

پژوهشهای حقوقی

شماره ۷

هزار و سیصد و هشتاد و چهار - نیمسال اول

مقالات

- قرار جلب اروپایی و تأثیر آن بر حقوق استرداد مجرمین در اتحادیه اروپا
- بزه دیده شناسی حمایتی در پرتو «اعلامیه اصول بنیادی عدالت برای بزه‌دیدگان و قربانیان سوءاستفاده از قدرت»
- تأثیر قواعد آمره حقوق بین‌الملل بر تفسیر و اجرای قطعنامه‌های شورای امنیت
- مفهوم، انواع و قواعد حاکم بر قراردادهای عمومی
- مداخلی بر نظام حقوقی حاکم بر سرمایه‌گذاری خارجی در ایران
- حاکمیت قانون اساسی و وظیفه قضات در حقوق جمهوری اسلامی ایران

موضوع ویژه: جنبه‌های مختلف حقوق بانکی

- ابعاد حقوقی بانکداری اینترنتی
- نقد و بررسی نظریه وکالت بانک‌ها از مشتریان در خصوص سپرده‌های سرمایه‌گذاری
- لازم‌الاجرا بودن قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی در هاله‌ای از ابهام
- حل و فصل دعاوی ضمانت‌نامه‌های بانکی بین‌المللی
- عقد اجاره به شرط تملیک و موانع گسترش آن در نظام بانکی ایران

نقد و معرفی

- کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد و حقوقدانان ایرانی





حاکمیت قانون اساسی و وظیفه قضات در حقوق جمهوری اسلامی ایران

پروانه تیلا*

چکیده: در حقوق موضوعه، برای همگونی و حفظ وحدت قواعد حقوقی، نظمی هر می شکل به نام اصل سلسله مراتب یا چیدمان شکل گرفته تا حافظ برتری قانون اساسی و منابع متکی به آن، باشد. عمده‌ترین دلمشغولی در این حوزه، تضمین برتری قانون اساسی بر مصوباتی است که هر روزه از سوی پارلمان تصویب می‌شود. برای حصول این مقصود، دو الگوی فرانسوی (کنترل سیاسی) و امریکایی (کنترل قضایی) وجود دارد که هر سیستم حقوقی با تناسب ساختارهای سیاسی و حقوقی خود، یکی را برگزیده و ایران نیز سیستم فرانسوی یا کنترل سیاسی از طریق شورای نگهبان را اختیار نموده است. در این مقاله، یک دیدگاه در خصوص حمایت از مبانی حقوقی کنترل قضایی مصوبات مجلس در کنار کنترل سیاسی^۱، مورد نقد قرار گرفته و به اثبات دکترین موجود مبنی بر فقدان صلاحیت قضات در این عرصه پرداخته است. امید است که این نقد و بررسی‌های متقابل، بستری برای گفتمان حقوقی در راستای توسعه و بهینه سازی نظم حقوقی کنونی باشد.

واژگان کلیدی: قانون اساسی، حاکمیت قانون، قانونی بودن قضا و قضاوت، تفکیک قوا، کنترل قضایی، کنترل سیاسی.

* مدیر گروه مطالعات و پژوهش‌های حقوق عمومی در اداره کل پژوهش ریاست جمهوری
۱ عبدالله خدابخش شلمزاری و نیره عابدین زاده شهری، «کنترل قضایی قانون عادی در تطبیق با قانون اساسی (حقوق تطبیقی و ایران)»، مجله پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۸۳، ش ۶، صص ۳۳-۶۰.

مقدمه

قانون اساسی، منشور و میثاق حقوقی شکل‌گیری نظام سیاسی، آفرینش صلاحیت‌ها^۲ و سازش حقوق و تکالیف فرادستان و فرودستان و از دید کارویژه‌ای، قطب‌نمای حرکت سفینه حکومت به سمت آرمان‌ها و اهداف یک ملت^۳ و رهاورد اراده عموم یعنی صاحبان اصلی حاکمیت و سازندگان اصلی حکومت است.^۴ از آنجا که پدیداری نظام دولت‌مملت بر پایه این سند بوده و حیات آن نیز به بقای حرمت و احترام این منشور بستگی تام دارد، سازوکارهایی حقوقی تعبیه شده تا حرکت عادی اجتماع سیاسی در مسیر تعالی تضمین گردد. یکی از نخستین لوازم حرکت این سفینه، برتری ماهوی قانون اساسی بر سایر منابع حقوقی و تمهید سازوکارهایی عمدتاً شکلی است تا چنین تفوق و تقدمی را در عمل تحقق بخشند.

بر این اساس، مصوبات پارلمانی (و کلیه مقررات دولتی) تنها در صورتی از نظر حقوقی قابل اجراست که با قانون اساسی مغایرت نداشته باشد (برداشت موسع^۵) و حداقل اینکه تنها در محدوده تعیین شده از سوی قانون اساسی معتبر و محترم است (برداشت مضیق^۶)، عمده‌ترین تلاش ترتیبات و نهادهای نظارتی کشورهای مختلف، حول محور نظارت بر رعایت قانون اساسی در مصوبات پارلمانی است. و جاهد حقوقی «قوانین» به عنوان دومین منبع حقوقی (در نظام‌های غیرکامن‌لا) بلافاصله پس از قانون اساسی و همچنین سطح مصوبات این نهاد به عنوان نماینده مردم در اعمال حاکمیت تقنینی، از دلایل تمرکز این تلاش‌ها بر کنترل عملکرد تقنینی قوه مقننه^۷ به نظر می‌رسد. همان‌طور که در نوشته‌های مختلف حقوقی آمده، برای تضمین رعایت قانون اساسی در عملکرد تقنینی مجالس قانون‌گذاری، دو بینش حقوقی متفاوت (کنترل

^۲ دکتر سیدمحمد هاشمی، «در دفاع از حقوق اساسی»، روزنامه ایران، ۵ خرداد ۱۳۸۳، ص ۱۱.

^۳ دکتر سیدعلی‌اصغر کاظمی، هفت ستون سیاست، تهران، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، ۱۳۷۹، ص ۸۸.

^۴ Christian Starck, *Legitimacy of Constitutional Adjudication and Democracy*, University of Göttingen, 2003, p. 46.

^۵ این برداشت به نفع گسترش دامنه صلاحیت قانون‌گذاری است و برای اعتبار این مصوبات، تنها «عدم مغایرت» آنها با قانون اساسی کفایت می‌کند.

^۶ در این صورت، حوزه صلاحیت قانون‌گذاری، محدود خواهد بود و سازوکارهای نظارتی باید «مطابقت» تصمیمات مجلس با قانون اساسی را تأیید کنند.

^۷ منظور از عملکرد تقنینی قوه مقننه این است که اشتغالات قوای مقننه تنها به قانون‌گذاری محدود نمی‌شود. بلکه هر چند تقنین به عنوان کارکرد هسته‌ای آنها تلقی می‌شود اما پارلمان‌های مختلف همواره به کارکردهای نظارتی، مالی و گاه قضایی نیز می‌پردازند. نک: دکتر ابوالفضل قاضی، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۵، صص ۱۱۶-۱۱۳.

قضایی و سیاسی) وجود دارد که هر سیستم حقوقی متناسب با یکی از این بینش‌ها، نهادی را مسؤول ایفای آن مسؤولیت قرار داده است. برخی ضمن تمرکز بر بحث «کنترل قضایی قانون عادی در تطبیق با قانون اساسی (حقوق تطبیقی و ایران)» نه تنها کنترل قضایی قانون اساسی را در ایران مطلوب تلقی کرده بلکه این امر را نه به عنوان یک «بایسته» بلکه در پرتو نظم حقوقی موجود دانسته و بر نص و روح قانون اساسی استوار ساختند.^۸

نوشته‌های راجع به این موضوع بسیار است. با این حال، در این مقاله ضمن بازپژوهی کنترل قضایی قانون اساسی، با تفکیک نظارت قضایی سازمان یافته از نظارت فردی قضات دادگستری، دیدگاه مذکور را نیز مورد نقد قرار خواهیم داد. برخلاف دیدگاه فوق‌الذکر، به نظر می‌رسد که در سیستم حقوقی کشورمان قضات فاقد صلاحیت کنترل قانون اساسی در تطبیق قانون عادی با منابع دیگر هستند.

گفتنی است که کنترل قضایی، سازوکار مبتنی بر صلاحیت قضات در رسیدگی به مطابقت قوانین عادی و مقررات اجرایی و اداری با قانون اساسی در خلال دعاوی ارجاعی به آنها و یا به صورت ابتدایی است.^۹ در واقع، ممکن است در خلال دعوا، طرفین برای اثبات حقانیت ادعای خود به قوانین عادی استناد نمایند و قاضی در این مشرب، می‌تواند قبل از آنکه با اتکا به آن قوانین صاحب حق را بازشناسد، در مورد اینکه قوانین مذکور با اصول برتر مندرج در قانون اساسی سازگارند یا نه، اظهار نظر نموده و در صورتی که آنها را مغایر تشخیص دهد، در دعوی در حال رسیدگی مؤثر نداند و از اجرای آنها خودداری ورزد. ممکن است اساساً رسیدگی قضایی به مطابقت قانون عادی با قانون اساسی نه به صورت فرعی و بخشی از دادرسی، بلکه موضوع اصلی دعوا باشد. در این صورت، احراز مغایرت می‌تواند به ابطال قوانین مذکور منتهی گردد. سیستم قضایی امریکا که بر اساس چنین تفکری بنیان نهاده شده، کلیه قضات و محاکم را صالح به رسیدگی جنبی به قوانین تلقی نموده و دیوان عالی کشور را نیز مرجع ابطال نهایی مصوبات کنگره دانسته است.^{۱۰}

^۸ عبدالله خدابخشی شلمزاری و نیره عابدین‌زاده شهری، پیشین.

