

قابلیت استنادپذیری مقدمه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران^۱

علی اکبر گرجی از ندریانی*

سیدسعید سجادی**

چکیده

دیباجه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بخشی از قانون اساسی است که در بردارنده برخی از خط‌مشی‌ها و هنجارهای مرتبط با حقوق بنیادین و حقوق نهادی-حاکمیتی است. در این پژوهش کوشش شده است تا قابلیت استنادپذیری این دیباجه در برابر شورای نگهبان مورد بررسی قرار گیرد. بدین منظور در این پژوهش، ساختار زبانی دیباجه قانون اساسی و سپس آراء و نظرات دکترین و در نهایت نظرات مجلس خبرگان قانون اساسی و رویه شورای نگهبان مورد بررسی واقع شده و در مجموع، این بررسی‌ها گواه بر آن بوده که دیباجه قانون اساسی فاقد قابلیت استناد پذیری است. مشروح این پژوهش در ادامه، صحت ادعای فوق را تأیید خواهد کرد.

کلید واژه‌ها

قانون اساسی، مقدمه قانون اساسی، استنادپذیری، شورای نگهبان.

^۱ تاریخ دریافت ۱۳۹۷/۲/۱۰ تاریخ پذیرش ۱۳۹۷/۲/۲۸

* عضو هیات علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)

Gorji110@yahoo.fr

** کارشناس ارشد حقوق عمومی از دانشگاه شهید بهشتی.

مقدمه

در نظام حاکمیت قانون همه قواعد و قوانین و مقررات اداری و در کل همه هنجارهای حقوقی دارای ارزش یکسانی نیستند و روابط آنها تابع نظم سلسله مراتبی است که در رأس این سلسله مراتب هنجارهای مرجع قرار می‌گیرد. بر اساس این نظام سلسله مراتبی، هنجارهای مادون بایستی با هنجارهای مرجع مطابقت نمایند. البته منظور از هنجارهای مرجع قواعد و مقرراتی است که در صدر نظام حقوقی قرار می‌گیرد و دادرسی اساسی موظف به پاسداری از آنها در برابر مصوبات مجلس به عنوان هنجارها مادون است. قانون اساسی از جمله هنجارهای مرجع و قواعد حقوقی عالی است که بر تمام امور و شئون عالی کشور حاکم است. از سویی دیگر قوانین اساسی متشکل از یک مقدمه (البته این اصل شامل همه قوانین اساسی نیست) و بخش دیگری تحت عنوان اصول قانون اساسی می‌باشند. اصول قانون اساسی بدنه اصلی آن را تشکیل می‌دهد و در اینکه دادرسی اساسی در مقام دفاع از قانون اساسی موظف به استناد به آنهاست، جای شک و شبهه نیست. اما آیا این نهاد می‌تواند مقدمه قانون اساسی را همچون اصول قانون اساسی سرلوحه کار خود قرار دهد و به آنها استناد نماید؟ بررسی استنادپذیری مقدمه قانون اساسی در جمهوری اسلامی ایران هدف اصلی تحقیق حاضر است؛ ضرورت انجام این تحقیق زمانی مشخص می‌شود که بدانیم مقدمه قانون اساسی جمهوری اسلامی حاوی گزاره‌ها و هنجارهایی است که در آن برخی از نهادها و مقامات عالی سیاسی مورد حق و تکلیف واقع شده‌اند. همچنین با نگاهی به آن می‌توان به گزاره‌ها و هنجارهایی برخورد کرد که به تضمین آزادی‌های بنیادین پرداخته‌اند.

۱. بررسی به لحاظ زبان حقوقی

هر علمی زبان مخصوص به خود را داراست که بایستی آن را به طور دقیق رعایت نمود و هر واژه‌ای را در معنای خاص خود به کاربرد و از اهمال و سهل انگاری در کاربرد واژه‌ها و توسعه و تضییق بی‌جای معانی آنها خودداری کرد. گرچه ممکن است تصور شود آنچه مهم است مفاد و معناست و الفاظ اهمیتی ندارند، اما این فکر توهمی بیش نیست لازم است برای جلوگیری از خلط مباحث و پرهیز از ابهام و اجمال مطالب و واژگان و زبان مخصوص هر علم را در جای خود و به طور دقیق به کار برد.^۲

^۲ وزیر، عبدالحسین، «یادداشت سردبیر»، نشریه فقه و حقوق، شماره ۱۲، سال سوم، بهار ۸۶،

این امر در علم حقوق و علوم مرتبط با آن ضروری تر است. زبان حقوقی در نظر عامه مردم زبانی فنی، بسا نامأنوس و گه‌گاه نامفهوم است. حقوق‌دانان این نکته را کم و بیش می‌پذیرند؛ اما معتقدند که به سادگی نمی‌توان از این زبان، هر چند پیچیده و ناآشنا چشم پوشید. به همین خاطر در ادامه این مطلب به بررسی ماهیت زبان حقوقی و سپس نحوه اعمال این زبان در مقدمه قانون اساسی خواهیم پرداخت.

۱-۱. ماهیت زبان حقوقی

غالباً جدا کردن اندیشه از گزارش لفظی آن دشوار است. اما توجه به این جدایی بایسته است. در واقع اندیشه حقوقی، سرچشمه قواعد حقوقی و منشأ تکوین مفاهیم حقوقی و بسط و پرورش آنهاست، حال آن که زبان حقوقی وسیله و ابزار و بنابراین گزارشگر و ناشر این قواعد و مفاهیم است. زیرا حقوق به علم اصطلاح‌ها شهرت یافته است و آوردن واژه‌ای که در دید عرف بی اهمیت یا کم اهمیت است، در این علم ممکن است آثار مهمی داشته باشد.

باید بپذیریم که بیان حقوقی لازم است از کیفیت خاصی برخوردار باشد تا اهمیت جمله‌سازی و عبارت‌پردازی حقوقی آشکار گردد. در حقوق جمله‌ها و عبارت‌ها باید در اشکال و فرمول‌های کامل و پرمایه‌ای بیان شوند که جامع و مانع باشند و اوامر صریح قواعد عمومی را آشکار سازند. پس باید بیان به گونه‌ای باشد که بتواند دستورهای حقوقی را در جمله‌هایی، با طراحی دقیق، گردآوری کند. توفیق در این امر، گزارشگر قوت سبک تحریر تدوین‌کنندگان خواهد بود.^۳

همچنین عبارت قاعده حقوقی باید از کلماتی ساخته شده باشد که معانی آنها واضح، دقیق، صریح و غیر متناقض باشند.^۴ لازمه فهم و دریافت معنای متون و پیش-بینی راه حل یک مسئله حقوقی آن است که الفاظ و کلمات متناظر با مفاهیمی باشند که محتوای دقیق و مشخصی دارند. در این حالت به هنگام تعریف مفهوم، معنای یک کلمه یا دلالت واژه بیان و گزارش می‌شود. بدین ترتیب، همان‌گونه که برچسب یا علامت جبری و فیزیکی و شیمیایی موضوع خود را تعیین و بیان می‌کنند، اصطلاح حقوقی نیز مفهوم‌های مربوط به خود را مشخص می‌سازد.

ص ۵.

^۳ حبیبی، حسن، «زبان حقوقی ۲»، *مجله کانون*، سال چهارم و چهارم، شماره ۱۷، اسفند ۷۸ و فروردین ۷۹، صص ۳۵ و ۳۶.

^۴ حبیبی، حسن، «زبان حقوقی ۱»، *مجله کانون*، سال چهارم و سوم، شماره ۱۶، دی و بهمن ۱۳۸۷، ص ۳۱.

