

قانون‌گرایی در قانون اساسی ایران

دکتر سیدمحسن پنجتانی^۱

مقدمه:

قانون مهم‌ترین منبع حقوق در اکثر نظام‌های حقوقی معاصر است و اصلی‌ترین خواسته مردم ایران در انقلاب مشروطه داشتن قانون بوده است اما بعد از انقلاب اسلامی گرایش‌های دینی در تمام نهادهای مهم مرتبط با قانون‌گذاری تأثیر اساسی به‌جا گذاشته به نوعی که در بعضی موارد، اعتبار قوانین به اعتبار شرع نادیده گرفته می‌شود. آنچه مسلم است این است که برای جلوگیری از هرج‌ومرج و شکل‌گیری نظم حقوقی باید بر هر رابطه اجتماعی یک قاعده حقوقی حاکم باشد. چنانچه برای یک رابطه اجتماعی معین قواعد حقوقی مختلفی (شرعی و قانونی) وجود داشته باشد، سؤال اساسی این خواهد بود که کدام قاعده از نظر نظام حقوقی ایران معتبر و لازم‌الاجرا می‌باشد؟ برای ارائه پاسخ به این سؤال، جایگاه قانون اساسی به روش استدلالی از سه منظر تبیین می‌گردد. در فصل اول، از منظر مراجع قانون‌گذاری به قانون موضوعه پرداخته

۱. سردفتر دفتر اسناد رسمی شماره ۴۹ مشهد و عضو هیئت تحریریه ماهنامه «کانون».

می‌شود و در فصل دوم، قانون موضوعه از منظر نهادهای ناظر بر قانون‌گذاری مورد بررسی قرار می‌گیرد و در فصل سوم، از منظر نظارت قضایی بر اجرای قانون قانون موضوعه تجزیه و تحلیل خواهد شد.

از آنجا که دو گرایش درخصوص قانون‌گرایی در جامعه وجود دارد که با مسیر مورد نظر در مقاله پیش رو متفاوت است لذا قبل از ورود به فصل اول دو نکته مورد اشاره قرار می‌گیرد؛
نکته اول: مفهوم رایجی از قانون‌گرایی به صورت رسمی تبلیغ می‌شود که بر اطاعت از قانون و تمایل به اجرای آن متمرکز است. نگارنده با آن موافق است و تردید ندارد که لازم‌الاجرا بودن، یکی از اوصاف اساسی قانون است. اما باید اضافه نمود که مفهوم قانون‌گرایی در بعد اطاعت از قانون خلاصه نمی‌شود و ابعاد مهم‌تری هم دارد.

نکته دوم: اخیراً در میان حقوق دانان انتقاداتی درخصوص دخالت قانون‌گذار در حوزه‌های روابط خصوصی مردم و نیز درخصوص استفاده از قانون به عنوان ابزار سیاسی به وجود آمده است. نگارنده با نقد استفاده ناصحیح از قانون موافق است اما لازم به تأکید می‌داند که به هیچ روی این‌گونه انتقادات از ضرورت قانون‌گرایی و اهمیت آن نمی‌کاهد.

فصل اول: جایگاه قانون موضوعه از منظر مراجع قانون‌گذاری

طبق اصل ۵۶ ق.ا. خداوند انسان را به سرنوشت اجتماعی خویش حاکم ساخته است و هیچ‌کس نمی‌تواند این حق الهی را از انسان سلب کند یا در خدمت منافع فرد یا گروهی خاص قرار دهد. بنابراین حق حاکمیت مردم در قانون اساسی به رسمیت شناخته شده و بر همین اساس، دو نوع قانون‌گذاری در قانون اساسی پیش بینی شده که مبتنی بر حق حاکمیت مردم است. این دو نوع عبارتند از:

- ۱- قانون‌گذاری مستقیم توسط مردم.
- ۲- قانون‌گذاری از طریق مجلس شورای اسلامی.

بخش اول: قانون‌گذاری مستقیم

قانون‌گذاری مستقیم در اصل ۵۹ ق.ا. و از طریق همه‌پرسی پیش‌بینی شده است. طبق اصل ۵۹ ق.ا.؛ «در مسایل بسیار مهم اقتصادی، سیاسی، اجتماعی و فرهنگی ممکن است اعمال قوه‌مقننه از راه همه‌پرسی و مراجعه مستقیم به آراء مردم صورت گیرد. درخواست مراجعه به آراء عمومی باید به تصویب دوسوم مجموع نمایندگان مجلس برسد». قانون همه‌پرسی در جمهوری اسلامی ایران در سال ۱۳۶۸ به تصویب رسید. در ماده‌ی یک این قانون، نظر مردم به صورت «آری» یا «نه» محدود شده است. همچنین در ماده‌ی ۳۶ آن همه‌پرسی به پیشنهاد رئیس‌جمهور یا یکصد نفر از نمایندگان مجلس امکان‌پذیر شده است.^۱ با توجه به این‌که قانون‌گذاری توسط مردم از طریق همه‌پرسی طبق اصل ۵۹ ق.ا. به تصویب دوسوم از نمایندگان مجلس نیازمند است لذا رفع محدودیت‌های فوق‌الذکر که در مسیر حاکمیت مردم ایجاد شده در مصوبه دوسوم از نمایندگان مجلس امکان‌پذیر می‌باشد. در خصوص این‌که پس از انجام همه‌پرسی قانون تصویب‌شده توسط مردم باید به تأیید شورای نگهبان یا مجمع تشخیص مصلحت نظام برسد یا خیر، مباحث مختلفی قابل طرح است که از گنجایش این مقاله خارج بوده و خود، یادداشت مستقلی را می‌طلبد. هرچند قانون‌گذاری از طریق همه‌پرسی شیوه بسیار صحیحی برای برون‌رفت از مشکلات در مسایل مهم است ولی تاکنون این شیوه قانون‌گذاری در کشور ما محقق نشده است.

بخش دوم: قانون‌گذاری از طریق مجلس شورای اسلامی

طبق اصل ۵۷ ق.ا. قوای حاکم در جمهوری اسلامی ایران عبارتند از: قوه‌مقننه، قوه‌مجریه و قوه‌قضائیه که مستقل از یکدیگر می‌باشند. طبق اصل ۵۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران اعمال قوه‌مقننه از طریق مجلس شورای اسلامی صورت می‌پذیرد و طبق اصل ۶۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، اعمال قوه‌مجریه از طریق رئیس‌جمهور و وزیران انجام

۱. نظر به این‌که اصلاحات قانون اساسی در تاریخ ۶/۵/۶۸ انجام شده و قانون همه‌پرسی در تاریخ ۶/۴/۶۸ و قبل از اصلاح قانون اساسی تصویب شده است و در بند ۳ اصل ۱۱۰ فرمان همه‌پرسی از اختیارات رهبر شمرده شده است لذا پس از شکل‌گیری شرایط اصل ۵۹ قانون اساسی و قانون همه‌پرسی فرمان همه‌پرسی از سوی رهبر صادر خواهد شد.

