

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فصلنامه دانش حقوق عمومی

علمی - پژوهشی

سال ششم، پاییز و زمستان ۱۳۹۶، شماره ۱۸

به موجب نامه‌ی شماره ۶۳۷۳۱/۳/۱۸ مورخ ۱۳۹۳/۴/۱۵ وزارت علوم، تحقیقات و فناوری
عنوان فصلنامه‌ی «بررسی‌های حقوق عمومی» به «دانش حقوق عمومی» تغییر یافته و
درجه‌ی علمی - پژوهشی به این فصلنامه اعطا شد. این درجه شامل شماره‌های ۱ تا ۴
فصلنامه‌ی بررسی‌های حقوق عمومی نیز می‌شود.

فصلنامه دانش حقوق عمومی

علمی - پژوهشی

سال ششم، پاییز و زمستان ۱۳۹۶، شماره ۱۸

صاحب امتیاز: پژوهشکده شورای نگهبان

مدیر مسئول: عباسعلی کدخدایی

سر دبیر: سیامک رهپیک

اعضای هیأت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا)

- محسن اسماعیلی، دانشیار حقوق خصوصی دانشگاه تهران
- فیروز اصلانی، استادیار حقوق عمومی دانشگاه تهران
- غلامحسین الهام، دانشیار حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه تهران
- محمدجواد جاوید، دانشیار حقوق عمومی دانشگاه تهران
- سیدمحمد حسینی، دانشیار حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه تهران
- ولی رستمی، دانشیار حقوق عمومی دانشگاه تهران
- سیامک رهپیک، استاد حقوق خصوصی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری و عضو پژوهشکده شورای نگهبان
- عباسعلی کدخدایی، استاد حقوق عمومی دانشگاه تهران و عضو پژوهشکده شورای نگهبان
- فرید محسنی، استادیار حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری و عضو پژوهشکده شورای نگهبان

مقالات این فصلنامه لزوماً بیان کننده دیدگاه شورای نگهبان و پژوهشکده نیست.
نقل مطالب تنها با ذکر کامل مأخذ مجاز است.

آدرس: تهران، خیابان شهید سپهبد قرنی، کوچه شهید دهقانی نیا (خسرو سابق)،

روبروی مسجد الرحمن، پلاک ۱۲، پژوهشکده شورای نگهبان

صندوق پستی: تهران ۱۴۶۳ - ۱۳۱۴۵ تلفن: ۸۸۳۲۵۰۴۵ - ۰۲۱ فکس: ۸۸۳۲۵۰۸۰ - ۰۲۱

آدرس سامانه فصلنامه: mag.shora-gc.ir E-mail: mag@shora-rc.ir

ارسال مقاله و پیگیری روند داوری آن و همچنین کلیه مکاتبات با دفتر فصلنامه

صرفاً از طریق سامانه فصلنامه انجام می گیرد.

قیمت: ۷۰/۰۰۰ ریال

- این فصلنامه در سامانه مخصوص خود به نشانی mag.shora-gc.ir و پایگاه استنادی علوم جهان اسلام (ISC) نمایه می‌گردد.

- کلیه حقوق مادی برای فصلنامه‌ی «دانش حقوق عمومی» محفوظ است و آن دسته از نویسندگان محترمی که در صدد انتشار مقاله‌ی منتشره‌ی خود در مجموعه مقالات، یا بخشی از یک کتاب هستند، لازم است با ارائه درخواست کتبی، موافقت دفتر فصلنامه را اخذ نمایند.

خط‌مشی فصلنامه دانش حقوق عمومی

خط‌مشی فصلنامه‌ی دانش حقوق عمومی، انتشار مقالات علمی - پژوهشی در حوزه‌ی حقوق عمومی مبتنی بر موازین اسلامی و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران است. لازم است مقالات در جهت پیشرفت مطالعات مربوط به «حقوق عمومی» باشد. تحلیل نظرات و تجارب حقوقی مرتبط با حوزه‌ی حقوق عمومی با برخورداری از رویکرد نقد علمی از رؤس این خط‌مشی می‌باشد. محورهای این فصلنامه (اعم از مطالعات نظری و ناظر به یک یا چند کشور) عبارتند از:

- مطالعه‌ی نظام‌سازی مبتنی بر موازین اسلامی و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
- مطالعه‌ی نقش و جایگاه کارویژه‌های شورای نگهبان در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و بررسی نهادهای مشابه
- مطالعه‌ی مبانی، نظریات، ساختار و کارکرد دولت
- مطالعه‌ی ابزارهای کنترل حقوقی قدرت، بازنگری و ارتقاء آن
- مطالعه‌ی فقه حکومتی
- جایگاه مشارکت مردم در ایجاد مردم‌سالاری دینی
- مقررات‌گذاری و نظارت بر عملکرد دولت

راهنمای نگارش مقالات

- از نویسندگان محترم، با رعایت نکات زیر مقالات خود را از طریق سامانه فصلنامه (mag.shora-gc.ir) ارسال نمایند. صرفاً مقالاتی در نوبت ارزیابی قرار می‌گیرند که موارد زیر در آنها مراعات شده باشد:
- نام و نام‌خانوادگی و مشخصات نویسنده / نویسندگان به‌طور کامل و به صورت زیر در ابتدای مقاله ذکر شود:
 - ۱-۱. در صورت تعدد نویسندگان، حتماً نویسنده مسئول مشخص گردد.
 - ۲-۱. رتبه دانشگاهی - گروه علمی - دانشکده - دانشگاه - شهر - کشور
 - ۳-۱. آدرس ایمیل نویسنده / نویسندگان نوشته شود.
 - چکیده مقاله دارای ۲۰۰ واژه و در بردارنده موضوع مقاله، سؤال و روش تحقیق و مهم‌ترین نتایج و فهرستی از واژگان کلیدی (۵ تا ۸ کلیدواژه) باشد.
 - مقدمه مقاله حاوی موضوع و مسئله‌ی پژوهش، سؤال تحقیق، دلایل ضرورت تحقیق، تبیین روش تحقیق، ارائه‌ی پیشینه‌ی موضوع و ادبیات تحقیق و مرور ساختار مقاله باشد.
 - نتیجه مقاله حاوی پاسخ به سؤال تحقیق و ارزیابی آن باشد.

۵. ارجاع به منابع و مآخذ، در متن مقاله و در پایان نقل قول یا موضوع استفاده شده به شکل زیر آورده شود:
 - ۱-۵. قرآن کریم: (نام سوره، شماره آیه). مثال: (حدید: ۲۵).
 - ۲-۵. منابع فارسی: (نام خانوادگی مؤلف، سال نشر، جلد: صفحه - بدون درج مخفف ص); مثال: (حسینی، ۱۳۷۶، ج ۲: ۸۳).
 - ۳-۵. منابع لاتین: (صفحه، جلد، سال نشر، نام خانوادگی مؤلف); مثال: (Plantinga, 1998, vol 2: 71).
۶. تکرار ارجاع یا اسناد مثل بار اول بیان شود و از کاربرد کلمات همان، پیشین و... (Ibid, op.cit) خودداری شود.
۷. چنانچه از نویسنده‌ای در یک سال بیش از یک اثر انتشار یافته باشد، با ذکر حروف الفبا (داخل قلاب) پس از سال انتشار، از یکدیگر متمایز شوند. مثال: (حسینی، ۱۳۷۶ [الف]، ج ۲: ۸۵). در چنین مواردی، در فهرست منابع نیز حرف مذکور در داخل قلاب پس از سال انتشار ذکر می‌گردد.
۸. تمام توضیحات اضافی و همچنین معادل انگلیسی اسامی خاص یا اصطلاحات (در صورت لزوم) با عنوان «یادداشت‌ها»، در انتهای متن مقاله آورده شود (ارجاع و اسناد در یادداشت‌ها مثل متن مقاله، به روش درون‌متنی [بند ۵] خواهد بود).
۹. در پایان مقاله، فهرست الفبایی منابع فارسی و لاتین به صورت زیر ارائه شود:
 - ۱-۹. ابتدا منابع فارسی و عربی و سپس منابع لاتین.
 - ۲-۹. کتاب: نام خانوادگی، نام نویسنده (تاریخ چاپ)، نام کتاب، نام مترجم، محل انتشار: نام ناشر، نوبت چاپ، جلد.
 - ۳-۹. مقاله مندرج در مجلات: نام خانوادگی، نام نویسنده (سال انتشار)، «عنوان مقاله»، نام نشریه، دوره نشریه، شماره نشریه، صفحات مقاله.
 - ۴-۹. مقاله مندرج در مجموعه مقالات یا دایره‌المعارف‌ها: نام خانوادگی و نام نویسنده (تاریخ چاپ): «عنوان مقاله»، نام کتاب، نام ویراستار، محل انتشار: نام ناشر، نوبت چاپ، شماره جلد، صفحات مقاله.
۱۰. ترجمه انگلیسی عنوان مقاله، چکیده و کلیدواژه‌ها، نام و مشخصات نویسنده/نویسندگان، تماماً معادل فارسی آنها همراه مقاله ارسال گردد.
۱۱. مقاله در محیط Word2007، متن مقاله با قلم BLotus12 (لاتین TimesNewRoman11)، کتابنامه BLotus11 (لاتین TimesNewRoman10) و یادداشت‌ها BLotus10 (لاتین TimesNewRoman9) حروفچینی شود.
۱۲. عناوین (تیترها) با روش شماره‌گذاری عددی باشد. ترتیب اعداد در عناوین فرعی مثل حروف از راست به چپ تنظیم شود (تیترهای اصلی با ۱، ۲ و... - تیترهای فرعی با ۱-۱، ۱-۲ و... - تیترهای فرعی‌تر با ۱-۱-۱، ۱-۱-۲ و... - و پس از آن با حروف ایجاد باشد).
۱۳. حجم مقاله، از ۴۵۰۰ کلمه کمتر و از ۷۵۰۰ کلمه بیشتر نباشد (از ابتدای مقاله تا پایان فهرست منابع).
۱۴. مقاله ارسالی نباید در هیچ مجله داخلی یا خارجی چاپ شده باشد.
۱۵. مقاله ارسالی نباید همزمان به سایر مجلات فرستاده شده باشد.
۱۶. فصلنامه در اصلاح و ویرایش مقالات آزاد است.

فهرست مطالب

- نظارت بر کیفیت قوانین در رویه‌ی شورای نگهبان..... ۱
 - علی اکبر گرجی ازندریانی، محمدشهاب جلیلود

- تبیین حقوقی «حل معضلات نظام» در نظم حقوق اساسی ایران..... ۲۳
 - مرتضی نجابت‌خواه، جواد تقی‌زاده، نفیسه ظریفی

- نگرشی تطبیقی بر عدم تمرکز محلی در ایران..... ۴۵
 - مسلم آقایی طوق

- امکان‌سنجی عزل نمایندگان مجلس در نظام حقوق اساسی ایران..... ۶۷
 - سیداحمد حبیب‌نژاد، زهرا عامری

- اعتبارسنجی عرف و رویه‌های قانون اساسی..... ۹۱
 - سیدناصر سلطانی

- بررسی نظریه‌ی تفکیک قوا در جمهوری اسلامی ایران با نگاهی به رابطه‌ی ولایت فقیه با تفکیک قوا..... ۱۱۱
 - علی شیعه‌علی، وحید زارع

نظارت بر کیفیت قوانین در رویه‌ی شورای نگهبان

علی اکبر گرجی ازندریانی^{۱*}، محمدشهاب جلیوند^{۲**}

۱. دانشیار حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
۲. دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

پذیرش: ۱۳۹۶/۶/۵

دریافت: ۱۳۹۶/۲/۲۸

چکیده

اصولاً نهاد پاسدار قانون اساسی، وظیفه‌ی صیانت از قانون اساسی را از طریق تطبیق قوانین عادی با اصول قانون اساسی بر عهده دارد و این کارویژه‌ی سنتی این نهاد است. اما با بررسی رویه‌های عملی مشاهده می‌شود که هم شورای قانون اساسی فرانسه و هم شورای نگهبان در جمهوری اسلامی ایران گاهی گام از محدوده‌ی این وظیفه‌ی ذاتی خود فراتر نهاده و به نظارت بر کیفیت قوانین پرداخته‌اند. با این مبنا سؤال اصلی این پژوهش این است که معیارها و نحوه‌ی نظارت شورای نگهبان بر کیفیت قوانین کدام است؟ در این مقاله با روش توصیفی - تحلیلی، مشاهده می‌شود که این نهاد ضمن تطبیق مصوبات مجلس شورای اسلامی با موازین شرعی و اصول قانون اساسی، بعضاً مصوبات مجلس را از جهاتی مانند هنجاریت، شفافیت، ثبات، تحقق‌پذیری و قابلیت اجرا، عادلانه بودن، انسجام و... مورد نظارت قرار داده است. برآیند این پژوهش آن است که با وجود نشانه‌هایی از رویکرد نظارت بر کیفیت قوانین در رویه‌ی شورای نگهبان، هنوز تحلیلی جامع در این خصوص در نظریه‌های مذکور وجود ندارد و بر این اساس، به نظر می‌رسد که رویه‌ی مرجع صیانت از قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران باید معیارهای کیفی قوانین را فراهم و ارائه کند.

واژگان کلیدی: ثبات، شورای نگهبان، شفافیت، قانون اساسی، کیفیت قوانین، هنجاریت.

* E-mail: Gorji110@yahoo.fr

E-mail: Shahabjalilvand88@gmail.com

** نویسنده‌ی مسئول

مقدمه

صاحب‌نظران از جهات گوناگون اصول قانون و قانونگذاری را مورد توجه و نقد قرار داده‌اند. اما آنچه مسلم است، گذشته از ویژگی‌های عام و شکلی قانون، لازم است که قاعده‌ی حقوقی به‌منظور ایجاد شرایط عادلانه در روابط اجتماعی و تضمین حقوق و آزادی‌های شهروندان، کیفیت مناسبی داشته باشد. در دنیای امروز توجه به شاخصه‌های مطلوب شکلی و کیفی قوانین در برخی کشورها مورد توجه ویژه قرار گرفته است. برای مثال، فهرستی برای دستیابی به قانون باکیفیت در هلند صورت‌بندی شده است؛ اصول مندرج در فهرست مذکور بدین شرح است: قانونی بودن، انطباق با قانون اساسی، معاهدات بین‌المللی و اعمال اصول کلی حقوقی، کارآمدی و اثربخشی، متناسب بودن، عملی بودن (قابلیت اجرا)، هماهنگی، وضوح و قابلیت دسترسی (Florijn, 2008: 78).

«لان فولر»^(۱) از صاحب‌نظران این حوزه، مؤلفه‌هایی در خصوص قانونگذاری و ویژگی‌های قانون مطرح و از آن با عنوان هشت «اصل قانونی بودن»^(۲) یاد می‌کند. او از این هشت اصل به‌عنوان اصول درونی قانون یاد می‌کند که بدین شرح است: «قواعد باید عام باشد، قواعد باید فراگیر باشد، قوانین باید رسماً به مردم اعلام شود، اجرا و عطف به‌ماسبق باید به حداقل برسد، قوانین باید قابل فهم باشد، قوانین نباید با یکدیگر ناسازگار باشد، قانون نباید فوق طاق‌ت مخاطبان (شهروندان) باشد و پیروی از آن نباید ناممکن باشد، قانون، حتی‌المقدور باید در طول زمان ثابت بماند؛ یعنی دائمی باشد و میان قوانین اعلام‌شده و قوانینی که در عمل اجرا می‌شوند، باید انطباق وجود داشته باشد» (Fuller, 1964: 46-94). رعایت این اصول حداقلی، الزامات ایجاد یک نظام حقوقی است تا بتواند در هدایت رفتار شهروندانش موفق باشد (بیکس، ۱۳۸۹: ۲۶۵). این معیارها عناصر مقوم قانون و به‌طور خاص تقنین به‌شمار می‌روند (کمپل، ۱۳۸۶: ۲۳۶).

در این میان، نقش دادرسی اساسی به‌عنوان نهاد پاسدار قانون اساسی در نظارت بر کیفیت قوانین مصوب پارلمان می‌تواند محل تأمل و نظر باشد. فرض و اصل اولیه آن است که نهاد دادرسی اساسی صرفاً وظیفه‌ی تطبیق قوانین عادی با اصول قانون اساسی را بر عهده دارد. اما در بررسی رویه‌های موجود شورای قانون اساسی فرانسه و شورای نگهبان در جمهوری اسلامی ایران، مواردی مشاهده می‌شود که نهاد دادرسی اساسی، علاوه بر تطبیق قوانین عادی با اصول مصرح قانون اساسی، بر مسئله‌ی کیفیت قوانین نیز نظر داشته است. در این مقاله با نگاهی به رویه‌های عملی شورای نگهبان، حدود و نحوه‌ی نظارت این نهاد بر کیفیت قوانین بررسی می‌شود. با این مبنا سؤال اصلی این پژوهش این است که معیارها و نحوه‌ی نظارت شورای نگهبان بر کیفیت قوانین کدام است؟ در راستای این سؤال اصلی، سؤالات فرعی

دیگری در خصوص مبانی توجیهی نظارت شورای نگهبان بر کیفیت قوانین و نمونه‌هایی از نظارت شورا بر کیفیت قوانین به ذهن متبادر می‌شود.

به‌عنوان پیشینه‌ی تحقیق باید گفت که اگرچه در زمینه‌ی توجه به ویژگی‌های کیفی قانون از یک سو و وظایف و کارکردهای شورای نگهبان به‌عنوان نهاد ناظر بر امر قانونگذاری از سوی دیگر، تاکنون کتاب‌ها، مقالات، رساله‌های دکتری و پایان‌نامه‌های کارشناسی‌ارشد فراوانی به رشته‌ی تحریر درآمده است هر کدام از این آثار تنها یا به کارکردهای خاص شورای نگهبان در امر قانونگذاری یا لزوم کیفیت‌بخشی به قوانین به‌صورت عام توجه کرده‌اند.^(۳) از سوی دیگر، در زمینه‌ی کارویژه‌ها و وظایف شورای نگهبان علاوه‌بر کتاب‌ها و پایان‌نامه‌های گوناگون، مشروح مذاکرات و نظرهای تطبیقی و تفسیری شورای نگهبان، توسط پژوهشکده‌ی شورای نگهبان منتشر شده است که علاوه‌بر ارائه‌ی منابعی ارزشمند از نظرهای شورای نگهبان، بعضاً مطالعاتی تطبیقی با دیگر نهادهای مشابه در دیگر نظام‌های حقوقی دنیا و نقد و بررسی کارکردها و رویه‌های شورای مذکور در قالب گزارش پژوهشی صورت گرفته است.

مطالب این مقاله در دو بخش ارائه خواهد شد. در بخش نخست مبانی و کلیات بحث بررسی می‌شود و در بخش دوم با بررسی آرا و نظرهای شورای نگهبان، نحوه و معیارهای نظارت این شورا بر کیفیت قوانین به نقد گذاشته خواهد شد. در پایان نیز به‌تناسب مطالب ارائه‌شده، نتیجه‌گیری می‌شود.

۱. مبانی و کلیات

پیش از ورود به بررسی نمونه‌هایی از آرای شورای نگهبان، لازم است نگاهی کلی در خصوص شاخصه‌های کیفی قوانین ارائه شود؛ ازاین‌رو در این قسمت ویژگی‌های کیفی قواعد حقوقی نقد و بررسی می‌شود. داشتن نگاهی مشخص در زمینه‌ی این ویژگی‌ها خواننده را در تحلیل هرچه بهتر آرای شورای نگهبان کمک خواهد کرد.

۱-۱. ویژگی‌های کیفی قواعد حقوقی

حقوقدانان در خصوص ویژگی‌های قواعد حقوقی اظهارنظرهای فراوانی دارند و اغلب بر مواردی مانند کلیت و عمومیت، استمرار، الزام‌آور و دارای ضمانت‌اجرا بودن این قواعد متفق‌القول‌اند.^(۴) همچنین در آثار اندیشمندان حقوق عمومی شش ویژگی «هنجاریت»، «شفافیت»، «ثبات»، «تحقق‌پذیری»، «عادلانه بودن» و «تناسب» به‌عنوان کیفیت‌های ضروری قواعد حقوقی ذکر شده است.

۱-۱-۱. هنجاریت^(۵)

این موضوع اصولاً از سنت حقوقی شورای قانون اساسی فرانسه در فرایند نظارت بر کیفیت مصوبات قوه‌ی مقننه نشأت گرفته است، اما امروزه «هنجاریت قانونی»^(۶) از عناصر کیفی ضروری در ماهیت قوانین مصوب قوای مقننه‌ی کشورها محسوب می‌شود. هنجاریت یک قانون اصولاً معطوف به داشتن دو ویژگی «بایدانگاری» و «الزام‌آوری» آن است (گرچی ازندریانی، ۱۳۹۳: ۴). با این وصف قواعد اخلاقی و بسیاری از آیین‌نامه‌ها که حالت اعلامی دارند و به بیان نیت‌ها، برنامه‌ها، موافقت‌نامه‌ها یا هنجارهای صرفاً فنی می‌پردازند، واجد ویژگی هنجاریت نیستند. با فقدان ویژگی هنجاریت در قواعد حقوقی اشکالات عملی فراوانی در مقام اجرای قوانین بروز می‌کند و چه قوه‌ی مجریه و چه قضات دادگاه‌ها با قوانینی غیرامری و بیش از اندازه نرم و منعطف مواجه خواهند شد. مسئله‌ی هنجاریت بین فیلسوفان حقوقی نیز موضوع بحث و بررسی قرار گرفته و برخی از طرفداران حقوق طبیعی تا آن‌جا پیش رفته‌اند که معتقدند آنچه قانون را قانون می‌کند، صرف وضع آن توسط مجلس مقننه نیست، بلکه بهنجار بودن این قانون است که بدان ردای اعتبار می‌پوشاند^(۷) (Marmor, 2010: 110).

۲-۱-۲. شفافیت^(۸)

از عناصر مهم شفاف‌سازی عملکرد هر حکومتی شفافیت قوانین و مقررات مصوب در آن جامعه است. در دنیای پیچیده‌ی کنونی که با پیشرفت فناوری، ارتباطات آدیان در جهان گسترده و در عین حال مدرن شده است، وجود قوانینی شفاف، خوانا و در دسترس از ضروریات زندگی و پیشرفت جوامع است (گرچی ازندریانی، ۱۳۹۴: ۸۱). ازاین‌رو برخی حقوقدانان اصل شفافیت را تضمینی برای کیفیت قوانین از نظر قابلیت فهم و انسجام آنها برای همه‌ی مردم می‌دانند (ویژه، ۱۳۹۰: ۱۱۱-۱۱۲).

ویژگی شفافیت را برخی از دیگر حقوقدانان در قالب دو عنصر «واضح بودن» و «مفید قطعیت بودن» قانون قلمداد کرده‌اند و معتقدند که قانون باید به‌حدی روشن و واضح باشد که تابعان و مجریان منظور از آن را به‌خوبی دریابند و در جهت هدف موردنظر به‌کار گیرند. قانون متناقض، مبهم، ایهام‌دار یا مغلق، موجب سردرگمی یا گمراهی شخصی است که می‌خواهد و باید از قانون پیروی کند. بدیهی است چنین قانونی دست مقامات اجرایی و قضایی را برای هر نوع رفتار سلیقه‌ای با شهروندان بازخواهد گذاشت و به بروز تفسیرهای متنوع و متناقض از قانون منجر خواهد شد (راسخ، ۱۳۸۵: ۲۲-۲۴).

۲-۱-۳. ثبات^(۹)

از ویژگی‌های مهم قواعد حقوقی مسئله‌ی ثبات و دوام قوانین است که از دیرباز از جهات متعددی در بین حقوقدانان محل بحث بوده است (گرچی از ندریانی، ۱۳۹۴: ۸۱-۸۲). بی‌تردید بی‌ثباتی قواعد حقوقی امنیت حقوقی شهروندان را خدشه‌دار کرده و ممکن است به تناسب امیال و منافع حاکمان قوانینی گذرا و بی‌ثبات بر شهروندان تحمیل شود که هر زمان امکان تغییر بنیادهای آن وجود داشته باشد. در عین حال نباید از سرعت تحولات در عرصه‌ی اجتماعی نیز غافل بود. بی‌تردید رفع نیازهای مردم و توجه به واقعیات جامعه، از غایت‌های حقوق و قانون است، اما از نظم هم نباید غافل ماند. در جمع این دو مقوله، در حقوق معاصر، ضمن دفاع از اجرای مرقانون، از جنبه‌ی درونی قاعده‌ی حقوقی^(۱۰) و ارتباط آن با ارزش‌های اجتماعی غفلت نمی‌شود. در بیشتر نظام‌های حقوقی، به لزوم انطباق حقوق با عرف جامعه و اخلاق والا توجه می‌شود (میرزایی، ۱۳۹۰: ۸۳-۸۴).

۲-۱-۴. تحقق‌پذیری و قابلیت اجرا^(۱۱)

تحقق‌پذیری را نیز می‌توان از ویژگی‌های کیفی قانون محسوب کرد. به اعتقاد برخی از استادان حقوق عمومی، قانون تحقق‌ناپذیر خود مولد ناامنی قضایی است. قانون باید چنان نگاشته شود که در فراسوی تحولات مختلف زمان و مکان تحقق‌پذیر و اجراشدنی باشد. از سوی دیگر، قانون باید متناسب با توانایی اشخاصی که برای آن‌ها وضع می‌شود، باشد؛ این همان ویژگی «انجام‌شدنی» بودن قانون است. طبیعی است اگر قانونی وضع شود که به فوق توانایی و طاقت انسان فرمان دهد یا انسان را در انجام شدن آن دچار مشکلات بسیار زیاد کند، قانونی ناموفق یا اساساً در بعضی موارد قانون مرده و اعمال‌نشده‌ی خواهد بود (راسخ، ۱۳۸۵: ۳۳-۳۴).

۲-۱-۵. عادلانه بودن^(۱۲)

براساس نظریات عدالت که فلاسفه‌ی حقوق در غرب بیان کرده‌اند، قانون هنگامی به عدالت و انصاف نزدیک است که بیشترین مقدار آزادی از مجموعه‌ی آزادی‌های اولیه را که با آزادی مشابه دیگران سازگار باشد، برای شهروندان فراهم آورد و همچنین تنها به نفع ضعیف‌ترین طبقات و به شرط فرصت برابر برای همه، نابرابری‌های اجتماعی و اقتصادی ایجاد کند (Fuller, 1964: 4). در مقابل این نظر، اگر عدالت در دو حوزه‌ی نظری و عملی بررسی شود، در اندیشه‌ی اسلامی، حق به‌عنوان اصلی‌ترین مبنای عدالت در عرصه‌ی نظری مطرح است (حسینی طهرانی، ۱۴۲۶، ج ۴: ۱۴۸-۱۵۰). در عرصه‌ی عمل یا عدالت‌ورزی نیز این مفهوم دارای مبانی متعدد فقهی از جمله وجوب قرآنی^(۱۳) رعایت عدالت و دارای مبانی حقوقی

همانند برابری و به‌ویژه تساوی در برابر قانون است (قاری سیدفاطمی، ۱۳۸۰: ۲۵۱). علاوه بر این، در مسئله‌ی عدالت علاوه بر لزوم انطباق رفتارها با قوانین رسمی و نیز عادلانه بودن قوانین و نظام حقوقی، باید به‌طور علی‌حده به نتایج و آثار اجرای این قوانین و دیگر برنامه‌ها و سیاست‌ها توجه کرد که آیا به برقراری نظم، امنیت، رفاه و رونق اقتصادی در جامعه، منطبق با معیارهای ما درباره‌ی نظام مطلوب و متوازن و کاهش بحران‌های اجتماعی منجر شده یا خیر (توسلی، ۱۳۸۵: ۹۶). از این‌رو قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، رعایت عدالت در ابعاد گوناگون سیاسی، اقتصادی، قضایی، اداری و اجرایی را وظیفه‌ی کارکنان حکومت می‌داند و بر لزوم آن تأکید می‌ورزد. مبتنی بر اصل ۲ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که عدل در تشریع را یکی از پایه‌های نظام جمهوری اسلامی ایران می‌داند، قانونگذار عادی موظف است همه‌ی ابعاد عدالت را در امر قانونگذاری رعایت کند (کعبی، و میرداماد نجف‌آبادی ۱۳۹۴: ۷۴).

۲-۱-۶. تناسب و انسجام^(۱۴)

در بحث از شیوه‌های نگارش قوانین، وجود تناسب و انسجام بین مواد مختلف یک قانون امری اساسی است. اصولاً قانونگذار هنگام تقسیم کردن مواد یک قانون برای جلوگیری از «ناسازگاری منطقی» (انگ، ۱۳۸۵: ۲۰۳) در متن قانون باید دو امر را مدنظر داشته باشد: نخست آنکه تمام مواد باید تحت یک عنوان، رنگ و بویی همسان داشته باشند؛ دیگر آنکه در بین این مواد همسان و هم‌گروه، تقدم و تأخر مواد به لحاظ مفهومی و غیره رعایت شود.^(۱۵) شباهت این اصل به «شفافیت» قوانین به اندازه‌ای است که گاه برخی حقوقدانان آنان را یکسان می‌شمارند (FLÜCKIGER, 2006: 75). اما تناسب و انسجام قانون به‌عنوان زیرمجموعه‌ی کیفیت آن، اصلی است که باید به‌طور موازی با اصل شفافیت قوانین اعمال شود. در واقع «انسجام» قانون در بیشتر موارد در مقیاسی کلان و در ارتباط با قابلیت فهم کل قانون مورد استناد قرار می‌گیرد، حال آنکه «شفافیت» قوانین بیشتر جنبه‌ی خرد دارد و به فقدان ابهام در مقررات بازمی‌گردد. پس می‌توان نتیجه گرفت که نظارت بر این دو جنبه به‌صورت موازی توسط مرجع صیانت از قانون اساسی باید انجام گیرد و هر یک لازم و ملزوم دیگری است (ویژه، ۱۳۹۰: ۱۱۳).

۲-۲. مبانی توجیهی نظارت شورای نگهبان بر کیفیت قوانین

مسئله‌ی مبانی مشروعیت نهاد دادرسی اساسی به‌عنوان پاسدار قانون اساسی طی سال‌های اخیر مورد توجه حقوقدانان مختلف قرار گرفته و اصولاً دو مبنای «توجیه با توسل به برتری قانون اساسی» و «توجیه بر مبنای دموکراسی» چکیده‌ی تمام این نظرهایست.^(۱۶) اما در همین

نظرها تأکید شده است که مشروعیت صیانت از قانون اساسی به سازگاری با ساختار آن نظام حقوقی بستگی دارد که از طریق عدم ورود مرجع صیانت به مفاد و ماهیت قوانین و از طرفی نوع سازوکارهای مورد استفاده آن حاصل می‌شود (آجرلو، ۱۳۹۲: ۱۱). از این رو در جست‌وجوی مبانی توجیهی نظارت دادرسی اساسی (در این مقاله شورای نگهبان) بر کیفیت قوانین، باید در پی مبانی دیگری بود که در زیر به سه مورد از این مبانی اشاره قرار می‌شود.

۲-۲-۱. روح حاکم بر قانون اساسی

از یک منظر می‌توان روح حاکم بر قانون اساسی را مبنایی برای توجیه نظارت شورای نگهبان بر کیفیت قوانین تلقی کرد. بر این اساس نظارت شورای نگهبان بر کیفیت قوانین اصولاً عدول از تطبیق قوانین عادی با قانون اساسی محسوب نمی‌شود، به عبارت دیگر، در این حالت اصولاً شورای نگهبان به جای تطبیق قوانین عادی با اصول خاص و مشخصی از قانون اساسی، این قوانین را از منظر روح حاکم بر قانون اساسی و مبانی کلی آن مورد نقد قرار می‌دهد. بنابراین، تصویب قانون بی‌کیفیت و فاقد ویژگی‌هایی مانند هنجاریت، شفافیت، ثبات و... در حقیقت عدول از روح کلی حاکم بر اصول قانون اساسی است که این روح کلی یا در مقدمه‌ی قانون اساسی، تصریح شده یا به عنوان پیش‌فرض در مبانی اندیشه تدوین‌کنندگان نخستین قانون اساسی لحاظ شده است که قابل برداشت از روح کلی اصول و دغدغه‌های مجلس خبرگان تدوین قانون اساسی است. توجه به مفاهیمی مانند «کرامت انسان»، «آزادی» و «مسئولیت» در قانونگذاری در نظرهای اعضای مجلس فوق برجسته است (اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴: ۲۳۸). برای مثال در برخی از مذاکرات اعضای مجلس مذکور در خصوص اصل ۴ قانون اساسی آمده است: «باید توجه داشته باشیم که اصولاً باید قانون، محکم، روشن و بدون ابهام باشد. منظور از وضع و حکومت قانون این است که مردم گرفتار هوی و هوس افراد نباشند. اگر ما قانون را به یک نحوی وضع کنیم که همیشه امکان استثناء در آن باشد، آن را دیگر قانون نمی‌گویند» (اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴: ۳۴۹). در جای دیگر تأکید می‌شود: «قانون باید صریح و قاطع باشد، معنی قانون صریح و قاطع آن است که اگر خواننده یا خوانندگانی پیدا شدند که اهل دقت نظر بیش از سطح متوسط باشند، دقت نظر آن‌ها هم تأمین شده باشد» (اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴: ۳۵۵).

۲-۲-۲. پاسداری از موازین شرعی

قانونگذاری باکیفیت و مطلوب مورد توجه اندیشمندان و فقهای بزرگ اسلامی قرار گرفته

است؛ به شکلی که ایجاد قوانین باکیفیت را بخشی از وظایف حکومت اسلامی برشمرده و عمل به این قوانین را همانند عمل به وظایف شرعی دانسته‌اند. برای مثال، علامه میرزا محمدحسین نائینی^{۱۶} در این زمینه معتقد است که قانون باید از یک سو حدود تسلط و تکالیف حاکم و از سوی دیگر حقوق و آزادی افراد ملت را مطابق موازین شریعت معین سازد، به نحوی که نقض این مقررات و قوانین در حکم خیانت در امانت شمرده شود. در خصوص نظارت عقل نیز باید هیأتی مرکب از خردمندان و دانایان کشور و خیرخواهان ملت و آگاه به حقوق و سیاست و مقتضیات و شرایط حاکم بر سیاست عصر، تشکیل شود. از این رو نائینی^{۱۷} در توصیف قانونگذاری ایده‌آل و باکیفیت، معتقد به اصول آزادی، برابری و نظارت نمایندگان عامه‌ی ملت بر کار هیأت حاکمه است. او پس از بر شمردن مشکلات و معضلات قانونگذاری استبدادی، دو گام اساسی را برای برقراری حکومت سالم و قانونگذاری مطلوب لازم می‌داند: ۱. ایجاد مجلس شورای ملی و ۲. نگارش یک قانون خوب (نائینی، ۱۳۸۲: ۱۷). آیت‌اله سید محمود طالقانی^{۱۸} نیز به رابطه‌ی موازین اسلامی و قانونگذاری خوب و باکیفیت معتقد بود و تأکید می‌کرد که اسلامیت، مبین رسمیت مذهب در قانونگذاری ایده‌آل است (طالقانی، ۱۳۶۱: ۱۷). امام خمینی^{۱۹} نیز معتقد بود که از ضروری‌ترین مسائل برای یک کشور قانونگذاری است. ایشان تأکید می‌کرد که در کشوری که قانون حکومت نکند، نمی‌توان آن را کشور اسلامی نامید و کسانی که با قانون مخالف‌اند، با اسلام مخالف‌اند (قادری، ۱۳۸۷: ۱۳۱).

ضمن توجه به مطالب مذکور، طبق اصل ۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران شورای نگهبان مسئولیت تطبیق کلیه قوانین و مقررات کشور را با موازین اسلامی بر عهده دارد. اقتضای کلی عنوان «موازین اسلامی»^(۱۷) و آنچه با عنوان «احکام اسلام»^(۱۸) مورد تأکید قانون اساسی قرار گرفته، آن است که قوانین عادی به لحاظ شکلی و ماهوی مغایرتی با موازین شرعی نداشته باشند. به خصوص چنانچه مجلس شورای اسلامی را در دیدگاه نظام ولایی به عنوان نهادی مشورتی برای قانونگذاری در حوزه‌ی منطقه‌الفراغ تلقی کنیم،^(۱۹) ضرورت تدوین قوانین خوب و باکیفیت، روشن‌تر می‌شود و شورای نگهبان به عنوان پاسدار موازین اسلامی بر این امر نظارت می‌کند. از این رو در یک تحلیل می‌توان گفت که چنانچه قوانین فاقد کیفیت باشند، در حقیقت تصویب آنان عدول از موازین اسلامی است و شورای نگهبان حق نظارت بر این قوانین را دارد. از سوی دیگر، گاهی وجود کیفیت‌هایی مانند «شفافیت» در مصوبات مجلس برای اظهارنظر شرعی شورا ضروری است و شورا لاجرم از اظهارنظر شرعی در خصوص مصوبات مبهم و فاقد شفافیت لازم امتناع می‌ورزد. البته این امر بدان معنا نیست که اندیشمندان اسلامی نیز ملاک‌های خوب و باکیفیت بودن قوانین را همان ملاک‌های مورد

اشاره در این نوشتار می‌دانند. بلکه مدعای این مقاله آن است که ملاک‌هایی مانند هنجاریت، شفافیت، عدالت و... به صورت غیرمستقیم تأمین‌کننده اهداف قانون‌گذاری خوب در اندیشه اسلامی است.

۲-۲-۳. تأمین حقوق و آزادی‌های بنیادین افراد

دفاع از حقوق و آزادی‌های بنیادین افراد از اصول مهمی است که در اصل ۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران با عنوان «تأمین آزادی‌های سیاسی و اجتماعی در حدود قانون» در ذیل وظایف دولت جمهوری اسلامی ایران قرار داده شده است. این وظیفه در بخش قانونگذاری یقیناً از وظایف مجلس شورای اسلامی بوده و از آن‌جا که شورای نگهبان نیز وظیفه‌ی نظارت بر مصوبات مجلس را دارد، با کمک و تلاش در جهت تدوین قوانینی باکیفیت مطلوب، حقوق و آزادی‌های بنیادین افراد را در فرآیند قانونگذاری تأمین می‌کند. در حقوق فرانسه نیز قوانینی که محدودکننده‌ی حقوق، آزادی‌ها و ضمانت‌هاست، باید دارای صفتی عام و مجرد باشد تا اینکه تأثیرات منفی در بر نداشته باشد؛ این امر به‌صورت کلی از وظایف نهاد دادرسی اساسی است (شکر، ۱۳۸۷: ۱۰۸). از همین منظر برخی حقوقدانان معتقدند که پاسداشت حقوق شهروندان می‌تواند بیشترین حجم مشروعیت را برای دادگاه‌های قانون اساسی ایجاد کند (گرچی ازندریانی، ۱۳۹۴: ۴۰). در این حالت، نبود قوانینی بهنجار، شفاف، متناسب، عادلانه و... بی‌شک حقوق و آزادی‌های بنیادین افراد را به خطر می‌اندازد و شورای نگهبان به‌عنوان نهاد ناظر بر فرآیند قانونگذاری، بر این امر نظارت عالیه دارد.

۳. نظارت شورای نگهبان بر کیفیت قوانین

در این بخش با تعمقی کامل در مجموعه نظرهای شورای نگهبان در خصوص مصوبات مجلس شورای اسلامی، نحوه‌ی نظارتِ شورا بر ویژگی‌های کیفی قانون (که در بخش قبل بررسی شد) مورد مذاقه قرار می‌گیرد.

۳-۱. هنجاریت قانون

قانون باید واجد هنجارهای حقوقی باشد تا بتواند اجرای احکام خویش را تضمین کند و منطق حاکم بر این «هنجاریت» را تنها در رویکرد ماهوی به قانون می‌توان دریافت (Laurans, 2006: 388). شورای نگهبان نظارت بر هنجاریت قوانین را به‌صورتی پیوسته اعمال نمی‌کند، زیرا شورا کمتر معیارهای ماهوی را برای شناسایی ارزش هنجاری قوانین در نظر می‌گیرد و در نگرش آن، معیارهای شکلی قوانین به‌تنهایی کفایت می‌کند. در حقیقت،

نظارت بر «هنجاریت» قوانین به نوع قانون مورد بررسی مربوط می‌شود و نمی‌توان رویکرد ثابت و مشخصی را در رویه‌ی شورای نگهبان تحلیل کرد. از سوی دیگر، نظارت بر هنجاریت به‌عنوان نظارتی مستقل در نظریه‌های شورا وجود ندارد و فقط از لایه‌لای نظارت شرعی و اساسی بر مصوبات مجلس، می‌توان دغدغه‌های شورای نگهبان در زمینه‌ی هنجاریت قوانین را استنباط کرد.

نخستین رگه‌های تلاش در جهت ایجاد عنصر هنجاریت برای قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی را می‌توان در نظر شورا در تاریخ ۱۳۶۱/۶/۲۱ در خصوص «لایحه‌ی قانون مجازات اسلامی» مشاهده کرد. در این خصوص، شورای نگهبان در نظر خود تأکید می‌کند که: الف) موارد تعزیرات در قانون مجازات مستقصدی ذکر گردد، ب) انواع تعزیرات صریحاً ذکر شود و ج) در هر مورد خصوصیت تعزیر از حیث کمیت و کیفیت صریحاً ذکر شود (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۴، ج ۱۳: ۲۷۳). شورای نگهبان در ابتدای این بند این‌چنین گفته است: «به‌منظور رعایت موازین شرعی و اصول مرتبطه قانون اساسی در مورد تعزیرات نکات ذیل رعایت شود». از این‌رو شورا در این نظر، در مقام تأکید بر لزوم رعایت ضوابط شرعی در قانون بوده است. اما در عین حال می‌توان گفت که شورا در ضمن ارائه‌ی این نظر شرعی، به‌صورت ضمنی به ویژگی بایدانگار و الزام معطوف به کیفر قانون نیز اشاره دارد و از سوی دیگر نتیجه‌ی عملی این تأکید شورا، تأمین «عنصر شفافیت» برای قانون نیز خواهد بود.

نظریه‌ی تاریخ ۱۳۸۶/۸/۱۶ شورای نگهبان در مورد لایحه‌ی «اصلاح موادی از قانون برنامه‌ی چهارم توسعه‌ی اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی» نیز شایان توجه است. در بند ۲۸ این نظریه، شورای نگهبان برای نخستین بار روش جلوگیری از «مقررات حشو» را به‌کار گرفته و تأکید کرده است: «تبصره‌ی ماده‌ی الحاقی ۱، با توجه به حکم مندرج در اصل ماده وجود تبصره مفهوم ندارد» (مندرج در سامانه‌ی جامع نظرات شورای نگهبان به آدرس اینترنتی: <http://nazarat.shora-rc.ir>). این نظر بیش از نظرهای قبل می‌تواند طلبیه‌ی به‌کارگیری معیارهای ماهوی قانون توسط شورای نگهبان باشد. به‌عبارت دیگر، اگر این روند ادامه یابد، مفهوم شکلی قانون که تاکنون وجه غالب رویه‌های شورای نگهبان بوده است، به تلقی ماهوی از آن دگر دیسی می‌یابد.

برای ارزیابی دقیق‌تر رویه‌ی شورای نگهبان، اشاره می‌شود که شورای قانون اساسی فرانسه، به‌عنوان نهادی که به‌صورت فعال، برخی از الزامات هنجاریت قانون را عینیت بخشیده است، در تصمیم شماره‌ی 2004-500DC به تاریخ ۲۹ ژوئیه‌ی ۲۰۰۴، در قالب حمایت از

امنیت حقوقی، قصد خویش را برای جلوگیری از وجود «موارد خنثی در قانونگذاری»^(۲۰) اعلام کرد (WERPEAUX, 2004: 1760).