به عکس اگر کلمه چند معنا داشته باشد یا معنای آن واضح نباشد، چند راه پیش روی ماست: یا باید با تعریف قانونی کلمه، ابهام و واضح نبودن واژه‌ها را برطرف کرد و یا با توضیح اضافی معنای منظور را مشخص کرد و یا با برگزیدن تعبیر جدید معنای مراد را گزارش کرد. در معناشناسی حقوقی باید این فرض را پذیرفت که هر یک از الفاظ و کلمات بیانگر یک فکر معین است در نتیجه کلمه‌ای که از زبان عامه به عاریت گرفته می‌شود، پس از نقد و بررسی، یا به معنای ویژه حقوقی می‌رسد و بنابراین در مقام و موقع جدید جای می‌گیرد و یا چون نمی‌تواند مقصود را برساند، جای خود را به اصطلاح فنی مخصوص آن معنا می‌سپارد و خود از قلمرو زبان حقوقی بیرون می‌رود. هر اندازه تحلیل و تبیین یک مفهوم حقوقی کامل‌تر و دقیق‌تر باشد تعریفش به کمال نزدیک‌تر می‌شود و سبب می‌گردد که اصطلاحات حقوقی بیشتر با مفاهیم متناظرشان منطبق شوند و هر اصطلاح تنها بیان‌کننده یک مفهوم خواهد بود. بدین سان واژگان حقوقی برای ادای وظایف ویژه خود باید خصوصیات قاعده حقوقی را گزارش دهد و به ابلاغ و القای این قاعده بپردازد.^۵

۱-۲. زبان حقوقی دیباچه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

مقدمه قانون اساسی ایران متنی با یک بافت واحد نیست در این متن می‌توان انواع زبان ادبی و توصیفی زبان تاریخی و زبان حقوقی را مشاهده نمود. البته نمی‌توان از تأثیرگذاری ادبیات بر حقوق غافل شد؛ چرا که حقوق و ادبیات خویشاوندی آشکاری دارند و می‌توان این رابطه را در دو جمله خلاصه نمود: فرهنگ هر ملتی با حقوق آن ملت آمیخته است و حقوق هر ملت نیز به نحو بسیار نزدیکی به فرهنگ آن ملت بستگی دارد.^۶ همچنین حقوق در ادبیات، بیان‌کننده اصول یک جامعه عادلانه است.^۷ این مقدمه در بسیاری از قسمت‌های خود به شرح مآلقات انقلاب اسلامی سال ۵۷ پرداخته است و بدین لحاظ در این بخش‌ها فاقد ارزش حقوقی می‌باشد مضافاً در قسمت‌های بسیاری به ویژه در قسمت‌های طلایعه نهضت، حکومت اسلامی، خشم ملت، بهائی که ملت پرداخت صرفاً به بیان حوادث منجر به انقلاب اسلامی پرداخته است که فاقد ارزش و اعتبار حقوقی می‌باشد و جای بحث در مورد آنها در این تحقیق

^۵ حبیبی، همان، صص ۳۴ و ۳۵.

^۶ مالوری، فیلیپ، ادبیات و حقوق، ترجمه دکتر مرتضی کلانتریان، نشر آگه، چاپ اول، پاییز

۱۳۸۱، ص ۸.

^۷ مالوری، همان، ص ۹.

شاید نباشد. اما در بسیاری از موارد، این مقدمه به تبیین حقوق و آزادی‌های بنیادین ملت و همچنین شیوه اعمال حاکمیت از سوی نهادهای حقوقی پرداخته است. حال مسأله اینجاست که آیا این گزاره‌ها به لحاظ زبان‌شناسی حقوقی دارای ارزش هنجارهای حقوقی می‌باشند که بتوانند مورد استناد دادرسی اساسی واقع شوند یا خیر؟ برای بررسی این مطلب توجه به این موارد ضروری است:

۱-۲-۱. ابهام در عبارات و اصطلاحات

با دقت در آنچه در باب ویژگی‌های لازم برای یک هنجار حقوقی ذکر گردید باید گفت بسیاری از گزاره‌های مصرح در دیباچه را نمی‌توان واقعاً هنجار حقوقی نامید؛ از یک طرف دیباچه قانون اساسی جمهوری اسلامی با خیل عظیمی از واژگانی روبه‌روست که تعریفی از آن نشده و در حدود و ثغور آنها اختلافات بسیار است و این مسئله منجر به ایجاد ابهام گردیده است. در اینجا برای نمونه به ذکر چند مثال اکتفا می‌کنیم:

از جمله لغات واصطلاحاتی که در معنی دچار ابهام می‌باشند اصطلاح «انسان مکتبی» است. مفهوم کلی مقدمه قانون اساسی ما را به این سو رهنمون می‌دارد که حرکت به سوی الله تنها از عهده انسان‌های مکتبی بر می‌آید؛ با این رویکرد که در این مقدمه اهمیت نقش زنان زیر عنوان «زن در قانون اساسی» چنین تبیین شده است:

«... زن در چنین برداشتی از واحد خانواده از حالت (شیئی بودن) و یا (ابزار کار بودن) در خدمت اشاعه مصرف‌زدگی و استثمار خارج شده و ضمن بازیافتن وظیفه خطیر و پر ارج مادری در پرورش انسان‌های مکتبی پیش‌آهنگ و خود هم‌رزم مردان در میدان‌های فعال حیات می‌باشد و در نتیجه پذیرای مسئولیتی خطیرتر و در دیدگاه اسلامی بر خوردار از ارزش و کرامتی والاتر خواهد بود.»

بدین ترتیب روشن است که نویسندگان قانون اساسی آخرین مرحله از رشد و تعالی را خاص آن دسته از افراد مسلمان ایرانی می‌شناسند که شایستگی احراز صفت «مکتبی» را پیدا کنند. با این حال وصف «مکتبی» نه در مقدمه تعریف شده و نه در اصول قانون اساسی از آن تعریفی به عمل آمده است.

یا منظور از «امت مسلمان» ذیل عنوان وسائل ارتباط جمعی در عبارت «... امت مسلمان با انتخاب مسئولین کاردان و نظارت مستمر بر کار آنان به طور فعالانه در ساختن جامعه اسلامی مشارکت جویند...» مشخص نیست؛ که آیا منظور کل یک

میلیارد مسلمان عالم است یا منظور مسلمانان با تابعیت ایرانی است؟ همچنین در قسمت قوه مجریه آمده است: « قوه مجریه به دلیل اهمیت ویژه‌ای که در رابطه با اجرای احکام و مقررات اسلامی به منظور رسیدن به روابط و مناسبات عادلانه حاکم بر جامعه دارد و... » حال این سؤال قابل طرح است که آیا اساساً قوه مجریه مسئول اجرای احکام و مقررات اسلامی است؟ چنین برداشتی باعث تشتت هنجاری در سطح نظام حقوقی خواهد بود چراکه با اصل تفکیک قوا در اصل پنجاه و هفتم مباینت دارد؛ و یا برطبق اصل یکصد و بیست و سوم این قوه موظف به اجرای قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی است؟ شاید بهترین پاسخ به این سؤال این باشد که قوه مجریه موظف به اجرای قوانینی است که پس از تصویب در مجلس شورای اسلامی طبق اصل نود و یکم قانون اساسی به تأیید شورای نگهبان نیز رسیده باشد.

یا مثلاً وظیفه رهبری در تضمین عدم انحراف سازمان‌های مختلف از وظایف اصیل اسلامی که در قسمت ولایت فقیه عادل آمده است این ابهامات را به وجود می‌آورد که: اولاً سازمانهای مختلف چه سازمان‌هایی هستند؟ همه سازمان‌ها یا سازمان‌هایی خاص؟ ثانیاً دخالت رهبر در امور سازمان‌ها آیا مخالف اصل حاکمیت قانون و یا اصل تفکیک قوا نیست؟ ثالثاً نحوه انجام وظیفه رهبری در این خصوص به چه صورت است؟

به هر حال بسیاری از گزاره‌ها در متن دیباچه قانون اساسی دارای ابهام می‌باشند و حدود و ثغور آنها را به درستی نمی‌توان تعیین نمود چنین امری شاید از یک سو باعث ایجاد عدم امنیت برای شهروندان و سیستم حقوقی کشور باشد لیکن از سوی دیگر و در خوش‌بینانه‌ترین حالت دست قاضی را برای تفسیر متون طبق شرایط روز جامعه هموار می‌نماید.

۱-۲-۲. عدم الزام کافی

بسیاری از گزاره‌های مقدمه قانون اساسی جمهوری اسلامی فاقد ویژگی الزام‌آوری است مثلاً این گزاره که « در تشکیل و تجهیز نیروهای دفاعی کشور توجه بر آن است که ایمان و مکتب اساس ضابطه باشد.» در اینجا عبارت « توجه بر آن است »، از قدرت الزام‌آوری آن کاسته است.

از دیگر نمونه‌ها می‌توان به الگوی روابط بین‌المللی نظام اشاره نمود:
« قانون اساسی به ویژه در گسترش روابط بین‌المللی، با دیگر جنبش‌های اسلامی

و مردمی می‌کوشد تا راه تشکیل امت واحد جهانی را هموار کند...»
استفاده از فعل «می‌کوشد» در این عبارت آن را از قید الزام خارج ساخته و به آن رنگ و بوی اخلاق‌گرایانه داده است.

