، که به منظور تبیین استفساریه و ارائه تفسیر تشکیل شده، سؤال یادشده را از مصادیق تفسیر تشخیص نداده باشد، اما فقیهان شورا قائل به تحلیل آن از حیث شرعی و متعاقب آن امکان صدور نظر شرعی باشند. بر این مبنا، نظر شرعی خود را در آن جلسه اعلام می‌کنند.

دوم، ممکن است شورا با تشخیص تفسیری بودن سؤال مطرح شده و مذاکره و بحث در خصوص ماهیت آن درباره سؤال رأی‌گیری کرده باشد، اما رأی و نصاب لازم به دست نیامده باشد. در این صورت، به دلیل عدم حصول رأی لازم، صدور نظر تفسیری منتفی شده است. در این صورت (یعنی در فرض به دست نیامدن نصاب لازم) نیز دو فرض مطرح می‌شود:

نخست، چنانچه در بررسی موضوع نظر اکثریت اعضای حاضر شورا بر تفسیری خاص مستقر شود، اما تعداد قائلان به آن نظر هفت یا هشت نفر باشد اصولاً نظریه مشورتی صادر می‌شود.

دوم، ممکن است هیچ نظری اعم از تفسیری و مشورتی از سوی شورا اعلام نشود.^{۱۸} آنچه در ابتدا بدیهی می‌نماید این است که عموماً و اصولاً در صورت عدم حصول رأی لازم به منظور صدور نظر تفسیری یا مشورتی نظری اعلام نمی‌شود، اما در سه اصل ۱۳ و ۶۹ و ۱۲۱ فرض سومی غیر از صدور نظر تفسیری مبتنی بر اصل ۹۸ و نظر مشورتی مبتنی بر آیین‌نامه داخلی شورا مطرح می‌شود و آن هم صدور «نظر شرعی» توسط اکثریت فقیهان شورا است.

به نظر می‌رسد فقیهان شورا با صدور نظر شرعی درباره مفاد این سه اصل برای خود قائل به

صلاحیت صدور نظر شرعی از اصول قانون اساسی از مجرای تفسیر ذکر شده در اصل ۹۸ بوده‌اند؛ هرچند نظر شرعی تصریحی در قانون اساسی ندارد و سازکار و فرایند آن نیز به طور دقیق مشخص نیست. به بیان دیگر به نظر می‌رسد این نهاد با ارائه نظر شرعی در جلسه‌ای که به منظور بررسی و تفسیر اصول درخواست و تشکیل شده بود به دنبال «اعلام» و نه «ایجاد» صلاحیتی خاص با عنوان نظر شرعی از اصول قانون اساسی بوده است؛ نظرات شرعی که از جهات گوناگون با تفاسیر قانون اساسی متفاوت‌اند و نوع بدیعی از تفاسیر مرسوم در نظام‌های حقوقی به شمار می‌آیند. بنابراین، می‌توان صلاحیت ارائه نظرات شرعی را که صرفاً مختص فقیهان شورا است به منزله سازکاری به منظور اعمال اصل ۴ در خصوص اطلاق و عموم اصول قانون اساسی دانست؛ نظراتی که منحصر به فرد و منبعث از اصل ۴ این قانون هستند.^{۱۹}

۲-۲. اعلام نظر شرعی به دلیل خروج موضوعی داشتن موضوع استفساریه‌ها از اصل ۹۸

به نظر می‌رسد اعلام نظر شرعی در خصوص اصول ۱۳ و ۱۲۱ و ۶۹ از سوی فقهای شورا نه به دلیل عدم حصول نصاب سه‌چهارم اعضای شورا به منظور تفسیر یا عدم تشخیص از مصادیق تفسیر بودن استفساریه‌ها، بلکه به دلیل خروج موضوعی داشتن موضوع استفساریه‌ها از اصل ۹۸ این قانون بوده است.

با دقت نظر در مفاد سؤالات مطرح شده ملاحظه می‌شود که هر سه سؤال مطرح شده ناظر بر بُعد شرعی اصول یاد شده هستند نه بُعد قانونی آنها. اما، پس از طرح موضوعات در جلسه رسمی شورای نگهبان، فقیهان این نهاد نظر شرعی خود را ارائه دادند و به نظر می‌رسد شورای نگهبان با نفی ضمنی صلاحیت خود در زمینه این اصول اظهار نظر شرعی در خصوص اصول یاد شده را با توجه به درخواست‌های مطرح شده به فقیهان موضوع اصل ۴ احاله داده‌اند.

نظر به توضیحات فوق می‌توان این‌گونه نتیجه گرفت که صدور سه نظر شرعی در خصوص اصول ۱۳ و ۶۹ و ۱۲۱ قانون اساسی به معنی منصرف بودن موضوعات مرتبط با شرع از صلاحیت مقرر در اصل ۹۸ و تعیین آنها در اصل ۴ قانون اساسی است. چون اصل اخیر به حاکمیت موازین اسلامی بر همه اصول این قانون تصریح کرده و صلاحیت تشخیص بر اساس موازین اسلامی بودن یکایک اصول قانون اساسی را به فقیهان شورا سپرده است. بنابراین، مرجع صالح به منظور تشخیص و تفسیر موضوعاتی که ابعاد شرعی دارند فقهای شورای نگهبان است و

شورای نگهبان هیچ صلاحیتی در این خصوص ندارد. به دیگر سخن، اصل ۹۸ که بیانگر کارویژه منحصر به فرد شورای نگهبان در امر تفسیر رسمی اصول قانون اساسی است صرفاً محدود به بُعد غیر شرعی اصول این قانون است. از این رو، طرح موضوعاتی که متضمن ابعاد شرعی اصول این قانون باشند از شمول این اصل خارج است و تحت شمول اصل ۴ قرار می‌گیرند. پاسخ فقهای شورا در خصوص اصول سه‌گانه یادشده مؤید این مدعاست.

۳. وجوه افتراق و اشتراک تفاسیر رسمی و نظرات شرعی

پس از تبیین و تعیین این مهم که فقیهان شورا چگونه اصل ۴ قانون اساسی را در خصوص اصول ۱۳ و ۶۹ و ۱۲۱ در قالب صدور نظرات شرعی اعمال کرده‌اند، در ادامه به وجوه افتراق و اشتراک میان تفاسیر رسمی و نظرات شرعی پرداخته می‌شود. در این زمینه، با توجه به اینکه نظرات شرعی در مواردی با تفسیر رسمی یا قانونی مندرج در اصل ۹۸ هم‌پوشانی دارند، مقتضی است این نظرات از حیث مرجع صدور، قلمرو صلاحیت، نصاب رأی‌گیری، آثار حقوقی، و موارد دیگر با تفاسیر رسمی قانون اساسی بررسی شوند.

۳-۱. تفاوت در مرجع صدور تفسیر

یگانه مرجع صدور تفسیر رسمی اصول قانون اساسی بنا بر تصریح اصل ۹۸ شورای نگهبان است. با فرض انحصاری بودن صلاحیت تفسیر قانون اساسی در شورا، هیچ مقام و مرجع دیگری صلاحیت ورود به این حوزه را ندارد. در مقابل، مرجع صدور نظرات شرعی در خصوص اصول قانون اساسی فقهای شورای نگهبان است و نظرات یادشده مستند به اصل ۴ قانون اساسی اظهار و اعلام می‌شوند. به بیان دیگر، هرچند هیچ‌یک از اصول این قانون به صلاحیت فقهای شورا در صدور نظر شرعی تصریح نکرده است، این امر با توجه به کارویژه فقهای شورا در پاسداری از اسلامیت نظام در بُعد تقنین در خصوص قانون اساسی و نیز مبتنی بر رویه جاری برای آنان اثبات می‌شود.

۳-۲. تفاوت در قلمرو صلاحیت

موضوع اصل ۹۸ قانون اساسی تفسیر رسمی یا قانونی قانون اساسی است. در این زمینه، شورای نگهبان باید در تفسیر اصول قانون اساسی مواضع تفسیر را مورد توجه قرار دهد و مبتنی بر آن‌ها اقدام به تفسیر کند. مراد از مواضع تفسیر مواردی است که در مواجهه با آن قانون اساسی امکان تفسیر دارد و تفسیر در آن مواضع میسر و راه‌گشا و در مواقعی ضروری است. این مواضع عبارت‌اند از: ابهام

قانون، اجمال قانون، تعارض نصوص، سکوت قانون (بهادری جهرمی: ۱۳۹۴، ۸۸). این در حالی است که به نظر می‌رسد فقهای شورا ملزم نیستند در بررسی و اعلام نظر درباره اصول قانون اساسی از مجرای مواضع اخیر وارد شوند. چون در نظرات شرعی ممکن است اساساً ابهام، اجمال، سکوت، یا تعارضی مطرح نباشد؛ اما فقهای شورا اقدام به تشخیص مغایرت اطلاق یا عموم اصول قانون اساسی با موازین شرع کنند. به عبارت دیگر، تفاوت در مدخلیت مواضع تفسیر در نظرات شرعی و تفاسیر رسمی از این رو است که در نظرات شرعی چه‌بسا ابهام، اجمال، سکوت، یا تعارضی نباشد، اما، تشخیص مغایرت اطلاق یا عموم اصول قانون اساسی با شرع مطرح باشد. بر این اساس، فقهای شورا محدود به رعایت مواضع تفسیر نیستند؛ هرچند این امر به معنای نفی استفاده از مواضع تفسیر در نظرات شرعی نیست. در این زمینه، به نظر می‌رسد قلمرو صلاحیت شورای نگهبان در تفسیر اصول قانون اساسی از این حیث با قلمرو صلاحیت فقهای شورا در نظرات شرعی متفاوت باشد.

۳-۳. تفاوت در جایگاه و آثار حقوقی

اغلب حقوقدانان در خصوص ارزش و جایگاه تفسیر قانون اساسی بر این باورند که تفسیر این قانون واجد ارزشی برابر با متن این قانون است. بر این اساس، با ارائه تعابیر و الفاظ گوناگونی همچون «دارای همان ارزش قانون اساسی» (لطفی، ۱۳۹۱: ۲۸۳؛ نجفی و محسنی، ۱۳۸۸: ۲۴۴؛ خلف‌رضایی، ۱۳۹۳: ۷۴)، «اعتبار تفسیر قانون اساسی در حد قانون اساسی» (مدنی، ۱۳۷۶: ۶۸؛ وفادار، ۱۳۸۲: ۵۳۰؛ ویژه، ۱۳۸۸: ۱۴)، و «نظر تفسیری شورای نگهبان در مورد قانون اساسی به منزله خود قانون اساسی است» (مجیدی، ۱۳۸۹: ۲۱۱) به برابری ارزش این تفسیر با متن قانون اساسی اذعان کرده‌اند. برخی دیگر نیز با بیان اینکه تفسیر شورای نگهبان از اصول قانون اساسی به منزله خود اصول است و پس از اعلام نظر تفسیری شورای نگهبان همان اعتبار و ارزش اصول قانون اساسی را دارد و تخلف از آن به منزله تخلف از اصول قانون اساسی تلقی می‌شود (شعبانی، ۱۳۸۶: ۱۷۷) در عمل مرزی بین تفسیر قانون اساسی و متن این قانون قائل نشده‌اند (بهادری جهرمی، ۱۳۹۵: ۵۰).

به‌رغم نقد وارد به نظرات اغلب حقوقدانان در باب ماهیت و جایگاه تفسیر قانون اساسی که عموماً آن را در حکم قانون اساسی پنداشته‌اند، به نظر می‌رسد آنچه موجب تلقی چنین جایگاهی برای تفسیر رسمی قانون اساسی در نگاه حقوقدانان شده خلطی است که بین لازم الاجرا بودن تفاسیر رسمی قانون اساسی و جایگاه این تفاسیر صورت گرفته است. باید به این نکته توجه

داشت که شناسایی یک نهاد به مثابه مرجع انحصاری تفسیر رسمی قانون اساسی به منزله این است که قانون اساسی نظر مفسر رسمی این قانون را برای همه اتباع نظام حقوقی لازم الاجرا شمرده و آن را فصل الخطاب قرار داده است. از این رو، لازم الاجرا بودن متن قانون اساسی به تفسیر آن سرایت می‌کند (بهادری جهرمی، ۱۳۹۵: ۵۱).

میان تفسیر قانون اساسی و متن این قانون نیز تفاوت‌هایی وجود دارد که عبارت‌اند از: تفاوت در ماهیت و کارکرد، تفاوت در واضع، تفاوت در کیفیت وضع و تولید، تفاوت در چگونگی تجدیدنظر، تفاوت در ضمانت اجرا (بهادری جهرمی، ۱۳۹۵: ۵۱ - ۵۷). اما آثار مترتب بر نظرات شرعی فقیهان شورا از اصول قانون اساسی به طور دقیق مشخص نیست. به نظر می‌رسد با توجه به حاکمیت اطلاق و عموم اصل ۴ بر اصل ۹۸ اصل اخیر در اعمال تفسیر رسمی و قانونی محدود به رعایت چارچوب موازین اسلامی است. از این رو، تفسیر قانون اساسی نمی‌تواند بدون در نظر گرفتن موازین اسلامی یا خارج از چارچوب آن صادر شود. چون موازین اسلامی در نظم حقوقی جمهوری اسلامی عالی‌ترین هنجار معرفی شده است.

نتیجه منطقی برتری موازین اسلامی بر همه هنجارهای حقوقی این است که تفاسیر مرجع رسمی تفسیر قانون اساسی نباید تعارضی با موازین اسلامی داشته باشند. به دیگر سخن، تفاسیر رسمی زمانی واجد اعتبار حقوقی هستند که در آنها چارچوب موازین اسلامی رعایت شده باشد. در غیر این صورت، نمی‌توان آنها را معتبر دانست. مترتب بر این امر، نظرات شرعی که در مواضع مغایرت «اطلاق» یا «عموم» اصول قانون اساسی صادر می‌شوند واجد ماهیتی برتر از تفاسیر رسمی هستند.

۳-۴. تفاوت در نصاب رأی‌گیری

تدوین‌کنندگان قانون اساسی نصاب لازم برای تفسیر اصول قانون اساسی را منوط به کسب نظر موافق سه‌چهارم، یعنی رأی حداقل ۹ نفر از اعضای شورا، دانسته‌اند. دلیل این امر نیز جایگاه تفسیر رسمی قانون اساسی در سلسله مراتب هنجارهای حقوقی است. این در حالی است که با توجه به عدم پیش‌بینی اصلی مستقل در خصوص نظرات شرعی اصول قانون اساسی برای فقیهان شورا^{۲۰} هیچ نصابی برای صدور نظر شرعی توسط فقهای شورا نسبت به اصول این قانون در قانون اساسی تعیین نشده است. با وجود این، می‌توان از رویه فقهای شورا در نظارت شرعی بر اصول قانون اساسی این نصاب را برداشت کرد. این نصاب، با توجه به تفسیر ایشان از اصل

۱۲۱، رأی اکثریت مطلق آنان یعنی کسب حداقل چهار رأی از شش رأی است. مضاف بر آن، توجه به این نکته نیز ضروری است که در ماده ۱۴ آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان رسمیت جلسات فقها منوط به حضور چهار نفر دانسته شده و اخذ رأی جز در موارد ضروری یا حصول رأی لازم منوط به حضور حداقل پنج نفر است. بنابراین، با وحدت ملاک از این ماده و نیز رویه جاری نصاب لازم به منظور حصول نظر شرعی رأی اکثریت مطلق فقهای شورا، یعنی چهار رأی، است. با وجود این، نظر به تفاوت‌هایی که نظرات شرعی و تفاسیر رسمی قانون اساسی از جهات مختلف، به‌خصوص از حیث آثار، با یک‌دیگر دارند و همچنین با توجه به برتری موازین اسلامی بر همه هنجارها، از جمله اصول قانون اساسی و تفاسیر رسمی شورای نگهبان، شایسته است که نصاب بالاتری برای آن در نظر گرفته شود؛ همان‌گونه که تعیین نصاب سه‌چهارم اعضای شورا برای تفسیر اصول قانون اساسی از حیث برتری قانون اساسی بر قوانین عادی پیش‌بینی شده است.

