

پژوهشهای حقوقی

شماره ۶

هزار و سیصد و هشتاد و سه - نیمسال دوم

مقالات

- بلژیک و پایان ده سال رؤیای صلاحیت جهانی در جرائم بین المللی
- کنترل قضائی قانون عادی در تطبیق با قانون اساسی (حقوق تطبیقی و ایران)
- شورای امنیت و ارجاع وضعیت «دارفور» (سودان) به دیوان کیفری بین المللی
- نگرشی حقوقی به موافقتنامه پاریس درباره برنامه هسته‌ای ایران
- اجرای ملی موازین حقوق بین الملل و نقش دادگاه ایرانی

موضوع ویژه: مبارزه حقوق کیفری با جرائم اقتصادی

- نگرشی تطبیقی بر نحوه انعکاس جرم رشوه در سیستم‌های حقوقی فرانسه، ایتالیا، سوئیس و چین
- ضرورت تسری مجازات مرتشی به بخشهای غیردولتی در حقوق کیفری ایران
- بررسی تطبیقی جنبه‌های حقوقی معاملات در بازار بورس اوراق بهادار با استفاده از اطلاعات محرمانه
- کلاهبرداری رایانه‌ای

گزارش و نقد

- مروری بر پیش نویس اصلاح قانون تجارت پیشنهادی وزارت بازرگانی
- جهانی امن‌تر: مسؤولیت مشترک ما (گزارش هیأت عالی رتبه دبیرکل در خصوص تهدیدات، چالش‌ها و تغییرها (دسامبر ۲۰۰۴))





http://jlr.sdil.ac.ir/article_44566.html

کنترل قضائی قانون عادی در تطبیق با قانون اساسی* (حقوق تطبیقی و ایران)

عبدالله خدابخشی شلمزاری** و نیره عابدین زاده شهری***

چکیده: برای فقط اصول قانون اساسی در تمام نظام‌های حقوقی تدابیری اندیشیده شده است تا مقررات مادون (قوانین عادی) بر احکام آن تفوق نیابند. در برخی از نظام‌ها، نهاد مستقلی نظیر شورای قانون اساسی پیش‌بینی شده تا عهده‌دار تطبیق این مقررات با قانون اساسی باشد. کنترل قضائی و دخالت قضات نیز روش دیگری است که مخالفت و موافقت نظام‌های حقوقی را برانگیخته.

در حقوق ایران عده‌ای با پیش‌بینی شورای نگهبان، دخالت قضات را نفی می‌کنند در حالی که دقت بیشتر، ضرورت دخالت قاضی را برای انتخاب قانون برتر و حاکم بر سرنوشت دعوی، نشان می‌دهد. در این نوشتار، سعی بر بررسی اصول کنترل قضائی در حقوق تطبیقی و حقوق ایران می‌باشد و صلاحیت قضات را در این زمینه مورد حمایت قرار می‌دهد.
واژگان کلیدی: قانون اساسی، قانون عادی، کنترل قضائی، شورای نگهبان، تفکیک قوا، قاعده حقوقی.

یکی از مباحث مهم حقوقی که به ویژه در حقوق عمومی مورد نزاع نویسندگان قرار دارد، ارزیابی و کنترل قوانین عادی از حیث مطابقت با قانون اساسی است. نظام‌های حقوقی معاصر، جملگی به این بحث پرداخته‌اند و وضعیت حقوقی آنها در حال

* La Constitutionnalit! des lois

** قاضی دادگستری و دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران

*** قاضی دادگستری

حاضر، تقریباً روشن است.^۱

حقوق ایران نیز از این قاعده مستثنی نیست و نویسندگان حقوقی به صورت مفصل و در مقالات خاص^۲ یا دوره‌های عمومی حقوق اساسی^۳ به این مطلب اشاره نموده‌اند. آنچه که ما را به نگرش مجدد نسبت به این بحث تشویق نمود، غربت صلاحیت قضائی در فرآیند کنترل قوانین عادی می‌باشد. با اینکه یکی از معماران حقوق ایران،^۴ چنین صلاحیتی را برای قضات، در هنگام رسیدگی به دعاوی اعلام نموده است لیکن وجوه این صلاحیت و علل آن، آنچنان که در خور مقام مطلب است بیان نشده است. لذا ضمن ارج نهادن بر تحقیق عالمانه استاد فرزانه آقای دکتر ناصر کاتوزیان که مبانی استدلالی این نوشتار را تشکیل می‌دهد، سعی در اثبات بیشتر حقانیت قضات در ارزیابی قوانین عادی و بررسی مطابقت آن با قانون اساسی داریم. برای بیان مطلب ضمن دو گفتار، به ترتیب، قواعد عمومی کنترل قوانین عادی با نگاه تطبیقی و وضعیت آن را در حقوق ایران تشریح می‌نمائیم.

گفتار اول: قواعد عمومی کنترل قوانین عادی

کنترل و ارزیابی قوانین عادی، خود ملهم از اصل اساسی «کنترل قواعد حقوقی»^۵ در گسترده‌ترین تفسیر آن می‌باشد. بر حسب نظام‌های مختلف، شیوه‌های ارزیابی این قوانین از یکدیگر متمایز است و بسته به وضعیت حقوق عمومی هر کشور، نهادها و تأسیسات حقوقی متعددی عهده‌دار این مهم می‌باشند. اما این تفاوت‌ها مانع از آن نیست که اصول راهبردی کنترل قوانین عادی قابل احصاء و تحدید حدود نباشد. ما در گفتار اول به ترتیب به اصل کنترل قواعد حقوقی و شیوه‌های کنترل قوانین عادی، به فراخور بحث اشاره خواهیم داشت.

^۱ رنه داوید، *نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر*، ترجمه دکتر سیدحسین صفایی، دکتر محمد آشوری و دکتر عزت‌الله عراقی، تهران، مرکز نشر دانشگاهی، چاپ چهارم، ۱۳۷۸، صص ۱۰۲ و ۱۰۳.

^۲ دکتر ناصر کاتوزیان، *گاهی به سوی عدالت* (مجموعه مقالات)، جلد اول، تهران، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۷۸، صص ۲۹۱ تا ۳۲۷.

^۳ دکتر ابوالفضل قاضی شریعت پناهی، *حقوق اساسی و نهادهای سیاسی*، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ ششم، ۱۳۷۵، صص ۱۰۰ تا ۱۰۸.

^۴ دکتر کاتوزیان، *پیشین*، همانجا.

^۵ Controle de regle juridique

مبحث اول - اصل کنترل قواعد حقوقی

۱- مفهوم کنترل قواعد حقوقی

پوزیتیویسم حقوقی^۶ که سبب جدایی علم حقوق از سیاست حقوقی شد^۷ و تصنع‌گرایی را در حقوق بشدت توسعه داد،^۸ لزوماً ابزارهایی را برای حفظ هویت خود نیاز دارد. یکی از این ابزارها، اصل پیروی نهادها و قواعد فرودین از قواعد فرادست و نتیجتاً کنترل قواعد تالی از سوی قواعد عالی است. حتی آن دسته از نویسندگان نیز که با اثبات‌گرایی چندان سازگاری نداشته‌اند، با بیان «زنجیره حقوق به شکل رمان دسته جمعی» از ارتباط قواعد حقوقی و ضرورت کنترل هر قاعده توسط قاعده دیگر و نهایتاً تنظیم یک داستان واقعی و هماهنگ، سخن گفته‌اند^۹ به این ترتیب برای تحقق آنچه که از آن به «نظام حقوقی» یاد می‌شود، نوعی ارزیابی شکلی و ماهوی از قواعد لازم‌الاجراء ضروری است. هدف از اصل کنترل، در حقیقت ایجاد تعادل و تقسیم معرفت حقوقی میان قواعد آن است تا هر یک از آنها در ایفای وظیفه و نقشی که عهده‌دار می‌باشند، به درستی عمل نمایند. مقصود از تقسیم معرفت به صورت عام عبارت است از اینکه «هر عضو جامعه تنها به بخش بسیار کوچکی از معرفت کل جامعه در مجموع دسترسی دارد و از این رو هر کس به اغلب وقایعی که عملکرد جامعه مبتنی بر آن است، آگاهی ندارد».^{۱۰} اگر اعضاء جامعه حقوقی (قواعد حقوقی) را در این سخن تصور کنیم، بدون اصل کنترل، معرفت کل این جامعه هرگز

⁶ Positivism Juridique

^۷ هانس کلسن در کتاب مشهور خود به نام «نظریه محض حقوق» در مورد نظریه حقوقی می‌گوید «هدف نظریه تنها و انحصاراً شناخت موضوع خود حقوق است، یعنی اثبات اینکه حقوق چیست و چگونه است؛ به هیچ وجه کوشش نمی‌کند بگوید حقوق چگونه باید به وجود می‌آید یا باید به وجود آید. در یک کلمه می‌خواهد علم حقوق باشد و نه سیاست حقوقی. چرا نام نظریه خالص حقوق بر آن گذاشته شده است؟ به خاطر اینکه نشان داده شود فقط مسأله شناخت حقوق و فقط حقوق در میان است. با جدا کردن هر چیزی که به مفهوم واقعی حقوق متصل نیست. به عبارت دیگر، نظریه خالص می‌خواهد علم حقوق را از شر تمام عواملی که با آن بیگانه‌اند رهایی دهد». نقل از: فیلیپ مالوری، *اندیشه‌های حقوقی*، ترجمه دکتر مرتضی کلاتریان، تهران، انتشارات آگاه، چاپ اول، ۱۳۸۳، صص ۴۴۹ و ۴۵۰.

⁸ Jean Carbonnier, *Flexible droit*, Paris, L.G.D.J., 8^e ed., 1955, pp. 125 et s.

^۹ فیلیپ مالوری، پیشین، ص ۵۴۶.

^{۱۰} فریدریش فون هایک، *قانون، قانونگذاری و آزادی*، ترجمه مهشید معیری و موسی غنی‌نژاد، تهران، انتشارات طرح نو، چاپ اول، ۱۳۸۰، ص ۳۶.

تحقق نخواهد یافت و از آنجا که قواعد حقوقی به صورت جداگانه «به اغلب وقایعی که عملکرد جامعه حقوقی مبتنی بر آن است، آگاهی نخواهند داشت» لذا نتیجه‌ای جز تشتت آراء، بی‌نظمی و عدم تعادل در این جامعه به وجود نخواهد آمد؛ آنچه که سبب یگانگی این مجموعه می‌گردد، نظارت و کنترل قواعد به صورت عام و فراگیر است و این امر، الزاماً ما را به سلسله قواعد حقوقی رهنمون می‌گردد.

