

The Encyclopedia of Comparative Jurisprudence and Law

The Guardian Council's Oversight of Legislative Enactments and Their Annulment (With Emphasis on Article 1309 of the Civil Code)

Zahra Sadat Amini Dahaj¹, Jebraeal Omid², Rahmat Farahzadi²

1. PhD student, Law Department, Yadegar Imam Branch, Islamic Azad University, Shahr-e Ray, Iran

2. Assistant Professor, Law Department, Yadegar Imam Branch, Islamic Azad University, Shahr-e Ray, Iran

* Corresponding Author's Email: Omidijebraeal@yahoo.com

ABSTRACT

The Guardian Council—without which the Islamic Consultative Assembly (Parliament) lacks legal validity—was established to safeguard the provisions of Islam and the Constitution. Since this safeguarding includes various stages and even extends to executive matters and practical supervision, the Constitution limits this function solely to verifying the conformity of parliamentary enactments with Islamic rulings or the Constitution, and not to nullifying them. The present article, adopting a descriptive-analytical approach and utilizing a library-based research method, aims to examine the supervisory function of the Guardian Council by addressing the question: What is the legal basis for the Guardian Council's supervisory duties in assessing the conformity of prior and subsequent laws with Sharia and the Constitution, and for their annulment? Given that the annulment of laws without defining a replacement leads to societal disorder and confusion, this study proposes the reinstatement of Article 1309 of the Civil Code as a legal innovation. Such reinstatement may contribute to promoting the rule of law, reducing governmental costs, and preventing disruptions in public order.

Keywords: *annulment, Guardian Council, jurisdiction, Constitution, legislative enactments, oversight.*

How to cite: Mohammadi Amini Dahaj, Z. S., Omid, J., & Farahzadi, R. (2025). The Guardian Council's Oversight of Legislative Enactments and Their Annulment (With Emphasis on Article 1309 of the Civil Code). *The Encyclopedia of Comparative Jurisprudence and Law*, 3(2), 1-17.



تاریخ ارسال: ۱۷ اردیبهشت ۱۴۰۴

تاریخ بازنگری: ۱۱ تیر ۱۴۰۴

تاریخ پذیرش: ۲۰ تیر ۱۴۰۴

تاریخ چاپ: ۱۶ مرداد ۱۴۰۴

دانشنامه فقه و حقوق تطبیقی

نظارت شورای نگهبان بر مصوبات قانونی و ابطال آن‌ها (با تأکید بر ماده ۱۳۰۹ ق.م.)

زهرا سادات امینی دهج^۱، جبرائیل امیدی^{۲*}، رحمت فرحزادی^۳

۱. دانشجوی دکتری، گروه حقوق، واحد یادگار امام (ره)، دانشگاه آزاد اسلامی، شهرری، ایران

۲. استادیار، گروه حقوق، واحد یادگار امام (ره)، دانشگاه آزاد اسلامی، شهرری، ایران

* پست الکترونیک نویسنده مسئول: Omidijebraeal@yahoo.com

چکیده

شورای نگهبان که بدون آن مجلس شورای اسلامی، اعتبار قانونی ندارد، به منظور پاسداری از احکام اسلام و قانون اساسی به وجود آمده است. از آن‌جا که این نگهداری و حراست، مراحل مختلفی را در بر می‌گیرد و حتی شامل مسائل اجرایی و مراقبت‌های عملی هم می‌شود، بدین جهت در متن قانون اساسی، این وظیفه، تقیید شده است که تنها نسبت به انطباق مصوبات مجلس شورای اسلامی و عدم مغایرت آن‌ها با احکام اسلام یا قانون اساسی است، نه الغای آن‌ها. مقاله پیش‌رو، درصدد بررسی وظیفه نظارتی شورای نگهبان با رویکرد توصیفی تحلیلی و با استفاده از روش کتابخانه‌ای در پی پاسخ به این سوال است که «مبنای وظایف نظارتی شورای نگهبان در انطباق قوانین سابق و لاحق با شرع و قانون اساسی و ابطال آن‌ها چیست؟» از آن‌جا که ابطال قوانین بدون تعریف جایگزین آن، جامعه را با بی‌نظمی و سردرگمی، مواجه می‌نماید؛ لذا به منظور پیشگیری از اخلال در نظم عمومی، اعاده ماده (۱۳۰۹) ق.م به عنوان نوآوری پژوهش حاضر، می‌تواند در قانونمداری، کاهش هزینه‌های دولت و... موثر واقع شود.

کلیدواژگان: ابطال، شورای نگهبان، صلاحیت، قانون اساسی، مصوبات قانونی، نظارت.

نحوه استناددهی: امینی دهج، زهرا سادات، امیدی، جبرائیل، و فرحزادی، رحمت. (۱۴۰۴). نظارت شورای نگهبان بر مصوبات قانونی و ابطال آن‌ها (با تأکید بر ماده ۱۳۰۹ ق.م). دانشنامه فقه و حقوق تطبیقی، ۳(۲)، ۱-۱۷.

مقدمه

برخی از قوانین حاکم در نظام حقوقی ج.ا.ا، قبل از تشکیل شورای نگهبان تصویب شده که هیچ نظارتی از حیث عدم مغایرت با شرع و قانون اساسی بر آن‌ها صورت نپذیرفته است و بی‌تردید، قوانینی مغایر با احکام اسلامی در آن‌ها یافت می‌شود، ولی نمی‌توان کلیه قوانین مصوب از صدر مشروطیت تا زمان تشکیل شورای نگهبان را با احکام اسلامی مغایر دانست (Shafiei Sarvestani, 2006). به باور برخی، وقتی فقهای شورا بتوانند اطلاق یا عموم اصلی از اصول قانون اساسی را در مغایرت با موازین اسلامی تشخیص دهند، به طریق اولی، بررسی و اظهارنظر نسبت به قوانین قبل از انقلاب نیز در حوزه وظایف آنان قرار خواهد گرفت (Khamenei & Rasekh, 1990). در مقابل، منتقدین معتقدند که پذیرش و تعمیم صلاحیت فقهای مزبور در نظارت بر قوانین مصوب شورای انقلاب و پیش از آن، جامعه و حکومت را با خلأ قانونی، مواجه می‌نماید و پرواضح است که فساد ناشی از وجود قانون مغایر، به مراتب بالاتر از فقدان آن است (Hashemi, 2001).

براساس یافته‌های تحقیق، نظارت شرعی و اساسی بر مصوبات قانونی اگرچه از عمده وظایف شورای نگهبان بشمار می‌رود، لیکن باید توجه داشت که قانون اساسی تصریحی در نظارت پسینی آن شورا بر قوانین موضوعه و ابطال آن‌ها ندارد و این درحالی است که امام کراماً نهاد ناظر را به پابندی قانون اساسی توصیه نموده است. بالاین توصیف، پژوهش حاضر، درصدد بررسی وظیفه نظارتی شورای نگهبان در پی پاسخ به این سوال است که «مبنای وظایف نظارتی شورای نگهبان در انطباق قوانین سابق و لاحق با شرع و قانون اساسی و ابطال آن‌ها چیست؟» فرضیه مطرح در این چارچوب، آن است که وظایف مصرح شورای نگهبان ناظر بر نظارت پسینی و ابطال مصوبات قانونی مغایر با شرع نباشد. آنچه اهمیت این پژوهش را دوچندان می‌نماید، لزوم توجه به اصل

صلاحیت و قانونی بودن اقدامات مقامات در حوزه حقوق عمومی است که نه تنها، ابطال قوانین را در صلاحیت آن شورا نمی‌داند، بلکه اساساً الغای قوانین بدون تعریف جایگزینی برای آن، جامعه را با بی‌نظمی و سردرگمی مواجه می‌نماید؛ لذا اعاده ماده (۱۳۰۹) قانون مدنی می‌تواند در برقراری حاکمیت قانون در این حوزه موثر واقع شود. برای این منظور در ادامه، ضمن ارائه پیشنهادی تحقیق، به امکان نظارت شورای نگهبان بر مصوبات قانونی پرداخته و با بررسی موانع حقوقی ابطال مصوبات قانونی و ارزش اثباتی سند و شهادت، به نتیجه‌گیری و ارائه طریق خواهیم پرداخت.

امکان نظارت شورای نگهبان بر مصوبات قانونی

نظارت بر مصوبات به لحاظ زمانی، به دو شیوه «پسینی» و «پیشینی» تقسیم می‌شود (Mousa Zadeh, 2009). بر همین اساس، مطابق اصل (۹۴) قانون اساسی: «کلیه مصوبات مجلس شورای اسلامی باید به شورای نگهبان فرستاده شود. شورای نگهبان موظف است آن را حداکثر ظرف ده روز از تاریخ وصول از نظر انطباق بر موازین اسلام و قانون اساسی مورد بررسی قرار دهد و چنانچه آن را مغایر ببیند، برای تجدید نظر به مجلس بازگرداند. در غیر این صورت مصوبه قابل اجرا است». این اصل، مؤید نظارت پیشینی شورای نگهبان در انطباق مصوبات مجلس شورای اسلامی با موازین اسلام و قانون اساسی می‌باشد. اصل (۹۵) قانون اساسی نیز به شورای نگهبان این اختیار را داده است که در مورد آن دسته از مصوبات مجلس شورای اسلامی که مدت ده روز برای رسیدگی و اظهارنظر نهایی درباره آن‌ها کافی نباشد، برای حداکثر ده روز دیگر تمدید وقت و استمهال نماید.