۲-۳. شفافیت قانون

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تعریف، چارچوب یا طبقه‌بندی خاصی از قوانین ارائه نکرده است؛ از این رو مبنایی برای اصل شفافیت قوانین در قانون اساسی نمی‌توان یافت؛ بدین سبب، شورای نگهبان برای نظارت بر این مهم از سایر اصول منشعب از اصل امنیت حقوقی بهره می‌گیرد. گستره‌ی وسیع اصول منشعب از اصل امنیت حقوقی این امکان را برای شورای نگهبان به وجود می‌آورد تا در قالب دیگر اصول، بر شفافیت قوانین نظارت کند (ویژه، ۱۳۹۰: ۲۲۹-۲۳۳). اما در این میان، شورای نگهبان برای جبران فقدان مبنای لازم در قانون اساسی برای اصل شفافیت، از راهکاری ویژه بهره می‌جوید. در این راهکار، چون برای اظهارنظر در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی، فقدان «ابهام» در آن‌ها ضروری است، شورای نگهبان از این طریق مجلس شورای اسلامی را وادار می‌کند تا قوانینی با ابهام‌های هرچه کمتر به تصویب برسانند. به بیان دیگر، شورا در عین اینکه مقدمات لازم را در مصوبات مجلس برای ایفای وظیفه‌ی خویش مهیا می‌کند، شفافیت لازم را در قوانین نیز مطالبه می‌کند. از این رو تضمین اصل شفافیت در نظریه‌های شورای نگهبان تابعی از وظایف آن، یعنی صیانت از قانون اساسی و نظارت شرعی، به‌شمار می‌رود و همین نقش تبعی موجب می‌شود تا روندی مشخص در این نوع نظارت وجود نداشته باشد. مثال‌های ذیل، نمونه‌هایی از این رویه‌های متغیر را به تصویر می‌کشد.

موضع شورای نگهبان در خصوص مسئله‌ی شفافیت قانون برای اولین بار در نظر این شورا در خصوص «طرح توزیع عادلانه‌ی آب» در تاریخ ۱۳۶۱/۴/۳ بیان شده است. شورا در نظر خود اشعار می‌دارد: «تعاریف و اصطلاحات فنی و عناوین قانونی اگر مبین نباشد تصویب قانون مفهوم صحیح و معنای معقولی پیدا نمی‌کند و ایکال این تعاریف به پس از تصویب قانون و آیین‌نامه‌ای که بعداً تصویب خواهد شد، مصوبه را غیرمعتبر و اظهارنظر درباره‌ی آن را از لحاظ انطباق با موازین شرعی و قانون اساسی غیرممکن می‌سازد» (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۴، ج ۱۳: ۲۲۸-۲۲۹). با اینکه از یک منظر آنچه در این‌جا مدنظر شورا بوده، لزوم رعایت اصل ۸۵ قانون اساسی و عدم تفویض تقنین به دیگری است، لکن با توجه به اینکه شورای نگهبان این مصوبه را به‌طور کامل و بدون اعلام نظر جزئی‌تر به مجلس شورای اسلامی عودت می‌نماید، ناگفته پیداست که مسئله‌ی شفافیت اهمیت خاصی در نظرهای

دادرسی اساسی ایران دارد. در نظریه‌ی مذکور، شورای نگهبان به دو مقوله‌ی متفاوت در شفافیت قوانین پرداخته است: نخست، لزوم تبیین بودن تعاریف و اصطلاحات به منظور اظهارنظر از جهت انطباق با موازین شرعی و قانون اساسی و دوم، لزوم شفافیت و فقدان ابهام در موضوع احکام قانونی که مکمل مقوله‌ی نخست است. به بیان دیگر، شورای نگهبان دو نوع شفافیت «حکمی» و «موضوعی» را برای مصوبات مجلس ضروری می‌داند.

نظر تاریخ ۱۳۶۲/۱/۲۸ شورای نگهبان در خصوص «لایحه‌ی بیمه‌ی محصولات کشاورزی» تأکید شورای نگهبان در خصوص شفافیت حکمی قوانین را مشخص می‌کند. در بند ۲ این نظریه، شورا فقدان شفافیت در یکی از تبصره‌های این لایحه را با صراحت متذکر شده است: «با توجه به ابهامی که در تبصره‌ی یک موجود است و اختلاف نظر میان مخبر کمیسیون مربوطه و نمایندگان وزارت کشاورزی در تفسیر آن نیز مؤید آن است، باید در جمله‌بندی و عبارات این تبصره تجدیدنظر شود تا معلوم شود که تصمیم‌گیری شورا تا چه حد و در چه محدوده‌ای است و مسئولیت وزیر کشاورزی در قبال تصمیمات این شورا به چه کیفیت است» (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۴، ج ۱۳: ۳۵۰).

تا سال ۱۹۹۸ شورای قانون اساسی فرانسه بعضاً به صورت جسته و گریخته بر مسئله‌ی شفافیت قوانین نظارت می‌کرد، اما این نظارت دارای ساختاری دقیق و مبتنی بر قانون اساسی فرانسه نبود. نقطه‌ی عطف نظارت شورای قانون اساسی برای نظارت بر شفافیت قوانین در تصمیم شماره‌ی 98-401DC به تاریخ ۱۰ ژوئن ۱۹۹۸ است. در این تصمیم شورای قانون اساسی فرانسه ماده‌ی ۳۴ قانون اساسی سال ۱۹۵۸ را به عنوان مبنای اصل شفافیت به رسمیت شناخت (BEN MERZOUK, 2003: 395). در این تصمیم به نظر می‌رسد که شورای قانون اساسی بین مقررات ناقض اصل فقدان صلاحیت منفی و ناقض اصل شفافیت مرز دقیقی ترسیم کرده است. اما روند شناسایی اصل شفافیت باز هم ادامه یافت و در تصمیم شماره‌ی 2001-455DC به تاریخ ۱۲ ژانویه ۲۰۰۲ این مرجع برای نخستین بار آشکارا از اصل شفافیت به عنوان اصلی واجد ارزش قانون اساسی نام برد (VALEMBOIS, 2002: 281).

در تحلیلی از رویه‌ی دو مرجع مذکور می‌توان گفت که شورای نگهبان نظارت بر شفافیت قوانین را در پیوند با اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها در مصوبات کیفری با جدیت بیشتری دنبال می‌کند. همین امر در حوزه‌ی شفافیت قوانین مالی و به ویژه تعهدات مالی نیز قابل مشاهده است. در این گروه از نظریه‌ها، شورا مراقب است تا در نتیجه‌ی ابهام‌های موجود در قوانین بار مالی مضاعف بر بودجه‌ی سالانه بر دولت تحمیل نشود.^(۳۱) این امر در حالی است که شورای قانون اساسی فرانسه نیز برای نظارت‌های خود به دنبال محمل قانون اساسی

است و برای تحرک بیشتر نظارت بر شفافیت قوانین، این مقوله را با دیگر اصول حقوق اساسی پیوند می‌دهد.

۳-۳. ثبات

شورای نگهبان داشتن ثبات قوانین را گامی در راستای «نظام صحیح اداری» قلمداد کرده است. در تاریخ ۱۳۷۰/۱/۱۵ نظر شورا در مورد «طرح تغییر جدول حقوق و ضوابط پرداخت مستخدمین مشمول قانون استخدام کشوری و قضات» مبین همین موضوع است و تأکید می‌کند: «... همچنین ماده‌ی ۱۳ که دلالت بر یکساله بودن این قانون دارد صرف‌نظر از اینکه این ترتیب با نظام صحیح اداری مغایر می‌باشد، با ماده‌ی ۵ و تبصره‌ی ۸ که برای سال ۷۱ طبق همین مصوبه تعیین تکلیف شده است متناقض به‌نظر می‌رسد» (مندرج در سامانه‌ی جامع نظرات شورای نگهبان به آدرس اینترنتی: <http://nazarat.shora-rc.ir>). همچنین شورای نگهبان قانون بی‌ثبات را برهم‌زننده‌ی نظام اداری کشور تلقی می‌کند که بی‌شک امنیت حقوقی شهروندان را خدشه‌دار خواهد ساخت. این نظارت شورا بر مسئله‌ی ثبات، امری بدیع است؛ هرچند به همین یک مورد ختم می‌شود و در نظارت‌های بعدی مورد توجه قرار نگرفته است. بدیهی است که این مسئله نباید از نگاه اعضای محترم شورای نگهبان مغفول بماند که وجود قوانین بی‌ثبات، آسیب دیگری به‌عنوان «تورم تقنینی» خواهد داشت که هم مقامات را در مرحله‌ی اجرا با انبوهی از قوانین ناسخ و منسوخ مواجه می‌کند و هم احتمال تعرض به حقوق بنیادین افراد را افزایش خواهد داد.^(۲۲)

۳-۴. تحقق‌پذیری و قابلیت اجرا

تحقق‌پذیری و قابلیت اجرای قانون نقش چشمگیری در نظرهای شورای نگهبان دارد. در تاریخ ۱۳۶۹/۲/۱۰ شورا در نظری در مورد «طرح قانونی ایجاد تسهیلات برای ایثارگران انقلاب اسلامی و جنگ تحمیلی»، به مجلس شورای اسلامی تذکر می‌دهد: «در ارتباط با ماده‌ی ۱۱ با توجه به سایر قوانین و مصوبات که برای طبقات دیگر نیز درصدهایی تعیین شده، باید قابل اجرا بودن آن در نظر گرفته شود؛ با احتسابی که شده ظاهراً سهمیه‌ها از صددرصد تجاوز می‌کند» (مندرج در سامانه‌ی جامع نظرات شورای نگهبان به آدرس اینترنتی: <http://nazarat.shora-rc.ir>).

این مورد جزء تذکرات شورای نگهبان است و مصداق نظارت شورای نگهبان و تطبیق مصوبات به معنی کامل و دقیق کلمه قرار نمی‌گیرد. در رویه‌ی شورای نگهبان معمولاً قسمتی تحت عنوان تذکرات یا یادآوری در برخی از نظرهای ارائه‌شده وجود دارد؛ از این‌رو دو بحث جداگانه‌اند؛ لکن در بررسی رویه‌ها مشخص می‌شود که طی سال‌های اخیر، شورای نگهبان

عملی شدن تذکرات خود را به جد پیگیری می‌کند و در نظرهایی که در مراحل دوم و سوم ارائه می‌دهد، بر عملی شدن اصلاحاتی که در قالب تذکرات مدنظر داشته، تأکید کرده است. برای مثال شورا در نظریه‌ی مرحله‌ی اول خود در تاریخ ۱۳۹۴/۳/۲۷ در خصوص «طرح نحوه‌ی فعالیت احزاب و گروه‌های سیاسی» در قسمت تذکرات بیان کرده است: «تذکره ۱: در بند ۵ ماده‌ی یک، اگر منظور از مجمع عمومی، همه‌ی اعضای حزب نیست، نیازمند اصلاح عبارتی است». ظاهراً این تذکره از سوی مجلس مورد توجه قرار نگرفته و از این‌رو شورای نگهبان در نظریه‌ی مرحله‌ی دوم که در تاریخ ۱۳۹۴/۹/۱۰ در خصوص همین مصوبه ارائه کرده است، بیان می‌کند: «به تذکره بند ۱ این شورا عمل نگردیده است» (مندرج در سامانه‌ی جامع نظرات شورای نگهبان به آدرس اینترنتی: <http://nazarat.shora-rc.ir>).

این دغدغه‌ی شورا گاهی به انجام توصیه‌هایی عملی به مجلس در خصوص شیوه‌ی انشای قوانین منجر شده است و در تاریخ ۱۳۷۴/۲/۱۹، نظر شورا در مورد «لایحه‌ی تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی سراسر کشور و انتخابات شهرداران» به‌روشنی به این امر دلالت دارد. در این خصوص شورا تأکید می‌کند با توجه به اینکه نصاب‌هایی که در بعضی از بندهای ماده‌ی ۷ لایحه‌ی مذکور به‌منظور تعیین اعضای شوراهای قید شده، موجب تداخل است و در نتیجه مشکلات اجرایی را در بر خواهد داشت، مناسب است در این خصوص از جمعیت کمتر شروع و به جمعیت بالاتر ختم شود (مندرج در سامانه‌ی جامع نظرات شورای نگهبان به آدرس اینترنتی: <http://nazarat.shora-rc.ir>).

شورای نگهبان در برخی از نظرهای خود از صلاحیت‌های قانونی نهادها و ارگان‌ها نیز غافل نبوده است و عدم تعیین تکالیف برای هر سازمان و دستگاه دولتی را بدون توجه به صلاحیت‌های قانونی و فلسفه‌ی وجودی این سازمان‌ها را غیرمنطقی، غیرقانونی و منجر به اشکالات اجرایی می‌داند. «طرح الحاق موادی به قانون ساماندهی و حمایت از تولید و عرضه‌ی مسکن» در تاریخ ۱۳۸۸/۱۲/۱۲ مورد ایراد شورای نگهبان قرار می‌گیرد، زیرا تبصره‌ی بند ۲ ماده‌ی ۱ این طرح صدور سند را به عهده‌ی بنیاد مسکن انقلاب اسلامی می‌گذارد، درحالی‌که از صلاحیت‌های ذاتی سازمان ثبت اسناد و املاک کشور است (مندرج در سامانه‌ی جامع نظرات شورای نگهبان به آدرس اینترنتی: <http://nazarat.shora-rc.ir>).

۳-۵. عادلانه بودن قانون

نخستین جلوه‌های تلاش برای عادلانه شدن ماهیت قوانین در نظر شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۶۱/۹/۴ در مورد «لایحه‌ی قانونی معادن» مشاهده می‌شود. در این نظر شورا به‌نوعی در مقام

دفاع از حقوق شهروندی برآمده و اظهار داشته است: «در ماده‌ی ۳۱ به لحاظ اینکه تأیید وزارت معادن و فلزات ملاک مثبت بودن عملیات اکتشافی مقرر شده و در صورت اختلاف بین وزارت معادن و صاحب پروانه، رسیدگی و رفع اختلاف را به دادگاه صالح ارجاع ننموده است، رعایت حق صاحب پروانه نشده است» (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۴، ج ۱۳: ۲۱۶).

نظر تاریخ ۱۳۶۱/۱۲/۲۶ شورای نگهبان در خصوص «لایحه‌ی بودجه‌ی سال ۱۳۶۲ کل کشور» به‌طور صریح‌تری بر مسئله‌ی عادلانه بودن قانون دلالت دارد. در این لایحه‌ی شورا اظهار داشته است: «در مورد قسمت اخیر تبصره‌ی ۳۲ این نکته را متذکر می‌شود که سازمان تبلیغات را ملزم به صرف دوسوم بودجه‌ی خود در روستاها نموده است در صورتی که تبلیغات اسلامی علی‌الاصول باید با توجه به امکانات سازمان در نقاطی که نیاز بیشتر است انجام شود» (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۴، ج ۱۲: ۳۳۵).

شورای نگهبان در مورد «لایحه‌ی اجازه‌ی تأسیس شرکت سهامی داروخانه در مناطق محروم و نیازمند کشور» به تاریخ ۱۳۶۴/۹/۲۰ مبادرت دولت در تصدی مشاغل مانند موضوع لایحه را خارج از محدوده‌ی وظایف دولت و مغایر با اصل ۴۴ قانون اساسی دانسته و در ادامه در راستای معطوف به عدالت کردن قانون تأکید کرده است: «... بدیهی است در مناطقی که کمبود دارو محسوس و موجب زحمت اهالی باشد، دولت موظف است با توزیع مستقیم دارو و یا با تشویق و کمک به داوطلبان تأسیس داروخانه اقدام نماید» (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۴، ج ۱۲: ۲۵۳).

به‌نظر می‌رسد که مبنای نظرهای شورا در دو مورد مذکور، بیشتر «عدالت توزیعی»^(۲۳) است؛ لکن آنچه مسلم است، مبنای شورای نگهبان در عدالت، عدالت توزیعی اسلامی است که دارای اهدافی از جمله تأمین نیازهای اساسی برای همه، تقلیل نابرابری‌ها در درآمد و ثروت، تزکیه باطنی پرداخت‌کننده و تصفیه‌ی اموال او، تقویت حس برادری میان مردم و... است (زرقا، ۱۳۷۹: ۲۷-۲۹). تأمین این نوع عدالت در متن و محتوای قانون، یقیناً بیشترین کیفیت را برای قواعد حقوقی به ارمغان می‌آورد.

۳-۶. تناسب و انسجام

شورای نگهبان همواره مسئله‌ی هماهنگی و تناسب در شیوه‌ی نگارش قوانین را مورد توجه داشته است. مسئله‌ی تناسب و انسجام را می‌توان در ذیل اصول فنی قانونگذاری مورد اشاره قرار داد که از دو نظر قابل بررسی است: نخست اصول مربوط به زبان متن و دوم اصول مربوط به ساختار متن. در زیر نظرهای شورای نگهبان تحت این دو عنوان بررسی می‌شود.

۳-۶-۱. اصول مربوط به زبان متن

این نظارت در دو قالب صورت می‌گیرد: نخست تذکر در خصوص ابهامات متن قانون و دیگری تذکر در خصوص اغلاط تایپی و نگارشی.

۳-۶-۱-۱. تذکر در خصوص ابهامات متن قانون

این ابهامات اغلب به صور گوناگونی مانند مجمل‌گویی و عدم تعیین تکلیف دقیق برای مقام اجرای قانون، وجود شائبه‌ی برداشت‌های متناقض و متفاوت از قوانین، نارسا بودن عبارات به‌نحوی که ممکن است به عدم اجرا، اجرای ناصحیح یا سوءاستفاده از قانون منجر شود، عدم ارائه‌ی تعاریف جامع و مانع از عناوین خاص فقهی، عدم امکان اعلام نظر در خصوص مغایرت با شرع و قانون اساسی به‌دلیل ابهام در متن قانون، نقض حقوق افراد به‌دلیل ابهامات متن قانون و... توسط شورای نگهبان مورد تذکر قرار گرفته است. به عنوان مثال می‌توان به نظرات شماره ۶۱۹۶ تاریخ ۷۳/۲/۱۵، ۴۹۱۱ تاریخ ۷۸/۴/۸، ۴۱۹۰۵ تاریخ ۸۹/۱۲/۲۸، ۳۹۶۶ تاریخ ۹۵/۱۰/۱۸ و... اشاره نمود (مندرج در سامانه‌ی جامع نظرات شورای نگهبان به آدرس اینترنتی: <http://nazarat.shora-rc.ir>).

۳-۶-۱-۲. تذکر در خصوص اغلاط تایپی و نگارشی

تذکرات شورای نگهبان در خصوص اغلاط تایپی و نگارشی قوانین نیز در موارد متعددی ارائه شده و به‌طور کلی می‌توان گفت که این ایرادها به دلایل گوناگونی مانند اغلاط تایپی و جابه‌جایی حروف و کلمات، بی‌دقتی در تقدم و تأخر شماره‌های مواد و تبصره‌ها، استفاده نکردن از کلمات فارسی و روان در عبارات قانونی، ایرادهای نگارشی و عدم رعایت قواعد دستور زبان، وجود حشو در برخی عبارات، بی‌توجهی به نبود خارجی برخی از نهادها و سازمان‌ها در برخی از مقاطع خاص، ایجاد تبصره بر تبصره برخلاف شیوه‌های معمول قانون‌نویسی، بی‌توجهی به تعداد و شماره‌های مواد در ارجاعات بین‌متنی، انجام ندادن ترجمه‌های دقیق و روان از اساسنامه‌های اتحادیه‌ها و ارگان‌های بین‌المللی هنگام تصویب قانون الحاق ایران به این سازمان‌ها، ارسال مصوبات مجلس در اوراق غیررسمی فاقد امضا و بدون تعیین مواد و تبصره‌های مصوب و... اعلام شده و مجلس شورای اسلامی نیز همواره اهتمام ویژه‌ای به برطرف کردن این ایرادات داشته است. به عنوان مثال می‌توان به نظرات شماره ۴۹۳۳ تاریخ ۶۱/۵/۳۰، ۸۳۷۴ تاریخ ۶۶/۳/۲۸، ۴۸۳۷۴ تاریخ ۹۱/۷/۲۶، ۵۰۳۲ تاریخ ۹۵/۱۱/۱۹ و... اشاره نمود.

۳-۶-۲. اصول مربوط به ساختار متن

گاهی شورا ناهماهنگی یا تناقض را در صدر و ذیل یک ماده گوشزد کرده و گاهی این ناهماهنگی بین مواد مختلف یک قانون وجود داشته است.

۳-۶-۲-۱. هماهنگی در صدر و ذیل یک ماده

نخستین بار مسئله‌ی هماهنگی در نظر شورا با عنوان «عدم تجانس» مورد مذاقه قرار گرفته و در تاریخ ۱۳۶۹/۲/۱۰ در خصوص «طرح قانونی ایجاد تسهیلات برای اینترگران انقلاب اسلامی و جنگ تحمیلی» اظهار داشته است: «ماده‌ی ۳۳ که نوع مجازات و مرجع آن را تعیین کرده با تبصره‌اش که تعیین آن‌ها را به عهده‌ی هیأت رسیدگی به تخلفات اداری گذاشته نامتجانس است» (مندرج در سامانه‌ی جامع نظرات شورای نگهبان به آدرس اینترنتی: <http://nazarat.shora-rc.ir>).

این تناقض‌ها ممکن است بین یک ماده و تبصره‌های آن نیز وجود داشته باشد که نمونه‌ی آن در نظر تاریخ ۱۳۷۸/۵/۲۸ در مورد «طرح لزوم رسیدگی دقیق به شکایات داوطلبین ردصلاحیت شده در انتخابات مختلف» مورد تذکر قرار گرفته است: «... تبصره یک از جهت عبارتی نیز در بعضی موارد با اصل ماده‌ی واحد تناقض دارد که باید اصلاح شود (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۴، ج ۹: ۸۴۹).

۳-۶-۲-۲. هماهنگی در مواد مختلف یک قانون

از نظر شورای نگهبان، ناهماهنگی در مواد یک قانون امکان وقوع خلأ قانونی را ایجاد می‌کند. در تاریخ ۱۳۷۴/۲/۱۹ شورا در خصوص «لایحه‌ی تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی سراسر کشور و انتخابات شهرداران» اظهار داشته است: «ماده‌ی ۱۰۱ با تبصره‌ی ۱ بند ۲۹ ماده‌ی ۸۰ در تعارض است و منجر به خلأ قانونی می‌شود که باید اصلاح شود» (مندرج در سامانه‌ی جامع نظرات شورای نگهبان به آدرس اینترنتی: <http://nazarat.shora-rc.ir>).

تعارض در مواد مختلف ممکن است به صورت ناهماهنگی در برخی از عبارت‌های دو ماده باشد که این امر در نظر تاریخ ۱۳۹۵/۱/۱۵ شورای نگهبان در مورد «طرح اساسنامه‌ی شرکت ملی نفت ایران» مورد توجه قرار گرفته است: «در ماده‌ی ۸ عبارت «از اجتماع نمایندگان صاحب سهام تشکیل می‌گردد» با عبارت «متعلق به دولت جمهوری اسلامی ایران» در ماده‌ی ۴ متعارض است (مندرج در سامانه‌ی جامع نظرات شورای نگهبان به آدرس اینترنتی: <http://nazarat.shora-rc.ir>).

نتیجه‌گیری

با توجه به مجموع مطالب پیش‌گفته، نتایج این پژوهش به شرح ذیل است:

۱. در دنیای امروز علاوه بر ویژگی‌های شکلی و عام قانون، به ویژگی‌های کیفی قوانین نیز توجه می‌شود و در سنت حقوقی کشور فرانسه، شورای قانون اساسی این کشور، علاوه بر تطبیق قوانین عادی با قانون اساسی، بر ویژگی‌های کیفی قوانین مصوب نیز نظارت می‌کند. ویژگی‌هایی مانند هنجاریت، شفافیت و ثبات از جمله ویژگی‌های کیفی مورد نظر شورای

قانون اساسی فرانسه است و با تأملی در آرای حقوقدانان مختلف، می‌توان مواردی مانند تحقق‌پذیری، عادلانه بودن و تناسب را نیز به این فهرست اضافه کرد.

۲. فرض اولیه آن است که وظیفه‌ی دادرسی اساسی صرفاً صیانت از قانون اساسی و جلوگیری از تصویب و اجرای قوانین مخالف با هنجار برتر جامعه است؛ اما هم شورای قانون اساسی فرانسه و هم شورای نگهبان در ایران، در ضمن انجام وظایف اصلی خود، از تصویب و اجرای قوانین فاقد کیفیت‌های لازم جلوگیری می‌کنند. درحالی‌که شورای قانون اساسی فرانسه، با اتکا به برخی از اصول قانون اساسی و حقوق بنیادین، به‌صورت شفاف و صریح، برخی از ویژگی‌های کیفی قوانین را مورد سنجش قرار می‌دهد، در بیشتر مواردی که شورای نگهبان چنین نظرهایی ارائه کرده، مستند به اصول قانون اساسی یا موازین شرعی بوده است، که البته غیرمستقیم به موضوع کیفیت تقنین هم ارتباط می‌یابد، ولی شورا مستقیماً به این موضوع نظری نداشته است. برای مثال، اگر شورای نگهبان متن را مبهم دانسته، به این دلیل بوده که متن باید قابل فهم باشد، تا شورا بتواند آن را مهبای انطباق با شرع و قانون اساسی سازد و اگر مغایر حقوق مردم دانسته، مستند به اصول فصل سوم یا سایر اصول قانون اساسی بوده یا مغایر موازین شرع دانسته است.

۳. نظارت بر کیفیت قوانین توسط شورای نگهبان قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران را نباید چندان امری غیرموجه و اقدامی فراقانونی قلمداد کرد؛ چه اینکه مواردی مانند روح حاکم بر قانون اساسی، پاسداری از موازین شرعی و تأمین حقوق و آزادی‌های بنیادین افراد، مبانی توجیهی این نوع از نظارت شورا قلمداد می‌شوند.

۴. هرچند شورای نگهبان، در ضمن نظارت‌های اساسی و شرعی خود، بعضاً نظارت بر کیفیت قوانین را در رویه‌ی عملی به منصفی ظهور رسانده، رویکرد شورا در موارد گوناگون از بهنجار بودن، عادلانه بودن و شفاف بودن قوانین، فاقد اصول و ضوابط متقن و قابل‌احصایی است. به‌نظر می‌رسد علت این امر آن است که شورا اصولاً به این ویژگی‌ها هیچ نظری ندارد، بلکه آنچه برای شورا مهم بوده، رعایت موازین شرع و قانون اساسی است که گاه شامل این ویژگی‌ها نیز بوده و گاه نبوده است.

۵. در هر حال، با وجود نشانه‌هایی از رویکرد نظارت بر کیفیت قوانین در رویه‌ی شورای نگهبان، هنوز تحلیلی جامع در این خصوص در نظریه‌های مذکور وجود ندارد و بر این اساس، به‌نظر می‌رسد که رویه‌ی مرجع صیانت از قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران باید معیارهای کیفی قوانین را فراهم و ارائه کند.

یادداشت‌ها

1. Lon L. Fuller.
2. Principle of legality.
۳. به عنوان مثال: انگ، سوین، تورم قانونگذاری و کیفیت قانون، راسخ، محمد، ویژگی‌های ذاتی و عرضی قانون، مرکز مالگیری، احمد و مهدی‌زاده، مهدی، قانون‌گذاری پراکنده در نظام تقنینی ایران، ویژه، محمدرضا، کیفیت قوانین و امنیت قضایی به فارسی و آثاری به زبان انگلیسی از جمله:
Fuller, Lon, The Morality of Law and Florijn, N. A, Quality of Legislation.
۴. ن.ک: کاتوزیان، (۱۳۹۴).
5. Normativity.
6. Legal normativity.
7. Marmor, Andrei. Philosophy of law. Princeton University Press, 2010.
8. Transparency.
9. Stability.
10. Internal Aspect of Law.
11. Enforceability.
12. Justly.
۱۳. برای مثال، ن.ک: نساء: ۵۸؛ نحل: ۹۰.
14. Proportionality.
۱۵. ن.ک: بیگزاده، ۱۳۸۷.
۱۶. ن.ک: تروپه، ۱۳۸۳.
۱۷. اصل ۴ قانون اساسی.
۱۸. اصل ۹۱ قانون اساسی.
۱۹. ن.ک: جلیلونند، ۱۳۹۴.
20. Neutrons législatifs.
۲۱. برای مثال، ن.ک: نظریه‌های شماره‌ی ۴۱۳۰ به تاریخ ۱۳۷۱/۱۰/۳۰ و شماره‌ی ۱۴۲۲ به تاریخ ۱۳۷۴/۱۰/۲۱.
۲۲. ن.ک: انگ، ۱۳۸۵.
23. Distributive Justice.

منابع

الف) فارسی و عربی

۱. آجرلو، اسماعیل (۱۳۹۲)، *دادرسی اساسی تطبیقی*، دفتر مطالعات تطبیقی مرکز تحقیقات شورای نگهبان.
۲. اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۴)، *صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، چ اول.
۳. انگ، سوین (۱۳۸۵)، «تورم قانونگذاری و کیفیت قانون»، ترجمه‌ی حسن وکیلان، *فصلنامه‌ی مجلس و پژوهش*، سال سیزدهم، ش ۵۴.
۴. بیکس، برایان (۱۳۸۹)، *فرهنگ نظریه‌ی حقوقی*، ترجمه‌ی محمد راسخ، تهران: نشر نی.
۵. بیگزاده، صفر (۱۳۸۷)، *شیوه‌نامه نگارش قانون*، دفتر مطالعات حقوقی مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، چ سوم.
۶. تروپه، میشل (زمستان ۱۳۸۳)، «منطق حاکم بر توجیه صیانت از قانون اساسی»، ترجمه‌ی عباس کدخدایی و محمدرضا ویژه، *مجله‌ی دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، ش ۶۶.
۷. توسلی، حسین (پاییز ۱۳۸۵)، «رابطه‌ی حق و عدالت»، *فصلنامه‌ی پژوهش‌های فلسفی - کلامی دانشگاه قم*، سال هشتم، ش ۲۹.
۸. جلیوند، شهاب (۱۳۹۴)، *قانونگذاری در نظام ولایی*، همدان: چنار، چ اول.
۹. حسینی‌طهرانی، سیدمحمدحسین (۱۴۲۶ق)، *امام‌شناسی*، ۱۸ ج، مشهد: انتشارات علامه طباطبائی.
۱۰. راسخ، محمد (بهار ۱۳۸۵)، «ویژگی‌های ذاتی و عرضی قانون»، *مجله‌ی مجلس و پژوهش*، سال سیزدهم، ش ۵۱.
۱۱. زرقا، محمد انس (پاییز ۱۳۷۹)، «عدالت توزیعی در اسلام»، ترجمه‌ی سید اسحاق علوی، *فصلنامه‌ی نامه‌ی مفید*، ش ۲۳.
۱۲. سامانه‌ی جامع اینترنتی نظرات شورای نگهبان به آدرس اینترنتی: <http://nazarat.shora-rc.ir>.
۱۳. شکر، زهیر (تابستان ۱۳۸۷)، «دادرسی قانون اساسی (دادرسی اساسی)»، آزادی‌ها و حقوق عمومی یا اساسی»، ترجمه‌ی خیراله پروین، *دوفصلنامه‌ی حقوق اساسی*، سال هفتم، ش ۹.

۱۴. طالقانی، سید محمود (۱۳۶۱)، *وحدت آزادی*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۵. قادری، سید علی (۱۳۸۷)، *امام خمینی (ع) در پنج حوزه‌ی معرفت سیاسی*، تهران: نشر زمستان.
۱۶. قاری سیدفاطمی، سید محمد (۱۳۸۰)، «تحلیل مفاهیم کلیدی حقوق بشر معاصر؛ حق، تعهد، آزادی، برابری و عدالت»، *مجله‌ی تحقیقات حقوقی*، ش ۳۳ و ۳۴.
۱۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۴)، *مقدمه‌ی علم حقوق*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چ نودو هشتم.
۱۸. کاسیگنک، جرال (۱۳۹۱)، *قانون واضح*، ترجمه‌ی احمد مرکزالمیری، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شماره‌ی مسلسل ۱۲۳۷۰.
۱۹. کعبی، عباس و سید علی میرداماد نجف‌آبادی (بهار ۱۳۹۴)، «ماهیت نهاد «مظالم»؛ ضرورت و مبانی تشکیل آن در حکومت اسلامی»، *مجله‌ی حکومت اسلامی*، ش ۷۵.
۲۰. گرجی ازندریانی، علی‌اکبر، «امنیت قضایی چگونه شکل می‌گیرد؟»، *روزنامه‌ی ایران*، تاریخ ۱۳۹۴/۱۲/۶.
۲۱. _____ (۱۳۹۳)، «چالش‌ها و آسیب‌های اجرای قانون اساسی»، *هفته‌نامه‌ی تجارت فردا*، ش ۱۰۵، ۲۰ مهر.
۲۲. _____ (۱۳۹۴ [الف])، *دادگاه‌های قانون اساسی (الگوی غیراروپایی دادرسی اساسی)*، تهران: جنگل، چ اول.
۲۳. _____ (۱۳۹۴ [ب])، *مبانی حقوق عمومی*، تهران: جنگل، چ پنجم.
۲۴. مرکز تحقیقات شورای نگهبان (۱۳۸۴)، *مجموعه نظریات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی*، چ اول، تهران: مرکز تحقیقات شورای نگهبان.
۲۵. مرکز المیری، احمد و مهدی مهدی‌زاده (تابستان ۱۳۹۴)، «قانونگذاری پراکنده در نظام تقنینی ایران»، *فصلنامه‌ی پژوهش حقوق عمومی*، سال هفدهم، ش ۴۷.
۲۶. میرزایی، اقبالعلی (تابستان ۱۳۹۰)، «قانون متروک: مبانی، مفهوم و مصادیق»، *مجله‌ی حقوقی دادگستری*، سال ۷۵، ش ۷۴.
۲۷. نایینی، محمدحسین (۱۳۸۲)، *تبییه‌الامة و تنزیه‌المللة*، محقق جواد ورعی، قم: بوستان کتاب.
۲۸. ویژه، محمدرضا (۱۳۹۰)، «کیفیت قوانین و امنیت قضایی»، *مجموعه مقالات امنیت قضایی*، تهران: مجمع تشخیص مصلحت نظام، مرکز تحقیقات استراتژیک، چ اول.

(ب) انگلیسی

29. Florijn, N. A, (2008), "Quality of Legislation: A Law and Development Project, in J. Arnscheidt and B. Van Rooij and J. M. Otto (eds.), Lawmaking for

Development”: **Explorations into the Theory and Practice of International Legislative Projects**, Amsterdam: Leiden University Press.

30. Fuller, Lon (1964), **The Morality of Law**, New Haven: Yale University Press.
31. Harmathy, Attila, (1998), **Codification in a Period of Transition**, Davis Law Review, Vol. 31.
32. Marmor, Andrei, (2010), **Philosophy of law**, Princeton University Press.

ج) فرانسه

33. BEN MERZOUK, E. (2003), **La sécurité juridique en droit positif**, Thèse, dacty1., Université Panthéon- Assas (Paris 2).
34. FLÜCKIGER, A. (2006), **Le principe de clarté de la loi ou l’ambiguïté d’un idéal**, Les Cahiers du Conseil Constitutionnel, n 21.
35. LAURANS, Y. (2006), **Définition et conception matérielles de la loi dans la décision du Conseil constitutionnel N2005-521DC-Le retour intempestif d’un vieux débat**, Politeia, n10.
36. VALEMBOIS, A. L. (2002), **La constitutionnalisation de l’exigence de sécurité juridique en droit français**, op.
37. WACHSMANN, P. (2005), **Sur la clarté de la loi**, in **Mélanges Paul Amselek**, Bruylant.
38. WERPEAUX, M. (2004), **Epilogue-provisoire?- d’une loi mouvementée**, Dalloz.

تبیین حقوقی «حل معضلات نظام» در نظم حقوق اساسی ایران

مرتضی نجابت‌خواه^{۱*}، جواد تقی‌زاده^{۲**}، نفیسه ظریفی^{۳***}

۱. دانشیار حقوق عمومی دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران

۲. دانشیار حقوق عمومی دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران

۳. کارشناس ارشد حقوق عمومی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران

دریافت: ۱۳۹۶/۳/۳

پذیرش: ۱۳۹۶/۶/۵

چکیده

اصطلاح «حل معضلات نظام» در بند ۸ اصل ۱۱۰ قانون اساسی به‌عنوان یکی از وظایف و اختیارات رهبری به‌کار رفته است. ابهاماتی در خصوص این بند وجود دارد، مانند مرجع و ملاک اعلام و تشخیص معضل و همچنین مرجع نهایی ارائه‌ی راه‌حل برای معضل که در این مقاله، با روشی توصیفی-تحلیلی تلاش شده تا به این پرسش‌ها پاسخ داده شود. در این زمینه با دقت در مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی آشکار می‌شود که هر معضلی که از طرق عادی نتوان آن را حل کرد، توسط رهبری از طریق مجمع تشخیص مصلحت نظام حل می‌شود. همچنین مطابق با آیین‌نامه‌ی داخلی مجمع و رویه‌ی عملی آن، رهبری پس از اعلام موضوعی توسط مقامات اجرایی و سیاسی کشور، چنانچه موضوعی را معضل تشخیص دهد، به مجمع ارجاع می‌دهد؛ از این رو مجمع نمی‌تواند مستقیماً در امری به‌عنوان حل معضل ورود داشته باشد، مگر اینکه رهبر به آن ارجاع داده باشد. آیین‌نامه‌ی داخلی مجمع، مجمع را در حل معضلات به‌عنوان هیأت عالی مستشاری برای رهبر قلمداد می‌کند. همچنین از رویه‌ی عملی به‌نظر می‌رسد که رهبری با توجه به طریقی که مجمع فراروی ایشان قرار می‌دهد، عمل می‌کند؛ هرچند ممکن است در مواردی طریق ارائه‌شده را مقید و مشروط سازد.

واژگان کلیدی: اختیارات رهبری، اصل ۱۱۰ قانون اساسی، مجمع تشخیص مصلحت نظام، معضلات نظام.

مقدمه

براساس اصل حاکمیت قانون، قانون اساسی وظایف و اختیارات حکومت را در بخش‌های مختلف به‌نحو منطقی توزیع کرده، به‌طوری‌که هیچ امری از امور جامعه بلا تکلیف نمی‌ماند و قوای حکومتی براساس ضوابط مشخصی، همچنان که در اصل ۵۷ قانون اساسی نیز تأکید شده است، اعمال می‌شوند (هاشمی، ۱۳۷۲: ۷۴۶). لکن باید توجه داشت که در برخی موارد نظام سیاسی کشور دچار چالش‌هایی پیش‌بینی‌نشده و وضعیت‌های بحرانی و غیرطبیعی و نیز گره‌های کور قانونی و اجرایی می‌شود که روند طبیعی امور و نظم جامعه را با مشکل مواجه می‌سازند و حل و فصل آن‌ها از طرق عادی امکان‌پذیر نیست (رجائی، ۱۳۸۱: ۴۴). در چنین مواردی انتظار می‌رود که برای حفظ نظام سیاسی کشور و جلوگیری از بروز اختلال در امور، راه‌حلی برای معضلات نظام جست‌وجو شود. در این زمینه در اصل ۱۶ قانون اساسی فرانسه چنین اختیاری برای رئیس‌جمهور در نظر گرفته شده که اگر نهادهای جمهوری، استقلال ملی، تمامیت ارضی و اجرای تعهدات بین‌المللی را در معرض مخاطره و روند عادی قوای حاکمه را مختل دید، تصمیمات مقتضی را پس از مشورت با برخی مقامات عالی‌رتبه کشور اتخاذ کند (مهرپور، ۱۳۹۴: ۲۷۶). در کشور ما نیز، با توجه به تجربیات ده‌ساله‌ی کشور پس از پیروزی انقلاب، در بازنگری قانون اساسی، در بند ۸ اصل ۱۱۰ قانون اساسی، «حل معضلات نظام که از طرق عادی قابل حل نیست از طریق مجمع تشخیص مصلحت نظام» در وظایف و اختیارات رهبری مقرر شده است.

آنچه در این بند از اصل ۱۱۰ قانون اساسی محل تأمل جدی به‌نظر می‌رسد، مفهوم و مصداق معضلی است که از طرق عادی قابل حل نباشد. به‌نظر می‌رسد که قانون اساسی مرجع تشخیص این مسئله را که امری به‌عنوان معضل به‌شمار می‌آید به‌گونه‌ای که از طرق عادی قابل حل نباشد، شخص رهبری دانسته است. همچنین چگونگی حل معضل را بر عهده‌ی شخص رهبری قرار داده است که البته از طریق مجمع صورت می‌گیرد؛ اگرچه ابهاماتی در این زمینه وجود دارد. در مورد اخیر نکته‌ی حائز توجه این‌که در قانون اساسی برخلاف بند ۱ اصل ۱۱۰ که به تعیین سیاست‌های کلی نظام پس از مشورت با مجمع به‌عنوان یکی از وظایف و اختیارات رهبری تصریح شده، در بند ۸ اصل ۱۱۰، قانونگذار از عبارت «از طریق مجمع تشخیص مصلحت نظام» استفاده کرده است که می‌تواند افاده‌ی بار معنایی متفاوتی را بکند. از این‌رو واکاوی نظام حقوقی حاکم بر حل معضلات نظام، در نظم اساسی کشور اهمیت دارد. با این توصیف، این مقاله در نظر دارد تا با تأملی در نظم حقوق اساسی ایران به این پرسش‌ها پاسخ دهد که اولاً، آیا می‌توان ملاک و ضابطه‌ی خاصی را در تشخیص یک امر به‌عنوان

«معضل» غیرقابل حل از طرق عادی در موارد ارجاع شده از سوی رهبری شناسایی کرد؟ ثانیاً، آیا رهبری ملزم به پذیرش طریقه‌ی ارائه شده توسط مجمع برای حل معضلات است یا اینکه مجمع به عنوان طریق حل معضل، مرجعی تعیین کننده نیست و صرفاً نقش مشورتی دارد؟ برای جست و جوی پاسخ این پرسش‌ها، به روشی توصیفی-تحلیلی و با تکیه بر مقررات موجود و رویه‌ی عملی رهبری و مجمع، مرجع اعلام و تشخیص معضل^(۱)، معیارهای اعلام و تشخیص معضل^(۲) و مرجع ارائه‌ی راه حل معضل^(۳) به ترتیب بررسی می‌شوند.

۱. مرجع اعلام و تشخیص معضل

بسیاری از مشکلاتی که در نظام سیاسی حادث می‌شوند، در حد اختلاف بین قوا هستند که موضوع بند ۷ اصل ۱۱۰ قانون اساسی قرار گرفته است و برخی مشکلات هم هرچند پیچیده به نظر می‌رسند، راه حل آن را می‌توان در قانون اساسی یا فرایندهای سیاسی و حقوقی کشور یافت. از این رو تشخیص اینکه چه امری را می‌توان معضل قلمداد کرد، اهمیت زیادی دارد و اینکه چه مراجعی می‌توانند بروز یک معضل در نظام را شناسایی و اعلام کنند، موضوع مهمی است. از این رو در ادامه به ترتیب به موضوع مرجع اعلام و تشخیص معضل پرداخته می‌شود.

