

نسبت میان حاکمیت شرع و حاکمیت قانون در نظام قضایی جمهوری اسلامی ایران

هدی غفاری

استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی

تاریخ دریافت: ۹۰/۴/۱

تاریخ پذیرش: ۹۰/۱۱/۲۸

چکیده

حاکمیت قانون نظریه ای چند وجهی، پیچیده و در حال تحول است که در مسیر پر پیچ و خم زمان از یونان باستان تا زمان همواره دستخوش منظومه ای از مفاهیم و برداشت های متفاوت بوده است. گاهی از آن به معنای مساوات در برابر قانون تعبیر شده است و زمانی حاکمیت قانون در تقابل با حکومت شخص معنا شده است. حاکمیت شرع نیز به معنای حاکمیت قوانین آسمانی تشریح شده توسط شارع مقدس برای تنظیم زندگی دنیوی مردم می باشد. در این مقاله برآنیم تا با بررسی نظام قضایی جمهوری اسلامی ایران به بررسی نسبت میان حاکمیت قانون و حاکمیت شرع در دو محور مستندات دادرسان هنگام صدور رأی و مستندات ایشان جهت خودداری از اجرای مقررات دولتی بپردازیم.

واژگان کلیدی: حاکمیت قانون، حاکمیت شرع، قوه قضائیه، اصل ۱۶۷ قانون اساسی، اصل ۱۷۰ قانون اساسی.

با عنایت به جایگاه رفیع حاکمیت شرع و حضور موثر دین مبین اسلام در همه ارکان و ابعاد نظام حقوقی کشور ایران و با توجه به تأکید قانون اساسی بر حاکمیت قانون در همه شئون اجرایی، تقنینی و قضایی، بررسی نسبت میان حاکمیت قانون و حاکمیت شرع همواره از مسائل قابل تأمل در نظام حقوقی کشور جمهوری اسلامی ایران محسوب می شده است. اهمیت این بحث در نظام قضایی کشور از آن جهت بیشتر است که از یک طرف خاستگاه و منشأ اصلی قوانین، سازمان و تشکیلات قضایی و شرح وظایف قضات و در یک کلام نظام حقوقی، قواعد و احکام اسلامی است و از سوی دیگر بدون پاسداشت حاکمیت قانون در نظام قضایی شاهد هرج و مرج و نابسامانی در عرصه رسیدگی و صدور حکم در مورد تظلمات و احیای حقوق عامه و گسترش عدل و آزادی های مشروع خواهیم بود.^۱

با این وصف سوال اصلی که در این مجال به دنبال یافتن پاسخ تحلیلی برای آن هستیم به شرح ذیل می باشد:

در نظام قضایی جمهوری اسلامی ایران اصالت با حاکمیت شرع است یا حاکمیت قانون؟

برای پاسخ به سوال فوق مقاله حاضر در دو بخش با عناوین بررسی مفهوم حاکمیت شرع و حاکمیت قانون و جایگاه حاکمیت شرع و حاکمیت قانون در نظام قضایی جمهوری اسلامی ایران به رشته تحریر درآمده است.

بخش اول: مفهوم حاکمیت شرع و حاکمیت قانون

گفتار اول: حاکمیت شرع

شرع را به دو معنی به کار برده اند: اول به معنای قانون است و به این معنی غالباً با صیغه جمع به کار رفته است. دوم به معنای شرع اسلام که شامل امور ذیل است:

امور اعتقادی نظیر اعتقاد به وحدانیت حق تعالی و روز حشر و رسالت پیامبر گرامی اسلام(ص) و وجود فرشتگان و غیره.

امور اخلاقی که در برگیرنده مستحبات و مکروهات و عبادات است.

امور حقوقی اعم از امور مدنی و کیفری و سایر مسائل حقوقی که در باب جهاد و مانند آن گرد آوری شده است. این بخش نیز بر دو قسم است.

آنچه که در نصوص متون شرعی به طور عام یا خاص بیان شده است.

^۱. اصل ۱۵۶ قانون اساسی

نسبت میان حاکمیت شرع و حاکمیت قانون در نظام قضایی.../ ۱۰۹

آنچه برای اجرای مقررات فوق الذکر، وضع و اجرای آن ضروری است. در لسان شریعت این مقررات را به ترتیب حدود و تعزیرات می نامند. حدود قوانینی است که حد و اندازه آن تعیین شده و تعزیرات قوانینی است که حکومت شرعی وضع می کند و امام بعد مکلف به پیروی از این امور نمی باشد، بلکه به صواب دید خود و رعایت مصالح و حوادث واقعه عمل می کند و نظر به حجم فوق العاده این بخش و قابلیت تبدیل آن بر حسب مصالح مسلمانان، می توان گردش و انطباق شرع را در طول تاریخ متمادی بر بسیاری از مسائل زندگی تصور کرد (جعفری لنگرودی، ۳۸۶، ۱۳۷۴).

امور شرعی سه نوع رابطه را در بر می گیرد: رابطه انسان با خداوند، رابطه انسان با دیگران و رابطه انسان با خود، این گستردگی عام الشمول بودن شریعت را در قیاس با قانون به وضوح نشان می دهد. شریعت یکی از سه بخش دین (اخلاق، عقاید و شریعت) است. و بدین لحاظ به گونه ای مستقیم با رفتار انسانها در ارتباط است و عینی ترین بخش دین محسوب می گردد (حاجی پور، ۲۱، ۱۳۸۳-۲۰).

حاکمیت شرع نیز به معنای حاکمیت قوانین آسمانی تشریح شده توسط شارع مقدس برای تنظیم زندگی دنیوی مردم می باشد

گفتار دوم: حاکمیت قانون

به شهادت تاریخ همواره در معبر پر پیچ و خم زمان، میان قانون و دستگاه حکومت پیوندی عمیق برقرار بوده است. حکومت قانون نظریه ای پیچیده، چند وجهی و در حال تحول است که از گذشته های دور در قلمرو هر مملکتی تبیین کننده سامانی مستمر و مطلوب در طرز کار حکومت بوده است. امروزه حکومت قانون که عموماً در ارتباط با حقوق بشر و دموکراسی مطرح می شود، یک شاخص مهم و اساسی در تحلیل نظام های سیاسی است و بخش مهمی از مسیر تکامل در هر جامعه به شمار می رود (مصفا، ۲۰۰۳، ۸۴).

همچنین حاکمیت قانون به عنوان اصلی پیچیده و غامض در حقوق اساسی، اشکال متعددی از مفاهیم گوناگون نظیر عدالت، نظم، برابری و حقوق طبیعی را نیز در برمی گیرد. برخی از مفسرین معتقدند که حاکمیت قانون بر وجود "قانون خوب" {شایسته} دلالت می کند. اما اینچنین تفسیری از واژه مزبور، تعریف این اصطلاح را دشوارتر می سازد، زمانی که حاکمیت قانون را به عنوان حاکمیت قانونی شایسته تلقی کنیم به جای اینکه آن را به عنوان شرطی ضروری برای تاسیس یک جامعه خوب بپنداریم (Smith, 2007, 75).

از منظر تاریخی جایگاه کلاسیک ابداع عبارت حاکمیت قانون را می توان به "آلبرت ون دایسی"^۱ اختصاص داد. او در اثر معروف مقدمه ای بر مطالعه حقوق اساسی که در سال ۱۸۸۵ منتشر شد، حاکمیت قانون را به عنوان ویژگی نهادهای سیاسی در انگلستان معرفی کرد. هر چند که او این واژه را به نحو دقیق تعریف نکرد، با این وجود او برای حاکمیت قانون سه معنا در نظر گرفت، که عبارتند از:

(۱) "هیچ کس نباید به طور غیر قانونی متحمل مجازات بدنی یا مالی شود، مگر بر مبنای تخلف مشخص از قانون وضع شده به روش قانونی، نزد دادگاه های عرفی سرزمینی." این تعبیر از حاکمیت قانون با هر سیستمی از حکومت که بر مبنای قدرت خودسرانه و صلاح دپدی شهروندان را مجازات کند، در تعارض است.

(۲) نه تنها هیچ فردی ما فوق قانون نیست. بلکه همه شهروندان در مقابل قانون برابرند. {حاکمیت قانون} به معنای برابری همگان در مقابل قانون یا تبعیت برابر همه اقشار و طبقات از قانون عادی سرزمین است، که توسط دادگاه ها اجرا می شود، حاکمیت قانون در این معنا از نظریه مستثنی کردن صاحب منصبان از تکلیف رعایت قانون حاکم بر دیگر شهروندان یا رویه قضایی محاکم عادی، جلوگیری می کند. "به عبارت دیگر، دولت مردان جامعه نیز هنگامی که مرتکب جرایم مشابه می شوند، مانند سایر شهروندان مجازات هایی یکسان را به آنها تحمیل می شود. اصول بنیادین قانون اساسی انگلستان، نتیجه تصمیمات قضایی مربوط به حقوق فردی بر اساس قانون عرفی است. به دیگر سخن حقوق بریتانیا از تصمیمات روزمره قضایی که توسط دادگاه های عادی مدنی و جزایی گرفته می شود، نشات می گیرد، نه از طنین اندازی برخی از اعلامیه های حقوقی که در قلب پاره ای از متون مربوط به حقوق بنیادین پنهان شده اند. و در یک جمله دایسی با بیان ویژگی های فوق الذکر در صدد روشن ساختن این حقیقت است که منشا حقوق در انگلستان قواعد کامن لا است (Dicey, 1960, 183-199).