براین مبنا، تصدیق و تأیید شورای نگهبان در امر قانون‌گذاری در نظام ج.ا.ا، جزئی از فرآیند قانون‌گذاری می‌باشد و برای ایجاد استقرار یک قانون، علاوه بر تصویب مجلس شورای اسلامی، تأیید شورای نگهبان نیز ضرورت دارد. حال این سؤال و ابهام اساسی به ذهن متبادر می‌گردد که با توجه به این که مغایرت برخی از قوانین

با شرع و قانون اساسی هنگامی هویدا می‌شود که قوانین در بوتۀ اجرا گذارده شوند و گاه قبل از اجرای قوانین، موارد تضاد و مغایرت آنها با شرع و قانون اساسی قابل تشخیص نیست، آیا می‌توان علاوه بر نظارت پیشینی که در قانون اساسی به صراحت بیان شده است، قائل به نظارت پسینی در تطبیق مصوبات مجلس با شرع و قانون اساسی نیز بود؟ برطبق ماده (۱۹) آیین نامه داخلی شورای نگهبان: «اعلام مغایرت قوانین و مقررات یا موادی از آنها با شرع با توجه به اصل چهارم قانون اساسی در هر زمان که مقتضی باشد توسط اکثریت فقهای شورای نگهبان انجام می‌یابد...».

نظریه حداکثری از جهت قانون بودن مصوبه

از اصل (۴) قانون اساسی که مقرر داشته است: «کلیه قوانین و مقررات باید براساس موازین اسلامی باشد و...»، چنین مستفاد می‌گردد که با ابتدای بر جمهوری اسلامی، اجرای قوانین و مقررات مغایر با موازین اسلام در کشور، انتظاری ناصواب خواهد بود؛ لذا باید، همه قوانین حاکم و لازم‌الاجرا، منطبق با موازین اسلامی باشد، خواه این قوانین و مقررات، مصوب مجلس شورای اسلامی باشد یا مصوب شورای انقلاب و یا این که قوانین مذکور قبل از انقلاب اسلامی وضع شده باشد. وفق نظر مدافعان عدم شمول اصل (۴) به قوانین و مقررات قبل از انقلاب، چنانچه با تصویب قانون اساسی، کلیه قوانین و مقررات مصوب گذشته لغو و قوانین صالح، صرفاً مصوبات مجلس شورای اسلامی اعلام می‌گردید، این امر قابل پذیرش می‌بود. اما، وقتی که قوانین سابق الغاء نگردیده و در حال اجرا می‌باشد، لازم است، شورای نگهبان، بر مغایرت یا عدم مغایرت آن با شرع، اعلام عقیده و نظر نماید. طرفداران نظریه شمول حکم اصل (۴) بر قوانین شورای انقلاب و قوانین سابق، چند دلیل عمده، در اثبات نظریه خود، بیان می‌کنند:

اول) وفق اصل (۱۷۰) ق.ا: «قضات دادگاه‌ها مکلفند از اجرای تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های دولتی که مخالف با موازین و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیارات قوه مجریه است،

خودداری کنند و هرکس می‌تواند ابطال این گونه مقررات را از دیوان عدالت اداری تقاضا کند». استدلال مهم این است که «وقتی فقهای شورای نگهبان این حق را داشته باشند که براساس اصل چهارم بر اطلاق یا عموم اصول قانون اساسی اظهارنظر کنند، به طریق اولی حق اظهارنظر درخصوص عدم مغایرت قوانین عادی قبل از انقلاب با شرع را خواهند داشت» (Khamenei & Rasekh, 1990).

دوم) برخی هم می‌گویند، چون نظام اسلامی از طریق آراء عمومی مردم پذیرفته شده است، هیچ گونه قوانین خلاف شرع نباید اجرا شود، این حکم در صدر اصل (۴) به وضوح مشاهده می‌شود و به تبع آن شورای نگهبان حق نظارت دارد (Hashemi, 2001).

سوم) به موجب ماده (۲۵) قانون دیوان عدالت اداری، هنگامی که می‌توان آیین‌نامه‌های مصوب دولتی قبل از انقلاب را که مغایر با شرع است، ارزیابی و چنانچه مخالف شرع بود، از عمل به آن خودداری و ابطال آن را از دیوان مزبور، مطالبه نمود، در خصوص قوانین مصوب پیشین نیز می‌توان گفت که فقهای شورای نگهبان حق رسیدگی و اظهارنظر در خصوص عدم مغایرت آنها با شرع را براساس اصل چهارم قانون اساسی دارند (Mehrpour, 1989).

چهارم) برخی نویسندگان نیز، با استناد به کلام امام معتقدند: با توجه به متروک ماندن اصل دوم متمم قانون اساسی رژیم مشروطه و عمل نکردن به این اصل، در همان رژیم نیز قوانین اعتبار قانونی نداشتند، از این رو، تمامی مراجع قضایی و اداری در صورت تردید در مغایرت، مکلفند نظر شورای نگهبان را در مورد مغایرت یا عدم تغایر قوانین مزبور کسب کنند (Madani, 1997, 2014). بدین ترتیب، در خصوص اصول قانون اساسی و به‌طور موردی اصل (۴) و اهداف آن باید گفت که این اصل، در مقام بیان این معناست که با استقرار نظام ج.ا.ا، کلیه قوان

نظارت شورای نگهبان در تطبیق مصوبات قانونی با موازین اسلامی

کارویژه اصلی شورای نگهبان در ارتباط با قوه مقننه و نظارت بر مصوبات مجلس از حیث عدم مغایرت با شرع و قانون اساسی است (Mousa Zadeh, 2014). «برخی بر این اعتقادند که در خصوص انطباق مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلامی و قانون اساسی، لازم نیست که هر مسئله و مصوبه‌ای با یکی از عناوین اسلامی منطبق باشد، چون اصل بر اباحه و جواز است و لذا تعبیر صحیح این است که شورا عدم مغایرت را احراز نماید» (Mousavi Bojnordi, 2011). از این منظر، انتخاب و اعمال نظارت پیشینی صرف، آسیب‌ها و چالش‌هایی را در پی خواهد داشت که مصداق برخی از آن‌ها را در مواردی که فقهای شورای نگهبان بنا به هر دلیل از اظهارنظر در مورد مصوبه مجلس خودداری و یا سکوت اختیار نموده و آن مصوبه بر اساس اصل (۹۴) پس از طی زمان مقرر لازم‌الاجرا شده است، یافت. (مانند: قانون مالیات‌های مستقیم که در تاریخ ۱۲/۳/۱۳۶۶ بعد از تصویب مجلس، بدون اظهارنظر فقهای شورای نگهبان در مهلت مقرر در اصل (۹۴) اجرایی و در تاریخ ۲۱/۲/۱۳۶۷ به شماره ۱۲۵۸۳ ابلاغ گردید)

پرواضح است که قانون اساسی با اختیار نظارت پیشینی عملاً در پاسخ به این چالش‌ها، نمی‌تواند راه‌حلی ارائه دهد. لذا در پاسخ به مواردی این چنین، باید علاوه بر قانون اساسی، به نظرات فقهای شورای نگهبان، آیین‌نامه‌های داخلی آن شورا و مجلس رجوع نمود. بر این مبنا، فقهای شورای نگهبان معتقدند که هر قانون حاکم مغایر با شرع را در هر زمان می‌توان ابطال نمود. همین اظهارنظر، بعداً در ماده (۱۹) آیین‌نامه داخلی شورا^۱ نیز راه یافته است. در نظریه تفسیری آن شورا در پاسخ به شورای عالی قضایی به شماره ۱۹۸۳

ین و مقررات باید براساس موازین اسلامی باشد و قوانین و مقررات مغایر با شرع در این نظام به اجرا در نمی‌آید و قوانین مغایر اسلام، منسوخ و غیرقابل عمل هستند (Mehrpour, 2008).

نظریه حداقلی از جهت قانون بودن مصوبه

در مقابل، برخی استدلال‌ها نیز، اثبات پذیرش صلاحیت فقهای شورای نگهبان در نظارت شرعی بر قوانین پیش از تشکیل شورای نگهبان را، قابل نقد و خدشه‌پذیر می‌دانند (Hashemi, 2001). به عقیده آنان، بپذیرش و اجرایی کردن صلاحیت فقهای شورای نگهبان در نظارت بر قوانین مصوب شورای انقلاب و پیش از آن، امکان مواجهه جامعه و حکومت، با خلأ قانونی، وجود دارد و در این صورت، فساد ناشی از خلأ، به مراتب بالاتر از حالتی است که در آن قوانین اسلامی حاکم نباشد. علاوه بر آن، اصل (۴) در ردیف اصول کلی قرار دارد، که کیفیت اجرای آن در فصل قوه مقننه اصول ۷۲، ۹۱، ۹۲ تا ۹۶ بیان شده است (Hashemi, 2001). لذا، هرگاه قوانین قبل از انقلاب در مظان مغایرت با موازین اسلامی باشد، باید از طریق مجلس شورای اسلامی نسبت به اصلاح و تجدید نظر و یا نسخ آن در قالب طرح قانونی اقدام نمود. بر این مبنا، شورای نگهبان بدو و بدون دخالت مجلس نمی‌تواند قوانین مصوب قبل از انقلاب را مورد بررسی قرار داده و با ابطال مواد قانونی مغایر با شرع، موجبات فترت قانون و بی‌قانونی را فراهم نمایند؛ چراکه، ابطال قوانین از وظایف آن شورا نیست و از طرف دیگر، آثار و عواقب ناشی از بی‌قانونی، به مراتب بیشتر از اجرای قوانینی است که احیاناً با شرع مغایرت دارند.

