



در یک جامعه منظم
که امور بر مدار
قانون می چرخد،
هیچکس و
هیچ چیز
خارج از قانون
نیست.

قانون و قانونگذاری در ایران

موانع فرهنگی قانونگذاری

تاریخ سیاسی و اجتماعی کشور ما وجود «نهاد قانونگذاری» را بیاد ندارد. نخستین بار، دانش آموختگان مدارس غربی اندیشه مجلس قانونگذاری را که از غرب آموخته بودند، در ایران مطرح کردند. در آن زمان، عقیده غالب و رایج قانونگذاری یا به اصطلاح فقها «تشریح» را تنها از آن خدا می دانستند.

این اعتقاد چنین استدلال می کرد که قانونگذار باید به کمال عقل آراسته باشد تا بتواند با درک نیاز انسان در همه اعصار و قرون، قانونی بنویسد که برآورنده آن نیازها باشد. تنها خداوند است که چنین احاطه ای دارد و عقل ناقص بشر رادسترسی به این مرتبه نیست. برخی نیز قانونگذاری را بدعت و غیر قابل الزام و التزام برای مردم می دانستند. در چنین فضائی، بنیاد قوانین غیرالهی بر باد و تاسیس مجلس قانونگذاری محال بود.

جریان روشنفکری که در آن زمانه قانونمداری را تبلیغ و ترویج می کرد، نهال نوحاسته ای بود که توان آن را نداشت به تنهایی زمینه پذیرش

چنین اندیشه ای را در افکار عمومی فراهم آورد. زیرا اکثریت قریب به اتفاق مردم ایران بی سواد بودند و تنها وسیله ارتباط روشنفکران، روزنامه و کتاب بود که آن هم به تعداد محدودی منتشر می شد و صنعت چاپ در گام اول بود. طبیعت نوآوری با ساختار فرهنگی جامعه ایران آن وقت، هماهنگ بنظر نمی رسید.

همت عالمان بزرگ دینی زمان توانست از طریق اجتهاد و استناد به ضوابط شرعی، این مانع ساختاری را از سر راه بردارد. خوشبختانه چنین زمینه ای از قبل فراهم آمده بود.

آخوند ملا محمد کاظم خراسانی مرجع تقلید شیعیان جهان، مقیم نجف به نقل میرزای نائینی گفته بود:

«این سیل بنای عظیم تمدن بشری که از بلاد غرب بسمت ممالک اسلامی سرزیر است، اگر اسلام را کاملاً بموقع اجرا نگذاریم اساس مسلمانی تدریجاً از آثار آن سیل عظیم محو و نابود خواهد بود.» (۱) و آقا شیخ محمدحسین غروی معروف به میرزائینی با این بیان که «...در لسان اخبار بدعت و باصطلاح فقها تشریح هم گویند در صورتی متحقق و صورت پذیرد که غیرمجموع شرعی خواه حکم جزئی شخصی باشد یا عنوان عام یا کتابچه دستور کلی، هر چه باشد بعنوان اینکه مجموع شرعی و حکم الهی عزاسمه است، ارائه و اظهار و الزام و التزام شود، و الا بدون اقرار بعنوان مذکور هیچ نوع الزام و التزامی بدعت و تشریح نخواهد بود خواه شخصی باشد یا نوعی. ملاک تحقیق تشریح و بدعت و عدم تحقق آن، اقرار و عدم اقرار بقصد و عنوان مذکور است نه بود و نبود کتابچه و قانون نامه در بین.» (۲)

بدین طریق بود که مانع فرهنگی در تاسیس «نهاد قانونگذاری» از سر راه برداشته و مجلس شورای ملی به عنوان نخستین نهاد قانونگذاری برپا شد و اصول قانون اساسی ۱۲۸۵ درباره آن چنین تدوین یافت:

اصل اول - مجلس شورای ملی بموجب فرمان معدلت بنیان مورخه چهاردهم جمادی الآخر ۱۳۲۴ موسس و مقرر است.

اصل دوم - مجلس شورای ملی نماینده قاطبه اهالی مملکت ایران است که در امور معاشی و سیاسی وطن خود مشارکت دارند.

اصل پانزدهم - مجلس شورای ملی حق دارد در عموم مسائل آنچه را صلاح ملک و ملت می داند پس از مذاکره و مذاقه از روی راستی و درستی عنوان کرده با رعایت اکثریت آرا در کمال امنیت و اطمینان با تصویب... و بموقع اجرا گذارده شود.

اصل شانزدهم - کلیه قوانینی که برای تشیید

تاریخ سیاسی و اجتماعی کشور ما وجود «نهاد قانونگذاری» را بیاد ندارد. نخستین بار، دانش آموختگان مدارس غربی اندیشه مجلس قانونگذاری را که از غرب آموخته بودند، در ایران مطرح کردند. در آن زمان، عقیده غالب و رایج قانونگذاری یا به اصطلاح فقها «تشریح» را تنها از آن خدا می دانستند.

میانی دولت و... انتظام امور مملکتی و اساس وزارتخانه‌ها لازم است باید به تصویب مجلس شورای ملی برسد.

