



Feasibility and Challenges of Prior Sharia Supervision over Regulations by Guardian Council Jurists

**Mohammad Bahadori
Jahromi**

Assistant Professor, Department of Public Law,
Faculty of Law, Tarbiat Modares University,
Tehran, Iran

Hamid Fe'li*

Ph.D. Student of Public Law, Imam Sadiq
University, Tehran, Iran

Mahdi Ebrahimi

Ph.D. Student of Public Law, Islamic Azad
University, Central Tehran Branch, Tehran, Iran

1. Introduction

The Constitution of the Islamic Republic of Iran, particularly Principle (4), puts the emphasis on upholding Islamic standards in all legal norms. However, a priori sharia supervision over parliamentary approvals shall be exercised by the faqihs (Islamic jurists) of the Guardian Council concerning the specific laws outlined in Principles (94), (95), and (96) of the Constitution. Other approvals, notably the regulations specified in Principle (4), lack constitutional provision. To ensure optimal implementation of Principle (4), there is a need for an effective mechanism that can guarantee adherence to Sharia standards in regulations. The current Sharia-based supervision mechanism is executed through the Court of Administrative Justice, but this approach has several shortcomings. First, it does not ensure Sharia compliance

* Corresponding Author: hamidfeli110@gmail.com

How to Cite: Bahadori Jahromi, M., Fe'li, H & Ebrahimi, M, "Feasibility and Challenges of Prior Sharia Supervision over Regulations by Guardian Council Jurists", *The Quarterly Journal of Public Law Research*, Vol. 25, No. 82, (2024), 119-154.

Doi: [10.22054/QJPL.2023.68402.2792](https://doi.org/10.22054/QJPL.2023.68402.2792)

for all regulations since it is not comprehensive, only addressing the contested aspect of regulations. Moreover, regulations may possess significant importance based on inclusion, hierarchy of legal norms, authority level, and their impact on citizens' rights and duties, leading to prolonged violations of citizens' rights even when there are no complaints. In this respect, the present research aimed to examine the feasibility of establishing a mechanism for a priori Sharia supervision over key regulations, addressing the challenges associated with its implementation. The study is based on the hypothesis that there are factors favoring a priori Sharia supervision over other types of monitoring when it comes to some aspects of regulations. Although most challenges are manageable, certain challenges make it both desirable and achievable to implement such a mechanism.

2. Literature Review

The literature has offered solutions, suggesting the mandatory submission of government regulations and approvals from the Supreme Council of Cultural Revolution to the Guardian Council before their implementation—which can ensure supervision over regulations from both a Sharia and constitutional perspective (e.g., Amjadian, 2012; Haji Ali Khamseh et al., 2021). Another proposed solution involves the establishment of boards specialized in Islamic jurisprudence and legal matters, overseen by the Guardian Council faqihs tasked with proactive monitoring subsequent to the enactment of regulations (Fe'li, 2020). The novelty of the present study lies in its detailed analysis of the feasibility and challenges associated with a priori Sharia supervision over regulations.

3. Materials and Methods

The study relied on a descriptive–analytical method, using library research to collect and analyze the data.

4. Results and Discussion

A priori Sharia supervision over regulations can viably be applied after the regulations are approved and before they take effect—similar to the supervision over Majlis approvals. A priori Sharia supervision is more aligned with the objective of Principle (4) of the Constitution, so it is favored over other forms of supervision, especially retrospective supervision. Furthermore, it is essential that Sharia-based supervision be applied in advance or a priori to the implementation, at least for critical regulations that are not subject to appeal in the Court of Administrative Justice. Moreover, for the sake of legal security of citizens and the prevention of rights violations, a priori supervision is preferable over alternative types of monitoring because it is difficult to claim and restore the rights of citizens that might have been infringed upon in the past, especially if regulations are retroactively annulled long after their implementation.




5. Conclusion

The challenges related to the principles of continuity and acceleration in delivering public services do not pose a significant obstacle to a priori Sharia supervision because it is feasible to set a deadline for expressing opinions and the Guardian Council faqihs have opinions aimed at guaranteeing these principles. Furthermore, certain regulations that are not allowed to be delayed in their approval and implementation can exceptionally be subjected to Sharia supervision outside a priori Sharia supervision mechanism. It is plausible that the structure and organization of the Guardian Council may not be entirely conducive or equipped to implement such a mechanism, given the unique responsibilities of the faqihs. However, it can be limited to a priori Sharia supervision of critical regulations, and it is not challenging as such, given the reforms aimed at reducing the Court of Administrative Justice's inquiries from the Council (e.g., the ability to refer to the procedure of the Council's faqihs in similar cases), and a comprehensive revision of the Council's organization to lay the ground for a priori Sharia supervision. Additionally, the Head of the Judiciary and the President of the Court can notify the Guardian Council faqihs of cases conflicting with Sharia in order to eliminate the structural

defects of the Guardian Council that render it incompatible with supervising important regulations. It is worth noting that Note (1) of Article (87) of the Law of the Court of Administrative Justice (1402/2023) also lays the groundwork for establishing a suitable structure for Sharia supervision over regulations.

Keywords: Sharia Supervision, A Priori Supervision, Guardian Council Faqihs, Regulations, Court of Administrative Justice

امکان‌سنجی و چالش‌های نظارت شرعی پیشینی فقهای شورای نگهبان بر مقررات

- محمد بهادری جهرمی  | استادیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران
- حمید فعلی*  | دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه امام صادق (ع) تهران، ایران
- مهدی ابراهیمی  | دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، تهران، ایران

چکیده

فقهای شورای نگهبان مبتنی بر اصل چهارم قانون اساسی وظیفه تطبیق قوانین و مقررات با موازین اسلامی را به منظور تضمین شرعی بودن هنجارهای حقوقی لازم‌الاجرا در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران بر عهده دارند. نظارت شرعی فقهای این شورا بر اساس اصول ۹۴ و ۹۵ قانون اساسی نسبت به مصوبات مجلس به صورت پیشینی یعنی پیش از اعتبار یافتن مصوبات مجلس و نسبت به قوانین نیز بر اساس اصل ۴ به صورت پسینی اعمال می‌شود، اما برخلاف اقتضای روح حاکم بر اصل ۴، نظارت شورای نگهبان نسبت به مقررات به صورت پیشینی وجود ندارد تا شرعی بودن آنها پیش از لازم‌الاجرا شدن تضمین شود. پرسش اصلی پژوهش پیرامون بررسی امکان نظارت شرعی پیشینی بر مقررات، پیش از اعتبار یافتن و لازم‌الاجرا شدن آنها در نظام حقوقی و چالش‌هایی که در برابر آن وجود دارد، مطرح می‌شود. یافته‌های این پژوهش با روش تحقیق توصیفی تحلیلی و از طریق رجوع به منابع و اسناد کتابخانه‌ای نشان می‌دهد که نظارت شرعی پیشینی با در نظر گرفتن چالش‌های پیش‌روی اعمال چنین نظارتی، قدر متیقن نسبت به برخی از مصوبات مهمتر در حدود ظرفیت‌های موجود شورای نگهبان با رعایت مصالح نظام اداری کشور امکان‌پذیر است. به علاوه در ماده (۸۷) قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۴۰۲ زمینه ایجاد ساختار مناسب برای فقهای شورا فراهم شده است.

واژگان کلیدی: نظارت شرعی، نظارت پیشینی، فقهای شورای نگهبان، مقررات، دیوان عدالت اداری.

مقدمه

علی‌رغم اهمیت تضمین رعایت موازین اسلامی در کلیه هنجارهای حقوقی مبتنی بر اصل چهارم قانون اساسی، سازکار نظارت شرعی پیشینی صرفاً بر قوانین مصوب مجلس در اصول ۹۴ و ۹۵ و ۹۶ قانون اساسی از طریق نظارت فقهای شورای نگهبان بر مصوبات مجلس پیش‌بینی شده و نسبت به سایر مصوبات به‌ویژه مقررات که در اصل چهارم به آن تصریح گردیده، سازکاری در قانون اساسی مقرر نشده است. اقتضای اجرای مطلوب اصل چهارم، وجود سازکار مناسبی است که رعایت موازین شرعی در مقررات را به صورت حداکثری تضمین کند و در عین حال کارآمد باشد. سازکار موجود نظارت شرعی نسبت به مقررات از طریق دیوان عدالت اداری اعمال می‌شود که از یک‌سو به جهت جامع نبودن نسبت به کلیه مقررات و از سوی دیگر به جهت رسیدگی به قسمت مورد شکایت از مقررات، تضمین حداکثری لازم جهت شرعی بودن کلیه مقررات را ندارد. از سویی ممکن است مقررات از ابعادی نظیر گستره شمول، سلسله‌مراتب هنجاری، عالی بودن رتبه مقام واضح و حتی ارتباط با حقوق و تکالیف شهروندان مهم‌تر باشند و اصلاً مورد شکایت واقع نشوند و سال‌ها حقوق شهروندان را نقض کنند.

به منظور تحقق هدف فوق، پرسش اصلی این پژوهش نسبت به امکان یا امتناع استقرار سازکار نظارت شرعی پیشینی بر اهم مقررات و چگونگی پاسخگویی و حل چالش‌های فراروی این سازکار مطرح می‌شود. فرضیه نویسنده بر این پایه استوار است که مرجحاتی حقوقی ما را به سوی استقرار این سازکار سوق می‌دهد و چالش‌هایی از جهات مختلف، عمدتاً قابل پاسخگویی بوده و نهایتاً برخی چالش‌ها منجر به اکتفا به قدر ضرورت و ممکن در استقرار چنین سازکاری می‌شود. لاجرم این پژوهش مجال پرداختن به معیارهای گزینش مقررات مهم‌تر در این سازکار را ندارد و تحلیل آن فرصتی مجزا می‌طلبد.

بررسی پیشینه پژوهش نشان می‌دهد که بعضاً راهکارهایی مبنی بر ضرورت ارسال مقررات دولتی و مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی پیش از لازم‌الاجرا شدن برای شورای نگهبان به منظور نظارت از حیث شرع و قانون اساسی^۱ یا تشکیل هیئت‌های

۱. حسن امجدیان، «خلأهای نظارت شرعی و قانون اساسی شورای نگهبان»، گزارش تحلیلی پژوهشکده مجازی حقوق سازمان بسیج حقوقدانان، شماره مسلسل ۹۱۱۱۱۶۰۱۴، (۱۳۹۱)، صص ۲۷-۲۸ و ۳۲.

تخصصی فقهی و حقوقی زیر نظر فقهای شورای نگهبان برای نظارت فعال پس از ابلاغ مقررات^۱ ارائه شده است، اما تحلیل تفصیلی امکان‌سنجی و چالش‌های نظارت شرعی پیشینی بر مقررات در این مقاله از نوآوری پژوهشی لازم برخوردار به نظر می‌رسد. سازمان پژوهش بدین گونه است که در ابتدا چستی مفهوم نظارت شرعی پیشینی بر مقررات تبیین می‌شود و اینکه آیا از لحاظ حقوقی امکان وجودی آن قابل تحقق است. پس از بررسی ضرورت کاربست این سازکار نیز مرجحاتی از قبیل تضمین حداکثری شرعیت مقررات، خروج از صلاحیت دیوان عدالت اداری، تضمین امنیت حقوقی شهروندان و جلوگیری از تضييع حقوق بنیادین و شرعی اشخاص تحلیل خواهد شد و در نهایت چالش‌های ناظر به اصول حقوق اداری و مبانی حقوق عمومی و مبانی فقهی و نیز چالش‌های کاربردی ناظر به ساختار و سازمان شورای نگهبان و تحقق هدف شرعیت مقررات بررسی می‌شود.

