

## آثار حقوقی نظارت فقهای شورای نگهبان بر اطلاق و عموم قوانین و مقررات در نظام قضایی و دادگستری ایران

محمدعلی فراهانی\*، مرتضی حاجی علی خمسه\*\*، هادی طحان نظیف\*\*\*

### چکیده

یکی از مباحث مهم نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، نحوه اعمال حاکمیت موازین شرعی بر قوانین و مقررات است. اجرای این موضوع که در اصل ۴ قانون اساسی بدان پرداخته شده است، آثار حقوقی و قضایی متعددی را در نظام حقوقی موجب می‌شود. به بیان دیگر، اعلام مغایرت یا عدم مغایرت مصوبات یا قوانین و مقرراتی که توسط فقهای شورای نگهبان صورت می‌گیرد آثار گوناگونی بر نظام حقوقی و قضایی خواهد داشت. لذا نحوه اعلام نظر فقهای محترم شورای نگهبان مسئله‌ای حائز اهمیت است. این امر می‌تواند زمینه تحقق اصل ۴ قانون اساسی و اسلامیت قوانین و مقررات را در نظام حقوقی فراهم سازد یا از سوی دیگر نظام حقوقی را با ابهام، تعارض و خلأ قانونی مواجه سازد. لذا در این مقاله با عنوان «آثار حقوقی نظارت فقهای شورای نگهبان بر اطلاق و عموم قوانین و مقررات در نظام قضایی و دادگستری ایران» سعی شده است تا آثار فوق الذکری که در نتیجه اعلام مجمل یا کامل نظرات فقهای شورای نگهبان پدید می‌آید مورد بحث و تحلیل قرار گیرد. لذا ابتدا با روشی توصیفی انواع ایرادات مطروحه از سوی فقهای شورای نگهبان احصا شده است و به‌عنوان نمونه به ایراد ناظر بر «اطلاق یا عموم قوانین و مقررات» اشاره شده است و بالآخره با روشی تحلیلی نحوه اعلام نظر فقهای محترم بررسی شده است تا مشخص شود چه آثاری در نظام قضایی ایجاد می‌کند و بدین نحو جمع‌بندی شده است که به‌منظور تحقق غایت اصل ۴ قانون اساسی، نظرات

\* دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق (ع)، تهران، ایران (نویسنده  
مسئول) makf110@gmail.com

\*\* دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران morhakh@gmail.com

\*\*\* استادیار گروه حقوق عمومی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق (ع)، تهران، ایران  
tahan@isu.ac.ir

فقه‌های شورای نگهبان در موارد موضوع این نوشتار باید مستند و مستدل بوده و از بیان نظرات مجمل اجتناب شود. در غیر این صورت نظام قضایی در تحقق غایت اصل ۴ قانون اساسی دچار ناکارآمدی می‌شود.

**واژگان کلیدی:** اصل ۴ قانون اساسی، فقه‌های شورای نگهبان، مغایرت شرعی، نظام قضایی، موازین شرعی

### مقدمه

نظام قضایی و دادگستری جمهوری اسلامی ایران بر اساس سلسله‌مراتب قوانین بیش از هر مقرر قانونی باید نسبت به قانون اساسی تبعیت نماید و از آنجا که بر اساس اصل چهارم قانون اساسی کلیه قوانین و مقررات در نظام جمهوری اسلامی ایران باید بر اساس موازین اسلامی باشد در حقیقت هر یک از نهادهای موجود در نظام حقوقی که هنجارگذاری می‌کند اعم از اینکه قانون وضع کرده یا در مقام وضع مقرر ایفای نقش می‌کند باید نسبت به رعایت این اصل دقت کافی را مبذول دارد. از سوی دیگر به منظور نظارت بر حسن اجرای این اصل و تشخیص مغایرت یا عدم مغایرت هنجارهای وضع شده با موازین شرعی نهادی پیش‌بینی شده است تا اجرای این اصل را تضمین نماید. در واقع نظارت بر اسلامیت قوانین و مقررات در نظام حقوقی وظیفه‌ای است که برعهده فقه‌های شورای نگهبان قرار داده شده است. در راستای اعمال نظارت مزبور، برخی از مصوبات یا هنجارها به صورت پیشینی یا پسینی توسط فقه‌های شورای نگهبان مورد نظارت قرار می‌گیرد. مصوبات مجلس شورای اسلامی به استناد اصول ۹۴ و ۹۵ قانون اساسی برای شورای نگهبان ارسال می‌شود و در صورتی که فقه‌های شورای نگهبان مفاد مصوبه را مغایر با موازین شرعی تشخیص دهند، مصوبه به منظور اصلاح به مجلس اعاده می‌گردد. همچنین این نظارت در خصوص مقررات، مطابق با سازوکاری که از طریق دیوان عدالت اداری به فقه‌های شورای نگهبان ارجاع می‌شود اعمال می‌گردد. در این موارد فقه‌های شورای نگهبان در صورت تشخیص مغایرت، مراتب را به دیوان عدالت اداری اعلام می‌کنند و مقرر مغایر از تاریخ تصویب ابطال می‌گردد.<sup>۱</sup>

۱. تبصره ۲ ماده ۸۴ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری: «هرگاه مصوبه مورد شکایت به لحاظ مغایرت با موازین شرعی برای رسیدگی مطرح باشد موضوع جهت اظهارنظر به شورای نگهبان ارسال می‌شود. نظر فقه‌های شورای نگهبان برای هیأت عمومی و هیأت‌های تخصصی لازم‌الاتباع است.»

ماده ۱۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری: «اثر ابطال مصوبات از زمان صدور رأی هیأت عمومی است مگر در مورد مصوبات خلاف شرع یا در مواردی که به منظور جلوگیری از تضییع حقوق اشخاص، هیأت مذکور

نظراتی که فقهای شورای نگهبان در راستای اعمال نظارت فوق‌الذکر و مبنی بر مغایرت هنجار مربوطه صادر می‌کنند انواعی دارد که از جمله آن‌ها مغایرت «اطلاق یا عموم» مصوبه مورد نظارت با موازین شرعی است. ایراداتی که از این جهت مطرح می‌شوند در سه دسته قابل تقسیم است؛ یا ایراد ناظر بر اطلاق یا عموم مصوبه با ذکر دلیل ایراد مطرح می‌شود یا بدون ذکر دلیل ایراد صادر می‌شود یا اینکه با ذکر دلیل و استناد شرعی مربوطه صادر می‌شود. هر کدام از حالات مزبور نیز دارای آثار حقوقی است که در مقام تصویب مصوبه اصلاحی متجلی می‌شود. در این مقاله الزامات فقهای شورای نگهبان در بیان نظرات ناظر بر ایراد اطلاق یا عموم مصوبه بررسی شده است تا اینکه مقام اصلاح‌کننده در مقام تصویب یا مقام قضایی در مقام اعلام ابطال مصوبه، به درستی و در جهت ایراد اصلی مطرح شده اقدام نمایند. بنابراین پرسش اصلی این نوشتار عبارت است از اینکه «الزامات و آثار حقوقی مترتب بر اعلام مغایرت «اطلاق یا عموم» قوانین و مقررات با موازین شرعی چیست؟» با تتبع در آثار علمی پیشین می‌توان گفت در خصوص نحوه اعلام نظرات فقهای شورای نگهبان به‌طور کلی و نیز در خصوص ایراد مغایرت اطلاق یا عموم قوانین و مقررات با موازین شرعی به‌طور خاص هیچ پژوهش و مطالعه‌ای صورت نگرفته است. البته در موضوع صلاحیت فقهای شورای نگهبان و حدود و ثغور آن یا فتوای معیار نظرات فقها آثاری قابل استفاده است اما در موضوع نوشتار حاضر پیش از این اثری یافت نشده است. لذا تبیین انواع ایرادات مطروحه از سوی فقهای شورای نگهبان و نیز بررسی آثار حقوقی مترتب بر اجرای نظرات فقهای مزبور امری بدیع و نوبه نظر می‌رسد. روش جمع‌آوری داده‌ها در این تحقیق به‌صورت کتابخانه‌ای بوده و روش «توصیفی - تحلیلی» نیز به‌عنوان روش تحقیق مورد توجه قرار می‌گیرد. همچنین یافته‌های این تحقیق، علاوه بر اینکه برای فقهای شورای نگهبان قابل استفاده خواهد بود می‌تواند در راستای اعمال بهتر وظایف قانونی و شرعی دولت، مجلس شورای اسلامی و نیز دیوان عدالت اداری به‌عنوان سبب نظارت قضایی بر اعمال حکومت در گستره دادگستری نظام قضایی ایران منشأ اثر باشد.