می‌شود و آن بخش از قوه مجریه که در اختیار رهبری است از طریق ایشان اعمال می‌گردد. همچنین طبق اصل ۶۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، اعمال قوه قضائیه به وسیله دادگاه‌های دادگستری است.

چون حق حاکمیت مردم در قانون اساسی به رسمیت شناخته شده است لذا همان گونه که گفته شد، اعمال قوه مقننه از طریق همه‌پرسی براساس اصل ۵۹ ق.ا. پیش‌بینی شده است اما به غیر از همه‌پرسی موضوع اصل ۵۹ ق.ا. اعمال قوه مقننه منحصرأ از طریق مجلس شورای اسلامی صورت می‌پذیرد و نهاد دیگری حق قانون‌گذاری ندارد. اصل ۱۰۷ ق.ا. تأکید می‌کند که رهبر در برابر قوانین با سایر افراد کشور مساوی است و اصول ۱۳۸ و دو اصل ۶۱ و ۱۶۶ ق.ا. به ترتیب قوه مجریه و قوه قضائیه را موظف به اجرای قانون می‌داند.

فصل دوم: جایگاه قانون موضوعه از منظر نهادهای ناظر بر قانون‌گذاری

دو نهاد ناظر بر قانون‌گذاری در قانون اساسی پیش‌بینی شده است. شورای نگهبان قانون اساسی که با تصویب قانون اساسی شکل گرفت و مجمع تشخیص مصلحت نظام که تشکیل آن هنگام اصلاحات قانون اساسی پیش‌بینی گردید. اما با عنایت به ضرورت تشکیل آن، قبل از اصلاحات قانون اساسی، بدون داشتن جایگاه قانونی، به دستور بنیانگذار فقید انقلاب، تأسیس شد و تصمیماتی نیز اتخاذ نمود.

حدود اختیار این دو مرجع در جایگاه قانون موضوعه تأثیر گذار است. زیرا از یک طرف طبق اصل ۹۳ ق.ا.، مجلس شورای اسلامی بدون وجود شورای نگهبان اعتبار قانونی ندارد و تشخیص مغایرت و عدم مغایرت مصوبه مجلس با شرع و قانون اساسی با شورای نگهبان است و از سوی دیگر، در مواردی که شورای نگهبان مصوبه مجلس را مغایر موازین شرع یا قانون اساسی بداند و مجلس با در نظر گرفتن مصلحت، نظر شورای نگهبان را تأمین نکند، تشخیص مصلحت و تصویب یا عدم تصویب مصوبه مجلس در اختیار مجمع تشخیص مصلحت نظام است لذا حدود اختیار شورای نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت مورد بررسی قرار می‌گیرد.

بخش اول: شورای نگهبان

شورای نگهبان دو ترکیب دارد. اول: شش نفر فقیه که به‌وسیله مقام رهبری منصوب می‌شوند. دوم: شش نفر حقوقدان که به پیشنهاد رئیس قوه قضائیه با رأی مجلس انتخاب می‌گردند. طبق اصل ۹۶ ق.ا. تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام توسط اکثریت فقهای شورای نگهبان به‌عمل می‌آید و تشخیص عدم تعارض مصوبات مجلس با قانون اساسی به‌عهده اکثریت همه اعضا شورای نگهبان است.

مبحث اول: عدم مغایرت با اسلام

تمرکز بر روی مفهوم کلمه عدم مغایرت با اسلام در قانون اساسی ضروری است. مفهوم عدم مغایرت مصوبه مجلس با اسلام این است که مصوبه مجلس قاعده و اصلی از احکام اسلام را نفی نکند و هم این‌که مصوبه مجلس با احکام اسلام مخالف نباشد، کافی است و ضرورت ندارد که احکام اسلام مورد قانون‌گذاری قرار گیرد و یا متن قانون با احکام اسلام تطبیق داده شود. همین شیوه قانون اساسی مشروعیت نیز پیش‌بینی شده بود.^۱

مبحث دوم: آیین و زمان اظهار نظر شورای نگهبان

آیین رسیدگی و اظهار نظر شورای نگهبان در اصل ۹۴ ق.ا. پیش‌بینی شده است. طبق این اصل، مجلس شورای اسلامی مکلف است مصوبات خود را به شورای نگهبان ارسال نماید و شورای نگهبان موظف است ظرف مدت ده روز از تاریخ وصول، مصوبه را مورد بررسی قرار داده و چنانچه آن را با قانون اساسی و سایر موازین اسلام مغایر ببیند برای تجدیدنظر به مجلس

۱. طبق اصل دوم متمم قانون اساسی مشروطه که هم اینک منتفی است مقرر شده بود: «... تشخیص مخالفت قوانین موضوعه با قواعد اسلامی بر عهده علمای اعلام ادامه الله برکاته وجودهم بوده و هست لهذا رسماً مقرر است در هر عصری از اعصار هیئتی که کمتر از پنج نفر نباشد از مجتهدین و فقهای متدینین که مطلع از مقتضیات زمان هم باشند به این طریق که علمای اعلام و حجج اسلام مرجع تقلید شیعه اسامی ۲۰ نفر از علما که دارای صفات مذکور باشند معرفی به مجلس شورای ملی بنمایند و پنج نفر از آنها را یا بیشتر به‌مقتضای عصر اعضای مجلس شورای ملی بالاتفاق یا به حکم قرعه تعیین نموده به‌سمت عضویت بشناسند تا موادی که در مجلسین عنوان می‌شود به دقت مذاکره و غوررسی نموده هر یک از آن مواد معنونه که مخالفت با قواعد مقدسه اسلام داشته باشد طرح و رد نمایند...» (ر.ک.: *قانون اساسی قوانین جزایی، کمانگر، احمد، چاپ افست، گلشن، ۱۳۵۲*).

