

خلاء نبودِ دادرسی اساسی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

(گفتاری در نقد دیدگاه شورای نگهبان پیرامون تبصره یک ذیل

ماده ۲۶ قانون تشکیلات شوراهای اسلامی)^۱

مسلم محمدزاده*

چکیده:

تبصره یک ذیل ماده ۲۶ قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی و انتخاب شهرداران مصوب ۱۳۷۵ در زمینه انتخاب شوندگان شورای اسلامی شهر و روستا مقرر می‌دارد که «اقلیت‌های دینی شناخته شده در قانون اساسی به جای اسلام باید به اصول دین خود اعتقاد و التزام عملی داشته باشند». این قانون در تاریخ ۱۳۷۵/۳/۲۳ در راستای اصل ۹۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، به تأیید شورای نگهبان نیز رسیده است. شورای یاد شده، در اظهار نظری که به تاریخ ۱۳۹۶/۱/۲۶ منتشر شده، تبصره مزبور را در خصوص مناطقی که اکثریت ساکنان آن مسلمانان هستند، به استناد قاعده نفی سبیل غیر شرعی دانسته است. برپایه این نظر، در چنین مناطقی، غیرمسلمان نمی‌تواند به عنوان داوطلب شورای اسلامی شهر و روستا شرکت داشته باشد. در این نوشتار، کوشش شده است تا از زاویه نبودِ دادرسی اساسی مستقل در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به نقد دیدگاه شورای نگهبان پرداخته شود.

واژگان کلیدی: شورای نگهبان، دادرسی اساسی، قاعده نفی سبیل، تفسیر

قانون اساسی.

مقدمه:

پاره‌ای از استادان حقوق عمومی، بر این باورند که در نبودِ دادگاه قانون اساسی

^۱ تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۶/۱۵ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۰۷/۲۰

* دکترای حقوق خصوصی از دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران (نویسنده مسئول)

در ایران، شورای نگهبان به عنوان دادرس قانون اساسی به شمار می‌آید. در کشورهای که دادگاه قانون اساسی به شکل مستقلی (با هر نامی مانند شورا یا دیوان قانون اساسی) وجود داشته یا نهاد دیگری مانند دیوان عالی کشور وظایفی در این زمینه بر عهده دارد، دادرسی اساسی به طور معمول برای حفظ و نگاهبانی از قانون اساسی و در خدمت حمایت و صیانت از حق‌های اساسی مندرج در این قانون می‌باشد.^۲

بدینسان، یکی از اهداف تأسیس دادگاه‌های قانون اساسی در نظام‌های حقوقی مختلف، جلوگیری از خودکامگی حاکمیت و نگاهبانی از حق‌های اساسی اشخاص در برابر مقامات عمومی و حتی اشخاص خصوصی می‌باشد. بر پایه این سخن، به طور معمول آراء این دادگاه‌ها، در راستای یکی از مهمترین اهداف قانون اساسی که همانا، حفظ حق‌های اساسی شهروندان است، صادر می‌شود. ولی این امکان وجود دارد که این تأسیس، برای قدرتمند تر کردن حاکمیت و برخی از نهادهای آن در برابر شهروندان صورت بگیرد که بی‌گمان از هدف خود دور شده و آثار زیان باری را به همراه خواهد داشت.

بر پایه آنچه گفته شد، شورای نگهبان قانون اساسی را نمی‌توان، دادگاه قانون اساسی به معنای دقیق کلمه دانست: نخست به این دلیل که، ترکیب و ساختار و حتی شیوه انتخاب اعضای این نهاد، با دادگاه‌های قانون اساسی سایر کشورها متفاوت است. در دادگاه‌های قانون اساسی دنیا کوشش بر این است که بیشتر گروه‌های سیاسی و حقوقی در انتخاب اعضا حضور مؤثر داشته باشند، در حالی که انتخاب ترکیب اعضای شورای نگهبان طبق قانون اساسی، بدین شیوه نمی‌باشد. دوم آنکه، آراء دادگاه قانون اساسی مانند آراء دادگاه مستدل و مستند به قوانین و هنجارها و ارزش‌های برتر جامعه است ولی در دیدگاه‌های شورای نگهبان، به طور معمول، اثری

^۲ برای مطالعه بیشتر در زمینه: نقش دادرسی اساسی در نظام حقوقی و نیز بررسی مصادیقی از آن ر.ک. فاورو، لویی، *دادگاه‌های قانون اساسی*، برگردان علی اکبر گرجی، تهران، نشر میزان، چاپ اول، تابستان ۱۳۸۸، سرتاسر کتاب و نیز پیرامون نقش دادرسی اساسی در روابط افقی اشخاص خصوصی: محمدزاده، مسلم، *تأثیر حقوق اساسی بر حقوق خصوصی، رساله دوره دکترای حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، به راهنمایی حسن بادینی، سال تحصیلی ۹۴-۹۳.

از استدلال دیده نمی‌شود و این نهاد به مانند مقام افتاء خود را بی‌نیاز از ذکر استدلال می‌داند هرچند که به طور قطع، در ورای دیدگاه‌های این شورا نیز، استدلالاتی نهفته است. سوم آنکه، مهمترین هدف از تدوین قانون اساسی، حفظ حقوق شهروندان در برابر حاکمیت و مقامات عمومی است. شناسایی حق‌هایی برای انسان در برابر دولت در مجموعه‌ای به نام «قانون اساسی»، بیشتر بدان دلیل بود که دولت هم خود به این حق‌ها احترام بگذارد و از تجاوز بدان خودداری کند (تعهد منفی به عدم تجاوز) و هم زمینه‌ای در جامعه فراهم آورد تا این حق‌های بشری از سوی دیگران نیز رعایت شود (تعهد مثبت). بنابراین، دادرسی اساسی، باید با توجه به این اصل راهنما (= احترام به حق‌های اساسی) مبادرت به صدور رأی کند و در تزامم حق‌های مرتبط با حاکمیت با حق‌های مردم، تفسیر را به سوی حق‌های شهروندان بگرداند تا یکی از مهمترین اهداف از تدوین قانون اساسی، عملی شود. اظهار نظرها، اقدامات و تفاسیر شورای نگهبان، به طور معمول، بدون رعایت این اصل بنیادین راهنما صورت می‌گیرد و به سوی حاکمیت تمایل دارد.

در این نوشتار، نقد یکی از اظهارنظرهای این شورا، پیرامون تبصره یک ذیل ماده ۲۶ قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی و انتخاب شهرداران مصوب ۱۳۷۵ پی گرفته می‌شود. در این تبصره در زمینه شرایط انتخاب شوندگان آمده است: «اقلیت‌های دینی شناخته شده در قانون اساسی به جای اسلام باید به اصول دین خود اعتقاد و التزام عملی داشته باشند». اصل سیزدهم قانون اساسی نیز از ایرانیان زرتشتی، کلیمی و مسیحی به عنوان تنها اقلیت‌های دینی کشور نام می‌برد.

۱- دیدگاه شورای نگهبان در زمینه تبصره یک ماده ۲۶ قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی و انتخاب شهرداران مصوب ۱۳۷۵:

دبیر شورای نگهبان، در تاریخ ۱۳۹۶/۱/۲۶، طی دو نامه جداگانه به رئیس جمهور و روزنامه رسمی، با استناد به اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی و نیز مواد ۱۹ و ۲۱ آیین نامه داخلی شورا به صراحت اعلام کرد که «با عنایت به اطلاعات واصله از برخی مناطق کشور که اکثریت مردم آن مسلمان و پیرو مذهب

رسمی کشور هستند و افراد غیر مسلمان در این مناطق خود را داوطلب عضویت در شوراهای اسلامی شهر و روستا نموده اند و با توجه به اینکه تصمیمات این شوراها در خصوص مسلمین بدون لزوم رسیدگی به آن در شورای نگهبان لازم الإبتاع خواهد بود، تبصره یک ماده ۲۶ قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران مصوب ۱۳۷۵ نسبت به چنین مناطقی با نص فرمایشات بنیانگذار جمهوری اسلامی حضرت امام خمینی علیه الرحمه در تاریخ ۱۳۵۸/۷/۱۲ مذکور در صحیفه نور (جلد ۶، چاپ ۱۳۷۱، صفحه ۳۱) مغایر است و لذا خلاف موازین شرع شناخته شد.»

۲- نقد دیدگاه شورای نگهبان

اقدام و تفسیر شورای نگهبان در اعلام مخالفت تبصره یک ماده ۲۶ قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران مصوب ۱۳۷۵ با شرع، در مناطقی که اکثریت شهروندان مسلمان هستند، از نمونه‌هایی است که می‌تواند کیان نظام حقوقی و چارچوب‌های شناخته شده‌ی قانونگذاری را با مخاطرات جدی و غیر قابل پیش بینی روبرو سازد که شرح آن در پی خواهد آمد.