اندیشه دایسی در گذر زمان مورد توجه بسیاری از نظریه پردازان در این حوزه واقع شده و مورد بررسی و مذاقه بیشتر قرار گرفته است.

گفتار سوم: برداشت ها از حاکمیت قانون

برداشت از یک اصطلاح در مقایسه با مفهوم آن گامی فراتر محسوب می شود و زمینه ای را برای رقابت تئوری های مختلف در گذر گاه اندیشه فراهم می آورد. به عنوان مثال برداشت از

¹.Albert Van Dicey (1832-1911)

نسبت میان حاکمیت شرع و حاکمیت قانون در نظام قضایی... / ۱۱۱

حاکمیت قانون متضمن در نظر داشتن تفاسیر و تعبیر مختلفی در خصوص مفاهیم نظریه های مرتبط با حاکمیت قانون از جمله آزادی و عدالت می باشد (مرکز مالگیری، ۱۳۸۵، ۵۵). اصولاً برداشت از اصطلاح حاکمیت قانون را می توان در قالب دو طیف عمده تقسیم بندی نمود. طیف اول برداشت های شکلی^۱ و طیف دیگر برداشت های ماهوی^۲. در برداشت شکلی از حاکمیت قانون تبعیت از قانون موضوعه و تضمین اعمال اصل قانونیت^۳ مهم ترین اصول محسوب می شوند. ولی در برداشت ماهوی از حاکمیت قانون توجه به دیگر اصول و معیارهای فراحقوقی و اخلاقی نظیر اصول حقوق طبیعی و عدالت از اهمیت به سزایی برخوردار بوده و جزء لاینفک این برداشت محسوب می شوند.

بند اول: برداشت شکلی از حاکمیت قانون

حاکمیت قانون در برداشت شکلی ناظر به دولتی است که در آن رابطه دولت با شهروندان در قالب یک نظام حقوقی تنظیم می گردد. بنابراین ویژگی اصلی حاکمیت شکلی قانون را می توان در سه مولفه تحدید صلاحیت ها، رده بندی هنجارها و سلسله مراتب سازمانی و اداری و تعبیه سازو کارهای نظارتی خلاصه کرد. لذا همان گونه که مشاهده می شود، ویژگی اول حاکمیت شکلی قانون با جوهره اصلی جنبش دستور گرایی هم پوشانی دارد. از این رو می توان دولت قانون مدار را نوعی دستور گرایی در معنای نوین تلقی نمود (گرچی، ۱۲۶).

حداقلی ترین مشخصه حاکمیت شکلی قانون این است که هر آنچه دولت انجام می دهد، باید مبتنی بر قانون باشد، این برداشت از حاکمیت قانون (حکومت از طریق قانون) متمایل به برداشت آلمانی از حاکمیت قانون با عنوان دولت قانون مدار^۴ است (Gustavo, 2007 237). در حقیقت مناسب ترین عنوان برای این نظریه حکومت از طریق قانون است.^۵ هر چند امروزه نظریه پردازان حقوقی در غرب، عبارت حاکمیت قانون را به مثابه مفهومی که ناظر بر حکومت به وسیله قانون باشد، نمی پذیرند. زیرا آن را دارای دلالت ضمنی اندکی بر محدودیت های قانونی که باید بردولت وارد شود، می پندارند (Tamanaha, 2004, 92-93).

1. Formal Conception

2. Substantive Conception

3. Legality

4. Rechtsstaat

5. Rule by law

در همین رابطه رز^۱ عناصری از حاکمیت قانون را که از این ایده (برداشت شکلی) نشات می گیرد را به شرح ذیل برمی شمارد، از منظر وی قاعده فاقد این اوصاف اساساً قانون تلقی نمی شود.

قوانین باید معطوف به آینده، عام، واضح، قابل فهم و نسبتاً پایدار باشند.

وی به این فهرست سازو کارها و مولفه های دیگری نیز می افزاید، اوصافی که از منظر او، از بایسته های تحقق حاکمیت قانون محسوب می شوند: استقلال قضایی، استماع منصفانه و بدون جانبداری دعوی و کنترل مامورین دستگاههای تقنینی و اداری و قائل شدن محدودیت برای اقدامات مبتنی بر صلاحدید ماموران دولتی (Raz, 1979, 214).

فولر^۲ از نظریه پردازان مشهور این عرصه نیز که نقش به سزایی در صورت بندی بایسته های حاکمیت شکلی قانون داشته است، ویژگی های قانون را به این شرح بر می شمرد: عام بودن، واضح و قابل فهم بودن، انتشار قوانین، ثابت بودن، غیر متناقض بودن (سازگاری درونی قوانین)، متناسب بودن قوانین با توانایی اشخاص (دستور ندادن به تکالیف مالا بطلاق برای مکلفین) هماهنگی بین عمل مقامات و قوانین منتشر شده (اجرای قانون) (Fuller, 1969, 34)

بند دوم: برداشت ماهوی از حاکمیت قانون^۳

طرفداران برداشت ماهوی حاکمیت قانون از دیدگاهی فراتر از اثبات گرایی (پوزیتیویسم) حقوقی و با ملاحظه دیگر ارزش های بنیادین، حاکمیت قانون را تعریف می کنند. در حقیقت این برداشت از دیدگاه شکلی فراتر رفته و قانون را به رعایت برخی از ویژگی های ماهوی ملزم می سازد. از منظر طرفداران این برداشت حاکمیت قانون متضمن برقراری اهدافی متعالی تر از صرف برقراری نظم و پیش بینی پذیر ساختن امور مختلف اجتماعی و اقتصادی دارد. بنابراین حاکمیت قانون در این برداشت تبدیل به ایده ای فربه می گردد که از ضعف در برابر اقویا دفاع می کند، تمهیداتی برای حل و فصل مسالمت آمیز اختلافات عرضه می کند و سبب بهبود وضعیت اقتصادی افراد آسیب پذیر و ارتقاء سطح زندگی آنها می گردد. نیل به اهداف مذکور از طریق قانون به این سبب امکان پذیر است که در این برداشت قانونگذار نسبت به واقعیات و پدیده های اجتماعی بی طرف نیست؛ بلکه با جهت گیری هایی بر مبنای شواهد و دلایل موجهه ای خاص به نفع اشخاص یا گروه های مشخص به اعمال سیاست های حمایتی می پردازد.

1. Raz

2. Lon Fuller

3. Substantive Conception of the Rule of Law

نسبت میان حاکمیت شرع و حاکمیت قانون در نظام قضایی... / ۱۱۳

تاکید بر آموزه های اخلاقی در این برداشت کاملاً مشهود است، آموزه هایی که چه بسا در برداشت شکلی حاکمیت قانون بر ارزش هایی غیر از بایسته های مدل شکلی دلالت می کند. شاید بتوان به عنوان مهم ترین مشخصه برداشت ماهوی از تاکید این مدل بر حضور آموزه های اخلاقی در قانون نام برد (مرکز مالگیری، همان، ۶۷-۶۶).

بخش دوم: جایگاه حاکمیت شرع و حاکمیت قانون در نظام جمهوری اسلامی ایران

گفتار اول: تجلی حاکمیت شرع در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

انقلاب اسلامی ایران با شعار آزادی، استقلال و جمهوری اسلامی به پیروزی رسید، مسلم است که برای اکثریت عظیم مردمی که برای پیروزی این نهضت از بذل جان خود نیز دریغ نکرده بودند، احیای شعائر اسلامی و ابتناء حکومت بر پایه مبانی دین مبین اسلام از چه جایگاه رفیعی برخوردار بود. این امر در مقدمه قانون اساسی نیز به صورت ذیل متبلور گشته است.

"قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مبین نهادهای فرهنگی، اجتماعی، سیاسی و اقتصادی جامعه ایران بر اساس اصول و ضوابط اسلامی است که انعکاس خواست قلبی امت اسلامی می باشد. ..."

لذا همان گونه که در مقدمه قانون اساسی نیز بدان تأکید شده است، مهم ترین ویژگی این نظام همان "مکتبی" و "اسلامی" بودن آن است، و همین امر وجه ممیزه این انقلاب از نهضت های پیشین به ویژه نهضت مشروطه است. بدیهی است که در چنین نظامی قوانین و مقررات حاکم باید "راه گشای تحکیم پایه های حکومت اسلامی و ارائه دهنده طرح نوین نظام حکومتی"^۱ باشد و مسلم است که منبع اتخاذ آنها نمی تواند خارج از چارچوب مقرر در شریعت اسلام و یا مغایر با آن باشد. با این اوصاف به سهولت می توان دریافت که جایگاه شرع و نقش فقه اسلامی در ابعاد مختلف سیاسی، اجتماعی و اقتصادی نظام حقوقی و سیاسی جمهوری اسلامی ایران تا چه میزان است.