در این زمینه شاید بتوان گفت قواعد مورد تصریح دیباچه قانون اساسی بیشتر اصول راهنمایی هستند که بایستی ملاک کار قانون‌گذار عادی قرار گیرند تا قابلیت اجرا داشته باشند. در این مورد باید به این نکته اشاره نمود که نباید پنداشت تمام گزاره‌های مذکور در اصول قانون اساسی نیز، همه گزاره‌های حقوقی می‌باشند چرا که بسیاری از این اصول همچون گزاره‌های دیباچه فاقد صراحت و الزام لازم می‌باشند. در این راستا می‌توان به نظریه استفساری شورای نگهبان به شماره ۱۵۴۳ مورخ ۱۳۶۳/۵/۱۷ در پاسخ به نخست وزیر وقت جناب آقای مهندس میرحسین موسوی و سید اکبر پرورش وزیر آموزش و پرورش وقت رجوع نمود که در خصوص دایره شمول عبارت «وسائل آموزش و پرورش رایگان» مذکور در اصل سی‌ام^۱ قانون اساسی است، شورا در این نظر تفسیری اعلام نموده است:

« اصل ۳۰ قانون اساسی و برخی اصول مشابه آن مسیر سیاست کلی نظام را تعیین می‌نماید و مقصود این است که دولت امکاناتی را که در اختیار دارد در کل رشته‌هایی که در قانون اساسی پیشنهاد شده به طور متعادل طبق قانون توزیع نماید، بنابراین آموزش رایگان در حد امکان کلاً یا بعضاً باید فراهم شود و با عدم امکانات کلی دولت با رعایت اولویت‌ها مثل ترجیح مستضعفان و مستعدان بر دیگران اقدام می‌نماید...^۲»

همان‌طور که مشاهده می‌شود شورای نگهبان برخی از اصول قانون اساسی را کلی و راهنما می‌داند این اصول فاقد شرایط لازم برای یک هنجار حقوقی هستند و از این لحاظ به سان گزاره‌های مذکور در مقدمه این قانون می‌باشند. این اصول مستقیماً واجد حق و تکلیف نیستند و بایستی در سیاست‌گذاری‌ها و تدوین قوانین و مقررات مادون آنها را لحاظ نمود تا قابلیت اجرایی داشته باشند. از این منظر این اصول قابل مقایسه با اصول اخلاقی خواهند بود.

^۱ اصل ۳۰ قانون اساسی: « دولت موظف است و سائل آموزش و پرورش رایگان را برای همه ملت تا پایان دوره متوسطه فراهم سازد و وسایل تحصیلات عالی را تا سرحد خود کفائی کشور به طور رایگان گسترش دهد. »

^۲ مؤذنیان، محمدرضا، *مجموعه نظریات شورای نگهبان ۱۳۸۰-۱۳۵۹*، انتشارات مرکز تحقیقات شورای نگهبان، چاپ اول، ۱۳۸۱، ص ۱۳۱.

تمایز میان حقوق و اخلاق بسیار ظریف است، زیرا هر دو در زمینه واحدی جای گرفته‌اند. جز با این اختلاف کوچک که اخلاق و حتی آنچه را که ما عادت داریم زیر نام « اخلاق اجتماعی » مشخص داریم دارای ویژگی‌های اجتماعی کمتری نسبت به حقوق است. قلمرو واقعی اخلاق، وجدان فردی است، در حالی که مقررات حقوق دارای خصلت جمعی می‌باشند و همان اندازه که به فرد نظر دوخته‌اند به گروه اجتماعی نیز می‌نگرند.^{۱۰}

البته در حوزه نظری هم نظریه فقدان ارزش هنجاری قوانین اساسی همواره در کشورهای مختلف مطرح بوده است. در گذشته بسیاری از حقوق‌دانان معتقد بودند که بخش زیادی از قواعد و مقررات مندرج در قانون اساسی منابع حقوقی مستقیماً قابل اجرایی نمی‌باشند بلکه فقط هنجارهای برنامه‌ریزی می‌باشند که کار قوای عمومی را جهت می‌دهند؛ لذا قابلیت اجرایی آنها تابع وضع هنجارهای حقوقی با درجه پایین‌تر است.

هرچند برخی از حقوق‌دانان اعتقاد دارند که ویژگی هنجاری مختص بخش خاصی از دیباچه قانون اساسی نیست و این خصیصه همه بخش‌های قانون اساسی را دربردارد. در ذیل به بیان چند مورد از این نظرات می‌پردازیم:

« در ایران می‌توان بر ارزش هنجاری تمام قسمت‌های قانون اساسی و برتری آن بر سایر هنجارهای حقوقی اعتقاد داشت. دیگر نمی‌توان با برخی از حقوق‌دانان همراه شد و بر اجراء قانون عادی در صورت مخالفت آن با قانون اساسی نظر داد. ضرورت نظارت شورای نگهبان بر اساسی بودن مصوبات مجلس شورای اسلامی (اصول ۷۲ و ۹۴ قانون اساسی) هیچ‌گونه تردیدی را درباره ارزش هنجاری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به جا نمی‌گذارد^{۱۱}؛ یا « قانون اساسی هنجار برتر نظم حقوقی است و انسجام این نظم تبعیت قواعد فروتر از قواعد برتر را می‌طلبد.^{۱۲}»

البته از دید این صاحب‌نظران اصولاً چون کل متن قانون اساسی به تصویب مردم رسیده است کلیه قسمت‌های آن دارای ارزشی یکسان است و همین عامل برای اعطاء

^{۱۰} لوی برول، هانری، **جامعه شناسی حقوق**، ترجمه سید ابوالفضل قاضی شریعت پناهی، چاپ یازدهم، بهار ۱۳۸۸، ص ۵۰.

^{۱۱} تقی زاده، جواد، «مسئله اساسی سازی نظم حقوقی»، **مجله پژوهش‌های حقوقی**، شماره ۱۱، نیمسال اول ۱۳۸۶، ص ۱۳۰.

^{۱۲} قاضی، ابوالفضل، «قانون اساسی سیر مفهوم و منطوق از دید تطبیقی»، **مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی**، شماره ۲۸، آذر ۱۳۷۱، ص ۶۱.

ویژگی هنجاری به مقدمه قانون اساسی کفایت و لازم نیست قانون اساسی را به لحاظ زبان‌شناسی مورد تجزیه و تحلیل قرار داد تا میان بخش‌های آن قائل به تمایز ارزشی و اعتباری شویم. مطابق این نظر دادرسی اساسی خواهد توانست در متون و اصولی از قانون اساسی که دارای ابهام می‌باشند نظر خود را مطابق با شرایط روز و شرایط مورد نیاز جامعه لحاظ نماید.

از سوی دیگر برخی از حقوق‌دانان معتقد به ارزش هنجاری تمام قسمت‌های دیباچه قانون اساسی نبوده‌اند.^{۱۲} این دیدگاه با آنچه در مورد ویژگی‌های زبان‌ساختی دیباچه قانون اساسی مورد بررسی قرار دادیم شاید نزدیک‌تر باشد. چون به فرض شناسایی عنوان هنجاریت برای گزاره‌های دیباچه قانون اساسی، این گزاره‌ها به لحاظ فقدان ساختار زبانی حقوقی در اجرا همراه با مشکل خواهند بود.

۲. بررسی آموزه‌های حقوقی

سالیان سال دکتربین منبع اساسی حقوق در خانواده رومی-ژرمنی بوده است. در واقع، در دانشگاه‌ها بود که اصول حقوقی از قرن سیزدهم تا نوزدهم استخراج شد؛ و تنها در دوران اخیر است که با پیروزی اندیشه‌های دموکراتیک و قانون‌نویس تفوق قانون جایگزین برتری دکتربین شده است.

تازگی این دگرگونی و توجه به آنچه در عصر حاضر قانون، در عمل نه در تئوری ارائه می‌کند، اهمیت واقعی دکتربین در مقابل این عبارت ساده اندیشانه که: دکتربین یک منبع حقوقی محسوب نمی‌شود را نشان می‌دهد. بدیهی است که این عبارت تنها در صورتی معنا دارد، که بنا بر عقیده قالب در قرن نوزدهم فرانسه، بپذیریم تمامی حقوق در قواعد حقوقی ناشی از مقامات حقوقی گنجانده شده است. با این وجود این عقیده که مخالف تمامی سنت رومی-ژرمنی است به هیچ وجه قابل قبول به نظر نمی‌رسد. امروزه بیش از پیش گرایش به این است که تفسیر به صورت مستقل و به عنوان شیوه‌ای که دیگر مدعی کشف انحصاری معنی نحوی یا منطقی کلمات قانون یا قصد قانونگذار نیست، پذیرفته شود.