بازگرداند. در غیر این صورت، مصوبه قابل اجراست. البته طبق اصل ۹۵ ق.ا. در مواردی که شورای نگهبان مدت ده روز را برای رسیدگی و اظهار نظر نهایی کافی نداند می تواند با ذکر دلیل، حداکثر برای ده روز دیگر برای اظهار نظر استمهال نماید. در مواردی که طرح یا لایحه‌ای فوری در دستور کار مجلس قرار گیرد اعضای شورای نگهبان باید در مجلس حاضر شوند و نظر خود را اظهار نمایند. در این صورت، مهلت ده روزه نیز منتفی است و اظهار نظر شورای نگهبان باید در مجلس انجام شود.

مبحث سوم: ماهیت اظهار نظر شورای نگهبان

طبق نظر شورای نگهبان به شماره ۲۴۳۷ - ۱۳۶۳/۱۰/۱۱ «تشخیص مغایرت یا انطباق قوانین با موازین اسلامی به طور فتوایی با فقهای شورای نگهبان است.^۱»
به طور عملی هم از ابتدای تشکیل شورای نگهبان این شورا سعی در اعمال نظر خود در خصوص قوانین داشته است و حق خود را به قانون اساسی مستند می کند نه به شرع. در اینجا دو نکته قابل اشاره است:

۱- اگر فتوای اعضای شورای نگهبان به صورت قانون برای همه آحاد مردم اعم از مسلمان و غیرمسلمان الزام آور باشد در واقع، به استناد قانون برای مراجع دیگر و مقلدین ایشان، ممکن است الزامات شرعی ایجاد شود که این امر در قانون اساسی به عنوان اختیار شورای نگهبان، پیش بینی نشده است.

۲- ارسال مصوبات مجلس شورای اسلامی به شورای نگهبان استفتای مقلد از مرجع تقلید جهت صدور حکم اسلامی نیست. زیرا مصوبه مجلس تصمیمی است که قبلاً نمایندگان ملت اتخاذ نموده و شورای نگهبان در مقام ناظر بر قانون گذاری فقط باید مخالفت و یا عدم مخالفت تصمیم را با احکام اسلامی موجود تشخیص دهد، تا از این طریق به احکام اسلامی خلل و صدمه‌ای وارد نیاید، نه این که در خصوص استفتا اصدار فتوی نماید.

۱. ر.ک.: مجموعه نظریات شورای نگهبان، ناشر معاونت حقوقی ریاست جمهوری، تیر ماه ۱۳۸۹.

در صورتی که شورا بخواهد به فتوای خود به‌عنوان حکم اسلامی استناد نماید باید این فتوی قبلاً موجود باشد تا بتواند مخالفت یا عدم مخالفت مصوبه مجلس را با آن تشخیص دهد.

۳- شورای نگهبان نقش حساسی در شکل‌گیری و تحکیم قانون‌گرایی یا از هم‌گسیختگی نظم حقوقی دارد. در صورتی که نظرات این مرجع با: ۱- اجماع مسلمین و یا ۲- اجماع فقهای مسلمان و یا ۳- فتاوی مشهور هماهنگ باشد، قانون‌گرایی در اعتقاد مردم مسلمان تقویت و تثبیت می‌شود. اما در صورتی که نظرات شورا مخالف موارد گفته‌شده در بالا باشد، ناهماهنگی حاصل شده موجب تضعیف قانون‌گرایی خواهد شد. زیرا التزام یا عدم‌التزام مردم به قانون در تثبیت یا تضعیف رویه‌های قانونی تأثیر به‌سزایی دارد.

مبحث چهارم: لغو قوانین سابق توسط شورای نگهبان

در پاسخ به این سؤال که آیا شورای نگهبان حق لغو قوانین سابق را دارد یا خیر؟ شورای نگهبان در نظریه شماره ۱۹۸۳-۱۳۶۰/۲/۸- عطف به نامه شماره ۱/۱۱۴۳- ۱۳۶۰/۱/۲۵ شورای عالی قضایی چنین نظر داده است: «مستفاد از اصل ۴ قانون اساسی این است که به‌طور اطلاق کلیه قوانین و مقررات در تمام زمینه‌ها باید مطابق موازین اسلامی باشد و تشخیص این امر به‌عهده فقهای شورای نگهبان است. بنابراین قوانین و مقرراتی که در مراجع قضایی اجرا می‌گردد و شورای عالی قضایی آن‌ها را مخالف موازین اسلامی می‌داند جهت بررسی و تشخیص مطابقت یا مخالفت با موازین اسلامی برای فقهای شورای نگهبان ارسال دارید.»^۱

در خصوص بود یا نبود حق شورای نگهبان به لغو قوانین سابق در میان حقوق‌دانان اسلامی دو دیدگاه وجود دارد.^۲

۱. رک: همان.

۲. وکیل، امیرسعد؛ عسکری، پوریا، *قانون اساسی در نظم حقوقی کنونی*، مجمع علمی و فرهنگی مجد، فروردین ۱۳۸۷، ص. ۷۹.

الف: عده‌ای همچون حسین مهرپور حق لغو قوانین گذشته را به استناد اصل ۴ ق.ا. برای شورای نگهبان قائل‌اند و معتقدند وقتی این اصل بر اطلاق و عموم همه قوانین، حتی قانون اساسی حاکم است به طریق اولی بر قوانین گذشته نیز حاکمیت دارد.^۱

ب: عده‌ای دیگر از حقوق‌دانان اسلامی همچون سیدمحمد خامنه‌ای شورای نگهبان را فاقد حق لغو قوانین گذشته می‌دانند. به نظر ایشان هدف از تصویب اصل ۴ بیان طرح و تصویب اصول کلی بوده و بیان وظایف و اختیارات به وقت دیگر موکول شده است. فلذا در بیان اصول مربوطه، موضوع محدود به مصوبات مجلس شده و اصل ۴ نیز از آن حد فراتر نمی‌رود.^۲ به نظر نگارنده شورای نگهبان حق لغو قوانین گذشته را ندارد. دلایل این اظهارنظر به شرح زیر است:

اول: تردیدی نیست که شورای نگهبان حق وضع قانون را ندارد. بنابراین اگر شورای نگهبان حق داشته باشد قانون موجود را تحت عنوان مخالفت با شرع لغو نماید در واقع، رابطه اجتماعی تحت حکم قانون را از قاعده‌مندی خارج می‌نماید بدون این که قانون یا قاعده‌ای را جایگزین آن نماید مانند این که ممنوعیت عبور از چراغ قرمز لغو شود بدون این که ساز و کار و قاعده دیگری ایجاد گردد. در این صورت، عبور و مرور دچار فلج می‌شود. نتیجه لغو قانون بدون تصویب قانون جایگزین، هرج و مرج و تبعیض و تزییع حقوق مکتسب است که آثار آن در طرح دعاوی مختلف و افزایش مراجعه به مراجع قضایی و اختلال در نظم حقوقی و رشد غیرمعمول پرونده‌های قضایی بروز خواهد کرد.