۲- سلسله مراتب قواعد حقوقی و کنترل سطوح آن

با توجه به هدف «اصل کنترل قواعد حقوقی» می‌توان با قاطعیت چنین گفت که هیچ قاعده‌ای در نظام حقوقی، از شمول این اصل خارج نیست و برخلاف سخن مشهور (ما من عام الا و قد خص)، ما برای این اصل، اطلاقی غیر قابل خدشه قائلیم. زیرا به محض خروج^{۱۱} حتی یک قاعده از شمول اصل مذکور، نقض قواعد به صورت سلسله‌وار آشکار می‌شود؛ قاعده خارج از ضوابط، خود سبب خروج قاعده‌ای دیگر می‌شود و این قاعده به همین ترتیب، راه را برای فرار قاعده دیگر هموار می‌کند.^{۱۲} برای جلوگیری از تعدد قواعد حقوقی و تعیین حدود حاکمیت آنها، باید جایگاهی برای قواعد در نظر گرفت تا تقدم و تأخر منطقی میان آنها پیش‌بینی شود. از دیرباز برای سلسله مراتب قواعد حقوقی، تلاش گردیده و بر اساس معیارهای ماهوی یا شکلی، به دسته‌بندی قواعد پرداخته‌اند؛^{۱۳} «قاعدتاً برای تنظیم این سلسله مراتب، بنا را بر جنبه شکلی قواعد می‌گذارند. یعنی اهمیت قاعده را بر حسب واضع آن مورد سنجش قرار می‌دهند... البته سلسله مراتب شکلی قواعد، در عمل منجر به ایجاد سلسله مراتب ماهوی آنها نیز خواهد شد. یعنی محتوای قواعد پائین باید منطبق با محتوای قواعد بالایی باشد».^{۱۴} به این ترتیب قانون اساسی، قانون

^{۱۱} هر نوع خروج اعم از مسیر تخصیص، حکومت یا ورود در تعابیر اصولی.

^{۱۲} روح کنترل و نظارت در کالبد اصل ۷۶ قانون اساسی نیز دمیده شده، هر چند کیفیت آن به صورت کنترل امور کشور است. به نظر می‌رسد تفسیری که شورای نگهبان از این اصل اعلام نموده و بسیاری از نهادها را از شمول آن خارج داشته است، در درجه اول، با هدف اصل و در ثانی امر با نص آن، مغایرت دارد.

^{۱۳} دکتر ناصر کاتوزیان، *فلسفه حقوق*، جلد اول، تعریف و ماهیت حقوق، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۷۷، صص ۷۳ و ۷۴.

^{۱۴} دکتر ابوالفضل قاضی شریعت پناهی، *بایسته‌های حقوق اساسی*، تهران، نشر میزان، چاپ سیزدهم، ۱۳۸۲، ص ۴۷.

عادی، مقررات کلان قوه مجریه و اعمال نهادهای مستقر در استان یا شهرستان، سلسله مراتب منطقی قواعد را تشکیل خواهند داد که قواعد هر یک به ترتیب بر زیردستان، مقدم می‌باشد. در هر یک از این مراتب حقوقی، اصل کنترل به صورت قاطعانه عمل می‌کند و همان طور که بیان شد هیچ استثنائی نمی‌شناسد. پس از تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، عده‌ای تصور می‌نمودند شمول اصول ۱۷۰ و ۱۷۳ این قانون با توجه به عبارت «دولت» منحصر در اعمال قوه مجریه است و آئین‌نامه‌های قوه قضائیه یا دستورالعمل این قوه، مشمول کنترل و نظارت قرار نمی‌گیرد. غافل از اینکه این سخن، حقوق مردم را در دستگاه عدالت مورد تضییع قرار خواهد داد و هیچ مرجع نظارتی برای ابطال اعمال ناصحیح این قوه باقی نمی‌گذارد.^{۱۵} خوشبختانه دیوان عدالت اداری نیز در آراء متعدد، این عقیده را باطل اعلام نموده و حکم به ابطال آئین‌نامه یا دستورالعمل صادره از قوه قضائیه، حتی بالاترین مقام این قوه داده است.^{۱۶} نتیجه این که در تفسیر مقررات حقوقی، نباید به جهتی حرکت نمائیم که حتی یک بخش از کل نظام حقوقی، بدون اصل کنترل باقی بماند.

مبحث دوم: شیوه‌های کنترل قوانین عادی

توجه ما در این نوشتار بر نحوه کنترل قانون عادی در تطبیق با مقررات قانون اساسی است. در این زمینه دو شیوه متفاوت، تقریباً در تمام نظام‌های حقوقی وجود دارد.

^{۱۵} مفهوم دولت در اصول ۱۷۰ و ۱۷۳ منحصر در قوه مجریه نیست و هدف از این اصول که همان نظارت و کنترل است، اقتضاء رعایت استثناء‌ناپذیر بودن اصل کنترل را دارد و نتیجه آن، دلالت اصول ۱۷۰ و ۱۷۳ بر مفهوم دولت به معنی کل نهادهای عمومی کشور خواهد بود.

^{۱۶} در رأی شماره ۱۳۷-۱۳۸۰/۶/۵ دیوان عدالت اداری آمده است: «با عنایت به لزوم فوریت اجرای احکام کیفری مراجع قضائی و اعمال مجازات‌های مقرر دربارهٔ محکومین و اینکه حکم مذکور در ماده ۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷ متضمن جواز اعطاء مهلت به منظور پرداخت جزای نقدی و نتیجتاً تأخیر در اجرای حکم قطعی نیست، ماده ۲ آئین‌نامه اجرایی قانون فوق‌الذکر مصوب ۱۳۷۸ مشعر بر اعطاء مهلت پرداخت جزای نقدی خلاف قانون تشخیص داده می‌شود و به استناد قسمت دوم ماده ۲۵ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می‌گردد». نقل از: ماهنامه **قضایوت**، دادگستری استان تهران، ش ۵، اسفند ۱۳۸۰، ص ۱۱. برای ملاحظه آراء دیگر نک: **مجموعه آراء دیوان عدالت اداری**، اداره کل قوانین و مقررات کشور، تهران، چاپ اول، ۱۳۷۷، صص ۴۶۵ و ۱۱۱۵.

الف: کنترل سیاسی

با توجه به منابع حقوقی کشور فرانسه،^{۱۷} به نظر می‌رسد این کشور را به طور معمول، با شیوه کنترل سیاسی معرفی می‌کنند و کشورهای پیرو آن را اصطلاحاً در سیستم فرانسوی قرار می‌دهند. در این شیوه «مقام بررسی کننده انطباق قانون عادی با قانون اساسی، باید لزوماً در مرتبه‌ای بالاتر از قوه مقننه قرار گیرد».^{۱۸} دکترین حقوقی در این شیوه معتقد است که هر ترتیبی غیر از یک نهاد مستقل، سبب برتری یکسویه یکی از نهادهای هم‌عرض بر دیگری می‌شود و برای مثال اختیار کنترل از سوی قوه قضائیه، استقلال قوه تقنینی را هدف قرار خواهد داد. «نهاد مستقل» یا جدا از قوای سه‌گانه، در هنگام نظارت و کنترل هیچ علاقه‌ای به یک قوه خاص ندارد و اصل کنترل را فدای جهت‌گیری و جانبداری نمی‌کند. مرحوم دکتر قاضی در مورد وضعیت حقوق ایران و جایگاه شورای نگهبان می‌گویند «شورای نگهبان، به عنوان حافظ اصول و موازین قانون اساسی، در حقیقت تعبیری است از نظام فرانسوی کنترل توسط شورای قانون اساسی این کشور».^{۱۹} دقت در شیوه کنترل سیاسی نشان می‌دهد، اعمال این شیوه به دو صورت است. گاه «اعلام عدم مغایرت» قانون عادی با قانون اساسی، «شرط تحقق» قانون عادی است و بدون این اعلام، مصوبه قوه قانونگذاری هیچ اعتباری ندارد. نظیر آنچه در مورد وضعیت شورای نگهبان ایران وجود دارد (اصول ۹۳ و ۹۴ قانون اساسی). گاه نیز قانون، تصویب شده و به مرحله اجرا در می‌آید لیکن «اعلام مغایرت» آن از سوی نهاد مستقل، «مانع» از ادامه حیات قانون می‌شود. نظیر وضعیتی که شورای قانون اساسی فرانسه در خصوص قوانین غیر ارگانیک و نظامنامه‌های مجالس پارلمانی دارد.^{۲۰} برای رعایت اختصار ما به

۱۷ برنارد دوگتن، آرت مارتن و موریست نیوگره، *نهادهای سیاسی-اداری و قضائی فرانسه*، ترجمه دکتر سیدمحسن شیخ‌الاسلامی، تهران، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۱، صص ۶۳ تا ۶۶؛ لویی تروتاوا و پل ایزوآر، *حقوق عمومی*، جلد اول، حقوق اساسی فرانسه، ترجمه دکتر سیدمحسن شیخ‌الاسلامی، تهران، انتشارات کوشامهر، چاپ اول، ۱۳۸۰، ص ۹۵؛ روبر پللو، *شهروند و دولت*، ترجمه دکتر ابوالفضل قاضی شریعت‌پناهی، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۷۰، ص ۸۴؛ دکتر ابوالفضل قاضی شریعت‌پناهی، *حقوق اساسی و نهادهای سیاسی*، ص ۱۰۶؛ دکتر ناصر کاتوزیان، *گامی به سوی عدالت*، جلد اول، ص ۳۰۰.

۱۸ دکتر ابوالفضل قاضی شریعت‌پناهی، *پیشین*، ص ۱۰۹.

۱۹ همان، ص ۱۱۳.

۲۰ دکتر ابوالفضل قاضی شریعت‌پناهی، *بایسته‌های حقوق اساسی*، ص ۵۲.

ایرادات این شیوه اشاره نمی‌نمائیم و به این اندازه توضیح بسنده می‌کنیم.^{۲۱}

ب: کنترل قضائی

«سدهٔ هجدهم شاهد پیدایش رویه‌ها و آموزه‌های حقوق اساسی بود که امروزه برای ما آشنا هستند ولی پیش از آن یا کاملاً ناشناخته بودند یا به صورتی مبهم یا ابتدایی حضور یافته و شرح داده شده بودند».^{۲۲} یکی از این موضوعات بحث «کنترل قضائی»^{۲۳} و ارزیابی قانون موضوعه توسط دادگاه به منظور تشخیص نقض یا عدم نقض قانون اساسی نوشته بود. ظهور این نظریه در این قرن مشاهده می‌شود هرچند، همچنان که در ادامه اشاره خواهد شد، بازتاب عملی در رویه قضائی تا سال ۱۸۰۳ در طرح امریکایی آن به طول کشید. این نظریه در میان گروهی از نویسندگان فرانسوی در دهه ۱۷۶۰ با تأکید بر مسائل اقتصادی، رایج شد. این عده که به «فیزیوکرات‌ها» معروف بودند ادعا می‌نمودند قضات قبل از اجرای قوانین باید بررسی کنند که آیا واقعاً با احکام طبیعی نظام اجتماعی و عدالت، مطابقت دارند یا خیر؟ قبل از اینکه به ایرادات و مزایای این شیوه بپردازیم لازم است به صورت مختصر بررسی حقوق امریکا و فرانسه را به عنوان دو نظام عمده که به ترتیب موافق و مخالف نظریه کنترل قضائی می‌باشند، در ادامه این تحقیق قید نمائیم.