۲-۱- مستند شورای نگهبان در این اظهار نظر، سخنرانی امام خمینی در تاریخ ۱۳۵۸/۷/۱۲ در جمع نمایندگان مجلس خبرگان است.^۳ ایشان با توجه به وضعیت حساس کشور در آغاز راه و وجود دسته جات مختلف سیاسی و مذهبی و از همه مهمتر با توجه به نبود قانون و مقررات مصوب در این زمینه، سخنان مهمی را ایراد نموده و ملاک‌هایی را برای انتخاب شوندگان مطرح کرده اند: «افراد باید اولاً مسلمان باشند؛ و ثانیاً معتقد به نهضت باشند؛ امین باشند در کارهایشان؛ ایمان حقیقی داشته باشند؛ متعهد باشند نسبت به احکام اسلام؛ سوابق خلاف و سوء نداشته باشند. از روحانیین هم باید تعیین بشود. از اهل بازار هم باید باشد. از آن صنف‌های دیگر هم باید باشد. لکن، همه باید در این معنا شرکت داشته باشند که مُسَلِم [باشند]. و البته آنهایی که غیر مسلم هستند برای خودشان شوراهایی ممکن است تعیین

^۳ برای ملاحظه متن کامل سخنرانی ر.ک. خمینی، سید روح الله، صحیفه نور، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ پنجم، ۱۳۸۹، جلد ۱۰، صص. ۲۱۵-۲۲۳

کنند، لکن مسلم و متعهد به اسلام متعهد به این نهضت؛ معتقد به این نهضت؛ مخالف با طاغوت، انحراف چپ و راستی نداشته باشد. نه به طرف آن گروه سرمایه داری برود؛ نه به طرف چپ باشد، مستقیم، اسلامی، دلسوز برای این ملت. اگر مسلمان باشد و متعهد باشد، آن برای ملت دلسوز است؛ خیانتکار نیست؛ با امانت کارش را انجام می‌دهد؛ هر کاری بخواهد برای آن شهر خودش انجام بدهد، به مصلحت افراد آن شهر، به مصلحت خود آن شهر، به مصلحت اسلام عمل می‌کند». به هر روی، با توجه به وقوع جنگ تحمیلی، امکان تشکیل شورای اسلامی شهر و روستا فراهم نشد تا اینکه، قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شورای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران در ۱۳۷۵/۳/۱ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید و در تاریخ ۱۳۷۵/۳/۲۳ نیز مورد تأیید شورای نگهبان قرار گرفت.

۲-۲- شایسته بود شورای نگهبان به مجموع سخنان ایشان در برهه‌های

مختلف توجه می‌نمود تا بتواند به درستی اظهار نظر کند. امام خمینی در تاریخ ۱۳۵۸/۲/۷ در جمع دانشجویان سنج سخنانی پیرامون شوراها ایراد کرده اند که با توجه به غلبه اهل تسنن در این استان، شایسته بود از سوی فقیهان شورای نگهبان مورد توجه قرار بگیرد. همانگونه که در سال ۱۳۷۵ با تأیید تبصره یک ذیل ماده ۲۶ قانون تشکیلات شورا و عدم اشاره به سخنرانی امام در تاریخ ۱۳۵۷/۷/۱۲ روشن شد که ممکن است امر یا موضوعی از دید این فقیهان پنهان مانده باشد، عین سخنان امام در زمینه شوراها بیان می‌شود: «اما قضیه اینکه کارهای هر کسی به خودش باید [...] هر جایی به خودش، این جزء برنامه‌های اسلام است، و بنای ما هم بر همین هست. نه تنها شما، هر جا، در هر استانی، در هر جایی که هست، همان طوری که از اول قانون هم همین معنا بوده است، باید شوراهای ولایتی باشد. اینها باید بشود، و می‌شود و درصدد هستند. الان مشغول طرح ریزی آن هستند که شما برای خودتان، مسائل خودتان باشد. انتخابات مال خودتان باشد؛ خودتان انجام بدهید. کارهایتان محول به خودتان باشد. نه تنها شما؛ خراسان هم همین طور، اصفهان هم همین طور، همه جا همین طور. این شوراها باید همه جا باشد و هر جایی خودش اداره کند خودش را. این، هم برای ملت خوب است، هم برای دولت خوب است. دولت نمی‌تواند همه جا را خودش تحت نظر بگیرد؛ وقتی محول کرد کار را به خود مردم، مردم در منطقه‌ای که هستند برای خودشان دلسوزتر هستند، بهتر اطلاع دارند به احتیاجات

خودشان. اینها یک برنامه‌هایی است که در دست اجراست. گمان نکنید که حالا این برنامه‌ها در جای دیگر پیاده شده و شما محروم مانده اید؛ چنین گمانی نکنید. من از شماها تمنا دارم که سوء ظن به برادرهایتان نبرید. چنانچه ما سوء ظن نسبت به شما نداریم، شما هم نسبت به دولتتان، نسبت به ما، سوء ظن نداشته باشید، که ما می‌خواهیم خیر، یک قشری را بالا ببریم! این مال طاغوت بود؛ اینکه یک دست‌های نوکر برای خودشان می‌خواستند درست کنند، و برای خودشان دار و دسته درست کنند و ... همه ملت از خودمان است، و ما خودمان هم از همه ملت هستیم. و ما همه خدمتگزار شما و ملت هستیم. من اطمینان می‌دهم به شما، که همه این مسائلی را که شما دارید حل بشود. قضیه اینکه آنجا امن و امان باشد و قضیه امنیتش باشد، البته ما تماس می‌گیریم با ستاد ارتش، با ژاندارمری، و سفارش می‌کنیم راجع به این. ان شاءالله همه موفق و مؤید باشید. ان شاءالله خداوند همه شما را تأیید کند، و همه ما با شما در تحت لوای اسلام و برای خدا و برای قرآن همه با هم این نهضت را حفظ بکنیم؛ و برسانیم به آنجایی که احکام اسلام را در خارج عیناً ببینیم، آن احکامی که همه قشرها را - علی السوا - هیچ کس را بر هیچ کس ترجیح نداد؛ الا به تقوا، الا به خدانشناسی»^۴.

سخنان امام، آشکارا نمایانگر برابری شهروندان و نیز اهمیت انتخاب شخص توسط مردم می‌باشد.

۲-۳- مفروض این است که فقهیان شورای نگهبانی که در سال ۱۳۷۵ تبصره یک ذیل ماده ۲۶ قانون تشکیلات شورا را مخالف با شرع تشخیص نمی‌دهند، طبق قانون اساسی (اصل ۹۱)، «آگاه به مقتضیات زمان و مسائل روز» بوده اند و تبصره مزبور را با لحاظ پراکندگی جمعیت مسلمانان و غیر مسلمانان در سرتاسر کشور تأیید کرده اند. اصل چهارم قانون اساسی، اختیار و صلاحیت ویژه‌ای به این شورا نمی‌دهد تا خارج از چارچوب‌های مشخص شده‌ی قانونگذاری در هر مورد، قوانین مصوّب پیش یا پس از انقلاب را به ادعای مخالفت با موازین اسلام نسخ کرده و غیر معتبر بشمارند. اصل ۹۴ قانون اساسی که بعد از اصل چهارم و زیر عنوان مبحث دوم (اختیارات و صلاحیت مجلس شورای اسلامی) آمده، بیان می‌دارد: «کلیه مصوبات مجلس شورای اسلامی باید به شورای نگهبان فرستاده شود. شورای نگهبان موظف

^۴ همان، صص. ۱۵۱-۱۵۲

است آن را حداکثر ظرف ده روز از تاریخ وصول از نظر انطباق بر موازین اسلام و قانون اساسی مورد بررسی قرار دهد و چنانچه آن را مغایر ببیند برای تجدید نظر به مجلس بازگرداند. **در غیر این صورت مصوبه قابل اجرا است.** فراز پایانی اصل مزبور، نشان می‌دهد که این شورا حتی در زمینه نظارت بر مصوبات مجلس که طبق اصول ۹۱-۹۴-۹۶ به وی اعطا شده نیز، آزاد نبوده که هر وقت بخواهد و تشخیص دهد، اعلام نظر کند. قانونگذار اساسی، توجه دارد که نمی‌توان امور و شؤونات کشور را که از جمله، از طریق قانونگذاری در مجلس شورای اسلامی، اداره می‌شود، به بهانه اظهار نظر این شورا بلا تکلیف و معطل نهاد، از این روست که بیان می‌دارد: در غیر این صورت [= در صورتی که شورای نگهبان، مصوبه را به منظور انطباق با موازین اسلام و قانون اساسی به مجلس بازگرداند یا سکوت پیشه کرد]، **مصوبه قابل اجرا است و فرض می‌شود که این شورا، مغایرتی را ملاحظه نکرده است.**