۳-۵. ماهیت مستقل تفاسیر شرعی

نظر به پیش‌بینی اصلی مستقل در قانون اساسی در خصوص تفسیر رسمی اصول قانون اساسی و عدم تصریح به نظر شرعی در این قانون، ممکن است این‌گونه به نظر برسد که نظرات شرعی صادرشده از سوی فقهای شورا در مورد اصول ۱۳ و ۶۹ و ۱۲۱ تابع یا قسمی از تفاسیر قانونی و رسمی شورا مبتنی بر اصل ۹۸ قانون اساسی هستند و نمی‌توان برای این قسم از نظرات ماهیتی مستقل در نظر گرفت؛ در حالی که نمی‌توان چنین فرضی را صحیح دانست. چون نظرات شرعی از جهات گوناگون، همچون مرجع صدور و قلمرو صلاحیت و آثار حقوقی، با تفاسیر رسمی از قانون اساسی متفاوت است و ماهیتی مستقل از تفاسیر اخیر الذکر دارد. در واقع، صرف درخواست نظر تفسیری (تفسیر رسمی قانون اساسی) و عدم حصول رأی مقتضی برای صدور نظر و در نتیجه ارائه نظر شرعی، این نوع از نظرات را تابعی از تفسیر رسمی و منوط به آن نمی‌کند؛ بلکه نظرات شرعی به اعتبار موارد پیش‌گفته ماهیتی مستقل از تفاسیر رسمی اصول قانون اساسی دارند، هرچند خود نوعی تفسیر از قانون اساسی محسوب می‌شوند.

علاوه بر موارد یادشده که بیانگر نقاط افتراق تفاسیر رسمی و نظرات شرعی هستند می‌توان به مواردی اشاره کرد که ناظر به نقاط اشتراک بین این دو دسته از تفسیر هستند؛ از جمله:

۱. اشتراک در مقامات درخواست‌کننده تفسیر

با توجه به ماده ۱۸ آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان مصوب ۱۳۷۹/۰۴/۲۲^{۲۱} تفسیر اصول قانون اساسی زمانی صورت می‌گیرد که درخواست استفسار از سوی مقامات از پیش تعیین شده مطرح شود. این مقامات عبارت‌اند از: مقام معظم رهبری، رؤسای قوای سه‌گانه، یکی از اعضای شورای نگهبان. شورا نیز صرفاً در برابر سؤالات این مقامات ملزم به پاسخگویی است و در خصوص مقامات دیگر این الزام وجود ندارد. چون در آیین‌نامه داخلی حکمی مبنی بر الزام در این خصوص وجود ندارد.

از آنجا که هر سه نظر شرعی ابرازی از سوی فقهای شورا در جلسه رسمی شورای نگهبان در زمینه بررسی درخواست استفسار صادر شده و با توجه به عدم تعیین مقامات صالح به منظور طرح درخواست استفسار شرعی از اصول قانون اساسی می‌توان مفاد ماده ۱۸ آیین‌نامه داخلی شورا را در ارتباط با نظرات شرعی نیز مجرا دانست. چون تا کنون در رویه برخلاف این امر صورت نگرفته است و در هر سه مورد مقامات صالح پیش‌بینی شده در ماده یادشده درخواست نظر تفسیری کرده‌اند. بنابراین، مقامات اشاره‌شده در ماده اخیر می‌توانند در صورت لزوم از فقهای شورا به طور مستقیم درباره اصول قانون اساسی درخواست صدور نظر شرعی کنند و نهاد اخیر می‌تواند همچون شورای نگهبان، در صورتی که تشخیص دهد موضوع از مصادیق تفسیر است، به ارائه نظر شرعی بپردازد.

۲. رسمی بودن نظرات شرعی فقهای شورا و تفاسیر قانونی شورا

تفاسیر ابرازی شورای نگهبان از قانون اساسی و نظرات شرعی اصداری فقهای شورا از اصول این قانون مبین این نکته است که نظرات صادرشده از سوی هر دو نهاد نظرات رسمی تلقی می‌شوند و از این حیث مشابه هستند. به بیان دیگر، با تقسیم‌بندی نظرات بر اساس اختلاف در مراجع تفسیر، هر دو نظر شرعی و تفسیر قانونی در ذیل تفاسیر رسمی قرار می‌گیرند و از این منظر با یکدیگر اشتراک دارند.

با بررسی وجوه افتراق و اشتراک تفاسیر قانونی و نظرات شرعی در خصوص آثار حقوقی مترتب بر تشخیص فقهای شورا در زمینه اصول قانون اساسی روشن شد که نظرات شرعی اصداری از سوی این نهاد یک حکم یا تشخیص معتبر و لازم‌الاجرا است و اعتبار آن مبتنی بر برتری آموزه‌های اسلامی بر مفاد قانون اساسی است. بر این اساس، نظرات شرعی از حیث

جایگاه حقوقی عالی‌ترین هنجار حقوقی پس از اصول قانون اساسی هستند. مترتب بر این امر، پس از موازین اسلامی، که خود در رأس همه هنجارهای حقوقی قرار دارد، اصول قانون اساسی و سپس نظرات این نهاد از حیث نظارت شرعی در خصوص اصول قانون اساسی قرار می‌گیرد و در این میان تفاسیر رسمی مفسر قانون اساسی محدود به رعایت چارچوب موازین اسلامی و نظرات شرعی این نهاد از موازین شرع است. بر این اساس، از آنجا که در مقدمه قانون اساسی اجرای شریعت اسلام یکی از اهداف مهم تشکیل حکومت معرفی و صیانت از این مهم در بُعد قانون‌گذاری به نظارت فقیهان عادل و اسلام‌شناس محول شده و اصل ۴ که در زمره مهم‌ترین اصول فرادستوری قانون اساسی قرار دارد تحقق این مهم را خواستار شده است، مقامات واضع قانون و مقررات در وضع هنجارهای حقوقی ملزم به رعایت این نظرات و تفاسیر هستند. در غیر این صورت، یعنی در فرض بدون اثر بودن یا لازم‌الاجرا نبودن نظرات شرعی فقهای شورای نگهبان برای مقامات و نهادها، حکم اصل ۴ لغو خواهد شد و بدون اثر خواهد بود. این در حالی است که اصل اخیر، به دلیل داشتن ماهیت فرادستوری، باید اثری والاتر از سایر اصول داشته باشد. بر این اساس، شایسته است که شورای نگهبان در آیین‌نامه داخلی خود تجدیدنظر کند و علاوه بر تصریح به صلاحیت فقهای شورا در باب صدور نظرات شرعی اولاً نصاب مشخص و قابل توجهی را بدین منظور تعیین کند، ثانیاً به اعلام آثار مترتب بر تشخیص فقها در زمینه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات بپردازد، و ثالثاً مقامات صلاحیت‌دار را به منظور درخواست صدور نظر شرعی مشخص کند.

نتیجه‌گیری

بررسی نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران در مقدمه و اصول متعدد قانون اساسی با تأکید بر ماهیت اسلامی بودن آن نشان می‌دهد که اسلام و احکام آن مشخص خطوط اصلی و کلی این نظام در ابعاد و شئون مختلف، از جمله در بُعد تقنین، است. از این رو، قانون اساسی با پیش‌بینی نهادی فقهی-حقوقی در قانون اساسی، که واجد اوصافی همچون عدالت و آگاه به زمان و مسائل روز، هستند کارویژه انحصاری و مهم صیانت از موازین اسلامی را در بُعد تقنین به فقهای شورای نگهبان و انهاده است. بر این اساس، فقهای شورا مبتنی بر اصل ۴ قانون اساسی یکایک اصول این قانون را از مجرای مقید کردن اطلاق یا تخصیص زدن عموم بررسی می‌کنند. از زمان تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در سال ۱۳۵۸ و پس از تشکیل نهاد

شورای نگهبان فقهای این شورا تا کنون در سه مرتبه اصل ۴ را در ارتباط با اصول این قانون اعمال کرده‌اند. این اصول عبارت‌اند از اصل ۱۳، اصل ۶۹، و اصل ۱۲۱ قانون اساسی. بررسی یکایک نظرات حاکی از آن است که فقهای شورا در هر سه مورد اطلاق اصول یادشده را به دلیل مغایرت با موازین اسلامی مقید به مواردی کرده‌اند که در نظرات شرعی ذکر شده است و این نظرات در قالب نظرات شرعی بیان شده‌اند. تتبع در نظرات شرعی فقهای شورای نگهبان بیانگر آن است که این نهاد از مجرای صلاحیت مقید کردن اطلاق یا تخصیص زدن عموم اصول قانون اساسی اقدام به ارائه نظر شرعی درباره سه اصل یادشده کرده است. افزون بر آن، یافته‌های تحقیق نشان می‌دهد نظرات شرعی فقهای شورای نگهبان، که در مواضع مغایرت «اتلاق» یا «عموم» اصول قانون اساسی صادر می‌شوند، واجد ماهیتی برتر از تفاسیر رسمی هستند. بر این اساس، نظرات شرعی اصرداری از سوی این نهاد یک حکم یا تشخیص معتبر و لازم الاجرا است و اعتبار آن مبتنی بر برتری آموزه‌های اسلامی بر مفاد قانون اساسی است.

یادداشت‌ها

۱. نظرات شرعی از سوی فقهای شورای نگهبان در زمینه اصول قانون اساسی و قوانین عادی و مقررات (در پاسخ به استعلامات دیوان عدالت یا سایر استعلامات) صادر می‌شود. اما نویسندگان در این نوشتار درصدد بررسی این نظرات صرفاً در ارتباط با اصول قانون اساسی بوده‌اند.
۲. منظور از «تفسیر رسمی» تفاسیر شورای نگهبان مبتنی بر اصل ۹۸ قانون اساسی است.
۳. گفتنی است تفسیر گاه یک سازکار محسوب می‌شود که این قسمت درصدد بیان آن است و گاه یک کارویژه برای اعمال یک صلاحیت مشخص است. به طور کلی فقهای شورای نگهبان به منظور نظارت شرعی بر هنجارهای حقوقی اقدام به تفسیر اصول قانون اساسی می‌کنند. به بیان دیگر، اصل صلاحیت فقهای شورای نگهبان به موجب اصل ۴ قانون اساسی نوعی تفسیر در زمینه اطلاق یا عموم اصول قانون اساسی است و این نهاد در مقام انطباق گزاره‌های حقوقی با موازین اسلامی اقدام به ارائه نظر شرعی می‌کند. اما، در این مبحث، تفسیر نه از باب اعمال یک کارویژه مشخص بلکه به‌مثابه یک سازکار که نظارت شرعی از مجرای آن قابلیت تحقق پیدا می‌کند بررسی شده است.
۴. مهرپور، حقوقدان اولین دوره شورای نگهبان، در جلسه‌ای که در این شورا به منظور تفسیر مفاد اصل ۹۸ قانون اساسی در سال ۱۳۶۰ برگزار می‌شود چنین می‌گوید: «اگر شورای نگهبان طبق اصل ۹۸ با تصویب سه‌چهارم اعضا اصلی از اصول قانون اساسی را تفسیر کرد، ظاهراً همه [اعضای شورای نگهبان] متفقاً این را قبول دارید که اگر به عنوان تفسیر باشد در حکم خود قانون اساسی است...» (← مشروح مذاکرات شورای نگهبان (دوره اول، سال ۱۳۶۰) (۱۳۹۰)، تهران: معاونت تدوین و تنقیح و انتشار قوانین و مقررات معاونت حقوقی ریاست جمهوری).

۵. اصل ۹۸: «تفسیر قانون اساسی به عهده شورای نگهبان است که با تصویب سه چهارم آن‌ها انجام می‌شود.»
۶. صدر اصل ۷۳: «شرح و تفسیر قوانین عادی در صلاحیت مجلس شورای اسلامی است.»
۷. ذیل اصل ۷۳: «مفاد این اصل مانع از تفسیری که دادرسان در مقام تمییز حق از قوانین می‌کنند نیست.»
۸. تفسیر قانونی به دو قسمت تفسیر قانونی از قانون اساسی (توسط شورای نگهبان) و تفسیر قانونی از قوانین مصوب مجلس (توسط قانون‌گذار) تقسیم می‌شود.
۹. منظور از تفسیر تطبیقی تفسیری است که شورای نگهبان هنگام بررسی مصوبات مجلس شورای اسلامی با هدف حراست از اصول قانون اساسی از جهت تضمین عدم مغایرت مصوبات مجلس با این اصول انجام می‌دهد.
۱۰. چنانچه در بررسی استفسار به عمل آمده در شورای نگهبان، که مستلزم ۹ رأی از ۱۲ رأی است، نظر اکثریت اعضای حاضر شورا بر تفسیری خاص استقرار یابد، اما، تعداد قائلان به آن کمتر از ۹ نفر باشد، آن نظر را اصطلاحاً نظریه مشورتی می‌گویند.
۱۱. ماده ۱۳ آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان (مصوب ۱۳۶۲/۰۵/۱۷): «شورا در برابر سؤالاتی که در مورد تفسیر اصلی از اصول قانون اساسی و یا موافقت بعضی مقررات با ضوابط شرعی می‌شود در صورتی ملزم به جواب است که سؤال‌کننده هیئت‌رئیس مجلس شورای اسلامی یا شورای عالی قضایی یا هیئت دولت و یا رئیس‌جمهور باشد.»
۱۲. نامه شماره ۱/۶۰۰۰ مورخ ۱۳۶۵/۱۱/۰۱- رئیس‌جمهور- سید علی حسینی خامنه‌ای.
۱۳. نظر شماره ۷۶۰۳ مورخ ۱۳۶۵/۱۲/۰۶ فقهای شورای نگهبان در پاسخ به درخواست نظر تفسیری رئیس‌جمهور: «آنچه از عبارت سوگندنامه استفاده می‌شود این است که رئیس‌جمهور باید در تمام اقدامات و وظایف و مسئولیت‌هایی که عهده‌دار است حفظ و حراست از مرزها و استقلال سیاسی و اقتصادی کشور و سایر اموری را که در سوگندنامه بیان شده است مراعات نماید. ولی چنانچه در موردی احراز نماید که امضای او موجب عواقب سوء و بروز خطراتی برای مرزها و سایر مصالح عالیة اسلام و نظام جمهوری اسلامی می‌شود، شرعاً، باید از امضا خودداری نماید و خودداری او از امضا حجت قسم نمی‌باشد.»
۱۴. رأی وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عالی کشور در تاریخ ۱۳۶۳/۰۳/۱۹: «نظر به اصل سیزدهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و اینکه به موجب ماده واحده قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه در محاکم مصوب مرداد ۱۳۱۲ نسبت به احوال شخصیه و حقوق ارثیه و وصیت ایرانیان غیر شیعه که مذهب آنان به رسمیت شناخته شده لزوم رعایت قواعد و عادات مسلمة متداوله در مذهب آنان در دادگاه‌ها جز در مواردی که مقررات قانون راجع به انتظامات عمومی باشد تصریح گردیده. فلذا دادگاه‌ها در مقام رسیدگی به امور مذکور و همچنین در رسیدگی به درخواست تنفیذ وصیت‌نامه ملزم به رعایت قواعد و عادات مسلمة در مذهب آنان جز در مورد مقررات قانون راجع به انتظامات عمومی بوده و باید احکام خود را بر طبق آن صادر نمایند. این رأی برابر ماده ۴۳ قانون امور حسبی و ماده ۳ از مواد اضافه شده به قانون آیین دادرسی کیفری مصوب مردادماه ۱۳۳۷ برای دادگاه‌ها در موارد مشابه لازم‌الاتباع است.»
۱۵. نامه شماره ۲۳۱/۱۱۳۴۰ مورخ ۱۳۸۷/۰۸/۰۶، رئیس شورای عالی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم- عضو شورای نگهبان- محمد یزدی.

۱۶. گفتنی است در زمان درخواست نظر تفسیری در خصوص مفاد اصل ۱۲۱ قانون اساسی، آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان، مصوب ۱۳۶۲/۰۵/۱۷، مُجرا بود و به موجب ماده ۱۳ آیین‌نامه اخیر صرفاً هیئت‌رئیس مجلس شورای اسلامی، شورای عالی قضایی، هیئت دولت، و رئیس‌جمهور صلاحیت داشتند از شورا درخواست نظر تفسیری دهند. اما، در زمان درخواست نظر تفسیری در خصوص اصل ۶۹ قانون اساسی، آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۷۹/۰۴/۲۲ تغییر کرد و بر اساس ماده ۱۸ آن تفسیر اصول قانون اساسی با ارجاع مقام معظم رهبری یا با درخواست رئیس‌جمهور، رئیس مجلس شورای اسلامی، رئیس قوه قضاییه، یا یکی از اعضای شورای نگهبان صورت می‌گیرد.

۱۷. ماده ۲۲ آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان: «تشخیص اینکه مورد سؤال از مصادیق تفسیر است با اکثریت شورای نگهبان است.»

