



قوه قضائیه  
دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری  
نو

پایان نامه دوره کارشناسی ارشد (M.A)

رشته حقوق عمومی

# نقش سلبی شورای نگهبان در قانون گذاری

استاد راهنما:

دکتر مصطفی منصوریان

استاد مشاور:

دکتر محمدرضا اصغری شورستانی

دانشجو:

محمد رهنما خلیفه‌لو

دی ۱۴۰۳

# دستورالعمل برای ارائه پیشنهادها و رساله‌های تحصیلات تکمیلی و صیانت از حقوق پدیدآوران در آنها (وزارت علوم، تحقیقات، فناوری به شماره ۱۹۵۹۲۹/۱ و تاریخ ۱۳۹۵/۹/۶)

## چکیده

پارلمان‌ها در وضع قوانین نقش مهمی در نظام‌های حقوقی مختلف ایفا می‌کنند. در کنار پارلمان‌ها، دادرسان اساسی نیز در عمده‌ی کشورها و نظام‌های حقوقی پیش‌بینی شده‌اند تا از سند مورد وفاق ملی و حقوق افراد پاسداری به‌عمل آورند و مانع از انحرافات پارلمان بشوند. ولی در همین رابطه نخستین بار کلسن اتریشی مطرح کرد که دادگاه‌های قانون اساسی به‌دلایلی ممکن است از کارویژه خود فاصله بگیرند و با دخالت سلبی در امر قانون‌گذاری به «قانون‌گذاران منفی» تبدیل شوند. موارد متعددی نیز در رویه‌ی دادگاه‌های قانون اساسی در اروپا یا سایر نقاط می‌توان یافت تا شاهی بر صدق این ادعا باشد. این پایان‌نامه درصدد پاسخ به این پرسش است که شورای نگهبان در چه شرایط و مواردی ممکن است به شکل سلبی در قانون‌گذاری ایفای نقش کند. پژوهش حاضر از نوع توصیفی - تحلیلی است و با استفاده از روش کتابخانه‌ای با استناد به کتب، مقالات و قوانین مختلف به تحقیق در این حوزه می‌پردازد. یافته‌های این پژوهش بیان‌گر آن است که با توجه به معیارهای قانون‌گذاری سلبی و با نگاهی به برخی آرای شورای نگهبان، مواردی وجود دارد که این نهاد همچون دادرسان اساسی دیگر کشورها به مثابه قانونگذار سلبی ظاهر شده است. معیارهای ارائه شده برای تشخیص قانون‌گذاری سلبی در این پایان‌نامه عبارت هستند از: سلب خلاقیت پارلمان در تقنین، مصلحت‌سنجی دادرس اساسی، تبدیل دادرس اساسی به قانون‌گذار سلبی از رهگذر تفسیر و مداخله نامناسب دادرس اساسی در موارد سکوت و اجمال قانون اساسی.

## کلیدواژگان

قانون‌گذاری سلبی، دخالت در قانون‌گذاری، دادرسی اساسی، شورای نگهبان، نظارت بر قوانین، صیانت از قانون اساسی، تفسیر قانون اساسی، قانون‌گذاری منفی.

## فهرست اجمالی مطالب

مقدمه.....	۵
فصل اول: قانون‌گذاری سلبی؛ مفهوم‌شناسی و مبنای توجیه‌ناپذیری.....	۱۶
مبحث اول: مفهوم‌شناسی قانون‌گذاری سلبی.....	۱۶
مبحث دوم: توجیه‌ناپذیری قانون‌گذاری سلبی.....	۲۸
برآیند فصل اول.....	۴۸
فصل دوم: ضوابط بازشناسی قانون‌گذاری سلبی با تأکید بر نظرات شورای نگهبان.....	۵۰
مبحث اول: نگاهی به کارویژه‌های مرتبط شورای نگهبان در امر قانون‌گذاری.....	۵۱
مبحث دوم: اهمیت هرمنوتیک متن در ارتباط با اعمال صلاحیت دادرسی اساسی.....	۵۹
مبحث سوم: معیارهای تحقق قانون‌گذاری سلبی.....	۶۸
برآیند فصل دوم.....	۹۴
نتایج و پیشنهادها.....	۹۶
الف - نتایج.....	۹۶
ب - پیشنهادها.....	۹۹
منابع و مآخذ.....	۱۰۱
پیوست نخست: دادگاه قانون اساسی ایتالیا به مثابه قانونگذار سلبی.....	۱۱۰
پیوست دوم: تأملی بر اثر ابطال قانون توسط دادرسی اساسی در ارتباط با قانون‌گذاری سلبی.....	۱۲۸
فهرست تفصیلی مطالب.....	۱۵۱

## مقدمه

### الف. تبیین موضوع تحقیق

اساساً تقنین امری است که در صلاحیت نهاد صالح برای وضع قانون یعنی مجلس قانون‌گذاری (اصل ۸۵ قانون اساسی) قرار دارد. اصل این موضوع در تمام نظام‌های حقوقی پذیرفته شده و به کیفیات مختلفی اجرا و اعمال می‌شود. پارلمان‌ها در راستای عمل به این مسئولیت اساسی و ذاتی خود بنابر مصالح کشور، در حوزه‌های مورد نیاز اقدام به قانون‌گذاری می‌کنند که از این موضوع می‌توان تحت عنوان «قانون‌گذاری ایجابی» یا «قانون‌گذاری مثبت» یاد کرد.

