

## کنکاشی بر عدم اظهار نظر ماهوی فقهای شورای نگهبان در پاسخ به استعلامات شرعی دیوان عدالت اداری

علی آریان نژاد<sup>۱</sup>، کمال کدخدامرادی<sup>۲</sup>، علی فتاحی زعفرندی<sup>۳</sup>

### چکیده

بنابر اصول ۴، ۱۷۰ و ۱۷۳ قانون اساسی و ماده ۸۷ قانون دیوان عدالت اداری، یکی از فرآیندهای نظارت شرعی در مورد مقررات در دو مرحله شامل بررسی اولیه توسط دیوان عدالت اداری و رسیدگی شرعی توسط فقهای شورای نگهبان تعریف شده است. پیوند این دو مرحله با پیش بینی امکان استعلام شرعی رئیس دیوان از فقهای شورا صورت می‌گیرد. اگرچه علی‌القاعده فقهای شورای نگهبان در پاسخ به این استعلامات باید مغایرت یا عدم مغایرت مقرر مورد شکایت را با شرع اعلام نمایند، اما در برخی موارد به دلیل عدم شناسایی صلاحیت خود، اظهار نظر ماهوی نمی‌نمایند که این دسته اخیر از نظرات فقهای شورا قابل تأمل است؛ از همین روی پژوهش حاضر با روش توصیفی-تحلیلی و بهره‌گیری از مطالعات کتابخانه‌ای در صدد پاسخ به این پرسش است که «فقهای شورای نگهبان در پاسخ به استعلامات دیوان عدالت اداری در چه مواردی اختیار دارند اظهار نظر ماهوی ننمایند و در این موارد آیا امکان واخواهی وجود دارد یا خیر؟».

به همین منظور ابتدا اختیار فقهای شورای نگهبان در احراز صلاحیت خود بررسی شده است که در نتیجه آن مبتنی بر متن قانون، قواعد منطقی، قواعد عام دادرسی و نگرش نظام‌مند به فرآیند نظارت شرعی، اساساً عدم اظهار نظر ماهوی امکان‌پذیر نیست، اما در صورتی که موضوع ارجاعی قابلیت آن را نداشته باشد که مورد حکم واقع شود، عدم اظهار نظر ماهوی امکان‌پذیر تلقی می‌شود. پس از آن گونه‌شناسی این آراء در رویه فقهای شورای نگهبان با تفکیک جهات شکلی و ماهوی صورت گرفته و در نهایت با توجه به امکان عدم اظهار نظر ماهوی در مواردی که قاعداً باید چنین اظهار نظری صورت گیرد، اعتراض به آن‌ها به صورت محدود شناسایی شده است.

**کلیدواژه‌ها:** دادرسی اداری، نظارت شرعی، دیوان عدالت اداری، عدم اظهار نظر ماهوی، فقهای شورای نگهبان.

۱. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. (نویسنده مسئول) a.arianezhad@ut.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق (ع)، تهران، ایران. kadhodamm@isu.ac.ir

۳. دانش‌آموخته دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. fatahi@crai.ac.ir

## مقدمه

قانون‌گذار اساسی در دو اصل ۱۷۰ و ۱۷۳ به منظور تأمین عدالت و ایجاد سازوکارهای تظلم‌خواهی مردم نسبت به اقدامات حاکمیت، نهادی را تحت عنوان دیوان عدالت اداری برای رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأمورین یا واحدها یا اقدامات دولتی و احقاق حقوق آن‌ها پیش‌بینی نموده است. از طرفی بنابر اصل ۴ قانون اساسی، تشخیص انطباق قوانین و مقررات بر موازین اسلامی بر عهده فقهای شورای نگهبان نهاده شده است. از همین روی در قانون دیوان عدالت اداری به عنوان هنجار حاکم بر ساختار دیوان عدالت اداری، مبتنی بر اصول مذکور، سازگار خاصی برای شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مقررات از جهت شرعی پیش‌بینی شده است. به این صورت که طبق آخرین تغییرات هنجار مذکور در تاریخ ۱۴۰۲/۲/۱۰، در صورتی که مصوبه صرفاً از حیث شرعی مورد شکایت قرار گرفته باشد، رئیس دیوان پس از تبادل دادخواست و دریافت پاسخ طرف شکایت، ضمن تعیین و تبیین هریک از مواد و اجزائی که ادعای مغایرت آن‌ها با موازین شرعی شده است، موضوع را به همراه کلیه اسناد و مدارک پرونده جهت اظهارنظر به شورای نگهبان ارسال می‌کند و 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. حال اگر 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 اظهارنظر دیوان، موضوع به همراه نظر دیوان و اسناد و مدارک پرونده به شورای نگهبان ارسال می‌گردد و نظری که از سوی فقهای شورای نگهبان صادر می‌شود، ملاک عمل دیوان قرار می‌گیرد.<sup>۲</sup>

۱. لازم به ذکر است پیش از تغییرات اخیر قانون دیوان عدالت اداری، تبصره (۲) ماده (۸۴) و ماده (۸۷) قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری با مفاد زیر لازم‌الاجرا بوده است:

تبصره ۲ ماده ۸۴- هرگاه مصوبه مورد شکایت به لحاظ مغایرت با موازین شرعی برای رسیدگی مطرح باشد موضوع جهت اظهارنظر به شورای نگهبان ارسال می‌شود. نظر فقهای شورای نگهبان برای هیأت عمومی و هیأت‌های تخصصی لازم‌الاتباع است.

ماده ۸۷- در صورتی که مصوبه‌ای به لحاظ مغایرت با موازین شرعی برای رسیدگی مطرح باشد، موضوع جهت اظهارنظر به شورای نگهبان ارسال می‌شود. نظر فقهای شورای نگهبان برای هیأت عمومی لازم‌الاتباع است.

۲. ماده ۸۷ قانون دیوان عدالت اداری اصلاحی ۱۴۰۲/۲/۱۰.

در نتیجه فقهای شورای نگهبان در پاسخ به استعلام رئیس دیوان عدالت اداری باید تشخیص خود در مورد انطباق مصوبه با شرع را اعلام نمایند که علی‌القاعده در قالب مغایرت یا عدم مغایرت جلوه می‌یابد؛ اما در رویه موجود علاوه بر نظرات فقهای شورای نگهبان مبنی بر مغایرت و عدم مغایرت با شرع، دسته‌سومی از نظرات ارائه شده است که فقهای شورای نگهبان به دلایل مختلف، آرائی مبنی بر عدم صلاحیت خود ارائه کرده‌اند و به عبارت دیگر در مورد استعلام شرعی مطروحه اظهار نظر ماهوی ننموده‌اند. به عنوان نمونه می‌توان به نظر شماره ۱۰۲/۳۲۶۶۷ مورخ ۱۴۰۱/۶/۱ فقهای شورای نگهبان پیرامون ادعای خلاف شرع بودن نامه شماره ۶۰/۱۶۵۳۵۰ مورخ ۱۳۹۹/۷/۷ رئیس مرکز اصناف و بازرگانان ایران وزارت صنعت، معدن و تجارت؛ مبنی بر آنکه «نامه مورد شکایت به واسطه عدم اشتغال بر حکم الزامی، نیاز به اظهار نظر شرعی ندارد»، اشاره کرد.

این دسته از نظرات شورای نگهبان از چند جهت قابل بررسی است؛ به این بیان که اولاً آیا اساساً شورای نگهبان به عنوان یک شخصیت حقوقی در تعامل با دیوان عدالت اداری به عنوان شخصیت حقوقی دیگر، اختیار احراز صلاحیت خود را پیش از ورود به مصوبه دارد؟ ثانیاً با توجه به موارد عدم اظهار نظر ماهوی نسبت به استعلامات دیوان در رویه شورای نگهبان، جهات عدم صلاحیت این نهاد کدام است؟ و ثالثاً با توجه به اصول حاکم بر دادرسی اداری، آیا پاسخ شورای نگهبان در غیر از قالب مغایرت یا عدم مغایرت، قابل واخواهی از سوی دیوان عدالت اداری، خواهان یا خوانده می‌باشد یا خیر؟ با امعان نظر به مطالب مذکور پژوهش حاضر با روش توصیفی-تحلیلی و بهره‌گیری از مطالعات کتابخانه‌ای در صدد پاسخ به این سؤال اصلی است که «فقهای شورای نگهبان در پاسخ به استعلامات دیوان عدالت اداری در چه مواردی اختیار دارند اظهار نظر ماهوی نمایند و در این موارد آیا امکان واخواهی وجود دارد یا خیر؟

لازم به ذکر است پیش از این پژوهش، در پژوهش‌های متعددی موضوع نظارت شرعی مقررات اداری توسط فقهای شورای نگهبان مورد بررسی قرار گرفته است که اگرچه در هیچ‌کدام از آنها بحث عدم اظهار نظر ماهوی فقهای شورای نگهبان در پاسخ به استعلامات شرعی دیوان عدالت اداری به صورت مستقل بحث نشده، لکن در برخی از آنها تلویحاً در خلال سایر مباحث مورد اشاره قرار گرفته است. به عنوان مثال می‌توان به مقاله‌ای با عنوان «سازوکار مطلوب نظارت فقهای شورای نگهبان بر مقررات دولتی از بستر نظارت دیوان عدالت اداری» اثر پروین و ابریشمی‌راد ویا مقاله‌ای دیگر با عنوان «بررسی

رویه شکلی شورای نگهبان در انطباق مقررات دولتی با شرع» اثر عباسی و حسینی الموسوی اشاره کرد که برخی از موارد عدم اظهارنظر ماهوی را به صورت مصداقی بررسی نموده‌اند.

در مقام پاسخ به سؤالات مذکور، ابتدا اختیار شورای نگهبان در احراز صلاحیت خود مورد امکان سنجی واقع می‌شود، سپس باتوجه به رویه شورا، جهات عدم صلاحیت این نهاد در پاسخ به استعلامات دیوان شناسایی شده و در نهایت امکان واخواهی از آن دسته از نظرات شورا که فاقد اظهارنظر ماهوی می‌باشد، مورد سنجش قرار می‌گیرد.

