

نظریه احراز حق؛ دریچه ای بر توجیه پذیری نظارت قضات بر قوانین عادی

امیرحسین علی‌زاده (نویسنده مسؤل)

دکترای حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران.

alizadeh.amir@modares.ac.ir

قاسم علی‌زاده

دانشجوی دکترای حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه مازندران، مازندران، ایران.

ghasem1354alizadeh@gmail.com

قابل انتشار در شماره شماره ۶۰ (زمستان ۱۴۰۳) نشریه پژوهشهای حقوقی

چکیده

نظارت اساسی قضات بر قوانین عادی از مسائل مهم و مورد توجه در دهه اخیر است. مسئله این است که قاضی در مقام رسیدگی به دعوی و استناد به قاعده حقوقی که ممکن است دارای منبع دوگانه در قانون اساسی و عادی باشد، می‌تواند در مقام نظارت اساسی بر قانون عادی برآمده و آن را کنار نهد؟ دیدگاه نوین بر پایه نظریه احراز حق و حوزه صلاحیت قوه قضائیه است. بر مبنای این دیدگاه الگوهای قواعد اساسی بر پایه کلیت و بنیان‌های نظام حقوقی و برآمده از کلیه هنجارهای موثر در آن و حفظ حقوق بنیادین اشخاص است و دادرسی به عنوان شخص انتخاب-گر، با توجه به منابع حق، قاعده محقق عدالت را انتخاب و دعوی را فصل می‌نماید. در این دیدگاه قواعد حقوقی تابع تکلیف اساسی قوه قضائیه قرار می‌گیرند به نحوی که قاضی در برخورد با قوانین مغایر هنجارهای مرجع و اساسی از اجرای آن امتناع می‌نماید. این عدم اجرای ویژگی سلبی است و نمی‌توان از آن برای الغاء قانون استفاده نمود. در این دیدگاه غلبه وجه حقوقی نظارت بر وجه سیاسی نه تنها با نظریه تفکیک قوا تعارضی ندارد بلکه در راستای اهداف آن و تضمین حکومت قانون است.

واژگان کلیدی: نظارت اساسی، حق، تفکیک قوا، قوه قضائیه، دادرسی، قانون عادی.

Attainment of the Right Theory; A Window to the Justifiability of judges' Supervision on Ordinary Laws

Abstract

Judge's Fundamental judicial supervision on ordinary laws is one of the most important issues in the last decade. The problem is that the judge, in the position of hearing the case and invoking the rule of law, which may have a dual source in the constitution and the ordinary, can act as the basic supervisor of the ordinary law and set it aside? The new viewpoint is based on the theory of the attainment of the right and jurisdiction of the Judiciary. According to this view, the patterns of fundamental rules are based on the generality and foundations of the legal system and derive from all the effective norms affecting it and protecting the fundamental rights of individuals, and the judge as a selector person, due to the sources of right, selects the justice verified rule and settles the lawsuit. In this view, the legal rules are subject to the basic duty of the Judiciary in such a way that the judge refuses to enforce them in dealing with laws that are contrary to the reference and fundamental norms. This non-enforcement has a negative character and cannot be used to repeal the law. In this view, the dominance of the legal aspect of political supervision is not only in conflict with the theory of separation of powers, but also in line with its goals and the rule of law.

Keywords

Fundamental Supervision, the Right, Separation of Powers, the Judiciary, Judge, Ordinary Law.

مقدمه

ساختار سیاسی و حقوقی حاکمیت، حقوق و آزادی‌های شهروندان، در یک میثاق و منشور ملی به نام قانون اساسی توسط قوه موسس، تدوین و به رای عمومی گذاشته می‌شود. آنچه مسلم است، بیان همه حقوق، آزادی‌ها و تکالیف به نحو دقیق و شفاف در قانون اساسی امکان‌پذیر نیست. تفصیل این موضوعات عام و کلی به نهادهای برآمده از قانون اساسی واگذار می‌گردد تا با التفات به قانون اساسی هنجارهای عام و کلی را به تصویب برسانند. قوه موسس می‌تواند برای نظارت بر قانونگذاری و جلوگیری از هرگونه تجاوز و تخطی از قانون اساسی و صیانت از آن، نهادهایی مانند شورای قانون اساسی، محکمه اساسی، دیوان اساسی و یا محاکم عادی را پیش‌بینی نماید. به طور کلی، در نظارت بر قانونگذاری ممکن است سه شیوه بکار گرفته شود؛ نظارت سیاسی^۱ بر قانونگذاری توسط یکی از قوای حاکمه و عدم پذیرش نظارت قضایی به گونه‌ای که مجلس دارای قدرت و اختیار مطلق در تصویب قانون است. دوم، نظارت قضایی^۲ که در آن محاکم خاص دارای قدرت در الغای قوانین مغایر با قانون اساسی هستند. سوم، نظام مختلط که در آن نظارت قضایی و سیاسی با یکدیگر تلفیق می‌گردند.^۳

دادگاه نیز در فرآیند رسیدگی مکلف است بعد از استماع اظهارات و دلایل طرفین، با گزینش قاعده حقوقی متناسب که از طریق یک فرآیند دموکراتیک پی‌ریزی و تصویب و به اطلاع عموم رسیده است، حکم قضیه را انشاء و حق مورد ادعا را مورد حمایت قرار دهد. گزینش قاعده حقوقی در نظام قضایی ایران، به استناد اصل ۱۶۷ قانون اساسی در مرحله اول بر پایه قوانین -عم از اساسی و عادی- است. در این کنکاش قاضی ممکن است با قانون عادی مواجه شود که دارای تعارض ظاهری - انکار و تضییق حق - یا تعارض ناشی از تفسیر قانون عادی با قانون اساسی یا تفسیر قانون اساسی باشد. با وقوع این تعارض‌ها قاضی محکمه با پرسش‌های احتمالی مواجه می‌گردد؛ آیا صلاحیت بررسی تعارض قانون عادی و اساسی را داشته و می‌تواند قانون عادی را اجرا نکرده و بر اساس قانون اساسی رای صادر نماید؟ یا صرفاً مکلف به اجرای قانون عادی بوده و صلاحیتی برای بررسی عدم مغایرت قانون عادی و قانون اساسی ندارد؟ پاسخ به این پرسش را باید در ساختار حاکمیتی بر پایه

¹. Political Review.

². Jurisdictional or Judicial Review.

³. Gustavo. Fernandes de Andrad, "Comparative Constitutional Law: Judicial Review," *Journal of Constitutional Law* 3 (2001): 978.

قانون اساسی و شناسایی کامل ساختار و کار ویژه‌ی مجلس شورای اسلامی، شورای نگهبان و کار ویژه قضات محاکم و ساختار قضایی فعلی در ایران جستجو نمود. از این جهت، نظارت اساسی در بردارنده‌ی مولفه‌های متعددی از حیث وجه ساختاری و صوری حاکم بر آن و از لحاظ ماهوی است. ایده اصلی در این مقاله که در مقام تحلیل و اثبات آن هستیم، مبتنی بر نظریه احراز حق است که ریشه در قانون اساسی و وظیفه اصلی قوه قضائیه دارد.

تحقق نظارت اساسی بر پایه نظریه احراز حق علاوه بر وجه ساختاری حاکم، منوط بر شناسایی محتوا و ماهیت آن است. تحلیل ارائه شده در درجه اول به نوع نظارت معطوف است که آنچه در نظریه احراز حق معیار نظارت اساسی است به کدام وجه آن نظر دارد. دوم آنکه معیار سنجش محتوای قانون اساسی به عنوان هنجار مرجع چیست؟ آیا قانون نوشته شده و مکتوب معیار تمام عیار قانون اساسی است و یا آنکه قانون در پرسش «قانون اساسی چیست؟» دارای مفهوم و محتوای دیگر است؟ و در یک کلام قاضی می‌تواند اعلام کند قانون چیست و آیا این موضوع در صلاحیت قوه قضائیه می‌باشد؟ در صورت مثبت بودن پاسخ، چگونه این امر با اصل تفکیک قوا و به ویژه صلاحیت شورای نگهبان قابل جمع است؟ جهت تبیین موضوع شروع بحث را به جایگاه تقنین و قضاوت در نظام قانون اساسی اختصاص داده سپس نظریه احراز حق را بر اساس دو مفهوم «نظارت» و «قانون اساسی» تبیین تا با شناسایی آن، نسبت آن با نظام برآمده از تفکیک قوا مشخص گردد.

در باب موضوع مطرح شده، تحقیقات مشابهی صورت پذیرفته است که از جمله آن نظارت قضایی و رویکردهای دیوان عالی فدرال آمریکا در تفسیر قانون اساسی در پرتو تحولات سیاسی و اجتماعی نوشته آقای توکل حبیب زاده در فصلنامه دانش حقوق عمومی، مسئله نظارت اساسی قضات محاکم بر قوانین عادی نوشته آقایان جواد تقی‌زاده و مرتضی نجابت-خواه و خانم عادلہ قلی‌زاده در مجله راهبرد، مبانی اعتبار دموکراتیک نظارت اساسی نوشته آقایان محمد جلالی و قاسم علی صداقت در فصلنامه دانش حقوق عمومی است. اما آنچه در این مقاله، موضوع اصلی را به خود اختصاص داده است تحلیل امکان نظارت بر پایه‌ی صلاحیت ذاتی و اولیه قوه قضائیه بر مبنای نظریه احراز حق است که در هیچ یک از مقالات به نحو خاص و جزئی این موضوع را مورد واکاوی قرار نداده‌اند. به همین جهت راهبرد اصلی مقاله شناسایی و طرح دیدگاهی نوین در باب نظارت قضات بر قانون عادی، بر پایه ماهیت و هدف قضاوت در نظام حقوقی ایران است.