۱. امکان‌سنجی نظارت شرعی پیشینی بر اساس اصل چهارم قانون اساسی

در مقابل نظارت پسینی که پس از لازم‌الاجرا شدن قانون یا مقرر صورت می‌گیرد، هدف نظارت پیشینی، پیشگیری است.^۲ در مورد نظارت شرعی پسینی از جمع بین اصول ۴، ۱۷۰ و ۱۷۳ قانون اساسی و ماده (۸۷) قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۴۰۲، می‌توان لزوم نظارت شرعی دیوان عدالت اداری بر مقررات را از طریق استعلام از فقهای شورای نگهبان اثبات کرد. در این روش مقررات پس از ابلاغ برای اجرا توسط نهاد دولتی (به معنای عام)

مرتضی حاجی علی خمسه، مصطفی مسعودیان و حمید فعلی، «سازکار مطلوب نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر

مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، شماره ۳۰، (۱۳۹۹)، صص ۴۳-۴۴.

مصطفی میرمحمدی میدی، جایگاه حقوقی مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد معارف اسلامی و حقوق عمومی دانشگاه امام صادق علیه‌السلام، (۱۳۹۱)، صص ۶۱-۶۲.

محمود ابراهیمی، تحلیل حقوقی صلاحیت و اختیارات شورای عالی انقلاب فرهنگی در حقوق اساسی ایران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه تهران، (۱۳۹۰)، ص ۱۲۳.

۱. حمید فعلی، نظارت شرعی شورای نگهبان بر مقررات، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق دادرسی اداری دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، (۱۳۹۹)، صص ۱۰۰-۱۱۱.

۲. حسین آیینه‌نگینی و حامد نیکونهاد، «نظارت»، مندرج در کتاب «آشنایی با مفاهیم قانون اساسی؛ تحلیل برخی کلید واژگان قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، پژوهشکده شورای نگهبان، تهران، (۱۳۹۸)، ص ۱۷۱.

بوسیله دادخواهی هر کسی پس از رسیدگی در دیوان و با اعلام مغایرت با شرع از جانب فقهای شورا ابطال می‌شود. در مقابل، در مواردی که فقهای شورای نگهبان مبتنی بر اصول ۹۴، ۹۵ و ۹۶ قانون اساسی نسبت به مصوبات مجلس شورای اسلامی نظارت می‌نمایند، از آنجا که پیش از لازم‌الاجرا شدن قوانین مصوب مجلس صورت می‌گیرد و فقهای شورای نگهبان ده روز مهلت برای اعلام نظرشان نسبت به مغایرت یا عدم مغایرت مصوبات مجلس با احکام اسلامی دارند و این مهلت مطابق اصل ۹۵ تا بیست روز نیز قابل استمهال است، نظارت شرعی به صورت پیشینی اعمال می‌شود.

بدیهی است که نظارت شرعی پیشینی موضوع اصول ۹۴، ۹۵ و ۹۶ شامل مقررات که همان مصوبات مقامات و دستگاه‌های اداری و اجرایی است که مادون قانون مصوب مجلس محسوب شده و در حکم قانون نیز نیستند، نمی‌شود و سازکار نظارت شرعی پیشینی نسبت به مقررات مشابه نظارت شرعی پیشینی بر مصوبات مجلس در سازکار فعلی نظارت فقهای شورای نگهبان وجود ندارد، اما در مورد اینکه آیا می‌توان اصل ۴ را واجد ظرفیت استنباط نظارت شرعی پیشینی دانست یا نه، رویکردهای مختلفی قابل طرح است که در ادامه بررسی می‌شود؛ البته پیش از آن لازم است که شبهات راجع به اصل نظارت پیشینی پاسخ داده شود.

برخی کاربرد واژه «پیشینی» در مورد نظارت را صحیح نمی‌دانند و معتقدند که نظارت همیشه پس از تحقق یک عمل حکومتی قابل تصور است.^۱ البته از نظارت به کنترل نیز تعبیر شده است که آن را به میزان مد نظر مقنن یا هر میزان مجازی می‌توان نسبت به اعمال دولت حتی پیش از انجام آن اعمال کرد.^۲ به تعبیر دیگر نظارت اعم است از کنترل؛ یعنی نظارت را بر ترک فعل نیز می‌توان اعمال کرد، اما عمل انجام‌نشده را نمی‌توان کنترل کرد.^۳ در واقع کنترل، همان نظارت پیشینی است و استفاده از راه‌های هدایت افراد به

۱. محمد راسخ، نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی، چاپ ۲ (تهران: دراک، ۱۳۹۰) ص ۱۶.

2. Colin Turpin & Adam Tomkins, *British Government and the Constitution*, Sixth Edition (Cambridge: Cambridge University Press, 2007) P. 565.

۳. جعفر شفیعی سردشت، علی اکبر گرجی از ندریانی و جواد فاضلی‌نژاد، «کژتابی مفهومی نظارت در نظام حقوقی ایران»، فصلنامه حقوق اداری، سال ششم، شماره ۱۶، (۱۳۹۷)، ص ۶۶.

رعایت قوانین و مقررات را در بر می‌گیرد^۱ و نظرات فقهای شورا نیز راهنمای مقام و نهاد واضح هنجار است. در واقع این نوع نظارت، پیشگیرانه یا ارشادی است.^۲ با لحاظ کردن نظارت به معنای کنترل، عبارت «بر اساس موازین اسلامی باشد» در اصل چهارم، دلالت بر لزوم رعایت موازین اسلامی توسط مقام واضح به صورت علی‌الرأس دارد که در صورت قصور واضح، نوعی ترک فعل رخ داده که تشخیص این ترک فعل نیز طبق ذیل اصل بر عهده فقهای شورا است.

به هر حال اعمال اعتباری نظیر مقررہ گذاری و قانون گذاری را می‌توان پس از تصویب (به عنوان یک عمل اعتباری حقوقی) و پیش از لازم‌الاجرا شدن نظارت نمود.^۳ لذا فقهای شورای نگهبان پس از تصویب یک مصوبه توسط واضح، نظارت را اعمال می‌کنند و از این جهت این نظارت پس از انجام عمل واضح مصوبه رخ می‌دهد؛ اما لازم‌الاجرا شدن و اعتبار حقوقی مصوبه منوط به تأیید فقهای شورا است.^۴

هر چند این شیوه اعمال نظارت شرعی تنها نسبت به مصوبات مجلس در قانون اساسی تصریح شده است، اما طبق یک رویکرد با توجه به واقع شدن اصل چهارم در بخش اصول کلی قانون اساسی می‌توان رابطه آن اصل با اصولی نظیر ۷۲، ۹۴، ۹۵ و ۹۶ قانون اساسی عموم و خصوص و مطلق دانست و نه تساوی؛ به این معنی که اصول مزبور یک طریقه از اجرای اصل ۴ هستند که به جهت اهمیت بیشتر و رتبه برتر مصوبات مجلس در سلسله مراتب هنجاری این شیوه در این اصول تصریح شده است، در حالی که تنها تحقق بخشیدن به یک بخش از اصل چهارم است و نص اصل چهارم قیدی دال بر ممنوعیت اعمال این شیوه در مورد مقررات ندارد؛ البته طبق رویکردی که رابطه اصل چهارم با اصول مزبور را تبیین دانسته و اصل چهارم را صرفاً شامل قوانین و مقررات لازم‌الاجرا و اصول مزبور را شامل مصوبات مجلس می‌داند و عنایتی به جعل اصل چهارم در فصل اصول کلی ندارد نیز نص این اصل نه تنها ممنوعیتی در خصوص امکان اعمال نظارت شرعی بر مصوبات مادون

۱. سجاد ایزدهی، مبانی فقهی نظارت بر قدرت از دیدگاه امام خمینی (ره) (قم: عروج، ۱۳۹۰) ص ۷.

۲. منوچهر طباطبایی مؤتمنی، حقوق اداری (تهران: سمت، ۱۳۸۷) ص ۳۹.

۳. مرتضی حاجی علی خمسه، مصطفی مسعودیان و حمید فعلی، همان، صص ۳۴-۳۵.

۴. حمید فعلی، همان، ص ۶۱.

مصوبات مجلس، پیش از اعتبار حقوقی یافتن جهت لازم‌الاجرا شدن ندارد بلکه نشانه‌هایی مانند عبارت «بر اساس موازین اسلامی باشد» دلالتی است بر تضمین شرعیت مصوبات با ماهیت مقررہ پیش از لازم‌الاجرا شدن. البته از این عبارت می‌توان برداشتی مبنی بر ضرورت انطباق قوانین و مقررات با موازین شرع نیز نمود، اما نظر به اینکه نظارت شرعی بر مصوبات مجلس در حال حاضر مطابق اصل ۹۶ صرفاً از حیث عدم مغایرت مصوبات با احکام شرع است، در نظارت شرعی پیشینی بر مقررات نیز قدر متیقن دلیل معارضی جهت رد امکان نظارت بر عدم مغایرت مقررات با احکام شرع وجود ندارد.

برخی از نویسندگان معتقدند اعمال اصل چهارم قانون اساسی مستلزم نوعی نظارت پسینی است؛ لذا بر خلاف نظارت پیشینی و خودکار بر مصوبات مجلس، این نوع نظارت باید همراه با دادخواهی باشد یعنی زمانی نظارت اعمال می‌شود که کسی ادعای مغایرت موضوعی را با شرع طرح کند.^۱ این نظر دارای اشکالاتی است از جمله اینکه اصل ۴ اینگونه مقرر داشته است: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید بر اساس موازین اسلامی باشد.

این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است.» این عبارات تأکید صریحی بر لزوم اعمال نظارت شرعی به صورت پسینی یا پیشینی ندارد و تنها تأکید این اصل بر آن است که هنگام حقوقی اعم از قانون و مقررہ باید بر اساس موازین شرعی باشند که تحقق این غرض می‌تواند از طریق پیشینی یا پسینی صورت گیرد. به عبارت دیگر طبق نص اصل چهارم با استقرار نظام جمهوری اسلامی، کلیه قوانین و مقررات موضوعه باید طبق موازین اسلامی باشد و در غیر این صورت معتبر نیست.^۲ لذا در این اصل گرایش بیشتری نسبت به سازکاری حس می‌شود که ضمانتی قوی‌تر برای شرعیت قوانین و مقررات محسوب شود. به‌ویژه آنکه در این اصل در مورد لزوم یا نحوه اعمال نظارت شرعی تفاوتی بین «قوانین» و «مقررات» گذاشته نشده است.

۱. ابراهیم موسی‌زاده، «تحلیل فرجام شناختی از اصل چهارم قانون اساسی»، فصلنامه حقوق، دوره چهارم، شماره ۲، (۱۳۸۹)، ص ۳۴۰.

۲. حسین مهرپور، دیدگاه‌های جدید در مسائل حقوقی (تهران: اطلاعات، ۱۳۸۷) ص ۲۷.