### **گفتار اول. امکان سنجی اختیار شورای نگهبان در احراز صلاحیت خود**

پیش از ورود به تحلیل مصداقی عدم اظهارنظر ماهوی فقهای شورای نگهبان در پاسخ به استعلامات شرعی دیوان عدالت اداری و امکان سنجی واخواهی از این موارد، باید بررسی شود که آیا اساساً فقهای شورای نگهبان چنین اختیاری مبنی بر عدم اظهارنظر ماهوی نسبت به استعلامات شرعی دیوان عدالت اداری دارند یا خیر؟ به بیان دیگر آیا فقهای شورای نگهبان در مقام پاسخ به استعلامات شرعی دیوان عدالت اداری می‌توانند استعلامی را مبتنی بر عدم صلاحیت خود بی‌پاسخ بگذارند یا احراز صلاحیت فقهای شورای نگهبان با نهاد استعلام‌کننده یعنی دیوان عدالت اداری است و فقهای شورای نگهبان ملزم به پاسخ ماهوی به آن هستند. در مقام تحلیل پرسش فوق دو گونه نظر وجود دارد؛ برخی موافق اختیار شورا در احراز صلاحیت خود هستند و برخی مخالف آن و در نتیجه قائل به اختیار دیوان عدالت اداری به احراز صلاحیت فقهای شورای نگهبان می‌باشند؛ بنابراین ابتدا استدلال هر طیف به تفکیک مورد بررسی قرار می‌گیرد و در نهایت مبتنی بر تحلیل ارائه شده ذیل هر استدلال جمع‌بندی صورت می‌گیرد.

### **بند اول. تحلیل استدلال‌های موافقین**

درخصوص موافقت با اختیار فقهای شورای نگهبان در احراز صلاحیت خود می‌توان استدلال‌های متعددی بیان نمود که هرکدام مبتنی بر استنادی خاص طرح شده‌اند. بنابر مستند هر استدلال می‌توان آنها را در چهار دسته طبقه‌بندی نمود؛ به این شرح که برخی مبتنی بر متن قانون، برخی مبتنی بر قواعد منطقی، برخی مبتنی بر قواعد عام دادرسی و برخی مبتنی بر نگرش

نظام‌مند به فرآیند نظارت شرعی ارائه شده است که در ادامه مبتنی بر طبقه‌بندی فوق به تفکیک مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

### الف. استدلال‌های مبتنی بر متن قانون

از آنجا که نظارت شرعی بر مقررات دولتی در قانون اساسی پیش‌بینی شده است، مهم‌ترین متن قانونی برای تحلیل اختیارات ناظر به آن، قانون اساسی است. همان‌طور که پیشتر اشاره شد در این خصوص بخش‌هایی از اصول چهارم، ۱۷۰ و ۱۷۳ با بحث نظارت شرعی نسبت به مقررات دولتی مرتبط می‌باشند؛ به این بیان که در اصل چهارم در خصوص گستره نظارت شرعی و نهاد صالح برای تشخیص انطباق مقررات با موازین اسلامی تعیین شده و در اصول ۱۷۰ و ۱۷۳ مرجع صالح برای تظلم‌خواهی نسبت به مقررات مغایر با مقررات اسلامی، دیوان عدالت اداری دانسته شده است.

مبتنی بر سه اصل فوق در جهت تأیید اختیار فقهای شورای نگهبان در احراز صلاحیت خود می‌توان چهار استدلال مطرح کرد. اولاً باتوجه آنکه در اصل چهارم صلاحیت تشخیص انطباق قوانین و مقررات بر موازین اسلامی به فقهای شورای نگهبان اعطا شده است، در خصوص تظلماتی از مردم که مبتنی بر موازین اسلامی طرح می‌شود، اختیار دیوان عدالت اداری صرفاً در حد پذیرش این تظلمات است و در نتیجه تشریفات می‌باشد. ثالثاً از آنجا که امر تشخیص انطباق مقررات با موازین اسلامی به صورت مطلق بر عهده فقهای شورای نگهبان نهاده شده است، این اختیار مطلق شامل احراز صلاحیت ابتدائی نیز می‌شود و نمی‌توان تشخیص را صرفاً در حد یک جزء از فرآیند دادرسی تفسیر کرد؛ چراکه در تمام اصول قانون اساسی، اعم از اصول مرتبط با قوه قضائیه و اصول مرتبط با دیگر نهادهای اساسی، تصریح به احراز صلاحیت اولیه برای هیچ مقام و نهادی نشده اما هریک از آنها از چنین اختیاری برخوردار هستند.

ثالثاً باتوجه به آنکه اصل چهارم قانون اساسی در فصل اصول کلی واقع شده است و به بیان برخی اساسی‌ترین اصول قانون اساسی<sup>۱</sup> یا فراقانون اساسی<sup>۲</sup> و در ذیل خود آن نیز صراحتاً ذکر شده

۱. ملک‌زاده، محمد، مبانی دینی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی، ج ۱، ۱۳۹۰، ص ۱۰۵.

۲. کعبی، عباس، تحلیل مبانی نظام جمهوری اسلامی ایران مبتنی بر اصول قانون اساسی، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ج ۱، ۱۳۹۴، ص ۲۳۲.

است که این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است، به نظر تضمین انطباق مقررات با موازین اسلامی بر عهده فقهای شورای نگهبان نهاده شده است و در نتیجه کیفیت این رسیدگی بر عهده فقهای شورای مذکور بوده و نمی‌توان به پشتوانه اصول ۱۷۰ و ۱۷۳ قانون اساسی و قوانین عادی برای دیوان عدالت اداری اختیاری در خصوص الزام یا تکلیف چگونگی اعمال این صلاحیت توسط فقهای شورای نگهبان قائل شد.

رابعاً مبتنی بر مفاد قانونی مذکور صلاحیت فقهای شورای نگهبان در نظارت شرعی محدود به قوانین و مقررات است و شامل موارد دیگری از جمله تصمیمات نمی‌شود. در نتیجه فقهای شورا نمی‌توانند بر چنین مواردی نظارت کنند؛ بنابراین باید از اختیار احراز صلاحیت برخوردار باشند تا از دایره صلاحیت خود تجاوز ننموده و عملی خلاف قانون انجام ندهند.

#### **ب. استدلال‌های مبتنی بر قواعد منطقی**

عدم احراز صلاحیت توسط هر مرجعی در یک تقسیم ثنائی می‌تواند دو دلیل داشته باشد: در برخی موارد اساساً موضوعی وجود ندارد تا مرجع آن را مورد حکم قرار دهد؛ اما در برخی موارد اگرچه موضوع وجود دارد، لکن در دایره صلاحیت آن مرجع قرار نمی‌گیرد. عدم احراز صلاحیت در دسته اول مبتنی بر قواعد منطقی است؛ چراکه اگر موضوعی وجود نداشته باشد، امکان منطقی صدور حکم وجود نخواهد داشت. در دسته دوم نیز علت را می‌توان اصل عدم صلاحیت دانست که مبتنی بر آن احراز صلاحیت هر مرجعی صرفاً با وجود تصریح در الزامات حقوقی ممکن است.

در خصوص دلیل عدم احراز صلاحیت فقهای شورای نگهبان در پاسخ به استعلامات شرعی دیوان عدالت اداری نیز تقسیم فوق صادق است. به این بیان که در برخی موارد اساساً موضوعی برای صدور حکم وجود ندارد، مانند آنچه در نظر شماره ۱۰۲/۳۲۶۷۴ مورخ ۱۴۰۱/۶/۱ فقهای شورای نگهبان پیرامون ادعای خلاف شرع بودن بند (ج) مصوبه شماره ۸۰/۳۰۶۲۲ مورخ ۱۴۰۰/۳/۱۱ چهل و هشتمین نشست هیئت مقررات زدایی و بهبود محیط کسب و کار وزارت امور اقتصاد و دارایی آمده است؛ مبنی بر آنکه «باتوجه به ابطال مصوبه مورد شکایت از تاریخ تصویب، رسیدگی به شکایت در حال حاضر موضوعیت ندارد». اما در برخی موارد اگرچه امکان رسیدگی فراهم است، لکن در صلاحیت فقهای شورای نگهبان نمی‌باشد مانند آنچه در نظر شماره ۹۷/۱۰۲/۷۵۳۱ مورخ ۱۳۹۷/۸/۱۵

فقه‌های شورای نگهبان پیرامون ادعای خلاف شرع بودن نامه شماره ۱/۹۱/۴۴۹۰۷ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۲۰ رئیس امور حقوقی و قوانین معاونت وقت توسعه مدیریت و سرمایه انسانی رئیس جمهور آمده است؛ مبنی بر آنکه «تشخیص این مطلب که تبصره ۵ قانون تشکیل سازمان آموزش و پرورش استثنایی در زمره قوانین مغایر با قانون مدیریت خدمات کشوری می‌باشد و در نتیجه تبصره مذکور دارای ناسخ می‌باشد یا اینکه تبصره مذکور مغایر با قانون مدیریت خدمات کشوری نمی‌باشد و ناسخی دارد و در نتیجه بخشنامه مورد شکایت خلاف قانون است بر عهده دیوان عدالت اداری می‌باشد و تشخیص و حکم دیوان ملاک عمل خواهد بود.»

بنابراین از آنجاکه ممکن است در برخی موارد امکان منطقی رسیدگی توسط فقه‌های شورای نگهبان وجود نداشته باشد، باید این مرجع از اختیار احراز صلاحیت نیز برخوردار باشد حتی در فرضی که در قانون تصریح شده باشد دیوان عدالت اداری مرجع احراز صلاحیت فقه‌های شورای نگهبان است؛ چراکه در این فرض نیز اگر دیوان به اشتباه صلاحیت را احراز نمود، از آنجاکه ممکن است فقه‌های شورای نگهبان منطقیاً نتوانند مصوبه را مورد رسیدگی قرار دهند، باید خود نیز اختیار احراز را داشته باشند.

استدلال دیگری که می‌توان بر پایه قواعد منطقی طرح نمود؛ با بهره‌گیری از قاعده «اذن در شیء، اذن در لوازم آن است» جاری می‌شود. مقصود از این قاعده آن است که اگر کسی به دیگری در امری اذن دهد، مورد اذن به آنچه در عبارت اذن دهنده آمده است محدود نمی‌گردد، بلکه لوازم ذاتی، عقلی، عرفی و قانونی آن را نیز در برمی‌گیرد.<sup>۱</sup>

مبتنی بر قاعده منطقی فوق در خصوص اختیار احراز صلاحیت فقه‌های شورای نگهبان برای خود پس از ارسال استعلامات دیوان عدالت اداری نیز به نظر می‌رسد، این اختیار برای شورای نگهبان وجود دارد، هرچند در مورد آن تصریحی وجود ندارد؛ چراکه احراز صلاحیت از لوازم عقلی نظارت شرعی در خصوص استعلامات دیوان است.

### پ. استدلال‌های مبتنی بر قواعد عام دادرسی

از آنجاکه به عقیده برخی ماهیت کار شورای نگهبان به هنگام استعلام دیوان، به دلیل آنکه در مقام انطباق موضوع بر حکم می‌باشد یک کار قضایی است، می‌توان از قواعد عام دادرسی جهت تعیین

۱. محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه، تهران، مرکز نشر اسلامی، ج ۱۲؛ ۱۴۰۶ هـ.ق، ج ۱، صص ۲۳۶-۲۳۷.