۱- جایگاه تقنین و قضاوت در قانون اساسی

پارلمان یکی از اجزای اصلی و مهم اعمال کننده حاکمیت و برآمده از اراده واقعی مردم است. قانون به عنوان محصول این مرجع، بیان اندیشه حقوقی حلاجی شده و آگاهانه‌ی افراد صالحی است که نماینده اراده حاکم در بین اعضای جامعه می‌باشند. بنابراین قانون اعلام رسمی و بیان عقلی حق است که تکوین علمی و عملی حقوق تنها تحت این شکل به بالاترین درجه کمال خود می‌رسد.^۴ اصل هفتاد و یکم قانون اساسی مبنی بر شایستگی و توانایی مجلس شورای اسلامی در وضع قواعد پیرامون امور مختلف و متعدد کشور و قانونمندی‌سازی روابط اجتماعی را می‌توان صلاحیت وضع قانون تعبیر کرد.^۵ بنابراین در نظام توزیع خردمندانه قدرت و در دایره قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مجلس شورای اسلامی، در حوزه امر تقنین دارای صلاحیت می‌باشد. به صرف برداشت از این مستند قانون اساسی، در سراسر کشور هیچ یک از سازمان‌های حکومت اختیاری فوق اقتدار مجلس ندارند و دادگاه‌ها نمی‌توانند مصوبات آن را لغو کنند، بلکه مکلف به اجرای مصوبات مجلس آنگونه که هست می‌باشند.^۶

اگرچه صلاحیت مجلس در قانون‌گذاری عام و نامحدود است و هیچ زمینه‌ای از قانون‌گذاری از حیثه اختیار آن خارج نشده است اما در حدود مقرر در قانون اساسی می‌تواند قانون وضع کند. حدود مقرر در قانون اساسی محدودیتی در ارتباط با مراعات موازین شرع و اصول قانون اساسی دارد که در اصل هفتاد و دوم قانون اساسی ذکر شده است. نظارت بر مراعات دو محدودیت فوق، بنابر اصل ۹۶ قانون اساسی بر عهده شورای نگهبان است. حال سؤال این است که اعطای اختیار نظارت اساسی به قضات، نقض این مقرر قانون اساسی نیست؟ آیا اختیار ابطال مصوبات قوه مقننه یا کنار گذاشتن قانون عادی بر اساس قانون اساسی مستلزم حکومت قضات و تفوق قوه قضائیه بر قوه مقننه نیست؟ آیا کسی که اجازه و اختیار ترتیب اثر ندادن به مصوبات قوه مقننه را داشته باشد مافوق آن قرار نمی‌گیرد؟

قانون اساسی در اصل ۱۵۶ در باب قوه قضائیه آن را « قوه‌ای ... مستقل » دانسته « که پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی و مسئول تحقق بخشیدن به عدالت » است. بنابراین قوه قضائیه بر مبنای این اصل یک ویژگی در نظام تفکیک قوا و یک ویژگی از حیث حوزه

^۴ . دل. وکیو، فلسفه حقوق، ترجمه جواد واحدی (تهران: میزان، ۱۳۸۶)، ۸۴.

^۵ . تیلا پروانه، اصول تطبیقی قاعده‌سازی و مرزشناسی قانون و آئین‌نامه (تهران: خرسندی، ۱۳۸۷)، ۶۷.

^۶ . جعفر بوشهری، حقوق اساسی (اصول وقواعد) (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴)، ۳۰۲.

عملکرد دارد. در مقابل دو قوه دیگر مستقل و در قبال مردم مسئول تحقق بخشیدن عدالت است. حال آیا تحقق بخشیدن مولفه‌های اخیر، جز با ایجاد نظارتی متناسب با ساختار حقوقی موجود امکان‌پذیر است؟ قوه قضائیه چگونه می‌تواند ضمن حفظ اصل تفکیک قوا و استقلال عدالت را محقق سازد؟ پاسخ به این پرسش نیازمند بررسی کارویژه قوه قضائیه در مقام احراز حق است که در ذیل به آن خواهیم پرداخت.

۲- احراز حق؛ بیان مفاهیم و شرایط آن

۲-۱- مفهوم حق

مسئله حق از بنیادی‌ترین موضوعاتی است که در جامعه بشری وجود دارد. واژه مذکور در بینش‌های مختلف حقوقی، سیاسی، اقتصادی دارای بار معنایی بعضاً متفاوت می‌باشد. واژه حق به طور معمول به معنی حقوق فردی یا شخصی به کار می‌رود که با دولت و حاکمیت ارتباط دارد زیرا تمامی و بخش مهمی از امتیازات اشخاص در برابر یکدیگر از حقوق نوعی سرچشمه گرفته به نحوی که این دولت است که حق را ایجاد و تضمین می‌کند و صاحب حق نیز در حدود قوانین می‌تواند از آن بهره‌بردار^۷. حق‌های فردی به سه گروه اصلی تقسیم می‌شوند؛ حقوق سیاسی، حقوق عمومی و حقوق خصوصی^۸. حقوق سیاسی، اختیاری است که شخص برای شرکت در قوای عمومی و سازمان‌های دولت دارد مانند حق انتخاب کردن و انتخاب شدن در مجالس قانونگذاری و پذیرفتن تابعیت. حقوق عمومی، مربوط به شخصیت انسان و ناظر به روابط دولت و مردم است مانند حق حیات و آزادی بیان.

هر چند حقوق بیشتر در برابر قدرت دولت مورد استناد قرار می‌گیرد، در روابط خصوصی نیز قابل استناد است و هر کس باید به حیات و آزادی و شناخت و شخصیت دیگران احترام بگذارد به همین جهت حقوق خصوصی اختیاری است که شخص در برابر دیگران دارد مانند حق مالکیت^۹.

با این وجود در تفکیکی کلی‌تر حق بازتابی از انگاره‌های «باید» و «نباید» است و زمانی سخن از آن به میان می‌آید که شخصی ادعایی را در مقابل شخص یا اشخاصی دیگر مطرح می‌نماید. در حقیقت حق دارای دو سوی مختلف است؛ اول شناسایی حق، دوم احراز و اجرای

^۷. ناصر کاتوزیان، مبانی حقوق عمومی (تهران: میزان، ۱۳۸۷)، ۳۷۳.

^۸. همان، ۳۸۱.

^۹. همان.

آن. آنچه در نظام قضایی ایران مورد توجه قضات است بررسی حق (داشتن حق) برای طرفین دعوی است که خود مستلزم شناسایی آن در قانون اساسی یا عادی است. در این وضعیت قاضی ضمن استناد به این شناسایی رای را برای یکی از طرفین صادر می نماید. در حقیقت صدور رای بر مبنای منبع حق که اصل حق را مورد شناسایی قرار داده، صورت می پذیرد و ممکن است در موضوع رسیدگی در پرونده، تعارض بین قانون عادی با قانون اساسی در شناسایی حق آشکار گردد به این معنی که قانون اساسی حقی را شناسایی و قانون عادی آن را مورد پذیرش قرار نداده یا محدودیت گسترده بر آن اعمال نموده باشد. در این حالت این موضوع مطرح نیست که در حوزه قانون گذاری ورود کرده یا تفکیک قوا را نقض نماید بلکه فقط شناسایی حق از دو منبع است؛ یکی قانون اساسی و دیگری عادی. به همین جهت پرسش آن است که قاضی در این حالت مکلف است با کنار نهادن قانون عادی مدلول قانون اساسی را اجرا نماید؟ پاسخ این پرسش به محتوای قانون اساسی بستگی دارد که در بخش بعد به آن خواهیم پرداخت.

۲-۲- محتوا و ماهیت قانون اساسی در نظریه احراز حق

در هر جامعه سیاسی وجود قواعدی که در مفهوم حداقلی روابط بین مقامات حکومتی با مردم و محدوده قدرت آنان را مشخص سازد، بدیهی و ضروری است. در این نگرش وجود رابطه، به مفهوم در اختیار گرفتن مشروع اختیارات، قدرت، اعمال آنها و تجلی امکان تصرف در حقوق و تعهدات و آزادی های شهروندان است. اما در مفهوم موسع به آن دسته از قواعدی اشاره دارد که نه تنها بر روابط بین مقامات حکومتی و مردم بلکه بر روابط بین مردم با مردم نیز حکومت دارد. این قواعد در برگیرنده قواعد اولی است که در برخی موارد دارای وجه جهان شمول است و به عنوان یک قاعده بین المللی شناخته می شود، همچنانکه سلب مالکیت دولت باید با پرداخت غرامت به صاحبان حقوق همراه باشد و یا آن که وجود حق، مستلزم نفی سوء استفاده از آن است.

یکی از زیر بناهای دستورگرایی اساسی، دادرسی اساسی است که ناشی از ضرورت وجود سلسله مراتب بین منابع و برتری قانون اساسی می باشد.^{۱۰} از طرفی مبنای نظام حقوقی هنجار حقوقی است. شناخت انواع هنجارهای حقوقی و سپس ترسیم نظام سلسله مراتب هنجارهای

^{۱۰} . فردین مرادخانی و یونس فتحی، «رابطه دموکراسی و دادرسی اساسی (مطالعه موردی آمریکا)»، فصلنامه دانش حقوق عمومی ۲۰ (۱۳۹۷)، ۱.

حقوقی در هر نظام حقوقی بسیار مهم و رهگشا در امر قضائی در حوزه دادرسی اساسی است. کارکرد اصلی این تفکیک مستلزم عدم نقض هنجارهای بالا توسط هنجارها در مرتبه پایین‌تر می‌باشد. یکی از شرایط تشخیص چنین سلسله مراتبی، اصل تفکیک قوا به معنای تفکیک بین قوه موسس (مردم) و قوای تاسیس شده (سه قوه اصلی در هر نظام سیاسی و حقوقی) است.^{۱۱} در این نظام، قوه موسس در راس و برآمده از اراده مردم، قانون بنیادینی را وضع می‌کند که میثاق ملی و قانون اساسی است. در این سند ملی و حقوقی قوایی تاسیس می‌شوند که آن‌ها بر اساس صلاحیت و در چارچوب آن، قوانین و مقرراتی را وضع می‌نمایند که در تبعیت از قانون اساسی باشد. این امر موجب ایجاد اصلی به نام اصل برتری قانون اساسی در نظام حقوقی هر کشور می‌گردد، به گونه‌ای که نتیجه آن در این ساختار حقوقی، سنجش تقسیم‌بندی هنجارهای حقوقی بر حسب واضح آن است.^{۱۲}

شکل و صورت متبادر از قانون اساسی، مجموعه قواعد و اصولی است که از مرجعی عالی تحت قالب مجلس موسسان و با آرای عمومی به تصویب می‌رسد. از این دیدگاه صورت بر ماهیت ترجیح دارد و آنچه قاعده‌ای را در سطح اساسی قرار می‌دهد، وجه صوری و کیفیت تصویب آن است و ماهیت قاعده نقشی در این موضوع ندارد، اما این نظر نمی‌تواند از استحکام لازم برخوردار باشد. قانون مدنی ایران در ماده ۱۳۹ عقود و معاهدات بین‌المللی را در صورت تصویب مجلس در حد قانون عادی تلقی نموده‌است. از جمله این معاهدات، میثاق بین‌المللی مربوط به حقوق مدنی و سیاسی است که به تصویب مجلس شورای ملی رسیده‌است. اگر بپذیریم که وجه صوری تصویب، معیار سنجش نوع قواعد این میثاق است باید بر غیر اساسی بودن آن حکم کرد در حالی که این امر قابل پذیرش نیست. ماده ۶ - ۱ همین میثاق بیان می‌دارد: «حق زندگی از حقوق ذاتی شخص انسان است. این حق باید به موجب قانون حمایت شود. هیچ فردی را نمی‌توان خودسرانه (بدون مجوز) از زندگی محروم کرد.» حال آیا به واقع می‌توان این ماده را از لحاظ ارزش ماهوی در حد یک قانون عادی فروکاست؟ و در تعارض با قانون عادی سخن از ناسخ و منسوخ کرد؟ در برخی موارد نیز قواعد و هنجارهای مرجع، منبعی غیر مکتوب دارند، به نحوی که شرایط

^{۱۱} . رویا معتمدنژاد، «کنترل مطابقت قواعد حقوقی مادون با قواعدحقوقی مافوق و نقش خاص آن در تضمین حقوق و آزادیهای فردی»، پژوهش حقوق و سیاست ۱ (۱۳۷۸)، ۸۹-۹۰.