۴-۲- ماده ۱۹ آیین نامه داخلی شورای نگهبان نیز نمی‌تواند متمسک این شورا برای ابطال مصوبات قانونی معتبر کشور قرار بگیرد: «اعلام مغایرت قوانین و مقررات یا موادی از آنها با شرع با توجه به اصل چهارم قانون اساسی، در هر زمان که مقتضی باشد توسط اکثریت فقهای شورای نگهبان انجام می‌یابد و تابع مدتهای مذکور در اصل نود و چهارم قانون اساسی نمی‌باشد». تفسیر فرازهای پایانی ماده اخیر می‌بایست به گونه‌ای صورت بگیرد که، همه اصول قانون اساسی به ویژه در زمینه صلاحیت منحصر مجلس شورای اسلامی در امر قانونگذاری لغو و بیهوده جلو نکند. نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان، درکنار نظارت پیشینی اعضای شورای نگهبان بر مصوبات ارسالی مجلس از نظر عدم مغایرت با قانون اساسی، پیش بینی شده (= اصل نود و ششم) و این نظارت شرعی فقهای، از نظر منطقی، و تنها به استناد اصل چهارم، نباید به گونه‌ای تفسیر شود که فقهای این شورا بتوانند در زمینه قوانین معتبر پیش از انقلاب یا پس از آن، به گونه مبسوط الید و خارج از چارچوب‌های قانونگذاری مورد نظر قانونگذارِ قانون اساسی عمل کنند.^۵

همانگونه که می‌دانیم، ممکن است دیدگاههای فقهای عضو شورای نگهبان در زمینه مسائل و موضوعات شرعی، با دیدگاههای سایر فقهای مغایر باشد؛ بدین

^۵ در زمینه انواع روشهای نظارت بر قانون اساسی ر.ک. عباسی، بیژن، *مبانی حقوق اساسی*، تهران، انتشارات جنگل، چاپ دوم، ۱۳۸۹، صص. ۱۲۵-۱۳۲.

توضیح که، این امکان وجود دارد موضوعی که فقیه عضو شورای نگهبان آن را مصداق خلاف شرع بداند، فقیه دیگری از فقهبان امامیه در مخالفت با شرع تشخیص ندهد. برای نمونه، هنگامی که به دقت، در مکاتباتی که موجب تأسیس مجمع تشخیص مصلحت نظام در سال ۱۳۶۶ به صورت غیر رسمی و سپس به صورت رسمی پس از بازنگری قانون اساسی در سال ۱۳۶۸ شد، می‌نگریم؛ اغلب، اختلاف بین مصوبات مجلس با نظریات فقیهان شورای نگهبان، ناشی از آراء شخصی و اجتهادی اعضای مزبور است و در صورتی که، نگاه منطبق با مصلحت و نیازهای زمان از سوی اعضای فقیه این شورا اعمال می‌شد، شاید نیازی به وجود این مجمع نیز احساس نمی‌شد.^۶ مسؤولان وقت دولت در سال ۱۳۶۶ اقدام به ارسال نامه به بنیانگذار انقلاب اسلامی نموده و در آن شرح می‌دهند که چگونه لوایح و طرح‌های قانونی پس از طی مراحل مختلف کارشناسی در مجلس و دولت در نهایت جهت تصویب به صحن مجلس می‌آید و گاهی بین مجلس و شورای نگهبان اختلاف حاصل می‌شود و... پاسخ امام خمینی (ره) به نامه مزبور نشان می‌دهد که همین که کارشناسان دارای صلاحیت در مجلس و دولت، به هر دلیل، مصوبه‌ای را نیاز کشور بدانند؛ شورای نگهبان باید بنابر مصالح اسلام آن را مورد تأیید قرار دهد: «گرچه به نظر اینجانب پس از طی این مراحل، زیر نظر کارشناسان که در تشخیص این امور مرجع هستند، احتیاج به این مرحله نیست لکن برای غایت احتیاط در صورتی که بین مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان شرعاً و قانوناً توافق حاصل نشد، مجمعی... برای تشخیص مصلحت نظام اسلامی تشکیل گردد...»^۷. امام در تاریخ ۸ دی ماه ۱۳۶۷ پیرامون اختیارات

^۶ در زمینه مطالعه مصلحت سنجی موردی شورای نگهبان ر.ک. گرجی از ندریانی، علی اکبر، مصلحت-بانی دادرسی اساسی: شورای نگهبان به مثابه نهاد تشخیص مصلحت، *نشریه حقوق اساسی*، سال نهم، شماره ۱۸، زمستان ۱۳۹۱، صص. ۱۱۱-۱۲۶.

^۷ برای مطالعه بیشتر در زمینه «مجمع تشخیص مصلحت نظام و جایگاه قانونی آن» ر.ک. مقاله‌ای با همین عنوان: مهرپور، حسین، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ش ۱۰، بخش تحقیق، صص. ۱۱-۵۵؛ طجریلو، رضا و محمد جواد تهامی، مبانی توجیهی تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام در حقوق ایران و فقه شیعه، در مجموعه «در تکاپوی حقوق عمومی»، زیر نظر علی اکبر گرجی از ندریانی، انتشارات جنگل، چاپ اول، ۱۳۹۳، صص. ۳۲۱-۳۳۵ و در زمینه اسناد، مدارک و مصوبات این مجمع ر.ک. جوادی، غلامرضا، *مصوبات و اسناد و مدارک مجمع*

مجمع تشخیص مصلحت نظام پیامی را صادر کرده و در پایان به شورای نگهبان تذکر مهمی می‌دهند^۸: «تذکری پدران به اعضای عزیز شورای نگهبان می‌دهم که خودشان قبل از این گیرها، مصلحت نظام را در نظر بگیرند، چرا که یکی از مسائل بسیار مهم در دنیای پرآشوب کنونی نقش زمان و مکان در اجتهاد و نوع تصمیم‌گیری‌ها است. حکومت فلسفه عملی برخورد با شرک و کفر و معضلات داخلی و خارجی را تعیین می‌کند و این بحث‌های طلبگی مدارس، که در چهارچوب تئوریهاست، نه تنها قابل حل نیست، که ما را به بن‌بست‌هایی می‌کشانند که منجر به نقض ظاهری قانون اساسی می‌گردد. شما در عین اینکه باید تمام توان خودتان را بگذارید که خلاف شرعی صورت نگیرد - و خدا آن روز را نیاورد - باید تمام سعی خودتان را بنمایید که خدای ناکرده اسلام در پیچ و خمهای اقتصادی، نظامی، اجتماعی و سیاسی، متهم به عدم قدرت اداره جهان نگردد. خداوند به همه اعضای محترم مجمع تشخیص مصلحت توفیق دهد تا هرچه بهتر به اسلام خدمت کنید. والسلام علیکم و رحمه الله».

۲-۵- بر پایه آنچه بیان شد، اگر نظارت شرعی شورای نگهبان، با استناد به اصل چهارم قانون اساسی و ماده ۱۹ آیین نامه داخلی این شورا، به گونه‌ای تفسیر گردد که به محض اعلام نظر شورای نگهبان مبنی بر مخالفت مصوبه قانونی معتبری با شرع (برای نمونه: دیدگاه شورای نگهبان در زمینه تبصره یک ذیل ماده ۲۶ قانون شوراها)، آن مصوبه، ابطال و غیر معتبر شود؛ صحیح به نظر نمی‌رسد چرا که ممکن است دیدگاههای شرعی فقیهان شورا در مخالفت با مصلحت نظام یا در تضاد با سایر اصول قانون اساسی (مانند اصول مندرج در فصل سوم) و دیدگاههای فقیهان دیگر باشد و اگر پذیرفته شود که به محض اعلام نظر شورا در خصوص یک مصوبه، آن مصوبه باطل شده و از عرصه قانونی کشور خارج می‌شود، دیگر اصل ۱۱۲ قانون اساسی در زمینه اختلاف نظر شورای نگهبان و مجلس، به جز موارد محدودی، امکان بروز و ظهور پیدا نمی‌کند. بدینسان، هیچ کس نمی‌تواند از اختیار اظهار نظر شرعی

تشخیص مصلحت نظام، انتشارات روزنامه رسمی کشور، چاپ اول، ۱۳۸۹

^۸ خمینی، سید روح الله، صحیفه نور، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ پنجم، ۱۳۸۹، جلد ۲۱، صص. ۲۱۶-۲۱۷.