در این راستا در این مقاله ابتدا انواع ایرادهای فقهای شورای نگهبان را نسبت به قوانین و مقررات بیان کرده و سپس اقسام مختلف ایراد ناظر بر «اطلاق یا عموم» یک مصوبه را بررسی می‌کنیم. پس از تبیین انواع ایرادات مذکور، آثار حقوقی اجرای نظر فقهای شورا از حیث ایرادات مزبور مورد بررسی قرار گرفته و در نهایت نیز تکلیف مقام مجری نظرات شورا همچون محاکم و دیوان عدالت اداری به‌عنوان مهم‌ترین نهادهای تصمیم‌ساز در قوه قضائیه تحلیل می‌شود.

## ۱. انواع ایرادهای فقهای شورای نگهبان به قوانین و مقررات

بر اساس اصول ۴ و ۹۶ قانون اساسی تشخیص مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی و نیز قوانین و مقررات با موازین اسلامی با اکثریت فقهای شورای نگهبان است. بر همین اساس فقهای شورای نگهبان ایرادات مختلف و متعددی نسبت به انواع مصوباتی که به آنها عرضه می‌شود وارد کرده‌اند که باید توسط مقامات قضایی ما در تمام نهادهای مطرح در قوه قضائیه اعم از محاکم و دادسراها و ادارات ثبت و اجرای احکام و غیره ملاحظه و مورد تبعیت قرار گیرد. ایرادات مزبور را می‌توان تحت عناوین زیر دسته‌بندی کرد:

### ۱-۱. مغایرت صریح مصوبه با موازین شرعی

گاهی در انواع مصوباتی که از سوی فقهای شورای نگهبان مورد نظارت قرار می‌گیرند مفادی درج شده است که به‌طور صریح با موازین شرعی مغایر است. مانند نظر شماره ۸۸/۳۰/۳۲۸۵۳ مورخ ۱۳۸۸/۳/۱۳ پیرامون طرح زکات و کمک‌های دولت<sup>۱</sup> که طبعاً با اعلام مغایرت مورد اشاره، تبعیت دستگاه‌های اجرایی و نظام قضایی موجود از این نگرش شورای نگهبان الزامی است و هر تفسیر قضایی خلاف این نگرش باطل و فاقد وجاهت قانونی خواهد بود.

### ۱-۲. مغایرت آثار اجرایی مصوبه با موازین شرعی

گاهی اوقات مصوباتی در مجلس شورای اسلامی به تصویب رسیده است که فی‌نفسه مغایرتی با موازین شرعی در آنها نبوده است، اما اعتبار و مشروعیت آن مصوبات موجب اقداماتی می‌گردد که مغایر موازین شرعی است. به‌عنوان مثال این موضوع را می‌توان در موافقت‌نامه‌های معاضدت قضایی فی‌مابین جمهوری اسلامی ایران و سایر کشورها مشاهده نمود. اساساً توافق مبنی بر انجام معاضدت قضایی به‌خودی‌خود فاقد اشکال است، اما در جایی که این تعهد موجب اعتباربخشی به نظر قاضی غیرمسلمان می‌شود یا فرایندی غیراسلامی ملاک عمل قرار می‌گیرد محل اشکال خواهد بود. امری که به وضوح بیانگر آثار حقوقی و قضایی آن در دادگستری کشور ماست و اثری مترتب بر

۱. نظر شماره ۸۸/۳۰/۳۲۸۵۳ مورخ ۱۳۸۸/۳/۱۳ پیرامون طرح زکات: «۵- تبصره (۱) ماده (۴) از این جهت که موظف می‌کند بدون اذن ولی فقیه معادل ریالی زکات جمع‌آوری شده را به مصرف برساند خلاف موازین شرع شناخته شد. و در خصوص کمکهای دولت، مغایر اصل ۵۷ قانون اساسی شناخته شد.»  
نظر شماره ۹۰/۳۰/۴۱۹۸۷ مورخ ۱۳۹۰/۱/۲۴ پیرامون اساسنامه صندوق خدمات درمانی: «۱- در خصوص اعضای هیئت امناء ماده (۷) و اعضاء سایر ارکان صندوق، باید شرایط آنان از نظر اعتقادی و سیاسی و وثاقت عملی مشخص شود والا خلاف موازین شرع است.»

نحوه اعلام تطابق یا مغایرت شورای نگهبان تلقی می‌شود<sup>۱</sup> بنابراین در چنین مصوباتی، آثار اجرایی یک مصوبه دارای مغایرت با موازین شرعی تشخیص داده می‌شود.

### ۳-۱. مغایرت از حیث مقام تصویب‌کننده

در برخی موارد نیز فقهای شورای نگهبان مصوبه‌ای را به دلیل آنکه مقامی غیر صالح آن را تصویب کرده است مغایر با موازین شرع دانسته‌اند. توضیح آنکه مفاد مصوبه امری است که باید توسط قانون‌گذار تجویز شود، در حالی که مثلاً توسط شورای اسلامی شهر به تصویب رسیده است و قانون چنین اجازه‌ای را نداده است. به‌عنوان مثال تصرف در اموال مردم به حکم شرع و قانون امری است که تنها در چهارچوب موازین شرعی قابل تحقق است و هیچ‌کس حق اخذ رایگان اموال مردم را ندارد. این امر در اصل ۲۲ قانون اساسی نیز بیان شده است و موارد استثنای آن تنها توسط قانون قابل پیش‌بینی دانسته شده است. بر همین اساس، اگر نهادی غیر از مجلس شورای اسلامی بدون تجویز قبلی این مجلس، اخذ رایگان اموال مردم را تصویب کند، مصوبه مزبور توسط فقهای شورای نگهبان به استناد مغایرت با موازین شرعی ابطال می‌شود. اما اگر همان مفهوم با اجازه مجلس شورای اسلامی به تصویب برسد دیگر فقهای شورا آن مصوبه را مغایر با شرع تشخیص نمی‌دهند.

### ۴-۱. مغایرت از حیث ارجاع به مفاد مغایر موازین شرعی

در برخی موارد نیز ایراد فقهای شورای نگهبان از این جهت است که مصوبه به امری ارجاع داده است که آن امر شامل مواردی است که مغایر موازین شرع است. به‌عنوان مثال در مصوبات متعددی مجلس شورای اسلامی، احکام مترتب بر موضوعات مختلف را در مقام سکوت مشمول قانون تجارت دانسته است. در این موارد فقهای شورای نگهبان ارجاع امر به قانون تجارت را به دلیل مشمول آن قانون نسبت به مواردی مغایر با موازین شرعی، مغایر شرع دانسته‌اند.<sup>۲</sup> این امر از منظر قضایی هم

۱. نظر شماره ۹۴/۱۰۲/۵۰۴۲ مورخ ۱۳۹۴/۱۰/۲۳ درخصوص «لایحه تشریفات (پروتکل) انتقال محکومین به حبس الحاقی به موافقت‌نامه معاضدت قضائی متقابل در امور کیفری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت ترکمنستان»: «۱- همانگونه که در موافقت‌نامه‌های مشابه اظهار نظر شده است این لایحه از این جهت که اطلاق برخی از مواد آن از جمله بندهای ۳ و ۴ ماده ۸ و بند ۲ ماده ۱۱، اعمال مقررات غیر منطبق با موازین شرعی دولت طرف متعاقد را لازم‌الاجرا دانسته و نیز بعضی مواد آن مستلزم تأیید صحت قوانین و صحت آیین دادرسی قوه قضائیه کشور ترکمنستان و نیز ارجاع کارهای قضائی به دادگاه‌های کشور طرف متعاقد می‌باشد که خود موجب اثر دادن بر احکامی است که در آن دادگاه‌ها ولو بر خلاف ضوابط اسلامی صادر می‌گردد، خلاف موازین شرع شناخته شد.»

۲. قانون برنامه پنجم: «فراز دوم ماده (۹۹) نیز از این حیث که مشخص نیست که آیا شامل مواردی می‌شود که این حقوق شرعاً پس از ادغام، قابل انتقال نمی‌باشد یا خیر ابهام دارد؛ پس از رفع ابهام اظهار نظر می‌گردد. علاوه بر این

عدم اعتبار مصوبه ارسال شده را در بردارد و هم تأکید و تبیین عدم اعتبار قانون مورد ارجاع و بدین ترتیب در این گونه موارد ما با یک اعلام مغایرت، دو اثر حقوقی و قضایی را می‌توانیم در گستره قضایی و دادگستری ملاحظه نماییم. البته با توجه به عدم ابطال منجز مفادی از قانون تجارت توسط فقهای شورای نگهبان در این موارد، قانون تجارت ابطال نشده است.