جایز است که تنها قواعد حقوقی را حقوق بنامیم. لیکن برای کسی که از حقوق دیدی وسیع‌تر، و از نظر ما درست‌تر دارد، دکتربین، امروزه نیز مانند گذشته منبعی

^{۱۲} جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مقدمه عمومی علم حقوق، گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۷۱، ص

بسیار مهم و زنده برای حقوق است. این نقش در آنجا آشکار می‌شود که دکتربین اصطلاحات و مفاهیم مورد استفاده قانونگذار را می‌سازد و نیز، به نحوی بارزتر، در این واقعیت متجلی می‌شود که دکتربین روش‌های کشف حقوق و تفسیر قوانین را ایجاد می‌کند و در ایجاد اراده قانون‌گذار مؤثر است؛ غالباً قانون‌گذار کاری جز ترتیب اثر دادن به گرایش‌هایی که در دکتربین توسعه یافته و تأیید قوانینی که علمای حقوق مهیا کرده‌اند انجام نمی‌دهد. در اینجا مقصود به هیچ وجه کم بها دادن به نقش قانون‌گذار نیست؛ این نقش در عصر ما در درجه اول قرار دارد و ما بقای این نقش را در شرایط کنونی یک پیشرفت و یک ضرورت حقیقی تلقی می‌کنیم. با وجود این شناسایی نقشی که قانونگذار ایفا می‌کند نباید سبب شود که چشمان خود را به روی روابط واقعی بین قانون و دکتربین ببندیم و به دیکتاتوری قانون معتقد شویم. دکتربین با وادار کردن قانون‌گذار به عمل بر او اثر می‌گذارد؛ در اینجا دکتربین یک منبع غیر مستقیم حقوق است. لیکن دکتربین نقشی در اجرای حقوق نیز ایفا می‌کند. و دشوار به نظر می‌رسد که در این کار، جز با قلب واقعیت، نقش دکتربین را به عنوان منبع حقوق انکار کنیم.^{۱۴}

در ایران به علت نوپا بودن سنت اساسی‌سازی هنوز به شکل شایسته‌ای نظرات متخصصین حقوق در مورد استنادپذیری دیباچه قانون اساسی شکل نگرفته است؛ ولی با این وجود در این فصل سعی شده، همان اندک نظراتی که به وسیله علماء حقوقی مطرح شده است در دسته‌بندی جداگانه مورد بررسی واقع شود.

۲-۱. غیر قابل استناد بودن دیباچه قانون اساسی

هر چند در ایران دکتربین به طور خاص به این مسئله نپرداخته اما به گونه‌ای نیز نبوده که مطلقاً از ارزش و اعتبار حقوقی آن غافل بوده باشد. در لابه‌لای کتب حقوقی نظراتی در این مورد مطرح شده است. از جمله حقوقدانانی که در این مورد نظراتی را ارائه داده‌اند می‌توان به دکتربین سید محمد هاشمی اشاره کرد. از نظر ایشان هر چند که قانون اساسی ۱۳۵۸ و اصلاحیه‌های ۱۳۶۸ آن منبع اصلی حقوق اساسی در جمهوری اسلامی ایران به شمار می‌رود، اما اسناد دیگری همچون مقدمه این قانون و یا قواعد و مقررات منشعب از آن، نیز راهنما و یا حاکم بر امور و شئون کشور

^{۱۴} رنه داوید، نظام‌های بزرگ حقوقی معا صر، ترجمه حسین صفائی، محمد آشوری، عزت الله عراقی، مرکز نشر دانشگاهی تهران، چاپ اول ۱۳۶۴، ص ۱۳۸.

است^{۱۵}. هر چند ایشان دیباچه قانون اساسی را در ردیف منابع قانون اساسی ذکر کرده بود اما در عین حال معتقداند که: «مقدمه قانون اساسی ارزش حقوقی ندارد اما زمینه ساز اصول قانون اساسی است به طوری که عناوین مذکور در آن مبنای تدوین قانون اساسی به شمار می‌رود»^{۱۶}. بنابر این نظر دیباچه قانون اساسی می‌تواند راهنمای دادرسی اساسی یعنی شورای نگهبان در امر تفسیر قانون اساسی باشد. بنابه نظر دکتر ناصر کاتوزیان: «در تفسیر قانون اساسی باید به قواعد مهم و الهام بخشی که در مقدمه یا فصول دیگر قانون اساسی آمده و به حقوق مردم اشاره شده توجه کرد. مقدمه قانون اساسی ادبیات نیست؛ بلکه از اصولی است که باید در تفسیر به آن توجه کرد. حاکمیت الهی در لسان حکما برای اینکه نمود عینی و زمینی پیدا کند، به دو نحو قابل انتقال است: ۱- به فرد ۲- به مردم. قانون اساسی ما نوع دوم را برگزیده است. حاکمیت از آن خداست و هم او این حاکمیت را به انسان واگذار کرده است. قانون اساسی مجموعه‌ای به هم پیوسته است.

اگر اصلی را بدون اصول کلی تفسیر کنیم به بیراهه می‌رویم. باید به این اصول کلی دقت کرد، نباید از کلیات و اصولی که سایه برسر دیگر عبارات و اصول قانون اساسی دارند غافل شد^{۱۷}». برخی از نظرات مراجعه به دیباچه قانون اساسی را برای کشف اراده مقنن حایز اهمیت دانسته‌اند بدیهی است که کشف اراده مقنن نقش بسیار اساسی در فهم و تفسیر قانون دارد. در مورد اراده مقنن همان‌گونه که از ظاهر اصطلاح پیداست منظور قصد و اراده مقنن در انتخاب الفاظ قانون یا جهت کلی و فلسفه وضع آن در هنگام تقنین است که ممکن است مستقیماً و صراحتاً در یک ماده خاص نیامده باشد^{۱۸}.

این نظرات را می‌توان در نظام حقوقی فرانسه با نظر برخی از حقوق‌دانان مانند

^{۱۵} ها شمی، سید محمد، **حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران**، جلد اول، نشر میزان، چاپ هفتم، زمستان ۱۳۸۵، ص ۶۸.

^{۱۶} هاشمی، همان، ص ۶۸.

^{۱۷} کاتوزیان، ناصر، «اصول منطقی حاکم بر تفسیر قانون اساسی»، **نشریه حقوق اساسی**، شماره ۳، ۱۳۸۳، ص ۳۰۷.

^{۱۸} واعظی، مجتبی، «ارزش حقوقی مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی»، **نشریه حقوق اساسی**، شماره ۳، زمستان ۸۳، ص ۱۸۲.

ایسمین^{۱۹}، آدامور^{۲۰} و کاره دومالبرگ^{۲۱} هم راستا دانست. این حقوق دانان تلاش خویش را بر دفاع از این نظریه گذاشته‌اند که مقدمه قانون اساسی^{۲۲} نمی‌تواند واجد ارزش قضایی (به معنای مستقل در حقوق وضعی) باشد چرا که مقدمه چیزی بیش از یک اعلامیه در زمینه‌ی اهداف فلسفی، سیاسی و اخلاقی نیست.

ایسمین ضمن واریسی محتوای مضامین مندرج در این اعلامیه‌ها به ویژه اعلامیه‌های حقوق بعد از انقلاب آنها را اصولی فلسفی و اخلاقی گرفته که عاری از ارزش حقوقی است زیرا مفاهیم آن کلی و حاوی اصول مبهم و گاه غیر مشخص‌اند^{۲۳}.

از مجموع آنچه در این مبحث گفته شد می‌توان نتیجه گرفت که در نظر این اندیشمندان دیباچه قانون اساسی جمهوری اسلامی مستقلاً از سوی شورای نگهبان قابل استناد نخواهد بود اما این شورا می‌تواند در نظرات تفسیری یا مشورتی خود در باب قانون اساسی به مقدمه رجوع نماید.

۲-۲. اعتبار مشروط دیباچه قانون اساسی

دکتر منوچهر طباطبایی مؤتمنی بر این نظر است که در مواردی که اصول مندرج در مقدمه قانون اساسی به صورت قواعد و احکام حقوقی تنظیم نشده و دارای ضمانت اجرا و یا صراحت و روشنی احکام حقوقی نباشد، نمی‌توان آن‌ها را جزء قواعد حقوقی به شمار آورد. این نوع اصول تنها بیانگر ایدئولوژی سیاسی دولت است.^{۲۴} معنی مخالف این عبارت آن است که در صورتی که اصول مندرج در قانون اساسی به صورت قواعد و احکام حقوقی تنظیم شده باشد و دارای ضمانت اجرا و یا صراحت و روشنی احکام حقوقی باشد می‌توان آن‌ها را جزء قواعد حقوقی به شمار آورد.