تفکیک نظارت شورای نگهبان در تطبیق قوانین با موازین اسلامی و قانون اساسی

^۱ اعلام مغایرت قوانین و مقررات با 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 (۹۴) ق.ا نمی‌باشد. سؤال‌های فقهی دیوان عدالت اداری و قضات درباره مغایرت قوانین و مقررات

۲-۴. نظارت شورای نگهبان در تطبیق مصوبات قانونی با

قانون اساسی

اگرچه، اصول (۷۲-۹۱ و ۹۴) قانون اساسی، به بیان لزوم بررسی عدم مغایرت قوانین با قانون اساسی پرداخته و آن را به عنوان یک هنجار برتر در کنار شریعت اسلام در نظام حقوقی ج.ا.ا معرفی نموده و بدین ترتیب، طریقه پیشینی نظارت را برای کنترل مصوبات مجلس شورای اسلامی با قانون اساسی بیان کرده است؛ لیکن با عطف توجه به: قانون اساسی، قوانین عادی و سایر مقررات در می یابیم که در خصوص انطباق مصوبات مجلس شورای اسلامی با قانون اساسی، در نظارت پسینی، هیچ پیش بینی صورت نگرفته است و از ماده (۱۹) آیین نامه داخلی شورای نگهبان و تبصره دو ماده (۲۰۱) آیین نامه داخلی مجلس شورای اسلامی، می توان چنین استنباط نمود که صلاحیت شورای نگهبان در تطبیق مصوبات مجلس شورای اسلامی با قانون اساسی، صرفاً یک صلاحیت پیشینی است و این شورا نمی تواند پس از گذشت مهلت های مقرر در اصول نود و چهارم و نود و پنجم در خصوص مغایرت یک قانون با قانون اساسی اظهار نظر کند.^۳ در همین رابطه، شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۷۷/۹/۱۸ در پاسخ به سؤالی مبنی بر این که آیا قانون استقلال کانون کارشناسان رسمی دادگستری مصوب شورای انقلاب با قانون اساسی مغایرت دارد یا خیر؟ بیان می دارد که ممکن است موردی از این قانون خلاف قانون اساسی باشد، لیکن اظهار نظر در مورد خلاف قانون اساسی بودن قوانین گذشته، از صلاحیت شورای نگهبان خارج است.^۴ اگرچه نظریه فوق، یک نظر تفسیری از جانب شورای نگهبان نبوده و در مقام پاسخ به سؤالی در مورد یک قانون بوده است، لیکن این پاسخ

تاریخ ۱۳۶۰/۲/۸ در خصوص اعمال نظارت شرعی بر قوانین و مقررات ذیل اصل چهارم قانون اساسی به صراحت اعلام شده است که فقهای شورای نگهبان می توانند قوانین و مقررات حاکم مغایر با شرع را ابطال نمایند و مقرر می دارد: «مستفاد از اصل چهارم قانون اساسی این است که به طور اطلاق کلیه قوانین و مقررات در تمام زمینه ها باید مطابق موازین اسلامی باشد و تشخیص این امر به عهده فقهای شورای نگهبان است، بنابراین قوانین و مقرراتی را که در مراجع قضایی اجراء می گردد و شورای عالی قضایی آنها را مخالف موازین اسلامی می داند، جهت بررسی و تشخیص مطابقت یا مخالفت با موازین اسلامی برای فقهای شورای نگهبان ارسال دارید».^۱ هم چنین، شورای نگهبان در نظریه شماره ۴۵۵۱/۲۱/۷۸ مورخ ۱۳۷۸/۲/۸ در خصوص آیین نامه داخلی مجلس شورای اسلامی مصوب مورخ ۱۳۷۸/۱/۱۸ مقرر می دارد: «نظر به این که اطلاق تبصره ۲ ماده (۱۸۶) شامل اظهار نظر جدید در موارد فقهی هم می گردد، خلاف اصل (۴) قانون اساسی شناخته شد» (Mousavi Bojnordi, 2011). از این رو فقهای شورای نگهبان مستند به اصل چهارم قانون اساسی در خصوص نظارت پسینی از حیث شرعی، خود را صالح می داند. لیکن برخی از حقوق دانان معتقدند که اصل چهارم فقط در مقام بیان صلاحیت فقهای شورای نگهبان است و نه حدود و ثغور آن. به عبارت دیگر ذیل اصل چهارم ناظر به اصول (۷۲-۹۱-۹۴ و ۹۶) است و اختیارات و وظایف فقهای شورای نگهبان محدود به اصول (۹۱ تا ۹۹) می باشد و از آن فراتر نمی رود و بالطبع شامل قوانین مصوب قبل از انقلاب یا مصوبات شورای انقلاب نمی شود (Khamenei & Rasekh, 1990).

با شرع حسب مورد از طریق رئیس دیوان و رئیس قوه قضائیه به شورای نگهبان ارسال می شود.

^۱ مجموعه نظریات شورای نگهبان تفسیری و مشورتی در خصوص اصول قانون اساسی به انضمام استفساریه ها و تذکرات، ۱۳۸۱: ص ۴۹

^۲ شورای نگهبان نمی تواند پس از رفع ایراد در نوبت اول، مجدداً موارد دیگری را مغایر اعلام نماید.

^۳ مستنبط از استفساریه ها و سؤالات مطروحه نزد شورای نگهبان

^۴ مجموعه نظریات شورای نگهبان تفسیری و مشورتی در خصوص اصول قانون اساسی به انضمام استفساریه ها و تذکرات، ۱۳۸۱: ۴۴۲

حائز اهمیت است؛ چراکه مرز اقدام و چارچوب فعالیت مقامات اجرایی را مشخص می‌کند. براساس این اصل که می‌توان از آن به اصل صلاحیت تعبیر کرد، فرض می‌شود که مقامات عمومی و اداری، محدود به صلاحیت‌های اعطایی به آن‌ها (وظایف هسته‌ای) هستند (Hedavand, 2010) و اقتدارات و اختیاراتی که قوانین اساسی میان قوای حکومتی تقسیم می‌کنند، منشأ ایجاد صلاحیت‌های تقنینی، قضایی و اجرایی می‌شود (Alder, 2002). برخی، صلاحیت‌را، مجموعه‌ای از شرح وظایف و حدود اختیارات مقامات، مأمورین و سازمان اداری در نظر گرفته‌اند (Emami, 2012). صلاحیت، توانایی و اقتداری است که به موجب قانون به یک نهاد اعم از قضایی، تقنینی و یا اجرایی داده می‌شود که نسبت به حوزه صلاحیت خود، تصمیم‌گیری و یا اقدام کند (Ostavar Sangari & Emami, 2013). صلاحیت در حقوق عمومی، با اهلیت در حقوق خصوصی، متفاوت است. در حقوق خصوصی، وقتی افراد به سن و سال و مراتب عقلی شایسته برسند، دارای اهلیت می‌شوند؛ بنابراین، اصولاً گفته می‌شود که اصل بر اهلیت افراد است؛ مگر آن‌که خلاف آن به موجب قانون مقرر شده باشد؛ لیکن در حقوق عمومی، باتوجه به اصل حاکمیت قانون، همه سازمان‌ها، موسسات و مقامات عمومی، مکلف‌اند همواره در تصمیمات متخذ و اعمالی که انجام می‌دهند، قوانین و مقررات را رعایت کنند و مجموعه قواعدی باید صلاحیت زمامداران را تعیین کند. در نتیجه، در حقوق عمومی، اصل بر عدم صلاحیت است. عموماً صلاحیت را به دو دسته: تکلیفی و اختیاری تقسیم می‌کنند. در صلاحیت تکلیفی، مقام عمومی در انجام صلاحیت، عین قانون عمل می‌کند؛ اما در صلاحیت اختیاری، مقام عمومی در محدوده قانون، ابتکار عمل‌هایی دارد (Montazeri, 2020). در نگاه هوفلدی، می‌توان صلاحیت را واجد جنبه‌های چهارگانه حق دانست که می‌تواند به فراخور شرایط و موقعیت‌ها

شورای‌نگهبان را می‌توان قرینه و اماره‌ای دال بر عدم صلاحیت اظهارنظر آن شورا در مورد خلاف قانون اساسی بودن قوانین گذشته دانست.