### ۱-۵. مغایرت اطلاق مصوبه با موازین شرعی

از جمله ایراداتی که به هنجارهای حقوقی از جانب فقهای شورای نگهبان وارد می‌شود، مغایرت اطلاق آن هنجار با موازین شرعی است. اطلاق در لغت به معنای رهایی و آزادی است و در اصطلاح اصولی نیز معنایی مشابه همین دارد (محمدی، ۱۳۹۳: ۱۲۲). زیرا مطلق، لفظ یا معنایی است که بدون لحاظ وصف، حالت یا قید خاص و آزاد از این قیود مورد نظر قرار گیرد (قافی و شریعتی فرانی، ۱۳۹۲: ۲۵۳). البته در تعریف سنتی از اطلاق چنین بیان می‌شود که مطلق آن است که بر معنای شایعی در جنس خود دلالت کند که البته اشکالاتی به آن وارد شده است ولی تقریب معنایی خوبی را بیان می‌نماید (مظفر، ۱۳۸۵: ۲۹۹). نهایتاً آنچه از اطلاق فهمیده می‌شود آن است که گوینده فرد خاصی را مد نظر نداشته است و همه افراد موضوع در حکم مذکور قرار می‌گیرند (صدر، ۱۳۸۷: ۲۳۷).

در مواردی که هنجار حقوقی به نحو مطلق بیان شده است، اطلاق عبارات سبب می‌شود تا مفاد هنجار مزبور مصادیق متعددی را شامل شود. این در حالی است که شمول حکم نسبت به برخی مصادیق مغایر با موازین شرعی می‌باشد. به عنوان مثال می‌توان به ایراد فقهای شورای نگهبان ناظر بر «طرح تشدید مجازات اسیدپاشی و حمایت از بزه‌دیدگان ناشی از آن» اشاره نمود. در این نظر فقهای شورا اطلاق ماده (۳) مصوبه را دارای اشکال دانسته‌اند. بر این اساس ماده مورد اشاره در خصوص جرایم موضوع قانون، «مقررات مربوط به آزادی مشروط، تعویق، تعلیق و تخفیف مجازات قابل اعمال نیست». شورای نگهبان اطلاق این ماده را در خصوص مواردی که به لحاظ شرعی تعویق اجرای مجازات لازم است واجد اشکال دانسته‌اند. در حقیقت بر اساس شرع مقدس، در برخی مصادیق تعویق اجرای مجازات ضرورت دارد (الامام الخمینی، ۱۳۹۰: ۵۳۸). اینکه در این ماده به طور مطلق تعویق اجرای مجازات را در مورد جرایم موضوع این قانون غیر قابل اعمال دانسته است مغایر با موازین شرعی دانسته شده است امری که به وضوح مصداق بارز و آشکار آثار قضایی نحوه

ارجاع امر به قانون تجارت علی‌الاطلاق، چون شامل مواردی هم می‌شود که قانون مذکور خلاف شرع است، اشکال دارد.»

اعلام مغایرت است و این چالش را مطرح می‌کند که با فرض اینکه چنین مغایرتی از سوی فقهای شورای نگهبان اعلام نمی‌شد آیا قضات ما مجاز یا مکلف بودند ابهام مورد اشاره را در خصوص سرایت یا عدم سرایت تعویق مجازات با مراجعه به شرع بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی رفع کنند یا خیر؟ به عبارت دیگر اگر شورای محترم نگهبان از این گونه یا از این نحوه اعلام مغایرت‌ها سهواً یا عمدتاً غمض عین نماید اصل ۱۶۷ قانون اساسی می‌تواند مستند قرار گرفته و خلأ آن را پر کند؟ به نظر می‌رسد چالش‌های ناشی از اجرای اصل ۱۶۷ قانون اساسی در حقوق ایران بالاخص در امور کیفری مانند مثال اسید پاشی فوق‌الذکر قابل تأمل و بررسی است (الهام و زهروی، ۱۳۹۶: ۴۴۷).

#### ۶-۱. مغایرت عموم مصوبه با موازین شرعی

آخرین موردی که از ایرادات فقهای شورای نگهبان ناظر بر مغایرت شرعی مصوبات قابل بررسی است، آن است که عمومیت حکم مقرر در یک مصوبه با موازین شرعی مغایر تشخیص داده می‌شود.<sup>۱</sup> عموم در لغت یعنی شمول و فراگرفتن و عام نیز به معنای شامل و فراگیرنده می‌باشد (محمدی، ۱۳۹۳: ۸۶) و در علم اصول نیز عام، لفظی است که بر شمول و فراگیری مفهوم خود نسبت به همه افراد و مصادیقش دلالت می‌کند (قافی و شریعتی فرانی، ۱۳۹۲: ۱۸۴-۱۸۵). می‌توان گفت که آنچه تقریباً میان تمامی علمای اصول در تعریف «عام» پذیرفته شده است عبارت است از اینکه منظور از عام، لفظی است که مفهوم آن لفظ در بردارنده کلیه مصادیقی می‌شود که این صلاحیت را دارند تا آن لفظ بر آن‌ها منطبق شود (محقق داماد، ۱۳۸۵: ۱۳۷؛ مظفر، ۱۳۸۵: ۲۴۳ و مشکینی، ۱۳۹۴: ۲۱۱). همچنین گفتنی است که برای رساندن مفهوم عموم در تمام زبان‌ها کلماتی وجود دارد که با به کار بردن آن‌ها عمومیت جمله مستفاد می‌گردد. البته گاهی نیز نحوه ترکیب و ساختار جمله این مفهوم را افاده می‌کند. کلماتی که مدخول آن‌ها حاوی مفهوم عموم می‌شود، در

۱. نظر شماره ۱۶۱۶ مورخ ۱۳۷۰/۵/۲۳: «۲- ماده ۱۱ با توجه به عمومیتی که دارد و حتی شامل اماکنی نیز می‌شود که طبق عقود شرعی در اختیار متصرف قرار گرفته با موازین شرع مغایر شناخته شد.» [ماده ۱۱- کلیه مراکز، هتل‌ها و تأسیسات سیاحتی متعلق به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی که به عللی در اختیار سازمانها و نهادها و ارگانهای دیگر است مجدداً برای تحقق این طرح حداکثر ظرف شش ماه در اختیار وزارت مذکور قرار می‌گیرد و نیز تمام مراکز سیاحتی و هتلها و تأسیساتی که تغییر کاربری یافته‌اند به وضعیت اولیه بازگشته و در اختیار صنعت ایرانگردی و جهانگردی قرار می‌گیرند. تبصره- در پایان مهلت قانونی هرگونه تصرف در تأسیسات و مراکز موضوع فوق تصرف غیرقانونی در اموال دولتی محسوب و طبق قانون با متصرف برخورد خواهد شد.]

نظر شماره ۹۷/۱۰۲/۸۵۲۵ مورخ ۱۳۹۷/۱۱/۲۵: «۱- در بند (الف)، شمول حکم نسبت به دستگاه‌های زیر نظر مقام معظم رهبری مدظله‌العالی (موضوع ماده ۲) خلاف موازین شرع و مغایر اصل ۵۷ قانون اساسی شناخته شد.»

اصطلاح «ادوات عموم» گفته می‌شود (محقق داماد، ۱۳۸۵: ۱۳۸).<sup>۲</sup>

در پایان این گفتار ذکر این نکته ضروری است که از نظر قواعد اصول فقه، عام و مطلق متعلق به دو مبحث جداگانه بوده و قواعد و احکام مختص خود را دارند. لذا در اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که به دست نویسندگان اصول‌شناس تدوین یافته، عموم و اطلاق به صورت جداگانه مورد استعمال واقع شده است. از جمله اینکه دلالت مطلق بر افراد و مصادیقش از نوع دلالت عقلی و به واسطه مقدمات حکمت است، در حالی که دلالت عام بر مصادیقش از نوع دلالت وضعی و به واسطه ادوات عموم است (جمعی از پژوهشگران؛ ۱۳۹۶: ۹۶ و محقق داماد، ۱۳۸۵: ۱۷۱-۱۷۰). به زبان ساده، اطلاق قانون چیزی است که کلیت آن، در لفظ تصریح نشده است و عموم قانون آن است که به شمول و کلیت تصریح دارد (یزدی، ۱۳۷۵: ۸۲).

به‌رغم تفاوتی که میان اطلاق یا عموم یک مصوبه وجود دارد، اما میان آن‌ها شباهت نیز هست؛ لفظ مطلق بر کلیه مصادیق و افراد خود دلالت می‌کند و عام هم به همین صورت بر همه افراد خود شمول دارد (محقق داماد، ۱۳۸۵: ۱۷۰) و در نتیجه به دلیل همین شباهت، آثار اجرایی و نتایجی که در این نوشتار به دنبال بررسی و بیان آن هستیم درخصوص این دو مورد یکی می‌باشد. از این رو در این مقاله، ایرادات ناظر بر «اطلاق» یا «عموم» یک مصوبه به صورت یکسان مورد توجه و ارزیابی قرار گرفته است لذا در مواردی مثال‌هایی از اطلاق و در برخی موارد مثال‌هایی ناظر بر عموم مصوبه به کار گرفته می‌شود.

## ۲. انواع حالت‌های ایراد ناظر بر «اطلاق» یا «عموم» مصوبه

در گفتار قبل مشخص شد که منظور از ایراد ناظر بر اطلاق یا عموم یک مصوبه به چه معناست. حال در این گفتار فروض مختلفی را که اطلاق یا عموم یک مصوبه می‌تواند دارای ایراد باشد و انواع ایرادهایی را که از این حیث مطرح می‌شود مورد بررسی قرار می‌دهیم تا آثار حقوقی و قضایی مترتب بر آن نیز قابل ملاحظه باشد.

