



University of Tehran Press

Evaluation the relation between Sharia and the Constitution in the opinions of the Guardian Council based on the distinction of "Shari'a Review" and "Constitutional Review"

Mohammadreza Asghari Shoorestani¹ | Ahmad Farshadian²

1. Corresponding Author; Assistant Professor, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran, Iran. Email: m.asghari@ujsas.ac.ir
2. Ph.D. Student in Public Law, Department of Public and International Law, Faculty of Law and Political Science, Allame Tabatabai University, Tehran, Iran. Email: a_farshadian@atu.ac.ir

Article Info	Abstract
<p>Article Type: Research Article</p> <hr/> <p>Pages: 191-213</p> <hr/> <p>Received: 2023/11/04</p> <p>Received in Revised form: 2024/04/21</p> <p>Accepted: 2024/09/15</p> <p>Published online: 2026/03/21</p> <hr/> <p>Keywords: <i>Legislative rule of Sharia, Constitutional Review, Shari'a Review, Constitutional Council, relationship between Sharia and law.</i></p>	<p>This article seeks to Evaluation the relation between Shari'a discrepancy and legal discrepancy in the opinions of the Constitutional Council, and in this regard, it has studied some of the opinions of this institution. The legal system of the Islamic Republic of Iran is organized on the basis of Sharia, and on this basis, it is necessary that laws and regulations conform to Sharia standards or not contradict them. This task has been assigned to the Constitutional Council. Based on the mentioned two duties this body can be considered as a combination of two bodies, the Shari'a Review and the Constitutional Review. On the other hand, since the legislative rule of Sharia does not necessarily mean the connection between legal contradiction and Sharia contradiction, the discussion of the relationship between Sharia and law is still one of the fundamental issues of the legal system of the Islamic Republic of Iran. Now, we can ask what is the relation of Sharia discrepancy and legal discrepancy in the procedure of the Guardian Council? The present research wants to clarify its point of view in this regard by examining several comments from the Constitutional Council.</p>
<p>How To Cite</p>	<p>Asghari Shoorestani, Mohammadreza; Farshadian, Ahmad (2026). Evaluation the relation between Sharia and the Constitution in the opinions of the Guardian Council based on the distinction of "Shari'a Review" and "Constitutional Review". <i>Public Law Studies Quarterly</i>, 56 (1), 191-213. DOI: https://doi.com/10.22059/jplsq.2024.367564.3426</p>
<p>DOI</p>	<p>10.22059/jplsq.2024.367564.3426</p>
<p>Publisher</p>	<p>The University of Tehran Press.</p>





نسبت‌سنجی مغایرت شرعی و قانون اساسی در آرای شورای نگهبان بر پایه

تمایز «دادرسی شرعی» و «دادرسی اساسی»

محمدرضا اصغری شورستانی^۱ | احمد فرشادیان^۲

۱. نویسنده مسئول؛ استادیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران. رایانامه: m.asghari@ujss.ac.ir
۲. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران. رایانامه: a.farshadian@atu.ac.ir

اطلاعات مقاله	چکیده
<p>نوع مقاله: پژوهشی</p> <p>صفحات: ۱۹۱-۲۱۳</p> <p>تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۸/۱۳</p> <p>تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۲/۰۲</p> <p>تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۶/۲۵</p> <p>تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۵/۰۱/۰۱</p> <p>کلیدواژه‌ها: حاکمیت تقنینی شرع، دادرسی اساسی، دادرسی شرعی، شورای نگهبان، نسبت شرع و قانون.</p>	<p>نوشتار حاضر در پی نسبت‌سنجی مغایرت شرعی و مغایرت قانونی از دیدگاه شورای نگهبان بوده و در همین زمینه برخی از نظرهای این نهاد را بررسی کرده است. نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران بر پایه حاکمیت شرع سامان یافته است و بر همین اساس لازم است قوانین و مقررات بر موازین شرعی منطبق بوده یا لااقل مغایر با آن نباشند. در این نظام حقوقی، وظیفه شناسایی انطباق یا عدم مغایرت مذکور به نهاد شورای نگهبان واگذار شده است. بر پایه دو وظیفه مذکور و همچنین ترکیب اعضای این نهاد، می‌توان این نهاد را مرکب از دو نهاد دادرسی شرعی و دادرسی اساسی دانست. از دیگر سو و از آن‌رو که حاکمیت تقنینی شرع لزوماً به معنی ملازمه میان مغایرت قانونی و مغایرت شرعی نیست، بحث نسبت میان شرع و قانون همچنان از موضوعات بنیادین نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران است. اینک می‌توان پرسید با لحاظ تمایز دادرسی شرعی و دادرسی اساسی در این نظام حقوقی، نسبت مغایرت شرعی و مغایرت قانونی در رویه شورای نگهبان چگونه است؟ تحقیق حاضر با روش توصیفی-تحلیلی و بررسی پاره‌ای از نظرهای شورای نگهبان که واجد دلالت‌هایی در این خصوص است، درصدد است دیدگاه نهاد مذکور را در این خصوص صورت‌بندی کند.</p>
استناد	اصغری شورستانی، محمدرضا؛ فرشادیان، احمد (۱۴۰۵). نسبت‌سنجی مغایرت شرعی و قانون اساسی در آرای شورای نگهبان بر پایه تمایز «دادرسی شرعی» و «دادرسی اساسی». <i>مطالعات حقوق عمومی</i> ، ۵۶ (۱)، ۱۹۱-۲۱۳. DOI: https://doi.com/10.22059/jplsq.2024.367564.3426
DOI	10.22059/jplsq.2024.367564.3426
ناشر	مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.



۱. مقدمه

نسبت شرع و قانون، به‌خصوص در دهه‌های اخیر در بوتۀ توجه نویسندگان فقه و حقوق قرار گرفته است. هم قانون و هم شرع در پی تنظیم روابط هستند و هر دو از بایدها و نبایدها سخن می‌گویند و این همپوشانی مهم‌ترین مسئله قانون در ایران را به نسبت آن با شرع تبدیل کرده است (مرادخانی، ۱۳۹۶: ۲۸۲). البته در این نسبت‌سنجی پژوهشگران جهات مختلفی را مدنظر قرار داده‌اند که ساحت‌های مختلفی از بحث را در برمی‌گیرد.^۱ به‌خصوص با تأسیس قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و ابتدای آن بر ایده حاکمیت تقنینی شرع^۲، که خود برخاسته از ایده «حکومت به‌مثابه مجری احکام شریعت»^۳ است، این موضوع اهمیتی خاص یافته است.

بر این اساس در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، نظارت بر مصوبات و تصمیمات، ماهیتی دوگانه می‌یابد؛ یعنی علاوه بر آنکه امور حاکمیتی، از جمله مصوبات و تصمیمات، به مقتضای حاکمیت قانون و خاصیت سلسله‌مراتبی آن باید منطبق یا غیر مغایر با قوانین بالادستی و به‌طور خاص قانون اساسی باشند (قاضی، ۱۳۹۵: ۱۱۱)، لازم است بر موازین شرعی نیز منطبق بوده یا لااقل با احکام آن مغایر نباشند. از این‌رو می‌توان قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران را داعیه‌دار نظارت همه‌جانبه شرعی و دستوری دانست. دولت در جمهوری اسلامی ایران، از نوع دولت مقید به شرع است و اقتضای این وابستگی و تقیید در یکی از سطوح آن، عدم وضع قوانین مغایر با شرع است (رحمت‌اللهی و آقامحمدآقایی، ۱۳۹۹: ۱۲۱).

در این نظام حقوقی، وظیفه کنترل و پایش این امر به عهده شورای نگهبان است. شورای نگهبان، به‌مثابه نهادی بومی که از ابتکارات نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران است، متکفل وظایف و رسالت‌های متعددی است. نظارت بر مصوبات مجلس شورای اسلامی (اصل ۹۴ قانون اساسی) و اسانامه‌های مصوب هیأت وزیران (اصل ۸۵ قانون اساسی)، نظارت بر «انتخابات مجلس خبرگان رهبری، ریاست جمهوری، مجلس شورای اسلامی و مراجعه به آرای عمومی و همه‌پرسی» (اصل ۹۹ قانون اساسی)، تأیید صلاحیت نامزدهای انتخابات ریاست جمهوری (بند ۹ اصل ۱۱۰ قانون اساسی) و تفسیر قانون اساسی (اصل ۹۸) از جمله وظایفی است که در قانون اساسی به عهده این نهاد، گذارده شده است.

۱. ر.ک: ادامه مقاله.

۲. برای ملاحظه مواردی از این ابتنا، ر.ک: مقدمه قانون اساسی و نیز اصل ۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

۳. از مهم‌ترین مداخل ورود به بحث از لزوم حکومت اسلامی در عصر غیبت، لزوم اجرای احکام اسلامی و نفی تعطیلی احکام شریعت است (برای ملاحظه گزارشی از ادله اثبات ولایت فقیه و تکیه ماهوی ادله بر این امر ر.ک: عزیززی، ۱۴۰۰: ۱۴۳-۱۲۱).

با مروری بر زمینه‌های تأسیس نهاد شورای نگهبان، می‌توان آن را نهادی مرکب قلمداد کرد. این شورا حاصل تلفیق اصل دوم (طراز) متمم قانون اساسی مشروطه (۱۲۸۶) و شورای قانون اساسی فرانسه (۱۹۵۸) بوده و این تلفیق مؤید اراده قانونگذار بر حفظ و حراست احکام اسلام و همچنین اصول قانون اساسی است (قاضی، ۱۳۷۵: ۱۲۳). بدین ترتیب، زمینه شکل‌گیری شورای نگهبان، دغدغه دادرسی شرعی (اقتباس از اصل ۲ متمم) و دادرسی اساسی (اقتباس از شورای قانون اساسی فرانسه) به صورت توأمان بوده است.

هم‌اکنون روست که این شورا، متأثر از زمینه تأسیسی دوگانه خود، از حیث کارکرد و ترکیب نیز سازمانی دوگانه دارد. دادرسی شرعی که پایش عدم مغایرت امور حکمرانی با شرع است، مشتمل بر سنجش عدم مغایرت قوانین مجلس با شرع (اصول ۴ و ۹۶ قانون اساسی)، عدم مغایرت اساسنامه‌های مصوب هیأت وزیران با شرع (اصل ۸۵ قانون اساسی) و همچنین عدم مغایرت مصوبات و تصمیمات دستگاه‌های اجرایی با شرع در فرایند پاسخ به استعلامات دیوان عدالت اداری (ماده ۸۷ قانون دیوان عدالت اداری)؛ نه وظیفه همه اعضای شورای نگهبان، بلکه بر عهده فقهای شورای نگهبان است. در مقابل وظیفه سنجش عدم مغایرت قوانین با قانون اساسی، بر عهده تمام اعضای شورای نگهبان است. بر این پایه می‌توان این نهاد را مرکب از دو نهاد دادرسی شرعی (فقهای شورای نگهبان) و دادرسی اساسی (اعضای شورای نگهبان) دانست.

اکنون و پس از طرح مقدمات مذکور، پرسش از نسبت مغایرت قانونی و مغایرت شرعی در نظرهای این شورا حائز اهمیت می‌نماید. اگرچه با کنار هم نهادن آرای مختلف این شورا که واجد دلالت‌هایی در این خصوص هستند، نمی‌توان وحدت نظری را در این باره استنباط کرد، اما این پژوهش درصدد آن است که با لحاظ ترکیب شورای نگهبان از دو نهاد دادرسی اساسی و دادرسی شرعی، دیدگاه شورای نگهبان را در این خصوص صورت‌بندی کند. بر این اساس لازم است در ابتدا مواردی که شورای نگهبان در خصوص مغایرت شرعی یا مغایرت قانونی اظهار نظر کرده، استخراج شده و سپس با کنار هم نهادن این موارد و تحلیل آنها به گزاره‌ای کلی که بیان‌کننده دیدگاه این نهاد است، دست یافت. بنابراین آنچه در پژوهش حاضر دنبال می‌شود بررسی چند دیدگاه مهم شورای نگهبان و تحلیل آنها در پرتو ادبیات نظری شکل‌گرفته در خصوص نسبت شرع و قانون است و تلاش می‌شود به این پرسش پاسخ داده شود که «با لحاظ تمایز دادرسی شرعی و دادرسی اساسی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، نسبت مغایرت شرعی و مغایرت قانونی در آرای شورای نگهبان چگونه قابل تبیین است؟».

در این خصوص پژوهش‌هایی مشابه نیز صورت گرفته است؛ از جمله می‌توان به مقاله حسینی‌الموسوی (۱۴۰۲) با عنوان «معیار دوگانه یا یگانه نظارت قضایی؛ تحلیل عبارت شورای نگهبان در صورتی که برخلاف قانون نباشد، خلاف شرع نیست در پاسخ به استعلامات دیوان عدالت اداری» اشاره

کرد. پژوهشگر این مقاله در پی روشن کردن نگاه دادرسی اساسی در خصوص مفهوم قانون است و بر این باور است که قانون پس از اعلام عدم مغایرت با شرع، در مقام حکم حکومتی است و بر این اساس کوشیده است این عبارت شورای نگهبان را توضیح دهد. اما تحلیل مذکور زمانی کامل و منسجم خواهد بود که سایر مواردی که شورای نگهبان رویکردی مخالف این رویکرد اتخاذ کرده است نیز تبیین شود. در راستای پاسخ به مسئله پژوهش، در قسمت ابتدایی نوشتار در خلال بررسی آرای اندیشمندان اسلامی، رابطه میان مغایرت شرعی و قانونی در نظام اسلامی تبیین می‌شود (بخش اول)، سپس نسبت مغایرت شرعی و مغایرت قانونی در رویه دادرسی اساسی بررسی خواهد شد (بخش دوم). در واپسین بخش پژوهش نیز نسبت مغایرت شرعی و مغایرت قانونی در رویه دادرسی شرعی واکاوی خواهد شد (بخش سوم).

۲. نسبت مغایرت شرعی و مغایرت قانونی در حکومت اسلامی

از آنجا که در نسبت میان شرع و قانون گونه‌های مختلفی از بحث مدنظر نویسندگان بوده است، لازم است در ابتدا به تنقیح مفهومی مغایرت شرعی و مغایرت قانونی پرداخته شود.^۱ با یک گونه‌شناسی ماهوی، مباحثی را که در زمینه نسبت میان شرع و قانون شکل گرفته است می‌توان در دو دسته کلی صورت‌بندی کرد؛ این دو گونه اگرچه به هم مرتبطاند و موضع‌گیری در هر کدام در دیگری مؤثر است، اما ساحت‌های مختلفی از بحث هستند که به دلیل تعلق به حیطه‌های معرفتی مختلف، بر اساس روش‌شناسی‌های مختلفی سامان می‌یابند. یک دسته از مباحث ناظر بر نسبت میان «علم فقه» و «علم حقوق» است که از نسبت میان مبانی، اهداف، قلمرو، روش‌ها و سایر شاخصه‌های این دو علم بحث می‌کند. می‌توان این سنخ مباحث را از یک سو در حوزه مباحث فلسفه فقه و از دیگر سو در حیطه دانش فلسفه حقوق جایابی کرد.

دسته دیگری از مباحث در خصوص نسبت فقه و قانون، ناظر بر نسبت «احکام فقهی» و «قوانین بشری» است. در این گونه نسبت‌سنجی، پرسش اصلی این است که نسبت قوانین موضوعه با احکام فقه

۱. پژوهش حاضر با التفات به تعابیر مورد استفاده در قانون اساسی (شرع، موازین اسلامی، احکام و قوانین اسلامی) و نیز مصطلحات اندیشمندانی که در خصوص این مسئله تحقیقاتی انجام داده‌اند، ترجیح داده است که از تعبیر نسبت شرع و قانون استفاده کند؛ هرچند که این عبارت نیز خالی از مسامحه نیست. شرع ناظر بر مقام ثبوت است که فقه مقام اثباتی آن محسوب می‌شود. از همین روست که چه در مقام نظروزی و شرح و بسط اصول قانون اساسی چه در مقام عمل، قدر مسلم از موازین، احکام و قوانین اسلامی، فقه دانسته شده است. بر این اساس تحقیق حاضر در تفصیل بحث به‌جای استفاده از واژگانی چون شرع و موازین اسلامی، از فقه و احکام فقهی استفاده شده است.

چیست؟ دسته اخیر، خود آستن دو پرسش دیگر است: اول، «آیا هر چیزی که مغایر با شرع باشد، مغایر با قانون نیز است؟»، به عبارت دیگر، نسبت احکام فقهی و قوانین چه باید باشد و آیا می‌توان هر حکم شرعی را در قالب یک قانون الزام کرد؟ و دوم، هنگامی که هنجاری در قالب قانون موضوعه رسمیت یافت، آیا حائز حکم شرعی نیز خواهد بود یا خیر؟ برخی از نویسندگانی که در این باره ابراز نظر کرده‌اند، این پرسش را به پرسشی در ساحت فردی تقلیل داده‌اند و آن را ذیل عنوان «نسبت جرم و گناه»^۱ منقح ساخته‌اند.^۲

آنچه از نسبت شرع و قانون محل بحث نوشتار حاضر است، ذیل پرسش دوم جای می‌گیرد؛ اما از آن‌رو که مسئله این پژوهش در ساحتی فراتر از ساحت فردی به آن می‌نگرد، اعم از مباحث طرح شده تحت عنوان نسبت جرم و گناه خواهد بود. بدین ترتیب نسبت شرع و قانون در اینجا در معنای نسبت مغایرت مصوبات یا تصمیماتی که مغایر با شرع یا قانون هستند صورت‌بندی شده است. آیا مغایرت با قانون ملازمه‌ای با مغایرت با شرع مقدس دارد؟

پیش از ورود به بحث، باید پرسید از منظر فقه حکومتی، ماهیت قانونگذاری در حکومت اسلامی چیست؟ آیا قانون در حکومت اسلامی حکم حکومتی است؟ در پاسخ می‌توان گفت مصوبات مجلس شورای اسلامی گاهی در مقام تبیین حکم شرعی‌اند، که این امر یا در مقام تفریع احکام کلی و ذکر مصادیق احکام طبق احتیاجات روز صورت می‌پذیرد و یا به‌طور مستقیم از شکل قانونی دادن به مسائل فقهی انجام می‌گیرد. گاهی اوقات نیز این مصوبات به‌منظور تشخیص موضوع حکم شرعی است که شامل تشخیص موضوعات عرفی یا تشخیص موارد ضرورت (موضوع مصلحت و احکام ثانویه) است. سرانجام آخرین نوع از مصوبات مجلس شورای اسلامی، مصوباتی هستند با هدف برنامه‌ریزی برای حسن اجرای احکام الهی تصویب می‌شوند. بنابراین قوانین بیانی از حکم شرعی‌اند، یا اینکه می‌توان آن را مصداقی برای حکم حکومتی دانست (ارسطا، ۱۳۹۸: ۲۶۴-۲۶۸).

به هر روی، در خصوص نسبت امور مغایر با قانون و امور مغایر با شرع، دو دیدگاه ملازمه یا عدم ملازمه وجود دارد. دیدگاه ملازمه بر این مسئله تأکید می‌کند که «خلاف قانون، خلاف شرع هم است» و تأکید دیدگاه عدم ملازمه، بر این است که «اگرچه مخالفت با برخی قوانین می‌تواند مخالفت شرعی نیز باشد، اما این نسبت لزوماً این‌گونه نخواهد بود». در ادامه بیانی مختصر از این دو دیدگاه ارائه خواهد شد.

۱. پرسش از نسبت جرم و گناه در حکومت اسلامی نیز پرسشی دوسویه است: اول، آیا هر گناهی جرم است؟ و دوم، آیا هر جرمی گناه است؟ سوپه اول این پرسش، ناظر بر ساحتی از بحث است که در پی تبیین ماهیت تعزیر در حکومت اسلامی و بررسی تعزیرپذیر بودن همه گناهان شرعی (غیر از قصاص و حدود) است و از این می‌پرسد که «آیا احکامی که حکومت در مقام اداره جامعه وضع می‌کند-فارغ از اینکه این احکام بیانگر یک فتوا و حکم شرعی باشند یا خیر- حائز تکلیف شرعی برای شهروندان هم خواهند بود؟». پرسش دوم نیز از عقوبت الهی تمرد از فرمان حاکم اسلامی بحث می‌کند.

۲. برای نمونه ر.ک: آیتی و اسفندیاری بیات، ۱۳۸۷؛ جهانی و نوروزی، ۱۴۰۰؛ ورعی، ۱۳۹۴، ج ۱.

البته باید افزود هدف در اینجا بیان ادبیات موجود در خصوص مسئله است، نه بررسی تفصیلی و در نهایت ترجیح یکی از دو دیدگاه.^۱

۱.۲. ملازمه مغایرت قانونی و مغایرت شرعی

به طور خاص این دیدگاه مربوط به امام خمینی(ره) است که احکام حکومتی را گاهی در زمره احکام اولیه (خمینی، ۱۳۷۸، ج ۲۰: ۴۵۷) و گاهی در زمره احکام ثانویه دانسته‌اند (خمینی، ۱۴۲۳ق: ۱۲۴). بر اساس این دیدگاه از آنجایی که احکام اولیه و ثانویه هر دو در زمره احکام شرعی قرار دارند، شاید بتوان گفت که «در تخلف از قوانین و مقررات دولتی و حکومتی، اگر حکومت مشروع بود، تخلف جایز نیست و گناه است» (ورعی، ۱۳۹۴، ج ۱: ۱۵۳-۱۸۰). در خصوص لازم‌الرعایه بودن مقررات دولتی از دیدگاه حضرت امام خمینی(ره) جای تردیدی وجود ندارد (خمینی، ۱۴۲۲ق، ج ۳: ۴۸۴ به بعد) و زمانی که از ایشان سؤال شده است که آیا تخلف از مقررات دولت اسلامی حرام است، فرموده‌اند که «تخلف از مقررات دولت اسلامی جایز نیست» (خمینی، ۱۴۲۲ق، ج ۳: ۴۸۶). ناگفته نماند که در متن برخی از استفتائات، سؤال از گناهکار بودن فرد متخلف از قوانین و مقررات دولت اسلامی نیز مطرح شده بود، امام خمینی(ره) تصریحی به گناهکار بودن فرد متخلف نداشته و تنها بر همان بعد لزوم رعایت قوانین و مقررات دولت اسلامی تأکید کرده‌اند (خمینی، ۱۴۲۲ق، ج ۳: ۵۴۳).

در خصوص ماهیت احکام حکومتی نگاه دیگری نیز وجود دارد که در تحلیل دیدگاه فقهایی نظیر امام خمینی(ره) دقیق‌تر به نظر می‌رسد. این دیدگاه معتقد است احکام حکومتی، احکامی است که ناظر بر فعل حکومت است و قسیم احکام فردی است که ناظر بر فعل اشخاص حقیقی است. به بیان دیگر دسته‌بندی اولیه احکام باید بر مبنای فردی و حکومتی صورت گیرد و سپس برای هریک از این دو، حالت اولیه - که موجد حکم اولیه است - و ثانویه - که در اثر عروض عناوین ثانویه به وجود می‌آید - وجود دارد. با این توضیح که حالت اولیه و ثانویه در عرض یکدیگر نیستند، بلکه در طول هم‌اند. به این معنا که اولاً حکم، حکم اولیه است و در صورتی که عناوین موجد حالت ثانویه عارض شود، حکم ثانویه محقق خواهد شد. به همین دلیل است که امام خمینی(ره) بیان می‌کردند: «احکام حکومتی از احکام اولیه است». بر اساس این دیدگاه حکم حکومتی، یعنی حکمی که در راستای اعمال حاکمیت و حکمرانی و به مکلف حقوقی یعنی دولت اسلامی تعلق می‌گیرد. این نظر همچنین معتقد است از آنجایی که احکام حکومتی نیازمند انتظام است، گاهی ممکن است برای تأمین انتظام و انسجام، فقیه حاکم نظر خودش را اعمال نکند و نظر فقیه دیگر را به قانون تبدیل کند. در این حالت فقیه حاکم مکلف به تبعیت از قانون است (سعدی،

۱. برای ملاحظه تفصیل آرا در این باره و نقد بررسی‌های تفصیلی ادله ر.ک: ورعی، ۱۳۹۴: ۶۴-۹۴.

۱۳۹۴). بر اساس این دیدگاه نیز به نظر می‌رسد در مواردی که مسئله دایرمدار نظم و انتظام جامعه اسلامی است، قوانین حکومتی به مثابه احکام شرعی است و تخلف از قوانین حکومت مستوجب عقاب شرعی نیز خواهد بود.

برخی دیگر از فقها در پاسخ به این پرسش که «مخالفت با قوانین و مقررات راهنمایی و رانندگی و به‌طور کلی همه قوانین دولتی چه حکمی دارد؟ و آیا موارد ترک عمل به قوانین از موارد امر به معروف و نهی از منکر محسوب می‌شوند؟» بیان کرده‌اند که «مخالفت با قوانین و مقررات و دستورهای دولت اسلامی که به‌طور مستقیم توسط مجلس شورای اسلامی وضع شده و مورد تأیید شورای نگهبان قرار گرفته‌اند و یا با استناد به اجازه قانونی نهادهای مربوط وضع شده‌اند، برای هیچ‌کس جایز نیست و در صورت تحقق مخالفت توسط فردی در این خصوص، بر دیگران تذکر و راهنمایی و نهی از منکر لازم است (البته با وجود شرایط نهی از منکر)» (خامنه‌ای، ۱۴۲۴ق: ۴۸۶).

شهید بهشتی، در پاسخ به اظهارات یکی از نمایندگان مجلس در خصوص معنای «مقررات اسلامی» در اصل ۱۳ قانون اساسی بیان کردند: «آنچه در اصل ۱۳ آمده است: «در حدود مقررات اسلامی» درست معنایش همان است که نوشته‌اند: در حدود قوانین رسمی جمهوری اسلامی ایران، معنایی متفاوت با آن ندارد، لذا اگر هم نوشته بشود در حدود یا با رعایت قوانین جمهوری اسلامی ایران نه معنایی از آن کم می‌شود و نه معنایی بر آن افزوده می‌گردد، چون قرار است که قوانین ایران، قوانین اسلام باشد» (مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۴، ج ۳: ۱۵۳۱).

دیدگاه دیگر در این دسته مربوط به اندیشمندانی است که معتقدند مثل احکام حکومتی مثل بخشنامه‌ها و آیین‌نامه‌هایی است که در راستای اجرای قوانین تدوین و تنظیم می‌شوند و همان‌طور که یک بخشنامه یا آیین‌نامه نمی‌تواند مخالف با قانون باشد، احکام حکومتی نیز نمی‌توانند مغایر با شرع باشند. بر اساس این دیدگاه می‌توان گفت که اطاعت از احکام حکومتی، اطاعت شرعی محسوب خواهد شد (طباطبایی، ۱۳۸۸: ۸۶). از جمله فقیهانی که در این دسته جای می‌گیرند، آیت‌الله گلپایگانی (ره) است. ایشان عدم رعایت مقررات دولت اسلامی را در صورتی که این مقررات مطابق با اسلام باشد، مستوجب تعزیر دانسته‌اند (گلپایگانی، ۱۴۰۹ق، ج ۳: ۲۱۱)، اما ظاهراً ملاکی برای تشخیص انطباق قوانین با اسلام در آثار ایشان ارائه نشده است و معلوم نیست که آیا تأییدی که امروزه توسط شورای نگهبان به موجب اصل ۹۴ قانون اساسی صورت می‌پذیرد، وافی برای این مقصود است یا خیر؟

در جمع‌بندی دیدگاه ملازمه میان مغایرت شرعی و مغایرت قانونی می‌توان گفت که چنانچه مفاد قانون، بیان حکم شرعی باشد، یعنی قانونگذاری در دایره احکام الزامی شرعی بوده، از این‌رو قانون نیز در حکم شرع است (انطباق قانون با شرع) و چنانچه قانونگذاری در حیطه احکام الزامی نباشد و به تعبیر دیگر در دایره منطقه‌الفراغ صورت بگیرد، با تکیه بر اینکه قانون در حکومت اسلامی پس از احراز عدم

مغایرت آن با شرع، به منزله حکم حکومتی و لازم‌الاطاعه است، مغایرت با قانون، مغایرت با شرع خواهد بود و میان این دو ملازمه برقرار است.

۲.۲. عدم ملازمه مغایرت قانونی و مغایرت شرعی

دیدگاه عدم ملازمه مغایرت شرعی و مغایرت قانونی بدین معناست که مخالفت با قانون، لزوماً مخالفت با شرع نیست. علامه طباطبایی(ره) در تبیین احکام متغیر اسلامی و حوزه اختیارات ولی امر مسلمین معتقدند: «هرگونه مقررات جدیدی که در پیشرفت زندگی اجتماعی جامعه مفید باشد و به صلاح اسلام و مسلمین تمام شود مربوط به اختیارات والی است و هیچ‌گونه ممنوعیتی در وضع و اجرای آن نیست. البته این‌گونه مقررات در اسلام اگرچه لازم‌الاجراست و «ولی امر» که به وضع و اجرای آنها موظف است لازم‌الاطاعه است، ولی در عین حال شریعت و حکم الهی شمرده نمی‌شود. اعتبار این‌گونه مقررات طبعاً تابع مصلحتی است که آن را ایجاب کرده و به وجود آورده است و به محض از میان رفتن مصلحت، از میان می‌رود و در این صورت ولی امر سابق یا ولی امر جدید از میان رفتن حکم سابق و به میان آمدن حکم لاحق را به مردم اعلام داشته و حکم سابق را نسخ می‌نماید. اما احکام الهی که متن شریعت است برای همیشه ثابت و پایدار است و کسی، حتی ولی امر، نیز حق این را ندارد که آنها را به مصلحت وقت تغییر دهد و به ملاحظه از بین رفتن پاره‌ای از آنها در نظر او، آنها را الغا نماید» (طباطبایی، ۱۳۸۸: ۸۶). بر اساس این دیدگاه ظاهراً مخالفت با اوامر حکومتی، آثار و پیامدهای مخالفت با حکم شرعی را نخواهد داشت. ناگفته پیداست که بحث در لزوم اطاعت از اوامر ولی امر - چنانکه خود علامه نیز به آن تصریح کرده‌اند، نیست، بلکه سخن بر سر عواقب و پیامدهای شرعی این مخالفت است (ورعی، ۱۳۹۴، ج ۱: ۱۶۱).

علامه طباطبایی(ره) معتقدند قوانین و مقررات دولت اسلامی یا ثابت‌اند یا متغیر. قوانین و مقررات ثابت، آن دسته از احکام و دستورهایی است که در وضع آنها واقعیت انسان طبیعی و طبیعت انسان در نظر گرفته شده و سیاه و سفید بودن، عرب و عجم بودن و امثال این تعینات در وضع آنها مدخلیت نداشته (طباطبایی، ۱۳۸۸: ۸۲) و به صورت وحی به پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و سلم نازل شده است و در مدارک قطعی کتاب و سنت یافت می‌شود. علامه این دسته از قوانین را «شریعت اسلام و احکام الله» نامیده است (طباطبایی، ۱۳۸۸: ۱۶۳-۱۶۴). ماهیت این قوانین و مقررات همان چیزی است که عبودیت و خضوع انسان را نسبت به آفریدگار خود - که هیچ تغییری در او راه ندارد - مجسم ساخته یا کلیات مقرراتی است که به اصول زندگی انسان مانند غذا، مسکن، دفاع از اصل حیات و زندگی اجتماعی انسان مربوط است (طباطبایی، ۱۳۸۸: ۷۹-۸۰). از منظر علامه، اصل ولایت و وجود زمامدار از آنجا که امری فطری و مورد قبول همه وجدان‌هاست و نیز از آنجا که اسلام دینی فطری است، در اسلام مورد

تصریح و تأکید قرار گرفته است و از احکام ثابت و جزء شریعت شمرده می‌شود (طباطبایی، ۱۳۸۸: ۱۶۰ و ۱۶۵). احکام ثابت، دائمی بوده و تابع مصالح و مفاسد نفس‌الامری است که خداوند تشخیص داده است. دسته دوم از قوانین و مقررات جامعه اسلامی، قوانین متغیر یعنی همان دستورهای است که حاکم جامعه اسلامی برای اداره بهتر جامعه اسلامی و تمشیت امور جامعه آنها را بیان می‌کند و از آن تعبیر به «اختیارات والی» شده است (طباطبایی، ۱۳۸۸: ۸۴). این دستورها هم مانند شریعت دارای اعتبار و لازم‌الاجراست؛ اما موقتی بوده و تابع مصالح و مفاسدی است که حاکم جامعه اسلامی تشخیص داده است (طباطبایی، ۱۳۸۸: ۱۶۴). این دسته از احکام علاوه بر موقتی بودن، صورت اختصاصی و محلی دارد و از مکانی به مکان دیگر متغیر است. تصمیم‌گیری در این زمینه از همین حیث به عهده حاکم جامعه اسلامی نهاده شده است تا با در نظر گرفتن اقتضات زمان و مکان و در شعاع مقررات ثابت شریعت، آنها را به مرحله اجرا گذارد. ایشان معتقدند «این‌گونه مقررات به‌حسب اصطلاح دین، احکام و شرایع آسمانی محسوب نمی‌شود و دین نامیده نشده است» (طباطبایی، ۱۳۸۸: ۸۱).

ایشان همچنین در پاسخ به این پرسش که آیا با گذر زمان نیازهای انسان متحول نمی‌شود که نتوان با احکام ثابت به آنها پاسخ داد، معتقد است: «قوانین و مقررات مدنی هرچه و به هر نحو باشد، بالأخره روی اساس احتیاجات تکوینی و واقعی انسانی مستقر می‌باشد و بدیهی است که همه احتیاجات انسانی قابل تغییر و در معرض تحول نیست، بلکه یک رشته احتیاجات واقعی ثابت نیز داریم» که «شریعت» عهده‌دار تأمین آنهاست (طباطبایی، ۱۳۸۸: ۱۶۵).

آنچه به‌عنوان خلاصه از تفاوت میان قوانین و مقررات ثابت و متغیر در بیان علامه طباطبایی می‌توان بیان کرد این است که مقررات متغیر که موضوع اختیارات ولی امر مسلمین «در اسلام [است]، اگرچه لازم‌الاجراست و «ولی امر» که به وضع و اجرای آنها موظف است لازم‌الاطاعه است، ولی درعین حال شریعت و حکم‌خدایی شمرده نمی‌شود.^۱ اعتبار این‌گونه مقررات طبعاً تابع مصلحتی است که آن را ایجاب کرده و به‌وجود آورده است و به محض از میان رفتن مصلحت از میان می‌رود و در این صورت ولی امر سابق یا ولی امر جدید از میان رفتن حکم سابق و به میان آمدن حکم لاحق را به مردم اعلام داشته و حکم سابق را نسخ می‌نماید. اما احکام الهی که متن شریعت است برای همیشه ثابت و پایدار

۱. از این بیان برمی‌آید که علامه، در مفهوم شریعت معنای شکلی آن، یعنی آنچه را که مرجع وضع آن خداوند متعال بوده است مدنظر داشته است و این سخن ایشان هیچ‌گاه به این معنا که دستورهای ولی امر شرعی نیست، نمی‌باشد، چراکه لازم‌الاطاعه بودن دستورهای یک مرجع مثلاً ولی امر که علامه به آن تصریح کرده است، تنها زمانی قابل پذیرش است که خداوند به وی مجوز این کار را داده باشد وگرنه مقتضای اصل عدم ولایت، این است که کسی بر دیگری ولایت ندارد و تبعاً دستورهایش نیز لازم‌الاتباع نخواهد بود.

است و کسی، حتی ولی امر، نیز حق این را ندارد که آنها را به مصلحت وقت تغییر دهد و به ملاحظه از بین رفتن پاره‌ای از آنها در نظر او، آنها را الغا نماید» (طباطبایی، ۱۳۸۸: ۸۶).

با التفات به دیدگاه‌های مختلف در این زمینه، برخی نویسندگان معتقدند روایاتی که در زمینه فرمانبرداری و نافرمانی از پیامبر و جانشینان معصوم ایشان وارد شده است، به‌خودی‌خود اقتضای اطاعت (اطاعت شرعی) از حاکمان غیرمعصوم را ندارند و نافرمانی از حاکمان معصوم موجب فسق در دنیا و مجازات در آخرت نیست، بلکه اگر نافرمانی و استنکاف از دستور حاکمان غیرمعصوم، به‌منزله نافرمانی از معصوم باشد، یا اینکه مفاد قانون و حکم، یکی از احکام الهی باشد، در این صورت مغلایرت با چنین قوانینی، مغلایرت با شرع نیز خواهد بود (ورعی، ۱۳۹۴، ج ۲: ۹۱). به هر روی با وصفی که گفته شد از دیدگاه این دسته از اندیشمندان، نمی‌توان به راحتی از انطباق کامل قانون بر شرع سخن گفت و بر همین اساس مغلایرت با قانون ملازمه‌ای با مغلایرت با شرع ندارد.

۳. نسبت مغلایرت شرعی و مغلایرت قانونی در رویه دادرسی اساسی

۱.۳. زمان اظهار نظر در خصوص مصوبات یا قوانین و مقررات خلاف شرع

یکی از رویه‌های شورای نگهبان ذیل مبنای حاکمیت تقنینی شریعت، ناظر بر زمان اظهار نظر در خصوص مصوبات یا قوانین و مقرراتی است که خلاف شرع تشخیص داده می‌شود. در این رویه شورای نگهبان خود را مقید به مواعد مذکور در اصول ۹۴ و ۹۵ قانون اساسی نمی‌داند و به استناد ماده ۱۹ آیین‌نامه داخلی خود، مصوب ۱۳۷۹/۰۴/۲۲ تصریح کرده است: «اعلام مغلایرت 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»^۱.

شورای نگهبان به استناد بند ۲۲ نظر شماره ۷۸/۲۱/۴۵۵۱ مورخ ۱۳۷۸/۰۲/۰۸ در خصوص طرح آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی که هر چند در قالب نظر تطبیقی اعلام شده است؛ اما موجب رویه فعلی است و جزء اولین نظرهای شورای نگهبان در زمینه زمان اظهار نظر در خصوص مصوبات یا قوانین و مقررات خلاف شرع است، مقرر کرده است:

«نظر به اینکه اطلاق تبصره ۲ ماده ۱۸۶^۲... شامل اظهار نظر جدید فقهی هم می‌گردد، خلاف اصل ۴ قانون اساسی شناخته شد.»

۱. برای ملاحظه بررسی تفصیلی این صلاحیت ر.ک: فتحی و کوهی اصفهانی، ۱۳۹۷: ۲۵-۳۳.

۲. تبصره ۲ ماده ۱۸۶ «طرح آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی» مصوب ۱۳۷۸/۰۱/۱۸ مجلس شورای اسلامی: «تبصره ۲- شورای نگهبان نمی‌تواند پس از رفع ایراد در نوبت اول، مجدداً موارد دیگری را مغایر اعلام نماید.»

این ایراد موجب شد مجلس در متن اصلاحی مصوب ۱۳۷۸/۰۵/۱۷، تبصره مذکور را به این صورت اصلاح کند: «تبصره ۲- شورای نگهبان نمی‌تواند پس از گذشت مهلت‌های مقرر و رفع ایراد نوبت اول، مجدداً مغایرت موارد دیگری را که مربوط به اصلاحیه نمی‌باشد، به مجلس اعلام نماید؛ مگر در رابطه با انطباق با موازین شرعی.»

همچنین به موجب بند ۲ نظر شماره ۷۹/۲۱/۷۶۶ مورخ ۷۹/۰۶/۰۶ در خصوص «طرح پیوند اعضای بیماران فوت‌شده یا بیمارانی که مرگ مغزی آنان مسلم است» مصوب ۱۳۷۹/۰۱/۱۷ مجلس شورای اسلامی نیز اعلام شده است:

«به استناد اصل چهارم قانون اساسی، فقهای شورای نگهبان می‌توانند در مورد قوانین و مقررات، هر زمان آنها را خلاف شرع ببینند، اعلام نظر کنند و این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی حاکم است.» همین مبنا سبب شده است تا شورای نگهبان در عمل، قوانین و مقررات متعددی را از حیث مغایرت شرعی بررسی و ابطال کند. بخشی از این اقدام، ناظر بر قوانین و مقرراتی است که قبل از انقلاب اسلامی تصویب شده است و بخشی دیگر ناظر بر قوانین و مقررات بعد از انقلاب اسلامی. دسته اخیر نیز به نوبه خود، به دو دسته قابل تقسیم است: دسته‌ای از نظرها ناظر بر قوانین و مقرراتی است که شورای نگهبان در خصوص آنها اظهار نظر نکرده و با گذشت مواعد زمانی مذکور در اصول ۹۴ و ۹۵ جنبه قانونی پیدا کرده است؛ دسته‌ای دیگر، ناظر بر قوانین و مقرراتی است که شورای نگهبان در هنگام بررسی، آنها را مغایر با شرع نشناخته؛ ولی بعداً آنها را خلاف شرع اعلام کرده است. از جمله نظرهایی که در زمینه اظهار نظر در خصوص قوانین مصوب پیش از انقلاب، صورت گرفته است، می‌توان به نظر شماره ۴۰۵۹ مورخ ۱۳۶۰/۱۱/۱۵ فقهای شورای نگهبان در پاسخ به استعلام شورای عالی قضایی^۱ اشاره کرد که به موجب آن مقرر شده است:

۱. در استعلام شماره ۱/۲۶۵۲۳ مورخ ۶۰/۰۹/۱۸ شورای عالی قضایی خطاب به شورای نگهبان آمده است: «شورای عالی قضایی به حسب وظیفه شرعی و قانونی مصمم است هرچه سریع‌تر محاکم دادگستری را صدرصد منطبق با موازین اسلامی بنماید و مهم‌ترین مانع انجام این مقصود وجود قوانین غیراسلامی است که در میان قوانین مدونه زمان طاغوت و مخصوصاً قوانین جزایی موجود است و چون بر طبق اصل ۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تشخیص مخالفت قوانین مدونه با احکام اسلام بر عهده فقهای شورای نگهبان است و بر اساس جوابیه شماره ۱۹۸۳ مورخ ۶۰/۰۲/۰۸ آن شورا، این مسئولیت تشخیص در مورد قوانین مدونه رژیم سابق نیز جاری است؛ فلذا شورای عالی قضایی مجموعه قوانین حقوقی و جزایی را به حضور فقهای محترم شورای نگهبان ارسال می‌دارد که مواد مخالف احکام مقدس اسلام را مشخص کنند تا بتوانند قضات محترم دادگاه‌ها در این موارد بر طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نمایند. انتظار دارد با توجه به وجوب مؤکد قضا بر طبق احکام اسلام در محاکم دادگستری که (وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ) که مسئولین امر هر آن، باید جوابگوی آن نزد خداوند باشند، در انجام این مشروع هرچه زودتر مواد

«در بررسی‌هایی که در قوانین جزایی به عمل آمد مواد ذیل به اکثریت آراء فقهای شورای نگهبان خلاف موازین شرع تشخیص داده شد:

صدر ماده ۱۷۱، ماده ۱۷۴، ۱۷۵، ۱۷۵ مکرر، ماده ۱۷۷، ماده ۱۸۰ تا ۱۸۳، ماده ۲۰۷، ماده ۲۱۱ و اطلاق در دو ماده ۱۷۲ و ۱۷۳. لازم به تذکر است که نسبت به سایر مواد نیز پس از بررسی کافی نظر شورای نگهبان اعلام خواهد شد.»

همچنین به موجب نظر شماره ۴۰۵۰ مورخ ۱۳۶۱/۰۶/۰۱ مقرر شده است:

«پیرو نامه شماره ۴۰۵۹ مورخ ۶۰/۱۱/۱۵ دایر بر ابطال مواد متعددی از قانون مجازات عمومی... اینک مواد دیگری از قانون مجازات عمومی و قانون مدنی را که در جلسه فقهای شورای نگهبان مورخ ۶۱/۰۶/۰۱ مطرح و مورد بحث قرار گرفته و با اکثریت آرای فقهای شورا طبق اصل چهارم قانون اساسی مخالف موازین شرع شناخته شده، ذیلاً به اطلاع می‌رساند:

«مواد ۴۹، ۵۰، ۵۱، ۵۲، ۵۳ و ۵۴ قانون مجازات عمومی و ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی.»^۱

از جمله نظرهایی که در زمینه اظهار نظر در خصوص مقررات مصوب پیش از انقلاب، ارائه شده است، می‌توان به اعلام مغایرت بخش اول ماده ۹ و ماده ۱۰ آیین‌نامه اجرایی قانون افراز و فروش املاک مشاع مصوب آذرماه ۵۷ و نیز اعلام مغایرت اطلاق ماده ۶ و ماده ۱۷ آیین‌نامه انتظامی پزشکی مصوب ۱۳۴۸/۰۳/۰۳ کمیسیون‌های مشترک دادگستری و بهداری مجلسین اشاره کرد. در مورد اول شورای نگهبان به موجب نظر شماره ۹۲۳۰/۵۱۸۸۷ مورخ ۹۲/۳۰/۰۷/۱۰ اعلام کرده است:

«اطلاق ماده ۴ قانون افراز و فروش املاک مشاع مصوب ۱۳۵۷/۰۸/۲۲ و بخش اول ماده ۹ و نیز ماده ۱۰ آیین‌نامه اجرایی قانون مذکور مصوب آذرماه ۱۳۵۷ در مواردی که همه شرکا راضی به فروش نباشند، خلاف موازین شرع تشخیص داده شد و به استناد اصل ۴ قانون اساسی باطل اعلام می‌گردد.»

در مورد دوم نیز شورای نگهبان به موجب نظر شماره ۶۰۵۳ مورخ ۱۳۶۱/۱۱/۱۹ که پیشتر در همین تحقیق، به مناسبت دیگری مورد اشاره قرار گرفت، اطلاق ماده ۶ و نیز ماده ۱۷ آیین‌نامه مزبور را مغایر شرع اعلام کرده است.

از جمله نظرهایی که شورای نگهبان در خصوص قوانین مصوب بعد از انقلاب، خارج از مواعد مذکور در اصول ۹۴ و ۹۵ قانون اساسی اظهار نظر کرده است، می‌توان به نظر شماره ۷۹/۲۱/۱۲۷۲ مورخ ۱۳۷۹/۰۹/۰۷ در خصوص «طرح پیوند اعضای بیماران فوت‌شده یا بیمارانی که مرگ مغزی آنان مسلم است» مصوب ۱۳۷۹/۰۱/۱۷ مجلس شورای اسلامی اشاره کرد که به موجب آن مقرر شده است:

مخالف اسلام را مشخص و به شورای عالی قضایی ابلاغ فرمایید؛ باشد که از قضا بغیر ما آنزل الله جلوجلیری به عمل آید و تا

تنظیم و تصویب لوایح قانونی جدید، فتاوی معتبر در این موارد ملاک عمل قرار گیرد.»

۱. برای ملاحظه موارد دیگر ر.ک: فتحی و کوهی اصفهانی، ۱۳۹۷.

«با توجه به فتوای مقام معظم رهبری:

الف) در مورد بیماران فوت‌شده هرگاه قطع عضو، مثله یا اهانت و هتک تلقی شود، خلاف شرع است.
 ب) در مورد مرگ مغزی، در صورتی که برداشتن عضو در مردن او مؤثر باشد، خلاف شرع می‌باشد.»
 از جمله نظرهایی که در خصوص مغایرت شرعی قوانین مصوب بعد از انقلاب، با وجود اظهار نظر اولیه شورای نگهبان و اعلام عدم مغایرت مصوبه با موازین شرع، اعلام شده است، می‌توان به نظر شماره ۷۵/۲۱/۱۵۲۸ مورخ ۱۳۷۵/۱۲/۱۴ اشاره کرد که به موجب آن پیرو استعلام دادستان کل کشور، ماده ۲۵۲ قانون مجازات اسلامی در خصوص کیفیت قسامه، خلاف شرع دانسته شده است. علاوه بر این، نظر شماره ۹۶/۱۰۰/۲۴۰ مورخ ۱۳۹۶/۰۱/۲۶، در خصوص اعلام مغایرت اطلاق تبصره ۱ ماده ۲۶ قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران مصوب ۱۳۷۵ مقرر کرده است:

«با عنایت به اطلاعات واصله از برخی مناطق کشور که اکثریت مردم آنها مسلمان و پیرو مذهب رسمی کشور هستند و افراد غیرمسلمان در این مناطق خود را داوطلب عضویت در شوراهای اسلامی شهر و روستا نموده‌اند و با توجه به اینکه تصمیمات این شوراها در خصوص مسلمین بدون لزوم رسیدگی به آن در شورای نگهبان لازم‌الاتباع خواهد بود، تبصره ۱ 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 ایران حضرت امام خمینی علیه‌الرحمه در تاریخ ۱۳۵۸/۰۷/۱۲ مذکور در صحیفه نور (۱۳۷۱، ج ۳: ۳۱) مغایر است و لذا خلاف موازین شرع شناخته شد.»

به‌منظور تحلیل این رویه اولاً باید توجه داشت که مقنن اساسی به‌منظور تعیین تکلیف امور حکومتی، برای شورای نگهبان مهلت ده‌روزه و حق استمهال ده‌روزه مجدد و در مجموع فرصتی ۲۰ روزه در نظر گرفته است. در صورتی که شورای نگهبان در طول این مدت در خصوص مصوبه اظهار نظر نکند، آن مصوبه قانونی شده و لازم‌الاجرا خواهد شد. در عین حال با التفات به اینکه حاکمیت تقنینی شریعت در عرصه قانونگذاری، مبنای نظام حقوقی بوده و تفسیر قانون اساسی با اصالت دادن به این مبنای، قابل دفاع بوده و صحیح تلقی می‌شود؛ مفسر قانون اساسی چنین رویه‌ای را برگزیده است.

با این وصف رویه فعلی شورای نگهبان در خصوص عدم محدودیت زمان اظهار نظر در خصوص مصوبات و قوانین تضمین‌کننده اصل حاکمیت تقنینی شریعت در عرصه قانونگذاری است؛ ولی در عین حال همان‌طور که از قول نایب‌رئیس مجلس بررسی نهایی قانون اساسی نیز ذکر شد، تمسک به این مبنای نباید موجبی برای عدم جبران حقوق تضییع‌شده اشخاص باشد و از این رو لازم است رویه فعلی از این حیث تنمیم شود. همچنین با استناد به همین رویه باید گفت اظهار نظرهای شورای نگهبان از حیث مغایرت شرعی، حتی اگر خارج از مواعد مذکور در اصول ۹۴ و ۹۵ بوده است، لازم است ترتیب اثر داده شود و از این رو قوانین و مقرراتی که بدون اعمال نظر اصلاحی شورای نگهبان، جهت اجرا ابلاغ شده است، مانند

قانون پیوند اعضای بیماران فوت‌شده یا بیمارانی که مرگ مغزی آنها مسلم است، فاقد وجاهت قانونی است. قانون یادشده، با وجود اظهار نظر شورای نگهبان، توسط مجلس با این استناد به خارج از مواعد قانونی بوده است، بدون اصلاحات جهت اجرا ابلاغ شده و در متن قانون فعلی، ملاحظات شورای نگهبان تأمین نشده است. بنابراین با تمسک به رویه مورد بحث از شورای نگهبان که منطبق با مبانی نظام حقوقی است، در صورت احراز دو مصداق ذکر شده در نظر شورای نگهبان؛ یعنی تحقق مثله یا تأثیرگذاری برداشتن عضو در مرگ شخص، مجریان قانون، در مقام اجرا حق تقیید یا تخصیص قانون را خواهند داشت و تمسک به اطلاق قانون در مواردی که مخالف با نظر شورای نگهبان باشد، فاقد وجاهت قانونی است.

در نهایت باید گفت این رویه دادرسی اساسی، نشان از این دارد که مغایرت با قانون لزوماً مغایرت با شرع نیست. توضیح آنکه مبتنی بر رویه مذکور، آنجا که عمل نهاد حکومتی (اعم از اخذ تصمیمات موردی یا تصویب قواعد لازم‌الاجرا) مغایر با قانون باشد؛ حکمی متفاوت از مغایرت آن با شرع خواهد داشت. بر این اساس در موارد مغایر با قانون، اظهار نظر منوط به موعده زمانی خاص و موارد مغایر با شرع غیر منوط به آن است. بنابراین می‌توان گرایش به عدم ملازمه میان دو نوع مغایرت را به وضوح ملاحظه کرد.

۲.۳. اثر زمانی رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مبنی بر ابطال مصوبات دولتی

شورای نگهبان در مورد دیوان عدالت اداری چند رأی تفسیری مهم و قابل تأمل صادر کرده است. یکی از این نظریات که به موضوع این نوشتار مرتبط است، نظریه تفسیری شماره ۸۰/۲۱/۱۳۷۹ مورخ ۱۳۸۰/۰۲/۱۸ در خصوص زمان اثرگذاری ابطال مصوبات خلاف شرع توسط دیوان عدالت اداری است که پیرو استفسار رئیس دیوان عدالت اداری در سال ۱۳۷۹ در خصوص زمان اثرگذاری ابطال مصوبات دولتی توسط دیوان عدالت اداری صادر شده است. در بخشی از این نامه آمده است:

«...در اصل یکصد و هفتاد و یک قانون اساسی مصرح است که قضات دادگاه‌ها مکلف‌اند از اجرای تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی که مخالف با مقررات اسلامی یا خارج از حدود و اختیارات قوه مجریه است خودداری ورزند و نیز هر کس می‌تواند ابطال این‌گونه مقررات را از دیوان عدالت اداری درخواست نماید.»

با عنایت به اصل فوق‌آرائی که از هیأت عمومی دیوان صادر می‌گردد، به چهار دسته کلی قابل تقسیم است.

۱. ابطال به لحاظ اینکه مورد، طبق نظر فقهای محترم شورای نگهبان خلاف شرع تشخیص گردیده است.

۲. صدور رأی وحدت رویه و تعیین اصلح‌الرأیین در اعلام تعارض آرای شعب دیوان.

۳. نقض آرای مخدوش و ارجاع به شعبه دیگر.

۴. مواردی که از برخی مصوبات، آیین‌نامه‌ها یا بخشنامه‌ها توسط اشخاص حقیقی یا حقوقی به دیوان شکایت می‌شود و دیوان موظف به رسیدگی است و نهایتاً در صورت مغایرت بخشنامه یا آیین‌نامه یا مصوبه با قانون یا تشخیص خروج از حدود اختیارات، رأی به ابطال آن داده می‌شود.

اینک پرسش پیش آمده این است که آثار ابطال به‌ویژه در مورد چهارم با توجه به تبعات بسیار گسترده حقوقی و مالی و اجتماعی که قابل تأمل است، از چه زمانی مترتب می‌گردد، آیا از زمان تصویب قانون مؤثر است؟ یا از زمان صدور رأی؟ یا احیاناً رأی هیئت عمومی موردی ملاحظه خواهد شد و یا اصلاً نسبت به موارد فرق می‌کند؟»

شورای نگهبان در پاسخ به این استعلام بیان کرد:

«نسبت به ابطال آیین‌نامه‌ها و تصویب‌نامه‌ها و بخشنامه‌ها اصل یکصد و هفتادم به‌خودی‌خود اقتضای بیش از ابطال را ندارد، لکن چون ابطال موارد خلاف شرع مستند به تشخیص فقهای شورای نگهبان است و از مصادیق اعمال اصل چهارم قانون اساسی می‌باشد، فلذا ابطال از زمان تصویب آنها خواهد بود.»

اثر زمانی مصوبات ابطالی نخستین بار در لایحه قانون دیوان عدالت اداری در سال ۱۳۸۵ تصریح شده بود؛ ماده ۲۱ این لایحه بیان می‌کرد:

«اثر ابطال مصوبات توسط هیأت عمومی از تاریخ تصویب مصوبه ابطال شده می‌باشد.»

این ماده طبق نظر شورای نگهبان مغایر اصل ۱۷۳ قانون اساسی و نظریه تفسیری شورای نگهبان اعلام شد (نامه شماره ۸۴/۳۰/۱۳۳۰۶ مورخ ۱۳۸۴/۱۰/۱۹)، اگرچه احتمال می‌رود که این نظر واجد ایراد باشد و منظور شورا مغایرت با اصل ۱۷۰ است، نه اصل ۱۷۳ (قطبی، ۱۳۹۶: ۸۲-۸۳). به هر حال، شورای نگهبان مخالف تسری اثر ابطال به زمان تصویب در مورد مصوبات مغایر با قانون است.

سرانجام، پس از رفع ایراد شورای نگهبان، تفکیک میان مصوبات خلاف شرع و خلاف قانون نخستین بار در قانون دیوان عدالت اداری، مصوب ۱۳۸۵، در ماده ۲۰ بازتاب یافت:

«اثر ابطال مصوبات از زمان صدور رأی هیأت عمومی است مگر در مورد مصوبات خلاف شرع یا در مواردی که به‌منظور جلوگیری از تضییع حقوق اشخاص، هیأت مذکور اثر آن را از زمان تصویب مصوبه اعلام نماید.»

همین تفکیک در اصلاح بعدی قانون دیوان، یعنی قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، مصوب ۱۳۹۲ باقی ماند. این قانون در ماده ۱۳ خود بیان می‌دارد:

«اثر ابطال مصوبات از زمان صدور رأی هیأت عمومی است مگر در مورد مصوبات خلاف شرع یا در مواردی که به‌منظور جلوگیری از تضییع حقوق اشخاص، هیأت مذکور اثر آن را به زمان تصویب مصوبه مترتب نماید.»

سرانجام در آخرین تغییر قانون دیوان در سال ۱۴۰۲، ضمن حفظ ماده ۱۳، در بند ۲ ماده ۸۷ مقرر می‌شود:

«در صورتی که مصوبه‌ای به لحاظ مغایرت با موازین شرع و سایر جهات، برای رسیدگی مطرح باشد، ابتدا موضوع از لحاظ مغایرت مصوبه با جهاتی غیر از مغایرت با موازین شرع، در دیوان مورد رسیدگی قرار می‌گیرد و دیوان نسبت به آن اتخاذ تصمیم می‌کند. در صورتی که دیوان، مصوبه و مفادی که مورد شکایت شرعی قرار گرفته است را به طور کلی ابطال کند و اثر آن را به زمان تصویب تسری دهد، موضوع پرونده بدون استعلام از شورای نگهبان مختومه می‌شود و در سایر موارد، بعد از اظهار نظر دیوان، موضوع به همراه نظر دیوان و اسناد و مدارک پرونده با رعایت ترتیبات مذکور در بند ۱ این ماده و تبصره آن به شورای نگهبان ارسال می‌گردد و نظری که مطابق ترتیبات مقرر از سوی فقهای شورای نگهبان صادر می‌شود، ملاک عمل دیوان قرار می‌گیرد. در این موارد چنانچه مصوبه از سوی فقهای شورای نگهبان مغایر شرع اعلام شود، هیأت عمومی مطابق نظر فقهای شورای نگهبان بلافاصله نسبت به اعلام بطلان مصوبه اقدام می‌کند.»

