

## الزام به ذکر جهات حکمی در ابطال شرعی مقررات در پرتو رویه فقهای شورای نگهبان

وحید آگاه\*

استادیار حقوق عمومی دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران

حامد اولادی

دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران

### چکیده

بندهای «پ» و «ت» ماده ۸۰ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۹۲، اشخاص را در تقاضای ابطال شرعی و قانونی مقررات به ذکر جهات حکمی و بیان دلایل ملزم و ضمانت اجرای آن را رفع نقص و نهایتاً قرار رد درخواست لحاظ نموده است. موضوعی که با هدف بررسی نسبت آن با قانون اساسی و رویه فقهای شورای نگهبان مطالعه شد و مشخص گردید این الزام در خصوص ابطال شرعی در عالم نظر با منطوق اصول ۱۶۶ و ۱۶۷ قانون اساسی منطبق نبوده و موجب سلب قابلیت رسیدگی مجدد به آرای هیات عمومی و انفعال دیوان نیز می‌شود. در مقام عمل هم، تحلیل محتوا و آماری عملکرد فقهای شورای نگهبان نشان می‌دهد فقها در رصد شرعی مقررات ارجاعی از سوی هیات عمومی دیوان و اعلام نظر در باب مصوبات مجلس، ذکر مستندات را ضروری ندانسته‌اند و تنها در سال‌های اخیر، مواردی در قالب نظرات مجمع مشورتی فقهی و مبانی فقهی آرای فقها منتشر شده است. لذا الزام اشخاص به ارائه جهات حکمی و بیان دلایل در ادعای مغایرت شرعی، تکلیفی مالا یطاق بوده و عملاً محدودیتی ناروا بر حق ابطال مقررات محسوب می‌گردد. پیشنهاد نیز این است که «حکم شرعی» و «شرع» از بندهای مزبور ماده ۸۰ قانون دیوان حذف شوند.

واژگان کلیدی: جهات حکمی، دلایل ابطال، ابطال شرعی مقررات، دیوان عدالت اداری، فقهای شورای نگهبان.

- این مقاله از طرح پژوهشی داخلی دانشگاه علامه طباطبائی استخراج شده است.

\* نویسنده مسئول: dragah@atu.ac.ir

## مقدمه

نظارت قضایی از شیوه‌های کنترل قدرت حکومت دولت است و قانون اساسی ایران - زین پس، ق.ا. - طرح دعوا در دیوان عدالت اداری را در اصول ۱۷۰ و ۱۷۳ مقرر نموده است. مطابق اصل ۱۷۰، درخواست ابطال مقررات؛ یکی از طرق شکایت در دیوان است که در قوانین عادی سه گانه دیوان (۱۳۶۰، ۱۳۸۵ و ۱۳۹۲)، مطمح نظر بوده و از ابتدا (قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۶۰) تاکنون هرکس بدون نیاز به نفع خاص می‌تواند ابطال تمام یا قسمتی از مقررات را به جز موارد استثنایی در جهاتی چون مغایرت با قانون و شرع از هیات عمومی دیوان درخواست کند. اما هیات عمومی وفق ماده ۸۷ و تبصره ۲ ماده ۸۴ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ - زین پس، قانون دیوان - درخواست ابطال مقررات به جهت «مغایرت با شرع» را به شورای نگهبان ارسال و مطابق نظر فقهای شورا، اصدار رای می‌نماید. امری که از جهت اصل انطباق این مهم با ق.ا. و صلاحیت فقهای شورا و یا دامنه این صلاحیت، محل تامل است و مثلاً برخی با تفکیک دقیق بین «اعلام مغایرت» و «ابطال» میان فقهای شورا و دیوان، سعی در تنظیم وظایف این دو و تعادل در این زمینه داشته و صلاحیت شورا در این حد را پذیرفته اند<sup>۱</sup> که البته این مهم، موضوع مقاله نیست.

از نکات مهم در نظارت قضایی بر اعمال اداری، خاصه اعمال نوعی، علل و موجبات کنترل قضایی و یا جهات بازنگری قضایی بعنوان یکی از شرایط پذیرش دعواست که در اصل ۱۷۰ ق.ا. «مخالفت با قوانین و مقررات اسلامی یا خروج از حدود اختیارات قوه مجریه» ذکر شده است. این جهات، امور حکمی ناظر بر دعوایی است که شهروندان نزد دیوان به خواسته ابطال مقررات اقامه می‌نمایند. در حقوق ایران با توجه به اصل ۱۶۷ ق.ا.، ماده ۳ و بند ۴ ماده ۲۹۶ قانون آیین دادرسی مدنی، یافتن و اجرای قاعده حقوقی و منابع حقوق اعم از قوانین و مقررات به عهده قاضی است و هیچ نصی اصحاب دعوا را مکلف نمی‌نماید که به قاعده حقوقی یا مقررات قانونی استناد نمایند. نیز هیچ نصی دادرس را موظف نمی‌کند به منابع حقوقی اصحاب دعوا پایبند باشد.<sup>۲</sup> لکن ماده ۸۰ قانون دیوان که

۱. مجتبی واعظی، «نقش دیوان عدالت اداری در دادرسی شرعی مقررات اداری»، پژوهشنامه حقوق و علوم سیاسی، شماره ۱۱، (۱۳۸۷)، صص ۱۹۶-۱۶۳.

۲. عبدالله شمس، آیین دادرسی پیشرفته، جلد ۲، چاپ بیست و نهم (تهران: دراک، ۱۳۹۱) ص ۱۲.

مفاد ضروری ذکر درخواست ابطال را برشمرده، به موجب بندهای (پ) و (ت)، اشخاص را ملزم نموده تا «حکم شرعی ... که ادعای مغایرت مصوبه با آن شده» و «دلایل و جهات اعتراض از جهت مغایرت مصوبه با شرع» را تصریح نمایند. تبصره ماده نیز ضمانت آن را اخطار رفع نقص و مهلت ۱۰ روزه برای اصلاح و در غیر این صورت، قرار رد درخواست از جانب مدیر دفتر هیات عمومی می‌داند که قطعی است.<sup>۱</sup> امری که پیش از آن در تبصره الحاقی مصوب ۱۳۸۴ ماده ۲ آیین‌نامه «آیین دادرسی دیوان»<sup>۲</sup> مصوب ۱۳۷۹/۲/۱۹ رییس قوه قضاییه در زمان حکومت اولین قانون دیوان (۱۳۶۰) و ماده ۳۸<sup>۳</sup> و تبصره آن در قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵ نیز ذکر شده بود.

در این پژوهش ضمن بررسی تاثیر الزامات فوق بر ابطال مقررات در دیوان، این مهم در رویه فقهای شورای نگهبان از ابتدا (۱۳۶۱) تا ۱۳۹۵ در دو حوزه کنترل شرعی مصوبات مجلس و پاسخ به استعلامات دیوان تحلیل می‌شود تا نهایتاً مشخص گردد مفاد ماده ۸۰ تا چه حد ممکن و مطلوب بوده و این انتظار از شهروندان تا چه میزان در رویه فقهای شورا مراعات گردیده است. مقاله در سه بند ارائه می‌شود: تحلیل بندهای مارالذکر ماده ۸۰ و رویه فقهای شورا در خصوص استعلامات دیوان و مصوبات مجلس.