با بررسی نظرات مختلف فقهای شورای نگهبان مشخص می‌شود که مواردی که فقهای شورای نگهبان اطلاق یا عموم یک مصوبه را مغایر با موازین شرعی دانسته‌اند فروض مختلفی دارد. در برخی موارد مشخص شده است که اطلاق یک مصوبه از چه جهتی واجد ایراد است و جهت یا دلیل ورود ایراد بیان شده است این درحالی است که در برخی موارد به جهت ایراد اشاره‌ای نشده است. در فرض اخیر ممکن است جهت یا دلیل ایراد قابل بیان باشد اما به هر دلیلی در نظر شورا منعکس نشده باشد. اما مواردی نیز وجود دارد که دلیل یا جهت مغایرت اطلاق مصوبه به دلیل ملاحظات مختلف قابل بیان نیست. مواردی نیز قابل ذکر است که اساساً مطلق یا عام بودن یک حکم به صورت ذاتی و



فی‌نفسه محل ایراد است. علاوه بر این موارد، گاهی نیز در نظرات فقهای شورا دیده شده است که در عین بیان جهت ایراد، مبنای ایراد نیز مستنداً ذکر شده است که هریک از این انحاء بیان مغایرت می‌تواند تبعات و آثار حقوقی خاص خود را دارا باشد و در نظام قضایی و حقوقی ملاحظه شود.

### ۲-۱. ایراد ناظر بر اطلاق یا عموم مصوبه با ذکر دلیل یا جهت ایراد

از میان ایرادهای ناظر بر اطلاق یا عموم مصوبه، بخش عمده‌ای از ایرادها آن دسته است که دلیل یا جهت ایراد در آن ذکر شده است. به عبارت دیگر، حکم مصوبه بر موارد متعددی شامل می‌شود، برخی از آن‌ها مغایرتی با موازین شرعی ندارد اما برخی از آن‌ها دارد و دسته‌ی اخیر در نظر شورای نگهبان ذکر شده است. به‌عنوان نمونه درخصوص «طرح دوفوریتی تسهیل تسویه بدهی بدهکاران شبکه بانکی کشور» شورای نگهبان، اطلاق مصوبه را نسبت به قراردادهایی که به‌صورت قانونی و شرعی منعقد شده‌اند مغایر با موازین شرع دانست. در حقیقت بر اساس مصوبه مزبور، تمام قراردادهایی که در یک بازه زمانی میان بانک و بدهکاران منعقد شده بود، به‌صورت مطلق بی‌اعتبار دانسته شده بود. شورای نگهبان این حکم را نه در تمام مصادیق، بلکه نسبت به قراردادهایی که قانوناً و شرعاً صحیح منعقد شده‌اند واجد اشکال دانست.<sup>۱</sup>

نمونه دوم از این ایراد را می‌توان به نظر شورای نگهبان در پاسخ به یکی از استعلام‌های دیوان عدالت اداری اشاره کرد. در این نظر فقهای شورای نگهبان، «اطلاق بندهای ۱-۲ و ۳-۱ از قسمت ۱۰-۴ مصوبه را نسبت به مقدار بیش از لزوم و نیز درخصوص خدماتی که تصدی آن امور ارتباطی به شهرداری ندارد و نسبت به قطعات کوچک، خلاف موازین شرع» دانستند. در حقیقت بر اساس مصوبه، به‌صورت مطلق شهرداری اجازه اخذ زمین رایگان را از مردم پیدا می‌کرد. فقهای محترم این حکم را نه در تمام مصادیق بلکه درخصوص ۳ مورد مذکور در نظر مغایر با موازین شرع دانستند.<sup>۲</sup>

### ۲-۲. ایراد بر اطلاق یا عموم مصوبه بدون ذکر دلیل یا جهت ایراد

برخلاف شیوه قبلی، گاهی اوقات ممکن است ایراد وارد بر اطلاق یا عموم یک مصوبه بدون

۱. نظر شماره ۹۸/۱۰۲/۱۱۱۹۳ مورخ ۱۳۹۸/۵/۲: «۱- اطلاق مصوبه مذکور نسبت به مواردی که قرارداد بین اشخاص و بانک، شرعی و قانونی است، خلاف موازین شرع شناخته شد.»

۲. نظر شماره ۹۶/۱۰۲/۱۸۳۱ مورخ ۱۳۹۶/۴/۲۱: «با توجه به نظریه قبلی فقهای شورای نگهبان که طی شماره ۸۹۳۰۴۰۴۲۱ مورخ ۱۳۸۹/۰۸/۲۲ اعلام گردیده؛ اطلاق مصوبه مذکور نسبت به مقدار بیش از لزوم و نیز در خصوص خدماتی که تصدی آن امور ارتباطی به شهرداری ندارد و نسبت به قطعات کوچک خلاف موازین شرع شناخته شد و با عنایت باینکه چنین اختیارات قانونی برای استانداری‌ها نیز پیش بینی نشده که تشخیص آن بعهده دیوان عدالت اداری است در این صورت مصوبه خلاف شرع می‌باشد.»

ذکر جهت ایراد نگاشته و بیان گردد. در این موارد نیز فروض مختلفی قابل بررسی است. گاهی ممکن است عدم ذکر جهت ایراد، از روی بی‌توجهی بوده باشد و فلسفه خاصی ورای این نحوه اعلام نظر نبوده باشد. در مقابل در برخی موارد ممکن است عدم ذکر دلیل ایراد، به خاطر وجود ملاحظاتی باشد که ممکن است در نتیجه ذکر دلیل ایراد موجب تحقق مفسده‌هایی گردد. گاهی نیز ممکن است اساساً ایراد ناظر بر اطلاق یا عموم مصوبه، به صورت ذاتی مطرح باشد و ارتباطی با مصادیق یا صور متصوره در دایره اطلاق یا عموم نداشته باشد.

### ۱-۲-۲. قابل بیان بودن دلیل ایراد بر اطلاق

در برخی از موارد مشاهده می‌شود که فقهای شورای نگهبان اطلاق یا عموم یک ماده را مورد ایراد مغایرت شرعی دانسته‌اند اما در این خصوص دلیل یا جهت یا مستندی ارائه نکرده‌اند. این در حالی است که در ظاهر مسئله دلیل منطقی خاصی نیز برای عدم تفصیل ایراد نمی‌توان فرض کرد. به عنوان نمونه می‌توان به بند «۲۲» نظر شماره ۳۷۱۳۵/۳۰/۸۸ مورخ ۱۳۸۸/۱۰/۲۹ شورای نگهبان اشاره نمود. در این بند، فقهای شورای نگهبان عموم ماده<sup>۱</sup> (۱۳۹) مصوبه مجلس شورای اسلامی را خلاف موازین شرع دانسته‌اند این در حالی است که ماده مزبور موارد مختلفی را اشاره کرده است و مشخص نیست ایراد شورای نگهبان دقیقاً ناظر به کدام قسمت از ماده می‌باشد. همچنین موضوع این ماده اساساً موضوعی نیست که اشاره به جهت یا مصادیق ایراد ناظر بر اطلاق یا عموم یک مصوبه ملاحظه خاصی را بطلبد یا اینکه چالش ویژه‌ای بیافریند. به نوعی می‌توان این موارد را محصول عدم تبیین آثار نحوه اعلام نظر دانست امری که این پژوهش در پی تبیین آن است و نمی‌توان برای آن ظاهراً وجهی منطقی را پی جست. با این وصف این احتمال قابل طرح و تأمل است که عدم ذکر علت و دلیل مغایرت برای این است که شورای محترم نگهبان آن دلیل را بدیهی و واضح، النهایه مغفول‌عنه از دید مقنن دانسته به نحوی که تصور شورا این است که به صرف اعلام مغایرت خود مقنن قادر به تشخیص علت مغایرت خواهد بود هر چند ممکن است این تصور منطبق بر واقع نباشد و مجلس از تشخیص علت ناتوان باشد، همچنین می‌توان احتمالات دیگری را نیز فرض کرد مانند قصد انسداد باب قیاس به علت منصوصی که برای مغایرت می‌توانست اعلام شود، همین طور محتمل است شورای نگهبان به دلیل کثرت مصوبات و حجم گسترده آن‌ها که در قیاس با مجلس و کمیسیون‌های مختلف که در برابر قلت و کمیت کمتر شورای نگهبان چشمگیر است از ذکر علت

۱. ماده ۱۳۹ قانون مجازات اسلامی: «مسئولیت کیفری تنها زمانی محقق است که فرد حین ارتکاب جرم، عاقل، بالغ و مختار باشد.»

اجتناب کند بالاخص که الزام قانونی صریحی در این خصوص برای شورا وجود ندارد.