اختیارات این نهاد بهره برد.<sup>۱</sup> صلاحیت در اصطلاح حقوقی، به معنای توانایی اعمال اختیارات و تکالیف قانونی است.<sup>۲</sup> صلاحیت در این معنا دارای دو خصلت انحصار و الزام است؛ انحصاری است، زیرا فقط مراجع و مقامات مقرر در قانون مجاز به اعمال آن هستند و الزامی است، به این سبب که مقامات و مراجع صالح مکلف به انجام آن بوده و جز در مواردی که قانون معین کرده است، حق امتناع از رسیدگی به دعاوی داخل در صلاحیت خود را ندارد.<sup>۳</sup>

اصولاً تشخیص صلاحیت یا عدم صلاحیت نسبت به رسیدگی به دعوا در اختیار مرجعی است که دعوا به آن ارجاع شده است؛<sup>۴</sup> بنابراین اگر شورای نگهبان از جهت صلاحیت اظهارنظر در خصوص استعلامات دیوان عدالت اداری، نهاد دادرسی دانسته شود، طبق قواعد عام دادرسی اختیار احراز صلاحیت خود را دارد و در نتیجه می‌تواند در مواردی اظهارنظر ماهوی ننماید.

از طرفی طبق قواعد عام دادرسی هرگاه بین مرجع عالی و مرجع تالی در مورد صلاحیت اختلافی حاصل شود، نظر مرجع عالی لازم‌الاتباع است.<sup>۵</sup> حال اگر در تحلیل فرآیند نظارت شرعی به مقررات مورد شکایت، دیوان عدالت اداری مرجع تالی و شورای نگهبان مرجع عالی دانسته شود، تشخیص شورای نگهبان نسبت به نداشتن صلاحیت برای دیوان عدالت اداری الزام‌آور است و طبق این قاعده نمی‌توان تشخیص دیوان را برای شورای نگهبان لازم‌الاتباع دانست.

به علاوه یکی دیگر از قواعد موجود در نظام دادرسی تفکیک میان مرجع تحقیق و مرجع تعقیب است که تحقق دادرسی عادلانه نیز مستلزم این تفکیک دانسته شده است.<sup>۶</sup> تفکیک مقام تعقیب

---

۱. عباسی، بیژن و حسینی‌الموسوی، سیدمجتبی، «بررسی رویه شکلی شورای نگهبان در انطباق مقررات دولتی با شرع»، حقوق اداری، شماره ۲۵، زمستان ۱۳۹۹، ص ۲۱۵؛ طلائی، اکبر و ابریشمی‌راد، محمدامین، «بررسی ماهیت نظرات شورای نگهبان»، دانش حقوق عمومی، شماره ۶، زمستان ۱۳۹۲، ص ۱۷.

۲. مولایی، غلامرضا، صلاحیت و آئین دادرسی دیوان عدالت اداری، تهران، جنگل، جاودانه، ج ۳، ۱۳۹۵، ص ۱۷.

۳. صدرالحافظی، سیدنصرالله، نظارت قضایی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری، تهران، شهریار، چ ۱، ۱۳۷۲، ص ۹۵.

۴. قائم مقام فراهانی، محمدحسین، «صلاحیت در رسیدگی به امور مدنی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۶۸، تابستان ۱۳۸۴، ص ۱۵۷.

۵. ابهری، حمید، «اختلاف در صلاحیت در آیین دادرسی مدنی ایران»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۴، زمستان ۱۳۸۹، ص ۱۰.

۶. افکار، حمید، «واکاوای حق اختلاف صلاحیت دادسرا در برابر دادگاه از منظر آغاز تحقیقات مقدماتی؛ پایداری بر اختلاف در رویه

و تحقیق از مقام صادرکننده حکم که ریشه در پیدایش نهاد فرانسوی دادسرا دارد<sup>۱</sup> از نظر شرعی نیز مورد تایید قرار گرفته است.<sup>۲</sup> تحقیقات مقدماتی مجموعه اقدامات لازم جهت مهیا کردن پرونده برای دادرسی و صدور حکم است<sup>۳</sup> و دادرسی نیز به معنای ماهوی تظلم‌خواهی و در مفهوم شکلی آن فرآیند راجع به حل اختلاف می‌باشد.<sup>۴</sup> در صورت تفکیک مقام تحقیق از مقام دادرسی در فرآیند دادرسی، یکی از نظرات غالب در خصوص اختلاف صلاحیت بین این دو مرجع، تبعیت مطلق مقام تحقیق از مقام دادرسی است؛<sup>۵</sup> بنابراین اگر در فرآیند نظارت شرعی به مقررات، دیوان عدالت اداری مقام تحقیق و شورای نگهبان مقام دادرسی دانسته شود، شورای نگهبان نیز باید اختیار احراز صلاحیت خود را داشته باشد و در صورت احراز عدم صلاحیت، نظر این مرجع برای دیوان عدالت اداری لازم‌الاتباع باشد.

### ت. استدلال‌های مبتنی بر نگرش نظام‌مند به فرآیند نظارت شرعی

برای شناسایی دقیق‌تر مرجع صالح برای احراز صلاحیت شورای نگهبان باید نگرشی نظام‌مند به تمام فرآیند نظارت شرعی به مقررات داشت؛ چراکه بررسی و تعمق در کل یک وجود نه تنها تصویری جامع از آن موجود و رفتارش به دست می‌دهد، بلکه تنها راه شناخت واقعی آن پدیده است.<sup>۶</sup> مبتنی بر این نگرش، فرآیند نظارت شرعی بر مقررات از حیث نهادی از دو جزء تشکیل شده است که هرکدام

---

قضایی»، دانشنامه‌های حقوقی، شماره ۱۸، زمستان ۱۴۰۱، ص ۴۳.

۱. شیدائیان، مهدی و نصرتی، یزدان، «شناسایی و چالش‌های تعقیب کیفری با نگاهی به حقوق انگلستان»، دیدگاه‌های حقوق قضائی، شماره ۸۲، تابستان ۱۳۹۷، ص ۱۶۷.

۲. صادق منش، جعفر، «اختیارات قاضی در فرآیند کیفری در حقوق اسلام و ایران»، دادرسی، شماره ۳۱، فروردین و اردیبهشت ۱۳۸۱، ص ۵۲.

۳. خالقی، علی، آیین دادرسی کیفری، تهران: شهردانش، ج ۱، ۱۳۹۵، ص ۱۶۹.

۴. الماسی، نجادعلی و حبیبی درگاه، بهنام، «درآمدی بر کیفیت دادرسی در فرآیند دادرسی کارآمد»، دیدگاه‌های حقوقی، شماره ۵۸، تابستان ۱۳۹۱، ص ۴۹.

۵. افکار، حمید، «واکاوی حق اختلاف صلاحیت دادسرا در برابر دادگاه از منظر آغاز تحقیقات مقدماتی: پایداری بر اختلاف در رویه قضایی»، همان، ص ۴۷.

۶. الهویی نظری، حمید، «ارتباط‌های سیستمیک ماده ۵۱ منشور ملل متحد»، مطالعات حقوق عمومی، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۴، ص ۱۹۵.

از آنها باید در تعامل بایکدیگر عهده‌دار نقشی جهت پیش برد این فرآیند باشند و در نتیجه هرکدام از آنها باید به عنوان یک بخش از فرآیند، اعمال وظیفه نمایند تا مطلوب حاصل شود.

تحلیل فرآیند نظارت شرعی حاکی از آن است که برای هریک از اجزاء، فعال و مؤثر بودن بیش از ساختارمندی اهمیت دارد؛ چراکه در قانون اساسی به عنوان هنجار بنیادین معطی صلاحیت به این دو نهاد. دیوان عدالت اداری و شورای نگهبان. در خصوص نظارت شرعی، این فرآیند مورد شناسایی قرار نگرفته است. در نتیجه هرکدام از این دو نهاد می‌توانند پیش از آغاز رسیدگی اقدام به احراز صلاحیت نمایند.

از طرفی از آنجا که نظارت شرعی یکی از صلاحیت‌های ذاتی شورای نگهبان است، ورود دیوان عدالت اداری در این امر صرفاً یک سازوکار اجرایی جهت تسهیل در نظارت می‌باشد و در نتیجه دیوان در این راستا طریقیّت دارد و نه موضوعیّت و صرفاً یک بازوی اجرایی برای شورای نگهبان محسوب می‌شود و نقش واسطه را بازی می‌کند؛ بنابراین در صورتی که از منظر دیوان عدالت اداری، شورای نگهبان برای رسیدگی به موضوع صالح باشد، لکن شورای نگهبان خود را صالح نداند، نظر شورا برای دیوان لازم‌الاتباع است.

## بند دوم. تحلیل استدلال‌های مخالفین

در خصوص مخالفت با اختیار فقهای شورای نگهبان در احراز صلاحیت خود و به تبع تبعیت از نظر دیوان در این مورد نیز در مقابل استدلال موافقین می‌توان استدلال‌های متعددی بیان نمود که هرکدام مبتنی بر استنادی خاص طرح شده‌اند و بنابر مستند هر استدلال می‌توان همانند بررسی استدلال‌های موافقین، آنها را در چهار دسته طبقه‌بندی نمود.

### الف. استدلال‌های مبتنی بر متن قانون

اگرچه به صراحت اصل چهارم قانون اساسی، فقهای شورای نگهبان در فرآیند نظارت شرعی صاحب صلاحیت هستند؛ اما مطابق نص این اصل، صلاحیت شورا صرفاً محدود به تشخیص شرعی بودن یا نبودن موضوع شکایت است و با توجه به اصول ۱۷۰ و ۱۷۳ قانون اساسی، سایر اختیارات مربوط به نظارت شرعی بر عهده دیوان عدالت اداری است.

۱. عباسی، بیژن و حسینی‌الموسوی، سیدمجتبی، «بررسی رویه شکلی شورای نگهبان در انطباق مقررات دولتی با شرع»، همان، ص ۲۰۸.

به علاوه آنچه از فرآیند نظارت شرعی در قالب ماده ۸۷ قانون دیوان عدالت اداری شرح داده شده، حاکی از آن است که فقهای شورای نگهبان به مثابه یک کارشناس ملزم به پاسخ به استعلام رئیس دیوان است؛ چراکه مطابق این ماده اولاً در مواردی که مصوبه از دو جهت شرعی و قانونی برای رسیدگی مطرح باشد، در صورتی که دیوان به عنوان مرجع صالح برای رسیدگی از جهت قانونی، مصوبه و مفادی که مورد شکایت 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 ثانیاً در سایر موارد رئیس دیوان پس از تبادل دادخواست و دریافت پاسخ طرف شکایت ضمن تعیین و تبیین هریک از مواد و اجزائی که ادعای مغایرت آنها با موازین شرعی شده است، موضوع را به همراه کلیه اسناد و مدارک پرونده جهت اظهارنظر به شورای نگهبان ارسال می‌کند و فقهای شورای نگهبان بنا بر ترتیبی که مقرر می‌نمایند، نسبت به موضوع مورد استعلام رئیس دیوان، اظهارنظر می‌کنند.