^۹ Jeremy Waldron, "The Core of the Cases against Judicial Review", March 16, 2005, For UCL Presentation, Net available, p. 7.

^{۱۰} See Exploring Constitutional Conflicts, "The Issue: Is the Constitution Give the Supreme Court the Power to Invalidate the Actions of the other Branches of Government?", < www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/judicialrev.htm >.

کنترل قضایی فردی و نوعی با توجه به دامنه تأثیر نظر قضات بر اعتبار قوانین عادی است. در کنترل قضایی موردی، احراز عدم مطابقت قانون عادی با قانون اساسی، صرفاً به عدم اجرای آن قانون در پرونده مطروحه محدود می‌گردد بدون آنکه به اعتبار نوعی قانون لطمه وارد شود و یا برای قاضی در موارد مشابه تکلیفی در رابطه با اعتبار آن قانون ایجاد گردد.^{۱۱} آنچه در جمله اول اصل یکصد و هفتادم قانون اساسی مقرر شده، نمونه بارز کنترل قضایی فردی البته در محدوده مصوبات دولت است. اما کنترل قضایی نوعی، اعتبار قانون را به کلی تحت تأثیر قرار می‌دهد و بدین ترتیب با ابطال قانون، مصوبات مذکور از عداد منابع حقوقی خارج می‌گردند. تصمیمات هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در خصوص ابطال مصوبات دولت، تجلی کنترل قضایی نوعی در حوزه صلاحیت آئین‌نامه‌سازی دولت است.^{۱۲}

در این مقاله ضمن بررسی فلسفه کار قاضی و اشتغالات قضایی از دیدگاه حقوق عمومی و مسئولیت اختصاصی قاضی در احراز حقیقت قضایی در سایه درک مقصود و منظور مقنن (بند اول)، محورهای بینش حامی کنترل قضایی قوانین عادی ایران در تطبیق با قانون اساسی را ارزیابی و نقد خواهیم کرد (بند دوم) و از محورهای مذکور به عنوان مجالی برای تبیین دوباره چند مسأله حقوقی و تفسیر برخی از اصول قانون اساسی نظیر اصل نهم بهره خواهیم برد.

بند اول: اشتغالات قضایی: احراز حقیقت قضایی در پرتو ادراک نظر مقنن

شکی نیست که تدوین کنندگان قانون اساسی، الگوی فرانسوی کنترل برتری قانون اساسی بر مصوبات مجلس را بر سبک امریکایی آن اولویت دادند و بدین ترتیب این نظارت با برخی تغییرات متناسب با ساختار نظام نوین جمهوری اسلامی، در اصول مختلف قانون اساسی پی‌ریزی شد. از این‌رو، شورای نگهبان مسئولیت تضمین رعایت قانون اساسی (و مقررات فرادستوری شرع) در مصوبات مجلس را بر عهده گرفته و مهمترین کارکرد این رکن دوم قوه مقننه ایران نیز همین است. از این جهت، نظارت قضایی به سبک و سیاق سیستم امریکایی، جایگاهی در نظم حقوقی ما نداشته و هرگز

¹¹ See Aziz Huq, *Summary of Papers on Constitutional Courts And Judicial Review*, New York Uni., Center on the International Cooperation, 2001, p. 1.

¹² نک: «گستره صلاحیت آئین‌نامه‌سازی قوه مجریه در پرتو حقوق عمومی»، ماهنامه اطلاع رسانی حقوقی، آبان ۱۳۸۳، ش ۶، صص ۱۸-۱۲.

نیز مورد توجه و قبول نویسندگان قوانین ما نبوده است.

علاوه بر پویش تاریخی در اندیشه‌ها و اقدامات قانون‌گذاران به عنوان روش احراز زمینه‌های تفسیر و درک مفادی قانون اساسی، نص برخی از اصول هم بر اساس عدم صلاحیت قضات دادگستری در کنترل مصوبات پارلمانی تدوین شده و به عنوان نمونه، اصل ۱۶۷ قانون اساسی نه تنها چنین صلاحیتی را به رسمیت نشناخته بلکه عکس آن را به عنوان یک تکلیف حقوقی و بنیادین قضایی پیش‌بینی نموده است. در این راستا، قاضی تنها مسؤول تعقیب عدالت در پرتو قوانین مصوب مجلس و تفسیر قوانین مذکور در پهنه نظم مبتنی بر قانون اساسی است. تفسیر قضایی از قانون عادی در طول تفسیر قانون اساسی توسط قضات قرار داشته ولی هرگز کارکرد کنترل و نظارت (جز در حوزه مقررات دولتی یعنی مصوبات قوه مجریه) نخواهد داشت.

قضات دادگستری (قضات عادی و اداری) تنها مجری قوانین (هر مصوبه پارلمانی که نهاد نظارتی آن را مغایر قانون اساسی نشناخته باشد)^{۱۳} در مقام حل و فصل دعاوی هستند و هرچند باید در جست‌وجوی احراز حقیقت قضایی باشند^{۱۴}، نمی‌توانند تشخیص فردی خود در خصوص منافع عمومی مندرج در مفاهیم و اصول قانون اساسی را بر دیدگاه نهادی که وظیفه آن اساساً تبیین لوازم قانونی حصول این منافع و تأمین نیازهای اجتماع در مسیری است که قانون اساسی به عنوان «تعالی فرد و اجتماع» ترسیم نموده، اولویت دهد.

اصل تفکیک سه گانه قوا نخستین مانع فراروی قبول فلسفه نظارت قضات بر مجلس است. به موجب این اصل، قوه مقننه باید از دخالت‌های قضایی مصون باشد و به همین دلیل است که برای اعضای پارلمان در مقام انجام وظیفه، مصونیت قضایی قائل شده‌اند. از طرف دیگر، قانون‌گذاری وظیفه هسته‌ای پارلمان است و قوای دیگر، مجری تصمیمات پارلمان تلقی می‌شوند. نقش اجرایی قاضی چنان است که فیلسوفانی نظیر جان لاک، اساساً قوه قضائیه را در قالب قوه مجریه دانسته و تفکیک دوگانه قوا را مطرح کرده‌اند. با این حال، با گذار این کلیت که بر همگان روشن است، به پاره‌ای دیگر از موانع مستحکم قبول نظارت قضات بر قوانین عادی اشاره خواهیم کرد.

^{۱۳} در واقع، این مصوبات تنها با تأیید مطابقت یا عدم مغایرت است که از «مصوبه» مجلس به «قانون» تبدیل می‌شوند.

^{۱۴} دکتر حسن حبیبی، «در جست‌وجوی حقیقت قضایی»، در *آئینه حقوق*، تهران، کیهان، ۱۳۶۷، ص ۴۰۴.

۱. اصل قانونی بودن قضا و قضاوت

بر اساس اصل حاکمیت قانون، نه تنها تشکیل دادگاه باید بر اساس قانون باشد، بلکه صلاحیت‌های قضایی، مرزبندی آنها و کارکرد قضاوت نیز باید بر مبنای نص قانون و در جهت تأمین اهداف مقنن باشد. به عنوان نمونه، حکم دادگاه باید مستدل و مستند به مواد قانونی باشد. تعیین جرم و مجازات باید بر اساس قانون و توسط قضاتی صورت گیرد که قانون تعیین کرده است.

در واقع، قاضی تنها مأمور تأمین عدالت به مفهوم و در چارچوبی است که شارع و مقنن در نظر داشته است. از این رو، هرچند وی مجری محض قانون نیست بلکه می‌تواند از گزینه‌های مختلف قانونی، عادلانه‌ترین و بهترین راه حل را که به عدالت متمایل‌تر است، انتخاب کند اما هرگز این محدوده اختیار و صلاحدید یا قدرت تشخیص قاضی، معنای کنترل و نظارت نمی‌یابد.

درست است که دادرسی حق دارد به این درک برسد که قانون عادی با قانون اساسی مطابقت ندارد، اما در نظم حقوقی پوزیتیویستی که مبتنی بر اصالت صورت است (اصل صورت حقوقی)، حقیقت موضوع همان است که مرجع صالح اعلام می‌نماید. بنابراین، اساساً مصوبات پارلمان مبتنی بر خواست مردم (در مردم سالاری نماینده‌گزین) و مطابق با موازین برتر مندرج در قانون اساسی خواهد بود مگر آنکه مرجع خاص نظارتی (شورای نگهبان) مغایرت مذکور را اعلام نماید. در صورتی که چنین مغایرتی به هر دلیل چه با انجام نظارت و اطمینان از عدم مغایرت (تأیید صریح) یا گذشت مدت قانونی (تأیید ضمنی) اعلام نشود، فرض یا اصل بر این است که مصوبه مذکور از وصف قانون برخوردار شده و کلیه تابعان مکلف به اجرای آن هستند بدون اینکه برای هیچ فرد یا مقامی این صلاحیت ایجاد شود که در اعتبار آن تردید مؤثر ایجاد نماید. اصل ۱۶۷ قانون اساسی هم بر پایه لزوم قانونی بودن دادرسی استوار شده است.