### ۲-۲-۲. عدم امکان بیان دلیل ایراد

گاهی ذکر جهت ایراد ناظر بر اطلاق یا عموم یک مصوبه به دلایل مختلفی با معذوریت مواجه است. این معذوریت ممکن است ناظر بر ملاحظاتی باشد که به هر دلیلی نسبت به بیان دلیل یا جهت ایراد قابل طرح است یا اینکه از آن جهت باشد که اصل اطلاق در چنین مواردی دارای ایراد است که در ذیل تشریح می‌گردد:

#### ۲-۲-۲-۱. عدم امکان بیان دلیل با توجه به ملاحظات جانبی

برخی موارد مجلس شورای اسلامی در ضمن یک مصوبه امتیازی را به طور مطلق برای افراد ملت تعیین کرده است. ممکن است امتیاز مزبور از حیث شرعی دارای ضوابطی باشد از جمله آنکه بهره‌مندی از آن صرفاً برای شیعیان مجاز شمرده شده باشد. در این موارد ذکر جهات ایراد می‌تواند موجب بروز مفسده گردد و به شکاف یا بحران اجتماعی منجر شود. طبعاً در این موارد پسندیده آن است که شورای نگهبان بدون ذکر وجوه ایراد صرفاً اطلاق مصوبه را مورد اشکال قرار داده و سپس از طرق غیررسمی درصدد اصلاح یا حذف آن برآید و یا اینکه در صورت اصرار مجلس شورای اسلامی، از طریق مجمع تشخیص مصلحت نظام مصوبه مزبور جامه اعتبار یا عدم اعتبار را به خود پوشد و طبعاً در چنین مواردی قضات و محاکم حق استناد به دلیل مذکور را برای رد اطلاق یا عموم قوانین دیگر ندارند زیرا دلیل مغایرت منصوص نیست و نهایتاً با حدس و گمان یا بر اساس قرائن شفاهی و غیرقابل استناد تحصیل گردیده است.

#### ۲-۲-۲-۲. عدم امکان بیان دلیل با توجه به ایراددار بودن اصل و ذات اطلاق

در کنار دو فرض پیشین، گاهی نیز ممکن است صرف قانون‌گذاری یا مقررگذاری به نحو مطلق محل ایراد باشد، به عبارت دیگر طرح ایراد نه از بابت آن است که مصادیق، مشمول حکم متعدد بوده و از حیث مشمول حکم نسبت به تمام مصادیق ایراد مطرح می‌شود بلکه به دلیل آنکه حکم مزبور به صورت مطلق بیان شده است محل ایراد است. در حقیقت در این موارد ذات عمومیت یا اطلاق قانون‌گذاری مورد ایراد واقع شده است. برای نمونه می‌توان به نظر شماره ۹۸/۱۰۲/۱۱۱۲۵ مورخ ۱۳۹۸/۴/۳۰ فقهای شورای نگهبان اشاره کرد. این نظر در پاسخ به یکی از استعلام‌های دیوان عدالت اداری صادر شده است و موضوع عبارت است از «عدم ضمان راننده متخلفی که در خطوط ویژه به صورت غیرمجاز مشغول رانندگی بوده است اما جهت حرکت وی مجاز بوده است». در این مورد فقهای شورای نگهبان بیان داشته‌اند که «عدم ضمان متخلف که عبورش در خط ویژه مجاز نبوده به نحو اطلاق، خلاف شرع است.» در حقیقت در این موارد، منظور از اطلاق نه به معنای در برابر

تقیید است، بلکه اطلاق در برابر عدم است. به عبارت دیگر، اینکه فرد متخلف مطلقاً ضامن دانسته نشود از سوی فقهای شورای نگهبان مورد ایراد قرار گرفته است. بنابراین اساساً در چنین مواردی بیان جهت ایراد موضوعیت نخواهد داشت. هرچند در این موارد نیز تصریح به ایراد می‌تواند در اصلاح آن مفید و مؤثر باشد.

### ۲-۳. بیان ایراد بر اطلاق مصوبه با ذکر دلیل و استناد

در برخی موارد، فقهای شورای نگهبان علاوه بر اینکه در ضمن اعلام ایراد ناظر بر اطلاق مصوبه، جهات و دلایل ایراد خود را بیان کرده‌اند، بلکه به این اکتفا نکرده و مستند ایراد خود را نیز ابراز داشته‌اند. به‌عنوان نمونه در مصوبه مجلس شورای اسلامی که پس از تأیید تبدیل به قانون مجازات اسلامی گردید، در موارد متعددی فقهای شورای نگهبان به کتاب تحریرالوسیله امام خمینی ارجاع داده‌اند و از این طریق نمایندگان مجلس شورای اسلامی را در جهت رفع ایراد مربوط راهنمایی کرده‌اند.<sup>۱</sup>

بر این اساس می‌توان گفت نمونه اخیر بهترین شیوه بیان ایراد در نظرات شورای نگهبان است که آثار حقوقی مفید آن در قسمت بعدی بررسی خواهد شد.

### ۳. آثار حقوقی ناظر بر اجرای نظر فقهای شورای نگهبان در فروض مذکور

در این قسمت با توجه به انواع هنجارها یا مصوباتی که توسط فقها مورد نظارت قرار می‌گیرد و نهادها یا مقاماتی که مخاطب اعلام نظر فقها هستند به بررسی موضوع می‌پردازیم.

در حقیقت دستور کار فقهای شورای نگهبان از سه قسم خارج نیست. قسم نخست متنی است که مصوبه مجلس شورای اسلامی است و در مقام اجرای اصول ۹۴ و ۹۵ قانون اساسی به این شورا ارسال شده است یا اساسنامه مصوب هیئت وزیران است که به استناد ذیل اصل ۸۵ قانون اساسی برای شورای نگهبان ارسال شده است. این موارد از حیث عدم اعتبار مصوبه قبل از اظهار نظر شورای نگهبان در یک دسته قرار می‌گیرند. قسم دوم مواردی است که قانونی که لازم‌الاجراست در دستور کار فقهای شورای نگهبان قرار گرفته باشد، اعم از اینکه پیش از آن توسط شورای نگهبان مورد نظارت قرار گرفته است یا قوانین پیش از انقلاب و نظایر آن باشد. قسم سوم مواردی است که مقرراتی در دستور کار فقهای محترم می‌باشد که از سوی دیوان عدالت اداری استعلام شده و درخواست ابطال

۱. نظر شماره ۸۸/۳۰/۳۷۱۳۵ مورخ ۱۳۸۸/۱۰/۲۹: «۳۲- ماده (۱۹۶) محدود کردن قاضی به توقف رسیدگی به مدت ده روز به صورت مطلق در مواردی که امکان کشف حال شاهد در مدت متعارف بیش از ده روز ممکن باشد، خلاف موازین شرع است. (به مسئله ۱۳ و ذیل مسئله ۱۶ کتاب القضاء تحریر، ذیل القول فی الجواب بالانکار مراجعه شود.)»

آن‌ها به دلیل مغایرت با موازین شرعی مطرح شده است که در تمامی این اقسام آثار حقوقی و قضایی قابل تفکیک و ملاحظه‌اند.

### ۱-۳. مصوبات مجلس یا اساسنامه‌های مصوب دولت

با توجه به اینکه این موارد قبل از اعلام نظر شورای نگهبان لازم‌الاجرا نیستند، از جهت امکان سوءاستفاده‌های احتمالی حساسیت کمتری نسبت به دو دسته دیگر برخوردارند زیرا ایراد شورای نگهبان اجازه ورود مفاد مصوب را به عرصه اعتبار در نظام حقوقی نمی‌دهد. با این وصف تدقیق بیشتر در اعلام نظر فقهای شورای نگهبان می‌تواند در اصلاح و اجرای احسن نظر فقهای شورا تأثیرگذار باشد. در حقیقت مجلس شورای اسلامی و هیئت وزیران در مقام اصلاح ایرادهای ناظر بر اطلاق مصوبه راه‌های مختلفی را پیش رو دارند.

