

پژوهشهای حقوقی

فصلنامه علمی - ترویجی

شماره ۳۵

هزار و سیصد و نود و هفت - پاییز

۷	• توسعه نسل‌های حقوق بشر در تصمیمات دیوان بین‌المللی دادگستری حسین یزدانی - دکتر حسین آل کجباف - دکتر سید قاسم زمانی - دکتر حسن سواری
۳۳	• انتقال مالکیت و اجاره اشیاء فضایی موجود در مدار در پرتو حقوق بین‌الملل فضایی حسنا خالوندی - دکتر سید هادی محمودی
۵۵	• ارتباط حق بر غذا و سیاست‌های تجارت جهانی کشاورزی: تعامل یا تقابل؟ دکتر فرهاد طلایی - علی رزم‌خواه
۸۳	• تحلیل حقوقی - اقتصادی ماده ۲۱ قانون بیمه اجباری خسارات واردشده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه مصوب ۱۳۹۵ دکتر فیصل عامری - مسلم حاج‌محمدی
۱۱۳	• دگردیسی مفهوم نظریه تفکیک قوا به مفهومی کارکردی دکتر محمدرضا ویژه - زهره‌سادات امیرآفتابی
۱۴۵	• برابری و عدم تبعیض در نظام حقوق بشر علی سالاری
۱۷۱	• اعتراض ثالث به رأی ورشکستگی در آیینۀ روبه قضایی دکتر نعمت‌اله حاجعلی - ابوذر کوهنورد
۱۹۹	• ترور هدفمند: نقض اصل عدم تقابل در تعهدات بنیادین حقوق بشر و حقوق بشردوستانه دکتر هاله حسینی اکبرنژاد - دکتر حوریه حسینی اکبرنژاد
۲۴۳	• گسترۀ مسئولیت محقق در برابر خسارات زیست‌محیطی ناشی از تحقیقات دانشگاهی کوثر فیروزپور
۲۶۳	• راهکارهای برون‌رفت از بن‌بست‌های مذاکراتی و حل تعارض مسائل نفتی دکتر محمد علیخانی
۲۸۷	• تأثیر فقه اسلامی در شکل‌گیری حقوق کامن‌لا برهام محمد عطاءالله - ترجمه: حمزه امینی‌نسب





دگر دیسی مفهوم نظریه تفکیک قوا به مفهومی کار کردی

دکتر محمدرضا ویژه* - زهره سادات امیر آفتابی**

چکیده:

نظریه تفکیک قوا به عنوان یکی از نظریه‌های قدیمی موجود مباحث حقوق اساسی، امروزه با چالش‌ها و ناکارآمدی‌های بسیاری در عرصه عمل مواجه گردیده است. تا جایی که برخی از مخالفین تندرو سخن از زوال این نظریه به میان آورده‌اند. در این مقاله با رویکردی نوین از تفکیک قوا که چهره آن را به واقع دگرگون نموده است، در جهت ارائه راهکار برای این چالش‌ها تلاش گردیده است. این مقاله در واقع چهره جدیدی از تفکیک قدرت را به ما ارائه می‌نماید که در آن در عوض تمرکز تفکیک ساختاری قدرت در دستان قوه مجزای حکومتی به شناخت مراکز قدرت مدرن و تمرکز تفکیک بر کارکردهای قدرت پرداخته شده است و از این طریق به حل چالش‌ها برای گنجاندن ساختار حکومت‌های مدرن در چهارچوب تفکیک سنتی و ساختاری قوا پاسخ داده شده است.

کلیدواژه‌ها:

تفکیک قوای کار کردی، تفکیک قوای کلاسیک، دوگانگی سیاست و اداره، کارکرد نظارت در قوای سه‌گانه، نهادهای مستقل حکومتی.

مجله پژوهش‌های حقوقی (فصلنامه علمی - ترویجی)، شماره ۳۵، پائیز ۱۳۹۷
صفحه ۱۱۳-۱۴۴، تاریخ وصول: ۱۳۹۷/۰۷/۲۹، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۹/۱۷

مقدمه

تفکیک قوا به مفهوم کلاسیک آن، نظریه‌ای دیر آشناست که در همه کتب حقوق اساسی از جایگاه برجسته آن در جنبش قانون اساسی و قوانین اساسی نظام‌های سیاسی مدرن، ذکری به میان رفته است؛ اما امروزه، جایگاه برجسته و قابلیت این نظریه در دستیابی به هدف اصلی خود یعنی مهار قدرت، به جهت ناکارآمدی‌ها و چالش‌هایی که از همان ابتدای ورود به عرصه عمل این نظریه با آن روبه‌رو گردیده، محل تردید قرار گرفته است تا جایی که برخی تفکیک قدرت سیاسی در دست سه قوه مجزا از یکدیگر را بیشتر به افسانه‌ای شبیه دانسته‌اند.

اما برخلاف آنچه که مخالفین تندرو نظریه تفکیک قوا انتظار داشتند، این چالش‌ها پایان عمر نظریه تفکیک قوا نبود و با تمامی مشکلات پیش روی، این نظریه همچنان جایگاه مبنایی مستحکم را در قوانین اساسی کشورها دارد؛ زیرا موضوعی که اندیشمندان قدیم را بر تفکیک قوا متمرکز کرده بود، یعنی چگونگی کنترل قدرت بی‌حد حکومت، همچنان مشکل اصلی اندیشمندان سیاسی امروز نیز باقی مانده است. در عین حال، با برجسته کردن جایگاه و ویژگی‌های نظریه تفکیک قوا نباید از چالش‌ها و ناکارآمدی‌های آن در تطابق با ساختار نظام‌های سیاسی کنونی غافل ماند.

آنچه به اجمال از مطالعه مشکلات و ناکارآمدی‌های نظریه تفکیک قوا به مفهوم کلاسیک آن در تطابق با نظام‌های سیاسی مدرن می‌توان نتیجه گرفت این است که مشکل اصلی دولت مدرن با تفکیک قوای کلاسیک، در ساختار این نظریه و عدم امکان گنجاندن نهادهای مطرح در سیاست مدرن در ساختارهای سنتی این نظریه است.

برای حل این چالش، پیشنهاد‌های متفاوتی برای طراحی مجدد این ساختار ارائه گردیده است. از جمله: افزودن قوه‌ای نظارتی^۱ برای گردآوری نظارت‌های پراکنده، به ویژه نظارت بر دستگاه‌های اداری^۲؛ افزودن قوه‌ی واضح مقررات^۳ متخصص و کارشناس برای وضع جزئیات سیاست‌ها و قواعد کلی مصوب مجلس^۴؛ تفکیک قوای اداری از سیاسی و پیش‌بینی یک نظارت جداگانه و مستمر بر قوه‌ی اخیر^۵ و یا حتی نظریه‌هایی که بر ساختار دوقوه‌ای حکومت

1. Integrity Branch.

2. Bruce Ackerman, "The New Separation of Powers," *Harvard Law Review* 113 (2000): 691-693.

3. Regulatory Branch.

4. Ackerman, *op.cit.*, 913-914.

5. M.J.C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers* (US: Liberty Fund, 1998), 401-412.

تأکید دارند.^۶ اما هیچ‌یک از ایده‌های فوق انسجام یک نظریه را ندارند و به ارائه طرحی کلی، بدون تبیین کارکرد این ساختار و روابط جاری میان قوای آن، اکتفاء نموده‌اند. واقعیت این است که باید پذیرفت ایده‌های مذکور نیز چالش نظریه سنتی تفکیک قوا را رفع نکرده‌اند. به نظر می‌رسد برای رفع چالش‌های فوق، تغییر رویکرد مبتنی بر این نظریه ضروری است. به بیان دیگر، رویکرد غالب به نظریه تفکیک قوا همواره رویکردی ساختاری برای تفکیک قدرت در قوای مجزا بوده است که هریک از قوا متکفل یکی از کارکردهای حکومت باشند؛ اما در عرصه عمل مشاهده شد که محدودیت یک کارکرد در مرزهای مشخص و تعیین شده درون یک قوه امکان‌پذیر نیست و به نظر نمی‌رسد با افزایش تعداد قوا یا کاهش آنها نیز بتوان از اختلاط وظایف و کارکردهای قدرت جلوگیری کرد چراکه در عمل، باز هم هر قوه در انجام وظایف خود تمامی کارکردهای موجود را در خود گرد خواهد آورد. برای پی بردن به چرایی این مسئله، باید به این نکته توجه کرد که کارکردهای حکومت به اعمال روزانه انسان‌ها جهت اداره امور خود شباهت بسیار دارد و با بررسی اعمال روزانه بشر به راحتی می‌توان دریافت که برای انجام موفقیت‌آمیز یک کار تفکیک کامل بخش‌های یک عمل تقریباً غیرممکن است^۷ و تمامی اجزای یک عمل با یکدیگر مرتبط و هماهنگ هستند. به این ترتیب، با لحاظ واقعیت مذکور، دیدگاه ساختارگرا و کلاسیک تفکیک قوا در تجزیه کارکردهای حکومت در دست سه قوه مجزا در عمل دچار مشکل شد.

اما در مقابل دیدگاه ساختارگرا و البته آرمان‌گرا، امروزه دیدگاهی نوین و واقع‌بینانه‌تر در نظریه تفکیک قوا شکل گرفته است. در این دیدگاه با تلاش در حفظ این ساختارهای سنتی، به عوض تمرکز بر تفکیک نهادهای حکومت و سپردن یک کارکرد به هریک از این قوا به صورت مجزا، به شناسایی و تفکیک کارکردهای موجود در قدرت پرداخته می‌شود. به عبارت بهتر جایگاه یک سازمان در قدرت، برخلاف گذشته که با توجه به قوه یا سازمان مجری آن تعیین می‌شد، با توجه به کارکرد آن مشخص می‌گردد. به عنوان مثال، در تعریف اعمال اداری دیگر نمی‌توان گفت مجموعه اعمالی که توسط مقام اداری انجام می‌گیرد، فارغ از

۶ از جمله اندیشمندان این دیدگاه، دکرگ می‌باشد. برای مطالعه بیشتر مراجعه کنید به: محمدجواد رضایی‌زاده، حقوق اداری (۱) (تهران: میزان، ۱۳۸۵)، ۷۶. البته نویسنده این نظر را به لئون دوگی نیز تعمیم داده است اما این دیدگاه صحیح به نظر نمی‌رسد؛ چراکه لئون دوگی در کتاب دروس حقوق عمومی به صراحت دیدگاه دکرگ را رد می‌کند و آن را قابل پذیرش نمی‌داند؛ لئون دوگی، دروس حقوق عمومی، ترجمه محمدرضا ویژه (تهران: میزان، ۱۳۸۸)، ۱۲۰.

7. Vile, op.cit., 402.

ماهیت آن، اداری است؛ چراکه امروزه بسیاری از اعمال اداری توسط قوه مقننه یا قضائیه صورت می‌گیرد یا اعمال قضایی که علاوه بر قوه قضائیه، توسط دستگاه‌های زیرمجموعه قوه مجریه یا مقننه نیز انجام می‌شود؛ بنابراین کارکردهای اداری فارغ از اینکه چه دستگاه یا مأمورینی آنها را انجام می‌دهند عمل اداری هستند ولو اینکه توسط پارلمان یا مقامات قضایی صورت گیرند.^۸ بنابراین، پرسشی که این مقاله به دنبال پاسخ بدان می‌باشد این است که آیا می‌توان راهکاری برای غلبه بر چالش‌های فراروی نظریه سنتی تفکیک قوا یافت؟ به نظر می‌رسد که پاسخ را در تبیین تفکیک کارکردی قوا به جای تفکیک ساختاری باید پیدا کرد.

در این مقاله، مفهوم کارکردی تفکیک قوا در دو قسمت مجزا با عناوین تفکیک‌های درون‌قوه‌ای و برون‌قوه‌ای بررسی شده است؛ زیرا در این دیدگاه نوین به نظریه تفکیک قوا در وهله نخست، با توجه به واقعیت موجود در دولت‌های مدرن مشاهده می‌شود که عملکرد یک قوه لزوماً به کارکرد اصلی تعریف‌شده در دیدگاه کلاسیک برای هر قوه محدود نمی‌شود و هر قوه به طور هم‌زمان چندین کارکردی را به خود اختصاص داده است. سپس، این دیدگاه به چالشی که تفکیک قوا از همان ابتدای ورود به عرصه عمل با آن مواجه بوده است توجه می‌نماید که هر کارکرد قدرت قابل حصر در چارچوب یک قوه نیست و به یقین، در عمل، به قوای دیگر تسری می‌یابد. از این‌روی، پس از بررسی تفکیک‌های کارکردی نوینی که در درون خود قوا صورت گرفته است. تسری کارکردهای قوا به خارج از هر قوه، در بخش دوم این مقاله مورد بررسی قرار خواهد گرفت (۱).