از طرفی مطابق ماده ۸۰ قانون دیوان عدالت اداری در دادخواست ابطال مصوبات در هیأت عمومی دیوان تصریح به مشخصات و اقامتگاه دادخواست دهنده، مشخصات مصوبه مورد اعتراض، حکم شرعی یا مواد قانونی که ادعای مغایرت مصوبه با آن شده، دلایل و جهات اعتراض از حیث مغایرت مصوبه با شرع یا قانون اساسی یا سایر قوانین یا خروج از اختیارات مرجع تصویب‌کننده و امضاء یا اثر انگشت دادخواست دهنده ضروری است و در غیر این صورت ممکن است منجر به صدور قرار رد دادخواست از سوی دیوان بدون اطلاع شورا شود؛ بنابراین شورا در فرآیند نظارت شرعی بیش از یک کارشناس نقشی ندارد.

لکن بنابر استدلال‌های موافقین مبتنی بر متن قانون، سه استدلال فوق غیرقابل پذیرش است؛ چراکه بنابر اصل چهار قانون اساسی نظارت شرعی بر مقررات صلاحیت ذاتی فقهای شورای نگهبان است و ورود دیوان عدالت اداری به این صلاحیت صرفاً باید تشریفات باشد. بر اساس سلسله مراتب هنجاری در نظام جمهوری اسلامی ایران نیز قوانین عادی نمی‌توانند مغایر با قانون اساسی باشند؛ در نتیجه باید قانون دیوان عدالت اداری را به گونه‌ای تفسیر نمود که با فهم مذکور از قانون اساسی در تعایر نباشد.

## ب. استدلال‌های مبتنی بر قواعد عام دادرسی

یکی از قواعد عام دادرسی اصل استقلال قضات است که از دو بعد قابل بررسی می‌باشد؛ بعد اول استقلال نهادی قوه قضائیه است که بر اساس آن قوه قضائیه باید مستقل از دیگر قوا عمل کند و بعد دوم استقلال فردی قضات است که منظور از آن اعمال نشدن هیچ‌گونه فشار از ناحیه مقامات مافوق و نیز فشارهای سیاسی است که همین بعد دوم در بحث حاضر قابل بهره‌برداری می‌باشد.<sup>۱</sup> از آنجا که دیوان عدالت اداری به عنوان نهاد قضایی عهده‌دار دادرسی شرعی مصوبات شده است، اصل استقلال قضات ایجاب می‌کند که نظر شورا در حد کارشناسی بوده و دیوان نقش اصلی را داشته باشد.<sup>۲</sup> از همین روی باید اختیارات شورا حداقلی در نظر گرفته شود. حتی اگر صلاحیت اصلی برای دیوان در نظر گرفته نشود، در مواردی که اختیارات دیوان مورد شناسایی قرار گرفته؛ همچون احراز صلاحیت اولیه که مطابق قوانین عادی بر عهده دیوان است، به این اختیارات نباید خدشه‌ای وارد آید.

به علاوه همان‌طور که اشاره شد یکی از قواعد موجود در نظام دادرسی تفکیک میان مرجع تحقیق و مرجع تعقیب است. در صورت تفکیک مقام تحقیق از مقام تعقیب در فرآیند دادرسی، یکی دیگر از نظرات غالب در خصوص اختلاف صلاحیت بین این دو مرجع، تبعیت نسبی مقام تحقیق از مقام دادرسی است؛<sup>۳</sup> بنابراین اگر در فرآیند نظارت شرعی به مقررات، دیوان عدالت اداری مقام تحقیق و شورای نگهبان مقام دادرسی دانسته شود، تبعیت دیوان از نظر شورا در خصوص تحقیقات مقدماتی صرفاً محدود به موارد مصرح قانونی است که در آن شورا برای تحقیقات مقدماتی نیز صاحب صلاحیت شناخته شده است؛ بنابراین از آنجا که با توجه به قانون دیوان عدالت اداری تحقیقات مقدماتی بدون هیچ استثنائی بر عهده دیوان دانسته و شورا در این خصوص اختیاری ندارد، شورا اختیار احراز صلاحیت خود را نخواهد داشت.

۱. قلی‌زاده، میثم؛ سلطانی، عباسعلی و قبولی درافشان، محمدهادی، «استقلال قضایی در نظام حقوقی ایران؛ تاملی بر تحولات تاریخی از دوره مشروطه تا قانون اساسی (با تأکید بر مرحله استخدام و گزینش)»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، شماره ۱۶، پاییز ۱۴۰۲، ص ۶۵.

۲. آگاه، وحید، «نسبت فقهای شورای نگهبان و دیوان عدالت اداری؛ درنگی بر رویه ۴۰ ساله اعلام مغایرت مقررات با شرع»، حقوق اداری، شماره ۳۱، تابستان ۱۴۰۱، ص ۴۸.

۳. افکار، حمید، «واکاوی حق اختلاف صلاحیت دادسرا در برابر دادگاه از منظر آغاز تحقیقات مقدماتی؛ پایانی بر اختلاف در رویه قضایی»، همان، ص ۴۹.

اما به نظر اساساً جایگاه دیوان عدالت اداری در نظارت شرعی بر مقررات، قضائی نمی‌باشد؛ چراکه صلاحیت صدور هیچ حکمی در این فرآیند حتی در حد مرجع تحقیق را ندارد؛ بنابراین نمی‌توان به استناد اصل استقلال قضات و یا قاعده تبعیت نسبی مقام تحقیق از مقام دادرس اختیار احراز صلاحیت نظارت شرعی را از فقهای شورای نگهبان سلب و به دیوان عدالت اداری اعطاء نمود.

### پ. استدلال‌های مبتنی بر نگرش نظام‌مند به فرآیند نظارت شرعی

بر اساس نگرش نظام‌مند به فرآیند نظارت شرعی که در فوق شرح داده شد، ساختارمندی و عملکرد هماهنگ اهمیت بیش‌تری نسبت به فعال و مؤثر بودن هر یک از اجزاء دارد؛ بنابراین جهت تحقق این مهم نباید هیچ‌کدام از اجزاء از حوزه اختیارات خود تجاوز نمایند. از این جهت اختیار احراز صلاحیت باید بر عهده یک نهاد باشد که به نظر باتوجه به قانون دیوان عدالت اداری، خود دیوان به عنوان مرجع اولیه بررسی دادخواست چنین اختیاری دارد و ورود شورای نگهبان به این موضوع وجهی ندارد.

از طرفی در تحلیل این فرآیند می‌توان میان موضوع‌شناسی و حکم‌شناسی تفکیک قائل شد. در شریعت اسلامی هر قاعده شرعی اعم از آن‌که به لزوم یا عدم لزوم یا به انجام و ترک امری دستور دهد، از دو رکن اصلی تشکیل می‌گردد که این دو رکن عبارت‌اند از موضوع و حکم آن،<sup>۱</sup> در اصطلاح فقهی و اصولی، مقصود از موضوع امری است که حکم شرعی الهی بر آن مترتب می‌گردد. به عبارت دیگر مقصود از موضوع، مجموعه اموری است که فعلیت یافتن حکم جعل شده به وسیله شارع مستلزم وجود آن بوده<sup>۲</sup> و امری خارجی است که حکم شرعی بر آن بار می‌گردد و فعلیت حکم متوقف بر فعلیت آن است.<sup>۳</sup> کارویژه فقهای شورا حکم‌شناسی است هرچند که احکام دائر مدار موضوعات صادر می‌شود؛ بنابراین نمی‌توانند به موضوع‌شناسی ورود کنند؛ در نتیجه اختیار احراز صلاحیت خود را نخواهند داشت.

۱. اختری، عباسعلی، «زمان و مکان و تحول موضوعات احکام»، نقش زمان و مکان در موضوعات احکام، زیر نظر کمیته علمی کنگره بررسی مبانی فقهی حضرت امام خمینی (ره) «نقش زمان و مکان در اجتهاد»، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۷۴، ج ۴، ص ۳۴-۳۵.

۲. حسینی، محمد، الدلیل الفقهي تطبیقات فقهیه لمصطلحات علم الاصول، دمشق، مرکز ابن ادریس الحلی للدراسات الفهیه، ۲۰۰۷م، ص ۲۸۹.

۳. اختری، عباسعلی، «زمان و مکان و تحول موضوعات احکام»، نقش زمان و مکان در موضوعات احکام، همان.

لکن به نظر همان طور که پیش از این تحلیل شد در فرآیند نظارت شرعی فعال و مؤثر بودن هریک از اجزاء اهمیت بیشتری نسبت به ساختارمندی و عملکرد هماهنگ دارد؛ زیرا ساختاری که برای این امر در تعامل دیوان عدالت اداری با فقهای شورای نگهبان طراحی شده، در قانون عادی به رسمیت شناخته شده، درحالی که مبتنی بر قانون اساسی ساختار مصرحی برای آن پیش بینی نشده و از آنجا که نظارت شرعی صلاحیت ذاتی فقهای شورای نگهبان است، این نهاد می تواند برای پیش برد این امر ساختاری جدید تعبیه نماید که در آن دیوان عدالت اداری هیچ نقشی نداشته باشد. از این روی فعال و مؤثر بودن اجزاء مرجح بر ساختارمندی و عملکرد هماهنگ است و در نتیجه باید فقهای شورای نگهبان از اختیار احراز صلاحیت خود برخوردار باشند. به علاوه در صورت پذیرش صلاحیت موضوع شناسی برای دیوان عدالت اداری در ساختار موجود، مانعی برای اعطاء اختیار احراز صلاحیت به فقهای شورای نگهبان وجود ندارد؛ چرا که در قالب این اختیار فقهای شورا مبتنی بر موضوع شناسی دیوان بررسی می نمایند که آیا موضوع مذکور واجد شرایط اظهارنظر توسط این مرجع می باشد یا خیر.

در مقام جمع بندی باتوجه به استدلال های طرح شده به نظر باید در پاسخ به اختیار یا عدم اختیار شورای نگهبان در احراز صلاحیت خود قائل به اختیار این نهاد شد اما این اختیار باید مبتنی بر صلاحیت قانونی آن اعمال شود. توضیح آنکه بنابر قوانین صلاحیت فقهای شورا در فرآیند نظارت شرعی، رسیدگی به دادخواهی شرعی ناظر به مقررات است و در نتیجه کاربست اختیار مذکور به این صورت خواهد بود که فقها باید احراز نمایند که آیا دادخواهی شرعی ناظر به مقررات صورت گرفته است یا خیر. لازم به ذکر است اگر دادخواهی شرعی ناظر به مقررات صورت گیرد، فقها ملزم به رسیدگی هستند اما اگر چنین نبود فقها می توانند مبتنی بر صلاحیت قانونی خود از اظهارنظر ماهوی خودداری نمایند.