به نظر می‌رسد، علت تمایز و ترجیح میان شرع و قانون اساسی در نظرات شورای‌نگهبان، ناشی از جایگاه بنیادین قواعد و موازین شرع در نظام حقوقی جمهوری اسلامی باشد. براین مبنا، شورای‌نگهبان خود را صالح بر نظارت پیشینی و پسینی بر قوانین و مقررات از حیث عدم مغایرت با موازین شرعی می‌داند؛ ولی چنین صلاحیتی را با این گستره، از منظر بررسی قوانین و مقررات به جهت عدم مغایرت با قانون اساسی برای خود قائل نیست. این دیدگاه را می‌توان در میان اعضای مجلس بررسی نهایی قانون اساسی نیز مشاهده کرد؛ در جریان تصویب اصل (۹۴) قانون اساسی و تعیین مهلت برای شورای‌نگهبان جهت اعلام نظر در خصوص مصوبات مجلس، دغدغه ابرازی نمایندگان این بوده که نباید راهی را مقرر کرد که در نتیجه آن ضوابطی مغایر شرع در جامعه جامه اجرا به خود ببوشد و لذا مقرر شد در صورتی که پس از اجرایی شدن قانون، شورای‌نگهبان به مغایرت با شرع برخورد کرد، بتواند جلوی اجرای آن را بگیرد^۱ که البته چنین اتفاقی در عمل نیفتاد.

موانع امکان ابطال مصوبات قانونی توسط شورای‌نگهبان

اصل عدم صلاحیت

وظیفه شورای‌نگهبان نظارت بر قوانین و مصوبات مجلس است (Mousavi Khomeini, 1990). صلاحیت مفهومی است که در حوزه عمومی معنی می‌یابد و به معنای توانایی مرجع یا مقام سیاسی، اداری یا قضایی در اتخاذ تصمیم یا انجام عملی در حوزه عمومی است. در حقوق اساسی، با پذیرش اصل تفکیک قوا (اصل ۵۷)، قدرت عمومی، میان قوای قضاییه، مقننه و مجریه توزیع شده است. در حقوق اداری نیز این اصل در تعیین مرزهای این حوزه،

^۱ مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی ق.ا، ۱۳۶۴: ۹۵۷ - ۹۵۶

داشته باشد، با این توجه که در ادبیات حقوقی ایران، گاه فقط بر یکی از جنبه‌های صلاحیت تأکید می‌شود و از دیگر ابعاد آن، غفلت می‌شود (Gorji Azandriani, 2017). بنابراین، مقام عمومی وقتی می‌تواند عملی را انجام دهد که قانون به صراحت اجازه آن را داده باشد. به همین جهت، مداخله اشخاص در امور عمومی و یا مداخله مقامات عمومی در امور خارج از صلاحیت خود، از لحاظ قانونی ممنوع است. امام نیز در رهنمودهای خود تصریح و تأکید داشته‌اند که باید حدود معلوم بشود. آقای رئیس جمهور حدودش در قانون اساسی چه هست، یک قدم آن ور بگذارد، من با او مخالفت می‌کنم. شورای نگهبان حدودش چقدر است؟ (Mousavi Khomeini, 1990)

حال اگر قانونگذار نسبت به صلاحیت مقامات دولتی (به مفهوم عام) سکوت کرده باشد، باید براساس اصل عدم صلاحیت، قائل به فقدان صلاحیت برای آن مقام و نهاد شد. به عنوان نمونه، اگر حق وضع آیین‌نامه برای مقامی در قانون اساسی، پیش‌بینی نشده باشد، اصل بر عدم صلاحیت آن مقام در وضع آیین‌نامه است. به بیانی دیگر، صلاحیت امری تبعی، کارکردی و نسبی است (Vijeh, 2013).

از آن‌جا که قوه مقننه در ج.ا.ا، مبتنی بر نظام تک مجلسی و دو رکنی، مرکب از مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان می‌باشد، شورای نگهبان، جزء مکمل و لاینفک آن محسوب می‌شود. (اصول ۹۴-۹۱-۴ و ۹۶ قانون اساسی). برطبق اصل (۷۱) قانون اساسی، «مجلس شورای اسلامی در عموم مسائل در حدود مقرر در قانون اساسی، می‌تواند قانون وضع کند». به موجب اصل (۷۲) همان قانون، «مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد. تشخیص این امر به ترتیبی که در اصل (۹۶) آمده بر عهده شورای نگهبان است». برابر اصل (۹۶) قانون مارالذکر، «تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام

اسلام با اکثریت فقهای شورای نگهبان و تشخیص عدم تعارض آن‌ها با قانون اساسی بر عهده اکثریت همه اعضای شورای نگهبان است». برطبق اصل (۱۱۲) قانون اساسی: «مجمع تشخیص مصلحت نظام برای تشخیص مصلحت در مواردی که مصوبه مجلس شورای اسلامی را شورای نگهبان خلاف موازین شرع و یا قانون اساسی بداند و مجلس با در نظر گرفتن مصلحت نظام، نظر شورای نگهبان را تأمین نکند و ... تشکیل می‌شود». هم‌چنین براساس ماده (۱۸۷) آیین‌نامه داخلی مجلس: «... اگر این مصوبه هنوز وافی به نظرات شورای نگهبان نباشد، مجدداً در مجلس مطرح می‌گردد. در صورتی که مجلس با در نظر گرفتن حفظ مصلحت نظام هم‌چنان بر رأی خود باقی باشد، رئیس مجلس مصوبه مذکور را به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارسال می‌دارد. مجمع موظف است تنها در موارد اختلاف و دیگر موارد مربوط به آن اظهار نظر قطعی نموده و گزارش آن را جهت طی مراحل بعدی به رئیس مجلس اعلام نماید».

با این توصیف، از منظر حقوق عمومی، اصل بر عدم صلاحیت کارگزاران سیاسی و اجرایی است؛ مگر آن‌که به صورت ایجابی در متن قانونی تصریح شود. از این منظر، «اصل عدم صلاحیت مکمل اصل قانونی بودن است (Hedavand, 2008) و حتی به تعبیر برخی باید اصل قانونی بودن را در ذیل مفهوم اصل عدم صلاحیت بررسی کرد» (Zarei, 2014, 2015).

با توجه به مراتب فوق، باید اذعان کرد؛ براساس اصل عدم صلاحیت و عمومی بودن نهاد ناظر اساسی، امکان واگذاری اختیاراتی بیش از آنچه در قوانین اساسی و عادی برای آن در نظر گرفته شده، مردود بوده و حتی مورد تأیید امام نیز قرار نگرفته است (Mousavi Khomeini, 1990) و از آن‌جا که قانون اساسی، نهادهای دارای صلاحیت قانون‌گذاری را در اصول (۷۱ و ۸۵) مشخص نموده، چنان‌چه مسئله نظارت و ابطال قوانین را، متضمن نوعی دخالت ماهوی در فرایند قانون‌گذاری فرض

خود است.^۴ مفهوم «کنترل قانونی بودن اعمال و تصمیمات اداری»^۵ نیز منبعث از اصل کلی حقوق مربوط به فرایندهای عمومی و به خصوص اداری است. این اصل به نوبه خود به دو قاعده ثانوی «اصل برتری قانون»^۶ و «اصل لزوم مبنای قانونی»^۷ تقسیم می‌شود. (این دو قاعده ثانوی، فرع بر تفکیک بنیادین اصل قانونی بودن شکلی و ماهوی با قانونی بودن سلبی و ایجابی در دکتین فرانسوی و انگلیسی کنترل قضایی است) (Hedavand, 2008). اصل برتری قانون به این معناست که همه نهادهای عمومی و اداری تابع و مادون قانون هستند. در این جا معنای ماهوی قانون مدنظر بوده که شامل همه قواعد و اصولی است که حقوق یا تکالیف نهاد عمومی را معین می‌کنند. آنچه که در این جا اهمیت دارد، لزوم تبعیت نهاد عمومی از این دسته از قواعد عمومی است (Mashhadi, 2012). اصل قانونی بودن، تأکید دارد که از مقامات عمومی نه تنها به دلیل خروج از صلاحیت‌ها و گسترش اختیاراتشان؛ بلکه به دلیل سوءاستفاده از اختیارات یا حتی کوتاهی در انجام وظایف قانونی‌شان می‌توان شکایت کرد (Hedavand, 2015).

از این رهگذر، نادیده گرفتن اصول قانونگذاری، همزمان به کاهش کیفیت قوانین و افزایش کمیت قوانین به ویژه در قالب اصلاحیه‌های پیاپی می‌انجامد (Rasekh, 2012). لزوم وجود مبنای قانونی، مقامات عمومی را به اتخاذ تصمیم بر «مبنا» و «مطابق» با یک قانون ملزم می‌کند. بنابراین در مواردی که امکان دارد تصمیم اتخاذ شده، حقوق و آزادی‌های شهروندان را تحت تأثیر قرار دهد و قانون نیز در این باره ساکت باشد، اصولاً مقام عمومی باید از اتخاذ تصمیم اجتناب کند. از طرف دیگر، وفق قاعده موازی بودن صلاحیت‌ها که «تنها در صورت سکوت قوانین

کنیم، یقیناً شورای نگهبان با ابتنای بر اصل عدم صلاحیت، فاقد چنین اختیاری است.