در بخش دوم نیز، پس از بررسی کارکردهای درون‌حکومتی، چه درون قوا و چه بیرون قوا، قسمتی را به تفکیک قدرت‌های موجود کنونی در بیرون از حکومت اختصاص داده‌ایم؛ زیرا در جوامع مدرن با شکل‌گیری پدیدهٔ جامعه مدنی، برخاسته از خردگرایی، مدرنیزاسیون و خصوصی‌سازی در بخش اداره اقتصادی جامعه، عملاً دیگر قدرت در دستان حکومت محصور نیست و تنها به بخش دولتی اختصاص ندارد بلکه، قدرت از شکلی هرمی به صورت دایره‌وار و از طریق مجامع مدنی در جامعه پخش شده است. از این‌روی، برای شناسایی ساختار قدرت و تفکیک آن در جوامع امروزی صرف بررسی نهادهای سیاسی درون حکومت کافی نیست (۲).^۹

۸. دوگی، پیشین، ۱۲۸-۱۲۷.

۹. این تفکیک کارکردهای حکومت به تفکیک‌های درون‌حکومتی و برون‌حکومتی برگرفته از عقاید نئولیبرالی مانند هایک می‌باشد: «بر این اساس دولت لیبرال بر مبنای دو نوع تفکیک کار می‌کند: نخست، تفکیک جامعه

۱- تفکیک‌های کارکردی درون قوه‌ای

از همان ابتدای طرح نظریه تفکیک قوا، مشخص شد که اختصاص هر قوه به کارکردی منحصر ممکن نیست. منتسکیو به عنوان پایه‌گذار اصلی این نظریه، با تلفیق نظریه نظارت و موازنه، در کنار کارکرد اصلی هر قوه، کارکردهای جانبی دیگری، مانند کارکرد نظارتی و قضایی در موارد خاص برای قوه مقننه در کنار کارکرد اصلی قانون‌گذاری، نیز پیش‌بینی نمود زیرا برقراری موازنه میان قوای حکومت به صرف موازنه منفی و کشمکش منفی میان نیروها امکان‌پذیر نبود. در دیدگاه‌های کلاسیک تفکیک‌قوا این مسئله به این ترتیب توجیه می‌شد که برای هر قوه یک کارکرد اصلی وجود دارد و در کنار آن کارکردهای فرعی نیز جهت برقراری نظارت و موازنه قوا تعریف شده است؛ اما با وارد شدن این نظریه به عرصه عمل جوامع سیاسی، به تدریج بر اهمیت این کارکردهای جانبی افزوده شد تا جایی که برخی از قوا امروزه بیشتر به اجرای کارکردهای فرعی خود تمایل دارند و نقش آنها در کارکرد اصلی خود کم‌رنگ‌تر گردیده است، برای مثال، مجالس قانون‌گذاری که امروزه بیشتر از کارکرد قانون‌گذاری در حوزه‌های تخصصی و جزئی به عملکرد نظارتی تمایل دارند.

بدین ترتیب هنگامی که با یک دیدگاه کارکردی به تفکیک قوا وارد می‌شویم با کارکردهای متفاوتی در هر قوه مواجه می‌شویم که با مشاهده آنها می‌توان گفت امروزه قدرت در خود قوای تفکیک‌شده حکومت به حوزه‌های کوچک‌تری تفکیک گردیده است. این تفکیک‌های داخلی، بیش از همه، در قوه مجریه قابل رؤیت است. تفکیک‌های مذکور در برخی حوزه‌ها نیز با یکدیگر تلاقی یافته‌اند و اندیشمندان این عرصه برای حل این معضل تلاش نموده‌اند. در این مقوله، ابتدا به جنبه‌های گوناگون کارکرد سیاسی از کارکرد اداری خواهیم پرداخت (الف) و سپس، تفکیک کارکرد نظارتی را از سایر کارکردها بررسی خواهیم نمود (ب).

مدنی و دولت که می‌توان آن را «تفکیک بیرونی» نامید و دوم تفکیک قوای درون دولت (در مفهوم عام) که می‌توان آن را با عنوان «تفکیک درونی» در نظر گرفت. این دو نوع تفکیک از سویی به دولت در مقابل جامعه مدنی و به عکس به جامعه مدنی در مقابل دولت استقلال اعطاء و از سوی دیگر استقلال هر قوه را در مقابل قوای دیگر در درون دولت تضمین می‌کند.» محمدرضا ویژه، *مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی* (تهران: جنگل، ۱۳۹۰)، ۲۰۴.

۱-۱- تفکیک کارکرد سیاسی از کارکرد اداری

ابتدا و پیش از ورود به بحث، باید اشاره نمود که در زمان منتسکیو اعمال قوه مجریه بیشتر به همان قوه فدراتیو مورد نظر «جان لاک» در رابطه با روابط خارجی اختصاص داشت؛ چراکه در زمان وی، اعمال اداری به مفهوم گسترده امروزی وجود نداشت و تنها فعالیت‌های بسیار محدودی در حوزه اداری قرار داشت که آن نیز توسط قضات انجام می‌شد. به همین دلیل تنها ایده مربوط به قوه مجریه، صرف اجرای قوانین مصوب پارلمان بود که در روابط داخلی، محدود به برقراری نظم و امنیت داخلی می‌شد؛ اما دولت امروز دولتی بسیار گسترده با روابط پیچیده است که علاوه بر شرکت در سیاست‌گذاری کشور (که تقریباً به انحصار قوه مقننه در این خصوص خاتمه داده) به دولتی اداری نیز تبدیل شده است. به طور خلاصه «دولت‌های مدرن با تمسک به ارتقای امنیت، آزادی و رفاه فعالیت‌های خود را گسترده کردند. آنها {همچون گذشته} مسئولیت خود را نه تنها فراهم کردن نظم و امنیت، بلکه در توسعه اقتصادی و اجتماعی، مدیریت اقتصاد و فراهم آوردن رفاه برای شهروندان می‌دانند. این گستردگی نقش‌های متفاوت به سازمان گسترده و پیچیده اداری برای دولت منجر شده است. در این مورد، به ضرب‌المثل کهن پروسی می‌توان استناد جست که بر اساس آن: «آزادی بیش از قانون اساسی به دستگاه اداری وابسته است...»^{۱۰} به علاوه، پیچیدگی امور دولت و تخصصی شدن آن، این قوه را محل مناسب‌تری جهت تعیین خط‌مشی و سیاست‌های کلی نظام کرد زیرا این قوه با امور اجتماعی و اقتصادی مستقیماً در رابطه بوده و کارشناسان آن ظرافت‌ها و پیچیدگی‌های مسائل روز را به خوبی لمس می‌کنند.

با توجه به موارد فوق، باید اذعان داشت که «اصطلاح «مجریه» مدت‌ها پیش معنای اصلی خود را از دست داده است؛ زیرا رهبران سیاسی فرادست در سازمان دولت، رئیس‌جمهور یا هیئت دولت در نظام پارلمانی، در طرح‌ریزی سیاست‌ها و قانون‌گذاری مانند اجرا درگیر شده‌اند. سازمان اداری از رهبری سیاسی متأثر است اما توسط آن کنترل نمی‌شود»^{۱۱}...^{۱۲} به بیان دیگر، «دنیای مدرن با توسعه به آنچه که «دولت اداری»^{۱۳} توصیف می‌شود، ساخته شده

10. Martin Loughlin, *Foundations of Public Law* (London: Oxford University Press, 2010), 435.

۱۱. منظور این است که توسط رهبران سیاسی قابل کنترل نیست و آنها فرصت و توان کنترل این بخش را

ندارند.

12. Vile, op.cit., 400.

13. Administrative State.

به یقین، با توجه به مفهوم «دیوان‌سالاری»^{۱۴} با قدمتی فراتر از دویست سال دولت اداری مدرن را واجد چنان پیچیدگی ساختاری و هنجاری ساخته است که مفهوم قدیمی «مجریه» بر اساس کارکرد ارائه خدمات عمومی تحت تأثیر قرار گرفته است و به تبع آن تمایز میان رهبران سیاسی و اداری نیز جدی‌تر و غامض‌تر شد. این تمایز از این‌روی اهمیت می‌یابد که دولت اداری خودمختار است و فقط به صورت نامحسوس و در موضوع‌های مشخص تحت نظارت رؤسای سیاسی خویش است»^{۱۵} و پیچیدگی آن نیز از این‌روست که اداره هم‌زمان هر دو کارکرد توسط یک مقام واحد صورت می‌گیرد؛ بنابراین، کارکرد اصلی قوه مجریه به مفهوم امروزی به دو کارکرد اصلی سیاسی و اداری در درون خود این قوه قابل تقسیم است.

در نتیجه، اعمال حقوقی دولت به دو دسته اعمال سیاسی و اداری تقسیم می‌شوند. «عمل سیاسی یا حکومتی عملی است که مربوط به سیاست کلی دولت و مصالح جمعی است، عملی که به مناسبت آن دولت با افراد معین تماس اداری و اجرایی ندارد مانند قانون‌گذاری، جنبه‌های گوناگون روابط قوه مجریه و مقننه (مانند استیضاح، انحلال پارلمان و...)، روابط دول خارجی، اعلان جنگ و عقد صلح، انعقاد قراردادهای بین‌المللی و اعمال اداری اعمالی است که مربوط به روابط روزمره دستگاه‌های اداری با مردم است»^{۱۶}. لازم به یادآوری است که وصف «سیاسی» حتی در تألیفات نویسندگان مهم این عرصه دارای ابهام است^{۱۷} و از همین‌روی، برای تفکیک این دو حوزه بیشتر از تعریف وصف «اداری» بهره گرفته می‌شود. از همان ابتدای اصلاحات اداری بحث تمایز تحلیلی میان مفهوم سیاست و اداره که تا حدی معطوف به تفکیک میان تصمیم‌گیری و اجرا بود، آغاز شد.^{۱۸} برخی نویسندگان برای تعریف اعمال اداری به عنصر روزمرگی تأکید کرده‌اند^{۱۹} اما در عمل، تشخیص مفهوم عمل اداری و سیاسی و تفکیک این دو از یکدیگر به این سادگی امکان‌پذیر نیست.

14. Bureaucracy.

15. Vile, op.cit., 399.

۱۶. جلال‌الدین مدنی، اصول، مبانی و کلیات حقوق اداری (تهران: پایدار، ۱۳۸۷)، ج ۱، ۱۴۰.

17. Laurance J. O'toole. "Doctrines and Developments: Separation of Powers, the Politics-Administration Dichotomy, and the Rise of the Administrative State," *Public Administration Review* 47 (1987): 18.

18. Ibidem.

۱۹. برای مثال، به نظر یکی از نویسندگان: «... اعمال قوه مجریه بر دو نوع است: (۱) اعمال اداری؛ (۲) اعمال سیاسی یا حکومتی. اعمال اداری (به معنای محدود کلمه)، مربوط به اعمال عادی و روزمره زندگی اجتماعی است؛ مانند انواع خدمات اجتماعی، فرهنگی، تعاونی و شهری ...». منوچهر طباطبایی مومنی، حقوق اداری (تهران: سمت، ۱۳۸۷)، ۴. به نظر یکی دیگر از نویسندگان نیز «عمل سیاسی دارای ماهیتی عمومی و غیرشخصی است و

به طور کلی، دو نظریه در این زمینه وجود دارد که به یقین، بر تعاریف این دو اصطلاح نیز مؤثر است. دیدگاه نخست مبتنی بر وحدت میان دو مفهوم و این نکته است که اداره چیزی جدای از مفهوم سیاست نیست و دیدگاه دوم، به عکس، مبتنی بر جدایی سیاست از اداره است.

در رویکرد نخست، هانری فایول^{۲۰}، اندیشمند فرانسوی، بر این نظر است که: «عمل اداری چیزی جز اجرای جزئی امر سیاسی نیست و در واقع دنباله آن است، لذا اداره جزئی از سیاست می‌باشد»^{۲۱}. اما ویلسون، نظریه‌پرداز آمریکایی، در رد این دیدگاه این‌گونه استدلال می‌کند که: «اجرای منظم قوانین و اجرای خاص هر مرحله از قانون (قاعده عام مربوط به زندگانی همگانی) یک عمل اداری است، برای مثال، تشخیص و جمع‌آوری مالیات‌ها ...، تحویل محمولات پستی، سربازگیری در ارتش همگی از اعمال اداری هستند اما قوانین عمومی که مبنا و مستند اجرای این اعمال هستند و نیز طرح‌های عمومی حکومت از اعمال اداری نمی‌باشند»^{۲۲}. در دیدگاه ویلسون اداره مفهومی واحد با سیاست ندارد اما دنباله سیاست و در طول آن است.