۱-۱. مرجع اعلام معضل

در اولین آیین‌نامه‌ی مجمع تشخیص مصلحت نظام مصوب ۱۳۶۶/۱۱/۲۴ و ۱۳۶۶/۱۲/۴ این مجمع که به تأیید امام رسیده بود، صرفاً براساس ذیل ماده‌ی ۱۰ این آیین‌نامه که حسب نظر امام درج شده بود، مقرر شده بود که مجمع می‌تواند در «موضوعات و مسائل مهمه» با موافقت اکثریت اعضای حاضر در مجمع تصمیم‌گیری کند (مهرپور، ۱۳۹۴: ۲۶۴)، ولی در خصوص اینکه چه کسانی می‌توانند این موضوعات و مسائل مهمه را اعلام کنند، سکوت کرده بود؛ لکن این گونه بود که اغلب نهادها و مقاماتی که موضوع مربوط به آن‌ها بود، با نامه‌نگاری به امام خمینی اعلام معضل می‌کردند. به طور مثال، مدیرکل وقت ستاد مبارزه با مواد مخدر طی گزارشی جامع و کامل از وضعیت موجود در شرق کشور و اعتیاد در شهرها به امام، این موضوع را به عنوان «معضل» اعلام کردند (ن.ک: <http://www.farhangnews.ir/content/130464> مصاحبه با سردار مهدی ابویی) و در این موارد مجمع حسب ارجاع امام مبادرت به وضع قانون می‌کرد. بعدها در تاریخ ۱۳۶۷/۱۰/۸ امام اختیار قانونگذاری را که به تعبیر امام، به اقتضای «مصلحت نظام و اسلام» برای باز کردن سریع «گره‌های کور قانونی» بوده، از مجمع سلب کرده و صلاحیت مجمع را به رسیدگی به موارد اختلاف بین مجلس و شورای نگهبان محدود کردند (مهرپور، ۱۳۷۱: ۳۵ و ۴۰-۴۱). لکن حل معضلات نظام در مواردی که از طرق عادی حل‌شدنی نیست، در بازنگری قانون

اساسی در ذیل وظایف و اختیارات رهبری در اصل ۱۱۰ گنجانده شد با این قید که «از طریق مجمع تشخیص مصلحت نظام» صورت پذیرد. با وجود این، در اولین آیین‌نامه‌ی مصوب مجمع پس از بازنگری قانون اساسی که در ۶۸/۸/۲ به تصویب مجمع و در ۶۸/۹/۲۱ به تأیید رهبری رسید، همچنان اشاره‌ای به مرجع اعلام معضل صورت نگرفت. اما در بازنگری آیین‌نامه‌ی داخلی مجمع در ۱۳۷۶/۸/۳ که به تأیید مقام رهبری نیز رسید، در فرازی از بند «ب» ماده‌ی ۲۷ مقرر شد: «در مورد معضل که از سوی مقام معظم رهبری ارجاع می‌شود، پس از طرح و توضیح مسئله، وزیر یا رئیس دستگاه مربوط که معضل را مطرح کرده است، توضیح خواهد داد...». از ماده‌ی مذکور چنین استفاده می‌شود که مرجع اعلام معضل، وزیر یا رئیس دستگاه مرتبط با موضوع معضل است. همچنان که در اردیبهشت‌ماه ۱۳۸۷ وزیر وقت کشور با اشاره به برخی از موارد مبهم و مشکل‌آفرین در قانون انتخابات و چرخه‌ی اجرایی آن، نامه‌ای خطاب به رهبری نوشت و درخواست کرد که موضوع به‌عنوان یک «معضل» در مجمع بررسی شود و راهکارهایی برای آن اندیشیده شود (شریعت‌مداری، ۱۳۸۸: ۲). با این حال، از رویه‌ی عملی چنین برمی‌آید که رؤسای قوا نیز در مقاطعی به اعلام معضل پرداخته‌اند و حسب ارجاع مقام رهبری، مجمع در خصوص این موارد بررسی و اعلام‌نظر کرده است. به‌طور مثال، معضل ناشی از «ماده‌ی ۲۱۵ لایحه‌ی برنامه‌ی چهارم توسعه» که در ادامه به آن بیشتر اشاره خواهد شد، توسط رئیس وقت مجلس شورای اسلامی به مقام رهبری اعلام شده است. همچنین در معضل کیفیت انتخاب رئیس بانک مرکزی، رئیس‌جمهور وقت به مقام رهبری نامه‌ای نوشتند و در نتیجه، رهبری هم این موضوع را به‌عنوان معضل به مجمع ارجاع دادند (جوادی، ۱۳۸۹: ۳۹۱؛ رضایی‌زاده، نیکونهاد و آئینه‌نگینی، ۱۳۹۲: ۱۲۶).

۲-۱. مرجع تشخیص معضل

نکته‌ای که در خصوص بند ۸ اصل ۱۱۰ قانون اساسی قابل تأمل به‌نظر می‌رسد، این است که آیا هر موضوعی که به‌عنوان معضل از سوی رهبری به مجمع ارجاع می‌شود، اساساً باید به‌عنوان معضل حل‌نشده از طرق عادی تلقی شده و راه‌حل استثنایی برای آن توسط مجمع ارائه شود یا اینکه مجمع از این صلاحیت برخوردار است که ابتدا موضوع را از حیث معضل بودن آن و حل‌نشده بودن آن از طرق عادی بررسی کند و چنانچه شرایط مذکور را تشخیص داد، مراتب را حسب بند ۸ اصل ۱۱۰ پیگیری کند؛ با این توضیح، در ادامه به نقش و جایگاه مقام رهبری و مجمع در تشخیص معضل می‌پردازیم.

براساس تئوری ولایت فقیه و نقش ایشان در تدبیر و مصلحت‌اندیشی مبتنی بر حفظ نظام

اسلامی و استقرار نظم و صلح و ثبات در جامعه (خسروی، ۱۳۹۳: ۱۹۰)، به نظر می‌رسد که مرجع تشخیص معضل و حل آن در مواقعی که از راه قانونی امکان عمل نباشد یا اضطرار، ضرورت و فوریت ایجاب کند، مقام رهبری است (نجفی‌اسفاد و محسنی، ۱۳۸۰: ۱۱۰). این موضوع با توجه به جایگاهی که طبق اصل ۵۷ قانون اساسی مقام رهبری در رابطه با قوای سه‌گانه از آن برخوردار است و براساس آن، قوا باید زیر نظر ولایت مطلقه‌ی امر و امامت وی اعمال شوند، موضوعیت بیشتری می‌یابد.

در زمان رهبری امام، تشخیص معضل توسط ایشان صورت می‌گرفت؛ چنانچه پس از نامه‌ی مدیرکل وقت ستاد مبارزه با مواد مخدر به امام، ایشان حل معضل را به مجمع واگذار کردند. معضلات اساسی در کشور که از همان ابتدا مشخص بود رفع آن از مجاری متعارف قانونی امکان‌پذیر نیست، با نظر موافق امام به مجمع سپرده می‌شد (جوادی، ۱۳۸۹: ۳۳۵). در شورای بازنگری قانون اساسی نیز، تشخیص معضل بر عهده‌ی رهبری قلمداد شده و اظهار شده است: «حل معضلات نظام در مواردی که مقام رهبری ارجاع می‌دهد این به عهده‌ی مجمع تشخیص مصلحت است؛ یعنی رهبر پیشنهاد می‌دهد، رهبر معضله را تشخیص می‌دهد و پیشنهادش را می‌دهد به مجمع تشخیص مصلحت» (شورای بازنگری قانون اساسی، ۱۳۶۹، ج ۲: ۱۶۴۳) همچنین اظهار شده است که «این معضلات را رهبری ارجاع می‌دهد یعنی سر خود نمی‌تواند شورای تشخیص مصلحت، معضلات کشور را بیاید حل بکند» (صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی، ۱۳۶۹، ج ۲: ۱۶۴۳). در واقع مجمع هنگامی در بحث معضلات وارد می‌شود که معضل از سوی رهبری تشخیص داده شده باشد. اگر رهبری تشخیص دادند که موضوعی به‌عنوان معضل برای کشور مطرح است و به راهکارهای مصلحتی احتیاج دارد می‌توانند دستور دهند که این موضوع به‌عنوان یک معضل در دستور کار مجمع قرار گیرد (جعفری، ۱۳۸۱: ۱۳۸-۱۳۹).

با این حال، هرچند از فحوای مذاکرات شورای بازنگری چنین برمی‌آید که تشخیص معضل بر عهده‌ی رهبری قلمداد شده، نظر دیگری مبنی بر امکان تشخیص معضل توسط مجمع نیز مطرح شده است، به‌گونه‌ای که تصویب «قانون تشکیل محکمه‌ی عالی انتظامی قضات» و «قانون تخلفات، جرائم و مجازات‌های مربوط به اسناد سجلی و شناسنامه» را که بدون ارجاع مشخصی از سوی رهبری بوده‌اند، سبب تقویت این نظر قلمداد کرده‌اند (ساکت، ۱۳۸۷: ۳۷۲). لکن در این زمینه آنچه از عبارت صدر ماده‌ی ۲۶ آیین‌نامه‌ی داخلی مجمع مصوب ۱۳۷۶ (در خصوص معضلات نظام و سایر اموری که از طرف مقام معظم رهبری به مجمع ارجاع می‌شود) و همچنین صدر بند «ب» ماده‌ی ۲۷ این آیین‌نامه (در مورد معضل که از سوی مقام معظم رهبری

ارجاع می‌شود) برمی‌آید، این است که تشخیص معضل و ارجاع آن حسب نظر رهبری است و مجمع خود در مقام این نخواهد بود که موضوع را رأساً بررسی کند و حتی حل‌نشدنی بودن یا نبودن معضل را تشخیص دهد. در این‌جا نباید این مهم را از یاد برد که در مواردی مقام رهبری، با وجود ارجاع ابتدایی موضوع به‌عنوان معضل به مجمع، با توجه به اینکه وجود راه‌های قانونی برای حل معضل از سوی مجمع مورد ادعا قرار گرفت، استفاده از راه‌های قانونی را در اولویت کار مجمع قرار داده‌اند؛ همچنان که در جریان بروز معضل ماده‌ی ۲۱۵ لایحه‌ی برنامه‌ی چهارم توسعه، پیرو ابلاغیه‌ی مورخ ۱۳۸۳/۷/۱ رئیس دفتر مقام رهبری مبنی بر دستور معظم‌له به طرح و بررسی موضوع به‌عنوان معضل برابر نظر رئیس مجلس شورای اسلامی در مجمع، در ابلاغیه‌ی مورخ ۱۳۸۳/۷/۹، خطاب به رئیس مجمع تأکید شده است، «شنیده شد که راه قانونی برای طرح و حل این مسئله در مجمع تشخیص مصلحت نظام وجود دارد. شایسته است ابتدائاً از آن راه قانونی که معضل را موضوعاً منتفی می‌کند استفاده فرمایید. در غیر این صورت، ابلاغ قبلی به قوت خود باقی است» (جوادی، ۱۳۸۹: ۳۹۰).

در ادامه این سؤال پیش می‌آید که از رویه‌ی مقام رهبری در تشخیص و ارجاع برخی مسائل به‌عنوان معضل به مجمع چه معیارهایی را به‌عنوان معیارهای شناسایی و اعلام این مسائل به‌عنوان معضل می‌توان استخراج کرد؟

۲. معیارهای اعلام و تشخیص معضل

در سال‌های ابتدایی شکل‌گیری مجمع، مسائلی که به‌عنوان معضل مطرح شده‌اند، معضلاتی بوده‌اند که شرایط حاکم بر آن زمان مانند نوپا بودن انقلاب، عدم تفاسیر دقیق و وضعیت جنگ، در ارجاع آن‌ها به‌عنوان معضل بی‌تأثیر نبوده (مهرپور و ملایری، ۱۳۸۱: ۲۴). همچنان که معضلاتی همانند تعزیرات حکومتی در این فضا ارجاع شده است. توضیح اینکه در ۱۳۶۶/۰۲/۳۱ برای جلوگیری از وقوع تخلفات اقتصادی، پس از کسب تکلیف نخست‌وزیر وقت از محضر امام برای اجازه‌ی قیمت‌گذاری کالاها از طرف دولت و نیز مبارزه با گرانفروشی، به دولت چنین اجازه‌ای با این قید داده شد که «در مصادیق با نظر و مشورت اکثریت رؤسای قوای سه‌گانه لازم است عمل شود» (خمینی موسوی، ۱۳۸۹، ج ۲۰: ۲۶۲)، اما با تشکیل مجمع، در ۱۳۶۷/۰۶/۱۳، امام، طی نامه‌ای خطاب به رئیس وقت مجمع، اختیار تعزیرات حکومتی را با این توضیح که «بحمدالله تعالی کار جنگ بدین جا رسیده»، از دولت سلب کردند و ابراز داشتند که «حدود تعزیرات، چه شرعی و چه حکومتی، حق فقهای جامع‌الشرایط است؛ ولی برای جلوگیری از فساد، لازم است مجمع تشخیص مصلحت، تشخیص مصالح را در اجرا و عدم اجرا داده، و به‌نحوی که مصلحت را تشخیص می‌دهند

عمل کنند» (خمینی موسوی، ۱۳۸۹، ج ۲۱: ۱۱۸). از این رو ملاک در اعلام و تشخیص معضل در سال‌های ابتدایی، خروج کشور از بحران به دلیل جو حاکم بر آن زمان، تسهیل در انجام وظایف قانونی و رسیدن به مقاصد مورد نظر دستگاه درخواست‌کننده بوده است. در این میان، چه بسا موضوعی تحت عنوان معضل در مجمع تصویب می‌شود و حال آنکه اصلاً معنای معضل را متبادر به ذهن نمی‌کند (قلیخانی، ۱۳۸۶: ۷۲). اما با بازنگری قانون اساسی این سؤال بار دیگر مطرح شد که ملاک در اعلام و تشخیص موضوعی به عنوان معضل چیست؟ در این زمینه آیین‌نامه‌ی داخلی مجمع ساکت است و از این رو باید به سراغ رویه‌ی عملی در خصوص ملاک‌های تشخیص و اعلام معضل رفت. بر این اساس، برخی موجبات شاخص که از رویه‌ی عملی رهبری در تشخیص موضوعی به عنوان معضل قابل اتخاذ است، به شرح زیر است:

۲-۱. ناکارآمدی راه‌های قانونی در حل اختلافات قوا

به موجب بند ۷ اصل ۱۱۰ قانون اساسی «حل اختلاف و تنظیم روابط قوای سه‌گانه» از جمله وظایف و اختیارات مقام رهبری است. واگذاری چنین شأنی به مقام رهبری اساساً به واسطه‌ی جایگاه والایی است که به عنوان ولایت مطلقه‌ی امر و امامت امت به موجب اصل ۵۷ قانون اساسی از آن برخوردارند و براساس آن، قوای حاکم در جمهوری اسلامی باید زیر نظر ایشان اعمال شوند. از این رو اختلافاتی که در حد ناهماهنگی یا فقدان برداشت مشترک از یک نص قانونی که از طرقی مانند تفسیر حل‌شدنی نیستند یا حدود صلاحیت یک قوه ممکن است بروز یابند و با اعمال کارویژه‌ی تنظیم روابط قابل رفع هستند (غمامی و خلف رضایی، ۱۳۹۲: ۶۴)، و به عبارتی، اختلافاتی که بین قوای سه‌گانه بروز می‌یابند و خاستگاه حقوقی و سیاسی دارند، اما حکم قانونی مشخصی ندارند (گرگی و رضایی، ۱۳۹۳: ۱۲۴)، در چارچوب بند ۷ اصل ۱۱۰ قانون اساسی توسط مقام رهبری حل و فصل می‌شوند. در خصوص این اختلافات مقام رهبری نمی‌تواند خارج از سازوکار قانونی مشخص برای حل اختلاف و تنظیم روابط قوا عمل کند و در راستای اجرای کامل قانون اساسی اقدام می‌کند (گرگی و رضایی، ۱۳۹۳: ۱۲۴). اما چنانچه اختلاف بین قوا در سطحی تنش‌زا شکل گیرد که کارکرد منظم و عادی قوا و ارائه‌ی خدمات عمومی به شهروندان را مختل سازد و این اختلاف از طریق سازوکارهای عادی و قانونی قابل حل و فصل نباشد (غمامی و خلف رضایی، ۱۳۹۲: ۶۴) یا آنکه حل آن‌ها بر مبنای سازوکارهای قانونی به مصلحت نباشد و اضطراب ارائه‌ی راه‌حل فوق‌العاده‌ای را توجیه کند، موضوع ذیل بند ۸ اصل ۱۱۰ قرار می‌گیرد (گرگی و رضایی، ۱۳۹۳: ۱۲۴).

نمونه‌ای از حالت اخیر را در ابلاغیه‌ی مورخ ۱۳۸۰/۵/۱۴ مقام رهبری خطاب به رئیس وقت مجمع مشاهده می‌شود که در آن اشاره شده است: «با توجه به اینکه مجلس محترم

شورای اسلامی و قوه‌ی محترم قضاییه نتوانسته‌اند در مورد انتخاب دو نفر عضو حقوقدان شورای نگهبان به توافق لازم دست یابند، و این ممکن است موجب تأخیر در مراسم تحلیف رئیس‌جمهور گردد» (جوادی، ۱۳۸۹: ۳۸۶)، موضوع در چارچوب بند ۸ اصل ۱۱۰ در مجمع بررسی شود و نظر مشورتی مجمع برای تصمیم‌گیری نهایی در اختیار مقام رهبری قرار گیرد. توضیح اینکه در تاریخ ۱۳۸۰/۵/۱۳ در جریان انتخاب سه عضو حقوقدان شورای نگهبان، پس از انتخاب یکی از شش حقوقدان معرفی‌شده توسط رئیس قوه‌ی قضاییه، دو عضو دیگر با وجود رأی‌گیری مجدد در نوبت عصر جلسه‌ی علنی مجلس موفق به کسب اکثریت لازم از مجلس نشدند. برداشت نمایندگان مجلس از بند ۲ اصل ۹۱ قانون اساسی و تفسیر شماره‌ی ۱۶۸۲/۲۱/۸۰ مورخ ۱۳۸۰/۴/۱۰ شورای نگهبان از اصل مذکور این بوده که هرچند مجلس باید از بین افرادی که رئیس قوه‌ی قضاییه معرفی می‌کند، تعداد لازم را انتخاب کند، اما هیچ صراحتی در مقررات مذکور مبنی بر اینکه مجلس باید از بین همان افرادی که در بار نخست از سوی رئیس قوه‌ی قضاییه معرفی می‌شوند، اعضای حقوقدان شورای نگهبان را انتخاب کند، وجود ندارد و تأکید ماده‌ی ۱۱۹ آیین‌نامه‌ی داخلی وقت مجلس بر اخذ اکثریت مطلق آرای نمایندگان به‌منظور تعیین اعضای حقوقدان شورای نگهبان نیز مؤید این مطلب است که نظر قانونگذار این نبوده است که این انتخاب حتماً تک‌مرحله‌ای باشد یا معرفی حقوقدانان، تک‌مرحله‌ای باشد؛ چراکه در این صورت قانونگذار بیان می‌کرد که رأی‌گیری برای انتخاب حقوقدانان باید در مرحله‌ی دوم بر مبنای اکثریت نسبی باشد، از این رو وقتی قانونگذار در این زمینه ساکت است، بیانگر این مطلب است که رئیس قوه‌ی قضاییه باید تا زمانی که آنچه مدنظر نمایندگان مجلس است حاصل نشد، به‌دفعات حقوقدانان پیشنهادی خود را معرفی کند. اما این اختلاف در حالی بود که مراسم تحلیف رئیس‌جمهور جدید باید براساس برنامه‌ریزی قبلی در ۱۳۸۰/۵/۱۴ برگزار می‌شد و حال آنکه هنوز ترکیب اعضای شورای نگهبان کامل نشده بود و طبق صدر اصل ۱۲۱ قانون اساسی رئیس‌جمهور باید در مجلس شورای اسلامی در جلسه‌ای با حضور رئیس قوه‌ی قضاییه و اعضای شورای نگهبان مراسم تحلیف را به‌جا می‌آورد. این ابهام به‌طور جدی وجود داشت که آیا نظر واضعان قانون اساسی حضور تمامی اعضای شورای نگهبان است یا آنکه با حضور ده عضو شورای نگهبان در جلسه‌ی تحلیف، جلسه رسمیت لازم را خواهد داشت؟ شورای نگهبان، هرچند سه‌چهارم اعضای آن تعیین شده بود، در خصوص این مطلب که آیا می‌تواند در چنین شرایطی نظر تفسیری برای رفع ابهام مذکور ارائه کند، نیز با ابهام مواجه بوده و در نتیجه اختلاف بین مجلس شورای اسلامی و رئیس قوه‌ی قضاییه در خصوص تعیین حقوقدانان شورای نگهبان به‌گونه‌ای بوده است که باید برای آن

تدبیری فوق‌العاده اندیشیده می‌شد (ن.ک: مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، دوره‌ی ششم، ۱۳، ۱۴ و ۱۶ مرداد ۱۳۸۰).^(۱) به این ترتیب مقام رهبری با ارجاع موضوع اختلاف به مجمع به‌عنوان معضلی که از طرق عادی حل‌شدنی نیست، درصدد رفع آن برمی‌آیند که البته با پیشنهاد مجمع مبنی بر ملاک قرار گرفتن اکثریت نسبی آرای نمایندگان مجلس در مرحله‌ی دوم از رأی‌گیری در خصوص انتخاب حقوقدانان شورای نگهبان و رسمیت یافتن شورای نگهبان با وجود اکثریت سه‌چهارم اعضا (جوادی، ۱۳۸۹: ۳۸۷) و موافقت رهبری با پیشنهادهای مذکور، این معضل مرتفع شد.

۲-۲. ناکارآمدی راه‌های قانونی به‌دلیل تأییدات احکام اولیه‌ی شرعی

طبق اصل ۴ قانون اساسی، کلیه‌ی قوانین و مقررات باید براساس موازین شرعی باشد و تشخیص این امر بر عهده‌ی فقهای شورای نگهبان است. در دیدگاه امام خمینی (ره)، حکومت به معنای ولایت فقیه از اهم احکام الهی است و بر جمیع احکام فرعی‌ی الهیه تقدم دارد (خمینی موسوی، ۱۳۷۰، ج ۲۰: ۱۷۰). ازاین‌رو چنانچه مصلحت اقتضا کند تدبیری را که حتی با احکام اولیه سازگاری ندارد و فقهای شورای نگهبان آن را مغایر با احکام اولیه‌ی شرع تشخیص می‌دهند، می‌توان اتخاذ کرد. در این زمینه اصل ۱۱۲ قانون اساسی که به تشکیل مجمع پرداخته است نیز تصریح دارد که اگر شورای نگهبان مصوبه‌ی مجلس را خلاف شرع تشخیص دهد و مجلس بر مصوبه‌ی خود اصرار داشته باشد، موضوع به مجمع ارجاع می‌شود که در این صورت طبق نظر تفسیری شماره‌ی ۴۸۷۲ مورخ ۱۳۷۲/۴/۲۰ شورای نگهبان، مجمع به لحاظ عناوین ثانویه تعیین تکلیف می‌کند، البته در این خصوص خلاف شرع عمل نشده است؛ چراکه «منظور از «خلاف موازین شرع» آن است که نه با احکام اولیه‌ی شرع سازگار باشد و نه با احکام عناوین ثانویه (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۹: ۱۷۷) همچنین در برخی موارد ممکن است احکام اولیه‌ی شرعی موجباتی باشند که تقییداتی را برای نظام اسلامی شکل دهند که حل آن‌ها نیازمند اتخاذ تصمیماتی از سوی رهبری نظام در مقام حل معضل باشد.

نمونه‌ای از آن در جریان تصویب «قانون نحوه‌ی وصول مطالبات بانک‌ها» در تاریخ ۱۳۶۸/۱۰/۵ بوده است؛ با این توضیح که نظر به حرمت اخذ ربا از نظر شرع اسلام، با استقرار نظام جمهوری اسلامی صحت مسئله‌ی تأخیر تأدیه مورد تردید واقع شد (مهرپور، ۱۳۸۷: ۱۴۴). شورای نگهبان به استناد نظر امام خمینی (ره)، طی نظریه‌ی شماره‌ی ۳۸۴۵ مورخ ۱۳۶۴/۴/۱۲ خسارت تأخیر تأدیه را به‌منزله ربا تلقی کرد و ضمن اعلام خلاف شرع بودن مواد ۷۱۹ تا ۷۲۳

قانون آیین دادرسی مدنی، اخذ هر گونه مبلغی زائد بر بدهی به عنوان خسارت تأخیر تأدیه را جایز ندانست (روزنامه‌ی رسمی، شماره‌ی ۱۵۲۳۳، ۱۳۷۶/۳/۳۱). بعدها به دلیل مشکلاتی که به سبب حذف خسارت تأخیر تأدیه در نظام بانکی کشور به وجود آمد، شورای نگهبان پذیرفت که بانک‌ها چنانچه در قراردادهایی که با وام‌گیرندگان خود منعقد می‌سازند، آن‌ها را متعهد ساخته باشند که در صورت عدم تسویه‌ی بدهی خود در موعد مقرر، علاوه بر بدهی تأدیه نشده، مبلغی معادل ۱۲ درصد مانده‌ی بدهی برای هر سال نسبت به بدهی مذکور برحسب قرارداد، باید به بانک پرداخت کنند، ایراد شرعی مرتفع می‌شود؛ چراکه پرداخت این مبلغ زائد، نه از باب خسارت تأخیر تأدیه، بلکه از باب عمل به تعهدی است که وام‌گیرندگان، آن را هنگام اخذ وام، ضمن قرارداد پذیرفته‌اند. اما راه حل شورای نگهبان چنانکه باید نمی‌توانست پاسخگوی مشکل بانک‌ها در زمینه‌ی وصول وام‌های کلانی باشد که پیش از انقلاب و استقرار نظام جدید بانکداری گرفته شده بودند و سال‌ها نیز از سررسید آن‌ها گذشته بود، زیرا در قرارداد این وام‌ها تعهدی از وام‌گیرندگان گرفته نشده بود تا بتوان به موجب آن مبلغی زائد بر اصل بدهی به دلیل تأخیر در پرداخت وام از وام‌گیرندگان اخذ کرد. در نتیجه دادخواست بانک‌ها برای وصول خسارت تأخیر تأدیه به استناد نظر شورای نگهبان در دادگاه‌ها رد می‌شد. استمرار مشکل یادشده سرانجام موجب طرح موضوع خسارت تأخیر تأدیه به موجب بند ۸ اصل ۱۱۰ قانون اساسی در مجمع شد (شفیعی سروستانی، ۱۳۸۱: ۱۲۷-۱۲۸)؛ چراکه برای حل این معضل به مقام نافذالحکمی نیاز بود تا به این تردید خاتمه دهد و به طور جزم بتواند اجرای قوانین و مقررات زمان اعطای وام و تسهیلات را بلاشکال و بلکه لازم اعلام کند (مهرپور، ۱۳۷۱: ۴۹-۵۰). از این رو رهبری با تأیید مصوبه‌ی مورخ ۱۳۶۸/۱۰/۵ مجمع تحت عنوان «قانون نحوه‌ی وصول مطالبات بانک‌ها» این معضل را از طریق مجمع حل کردند.

نمونه‌ی دیگری از بروز معضل با توجه به تقییدات شرعی در موضوع حقوق اقلیت‌های دینی و دعاوی مربوط به آن‌ها مشاهده می‌شود که به تصویب قانون رسیدگی به دعاوی مطروحه در خصوص احوال شخصیه و تعلیمات دینی ایرانیان زرتشتی، کلیمی و مسیحی در اجرای بند ۸ اصل ۱۱۰ قانون اساسی منجر شد. توضیح اینکه طبق اصل ۱۳ قانون اساسی، «ایرانیان زرتشتی، کلیمی و مسیحی تنها اقلیت‌های دینی شناخته می‌شوند که در حدود قانون در انجام مراسم دینی خود آزادند و در احوال شخصیه و تعلیمات دینی بر طبق آیین خود عمل می‌کنند». از این رو بین مراجع قضایی کشور در موضوع تنفیذ وصیت‌نامه‌های اقلیت‌های مذکور اختلاف نظر شکل گرفت، بدین ترتیب که برخی قضات معتقد بودند که در دعاوی مربوط به اقلیت‌ها باید براساس نظر اسلام در احوال شخصیه‌ی آنان حکم کنند و جمله‌ی آخر اصل را چنین معنی می‌کردند که آن‌ها خودشان می‌توانند

براساس احکام دینی خود عمل کنند، اما اگر به مراجع قضایی اسلامی مراجعه کردند، قضات دادگاه‌ها باید براساس احکام اسلام حکم کنند؛ شاهد این مدعا این است که قانون اساسی گفته است (عمل می‌کنند) و نه اینکه (عمل می‌شود)؛ اما برخی قضات معتقد بوده‌اند که باید در این‌گونه دعاوی براساس احکام خود آنان حکم شود (ن.ک: حقوق اقلیت‌های دینی در کشور ایران، نویسنده: ایلرای بت گیورگیز موش‌آباد <http://ashour.ir/ArticleDetails.aspx?ArticleId=5181>). در نتیجه، اختلاف نظر قضات به هیأت عمومی دیوان عالی کشور ارجاع شد و دیوان به موجب رأی وحدت رویه‌ی شماره‌ی ۳۷ مورخ ۱۳۶۳/۹/۱۹ مقرر داشت که با توجه به اصل ۱۳ قانون اساسی و قانون اجازه‌ی رعایت احوال شخصیه‌ی ایرانیان غیرشیعه در محاکم مصوب ۱۳۱۲، دادگاه‌ها در رسیدگی به درخواست تنفیذ وصیت‌نامه ملزم به رعایت قواعد و عادات مسلمة در مذهب آنان جز در مورد مقررات قانون راجع به انتظامات عمومی‌اند و باید احکام خود را براساس آن صادر کنند. پیرو رأی مزبور، قضاتی که قائل به تفسیر مخالف از اصل مذکور بودند از فقهای شورای نگهبان نسبت به مشروعیت حکم دادگاه طبق اعتقادات اقلیت‌های دینی برای دعاوی آنان سؤال کردند و فقهای شورا جواب دادند: «چنانچه دادگاه‌های اسلامی حکم کنند باید براساس موازین اسلامی باشد، مگر در مواردی که شارع مقدس احکام مربوط به احوال شخصیه‌ی اهل کتاب را امضاء فرموده است. بنابراین روی وحدت رویه‌ی ردیف ۶۳/۲۳ مورخ ۱۹/۹/۱۳۶۳ و اطلاق مواد مورد استناد در این قسمت خلاف شرع و باطل است».

مشکلات اجرایی ناشی از نظریه‌ی شرعی فقهای شورای نگهبان که می‌توانست هم حق دادخواهی اقلیت‌های مذکور در اصل ۱۳ قانون اساسی را با چالش‌هایی مواجه سازد و هم ایرانیان مسلمان را در دیگر کشورها با مشکل عمل متقابل مواجه کند، موجب شد تا در نهایت موضوع به‌عنوان یک معضل به رهبری اعلام شود که با ارجاع موضوع از سوی ایشان، مجمع در تاریخ ۱۳۷۲/۴/۳، رأی وحدت رویه‌ی شماره‌ی ۳۷ هیأت عمومی دیوان عالی کشور را عیناً تحت عنوان قانون رسیدگی به دعاوی مطروحه در خصوص احوال شخصیه و تعلیمات دینی ایرانیان زرتشتی، کلیمی و مسیحی به تصویب رساند (جوادی، ۱۳۸۹: ۳۷۱-۳۷۲).

۲-۳. رفع بن بست‌های قانونی موجود در اعمال هر یک از قوا

به موجب اصل ۹۶ قانون اساسی، «مصوبات» مجلس شورای اسلامی نباید با احکام اسلام و قانون اساسی مغایرت داشته باشد. به نظر می‌رسد شورای نگهبان وظیفه‌ی بررسی آنچه را که به‌عنوان مصوبه توسط مجلس به تصویب رسیده است، برعهده دارد و در خصوص آنچه مورد تصویب قانونگذار قرار نگرفته و به‌عنوان مصوبه‌ی مجلس فعلیت نیافته است، نمی‌تواند

اظهارنظر کند. لکن شورای نگهبان در رویه‌ی خود در خصوص بررسی لایحه‌ی برنامه‌ی چهارم توسعه، حذف ماده‌ی ۲۱۵ لایحه را که به موضوع بودجه‌ی قوه‌ی قضاییه اختصاص داشت و مجلس آن را تصویب نکرده بود، با توجه به بندهای ۱۶ و ۱۷ سیاست‌های کلی برنامه‌ی چهارم مغایر اصل ۱۱۰ قانون اساسی شناخته است؛ چراکه از نظر این شورا، «باید مطابق بند ۱ اصل ۱۱۰ قانون اساسی، سیاست‌های کلی در برنامه مورد توجه کافی قرار گیرد تا عملیاتی شود». با اصرار مجلس بر مصوبه‌ی خود و ارسال آن به مجمع در تاریخ ۱۳۸۳/۳/۵، دبیر شورای نگهبان طی نامه‌ی شماره‌ی ۸۳/۳۰/۷۵۲۷ مورخ ۱۳۸۳/۳/۱۰ به دلیل عدم رعایت اصل ۱۱۲ قانون اساسی، خواهان بازگرداندن مصوبه به مجلس به منظور رفع ایرادات شورای نگهبان می‌شود. مجمع نیز در تاریخ ۱۳۸۳/۴/۲ به استناد تفسیر شماره‌ی ۸۳/۳۰/۷۵۴۷ مورخ ۱۳۸۳/۳/۱۶ شورای نگهبان لایحه را به منظور طی مراحل قانونی برای رفع ابهامات و بررسی ایرادات به مجلس ارجاع می‌دهد. با اصلاح مصوبه‌ی مجلس ششم در مجلس هفتم به تاریخ ۱۳۸۳/۵/۲۸ و ارسال آن به شورای نگهبان، دبیر این شورا طی بند ۷ نامه‌ی شماره‌ی ۸۳/۳۰/۸۳۳۳ مورخ ۱۳۸۳/۶/۴ تأکید می‌کند: «جزء (۲۶) بند (هـ) ایرادات شورای نگهبان، کماکان بقوت خود باقی است». بار دیگر با ارسال مصوبه‌ی اصلاحی مجلس در تاریخ ۱۳۸۳/۶/۱۱، شورای نگهبان در نامه‌ی شماره‌ی ۸۳/۳۰/۸۴۴۰ مورخ ۱۳۸۳/۶/۱۹ بر ایراد قبلی اصرار می‌کند.^(۲) بدین ترتیب رئیس مجلس وقت طی نامه‌ی شماره‌ی ۱۰/۵۷۷۸۹/د مورخ ۱۳۸۳/۶/۳۱ با این توجیه که «چون این ایراد شورای نگهبان اصولاً ناظر به هیچ مصوبه‌ای از مجلس نبود، مجلس برای آنکه این امر در آینده به صورت رویه در نیاید از ورود در این بحث خودداری ورزید» و با تأکید بر «لزوم جلوگیری از تأخیر در ابلاغ قانون برنامه» از مقام رهبری اعمال بند ۸ اصل ۱۱۰ قانون اساسی را درخواست می‌کند (جواد، ۱۳۸۹: ۳۸۹). با این توضیح، در موضوع ماده‌ی ۲۱۵ لایحه‌ی برنامه‌ی چهارم توسعه همچنان که از فحوا‌ی نامه‌ی رئیس مجلس نیز می‌توان به خوبی دریافت، اساساً اعمال اصل ۱۱۲ قانون اساسی محمل قانونی نداشته است؛ چراکه «مجمع تشخیص مصلحت نظام برای تشخیص مصلحت در مواردی که مصوبه‌ی مجلس شورای اسلامی را شورای نگهبان خلاف موازین شرع و یا قانون اساسی بداند و مجلس با در نظر گرفتن مصلحت نظام نظر شورای نگهبان را تأمین نکند»، تشکیل می‌شود و حال آنکه در این مورد مجلس شورای اسلامی مصوبه‌ای نداشته که خلاف قانون اساسی قلمداد شده باشد، بلکه عدم اقدام مجلس در تصویب یک ماده از لایحه‌ی برنامه، خلاف قانون اساسی تلقی شده بود. بدین ترتیب، در اعمال قوه‌ی مقننه بن‌بستی قانونی شکل گرفته بود که باید به عنوان یک معضل حل می‌شد. از این رو، با ارجاع مقام رهبری، مجمع طی

مصوبه‌ی شماره‌ی ۰۱۰۱ / ۳۶۵۱۲ مورخ ۱۳۸۳/۷/۱۱، نظر مشورتی نهایی خود را طی ماده‌واحده‌ای به شرح ذیل اظهار داشت: «الف - قانون برنامه‌ی پنج‌ساله‌ی چهارم توسعه‌ی اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی کشور توسط رئیس مجلس شورای اسلامی جهت اجراء ابلاغ شود. ب - دولت با قید فوریت، لایحه‌ای جهت حل مشکلات بودجه‌ای قوه‌ی قضاییه و با توجه به نیاز واقعی تقدیم مجلس نماید». مصوبه‌ی مزبور با تأیید مقام رهبری در تاریخ ۱۳۸۳/۷/۱۵، به مجلس و دولت ابلاغ شد (جوادی، ۱۳۸۹: ۳۹۱).

۳. مرجع ارائه‌ی راه‌حل معضل

قانونگذار اساسی در بند ۸ اصل ۱۱۰، مرجع ارائه‌ی راه‌حل را به‌صورت واضح تعیین نکرده و با به‌کارگیری عبارت «حل معضلات نظام» که از طرق عادی قابل حل نیست، از طریق مجمع تشخیص مصلحت نظام» در زمره‌ی وظایف و اختیارات رهبری بر ابهامات آن افزوده است؛ اینکه آیا مرجع حل این معضلات مجمع است یا مرجع آن رهبری است که مشورت لازم با مجمع را انجام می‌دهد و سپس راه‌حل را اتخاذ می‌کند؟ با این توضیح در ادامه به این موضوع می‌پردازیم که مجمع در حل معضل چه نقشی دارد و عبارت «از طریق» به چه معناست؟ آیا عبارت مذکور به معنای مشورت با مجمع است؛ همان‌گونه‌که در بند ۱ اصل ۱۱۰ «تعیین سیاست‌های کلی نظام جمهوری اسلامی ایران پس از مشورت با مجمع تشخیص مصلحت نظام» به‌عنوان یکی از وظایف و اختیارات رهبری مورد اشاره قرار گرفته است، یا به معنای اعمال این وظیفه توسط مجمع و واگذاری حل معضل از جانب رهبری به این نهاد است؟

در این خصوص آیت‌الله هاشمی رفسنجانی، رئیس وقت مجمع تشخیص مصلحت نظام، نقش این نهاد را در زمان امام در خصوص حل معضل این‌گونه روایت کرده‌اند که این نهاد ابتدائاً بیشتر به قانونگذاری پرداخت و «قانون‌ها هم این‌گونه نبود که خودمان تصمیم بگیریم. معمولاً با تصویب امام بود، یا از امام می‌خواستند یا خود امام پیشنهاد می‌کردند و در دستور می‌آمد» (مهرپور و ملایری، ۱۳۸۱: ۲۷).

اما در جریان بازنگری قانون اساسی با توجه به فرمان امام مبنی بر قرار گرفتن مجمع در جایگاه یک مستشار عالی برای رهبری، این ابهام در مذاکرات مربوط به بند ۸ اصل ۱۱۰ موضوعیت یافت. در مذاکرات شورای بازنگری آمده است: «ظاهر عبارت این است که حل معضلات نظام که از طریق عادی قابل حل نیست از طریق مجمع تشخیص مصلحت یعنی خودش نمی‌تواند؛ به آن‌ها می‌گوید انجام بدهند» (صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی، ۱۳۶۹، ج ۳: ۱۶۴۳)، اما یکی دیگر از اعضای شورا می‌گوید: «...حل معضلات نظام

در مواردی که مقام رهبری ارجاع می‌دهد این به عهده‌ی مجمع تشخیص مصلحت است؛ یعنی رهبر پیشنهاد می‌دهد رهبر معضله را تشخیص می‌دهد و پیشنهادش را می‌دهد به مجمع تشخیص مصلحت... حل معضلات نظام در مواردی که مقام رهبری ارجاع می‌دهد معلوم می‌شود که اصل این حل به دست اوست، منتها در بعضی موارد ارجاع می‌دهد و با آن عبارتی هم که حضرت امام باز فرمودند برای مشاوره مقام رهبری و حل معضلات نظام این منافاتی هم ندارد» (صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی، ۱۳۶۹، ج ۳: ۱۳۸۶). از این رو پیشنهاد می‌شود که عبارت «حل معضلات نظام که از طرق عادی و قانونی قابل حل نیست به‌طور مستقیم یا از طریق مجمع تشخیص مصلحت» جایگزین شود. پیشنهاددهنده‌ی این بند با تمسک به رویه‌ی عملی امام در مواجهه با برخی معضلات و جایگاه والای ایشان، در این زمینه بیان می‌دارد: «ما می‌گوئیم که ایشان [رهبری] آزاد باشد که اگر خواست خودش وارد بشود، خیلی جاها لازم است خودش دخالت بکند و لزومی ندارد به مجمع تشخیص مصلحت واگذار بکنیم اگر هم یک جایی لازم دید که از آن طریق باشد از آن طریق. به نظر من اگر این کار را نکنیم بعد مواجه می‌شویم با یک کارهایی که رهبر حتماً باید بکند و با اعتراض هم روبرو می‌شود» (صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی، ۱۳۶۹، ج ۳: ۱۳۸۱). این عبارات به ابهام مورد اشاره دامن می‌زند، این در حالی است که رئیس فقید مجمع نیز در این مورد گفته است: «... نظر من این است که وقتی «از طریق» گفته، یعنی وقتی به مجمع آمده این مجمع است که تصمیم می‌گیرد و حل می‌کند، دیگر بعد از این احتیاجی به امضا و تأیید رهبری ندارد. من کلمه‌ی از طریق را بیشتر از مشورت می‌بینم. مشورت را در سیاست‌های کلی مشورت گفتند. این جا از طریق می‌گوید» (مهرپور و ملایری، ۱۳۸۱: ۲۴). در این خصوص عبارت مذکور در صدر اصل ۱۱۲ مشعر بر اینکه مجمع، علاوه بر حل اختلاف بین مجلس و شورای نگهبان و مواردی که به‌عنوان مشاوره از طریق رهبری به وی ارجاع می‌شود، «سایر وظایفی که در این قانون ذکر شده است» را برعهده دارد، نیز مؤید این مطلب است که ارائه‌ی طریق برای حل معضلات، می‌تواند به‌عنوان یک وظیفه‌ی مذکور در قانون اساسی و جدا از موارد ارجاعی از سوی مقام رهبری برای مشاوره مانند بند ۱ اصل ۱۱۰ و اصل ۱۷۷ قانون اساسی باشد.

در نقد این نظر گفته شده است که هرچند در بند ۱ اصل ۱۱۰ با صراحت تعیین سیاست‌های کلی نظام از وظایف و اختیارات رهبری پس از مشورت با مجمع تشخیص مصلحت نظام قلمداد شده، در خصوص حل معضلات نظام که از دیگر وظایف و اختیارات رهبر است، به‌صراحت از لزوم مشورت رهبر با مجمع سخن گفته نشده است، ولی ارجاع معضلات برای پیشنهاد راه‌حلی برای آن نیز از مواردی است که در اصل ۱۱۲ به آن در قالب یکی از وظایف

مجمع، که مشاوره در اموری است که رهبری به آنان ارجاع می‌دهد، اشاره شده است و مطابق این اصل، رهبر مشاوره در مورد حل معضلات نظام را به مجمع ارجاع می‌دهد (ارسطا، ۱۳۸۹: ۸۵)، به این ترتیب مجمع در مواردی که رهبری آن‌ها را معضل تشخیص داده‌اند و ارائه راه‌حلی را از آن خواسته‌اند وارد شور می‌شود و راه‌حل را به رهبری پیشنهاد می‌کند (عظیمی شوشتری، ۱۳۹۰: ۱۴۱). همچنین با توجه به صراحت بند ۸ اصل ۱۱۰ حل معضلات نظام از وظایف رهبری است و رهبر باید به مجمع ارجاع دهد. همچنین در خصوص تأیید این مصوبات از ناحیه رهبری، به نظر می‌رسد بعضی از تصمیماتی که مجمع گرفته و علی‌القاعده به تأیید رهبری رسیده است، کار اصلی، وظیفه رهبری است و مجمع وسیله‌ای برای انجام این کار است؛ هرچند مجمع تصمیم گرفته و تأیید و ابلاغ شده و اجرا می‌شود و تقریباً حالت قانون را دارد (مهرپور و ملایری، ۱۳۸۱: ۲۳). به علاوه، اگر حل معضل، کار مجمع بوده است، باید در اصل ۱۱۲ قانون اساسی بیاید، و نه در زمره وظایف و اختیارات رهبری (رجائی، ۱۳۸۱: ۵۷). با این توضیح، در این مورد به نامه‌ای که رهبری در تاریخ ۱۳۷۵/۱۲/۲۷ به ریاست جمهوری وقت نوشته است، نیز می‌توان اشاره کرد که در آن، نهاد مجمع، «مشاور کارآمد و مورد اعتماد رهبر» و «هیأت مستشاری عالی رهبری در نظام جمهوری اسلامی» در «تعیین سیاست‌های کلی نظام و نیز حل معضلات عمده کشور و رسیدگی به امور مهمی که رهبری به آن ارجاع می‌کند»، تعبیر شده است (بشیری، ۱۳۸۹: ۵۰-۵۱)؛ آنچه در ماده ۱ آیین‌نامه داخلی مجمع مصوب ۱۳۷۶ نیز عیناً تکرار و تصریح شده است.