۱- حقوق امریکا

مشهور است که نظریه کنترل قضائی با دعوی مشهور سال ۱۸۰۳^{۲۴} و توسط مارشال رئیس دیوان عالی ایالات متحدهٔ امریکا معمول گردید. در این دعوی بیان شد که «یا قانون اساسی قانونی برتر و حاکم است و امکان تغییر آن با وسایل عادی نیست یا اینکه در همان سطحی است که اعمال قوه مقننه به معنای اخص کلمه قرار دارند و لذا هر زمانی که قانونگذار عادی بخواهد می‌تواند آن را دستخوش تغییر و

^{۲۱} تذکر این نکته مفید است که با توجه به اصول ۵۷ و ۵۸ قانون اساسی و فصل ششم این قانون، شورای نگهبان، نهادی مستقل تصور نشده و حداقل از لحاظ نظری چنین به دست می‌آید که این شورا بخشی از قوه مقننه است. اگر این چنین باشد، مبنای نظری این شیوه قابل انتقاد خواهد بود زیرا گفته شد نهاد بررسی کننده، مستقل از قوای سه گانه است.

^{۲۲} جان کلی، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه دکتر محمد راسخ، تهران، انتشارات طرح نو، چاپ اول، ۱۳۸۲، ص ۴۱۰.

^{۲۳} Judicial Review

^{۲۴} Marbury v. Madison

دگرگونی قرار دهد. در این صورت باید از دو راه زیر یکی را برگزید. یا یک عمل تقنینی خلاف قانون اساسی، اصولاً قانون نیست و یا اینکه عمل قوانین اساسی در تحدید قدرت بی‌حد و مرز، باید لغو و بیهوده به شمار آید.^{۲۵} این اشتها چندان صحیح به نظر نمی‌رسد زیرا حتی قبل از لازم‌الاجراء شدن قانون اساسی در امریکا، یعنی در دهه ۱۷۸۰، کنترل قضائی ایده‌ای به سرعت در حال گسترش بود.^{۲۶} قانون اساسی ایالات متحده از این اختیار دادگاه‌ها به صراحت سخن نمی‌گوید و دلالت غیرمستقیم آن در دعوی مورد اشاره، به اثبات رسید.^{۲۷} از زمان تثبیت این نظریه در حقوق امریکا، در طول هشتاد سال رویه قضائی،^{۳۳} مصوبه کنگره و ۳۰۰ عمل قانونگذاری ایالات متحده، توسط دادگاه‌های امریکا و دادگاه‌های عالی فدرال به دلیل تجاوز به قانون اساسی ابطال شده است.^{۲۸}

کشورهای اتریش، آلمان در سال ۱۹۲۰ و اسپانیا در سال ۱۹۳۱، ایتالیا، ژاپن، قبرس، ترکیه، کلمبیا، کوبا، پاناما، ونزوئلا، آرژانتین، بولیوی، مکزیک، هائیتی، اروگوئه از جمله نظام‌های حقوقی می‌باشند که کنترل قضائی را به صور مختلف پذیرفته‌اند.^{۲۹} نویسندگان بزرگی مانند ژنی، هوریو، مازو، دوگی و دوپاژ بزرگترین حقوقدان مدنی بلژیک از این نظریه طرفداری می‌کنند.^{۳۰}

اضافه می‌شود که دادگاه‌ها در امریکا به دو علت قانون عادی را خلاف قانون اساسی تشخیص می‌دهند: گاه قانون عادی «فی نفسه برخلاف قانون اساسی»^{۳۱}

^{۲۵} دکتر ابوالفضل قاضی شریعت پناهی، پیشین، ص ۱۰۸.

^{۲۶} جان کلی، پیشین، ص ۴۱۵. «نظریه فرانسوی و امریکایی کنترل قضائی با هم فرق دارند. نظریه فرانسوی، حق قضائی وسیعی را برای ردّ قوانین موضوعه‌ای که ناقض اصول نانوشته عدالت باشند قائل است. حال آنکه نظریه امریکایی مطابقت با قانون اساسی نوشته را تنها معیار اعتبار یا بطلان یک قانون می‌داند.» همان، ص ۴۱۶.

^{۲۷} جان کلی، پیشین، ص ۴۱۶.

^{۲۸} دکتر ناصر کاتوزیان، مبانی حقوق عمومی، تهران، نشر دادگستر، چاپ اول، ۱۳۷۷، ص ۱۳۲.

^{۲۹} دکتر ابوالفضل قاضی شریعت پناهی، پیشین، ص ۱۰۸؛ رنه داوید، پیشین، ص ۱۰۳.

^{۳۰} دکتر ناصر کاتوزیان، پیشین، همانجا. در امریکا وضع قانون در مورد جبران خسارت کارگران آنقدر انقلابی و اساسی و مخالف با کامن‌لا بود که از سوی دادگاه استیناف نیویورک در دعوی مشهور Ives v. South Buffalo ۷. مردود اعلام شد.

Andre Tunc, *International Encyclopedia to Comparative Law*, T. XI, Tort, introduction, p. 45.

^{۳۱} unconstitutional per se

است و گاه «در عمل مغایر قانون اساسی»^{۳۲} محسوب می‌گردد. در حالت اول، قانون تحت هر شرایطی مغایر با قانون اساسی اعلام می‌شود در حالی که در مورد دوم، قانون عادی، مغایرت کلی و همه جانبه با قانون اساسی ندارد لیکن نسبت به رفتار خاصی مطابق این قانون نیست.^{۳۳}

۲- حقوق فرانسه

در این کشور علل تاریخی مانع از آن شده که دادگاه‌ها این اختیار را برای خود قائل شوند. مع‌هذا آراء صادره از سوی «شورای قانون اساسی»^{۳۴} در حال شکل دادن تحولی در این زمینه است.^{۳۵} با پیروزی قوانین اساسی جمهوری‌گرا، قضات همیشه از کنترل و تطبیق قوانین عادی با قانون اساسی خودداری کرده‌اند^{۳۶} و «شورای دولتی»^{۳۷} در چندین رأی خود عدم صلاحیت قضات را در کنترل قضائی و قانون عادی اشاره نموده^{۳۸} و «دیوان کشور»^{۳۹} فرانسه نیز، پس از تردیدهایی که در این خصوص داشت سرانجام به صورت صریح، وضعیت خود را اعلام نموده است: «هیچ متنی به محاکم قضائی اجازه نمی‌دهد که ایرادی از نظر قانون اساسی بر قانون عادی وارد کنند».^{۴۰} این مرجع همچنین اعلام می‌کند که قضات نمی‌توانند در خصوص ایراد به قانون عادی از سوی یکی از طرفین، به علت عدم تطابق با قانون اساسی، از شورای دولتی درخواست اعلام نظر کارشناسی کنند.^{۴۱} این ممنوعیت در فرضی است که ارزیابی

³² unconstitutional as applied

³³ جان ام. اسچب و جان ام. اسچب دوم، *حقوق جزای امریکا*، ترجمه سماواتی پیروز، تهران، مؤسسه فرهنگی انتشاراتی نگاه بینه، چاپ اول، ۱۳۸۳، صص ۹۵ و ۹۶.

³⁴ le Conseil Constitutionnel

³⁵ رنه داوید، پیشین، ص ۱۰۳.

³⁶ V.M. Mignon, *Le controle juridictionnel de la constitutionnalite des lois*, Dalloz, 1952, chron, p. 45.

³⁷ le conseil d'Etat

³⁸ Jaques Ghestin, *Droit civil*, L.G.D.J., T. II, 2^e ed., 1980, p. 213, cons. d'Etat, 10 juillet 1954, Gaz. pal., 1954, 2, 295. cons. d'Etat, 6 novembre 1936, D. 1938. 3.1.

³⁹ la cour de cassation

⁴⁰ "aucun texte n'autorise les tribunaux judiciaires a connaitre d'une exception d'inconstitutionnalite" cass. civ., 20 dec 1956, Bull. civ., II, n 85, p. 55, cass. crim., 26 fev 1974, D. 1974, p. 273.

⁴¹ cass. civ. 2e. 18 mai 1960, Bull. civ., II, n 325, p.221

ماهوی قانون عادی مورد بحث باشد؛ در فرض بررسی صوری قانون عادی یا به عبارت دیگر رعایت تشریفات تصویب قانون، قضات حق ارزیابی این وضعیت را دارند و می‌توانند درباره این مسأله که آیا قانون، به وجود آمده است یا نه اظهار نظر کنند.^{۴۲}

پس از بیان اجمالی این نظام‌ها، اکنون به بررسی ایرادات و مزایای کنترل قضائی می‌پردازیم.

اول: ایرادات کنترل قضائی

نویسندگانی که با قدرت و حکومت قضات بر ارزیابی قانون عادی به مخالفت بر خاسته‌اند، دلایلی را برای این مخالفت ابراز می‌دارند:

- اصل عام و مورد قبول «تفکیک قوا» و هم سطحی آنها، مانع از پذیرش این روش می‌شود زیرا در چنین وضعیتی، مصوبات قوه مقننه، از سوی قوه قضائیه به بهانه عدم رعایت قانون اساسی، نقض می‌شوند و نتیجه‌ای به بار می‌آید که از آن به «حکومت قضات»^{۴۳} یاد نموده‌اند.^{۴۴} نظامی که در آن، قاضی قادر به مهار اراده قوه مقننه است، به وضوح برخلاف «اصل جامعه شناسانه‌ای است که بر مآخذ آن، قاعده حقوقی، بیانگر اراده دسته جمعی است. این اراده توسط نمایندگان انتخابی مردم بروز کرده است، نه توسط یک صنف حرفه‌ای، قطع نظر از هر گونه علم و دانش و بی‌طرفی آنها. به هر حال در این فرض، ما در برابر رژیمی قرار داریم که به درستی نام آن را حکومت قضات گذارده‌اند. به این ترتیب قضات برتر از ملت به شمار خواهند آمد و این همان چیزی است که با دموکراسی در تعارض آشکار است.»^{۴۵} دخالت قاضی سبب اختلال در نظم سیاسی امور می‌شود؛ امری که از وظایف قانونگذار است نه قاضی.^{۴۶} حتی در کشوری نظیر امریکا نیز با وجود اعمال کنترل قضائی،

^{۴۲} دکتر ناصر کاتوزیان، *فلسفه حقوق*، جلد دوم، منابع حقوق، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۷۷، ص ۱۷۲.

^{۴۳} *gouvernement des juges*

^{۴۴} دکتر ابوالفضل قاضی شریعت پناهی، *پیشین*، ص ۱۱۰.