رئیس مجلس دوم درخصوص آغاز رویه لغو قوانین سابق توسط شورای نگهبان می‌گوید: «اگر این رویه اجرا شود اصلاً پایه قانون‌گذاری در کشور سست می‌شود و یک خطری در آینده

۱. ر.ک: مجله کانون وکلاء، شماره ۱۴۷-۱۴۶، صص. ۳۱-۱۷.

۲. ر.ک: همان، شماره ۱۵۳-۱۵۲، صص. ۴۱-۱۱.

همه نهادها را تهدید می‌کند.^۱ «قانون تا مجلس شورای اسلامی لغوش نکند قانون است اگر شما بیایید این پایه را امروز در مجلس دوم بگیرید چه خواهد شد؟ سرنوشت کشور را دادید دست شورای نگهبان.»^۲ «ممکن است هزار قانون ما الان داشته باشیم مخالف قانون اساسی در دهها هزار قانون خیلی از آنها ممکن است مخالف باشد ما وظیفه مان است هر جا فهمیدیم که خلاف قانون اساسی است دولت لایحه بیاورد قانون را اصلاح کنیم بعد عمل کنیم ... اگر ندیده گرفتیم تبعاتش را کی جواب می‌دهد؟»^۳

از آنجا که اختیار ایجاد قانون به شورای نگهبان داده نشده است پس اختیار لغو قانون را نیز ندارد. زیرا لغو قانون بدون ایجاد قاعده جایگزین، هرج و مرج را بدنبال دارد و تبعیض و تضییع حقوق فردی از آن حاصل خواهد شد.

شورای نگهبان بدون توجه به آثار و نتایج لغو قانون برای جامعه در موارد مختلف اظهارنظر نموده است. مثلاً این شورا در نظریه شماره ۱۴۸۸-۱۳۶۳/۵/۹-۱۳۶۳/۵/۹ چنین نظر داده است: «حق کسب و پیشه و تجارت در ملک غیر مذکور در ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر عنوان شرعی ندارد و اگر مقصود سرقتی باشد باید طبق تحریرالوسیله عمل شود در سایر موارد مربوط به حق کسب و پیشه نیز باید این نظر رعایت شود.»^۴

دوم: طبق اصل ۹۴-۹۵-۹۶-۹۷ قانون اساسی، شورای نگهبان باید ظرف ده روز از تاریخ وصول در خصوص مصوبه مجلس از جهت مغایرت با قانون اساسی و احکام اسلام اظهارنظر کند. در صورتی که شورا مدت ده روز را کافی نداند می‌تواند تمدید مدت حداکثر به مدت ده روز را از مجلس خواستار شود. در مواردی که طرح یا لایحه فوری در دستور کار مجلس باشد اعضای شورای نگهبان باید در مجلس حاضر و نظر خود را اظهار نمایند در غیر این صورت

۱، ۲ و ۳. مجموعه نظریه‌های شورای نگهبان، ناشر معاونت حقوقی ریاست جمهوری، ج. دوم، تیرماه ۱۳۸۹، صص. ۳۸۹ و ۳۹۰.

۴. ساعتچی یزدی، حسین، روابط موجر و مستأجر، انتشارات مجد، ج. اول، ص. ۸۰.

مصوبه مجلس طبق اصل ۹۴ ق.ا. قابل اجراست.

تعیین مهلت اظهارنظر در اصول ۹۴ و ۹۵ و ۹۷ ق.ا. برای شورای نگهبان دلیل محکمی بر این است که شورای نگهبان خارج از مهلت‌های یادشده حق اعلام مخالفت با قانون یا الغاء قانون را ندارد. متأسفانه شورای نگهبان نظریه‌های مختلفی بر خلاف دیدگاه فوق ابراز نموده است و نظام قضایی نتوانسته از مضرات آن در امان بماند. نمونه‌ای از این دست اظهارنظرها، الغای مجازات اجراکننده صیغه طلاق در ماده یک قانون ازدواج طبق نظریه شماره ۱۴۸۸-۱۳۶۳/۵/۹ می‌باشد که پرداختن دقیق به آن مقاله دیگری را می‌طلبد.

بخش دوم: مجمع تشخیص مصلحت نظام

مسائل مربوط به مجمع تشخیص مصلحت را در سه مبحث ارائه می‌نماییم. در مبحث اول، صلاحیت مجمع در ارتباط با قانون‌گذاری بیان می‌شود سپس در مبحث دوم، به این سؤال پاسخ داده می‌شود که آیا مجمع تشخیص مصلحت، حق وضع قانون و یا الغاء قانون را دارد و یا خیر؟ و در مبحث سوم، پاسخ این پرسش داده می‌شود که آیا مجمع تشخیص مصلحت حق دارد مصوبه مجلس را که بر خلاف شرع یا قانون اساسی است، تأیید کند؟

مبحث اول: صلاحیت مجمع تشخیص مصلحت در ارتباط قانون‌گذاری

صلاحیت مجمع تشخیص مصلحت در ارتباط با قانون‌گذاری محدود به موردی است که مصوبه مجلس از سوی شورای نگهبان مغایر موازین شرع و یا مغایر قانون اساسی اعلام گردد و مجلس شورای اسلامی به دلیل وجود مصلحت نظر شورای نگهبان را تأمین نکند. این نهاد در سال ۱۳۶۶ به فرمان امام خمینی (ره) تشکیل و آغاز به کار نمود سپس در اصلاحات قانون اساسی در سال ۱۳۶۸ طبق اصل ۱۱۰ و ۱۱۲ و ۱۷۷ ق.ا. دارای مشروعیت قانونی گردید.

علاوه بر رفع اختلاف بین شورای نگهبان و مجلس شورای اسلامی در وضع قوانین، مجمع تشخیص مصلحت طبق بند یک و ۸ اصل ۱۱۰ ق.ا. دو وظیفه دیگر به‌عهده دارد که ممکن

است با قانون‌گذاری خلط گردد لذا این دو صلاحیت که عبارتند از تعیین سیاست‌های کلی نظام و حل معضلات نظام ذیلاً مورد بررسی قرار می‌گیرد.