مطابق ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، جهات دادرسی در دیوان از قرار ذیل است: مغایرت شرعی یا قانون و یا عدم صلاحیت مرجع مربوط یا تجاوز یا سوءاستفاده از اختیارات یا تخلف در اجرای قوانین و مقررات یا خودداری از انجام وظایف. برخی نویسندگان معتقدند ابطال مصوبه در هر کدام از موارد مغایرت با شرع یا قانون یا خروج از اختیار مقام تصویب‌کننده و یا سوءاستفاده از اختیارات توسط مقام اداری در تصویب مصوبه باید اثر قهقرایی داشته باشد و مصوبه باید از تاریخ صدور ابطال شود. دلیل این مسئله این است که حکم ابطال جنبه کشفی دارد و ابطال مصوبه به معنای نبود شرایط قانونی تصویب و صدور آیین‌نامه از ابتدای تصویب بوده است (مولایی، ۱۳۹۷: ۱۲۷).

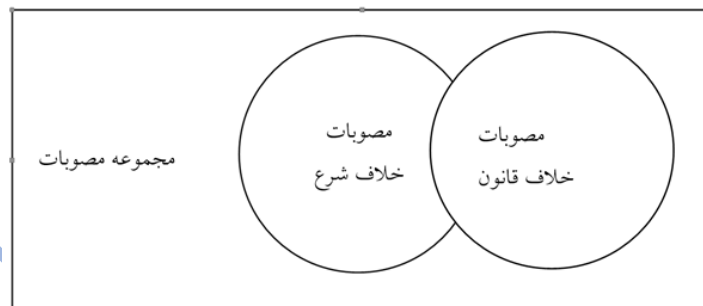
با این حال آنچه در قانون آمده، نه در مورد تمام جهات دادرسی، بلکه در مورد مغایرت شرعی و تضییع حقوق افراد، اثر قهقرایی و عطف به‌سابق را پذیرفته است. شاید بتوان نظر مقنن را ناشی از نوعی احتیاط نسبت به ایجاد بی‌ثباتی و تزلزل در نظام اداری دانست؛ چه اینکه یک مصوبه می‌تواند از زمان صدور تا زمان ابطال منشأ ایجاد حق و تکلیف برای اشخاص شده باشد و از این رو تسری ابطال به زمان تصویب به صورت مطلق موجب از بین رفتن حقوق مکتسب یا انتظار مشروع اشخاص می‌شود. از همین رو چنانچه عدم تسری ابطال به گذشته موجب تضییع حقوق اشخاص شود، هیأت عمومی می‌تواند با تسری رأی به گذشته از این تضییع جلوگیری کند (مولایی، ۱۳۹۷: ۱۲۷). با وجود این خود این تسری ابطال به ماقبل می‌تواند با حقوق مکتسبه برخی دیگر در تعارض قرار بگیرد (مشهدی، ۱۴۰۰: ۲۲۶). در نهایت برخی دیگر از نویسندگان چنین رویکردی را مغایر با اصول حقوقی دانسته و معتقدند این ابطال باید در مورد مقررات خلاف قانون و خلاف شرع به طور یکسان اعمال شود، زیرا صدور مصوبه یا اخذ تصمیم از ابتدا فاقد شرایط قانونی بوده است (استوارسنگری، ۱۴۰۲: ۳۵۸). به نظر می‌رسد اقتضای احیای حقوق تضییع شده، ابطال از زمان تصویب و اقتضای امنیت حقوقی و رعایت حقوق مکتسبه اشخاص

اقتضای ابطال از زمان صدور رأی را دارد؛ اگرچه رویکرد دیوان اغلب ناظر بر ابطال از زمان صدور رأی بوده است (آقایی طوق، ۱۳۹۷: ۳۵۴).

مع الوصف این نظر تفسیری دادرسی اساسی که در قوانین ناظر به دادرسی اداری بازتاب یافته است، نشان از تمایز مغایرت با شرع و مغایرت با قانون دارد. همان‌طور که در بخش پیشین نیز بیان شد، وجود دو حکم متفاوت برای این دو نوع از مغایرت می‌تواند دلیلی بر این مدعا باشد؛ آنجا که از دیدگاه شورای نگهبان، اگر مصوبه‌ای مغایر با قانون باشد، ابطال لزوماً اثر قهقرایی نخواهد داشت و برعکس، در مواد مغایر با شرع، ابطال عطف بماسبق خواهد شد.

۳.۳. جمع‌بندی آرای دادرسی اساسی

از کنار هم نهادن دو رویه پیشین، می‌توان نتیجه گرفت که نسبت شرع و قانون در نگاه دادرسی اساسی، غیریت است و قوانین حکومتی، حتی در عالی‌ترین سطح آن که قانون اساسی باشد، لزوماً واجد آثار شرعی نبوده و مغایرت با آنها، ملازمه‌ای با مغایرت با شرع ندارد. می‌توان این دیدگاه را در قالب نمودار ۱ نمایش داد.



نمودار ۱. نسب مغایرت شرعی و قانونی در رویه دادرسی اساسی

۴. نسبت مغایرت شرعی و مغایرت قانونی در رویه دادرسی شرعی

با توجه به آنچه در بخش ابتدایی در خصوص دیدگاه ملازمه بیان شد، می‌توان گفت که بر اساس این دیدگاه قانون اساسی و قانون عادی پس از تأیید شورای نگهبان به مثابه حکم حکومتی‌اند و واجد حکم شرعی. این دیدگاه را می‌توان در آرای نهاد فقهای شورای نگهبان به مثابه دادرسی شرعی ملاحظه نکرد.

۱.۴. ملازمه مغایرت قانونی و مغایرت شرعی

رئیس هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در ۱۳۷۵/۰۹/۰۸ با توجه استفاده از عبارتی مبهم، مبنی بر تلازم مغایرت قانونی با مغایرت شرعی در نظرهای فقهی شورای نگهبان، اظهار نظر صریح در پاسخ به استعلامات دیوان عدالت اداری را درخواست می‌کند. دادرس شرعی در پاسخ به این درخواست در نظر شماره ۷۶/۲۱/۱۰۲۱ مورخ ۱۳۷۶/۰۴/۲۴، قاعده کلی را بر آن می‌داند که هر آنچه خلاف قانون باشد، به تبع خلاف شرع هم هست ولی عکس این قاعده همواره صحیح نیست. متن نظر یادشده به این صورت است:

«نظر شورا در همه جا این بوده که اگر خلاف قانون باشد بالتبع خلاف شرع هم هست و چنین مفهوم کلی ندارد که هر جا خلاف قانون نباشد خلاف شرع هم نیست، بلکه موارد مختلف است ممکن است خلاف شرع باشد ممکن است نباشد، البته در پاسخ‌های آینده اظهار نظر صریح خواهد شد.»^۱

در اینجا دادرس شرعی به صراحت گرایش به تلازم میان مغایرت شرعی و مغایرت قانونی دارد.

۲.۴. استعلامات موردی دیوان عدالت اداری

در کنار اظهار نظر کلی یادشده، دست‌آخر می‌توان به برخی موارد نیز اشاره کرد که نظر فقهای شورای نگهبان به سمت تلازم مغایرت شرعی و مغایرت قانونی تمایل داشته و این نهاد با اتکای به این نظر که «امر مخالف با قانون، مخالف با شرع نیز هست» اقدام به صدور برخی آرا کرده است. در این میان به برخی از این موارد که در اظهار نظر فقهای مذکور در خصوص دعاوی ارجاعی از دیوان عدالت اداری بیان شده اشاره می‌شود.

الف) ادعای خلاف شرع بودن بند ۳-۳ و ردیف ۱ از بند ۷ و ردیف ۱ از بند ۲-۹ طرح جامع شهر گرگان مصوب ۱۳۷۵/۰۲/۳۰ وزارت مسکن و شهرسازی

«بسمه تعالی»

رئیس محترم هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

با سلام و تحیت

عطف به نامه شماره ۲۰۰ / ۶۵۴۳۶ / ۲۱۰ / ۹۰۰۰ مورخ ۲۸ / ۱۳۹۲/۰۵؛

موضوع بند بند ۳-۳ و ردیف ۱ از بند ۷ و ردیف ۱ از بند ۹-۲ طرح جامع شهر گرگان مصوب

۱۳۷۵/۰۲/۳۰ وزارت مسکن و شهرسازی

در جلسه مورخ ۱۳۹۲/۰۸/۱۵ فقهای معظم شورای نگهبان مورد بحث و بررسی قرار گرفت و نظر

فقهها به شرح ذیل اعلام می‌گردد:

در خصوص افراز و تفکیک اراضی ماده ۱۰۱ اصلاحی قانون شهرداری مصوب ۱۳۹۰/۰۱/۲۸ تکلیف قضیه را روشن نموده است که باید مطلق آن عمل شود و همچنین در صورت لزوم تملک املاک اشخاص باید در حدود مقررات و بر اساس قانون نسبت به تملک اقدام گردد و الا خلاف موازین شرع است.

محمدرضا علیزاده

قائم مقام دبیر شورای نگهبان»

ب) ادعای خلاف شرع بودن بند «ت» ماده ۱۸ مصوبه منابع تأمین درآمدی شهرداری خوی در سال ۱۳۹۴: اگر خلاف قانون نباشد، خلاف شرع نیست.