فقهیان (حتی فقهیان غیر عضو شورا) در خصوص مصوبه‌ی قانونی لازم الاجرائی جلوگیری کند ولی نمی‌توان پذیرفت که این اظهار نظر، بی‌آنکه در فرایند رسمی قانونگذاری نظام حقوقی، قرار بگیرد، کار آمد و تأثیر گذار است. برای نمونه، پاره‌ای از فقهیان کنونی، با دیدگاه‌های شورای نگهبان در زمینه سود بانکی، وجه التزام، خسارت تأخیر تادیه مخالف بوده و اخذ این گونه وجوه را غیر شرعی تشخیص می‌دهند. این دیدگاهها تا پیش از آنکه، در فرایند قانونگذاری پذیرفته شده در قانون اساسی، لباس «مصوبه قانونی» را به تن خود ببینند، نباید در نظام حقوقی یا اجرایی کشور اثرگذار باشد.

۲-۶- بدین ترتیب، لزوم پای بندی به قانون مصوب از یک سو و احترام به دیدگاه شرعی مجتهد از سوی دیگر، موجب گردیده که تبصره ذیل ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی (مصوب ۱۳۷۹) بیان کند: «چنانچه قاضی مجتهد باشد و قانون را خلاف شرع بداند، پرونده به شعبه دیگری ارجاع خواهد شد». در این نمونه، قاضی مجتهد وظیفه ندارد که با قانونی که طبق دیدگاه وی، غیر شرعی است به مبارزه برخاسته و آن را اجرا نکند و برابر با دیدگاه شرعی خود رأی بدهد بلکه، باید پرونده به شعبه دیگری ارجاع شود که اصل حاکمیت قانون و احترام به آن خدشه دار نشود. فقهیان شورای نگهبان نیز در هر جا تشخیص دهند که مصوبه قانونی پیش از انقلاب یا پس از آن، با شرع در تضاد است باید پیشنهاد اصلاحی خود را طبق اصل چهارم به دولت یا مجلس شورای اسلامی بدهند تا چارچوب‌های شناخته شده قانونگذاری در کشور و نیز اصل احترام به قوانین، خدشه دار نشود. چه بسا در فرایند قانونگذاری، بین مجلس و شورای نگهبان اختلاف نظر به وجود بیاید و با اصرار مجلس، دخالت مجمع تشخیص مصلحت نظام لازم آید. این تفسیر به طور کامل، متناسب با روح و متن قانون اساسی، به ویژه واپسین اراده قانونگذار اساسی، در پیش بینی اصل ۱۱۲ قانون اساسی در اصلاحات سال ۱۳۶۸ می‌باشد. ماده ۲۱ آیین نامه داخلی مجلس را از جمله، می‌توان در همین راستا تفسیر کرد که رئیس جمهور به عنوان مسؤول اجرای قانون اساسی و پاسدار آن (اصول ۱۱۳ و ۱۲۱) از این امر آگاه شده و اقدام لازم که، از جمله، ممکن است تهیه لایحه قانونی یا رایزنی برای تهیه طرح در مجلس باشد، انجام دهد.

طبق اختیاراتِ اعطایی قانونگذار اساسی، صلاحیت ذاتی شورای نگهبان در زمینه اعلام مغایرت یا عدم مغایرت مصوبات مجلس با موازین شرعی است (از جمله اصل ۹۱) و هر گونه صلاحیتی که خارج از چارچوب قانون اساسی باشد، نیازمند تغییر و بازنگری در این قانون است و هیچکس نمی‌تواند اختیار ویژه‌ای را به این شورا اعطا کند مگر قانون اساسی. بنابراین، شورای نگهبان باید به همین اختیاراتِ وسیعی که در زمینه نظارت تقنینی و سیاسی که براساس قانون اساسی یا بر پایه‌ی تفسیر این شورا از قانون مزبور، به این نهاد اعطا شده بسنده کند و با تفاسیر و اظهارنظرهای خود و انتظار اجرای بی چون و چرای آن، بدون در نظر گرفتن سایر اصول قانون اساسی، موجبات تضییع حق‌های اساسی اشخاص را فراهم نسازد. این تفسیر با اصل حاکمیت قانون و لزوم پای بندی به آن سازگار بوده و در نظامهای حقوقی کشورهای مختلف نیز دارای پیشینه است. برای نمونه، در حقوق انگلیس که فاقد قانون اساسی نوشته می‌باشد، در سال ۱۹۹۸ قانونی به نام «قانون حقوق بشر»^۹ تصویب گردید. می‌توان گفت که این قانون، نسبت به قوانین دیگر در نظام حقوقی انگلیس از جایگاه ممتازی برخوردار بوده و به گونه‌ای در حکم قانون اساسی این کشور تلقی می‌گردد: مطابق مواد سه و چهار این قانون^{۱۰}، کلیه قوانین (اعم از قوانین اصلی و تبعی)^{۱۱} باید

^۹ Human rights act 1998.

^{۱۰} **section 3:** Interpretation of legislation: (1) So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights.(2) This section:(a) applies to primary legislation and subordinate legislation whenever enacted;(b) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible primary legislation; and(c) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible subordinate legislation if (disregarding any possibility of revocation) primary legislation prevents removal of the incompatibility. **Section 4...** 2: If the court is satisfied that the provision is incompatible with a Convention right, it may make a declaration of that incompatibility.

^{۱۱} منظور از (primary legislation) آن دسته از قوانینی است که رأساً توسط پارلمان تصویب می‌شود ولی (subordinate legislation) یا قانونگذاری تبعی (= آیین نامه جایگزین قانون) به قوانینی گفته می‌شود که با اختیارات پیش بینی شده توسط قانون مصوب به تصویب می‌رسد. مانند دستورها، آیین نامه‌ها و بخشنامه‌هایی که توسط وزرا تنظیم و تصویب می‌شود؛ به این گونه مقررات گاهی مقررات در حکم قانون (delegated legislation) نیز گفته می‌شود. به نقل از: هیأت

بگونه‌ای تفسیر شوند که با حق‌های مندرج در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر انطباق داشته باشد. در صورتی که قاضی مفاد قوانین را مخالف و در تضاد با مقررات کنوانسیون بداند باید اعلامیه‌ای مبنی بر مغایرت (= declaration of incompatibility) صادر کند. صدور این اعلامیه، اعتبار قانون مزبور را مخدوش نساخته ولی راه را برای اصلاح یا الغای مصوبه مخالف با کنوانسیون هموار می‌سازد. بنابراین، روشن است که قانون حقوق بشر ۱۹۹۸ در جایگاهی مانند قانون اساسی سایر کشورها قرار دارد که سایر مقررات و قوانین عادی باید موافق با آن تفسیر شوند و از نقض آن خودداری نمایند.^{۱۲} در قانون اساسی (بنیادی) آلمان نیز ایراد عدم مطابقت قانون عادی با قانون اساسی (unconstitutionality of provision) در ماده ۱۰۰ پیش بینی شده است.^{۱۳}

۷-۲- در هر حال، شیوه برخورد شورای نگهبان، به ویژه در مسائل شرعی که معرکه الآراء فقیهان می‌باشد، نباید به گونه‌ای باشد که، بدون طی فرایندی که در قانون اساسی پیش بینی شده، مصوبه معتبری مانند تبصره یک ذیل ماده ۲۶ قانون تشکیلات شورا، باطل و غیر معتبر اعلام شود.^{۱۴} در صورتی که این بدعت، رخ دهد،

پژوهشگران کوندیش، *نظام حقوقی انگلستان*، برگردان نسرين مهرا، نشر میزان، سال ۱۳۸۷، چاپ اول. صص. ۷۶-۷۰.

^{۱۲} Rivers, Julian, "fundamental rights in the UK human rights act" in *Arguing fundamental rights*, edited by: Agustín José Menéndez and Erik Oddvar Eriksen, Springer, 2006. p.143.

^{۱۳} برای مطالعه بیشتر در این زمینه ر.ک. فاورو، لویی، *منبع پیشین*، صص. ۷۶-۹۲.

^{۱۴} برای نمونه، می‌توان به موضوع تعیین دیه برای «اقلیت‌های دینی» در قانون قدیم مجازات اسلامی قدیم اشاره کرد که با مخالفت شورای نگهبان با این مصوبه و ارسال به مجمع تشخیص و در نهایت با توسل به نظر و فتوای مقام رهبری، تبصره‌ای بدین گونه به ذیل ماده ۲۹۷ الحاق گردید: «بر اساس نظر حکومتی ولی اکر، دیه اقلیت‌های شناخته شده در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به اندازه دیه مسلمان تعیین می‌گردد». متن این تبصره در ماده ۵۵۴ قانون مجازات اسلامی جدید (مصوب ۱۳۹۲) نیز تکرار شده است. در حالی که، اگر شورای نگهبان به عقاید فقیهان دیگر و نیاز زمان و... توجه می‌نمود، نیازی به دخالت مجمع و استفتا نبود. جالب اینجاست که، امام خمینی در پاسخ به پرسشی در این زمینه نظر فقهی و شرعی خویش را پیش تر اعلام کرده بودند و شایسته بود که شورای نگهبان بر نظر فقهی فقیهان خویش اصرار نکرده و مصوبه پیشنهادی قوه قانونگذاری را تأیید می‌کرد.