۱۸. گفتنی است مواد ۱۵ و ۱۶ آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان، مصوب ۱۳۶۲/۰۵/۱۷، برای شورا صلاحیت اظهارنظرهای مشورتی قائل بود. این نظرات زمانی صادر می‌شوند که یا نصاب لازم برای تفسیر قانون اساسی حاصل نشود یا مقاماتی از شورا درخواست ارائه نظر مشورتی کنند.

۱۹. نکته قابل ذکر آنکه نظر شرعی در اینجا در معنای اخص خود و صرفاً در مورد اصول قانون اساسی به کار رفته است. این اصطلاح در معنای اعم خود شامل همه نظراتی است که فقیهان شورا از باب نظارت شرعی (موضوع اصل ۴) ارائه داده‌اند. بنابراین نظرات شرعی در خصوص قوانین و مقررات دیگر (به جز قانون اساسی) نیز توسط فقها اظهار شده‌اند و صرفاً مختص قانون اساسی نیستند؛ هرچند از منظر سازکار و آثار حقوقی با یکدیگر تفاوت‌هایی دارند.

۲۰. پیش‌تر بیان شد که این صلاحیت از اصل ۴ و با توجه به رویه فقهای شورا استنتاج می‌شود.

۲۱. ماده ۱۸ آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان، مصوب ۱۳۷۹/۰۴/۲۲: «تفسیر اصول قانون اساسی با ارجاع مقام معظم رهبری و یا با درخواست رئیس‌جمهور، رئیس مجلس شورای اسلامی، و رئیس قوه قضاییه و یا یکی از اعضای شورای نگهبان صورت می‌گیرد.»

منابع و مأخذ

الف) کتب و مقالات

۱. ارسطو، محمدجواد (۱۳۸۲)، «جمهوریت و اسلامیت: تضاد یا توافق؟»، روش‌شناسی علوم انسانی، دوره ۹، شماره ۳۶، شماره پیاپی ۳۶، ۸ - ۲۵.
۲. بابایی مهر، علی (۱۳۸۸)، «تفسیر، اصول، و مبانی آن در حقوق عمومی»، حقوق خصوصی، سال ۶، شماره ۱۴، ۱۶۷ - ۱۹۶.
۳. بهادری جهرمی، محمد (۱۳۹۵)، «جایگاه حقوقی تفسیر رسمی قانون اساسی در مقایسه با

- متن قانون اساسی با تأکید بر نظام حقوقی ایران»، دانش حقوق عمومی، سال ۵، شماره ۱۴، ۴۷-۶۷.
۴. _____ (۱۳۹۴)، «بایسته‌های تفسیر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بر مبنای مفهوم و کارکرد تفسیر در نظام حقوق اساسی»، رساله دوره دکتری حقوق عمومی، دانشگاه تهران، پردیس فارابی.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۰)، *ترمینولوژی حقوق*، چ ۲۳، تهران: گنج دانش.
۶. حیدری، لادن؛ محمد جلالی؛ سید رضا صالحی امیری و محمدجواد جاوید (۱۳۹۷)، «نقش سیاسی شهروندان در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و دیدگاه‌های ناظر بر آن»، *حقوق پزشکی*، دوره ۱۲، شماره ۴۶، ۷-۳۳.
۷. خلف‌رضایی، حسین (۱۳۹۳)، «رویکردهای تفسیر قانون اساسی؛ با نگاهی به نظریات شورای نگهبان»، *دانش حقوق عمومی*، شماره ۷، سال ۳، ۷۳-۹۳.
۸. شعبانی، قاسم (۱۳۸۶)، *حقوق اساسی و ساختار حکومت جمهوری اسلامی ایران*، چ ۲۹، تهران: اطلاعات.
۹. عالمی، شمس‌الدین (۱۳۷۶)، «قانون اساسی، قوانین عادی، و حقوق عامه»، گزارش، شماره ۷۸.
۱۰. کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۸۳)، «اصول منطقی حاکم بر تفسیر قانون اساسی»، *حقوق اساسی*، شماره ۱۸۶ و ۱۸۷.
۱۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، *فلسفه حقوق*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۲. لطفی، اسدالله (۱۳۹۱)، *حقوق اساسی و ساختار نظام جمهوری اسلامی ایران*، چ ۲، تهران: جنگل.
۱۳. مجیدی، محمدرضا (۱۳۸۹)، *آشنایی با قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران)*، قم: دفتر نشر معارف.
۱۴. مدنی، سید جلال‌الدین (۱۳۷۶)، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، چ ۲، تهران: نشر صدا و سیمای جمهوری اسلامی ایران (سروش)، ج ۴.
۱۵. موسوی بجنوردی، محمد و افتخار دانش‌پور (۱۳۹۰)، «بررسی فقهی- حقوقی جایگاه

شورای نگهبان در نظام جمهوری اسلامی ایران و نحوه نظارت آن بر قوانین و مقررات»، متین، شماره ۵۳، ۵۱ - ۷۴.

۱۶. نجفی اسفاد، مرتضی و فرید محسنی (۱۳۸۸)، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، چ ۸، تهران: الهدی.

۱۷. وفادار، علی (۱۳۸۲)، *حقوق اساسی و تحولات سیاسی*، چ ۳، تهران: وفادار.

۱۸. ویژه، محمدرضا (۱۳۸۸)، «تأملی بر سلسله مراتب هنجارها در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران»، راهبرد، شماره ۵۰، ۵ - ۳۸.

۱۹. هاشمی، سید محمد (۱۳۸۱)، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، چ ۶، تهران: میزان، ج ۲.

۲۰. _____ (۱۳۹۰)، *حقوق اساسی و ساختارهای سیاسی*، تهران: میزان.

۲۱. یاور، اسدالله و محمد حسنونند (۱۳۹۸)، «امکان‌سنجی نظارت بر صلاحیت تفسیری قضات با الگو از رویکردهای نوین نظارت در حقوق اداری»، *حقوق اداری*، سال ۶، شماره ۱۸، ۲۴۳ - ۲۶۵.

ب) قوانین و مقررات

۱. آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان.

۲. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

۳. سامانه جامع نظرات شورای نگهبان <http://nazarat.shora-rc.ir/Default.aspx>

References

A) Books

1. Bahadri Jahrami, Mohammad. The requirements of interpretation of the Constitution of the Islamic Republic of Iran based on the concept and function of interpretation in the constitutional law system, thesis of the doctoral course of Public Law of Tehran University - Farabi Campus, (2014).
2. Jafari Langroudi, Mohammad Jaafar. Legal Terminology, Tehran: Ganj Danesh, 23rd edition, (2010)
3. Shabani, Qasim (2006), Fundamental Rights and Government Structure of the Islamic Republic of Iran, Tehran: Information, ۲۹th edition.
4. Katouzian, Amirnaser (2013), Logical Principles Governing the Interpretation of the Constitution, Constitutional Law Journal, No. 186 and 187.
5. Katouzian, Nasser, Philosophy of Law, first edition, Tehran, publishing

company, 1377.

6. Lotfi, Asadullah (1391), *Fundamental Rights and the Structure of the Islamic Republic of Iran*, Tehran: Jangal, second edition.
7. Majidi, Mohammad Reza (2009), *Introduction to the Constitution of the Islamic Republic of Iran (Basic Rights of the Islamic Republic of Iran)*, Qom: Maarif Publishing House, first edition.
8. Madani, Seyyed Jalaluddin, *Fundamental Rights of the Islamic Republic of Iran*, Volume 4, Radio Broadcasting of the Islamic Republic of Iran (Sorush), second edition, Tehran, 1376.
9. Najafi Esfahani, Morteza and Farid Mohseni (1388), *Fundamental Rights of the Islamic Republic of Iran*, Tehran: Al-Hadi, 8th edition.
10. Vafadar, Ali (1382), *Fundamental Rights and Political Developments*, Tehran: Fafadar, third edition.
11. Hashemi, Seyyed Mohammad, *Fundamental Rights of the Islamic Republic of Iran*, Volume 2, Tehran: Mizan, 6th edition, 1381.
12. Hashemi, Seyyed Mohammad, *Fundamental Rights and Political Structures*, first edition, Tehran: Mizan; 1390.

B) articles

1. Alami, Shamsuddin (1376), "Constitutional Law, Ordinary Laws and Public Law", Report, No. 78.
2. Arasta, Mohammad Javad (2012), *Republic and Islam; Contradiction or Agreement?*, *Humanities Methodology Quarterly*, Volume 9, Number 36 - Serial Number 36, pp. 8-25.
3. Babaei-Mehr, Ali (2008), "Interpretation, principles and its foundations in public law", *private law*, year 6, number 14, pp. 167-196.
4. Bahadri Jahormi, Mohammad (2016), "The legal position of the official interpretation of the constitution compared to the text of the constitution with an emphasis on Iran's legal system", *Knowledge of Public Law*, 5th year, number 14, pp. 47-67.
5. Heydari, Laden, Mohammad Jalali, Seyedreza Salehi Amiri and Mohammad Javad Javed (2017), "The Political Role of Citizens in the Constitution of the Islamic Republic of Iran and the Observers' Views", *Medical Law Quarterly*, Volume 12, Number 46, Pg. 7 - 33.
6. Khalaf-Rezaei, Hossein, (2013), *Approaches to interpreting the Constitution; Looking at the opinions of the Guardian Council*, *Knowledge Quarterly of Public Law*, No. 7, Year 3, pp. 73-93.
7. Mousavi Bojnoordi, Mohammad and Iftikhar Daneshpour (2013), *Jurisprudence-legal review of the position of the Guardian Council in the system of the Islamic Republic of Iran and how it supervises laws and regulations*, *Matin Research Journal*, No. 53, pp. 51-74.

8. Special, Mohammad Reza (2008), a reflection on the hierarchy of norms in the legal system of the Islamic Republic of Iran, Strategy Quarterly, No. 50, pp. 38-5.

9. Yavari, Asadullah and Mohammad Hasanvand (2018) "The feasibility of monitoring the interpretative competence of judges with the model of modern monitoring approaches in administrative law", Administrative Law Quarterly, year 6, number 18, pp. 243-265.

C) Laws and regulations

1. Internal Regulations of the Guardian Council.
2. Constitution of the Islamic Republic of Iran.
3. Comprehensive system of opinions of the Guardian Council - <http://nazarat.shora-rc.ir/Default.aspx>

نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر مقررات مصوب رئیس قوه قضائیه

رضا خسروی اسفزار^{۱*}، محمدمامین ابریشمی راد^{۲**}

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۰/۰۹ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۱/۳۰

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: 10.22034/qjplk.2023.1750.1599

چکیده

با پذیرش صلاحیت مقررات‌گذاری برای رئیس قوه قضائیه، نحوه نظارت بر مقررات مصوب آن مقام یکی از ابهامات نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران است. در این زمینه، یکی از مهم‌ترین اقسام نظارت بر مقررات، نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان می‌باشد که بررسی امکان اعمال این نوع از نظارت بر مقررات مصوب رئیس قوه قضائیه و شیوه و چالش‌های اعمال آن، موضوع اصلی این تحقیق بوده است. بر این اساس، این پژوهش در قالبی توصیفی-تحلیلی در پی پاسخ به این سؤال اصلی بوده که نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر مقررات مصوب رئیس قوه قضائیه از نظر امکان و شیوه اعمال با چه چالش‌هایی روبرو است؟ یافته‌های این تحقیق مؤید آن است که با استناد به عموم صلاحیت مقرر در اصل ۴ و با توجه به مبانی پیش‌بینی نظارت شرعی و رعایت اقتضای سلسله مراتب هنجاری، به‌منظور صیانت حداکثری از حقوق کارکنان قوه قضائیه و شهروندان، اعمال نظارت شرعی بر مقررات مصوب رئیس قوه قضائیه ضروری است. هرچند مستثنی بودن مقررات مصوب رئیس قوه قضائیه از شمول صلاحیت هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، نظام‌مند نبودن اعمال نظارت شرعی مستقیم توسط فقهای شورای نگهبان و عدم تناسب نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر این

۱. کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه سمنان، سمنان، ایران.

* Email: rezakhosraviesfzar@gmail.com.

۲. استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه سمنان، سمنان، ایران (نویسنده مسئول).

** Email: abrishmirad@semnan.ac.ir.

* این مقاله مستخرج از پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه سمنان می‌باشد.



قبیل مقررات با اقتضائات عملی آن شورا، چالش‌های پیش‌روی اعمال این نظارت هستند. **واژگان کلیدی:** فقهای شورای نگهبان، مقررات مصوب رئیس قوه قضائیه، نظارت شرعی، سازکار نظارت شرعی، اصل چهارم.

مقدمه

با تشکیل نظام جمهوری اسلامی ایران، ابتدای قوانین کشور بر پایه‌ی موازین اسلامی یکی از اهداف و مبانی نظام قلمداد شد (پروین، ابریشمی راد، ۱۳۹۷: ۱۲۳). همچنین، یکی از ملزومات تحقق حکومت اسلامی، عدم مغایرت قوانین و مقررات موضوعه با موازین شرع است (درویشوند، راجی، ۱۳۹۰: ۱۰۴). بر این اساس برطبق اصل ۴ قانون اساسی، کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد و صلاحیت انطباق این هنجارها با موازین اسلامی برعهده «فقهای شورای نگهبان» گذاشته شده است. درخصوص گستره و دایره شمول نظارت شرعی فقها باید بیان کرد که قلمرو نظارت فقها در اصل چهارم، شامل کلیه هنجارهای حقوقی در تمامی سطوح؛ اعم از قانون اساسی، قوانین عادی و مقررات دولتی میشود. این نظارت، نه تنها شامل قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی است، بلکه قوانینی که قبل از انقلاب به تصویب رسیده و یا مصوب شورای انقلاب بوده را نیز در بر می‌گیرد. افزون بر آن، مصوبات و مقررات سایر قوا و نهادها، تحت شمول نظارت شرعی فقها قرار دارند (فقیهی، عساکره، ۱۴۰۰: ۹). از این رو می‌توان ادعا نمود که در سلسله مراتب هنجاری نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران وضع و بقای هرگونه هنجار حقوقی بایستی در چارچوب موازین اسلامی باشد.

از سوی دیگر، با عنایت به ابهاماتی که در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران در خصوص صلاحیت مقررات‌گذاری رئیس قوه قضائیه وجود داشته، به موجب نظر تفسیری شماره ۹۰/۳۰/۴۳۴۵۸ مورخ ۱۳۹۰/۰۶/۰۲ شورای نگهبان مقرر شده است: «بدیهی است رئیس قوه قضائیه نمی‌تواند برای دستگاه‌های خارج از این قوه آئین‌نامه وضع نماید، اما می‌تواند در حدود اختیارات مذکور در قانون اساسی، آئین‌نامه تصویب کند، در این صورت آئین‌نامه مصوب ایشان برای همه دستگاهها لازم‌الاتباع است.» لذا، نظر تفسیری شورای نگهبان بر صلاحیت مقررات‌گذاری رئیس قوه قضائیه تصریح و تأکید کرد.

با تصریح به صلاحیت مقررات‌گذاری رئیس قوه قضائیه، شمول این قبیل مقررات تحت نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان و شیوه اعمال این نظارت یکی از ابهامات و چالش‌های نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران است. این چالش از آن جهت تقویت شده است که در حال حاضر به موجب تبصره ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، صلاحیت رسیدگی به مقررات مصوب رئیس قوه قضائیه از شمول صلاحیت این دیوان خارج دانسته شده و از این جهت مهم‌ترین مجرای اعمال نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان که از طریق طرح موضوع در دیوان عدالت اداری و استعلام آن دیوان از فقهای شورای نگهبان است (موضوع تبصره ۲ ماده ۸۴ و ماده ۸۷ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان)، نسبت به مقررات مصوب رئیس قوه قضائیه منتفی است.

مبتنی بر مقدمات فوق، این نوشتار در قالب پژوهشی توصیفی-تحلیلی در پی پاسخ‌گویی به این پرسش است که نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر مقررات مصوب رئیس قوه قضائیه از نظر امکان و شیوه اعمال با چه چالش‌هایی روبرو است؟

فرضیه نویسندگان این تحقیق آن است که هرچند نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان شامل مقررات مصوب رئیس قوه قضائیه می‌شود، اما به جهت عدم امکان طرح شکایت از این قبیل مقررات در دیوان عدالت اداری و ابهام در زمینه سازکار اعمال این نظارت، در حال حاضر امکان اعمال نظارت شرعی بر این قبیل مقررات وجود ندارد.