«باسمه تعالی

رئیس محترم هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

با سلام و تحیت

عطف به نامه شماره ۹۰۰۰/۲۱۰/۶۱۰۶۰/۲۰۰ مورخ ۱۳۹۵/۰۴/۲۳؛

موضوع بند «ت» ماده ۱۸ مصوبه منابع تأمین درآمد شهرداری خوی در سال ۱۳۹۴، در جلسه مورخ ۱۳۹۶/۰۲/۲۱ فقهای معظم شورای نگهبان مورد بحث و بررسی قرار گرفت و نظر فقها به شرح ذیل اعلام می‌گردد:

- در صورتی که شورای شهر خوی اختیار جعل این گونه عوارض را بر اساس قانون دارا باشد و در جعل عوارض رعایت مصلحت شده باشد بند مورد شکایت خلاف شرع نمی‌باشد و تشخیص این مطلب که شورای شهر خوی دارای چنین اختیاری می‌باشد بر عهده دیوان عدالت اداری می‌باشد.

احمد جنتی

دبیر شورای نگهبان»

ج) ادعای خلاف شرع بودن بند ۱ ماده ۲۷ تعرفه عوارض محلی سال ۱۳۹۱ مصوب شورای اسلامی شهر مرند

«باسمه تعالی

رئیس محترم هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

با سلام و تحیت

عطف به نامه شماره ۹۰۰۰/۲۱۰/۱۶۸۰۴۷/۲۰۰ مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۲۶؛

موضوع بند ۱ ماده ۲۷ تعرفه عوارض محلی سال ۱۳۹۱ مصوب شورای اسلامی شهر مرند، در جلسه مورخ ۱۳۹۳/۰۲/۱۷ فقهای معظم شورای نگهبان مورد بحث و بررسی قرار گرفت و نظر فقهای معظم به شرح ذیل اعلام می‌گردد:

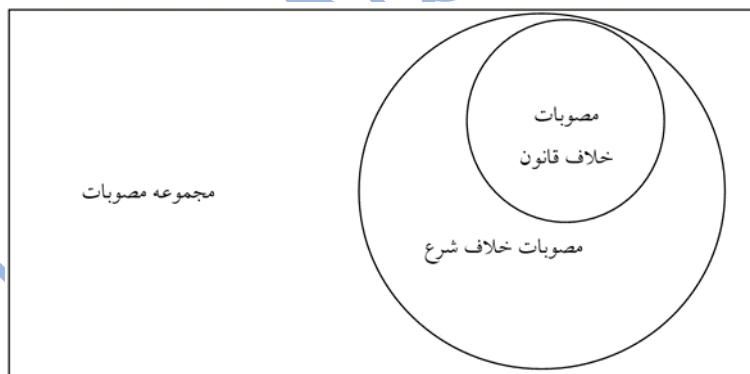
- همان‌طور که قبلاً طی نظریه شماره ۹۱/۳۰/۴۸۳۵۸ مورخ ۱۳۹۱/۰۷/۲۵ اعلام گردیده است، نظر به اینکه حق مشرفیت که همان حق مرغوبیت است با توجه به ماده واحده قانون راجع به لغو حق مرغوبیت مصوب ۱۳۶۰/۰۸/۲۸ مجلس شورای اسلامی ممنوع گردیده است، بنابراین اخذ آن خلاف موازین شرع نیز می‌باشد.

محمدرضا علیزاده

قائم‌مقام دبیر شورای نگهبان»

۳.۴. جمع‌بندی آرای دادرس شرعی

بر اساس این رویه‌ها می‌توان نتیجه گرفت که دیدگاه دادرس شرعی، عینیت مصداقی شرع و قانون است، یعنی آنچه مصداق فعل یا تصمیم قانونی است، مصداق فعل یا تصمیم شرعی نیز است و با تحقق مغایرت امری با قانون عادی (و به طریق اولی قانون اساسی)، مغایرت با شرع نیز محقق می‌شود. در نهایت می‌توان این دیدگاه را در قالب نمودار ۲ به نمایش درآورد.



نمودار ۲. نسبت مغایرت شرعی و قانونی در رویه دادرس شرعی

۵. نتیجه

از جمله وظایف شورای نگهبان، سنجش انطباق قوانین با شرع و قانون اساسی است. نوشتار حاضر، نسبت‌سنجی میان مغایرت شرعی و مغایرت قانونی را از دیدگاه این نهاد پی‌جویی کرده است. با این حال، توجه به اینکه شورای نگهبان مرکب از دو نهاد دادرس اساسی و دادرس شرعی است، می‌تواند مسیر این نسبت‌سنجی را هموارتر کند. مقام دادرس اساسی، آرای را در خصوص مغایرت شرعی و

مغایرت قانونی صادر کرده است که برآیند آنها، حاکی از عدم ملازمه میان مغایرت قانونی و مغایرت شرعی است. از دیگر سو، نهاد دادرس شرعی نیز درباره مصوبات خلاف شرع و خلاف قانون تبادر به انشای رأی و نظر کرده است که می‌توان آن را دال بر نوعی عینیت و اتحاد مصداقی میان حکم قانونی و حکم شرعی دانست؛ به این معنا که عمل برخلاف آنچه قانون است، عمل برخلاف شرع نیز است. سرانجام، می‌توان نسبت میان مغایرت شرعی و قانونی در آرای شورای نگهبان را در جدول ۱ ملاحظه کرد.

جدول ۱. نسبت میان مغایرت شرعی و قانونی در آرای شورای نگهبان

نهاد	ترکیب	کارکرد	رویه در نسبت مغایرت قانونی و مغایرت شرعی
شورای نگهبان	شش فقیه و شش حقوقدان	دادرسی اساسی: انطباق قوانین با قانون اساسی + نظارت بر برخی انتخابات	عدم ملازمه میان مغایرت قانونی و مغایرت شرعی
فقه‌های شورای نگهبان	شش فقیه	دادرسی شرعی: انطباق قوانین و مقررات با شرع	ملازمه میان مغایرت قانونی و مغایرت شرعی

منابع

۱. فارسی

الف) کتاب‌ها

۱. ارسطو، محمدجواد (۱۳۹۸). *تحلیل مبانی نظام جمهوری اسلامی ایران*. تهران: مجد.
۲. استوارسنگری، کورش (۱۴۰۲). *حقوق دادرسی اداری*. تهران: داتیک.
۳. خامنه‌ای، سیدعلی (۱۴۲۴ق). *أجوبه الاستفتائات*. قم: دفتر معظم‌له.
۴. خمینی، روح‌الله (۱۳۷۸). *صحیفه نور*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۵. خمینی، روح‌الله (۱۴۲۲ق). *استفتائات*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۶. خمینی، روح‌الله (۱۴۲۳ق). *ولایت فقیه*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۷. رحمت‌اللهی، حسین؛ آقامحمدآقایی، احسان (۱۳۹۹). *نگاهی نو به مبانی حقوق عمومی*. تهران: سهامی انتشار.
۸. سعدی، حسینعلی (۱۳۹۴-۱۳۹۳). *فقه استدلالی حقوق عمومی (تقریرات درس دکتری حقوق عمومی دانشگاه امام صادق (ع))*. [چاپ‌نشده].
۹. مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۴). *صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*. تهران: اداره کل فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی.

۱۰. طباطبایی، سیدمحمدحسین (۱۳۸۸). بررسی‌های اسلامی. ج ۱، قم: بوستان کتاب.
۱۱. عزیزی، سیدمجتبی (۱۴۰۰). بازخوانی انتقادی تعطیل حکومت در دوران غیبت. تهران: دانشگاه امام صادق (ع).
۱۲. فتحی، محمد؛ کوهی اصفهانی، کاظم (۱۳۹۷). نظرات شرعی فقهای شورای نگهبان بر اساس اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران. تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
۱۳. قاضی (شریعت‌پناهی)، ابوالفضل (۱۳۷۵). گفتارهایی در حقوق عمومی. تهران: دادگستر.
۱۴. قاضی (شریعت‌پناهی)، ابوالفضل (۱۳۹۵). حقوق اساسی و نهادهای سیاسی. تهران: میزان.
۱۵. قطبی، میلاد (۱۳۹۶). جایگاه و صلاحیت‌های دیوان عدالت اداری در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران با نگاهی به نظرات شورای نگهبان. تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
۱۶. گلپایگانی، سیدمحمدرضا (۱۴۰۹ق). مجمع‌المسائل. تحقیق علی کریمی جهرمی، علی ثابتی همدانی و علی نیری همدانی. قم: دارالقرآن الکریم.
۱۷. شورای نگهبان (۱۳۸۹). مجموعه نظریات شورای نگهبان. تهران: مرکز تحقیقات شورای نگهبان.
۱۸. مشهدی، علی (۱۴۰۰). قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری در نظم حقوقی کنونی. تهران: خرسندی.
۱۹. مولاییگی، غلامرضا (۱۳۹۷). صلاحیت و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری. تهران: جنگل.
۲۰. ورعی، سیدجواد (۱۳۹۴). بررسی فقهی فرمانبرداری و نافرمانی مدنی. تهران: سمت.

ب) مقالات

۲۱. آقای طوق، مسلم (۱۳۹۷). تأملی در خصوص ابطال مقررات مغایر با قانون. فصلنامه مطالعات حقوق عمومی دانشگاه تهران، (۲)، ۳۵۶-۳۳۹.
۲۲. آیتی، سیدمحمد؛ اسفندیاری‌بیات، حمزه (۱۳۸۷). نسبت جرم و گناه در حقوق ایران. پژوهشنامه فقه و حقوق اسلامی.
۲۳. ورعی، سیدجواد (۱۳۹۴). آیا در حکومت اسلامی هر جرمی گناه است؟. فقه و مبانی حقوق اسلامی، (۱)، ۱۵۳-۱۸۰.
۲۴. جهانی، محمدحسین؛ نوروزی، محمد (۱۴۰۰). بازپژوهی تطبیق عنوان گناه بر عمل مجرمانه در حکومت دینی. نشریه فقه و اصول، (۳).
۲۵. حسینی‌الموسوی، سیدمجتبی (۱۴۰۲). معیار دوگانه یا یگانه، نظارت قضایی؛ تحلیل عبارت شورای نگهبان «در صورتی که برخلاف قانون نباشد، خلاف شرع نیست» در پاسخ به استعلامات دیوان عدالت اداری. پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ۵ (۱۷) (زمستان).