ثبات قانونگذاری در نظام حقوقی ایران، به طور کامل بی معنا خواهد شد. حداقل انتظار مشروع هر شهروند این است که بتواند با پیش بینی قوانین موجود و اتکا و اعتماد به ثبات و دوام آنها، امور حقوقی خود را به سامان رساند. از همین روست که در آیین دادرسی مدنی آمده است: «دلایلی که برای اثبات عقود یا ایقاعات یا تعهدات یا قراردادهای اقامه می‌شود، تابع قوانینی است که در موقع انعقاد آنها مُجرا بوده است، مگر اینکه دلایل مذکور از ادله شرعیه‌ای باشد که مُجرا نبوده یا خلاف آن در قانون تصریح شده باشد». به هر روی، همه مقررات شرعی مورد نیاز جامعه نیز می‌بایست از طریق طرح یا لایحه‌ای به مجلس تقدیم شود تا در فرایند قانونگذاری که در پایان منجر به اظهار نظر یا سکوت شورای نگهبان می‌گردد، قرار بگیرد. استاد کاتوزیان در مصاحبه‌ای که در مورد مفهوم «نظارت» شورای نگهبان انجام داده اند و در آن بیان

پرسش از طرف شورای عالی قضایی وقت صورت می‌گیرد: «آیا غیر مسلمانان که در مملکت ایران زندگی می‌نمایند از اهل کتاب یا غیر آنها اگر مرتکب جرمی بشوند که حد یا تعزیر دارند مانند سرقت و زنا یا جاسوسی یا افساد یا محاربه یا قیام علیه حکومت و همانند اینها، آیا مانند مسلمانان باید مجازات شوند یا آنکه: مجازات آنها در مانند جاسوسی به بعد احتیاج به اشتراط ترک دارد و یا آنکه چون با مثل جاسوسی حربی می‌شوند به مانند کفاری که شرایط ذمه عمل نکنند با آنان معامله گردد یعنی برگرداندن به مأمَن و یا تخییر حاکم بین قتل یا فدیة یا استرقاق که حضرتعالی در مسأله ۸ تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۵۰۳ در تخییر اشکال فرمودید؟» پاسخ به صورت کوتاه و مفید ایشان بدین صورت است: «بسمه تعالی، کفار مزبور در پناه اسلام هستند و احکام اسلام مانند مسلمانهای دیگر درباره آنها جاری است و محفون الدم بوده و مالشان محترم است». به نقل از: مهرپور، حسین، *حقوق اقلیت‌ها در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*، در مجموعه «حقوق بشر و راهکارهای اجرایی آن»، انتشارات اطلاعات، چاپ دوم، ۱۳۸۸، ص. ۱۸۵، پاورقی شماره ۱. مرحوم سید محمد کاظم یزدی (صاحب عروه الوثقی) نیز در پاسخ به استفتاهایی در این زمینه، بر حرمت مال کافر در جامعه مسلمانان تأکید کرده اند. «سوال ۳۴۴: کفاری که در بلاد عجم یعنی بلاد اسلام عرب و عجم، ساکن و مشغول داد و ستد می‌باشند و اهل جزیه نمی‌باشند پس معاهد و در پناه اسلام می‌باشند حربی می‌باشند یا نه؟ جواب: کفاری که در بلاد اسلام در پناه سلطان اسلام می‌باشند، اموالشان محترمست، حکم کفار حربی ندارند. سوال ۴۴۲: زیدی مدیون مُسَلَّم و شخصی عیسوی است. اگر پولی و استطاعتی بهم رساند، آیا باید اول قرض مسلم را ادا کند یا قرض کافر را؟ اموال ملت خارجه که در ایران هستند و مطیع نیستند، می‌شود ضبط کرد یا نه؟ جواب: مخیر است به هر یک می‌خواهد بدهد. و بهتر تقسیم است میان ایشان بالنسبه، و اهل ملت خارجه که در ایران می‌باشند، چون در امان سلطان اسلام هستند، مال ایشان محترم است و حلال نیست بر مسلمین، هر چند مطیع نباشند»: سوال و جواب (استفتائات و آراء فقیه کبیر سید محمد کاظم یزدی)، به اهتمام سید مصطفی محقق داماد، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ اول، بهار ۱۳۷۶، تهران، صص. ۱۴۳ و ۲۷۸.

شده که، این شورا عقیده دارد که در وهله اول، مسوول «اسلامیت» جمهوری اسلامی است، اظهار می‌دارند: «... مسأله آنجاست که این نهاد حافظ اسلامیت نظام، به هر حال متشکل از کسانی است که نگرش خاص خود را به دین دارند و بر اساس آن نگرش، به تفسیر شرع و قانون می‌پردازند. هیچ کس نمی‌گوید که شورا، پاسدار اسلامیت نظام نباشد اما شورای نگهبان می‌تواند با تفسیر امروزی تر به پاسداری از اسلام فکر کند... اگر نگرش شورای نگهبان، با مقتضیات امروز منطبق شود تفسیرش هم از مقوله صلاحیت و هم از مفهوم نظارت، عوض می‌شود»^{۱۵}.

۸-۲- این شورا با عملکرد خویش نشان داد که تا پیش از تغییر و بازنگری در قانون اساسی و پیش بینی نهاد مستقلی به نام دادگاه قانون اساسی، شایسته نیست حقوقدانان آن را به عنوان «دادرس قانون اساسی» به شمار آورند؛ چرا که به طور معمول در نظامهایی که دادگاه قانون اساسی به معنای واقعی کلمه وجود دارد، در صورت شکایت اشخاص در خصوص عدم مطابقت قانون مصوب با قانون اساسی، دادرس قانون اساسی، صلاحیت رسیدگی پیدا خواهد کرد و این دادگاه در یک دادرسی تمام عیار و در قالب یک رأی که در بیشتر موارد مفصل است^{۱۶}، اتخاذ تصمیم خواهد نمود. وانگهی، دادرسی اساسی برای حفظ و حمایت بیشتر از حق‌های اساسی و آزادی‌های مشروع اشخاص در نظامهای مترقی حقوقی پیش بینی شده است نه برای تجاوز به حق‌های شهروندان. تفاسیر و اقدامات شورای نگهبان، به طور معمول برای افزودن بر اقتدار حاکمیت صورت گرفته و جنبه‌های سیاسی اظهارنظر بر جنبه خالص حقوقی برتری دارد. در بیشتر موضوعات، شورای نگهبان، مانند مقام افتاء خود را بی‌نیاز از استدلال و توجیه دیدگاه خود می‌داند و این امر با رسیدگی قضایی که در آن، قاضی بر خلاف مجتهد و اصولی، با قضایای شخصی سر و کار دارد و باید به صورت جزیی فصل خصومت کند، منافات دارد. ماده ۴ قانون آیین دادرسی مدنی در

^{۱۵} کاتوزیان، ناصر، «نظارت‌ها و صلاحیت‌ها در قانون اساسی»، در کتاب «گامی به سوی عدالت»، جلد اول، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۷، صص. ۶۰۹-۶۱۰.

^{۱۶} برای نمونه در این زمینه ر.ک. رأی دیوان عالی کشور هند که با شکایت زنان، طلاق بدعت (سه طلاق در یک مجلس) را بر خلاف حقوق اساسی زنان تشخیص داده و غیر معتبر اعلام کرد. متن کامل گزارش شکایات و این رأی نزدیک به ۴۰۰ صفحه بوده که در نشانی زیر در دسترس است:

- Supreme Court of India Judgment WP(C) No.118 of 2016 Triple Talaq.
Available at: supremecourtindia.nic.in

این زمینه صراحت دارد: «دادگاهها مکلفند در مورد هر دعوا به طور خاص تعیین تکلیف نمایند و نباید به صورت عام و کلی حکم صادر کنند». وانگهی، حتی اگر پذیرفته شود که کارکردِ شورای نگهبان، همانند دادگاه قانون اساسی بوده، این امر تنها در زمینه صلاحیت پیشینی فقیهان و اعضای شورای نگهبان، در اعلام مغایرت مصوبات ارسالی مجلس با شرع یا قانون اساسی است؛ به بیان دیگر، صلاحیت این شورا در هنگام «وضع مصوبه» پیش بینی شده است. بنابراین، در مواردی که از رهگذر «اجرای قانون عادی»، به اصلی از اصول قانون اساسی یا به امر شرعی، تجاوزی صورت می‌گیرد، نظام حقوقی ما فاقد راهکار لازم برای رسیدگی به امور پیش گفته است.^{۱۷} از جمله، به همان دلایلی که پیش تر آمد، با استناد به اصل چهارم یا مواد ۱۹ و ۲۱ آیین نامه داخلی شورا، نمی‌توان بر این باور بود که دیدگاههای فقیهان این شورا در زمینه مسائل شرعی، اعتبار قانون معتبر را از بین می‌برد.