دادرسی اساسی نیز به شیوه‌ها، روش‌ها و نهادهایی گفته می‌شود که ارزش قانون اساسی را به‌عنوان قانون بالادستی برای مردم‌سالار بودن یک نظام حقوقی و اجرای مفاد این میثاق ملی و صیانت از ارزش‌های بنیادین یک نظام سیاسی را تضمین می‌کند که الگوهای مختلفی - سیاسی و قضایی - در این راستا پیش‌بینی شده است.<sup>۱</sup> مبانی، ساختارها و صلاحیت‌های هر الگو به‌طور کلی و هر کشور در نوع خود تفاوت‌های چشمگیری دارد ولی نقطه‌ی تلاقی همه‌ی این تفاوت‌ها، «اصل حاکمیت قانون اساسی» و صیانت از آن است. اساساً دادرسی اساسی برای این مهم در نظام‌های حقوقی پیش‌بینی شده که از اراده برتر ملت (قانون اساسی) و حقوق مصرح در آن در برابر استبداد و کج‌روی احتمالی مجلس قانون‌گذاری دفاع کند تا تضمینی باشد بر حقوق ملت و مردم‌سالار بودن اداره امور ملت.

گرچه وجود مجالس مشورتی و نظایر آن در تاریخ نمونه‌های بسیاری دارد ولی می‌توان گفت آغاز شکل‌گیری مجالس قانون‌گذاری مدرن یعنی - مجالسی با این اختیارات و کارکردهای امروزی - به زمان

---

<sup>۱</sup> غمامی، محمد مهدی و منصوریان، مصطفی، «مفاهیم، مبانی و الگوهای دادرسی اساسی»، دادرسی اساسی تطبیقی؛ مطالعه مبانی، ساختارها و صلاحیت‌های نهاد دادرسی اساسی، چاپ دوم، انتشارات پژوهشکده شورای نگهبان، تهران، ۱۳۹۸، صص ۵۶-۳۷.

انقلاب آرام انگلیس<sup>۱</sup> در سال ۱۶۸۸ برمی‌گردد که در نتیجه این انقلاب، پس از درگیری‌ها و کشمکش‌های داخلی فراوان بین فئودال‌ها و حامیان سلطنت از یک سو و تجار و بورژواها از سوی دیگر، و پس از برقراری کوتاه‌مدت جمهوری کرامول و بازگشت استوارت‌ها به عنوان «شاه مشروطه»، این انقلاب بورژوازی به یک نتیجه نو و شگرف رسید و آن تقویت مجلس عوام به‌عنوان پایگاه طبقه متوسط بود.<sup>۲</sup> بورژوازی و طبقه‌ی متوسط اروپایی به‌لحاظ آموزه از جنبش خردگرائی رایج در آن زمان مایه می‌گرفت که حمله‌ای مهیب و فرساینده به صاحبان کهن قدرت - یعنی پادشاهان و آریستوکرات‌ها - وارد آورده بود و ویژه‌ترین شیوه‌ی آن حکومت پارلمانی بود؛ و هدفش از تعقیب ترتیبات قانونی و حکومت قانون جستن وسیله‌ای برای بیان منافع و عقاید طبقه‌ی متوسط، وسیله‌ای برای اصلاحات اجتماعی و امنیتی تضمین شده در برابر فرمانروایان بود.<sup>۳</sup> انقلاب «آرام» بریتانیا که به‌خصوص تحت تأثیر لاک قرار داشت، به‌دنبال تحدید اختیارات شاه و افزایش نقش پارلمان در اداره کشور بود. البته در آغاز، اختیارات پارلمان در بسیاری موارد همچون بودجه بسیار محدود بود. به این عبارت که میزان اعتبارات توسط پارلمان تصویب می‌شد ولی اجرای آن کاملاً در اختیار شاه بود و وی می‌توانست برحسب اولویت‌های شخصی این اعتبارات را به کار برد اما با افزایش صلاحیت مالی و بودجه‌ای پارلمان نظارت در نحوه‌ی هزینه‌ها نیز مورد توجه قوه‌ی مقننه قرار گرفت و تعیین موارد هزینه این اعتبارات نیز برعهده پارلمان قرار گرفت به‌طوری که حتی جابجایی اعتبارات از ماده‌ای به ماده دیگر نیز مقید و مشروط گردید و حتی در مواردی ممنوع شد تا دولت‌ها نتوانند برحسب میل خود اقدام کنند.<sup>۴</sup>

---

<sup>۱</sup>. به انگلیسی: *Glorious Revolution*؛ این انقلاب چون بدون درگیری به سرانجام رسید به انقلاب بدون خون‌ریزی، شکوهمند یا آرام موسوم شده است.

<sup>۲</sup>. جی. شولتز، هارولد، تاریخ انگلستان، ترجمه عباسقلی غفاری‌فرد، چاپ چهارم، انتشارات نگاه، تهران، مهر ۱۴۰۰، صص ۱۹۸-۱۹۶.

<sup>۳</sup>. تامسن، دیوید، اروپا از دوران ناپلئون، ترجمه‌ی خشایار دیهیمی و احمد علیقلیان، جلد اول، چاپ هشتم، نشر نی، تهران، ۱۴۰۰، صص ۱۵۵.

<sup>۴</sup>. قاضی شریعت پناهی، ابوالفضل، بایسته‌های حقوق اساسی، چاپ پنجاه و نهم، نشر میزان، تهران: ۱۳۹۸، صص ۲۲۳.

اما همان‌طور که اشاره شد بعدها جهت جلوگیری از انحراف احتمالی پارلمان‌ها و استبداد پارلمانی، نهاد «دادرسی اساسی» هم به وجود آمد. در ایران نیز توجه به اصل حاکمیت قانون اساسی به دوران مشروطه بازمی‌گردد. هرچند قانون اساسی مشروطه با متمم خود، فی‌نفسه یک قانون اساسی آمیخته به استبداد و در خدمت آن به حساب می‌آمد، اما واقعیت آن است که قانون اساسی بدون تضمین «حاکمیت قانون اساسی» همواره در معرض نقض و تعرض خواهد بود؛ چنانکه تمام بازنگری‌های قانون اساسی و قوانین متعددی که از زمان تصویب قانون اساسی مشروطه تا الغای آن وضع شد، این نقیصه را برطرف نکرد. با انقلاب اسلامی ایران و عبرت قانون‌گذار اساسی از دوره‌ی انقلاب مشروطه و اصل دوم متمم قانون اساسی مشروطه، نهادی پیش‌بینی شد تا «نگهبان» قانون اساسی و مبانی ارزش آن باشد؛ چراکه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مبین نهادهای فرهنگی، اجتماعی، سیاسی و اقتصادی جامعه‌ی ایران بر اساس اصول و ضوابط اسلامی است که انعکاس خواست قلبی امت اسلامی می‌باشد. «شورای نگهبان» نهادی است که فعالیتش را از ۲۶ تیر ۱۳۵۹ به منظور تضمین اصل «حاکمیت شرع و قانون اساسی» شروع کرده است؛ نهادی ارزشمند که به قیمتی گزاف در تاریخ قانون اساسی ایران به دست آمده است.