۲. مرجحات نظارت شرعی پیشینی

بر اساس آنچه که بیان شد، اصل ۴ قانون اساسی ظرفیت استنباط الگوی نظارت شرعی پیشینی را نیز مانند نظارت شرعی پسینی دارد و لذا در اینجا باید بررسی شود که کدام از این دو سازکار تناسب بیشتری با هدف اصل ۴ دارد. پس از آن بیان می‌شود که چگونه خروج برخی از مقررات از صلاحیت دیوان عدالت اداری می‌تواند ما را به ترجیح نظارت شرعی پیشینی سوق دهد. به ویژه آنکه به همان میزان حکم خلاف شرع در مقررات نظارت شده وجود دارد ممکن است در مقررات نظارت نشده نیز حکم خلاف شرع وجود داشته باشد. در انتها عامل مهم پیشگیری از تضییع حقوق شهروندان از جمله دیگر مرجحات نظارت شرعی پیشینی بر مقررات است.

۲-۱. تناسب بیشتر با هدف اصل چهارم

اگرچه اصول ۹۴ و ۹۵ نسبت به مصوبات مجلس تکلیف را مشخص کرده‌اند و فقهای شورا را موظف به نظارت شرعی پیشینی کرده‌اند اما در خصوص تضمین شرعی بودن مقررات، سکوت قانون اساسی نسبت به اعمال نظارت پیشینی ما را به سمت رد امکان پیشینی بودن این نظارت سوق نمی‌دهد بلکه تأکیدات مؤکد اصل چهارم و دوم در قانون اساسی اقتضای تضمین حداکثری شرعی بودن مقررات است که در سازکار نظارت پیشینی متبلور است. مضافاً اینکه حتی کسانی که در خصوص نظارت شرعی بر مصوبات مجلس قائل به اختصاص این نظارت صرفاً بر قانونگذاری مجلس هستند و نظارت شرعی بر مصوباتی مثل تفسیر قانون عادی و تصویب همه‌پرسی در مجلس را علی‌رغم قید «کلیه مصوبات» در اصل ۹۴ نمی‌پذیرند، مصوبات غیرمجلسی مانند نتیجه همه‌پرسی را به استناد داخل بودن در قوانین و مقررات مذکور در اصول ۴ و ۷۲، لازم به رسیدگی و نظارت تقنینی شورای نگهبان دانسته‌اند؛^۱ لذا می‌توان این مسأله را در مورد مقررات اداری نیز مطرح کرد.

۱. محمد راسخ، همان، صص ۹۷-۹۹.

از یک سو تبعیت هنجارها و قواعد حقوقی فرودین از قواعد فرازین بر اساس اصل سلسله مراتب هنجارهای حقوقی اصلی پذیرفته شده است.^۱ از سوی دیگر اهمیت جایگاه موازین اسلامی و ضرورت حاکمیت آن بر هنجارهای عام‌الشمول در جای جای قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران منعکس شده است. از جمله بر پایه مقدمه قانون اساسی «قانون‌گذاری که مبین ضابطه‌های مدیریت اجتماعی است بر مدار قرآن و سنت، جریان می‌یابد. بنابراین نظارت دقیق و جدی از ناحیه اسلام‌شناسان عادل و پرهیزگار و متعهد (فقهای عادل) امری محتوم و ضروری است ...».

اگرچه ممکن است از نظر برخی حقوقدانان، مقدمه قانون اساسی مستقلاً لازم‌الاجرا محسوب نشود،^۲ اما به جهت امضای آن توسط همه نمایندگان مجلس، بررسی نهایی قانون اساسی به عنوان ابزار عینی تفسیر مانند مقدمه اسناد بین‌المللی معتبر بوده و حتی اعتبارش بیش از مشروح مذاکرات این مجلس است.^۳ به علاوه طبق بندهای (۱) و (۲) اصل دوم قانون اساسی نیز پایه‌های نظام جمهوری اسلامی ایمان به «خدای یکتا (لا اله الا الله) و اختصاص حاکمیت و تشریح به او و لزوم تسلیم در برابر امر او» و همچنین «وحی الهی و نقش بنیادی آن در بیان قوانین» است. مضاف بر این در همین اصل بند (۶) «کرامت و ارزش والای انسان و آزادی توأم با مسئولیت او در برابر خدا» را «از راه اجتهاد مستمر فقهای جامع‌الشرایط بر اساس کتاب و سنت معصومین سلام‌الله علیهم اجمعین» قابل تأمین می‌داند. در نتیجه جهت تحقق یکی از مهمترین اهداف نظام جمهوری اسلامی یعنی اسلامی بودن قوانین و مقررات، با توجه به وجود چنین تضمینی در خصوص قوانین مصوب مجلس و تصریح به «مقررات» در کنار «قوانین» در اصل ۴ قانون اساسی، طراحی سازکاری برای اجرای این اصل نسبت به مقررات نیز ضروری به نظر می‌رسد. لذا با در نظر گرفتن اقتضائات اجرایی شدن چنین سازکاری حتی‌المقدور باید تلاش نمود تضمین حداکثری نسبت به شرعیت مقررات برقرار شود.

۱. ابوالفضل قاضی شریعت‌پناهی، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی (تهران: میزان، ۱۳۸۳) ص ۱۱۱.

۲. سید محمد هاشمی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد ۱ (تهران: میزان، ۱۳۸۸) ص ۶۸.

۳. عباس کعبی، محمدرضا اصغری شورستانی و امیرحسین اصل زعیم، «نقش مقدمه قانون اساسی در تفسیر اصول و شناخت اهداف و رسالت‌های قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، شماره ۱۰، (۱۳۹۳)،

۲-۲. عدم امکان دادخواهی از مقررات خارج از صلاحیت دیوان عدالت اداری

برخی از مقررات به موجب حکم تبصره‌های (۱) و (۲) ماده (۱۲) قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۴۰۲ قابل شکایت در دیوان و به تبع آن استعلام از فقهای شورا نیستند تا مورد ارزیابی شرعی قرار گیرند. لذا ممکن است این قبیل مقررات حقوق شهروندان را نقض نمایند و با توجه به فقدان ظرفیت‌های مناسب در شورای نگهبان برای دادرسی مستقیم شرعی^۱ و اینکه فقهای شورا از ابزارها و الزامات دادرسی که برای مقامات قضایی وجود دارد مانند ضمانت اجرا برای مطالبه اسناد و مدارک مورد نیاز برخوردار نیستند و به جهت عدم الزام به رعایت اصول دادرسی منصفانه مانند اصل تناظر^۲ این سازکار نیز در مورد مقررات مزبور مناسب نیست.

از میان مقررات مذکور در تبصره‌های (۱) و (۲) ماده (۱۲) مزبور، برخی مثل مقررات مجمع تشخیص مصلحت نظام به جهت تأیید رهبری مطابق فراز پایانی اصل ۱۱۲ قانون اساسی، امکان اعمال نظارت شرعی پیشینی ندارند. البته در مورد مقررات مصوب خود شورای نگهبان علی‌رغم احتمال بالای حضور فقهای شورا در حین تصویب، با فرض نادر درج حکمی خلاف شرعی توسط حقوقدانان در جایی که در اکثریت قرار گیرند، امکان اعمال نظارت شرعی پیشینی توسط فقهای شورا وجود دارد. با این حال اگر اکثریت فقها در جلسه تصویب مقررات حاضر باشند و نظرشان مغایرت مقرر با شرع باشد، حقوقدانان نیز مکلف به تبعیت هستند و در فرض، غیبت اکثریت فقهاست که نظارت شرعی پیشینی معنای دقیق‌تری پیدا می‌کند.

مصوبات رئیس قوه قضائیه نیز علی‌رغم مجتهد بودن ایشان، به جهت معیار بودن فتوای فقهای شورا طبق نظر تفسیری ۲۴۳۷ مورخ ۱۳۶۳/۱۰/۱۱ شورای نگهبان امکان مورد نظارت شرعی پیشینی واقع شدن دارد. به علاوه برخی مقررات مثل مقررات مصوب شوراهای عالی انقلاب فرهنگی و فضای مجازی نیز در دیوان رسیدگی نمی‌شوند که

۱. حمید فعلی، همان، صص ۷۴-۷۷.

۲. خیرالله پروین و محمدامین ابریشمی‌راد، «سازوکار مطلوب نظارت فقهای شورای نگهبان بر مقررات دولتی از بستر نظارت دیوان عدالت اداری»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، شماره ۲۰، (۱۳۹۷)، صص ۱۲۱ و ۱۲۲.

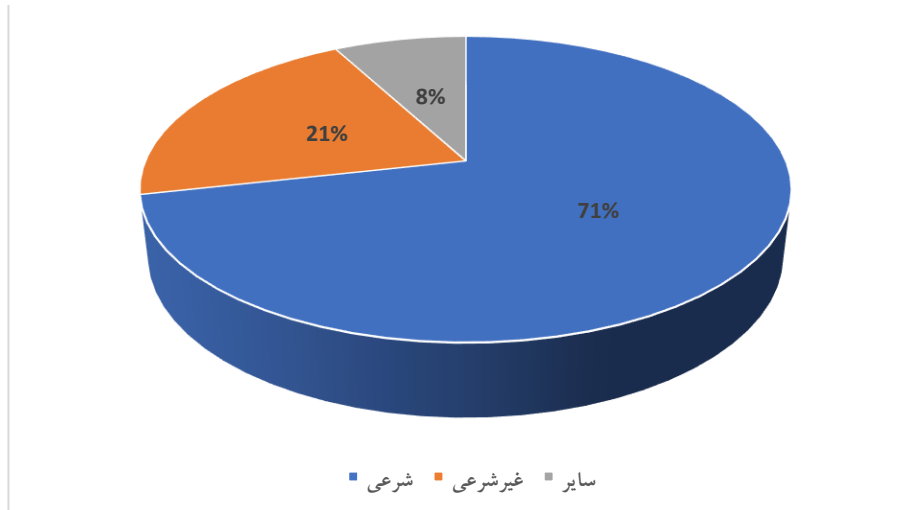
هرچند در قانون دیوان عدالت اداری جدید (مصوب ۱۴۰۲) مفهوم مخالف تبصره (۲) ماده (۱۲) دلالت بر امکان رسیدگی به مصوبات خارج از صلاحیت این دو شورای عالی در هیئت عمومی دیوان دارد، اما همچنان مشخص نیست مراد از این صلاحیت دیوان، صلاحیت رسیدگی از حیث شرعی و استعلام از فقهای شورای نگهبان نیز است یا خیر؟ به نظر می‌رسد تفسیر موسعی از صلاحیت دیوان در اینجا مطابق روح حاکم بر قانون اساسی از حیث تضمین حق دادخواهی مطابق اصول ۳۴، ۱۷۰ و ۱۷۳ و ضرورت نظارت بر شرعی بودن مقررات مطابق اصل ۴ باشد و لذا وضع مصوباتی مغایر شرع توسط شوراهای عالی مزبور را باید خارج از صلاحیت این نهادها و قابل شکایت از حیث شرعی در دیوان عدالت اداری دانست. با این حال ممکن است چنین تفسیری در رویه عملی دیوان دیده نشود، به علاوه مصوبات این دو نهاد از حیث سطح اثرگذاری اهمیت بالایی داشته و تضمین شرعی بودن آنها نیز به تبع آن اهمیت زیادی دارد، لذا اعمال نظارت شرعی پیشینی منافاتی با فرض پذیرش تفسیر فوق از قانون دیوان ۱۴۰۲ ندارد و با وجود اعمال نظارت شرعی پیشینی نیز مجدداً می‌توان از حیث شرعی از آنها شکایت کرد، چه آنکه ممکن است برخی آثار خلاف شرع در زمان اجرا به موجب دادخواهی مشخص شوند.