^{۱۲} . ابوالفضل قاضی، بایسته های حقوق اساسی (تهران: میزان، ۱۳۸۲)، ۴۷.

^{۱۳} . مقررات عهدی که بر طبق قانون اساسی بین دولت ایران و سایر دول منعقد شده باشد در حکم قانون است.

اقتصادی، اجتماعی و حتی سیاست‌های دولت در برآورده ساختن منافع عمومی بر شاکله نظام حقوقی و بنیان‌های آن اثر مستقیم می‌گذارد. این قواعد هیچ‌گاه مکتوب وارد نظام حقوقی نمی‌گردند بلکه منشا و سرشت قواعد حقوقی تلقی می‌گردند. بنابراین اساسی بودن قاعده صرفاً در ارزش صوری آن نهفته نیست بلکه ارزش ماهوی آن نیز مثبت اساسی بودن خواهد بود، به گونه‌ای که این گزاره «هر قاعده‌ای که از لحاظ صوری مصوب گردد اساسی است» همواره درست است اما «هر قاعده‌ای که از لحاظ صوری مصوب نگردیده، اساسی نیست»، همواره صحیح نخواهد بود.

از طرفی هرچند قوه مقننه متشکل از نمایندگان مردم است ولی مکلفند از مردم که قانون اساسی بارزترین مظهر اراده و خواست آنها است پیروی و محدودیت‌هایی را که این قانون مقرر داشته رعایت کنند. مفاهیم قانونی و استنباط صحیح از آن و تفسیر آن در صلاحیت دادگاه است و نه تنها قانون اساسی که فوق همه قوانین است بلکه قوانین مصوب مجلس نیز از استنباط قضایی مستثنا نیست، بنابراین اراده مردم (نظر قضات بر پایه قانون اساسی) بر اراده نمایندگان مقدم است. از این مقدمات تفوق قوه قضائیه بر قوه مقننه استنتاج نمی‌شود بلکه مفاد آن نفوذ و شمول اراده مردم است بر دو قوه.^{۱۴}

۲-۳- نظارت مبتنی بر ماهیت قانون

آنچه که در دیدگاه احراز حق، محور اساسی تلقی می‌گردد شیوهی نظارت است. نظارت ممکن است از یک سو ناشی از شیوه تصویب قاعده حقوقی باشد به نحوی که عدم رعایت یکی از شرایط مقرر برای تصویب موجبات بطلان آن را فراهم نماید. در سویی دیگر نظارت مذکور ناشی از ماهیت و محتوای قاعده حقوقی است. در این بعد نظارت ممکن است بر اساس میزان تفوق قاعده و یا اساسی بودن آن مورد سنجش قرار گیرد.

در احراز حق از سوی دادگاه، قاضی به شیوه تصویب قانون و وجه صوری آن توجهی ندارد، زیرا چنین نظارتی واجد خصیصه سیاسی است که خارج از حوزه صلاحیت دادگاه می‌باشد. اما نظارت بر محتوای قانون با توجه به صلاحیت محاکم مبنی بر احراز حق هم سو با آن تلقی می‌گردد، زیرا حتی در کشورهایی مانند ایران که دارای حقوق نوشته می‌باشند، قاضی به عنوان مقام انتخاب‌گر در گزینش قاعده حاکم بر دعوی دارای اختیار است. چنین انتخابی به عنوان امری مکانیکی و خودبخود صورت نمی‌پذیرد بلکه تجزیه و تحلیل محتوای قاعده

^{۱۴}. جعفر بوشهری، حقوق اساسی تطبیقی (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴)، ۲۳۹.

حقوقی دادرس دادگاه را در گزینش آن رهنمون می سازد. بدین ترتیب این قاضی است که باید بر اساس الگوها و نرم‌های پایه‌ای کلیت نظام حقوقی در بستر زمان و مکان نسبت به گزینش قاعده اقدام و مبادرت به احراز حق نماید. در گزینش این قاعده وجه حقی در قلمرو عدالت مورد سنجش قرار می‌گیرد. در حقیقت عدالت قلمرو در کنار هم نشانند ادعاهای گوناگون و رفع تعارضات برخاسته از به کارگیری آزادی است.^{۱۵} چنین نگرشی که به واقعیات و عینیات حاکم بر یک پرونده به عنوان موضوعی جزئی توجه دارد نوعی واقع‌نگری حقوقی را ایجاد می‌نماید و از پوزیتیویسم حقوقی جلوگیری می‌کند. چنین اختیاری نوعی «صلاحیت اختیاری» برای محاکم ایجاد می‌نماید تا بر اساس اصول عقلانیت و عدالت نسبت به رسیدگی به پرونده و اتخاذ تصمیم اقدام نمایند.

در فرآیند تصویب قانون، به عنوان محتوایی وابسته به متن و مصادیق عینی و خارجی، نمایندگان مجلس، کنکاش‌های فکری و ذهنی، با لحاظ اثرات عینی تصویب قانون را به انجام می‌رسانند اما آنان در زمان سنجش اثرات عینی، جهت اعمال بر موضوع خارجی دارای مصادیق مشخص نیستند، بلکه همان مصادیق نیز در فرآیندی ذهنی مورد بررسی قرار می‌گیرند، اما این محاکم هستند که قضاوت را بر مبنای قانون و یک مسئله عینی به انجام می‌رسانند، به همین جهت قانون به مفهومی که مورد تصویب قرار می‌گیرد تا زمانی که به مرحله اجرا درآمده و بر مصادیق عینی آن تحمیل می‌گردد، دارای وضعیتی یکسان نیست و ممکن است وضعیت شناور از لحاظ محتوایی یابد. قضاوت فرآیندی منحصر بر متن نیست، بلکه در برابر این سوال که قانون چیست؟ قاضی صرفاً نمی‌تواند به این پاسخ ساده بسنده نماید، که قانون چیزی است که توسط قوه مقنن به تصویب می‌رسد، زیرا اگر چنین سخنی پذیرفته‌گردد، قانون به ظاهر متون قوانین فروکاسته می‌شود، در حالی که موضوع قضاوت، قانون مجزی از وقایع عینی بیان شده از سوی طرفین نیست، بلکه مجموع این دو، نتیجه دعوی را مشخص می‌سازد، به همین جهت مفاهیم قانونی در بستر عینیات خارجی معنا و مفهوم اصلی خود را می‌یابند. هدف از تصویب قانون نیز چیزی جز اعمال بر مصادیق جزئی نیست، اما در زمان این اعمال، قاعده کلی اولیه موجود در متن قانون، به صورت قالبی از متن قانون در امر جزئی خود را نمایان می‌سازد. این مرحله خارج از نهاد قانونگذاری و در اختیار محاکم است، تا به تعداد مصادیق جزئی برآمده از محتوای اولیه قانون، صورت‌های جزئی آن

^{۱۵}. محمد راسخ، حق و مصلحت (تهران: نشر نی، ۱۳۹۲)، ۲۶۷.

قانون را تولید بنمایند.

۲-۴- سلبی بودن نظارت

نظارت قضات بر قانون عادی ممکن است دارای وجوه مختلف باشد. گاه شیوه نظارت به نحوی است که قانون الغا می‌گردد و قانون دیگر دارای اثر اجرایی نیست،^{۱۶} اما در اعمال نظریه احراز حق، نظارت واجد این وصف نیست بلکه قاضی اعمال یک قاعده را به کنار می‌نهد بدون آنکه نسبت به الغای آن اظهارنظری نماید. قاضی در نظام حقوقی باید بر مبنای داده‌هایی که در کلیت نظام حقوقی وجود داشته و منبعث از سنت‌ها، فرهنگ و اقتصاد و اجتماع است مبادرت به انشاء رای نماید و صرفاً نمی‌تواند بر مبنای قاعده‌ای که صورت قانون دارد در هر حالی که با تمامی نیروهای سازنده کلیت نظام حقوقی و عدالت مبنایت دارد مبادرت به انشاء رای نماید. این ویژگی که نوعاً سلبی است به جهت نوعیت عمل قضاوت در سیستم قضاوتی ایران است. در این سیستم قاضی نه به عنوان قاضی ایجادکننده قاعده، بلکه به عنوان قاضی انتخاب‌گر عمل می‌نماید و در گزینش قواعد حقوقی چنین اختیاری را اعمال می‌نماید. این محدودیت که در انتخاب قاعده از سوی قاضی وجود دارد از سلیقه‌ای شدن قضاوت و بکارگیری قواعدی که هیچ جایگاهی در نظام حقوقی به عنوان هنجار مرجع ندارند جلوگیری می‌نماید و نوعی انضباط در قضاوت را ایجاد می‌نماید.

۲-۵- حقوقی بودن نظارت

همانطور که پیش‌تر بیان گردید، نظارت ممکن است دارای وجوه مختلفی باشد. در نظام نظارتی بر پایه تفکیک قوا، نوع نظارت بر پایه‌ی کنترل قدرت صورت می‌پذیرد به نحوی که هر یک از قوای تاسیس شده مانع اعمال قدرت خارج از صلاحیت قوای دیگر می‌گردد. چنین نظارتی در قالب‌بندی‌های سیاسی مطرح می‌گردد و هدف اصلی آن جلوگیری از اعمال قدرت خارج از حدود ثغور تعیینی از سوی قانونگذار و طغیان در اعمال آن است. قدرت، مولفه‌ی اساسی در مباحث سیاسی است و به همین روی نظارت بر پایه تفکیک قوا نوعاً سیاسی تلقی می‌گردد، هرچند در نتیجه ممکن است ضامن حقوق اساسی ملت نیز گردد. از جمله‌ی این نظارت می‌توان به نظارت نمایندگان بر وزرا از طریق استیضاح آنان اشاره نمود که در نهایت ممکن است به عزل آنان بیانجامد.

^{۱۶}. برای دیدن انواع نظارت بنگرید به منبع ذیل:

Jeremy Waldron, "The Core of the Case against Judicial Review," *The Yale Law Journal* 115 (2006): 1353-1359.

در نظریه احراز حق، نوع نظارت حقوقی است. در این نوع نظارت نه تنها نوع وسیله بلکه محتوای آن حقوقی و صرفاً بر مبنای پاسداشت حق و عدالت است و هیچ‌گاه با مولفه‌های سیاسی نظارت که اتکای اساسی بر کنترل قدرت دارند هم‌سان نیست. از این منظر آنچه مرکز ثقل موضوع نظارت قرار می‌گیرد، تضییع و یا انکار حقی است که بنابر قواعد حقوقی مورد شناسایی قرار گرفته‌است و دادگاه در مقام احراز و شناسایی حق، نظارت خود را اعمال می‌نماید.