بند اول: تعیین سیاست‌های کلی نظام

بند یک اصل ۱۱۰ ق.ا. یکی از وظایف و اختیارات رهبر را؛ تعیین سیاست‌های کلی نظام جمهوری اسلامی ایران پس از مشورت با مجمع تشخیص مصلحت نظام ذکر نموده است. ممکن است چنین برداشت شود که سیاست‌های کلی اعلامی توسط مقام معظم رهبری همانند قانون لازم‌الاجرا می‌باشد ولی چنین نیست. سیاست‌های کلی نظام که از سوی رهبر اعلام می‌شود در واقع برآیند معقول و ضروری کارکردهای اجزاء و نهادهای نظام طبق وظایف قانونی است که دارای ارزش فنی است و به‌عنوان اصول راهنما برای مسئولین و مردم اعلام می‌شود و ضمانت اجرای آن وجدان عمومی است.^۱ و با قانون لازم‌الاجرا قابل مقایسه نیست. زیرا اصل ۱۵۶ و ۱۵۷ و ۱۵۸ و ۱۵۹ ق.ا. اعمال قوه‌مقننه را منحصراً از دو طریق منحصر مجلس شورای اسلامی و فراندوم اعلام نموده است و با توجه به اصل ۱۵۷ قوای حاکم در جمهوری اسلامی ایران منحصر به قوه‌مقننه و مجریه و قضائیه شده است و اصل ۱۰۷ ق.ا. رهبر را در برابر قوانین با سایر افراد کشور مساوی اعلام نموده است. بنابراین سیاست‌های کلی نظام، قانون نیست.

بند دوم: حل معضلات نظام که از طرق عادی قابل حل نیست

طبق بند ۸ اصل ۱۱۰ ق.ا. یکی دیگر از وظایف و اختیارات رهبر، حل معضلات نظام که از طرق عادی قابل حل نیست از طریق مجمع تشخیص مصلحت می‌باشد. باید توجه داشت که مفهوم معضل محدود به امر دشوار جزئی است و بیان قاعده و قانون کلی برای کشور را نمی‌توان حل معضل نامید. زیرا روند قانون‌گذاری توسط مجلس در صورت مخالفت شورای نگهبان مسدود نمی‌شود و نظر مجمع تشخیص مصلحت طبق اصل ۱۱۲ ق.ا. لازم‌الاجرا می‌باشد و بدین سبب پدید آمدن معضل در امر قانون‌گذاری قابل تصور نیست.

۱. رک: مصوبات و اسناد و مدارک مجمع تشخیص مصلحت نظام، ناشر روزنامه رسمی، ج. اول، ص. ۱۴، ۱۳۸۹.

مبحث دوم: آیا مجمع تشخیص مصلحت حق قانون‌گذاری یا الغاء قانون را دارد؟

با توجه به این که قانون اساسی حق حاکمیت مردم را به رسمیت شناخته است.^۱ لذا اختیارات حکام و نهادهای حکومتی جنبه استثنایی داشته و وجود اختیار نیازمند ارائه مستند قانونی است و هیچ‌کدام از اصول قانون اساسی اجازه قانون‌گذاری یا الغاء قانون یا دخل و تصرف در مصوبات مجلس را به مجمع تشخیص مصلحت نداده است. بنابراین مجمع تشخیص حق وضع قانون یا الغاء قوانین یا دخل و تصرف در مصوبات مجلس را ندارد. و در خصوص کسب استفساریه از مقام معظم رهبری توسط رئیس مجمع تشخیص مصلحت در خصوص این که بعضی از اعضای مجمع تشخیص مصلحت اظهارنظر در خصوص قسمت مورد اختلاف بین مجلس و شورای نگهبان را موکول به اصلاح بعضی دیگر از قسمت‌هایی که مورد اختلاف نیست، می‌نمایند و پاسخ ایشان که به اجازه به حل معضل احاله شده است.^۲ باید توجه نمود که معضل یک امر جزئی است و دخل و تصرف در مصوبات نمایندگان مجلس را نمی‌توان حل معضل نامید و این امر دخل و تصرف در اراده ملت تلقی شده و خارج از اختیارات مجمع تشخیص مصلحت می‌باشد. شورای نگهبان در نظر تفسیری خود به شماره ۴۵۷۵ - ۷۴/۲/۳ ابراز می‌دارد که مجمع نمی‌تواند مستقلاً در مواد قانونی مصوبه خود تجدیدنظر کند و حتی در مقام توسعه و تفسیر مصوبه خود مستقلاً نمی‌تواند اقدام کند.^۳

مبحث سوم: آیا مجمع تشخیص مصلحت حق تأیید مصوبه اختلافی مجلس و شورای نگهبان را که خلاف شرع یا قانون اساسی می‌باشد، دارد؟

پاسخ به سؤال فوق در دو قسمت ارائه می‌گردد. ابتدا مصوبات خلاف شرع مجلس مورد بررسی قرار می‌گیرد سپس به مصوبات اختلافی مجلس و شورای نگهبان که خلاف قانون

۱. ر.ک.: فصل اول همین مقاله.

۲. ر.ک.: مصوبات و اسناد و مدارک مجمع تشخیص مصلحت نظام، همان، صص. ۵۸۰ و ۵۸۱.

۳. وکیل، همان، ص. ۴۳۶.

اساسی تشخیص داده شده‌اند می‌پردازیم.

بند اول: مصوبات مجلس که از سوی شورای نگهبان خلاف شرع تشخیص داده شده‌اند

مصوبات مجلس را که شورای نگهبان خلاف شرع تشخیص داده است و مجمع تشخیص مصلحت در خصوص آن اظهار نظر می‌کند قابل دسته‌بندی بوده و وضعیت هر دسته با دسته دیگر متفاوت است.

«دسته اول»

دسته‌ای از مصوبات مجلس هستند که به‌عنوان خلاف شرع بودن مورد ایراد شورای نگهبان قرار گرفته است ولی این دسته بر اساس فتاوی مراجع دیگر، خلاف شرع نیست. تأیید این دسته از مصوبات مجلس توسط مجمع تأیید امر خلاف شرع نیست بلکه تأیید مواردی است که صرفاً به‌نظر شورای نگهبان خلاف شرع هستند و مراجع دیگر آن را خلاف شرع نمی‌دانند. تفکیک این دسته از مصوبات با توجه به نامه شماره ۲۴۳۷ - ۱۳۶۲/۱۰/۱۱ شورای نگهبان که اعلام داشته «تشخیص مغایرت یا انطباق قوانین با موازین اسلامی به‌طور فتوایی با فقهای شورای نگهبان است.»^۱ موجه جلوه می‌کند. باید در نظر داشت که اسلام فضای گسترده‌ای را در برمی‌گیرد که اندیشه‌های متفاوت و متخالف را در خود جای داده است. بنابراین هرگاه مصوبه مخالف نظر گروهی اندک از متفکرین که حتی نادر است، نباشد، نمی‌توان آن را مخالف شرع دانست.