اما از اوایل قرن گذشته سؤالاتی درباره دادرسی اساسی و کارکرد آن پدید آمده است؛ نخستین زمره و طرح بحث، از آن کلسن<sup>۱</sup> اتریشی بود که بیان کرد گاهی دادگاه قانون اساسی از کارویژه خود فراتر می‌رود و علاوه بر نظارت و ابطال مصوبات و قوانین مخالف قانون اساسی، به شکل غیرمستقیم وارد طراحی و وضع قانون نیز می‌شود؛ یعنی در ضمن ابطال قانون، قانون‌گذار عادی را در وضعیتی قرار می‌دهد که برای مواجه نشدن با ابطال قانون، انتخابی جز تصویب قانونی با کیفیات مدنظر دادرسی اساسی نداشته باشد؛ به‌طور خلاصه کلسن بر این نظر بود که هرچند ابطال مواد یک مصوبه قانونی به دلیل مغایرت یا عدم تطابق با قانون اساسی، در طی یک فرایند قضایی و توسط دادرسی اساسی انجام می‌پذیرد ولی در واقع این عمل دارای یک نوع خصلت تقنینی است، چرا که با حذف یک یا چند ماده قانونی، کلیت یک مصوبه قانونی را دستخوش تغییر و تعدیل قرار می‌دهد. کلسن از این فرایند و این تأثیر بر امر

---

<sup>۱</sup>. Hans Kelsen (October 11, 1881 – April 19, 1973).

قانون‌گذاری، تحت عنوان «قانون‌گذاری سلبی یا منفی»<sup>۱</sup> یاد کرد.<sup>۲</sup> یاد کردن از دادگاه قانون اساسی توسط کلسن تحت عنوان قانون‌گذار منفی، نشان‌دهنده توجه دقیق او به مسائل فنی پیرامون ابطال قوانین توسط نهادهای دادرسی اساسی است و این مسئله - امکان ابطال قانون صادره از سوی قوه‌ی مقننه توسط نهادی دیگر - به منزله محدودیت قابل توجه قدرت قوه‌ی مقننه است؛ امری که توسط نهادی صورت می‌پذیرد که ممکن است دارای اصول و رویکردهایی کاملاً متفاوت از مجلس منتخب مردم باشد؛ این همان پدیده‌ای است که «قانون‌گذاری سلبی یا منفی» نام نهاده می‌شود و در این تحقیق سعی بر بررسی و تحلیل آن و چگونگی بازتاب این موضوع در رویه شورای نگهبان داریم.

لازم به ذکر است که در این پژوهش منظور از «قانون‌گذاری منفی»، به معنای قانون‌نویسی و قانون‌گذاری بد و نادرست نیست بلکه منفی در معنای «سلبی» آن است، در برابر قانون‌گذاری مثبت یا ایجابی.

## ب. ضرورت و اهداف تحقیق

در این پایان‌نامه به موضوعی توجه شده است که سابقه پژوهشی در دانشگاه‌ها و مؤسسات آموزشی ایران ندارد و علی‌رغم اهمیت آن، در سایر کشورها نیز تحقیقات چندان زیادی در این باب یافت نمی‌شود. به همین دلیل پیش از پرداختن به نظام حقوقی ایران باید به موضوعات ذیل بپردازیم:

- مقصود از قانون‌گذار سلبی چیست؟
- دادرسی اساسی در چه فرضی در نقش و لباس قانون‌گذار ظاهر می‌شود؟

---

<sup>1</sup>. Negative Legislation.

<sup>2</sup>. Kelsen, Hans, 'On the Nature and Development of Constitutional Adjudication' in L. Vinx (Ed.), *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 46.

- وجه ممیزه و راه تشخیص قانون‌گذاری منفی توسط نهاد دادرسی اساسی چیست؟ به بیان دیگر، در چه شرایطی می‌توان ادعا کرد که پارلمان و دادرسی اساسی هریک در حال ایفای نقش خویش هستند و در چه صورتی می‌توان گفت دادرسی اساسی در نقش قانون‌گذار سلبی ظاهر شده است؟
- آیا قانون‌گذاری سلبی در نظام حقوقی ایران و در عملکرد شورای نگهبان یافت می‌شود؟

همچنین باید توجه داشت که در اینجا قطعیتی وجود ندارد و علت آن است که اگر ما یک رویه دادرسی اساسی را نمونه‌ای از قانون‌گذاری سلبی عنوان کنیم، در اینجا به علت اختلاف در تحلیل و تفسیر، ممکن است کسی ایراد کند که به‌هرحال این اختیارات منشأ قانون اساسی دارد و شورا بر طبق همان اصول قانون اساسی و تفاسیرش عمل کرده که این اختلاف نیز امری طبیعی است و ریشه در عدم قطعیت در علوم انسانی و تجربی دارد. دادرسی اساسی اساساً پیش‌بینی می‌شود تا اطمینان حاصل شود که شخص یا نهادی چهارچوب‌ها و محتوای قانون اساسی را نقض نمی‌کند و حقوق افراد و گروه‌ها که مورد حمایت قانون‌گذار اساسی واقع شده مورد تعرض قرار نمی‌گیرد. به این ترتیب، در راستای تضمین احترام و برتری قانون اساسی، مجموعه‌ای از فرایندها تحت عنوان دادرسی اساسی در هر نظام حقوقی مستقر می‌شود تا در قالب نهادی حاکمیتی اعمال وظیفه کند و باید گفت قانون اساسی بدون روش مؤثر دادرسی اساسی، قانون اساسی نیست و فقدان این نهاد به فقدان تضمین حقوق بنیادین ختم می‌شود.<sup>۱</sup>