در خصوص پیشینه انجام این پژوهش باید توجه نمود که تاکنون در هیچ اثر علمی به صورت مشخص به موضوع امکان‌سنجی نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر مقررات مصوب رئیس قوه قضائیه و طرق اعمال آن پرداخته نشده است. البته، در برخی از منابع از جمله رساله دکتری دانشگاه امام صادق (علیه‌السلام) با عنوان «طراحی سازوکار و آیین مطلوب نظارت فقهای شورای نگهبان بر قوانین و مقررات» (فراهانی) یا مقاله «تحلیلی بر نظارت بر قوانین و مقررات در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران» (درویشوند و راجی، ۱۳۹۰) و مقاله «تحلیل حقوقی آثار نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر قوانین و مقررات» (فقیهی و عساکره، ۱۴۰۰) در زمینه نظارت شرعی بر مقررات مطالبی بیان شده که در این پژوهش مورد توجه و استفاده قرار گرفته‌اند.

فارغ از بدیع بودن موضوع این تحقیق، اثبات امکان اعمال نظارت شرعی بر مقررات

مصوب رئیس قوه قضائیه و حل چالش‌های اعمال آن تأثیر زیادی بر تضمین حقوق و آزادی‌های شهروندان و حفظ اسلامیت نظام دارد که این امر ضرورت انجام این تحقیق را اثبات می‌کند.

به منظور پاسخ به پرسش اصلی این تحقیق، مطالب پژوهش در سه بند ارائه می‌شوند: در ابتدا به صورت مختصر صلاحیت مقررات‌گذاری رئیس قوه قضائیه بررسی و اثبات می‌شود (بند ۱) سپس، ادله مخالفان و موافقان شمول نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر این قبیل مقررات بررسی و تحلیل می‌شود (بند ۲). در نهایت، چالش‌های پیش‌روی اعمال این نظارت طرح و تحلیل می‌شوند (بند ۳).

۱. صلاحیت مقررات‌گذاری رئیس قوه قضائیه

در میان صلاحیت‌های مختلفی که می‌توان برای مقامات و مأمورین دولتی شناسایی نمود، وضع مقررات لازم‌الاتباع به جهت عام‌الشمول بودن آن از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. در خصوص این صلاحیت ممکن است گفته شود که در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران از آنجایی که در اصل ۱۳۸ قانون اساسی تنها از هیئت وزیران، هر یک از وزرا و کمیسیون‌های متشکل از چند وزیر به عنوان مقامات صلاحیت‌دار جهت وضع مقررده یاد شده و از طرف دیگر در سایر اصول قانون اساسی به صلاحیت رئیس قوه قضائیه جهت وضع مقررات تصریح نشده، رئیس قوه قضائیه مستقلاً صلاحیت وضع مقررده ندارد. همچنان که برخی از حقوقدانان معتقدند که شناسایی این صلاحیت برای غیر از مقامات مصرح در اصل ۱۳۸ قانون اساسی همچون رئیس قوه قضائیه مغایر با قانون اساسی است و صراحت این اصل اجازه چنین تفسیری را نمی‌دهد (تیلا، ۱۳۸۷: ۱۲۵).

در مقابل رویکرد ذکرشده، بررسی قوانین و هنجارهای حقوقی در نظام جمهوری اسلامی ایران گویای آن است که هرچند اصل ۱۳۸ قانون اساسی بر صلاحیت مقررده‌گذاری بخشی از ارکان قوه مجریه همچون هیئت وزیران، کمیسیون متشکل از چند وزیر و هر یک از وزیران تصریح داشته، اما مقامات مذکور را نباید حصری قلمداد کرد و در اصول مختلف قانون اساسی صلاحیت وضع مقررات برای مقامات و مراجع دیگری همچون «مقامات سیاسی» (اصل ۹ قانون اساسی)، «شوراهای محلی» (اصل ۱۲ قانون اساسی)، «مجلس خبرگان رهبری» (اصل

۱۰۸ قانون اساسی) و «مجمع تشخیص مصلحت نظام» (اصل ۱۱۲ قانون اساسی) پیش‌بینی شده است. لذا، تردیدی نیست که در قانون اساسی انحصار صلاحیت وضع مقررات برای مقامات مذکور در اصل ۱۳۸ در نظر گرفته نشده و امکان وضع مقررات دولتی توسط سایر مقامات و مراجع متنفذ نیست (ابریشمی‌راد، شعبانی، ۱۳۹۷: ۹).

در تأیید رویکرد فوق، قانونگذار اساسی برای رئیس قوه قضائیه، جایگاه و صلاحیت‌های مختلفی پیش‌بینی کرده است که قطعاً بدون در نظر گرفتن صلاحیت صدور مقررّه توسط آن مقام، امکان ایفای این صلاحیت‌ها وجود ندارد. توضیح آنکه، به موجب اصول ۱۵۶ و ۱۵۷ قانون اساسی رئیس قوه قضائیه در حوزه امور قضایی، اداری، اجرایی، مالی و استخدامی قوه قضائیه واجد نقش و صلاحیت ویژه است و از این جهت این مقام جهت اداره امور حوزه‌های مذکور بایستی بتواند مقررات لازم را صادر نماید. به عبارت دقیق‌تر، اگر به صلاحیت مقررّه‌گذاری رئیس قوه قضائیه به‌عنوان بخشی از ابزارهای ایفای صلاحیت‌های ایشان نگاه شود، حتی بدون تصریح قانونگذار بایستی این مقام را جهت وضع مقررات در حدود صلاحیتش صالح دانست.

مبتنی بر دلایل ذکر شده، نظر تفسیری شماره ۹۰/۳۰/۴۳۴۵۸ مورخ ۱۳۹۰/۰۶/۰۲ شورای نگهبان که بر صلاحیت وضع مقررّه توسط رئیس قوه قضائیه تصریح نموده، صحیح است. هرچند که صلاحیت مذکور را نباید بی‌حدومرز قلمداد کرد و طبیعتاً هرگونه توسعه موضوعی، ماهوی یا نهادی مقررّه، تجاوز به حریم قانون و فراتر نهادن گام از حدود صلاحیت‌های قانونی است (راسخ و همکاران، ۱۳۹۴: ۱۰۸). بر این اساس، با توجه به معیارهای مستفاد از اصل ۱۳۸ قانون اساسی، رئیس قوه قضائیه برای انجام وظایف اداری، تأمین اجرای قوانین و تنظیم سازمان‌های اداری مربوط به قوه قضائیه و صرفاً در حدود قوانین بالادستی می‌تواند مقررّه وضع کند. از سوی دیگر، صلاحیت رئیس قوه قضائیه در زمینه وضع مقررات را نباید به حوزه‌هایی همچون حوزه‌های ماهیتاً قضایی که با مبانی استقلال قاضی در تعارض است تسری داد و از این جهت، برخی حقوقدانان این صلاحیت رئیس قوه قضائیه را محدود به امور اداری و اجرایی قوه قضائیه دانسته‌اند (مرادی برلیان، ۱۳۹۷: ۵۸). مبتنی بر مطالب ذکر شده، رئیس قوه قضائیه در حدود ذکر شده صلاحیت وضع مقررات لازم‌الاجرا دارد و با توجه به نظر تفسیری اخیرالذکر، در این خصوص تردیدی باقی نیست.

۲. ادله مخالف و موافق شمول نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر مقررات رئیس قوه قضائیه

با اثبات صلاحیت مقررات‌گذاری توسط رئیس قوه قضائیه، اثبات شمول نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر مقررات مصوب رئیس قوه قضائیه نیازمند طرح و بررسی دو رویکرد مخالف و موافق در این زمینه است. با این مقدمه، در ادامه به صورت تفصیلی ادله قابل طرح جهت مخالفت با شمول نظارت فقهای شورای نگهبان بر مقررات مصوب رئیس قوه قضائیه طرح خواهد شد و سپس تلاش می‌شود ضمن رد هر یک از این ادله، با ذکر ادله موافق شمول نظارت فقهای شورا بر این قبیل مقررات، این صلاحیت برای فقهای شورای نگهبان اثبات شود.

۲-۱. ادله مخالف

جهت مخالفت با شمول نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر مقررات مصوب رئیس قوه قضائیه ممکن است سه دلیل «مجتهد بودن رئیس قوه قضائیه»، «عدم تصریح تدوین‌کنندگان قانون اساسی» و «اصل عدم صلاحیت در حقوق عمومی» ذکر شوند که در ادامه به بررسی این سه دلیل پرداخته می‌شود.

۲-۱-۱. مجتهد بودن رئیس قوه قضائیه

همان‌طور که در اصل ۱۵۷ قانون اساسی تأکید شده، به‌منظور انجام مسئولیت‌های قوه قضائیه در کلیه امور قضایی و اداری و اجرایی، مقام رهبری یک نفر «مجتهد عادل و آگاه به امور قضایی» را به عنوان رئیس قوه قضائیه تعیین می‌نماید. لذا، تردیدی نیست که رئیس قوه قضائیه در نظام حقوقی ایران باید از میان مجتهدین انتخاب شود.

هرچند بررسی مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی در سال ۱۳۶۸ گویای آن است که برخی از اعضای شورای بازنگری قانون اساسی بر لزوم پیش‌بینی شرط اجتهاد برای رئیس قوه قضائیه به جهت شئون قضایی آن مقام در ارتباط با مطلوبیت ریاست مجتهد بر قضات مجتهد و غیرمجتهد تأکید داشته‌اند (اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴: ۳۶۱-۳۶۲) و برخی دیگر، پیش‌بینی چنین شرطی را به واسطه صلاحیت رئیس قوه قضائیه جهت تعیین رئیس دیوان عالی کشور و دادستان کل کشور به عنوان دو مقام مجتهد (موضوع اصل ۱۶۲) دانسته‌اند (یزدی، ۱۳۷۵: ۶۸۱)، اما این ویژگی رئیس

قوه قضائیه را باید بر سایر شئون اداری و اجرایی رئیس قوه قضائیه نیز تأثیرگذار دانست و در موضوع بحث حاضر، مجتهد بودن رئیس قوه قضائیه این تلقی را ایجاد می‌کند که ضرورتی جهت اعمال نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر مقررات مصوب آن مقام به عنوان یک مجتهد وجود ندارد. به تعبیر دیگر، اگر غرض از پیش‌بینی نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر قوانین و مقررات، تضمین حاکمیت شریعت در سلسله مراتب هنجاری در ایران بوده، با شناسایی شرط اجتهاد برای مقام واضح این هنجارها، غرض مذکور حاصل خواهد شد و ضرورت نظارت مجتهدین دیگر منتفی می‌شود؛ چراکه فرض صدور مقررات خلاف شرع از سوی یک مجتهد واجد شرایط، صحیح نیست.

۲-۱-۲. عدم تصریح تدوین‌کنندگان قانون اساسی

علی‌رغم اینکه برخی از حقوقدانان، منبع اساسی جهت فهم مراد قانون‌گذار در جریان تصویب قانون اساسی را «اراده مردم» دانسته‌اند، اما این دسته از حقوقدانان نیز نافی امکان استناد به مشروح مذاکرات تدوین‌کنندگان قانون اساسی نیستند و مفاد آن را واجد ارزش «قرینه‌ای» دانسته‌اند (واعظی، ۱۳۸۹: ۱۷۹). از سوی دیگر، برخی معتقدند که نقش مردم در فرآیند تصویب قانون اساسی تنفیذی است و نه تصویبی و تنها در صورتی می‌توان اراده مستقیم مردم را مبنای کشف مراد اصول قانون اساسی دانست که اصول قانون اساسی به صورت انحلالی (اصل به اصل) به تصویب آن‌ها رسیده باشد. این در حالی است که تأیید یکپارچه و بدون اصلاحات قانون اساسی از سوی مردم مؤید آن است که پیش‌فرض رأی‌دهندگان به مصوبه مجلس بررسی نهایی قانون اساسی و شورای بازنگری، همان چیزی بوده است که در منظومه فکری اعضای مجلس و شورای مذکور وجود داشته و در قالب آن مصوبه اراده شده است (ابریشمی‌راد، نیکونهاد، ۱۳۹۹: ۳۸۴).

مبتنی بر مقدمه فوق، از آنجایی که صلاحیت وضع مقررات توسط رئیس قوه قضائیه مورد تصریح و تأکید تدوین‌کنندگان قانون اساسی نبوده، به تبع شمول نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر مقررات مصوب رئیس قوه قضائیه در جریان تصویب اصل ۴ قانون اساسی مدنظر آنها نبوده است. لذا، شناسایی شمول نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان نسبت به مقررات مصوب رئیس قوه قضائیه مغایر با آن چیزی است که تدوین‌کنندگان قانون اساسی اراده کرده‌اند.

۲-۲. ادله موافق

برخلاف ادله مخالف شمول نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر مقررات مصوب رئیس قوه قضائیه، با استناد به «عموم صلاحیت فقهای شورای نگهبان نسبت به «کلیه مقررات»، «در راستای مراد تدوین‌کنندگان قانون اساسی بودن»، «اقتضای رعایت سلسله مراتب هنجاری در نظام حقوقی کشور» و «صیانت حداکثری از حقوق کارکنان قوه قضائیه و شهروندان» می‌توان شمول نظارت فقهای شورای نگهبان بر مقررات مصوب رئیس قوه قضائیه را اثبات کرد.

۲-۲-۱. عموم صلاحیت فقهای شورای نگهبان نسبت به «کلیه مقررات»

در اصطلاح اصولی «عام» لفظی است که مفهوم آن همه افراد و مصادیقی را در بر می‌گیرد که صلاحیت انطباق بر آنها را دارد و در برابر «خاص» قرار می‌گیرد (مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، ۱۳۸۹: ۵۶۲). به جهت کاربرد زیاد این اصطلاح در ادبیات حقوقی، این اصطلاح در ترمینولوژی‌های حقوقی نیز تعریف شده است. در این زمینه، در ترمینولوژی حقوق عام به «اسمی که در وضع واحدی بر افرادی بسیار وضع شده باشد» تعریف شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۴۷۵).

با توجه به قرابت مفهوم دو اصطلاح «اطلاق» و «عموم»، در مقام تبیین وجه تمایز این دو اصطلاح اشاره به این نکته لازم است که برخی فقها بیان داشته‌اند که اطلاق قانون به این معنا است که کلیت لفظ در آن تصریح نشده است اما از مجموعه‌ی آن کلیت موضوع فهمیده می‌شود؛ اما عموم این است که به شمول و کلیت موضوع با استفاده از الفاظی همانند «هر» تأکید شود (یزدی، ۱۳۷۵: ۸۲). به بیان دیگر، این وجه تمایز اینگونه ذکر شده که «تفاوت اطلاق و عموم در آن است که دلالت عام بر شیوع و شمول نسبت به افراد، به وضع است، در حالی که دلالت مطلق بر آن در پرتو مقدمات حکمت است.» (خویی، ۱۳۷۸: ۲۹۱) به عبارت دیگر، «دلالت عام بر افراد بالوضع است ولی دلالت مطلق بر افراد و مصادیقش بالوضع نیست، بلکه بالعقل است» (محقق داماد، ۱۳۸۵: ۹۹).

با عنایت به مقدمه فوق، در اصل ۴ قانون اساسی عبارت «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید بر اساس موازین اسلامی باشد» عام بوده و از این جهت شامل هر هنجار حقوقی که تحت عنوان «قانون» یا

«مقررات» شناخته شود، می‌شود. در این زمینه باید توجه نمود که از نظر اصطلاحی برخی نویسندگان «مقررات» در مفهوم خاص آن را مفهومی مقابل «قانون» (مصوبات قوه مقننه) دانسته‌اند و مفهوم عام این اصطلاح را شامل قانون، آیین‌نامه، تصویب‌نامه، بخش‌نامه و هر مقرره‌ای که ضمانت اجرا داشته باشد، معرفی کرده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۶۶۹). همچنین، برخی نویسندگان «مقررات» را مجموعه قواعدی دانسته‌اند که به حکم صریح یا ضمنی قانون‌گذار و یا به اعتبار اختیار ناشی از مسئولیت اداری، توسط مقامات صلاحیت‌دار (به غیر از قوه مقننه) وضع می‌شود (موسی‌زاده، ۱۳۸۹: ۱۵۰). برخی نیز اصطلاح مزبور را ناظر بر تصمیمات عام و کلی دانسته‌اند که توسط مقامات و نهادهایی غیر از قوه مقننه وضع می‌شود، که نتیجه آن ایجاد قواعد حقوقی است (امامی و استوارسنگری، ۱۳۹۳: ۳۹). مشابه تعریف مذکور، مقررات آن دسته از اعمال حقوقی یک‌جانبه اداری دانسته شده که حکم موضوع آن به‌طور عام (حکم مزبور شامل همه افراد و یا گروهی از افراد است و همه آن‌ها از نظر قانون برابرند) و غیرشخصی (حکم مزبور شامل یک وضع حقوقی است) می‌باشد (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۷: ۳۱۳-۳۱۴). در تعریف دیگر، «مقررات» به متونی که دولت در راه تکمیل و تبیین قانون وضع می‌کند، تعبیر شده است (عباسی، ۱۳۹۰: ۴۸). در تعریفی دقیق‌تر و کامل‌تر از اصطلاح مقررات نیز آن را قواعد کلی و لازم‌الاجرای اداری دانسته‌اند که به‌منظور پاسخگویی به مقتضیات اداره امور از سوی مقامات صالح اداری وضع می‌شوند و هدف آن‌ها پاسخگویی به مقتضیات امور اداری با تشریح جزئیات قوانین (مقررات اجرایی) یا با وضع قاعده جدید (مقررات مستقل) از سوی مقام صلاحیت‌دار اداری می‌باشد (آئینه‌نگینی، ۱۳۹۵: ۲۵).