در این زمینه، ویلویی، اندیشمند دیگر آمریکایی، نیز عمل اداری را از عمل سیاسی متمایز می‌داند اما با استدلالی متفاوت «نه به این معنا که سیاست جنبه وضع قاعده کلی دارد و اداره جنبه اجرای جزئی و موردی بلکه جدایی آنها به این معناست که اداره یک فعالیت مستقل است، فعالیتی در عرض هریک از قوای سه‌گانه مقننه، مجریه و قضائیه. به تعبیر او قوه اداری، قوه چهارم محسوب می‌شود»^{۲۳}. در واقع، این اندیشمند از مفهوم اداره مفهومی عام و نه اداره به معنای اخص آن، برداشت می‌کند. از این‌روی، با در نظر گرفتن این مفهوم عام اداره کردن شامل فعالیت‌های هر سه قوه می‌گردد. در دید او امور اداری تنظیم و تنسيق امور حکومت به طور کلی است.

ناظر بر موارد عام و کلی است در حالی که عمل اداری دارای ماهیتی اختصاصی و شخصی است و عموماً ناظر بر موارد خاص و جزئی است». رضا موسی‌زاده، حقوق اداری (تهران: میزان، ۱۳۸۱)، ۴۰.

20. Henry Fayol.

۲۱. ولی ... انصاری، کلیات حقوق اداری (تهران: میزان، ۱۳۸۳)، ۴۶.

۲۲. همان.

۲۳. همان، ۴۷.

برخی از نویسندگان، بحث در مورد مفهوم و تمایز این دو کارکرد را فاقد فایده عملی دانسته و آن را جز از لحاظ علمی و آکادمیک واجد ارزش نمی‌دانند.^{۲۴} اما دوگانگی سیاست و اداره^{۲۵} از مهم‌ترین مباحث تفکیک قدرت در میان قوای مختلف از همان آغاز ورود به نظام‌های سیاسی مدرن بوده است که امروزه با ظهور مفهوم دولت اداری و توسعه غول‌آسای سازمان اداری در دولت مدرن نیاز به این تفکیک در عرصه‌های مختلف بیش از پیش احساس شده است. باید در نظر داشت هرچند مقامات اداری و سیاسی وظایفی ظاهراً مشابه دارند اما زمینه‌ها و ویژگی‌های این وظایف بسیار متفاوت است.

یکی از مهم‌ترین مباحث عملی و کاربردی این تفکیک در بحث نظارت بر این قواست. امروزه با توسعه گسترده سازمان اداری در عمل ثابت شده است که وزیر فرصت لازم و تخصص کافی را جهت بررسی و نظارت کارهای روزمره سازمان اداری متبوع خویش را ندارد. به همین جهت مسئولیت سیاسی وزیر در برابر پارلمان در مورد سازمان اداری متبوع او در عمل بی‌فایده است و شاهد نظارت واقعی بر سازمان اداری از این جنبه نیستیم. علاوه بر این نظارت‌های مراجع قضایی، دادگاه‌های اداری مستقل از قوه قضائیه و آمبودزمن‌ها نیز برای مهار این دستگاه عظیم درهم‌پیچیده، امروز ناکافی به نظر می‌رسند. برای حل چالش کنترل بر دستگاه‌های اداری مسلماً دیدگاه وحدت مفهوم اداره و سیاست یا جدایی این دو در عمل بسیار تأثیرگذار خواهد بود.

در نیمه قرن بیستم، نظریه‌های اداری بیشتری در مورد نظام دولتی مبتنی بر دو کارکرد سیاست و اداره مطرح شدند اما به دلیل ناکافی بودن مبانی این مباحث نظریه‌های مربوط به این نظام دوگانه مورد استقبال قرار نگرفتند ولی با طرح ایده‌های بی‌پروای این نویسندگان آشکار شد سازمان اداری از مداخله مستمر سیاسی باید مصون باشد و تحت نظارتی برون‌قوه‌ای قرار گیرد.^{۲۶}

برای حل این معضلات برخی از اندیشمندان امروز به دیدگاه هواداران قدیمی تفکیک قوای اداری از سیاسی بازگشته‌اند و به ایجاد نظارتی ویژه و جداگانه به فعالیت‌های روزمره

۲۴. «... مرزبندی دقیق بین اعمال اداری و اعمال سیاسی و در نتیجه تفکیک بین مباحث حقوق اداری و حقوق اساسی دشوار است و جز از لحاظ علمی و آکادمیک و تسهیل امر مطالعه، ارزشی ندارد». طباطبایی مومنی، پیشین، ۵.

25. The Politics-Administration Dichotomy.

26. O'toole. op.cit., 17-19.

ادارات به عنوان یک قوه مستقل از مسائل سیاسی تمایل دارند.^{۲۷} در مقابل، در رویکرد عده‌ای دیگر فرضیه جدایی کامل دو کارکرد در دو قوه مجزا بسیار نارس می‌نماید. به همین دلیل نسخه‌ای تعدیل شده از دیدگاه فوق به وجود آمده است که لزوماً دربرگیرنده نگرش طولی به این دو کارکرد و دوگانگی این دو کارکرد در دو قوه جداگانه نیست. در این دیدگاه، دو کارکرد در دو حوزه متفاوت برای دولت قابل تشخیص است که یکی از آنها (کارکرد اداری) باید از درگیری‌ها و شتاب‌زدگی‌های تغییرات سیاسی دور نگاه داشته شود.^{۲۸}

گودنو^{۲۹} در کتاب مشهورش «سیاست‌ها و اداره» به تفکیک قوای سنتی حمله می‌کند و بر این نظر است که: «دو کارکرد متمایز برای دولت وجود دارد ... و نتایج گوناگون آن در سازمان‌های متفاوتی نمود می‌یابد که در دولت توسط نظام رسمی حکومت به وجود آمده است». ^{۳۰} از دیدگاه وی، برخی بخش‌های اداره البته نه به صورت مستقیم (توسط احزاب سیاسی) باید موضوع نظارت کارکرد سیاسی قرار گیرند اما «واقعیت این است که ... بخش بزرگی از اداره که با سیاست در ارتباط نیست باید تا حد زیادی (نه به طور کلی) از نظارت بخش سیاسی فارغ باشد».^{۳۱}

در مجموع، نخست، باید پذیرفت که امروزه، کارکرد اداری هم‌پای کارکرد سیاسی دولت رشد و توسعه یافته است و نمی‌توان اهمیت این کارکرد را نادیده انگاشت. دوم اینکه این دو کارکرد در حال حاضر، هر دو در یک قوه به نام «مجریه» تمرکز یافته‌اند و با توجه به گسترش روزافزون حوزه این دو کارکرد، با تفکیک این دو از یکدیگر، چه به صورت دو قوه جداگانه و چه به صورت دو کارکرد قابل نظارت در یک قوه، به مباحث نظارت جداگانه بر فعالیت‌های این دو باید توجه بیشتری معطوف نمود.

۱-۲- تفکیک کارکرد نظارت از سایر کارکردها

با توجه به امکان انحراف در قانون، اجرا و نحوه تفسیر آن، نیاز به نظارت بر عملکرد مقامات حکومتی در نظام سیاسی وجود دارد. علاوه بر این وجود نظارت قوای حکومتی بر یکدیگر، میزان تعامل و همکاری میان این قوا را افزایش می‌دهد و موجب آگاهی هر قوه از

27. Vile, op.cit., 412.

28. O'toole. op.cit., 18.

29. Goodnow.

30. O'toole. op.cit., 18.

31. Ibid.

فعالیت‌های صورت‌گرفته توسط سایر قوا و هماهنگی آنها می‌شود.^{۳۲} با عنایت به ضرورت‌های فوق، از ابتدای طرح نظریه تفکیک قوا مسئله نظارت قوا بر یکدیگر و ابزارهای نظارتی در دست هر قوه در برابر سایر قوا مورد بحث و بررسی قرار گرفت. بدین ترتیب، از ابتدا نظریه نظارت و تعادل از بخش‌های جدایی‌ناپذیر آموزه تفکیک قوا گردید و تا جایی اهمیت یافت که اندیشمندان افراطی نظریه نظارت و تعادل، به استقلال مابنی این نظریه و کافی بودن پایه‌های آن جهت مراجعه به قضات برای حل و فصل اختلافات میان قوای حکومت بدون نیاز به کمک گرفتن از نظریه تفکیک قوا تأکید کرده‌اند.^{۳۳} اما به یقین، نظریه نظارت و تعادل با تمام اهمیت و برجستگی خاص آن، جایگاهی جداگانه از نظریه تفکیک قوا ندارد و بدون وجود دو نظریه اصلی حقوق اساسی یعنی حاکمیت قانون و تفکیک قوا، معنا و ضرورت خود را از دست خواهد داد؛ اما نباید تصور کرد این وابستگی از اهمیت این مبحث کاسته است و می‌توان با دیدگاه‌های سطحی و گذرا از کنار آن عبور کرد.

نکته‌ای که همواره در مباحث نظارت به عنوان یکی از ویژگی‌های اصلی نظارت باید بدان توجه نمود رعایت تعادل و توازن در نظارت است؛ زیرا اگر بخشی از اجزای ساختار قدرت سیاسی در مقایسه با سایر بخش‌ها از اختیارات و وظایف نظارتی بیشتری برخوردار باشد به تسلط این بخش بر سایر بخش‌های حکومت و بروز استبداد و خودکامگی خواهد انجامید در حالی که تفکیک قوا برای مبارزه با آن در ساختار سیاسی کشورها به کار گرفته شده بود.^{۳۴}

در بررسی نظارت با مشکل گستردگی این کارکرد در اشکال گوناگون در قوای مختلف حکومت روبه‌رو هستیم که هر یک به سهم خود و با توجه به ویژگی‌های خاص خود به جهت برقراری توازن و تعادل در ابزار نظارتی، بخشی از آن را در دست گرفته‌اند. یکی از نکات نوین در این خصوص این است که علاوه بر تعیین کارکرد ایجابی هر قوه، باید اختیارات نظارتی نیز برای آن، به عنوان کارکرد سلبی، در نظر گرفته شود. در گذشته این بخش از کارکرد هر یک از قوا به عنوان یک کارکرد فرعی در کنار کارکرد اصلی در نظر گرفته می‌شد که در مباحث تفکیک قوا از اهمیت چندانی برخوردار نبود؛ اما امروزه با تحولات صورت‌گرفته در جوامع

۳۲. محمد راسخ، نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی (تهران: دراک، ۱۳۸۸)، ۲۷-۲۶.

33. Thomas O. Sargentich, "The Contemporary Debate about Legislative-Executive Separation of Powers," *Cornell Law Review* (1987): 6, Accessed August 11, 2011, www.westlaw.com

۳۴. راسخ، پیشین، ۲۶-۲۷.

مدرن و بالتبع دولت‌های مدرن، کارکرد نظارت در کنار کارکردهای اصلی قوا قرار گرفته و از جایگاه مستحکم‌تری برخوردار شده است.

به طور خلاصه امروزه از کنار این کارکرد قوا نمی‌توان به راحتی عبور کرد و به آن نقشی فرعی اعطاء نمود. بلکه در دولت مدرن این کارکرد نیاز به تأمل و تعمق بیشتری در مباحثات مختلف حقوق اساسی از جمله نظریه تفکیک قوا دارد.

۱-۲-۱- تفکیک کارکردهای نظارتی و اجرایی

با تحولات پیش‌گفته در جوامع مدرن، گسترش مفهوم اجرای صرف قوانین به اداره جوامع از لحاظ مسائل سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی و بالتبع دخالت گسترده دولت‌ها در این زمینه‌های مختلف و ظهور دولت‌های اداری، بحث نظارت بر قوه مجریه جدی‌تر شد. علاوه بر نظارت‌های سیاسی و مالی برون‌قوه‌ای از سوی قوه مقننه و نظارت‌های منظم‌تر از سوی قوه قضائیه، با توجه به اختیارات گسترده و روزافزون قوه مجریه، نظارت داخلی در خود این قوه بر فعالیت‌های کارکنان اجرایی این بخش در زمینه‌های مختلف نیز ضرورت دارد. از این‌روی، امروزه به موازات کارکنان اجرایی بخش‌های مختلف سیاسی، اجتماعی، اداری، اقتصادی و ...، شاهد حضور کارکنان نظارتی درون‌قوه‌ای داخل این قوه هستیم.