۳-۲. میزان احتمال وجود حکم خلاف شرع در مقررات نظارت‌نشده

آمارهای وجود خلاف شرع در مقررات مورد استعلام دیوان، ضرورت اعمال نظارت بر اهم مقررات خارج از صلاحیت دیوان و یا حتی موارد داخل در صلاحیت دیوان و شکایت نشده را از حیث وجود احتمال مغایرت با شرع در سایر موارد را بر ما روشن می‌کند. فقهای شورای نگهبان در خصوص نظارت شرعی بر مقررات به صورت غیر خودکار (منفعل) و پسینی با استعلام دیوان عدالت اداری، از بدو انقلاب تا تاریخ ۱۴۰۲/۳/۱۹ در ۱۲۶۴ مورد اقدام به پاسخگویی به دیوان عدالت اداری کرده‌اند. در این میان ۹۰۳ مقرر مغایر با موازین شرع شناخته نشده است و ۲۶۱ مقرر خلاف شرع اعلام شده است و ۹۹ مقرر هم به عللی مانند بلا موضوع بودن اظهار نظر فقهای شورا در صلاحیت دیوان عدالت اداری بودن قضیه، منوط بودن احراز خلاف شرع به احراز امری دیگر و ...، مورد اظهار نظر قطعی واقع نشده

است.^۱ در نمودار زیر نسبت وجود خلاف شرع در کل مقررات مورد نظارت فقهای شورای نگهبان را مشاهده می کنید:

نسبت وجود خلاف شرع در کل مقررات مورد نظارت فقهای شورای نگهبان



نسبت مقررات ابطال شده به کل مقررات مورد استعلام (۲۱٪) است که با توجه به اعمال این نظارت با پراکندگی بین سطوح و سلسله مراتب گوناگون مقررات مصوب نهادها و مقامات، نشان دهنده امکان وجود حدود همین نسبت مقررات خلاف شرع در میان مقرراتی است که نسبت به آنها شکایت و نظارت شرعی نشده است. با در نظر گرفتن مقرراتی که در دیوان عدالت اداری مورد رسیدگی قرار نمی گیرند، میزان وجود حکم خلاف شرع نسبت به سایر مقررات کمتر نیست بلکه می تواند بیشتر هم باشد، کما اینکه بررسی آمار اعلام مغایرت شرع در مورد مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی تا زمانی که در دیوان عدالت اداری به شکایت از آنها رسیدگی و نسبت به شرعیت آنها از فقهای شورای نگهبان استعلام می شد (تا تاریخ ۱۳۹۱/۱۰/۱۲) اثبات کننده این مدعا است؛ زیرا حتی با وجود اینکه تا مدتی به اشتباه مصوبات این شورا به جهت تشکیل آن توسط ولایت

۱. قابل مشاهده در بخش «استعلام دیوان عدالت اداری» سامانه جامع نظرات شورای نگهبان به نشانی: nazarat.shora.ir. تاریخ آخرین مشاهده: ۱۴۰۲/۳/۱۹.

امر غیر قابل شکایت تصور می‌شد،^۱ سه مورد از شش مورد مصوبات مورد شکایت شورای عالی انقلاب فرهنگی مغایر شرع اعلام شده است.^۲ البته طبق تبصره (۲) ماده (۱۲) قانون دیوان عدالت اداری ۱۴۰۲ مصوبات خارج از صلاحیت شورای عالی از حیث شرعی نیز قابل شکایت است.

۲-۴. پیشگیری از تضييع امنيت حقوقی شهروندان

سازگار نظارت پسینی می‌تواند مشکلاتی برای نظام حقوقی کشور به بار بیاورد. بر این مبنا است که جهت رعایت اصول قانونگذاری نظام حقوقی فرانسه مصوبات قوه مجریه قبل از اجرا شدن باید در شورای دولتی بررسی شوند.^۳ در فرانسه برای آیین‌نامه‌های اجرایی تکلیف قانونی است که نظر مشورتی شورای دولتی جلب شود، هر چند در مورد سایر مقررات جلب این نظر اختیاری است.^۴ با نظارت پسینی اگر مقرراتی خلاف شرع باشد (طبق نظر تفسیری مورخ ۱۳۸۰/۲/۱۸ ذیل اصل ۱۷۰) یا به نحو تضييع کننده حقوق اشخاص خلاف قانون باشد و ابطال شود؛ از آنجا که اثر ابطال آن در این موارد طبق ماده (۱۳) قانون دیوان عدالت اداری از روز تصویب است، مشکلاتی را به دنبال خواهد داشت. مصوبه دولتی با یک تصمیم موردی یا قرارداد اداری یکسان نیست و چنانچه باطل شوند بصورت آبشاری با پوشش عرصه‌ای گسترده، تصمیمات و مصوبات ذیل خود را نیز باطل می‌کنند. این بطلان آبشاری و متناوب، برای امنیت حقوقی شهروندان خطر ساز بوده و می‌تواند پیامدهای اقتصادی، اجتماعی سوء داشته باشد.^۵ این تعارض بین اصل حاکمیت قانون و

۱. نظر مورخ ۱۳۷۰/۹/۱۸ فقهای شورای نگهبان در خصوص ادعای خلاف شرع بودن مصوبه هشتاد و سومین جلسه

مورخ ۱۳۶۵/۶/۱۱ شورای عالی انقلاب فرهنگی، قابل مشاهده در نشانی زیر: slink.shora-gc.ir/fimmxe.

۲. مصوبات مورد نظارت شرعی قرار گرفته شورای عالی انقلاب فرهنگی قابل مشاهده در سامانه جامع نظرات شورای نگهبان به نشانی زیر: slink.shora-gc.ir/gyCLT.

۳. حسن خسروی، «تحلیل سازوکار نظارت رئیس مجلس شورای اسلامی بر مصوبات قوه مجریه»، نشریه علوم سیاسی، شماره ۷۲، (۱۳۹۴)، ص ۱۱۶.

۴. منوچهر طباطبایی مؤتمنی، *حقوق اداری تطبیقی* (تهران: سمت، ۱۳۹۱) ص ۷۲.

۵. مسلم آقایی طوق، «تأملی در خصوص اثر ابطال مقررات مغایر با قانون»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، شماره ۲، (۱۳۹۷)، ص ۳۵۲.

مخاطره امنیت حقوقی جامعه، تا حد زیادی با رویکرد پیشگیرانه از طریق نظارت شرعی پیشینی قابل حل است که توضیح داده می‌شود.

در مدت اجرایی بودن مقررہ ابطال‌شده، اعمالی از جانب دستگاه‌ها و مقامات و افراد صورت گرفته است که باید به حالت سابق اعاده شود. گاهی اوقات اوضاع و احوال در طول مدت اجرای مقررہ چنان تغییر می‌کند که اعاده به وضع سابق، بسیار دشوار است یا امکان‌پذیر نیست. لذا همیشه اعاده به وضع سابق در جایی که بر پایه مقررہ نامشروع امور نامشروعی وقوع یافته است آسان نیست. بر همین اساس است که برخی کشورها مثل بلژیک مهلتی برای شکایت از مقررات دولتی مقرر کرده‌اند و شورای دولتی فرانسه قضات را مختار به مدیریت زمان اثر ابطال در صورت وجود مخاطره برای منافع عمومی و خصوصی کرده است. لذا می‌توان اثر ابطال مقررہ مربوط به قانونی که اصلاح می‌شود را از زمان اصلاح قانون مربوطه دانست، نه از زمان تصویب اولیه آن. همچنین با تفسیر قانون زمان اثر ابطال مقررہ مغایر با تفسیر را نباید به قبل از تفسیر تسری داد. به علاوه اینکه ابطال قهقرایی به استناد شرع مطلق بوده و مبتنی بر نظر تفسیری شورای نگهبان امکان قانونگذاری جهت حفظ امنیت حقوقی و حقوق مکتسبه وجود ندارد.^۱ این وضعیت را می‌توان نتیجه نبودن نظارت شرعی پیشینی یا اقلماً نظارت پسینی فعالی که در فاصله کمی از اجرایی شدن مصوبه اعمال شود دانست؛ چرا که اگر چنین نظارتی اعمال شود، بعدها وجه چندانی برای ابطال قهقرایی آن مقررہ باقی نمی‌ماند.

از طرف دیگر نمی‌توان اثر ابطال مقررہ نامشروع را از روز صدور رأی مبنی بر ابطال دانست، چه آنکه علاوه بر اینکه با هدف و بنیان‌های اساسی این نظام که همانا حاکمیت شرع مقدس است، منافات دارد که اموری خلاف شرع را ولو برای مدتی معین که همان معادل زمان بین تصویب مقررہ تا ابطال آن است تجویز نماید. چه بسا مصداق نوعی تبعیض ناروا نیز باشد؛ چرا که وقتی مقررہ‌ای نامشروع بوده است برای همگان نامشروع است و نمی‌توان احکام و شرایط و احیاناً حق یا تکلیف مندرج در مقررہ را برای عده‌ای مجزا دانست و برای عده‌ای نه. مگر آنکه حقی به موجب قانون مورد تایید از جهت شرعی ایجاد

۱. محمدامین ابریشمی راد، «تحلیل حقوقی و فقهی نظرات شورای نگهبان و رویه دیوان عدالت اداری در زمینه تسری اثر ابطال به زمان تصویب مقررات»، فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره ۲۳، (۱۳۹۹)، صص ۱۷-۱۹.

شده باشد و آن حق در مقرر مقرر به این قانون از جهت شرعی ابطال شود تا ابطال قهقرایی آن را نقض حقوق مکتسبه بدانیم^۱ که در این صورت تسری اثر ابطال به بدو تصویب نیز می‌تواند تبعیض آمیز باشد.

حتی اگر بپذیریم که اثر ابطال مقرر از روز ابطال مقرر باشد، باز هم این مشکل پیش خواهد آمد که نظم عمومی بر هم می‌خورد؛ چرا که مردم در مواجهه با دولت و قدرت‌های عمومی دچار بلا تکلیفی شده و هر روز با یک روند و رویه مواجه می‌شوند. این در حالی است که با اعمال نظارت پیشینی می‌توان از بروز این مشکلات پیشگیری کرد؛ چرا که با این نظارت نظر فقهای شورا در خصوص مقرر لازم‌الاتباع بوده و اقلأً به جهت مغایرت با شرع به ابطال بعدی مقرر منجر نخواهد شد. برخی جلوگیری از تعرض احتمالی تعمیم آثار ابطال مقررات به اصل انتظارات مشروع، نظم عمومی و حقوق مکتسبه شهروندان، پیشنهاد اعطای اختیار دخالت پیشینی دیوان در ابطال مقررات خلاف قانون، شرع و خارج از حدود اختیارات را داده‌اند،^۲ در حالی که ماهیت نظارت قضایی پسینی است. راهکار پیشنهادی در این تحقیق، نظارت پسینی اما فعال است و نه منفعل و منوط بر شکایت؛ یعنی در عین حال که با فرض گرفتن عدم مغایرت مقرر با شرع، این مقرر برای اجرا ابلاغ می‌شود، حین یا پس از اعتبار یافتن آن برای اجرا بدون آنکه مقام ناظر منتظر وصول شکایتی در خصوص آن مقرر باشد، فعالانه به اعمال نظارت می‌پردازد.