^{۴۵} هانری لوی برون، *جامعه‌شناسی حقوق*، ترجمه دکتر ابوالفضل قاضی شریعت پناهی، تهران، نشر دادگستر، چاپ اول، ۱۳۷۶، ص ۷۲.

^{۴۶} Jaques Chestin, *op. cit.*, p. 212.

اصل تفکیک قوانین نقض شده و از این حیث ایراد دارد.^{۴۷}

- دخالت قاضی در عمل به صورت نادر اتفاق می‌افتد و به لحاظ تبعات بسیاری که برای وی دارد، کنترل دقیقی به عمل نخواهد آورد. بنابراین بحث کنترل قضائی بیشتر جنبه نظری دارد نه عملی.^{۴۸} باید به روانشناسی قضات و احتیاط آنان در اعمال این اختیار اشاره کرد. این عامل سبب شده است که نظارت قضائی در ژاپن و ایالات متحده، گسترش یکسانی نیافته باشد هر چند که از لحاظ نظری، تفاوتی میان این دو نظام حقوقی نیست. در سوئد، دانمارک و نروژ، علمای حقوق از لحاظ نظری می‌پذیرند که دادگاه‌ها بتوانند از اجرای یک قانون به علت مغایرت با قانون اساسی خودداری کنند لیکن در عمل هیچ نمونه‌ای از قانونی که مخالف قانون اساسی اعلام شده باشد، به دست نیامده است.^{۴۹} در ایران نیز «به دلایل روانی و اجتماعی در محاکم ما این‌گونه مسائل کمتر مطرح می‌شود».^{۵۰} با توجه به اینکه عدم مطابقت قانون عادی با اصول قانون اساسی، آزادی فردی و انسجام جامعه را دچار اختلال می‌کند لذا نیاز به روشی است تا با این تعرض مقابله کند و دخالت قضائی با گستره محدود خود، پاسخگوی این مهم نیست.^{۵۱}

دوم: امتیازات کنترل قضائی

طرفداران حاکمیت قوه قضائیه، در مقابل مخالفان، به دلایل و بعضاً استحسان‌های ذیل استناد می‌کنند تا صلاحیت قاضی را در این ارزیابی اثبات نمایند.

- «برای تأمین آفرینش دائمی حقوق، باید منابع خودجوش آن را مسدود نکرد

← paris, 15e ch., 6 mai 1975, J.C.P. 1975. II. 18128, note M.Boitard, qui affirme que les juridictions civiles n'ont pas "qualite pour dire si un texte reglementaire continent des dispositions contraires aux principes fondamentaux regissant les obligations civiles", et sil empiete ainsi sur le domain que la constitution a reserve a la loi parlementaire.

۴۷ جان کلی، پیشین، ص ۴۱۴.

۴۸ همان.

۴۹ رنه داوید، پیشین، ص ۱۰۳.

۵۰ دکتر ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۱۷۲.

۵۱ «حفظ آزادی تنها از طریق پیروی از اصول امکان‌پذیر است و پیروی از مصلحت‌اندیشی آزادی را نابود می‌کند... چنانچه هر مرحله جزئی از طریق مجموعه‌ای از اصول منسجم هدایت نشود، نتیجه‌اش به احتمال زیاد، از بین رفتن آزادی فردی خواهد بود» فریدریش فون هایک، پیشین، ص ۹۶.

و این اقدام را تنها در انحصار سازمان‌های پیچیده دولت قرار نداد. شناسایی قواعد حقوقی از سوی دادگاه‌ها، اقتدار آن قواعد را تضمین می‌کند و هیچ نیازی نیست که سرچشمه‌های اجتماعی حقوق همه مسدود شود.^{۵۲} دخالت قضات در چنین مسأله‌ای علاوه بر تأثیر در رشد حقوق عمومی و گسترش رویه قضائی^{۵۳} به دلیل فنی بودن مسأله کنترل قضائی می‌باشد.^{۵۴} این کنترل، دقیق و پیچیده است و صرف تأکید بر رعایت قانون اساسی از سوی افکار عمومی، برای آن کافی نیست. این قاضی است که بنا به تخصص ویژه خود به همراه اصول عادلانه دادرسی و بی‌طرفی، می‌تواند عهده‌دار این وظیفه باشد.

- دادگاهی که برای حمایت از قانون اساسی، وظیفه کنترل قانون عادی را به عهده دارد، با مخالفت خود نسبت به اجرای قانون، مقاومت در برابر سلطه‌گری‌ها و انحصار را بالا می‌برد و جامعه را به تعادل مطلوب نزدیک می‌کند.^{۵۵} آگاهی از قانون اساسی در چنین نظامی بیشتر است و سلامت رویه قضائی، سبب جریان صحیح قانونگذاری نیز می‌شود.^{۵۶} این اثر، در کنترل قضائی نوعی و شخصی،^{۵۷} توأماً وجود دارد و قانونگذار را به رعایت اصول اساسی ملتزم می‌کند. اگر حمایت قضات از

۵۲ دکتر ناصر کاتوزیان، *فلسفه حقوق*، جلد اول، ص ۲۳۹.

۵۳ دکتر ابوالفضل قاضی شریعت پناهی، همان، ص ۱۰۷.

۵۴ دکتر ابوالفضل قاضی شریعت پناهی، پیشین، ص ۱۰۷. «مسأله انطباق قانون عادی با قانون اساسی، امری فنی و پیچیده است و دستگاه یا نهادی دیگر [غیر از افکار عمومی] لازم است که تعارض یا عدم تعارض این دو گونه قانون را بتواند با همه معضلات و دشواری‌هایش درک کند و نسبت به آن تصمیم بگیرد».

۵۵ دکتر ناصر کاتوزیان، *مبانی حقوق عمومی*، ص ۴۶۹ و *گامی به سوی عدالت*، جلد اول، ص ۳۰۴.

۵۶ در چنین نظامی، حتی نافرمانی مدنی به صورت منسجم‌تر نمایان می‌گردد و افکار عمومی با تأسی از رویه قضات، حدود و ثغور آن را متوجه می‌شوند تا آن را از «اعمال مجرمانه عادی که با انگیزه‌های خودخواهانه یا ناشی از عصبانیت یا ظلم یا جنون انجام می‌گیرند» تشخیص دهند. رونالد دورکین، «نافرمانی مدنی»، ترجمه دکتر محمد راسخ، *حق و مصلحت*، تهران، انتشارات طرح نو، چاپ اول، ۱۳۸۱، ص ۱۲۹.

۵۷ منظور از «کنترل قضائی نوعی» این است که قاضی دادگاه پس از احراز مخالفت قانون عادی با قانون اساسی، نسبت به ابطال آن رأی صادر می‌کند و این رأی برای سایر مراجع لازم‌الاتباع می‌باشد. بدیهی است که به لحاظ اهمیت و تبعات این روش، صلاحیت ارزیابی در اختیار بالاترین مرجع قضائی (دیوان عالی - دادگاه ویژه قانون اساسی و نظایر آن) می‌باشد. در «کنترل قضائی شخصی» هر دادگاه پس از بررسی قانون عادی در صورت مخالفت با قانون اساسی، از اجرای آن قانون در دعوی ویژه‌ای که نزد اوست، خودداری می‌کند بدون اینکه این تصمیم، سایر مراجع قضائی یا خود آن دادگاه را در دعوی دیگر پای‌بند کند. اعتبار حکم دادگاه در این فرض، نسبی است.

جامعه نفی گردد، معلوم نیست سرنوشت آن به دست چه مقام یا نهادی خواهد افتاد که نه مقابل اصل بی طرفی، سوگند خورده و نه اصل دادرسی عادلانه‌ای او را احاطه نموده است و بیشتر تصمیم‌گیری‌های او نیز پشت درهای بسته و بدون استدلال می‌باشد.

- عده‌ای نیز در پاسخ به مسأله تفکیک قوا و ایراد مخالفان، می‌گویند که قضات برتر از ملت نخواهند بود بلکه آنها، خود، ترجمان ملتند نه یک صنف از مردم، زیرا در اجرای تکالیف قضائی خود، آراء خویش را به نام جامعه صادر می‌کند.^{۵۸}

گفتار دوم: کنترل قضائی قوانین در حقوق ایران

مسأله صلاحیت قضات در ارزیابی قوانین و عدم رعایت آنهايي که مخالف قانون اساسی می‌باشند، در متون حقوق عمومی ایران به صورت مختصر به دور از شأن و جایگاه آن بحث شده است. در یک جمع‌بندی اجمالی، می‌توان به قوت نظر مخالفان از حیث کمی اشاره داشت در حالی که کیفیت نظر موافقان، بسی والاتر محسوب می‌گردد. ما به ترتیب، ایرادات وارد بر صلاحیت قضات و دلایل موافقان را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

مبحث اول: کنترل قضائی و ایراد به صلاحیت قضات

۱- ایرادات عمومی - ارجاع

در گفتار اول به دلایل اصولی مخالفان اشاره داشتیم؛ «نقض تفکیک قوا» و «فایده عملی ناچیز» مهمترین دلایل آنها به شمار می‌رود که مبانی استدلال، عیناً در حقوق ایران نیز قابل تکرار و در عین حال لازم به تفصیل مجدد نیست.

۲- پیش‌بینی شورای نگهبان

اصل ۹۱ قانون اساسی با این بیان که «به منظور پاسداری از احکام اسلام و قانون اساسی از نظر عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با آنها، شورایی

^{۵۸} هانری لوی برول، پیشین، ص ۷۲.

به نام شورای نگهبان... تشکیل می‌شود...» در حقیقت وضعیت مورد نزاع ما را روشن نموده و تمام مباحث دیگر، اجتهاد در مقابل نص است. پیش‌بینی حقوقدانان در رشته‌های مختلف حقوقی و تعلیل اصل مذکور (ذکر فلسفه و هدف آن با عبارات قسمت اول اصل) پاسخ موافقان صلاحیت قضات را می‌دهد. زیرا اولاً قانونگذار در مقام بیان بوده و انحصار این تکلیف را در شورای نگهبان قرار داده است ثانیاً به فنی بودن و پیچیدگی این بحث توجه داشته و لذا از تخصص حقوقدان غافل نبوده است. ثالثاً بالاخره تکلیف قانون باید در یک مقطع زمانی مشخص شود و نهاد رسمی معینی، عهده‌دار این تکلیف گردد. اگر در عین حالی که شورای نگهبان این وظیفه را دارد، به قاضی نیز اجازه دخالت دهیم، در واقع دو مجری متضاد را برای یک جریان پیش‌بینی کرده‌ایم؛ دخالت قاضی با پیش‌بینی شورای نگهبان در تعارض اصولی است و اگر پس از تأیید شورای نگهبان، قاضی دادگاه، حکم به عدم تنفیذ قانون دهد، آشفتگی بار خواهد آمد که زیننده قانون اساسی و نظام حقوقی ایران نیست. اصول ۹۲، ۹۴ و ۹۶ قانون اساسی نیز در این صلاحیت منحصر و ویژه، دلالت قطعی دارند. مرحوم دکتر قاضی شریعت پناهی در این خصوص اعلام می‌کند «در حقوق ایران، اصل عدم دخالت قوه قضائیه در کار قانونگذاری از پیش پذیرفته شده و توسط قانون اساسی جدید نیز مورد قبول واقع شده است. قضات دادگستری پیوسته از تمسک به اصول قانون اساسی، برای صدور احکام احتراز کرده‌اند. به بیان دیگر دادگاه‌ها خود را مکلف به اجرای قانون عادی می‌دانسته‌اند و در انطباق این قوانین با قانون اساسی کشور مداخله نمی‌کرده‌اند. یعنی عملاً نظریه کنترل قضائی در ایران که توجه خاص به حقوق اروپا داشت، مردود شمرده می‌شد.