### ۱. الزام به ذکر جهات حکمی و دلایل ابطال: نقض قانون اساسی، انفعال دیوان

ق.۱. بعنوان یک کل منسجم، آنگاه تجلی تمام‌عیار خواست قانونگذار اساسی قرار می‌گیرد که همه مفاد آن به نحو احسن، اعمال و اجرا گردد و اگر جزئی از آن نادیده گرفته شود و یا فارغ از روح کلی حاکم بر ق.۱. اجرا شود، سازگاری اجزا از میان رفته و خدشه‌دار می‌گردد. با این اوصاف، الزام معنونه نقض آشکار اصول ۱۶۶ و ۱۶۷ ق.۱. و موجب اختلال در روند رسیدگی هیات عمومی دیوان است که در این بند مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱. در اولین قانون دیوان مصوب ۱۳۶۰، قرار صادره به موجب تبصره الحاقی مصوب ۱۳۸۴ به ماده ۱۰ آیین دادرسی دیوان، ظرف ۱۰ روز از ابلاغ نزد رییس کل دیوان یا معاون وی قابل اعتراض بود.

۲. «... ب- مشخص نمودن اینکه دلیل درخواست ابطال، مغایرت با شرع ... است. پ- مشخص نمودن ... حکم شرعی که ادعای مغایرت مصوبه با آن شده است.»

۳. ماده ۳۸ قانون دیوان مصوب ۱۳۸۵: «در مورد درخواست ابطال مصوبات، مشخص نمودن علل درخواست و ذکر موارد مغایرت مصوبه با شرع ... و همچنین ... حکم شرعی که اعلام مغایرت مصوبه با آن شده است، ضروری می‌باشد.»

### ۱-۱. نقض اصل ۱۶۷: برهم زدن انتظام منابع حقوق

یکی از مندرجات اصل ۱۶۷، ترسیمی است که قانونگذار اساسی در خصوص منابع نظام حقوقی ایران ارائه نموده است: «قاضی موظف است حکم هر قضیه را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید...». لذا سواى مباحث نظری نسبت شرع و قانون در نظام قضایی،<sup>۱</sup> مطابق این اصل؛ قانون در صدر منابع حقوق ایران قرار دارد و اختلاف بر سر اینکه «قانون باید بر اساس موازین شرعی باشد یا مغایر آن نباشد»، تغییری در الگوی ق.ا. ایجاد نمی کند چون به هر حال، رتبه اول قانون در سلسله منابع حقوق ایران، اصل است و اینکه قانون مقید به شرع است، فرع می باشد. ماده ۳ ق.آ.د.م. نیز این مهم را پذیرفته است: «قضات دادگاهها موظفند 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 شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند...». اهمیت این نظم به قدری است که در تبصره همین ماده با وجود اجتهاد قاضی، برتری قانون در مقام استناد حفظ شده و «چنانچه قاضی مجتهد باشد و قانون را خلاف شرع بداند، پرونده به شعبه دیگری جهت رسیدگی ارجاع خواهد شد».<sup>۲</sup> این ماده و تبصره آن وفق ماده ۱۲۲ قانون دیوان - که موارد سکوت قانون دیوان را به ق.آ.د.م. و قانون اجرای احکام مدنی ارجاع داده - در دیوان مجری است. ضمن آنکه در دیوان نیز قانون در مرتبه نخست قرار دارد و مطابق ماده ۱۷، «شعب دیوان به شکایتی رسیدگی می کنند که شخص ذینفع ... رسیدگی به شکایت را برابر قانون، درخواست کرده باشد». در هیات عمومی هم اولویت با قانون است و درخواست ابطال شرعی استثنا می باشد.

۱. هدی غفاری، «نسبت میان حاکمیت شرع و حاکمیت قانون در نظام قضایی جمهوری اسلامی ایران»، پژوهش حقوق عمومی، شماره ۳۶، (۱۳۹۱)، صص ۱۰۷-۱۳۲.

۲. این تبصره در ماده ۳ لایحه و مصوبه مجلس وجود نداشت و با ایراد شورای نگهبان (بند ۱ اشکالات نظر شماره ۷۸/۲۱/۴۹۱۱ مورخ ۱۳۷۸/۴/۸) مبنی بر: «اطلاق ماده ۳ نسبت به موردی که قاضی مجتهد باشد و مصوبه را خلاف شرع بداند، الزام او به صدور حکم مطابق قانون، خلاف موازین شرع است و استنکاف قاضی موصوف بلااشکال می باشد»، مجلس در تأمین نظر شورا تبصره مزبور را به ماده ۳ افزود.

اصل ۱۶۷ پیرو بیان ترتیب منابع حقوق برای تضمین نظم مذکور، لوازم آن را نیز بدست داده و قضات را موظف به یافتن جهات حکمی قضیه نموده است. امری که در سایر ابعاد نظام حقوقی نیز رعایت شده و در ماده ۵۱ ق.آ.د. م مشعر بر شرایط دادخواست، ذکر جهات حکمی نیامده و منظور از «تعهدات و جهات» در بند ۴ ماده موصوف نیز اسباب موضوعی نظیر معاملات و وقایع حقوقی است.<sup>۱</sup> بدین لحاظ موظف نمودن مردم به ذکر حکم شرعی برای ابطال مقررات، موجب می‌شود که ترتیب منابع حقوق در عمل، برهم خورده و موازین شرعی بتواند خلاف اصل ۱۶۷ بر صدر بنشیند. حال آنکه امکان استناد به شرع در رای قضایی بعد از ناامیدی در باب حکم قضیه در میان انبوه قوانین است. کما اینکه مستند به نص اصل ۱۷۰ مبنی بر امکان ابطال «تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی... مخالف با قوانین و مقررات اسلامی»، مشاهده می‌شود که ترتیب امکان ابطال مقررات هم ذکر شده و ابتدا باید سراغ مغایرت مقررات با قوانین رفت، سپس شرع را مستند ابطال قرار داد. چه اینکه واژه «مقررات اسلامی» اشاره به موازین اسلامی یا شرعی دارد. لذا تکلیف مزبور، اولاً - نقش قاضی و اطراف دعوی را جابجا و حقوق طرفین را نقض می‌نماید. ثانیاً - این احتمال وجود دارد که در سایه شائبه هم‌پوشانی شرع و قانون در نظام حقوقی ایران، شهروند مبسوط‌الید شده و به جای استناد به قانون از حکم متناظر آن در شرع بهره جسته و ترتب منابع حقوق را دستخوش بی‌نظمی و تشتت گرداند. بعنوان مثال استناد به قاعده لاضرر به جای استناد به اصل ۴۰ ق.ا.، استناد به آیه ۱۸ سوره حجرات بجای استناد به بند ۹ اصل سوم و اصل ۱۹ ق.ا. در ابطال مقررات.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

۱. عبدالله شمس، «سبب، امور موضوعی و توصیف آنها در دعاوی مدنی»، تحقیقات حقوقی، شماره ۶۵، (۱۳۹۲)،

## ۱-۲. سلب قابلیت رسیدگی مجدد به آرای هیات عمومی

تجدیدنظر در آرای هیات عمومی در قانون دیوان مصوب ۱۳۶۰ و آیین دادرسی دیوان مصوب ۷۹، ساکت بود. اما با ماده ۵۳ الحاقی مصوب ۱۳۸۴ به آیین نامه مذکور، مجاز شد: «آرای هیأت عمومی ... جز به موجب قانون یا رای دیگر هیأت عمومی، قابل تغییر نیست و در صورتی که رییس قوه قضائیه یا رییس دیوان یا ۲۰ نفر از قضات دیوان، یکی از آرای هیأت عمومی را مغایر با قانون تشخیص دهند، می توانند درخواست طرح مجدد مساله را در هیأت عمومی مطرح کنند... ملاک در اتخاذ تصمیم، رای اکثریت است». این حکم در قانون دیوان مصوب ۸۵ تکرار نشد. اما در قانون فعلی دیوان، مطابق مواد ۹۱ و ۹۴ در دو مورد می توان از آرای قبلی هیات عمومی تقاضای تجدیدنظر نمود: ۱- تکرار ماده ۵۳ سابق الذکر صرفا با اضافه نمودن مصادیق درخواست تغییر رای: «ادعای اشتباه یا مغایرت با قانون یا متعارض بودن آرا» و اینکه نظر ۲۰ نفر از قضات باید مستدل باشد. ۲- تشخیص خلاف شرع بودن آن صرفا توسط رییس قوه قضائیه که در این صورت، «هیأت عمومی با توجه به نظر رئیس قوه قضائیه تجدیدنظر می نماید».