در این خصوص باید خاطرنشان کرد که وقتی معضلی آنقدر مهم و پیچیده پیش آمده که نظام را در بن‌بست قرار داده و از طریق عادی هیچ راه‌حلی برای آن وجود ندارد و مجلس با آن همه خبرگی توان رفع آن را ندارد، آیا می‌توان گفت که وظیفه رهبری صرفاً شناسایی معضلات و ارجاع آن به مجمعی است که اعضای آن را نیز خود انتخاب کرده و پس از ارجاع، وظیفه دیگر نداشته باشد؟ همچنین چگونه می‌توان پذیرفت که رهبری با وجود پذیرش نظارت عالی‌وی بر قوا و ولایت امر و امامت امت فقط مکلف باشد معضل را به مجمع ارجاع دهد و خود بی‌اختیار بنشیند که مجمع چه نظری می‌دهد و از آن نظر تبعیت کند؛ درحالی‌که مجمع در مسائل دیگری که به آن ارجاع می‌شود و به این اندازه حائز اهمیت نیست، فقط نظر مشورتی دارد و اتخاذ تصمیم با مقام رهبری است؟ (باقریان، ۱۳۷۹: ۹۵). از این رو، برخی معتقدند که بند ۸ اصل ۱۱۰ در مقام بیان نوعی از احکام حکومتی در معنای خاص است و پیش‌بینی چنین امری در قانون اساسی حکایت از دغدغه قانونمندی احکام حکومتی در نزد قوه مؤسس دارد. بنابراین رهبری پس از ارجاع به مجمع و مشورت با

ایشان، خود به حل معضلات می‌پردازد یا تصمیمات اتخاذ شده از سوی مجمع را تأیید و تصویب می‌کند که در هر صورت تصمیم نهایی با ایشان است (جلیوند، ۱۳۹۰: ۱۲۸). ماده‌ی ۲۶ آیین‌نامه‌ی داخلی مجمع مصوب ۱۳۷۶ نیز مؤید این نظر است و مقرر می‌دارد: «در خصوص معضلات نظام و سایر اموری که از طرف مقام معظم رهبری به مجمع ارجاع می‌شود و یا تعیین سیاست‌های کلی نظام نتیجه‌ی بحث و بررسی مجمع به‌صورت گزارش کامل به استحضار معظم‌له می‌رسد و پس از تأیید و براساس تدبیر معظم‌له به مراجع مسئول ذی‌ربط ابلاغ خواهد شد». رویه‌ی عملی مجمع در ارسال مصوبات خود برای مقام رهبری و ابلاغ آن‌ها از سوی ایشان هم گواه دیگری بر این مطلب است (به‌طور مثال، ن.ک: جوادی، ۱۳۸۹: ۳۵۸ و ۳۹۲). اقدام مقام رهبری در مشروط کردن مصوبه‌ی مجمع در خصوص نحوه‌ی انتخاب رئیس کل بانک مرکزی (روزنامه‌ی رسمی، شماره‌ی ۲۰۵۱۴، ۱۳۹۴/۵/۲۱) یا مقید کردن مصوبه‌ی مجمع در خصوص نحوه‌ی تعیین اعضای حقوقدان شورای نگهبان نیز مؤید این مطلب است که رهبری موظف به پذیرش طریق مشورتی ارائه‌شده از سوی مجمع به‌طور کامل نیست و می‌تواند با رعایت مصلحت، اصلاحاتی را در آن انجام دهد.

اما سؤال این است که اگر رهبری هیچ‌کدام از پیشنهادهای مجمع را نپذیرد تکلیف چیست؟ به‌نظر می‌رسد که در این‌جا مقام رهبری مستقیماً نمی‌تواند اعمال حاکمیت کند و موضوع مجدداً به مجمع برمی‌گردد، چراکه در نظام جمهوری اسلامی، تکیه بر اصل شورا یکی از آموزه‌های اصیل اسلامی است که به‌خصوص در یافتن راه‌حل معضلاتی که به‌طور عادی حل‌شدنی نیستند، باید لحاظ شود؛ همچنان که در طرح موسوم به «کمیسیون ملی انتخابات» نظر پیشنهادی مجمع از طریق ریاست مجمع به محضر رهبر انقلاب تقدیم شد، لکن این پیشنهاد با دستور بعدی ایشان به مجمع بازگشت (شریعتمداری، ۱۳۸۸: ۲)، چراکه این‌گونه اعمال رهبری حتماً باید «از طریق مجمع» صادر شود. از مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی هم به‌خوبی روشن می‌شود که نگرش غالب این بوده است که موارد دخالت ولی‌فقیه در حل معضلاتی که از راه‌های عادی حل‌شدنی نیست، الزاماً باید از مجرای مجمع باشد. اعضای شورای بازنگری با عنایت و توجه، به عبارتی که دارای قید «به‌طور مستقیم» بود، رأی ندادند و در نتیجه این قید حذف شد. بنابراین در صورتی که معضلی در نظام به‌وجود آمد که از طرق عادی حل‌شدنی نبود، با استفاده از قید (از طریق مجمع) باید حل‌وفصل شود (اسماعیلی و نامی، ۱۳۹۲: ۵۷). به‌عبارت دیگر، می‌توان گفت حل معضلات نظام به‌وسیله‌ی مقام رهبری باید با موافقت مجمع باشد و نظر به اینکه معضلی در این‌جا مطرح است که برای حل آن مجاری عادی و قانونی کنار گذاشته می‌شود، رهبر در این خصوص باید به‌صورت

نهادی عمل کند و نه به صورت فردی؛ چراکه اصولاً اهمیت فوق العاده‌ی تصمیمات رهبری و تأثیر وسیع و همه‌جانبه‌ی آن در زندگی مردم و امور مختلف کشور، ایجاب می‌کند که این تصمیمات به صورت فردی اتخاذ نشود (ارسطا، ۱۳۸۹: ۸۶).

نتیجه‌گیری

بند ۸ اصل ۱۱۰ قانون اساسی که «حل معضلات نظام که از طرق عادی قابل حل نیست، از طریق مجمع تشخیص مصلحت نظام» را به عنوان یکی از وظایف و اختیارات رهبری مورد اشاره قرار داده است، به مثابه‌ی طریق غیرعادی و فوق العاده‌ای در حل مشکلات بغرنج نظام شناخته می‌شود که حفظ مصالح نظام اسلامی، اقتضای آن را دارد. در این خصوص با توجه به جایگاه رهبری نظام در اندیشه‌ی حکومتی اعضای شورای بازنگری قانون اساسی که متأثر از اندیشه‌ی حکومتی امام بوده است و براساس آن، ولی فقیه جایگاه ویژه‌ای در نظم اساسی ایران دارد و در واقع نقطه‌ی ثقل و محور نظام سیاسی جمهوری اسلامی است، اعمال چنین امری با عنایت به رویه‌ی عملی امام به مقام رهبری اختصاص یافته است؛ البته آن را از طریق مجمع تشخیص مصلحت نظام به عنوان هیأت عالی مستشاری خود که از بدنه‌ی کارشناسی قوی در حوزه‌های مختلف حکومتی برخوردار است و در تشخیص مصالح نظام می‌تواند با قوت زیادی عمل کند، اعمال می‌کند. البته بند ۸ اصل ۱۱۰ قانون اساسی با ابهاماتی همراه است؛ از جمله اینکه این بند درباره‌ی اینکه چه کسانی می‌توانند معضل را اعلام کنند، سکوت کرده است؛ آنچه در اولین آیین‌نامه‌ی مجمع نیز مورد توجه قرار نگرفت. البته رویه در زمان امام به این صورت بوده که اغلب دستگاه‌هایی که با معضل روبه‌رو می‌شدند، طی نامه‌ای به امام معضل را اعلام می‌کردند. با اصلاح آیین‌نامه‌ی مجمع در سال ۱۳۷۶ این موضوع به طور غیرصریح مورد اشاره قرار گرفت و مقرر شد که وزیر یا رئیس دستگاهی که معضل مربوط به آن می‌شود، معضل را اعلام کنند، اگرچه در برخی موارد رؤسای قوا نیز در نامه‌هایی به رهبری در مقام اعلام مواردی به عنوان معضلات نظام برآمده‌اند که البته اعلام مستقیم مشکلات توسط رؤسای قوا با توجه به نقش آن‌ها در هدایت و مدیریت در قوه‌ی خود، توجیه‌پذیر است. مقید نبودن مراجع اعلام معضل به مراجعی مشخص در رویه‌ی عملی مجمع را می‌توان براساس نقش رهبر به عنوان ولایت مطلقه‌ی امر و مقامی که حل معضل اساساً متوجه شخص وی است، توجیه کرد.

درباره‌ی اینکه چه مقام یا مرجعی صلاحیت دارد که تشخیص دهد آیا امری که به عنوان معضل حل‌نشده‌ی از طرق عادی اعلام شده، واقعاً از چنین خصوصیتی برخوردار است، باید گفت که عبارت بند ۸ اصل ۱۱۰ ابهاماتی را دربردارد و مشخصاً پیدا نیست که این امر در

صلاحیت مجمع است یا نفس این امر هم برعهده‌ی رهبری قرار دارد؟ همچنین مشخص نیست که آیا مجمع در مواردی که رهبری به‌عنوان معضل حل‌نشدنی از طرق عادی ارجاع می‌دهد، اگر مجمع از طرق عادی آن را حل‌شدنی می‌داند، می‌تواند این امر را برگرداند یا خیر؟ از مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی و عبارت صدر ماده‌ی ۲۶ و همچنین صدر بند «ب» ماده‌ی ۲۷ آیین‌نامه‌ی داخلی مجمع مصوب ۱۳۷۶ چنین برمی‌آید که تشخیص معضل و ارجاع آن حسب نظر رهبری است و مجمع خود در مقام این نیست که موضوع را بررسی کند و حل‌نشدنی بودن یا نبودن معضل را تشخیص دهد. البته در خصوص معضلی که راجع به ماده‌ی ۲۱۵ لایحه‌ی برنامه‌ی چهارم توسعه مطرح شد، پس از آنکه اعضای مجمع امکان پیش‌بینی راه‌حلی قانونی برای این معضل را مطرح کردند، رهبری با پذیرش این ادعا، شایسته‌ی آن دانسته‌اند که «ابتدائاً از آن راه قانونی که معضل را موضوعاً منتفی می‌کند» استفاده شود و در غیر این صورت، موضوع به‌عنوان معضل مطرح و بررسی شود. در خصوص اینکه معیار تشخیص معضل توسط رهبری چیست نیز آیین‌نامه‌ی داخلی مجمع سکوت کرده، اما رویه‌ی عملی در تشخیص معضلاتی که به مجمع ارجاع شده است، نشان می‌دهد که مواردی از جمله ناکارآمدی راه‌های قانونی در حل اختلاف بین قوا، ناکارآمدی راه‌های قانونی به‌دلیل تقيیدات احکام شرعی و رفع بن‌بست‌های موجود در اعمال هر یک از قوا از مواردی است که سبب شده است تا عنوان معضل موضوع بند ۸ اصل ۱۱۰ قانون اساسی بر موضوع صدق کند.

ابهام دیگر در بند ۸ اصل ۱۱۰ این است که قانون اساسی مرجع ارائه‌ی راه‌حل معضلات را به‌صورت صریح و واضح تعیین نکرده و با آوردن آن در اصل ۱۱۰ که در بردارنده‌ی وظایف و اختیارات رهبری است و سپس ذکر عبارت «از طریق مجمع تشخیص مصلحت نظام»، بر ابهامات آن افزوده است. آیین‌نامه‌ی داخلی مجمع، مرجع حل معضل را رهبری معرفی می‌کند و اعلام می‌دارد که مجمع به‌عنوان هیأت مستشاری رهبری فعالیت می‌کند. اما از عبارت بند ۸ اصل ۱۱۰ چنین برداشت می‌شود که در حل معضلات نظام که از اختیارات گسترده‌ی ولی‌فقیه است، رهبری به‌وسیله‌ی مجمع عمل می‌کند، به‌گونه‌ای که از صرف مشورت فراتر می‌رود. بنابراین، می‌توان گفت حل معضلات نظام توسط مقام رهبری طبق طریق پیشنهادی مجمع است؛ اگرچه ممکن است مقام رهبری بر آن قید و شرطی را روا دارد. در واقع حل این معضلات با استفاده از عقل جمعی و قوه‌ی کارشناسی مجمع موضوعیت دارد، بنابراین، رهبری در این‌گونه موارد از طریق مشخص‌شده اعمال اختیار می‌کند. در این زمینه باید خاطرنشان کرد که اگر مقام رهبری هیچ‌کدام از پیشنهاد‌های مجمع را نپذیرد، به‌نظر می‌رسد که ایشان مستقیماً اعمال نظر نمی‌کند و موضوع باید بار دیگر برای طرح و بررسی بیشتر به مجمع برگردد.

یادداشت‌ها

1. <http://www.hvm.ir>
۲. برای دسترسی به اسناد مذکور، ر.ک: سامانه‌ی جامع نظرات شورای نگهبان، لایحه‌ی برنامه‌ی چهارم توسعه <http://nazarat.shora-rc.ir>

منابع

۱. ارسطا، محمدجواد (۱۳۸۹)، نگاهی به مبانی تحلیلی نظام جمهوری اسلامی ایران، قم: مؤسسه‌ی بوستان کتاب، چ دوم.
۲. اسماعیلی، محسن و محسن نامی (۱۳۹۲)، «ماهیت و کارکرد فرامین رهبری در حقوق اساسی جمهوری اسلامی»، فصلنامه‌ی مطالعات حقوقی دولت اسلامی، سال دوم، ش چهارم، صص ۳۹-۷۹.
۳. باقریان، علی اکبر (۱۳۷۹)، «مبانی حقوقی مجمع تشخیص مصلحت نظام»، کانون وکلای دادگستری خراسان.
۴. بشیری، عباس (۱۳۸۹)، گفت‌وگو با آیت‌الله هاشمی رفسنجانی، پیشینه و کارنامه‌ی مجمع تشخیص مصلحت نظام، تهران: صدف سما، چ دوم.
۵. جعفری، دانش (۱۳۸۱)، «آیا مجمع تشخیص مصلحت نظام به وظیفه خود عمل می‌کند؟»، علوم سیاسی، ش ۱۳۸ و ۱۳۹، صص ۲۳-۲۶.
۶. جلیلوند، شهاب (۱۳۹۰)، قانون‌گذاری در نظام ولایی با تأکید بر نظرات امام خمینی (ره) و شیخ فضل‌الله نوری، پایان‌نامه‌ی کارشناسی ارشد حقوق عمومی، دانشگاه شیراز.
۷. جوادی، غلامرضا (۱۳۸۹)، مصوبات و اسناد و مدارک مجمع تشخیص مصلحت نظام، تهران: روزنامه‌ی رسمی جمهوری اسلامی ایران، چ اول.
۸. خسروی، حسن (۱۳۹۳)، حقوق اساسی، تهران: خرسندی، چ اول.
۹. خمینی موسوی، سید روح‌الله (۱۳۸۹)، صحیفه‌ی امام، تهران: موسسه‌ی تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، چ پنجم، ج ۲۰ و ۲۱.
۱۰. _____ (۱۳۷۰)، صحیفه‌ی نور، تهران: وزارت ارشاد اسلامی، ج ۲۰.
۱۱. رجائی، حسین (۱۳۸۱)، «ولایت فقیه و حل معضلات نظام»، رواق اندیشه، ش ۱۱، صص ۴۳-۶۰.
۱۲. رضایی‌زاده، محمدجواد؛ نیکونهاد، حامد و حسین آئینه نگینی (۱۳۹۲)، «معضل انتخاب رئیس کل بانک مرکزی در نظام حقوق اساسی ایران؛ سرگذشت و چشم‌انداز»، فصلنامه‌ی دانش حقوق عمومی، سال دوم، ش ۶، صص ۱۱۱-۱۳۳.
۱۳. روزنامه‌ی رسمی جمهوری اسلامی ایران، ش ۱۵۲۳۳، مورخ ۱۳۷۶/۳/۳۱؛ به نشانی:

۱۴. ساکت، محمدحسین (۱۳۸۷)، *حقوق‌شناسی (دیباچه‌ای بر دانش حقوق)*، تهران: نشر ثالث، چ اول.
۱۵. سامانه‌ی جامع نظرات شورای نگهبان، لایحه‌ی برنامه‌ی چهارم توسعه <http://nazarat.shora-rc.ir>
۱۶. شریعتمداری، حسین (۱۳۸۸)، «این آب به کدام آسیاب می‌ریزد؟»، *روزنامه‌ی کیهان*، ۱۳۸۸/۱۲/۱، ص ۲.
۱۷. شفیع‌ی سروستانی، ابراهیم (۱۳۸۱)، *آسیب‌شناسی قانون‌گذاری در نظام جمهوری اسلامی*، قم: مؤسسه‌ی فرهنگی طه، چ اول.
۱۸. اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۹)، *صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی*، تهران: اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، چ دوم، ج ۲ (جلسات پانزدهم تا بیست‌وهشتم).
۱۹. _____ (۱۳۶۹)، *صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی*، تهران: اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، چ دوم، ج ۳ (جلسات بیست‌ونهم تا چهل‌ویکم).
۲۰. عظیمی شوشتری، عباسعلی (۱۳۹۰)، *آشنایی با نظام جمهوری اسلامی*، قم: پژوهشکده‌ی تحقیقات اسلامی.
۲۱. غمامی، سید محمد مهدی و حسین خلف رضایی (۱۳۹۲)، «سازوکارهای حل اختلاف و تنظیم روابط قوا در نظام جمهوری اسلامی ایران (با مطالعه‌ی تطبیقی دیگر نظام‌های حقوقی)»، *فصلنامه‌ی دانش حقوق عمومی*، سال دوم، ش ۵، صص ۶۱-۸۲.
۲۲. قلیخانی، روح‌الله (۱۳۸۶)، *بررسی مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام در پرتو اصل حاکمیت قانون*، پایان‌نامه‌ی کارشناسی‌ارشد حقوق عمومی، دانشکده‌ی حقوق دانشگاه شهید بهشتی.
۲۳. گرجی ازندریانی، علی‌اکبر و مرتضی رضایی (۱۳۹۳)، «حل اختلاف و تنظیم روابط قوای سه‌گانه در جمهوری اسلامی ایران»، *مجله‌ی حقوقی دادگستری*، دوره‌ی ۷۸، ش ۸۵، صص ۱۱۳-۱۴۴.
۲۴. مرکز تحقیقات شورای نگهبان (۱۳۸۹)، *مجموعه نظریات شورای نگهبان (۱۳۸۸-۱۳۵۹)*، تهران: معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات معاونت حقوقی ریاست جمهوری، چ دوم، ویرایش اول.

۲۵. مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، دوره ی ششم، اجلاس هی دوم، جلسه ی ۱۲۸
(۱۳۸۰/۵/۱۳)؛ در: <http://www.hvm.ir>
۲۶. مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، دوره ی ششم، اجلاس هی دوم، جلسه ی ۱۲۹
(۱۳۸۰/۵/۱۴)؛ در: <http://www.hvm.ir>
۲۷. مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، دوره ی ششم، اجلاس هی دوم، جلسه ی ۱۳۰
(۱۳۸۰/۵/۱۶)؛ در: <http://www.hvm.ir>
۲۸. مهرپور، حسین (۱۳۷۱)، «مجمع تشخیص مصلحت نظام و جایگاه قانونی آن»، مجله ی تحقیقات حقوقی، ش ۱۰، صص ۵۵-۱۱.
۲۹. _____ (۱۳۸۷)، مجموعه نظریات شورای نگهبان، تهران: دادگستر، چ اول، ج ۲.
۳۰. _____ (۱۳۹۴)، مختصر حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: دادگستر، چ ششم.
۳۱. مهرپور، حسین و محمدحسین ملایری (۱۳۸۱)، «نقادی نظر ورزی ها درباره ی مجمع تشخیص مصلحت (مصاحبه با آیت اله هاشمی رفسنجانی)»، راهبرد، ش ۲۶، صص ۵-۵۰.
۳۲. نجفی اسفاد، مرتضی و فرید محسنی (۱۳۸۶)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: انتشارات بین المللی الهدی، چ چهارم.
۳۳. هاشمی، سید محمد (۱۳۷۲)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، قم: صدر، چ اول، ج ۲.

نگرشی تطبیقی بر عدم تمرکز محلی در ایران

مسلم آقایی طوق^{*}

۱. استادیار حقوق عمومی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران

دریافت: ۱۳۹۶/۳/۱۵

پذیرش: ۱۳۹۶/۶/۲۰

چکیده

عدم تمرکز محلی از مهم‌ترین فنون مدیریت نظام‌های سیاسی بسیط و یکی از ابزارهای مهم برای مشارکت مردم در امور محلی بوده و عبارت است از اعطای شخصیت حقوقی به واحدها یا تقسیمات سرزمینی و شناسایی صلاحیت عام تصمیم‌گیری در امور محلی توسط شوراهای منتخب. اهمیت این اصل به حدی است که برخی از قوانین اساسی مانند قانون اساسی فرانسه بر آن تأکید کرده‌اند. در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به این اصل اشاره نشده است. نگاهی به نظام شوراهای اسلامی در ایران و مقایسه آن با فرانسه نیز نشان می‌دهد با آنکه دو شورای شهر و روستا در ایران به‌طور مستقیم توسط مردم محل انتخاب می‌شود، واحدهای سرزمینی همچون شهر، شهرستان و استان فاقد شخصیت حقوقی‌اند و صلاحیت عام تصمیم‌گیری در امور محلی نیز ندارند. در نتیجه دو عنصر از عناصر سه‌گانه عدم تمرکز محلی در نظام حقوقی ایران مورد پذیرش واقع نشده است. به همین سبب، به نظر می‌رسد شوراهای اسلامی جلوه‌ای از اصل مشورت در اسلام هستند نه عدم تمرکز محلی؛ آن‌گونه که در حقوق اداری فرانسه وجود دارد. روش پژوهش حاضر تحلیلی- تطبیقی است.

واژگان کلیدی: امور محلی، شخصیت حقوقی، شوراهای اسلامی، شورای شهر، عدم تمرکز محلی.

مقدمه

عدم تمرکز محلی عبارت است از اعطای شخصیت حقوقی به واحدهای سرزمینی (برای مثال روستا، شهر، بخش، شهرستان و استان) تا بتوانند آزادانه اداره شوند و اختیار تصمیم‌گیری در امور اداری و اجرایی داشته باشند (عباسی، ۱۳۹۰: ۷۶). از نظر اندیشمندان عدم تمرکز محلی از انواع روش‌های تقسیم قوا و «یکی از تکنیک‌های چندگانه‌ی حقوق عمومی است» (گرچی ازندریانی، ۱۳۸۸: ۱۱۳) که با هدف سرشکن کردن قدرت (رحیمی، ۱۳۸۹: ۱۹۱) و نیز پاسخگویی به نیازها و دغدغه‌های محلی مورد پذیرش کشورهای مختلفی که به شکل بسیط اداره می‌شوند، قرار گرفته است. در واقع، تمرکززدایی «از مهم‌ترین عناصر مردم‌سالاری است که به همراه آزادی اطلاعات، انتخابات آزاد و منصفانه و احزاب و نهادهای غیردولتی، هسته‌ی مرکزی دموکراسی را تشکیل می‌دهد» (حبیب‌نژاد، ۱۳۸۸: ۱۱۲). نظر به اهمیت عدم تمرکز در اداره‌ی امور کشور، قوانین اساسی کشورهای مختلف آن را به رسمیت شناخته‌اند. برای مثال، ماده‌ی ۱ قانون اساسی فرانسه مصوب ۱۹۵۸، بند ۲ ماده‌ی ۱ قانون اساسی کامرون مصوب ۱۹۷۲، ماده‌ی ۱۰۳ قانون اساسی اسپانیا مصوب ۱۹۷۸، ماده‌ی ۶ قانون اساسی پرتغال مصوب ۱۹۷۶، ماده‌ی ۵ قانون اساسی ایتالیا مصوب ۱۹۴۷ و ماده‌ی ۱ قانون اساسی کلمبیا مصوب ۱۹۹۱، اداره‌ی عمومی کشور را براساس اصول عدم تمرکز پذیرفته‌اند. اهمیت عدم تمرکز به حدی است که از چارچوب محدود قوانین اساسی کشورها فراتر رفته و در اسناد بین‌المللی نیز مورد تأکید قرار گرفته است. برای مثال، یکی از برنامه‌های مصوب هزاره‌ی مجمع عمومی سازمان ملل برای حکومت‌ها این بوده است که به‌سوی دولت محلی غیرمتمرکز حرکت کنند (حبیب‌نژاد، ۱۳۸۸: ۱۱۲).

با وجود اهمیت این مسئله، نه قانون اساسی مشروطه و نه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به عدم تمرکز به‌عنوان شیوه‌ای از حکمرانی اشاره نکرده‌اند. اصل ۲۹ و اصول ۹۰ تا ۹۳ متمم قانون اساسی مشروطه مصوب ۱۳۲۵ صرفاً به وجود انجمن‌های ایالتی و ولایتی اشاره می‌کند، بدون آنکه از عدم تمرکز نام ببرد یا بر اصول حداقلی آن - آن‌طور که در این مقاله بحث شده است - تأکید ورزد. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز به‌جای توجه به عدم تمرکز به‌عنوان ابزاری برای تقسیم وظایف و اختیارات بین مرکز و محل، در اصل ۷ و فصل هفتم صرفاً به شوراهای اسلامی اعم از شوراهای روستا، بخش، محل، شهر، شهرستان، استان و شورای عالی استان‌ها اشاره کرده که آن هم به‌نظر می‌رسد بیشتر تحت تأثیر اندیشه‌های اسلامی بوده است. نگاهی به مشروح مذاکرات جلسه‌ی ۳۷ مجلس بررسی نهایی قانون اساسی همین برداشت را تقویت می‌کند. برای مثال، در جلسه‌ی مزبور موسوی اردبیلی در دفاع از اصل ۱۰۰،

همین مبنا را مورد تأکید قرار می‌دهد: «مسئله‌ی شوراهای اسلامی است اسلامی و بنای این انقلاب باید روی این اصل اسلامی و پرمحتوا برقرار شود» (مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۸: ۹۹۱). با وجود این، نگاهی به کتاب‌های حقوق اساسی و حقوق اداری ایران بیانگر این است که گویا نویسندگان وجود عدم تمرکز محلی را در ایران فرض گرفته‌اند و براساس همین فرض به بررسی زوایا و ابعاد مختلف آن پرداخته‌اند. به عبارت دیگر، از آن‌جا که عدم تمرکز محلی به عنوان یکی از شیوه‌های حکمرانی در قوانین اساسی مختلف جهان ذکر شده است و یکی از پایه‌ای‌ترین شیوه‌ها برای ارتقای مشارکت شهروندان یک محل در امور عمومی مربوط تلقی می‌شود، نویسندگان حقوق اداری ایران با یکسان‌پنداری شوراهای اسلامی با عدم تمرکز محلی، به بررسی ابعاد حقوقی عدم تمرکز محلی در آثار خود پرداخته و شوراهای اداری و شهرداری‌ها و دهیاری‌ها را ذیل این عنوان بررسی کرده‌اند.^(۱) این رویکرد سبب شده است که غالب حقوقدانان از ادبیات مربوط به عدم تمرکز محلی برای تحلیل شوراهای اسلامی بهره گیرند. به عنوان یک نمونه‌ی بارز می‌توان به هاشمی اشاره کرد که در کتاب *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، اصطلاح «شوراهای محلی» را معادل اصطلاح «مجمع‌های سرزمینی»^(۲) دانسته و می‌نویسد: «در قوانین اساسی فرانسه (ماده‌ی ۷۲)، اسپانیا (مواد ۱۳۷ به بعد)، بلژیک (ماده‌ی ۱۱۸) و ایتالیا (مواد ۱۱۴ به بعد) از جمله مواردی به شمار می‌روند که در آن‌ها برای شوراهای محلی شخصیت حقوقی جداگانه قائل شده و اختیارات ویژه‌ای برای مردم محل مقرر داشته‌اند» (هاشمی، ۱۳۸۰: ۴۸۹). حال آنکه همان‌طور که بحث خواهد شد، در حقوق اداری فرانسه و کشورهای مزبور شوراهای فاقد شخصیت حقوقی‌اند و شخصیت حقوقی از آن مجمع‌های سرزمینی است.

به نظر می‌رسد آنچه را که در ایران تحت عنوان شوراهای اسلامی و شهرداری‌ها ایجاد شده است، نمی‌توان به نظام عدم تمرکز محلی منسوب کرد، چراکه از سه اصل بنیادین عدم تمرکز محلی که در ادبیات حقوق اداری از آن سخن گفته می‌شود، دو مورد به طور کامل رعایت نشده و مورد سوم نیز آن‌گونه که شایسته است، مورد توجه قرار نگرفته است. به عبارت صریح‌تر، در ایران عدم تمرکز محلی شناسایی نشده و آنچه مورد عمل است، بیشتر منطبق با آموزه‌های اسلامی شور و مشورت است و حداکثر در حد عدم تمرکز فنی باقی مانده است. گویا به همین سبب نیز پیشنهاد منتظری، رئیس مجلس بررسی نهایی قانون اساسی مبنی بر گنجانیدن عبارت «برای جلوگیری از تمرکز امور» در اصل ۱۰۰ قانون اساسی پذیرفته نشد (مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۸: ۹۸۷).

بنابر آنچه گفته شد، مسئله‌ی اصلی این مقاله تبیین اسطوره‌ای به نام عدم تمرکز محلی در

ایران است که ظاهراً تاکنون پژوهشی درباره‌ی آن صورت نگرفته است و حتی نویسندگان مختلف چنین اسطوره‌ای را واقعی فرض کرده‌اند. روش به‌کارگرفته‌شده در این پژوهش، تحلیل مبتنی بر داده‌های تطبیقی است. در تطبیق، حقوق اداری فرانسه از دو جهت عمده به‌عنوان معیار در نظر گرفته شده است؛ جهت اول اینکه حقوق اداری ایران نسبت زیادی با نظام حقوق اداری فرانسه دارد و از این‌رو مطالعات تطبیقی بین این دو کشور امری متعارف تلقی می‌شود؛ جهت دوم اینکه نظام سیاسی فرانسه همانند ایران نظام بسیط مبتنی بر عدم تراکم و عدم تمرکز است. به‌ویژه به‌واسطه‌ی تلاش‌های وافر که از آغازین سال‌های دهه‌ی ۱۹۸۰ در این کشور صورت گرفته است، نظام عدم تمرکز در این کشور به‌عنوان یکی از نظام‌های الهام‌بخش در نظر گرفته می‌شود و از این‌رو نیز مقایسه‌ی میان اصول حاکم بر نظام شورایی ایران با نظام عدم تمرکز محلی در فرانسه می‌تواند بصیرت‌افزا باشد.

اغلب نظام عدم تمرکز محلی را بر سه پایه‌ی شخصیت حقوقی مستقل برای تقسیمات کشوری، صلاحیت عام تصمیم‌گیری برای واحدهای سرزمینی و نیز برخورداری از نهادهای منتخب تحلیل می‌کنند. بر همین اساس، مطالب پژوهش حاضر نیز در سه بند سامان یافته است.

۱. شخصیت حقوقی در عدم تمرکز محلی

همان‌طور که طباطبایی مؤتمنی نوشته است، شخصیت حقوقی از «وسایل و ابزارهای تحقق عدم تمرکز اداری» است (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۹۰: ۸۰). اعطای شخصیت حقوقی دارای نتایج زیر است:

۱. استقلال تصمیم‌گیری: شخص حقوقی می‌تواند به‌طور مستقل تصمیم بگیرد و اعمال حقوقی انجام دهد؛
۲. استقلال مالی: شخص حقوقی دارای بودجه‌ی مجزا از بودجه‌ی عمومی کشور است؛
۳. برخورداری از دارایی مستقل؛
۴. امکان اقامه‌ی دعوا: شخص حقوقی می‌تواند علیه اشخاص دیگر اقامه‌ی دعوا کند یا دیگران علیه وی اقامه‌ی دعوا کنند؛
۵. استقلال سازمانی: کارکنان شخص حقوقی از نظر سلسله‌مراتب تابع دولت مرکزی نیستند (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۹۰: ۸۰-۸۱؛ Thoulmou, 2016: 23).

یکی از مسائلی که در مقایسه‌ی نظام عدم تمرکز ایران با فرانسه در همان نگاه نخست جلب توجه می‌کند، مسئله‌ی شخصیت حقوقی است. در حقوق اداری فرانسه شخصیت حقوقی از آن مجتمعات سرزمینی از جمله استان، شهرستان و کمون (شهر و روستا) است،

حال آنکه در ایران شخصیت حقوقی از آن شوراها و دهیارها و دهیاریهاست. در زیر به تفکیک این مسئله بررسی شده است.

۱-۱. شخصیت حقوقی مجتمع‌های سرزمینی در فرانسه

اصل ۱ قانون اساسی فرانسه اصلاحی ۲۰۰۳ اشعار می‌دارد که فرانسه براساس اصول عدم تمرکز اداره خواهد شد (Lombard et Dumont, 2007: 230). در همین زمینه می‌توان به اشخاص حقوقی حقوق عمومی فرانسه توجه کرد که عبارت‌اند از دولت، مجتمع‌های سرزمینی و مؤسسات عمومی.^(۳) هر سه این عناوین دارای شخصیت حقوقی‌اند و کم‌وبیش مستقل از هم فعالیت می‌کنند. دولت شخصیت اصلی فعال در عرصه‌ی تمرکزگرایی است که فعالیت‌های خود را از طریق تراکم و عدم تراکم انجام می‌دهد. اما مجتمع‌های سرزمینی و مؤسسات عمومی هر دو از مصادیق عدم تمرکزند که البته ویژگی‌های خاص خود را دارند. مجتمع‌های سرزمینی عدم تمرکز در معنای محلی و مؤسسات عمومی عدم تمرکز در معنای فنی تلقی می‌شوند. همان‌طور که مشاهده می‌شود، دو مورد از این سه عنوان، مربوط به عدم تمرکزند. مجتمع‌های سرزمینی طبق بند ۱ اصل ۷۲ قانون اساسی مصوب ۱۹۵۸ عبارت‌اند از کمون، شهرستان، مجتمع‌های دارای وضعیت خاص^(۴) و مجتمع‌های ماورای بحار که در اصل ۷۴ مورد توجه واقع شده‌اند. کمون که تقریباً معادل شهر و روستا در ایران است، واحد پایه‌ی تقسیمات کشوری در فرانسه است که به لحاظ جمعیت و وسعت انواع زیادی دارد (Verpeaux, Rimbault et Waserman, 2016: 20). در حال حاضر فرانسه دارای بیش از ۳۶۰۰۰ کمون، ۹۸ شهرستان، ۱۴ استان یا منطقه، ۴ استان دارای وضعیت خاص (گویان، مارتینیک، مایوت و کورس) و ۵ واحد سرزمینی ماورای بحار است. تمام عناوین ذکرشده در ذیل واحدهای سرزمینی اعم از کمون، شهرستان و غیره در آن واحد دو کارکرد دارند؛ کارکرد عدم تمرکز^(۵) و کارکرد عدم تراکم.^(۶) از منظر عدم تمرکز، همه‌ی آن‌ها دارای شخصیت حقوقی مجزا از دولت و نیز دارای اموال، نیروی انسانی و بودجه‌ی خاص خود هستند و در عملکرد خود مستقل‌اند. اما از منظر عدم تراکم، واحدهای مذکور جزو تقسیمات کشوری فرانسه و به‌عنوان حوزه‌های اداری^(۷) یا حوزه‌های تراکم‌زدایی‌شده^(۸) محسوب می‌شوند که چارچوب سرزمینی فعالیت نمایندگان دولت را تعیین می‌کند (Denoix de Saint Marc, 2005: 91). از این منظر، شخصیت حقوقی از آن دولت مرکزی است نه واحدهای سرزمینی یا حتی ادارات مستقر در محل.

هر کدام از این واحدهای سرزمینی دارای یک نهاد تصمیم‌گیر شورایی و یک نهاد اجرایی است. برای مثال، شورای شهر نهاد تصمیم‌گیر واحد کمون و شهردار که ریاست شورای شهر را برعهده دارد، نهاد اجرایی آن است. همچنین شورای شهرستان نهاد تصمیم‌گیر در شهرستان است و مسئولیت‌های اجرایی آن را رئیس شورای شهرستان برعهده دارد. نهادهای تصمیم‌گیر و نهادهای اجرایی، نهادهای داخلی مجتمع‌های سرزمینی محسوب می‌شوند و فاقد شخصیت حقوقی مستقل‌اند. به عبارت دیگر، اعمال و اقدامات آن‌ها به نام واحد سرزمینی صورت می‌گیرد و اموالی که در اختیار دارند، متعلق به واحد سرزمینی مربوط است.

۲-۱. شخصیت حقوقی شهرداری‌ها و شوراهای اسلامی ایران

در متون قانونی کشور، تصریحی در خصوص شخصیت حقوقی مستقل برای تقسیمات کشوری صورت نگرفته است. قانون تعاریف و ضوابط تقسیمات کشوری مصوب ۱۳۶۲ که به تعریف واحدهای تقسیمات کشوری در ایران اعم از روستا (ماده ۲)، دهستان (ماده ۳)، شهر (ماده ۴)، بخش (ماده ۶)، شهرستان (ماده ۷) و استان (ماده ۹) پرداخته، شخصیت حقوقی برای آن‌ها شناسایی نکرده است. در عوض، شورای شهر، شهرداری و دهیاری است که دارای شخصیت حقوقی تلقی می‌شود. البته ناگفته نماند که نخستین قانون بلدی به‌طور تلویحی شهر را دارای شخصیت حقوقی دانسته بود. توضیح اینکه رویکرد قانون بلدی مصوب ۱۲۸۶/۳/۱۱ به‌عنوان نخستین قانون بلدی در کشور نسبت به مسئله‌ی شخصیت حقوقی مشابه با رویکرد فرانسه است. در این قانون هرچند به‌طور صریح به شهر شخصیت حقوقی اعطا نشده، مواد مختلف آن به‌نحوی تدوین شده است که می‌توان وجود چنین شخصیتی را فرض گرفت. ماده ۱ این قانون که با هدف افزایش مشارکت اهالی در امور شهر تصویب شده بود، حفظ منافع شهر را یکی از دو مقصود اصلی تأسیس بلدی بیان کرده است. در فقره‌ی دوم از ماده ۲، اداره‌ی اموال منقول و غیرمنقول و سرمایه‌های متعلق به شهر را بر عهده‌ی بلدی نهاد است. یکی دیگر از پیامدهای مهم برخورداری از شخصیت حقوقی در ماده ۴ ذکر شده است: «انجمن و اداره‌ی بلدی می‌تواند به اسم شهر بیع و شراء و هر گونه معاملات نماید و به جاهای لازم شکایت کند و در محاکمات عدلیه اقامه‌ی دعوا نماید و مدعی و مدعی‌علیه واقع شود». دیگر مواد این قانون نیز به‌نحوی از انجا در همین زمینه تدوین شده‌اند؛ همچون ماده ۵ (تعلق اراضی کوچه‌ها و میدان‌ها و پیاده‌روها و معابر و رودخانه‌ها و سواحل رودخانه‌ها و زیرآب‌ها و غیره به شهر) و ماده ۸ (برخورداری شهر از مهر مخصوص به خود). قانون بلدی مصوب ۱۲۸۶ که در اوان مشروطیت و در راستای منطبق عدم تمرکز تصویب

شده بود، در اواسط دوران رضاشاهی تحت‌الشعاع سیاست‌های تمرکزگرایی وی قرار گرفت (سعیدی رضوانی، ۱۳۷۱: ۱۴۲؛ موسوی و حکمت‌نیا، ۱۳۸۵: ۱۳۱) و توسط قانون بلدیه مصوب ۱۳۰۹/۲/۳۰ نسخ شد. از همین تاریخ بدین سو، شخصیت حقوقی شهر برای همیشه از سپهر حقوق اداری کشور محو می‌شود و به جای شهر، اداره‌ی بلدیه دارای شخصیت حقوقی قلمداد می‌شود. برای مثال، به جای ماده‌ی ۲ قانون سابق که از تعلق اموال منقول و غیرمنقول به شهر سخن گفته بود، با بند ۳ ماده‌ی ۲۹ در قانون ۱۳۰۹ مواجهیم که یکی از اختیارات اداره‌ی بلدیه را فروش اموال منقول و غیرمنقول متعلق به بلدیه و خرید اموال منقول و غیرمنقول برای بلدیه دانسته است. بند ۸ همین ماده مجدداً «اداره کردن اموال منقوله و غیرمنقوله متعلق به بلدیه» را از دیگر وظایف اداره‌ی بلدیه قلمداد می‌کند.

قانون تشکیل شهرداری‌ها و انجمن شهرها و قصابات، موسوم به قانون استقلال شهرداری‌ها (رستمی و عامری، ۱۳۹۵: ۱۴۵) مصوب ۱۳۲۸ نخستین قانونی است که به صراحت شهرداری را دارای شخصیت حقوقی قلمداد می‌کند. ماده‌ی ۳ این قانون، شهرداری را بنگاهی ملی می‌داند که دارای شخصیت حقوقی است. البته در این قانون، یک رویکرد دوگانه در پیش گرفته شده است. با آنکه در ماده‌ی ۳ شخصیت حقوقی به شهرداری‌ها اعطا شده، در برخی مواد این قانون شهر نیز دارای اوصاف شخص حقوقی است؛ مانند بند ۱ و بند ۳ ماده‌ی ۳۵ که به ترتیب از اموال متعلق به شهر و معاملات به نام شهر سخن گفته است. قانون شهرداری مصوب ۱۳۳۴ با شناسایی شخصیت حقوقی برای شهرداری در ماده‌ی ۳ خود، همان مسیر قانون مصوب ۱۳۲۸ را در پیش می‌گیرد.

قانون در خصوص اراضی دولت و شهرداری‌ها و اوقاف و بانک‌ها مصوب ۱۳۳۵ نخستین قانونی است که علاوه بر متن در عنوان خود نیز تعلق اموال به شهرداری‌ها را مورد تأکید قرار می‌دهد و متعاقب آن قانونگذار در قوانین دیگر نیز به جای اموال شهر بیشتر از اموال شهرداری یاد می‌کند؛ مانند قانون بسیار مهم آیین‌نامه‌ی مالی شهرداری‌ها مصوب ۱۳۴۶/۴/۱۲ که در مواد ۴۵ تا ۴۸ بیشتر از اموال شهرداری‌ها یاد می‌کند تا اموال متعلق به شهر. بدین ترتیب در حال حاضر شهرداری مؤسسه‌ای عمومی، غیردولتی و مستقل و دارای شخصیت حقوقی است (مدنی، ۱۳۸۹: ۲۴۸). شایان ذکر است که در سطح روستاها نیز دهیاری به عنوان یک سازمان عمومی غیردولتی که توسط وزارت کشور و به منظور اداره‌ی امور روستاها ایجاد می‌شوند، شخصیت حقوقی مستقل دارد (ماده‌ی ۱ قانون تأسیس دهیارهای خودکفا در روستاهای کشور).