اصل سی و سوم - قوانین جدیدی که محل حاجت باشد در وزارتخانه‌های مسئول، انشا و تنقیح یافته بتوسط وزراء مسئول یا از طرف صدر اعظم به مجلس شورای ملی اظهار خواهد شد و پس از تصویب مجلس... بموقع اجرا گذاشته می‌شود.

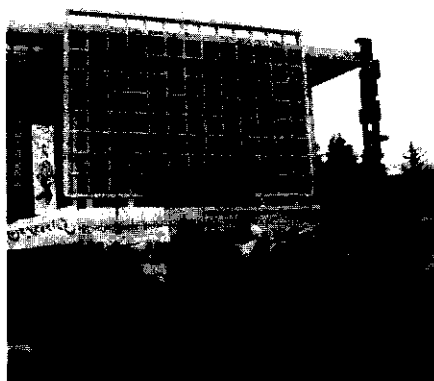
محدودیت قانونگذاری

در هیچیک از اصول پنجاه و یگانه قانون اساسی ۱۲۸۵ محدودیتی برای قانونگذاری پیش بینی نشده بود. در یک جامعه منظم که امور بر مدار قانون می‌چرخد، هیچکس و هیچ چیز خارج از قانون نیست. طبیعی است که قانونگذاری نیز باید مشمول ضوابط از پیش تعیین شده، باشد. لکن چون تدوین قانون اساسی در سال ۱۲۸۵ خورشیدی نخستین تجربه قانونگذاری ایران و هدف از آن قانونمند کردن قدرت نامحدود سلطان و شناسایی حقوق ملت بود، این نکته مورد غفلت واقع شد. اما حوادث بعد از صدور فرمان مشروطیت و تدوین قانون اساسی ۱۲۸۵ ضرورت تهیه و تدوین متمم قانون اساسی را روشن ساخت، لذا در اصل دوم متمم قانون اساسی مقرر شد:

اصل دوم - مجلس مقدس شورای ملی... باید در هیچ عصری از اعصار مواد قانونیه آن مخالفتی با قواعد مقدسه اسلام و قوانین موضوعه حضرت خیر الانام صلی الله و علیه و آله و سلم نداشته باشد...

مخالفت نداشتن قوانین مجلس با شریعت اسلام، اولین محدودیتی بود که برای قانونگذاری در ایران، برقرار شد.

بهمین جهت در تدوین قوانین دوره‌های اول قانونگذاری همواره بدین نکته اشاره می‌شد. چنانچه در ماده ۱ قانون مجازات عمومی ۱۳۰۴ آمده بود: «ماده ۱ - مجازاتهای مصرحه در این قانون از نقطه نظر حفظ انتظامات مملکتی مقرر و در محاکم علیه مجری خواهد بود و جرم هایی که موافق موازین اسلامی تعقیب و کشف شود بر طبق حدود و تعزیرات مقرر در شرع مجازات می‌شوند.» یا در پایان مواد ۲۴۷ - ۲۴۴ قانون آیین دادرسی کیفری می‌خوانیم: «تنبیه - آنچه در شرایط شهادت در چهار ماده قبل مذکور است، راجع به شهود تحقیق است. اما شرایط بینه شرعیه که میزان قضاوت شرعی است، همان شرایطی است که در شرع مقرر است.» بدین ترتیب قانونگذاری در ایران بر اصل حاکمیت ملی و تبعیت از قواعد دینی بنیان یافت. امید آن بود که تلفیق این دو امر در مسیر طبیعی



خود، در انطباق با واقعیت‌ها و تغییر و تحول اجتماعی، تواناییهای لازم را در تامین اهداف این جنبش عظیم سیاسی - فرهنگی بیابد و عقب ماندگیها را چاره کند. لذا این خیزش ملی - مذهبی مردم ایران، در زمانی اتفاق افتاد که استعمار بر بخش‌های بزرگی از جهان حاکمیت مستقیم داشت و بسیاری از کشورهای جهان و منطقه، مستعمره بودند. لذا اهداف این انقلاب با منافع استعمار در تعارض بود و با کودتای سوم خوت ۱۲۹۹ روبرو شد. دست استعمار از آستین رضاخان سردار سپه بدر آمد و آمال و آرزوها بر باد رفت. علمای آگاه و روشن ضمیر دین که با اجتهاد و صدور فتاوی ترقیخواهانه موانع فرهنگی را از سر راه ملت ایران برداشتند. به تعبیر مرحوم طالقانی: «چون دیدند با آن کوشش، نتیجه چگونه گردید، طرفداران استبداد کرسیهای مجلس را پر کردند و انگشت بیگانگان نمایان شد...» (۳) راه خود گرفتند و سیاست را رها کردند. آزادیخواهان به شهادت یا حبس و تبعید رفتند. نمایندگان مجلس شورای ملی را فرماندهان لشکر در استانها تعیین می‌کردند و فرمانداران آنان را از صندوق‌های انتخابات در می‌آوردند. نهال آزادی زیر چکمه‌های استبداد رضا شاهی خشکید و افکار عمومی با اندیشه‌ها و اصول مشروطیت وداع گفت و از آن جز جشن و نمایش ۱۴ مرداد، اثری نماند. این انقطاع فرهنگی تا باامداد روز سوم شهریورماه ۱۳۲۰ پایید. در این روز مردم ایران شاهد اشغال کشور توسط قوای متفقین از شمال و جنوب کشور بودند و بساط استبداد رضا شاهی پاشید. در اثر ضعف حکومت مرکزی نسیم آزادی وزید، آزادیخواهان و نیروهای سیاسی مجال آن یافتند. بار دیگر اهداف انقلاب مشروطیت را پی گیرند از سقوط استبداد رضا شاهی تا کودتای ۲۸ مرداد ماه ۱۳۳۲ قریب ۱۲ سال آزادی بر کشور حکمفرما بود.