ممکن است گفته شود که برخی مقررات پس از اجرا آثار خلاف شرع خود را آشکار می‌سازند و شاید نتوان قبل از اجرا آن را تشخیص داد.^۳ در پاسخ باید گفت چنین مسأله‌ای به صورت استثنائی ممکن است رخ دهد، در حالی که در اکثر موارد می‌توان از نص مقرر پی به بسیاری از موارد خلاف شرع برد. از آنجا که نباید در زمان پی‌ریزی یک قاعده، استثنا را اصل قرار داد، در نتیجه اکتفا به نظارت پسینی و منفعل آن هم مدت‌ها پس از اجرای یک مصوبه معقول نیست.

۱. همان، ص ۱۹.

۲. جواد محمودی، «اثر ابطال مقررات دولتی بر حقوق مکتسبه اشخاص»، فصلنامه حقوق اداری، سال ششم، شماره ۶، (۱۳۹۳)، ص ۹۶.

۳. غلامحسین مزارعی، *جهات ابطال مصوبات دولت در دیوان عدالت اداری و شورای نگهبان*، چاپ اول (تهران: خرسندی، ۱۳۹۲) ص ۲۰۵.

بنابراین از جمله موارد مهمی که ارتباط وثیقی با پیشینی بودن نظارت شرعی دارد، احترام به حقوق اشخاص است. در این موارد می‌توان از ظرفیتی که نظارت شرعی برای حمایت از حقوق اشخاص دارد استفاده کرد؛ چرا که بسیاری از حقوق قانونی اشخاص در نظام جمهوری اسلامی ایران ریشه در شرع داشته و نقض آنها مورد ایراد فقهای شورا بوده است. از جمله این حقوق می‌توان به حقوق مالکانه، حق بر دادخواهی، حق بر اشتغال، حقوق تأمین اجتماعی و حق بر آموزش اشاره کرد که با نظارت شرعی پیشینی می‌توان از تنزیع آنها پیشگیری کرد.

۳. چالش‌های نظارت شرعی پیشینی بر مقررات

بر پایه مطالب پیش گفته، می‌بایست به دنبال سازکاری برای تأمین غرض مقنن اساسی از رعایت موازین اسلامی به شکلی حداکثری و کارآمد بود. در این خصوص چالش‌هایی وجود دارد که در ادامه به تحلیل آنها پرداخته می‌شود.

۳-۱. چالش‌های ناظر به اصول حقوق اداری

دسته اول از چالش‌های فراروی نظارت شرعی پیشینی بر مقررات از حیث رعایت اصول حقوق اداری است که از میان این اصول، موارد مربوط به چنین نظارتی را تحلیل نموده و پاسخ یا راهکار مناسب حسب مورد طرح می‌شود.

۳-۱-۱. نقض اصل استمرار خدمات عمومی

طبق اصل تداوم یا استمرار خدمات عمومی، این امور به جهت ضرورت پاسخگویی مداوم به نیازهای عمومی، تعطیل بردار نیست و نیازمند تداوم است؛ هرچند که ممکن است موقتاً یا دائماً دچار وقفه شوند.^۱ در این خصوص ممکن است گفته شود اعمال فرآیند نظارت شرعی بر مصوبات اجرایی به صورت پیشینی، با اصل استمرار خدمات عمومی منافات دارد و ممکن است منجر به تعطیل شدن خدمات عمومی و به تبع آن نقض حقوق شهروندان مبنی بر دریافت خدمات از جانب اداره در مقام انجام وظایف اداری شود.

۱. مهدی هداوند و علی مشهدی، اصول حقوق اداری (در پرتو آرای دیوان عدالت اداری)؛ همراه با مطالعه تطبیقی در (حقوق فرانسه، سوئیس، آلمان، مصر، لبنان، انگلیس و آمریکا)، چاپ دوم (تهران: خرسندی، ۱۳۹۱) ص ۲۰۱.

در این خصوص باید گفت اعمال نظارت پیشینی به معنی تعطیل شدن امور مذکور در مقررات نیست بلکه این مقررات پس از طی فرآیند معقول و متناسب نظارت به نحوی که این نظارت منجر به خدشه به نظم عمومی و به بن بست برخوردن اداره امور اداری نشود، معتبر بوده و قابل اجرا هستند. با تعیین مهلت متناسب برای اظهار نظر فقها می توان این اشکال را پاسخ داد؛^۱ زیرا اولاً در اصل استمرار یا تداوم خدمات عمومی نیز بطور کلی هرگونه وقفه در ارائه خدمات عمومی رد نمی شود و اساساً ارائه خدمات عمومی در سایر کشورها نیز باید در چارچوب اصل حاکمیت قانون صورت پذیرد و بر این اساس است که اعمال و تصمیمات قوه مجریه باید تابع کنترل قضایی باشد،^۲

لذا می توان گفت مبتنی بر مبانی نظام جمهوری اسلامی ایران نیز به منظور تحقق حاکمیت شرع چنین نظارتی مانع ارائه خدمات عمومی مشروع نیست، اما بطور کلی خدمات عمومی نامشروع نیز مانند خدمات عمومی غیرقانونی خارج از دایره اصل استمرار خدمات عمومی است. ثانیاً آنچنان که از نتایج برخی از چالش های دیگر در خواهیم یافت، بنا نیست که نظارت شرعی پیشینی بر تمامی مقررات اداری در کلیه سطوح اعمال شود و قدر مسلم چنین ظرفیتی مستقیماً برای فقهای شورای نگهبان قابل تعریف و تصور نیست. بنابراین نظارت شرعی پیشینی بر بخشی از مقررات در سطوح بالاتر سلسله مراتب هنجارهای حقوقی موجب اخلال در رعایت اصل استمرار در ارائه خدمات عمومی و تعطیل نشدن این خدمات نسبت به مقررات اجرایی نیست. به علاوه برخی از خدمات عمومی مانند برقراری نظم و امنیت عمومی که مبتنی بر سیره پیامبر (ص) و معصومین (ع) استمرار آنها ریشه شرعی نیز دارد،^۳ از آنجا که ملاک تشخیص موازین اسلامی نظر فتوایی فقهای شورا است، در چارچوب این موازین شرعی باید تفسیر شود.

با این حال نهایتاً باید پذیرفت که نظارت شرعی پیشینی که نسبت به برخی از مقررات مهم تر اعمال می شود در صورتی که به نحوی مغایر با شرع منجر به تعطیلی خدمات عمومی

۱. حمید فعلی، همان، ص ۸۵

۲. احمد مرکز مالگیری، حاکمیت قانون؛ مفاهیم، مبانی و برداشت ها (تهران، مرکز پژوهش های مجلس، ۱۳۹۴) صص ۱۵۷-۱۵۸.

۳. ولی رستمی، رضا رشیدی، «نقد و تحلیل نظریه خدمات عمومی و اصول حاکم بر آن، مبتنی بر آموزه های اسلامی»، فصلنامه حکومت اسلامی، شماره ۸۶، (۱۳۹۶)، ص ۱۶۹.

شود و یا حتی در مواردی که عقلاً امکان توقف در خدمات عمومی تا زمان اعمال نظارت نیست مانند موارد خدشه به نظم عمومی، قابل اعمال نیست و از طریق سازکارهای دیگری می توان نظارت شرعی را اعمال نمود.

۲-۱-۳. نقض اصل تسریع در ارائه خدمات عمومی

از آنجا که حق شهروندان بر رسیدگی مناسب در سریعترین زمان ممکن، تکلیف پاسخگویی در زمان معقول را نیز بر مقامات عمومی بار می نماید،^۱ یک اشکال دیگر که احتمال مطرح شدن آن نسبت به تحقق سازکار نظارت شرعی پیشینی بر مقررات وجود دارد، این است که با وجود ضرورت تسریع در تصویب و اعتباربخشی و اجرای مقررات اداری، نظارت شرعی پیشینی ممکن است باعث ایجاد خلل و تأخیر در اجرایی شدن این مقررات شود؛ زیرا باید فاصله زمانی معقولی میان تصمیم اداره و اقدام برای ارائه خدمت عمومی برقرار باشد و تأخیر بلا توجیه جایز نیست.^۲

در پاسخ این اشکال باید گفت که لزوماً تمامی مقررات اجرایی نیاز به اجرای سریع ندارند بلکه در بسیاری موارد خود قانون گذار مهلت هایی را برای تصویب مقررات توسط مجری قانون مقرر کرده است. برای مثال گزارش معاونت نظارت مجلس شورای اسلامی در دوره دهم در خصوص نظارت بر تهیه و تصویب آیین نامه های اجرایی و سایر مقررات تصریح شده در قوانین اینگونه بیان شده است: «مجلس شورای اسلامی، در اولین سال دوره دهم در ۵۷ قانون مصوب خود، به لزوم تهیه و تصویب ۱۱۰ فقره آیین نامه اجرایی و سایر مقررات توسط هیئت وزیران حکم کرده است ... از این تعداد، مهلت تهیه و تصویب ۵۹ مقررهنوز به پایان نرسیده و دولت فرصت دارد در این زمینه اقدام نماید ...»^۳ به علاوه نظارت شرعی پیشینی را می توان نسبت به بخشی از مقررات مهم تر که در سطوح بالاتر سلسله مراتب هنجاری هستند مانند آیین نامه اعمال کرد و نه تمامی سطوح مقررات مادون

۱. مهدی هداوند و علی مشهدی، همان، ص ۲۰۱.

2. Herwig C. H. Hofman, Gerard C. Rowe, Alexander H. Türk, *Administrative Law and Policy of the European Union* (Oxford: Oxford University Press, 2013) P. 196-197.

۳. معاونت نظارت مجلس شورای اسلامی، «گزارش اقدامات نظارتی مجلس شورای اسلامی در اجلاس اول دوره دهم مجلس»، (۱۳۹۶)، ص ۴.

مانند دستورالعمل و بخشنامه. لذا در مورد مقررات سطح پایین تر این اشکال سالبه به انتفای موضوع است. بعلاوه اینکه در کشورهای مختلف نیز مهلت‌هایی در قوانین اداری برای رسیدگی معین شده است که میانگین مشهور آنها یک ماه است.^۱ بنابراین در اغلب موارد با تعیین مهلت قانونی معقول و مناسب برای اعمال نظارت پیشینی بر این مصوبات، تعارضی با اصل سرعت در پاسخگویی پیش نمی‌آید.

با این حال در موارد خاصی که اقتضای تکلیف مقرر شده در قانون نسبت به ارائه خدمات عمومی سرعت در تصویب و اجرای مقررات اجرایی باشد، به نحوی که مهلت بسیار اندکی برای تصویب آن وجود داشته باشد و تأخیر در تصویب آنها به موجب نظارت شرعی پیشینی می‌تواند ناقض حق قانونی شهروندان گردد، می‌توان استثنا قائل شد. با توجه به اینکه بند (۱۰) اصل سوم قانون اساسی نیز «ایجاد نظام اداری صحیح و حذف تشکیلات غیرضرور» را مقرر کرده است و از سوی دیگر مقدمه قانون اساسی نیز «اجرای احکام و مقررات اسلامی به منظور رسیدن به روابط و مناسبات عادلانه حاکم بر جامعه» را از طریق طرد نظام بوروکراسی جهت ایجاد «نظام اجرایی با کارایی بیشتر و سرعت افزون‌تر در اجرای تعهدات اداری» بیان داشته است. در نتیجه با وجود اینکه نظارت شرعی پیشینی بر مقررات، اطمینان‌بخشی بیشتری نسبت به نظارت پسینی از جهت زمان اعمال نظارت خواهد داشت، در مواردی که به دلایلی نظارت پیشینی مقدور نیست، نظارت شرعی پسینی و فعال بر مقررات، می‌تواند تا حد ممکن شرعیت مقررات را تضمین نماید.