۳- نگاهی به مفهوم قاعده «نفی سبیل»

۱-۳- نظام حقوقی ایران، به ویژه در حوزه حقوق خصوصی، مبتنی بر برداشت ویژه‌ای از فقه امامیه است. به طور کلی، به مدت طولانی در عموم کشورهای اسلامی، کارکرد سنت فقهی بیشتر محدود به حقوق مدنی بوده، آن هم از آن رو که حقوق مدنی با حقوق عرفی بیشترین همراهی و توارد را داشته است.^{۱۸} اینکه گفته می‌شود «برداشت خاص»، مقصود این است که در برخی از زمینه‌ها آرا و نظریه‌های فقهی غیر مشهور و شاذی وجود دارد که هر چند با آموزه‌های کنونی حقوق بشر هم آهنگ بوده و به عدالت نزدیک تر می‌باشد ولی چون در این «قرائت و برداشت رسمی و خاص» جایگاهی ندارد، متروک و مهجور مانده اند. قصد هرگونه تغییر در مفاهیم و تعاریف فقهی و شرعی، با سرسختی و مقاومت زیادی روبرو می‌شود، چرا که ممکن است گمان رود که تغییرات در برخی از اصولی که به ظاهر دائمی و تغییرناپذیرند، مخالف اصل چهارم یا صدر اصل دوازدهم قانون اساسی، تلقی شود. در صورتی که

^{۱۷} برای مطالعه راهکارهای پیشنهادی به منظور جلوگیری از نقض حق‌های اساسی اشخاص ر.ک. مسلم، محمدزاده، منبع پیشین، صص. ۲۰۲-۲۷۱ (بخش دوم رساله).

^{۱۸} در این زمینه و به ویژه موضوع «کمیته‌گرایی و بیشینه‌گرایی در تاریخ فقه اسلامی»، ر.ک. به مقاله‌ای با همین نام از: پاکتچی، احمد، در مجموعه «تأملاتی در مباحث فرهنگ اسلامی»، به کوشش مرتضی سلمان نژاد، انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۳۹۲، صص. ۱۲۵-۱۳۷.

حتی با دقت در آراء و فتاوی فقیهان امامیه نیز فهمیده می‌شود که کمتر موضوعی است که مورد اجماع کامل فقیهان قرار گرفته و غیر قابل بحث و خدشه باشد.

۲-۳- در برابر، حقوق عمومی در فقه شیعه به معنای واقعی تئوریزه نشده و بیشتر با ابزار حقوق خصوصی به استقبال حقوق عمومی می‌رویم.^{۱۹} از معدود قواعد فقهی مشترک در حوزه حقوق عمومی و خصوصی، **قاعده نفی سبیل** است. و رای دیدگاه شورای نگهبان در زمینه تبصره ذیل ماده ۲۶ قانون تشکیلات شورا، قاعده معروف «نفی سبیل» نهفته است. مستند و مدرک اصلی این قاعده، آیه ۱۴۱ از سوره مبارکه نساء می‌باشد: «**لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا**: خداوند هرگز سبیلی را برای کافران بر مسلمانان قرار نداده است».

۳-۳- مانند بسیاری از موضوعات، در زمینه مفهوم این قاعده نیز بین علمای مسلمان اختلاف نظر وجود دارد. دیدگاه مرسوم فقیهان این است که، سبیل به معنای سلطه و برتری می‌باشد؛ بدین توضیح که، هر گونه حکمی که موجب علو و سلطه کافر بر مسلمان می‌شود، توسط شارع نفی گردیده است، این قاعده در ابواب مختلف عبادات و معاملات مورد استناد و عمل فقیهان قرار گرفته است^{۲۰} و به استناد آن گفته می‌شود که، در عالم تشریح و قانونگذاری، حکمی از سوی خداوند وضع نشده که موجب تسلط کافر بر مسلمان شود.^{۲۱}

توجه و گرایشی که از سوی فقیهان عامه و خاصه به این آیه گردیده و منجر به استخراج قاعده عام و متفرعات فراوانی زیر عنوان «نفی سبیل» شده است، از طرف مفسران (از اهل تشیع و تسنن) دیده نمی‌شود و این در حالی است که، گفته شده که در قرن‌های دوم و سوم هجری فقیهان درگیر مسأله تفسیر قرآن نبوده و در

^{۱۹} شهابی، مهدی، **تعامل حقوق عمومی و حقوق خصوصی با تأکید بر رابطه حقوق مدنی و حقوق تأمین اجتماعی**، پایان نامه دوره دکترای حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه تهران، با راهنمایی عزت الله عراقی، سال تحصیلی ۸۶-۸۷، ص. ۶۷.

^{۲۰} برای مطالعه این قاعده ر.ک. البجنوردی، سید محمد حسن، **القواعد الفقهیه، الجزء الأول**، انتشارات دلیل ما، چاپ نخست، قم، ۱۳۸۲، صص. ۱۸۵-۲۰۷.

^{۲۱} همان، صص. ۱۸۸-۱۸۹.

قرنهای بعدی به تفسیر روی آورده اند^{۲۲}. در این جا به برخی از تفاسیر هر دو قوم در سده‌های نخستین هجری و دورانِ معاصر اشاره شده و روشن خواهد شد که تفسیر فقهی از این آیه شریفه در شمار سختگیرانه ترین تفاسیر می‌باشد که مناسب با روزگار کنونی نمی‌باشد.

۳-۴- از میان تفاسیر اهل تسنن، در تفسیر طبری ذیل این آیه، با استناد به روایتی از امام علی (ع) و نیز به دلالت جمله پیش از عبارت «لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ...» که عبارت (اللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ: خداوند در روز قیامت بین شما حکم می‌کند) آمده که، سبیل در این آیه، به معنای حجت و برهان است بدین ترتیب، معنای آیه چنین می‌شود که: در روز قیامت کافران در برابر مسلمانان حجت و برهانی نخواهند داشت. در همین معنا، از امام علی (ع) روایت شده که برخی از مسلمانان، به ایشان مراجعه کردند و گفتند این آیه چگونه تفسیر می‌شود، حال آنکه، در برخی از جنگها کافران بر ما مسلط شده و ما را شکست می‌دهند. ایشان فرمود: کافر در روز قیامت بر مسلمان مسلط نمی‌گردد (لا يسلط الكافر على المؤمن في الآخرة يوم القيامة)^{۲۳}.

۳-۵- در میان مفسران شیعی متقدم، طبرسی در مجمع البیان اقوال تفسیری پیش گفته را نقل کرده و دیدگاه جداگانه‌ای بیان نمی‌کند^{۲۴}، علامه طباطبایی در تفسیر المیزان با پیوند دو بخش آیه، بر این باورند که در روز قیامت حکم و غلبه از آن مؤمنان و نه کافران است. ایشان با اشاره به آیه ۱۳۹ از سوره آل عمران «ولا تهنوا لاتحزنوا و انتم الاعلون ان كنتم مؤمنين»، معنای غلبه و سلطه مؤمنان بر کافران در دنیا را نیز از آیه محتمل دانسته اند و بیان می‌دارند: «مؤمنان، تا هنگامی که ملتزم

^{۲۲} پاکتچی، احمد، منبع پیشین، ص. ۹۵

^{۲۳} طبری، محمد بن جریر، جامع البیان فی تفسیر القرآن (تفسیر طبری)، جلد ۵، دار المعرفه، لبنان- بیروت، چاپ اول، ۱۴۱۲ ه.ق.، ص. ۲۱۳ و نیز: ابن کثیر، اسماعیل بن عمر، تفسیر القرآن العظیم (ابن کثیر)، دار الکتب العلمیه، منشورات محمد علی بیضون، لبنان- بیروت، چاپ اول، ۱۴۱۹ ه. ق.، جلد چهارم، ص. ۱۰۹۵؛ سمرقندی، نصر بن محمد، تفسیر السمرقندی المسمی بحر العلوم، دار الفکر، بیروت- لبنان، ۱۴۱۶ ه. ق.، جلد یک، ص. ۳۵۰.

^{۲۴} طبرسی، فضل بن حسن، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، نشر ناصر خسرو، ایران- تهران، چاپ سوم ۱۳۷۲، صص. ۱۹۶-۱۹۷.