بنابراین، هنگامی که تمایز دو مفهوم نظارت و اجرا در این قوه مطرح می‌شود منظور از اجرا فعالیت‌های مستمر این قوه در قسمت‌های مختلف و مقصود از نظارت، فعالیت بخش‌های نظارتی این قوه بر عملکرد و فعالیت‌های اجرایی خود این قوه می‌باشد که ماهیتی قضایی دارد. به بیان دیگر، دو کارکرد اصلی هم‌سنگ در این قوه از منظر دیگر علاوه بر سیاسی و اداری قابل شناسایی است و آن کارکرد کارکنان و مقامات نظارتی این قوه بر اعمال کارکنان اجرایی قوه مربوطه در کنار این اعمال می‌باشد. نکته‌ای که باید در وجه تمایز دو کارکرد اجرا و نظارت به آن توجه داشت این است که با عنایت به ماهیت پسینی نظارت، نظارت تنها می‌تواند در مورد اعمال تجزیه‌پذیر در حین اجرا و یا پس از انجام عمل صورت گیرد و فقط نظارت پس از عملی شدن اقدام توسط مقام‌های اجرایی قابل اعمال است^{۳۵} و در تقسیم‌بندی، ابتدا با اجرا و سپس با نظارت بر آن فعالیت اجراشده روبه‌رو هستیم.

۱-۲-۲- تفکیک کارکردهای نظارتی و قضایی

ابتدا «لازم است مفهوم «نظارت» از «رسیدگی قضایی» تفکیک شود. نظارت همیشه به منظور پیگیری قضایی انجام نمی‌شود و ممکن است صرفاً یک سلسله آثار سیاسی یا فرهنگی به دنبال آورد. با این حال، در پاره‌ای موارد، ممکن است نظارت به رسیدگی قضایی منتهی شود ... در نظام نظارت و تعادل، رسیدگی قضایی بدون نظارت ممکن نیست، ولی عکس قضیه صادق است».^{۳۶} برای مثال، در «نظارت قضایی» شاهد تلفیق دو کارکرد نظارتی و قضایی هستیم.

با توجه به موارد فوق، کارکرد قضایی را نیز می‌توان در دو کارکرد اصلی نظارت قضایی و رسیدگی قضایی تبیین کرد. در واقع، امروزه، نقش این قوه به صرف رسیدگی به اختلافات و حل و فصل آنان محدود نمی‌گردد بلکه از سویی نه تنها این قوه دارای نهادهایی جهت نظارت درونی به فعالیت‌های درون‌قوه‌ای خود از جمله دادگاه انتظامی قضاات یا دیوان عالی و ... می‌باشد از سوی دیگر، با توجه به نظام نظارت و تعادل، از ابزار نظارت قضایی بیرونی بر سایر قوا نیز بهره‌مند گردیده است. این ابزار نظارتی از جایگاه فوق‌العاده ویژه‌ای برخوردار است زیرا تضمین اجرای قوانین، پیگیری تخلفات و اعمال برخی از ضمانت‌اجراها در این کارکرد قوه قضائیه تجلی یافته است. در واقع، بسیاری از نظارت‌های سایر قوا در صورتی نتیجه‌بخش خواهد بود که گزارش نظارتی آنان در دست قوه قضائیه قرار گیرد.^{۳۷} از این‌روی، از جایگاه برجسته و مهم کارکرد نظارتی قوه قضائیه نباید غافل بود و آن را در قالب دستگاه حل و فصل اختلافات صرف قرار داد.

نظارت قضایی را از حیث برون قوه‌ای می‌توان «به «نظارت قضایی عام» و «نظارت قضایی خاص» تقسیم کرد. تفاوت این دو نوع در موضوع و جهت نظارت است. موضوع نظارت عام، اجرای صحیح قوانین در دستگاه‌های اداری و موضوع نظارت خاص، رسیدگی به تصمیمات و اقدامات واحدهای اجرایی است. در نتیجه، آشکار است که دامنه نظارت عام به تمامی سازمان‌های حکومتی گسترش می‌یابد ولی گستره نظارت خاص محدود به حوزه دستگاه‌های اجرایی است. افزون بر آن، ضمانت‌اجرای نظارت عام «مجازات»، در حالی که ضمانت‌اجرای نظارت خاص «ابطال» است.

۳۶. همان، ۱۸-۱۷.

۳۷. همان، ۱۰۸.

امروزه، در بیشتر کشورها نظارت قضایی عام مورد توجه قرار گرفته است و این مهم به نهادهای بازرسی عام که در بیشتر موارد به شکل آمبودزمن هستند، سپرده شده است. در انگلستان مقام بازرسی اداری پارلمان، عهده‌دار این مسئولیت است و در کشورمان نیز، این مهم به بازرسی کل کشور سپرده شده است.^{۳۸} در مورد نظارت خاص نیز دادگاه‌های اداری در کشورهای مختلف شکل گرفته‌اند که از شمول قوه قضائیه خارج هستند و هرچند کارکرد آنها قضایی است اما به لحاظ کارکردی در دسته‌بندی نظارتی قوه مجریه و به لحاظ ساختاری نیز در این قوه قرار می‌گیرند. البته، بیشتر کشورهای کامن‌لا مانند انگلستان رسیدگی به اختلافات و دعاوی اداری را همچنان در زیرمجموعه قوه قضائیه قرار داده‌اند که این همان کارکرد نظارتی خاص قوه قضائیه محسوب می‌گردد.

در مجموع، در ساختار امروزی قوه قضائیه دو کارکرد اساسی برای این قوه را می‌توان شناسایی کرد. نخست، کارکرد رسیدگی قضایی به دعاوی و حل و فصل اختلافات و اعمال مجازات‌ها به روش سنتی این قوه، توسط قضات در دادگاه‌های عمومی و دوم کارکرد نظارتی درون‌قوه‌ای و برون‌قوه‌ای بر سایر قوا به خصوص قوه مجریه از طریق نظارت عام یا خاص که در برخی از کشورها صورت می‌گیرد.

۱-۲-۳- تفکیک کارکردهای نظارتی از قانون‌گذاری

هنگامی که از پارلمان صحبت به میان می‌آید، نخستین کارکردی که به ذهن متبادر می‌گردد، قانون‌گذاری است. در صورتی که امروز مجالس با انتقال اختیار ابتکار قوانین و تصویب قوانین در مورد جزئیات اجرای قوانین به قوه مجریه، بیشتر به نقش نظارتی خود تا قانون‌گذاری به عنوان کارکرد سنتی خویش پرداخته‌اند. امروزه، مجالس قانون‌گذاری کارکردهای نظارتی مختلفی از جمله نظارت سیاسی، نظارت مالی و حتی در مواردی نظارت تقنینی (نظارت بر مطابقت مصوبات دولت با قوانین اساسی و عادی) را پذیرفته‌اند و برای انجام این وظایف نظارتی به تأسیس نهادهای فرعی مختلف^{۳۹} یا کمک گرفتن از سازمان‌های مستقل مبادرت می‌ورزند.

۳۸. جایگاه این مقام در ایران محل بحث است که آیا می‌توان این دستگاه را یک مقام قضایی یا اداری و یا یک آمبودزمن به شمار آورد که از مجال این مقاله خارج است و نیازمند یک بررسی جداگانه می‌باشد.
۳۹. از جمله بازرسی اداری پارلمان در کشور انگلستان.

نظارت سیاسی شامل مسئولیت سیاسی وزراء و در مواردی رئیس‌جمهور در برابر نمایندگان مردم است که با سؤال یا استیضاح نمایندگان مردم اعمال می‌گردد و در صورت ناکارآمد و ضعیف تشخیص دادن وزیر یا کابینه مربوطه منجر به عزل یا استعفای وی از مقام مربوطه می‌گردد و لزوماً همراه با بازخواست و پیگیری قضایی نیست. نظارت مالی نیز با هدف نظارت بر حساب درآمد و نحوه هزینه کردن آن توسط دولت اعمال می‌شود که هیچ نهادی برای این منظور شایسته‌تر از پارلمان به نظر نمی‌رسد. به طور معمول، این نظارت توسط نهادهای، مانند دیوان محاسبات در ایران و فرانسه، وابسته به مجلس انجام می‌شود. نظارت تقنینی نیز که در واقع همان نظارت بر قانون‌گذاری است در دو بخش نظارت مطابقت قوانین مصوب مجلس با قانون اساسی و نظارت مطابقت مصوبات دولت با قوانین عادی و اساسی صورت می‌گیرد.^{۴۰} نوع نخست این نظارت توسط دادگاه‌های قانون اساسی یا در مواردی قوه قضائیه صورت می‌گیرد و از بحث صلاحیت نظارتی مجلس خارج است؛ اما در نوع دوم نظارت فوق، در برخی موارد پارلمان این وظیفه را برعهده می‌گیرد. برای مثال در کشورمان وظیفه نظارت بر مطابقت مصوبات دولتی با قوانین عادی به رئیس مجلس شورای اسلامی سپرده شده^{۴۱} و بدیهی است که این نوع نظارت با نظارت قضایی بر مصوبات دولتی که در بیشتر کشورها پیش‌بینی شده است، متفاوت بوده و نباید این دو را با هم خلط کرد.

در مورد تفکیک کارکردهای نظارتی و قانون‌گذاری نباید این نکته را از نظر دور داشت که نظارت پارلمان مبتنی بر قانون‌گذاری است بدین معنا که ابتدا باید قانون یا مصوبه‌ای در پارلمان تصویب شود و سپس، پارلمان بر اجرای این قانون یا مصوبه (برای مثال بودجه) نظارت نماید. در مورد نظارت سیاسی نیز وضعیت به همین گونه است و ابتدا باید مسئولین سیاسی از پارلمان رأی اعتماد (جمعی یا فردی) اخذ نمایند سپس، نظارت بر عملکرد آنها صورت می‌گیرد.

۲- تفکیک کارکردهای برون‌قوه‌ای

در دولت مدرن، کارکرد هر قوه با توجه به نیازهای جامعه و تحولات ساختار حکومت به خارج از آن تسری یافته است. این تسری کارکردها به خارج از قوا به دو شکل صورت می‌پذیرد.

۴۰. محمدحسین زارعی، مطالعه تطبیقی مجالس قانون‌گذاری (تهران: مجلس شورای اسلامی مرکز پژوهش‌ها،

۱۳۸۴)، ۳۵.

۴۱. مواد ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

نخست، با تسری کارکرد یک قوه به سایر قوای حکومت مواجه هستیم (الف). در وهله دوم، با مطالعه این واقعیت هویدا می‌شود که با توجه به مقتضیات اجتماعی، اقتصادی و سیاسی، در دولت‌های مدرن نهادهای مستقلی خارج از قوای سه‌گانه و داخل در حکومت شکل گرفته‌اند. این نهادها در عمل بسیاری از کارکردهای قوای حکومتی را در دست گرفته‌اند و از این‌روی، جایگاه آنها در تفکیک قوای ساختاری محل تأمل است (ب).

۲-۱- تسری کارکردهای هر قوه به سایر قوای حکومتی

۲-۱-۱- تسری کارکرد قانون‌گذاری به خارج از قوه مقننه

وضع هنجارهای حقوقی همواره به عنوان کارکرد اصلی و سنتی قوه مقننه شناخته شده است؛ اما امروزه، قوه مجریه با در اختیار گرفتن صلاحیت تدوین و تصویب آیین‌نامه‌های اجرایی، تعلق سنتی آن را به قوه مقننه مخدوش نموده است. در عمل خود قوه مقننه نیز هرگز از تصدی این اختیار و ورود در مسائل جزئی استقبال نکرده است؛ چراکه قانون‌گذار نه زمان کافی برای تدوین مقررات جزئی را دارد و نه به اندازه وزارتخانه‌ها و دستگاه‌های اجرایی آگاهی و تخصص فنی در رابطه با وضع این مقررات را داراست. به همین جهت با توجه به ضرورت و تخصص قوه مجریه، اختیار تدوین و تصویب آیین‌نامه‌های اجرایی به این قوه سپرده شده است. در نتیجه، قوه مقننه به وضع هنجارهای کلی اکتفاء نموده و اختیار وضع هنجارهای جزئی را در قالب مقررات اجرایی به قوه مجریه تفویض کرده است.

ضرورت این مسئله به دغدغه‌ای که در همان ابتدای شکل‌گیری نظریه تفکیک‌قوا ذهن اندیشمندان این عرصه از جمله لاک و هرینگتون را به خود مشغول کرده بود بازمی‌گردد. پرسش اصلی در این خصوص این بود که قوانین کلی و عمومی وضع‌شده توسط قوه مقننه نیازمند تفسیر و مقرراتی جزئی‌تر برای اجرا هستند که تهیه این مقررات از توان قانون‌گذار خارج است^{۴۲} پس چه نهادی باید چنین امری را برعهده گیرد؟ پورتالیس^{۴۳} چرایی این مسئله را به خوبی روشن کرده است: «در قانون‌گذاری معقول، جزئیات بسیار متنوع و بحث‌برانگیز نباید وارد شود و قانون‌گذار را به احاطه خویش درآورد، تلاش قانون‌گذار نباید صرف

۴۲. در عهد باستان در آثار کسانی چون ارسطو و حتی قوانین رم باستان نیز تأکید بر عمومیت قانون و کلی بودن مقرره‌ها وجود داشت. ارسطو می‌گوید: «قانون چیزی بیش از تحت مقررره کلی درآوردن نمی‌تواند انجام دهد» یا قانون رم در ردیف XII بیان می‌کند «قانونی علیه یک فرد وضع نخواهد شد».