۲-۵. اصل قانونی بودن

منظور از «قانونی بودن»^۱ این است که اعمال، اقدامات و تصمیم‌های مقامات عمومی دارای منشأ قانونی و منطبق با قانون باشد (Stott & Felix, 1997). پوزیتیویسم حقوقی معتقد است قانون طرح یک‌طرفه حاکمیت است یعنی حکومت فرمان می‌دهد و شهروندان عمل می‌کنند. «لان فولر» از صاحب‌نظران نظریه «حاکمیت قانون» در نقد این عقیده، نظریه اخلاقی بودن درونی (باطنی) قانون را پردازش کرده است (Covell, 1992) که مشتمل بر دسته‌ای از اصول و لوازم است که از نظر او هر دستگاه قانونگذاری باید آن‌ها را داشته باشد، در غیراین صورت نظام کنترل‌کننده اجتماعی هرگز نمی‌تواند نظامی قانونمند باشد (Kramer, 1999). این اصول عبارت‌اند از: قوانین باید عام و فراگیر باشند، تا حد امکان در طول زمان ثابت بماند (دائمی باشد)؛ رسماً به مردم اعلام شوند، اجرا و عطف به ماسبق شدن آن باید به حداقل برسد، قابل فهم باشند، نباید با یکدیگر ناسازگار باشند، نباید فوق طاققت مخاطبان (شهروندان) باشد و پیروی از آن نباید ناممکن باشد (Fuller, 1964). تعبیر «خروج از صلاحیت»^۲، وصف اقدامات و اعمالی است که از حمایت و پشتیبانی قانون اعم از قانون‌اساسی یا قانون عادی برخوردار نیستند و به این دلیل قابل لغو و ابطال و بی‌اعتباری هستند (Zarei, 2014). اصل قانونی بودن تنها به امور کیفری اختصاص ندارد؛ بلکه اعمال عمومی و به خصوص اعمال اداری نیز تابع اصل قانونی بودن است. این اصل ریشه در قاعده بنیادین قانون‌مداری^۳ دارد. این قاعده بنیادین، هم مبنای جواز و ممنوعیت اعمال عمومی و هم مبنای آگاهی شهروندان از حقوق و تکالیف

^۵ Contrôle de légalité

^۶ Gestzesvorrang / Suprématie de la loi

^۷ Gestzesvorbelt / Base legal

^۱ Legality

^۲ To Exceed of Jurisdiction pp46-94.

^۳ Rechtsnorm

^۴ Dessementet, F. (Swiss Administrative Law). Kluwer Law International, (2004). p. 10.

و مقررات می‌توان به آن استناد جست، مرجع صالح برای گرفتن یک تصمیم، مرجع صالح برای نسخ یا تغییر آن نیز می‌باشد» (Abbasi, 2014).

برآیند مطالب فوق آن است که با لحاظ «اصل قانونی‌بودن» درخصوص مبنای نظارت نهادهای ناظر اساسی بر قوانین؛ این نهاد در انجام کارویژه نظارت بر مطابقت قوانین عادی با شرع و قانون اساسی، محدود و محصور در اصول قانون اساسی است. براین مبنا، نهاد ناظر در گام نخست باید مبنای حقوقی اقدامی که قصد انجام دادن آن را دارد، بداند و اطمینان حاصل کند که قانون اختیار انجام دادن آن اقدام را به آن‌ها داده است. دراین معنا، مقامات عمومی در محدوده‌ای قرار می‌گیرند که به موجب آن برای کارهایشان باید دارای صلاحیت قانونی باشند. اصل مزبور به طور سنتی با دکترین خروج از صلاحیت در ارتباط است و امروزه به آن اصل «قانونی‌بودن» می‌گویند. با نگاهی به مطالب فوق مشخص می‌شود که اصل قانونی‌بودن، از مبانی نفی‌کننده نظارت نهادهای ناظر اساسی بر قوانین در ایران است و مادامی که این امر در قانون اساسی و به تبع آن در قوانین عادی کشور شناسایی نشود، اصولاً نظارت پسینی شورای نگهبان بر قوانین و ابطال آن‌ها، مخالف و مبین اصل قانونی‌بودن بوده و امری غیرموجه است. امام نیز به نهاد ناظر تأکید داشته‌اند که صحبت‌های شما باید به صورتی باشد که همه فکر کنند در محدوده قانونی خودتان عمل می‌کنید، نه یک قدم زیاد و نه یک قدم کم. در همان محل قانونی وقوف کنید، نه یک کلمه این‌طرف و نه یک کلمه آن‌طرف (Mousavi, 1990).

الغای قانون مکرر (نسخ و ابطال)

شورای نگهبان در مواجهه با قوانین مغایر شرع، لاقلاً به سه صورت مختلف عمل نموده است. بعضاً قوانینی را «مغایر شرع» اعلام، ولی نسبت به اثر آن سکوت اختیار کرده است. در مواردی برای رفع شبهات احتمالی، مبادرت به «الغای» قانون نموده و بالاخره در

پاره‌ای موارد نیز، از اصطلاح ابطال استفاده نموده است. اگرچه، بکارگیری این اصطلاحات موجب تفاسیر و برداشت‌های مختلفی می‌گردد؛ اما لاقلاً مبین این معناست که شورای نگهبان وظیفه و اختیار خود را نسبت به قوانین مغایر شرع، صرفاً محدود به تشخیص مغایرت ندانسته است (Ramazani, 2018).

از آن‌جا که الغای قانون، به معنای سلب اعتبار آن است. بی‌اعتبار شدن قانون، بدین معناست که دیگر نباید از آن پیروی کرد. مفهوم حکم یا قانون مکرر، زمانی محقق است که مفاد و مضمون قاعده حقوقی یا حکمی واحد در قوانین متعدد و ضمن ماده‌های جداگانه تکرار شود (Mirzaei, 2015). در این صورت، در حقیقت، هر ماده‌ای که دارای همان حکم باشد، به عنوان المثنی برای ماده مشابه قرار می‌گیرد و هنگامی که یکی از آن مواد نسخ و یا ابطال و در نتیجه از قانون حذف شود، این پرسش مهم به میان می‌آید که تکلیف اعتبار ماده دیگر چه می‌شود؟ بی‌تردید، قانونگذار با نسخ یک ماده قانونی، الغاء و بی‌اعتبارشدن حکم آن را خواسته است. این مراد و منظور، ضمن تحقق مفهوم نسخ، هنگامی برآورده می‌شود که حکم یا قاعده منسوخ به کلی از نظام حقوقی زدوده شود و دیگر مورد عمل قرار نگیرد؛ حال آن که عقیده به بقای اعتبار حکم یاد شده به استناد ماده دیگر، موجب لغو و بیهوده گشتن اقدام قانونگذار در نسخ حکم مذکور است (Mirzaei, 2015). براین اساس و با توسل جویی به رأی وحدت ملاک، به نظر می‌رسد که ابطال ماده (۱۳۰۹) قانون مدنی از سوی قانونگذار اساسی (منصرف از اصل قانونی‌بودن و خروج از صلاحیت)، به دلیل عدم تعیین تکلیف قوانین مشابه، منطبق با الغای قانون نبوده و دربردارنده مفهوم حکم یا قانون مکرر نمی‌باشد، چراکه در این صورت، قانون شهادت و امارات مصوب (۱۳۰۸) و قانون ثبت اسناد و املاک کشور مصوب (۱۳۱۰) می‌بایست به تبع بی‌اعتباری ماده (۱۳۰۹) دستخوش تغییر می‌شد.

ارزش اثباتی سند و شهادت

نمی‌گردد». بدین ترتیب پیش از اصلاح قانون مدنی، نه تنها دعوا با ارزش محدودی می‌توانست با شهادت اثبات شود، بلکه در همان قلمرو محدود نیز توان مخالفت با سند را نداشت. برخی حقوقدانان دلیل این بی‌اعتمادی افراطی به شهادت را، هم تاریخی دانسته‌اند و هم تجربی. تاریخی از این جهت که پس از مشروطیت در نوسازی نظام حقوقی، شیفته پذیرش هرچه بیشتر مظاهر تمدن اروپایی شدیم، اما دنباله تحولات نهادهای قدیمی در عصر جدید را رها ساختیم و تجربی به این علت که رویه قضایی احساس کرد اشتباهات و بی‌اعتنایی‌ها و انحراف‌های اخلاقی شهود، چندان شایع شده که دیگر نباید به گفته آنان اعتماد کرد (Katouzian, 2011).