ولی گاهی، دادرسی اساسی از این کارویژه ذاتی خود فراتر رفته و به شکل سلبی، خود را در امر تقنین دخیل می‌کند؛ یعنی خواه به علت موسع بودن دایره مفاهیم اشاره شده در قانون اساسی باشد یا به هر علت دیگری، دادرسی اساسی به این رویکرد و نتیجه می‌رسد که یک مصوبه را به علت عدم تطابق با روح یا مفاهیم کشار قانون اساسی یا مقصود احتمالی قانون‌گذار اساسی رد کند، زیرا به نظر این نهاد چنین برداشت و تفسیری از قانون اساسی بعید نیست. به عبارت دیگر، سیالیت یا ابهام مفاهیم و همچنین

---

<sup>۱</sup> غمامی، سید محمد مهدی و منصوریان، مصطفی، مفاهیم، مبانی و الگوهای دادرسی اساسی، دادرسی اساسی تطبیقی: مطالعه مبانی، ساختارها و صلاحیت‌های نهاد دادرسی اساسی، ص ۱۹.

وسعت مصادیق یک مفهوم می‌تواند موجب شود دادرس اساسی خود را ملزم به مداخله در طیف قابل توجهی از موضوعات مربوط به تقنین و سیاست‌گذاری ببیند و گاه حتی از مقصود اولیه قانون‌گذار اساسی فراتر رفته و سخت‌گیری بیشتری را اعمال کند.<sup>۱</sup> در نتیجه هرچه دادرس اساسی بیشتر به این سمت حرکت کند در طرف دیگر قانون‌گذار عادی (پارلمان) کمتر می‌تواند خلاق باشد و در نتیجه، کمتر اقدام به تقنین کرده یا مصالح مورد نظر خود را در دایره محدودتری می‌تواند اعمال کند؛ به این ترتیب و در نتیجه این نوع ابطال‌های سخت‌گیرانه نقش «قانون‌گذاری منفی» دادرس قانون اساسی برجسته‌تر خواهد شد.<sup>۲</sup> در گسترده‌ترین شکل خود، «قانون‌گذار منفی» می‌تواند همچون پارلمان به یک قانون‌گذار نیز تبدیل شود؛ این اتفاق زمانی رخ می‌دهد که وسعت مصادیق و تفسیرهای سخت‌گیرانه نهاد پاسدار قانون اساسی، بسیار زیاد باشد و در نتیجه قانون‌گذار عادی در موقعیتی قرار داده شود که در تدوین قانون، تنها یک انتخاب در پیش روی خود داشته باشد. در این حالت پارلمان عملاً حق انتخاب دیگری نخواهد داشت و طبعاً در فرآیند تدوین قانون هم خلاقیت خاصی نمی‌تواند به خرج دهد و در نهایت چیزی تصویب می‌شود که مدنظر دادرس اساسی به منزله قانون‌گذار منفی است؛ چراکه دادرس اساسی به طور غیرمستقیم قانون‌گذار را وادار به اتخاذ همان گزینه مدنظر خود کرده است و اگر قانون‌گذار عادی چیز دیگری انتخاب و تدوین کند، منتج به ابطال مصوبه خواهد شد.

با این تفصیل ضروری است در خصوص اعمال صلاحیت نهادهای دادرس اساسی (مراجع قضایی یا دادگاه‌های قانون اساسی در الگوی قضایی یا شوراهای قانون اساسی در الگوی غیرقضایی) معیارها و ضوابطی را ارائه کرد که مشخص نماید این نهادها در چه صورتی به درستی مشغول به ایفای وظایف ذاتی خود در امر پاسداری از قانون اساسی بوده و در چه فرضی به مثابه قانون‌گذار منفی ظاهر شده و در امر تقنین دخالت می‌کنند. لذا این پژوهش ضمن بررسی مفهوم قانون‌گذاری منفی در صدد است

---

<sup>1</sup>. Fernós, Farinacci, "Constitutionally Required Judicial Activism", University at Buffalo Scholl of Law, n.7, 2019, p. 68.

<sup>2</sup> Ibid, p. 58.

ضوابط و معیارهای تحقق این امر را بررسی کرده و در این راستا به نحو مقتضی به رویه شورای نگهبان به عنوان پاسدار قانون اساسی در امر تقنین اشاره داشته باشد.

### ج. سؤالات تحقیق

#### آ. سؤال اصلی

شورای نگهبان در چه شرایط و مواردی ممکن است به عنوان قانون‌گذار سلبی قلمداد شود؟

#### ب. سؤالات فرعی

۱- چارچوب حاکم بر قانون‌گذاری منفی و معیارهای بازشناسی آن از قانون‌گذاری مثبت چیست؟

۲- چه مواردی را در رویه شورای نگهبان می‌توان به مثابه قانون‌گذاری منفی قلمداد کرد؟

### د. فرضیه‌های تحقیق

#### آ. فرضیه اصلی

قانون‌گذاری منفی پدیده‌ای است که در آن نهاد دادرسی اساسی با تفسیر خاصی از قانون اساسی یا مصلحت‌اندیشی و نظائر اینها نظر خود بر قانون‌گذار را تحمیل کرده و به نوعی در امر قانون‌گذاری دخالت می‌کند. به نظر می‌رسد می‌توان این پدیده را در برخی نظریات شورای نگهبان - مانند اظهار نظرهای شورا در خصوص شرایط انتخاب‌شوندگان در قانون انتخابات مجلس - مشاهده کرد. این امر نیازمند تتبع بیشتر در رویه شورا با رعایت معیارهای مربوطه در این پژوهش است.