همچنین دکتر ابوالفضل قاضی شریعت پناهی استاد فقید و برجسته حقوق اساسی در کتاب حقوق اساسی و نهادهای سیاسی ضمن اینکه از دیباچه‌های قوانین اساسی با عنوان اعلامیه حقوق یاد کرده است بیان می‌دارد که با ملاحظه جمیع

¹⁹ ESMEIN

²⁰ ADEMORÉ

²¹ CARRE DE MALBERG(C.), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Sirey, 1^{er} éd, 1928, p. 580.

²² Le Préambule de la Constitution

²³ MORANGE, Jean, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Que Sais je, PUF, 2^e éd., 1989, p. 98.

²⁴ طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران، انتشارات سمت، چاپ نهم، ۱۳۸۳، ص

جهات بایستی چنین نتیجه گرفت که قواعد مندرج در اعلامیه‌ها دارای ارزش مشابه با قواعد متن قانون اساسی‌اند و اگر در مواردی از روشنی و وضوح اجرایی کامل برخوردار نیستند حداقل دستورالعمل و الگوهای برای قانونگذار و قوه مجریه به شمار می‌آیند و باید مورد اطاعت قرار گیرند.^{۲۵}

در نظام حقوقی فرانسه، بر طبق برخی نویسندگان مانند دومنیک تورپن شرط برخورداری از عنوان هنجار مرجع برای اصول و مقررات مندرج در مجموعه اسناد مربوط به دیباچه قانون اساسی این کشور مقرراتی است که به اصول حقوق بشر و اصول حاکمیت ملی مربوط می‌شوند. در این صورت اگر متون مورد نظر مقرراتی یافت شود که ارتباطی به اصول حاکمیت ملی^{۲۶} و حقوق بشر نداشته باشد نمی‌توان آنها را واجد ارزش قانون اساسی دانست.^{۲۷}

۲-۳. اعتبار و استنادپذیری برابر دیباچه قانون اساسی با اصول

قانون اساسی

برخی از صاحب نظران عقیده دارند قانون اساسی همراه با مقدمه آن متن واحدی است که به تصویب ملت رسیده است پس دلیلی ندارد که بین این دو قائل به تمایز باشیم. طبق این نظر ویژگی هنجاری قانون اساسی درباره تمام اجزا و محتوای آن صادق است. لذا ویژگی هنجاری اساسی را باید برای پیش‌گفتار یا مقدمه قوانین اساسی که معمولاً به آرمان‌ها و اهداف نظام سیاسی می‌پردازند نیز شناسایی کرد چرا که این بخش از قوانین اساسی غالباً پس از طی مراحل مختلف هنجارسازی به تصویب می‌رسند. بنابراین پیش‌گفتار قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که پس از تصویب در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی از طریق همه پرسی به تصویب ملت نیز رسیده است، می‌تواند همچون اصول قانون اساسی مورد استناد شورای نگهبان در موضوع نظارت بر اساسی بودن قرار گیرد.^{۲۸}

در نظام حقوقی فرانسه نیز بسیاری از حقوق دانان معتقد به ارزش برابر مجموعه

^{۲۵} قاضی شریعت پناهی، ابوالفضل، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، نشر میزان، چاپ دهم، ۱۳۸۳، ص ۵۵۰.

^{۲۶} Principes de la souveraineté nationale.

^{۲۷} گرجی، علی اکبر، «تکثر و تنوع هنجاری در حقوق اساسی فرانسه»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۵۰، پائیز و زمستان ۱۳۸۸، ص ۳۹۴، به نقل از:

TURPIN (T.); Contentieux constitutionnel, op. cit., p. 70.

^{۲۸} تقی‌زاده، همان، ص ۱۳۹.

اسناد دیباچه قانون اساسی با قانون اساسی این کشور در دوره‌های مختلف جمهوری - های این کشور بوده‌اند. مثلاً از نظر جرج ودل اعلامیه حقوق بشر وشهروند^{۲۹} از لحاظ محتوا در بسیاری موارد به آزادی‌ها در مفهوم کلی، و در برخی موارد به آزادی‌های خاص مانند آزادی عقیده، آزادی بیان و آزادی سیاسی اشاره دارد. اما در مورد سلسله مراتب بین هنجارهای مطروحه در اعلامیه، هیچ گونه تمایزی از لحاظ ارزش حقوقی بین مواد اعلامیه وجود ندارد، همان‌گونه که این قاعده، بین همه هنجارهای مرجع نیز حاکم است.^{۳۰}

۳. رویه شورای نگهبان

برای بررسی استنادپذیری مقدمه قانون اساسی جمهوری اسلامی به طور حتم بررسی رویه شورای نگهبان در این خصوص اهمیتی به مراتب بیشتر از نظرات علمای حقوق - حداقل در نظام حقوقی ما - دارد. اما باید دانست که شورای نگهبان در واقع نهادی است که وظیفه آن کشف نظر قانونگذار اساسی است و از این وادی است که شورای نگهبان به صدور آراء و نظرات خود مبادرت می‌ورزد علاوه بر این ممکن است رویه دادرس اساسی به دلیل وجود اوضاع و احوال متفاوت و نیاز جامعه حتی با نظر خبرگان قانون اساسی نیز مطابقت نداشته باشد. حال با توجه به نقش نظر خبرگان قانون اساسی بر رویه شورای نگهبان در این فصل ابتدا به بررسی نظر خبرگان قانون اساسی در استنادپذیری بودن دیباچه پرداخته و سپس رویه شورای نگهبان در استناد پذیر بودن دیباچه را با توجه به آن نظر پی خواهیم گرفت تا به این ترتیب و با بررسی این موضوع، نظر ما در مورد استناد پذیری دیباچه قانون اساسی به واقعیت نزدیک‌تر باشد.

۳-۱. دیباچه قانون اساسی در مذاکرات مجلس خبرگان قانون اساسی

دستیابی به نظر خبرگان قانون اساسی نقشی بسیار مهم در استناد پذیری دیباچه خواهد داشت برای تبیین این مطلب در این بخش ابتدا به بررسی ارزش حقوقی مذاکرات خبرگان قانون اساسی می‌پردازیم و سپس استنادپذیری دیباچه را

²⁹ La Declaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 aout 1789.

³⁰ VEDEL (G), "La place de la Déclaration de 1789 dans le bloc de constitutionnalité", La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, op.cit., p. 56.

در مذاکرات این شورا مورد بحث قرار خواهیم داد.

۳-۱-۱. بررسی ارزش حقوقی مذاکرات خبرگان قانون اساسی

با پذیرش مقام مردم به عنوان مقنن واقعی قانون اساسی این پرسش جدأ قابل اعتناست که در صورت لزوم کشف اراده مقنن و گذشت سی ساله از تاریخ تصویب قانون اساسی، به کدام سند ثبت شده به عنوان دلیل حاکی از اراده مردم (مقنن) می توان مراجعه کرد. بدیهی است که در اینجا کار به راحتی مجلس شورای اسلامی نیست که مشروح مذاکرات آن به عنوان اسناد ضمیمه روزنامه رسمی انتشار عمومی می یابد. لکن باید پذیرفت که وقتی سخن از اراده مردم است نمی توان فقط به یک مرجع یا سند واحد مراجعه کرد. اما در مقابل امر محالی هم پیش رو نیست؛ مراجعه به مقالات، بحث ها و نظر سنجی های مطرح شده در مطبوعات مناظرات و سخنرانی- های صاحب نظران حقوقی و سیاسی، مباحث مطرح شده از ناحیه احزاب و سایر نهادهای مدنی می تواند کمک شایانی به کشف فضای حاکم بر جامعه و نهایتاً اراده واقعی مردم بکند. از سوی دیگر از آنجایی که مردم از مشروح مذاکرات شورای خبرگان قانون اساسی مطلع هستند و براساس تعاریف به عمل آمده از ناحیه اکثریت اعضای آن به مفاهیم مندرج در قانون بازنگری رأی داده اند، می توان به عنوان قرینه ای بر نقش اراده مردم نیز استناد کرد.

در هر حال دشواری و پیچیدگی کشف اراده مردم در این خصوص نمی تواند با ارزش انحصاری اراده شورای خبرگان قانون اساسی ملازمه داشته باشد. شورای مذکور صرفاً در مرحله ابتکار قانون نقش دارد و مشروح مذاکرات آن نیز تبعاً باید تنها به عنوان «قرینه ای» در میان سایر قرائن حاکی از اراده مقنن (مردم) ارزیابی شود و نه بیش از آن.