اما صرف‌نظر از آن که شورای نگهبان برای توجیه نظریه خود در ابطال ماده (۱۳۰۹) دلایلی ارائه نموده باشد، شهادت طریقی برای احراز واقعیت است که شارع مقدس آن را تأیید کرده و شرایطی را برای آن فراهم آورده است. درواقع شهادت ارزش طریقی دارد و بی‌شک سند هم همین‌طور است. اما در تعارض دو دلیل که هر دو ارزش طریقی دارند، سیره عقلا براین استقرار یافته که دلیل قوی‌تر را مقدم می‌دارند و برای تشخیص دلیل قوی‌تر به دنبال مرجحاتی می‌گردند که اطمینان یا ظن ناشی از یکی از این دو دلیل را نسبت به دیگری تقویت نمایند. در تعارض بین سند معتبر با شهادت، اطمینان نوعی عقلایی حاصل از سند معتبر، قوی‌تر از اطمینان حاصل از شهادت دو مرد عادل است و بدین ترتیب در تعارض این دو، باید سند را مقدم بشماریم، چراکه؛ عقلا اطمینان ناشی از سند را قوی‌تر از اطمینان حاصل از شهادت می‌دانند و به طور ارتکازی در هنگام تعارض آن دو، سند را بر شهادت مقدم می‌دارند، زیرا در شهادت با وجود تمام شرایط شرعی معتبر در شاهد از جمله: عدالت، بلوغ، ایمان و... (ماده ۱۳۱۳ ق.م) بیشتر امکان اشتباه و فراموشی در شهود وجود دارد، در حالی که چنین احتمالی در سند معتبر، کمتر است. به همین خاطر، برخی گفته‌اند

استناد به شهادت شهود یکی از دلایل مورد قبول جهت اثبات دعاوی حقوقی در تمام سیستم‌های حقوقی می‌باشد و پذیرش آن به عنوان یکی از ادله اثبات دعوی مورد اتفاق نظر همه رژیم‌های حقوقی است. تفاوت سیستم‌های حقوقی صرفاً در ارتباط با موضوعات قابل اثبات با شهادت و هم‌چنین تشخیص ارزش شهادت و درجه اعتبار آن می‌باشد (Madani, 2014). از این رو، در مورد معیار و ملاک سنجش ارزش شهادت در میان سیستم‌های حقوقی دنیا دو نظریه عمده و اصلی وجود دارد:

الف: نظریه اول: به موجب این نظریه، شهادت شهود در اثبات دعاوی مدنی موضوعیت دارد، بدین ترتیب که پس از انجام تشریفات ادای شهادت و استماع شهادت شهود، قاضی محکمه ملزم به صدور رأی بر مبنای مفاد و اقتضای شهادت است.

ب: نظریه دوم: براساس این نظریه، گواهی و شهادت، صرفاً به مثابه ابزار و وسیله‌ای جهت اثبات دعاوی بوده و در مسیر رسیدن به حقیقت قضیه، دارای جنبه طریقی است. لذا قاضی هیچ الزامی به صدور رأی بر اساس شهادت شهود ندارد.

در نظام حقوقی ایران نیز ضمن پذیرش نظریه دوم، مقنن معتقد به طریقت داشتن شهادت شهود بوده و به موجب ماده (۲۴۱) قانون آ.د.ع.ا در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱، تشخیص ارزش و تأثیر گواهی به نظر دادگاه محول شده است. هم‌چنین در مقام تأیید این نظر، ماده (۱۷۱) از قانون آیین دادرسی در امور کیفری نیز مقرر نموده است: چنان‌چه دادگاه، شهود معرفی‌شده را واجد شرایط قانونی تشخیص دهد، شهادت آنان را می‌پذیرد؛ والا رد می‌کند.

اما باید توجه داشت که در ایران، پیش از اصلاح قانون مدنی در سال (۱۳۹۱)، نظام حاکم بر اثبات کتابت بود، نه شهادت و میزان اعتبار شهادت، چنان ناچیز بود که کسی با استناد به شهادت، رغبتی به طرح دعوا پیدا نمی‌کرد. به‌علاوه ماده (۱۳۰۹ ق.م) نیز مقرر می‌داشت: «در مقابل سند رسمی یا سندی که اعتبار آن در محکمه محرز شده، دعوای مخالف با مفاد یا مندرجات آن به شهادت اثبات

که نحوه ترتیب ادله اثبات دعوی در ماده (۱۲۵۸) بیان‌گر آن است که هر دلیلی بر دلیل دیگر، تقدّم ارزشی دارد (Montazeri, 2020).

از طرف دیگر، شورای نگهبان مشخص نکرده است که در صورت تعارض سند رسمی معتبر با شهادت، وظیفه قضات چیست و کدام یک را باید بر دیگری مقدم بدانند؟ مطابق مفاد نظریه شورا مبنی بر ابطال ماده (۱۳۰۹) قانون مدنی، فاقد ارزش دانستن شهادت بینة شرعیه در برابر اسناد رسمی و معتبر، خلاف موازین شرعی است. در نتیجه، موازین شرعی اقتضاء می‌کند که شهادت بینة شرعیه را در برابر اسناد رسمی و معتبر، دارای ارزش بدانیم، اما اگر شهادت بینة شرعیه را دارای ارزش مساوی با اسناد معتبر بدانیم، مطابق موازین شرعی عمل کرده‌ایم؟ می‌توان گفت که چنین نیست؛ زیرا در این صورت به هنگام تعارض سند معتبر با شهادت، هر دو دلیل تساقط خواهند کرد و به هر حال نمی‌توان دعوایی را که مخالف با مفاد یا مندرجات سند است به وسیله شهادت اثبات نمود و این همان نص ماده (۱۳۰۹) قانون مدنی است که شورای نگهبان آن را خلاف موازین شرعی دانسته است (Vaezi, 2015).

مضافاً این‌که، سند رسمی مندرج در ماده (۱۲۸۷ ق.م)، سندی است که به تأیید و امضای دفتریار و سردفتر که عده‌ای از حقوقدانان از او به عنوان «شاهد ممتاز» تعبیر کرده‌اند (Jafari, 2014) رسیده و به صحت آن گواهی داده‌اند و به همین دلیل است که عده‌ای از فقهای معاصر با درک ضرورت شرایط روز اعلام نموده‌اند که «امضای کتبی» حکم انشای لفظی دارد، بنابراین، اسناد معتبر فعلی حجت است (Makarem, 2006). از مجموع مواد مربوط به ادله اثبات دعوی مندرج در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ نیز برمی‌آید که سند در حکم اقرار است و همان‌گونه که اثبات بی‌اعتباری اقرار ممکن است، اثبات

بی‌اعتباری سند نیز امکان دارد؛ ولی آنچه که مصلحت می‌باشد این است که سند رسمی چون با حضور شهود ممتاز تنظیم شده، باید از اعتباری فراتر از سند عادی برخوردار باشد و چنانچه پس از تنظیم، بتوان با ارائه دو شاهد، مفاد آن را از اعتبار انداخت، موضوع گواهی شاهد ممتاز یا مأمور صالح دولت، لغو و بی‌اثر جلوه می‌کند. همچنین، در بحث مورد نظر، موضوع تعارض شهود پیش می‌آید. بدین ترتیب که دفتریار و سردفتر یا مأمور دولت به صحت سند و امضای نویسنده شهادت می‌دهند و گواهان دیگر، به بی‌اعتبار بودن آن، در نتیجه به استناد قاعده «الدلیلان اذا تعارضا تساقطا» باید بی‌اعتباری هر دو شهادت و معتبر بودن سند نظر داد و این همان تأکید و تصریح ماده (۱۳۰۹) است که شورای نگهبان آن را مغایر شرع اعلام نموده است.

نتیجه‌گیری

اگرچه، وجود توأمان نظارت پیشینی و پسینی در مطابقت قوانین و مقررات با شرع و قانون‌اساسی این امکان را خواهد داد تا نظارت دقیق‌تری صورت گیرد، لیکن این امر (وجود هر دو نظارت) به‌طور صریح، روشن و توأمان در اصول قانون‌اساسی ج.ا.ا پیش‌بینی نگردیده و نه تنها در اصل چهارم قانون‌اساسی، سازوکار مشخصی در خصوص نظارت شرعی فراهم نیامده؛ بلکه در سایر اصول آن نیز، تمهیدات لازم پیش‌بینی نشده است. از جمله ابهاماتی که در برخورد با اصول متعدد قانون‌اساسی در رابطه با صلاحیت‌های شورای نگهبان احساس می‌شود، مفهوم عبارات بکار رفته در اصول (۹۱)، (۹۴) و (۹۶) قانون‌اساسی، هم‌چون: «احکام اسلام» «انطباق»، «موازین اسلامی» و «مغایرت» است. پرواضح است که مقصود از «احکام اسلامی» مجموعه احکام اولیه و ثانویه و مراد از «موازین اسلامی»، اصول کلی مانند: عدالت و انصاف و آزادگی است که شامل کلیه قواعد فقهی و اصول عقلی و عملی می‌گردد. واژه «مغایرت» نیز غیر از مطابق بودن است، «مغایر» امری عدمی است و «مطابق» امری وجودی. ثمره نزاع بین این دو مفهوم در

محکم برخلاف آن در اسلام نیافته‌ایم و چنانچه تنها عدم مغایرت را کافی بدانیم، به تأیید آن‌ها نظر خواهیم داد.