در دوران سلطنت رضا شاه در تعقیب سیاست

میرزا تقی خان امیر کبیر صدراعظم ناصرالدین شاه قاجار برای نوسازی ساختارهای آموزشی کشور دانشگاه تهران تاسیس و قانون تعلیمات اجباری تصویب شد. در نتیجه بر افراد باسواد افزوده شد و صنعت چاپ در کشور توسعه یافت و تیراژ کتاب و انتشار مجله و روزنامه زیادتر شد. تحمل دوران استبداد سیاه رضاشاهی بعد از دوره کوتاه آزادی ناشی از پیروزی انقلاب مشروطیت که مرحوم آیت اله طالقانی در آن باره چنین می‌نگارد: «آن دوره‌ای که در قم سرگرم تحصیل بودم، روزهایی بود که مردم این کشور سخت دچار فشار استبداد بودند، مردم از وحشت، از یکدیگر می‌رمیدند، جان و مال و ناموس مردم تا عامه اهل علم و روسری زنان مورد غارت و حمله مأمورین استبداد بود. این وضع چنان بر روح و اعصاب فشار می‌آورد که اثر آن دردها و بیماریهایی است که تا پایان عمر باقی خواهد بود. مردمی که یک فرد یا یک دسته بی‌پروا اینگونه بر او حکومت و ستم نماید، آیا روی صلاح و سعادت خواهند دید؟ آیا نباید بیشتر نیروی فکر و عمل را برای ایجاد محیط مساعد و جلوگیری از اراده خودخواهانه متوجه نمود؟» (۴) مردم را از نظر روحی برای شنیدن و پذیرفتن افکار آزادیخواهی آماده‌تر ساخته بود. و جریانهای روشنفکری و آزادیخواهی مخاطبان بیشتری یافت و بهتر توانست اصول مشروطیت را تبیین و تشریح کند و ارتباط گسترده‌تری با مردم برقرار سازد.

صحنه مطبوعات که میدان افشای مظالم دوران استبداد رضاشاهی و بیان آرای آزادیخواهی بود، نشان می‌داد تنها هنر مستبد در پاک کردن صورت مسئله و به تاخیر انداختن زمان مطالبه هاست و هرگز توان از بین بردن افکار مترقیانه راندارد. اهم مسائل راجع به قانونگذاری در این دوران عبارت بود از: ضرورت تبعیت از اصول قانون اساسی در تصویب قوانین عادی توسط مجلس شورای ملی، مراجعه به آرای عمومی (رفراندوم) در صورت لزوم که قانون اساسی ۱۲۸۵ در این موارد ساکت بود. بعدها نیز تاسیس دادگاهی اختصاصی برای شکایت از اعمال دولت توسط مردم.

درباره مسئله نخست یعنی نظارت در مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی، بین علمای حقوق در آن زمان اختلاف نظر بود. اکثریت عقیده داشتند چنانچه برای قوه قضایی (دادگاهها) این حق شناخته شود که مطابقت قوانین عادی را با قانون اساسی بررسی کند، مستلزم آن خواهد بود که قوه قضایی نظارت بر کار قوه مقننه داشته باشد و قانون اساسی در این باره ساکت است. (۵) در مقابل این نظر، اقلیت چنین استدلال می‌کرد که در این مورد نیز قاضی در مقام دادرسی با دو قانون متعارض یکدیگر سر

و کار دارد و وظیفه قضایی او اقتضای می کند که قانون لازم الاجرا را تشخیص دهد و تنها فرق این مورد با سایر موارد در آن است که در این جا قضایی باد و قانون متعارضی مواجه است که یکی از آنها قانون برتر است. (۶) محمدرضا شاه پهلوی که جز حفظ سلطنت خود، دغدغه دیگری نداشت و کشور را برای سلطنت خویش و خانواده اش می خواست، و مصداق واقعی «من در میان جمع و دلم جای دیگر است» بود. پس از حادثه ۱۵ بهمن ۱۳۲۷ و تیراندازی به سوی او در دانشگاه تهران، از اوضاع و احوال پیش آمده، به نفع خود بهره جست، و اندکی پس از آن واقعه در ۱۸ اردیبهشت ماه ۱۳۲۸ اصل ۴۸ قانون اساسی را تغییر داد و برای خود حق انحلال مجلسین (شورای ملی و سنا) را ایجاد کرد و نشان داد «پیام ملت» رانمی شنود. ملت و آزادیخواهان تحکیم مبانی حکومت مردم سالار (دموکراسی) را می خواهند و او حق انحلال مجلسین را.