## **گفتار دوم. گونه شناسی جهات عدم اظهارنظر فقهای شورای نگهبان در پاسخ به استعلامات دیوان**

همان طور که اشاره شد اگرچه فقهای شورای نگهبان از اختیار احراز صلاحیت خود برخوردار هستند اما این اختیار را باید مبتنی بر صلاحیت قانونی خود مبنی بر رسیدگی به دادخواهی شرعی ناظر بر مقررات

اعمال نمایند. لذا عدم اظهار نظر ماهوی توسط این نهاد صرفاً در صورت عدم احراز دادخواهی شرعی ناظر بر مقررات قابل پذیرش است و خود در رویه فقهای شورای نگهبان به صورت گونه‌های مختلفی ظهور یافته که همانند سایر مراجع دادرسی بخشی از آنها شکلی و بخشی ماهوی است.<sup>۱</sup>

### بند اول. جهات شکلی

از حیث شکلی به طور کلی می‌توان جهات مطروحه را در سه دسته کلی طبقه‌بندی نمود. در برخی موارد اساساً دادخواهی مبتنی بر شرع وجود ندارد؛ اما در بعضی موارد اگرچه دادخواهی مبتنی بر شرع صورت گرفته است، لکن موضوع مورد دادخواهی وجود خارجی ندارد. در برخی موارد نیز اگرچه دادخواهی مبتنی بر شرع صورت گرفته است و موضوع نیز وجود خارجی دارد، اما به نحو مناسب در دادخواست منعکس نشده است. به طوری که مخاطب در فهم آن دچار ابهام می‌شود.

### الف. عدم وجود دادخواهی مبتنی بر شرع

عدم وجود دادخواهی مبتنی بر شرع به دو صورت امکان پذیر است. در یک صورت اساساً دادخواهی مبتنی بر شرع صراحتاً انجام نشده است که برای نمونه می‌توان به نظر شماره ۹۴/۱۰۲/۸۴۸ مورخ ۱۳۹۴/۲/۲۸ پیرامون ادعای خلاف شرع بودن مصوبه شماره ۱۳۹۱/۱۱/۳ ش مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۳ شورای اسلامی شهر مشهد مبنی بر آنکه «شاکای در دادخواست صریحاً خلاف شرع بودن مصوبه مذکور را مطرح نموده است»، اشاره کرد.

در صورت دیگر عدم وجود دادخواهی با انصراف خواهان بروز می‌یابد که به عنوان مثال می‌توان به نظر شماره ۷۸/۲۱/۴۵۲۷ مورخ ۱۳۷۸/۱/۲۹ پیرامون ادعای خلاف شرع بودن مصوبه شماره ۳۴/۱۸۲ مورخ ۱۳۷۵/۳/۲۶ شورای اقتصاد مبنی بر آنکه «چون به شرح صفحه رقم ۲۰ اوراق ارسالی، آقای محمد توانگر (شاکای) از شکایت خلاف شرع بودن موضوع مورد ادعا صرف نظر نموده که این نامه در تاریخ ۷۷/۱۰/۲۷ در دفتر اندیکاتور هیئت عمومی دیوان ثبت شده است، بناء علیه رسیدگی دیوان به این شکایت موضوع ندارد»، اشاره کرد.

۱. مبلغی، مجتبی و مبلغی، حمید، «جهت ابطال مصوبات شورای اسلامی شهر در آرای دیوان عدالت اداری»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، شماره ۲۴، پاییز ۱۴۰۴، ص ۴۱۵.

به نظر در هر دو مظهر عدم وجود دادخواهی مبتنی بر شرع که در فوق شرح داده شد، فقهای شورای نگهبان اختیار احراز صلاحیت خود مبنی بر عدم اظهارنظر ماهوی را دارند؛ چراکه جهات اظهارنظر ماهوی وجود ندارد.

### ب. عدم وجود خارجی موضوع

عدم وجود خارجی موضوع نیز به انحاء مختلفی قابل شناسایی است. در برخی موارد اساساً در ظاهر امر تکوین چنین مصوبه‌ای آغاز نشده است که به عنوان مثال می‌توان به نظر شماره ۹۱/۳۰/۴۷۴۲۲ مورخ ۱۳۹۱/۰۴/۲۸ پیرامون ادعای خلاف شرع بودن بند ۱ (الف) مقررات نظام آموزشی و چگونگی تحصیل دانشگاه‌های کشورهای مستقل المنافع و آسیای میانه مصوب ۱۳۸۸/۷/۱۵ وزارت علوم تحقیقات و فناوری در کشور ارمنستان مبنی بر آنکه «باتوجه به اینکه شاکی مدرکی برای مورد شکایت ارائه نکرده و مدیرکل دفتر حقوقی وزارت علوم، تحقیقات و فناوری نیز اعلام نموده که آن وزارتخانه چنین مصوبه‌ای ندارد، بنابراین از باب سالبه به انتفاء موضوع، نیازی به اظهار نظر نیست»، اشاره کرد.

اما در برخی موارد اگرچه تکوین مصوبه آغاز شده اما به پایان نرسیده است و در نتیجه اعتبار ندارد که برای نمونه می‌توان به نظر شماره ۱۰۲/۲۹۸۱۲ مورخ ۱۴۰۰/۱۲/۷ فقهای شورای نگهبان پیرامون ادعای خلاف شرع بودن کل اساسنامه سازمان همیاری شهرداری‌ها مبنی بر آنکه «از آنجا که مصوبه مورد شکایت؛ ابلاغی وزیر محترم کشور، حسب قوانین موجود و پاسخ طرف شکایت، مصوبه نهایی نیست و تا پیش از تصویب مراجع قانونی ذی‌ربط لازم‌الاجرا نخواهد بود، اظهارنظر در مورد آن در حال حاضر موضوعیت ندارد...»، اشاره نمود.

در صورت دیگر اگرچه تکوین مصوبه به پایان رسیده، لکن پس از اخذ اعتبار، آن اعتبار به اسبابی همچون نسخ و ابطال ساقط شده است که به عنوان مثال می‌توان به نظر شماره ۱۰۲/۳۲۶۷۴ مورخ ۱۴۰۱/۶/۱ فقهای شورای نگهبان پیرامون ادعای خلاف شرع بودن بند (ج) مصوبه شماره ۸۰/۳۰۶۲۲ مورخ ۱۴۰۰/۳/۱۱ چهل و هشتمین نشست هیئت مقررات‌زدایی و بهبود محیط کسب و کار وزارت امور اقتصاد و دارایی مبنی بر آنکه «باتوجه به ابطال مصوبه مورد شکایت از تاریخ تصویب، رسیدگی به شکایت در حال حاضر موضوعیت ندارد»، اشاره کرد.

در خصوص انحاء سه‌گانه عدم وجود خارجی موضوع امکان صدور حکم برای فقهای شورای نگهبان وجود ندارد و بررسی توسط این نهاد اثری در بر ندارد.

### پ. عدم انتقال مناسب موضوع

در بعضی موارد به علت عدم انعکاس مناسب موضوع در دادخواست امکان رسیدگی برای فقهای شورای نگهبان وجود ندارد که این امر به دلایل گوناگونی رخ می‌دهد. در برخی موارد مستندات لازم ارسال نشده است که برای مثال می‌توان به نظر شماره ۹۵/۱۰۲/۱۶۸۸ مورخ ۱۳۹۵/۵/۵ پیرامون ادعای خلاف شرع بودن بند ۲ و ۶ دومین جلسه شورای فرعی هماهنگی مبارزه با مواد مخدر شهرستان مشهد مقدس مورخ ۱۳۹۲/۵/۲۹ و بند ۱۱ سومین جلسه آن شورا مورخ ۱۳۹۲/۷/۲ مبنی بر آنکه «حکمی که مستند تخریب منازل مذکور است در پرونده موجود نمی‌باشد و آنچه که شاکي ابطال آن را درخواست نموده است بنفسه نمی‌تواند خلاف شرع باشد؛ بنابراین لازم است چنانچه در خصوص مورد شکایتی مطرح گردیده ضمن ارائه مستند مذکور به این شورا ارسال تا بتوان اظهار نظر نمود»، اشاره کرد.

در برخی موارد نیز به دلیل عدم انطباق موضوع دادخواست با موضوع استعلام شرعی رئیس دیوان عدالت اداری امکان رسیدگی توسط فقهای شورای نگهبان وجود ندارد که برای نمونه می‌توان به نظر شماره ۱۰۲/۲۸۳۹۵ مورخ ۱۴۰۰/۸/۲۹ پیرامون ادعای خلاف شرع بودن کل دستورالعمل اجرایی توزیع و انتشار آگهی‌های دولتی اشاره کرد؛ مبنی بر آنکه «احتراماً عطف به نامه شماره ۹۹۰۰۸۶۳ مورخ ۱۳۹۹/۶/۳۱ با موضوع درخواست اظهار نظر فقهای محترم شورای نگهبان در خصوص شکایت آقای علیرضا کلاگراز «کل دستورالعمل اجرایی توزیع و انتشار آگهی‌های دولتی» به جهت مغایرت با قاعده قبح عقاب بلا بیان، به استحضار می‌رساند در نامه پیش‌گفته، ابطال دستورالعمل یاد شده به‌عنوان خواسته شاکي ذکر شده و در ضامم آن نیز متن دستورالعمل مذکور درج شده اما در دادخواست شاکي، چه در قسمت موضوع شکایت و خواسته و چه در قسمت شرح شکایت، ابطال «شیوه‌نامه تخصیص یارانه مطبوعات به شماره ۲۷۷۴۹۶ مورخ ۱۳۹۸/۱۱/۱» درخواست شده که نظر فقهای معظم شورای نگهبان در خصوص آن پیش‌تر طی نامه شماره ۱۰۲/۲۷۲۷۹ مورخ ۱۴۰۰/۶/۲ به آن دیوان محترم اعلام شده است و لذا موجبی جهت اعلام نظر مجدد درباره آن وجود ندارد.»

به علاوه در برخی موارد موضوع روشن نیست و در نتیجه فقهای شورای نگهبان در تشخیص موضوع دچار ابهام می‌شوند که برای نمونه می‌توان به نظر شماره ۵۰۱۰۶/۳۰/۹۲ مورخ ۱۳۹۲/۲/۱۰ پیرامون ادعای خلاف شرع بودن بند ۳ مصوبه شماره ۲۵۰۸۲/ت/۳۳۹۹۴/ک مورخ ۱۳۸۵/۴/۶ هیئت وزیران اشاره کرد که در آن عنوان شده است: «... به هرحال قضیه روشن نیست، از شاکی خواسته شود تا موضوع را روشن نماید و توضیحات وی ارسال تا اظهارنظر ممکن گردد.»