۲. اصل عدم صلاحیت حقوقی: نتیجه دوم حاکمیت قانون

از آنجا که حاکمیت متعلق به مردم است (چه به صورت اصالتی بر مبنای نظریه دموکراسی و چه به صورت نیابتی بر اساس دیدگاه تئوکراتیک)، حقوق و مسؤولیت‌های ناشی از حاکمیت و همچنین اعمال اقتدار عمومی، متعلق و بر عهده مردم است و نمایندگان آنها (که در قالب حکومت صورت‌بندی شده‌اند)، تنها در مواردی که به صراحت از سوی مردم اجازه یافته‌اند، مجاز به اقدام هستند و در خصوص صلاحیت یا

عدم صلاحیت حکومت (نهادها و مقامات عمومی) هرگونه تردید را باید به نفع اصل صلاحیت مردم و عدم صلاحیت حکومت تفسیر نمود.

در این صورت است که قانونمندی رفتار زمامداران به تصریح حکم قانونی بستگی خواهد داشت و مادامی که قانون چنین صلاحیتی را به صراحت برای آنها پیش‌بینی ننموده، نمی‌توان نمایندگی را در این حوزه معتبر شمرد.

در هر حال، به همین کلیت اکتفا می‌شود که صلاحیت کنترل قوانین همانند سایر اقدامات عمومی، مستلزم تبیین حکم قانون است و از آنجا می‌توان کنترل سیاسی را الگوی مقبول سیستم حقوقی ایران تلقی نمود که قانون اساسی بدان تصریح نموده و اصولی نظیر اصل ۹۴ قانون اساسی را بدان اختصاص داده است. این در حالی است که چنین صلاحیتی را نمی‌توان در مورد قضات یا دستگاه قضایی یافت. به عبارت دیگر، اصل بر عدم است و این وجود صلاحیت است که باید به اثبات برسد و سکوت قانون اساسی به منع قضاوت محاکم یا اقدام قضات در این خصوص را نمی‌توان دلیل وجود این صلاحیت تلقی نمود^{۱۵}، کما اینکه چنین فرض صلاحیت، سبب خواهد شد که نه تنها قضات بلکه کلیه مقامات و نهادهای دیگر بویژه مجریان نیز در حوزه کار خویش و به عنوان یکی از لوازم «حاکمیت قانون در اجرا»، مدعی چنین صلاحیتی گردند و در آن صورت بی‌نظمی چنان تعبیر و اجرای قانون اساسی را دربر خواهد گرفت که نظم حقوقی را مختل خواهد نمود.

۳. عبارت پردازی قانون اساسی: از استدلال و تفسیر قضایی تا کنترل

علاوه بر اصول کلی حاکمیت قانون، تفکیک قوا و عدم صلاحیت که مانع از قبول صلاحیت قضات برای وارد شدن در حیطه نظارت بر حسن اجرای قانون اساسی در عملکرد تقنینی مجلس شورای اسلامی می‌شوند، دلائل و شواهد نفی این دیدگاه را در قالب عبارات و مفاهیم قانون اساسی نیز می‌توان یافت. البته شأن والای قضاوت، می‌طلبد که قاضی با مدنظر قرار دادن هدف غائی وظیفه خویش یعنی عدالت، دادگستری و احقاق حق، مجری محض یک سلسله تصمیمات نباشد.

با این حال، این اختیارات در قالب تفسیر عادلانه قوانین و انتخاب مناسب‌ترین مصادیق برای مفاهیم مندرج در قانون جاری می‌گردد و محدود به مسئولیت کلی‌تر

^{۱۵} در خصوص نظر مخالف نک: دکتر ناصر کاتوزیان، مبانی حقوق عمومی، تهران، دادگستر، ۱۳۷۷، ص ۳۰۳.

«اجرای قانون در مقام دادرسی» است که تاب تعبیر «کنترل قضایی قانون عادی و عدم اجرای آن به عنوان مصوبات مغایر با قانون اساسی» را ندارد. اصل یکصد و هفتادم قانون اساسی و همچنین رابطه آن با اصل یکصد و هفتاد و سوم در این خصوص رهگشا هستند و با اینکه صلاحیت قضات در تفسیر را نفی نمی‌کنیم اما به نظر می‌رسد که نمی‌توان از این موضوع، «صلاحیت کنترل قضایی» را نتیجه گرفت.

الف - مفهوم مخالف اصل یکصد و هفتادم

علاوه بر اصل عدم صلاحیت قضات در کنترل مصوبات مجلس و لزوم اثبات این صلاحیت با اتکا به مجوز صریح (به دلیل عدم پذیرش اسلوب کنترل قضایی)، قرائن این فقد صلاحیت را در برخی از اصول قانون اساسی نیز می‌توان یافت. به عنوان نمونه، اصل یکصد و هفتادم قانون اساسی صراحتاً به نقش قضات در تضمین چیدمان قواعد حقوقی پرداخته ولی این نقش را تنها به تضمین برتری قانون عادی بر مصوبات دولت محدود نموده و نه تضمین برتری قانون اساسی بر قانون عادی.

در واقع، بر اساس این اصل، قضات باید پاسدار قانون عادی در برابر اقدامات دستگاه دیوانی یعنی سازمان اداری کشور باشند. اگر با وجود موانع غیرقابل رفع دیگر، می‌شد تصور کرد قانون‌گذار قصد چنین صلاحیتی را در حوزه قانون اساسی داشت، می‌بایست اصل یکصد و هفتادم با گستره‌ای بیش از آنچه آمده، تدوین می‌شد. اصل بر این است که «از قانون‌گذار کار عبث انتظار نمی‌رود» و بلکه عدم تصریح به چنین بُعدی از صلاحیت آن هم در زمانی که نقش کنترل قضایی مطمح نظر قانون‌گذار بوده، از عدم پذیرش آن صلاحیت حکایت دارد.

ب - رابطه اصل یکصد و هفتادم و یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی

صلاحیت کنترلی قضات چگونه که در اصل یکصد و هفتادم آمده، رابطه‌ای عرضی با نظارت سازمان یافته قضات در دیوان عدالت اداری دارد. در واقع، بندهای اول و دوم اصل مذکور، بین حوزه صلاحیت آنها تشابهی نزدیک بلکه کامل از نظر کنترل قضایی برقرار ساخته است. هرآنچه قضات می‌توانند به دلیل عدم مطابقت با قواعد برتر بدان اعتبار قضایی ندهند، در دیوان عدالت قابل ابطال است.

این در حالی است که نه در قانون دیوان عدالت اداری و آئین‌نامه اجرایی آن و نه در رویه گسترده و نسبتاً جا افتاده این نهاد، نقشی برای کنترل قانون عادی وجود ندارد بلکه به عکس، رویه مسلم آن حاکی از نقش دیوان در تضمین برتری قانون عادی بر منابع

پائین‌تر است. دیوان بدون آنکه وارد مسأله اعتبار قوانین عادی شود، از منطوق آن در برابر اقدامات سازمان اداری کشور و مأموران آنها دفاع می‌کند و بس. از طرف دیگر، امری بودن اجرای قضایی قانون و منع استنکاف از رسیدگی قانونی نیز مانع از آن است که قاضی بتواند از اجرای قوانین خاص ناظر بر موضوع خودداری نماید. قاضی «مکلف است» حکم هر دعوا را در قوانین مدونه و سپس سایر منابع بیابد و در هر حال، نمی‌تواند به هر دلیل، از رسیدگی استنکاف ورزد. عدم اجرای قانون توسط قاضی، به هر دلیل از جمله عدم مطابقت آن با قانون اساسی، چیزی جز استنکاف از رسیدگی نیست.

بند دوم: نگاهی انتقادی به توجیه کنترل قضایی قوانین عادی در نظم حقوقی کنونی

در بند پیش، برخی از مسائل کلی مرتبط با حقوق اساسی کشورمان با تمرکز بر مسأله کنترل و تضمین برتری قانون اساسی بر قوانین عادی بررسی شد. در این بند، به صورت روشن‌تر محورها و دلایلی که برای توجیه صلاحیت قضات در نظارت بر مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی چه به عنوان وضعیتی موجود یا مطلوب مطرح شده، مورد ارزیابی انتقادی قرار خواهد گرفت. در این خصوص از تکرار مطالب مقاله مذکور خودداری شده و تنها به صورت مختصر و در مواردی که ناگزیر بوده‌ایم، از آن نقل مطلب شده و در هر حال، یادآوری می‌کنیم که ذکر این مطالب مختصر به معنای استخراج گزینشی دیدگاه نویسندگان نبوده بلکه با مطالعه کامل آن مقاله صورت گرفته است و در هر حال، این فرصت را حق اساسی خوانندگان دانستیم تا با رجوع به مقاله نقد شده، خود در مورد صحت و سقم هر دو دیدگاه قضاوت نمایند.