مبتنی بر تعاریف و ویژگی‌های ذکر شده، اگر مقررات به هنجارهای عام‌الشمول، کلی و الزام‌آور وضع شده توسط مقامات صالح اداری اطلاق شود که فارغ از عنوان آن‌ها (آیین‌نامه، بخش‌نامه، دستورالعمل و ...) از نظر سلسله‌مراتب هنجاری در نظام حقوقی کشور در مرتبه پایین‌تر از قوانین مصوب قوه مقننه قرار دارند، بی‌تردید باید مصوبات رئیس قوه قضائیه که واجد این ویژگی‌ها هستند را نیز مقرر به شمار آورد و آن‌ها را مشمول عموم لفظ «مقررات» در اصل ۴ قانون اساسی قلمداد کرد. به عبارتی، تدوین‌کنندگان قانون اساسی تلاش کرده‌اند تا کلی‌بودن و شمول گسترده اصل ۴ قانون اساسی را از طریق پیش‌بینی لفظ «کلیه» در صدر این

اصل تأمین نمایند و برای دفع هرگونه شبهه احتمالی، انواع مختلف قوانین و شاخه‌های گوناگون آنها را با ذکر حوزه‌های مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی برشمرده و در نهایت نیز با استفاده از کلمه «غیر این‌ها» تمثیلی بودن این عناوین را مورد تأکید قرار داده است تا هیچ شک و شبهه‌ای در عام بودن این قوانین و مقررات برجای نماند (کعبی، ۱۳۹۳: ۳۰). لذا، با وجود عموم صلاحیت فقهای شورای نگهبان جهت نظارت بر «مقررات» نمی‌توان به استناد اصل عدم صلاحیت در حقوق عمومی این صلاحیت را نسبت به مقررات مصوب رئیس قوه قضائیه منصرف دانست.

۲-۲-۲. در راستای مراد تدوین‌کنندگان قانون اساسی بودن

بررسی مجموع مذاکرات اصل ۴ قانون اساسی بر این نکته تأکید دارد که دغدغه اسلامی بودن کلیه هنجارهای حقوقی حاکم در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، تدوین‌کنندگان قانون اساسی را بر آن داشته تا از طریق تمهید سازکار کلی نظارت شرعی پسینی بر کلیه هنجارها و شناسایی این صلاحیت برای فقهای شورای نگهبان، از اجرای قوانین و مقررات خلاف شرع در نظام حقوقی کشور خودداری کنند. نکته قابل توجه در این زمینه آن است که اهمیت این موضوع موجب شد تا در جریان تصویب اصل مذکور تلاش‌های زیادی صورت گیرد تا با طرح پیشنهادات متعدد، تا حد امکان دامنه شمول این اصل گسترده‌تر شناسایی شود و این نظارت حتی بر اطلاق و عموم اصول قانون اساسی و کلیه قوانین و مقررات حاکم بر حوزه‌های مختلف مدنی، جزایی و ... نیز حاکم دانسته شد.^۱

با توجه به اهمیت موازین شرع به‌عنوان یک هنجار بالادستی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و تأکیدی که تدوین‌کنندگان قانون اساسی در سراسر مشروح مذاکرات اصل ۴ بر توسعه حوزه نظارت شرعی بر همه هنجارهای حقوقی داشته‌اند و حتی این اصل را بر اطلاق و عموم سایر اصول قانون اساسی نیز حاکم دانسته‌اند، طبیعتاً باید در تفسیر صلاحیت فقهای شورای نگهبان جهت نظارت بر قوانین و مقررات، تا حد امکان گستره‌ی این نظارت از حیث تسری بر مصادیق مختلف قوانین و مقررات را توسعه داد تا غرض تدوین‌کنندگان قانون اساسی حاصل شود. لذا، علی‌رغم اینکه در مشروح مذاکرات قانون اساسی و اصلاحات آن از مقررات مصوب رئیس قوه قضائیه و نظارت بر آنها صراحتاً سخن گفته نشده، اما این امر نمی‌تواند نافی امکان اعمال نظارت شرعی بر مقررات مصوب این مقام باشد و چنین تلقی به

صورت خاص با غرض تدوین‌کنندگان قانون اساسی مغایر است.

۲-۲-۳. اقتضای رعایت سلسله مراتب هنجاری در نظام حقوقی کشور

قاعدتاً برای تنظیم اصل سلسله مراتب هنجاری در نظام حقوقی، بنا را بر جنبه شکلی قواعد می‌گذارند، تا جنبه ماهوی آن. یعنی اهمیت قاعده را بر حسب دستگاه واضع آن می‌سنجند. البته، سلسله مراتب شکلی قواعد، عملاً منجر به سلسله مراتب ماهوی آنها نیز می‌شود و محتوای قواعد فروتر باید لزوماً با محتوای قواعد برتر منطبق باشد (قاضی شریعت‌پناهی، ۱۴۰۰: ۱۱۱). بر این اساس، به مقتضای اصل سلسله مراتب هنجاری مقررده باید پیرو هنجار برتر و در حدود آن باشد و نقض آن، اعتبار مقررده را سلب می‌کند (راسخ و همکاران، ۱۳۹۳: ۱۰۱). لذا، مقتضای اصل سلسله مراتب هنجاری در نظام حقوقی ایران ایجاب می‌کند که مقررات مصوب رئیس قوه قضائیه با هنجارهای برتر در نظام حقوقی از جمله موازین شرع تناسب داشته باشد و مغایرت با اسناد بالادستی موجبات حذف و ابطال آن مقررده را فراهم کند. با توجه به اصل سلسله مراتب قواعد حقوقی و برتری موازین اسلامی در نظم حقوقی جمهوری اسلامی ایران، کنترل قواعد حقوقی از حیث انطباق و یا عدم مغایرت آنها با این هنجار، به موجب اصل چهارم بر عهده فقهای شورای نگهبان قرار گرفته است.

۲-۲-۴. صیانت حداکثری از حقوق کارکنان قوه قضائیه و شهروندان

با توجه به گستره صلاحیت‌های رئیس قوه قضائیه در حوزه امور قضایی، اداری، اجرایی، مالی و استخدامی قوه قضائیه، احتمال اینکه مقررات مصوب رئیس قوه قضائیه موجبات تضییع حقوق کارکنان قوه قضائیه یا شهروندان را فراهم کند وجود دارد. این در حالی است که احقاق حقوق تضییع شده شهروندان و حفظ امنیت حقوقی همواره مورد تأکید بوده است (ابریشمی‌راد، ۱۳۹۹: ۱۰). لذا، در جهت صیانت حداکثری از حقوق کارکنان قوه قضائیه و شهروندان، اعمال نظارت بر مقررات مصوب رئیس قوه قضائیه ضروری است.

در این زمینه، با توجه به اینکه در نظام حقوقی ایران دو ملاک شرع و قانون جهت اعمال نظارت بر تصمیمات و اقدامات دولتی مورد پذیرش قرار گرفته، جهت صیانت حداکثری از حقوق کارکنان قوه قضائیه و شهروندان بایستی نظارت شرعی و قانونی بر مقررات مصوب رئیس قوه قضائیه را مورد پذیرش و اعمال قرار داد. در این خصوص، اهمیت شمول نظارت فقهای شورای نگهبان بر مقررات مصوب رئیس قوه قضائیه از آن جهت بیشتر خواهد بود که

در حال حاضر به موجب تبصره ماده (۱۲) قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، هیأت عمومی دیوان عدالت اداری جهت رسیدگی به مقررات مصوب این مقام از حیث انطباق با قوانین فاقد صلاحیت دانسته شده و با توجه به چالش‌های عملی اعمال نظارت قانونی توسط دادگاه‌های عمومی بر این قبیل مقررات، منتفی دانستن امکان نظارت شرعی بر این دسته از مقررات ممکن است منجر به بلاناظر شدن این قبیل مقررات شود.

در این خصوص، ادعای بلاوجه بودن شمول نظارت فقهای شورای نگهبان بر مقررات مصوب رئیس قوه قضائیه با عنایت به شرط «مجتهد عادل و آگاه به امور قضایی» برای رئیس قوه قضائیه، به جهت عدم تراحم و تعارض این دو موضوع قابل دفاع نیست. به عبارتی، به طور کلی شناسایی شرایط مختلف برای مقامات رسمی کشور را نباید موجب منتفی ساختن انواع نظارت بر تصمیمات و اقدامات آنها دانست؛ چراکه در این صورت بخش قابل توجهی از تصمیمات و اقدامات مقامات و مراجع رسمی کشور را بایستی از شمول نظارت مراجع ناظر خارج دانست که این امر با منطبق نظارت شرعی یا قضایی و سایر اقسام نظارت همخوانی ندارد.

۳. چالش‌های اعمال نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر مقررات رئیس قوه قضائیه

با پذیرش شمول نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر مقررات رئیس قوه قضائیه، بررسی چالش‌های پیش‌روی اعمال این نظارت و ارائه راهکارهای عملی جهت اعمال این نظارت ضروری است. با این مقدمه، در ادامه به طرح و تحلیل این چالش‌ها پرداخته می‌شود.

۳-۱. نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان از مجرای دیوان عدالت اداری

در عمل نظارت فقهای شورای نگهبان بر غیر مصوبات مجلس، غالباً از طریق استعلام نهادها یا مقاماتی همچون دیوان عدالت اداری یا ریاست قوه قضائیه عملیاتی می‌گردد (عمیدزنجانی، ۱۳۸۵: ۲۱۴). در این میان، مهم‌ترین سازکار ضابطه‌مند جهت اعمال نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر مقررات، استعلام دیوان عدالت اداری به استناد تبصره (۲) ماده (۸۴) و ماده (۸۷) قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری^۲ از فقهای شورای نگهبان است. این در حالی است که با توجه به تبصره ماده (۱۲) قانون مزبور، رسیدگی به مقررات مصوب رئیس قوه قضائیه از شمول صلاحیت هیأت عمومی دیوان مستثنی است. لذا،

در صورتی که از مقررات مصوب رئیس قوه قضائیه در هیأت عمومی دیوان طرح شکایت شود، با توجه به عدم صلاحیت دیوان نسبت به این موارد، این گونه درخواست‌ها به موجب قرار دیوان رد خواهد شد و به تبع، استعلام شرعی این قبیل مقررات از فقهای شورای نگهبان نیز منتفی است.

به عنوان نمونه در دادنامه شماره ۹۶۱۰۰۹۰۵۸۰۰۶۱۸ مورخ ۱۳۹۶/۰۶/۲۸ با وجود اینکه علاوه بر بخشنامه معاون اداری و مالی قوه قضائیه، شاکی تقاضای ابطال بخشی از دستورالعمل رئیس قوه قضائیه به استناد «مخالفت با قواعد «لاضرر و لاضرار فی السلام» و اصل ۴۰ قانون اساسی، قاعده دارا شدن غیرعادلانه یا ملائت بلاجهت، قاعده حرمت مال مسلمان، قاعده آمره، قاعده عدل و انصاف و آیات و روایات و فتاوی معتبر فراوانی که در همه زمینه‌ها وجود داشته و ساری و جاری است» را نموده بود، دیوان صرفاً اقدام به ارسال بخشنامه مزبور جهت اظهارنظر فقهای شورای نگهبان کرد و نسبت به دستورالعمل مورد شکایت مقرر نمود: «نظر به اینکه به موجب تبصره ذیل ماده (۱۲) قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری هیأت عمومی دیوان عدالت اداری صلاحیت رسیدگی به آیین‌نامه‌ها، بخشنامه‌ها و تصمیمات قضایی رئیس قوه قضائیه را ندارد، بنابراین تقاضای ابطال طرح جامع رفع اطلاع دادرسی با عنوان ساماندهی نظام ارجاع و دفاتر شعب دادگاه‌ها و دادرها و واحد ابلاغ و استفاده از فرم‌های استاندارد مصوب ۱۳۸۴/۱۱/۱۵ رئیس قوه قضائیه قابل رسیدگی و اتخاذ تصمیم در هیأت عمومی دیوان عدالت اداری نیست.» لذا، در این موارد، با خروج مقررات رئیس قوه قضائیه از شمول صلاحیت هیأت عمومی دیوان، عملاً امکان استعلام این قبیل مقررات از فقهای شورای نگهبان نیز غیرممکن شده است.

در این زمینه ممکن است گفته شود که در تبصره ماده (۱۲) قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان، رسیدگی به مقررات رئیس قوه قضائیه صرفاً از صلاحیت هیأت عمومی خارج دانسته شده و از این جهت رسیدگی شرعی به این قبیل مقررات از طریق استعلام از فقهای شورای نگهبان بایستی کماکان امکان‌پذیر باشد. همچنان‌که در موارد مشابه همچون مصوبات ملغی‌الاثربوده به واسطه اعلام نظر رئیس مجلس، با وجود فقدان صلاحیت هیأت عمومی دیوان به استناد تبصره (۸) قانون الحاق یک تبصره به قانون نحوه اجرای اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران^۳، بر طبق رویه دیوان عدالت اداری امکان استعلام

شرعی از فقهای شورای نگهبان و اعلام نظر شرعی در خصوص این قبیل مقررات امکان پذیر است. توضیح آنکه، به موجب دادنامه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره ۴۶۲ مورخ ۱۳۸۹/۱۰/۲۷ مقرر شده است: «هرچند مطابق تبصره (۸) قانون الحاق یک تبصره به قانون نحوه اجرای اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در رابطه با مسئولیت‌های رئیس مجلس شورای اسلامی مصوب ۱۳۶۸ و اصلاحات بعدی آن مصوب ۳۰ فروردین ۱۳۸۸ در مواردی که رئیس مجلس شورای اسلامی مصوبات، آیین‌نامه‌ها و تصویب‌نامه‌های مقامات مذکور در اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی را مغایر با متن و روح قانون تشخیص دهد، نظر وی برای دولت معتبر و لازم‌الاتباع است و دیوان عدالت اداری نسبت به این‌گونه موارد صلاحیت رسیدگی ندارد و رئیس مجلس شورای اسلامی نیز طی نامه شماره ۳۹۱۵۵ هـ/ب مورخ ۱۶ شهریور ۱۳۸۹ موارد مغایرت قانونی مصوبه معترض‌عنه را اعلام نموده و از این جهت موجبی برای رسیدگی در هیئت عمومی دیوان وجود ندارد؛ اما رسیدگی به جهات مغایرت مصوبه با شرع منصرف از حکم مقرر در تبصره مذکور می‌باشد و نظر به این که فقهای شورای نگهبان در نامه شماره ۸۹/۳۰/۴۰۲۵۹ مورخ ۲ آبان ۱۳۸۹ ماده (۲) آیین‌نامه معترض‌عنه را خلاف موازین شرع دانسته‌اند، لذا به تجویز ماده (۴۱) و بند (۱) ماده (۱۹) و قسمت اخیر ماده (۲۰) قانون دیوان عدالت اداری، مصوبه مورد شکایت ابطال و اثر آن به تاریخ صدور صدور تسری خواهد داشت.»