شورای نگهبان نیز تاکنون از این موضوع غافل نبوده و در نظریات تفسیری خویش به مذاکرات شورای خبرگان قانون اساسی نیز توجه نموده است. به عنوان مثال رئیس قوه قضائیه طی نامه شماره ۱/۸۰/۱۹۱۰۶ مورخ ۱۳۸۰/۱۰/۹ به دبیر شورای نگهبان نوشته است: « موجب امتنان خواهد بود تا با طرح و بررسی اصل هشتاد و ششم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در آن شورای محترم، نظریه تفسیری شورا، نسبت به مصونیت پارلمانی نمایندگان محترم مجلس شورای اسلامی و حدود آن به این قوه، اعلام فرمائید تا در اختیار مراجع قضائی قرار گیرد.»

شورای نگهبان در پاسخ به این استفساریه طی نامه شماره ۸۰/۲۱/۳۰۳۶ مورخ

۱۳۸۰/۱۰/۲۰ پاسخ داده است:

« با عنایت به:

۱- مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در خصوص اصل هشتاد و ششم، حاکی از اینکه مصونیت ریشه اسلامی ندارد و تمام مردم در برابر حق و قانون الهی یکسان و برابرند، و هر فردی که در مظنه گناه یا جرم قرار گیرد قابل تعقیب است و اگر شکایتی علیه او انجام گیرد دستگاه قضایی باید او را تعقیب کند... »

از سوی دیگر لازم به نظر می‌رسد در مقام استناد به مذاکرات شورای خبرگان قانون اساسی در خصوص هر اصل به نظر اکثریت شورا (نه فقط برخی از اعضا) که منجر به تصویب آن شده است، مراجعه شود. همچنین بخش قابل استناد از نظرات و اظهارات اعضا عبارتی است که در متن مشروح مذاکرات ثبت گردیده، نه آنچه در ضمیر و ذهن اعضا موجود بوده و یا در آثار علمی و یا سخنرانی‌های آنان در خارج از شورا آمده و منجر به درج در متن بازنگری نشده است.^{۳۱}

۳-۱-۲. استنادپذیری دیباچه قانون اساسی با توجه به مذاکرات

خبرگان قانون اساسی

در ابتدای بحث حاضر باید خاطر نشان ساخت که در واقع روند تصویب مقدمه قانون اساسی با سایر بخش‌های آن که منظور اصول قانون اساسی است متفاوت بوده است. برای روشن شدن موضوع بایستی به این مسئله توجه نمود که برای تصویب یک قانون اساسی در کشورهای مختلف راه‌های متفاوتی در نظر گرفته شده است. در برخی کشورها با تصویب هیئت مؤسس یا همان شورای خبرگان قانون اساسی به عنوان نمایندگان مردم، متن مصوب از سوی آن شورا قانون اساسی ملی تلقی شده که به طور ضمنی نشانگر تصویب مردم که همانا انتخاب کنندگان هیئت مؤسس هستند می‌باشد. اما در برخی از کشورها همچون کشور ما همانطور که در اصل ۱۷۷ قانون اساسی بیان شده است، بازنگری در قانون اساسی بعد از تصویب شورای بازنگری قانون اساسی نیازمند تصویب مردم است. از سوی دیگر با بررسی روند تصویب قانون اساسی، بایستی بین روند تصویب مقدمه این قانون با سایر اصول آن قائل به تمایز شد؛ چرا که برای این مقدمه که فرایند تدوین آن به وسیله شورای ده نفره‌ای از نمایندگان بوده است و این گروه در مدت فعالیت مجلس اصول اول تا دوازدهم

^{۳۱} واعظی، همان، ص ۱۸۹-۱۸۸.

پیش‌نویس و مقدمه قانون اساسی را مورد بررسی قرار دادند^{۳۲}، در شورای خبرگان قانون اساسی رأی‌گیری به عمل نیامد تا آنجایی که این عدم رأی‌گیری منجر به موضع‌گیری برخی از نمایندگان شد به طوری که خواستار حذف آن از قانون اساسی شدند:

مقدم مراغه‌ای - آقای منتظری بنده یک تذکری دارم.
رئیس - بفرمائید.

مقدم مراغه‌ای - می‌خواستم عرض کنم که این مقدمه را از قانون اساسی جدا کنید. چون در جلسه طرح نشده.

رئیس - در جلسه مشترک طرح شده است ولی البته ملاک استناد نیست.

مقدم مراغه‌ای - چون نظرات گروه‌های مختلف و آنهایی که مجاهدت‌ها کردند و

فدائی دادند در اینجا ذکر نشده

دکتر آیت - البته آقای مقدم عقیده شما این است.

موسوی تبریزی - یک مورد در این مقدمه قانون اساسی به ما نشان بدهید تا

ببینیم در کجا حقوق بعضی‌ها ضایع شده؟ کلی نفرمائید.

^{۳۲} «صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، جلد چهارم، انتشارات اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، تیر ۱۳۶۸، ص ۲۵.

^{۳۳} یکی از موارد بحث در آئین نامه داخلی مجلس بررسی نهایی قانون اساسی نحوه بررسی اصول بود. با توجه به نظام نامه پیشنهادی و بعد از اظهار نظر و بررسی های نمایندگان محترم، آئین نامه ای توسط مجلس تنظیم و تصویب گردید. از جمله موارد این آئین نامه تشکیل گروه هایی (کمیسون هایی) جهت بررسی پیشنهادات رسیده، نظرات نمایندگان و پیش نویس قانون اساسی بود و سرانجام طرز کار مجلس بررسی اصول به صورت ذیل مشخص گردید:

۱- تشکیل گروه های مقدماتی (گروه های مطالعه نظرات رسیده)

۲- گروه های بررسی اصول پیشنهادی

۳- جلسات عمومی مجلس برای تصویب اصول

۴- جلسات شور نهائی

بدین ترتیب نمایندگان مجلس به هفت گروه ده نفری بر حسب علاقه و تخصص تقسیم شده و کار مقدماتی و تخصصی بر روی اصول پیش نویس و نظرات کتبی واصله را آغاز کردند. در هفته دوم نمایندگان در هفت گروه ثابت ابقاء شده و هر گروه به طور مجزا به بررسی تعدادی از اصول قانون اساسی پرداختند. البته تمامی نمایندگان علاوه بر اصول مطروحه در گروه خود از کار گروه های دیگر و اصول مورد بررسی آنان نیز مطلع می گردیده و تصمیم نهائی نیز در جلسات علنی ارائه می گردیده است.

شورای سه نفره ای نیز به نام «شورای هماهنگی» تشکیل گردید که فعالیت گروه های هفت

گانه را هماهنگ می نمود و ماحصل کار آنان را جهت ارائه به جلسات عمومی تنظیم می کرد.

دکتر بهشتی - الآن ملاحظه می‌فرمائید که مقدمه اینجا خوانده شد البته متأسفانه من در این چند روز نمی‌توانستم در جلسات شرکت کنم مگر به ندرت ولی گزارش داده‌اند که مقدمه در جلسه مشترک گروه‌ها خوانده شد و حالا هم اینجا یک جلسه رسمی است در این جلسه خوانده شد و امضاء می‌شود و اگر حضرت‌عالی نقطه نظری دارید آقای مراغه‌ای، بعد سؤال بفرمائید تا ببینم این چیزی که واقعاً شائبه‌اش در ذهن شما آمده است هست یا نیست چون من که خواندم دیدم سوابق مبارزات ایران را به یک صد سال قبل برده با شرکت همه گروه‌ها و قشرها و به هر حال فکر می‌کنم آن بخش که مربوط به سابقه مبارزات است و یک پاراگراف چند سطری هست از آن درجه یک مقدمه، بیش از این نمی‌توان انتظاری داشته باشیم که به تفصیل گفته شود و جای این بحث در این جلسه نیست، خواهش می‌کنم اگر بحثی هست موکول بفرمائید به دیداری که بعد با شما خواهیم داشت.^{۳۴}

اما جدای از این مطلب توجه به برخی از بحث‌ها و مشاجرات لفظی خبرگان قانون اساسی در مورد استنادپذیری این دیباچه حائز این نکته است که طبق این مذاکرات این دیباچه فاقد قابلیت استناد می‌باشد. از جمله این مذاکرات در جلسه شصت و هفتم به ریاست مرحوم آیت الله حسینعلی منتظری در تاریخ بیست و چهارم آبان ماه هزار و سیصد و پنجاه و هشت است. در این جلسه بلافاصله بعد از قرائت مقدمه قانون اساسی یکی از نمایندگان (ربانی شیرازی) اعلام می‌کند: «این نکته را باید متذکر شد که استناد فقط به خود قانون اساسی می‌شود کرد نه به مقدمه آن». که این نکته مستقیماً از سوی رئیس جلسه به تصریح تأیید می‌گردد.^{۳۵} و سکوت سایر نمایندگان در ادامه مذاکرات این شورا ناظر بر این امر است که از نظر آنها هم غیر قابل استناد بودن دیباچه مورد پذیرش بوده است. هر چند که قبلاً نیز بیان شد توجه نمودن به این مطلب ضروری است که، آنچه در ضمیر و ذهن نمایندگان بوده و اعلام نشده است یا در خارج از شورا بیان شده است به عنوان نظرات آنها در مذاکرات شورای خبرگان قانون اساسی قابل قبول نمی‌باشد.