- اصل اول از فصل اول قانون اساسی (اصول کلی)، حکومت ایران را جمهوری اسلامی می داند که ملت ایران براساس اعتقاد دیرینه اش به حکومت حق و عدل و قرآن به آن رأی مثبت دادند.

- اصل دوم، جمهوری اسلامی ایران را نظامی بر پایه ایمان به موارد زیر می داند:

خدای یکتا و اختصاص حاکمیت و تشریح به او و لزوم تسلیم در برابر امر او؛
وحی الهی و نقش بنیادی آن در بیان قوانین؛

^۱. از مقدمه قانون اساسی جمهوری اسلامی

معاد و نقش سازنده آن در سیر تکاملی انسان به سوی خدا؛
عدل خدا در خلقت و تشریح؛

امامت و رهبری مستمر و نقش اساسی آن در تداوم انقلاب اسلامی؛
کرامت و ارزش والای انسان و آزادی توأم با مسئولیت او در برابر خدا که از راه:
الف - اجتهاد مستمر فقهای جامع شرایط براساس کتاب و سنت معصومین سلام...
علیهم اجمعین؛

- اصل چهارم مقرر می‌دارد «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید براساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر برعهده شورای نگهبان است».

- اصل یکصد و شصت و هفتم، قاضی را مکلف می‌کند در نبود قوانین مدونه، حکم هر دعوی را با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، صادر کند.

- اصل یکصد و هفتادم، قضات دادگاهها را مکلف می‌سازد از اجرای تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی خلاف مقررات اسلامی، خودداری کنند.

- اصل یکصد و هفتاد و هفتم، محتوای مربوط به اسلامی بودن نظام و ابتدای کلیه قوانین و مقررات براساس موازین اسلامی و پایه‌های ایمانی و اهداف جمهوری اسلامی ایران، ولایت امر و امامت امت و دین و مذهب رسمی ایران را تغییر ناپذیر می‌داند.

گفتار دوم: جایگاه حاکمیت قانون در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران

"در دوران جمهوری اسلامی با توجه به سلطه گفتمان اجتهاد اندیشه تفوق شرع بر قانون بسط یافت و ضرورت استخراج قوانین از احکام شریعت و نیز تطبیق قوانین موضوعه با شریعت مورد تأکید قرار گرفت. بر این اساس، قانون عبارت است از اراده تشریحی خداوند که برای وصول انسان به کمال و سعادت دنیوی و اخروی در قالب احکام شرع بیان شده است. ضرورت این قانون نیز بر پایه قاعده لطف و برهان نبوت عامه توجیه می‌شود." (میرموسوی، ۱۳۸۴، ۳۶۹)

امام خمینی (ره) در تعریف الگوی حکومت اسلامی آن را حکومت قانون معرفی کرده و چنین می‌نویسد:

"حکومت اسلامی، حکومت قانون الهی بر مردم است. فرق اساسی حکومت اسلامی با حکومت مشروطه و جمهوری در همین است. در اینکه نمایندگان مردم یا شاه در این گونه رژیم‌ها به قانونگذاری می‌پردازند، در صورتی که اختیار تشریح در اسلام به خداوند متعال اختصاص یافته

نسبت میان حاکمیت شرع و حاکمیت قانون در نظام قضایی... / ۱۱۵

است... قانون اسلام یا فرمان خدا بر همه افراد و بر دولت اسلامی حکومت تام دارد. همه افراد از رسول اکرم (ص) گرفته تا خلفای آن حضرت و سایر افراد تا ابد تابع قانون هستند، همان قانون که از طرف خدای تبارک و تعالی نازل شده و در لسان قرآن و نبی اکرم (ص) بیان شده است" (خمینی، ۱۳۷۹، ۵۴).

اینک به بیان پاره ای از اصول قانون اساسی در ارتباط با اجرای اصل حاکمیت قانون می پردازیم:

قانون اساسی جمهوری اسلامی، "اصل برابری" در مقابل قانون را به عنوان یکی از ارکان اصل حاکمیت قانون مورد توجه قرار داده است:
در همین خصوص بند ۱۴ اصل سوم قانون اساسی مقرر می دارد:

" اصل سوم "

دولت جمهوری اسلامی ایران موظف است برای نیل به اهداف مذکور در اصل دوم، همه امکانات خود را برای امور زیر به کار برد:

۱۴ - تامین حقوق همه جانبه افراد از زن و مرد و ایجاد امنیت قضایی عادلانه برای همه و تساوی عموم در برابر قانون."

همچنین بر اساس ذیل اصل ۱۰۷ قانون اساسی، مقام رهبری به عنوان عالی ترین مقام رسمی کشور" در برابر قوانین با سایر افراد کشور مساوی است." به موجب این اصل، اصل حاکمیت قانون برای همه مقامات و نهادهای کشور لازم الاتباع است.

به علاوه اختیارات و وظایف مقامات سیاسی و نحوه اعمال این اختیارات و وظایف اعم از مقام رهبری^۱، ریاست جمهوری^۲، مجلس شورای اسلامی^۳، شورای نگهبان^۴، قوه قضائیه^۵، شوراها^۶ و دیگر نهادهای حکومتی^۷ در قانون اساسی تعیین شده است. بدین ترتیب قوای سه گانه و دیگر نهادهای حکومت باید بر اساس حاکمیت قانون اعمال شوند.

همچنین اصل ۱۵۹ قانون اساسی مقرر می دارد:

^۱. اصل ۱۱۰ قانون اساسی

^۲. اصول ۱۲۳ تا ۱۴۲ قانون اساسی

^۳. اصول ۷۱ تا ۹۰ قانون اساسی

^۴. اصول ۹۴ تا ۹۹ قانون اساسی

^۵. اصول ۱۵۶ تا ۱۷۴ قانون اساسی

^۶. اصل ۱۰۰ قانون اساسی

^۷. از جمله سازمان صدا و سیما در اصل ۱۷۵ قانون اساسی

" مرجع رسمی تظلمات و شکایات دادگستری است. تشکیل دادگاه ها و تعیین صلاحیت آنها منوط به حکم قانون است."

گفتار سوم: مستندات دادرسان هنگام صدور رأی

اصل قانونی بودن جرایم و مجازات ها که از دستاوردهای مهم حقوق بشر برای پاسداشت حقوق متهم طی دو قرن اخیر محسوب می شود، از آغاز در دین مبین اسلام، به عنوان یک اصل مسلم و اساسی، مورد پذیرش قرار گرفته بود.

قانون گذار اساسی جمهوری اسلامی ایران با الهام از حقوق اسلام، در اصول^۱ ۳۶ و ۱۶۹^۲ قانون اساسی، این اصل مترقی را به رسمیت شناخت، به گونه‌ای که اصل ۳۶ ق.ا. بدون هیچ رای مخالفی به تصویب رسید و از این جهت در میان اصول قانون اساسی کم نظیر است.

ضرورت و اهمیت اصل قانونی بودن جرایم و مجازات ها، در حقوق اساسی ایران از یک سو و توجه قانون اساسی به حاکمیت شرع که در دو اصل چهارم و یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی متبلور شده، از سوی دیگر موجب شده است تا بحث در مورد چگونگی رابطه این اصول با یکدیگر، به عنوان یکی از مباحث اختلافی در میان حقوقدانان مطرح شود.

در این مجال به دنبال یافتن پاسخ این سوال هستیم که آیا اساسا اصل ۱۶۷ ق.ا. شامل دعاوی کیفری نیز می‌گردد و یا اختصاص به دعاوی مدنی دارد؟ و در صورت شمول اصل ۱۶۷ نسبت به دعاوی کیفری، تعارض آن با اصل ۳۶ چگونه قابل توجیه است؟

در این رابطه چهار دیدگاه عمده مطرح گردیده است. بر مبنای دیدگاه اول، اصل ۱۶۷ مطلقا ناظر به دعاوی کیفری نیست و با طرح این نظریه، تعارض آن را با اصل ۳۶ از اساس حل شده است. طبق دیدگاه دوم، اصل ۱۶۷ شامل دعاوی کیفری نیز می‌گردد ولی فقط نسبت به قوانین شکلی تسری دارد، و قواعد ماهوی را دربر نمی‌گیرد، بر اساس نظریه سوم، اصل مزبور فقط مربوط به تشخیص موضوعات کیفری است و نه تعیین جرم و مجازات. بر پایه نظریه چهارم، اصل ۱۶۷ شامل مطلق دعاوی کیفری است (هاشمی و کوشا، ۱۳۸۰).