مسئله دوم رفتارندوم یا مراجعه به آرای عمومی بود. نخستین بار در مردادماه ۱۳۳۲ دولت ملی دکتر محمد مصدق برای انحلال مجلس شورای ملی که مخالف و مانع برنامه های اصلاحی او بود، به آرای عمومی روی آورد. استدلال در این باره آن بود که چون قانونگذاری ناشی از اصل حاکمیت ملی است و نمایندگان از طرف ملت، قانون وضع میکنند، در موارد ضرورت می توان مستقیماً به ملت رجوع کرد. مخالفان دولت او و دربار که در این زمان مرکز آنان بود، این عمل را به علت عدم پیش بینی در قانون اساسی، غیر قانونی می دانستند. اما وقتی محمدرضا شاه پهلوی نتوانست برنامه اصلاحات ارضی دلخواه خود را در مجلس فرمایشی به تصویب برساند، در بهمن ماه ۱۳۴۰ ناچار شد به رفتارندوم رجوع کند. ولی این بار، او با مخالفت و تحریم آن توسط مراجع تقلید شیعه در قم روبرو شد.

محمدرضا شاه پهلوی در دوران سلطنت خود (۱۳۵۷ - ۱۳۲۰) سه بار در قانون اساسی مشروطیت تجدیدنظر کرد، و هر تجدید نظر متعاقب حادثه ای علیه او بود. نخست تغییر اصل ۴۸ متمم قانون اساسی و الحاق یک اصل به متمم قانون اساسی در اردیبهشت ۱۳۲۸ پس از تیراندازی بسوی او در دانشگاه تهران بود. پس از آن تغییر اصول چهارم، پنجم، ششم، هفتم و هشتم قانون اساسی راجع به تشکیل مجلس شورای ملی و اصل چهل و نهم متمم قانون اساسی در سال ۱۳۳۶ بعد از کودتای ۲۸ مرداد سال ۱۳۳۲ و سقوط دولت ملی. و سرانجام تجدیدنظر در اصول ۳۸ و ۴۱ و ۴۲ متمم قانون اساسی درباره نیابت سلطنت، پس از حادثه تیراندازی سرباز گارد شمس آبادی بسوی او در کاخ سلطنتی در سال ۱۳۴۴ که در سال ۱۳۴۶

منظور از نظارت بر قانونگذاری در حقوق ما،

بررسی و کنترل عمل قانونگذاری است

در مطابقت با اصول قانون اساسی

و احکام شرعی

توسط مرجعی که در

قانون اساسی پیش بینی شده

کند (۷)...

بررسی موارد تغییر قانون اساسی و جهت آن و اجرا نشدن قانون شورای دولتی، مبین این امر است که شاه تنها به حفظ و تحکیم سلطنت خود می اندیشید و از این حیث با پدرش تفاوتی نداشت. ملت ایران با درک این نکته، تحقق خواسته های خود را در الغای سلطنت می دید، لذا بمنظور استواری مبانی حکومت مردم سالاری (دموکراسی)، در جریان انقلاب اسلامی ۱۳۵۷ به جمهوری نظام و الغای سلطنت رای داد و در قانون اساسی ۱۳۵۸ جمهوری اسلامی ایران در اصول ۷۲ و ۱۷۳ مقرر شد:

اصل ۷۲ - مجلس شورای اسلامی نمی تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد...

اصل ۱۷۳ - بمنظور رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مامورین یا واحدها یا آیین نامه های دولتی و احقاق حقوق آنها دیوانی بنام دیوان عدالت اداری... تاسیس می گردد. حدود اختیارات و نحوه عمل این دیوان را قانون تعیین میکند.

نظارت بر قانونگذاری

منظور از نظارت بر قانونگذاری در حقوق ما، بررسی و کنترل عمل قانونگذاری است در مطابقت با اصول قانون اساسی و احکام شرعی توسط مرجعی که در قانون اساسی پیش بینی شده. در این تعریف دو عنصر قابل تشخیص است، مرجع صلاحیتدار و اساس تطبیق:

الف - مرجع صلاحیتدار

از جهت عدم مخالفت قوانین مصوب مجلس شورای ملی با قواعد اسلامی، اصل دوم متمم قانون اساسی مقرر می داشت: «... تشخیص مخالفت قوانین موضوعه با قواعد اسلامی بر عهده علمای اعلام امام الله برکات وجود هم بوده و هست و لهادرسماً مقرر است در هر عصری از اعصار هیتی که کمتر از پنج نفر نباشند از مجتهدین و فقهای متدینین که مطلع از مقتضیات زمان هم باشند به این طریق که علمای اعلام و حج اسلام مرجع تقلید شیعه اساس بیست نفر از علما که دارای صفات مذکور باشند معرفی به مجلس شورای ملی بنمایند، پنج نفر از آنها را یا بیشتر به مقتضای عصر، اعضای مجلس شورای ملی باتفاق یا بحکم قرعه تعیین نموده بسمت عضویت بشناسند تا موادی که در مجلسین عنوان می شود، بدقت مذاکره و غوررسی نموده، هر یک از آن مواد معنونه که مخالفت با قواعد مقدسه اسلام داشته