... در قانون اساسی جمهوری اسلامی ۱۳۵۸ کوشش شده که این نقص رفع گردد و لذا رکن کنترل قوانین زیر نام شورای نگهبان در اصل نود و یکم این قانون پایه‌گذاری گردید.^{۵۹}

^{۵۹} دکتر ابوالفضل قاضی شریف پناهی، پیشین، ص ۱۱۲. «ویژگی جالب توجه نظارت بر قوانین عادی، وحدت نظارت است. به عبارت دیگر جز شورای نگهبان، مرجع نظارتی دیگری وجود ندارد». پروانه تیلا «تفسیر قضائی قانون اساسی در رویه دیوان عدالت اداری»، *مجله پژوهش‌های حقوقی*، بهار و تابستان ۱۳۸۳، سال سوم، ش ۵، ص ۵۴. *مذاکرات و آراء هیأت عمومی دیوان عالی کشور سال ۱۳۷۴*، دفتر مطالعات و تحقیقات دیوان عالی کشور، چاپ دوم، ۱۳۷۶، ص ۷۱۹.

۳- انحصار کنترل قضائی در مقررات دولتی

اصل ۱۷۰ قانون اساسی قضات دادگاهها^{۶۰} را مکلف نموده است «از اجرای تصویب‌نامه‌ها و آئین‌نامه‌های دولتی که مخالف با قوانین و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیارات قوه مجریه است خودداری کنند». با این اصل، در سلسله مراتب کنترل قواعد حقوقی، تنها، ارزیابی قضائی مقررات طبقه سوم یعنی مقررات رسمی، غیر از قوانین قوه قانونگذاری به قضات سپرده شده است و این نتیجه را به دنبال دارد که قانون اساسی، عالمانه و با بررسی طبقات اعتبار قواعد حقوقی، ارزیابی برخی طبقات را برای قضات تجویز نموده و اشاره انحصاری به برخی از آنها، در کنار اشاره صریح به شورای نگهبان برای برخی طبقات دیگر، در واقع، قضات را از دخالت در کنترل قواعد طبقه ویژه شورای نگهبان، منع نموده است. روشن است میان «تصویب‌نامه‌ها و آئین‌نامه‌ها» و «قوانین»^{۶۱} هیچ علت واحد یا ملاک و مناطی که سبب تسری حکم آن گردد، وجود ندارد. اگر قانون اساسی به صورت غیرمستقیم چنین اجازه‌ای به قضات داده (یعنی از طریق تسری حکم اصل ۱۷۰) و به دنبال این نتیجه بوده است، چرا با وضعیتی حکم خود را بیان نموده که مفهوم اصل ۱۷۰ همراه با منطبق اصول ۹۱ و ۹۶ قانون اساسی، با این نتیجه غیرمستقیم در تعارض باشد؟ اساساً از میان نظارت سه‌گانه (قانون اساسی بر عادی، قانون عادی بر مقررات دولتی مرکزی و مقررات دولتی مرکزی بر مقررات شهرستان) وقتی به صراحت، تکلیف دو نظارت یا به تعبیر دقیق‌تر هر سه نظارت روشن شده^{۶۲}؛ چه جای اخذ ملاک یا تسری حکم مقرر برای یک طبقه نسبت به طبقه دیگر وجود دارد؟ نتیجه این که پیش‌بینی اصل ۱۷۰ در وضعیتی که قانون اساسی در مقام بیان بوده، مانع از دخالت قاضی در ارزیابی قوانین عادی است.

^{۶۰} منظور از قضات دادگاه، نفی تکلیف از قضات دادرسی نیست. هدف اصل ۱۷۰ جلوگیری از مقررات غیرقانونی در تار و پود کشور است و تفاوتی بین نظارت و این قضات وجود ندارد.

^{۶۱} منظور از قانون، معنی خاص آن است نه آنچه در منابع حقوق از «قانون» یاد می‌شود. نک: دکتر ناصر کاتوزیان، *فلسفه حقوق*، جلد دوم، صص ۶۸ تا ۷۰.

^{۶۲} وقتی قضات بر اجرای تصویب‌نامه و آئین‌نامه نظارت دارند به طریق اولی بر مقررات مادون آن (اعمال استان، شهرستان و شهر) نیز ناظر می‌باشند. اضافه بر آن، مقام‌های دولتی در مرکز، بر اعمال استان نظارت دارند.

۴- ممنوعیت جزائی

در یکی از طرح‌هایی که مجلس شورای اسلامی برای تصویب در نظر داشت،^{۶۳} مقرر شده بود «هرکس مبادرت به تفسیر قانون اساسی که از وظایف شورای نگهبان است کند و بر مبنای آن عملی را انجام دهد و یا ترک فعلی کند به تحمل ۶ ماه تا ۲ سال حبس محکوم می‌شود».^{۶۴} خوشبختانه این طرح به تصویب نرسید اما «نفس ارائه آن نشان دهنده وجود یک طرز فکر سختگیرانه و غیرعالمانه در مورد قانون اساسی است».^{۶۵} در بند ۱۲ ماده ۶ قانون مطبوعات مصوب ۱۳۶۴/۱۲/۲۶ با اصلاحات سال ۱۳۷۹ «انتشار مطالب علیه اصول قانون اساسی» ممنوع و مستوجب تحمل ضمانت اجراهای شدیدی است که منافی آزادی بیان به نظر می‌رسد. مواد ۵۷۰ و ۵۷۱ قانون مجازات اسلامی نیز برای هرگونه تعرض به قانون اساسی (محروم کردن اشخاص از حقوق مقرر در قانون اساسی و اقدام برخلاف قانون اساسی) مجازات تعیین کرده است.^{۶۶} حال با این ضمانت اجراها که نشان از ناشناخته بودن جایگاه قانون اساسی نیز دارد، کدام قاضی دادگاه به خود اجازه می‌دهد که برای ارزیابی قانون عادی مداخله کند و به تفسیر قانون اساسی بپردازد. همچنان که در مبحث بعدی خواهد آمد، پیش شرط کنترل قضائی، لزوم استناد به قانون اساسی و تفسیر آن از سوی قاضی است و بیم از اینکه رأی دادگاه نوعی «انتشار مطلب علیه قانون اساسی» به شمار آید، نوعی احتیاط و اهمال در این وظیفه را به دنبال دارد. مخالفان کنترل قضائی، از این قوانین به عنوان دلیلی برای نفی دخالت قضات کمک می‌گیرند در حالی که این استدلال قابل رد است زیرا مبحث کنترل قضائی فراتر از هر قانون عادی است. کلیه قوانین عادی مشمول این قاعده قرار می‌گیرند که از جمله،

^{۶۳} طرح دادگاه عالی صیانت از قانون اساسی

^{۶۴} دکتر جلال‌الدین مدنی، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی جمهوری اسلامی ایران، تهران، انتشارات پایدار، چاپ پنجم، ۱۳۷۷، ص ۵۱۷.

^{۶۵} محسن ایزانلو، «آزادی بیان در حقوق اساسی ایران»، آزادی اندیشه و بیان، دکتر ناصر کاتوزیان و همکاران، تهران، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۸۲، ص ۹۹.

^{۶۶} مواد ۵۷۰ و ۵۷۱ قانون مجازات اسلامی مخالف با اصول حقوق جزا از حیث تعیین دقیق نوع اعمال ارتكابی است. مشخص نیست حقوق مقرر در قانون اساسی چیست و اقدام علیه این قانون کدام است. متأسفانه قانونگذار ایرانی عادت به معلق گذاشتن همه (اشخاص، قضات، نویسندگان حقوقی) در تفسیر متون تنظیمی خود دارد.

همین مقررات جزائی می‌باشد. بنابراین استناد مخالفان به این قوانین، نوعی «مصادره به مطلوب» است. این قوانین ممکن است با کنترل قضائی، خلاف قانون اساسی تشخیص داده شوند.

مبحث دوم: دلایل کنترل قضائی و دخالت قضات

تأمل بیشتر نشان می‌دهد که ایراد مخالفان، دلالت قطعی بر منع کنترل قضائی ندارد و به آسانی می‌توان میان نهادی نظیر شورای نگهبان و نظر قضات، جمع کرد. مبانی استدلالی صلاحیت قضات را به شرح ذیل می‌توان متذکر شد.

۱- اصل اولیه: دادرسی و امکان تفسیر قانون اساسی

جریان تقنینی که به ویژه پس از اثبات‌گرایی حقوقی در قالب قانون موضوعه ظاهر شد سبب این تصور گردید که هر نهاد انسانی محصول طرح و قصد قانونگذار است و آنچه مورد تصریح قرار نگیرد، جایگاهی در نظام حقوقی ندارد.^{۶۷} تحلیل و دقت بیشتر، خلاف این را ثابت می‌کند به نحوی که موارد کشف قواعد، بسیار بیشتر از ابداع آن است و اساساً پیشرفت حقوق در پرتو رویه قضائی، مرهون همین ویژگی می‌باشد.^{۶۸} ریپر نویسنده فرانسوی در کتاب مشهور خود به نام «قاعده اخلاقی در تعهدات مدنی» وقتی از لزوم توجه به اخلاق، حتی در فنی‌ترین قواعد حقوقی، سخن می‌گوید به تفاوت ظریفی میان طبیعت قانون و رویه قضائی اشاره می‌کند: «مقنن دوست ندارد که خود را به صورت معلم اخلاق درآورد. به علاوه انجام این کار برای او مشکل است زیرا «جنبه مجرد، کلی و دائمی قانون»،^{۶۹} جز به سختی امکان نمی‌دهد که تکالیف متنوع اخلاقی مورد توجه او قرار گیرد. برعکس قاضی که در میان منافع متضاد و تمایلات و گرایش‌های رقابت‌آمیز قرار گرفته و به صورت داور جلوه می‌کند، باید ارزش اخلاقی متداعیین را به حساب آورد و مورد توجه قرار

^{۶۷} فریدریش فون هایک، پیشین، صص ۱۱۸، ۱۱۹، ۱۲۷، ۱۳۵، ۱۴۱، ۱۴۲، ۱۵۰، ۱۵۱، ۱۵۵ و ۱۵۸.