به لوازم ایمان باشند، به اذن خداوند همیشه بر کافران غلبه دارند»^{۲۵}. مرحوم علامه در جای دیگری از همین تفسیر، می‌افزاید که اگر سیاق آیه در نظر گرفته شود، مقصود عدم احتجاج کافر بر مسلمان در روز قیامت است ولی با صرفنظر از سیاق و با عنایت به خود جمله می‌توان گفت که آیه به عدم احتجاج کافر بر مسلمان در دنیا و آخرت اشاره دارد. در همین زمینه ایشان، با ذکر روایتی از امام رضا (ع)، سبیل را در معنای حجت دانسته و توضیح می‌دهند که خداوند آگاهی دارد که در برخی موارد، کافران غلبه مادی داشته و حتی انبیاء را نیز به قتل می‌رسانند، بنابراین، مقصود از آیه این است که خداوند، هیچگونه دلیل و برهانی برای کافران قرار نداده است.^{۲۶}

در تفسیر این آیه در تفسیر المنار^{۲۷} آمده است: واژه سبیل، نکره در سیاق نفی است و مطلق سبیل را در بر گرفته و افاده عموم می‌کند و نباید آن را تنها در معنای حجت و دلیل در آخرت دانست. مفسر ضمن یادآوری این نکته که، خود ایمان یکی از اسباب پیروزی است، در ادامه بیان می‌دارد: غلبه کافران بر مسلمانان در عصر حاضر در زمینه‌های جنگی، علمی، عملی و سیاست به خاطر کفرشان نبوده بلکه، بدان سبب

^{۲۵} طباطبایی، سید محمد حسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، مؤسسه الأعلمی للمطبوعات، چاپ دوم، سال ۱۳۹۰ ه.ق، بیروت لبنان، جلد پنجم، ص. ۱۱۶.
^{۲۶} همان، صص. ۱۲۱-۱۲۰.

^{۲۷} این تفسیر از اول قرآن تا سوره نساء آیه ۱۲۶ با بیان شیخ محمد عبده و املائی سید محمد رشید رضا و ادامه آن توسط سید رشید رضا با پیروی از روش و سبک استادش نوشته شد. تفسیر المنار یکی از تفسیرهای اجتماعی و تربیتی است که تفسیرهای زیادی از آن متأثرند. تفسیری که توسط شیخ عبده انجام پذیرفت، تفسیری است که ایشان سعی کرده بیشتر از روایات صحیح و امور عقلی استفاده نماید. این تفسیر در میان تفسیرهای قرآن کریم دارای رویکردی سیاسی، اجتماعی و تربیتی است که مؤلف آن به مفسری مجدد با روش تفسیری نوینی شهرت دارد و یکی از پیشگامان و متفکران حرکت اسلامی معاصر است. بنابراین تکرار مکررات فراوانی که در سایر تفاسیر ملاحظه می‌شود، در این تفسیر جایی نداشته و در بسیاری از موارد، مباحثی نو و تازه عرضه می‌دارد: به نقل از: (<http://www.wikiporsesh.ir>). محققان تاریخ تفسیر، این تفسیر را در شمار تفاسیر اجتماعی دانسته که مباحث جدیدی مانند «انسان گرایی»، «فرد گرایی»، «آزادی» و «برابری» در آن مطرح شده است. در این زمینه و نیز در مورد تاریخ تفسیر قرآن کریم رک. پاکتچی، احمد، *تاریخ تفسیر قرآن کریم (مجموعه درس گفتارها)*، انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۳۹۲، ص. ۲۳۷ و نیز سرتاسر کتاب.

است که آنها، بر اساس سنت‌های خداوند در خلقت و آفرینش جهد و کوشش کردند ولی مسلمانان این امور را کنار نهادند و شکست خوردند.^{۲۸}

بر پایه مطالب گفته شده، مفسران مسلمان، آیه ۱۴۱ از سوره نساء را با تفصیلی که از فقیهان در آیات الأحکام سراغ داریم، به بحث و تفسیر ننشسته و بسان فقیهان، فروعات فراوانی را از آن متفرع و استخراج نکرده اند.

۴- نتیجه:

۴-۱- به هر روی، از زمان پیدایش فقه تا کنون، موضوعات مختلف فقهی در معرض آراء بسیار گوناگون قرار گرفته و نمی‌توان به صرف اینکه، نظر مجتهدانه فقیهی با اجماع یا مشهور مخالفت داشته باشد، بر آن نظر خرده گرفت و صاحب فتوا را از دایره اسلام و فقاہت خارج و متهم به بی‌سوادی و کج فهمی کرد. در دنیای کنونی، نمی‌توان از دایره فقاہت همه حقایق و وقایع را نگریست، به ویژه که در این مجال و ساحت، دیدگاه‌های متفاوت، متعارض و متزاحمی دیده می‌شود که تا یکی از آنها در جامه «قانون مصوب» در نیامده، نباید در نظام حقوقی یا اجرایی کشور جایی داشته باشد.

۴-۲- در راه قانونگذاری و تفسیر، مجلس و شورای نگهبان باید به اصل‌هایی که در قانون اساسی وجود دارد و می‌توان به آنها «اصول راهنمای تفسیر و قانونگذاری» گفت، توجه واقعی داشته باشند. قانون اساسی تزیینی باید از ویتترین نظام حقوقی بیرون آمده و تا آنجا که ممکن است، سرتاسر این نظام را، پرتو افشانی کند... استاد کاتوزیان نیز در زمینه شیوه‌های تجاوز حکومتگرانِ سودای قدرت به قانون اساسی چنین نگاشته اند: «... یا قانون اساسی همچون کالایی گرانبها و بی‌مصرف در جعبه زرین خود می‌ماند و گاه که با احترام از آن یاد می‌شود برای توجیه قدرت حکومت است نه استفاده از نیروی بازدارنده آن. ابزار در دسترس و متحرک قانونگذار عادی است که کشتی را بدانجا که خواهد برد. یا قانون اساسی در صحنه سیاست باقی است، ولی با تفسیرهای نادرست از مسیر اصلی منحرف می‌شود و از آن

^{۲۸} رضا، محمد رشید، *تفسیر القرآن الحکیم الشہیر بتفسیر المنار*، دوره ۱۲ جلدی، دار المعرفه، لبنان، بیروت، چاپ اول، ۱۴۱۴ ه.ق، ج ۵، ص ۴۶۶.

صورتی بی محتوا می ماند تا به دلخواه مورد استفاده قرار گیرد»^{۲۹}.

۳-۴- شورای نگهبان، می بایست در اعلام دیدگاهها، تفاسیر و اظهار نظرهای خود، همه اصول قانون اساسی را به خوبی ببیند و اصل یا اصولی را فدای همه اهداف دادرسی اساسی و قانون اساسی نکند. مصلحت سنجی شورای نگهبان که می بایست در پرتو اصول بنیادین قانون اساسی (از جمله فصل سوم) صورت بگیرد، از بروز بسیاری از مشکلات و بن بستها جلوگیری خواهد کرد. توصیه امام خمینی به رعایت مصلحت از شورای نگهبان^{۳۰} و نیز سایر دستورهای ایشان مبنی بر لزوم پابندی به قانون، بسیار مهم بوده و گویا از سوی این شورا، مورد ملاحظه جدی قرار نگرفته است. از جمله مصالح بنیادین هر نظام حقوقی این است که قوانین مصوب آن، تا زمانی که حاکمیت و اعتبار دارند و به شیوه پیش بینی شده در قانون اساسی و از رهگذر قوه قانونگذاری، مورد اصلاح یا بازبینی قرار نگرفته اند، به حیات خود ادامه دهد و از ثبات برخوردار باشد.

۴-۴- همانگونه که گفته شده، کارکرد تفسیر در علمی مانند فقه، از نوع استنادی می باشد. بدینسان که، فقیهان برای اثبات مدعای خود در استخراج احکام، به آیات قرآنی و احادیث استناد می کنند و رویکرد ایشان به تفسیر به طور معمول، در اثبات مدعای فقهی است^{۳۱}. بنابراین، روشن نیست که این نوع رویکرد، اصابت به حکم واقعی شارع نماید. به همین دلیل، نمی توان، نگاه فقیهانه به آیات قرآنی را همه ماجرا دانست، چه بسا برداشتی که شخص مفسر متخصص با توجه به مجموع آیات قرآن نسبت به آیه ای دارد، به حکم واقعی شرعی نزدیک تر باشد.

۴-۵- وانگهی، فقیهان در تطبیق قاعده نفی سبیل بر مصادیق مختلف نیز اختلاف نظر دارند. موضوعی که در پیوند با این نوشتار است اینکه، پاره ای از ایشان در زمینه اجاره اشخاص قائل به تفصیل شده اند و برخی از مصادیق اجاره مسلمان (عبد یا حر) را برای کافر مجاز می شمارند. گفته شده که ملاک، نفی علو و سیطره کافر بر مسلمان است، حال آنکه در پاره ای از مصادیق، نه تنها هیچگونه علو و برتری نبوده بلکه، خدمت مسلمان به کافر موجب عزت و برتری برای مسلمان خواهد بود،

^{۲۹} کاتوزیان، ناصر، *فلسفه حقوق*، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم، ۱۳۸۱، ج. ۲، ش. ۴۵.

^{۳۰} امام خمینی، صحیفه نور، منبع پیشین، جلد، ۲۱، صص. ۲۱۶-۲۱۷.