بنابراین مشاهده می شود در صورت ابطال شرعی مقررات برخلاف ابطال قانونی، ماده ۹۱ قانون دیوان، قابلیت استفاده ندارد و تعیین کننده بودن استناد خواهان موجب می شود موضوع با استناد به شرع نزد فقیهان شورا مطرح، قابلیت رسیدگی مجدد از رای هیات عمومی، سلب و نهایتا آثار مثبت این ظرفیت قانونی منتفی شود. چه اینکه از فحوای کلام ماده ۹۱ بر نمی آید که هیات عمومی بتواند آرای ابطالی خود به جهت مغایرت با شرع را اشتباه اعلام کند یا حتی اعلام تعارض نماید؛ هرچند که ظاهر عبارت مطلق است، زیرا قانون دیوان در این خصوص، صلاحیت تام و تمام را به فقههای شورا واگذار نموده است. اما اگر این مهم در صلاحیت هیات عمومی دیوان بود، ماده ۹۱ در باب ابطال شرعی هم مفید فایده بود.

ماده ۹۴ در عمل هم کاری از پیش نمی برد، زیرا فضای رسمی و فراحقوقی نظم حقوقی مانع از آن است که مقررهای را فقیهان شورا خلاف موازین شرعی تشخیص دهند، اما رییس دستگاه قضا، رای مربوط به آن را خلاف شرع اعلام نمایند. لذا به نظر می رسد این ماده به رغم اطلاق، صرفا ناظر به آرای هیات عمومی اعم از ابطالی به موجب

مغایرت با قانون، وحدت رویه و ایجاد رویه است. نگاه یادشده زمانی تقویت می‌شود که این نکته را مد نظر قرار دهیم که رویکرد شورا گسترش صلاحیت فقها به همه ابعاد نظام حقوقی است و مثلاً:

۱. از ابتدا امکان خلاف شرع اعلام نمودن آرای هیات عمومی دیوان مطمح نظر بوده است. کما اینکه در ماده ۴۳ قانون دیوان مصوب ۸۵، پس از بیان امکان صدور رای وحدت رویه آمده بود: «... اثر رأی مذکور نسبت به آینده است و موجب نقض آرای سابق نمی‌شود. لکن در مورد احکامی که در هیأت عمومی مطرح و غیر صحیح تشخیص داده می‌شود، شخص ذینفع ظرف یک ماه از تاریخ درج رأی در روزنامه رسمی، حق تجدیدنظرخواهی در شعب تشخیص را دارد و شعبه تشخیص موظف به رسیدگی و صدور رأی بر طبق رأی مزبور است». اما نکته استثنایی در قسمت اخیر ماده است: «مفاد این ماده در مورد آرای که از نظر فقهای شورای نگهبان، خلاف شرع تشخیص داده می‌شود، مجری نخواهد بود». حکایتی که در قانون فعلی نیز دنبال شد و شورا در بند ۱۸ ایرادات مرحله سوم به لایحه قانون دیوان، تکرار آن در بند ۳ ایرادات مرحله چهارم<sup>۱</sup> و ایرادات مرحله پنجم<sup>۲</sup> بیان نمود: «اطلاق صدور رأی وحدت رویه در ... با توجه به آثاری که دارد، در صورتی که رأی اکثریت مطابق موازین شرعی نباشد، خلاف موازین شرع است». اما مجلس هر بار بر مصوبه خود، اصرار نمود و زیر بار امکان خلاف شرع اعلام شدن آرای وحدت و ایجاد رویه هیات عمومی نرفت و این مهم با مواردی دیگر به مجمع ارجاع شد. مجمع نیز در ۱۳۹۲/۳/۲۵ به روال سابق، راه وسط را انتخاب نمود و به‌رغم پذیرش نظر مجلس و عدم تغییر بندهای ۲ و ۳ ماده ۱۲، ۸۹ و ۹۰، ماده ۹۴ کنونی را الحاق نمود.<sup>۳</sup> لذا نهایتاً امکان مزبور پذیرفته شد، بدین نحو که در دستگاه قضا حفظ گردید و به جای فقهای شورا، در صلاحیت رییس قوه قضاییه قرار گرفت: «در صورتی که آرای هیأت عمومی دیوان از سوی رییس قوه قضاییه خلاف موازین شرع تشخیص داده شود، هیأت عمومی با توجه به نظر رئیس قوه قضاییه تجدیدنظر می‌نماید». این در حالی است که تشخیص شرعی رییس قوه قضاییه بدین صورت یعنی همسنگ فقهای شورا، مدنظر نیست و در ماده ۱۸ قانون سابق دیوان و ماده ۷۹ فعلی، تشخیص رییس دیوان یا رییس قوه قضاییه در

۱. نظر شماره ۹۰/۳۰/۴۴۴۷۷ مورخ ۱۳۹۰/۸/۱۹ شورای نگهبان.

۲. نظر شماره ۹۰/۳۰/۴۴۹۶۵ مورخ ۱۳۹۰/۱۰/۷ شورای نگهبان.

۳. نامه شماره ۷۵۸۶۹/۱۰۱ مورخ ۱۳۹۲/۳/۲۹ مجمع تشخیص مصلحت نظام.

احراز خلاف بین شرع بودن آرای قطعی شعب دیوان، نهایی نبوده و شعب تشخیص سابق و تجدیدنظر کنونی، صرفاً یک بار دیگر مطابق جهت خلاف شرع اعلامی، رسیدگی می‌نمایند. لذا در حال حاضر، نظر رییس قوه قضاییه در باب خلاف بین شرع بودن رای قطعی شعب دیوان - که به مراتب، سطح پایین‌تری از رای هیات عمومی با جمعی کثیر از قضات دیوان دارد - تاب مخالفت دارد و در شعبه تجدیدنظر، می‌توان رای تجدیدنظر خواسته را تایید نمود؛ اما در خصوص نظر ایشان در موضوع خلاف شرع بودن رای هیات عمومی بنا به ظاهر عبارت ماده، اختیاری وجود ندارد. هرچند که به نظر برخی، هیات عمومی در کنار نظر رییس قوه، با عنایت به «فتوای مشهور فقها و احکام مسلم فقهی، تعیین تکلیف می‌نماید»<sup>۱</sup>، تناقض‌هایی که از مصائب گسترانیدن چتر ابطال شرعی مقررات است. با این وجود، استقلال قضایی ایجاب می‌نماید که هیات عمومی اصولاً، نیز به قیاس اولویت، در قبول یا رد نظر رییس قوه قضاییه مختار باشد.