در مقام رد ادعای فوق باید توجه نمود که مستنبط از ماده (۸۷) قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان، نظارت شرعی بر مقررات به عنوان بخشی از فرآیند نظارت هیأت عمومی دیوان بر مقررات پیشبینی شده که با توجه به متنی بودن نظارت دیوان بر این قبیل مقررات، امکان پذیرش درخواست و استعلام شرعی دیوان از فقهای شورای نگهبان نیز وجود ندارد. توضیح آنکه، عبارت «در صورتی که مصوبه‌ای به لحاظ مغایرت با موازین شرعی برای رسیدگی مطرح باشد» در ماده مزبور، گویای آن است که شرط استعلام شرعی از فقهای شورای نگهبان آن است که مصوبه جهت رسیدگی در دیوان قابل طرح باشد. از سوی دیگر، بر طبق صراحت عبارت ذیل ماده مزبور، در این موارد صدور رأی مبنی بر خلاف شرع بودن مقرر در صلاحیت هیأت عمومی دیوان عدالت اداری دانسته شده است.

بنا بر مطالب ذکر شده، عدم پذیرش شکایت شرعی از مقررات مصوب رئیس قوه قضائیه

توسط دیوان عدالت اداری منطبق با قانون دیوان است؛ هرچند که مستثنی بودن این قبیل مصوبات از شمول صلاحیت هیأت عمومی دیوان که موجب بروز وضعیت موجود شده توجیه حقوقی ندارد و با اصلاح تبصره ماده (۱۲) قانون دیوان و تسری شمول صلاحیت هیأت عمومی دیوان به مصوبات رئیس قوه قضائیه می‌توان انتظار داشت که مانع اعمال نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان از مجرای دیوان عدالت اداری نیز رفع شود.

۲-۳. نظارت شرعی مستقیم فقهای شورای نگهبان

با منتفی شدن امکان نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر مقررات رئیس قوه قضائیه از مجرای دیوان عدالت اداری و با عنایت به اثبات ضرورت اعمال این نظارت بر این قبیل مقررات، تنها راهکار اعمال نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر مقررات رئیس قوه قضائیه را باید اعمال نظارت شرعی مستقیم توسط فقهای شورای نگهبان دانست. توضیح آنکه، با عنایت به ظاهر اصل ۴ قانون اساسی که مقرر داشته است: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزائی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید بر اساس 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 فقهای شورای نگهبان است»، بایستی فقهای شورای نگهبان را در زمینه نظارت شرعی بر مقررات -از جمله مقررات رئیس قوه قضائیه- واجد صلاحیت مستقیم و مستقل دانست. این طریق از آن جهت واجد اهمیت است که قانون اساسی نحوه اعمال این نظارت توسط فقهای شورای نگهبان را مقید به ترتیبات مقرر در قانون اساسی یا قوانین مجلس نکرده است و ظاهر اصل ۴، صلاحیتی منجز برای فقهای شورای نگهبان پیش‌بینی کرده است.

مبتهی بر مقدمه فوق، با وجود شناسایی طرق قانونی جهت نظارت شرعی بر بخشی از مقررات (نظارت شرعی از مجرای دیوان عدالت اداری)، این امر مانع از اعمال صلاحیت مستقل فقهای شورای نگهبان جهت اعمال نظارت شرعی بر مطلق مقررات نیست. این نکته از آن جهت اهمیت بیشتری پیدا می‌کند که به موجب قوانین و رویه‌های موجود، نسبت به صلاحیت مراجعی همچون دیوان عدالت اداری جهت طرح شکایت از برخی مقررات، استثنائاتی همچون مقررات مصوب رئیس قوه قضائیه در قوانین پیش‌بینی شده است که بر این اساس، نمی‌توان از این قبیل مقررات در دیوان عدالت اداری شکایت کرد. لذا، پذیرش

امکان اعمال نظارت شرعی مستقل توسط فقهای شورای نگهبان می‌تواند مانع از تعطیلی و توقف نظارت شرعی بر بخشی از مقررات از جمله مقررات مذکور در تبصره ماده (۱۲) قانون دیوان شود.

بنا بر مطالب ذکر شده، مستند به ظاهر اصل ۴ قانون اساسی هرگاه فقهای شورای نگهبان رأساً یا در پی وصول گزارش یا استعلام از سوی سایر اشخاص حقیقی یا حقوقی یا هر طریق دیگر، از مغایرت مقررهای رئیس قوه قضائیه با موازین شرع آگاه شوند، صلاحیت دارند تا آن موضوع را در جلسه‌ی فقها طرح نموده و نسبت به آن مقرر اعلام نظر کنند.

این صلاحیت فقهای شورای نگهبان در تبصره ماده (۱۳) آئین‌نامه داخلی پیشین شورای نگهبان (مصوب ۱۳۶۲) مورد تصریح و تأکید قرار گرفته بود. تبصره مذکور مقرر می‌داشت: «به موجب اصل چهارم قانون اساسی فقهاء شورا می‌توانند رأساً نیز اقدام به اعلام نظر درباره مخالفت هر یک از مقررات مملکتی با شرع بنمایند لکن چنانچه احتمال بروز مفاسدی در اظهارنظر باشد باید تحرّی کامل صورت گیرد.» این در حالی است که در آیین‌نامه داخلی فعلی شورای نگهبان این صلاحیت فقها با تصریح کمتری مورد شناسایی قرار گرفته است. در این زمینه، ماده (۱۹) آیین‌نامه فعلی شورای نگهبان مقرر داشته 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» که لازم است صلاحیت مورد بحث با صراحت و دقت بیشتری مورد شناسایی و تبیین قرار گیرد.

بررسی رویه فقهای شورای نگهبان در زمینه اعمال نظارت مستقل بر مقررات نیز گویای آن است که فقهای شورا در موارد مختلفی رأساً یا در پی استعلام صورت گرفته از سوی مقامات یا مراجع رسمی نظام یا در پی طرح موضوع از سوی برخی از فقها، اقدام به اعلام نظر شرعی در زمینه‌ی برخی از مقررات کرده‌اند. به عنوان نمونه، فقهای شورای نگهبان در نظر شماره ۷۴۹ مورخ ۱۳۵۹/۱۱/۱۴، نظر شماره ۱۳۷۱ مورخ ۱۳۶۳/۴/۲۱، نظر شماره ۷۷/۲۱/۳۲۵۸ مورخ ۱۳۷۹/۵/۲۷، شماره ۷۸/۲۱/۵۶۲۰ مورخ ۱۳۷۸/۸/۱۳ و شماره ۷۹/۲۱/۱۲۹۹ مورخ ۱۳۷۹/۹/۱۵ در پاسخ به استعلامات اشخاص حقیقی یا حقوقی اقدام به اعلام نظر شرعی کرده‌اند.

با اثبات صلاحیت فقهای شورای نگهبان جهت اعمال نظارت شرعی مستقیم بر مقررات

مصوب رئیس قوه قضائیه، آنچه در این زمینه محل اشکال به نظر می‌رسد عدم تبیین سازکار و فرآیند اعمال این نظارت در قوانین و مقررات مربوطه است. این وضعیت علاوه بر اینکه موجب ناشناخته ماندن این صلاحیت فقها شده و در نتیجه آن کمتر حقوقدانی این طریق نظارت شرعی را مورد شناسایی قرار داده، به‌خاطر وجود ابهامات مختلف در زمینه شیوهی اعمال این صلاحیت موجب شده تا اعمال این صلاحیت با چالش‌هایی روبرو باشد.

به‌عنوان نمونه، مشخص نبودن نحوه اعلام یا اجرای این قبیل نظرات شرعی فقهای شورای نگهبان در قوانین و مقررات موجود و همچنین تکالیف دستگاه‌های مختلف در این زمینه یکی از چالش‌های فعلی نظارت شرعی مستقیم فقهای شورای نگهبان است. توضیح آنکه، علی‌رغم اینکه در ماده (۱۴) آیین‌نامه داخلی پیشین شورای نگهبان مقرر شده بود: «در موارد تفسیر قانون اساسی و یا اعلام نظر شرعی باید نسخه‌ای به اداره روزنامه رسمی جمهوری اسلامی و نسخه‌ای به ریاست جمهوری ارسال شود تا از طریق رسمی و قانونی در مجموعه قوانین طبع و به تمام واحدها ابلاغ گردد.» در ماده (۲۱) آیین‌نامه داخلی فعلی شورای نگهبان^۴ نحوه اعلام و اجرای نظارت شرعی مستقیم فقهای این شورا راجع به مقررات صراحتاً پیش‌بینی نشده و ماده مذکور تنها به مشخص کردن ترتیبات اعلام و اجرای نظر شرعی فقها راجع به «قوانین» اکتفا کرده است. لذا، در حال حاضر، در مواردی که فقهای شورای نگهبان رأساً در خصوص «مقررات» خلاف شرع اعلام نظر می‌کنند، تنها طریق اعلام نظر فقها به استناد ماده (۲۶) آیین‌نامه شورا^۵ و از طریق سخنگوی شورای نگهبان است و در خصوص نحوه و مسئول اجرای این قبیل نظرات ترتیبات خاصی تعیین نشده است.

از سوی دیگر، در شرایط فعلی ضابطه‌مند نبودن این صلاحیت فقهای شورای نگهبان موجب شده که اعمال نظارت مستقیم فقهای شورای نگهبان منحصر در مواردی باشد که شخصی بتواند با دسترسی به فقهای شورای نگهبان، درخواست خود مبنی بر نظارت شرعی بر یک مقرر را به اطلاع آن‌ها برساند و حال آنکه در این موارد نیز برخلاف طرقی همچون شکایت در دیوان عدالت اداری، هیچ‌گونه الزام قانونی جهت تکلیف فقهای شورای نگهبان به بررسی آن درخواست وجود ندارد. این اشکال در مواردی که رسیدگی به مقرر از صلاحیت دیوان عدالت اداری خارج باشد، بروز بیشتری دارد و از این جهت ضرورت دارد ضمن شناسایی سازکار مشخص و شفاف، امکان طرح درخواست بررسی مقررات نزد فقهای شورا به

صورت عادلانه برای عموم فراهم شود.

بنا بر آسیب‌شناسی صورت گرفته، در حال حاضر ضابطه‌مند و شفاف نبودن ابعاد حقوقی نظارت شرعی مستقل فقهای شورای نگهبان به‌عنوان مهم‌ترین اشکال این طریق نظارت شرعی محسوب می‌شود و به منظور رفع آن لازم است تا فقهای شورای نگهبان با همکاری مجلس شورای اسلامی ابعاد این نوع از نظارت شرعی را در قوانین تبیین نمایند یا حداقل این موضوعات در قالب آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان شفاف شوند.

شایان ذکر است که تکلیف مذکور کاملاً در راستای بند (۲) سیاست‌های کلی نظام قانونگذاری - ابلاغی ۱۳۹۸ مقام معظم رهبری - می‌باشد که «ارزیابی و پالایش قوانین و مقررات موجود کشور از حیث مغایرت با موازین شرعی و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و ایجاد سازوکار لازم برای تضمین اصل چهارم قانون اساسی» را به‌عنوان یک الزام اساسی پیش‌بینی کرده است.

۳-۳. عدم تناسب نظارت شرعی بر مقررات رئیس قوه قضائیه با اقتضائات عملی فقهای شورای نگهبان

با پذیرش صلاحیت نظارت فقهای شورای نگهبان بر مقررات رئیس قوه قضائیه، بی‌تردید یکی از چالش‌های پیش روی اعمال این نظارت، عدم تناسب وظایف فقهای شورای نگهبان با حجم بالای مقررات موجود است. در این زمینه، توجه به این نکته لازم است که در حال حاضر علاوه بر نظراتی که فقهای شورای نگهبان راجع به مصوبات مجلس اظهار می‌دارند، ایشان در مقام پاسخ به استعلامات دیوان عدالت اداری نیز به اظهارنظر می‌پردازند که در صورت اضافه‌شدن مقررات رئیس قوه قضائیه به مقررات موضوع نظارت فقهای شورا، طبیعتاً فرآیند نظارت شرعی با تأخیر بیشتری مواجه خواهد شد. لذا، توسعه صلاحیت فقهای شورای نگهبان به مقررات رئیس قوه قضائیه بدون در نظر گرفتن اقتضائات و محدودیت‌های مرجع مزبور که در حال حاضر صرفاً توسط شش فقیه منصوب از طرف مقام رهبری صورت می‌گیرد و از طریق قانون عادی امکان افزایش این فقها وجود ندارد امری مشکل‌ساز خواهد بود.

در مقام پاسخ به شبهه مذکور باید گفت که با وجود وجیه بودن منطق این شبهه، اما نمی‌توان این امر را مانعی حقوقی در مقابل ضرورت اعمال نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر مقررات رئیس قوه قضائیه دانست. توضیح آنکه، بنا بر جهاتی که به منظور اثبات

ضرورت اعمال نظارت شرعی بر مقررات مصوب رئیس قوه قضائیه گفته شد، رعایت نص اصل ۴ قانون اساسی، مراد تدوین‌کنندگان قانون اساسی، احترام به سلسله مراتب هنجاری و صیانت از حقوق کارکنان قوه قضائیه و شهروندان اقتضا دارد تا نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر مقررات مصوب رئیس قوه قضائیه صورت بگیرد و نمی‌توان بدون دلیل موجه از اعمال این نظارت خودداری کرد. از سوی دیگر، هرچند در حال حاضر اعمال نظارت شرعی پیشینی بر این قبیل مقررات فاقد مجوز قانونی و با توجه به حجم کاری فقهای شورای نگهبان ظاهراً غیرممکن باشد، اما با توجه به نداشتن محدودیت زمانی جهت اعمال نظارت پسینی توسط فقهای شورای نگهبان، کماکان اعمال نظارت شرعی بر مقررات مصوب رئیس قوه قضائیه به صورت پسینی و مشابه سایر مقررات امکان عملی دارد و تنها امری زمان‌بر خواهد بود. لذا، در حال حاضر بایستی فقهای این شورا را جهت اعمال نظارت شرعی بر مقررات مصوب رئیس قوه قضائیه صالح دانست و به‌منظور ارتقای کیفیت این نظارت و جلوگیری از زمان‌بر شدن آن، هرچند ممکن است تفویض صلاحیت نظارت شرعی بر مقررات به غیرفقهای شورا مغایر با قانون اساسی به نظر آید، اما با تمهیداتی همچون پیش‌بینی امکان تفویض این صلاحیت در موارد خاص (همچون مصوبات تکراری) به سایر فقها (غیر فقهای شورای نگهبان) از طریق سازکار مقرر در اصل ۱۱۲ قانون اساسی (مجمع تشخیص مصلحت نظام) یا در شرایط موجود امکان بهره‌مندی هرچه بیشتر فقهای شورا از کارشناسان فقهی را جهت تسریع در رسیدگی مهیا نمود.

نتیجه‌گیری

مطابق اصل ۴ قانون اساسی کلیه قوانین و مقررات بایستی منطبق با موازین اسلامی باشند و این وظیفه به فقهای شورای نگهبان سپرده شده است. این پژوهش با اثبات صلاحیت مقررات‌گذاری برای رئیس قوه قضائیه در نظام حقوقی ایران و با عنایت به نقش و جایگاه آن مقام در نظام سیاسی و اداری ایران، تلاش داشته تا امکان نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر مقررات رئیس قوه قضائیه و چالش‌های پیرامون آن را مورد واکاوی قرار دهد.

بررسی‌های صورت گرفته گویای آن است که با استناد به عموم صلاحیت مقرر در اصل ۴ قانون اساسی، توجه به مبانی پیش‌بینی نظارت شرعی در قانون اساسی، رعایت اقتضای سلسله مراتب هنجاری در نظام حقوقی ایران و صیانت حداکثری از حقوق کارکنان قوه قضائیه و

شهروندان، اعمال نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر مقررات مصوب رئیس قوه قضائیه امری ضروری است.

با وجود ضرورت ذکر شده، در حال حاضر اعمال نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر مقررات رئیس قوه قضائیه با چالش‌های ذیل روبرو است:

الف) با توجه به تبصره ماده (۱۲) قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری که رسیدگی به مقررات مصوب رئیس قوه قضائیه را از شمول صلاحیت هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مستثنی دانسته، سازکار فعلی نظارت فقهای شورای نگهبان از بستر نظارت دیوان عدالت اداری امکان اعمال نظارت شرعی بر مقررات مصوب رئیس قوه قضائیه را فراهم نمی‌کند. لذا، انتظار می‌رود تا با اصلاح تبصره مذکور و تسری صلاحیت هیأت عمومی دیوان به مصوبات رئیس قوه قضائیه، مانع پیش روی اعمال نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان از مجرای دیوان عدالت اداری مرتفع شود.