در صورتی که ایراد اطلاق از نوع اول بوده باشد یعنی جهات و دلایل ایراد از سوی فقهای شورا بیان شده باشد، ممکن است مجلس یا دولت به دو طریق مصوبه خود را اصلاح نمایند. طریق اول آن است که نسبت به بیان تفصیلی مصوبه خود اقدام می‌نمایند و شقوق مختلف آن را ذکر کرده و برای هر یک حکم خاص خود را بیان می‌دارند. در حقیقت طریق صحیح رفع ایراد شورا بدین صورت است. اما راه دیگر آن است که ماده مورد ایراد به صورت کامل حذف شود. اگرچه این راهکار نیز به ظاهر موجب رفع ایراد شورای نگهبان است و در این موارد شورای نگهبان معمولاً قائل به رفع ایراد سابق است، اما باید دقت کرد که چنین راهکاری نمی‌تواند به معنای رفع ایراد شورا تلقی شود. توضیح آنکه مجلس شورای اسلامی در مقام رفع ایراد شورای نگهبان در برخی موارد و بر اساس یک برداشت از ماده ۱۹۹ آیین‌نامه داخلی خود، صرفاً محدود به مواردی که توسط شورای نگهبان مورد ایراد واقع شده است اقدام به اصلاح می‌کند و نسبت به سایر موارد، اصلاحی را به عمل نمی‌آورد، مگر اینکه اصلاح در مواد مورد ایراد مستلزم اصلاح در برخی مواد دیگر نیز باشد.<sup>۱</sup> با این توضیح، در مواردی که فقهای شورای نگهبان «اطلاق» یک مصوبه را مغایر با موازین شرع تشخیص می‌دهند

۱. البته ذکر این نکته ضروری است که ماده (۱۹۹) آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی تصریحی به عدم امکان اصلاح در خارج از ایرادات مطروحه از سوی شورای نگهبان ندارد اما با توجه به صدر ماده که بیان کرده است «موارد اعتراض برای اصلاح مورد بحث قرار می‌گیرد» و همچنین تبصره (۱) این ماده در خصوص محدودیت دولت در پیشنهاد اصلاح در حدود ایرادات شورای نگهبان، این برداشت می‌تواند از حیث حقوقی دارای وجه باشد. البته رویه مجلس در این خصوص متشدد است و به عنوان نمونه در مصوبه لایحه اصلاح قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز که در جلسه علنی مورخ ۱۴۰۰/۵/۵ مجلس شورای اسلامی به تصویب رسیده است در موارد مختلفی، خارج از قلمرو ایرادات، ابهامات و تذکرات شورای نگهبان اصلاحات مد نظر نمایندگان مجلس اعمال شده است.

و مصادیق مورد ایراد و جهات آن را بیان می‌کنند، به این معناست که اصل قانون‌گذاری در این مورد مغایر موازین شرعی نبوده و تنها در برخی از مصادیق یا صور متصوره مغایرت شرعی مطرح می‌شود. لذا حذف ماده مورد ایراد به‌طور مطلق در حقیقت خروج از محدوده مورد ایراد است و مواردی را هم که شورای نگهبان به‌صورت ضمنی تأیید کرده است، اصلاح کرده و این موضوع از حیث تطبیق با آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی محل تأمل است. مضافاً آنکه به استناد تبصره «۳» همین ماده می‌توان گفت مادامی که مجلس شورای اسلامی بتواند مواد مورد ایراد شورای نگهبان را به‌گونه‌ای اصلاح نماید که ماده به کلی از خاصیت نیافتد، اجازه حذف ماده را ندارد. اساساً شاید فلسفه وضع این تبصره آن است که هنگامی که مجلس شورای اسلامی در موضوعی اقدام به تصویب مصوبه می‌نماید فرض بر آن است که مشکلی موجود بوده یا ایجاد تسهیلی مدنظر قانون‌گذار است یا به‌رحال قانون‌گذاری در آن موضوع ضروری تشخیص داده شده است. حذف ماده مورد ایراد به‌طور کلی و عدم اصلاح آن به‌صورت تفصیلی شاید به ظاهر موجب رفع ایراد شورا شود اما خلأ قانونی سابق همچنان استمرار خواهد یافت. همچنین محتمل است حذف برخی مواد تأثیر قابل ملاحظه‌ای در چینش مواد و اثر حقوقی مترتب بر آن‌ها داشته باشد.

اصلاح ایراد ناظر بر اطلاق یا عموم، در مواردی که ایراد به‌صورت مطلق و مجمل ذکر شده است کاری مشکل است. با توجه به اینکه در این موارد برخلاف مورد قبل دلیل یا جهتی از سوی فقهای شورا بیان نشده است، مجلس شورای اسلامی یا دولت می‌توانند به چند طریق عمل نمایند. اول آنکه ماده مربوطه را حذف نمایند، که با توجه به توضیحی که در بالا بیان شد این امر به مصلحت نظام تقنینی نبوده و خلأ سابق مستمر خواهد بود. دوم آنکه بر اساس احتمالات نسبت به اصلاح ماده مورد ایراد و بیان تفصیلی مصادیق یا صور متصوره اقدام کنند. در این موارد نیز ممکن است اصلاح به‌عمل آمده مطابق با نظر فقهای شورا بوده باشد یا خیر و فرض اخیر به معنای بقای ایراد و اضافه شدن مرحله‌ای جدید به مراحل لازم برای اعتبار یک متن قانونی است. اما راه سومی نیز وجود دارد و آن ارتباط با فقهای شورای نگهبان از طریق دعوت از فقهای شورا و شرکت در جلسات کمیسیون یا مجلس یا کمیسیون‌های هیئت وزیران و اطلاع از مبانی ایراد مطروحه و اصلاح در راستای رفع ایراد می‌باشد که چنین اقدامی نیز می‌تواند از حیث شفاهی بودن و عدم کتابت و انتشار موجب محرومیت جامعه حقوقی مانند قضات و تابعان حقوقی از اطلاع از مغایرت و طرح مباحث علمی اصلاحی مورد انتقاد واقع شود.

در مواردی نیز که ایراد فقها با ذکر دلیل و مستند ایراد بیان شده است، مقام تصویب‌کننده به‌منظور رفع ایراد باید مصوبه را با مستند بیان شده از سوی فقها منطبق کند. به‌عنوان مثال در خصوص ماده

(۱۹۶) مصوبه مجازات اسلامی که در بالا اشاره شد، با توجه به اینکه جهت ایراد از سوی فقهای شورای نگهبان مستند به تحریرالوسیله بیان شده بود با اصلاح مجلس شورای اسلامی مبتنی بر منبع اشاره شده ایراد رفع گردید.<sup>۱</sup> در چنین مواردی طبعاً قضات می‌توانند بر اساس دلیل منصوص در بیان شورای نگهبان از ظرفیت طرح شده در موضوع قانون استفاده کنند.

### ۳-۲. قوانین معتبر سابق نظیر قوانین پیش از انقلاب

در این موارد موضوع اعلام مغایرت و آثار حقوقی آن تا حدود قابل ملاحظه‌ای از موارد قبلی متفاوت است. زیرا در این موارد در حقیقت اعلام نظر فقهای شورای نگهبان به معنای ابطال قانون سابق است. لذا جنبه کنشی، پیشینی و پیشگیری از اعتبار قانون در حال شکل‌گیری ندارد بلکه جنبه پسینی و واکنشی و تهاجمی و نه تدافعی دارد (حسینی بهشتی، ۱۳۸۰: ۶۹) و بعضاً چالش‌ها و واکنش‌های تند برخی ذی‌نفعان قوانین خلاف شرع گذشته را در پی دارد، به هر حال اثر این ابطال آن است که مجریان و قضات و محاکم مختلف داخلی و بعضاً در احوال شخصیه در محاکم خارجی دیگر قانوناً نمی‌توانند به مفاد آن استناد نمایند. همچنین اشخاص ذی‌نفعی که در نتیجه ابطال برای آن‌ها حقی ایجاد می‌شود می‌توانند احقاق حق نمایند. لذا نحوه اعلام نظر فقها در این موارد از اهمیت متفاوتی و برابر قوانین در حال تصویب بلکه در برخی موارد نظر به ابتلای بیشتر مصادیق آن اهمیت بالاتری را برخوردار خواهد بود.

در خصوص این موارد نیز با توجه به انواع ایرادهای فوق‌الذکر، موضوع متفاوت خواهد بود. در صورتی که نظر فقها به‌نحوی بیان شود که جهات و مصادیق مورد ایراد بیان شده باشد، می‌توان گفت که قانون مزبور تنها نسبت به موارد مزبور از اعتبار ساقط شده و نسبت به سایر موارد همچنان معتبر خواهد بود. گو اینکه از ابتدا موضوع آن ماده قانونی، مقید به آنچه در نظر فقهای شورای نگهبان آمده است اعتبار داشته و به تصویب رسیده است. به‌عنوان مثال این موضوع در خصوص تبصره «۱» ماده (۲۶) قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران مصوب ۱۳۷۵ صدق می‌کند. در حقیقت فقهای شورای نگهبان حکم این تبصره را صرفاً در مناطقی ابطال کردند که اکثریت مردم آن‌ها مسلمان و پیرو مذهب رسمی کشور هستند (فتحی و کوهی اصفهانی،

۱. ماده ۱۹۶: «هرگاه دادگاه، شهود معرفی شده را واجد شرایط قانونی تشخیص دهد، شهادت را می‌پذیرد و در غیر این صورت، شهادت را شهادت شرعی محسوب نمی‌کند و اگر از وضعیت آنها اطلاع نداشته باشد، تا زمان احراز شرایط و کشف وضعیت که نباید بیش از ده روز طول بکشد، رسیدگی را متوقف و پس از آن، حسب مورد، اتخاذ تصمیم می‌کند، مگر این که به نظر قاضی احراز شرایط در مدت ده روز ممکن نباشد.»