بنابراین همان‌طور که از قانون اساسی بر می‌آید، اعمال نظارت شرعی پیشینی بر مقررات نیز نباید به نحوی باشد که عامل خدشه به کارایی و سرعت بیشتر در خدمات اداری باشد و بدین طریق با برقراری شکلی متناسب و استثنائی از نظارت شرعی پیشینی بر اهم مقررات، این چالش نیز رفع می‌شود. مقام صالح تعیین ضابطه برای ضرورت داشتن تسریع در تصویب مقررات را می‌توان قانون‌گذار دانست؛ زیرا در اغلب موارد این قانون‌گذار است که مهلتی برای تصویب آیین‌نامه‌ها و مقررات اجرایی تعیین می‌کند و وظیفه ذاتی مجلس شورای اسلامی نیز تشخیص مصالح جامعه در مرحله تقنین است که در صورتی که مصالح و منافع عمومی ایجاب کند می‌تواند مهلت تصویب مقررات را به

۱. مهدی هداوند و علی مشهدی، همان، صص ۱۸۹-۱۹۰.

میزان حداقل ممکن تعیین کند تا سریعاً ارائه خدمات عمومی در آن زمینه مهیا گردد. موارد مبتلابه چنین مهلت‌های اندکی را می‌توان در قوانین بودجه سالانه کل کشور دید که نیاز به اجرای سریع آنها جهت تخصیص بودجه مربوطه و اجرای قانون وجود دارد. برای مثال در قانون بودجه سال ۱۴۰۱ کل کشور، جزء (۶) بند (الف) تبصره (۴) در مورد اخذ عوارض، جزء (۲) بند (ه) در مورد ارائه خدمات هوشمند و بند (م) تبصره (۷) در مورد واگذاری مجوز معدن، جزء (۷) بند (ک) تبصره (۱۷) در مورد مصرف اعتبارات برای ارائه خدمات سلامت به صورت الکترونیک، یک ماه مهلت برای تصویب مقررات مقرر شده است و از جمله خدمات فوری محسوب می‌شود. طبعاً در چنین مواردی ضرورتی برای به تعویق انداختن مقررات‌گذاری جهت اعمال نظارت شرعی به صورت پیشینی نیست.

۳-۱-۳. عدم تعارض نظارت پیشینی با اصل انطباق

خدمات دولتی باید مطابق اوضاع و احوال و نیازهای روز ارائه شود و بی‌توجهی دولت به مسئله بهره‌مندی شهروندان از خدمات پیشرفته ناقض حقوق آنها است.^۱ ممکن است با توجه به این اصل از اصول حقوق اداری در رابطه با انطباق ارائه خدمات عمومی با شرایط جامعه، اشکالی مبنی بر تراحم عملی سازکار نظارت پیشینی بر مقررات به‌ویژه از حیث شرعی مطرح شود و ادعا شود که با توجه به تعلق عمده احکام شرعی به متون و نصوص کهن شرعی، موکول کردن اجرای محتوای به‌روز شده مقررات جدید به تأیید فقهای شورای نگهبان به جهت فقدان فتاوی به‌روز در بسیاری موارد که مسائل از قبیل مسائل مستحدثه است، مانع ارائه خدمات عمومی پیشرفته به شهروندان و به تبع آن نقض حقوق آنها شود.

پاسخ این ایراد آن است که سازکار نظارت شرعی پیشینی یک شکل و ظرف است برای تطبیق موضوعات با احکام شرع و تأثیر مستقیمی در مبانی و قواعد ماهوی مورد استناد فقها نمی‌گذارد، همان‌طور که مدل دیگری از نظارت شرعی مثل پسینی یا دادرسی شرعی آن تأثیر را نمی‌گذارد. به علاوه، فقهای شورا در برخی موارد از نظارت بر اعمال دولت،

1. Robert Elgie, *The Changing French Political System* (Oxfordshire: Routledge, 2000) P. 167.

در مسائل مستحدثه به اقتضات نیاز روز جامعه توجه داشته‌اند. از جمله نمونه‌هایی که در نظارت فقهای شورای نگهبان بر مقررات مورد استعلام دیوان عدالت اداری می‌توان یافت در مورد ادعای خلاف شرع بودن مصوبه مورخ ۱۳۸۶/۲/۱۶ کمیسیون ماده پنج شورای عالی شهرسازی و معماری ایران است که اینگونه مقرر کرده بودند: «اطلاق مصوبه مذکور خلاف شرع دانسته شد. توضیح اینکه چون مصوبه مزبور موجب تجویز تخریب مسجد و عدم احداث مجدد آن در همان مکان سابق بدون ضرورت ملزمه گردیده است، بنابراین خلاف موازین شرع می‌باشد.»^۱ مفهوم مخالف این نظر امکان صدور جواز تخریب مسجد در صورت وجود مصلحت و ضرورت ملزمه را بیان می‌کند که نشان از توجه فقهای شورا به ضرورت‌های عمومی و طبعاً عدم نقض اصل انطباق در ارائه خدمات عمومی دارد.

۲-۳. ممانعت اعمال نظارت پیشینی از دادخواهی شرعی و پالایش مقررات گذشته

ممکن است با اعمال نظارت شرعی پیشینی بر مقرره‌ای، این شائبه رخ دهد که دیگر نمی‌توان از آن در دیوان عدالت اداری از حیث شرعی دادخواهی کرد. پاسخ آنکه نظارت پیشینی بر مقررات تراجمی با امکان دادخواهی شرعی بر همان مقررات ایجاد نمی‌کند؛ چه آنکه نسبت به برخی قوانین نیز علی‌رغم اینکه سابقاً نظارت شرعی پیشینی اعمال شده است، اما پس از اجرای آن، آثار خلاف شرعش بروز کرده است و اصل قانون مربوطه که قبلاً به تأیید فقهای شورا رسیده بود، توسط ایشان ابطال شده است.^۲ نسبت به مقررات نیز با تنقیح مناط می‌توان گفت مانعی از حیث دادخواهی شرعی نسبت به مقرره‌ای که نظارت شرعی پیشینی بر آن شده است وجود ندارد.

پذیرش نظارت پیشینی فقهای شورای نگهبان ممکن است این چالش را به ذهن متبادر کند که امکان نظارت بر مقررات گذشته وجود ندارد. در پاسخ باید گفت نظارت بر مقررات گذشته و پالایش آنها نافی پذیرش اعمال نظارت شرعی پیشینی بر مقررات آتی نیست. از طرفی با عنایت به اینکه در اصل ۴ قانون اساسی نظارت شرعی فقهای شورای

۱. نظر شماره ۹۵/۱۰۲/۲۰۰۱ مورخ ۱۳۹۵/۶/۲، قابل مشاهده در نشانی: slink.shora-gc.ir/HBQ5s.

۲. قابل مشاهده در نشانی زیر: <https://slink.shora-gc.ir/1kycC>.

نگهبان بر مقررات، مقید به زمان خاصی نشده است؛ لذا این اصل شامل مصوبات گذشته نیز می‌شود خصوصاً که در نظام اسلامی از طریق آرای عمومی پذیرفته شده است که هنجار خلاف شرع نباید اجرا شود.^۱ بنابراین مقرراتی که تا زمان شروع اعمال نظارت شرعی پیشینی به تصویب رسیده‌اند، باید تحت نظارت شرعی مستقیم یا غیرمستقیم فقهای شورای نگهبان واقع شوند. راهکار آن هم این است که طی بازه زمانی مشخص کلیه قوانین و مقررات که پیش از شروع نظارت شرعی پیشینی به تصویب رسیده‌اند، به تدریج مورد بررسی و اظهارنظر فقهای شورای نگهبان به صورت مستقیم یا غیر مستقیم در سازکار پیشنهادی زیر نظر فقهای شورا قرار گیرند تا از شرعی بودن کلیه آنها و عدم اجرای قواعد و ضوابط مغایر شرع در نظام حقوقی ایران اطمینان حاصل شود.^۲ به‌ویژه آنکه بند (۲) سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری ابلاغی ۱۳۹۸/۷/۶ مقام معظم رهبری این‌گونه مقرر کرده است: «۲- ارزیابی و پالایش قوانین و مقررات موجود کشور از حیث مغایرت با موازین شرعی و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و ایجاد سازوکار لازم برای تضمین اصل چهارم قانون اساسی.» در نتیجه پالایش قوانین و مقررات گذشته از جهت شرعی، وظیفه‌ای است که مقام معظم رهبری بر عهده فقهای شورای نگهبان نهاده است و نظارت شرعی پیشینی مانع آن نیست.

۳-۳. چالش‌های ناظر به موانع ساختاری شورای نگهبان

چالش‌های دیگری که بیشتر از جهت درون‌سازمانی و ساختاری در مورد فقهای شورای نگهبان در مورد سازکار مورد بحث مطرح می‌شود، از یک جهت نسبت به تزامن با سایر کارویژه‌های فقهای شورا است و از جهت دیگر در خصوص عدم تناسب ساختار شورای نگهبان برای نظارت پیشینی بر حجم زیاد مقررات است. در ادامه این دو چالش را تحلیل نموده و حسب مورد پاسخ یا راهکار متناسب تبیین می‌شود.

۱. سید محمد هاشمی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد ۲، چاپ دوازدهم (تهران: میزان، ۱۳۸۵) ص ۲۴۵.

۲. حمید فعلی، همان، ص ۹۲.

۱-۳-۳. تزامم نظارت شرعی پیشینی با سایر کارویژه‌های فقهای شورای

نگهبان

در سال‌های اولیه فعالیت شورای نگهبان، این شورا در نظر شماره ۶۴۳۱ مورخ ۱۳۶۵/۸/۲۰ اینگونه اذعان نموده بود: «چون بررسی کل آیین‌نامه در شورای نگهبان با کثرت مشاغل میسر نیست، مقتضی است هر کدام از مواد که از لحاظ شرعی مورد شبهه است با ذکر جهت آن مرقوم فرماید تا پاسخ مقتضی داده شود.» این نظر اشاره به نداشتن فرصت کافی فقهای شورا برای رسیدگی به تمامی مواد مصوبه مورد استعلام دیوان عدالت اداری به علت کثرت مشاغل دارد و البته برخلاف نظر برخی نویسندگان^۱ فقهای شورا در مقام سلب صلاحیت از خود در نظارت شرعی بر مقررات نیستند.