در نظام حقوقی ایران برای اولین بار در سال ۱۲۹۰ شمسی موضوع سکوت قانون به رسمیت شناخته شد و پس از گذشت هفت دهه، در اصل ۱۶۷ قانون اساسی تجلی یافت. اما اجماع در

^۱ اصل سی و ششم: حکم به مجازات و اجرا آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد.

^۲ اصل یکصد و شصت و نهم: هیچ فعلی یا ترک فعلی به استناد قانونی که بعد از آن وضع شده است جرم محسوب نمی‌شود.

نسبت میان حاکمیت شرع و حاکمیت قانون در نظام قضایی... / ۱۱۷

شناسایی سکوت و خلأ قانونی در ادوار و زمانهای مختلف و نیز تعیین ضمانت اجرا برای مستنکف از احقاق حق در موارد سکوت قانون^۱، بدین معنا نیست که راه های رو در رویی با سکوت قانون نیز همواره یکسان بوده بلکه به اقتضای شرایط حاکم، منابع و روش هایی خاص برای جبران آن پیش بینی شده است. اصل ۱۶۷ قانون اساسی که مقرر می دارد:

«قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم هر قضیه را صادر نماید و نمی تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد».

به عبارت دیگر اصل فوق الذکر دقیقاً تأیید کننده، تغییر و دگرگونی رویکرد قانونگذار به منابع صدور حکم قضایی است، یعنی روی گردانی از «روح قوانین» و «عرف و عادت مسلم» در مواقع سکوت قانون، در قوانین پیش از انقلاب اسلامی و گرایش به «منابع معتبر اسلامی» و «فتاوی معتبر فقهی» در دوران بعد از پیروزی انقلاب اسلامی.^۲ در این دوران قانونگذار، ابزارهای فرا حقوقی را برگزید تا از طریق آنها عدالت را برقرار سازد و این گونه بود که عنصر فقه و آموزه های دینی به قلمرو نظام حقوقی وارد شد^۳ (عامری، ۸۸-۱۹، ۸۷).

با یک نگاه اجمالی به نظام حقوقی کشورهای اسلامی در می یابیم که غالباً در قوانین خود به منابع فقهی (فتاوی معتبر) استناد نموده اند. در ذیل به قرینه هایی از این امر در نظام حقوقی کشور سودان اشاره می نماییم:

ارجاع به قواعد فقهی در نظام حقوقی کشور سودان

سیوطی در کتاب الاشباه و النظائر^۴ عرف و عادات مسلم را مانند قاعده قانونی قلمداد کرده و همین امر در قانون احکام قضایی سال ۱۹۸۳ میلادی^۱ سودان نیز به این ترتیب آمده است:

^۱ هر یک از مقامات قضایی که شکایت و تظلمی مطابق شرایط قانونی نزد آنها برده شود و با وجود این که رسیدگی به آنها از وظایف آنان بوده به هر عذر و بهانه اگرچه به عذر سکوت یا اجمال یا تناقض قانون از قبول شکایت یا رسیدگی به آن امتناع کند، یا صدور حکم را بر خلاف قانون به تأخیر اندازد یا بر خلاف صریح قانون رفتار کند دفعه اول از شش ماه تا یکسال و در صورت تکرار به انفصال دائم از شغل قضایی محکوم می شود و در هر صورت به تأدیة خسارات وارده نیز محکوم خواهد شد. «قانون مجازات اسلامی، کتاب پنجم (تعزیرات و مجازات های بازدارنده)، ۱۳۷۵/۳/۲».

^۲ این عبارت به این معنا نیست که در نظام فقهی بحث از سکوت قانون وجود ندارد، زیرا بحث سکوت در نظام فقهی با عنوان «ما لا نص فیه» شناخته می شود، بلکه مقصود این است که برخورد مضیق با مسئله سکوت قانون موجب تفاوت میان دو رویکرد فقهی و حقوقی شده است.

^۳ همچنین ن.گ حلاق، وائل بن، تاریخ تئوری های حقوقی اسلامی، ترجمه محمد راسخ، نشر نی، چاپ اول، ۱۳۸۶، صص ۱۵-۱۳

^۴ جلال الدین عبد الرحمن السیوطی، الاشباه و النظائر، دار الکتب العلمیة، ط ۱

قضاوت در هنگام عدم وجود نص در خصوص معاملات: در صورتی که قاضی نصی نیافت که بر اساس آن اجتهاد کرده و حکم صادر کند ملزم به مراعات عرف در خصوص اختلاف معاملاتی است. البته به شرطی که این عرف بر خلاف شریعت اسلامی و مبانی عدالت فطری {طبیعی} نباشد (خیر حسب الرسول، ۹۵، ۲۰۰۱-۶۷).

همچنین قاعده مشهور "حدود با شبهات ساقط می شوند"^۲ در قانون ادله اثبات مصوب ۱۹۸۳ میلادی^۳ در کشور سودان عیناً تکرار شده است و مصادیق شبهات شامل بازپس گرفتن اقرار، اختلاف در شهادت شهود و رجوع شاهدان از شهادت خویش و .. ذکر شده است. همچنین در قانون معاملات مدنی در سال ۱۹۸۴ میلادی نیز در مباحث مربوط به قصد طرفین، دلالت لفظ و معنی، تفسیر عقود و ... عیناً از تقریرات سیوطی در کتاب اشباه و نظائر استفاده شده است.

شریعت اسلام با قوانین کشورهای اسلامی ممزوج است. به همین علت در صورت فقدان نص و ورود به عرصه اباحه، قانونگذار می تواند در آن حیطة قانون وضع کند. اما در زمینه نصوسی که مستند به قرآن کریم و سنت رسول اکرم یا اجماع یا اجتهاد مجتهدین اسلامی است، قانونگذار نخست باید به آنها توجه کرده و قوانین را بر آن اساس تنظیم کند (الزحیلی، ۳۷، ۱۴۱۸).

در نظام حقوقی ایران نیز بدون تردید فقه غنی شیعه، به عنوان شالوده و اساس قوانین موضوعه ایران در حوزه های مدنی و جزایی به شمار می رود. به صورتی که با نگاهی اجمالی به قانون مدنی و قانون مجازات اسلامی می توان دریافت که بسیاری از مواد آن ترجمه فتاوی فقهای پیشین است. شاید از همین رو بود که قانونگذار اساسی ایران، در هنگام تصویب اصل ۱۶۷ قانون اساسی گمان می کرد که مشکل "عدم قانون" (سکوت قانون) را می توان با تجویز امکان مراجعه قاضی به منابع معتبر اسلامی (فتاوی معتبر) حل نمود. غافل از این که اولاً فتاوی معتبر مفهومی مبهم است و ثانیاً اگر بپذیریم که قاضی حق دارد، به هنگام فقدان قانون مدون، به منابع معتبر اسلامی مراجعه و حکم قضیه را استنباط نماید، در حقیقت پذیرفته ایم که دو قاضی مجتهد حق دارند در رابطه با یک قضیه دو حکم متفاوت صادر نمایند (جباری، ۱۲۸، ۱۳۸۷).

^۱. قانون اصول الاحکام القضائیه لسنة ۱۹۸۳ م

^۲. تدرء الحدود بالشبهات

^۳. قانون الاثبات السودانی لسنة ۱۹۸۳ م

نسبت میان حاکمیت شرع و حاکمیت قانون در نظام قضایی.../ ۱۱۹

در همین خصوص چنانکه پیش از این نیز اشاره گردید، برخی بر این عقیده‌اند که اصل مذکور اساساً ناظر به دعاوی مدنی است و نه کیفری.

بر مبنای این نظریه، اصل ۱۶۷ ق.ا. مطلقاً شامل دعاوی کیفری نیست بلکه اختصاص به دعاوی مدنی دارد. و اصل ۳۶ ق.ا. و سایر اصولی که دلالت بر اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها دارد، موجب تخصیص عموم اصل ۱۶۷ گردیده است؛ اگر چه برای جبران ضرر و زیان ناشی از جرم، می‌توان در یک دعوی کیفری به این اصل استناد نمود (گلدوزیان، ۱۳۶۹، ۱۶۳).

«اصل اساسی الزام به رسیدگی، صرفاً دعاوی مدنی را شامل می‌شود و در دعاوی کیفری بر اساس اصل سی و ششم «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد.»... زیرا عقاب بلا بیان قبیح است. البته قبح عقاب بلا بیان، یک قاعده فقهی است و ظاهراً چنین استنباط می‌شود که منظور بیان مجازاتهایی باشد که شارع اسلام مقرر داشته و یا فقهای اسلام در مقام استنباط و صدور فتوی مجازاتهایی را بیان کرده‌اند که قاضی به هنگام رسیدگی و صدور حکم، مجاز و در مواردی موظف به استناد به آنهاست. اما باید توجه داشت که قانونگذار اساسی با فرض مطابقت کلیه قوانین و مقررات با موازین اسلامی [طبق اصل چهارم قانون اساسی] در اصل سی و ششم فوق‌الذکر تأکید بر مجازات قانونی دارد. در غیر این صورت چه بسا در «منابع معتبر اسلامی و یا فتاوی معتبر» با یکدیگر مغایر باشند و قضات در موارد مشابه به فتاوی متفاوت مراجعه کنند. و در نتیجه مبادرت به صدور احکام جزائی نامشابه یا نابرابر بنمایند. بنابر این حاکمیت قانون اساسی و مصلحت نظام، اقتضا می‌کند که قضات در دعاوی جزایی چنانچه قانونگذار نسبت به مجازات یک عمل ارتكابی ساکت باشد مطلقاً از اعمال مجازات خودداری نمایند.» (هاشمی، ۱۳۷۵، ۴۸۵-۴۸۶)

دیدگاه دیگر در مورد اصل ۱۶۷ ق.ا. این است که با توجه به اشکالات شمول اصل مزبور نسبت به دعاوی کیفری، قوانین عادی مرتبط با اصل ۱۶۷ به تبع این اصل، فقط در ارتباط با قوانین شکلی کاربرد دارند. یکی از حقوقدانان در این باره می‌نویسد:

«دستور قسمت اخیر ماده ۲۸۹ اصلاحی قانون آیین دادرسی کیفری و مقررات ماده ۲۹ ق. تشکیل دادگاه‌های کیفری ۱ و ۲ و شعب دیوان عالی کشور، مصوب ۶۸، که حکم ماده ۲۸۹ منسوخ را مجدداً تکرار کرده است، با موازین قضایی تطبیق ندارد. اصلاح‌کنندگان قانون آیین دادرسی کیفری به تفاوت اصول دادرسی‌های کیفری و مدنی توجهی نداشته‌اند و بی‌جهت یکی از اصول مختص به دادرسی‌های مدنی را، در قلمرو قوانین دادرسی‌های کیفری آورده‌اند، به هر حال ماده اصلاحی مزبور باید به نفع متهم، تفسیر و گفته شود، منظور مقنن تنها قوانین کیفری شکلی بوده، نه قوانین کیفری ماهوی.» (آخوندی، ۱۳۷۴، ۴۴)

نظریه دیگر شمول اصل ۱۶۷ نسبت به تشخیص موضوعات احکام است.

براساس این نظریه که از جانب برخی از صاحب نظران مطرح گردیده است، «مصادیق اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۲۹ ق. تشکیل دادگاههای کیفری ۱ و ۲ و شعب دیوان عالی کشور مصوب ۱۳۶۸... در تعیین مصادیق عمل منافی عفت غیر از زنا، عمل حرام و یا احراز اصل نکاح و طلاق در دعاوی خانوادگی از نظر تکلیف پرداخت نفقه یا جریحه دار شدن عفت عمومی موضوع مواد ۱۰۱ و ۱۰۲ و ۱۰۵ قانون تعزیرات، منابع شرع و عرف قابل استناد است.» (گلدوزیان، همان، ۱۶۳)

لذا بر اساس نظریه مزبور، دادگاه از منابع و فتاوی معتبر اسلامی فقط می‌تواند برای «تکمیل قوانین» استفاده نماید (کاتوزیان، ۲۳۴، ۱۳۷۳).

اداره حقوقی قوه قضائیه نیز در نظر مشورتی شماره ۷/۶۳۸۱ - ۶۹/۱۲/۱۸ در تأیید همین نظریه چنین اظهار می‌دارد:

«...هرگاه قضیه‌ای مطرح شود که در قانون برای آن مجازاتی تعیین نشده باشد، باید گفت آن عمل جرم نبوده و قابل طرح در محاکم هم نمی‌باشد. اعمال مقررات ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاههای کیفری ۱ و ۲ جایی مورد پیدا می‌کند که در قضایای مطروحه، حکم صریحی در قانون نباشد یا با عبارات و کلماتی مجمل و مبهم و غیر روشن احکام بیان شده که در ابتدا معنای آن غیر معلوم و بایستی به متون فقهی و فتاوی معتبر رجوع نمود، چنانکه معانی حق الله و حق الناس که در مواد ۲۹۰ ق.ا.ق. آ.د.ک. و ۱۵۹ ق.ت. از آنها اسم برده شده است در قانون تعریف نشده... به عبارت اخیری اجازه ماده ۲۹ برای حل این نوع مشکلات قانونی است و به هیچ وجه افاده جعل جرایم جدید که در قانون برای آنها مجازاتی تعیین نشده است نمی‌نماید...»

دیدگاه دیگر، معتقد به شمول اصل ۱۶۷ ق.ا. نسبت به مطلق دعاوی کیفری است.

طرفداران این دیدگاه بر این باورند که، خود قانون اساسی، بر اساس اصل ۱۶۷ ق.ا. فتاوی و منابع معتبر اسلامی را «در حکم قانون» قرار داده است، بنابراین منافاتی با اصل قانونی بودن جرایم و مجازات ها ندارد.

مبنا و منشأ این دیدگاه، نظریه کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی است که در مورد تفسیر ماده ۲۸۹ قانون اصلاح موادی از قانون آیین دادرسی کیفری صادر شده است.

بر اساس نظریه کمیسیون نامبرده، «...دادگاههای کیفری (در مورد هیچ یک از قضایایی که رسیدگی به آنها در صلاحیت دادگاه کیفری است) نمی‌توانند به بهانه سکوت یا اجمال یا نقص

نسبت میان حاکمیت شرع و حاکمیت قانون در نظام قضایی.../ ۱۲۱

یا تعارض قانون از رسیدگی امتناع نمایند. هم چنین نمی‌توانند به همین بهانه و به صرف این‌که جرم بودن یک قضیه در قوانین جزایی مدوّنه یافت نمی‌شود، حکم به برائت متهم صادر نمایند.... به نظر می‌رسد که مراجعه کردن دادگاه به منابع معتبر فقهی جهت تشخیص این‌که قضیه مطروحه از نظر شرع مقدس اسلام جرم است یا خیر و صدور حکم به مجازات بر مبنای منابع فقهی اشکالی ندارد؛ زیرا که این رویه مغایرتی با مقررات مندرجه در ماده قانون راجع به مجازات اسلامی و هم چنین با مفاد اصل ۳۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی ندارد. برای این‌که هر فعلی یا ترک فعلی که از نظر فتاوی جرم باشد، به مقتضای اطلاق و عموم ماده ۲۸۹ مذکور جرم به حکم قانون محسوب می‌شود و متهم نیز مجرم تلقی می‌گردد و مجازات مرتکب، در این صورت مجازات به موجب قانون خواهد بود.» (کلانتری، ۱۳۷۵، ج ۱، ۱۲۱-۱۲۰)

در راستای همین دیدگاه، برخی از حقوقدانان بر این باورند که با این تحلیل، منابع فقهی و فتاوی معتبر نیز، به حکم قوانین مدون در ردیف عنصر قانونی جرایم و مجازات‌ها به شمار خواهد آمد و تکلیف دادگاه در مراجعه به آن برای یافتن حکم قضایی کیفری به معنای جواز تفسیر موسع قوانین کیفری نخواهد بود و بدین ترتیب با توجه به اصل ۱۶۷ ق.ا. و قوانین عادی مرتبط با آن، با مفهوم جدیدی از تعریف جرم در حقوق کیفری جمهوری اسلامی ایران مواجه خواهیم شد که بر اساس آن در تعریف جرم باید گفته شود: «هر فعل یا ترک فعلی که مطابق قانون و یا منابع فقهی معتبر یا فتاوی مشهور و معتبر، برای آن مجازات حد یا قصاص یا تعزیر یا دیه یا مجازات بازدارنده تعیین شده باشد، جرم محسوب می‌شود.» (ولیدی، ۱۳۷۴، ۱۱۹)

همچنین با مراجعه به مشروح مذاکرات قانون اساسی می‌توان دریافت که قانون‌گذار «دعوی» را مطلق ذکر نموده و مقید به دعوی مدنی نکرده است.

توضیح آنکه در پیش نویس اصل ۱۶۷ ق.ا. (با عنوان اصل ۱۳۶) آمده است:

«در مواردی که قاضی نتواند حکم دعوی حقوقی را در قوانین موضوعه بیابد، باید با الهام از قواعد شرع، عرف و عادت مسلم و آنچه عدالت و مصالح عمومی اقتضا دارد حکم قضیه را صادر نماید.»

چنانکه ملاحظه شد، پیش نویس اصل ۱۶۷ ق.ا. دلالت صریح بر اختصاص آن به دعوی حقوقی داشت. ولی در گروه بررسی اصول که بحث‌های تخصصی و تفصیلی اصول پیش‌نویس، در این گروه‌ها انجام می‌گرفت، اصل ۱۶۷ (با عنوان اصل ۱۵۶ گروه بررسی اصول) به این شکل تغییر یافت:

«قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را، در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه

سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.»

بنابر این، کلمه «دعای حقوقی» که در پیش نویس اصل ۱۶۷ وجود داشت، در گروه بررسی اصول و در نهایت در متن مصوب اصل ۱۶۷ ق.ا.، کلمه «حقوق» که دلالت بر اختصاص این اصل به دعای حقوقی داشت حذف شد (هاشمی و کوشا، همان).

به علاوه فهم قانون‌گذاران عادی و مفسرین قانون اساسی از اصل ۱۶۷ نیز بر همین تفسیر از اصل مذکور دلالت می‌کند.

زمانی که ماده ۲۸۹ قانون اصلاح موادی از قانون آ.د.ک. تصویب شد و در شورای نگهبان مطرح گردید: تمام فقهای شورای نگهبان و در نتیجه اکثریت اعضای شورای نگهبان به عدم مغایرت ماده مذکور با اصل ۱۶۷ ق.ا. رای دادند (مهرپور، ۸۹، ۱۳۷۲). این نکته خود مؤیدی است بر این نکته که قانون‌گذاران و اکثریت اعضای شورای نگهبان که مفسر قانون اساسی محسوب می‌شوند، اصل ۱۶۷ را شامل دعای کیفری نیز می‌دانند. به بیان دیگر تأیید ماده مزبور توسط شورای نگهبان، خود نوعی تفسیر اصل ۱۶۷ محسوب می‌گردد.

به علاوه ماده ۲۴ آیین نامه دادرسی و دادگاه های ویژه روحانیت در همین راستا مقرر می‌دارد: «احکام دادگاه ها باید مستدل و مستند به موازین شرع باشد، چنانچه شرع، نسبت به جرمی مجازات خاصی را معین نکرده حکم دادگاه باید مستند به قوانین موضوعه باشد ... در موارد استثنایی که در شرع و قانون، مجازات مشخصی تعیین نگردیده، حاکم می‌تواند مستدلاً براساس نظر خود اقدام به صدور حکم نماید.»

با عنایت به مراتب فوق مشخص گردید که در نظام حقوقی ایران، عملاً نظریه چهارم (اطلاق اصل ۱۶۷ بر دعای کیفری) پذیرفته شده است.

هر چند به نظر می‌رسد، تجویز استناد قاضی به منابع فقهی و فتاوی معتبر در دعای کیفری، با اصل حاکمیت قانون و ضرورت انحصار استناد به آن، در رسیدگی های قضایی، منافات دارد.

واز مصادیق برتری حاکمیت شرع بر حاکمیت قانون در نظام قضایی جمهوری اسلامی ایران محسوب می‌شود.

نسبت میان حاکمیت شرع و حاکمیت قانون در نظام قضایی.../ ۱۲۳

گفتار چهارم: مستندات دادرسان جهت خودداری از اجرای مقررات دولتی

بند اول: گستره موضوعی اصل یکصد و هفتادم

یکی از ویژگی‌های قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، پدید آوردن شیوه‌های حقوقی متنوع برای تضمین حاکمیت مضاعف قانون و شرع است. در بخش حاکمیت شرع، بر اساس اصل ۱۷۰ قانون اساسی نظارت قضایی محدود و ضعیفی در قالب عدم اجرای مقررات دولتی ناهمساز و مغایر با شرع توسط دادرسان صورت می‌گیرد (محمودی، ۱۷، ۱۳۸۸).

توضیح آنکه اصل ۱۷۰ قانون اساسی مقرر می‌دارد: "قضات دادگاه‌ها مکلفند از اجرای تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی که مخالف با قوانین و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیارات قوه مجریه است خودداری کنند. و هر کس می‌تواند ابطال این گونه مقررات را از دیوان عدالت اداری تقاضا کند."

ابهامی که در این خصوص وجود دارد این است که آیا دادرسان، رأساً به تشخیص سازگاری یا ناسازگاری مصوبه دولتی با موازین اسلامی می‌پردازد یا آنکه تشخیص او بر اظهارنظر مرجع خاصی ابتناء دارد؟ برخی از صاحب‌نظران با رد مرجعیت دادرسان قائل به صلاحیت انحصاری شورای نگهبان در این خصوص می‌باشند. به عبارت دیگر معتقدند که قاضی مکلف است از تنها مرجع صلاحیت‌دار یعنی شورای نگهبان، استعلام نماید. و از این رو، نظر فقیهان را مبنای تصمیم‌گیری دادرسان می‌دانند (صدرالحفاظی، ۴۴۶، ۱۳۷۳).

هر چند مطابق با ماده ۴۱ قانون دیوان عدالت اداری، استعلام از شورای نگهبان درباره مقررات دولتی، تنها پس از اقامه دعوی ابطال از سوی شاکی و آن هم از سوی دیوان عدالت اداری صورت می‌گیرد. لذا با این وصف نظریه فوق‌الذکر منتفی است.

در مذاکرات بررسی نهایی قانون اساسی، نشانه‌هایی وجود دارد که نظارت شورای نگهبان را نظارت در عرصه قانونگذاری دانسته و نظارت دادرسان را نظارت در مرحله اجرا تلقی نموده‌اند. "در مرحله اجراست که اگر آیین‌نامه و نظام‌نامه‌های وزارت‌خانه‌ها و دستگاه‌های دولت، خواست اجرا بشود، اگر بر خلاف اسلام بود، در مرحله اجرا، محکم کاری بشود که قاضی موظف باشد، اجرا نکند و در نتیجه،... بتوانیم احکام و قوانین اسلام را اجرا بکنیم..." (صورت مشروح مذاکرات بررسی نهایی قانون اساسی، ص ۱۶۵۵)

همان‌گونه که پیش از این نیز بیان کردیم، بر اساس راهکارهای مندرج در اصل ۱۷۰ از یک طرف قضات از اجرای مقررات دولتی خلاف شرع خودداری می‌کنند، که صرفاً جنبه موردی داشته و محدود به یک پرونده خاص است و از طرف دیگر هر کس می‌تواند ابطال این مقررات را از دیوان عدالت اداری بخواهد، به موجب قسمت الف از بند ۱ ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵ کلیه اشخاص حقیقی و حقوقی می‌توانند از تصمیمات و اقدامات واحد

۱۲۴/ فصلنامه پژوهش حقوق، سال چهاردهم، شماره ۳۶، بهار ۱۳۹۱

های دولتی به دیوان عدالت اداری شکایت نمایند. هر چند این صلاحیت به طور عام بیان گردیده و لیکن شامل آیین نامه ها و تصویب نامه های خلاف موازین شرعی نیز می گردد. با امعان نظر به بند ۱ ماده ۱۹ قانون مذکور وظیفه رسیدگی به شکایات مربوط به خلاف شرع بودن این گونه مصوبات نیز به هیأت عمومی دیوان واگذار شده است، و اشخاص باید با تقدیم دادخواستی که متضمن مستندات و ذکر علت مغایرت مصوبه با موازین اسلامی باشد، از هیأت عمومی دیوان درخواست ابطال مصوبه را نمایند.

در همین رابطه ماده ۴۱ قانون فعلی دیوان عدالت اداری نیز مقرر کرده است: "در صورتی که مصوبه به لحاظ مغایرت با موازین شرعی برای رسیدگی مطرح باشد، موضوع جهت اظهار نظر به شورای نگهبان ارسال می شود، نظر فقهای شورای نگهبان برای هیأت عمومی لازم الاتباع است."^۱

از دیدگاه برخی از صاحب نظران، ماده مذکور "جایگاه قضات را از یک سو و جایگاه شورای نگهبان را از سوی دیگر به خوبی روشن ننموده و در نهایت امر بر خلاف اصل ۱۷۰ اجتهاد کرده است؛ زیرا قضات را در مقام انشای رأی بدون تشخیص نباید فرض نموده و از طرفی، تنفیذ و اعتبار نظر شورای نگهبان را نیز نباید به امضای مرجع دیگری موکول دانست" (سوادکوهی فر، ۱، ۱۳۸۰). با این وجود از منظر بعضی دیگر از حقوقدانان استدلال مزبور درست به نظر نمی رسد، زیرا ایشان معتقدند که قانونگذار سازوکاری بدیع را پدید آورده است که از یک سو مرجع قضایی (دیوان عدالت اداری) دعاوی را دریافت می کند و از این رو صرفا موارد اعتراض به شورای نگهبان منتقل می شود. همچنین رأی دیوان عدالت اداری به عنوان یک حکم قضایی واجد ضمانت اجرای لازم است و به همین دلیل بر حجم وظایف اجرایی شورای نگهبان نمی افزاید (کدخدایی و ویژه، ۴۰، ۱۳۸۸).