ب) در حال حاضر هرچند اعمال نظارت شرعی مستقیم فقهای شورای نگهبان بر مقررات مصوب رئیس قوه قضائیه، تنها سازکار ممکن جهت اعمال این نظارت می‌باشد، فقدان سازکار قانونی منظم و تعریف شده، ابهامات متعددی را در خصوص شیوه اعمال این نوع از نظارت ایجاد کرده و تحقق این نظارت را بسیار مشکل ساخته است. لذا، تبیین قانونی فرآیند این نوع از نظارت ضروری است.

ج) عدم تناسب تعداد فقهای شورای نگهبان با حجم بالای وظایف و مقررات موجود نیز نقیصه‌ی دیگری است که اعمال نظارت شرعی توسط آنها بر مقررات مصوب رئیس قوه قضائیه را با چالش روبرو ساخته است. لذا، اصلاح قانون اساسی در این زمینه و فراهم شدن امکان تفویض این صلاحیت در موارد خاص می‌تواند به ارتقای کیفیت این نظارت کمک نماید.

یادداشت‌ها

۱. جهت مطالعه مشروح مذاکرات مربوط به اصل ۴ قانون اساسی رک: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، جلد اول، صص ۳۱۳ تا ۳۲۵ و ۳۴۵ تا ۳۵۷.
۲. تبصره ۲ ماده ۸۴- هرگاه مصوبه مورد شکایت به لحاظ مغایرت با موازین شرعی برای رسیدگی مطرح باشد موضوع جهت اظهارنظر به شورای نگهبان ارسال می‌شود. نظر فقهای شورای نگهبان برای هیات عمومی و هیاتهای تخصصی لازم‌الاتباع است.
- ماده ۸۷- در صورتی که مصوبه‌ای به لحاظ مغایرت با موازین شرعی برای رسیدگی مطرح باشد، موضوع جهت اظهارنظر به شورای نگهبان ارسال می‌شود. نظر فقهای شورای نگهبان برای هیات عمومی، لازم‌الاتباع است.
۳. تبصره ۸- در مواردی که رئیس مجلس شورای اسلامی مصوبات، آئین‌نامه‌ها و تصویب‌نامه‌های مقامات مذکور در اصول هشتاد و پنجم (۸۵) و یکصد و سی و هشتم (۱۳۸) قانون اساسی را مغایر با متن و روح قوانین تشخیص دهد نظر وی برای دولت معتبر و لازم‌الاتباع است و دیوان عدالت اداری نسبت به این گونه موارد صلاحیت رسیدگی ندارد. تطابق تصمیمات مقامات مذکور با موارد ذکرشده با رئیس مجلس شورای اسلامی می‌باشد.
۴. ماده ۲۱- در موارد مغایرت قوانین با شرع موضوع ماده (۱۹) نظر اکثریت فقهای شورای نگهبان به رئیس جمهور اعلام می‌شود تا از طرف وی اقدام لازم به عمل آید.
۵. ماده ۲۶- سخنگو مواضع و نظرات شورا را منعکس خواهد نمود. در صورتی که شورا نشر مطلبی را صلاح نداند سخنگو از اعلام آن خودداری می‌نماید.

منابع و مأخذ

فارسی و عربی

۱. آئینه‌نگینی، حسین (۱۳۹۵)، کلیدواژه «مقررات» در قانون اساسی؛ از مفاهیم تا مصادیق، تهران: انتشارات خرسندی.
۲. اباذری فومشی، منصور (۱۳۹۲)، ترمینولوژی حقوق نوین، تهران: انتشارات شهید داریوش نوراللهی.
۳. امامی، محمد و کورش استوارسنگری (۱۳۹۳)، حقوق اداری، چاپ دوم، جلد دوم، تهران: نشر میزان.



۴. اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۴)، صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد اول، چاپ اول، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی.
۵. ابریشمی راد، محمدامین (۱۳۹۹)، 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، ش ۲۳، ۹-۳۴.
۶. ابریشمی راد، محمد امین، شعبانی، حسن (۱۳۹۷)، استنادپذیری منشور حقوق شهروندی در دیوان عدالت اداری، فصلنامه علمی حقوق بشر و شهروندی، ش ۱، ۱-۲۲.
۷. ابریشمی راد، محمد امین، نیکونهاد، حامد (۱۳۹۹)، تفسیری قصدگرایانه از صلاحیت مقام رهبری در صدور فرمان همه پرسی؛ موضوع بند ۳ اصل ۱۱۰ قانون اساسی، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، ش ۶۶، ۳۸۲-۴۰۶.
۸. پروین، خیرالله، ابریشمی راد، محمد امین (۱۳۹۷)، سازوکار مطلوب نظارت فقهای شورای نگهبان بر مقررات دولتی از بستر نظارت دیوان عدالت اداری، فصلنامه دانش حقوق عمومی، ش ۲۰، ۱۱۳-۱۳۴.
۹. تپلا، پروانه (۱۳۸۷)، اصول تطبیقی قاعده سازی و مرزشناسی قانون و آیین نامه، چاپ اول، تهران: انتشارات خرسندی.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷)، ترمینولوژی حقوق، چاپ بیستم، تهران: انتشارات گنج دانش.
۱۱. خوبی، سید ابوالقاسم (۱۳۷۸)، اجود التقریرات، انتشارات صاحب الامر (عج).
۱۲. درویشوند، ابوالفضل، راجی، سید محمد هادی (۱۳۹۰)، تحلیلی بر نظارت بر قوانین و مقررات در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، نشریه حکومت اسلامی، ش ۶۱، ۱۰۳-۱۳۴.
۱۳. راسخ، محمد، کوششکار، ریحانه، عامری، فائزه (۱۳۹۴)، وضع مقرر در قوه قضائیه، چاپ اول، تهران: انتشارات دراک.

۱۴. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۷)، *حقوق اداری*، چاپ چهاردهم، تهران: انتشارات سمت.
۱۵. عباسی، بیژن (۱۳۹۰)، *حقوق اداری*، چاپ دوم، تهران: انتشارات دادگستر.
۱۶. عمیدزنجانی، عباسعلی (۱۳۸۵)، *حقوق اساسی ایران*، چاپ اول، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۱۷. غمامی، محمدمهدی (۱۳۹۰)، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: انتشارات مرکز اسناد انقلاب اسلامی ایران.
۱۸. فقیهی، سیده فاطمه، عساکره، زینب (۱۴۰۰)، *تحلیل حقوقی آثار نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر قوانین و مقررات*، نشریه حکومت اسلامی، ش ۹۹، ۵-۲۸.
۱۹. قاضی شریعت پناهی، ابوالفضل (۱۴۰۰)، *حقوق اساسی و نهادهای سیاسی*، چاپ شانزدهم، تهران: انتشارات میزان.
۲۰. کعبی، عباس (۱۳۹۳)، *گزارش پژوهشی مبانی تحلیلی نظام جمهوری اسلامی ایران (تحلیل مبانی اصل چهارم قانون اساسی)*، چاپ اول، تهران: انتشارات پژوهشکده شورای نگهبان.
۲۱. گرجی ازندریانی، علی اکبر (۱۳۸۸)، *در تکاپوی حقوق اساسی*، چاپ دوم، تهران: انتشارات جنگل.
۲۲. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۵)، *مباحثی از اصول فقه (دفتر اول: مبحث الفاظ)*، چاپ پانزدهم، مرکز نشر علوم انسانی.
۲۳. مدنی، سید جلال‌الدین (۱۳۸۷)، *حقوق اداری*، جلد اول، تهران: انتشارات پایدار.
۲۴. مرادی برلیان، مهدی (۱۳۹۷)، *صلاحیت مقررات‌گذاری قوه قضائیه و نظارت بر آن در نظام حقوقی ایران*، *مجله تحقیقات قضایی*، پژوهشگاه قوه قضائیه، ش ۱۲، ۱۳-۵۹.
۲۵. موسی‌زاده، ابراهیم (۱۳۹۱)، *حقوق اداری*، تهران: انتشارات دادگستر.
۲۶. موسی‌زاده، رضا (۱۳۸۹)، *حقوق اداری (۱-۲)*، چاپ دوازدهم، تهران: نشر میزان.
۲۷. مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی (۱۳۸۹)، *فرهنگ نامه اصول فقه*، قم: پژوهشگاه علوم و

- فرهنگ اسلامی، معاونت پژوهشی دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۲۸. واعظی، مجتبی (۱۳۸۳)، ارزش حقوقی مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی، نشریه حقوق اساسی، ش ۳، ۱۷۹-۱۸۹.
۲۹. یزدی، محمد، (۱۳۷۵)، قانون اساسی برای همه، تهران: انتشارات امیرکبیر

References

Books

1. Ayaneghini, Hossein(2016), The keyword "regulations" in the constitution; From Concepts to Examples, Tehran: Khorsandi Publications. (in Persian)
2. Abazari Fumshi, Mansour(2013), Modern Law Terminology, Tehran: Shahid Dariush Noorollahi Publications. (in Persian)
3. Emami, Mohammad and Koresh Stvarsangri (2014), Administrative law, second edition, second volume, Tehran: Mizan publication. (in Persian)
4. General Department of Cultural Affairs and Public Relations of the Islamic Council (1985), Annotated report of the deliberations of the Majlis for the final review of the Constitution of the Islamic Republic of Iran, volume 1, first edition, Tehran: General Department of Cultural Affairs and Public Relations of the Islamic Council. (in Persian)
5. Abrishmi Rad, Mohammad Amin (2020) , 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, Fiqh and Islamic Law Studies, No. 23, 9-34. (in Persian)
6. Abrishmi Rad, Mohammad Amin, Shabani, Hassan (2018), The Desirable Mechanism for Review of the Governmental Regulation by the Islamic Jurists of the Guardian Council through the Administrative Justice Court, Scientific Quarterly of Human Rights and Citizenship, No. 1, 22-1.
7. Abrishmi Rad, Mohammad Amin, Nikonhad, Hamed (2020), Intentionalist Interpretation of the Supreme Leader's Authority in Issuing Referendum: The Subject of Article 110(3) of Iran's Constitution, Public Law Research Quarterly, No. 66, 382-406.
8. Parveen, Khairullah, Abrishmirad, Mohammad Amin (2018), The Desirable Mechanism for Review of the Governmental Regulation by the Islamic Jurists of the Guardian Council through the Administrative Justice Court court, Quarterly Journal of Public Law Knowledge, No. 20, 113-134.
9. Tila, Parvaneh (2008), Comparative Principles of Rule-making and

- Demarcation of Law and Regulations, first edition, Tehran: Khorsandi Publications. (in Persian)
10. Jafari Langroudi, Mohammad Jaafar (2008), Legal Terminology, 20th edition, Tehran: Ganj Danesh Publications. (in Persian)
11. Khoei, Seyyed Abulqasem (1999), Ajud al-Taqarirat, Sahib al-Amr Publications (AJ). (in Persian)
12. Darvishund, Abolfazl, Raji, Seyyed Mohammad Hadi(2011), An analysis of the supervision of laws and regulations in the legal system of the Islamic Republic of Iran, Journal of Islamic Government, No. 61, 103-134. (in Persian)
13. Rasakh, Mohammad, Sorahikar, Reihaneh, Ameri, Faezeh (2015), The rule of law in the judiciary, first edition, Tehran: Drak Publications. (in Persian)
14. Tabatabayi Motamani, Manouchehr (2008), Administrative law, 14th edition, Tehran: Somit Publications. (in Persian)
15. Abbasi, Bijan (2011), Administrative law, 2nd edition, Tehran: Justice Publications. (in Persian)
16. Omid Zanjani, Abbas Ali (2006), Fundamental Laws of Iran, first edition, Tehran: Tehran University Press. (in Persian)
17. Ghamami, Mohammad Mahdi (2011), Fundamental rights of the Islamic Republic of Iran, Tehran: Publications of the Islamic Revolution Center of Iran. (in Persian)
18. Faqihi, Seyyedah Fatemeh, Asakareh, Zainab (2021), Legal analysis of the effects of Sharia supervision of the jurists of the Guardian Council on laws and regulations, Islamic Government Journal, No. 99, 5-28. (in Persian)
19. Qazi Shariat Panahi, Abulfazl (2021), Fundamental rights and political institutions, 16th edition, Tehran: Mizan Publications. (in Persian)
20. Kaabi, Abbas (2014), Research report on the analytical foundations of the system of the Islamic Republic of Iran (analysis of the foundations of the fourth principle of the Constitution), first edition, Tehran: Guardian Council Research Institute Publications.
21. Gurji Azandriani, Ali Akbar (2009), Struggling with constitutional rights, second edition, Tehran: Jangal Publications.
22. Mohaghegh Damad, Seyyed Mustafa (2006), Discussions on the principles of jurisprudence (the first book: vocabulary discussion), 15th edition, Humanities Publishing Center.
23. Madani, Seyyed Jalaluddin (2008), Administrative law, first volume, Tehran: Baysdar Publications.



-
24. Moradi Berlian, Mahdi (2018), Judiciary's regulatory authority and its supervision in Iran's legal system, Journal of Judicial Research, Judiciary Research Institute, No. 12, 13-59.
25. Mousazadeh, Ebrahim (2012), Administrative Law, Tehran: Justice Publications.
26. Musizadeh, Reza (2010), Administrative law (2-1), 12th edition, Tehran: Mezan publication.
27. Center for Islamic Information and Documents (2010), Dictionary of Principles of Jurisprudence, Qom: Research Institute of Islamic Sciences and Culture, Research Assistant of Islamic Propaganda Office of Qom Seminary.
28. Vaezi, Mojtabi (2004), The legal value of the deliberations of the Constitutional Review Council, Journal of Constitutional Law, No. 3, 179-189.
29. Yazdi, Mohammad, (1996), Constitution for all, Tehran: Amirkabir Publications.

درخواست اشتراک
فصلنامه‌ی دانش حقوق عمومی

الف) اطلاعات فردی:	
نام خانوادگی:	نام:
رتبه‌ی علمی (اختیاری):	آخرین مدرک تحصیلی (اختیاری):
ب) اطلاعات مربوط به مؤسسات و کتابخانه‌ها:	
نام مؤسسه / کتابخانه:	وابسته به:
ج) نشانی (برای ارسال مجله):	
آدرس:	
کدپستی:	تلفن:
تلفن همراه:	نمابر:
پست الکترونیک:	شماره‌ی اشتراک (در صورت داشتن اشتراک سابق):
اشتراک از شماره‌ی:	تا شماره‌ی:

بهای اشتراک سالانه (چهار شماره): ۲/۲۰۰/۰۰۰ ریال بعلاوه‌ی هزینه‌ی ارسال
علاقتمندان می‌توانند بهای اشتراک سالانه را که شامل هزینه‌های ارسال نیز می‌شود، به حساب
زیر نزد بانک صادرات ایران به نام «انتشارات پژوهشکده شورای نگهبان» واریز و علاوه بر
تکمیل فرم مربوطه در سامانه فصلنامه به آدرس mag.shora-rc.ir، تصویر فیش را در
سامانه پیوست نمایند.

شماره حساب: ۰۱۰۸۱۲۹۰۹۳۰۰۹ شماره کارت: ۶۰۳۷۶۹۱۹۸۰۰۴۷۳۷۷

شماره شبا: ۰۹ ۰۹۳۰ ۸۱۲۹ ۰۰۱۰ ۰۰۰۰ ۰۱۹۰ IR۸۷

تهران، خیابان شهید مطهری^(ر)، خیابان شهید سرافراز، کوچه پنجم پلاک ۱۱

پژوهشکده شورای نگهبان، فصلنامه دانش حقوق عمومی

کدپستی: ۱۵۹۷۸۵۶۱۱۳

تلفن: ۰۲۱- ۸۸۵۳۳۴۳۷ فکس: ۰۲۱-۶۴۰۱۴۸۱۷

Religious Supervision of The Guardian Council's Jurists on The Regulations Approved by The Head of The Judiciary

Reza Khosravi Esfazar*¹ Mohammad Amin Abrishmi Rad^{2**}

1 -Master of Public Law, Semnan University, Semnan, Iran

2- Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Humanities, Semnan University, Semnan, Iran

Abstract

By accepting the regulatory authority for the head of the judiciary, monitoring the regulations approved by that authority is one of the ambiguities of the Islamic Republic of Iran's legal system. In this context, one of the most important types of regulation supervision is the religious supervision of the Guardian Council's jurists, which is the main topic of this research. Therefore, this research, in a descriptive-analytical format, sought to answer the main question which is: "what are the challenges faced by the religious supervision of the Guardian Council's jurists on the regulations approved by the head of the judiciary in terms of the possibility and method of implementation?" The findings of this research confirm that by referring to the general competence stipulated in principle 4 and paying attention to the foundations of religious supervision while realizing the requirements of the normative hierarchy, to maximize the protection of the rights of the judiciary's employees as well as citizens, it is necessary to apply Sharia supervision to the regulations approved by the head of the judiciary. However, due to the fact that the regulations approved by the Head of the Judiciary are excluded from the jurisdiction of the General Board of the Administrative Court of Justice, the non-systematic application of direct religious supervision by the jurists of the Guardian Council, and the incompatibility of the religious supervision of the Guardian Council's jurists on such regulations with the practical requirements of that council, are the challenges ahead of the application of this supervision.