همچنین در بعضی موارد به طور دقیق جهت دادخواهی و ماده مورد نظر بیان نشده است و در نتیجه رسیدگی را برای فقهای شورا غیرممکن نموده است که برای نمونه می‌توان به نظر ۶۴۳۱ مورخ ۱۳۶۵/۸/۲۰ پیرامون ادعای خلاف شرع بودن بررسی تمام مواد آیین نامه اجرایی تبصره ذیل ماده دوم لایحه قانونی احداث ترمینال‌های مسافری و نیز ماده یک آیین نامه تشکیل شرکت‌های مسافری موضوع لایحه قانونی مزبور اشاره کرد که مطابق با آن «چون بررسی کل آیین نامه در شورای نگهبان با کثرت مشاغل میسر نیست، مقتضی است هرکدام از مواد که از لحاظ شرعی مورد شبهه است با ذکر جهت آن مرقوم فرمایید تا پاسخ مقتضی داده شود.»

همانند دو جهت پیشین به نظر در این جهت نیز از آنجاکه موضوع برای اظهارنظر ماهوی فقهای شورای نگهبان مشخص نیست، امکان صدور حکم برای این مرجع وجود ندارد و در نتیجه می‌تواند بدون اظهارنظر ماهوی، رأی بر عدم صلاحیت صادر کند.

## بند دوم. جهات ماهوی

از حیث ماهوی نیز جهات عدم اظهارنظر ماهوی فقهای شورای نگهبان در چهار دسته کلی قرار می‌گیرد. در برخی موارد اساساً موضوع شکایت ناظر به مغایرت هنجار الزام‌آور حقوقی با شرع نمی‌باشد. در دیگر موارد اگرچه موضوع شکایت مغایرت یک هنجار الزام‌آور حقوقی با شرع است اما آن هنجار در قالب مقرر که موضوع صلاحیت قانونی دیوان عدالت اداری و شورای نگهبان مبتنی بر اصول ۴، ۱۷۰ و ۱۷۳ قانون اساسی و ماده ۸۷ قانون دیوان عدالت اداری است، نمی‌باشد. در برخی موارد نیز اگرچه آن هنجار در قالب مقرر ارائه شده است، اما از ویژگی‌های ماهوی مقرر برخوردار نیست. به علاوه مواردی وجود دارد که به دلیل احتمال مغایرت موضوع با قانون و به تبع شرع و عدم صلاحیت فقهای شورای نگهبان در رسیدگی از جهت قانونی با عدم اظهارنظر ماهوی از جانب فقهای شورای نگهبان مواجه شده است.

### الف. عدم تعریف موضوع در دایره هنجارهای الزام آور حقوقی

در برخی موارد استعلامات شرعی دیوان عدالت اداری اساساً ناظر به مغایرت یک هنجار حقوقی الزام آور با شرع نمی‌باشد و در نتیجه فقهای شورا در پاسخ بدین استعلامات اظهار نظر ماهوی ننموده‌اند. برای نمونه می‌توان به نظر شماره ۱۲۳۷ مورخ ۱۳۶۹/۱۰/۵ پیرامون سوال شرعی یکی از قضات دیوان بدون وجود دادخواهی شخص ثالث مبنی بر آنکه «حکم شرعی مسائل مطروحه در نامه ریاست محترم شعبه ۱۲ دیوان عدالت اداری همان‌گونه که مراجع معظم در جواب مرقوم فرموده‌اند واضح است و پاسخ به این گونه سؤالات از وظایف قانونی شورای نگهبان خارج می‌باشد»، اشاره کرد.

در نمونه دیگر می‌توان نظر شماره ۸۰/۲۱/۱۳۳۲ مورخ ۱۳۶۰/۲/۲۶ ناظر به استعلام دیوان در خصوص تعارض دو نظر فقهی شورای نگهبان را بررسی نمود که مبتنی بر آن «خواسته مذکور جزء وظایف و اختیارات دیوان عدالت اداری نیست و شورای نگهبان ملزم به جواب آن نمی‌باشد.» توضیح آنکه شخصی حقیقی در پرونده مذکور مدعی تعارض دو نظر فقهی شورای نگهبان و خواهان رسیدگی دیوان عدالت اداری به این موضوع شده که دیوان نیز برای رسیدگی از فقهای شورای نگهبان درخواست نظر کرده است و در پاسخ فقهای شورا با توجه به عدم صلاحیت دیوان در رسیدگی به تعارض نظرات فقهای شورا از اظهار نظر ماهوی خودداری نموده‌اند؛ چرا که ساختار موجود نظارت شرعی صرفاً ناظر به مقررات طراحی شده است. لازم به ذکر است این امر مانع از آن نیست که فقهای شورای نگهبان با طراحی ساختار جدید یا ارتقاء ساختار موجود سازگاری برای اعتراض به تعارض دو نظر فقهی شورا ایجاد نماید.

### ب. عدم ارائه هنجار حقوقی در قالب مقرر

همان‌طور که اشاره شد با توجه به رویه آنچه می‌تواند از طریق دیوان عدالت اداری مورد دادخواهی شرعی قرار گیرد، باید در قالب مقرر مطرح شده باشد؛ بنابراین در مواردی که الزامات حقوقی در غیر از قالب مقرر ارائه می‌شوند، امکان دادخواهی شرعی از آن‌ها از طریق دیوان عدالت اداری ممکن نیست. از همین روی در مواردی فقهای شورای نگهبان مبتنی بر استدلال مذکور، اظهار نظر ماهوی ننموده‌اند. برای نمونه می‌توان به نظر شماره ۸۷/۳۰/۲۷۳۷۲ مورخ ۱۳۸۷/۴/۱ پیرامون ادعای خلاف شرع بودن کد ۵۹۶ مجموعه بخشنامه‌های ثبتی سازمان ثبت اسناد و املاک کشور (بخشنامه شماره

۵۷۹۰ مورخ ۱۳۷۸/۴/۲۰ بانك مسكن) اشاره نمود که مبتنی بر آن «...کد مزبور طبق تصریح نامه شماره ۶۹/۵۰۶۳ مورخ ۱۳۸۶/۵/۳ اداره حقوقی بانك مسكن، صرفاً يك نامه اداری بوده که به دفتر اسناد رسمی شماره ۳۳۳ تهران ارسال گردیده نه بخشنامه یا آئین نامه و غیره، بناء علیه مورد از محدوده ماده ۴۲ قانون دیوان عدالت اداری<sup>۱</sup> خارج است و شورای نگهبان ملزم به رسیدگی و اعلام پاسخ در این خصوص نمی باشد».

در نمونه دیگر می توان نظر شماره ۷۷/۲۱/۴۰۷۴ مورخ ۱۳۷۷/۱۰/۲۹ فقهای شورای نگهبان پیرامون ادعای خلاف شرع بودن عملکرد وزارت کشاورزی در اجرای لایحه قانون مالکیت و بهره برداری از اراضی واقع در آبخور سد دز و الغای قراردادهای کشت و صنعت مصوب ۱۳۵۸/۷/۱ شورای انقلاب اسلامی را بررسی نمود که در آن اشاره شده، «پیگیری موافقت یا عدم موافقت این قانون با شرع از صلاحیت دیوان عدالت اداری نیز خارج است».

پ. عدم برخورداری موضوع از ویژگی های ماهوی مقرر

در مواردی شکایت پیرامون مصوبه ای طرح می شود که در قالب مقرر ارائه شده است، لکن ویژگی های ماهوی مقرر را ندارد. آنچه از ویژگی های ماهوی در رویه فقهای شورای نگهبان بیشتر مورد توجه واقع شده، ویژگی لازم الاجرا بودن آن است.

به عنوان مثال می توان به نظر شماره ۱۰۲/۳۱۵۶۴ مورخ ۱۴۰۱/۴/۱۵ فقهای شورای نگهبان پیرامون ادعای خلاف شرع بودن نامه شماره ۷۱/۱/۶۴۰۰۶ مورخ ۱۳۹۹/۷/۳ استانداری کرمانشاه مبنی بر آنکه «نامه مورد شکایت متضمن حکم و قاعده ای نیست و لذا وجهی برای بررسی آن از نظر شرعی وجود ندارد»، اشاره کرد. به علاوه نظر شماره ۱۰۲/۳۲۶۶۷ مورخ ۱۴۰۱/۶/۱ فقهای شورای نگهبان پیرامون ادعای خلاف شرع بودن نامه شماره ۶۰/۱۶۵۳۵ مورخ ۱۳۹۹/۷/۷ رییس مرکز اصناف و بازرگانان ایران وزارت صنعت، معدن و تجارت که پیشتر بیان شد، نیز قابل توجه است.

---

۱. لازم به ذکر است باتوجه به تاریخ صدور نظر، قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵/۳/۹ مدنظر بوده که در حال حاضر نسخ شده است.

## ت. احتمال مغایرت موضوع با قانون

در پاسخ به برخی استعلامات شرعی دیوان عدالت اداری، فقهای شورای نگهبان بدون اظهارنظر ماهوی مصرح چنین مرقوم نموده‌اند که «در صورتی که مورد شکایت خلاف قانون باشد، خلاف شرع نیز خواهد بود.» همین امر نیز باعث شده است رئیس وقت هیأت عمومی دیوان در تاریخ ۱۳۷۵/۹/۸ با توجه به استفاده از این عبارت مبهم، مبنی بر تلازم مغایرت قانونی با مغایرت شرعی در نظرات فقهی شورای نگهبان، اظهارنظر صریح در پاسخ به استعلامات دیوان عدالت اداری را درخواست کند.<sup>۱</sup> شورای نگهبان نیز به منظور پاسخ به این درخواست در نظر شماره ۷۶/۲۱/۱۰۲۱ مورخ ۱۳۷۶/۴/۲۴، 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.