۲. در زمان تصویب قانون سابق دیوان در سال ۸۵، ماده ۱۹ مصوبه مجلس اشعار می‌داشت: «در صورتی که رییس قوه قضاییه یا رییس دیوان، آرای دیوان را واجد اشتباه بین شرعی یا قانونی تشخیص دهد، موضوع جهت بررسی به شعبه تشخیص ارجاع می‌شود. شعبه مزبور در صورت وارد دانستن اشکال، اقدام به نقض رأی و صدور رأی مقتضی می‌نماید». وفق تبصره نیز «آرای که به موجب این ماده صادر شده، قابل رسیدگی مجدد نمی‌باشد». امری که سوای غیرمنطقی بودن این نوع رسیدگی مجدد و نقض غیر زمانمند آرای قطعی و اعتبار امر مختومه که با نظم عمومی ارتباطی وثیق دارد؛ از آثار منفی این مهم می‌کاست. اما این مهم با ایراد شورا مواجه شد: «اطلاق تبصره ماده ۱۹ نسبت به آرای که خلاف بین شرع یا قانون تشخیص داده شود، خلاف موازین شرع شناخته شد» و مجلس تبصره را تغییر داد که در تبصره ماده ۱۸ قانون سابق دیوان جای گرفت: «آرای که به موجب این ماده صادر شده، به جز موردی که خلاف بین شرع است، قابل رسیدگی مجدد نمی‌باشد». لذا شورا کلاً بر این نظر است که موارد مربوط به شرع، قید و محدودیتی نمی‌پذیرد. هرچند که این مهم در ماده ۷۹ فعلی قانون دیوان به یک بار ختم شد؛ اما در کل، رویکرد شورا را نشان می‌دهد.

۱. غلامرضا مولایی، صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، چاپ دوم (تهران: جنگل - جاودانه، ۱۳۹۴) صص ۱۵۵-۱۵۴.



گفتنی است قبول صلاحیت فقهای شورا در اعلام مخالفت مقررات با موازین شرعی یا ابطال، با همین صلاحیت فقها در زمینه مصوبات قانونی مجلس در تناقض می‌باشد، چرا که شورا دست کم در زمینه صلاحیتش در قوه مقننه، منفعل بوده و هیچگاه حرف آخر را نمی‌زند. کما اینکه وقتی مصوبات مجلس با ایراد شرعی مواجه می‌شود، این مجلس است که تصمیم می‌گیرد مسیر را ادامه داده یعنی اصلاح کند یا مسکوت گذارده و از دستور کار خارج نماید. لذا شورا در این حوزه اختیاری ندارد. نیز این نمایندگان ملت هستند که در خصوص اصرار بر نظر خود و ارجاع به مجمع تشخیص مصلحت تصمیم می‌گیرند. حال چطور است در بحث مقررات که در حقوق ایران، مادون قوانین اعم از اساسی و عادی هستند، نظر شورا انحصاری و غیرقابل تجدید نظر است؟

### ۱-۳-۱. نقض اصل ۱۶۶: تحدید مستند و مستدل بودن آرای هیات عمومی

#### ۱-۳-۱. انتقال وظیفه یافتن جهات حکمی از قضات به خواهان

در حقوق، هنگامی سخن از دلیل می‌شود که رویدادی، رهنمون حرکت عقل به سوی واقع شود. به بیان دیگر هرگاه عقل از نشانه‌های یافته خود بتواند به امری مجهول پی ببرد، آن نشانه را دلیل می‌گویند.<sup>۱</sup> نیز هر چیز معلوم که اندیشه را به مجهولی رهبری کند دلیل است.<sup>۲</sup> به طور کلی در دادرسی، اقتناع هنگامی تحقق می‌یابد که نتیجه بدست آمده قاضی، مطابق منطق امور و لازمه قواعد عقلی باشد. کلمه سبب در منطق هم به معنی قدرت عقل در فهم امور بر اساس قواعد صحیح تفکر است. آرای قضایی نیز بر دو مقدمه منطقی استوار است: یکی، قانون که قضیه کبری است و دیگری، واقعیتی منطبق شده با قانون که صغرای قضیه است. پس رای قضایی، نتیجه دو مقدمه منطقی است.<sup>۳</sup>

به موجب اصل ۱۶۶ ق.ا. احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است. همچنین ماده ۲۹۶ ق.آ.د.م و بند ۴ آن مقرر می‌دارد: رای دادگاه پس از انشای لفظی باید نوشته شده و به امضای دادرسی یا دادرسان

۱. ناصر کاتوزیان، اثبات و دلیل اثبات، جلد اول (تهران: میزان، ۱۳۸۰) ص ۲۰.

۲. محمدجعفر جعفری لنگرودی، دانشنامه حقوقی، جلد ۴، چاپ پنجم (تهران: امیرکبیر، ۱۳۷۶) ص ۳۱۲.

۳. خیرالله هرمزی، «توجیه آرای مدنی و ضمانت اجرای عدم رعایت آن»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، شماره ۱۱، (۱۳۸۳)، ص ۲۹.

برسد و نکات زیر در آن رعایت شود: «جهات، دلایل، مستندات، اصول و مواد قانونی که رای بر اساس آنها صادر شده است». اصول مختلف ق.ا. بعنوان مجموعه‌ای همگون و همگن در مشایعت یکدیگر، به نحو احسن امکان اجرا می‌یابند و نقض هر یک بی‌تردید مانع اجرای مطلوب سایر اصول ق.ا. خواهد شد. بر این اساس، نقض اصل ۱۶۷ از باب الزام درخواست دهندگان به ذکر جهات حکمی و استناد دیوان به آن،<sup>۱</sup> موجب گردیده تا اصل ۱۶۶ نیز خدشه‌دار شده و اهداف مدنظر قانونگذار اساسی از تدوین آن تأمین نگردد. چه اینکه به موجب بند ت ماده ۸۰ قانون دیوان؛ درخواست کننده ابطال مقررات، لازم است تا ضمن درخواست، به دلایل و جهات اعتراض من جمله از حیث مغایرت با شرع اشاره کند. حال نکته محل تامل این است که پیرو اصل ۱۶۷، اصدار حکم به موجب اصل ۱۶۶ مستند به منابع حقوق و مآلا استدلال بر مبنای آن در زمره وظایف قضات فهرست شده و هرچند انجام این مهم توسط مدعی خالی از اشکال و حتی مطلوب هم هست، اما نمی‌توان آن را الزام نمود و تکلیف قاضی را بر ذمه شهروندان گذارد.

### ۱-۳-۲. تکلیف مالایطاق در ذکر استدلال

الف- نقض ترتیب منابع مندرج در اصل ۱۶۷ و مخیر ساختن خواهان ابطال مقررات در گزینش امور حکمی ناظر بر دعوا، ضمن تغییر در مرجع رسیدگی کننده به ابطال از دیوان به فقهای شورای نگهبان، از جهاتی دامنه شمول اصل ۱۶۶ را نیز محدود می‌نماید. توضیح اینکه قضات از یک سو به موجب اصل ۱۶۶ در صدور آرا موظف به ارائه استدلال و اقامه دلیل و از سوی دیگر وفق اصل ۱۶۷ مکلف به یافتن جهات حکمی شده‌اند که می‌نمایند شهروند/ مدعی، معاف از ارائه حکم شرعی است و به طریق اولی بی‌نیاز از استدلال که مبتنی بر امور حکمی است. لذا الزام افراد به امور مذکور در بندهای یادشده ماده ۸۰ قانون دیوان، نهایتاً به نقض اصل ۱۶۶ منتج می‌گردد.

ب- آنگاه که قوانین، جهات حکمی درخواست ابطال مقررات هستند و دیگر جهات بر این اساس است؛ به دلیل امکان بهره‌مندی شهروندان از وکلای دادگستری و تخصص

۱. البته سخن مذکور افاده این نمی‌کند که دیوان ملزم به تبعیت از مستندات اشخاص بوده، ناگزیر از اجرای آنها است و نمی‌تواند به مستندات دیگری از قبیل مواد قانونی دیگر استناد کند.

ایشان در تنظیم و تدوین درخواست، الزام مورد بحث ممکن می‌نمایاند. لکن در خصوص ابطال به جهت مغایرت با شرع و اقامه استدلال شرعی به همین منوال نبوده و علاوه بر اشخاص عادی، غالب و کلای دادگستری نیز به جهت تخصصی بودن موضوعات شرعی از ارائه جهات حکمی و استدلال شرعی مبتنی بر آن ناتوان می‌گردند. از سوی دیگر، مراجعه به وکلایی که صبغه تحصیل حوزوی دارند نیز به دلیل قلت این دسته از وکلا و کثرت موضوعات تخصصی عملاً ممکن و مطلوب نیست. لذا عملاً تکلیفی بر دوش خواهان نهاده شده که لوازم و ابزار آن نیز وجود ندارد. چه اینکه فقه و قانون دو منبع جدا هستند، هر چند که قوانین نباید مغایرتی با موازین شرعی داشته باشند.

## ۲. کارنامه فقهای شورا در پاسخ به استعلامات دیوان: غیرمستدل، غیرمستدل

کارنامه فقهای شورای نگهبان در اعلام نظر نسبت به ابطال مقررات، محک مناسبی برای تایید یا رد مباحث نظری ما در خصوص تکلیف شهروندان در ذکر جهات حکمی و دلایل ابطال شرعی است. بدین منظور، برای عملکرد فقهای شورا در خصوص پایبندی به ارائه جهات و دلایل خلاف شرع بودن مقررات، مجموع استعلام‌های دیوان عدالت اداری از سال ۶۱ تا پایان سال ۹۵ و پاسخ‌های شورا بررسی<sup>۱</sup> و نتیجه این شد که از میان ۶۴۲ استعلام در این برهه زمانی؛ ۱۱۰ مورد خلاف شرع، تشخیص و در واقع ادعای درخواست دهنده مبنی بر خلاف شرع بودن مقررات تایید گردیده که نظرات فقها در این ۱۱۰ مورد را می‌توان در ۴ دسته جای داد که هر یک در جداول ذیل دسته‌بندی و با نمونه‌هایی عیان شده است:

\* نوع اول: فاقد هر گونه توضیح و صرف اینکه خلاف شرع است؛

\* نوع دوم: چون خلاف قانون است، خلاف شرع است؛

\* نوع سوم: استناد به نظر مقام معظم رهبری؛

\* نوع چهارم: تبیین جهات موضوعی.

۱. استعلامات و نظرات شورا از این منابع استخراج شده است: ۱- مرکز تحقیقات شورای نگهبان، مجموعه نظریات فقهی شورای نگهبان در پاسخ به استعلامات دیوان عدالت اداری از سال ۱۳۶۱ تا ۱۳۸۳، (تهران: دادگستر، ۱۳۸۴).  
۲- سامانه جامع نظرات شورای نگهبان، ۳- سامانه روزنامه رسمی کشور و ۴- سامانه رسمی دیوان عدالت اداری.

## جدول ۱

| نمونه   | فایده هر گونه توضیح: «خلاف/مغایر موازین شرع است» | آرای نوع اول قنهای شورا |
|---|--|-------------------------|
| «بند ۱ ماده ۳ ضوابط مقررات شهرسازی مصوب جلسه ۲۲ / ۱ / ۱۳۶۲ شورایعالی شهرسازی و معماری ایران، خلاف موازین شرع است» (نظر شماره ۸۵۲۹-۶۶/۴/۳).              |  |                         |
| «بند ۶ صورتجلسه ۱۳۶۸/۲/۹ کمیسیون ماده ۵ شهرسازی استان سمنان، مغایر موازین شرع تشخیص داده شد» (نظر شماره ۳۴۷۰-۷۱/۰۶/۱۵).                                 |  |                         |
| «موضوع مصوبات جلسات ۴۷۲ و ۴۷۴ و ۵۱۳ شورایعالی انقلاب فرهنگی... مطرح شد که مصوبات جلسات مذکور خلاف موازین شرع شناخته شد» (نظر شماره ۸۳/۱/۲۰-۸۳/۳۰/۷۱۱۳). |  |                         |

## جدول ۲

| نمونه   | «چون خلاف قانون است، خلاف شرع است» | آرای نوع دوم قنهای شورا |
|---|------------------------------------|-------------------------|
| «مبلغی را که به عنوان هدیه (بر اساس درصدی از اضافه ارزش زمین بعد از تفکیک) از مردم می‌گیرند، همان حق مرغوبیت است که قانوناً منتفی شده است و چون حق قانونی ندارند، خلاف موازین شرع نیز می‌باشد» (نظر شماره ۳۴۲۴ - ۶۷/۱۲/۱۰).   |                                    |                         |
| «اگرچه قانون، حق جعل عوارض را به شورای اسلامی شهر داده، اما نظر به اینکه شاکی مدعی شده در خصوص مورد بحث، این حق به واسطه تبصره ۴ ماده واحده قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری‌های مصوب ۱۳۶۷ تقیید می‌گردد، علیهذا در این صورت، اخذ عوارض چون بدون مجوز قانونی است، خلاف موازین شرع می‌باشد. البته تشخیص خلاف قانون بودن، با آن دیوان محترم است» (نظر شماره ۹۵/۱۰۲/۱۶۸۹-۹۵/۵/۵).   |                                    |                         |
| توضیحات: اعلام خلاف شرع بودن به دلیل مغایر قانون بودن به دو دسته تقسیم می‌شود: ۱- وضعیتی که شورا با علم به قوانین به طور قطع، مقرر را خلاف شرع دانسته است؛ ۲- وضعیتی که شورا مقرر را به صورت مشروط (با واگذاری صریح یا ضمنی تشخیص وجود/عدم وجود قانون تجویزکننده به دیوان) خلاف شرع دانسته است. در وضعیت اول، دیوان نتوانسته بر خلاف نظر شورا رای دهد. اما در حالت دوم مخیر بوده است. البته در بررسی ما این نوع پاسخ نیز علاوه بر توالی فاسد پیش‌گفته، شیوه‌ای از پاسخ غیرمستدل و غیرمستدل است. |                                    |                         |

### جدول ۳

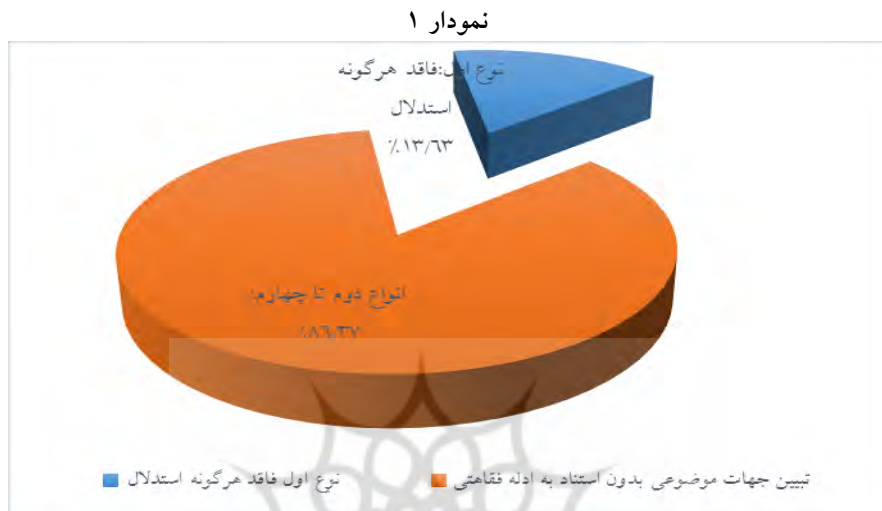
| نمونه   | آرای نوع سوم فقهای شورا                |
|---|--|
| <p>«با توجه به اینکه مقام معظم رهبری، امر به حفظ وضع مستفاد از اساسنامه سابق فرموده‌اند و شورای شهر تهران بدون رعایت بعض مواد آن (مثل اصلاحیه ماده ۱۳) اقدام به تغییر اساسنامه سابق کرده، فلذا اقدام شورای شهر و تغییر اساسنامه سابق، خلاف موازین شرع شناخته شد» (نظر شماره ۷۸/۲۱/۶۳۰۷-۷۸/۱۲/۵).</p> <p>«نظر به اینکه دستور صریح مورخ ۱۹/۱۱/۱۳۷۹ مقام معظم رهبری، سازمان حج و زیارت را در تصدی امور حج و عمره به طور مستقیم یا با تأسیس شرکت مکلف کرده، بخشنامه‌های شماره ۸۳/۵۷۷۴ مورخ ۱۲/۶/۸۳ معاون حقوقی ریاست جمهوری و ۱۱۲۶-۱/م مورخ ۷/۷/۸۳ وزیر فرهنگ و ارشاد اسلامی و نظریه مشاوران حوزه وزارتی از این نظر که اعتبار مستقل این دستور صریح و قاطع رهبری را مخدوش می‌نمایند، برخلاف موازین شرع شناخته شدند» (نظر شماره ۸۳/۳۰/۸۷۴۵-۸۳/۸/۲).</p> | <p>«استناد به نظر مقام معظم رهبری»</p> |

### جدول ۴

| نمونه  | آرای نوع چهارم فقهای شورا  |
|--|----------------------------|
| <p>«نظر فقها به شرح زیر اعلام می‌گردد:<br/>                     ۱ و ۲- اطلاق جزءهای (۵-۲) و (۵-۳) بند «و» چون شامل مواردی می‌شود که موجب تضعیف باورهای دینی می‌گردد، خلاف شرع شناخته شد.<br/>                     ۳- چون اطلاق جزء (۵-۵) بند «و» شامل مواردی می‌شود که می‌تواند موجب اضلال و گمراهی کسانی گردد، خلاف شرع شناخته شد. مگر اینکه مقالات و مطالب مذکور همراه با نقد متقن باشد» (نظر شماره ۸۱/۳۰/۷۰۱-۸۱/۳/۲۲).</p> <p>«اطلاق بند ۶۳ مصوبه ۶/۱۰/۷۹ شورای اسلامی شهر ارومیه نسبت به زمین‌های خارج از محدوده، خلاف موازین شرع شناخته شد» (نظر شماره ۸۵/۳۰/۱۶۵۴۶-۸۵/۵/۴).</p> | <p>«تبیین جهات موضوعی»</p> |

مستفاد از جداول فوق، فقها در هیچ یک از آرای خود در پاسخ به استعلامات (مجموعاً ۶۴۲ رای) علی‌الخصوص در نظراتی که منتج به ابطال شرعی مصوبات شده، احکام مستدل یا مدلل ارائه ننموده‌اند. به عبارت دیگر، نظرات فقیهان شورا عاری از هرگونه مستندات فقهی/شرعی/اسلامی بوده که بالطبع، ذکر روند عقلی و منطقی استدلال را منتفی ساخته است. به نحو دقیق، ۱۳/۶۳ درصد از پاسخ به استعلاماتی که

منجر به ابطال مقررات گردیده، فاقد هرگونه توضیح بوده و صرفاً بدین قرار و مشابه آن صادر شده: «مصوبه مذکور از لحاظ شرعی به تایید آقایان فقها نرسید» (نمودار ۱).



همچنین بررسی درخواست‌های ابطال از این منظر که مستندات آنها را عیان می‌سازد، مفید فایده است. اما متن درخواست‌ها، نه در مجموعه‌های منتشر شده سالیانه آرای هیات عمومی و نه در سایت دیوان موجود نبوده و دسترسی ممکن نیست. لذا تنها منبع موجود، گردش کار آرای هیات عمومی است که بعضاً بسیار مختصر به شرح شکایت خواهان پرداخته است. باری، بررسی اجمالی صورت گرفته در گردش کار ۱۱۰ استعلام پیش‌گفته، حکایت از آن دارد که اشخاص برای ذکر حکم شرعی، صرفاً به برخی از قواعد کلی فقهی به صورت صوری استناد نموده‌اند که فاقد تنوع بوده و تقریباً هیچ یک از درخواست‌ها حاوی آن درجه از بیان دلایلی نیست که از حیث منطقی و حقوقی، اقتناع‌پذیر و متقن محسوب گردد. دیوان نیز به دلیل نقش نداشتن در اینگونه از ابطال، نوعاً رویکرد تسامحی و صرفاً شکلی نسبت به این موارد اتخاذ نموده که فاقد ارزش تحلیلی است. به عنوان مثال، اشخاص در قالب یک الی دو سطر، ادعای غیرشرعی بودن مصوبه

۱. وفق ماده ۵۹ قانون دیوان مبنی بر محتویات الزامی دادنامه‌ها، بند (ج) اشعار می‌دارد: «گردش کار متضمن خلاصه شکایت و دفاع طرف شکایت، تحقیقات انجام شده و اشاره به نظریه مشاور... و تصریح به اعلام ختم رسیدگی است».

را مطرح و در ضمن آن اغلب به برخی از قواعد شرعی نظیر قاعده لاضرر استناد نموده و یا جالب‌تر از آن، ادعای قانونی ذکر شده را مجدداً با ادبیات شرعی توصیف می‌نمایند.

### ۳. عملکرد شورا در اعمال نظر پیشینی شرعی بر مصوبات مجلس: فاقد استناد و استدلال

فقه‌های شورا وفق ق.ا. در اعلام نظر پیشینی شرعی بر مصوبات قانونی مجلس صلاحیت دارند و کارنامه ایشان از این منظر هم قابل استفاده است. بنابراین مجموعه نظرات شورا نسبت به مصوبات ادوار نه‌گانه مجلس، مطالعه و نظرات فقها از آن استخراج و مشخص شد شورا در طول نه دوره از مجلس و از میان ۳۱۱۶ مصوبه مورد بررسی، به ۴۸۳ مورد از آنها ایراد شرعی صرف و یا ایراد شرعی و ق.ا. وارد دانسته است. توضیح اینکه چون در ایرادات شورا به مصوبات مجلس، تفکیکی میان نظرات فقیهان و حقوقدانان شورا نیست و همه در یک اعلام نظر عنوان می‌شود، نیز مصوبات مجلس حسب مورد چندبار میان مجلس و شورا رفت و برگشت دارند؛ لذا تعداد آرای مورد بررسی از تعداد مصوبات متجاوز بوده است (جدول ۵).

جدول ۵

| دوره مجلس | مجموع مصوبات | مصوبات مغایر شرع یا شرع و ق.ا. |
|-----------|--------------|--------------------------------|
| اول       | ۴۰۷          | ۶۵                             |
| دوم       | ۳۴۰          | ۸۱                             |
| سوم       | ۲۶۵          | ۴۱                             |
| چهارم     | ۳۵۷          | ۴۴                             |
| پنجم      | ۳۷۲          | ۳۳                             |
| ششم       | ۴۴۱          | ۹۳                             |
| هفتم      | ۳۶۴          | ۴۱                             |
| هشتم      | ۳۵۷          | ۵۰                             |
| نهم       | ۲۱۳          | ۳۵                             |
| مجموع     | ۳۱۱۶         | ۴۸۳ مصوبه                      |

در ادامه برای ۴۸۳ نظر شورا، سه معیار برای بررسی نظرات، معین و به قرار ذیل طبقه‌بندی شد:

۱. فاقد هرگونه توضیح؛
  ۲. حاوی جهات موضوعی یا جهات موضوعی به همراه توصیف شرعی؛
  ۳. حاوی آیات، روایات، قواعد فقهی، قواعد اصولی و هرگونه محتوایی که دلالت بر جهات حکمی نماید.
- لذا از میان مصوبات مذکور، فراوانی آنها در سه دسته یادشده احصاء و در جداول ۶ تا ۸ قرار گرفت:

جدول ۶

| نمونه  | فراوانی مصوبات رد شده با نظرات نوع اول به تفکیک دوره مجلس |          | نوع اول                    |
|--|---|----------|----------------------------|
|  | دوره مجلس   | نوع اول  |                            |
| - «لایحه ... از لحاظ موازین قضایی شرعی به تأیید اکثریت آقایان فقها نرسید و رد شد» (نظر شماره ۴۰۰۵-۶۰/۹/۱۲).<br>- «ماده ۵ با موازین شرعی مخالف است» (نظر شماره م/۲۲۷۲-۶۰/۲/۲۲).<br>- «چون در اصل قوانین و مصوباتی که در لایحه به آن اشاره شده، از نظر انطباق آنها با موازین شرعی، اشکالات موجه وجود دارد، لایحه مذکور با موازین شرعی انطباق ندارد. مقتضی است اصل این قوانین و مصوبات مورد بررسی قرار گیرد و با اصلاحات لازم به مجلس شورای اسلامی به صورت طرح یا لایحه تقدیم گردد» (نظر شماره م/۲۳۷۶-۶۰/۳/۶).<br>- «۳۱- در بند ۴ تبصره ۵ ماده ۳۷ دریافت حق‌الارض مذکور شرعی نیست» (نظر شماره ۶۵۱۱-۶۵/۵/۱۳).<br>- «تبصره طرح مذکور نظر به اینکه ارجاع به قوانین سابق شده و آن قوانین از جهات متعدد مورد اشکال شرعی است، به تأیید فقها نرسید» (نظر شماره ۶۸۰۴-۶۵/۷/۹). | ۲۸  | اول      | حکم شرعی فاقد هرگونه توضیح |
|  | ۱۸  | دوم      |                            |
|  | ۲   | سوم      |                            |
|  | ۷   | چهارم    |                            |
|  | ۳   | پنجم     |                            |
|  | ۱۱  | ششم      |                            |
|  | ۲   | هفتم     |                            |
|  | ۶   | هشتم     |                            |
|  | ۳   | نهم      |                            |
|  | مجموع   | ۸۰ مصوبه |                            |



جدول ۷

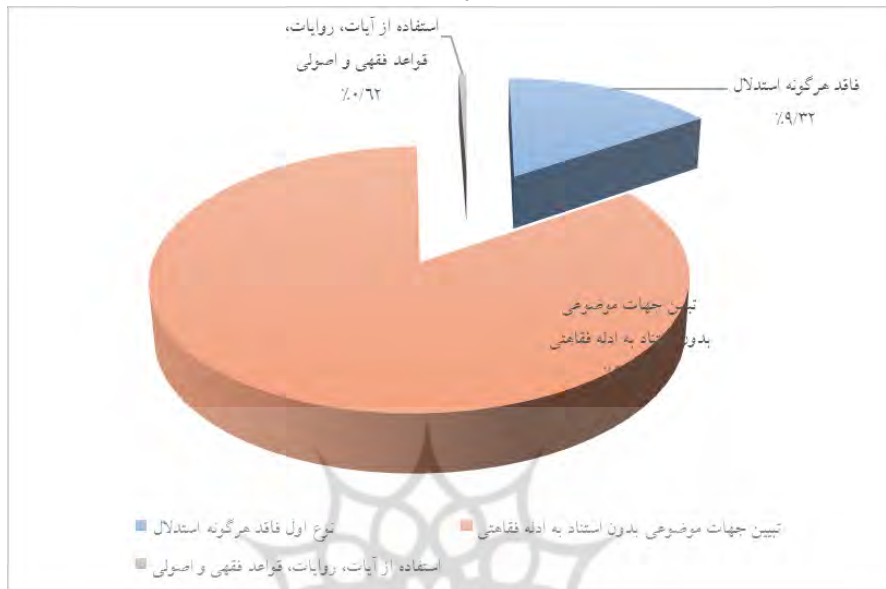
| نوع دوم                                    | فراوانی مصوبات رد شده با نظرات نوع دوم به تفکیک دوره مجلس | نمونه     |
|--|---|-----------|
| حکم شرعی غیرمدلل (عدم استناد به ادله فقهی) | اول   | ۵۴        |
|  | دوم   | ۷۵        |
|  | سوم   | ۳۹        |
|  | چهارم   | ۳۹        |
|  | پنجم  | ۳۰        |
|  | ششم   | ۸۲        |
|  | هفتم  | ۳۹        |
|  | هشتم  | ۴۵        |
|  | نهم   | ۳۲        |
|  | مجموع   | ۴۳۵ مصوبه |

## جدول ۸

| نوع سوم   | فراوانی مصوبات رد شده با نظرات نوع سوم به تفکیک دوره مجلس | نمونه   |
|---|---|---------|
| حکم حاوی آیات، روایات، قواعد فقهی و قواعد اصولی | اول   | ۲       |
|   | دوم   | صفر     |
|   | سوم   | صفر     |
|   | چهارم   | صفر     |
|   | پنجم  | صفر     |
|   | ششم   | ۱       |
|   | هفتم  | صفر     |
|   | هشتم  | صفر     |
|   | نهم   | صفر     |
|   | مجموع   | ۳ مصوبه |

با توجه به جمیع اطلاعات حاصل از بررسی مجموعه نظرات شورا و طبقه‌بندی آنها در جداول فوق، این نتیجه حاصل گردید که از میان ۴۸۳ مصوبه مغایر با موازین شرعی، تنها سه مصوبه رد شده با نظرات فقهای شورا، حاوی نوع سوم یعنی مستند و مستدل هستند (نمودار ۲) و سایر نظرات فاقد مستندات فقهی بودند. شایان ذکر است در اغلب نظرات شورا، جهات موضوعی (احکام مصوبات مجلس) با اصطلاحات شرعی توصیف یا از این اصطلاحات نظیر تعزیر و حد استفاده شده است. اما به جز سه مورد فوق، مستندات فقهی ذکر نشده و تقریباً در کلیه نظرات مورد بررسی، نظری واجد استدلال متقن و اقناع‌پذیر جهت ارزیابی‌های علمی ارائه نگردیده است.

نمودار ۲



بنابراین مشاهده می‌شود فقها به عنوان افرادی متخصص در نهادی چون شورای نگهبان، به‌رغم برخورداری از دانش فقهی و اشراف در طول نزدیک به ۴۰ سال، ذکر مستندات فقهی را ضروری ندانسته‌اند و البته با عنایت به امکانات مطلوب شورا از نظر منابع مالی و پژوهشی، در سال‌های اخیر با تشکیل مجمع مشورتی فقهی و اعلام دلایل از جانب این شورا و انتشار گزارش‌های آنها<sup>۱</sup> و حتی چاپ مجموعه‌هایی با عنوان مبانی فقهی آرای فقهای شورا،<sup>۲</sup> خلا پرداخته شده در این نوشته را احساس نموده‌اند. لذا در حال حاضر، اینکه ذکر استدلال و مستندات را از شهروندان انتظار داشت، منصفانه نیست.