Vile, op.cit., 26.

43. Portalis.

پیش‌بینی بیهوده موضوعاتی شود که تبیین زودهنگام آنها خالی از خطر نیست»^{۴۴}، در این صورت، «قانون‌گذار (...) به زودی به مأمور قضایی تبدیل و منافع خصوصی بر قوه مقننه غالب خواهد شد و آن را همواره از مسیر منافع عمومی منحرف خواهد کرد»^{۴۵}؛ بنابراین، قانون‌گذار نباید به اموری مانند وضع آیین‌نامه و قضاوت بپردازد که در صلاحیت مقامات اجرایی یا قضایی قرار دارند.

برای حل این مسئله پذیرفته شد که قلمرو قانون از مقررات اجرایی جداست و مقررات مذکور باید در حدود قوانین بوده و مغایر با آن نباشد؛ اما تعیین مرز این دو صلاحیت بر اساس این تقسیم‌بندی نظری به سهولت قابل تفکیک و تعیین نیست. در عمل تشخیص تمایز امور جزئی از کلی بسیار دشوار است و موجب تداخل بسیار عملکرد این دو قوه گردیده است. به عنوان مثال، به نظر یکی از اندیشمندان: «اگر کنگره تدابیر و اهداف را به روشنی نیز بیان کند، هیچ موضوعی نیست که مستلزم مداخله دستگاه اجرایی در جزئیات آن نباشد؛ بنابراین، حتی اگر مسئله‌ای سیاسی خوانده شود نه‌تنها ممکن است موضوع قانون‌گذاری بلکه اجرایی هم باشد»^{۴۶}. بررسی حقوق اساسی کشورهای مختلف نیز در این زمینه مؤید این مطلب است که تعیین مرز میان قانون و آیین‌نامه همواره از چالش‌های جدی حقوق عمومی بوده است.

همچنین، با گذشت زمان و با توجه به تحولات داخلی و حقوق بین‌الملل در گسترش روابط بین دولت‌ها، به دلیل تخصصی و پیچیده‌تر شدن سیاست‌گذاری، قوه مجریه به عنوان نهاد مجری سیاست‌های ملی در سطح داخلی و خارجی به نحوی گسترده‌تر وارد حوزه خطامشی‌گذاری و تعیین سیاست ملی شد که پیش از این، صرفاً در اختیار قوه مقننه به عنوان نماینده مردم و جامعه بود. در نتیجه، در حقوق اساسی مدرن، بارزترین صلاحیت قوه مجریه نه اجرای قوانین بلکه اعمال «صلاحیت‌های حکومتی» است.

باید توجه داشت که شاید قوه قضائیه مستقیماً در امر قانون‌گذاری دخیل نباشد اما در عمل با توجه به ایجاد رویه قضایی، این رویه نقشی مهم در وضع قوانین جدید (به ویژه در کشورهای تابع نظام کامن‌لا) ایفاء می‌کند؛ بنابراین، نادیده انگاشتن نقش قوه قضائیه در شکل‌گیری قوانین و مقررات کشورها بسیار ساده‌انگارانه خواهد بود.

۴۴. الیزابت زولر، درآمدی بر حقوق عمومی، ترجمه سید مجتبی واعظی (تهران: جاودانه جنگل، ۱۳۸۹)، ۲۲۸.

۴۵. همان.

46. Reginald Parker, "Separation of Powers Revisited, It's Meaning to Administrative Law," *Michigan Law Review* 49 (1951): 1027.

با عنایت به نکات فوق، امروزه تسری کارکرد قانون‌گذاری از چارچوب قوه مقننه به خارج از این قوه قابل انکار نیست. رخدادی که از دیدگاه‌های کلاسیک و ساختاری نظریه تفکیک قوا فاجعه‌بار بوده و طرفداران این دیدگاه‌ها همواره در تکاپو برای توجیه آن برآمده‌اند. در حالی که در دیدگاه کارکردی این مسئله به هیچ روی چالش محسوب نمی‌گردد که نیازی به راه‌حل یا توجیه داشته باشد زیرا در این دیدگاه، هر قوه می‌تواند کارکردهای متفاوتی را در خود داشته باشد و لزومی به محدود کردن یک قوه صرفاً به کارکرد اولیه و اصلی وجود ندارد. در دیدگاه کارکردی برای تبیین ماهیت عمل یک قوه به ماهیت اعمال آن و نه به سازمان مجری آن اعمال توجه می‌شود؛ به عبارت دیگر، الزامی برای تقنینی بودن تمامی اعمال قوه مقننه و در عین حال محصور بودن کارکرد تقنینی در این قوه وجود ندارد زیرا قوه مجریه نیز در موارد خاص دارای فعالیت‌هایی با کارکرد تقنینی است. طبق نظریه تفکیک کارکردی قوا در مواردی که دولت فعالیت تقنینی دارد، صرف انجام این عمل توسط سازمان‌های دولتی ماهیت تقنینی عمل را تغییر نمی‌دهد و لزومی ندارد به دنبال توجیه این عمل در ساختار قوه مجریه‌ای محصور به کارکرد اجرایی باشیم.

این دودستگی ایدئولوژیکی را ویلیام گین در اثر خود در بیان دو دیدگاه غالب قضات در قضاوت در زمان ریگان به خوبی طبقه‌بندی کرده است: «شکل‌گرایان»^{۴۷} آرزوی محدود کردن هر قوه حکومت را به اعمال صرف قدرت اعطاء شده توسط قانون اساسی دارند. در سوی دیگر، «کارکردگرایان»^{۴۸} در موارد مداخله یک قوه در کارکرد اصلی قوای دیگر، دیدگاه انعطاف‌پذیرتری از خود ارائه می‌دهند.^{۴۹} وایل این باور شکل‌گرایان (یا به تعبیری ساختارگرایان) در تعیین کارکرد قوا را در ابهام موجود در مفهوم واژه «قدرت» ریشه‌یابی می‌کند. وی بر این نظر است که «ابهام واژه قدرت، شکل‌گرایان را بدین‌سوی رهنمون می‌سازد که کارکردی اصیل باید برای هر قوه حکومت در نظر گرفته شود». قاضی اسکالیا^{۵۰}، شکل‌گرای دیگر، اعلام می‌کند که «تحقیق دولتی و تعقیب جرایم کارکرد اصیل اجرایی است و هر صلاحیت اجرایی باید به صورت مطلق در اختیار رئیس‌جمهور باشد؛ اما در عین حال، چگونگی تعیین این صلاحیت مطلق مشخص نیست.»^{۵۱} در واقع، این رویکرد (اختصاص

47. Formalist.

48. Functionalist.

49. William B. Gwyn, "The Indeterminacy of the Separation of Powers and the Federal Courts," *George Washington Law Review* 57 (1989): 474-475.

50. Scalia.

51. Vile, op.cit., 402.

مطلق کارکرد اجرایی به قوه مجریه) مبنای فلسفی روشنی ندارد^{۵۲} و نمی‌توان سایر بخش‌های حکومت را از داشتن کارکردهایی با ماهیت مشابه منع و یا این قوه را از کارکردی غیر از کارکرد اجرایی محروم نمود.

به علاوه، اگر بخواهیم کارکرد ذاتی و اصیلی را نیز برای قوه مقننه تعریف کنیم به یقین، این کارکرد قانون‌گذاری نخواهد بود زیرا «پیش از کشف دوباره کتاب سیاست ارسطو در قرن سیزدهم و استقبال از قوانین تدوین‌شده یوستینیانوس در قرن پانزدهم، اروپای غربی در حدود هزار سال دورانی را گذراند که طی آن، قانون آمرانه مستقل از اراده انسان تلقی می‌شد و ایده وضع و اصلاح ارادی قانون تقریباً به منزله توهین به مقدسات به شمار می‌رفت»^{۵۳}. این دوران دقیقاً هم‌زمان با پیدایش و شکل‌گیری مجالس در اروپا بود. در واقع فلسفه شکل‌گیری این مجالس به بحث نظارت بر مالیات‌ها و تأمین مشروعیت حکومت اخذکننده مالیات بوده است. در واقع، «هنگامی که حاکم جهت رسیدن به اهداف حکومتی مالیات‌هایی (پول یا خدمات) از مردم می‌گرفت و ناگزیر از اعمال زور غیرمجاز در قواعد عرفی می‌شد باید حداقل از حمایت رعایای قوی‌تر خود اطمینان خاطر می‌داشت»^{۵۴}. به همین دلیل به تدریج مجالسی با حضور فئودال‌ها و طبقات مختلف جامعه در اروپا شکل گرفتند. این مجالس در کشورهای چون فرانسه توسط مقام سلطنت تضعیف شدند اما در انگلستان، برخلاف سایر کشورها، رشد کردند و اختیارات خود را با توجه به فرصت‌های تاریخی توسعه دادند. در انقلاب کبیر، مجالس مذکور امتیاز وضع قوانین را به خود اختصاص دادند که امتیاز فوق در مراحل بعدی تطور تاریخی به اساسی‌ترین کارکرد این مجالس در دوران تاریخی تبدیل شد و نقش نظارتی آنان را تحت‌الشعاع قرار داد؛ اما امروزه، با توجه به تغییرات جوامع مدرن، عدم تکافوی توان

۵۲. هایک در این رابطه در کتاب قانون، قانون‌گذاری و آزادی در بیان نظریه نظم خودجوش خود می‌گوید: «خواهیم دید که نه‌تنها جانشین کردن یک سازمان به جای نظم خودجوش و در عین حال استفاده از بیش‌ترین معرفت پراکنده ممکن میان همه اعضای آن نظم غیرممکن است، بلکه همچنین بهبود یا تصحیح این نظم، با دخالت از طریق دستورات مستقیم نیز ممکن نیست. اختیار کردن چنین ترکیبی از نظم خودجوش و سازمان هرگز نمی‌تواند عقلایی باشد. در حالی که عاقلانه است دستورات تعیین‌کننده یک سازمان را با قواعد کمکی تکمیل کنیم و به طور معقولی می‌توان از سازمان‌ها به عنوان عناصر نظم خودجوش استفاده کرد، اما هیچ‌گاه تکمیل کردن قواعد حاکم بر یک نظم خودجوش با دستورات مجزا و کمکی در خصوص آن دسته از فعالیت‌ها که در آنها اعمال افراد توسط قواعد رفتاری کلی هدایت می‌شوند سودمند نخواهد بود؛ فردریش فون هایک، قانون، قانون‌گذاری و آزادی: قواعد و نظم، ترجمه مهشید معیری و موسی غنی‌نژاد (تهران: طرح نو، ۱۳۸۰)، ج ۱، ۸۸.

۵۳. همان، ۱۳۵-۱۳۴.

۵۴. همان، ۱۴۵.

انحصاری این قوه برای وضع تمامی مقررات لازم برای اداره کشور آشکار گردید. از این‌روی، بخشی از این صلاحیت، به دلیل تخصص و کارآمدی، به دولت بازگشت. به عبارت دیگر، این مجالس دوباره به سمت اعمال اختیارات گسترده نظارتی خویش پیش می‌روند؛ بنابراین، ادعای کارکرد ذاتی قانون‌گذاری مجالس و محدود بودن عملکرد این قوه به کارکرد قانون‌گذاری و همچنین انحصار این کارکرد به مجالس، دارای مبنای علمی قوی به نظر نمی‌رسد.

پس بر اساس رویکرد کارکردی به تفکیک قوا، تسری کارکرد تقنینی به سایر قوا دلیل شکست و ازهم‌پاشیدگی تفکیک کارکردهای حکومت محسوب نمی‌شود زیرا با اتخاذ دیدگاه انعطاف‌پذیر، ماهیت عمل به خود عمل و نه سازمان مجری، بستگی دارد. بدیهی است این کارکرد قوه مجریه قانون‌گذاری صریح است و در نتیجه، نیازی به توجیه این کارکرد با دلایل گوناگون از جمله تبعیت این مقررات از قوانین مصوب پارلمان و جزئی بودن آنها و ... وجود ندارد. شاید این مبنا که عمل قانون‌گذار کلی و عمل قوه اجرایی صرفاً تکمیل جزئیات است هنوز صادق باشد اما در عمل تفکیک دو حوزه کلی و جزئی امور از یکدیگر چندان امکان‌پذیر نیست. به علاوه، در هر موردی که قانون‌گذار حق وضع قاعده کلی را دارد قوه اجرایی نیز می‌تواند در جزئیات وارد گردد. از این‌روی، در این دیدگاه هیچ موضوعی وجود ندارد که قوه مجریه صلاحیت وضع مقررات در آن خصوص را نداشته باشد.