Keywords:

Jurisprudence of the guardian council, regulations approved by the head of the judiciary, religious supervision, religious supervision mechanism, the fourth principle.

* Email: rezakhosraviesfazar@gmail.com

**Email: abrishmirad@semnan.ac.ir (Corresponding Author)

* This article is extracted from Semnan University's public law master's thesis.

The legal position of the legal opinion of the jurists of the Guardian Council regarding the principles of the Constitution and its relationship with the official interpretation of the Constitution

Mohammad bahadiri jahromi ^{1*}, zeynab asakereh ^{2**}

1- Assistant Professor, Department of Public Law, Faculty of Law, University of tarbiyat modarres, tehran, Iran

2- Master of Public Law, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran

Abstract

The Constitution of the Islamic Republic of Iran, in its most important meta-constitutional principle, i.e. principle 4, has determined the necessity of compliance of all laws and regulations with Islamic standards, the clarification and jurisprudence of the Guardian Council as the exclusive authority for safeguarding this important in the legislative aspect. In this regard, the aforementioned institution is responsible for reviewing all binding legal propositions in terms of compliance or non-contradiction with Islamic standards. An important special task that has been given to the jurisprudence body of the Shura under this principle is called Shariah supervision, and the result of this supervision is the issuance of a Shariah opinion. Regarding the lack of specification of the constitution, especially the Shari'i opinion, contrary to the specification of the official and legal interpretation of the Guardian Council according to principle 98, the present research has tried to answer these questions with the approach of procedural analysis and using library sources; First of all, considering that in principle 98, the authority to interpret the principles of the Constitution is assigned to the Guardian Council, what kind of opinions are based on principle 4 regarding the principles of the Constitution? Secondly, what is the relationship between these opinions and the official interpretations of the Guardian Council in line with principle 98? Thirdly, what is the nature of the views of the jurists of the Guardian Council regarding the principles of the constitution based on principle 4? In view of the validity of Sharia opinions and their connection to Islamic standards and the superiority of these standards over all legal norms, including the Constitution based on Article 4, Sharia opinions that are issued in the positions of conflicting "applicability" or "general" principles of the Constitution. have a superior nature than official interpretations.

Keywords

Shariah opinion, official interpretation, Shariah supervision, Islamic standards, principle 4 of the Constitution, principle 98 of the Constitution, Jurisprudence of the Guardian Council.

* **Email:** m.bahadori@modares.ac.ir

** **Email:** zeynabasakereh68@gmail.com (Corresponding Author)

The Possibility And Mechanisms of Recognizing The Ability to Declare Collection in The Islamic Council Based on The General Policies of The Legislative Regime

Roohollah Makarem^{1*}, Abolfazl Darvishvand^{2**}, Ali Jalilzadeh^{3***}

- 1- PHD student, faculty of law, Department of Public Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran
- 2- Assistant professor, faculty of law, Department of Public Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran
- 3- MA. in (Public Law), faculty of law, Department of Public Law, Imam Sadeq University, Tehran, Iran

Abstract

Increasing bills without expert support and decreasing the quality of laws and non-implementation of laws are among the problems of Iran's legislative system. One of the solutions to solve this issue is to carry out expert activities before announcing the receipt and include a guarantee of non-announcement of receipt for non-expert bills. Therefore, the question arises whether in the legal system of the Islamic Republic of Iran it is possible to require components to announce the receipt of legislative drafts? If the answer is positive, what is the mechanism for determining the feasibility of the bill in the parliament? This research has tried to answer this question by descriptive-analytical method and using library resources. As a result, although in the existing procedure, announcing the receipt of bills is not optional; However in Iran's legal system, it is possible to determine the components to recognize the declaration of collection in the Islamic parliament within the framework of the Iran's constitution. These components can be determined and gradually implemented using the capacity of the general policies of the legislative system. Finally, in order to guarantee the rights of representation, their verification must be formal. In addition to this strategy, in case of lack of information or technical complexities of the issue, the parliament can advance its goals by using empowering laws. The declaration of receipt of such drafts does not require verification of the mentioned components.

Keywords

optional receipt, legislation, general policies of the legislative regime, the law of the internal regulations of the parliament, enabling rules, delegated legislation.

* **Email:** r.makarem1996@gmail.com (Corresponding Author)

** **Email:** a.darvishvand@modares.ac.ir

*** **Email:** alijalilzadeh1174@gmail.com

“Organizations, Companies, Institutions Affiliated to the Government” Legal Analyze: the Case Study on the Electricity Distribution Companies

Mohammad Barzegar Khosravi^{1*}

1- Assistant Professor, Economic law, Research Center, Islamic Parliament, Tehran, Iran

Abstract

The terms “organizations, companies, institutions affiliated to the government” are used in the constitution and ordinary laws, and no clear and independent definition has been provided for it, so this ambiguity (lack of transparency) has caused the issuance of incorrect judicial decisions (which were not intended by the legislator) in the interpretation of the aforementioned laws. The question of the paper is what concept of these people should be taken into consideration by the legislator and the judges of the courts of law.

In order to answer this question, the constitution, the procedure of the Guardian Council and ordinary laws are studied with an analytical-critical method, and finally, with the case study of electricity distribution companies, the criteria for defining government-affiliated persons are presented. The electricity distribution companies are the big symbol of entities affiliated to the government.

This paper shows the intention of constitution (and so, intention of legislation) to use the term is any person be controlled by government (in its wide meaning); it doesn't require to be owned by government. So, it is necessary to be chosen this interpretation of rules by judiciary and executive officials.

Key words

constitution, administrative law, judicial judgment, affiliated to the government, electricity distribution.

* **Email:** Email: mbarzegarkhosravi@gmail.com (Corresponding Author)

The Position of Commitment to Precedent in the Models of Supervision on Constitution among the World and Iran

Reza Mohammadi Kasajin^{1*}, Mohammad Sadeq Farahani^{2**}, Ali Fattahi Zafarqandi^{3***}

1. MA. Student in Public Law, Faculty of Law, Campus of Farabi, University of Tehran, Qom, Iran

2. P.H.D. student of the law and political sciences faculty of University of Tehran, Tehran, Iran

3- Member of the academic staff of the Guardian Council Research Institute, Tehran, Iran

Abstract

The relation of the constitutional review institution as an institution that guards and guarantees the implementation and application of the constitution in a democratic system (in a nation-based system as a precise meaning) with its previous procedure and precedent is one of the issues that has different forms and implications depending on the requirements of different legal models. Although different models of constitutional reviews can be considered based on various criteria, but in general, two models of written law and common law are divided into the formulation of the relationship of the constitutional review institutions with their previous procedures and precedents. Based on this, the current research is trying to use the descriptive-analytical method, while examining the mentioned issue in relation to different countries under the two models of written and common law and according to the model of the constitutional review institution in the system of the Islamic Republic of Iran, in addition to applying the preferences and advantages of the constitutional review model. The Islamic Republic of Iran should take into account the achievements and experiences of different countries in order to improve the quality of the performance of its own model of constitutional council.

Keywords

constitutional review, following precedent, constitution, rule of law, interpretative opinions.

* **Email:** Remohammadi1375@ut.ac.ir (Corresponding Author)

****Email:** msfarahani72@ut.ac.ir

*****Email:** a.fattahi.zafarghandi@gmail.com

Intentionalist Interpretation of the Position and Duties of the Guardian Council in light of Martyr Beheshti's Thoughts

Mohammad Reza Asghari Shoorestani^{1*}, Mohammad Sadiq Darivand^{2}**

1- Assistant Professor of public law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran.

2- MA. Student in Islamic Studies and Public Law, University of Imam Sadiq, Tehran, Iran.

Abstract

Guardian council is one of the important institutions in the Islamic republic of Iran. this institution is the achievement of effective thinkers in Islamic revolution and one of them is martyr Ayatollah Doctor Beheshti, that was inspired by the second principle of the amendment of the constitutionalism era's constitution known as the »Taraz« principle and in order to prevent the approval of laws and regulations against the holy religious teachings of Islam was founded. in the present article, it has been tried to answer this question that what is the position & duties of the Guardian Council in martyr Beheshti's opinion by using descriptive - analytical method and using library sources and opinions of the lawyers and how can reach a correct opinion by paying attention to these ideas in the path of intentionalist interpretation regarding the duties of the Guardian Council. the results obtained from this paper show that from the viewpoint of martyr Beheshti, the guardian council has the position of Speech separation in the Islamic republic of Iran system and for this reason, it has a non-temporary authority in the field of evaluating laws and regulations from the point of view of religious and the opinion of the Guardian Council in the field of constitution's interpretation has the position of decisive Speech and other institutions do not have the right to make a legal comment on this matter.

Keywords

founding fathers, constitutional interpretation, guardian council, martyr beheshti, the constitution, religious supervision.

* **Email:** M.asghari@ujsas.ac.ir

** **Email:** Darivand1378@gmail.com (Corresponding Author)

Desirable Mechanism for Sharia Supervision of the Guardian Council's Jurists on Administrative Regulations

Abbas Ali Kadkhodaei Elyaderani^{1*}, Hamid Fe'li^{2**}

1- Professor, Department of Public Law & International, Faculty of Law & political science, University of Tehran, Tehran, Iran

2- Ph.D. Student in Public Law, Faculty of Islamic Studies and Law of Imam Sadiq^(peace be upon him) University, Tehran, Iran

Abstract

According to the fourth principle of the constitution, one of the most fundamental foundations of the legal system of the Islamic Republic of Iran, is the adherence of all laws and regulations to Sharia. Although the implementation mechanism of this principle is in accordance with the ninety-fourth and ninety-sixth principles of the constitution with the prior and automatic sharia supervision of the Guardian Council's jurisprudence on the approvals of the parliament, it is a guarantee of the sharia law, but except for a reference in the one hundred and seventy-seventh principle of the constitution, a mechanism to supervise the legality of the aforementioned regulations is not foreseen in the fourth principle. Therefore, the necessity of realizing the intention of the basic legislator from the establishment of the fourth principle is the establishment of a suitable and efficient mechanism for Sharia monitoring of the regulations. The main question of this paper is proposed around this axis, what is the optimal mechanism of sharia monitoring of administrative regulations. This paper using a descriptive-analytical method by referring to library sources led to the conclusion that Sharia supervision from the platform of the Court of Administrative Justice with challenges caused by "limitation of the jurisdiction of the Court", "proceedings to the extent desired", "lack of necessary proceedings in the Guardian Council" and "restoring the effects of the repealed regulations to the previous status" is encountered. Previous Sharia supervision over all regulations is not within the capacity of the current structure of the Guardian Council and conflicts with the principles of administrative law. Therefore, it is necessary for a mechanism under the supervision of the jurists of the Guardian Council to monitor the administrative regulations in a retrospective manner and at the same time automatically and actively.

Keywords

jurisprudence of the guardian council, court of administrative justice, sharia supervision, retrospective supervision, automatic supervision, active supervision.

* Email: Kadkhoda@ut.ac.ir

** Email: Hamidfeli110@gmail.com (Corresponding Author)

Feasibility of Concluding a Pending Contract in Iranian Jurisprudence and Law with an Attitude to Administrative Laws

Mohammad Hossein Sayahi ^{1*}, Gholamali Seifi ^{2**}, Rahim Sayah ^{3***}

1. PhD student, Department of Private Law, Khuzestan Science and Research Campus, Islamic Azad University, Ahvaz, Iran and Department of Private Law, Ahvaz Branch, Islamic Azad University, Ahvaz, Iran.

2. Visiting Assistant Professor, Department of Private Law, Ahvaz Branch, Islamic Azad University, Ahvaz, Iran

3. Visiting Assistant Professor, Department of Private Law, Ahvaz Branch, Islamic Azad University, Ahvaz, Iran and Member of the Faculty of Oil Industry University, Faculty of Petroleum, Ahvaz, Iran.

Abstract

Explaining the suspended contract and its application in jurisprudential terms and laying the groundwork for determining its nature in the context of concepts such as contracts is one of the important issues in the subject law of Iran; however, the existence of different thoughts and ideas in relation to the subject of the suspended contract has caused a different perception in this regard. Some Islamic jurists consider the suspension of contracts to be invalid, arguing that it does not establish a constitution and contradicts the dogma of contracts. Considering that the purpose of the contractors is to establish the obligation and fulfill the effects according to the contract, so by accepting the suspension in the source and joining it to the punitive contracts, it is possible to structure and validate the suspended contracts and waive the suspension in the validity of the contracts. Accordingly, those who believe in this theory by descriptive-analytical method and by inductive proof of similar examples of suspension of contracts in jurisprudence such as will, forgery, endowment and in administrative law, including the provisions of the Civil Service Management Law or the general conditions of the contract, believe that administrative contracts can be required. It should be considered suspended in Iranian law.

Keywords

suspended contract, suspension of contracts, suspension of composition and origin, administrative law of Iran.

* **Email:** sheykh.sayahi@gmail.com

** **Email:** : gh.seifi.z@gmail.com (Corresponding Author)

*****Email:** sayah_rahim@yahoo.com

Contents

- **Feasibility of Concluding a Pending Contract in Iranian Jurisprudence and Law with an Attitude to Administrative Laws1**
 - Mohammad Hossein Sayahi, Gholamali Seifi, Rahim Sayah
- **Desirable Mechanism for Sharia Supervision of the Guardian Council's Jurists on Administrative Regulations.....41**
 - Abbas Ali Kadkhodaei Elyaderani, Hamid Fe'li
- **Intentionalist Interpretation of the Position and Duties of the Guardian Council in light of Martyr Beheshti's Thoughts 73**
 - Mohammad Reza Asghari Shoorestani, Mohammad Sadiq Darivand
- **The Position of Commitment to Precedent in the Models of Supervision on Constitution among the World and Iran91**
 - Reza Mohammadi Kasajin, Mohammad Sadeq Farahani, Ali Fattahi Zafarqandi
- **“Organizations, Companies, Institutions Affiliated to the Government” Legal Analyze: the Case Study on the Electricity Distribution Companies123**
 - Mohammad Barzegar Khosravi
- **The Possibility And Mechanisms of Recognizing The Ability to Declare Collection in The Islamic Council Based on The General Policies of The Legislative Regime..... 145**
 - Roohollah Makarem, Abolfazl Darvishvand, Ali Jalilzadeh
- **The legal position of the legal opinion of the jurists of the Guardian Council regarding the principles of the Constitution and its relationship with the official interpretation of the Constitution..... 171**
 - Mohammad bahadiri jahromi, zeynab asakereh
- **Religious Supervision of The Guardian Council's Jurists on The Regulations Approved by The Head of The Judiciary 193**
 - Mohammad Amin Abrishmi Rad, Reza Khosravi Esfazar

In The Name Of Allah the Compassionate the Merciful

Public Law Knowledge Quarterly

Vol. 12, Winter 2024, No. 42

Publisher: Guardian Council Research Institute

Responsible Editor: Abbas Ali Kadkhodaei

Chief Editor: Siyamak Rahpeyk

The Editorial Board:

- Firooz Aslani (Associate Professor of Public Law, Tehran University)
- Mohammad Reza Vijeh (Assistant Professor, Allameh Tabatabaei University)
- Hossein Ali Saadi (Associate Professor, Faculty of Islamic Studies and Theology, Imam Sadegh (AS) University)
- Sayyed Mohammad Hosseini (Associate Professor of Criminal Law & Criminology, Tehran University)
- Vali Rostami (Associate Professor of Public Law, Tehran University)
- Siyamak Rahpeyk (Professor of Private Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services & Member of Guardian Council Research Institute)
- Mohamad hasan sadeghi moghaddam (Professor of Private Law, Tehran University & Member of Guardian Council Research Institute)
- Abbas Ali Kadkhodaei (Professor of Public Law, Tehran University & Member of Guardian Council Research Institute)

Editor: Akram Dezhhoost

Page Designer: Hamid Mazinani

**Address: Constitutional Council Research Institute, No. 11, Fifth Alley,
Sarafraz St, Shahid Beheshti St., Tehran, Iran**

P.O.Box: 13145-1463

Tel: +98 21 88533437 Fax: +98 21 88533437

E-mail: mag@shora-rc.ir

mag.shora-gc.ir