در کنار قوانینی که شهرداری یا دهیاری را دارای شخصیت حقوقی قلمداد کرده‌اند، متون قانونی دیگری نیز وجود دارد که در ادامه‌ی قوانین پیش از انقلاب همچون قانون تشکیل

انجمن‌های شهرستان و استان مصوب ۱۳۴۹/۳/۳۰ که برای انجمن‌های مزبور شخصیت حقوقی شناسایی کرده بود، برای شوراهای اسلامی نیز چنین شخصیتی قائل شده‌اند. شخصیت حقوقی مستقل برای شوراهای اسلامی در ماده‌ی ۱۷ قانون تشکیلات شوراهای اسلامی کشور مصوب ۱۳۶۱ شناسایی شده است. براساس این ماده «شوراها دارای شخصیت حقوقی بوده، حق اقامه‌ی دعوا علیه اشخاص حقیقی و حقوقی و دفاع در مقابل دعاوی آنان علیه شورا را دارند». اداره‌ی کل حقوقی دادگستری در نظریه‌ی شماره‌ی ۷۱۳۱۲۷ مورخ ۱۳۸۲/۴/۲۹ در همین زمینه اعلام کرده است که «شورای اسلامی شهر دارای شخصیت حقوقی جدا از شخصیت دولت است» (به نقل از حبیب‌نژاد، ۱۳۸۸: ۱۲۰). قاسمی حامد در این زمینه می‌نویسد: «شورای اسلامی شهر سازمانی محلی است که با داشتن شخصیت حقوقی مستقل، اختیار و صلاحیت اداره‌ی بخشی از امور و نیازمندی‌های عمومی مربوط به شهر را به‌عنوان نهادی ناظر و تصمیم‌گیرنده به‌عهده دارد» (قاسمی حامد، ۱۳۸۰: ۱۶۱؛ همچنین ن.ک: مدنی، ۱۳۸۹: ۲۵۰؛ هاشمی، ۱۳۸۰: ۴۹۲). البته ناگفته نماند که شورای شهر به‌عنوان یکی از مهم‌ترین شوراهای اسلامی با وجود برخورداری از شخصیت حقوقی مستقل، اموال مستقل نداشته و اموال شهرداری را به‌طور امانت در اختیار دارد (حبیب‌نژاد، ۱۳۸۸: ۱۱۹). براساس تبصره‌ی بند ۱۱ ماده‌ی ۶ آیین‌نامه‌ی اجرایی تشکیلات، انتخابات داخلی و امور مالی شوراهای اسلامی شهرها مصوب ۱۳۷۸ «نیازهای مالی و تدارکاتی شورا براساس بودجه‌ی مصوب شورا از طریق درآمدهای بودجه‌ی شهرداری تأمین خواهد شد». همچنین براساس ماده‌ی ۲۰ از همین آیین‌نامه، «کلیه‌ی اموال شورا اعم از منقول و غیرمنقول که در اختیار شورا قرار می‌گیرد متعلق به شهرداری مربوط است و باید طی صورت‌مجلسی توسط ذی‌حسابان شهرداری تحویل رئیس و خزانه‌دار شورا گردد». بدین ترتیب در حقوق کنونی ایران، شهرداری، شوراهای اسلامی و دهیاری شخصیت حقوقی دارند و دارای اموال، نیروی انسانی و درآمدهای ویژه‌اند و دعاوی را نیز برای خود و به نام خود پیگیری می‌کنند. عدم شناسایی شخصیت حقوقی برای شهر (و سایر عناوین تقسیمات کشوری) حتی سبب شده است که برای سه شهر مجزا یک شورای شهر ایجاد شود. در واقع، براساس تبصره‌ی ماده‌ی ۱۲ «در محدوده‌ی شهری تهران، ری و تجریش فقط یک شورای اسلامی شهر تشکیل می‌شود». این برداشت از مفهوم شخصیت حقوقی در نظام عدم تمرکز محلی همچنان ذهن دست‌اندرکاران نظام قانونی کشور را به خود مشغول کرده و به همین سبب، طرح جامع مدیریت شهری که در تاریخ ۱۳۹۵/۱۱/۲۶ اعلام وصول شده است، همچنان به شخصیت مستقل شورای شهر (ماده‌ی ۵) و نیز شهرداری (ماده‌ی ۱۴) پافشاری می‌کند.

برخورداری شورای شهر و شهرداری از شخصیت حقوقی مستقل موجب شده است که قانونگذار مجبور شود ماهیت سازمانی آن‌ها را مشخص کند؛ با این توضیح که بند ۱ ماده واحده‌ی قانون فهرست نهادها و مؤسسات عمومی غیردولتی مصوب ۱۳۷۳ شهرداری‌ها را از مصادیق مؤسسات عمومی غیردولتی قلمداد کرده است. ماده واحده‌ی قانون تأسیس دهیاری‌های خودکفا در روستاهای کشور مصوب ۱۳۷۷ نیز دهیاری‌ها را مؤسسه‌ی عمومی غیردولتی دانسته است. البته قانونگذار ماهیت حقوقی شوراهای اسلامی را تعیین نکرده است و به همین سبب، حقوقدانان نظرهای مختلفی در این زمینه ارائه کرده‌اند. برخی شوراهای اسلامی را قوه‌ی چهارم دانسته‌اند، عده‌ای آن‌ها را زیرمجموعه‌ی مجلس شورای اسلامی و برخی دیگر نیز زیرمجموعه‌ی وزارت کشور برشمرده‌اند (دشتی، ۱۳۸۸: ۵۴۸-۵۴۹). رستمی و حسینی پوراردکانی پس از بررسی مستوفای نظرهایی که در این زمینه مطرح شده است، در نهایت به این نتیجه رسیده‌اند که «در هر صورت، مطابق ذیل ماده‌ی ۲ قانون مدیریت خدمات کشوری که مقرر داشته کلیه‌ی سازمان‌هایی که در قانون اساسی نام برده شده است در حکم مؤسسه‌ی دولتی شناخته می‌شود، می‌توان شوراهای اسلامی را نوعی مؤسسه‌ی دولتی قلمداد کرد...» (رستمی و حسینی پوراردکانی، ۱۳۹۲: ۵۸). روشن است که سازمان عمومی غیردولتی، مؤسسه‌ی دولتی و نیز شرکت دولتی از ابزارهای عدم تمرکز فنی‌اند که ویژگی اصلی آن‌ها برخورداری از شخصیت حقوقی و نیز فعالیت تخصصی در یک حوزه‌ی خاص است که در بند بعدی بررسی شده است. در واقع، این نهادها متناظر با مؤسسات عمومی در فرانسه هستند که از ابزارهای عدم تمرکز فنی به‌شمار می‌روند نه عدم تمرکز محلی.

با آنکه در فرانسه و برخی دیگر از کشورهای همسو با حقوق اداری فرانسه مجتمع‌های سرزمینی همچون کمون (شهر و روستا)، شهرستان و استان دارای شخصیت حقوقی‌اند، در ایران تقسیمات کشوری اعم از روستا، شهر، بخش، شهرستان و استان فاقد شخصیت حقوقی‌اند. روشن است که فقدان شخصیت حقوقی برای تقسیمات کشوری بدین معناست که مرزبندی این تقسیمات و تفکیک آن‌ها نه از نظر جداسازی آن‌ها به‌عنوان اشخاص مستقل از هم بلکه برای تعیین محدوده‌ای است که نظام عدم تراکم می‌خواهد در آن اجرا شود. در حقیقت، تقسیمات کشوری در ایران به‌جای آنکه در خدمت عدم تمرکز محلی قرار گیرد، در راستای اجرای برنامه‌ی تراکم‌زدایی است؛ بدین معنا که استانداران در محدوده‌ای به نام استان، فرمانداران در محدوده‌ای به نام شهرستان و بخشداران در محدوده‌ای به نام بخش فعالیت می‌کنند. به‌علاوه رعایت محدوده‌های مذکور برای تمامی سازمان‌های اداری و نهادهای انقلاب اسلامی نیز به‌جز نیروهای نظامی و امور انتخابات مجلس، لازم است (مدنی، ۱۳۸۹: ۶۳).

۲. صلاحیت عام در امور محلی

تمایز میان امور ملی و محلی از موارد مهمی است که نبود آن می‌تواند عدم تمرکز محلی را با تردیدهای جدی روبه‌رو سازد. اگر دولت مرکزی بتواند نیازهای محلی را در سطوح مختلف تشخیص دهد و برای آن‌ها تصمیم‌گیری کند و در عوض، نهادهای محلی امکان اتخاذ تصمیم در این زمینه‌ها را نداشته باشند، بعید است که بتوان از عدم تمرکز محلی سخن گفت. نگاهی به رویکرد نظام حقوقی ایران و فرانسه در زمینه‌ی این مسئله بیانگر تفاوت بنیادین بین این دو نظام است. اگر بتوان رویکرد فرانسه را ذیل نظام عدم تمرکز محلی قرار داد، شاید نتوان رویکرد ایران را نیز ذیل همان عنوان دسته‌بندی کرد. در این بند به تفصیل این موضوع بررسی می‌شود.

۲-۱. صلاحیت عام مجتمعاتی سرزمینی فرانسه در امور محلی

در تقسیم صلاحیت بین اشخاص حقوق عمومی در فرانسه اصل بر این است که دولت و مجتمعاتی سرزمینی دارای صلاحیت عام و مؤسسات عمومی دارای صلاحیت خاص یا تخصصی‌اند (دومیشل و لا لومی‌یر، ۱۳۷۶: ۷۶؛ 31؛ Thoumelou, 2016). تفاوت صلاحیت عام دولت با صلاحیت عام مجتمعاتی سرزمینی بیشتر به محدوده‌های جغرافیایی صلاحیت هر یک مربوط می‌شود؛ بدین معنا که دولت در سراسر کشور دارای صلاحیت عام تصمیم‌گیری در خصوص امور ملی^(۹) است، اما مجتمعاتی سرزمینی تنها در محدوده‌ی جغرافیایی مربوط به خود و درباره‌ی امور محلی^(۱۰) می‌توانند به اتخاذ تصمیم بپردازند. در مقابل، اصل تخصص‌گرایی^(۱۱) بدین معناست که مؤسسات عمومی باید در چارچوب اهدافی که قوانین موجد برای آن‌ها مشخص کرده است، فعالیت کنند (Waline, 2008: 50; Frier et Petit, 2014: 125).

به هر حال، اصل صلاحیت عام^(۱۲) مجتمعاتی سرزمینی بدین معناست که این واحدها در تمام امور محلی خود دارای صلاحیت شناخته می‌شوند، بدون اینکه نیازی به احصای اختیارات در قانون باشد. به بیان دیگر، این واحدها در تمام امور محلی یا اموری که به منافع و مصالح محل^(۱۳) مرتبط است، می‌توانند تصمیم‌گیری کنند، بدون آنکه نیازی به اجازه‌ی صریح قانونی وجود داشته باشد (Thoumelou, 2016: 31 et 85; Verpeaux, Rimbault et Waserman, 2016: 18).

صلاحیت عام کمون‌ها در تصمیم‌گیری و اظهارنظر در امور محلی ریشه در ماده‌ی ۶۱ قانون بلدییه مصوب ۱۸۸۴ دارد و توسط قانون ۱۹۸۲ به شهرستان و استان نیز تسری یافت. قانون ۷ اوت ۲۰۱۵ در خصوص ساختار سرزمینی جدید جمهوری، صلاحیت عام شهرستان و استان را حذف کرد، ولی کمون‌ها همچنان چنین صلاحیتی دارند (Verpeaux, Rimbault et Waserman, 2016: 87). در حال حاضر، براساس ماده‌ی L2121-29 کد عمومی مجتمعاتی

سرزمینی،^(۱۴) شورای شهر/روستا^(۱۵) امور کمون را تمشیت می‌کند. بر این اساس هر امر محلی که به کمون مربوط می‌شود، در اختیار شورا قرار می‌گیرد و در این امور، نه دولت مرکزی و نه سایر اشخاص حقوق عمومی نمی‌توانند دخالت کنند. همچنین، براساس ذیل ماده‌ی مذکور، شورای شهر/روستا می‌تواند درباره‌ی همه‌ی امور مربوط به منافع محلی اظهارنظر کند. در نتیجه «این شوراها در حوزه‌ی خود ارائه‌ی هر گونه خدمات عمومی و انجام اموری را که جنبه‌ی غیرسیاسی و حاکمیتی دارد، بر عهده دارند» (عباسی، ۱۳۸۷: ۲۹۴). البته شوراها در فرانسه در اداره‌ی آزاد امور محلی و منافع محلی به‌طور مطلق آزاد نیستند و با سه محدودیت عمده مواجه‌اند؛ اول اینکه تصمیمات شوراها نباید مغایر با عملکرد بخش خصوصی و آزادی تجاری و صنعتی باشد؛ دوم اینکه واحدهای سرزمینی نمی‌توانند در خصوص امری که براساس قانون به دیگر سطوح اداری- مانند دولت- واگذار شده است، دخالت کنند؛ سوم اینکه شوراها حق دخالت در اموری که محلی نیست، ندارند (Verpeaux, Rimbault et al., 2016: 90). همچنین براساس بند ۳ اصل ۷۲ قانون اساسی فرانسه، مجتمع‌های سرزمینی در چارچوب قانون و از طریق شوراها انتخاب آزادانه امور محل را اداره می‌کنند. اصل اداره‌ی آزاد واحدهای سرزمینی^(۱۶) اصلی بنیادین است که هم بر قانونگذار عادی تحمیل می‌شود و هم بر مراجع وضع مقررات. این اصل از مجتمع‌های محلی در برابر دولت محافظت می‌کند و شورای قانون اساسی این کشور در موارد مختلف قوانین مصوب پارلمان را به سبب در مخاطره انداختن این اصل مغایر با قانون اساسی اعلام کرده است. در نتیجه اداره‌ی امور محلی توسط مجتمع‌های سرزمینی توسط قانون اساسی صیانت شده است و حتی پارلمان نمی‌تواند آن را نادیده بگیرد. شورای دولتی فرانسه نیز این اصل را یکی از اصول مربوط به آزادی‌های بنیادین در نظر گرفته است (Verpeaux, Rimbault et al., 2016: 52).

۲-۲. صلاحیت‌های احصایی شوراهای محلی در ایران

در کنار عدم شناسایی شخصیت حقوقی برای واحدهای سرزمینی همچون استان، شهرستان و به‌ویژه شهر و روستا، صلاحیت عام تصمیم‌گیری در امور محلی نیز به شوراهای تصمیم‌گیر این واحدها اعطا نشده است. با آنکه در اصل ۷ قانون اساسی ذکر شده است «... شوراها، مجلس شورای اسلامی، شورای استان، شهرستان، شهر، محل، بخش، روستا و نظایر این‌ها از ارکان تصمیم‌گیری و اداره‌ی امور کشورند»، به‌نظر می‌رسد شوراهای اسلامی در حال حاضر «برخلاف آنچه در اصل ۷ قانون اساسی آمده است، از ارکان تصمیم‌گیری و اداره‌ی امور کشور نیستند... در تمامی اصول فصل هفتم که به شوراها پرداخته است، برخلاف انتظار در هیچ

زمینه‌ای - حتی امور محلی - به صلاحیت مقررات‌سازی که ذاتی شوراهای باشد، اشاره‌ای نشده است» (آقای طوق، ۱۳۸۶: ۱۲۹). به عبارت روشن‌تر، شوراهای به عنوان نهادهای حاکمیت محلی علی‌الاصول باید دارای صلاحیت تصمیم‌گیری و نیز وضع مقررات درباره‌ی همه‌ی امور محلی باشند. حال آنکه امور ملی و محلی در ایران تفکیک نشده است و همین آسیب که مدت‌ها پیش مورد توجه حقوقدانان قرار گرفته بود (آقای طوق، ۱۳۸۶: ۱۳۴-۱۴۴)، هم‌اکنون مورد توجه تدوین‌کنندگان طرح جامع مدیریت شهری که در تاریخ ۱۳۹۵/۱۱/۲۶ اعلام وصول شده، قرار گرفته است. در بند ۳ ماده‌ی ۲ این طرح «تفکیک امور محلی از ملی با واگذاری امور محلی به مدیریت شهری» از اصول حاکم بر نظام مدیریت شهری ایران قلمداد شده است.

در اصل ۱۰۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به عنوان مهم‌ترین مبنای قانونی نظام شوراهای اسلامی در کشور، در راستای «پیشبرد سریع برنامه‌های اجتماعی، اقتصادی، عمرانی، بهداشتی، فرهنگی، آموزشی و سایر امور رفاهی با توجه به مقتضیات محلی» تنها نظارت بر اداره‌ی امور محل به شوراهای واگذار شده است؛ یعنی از نظر قانونگذار اساسی، تصمیم‌گیری در امور مزبور و اجرای آن‌ها بر عهده‌ی دولت یا مؤسسات دولتی است و تنها نظارت بر اداره‌ی آن‌ها بر عهده‌ی شوراهاست. شورای نگهبان نیز از سال ۱۳۸۱ بدین سو همین برداشت را از نقش شوراهای ارائه کرده است و آن‌ها را محدود به نظارت می‌داند. برای نمونه، شورای نگهبان در بند ۱۰ اظهارنظر مورخ ۱۳۸۱/۸/۱۵ خود در خصوص طرح اصلاح قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران به صراحت، صلاحیت شوراهای را تنها نظارتی دانسته و مواردی همچون «انتخاب شهردار» و کلیه‌ی اختیارات تصویبی شوراهای را «زائد بر وظایف نظارتی موضوع اصل ۱۰۰ قانون اساسی» قلمداد کرده و در نتیجه مصوبه‌ی مجلس را مغایر قانون اساسی دانسته است (آقای طوق، ۱۳۸۶: ۱۳۲-۱۳۳). این رویکرد قانونگذار اساسی و نیز شورای نگهبان به اختیارات شوراهای یادگار متمم قانون اساسی مشروطه است که در اصل ۹۲ خود اشعار می‌داشت: «انجمن‌ها در اصلاحات راجع به آنچه نفع عموم در آن است اختیار نظارت تام دارد». در نظام حقوق اساسی مشروطه نیز «مهم‌ترین اختیار انجمن‌ها نظارت تام در کار قوه‌ی اجرایی بود اما خود حق اقدام به عمل اجرایی» را نداشتند (رحیمی، ۱۳۸۹: ۱۹۲)، هرچند رویکرد متمم قانون اساسی مشروطه نسبت به انجمن‌ها گشاده‌دستانه‌تر بوده و نظارت بر تمام آنچه به نفع عموم محل بود، به آن‌ها واگذار شده بود.

در مقایسه با شورای نگهبان، قانونگذار عادی رویکرد نسبتاً بهتری در خصوص شوراهای داشته و اختیاراتی همچون انتخاب شهردار یا تصویب بودجه و عوارض را برای شورای شهر شناسایی کرده است، اما این اختیارات را نیز نمی‌توان شایسته‌ی نظام عدم تمرکز محلی دانست. مواد ۷۶، ۷۹،

۸۰، ۸۶، ۸۷ و ۸۸ قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات شوراهای اسلامی کشور و انتخاب شهرداران مصوب ۱۳۷۵ با اصلاحات بعدی (بعد از این قانون شوراها) که به ترتیب به بیان اختیارات و صلاحیت شوراهای روستا، بخش، شهر، شهرستان، استان و عالی استان‌ها پرداخته‌اند، در کنار اختیاراتی همچون انتخاب دهیار و شهردار، سایر اختیارات شوراها را در قالب‌هایی همچون «نظارت»، «مشارکت»، «همکاری» و «ارائه‌ی پیشنهاد» ذکر کرده‌اند و بدین ترتیب، اختیارات خاصی در امور محلی برای شوراها پیش‌بینی نشده است (آقای طوق، ۱۳۸۹: ۱۳۴). «این واژگان بیش از آنکه از آبخشور استقلال، ابتکار عمل و روش، ژرف‌کاوی و پهنانگری در قلمرو موضوعی اختیارات و صلاحیت‌های شورای اسلامی سرچشمه گرفته باشد، بیانگر وابستگی این نهادها به سازمان‌ها و مراجع اداری و دولتی است. با این وصف چگونه می‌توان با روش‌های غیرمستقل طفیلی‌سانی چون همکاری، پیگیری، تبیین و توجیه سیاست‌های دولت و غیره به حجمی از استقلال، آزادی اراده، ابتکار و آفرینش‌گری که از مبانی و اصول تمرکزگرایی است به سیستم عدم تمرکز دست یافت» (گرگی ازندریانی، ۱۳۸۸: ۱۱۹).

در نظام حقوقی ایران برخلاف فرانسه صلاحیت عام تصمیم‌گیری و اظهارنظر در امور محلی برای واحدهای محلی شناسایی نشده است. عباسی در همین زمینه به‌درستی می‌نویسد: «در کشور ما با توجه به قوانین و مقررات، در امور محلی، نه شوراهای اسلامی شهر یا روستا به‌عنوان شوراهای پایه بلکه مقامات مرکزی و نهادهای اجرایی دارای صلاحیت عام هستند» (عباسی، ۱۳۹۰: ۱۰۴). به‌علاوه، گستره‌ی اختیارات نهاد مهمی همچون شورای شهر آنچنان محدود به امور شهرداری است که حتی برخی از آن تحت عنوان شورای شهرداری نام می‌برند (کامیار، ۱۳۹۳: ۸۵)، چراکه نگاهی به مقررات در خصوص وظایف شورای اسلامی شهر نشان می‌دهد که از سی‌وچهار بند وظیفه‌ی مقرر برای این شورا، غالب موارد آن مرتبط با شهرداری است و تصمیم‌گیری درباره‌ی خود شهر کم‌رنگ‌تر است (دشتی، ۱۳۸۸: ۵۱۵). این امر بیش از پیش بیانگر ضعف جایگاه مجتمع‌های سرزمینی (همچون شهر و استان) در ایران است که فاقد شخصیتی مستقل‌اند.^(۱۷)

۳. وجود نهادهای منتخب

اداره‌ی امور محلی توسط نهادهای منتخب سومین پایه‌ی عدم تمرکز در نظریه‌ی حقوق اداری فرانسه است. یکی از فلسفه‌های ایجاد نظام عدم تمرکز محلی ارتقای مشارکت مردم محل در اموری است که در وهله‌ی نخست به خود آن‌ها مربوط است. از این منظر، وضعیت شوراهای اسلامی ایران تا حدودی مشابه شوراهای محلی است که در فرانسه در سطوح مختلف مجتمع‌های سرزمینی وجود دارد. اما در خصوص تعداد اعضای عضو شوراهای

اسلامی با تعداد اعضای عضو شوراهای مجتمع‌های محلی در فرانسه و نیز نحوه‌ی انتخاب مستقیم یا غیرمستقیم اعضای شوراهای محلی ایران و فرانسه در سطوح مختلف، تفاوت‌های زیادی دارد که می‌تواند تأثیرات زیادی در عملکرد متفاوت آن‌ها داشته باشد.

۳-۱. شوراهای منتخب در مجتمع‌های سرزمینی فرانسه

هر یک از کمون‌ها، شهرستان‌ها و استان‌های فرانسه یک شورای منتخب دارند که به‌عنوان نهاد تصمیم‌گیر، تصمیمات مربوط به امور محلی کمون، شهرستان و استان را اتخاذ می‌کنند. شورای شهر/روستا^(۱۸) نهاد تصمیم‌گیر کمون و شورای شهرستان^(۱۹) و شورای استان^(۲۰) به‌ترتیب نهاد تصمیم‌گیر شهرستان و استان تلقی می‌شوند. اعضای این شوراهای در سطوح مختلف به‌طور مستقیم توسط مردم انتخاب می‌شوند.

تعداد اعضای شوراهای شهر/روستا در فرانسه که در هر یک از کمون‌ها تشکیل می‌شود، تابعی از تعداد جمعیت کمون‌هاست. تعداد اعضای شورا در کمون‌های کمتر از ۱۰۰ نفر جمعیت، ۷ نفر و تعداد اعضای شورا در کمون‌های دارای بیش از ۳۰۰۰۰۰ نفر جمعیت، ۶۹ نفر است. البته شوراهای مربوط به سه شهر مهم فرانسه اعضای بیشتری دارند: شورای شهر لیون ۷۳ عضو، شورای شهر مارس‌ی ۱۰۱ عضو و شورای شهر پاریس ۱۶۳ عضو (جدول ۱).

جدول ۱- تعداد اعضای شورای شهر/ روستا براساس جمعیت کمون در فرانسه

(Thoumelou, 2016: 80)

تعداد جمعیت	تعداد اعضای شورا	تعداد جمعیت	تعداد اعضای شورا
کمتر از ۱۰۰	۷	بین ۵۰۰۰۰ تا ۵۹۹۹۹	۴۵
بین ۱۰۰ تا ۴۹۹	۱۱	بین ۶۰۰۰۰ تا ۷۹۹۹۹	۴۹
بین ۵۰۰ تا ۱۴۹۹	۱۵	بین ۸۰۰۰۰ تا ۹۹۹۹۹	۵۳
بین ۱۵۰۰ تا ۲۴۹۹	۱۹	بین ۱۰۰۰۰۰ تا ۱۴۹۹۹۹	۵۵
بین ۲۵۰۰ تا ۳۴۹۹	۲۳	بین ۱۵۰۰۰۰ تا ۱۹۹۹۹۹	۵۹
بین ۳۵۰۰ تا ۴۹۹۹	۲۷	بین ۲۰۰۰۰۰ تا ۲۴۹۹۹۹	۶۱
بین ۵۰۰۰ تا ۹۹۹۹	۲۹	بین ۲۵۰۰۰۰ تا ۲۹۹۹۹۹	۶۵
بین ۱۰۰۰۰ تا ۱۹۹۹۹	۳۳	بیش از ۳۰۰۰۰۰	۶۹
بین ۲۰۰۰۰ تا ۲۹۹۹۹	۳۵	لیون (۴۹۱۲۶۸)	۷۳
بین ۳۰۰۰۰ تا ۳۹۹۹۹	۳۹	مارسی (۸۵۰۶۳۶)	۱۰۱
بین ۴۰۰۰۰ تا ۴۹۹۹۹	۴۳	پاریس (۲۲۴۹۹۷۵)	۱۶۳

برعکس، تعداد اعضای شورای شهرستان تابعی از جمعیت نبوده و بلکه تابعی از تعداد کانتون‌های هر شهرستان است. پس از تصویب قانون ۱۷ می ۲۰۱۳ در خصوص انتخابات اعضای شوراهای شهرستان، از هر یک از کانتون‌ها یک مرد و یک زن برای عضویت در شورای شهرستان انتخاب می‌شوند. تعداد کانتون‌ها از یک شهرستان به شهرستان دیگر متفاوت است. اما براساس قانون، تعداد کانتون‌ها در هر یک از شهرستان‌های با بیش از ۵۰۰۰۰۰ نفر جمعیت نباید کمتر از ۱۷ کانتون باشد. در شهرستان‌هایی با جمعیت بین ۱۵۰۰۰ تا ۵۰۰۰۰ نفر، تعداد کانتون‌ها نباید کمتر از ۱۳ عدد باشد (Thoumelou, 2016: 110). در سال ۲۰۱۳ حدود ۴۰۵۵ کانتون در فرانسه وجود داشت؛ یعنی به‌طور متوسط ۴۰ کانتون برای هر شهرستان.

تعداد اعضای شوراهای استان نیز همانند شوراهای شهر/روستا تابعی از جمعیت هر استان است، به همین سبب از استانی به استان دیگر متفاوت است. کمترین اعضا از آن استان‌های گوادلوپ با ۴۱ عضو و رئونیون با ۴۵ عضو است. بیشترین اعضا نیز از آن استان ایل دو فرانس (با مرکزیت پاریس) با ۲۰۹ عضو است.

۳-۲. تعداد اعضای شوراهای اسلامی و نحوه‌ی انتخاب آن‌ها در ایران

با آنکه طبق اصل ۱۰۰ قانون اساسی «اداره‌ی امور هر روستا، بخش، شهر، شهرستان یا استان با نظارت شورایی به نام شورای ده، بخش، شهر، شهرستان یا استان صورت می‌گیرد که اعضای آن را مردم همان محل انتخاب می‌کنند»، اما در قوانینی که در اجرای این اصل و سایر اصول مربوط به شوراها به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده، قاعده‌ی انتخاب توسط مردم همان محل به دلایل نامعلوم تنها برای شوراهای روستا و شهر مورد پذیرش واقع شده است. براساس قانون شوراها، تنها شورای روستا و شهر به‌طور مستقیم انتخاب می‌شوند. حال آنکه شورای بخش از بین نمایندگان منتخب شوراهای روستاهای واقع در محدوده‌ی بخش (ماده‌ی ۵)، شورای شهرستان از نمایندگان شوراهای شهرها و بخش‌های واقع در محدوده‌ی آن شهرستان (ماده‌ی ۱۰)، شورای استان از نمایندگان منتخب شوراهای شهرستان‌های تابعه (ماده‌ی ۱۱) و شورای عالی استان‌ها از نمایندگان منتخب شوراهای استان‌ها (ماده‌ی ۱۴) انتخاب می‌شود. این رویکرد را می‌توان ادامه‌ی رویکرد قانون شوراهای محلی مصوب شورای انقلاب در سال ۱۳۵۸ دانست که در آن نیز از میان شوراهای ده، بخش، شهر، شهرستان و استان، تنها شورای ده و شهر به‌طور مستقیم توسط مردم انتخاب می‌شدند. به هر حال در مقایسه با رویکرد نظام عدم تمرکز محلی فرانسه که در آن شوراهای محلی در تمام سطوح مجتمع‌های سرزمینی به‌طور مستقیم توسط مردم همان محل انتخاب می‌شوند، در ایران تنها

شوراهای روستا و شهر این وضعیت را دارند و باقی شوراهای به طور غیرمستقیم و توسط خود شوراهای انتخاب می‌شوند.

تفاوت بارز دیگر نظام عدم تمرکز محلی فرانسه با نظام شوراهای اسلامی ایران، تعداد اعضای آنهاست. تعداد اعضای شوراهای ایران در مقایسه با تعداد اعضای شوراهای فرانسه بسیار کمتر است. تعداد اعضای شورای اسلامی روستاهای تا ۱۵۰۰ نفر جمعیت سه نفر و روستاهای بیش از ۱۵۰۰ نفر جمعیت و نیز شورای بخش پنج نفر، تعداد اعضای شوراهای شهر براساس جمعیت از ۵ نفر (برای شهرهای کمتر از ۵۰۰۰۰ نفر جمعیت) تا ۲۱ نفر (شورای شهر تهران) متغیر است (جدول ۲).

جدول ۲- تعداد اعضای شوراهای اسلامی شهر براساس جمعیت

جمعیت	اعضای اصلی	اعضای علی‌البدل
زیر ۵۰ هزار	۵	۳
بین ۵۰ هزار تا ۲۰۰ هزار	۷	۵
بین ۲۰۰ هزار تا ۵۰۰ هزار	۹	۶
بین ۵۰۰ هزار تا ۱ میلیون	۱۱	۷
بین ۱ میلیون تا ۲ میلیون	۱۳	۸
بیش از ۲ میلیون	۱۵	۱۰
تهران	۲۱	۱۱

حداقل تعداد اعضای شوراهای شهرستان ۵ نفر (تبصره ۲ ماده ۱۰ قانون شوراهای) و حداکثر آن تابعی از تعداد و جمعیت بخش‌ها و شهرهای آن شهرستان است. براساس تبصره ۱ ماده ۱۰ قانون شوراهای در شورای شهرستان از شورای هر بخش یک نفر و از شوراهای هر یک از شهرها تا یکصد هزار نفر جمعیت یک نفر و بیش از یکصد هزار نفر جمعیت دو نفر و شهر تهران سه نفر عضویت خواهند داشت. حداقل تعداد شورای استان نیز پنج نفر و حداکثر آن تابعی است از تعداد شهرستان‌های آن استان با این قید که از هر شهرستان حداکثر دو نفر می‌توانند عضو شورای استان باشند. در شورای عالی استان‌ها نیز که از نمایندگان منتخب شوراهای استان‌ها تشکیل می‌شود، از استان‌های تا دو میلیون نفر جمعیت، دو نماینده و از استان‌های دارای بیش از دو میلیون نفر جمعیت، سه نماینده و از استان تهران چهار نماینده عضویت دارند (ماده ۱۴ قانون شوراهای). در حال حاضر، این شورا ۷۴ عضو دارد که از استان‌های مختلف کشور انتخاب شده‌اند.

نتیجه‌گیری

با آنکه عدم تمرکز محلی از ابزارها و تکنیک‌های مهم حقوق عمومی برای سرشکن کردن قدرت و ارتقای مشارکت مردم در اداره‌ی امور جامعه و تثبیت مردم‌سالاری است و با آنکه کشورهای متعددی آن را در قوانین اساسی خود مورد پذیرش قرار داده‌اند، نگاهی دقیق به وضعیت ایران و تحلیل ویژگی‌های شوراهای اسلامی نشان می‌دهد که عدم تمرکز محلی در ایران بیشتر شبیه افسانه است تا واقعیت. در واقع تنها یک مورد از عناصر سه‌گانه‌ی بنیادین عدم تمرکز محلی، یعنی برخورداری از نهادهای منتخب تا حدودی در ایران مورد توجه واقع شده و دو مورد مهم‌تر دیگر (شخصیت حقوقی مستقل برای تقسیمات کشوری و صلاحیت عام تصمیم‌گیری برای واحدهای سرزمینی) مورد پذیرش قانونگذار قرار نگرفته است. انتخابی بودن شوراهای اسلامی نیز در مقایسه با نهادهای مشابه در فرانسه هم از نظر تعداد اعضا و هم از نظر مستقیم بودن انتخاب توسط مردم محل، دچار آسیب‌های جدی است.

قانونگذار ایران به‌جای اینکه محل جغرافیایی را به‌عنوان شخص شناسایی کند و برای آن به‌عنوان شخص حقوق عمومی حق و تکلیف قائل شود، اشخاص حقوقی دیگری همچون شوراهای اسلامی و شهرداری‌ها را به‌عنوان اشخاص حقوقی ایجاد کرده است تا ظاهراً امور محلی را به‌عنوان یک «امر فنی» مدیریت کنند. به‌علاوه، به‌جای تفکیک میان امور ملی و امور محلی و واگذاری تمامی امور محلی به واحدهای سرزمینی، تنها بخشی از امور محلی به شوراهای اسلامی واگذار شده است تا در کنار مسئولیت‌های دیگری که در امور ملی به آن‌ها واگذار شده است (مانند همکاری، پیگیری، تبیین و توجیه سیاست‌های دولت مرکزی)، آن موارد اندک را نیز انجام دهند. این مأموریت‌ها نیز آنچنان کم‌حجم و کم‌شمارند که مورد نقد غالب حقوقدانان حقوق عمومی واقع شده است. غور در مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی نیز نشان می‌دهد که بیش از آنکه مفاهیمی همچون عدم تمرکز محلی راهنمای تصویب اصل ۷ و فصل هفتم باشد، اصل اسلامی مشورت مورد توجه بوده است. به همین سبب نیز گویا دغدغه‌ی قانونگذار اساسی و قانونگذار عادی حفظ اصول بنیادین و رعایت الزامات عدم تمرکز محلی نبوده است. با وجود این، بررسی نوشته‌های حقوق اساسی و حقوق اداری در ایران نشان می‌دهد که غالب نویسندگان وجود نظام عدم تمرکز محلی را در ایران مفروض دانسته‌اند و تنها نقدهایی را بر آن وارد می‌دانند. اما به‌نظر می‌رسد این یک خطاپوشی و غمض عین بزرگ بر یک آسیب جدی در نظام اداری کشور است. عدم تمرکز محلی در ایران به معنای عدم امکان بهره‌گیری از مزایای یک تکنیک فراگیر در حقوق اداری است که در کشورهای مختلف پذیرفته شده و به قوانین اساسی کشورها راه یافته است. در

واقع، اگر به این آگاهی نرسیم که یکی از ابزارهای مهم مشارکت مردم در امور محلی در ایران به فراموشی سپرده شده است، تمرکز امور در ایران و استیلای دولت مرکزی بر مقدرات محلی و بسنده کردن به نهادهای موجود (شوراهای اسلامی) با همه‌ی پیامدهای نامطلوب آن ادامه خواهد یافت. بدین منظور ضروری است فقدان نظام عدم تمرکز محلی بیش از پیش مورد توجه دغدغه‌مندان حقوق عمومی کشور قرار گیرد و آثار راهبردی و اقتصادی این فقدان تحلیل شود. همچنین، شایسته است که قانونگذار در بررسی و تصویب طرح جامع مدیریت شهری به این مسئله توجه بیشتری معطوف کند و درباره‌ی شخصیت حقوقی تقسیمات کشوری و نیز صلاحیت عام واحدهای محلی در امور محلی تأمل بیشتری انجام دهد.

یادداشت‌ها

۱. برای مثال می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:
 - «نمونه‌ی بارز عدم تمرکز محلی در نظام حقوقی ایران، شوراهای اسلامی شهر هستند که با رأی مستقیم مردم انتخاب می‌شوند» (امامی و استوارسنگری، ۱۳۹۰: ۵۵).
 - «به موجب قانون اساسی و قوانین عادی سازمان‌های اداری غیرمتمرکز محلی ایجاد شده که بی‌واسطه یا با واسطه منتخب مردم محل می‌باشد مانند شوراهای محلی... شهرداری و دهیاری» (عباسی، ۱۳۹۰: ۹۵).
 - «عدم تمرکز محلی عبارت از دادن شخصیت حقوقی حقوق عمومی به نهادهای بخش‌هایی از سرزمین (شوراهای روستا، شهر، بخش، شهرستان و استان) می‌باشد» (عباسی، ۱۳۹۳: ۲۳۸).
2. Collectivité territoriale.
3. Établissements publics.
4. les Collectivités à statut particulier
5. décentralisation.
6. Déconcentration.
7. circonscription administrative.
8. circonscription déconcentrée.
9. affaires nationales.
10. affaires locales.
11. principe de spécialité.
12. compétence générale.
13. intérêt local.
14. Code général des collectivités territoriales.
15. conseil municipal.
16. le principe de libre administration des collectivités territoriales.
۱۷. در ماده‌ی ۶ طرح جامع مدیریت شهری که در تاریخ ۱۳۹۵/۱۱/۲۶ اعلام وصول شده، اختیارات بیشتری در امور شهری به شورای شهر واگذار شده است.
18. conseil municipal.
19. conseil départemental.
20. conseil régional.

منابع

الف) فارسی

۱. اداره‌ی تبلیغات و انتشارات مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۸)، *مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: چاپخانه‌ی مجلس شورای اسلامی با همکاری سازمان انتشارات انقلاب اسلامی، ج ۲.
۲. امامی، محمد و کورش استوارسنگری (۱۳۹۰)، *حقوق اداری*، تهران: میزان، چ چهاردهم.
۳. آقایی طوق، مسلم (۱۳۸۶)، «عدم تمرکز اداری در ایران: نگاهی انتقادی به شوراهای ایران»، *مجلس و راهبرد*، ش ۵۶، صص ۱۲۵-۱۴۴.
۴. حبیب‌نژاد، سید احمد (۱۳۸۸) «بررسی حقوقی شوراهای اسلامی شهر در پرتو اصول تمرکززدایی»، *حقوق اسلامی*، ش ۲۰، صص ۱۱۱-۱۳۲.
۵. دشتی، علی (۱۳۸۸) «جایگاه حقوقی و تعاملات قانونی شوراهای اسلامی محلی در نظام حقوقی و سیاسی ایران»، *تحقیقات حقوقی*، ش ۴۹، صص ۵۱۳-۵۵۴.
۶. دومیشل، آندره و پی‌یر لا لومی‌یر (۱۳۷۶)، *حقوق عمومی*، ترجمه‌ی ابوالفضل قاضی شریعت‌پناهی، تهران: دادگستر.
۷. رحیمی، مصطفی (۱۳۸۹)، *قانون اساسی مشروطه ایران و اصول دموکراسی*، تهران: نیلوفر، چ چهارم.
۸. رستمی، ولی و سید مجتبی حسینی‌پور اردکانی (۱۳۹۲)، «جایگاه شوراهای اسلامی کشور در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران»، *دانش حقوق عمومی*، ش ۵، صص ۴۱-۶۰.
۹. رستمی، ولی و معصومه عامری (۱۳۹۵)، «شهرداری در نظام حقوقی ایران و فرانسه»، *مجله حقوق تطبیقی*، دوره‌ی ۷، ش ۱، صص ۱۴۱-۱۶۲.
۱۰. سعیدی رضوانی، سعید (۱۳۷۱)، «شهرنشینی و شهرسازی در دوره‌ی بیست‌ساله ۱۳۲۰-۱۳۰۰»، *تحقیقات جغرافیایی*، ش ۲۵، صص ۱۴۰-۱۶۵.
۱۱. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۹۰)، *حقوق اداری*، تهران: سمت، چ شانزدهم.
۱۲. عباسی، بیژن (۱۳۹۰)، *حقوق اداری*، تهران: دادگستر، چ دوم.
۱۳. _____ (۱۳۹۳)، *مبانی حقوق عمومی*، تهران: دادگستر.
۱۴. _____ (۱۳۸۷) «بررسی وظایف و اختیارات شوراهای شهر و روستا در فرانسه»، *فصلنامه‌ی حقوق*، دوره‌ی ۳۸، ش ۴، صص ۲۸۱-۲۹۵.

۱۵. قاسمی حامد، عباس (۱۳۸۰) «نظارت‌پذیری شورای اسلامی شهر در چارچوب حقوق شهری»، تحقیقات حقوقی، ش ۳۳-۳۴، صص ۱۵۰-۱۸۴.
۱۶. کامیار، غلامرضا (۱۳۹۳)، حقوق شهری و شهرسازی، چ ششم، تهران: مجد.
۱۷. گرجی ازندریانی، علی‌اکبر (۱۳۸۸)، در تکاپوی حقوق اساسی، تهران: جنگل، چ دوم.
۱۸. مدنی، جلال‌الدین (۱۳۸۹)، حقوق اداری ایران، تهران: جنگل، ج ۲.
۱۹. موسوی، میرنجف و حسن حکمت‌نیا (۱۳۸۵)، «تحلیل تاریخی از مشارکت شهروندان در اداره‌ی امور شهرهای ایران»، تحقیقات جغرافیایی، ش ۸۰، صص ۱۲۱-۱۳۶.
۲۰. هاشمی، سید محمد (۱۳۸۰)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: دادگستر، چ پنجم، ج ۲.

(ب) فرانسه

21. Delvolvé, Pierre (2006) **Le Droit Administratif**, Paris: Dalloz, 4^e édition.
22. Denoix de Saint Marc, Renaud (2005) **L'État**, Paris: puf.
23. Frier, Pierre Laurent et Jacques Petit (2014) **Droit Administratif**, Paris: LGDJ/Lextenso editions, 9^e édition.
24. Lombard, Martine et Gilles Dumont (2007) **Droit Administratif**, Paris: Dalloz, 7^e édition.
25. Thoumelou, Marc (2016) **Collectivités Territoriales**, Quel avenir?, Paris: Direction de l'information légale et administrative, 2^e édition.
26. Verpeaux, Michel, Rimbault, Christine et Franck Waserman (2016) **Les Collectivités Territoriales et La Décentralisation**, , Paris: Direction de l'information légale et administrative, 9^e édition.
27. Waline, Jean (2008) **Droit Administratif**, , Paris: Dalloz, 22^e édition.

امکان سنجی عزل نمایندگان مجلس در نظام حقوق اساسی ایران

سیداحمد حبیب نژاد^{۱*}، زهرا عامری^{۲**}

۱. استادیار حقوق عمومی پردیس فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران

۲. استادیار حقوق دانشگاه بجنورد، بجنورد، ایران

پدیش: ۱۳۹۶/۵/۱۱

دریافت: ۱۳۹۶/۱/۲۷

چکیده

آیا می‌توان نمایندگان پارلمان را برکنار کرد؟ این پرسشی است که باید با احتیاط به آن پاسخ داد، به‌خصوص اینکه نمایندگی و نمایندگی از مفاهیم و عناصر اصلی مردم‌سالاری هستند و در صفوف ابتدایی تحدید توسط زمامداران حضور دارند. با این حال صرف اهمیت مجلس و نمایندگی موجب کنار گذاشتن نظریات در مورد قابل عزل بودن نمایندگان نمی‌شود. در این مقاله بر آنیم تا امکان برکناری و عزل نماینده‌ی مجلس را در چارچوب نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران بررسی کنیم و در کنار آن، تجارب کشورهای دیگر را هم در این موضوع بنگریم. به‌نظر می‌رسد هرچند امکان عزل نماینده در نظام حقوق اساسی ایران در مقام نظریه وجود دارد، اجرای آن نیازمند فرایندی قانونی، شفاف، منطقی و به دور از هر گونه دخالت بازی‌های جناحی و سیاسی است و شاید نبود یا عدم اطمینان به مکانیسم اجرایی، ذهن محتاط حقوقدانان را به سمت غیرقابل عزل بودن نمایندگی در مقام اجرا سوق داده است.

واژگان کلیدی: برکناری، حق وتو، قانون اساسی، مردم‌سالاری، ماهیت نمایندگی، نظام حقوقی، نماینده‌ی مجلس.

مقدمه

دموکراسی به عنوان مسیر مرسوم و مألوف حکمرانی در جهان معاصر تثبیت شده است و هرچند از منظر روسو به محض اینکه ملتی برای خود نمایندگانی انتخاب می‌کند دیگر آزاد نیست و دیگر وجود ندارد (روسو، ۱۳۷۹: ۳۷۹-۳۸۵)، ولی اکنون چاره‌ای جز دموکراسی غیرمستقیم یا همان نماینده‌سالار نیست.