۱۳۹۷: ۳۶۸-۳۶۹). بنابراین مجری انتخابات شوراها در چنین مناطقی نباید نسبت به ثبت نام داوطلبان غیرمسلمان اقدام کند یا به عبارت دیگر، افراد غیرمسلمان صرفاً در مناطقی می‌توانند به عضویت شوراهای اسلامی کشور درآیند که اکثریت ساکنان آن غیرمسلمان باشند.<sup>۱</sup> البته این نحوه اجرا را نمی‌توان اجرای مطمئنی دانست چراکه مشخص نیست مجریان در مقام اجرا تا چه اندازه از نظرات شورا آگاهی پیدا می‌کنند و یا چه فهمی از اجرای نظرات شورا خواهند داشت و محاکم و قضات در دادگستری در احراز این امر نیازمند توانمندسازی آماری و ادوات دیگر علمی و اجرایی‌اند. لذا شورای محترم نگهبان شایسته است امکان عملیاتی شدن مصوبه اصلاحی یا آثار آن را نیز ملاحظه نماید هرچند این امر نباید به نگاه افراطی و انحرافی فقه مقاصدی که صرفاً نتیجه فتوی را معیار صدور و عدم صدور می‌شمارد منجر شود که در این صورت نه تنها به تحقق اصل ۴ قانون اساسی در نظام حقوقی نزدیک نخواهیم شد بلکه نظام حقوقی را به مرور از نظامی شرعی به نظامی عرفی سوق خواهیم داد.

درخصوص انواع دیگر ایرادات، مانند اینکه یک ماده قانونی بدون ذکر دلایل و جهات مورد ایراد قرار گرفته است، طبعاً ماده مزبور به صورت کامل و کلی باطل بوده و در هیچ مرجع رسمی دیگر قابل استناد نخواهد بود زیرا در غیر این صورت ممکن است ماده مزبور از سوی مجریان در مواردی معتبر و در مواردی غیر معتبر دانسته شود که مدنظر فقهای شورا نبوده باشد و در این صورت مخالفت قطعی محتمل خواهد بود و نمی‌توان برای آن قدر متیقنی را در نظر گرفت.

### ۳-۳. اجرای نظرات فقها از سوی دیوان عدالت اداری

بدیهی است که دادگاه‌ها و مراجع قضایی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی هیچ صلاحیتی درخصوص بررسی قوانین از حیث مغایرت یا عدم مغایرت با موازین شرعی ندارند. (حسن‌زاده، ۱۳۹۸: ۹۷) اما درخصوص مقررات مغایر با موازین شرعی، مرجعی وجود دارد که در مقام مخاطب بخش عمده‌ای از نظرات فقهای شورای نگهبان قرار می‌گیرد. دیوان عدالت اداری و به طور خاص هیئت عمومی آن دیوان تنها مرجعی قضایی است که درخصوص مقرراتی که به استناد مغایرت شرعی درخواست ابطال آن‌ها مطرح شده است محل بحث قرار می‌گیرد. در این موارد در حقیقت دیوان عدالت اداری مرجعی است که نظر فقهای شورای نگهبان را اعلام می‌دارد. به عبارت دیگر، مرجع تشخیص مغایرت یا عدم مغایرت مقررات با موازین شرعی فقهای شورای نگهبان هستند و با اعلام

۱. گفتنی است این تبصره پس از نظر شورای نگهبان مجدداً توسط مجلس شورای اسلامی به تصویب رسید و علی‌رغم اعلام مغایرت شرعی توسط شورای نگهبان، به موجب مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام معتبر گردید.



نظر فقها مقررۀ مورد استعلام ابطال شده است. لکن در مراحل شکلی اعلام نظر فقها، درخصوص استعلامات دیوان عدالت، با توجه به اینکه شکایت از مقررۀ مزبور از طریق دیوان عدالت مطرح شده است، اعلام نظر فقها نیز از آن طریق صورت می‌گیرد. بر همین اساس، دیوان عدالت اداری موظف است عین مفادی را که از سوی فقها اعلام شده است تبعیت کند و نمی‌تواند در آن تصرفی نماید و یا آن را تغییر دهد (قطبی، ۱۳۹۶: ۱۴۲-۱۴۱). بنابراین وظیفه‌ای بیش از اعلام ابطال مصوبه بر عهدۀ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری نیست. در حقیقت به استناد ماده (۱۰۹) قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، پس از صدور رأی توسط هیئت عمومی دیوان، در صورتی که مسئولان ذی‌ربط از اجرای رأی خودداری کنند، ذی‌نفع یا رئیس دیوان می‌توانند مراتب را پیگیری و به موجب رأی شعبه دیوان مستنکف را مجازات نمایند. با این توضیح، عملاً تشخیص اجرای صحیح نظر فقهای شورای نگهبان با رئیس دیوان یا قاضی شعبه‌ای است که موضوع استنکاف به وی ارجاع شده است. از آنجا که تشخیص با مقام قضایی است، می‌تواند اجرای دقیق نظر فقهای شورای نگهبان را نظارت کند و در مواردی که ایراد به نحو تفصیلی بیان شده است، اجرای صحیح نظر را از حیث تفکیک میان موارد ابطالی و موارد غیرابطال شده بررسی کند و در مواردی که نظر به طور مجمل و کلی صادر شده، نسبت به ابطال مقررۀ به صورت کلی نظارت نماید و از این حیث نیز نحوه اعلام مغایرت یا عدم مغایرت دارای اثر علمی و عملی در گسترۀ قضایی مطرح از مجرای دیوان عدالت اداری به‌عنوان یکی از مهم‌ترین نهادهای قوه قضائیه است.

#### ۴. راهکار مطلوب در اجرای نظر فقهای شورای نگهبان

حق بر فهم قانون حقی است که مکلفان متعددی دارد که از جمله آن‌ها مجلس شورای اسلامی، دولت و به‌طور کلی نهادهای قانون‌گذار و مقررۀ‌گذار هستند (خسروی و نوروزی، ۱۳۹۹: ۸۴). همچنین با تنقیح مناط از منطقی که وجود این حق، ایجاب می‌کند، می‌توان شورای نگهبان و نیز فقهای آن را که در مقام نظارت بر امر قانون‌گذاری و مقررۀ‌گذاری دارای صلاحیت هستند، مکلف چنین حقی دانست و بیان داشت که در اظهارنظرهای خود به این امر دقت کنند و علاوه بر رعایت

۱. ماده ۱۰۹: «هرگاه پس از انتشار رأی هیئت عمومی دیوان در روزنامه رسمی کشور مسئولان ذی‌ربط از اجرای آن استنکاف نمایند، به تقاضای ذی‌نفع یا رئیس دیوان و با حکم یکی از شعب دیوان، مستنکف به انفسال موقت از خدمات دولتی به مدت سه ماه تا یک سال و جبران خسارت وارده محکوم می‌شود. تبصره - تقاضای ذی‌نفع برای اجرای آراء هیئت عمومی، باید به صورت تقدیم دادخواست باشد. افرادی که از عدم اجرای آراء هیئت عمومی در مورد ابطال مصوبه مطلع می‌شوند، می‌توانند موضوع را به رئیس دیوان منعکس نمایند تا رئیس دیوان نسبت به پیگیری موضوع از طریق شعب دیوان اقدام نماید.»

آن در مفاد مورد نظارت، نظرات خود را نیز به نحوی که برای مخاطب قابل فهم باشد، صادر نمایند. بدین منظور در مواردی که فقهای شورای نگهبان اطلاق برخی از مصوبات یا هنجارها را واجد اشکال شرعی تشخیص می دهند لازم است تا الزاماتی را رعایت کنند تا در نتیجه آن از یک سو مقصود قانون گذار اساسی از پیش بینی اصل ۴ قانون اساسی و اسلامی بودن قوانین و مقررات به غایت امر تحقق یابد و از سوی دیگر، فرایند اصلاح مصوبات یا هنجارها بر اساس آنچه مدنظر فقهای محترم است با سرعت و دقت بیشتری اجرایی گردد. لذا الزامات مزبور به شرح زیر بیان می شود:

۱. در خصوص مصوبات مجلس شورای اسلامی موضوع اصل ۹۴ قانون اساسی و نیز اساسنامه های مصوب دولت موضوع اصل ۸۵ قانون اساسی:

اولاً؛ هر چند بر اساس قانون نمی توان شورا را با باید و الزام مواجه دانست لکن شایسته است ایراد به نحو تفصیلی و با بیان جهات و دلایل مختلفی که سبب ایراد شده اند صورت گیرد تا نهاد تصمیم گیر حسب مورد در مقام رفع ایراد شورا، بداند که مصوبه را به چه صورتی باید اصلاح نماید تا نظر فقهای محترم تأمین شود.

ثانیاً در خصوص مواردی که ایراد فقهای شورا مبتنی بر نصوص شرعیه است، شایسته است شورا ضمن بیان جهات و دلایل، مستندات ایراد شورا نیز بیان شود تا در مقام اصلاح مصوبه بتوان با مراجعه به منابع مذکور در نظر شورا، متون قانونی را مبتنی بر نصوص شرعیه نگارش نمود و گامی در راستای تقنین شریعت برداشته شود.