بنابراین از منظر فقهای شورای نگهبان مغایرت یک موضوع با قانون، موجب مغایرت آن با شرع خواهد شد؛ اما از آنجا که فقهای شورا صلاحیت بررسی مغایرت موضوع ارجاعی با قانون را برای خود قائل نیستند، در واقع بدون اظهارنظر ماهوی موضوع را به دیوان ارجاع داده‌اند. لازم به ذکر است همان طور که اشاره شد پس از اصلاحات اخیر قانون دیوان عدالت اداری در تاریخ ۱۴۰۲/۲/۱۰ با توجه به آنکه در مواردی که علاوه بر جهت شرعی از جهت قانونی نیز دادخواهی صورت گرفته باشد، موضوع ابتدا از جهت قانونی در دیوان عدالت رسیدگی و در صورت لزوم به فقهای شورای نگهبان

---

۱. «نظر به اینکه مطابق قسمت اول ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری، که مقرر می‌دارد: «چنانچه شکایتی مبنی بر مخالفت بعضی از تصویب‌نامه‌ها و یا آئین‌نامه‌های دولتی با مقررات اسلامی مطرح گردید، شکایت را به شورای نگهبان ارجاع نماید. چنانچه شورای نگهبان طبق اصل ۴ خلاف شرع بودن را تشخیص داد، دیوان حکم ابطال آن را صادر نماید.» تصمیم‌گیری و صدور حکم از جانب دیوان در خصوص این‌گونه پرونده‌ها نیازمند اظهارنظر صریح مبنی بر خلاف شرع بودن یا نبودن مورد سؤال است. با عنایت به مراتب و ملاحظه بعضی از اظهارنظرهای اخیر فقهای معظم بدین عبارت «... در صورتی که مورد شکایت خلاف قانون باشد، خلاف شرع نیز خواهد بود.» اتخاذ تصمیم نسبت به این نوع پرونده‌ها را مشکل می‌سازد، بالأخص در شکایاتی که ادعای مخالفت با قوانین یا خروج از حدود اختیارات قوه مجریه هم مطرح نشده باش؛ بنابراین مستدعی است در پاسخ استعلامات از جهت شرعی، نفیاً یا اثباتاً صریحاً اظهارنظر فرمایند تا دیوان بتواند به وظیفه قانونی خویش عمل کند.»

۲. «نظر شورا در همه‌جا 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 اظهارنظر صریح خواهد شد.»

نظر شماره ۷۶/۲۱/۵۱۳ مورخ ۱۳۷۶/۳/۱ نیز مؤید همین نظر است.

ارسال می‌شود، در این موارد دیگر عدم اظهارنظر ماهوی شورا به دلیل مذکور در فوق نباید مصداقی داشته باشد؛ اما در مواردی که صرفاً از جهت شرعی دادخواهی صورت گرفته باشد، از آنجا که در این موارد رسیدگی از جهت قانونی در دیوان صورت نمی‌گیرد و مطابق آخرین تغییرات قانون دیوان عدالت اداری تنها مواد و اجزائی که ادعای مغایرت آنها با موازین شرعی شده است در دیوان پیش از ارجاع به فقهای شورای نگهبان تعیین و تبیین می‌شود؛ ممکن است عدم اظهارنظر ماهوی شورای نگهبان به دلیل احتمال مغایرت موضوع با قانون تکرار شود.

## گفتار سوم. امکان سنجی و خواهی در موارد عدم اظهارنظر ماهوی توسط فقهای شورای نگهبان

همان‌طور که اشاره شد اگرچه فقهای شورای نگهبان از اختیار احراز صلاحیت خود پیش از رسیدگی ماهوی برخوردار هستند، اما این اختیار باید مبتنی بر چهارچوب صلاحیت قانونی این نهاد در نظارت شرعی مبنی بر رسیدگی به دادخواهی شرعی ناظر بر مقررات صورت گیرد؛ به طوری که اگر دادخواهی شرعی ناظر بر مقررات صورت گرفت، این نهاد ملزم به رسیدگی است. در نتیجه در مواردی امکان دارد که فقهای شورا در اعمال اختیار مذکور، موضوعی که مبتنی بر قانون در صلاحیت این مرجع قرار دارد را در صلاحیت خود ندانند و به آن رسیدگی نکنند؛ لذا با توجه به اصول حاکم بر دادرسی اداری، باید امکان اعتراض به پاسخ فقهای شورای نگهبان در غیر از قالب مغایرت یا عدم مغایرت بررسی گردد که در ادامه به تفکیک آراء موافقین و مخالفین آن مطالعه می‌شود.

در موافقت با امکان اعتراض به عدم اظهارنظر ماهوی فقهای شورای نگهبان می‌توان بیان نمود اگرچه با توجه به وجود نظارت درونی برای فقهای شورای نگهبان، فرض قصد سوء برای اعلام عدم صلاحیت توسط ایشان غیرمنطقی است،<sup>۱</sup> اما فرض عدم اظهارنظر ماهوی در مواردی که قاعدتاً باید چنین اظهارنظری صورت گیرد، توسط ایشان به اسباب مختلف امکان دارد؛ در نتیجه باید امکان اعتراض به این دست از آراء فقهای شورای نگهبان فراهم باشد.<sup>۲</sup>

۱. قطبی، میلاد، محمدپور، اسماعیل و کرمی، حامد، «نظارت بر نهاد شورای نگهبان و اعضای آن»، فقه حکومتی، شماره ۷، شهریور ۱۳۹۸، ص ۱۴۴.

۲. رفیعی، محمدصادق و احمدی، سیدمحمدصادق، «نظارت‌پذیری قضایی شورای نگهبان توسط دیوان عدالت اداری»،

از طرفی غرض اصلی از نظارت شرعی ایصال مستحق به حق است و این غرض در صورت عدم امکان اعتراض تأمین نخواهد شد؛ چراکه عدم اظهار نظر ماهوی در مواردی که قاعداً باید چنین اظهارنظری انجام شود و عدم امکان اصلاح آن مانع خواهد بود. به طور خاص باتوجه به اصل ۱۷۳ قانون اساسی این مهم در خصوص فرآیند نظارت شرعی از طریق دیوان عدالت اداری ضرورت می‌یابد؛ چراکه مبتنی بر اصل مذکور هدف از تأسیس دیوان «رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مأمورین یا واحدها یا آیین‌نامه‌های دولتی و احقاق حقوق آن‌ها» دانسته شده است.

در فقه شیعه نیز به عنوان هنجار برتر در نظارت شرعی توسط فقهای شورای نگهبان، اگرچه در خصوص امکان تجدیدنظر در احکام صادره توسط قضات شرع، دو نظر در بین فقها وجود دارد، لکن فقهاییی که نظر به عدم امکان تجدیدنظر داده‌اند نیز استثنائاتی برای آن از جمله در صورت اشتباه در نظر گرفته‌اند.<sup>۱</sup>

در مقابل رویکرد پیشین از آنجا که معمولاً اعتراض به حکم در یک مرجع بالاتر انجام می‌شود اما مرجعی بالاتر از شورا برای رسیدگی شرعی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران وجود ندارد، لذا برخی امکان اعتراض را تحقق‌ناپذیر می‌دانند. از طرفی جایگاه فقهای شورا در ساختار اساسی و ضرورت مستقل نگه داشتن شورا به عنوان مرجع عالی از دستبرد اعمال نفوذ سایر نهادها، پذیرش اعتراض از این نهاد را دشوار می‌نماید.

به علاوه پذیرش امکان اعتراض موجب اطالۀ دادرسی در نظام حقوقی خواهد شد که خود مانع از ایصال فوری مستحق به حق است. از طرفی این امر موجب تقویت بوروکراسی در نظام حقوقی است که در مقدمه قانون اساسی منع شده است<sup>۲</sup> و مانع از ایجاد نظام اداری صحیح است که در بند دهم

---

حقوق پزشکی، ویژه‌نامه نوآوری حقوقی، ۱۴۰۰، ص ۵۷۶.

۱. علیدوست، ابوالقاسم، تقریرات درس خارج فقه القضاء، جلسه ۵۸، بهمن ۱۳۹۷.

۲. «محمصور شدن در هر نوع نظام دست و پاگیر پیچیده که وصول به این هدف را کند و یا خدشه‌دار کند از دیدگاه اسلامی نفی خواهد شد. بدین جهت نظام بوروکراسی که زائیده و حاصل حاکمیت‌های طاغوتی است به شدت طرد خواهد شد تا نظام اجرایی با کارایی بیشتر و سرعت افزون‌تر در اجرای تعهدات اداری بوجود آید.»

اصل سوم به عنوان یکی از وظایف دولت جمهوری اسلامی ایران قلمداد شده است.<sup>۱</sup> مضاف بر این در فقه شیعه نیز برخی از فقها قائل به عدم امکان تجدیدنظر هستند<sup>۲</sup> و مبتنی بر همین ادله در قوانین نیز تصریحی به امکان اعتراض وجود ندارد. به علاوه عدم اظهارنظر ماهوی فقهای شورای نگهبان را نمی‌توان مصداق حکم دانست بلکه صرفاً اعلام نقص در شکایت است.

در مقام جمع‌بندی باتوجه به استدلال‌های فوق به نظر امکان اعتراض به آراء فقهای شورای نگهبان نزدیک به صواب است. چراکه اگرچه شورای نگهبان به عنوان مرجع عالی در نظام حقوقی است اما می‌توان خود این مرجع را به عنوان مرجع پذیرنده اعتراض در نظر گرفت. به علاوه اگرچه پذیرش امکان اعتراض موجب اطاله دادرسی است اما باتوجه به فلسفه وجودی دیوان عدالت اداری این امر قابل توجیه است و درحقیقت این امر نمی‌تواند مانع از جریان احقاق حقوق شود. مضاف بر این اگرچه در فقه شیعه برخی نظر به عدم امکان تجدیدنظر در آراء قضات داده‌اند، نظر مقابل آن نیز در بین فقها وجود دارد و البته فقهایی که قائل به عدم امکان شده‌اند، استثنائاتی برای آن در نظر گرفته‌اند. به علاوه حتی اگر عدم اظهارنظر ماهوی فقهای شورای نگهبان مصداق حکم نباشد، نمی‌توان با این توجیه مانع از اعتراض شد؛ چراکه در مواردی که اعلام نقص در شکایت نیز صورت می‌گیرد نیز امکان تضييع حق خواهان وجود دارد. درنتیجه می‌توان امکان اعتراض را در نظام حقوقی پذیرفت، لکن باتوجه به مطالب فوق باید محدودیت‌هایی برای آن در نظر گرفت. از جمله آنکه از جهات محدود امکان ثبت اعتراض وجود داشته باشد و باتوجه به تبصره (۱) ماده ۸۷ قانون دیوان عدالت اداری<sup>۳</sup> پیش از ورود به صحن شورا، ساختار و سازوکاری برای این امر به منظور کاهش زمان رسیدگی و تشخیص جهات مشروع برای اعتراض پیش‌بینی شود.

۱. «دولت جمهوری اسلامی ایران موظف است برای نیل به اهداف مذکور در اصل دوم، همه امکانات خود را برای امور زیر به کار برد: «... ۱۰ - ایجاد نظام اداری صحیح و حذف تشکیلات غیرضرور...»

۲. همان، جلسه ۶۱.

۳. تبصره ۱- فقهای شورای نگهبان می‌توانند برای انجام وظایف خود از حیث بررسی مغایرت یا عدم مغایرت مقررات با شرع، ترتیباتی را برای رسیدگی مقرر و ساختارهای مناسب را ایجاد کنند.