بدون شک، نقد و ارزیابی فعالیت‌های علمی، لازمه پویایی ادبیات حقوقی و تحرک از وضع موجود به سمت و سوی توسعه نظم حقوقی است. از این جهت، ضمن ارج نهادن به تلاش عملی صورت گرفته، این نقد را مجالی برای تعمیق گفت‌وگوهای حقوقی می‌دانیم.

همان‌طور که در مقاله موضوع این نقد آمده، کنترل قضایی و دخالت قضات را بر دلایل «اصل اولیه: دادرسی و امکان تفسیر قانون اساسی، هماهنگی کنترل قضایی با نهادهای هم‌عرض، عدم اعلام نظر شورای نگهبان ظرف مدت زمان تعیین شده، و نهایتاً دلالت اصل نهم قانون اساسی» استوار نموده‌اند. ما نیز دلایل مذکور را یک به یک نقد

خواهیم کرد. در کل، به نظر می‌رسد که هیچ‌یک از این دلایل اعلام شده، بر تفسیر صحیح قانون اساسی استوار نبوده و یا نتیجه خلط مباحث حقوق اساسی هستند. از طرف دیگر، ممکن است تغییر رویکرد حقوق ایران به سمت کنترل قضایی، مطلوب به نظر برسد اما این تنها یک «بایسته» است و از نظر متدولوژی تحلیل حقوقی، نمی‌توان این بایسته را به عنوان یک پدیدار حقوقی موجود توصیف نمود.

۱. مرزهای ناپیدا بین تفسیر و کنترل قضایی؟

هدف حقوق را می‌توان امحای زور از روابط انسانی و جایگزین نمودن آن با پیروی صلح‌جویانه از قواعد مشترک دانست. به نظر می‌رسد حاکمیت قانون مبین موقعیتی است که در آن شهروندان و مقامات رفتار خود را با قواعد شناخته شده عمومی، تنظیم و کنترل می‌نمایند.^{۱۶} اما اعمال و اجرای قانون توسط تابعان دولتی یا غیردولتی آن مستلزم ادراک محتوا و ماده هر قاعده قانونی است. طبیعت تقنین و قاعده سازی به منظور تبیین مجموعه منابع یک نظام حقوقی، پیروی از اصول و اسلوب خاص قانون‌نویسی که بویژه مستلزم کاربرد حداقل الفاظ به منظور بیان اراده قانون‌گذار می‌باشد، پیچیدگی درک ماده آن قواعد را امری طبیعی ساخته است. در این صورت است که نهادی حقوقی به عنوان «تفسیر» در علم حقوق و جاهت یافته تا شیوه استدراک ماده هر قاعده از لابلای صورت بندی غامض آن را تفهیم نماید.

تفسیر یک قاعده حقوقی الزاماً بر کالبدشکافی «فرایند روانی» شکل‌گیری آن قاعده استوار نیست^{۱۷} بلکه توجه به عینیت‌ها نیز یکی از عناصر اصلی هر تفسیر مطلوب حقوقی^{۱۸} است. ایفای چنین نقش و کارکردی نه تنها مستلزم داشتن مهارت‌ها و قابلیت‌های حرفه‌ای است، بلکه موجب می‌شود که مرجع و نهاد مسئول چنین اشتغالی نیز ویژگی‌های خاصی داشته و مقید به اصولی باشد. هرچه موضوع یا قاعده مورد تفسیر غیرعادی باشد، ادراک آن و بیان دیدگاه خویش از آن یا به عبارتی «تفسیر» دشوارتر می‌گردد.^{۱۹} تفسیر به عنوان طریقه رفع مانع از تجلی ماده یک قاعده حقوقی در

^{۱۶} نیل ای. سیموندز، «فلسفه حقوق»، ترجمه محمد راسخ، در: محمد راسخ، حق و مصلحت، تهران، طرح نو، ۱۳۸۱، ص ۲۷.

^{۱۷} Andrei Marmor, "The Separation Thesis and the Limits of Interpretation", in: A. Marmor, *Positive Law and Objective Values*, Oxford, Clarendon Press, 2001, p. 76.

^{۱۸} See Andrei Marmor, "Three concept of Objectivity", in: *Ibid.*, pp. 124-134.

^{۱۹} Ludwig Wittgenstein, *Philosophical Investigation*, Oxford, 1958, no. 142.

حوزه حقوق عمومی بویژه در مورد قانون اساسی آئین و اسلوب خاصی دارد.^{۲۰} مهم این است که هر چند تفسیر رسمی قانون اساسی بر اساس اصل نود و نهم قانون اساسی بر عهده شورای نگهبان است ولی این امر مانع تفسیر قانون اساسی توسط مجلس و حتی دیوان در انجام وظایف خاص آنها نخواهد بود. با این حال، تفسیر رسمی و اعلامی قانون اساسی که توسط شورای نگهبان به عمل می‌آید^{۲۱} واجد آثار تفسیر بوده و همانند خود قانون اساسی برای همگان حق و تکلیف عام ایجاد می‌کند. اما تفسیر سایر مراجع ذی‌ربط صرفاً حالت موردی داشته و به صورت عملی در جریان انجام وظایف قانونی آنها به انجام می‌رسد. مثلاً مجلس حق دارد ضمن ارائه تعابیر خود از اصول مختلف قانون اساسی، بر آن اساس قوانین مقتضی را تصویب نماید.^{۲۲} اما این تفاسیر در صورتی دارای آثار معتبر حقوقی و عام است که مصوبه مبتنی بر آن تفسیر، به تأیید شورای نگهبان برسد. اما تفاسیر قضایی قضات، موردی بوده و جز در مواردی که در قالب رأی وحدت رویه عمومیت یابد، اثری فراتر از دعوای معین، نخواهند داشت.

در واقع، ما نیز معتقدیم که قضات همان‌طور که می‌توانند در مقام تمییز حق به تفسیر قانون عادی روی آورند، مفسر قانون اساسی نیز در طی دادرسی خواهند بود.^{۲۳} اما در این خصوص چند نکته مهم را باید در نظر داشت:

اولاً در صلاحیت قضات برای تفسیر اعم از قانون عادی و قانون اساسی، تردیدی نیست. قاضی باید به قانون اساسی برای اثبات حقانیت اشتغال خود، استناد نماید. در واقع، قانون اساسی سند حکمی برای حقانیت استنباط قاضی است. ثانیاً تفسیر قانون عادی، صلاحیت مصرح قضات در مقام حل و فصل دعاوی است. ثالثاً تفسیر قانون عادی بدون جهت دادن به آن در قالب چارچوب مقرر در قانون اساسی، میسر نیست. از این‌رو، تفسیر قانون اساسی نه تنها یک اختیار بلکه تکلیف و کارویژه قضایی است. قاضی باید به هنگام تفسیر قوانین عادی، قصد مقنن را در پرتو ساختار و اصول کلی

²⁰ See Ian McLeod, *Legal Method*, London, Macmillan Law Masters, 1999, 3rd ed., Ch. 21.

^{۲۱} از عملکرد شورای نگهبان دو تفسیر استنباط می‌شود. در کنار تفسیر رسمی که با ظاهر خاص و متعاقب درخواست مراجع صالح صورت می‌گیرد، تفسیر عملی این شورا نیز به هنگام اعلام نظر نسبت به مصوبات مجلس نیز از آن جهت که طرز برداشت شورا از اصول قانون اساسی را می‌نمایاند، قابل توجه است.

^{۲۲} دکتر ناصر کاتوزیان، «اصول منطقی حاکم بر تفسیر قانون اساسی»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، ۱۳۸۳، ش ۶۳.

^{۲۳} برای تشریح این موضوع نک: پروانه تبال، «تفسیر قضایی قانون اساسی در رویه دیوان عدالت اداری»، *مجله پژوهشهای حقوقی*، ۱۳۸۲، ش ۵، صص ۵۱-۷۲.

مندرج در قانون اساسی (تفسیر سیستماتیک) احراز نماید و به اجرای قانون در موارد خاص، به نوعی جهت دهد که اصول عدالت محور و اهداف مورد تأیید قانون اساسی محقق شود.

اما این کارکردهای قضایی که لازمه احراز حقیقت قضایی و ممارست برای تحقق عدالت و دادگستری است، هرگز تاب چنان تفسیری ندارد که بتوان بی‌اعتبار کردن قوانین عادی را از آن استخراج و مستفاد نمود. قاضی مکلف است قانون عادی را در پرتو قانون اساسی به اجرا درآورد بدون آنکه بتواند به عنوان احراز نوعی تعارض کلی یا جزئی بین آن قانون و قانون اساسی، از اجرای قانون سرباز زند (شبه‌ابطال) و یا حکم به ابطال آنها صادر نماید (ابطال کلی یا جزئی). چنین اقداماتی را دیگر نمی‌توان تفسیر (بیان مراد مقنن) دانست. از این جهت، اساساً نهاد تفسیر ارتباطی به کنترل قضایی ندارد. هرچند در سیستم‌های امریکایی، تفسیر مقدمه کنترل قضایی است اما در حقوق ایران، تفسیر تنها وسیله تمییز حق و اجرای مراد قانون‌گذار عادی و اساسی است و باید قانون عادی را در مسیری که قانون اساسی ترسیم کرده، به اجرا درآورد بدون آنکه این تفسیر بهانه‌ای باشد تا قاضی از اجرای قانون خودداری ورزد و از رسیدگی و صدور حکم بر اساس قانون (مصوبه مجلس) استنکاف ورزد.