با یک بررسی اجمالی در قانون اساسی و قوانین عادی در می یابیم که قانونگذار در اصل ۱۷۰ و قوانین عادی دیگر که در ذیل به آنها اشاره خواهد شد، نظارت شرعی بر قوانین را بر قضات تکلیف کرده است، هر چند ابطال مصوبات خلاف شرع پس از استعلام از شورای نگهبان توسط دیوان عدالت اداری صورت می گیرد، ولی نمی توان نظارت دادرسان بر انطباق مصوبات دولتی با شرع را هنگام بررسی پرونده های قضایی نادیده انگاشت. به علاوه قانونگذار با در نظر گرفتن

^۱ همچنین ماده ۴۰ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵ نیز در این خصوص مقرر می دارد: "در صورتی که رئیس قوه قضائیه یا رئیس دیوان به هر نحو از مغایرت یک مصوبه با شرع یا قانون یا خروج آن از اختیارات مقام تصویب کننده مطلع شود، موظف است موضوع را در هیأت عمومی مطرح و ابطال مصوبه را درخواست نماید."

نسبت میان حاکمیت شرع و حاکمیت قانون در نظام قضایی... / ۱۲۵

صلاحیتی بسیار وسیع برای دارسان در اصل ۱۶۷ قانون اساسی، عملاً وظیفه استناد به مستندات فقهی را در هنگام سکوت یا نقص یا اجمال قوانین و ... به قضات محول نموده است. با عنایت به مراتب فوق در می یابیم که شورای نگهبان مرجع تشخیص مغایرت یا عدم مغایرت تصویب نامه ها و آیین نامه ها با موازین اسلامی است. در حالی که مکانیسم ابطال مصوبات خلاف شرع از کانال دیوان عدالت اداری عبور می کند، هر چند که در نگاه اول به نظر می رسد، شورای نگهبان به عنوان کارشناس محکمه وارد موضوع می شود، در حالی که این طور نیست. زیرا در این صورت قاضی دیوان عدالت اداری با لحاظ اصل استقلال قضا و همچنین عدم الزام قاضی به تبعیت از نظر کارشناس - در مواردی که نظر کارشناس با اوضاع و احوال محقق و معلوم مورد کارشناسی مطابقت نداشته باشد^۱ - مجاز به عدول از نظریه شورای نگهبان می گردید (درویشی، ۱۳۸۸، ۲۶۱-۲۶۰). در حالی که بر اساس ماده ۴۱ قانون دیوان عدالت اداری، قضات دیوان مکلف به تبعیت از نظر فقهای شورای نگهبان می باشند.

سوال دیگر آن است که آیا نظارت دادرسان، محدود به کنترل مصوبات دولتی با شرع است و یا کنترل قوانین عادی با شرع نیز در صلاحیت دادرسان می باشد؟

به نظر می رسد، پس از اظهار نظر شورای نگهبان، فرض بر این است که قانون مغایرتی با شرع نداشته و لازم الاجرا می باشد. لذا قضات دادگاه ها نباید به دنبال ارزیابی سازگاری قانون با شرع باشند. زیرا این امر به اعمال اصل حاکمیت قانون در جامعه لطمه می زند.

با این وجود تبصره ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاه کیفری ۱ و ۲ و شعب دیوان عالی کشور مقرر می دارد: «در صورتی که قاضی، مجتهد جامع الشرایط باشد و فتوای فقهی او مخالف قانون مدون باشد، پرونده جهت رسیدگی به قاضی دیگری محول می شود.»

همچنین مطابق با قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب، مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱ مجلس شورای اسلامی: "چنان چه قاضی مجتهد باشد و قانون را خلاف شرع بداند، پرونده به شعبه دیگری جهت رسیدگی ارجاع خواهد شد."

با عنایت به مراتب فوق توفیق حاکمیت شرع بر حاکمیت قانون در این مورد نیز هویدا می شود.

نکته دیگر در خصوص آثار ابطال مصوبات خلاف شرع یا خارج از حدود اختیارات قوه مجریه است.

شورای نگهبان در نظریه شماره ۸۰/۲۱/۱۲۷۹ مورخ ۸۰/۲/۱۸ در این خصوص اعلام می دارد:

^۱. ماده ۲۶۵ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱

مبنی بر تفسیر اصل یکصد و هفتادم از این جهت که وقتی در مواردی توسط دیوان عدالت اداری تصویب نامه یا آیین نامه دولتی مخالف با قوانین و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیارات قوه مجریه تشخیص داده می شود و رای به ابطال آنها صادر می گردد، آثار ابطال از چه زمانی مترتب بر آن موارد می شود، موضوع در جلسه مورخ ۱۳۷۹/۱۲/۱۰ شورای نگهبان مطرح شد که نظر تفسیری شورا به شرح زیر اعلام می گردد:

نسبت به ابطال آیین نامه ها و تصویب نامه ها و بخشنامه ها اصل یکصد و هفتادم به خودی خود اقتضاء بیش از ابطال را ندارد، لکن چون ابطال موارد خلاف شرع مستند به تشخیص فقهاء شورای نگهبان است و از مصادیق اعمال اصل چهارم قانون اساسی می باشد، فلذا ابطال از زمان تصویب آنها خواهد بود.

مفاد این نظریه در ماده ۲۰ قانون دیوان عدالت اداری نیز تجلی یافته و مقرر شده است: اثر ابطال مصوبات از زمان صدور رأی هیأت عمومی است، مگر در خصوص مصوبات خلاف شرع یا در مواردی که به منظور جلوگیری از حقوق اشخاص، هیأت مذکور اثر آن را از زمان تصویب مصوبه اعلام نماید.

بند دوم: محدود بودن قلمرو نظارت قضات به مصوبات قوه مجریه

سیاق عبارت مندرج در اصل یکصد و هفتادم مانند «تصویب نامه ها و آیین نامه های دولتی» و «خارج از حدود اختیارات قوه مجریه» و نشانه هایی در مشروح مذاکرات قانون اساسی، مانند «... مصوبه وزارتخانه و دستگاه های دولت ...»^۱ نشان می دهد که نظارت دادرسان - مانند نظام حقوقی مشروطیت - مربوط به مصوبات قوه مجریه است (محمودی و غفاری، ۱۳۸۷، ۲۲۵-۲۱۵). و قانون گذار به دلیل آن که قوه مقننه، صلاحیت تصویب مقررات پایین تر از قانون را ندارد و نیز اختیار تصویب مقررات به قوه قضائیه، تفویض نشده و صلاحیت تصویب مقررات دولتی، در انحصار هیأت دولت، کمیسیون متشکل از چند وزیر، وزیران و معاونان آنها است، این نظارت را تنها به مصوبات قوه مجریه، محدود کرده است. با این وجود رویه عملی رؤسای قوای مقننه و قضائیه و نیز مسؤولان عالی رتبه دیگر در قوه قضائیه، نشان داده است که آنها نیز به تصویب آیین نامه، دستورالعمل، بخشنامه و غیره، پرداخته اند. حال سوال اصلی اینجاست که اگر یکی از این مصوبات، مستند دعوی قرار بگیرد. آیا قضات امکان نظارت شرعی و قانونی بر مصوبات مزبور را دارند؟

^۱ - صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ج ۳، صص ۱۶۵۶-۱۶۵۵

نسبت میان حاکمیت شرع و حاکمیت قانون در نظام قضایی... / ۱۲۷

در همین رابطه رئیس وقت قوه قضائیه در نامه شماره ۱/۸۳/۱۱۸۷۰ مورخ ۱۳۸۳/۸/۲۸ از شورای نگهبان چنین استعلام نموده است:

دبیر شورای محترم نگهبان

همانطور که مستحضرید در اصل یکصد و هفتادم قانون اساسی جمهوری اسلامی آمده است: «قضات دادگاه ها مکلفند از اجرای تصویبنامه ها و آیین نامه های دولتی که مخالف با قوانین و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیارات قوه مجریه است خودداری کنند و هر کس می تواند ابطال این مقررات را از دیوان عدالت اداری تقاضا کند.»

خواهشمند است نظریه تفسیری آن شورای محترم را در این رابطه تبیین فرمایید که آیا محدوده اختیارات دیوان عدالت اداری در این اصل شامل تصویب نامه ها و آیین نامه های قوه مقننه و قضاییه و سازمان های وابسته به آنها و هم چنین مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی و مصوبات اداری شورای نگهبان مجمع تشخیص و امثال آن نیز می شود یا مخصوص به تصویب نامه ها و آیین نامه های دولت به معنای قوه مجریه می باشد.

نظریه شماره ۸۳/۳۰/۹۳۸۷ مورخ ۱۳۸۳/۱۰/۲۱ شورای نگهبان

بدینوسیله نظریه تفسیری شورای نگهبان اصل ۱۷۰ قانون اساسی به شرح ذیل اعلام می گردد: «باتوجه به قرینه «قوه مجریه» در قسمت اخیر اصل یکصد و هفتادم قانون اساسی مقصود از تعبیر دولتی در این اصل قوه مجریه است.»

پس از صدور نظریه شورای نگهبان مفاد نظریه فوق در تبصره ماده ۱۹ قانون دیوان بدین صورت تجلی یافت: " رسیدگی به تصمیمات قضایی قوه قضائیه و مصوبات و تصمیمات شورای نگهبان قانون اساسی، مجمع تشخیص مصلحت نظام، مجلس خبرگان، شورای عالی امنیت ملی و شورای عالی انقلاب فرهنگی از شمول این ماده خارج است."