^{۶۸} قانون ناپلئون (۱۸۰۴) در عین حال که آوازه بسیاری در دنیای زمان تصویب و حتی پس از آن داشت «از جهات بسیار، پیوستگی و ادامه حیات تاریخ حقوق مدنی فرانسه را، با وجود تغییرات گوناگون سیاسی، از بین نبرد و در آن گسیختگی ایجاد نکرد. گسیختگی در منابع حقوق و به ویژه در اندیشه حقوقی ایجاد شد که بعد از ۱۸۰۴ دیگر همان چیزی نیست که قبلاً بوده است؛ گسیختگی در ایدئولوژی، در بیان و در نقش آن.» فیلیپ مالوری، پیشین، صص ۲۸۲ و ۲۸۳.

^{۶۹} le caractere abstrait, general et permanent de la loi

دهد.^{۷۰} این گفته در حقیقت توجه به انصاف نیز می‌باشد. امری که ارسطو در کتاب «اخلاق نیکو ماخوس» چنین توصیف می‌کند: «اگر پس از وضع یک قاعده عام، موردی پیش آید که به نحوی در چارچوب الگوی عام ننگند، در این صورت چنانچه اجرای فرمان مصوب قانونگذار در این مورد موجب بروز خطا شود، درست این است که کاستی مزبور را طوری اصلاح کنیم که اگر قانونگذار حاضر بود و یا اگر به هنگام وضع قانون از این مورد آگاهی داشت، همین گونه عمل می‌کرد.»^{۷۱} تمام این موارد گویای اهمیت رویه قضائی، طبیعت خاص آن و ویژگی تمیز حق و دادرسی است. در این فرآیند، اصول قانون اساسی می‌تواند به بهترین نحو ضامن حفظ حقوق انسانی و رعایت انصاف باشد. وقتی در اصل ۱۶۷ قانون اساسی گفته می‌شود که قاضی باید مطابق قانون حکم بدهد «این تکلیف بی‌گمان ناظر به قانون اساسی هم هست و هیچ قاعده و دستوری نمی‌تواند او را از اجرای این تکلیف معاف کند. این تکلیف شامل اصول کلی اعلام شده در آن نیز هست.»^{۷۲} به عبارت دیگر با هیچ قانونی نمی‌توان تفسیر قانون اساسی را از سوی قاضی منع کرد. دقیقاً در این تفسیر است که قاضی متوجه امکان تعارض میان قانون عادی و اساسی می‌شود. اوست که با وقایع ملموس در تماس می‌باشد و می‌داند کدام یک از احکام کلی مقنن خلاف اخلاق و انصاف و در نهایت مخالف با نظام حقوقی انسانی است. رویه قضائی ایران در امکان استناد به قانون اساسی و تفسیر آن، تردید ندارد^{۷۳} و حتی دیده شده که به استناد یکی از اصول قانون اساسی، مرد را از امکان طلاق بدون جهت همسر خود، ممنوع نموده است.^{۷۴} همان طور که سابقاً نیز بیان شد، پیش فرض کنترل قضائی آن

⁷⁰ Ripert Georges, *La règle morale dans les obligations civil*, Paris, 4^e ed., 1949, p. 34.

⁷¹ جان کلی، پیشین، ص ۷۰.

⁷² دکتر ناصر کاتوزیان، مبانی حقوق عمومی، صص ۱۲۲ و ۱۲۳.

⁷³ برای ملاحظه پاره‌ای از آراء صادره در محاکم نک: محمدرضا کامیار (کارکن) و دیگران، *گزیده آرای دادگاه‌های حقوقی*، مجموعه سوم، تهران، نشر حقوقدان، چاپ اول، ۱۳۷۶، صص ۱۶ و ۱۷ و ۸۳.

⁷⁴ رأی شماره ۷۷-۱۷/۱/۷۲ دادگاه مدنی خاص شهرضا، شعبه ۱ «...بنابر اصل ۴۰ قانون مذکور (اساسی) هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر و یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد. بنابراین اجرای ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی نمی‌تواند اولاً بدون توجه به موازین فوق‌الذکر و ملاک ماده ۱۳۲ قانون مدنی و بدون قید و شرط و صرفاً بر اساس میل زوج صورت پذیرد...» نقل از: دکتر ناصر کاتوزیان، *دوره مقدماتی حقوق مدنی: خانواده*، تهران، نشر میزان، چاپ سوم، ۱۳۸۳، ص ۲۴۹.

است که «به قانون اساسی نیز می‌توان استناد کرد و برای آن ارزش قضائی قائل شد. بدین معنی که هر یک از طرفین دعوا حق دارند به مواد و اصول آن تمسک جویند و قاضی نیز، به همین منوال محق است که آن را در استنباط احکام خود ملاک قرار دهد».^{۷۵} نویسندگان حقوقی یکی از راه‌های پاسداری از قانون اساسی را امکان تفسیر از سوی قضات برشمرده‌اند و تضمینات مقرر در آئین دادرسی را حافظ انحراف این تفسیر تلقی می‌کنند. در چنین وضعیتی که قاضی مأمور اجرای قوانین است (قانون اساسی و عادی) و با تعارض آنها رو به رو می‌شود باید بر حسب منطقی حقوقی یکی از آن دو را برگزیند و به حکم این منطقی، باید قاعده عالی را بر قوانین عادی مقدم بدارد.^{۷۶} این منطقی، با استقلال قوه مقننه در تعارض نیست بلکه لازمه استقلال قوه قضائیه است. دیوان کشور رومانی در رأی مورخ ۱۶ مارس ۱۹۱۲ در این زمینه اعلام می‌کند: «با توجه به اینکه در مورد اختلاف، دادرسی حق دارد که مطابقت قانون اساسی را با قانون عادی مورد رسیدگی قرار دهد و اگر احراز کند که قانونی با قانون اساسی مخالفت دارد، مقررات قانون اساسی را بر آن ترجیح دهد... در اجرای این روش، نباید گفت که قاضی از حدود صلاحیت خود خارج شده و به اعمال قوه مقننه تجاوز کرده است: برعکس این دادرسی تنها وظیفه مشروع خود را انجام داده و این وظیفه عبارت از این بوده است که، کدام قانون در موضوعی که تحت رأی او قرار دارد باید اجرا شود».^{۷۷}

ممکن است ایراد شود با توجه به اصول ۷۸ و ۹۸ قانون اساسی که به ترتیب به تفسیر قانون عادی و اساسی اشاره می‌کنند، دلالت بر ممنوعیت قضات از تفسیر قانون اساسی دارد زیرا در قسمت اخیر اصل ۷۳ این اجازه را به قاضی داده ولی در اصل ۹۸ هیچ اشاره‌ای به دخالت قضات در تفسیر قانون اساسی نشده است. تأمل بیشتر این ایراد را مرتفع می‌کند زیرا مفاد اصل ۷۳ قانون اساسی را می‌توان به دو صورت تفسیر نمود. ممکن است گفته شود که در قسمت دوم اصل، حکمی برخلاف

^{۷۵} دکتر ابوالفضل قاضی شریعت پناهی، پیشین، ص ۱۰۷، همچنین نک:

Jaques Ghestin, *op. cit.*, p. 212.

^{۷۶} دکتر ناصر کاتوزیان، گامی به سوی عدالت، جلد اول، صص ۳۲۷ تا ۳۳۶.

^{۷۷} نقل از: دکتر ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، جلد دوم، ص ۱۶۸.

^{۷۸} «شرح و تفسیر قوانین عادی در صلاحیت مجلس شورای اسلامی است. مفاد این اصل مانع از تفسیری که دادرسان در مقام تمییز حق از قوانین می‌کنند نیست».

حکم مقرر در قسمت اول ذکر گردیده و می‌خواهد اعلام کند که با وجود صلاحیت مجلس در تفسیر «قانون عادی»، این امر مانع تفسیر قضات نیز از «قوانین عادی» نمی‌گردد. به عبارت دیگر اصل و استثناء از یک جنس می‌باشند و اطلاق عبارت «قوانین» در قسمت دوم، به معنای قانون عادی و اساسی نیست بلکه تنها قانون عادی می‌باشد. در مقابل می‌توان به تفسیر دیگری نیز مبادرت نمود که با منطق حقوق و طبیعت دادرسی و علت مقرر در خود اصل ۷۳^{۷۹} هماهنگ است. این اصل در مقام بیان لوازم دادرسی است و اذعان می‌کند قاضی در مقام تمییز حق، نیاز به تفسیر دارد و صلاحیتی که برای مجلس مقرر شده، نباید به معنی منع تفسیر قضائی باشد بلکه دادرس به حکم طبیعت کار خود، باید تفسیر کند و در این راه از هر آنچه که نام قانون یا به تعبیر صحیح‌تر اصل ۷۳، «قوانین» دارد، استفاده نماید. تفسیر اول از اصل ۷۳ قشری و لفظی است در حالی که تفسیر دوم، واقعی و حقیقی می‌باشد و نظام حقوقی را از سیطره قانون اساسی، خالی نمی‌کند. ممکن است اصل ۹۸ قانون اساسی، دستاویزی برای قبول تفسیر اول باشد ولی این نظر آنچنان ناهنجار است که باید اصول ۴۰، ۸۳ و ۱۲۹ و... قانون اساسی را غیرقابل اجرا تلقی نمائیم زیرا محل واقعی اعمال این اصول در دادگاه‌ها است و اعمال آنها به معنای تفسیر این اصول می‌باشد.^{۸۰} بحثی که پیرامون اصل ۷۳ مطرح شد، خود گویای لزوم تفسیر قانون اساسی است و نشان می‌دهد اصول این قانون، تنها برای یک نهاد خاص وضع نشده و علت مقرر در قسمت اخیر اصل ۷۳ در سایر موارد نیز حاکم است. نتیجه‌ای که از لزوم تفسیر قانون اساسی و ویژگی خاص قضاوت به دست می‌آید این است که «اگر قانون اساسی مانع از داوری قاضی نباشد، این اختیار (کنترل قانون عادی) نیاز به

۷۹ اشاره اصل ۷۳ به عبارات «در مقام تمییز حق» نشان می‌دهد نویسندگان قانون اساسی و اراده ملت که این قانون را تأیید نموده، از لوازم دادرسی مطلع بوده‌اند. این عبارت، در واقع بیان «علت اصلی تفسیر» است و لذا نسبت به هر مقرره‌ای قابل اعمال می‌باشد.