۲. نتیجه عدم کنترل سیاسی: صلاحیت جایگزینی قضات؟

وظیفه و مأموریت اصلی شورای نگهبان، کنترل مصوبات مجلس از جهت عدم مغایرت با قانون اساسی (و شرع) است. اما جامعه همواره به تصمیمات مجلس برای قانونمند کردن امور و تمهید بسترهای قانونی رفع مشکلات آنها نیازمند است. در این صورت، نمی‌توان فرایند بررسی و تطبیق مصوبات مجلس را لایتناهی نمود بلکه در همه سیستم‌های کنترل سیاسی، این امر زمانمند بوده و از این جهت، چون اصل بر مطابقت تصمیم پارلمان با قانون اساسی است، خاتمه فرصت رد مصوبات فی‌نفسه به معنای تأیید ضمنی اصالت مصوبات مجلس یعنی اصل یا پیش‌فرض مطابقت آنها با قانون اساسی است.

در این رابطه، قانون اساسی فرصت نهایتاً بیست روزه از زمان ارسال مصوبات مجلس به شورا را پیش‌بینی نموده و در صورت عدم اعلام نظر ظرف آن مدت، مصوبه خودبه‌خود «قانون» تلقی خواهد شد و همانند سایر قوانین تأیید شده در مجموعه منابع

حقوق موضوعه قرار خواهد گرفت.^{۲۴} در واقع، بار مسؤلیت ناشی از عدم اعلام نظر صریح در مورد این دسته از مصوبات مجلس (که البته انگشت شمارند) بر شورا بار خواهد شد. تردیدی نیست که قانونی شدن مصوبه مجلس بدون اعمال نظارت شورا، قابل انتقاد است اما به هر حال، قانون‌گذار اساسی، مصلحت نهفته در قوانین عادی را که همانا رفع مشکلات قانونی اجتماع است (ملاحظات عملی)، برتری داده است. اما آیا این ضعف یا نقص حقوقی که قانون‌گذار اساسی نیز بدان وقوف داشته می‌تواند خودبه‌خود صلاحیت نظارتی جایگزین خلق نماید و قضات را به جای شورای نگهبان مأمور تطبیق موردی قوانین در اثنای رسیدگی به دعوا قرار دهد؟

همه می‌دانیم که صلاحیت بدون دلیل و مبنای قانونی، ایجاد نخواهد شد و نفی صلاحیت از شورا در خارج از مدت تعیین شده برای نظارت و تطبیق مصوبات مجلس، موجب اثبات صلاحیت برای قضات یا هیچ مرجعی دیگر نخواهد بود. بنابراین، دلیلی وجود ندارد که اهمال شورا را بتوان خالق صلاحیت برای قضات دانست. کار قضایی، اجرای قانون و تحقق عدالتی است که قانون‌گذار تعریف نموده است. قانون‌گذار اساسی مقرر نموده که اگر ظرف مدت معین مصوبه مجلس خلاف قانون اساسی اعلام نشد، آن مصوبه قانون تلقی خواهد شد.^{۲۵} و برای همه لازم‌الاتباع خواهد بود. بر مبنای همین فرض مطابقت مصوبات مجلس با قانون اساسی است که قانون اساسی وظیفه شورای نگهبان را نه «تأیید مطابقت» بلکه «تأیید عدم مغایرت» آنها با قانون اساسی دانسته است. یعنی همین که مغایر قانون اساسی اعلام نشوند، به معنای آن است که با قانون اساسی سازگارند. این امر به صراحت در خصوص آئین رأی‌گیری در شورا، موضوع تفسیر قانون اساسی قرار گرفته است.^{۲۶}

^{۲۴} البته تبصره ۲ ماده ۱۸۶ آئین‌نامه داخلی مجلس مقرر می‌دارد: شورای نگهبان نمی‌تواند پس از گذشت مهلت‌های مقرر و رفع ایراد در نوبت اول، مجدداً مغایرت موارد دیگری را که مربوط به اصلاحیه نمی‌باشد، بعد از گذشت مهلت قانونی به مجلس اعلام نماید مگر در ارتباط با انطباق با موازین شرعی.

^{۲۵} اصل ۹۴ قانون اساسی

^{۲۶} بر اساس نظریه تفسیری شماره ۲۸ شورای نگهبان مورخ ۱۳۶۰/۴/۲ در خصوص اصل نود و ششم قانون اساسی، در جلسات شورا در مورد تأیید مصوبات مجلس، «باید رأی‌گیری به مغایرت مصوبه با قانون اساسی به عمل آید و در صورتی که اکثریت اعضا رأی دادند، مصوبه با قانون اساسی مغایر است، مصوبه جهت تجدیدنظر به مجلس شورای اسلامی عودت داده می‌شود. مرکز تحقیقات شورای نگهبان، مجموعه نظریات شورای نگهبان، تهران، مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۱، ص ۶۴.

۳. قبح کنترل مضاعف سیاسی و قضایی و اختلال در نظم حقوقی

نویسندگان مقاله خود به خوبی از اینکه قبول نظارت قضات موجب می‌شود که بین آثار آن و نتایج منطقی تشخیص مرجع رسمی بررسی و کنترل مصوبات مجلس نوعی ناهماهنگی ایجاد شود، آگاه بوده‌اند. با این حال، برای توجیه اینکه جمع این دو نظارت قضایی و سیاسی میسر بوده و مشکلی برای نظم حقوقی ایجاد نخواهد کرد به تفاوت آثار آنها (نوعی بودن نظارت سیاسی در کنار فردی بودن نظارت قضایی) استناد کرده و نوشته‌اند:

«اثر رأی دادگاه نسبی و محدود به اطراف دادرسی است. اعلام مغایرت قانون عادی با اصول قانون اساسی نباید به نحوی جلوه کند که دخالت شورای نگهبان را نفی نماید. قاضی می‌تواند از نسبی بودن آثار تصمیم خود، به بهترین نحو به سود عدالت و انصاف استفاده کند و نه اینکه آن را ابزار حذف تصمیم شورای نگهبان قرار دهد»^{۲۷}، نقد دیدگاه نویسندگان مذکور در بیان خودشان آمده است. «بعد از اظهار نظر شورای نگهبان، فرض بر این است که قانون اصولاً مغایرتی نداشته و اجرای آن لازم می‌باشد. مسئولان قوه مجریه یا قضائیه نمی‌توانند در اجرای این قانون اهمال کنند. قضات نیز از این قاعده مستثنا نیستند و برای ارزیابی قانون، نباید به دنبال تطبیق آن با قانون اساسی باشند. زیرا این فرض، سابق بر آن احراز شده است»^{۲۸}.

اگر چنین باشد (که درست به نظر می‌رسد)، قاضی نیز همانند هر مجری دیگر قانون باید به اجرا و البته اجرای صحیح و مناسب بیندیشد و مجالی برای بررسی اولیه اینکه قانون مورد نظر مطابق با قانون اساسی هست یا نه، وجود ندارد. البته در حقوق موضوعه فرض مذکور، مطلق است و هرچند علمای حقوق یا نهادهای دیگر دولتی می‌توانند برداشتی خلاف نظر شورای نگهبان داشته باشند، این برداشت‌ها که حاصل تفاسیر و تعبیر مختلف از قانون اساسی است، نظر رسمی شورای نگهبان را کنار نخواهد زد و البته که موجب مشروعیت عدم اجرای قانون توسط قضات نیز نخواهد شد. به عبارت دیگر، نظر شورای نگهبان، نظر رسمی و قاطع بوده و سایر برداشت‌ها حتی توسط قضات، غیررسمی است و طبعاً منعی برای برداشت‌های مغایر نظر رسمی وجود ندارد اما قاضی که مأمور رسمی اجرای قانون است، چگونه می‌تواند نظر خود را خلاف نظر مقام رسمی و تخصصی کنترل قوانین، به اجرا درآورد. اما نویسندگان یکباره

^{۲۷} عبدالله خدابخشی شلمزاری و نیره عابدین‌زاده شهری، پیشین، صص ۵۳-۵۴.

^{۲۸} همان، ص ۵۳.