۲-۱-۲- تسری کارکرد قضایی به خارج از قوه قضائیه

در مورد کارکرد قضایی نیز باید اذعان داشت امروزه این کارکرد به هر سه قوه موجود در حکومت تسری یافته است تا حدی که هر سه قوه از صلاحیت قضایی برخوردار هستند. برای مثال، قوه مقننه در مواجهه با موارد تخلف برخی از مقامات عالی حکومتی با آرایشی خاص به صورت یک دادگاه ویژه با اختیار تعقیب و رسیدگی قضایی ظاهر می‌شود.

مبنای این صلاحیت را به دیدگاه‌های نظریه‌پردازان اولیه تئوری تفکیک قوا از جمله منتسکیو می‌توان مرتبط دانست. وی این کارکرد را از نظام سیاسی انگلستان اقتباس نموده بود و در توجیه آن بیان می‌دارد: «اگرچه به طور کلی قوه قضائیه نباید به هیچ بخشی از قوه مقننه مربوط باشد ولی سه مورد استثنائی را نیز شاهد هستیم. این موارد مربوط به منافع خصوصی متهمین است که مورد تعقیب و محاکمه قرار می‌گیرند: نخست، چون رجال و بزرگان همیشه مورد حسد می‌باشند اگر توده آنها را محاکمه کند ممکن است به خطر بیفتند ... سوم، باز هم ممکن است یک فردی در امور عمومی به حقوق مردم تجاوز کرده مرتکب

تبهکاری‌هایی بشود که قضات دادگاه نخواهند و یا نتوانند به او کیفر بدهند. در این صورت برای حفظ حیثیت ملت و امنیت افراد باید مجلس شورای ملی در مجلس سنا طرح ادعا نماید...»^{۵۵} این سنت از ابتدا تا به امروز جایگاه خود را حفظ نموده است.

از سویی، با پیشرفت جوامع و پررنگ شدن مسائلی چون تأمین دفاع، امنیت، سلامتی، آموزش، تأمین اجتماعی، انرژی، نقل و انتقال و سایر خدمات حمایتی توسط سازمان اداری و رشد آن، این سازمان به صورت مرکزی مهم در درون دولت در آمد و به تبع آن، چالش نظارت بر این مرکز در دولت‌های مدرن جدی‌تر شد. از سوی دیگر، وجود نظارت کلی با عنوان «مسئولیت سیاسی وزیران» در قبال همه عملکردهای وزارتخانه برای نظارت بر این سازمان غول‌آسا کافی نمی‌نمود. این مشکلات موجب شکل‌گیری نظارتی مستقل از رسیدگی قضایی در خود دستگاه قوه مجریه بر دستگاه‌های اداری و به دنبال آن، با توجه به تخصصی بودن امور، ایجاد مراجع اختصاصی اداری در کشورهای اروپایی گردید.

این مراجع به رسیدگی قضایی خارج از چارچوب ساختاری قوه قضائیه می‌پردازند و در بسیاری موارد تصمیم‌های آنان منجر به صدور رأی نیز می‌گردد و از این‌روی، با اینکه اعضای این مراجع عمدتاً شامل قضات دادگستری نیست، به عنوان «دادگاه» خارج از قوه قضائیه شناسایی می‌شوند؛ بنابراین، در این حوزه، قوه مجریه آشکارا کارکرد قضایی دارد و علاوه بر پارلمان، شاهد تسری کارکرد قضایی به قوه مجریه نیز هستیم.^{۵۶}

بنابراین، امروزه با توجه به این مسائل شاهد تسری کارکرد قضایی به سایر قوای حکومتی در سطح گسترده به ویژه قوه مجریه حتی در کشورهای کامن‌لا می‌باشیم. با توجه به استدلال‌های پیشین، در دیدگاه کارکردی لزومی به کوشش در توجیه انجام این‌گونه فعالیت‌های قضایی توسط قوه مجریه برای تضمین کارکردهای مطلوب اداری و اجرایی نیست. به بیان دیگر، باید از به کارگیری عبارات مبهم و فاقد مبنای دقیق فلسفی مانند

۵۵. شارل لویی دوسکوندا مونتسکیو، *روح القوانین*، ترجمه علی‌اکبر مهتدی (تهران: اقبال، ۱۳۳۹)، ۳۰۶-۳۰۵.

۵۶. در نظام‌های متأثر از کامن‌لا از جمله انگلستان و ایالات‌متحده آمریکا این صلاحیت به طور عام به دادگاه‌های عمومی واگذار گردیده است و شهروندان در هر زمان حق دارند جهت احقاق حقوق خود دولت را به پاسخ‌گویی در مقابل قضات قوه قضائیه وادار نمایند. با این استدلال که سپردن امر نظارت و رسیدگی به دعوی که کارکرد سنتی و شناخته‌شده قوه قضائیه است به قوه مجریه، سبب دخالت قوه مزبور در صلاحیت قضایی و نقض اصل تفکیک قوا و استقلال قوه قضایی می‌گردد. در این کشورها با استناد به اساسی‌ترین اصل این نظام‌ها، یعنی برابری، در دادگاه‌های دادگستری، دولت نیز مانند همگان ممکن است خارج از چارچوب قوانین عمل کرده و موجب نقض قوانین شود و به همین استدلال می‌توان دولت را نزد محاکم قضایی متوقف ساخت.

«شبه‌قضایی» برای حفظ سنت قوای سه‌گانه و نظریه پوسیده انحصار هر کارکرد در هر قوه پرهیز نمود. در واقع، فعالیت دادگاه‌ها و مراجع اختصاصی اداری تمام شرایط و ویژگی‌های لازم کارکرد قضایی را دارد و به نظر نمی‌رسد اطلاق وصف «شبه‌قضایی» به صرف اینکه این اعمال توسط سازمانی اداری و زیرمجموعه قوه مجریه صورت می‌گیرد، صواب باشد. به گفته روبین^{۵۷} تقریباً همه اصطلاحات و مفاهیمی که ما در نظریه‌های حقوقی و سیاسی به کار می‌گیریم بیشتر از تطبیق با واقعیت، مجازی هستند. برای مثال، در جوامع گوناگون، «قوانین» و «انتخابات» مفاهیم حقیقی اما «حقوق» و «مردم‌سالاری» مفاهیمی مجازی هستند. با تمثیل مشابه، رئیس‌جمهور و مقام قضایی فدرال مقام‌هایی عینی هستند اما سه قوه حکومت تنها در عالم ذهنی وجود دارند. متأسفانه، در بسیاری موارد، به این دسته‌بندی‌های مجازی به صورت واقعیت موجود نگریسته می‌شود.^{۵۸} بنابراین، دیدگاه کارکردی به تفکیک قوا که به واقعیت تسری این کارکردها به خارج از قوا و پذیرش آن متکی می‌باشد، بسیار واقع‌بینانه‌تر از دیدگاه‌هایی است که به عناوین مختلف در تلاش برای توجیه واقعیت‌های جامعه مدرن در قالب‌های سنتی هستند.

۲-۲- کارکردهای نهادهای مستقل حکومتی

مسئله نقض ساختار سه‌گانه نظریه تفکیک قوای کلاسیک به تداخل کارکردهای سه قوه موجود حکومت محدود نمی‌شود بلکه با توجه به ساختار متفاوت نظام‌های سیاسی مختلف، در هر نظام سیاسی نهادهایی خارج از این سه قوه و داخل در ساختار حکومت برای تسهیل امور یا اعمال نظارت فرادست بر این قوا نیز ساخته و پرداخته شده‌اند. بدیهی است که وجود این نهادها دیدگاه تقسیم کارکردهای حکومت به سه کارکرد و تفکیک اعمال آنها در سه قوه جداگانه را به چالش می‌کشد. این نهادها بسته به نوع نظام‌های حکومتی و فرهنگ حاکم بر جوامع مختلف چهره‌های متفاوتی به خود گرفته‌اند که بررسی تک‌تک این موارد به بررسی‌های حقوق تطبیقی در رابطه با نظام‌های مختلف واگذار می‌گردد اما در اکثر کشورها از مراجع صیانت از قانون اساسی و نهاد بازرین غیردولتی‌ها به عنوان مصادیق بارز این نهادها یاد می‌شود. به همین جهت ما به بررسی موقعیت این نهادها در نظریه تفکیک قوا می‌پردازیم.

57. Rubin.

58. Vile, op.cit., 446-447.

۲-۲-۱- جایگاه مراجع صیانت از قانون اساسی در تفکیک قوای حکومتی

اهمیت و ضرورت ایجاد نهادهای صیانت از قانون اساسی و وظیفهٔ خطیر آنان در پاسداری از قوانین اساسی کشورها بر هیچ کس پوشیده نیست و در کتب و مقالات مختلف به طور مفصل بدان پرداخته شده است؛ اما نکته‌ای که در این پژوهش در رابطه با این نهادها مورد توجه است، بررسی جایگاه این نهادها با توجه به نظریه تفکیک سه‌گانه قواست. ایرادی که هانس کلسن مطرح نمود و این انتقاد مورد توجه بسیاری از اندیشمندان قرار گرفت.

کلسن در پاسخ به این ایراد، نظریه «قانون‌گذاری منفی»^{۵۹} خود را مطرح می‌کند. «بر اساس این نظریه، ابطال یک قانون به معنای وضع هنجاری کلی است؛ اما تفاوت اساسی قانون‌گذاری با ابطال ساده قوانین در این است که قانون‌گذار سلبی از «آزادی آفرینش» قانون‌گذار وضعی برخوردار نیست و محدوده فعالیت‌های وی به دقت در قانون اساسی تعیین شده است».^{۶۰} اما به نظر می‌رسد این استدلال اگرچه چالش تداخل این نهادها در کارکرد قوه مقننه را حل می‌کند اما همچنان مسئله اساسی که جایگاه این مراجع در نظام سیاسی کشورهاست را بی‌پاسخ باقی می‌گذارد. امروزه، در اکثر کشورها مراجع صیانت از قانون اساسی با توجه به ویژگی‌های خاص خود از جمله استقلال از همه نهادهای دولتی، دادرسانی به غیر از قضات دارای پایه قضایی و ... دارای جایگاهی خارج از قوای سه‌گانه هستند و به نحوی نقش ناظر بر این قوا را بازی می‌کنند. تفاوت اصلی دادگاه‌های قانون اساسی با دیوان عالی در این است که دادگاه‌های قانون اساسی اگرچه با نام دادگاه شناسایی می‌شوند^{۶۱} اما زیر نظر دستگاه قضایی کشور نیستند؛ چراکه همان‌طور که کلسن اشاره می‌کند، نمی‌توان نهادی را

59. Negative Legislation.

۶۰. لویی فاورو، *دادگاه‌های قانون اساسی*، ترجمه علی‌اکبر گرجی (تهران: میزان، ۱۳۸۸)، ۳۲.

۶۱. در رابطه با نوع کارکرد این مراجع و اینکه آیا با توجه به ویژگی‌های خاص آنان و عدم تشکیل آنها از قضات دارای پایه قضایی می‌توان آنها را دادگاه محسوب کرد یا خیر، بحث‌های گوناگونی صورت گرفته است. به نظر می‌رسد ماهیت کارکرد این مراجع را باید نظارت تقنینی به معنای نظارت بر قانون‌گذاری انگاشت. در رابطه با کارکرد قضایی و تلقی دادگاه از این نهادها نیز صحیح به نظر نمی‌رسد که به صرف ترکیب اعضای این نهادها و روش تعیین و عملکرد آنها بتوان آنها را از زمرهٔ دادگاه‌ها کنار گذاشت. به این ترتیب بر نام‌گذاری دادگاه‌های ایالات متحده در زمان اعمال این صلاحیت نیز می‌توان اشکال وارد کرد. «به طور قطعی مسئله مهم این است که دادگاه به بیان حق بپردازد، تصمیم صادره از اعتبار امر مختوم‌بها برخوردار باشد و اعلامیه‌های صادره مبنی بر مخالفت با قانون اساسی منجر به ابطال نوعی و کلی قوانین مورد نظر بشود». همان، ۴۰.