صورت گرفت. اگر تحقق دو مورد یاد شده، بنظر برخی مستلزم تغییر و تجدیدنظر در قانون اساسی بود، تاسیس مرجع اختصاصی برای رسیدگی به شکایت افراد از دولت و ماموران دولتی، نیازی به آن نداشت. با تاخیر بسیار، در سال ۱۳۳۹ به تاسی از حقوق فرانسه قانون «شورای دولتی» از تصویب مجلس گذشت و مطابق ماده ۲ آن قانون، این شورا می باید به شکایت اشخاص نسبت به تصمیمات و اقدامات خلاف قوانین کلیه مراجع و موسسات دولتی و شهرداری و تشکیلات وابسته به آنها و بخشنامه ها و آیین نامه ها و سایر نظامات دولتی و شهرداری به علت مخالفت با قانون یا عدم صلاحیت مرجع مربوط یا تجاوز یا سوء استفاده از اختیارات یا تخلف در اجرای قوانین و مقررات و یا خودداری از انجام وظایف که موجب تضییع حقوق افراد شود و نیز ادعای خسارت به علت تقصیر در انجام وظایف قانونی از ادارات دولتی یا شهرداری یا تشکیلات وابسته به آنها، رسیدگی کند.

این قانون نیز هیچگاه اجرا نشد. یکی از رجال سیاسی - حقوقی در این باره چنین می نویسد: «در جلسه ۱۸ آذرماه ۱۳۴۲ سوالی از آقای نخست وزیر راجع به جهات عدم تشکیل شورای دولتی... کردم... جواب سوالم را نخست وزیر در جلسه ۲۷ آذرماه ۱۳۴۲ داد ولی مقنع نبود و به درخواست اینجانب طبق ماده ۱۳۷ آیین نامه داخلی مجلس سنا به کمیسیون دادگستری ارجاع شد. در کمیسیون دولت در اطاق در بسته خالی از اغیار اعتراف کرد که از تشکیل شورانگراوند و بیم دارند که این شورا چرخهای دولت را فلج کند یعنی جلوی رژیم کیف مایشائی را بگیرد و نگذارد که دولت هم قانونگذار باشد هم مجری و هم در اجرا تبعیض

باشد طرح و رد نمایند که عنوان قانونیت پیدا نکند و رای این هیئت علما در این باب مطاع و متبع خواهد بود و این ماده تا زمان ظهور حضرت حجت (عج) تغییر پذیر نخواهد بود.»

این اصل که به اصل «طراز» معروف بود نظارت پنج مجتهد تعیین شده توسط نمایندگان مجلس شورای ملی را برای هر دوره پیش بینی کرده بود و چنانکه صراحت دارد مواد لایحه یا طرح می باید ابتدا توسط آنان از این حیث مورد بررسی و اظهار نظر قرار گیرد تا مجلس به عنوان قانون تصویب کند. اجرای این اصل دیری نیاید و عملاً متروک شد. نه دیگر مراجع تقلید شیعه آنان را به مجلس معرفی کردند و نه دولت‌ها علاقه و تأکیدی به اجرای آن داشتند.

یکی از نویسندگان تاریخ در این باره چنین می نویسد: «... فوت حاجی میرزا حسین (خلیلی) و ملاکظم خراسانی (کفایی) علمای مشروطه خواه که البته انتخاب مجتهد طراز اول به تصویب آنها بوده، و بعد از مجلس دوم اتفاق افتاد، موجب شد که این ماده هم مانند مواد راجع به تاسیس مجلس سنا متروک بماند. بنابراین قبل از انتخابات مجلس سوم معلوم بود که در خصوص مجتهد طراز اول مراجعه‌ای به علمای عتبات نخواهد شد ولی سید مدرس در دو ساله نمایندگی و طراز اول بودن خود در مجلس و چند ساله فترت به قدری وجاهت تحصیل کرده بود که در دوره سوم و چهارم از شهر تهران با اکثریت نمایانی انتخاب شد. شاید علمای عتبات هم که از وجود مدرس در مجلس اطمینان حاصل کرده بودند، پاپی این عدم مراجعه در انتخاب طراز اول نشده باشند (۸). در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۵۸ مطابق اصل ۹۶ «تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام با اکثریت فقهای شورای نگهبان... است» و مطابق بند اول اصل ۹۱ همان قانون «شش نفر از فقهای عادل و آگاه به مقتضیات زمان و مسائل روز» بوسیله مقام رهبری به عضویت شورای نگهبان انتخاب می شوند و اجرای این قسمت از اصل ۷۲ قانون اساسی یعنی عدم مغایرت با اصول و احکام مذهب رسمی کشور منحصراً در صلاحیت آقایان فقهای آن شورا است.