تغییر موضع داده و با تفکیک «تطبیق قانون اساسی با قانون عادی» از «اعلام مغایرت این دو قانون» چنین می‌نویسند:

«اما همه این امور دلالتی برای منع کشف مغایرت قانون عادی با اساسی از سوی دادرس ندارند. درست است که برای تطبیق قانون عادی با قانون اساسی نباید کوشش کرد اما برای اعلام مغایرت این دو قانون باید نهایت کوشش خود را بکار برد. زیرا دادرس وقتی با وقایع ملموس مواجه می‌شود، می‌تواند به این مغایرت پی ببرد^{۲۹}. اگر مصوبه مجلس پس از اعلام نظر شورای نگهبان عنوان «قانون» می‌یابد و برای همه تابعان لازم‌الاجراست، چگونه می‌توان این اجرای عام را با عدم اجرای قضایی جمع نمود. برای اصحاب دعوا از این قوانین حقوقی مکتسب ایجاد می‌شود که از نظر حقوقی آنها می‌توانند اثبات وجود آن حقوق و اجرای آنها را از دستگاه قضایی بخواهند. قاضی که مأمور اجرای قانون و تضمین حقوق شهروندان است، نمی‌تواند با اتکا به برداشت خود (که صرفاً باید تفسیر یعنی تشریح نظر مقنن باشد و نه مانع اجرای آن)، اساساً قانون موجد حقوق مکتسب را کنار بگذارد و در دعوای مطروحه، به قانون واقعی نهد. این امر در پرتو کارویژه دادرس قابل توجیه نیست. اگر قاضی در خلال پرونده، قانون مورد نظر را اعتبار نبخشد، بقای اعتبار نوعی آن چه تأثیری به حال اصحاب دعوا دارد؟ قضیه بدان می‌ماند که قانون اساسی تنها دادگستری و قضات را مسؤول دادرسی و پاسخگویی به دعوای قرار داده اما چنین تفسیر کنیم که قضاوت‌های شخصی که مانعی در این خصوص ایجاد نمی‌کند چون منعی صریح در این خصوص وجود ندارد! این در حالی است که اساساً دادگستری برای رسیدگی به دعوای تشکیل شده و وجود آن نمایانگر ممنوعیت هرگونه قضاوت شخصی است بدون آنکه از نظر حقوقی، لازم باشد منع دادرسی خصوصی در قالب یک اصل از قانون اساسی تصریح گردد.

نمونه دوم ضعف مبانی حقوقی این استدلال، این است که در پرتو صلاحیت قضات در تفسیر قضایی قانون اساسی، موجبات بی‌اثر کردن منطوق اصل ۹۸ قانون اساسی فراهم گردد. بدون شک، تفسیر رسمی مندرج در اصل ۹۸، فضایی برای اعتبار تفاسیر متفاوت دیگر (آن هم تفسیر قضایی) باقی نمی‌گذارد. قاضی باید قانون اساسی را در پرتو تفاسیر شورای نگهبان و البته به گونه‌ای که قابل اعمال بر دعوای خاص باشد، تفسیر کند چراکه به تصریح اصل هفتاد و سوم قانون اساسی، تفسیر قضات «در مقام

تمییز حق» و قطع و فصل دعاوی است و بس. پس وحدت نظم حقوقی و جلوگیری از اظهارنظرهای متعارض آن هم قضاوت قضات بر اساس نظر شخصی و نه در مسیر نظریه رسمی شورای نگهبان، ایجاب می‌کند که در تطبیق مصوبات مجلس با قانون اساسی تنها یک مرجع وجود داشته باشد و به تصریح اصل ۹۴ به بعد قانون اساسی، این مرجع تنها شورای نگهبان است.

۴. از دلالت‌های عام تا قرائن خاص مخالف در قانون اساسی

ترسیم چشم‌انداز و دیدگاه قانون‌گذار اساسی و قرار دادن موضوعات خاص اعم از قدیمی یا جدید حقوقی در قالب آن، همواره نیازمند تفسیر اصول نسبتاً کلی قانون اساسی است. بدون تردید، تفسیر لفظی مفاهیم و اصول مندرج در قانون اساسی نه تنها کارساز نیست بلکه خارج از و جاهد حقوقدان به عنوان متخصص دریافت حقیقت قانون در پهنه و لابلاهای عبارات و مفاهیم است. تفسیر علمی باید متکی به تصویری جامع از قانون اساسی به عنوان موجودی زنده باشد که در پهنه تحولات و رویدادهای زمان، می‌خواهد زندگی کند، بر مشکلات فائق آید و سفینه اجتماع را به خوبی به سمت و سوی تعالی حرکت دهد.

به عنوان نمونه، قانون اساسی از نظر ساختار تدوینی، سه بخش اصلی دارد. در بخش نخست به بیان اصول کلی حاکم بر نظام سیاسی و محورهای دوگانه آن (دولت و ملت) پرداخته و در بخش‌های بعدی به حقوق و مسؤولیت‌های ملت و دولت اختصاص یافته است. آنچه در بخش نخست (اصول کلی) آمده، متضمن تدابیری است که نه به طور مستقل قابل اجرا، بلکه معنادهنده و توجیه کننده سایر اصول هستند. در واقع، «اصولی راهنما و هدایت کننده» هستند تا روح قانون را بنمایاند. اصل نهم قانون اساسی، چنین رسالتی دارد.

در این اصل مقرر شده که «آزادی فردی و نظم عمومی» دو کفه ترازو بوده و هیچ‌کدام بر دیگری برتری و تقدم ندارد. پس هیچ‌کس نمی‌تواند به عنوان «آزادی» موجب برهم زدن «نظم» گردد و هیچ مقامی هم نمی‌تواند به بهانه نظم، آزادی‌های مشروع و شناخته شده را «سلب» نماید. به واقع، بر خلاف آنچه در تفسیر این اصل آورده‌اند، حکم کلی اخیر فی نفسه موجب اختیار و صلاحیت برای هیچ مقام یا نهادی نمی‌گردد. حکم قانون‌گذار، «سلبی» و در مقام منع تضييع آزادی‌های شهروندی به بهانه مقتضیات نظم است. از این گزاره سلبی نمی‌توان نتیجه‌ای «ایجابی» استنتاج، و

صلاحیتی برای قضات در کنترل تصمیمات قوه مقننه استنباط نمود. از طرف دیگر، مقصود اصلی قانون‌گذار از این اصل، «برابری نظم آفرینی و آزادی محوری» در میان رسالت‌های قانون اساسی و نظام سیاسی است. گفتنی است که اغلب سیستم‌های حقوقی رومی - ژرمنی و کامن‌لا در نتیجه جنبش‌های حقوق بشر و شهروندی، اولویت را به حقوق شهروندان داده و حقوق مردم به منزله «قواعد فرادستوری» تلقی می‌گردد و حقوق ملت در قانون اساسی، بر حقوق حکومت برتری دارد و در نتیجه در صورت تعارض میان آن دو دسته از حقوق، تعارض به نفع تقدم حقوق ملت حل و فصل می‌گردد. اما برخی قوانین اساسی توتالیتیر، در این میان برای حقوق شهروندی اهمیتی درجه دوم قائل شده‌اند. قانون اساسی ما در مواجهه با این موضوع، همسازی دو محور مذکور را ضامن تحقق اهداف و سیاست‌های جمهوری اسلامی دانسته و مقرر نموده که آزادی و نظم باید در جهت مسیری واحد بکار گرفته شوند.

با توجه به همسازی نظم مداری و آزادی محوری مندرج در اصل نهم قانون اساسی، چگونه می‌توان با اتکا به جمله دوم (هیچ مقامی نمی‌تواند هرچند با وضع قوانین و مقررات، آزادی‌های مشروع را سلب نماید)، قدرت کنترل قوانین را استنباط نمود؟ جمله مذکور بدون صدر همان اصل معنا و مفهوم ندارد. مقدم داشتن آزادی (آن هم به تشخیص فردی قاضی) نمی‌تواند موجب بی‌اعتبار ساختن تصمیم نهاد قانون‌گذاری گردد، چراکه کفه مربوط به نظم مداری مورد نظر قانون‌گذار تضییع می‌گردد. اعطای صلاحیت قانونی به دادرس برای برتری دادن تشخیص خود از قانون اساسی و قانون عادی و سپس عدم اجرای قوانینی که با برداشت وی از قانون اساسی همساز نیست، چیزی جز قبول بی‌نظمی آشکار در نظم حقوقی نیست. در چنین سیستمی که قاضی حق داشته باشد، تشخیص خود را بر تصمیم نهاد تخصصی تعیین مصالح عمومی (مجلس) برتری داده و ضمانت اجرای قضایی قوانین را سلب نماید، چگونه می‌توان به تأمین آزادی‌های مشروع امید داشت. در صورتی که به عکس، قانون حقیقتاً در جهت تأمین آزادهای مشروع باشد ولی قاضی برداشتی خلاف آن داشته باشد، چگونه می‌توان اجازه داد دادرس در پرتو صلاحیت دادرسی، نه تنها آزادی بلکه نظم را نیز فدای «حق کنترل مصوبات مجلس» نماید. در هر حال، تردیدی نیست که چنین برداشتی شگفت‌انگیز می‌نماید و نه تنها با سیستم حقوقی موجود هماهنگ نیست (نفی وجودی) بلکه بسیار بیشتر از آنچه موجب توجیه آن به عنوان یک «بایسته» گردد، بی‌نظمی‌هایی خلق خواهد کرد که هیچ حقوقدانی را به سمت و سوی این توجیحات

سوق نخواهد داد. در مقام تفسیر اصل نهم قانون اساسی گفته‌اند که: «تدوین کنندگان قانون اساسی به لحاظ سابقه تاریخی نقش آزادی‌های فردی توسط قانون عادی، با آوردن عبارت هرچند با وضع قوانین و مقررات هرگز این احتمال را که قانون عادی مخالف قانون اساسی باشد، مردود ندانسته‌اند. قانون اساسی می‌گوید که ممکن است مصوبه مجلس به تأیید شورای نگهبان برسد، یعنی شکل قانون پیدا کند و مع‌هذا مخالف آزادی‌های مشروع مذکور در قانون اساسی باشد. مهمترین مخاطبان این اصل نیز از لحاظ عقلی و منطقی باید دادرسان باشند که مکلف هستند از اجرای یک چنین قانون عادی امتناع ورزیده، زمینه تحقق آزادی‌های مشروع مذکور در قانون اساسی را فراهم آورند»^{۳۰}، این در حالی است که برداشت مذکور بر بینهش و آئین تفسیر در حقوق عمومی استوار نبوده و برداشتی صواب نیست. اگر به نص جمله دوم اصل مذکور توجه شود، آنچه موضوع ممنوعیت قانونی قرار گرفته، «سلب آزادی‌های مشروع» است. اولاً «سلب» آزادی‌های اساسی شهروندان میسر نیست حتی با وضع قانون. آنچه قانون‌گذار اساسی از این حیث بیان داشته، از مسلمات حقوق بشر و شهروندی است. ثانیاً اگر به فصل سوم قانون اساسی در خصوص «حقوق ملت» مراجعه شود، خواهیم دید که اکثر قریب به اتفاق آزادی‌ها و حقوق شهروندی، مطلق نبوده بلکه تابع محدودیت‌ها و شرایطی است که به قانون عادی محول شده است. یعنی حقوق شهروندی مندرج در قانون اساسی، به صورت مستقل معنا و مفهوم ندارند بلکه با افزودن مفاد قوانین ارگانیک به این فصل، می‌توان حقوق شهروندی را در حقوق ایران بازشناخت. بنابراین، اساساً جمله دوم اصل نهم ارتباطی به مغایرت قانون عادی با قانون اساسی ندارد.