^{۳۱} پاکتچی، احمد، *تاریخ تفسیر قرآن کریم (مجموعه درس گفتارها)*، منبع پیشین، صص. ۱۱۰-۱۱۱.

بدین ترتیب، اجاره معلم یا پزشک مسلمان برای کافر، مجاز و صحیح شمرده شده است، چه آنکه، موجب عزت و برتری برای مسلمان است و هیچ گونه تسلطی وجود نخواهد داشت.^{۳۲} بدینسان، تفسیر شورای نگهبان از تبصره یک ذیل ماده ۲۶ قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی و انتخاب شهرداران مصوب ۱۳۷۵ مبنی بر عدم کاندیداتوری غیر مسلمان در مناطقی از کشور که مسلمانان نسبت به غیر مسلمانان در اکثریت قرار دارند به استناد قاعده نفی سبیل، قابل پذیرش نمی‌باشد، چه آنکه، حتی اگر دیدگاهی پذیرفته شود که آیه ۱۴۱ از سوره نساء به معنای نفی سلطه کافر بر مسلمان است، نفس عضویت غیر مسلمان در شوراهای اسلامی شهر و روستا به هیچ عنوان مصداق این قاعده به شمار نیامده و چه بسا موجب عزت مسلمان در نزد غیر مسلمان باشد.

۴-۶- فرجام سخن اینکه، حتی در صورت استخراج قاعده‌ای با مضمون نفی سبیل از آیه ۱۴۱ سوره نساء، بی گمان تشخیص مصادیق قاعده بر عهده عرف مسلمانان می‌باشد. به بیان دیگر، شارع، همه مصادیق این قاعده را بیان نکرده و آن را بر عهده مسلمانان نهاده است. بنابراین، در جایی که اکثریت مسلمان به دلایل مختلف، با انتخاب خود، غیر مسلمان را به عضویت شورای شهر، می‌پذیرند، عرفاً هیچگونه، سلطه و برتری کافر بر مسلمان را تشخیص نداده و این تشخیص، شرعاً باید حرمت نهاده شود.

ناگفته نماند که اظهار نظر شورای نگهبان، در بخشی که بیان می‌دارد «... با توجه به اینکه تصمیمات این شوراها در خصوص مسلمین بدون لزوم رسیدگی به آن در شورای نگهبان لازم‌الاجتناب خواهد بود ...»، بسیار قابل توجه و تأمل بوده که خود نیازمند نوشتاری جداگانه است.

^{۳۲} برای تفصیل موضوع ر.ک. البجنوردی، سید محمد حسن، منبع پیشین، صص. ۱۹۷-۱۹۹.

فهرست منابع:

الف) فارسی (کتب، مقالات و پایان نامه ها)

۱. پاکتچی، احمد، «کمینه گرایی و بیشینه گرایی در تاریخ فقه اسلامی» در مجموعه (تأملاتی در مباحث فرهنگ اسلامی)، به کوشش مرتضی سلمان نژاد، انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۳۹۲.
۲. پاکتچی، احمد، تاریخ تفسیر قرآن کریم (مجموعه درس گفتارها)، انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۳۹۲.
۳. جوادی، غلامرضا، مصوبات و اسناد و مدارک مجمع تشخیص مصلحت نظام، انتشارات روزنامه رسمی کشور، چاپ اول، ۱۳۸۹.
۴. خمینی، سید روح الله، صحیفه نور، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ پنجم، ۱۳۸۹، جلد ۱۰.
۵. خمینی، سید روح الله، صحیفه نور، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ پنجم، ۱۳۸۹، جلد ۲۱.
۶. شهبابی، مهدی، تعامل حقوق عمومی و حقوق خصوصی با تأکید بر رابطه حقوق مدنی و حقوق تأمین اجتماعی، پایان نامه دوره دکترای حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه تهران، با راهنمایی عزت الله عراقی، سال تحصیلی ۸۶-۸۷.
۷. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، سؤال و جواب (استفتائات و آراء فقیه کبیر سید محمد کاظم یزدی)، به اهتمام مصطفی محقق داماد، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ اول، بهار ۱۳۷۶، تهران.
۸. طجربلو، رضا و محمد جواد تهامی، مبانی توجیهی تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام در حقوق ایران و فقه شیعه، در مجموعه «در تکاپوی حقوق عمومی»، زیر نظر علی اکبر گرجی ازدریانی، انتشارات جنگل، چاپ اول، ۱۳۹۳.
۹. عباسی، بیژن، مبانی حقوق اساسی، تهران، انتشارات جنگل، چاپ دوم، ۱۳۸۹.
۱۰. فاورو، لویی، دادگاههای قانون اساسی، برگردان علی اکبر گرجی، نشر میزان، چاپ اول، تابستان ۱۳۸۸.
۱۱. کاتوزیان، ناصر، «نظارتها و صلاحیتها در قانون اساسی»، در کتاب «گامی به سوی عدالت»، جلد اول، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۷.
۱۲. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم، ۱۳۸۱، ج. ۲.

۱۳. گرجی ازندریانی، علی اکبر، مصلحت-بانیِ دادرسی اساسی: شورای نگهبان به مثابه نهاد تشخیص مصلحت، نشریه حقوق اساسی، سال نهم، شماره ۱۸، زمستان ۱۳۹۱.
۱۴. محمدزاده، مسلم، تاثیر حقوق اساسی بر حقوق خصوصی، رساله دوره دکترای حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، به راهنمایی حسن بادینی، سال تحصیلی ۹۳-۹۴.
۱۵. مهرپور، حسین، «مجمع تشخیص مصلحت نظام و جایگاه قانونی آن، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ش ۱۰، بخش تحقیق.
۱۶. مهرپور، حسین، حقوق اقلیت‌ها در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، در مجموعه «حقوق بشر و راهکارهای اجرای آن»، انتشارات اطلاعات، چاپ دوم، ۱۳۸۸.
۱۷. هیأت پژوهشگران کاوندیش، نظام حقوقی انگلستان، برگردان نسرين مهرا، نشر میزان، سال ۱۳۸۷، چاپ اول.

(ب) عربی

۱. ابن کثیر، اسماعیل بن عمر، تفسیر القرآن العظیم (ابن کثیر)، دار الکتب العلمیه، منشورات محمد علی بیضون، لبنان- بیروت، چاپ اول، ۱۴۱۹ ه. ق.
۲. البجنوردی، سید محمد حسن، القواعد الفقہیہ، الجزء الأول، انتشارات دلیل ما، چاپ نخست، قم، ۱۳۸۲.
۳. رضا، محمد رشید، تفسیر القرآن الحکیم الشہیر بتفسیر المنار، دوره ۱۲ جلدی، دار المعرفه، لبنان، بیروت، چاپ اول، ۱۴۱۴ ه. ق.
۴. سمرقندی، نصر بن محمد، تفسیر السمرقندی المسمی بحر العلوم، دار الفکر، بیروت- لبنان، ۱۴۱۶ ه. ق، جلد یک.
۵. طباطبایی، سید محمد حسین، المیزان فی تفسیر القرآن، مؤسسه الأعلمی للمطبوعات، چاپ دوم، سال ۱۳۹۰ ه. ق، بیروت لبنان، جلد پنجم.
۶. طبرسی، فضل بن حسن، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، نشر ناصر خسرو، ایران- تهران، چاپ سوم ۱۳۷۲.
۷. طبری، محمد بن جریر، جامع البیان فی تفسیر القرآن (تفسیر طبری)، جلد ۵، دار المعرفه، لبنان- بیروت، چاپ اول، ۱۴۱۲ ه. ق.

پ) انگلیسی

Rivers, Julian, “fundamental rights in the UK human rights act in” **Arguing fundamental rights**, edited by: Agustín José Menéndez and Erik Oddvar Eriksen, Springer, 2006.

The absence of an independent constitutional justice in the constitution of the Islamic Republic of Iran

Moslem MOHAMMADZADEH

Abstract

Note 1 of Article 26 of the act on the Organization, Duties and Elections of Islamic Councils of city and village and the Choice of Mayors, adopted in 1375, stipulates that "religious minorities recognized in the constitution instead of Islam have to be faithful in the principles of their religion. " This act has been approved by the Guardian Council on 23/3/1375 in accordance with principle 94 of the Constitution of the Islamic Republic of Iran. The Guardian Council, in a commentary dated 26/1/1396, has considered that the note 1 of article 24 is illegitimated and invalid in relation to the areas where the majority of its inhabitants are Muslims. Based on this view, in such areas, non-Muslims cannot participate as candidate of the Islamic Council of City and the Village. In this paper, it has been attempted to criticize the Guardian Council's perspective from the point of view of the absence of an independent constitutional justice in the constitution of the Islamic Republic of Iran.

Key words:

Guardian Council of the constitution, constitutional justice, rule of non-domination, interpretation of constitution.