«دسته دوم»

دسته دوم مصوباتی را در برمی‌گیرد که شورای نگهبان در مورد آن‌ها تطبیق مصوبه با شرع را تعقیب می‌کند در حالیکه همانگونه که بیان شد، وظیفه شورای نگهبان فقط جلوگیری از مخالفت مصوبه مجلس با شرع است نه مطابقت دادن آن با شرع. بین تعیین عدم مخالفت مصوبه با شرع و تطبیق یک مصوبه با شرع فضای گسترده‌ای وجود دارد که جزء اختیارات

۱. رک: مجموعه نظرهای شورای نگهبان، همان.

مجلس شورای اسلامی است و شورای نگهبان حق تصرف آن فضا را ندارد. نمونه بارز این موارد حذف مجازات عاقد در مورد طلاق موضوع ماده یک قانون راجع به ازدواج مصوب سال ۱۳۱۰ و اعلام عنوان شرعی نداشتن حق کسب و پیشه مذکور در ماده ۱۹ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۵۶ می‌باشد. موارد فوق مخالفتی با شرع ندارد هرچند مطابق شرع نیز نمی‌باشند. و به نظر نگارنده، شورای نگهبان حق اظهار نظر در این موارد را ندارد. دلایل آن در قسمت صلاحیت شورای نگهبان ارائه گردید.

«دسته سوم»

در دسته سوم مصوباتی قرار دارند که واقعاً با حکمی از احکام اسلام مخالفت دارد و شورای نگهبان با مصوبه مجلس به دلیل مغایرت با احکام شرع مخالفت نموده است و مجلس با تکیه بر عامل ضرورت و عقل، تصویب مصوبه را لازم می‌داند و اصرار می‌ورزد این‌گونه مصوبات پس از تصویب مجمع تشخیص مصلحت جزئی از پیکره قوانین کشور بوده و اجرای آن بر همه اتباع ایران لازم است. تبصره ماده ۳ ق.آ.د.م. مقرر می‌دارد: «چنانچه قاضی مجتهد باشد و قانون را خلاف شرع بداند پرونده به شعبه دیگری جهت رسیدگی ارجاع خواهد شد.» در این موارد این قاضی مزبور است که صلاحیت رسیدگی را از دست می‌دهد و اعتبار قانون و خصیصه لازم‌الاجرا بودن قانون مخدوش نمی‌گردد.^۱ تصویب مقررات مربوط به مواد مخدر نمونه‌ای از این دست قوانین می‌باشد.

بند دوم: مصوبات مجلس که از سوی شورای نگهبان خلاف قانون اساسی تشخیص شده‌اند

قانون اساسی قرارداد تأسیس نهادهای حاکمه و نحوه ارتباط آن‌ها با یکدیگر و با مردم است در صورتی که این قانون نقض شود مشروعیت حقوقی نهاد نقض‌کننده مخدوش شده و اعمال آن‌ها از اختیار به تجاوز از قانون‌گرایی و نظم حقوقی به هرج و مرج تبدیل می‌شود. بنابراین

۱. آقای دکتر عبدالله شمس می‌نویسد: «ماده ۳ ق.آ.د.م. پس از اصل ۱۶۶ قانون اساسی تأیید دیگری بر قانونی بودن (و نه شرعی) بودن نظام قضایی ایران است تا قضاوت شوندگان را از اختلاف نظرهای بی‌انتهای فقها در امان نگاهدارد.»
ر.ک.: آیین دادرسی مدنی جلد سوم، دکتر عبدالله شمس، ج. ۱۵، سال ۱۳۸۸، انتشارات .

مجمع تشخیص مصلحت نیز حق نقض قانون اساسی را ندارد و رسیدگی و تأیید مجمع در جایی که شورای نگهبان مصوبه مجلس را خلاف قانون اساسی می‌داند منحصر به مواردی است که مجمع تشخیص مصلحت نظر شورای نگهبان را صحیح نمی‌داند نه این که مصوبه واقعاً بر خلاف قانون اساسی باشد.

مجمع تشخیص مصلحت به دو دلیل حق تأیید مصوبات مجلس را که حقیقتاً مخالف قانون اساسی است، ندارد:

۱- با نقض قانون اساسی توسط مجلس شورای اسلامی و مجمع تشخیص مصلحت نظام حقوقی کشور از مبنای قانونی خود خارج شده و آمریت مشروع قانون اساسی و نظم حقوقی مخدوش می‌گردد.

۲- در صورتی که تصویب قانون عادی برخلاف قانون اساسی مجاز بود دیگر پیش‌بینی اصول مربوط به بازنگری قانون اساسی کاری لغو و بی‌مورد می‌باشد. بدیهی است اصلاح قانون اساسی به‌عنوان یک قرارداد اجتماعی مستلزم دخالت ایجادکنندگان آن یعنی مردم می‌باشد. متأسفانه شورای نگهبان در نظریه تفسیری خود به‌شماره ۲۴۰۹/۳۷۸۶ - ۲۴/۴/۲ در پاسخ به نامه شماره ۱۰/۱۶۴۶ - ۷۲/۲/۱۸ مجمع تشخیص مصلحت برخلاف دیدگاه فوق نظر داده است؛ «... ۳- مطابق اصل چهارم قانون اساسی مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام نمی‌تواند خلاف موازین شرع باشد در مقام تعارض نسبت به اصل قانون اساسی موردنظر مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان و همچنین نسبت به سایر قوانین و مقررات دیگر کشور مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام حاکم است»^۱.

فصل سوم: جایگاه قانون موضوعه از منظر نظارت قضایی بر اجرای قانون

یکی از مهم‌ترین جنبه‌های قانون‌گرایی، نظارت قضایی بر اجرای قانون است. مراجع قضایی

۱. مصوبات و اسناد و مدارک مجمع تشخیص مصلحت نظام، همان، ص. ۵۸۴.

حافظ و ضامن اجرای قانون در کشور هستند. در صورتی که اختلالی در این وظیفه پدید آید مسیر نظم حقوقی تحت تأثیر جهت‌گیری دستگاه قضایی قرار می‌گیرد. بحث مهم در وضعیت کنونی تبیین جایگاه قانون و احکام فقه است. مباحث این فصل در دو قسمت ارائه می‌گردد.