۳- آثار نظریه احراز حق

بیان مفهوم نظریه احراز حق کافی جهت تبیین آن در کنار سایر نظارت‌ها نخواهد بود. به همین جهت بررسی آثار آن می‌تواند در شناسایی جایگاه دقیق نظریه کمک شایانی بنماید که در بخش بعدی بدان خواهیم پرداخت.

۳-۱- احراز حق ضامن استقلال نهاد قضاوت

در نظام قضایی و سیاسی ایران تحلیل از استقلال قوه قضاییه می‌تواند در قالب استقلال دستگاه قضا و استقلال قاضی مطرح شود. با استقلال قضایی، قضات در مقام دادرسی و صدور حکم، صرفاً بر اساس موازین قانونی و تحلیل منطقی خود، به دور از هرگونه نفوذ و فشار بیرونی و درونی مبادرت به صدور حکم می‌نمایند.^{۱۷} بنابراین قضات در رسیدگی به دعاوی و اختلافات می‌بایست کلیه قوانین و مقررات را با توجه به استنباط خود تفسیر و موضوع پرونده را مورد رسیدگی و تطبیق و حاصل آن را به عنوان رای صادر و اعلام نمایند. در این خصوص هیچ تفاوتی بین قضات دادگاه‌های تالی و عالی وجود ندارد. با تکیه بر این استدلال که بهترین و شاید تنها دلیل بارز و قانع‌کننده برای ایجاد چنین صلاحیتی باشد^{۱۸} و مفهوماً مبین استقلال قاضی و قوه قضائیه است، می‌توان نظارت اساسی قضات بر قوانین عادی را امکان‌پذیر دانست.^{۱۹} به نحوی که حتی برخی علمای حقوق اجبار مطلق قاضی را خلاف اصل تفکیک قوا می‌دانند.^{۲۰}

^{۱۷} . سید محمد هاشمی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران - حاکمیت و نهادهای سیاسی (تهران: میزان، ۱۳۸۳)، ۳۷۱.

^{۱۸} . ناصر کاتوزیان، گامی به سوی عدالت (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۸)، ۳۲۴.

^{۱۹} . جواد تقی زاده و مرتضی نجابت خواه و قلی زاده عادل، «مسئله نظارت اساسی قضات محاکم بر قوانین عادی»، مجله راهبرد ۲۴ (۱۳۹۴)، ۱۳۴.

^{۲۰} . کاتوزیان، همان، ۳۲۵.

در نظام حقوقی ایران اصل استقلال و تفکیک قوای مندرج در اصل ۵۷ قانون اساسی و سایر اصول بر پایه تفکیک نسبی^{۲۱} یا نظام همکاری قوا توأم با نظارت است. در این نظام حقوقی بر پایه اصول ۱۷۴-۱۵۶ که در فصل یازدهم قانون اساسی تحت عنوان قوه قضائیه و سایر اصول مرتبط با این قوه است، قاضی دو وظیفه عمده را بر عهده دارد که یکی دستیابی به حقایق و واقعیات اختلاف و دیگری برگزیدن قانون متناسب و صحیح نسبت به مورد اختلاف و صدور حکم و اجرای آن است.^{۲۲}

دستیابی به حقیقت خود در گرو گزینش قاعده حقوقی متناسب با جهات موضوعی مطروحه از سوی طرفین است تا کارکرد قوه قضائیه از حیث تحقق عدالت به نحو کامل محقق گردد. قضات در نظام قضایی ایران دارای قدرت کنترلی محدودی هستند. به عنوان یک قاعده کلی آنان مقید به دو اصل نسبی بودن آرای قضائی و اصل عدم استنکاف هستند. بنابراین علی-الاصول نمی‌توانند به طور کلی و نوعی تصمیم‌گیری کنند. آن‌ها ملزم به تبعیت از استانداردهای مستقرشده نظارت و یا کنترل حقوقی‌اند و فقط در صورتی دارای صلاحیت رسیدگی هستند که یک اختلاف به آنها ارجاع شده‌باشد.^{۲۳} از طرفی قاضی بر اساس قوانین صحیحی رای صادر می‌نماید که در آن قواعد حقوقی مادون با قواعد حقوقی مافوق یا قانون برتر که همان قانون اساسی است مطابقت داشته‌باشد،^{۲۴} چرا که قانون عادی نمی‌تواند قانون اساسی را تغییر دهد. در این آوردگاه قضات نقطه ثقل و شرط تحقق حکومت قانون هستند و موثر بودن سلسله مراتب هنجارها منوط به وجود ضمانت اجرای قضایی است و تضمین حقوق بنیادین نیز با تضمین و حمایت مراجع قضایی امکان‌پذیر است. در این راستا قاضی باید بر قوانین استنادی خود توجه داشته‌باشد و چنانچه قانون مادون مخالف با محتوای قانون اساسی باشد، از اجرای آن خودداری نمایند. در این صورت است که قاضی به وظیفه اولیه خود یعنی دستیابی به حقیقت و عدالت به درستی عمل کرده‌است. هدف و کارکرد اصلی قوه قضائیه که در قانون اساسی نیز مورد پیش‌بینی قرار گرفته، تحقق عدالت است. بنابراین اقدامات مقامات قضائی جهت احراز حق به عنوان محصول فرآیند قضائی باید در بستر عدالت

^{۲۱}. سید محمد هاشمی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران - اصول و مبانی کلی نظام (تهران: میزان، ۱۳۸۳)، ۳۷۱. با کمی تردید.

^{۲۲}. جعفر بوشهری، حقوق اساسی اصول و قواعد، همان، ۲۴۳.

^{۲۳}. مهدی هداوند، حقوق اداری تطبیقی (تهران: سمت، ۱۳۸۹)، ۴۷۸-۴۷۹.

^{۲۴}. رویا معتمدنژاد، همان، ۱۳۳.

صورت پذیرد. بخشی از قضاوت نیز به جهت لزوم مستند بودن آرای صادره، تکیه بر قواعد حقوقی مورد استناد دارد، به همین جهت سلب سنجش قاعده از قاضی در مقام احراز حق، در حقیقت نقص بر فرآیند قضاوت تلقی می‌گردد زیرا به نحو تحمیلی قاعده حقوقی قابل اعمال، خارج از نهاد قوه قضائیه، وارد فرآیند قضائی می‌گردد که این امر مخالف با کارویژه قوه قضائیه است. در حقیقت اگر به نحو ساده فرآیند قضائی را حمل جهات موضوعی به عنوان صغرای قضیه بر جهات حکمی به عنوان کبرای آن بدانیم، هر دو باید از سوی قاضی به عنوان فعلی مختار و دارای اراده از حیث تحلیل و انتخاب صورت پذیرد، در غیر این صورت حتی تحقق قضاوت منتفی است.

رسیدگی قضایی در ایران بر پایه یک نگاه، حق‌بنیاد یا نفع‌محور است. آیا به واقع امکان دارد قاضی را ملزم کنیم در مورد برخی مسائل متعارض اجتماعی و سیاسی و فرهنگی، در شرایطی که هیچ‌گونه پاسخ عینی و یا حتی اجماع در این خصوص وجود ندارد، به تصمیم قطعی برسد و قانون عادی را بر پایه استدلال حقوقی اجرا نکند؟ قضات به قانون اساسی و قانون عادی به عنوان منبع حق و نفع توجه دارند به نحوی که بدون آن امکان صدور حکم و فصل خصومت و حتی اقامه عدالت امکان‌پذیر نیست. در این فرض است که قاضی در مقام انشاء حق جدید نیست بلکه حق تاسیسی مندرج در قانون اساسی یا عادی را اجرا می‌نماید. این ضابطه ارتباطی به مقوله تفکیک قوا نداشته و چالشی برای قضات در نقض تفکیک قوا نمی‌باشد. همانطور که در کشور فرانسه که آغشته به فرهنگ منتسکیوبی مبارزه با حکومت قضات است، در گذر زمان علاوه بر تاسیس شورای قانون اساسی، در اصلاحیه قانون اساسی سال ۲۰۰۸ مواردی از نظارت پسینی در بند ۱ ماده ۶۱ اصلاحی مورد پذیرش قرار گرفته است: «هنگامی که در جریان یک دعوا در محکمه‌ای آشکار شود که حقوق و آزادی‌های تضمین شده در قانون اساسی توسط یک مقرر قانونی مورد خدشه قرار گرفته است، شورای قانون اساسی می‌تواند با ارجاع دیوان عالی کشور و شورای دولتی به این موضوع رسیدگی کرده و در مهلتی معین حکم صادر نماید...»^{۲۵}.

^{۲۵}. علی اکبر گرجی، «ملاحظات بر شورای قانون اساسی فرانسه»، مجله پژوهش‌های حقوقی ۱۶ (۱۳۸۸)، ۱۶۱ و ۱۷۱.

Article 61-1: Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.
<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000571356/>

۳-۲- جایگاه شورای نگهبان و قضات در نظارت اساسی

شورای نگهبان به موجب اصل ۹۱ قانون اساسی، نظارت بر مصوبات مجلس شورای اسلامی از حیث پاسداری از احکام اسلام و قانون اساسی را برعهده دارد. قانون اساسی در اصل ۹۸ وظیفه تفسیر قانون اساسی را بر عهده شورای نگهبان قرار داده است.

در باره صلاحیت تفسیری شورای نگهبان دو نظر اصلی وجود دارد. صلاحیت شورای نگهبان در تفسیر قانون اساسی، یک اختیار مستقل نیست بلکه فرع بر مسئولیت آن در کنترل مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی و شرع است. از این لحاظ که شورا تنها به تابعیت از صلاحیتی که در تمیز مشروع بودن مصوبه مجلس دارد، به آن می‌پردازد و به طور مستقل و نوعی، حق تفسیر ندارد. دیدگاه فوق بر آن است که شورای نگهبان اگر مستقلاً و بدون وجود یک قانون عادی نیازمند انطباق با شرع و قانون اساسی، به تفسیر قانون اساسی مبادرت ورزد، حاکمیت و محوریت مجلس در وضع قانون، مخدوش می‌گردد.^{۲۶} در دیدگاه دیگر، تفسیر قانون اساسی در حکم قانون اساسی، دانسته شده است، همان طور که تفسیر قانون عادی در حکم قانون عادی است و مفاد تفسیر پس از انتشار برای همگان لازم‌الاتباع و عدم اجرای آن موجب مسئولیت خواهد بود.^{۲۷} اما رویه قضائی این دیدگاه را نپذیرفته است.^{۲۸}

^{۲۶} . جواد محمودی، «تاملی بر نظریه تفسیری شورای نگهبان درباره صلاحیتهای دیوان عدالت اداری»، نشریه حقوق اساسی شماره ۵ (۱۳۸۴)، ۳۹۰.

^{۲۷} . سید محمد هاشمی، همان.