^{۳۴} صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد سوم، انتشارات اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، آذر ۱۳۶۴، ص ۱۸۷۶.

^{۳۵} صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، همان جلد، ص ۱۸۴۲.

۳-۲. آراء و نظرات شورای نگهبان

از دیرباز در نظام‌های حقوقی نوشته نقش رویه قضایی به عنوان یک منبع حقوقی همواره مورد بحث و موجب افتراق بین انواع نظامهای مزبور بوده و هست. حقوق داخلی نیز از این قاعده مستثنی نشده است. برخی آن را سازنده و موجد قاعده حقوقی می‌دانند و بدین منظور از اصول ۱۶۷ و ۷۳ قانون اساسی استمداد می‌جویند. پاره‌ای دیگر از حقوق‌دانان منکر نقش خلاق رویه‌ای هستند. اینان نظر خود را با توسل به اصل ۵۷ قانون اساسی و نیز مواد ۵ و ۱۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی استحکام می‌بخشند.^{۳۶}

به مفهوم فنی کلمه، رویه قضایی راه‌حلی است که به طور معمول دادگاه‌ها در برخورد با یک مسأله حقوقی ارائه می‌کنند.^{۳۷} در برخورد با یک مسأله حقوقی شایع، دادگاه‌ها خیلی زود عادت برخورد مشابه با آن مسأله را پیدا می‌کنند؛ به طوری که می‌توان برخورد دادگاه‌ها را با همان مسأله پیش‌بینی کرد. اگر چه دادگاه‌ها ملزم به تبعیت از راه حل قبلی نیستند، اما احتمال تبعیت از آن زیاد است؛ از این رو، رویه قضایی را می‌توان با قدری مسامحه عادت دادگاه‌ها نامید.^{۳۸}

در نظام حقوقی فرانسه شورای قانون اساسی^{۳۹} این کشور در سال‌های ۱۹۷۱ تا ۱۹۷۳ با اتخاذ چهار تصمیم راهبردی و اعطای اعتبار حقوقی^{۴۰} به مقدمه قانون اساسی موجب ایجاد یک انقلاب واقعی در حقوق فرانسه شد. بدین ترتیب اعلامیه حقوق بشر و شهروند مصوب ۱۷۸۹، دیباچه مصوب ۱۹۴۶ و اصول بنیادین شناخته شده توسط قوانین جمهوری^{۴۱} از اعتبار حقوق موضوعه برخوردار شدند.^{۴۲} حال با این توضیح بایستی دید رویه شورای نگهبان در استناد به دیباچه قانون اساسی چگونه بوده است؟

^{۳۶} محمدزاده وادقانی، علی رضا، «رویه قضایی و نقش سازنده آن در حقوق»، *مجله حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، پاییز ۷۶، شماره ۳۸، ص ۴۳.

^{۳۷} محمدزاده وادقانی، همان، ص ۴۳، به نقل از:

J. Carbonir, *Droit Civil*(1,31 e ed,themis,0891), p. 351.

^{۳۸} Ibid., p. 651.

^{۳۹} Conseil constitutionnel

^{۴۰} Le Preamble de la constitution

^{۴۱} Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la Republique.

^{۴۲} فاورو، لویی، *دادگاه‌های قانون اساسی*، ترجمه علی اکبر گرجی، انتشارات میزان، چاپ اول،

تابستان ۱۳۸۸، ص ۱۲۲.

از مجموع بررسی‌های انجام شده می‌توان بدین نتیجه دست یافت که شورای نگهبان تاکنون نه در تطبیق مصوبات مجلس با قانون اساسی به اصول مورد اشاره در مقدمه قانون اساسی استناد کرده و نه در هیچ کدام از آراء و نظرات خود در مورد استنادپذیری آن اصول رأیی صادر نموده است. بنابراین می‌توان گفت بر طبق رویه شورای نگهبان متن دیباچه قانون اساسی جمهوری اسلامی از قابلیت استناد برخوردار نبوده است. با این وجود، شورا گرچه به لحاظ شکلی به این اصول استناد نکرده است اما باید دانست که غالب این قواعد به شکل الزام‌آورتر و دقیق‌تری در اصول قانون اساسی ذکر گردیده است^{۴۳}، و رویه شورا بر این مبنا بوده که این نهاد تاکنون ترجیح داده به اصول قانون اساسی که متناظر با قواعد و مقرره‌های دیباچه قانون اساسی است استناد نماید و یا در مورد آنها نظرات تفسیری و یا مشورتی صادر نماید بدین گونه ماهیتاً از قواعد و اصول مذکور در دیباچه حراست به عمل آورد^{۴۴}. اما در این زمینه هم ذکر چند نکته ضروری به نظر می‌رسد:

اولاً شورا در مورد حراست از آزادی‌های بنیادین مصرح در دیباچه قانون اساسی رویه ثابتی نداشته است. به نحوی که تا اواخر دهه شصت عملکردی کاملاً روشن و شفاف، قابل دفاع و تحسین برانگیز در صیانت از این حقوق بنیادین داشته است لیکن بعد از آن نظریات چندان قابل دفاعی در پاسداری از این حقوق مشاهده نمی‌شود. و یا اگر مواردی هم وجود داشته که در صدد احیاء یا اعطاء این حقوق بوده است به

^{۴۳} از جمله حقوق بنیادین مصرح در دیباچه قانون اساسی که در اصول قانون اساسی نیز تصریح شده‌اند می‌توان از این حقوق یاد کرد:

منع هرگونه استبداد فکری (اصول ۲۳ و ۲۴)، منع هرگونه استبداد اجتماعی (حق بر آزادی‌های گروهی) (اصول ۲۶ و ۲۷)، منع انحصار اقتصادی بند ۵ اصل ۴۳. مشارکت عمومی (بند هشتم اصل ۳ قانون اساسی و اصل ۶ قانون اساسی) حق بر تأمین اجتماعی (بند ۱۲ اصل ۳ و اصل ۲۹) همچنین از حقوق نهادی مصرح در دیباچه که جداگانه در اصول قانون اساسی نیز تصریح شده‌اند نیز بدین قرار است:

شرایط و صفات رهبری (اصل ۵ و ۱۰۹) و قانون‌گذاری بر مبنای قرآن و سنت (اصل ۷۲) تشکیل ارتش و سپاه بر مبنای ایمان و مکتب: (اصل ۱۴۴) تأکید بر استقلال قضایی (اصل ۵۷) ایجاد نظام اداری صحیح و طرد بروکراسی (بند ۱۰ اصل ۳) امور مربوط به مدیریت صدا و سیما (اصل ۱۷۵)
^{۴۴} همچون آراء این شورا در مورخه ۱۳۶۴/۹/۵ در اظهار نظر به « طرح قانونی مطبوعات » و در نظریه مورخ ۱۳۶۷/۱/۸ در « لایحه تأسیس مدارس غیر انتفاعی » در دفاع از آزادی فکر و عقیده. برای مطالعه بیشتر مراجعه شود به:

موسی زاده، ابراهیم، **حقوق بنیادین در آرا و نظریات شورای نگهبان**، رساله دکتری حقوق عمومی، دانشگاه شهید بهشتی، شهریور ۱۳۸۶.