که مسئول تضمین احترام به قانون اساسی است به یکی از قوای تحت نظارت تشبیه کرد. در واقع این نهادها قوای سه‌گانه را به فعالیت در چهارچوب صلاحیتشان وادار می‌کند.^{۶۲} نکته دیگری که در تبیین جایگاه مراجع نظارت بر قوانین باید به آن توجه داشت اینکه نظارت بر قوانین بر دو بخش قابل تقسیم است. نخست، نظارت بر سازگاری قوانین عادی با قانون اساسی و دیگری نظارت بر مطابقت مقررات دولتی با قانون اساسی است. برخی از دادگاه‌های قانون اساسی، مانند دادگاه‌های قانون اساسی آلمان و ایتالیا، صلاحیت هر دو شکل نظارت را برعهده دارند اما در برخی دیگر از کشورها صلاحیت این دادگاه‌ها منحصر به نظارت بر سازگاری قوانین عادی با قانون اساسی است. برای مثال، شورای قانون اساسی فرانسه فقط سازگاری قوانین عادی با قانون اساسی را مورد بررسی قرار می‌دهد و انطباق مقررات دولتی با قانون اساسی به نهاد دیگری با عنوان شورای دولتی واگذار شده است.

۲-۲-۲- نهادهای بازمین غیردولتی^{۶۳}

علاوه بر موارد فوق، در این حوزه با پدیده‌ای دیگر در درون دولت‌ها با عنوان حکومت شبکه‌ای^{۶۴} مواجه هستیم. در این مقوله، روبین بر این نظر است که ساختار تفکیک سه‌گانه حکومت را باید کنار نهاد و آن را با بدیلی با عنوان «حکومت شبکه‌ای»^{۶۵} جایگزین کرد. در عین حال، مفاهیم حقوق اساسی مدرن مانع فهم ساختار دولت مدرن را باید بیرون ریخت و با این تحلیل شبکه‌ای با مسائل ساختاری آن روبه‌رو شد. این دگرگونی شبکه‌ای تحلیل دقیق‌تری از حکومت مدرن به دست می‌دهد و ما را قادر می‌سازد که ابتدا وجود حکومت را قبول کنیم، سپس، عملکرد پیچیده آن را درک کنیم و در نهایت، سازوکارهای عملی برای بهینه‌سازی آن پیشنهاد کنیم. شاید این تحلیل بسیار افراطی به نظر برسد اما تحلیل را فراتر از تفکیک قوا می‌برد و ضرورت تحولاتی را در ساختار حقوق عمومی گوشزد می‌کند.^{۶۶}

۶۲. همان، ۴۳.

63. Ephorate.

64. Network.

۶۵ حکومت شبکه‌ای حکومتی است که در آن نقاط خاصی وجود دارد که بین آنها اتصال برقرار است این نقاط وظیفه انتقال انرژی یا اطلاعات را برعهده دارند. به صورت ساده‌تر این الگوبرداری از سیستم عصبی انسان است که در این سیستم نقاط به صورت شبکه به یکدیگر اتصال دارند و از طریق این شبکه نورون‌های عصبی اطلاعات را به مغز منتقل می‌کنند.

66. Vile, op.cit., 455.

مطابق این مفهوم، نظام سلسله‌مراتب سنتی که در وزارتخانه‌ها می‌شناسیم و وبر^{۶۷} از آن به عنوان یکی از شش عنصر کلیدی دیوان‌سالاری مدرن نام می‌برد، به طور کامل دگرگون می‌شود. در نظام جدید، نهادهایی با عناوین گوناگون مانند بانک مرکزی مستقل، نهاد مقررات‌گذار بخش انرژی، نهادهای بازرسی (در مدارس، بهداشت، ایمنی، آلودگی، پلیس و زندان‌ها)، مؤسسه ملی سلامتی و امتیازات کلینیکی یا کمیسیون اطلاعات و ... در کنار وزارتخانه‌ها به طرق گوناگون بر سیاست عمومی تأثیر می‌گذارند. حتی، در اغلب موارد، این نهادها در سیاست عمومی به نحوی فعال‌تر و تأثیرگذارتر از دولت یا پارلمان ظاهر می‌شوند. دسته‌بندی این نهادها به جهت تنوع در ساختار و کارکردهای آنان در نظام حکومتی امکان‌پذیر نیست. بیشتر این نهادها در غالب یک آمبودزمن شکل می‌گیرند. طبق تعریفی^{۶۸} که توسط کمیته آمبودزمن در کانون وکلای بین‌المللی از آمبودزمن‌ها ارائه شده است نباید پنداشت که این نهادها در زمره سازمان‌های نظارتی هستند. «نهاد آمبودزمن در نوع خود نهادی منحصر به فرد است. آمبودزمن نه داور است که توسط طرفین منازعه انتخاب شده و نظریه آن الزام‌آور باشد و نه میانجی‌سازش ... و نه دادگاه است که تصمیماتش نافذ باشد و نه گزارشگر صرف است که درباره موضوعی خاص گزارش تهیه کند ...»^{۶۹}. «آمبودزمن ترکیبی از تخصص‌ها و کارشناسی‌هاست. گاهی کارشناس است و قانونی و یا راه‌حلی برای پیشبرد نظام‌مند امور پیشنهاد می‌کند. گاهی میانجی است و طرفین را به سازش دعوت می‌کند و گاهی قاضی است که شکایتی را رسیدگی می‌کند و گاهی بازرسی است که تحقیق می‌کند و گزارش تهیه می‌کند»^{۷۰}.

67. Max Weber, "Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology" Guenther Roth and Clause Wittich, Berkeley: University of California Press 2 (1978): 956.

۶۸ این تعریف هنوز مورد توافق جهانی قرار نگرفته است: «مقامی که توسط قانون اساسی یا قانون‌گذار و یا پارلمان تشکیل شده و در رأس آن یک مقام عالی‌رتبه دولتی مستقل که در مقابل قانون‌گذار یا پارلمان مسئول است. {این مقام} شکایت‌ها را از افراد ستم‌دیده توسط آژانس‌های دولتی، مقامات و کارکنان یا هرکسی که به دستور آنها عمل می‌کند، دریافت می‌کند و {مقامی است} که قدرت تعقیب، تذکر به {انجام} عمل صحیح و گزارش کردن موضوعات را دارد».

Marry Seneviratne, *Ombudsmen, Public Services and Administrative Justice* (London: Butterworths Press, 2002), 8.

۶۹ حسین محمدنبی، «آمبودزمن نظارت بر عملکرد دستگاه‌ها»، *وکالت* ۱ (بهمن ۱۳۷۸)، ۳۶.

۷۰ علیرضا حسن‌زاده، «تحلیل نقش آمبودزمن در تأمین حقوق شهروندان در کشورهای عضو اتحادیه اروپا»

(پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۷)، ۸۸.

بدین ترتیب، ملاحظه می‌شود که تعیین جایگاه این نهادها و دسته‌بندی آنها تا چه اندازه می‌تواند مشکل‌ساز باشد. البته، این نهادها با اصول آژانس‌ها و یا آمبودزمن‌ها کاملاً قابل توضیح نیستند و نمی‌توان آنها را در این دسته‌بندی‌ها جای داد. در انگلستان تعداد این نهادهای بازبینی به حدود ۶۵۰ می‌رسد. با اینکه مسئولیت این نهادها اکثراً به صورت مشورتی و مقررات‌گذاری است، برخی نیز دارای کارکردهای اجرایی هستند.^{۷۱} در مجموع، «صلاحیت آنها در پنج کارکرد اصلی دسته‌بندی می‌شود:

- تأمین‌کننده خدمات مانند مسئولیت بانک انگلستان در تعیین سیاست پولی و بی‌بی‌سی به عنوان مؤسسه عمومی مستقل در خدمات پخش برنامه؛
- ارزیابی مانند نهادهای ویژه‌ای که با جمع‌آوری شواهد علمی و فنی، تصمیم‌ها و سیاست‌های عمومی در موضوعاتی مانند امنیت غذایی، دارو، ورزش، انرژی هسته‌ای، آلودگی محیط زیست، سلامتی و ایمنی را ارزیابی می‌کنند؛
- ناظر مرز منافع عمومی و خصوصی مانند آژانس‌هایی که بر مرز میان حوزه‌های خصوصی و عمومی برای تضمین منافع عمومی نظارت می‌کنند؛
- حسابرسی مانند حسابرسان و بازرسانی که بر صرف هزینه قانونی درآمدها توسط سازمان‌های دولتی در راستای طرح‌ها و اهداف عمومی نظارت می‌کنند؛
- داوری مانند نهادهای داوری، آمبودزمن‌ها و نهادهای تجدیدنظر که برای حل و فصل مؤثر اختلافات سازمان‌های اداری از طریق پیشنهاد راه‌حل و بر اساس روش‌های سنتی حقوقی یا سیاسی ایجاد شده‌اند».^{۷۲}

همان‌طور که می‌بینیم این نهادهای متنوع گویی قوه‌ای جدید را در دولت تشکیل داده‌اند. این نهادها به دلیل وجود دانش تخصصی که مبنای تصمیم‌گیری‌های دولت را تشکیل می‌دهد توانسته‌اند پست‌های حکومتی را تصاحب نمایند. در واقع، ظهور این نهادها از نیاز به تأسیس نظام فرعی اداری برای یاری به ساختار اداری پیشین برآمده است. نهادهای فوق، نظم درونی ویژه‌خویش را دارا هستند که بیشتر به نظم پلیسی تا نظم قضایی نزدیک است. در نتیجه، به دلیل شکل استثنائی این نهادها، لاگلین آنها را با الهام از طرح فیخته^{۷۳}، «افوریت جدید» (نهادهای بازبین غیردولتی جدید) می‌نامد. در اواخر قرن هیجدهم میلادی،

71. Loughlin, op.cit., 449.

72. Ibid.

73. JG. Fichte.

فیخته به منظور نظارت بر حکومت، طرح ایجاد نهادهای بازبین غیردولتی را مطرح نمود. بر اساس نظر این اندیشمند، به منظور جلوگیری از تضعیف حکومت، این نهادهای بازبین غیردولتی باید توسط مردم انتخاب شوند تا بدین ترتیب به ساختار حکومت صدمه‌ای وارد نشود. فیخته تصور می‌کرد نهادهای بازبین غیردولتی گروهی از باسوادان و عاقلان هستند که به انتخاب مردم، بر حکومت نظارت می‌کنند و استقلال آنها همواره باید حفظ شود و از این‌روی، نباید هیچ ارتباطی با قدرت اجرایی یا تمایلی بدان داشته باشند. این نهادها برای سلطه بر قدرت اجرایی ایجاد نشده‌اند بلکه برای نظارت بر آن، به ویژه بر بخش اداری، تشکیل می‌شوند. به همین دلیل، قوه مجریه پاسخگوی مستقیم آنها نیست اما برای حفظ استقلال نهادهای بازبین غیردولتی، آنها نیز به هیچ نهادی جز سازمان متبوع خویش پاسخگو نیستند. این ارگان‌ها اختیار تحقیق مستمر در اعمال دولت را دارند و می‌توانند در مواردی به قضاوت نیز پردازند.^{۷۴}

اما نهادهای بازبین غیردولتی جدید امروزی با نهادهای مورد نظر فیخته بسیار تفاوت دارند. این نهادها غیرانتخابی هستند و نمی‌توان آنها را نماینده اراده عمومی تلقی نمود و از این منظر، تهدیدی برای مردم‌سالاری محسوب می‌شوند. نهادهای مذکور جایگاه خود را از انتخاب شهروندان کسب نکرده‌اند بلکه مانند قوه قضائیه در قوانین بر اساس عملکرد و نیاز به آن پیش‌بینی شده‌اند. در عمل، نهادهای فوق، خودمختاری نهادهای انتخابی را محدود می‌کنند و می‌توانند منجر به ظهور آنچه که فیخته آن را «آریستو - دموکراسی» نام نهاده است، شوند. در مقابل، برخی نیز به این نهادها بسیار خوش‌بین بوده و آن را دارای توان بالایی برای تقویت مردم‌سالاری ارزیابی می‌کنند. برای مثال، وایبرت بر این اعتقاد است که این نهادها مراکزی قابل وثوق برای دولت در بهره‌مندی از کارشناسان و دانش به‌روز و اطلاعات کافی و در عین حال، برای شهروندان محیطی قابل اطمینان و مؤثر در نتایج انتخابات و شکل‌دهی افکار عمومی فراهم می‌سازد.^{۷۵} به هر تقدیر، این نهادهای عمومی جایگاه مهمی در قدرت حکومتی را اشغال نموده‌اند و در اکثر کشورها از طریق قانون‌گذاری پارلمان یا حتی قوانین اساسی به عرصه قدرت حکومتی وارد شده‌اند.

74. Loughlin, op.cit., 449.

75. Frank Vibert, *The Rise of Unelected: Democracy and the New Separation of Powers* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 3-13.

به طور کلی، در مورد جایگاه نهادهای بازبین غیردولتی در مباحث تفکیک قوا دو رویکرد وجود دارد: در رویکرد نخست، نهادهای بازبین غیردولتی به عنوان مجموعه‌ای از نخبگان غیرمنتخب بر حکومت و تصمیم‌گیری‌های آن تأثیر می‌گذارند در حالی که خود نهادی مردم‌سالار نیستند و از پاسخگویی مردم‌سالارانه^{۷۶} به دور هستند.