## نتیجه

در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، یکی از سازکارهای نظارت شرعی نسبت به مقررات اداری در یک فرآیند دو مرحله‌ای تعریف شده است. به این صورت که دادخواهی نسبت به آنها ابتدا در دیوان عدالت اداری صورت می‌گیرد و در صورت ضرورت نظارت شرعی، رئیس دیوان از فقهای شورای نگهبان استعلام نموده و پاسخ استعلام برای دیوان لازم‌الاتباع است؛ اما در برخی موارد پاسخ استعلام در قالب مغایرت یا عدم مغایرت اعلام نمی‌شود و درحقیقت فقهای شورا، رأی بر عدم صلاحیت خود صادر می‌نمایند.

این دسته از آراء فقهای شورای نگهبان از این جهت قابل تأمل هستند که آیا اساساً فقهای شورای نگهبان اختیار احراز صلاحیت خود و در نتیجه صدور این چنین آرائی را دارند یا احراز صلاحیت آنها با دیوان عدالت اداری است. در این خصوص مبتنی بر متن قانون، قواعد منطقی، قواعد عام دادرسی و نگرش نظام‌مند به فرآیند نظارت شرعی به نظر باید قائل به اختیار این نهاد شد؛ در نتیجه با توجه به صلاحیت قانونی فقهای شورای نگهبان، اگر دادخواهی شرعی ناظر به مقررات صورت گیرد، فقها ملزم به رسیدگی هستند اما اگر چنین نبود فقها می‌توانند مبتنی بر صلاحیت قانونی خود از اظهار نظر ماهوی خودداری نمایند.

در رویه فقهای شورای نگهبان تا به حال قریب به صد رأی به این صورت صادر شده است که در برخی از آنها از جهات شکلی و در برخی دیگر از جهات ماهوی قائل به عدم صلاحیت شده‌اند. جهات شکلی شامل عدم وجود دادخواهی مبتنی بر شرع در دو صورت عدم صراحت دادخواهی هستند به شرع و یا انصراف خواهان، عدم وجود خارجی موضوع در سه صورت عدم آغاز تکوین مصوبه، عدم پایان فرآیند تکوین مصوبه و سلب اعتبار از مصوبه و عدم انتقال مناسب موضوع در چهار صورت عدم ارسال مستندات لازم، عدم انطباق موضوع دادخواست با موضوع استعلام شرعی رئیس دیوان عدالت اداری، عدم شفافیت موضوع و عدم بیان جهت دادخواهی و ماده مورد نظر می‌باشد. جهات ماهوی شامل عدم تعریف موضوع در دایره هنجارهای الزام‌آور حقوقی، عدم ارائه هنجار حقوقی در قالب مقرر، عدم برخورداری موضوع از ویژگی‌های ماهوی مقرر از جمله لازم‌الاجرا بودن و احتمال مغایرت موضوع با قانون است.

باتوجه به اختیار فقهای شورای نگهبان در احراز صلاحیت خود، احتمال عمل بر خلاف قاعده وجود دارد؛ های... بنابراین امکان اعتراض از اظهارنظر فقهای شورای نگهبان مبنی بر عدم اظهارنظر ماهوی قابل بررسی است که به نظر بر اساس نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و فقه شیعه می‌توان چنین امکانی را البته با محدودیت‌هایی پذیرفت.

## فهرست منابع

۱. ابهری، حمید، «اختلاف در صلاحیت در آیین دادرسی مدنی ایران»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۴، زمستان ۱۳۸۹، صص ۱-۲۰.
۲. آگاه، وحید، «نسبت فقه‌های شورای نگهبان و دیوان عدالت اداری: درنگی بر رویه ۴۰ ساله اعلام مغایرت مقررات با شرع»، حقوق اداری، شماره ۳۱، تابستان ۱۴۰۱، صص ۴۰-۵۵.
۳. اختری، عباسعلی، «زمان و مکان و تحول موضوعات احکام»، نقش زمان و مکان در موضوعات احکام، زیرنظر کمیته علمی کنگره بررسی مبانی فقهی حضرت امام خمینی (ره) «نقش زمان و مکان در اجتهاد»، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۷۴، ج ۴، صص ۲۹-۶۶.
۴. افکار، حمید، «واکاوی حق اختلاف صلاحیت دادسرا در برابر دادگاه از منظر آغاز تحقیقات مقدماتی؛ پایانی بر اختلاف در رویه قضایی»، دانشنامه‌های حقوقی، شماره ۱۸، زمستان ۱۴۰۱، صص ۳۹-۶۲.
۵. الماسی، نجادعلی و حبیبی درگاه، بهنام، «درآمدی بر کیفیت دادرسی در فرآیند دادرسی کارآمد»، دیدگاه‌های حقوقی، شماره ۵۸، تابستان ۱۳۹۱، صص ۴۷-۷۲.
۶. الهویی نظری، حمید، «ارتباط‌های سیستمیک ماده ۵۱ منشور ملل متحد»، مطالعات حقوق عمومی، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۴، صص ۱۹۵-۲۱۳.
۷. حسینی، محمد، الدلیل الفقہی تطبیقات فقہیہ لمصطلحات علم الاصول، دمشق، مرکز ابن ادریس الحلی للدراسات الفہیہ، ۲۰۰۷م.
۸. خالقی، علی، آیین دادرسی کیفری، تهران: شهردانش، ج ۱، ۱۳۹۴.
۹. رفیعی، محمدصادق و احمدی، سیدمحمدصادق، «نظارت‌پذیری قضایی شورای نگهبان توسط دیوان عدالت اداری»، حقوق پزشکی، ویژه‌نامه نوآوری حقوقی، ۱۴۰۰، صص ۵۶۷-۵۸۳.
۱۰. شیدائیان، مهدی و نصرتی، یزدان، «شناسایی و چالش‌های تعقیب کیفری با نگاهی به حقوق انگلستان»، دیدگاه‌های حقوق قضائی، شماره ۸۲، تابستان ۱۳۹۷، صص ۱۶۵-۱۹۶.
۱۱. صادق منش، جعفر، «اختیارات قاضی در فرآیند کیفری در حقوق اسلام و ایران»، دادرسی، شماره ۳۱، فروردین و اردیبهشت ۱۳۸۱، صص ۵۰-۵۵.
۱۲. صدرالحافظی، سیدنصرالله، نظارت قضایی بر اعمال دولت در دیوان عدالت اداری، تهران، شهریار، چ ۱، ۱۳۷۲.

۱۳. طلابکی، اکبر و ابریشمی‌راد، محمدامین، «بررسی ماهیت نظرات شورای نگهبان»، دانش حقوق عمومی، شماره ۶، زمستان ۱۳۹۲، صص ۱-۲۲.
۱۴. عباسی، بیژن و حسینی‌الموسوی، سیدمجتبی، «بررسی رویه شکلی شورای نگهبان در انطباق مقررات دولتی با شرع»، حقوق اداری، شماره ۲۵، زمستان ۱۳۹۹، صص ۲۰۷-۲۲۳.
۱۵. علیدوست، ابوالقاسم، تقریرات درس خارج فقه القضاء، ۱۳۹۷.
۱۶. قائم مقام فراهانی، محمدحسین، «صلاحیت در رسیدگی به امور مدنی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۶۸، تابستان ۱۳۸۴، صص ۱۵۷-۱۷۸.
۱۷. قطبی، میلاد، محمدپور، اسماعیل و کرمی، حامد، «نظارت بر نهاد شورای نگهبان و اعضای آن»، فقه حکومتی، شماره ۷، شهریور ۱۳۹۸، صص ۱۲۹-۱۵۵.
۱۸. قلی‌زاده، میثم؛ سلطانی، عباسعلی و قبولی درافشان، محمدهادی، «استقلال قضایی در نظام حقوقی ایران؛ تاملی بر تحولات تاریخی از دوره مشروطه تا قانون اساسی (با تاکید بر مرحله استخدام و گزینش)»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، شماره ۱۶، پاییز ۱۴۰۲، صص ۶۵-۹۰.
۱۹. کعبی، عباس، تحلیل مبانی نظام جمهوری اسلامی ایران مبتنی بر اصول قانون اساسی، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، چ ۲، ج ۱.
۲۰. مبلغی، مجتبی و مبلغی، حمید، «جهت ابطال مصوبات شورای اسلامی شهر در آرای دیوان عدالت اداری»، پژوهش‌های نوین حقوق اداری، شماره ۲۴، پاییز ۱۴۰۴، صص ۴۱۳-۴۲۶.
۲۱. محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه، تهران، مرکز نشر اسلامی، چ ۱۲؛ ۱۴۰۶ هـ، ج ۱.
۲۲. ملک‌زاده، محمد، مبانی دینی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی، چ ۱، ۱۳۹۰.
۲۳. مولاییگی، غلامرضا، صلاحیت و آئین دادرسی دیوان عدالت اداری، تهران، جنگل، جاودانه، چ ۳، ۱۳۹۵.

## Dig into the non-comment of the Guardian Council's jurists in response to Sharia inquiries of the Court of Administrative Justice

Ali Ariannezhad<sup>1</sup>, Kamal Kadkhodamoradi<sup>2</sup>, Ali Fattahi Zafarghandi<sup>3</sup>

### Abstract

According to Principles 4, 170 and 173 of the Constitution and Article 87 of the Law of the Court of Administrative Justice, the Shari'a hearing process regarding regulations is defined in two stages, including the initial review by the Court of Administrative Justice and the Shari'a hearing by the jurists of the Guardian Council. The connection of these two stages is made by foreseeing the possibility of the head of the court asking the jurists of the Shura. Although according to al-Qaida, the jurists of the Guardian Council must declare the contradiction or non-contradiction of the complained provision with the Sharia in response to these inquiries, but in some cases, due to the lack of recognition of their competence, they do not make substantive comments that this last category of opinions of the jurists of the Shura can be considered; Therefore, the present study, with the descriptive-analytical method and using library studies, aims to answer the question, "In what cases are the jurists of the Guardian Council qualified not to make substantive comments in response to the inquiries of the Court of Administrative Justice, and in these cases, is there a possibility of appeal?" Does it have or not?

For this purpose, the competence of the jurists of the Guardian Council has been examined in determining their competence, and as a result, based on the text of the law, rational rules, general rules of procedure and a systematic approach to the process of Shariah proceedings, the principle of the lack of competence of the jurists of the Council and the need to express substantive opinions has been considered. is, but if the referred subject does not have the ability to be the subject of the judgment, the lack of substantive comment is considered possible. After that, the typology of these opinions was done in the Guardian Council's jurists' procedure by separating formal and substantive aspects, and finally, due to the possibility of not expressing a substantive opinion in cases where such an opinion should be made, objections to them have been identified in a limited way.

**KeyWords:** Administrative proceedings, Shariah proceedings, Court of Administrative Justice, non-substantive comment, jurists of the Guardian Council.

---

1. PhD student in Public Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran. (Corresponding author) Email: a.ariannezhad@ut.ac.ir

2. PhD student in Public Law, Faculty of Islamic Studies and Law, Imam Sadeq University, Tehran, Iran.

3. PhD in Public Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran.