

## امکان سنجی صلاحیت مقررات‌گذاری شورای نگهبان

جواد تقی‌زاده<sup>۱</sup>

مرتضی نجابت‌خواه<sup>۲</sup>

میثاق ذاکر عباسی<sup>۳</sup>

### چکیده

قانون اساسی درباره صلاحیت مقررات‌گذاری شورای نگهبان ساکت است، ولی این نهاد اساسی رسماً یا از طریق مأموریت قانون‌گذار عادی به مقررات‌گذاری مبادرت می‌کند. با وجود این، صلاحیت یا عدم صلاحیت مقررات‌گذاری شورای نگهبان از مسائل مهم در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران است. نویسندگان این مقاله تلاش می‌کنند تا دلایل موافقان و مخالفان صلاحیت مقررات‌گذاری شورای نگهبان را بررسی کنند و در نهایت به این پرسش پاسخ دهند که آیا شورای نگهبان دارای صلاحیت مقررات‌گذاری است؟ برخی از دلایل قابل ارائه در مقام تأیید صلاحیت مقررات‌گذاری شورای نگهبان عبارت‌اند از: شناسایی صلاحیت مقررات‌گذاری از طریق قوانین، صلاحیت نهادهای اساسی مشابه برای مقررات‌گذاری، شناسایی صلاحیت مقررات‌گذاری از سوی مفسر قانون اساسی، صلاحیت مقررات‌گذاری به‌منظور تأمین استقلال شورای نگهبان، و صلاحیت مقررات‌گذاری به استناد عرف اساسی. با تحلیل و بررسی دلایل یادشده و پاسخ‌های مخالفان صلاحیت شورای نگهبان، پاسخ نهایی به پرسش تحقیق مشخص شد. نتیجه تحقیق این است که با وجود ضرورت شناسایی صلاحیت مقررات‌گذاری برای شورای نگهبان به‌منظور انجام مطلوب وظایف و اختیارات خویش، چنین صلاحیتی برای شورا با نظر به اصول حقوق عمومی و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران اثبات نمی‌شود.

**واژگان کلیدی:** شورای نگهبان، صلاحیت، قانون اساسی، مقررات‌گذاری.

۱. دانشیار گروه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران (نویسنده مسئول) jtaghizadehd@yahoo.com

۲. دانشیار گروه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران m.nejabatkhah@gmail.com

۳. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد گروه حقوق عمومی دانشگاه مازندران misagh.zakerabbaci@gmail.com

## مقدمه

شورای نگهبان در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران دارای جایگاه ویژه‌ای است، به‌گونه‌ای که مطابق اصل ۹۳ قانون اساسی، مجلس شورای اسلامی بدون وجود شورای نگهبان اعتبار قانونی ندارد. اصول ۹۱ تا ۹۹ در قسمت پایانی فصل ششم قانون اساسی، یعنی فصل مربوط به قوه مقننه، وظایف و اختیارات شورای نگهبان را بیان کرده‌اند. به‌علاوه، برخی از وظایف این شورا در اصول و فصول دیگر تأکید شده‌اند (هاشمی، ۱۳۸۹: ۲۲۶). مهم‌ترین کارویژه‌های شورای نگهبان نظارت شرعی و اساسی بر مصوبات مجلس شورای اسلامی مطابق اصل ۹۱ و نظارت بر رأی‌گیری‌های ملی مطابق اصل ۹۹ قانون اساسی است. با وجود شناسایی وظایف و اختیارات مهم و گسترده برای شورای نگهبان، به‌نظر می‌رسد که برخی از صلاحیت‌هایی که برای شورای نگهبان لازم است، از نگاه قانون‌گذار اساسی دور مانده است. یکی از این صلاحیت‌ها که برای شورای نگهبان ضروری است و می‌تواند به‌منظور انجام مطلوب‌تر وظایف و اختیارات شورا مفید واقع شود، صلاحیت مقررات‌گذاری است.

حقوق‌دانان مقررات‌گذاری را در سطوح گوناگونی مطالعه کرده‌اند، اما در معنای عام، آن را متضمن تمثیت و ساماندهی کلی زندگی اجتماعی با اتکا به قدرت سیاسی دانسته‌اند (راسخ و حسینی کرانی، ۱۳۹۴: ۳۹). در این مفهوم، مقررات‌گذاری به‌مثابه روش و شیوه‌ای خاص از حکمرانی به مفهوم وضع و اعلام مقررات از سوی سازمان‌های اداری است (زارعی و شمس، ۱۳۹۲: ۱۷۱-۱۷۰). این قواعد و مقررات می‌توانند به حکم صریح یا ضمنی قانون‌گذار و یا به اعتبار اختیار ناشی از مسئولیت اداری از سوی مقامات و مراجع صلاحیت‌دار اجرایی وضع شوند (موسی‌زاده، ۱۳۸۱: ۱۵۱) بر این اساس، در اصل ۱۳۸ قانون اساسی صلاحیت وضع مقررات برای هیئت وزیران، کمیسیون‌های متشکل از چند وزیر و هریک از وزیران شناسایی شده است. اما باید توجه داشت که در قانون اساسی عبارت مقررات در مفاهیم عام‌تری نیز اراده شده است و در برخی موارد، اعم از قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی است. همچنین در برخی از اصول قانون اساسی مانند اصول ۱۰۸ و ۱۱۲، چنین به‌نظر می‌رسد که عبارت مقررات، متضمن نوع واحدی از هنجارهای حقوقی

نبوده و قواعد و احکام حاکم بر یک نهاد را مد نظر قرار داده است (آیین‌نامه نگینی، ۱۳۹۳: ۱۰)، به‌گونه‌ای که آن را می‌توان مجموعه‌ی اصولی تعریف کرد که برای جریان امور یک مؤسسه اجرا می‌شود و آیین کار آن را تنظیم می‌کند (آیین‌نامه نگینی، ۱۳۹۳: ۲).

قانون اساسی درباره‌ی صلاحیت مقررات‌گذاری شورای نگهبان، از جمله صلاحیت وضع آیین‌نامه داخلی برای این شورا ساکت است، ولی این شورا راساً یا از طریق ماموریت قانون‌گذار عادی به مقررات‌گذاری در این باره مبادرت می‌کند. به این ترتیب، صلاحیت یا عدم صلاحیت مقررات‌گذاری شورای نگهبان از مسائل مهم در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران است. نویسندگان این مقاله تلاش دارند تا دلایل موافقان و مخالفان صلاحیت مقررات‌گذاری شورای نگهبان را بررسی کنند و در فرجام سخن به این پرسش پاسخ دهند که آیا شورای نگهبان دارای صلاحیت مقررات‌گذاری است؟ برخی از دلایل قابل ارائه در مقام تأیید صلاحیت مقررات‌گذاری شورای نگهبان عبارت‌اند از: شناسایی صلاحیت مقررات‌گذاری از طریق قوانین، صلاحیت نهادهای اساسی مشابه برای مقررات‌گذاری، شناسایی صلاحیت مقررات‌گذاری از سوی مفسر قانون اساسی، صلاحیت مقررات‌گذاری به‌منظور تأمین استقلال شورای نگهبان، و صلاحیت مقررات‌گذاری به استناد عرف اساسی. با بررسی و تحلیل دلایل یادشده و پاسخ‌های مخالفان صلاحیت شورای نگهبان می‌توان پاسخ نهایی به پرسش این پژوهش را مشخص کرد.

### ۱. شناسایی صلاحیت مقررات‌گذاری از سوی قوانین

موافقان صلاحیت مقررات‌گذاری شورای نگهبان می‌توانند به این نکته استناد کنند که در قوانین اساسی و عادی برای شورای نگهبان در مواردی صلاحیت وضع قواعد حقوقی شناسایی شده است. اصل ۱۰۸ قانون اساسی، «قانون انتخابات مجلس خبرگان رهبری و آیین‌نامه داخلی آن» مصوب ۱۳۵۹ش و «قانون نظارت شورای نگهبان بر انتخابات ریاست جمهوری» مصوب ۱۳۶۰ش، از جمله قوانین قابل استناد به‌منظور اثبات صلاحیت شورای نگهبان برای وضع قواعد حقوقی هستند. اصل ۱۰۸ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «قانون مربوط به تعداد و شرایط خبرگان، کیفیت انتخاب آن‌ها و آیین‌نامه داخلی جلسات آنان برای نخستین دوره باید به‌وسیله فقهای اولین شورای نگهبان تهیه و با اکثریت آرای آنان تصویب

شود و به تصویب نهایی رهبر انقلاب برسد. از آن پس هرگونه تغییر و تجدیدنظر در این قانون و تصویب سایر مقررات مربوط به وظایف خبرگان در صلاحیت خود آنان است». در ماده ۱۱ قانون نظارت شورای نگهبان بر انتخابات ریاست جمهوری مصوب ۱۰ تیر ۱۳۶۰ نیز صلاحیت شورای نگهبان برای وضع آیین‌نامه اجرایی قانون شناسایی شده بود.<sup>۱</sup> با توجه به قانون یاد شده، شورای نگهبان در تاریخ ۲۳ تیر ۱۳۶۰ با اکثریت آرا آیین‌نامه‌ای را در ۴۰ ماده و ۳ تبصره تصویب کرد تا جزئیات نظارت و تکالیف ناظرین در چهارچوب قانون اساسی و قانون مصوب مجلس مشخص شود (مدنی، ۱۳۶۶: ۹۵). افزون بر این، در ماده ۹ قانون انتخابات مجلس خبرگان رهبری و آیین‌نامه داخلی آن مصوب ۱۳۵۹ش به شرح زیر به صلاحیت مقررات‌گذاری شورای نگهبان تصریح شده است: «مجری انتخابات مجلس خبرگان، وزارت کشور است. آیین‌نامه اجرایی انتخابات به پیشنهاد وزارت کشور به تصویب شورای نگهبان خواهد رسید». صدر تبصره ۱ ماده یادشده نیز مقرر می‌دارد: «نظارت بر انتخابات مجلس خبرگان بر طبق "قانون نظارت شورای نگهبان بر انتخابات مجلس شورای اسلامی" مصوب سوم مهر ماه ۱۳۵۹ کمیسیون امور داخلی مجلس شورای اسلامی انجام می‌شود. آیین‌نامه اجرایی آن را شورای نگهبان تصویب خواهد کرد».

در مقام تقویت استناد به قوانین عادی یادشده و به منظور اثبات صلاحیت آیین‌نامه‌گذاری شورای نگهبان می‌توان به این نکته اشاره کرد که وظیفه نظارت بر انتخابات ملی برعهده شورای نگهبان است و برخی از این قوانین نیز در مقام تبیین حدود و کیفیت نظارت بر انتخابات ملی هستند. منطقی به نظر می‌رسد که مرجع صالح اعمال قانون چگونگی اجرای آن را مشخص کند، زیرا به دلیل آشنایی با نوع وظیفه و تجربه در اعمال قوانین مشابه، مناسب‌ترین مرجع برای وضع بهترین شیوه اجرای آن قانون است. چنین صلاحیتی مبتنی بر ضرورت کارکرد منظم خدمات ناشی از این ایده است که هر مقامی باید طبعاً ابزار لازم را برای انجام مأموریتش داشته باشد (نک: واعظی، ۱۳۸۹: ۱۵۲). شورای نگهبان بر پایه همین منطق پذیرفته است که رئیس قوه قضاییه با وجود اجمال قانون اساسی بتواند برای امور

۱. در قانون نظارت شورای نگهبان بر انتخابات ریاست جمهوری مصوب ۴ تیر ۱۳۶۴ به صلاحیت آیین‌نامه‌گذاری شورای نگهبان تصریح نشده و در مجموعه قوانین و مقررات انتخابات ریاست جمهوری منتشرشده در اردیبهشت ۱۳۹۲ از سوی معاونت حقوقی ریاست جمهوری نیز آیین‌نامه نظارتی شورای نگهبان بر انتخابات ریاست جمهوری درج نشده است.

مربوط به قوه قضاییه آیین‌نامه وضع کند یا رئیس مجلس شورای اسلامی به‌رغم سکوت قانون اساسی بتواند برای نحوه اجرای نظارت خویش موضوع اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی آیین‌نامه وضع کند. اما آیا رویه عملی شورای نگهبان می‌تواند با توجه به ایراداتی که وجود دارند برای اثبات صلاحیت مقررات‌گذاری شورای نگهبان کفایت کند؟

الف) اصل ۱۰۸ قانون اساسی با پیش‌بینی محدودیت‌هایی مانند تصویب نهایی از سوی رهبر و صرفاً قانون مربوط به نخستین دوره مجلس خبرگان رهبری، صلاحیت تهیه و تصویب ابتدایی قانون انتخابات و آیین‌نامه داخلی مجلس خبرگان رهبری را نه به شورای نگهبان، بلکه به فقهای شورای نگهبان واگذار کرده است. تفکیک وظایف و اختیارات شورای نگهبان از وظایف و اختیارات فقهای آن از نکات ظریفی است که گاهی در تحلیل حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران نادیده گرفته شده است. به عبارت دیگر، قانون‌گذار اساسی به شورای نگهبان صلاحیت قانون‌گذاری اعطا نکرده، بلکه به فقهای شورا مأموریت داده است تا متن اولیه و پیشنهادی قانون را تهیه و تصویب و برای تصویب نهایی به مقام رهبری ارائه کنند. مرجع تصویب نهایی این قانون مقام رهبری بوده است. به‌علاوه، برخی اعضای مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران با اعطای همین صلاحیت به نهادی غیر از مجلس شورای ملی به این دلیل که می‌تواند نظام دو مجلسی را در ذهن متبادر کند، مخالفت کرده‌اند (نک: مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۴، ج ۲: ۱۱۰۳-۱۱۰۰).

ب) مهم‌ترین ایراد استناد به قوانین عادی به‌منظور اثبات صلاحیت مقررات‌گذاری شورای نگهبان این است که اصل مسئله مبادرت قانون‌گذار عادی به شناسایی صلاحیت مقررات‌گذاری شورای نگهبان از منظر اصول حقوق عمومی و قانون اساسی محل بحث است. دیگر آنکه در قانون نظارت شورای نگهبان بر انتخابات ریاست جمهوری با نظر به اینکه نظارت بر انتخاب ریاست جمهوری برعهده شورای نگهبان است، قانون‌گذار عادی تصویب آیین‌نامه اجرایی قانون نظارت را به شورای نگهبان مأموریت داده است. لذا صلاحیت اعطایی از سوی این قانون به شورا را که البته وجاهت اساسی آن مورد تردید است، نمی‌توان گسترش داد و به استناد این قانون برای شورای نگهبان صلاحیتی عام برای

مقررات‌گذاری اثبات کرد. نکتهٔ اخیر دربارهٔ تصویب آیین‌نامهٔ اجرایی نظارت شورای نگهبان بر انتخابات مجلس خبرگان که در مادهٔ ۹ قانون انتخابات مجلس خبرگان رهبری و آیین‌نامهٔ داخلی آن شناسایی شده نیز جاری است. در این قوانین، صلاحیت شورای نگهبان به وضع آیین‌نامهٔ اجرایی آن‌ها محدود شده است. به این نکته نیز باید توجه داشت که حتی صلاحیت مجلس شورای اسلامی در تفویض اختیار قانون‌گذاری محدود است و در نتیجه، اگر مجلس شورای اسلامی صلاحیت قانون‌گذاری را مگر در موارد مصرح در قانون اساسی به سایر نهادها واگذار کند، مغایر قانون اساسی خواهد بود. به عبارت دیگر، دورهٔ حاکمیت مطلق پارلمان به‌گونه‌ای که پارلمان می‌توانست حدود صلاحیت قانون‌گذاری خویش و سایر نهادها را تعیین کند (نک: فاورو، ۱۳۸۵: ۲۸۱) مدت‌ها است که در بسیاری از نظام‌های سیاسی، از جمله در جمهوری اسلامی ایران، پایان یافته است. حاکمیت پارلمان دیگر مطلق نیست، بلکه حاکمیت وی به رعایت حدود مقرر در قانون اساسی محدود است (نک: اصل ۷۱ قانون اساسی). به علاوه، برابر اصل ۱۳۸ قانون اساسی<sup>۱</sup> وضع آیین‌نامهٔ اجرایی قانون در صلاحیت مجلس شورای اسلامی نیست تا بتواند این صلاحیت را تفویض کند، بلکه آیین‌نامه‌گذاری از صلاحیت‌های هیئت وزیران و وزیران است. مجلس صرفاً می‌تواند تدوین آیین‌نامهٔ اجرایی قانون را به هیئت وزیران یا هریک از وزیران تکلیف کند. همچنین، قوانین عادی یادشده پیش از رویکرد جدید شورای نگهبان نسبت به اصل ۱۳۸ قانون اساسی تصویب شده‌اند. شورای نگهبان در گذشته به انحصار مراجع وضع آیین‌نامه اعتقاد نداشت، به‌گونه‌ای که به استناد قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی که به تأیید شورای نگهبان به‌عنوان ناظر قانون اساسی نیز می‌رسیدند، حتی کمیسیون‌های داخلی مجلس نیز آیین‌نامهٔ اجرایی قانون وضع می‌کردند. برابر نظریهٔ تفسیری شمارهٔ ۷۸/۲۱/۴۵۱۲ مورخ ۲۵ فروردین ۱۳۷۸ شورای نگهبان: «ارجاع تصویب آیین‌نامه به کمیسیون یا کمیسیون‌های مجلس خلاف اصل ۱۳۸ قانون اساسی است» (مجموعهٔ اساسی، ۱۳۹۱: ۱۶۸). از این نظر شورای

۱. صدر اصل ۱۳۸ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «علاوه بر مواردی که هیأت وزیران یا وزیری مأمور تدوین آیین‌نامه‌های اجرایی قوانین می‌شود، هیأت وزیران حق دارد برای انجام وظایف اداری و تأمین اجرای قوانین و تنظیم سازمان‌های اداری به وضع تصویب‌نامه و آیین‌نامه بپردازد. هریک از وزیران نیز در حدود وظایف خویش و مصوبات هیأت وزیران حق وضع آیین‌نامه و صدور بخشنامه را دارد ولی مفاد این مقررات نباید با متن و روح قوانین مخالف باشد».

نگهبان، مفهوم حصر از اصل ۱۳۸ قانون اساسی استنباط می‌شود (بالوی و سعید، ۱۳۹۵: ۴۵). البته منطبق شورای نگهبان دایر بر مخالفت با ارجاع وضع آیین‌نامه به کمیسیون‌های داخلی این است که در امور اجرایی قوه مجریه باید برابر اصل ۱۳۸ قانون اساسی عمل شود و مراجع سه‌گانه یادشده در این اصل می‌توانند آیین‌نامه وضع کنند، ولی در مورد مسائل مربوط به سایر قوا، این مراجع نباید آیین‌نامه وضع کنند و از این رو، هم رئیس قوه قضاییه و هم رئیس مجلس می‌توانند در مقام تأمین اجرای قوانین مربوط به خویش آیین‌نامه وضع کنند و لذا حصر در اصل ۱۳۸ قانون اساسی به نهادهای قوه مجریه محدود می‌شود و ممنوعیت رئیس‌جمهور در وضع آیین‌نامه نیز با همین رویکرد استنباط می‌شود.

ج) صلاحیت اعطایی در قانون انتخابات مجلس خبرگان رهبری و آیین‌نامه داخلی آن به شورای نگهبان مبنی بر تصویب آیین‌نامه اجرایی قانون انتخابات مجلس خبرگان مغایر با قانون اساسی است. صدر ماده ۹ قانون انتخابات مجلس خبرگان رهبری، وزارت کشور را به‌عنوان مجری انتخابات خبرگان معرفی می‌کند. وظیفه اجرای انتخابات مجلس خبرگان با وزارت کشور و وظیفه نظارت بر این انتخابات با شورای نگهبان است. با اینکه وزارت کشور مجری انتخابات و شورای نگهبان ناظر انتخاباتی است، قانون یادشده به شناسایی صلاحیت وزارت کشور برای تهیه آیین‌نامه اجرایی قانون اکتفا کرده، ولی تصویب آن را به شورای نگهبان محول نموده است. برابر حکم اصل ۱۳۸ قانون اساسی، قانون‌گذار عادی می‌بایست تصویب آیین‌نامه اجرایی قانون انتخابات مجلس خبرگان را به وزارت کشور یا هیئت وزیران مأموریت دهد یا در این خصوص سکوت اختیار کند تا با نظر به تجویز اصل ۱۳۸ قانون اساسی، وزیر کشور یا هیئت وزیران راساً به تدوین آیین‌نامه اجرایی قانون مبادرت کند.

## ۲. صلاحیت نهادهای اساسی مشابه برای مقررات‌گذاری

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران برای مجلس خبرگان رهبری (نک: اصل ۱۰۸ قانون اساسی)، مجمع تشخیص مصلحت نظام<sup>۱</sup> و شورای عالی امنیت ملی<sup>۲</sup> صلاحیت

۱. ذیل اصل ۱۱۲ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «مقررات مربوط به مجمع توسط خود اعضاء تهیه و تصویب و به تأیید مقام رهبری خواهد رسید».

۲. ذیل اصل ۱۷۶ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «مصوبات شورای عالی امنیت ملی پس از تأیید مقام رهبری قابل اجراست».

مقررات‌گذاری را شناسایی کرده است. موافقان صلاحیت مقررات‌گذاری شورای نگهبان می‌توانند به این نکته استناد کنند که شورای نگهبان نهادی مشابه و هم‌شأن نهادهای اساسی یادشده است که قانون‌گذار اساسی صلاحیت مقررات‌گذاری را برای آن‌ها شناسایی کرده است. لذا شورای نگهبان نیز دارای صلاحیت وضع قواعد حقوقی و قانون‌گذاری به معنای عام است.

ایراد این استدلال کاملاً روشن است، زیرا قانون اساسی به‌صراحت صلاحیت مشارکت در مقررات‌گذاری برای نهادهای یادشده و حتی صلاحیت مقررات‌گذاری برای نهادهای کم‌اهمیت‌تری مانند شوراهای اسلامی محلی (نک: اصول ۷، ۱۲، ۱۰۳ و ۱۰۵ قانون اساسی) را شناسایی کرده است و حال آنکه درباره صلاحیت مقررات‌گذاری شورای نگهبان در قانون اساسی حکمی وجود ندارد. قانون‌گذار اساسی در مقام شمارش مراجع صلاحیت‌دار برای وضع قواعد حقوقی قرار داشته، ولی شورای نگهبان را در جمع آن‌ها قرار نداده است. قرار ندادن نام شورای نگهبان از سوی قانون‌گذار اساسی که در مقام بیان بوده است، مؤید عدم تمایل وی برای شناسایی صلاحیت مقررات‌گذاری شورای نگهبان است نه اینکه بتوان در جهت اثبات صلاحیت مقررات‌گذاری شورا به آن استناد کرد. به‌علاوه، برخلاف حقوق خصوصی که اصل بر اهلیت اشخاص است، در حقوق عمومی اصل بر عدم صلاحیت است (بالوی و سعید، ۱۳۹۵: ۴۲). برابر اصل عدم صلاحیت نمی‌توان مگر در صورت وجود نص، صلاحیتی را برای شخص، مرجع یا نهادی اثبات کرد. حتی در موارد تردید و زمانی که واژه‌های به‌کاررفته در یک متن با ابهام یا اجمال همراه باشند، به استناد «اصل عدم صلاحیت» باید ابهام و اجمال یادشده را به صورتی تفسیر کرد که حداقل صلاحیت‌ها (قدر متیقن) احراز شود (علینقی، ۱۳۷۸: ۶۸). همچنین، قانون‌گذار دانا و آگاه فرض می‌شود و در صورت عدم تصریح از سوی قانون‌گذار، نمی‌توان به قانون‌گذار نسبت فراموشکار و یا سهل‌انگار داد. لذا با استناد به شناسایی صلاحیت مقررات‌گذاری برای نهادهای اساسی مشابه یا هم‌شأن شورای نگهبان، صلاحیت مقررات‌گذاری شورای نگهبان اثبات نمی‌شود.

### ۳. شناسایی صلاحیت مقررات‌گذاری از سوی مفسر قانون اساسی

با ارسال نامه شماره ۸۶/۳۰/۲۱۸۲۰ مورخ ۴ آذر ۱۳۸۶ به‌وسیله قائم‌مقام وقت دبیر



شورای نگهبان خطاب به دبیر وقت شورای نگهبان، به شرح زیر درباره صلاحیت مقررات‌گذاری شورای نگهبان استفسار شده است:

«با سلام، احتراماً با توجه به اینکه قانون اساسی در اصول متعدد مانند اصول ۴ و ۹۱ تا ۹۹ قانون اساسی وظایف و اختیاراتی را که مستقیماً به‌عهده شورای نگهبان گذاشته است و انجام آن‌ها مستلزم وجود ساختار و ضوابط متناسب می‌باشد، همچنین با عنایت به اینکه شورای نگهبان نهادی مستقل بوده و زیر نظر هیچ‌کدام از قوا و دیگر دستگاه‌ها نمی‌باشد، تصویب ضوابط و مقررات اداری، استخدامی، مالی و تشکیلاتی توسط مجلس شورای اسلامی و هیأت وزیران و دیگر مقامات و دستگاه‌ها ممکن است موجب اختلال در انجام وظایف و اختیارات شورای نگهبان گردد و متناسب با وظایف تفویض شده نباشد. اعضاء محترم شورای نگهبان نیز در آراء و نظرات قبلی خود به این مهم توجه داشته و این وضع قانون و یا انجام تحقیق و تفحص توسط مجلس شورای اسلامی نسبت به شورای نگهبان را مغایر با قانون اساسی شناخته‌اند. در این ارتباط توجه حضرتعالی و اعضاء محترم را به دو نظر صادره از سوی این شورا جلب می‌نمایم. در تاریخ ۱۳۷۲/۵/۱۰ طرح استخدامی کارکنان مجلس شورای اسلامی مصوب جلسه ۱۳۷۲/۵/۶ آن مجلس واصل گردید که در جلسه ۱۳۷۲/۵/۲۷ شورای نگهبان مطرح و نظر شورا متعاقباً اعلام شد. از آنجا که تبصره ۱ ماده ۲ طرح یادشده تعیین ضوابط استخدامی مستخدمین شورای نگهبان را به‌موجب آن قانون برعهده کمیسیون مشترک مجلس و دیوان محاسبات قرار می‌داد، شورای نگهبان اعلام نمود تبصره مزبور از این جهت که کارکنان شورای نگهبان را نیز دربر می‌گیرد مغایر قانون اساسی شناخته می‌شود. علاوه آنکه سایر تبصره‌های مربوط در این قانون که مبتنی بر این تبصره می‌باشد نیز مغایر قانون اساسی شناخته شده است. همچنین در پی استفساریه مجلس شورای اسلامی از شورای نگهبان در خصوص اصل ۷۶ قانون اساسی این شورا در تاریخ ۱۳۷۶/۱۰/۷ و طی نظریه شماره ۳۳۴۴ اعلام داشت: «اصل ۷۶ قانون اساسی شامل مواردی از قبیل مقام معظم رهبری، مجلس خبرگان و شورای نگهبان که مافوق مجلس شورای اسلامی می‌باشند، نمی‌شود». اکنون با عنایت به رویه سابق و مطابق با اصل ۹۸ قانون اساسی و ماده (۱۹) آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان، درخواست می‌شود نظریه

تفسیری شورای نگهبان را در خصوص اصول ۴، ۹۱، ۹۹ قانون اساسی نسبت به مرجع تصویب ضوابط و مقررات مذکور اعلام فرمایید» (مجموعه اساسی، ۱۳۹۱: ۹۴-۹۳). شورای نگهبان با صدور نظریه تفسیری شماره ۱۶/۳۰/۲۱۹۳۴ مورخ ۱۹ تیر ۱۳۸۶ به شرح زیر پاسخ داده است: «نظر تفسیری این شورا در خصوص اصول ۴، ۹۱ و ۹۹ قانون اساسی این است که تصویب ضوابط و مقررات مالی، اداری، استخدامی و تشکیلاتی شورای نگهبان که انجام وظایف آن به تشخیص شورا متوقف بر آنها است، برعهده خود این شورا می‌باشد» (مجموعه اساسی، ۱۳۹۱: ۹۴). مطابق این نظریه تفسیری، شورای نگهبان صلاحیت مقررات‌گذاری در حوزه‌های مالی، اداری، استخدامی و تشکیلاتی شورای نگهبان را برای خویش شناسایی کرده است. به علاوه، شورای نگهبان با سلب صلاحیت قانون‌گذاری از مجلس شورای اسلامی به تخصیص صلاحیت عام تقنینی مجلس مبادرت کرده است (تقی‌زاده و سمیعان، ۱۳۹۴: ۵۱).