دلیل اینکه آن موارد به صورت طرح از سوی مجلس شورای اسلامی ارائه گردیده و اجرای آن هزینه‌هایی را برای دولت ایجاد کرده است با استناد به اصل ۷۵ مورد ایراد و اشکال شورای نگهبان واقع گردیده‌اند. همچنین از بررسی نحوه نگرش و رویکرد شورای نگهبان نسبت به حقوق بنیادین مشخص می‌شود که این شورا در قبال صیانت از حقوق حوزه اقتصادی و اجتماعی نقش بسیار مثبتی ایفا نموده است.^{۴۵}

دوماً در بحث حقوق نهادی این شورا در مواردی که این قواعد در اصول قانون اساسی تصریح شده‌اند با استناد به اصول قانون اساسی ماهیتاً از قواعد مذکور در دیباچه مراقبت نموده است و گاه نظرات این شورا باعث غنی‌تر شدن نظام حقوقی گشته است.^{۴۶}

نتیجه‌گیری

با توجه به آنچه بیان شد می‌توان دریافت که دیباچه قانون اساسی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران فاقد قابلیت استناد است؛ اما در این رابطه نکاتی را باید مورد توجه قرار داد:

اساساً دیباچه قانون اساسی جمهوری اسلامی بیش از آنکه در بردارنده قواعد حقوقی باشد به شرح حوادث تاریخی منجر به انقلاب ۵۷ و تبیین آرمان‌های جمهوری اسلامی ایران در زمینه‌های داخلی و بین‌المللی پرداخته و حقوق و آزادی‌های بنیادین همچنین حقوق نهادی در این میان، به صورت پراکنده مورد توجه قرار گرفته است.

در قانون اساسی جمهوری اسلامی بخش مستقلی تحت عنوان حقوق ملت وجود دارد که در آن حقوق و آزادی‌های مشروع افراد قید شده است. به طوری که بخش عمده‌ای از حقوق و آزادی‌های مذکور در مقدمه قانون اساسی، در این اصول ذکر شده‌اند و شورای نگهبان برای پاسداری از حقوق و آزادی‌های بنیادین نیازمند استناد به مقدمه قانون اساسی نبوده است. همچنین است در مورد حقوق نهادی اشاره شده در دیباچه قانون اساسی جمهوری اسلامی که عموماً در اصول قانون اساسی تصریح

^{۴۵} موسی زاده، ابراهیم، «حقوق بنیادین در آرا و نظریات شورای نگهبان»، رساله دکتری حقوق عمومی، دانشگاه شهید بهشتی، شهریور ۱۳۸۶، ص ۲۵۶.

^{۴۶} همچون نظرات و آراء این شورا در مورد شیوه اجرای قانون از سوی قوه مجریه. برای مطالعه بیشتر مراجعه شود به: مؤذنیان، محمدرضا، **مجموعه نظریات شورای نگهبان ۱۳۸۰-۱۳۵۹**، انتشارات مرکز تحقیقات شورای نگهبان، چاپ اول، ۱۳۸۱، ص ۹.

شده اند.

زبان دیباچه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در همان بخش‌های اندکی که نهادهای حقوقی را مورد خطاب قرار داده و یا از حقوق و آزادیهای افراد دفاع می‌کند بسیار مبهم، کلی و غیر صریح و فاقد قدرت الزام است. که این مسئله را می‌توان در غیر قابل استناد پذیری دیباچه مؤثر دانست.

دکترین در ایران - آنطور که در سایر کشورها همچون فرانسه که علمای حقوق به مسئله استنادپذیری و اعتبار حقوقی دیباچه پرداخته‌اند - به این مسئله نپرداخته است. اما در مهمترین نظرات مطرح شده بیشتر بر این نکته تأکید شده است که دیباچه قانون اساسی غیر قابل استناد است؛ هرچند یکی از منابع مهم تفسیر قانون اساسی به شمار می‌آید.

از سوی دیگر از آنجا که یکی از روش‌های تفسیر قانون اساسی پی‌بردن به هدف قانون‌گذار اساسی است، با بررسی مذاکرات شورای خبرگان قانون اساسی می‌توان دریافت که از نظر این مجلس همانطور که به صراحت بیان شده مقدمه قانون اساسی جمهوری اسلامی غیر قابل استناد است.

و در نهایت، باید توجه داشت که به لحاظ عملی مطابق رویه شورای نگهبان، این شورا تاکنون نه در آراء و نظریات تفسیری و مشورتی به تشریح استنادپذیری دیباچه پرداخته و نه در انطباق مصوبات مجلس با قانون اساسی به آن استناد نموده است. پس با لحاظ همه شرایط بررسی شده در این مقاله، می‌توان گفت دیباچه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران غیر قابل استناد است.

فهرست منابع:

الف: فارسی

- تقی زاده، جواد، «مسأله اساسی سازی نظم حقوقی»، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱۱، نیمسال اول ۱۳۸۶.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مقدمه عمومی علم حقوق، گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۷۱.
- حبیبی، حسن، «زبان حقوقی ۱»، مجله کانون، سال چهل و سوم، شماره ۱۶، دی و بهمن ۱۳۸۷.
- حبیبی، حسن، «زبان حقوقی ۲»، مجله کانون، سال چهل و چهارم، شماره ۱۷، اسفند ۷۸ و فروردین ۷۹.
- رنه داوید، نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه دکتر حسین صفائی، دکتر محمد آشوری، دکتر عزت الله عراقی، مرکز نشر دانشگاهی تهران، چاپ اول ۱۳۶۴.
- مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد سوم، انتشارات اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، آذر ۱۳۶۴.
- صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد چهارم، انتشارات اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، تیر ۱۳۶۸.
- طباطبایی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، تهران، انتشارات سمت، چاپ نهم، ۱۳۸۳.
- فاورو، لویی، دادگاه‌های قانون اساسی، ترجمه علی اکبر گرجی، انتشارات میزان، چاپ اول، تابستان ۱۳۸۸.
- قاضی، ابوالفضل، «قانون اساسی سیر مفهوم و منطوق از دید تطبیقی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۲۸، آذر ۱۳۷۱.
- قاضی شریعت پناهی، ابوالفضل، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، میزان، چاپ دهم، ۱۳۸۳.

- کاتوزیان، ناصر، «اصول منطقی حاکم بر تفسیر قانون اساسی»، نشریه حقوق اساسی، شماره ۳، ۱۳۸۳.
- گرجی، علی اکبر، «تکثر و تنوع هنجاری در حقوق اساسی فرانسه»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۵۰، پاییز و زمستان ۱۳۸۸.
- لوی برول، هانری، **جامعه شناسی حقوق**، ترجمه دکتر سید ابوالفضل قاضی شریعت پناهی، چاپ یازدهم، ۱۳۸۸.
- مالوری، فیلیپ، **ادبیات و حقوق**، ترجمه دکتر مرتضی کلانتریان، نشر آگه، چاپ اول، ۱۳۸۱.
- محمدزاده وادقانی، علیرضا، «رویه قضایی و نقش سازنده آن در حقوق»، مجله حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، پاییز ۷۶، شماره ۳۸.
- مؤذنیان، محمدرضا، «مجموعه نظریات شورای نگهبان ۱۳۸۰-۱۳۵۹»، انتشارات مرکز تحقیقات شورای نگهبان، چاپ اول، ۱۳۸۱.
- موسی زاده، ابراهیم، «حقوق بنیادین در آرا و نظریات شورای نگهبان»، رساله دکتری حقوق عمومی، دانشگاه شهید بهشتی، شهریور ۱۳۸۶.
- واعظی، مجتبی، «ارزش حقوقی مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی»، نشریه حقوق اساسی، شماره ۳، زمستان ۸۳.
- وزیر، عبدالحسین، «یادداشت سردبیر»، نشریه فقه و حقوق، شماره ۱۲، سال سوم، بهار ۸۶.
- هاشمی، سید محمد، **حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران**، جلد اول، نشر میزان، چاپ هفتم، زمستان ۱۳۸۵.

ب: فرانسوی

- CARRE DE MALBERG(C.), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Sirey, 1^e éd, 1928.
- MORANGE, Jean, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Que Sais-je PUF, 2^e éd., 1989.
- VEDEL (G), "La place de la Déclaration de 1789 dans le bloc de constitutionnalité", in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Que Sais-je PUF, 2^e éd., 1989.

The judicial values of Preamble of the Iranian Constitution

Ali Akbar GORJI
Saeed SAJADI

Abstract

The preamble of the Constitution of Islamic republic of Iran contains many norms and provisions dealing fundamental rights and institutional law. We have tried to consider the judicial values of the preamble of the Constitution on “shoray-e negahban” that is the monitory organization in Islamic republic. In this study has been shown that lacking of law-language in content of the preamble of the constitution and emphasis of fonder congress on not being judicial values of preamble, and lacking of “shoray-e negahban’s” procedure, this document has not judicial values.

Key Words:

Constitution, Preamble of the constitution, The judicial values, Guardian Council.