در مقابل، رویکرد دوم مبتنی بر آن است که این نهادها به عنوان قوه چهارم وارد حکومت گردیده‌اند و کاملاً بر اساس تفکیک قوا و در راستای آن عمل می‌کنند. در واقع، این نهادها از مسئولیت‌گریزی سیاستمداران جلوگیری و ظرفیت حکومت در به کارگیری دانش تخصصی و به‌روز را در عملکرد خود تقویت می‌کنند.^{۷۷}

در این مورد می‌توان به نظر آکرمن تمسک جست که بر اساس آن، بررسی اسناد و مقررات‌گذاری‌های اداری نشان می‌دهد که قوه مجریه در عمل از تخصص و تجربه حرفه‌ای برای وضع مقررات اجرایی برخوردار نیست.^{۷۸} در نتیجه، امروزه، بررسی‌های تخصصی و حرفه‌ای فوق در عمل به نهادهای بازبین غیردولتی واگذار گردیده است.

به عبارت دیگر، این نهادها از طریق ایجاد نهاد، میان سازوکارهای حرفه‌ای و تخصصی و سازوکارهای سیاسی، بر اساس ارزش‌ها و اصول، تمایز ایجاد کرده‌اند. نهادهای بازبین غیردولتی با جمع‌آوری اطلاعات، مدارک و شواهد علمی سازوکارهای نوینی (متفاوت از سازوکارهای اداری یا قضایی) برای پاسخگویی حکومت در تصمیم‌گیری‌های خویش ایجاد نموده‌اند.^{۷۹} در واقع، نهادهای بازبین غیردولتی موجب شفافیت سازوکارهای سیاسی می‌شوند و ماهیت آنها را تغییر می‌دهند.^{۸۰} به عبارت دیگر، سازوکارهای متفاوت در درازمدت سازوکارهای سیاسی را به یک سازوکار فنی حل‌وفصل مسائل تبدیل و در نتیجه، تصمیم‌گیری‌های سیاسی را محدود می‌کنند.

بنابراین، نهادهای بازبین غیردولتی نه تنها به پوسیدگی نظریه تفکیک قوا نینجامیده‌اند بلکه مرز میان وظایف اساسی نهادهای عمده حکومتی را شفاف می‌سازند و بدین ترتیب موجب تقویت مردم‌سالاری و تفکیک قوا می‌شوند. در مورد بحث ما، این سازمان‌ها در انجام اعمال خود ماهیتی چندگانه دارند و تنها راه تشخیص کارکرد آنها توجه به ماهیت عمل

76. Democratic Accountability.

77. Loughlin, op.cit., 453.

78. Ackerman, op.cit., 694.

79. Loughlin, op.cit., 453-454.

80. Ibid, 451.

صورت گرفته توسط این سازمان هاست. به عبارت دیگر، ظهور این نهادها راهی جز پذیرش دیدگاه کارکردی به تفکیک قدرت برای ما باقی نمی‌گذارد.

نتیجه

مشکلی که ما امروز با آن روبه‌رو هستیم این است که تفکیک قوای سه‌گانه چهارچوبی ضعیف برای درک حکومت مدرن است و امروزه با پیدایش سازوکارهای اداری، سازمان و کارکردهای پیچیده حکومت در این نظریه فرسوده قابل فهم نیست. بدین ترتیب این ساختار از هدف اصلی خود یعنی تحدید قدرت بی‌حد و حصر دور می‌افتد.

به دلیل دستیابی به همین هدف، ما نهادهای بازمین غیردولتی جدید را ایجاد کردیم تا از این طریق مسائل جامعه و حکومت مدرن را مدیریت کنیم؛ اما برداشت‌های خشک و ساختارگرایانه از نظریه تفکیک قوا، اندیشمندان عرصه سیاست را از نزدیک شدن به هدف اصلی خود این نظریه باز می‌دارد.

گویی این اصل که تفکیک قوا، یک نظریه ساختارگرایانه برای دستیابی به اصل قدرت محدود می‌باشد به فراموشی سپرده شده و خود این نظریه به هدف اصلی تبدیل گردیده است. به همین جهت با پیروی از این دیدگاه انعطاف‌ناپذیر محکوم به از هم پاشیدن شیرازه این نظریه و سقوط دادن آن می‌گردیم.

اما دیدگاه کارکردی به نظریه تفکیک قوا، راه‌حلی است که با رویکردی واقع‌گرایانه‌تر ساختار حکومت‌های مدرن را با دگرگونی‌های اساسی در این نظریه، در چهارچوب تفکیک قوا می‌گنجاند و علاوه بر جلوگیری از سقوط این نظریه، از باز شدن دست قدرت مطلق در جامعه مدرن نیز جلوگیری می‌نماید.

این دیدگاه، ساختار سنتی تفکیک قدرت در سه قوه مجزای حکومتی را کنار می‌گذارد و با توجه به واقعیت جامعه تمرکز تفکیک را از ساختار قدرت برداشته و بر تفکیک کارکردهای قدرت قرار می‌دهد. بر اساس این رویکرد، هریک از سازمان‌های دولت به مثابه اعضای بدن توان انجام دادن و گنجاندن چندین کارکرد را در خود دارد و به مناسبت اجرای هریک از کارکردهای خویش، در آن دسته متمایز طبقه‌بندی می‌گردد.

نظریه کارکردگرا یادآوری می‌نماید که تفکیک قدرت، بیش از قرارداد مجازی در میان ما به هدف مهار قدرت توسط قدرت، نیست و ما نباید آن را به مثابه ساختاری عینی غیرقابل تغییر ببینیم و در هر زمان، می‌توان با حفظ اصالت این نظریه، با توجه به مقتضیات جامعه،

تغییرات لازم در ساختارهای این نظریه را اعمال کرد و حتی این ساختارها را برای دستیابی به هدف اصیل اولیه آن دگرگون نمود. به طور خلاصه دیدگاه کارکردی به نظریه تفکیک قوا، مفهوم ساختاری تفکیک در این نظریه را به مفهومی کارکردی دگرگون نموده است.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

- انصاری، ولی... کلیات حقوق اداری. چاپ پنجم. تهران: میزان، ۱۳۸۳.
- حسن‌زاده، علیرضا. «تحلیل نقش آمبودزمن در تأمین حقوق شهروندان در کشورهای عضو اتحادیه اروپا». پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه علامه طباطبائی، ۱۳۸۷.
- دوگی، لئون. دروس حقوق عمومی. ترجمه محمدرضا ویژه. تهران: میزان، ۱۳۸۸.
- راسخ، محمد. نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی. تهران: دراک، ۱۳۸۸.
- رضایی‌زاده، محمدجواد. حقوق اداری (۱). تهران: میزان، ۱۳۸۵.
- زارعی، محمدحسین. مطالعه تطبیقی مجالس قانون‌گذاری. تهران: مجلس شورای اسلامی مرکز پژوهش‌ها، ۱۳۸۴.
- زولر، الیزابت. درآمدی بر حقوق عمومی. ترجمه سید مجتبی واعظی. تهران: جاودانه جنگل، ۱۳۸۹.
- طباطبایی مومنی، منوچهر. حقوق اداری. چاپ چهارم. تهران: سمت، ۱۳۸۷.
- فاورو، لویی. دادگاه‌های قانون اساسی. ترجمه علی‌اکبر گرجی. تهران: میزان، ۱۳۸۸.
- محمدنبی، حسین. «آمبودزمن نظارت بر عملکرد دستگاه‌ها». وکالت ۱ (بهار ۱۳۷۸): ۳۵.
- مدنی، جلال‌الدین. اصول، مبانی و کلیات حقوق اداری. جلد اول. تهران: پایدار، ۱۳۸۷.
- موسی‌زاده، رضا. حقوق اداری. چاپ چهارم. تهران: میزان، ۱۳۸۱.
- مونتسکیو، شارل لویی دوسکوندا. روح القوانین. ترجمه علی‌اکبر مهتدی. چاپ چهارم. تهران: اقبال، ۱۳۳۹.
- هایک، فردریش فون. قانون، قانون‌گذاری و آزادی: قواعد و نظم. جلد اول. ترجمه مهشید معیری و موسی غنی‌نژاد. تهران: طرح نو، ۱۳۸۰.
- ویژه، محمدرضا. مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی. تهران: جنگل، ۱۳۹۰.

ب) منابع انگلیسی

- Ackerman, Bruce. "The New Separation of Powers." *Harvard Law Review* 113 (2000): 633.
- Gwyn, William B. "The Indeterminacy of the Separation of Powers and the Federal Courts." *George Washington Law Review* 57 (1989): 470.
- Loughlin, Martin. *Foundations of Public Law*. London: Oxford University Press, 2010.
- O'toole, Laurance J.. "Doctrines and Developments: Separation of Powers, the Politics-Administration Dichotomy, and the Rise of the Administrative State." *Public Administration Review* 47 (1987): 17.
- Parker, Reginald. "Separation of Powers Revisited, It's Meaning to Administrative Law." *Michigan Law Review* 49 (1951): 1027.
- Sargentich, Thomas O.. "The Contemporary Debate about Legislative-Executive Separation of Powers." *Cornell Law Review* (1987). Accessed August 11, 2011. www.westlaw.com.
- Seneviratne, Marry. *Ombudsmen, Public Services and Administrative Justice*. London: Butterworths Press, 2002.

Vibert, Frank. *The Rise of Unelected: Democracy and the New Separation of Powers*. Cambridge: Cambridge: University Press, 2007.

Vile, M.J.C.. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. 2nd Ed. US: Liberty Fund, 1998.

Weber, Max. "Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology" Guenther Roth and Clause Wittich." *Berkeley: University of California Press 2* (1978).

Transformation of the Meaning of the Theory of Separation of Powers to the Functional Concept

Dr. Mohammad Reza Vije

Chair in Public Law in Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran

Email: mrezavijeh@atu.ac.ir

&

Zohreh Sadat Amirafabi

L.L.M in Public Law from Faculty of Law of Allameh Tabataba'i, Tehran, Iran

Email: z_amirafabi@yahoo.com

As one of the existing theories of the constitutional law, the separation of power is facing great challenges and lack of functionality in its application, to the extent that some of the radical opponents of this theory consider it obsolete.

The present article aims at transforming this view, by way of providing a modern approach to this theory, and attempts to put forward a method for facing such challenges. Rather than the formal separation of power, this article concentrates on the functional separation, which is a new approach to the separation of power.

This approach, concentrates on separation of power functions, rather than power structures, whereby dealing with challenges in the separation of power.

Keywords: The Functional Separation of Powers, The Classic Separation of Powers, The Politics-Administration Dichotomy, Supervision on Triple Branches, The Independent Governmental Institutions.

Journal of LEGAL RESEARCH

VOL. XVII, No. 3

2018-3

- **Development of Human Rights Generations in Decisions of the International Court of Justice**
Hossein Yazdani - Dr. Hossein Al-e-Kajbaf - Dr. Seyed Ghasem Zamani - Dr. Hassan Savari
- **Transfer of Ownership and Lease of Space Objects in Orbit in the Light of International Space Law**
Hosna Khalvandi - Dr. Seyed Hadi Mahmoudi
- **Relation between the Right to Food and Agricultural World Trade Policy: Cooperation or Confrontation?**
Dr. Farhad Talaie - Ali Razmkhah
- **A Legal-Economic Analysis of Article 21 of the Law Amending the Compulsory Insurance Act: Civil Liability of Motor Vehicle Owners**
Dr. Faysal Ameri - Moslem Haj Mohammadi
- **Transformation of the Meaning of the Theory of Separation of Powers to the Functional Concept**
Dr. Mohammad Reza Vjeh - Zohreh Sadat Amiraftabi
- **Equality and Non-Discrimination in Human Rights System**
Ali Saalari
- **Third-party Protest in Bankruptcy Order from a Judicial Perspective**
Dr. Nematolah Hajali - Abouzar Kohnavard
- **Targeted Killing: Violation of Non-Reciprocity in Fundamental Obligations of Humanitarian Law and Human Rights**
Dr. Haleh Hosseini Akbarnezhad - Dr. Hoorieh Hosseini Akbarnezhad
- **Researcher's Liability in term of Damages to Environment Associated with Scientific Investigations**
Kosar Firouzpour
- **The Methods for Breaking Negotiating Impasses and Solving Petroleum Conflicts**
Dr. Mohamad Alikhani
- **The Influence of Islamic Jurisprudence in the Formation of Common-Law**
Author: Borham Mohammad Ataollah - Translator: Hamzeh Amininasab



S. D. I. L.

The S.D. Institute of Law
Research & Study