اما درباره عدم مغایرت مصوبات مجلس با قانون اساسی طبق اصل ۹۶ «تشخیص عدم تعارض آنها با قانون اساسی بر عهده اکثریت همه اعضای شورای نگهبان است.» یعنی شش فقیه منتخب رهبری و شش حقوقدان منتخب مجلس (اصل ۹۱)

درباره نظارت بر مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی از حیث مرجع تشخیص، کشورهای دنیا راههای متفاوتی را برگزیده اند. برخی از کشورها، تشخیص آن را به دادگستری یا قوه

قضات اصولاً و نوعاً بالنسبه

از سیاست دورند و از

دادگاه انتظامی ملاحظه دارند.

بعلاوه عالم هستند و در نتیجه

ممارست و مطالعات دایم،

قوانین را بهتر می فهمند و

باقتضاء شغل به قوانین

بیشتر احترام می کنند،

پس آن ها بهتر از

نمایندگان مجلسین

می توانند قانون اساسی

را حفظ کنند

قضایی محول کرده اند چنانکه در حقوق ایالات متحده آمریکای شمالی، این امر با دیوان عالی فدرال است.

استادان حقوق ایران، قبل از انقلاب نیز بر این عقیده بودند و یکی از آنان در این باره چنین می نویسد: «... در بعضی از اصول قانون اساسی تجدید نظر بشود و در مجلس موسسان آینده به دیوان کشور ما هم اختیار داده شود که ناظر به قوانین باشد و نگذارد که بعضی از قوانین برخلاف قانون اساسی بگذرد. قضات اصولاً و نوعاً بالنسبه از سیاست دورند و از دادگاه انتظامی ملاحظه دارند. بعلاوه عالم هستند و در نتیجه ممارست و مطالعات دایم قوانین را بهتر می فهمند و به اقتضاء شغل به قوانین بیشتر احترام می کنند، پس آن ها بهتر از نمایندگان مجلسین می توانند قانون اساسی را حفظ کنند»^(۹) این راه حل، مورد ایراد واقع و گفته شده است: در این فرض مادر برابر رژی می قرار داریم که نام آن را «حکومت قضات» گذرانده اند. به این ترتیب قضات برتر از ملت بشمار خواهند آمد و این همان چیزی است که با دموکراسی در تعارض آشکار است.^(۱۰)

قانون اساسی ۱۹۵۸ فرانسه، انجام این امر را بر عهده «شورای قانون اساسی» قرار داده است. اعضای این شوراها عبارتند از: روسای سابق جمهوری و ۹ عضو انتخابی روسای جمهوری، مجلس ملی و مجلس سنا که هر یک ۳ نفر از آنان را برای مدت ۹ سال تعیین می کنند»^(۱۱) در حقوق ایران، اعضای حقوقدان، شورای نگهبان را مطابق اصل ۹ قانون اساسی (اصلاحی ۱۳۶۸) رئیس قوه قضائیه به مجلس شورای اسلامی معرفی و مجلس آنان را انتخاب می کند.

ب - اساس تطبیق

برخلاف کشورهای دیگر، در حقوق ایران علاوه

بر قانون اساسی، احکام اسلام نیز از موازین تطبیق است (اصول ۹۱ و ۹۶ قانون اساسی). در مورد احکام اسلام نه تنها قوانین عادی بلکه قانون اساسی نیز باید با احکام اسلام مابینت نداشته باشد. چنانکه اصل چهارم قانون اساسی مصوب ۱۳۵۸ مقرر داشته اند:

«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...» وجود این اصل در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تازگی ندارد و در آغاز جنبش نوحواهی و مبارزه برای حاکمیت قانون متفق علیه مراجع و مجتهدان شیعه بوده، چنانکه نایبانی در این باره گفته است: «اشتمال هیئت منتخبه بر عده‌ای از مجتهدین عدول و یا مأذونین از قبل مجتهدی و تصحیح و تنفیذ و موافقت شان در آراء صادره برای مشروعیتش کافی است» (۱۲) و فراموش نکنیم که اصول قانون اساسی و متمم قانون اساسی مشروطیت مصوب مجلس شورای ملی بوده است. بررسی مطابقت قانون اساسی با احکام و موازین اسلامی در مجلس خبرگان قانون اساسی صورت گرفته و به تأیید امام خمینی (ره) بنیانگذار جمهوری اسلامی رسیده و از این حیث، منتفی است. اما موضوع قابل بررسی در این باره آن است که تعارض از مطابقت قوانین عادی بین قانون اساسی و موازین اسلامی برخیزد. به عبارت دیگر از مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی، تعارض با احکام و موازین اسلامی پیش آید و بر عکس. در این صورت تکلیف چیست؟ اصل چهارم قانون اساسی در این باره تعیین تکلیف کرده، در این صورت قانون اساسی باید از احکام و موازین اسلامی تبعیت کند. رعایت این اصل و قاعده در حقوق ایران منشا آثاری شده که به برخی از آنها اشاره می شود:

اول - تعارض اصل قانونی بودن جرم و مجازات (اصل ۳۶ قانون اساسی) و حدود و قصاص - مطابق اصل ۳۶ قانون اساسی، حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و بموجب قانون باشد. طبق ماده ۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ هر فعل یا ترک فعلی که در قانون برای آن مجازات تعیین شده باشد، جرم محسوب می شود.