۱. ر.ک: سامانه جامع نظرات شورای نگهبان در قسمت نظرات مجامع مشورتی، مجمع مشورتی فقهی که فایل نظرات قابل مشاهده است:

<http://nazarat.shora-rc.ir/Forms/frmNazarMashveratFeghhi.aspx>

۲. ر.ک: ۱- محمد حسین بیاتی، مبانی فقهی آرای فقهای شورای نگهبان (فروردین تا مرداد ۱۳۶۱) (تهران: سمت- مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۹۱). ۲- مرکز تحقیقات شورای نگهبان، مبانی فقهی آرای فقهای شورای نگهبان پیرامون لایحه حدود و قصاص (مرداد ۱۳۶۱) (تهران: معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات ریاست جمهوری، ۱۳۹۱).

آنهم در شرایطی که مباحث مزبور، بسیار تخصصی بوده و نه تنها مردم از عهده آن بر نمی‌آیند، بلکه غالب و کلاً نیز اشرافی در این زمینه ندارند و وکلای دارای تحصیلات حوزوی نیز قلیل هستند.<sup>۱</sup> مگر آنکه رویه اخیر شورا تداوم یابد و بتوان مجموعه‌ای از این نظرات را تدوین و به عموم و متخصصان ارائه داد.

### نتیجه‌گیری و پیشنهاد

از تبصره الحاقی ماده ۲ مصوب ۱۳۸۴ آیین‌نامه مصوب ۱۳۷۹ اولین قانون دیوان (۱۳۶۰) تاکنون، مردم مکلف شده‌اند تا ضمن درخواست ابطال مقررات به جهت مغایرت با موازین اسلامی، «حکم شرعی و دلایل» را ذکر کنند. حکمی با ضمانت اجرای «اخطار رفع نقص» و نهایتاً صدور قرار «رد درخواست» که موجب انتقال وظیفه قضات به مردم در زمینه ذکر جهات حکمی (نقض اصل ۱۶۶ ق.ا.)، برهم زدن انتظام منابع حقوق (نقض اصل ۱۶۷ ق.ا.) و سلب قابلیت رسیدگی مجدد به آرای هیات عمومی می‌شود.

در رویه عملی نیز، تحلیل کارنامه فقهای شورا در دو زمینه «پاسخ به استعلامات دیوان» و «ایرادات به مصوبات مجلس» در طول سال‌های مورد مطالعه (۱۳۹۵-۱۳۶۱)، نشان می‌دهد شورا اعلام نظر مستند و مستدل را ضروری ندانسته و تنها در سال‌های اخیر با تشکیل مجمع مشورتی فقهی، به تدوین و انتشار آنها روی آورده است.

بدین ترتیب در حال حاضر، بندهای (پ) و (ت) ماده ۸۰ قانون دیوان عدالت اداری، تکلیفی مالایطاق بر مردم و محدودیتی ناروا در ابطال شرعی مقررات است. چه اینکه قاطبه وکلای دادگستری بر خلاف اشراف بر حقوق موضوعه، تسلط خاصی بر مباحث تخصصی شرعی و فقهی نداشته و هنگامی که عالیرتبه‌ترین فقیهان رسمی و حکومتی در طول ۳۵ سال گذشته، نظرات خود را در باب اسلامیت یا غیر اسلامی بودن قوانین و مقررات تبیین و توجیه نموده‌اند و رویه تدوین و انتشار آنها در آغاز راه است؛ این انتظار از مردم عملاً ممکن و مطلوب نیست.

علیهذا پیشنهاد می‌شود «حکم شرعی» و «شرع» از بندهای مزبور ماده ۸۰ قانون دیوان حذف شوند.

۱. محمدرضا ویژه و وحید آگاه، «کاوشی انتقادی در لایحه تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری»، پژوهش حقوق عمومی، شماره ۳۸، (۱۳۹۱)، ص ۱۴۰.

## منابع

### کتاب‌ها

- بیاتی، محمدحسین، مبانی فقهی آرای فقهای شورای نگهبان (فروردین تا مرداد ۱۳۶۱) (تهران: سمت - مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۹۱).
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانشنامه حقوقی، جلد ۴، چاپ پنجم (تهران: امیرکبیر، ۱۳۷۶).
- شمس، عبدالله، آیین دادرسی پیشرفته، جلد ۲، چاپ بیست و نهم (تهران: دراک، ۱۳۹۱).
- کاتوزیان، ناصر، اثبات و دلیل اثبات، جلد اول (تهران: میزان، ۱۳۸۰).
- مرکز تحقیقات شورای نگهبان، مبانی فقهی آرای فقهای شورای نگهبان پیرامون لایحه حدود و قصاص (مرداد ۱۳۶۱) (تهران: معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات ریاست جمهوری، ۱۳۹۱).
- مرکز تحقیقات شورای نگهبان، مجموعه نظریات فقهی شورای نگهبان در پاسخ به استعلامات دیوان عدالت اداری از سال ۱۳۶۱ تا ۱۳۸۳ (تهران: دادگستر، ۱۳۸۴).
- مرکز تحقیقات شورای نگهبان، مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی دوره اول (خرداد ۱۳۵۹ تا خرداد ۱۳۶۳).
- مرکز تحقیقات شورای نگهبان، مجموعه نظرات شورای نگهبان درباره مصوبات مجلس شورای اسلامی دوره دوم (خرداد ۱۳۶۳ تا خرداد ۱۳۶۷) (تهران: دادگستر، ۱۳۹۳).
- مرکز تحقیقات شورای نگهبان، مجموعه نظرات شورای نگهبان درباره مصوبات مجلس شورای اسلامی دوره سوم (خرداد ۱۳۶۷ تا خرداد ۱۳۷۱) (تهران: دادگستر، ۱۳۹۲).
- مرکز تحقیقات شورای نگهبان، مجموعه نظرات شورای نگهبان درباره مصوبات مجلس شورای اسلامی دوره چهارم (خرداد ۱۳۷۱ تا خرداد ۱۳۷۵) (تهران: دادگستر، ۱۳۹۲).
- مرکز تحقیقات شورای نگهبان، مجموعه نظرات شورای نگهبان درباره مصوبات مجلس شورای اسلامی دوره پنجم (خرداد ۱۳۷۵ تا خرداد ۱۳۷۹) (تهران: دادگستر، ۱۳۹۲).
- مولاییگی، غلامرضا، صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، چاپ دوم (تهران: جنگل - جاودانه، ۱۳۹۴).
- مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی دوره ششم (خرداد ۱۳۷۹ تا خرداد ۱۳۸۳) (تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۱).
- مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی دوره هفتم (خرداد ۱۳۸۳ تا خرداد ۱۳۸۷) (تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۲).

- مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی دوره هشتم (خرداد ۱۳۸۷ تا خرداد ۱۳۹۱) (تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۲).
- مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی - دوره نهم (خرداد ۱۳۹۱ تا خرداد ۱۳۹۵) (تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۶).

#### مقاله‌ها

- شمس، عبدالله، «سبب، امور موضوعی و توصیف آنها در دعاوی مدنی»، تحقیقات حقوقی، شماره ۶۵، (۱۳۹۲).
- غفاری، هدی، «نسبت میان حاکمیت شرع و حاکمیت قانون در نظام قضایی جمهوری اسلامی ایران»، پژوهش حقوق عمومی، شماره ۳۶، (۱۳۹۱).
- واعظی، مجتبی، «نقش دیوان عدالت اداری در دادرسی شرعی مقررات اداری»، پژوهشنامه حقوق و علوم سیاسی، شماره ۱۱، (۱۳۸۷).
- ویژه، محمدرضا و آگاه، وحید، «کاوشی انتقادی در لایحه تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری»، پژوهش حقوق عمومی، شماره ۳۸، (۱۳۹۱).
- هرمزی، خیرالله، «توجیه آرای مدنی و ضمانت اجرای عدم رعایت آن»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، شماره ۱۱، (۱۳۸۳).