از طرف دیگر، حتی اگر تصور مغایرت مذکور هم برود، صرف این بیان کلی قانون اساسی نمی‌تواند مبین وجود صلاحیتی متقن برای قضات در مقام کنترل قوانین عادی باشد. باز هم یادآوری می‌شود که اجرای عادلانه قوانین و در مسیر تحقق اولویت‌ها و اهداف قانون اساسی، وظیفه هر مجری قانون از جمله قضات است. اما این امر که به فنون اجرای صحیح قوانین و هنر قضات برای تحقق عدالت و دادگستری بستگی دارد، مقوله‌ای مجزا از «کنترل قوانین عادی» است. این هنر و فن، پشتیبان قانون و تأمین کننده

^{۳۰} مقاله نقد شده، تمامی این دلیل را از منبع ذیل استخراج نموده است: محسن ایزانلو، «آزادی بیان در حقوق اساسی ایران»، در: دکتر ناصر کاتوزیان و همکاران، *آزادی اندیشه و بیان*، تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۲، صص ۱۵۳-۱۵۲.

نظر و اراده مردمی تجسم یافته در مصوبات مجلس است و نه سالب اعتبار حقوقی مصوبات مذکور. در هر حال، پوزیتیویسم حقوقی هرگز به قاضی اجازه نمی‌دهد به هر دلیل حتی حصول هدفی که به نظر قاضی «عالی و اولی‌تر» از مصوبه پارلمان است، از کارویژه اصلی خویش که دادگستری و حل دعاوی با اتکا به قوانین از جمله قانون عادی است، فراتر رود و وظیفه اصلی خود را کنار بگذارد. قانون اساسی هم که ممارست تمام در برقراری نظامی مطلوب برای جامعه ایران داشته، هرگز اعمال نظرهای شخصی قاضی را جز در محدوده برداشت از مصوبات مجلس، مجرای برای جدال با قوه مقننه قرار نداده و قاضی را «مجری» قانون شناخته و نه ناظر عملکرد پارلمان.

از طرف دیگر، مگر می‌شود کارویژه قاضی را جدا از مأموریت‌ها و ساختار دستگاه قضایی تعبیر و تفسیر نمود. کارویژه‌های قوه قضائیه همان است که در اصل یکصد و پنجاه و ششم قانون اساسی آمده است. «نظارت بر حسن اجرای قوانین»، قوه قضائیه اعم از محاکم و قضات را ضامن مطابقت عملکرد کلیه نهادهای حاکم از جمله خود دستگاه قضایی با اراده عمومی تبلور یافته در مصوبات پارلمان دانسته است. در این صورت، قاضی نمی‌تواند از تعقیب اهداف مقنن فراتر رفته و شأن ناظر بر دامنه تصمیم سازی مجلس بیابد.

نتیجه

در حقوق موضوعه، برای تکوین معتبر یک قاعده حقوقی، کانال و مجرای معین و مشخصی وجود دارد که تنها با رعایت مجرا و ضوابط حاکم بر هر یک از نقاط آن فرایند (بدون توجه به سازگاری یا ناسازگاری محتوا و مفاد این قواعد با ملاحظات خاص) است که «اعتبار» حقوقی در قاعده مورد نظر دمیده خواهد شد. در این میان، مجاری متفاوت و طولی^{۳۱} وجود دارد که قواعد حاصل هر یک از آنها، از اعتباری که شکل و چارچوب مذکور داشته بهره‌مند خواهد شد. قانون اساسی سندی مشتمل بر قواعد حقوقی مختلفی است که به تبع مجرای تأسیس خویش و همچنین نقشی که در شکل‌گیری بنیادهای نظم حقوقی و سیاسی پس از خویش دارد، سرآغاز این چیدمان تلقی می‌گردد و در رأس هرم سلسله مراتب قواعد یا منابع حقوقی قرار می‌گیرد. این برتری، خود یک اصل کلی حقوقی است که در کلیه نظام‌های مهم حقوقی معاصر مورد پذیرش

³¹ Andrei Marmor, "Exclusive Legal Positivism", in: A. Marmor, *op. cit.*, p. 49.

قرار گرفته است.

نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، همانند هر سیستم حقوقی دیگر، چیدمان هرمی شکل اصول و قواعد را که نتیجه اصل حاکمیت قانون است (هر چند به صورت ضمنی و تلویحی) مدنظر داشته و به شیوه‌های مختلف، لزوم کنترل قواعد به منظور حفظ همگونی و تجانس محتوای نظم حقوقی ملی را شناسایی کرده است. بر این اساس، هر چند کنترل تصمیمات تقنینی، تابعی از الگوی کنترل و نظارت سیاسی^{۳۲} یا فرادستوری^{۳۳} است، اما تصمیمات دیگر عام و خاص که در چارچوب مفهوم «مقررات» قرار می‌گیرند، مشمول نظارت‌های متعدد سیاسی، قضایی و نظایر آن هستند. به عبارت دیگر قوانین معمولی^{۳۴} و ارگانیک^{۳۵}، توسط شورای نگهبان مورد نظارت فرادستوری قرار می‌گیرد تا با منابع برتر و فرازین حقوقی کشور (قانون اساسی و شرع) مغایرت نداشته باشد.^{۳۶} اما این قوانین تابع وحدت نظارت هستند. به عبارت دیگر جز شورای نگهبان، مرجع نظارتی دیگری وجود ندارد (مگر نظارت‌های ناشی مسئولیت رئیس جمهور در تأمین حسن اجرای قانون اساسی^{۳۷}) و شاخص سنجش و ارزیابی قوانین عادی، قانون اساسی (و شرع) است^{۳۸} که برخلاف سیستم امریکایی^{۳۹}، مجاللی برای تعمیم این مسئولیت به قضات وجود ندارد.

یکی از بایسته‌ها برای هر مجری قانون از جمله قضات، اجرای عادلانه قوانین و در مسیر تحقق اولویت‌ها و اهداف قانون اساسی است. اما این امر که به فنون اجرای صحیح قوانین و هنر قضات برای تحقق عدالت و دادگستری بستگی دارد، مسأله‌ای مستقل از نهاد و تأسیس «کنترل قوانین عادی جهت تضمین برتری قانون اساسی» است. این هنر و فن، پشتیبان قانون و تأمین کننده نظر و اراده مردمی تجسم یافته در مصوبات مجلس است و نه سالب اعتبار حقوقی مصوبات مذکور. در هر حال، پوزیتیویسم حقوقی هرگز

۳۲ نک: ابوالفضل قاضی شریعت پناهی، گفتارهایی در حقوق عمومی، تهران، دادگستر، ۱۳۷۵، ص ۱۱۴.

۳۳ همان، ص ۱۲۳.

۳۴ قوانین ناشی از اعمال صلاحیت ذاتی مجلس در تنظیم امور عمومی به صلاحدید خود آن، قوانین معمولی گفته می‌شود که تنها بخشی از «قوانین عادی» را تشکیل می‌دهند.

۳۵ آن دسته از مصوبات پارلمان که بر مبنای تکلیف نهفته در قانون اساسی انجام می‌گیرند، قوانین ارگانیک یا سازمان دهنده اطلاق می‌شود. قوانین مذکور بر خلاف قوانین معمولی، برآیند «تکلیف» به قانون‌گذاری هستند و نه «اختیار تقنین».

۳۶ ابوالفضل قاضی شریعت پناهی، پیشین، ص ۱۲۴.

۳۷ اصول یکصد و سیزدهم و یکصد و بیست و هفتم قانون اساسی

۳۸ پروانه تیلا، پیشین، ص ۶۰.