ثالثاً در مقام رفع ایراد شورا، نباید به حذف ماده یا تبصره موضوع ایراد اکتفا شود. چراکه ایراد شورا ناظر بر اطلاق مصوبه و شمول آن نسبت به برخی مصادیق مطرح شده است و نه تمام موارد، فلذا حذف نمی تواند راهکار صحیحی برای رفع ایراد شورا باشد. بلکه مجلس یا دولت باید با دقت نسبت به تعیین تکلیف تمام مصادیق یا صور مختلف بر اساس ملاکی که توسط فقها در نظر خود بیان شده است اقدام نمایند.

۲. در خصوص سایر موارد یعنی قوانین لازم الاجرا یا مقررات استعلامی از سوی دیوان عدالت اداری، با توجه به اینکه اثر نظر فقهای شورای نگهبان از حیث مغایرت قانون یا مقرر با موازین شرعی قهقراایی بوده و از ابتدا هنجار حقوقی ابطال می شود، اگر به طور مجمل و کلی اطلاق یا عموم قانون یا مقرر مورد نظر ابطال شود، نظام حقوقی را از حیث ابطال هنجار در مواردی نیز که مطابق با موازین شرعی بوده است، دچار مشکل می کند. لذا بهتر آن است که فقهای شورای نگهبان نظر خود را به صورت تفصیلی و بیان جهات و دلایل و مستندات ایراد بیان کنند، تا ابطال قانون یا مقرر مدنظر صرفاً در خصوص مصادیقی اعمال شود که از آن جهت ایراد طرح شده است و سایر مواردی که

شمول قانون یا مقرر بر آنها، محل ایراد فقهای شورا نبوده است، از شمول قانون خارج نشوند.

### نتیجه

بخشی از ایرادات فقهای شورای نگهبان در خصوص مصوبات، قوانین یا مقرراتی که در سازوکارهای قانونی جهت بررسی و اعلام نظر به این شورا ارجاع می‌شود ناظر بر اطلاق یا عموم موارد مذکور است. به عبارت دیگر، اطلاق یا عموم یک قانون، مقرر یا مصوبه از نظر فقهای شورای نگهبان مغایر با موازین شرعی تشخیص داده شده است که نحوه اعلام مغایرت یا عدم مغایرت آثار حقوقی و کیفری قابل ملاحظه دارد خصوصاً با توجه به گستره گسترده قوانین مشمول اصل ۴ قانون اساسی که تمامی قوانین کیفری و تجاری و مدنی و... چه در گذر زمانی گذشته و قوانین قبلی و چه در گذر جاری و آتی در خصوص قوانین در حال شکل‌گیری را شامل می‌شود. در این موارد فروض مختلفی قابل احصا است:

الف) نظر مجمل: فقهای شورای نگهبان مغایرت را بدون ذکر جهات و دلایل اعلام نموده‌اند.

ب) نظر مستدل: فقهای شورای نگهبان جهات و دلایل مغایرت را در نظر خود بیان کردند اما مستند شرعی را ذکر نکرده‌اند.

ج) نظر مستدل و مستند: فقهای شورای نگهبان علاوه بر جهات و دلایل مغایرت، استنادات خود را نیز در این خصوص ذکر کرده‌اند.

فارغ از اینکه صورت اخیر کامل‌ترین نوع بیان نظر توسط فقهای محترم می‌باشد، اما ناظر بر انواع فوق تکالیفی متوجه دستگاه‌هایی است که مخاطب نظر شورا قرار گرفته‌اند. همچنین باید به این نکته توجه نمود که فقهای شورای نگهبان الزامی ندارند تا استنادات و دلایل خود را در نظرات اعلامی بیان نمایند.

بر اساس انواع موضوعاتی نیز که تحت نظارت فقهای شورای نگهبان قرار گرفته است می‌توان یک دسته‌بندی را اشاره کرد:

الف) مصوبات مجلس شورای اسلامی و اساسنامه‌های مصوب دولت موضوع اصول ۹۴، ۹۵ و ۸۵ قانون اساسی

ب) قوانین لازم‌الاجرا اعم از مصوب قبل و بعد از انقلاب

ج) مقررات استعلامی از دیوان عدالت اداری

در خصوص دسته اول، با توجه به اینکه تا زمانی که تأیید فقهای شورای نگهبان نسبت به مصوبه حاصل نشود، مصوبه مزبور اعتبار نخواهد یافت، حساسیت موضوع کمتر از سایر موارد است. هرچند در این مورد نیز بهتر آن است تا فقهای شورای نگهبان با ارائه نظری مستدل و مستند، مقام

تصویب کننده را در راستای اصلاح دقیق و بهنگام مصوبه کمک کنند.

در خصوص قوانین لازم‌الاجرا نیز، بیان مستند و مستدل مغایرت به طور تفصیلی، می‌تواند مقام ذیصلاح را در خصوص عدم اجرای مفاد ابطال شده با توجه به تفصیل نظر فقها و اصلاح آن مبتنی بر نظر فقهای شورای نگهبان راهنمایی کند.

در خصوص مقررات ابطالی که در آرای هیئت عمومی دیوان عدالت اداری منعکس می‌گردد، با توجه به اینکه اجرای رأی هیئت عمومی توسط مقام قضایی (رئیس یا قاضی شعبه دیوان) مورد نظارت قرار می‌گیرد و قاضی دیوان می‌تواند در صورت احراز عدم اجرای رأی حکم به انفصال مستتکف صادر نماید، لازم است تا نظر فقها به صورت تفصیلی و با ذکر جهات و ادله مغایرت بیان شود تا قاضی ناظر بتواند اجرای نظر فقها را همان طور که مدنظر بوده است تضمین کند.

بنابراین در هر حال، صدور نظرات مستند و مستدل و مشتمل بر جهات و دلایل مغایرت از سوی فقهای شورای نگهبان فعالان عرصه نظام حقوقی را چه در مقام تقنین و مقرره‌گذاری چه در مقام اجرا در محاکم و ادارات به سمت تحقق اصل ۴ قانون اساسی و تبعات و آثار حقوقی و کیفری محتمل مترتب بر ذکر علت مغایرت سوق خواهد داد.

## منابع

- جمعی از پژوهشگران (۱۳۹۶)، گزارش سلسله جلسات بازخوانی مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی سال ۱۳۵۸ (اصول ۱ تا ۲۰ قانون اساسی)، ج ۱، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
- حسن‌زاده، مهدی (۱۳۹۸)، «تحلیل قلمرو و جهت مخالفت با موازین شرعی» در نقض آرای محاکم»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۳.
- حسینی بهشتی، سیدمحمد (۱۳۸۰)، جاودانه تاریخ: آشنایی با افکار و اندیشه‌های شهید مظلوم آیت الله بهشتی، تهران: انتشارات روزنامه جمهوری اسلامی.
- خسروی، احمد و حامد نوروزی (۱۳۹۹)، «حق بر فهم قانون»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۴، شماره ۱۱۱.
- خمینی موسوی، سیدروح الله (۱۳۹۰ق)، تحریر الوسیله، ج ۲، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
- صدر، سیدمحمدباقر (۱۳۸۷)، قواعد کلی استنباط، چ پنجم، با ترجمه رضا اسلامی، ج ۱، قم: بوستان کتاب
- فتحی، محمد و کاظم کوهی اصفهانی (۱۳۹۷)، نظرات شرعی فقهای شورای نگهبان بر اساس اصل ۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان
- قافی، حسین و سعید شریعتی فرانی (۱۳۹۲)، اصول فقه کاربردی: مباحث الفاظ، چ نهم، ج ۱، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- قطبی، میلاد (۱۳۹۶)، جایگاه و صلاحیت‌های دیوان عدالت اداری در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران با نگاهی به نظرات شورای نگهبان، چ دوم، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۵)، مباحثی از اصول فقه، ج ۱، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محمدی، ابوالحسن (۱۳۹۳)، مبانی استنباط حقوق اسلامی با اصول فقه، چ پنجاه و چهارم، تهران: دانشگاه تهران.
- مشکینی، علی (۱۳۹۴)، اصلاحات علم اصول، قم: بوستان کتاب.
- مظفر، محمدرضا (۱۳۸۵)، ترجمه اصول فقه، چ پنجم، با ترجمه محسن غروی‌ان، ج ۱، قم: دارالفکر.
- الهام، غلامحسین و زهروی رضا (۱۳۹۶)، «بررسی تطبیقی چالش‌های ناشی از سکوت قانون در حقوق کیفری ایران و فقه امامیه»، مجله حقوق تطبیقی دانشگاه تهران، دوره ۸، شماره ۲.
- یزدی، محمد (۱۳۷۵)، قانون اساسی برای همه، چ اول، تهران: امیرکبیر.