بخش اول: جایگاه قانون در دستگاه قضایی

مبحث اول: اعتبار قانون در مقابل فقه

طبق اصل ۱۶۶ و ۱۶۷ ق.ا. احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است. قاضی مکلف است به استناد قوانین مدون حکم صادر کند و چنانچه در قوانین مدون، حکمی برای حل و فصل رابطه مطرح در پرونده وجود نداشت در این صورت است که قاضی می‌تواند به منابع معتبر اسلامی و یا فتاوی معتبر استناد نماید.

ماده ۳ ق.ا.د.م. مقرر می‌دارد: «قضات دادگاه‌ها موظف‌اند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرع نباشند، حکم قضیه را صادر نماید...».

در نتیجه طبق اصول ۱۶۶ و ۱۶۷ ق.ا. و طبق ماده ۳ ق.ا.د.م. در صورت وجود قانون وظیفه قاضی صدور حکم بر اساس قانون است و نوبت به صدور حکم به استناد منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر نمی‌رسد. البته در صورت فقدان قانون، استناد قاضی به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر که یک سرمایه ارزشمند برای نظام حقوقی ما می‌باشد، بلامانع خواهد بود.

مبحث دوم: فقه و حقوق

قوانین را از جهت نسبتی که با فقه دارند، می‌توان به سه دسته تقسیم نمود.

«دسته اول»

قوانینی که احکام آن در فقه هم وجود دارند، در این دسته قرار می‌گیرند. این بخش از قوانین در حقیقت همان فقه هستند که به صورت قانون درآمده است. این بخش از فقه به این

دلیل که طبق قانون اساسی و به صورت قانون عادی واجد اعتبار حقوقی شده‌اند، آمریت داشته و لازم‌الاتباع می‌باشند.

«دسته دوم»

قوانینی در این دسته قرار می‌گیرند که در منطقه فراغ شرع واقع شده‌اند. این قوانین نه مطابق شرع هستند و نه مخالف آن و اصولاً شرع، حکمی در خصوص موضوعات آن‌ها ندارد. مانند بسیاری از قوانین ثبتی و قوانین و مقررات مربوط به تجارت الکترونیک و علائم تجاری.

«دسته سوم»

قوانین مخالف شرع را باید در این دسته قرار داد. قوانینی که متعاقب مخالفت شورای نگهبان به دلیل غیرشرعی بودن پس از اصرار مجلس شورای اسلامی با تکیه بر ضرورت به مجمع تشخیص مصلحت ارجاع می‌شوند و مجمع با توجه به ضرورت و عقل، تصویب آن را تشخیص و تأیید می‌کند، الزام‌آور بوده و همه اتباع ایران مکلف به اجرای آن می‌باشند. قوانین مربوط به مواد مخدر نمونه بارز این گروه از قوانین هستند. بنابراین دوگونه تقسیم‌بندی می‌توان ارائه داد.

الف: قانون و فقه

۱ - بعضی قوانین همان فقه یا شرع هستند و در حقیقت این شرع است که به هیئت قانون درآمده؛

۲ - بعضی از قوانین نه مخالف شرع است و نه مطابق آن؛

۳ - بعضی از قوانین مخالف شرع هستند و از باب مصلحت به صورت قانون لازم‌الاجرا شده‌اند.

ب: فقه و قانون

۱ - بخشی از فقه به صورت قانون الزام‌آور شده است. مانند قانون حدود و قصاص.

۲ - بخشی از احکام فقه در جامعه معاصر فاقد رابطه اجتماعی است و الزام‌آور نیست. مانند قواعد مربوط به برده و مالک برده.

۳ - بخشی از فقه با قوانین مصوب مغایرت دارد. در این بخش از فقه هرچند رابطه اجتماعی مربوط به آن احکام وجود دارد اما طبق اصل ۱۱۲ و ۱۶۶ و ۱۶۷ ق.ا. و ماده ۳ ق.آ.د.م. احکام شرع که مغایر با قانون هستند، لازم‌الاجرا نبوده و باید به قانون مخالف شرع عمل شود.

۴ - بخشی از فقه که هنوز رابطه اجتماعی مربوط به آن وجود دارد و قانونی در مورد آن به تصویب نرسیده است؛ مراجع قضایی مکلف‌اند مطابق این بخش از فقه به حل و فصل دعاوی بپردازند.

مبحث سوم: اختلال در نظم حقوقی از منظر قضایی

وظیفه قوانین مصوب عموماً قاعده‌مند کردن روابط اجتماعی و دادن نظم حقوقی به آن است اما بعضی از قوانین کارکردی خلاف رسالت موصوف داشته و بیشتر نقش تخریب نظم حقوقی را ایفا می‌کنند. در این مبحث، دو نمونه از این قوانین بررسی می‌شود.

بند اول: ماده ۱۸ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب

شق دوم ماده ۱۸ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب اصلاحی ۱۳۸۱/۷/۲۸ مقرر می‌داشت: در مورد آرای قطعی، جز از طریق اعاده دادرسی و اعتراض ثالث به‌نحوی که در قوانین مربوط مقرر گردیده نمی‌توان رسیدگی مجدد نمود مگر این‌که رأی، خلاف بین شرع باشد که در آن صورت به درخواست محکوم‌علیه (چه در امور مدنی و چه در امور کیفری) و یا دادستان مربوط (در امور کیفری) ممکن است مورد تجدیدنظر واقع شود. تبصره یک همان ماده مقرر می‌داشت مراد از خلاف بین این است که رأی بر خلاف نص صریح قانون و یا در موارد سکوت قانون، مخالف مسلمات فقه باشد.