39 See Wikipedia, "Judicial Review", (July 2005), < en.wikipedia.org/wiki/judicial_review >.

به قاضی اجازه نمی‌دهد به هر دلیل حتی حصول هدفی که به نظر قاضی «عالی و اولی‌تر» از مصوبه پارلمان است، از کارویژه اصلی خویش که دادگستری و حل دعاوی با اتکا به قوانین از جمله قانون عادی است، فراتر رود و وظیفه اصلی خود را کنار بگذارد. قانون اساسی هم که ممارست تمام در برقراری نظمی مطلوب برای جامعه ایران داشته، هرگز اعمال نظرهای شخصی قاضی را جز در محدوده برداشت از مصوبات مجلس، مجرای برای جدال با قوه مقننه قرار نداده و قاضی را «مجری» قانون شناخته و نه ناظر عملکرد پارلمان. به عبارت بهتر، برای خاتمه دادن به هرگونه جدل در خصوص اینکه مصوبه مجلس موافق مدلول و منطوق قانون اساسی هست یا نه، مرجعی اختصاصی را به نام شورای نگهبان ایجاد نموده و قبول مجرای هم عرض نظیر قضات (آن هم در شرایطی که هیچ اصلی از قانون اساسی به چنین صلاحیتی اشاره نکرده)، نقض غرض است.^{۴۰} ولی اساساً انتظار نمی‌رود که قانون‌گذار به کار عبث روی آورده باشد و هم شورا را بدین منظور تأسیس کرده باشد و هم چنین صلاحیتی را برای قضات شناخته باشد.

از طرف دیگر، کارویژه قاضی را نمی‌توان جدا از مأموریت‌ها و ساختار دستگاه قضایی، بلکه باید در چارچوب اصل یکصد و پنجاه و ششم قانون اساسی تعبیر نمود. بر اساس این اصل، قوه قضائیه اعم از محاکم و قضات ضامن مطابقت عملکرد کلیه نهادهای حاکم از جمله خود دستگاه قضایی با اراده عمومی تبلور یافته در مصوبات پارلمان هستند. در این صورت، قاضی نمی‌تواند از تعقیب اهداف مقنن فراتر رفته و شأن ناظر بر دامنه تصمیم سازی مجلس بیابد. قاضی پشتیبان تحقق عملی اهداف قانون‌گذار است و البته در مسیر اجرا باید بهترین معنای قوانین و مناسب‌ترین شیوه‌ای را که به عدالت و دادگستری نزدیک‌تر است، برگزیند. اما این ابتکارات و هنرهای قضایی، ناظر بر اجرای بهینه قانون است و نه کنترل قانون و بی‌اعتبار ساختن آن، حتی بی‌اعتباری موردی یا عدم اجرای قانون در دعاوی مطروحه.

از نظر حقوقی، هر قاعده حقوقی دارای اثر عام و کلی بوده و هیچ‌یک از مجریان قانون و تابعان قواعد مذکور نمی‌توانند از اجرای آن خودداری ورزیده و مثلاً دلیل این عدول از اجرای قانون را به مغایرت آن با قانون اساسی (به تشخیص خود) قرار دهند. به

^{۴۰} گفتنی است که دکتر کاتوزیان در سال ۱۳۵۸ ضمن سمیناری در خصوص تهیه مقدمات تصویب قانون اساسی، از قبول روش کنترل قضائی حمایت نمود اما این پیشنهاد در مجلس خبرگان قانون اساسی تأیید نشد. بنابراین، دیدگاه‌های ایشان در آن زمان را نباید با تصور مبانی حقوقی نظارت قضات در وضعیت حقوقی کنونی یکسان پنداشت.

همین دلیل قاضی نیز نمی‌تواند به تشخیص خود، قانون اساسی و عادی را تفسیر کند و به عنوان اینکه به نظر وی، قانون عادی خلاف قانون اساسی است، از اجرای قانون در خلال رسیدگی به دعاوی خودداری ورزد. در صورتی که چنین صلاحیتی بی‌دلیل برای قاضی شناخته شود، چه دلیلی وجود دارد که سایر مجریان نیز به همین طریق عمل نکنند. در این صورت، حاکمیت قانون منزلت خود را از دست خواهد داد و احترام به اجرای قانون جای خود را به برتری نظرات مجریان خواهد داد. در چنین حالتی، نظم و انتظام حقوقی، بی‌نتیجه خواهد بود.^{۴۱}

نهایت اینکه مهمترین نقشی که قضات در تحقق حاکمیت قانون اساسی دارند اینک وظیفه دادرسی و دادگستری را که قانون اساسی بدانها سپرده، به درستی و موافق اصول مندرج در این قانون و قوانین مبتنی بر آن انجام دهند و به پاسداشت این اصول، با استفاده از تفسیر که ابزار کارشان در تمییز حق است، عبارت و مفاهیم قانونی را بر بهترین معانی اطلاق کنند و با انتخاب بهترین و مناسب‌ترین معنا و روش اجرای قانون،

^{۴۱} چند انتقاد دیگر نیز بر مقاله همکارانمان در مورد توجیه کنترل قضایی در ایران وجود دارد: اولاً هر چند دیدگاه کنونی دکتر کاتوزیان در خصوص مشروعیت کنترل قضایی روشن نیست، اما برخلاف آنچه آنها در مورد کنترل قضایی نوعی یادآور شده‌اند (مثلاً ص ۴۴)، دکتر کاتوزیان در صفحه ۱۲۴ کتاب مبانی حقوق عمومی، این نوع کنترل قضایی را تجاوز قضات از حوزه اختیار قوه قضائیه تلقی نموده است. البته نویسندگان مقاله نیز در پاره‌ای از موارد تنها به دفاع از کنترل قضایی شخصی اکتفا نموده و به عنوان نمونه برای توجیه اینکه این کنترل مغایرتی با نهاد هم‌عرض ندارد، به اثر موردی اقدام قضات استناد نموده‌اند (صص ۵۳ و ۵۸). ثانیاً برخلاف ارجاع شماره ۵۵ مقاله مذکور، نظر دکتر کاتوزیان، نفی صلاحیت شورای نگهبان به نفع قضات نبوده است. اصل نوشته دکتر کاتوزیان به نقل از ص ۴۶۹ کتاب مبانی حقوق عمومی چنین است: «اگر شورای نگهبان یا هر دادگاه دیگری که برای حمایت از قانون اساسی تشکیل می‌شود خود را ملتزم به رعایت لوازم و روح آرمان‌های اعلام‌شده بداند، مقاومت در برابر سلطه‌گری‌ها و استثمار و انحصارها بالا می‌گیرد و جامعه به تعادل مطلوب نزدیک می‌شود». ثالثاً آنچه در خصوص امتیازات کنترل قضایی برشمرده‌اند، بسیار بحث‌انگیز به نظر می‌رسد. زیرا آنچه به نقل از دکتر کاتوزیان آورده‌اند، در مورد نقش قاضی در احراز و شناسایی قواعد حقوقی است و تفاوت این امر با کنترل قوانین عادی غیرقابل اغماض است. از طرف دیگر از نقش قاضی در کنترل قضایی قوانین به دلیل اینکه تخصص ویژه دارد و تابع اصل دادرسی عادلانه است، یاد شده در حالی که ارتباط اصل دادرسی عادلانه با برتری یکجانبه تشخیص قاضی از قانون اساسی بر اعلام رسمی مرجع تخصصی ذی‌ربط، معلوم نشده است. اگر به واقع، تنها با رعایت آئین دادرسی عادلانه بتوان قوانین عادی را کنترل نمود، نمی‌بایست سیستم کنترل سیاسی اساساً موجودیت می‌یافت. رابعاً از همسازی این مداخلات قضات با اصل تفکیک قوا یاد شده، در حالی که معلوم نیست چگونه می‌توان قضات را «ترجمان ملت» تلقی نمود که به نام آنها اقدام می‌کنند ولی نمایندگان مجلس را که منتخب مستقیم مردم هستند، توان «ترجمان ملت» شناخت. علاوه بر این، اصل تفکیک قوا ارتباطی به ترجمان ملت ندارد، چرا که حداقل در ایران، قوای مجریه و مقننه منشأ انتخابی و مردمی دارند ولی این مورد آن نیست که در امور یکدیگر یا قوای دیگر مداخله کنند.

عادلانه‌ترین چهره از قوانین را در عمل به نمایش بگذارند تا مردم (تابعان قواعد حقوقی) با دل‌بستگی به قانون و با امید به روحیه عدالت پرور قضات، قواعد حقوقی را پذیرا شوند و در تبعیت از آنها مجالی برای گریز نجویند.

JOURNAL OF

LEGAL RESEARCH

VOL. IV, NO. 1

2005-1

Articles

- European Arrest Warrant and its Impact on Extradition Law in the European Union
- Protective Victimology in Light of “The Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power”
- The Impact of Peremptory Norms on the Interpretation and Application of United Nations Security Council Resolutions
- Concept, Kinds and Rules Governing Public Contracts
- An outline to Iranian Legal System on the Foreign Investment
- The Constitutionality and Role of Judges in Iranian Law

Special Issue: Different Aspects of Banking Law

- Legal Aspects of Internet Banking
- Discussion of Principles Agent Theory in Banks on behalf of Depositors in Banking Deposits
- Binding Character of Contracts on Credits Granted by Banks and it's Ambiguities
- Settlement of Disputes in International Bank Guarantees
- Hire-Purchase Contract and Barriers to it's Development in the Iranian Banking System

Critique and Presentation

- UN International Law Commission and Iranian Lawyers

ISSN: 1682-9220



S. D. I. L.

The S.D. Institute of Law
Research & Study