به‌منظور تحلیل نظریه تفسیری شورای نگهبان درباره صلاحیت مقررات‌گذاری آن نهاد، استناد به سایر نظریات شورای نگهبان درباره مفهوم تفسیر قانون و حدود صلاحیت مفسر می‌تواند مفید باشد. شورای نگهبان در مقام پاسخ به استعلام شماره ۷۸۱۰۸ مورخ ۲۲ اسفند ۱۳۷۳ رئیس‌جمهور وقت با ارائه نظریه تفسیری شماره ۷۶/۲۱/۵۸۳ مورخ ۱۰ خرداد ۱۳۷۶ درباره مفهوم تفسیر قوانین تصریح کرده است که مقصود از تفسیر، بیان مراد قانون‌گذار است، بنابراین، تزییق و توسعه قانون در مواردی که رفع ابهام قانون نیست، تفسیر تلقی نمی‌شود (مجموعه اساسی، ۱۳۹۱: ۱۱۶). لذا از منظر شورای نگهبان هدف از تفسیر یک متن، کشف مراد و مقصود گوینده است و مفسر قانون نمی‌تواند در قالب تفسیر و تحت عنوان بیان مراد مقنن به امر تقنین جدید مبادرت کند (نک: تقی‌زاده و بانسی، ۱۳۹۴: ۱۷). تبعیت از این منطق که برای ارائه طریق به مجلس شورای اسلامی به‌عنوان قانون‌گذار عادی و مفسر قانون عادی صادر شده، برای شورای نگهبان که مفسر قانون اساسی است و نه قانون‌گذار اساسی، بلکه به نمایندگی از قانون‌گذار اساسی به امر تفسیر قانون اساسی مبادرت می‌کند، بیشتر لازم است. اصول ۴، ۹۱ و ۹۹ قانون اساسی دارای هیچ‌گونه قاعده‌ای درباره صلاحیت مقررات‌گذاری شورای نگهبان نیست تا مفسر قانون اساسی بتواند در مقام

رفع ابهام یا اجمال آن‌ها قرار گیرد. به عبارت دیگر، اصول مورد استناد شورای نگهبان ارتباطی با صلاحیت وضع قواعد حقوقی یا مقررات‌گذاری ندارد که شورا در مقام تفسیر به رفع ابهام یا اجمال آن‌ها مبادرت کرده باشد.

درواقع شورای نگهبان در مقام تفسیر قانون اساسی صلاحیت جدیدی را برای خود تعیین کرده است که این تعیین صلاحیت به‌جای اینکه تفسیر قانون اساسی باشد، تقنین اساسی جدید است. وضع یا تغییر قانون اساسی در صلاحیت شورای نگهبان نیست، بلکه در صلاحیت قوه مؤسس نخستین یا قوه بازنگری قانون اساسی است (نک: عباسی، ۱۳۸۸: ۷۱-۷۰). لذا شورای نگهبان علاوه بر نقض اصول ۷۱ و ۱۳۸ قانون اساسی که به صلاحیت عام قانون‌گذاری مجلس شورای اسلامی و صلاحیت مقررات‌گذاری هیئت دولت و وزیران تصریح دارند، به تفاسیر خویش از قانون اساسی درباره صلاحیت مفسر قانون نیز پایبند نبوده است. تجربه سال‌ها اجرای قانون اساسی تا زمان صدور نظریه تفسیری مورخ ۱۹ تیر ۱۳۸۶ مؤید قانون‌گذاری‌های مجلس شورای اسلامی در حوزه‌های اداری و تشکیلاتی شورای نگهبان است که با مقاومت خاصی از سوی شورای نگهبان مبنی بر مغایرت با قانون اساسی مواجه نشده بود. در این راستا می‌توان به قانون تشکیلات شورای نگهبان مصوب ۱۰ آبان ۱۳۷۷ که در تاریخ ۲۰ تیر ۱۳۷۷ به تأیید شورای نگهبان رسیده است، اشاره کرد. این قانون مقرر می‌دارد: «شورای نگهبان می‌تواند به‌منظور انجام هرچه بهتر وظایفی که به‌موجب قانون اساسی برعهده دارد تشکیلات خود را تهیه و پس از تصویب مجلس شورای اسلامی به مرحله اجرا درآورد». نکته جالب توجه در این قانون این است که تهیه تشکیلات شورای نگهبان و درواقع پیشنهاد قانون به شورای نگهبان واگذار شده بود، حال آنکه صلاحیت پیشنهاد قانون در قانون اساسی به نمایندگان مجلس شورای اسلامی، هیئت دولت، ریاست قوه قضاییه در قالب لوایح قضایی و شورای عالی استان‌ها در حدود وظایف خود محصور است.

#### ۴. صلاحیت مقررات‌گذاری به‌منظور تأمین استقلال شورای نگهبان

در بسیاری از کشورها واضعان قانون اساسی برای نهادهای مشابه شورای نگهبان با عناوین شورا، دادگاه یا دیوان قانون اساسی که وظیفه صیانت از قانون اساسی را برعهده

دارند، صلاحیت وضع آیین‌نامه داخلی را شناسایی کرده‌اند. دیوان قانون اساسی فدرال آلمان دارای استقلال تنظیم آیین‌نامه داخلی خویش است که این موضوع در قالب تصمیم هیئت عمومی اتخاذ می‌شود (فرومون، ۱۳۸۷: ۱۳۰). پیرو اصلاحات قانون اساسی کشور ترکیه در سال ۲۰۱۰م صلاحیت وضع مقررات و آیین‌نامه داخلی به هیئت عمومی دادگاه قانون اساسی اعطا شد به‌گونه‌ای که اکنون بیشتر قواعد و جزئیات مربوط به ساختار و آیین رسیدگی و دادرسی، مصوب خود دادگاه است (خلف رضایی، ۱۳۹۳: ۱۸۲). در کشور صربستان، تنظیم مقررات و قوانین داخلی با دادگاه قانون اساسی است و تصویب این قوانین نیز با همین دادگاه است (وامنانی، ۱۳۹۱: ۱۰۲). فقدان صلاحیت مقررات‌گذاری شورای نگهبان به‌ویژه صلاحیت تدوین آیین‌نامه داخلی جلسات وی و اعطای این صلاحیت به نهاد دیگر می‌تواند استقلال این شورا را خدشه‌دار کند و زمینه تأثیرگذاری سایر نهادها بر این نهاد اساسی و تصمیمات وی را فراهم سازد. این نکته در ارائه نظریه تفسیری شورای نگهبان مبنی بر شناسایی صلاحیت این شورا برای تصویب ضوابط اداری، مالی، استخدامی و تشکیلاتی آن نیز لحاظ شده است.

تأمین استقلال نهاد صیانت از قانون اساسی در کیفیت انجام وظایف و اختیارات آن کاملاً تأثیرگذار است و باید مورد توجه قانون‌گذار اساسی قرار گیرد. به عبارت دیگر، واضعان قانون اساسی باید در مقام تعیین قواعد مربوط به نهاد متصدی صیانت از قانون اساسی به موضوع استقلال آن‌ها عنایت داشته باشند تا زمینه اتخاذ تصمیمات غیرجانبدارانه را برای محافظان قانون اساسی فراهم کنند. شناسایی صلاحیت مقررات‌گذاری به‌ویژه وضع آیین‌نامه داخلی مرجع صیانت از قانون اساسی می‌تواند برای تأمین استقلال آن‌ها بسیار مفید باشد. با وجود این، با استناد به این دغدغه مهم نمی‌توان صلاحیت مقررات‌گذاری شورای نگهبان را که قوه مؤسس شناسایی نکرده است، برای وی اثبات کرد. این نکته نیز قابل توجه است که قوانین اساسی کشورها درباره صلاحیت وضع آیین‌نامه داخلی برای متصدیان صیانت از قانون اساسی رویه یکسانی را اتخاذ نکرده‌اند. برخلاف کشورهایمانند آلمان و ترکیه که صلاحیت یادشده را به دادگاه‌های اساسی اعطا کرده‌اند، در فرانسه مطابق ماده ۶۳ قانون

اساسی<sup>۱</sup> صلاحیت یادشده به پارلمان اعطا شده است تا در قالب قانون ارگانیک تحت نظارت شورای قانون اساسی، به قانون‌گذاری در این حوزه مبادرت کند. وضعیت و چگونگی کارکرد دادگاه قانون اساسی اسپانیا نیز به‌موجب فصل نهم قانون اساسی (مواد ۱۵۹ تا ۱۶۵) و قانون ارگانیک مورخ ۳ اکتبر ۱۹۷۹ تبیین شده است (فاورو، ۱۳۸۹: ۱۲۳-۱۲۲). در برخی از کشورها مانند ایتالیا یا ایران صلاحیت یادشده برای نهاد صیانت از قانون اساسی در قانون اساسی مسکوت مانده است. به دلیل عدم تصریح به صلاحیت مقررات‌گذاری شورای نگهبان در قانون اساسی، اصل عدم صلاحیت در حقوق عمومی و صلاحیت عام قانون‌گذاری مجلس شورای اسلامی در جمهوری اسلامی ایران، شورای نگهبان فاقد صلاحیت مقررات‌گذاری از جمله تدوین آیین‌نامه داخلی خویش است.

## ۵. صلاحیت مقررات‌گذاری به استناد عرف اساسی

عرف به‌عنوان یکی از منابع حقوق شامل دو عنصر اساسی است که جمع آن‌ها برای ایجاد قاعده حقوقی ضروری است. این عناصر عبارت‌اند از: ۱. عنصر مادی یعنی عادتی که به مدت طولانی بین عموم مرسوم شود و همه در برابر واقعه معین آن را به‌کار بندند. عنصر مادی عرف در صورتی کامل است که عمومی و پایدار باشد. ۲. عنصر روانی یعنی عادت می‌تواند به‌عنوان عرف مورد استناد قرار گیرد که به اعتقاد کسانی که آن را رعایت می‌کنند، الزام‌آور باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۱۷۸). عرف اساسی برگرفته از رفتار و عملکرد حاکمان است و به مجموعه عادات ناشی از اعمال و رویه‌های اساسی الزام‌آور تعریف می‌شود یا به‌عنوان قاعده حقوقی نانوشته‌ای که برخاسته از رفتارهای مکرر همگون که قوای عمومی از آن‌ها تبعیت کرده یا در برابر آن‌ها خاموشی برمی‌گزینند، معرفی می‌شود. لذا ارکان عرف اساسی را به چهار عنصر که جمع آن‌ها برای ایجاد قاعده عرف اساسی ضروری است، تقسیم می‌کنند:

- تکرار: که باید در زمان نسبتاً طولانی اعمال شود.
- پیوستگی در تفسیر: تفسیر صورت‌گرفته در طول مدت انجام عادت باید همیشه یکسان باشد.

۱. ماده ۶۳ قانون اساسی جمهوری پنجم فرانسه مقرر می‌دارد: «یک قانون ارگانیک قواعد سازمانی و فعالیت شورای قانون اساسی، آیینی که در برابر وی باید رعایت شود و به‌ویژه مهلت‌های دسترسی برای ارجاع اعتراض‌ها به وی را تعیین می‌کند».

• روشنی در سبب تفسیر: تفسیر از عادت باید روشن باشد؛ یعنی در علل تفسیر هیچ ابهامی وجود نداشته باشد.

• احساس تکلیف یا اجماع میان نهادهای اساسی ذی نفع و افکار غالب حقوق دانان.

در صورت وجود چهار شرط یادشده، عرف می‌تواند نقصان‌های قواعد اساسی را برطرف کند (نک: عباسی، ۱۳۸۵: ۱۶۳).

عرف اساسی به عرف تکمیل‌کننده (مکمل) و عرف تعدیل‌کننده (ناسخ) قابل تقسیم است. عرف اساسی در جایگاه تفسیر یا تکمیل با پر کردن هرگونه خلأ و جبران نقص و کمبودهای قانون اساسی چه به لحاظ عقلی و چه به لحاظ عملی نقش مهمی در تأمین و تضمین سلامت قانون دارد (پروین، ۱۳۹۲: ۹۱). برای ملاحظه اینکه یک عرف تکمیلی است، نخست باید پذیرفت که در یک قانون نقایصی موجود است و امکان و ضرورت تکمیل آن وجود دارد. عرف‌ها می‌توانند این خلأها را پر کنند و به نظر می‌رسد که اینها باید جزء قواعد اساسی الزام‌آور قلمداد شوند. امکان اینکه عرف بتواند قاعده‌ای اساسی را نسخ یا نهادی را حذف یا اینکه هنجار یا نهاد جدیدی را تأسیس کند که در حقوق نوشته از آن یاد نشده باشد، از سوی دکتترین غالب رد شده است. اغلب حقوق دانان اساسی به این نکته ایمان دارند که عرف نقشی تکمیلی یا تفسیری دارد. در صورت خاموشی قانون اساسی نسبت به امری، عرف حکم آن را بیان می‌کند و در صورت ابهام، به تفسیر آن می‌پردازد. در این صورت عرف تکمیلی است و ناسخ نیست (عباسی، ۱۳۸۵: ۱۶۶). از نمونه‌های عرف اساسی در جمهوری اسلامی ایران، سخنرانی عالی‌ترین مقام قضایی کشور در هنگام ادای سوگند ریاست جمهوری در مجلس شورای اسلامی است (مدنی، ۱۳۸۶: ۴۶). قانون اساسی صرفاً به لزوم حضور اعضای شورای نگهبان و رئیس قوه قضاییه در مراسم تحلیف ریاست جمهوری تصریح کرده است (نک: اصل ۱۲۱ قانون اساسی).

عرف اساسی یکی از منابعی است که می‌تواند به منظور اثبات صلاحیت مقررات‌گذاری شورای نگهبان مورد استناد قرار گیرد. به عبارت دیگر، رفتار شورای نگهبان در مقررات‌گذاری از جمله وضع آیین‌نامه داخلی آن می‌تواند به استناد تعاریف ارائه شده برای

عرف اساسی توجیه شود؛ به این ترتیب که مرجع وضع آیین‌نامه داخلی برای شورای نگهبان در قانون اساسی مسکوت مانده است و نیاز مبرم شورا به آیین‌نامه داخلی برای انجام وظایف، شورا را به مقررات‌گذاری وادار کرده است. همچنین می‌توان چهار رکن لازم برای شکل‌گیری عرف اساسی، یعنی تکرار، پیوستگی در تفسیر، روشنی در سبب تفسیر و احساس تکلیف یا اجماع میان نهادهای اساسی ذی‌نفع و افکار اغلب حقوق‌دانان را که به آن‌ها در برخی تعاریف اشاره شده است درباره صلاحیت مقررات‌گذاری شورای نگهبان موجود دانست.

در مقابل تعاریف و نمونه‌های عملی ارائه‌شده از عرف اساسی، مخالفت‌هایی نیز از سوی برخی از استادان حقوق عمومی درباره عرف اساسی بیان شده است. موریس هوریو<sup>۱</sup> عرف قانون اساسی را به تقلبات قانون اساسی، انحرافات از وظایف و اختیارات نهادهای حکومتی و تغییر شکل روابط قوای عمومی تعبیر می‌کند. به نظر وی، عرف عبارت است از عملکردهای ساده‌ای و نه تغییردهنده حقوق، و حقوق فرانسسه نه عمل خلاف متن قانون را می‌پذیرد و نه نسخ قانون را به سبب عدم اجرای آن. آدمار اسمن<sup>۲</sup> نیز بر این باور است که چون قانون اساسی نوشته یک قانون بلکه یک قانون برتر است، هرگز نمی‌تواند مگر به وسیله یک قانون اساسی جدید و مطابق آیین بازنگری مقرر در آن نسخ شود (عباسی، ۱۳۸۵: ۱۶۵). کاره دومالبرگ<sup>۳</sup> مخالفت خود را شدیدتر اعلام می‌دارد: ویژگی قانون اساسی این است که قانونی است دارای اقتدار عالی، و مفهوم قانون اساسی بدون این شرط بی‌معنی است. بنابراین، میان قانون اساسی و عرف سازگاری وجود نخواهد داشت، زیرا عرف فاقد اقتدار و برتری است که این، ویژگی حقوق اساسی واقعی است. وی معتقد است که با وجود استناد برخی از حقوق‌دانان به عرف، باید خاطر نشان کرد که چنین چیزی در حقوق جایی ندارد (عباسی، ۱۳۸۵: ۱۶۶).

مخالفت‌ها با عرف اساسی را می‌توان به خوداعطایی صلاحیت مقررات‌گذاری شورای نگهبان گسترش داد. به نظر می‌رسد که عرف اساسی به معنای عرف ناسخ یا مکمل قانون

1. Maurice Hauriou  
2. Adhemar Esmein  
3. Carré de Malberg

اساسی در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران جایگاهی ندارد. عرف ناشی از رفتار حقوقی قوای عمومی کشور است (نک: پروین، ۱۳۹۲: ۸۲-۸۱). آیا می‌توان پذیرفت قوای عمومی کشور درحالی که ممکن است همگی آن‌ها تفکرات و تمایلات سیاسی یکسانی نیز داشته باشند، بتوانند با رفتارهای خویش قواعد حقوقی‌ای را ایجاد کنند که اعتباری هم‌سنگ با قانون اساسی داشته باشد؟ به‌علاوه، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران با شناسایی صلاحیت عام قانون‌گذاری مجلس شورای اسلامی با نقصان یا خلأ قانون به‌منظور تعیین مرجع وضع قوانین و مقررات درباره‌ی شورای نگهبان مواجه نیست. دغدغه‌های تأمین استقلال شورای نگهبان نیز می‌توانند در مقام نظارت اساسی بر مصوبات مجلس شورای اسلامی از سوی خود شورای نگهبان لحاظ شوند. تجربه‌ی قانون‌گذاری سابق مجلس شورای اسلامی در این حوزه از جمله قانون تشکیلات شورای نگهبان و ماده‌ی ۶۳ قانون اساسی جمهوری پنجم فرانسه دایر بر قانون‌گذاری ارگانیک پارلمان تحت نظارت شورای قانون اساسی می‌توانند در این راستا راهگشا باشند. به این ترتیب، از منظر اصول حقوق عمومی و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، شورای نگهبان فاقد صلاحیت مقررات‌گذاری است.

### نتیجه

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران درباره‌ی صلاحیت یا عدم صلاحیت مقررات‌گذاری شورای نگهبان سکوت کرده است. با وجود این، شورای نگهبان راساً یا با مأموریت قانون‌گذار عادی بارها به مقررات‌گذاری مبادرت نموده است. پرسش این است که آیا مطابق اصول حقوق عمومی و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران شورای نگهبان دارای صلاحیت مقررات‌گذاری است؟ موافقان صلاحیت مقررات‌گذاری شورای نگهبان می‌توانند به شناسایی صلاحیت مقررات‌گذاری از طریق قوانین، صلاحیت نهادهای اساسی مشابه برای مقررات‌گذاری، شناسایی صلاحیت مقررات‌گذاری از سوی مفسر قانون اساسی، صلاحیت مقررات‌گذاری به‌منظور تأمین استقلال شورای نگهبان و صلاحیت مقررات‌گذاری به استناد عرف اساسی در مقام اثبات صلاحیت مقررات‌گذاری شورای نگهبان استناد کنند. با وجود این، با نظر به دلایل زیر، صلاحیت مقررات‌گذاری شورای نگهبان اثبات نمی‌شود:



- قانون‌گذار اساسی در اصل ۱۰۸ قانون اساسی به شورای نگهبان صلاحیت مقررات‌گذاری اعطا نکرده است، بلکه به فقهای شورا مأموریت داده است تا متن پیشنهادی اولین قانون انتخابات و آیین‌نامه داخلی جلسات خبرگان را تهیه و تصویب و برای تصویب نهایی به مقام رهبری ارائه کنند. افزون بر این، با استناد به مبادرت قوانین عادی به شناسایی صلاحیت مقررات‌گذاری برای شورای نگهبان نمی‌توان صلاحیت را اثبات کرد، زیرا قانون‌گذاری عادی باید با رعایت حدود مقرر در قانون اساسی به شناسایی صلاحیت مقررات‌گذاری برای مقامات و نهادهای اساسی اقدام کند.
- صلاحیت مقررات‌گذاری و مشارکت در قانون‌گذاری نهادهایی مانند مجمع تشخیص مصلحت نظام یا شورای عالی امنیت ملی نمی‌تواند مؤید صلاحیت مقررات‌گذاری شورای نگهبان باشد، زیرا قانون اساسی به صلاحیت این نهادها تصریح کرده است. با وجود این، مقررات مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام در قالب ذیل اصل ۱۰۲ قانون اساسی و مصوبات شورای عالی امنیت ملی در قالب ذیل اصل ۱۷۶ قانون اساسی بدون تأیید مقام رهبری معتبر و قابل اجرا نیستند.
- نظریه شورای نگهبان مبنی بر صلاحیت این نهاد برای تصویب ضوابط و مقررات مالی، اداری، استخدامی و تشکیلاتی شورای نگهبان در مقام تفسیر اصول ۴، ۹۱ و ۹۹ قانون اساسی به استناد ملاک نظریه تفسیری مورخ ۱۰ خرداد ۱۳۷۶ درباره حدود صلاحیت مفسر قانون و اصول عمومی تفسیر قوانین فاقد وجاهت قانون اساسی است. اصول ۴، ۹۱ و ۹۴ قانون اساسی دارای هیچ‌گونه قاعده‌ای درباره صلاحیت مقررات‌گذاری شورای نگهبان نیست تا مفسر قانون اساسی بتواند در مقام رفع ابهام یا اجمال آن‌ها قرار گیرد. شورای نگهبان در مقام تفسیر قانون اساسی صلاحیت جدیدی را برای خود تعیین کرده که این تعیین صلاحیت، تقنین اساسی جدید و در صلاحیت قوه مؤسس نخستین یا قوه بازنگری قانون اساسی است. به‌علاوه، نظریه تفسیری شورای نگهبان با اصل بی‌طرفی معنوی و ذی‌نفع نبودن مقام مفسر از نتایج حاصله از تفسیر (اصل عدالت طبیعی) مغایرت دارد.

▪ دغدغه تأمین استقلال شورای نگهبان نمی‌تواند به دلیل عدم تصریح به صلاحیت مقررات‌گذاری شورای نگهبان در قانون اساسی، اصل عدم صلاحیت در حقوق عمومی و صلاحیت عام قانون‌گذاری مجلس شورای اسلامی برای اثبات صلاحیت مقررات‌گذاری شورا کفایت کند. به‌علاوه، قوانین اساسی سایر کشورها نیز رویه یکسانی درباره صلاحیت مقررات‌گذاری متصدیان صیانت از قانون اساسی اتخاذ نکرده‌اند.

▪ عرف اساسی نمی‌تواند صلاحیت مقررات‌گذاری شورای نگهبان را اثبات کند، زیرا از یک سو، عرف نمی‌تواند ناسخ قانون اساسی مدون باشد و از دیگر سو، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران با شناسایی صلاحیت عام قانون‌گذاری مجلس شورای اسلامی با نقصان یا خلأ قانون به‌منظور تعیین مرجع وضع قوانین و مقررات برای شورای نگهبان مواجه نیست. به این ترتیب، از منظر اصول حقوق عمومی و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، شورای نگهبان فاقد صلاحیت مقررات‌گذاری است. در مقام تکمیل نتیجه‌گیری، شایان ذکر است که قانون اساسی با شناسایی صلاحیت عام قانون‌گذاری مجلس شورای اسلامی و صلاحیت گسترده آیین‌نامه‌گذاری برای بسیاری از مقامات و نهادهای اجرایی، اگرچه به شناسایی حوزه‌های صرفاً تقنینی مبادرت کرده، ولی از تعیین حوزه‌های اختصاصی برای آیین‌نامه‌گذاری به‌گونه‌ای که مجلس شورای اسلامی از صلاحیت ورود به آن حوزه‌ها ممنوع باشد، خودداری کرده است. لذا برخلاف نظر بسیاری از حقوق‌دانان و رویه برخی از نهادهای اساسی، تمایز بین امر تقنینی و امر اجرایی به معنای وجود حوزه‌های دارای ماهیت صرف اجرایی و در نتیجه حوزه‌های اختصاصی مقررات‌گذاری، از قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران استنباط نمی‌شود. این برداشت از قانون اساسی، با اصل حاکمیت قانون اساسی و طبقه‌بندی قوانین سازگاری بیشتری دارد.

## منابع و مأخذ

۱. آیین‌نگینی، حسین (۱۳۹۳)، «واکوی مفهومی کلیدواژگان چندمعنا در قانون اساسی (بررسی واژه مقررات)»، *پژوهشکدهٔ شورای نگهبان*، گزارش پژوهشی شماره ۱۶۱، ۱۳۹۳، مورخ ۱۱ دی ۱۳۹۳.
۲. بلوی، مهدی و سعید، سیده زهرا (۱۳۹۵)، «بررسی عدم صلاحیت وضع مقررات توسط رئیس‌جمهور در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران»، *فصلنامهٔ دانش حقوق عمومی*، شماره ۱۶.
۳. پروین، خیرالله (۱۳۹۲)، «از قانون اساسی عرفی تا عرف حقوق اساسی»، *فصلنامهٔ حقوق*، شماره ۲.
۴. تقی‌زاده، جواد و بانسی، حسن (۱۳۹۴)، «حدود صلاحیت مجلس شورای اسلامی در مقام تفسیر قانون از منظر شورای نگهبان»، *دوفصلنامهٔ دانش حقوق عمومی*، شماره ۱۲.
۵. تقی‌زاده، جواد و سمیعان، فاطمه (۱۳۹۴)، «تخصیص صلاحیت تقنینی مجلس شورای اسلامی در نظم اساسی ایران»، *مجلهٔ پژوهش‌های حقوقی*، شماره ۲۷.
۶. خلف رضایی، حسین (۱۳۹۳)، «دادرسی اساسی تطبیقی مطالعه‌ی مبانی، ساختارها و صلاحیت‌های نهاد دادرسی اساسی»، *پژوهشکدهٔ شورای نگهبان*.
۷. راسخ، محمد و حسینی کرانی، سیدمجتبی (۱۳۹۴)، «مفهوم رگولاسیون در قلمرو حقوق»، *دوفصلنامهٔ دانشنامهٔ حقوق اقتصادی*، سال بیست و دوم، شماره ۸.
۸. زارعی، محمدحسین و شمس، عرفان (۱۳۹۲)، «درآمدی بر مفاهیم و نظریه‌های مقررات‌گذاری اقتصادی»، *مجلهٔ تحقیقات حقوقی*، دورهٔ شانزدهم، شماره ۶۲.
۹. *صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران* (۱۳۶۴)، جلد ۲، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی.
۱۰. عباسی، بیژن (۱۳۸۵)، «عرف در حقوق اساسی»، *نشریهٔ حقوق اساسی*، سال چهارم، شماره ۶ و ۷.
۱۱. عباسی، بیژن (۱۳۸۸)، *مبانی حقوق اساسی*، تهران: جنگل - جاودانه.

۱۲. علینقی، امیرحسین (۱۳۷۸)، *نظارت بر انتخابات و تشخیص صلاحیت داوطلبان*، تهران: نشر نی.
۱۳. فاورو، لویی (۱۳۸۵)، «اساسی‌سازی حقوق فرانسه»، مترجم: جواد تقی‌زاده، *نشریه حقوق اساسی*، سال چهارم، شماره ۶ و ۷.
۱۴. فاورو، لویی (۱۳۸۹)، *دادگاه‌های قانون اساسی*، مترجم: علی‌اکبر گرجی، تهران: جنگل - جاودانه.
۱۵. فرومون، میشل (۱۳۸۷)، «دیوان قانون اساسی آلمان»، مترجم: جواد تقی‌زاده، *نشریه حقوق اساسی*، سال هفتم، شماره ۹.
۱۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶)، *مقدمه علم حقوق*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۷. مدنی، جلال‌الدین (۱۳۶۶)، *حقوق اساسی در جمهوری اسلامی ایران*، جلد ۴، تهران: سروش.
۱۸. مدنی، جلال‌الدین (۱۳۸۶)، *حقوق اساسی و نهادهای سیاسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: پایدار.
۱۹. موسی‌زاده، رضا (۱۳۸۱)، *حقوق اداری (کلیات)*، تهران: میزان.
۲۰. معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات معاونت حقوقی ریاست جمهوری (۱۳۹۱)، *مجموعه اساسی*، تهران: اداره چاپ و انتشار معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات.
۲۱. واعظی، سید مجتبی (۱۳۸۹)، «مطالعه تطبیقی وضع آیین‌نامه با تأکید بر نظام‌های حقوقی فرانسه و ایران»، *فصلنامه حقوق تطبیقی*، شماره ۷۹.
۲۲. واماننی، محمود (شهریور ۱۳۹۱)، *ترکیب نهادهای متصدی صیانت از قانون اساسی در الگوی اروپایی دادرسی اساسی*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران.
۲۳. هاشمی، سید محمد (۱۳۸۹)، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، ج ۲، تهران: میزان.