۸۰ با دقت در قسمت اول و دوم اصل ۷۳ متوجه می‌شویم که موضوعات آنها از یک جنس نمی‌باشند تا بر طبق راه حل و تفسیر اول، استثناء نیز به صورت متصل و از همان جنس «قانون عادی» باشد زیرا تفسیر مجلس، نوعی و بر همگان لازم‌الاتباع است ولی تفسیر قاضی، نسبی و ویژه طرفین دعوی است که نه دادرسان دیگر را پای‌بند می‌کند و نه خود او را در دعاوی دیگر. اضافه بر آن، در اصل ۷۳، اگر هدف از عبارت «قوانین» همان «قوانین عادی» بود اولاً همانند قسمت اول، به صورت مفرد ذکر می‌شد ثانیاً صفت «عادی» را به قسمت دوم اضافه می‌نمود. پس حتی تفسیر لفظی اصل ۷۳ نیز نشان می‌دهد واژه «قوانین» مطلق است.

تصریح ندارد و لازمه اجرای تکلیف دادرس در اجرای قوانین (اعم از عادی و اساسی) است و در آخرین تحلیل، کار او به دادگاهی می‌ماند که با دو دستور قانونی جمع‌ناپذیر رو به رو است و ناچار می‌شود یکی را حاکم بر دیگری کند. بدیهی است در چنین دو راهی باید قانون عالی را ترجیح داد چرا که قانون عادی نیز اعتبار خود را از آن می‌گیرد.^{۸۱}

۲- کنترل قضائی، هماهنگ با نهادهای هم‌عرض

به نظر می‌رسد پیش‌بینی نهادهایی نظیر شورای نگهبان در قانون اساسی، با لزوم دخالت قضات قابل جمع بوده و آثار تصمیم آنها از سنخ واحدی نیست تا نوعی تعارض به وجود آید. شورای نگهبان تکلیف دارد از نفوذ قانون خلاف شرع و قانون اساسی جلوگیری کند و تأثیر عمل آن، فراگیر و نوعی است. بعد از اظهار شورا، فرض بر این است که قانون، اصولاً مغایرتی نداشته و اجرای آن لازم می‌باشد. مسؤولان قوه مجریه یا قضائیه نمی‌توانند در اجرای این قانون اهمال کنند. قضات نیز از این قاعده مستثنی نیستند و برای ارزیابی قانون، نباید به دنبال تطبیق آن با قانون اساسی باشند زیرا این فرض، سابق بر آن احراز شده است. اما همه این امور دلالتی بر 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 به کار برد. زیرا دادرس وقتی با وقایع ملموس مواجه می‌شود، می‌تواند به این مغایرت پی ببرد و در این هنگام است که باید از مخالفان کنترل قضائی چنین پرسید: آیا قاضی حق ندارد به این فهم و درک برسد که دو قانون مغایرند؟ آیا باید به نیهیلیسم حقوقی تکیه نمود و فرض مغایرت و تعارض را غیرمتصور دانست؟ آیا دادرس باید چشم از واقعیت ببندد و شورای نگهبان و مجلس شورای اسلامی را اعلام کننده قطعی تمام آن بداند؟ اگر امکان تعارض از نظر عقلی وجود دارد، چه اصراری است که تعبداً این امکان را نفی کنیم و بگوئیم قاضی حق تفکر ندارد و...

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

^{۸۱} دکتر ناصر کاتوزیان، مبانی حقوق عمومی، ص ۳۰۳.

نفی نماید و به نظر می‌رسد این امر با وجود ماده ۵ قانون آئین دادرسی مدنی (ممنوعیت صدور حکم کلی) تضمین شده است. قاضی می‌تواند از نسبی بودن آثار تصمیم خود، به بهترین نحو به سود عدالت و انصاف استفاده کند نه اینکه آنرا ابزار حذف تصمیم شورای نگهبان قرار دهد. ماحصل اینکه «پیش‌بینی شورای نگهبان، صلاحیت قاضی را در تمییز قانون حاکم بر دعوی از بین نمی‌برد. آن شورا می‌تواند از تحقق قانون نامشروع جلوگیری کند و به طور نوعی مانع اجرای آن شود ولی دادرس تنها حق دارد در دعوای طرح شده، قانون اساسی را به عنوان «قاعده حاکم» برگزیند و آن را مقدم بر قانون عادی دارد. اجرای این دو صلاحیت تعارضی با هم ندارد تا بتوان ادعا کرد که پیش‌بینی شورای نگهبان به منزله نفی صلاحیت قضات است».^{۸۲}

۳- اهمال شورای نگهبان

در اصل ۹۴ قانون اساسی می‌خوانیم «کلیه مصوبات مجلس شورای اسلامی باید به شورای نگهبان فرستاده شود. شورای نگهبان موظف است آن را حداکثر ظرف ده روز از تاریخ وصول از نظر انطباق بر موازین اسلام و قانون اساسی مورد بررسی قرار دهد و چنانچه آن را مغایر ببیند برای تجدید نظر به مجلس بازگرداند. در غیر این صورت مصوبه قابل اجرا است». در اصل ۹۵ نیز اجازه داده شده تا شورای نگهبان، حداکثر ده روز دیگر از مجلس، با ذکر دلیل خواستار تمدید وقت شود. اگر تصور شود^{۸۳} که شورا در مورد قانون، هیچ نظری اعلام نکند آیا به صرف لازم‌الاجراء بودن آن، نباید مورد بررسی و نظارت قرار گیرد. آیا اهمال شورای نگهبان باید به قیمت حذف اصول قانون اساسی تمام شود. بدیهی است کسی خواستار این نتیجه نمی‌باشد و چون مطابق اصلی کلی، ناظری برای این قوانین لازم است لذا قضات در مرحله دادرسی عهده‌دار ارزیابی چنین قوانینی خواهند بود. ممکن است ایراد شود که سکوت شورای نگهبان، به معنی مطابق بودن قانون عادی با قانون اساسی است و لذا برخلاف قاعده کلی «لانیسب للساکت القول»، در این فرض، سکوت، نوعی مقام بیان و در حکم تأیید مصوبه می‌باشد بنابراین نمی‌توان آن را دلیل مستقلاً محسوب

^{۸۲} دکتر ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، جلد دوم، ص ۱۷۰.

^{۸۳} تصور هم نیست بلکه واقعیتی است که در مورد برخی قوانین اتفاق افتاده است.

کرد. در پاسخ باید گفت سیاق اصل ۹۴ چنین استثناء نامعقولی را که دارای آثار زیانباری است تجویز نمی‌کند و اضافه بر آن، اصل ۹۵ نیز خلاف آن می‌باشد زیرا اگر سکوت نوعی مقام بیان محسوب است، نیازی به تمدید مهلت نخواهد بود. اراده ملت در خور آنچنان اهمیتی است که نه تنها با سکوت، بلکه با ایما و اشاره هم نمی‌توان با آن بازی نمود!

ایراد دیگر بر این استدلال این است که شورای نگهبان در فرصت مناسب و متعاقب بر اجرای قانون، در صورت احراز ناصحیح بودن چنین قانونی، آن را ابطال می‌کند و باز هم نمی‌توان از چنین دلیلی برای صلاحیت قضات استفاده کرد. این ایراد پاسخی مفصل و مبسوط دارد که ورود در آن، ما را از بحث اصلی دور می‌کند؛ شورای نگهبان چنین صلاحیتی ندارد و این دخالت به معنی نفی اصول ۹۴ و ۹۵ و در حقیقت بازیچه قرار گرفتن آنها می‌باشد. در سطح کلان نیز صلاحیت شورای نگهبان در اعلام مغایرت قوانین گذشته مورد تردید جدی است.^{۸۴}

۴- دلالت قانون اساسی

«به موجب بند آخر اصل ۹ قانون اساسی «هیچ مقامی حق ندارد به نام حفظ استقلال و تمامیت ارضی کشور آزادی‌های مشروع را هر چند با وضع قوانین و مقررات، سلب کند». بدین سان تدوین کنندگان قانون اساسی، به لحاظ سابقه تاریخی نقض آزادی‌های فردی توسط قوانین 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 معهذاً 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».^{۸۵}

^{۸۴} همان، صص ۳۲۰ تا ۳۳۵.

^{۸۵} محسن ایزانلو، پیشین، صص ۱۵۲ و ۱۵۳.

۵- موارد قابل تطبیق

هرچند از لحاظ نظری، این بحث دارای قوت استدلال کافی می‌باشد ولی چون رویه قضائی ایران، در عمل، به هنگام تفسیر قانون سعی در اعمال آن نداشته یا متوجه اختیار خود نبوده است، تعیین مصداق صریحی از آراء دادگاه‌ها دشوار می‌باشد. رویه قضائی می‌تواند در یکی از سه صورت ذیل دخالت کند و مصادیق هر یک را در عمل شناسایی نماید.

۱. از آنجا که مغایرت قانون عادی با اساسی، امری خلاف اصل می‌باشد لذا مقررات عادی باید به نحوی تفسیر شوند که اطلاق یا عموم قانون اساسی در فرض صراحت حکم،^{۸۶} از بین نرود. به عبارت دیگر در فرض اجمال و تناقض قانون عادی و هرگونه ابهام آن، باید سایه قانون اساسی بر آن گستراند و تفسیر قانون عادی را با اصول قانون اساسی انجام داد.^{۸۷} برای مثال ماده ۵ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳ با اصلاحات بعدی رسیدگی به برخی از جرائم را در صلاحیت دادگاه انقلاب قرار داده است. صرفنظر از اطلاق عنوان «تخصصی» یا «اختصاصی» به این دادگاه، سؤال این است که آیا اگر جرائم مذکور در ماده ۵ توسط رئیس جمهور، وزیران یا معاونان رئیس جمهور صورت گرفت، باید در دادگاه انقلاب رسیدگی شود؟ به نظر ما پاسخ منفی است زیرا اصل ۱۴۰ قانون اساسی در این خصوص می‌گوید «رسیدگی به اتهام رئیس جمهور و معاونان او و وزیران در مورد جرائم عادی با اطلاع مجلس شورای اسلامی در دادگاه‌های عمومی دادگستری انجام می‌شود» بدیهی است قانون اساسی در اصول ۶۱ و ۱۵۹ از عبارت «دادگستری» و در اصول ۳۴، ۳۵ و ۳۶ از عبارت «دادگاه» یا «دادگاه صالح» استفاده نموده و تنها در اصل ۱۴۰ واژه «دادگاه‌های عمومی دادگستری» را استعمال نموده است. بنابراین تفسیر، اصل ۱۴۰ حاکم بر ماده ۵ قانون فوق‌الذکر و مفسر و مقید کننده آن است.

۲. قضات باید اطلاق عنوان «قانون» را بر «مصوبه مجلس» احراز کنند. در کشور فرانسه که کنترل قضائی ممنوع است این اختیار به قاضی داده شده و

^{۸۶} قانون اساسی به حکم طبیعت خود، حاوی قواعد کلی است بنابراین تطبیق بسیاری جزئیات امر با قانون عادی است. منظور ما هر نوع اطلاق یا عمومی از این قانون نیست.

^{۸۷} دکتر ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۱۶۹.