تبصره فوق مطابق موازین حقوقی موردنظر در قانون اساسی تصویب شده بود. بدین معنی که مادام که قانون وجود داشته باشد خواه این قانون موافق شرع باشد و خواه مخالف آن، نوبت به رسیدگی به رأی صادره از جهت مخالفت با شرع نمی‌رسد و فقط در صورتی که قانون در خصوص رابطه موضوع پرونده ساکت بود رأی صادره از جهت مخالفت با شرع مورد بررسی

واقع می‌شد. لذا رسیدگی مطابق ماده ۱۸ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب طبق اصلاحات سال ۸۱ در جهت نظم حقوقی مطابق اصل ۱۶۶ و ۱۶۷ ق.ا. بوده و به هرج و مرج قضایی منتهی نمی‌شد. ماده ۱۸ فوق و تبصره یک آن در تاریخ ۱۳۸۵/۱۰/۲۴ اصلاح گردید و به شرح زیر درآمد:

«آراء قطعی دادگاه‌های عمومی و انقلاب، نظامی و دیوان عالی کشور جز از طریق اعاده دادرسی و اعتراض ثالث به نحوی که در قوانین مربوط مقرر گردیده قابل رسیدگی مجدد نیست مگر در مواردی که رأی به تشخیص رئیس قوه قضائیه خلاف بین شرع باشد که در این صورت این تشخیص به عنوان یکی از جهات اعاده دادرسی محسوب و پیرونده حسب مورد به مرجع صالح برای رسیدگی ارجاع می‌شود.» و تبصره یک ماده ۱۸ پس از اصلاحات سال ۱۳۸۵ بدین صورت درآمد:

«تبصره یک: مراد از خلاف بین شرع، مغایرت رأی صادره با مسلمات فقه است و در موارد اختلاف نظر بین فقها ملاک عمل نظر ولی فقیه و یا مشهور فقها خواهد بود.»

در تبصره فوق مخالفت رأی با قانون حذف و فقط مخالفت آن با شرع قابل رسیدگی اعلام شده است. اینک این سؤال مطرح است که چنانچه رأی قاضی به استناد قانونی که مخالف شرع است، صادر شده باشد آیا رئیس قوه قضائیه حق دارد از اجرای رأی قاضی که مطابق قانون است ممانعت به عمل آورده و به دلیل این که رأی مخالف شرع است، درخواست رسیدگی مجدد کند؟

پاسخ الف: بله، پاسخ مثبت بدین معنی خواهد بود که آن دسته از قوانین مجلس شورای اسلامی که مجمع تشخیص مصلحت آن‌ها را پس از مخالفت شورای نگهبان تأیید کرده در مرجع قضایی قابل اجرا نمی‌باشد و رئیس قوه قضائیه حق دارد آراء صادره مطابق این قوانین را متوقف نموده دستور رسیدگی مجدد در مسیر دیگری بدهد و این نحوه رسیدگی قضایی به دوگانگی بین تکلیف مردم به اجرای قانون و تکلیف مراجع قضایی در اجرای قانون و نهایتاً هرج و مرج منتهی خواهد شد.

پاسخ: خیر، پاسخ منفی بدین معنی است که رئیس قوه قضائیه حق صدور دستور به رسیدگی مجدد نسبت به آراء صادره مطابق قوانین که از سوی شورای نگهبان مخالف شرع اعلام گردیده و مجمع تشخیص مصلحت آن را تصویب نموده است، ندارد. زیرا در این موارد وجود قانون بر شرع اولویت داشته و صرفاً در صورت سکوت قانون چنین اختیاری به رئیس قوه قضائیه داده شده است. به عبارت دیگر، اصل ۱۶۶ و ۱۶۷ ق.ا. و ماده ۳ ق.آ.د.م. یعنی آیین دادرسی مدنی جدید رعایت شده است. این دیدگاه مورد قبول نگارنده نیز می باشد. در این صورت، بلافاصله این سؤال به ذهن می آید که پس چرا قانون گذار صراحت موجود در ماده ۱۸ و تبصره یک آن را که در سال ۸۱ تصویب شده بود کنار گذاشته و آن به شرح اصلاحات سال ۱۳۸۵ چنین مبهم و غیرصریح ذکر کرده است؟

لازم به ذکر است که طبق قانون تفسیر ماده ۱۸ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۸۷/۹/۱۰ به شرح زیر از مجلس استفسار شده و مجلس بدان پاسخ داده است:

موضوع استفساریه

ماده واحد: آیا تشخیص مغایرت بین آراء مورد اعتراض با شرع توسط رئیس قوه قضائیه به معنای قبول و تجویز اعاده دادرسی محسوب و کلیه شعب مرجوع الیه (دادگاههای عمومی و تجدیدنظر و دیوان عالی کشور و نظامی) مکلف به رسیدگی ماهوی به موضوع و انشاء رأی می باشند یا خیر؟

نظر مجلس

تشخیص رئیس قوه قضائیه به معنای تجویز اعاده دادرسی است و پرونده در مورد آرای که در سابق از شعب تشخیص صادر گردیده به شعب دیوان عالی کشور و در سایر موارد به مرجع صالح جهت رسیدگی ماهوی و صدور رأی مقتضی ارجاع می گردد.

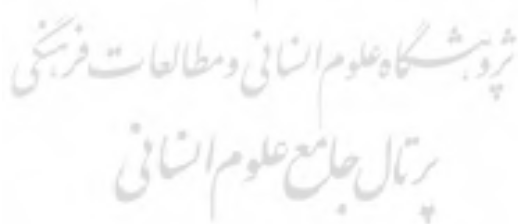
بند دوم: ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی

طبق ماده ۶۳۸ ق.ا.م.ا: «هرکس علناً در انظار و اماکن عمومی و معابر تظاهر به عمل حرامی نماید علاوه بر کیفر عمل به حبس از ده روز تا دو ماه یا تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم می‌گردد...»

از آنجا که عمل حرام در ماده ۶۳۸ دلالت بر یک عمل خاص ندارد و افعال مختلفی را در برمی‌گیرد. و از طرف دیگر، فتاوای مراجع عظام در خصوص عمل حرام، متفاوت است لذا ماده فوق با قانون‌گرایی و اصل مهم حقوق جزا یعنی اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها که در ماده ۲ ق.ا.م.ا و اصول ۱۶۶ و ۱۶۷ ق.ا. و ماده ۳ ق.ا.د.م. تصریح شده، مخالف است.

در مورد افعال موضوع ماده ۶۳۸ ق.ا.م.ا. هم مردم سردرگم خواهند شد و هم مراجع و ضابطین قضایی.

مردم سردرگم خواهند شد. زیرا آن‌ها از مراجع تقلید مختلفی تقلید می‌کنند و فتاوی ایشان متفاوت است. مراجع قضایی سردرگم خواهند شد. زیرا ضابطه دقیقی جهت صدور حکم و تعقیب و اجرا در اختیار ندارند. از سوی دیگر، معلوم نیست این ماده چه قاعده‌ای را نهی یا مورد امر قرار می‌دهد و فلسفه تصویب آن چیست؟^۱



۱. رک: گلدوزیان، ایرج، محشای قانون مجازات اسلامی، انتشارات مجد، ۱۳۸۲، ص. ۳۵۰.