در این میان رابطه‌ی میان نمایندگان پارلمان و شهروندان مسئله‌ای مهم و دارای آثار متنوعی است (ر.ک: حبیب‌نژاد، ۱۳۸۵) و هر نظام سیاسی باید پاسخ‌هایی در زمینه‌ی چیستی و موضوعات مرتبط نمایندگی ارائه کند. یکی از این مسائل مطرح که البته کمتر در نظام حقوق عمومی ایران بررسی شده، موضوع امکان برکناری و عزل نمایندگان مجلس است که می‌تواند در ذیل موضوع «پایان نمایندگی» بحث شود. در نظام حقوق اساسی ایران طبق اصل ۶۳ قانون اساسی، دوره نمایندگی چهار سال است، ولی این به معنای مطلق بودن این گزاره نیست و در خود نظام حقوقی و قواعد پارلمانی این قاعده تخصیص خورده است.

به نظر می‌رسد پایان یافتن دوره‌ی نمایندگی (غیر از فوت نماینده) دو حالت دارد: استعفا و عزل. آنچه در این مقاله مورد توجه است، امکان‌سنجی برکناری و عزل نمایندگان از سمت خود (بی‌اراده‌ی خویش=استعفا) است. پرسش اصلی این است که آیا در نظام حقوقی ایران می‌توان نمایندگان پارلمان را از سمت خود برکنار کرد؟ مبنای عزل چه می‌تواند باشد و چه سازوکارهایی در سایر نظام‌های حقوقی بدین منظور پیش‌بینی شده است؟

برخی حقوق‌دانان همچون مرحوم دکتر قاضی شریعت‌پناهی در کتاب حقوق اساسی و نهادهای سیاسی (قاضی شریعت‌پناهی، ۱۳۷۲: ۴۷۴) و دکتر سید محمد هاشمی در کتاب حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران به غیرقابل عزل بودن نماینده اشاره کرده‌اند و معتقدند نمایندگان برای تمامی یا باقیمانده یک دوره نمایندگی که انتخاب می‌شوند، بدون هیچ پاسخگویی و مسئولیت به موکلان خود مستقلاً به ایفای وظایف نمایندگی می‌پردازند (هاشمی، ۱۳۷۹: ۱۴۷). در کتاب حقوق و وظایف نمایندگی اثر دکتر سید احمد حبیب‌نژاد (بخش سوم ذیل عنوان پایان دوره‌ی نمایندگی)، به عزل نمایندگان پرداخته شده است.

پذیرش عمومی رویکردهای حقوق‌دانان عمومی در این حوزه متضمن این معنای ضمنی است که برگزاری انتخابات پس از پایان دوره‌ی نمایندگی تنها فرصت موکلان است تا در فواصل زمانی معین با بررسی عملکرد کلی نمایندگان خود آن‌ها را ارزیابی کرده و در صورت رضایت دوباره آن‌ها را در این سمت ابقا کنند یا برعکس در صورت نارضایتی ایشان را عزل کنند (وکیلان، ۱۳۹۰: ۷۱). این مقاله درصدد است تا این پیش‌فرض و معنای ضمنی آن را به

چالش بکشد. البته نویسندگان تصریح می‌کنند که مفاد این مقاله صرفاً از باب نظریه‌پردازی بوده و به معنای موافقت کامل با استفاده از این امکان بدون وجود بسترهای فرهنگی، سیاسی و قانونی نیست، چراکه تجربه نشان داده است که حتی مفاهیم و نظریات منطقی و دموکراتیک نیز می‌تواند در مقام اجرا مورد سوء استفاده قرار گیرد.

۱. عزل و برکناری نماینده در پرتو نظریات نمایندگی

آیا امکان عزل نماینده‌ی مجلس وجود دارد؟ این پرسشی است که معمولاً حقوقدانان در پاسخ آن گفته‌اند که یکی از اوصاف نمایندگی، غیرقابل عزل بودن است (هاشمی، ۱۳۷۵: ۱۴۷). به نظر برای پاسخ به این پرسش، باید یک گام به عقب‌تر برگردیم و چیستی و ماهیت نمایندگی مجلس را در نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران مورد توجه قرار دهیم تا بتوانیم با توجه به نظریات مختلف بیان‌شده در خصوص ماهیت نمایندگی، امکان عزل نماینده را در ذیل هر کدام از نظرها بحث کنیم.

۱-۱. عزل و برکناری نماینده در پرتو نظریه‌ی کارگزاری ولایت (عزل از سوی رهبری)

از نتایج پذیرش نظریه‌ی ولایت مطلقه فقیه، آن است که مشروعیت و حق تصرف همه‌ی کارگزاران حکومتی صرفاً در اختیار حاکم اسلامی است و از این رو طرفداران این دیدگاه بر این اعتقادند که نمایندگان تنها کارگزاران، مشاوران و مجریان ولی فقیه در تنظیم و تدوین - و نه وضع - قوانین مورد نیاز و دیگر وظایف محوله‌اند. در این دیدگاه ولی فقیه محصور در هیچ‌یک از نهادهای حکومتی جدید نیست و به‌عنوان نمونه می‌تواند خود قانونگذاری کند یا به هر جمعی که صلاح می‌داند تفویض کند^(۱) (مؤمن، ۱۴۳۲ق: ۵۱۵).

معتقدان به این دیدگاه در مورد نمایندگی مجلس نیز بیان می‌دارند که: «صرف اینکه اشخاص بر اثر رأی برخی افراد به مجلس راه یابند، مجوز شرعی وضع قانون و اعمال محدودیت و امر و نهی را پیدا نمی‌کنند. مگر آنکه قانونگذاری و امر و نهی از ناحیه‌ی کسی که صاحب ولایت شرعی است به آنان تفویض شود» (واعظی، ۱۳۸۰: ۱۹۸).

براساس این دیدگاه، ولی فقیه پس از رعایت احکام شرعی تمام اختیارات مربوط به اداره‌ی حکومت را در اختیار دارد، «پس ولی فقیه مقید نیست تا به‌نحو خاصی {برای قانونگذاری} مجلس شورای اسلامی تأسیس نماید... و می‌تواند یا خودش قانونگذاری کند یا به جمعی که خود آن‌ها را انتخاب می‌نماید تفویض نماید» (مؤمن، ۱۴۳۲ق: ۵۱۵) و «همه‌ی کسانی که در یک

جامعه‌ی اسلامی با وضع و تصویب قوانین سروکار دارند در حکم مشاوران رهبر خواهند بود» (مصباح یزدی، ۱۳۷۷: ۱۶۳ - ۱۶۴).

علاوه بر مبنای فقهی پذیرفته شده از سوی قائلان به نظریه‌ی ولایت مطلقه‌ی فقیه که حق عزل و برکناری نماینده را به ولی فقیه می‌دهد، آنان در تأیید دیدگاه خود به قانون اساسی نیز ارجاع می‌دهند. اول آنکه براساس این نظریه، اگر ولی فقیه جامع‌الشرایط که رهبری جامعه‌ی اسلامی با اوست (اصل ۵) و قوای سه‌گانه‌ی مقننه، مجریه و قضاییه زیر نظر او به فعالیت مشغول‌اند (اصل ۵۷)، مصلحت ببیند می‌تواند نماینده‌ای را عزل کند؛ دوم آنکه اگر فعالیت‌های آن نماینده به معضلی برای نظام تبدیل شود، بند ۸ اصل ۱۱۰ قانون اساسی، اختیار حل این معضل را از طریق مجمع تشخیص مصلحت نظام به رهبری سپرده است؛ سوم آنکه در جایی که رهبر حق عزل رئیس‌جمهور را که دومین مقام رسمی کشور است (اصل ۱۱۳) دارد، پس حق عزل نماینده را هم به طریق اولی دارد.

۲-۱. عزل و برکناری نماینده در پرتو نظریه‌ی وکالت

دیدگاه دیگری که در خصوص ماهیت نمایندگی و ارتباط میان نمایندگان و شهروندان مطرح شده، نظریه‌ی وکالت است (ر.ک: حبیب‌نژاد، ۱۳۸۵: ۱۲۸-۱۳۴). به نظر جان لیل بورن افراد نماینده باید براساس وکالت رأی‌دهندگانشان عمل کنند (رنی، ۱۳۷۴: ۳۴۹). از نظر یکی از طرفداران این نظریه «حکومت... یک مأموریت وکالت از سوی شهروندان بیش نیست» (حائری یزدی، بی‌تا: ۱۳۲). آیت‌الله نایینی معتقد بودند که نمایندگی مجلس از باب وکالت شرعی است یا حداقل از باب مطلق وکالت یعنی واگذاری امور به فرد دیگر است (نائینی، ۱۳۵۸: ۷۹). در مشروح مذاکرات قانون اساسی هم می‌خوانیم: «وقتی مردم کسی را به‌عنوان نماینده انتخاب می‌کنند وکیل مردم است» (مشروح مذاکرات بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۴: ۸۴۳ - ۸۴۵).^(۲)

طرفداران این نظریه علی‌القاعده باید براساس قواعد و احکام باب وکالت معتقد باشند که موکلان (مردم) هر وقت بخواهند می‌توانند وکیل (نماینده) را عزل و برکنار کنند؛^(۳) زیرا اولاً «نمایندگی مجلس وکالت از طرف مردم است و به نظر اکثر فقها وکالت از عقود جایزه است» (روحانی، ۱۳۷۸: ۳۱۳)؛ ثانیاً «موکل یا موکلان هر زمان که بخواهند می‌توانند قرارداد مزبور را یکسویه حل و فسخ نمایند» (حائری یزدی، بی‌تا: ۱۲۰-۱۲۱). البته گروهی از طرفداران نظریه‌ی وکالت، حق عزل نماینده توسط مردم را نپذیرفته و تنها عدم رأی مجدد مردم به آن‌ها را ضمانت اجرای این نوع وکالت معرفی کرده‌اند (نجفی اسفاد و محسنی، ۱۳۷۹: ۱۶۲).

۳-۱. عزل و برکناری نماینده در پرتو نظریه‌ی پیمان قانونی نمایندگی

در این نظریه، نمایندگی مجلس پیمانی مفروض و پدیده‌ای است که در حوزه‌ی حقوق عمومی ایجاد می‌شود و دارای ویژگی‌ها، ضوابط و شرایط خاص خویش است، هرچند می‌تواند خاستگاهی از حقوق خصوصی داشته باشد (ر.ک: حبیب‌نژاد، ۱۳۸۵: ۱۳۶-۱۴۳). در این پیمان مردم وظایف، تکالیف و اختیاراتی را که در قوانین - به‌ویژه قانون اساسی - برای اعضای پارلمان معین شده است، بر دوش نمایندگان منتخب خویش می‌گذارند. از همان آغاز ایجاد فرایند انعقاد این پیمان مفروض، قانون است که هم بر انتخاب‌کنندگان و هم بر انتخاب‌شوندگان حاکم است.

براساس این دیدگاه، در مسئله‌ی برکناری نماینده هم ما تابع شرایط پیمان نمایندگی هستیم که در منابع حقوقی باید به دنبال آن شرایط باشیم و در این مورد نیز دو منبع فقهی و قانونی می‌توانند منبع استنباطات تلقی شوند که بررسی می‌شوند.

۲. مبنا و سازوکار عزل نماینده در سایر کشورها

نظام نمایندگی در اندیشه‌ی سیاسی غرب از مبانی و ساختارهای خاصی تبعیت می‌کند که آن را از سایر اشکال نظام‌های نمایندگی متمایز می‌گرداند. در آغاز الگوهای متعددی در مورد ماهیت نمایندگی در نظام سیاسی غرب مطرح شدند؛ از جمله الگوی قیومیت، وکالت، سرپرستی و همانندی. هرچند در نظریات مذکور رگه‌هایی از واکاوی مفهومی نمایندگی ملحوظ است و سعی بر تحلیل ماهیت نمایندگی شده است، با وجود این نمی‌توان این نظریات را وافی در رسیدن به مقصود دانست (برای توضیح بیشتر ر.ک: آهنگران و دیگران، ۱۳۹۵: ۳۰۶-۳۰۹).

در نظام‌های دموکراتیک جدید اصل بر آن بود که مجموعه صلاحیت‌های کارگزاران در حوزه‌های سیاسی و اجتماعی منحصرأ در محدوده‌ی نظام نمایندگی است و بر همین اساس اختیارات مردم در چارچوب یک قرارداد اجتماعی معین قانون اساسی به حکومت تفویض می‌شود (دبیرنیا، ۱۳۹۵: ۱۲۳). مشروعیت عقلی نهاد حاکمه در آن است که از محدوده‌ی خواست و اختیار جامعه‌ای که آن‌ها را در قالب قراردادی اجتماعی برگزیده‌اند تجاوز نکند، زیرا با تجاوز از اختیارات تفویضی سمت نمایندگی جامعه را از دست می‌دهند.

با پذیرش این مبنا امکان عزل یا برکناری نمایندگان در صورت تجاوز از حدود نمایندگی امری معقول و ممکن است. لیکن ابتکار کاربست این سازوکار در کشورهای مختلف گاه بر مبنای همین نظریه و به ابتکار نمایندگان - به نیابت از ملت به‌عنوان اصیل و به‌عنوان

منعکس‌کننده‌ی اراده‌ی سیاسی مردم- و گاه نیز اصالتاً به ابتکار خود شهروندان و مجدداً با تأکید بر همان قرارداد منعقد شده میان ایشان و نمایندگان- که به نمایندگان حق اقدام صرفاً در چارچوب صلاحیت‌های تفویضی از سوی مردم را می‌دهد- صورت می‌گیرد.

در برخی کشورها عزل نماینده‌ی مجلس توسط پارلمان یا به واسطه‌ی از دست دادن شرایط نمایندگی است یا به استناد ارتکاب تخلف یا جرم و محکومیت بدان‌ها صورت می‌پذیرد. در کشورهای انگلیس، استرالیا، هند، کانادا، ایرلند و زلاندنو، پارلمان می‌تواند نماینده‌ی خاطی را به صورت موقت اخراج کند (قاضی، ۱۳۷۲: ۴۷۳). در ژاپن با استفاده از مکانیسم کنترل مجلس، با تصویب دوسوم نمایندگان حاضر، نماینده‌ی نامطلوب برکنار می‌شود (ارفعی، ۱۳۷۲: ۳۲۴). در کانادا نیز امکان عزل سناتور به دلایل مندرج در ماده‌ی ۳۱ قانون اساسی وجود دارد. در آلبانی نقض سوگند نمایندگی و نادیده گرفتن تکالیف نمایندگی سبب برکناری نماینده توسط خود نمایندگان است.

قانون اساسی کره‌ی جنوبی در اصل ۶۴ اعلام می‌دارد که مجلس ملی می‌تواند صلاحیت اعضای خود را مورد بازنگری قرار دهد... رأی موافق دوسوم یا بیشتر کل اعضای مجلس ملی برای اخراج هر عضو ضروری است. همین امکان در اصل ۱۰۶ قانون اساسی الجزایر نیز پیش‌بینی شده است. وکیل یا عضو شورای ملت که حائز شرایط انتخاب شدن نباشد یا دیگر نباشد اعتبار نمایندگی خود را از دست می‌دهد. این فقدان اعتبار با اکثریت آرای اعضای مجلس ملی خلق یا شورای ملت است. اصل ۹۶ قانون اساسی مصر، از دست دادن اعتماد به نفس جایگاه و شأن نمایندگی، یکی از شرایط نمایندگی یا عدم انجام تعهدات نمایندگی را موجب سلب عضویت نمایندگی مجلس بیان کرده است.

استفاده از «وتوی فردی و جمعی»، به ابتکار شهروندان شیوه‌ای نو برای برکناری نماینده است که در کشورهای مختلفی چون انگلستان، آلمان، ژاپن و سوئیس، برای رسیدن به نتایج متفاوتی از جمله برکناری اعضای پارلمان که در فساد یا سوء رفتار دخیل بوده‌اند، برکناری اعضای پارلمان به دلایل سیاسی یا با هدف برگزاری انتخابات زودهنگام طراحی شده است (Altman, 2011: 187). وتو ابزاری است که به وسیله‌ی آن انتخاب‌کنندگان می‌توانند یک مقام انتخابی را پیش از پایان رسمی دوره‌ی قدرت‌ش برکنار کنند. اگر حد نصاب لازم از امضای انتخاب‌کنندگان حوزه‌ی انتخابیه جمع‌آوری و تأیید شود، نظرسنجی آغاز می‌شود که در آن از رأی‌دهندگان خواسته می‌شود به این پرسش پاسخ دهند که آیا آن مقام وتو شود یا خیر. اگر اکثریت رأی‌دهندگان رأی خود را به نفع وتو انتخاب کنند، انتخاب یک مقام جایگزین ممکن است به وسیله‌ی یک سؤال دوم در برگه‌ی وتو انجام گیرد (Wright, 2015: 289). چنانکه در

شش ایالت در آمریکا در رفراندومی واحد، هم وتو و هم جایگزینی نماینده‌ی موردنظر در صورت تصویب وتو اتفاق می‌افتد. در چهار ایالت دیگر در آمریکا ابتدا رأی‌گیری ساده‌ای برای تصدی پست موردنظر انجام می‌گیرد که در جریان آن متصدی فعلی پست با دیگر اشخاص وارد رقابت شده و در صورت برنده شدن وتو نمی‌شود (NCSL, 2011). در استان بریتیش کلمبیا در کانادا نیز به همین شکل عمل می‌شود و به‌جای آنکه از ابتدا رفراندومی برای وتو برگزار شود، جایگاه فرد موردنظر خالی شده و انتخاباتی برگزار می‌شود که عضو سابق می‌تواند در آن شرکت کند. بنابراین قضاوت مردم در مورد وتو در جریان انتخابات و با تصمیمشان در مورد پر کردن پست خالی مشخص می‌شود (Conacher, 1991: 208).

اگرچه در شکل معمول، وتو فقط در مورد افراد خاصی اعمال می‌شود و تنها می‌تواند توسط اعضای که فرد را انتخاب می‌کنند اعمال شود، وتوی دسته‌جمعی نیز شکل دیگری از برکناری است که اغلب در سیستم‌هایی که نظام انتخابات تناسبی وجود دارد، اعمال می‌شود. در این شکل، به پیشنهاد شماری از شهروندان برای کنار زدن مجلس (گونه‌ای حق انحلال مردمی مجلس)، همه‌پرسی برگزار می‌شود (عباسی، ۱۳۸۷: ۲۱۹).

در هر حال وتو عنصر دموکراسی مستقیم است. دو منطق برای اعمال وتو وجود دارد. اولین منطق بر مبنای این نظریه است که سیاستمداران منتخب صرفاً نمایندگان انتخاب‌کنندگان هستند و باید رأی خود را در مجلس قانونگذار به‌نحوی سازگار با اراده‌ی انتخاب‌کنندگان خود انتخاب کنند (Zimmerman, 1997: 41). براساس این نظریه، یک مقام منتخب نباید ابتکار عمل یا رهبری یا رأی خود را در مجلس قانونگذاری براساس آنچه معتقد است برای کل جامعه بهترین است، اعمال کند. در توضیح این منطق مونرو اظهار می‌دارد:

صاحب‌منصبان در همان جایگاهی در برابر عموم ایستاده‌اند که نماینده در مقابل اصیل. آن‌ها ابزارهایی برای انجام کار مردم‌اند و اگر در انجام وظایفشان درست عمل نکنند، قانون باید ابزار کافی برای از میان برداشتن آن‌ها و قرار دادن دیگران در جایگاه آن‌ها را فراهم کند (Munro, 1916: 314).

این نظریه با سیستم نمایندگی که به موجب آن اعضای پارلمان نه‌تنها انتخاب‌کنندگان خود را نمایندگی محلی می‌کنند، بلکه مسئولیت‌های دولتی یا ملی را نیز دارند، و بیش از یک نماینده یا مأمور سیاسی محلی صرف هستند، ناسازگار است (Scruton, 1982: 401). برخی گفته‌اند دلیل اینکه برخی صاحب‌نظران ایده‌ی پیاده‌سازی وتو را رد کرده‌اند، این است که این امر اعضا را در برابر آزار و اذیت مخرب گروه‌های فشار، نیروهای افراطی و احزاب سیاسی مخالف آسیب‌پذیر می‌سازد (Hazell, 2010: 38).

براساس منطق دوم که عملی‌تر است، باید مکانیسمی برای حذف مقامات فاسد، بی‌کفایت یا ناتوان، به‌خصوص در مواردی که آن‌ها ممکن است مدت زمان مدیریتی صاحب پست باشند، وجود داشته باشد. وقتی که این منطق مبنای وتو شناخته شود، دلایل آن نیز اغلب به‌عنوان رفتار خلاف قانون (برای مثال رفتار فاسد)، سوء رفتار (مثلاً بی‌کفایتی) و اهمال (برای مثال، قصور در انجام وظایف) توصیف می‌شود (Maskell, 2012). این منطق بیشتر با نظریه‌ی نمایندگی منطبق است.

تفاوت میان پذیرش این دو مبنا آن است که در صورت پذیرش مبنای اول، هیچ الزامی وجود ندارد که کار خلاف قانون یا نوعی غفلت یا نقض از سوی مقام منتخب وجود داشته باشد. اگر دلایلی هم ارائه شود قابل قضاوت نیستند، زیرا کل این رویه ماهیتاً سیاسی محسوب می‌شود (Zimmerman, opcit, 34-6). برای مثال، قانون اساسی می‌شیرگان می‌گوید: «کفایت اظهارات یا دلایلی که لازم است، باید بیشتر یک موضوع سیاسی و نه قضایی باشد». قانون اساسی کالیفرنیا نیز مقرر می‌کند: «کافی بودن دلایل طرح وتو قابل بررسی نیست» (Garrett, 2004: 240). قانون اساسی کلرادو تصریح می‌کند که «تنها رأی‌دهندگان می‌توانند قضاوت‌کنندگان انحصاری قانونی بودن، معقول بودن و کافی بودن» دلایل ارائه‌شده برای وتو باشند؛ بدین معنا که یک مقام منتخب ممکن است براساس اتهامات غلط، غیرمنصفانه یا فاقد جزئیات دقیق غیرقابل رد، وتو شود (Cronin, 1999: 151). در استان بریتیش کلمبیا در کانادا نیز وتو، محدود به دلایل خاصی چون ارتکاب جرم یا سوء رفتار نیست، عضو ممکن است به هر دلیلی وتو شود (Elections BC, 2003: 16). اما در صورت قبول مبنای دوم، اگر دلیل منطقی برای وتو این است که اجازه دهیم مردم نماینده را برای سوء رفتار، فساد یا عدم صلاحیت حذف کنند، در این صورت معمولاً دلایل خاص مورد نیاز است و بیشتر این احتمال وجود دارد که کفایت دلایل ارائه‌شده مورد قضاوت قرار گیرد.

صرف‌نظر از دلایل وتو، این فرایند در هر دو شکل فردی و جمعی در بسیاری از کشورها به موجب قانون اساسی یا قوانین عادی‌شان پذیرفته شده است. انگلستان قانون وتوی نمایندگان را در سال ۲۰۱۵ تصویب کرد. بخش یک این قانون فرایندی را مشخص می‌کند که در جریان آن، سخنگوی مجلس عوام دلایل وتو را، که اغلب شامل محکومیت به زندان، تعلیق از مجلس به دستور کمیته‌ی استانداردها، یا ارائه‌ی ادعاهای هزینه‌های دروغی یا گمراه‌کننده می‌شود، تعیین می‌کند. در کانادا در صورت جمع‌آوری امضای کافی، سخنگوی مجلس وتوی نماینده‌ی موردنظر را اعلام خواهد کرد (McCormick, 1994: 12) پرو نیز از

جمله کشورهای است که بیشترین میزان استفاده از وتوی فردی نمایندگان را تاکنون داشته است (Welp, 2016: 1163).

در برخی نظام‌ها برکناری دسته‌جمعی تمامی اعضای پارلمان از طریق انحلال پارلمان - که به معنای پایان حیات پارلمان، پیش از روال عادی خاتمه‌ی آن است - صورت می‌گیرد. حتی چنانچه وضعیت حقوقی انحلال پارلمان را متفاوت با عزل نماینده بدانیم، ولی امکان انحلال می‌تواند مؤیدی بر امکان عزل نماینده باشد، زیرا اگر نماینده نماد اراده‌ی شهروندان و نمایانگر دموکراسی است، مجموعه‌ی پارلمان هم می‌تواند چنین نمادی باشد. فرایند انحلال با تکیه بر وتوی دسته‌جمعی در کشورهایی چون لیختن اشتاین، سوئیس (در سطح کانتون)، آلمان در سطح ایالتی و محلی (در گذشته)، ژاپن در سطح دولت محلی و لتونی دیده می‌شود. تعدادی از کانتون‌های سوئیس شامل برن، شفوزان، سولوتورن، تیچینو، تورگاو، اوری امکان کاربرد وتوی دسته‌جمعی را دارند (Uwe Serd ult, 2015: 164).

در آلمان پس از جنگ جهانی اول مردم ابتکار انحلال پارلمان فدرال با وتوی اکثریت را داشتند. در این کشور امکان انحلال مجلس محلی با استفاده از رفراندوم به ابتکار شهروندان نیز وجود داشت. در ژاپن یک‌سوم حوزه‌ی انتخابیه باید تقاضای انحلال کنند. پس از جمع‌آوری و تأیید تعداد امضاهای لازم، تقاضای انحلال باید با رأی عمومی تصویب شود. اگر اکثریت رأی‌دهندگان انحلال را تصویب کردند، در این صورت مجلس محلی منحل می‌شود (Twomey, 2011: 53-55).

ماده‌ی ۱۴ قانون اساسی لتونی همه‌پرسی وتوی کل مجلس و نه‌تنها نمایندگان خاص را میسر می‌سازد. براساس این ماده حداقل یک‌دهم رأی‌دهندگان حق ابتکار رفراندوم ملی برای وتوی مجلس را دارند.

اگرچه امکان برکناری نمایندگان یا انحلال مجلس با استفاده از وتوی مردمی شیوه‌ی مطلوبی است، باید در اعمال این شیوه نکاتی را موردنظر قرار داد. بدیهی است چنانچه دلیل وتو این باشد که نمایندگان به شیوه‌ای که رأی‌دهندگان می‌خواهند عمل نکرده‌اند، مشکلات عدیده‌ای ایجاد می‌شود. اتخاذ این رویکرد به معنای نادیده گرفتن جایگاه نمایندگی است و اینکه نمایندگان را صرفاً «زبان» انتخاب‌کنندگان می‌بیند. چنین سیستمی ممکن است به تحت فشار قرار گرفتن اعضا برای حمایت از اقدامات پوپولیستی و رد اقداماتی منتهی شود که اگرچه برای رفاه کشور ضروری است، اما مطلوب انتخاب‌کنندگان نیست.

این مسئله ممکن است به‌طور بالقوه به بی‌ثباتی در حکومت منجر شود، اگر حکومت نتواند بر هوادارانش - هر جا که مسئله‌ای مهم اما ناخوشایند وجود داشته باشد - تکیه کند و در

نهایت احتمالاً منافع بخشی جایگزین منافع جمعی خواهد شد. برای جلوگیری از این پیامدها شیوه‌ی مطلوب پیش‌بینی شرایط دقیق قابل قضاوت برای امکان کاربست این شیوه در قوانین داخلی کشورهاست، یعنی نظام‌های حقوقی کشورها موضوعاتی را که به موجب آن می‌توان امکان برکناری یک نماینده را میسر ساخت، تبیین کنند. ضمن اینکه در برخی کشورها که وتو ماهیت سیاسی دارد، برای ممانعت از اینکه به یک تکنیک سیاسی برای از سر راه برداشتن فرد یا مجموع پارلمان تبدیل شود، می‌توان مقرر کرد تا با گذشت مدت زمان معینی از تصدی پست درخواست وتو قابل طرح باشد. چنانکه در ونزوئلا نیمی از دوره‌ی تصدی پست باید بگذرد تا فرد وتو شود. یا در استرالیا در ایالت ولز جنوبی حداقل دو سال از چهار سال خدمت باید بگذرد تا تقاضای برگزاری رفراندوم در وتوی جمعی قابل طرح باشد (Griffith & Roth, 2010:9). همچنین می‌توان یک بازه‌ی زمانی در انتهای مدت تصدی پست در نظر گرفت که در آن مدت دیگر وتو میسر نباشد، زیرا برگزاری انتخابات فرعی در آستانه‌ی انتخابات عمومی کار بی‌فایده‌ای است. در برخی حوزه‌ها هم پس از شکست اولین وتو-از طریق قرار دادن محدودیت بر تعداد وتوهای که می‌تواند در طول مدت تصدی یک پست تقاضا شود یا با ممنوعیت طرح یک وتو در دوره‌ی معین (مثلاً یک سال)- طرح دادخواست وتوی دیگر امکان‌پذیر نیست (Twomey, 2011:68).

۳. برکناری نماینده در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران؛ پذیرش یا رد؟

در این قسمت با توجه به منابع حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران و با تکیه بر ماهیت ویژه‌ی نمایندگی که بیان شد، بر این پرسش مهم تمرکز می‌کنیم که آیا امکان برکناری نمایندگان در نظام حقوقی ایران پذیرفته شده است یا خیر؟ پاسخ بدین پرسش مستلزم مرور قواعد مندرج در منابع حقوق اساسی است.

۳-۱. قانون اساسی

هرچند عزل نماینده در قانون اساسی مشروطه مطرح نشد، این موضوع توسط انجمن تبریز در مورد مستشارالدوله مطرح شد که «خلاف با قسم و خیانت بر موکلان موجب انزال است از وکالت» و بیان می‌داشتند که «مستشارالدوله در تهران طرفدار دولت است باید عزل شود». در مقابل نمایندگان آذربایجان در نامه‌ای به انجمن از این سخن برآشتند و اعلام داشتند: «وکالت ملت یعنی نظارت به اعمال و حرکات دولت و مبارزه‌کاری با مستبدین ... با زبان آتشین و بیانات تند و تلخ، کاری مشکل و راهی باریک و تاریک است» (ر.ک: سید ناصر سلطانی، ۱۳۹۰: ۱۳۷-۱۷۵).

در قانون اساسی بحثی از عزل نماینده‌ی مجلس نیامده و حتی برخلاف بعضی کشورها که انحلال مجلس پیش‌بینی شده،^(۴) سخنی از مجوز انحلال مجلس نیز نیامده است، هرچند در بازنگری قانون اساسی در سال ۱۳۶۸ پیشنهاد شد قدرت انحلال مجلس به رهبری اعطا شود، ولی با مخالفت رهبری موضوع منتفی شد.

اینکه آیا می‌توان سکوت قانون اساسی را در این خصوص حمل بر عدم پذیرش امکان عزل یا مغایرت آن با قانون اساسی در صورت پذیرش آن دانست یا خیر، محل بحث است. باید توجه داشت بر فرض سکوت قانون اساسی در خصوص یک مفهوم یا موضوع یا نهاد حکومتی، این امر به معنای غیرحقوقی بودن آن یا مغایرت آن با قانون در صورت طرح نیست، چراکه گاه همین سکوت قانونگذار خود در مقام بیان است. علاوه بر این، قانون اساسی، منبع منحصربه‌فرد «حقوق اساسی نیست»، بلکه قانون اساسی به اساسی‌ترین مسائل حقوق اساسی اشاره می‌کند و تبیین، توضیح و تولید صدها یا شاید هزاران عناوین، مفاهیم، نهادها و موضوعات حقوقی دیگر را به سایر منابع خویش می‌سپارد. چنانکه تعیین سازوکار لازم برای جلوگیری از سوء استفاده از سمت و جایگاه نمایندگی منتخبان که در افواه عمومی به «نظارت مستمر بر نمایندگان» مصطلح شده، به صورت صریح و روشن در بند ۱۳ سیاست‌های کلی انتخابات بیان شده است. در این بند صحبت از «تعیین سازوکار لازم برای حسن اجرای وظایف نمایندگی، رعایت قسم‌نامه، جلوگیری از سوء استفاده‌ی مالی اقتصادی و اخلاقی و انجام اقدامات لازم در صورت زوال یا کشف فقدان شرایط نمایندگی مجلس در منتخبان» است. عزل را می‌توان سازوکاری برای تضمین این نظارت و مصداقی از عبارت «اقدامات لازم» دانست و آن را تأسیس کرد.

بررسی پیشینه و منطق تصویب برخی از اصول مندرج در قانون اساسی که به موضوع نمایندگان می‌پردازد نیز راهی به استدلال می‌بگشاید. چنانکه می‌توان در بررسی امکان عزل نمایندگان به موجب قانون اساسی، این سؤال را قابل طرح دانست که با توجه به پیش‌بینی اصل ۸۶ قانون اساسی مبنی بر شناسایی مصونیت نمایندگان، آیا این مصونیت می‌تواند مانعی برای عزل باشد؟

در مذاکرات مجلس خبرگان قانون اساسی می‌توان مخالفت با مصونیت شکلی را دریافت، زیرا «مصونیت یک چیزی است که ریشه‌ی اسلامی ندارد» (مشروح مذاکرات، ۱۳۶۴، ج ۲: ۹۱۰). بر این اساس قوه‌ی مؤسس نشان داد که نمی‌خواهد امتیاز بیشتری به نسبت عموم مردم به نمایندگان بدهد (عبدالحمید ابوالحمد، ۱۳۸۴: ۱۷۷). در نهایت اصل ۸۶ تصویب شد که «نمایندگان مجلس در مقام ایفای وظایف نمایندگی در اظهارنظر و رأی خود کاملاً آزادند و

نمی‌توان آن‌ها را به سبب نظراتی که در مجلس اظهار کرده‌اند یا آرای که در مقام ایفای وظایف نمایندگی خود داده‌اند تعقیب یا توقیف کرد». بنابراین حیطه‌ی اصل ۸۶ قانون اساسی فقط محدود به وظایف نمایندگی است که البته در تبصره‌ی ماده‌ی ۷۷ آیین‌نامه‌ی داخلی مجلس، مصادیق آن مشخص شده است: «وظایف نمایندگی شامل نطق، بحث‌های داخل دستور، بحث‌های جلسات کمیسیون‌ها، اظهارنظراتی که برای اعمال اصل هشتاد و چهارم (۸۴) قانون اساسی انجام می‌شود و سایر موارد نظارتی و قانونی است...».

شورای نگهبان نیز در سال ۱۳۸۰ در مورد این اصل نظریه‌ی تفسیری به شرح زیر ارائه کرده است: «با عنایت به: ۱- مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در خصوص اصل هشتاد و ششم، حاکی از اینکه مصونیت ریشه‌ی اسلامی ندارد و تمام مردم در برابر حق و قانون الهی یکسان و برابرند و هر فردی که در مظنه‌ی گناه یا جرم قرار گیرد قابل تعقیب است و اگر شکایتی علیه او انجام گیرد دستگاه قضایی باید او را تعقیب کند؛ ۲- اصول متعدد قانون اساسی و از آن جمله اصول نوزدهم و بیستم دائر بر برخورداری همه ملت ایران از حقوق مساوی؛ ۳- اختصاص موضوع اصل هشتاد و ششم مربوط به اظهارنظر و رأی نمایندگان در مجلس و در مقام ایفای وظایف نمایندگی و عدم ملازمه‌ی آن با ارتکاب اعمال و عناوین مجرمانه؛ ۴- عدم توجیه شرعی منع تعقیب یا توقیف مجرم؛ ۵- نظر مبارک حضرت امام خمینی (ره) به عنوان ناظر و راهنمای تدوین قانون اساسی دائر بر ضرورت پرهیز از هتک حرمت اشخاص و لزوم جبران آن در مجلس و رسیدگی توسط قوه‌ی قضاییه؛ اصل هشتاد و ششم قانون اساسی در مقام بیان آزادی نماینده در رابطه با رأی دادن و اظهارنظر در جهت ایفای وظایف نمایندگی، در مجلس است و ارتکاب اعمال و عناوین مجرمانه از شمول این اصل خارج است و این آزادی منافی مسئولیت مرتکب جرم نمی‌باشد».

بنابراین فلسفه‌ی وضع اصل ۸۶ قانون اساسی، دادن آرامش خاطر به نمایندگان برای اعمال اختیارات و مسئولیت‌هایی است که بر دوش آن‌ها قرار داده شده است و نه به عنوان یک امتیاز تبعیض‌آمیز، از همین رو آنچه از این اصل و تفسیر شورای نگهبان برداشت می‌شود، این است که پذیرش مفهوم مصونیت منافاتی با امکان اعمال ضمانت اجرا در صورت ارتکاب جرم از سوی نماینده ندارد. بدین معنا که مصونیت امری مقید -و نه مطلق- است و چنانچه بتوان نماینده را به واسطه‌ی ارتکاب جرم قابل تعقیب و فاقد شایستگی برای ادامه‌ی وظیفه‌ی نمایندگی دانست، می‌توان به واسطه‌ی ارتکاب سایر اعمال خارج از حدود نمایندگی نیز او را مسئول دانست و ضمانت اجرای اعمالش را - در صورت وجود شرایط و ضوابط مشخص، شفاف و منطقی - از جمله در قالب عزل پیش‌بینی کرد.

نگاهی به دیگر اصول قانون اساسی همچون اصل ۹۳ قانون اساسی که به وظیفه‌ی تأیید اعتبارنامه‌ی نمایندگان اشاره دارد نیز می‌تواند متضمن این برداشت باشد که در اعتبارنامه نیز صرف انتخاب توسط شهروندان مجوز احراز سمت نمایندگی نمی‌شود و نماینده باید از سوی اعضای پارلمان نیز تأیید شود. اگر این‌گونه است، شاید بتوان به نمایندگان این حق را نیز داد تا در شرایط خاص، منطقی و شفاف در خصوص برکناری نماینده‌ای تصمیم‌گیری کنند. به عبارت دیگر، همان‌هایی که روزی اعتبارنامه‌ی نمایندگی را داده‌اند، می‌توانند آن را پس بگیرند.

۳-۲. دیدگاه قوانین عادی

در قوانین عادی نیز عزل نماینده به صراحت پیش‌بینی نشده است. در قانون نظارت بر رفتار نمایندگان (مصوب ۹۱/۰۱/۱۵) نیز ضمانت اجرایی مبنی بر برکناری وجود ندارد. البته در ماده‌ی ۲۱ طرح اولیه‌ی نظارت بر رفتار نمایندگان (۱۳۸۹/۱۰/۲۸) رد اعتبار نماینده در شرایطی پیش‌بینی شده بود: «در مواردی که جرایم ارتكابی به موجب گزارش کمیته‌ی نظارتی و تصویب کمیسیون و یا اصدار احکام قطعی منجر به فقدان احراز شرایط اساسی نمایندگی شود پیشنهاد ابطال اعتبار نماینده توسط کمیسیون به هیأت رئیسه ارائه خواهد شد تا با اولویت در دستور کار مجلس قرار گرفته و طبق آیین‌نامه‌ی داخلی مطابق رأی مجلس اقدام گردد». البته این طرح ابهاماتی داشت؛ از جمله اینکه مشخص نشد که مراد از شرایط اساسی نمایندگی کدام‌اند که فقدان آن موجب ابطال اعتبارنامه‌ی نماینده است؟

در گزارش کمیسیون مشترک رسیدگی به طرح مزبور (۱۳۹۰/۲/۱۹) یکی از ضمانت اجرای نظارت بر رفتار نمایندگان (بند «ر» ماده‌ی ۴)، «لغو اعتبارنامه‌ی نماینده {متخلف} به پیشنهاد هیأت و تصویب مجلس در جلسه‌ی رسمی غیرعلنی» قرار داده شد که البته مطابق تبصره‌ی ۲ در این گزارش اعمال این بند منوط به تصویب شورای نگهبان بود.

همین بند در مصوبه‌ی جلسه‌ی علنی مورخه‌ی ۹۰/۷/۶ مورد تأیید نمایندگان قرار گرفت، ولی شورای نگهبان در نظر خود (۹۰/۷/۳۰ به شماره‌ی ۴۴۲۵۹) در بررسی مصوبه‌ی مجلس اعلام کرد که چون بند «ر» ماده‌ی ۴ «مغایر احکام و تکالیف مقرر در قانون اساسی برای مجلس و نمایندگان می‌باشد، خلاف اصول متعدد قانون اساسی است». در گزارش کمیسیون مشترک (۹۰/۱۰/۲۱) بعد از نظریه‌ی شورای نگهبان، کمیسیون بند مربوط به لغو اعتبارنامه را حذف کرد.

شاید از مخالفت شورای نگهبان چنین برداشت شود که چون در قانون اساسی تکلیف یا اختیاری برای نمایندگان برای بحث عزل نمایندگان دیگر به صورت صریح ذکر نشده و اصل نیز عدم صلاحیت است، به تأیید نرسید.

چنانکه مشاهده می‌شود، استدلال شورای نگهبان در مخالفت با لغو اعتبارنامه‌ی نمایندگان به عنوان ضمانت اجرای نظارت بر ایشان، مغایرت آن با احکام و تکالیف مقرر در قانون اساسی برای مجلس و نمایندگان ذکر شده است. این نظریه‌ی شورا می‌تواند برآمده از این اندیشه باشد که لازمه‌ی ایفای وظایف محول شده به نمایندگان، اطمینان خاطر ایشان به عدم امکان برکناری و عزل است. اما باید توجه داشت آنچنان که در موضوع مصونیت نیز گفته شد، ادای مسئولیت منافاتی با عزل ندارد. تکلیف نمایندگان به ادای مسئولیت خویش در حدود اختیارات نمایندگی است. بنابراین در صورت تجاوز از حدود اختیارات محوله توسط ایشان و عمل در خارج از چارچوب‌های تعیین شده، امکان طرح مسئولیت ایشان و تعیین ضمانت اجرای متناسب با حدود تجاوز که در شدیدترین حالت خود می‌تواند عزل باشد، محتمل است.

احتمال دیگر در مورد این دیدگاه شورای نگهبان می‌تواند ناشی از اصل عدم صلاحیت باشد که براساس آن صلاحیت نمایندگان در بحث اعتبارنامه فقط در مرحله‌ی تأسیس مجلس و اعطای وصف نمایندگی دخالت دارد و بیشتر از آن را نمی‌توان از اعتبارنامه استنباط کرد. می‌توان این احتمال را این گونه بررسی کرد که هرچند اصل بر عدم صلاحیت است، مقنن در مواردی مانند ذیل ماده‌ی ۹۰ آیین‌نامه‌ی داخلی مجلس شورای اسلامی کارکردی شبیه به لغو اعتبارنامه‌ی نماینده توسط نمایندگان دیگر را تأیید کرده است و شورای نگهبان نیز اشکال و ایرادی مانند اصل عدم صلاحیت را مطرح نکرد.

در ماده‌ی ۹۰ آیین‌نامه‌ی داخلی مجلس شورای اسلامی «از دست دادن سمت نمایندگی» تصریح شده است؛ آن‌ها نه از باب استعفای اختیاری و ناشی از اراده‌ی نماینده، بلکه به صورت خودکار و اجباری به گونه‌ای که به محض تحقق شرایط مذکور در این ماده، نمایندگی هم زایل می‌شود و این می‌تواند به مثابه‌ی برکناری نماینده تلقی شود: «نماینده‌ای که بیش از یکصد ساعت متوالی یا دویست و پنجاه ساعت غیرمتوالی از اوقات رسمی جلسات مجلس و کمیسیون را بدون عذر موجه در یک سال غیبت نماید، مستعفی شناخته خواهد شد. همچنین نماینده‌ای که به علت ناتوانی جسمی و یا بیماری بیش از چهار ماه در یک سال غیبت موجه داشته باشد بنا به درخواست سی نفر از نمایندگان و تصویب دوسوم نمایندگان حاضر مبنی بر عجز وی از ایفای وظایف نمایندگی، سمت نمایندگی خود را از دست می‌دهد».

مراد قانونگذار در این ماده آن بوده تا از ادامه‌ی فعالیت نماینده‌ای که انگیزه، توانایی و

شایستگی لازم برای مسئولیت‌ها و اختیارات نمایندگی را ندارد، جلوگیری کند و از دست دادن سمت و وصف نمایندگی، ضمانت اجرایی قطعی برای نمایندگانی قرار داده شده است و به‌نوعی این برکناری، تکلیف نیز محسوب می‌شود و مجلس نمی‌تواند در مقابل این تکلیف شانه خالی کند یا به توافقی با نماینده پس از تحقق این شروط دست یازد.