از سوی دیگر دستگاه‌های اجرایی بنا بر وظایف ذاتی خود با امور اجرایی در ارتباط هستند که اغلب تحت تأثیر مسائل گوناگون در حال تغییر و تحول هستند و به تبع این قضیه اداره این امور ایجاب می‌نماید که دستگاه اجرایی در عین تلاش بر حفظ ثبات در امور بنیادی و به‌ویژه امور حاکمیتی، در بسیاری از موارد هم مقررات را به‌روزرسانی کرده و به اقتضای نیازمندی مردم دست به وضع مقررہ بزند. این مسئله در عمل منجر به کثرت مقررات موضوعه شده است که طبعاً نظارت بر آنها با توجه به سایر کارویژه‌هایی که اعضای شورای نگهبان اعم از نظارت بر انتخابات و نظارت بر مصوبات مجلس شورای اسلامی از حیث انطباق با موازین شرع و قانون اساسی دارند، خارج از حدود توان اعضای شورای نگهبان به نظر می‌رسد. این چالش را می‌توان مانعی جدی در تحقق سازکار نظارت شرعی پیشینی بر مقررات تلقی کرد. ارائه پاسخ به این چالش مستلزم توجه به این نکته است که در سازکار مطلوب تضمین‌کننده شرعیت مقررات، در پی نظارت مستقیم فقهای شورا به صورت پیشینی بر تمام مقررات نیستیم؛ چرا که با توجه به حجم کثیر مقررات و فرصت محدود آنها، امکان عملی اجرای این سازکار محال است. بنابراین طبق قاعده عقلی تقدم اهم بر مهم، مصوباتی که اهمیت بیشتری دارند یا زمان بررسی آنها مضیق است را

۱. سید مجتبی واعظی، «نقش دیوان عدالت اداری در دادرسی شرعی مقررات اداری»، مطالعات حقوقی، شماره ۱، (۱۳۸۸)، ص ۱۴۲.

می توان در اولویت بررسی قرار داد^۱ و با معیارهایی آنها را گزینش و مهم ترین مقررات را مورد نظارت شرعی پیشینی قرار داد.

۲-۳-۳. عدم تناسب ساختار فعلی شورای نگهبان با سازکار نظارت شرعی

پیشینی

علاوه بر مطالب فوق، ارائه راهکار صحیح برای این مسئله نیاز به واکاوی ابعاد دیگری نیز دارد. از یک سو ساختار شورای نگهبان به منظور فراهم شدن زمینه اعمال نظارتی جامع و کارآمد با حجم وسیع قوانین و مقررات تناسب نداشته و باید مورد بازنگری قرار گیرد. از سوی دیگر مطابق بند (۲) و (۳) سیاست‌های کلی نظام قانون‌گذاری باید قوانین سابق به ویژه قوانینی که در رژیم سابق تصویب شده‌اند، به دقت مورد نظارت و پالایش از حیث قانون اساسی و شرع قرار بگیرند. البته با اعمال اصلاحاتی که در پاسخ فقهای شورا به استعلامات دیوان عدالت اداری ذکر شد، با ساختار فعلی نیز می‌توان سازکار نظارت شرعی پیشینی بر اهم مقررات را محقق کرد.

بنابراین به منظور کارآمدتر شدن نظارت پسینی فقها از بستر دیوان عدالت اداری نیز باید با تدابیری از قبیل ایجاد قابلیت استناد به نظرات مشابه در هیئت عمومی دیوان که در رویه فقهای شورا نیز دیده می‌شود^۲ و تقدم زمانی نظارت بر مقررات از حیث قانونی بر نظارت از حیث شرعی، از یک سو زمینه کاهش فرآیند اطلاع دادرسی در دیوان را فراهم کرد و از سوی دیگر حجم پرونده‌های ارسالی از دیوان به شورا را کاهش داد تا در نتیجه از مشغله‌های فقهای شورای نگهبان کاسته شده و منجر به ایجاد فرصت برای نظارت پیشگیرانه بر مقررات مهم‌تر شود. شایان ذکر است که این زمینه تا حدودی با اصلاحیه سال ۱۴۰۲ قانون دیوان عدالت اداری در بند (۲) ماده (۸۷) قانون دیوان عدالت اداری فراهم شده است؛ بدین صورت که ابتدا هیئت عمومی دیوان مقررات مورد شکایت را از سایر جهات غیر از جهت شرعی مورد بررسی قرار می‌دهد و در صورت ابطال از زمان

۱. فرج‌الله هدایت‌نیا، محمدهادی کاویانی، بررسی فقهی حقوقی شورای نگهبان، (تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۰)، ص ۱۴۵.

۲. سیده فاطمه فقیهی و زینب عساکره، «تحلیل حقوقی آثار نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر قوانین و مقررات»، فصلنامه حکومت اسلامی، شماره ۹۹، (۱۴۰۰)، صص ۱۰-۱۱.

تصویب مقررات، دیگر از فقهای شورای نگهبان استعلام شرعی نمی‌کند. با این حال به جهت استثنا بودن و قلت موارد بروز چنین حالتی به نظر می‌رسد بهتر آن است که اصل بر آن باشد که ابطال مقررات از جهات قانونی نیز از بدو تصویب باشد مگر اینکه امکان اجرای چنین رأیی وجود نداشته باشد. در این حالت استعلام از فقهای شورای نگهبان نیز به میزان قابل توجهی کاهش می‌یابد.

راهکار دیگر در جهت رفع نقص ساختاری شورای نگهبان در این زمینه استفاده از ساختارهای موجود و فعال نشده است. یکی از مهمترین این موارد را می‌توان ماده (۸۶) قانون دیوان عدالت اداری دانست که تاکنون به درستی اجرا نشده است. مطابق این ماده «در صورتی که رئیس قوه قضاییه یا رئیس دیوان به هر نحو از مغایرت یک مصوبه با شرع یا قانون یا خروج آن از اختیارات مقام تصویب کننده مطلع شوند، موظفند موضوع را در هیأت عمومی مطرح و ابطال مصوبه را درخواست نمایند.» هرچند در اصلاحیه سال ۱۴۰۲ این قانون ماده مزبور تغییری نکرده است، اما اولاً می‌توان این پیشنهاد را مطرح کرد که به جهت زیاد بودن حجم مقررات، رئیس قوه قضاییه و رئیس دیوان عدالت اداری از طریق سازکاری مناسب اهم مقررات را مورد بررسی قرار داده و با فعال شدن سازکار ماده (۸۶) قانون دیوان عدالت اداری این دو مقام در جهت رفع نقص ساختاری شورای نگهبان نقش مکمل را ایفا نموده و پس از کشف حکم مغایرت با شرع در مقررات مهم، موارد مغایر شرع را به فقهای شورای نگهبان اعلام نمایند تا ایشان مطابق ماده (۸۷) قانون فوق، نظر خود را به هیئت عمومی دیوان عدالت اداری اعلام نمایند. البته در بازنگری قانون دیوان در تبصره (۱) ماده (۸۷)، مجوز ایجاد ساختارهای مناسب برای فقهای شورای نگهبان پیش‌بینی شده است که اجرای این تبصره توسط فقهای شورا چه از طریق بکارگیری سازکار ماده (۸۶) به صورت پسینی و فعال و چه ایجاد ساختار مستقل زیر نظر خود فقهای شورا می‌تواند رافع نقص ساختاری شورای نگهبان در نظارت پیشینی بر مقررات باشد.

نتیجه‌گیری

نظارت شرعی پیشینی بر مقررات به جهت اعمال پس از تصویب و قبل از لازم‌الاجرا شدن مانند نظارت بر مصوبات مجلس امکان‌پذیر است. کاربست سازکار نظارت شرعی پیشینی از جهت تناسب بیشتر با هدف اصل چهارم قانون اساسی نسبت به سایر اقسام نظارت بویژه



نظارت پسینی، مرجح به نظر می‌رسد. همچنین پیشینی بودن نظارت شرعی اقلأً بر اهم مقرراتی که دادخواهی شرعی از آنها در دیوان عدالت اداری میسور نیست و نیز از جهت تضمین امنیت حقوقی شهروندان و جلوگیری از نقض حقوق آنها که اعاده آن در صورت ابطال پسینی مقررات دشوار به نظر می‌رسد، دارای ترجیح نسبت به سایر اقسام نظارت است. به‌ویژه آنکه ابهاماتی در تبصره (۲) ماده (۱۲) قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۴۰۲ از حیث امکان دادخواهی از حیث شرعی نسبت به مصوبات شوراها ی عالی فراقوه‌ای هنوز باقی است.

چالش‌های ناظر به اصول استمرار و تسریع در ارائه خدمات عمومی، نظارت شرعی پیشینی را با مانعی جدی مواجه نمی‌کند؛ زیرا هم امکان جعل، مهلتی برای اظهار نظر هست و هم نظرات فقهای شورا بعضاً در جهت تضمین این اصول بوده است، به علاوه مقرراتی را که تأخیر در تصویب و اجرای آنها جایز نیست استثنائاً می‌توان خارج از سازکار نظارت شرعی پیشینی مورد نظارت شرعی قرار داد. ممکن است ساختار و سازمان از جهت سایر کارویژه‌های فقهای شورای نگهبان، تناسب و ظرفیت لازم جهت تحقق چنین سازکاری را نداشته باشد، اما از یک سو با اکتفا به نظارت شرعی پیشینی بر مصادیق اهم مقررات و از سوی دیگر با اصلاحاتی در جهت کاهش استعلامات دیوان عدالت اداری از شورا مانند قابلیت استناد به رویه فقهای شورا در موارد مشابه و نیز با بازنگری در سازمان شورا جهت فراهم کردن مقدمات این نظارت، تحقق آن چندان دشوار به نظر نمی‌رسد. به علاوه رئیس قوه قضائیه و رئیس دیوان می‌توانند در جهت رفع نقص ساختاری شورای نگهبان با بررسی مقررات مهم، موارد مغایر شرع را به فقهای شورای نگهبان اعلام نمایند؛ البته در تبصره (۱) ماده (۸۷) قانون دیوان عدالت اداری ۱۴۰۲ نیز زمینه ایجاد ساختار متناسب به منظور نظارت شرعی بر مقررات فراهم شده است.

تعارض منافع

تعارض منافع وجود ندارد.

ORCID

Mohammad Bahadori		https://orcid.org/0000-0003-2237-5957
Jahromi		https://orcid.org/0000-0002-0179-7424
Hamid Fe'li		https://orcid.org/0000-0002-9784-882X
Mahdi Ebrahimi		

منابع

کتاب‌ها

- ایزدهی، سجاد، مبانی فقهی نظارت بر قدرت از دیدگاه امام خمینی (ره) (قم: عروج، ۱۳۹۰).
- آینه‌نگینی، حسین و حامد نیکونهاد، «نظارت»، مندرج در کتاب آشنایی با مفاهیم قانون اساسی؛ تحلیل برخی کلیدواژگان قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۸).
- راسخ، محمد، نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی، چاپ ۲ (تهران: دراک، ۱۳۹۰).
- طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری (تهران: سمت، ۱۳۸۷).
- _____، حقوق اداری تطبیقی (تهران: سمت، ۱۳۹۱).
- قاضی شریعت پناهی، ابوالفضل، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی (تهران: میزان، ۱۳۸۳).
- مرکز مالگیری، احمد، حاکمیت قانون؛ مفاهیم، مبانی و برداشت‌ها (تهران، مرکز پژوهش‌های مجلس، ۱۳۹۴).
- مزارعی، غلامحسین، جهات ابطال مصوبات دولت در دیوان عدالت اداری و شورای نگهبان، چاپ اول (تهران: خرسندی، ۱۳۹۲).
- مهرپور، حسین، دیدگاه‌های جدید در مسائل حقوقی (تهران: اطلاعات، ۱۳۸۷).
- هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد ۲، چاپ دوازدهم (تهران: میزان، ۱۳۸۵).
- _____، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد ۱ (تهران: میزان، ۱۳۸۸).
- هداوند، مهدی و مشهدی، علی، اصول حقوق اداری (در پرتو آرای دیوان عدالت اداری)؛ همراه با مطالعه تطبیقی (در حقوق فرانسه، سوئیس، آلمان، مصر، لبنان، انگلیس و آمریکا)، چاپ دوم (تهران: خرسندی، ۱۳۹۱).
- هدایت‌نیا، فرج‌الله و کاویانی، محمدهادی، بررسی فقهی حقوقی شورای نگهبان (تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۰).