^{۲۸} . به عنوان نمونه بنگرید به نظریه شورای نگهبان به شماره ۵۱۸۸۶/۹۲/۳۰ مورخ ۱۳۹۲/۷/۱۰ در مورد ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی که بیان می‌دارد: آنچه در اصلاحیه مورخ ۱۳۷۰/۸/۱۴ قانون مدنی به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده و توسط شورای نگهبان تأیید شده است، متعرض ماده (۱۳۰۹) نیست تا بتوان چنین پنداشت که این ماده مجدداً به تأیید فقهای محترم شورای نگهبان رسیده است و در نتیجه، نظریه فقهای محترم مبنی بر ابطال این ماده کماکان به قوت خود باقی است و نظریه اداره حقوقی قوه قضائیه مبنی بر اینکه «با توجه به اینکه در اصلاحات سال ۱۳۷۰ تعرضی به متن ماده (۱۳۰۹) نشده و حذف نگردیده است و ماده (۱۳۰۹) قانون مدنی موضوعاً دارای قدرت اجرایی است» موجه نمی‌باشد.» برای دیدن مذاکرات شورای نگهبان رجوع کنید به:

<http://nazarat.shora-rc.ir/Forms/frmMatn.aspx?id00=/YSVOjvEHhE=&TN=sLn161hHMy3umtCiuWPwQQXfb6NI6Uo1+ms0l+oFq9muEldT7zh8A==&MN=csagpt/F9Oo=&id=%20awjZB6mMwk=&tablename02=sLn161hHMy3umtCiuWPwQfiDA2AcL%20Ge>

در مخالفت با این نظریه شعبه هفتم دادگاه تجدیدنظر استان همدان حسب رأی شماره ۷۰۰۲۹ مورخ ۱۳۹۳/۳/۲۲ بیان می‌دارد: «ادعای تجدیدنظرخواندگان مستقیماً وقوع طلاق فی مابین تجدیدنظرخواه و مورث آن‌ها نیست بلکه ازدواج تجدیدنظرخواه با شخص دیگری را قرینه بر وقوع طلاق گرفته اند و این ادعا را مطرح نموده‌اند، صرف نظر از اینکه ایراداتی نیز از ناحیه تجدیدنظرخواه و وکیل وی به اظهارات شهود وارد گردیده که به نظر بعضاً وارد است و صرف نظر از اینکه تجدیدنظرخواه مدعی گردید که ازدواج موقت وی با الف، ع. و قبل از مورخ ۱۳۷۷/۶/۱ بوده با



در کنار تفسیر اساسی، تفسیر قانونی و قضائی بر اساس اصل ۷۳ قانون اساسی در نظام حقوقی و سیاسی ایران وجود دارد. تفسیر قضایی، تفسیری است که از مواد قانونی به وسیله دادگاه‌ها در مقام صدور رای به عمل می‌آید. ارزش تفسیر قضایی بستگی به دادگاهی دارد که قانون را تفسیر نموده‌است، بنابراین ارزش تفسیر دادگاه نخستین و پژوهشی از قانون فقط در دعوی می‌باشد که نسبت به آن رای صادر شده، اما چنانچه تفسیر در قالب رای وحدت رویه، وسیله‌ی هیات عمومی دیوان عالی کشور صادر شده‌باشد برای همه لازم‌الاتباع است. بر اساس این تقسیم‌بندی در قانون اساسی و ایجاد نهادی به نام شورای نگهبان و فقدان شناسایی صریح صلاحیت اساسی برای قضات محاکم در متن قانون اساسی و اصل عدم صلاحیت، شاید بتوان گفت قضات صلاحیت بررسی سنجش اعتبار قانون عادی در پیشگاه قانون اساسی را ندارند و مکلف به اجرای قانون عادی می‌باشند، اما در قانون اساسی ایران لفظ انحصار صلاحیت نیامده‌است و به همین جهت علاوه بر شورای نگهبان، قاضی هم می‌تواند قانون اساسی را جزئی و محدود در مساله مطروحه در دادگاه تفسیر نماید.^{۲۹} حتی اجرای نظر هیات عمومی دیوان عالی کشور که در مقام تفسیر متفاوت از قانون اساسی ارائه می‌شود موکول به تایید شورای نگهبان نیست، به دلیل آنکه مجرای صلاحیت شورای نگهبان درباره مصوبات مجلس است و قانون اساسی صلاحیتی برای آن شورا در این قضیه در نظر نگرفته‌است. با پذیرش این تحلیل و امکان تفسیر برای هیات عمومی دیوان عالی کشور که ضرورتاً ناشی از برداشت‌های متفاوت قضات دادگاه پایین‌تر است، می‌توان صلاحیت تفسیر قانون اساسی توسط قضات محاکم را پذیرفت.

عنايت به اينکه صحت و اصالت عقدنامه مورخ ۱۳۷۷/۶/۱ توسط تجدیدنظرخواندگان مورد تأييد قرار گرفته و در نتیجه اعتبار آن برای دادگاه محرز است لذا بر اساس ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی دعوی مخالف با مفاد آن با شهادت شهود اثبات نمی‌گردد...»

شعبه ۵۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۷۰۴۰۰۹۱۹ مورخ ۱۳۹۳/۷/۵ بیان می‌دارد: «... ثانیاً، سند سجلی در زمره اسناد رسمی است و ابطال مدلول سند رسمی به اعتبار شهادت گواهان خلاف ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی است.»

دادنامه شماره ۰۱۰۰۳ مورخ ۱۳۹۳/۰۶/۳۱ شعبه هشتم دادگاه شیراز در باب خواسته ابطال سند رسمی افزایش مهریه بعد از نکاح: «با توجه به اینکه توافقات افراد طبق ماده ۱۰ قانون مدنی نباید خلاف صریح قانون باشد و این توافق در خصوص افزایش مهریه هر چند حسب نظریه شورای نگهبان خلاف شرع اعلام گردیده است لیکن چون این توافق مخالف صریح هیچکدام از مواد قانون مدنی نیست خواسته خواهان را وارد ندانسته و حکم بر بطلان دعوی خواهان صادر و اعلام می‌نماید.» (<https://ara.jri.ac.ir>)

^{۲۹}. ناصر کاتوزیان، گامی به سوی عدالت(تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۷۹)، ۱۵.

مبنا در رسیدگی قضائی احراز حق است و زندگی عصر حاضر بر پایه‌های حق بنا نهاده شده و گفتمان عمومی معاصر به ویژه گفتمانی که به ارزش‌های بنیادین چون آزادی، برابری و عدالت متوسل می‌شود همواره در قالب حق بیان می‌گردد. تاثیر این گفتمان زمانی آشکار می‌شود که به حق نقش موضوعه و نهادی داده‌شود. موضوع‌سازی حق‌های بنیادین شهروندان این پتانسیل را دارد که ساختار حقوق عمومی را از نو سازماندهی کند^{۳۰} و از رهگذر قوه قضائیه است که می‌تواند معنای دقیق و آمرانه یابد. آنچه از منظر محاکم به وقوع می‌پیوندد نظارت سیاسی نیست بلکه همانطور که بیان شد محاکم صلاحیت حقوقی خود را اعمال می‌نمایند. نگرش به ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ما را در این موضوع یاری می‌رساند. در این ماده دادگاه مکلف به تعیین تکلیف پرونده گردیده و از سویی دیگر این اختیار برای دادگاه قرار داده شده‌است که بنابر نظر خود به منابع فقهی و یا اصول حقوقی مراجعه و با تشخیص خود آنچه را که مخالفی با موازین شرعی ندارد بکار گیرد. بنابراین قانونگذار تشخیص سرعت قاعده حقوقی اعمال شده از سوی دادگاه را بر عهده خود دادگاه قرار داده و آن را نیازمند اظهار نظر مرجعی دیگر ندانسته‌است. به همین جهت دادگاه‌ها نه تنها اختیار تشخیص سرعت، بلکه مغایرت قوانین را نسبت به اصول مرجع قانون اساسی در فرض تعارض با قوانین را دارا می‌باشند. اگر این امر مورد پذیرش نباشد، ممکن است برای دادگاه در جریان رسیدگی به پرونده آشکار شود که قانون حاکم بر موضوع دعوی کلا یا بخشی از آن مغایر با قانون اساسی می‌باشد، در این صورت مطابق با پذیرش نظر مخالف در سیستم قضائی ایران امکان طرح موضوع و بررسی توسط محاکم وجود ندارد و قاضی نمی‌تواند به استناد این مغایرت از اجرای قانون عادی خودداری نماید و از طرفی مرجعی نیز برای انجام چنین رسیدگی پیش‌بینی نشده‌است و این امر ممکن است باعث اختلال در نظم حقوقی کشور گردیده و سیستم قضایی کشور را مورد تهدید جدی در حوزه حق‌ها بنماید.

۳-۳- نظریه احراز حق و نظارت سیاسی ناشی از ساختار حاکمیتی و نقش الگوهای تفکیک قوا

آنچه منتسکیو در کتاب روح‌القوانین به طور واضح و مشخص بیان کرده و برداشت‌ها و

^{۳۰}. مارتین لاگلین، مبانی حقوق عمومی، ترجمه محمد راسخ (تهران: نشر نی، ۱۳۸۸)، ۲۵۱-۲۵۲.

سنت‌های متفاوتی از این مفهوم در کشورهای مختلف به وجود آمده^{۳۱} گواه آن است که نظریه تفکیک قوا در واقع برای منع استبداد و دفاع از آزادی‌های مردم، مقابله با فساد و سوء-استفاده از قدرت و متلاشی ساختن اقتدار فشرده حکامی بود که خود را برتر به همه کس و همه چیز تصور می‌کردند.^{۳۲}

قانون اساسی فرانسه پس از انقلاب ۱۷۸۹ میلادی و قانون اساسی فدرال ایالات متحده در ۱۷۸۷ که بر جدایی و تفکیک مطلق سه قوه تاکید داشتند،^{۳۳} بر دو اصل استوار بوده‌اند؛ اول: تخصصی بودن قوا به این معنی که هر یک از قوای سه‌گانه دارای کارکرد تخصصی و انحصاری می‌باشند، دوم: استقلال داشتن قوا به این معنی که هر یک از قوای سه‌گانه در نحوه تشکیل و تکوین و در شکل و اجرا دارای استقلال می‌باشند. فقدان همکاری و مشارکت میان قوای سه‌گانه نیز برای اینکه عملکرد سیستم جدایی قوا دچار اختلال نگردد نیازمند نوعی اتفاق نظر میان نهادها بر روی سیاست‌های کلان دولت و وحدت رویه در دستیابی به اهداف مورد نظر حکومت می‌بود،^{۳۴} که در نهایت جدایی مذکور به هیچ وجه قابلیت اجرایی نداشته‌است.