رعایت اصل آزادی افراد، چنین اقتضای کند که امری نخست منع و اعلام شود تا آنان که بر خلاف آن عمل می کنند به آثار ناشی از نقض آن امر ممنوع، مأخوذ باشند. لذا این قاعده در امر کیفری همواره جاری بوده که در امور جزایی باید به نص قانون اکتفا و قانون را به نفع متهم تفسیر مضیق کرد. این قاعده تا زمانی که قواعد

کیفری از دستورهای شرعی تبعیت نمی نمود، در کشور ما در محاکم قضائی رعایت می شد. اما تبعیت قانون جزا در این باره از اصل قانونی بودن جرم و مجازات، با قاعده شرعی حدود و قصاص در تعارض است. چه حدود الهی هیچگاه نیازمند تصویب و اعلام مجلس قانونگذاری نبوده و به اصطلاح فقها تعطیل بردار نیست. دیوان عالی کشور در رای وحدت رویه شماره ۴۵/۱۰۲۵/۱۳۶۵ - در مقام جلوگیری از تشتت آرای دادگاهها در این باره، چنین نظر داده است: ماده ۶ قانون مجازات اسلامی مصوب مهرماه ۱۳۶۱ که مجازات و اقدامات تأمینی و تربیتی را بر طبق قانونی قرار داده که قبل از وقوع جرم وضع شده باشد، منصرف از قوانین و احکام الهی از جمله راجع بقصاص می باشد که از صدر اسلام تشریح شده اند. بنابراین رای شعبه چهاردهم دیوان عالی کشور که حسب درخواست اولیاء دم و بحکم آیه شریفه «و لکم فی القصاص حیاة یا اولی الالباب» بر این مبنا بقصاص صادر گردیده، صحیح تشخیص می شود. این رای بر طبق ماده واحده قانون وحدت رویه قضایی مصوب ۱۳۲۸ برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاهها در موارد مشابه لازم الاتباع است.»

بر این اساس است که قانونگذار در ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ مقرر داشته است: «رای دادگاه باید مستدل و موجه بوده و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن صادر شده است. دادگاه مکلف است حکم هر قضیه را در قوانین مدون بیابد و اگر قانونی در خصوص مورد نباشد با استناد به منابع فقهی معتبر یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و دادگاهها نمی توانند به بهانه سکوت یا نقض یا جمال یا تعارض یا ابهام قوانین مدون از رسیدگی به شکایات و دعاوی و صدور حکم امتناع ورزند.» بنابراین اصل قانونی بودن جرم و مجازات که یکی از اصول حقوق کیفری است بر اساس اصل چهارم قانون اساسی نسبت به جرایمی که جنبه عرفی دارد قابل اجراست، لکن هرگاه امری مشمول قوانین کیفری نبوده، ولی شرعاً موجب عقوبت باشد مشمول قاعده قانونی بودن جرم و مجازات نخواهد بود.

دوم - قوانین مصوب و لازم الاجرای قبل از انقلاب اسلامی و اصل چهارم - در این باره که آیا اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی نسبت به قوانین مصوب مجلس شورای ملی نیز قابل اعمال است یا خیر؟ شورای نگهبان که مطابق اصل ۹۸ قانون اساسی حق تفسیر قانونی دارد در نظریه شماره ۶۰۲۵ - ۶۵/۴/۱۸ - ۱۳۶۵ چنین می گوید: «نظر به اینکه قوانین جاریه کشور در صورتی از لحاظ قانون اساسی منع

استادان حقوق ایران،

قبل از انقلاب نیز

بر این عقیده بودند و

یکی از آنان در این باره

چنین می نویسد:

«... در بعضی از اصول

قانون اساسی

تجدید نظر بشود و در مجلس

موسسان آینده به دیوان کشورما

هم اختیار داده شود که

ناظر به قوانین باشد

و نگذارد که بعضی از قوانین

برخلاف قانون اساسی بگذرد.

اجرائی دارد که با قانون اساسی مغایرت داشته باشد و در مواردی که شمول هر یک از اصول قانون اساسی نسبت به قوانین جاریه به تفسیر شورای نگهبان نیاز داشته باشد، مادام که شورای نگهبان نظر تفسیری نداده باشد آن قوانین منع اجرائی ندارد و جواز اجراء آن قوانین به اصل خود باقی است...» شورای نگهبان در نظریه منتشر شده در روزنامه رسمی شماره ۱۰۶۲۵ - ۱۳۶۰/۵/۲۹ - اعلام داشته است: «مستفاد از اصل چهارم قانون اساسی این است که بطور اطلاق کلیه قوانین و مقررات در تمام زمینهها باید مطابق موازین اسلامی باشد و تشخیص این امر بعهده فقهای شورای نگهبان است. بنابراین قوانین و مقرراتی را که در مراجع قضایی اجرامی گردد و شورای عالی قضایی آنها را مخالف موازین اسلامی می داند، جهت بررسی و تشخیص مطابقت یا مخالفت با موازین اسلامی برای فقهاء شورای نگهبان ارسال دارید.» مقصود شورای نگهبان از قانون اساسی در نظریه شماره ۶۰۲۵ - ۶۵/۴/۱۸ - همان اصل چهارم قانون اساسی یعنی موازین اسلامی است که طبق اصل دوم متمم قانون اساسی عدم مبیانت با آن چنانکه دیدیم شرط شده بود نه دیگر اصول قانون اساسی مشروطیت و متمم آن زیرا چنین اصلی در آن قانون مقرر نشده بود.