## ب. فرضیه‌های فرعی

- ۱- نهاد دادرسی اساسی وظیفه‌ی کنترل مصوبات پارلمان (قانون‌گذار مثبت) را برعهده دارد تا از چارچوب مورد وفاق قانون اساسی خارج نشوند؛ ولی اگر دادرسی اساسی فی‌المثل با تفاسیر موسع از صلاحیت خود یا هر دلیل دیگری، تنها یک انتخاب برای پارلمان در تصویب قانون باقی گذاشته باشد، می‌توان گفت در طراحی قانون وارد شده و پدیده «قانون‌گذاری منفی» محقق شده است.
- ۲- محتمل است در مواردی بتوان این شورا را به مثابه قانون‌گذار سلبی در نظر گرفت؛ برای نمونه نظرات شورای نگهبان در ارتباط با بندهای ۱ و ۲ ماده ۲۸ قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی می‌تواند مثالی از پدیده «قانون‌گذاری منفی» قلمداد شود؛ هرچند نیازمند بررسی بیشتر است.

## ث. پیشینه تحقیق

با سیری در مقالات و پژوهش‌ها به زبان فارسی درمی‌یابیم که در هیچ اثری به پدیده‌ی قانون‌گذاری منفی در حوزه دادرسی اساسی پرداخته نشده و حتی در آثار ظاهراً مرتبط و هم‌خانواده با این موضوع نیز به این پدیده مهم هیچ اشارتی نرفته است. غیر از مقالات داخلی ایران، در خارج از ایران نیز درمی‌یابیم که علی‌رغم اهمیت و حساسیت موضوع، تعداد مقالات و پژوهش‌ها در این زمینه با اهمیت آن هم‌خوانی و تناسب ندارد یا به‌شکلی بسیار کلی و بدون ارائه معیارهای عینی بدان پرداخته شده است.

البته جای یادآوری این نکته باقی است که کلسن، نخستین فردی بود که به این پدیده و اهمیت آن اشاره و درباره‌ی آن تئوری‌پردازی کرده است. ولی حتی در آثار کلسن نیز مشاهده نمی‌شود که معیاری ضابطه‌مند و عینی از این پدیده ارائه شود تا مرز قانون‌گذاری سلبی از کارویژه ذاتی دادرسی اساسی مشخص شود. به‌همین علت باید گفت که ارائه معیارهای عینی در این تحقیق جنبه کاملاً نوآورانه آن محسوب می‌شود.

به عنوان نمونه، پایان‌نامه «بررسی تأثیر مراجع متعدد قانون‌گذاری بر تحقق حاکمیت قانون در جمهوری اسلامی ایران» نوشته حامد قاسمی کلیچی سال ۱۳۹۷ در دانشگاه سمنان هم با موضوع و چالش این پژوهش، بسیار متفاوت است؛ چراکه در آن پژوهش مذکور صرفاً به تأثیرات تقنینی مجمع تشخیص مصلحت نظام و مجلس خبرگان رهبری و شورای عالی امنیت ملی و شورای عالی انقلاب فرهنگی و شورای عالی فضای مجازی اشاره کرده و در آن نشانی از تأثیرات تقنینی شورای نگهبان و نهادهای دادرسی اساسی و پدیده «قانون‌گذاری منفی» دیده نمی‌شود. این در حالی است که در پژوهش پیش رو بنا بر آن است تا با بررسی و توصیف پدیده‌ی قانون‌گذاری منفی در نهادهای دادرسی اساسی و نقش آفرینی سلبی آن‌ها در فرایند طراحی قانون که ذاتاً در صلاحیت پارلمان‌هاست، سیری نیز در رویه شورای نگهبان ایران داشته باشیم تا ببینیم آیا اثری از این پدیده در رویه شورای نگهبان می‌توان یافت؟ این همان موضوع و چالشی است که در هیچ پژوهشی به زبان فارسی بدان پرداخته نشده و ما در پی پاسخ به آنیم. علی‌ای حال در منابع خارجی برخی آثار به مفهوم نقش «قانون‌گذار منفی» پرداخته‌اند که از جمله می‌توان به موارد ذیل اشاره کرد:

- 1) Vigan, Francesco, Constitutional Courts as Negative Legislators, Conference of the European Constitutional Courts, Prague, May 2018.
- 2) Belov, Martin, Courts, politics and constitutional law; Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary, Routledge, United Kingdom, Oxfordshire, 2020.
- 3) Kelsen, Hans, General Theory of Law and State, 1<sup>st</sup> Edition, Routledge, Oxfordshire, 1945.

به همین دلیل، سعی بر جبران این خلاء در عرصه پژوهشی ایران داشته و به دنبال مطرح کردن این پدیده در حقوق و دانشگاه‌های ایران هستیم. امید است این پژوهش، ضمن مطرح کردن پدیده‌ی قانون‌گذاری سلبی و اهمیت آن، راه را برای بررسی‌ها و پژوهش بیشتر در این زمینه باز کند.

## ج. قلمرو تحقیق

این پژوهش در قلمروی علم حقوق و گرایش حقوق عمومی می‌باشد و در شاخه حقوق اساسی، بخش مربوط به دادرسی اساسی و قانون‌گذاری به بحث می‌پردازد.

## چ. روش انجام تحقیق

این پژوهش به روش توصیفی - تحلیلی در پی پاسخ به پرسش‌های مطرح شده است و به جهت تلاش برای طرح و واکاوی یک مفهوم نو و بسیار چالشی در دادرسی اساسی، پژوهشی کاربردی است. جنس داده‌ها به صورت کیفی و جمع‌آوری داده‌ها با روش کتابخانه‌ای به صورت فیش‌برداری صورت می‌گیرد.

## ح. ساختار تحقیق

این پژوهش در دو فصل به نگارش خواهد رسید:

با توجه به تازگی موضوع و با هدف شناخت بهترِ نفسِ مفهوم قانون‌گذار سلبی، فصل اول به چارچوب مفهومی و دلیل عدم مشروعیت این مفهوم اختصاص یافته است، بدین نحو که ابتدائاً در مبحث نخست برای تبیین مفهومی موضوع، به خاستگاه، پیشینه و چیستی این پدیده پرداخته خواهد شد. در مبحث دوم نیز با تشریح فروض و جنبه‌های مختلف موضوع به مخاطب، به این مسئله پرداخته می‌شود که اساساً چرا این پدیده به لحاظ حقوقی امری ناموجه و ناصحیح است. در این مبحث، ضمن بیان جایگاه دادرسی اساسی و پارلمان و لزوم عدم دخالت در وظایف اساسی بر این نکته تأکید می‌شود که قانون‌گذاری سلبی هم عملی ضداکثریتی محسوب شده و هم نامشروع و غیرمردم‌سالارانه.

پس از بیان چیستی این مفهوم و نظریات پیرامون آن در فصل اول، در فصل دوم به‌طور مشخص‌تر نقش سلبی شورای نگهبان در قانون‌گذاری بررسی خواهد شد. در مبحث نخست فصل دوم، نگاهی به

کارویژه‌های مرتبط شورای نگهبان در امر قانون‌گذاری انداخته خواهد شد. در اینجا لازم دانسته شد پیش از ورود به موضوع، مبحثی اختصاص یابد تا به شکلی اجمالی به معرفی وظائف شورا در حیطه‌ی مرتبط بپردازد. در مبحث سوم نیز معیارهایی معرفی شده است تا به مدد آن‌ها بتوان بهتر قضاوت کرد که چه زمانی دادرسی اساسی به شکل عام و شورای نگهبان به شکل خاص، از کارویژه ذاتی خود فراتر رفته و همچون قانون‌گذار سلبی عمل می‌کند. البته پیش از آن و به فراخور اهمیت بحث، در مبحث دوم به اختلافات هرمنوتیکی و نقش تفسیر رویکردهای تفسیری مختلف در «قانون‌گذاری سلبی» پرداخته شده است، چرا که بدون فهمیدن نقش تفسیر در این مسئله نمی‌توان درک بهتری از خود موضوع و معیارهای ارائه شده در مبحث سوم داشت. در نهایت نیز به نتیجه‌گیری و ارائه چند پیشنهاد پرداخته شد.

همچنین جهت تفهیم بهتر موضوع دو پیوست نیز آورده شده است؛ پیوست نخست، مصادیقی از قانون‌گذاری سلبی توسط دادگاه قانون اساسی ایتالیا را بررسی می‌کند. از آنجاکه محور و تمرکز اصلی پایان‌نامه بر روی شورای نگهبان بود جای زیادی برای پرداختن به سایر کشورها وجود نداشت ولی به جهت تازگی موضوع، شایسته بود که مصادیقی از برخی کشورها به عنوان نمونه و شاهدی بر وجود قانون‌گذاری منفی در سایر نظام‌های حقوقی طرح و بررسی شود که در پیوست نخست به بررسی ایتالیا پرداخته شد. همچنین در پیوست دوم با سیری بر نظرات کلسن و برخی کشورهای دیگر، برخی چالش‌ها و اثرات عملی این پدیده بررسی شده است.

## فصل اول: قانون‌گذاری سلبی؛ مفهوم‌شناسی و

### مبنای توجیه‌ناپذیری

در این فصل در دو مبحث به تبیین این مفهوم پرداخته خواهد شد. مبحث اول در راستای تبیین چارچوب مفهومی قانون‌گذاری سلبی به خاستگاه و چیستی این نظریه اختصاص دارد. در مبحث دوم با نگاهی دقیق به جوانب مختلف موضوع، به این مطلب پرداخته خواهد شد که برای اقدامات دادرسی اساسی چند حالت می‌توان تصور کرد: گاه اکثریتی است و گاه ضداکثریتی. حال سوای اقدامات اکثریتی، اقدامات ضداکثریتی این نهاد نیز دو حالت دارند: اقدامات مشروع ضداکثریتی که همان اقدامات در راستای تضمین حقوق افراد و قانون اساسی است و علی‌رغم ضداکثریتی بودن مشروع و ضروری هستند. دومین حالت نیز اقدامات نامشروع ضداکثریتی که همان پدیده‌ی قانون‌گذاری سلبی است. در آنجا بدین نکته پرداخته خواهد شد که حالت اول قابل پذیرش است و یک مسئله لازم، ولی دومی - قانون‌گذاری سلبی - به کلی نامطلوب است و مرز این دو نیز شرح داده خواهد شد.

### مبحث اول: مفهوم‌شناسی قانون‌گذاری سلبی

در ابتدا لازم است به مفهوم‌شناسی «قانون‌گذاری سلبی» به عنوان هسته اصلی این پژوهش پرداخته شود تا قلمرو این مفهوم مشخص گردد. برای آنکه بدانیم آیا شورای نگهبان در قانون‌گذاری به شکل سلبی نقشی داشته است یا خیر نخست باید بدانیم نخستین بار چه زمانی این بحث مطرح شد و اساساً به چه معناست؟ همچنین در این مبحث در قالب بررسی رویه‌های قضایی نهادهای دادرسی اساسی به پاره‌ای از اثرات آن نیز پرداخته خواهد شد.

## گفتار اول: خاستگاه و چیستی

دادرسی اساسی صلاحیت نهاد برتر در نظارت بر قوانین، مقررات و تصمیمات مقامات حکومتی است که در آن تجاوز از حدود و اختیارات مندرج در قانون اساسی یا نقض قانون اساسی توسط نهادها و قوای حکومت بررسی می‌شود.<sup>۱</sup> اگرچه دادرسی اساسی صرفاً ناظر به نهاد نظارتی نیست و تمام فرایند سازوکار مربوط به نظارت را دربرمی‌گیرد.

در راستای تضمین احترام و برتری قانون اساسی، مجموعه‌ای از فرایندها و سازوکارها با عنوان دادرسی اساسی در هر نظام حقوقی مستقر می‌شود تا در قالب نهادی حاکمیتی اعمال وظیفه کند که می‌توان آن را حق بنیادین قوهی مؤسس قانون اساسی نیز تلقی کرد و باید گفت قانون اساسی بدون روش مؤثر دادرسی اساسی، قانون اساسی نیست و فقدان این فرایند و نهاد ضامن حاکمیت قانون اساسی به فقدان تضمین حقوق بنیادین نیز می‌انجامد.<sup>۲</sup> در این راستا، نهادهای اساسی نیز به دلیل رعایت صلاحیت و نگاهبانی از اصول قانون اساسی به‌عنوان معیار تنظیم روابط دولت و شهروندان، بیشتر مؤسسان قانون اساسی به تأسیس نهادی کنترل‌گر پرداخته‌اند تا وظیفه نظارت بر قوانین و مصوبات این نهادها را به دوش گیرد تا مبدا قوانین و مصوبات پارلمان از محدوده‌ی مورد پذیرش قانون اساسی خارج شوند یا با تفوق بر قوای مجریه و قضائیه، تعادل ناشی از اصل تفکیک قوا را به نفع خود برهم نزنند و به دنبال آن اسباب تهدید حقوق و آزادی‌های مردم را فراهم سازند.<sup>۳</sup>

با این حال در برخی مواقع این نهاد یک صلاحیت اضافی (و غیرمذکور در قانون اساسی) نیز پیدا می‌کند؛ ایفای نقش در پدیده‌ی قانون‌گذاری. نخستین بار هانس کلسن در یکی از مقاله‌های معروف خود، از نهاد دادرسی اساسی تحت عنوان «قانون‌گذار منفی» یاد کرد. هرچند کلسن به‌طور کلی، معتقد بود که

---

<sup>۱</sup> غمامی، سید محمد مهدی و منصوریان، مصطفی، مفاهیم، مبانی و الگوهای دادرسی اساسی، دادرسی اساسی تطبیقی: مطالعه مبانی، ساختارها و صلاحیت‌های نهاد دادرسی اساسی، ص ۱۸.

<sup>۲</sup> . Ides, Allan, "Comparative Judicial Review", *Loyal law review*, Columbia Law Review Association, Los Angeles, vol.41t no.2, 1990, vol.41t, no.2, pp.477-480.

<sup>۳</sup> .جعفری ندوشن، علی‌اکبر، تفکیک قوا در حقوق ایران، آمریکا و فرانسه، مرکز اسناد انقلاب اسلامی، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۳، ص ۲۹۳.

ماهیت و کارکرد دادگاه قانون اساسی اساساً با دادگاه عادی متفاوت است و ناخواسته تصمیمات این نهاد منجر به ایجاد تغییراتی در «هنجارهای عمومی» می‌شود ولی درخصوص «قانون‌گذاری سلبی» در دادرسی اساسی چنین بیان داشت:

«اگر «دادرس اساسی» توانایی ابطال یک مصوبه را بر طبق تفاسیر موسع خود و یک سری اصول انتزاعی و یا اخلاقی و غیر حقوقی داشته باشد، در این صورت می‌توان گفت که این دادگاه عملاً دارای قدرت وضع قانون است؛ زیرا این فعل دادرس اساسی، باعث می‌شود تا یک سری پیش‌فرض‌ها به پارلمان تحمیل شده و به تبع آن هنگام تهیه و تنظیم محتوای قانون نیز، این ملاحظات دادگاه قانون اساسی به‌ناچار لحاظ بشود. دادگاهی که چنین کاری انجام می‌دهد، در واقع وارد حوزه تقنین شده و خصلت قانون‌گذار پیدا خواهد کرد.»<sup>۱</sup>

به‌عبارت دیگر، کلسن معتقد بود باید نقش دادرس اساسی به همان وظیفه‌ی ذاتی و اصلی خود محدود بماند و وظیفه‌ی تقنین و تأثیرگذاری بر طرح قوانین، باید صرفاً در اختیار پارلمان و قوه‌ی مقننه باقی بماند و نهاد دادرس اساسی نبایستی به نحوی عمل نماید که چه سلباً و چه ایجاباً وارد این حوزه نشود.

### گفتار دوم: هانس کلسن؛ کاشف نظریه قانونگذاری سلبی

می‌توان گفت که دادگاه قانون اساسی اتریش نخستین و قدیمی‌ترین دادگاه قانون اساسی است که بر اساس نظریات هانس کلسن شکل گرفته و الگویی برای دیگر دادگاه‌های قانون اساسی در سراسر جهان

---

<sup>۱</sup>. Kelsen, Hans, 'On the Nature and Development of Constitutional Adjudication' in L. Vinx (Ed.), p. 46.

به‌ویژه اروپا بوده است.<sup>۱</sup> در واقع اصل وجود محکمه‌ای خاص برای دعاوی اساسی از الگوی اتریشی اقتباس شد.<sup>۲</sup>

پیش از پرداختن به اصل موضوع بیان یک سری مقدمات و مبانی لازم است. باید اذعان کرد که الگوی اروپایی دادرسی اساسی بدون کلسن به وجود نمی‌آمد. کلسن با نوشته‌ها و طرح خود برای قانون اساسی سال ۱۹۲۰ اتریش به تدوین الگوی جدید دادرسی اساسی پرداخت. این سامانه، الگوی اروپایی دادرسی اساسی خوانده می‌شود. بر اساس نظر کلسن بایستی برای قانون اساسی به‌عنوان هنجار بنیادین بیشترین ثبات ممکن را از طریق دشوار ساختن بازنگری آن فراهم آورد. اصولاً تضمین قانون اساسی با فراهم کردن امکان ابطال اعمال خلاف آن میسر می‌شود و البته نباید این امکان را به نهادی سپرد که خود مرتکب این اعمال شده است؛ چرا که در واقع نهاد قانون‌گذار بسان خالق مختار حقوق در نظر گرفته می‌شود، پس نباید مسئله نظارت بر تبعیت پارلمان از قانون اساسی را به خود مجلس سپرد.<sup>۳</sup> به نظر کلسن همچنان‌که اداره (قوه مجریه) و دادگستری (قوه قضائیه) از قانون تبعیت می‌کنند، قانون‌گذار هم باید مطلقاً از قانون اساسی تبعیت کند.<sup>۴</sup>

دادگاه قانون اساسی، عالی‌ترین دادگاه اتریش جهت پاسداری از قانون اساسی است. گاهی قضات این دادگاه تصمیماتی اتخاذ می‌کنند که تبعات سیاسی گسترده‌ای را در پی دارد. دادگاه به‌عنوان یک مرجع قضایی نمی‌تواند ابتدائاً به یک دعوا رسیدگی کند، اما در صورت ارجاع دادخواست قابل پذیرش، باید تصمیمی اتخاذ کند. البته نوعی نظارت دیگر هم برقرار است و آن اینکه اگر دادگاه در مورد مغایرت یک

---

<sup>۱</sup> فاورو، لوئی، دیوان قانون اساسی اتریش، ترجمه‌ی علی‌اکبر گرجی، چاپ دوم، بنیاد حقوقی میزان، تهران، ۱۳۹۳، ص ۳۷۱.

<sup>۲</sup> Fromont, Michel, "La cour constitutionnelle federale d'Allemagne, Les cahiers du conseil constitutionnel", Vol. 15, 2003, p. 90.

<sup>۳</sup> آجرلو، اسماعیل، دادرسی اساسی در اتریش، دادرسی اساسی تطبیقی؛ مطالعه مبانی، ساختارها و صلاحیت‌های نهاد دادرسی اساسی، ص ۱۳۷.

<sup>۴</sup> تروپه، میشل، «منطق حاکم بر صیانت از قانون اساسی»، ترجمه‌ی عباسعلی کلخدایی، مجله‌ی دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دی ۱۳۸۳، شماره‌ی ۶۶، ص ۲۶۳.

قانون با قانون اساسی تردید داشته باشد می‌تواند وارد شود.<sup>۱</sup> در این نظام، ترافعات اساسی از ترافعات عادی جدا می‌شود و در صلاحیت دادگاه اختصاصی قرار می‌گیرد. این دادگاه حتی بدون وجود یک دعوا به معنای خاص کلمه و صرفاً با ارجاع مقامات سیاسی یا قضایی یا افراد عادی به صدور حکم می‌پردازد و نظرات آن نیز دارای «اعتبار مطلق امر قضاوت شده» می‌باشد.<sup>۲</sup> مدل کلسنی دادرسی اساسی، با بررسی متمرکز قوانین در یک دادگاه قانون اساسی واحد نیز شناخته می‌شود. برخلاف مدل آمریکایی، این دادگاه در رأس دادگاه‌های عادی قرار ندارد بلکه به لحاظ سازمانی جدای از آن‌ها قرار دارد.<sup>۳</sup> پس از ذکر این مبانی و مقدمات، به موضوع و سؤال اصلی خود می‌پردازیم.

آشکارترین تفاوت بین دیدگاه کلسن در مورد نقش دادگاه قانون اساسی و بسیاری از اروپایی‌ها، در این مسئله است که آیا افزون بر قانون اساسی، این دادگاه‌ها مجاز به لحاظ کردن و دخالت دادن اصول انتزاعی و اخلاقی خارج از قانون اساسی در دادرسی اساسی قوانین هستند یا خیر؟ اکنون در عمل اکثر دادگاه‌های قانون اساسی اروپا، مانند مدل آمریکایی، مجاز به دخالت دادن یک سری اسناد و اصول غیراساسی حقوقی<sup>۴</sup> در بررسی قوانین هستند.<sup>۵</sup> یعنی افزون بر قانون اساسی، در ابطال یا عدم ابطال قوانین یک سری اصول مکتوب حقوقی خاص دیگری را نیز مدنظر قرار می‌دهند و در نتیجه، قوانین عادی علاوه بر قانون اساسی، نباید اصول و ارزش‌های مورد تأکید در این لوایح را نیز نقض کند. کلسن شدیداً

---

<sup>۱</sup> آجرلو، اسماعیل، دادرسی اساسی در اتریش، دادرسی اساسی تطبیقی؛ مطالعه مبانی، ساختارها و صلاحیت‌های نهاد دادرسی اساسی، ص ۱۳۸.

<sup>۲</sup> فاوورو، لوئی، دیوان قانون اساسی اتریش، ترجمه‌ی علی‌اکبر گرجی، ص ۳۷۱.

<sup>۳</sup> غمامی، سید محمدمهدی و منصوریان، مصطفی، مفاهیم، مبانی و الگوهای دادرسی اساسی، دادرسی اساسی تطبیقی؛ مطالعه مبانی، ساختارها و صلاحیت‌های نهاد دادرسی اساسی، صص ۴۸ و ۴۹.

<sup>۴</sup> Bills of right. در واقع یک سری اسناد و لوایح حقوقی هستند که دادرسان اساسی مذکور علاوه بر قانون اساسی آن‌ها را هم در دادرسی خود لحاظ می‌کنند و مصداق و مثال نزدیکی در نظام حقوقی ما ندارد.

<sup>۵</sup> Yowell, Paul, The negative legislator On Kelsen's idea of a constitutional court, Courts, politics and constitutional law; Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary, Routledge, United Kingdom, Oxfordshire, p.127.