به نظر می رسد، نظریه تفسیری فوق امکان دادخواهی افراد را در محاکم صالح که مطابق صل ۳۴ قانون اساسی، حق مسلم هر فرد است، محدود می نماید، همچنین تصمیمات و اقدامات بخشی از نهادهای دولتی را از نظارت قضایی خارج می سازد. امری که با اصل نظارت پذیری به عنوان یکی از اوصاف حاکمیت شکلی قانون سازگار نیست.

" زیرا حتی با قبول نظریه شورای نگهبان که منظور از مفهوم دولت را در اصل ۱۷۰ قوه مجریه تلقی کرده است، بازهم نمی توان رسیدگی به شکایت علیه نهادهایی مانند شورای عالی انقلاب فرهنگی و شورای عالی امنیت ملی را که از نظر ماهوی جزء قوه مجریه محسوب می شوند، از دایره صلاحیت دیوان خارج نمود" (استوار سنگری، ۱۳۸۸، ۲۸۴).

نتیجه گیری

همان گونه که پیش از این نیز اشاره نمودیم، شمول اصل ۱۶۷ بر دعوی کیفری بر خلاف اصل قانونی بودن جرائم و مجازات ها است و در نتیجه با اصل حاکمیت قانون نیز سرناسازگاری دارد. در این خصوص به نظر می رسد، از آنجا که منابع فقهی به عنوان خاستگاه و منشأ قوانین محسوب می شوند، صرفاً قانونگذار حق رجوع به آنها را برای یافتن عناوین مجرمانه دارد و اعطای این حق حتی به قضات مجتهد با عنایت به تنوع فتاوا و اختلاف نظر های فقهی منجر به صدور احکام نامشابه و آراء متشکست قضایی خواهد شد.

همچنین محدود بودن قلمرو نظارت قضات (موضوع اصل ۱۷۰ قانون اساسی) به مصوبات قوه مجریه نیز با اصل نظارت پذیری که یکی از اوصاف حاکمیت شکلی قانون است ، در تعارض می باشد.

با عنایت به مراتب فوق و در پاسخ به سوالی که مقاله حاضر در صدد ارائه پاسخ به آن است باید اذعان نماییم که در نظام قضایی جمهوری اسلامی ایران، اصالت با حاکمیت شرع است. و به عبارت دیگر ما شاهد حاکمیت شرعی قانون در این نظام می باشیم.

فهرست منابع

فارسی

- آخوندی، محمود، (۱۳۷۴)، آیین دادرسی کیفری، ج ۲، انتشارات فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران، چ چهارم، زمستان.
- استوار سنگری، کوروش، (۱۳۸۸)، مفهوم دولت در اصول ۱۷۰ و ۱۷۳ قانون اساسی و انعکاس آن در صلاحیت های دیوان عدالت اداری، مجموعه مقالات همایش دیوان عدالت اداری: صلاحیت قضایی و دادرسی اداری، انتشارات دانشگاه آزاد اسلامی.
- جباری، مصطفی، (۱۳۸۷)، فتوا یا قانون؟ نگاهی به اصل ۱۶۷ قانون اساسی، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۸، پاییز.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۴)، ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش، چاپ هفتم، تهران.
- حاجی پور، نصرت الله، (۱۳۸۳)، تطبیق قوانین با شرع در نظام قانونگذاری ایران، مرکز اسناد انقلاب اسلامی، چاپ اول، بهار.
- حلاق، وائل بن، (۱۳۸۶)، تاریخ تئوری های حقوقی اسلامی، ترجمه محمد راسخ، نشر نی، چاپ اول.
- خمینی، روح الله، (۱۳۷۹)، کتاب البیع، ج ۲، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- درویشی، بابک، (۱۳۸۸)، مرجع ابطال تصویب نامه ها و آیین نامه های دولتی مغایر با موازین شرع؛ شورای نگهبان یا دیوان عدالت اداری، مجموعه مقالات همایش دیوان عدالت اداری: صلاحیت قضایی و دادرسی اداری، انتشارات دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی.
- سواد کوهی فر، سام، (۱۳۸۰)، بررسی تطبیقی دو مرجع قانونی صالح برای نقض مصوبات دولت (قوه مقننه مرجع رسیدگی سیاسی و قوه قضائیه مرجع رسیدگی قضایی) دادرسی، ش ۲۶، تیر.
- صدرالحفاظی، سید نصر الله، (۱۳۷۳)، نظارت قضایی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران.
- عامری، فائزه، مطالعه انتقادی اصل ۱۶۷ قانون اساسی: جایگاه قیاس در قضا، پایان نامه جهت اخذ در کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشگاه علامه طباطبایی، سال تحصیلی ۸۸-

۱۳۰ / فصلنامه پژوهش حقوق ، سال چهاردهم، شماره ۳۶، بهار ۱۳۹۱

- کلانتری، کیومرث، (۱۳۷۵)، اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها، دانشگاه مازندران، بابلسر، ج اول.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۳)، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، چاپ هجدهم، تهران، شرکت انتشار.
- کدخدایی، عباسعلی و محمد رضا ویژه، (۱۳۸۸)، شورای نگهبان و دعاوی مربوط به ابطال تصمیمات دولتی خلاف قانون اساسی، مجموعه مقالات همایش دیوان عدالت اداری: صلاحیت قضایی و دادرسی اداری، انتشارات دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی.
- گرچی، علی اکبر، حاکمیت قانون در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، امکان سنجی یک نظریه، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۸
- گلدوزیان، ایرج، (۱۳۶۹)، حقوق جزای عمومی ایران، ج ۱، انتشارات دانشگاه تهران، چ سوم، بهمن، ص ۱۶۳.
- محمودی، جواد و هدی غفاری، (۱۳۸۷)، نظارت قضایی بر اداره در نظام حقوقی مشروطیت، نشریه حقوق اساسی، شماره ۹
- محمودی، جواد، چالش های حقوقی اصل یکصد و هفتادم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مجله حقوقی داور، شماره ۱۳۸، ۲
- مرکز مالگیری، احمد، حاکمیت قانون (مفاهیم، مبانی و برداشت ها) مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی، چاپ دوم، ۱۳۸
- مصفا، نسرين، تحول تاریخی و فرهنگی حکومت قانون در ایران، در حاکمیت قانون و محاکمه عادلانه، (مجموعه سخنرانی های جمع آوری شده از دومین جلسه مذاکره دوجانبه در مورد حقوق بشر بین اتحادیه اروپا و ایران، بروکسل، ۱۴ و ۱۵، مارچ ۲۰۰۳، ترجمه مینا سینیور، کپنهاک، انتشارات یانسون اند نومی آ/س، ۲۰۰
- مهرپور، حسین، (۱۳۷۲)، دیدگاههای جدید در مسائل حقوقی، چاپ اول، انتشارات اطلاعات.
- میر موسوی، سید علی، (۱۳۸۴)، اسلام، سنت، دولت مدرن، (نوسازی، و تحول در اندیشه سیاسی معاصر شیعه) چاپ اول، نشر نی.
- هاشمی حسین، جعفر کوشا، بررسی تعارض اصل ۱۶۷ قانون اساسی با اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها، نشریه نامه مفید، شماره ۱۳۸۰، ۲۶، قابل دسترسی در سایت اینترنتی:

نسبت میان حاکمیت شرع و حاکمیت قانون در نظام قضایی... / ۱۳۱

- هاشمی، سید محمد، (۱۳۷۵)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، مجتمع آموزش عالی قم.

- ولیدی، محمد صالح، (۱۳۷۴)، حقوق جزای عمومی، ج ۲، دفتر نشر داد، چ سوم، زمستان، ص ۱۱۹

عربی

- خیر حسب الرسول، الدكتور محمد، اثر القواعد الفقهية في التشريع و التقنين الحديث، في دراسات في الاجتهاد و التقنين، كلية الشريعة و القانون جامعه العلوم الاسلاميه بماليزيا ۲۰۰۱، صص ۶۷-۹۵

- الزحيلي، وهبه، نظريه الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، دمشق: دارالفكر، ۱۴۱۸هـ ۱۹۹۷ م، ص ۳۷

- Dicey,(1969), **Introduction to the Study of the Law of the Constitution** , 10th edition , London and New York: Macmillian , 1960,1st ed.1885
- Fuller, L, **the Morality of Law**, Yale University Press.
- Gustavo Gozzi, (2007), **Rechtsstaat and Individual Rights in German Constitutional History,in The Rule of Law (History,Theory and Criticism)** Edited by PietroCosta,Published by Springer.
- Raz, Joseph, (1979), "The Rule of Law and Its Virtue", **in the Authority of Law, Oxford: Clarendon Press.**
- Smith, B.c,(2007), **Good Governance And Development** , Published by Palgrave Macmillan , New York .
- Tamanaha , Brian Z,(2004), **On The Rule of Law(History,Politics,Theory)** Cambridge University Press, ,PP 92-9