نویسندگان حقوق عمومی از نظارت قضات حمایت می‌کنند. ژرژ دل وکیو حقوقدان ایتالیایی در این زمینه می‌گوید «قاضی دقیقاً مکلف به تبعیت از قوانین لازم‌الاجراست. بنابراین باید قبل از هر چیز به این نکته توجه کند که آیا کلیه شرایط لازم برای تکوین واقعی قانون، تحقق یافته است یا نه؟»^{۸۸} بنابراین قاضی مکلف است فقط قانونی را رعایت کند که به تصویب اعضاء مقرر در قانون اساسی رسیده، تشریفات لازم را طی نموده و توشیح شده باشد. هرچند این موارد نادر و بعیدالوقوع است اما از لحاظ نظری امکان آن وجود دارد.^{۸۹}

۳. مسأله در باب تطبیق ماهوی است که فنی‌تر و دشوارتر از موارد دیگر می‌باشد. برای این فرض نمونه‌های متعددی در حقوق امریکا، در رویه قضای وجود دارد^{۹۰} و نویسندگان ایران نیز موارد بالقوه‌ای را ذکر نموده‌اند.^{۹۱} به عنوان نمونه می‌توان به موارد ذیل نیز اشاره داشت: اصل ۲۶ قانون اساسی پس از بیان آزادی احزاب و انجمن‌ها و نهادهای سیاسی و صنفی اعلام می‌دارد «...هیچ کس را نمی‌توان از شرکت در آنها منع کرد یا به شرکت در یکی از اعضای مجبور ساخت». این اصل از صراحتی کامل برخوردار است و در سایر اصول قانونی اساسی موارد ممنوعیت یا استثنائی از آن دیده نمی‌شود. از جمله در فصل مربوط به قوه قضائیه هیچ معنی برای شرکت قاضی در آنها نیست و به نظر ما با این صراحت و برتری حکم، مفاد ماده ۵۲ لایحه اصلاح قسمتی از قانون اصول تشکیلات دادگستری و استخدام قضات مصوب ۱۳۳۳ منسوخ می‌باشد. این ماده مقرر می‌کند «به منظور حفظ بی‌طرفی کامل در انجام وظیفه و رعایت احترام شئون قضائی، عضویت متصدیان مشاغل قضائی در احزاب سیاسی و جمعیت‌های وابسته به آنها و هرگونه تبلیغات حزبی و انتشار روزنامه یا مجله سیاسی و حزبی ممنوع است. تخلف از مفاد این ماده موجب تعقیب در دادگاه عالی انتظامی و انفصال از خدمت قضائی خواهد بود».^{۹۲}

^{۸۸} ژرژ دل وکیو، *فلسفه حقوق*، ترجمه دکتر جواد واحدی، تهران، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۰، ص ۹۱.

^{۸۹} همان.

^{۹۰} دکتر جان اسچب و دکتر جان ام اسچب دوم، پیشین، صص ۹۳ تا ۱۲۰.

^{۹۱} دکتر ناصر کاتوزیان، *گامی به سوی عدالت*، جلد اول، صص ۳۳۲ تا ۳۳۶.

^{۹۲} این مثال هر چند با بحث ما، خیلی ارتباط ندارد (زیرا بحث وقتی است که قانون عادی بعد از قانون

مثال دیگر در مورد مفاد تبصره ۱ ماده ۱۸۸ قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری است که برخلاف اصل ۱۶۵ قانون اساسی، مجازات بدون جهت مقرر نموده و منظور ناصحیحی از علنی بودن رسیدگی ارائه داده است.^{۹۳} تبصره ۱ ماده ۱۲۸ قانون آئین دادرسی مذکور که در بند ۷ ماده ۱۳۰ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۸۳/۶/۱۱ نیز تکرار شده است از دیگر موارد آن محسوب می‌شود.

نتیجه

از آنچه در مورد علل و توجیحات کنترل قضائی به طور کلی و حقوق ایران به طور خاص بحث شد، باید معتقد و مدافع دخالت قضات در این فرآیند حقوقی بود. مبانی این بحث پیش از هر چیز پایه حقوقی دارد و دخالت سیاسی در آن، با فرض پذیرش، نباید شائبه مسدود شدن تحلیل حقوقی بالاترین قواعد و اصول حقوقی را به وجود آورد. به همین علت در جایی که «نهاد خاصی» نظیر شورای نگهبان پیش‌بینی شده باشد کنترل قضائی به صورت کامل کنار گذاشته نمی‌شود و تنها اختیارات قضائی دادرسان کاسته خواهد شد. در این فرض اولاً حق استناد به اصول قانون اساسی وجود دارد، ثانیاً استناد به این قانون، تفسیر آن را به دنبال خواهد داشت و این نتیجه نیز هیچ مغایرتی با تفسیر نهاد خاص نظیر شورای نگهبان از قانون اساسی ندارد (اصل ۹۸). ثالثاً همچنان که تفسیر شورای نگهبان نوعی و فراگیر است، کنترل آن نیز دارای ویژگی گستردگی و نوعی می‌باشد در حالی که تفسیر قضائی و کنترل آن به صورت نسبی است و تنها در دعوی ذی‌ربط اعتبار خواهند داشت.

بدیهی است مقدماتی که برای دخالت مطلق «نهاد خاص» گفته شده فاقد تحلیل

← اساسی تصویب شود و در فرضی که قانون عادی سابق بر قانون اساسی تصویب شده باشد، در صورت مغایرت دو قانون، قانون اساسی مؤخر سبب نسخ قانون عادی مقدم می‌شود. بحثی که در تمام قواعد حقوقی وجود دارد) لیکن چون شورای نگهبان در برخی نظریات خود بیان داشته که قوانین سابق مادام که خلاف شرع بودن آنها اعلام شود، لازم‌الاجراء می‌باشند، می‌تواند نمونه‌ای از مغایرت فعلی تلقی شود.

^{۹۳} دکتر علی خالقی، «علنی بودن دادرسی در پرتو اسناد بین‌المللی و حقوق داخلی»، مجله پژوهش‌های حقوقی، سال سوم، بهار و تابستان ۱۳۸۳، ش ۵، ص ۴۴.

حقوقی دقیق است و نمی‌توان گفت چون شورای نگهبان عدم مغایرت قانون را اعلام نموده، دیگر فرض تعارض منتفی است.^{۹۴} این تعارض یک واقعیت است و واقعیت قابل انکار نیست. نظام حقوقی می‌تواند با پیش‌بینی فرض مطلق و غیرقابل انکار، واقعیت را نفی کند ولی از نظر قواعد برتر، این امر نوعی انحطاط حقوقی محسوب می‌گردد و در حقوق فعلی ایران نیز پیش‌بینی نشده است.

صرفنظر از مصالح حقوقی، جلوگیری از شیوع و رخنه قوانین مخالف با قانون اساسی در نظام حقوقی می‌تواند به مهار نهاد قدرت عمومی و جلوگیری از تضييع حقوق و آزادی‌های عمومی کمک کند. چنانکه رئیس دیوان عالی ایرلند در سال ۱۹۳۴ در خصوص قانون مخالف با قانون اساسی، دفاع پرشوری از مبانی حقوق طبیعی اعلام نمود^{۹۵} و به شرح ذیل به ابطال قانونی رأی داد که در صورت اجرا، بسیاری از آزادی‌های عمومی را سلب می‌نمود:

«مجلس مؤسسان به پارلمان قدرت اصلاح داده است... ولی این قدرت محدود و مشروط است... نخست می‌توان از محدودیت کلی سخن به میان آورد. مجلس مؤسسان در ابتدای قانون اساسی اعلام می‌کرد که اقتدار قانونی تماماً از جانب خداوند به انسان داده شده... بر این اساس، از نظر قانون اساسی برای اینکه یک عمل و اقدام - قانونگذاری، اجرایی یا قضائی - قانونی باشد باید بتوان آن عمل و اقدام را مطابق اقتداری که از خداوند ناشی می‌شود موجه ساخت. از این رو پیداست که اگر یک قانون... علیه آن «منبع» غایی به رسمیت شناخته شده، به تصویب پارلمان برسد که مردم به موجب همین منبع، قدرت قانونگذاری را به پارلمان داده‌اند، مثلاً اگر قانون مزبور ناقض حقوق طبیعی باشد، در این صورت بالضروره خلاف قانون اساسی و غیر معتبر است و بنابراین به طور مطلق کان لم یکن و غیر قابل اجراست».^{۹۶}

۹۴ نک: استعلام نگارنده مقاله از اداره کل امور حقوقی و اسناد قوه قضائیه و پاسخ واصله در ضمیمه همین مقاله.

۹۵ The state (Ryan) v. lennon

۹۶ جان کلی، پیشین، صص ۵۴۲ و ۵۴۳.

باسمه تعالی

تاریخ: ۸۳/۱۱/۱۷
شماره: ۷/۸۶۰۴
شماره پرونده: ۸۳-۱۲۷/۱-۲۱۹۵

آقای خدابخشی

دادیار محترم ناحیه ۶ دادسرای عمومی و انقلاب تهران (مستقر در خیابان خارک)

بازگشت به استعلام شماره ۲۰/۶/۳۸۴۷/۸۳ مورخ ۱۳۸۳/۱۰/۲۷ نظریه مشورتی این اداره کل به شرح ذیل اعلام می‌شود:
با توجه به اصول چهارم و نود و ششم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تشخیص مغایرت قوانین عادی با موازین شرعی یا قانون اساسی حسب مورد در صلاحیت فقهای شورای نگهبان و اکثریت اعضای شورای نگهبان است و لذا قاضی نمی‌تواند به استناد اینکه قانون عادی را مغایر با قانون اساسی تشخیص می‌دهد، از اجرای آن خودداری کند.

مدیر کل امور حقوقی و اسناد قوه قضائیه
غلامرضا شهری

JOURNAL OF LEGAL RESEARCH

VOL. III, NO. 2

2004-2

Articles

- Belgium and the End of a Ten Years Dream of Universal Jurisdiction over International Crimes
- Intervention of Judges for Controlling of Laws in Comparing to Constitution (Comparative Law & Iran)
- Security Council and Referral of the Situation in Darfur (Sudan) to the International Criminal Court
- Legal Analysing of the Iran-EU Agreement on Nuclear Program
- National Implementation of International Law and the Role of Iranian Courts

Special Issue : Combatting of the Criminal Law against Economic offences

- Comparative Approach to Crime of Bribery in the Legal Systems of France, Italy, Switzerland and China
- Necessity of Extending the Punishment of Bribee to Non-Governmental Sectors in the Iran's Criminal Code
- Fraudulent Bankruptcy
- Considering Legal Aspects of Insider Trading in Security Markets
- Computer Fraud

Report and Critique

- Reflections on Proposed Draft of the Ministry of Commerce for Amendments of Iran's Commercial Code
- A More Secure World: Our Shared Responsibility (The Report of the High-Level UN Panel on Threats, Challenges and Change)

ISSN: 1682-9220



S. D. I. L.
The S.D. Institute of Law
Research & Study