با عنایت به اینکه چنین تفکیک و استقلالی با وحدت قدرت و حاکمیت و تجزیه‌ناپذیر بودن آن منافات داشت مفهوم مضیق و به طریق اولی مطلق نمی‌توانست اعمال گردد. به همین جهت در مفهوم وسیع و عملی آن، به رغم وجود سه قوه و تقسیم کارکردهای تقنینی، اجرایی و قضائی، نه تقسیم کارکردها مطلق بوده‌است، نه استقلال آنها از یکدیگر، بر همین اساس بیشتر از تعادل و همکاری میان قوا سخن گفته می‌شود.^{۳۵}

اصل نظارت و تعادل که به منظور اجرای عملی تفکیک قوا طرح می‌گردد، سبب توزیع متعادل قدرت بر اساس تقسیم وظایف و عملکردها است و نه الزاماً استقلال و جدایی کامل سه قوه. بنابراین جلوگیری از تمرکز قدرت از طریق توزیع میان سه قطب متوازی است که

^{۳۱} . فردین مرادخانی، «پیدایش مفهوم تفکیک قوا در انقلاب مشروطیت ایران»، مجله حقوقی دادگستری ۹۲ (۱۳۹۴)، ۱۸۹.

^{۳۲} . سید محمد هاشمی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران - اصول و مبانی کلی نظام، همان، ۶۶.

^{۳۳} . سید محمد طباطبایی، «نظریه تفکیک قوا و سازماندهی قدرت سیاسی نزد دولت»، فصلنامه دولت پژوهی ۱۲ (۱۳۹۶)، ۲۱.

^{۳۴} . همان، ۲۷.

^{۳۵} . ژان فلیپ فلدمن، « تفکیک قوا و مشروطه گرایی، افسانه و واقعیت یک دکترین و نقدهای»، ترجمه اسدالله یاور، مجله تحقیقات حقوقی ۵۲ (۱۳۸۹)، ۴۸۱-۴۸۳.

هر یک از آنها می‌توانند قدرت دو قوه دیگر را محدود کنند.^{۳۶} به عبارت دیگر، رژیم مشارکت قوا مدلی است که با اجرای کامل کنترل و توازن میان سه قوه توانسته نوعی تعادل را برقرار سازد تا نهادهای مستقل بتوانند بر عملکرد یکدیگر نظارت داشته باشند.^{۳۷} چنین تفکیکی هیچ تعارضی با نظریه احراز حق نخواهد داشت. زیرا ماهیت عمل قضایی از این حیث برآمده از فلسفه و مبنای تفکیک قوا است. نفی خودکامگی مقامات اداری، تحقق آزادی‌های بنیادین، توجه به ضروریات و تحولات بنیادین اجتماعی و اقتصادی و تحقق عقلانیت عینی بر تصمیمات اتخاذی نه تنها منافاتی با تفکیک قوا نداشته بلکه کاملاً با آن هماهنگ می‌باشند. علاوه بر این احراز حق به نحو انفراد صورت می‌پذیرد و نوعی جزئیّت در آن وجود دارد. بنابراین قاضی باید یک قانون (اعم اساسی و یا عادی) به عنوان قاعده عام و کلی را بر یک موضوع خاص اعمال و نتیجه‌گیری خاص از آن بنماید و نمی‌تواند قاعده کلی بنا نهد، پس محصول ایجاد در ورای قضاوت قاعده‌گذاری نیست، بلکه سنجش و انتخاب قاعده متناسب با بنیان‌های نظام حقوقی در جهت احراز حق است.

۳-۴- جایگاه مجلس، حکومت قانون و نقش قضات در تحقق آن

ارتقای حکومت قانون در جوامع غربی پس از دهه هشتاد باعث ارزیابی مجدد مفهوم سنتی دموکراسی مبتنی بر نمایندگی شد. در واقع حکومت قانون متضمن آن است که آزادی تصمیم‌گیری نهادهای حکومتی در تمامی سطوح با هنجارهای حقوقی محدود شود و قضات یا نهادهای اساسی بر رعایت این هنجارها نظارت نمایند. بنابراین نمایندگان منتخب مردم نیز از اقتداری نامحدود برخوردار نبوده و قدرت آنها نیز محدود می‌شود. در نتیجه حکومت قانون مفهومی معتبرتر و رسمی‌تر از دموکراسی محسوب می‌شود و به همین ویژگی مانع از اختلاط آن با دموکراسی می‌شود.

یورگن هابرماس رابطه بین دموکراسی و حکومت قانون را این‌طور به پیش می‌کشد و بیان می‌کند که حکومت قانون، بین نظام نمایندگی به عنوان تجلی حاکمیت مردم و صیانت از قانون اساسی به عنوان ضامن فرایند دموکراتیک قانونگذاری ارتباط برقرار می‌کند. در نظارت بر سازگاری قوانین مصوب نمایندگان با قانون اساسی، مرجع صیانت از قانون اساسی، حاکمیت موسس مردم را که عین دموکراسی است به منصفه ظهور می‌رساند. بر این اساس

^{۳۶}. سید محمد طباطبائی، همان، ۲۲.

^{۳۷}. همان، ۳۰.

ارتباط بین دموکراسی و حکومت قانون مستلزم افزایش قدرت مراجع قضائی است و قضات در مرکز تحقق، اجرا و تضمین حکومت قانون هستند.^{۳۸}

قضات خود ترجمان ملت هستند نه یک صنف خاص، پس وجود مراجع صیانت از قانون اساسی نیز به عنوان ابزار تحقق دموکراسی است. این مراجع ساز و کار نظارت پیشینی و پسینی بر شکل‌گیری قوانین و در نتیجه، بیان اراده‌ی عمومی را اعمال می‌نمایند، به ویژه در مواردی که مرجع صیانت از قانون اساسی به عنوان نماینده تلقی می‌شود. به طور کلی در جوامع معاصر مراجع قضائی برآنند که به عنوان نمادهای تلقی نوین از دموکراسی جلوه نمایند. در واقع این مراجع در حوزه‌های عمومی بی‌طرف هستند تا شهروندان بتوانند حقوقی را مطالبه نمایند و دولتمردان را مورد خطاب قرار دهند.^{۳۹}

نکته اساسی در رابطه انتخاب‌کنندگان و انتخاب‌شوندگان آن است که آیا نمایندگان منتخب مردم در اعلام نظر از وجدان خود الهام می‌گیرند و آنچه را حقیقت تشخیص می‌دهند ابراز و طبق آن رای می‌دهند یا باید مطابق آنچه موکلین وی ابراز می‌کنند در مجلس مقننه اظهارنظر نمایند. یک تحلیل این است که نماینده‌ای که در دوره خدمت در مجلس مقننه خلاف نظر و عقیده موکلین خود رفتار کند اثر آن فقط در انتخابات بعد خواهد بود که با عدم استقبال مردم مواجه شود و این می‌تواند ضمانتی باشد تا نمایندگان از حدود نظرات عمومی جامعه تجاوز نکنند اما برداشت دیگر این است که اگر نماینده با توجه به سوگند مقرر در اصل ۶۷ قانون اساسی خلاف آنچه سوگند یاد کرده‌است اعلام نظر نماید اثر وضعی آن چه می‌باشد؟ آیا اطلاق نظر نمایندگان مجلس دلالتی بر تکلیف بر اجرای آن قانون مصوب بر قضات و حتی شهروندان در زمان تعارض با قانون اساسی می‌باشد. آنچه از محتوا و اصول قانون اساسی بالاخص اصل ۷۱ قانون اساسی قابل برداشت است، مجلس در حدود مقرر در قانون اساسی می‌تواند قانون وضع کند، بنابراین قانونی که مجلس خلاف شرایط ماهوی تصویب می‌کند قانون به معنای مندرج در قانون اساسی نیست و از آنجایی که قاضی مکلف به اجرای قانون صحیح است، می‌تواند مقرر مخالف قانون اساسی را به کناری نهد و اجرا ننماید. این موضوع به ویژه در حالت تردید در باب مسئولیت نمایندگان نیز مطلوب است. در

^{۳۸}. ژاک شوالیه، «بحران دموکراسی اسطوره یا واقعیت»، ترجمه محمدرضا ویژه، دوفصلنامه حقوق عمومی و حقوق بشر، ۲ و ۳ (۱۳۸۴ و ۱۳۸۵)، ۱۵۸.

^{۳۹}. همان، ۱۵۹.

نظام حقوقی ایران، تصویب قوانینی که مغایر با اصول قانون اساسی بوده و به جهت اشتباه فاحش وارد نظام حقوقی گردیده و از ورای آن به اشخاص خسارتی وارد نماید، موجب مسئولیت نیست. حال ادامه حیات آن قاعده موجه است؟ آیا نباید از ورود خسارت به اشخاص جلوگیری به عمل آید؟ به نظر می‌رسد در قدر متیقن، پذیرش نظارت قضات از ادامه اقدامات مبتنی بر اشتباه فاحش قوه قانونگذار جلوگیری می‌نماید.

برخی با این تحلیل که قاعده حقوقی (قوانین مصوب مجلس) بیانگر اراده جمعی است و این اراده به وسیله نمایندگان انتخابی تظاهر کرده نه صنف حرفه‌ای قضات، قائل بر آن شده‌اند که نباید نظر قضات مقدم بر نظر ملت از جهت صلاحیت اساسی باشد و به همین جهت نظارت اساسی قضات بر قوانین عادی باعث تعارض با دموکراسی خواهد بود.^{۴۰}

در نظری مخالف، موافقین نظارت اساسی قضات، آن را فرآیند دموکراتیک می‌دانند. دلیل این امر مهار اختیارات مجلس از طریق نظارت اساسی است و در توجیه آن برخی دو اصل اساسی، یکی اصل ضعف فرآیند دموکراتیک و دیگری خطرات تکیه بر مجلس جهت دفاع موثر از آزادی‌های اساسی را عنوان می‌کنند. فرآیند دموکراتیک انتخابی بودن نمایندگان مجلس، به معنای نمایندگی تام افکار عمومی محسوب نمی‌شود^{۴۱} و به طور مطلق نمی‌توان با ابزارهای دخیل در انتخابات از انتخاب نمایندگان واقعی مردم در یک انتخابات آزاد و منصفانه سخن گفت. علاوه بر این تضمینی بر اعمال وفادارانه به خواسته‌های مردم وجود ندارد به نحوی که نمایندگان همواره بر عهد و پیمان خویش با انتخاب‌کنندگان وفادار باشند و همه قوانین مصوب آن‌ها در راستای تضمین حقوق بنیادین و آزادی‌های شهروندان باشد.^{۴۲}

در کشاکش تنش میان قوای مقننه و قوه مجریه که معمولاً تمایل به اعمال قدرت و گسترش نفوذشان داشته و قوانین اساسی که می‌خواهند قدرت سیاسی را کنترل کنند تا از شهروندان در مقابل اقدامات خودسرانه حفاظت نمایند، دادگاه‌ها قرار گرفتند. در ارجاع موضوع به دادگاه‌ها نیز هدف آن است که با رعایت اصل سلسه مراتب قواعد حقوقی، اصل حاکمیت قانون تضمین گردد، هرچند موضوع‌های این بررسی عمیقاً موجب رنجش خاطر مقامات سیاسی از جمله نمایندگان منتخب می‌شود. آن‌ها می‌بینند که توسط مردم انتخاب شدند و

^{۴۰} . هانری لوی برول، جامعه‌شناسی حقوق، ترجمه ابوالفضل قاضی (تهران: میزان، ۱۳۸۸)، ۷۲.

^{۴۱} . نمایندگان نه بر پایه اراده عمومی بلکه بر پایه نظام اراده اکثریت انتخاباتی برگزیده می‌شوند.

^{۴۲} . محمدحسین زارعی و احمد مرکز مالگیری، «مفهوم و مبانی کنترل قضایی با تاکید بر نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا»، مجله تحقیقات حقوقی ۴۲ (۱۳۸۴)، ۱۵۴-۱۵۵.

منشا اعتبار قدرت آن‌ها رضایت و خواست سیاسی مردم است ولی وقتی با یک مقام قضایی روبرو می‌شوند که تمایل دارد از آنها بپرسد که چه کسی شما را منصوب کرده‌است پاسخ‌شان این است ما مقامات منتخب هستیم. اما نقش دادگاه‌ها این نیست که تمایلات سیاسی اکثریت را بر اقلیت تحمیل کند بلکه نقش آن‌ها دفاع و حمایت از اقلیت در مقابل چیزی است که گاهی اوقات به آن دیکتاتوری اکثریت می‌گویند. اکثریت در یک نظامی سیاسی می‌تواند حق تصمیم‌گیری داشته باشند ولی این تصمیمات باید مطابق با قانون در مفهوم حقوق اساسی باشد تا از این باب تعرضی به اقلیت و حقوق آنان صورت نگیرد. پس نتیجتاً با رشد نمایندگی مردم سالار که به جای اراده مردم، خواست نمایندگان مردم را بر مردم تحمیل می‌کرد این فکر پدید آمد که برتری قانون اساسی به برتری پارلمان امری مطلوب است^{۴۳} و دادگاه‌ها در مقام اعمال این برتری و ارجاع به هنجارهای مرجعی هستند که نقض آن را بی-پاسخ نخواهند گذاشت.

۳-۵- اثر حقوقی-قضائی عدم استناد به قوانین از سوی قضات

اثر اصلی و مثبت عدم استناد به قوانینی که ناقض قواعد و هنجارهای مرجع و بنیادین هستند، به ترتیبی که در قسمت نظریه احراز حق بیان گردید، تحقق عدالت و در راستای کارویژه قوه قضائیه است و نباید معیاری سلیقه‌ای در جهت عدم استناد به قوانین باشد، به همین جهت چنانچه چنین اقدامی بدون استدلال و بر مبنای سلیقه صورت پذیرد، محاکم عالی خواه تجدیدنظر از حیث تصحیحی بودن رسیدگی در آن و یا دیوان عالی کشور از حیث نظارت عالی قضایی می‌توانند نسبت به نقض آن اقدام نمایند. مراجع عالی نیز در مواردی که استناد به قواعد اساسی صورت می‌پذیرد در صورت مستدل بودن نسبت به نقض آن اقدام نمی‌نمایند، با این وجود ممکن است چنین امری مورد نقض واقع گردد. بنابراین تضمین اساسی نسبت به چنین دیدگاهی فارغ از اصل اطمینان به دستگاه قضائی، وجود محاکم عالی جهت نظارت بر محاکم تالی است.

به موجب دادنامه شعبه ۳۳ دیوان عدالت اداری که به موجب دادنامه شماره ۹۴۰۹۹۷۰۹۵۵۳۰۰۲۳۳ مورخ ۱۳۹۴/۰۲/۰۱ شعبه سوم تجدیدنظر دیوان عدالت اداری تأیید گردیده در راستای چنین تکلیف و وظیفه‌ای با استناد مستقیم به اصول و قواعد اساسی و

^{۴۳} . محمد جلالی و قاسم علی صداقت، «بررسی مبانی اعتبار دموکراتیک نظارت اساسی»، دانش حقوق عمومی ۱۵ (۱۳۹۵)، ۱۲۷.

بنیادین بیان شده است: «...نظر به اینکه اولاً- نام شاکی در فهرست اسامی قبول شدگان آزمون استخدامی شهرداری ... به عنوان نفر اول درج شده و در آگهی آزمون نیز قیدی مبنی بر اینکه آزمون صرفاً مختص افراد بومی بوده و افراد غیر بومی حق شرکت در آزمون را ندارند وجود ندارد، ثانیاً- دولت ایران در سال ۱۳۴۳ به مقوله نامه شماره ۱۱۱ راجع به منع تبعیض در استخدام و اشتغال مصوب سازمان بین المللی کار پیوسته و مطابق بند ۱۴ اصل ۳ و اصل های ۱۹ و ۲۰ و ۲۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، اصل عدم تبعیض را پذیرفته و نظر معاونت توسعه و مدیریت سرمایه انسانی جمهوری اسلامی ایران به لحاظ تخالف و تغایر با مدلول و منطوق و مفهوم این اصول برابر اصل ۱۷۰ قانون اساسی برای شعبه لازم الاتباع نبوده و وضع قاعده امری سلب حق از افراد غیر بومی مغایر احترام به حیثیت و کرامت انسانی است ثالثاً- برخورداری یکسان شهروندان از حقوق و تکالیف بدون توجه به زمینه های تبعیض آمیز جانبدارانه نظیر رنگ، نژاد، جنسیت، زبان، سن، قومیت، ملیت، سطح سواد، وضعیت مالی و اجتماعی، شغلی، حزبی، خانوادگی و مانند اینها به عنوان اصل برابری در حقوق اداری بوده و نمونه عینی این اصل برابری در ورود به خدمت عمومی است و برابری در برابر قانون به مقام اداری اجازه نمی دهد تبعیض روا دارد و مقامات اداری در فرآیند اتخاذ تصمیمات لزوماً بایستی تصمیم یکسان برای اشخاصی که در وضعیت یکسان هستند اتخاذ نمایند، لذا بنا به جهات فوق، خواسته شاکی مقرون با صحت، تشخیص و حکم به الزام استانداری و شهرداری لرستان به استخدام شاکی همانند سایر قبول شدگان در آزمون استخدامی شهرداری ... صادر و اعلام می گردد»^{۴۴}. در این رای معیار اصلی قاضی رسیدگی - کننده در تحلیل با استناد به قواعدی که در سطح اساسی قرار دارد، برقراری عدالت است و به همین جهت در دادگاه عالی مورد نقض قرار نگرفت.

با این وجود در برخی موارد چنین تحلیل هایی ممکن است در قالب رای وحدت رویه و به جهت تحقق استنباط های متفاوت مورد نقض و مورد پذیرش واقع نشود. در رایی که تحت شماره ۹۰۰۹۹۷۰۹۰۰۳۰۳۷۱۰ مورخ ۱۳۹۰/۱۱/۲۵ از شعبه سوم دیوان عدالت اداری صادر گردید با استناد به اصول قانون اساسی بیان شده است: «با توجه به اوراق و محتویات پرونده و مضمون لایحه طرف شکایت نظر به این که مطابق مدارک ضمیمه دادخواست همسر شاکی در اهواز سکونت دارد و قاعدتاً شاکی نیز به تبعیت از همسرش باید در اهواز ساکن باشد با

⁴⁴. <https://ara.jri.ac.ir>.

عنایت به اصل ۲۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در حمایت از کیان خانواده و بخشنامه شماره ۱۶۸ - ۱۶۰۵۵/م/۷۵ - ۱۳۷۵/۱/۲۲ معاون وقت رئیس‌جمهور در خصوص انتقال بانوان شاغل به شهر محل سکونت همسر و این که موازین موصوف بر مقررات راجع به نقل و انتقال عادی کارکنان آموزش و پرورش حاکم است، علی‌هذا به وارد دانستن شکایت مطروح و الزام خوانده به موافقت با انتقال شاکی از شهرستان دشت آزادگان به شهرستان اهواز حکم صادر و اعلام می‌کند.» با این وجود به جهت استنباط مختلف نسبت به این موضوع، هیات عمومی دیوان عدالت اداری طی دادنامه شماره ۸۰۷/۹۳ مورخ ۱۳۹۳/۱۰/۱۴ چنین دیدگاهی را نپذیرفت؛ «...ثانیاً: نظر به این که نقل و انتقال فرهنگیان همه ساله بر اساس دستورالعمل وزارت آموزش و پرورش و در چارچوب شیوه‌نامه مربوطه صورت می‌پذیرد و یکی از موارد اساسی انتقال فرد، عدم نیاز منطقه مبداء و شدت نیاز منطقه مقصد به نیروی انسانی است، بنابراین رأی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۹۰۲۸۰۲۲۳۴ - ۱۳۹۱/۶/۱۸ شعبه ۲۸ دیوان عدالت اداری که با رعایت مقررات و ضوابط مذکور به رد شکایت شاکی صادر شده است، صحیح و مطابق مقررات است.»

اثر دیگر چنین تحلیلی و استناد به قواعد اساسی، در حالتی که قانون نسبت به موضوع ساکت می‌باشد، صدور رای وحدت رویه است. نمونه‌ی این موضوع تعیین میزان دیه برای طحال بوده که علی‌رغم استناد محاکم تالی به قانون جهت رفع سکوت قانون از طریق تفسیر آن به شرحی که در گردش کار رای وحدت رویه آمده، دیوان عالی کشور در رای وحدت رویه تحت شماره ۷۴۰ مورخ ۱۳۹۴/۱/۱۸ با استناد به منابع معتبر فقهی بیان داشته‌است؛ «با توجه به دلالت مقررات فصل دوم از بخش دوم کتاب دیات قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در قواعد عمومی دیه اعضاء و نظر به حکم ماده ۵۶۳ آن که در مقام سنجش دیه اعضاء فرد و زوج وضع شده است و با عنایت به فتاوی معتبر فقهی، مبنی بر تعیین ارزش برای از بین بردن طحال و اینکه در فصل دیه مقدر اعضاء برای طحال دیه مقدر منظور نشده است؛ بنابراین در صورت از بین بردن این عضو، ماده ۴۴۹ همان قانون حاکم بر موضوع تشخیص می‌شود و دادگاه باید با رعایت مقررات این ماده برای آن ارزش تعیین کند...». این رای که از سوی عالی‌ترین مرجع در نظام قضائی ایران صادر گردیده با توجه به ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی با استناد به فتاوی معتبر، قاعده حقوقی را مورد شناسایی قرار داد که برای محاکم لازم‌الاتباع و در حکم قانون است و صرفاً با تصویب قانون دیگر ملغی می‌گردد. علاوه بر این صدور چنین رای‌ی جهت اجرا نیازمند تأیید شورای نگهبان

نخواهد بود و شرعیت آن وابسته به دیدگاه هیات عمومی است، اگرچه که در ماهیت آنچه در رای وحدت رویه مقرر گردیده خود ایجاد قاعده است نه صرفا تفسیر قانون. فارغ از موارد فوق در برخی از موارد عدم رعایت اصول اساسی از موجبات نقض تلقی می-گردد. بند سوم ماده ۳۷۱ از قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی^{۴۵} در باب فرجام خواهی یکی از جهات نقض را عدم رعایت اصول دادرسی مقرر داشته است. یکی از اصول اساسی دادرسی اصل علنی بودن محاکمه می باشد که در اصل ۱۶۵ قانون اساسی^{۴۶} مقرر گردیده است. حال پرسش آن است که اگر قاضی صرفا باید بر طبق قانون عادی مبادرت به رسیدگی نماید و در قانون عادی مقررهای در باب رعایت این اصل وجود نداشته و یا به نحوی تحدید گردد و دادگاه بدین جهت اصل را بر غیرعلنی بودن قرار دهد، نمی توان با استناد به ماده فوق در باب فرجام و اصل قانون اساسی عدم رعایت اصول دادرسی را محرز دانست؟ بدیهی است اصول دادرسی در معنای مقررات قانونی نیست، زیرا در بند اول ماده ۳۷۱ از قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی به عدم رعایت آن اشاره شده است، به همین جهت اصول دادرسی در متن بند سوم با توجه به عبارت «به درجه-ای از اهمیت باشد»، اصولی است که جزء قواعد اساسی و بنیادین رسیدگی می باشد که دادگاه مکلف به رعایت آن بوده و نظارت دیوان عالی کشور در سطح اساسی را امکان پذیر می سازد. بنابراین در سطح سلسله مراتب رسیدگی قضائی عدم استناد به قوانین عادی به جهت تعارض با قانون اساسی، تحت نظارت محاکم عالی قرار می گیرد و در صورت عدول از معیارهای تعیینی نتیجه ای جز نقض رای را به همراه نخواهد داشت.

نتیجه

قانون اساسی وظیفه اصلی دستگاه قضایی را استقرار عدالت بیان نموده و مقوله عدالت از مفاهیم اصلی حوزه ی حق ها و شناسایی و اجرای آن است به همین جهت تحقق عدالت نیازمند رویارویی و سنجش حق محور بودن قوانین با هنجارهای بنیادین جامعه به ویژه مقرر در قانون اساسی به عنوان تجلی گاه اصلی مردم سالاری است. از این منظر قانون اساسی، صرفا دارای مفهومی صوری نیست، بلکه اساسی بودن قاعده حقوقی بر مبنای ارزش ماهوی

^{۴۵} . عدم رعایت اصول دادرسی و قواعد آمره و حقوق اصحاب دعوا در صورتی که به درجه ای از اهمیت باشد که رأی را از اعتبار قانونی بیندازد.

^{۴۶} . محاکمات، علنی انجام می شود و حضور افراد بلامانع است مگر آنکه به تشخیص دادگاه، علنی بودن آن منافی عفت عمومی یا نظم عمومی باشد یا در دعاوی خصوصی طرفین دعوا تقاضا کنند که محاکمه علنی نباشد.

آن سنجیده می‌شود.

احراز حق در بستر و محدوده عدالت، صورت می‌پذیرد. در تحقق چنین هدفی، دادگاه در مقام احراز حق باید به سلسله‌ای از قواعد حقوقی استناد نماید که ضامن تحقق آن باشد. ابزار کارآمد تحقق چنین هدفی بکارگیری نظارت قضات بر قوانین عادی است به نحوی که در صورت مواجهه با قانونی که مغایر با هنجارهای بنیادین و مرجع می باشد به عنوان مقامی انتخاب‌گر از اعمال قوانین مغایر خودداری نماید.

چنین نظارتی در مقام آن نیست تا قانون را الغا نماید بلکه صرفاً از اعمال قاعده غیرمتناسب جلوگیری به عمل می‌آورد و نوعاً سلبی است. از طرفی دیگر چنین نظارتی حقوقی است و در مقام احراز حق صورت می‌پذیرد و کارکردی سیاسی ندارد. به همین جهت با نظام سیاسی و نظارت برآمده از اصل تفکیک قوا مغایرتی ندارد و هم‌صدا با آن در مقام تحقق عدالت و آزادی‌های مشروع و تحقق حکومت قانون می‌باشند. یکی از اهداف اصلی نظام تفکیک قوا، با بکارگیری کنترل سیاسی، منع استبداد و خودکامگی و مراعات حقوق و آزادی‌های مشروع شهروندان است که نظارت قضات، بر مبنای نظریه احراز حق، به عنوان تجلی اراده مردم و برآمده از قانون اساسی ضامن حقوقی آن تلقی می‌گردد.

در نظام حقوقی ایران نیز نظارت قضات بر قوانین عادی با نظام تفکیک قوا برآمده از قانون اساسی و کارویژه مجلس و شورای نگهبان مغایرتی ندارد. این موضوع از چند جهت دارای تائید است؛ از حیث متن قانون اساسی که وظیفه و رسالت اصلی قوه قضائیه را پاسداشت از عدالت بیان داشته‌است. عدالت محقق نمی‌گردد مگر در استقلال قاضی در تعیین قاعده عمومی و انقلاب در امور مدنی موید قطعی سنجش شرعیت قاعده حقوقی اعمال شده بر پرونده در فرض تعارض قوانین با یکدیگر است. بدیهی است این سنجش مستقلاً از سوی مقام رسیدگی‌کننده به پرونده انجام می‌شود و نهاد دیگری برای آن پیش‌بینی نشده‌است. از طرف دیگر از حیث اصول حاکم بر حوزه حقوق عمومی، مبنی بر پاسداشت حقوق و آزادی‌های بنیادین اشخاص، نظارت قضات ضامن آن تلقی می‌گردد. این امر به ویژه در نظام حقوقی ایران، به جهت فقدان نظام مسئولیت مشخص و مبرهن در باب قوه مقننه حائز اهمیت است، زیرا حتی با تحقق اشتباه فاحش در تصویب قانون و عدم مراعات قانون اساسی و صدمه به حقوق و آزادی شهروندان، در قدر متیقن، دفع ادامه این ضرر لازم بوده و جز با ورود قوه قضائیه امکان‌پذیر نیست.

منابع فارسی کتاب

- بوشهری، جعفر. حقوق اساسی تطبیقی. تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴.
- بوشهری، جعفر. حقوق اساسی (اصول وقواعد). تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴.
- پروانه، تیلا. اصول تطبیقی قاعده‌سازی و مرزشناسی قانون و آئین‌نامه. تهران: خرسندی، ۱۳۸۷.
- راسخ، محمد. حق و مصلحت. تهران: نشر نی، ۱۳۹۲.
- قاضی، ابوالفضل. بایسته‌های حقوق اساسی. تهران: میزان، ۱۳۸۲.
- کاتوزیان، ناصر. گامی به سوی عدالت. ج اول. تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۸.
- کاتوزیان، ناصر. گامی به سوی عدالت. ج دوم. تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۷۹.
- کاتوزیان، ناصر. مبانی حقوق عمومی. تهران: میزان، ۱۳۸۷.
- لاکلین، مارتین. مبانی حقوق عمومی. ترجمه محمد راسخ. تهران: نشر نی، ۱۳۸۸.
- لوی برول، هانری. جامعه‌شناسی حقوق. ترجمه ابوالفضل قاضی. تهران: میزان، ۱۳۸۸.
- وکیو، دل. فلسفه حقوق. ترجمه جواد واحدی. تهران: میزان، ۱۳۸۶.
- هاشمی، سید محمد. حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران - اصول و مبانی کلی نظام. تهران: میزان، ۱۳۸۳.
- هاشمی، سیدمحمد. حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران - حاکمیت و نهادهای سیاسی. تهران: میزان، ۱۳۸۳.
- هداوند، مهدی. حقوق اداری تطبیقی. تهران: سمت، ۱۳۸۹.

مقالات

- تقی زاده جواد، مرتضی نجابت خواه و قلی زاده عادل. «مسئله نظارت اساسی قضات محاکم برقوانین عادی». مجله راهبرد ۲۴ (۱۳۹۴): ۱۲۵-۱۴۴.
- جلالی، محمد و قاسم علی صداقت. «بررسی مبانی اعتبار دموکراتیک نظارت اساسی». دانش حقوق عمومی ۱۵ (۱۳۹۵): ۱۲۳-۱۴۷.
- زارعی، محمدحسین و احمد مرکز مالگیری. «مفهوم و مبانی کنترل قضایی با تاکید بر نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا». مجله تحقیقات حقوقی ۴۲ (۱۳۸۴).

شوالیه، ژاک. «بحران دموکراسی اسطوره یا واقعیت». ترجمه محمدرضا ویژه. دوفصلنامه حقوق عمومی و حقوق بشر ۲ و ۳ (۸۴ و ۸۵).

طباطبایی، سید محمد. «نظریه تفکیک قوا و سازماندهی قدرت سیاسی نزد دولت». فصلنامه دولت پژوهی ۱۲ (۱۳۹۶): ۱-۳۵.

فلمن، ژان فلیپ. «تفکیک قوا و مشروطه گرایی، افسانه و واقعیت یک دکترین و نقدهای». ترجمه اسدالله یاوری. مجله تحقیقات حقوقی ۵۲ (۱۳۸۹).

گرچی، علی اکبر. «ملاحظاتی بر شورای قانون اساسی فرانسه». مجله پژوهشهای حقوقی ۱۶ (۱۳۸۸): ۱۶۱-۱۷۷.

محمودی، جواد. «تاملی بر نظریه تفسیری شورای نگهبان درباره صلاحیتهای دیوان عدالت اداری». نشریه حقوق اساسی ۵ (۱۳۸۴): ۳۸۷-۴۰۵.

مرادخانی، فردین و یونس فتحی. «رابطه دموکراسی و دادرسی اساسی (مطالعه موردی آمریکا)». فصلنامه دانش حقوق عمومی ۲۰ (۱۳۹۷): ۱-۲۲.

مرادخانی، فردین. «پیدایش مفهوم تفکیک قوا در انقلاب مشروطیت ایران». مجله حقوقی دادگستری ۹۲ (۱۳۹۴): ۱۶۹-۱۹۱.

معمدنژاد، رویا. «کنترل مطابقت قواعدحقوقی مادون با قواعد حقوقی مافوق و نقش خاص آن در تضمین حقوق و آزادیهای فردی». پژوهش حقوق و سیاست ۱ (۱۳۷۸): ۸۹-۹۰.

Article

Fernandes de Andrada, Gustavo. "Comparative Constitutional Law: Judicial Review." *Journal of Constitutional Law* 3 (2001): 978-989.

Waldron, Jeremy. "The Core of the Case against Judicial Review," *The Yale Law Journal* 115 (2006): 1346-1406.

Web

<http://nazarat.shorarc.ir/Forms/frmMatn.aspx?id00=/YSVOjvEHhE=&TN=sLn161hHMMy3umtCIuWPwQQXfb6NI6Uo1+ms0I+oFq9muEIdT7zh8A==&MN=csaqpt/F9Oo=&id=%20awjZB6mMwk=&tablename02=sLn161hHMMy3umtCIuWPwQfiDA2AcL%20Ge>

<https://ara.jri.ac.ir>

<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000571356/>