لذا در مقام پاسخ به سوال پژوهش که «مبنای وظایف نظارتی شورای نگهبان در انطباق قوانین سابق و لاحق با شرع و قانون اساسی و ابطال آن‌ها چیست؟» باید گفت: قانونگذار اساسی، تصریحی در خصوص نظارت پسینی آن شورا بر مصوبات مجلس شورای اسلامی نداشته و سازوکار اجرایی آن را هم فراهم نیاورده است، رهنمودهای امام نیز ناظر بر توجه دادن به نهاد ناظر به مقتضیات زمان و مکان و عمل در محدوده و چارچوب قانون اساسی است؛ لیکن مقام ناظر در طول سالیان متمادی با استناد به ماده (۱۹) آیین‌نامه داخلی خود و تفسیری موسع از اصل (۴) قانون اساسی و همچنین توسل به مشروح مذاکرات نهایی قانون اساسی ۱۳۶۴، این حق را برای خود مسلم دانسته و اعمال نموده است. البته باید توجه داشت که در قانون مادر و قوانین موضوعه، حق ابطال قوانین و مقررات به مقام ناظر واگذار نشده و به موجب اصل (۱۱۲) قانون اساسی و مواد (۱۸۵ و ۱۸۶) از قانون آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی، آن شورا موظف است مصوبه واجد ایراد مجلس را با ذکر علت رد، صریحاً به مجلس اعلام نماید. باین توصیف و با عنایت به موانع برشمرده شده برای امکان ابطال مصوبات قانونی از سوی ناظر، ابطال ماده (۱۳۰۹) ق.م.م تأثر از نظارت پسینی، برداشتی ناصواب از اصل (۹۱) ق.ا. بوده، خارج از حوزه صلاحیت شورای نگهبان و فاقد وجاهت قانونی است، ازاین‌رو و باتوجه به مواردی چون: عدم تعریف جایگزینی برای این ماده و اعتبار موادی از قانون که حکم واحد را دارند، همچنین ارزش اثباتی سند نسبت به شهود که تحصیل شرط عدالت آنان در جوامع فعلی، بسادگی ممکن نیست و لزوم توجه به اقتضائات جامعه (اصل ۹۱ ق.ا)، اعاده ماده (۱۳۰۹) ق.م. به عنوان نوآوری پژوهش پیش‌رو، ضرورتی اجتناب‌ناپذیر خواهد بود که می‌تواند ضمن کاهش هزینه‌های دولت (در مفهوم عام)، نظم

نظارت پیشینی و بالاختص پسینی و مصوبات فاقد سابقه در منابع اسلام پدیدار می‌گردد که به دلیل عدم سابقه در شرع، بحث انطباق در مورد آن‌ها منتفی خواهد بود، اما اگر تنها به مسئله عدم مغایرت اکتفا کنیم، امکان تأیید چنین مصوباتی وجود دارد، لیکن رویه شورای نگهبان حاکی از آن است که این شورا در مقام تأیید یا رد مصوبات مجلس، تنها به انطباق آن‌ها با احکام اولیه رفتار نموده و تشخیص احکام ثانویه و موضوعات آن را (علیرغم توصیه امام در صحیفه)، از حوزه صلاحیت خویش خارج دانسته و برخی مصوبات مجلس نظیر: قانون کار مصوب (۱۳۶۹) مجمع تشخیص مصلحت نظام را که براساس مصلحت و مقتضیات روز تنظیم شده بود، مغایر با شرع تشخیص داده و همین محدودیت دیدگاهی به مرور مسائلی را در زمینه قانونگذاری برای اداره جامعه به وجود آورد که در نهایت منجر به تأسیس مجمع تشخیص مصلحت نظام شد.

ازطرف دیگر، از شرایط برشمرده شده برای فقهای شورای نگهبان در توصیه‌های امام در صحیفه نور و اصل (۹۱ ق.ا)، علاوه بر عدالت، آگاهی و اشراف به عنصر زمان و مکان و مصلحت جامعه اسلامی در استنباطات فقهی است که موضوع تراحم اهم و مهم نیز می‌تواند یکی از جنبه‌های این مصلحت‌اندیشی قلمداد شود. ازاین‌رو، اقتضاء دارد که مقام ناظر در نظارت پیشینی یا پسینی بر مصوبات مجلس شورای اسلامی (بافرض پذیرش نظارت پسینی)، از آن جا که اساساً اصل بر اباحه و جواز است، مبنای نظارت خود را برپایه مفهوم «عدم مغایرت» بنا نهد، چراکه؛ اثبات امر عدمی به مراتب راحت‌تر از امر وجودی است و آنچه که در تقنین مورد نیاز است، عدم مغایرت است نه مطابقت. زیرا در مطابقت باید به دنبال قانون در مبانی فقهی باشیم و در صورت نبود، قائل به عدم مطابقت با فقه شده و مصوبات را رد نماییم، اما حالت عدم مغایرت نیاز به کنکاش ندارد و به معنی آن است که تاکنون دلیل و اجماعی

❖ و بالاخره این‌که، نهاد ناظر در امر نظارت پسینی بر قوانین و مقررات (فعالانه نه منفعلانه) از طریق مرکز پژوهش‌ها، عدم مغایرت آن‌ها را با شرع و قانون اساسی مورد بررسی و اجرا گذارد تا از این حیث، هنجاریت قانون (بایدانگاری و الزام‌آوری آن) مبتنی بر منفعت عمومی و خیر عمومی، بیشتر تضمین گردد.

مشارکت نویسندگان

در نگارش این مقاله تمامی نویسندگان نقش یکسانی ایفا کردند.

تعارض منافع

در انجام مطالعه حاضر، هیچ‌گونه تضاد منافی وجود ندارد.

EXTENDED ABSTRACT

The institutional role of the Guardian Council in the Islamic Republic of Iran is unique in that it embodies both a religious and constitutional gatekeeper function, primarily tasked with overseeing the conformity of legislative enactments with Islamic law and the national Constitution. This dual function raises complex legal and political issues, especially regarding the boundaries of the Council's supervisory jurisdiction. While the Iranian Constitution—particularly Article 94—confers the Council with pre-enactment or ex ante oversight powers, ambiguity remains over its post-enactment or ex post authority, particularly in the domain of legal annulment. One focal point of this controversy is Article 1309 of the Civil Code, which was invalidated by the Council on the basis that it violated Islamic standards of evidentiary admissibility. Critics argue that this annulment represents

عمومی را متأثر و بر حرکت در مسیر اندیشه‌های امام نیز رهنمون سازد. براین مبنا، ضرورت دارد تا اقدامات ذیل توسط سیاست‌گذار عمومی و مقنن در دستور کار قرار گیرد:

❖ حصری شدن وظایف شورای نگهبان در بازبینی و بازنگری آتی قانون اساسی^۱ در امر نظارت پیشینی و پسینی منطبق با اندیشه امام،

❖ پایش قوانینی نظیر ماده (۱۳۰۹ ق.م) از سوی مقنن و ارجاع آن به مجمع تشخیص مصلحت نظام برای تعیین تکلیف نهایی و استفاده مطلوب‌تر از ظرفیت‌های اصل (۱۱۲)،

❖ احصاء چالش‌های قضایی ناشی از نسخ عملی ماده (۱۳۰۹) ق.م توسط قوه قضائیه در مقام عمل به اصل (۱۵۶) متضمن ارائه راهکار در قالب طرح یا لایحه،

an overreach and a misinterpretation of both the Constitution and the principles of legal legitimacy and legislative authority. Supporters, however, assert that the Council's religious authority, enshrined in Article 4, grants it continuous oversight over all laws, regardless of when enacted. The stakes are high: the unchecked extension of oversight powers may undermine the separation of powers, disrupt legal certainty, and compromise procedural due process. Accordingly, this study examines whether the annulment of Article 1309 was constitutionally valid and proposes the reinstatement of the article as a corrective legal innovation.

The first dimension of this analysis involves the concept of “competence” in public law, which distinguishes legitimate acts of public authority from overextensions or usurpations of power. In systems based on the rule of law, especially within the framework of

^۱ چراکه از قانونگذار اساسی، تنها قوانین واضح و روشن و بدون ابهام مورد انتظار است جهت اطلاعات بیشتر رجوع کنید به حقوق اساسی ج.۱، ا.۱ (جلد اول)، نوشته سیدمحمد هاشمی.

administrative and constitutional law, competence is strictly derived from legal texts and is not presumed without clear legislative grounding (Hedavand, 2010; Montazeri, 2020). This principle—often summarized as “no power without law”—is foundational to limiting arbitrary governance. In the Iranian context, where the Constitution details the powers of the Guardian Council in Articles 91 through 99, the lack of explicit post-enactment annulment authority suggests a structural limitation. While Article 4 emphasizes the necessity of all laws conforming to Islamic standards, it does not create procedural authority for the Council to revoke laws independently of parliamentary mechanisms or judicial review. Furthermore, traditional jurisprudence maintains a categorical distinction between interpretative oversight and legislative function, the latter of which is the exclusive domain of the parliament and the executive acting within its delegated authority (Alder, 2002). Accordingly, post-hoc annulment—particularly of longstanding laws such as Article 1309—without legislative substitution may breach constitutional norms of legality and the fundamental doctrine of separation of powers.

The second critical issue pertains to the evidentiary hierarchy in Iranian civil and criminal law. Article 1309 of the Civil Code, prior to its annulment, established a foundational rule that testimony alone could not be admitted to contradict or invalidate authenticated written documents. This provision aligned with civil law traditions that assign greater probative value to formal, registered documents over oral declarations. By invalidating this article, the Guardian Council effectively disrupted the evidentiary balance that undergirds legal certainty in judicial proceedings. Scholars have long contended that while testimony is a valid form of evidence, it carries inherent risks—such as fallibility of memory, bias, and the potential

for perjury—that make it inferior to documentary proof in matters of high legal consequence (Katouzian, 2011). The reliance on authenticated documentation reflects a global legal consensus regarding the reliability and permanence of formal written records, especially those certified by public notaries or judicial officials. Furthermore, respected Islamic jurists have acknowledged that documentary evidence, including signed contracts, can constitute more reliable proof than oral statements under certain conditions, reflecting a jurisprudential balance between religious evidentiary principles and modern legal requirements (Makarem Shirazi, 2006).

A third dimension of analysis centers on the concept of “legal certainty,” a cornerstone of both Islamic and Western legal thought. Legal certainty requires that laws be clear, publicly accessible, and stable over time. The sudden annulment of a long-standing provision such as Article 1309 violates this principle by introducing ambiguity into the legal framework and disrupting established judicial practices. Lon Fuller’s theory of the “inner morality of law” lists stability, generality, and clarity among the essential characteristics of any legal system that purports to govern justly (Fuller, 1964). The annulment of Article 1309 arguably violates these tenets, as it changes the legal weight of evidence in ongoing and future trials without clear legislative input or judicial clarification. This disruption compromises not only procedural fairness but also the legitimacy of adjudicative outcomes. In legal systems where evidentiary standards directly impact the outcome of civil disputes—particularly those involving property, contracts, or inheritance—the removal of a clear evidentiary hierarchy exposes both plaintiffs and defendants to unpredictability and inconsistent rulings, thereby eroding public trust in the judiciary and the legal order more broadly (Mashhadi, 2012).

The fourth issue pertains to the systemic implications of conflating legislative review with legislative intervention. By interpreting its oversight role to include annulment powers, the Guardian Council effectively assumes legislative authority—an action that conflicts with the structure and spirit of the Constitution. The principle of “legality,” or legal legitimacy, demands that public institutions operate within their authorized domains. Several scholars argue that the Guardian Council’s self-assigned annulment authority lacks a sufficient legal basis and therefore constitutes an ultra vires act (Zarei, 2014). While some internal bylaws—such as Article 19 of the Council’s own procedural regulations—may suggest continuous oversight, such internal instruments cannot override constitutional provisions. More importantly, according to the rule of institutional integrity, no organ of the state may unilaterally expand its own jurisdiction. The Iranian Constitution, through its structural provisions and final clauses, designates the legislature and, in specific contexts, the judiciary as the only bodies authorized to repeal or revise existing laws. The unilateral annulment of Article 1309 not only undermines the authority of the legislative body but also disrupts the balance of institutional power envisioned by the framers of the Constitution.

In addition to legal and procedural considerations, the annulment of Article 1309 raises questions about the evidentiary philosophy underlying Iran’s legal system. While the Guardian Council’s decision was ostensibly motivated by a desire to affirm the Islamic value of testimonial evidence, the prevailing scholarly opinion supports a hierarchical approach that prioritizes certainty over formality. Testimonial evidence, even when delivered by just and credible witnesses, is subject to human error and potential manipulation. By contrast, notarized

documents are generated under formal conditions, involve institutional oversight, and are recorded for posterity. The principle of “qarina” or circumstantial proof in Islamic law also supports the elevation of formal documentation where such evidence provides stronger epistemological grounds for judicial decisions (Montazeri, 2020). Therefore, the annulment of Article 1309 does not enhance the Islamic character of the legal system, but rather diminishes the reliability and efficiency of judicial processes. Legal traditions—both religious and secular—must evolve to serve the societal need for order, trust, and rational adjudication. In this sense, the reinstatement of Article 1309 is not only a legal necessity but also a step toward restoring equilibrium between faith-based values and procedural integrity.

In conclusion, this article argues that the Guardian Council’s annulment of Article 1309 of the Civil Code represents a problematic overextension of its constitutional mandate and undermines the foundational legal principles of competence, legality, and evidentiary certainty. The absence of a clear legislative or constitutional basis for such an annulment renders it legally suspect. Moreover, the disruption of the evidentiary hierarchy jeopardizes the reliability of judicial proceedings and introduces ambiguity into long-settled areas of law. The study proposes that Article 1309 be reinstated as a matter of both legal restoration and institutional correction. Such a reinstatement would reaffirm the legislature’s exclusive authority over the repeal of statutory provisions and preserve the integrity of Iran’s dual commitment to Islamic jurisprudence and constitutional governance. Future policy revisions should clarify the scope and limits of the Guardian Council’s oversight functions to ensure that institutional balance, legal certainty, and public trust in the justice system are maintained.

References

- Abbasi, B. (2014). *Foundations of Public Law*. Dadgostar Publications.
- Alder, J. (2002). *General Principle of Constitutional and Administrative Law*. Palgrave Macmillan.
- Covell, C. (1992). *The Defense of Natural Law*. Macmillan. <https://doi.org/10.1007/978-1-349-22359-6>
- Emami, M. (2012). *Administrative Law* (Vol. 2PB - Mizan Publications).
- Fuller, L. (1964). *The Morality of Law*. Yale University.
- Gorji Azandriani, A. A. (2017). Oversight of the Quality of Laws in Guardian Council Practices. *Quarterly Journal of Public Law StudiesLA - Persian*.
- Hashemi, S. M. (2001). *Constitutional Law of the Islamic Republic of Iran* (Vol. 2). Dadgostar Publications.
- Hedavand, M. (2008). Judicial Oversight: Conceptual Analysis and Fundamental Developments Principles of Administrative Law in Light of Administrative Justice Court Rulings. *Journal of Constitutional Law*, 5(9).
- Hedavand, M. (2010). *Principles of Administrative Law in Light of Administrative Justice Court Rulings*. Khorsandi Publications.
- Hedavand, M. (2015). *Comparative Administrative Law*. SAMT Publications.
- Jafari Langaroudi, M. J. (2014). *Registration Law - Property Registration*. Ganj Danesh Publications.
- Katouzian, N. (2011). *Civil Code in Its Current Order*. Mizan Publications.
- Khamenei, S. M., & Rasekh, M. (1990). Article Four of the Constitution Explaining the Procedural Principles of Legislation. *Journal of the Bar Association*(152-153).
- Kramer, M. (1999). *In Defense of Legal Positivism: Law without Trimmings*. Oxford University.
- Madani, S. J. a.-D. (1997). *Constitutional Law in the Islamic Republic of Iran* (Vol. 4). Publications of the Islamic Republic of Iran Broadcasting (Soroush).
- Madani, S. J. a.-D. (2014). *Evidence in Legal Claims: Confession, Document, Testimony, Presumption, Oath, Local Investigation, Local Inspection, Expert Opinion, Judge's Knowledge*. Paydar Publications.
- Makarem Shirazi, N. (2006). *New Istifta'at (Legal Queries)* (Vol. 1). Imam Ali ibn Abi Talib Publications.
- Mashhadi, A. (2012). Principles and Criteria for Judicial Administrative Control in Swiss Law. *Quarterly Journal of Law*.
- Mehrpour, H. (1989). Article Four of the Constitution and Its Scope. *Journal of the Bar Association*.
- Mehrpour, H. (2008). *New Perspectives on Legal Issues*. Ettelaat Publications.
- Mirzaei, E. A. (2015). The Concept and Forms of Legal Repeal. *Journal of Judiciary Law*.
- Montazeri, Z. (2020). Examining the Evidence of Confession in the Quran and Civil Law. *Quarterly Journal of Quranic Studies*.
- Mousa Zadeh, E. (2009). The Neglected Enforcement Mechanism in the Constitution of the Islamic Republic of Iran. *Journal of Legal Teachings - Razavi Islamic Sciences University*.
- Mousa Zadeh, E. (2014). *"Essays on Public Law*. Khorsandi Publications.
- Mousavi Bojnordi, S. M. (2011). Jurisprudential-Legal Analysis of the Guardian Council's Role in the Islamic Republic of Iran and Its Supervision of Laws and Regulations. *Matin Research Journal*.
- Mousavi Khomeini, R. (1990). *Sahifeh Noor* (Vol. 14). Ministry of Culture Publications.
- Ostavar Sangari, K., & Emami, M. (2013). *The Role of the Administrative Justice Court and Its Impact on General Courts Administrative Law The Comprehensive Collection of Fundamental Laws* (Vol. 2). Majd Publications Mizan Publications Deputy for Codification, Revision, and Publication of Laws and Regulations.
- Ramazani, G. (2018). Pathology of Chapter Six of the Constitution - The Legislative Branch. *International Journal of Nations Research*.
- Rasekh, M. (2012). Explaining the Procedural Principles of Legislation. *Journal of Public Research*.
- Shafiei Sarvestani, E. (2006). *Legislation in the System of the Islamic Republic of Iran*. Islamic Sciences and Culture Research Institute.
- Stott, D., & Felix, A. (1997). *Principles of Administrative Law*. Cavendish Publishing Limited.
- <https://doi.org/10.4324/9781843140924>
- Vaezi Nejad, M. R. (2015). *Evidence in Criminal Matters*. Javidaneh Publications.
- Vijeh, M. R. (2013). *Administrative Law Thoughts*. Majd Publications.
- Zarei, M. H. (2014). *Democratic Administrative Law and the Weberian Bureaucracy Paradigm (Collection of Articles on Administrative Law Thoughts)*. Majd Publications.
- Zarei, M. H. (2015). *Essays on Modern Public Law: Rule of Law and Democracy*. Khorsandi Publications.