مقاله‌ها

- آقایی طوق، مسلم، «تأملی در خصوص اثر ابطال مقررات مغایر با قانون»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، شماره ۲، (۱۳۹۷).
- ابریشمی راد، محمدامین، «تحلیل حقوقی و فقهی نظرات شورای نگهبان و رویه دیوان عدالت اداری در زمینه تسری اثر ابطال به زمان تصویب مقررات»، فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره ۲۳، (۱۳۹۹).
- پروین، خیرالله و محمدامین ابریشمی راد، «سازوکار مطلوب نظارت فقهای شورای نگهبان بر مقررات دولتی از بستر نظارت دیوان عدالت اداری»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، شماره ۲۰، (۱۳۹۷).
- حاجی علی خمسه، مرتضی، مسعودیان، مصطفی و فعلی، حمید، «سازوکار مطلوب نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، شماره ۳۰، (۱۳۹۹).
- خسروی، حسن، «تحلیل سازوکار نظارت رئیس مجلس شورای اسلامی بر مصوبات قوه مجریه»، نشریه علوم سیاسی، شماره ۷۲، (۱۳۹۴).
- رستمی، ولی و رشیدی، رضا، «نقد و تحلیل نظریه خدمات عمومی و اصول حاکم بر آن، مبتنی بر آموزه‌های اسلامی»، فصلنامه حکومت اسلامی، شماره ۸۶، (۱۳۹۶).
- شفیعی سردشت، جعفر، گرجی ازندریانی، علی اکبر و فاضلی نژاد، جواد، «کژتابی مفهومی نظارت در نظام حقوقی ایران»، فصلنامه حقوق اداری، سال ششم، شماره ۱۶، (۱۳۹۷).
- فقیهی، سیده فاطمه و عساکره، زینب، «تحلیل حقوقی آثار نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر قوانین و مقررات»، فصلنامه حکومت اسلامی، شماره ۹۹، (۱۴۰۰).
- کعبی، عباس، اصغری شورستانی، محمدرضا و امیرحسین اصل زعیم، «نقش مقدمه قانون اساسی در تفسیر اصول و شناخت اهداف و رسالت‌های قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، شماره ۱۰، (۱۳۹۳).
- محمودی، جواد، «اثر ابطال مقررات دولتی بر حقوق مکاتبه اشخاص»، فصلنامه حقوق اداری، سال ششم، شماره ۶، (۱۳۹۳).
- موسی زاده، ابراهیم، «تحلیل فرجام شناختی از اصل چهارم قانون اساسی»، فصلنامه حقوق، دوره چهارم، شماره ۲، (۱۳۸۹).
- واعظی، سید مجتبی، «نقش دیوان عدالت اداری در دادرسی شرعی مقررات اداری»، مطالعات

حقوقی، شماره ۱، (۱۳۸۸).

گزارش‌ها

- امجدیان، حسن، «خلأهای نظارت شرعی و قانون اساسی شورای نگهبان»، گزارش تحلیلی پژوهشکده مجازی حقوق سازمان بسیج حقوقدانان، شماره مسلسل ۱۴، ۹۱۱۱۱۶۰۱۴، (۱۳۹۱).
- معاونت نظارت مجلس شورای اسلامی، «گزارش اقدامات نظارتی مجلس شورای اسلامی در اجلاس اول دوره دهم مجلس»، (۱۳۹۶).

پایان‌نامه‌ها

- ابراهیمی، محمود، تحلیل حقوقی صلاحیت و اختیارات شورای عالی انقلاب فرهنگی در حقوق اساسی ایران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه تهران، (۱۳۹۰).
- فعلی، حمید، نظارت شرعی شورای نگهبان بر مقررات، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق دادرسی اداری دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، (۱۳۹۹).
- میرمحمدی میبدی، مصطفی، جایگاه حقوقی مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد معارف اسلامی و حقوق عمومی دانشگاه امام صادق علیه‌السلام، (۱۳۹۱).

References

Books

- Elgie, Robert, *The Changing French Political System* (Oxfordshire: Routledge, 2000).
- Turpin, Colin and Tomkins, Adam, *British Government and the Constitution*, Sixth Edition (Cambridge: Cambridge University Press, 2007).

In Persian

Books

- Ainenagini, Hossein & Hamed Nikunhad, "Nezarat", Included in the Book *Introduction to Constitutional Concepts; Analysis of some Keywords of the Constitution of the Islamic Republic of Iran* (Tehran: Guardian Council Research Institute, 2019).

- Hadavand, Mahdi & Mashhadhi, Ali, *Principles of Administrative Law (in the Light of the Decisions of the Administrative Court of Justice); Along with a Comparative Study in (Laws of France, Switzerland, Germany, Egypt, Lebanon, England and America)* Second Edition (Tehran: Khorsandi, 2012).
- Hashemi, Seyed Mohammad, *Constitutional Law of the Islamic Republic of Iran, Volume 2, 12th Edition* (Tehran: Mizan, 2006).
- Hashemi, Seyed Mohammad, *Constitutional Law of the Islamic Republic of Iran, Volume 1* (Tehran: Mizan, 2009).
- Hedayatnia, Farajollah & Kaviani, Mohammad Hadi, *Legal and Jurisprudence Review of the Guardian Council* (Tehran: Research Institute of Islamic Culture and Thought, 2001).
- Hofman, Herwig C. H., Rowe, Gerard C & Türk, Alexander H., *Administrative Law and Policy of the European Union* (Oxford: Oxford University Press, 2013).
- Izdehi, Sajjad, *Jurisprudential Foundations of Monitoring Power from the Perspective of Imam Khomeini (PBUH)* (Qom: Oruj, 2010).
- Markaz Malmiri, Ahmad, *Rule of Law; Concepts, Basics and Impressions* (Tehran: Islamic Parliament Research Center, 2015).
- Mazarei, Gholam Hasan, *Revocation of Executive Regulations in the Administrative Court of Justice and Guardian Council*, First Edition (Tehran: Khorsandi, 2013).
- Mehrpour, Hossein, *New Perspectives on Legal Issues* (Tehran: Information, 2008).
- Qazi Shariat Panahi, Abulfazl, *Constitutional Law and Political Institutions* (Tehran: Mizan, 2004).
- Rasekh, Mohammad, *Checks and Balances under the Constitutional System*, 2nd Edition, (Tehran: Derak, 2011). [In Persian]
- Tabatabai Motamani, Manouchehr, *Comparative Administrative Law* (Tehran: Samt, 2012).
- Tabatabai Motameni & Manouchehr, *Administrative Law* (Tehran: Samt, 2008).

Articles

- Abrishami Rad, Mohamad Amin, "Legal and Jurisprudential Analysis of the Views of the Guardian Council and the Procedure of the Administrative Justice

Court about Extending the Effect of Revocation to the Time of Ratification”, Quarterly Journal of Fiqh and Islamic Law Studies, No. 23, (2019).

- Aghaei Tough, Moslem, “Thinking about the Effects of Annulment of Regulations Contrary to the Law”, Public Law Studies Quarterly, No. 2, (2018).
- Faghihi, Seyedeh Fatemeh & Asakereh, Zeinab, “Legal Analysis of the Effects of the Shariah Supervision of the Jurists of the Guardian Council on Codes and Regulations”, Islamic Government Quarterly, No. 99, (2021).
- Haji Ali Khamseh, Morteza, Masoudian, Mostafa & Feli, Hamid, “The Desirable Mechanism for Religious Review of the Supreme Council of Cultural Revolution's Enactments by the Jurists of the Guardian Council”, Public Law Knowledge Quarterly, No. 30, (2019).
- Kabi, Abbas, Asghari Shourestani, Mohammad Reza & Amir Hossein Asle Zaeim, “The Role of Preamble of the Constitution in the Interpretation of Principles & Comprehension the Goals and Missions of the Constitution of Islamic Republic of Iran”, Public Law Knowledge Quarterly, No. 10, (2015).
- Khosravi, Hasan, “Analysis of the Supervision Mechanism of the Speaker of the Islamic Parliament on the Regulation of the Executive Branch”, Journal of Political Sciences, No. 72, (2015).
- Mahmoudi, Javad, “Effect of Revocation of Governmental Regulations on Acquired Rights of Individuals”, Administrative Law Quarterly, Year 6, No. 6, (2014).
- Mousazadeh, Ebrahim, “Analysis of Cognitive Conclusion on the Fourth Article of the Constitution”, Law Quarterly, 40th Volume, No. 2, (2010).
- Parvin, Khairullah & Mohammad Amin Abrishami Rad, “The Desirable Mechanism for Review of the Governmental Regulation by the Islamic Jurists of the Guardian Council through the Administrative Justice Court”, Public Law Knowledge Quarterly, No. 20, (2018).
- Rostami, Vali & Rashidi, Reza, “Criticism and Analysis of Public Service Theory and Its Governing Principles, Based on Islamic Teachings”, Islamic Government Quarterly, No. 86, (2016).
- Shafiei Sardasht, Jafar, Gorji Azandariani, Ali Akbar & Fazli Nejad, Javad, “Lexical Ambiguity of Supervision in the Iranian Legal System”, Administrative Law Quarterly, Year 6, Number 16, (2017).
- Vaezi, Seyed Mojtaba, “The Role of the Administrative Justice Court in the Sharia Proceedings of Administrative Regulations”, Legal Studies, No. 1, (2009).

Reports

- Amjadian, Hassan, "Gaps of Shariah Monitoring and the Constitution of the Guardian Council", Scientific Supervisor: Seyed Mohammad Mahdi Ghamami, Analytical Report of the Virtual Law Research Center of the Basij Legal Organization, Serial Number 911116014, (2012).
- Islamic Parliament Supervision Deputy, "Report on the Supervisory Actions of the Islamic Shura Majlis in the First Session of the 10th Session of the Majlis", (2016).

Thesis

- Ebrahimi, Mahmoud, Legal Analysis of the Competence and Authority of the Supreme Council of Cultural Revolution in Iran's Constitutional Law, Master's Thesis of Public Law, University of Tehran, (2011).
- Feli, Hamid, "Religious Supervision of the Guardian Council on Regulations", Master's Thesis of Administrative Procedure Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, (2020).
- Mirmohammadi Meybodi, Mostafa, "The Legal Position of the Supreme Council of Cultural Revolution", Master's Thesis of Islamic Studies and Public Law, Imam Sadiq University, (2012).

استناد به این مقاله: بهادری جهرمی، محمد، فعلی، حمید و ابراهیمی، مهدی، «امکان‌سنجی و چالش‌های نظارت شرعی پیشینی فقهای شورای نگهبان بر مقررات»، پژوهش حقوق عمومی، دوره ۲۵، شماره ۸۲، (۱۴۰۳)، ۱۱۹-۱۵۴.

Doi: 10.22054/QJPL.2023.71855.2865



The Quarterly Journal of Public Law Research is licensed under a Creative Commons Attribution-Non Commercial 4.0 International License