در اینکه مطابق اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، شورای نگهبان وظیفه و صلاحیت تشخیص مطابقت یا مخالفت قوانین جاری با موازین اسلامی را دارد، جای تردید نیست و این نکته در نظریه مورخ ۱۳۶۰/۵/۲۹ آن شورا آمده است. اما شورای نگهبان در نظریه ۱۳۶۵/۴/۱۸ خود بر مطلب دیگری تاکید می کند که عبارتست از «منع اجرائی» قانون پس از تشخیص شورا بر مخالفت آن با موازین اسلامی. در این صورت لازم

می آید شورای نگهبان حق الغای یک جانبه قوانین را داشته باشد. در حالی که شورای نگهبان حق وضع قانون را ندارد تا حق الغای آن را داشته باشد و در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به هیچ مرجعی حق الغای قانون داده نشده و در اصل یکصد و هفتادم قانون اساسی که در مقام بیان عدم اجرای تصویب نامه ها و آیین نامه های دولتی مخالف با قوانین و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیارات قوه مجریه است و مرجع ابطال آن را تعیین می کند، در این باره سکوت شده است. بهمین علت حقوقدانان در این باره اختلاف نظر دارند: برخی اعتقاد دارند بر اساس صلاحیت خاص و انحصاری مجلس شورای اسلامی در وضع قانون، تنها مجلس دارای چنین حقی است. عده ای با اظهار نظر شورای نگهبان، قانون مابین با موازین اسلامی را لازم الاجرا نمی دانند. دادگاه های دادگستری از این نظریه تبعیت می کنند. شورای نگهبان در اعلام نظر خویش در این موارد، معمولاً عبارات «مخالف با موازین شرع» و کمتر از لغت ابطال یا الغا استفاده کرده است. معذک در باره سوال مجمع تشخیص مصلحت نظام بر جواز یا عدم جواز تجدید نظر در مصوبات خود پس از تصویب و ابلاغ، شورای نگهبان در نظریه شماره ۴۵۷۵ - ۷۲/۳/۳ - اعلام داشته: «مجمع تشخیص مصلحت نظام نمی تواند مستقلاً در مواد قانونی مصوبه خود تجدید نظر کند» ملاک این نظر نسبت به عمل شورای نگهبان در نفی اثر اجرائی از قانون مخالف با موازین اسلامی نیز صدق میکند. زیرا شورای نگهبان نیز در وضع قانون مستقلاً نقشی ندارد و این دلیلی است بر صحت نظر آن دسته از حقوقدانان که نفی اثر اجرائی از قانون مخالف با موازین اسلامی را از حقوق قانونی مجلس شورای اسلامی می دانند نه شورای نگهبان.

پاورقی:

- ۱- تنبیه الامه و تنزیه المله، صفحه ۸۳، تصنیف نائینی، چاپ شرکت انتشار
- ۲- تنبیه الامه و تنزیه المله، صفحه ۷۴، تصنیف نائینی، چاپ شرکت انتشار
- ۳- مقدمه کتاب تنبیه الامه و تنزیه المله، صفحه ۱۷
- ۴- مقدمه تنبیه الامه و تنزیه المله، صفحه ۵
- ۵- دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی - جلد چهارم - چاپ ۱۳۴۲
- ۶- دکتر ناصر کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، صفحه ۱۰۹، چاپ ۱۳۵۰
- ۷- دکتر احمد متین دفتری، آیین دادرسی مدنی، جلد ۲ - چاپ دوم مقدمه، سال ۱۳۴۲
- ۸- مستوفی تاریخ اجتماعی و اداری دوره قاجار به نقل از تاریخ بیست ساله ایران، جلد ۲، صفحه ۵۲۶ - ۵۲۵، تألیف حسین مکی
- ۹- دکتر احمد متین دفتری، آیین دادرسی مدنی، جلد سوم، صفحه ۱۳، چاپ دوم ۱۳۴۲
- ۱۰- هانری لوی برونل، جامع شناسی حقوقی، صفحه ۶۵، ترجمه ابوالفضل قاضی، چاپ ۱۳۷۰
- ۱۱- Introduction general, Alex weil, p. ۸۲ - ۸۳ - ۳^{em} edition
- 12- تنبیه الامه و تنزیه المله، صفحه ۱۵