شاید موارد و مصادیق در ماده‌ی ۹۰ حصری به‌نظر برسد، ولی ملاک و مناط ماده‌ی ۹۰ را مورد توجه قرار دهیم، می‌توانیم چنین فرضی را در نظر بگیریم که اگر نماینده‌ای به هر علت دیگری غیر از ناتوانی جسمی یا بیماری یا غیبت، شایستگی و صلاحیت دارا بودن سمت نمایندگی را واقعاً از دست بدهد، - البته در چارچوب ضوابطی که بعداً از آن‌ها صحبت خواهد شد - باید مکانیسم برکناری او نیز وجود داشته باشد، در غیر این صورت شایسته نیست بپذیریم نماینده‌ای بدون شرایط مقرر برای تصدی این سمت، در مجلس فعالیت کند و منطقی نیست نماینده‌ای به‌سبب عدم حضور در مجلس و به‌دلیل ناتوانی جسمی، از سمت خود کنار رود، ولی نماینده‌ای که حداقل شروط مذکور در قانون انتخابات مجلس را از دست می‌دهد، همچنان به‌عنوان نماینده فعال باشد و ضمانت اجرایی برای آن وجود نداشته باشد.

عدم اشکال شورای نگهبان بر این ماده و اینکه این برکناری را در ماده‌ی ۹۰ مغایر قانون اساسی یا شرع اعلام نکرده است، می‌تواند این فرضیه را تقویت کند که چنانچه مشخص شود نماینده‌ای از ابتدا اوصاف و شرایط مذکور برای سمت نمایندگی (ر.ک: حبیب‌نژاد، ۱۳۹۰) را نداشته یا در ابتدا این اوصاف و شرایط را داشته ولی بعداً از دست داده است، می‌توان از مکانیسم ماده‌ی ۹۰ قانون آیین‌نامه‌ی داخلی مجلس استفاده کرد، زیرا فرض بر آن است که شروط برای سمت نمایندگی هم علت محدثه است و هم علت مبقیه.

حتی اگر براساس اصل حاکمیت قانون و به‌دلیل وفاداری به نص ماده‌ی ۹۰، ماده را شامل این موارد ندانیم و فقط در موارد مذکور در ماده صادق بدانیم، لازم است نظام حقوقی در این مورد چاره‌ای بیندیشد.

براساس قواعد فقهی، سمت‌ها در حکومت اسلامی مصداق امانت‌اند (حبیب‌نژاد و عامری، ۱۳۹۶: ۱۰۵-۱۳۰). همچنان‌که در عصر مشروطه برخی از اندیشمندان فقه سیاسی مانند علامه «نائینی» بر امانت بودن مناصب حکومتی اذعان کردند (حبیب‌نژاد و عامری، ۱۳۹۶: ۱۰۵-۱۳۰). در متن سوگندنامه‌ی اصل ۶۷ قانون اساسی که نمایندگان مجلس در نخستین جلسه‌ی مجلس ایراد و امضا می‌کنند و - تنها سوگند صرف نیست بلکه ایجاد نوعی تعهد است - از نمایندگی مجلس به‌عنوان امانت نام برده شده و هر نماینده سوگند خورده است که «ودیع‌ای را که ملت به ما سپرده به‌عنوان امینی عادل پاسداری کنم».

آیا اگر نماینده‌ای در حفظ این «ودیعه» کوتاهی کند و دچار تعدی و تفریط شود، می‌توان او را عزل کرد؟ براساس قواعد فقهی «امین ضامن نیست مگر آنکه تعدی کند یا تفریط نماید» (ر.ک: مکارم شیرازی، بی‌تا: ۲۴۱-۲۸۰). عزل و برکناری امین در موارد تعدی و تفریط از ضمانت اجرای مطروحه بوده و از همین روست که آیت‌الله نائینی معتقد بود هر کس از مسئولان از جمله نمایندگان مجلس در انجام وظایف محول در قانون اساسی کوتاهی کند، «مانند خیانت در سایر امانات رسماً موجب انزال ابدی و سایر عقوبات مترتبه بر خیانت می‌باشد» (نائینی، ۱۳۵۸: ۷۸).

در مجموع می‌توان گفت همان‌طورکه وجود شرایط لازم، به‌منظور ثبت‌نام و شروع کار نمایندگی لازم است، استمرار و بقای آن نیز لازم و ضروری است و منطقی و عاقلانه نیست که بپذیریم در ابتدای کار و در مقام ثبت‌نام و احراز صلاحیت اشخاص برای انتخابات نمایندگی، وجود شرایط و اوصاف خاص ضروری است، ولی پس از انتخاب شدن به‌عنوان نماینده، دیگر نیازی به آن شرایط و اوصاف نیست. برای نمونه مسلمان و عاقل بودن از جمله شرایط ثبت‌نام داوطلبان نمایندگی است. ازاین‌رو اگر نماینده‌ای پس از انتخاب به سمت نمایندگی مرتد یا مجنون شود یا معلوم گردد که از همان ابتدا نیز مرتد یا مجنون بوده است، یا در صورت محکوم شدن به حبس‌های طولی‌المدت چه باید بکنیم؟ این در حالی است که مردم او را با وصف داشتن آن شرایط و ویژگی‌ها برگزیده‌اند و مسلم است که اگر رأی‌دهندگان می‌دانستند که او فاقد این شرایط است، هیچ‌گاه به او رأی نمی‌دادند.

باید پذیرفت که شرایط و اوصاف برای پذیرش سمت‌های اساسی مانند رهبری، نمایندگی یا ریاست جمهوری نه‌تنها علت محدثه است، بلکه علت مبقیه هم می‌باشد و همچنان‌که اگر شخصی صلاحیت‌های لازم برای این سمت‌ها را نداشته باشد، نمی‌تواند عهده‌دار این سمت‌ها شود. به همان ترتیب اگر این اوصاف و شرایط را از دست بدهند، آن سمت را هم از دست می‌دهند و زمانی‌که چنین امری برای رهبر در قانون اساسی تثبیت شده است (اصل ۱۱۱)، به طریق اولی برای دیگر دارندگان سمت‌های اساسی نیز باید جاری و ساری باشد و از نظر شرعی تصرفات این‌چنین نماینده‌ای پس از دست دادن شرایط و اوصاف نمایندگی نیز تصرف غاصبانه است.^(۵)

۴. سازوکارهای پیشنهادی برکناری نماینده

پس از پذیرش اصل امکان برکناری نماینده در نظام حقوق اساسی ایران، نوبت به مرحله‌ی معرفی سازوکارهای این برکناری می‌رسد، به‌خصوص که اشکال در تنظیم و اجرا و تفسیر این

سازوکارها می‌تواند آثار منفی زیادی در کشور باقی بگذارد. شاید یکی از دلایل مهم عدم رغبت حقوق‌دانان اساسی به موضوع عزل نمایندگان، خوش‌بین نبودن آن‌ها به مکانیسم‌ها و سازوکارهای برکناری باشد.

در ایران برخی حقوق‌دانان بیان کرده‌اند که مراحل عزل و برکناری نماینده در دو مرحله اجرا شود: مرحله تقاضای عزل که طی آن بیش از نصف دارندگان حق رأی در حوزه انتخابیه طی تقاضای کتبی خواستار عزل نماینده‌شان شوند. مرحله اجرای عزل: که دوسوم رأی‌دهندگان باید در آن حوزه به برکناری نماینده خود رأی مثبت بدهند (مدنی، ۱۳۶۹: ۱۵۲).

کاربست این شیوه مشابه با فرایند وتوی فردی پیش‌بینی‌شده در سایر نظام‌های حقوقی است. اما چنانکه مطرح شد، به‌منظور ممانعت از سوء استفاده از این روش شایسته است تدابیر قانونی اتخاذ شود تا منطق دوم مطرح‌شده در دلایل وتو که بر معین بودن و قابل قضاوت بودن شاخص‌های وتو تأکید دارد، تأمین شود. می‌توان سازوکاری را طراحی کرد که به موجب آن دلایل اقامه‌شده برای وتوی فرد به منصفی قضاوت یک مرجع مستقل گذاشته شود و در صورت تأیید آن مرجع، وتو میسر شود. در همین زمینه و به‌منظور ممانعت از کاربرد نامتوازن و افراطی این اختیار نیز می‌توان در قالب مقررات قانونی امکان به‌کارگیری این شیوه را در زمان‌های معینی ممنوع کرد. مثلاً برکناری نماینده در سال اول و سال آخر نمایندگی ممنوع شود، زیرا سال اول بلافاصله پس از انتخاب اوست و اگر مردم نظر بر عزل داشتند، نباید او را انتخاب می‌کردند و... همین‌طور سال آخر که سال پایان نمایندگی است... و دیگر جایی برای عزل باقی نمی‌ماند (مدنی، ۱۳۶۹: ۱۵۲).

مکانیسم دیگری که مطرح می‌شود، کنترل نماینده توسط خود مجلس است، یعنی اگر مجلس نماینده‌ای را مناسب و متناسب با مسئولیت و شأن نمایندگی تشخیص نداد، بتواند با حد نصابی از آرای کل نمایندگان یا با تأیید کمیسیون‌های خاصی در مجلس که بدین منظور پیش‌بینی شده باشند، او را برکنار کند که البته چنانکه گفته شد، در خصوص قانون نظارت بر رفتار نمایندگان، شورای نگهبان آن را نپذیرفت. مزیت کلی چنین نظارتی که از درون خود پارلمان بر اعضا صورت می‌گیرد، قابلیت بالای پذیرش آن از سوی نمایندگان است، زیرا نمایندگان بر چنین نظامی به‌دقت کنترل دارند (موسی‌زاده و مصباحی مقدم، ۱۳۹۶: ۲۳۲).

پیش‌بینی وتوی جمعی یا انحلال پارلمان از طریق رفتارندوم و به پیشنهاد خود مردم نیز سازوکار دیگری است که چنانچه کمیت و کیفیت به‌کارگیری آن به موجب قوانین روشن تبیین شود، می‌تواند در جهت کنترل قدرت پارلمان به‌ویژه آنگاه که از حدود اختیارات قانونی خویش تجاوز می‌کند، استفاده شود.

به هر حال مسئله‌ی مهم در پیش‌بینی همه‌ی سازوکارها، تأکید بر قانون و قانون‌گرایی و پرهیز از هر گونه شتاب‌زدگی، جناح‌بازی و جلب منافع گروهی و حزبی است، همچنان‌که قوانین و مقررات مصوب در این زمینه نیز باید بسیار بااحتیاط، دقیق، شفاف، محکم و استوار باشد، که در غیر این صورت نبود قانونی در این زمینه و عدم امکان عزل نمایندگان، بهتر از وجود قانونی شکننده و قابل تأویل و تفسیر است.

نتیجه‌گیری

در این مقاله بر آن بودیم تا امکان برکناری و عزل نماینده‌ی مجلس را مورد توجه قرار دهیم که البته معمولاً به‌عنوان یک پیش‌فرض، غیرقابل عزل بودن نماینده در نظام حقوق اساسی کشور ما پذیرفته شده است.

ابتدا نظریات گوناگون موجود در خصوص ماهیت نمایندگی مجلس و چیستی ماهیت آن، بررسی شد و براساس سه نظریه‌ی کارگزاری ولایت، وکالت و پیمان حقوق عمومی، دیدگاه‌ها در خصوص امکان عزل نماینده‌ی مجلس واکاوی شد.

در قوانین ایران در خصوص برکناری نماینده در زمان تصدی به‌دلیل از دست دادن شرایط و اوصاف نمایندگی، مقرره‌ی ویژه و صریحی وجود ندارد، هرچند در زمان تهیه و بررسی قانون نظارت بر رفتار نمایندگان، یک بند از طرح قانونی مربوطه، به برکناری نماینده اختصاص داشت، شورای نگهبان آن را خلاف قانون اساسی دانست و در نهایت از قانون مربوط حذف شد.

اگرچه در متن قانون اساسی به‌عنوان اصلی‌ترین منبع نظام حقوق اساسی اشاره‌ی صریحی به عزل نشده است، می‌توان در سایر منابع نظام حقوق اساسی در این خصوص مشاهداتی داشت، از جمله ماده‌ی ۹۰ قانون آیین‌نامه‌ی داخلی مجلس می‌تواند امکان عزل نماینده را در موارد خاص توجیه کند. همچنین تأکید قانونگذار اساسی بر تصویب اعتبارنامه‌ی نمایندگان در بدو ورود به مجلس نشان از آن دارد که چنانکه در ابتدا نمایندگان این اختیار را دارند تا در مورد عدم اعطای عنوان نمایندگی به فرد خودداری کنند می‌توانند این حق را داشته باشند تا در ادامه نیز آنچنان‌که اعتبارنامه‌ی نمایندگی را تأیید کرده‌اند، آن را پس بگیرند. بند ۱۳ سیاست‌های کلی انتخابات را نیز می‌توان به‌عنوان یکی از منابع نظام حقوق اساسی، توجیه‌کننده‌ی تأسیس نهاد عزل دانست.

نویسندگان معتقدند به لحاظ نظری و با توجه به برخی تجربیات کشورهای دیگر، اصل امکان عزل نماینده قابل پذیرش است و نظام حقوقی باید برای این مسئله راهکارهای قانونی را تنظیم کند و حتی اگر قائل به عدم امکان عزل نماینده براساس نصوص قانون اساسی کنونی

باشیم، باید در اصلاحات آتی قانون اساسی آن را نفیاً یا اثباتاً مورد توجه قرار دهیم، همچنان‌که در قوانین اساسی برخی کشورها به‌طور صریح به آن اشاره شده است. از سوی دیگر هرچند در این مقاله در پی یک تئوری برای امکان عزل و برکناری نماینده‌ی مجلس در صورت از دست دادن شرایط خاص نمایندگی و مشخص شدن عدم شایستگی او برای عنوان «نماینده‌ی» مردم هستیم، ولی بر این مطلب هم اقرار و اصرار داریم که مهم‌ترین حساسیت در این موضوع، وجود قانونی شفاف، صریح و کارآمد در مرحله‌ی اجراست تا راه را بر ترفندهای سیاسی، رقابت‌های جناحی و سوء استفاده‌های ناروا ببندد.

در این نظام قانونی پیشنهادی، از سویی نباید استقلال رأی و تفکر نماینده مورد خدشه قرار گیرد و نماینده به‌سبب ترس از برکناری و عزل‌های هدفمند، استقلال و حریت خویش را در برابر دولت، گروه‌های ذی‌نفوذ و صاحبان قدرت از دست بدهد و از سوی دیگر، آنقدر قانون مزبور محکم و خدشه‌ناپذیر باشد که از تفسیر به رأی در جهت اغراض ناشایست سیاسی در امان باشد و راه را بر هر تفسیر و برداشت نادرستی از آن نبندد. در غیر این صورت بی‌شک عدم بحث از عزل نمایندگان بهتر از اجرای ناقص، شتاب‌زده و خسارت‌آفرین آن است.

یادداشت‌ها

۱. فاذا فوضت اليه اداره الامور الامة فهو ليس محصورا... ولا يجعل مجلس نواب الامة بنحو المخصوص.. و له ان يقرن القوانين بنفسه او بجمع خاص من يجعله لهذا الهدف (مؤمن، ۱۳۸۶: ۵۱۵).
۲. حتی در نخستین پیش‌نویس اصل ۵۸ قانون اساسی آمده بود: مجلس شورای ملی از نمایندگان ملت که به‌طور مستقیم و مخفی انتخاب می‌شوند، تشکیل می‌گردد. این نمایندگان از طرف تمام ملت وکالت دارند (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۲۰۷). در متن سوگندنامه‌ی نمایندگان مذکور در اصل ۶۷ قانون اساسی نیز آمده است: «در انجام وظایف وکالت، امانت و تقوی را رعایت نمایم....»
۳. ملت اگر وکلایشان خواستند برخلاف اسلام عمل کنند؛ مردم مختارند وکلایشان را عزل کنند (خمینی، ج ۶: ۳۴).
۴. مانند اصل ۱۱ قانون اساسی فرانسه: «رئیس‌جمهور پس از مشورت با نخست‌وزیر و رؤسای مجلس‌ها می‌تواند انحلال مجلس ملی را اعلام کند». اصل ۸۸ قانون اساسی ایتالیا نیز مقرر می‌دارد که رئیس‌جمهور می‌تواند پس از مشاوره با رؤسای دو مجلس اقدام به انحلال یک یا هر دو مجلس کند.
۵. شما نمایندگان باید در آن‌جا همان معنایی که مأمور آن شده‌اید از طرف ملت، همان معانی باشد. شما وکیل نیستید که بروید آن‌جا بنشینید و حساب‌هایی که خودتان دارید با هم صاف کنید. اگر یک همچون کاری بشود این انحراف است و غضب است آن محل برای شما (خمینی موسوی، ۱۳۷۰، ج ۱۲: ۱۱۶).

منابع

۱. فارسی و عربی

۱. اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۴)، صورت مشروح مذاکرات بررسی نهایی قانون اساسی، تهران: اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی.
۲. آهنگران، محمدرسول؛ صادق‌پور، محمدجعفر و علیرضا میربد (۱۳۹۵)، «تحلیل ماهیت نمایندگی مجلس در نظام جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه‌ی مجلس و راهبرد، سال بیست‌وسوم، ش ۸۷، صص ۲۹۵-۳۲۱.
۳. ارفعی، عالیہ (۱۳۷۲)، «پارلمان ژاپن نگاهی به چهره و ساختار»، فصلنامه‌ی مجلس و پژوهش، ش ۴، صص ۳۱۲-۳۲۵.
۴. بوشهری، جعفر (۱۳۸۴)، حقوق اساسی؛ متون قوانین اساسی، فرانسه، آلمان، سوئیس، انگلستان و آمریکا، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۵. حایری یزدی، مهدی (۱۹۹۵)، حکمت و حکومت، لندن: شادی.
۶. حبیب‌نژاد، سید احمد (۱۳۸۴)، حقوق و وظایف نمایندگی مجلس، تهران: کانون اندیشه‌ی جوان.
۷. _____ (۱۳۸۵)، «ماهیت نمایندگی با تکیه بر مفاهیم فقهی - اسلامی»، فصلنامه‌ی تخصصی فقه و حقوق، ش ۸، صص ۱۲۵-۱۴۸.
۸. _____ (۱۳۹۰)، «شرایط کاندیداتوری در انتخابات مجلس شورای اسلامی در نظام حقوق اساسی ایران با نگاهی تطبیقی»، فصلنامه‌ی علمی پژوهشی علوم سیاسی، ش ۵۵، صص ۹۹-۱۳۰.
۹. حبیب‌نژاد، سید احمد و زهرا عامری (۱۳۹۶)، «امانی بودن مناصب عمومی در نظام حقوق اساسی ایران با تأکید بر اندیشه‌ی علوی»، فصلنامه‌ی علمی پژوهشی حکومت اسلامی، ش ۲، صص ۱۰۵-۱۳۰.
۱۰. حسنی، حسن (۱۳۶۹)، مقامات عالی قوه‌ی مجریه در قانون اساسی ایران و فرانسه و مطالعه‌ی تطبیقی آن، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۱۱. خمینی موسوی، سید روح‌الله (۱۳۷۰)، صحیفه‌ی نور، تهران: وزارت ارشاد و فرهنگ اسلامی.

۱۲. دبیرنیا، علیرضا (۱۳۹۴)، «تحلیلی بر مفهوم نمایندگی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران با نگاهی تطبیقی به اندیشه‌ی سیاسی غرب»، پژوهش تطبیقی اسلام و غرب، دوره‌ی ۳، ش ۱، ۱۱۵-۱۳۴.
۱۳. رنی، آستین (۱۳۷۴)، حکومت، ترجمه‌ی لیلا سازگار، تهران: مرکز نشر دانشگاهی.
۱۴. روحانی، محمدصادق (۱۳۷۸)، استفتائات قضائیه، قم: سپهر.
۱۵. روسو، ژان ژاک (۱۳۷۹)، قرارداد اجتماعی، ترجمه‌ی مرتضی کلاتریان، تهران: آگاه.
۱۶. سلطانی، سید ناصر (۱۳۹۰)، «مفهوم نمایندگی در مجلس اول»، مجله‌ی پژوهش‌های حقوقی، دوره‌ی ۱۰، ش ۱۹، صص ۱۳۷-۱۷۵.
۱۷. عباسی، بیژن (۱۳۸۷)، «بررسی روش‌های اعمال مردم‌سالاری مستقیم و نیمه‌مستقیم»، فصلنامه‌ی حقوق، مجله‌ی دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی، دوره‌ی ۳۸، ش ۲، صص ۲۱۵-۲۳۵.
۱۸. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۲)، کلیات حقوق اساسی، تهران: میزان.
۱۹. قاضی شریعت‌پناهی، ابوالفضل (۱۳۷۲)، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، تهران: دانشگاه تهران
۲۰. کاویانی، محمدهادی (۱۳۸۷)، «بررسی مسئله‌ی انحلال مجلس خبرگان رهبری و مجلس شورای اسلامی از سوی مقام رهبری»، فصلنامه‌ی حقوق خصوصی، ش ۱۲، صص ۱۶۵-۱۹۰.
۲۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸)، گامی به‌سوی عدالت، تهران: انتشارات دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی
۲۲. مدنی، سید جلال‌الدین (۱۳۶۹)، حقوق اساسی، تهران: سروش.
۲۳. مصباح نسب، سید روح‌الله و سید ابراهیم موسی‌زاده (۱۳۹۶)، «چرایی نظارت مستمر بر نمایندگان مجلس شورای اسلامی»، فصلنامه‌ی علمی-حقوقی قانون یار، دوره‌ی ۳.
۲۴. مصباح یزدی، محمدتقی (۱۳۷۸)، نظریه‌ی سیاسی اسلام، قم: مؤسسه‌ی امام خمینی (ره).
۲۵. مکارم شیرازی (بی‌تا)، قواعد الفقیه، قم: مدرسه‌ی امیرالمومنین (ع).
۲۶. مؤمن قمی، محمد (۱۳۸۶)، الولایه الهیه الاسلامیه، قم: جامعه‌ی مدرسین.
۲۷. نایینی، محمدحسین (۱۳۵۸)، تبیه‌الامة و تنزیه‌الملّة، توضیحات سید محمود طالقانی، قم: بوستان کتاب.
۲۸. نجفی اسفاد، مرتضی و فرید محسنی (۱۳۷۹)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: الهادی.

۲۹. واعظی، احمد (۱۳۸۰)، *حکومت اسلامی*، قم: مسامیر.
۳۰. وکیلان، حسن (۱۳۹۰)، «مبانی نظری و شیوه‌های اعمال نظارت بر رفتار نمایندگان»، *مجلس و راهبرد*، سال هجدهم، ش ۶۸، صص ۶۳-۱۰۷.
۳۱. هاشمی، سید محمد (۱۳۷۹)، *حقوق اساسی*، تهران: دادگستر.

۲. انگلیسی

- Altman, David (2011), **Direct Democracy Worldwide**, London: Cambridge University Press
- Conacher, Duff (1991), "Power to the People: Initiative, Referendum Recall and the Possibility of Popular sovereignty in Canada", **university of torento, faculty of law review**, no 174.
- Cronin, Thomas (1999), **Direct Democracy: The Politics of Initiative, Referendum and Recall**, Harvard University Press.
- Elections BC (2003), **Report of the Chief Electoral Officer on the Recall Process in British Columbia** 16.
- Garrett, Elizabeth (2004), "Democracy in the Wake of the California Recall", **University of Pennsylvania Law Review**, 153.
- Griffith, Gareth and Roth, Lenny (2010), "Recall Elections, NSW Parliamentary Library Research Service", **E-Brief** 3/2010: 1-11.
- Hazell, Robert (2010), **The Conservative-Liberal Democrat Agenda for Constitutional and Political Reform**, London: The Constitution Unit
- Maskell, Jack (2012), **Recall of Legislators and the Removal of Members of Congress from Office**, Congressional Research Service.
- McCormick, Peter (1994), "The Recall of Elected Members", **Canadian Parliamentary Review**, 17(2).
- Munro, William (1916), **The Initiative, Referendum and Recall**, Appleton.
- National Conference of State Legislatures ('NCSL'), (2011), **Recall of State** <<http://www.ncsl.org/default.aspx?tabid=16581>>
- Roger Scruton (1982), A Dictionary of Political Thought, **Harper and Row Publishers**, New York.
- Twomey, Anne (2011), "The Recall of Members of Parliament and Citizens", **Initiated Elections**, UNSW Law Journal, Vol 34(1), 41-69.
- Uwe Serdült (2015), "The history of a dormant institution: legal norms and the practice of recall in Switzerland", **Representation**, 51(2): 161-172
- Welp, Yanina (2016), "Recall referendums in Peruvian municipalities: a political weapon for bad losers or an instrument of accountability?", **Democratization**, 23 (7): 1162-1179.
- Wright, Tony (2015), "Recalling MPs: Accountable to Whom?", **The Political Quarterly**, Vol 86, Issue 2, 289-296.
- Zimmerman, Joseph (1997), **The Recall: Tribunal of the People**, Praeger.

اعتبارسنجی عرف و رویه‌های قانون اساسی

سیدناصر سلطانی^{*}

۱. استادیار حقوق عمومی دانشگاه تهران (پردیس فارابی)، قم، ایران

دریافت: ۱۳۹۶/۲/۱۶

پذیرش: ۱۳۹۶/۶/۲۰

چکیده

خواندن متن قوانین اساسی در شناختن نحوه‌ی عملکرد نظام سیاسی کافی نیست. رویه‌ی موجود در انتخاب وزیر اطلاعات از جمله مواردی است که در متن قانون اساسی نوشته شده و در دیگر مقررات چیزی درباره‌ی آن نیامده است. رویه‌های جاری مبتنی بر متن نوشته‌ی قانون اساسی نیستند. موضوع این مقاله پرسش درباره‌ی فاصله‌ی میان متن نوشته‌ی قانون و عملکرد واقعی نهادهای قانونی است. این رویکرد پاسخ به کسانی است که همه قانون اساسی را در متن نوشته‌ی آن می‌بینند و بدان اصرار دارند. اینان موضوع حقوق اساسی را به متن نوشته‌ی قانون و آرا و نظریات شورای نگهبان محدود می‌کنند. چنین رویکردی تصویری ناقص و نارسا از قانون اساسی به نمایش گذاشته است. نهادهای قانون اساسی با نظر به توازن قوای سیاسی صلاحیت‌های خود را موسع یا مضیق تفسیر می‌کنند. این مقاله قصد دارد تا توجه به این مقولات را در مطالعه‌ی حقوق اساسی ایران تذکر دهد. کوشش خواهیم کرد از یک سو نشان دهیم آیا نظریه‌ی حقوق اساسی ایران می‌تواند مبنایی برای پذیرش این قواعد فراهم کند و از سوی دیگر چه موازین و معیارهایی بر این نوع قواعد حاکم است.

کلیدواژه‌ها: اخلاق و آداب مربوط به اجرای قانون اساسی، اصول نانوشته قانون اساسی، رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی، عرف اساسی، قانون اساسی نوشته.

مقدمه

بنابر اصول ۱۳۳ و ۱۳۶ قانون اساسی ج.ا.ا «وزراء توسط رئیس‌جمهور تعیین و برای گرفتن رأی اعتماد به مجلس معرفی می‌شوند...» و «رئیس‌جمهور می‌تواند وزراء را عزل کند و در این صورت باید برای وزیر یا وزیران جدید از مجلس رأی اعتماد بگیرد...». بنابر منطوق و مفهوم این اصول اختیار عزل و نصب وزراء با رئیس‌جمهور است. از آغاز انتخاب وزراء، از نخستین دوره‌ی اجرای اصل تا امروز، در مورد عزل و نصب برخی از اعضای هیأت دولت باید نظر رهبری تأمین می‌شد و این دسته از اعضای هیأت دولت با نظر و تأیید رهبری انتخاب و به مجلس معرفی می‌شدند. این رویه و سابقه، قاعده‌ای نانوشته در حقوق اساسی ایران بود که در هر دوره به نسبت جایگاه نخست‌وزیر یا رئیس‌جمهور در نظام سیاسی و توازن قوا و رابطه‌ی میان او و نهادها و قوای دیگر متغیر بود. اما در سال‌های اخیر برخوردهایی میان برخی از نهادهای قانون اساسی روی داد که آشکارا این قاعده‌ی نانوشته را در برابر دیدگان ناظران قرار داد و قیدهایی، روشن‌تر از پیش، بر این اصول قانون اساسی وارد کرد و نشان داد که رئیس‌جمهور در به‌کار بستن این اختیار و صلاحیت مبتنی بر قانون اساسی الزامات و مقدماتی را باید رعایت کند و در این خصوص گویا رویه و روالی برای اجرای این اصل ایجاد شده است.^(۱)

نمونه‌ی برجسته‌ی این موضوع، عزل وزیر اطلاعات، حیدر مصلحی، از طرف رئیس‌جمهور وقت و مخالفت رهبر با این تصمیم و در پایان بازگشت وزیر به وزارتخانه بود. پس از استعفای وزیر و قبول استعفای ایشان از سوی رئیس‌جمهور وقت، مقام رهبری در تاریخ ۱۳۹۰/۱/۳۰ در نامه‌ی شماره‌ی ۱/۱۷۷۷۶ خطاب به «وزیر اطلاعات» نوشتند: «... از شما می‌خواهم بیش از پیش در انجام مأموریت‌های مهم داخلی و خارجی وزارت اطلاعات اهتمام به خرج داده و با سرمایه‌ی عظیمی که آن وزارتخانه از نیروی انسانی توانمند و انقلابی و متدین و فن‌آوری‌های روز برخوردار است و با حمایت دولت خدمتگزار و همکاری سایر نهادهای اطلاعاتی اجازه ندهید کوچک‌ترین فترت و سستی در انجام وظایف قانونی آن دستگاه مهم پیش آید...» (دفتر حفظ و نشر آثار آیت‌الله خامنه‌ای، ۱۳۹۰/۱/۳۱). حتی در نمونه‌ی انتصاب معاون اول، از رئیس‌جمهور وقت خواسته شده از آن‌جا که انتصاب مورد نظر ایشان «برخلاف مصلحت جنابعالی و دولت و موجب اختلاف» است، «لازم است انتصاب مزبور ملغی و کأن لم یکن» اعلام شود (دفتر حفظ و نشر آثار آیت‌الله خامنه‌ای، ۸۸/۴/۲۷).^(۲)

در نامه مربوط به وزیر اطلاعات، رهبری مستقیماً وی را خطاب کرده و از او خواسته است بیش از پیش در انجام مأموریت‌های مهم داخلی و خارجی وزارت اطلاعات اهتمام به خرج دهد. تعلل رئیس‌جمهور در پذیرفتن حکم رهبری اعتراضات نیروی سیاسی بسیاری را

برانگیخت. از جمله یکی از نمایندگان مجلس گفته بود: «با توجه به شرایطی که در حال حاضر در کشور وجود دارد متأسفانه باید بگوییم که قانون اساسی در حال تعطیل شدن است و فراتر از آن مسئله‌ای سرنوشت‌ساز برای نظام اسلامی که همان حکم ولایت فقیه است مورد بی‌اعتنایی قرار می‌گیرد» (رسالت؛ ۱۱ اردیبهشت ۱۳۹۰).^(۳) در این موضوع تعلل و طفره از قبول این حکم همچون «تعطیل شدن قانون اساسی» تلقی شده است.

همین‌جا باید میان حکم حکومتی و رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی تفکیک قائل شد. حکم حکومتی ماهیت پسینی دارد، یعنی پس از وقوع واقعه‌ای و اتخاذ تصمیمی وارد می‌شود. درحالی‌که رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی ماهیت پیشینی دارند، یعنی پیش از اتخاذ تصمیمات مقدمات خاصی باید ملاحظه و رعایت شود. باید به «مذاق» شکل‌گرفته در این حوزه‌ی خاص احترام گذاشته شود. در غیر این صورت به‌وسیله‌ی حکم حکومتی آن تصمیم در جهت تداوم رویه و «مذاق» ایجادشده اصلاح خواهد شد.^(۴) براساس این ویژگی، تفاوت دیگری هم میان این دو نوع قاعده به‌دست می‌آید: حکم حکومتی دفعی و یکباره ظاهر می‌شود، درحالی‌که رویه‌ی اجرای قانون اساسی تدریجی است و در گذر زمان خلق می‌شود. حکم حکومتی اصولاً نیازی به تکرار ندارد تا معتبر باشد، درحالی‌که رویه‌ها باید تکرار شوند تا اعتبار یابند.

حتی اگر این رویه‌ها را ذیل اصل ۵۷ قانون اساسی بیاوریم و آن‌ها را ناشی از اختیارات حاصل از عبارت «زیر نظر ولایت مطلقه‌ی امر» بدانیم، باز هم نمی‌توانیم از عبارت اخیر همین اصل که تصریح کرده است «بر طبق اصول آینده‌ی این قانون» چشم‌پوشیم. با وجود این، اگر همچنان معتقد باشیم که این رویه‌ها از صلاحیت اختیاری نهفته در عبارت «زیر نظر ولایت مطلقه‌ی امر» نشأت گرفته‌اند و ولی‌فقیه نظر خود را به‌ترتیب مقرر در رویه‌ها اعمال می‌کند، در این صورت نیز این بیان اخیر نافی رویه‌های نانوشته‌ی قانون اساسی نیست، بلکه به معنای تبیین و تفسیر سازوکارهای اجرایی عبارت مذکور است. از این نظر توجه به این اصول و رویه‌های نانوشته و لازم است.

آخرین تحول این موضوع در آستانه‌ی انتخاب همکاران جدید دولت یازدهم روی داد و در ادامه‌ی بحث‌ها دفتر رهبری در تاریخ ۹۶/۵/۶ مطلبی را در پایگاه دفتر حفظ و نشر آثار رهبری مطلبی منتشر کرد. در بخشی از یادداشت گفته شده است: «رویه‌ی ثابت در همه‌ی دولت‌ها، هماهنگی با رهبری در انتخاب وزیران دفاع، امور خارجه و اطلاعات بوده است و این هم، حسب تکالیفی است که در قانون اساسی برای رهبری در امور سیاست خارجی و دفاعی - امنیتی تعیین شده است». با توجه به متن بالا دو نکته شایان توجه است. نخست اینکه

نقش رهبری در انتخاب برخی وزرا «رویه‌ی ثابت در همه‌ی دولت‌ها» است؛ دوم آنکه ایفای نقش رهبری در این موضوع «حسب تکالیفی است که در قانون اساسی برای رهبری ... تعیین شده است»، یعنی رهبری با استناد و کسب صلاحیت از قانون اساسی چنین نقشی دارد. سابقه‌ی این موضوع در جمهوری اسلامی به سال‌های اولیه‌ی تأسیس نظام جدید بازمی‌گردد، از همان آغاز نیز لازم بود تا وزیر اطلاعات فردی «نزدیک به رهبری» باشد (ری‌شهری، ۱۳۸۳: ۴۳-۴۴). حتی با گزینه‌های پیشنهادی تصدی وزارت اطلاعات ابتدا از طرف دفتر امام تماس گرفته می‌شد (ری‌شهری، ۱۳۸۳: ۴۷). اسماعیل فردوسی‌پور در جلسه‌ی ۶۲/۱۰/۱ چنین توصیفی از موضوع را در مجلس و در جلسه‌ی رأی اعتماد به وزیر اطلاعات عرضه کرده است (روزنامه‌ی رسمی، ۱۳۶۲) محمد ری‌شهری، وزیر اطلاعاتی که موفق به کسب رأی اعتماد از مجلس شد، در خاطراتش به نقل از امام خمینی (ره) گفته‌اند: «من به آقای موسوی گفته بودم در مورد وزیر اطلاعات موافقت من لازم است، وقتی شما را پیشنهاد کردند، گفتم ایشان برای این کار مناسب است». ری‌شهری در ادامه‌ی این مطلب و در توضیح رابطه‌شان با رهبری می‌نویسند: «تا زمانی‌که وزیر بودم همه‌ی کارهای اساسی پیش از آنکه با رئیس‌جمهور و نخست‌وزیر هماهنگ شود با امام هماهنگ می‌شد و در واقع معتقد بودم ... اطلاعات باید هماهنگ با رهبری کار کند» (ری‌شهری، ۱۳۸۳: ۶۱).

در مواجهه با این موضوعات، برخی حقوقدانان نظرهای متناقضی طرح کرده‌اند که نه‌تنها سازگاری درونی ندارند، فاقد ظرفیت بررسی علمی و فنی‌اند. ایشان از یک سو گفته‌اند: ورود به این موضوع از طرف رهبری «گره‌گشایی از مشکل حقوقی برای کشور بود، چراکه با برکناری وزیر، ظاهراً ابقای مجدد و مستقیم او به‌وسیله‌ی رئیس‌جمهور، پس از تحقق کامل عزل یا استعفا دشوار باشد، چنانکه عدول از استعفا پس از پذیرش پیش‌بینی حقوقی نشده است! و ناگزیر وزیر جدید باید با رأی اعتماد جدید مجلس تعیین شود». درحالی‌که در پایان همین عبارت نوشته‌اند: «تصمیمی که اگرچه از نظر حقوقی حق رئیس‌جمهور است ولی قطعاً استفاده از حق در امور حساس و مهم اصولاً نیازمند مشورت و تأمل بیشتری است» (الهام، ۱۳۹۰: ۴).^(۵) این دو جمله متناقض‌اند. اگر رئیس‌جمهور در این موضوع «از نظر حقوقی حق» داشت، باید تصمیم نهایی از آن او باشد. درحالی‌که عملاً چنین نیست و رئیس‌جمهور «از نظر حقیقی» و در ساخت حقیقی قدرت چنین حقی نداشت، بنابراین نمی‌توان در این موارد فقط به متن قانون محدود شد. اشکال و نقص این دیدگاه در مواجهه با چنین موضوعی این است که قانون اساسی را به اصول نوشته‌ی آن محدود می‌کند. توضیح و فهم چنین موضوعی اساساً بدون توجه به فاصله‌ی ایجادشده میان متن‌نوشته و رویه‌ی جاری، ممکن نیست. طی سال‌های

اجرای قوانین اساسی ایران در کنار برخی اصول نوشته، اصل نانوشته‌ای شکل گرفته که خود را بر آن اصل خاص تحميل کرده است، این اصول نانوشته رویه‌هایی هستند که نحوه‌ی اجرای اصول قانون اساسی را تعیین می‌کنند.

رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی بیرون از دایره‌ی حقوق نیستند. در درجه‌ی نخست به این دلیل که رفتارهایی که از گذر آن خود را بروز می‌دهند، «وقایع» و اتفاقات ساده‌ای نیستند، بلکه اعمال حقوقی‌اند؛ پدیدآورندگان آن بازیگران سیاسی‌اند، این بازیگران نهادهای برخاسته از قانون اساسی‌اند که در چارچوب صلاحیتی که قانون اساسی به ایشان داده عمل می‌کنند و آیین و روشی را که مقرر کرده است رعایت می‌کنند (Avril, 1997, 149). با این حال این رویه‌ها ارزش و اعتبار حقوقی ندارند، درحالی‌که اصول قانون اساسی نوشته چنین اعتباری دارند.

در جریان این موضوع واکنش‌های بسیاری به رفتار رئیس‌جمهور وقت نشان داده شد. شاید بتوان این واکنش‌ها را ذیل «اخلاق مربوط به قانون اساسی»^(۶) (Dicey, 1915: 278-303) توضیح داد؛ اخلاقیاتی که در تنظیم روابط قوای عمومی نقش مهمی دارند. دقت در واکنش‌ها نشان می‌دهد که لزوم رعایت برخی ملاحظات در اجرای اصول قانون اساسی چنین شأنی دارند. یکی از نمایندگان مجلس در ارزیابی این رفتارها آن را «مسئله‌ای سرنوشت‌ساز برای نظام» تلقی کرده بود. چنین ارزیابی‌ای در احترام به رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی مؤثر است و بی‌احترامی به آن ممکن است به «تعطیل شدن قانون اساسی» تعبیر شود.

تا این‌جا صورت مسئله را تقریر کردیم و نشان دادیم که محل نزاع در این مقاله کجاست. محل نزاع در مبنای اعتبار، الزام و ضمانت اجرای چنین رویه‌های اجرایی و اصول نانوشته است. بررسی و مطالعه‌ی این موضوعات مهم در حقوق اساسی ایران باید ذیل روش و مفهومی انجام گیرد تا بتواند بر ابعاد پیچیده و چندلایه‌ی این موضوعات پرتو اندازد و ساختاری برای کنکاش علمی و دقیق آن ارائه کند. بی‌توجهی به مفهوم قواعد نانوشته‌ی حقوق اساسی و رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی مانع فهم و دریافت درستی از ماهیت این موضوعات است. در حقوق اساسی کشورهای دیگر این موضوعات ذیل چنین مفهومی بررسی و مطالعه می‌شوند.

۱. اهمیت سابقه

این موضوع در حقوق اساسی ایران «سابقه» دارد و پیش از این هم تعدادی از وزرا نیازمند تأیید بالاترین مقام مملکت برای تصدی وزارتخانه بوده‌اند.^(۷) سابقه دو اثر به‌بار می‌آورد که از یک اصل ناشی می‌شود: ۱. قانونی بودن اعمال قاعده‌ای را که تکرار می‌کند فرض می‌گیرد؛ ۲. بار اثبات را جابه‌جا می‌کند.

اثر نخست یکی از قابلیت‌های سابقه را که مشروعیت دادن به عملکرد جدید است، نشان می‌دهد. همه‌ی جدال‌های قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مانند قوانین اساسی کشورهای دیگر، نیروی سابقه را همچون عامل مشروعیت‌بخش نشان می‌دهند، چراکه به‌وضوح می‌بینیم رویه‌ها و روال‌هایی در ابتدا همچون موارد نقض و تجاوز رد و نفی شده‌اند، در آخر خود را تحمیل کرده و حاکم شده‌اند و پس از آن حتی خود را جزئی از قانون اساسی یا تفسیر و برداشت درست از قانون اساسی می‌دانند و همه‌ی تفاسیر دیگر را تفسیر به رأی می‌خوانند.

در خصوص اثر دوم (تغییر بار اثبات)، که از دید روان‌شناسی تعیین‌کننده است و اثری شبیه اثر رویه‌ی قضایی دارد، مقامی مانند رئیس‌جمهور یا نخست‌وزیر که خود را به پیروی از سابقه و رویه‌ی ایجادشده محدود و مقید می‌کند، خود را دست‌بسته و ناگزیر می‌یابد. با خلق این رویه و سابقه، او را در وضعیت دشواری قرار داده‌ایم، چراکه تصمیمش از آغاز قابل پیش‌بینی بود و از این‌رو باید به بازتولید و تکرار آنچه در موارد مشابه انجام داده بودیم، بسنده کند. رئیس‌جمهور یا نخست‌وزیر می‌تواند به‌جای مخالفت که برخلاف اخلاق شکل‌گرفته درباره‌ی قانون اساسی و عامل بی‌نظمی و برهم زدن قواعد بازی است، امنیت و ثبات روابط و احترام به قواعد بازی را به‌عنوان دلیل و توجیه بیاورد (Avril, 1197: 126). بنابراین هر مقامی هرچند تن دادن به این رویه و روال را نپسندد و آن را محدودکننده‌ی دامنه‌ی صلاحیت و اختیارات قانونی خود بداند، چاره و گریزی در تبعیت از آن ندارد و مخالفت با این رویه‌ها با مخالفت‌های نیروهای غالب سیاسی مواجه می‌شود و به‌نوعی برهم زدن قاعده‌ی مستقر بازی به‌شمار می‌آید، چراکه این رویه‌ها بر بستری از توازن قوای سیاسی قرار گرفته‌اند. بنابراین می‌بینیم که بار اثبات به نفع اجرای رویه و روال جاری جابه‌جا شده و همگان توقع دارند که این رویه و روال نادیده گرفته نشود. موضوعی که خلاف اصل است، به‌تدریج به اصل تبدیل شده و بار اثبات را با خود همراه کرده است.

این رویه‌ها و روال‌های اجرای اصول قانون اساسی ماهیتی شبه‌قراردادی دارند، چراکه رضایت بازیگران سیاسی یا طرفین این شبه‌قرارداد از ارکان تعیین‌کننده و شرط وجود این رویه‌هاست. به‌علاوه از این نظر نوعی تضاد در رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی وجود دارد که همان کسانی که آن را پدید می‌آورند، باید از آن پیروی کنند. «عنصر تعیین‌کننده‌ی رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی همکاری و همدستی بر این اساس است که پدیدآورندگان خود را همبسته و پیوسته به یکدیگر می‌بینند»؛ بنابراین عنصری شبه‌قراردادی در رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی است، چراکه اندیشه‌ی توافق احزاب و گروه‌های سیاسی در این زمینه نقش تعیین‌کننده‌ای برای بنا کردن سابقه‌ی دارد. با این وصف در رویه‌های اجرای

اصول قانون اساسی یک وجه قراردادی است - نوعی از نیمه پیمان که ویژگی‌اش یکجانبه بودن است - که البته رابطه‌اش دوجانبه و قراردادی نیست، بلکه در آن اراده‌ی دولت (در معنای حاکمیت) حرف آخر را می‌زند.

رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی قواعد نانوشته‌ای هستند که روش تفصیلی اجرای صلاحیت‌های مندرج در قانون اساسی را تعیین می‌کنند. به تعبیر دقیق‌تر دایسی، رویه‌های قانون اساسی، روش اعمال و اجرای صلاحیت‌های اختیاری مقامات حکومت را تعیین می‌کنند. این روش‌ها باید با اصول و معیارهای سیاسی زمان هماهنگ و سازگار باشند.

در این مقاله یکی از نمونه‌هایی که در حقوق اساسی ایران، احتمالاً می‌توان ذیل این عنوان قرار داد، بررسی می‌شود. معیارهای ارائه‌شده برای سنجش و ارزیابی این مصادیق در حقوق اساسی کشورهای دیگر می‌تواند نشان دهد که این موارد تا چه حد شرایط قرار گرفتن ذیل این عنوان را دارند. برای اینکه بدانیم آیا در موضوعی رویه‌ی اجرای اصول قانون اساسی وجود دارد یا نه، باید آزمون جنینگ^(۸) را که شامل سه پرسش است، اجرا کنیم: ۱. سوابق موضوع چیست؟ ۲. در خصوص این سوابق آیا بازیگران این عرصه معتقدند که ملزم به رعایت یک قاعده‌اند؟ ۳. آیا دلیل موجهی برای این قاعده وجود دارد؟ (Marshall, 1987: 111). اگر رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی را به اجزای سازنده‌ی آن منحل کنیم، در تعریف آن‌ها می‌توان گفت: «قواعدی که از تصمیمات بازیگران عرصه‌ی سیاست ناشی می‌شوند؛ این تصمیمات به لحاظ حقوقی الزام‌آورند، چراکه از نهادهای صالح برخاسته از قانون اساسی صادر شده‌اند، اما تنها در حدود همان موضوع خاص معتبرند (...). یعنی حکم مندرج در این قواعد را نمی‌توان از طریق تنقیح مناط و قیاس به موارد دیگر تسری داد. این قواعد به این دلیل معتبرند که با قواعد بالادستی خود همخوان و هماهنگ‌اند» (Avril, 1997: 123)؛ یعنی این قواعد نانوشته باید با روح و مذاق قانون اساسی سازگار باشند تا بتوان آن را در زمره‌ی رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی شناخت.

مسئله‌ای که حقوق‌دان حقوق اساسی باید حل کند این است که اعتبار و قانونی بودن انتقال از سوابق یک موضوع به تولد و ظهور یک قاعده‌ی عام را بسنجد. به عبارت دیگر، بگوید: چگونه رویه‌ها و سوابق به قاعده‌ی حقوقی عام تبدیل شده‌اند؟ و این سوابق و رویه‌ها الزام خود را از کجا آورده‌اند؟

۲. منشأ الزام رویه‌های قانون اساسی

نظریه‌ی حقوقی انگلیسی برای مسئله‌ی الزام رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی چنین

پاسخی تدارک کرده است: «برای دانستن اینکه رفتار ما با رویه‌ی مانحن فیه مغایر نیست، کافی است ببینیم که به آن‌ها احترام گذاشته می‌شود؟ زیرا این رویه‌ها ایجاد شده‌اند تا قواعد الزام‌آوری را بیان کنند». در نظام حقوق اساسی باید بکوشیم تا به لحاظ حقوقی بود یا نبود این نوع سوابق سیاسی را شناسایی کنیم. پرسش و پاسخی که در شناسایی این قواعد اهمیت دارد، این است که بدانیم چگونه ممکن است چنین قاعده‌ای از طریق یک تصمیم اجرایی زاده شود (حتی تنها یک تصمیم و نه بیشتر)؟ چگونه قواعد خاصی که اعتبار آن محدود به شرایط خاصی است، شرایطی که آن را به وجود آورده‌اند، می‌توانند قواعدی عام و دائمی تولید کنند؟ برای پاسخ به این پرسش باید دو سطح را از یکدیگر تفکیک کرد؛ نخست سطح مؤثر بودن قاعده و دوم سطح اعتبار قاعده.

درباره‌ی سطح نخست (مؤثر بودن) - که به معنای میزان نیروی الزامی که در یک کنوانسیون و رویه‌ی اجرای اصول قانون اساسی است - می‌توان توضیح داد الزامی که رئیس‌جمهور در ضرورت بازگرداندن وزیر اطلاعات حس و لمس می‌کند، این سطح از ویژگی کنوانسیون‌ها و رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی را نشان می‌دهد (رسالت، ۱۱ اردیبهشت ۱۳۹۰: ۳).^(۹) رویه‌های تولیدشده در حقوق اساسی، معادل و همسنگ رویه‌ی قضایی‌اند، چراکه از گذر اجراست که معنای متن آشکار می‌شود و این چنین است که می‌توان حقوق موضوعه را پیگیری کرد و فهمید. برخلاف فکر رایج، بازیگران عرصه‌ی سیاست در رفتارشان نسبت به حقوق بی‌تفاوت نیستند، چراکه این رفتار و رویه‌ها ناشی از عمل نهادهایی هستند که قانون اساسی آن‌ها را بنا کرده و صلاحیت‌ها و اختیاراتی‌اند که آن‌ها را پایه‌گذاری کرده است. (Avril, 1997: 125-126) به عبارت دیگر، رویه و رفتار سیاسی معادل حقوقی رویه‌ی قضایی در حقوق اساسی است، اما مربوط به حوزه‌ای غیرقضایی است، هرچند این دو حوزه می‌توانند مناطق همپوشانی هم داشته باشند؛ احتمالاً مانند جایی که شورای نگهبان یا دادگاه قانون اساسی برخی از کنوانسیون‌ها و رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی را به رسمیت بشناسد.

پیچیدگی رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی ناشی از ماهیت دوگانه‌ی آن است که از یک سو قاعده است، اما به نظر نمی‌رسد ویژگی‌های یک قاعده‌ی حقوقی را (همان تفاوتی که دایسی میان law و rules می‌گذارد) داشته باشند.^(۱۰) دشوارترین مسئله هنگام تعریف اعتبار حقوقی این قواعد و پاسخ به مسئله‌ی اصلی آشکار می‌شود. آیا می‌توانیم از امکان عقلی هنجارهای خاصی که یک هنجار عام نانوشته را اعمال می‌کنند، به امکان حقوقی (شرعی)^(۱۱) این هنجار عام گذر کنیم؟ (Avril, 1997: 141).

مشکلی که اعتبار و الزام رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی طرح می‌کند (مانند مشکل

عرف حقوق اساسی) جالب توجه است، چراکه نظریه‌ی پوزیتیویستی (اصالت وضع) حقوق را با طرح مورد و نمونه‌ی قاعده‌ی نانوشته به چالش می‌کشند و با تنگنا مواجه می‌کنند. در نظام حقوقی مبتنی بر اصالت وضع، احترام به یک قاعده‌ی نانوشته نمی‌تواند بر پایه‌ی الزام حقوقی استوار شود، زیرا این قاعده از مجاری شناخته‌شده و معتبر در نظام حقوقی سرچشمه نگرفته، بنابراین چنانکه باید نمی‌توان بدان استناد کرد و مانند یک قاعده‌ی حقوقی که چنین فرایندی را طی کرده است، قابل استناد نیست. مسئله‌ی اعتبار حقوقی نقص و پاشنه آشیل رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی است. بی‌تردید این‌ها هنجارهایی هستند که رفتار بازیگران را هدایت می‌کنند، اگرچه این هنجارها مؤثر و مجری هستند، به لحاظ حقوقی معتبر نیستند. این‌ها قواعد حقوقی نیستند و بنابراین در دادگاه نمی‌توان به آن‌ها استناد کرد. پس از آن‌جا که در دادگاه قابل استناد نیستند، سؤالی که مطرح می‌شود این است که چگونه احترام به این قواعد تضمین می‌شود و موارد نقض آن چگونه مجازات می‌شود؟

از نظر عموم حقوقدانان اعتبار و وزن حقوق وضعی چنان عظیم است که وجود قواعد نانوشته اغلب نادیده گرفته می‌شود و سحر حقوق نانوشته نمی‌تواند با معجزه‌ی حقوق نوشته پهلویزند. از نظر ایشان هر آنچه نوشته نیست، در قلمرو سیاست است و قاعده‌ی حقوقی نیست. این نقد بر پوزیتیویسم حقوقی وارد است که وجود چنین قواعدی را در نظام حقوقی نادیده می‌گیرد؛ قواعدی که در حیات حقوقی جاری و ساری‌اند. در حقیقت، اگر قاعده‌ی نوشته متوقف شده و اجرا نشود و دیگر به‌عنوان قاعده شناخته نشود و قاعده‌ی دیگری در افکار عموم جایگزین آن شود، باید پذیرفت که قاعده‌ی نانوشته‌ای جانشین قاعده‌ی نوشته‌شده است.

این قواعد از جنس حقوق نیستند، بنابراین غیرترافعی‌اند و نمی‌توان در صورت نقض آن‌ها به دادگاهی دادخواهی برد. پرسشی که باید بدان پاسخ گفت این است که چگونه به قاعده‌ای با چنین ویژگی‌هایی احترام گذاشته می‌شود و چگونه اجرای آن تضمین شده است؟ یعنی اگر مثلاً رئیس‌جمهور در ایران در انتخاب وزرایی که تاکنون بنابر رویه‌های موجود کسب نظر موافق رهبر لازم بوده، چنین استمراجی نکند، با چه واکنش حقوقی مواجه خواهد شد؟ آیا مثلاً مجلس از دادن رأی اعتماد به آن وزیر خودداری خواهد کرد؟ یا با واکنش‌های غیرحقوقی و سیاسی مواجه خواهد شد؟

نایب رئیس وقت مجلس در پاسخ به تذکر شفاهی یکی از نمایندگان گفته بود: «آنچه آحاد ملت ما بر آن التزام اعتقادی و عملی دارند تبعیت از رهبری» است (خانه‌ی ملت، ۱۳۹۰/۱/۳۰). همچنین ۲۱۶ تن از نمایندگان مجلس خطاب به رئیس‌جمهور وقت، ضمن حمایت از وزیر اطلاعات، خواستار موضع‌گیری صریح وی شده بودند. در نامه‌ی نمایندگان تأکید شده بود:

«از نظر مجلس شورای اسلامی جناب آقای مصلحی همچنان وزیر است و انتظار آن است که حضرتعالی در تبعیت از مقام معظم رهبری با موضع‌گیری صریح و حمایت از وزیر محترم اطلاعات به سوء استفاده دشمنان خاتمه دهید» (شرق، ۱ اردیبهشت ۱۳۹۰: ۳-۱). روز پنج‌شنبه ۹۰/۲/۸ مجلس برای بررسی این موضوع جلسه‌ی غیرعلنی تشکیل داد. یکی از نمایندگان در تذکری در روز چهارشنبه گفته بود: «نمایندگان برای بررسی لایحه‌ی بودجه‌ی سال ۹۰ حضور قلب ندارند و گویا بحث‌هایی مهم‌تر از بودجه را در دست بررسی دارند» (شرق، ۸ اردیبهشت ۱۳۹۰).

گوفری مارشال توضیح می‌دهد که رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی به دلیل دشواری‌های سیاسی که عدم اجرای آن می‌تواند به بار آورد، اجرا می‌شوند، به همین دلیل به آن‌ها احترام گذاشته می‌شود. این‌ها قواعدی هستند که بر رفتار بازیگران سیاسی تحمیل می‌شوند. مورد وزیر اطلاعات، و واکنش‌های سیاسی اطراف آن، به وضوح وزن و اهمیت چنین موضوعی را نشان داد. «کنوانسیون (رویه‌ی اجرای اصول قانون اساسی) که یک چنین قیدی بر رفتارهای سیاسی وارد کند از نظم و روح کلی که قانون اساسی پایه‌گذاری کرده تفکیک‌ناپذیر است، چراکه این نظم و روح کلی شرایط اجرای این قواعد را تعیین می‌کند. اما اگرچه کنوانسیون‌های قانون اساسی به لحاظ مواد و مصالح در زمره‌ی قواعد حقوقی اساسی و قانون اساسی‌اند، اما اعتبار و ارزش حقوقی ندارند» (Avril, 1997: 146)؛ اما وزن سیاسی و اثر عملی این رویه‌ها گاهی از اصول قانون اساسی هم بیشتر است.

ضمانت اجرای رفتارهایی که رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی رعایت آن‌ها را تحمیل می‌کنند، فقط سیاسی و مبتنی بر مسئولیت است؛ درباره‌ی اختلافات ناشی از اعمال این قواعد در مرحله‌ی نهایی رأی شهروندان است که مانند دیگر عرصه‌های عمومی، حرف آخر را می‌زند. خلاصه اینکه رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی، در مقام یک قاعده‌ی سیاسی، نمی‌توانند مدعی مقام و جایگاه قاعده‌ی حقوقی باشند، این رویه‌ها چیزی جز روش اجرا و اعمال اصول قانون اساسی نیستند.

۳. رابطه‌ی رویه‌های قانون اساسی با نظام حقوق اساسی ملی

پرسشی که باید پاسخ داده شود این است که چرا با وجود ماهیت غیرحقوقی رویه‌های قانون اساسی، این رویه‌ها یک قاعده‌ی حقوق اساسی به‌شمار می‌آیند؟ در برخی نظام‌های حقوقی پاسخ این است که چون ایجادکننده‌ی آن درک جامعی از نظام حقوق اساسی دارد. براساس این مباحث در خصوص وحدت یا ثنویت نظام حقوق اساسی می‌توان گفت که هرچند بی‌تردید حقوقی است، همان‌طور که توسعه‌ی دادگاه‌های قانون اساسی و رویه‌ی قضایی

این دادگاه‌ها نشان می‌دهد؛ اما فقط حقوقی نیست، همان‌طور که رویه‌های غیرقضایی (سیاسی) مربوط به اصول قانون اساسی نشان می‌دهند. به عبارت دیگر، نظام حقوق اساسی دو نوع ضمانت اجرا دارد؛ یکی حقوقی و دیگری سیاسی. در نهایت باید گفت حقوق اساسی یک «حقوق سیاسی» است و از دیدگاه منشأ، قلمرو و اجرا چنین است.

این وجه فعال و دینامیک حقوق اساسی را باید برجسته کرد و توضیح داد. برجسته کردن این وجه به خصوص در ایران که حقوق اساسی رشته‌ای دینامیک معرفی نشده و کتاب‌ها و منابع آن چنین تصویری از آن نمی‌دهند، دوچندان است. این رویکرد واکنشی به دریافتی از حقوق اساسی است که آن را به بررسی و مطالعه‌ی صرف متون قانونی نوشته، رویه و نظریات شورای نگهبان و، بسیار به ندرت، به آرای دادگاه‌ها^(۱۲) محدود می‌کند.

در این دیدگاه اهمیت نظریات و آرای شورای نگهبان در مطالعه‌ی حقوق اساسی جای خود را دارد. اما رویه‌ها و روال‌های اجرای اصول قانون اساسی خود را در مطالعه‌ی حقوق اساسی تحمیل می‌کنند و بدین ترتیب نقش بلامنازع آرا و نظریات شورای نگهبان و حتی آرای دادگاه‌های عمومی را، در موارد اندکی، مقید می‌کنند. توجه به این موضوع از دیدگاه مفهومی خاص از قانون اساسی ضروری است. اگر قانون اساسی را همچون مستقرکننده‌ی یک نظم هنجاری غالب و فراگیر فرض کنیم، مسئله‌ی ضمانت اجرا به موضوعی ثانوی بدل می‌شود، چراکه وابسته و منوط به این نظم می‌شود و نمی‌تواند بر آن مسلط و فائق باشد. همان‌طور که نظریه‌ی معاصر رایج در برابر آن سر فرود می‌آورد و در رویه‌ی قضایی و آرای دادگاه قانون اساسی کلید در ورود به این کاخ را می‌جوید. درحالی‌که آرای دادگاه قانون اساسی ضمانت اجرای قانون اساسی را کامل می‌کند، شرط وجود آن نیست. بنابراین قانون اساسی بدون ضمانت قضایی هم می‌تواند وجود داشته باشد و فقدان ضمانت قضایی وصف هنجاری را از قانون اساسی سلب نمی‌کند و ضمانت اجرای مسئولیت سیاسی هم به عنوان یکی از ضمانت‌اجراهای مهم وجود دارد و الزام به احترام به اصول قانون اساسی را تأمین می‌کند. همان‌طور که مورد وزیر اطلاعات در ایران نشان می‌دهد، مسئولیت سیاسی در این زمینه دست‌کم با قدرتی مشابه ضمانت اجرای نظریات شورای نگهبان عمل می‌کند.

استدلال کردن برای یک حقوق‌دان حقوق اساسی که رویه‌ی قضایی شورای نگهبان (یا دادگاه قانون اساسی) اول و آخر حقوق اساسی است، مثل این است که یک حقوق‌دان حقوق بین‌الملل عمومی همه‌ی حقوق بین‌الملل را در رویه‌ی قضایی دادگاه‌های بین‌المللی ببیند. بنابراین خلاصه کردن حقوق اساسی به رویه و نظریات شورای نگهبان، حقوق اساسی را مبتلا به نزدیک‌بینی می‌کند و در این صورت وقتی ابعاد سیاسی حقوق اساسی، مانند مسئولیت، به

میان می‌آید، پیروان این نظریه ساکت می‌شوند و حرفی برای گفتن ندارند.

تضاد و دوگانگی میان وجود و حضور واقعی این قواعد رفتار سیاسی (کنوانسیون یا رویه‌ی اجرای اصول قانون اساسی) و عدم وجود و اعتبار و ارزش حقوقی آن‌ها (این قواعد در معنای کلسنی و پوزیتیویستی یا وضعی معتبر نیستند) را می‌توان به ترتیب زیر هم توضیح داد. هرچند کنوانسیون‌های قانون اساسی خصلتی هنجاری از خود به نمایش می‌گذارند، ضمانت‌اجرائیشان کاملاً سیاسی است. از دیدگاه وضعی صرف، کنوانسیون‌های قانون اساسی از دسته رویه‌های سیاسی‌اند که رویه‌ی حقوقی بادیادک قانون اساسی^(۱۳) (آرا و نظریات شورای نگهبان) اعتباری برای آن نمی‌شناسد. در این موارد تا جایی که اطلاع داریم، شورای نگهبان موضعی نداشته است، چراکه عدم مغایرت با متن قانون اساسی نوشته تنها مستندی است که مبنای نظارت شورا بر قوانین مجلس است. البته این رویکرد از دیدگاه وضعی صرف است که گفته می‌شود رفتار بازیگران سیاسی نیز تأثیری بر داورهای شورا و قواعدی که به کار می‌برد، ندارند. اما از دیدگاهی غیروضعی (غیرپوزیتیویستی) چنین نیست و رفتار بازیگران سیاسی بر تصمیمات شورا اثر دارد و روش پوزیتیویستی ابزارهای لازم برای فهم و رصد این تأثیرات را ندارد. اگر موضوع عزل وزیر اطلاعات به شورای نگهبان ارجاع شود، این شورا چه نظری درباره‌ی این موضوع می‌تواند عرضه کند؟ به نظر می‌رسد با توجه به نظریاتی که تاکنون صادر کرده و اصول تفسیری که می‌توان از نظر شورا استخراج کرد، تا حدودی و در بیشتر موارد، به تفسیری پوزیتیویستی از اصول قانون اساسی پایبند خواهد بود.

ضمانت رفتارهایی که کنوانسیون‌ها یا رویه‌های اجرای قانون اساسی توصیه می‌کنند، تنها می‌تواند سیاسی باشد. اختلافاتی هم که در اعمال و اجرای آن‌ها بروز می‌کند، در زمین سیاست و با رأی شهروندان، مانند اختلافات سیاسی دیگر حل و فصل می‌شوند (Avril, 1997, 154). به‌طور خلاصه باید گفت کنوانسیون‌های قانون اساسی نمی‌توانند مدعی هم‌شانی و همسنگی با قاعده‌ی حقوقی باشند؛ این‌ها چیزی جز «قاعده‌ی اجرای قانون اساسی» نیستند. این چنین دوگانگی نهفته در کنوانسیون قانون اساسی آشکار می‌شود؛ کنوانسیون‌ها یا رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی قاعده‌ی اجرای قانون اساسی‌اند، اما ماهیت سیاسی دارند. پرسشی که ماهیت غیرحقوقی این قواعد پیش روی ما می‌گذارد، این است که چرا این قواعد با وجود ماهیت سیاسی موضوع حقوق اساسی‌اند؟ پاسخ این است که این دسته از قواعد آنگاه در قلمرو حقوق اساسی قرار می‌گیرند که مفهومی موسع از نظام حقوق اساسی داشته باشیم. به عبارت دیگر، آیا موضوع حقوق اساسی تنها قوانین نوشته است یا قواعد نانوشته را هم در برمی‌گیرد؟ تنها در صورتی که موضوع حقوق اساسی را به قواعد نانوشته هم تسری دهیم،

کنوانسیون‌ها یا رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی موضوع مطالعه‌ی حقوق اساسی خواهند بود. در این دیدگاه حقوق اساسی هرچند بخشی از حقوق است، همان‌گونه‌که کنوانسیون قانون اساسی نشان می‌دهد، محدود به حقوق نیست. به عبارت دیگر، نظام حقوق اساسی از یک سو با ضمانت‌های حقوقی و از سوی دیگر با ابزارهای سیاسی ضمانت می‌شود. در این رویکرد حقوق اساسی یک «حقوق سیاسی» است. تجزیه و تحلیل این دو کلمه و تأمل در معنای آن به وضوح ماهیت چنین عنوان متضادی را نشان می‌دهد که از یک سو «حقوق» است و از سوی دیگر «سیاسی» است.

وقتی از حقوق اساسی سخن می‌گوییم، «موضوع نه بحث از قانون مجازات و نه آیین دادرسی مدنی و نه قوانینی از این دست است؛ بلکه مسئله‌ی چارچوب‌بندی «کار مُلک» و رتق و فتق و اداره‌ی امور حکومت است: قانون اساسی ابزار و وسیله‌ای است که با آن سیاست جامه‌ی عمل می‌پوشد و سیاست بر مبنای آن از خود واکنش نشان می‌دهد؛ تا آن را با الزامات عمل سازگار کند». ضرورت‌ها و الزاماتی که اجرای متن ناگزیر باید به آن پاسخ گوید، و اجرای متن با پرده برداشتن از توانایی‌های بالقوه نهفته در متن مانند امکان (و حتی) تحریفات به آن جهت و سمت و سو خواهد داد، منابع تفسیر متن را مجهز و در نتیجه بازیگران سیاسی اعمال خود را با آن تنظیم خواهند کرد.

نظاره‌ی دقیق حوادث مربوط به قانون اساسی فرصت شناسایی پیشینه و سوابق را فراهم می‌کند. مجموعه‌ی پیشینه و سوابق در هر زمینه‌ای رویه‌ای را در آن حوزه تشکیل می‌دهد. این رویه‌ها روح و مذاق حاکم بر نهادها و تحول کم و بیش گُندشان را نمایش می‌دهند. وقتی که متن قانون صریحاً راه‌حلی نشان نمی‌دهد، برای اجرای آن باید به این روح و مذاق متوسل شد، چراکه این رویه‌ها که در زمان و مکان جریان دارند، نمی‌توانند شرایط و روح زمانه‌ای را که در آن هستند، فراموش کنند.

باید توضیح داد که چگونه متن دوپهلوی اولیه که امکان وقوع چند گزینه‌ی سیاسی ناهمگن و حتی متضاد را ممکن می‌کرد، به سمت و سویی که امروز در آنیم، حرکت کرد و به راه دیگری نرفت. تفسیر قانون اساسی از سوی بازیگران سیاسی که در رویه‌های سیاسی خودنمایی می‌کند، می‌تواند این اشکال را برانگیزد که پیروی از این راه خطرناک است و می‌تواند قانون اساسی را با خطر فروپاشی مواجه کند.

این دیدگاه از تأکید و تعصب بر قانون اساسی نوشته فاصله می‌گیرد تا نقش رویه‌های سیاسی مربوط به قانون اساسی را بشناسد. با ترویج این دیدگاه می‌خواهیم از غیرت بر متن نوشته‌ی قانون اساسی وداع کنیم و جایی به رویه‌ها بدهیم؛ به تفسیر قانون اساسی و قواعدی

که بیرون از متن قانون اساسی پدیدار می‌شوند. با تکیه بر نمونه‌های رویه‌های قانون اساسی نتیجه می‌گیریم که معنای متن قانون اساسی تنها از مفهوم و منطوق آن سرچشمه نمی‌گیرد؛ بلکه به عکس به ارزیابی و داوری سیاسی بسته است. تفسیر، در ساخت حقوقی، مختص قانون اساسی و در صلاحیت شورای نگهبان است، اما نباید از رشد و نمو قواعد خارج از متن و تفسیر و برداشت‌های بازیگران سیاسی، در ساخت حقیقی، غافل شد. محتوای واقعی قانون اساسی را نه می‌توان با رجوع تنها به تفاسیر آن دریافت و نه با برداشتی سیاسی از متن فهمید. حقوقدان حقوق اساسی باید در جایی بایستد که بتواند توضیح دهد؛ دو اصل مشابه در دو قانون اساسی متفاوت یا در دو فضای سیاسی متفاوت می‌توانند معنا و محتوایی کاملاً متفاوت داشته باشند.

دایسی در فصل پانزدهم کتابش، از ضمانت اجرای کنوانسیون‌ها یا رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی^(۱۴) (Dicey, 1915: 292) بحث می‌کند: «کنوانسیون‌ها یا رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی در زمره قوانین الزام‌آور نیستند، یعنی قواعدی به‌شمار نمی‌روند که دادگاه‌ها اجرای آن را تضمین کنند. اگر نخست‌وزیر پس از رأی عدم اعتماد مجلس عوام همچنان در قدرت بماند، همان‌گونه که گُرد پالمرستون در شرایط مشابهی این کار را کرد، یا اگر مجلس عوام را [پس از رأی عدم اعتماد به کابینه] منحل کند، به عبارت دقیق‌تر، اگر اجازه‌ی انحلال مجلس را از مقام سلطنت بگیرد؛ یا اگر برخلاف گُرد پالمرستون، نخست‌وزیر دوباره با رأی عدم اعتماد مجلس عوام جدید مواجه شود، و اگر پس از همه‌ی این اتفاقات نخست‌وزیر همچنان دولت را ترک نکند، هیچ‌کس نمی‌تواند انکار کند که رفتار نخست‌وزیر مخالف قانون اساسی است. با این همه، این موضوع در صلاحیت هیچ دادگاهی نیست. از نظر دایسی این مسئله هنگامی هم که در مجلس، قانونی تصویب می‌کنند و پادشاه از توشیح و صحه‌ی آن سر باز می‌زند، پیش می‌آید. در این مورد هم قاعده‌ی مهمی نقض شده است که هیچ آیین مشخصی در حقوق انگلستان برای اقامه‌ی آن در محضر دادگاه وجود ندارد. (Dicey, 1902: 340)

اصرار بر این وضعیت در ایران و ادامه‌ی آن کار دولت را با اخلال مواجه می‌کند و اداره‌ی امور کشور را عملاً مختل خواهد کرد؛ همان‌طور که ماجرای عزل وزیر اطلاعات و خانه‌نشینی یازده‌روزه‌ی رئیس‌جمهور وقت چنین نتیجه‌ای داشت. در عین اینکه هیچ مقام قضایی و هیچ دادگاهی نمی‌توانست وارد موضوع شود و به این اختلاف رسیدگی و حکم قضایی دعوا را صادر کند. حل و فصل و رفع اختلاف در این موضوع اساساً در صلاحیت هیچ دادگاهی نیست. مزیت و برتری مهم این دیدگاه آن است که مسئله‌ی تفسیر قانون اساسی را موضوع اصلی و اولیه‌ی تحلیل حقوق اساسی قرار می‌دهد. تفسیر قانون اساسی، همان‌طور که دیدیم، محدود

به تفسیر شورای نگهبان نیست، بلکه بازیگران عرصه‌ی سیاست و توازن نیروهای سیاسی نقش مهمی در این موضوع دارند. این‌جاست که می‌توان بر این دیدگاه نقد وارد کرد که در چنین وضعی قانون اساسی مانند بادی‌بادی خواهد بود که با اعمال سیاسی مختلف به جهات مختلف سیر خواهد کرد و در هوا معلق خواهد بود. در چنین شرایطی عملاً قانون اساسی و اساس و بنیادی در میان نخواهد بود. آنگاه که اصل با رویه‌ها و رفتارهای سیاسی است، قانون اساسی در چنین شرایطی فرع و تابعی از اصل است و فرو خواهد پاشید.

اما به این اشکال از دو منظر حقوقی و سیاسی می‌توان پاسخ داد؛ نخست اینکه در موضوعی مانند وزیر اطلاعات در ایران مجلس شورای اسلامی به‌عنوان یکی از بازیگران عمده در این موضوع، حتی پس از «هماهنگی» رئیس‌جمهور و رهبر نقشی بی‌بدیل ایفا می‌کند و اساساً پس از رأی اعتماد مجلس به وزیر مقام وزارت از نظر حقوقی «محقق» می‌شود. از سوی دیگر، ترویج چنین دیدگاهی قانون اساسی را بادی‌بادی معلق در هوا نمی‌کند، بلکه مقام و جایگاه قانون اساسی در مقام «اساس و بنیاد» هر جامعه‌ای نزد هر ملت است که اجازه می‌دهد تا با قانون اساسی چنین رفتار شود و چنین مقام و مرتبه‌ای است که حدود و ثغور فاصله گرفتن از اصول قانون اساسی و جهت قواعد و رویه‌های نانوشته را تعیین می‌کند. بررسی چنین موضوعی و نشان دادن اهمیت قواعد نانوشته و در عین حال نیفتادن در دام بادی‌بادی شدن قانون اساسی مانند عبور از راه باریک و تاریکی است که برای فهم درست قانون اساسی باید برای مواجهه با آن خطر کرد. در این نوشتار کوشیدیم تا از افتادن در این دام و در این خطرگاه پرهیز کنیم و شرایط پدیدار شدن قواعد نانوشته‌ی قانون اساسی و نقش آن را در نظام حقوق اساسی نشان دهیم.

نتیجه‌گیری

پرداختن به موضوع قانون اساسی نانوشته و جایگاه آن در یک نظام حقوقی و نسبت آن با قواعد دیگر، موضوع دشواری است، به‌ویژه اینکه یافتن سابقه‌ها و رویه‌ها در تاریخ حقوق اساسی کوشش گسترده‌ای می‌طلبد که از توان یک تن و یک مقاله بیرون است. بنابراین در این مقاله تنها مقدماتی درباره‌ی این موضوع ارائه شد.

در نظام حقوق اساسی ایران به‌سادگی نمی‌توان این موارد را در زمره‌ی عرف حقوق اساسی یا قواعد نانوشته‌ی حقوق اساسی به‌شمار آورد. برای مثال برخی رویه‌ها در شورای نگهبان سال‌هاست اجرا می‌شود و با مخالفت صریح و ضمنی بسیاری از نیروهای سیاسی و حتی چند تن از رؤسای جمهور ایران مواجه شده است. در چنین مواردی یکی از ارکان

رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی (اجماع و رضایت)، در این موارد غایب است و نمی‌تواند ذیل عنوان عرف و رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی شناسایی شود. به تعبیر یکی از نویسندگان حقوق اساسی: «قاعده‌ی عرفی باید در بستری قانونمند شکل بگیرد و رویه‌ی مخالف قانون اساسی نمی‌تواند قاعده‌ی عرفی تلقی گردد» (عمید زنجانی، ۱۳۸۷: ۸۷).

این رویه‌ها را چنانچه اجماعی باشند و طرفین بر مفاد آن اتفاق کنند، می‌توان یکی از رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی محسوب کرد، اما می‌دانیم که هر رویه‌ای چنین جایگاهی ندارد. بنابراین نمی‌توان آن‌ها را در مقام قاعده‌ی نانوشته‌ی حقوق اساسی شناخت. پس اگر این روش‌ها اجماعی و متفق‌علیه نباشند، نمی‌توانند به‌عنوان رویه و عرف پذیرفته شوند و همیشه بدان‌ها به چشم متجاوز نگاه خواهد شد تا روزی که به مجرای صحیح خود بازگردند.

دادگاه قانون اساسی کانادا در رأیی دلایل مذکور را چنین بیان کرده است: «موضوع اصلی رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی تضمین چارچوب حقوقی قانون اساسی است که بر مبنای اصول یا ارزش‌های مشروطه‌خواهانه‌ی زمان عمل خواهند کرد». گوفری مارشال می‌نویسد: «رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی قواعدی هستند که حقوق، اختیارات و تعهدات غیرحقوقی^(۱۵) صاحب‌منصبان قوای سه‌گانه و روابط میان این نهادها را تعیین می‌کنند. برخی از این رویه‌ها تکلیف‌آورند^(۱۶) و برخی دیگر حق‌آورند. هدفشان اصولاً تضمین کارکرد مؤثر نظام مسئولیت سیاسی^(۱۷) است».

این پرسش را می‌توان طرح کرد که آیا اساساً رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی می‌توانند در فضایی رشد کنند که در آن حکومت قانون در همه‌ی عرصه‌ها حاکم نیست و قانون فصل‌الخطاب نیست و راه‌هایی، برای گروه‌هایی است تا از حکم قانون شانه خالی کنند. در چنین شرایطی، شاید پرداختن به این موضوع چندان ثمری نخواهد داشت و نمی‌توان نمونه‌ها و مصادیقی از رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی را شناسایی کرد.

روح قانون اساسی نحوه‌ی خوانش و فهم قانون اساسی را تعیین می‌کند. بنابراین روح قانون اساسی رویه‌ی بنیانگذار در فهم و اجرای اصول قانون اساسی است. تفسیر قانون اساسی رویه‌های تفسیری اجرای اصول قانون اساسی را معین می‌کند و قواعد نانوشته‌ی قانون اساسی رویه‌های خلق‌کننده‌اند که در کنار قواعد نوشته در آن‌ها دخل و تصرف می‌کنند.

این ماهیت سیاسی حقوق اساسی تا به امروز در ایران فراموش شده است. پرداختن به این وجوه حقوق اساسی کوششی برای یادآوری این وجه دور از نظر حقوق اساسی است. قانون اساسی در پرتو نوری که مردم بر آن می‌تابانند، فهمیده می‌شود. وقتی در انتخابات یا واقعه‌ای معنادار مردم علامت و پیامی می‌فرستند، قانون اساسی اصولاً باید در نسبت با این پیام دریافت

شود. بنابراین اگر اصل چنین باشد، پس متن‌نوشته‌ی قانون اساسی ممکن است متفاوت با الفاظ آن و مطابق با اراده‌ی مردم تفسیر و فهمیده شود. اما وقتی چنین پیام‌هایی، به دلایل مختلف، جدی گرفته نشده و لحاظ نمی‌شوند، متن‌نوشته‌ی قانون اساسی بنابر خواست و منافع نظام حاکم و غالب تفسیر می‌شود. در چنین شرایطی گفته می‌شود متن پیش از اجرای آن معنایی ندارد و معنای متن از رویه‌ی معینی که جاری است، فهمیده می‌شود.

یادداشت‌ها

۱. ر.ک: مشروح گفت‌وگوی تفصیلی فارس با حجت‌الاسلام مصلحی، جزییات عزل مصلحی به روایت خودش مورخ ۹۳/۲/۱۶: «...زمانی که قرار شد وزیر اطلاعات شوم یکی از حرف‌هایم این بود که این جایگاه به تأیید نظر مقام معظم رهبری نیاز دارد و از آن‌جا نیز با بنده صحبت شد که شما مشکلی در این زمینه ندارید؟ من نیز پاسخ دادم احساسم این است که می‌توانم کاری انجام دهم لذا براساس اینکه نظرم این بود که نظر آقا باید باشد این مسئولیت را پذیرفتم» (آخرین بازدید ۱ مرداد ۱۳۹۶).
۲. رئیس‌جمهور وقت در نصب معاون اول و عزل وزیر اطلاعات با مخالفت رهبر مواجه شد، در مورد نخست با تأخیر چندروزه و در مورد دوم با تأخیر ده‌روزه امتثال امر کردند.
۳. غلامرضا مصباحی مقدم این سخنان را در جریان بررسی لایحه‌ی بودجه‌ی سال ۱۳۹۰ و با اشاره به تذکرات مکرر نمایندگان برای برگزاری جلسه‌ی غیرعلنی گفته بود.
۴. در صورت بی‌توجهی مقام مربوطه به رویه‌ی جاری اجرای اصول قانون اساسی، نهادهای ناظر دیگر، مانند مجلس شورای اسلامی نیز می‌توانند از ابزارهای نظارتی خود مانند رأی عدم اعتماد استفاده کنند. بنابراین در این موارد ابزارهای نظارت برای تضمین اجرای رویه‌ها منحصر به حکم حکومتی نیست.
۵. ممکن است برخی این موارد را ذیل بند ۸ اصل ۱۱۰ «حل معضلات نظام که از طرق عادی قابل حل نیست» بدانند، درحالی‌که با توجه به قسمت اخیر بند ۸ که تصریح به «از طریق مجمع تشخیص مصلحت نظام» کرده است، این فرض منطبق بر بند ۸ اصل ۱۱۰ نیست.
6. The Morality of Constitution
۷. مصطفی کواکبیان، نماینده‌ی وقت سمنان و عضو فراکسیون اقلیت، گفته بود: «در خصوص انتصاب چهار وزیر اطلاعات، امور خارجه، دفاع و فرهنگ و ارشاد اسلامی باید با مقام معظم رهبری هماهنگی شود. این بار نیز در مورد وزیر اطلاعات باید با رهبری انقلاب مشورت و بعد نسبت به جابجایی اقدام می‌شد» (شرق، ۱ اردیبهشت ۱۳۹۰: ۱). البته اغلب وزیر کشور را نیز به این فهرست اضافه کرده‌اند. اعضای فراکسیون اقلیت همچنین درخواست راهپیمایی در صحن علنی مجلس، در اعتراض به برکناری وزیر اطلاعات دادند. محمدرضا تابش دبیرکل این فراکسیون در این خصوص گفت: «اعضای فراکسیون اقلیت خواهان راهپیمایی در صحن مجلس و اعلام موضع نسبت به برکناری وزیر اطلاعات بودند» (شرق، ۱ اردیبهشت ۱۳۹۰: ۳).
8. Jennings test.
۹. سردار سرلشکر غلامعلی رشید، جانشین رئیس ستاد کل نیروهای مسلح گفته بود: مقامات و مسئولین در تصمیم‌گیری‌ها و اقدام، اصول و اهداف انقلاب اسلامی و تبعیت از ولایت فقیه را باید به‌عنوان شاخص و راهنما در نظر بگیرند.
۱۰. گوفری مارشال هم تمایز میان قاعده‌ی حقوق اساسی و رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی را چنین توضیح می‌دهد:

"Conventions are distinguishable from rules of law; though they may be equally important, or more important than rules of law", op. cit. p. 210.

بنابراین الزاماً این‌گونه نیست که ارزش و اهمیت رویه‌های اجرای اصول قانون اساسی کمتر از قاعده‌ی حقوقی باشد و چه‌بسا اهمیت و الزام بیشتری هم داشته باشد.

۱۱. مفهوم «امکان عقلی و امکان حقوقی» را در این‌جا با توجه به مفهوم «امکان عقلی و امکان شرعی» نزد فقها آورده‌ایم و به تفاوت این دو سطح در متون حقوقی نظر داریم. موضوعی ممکن است از نظر عقلی ممکن و شدنی باشد، اما از دیدگاه حقوقی نمی‌تواند ممکن باشد و حقوق و شرع آن را شرعی و قانونی ندانند. مقصود از امکان نقض قانون اساسی، امکان عقلی این نقض است و نه امکان حقوقی (شرعی) آن؛ «و المراد باحتمال المخالفة، امکان وقوعها عقلاً و لا شرعاً» (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۳۵: ۲۲۳؛ خوانساری، (بی تا) ج ۵: ۵۰).

۱۲. حقوق اساسی در ایران هنوز توجهی به آرای دادگاه‌ها در زمینه‌ی موضوعات مرتبط با آن مانند ضمانت حقوق و آزادی‌ها نشان دهد. در کتاب‌های حقوق اساسی ایران در ذیل عناوین مربوط به حقوق و آزادی‌ها به رویه‌ی قضایی و نقد و بررسی آن توجه نشده است. این وضع نشان می‌دهد که هنوز ضمانت‌اجراهای قضایی حقوق و آزادی‌ها در درس‌های حقوق اساسی اهمیت نیافته؛ این در حالی است که مطالعات و آثار جهانی حقوق اساسی بیش از پیش به تحولات رویه‌ی قضایی حقوق و آزادی‌ها توجه نشان می‌دهد. حتی این بخش از حقوق اساسی با عنوان حقوق و آزادی‌های بنیادین از حقوق اساسی منفک شده و در کتاب جداگانه‌ای مطالعه می‌شود. مقصود از اصطلاح حقوق بنیادین در این درس‌ها حق‌هایی است که ضمانت‌اجرای قضایی دارند و در دادگاه می‌توان آن‌ها را مطالبه کرد.

13. Donald P. Kommers, see: The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, Duke University Press, 1997.

14. The sanction by which the Conventions of the Constitution are enforced, Dicey.

15. Non legal.

16. Duty-imposing.

17. Political accountability.

منابع

الف) فارسی و عربی

۱. الهام، غلامحسین (اردیبهشت ۱۳۹۰)، پروژه تحقیق «یاری مؤمنین»، رسالت.
۲. خوانساری، سید احمد (بی تا)، جامع المدارک، تصحیح علی اکبر غفاری، تهران، مکتبه الصدوق، ج ۵.
۳. محمدی ری شهری، محمد (۱۳۸۳)، خاطره‌ها، ج ۳، مرکز اسناد انقلاب اسلامی.
۴. عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۷)، مبانی حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: مجد، چ اول.
۵. نجفی، محمدحسن (۱۳۶۷)، جواهرالکلام، تصحیح شیخ عباس قوچانی، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چ سوم، ج ۳۵.

ب) فرانسوی

6. Avril, Pierre (1997), **Les Conventions de la Constitution**, (Normes non écrites du droit politique), PUF, coll. Léviathan, Paris.
7. Beaud, Olivier (1999), "Le droit constitutionnel par-delà le texte constitutionnel et la jurisprudence constitutionnelle - A propos d'un ouvrage récent", Cahiers du Conseil constitutionnel n° 6 - janvier.
8. Dicey, Albert Venn (1902), **Introduction to the study of the law of the constitution**, trd. Fr, (*Introduction à l'étude du droit constitutionnel*), Paris.
9. Albert Venn (1982), **Introduction to the study of the law of the constitution**, Liberty Classics, Indianapolis, p. 292.
10. Capitane, René (2001), «La coutume constitutionnelle», in *Les écrits constitutionnels*, éd. Panthéon Assas, Paris.
11. Marshall, Geoffrey (1987), **Constitutional Conventions: The Rules and Forms of Political Accountability**, oxford.
12. Strauss, David (2000), **The Living Constitution**, Oxford-New York: Oxford University Press, coll. 'the Inalienable Rights'.
- Wachsmann, Patrick (1998), Commentaire de P. Wachsmann relatif au livre de Pierre Avril "Les conventions de la Constitution", Cahiers du Conseil constitutionnel n° 4 - avril.

بررسی نظریه‌ی تفکیک قوا در جمهوری اسلامی ایران با نگاهی به رابطه‌ی ولایت فقیه با تفکیک قوا

علی شیعه‌علی^{۱*}، وحید زارع^{۲**}

۱. : استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد شیروان، خراسان شمالی، ایران

۲. کارشناس ارشد حقوق عمومی دانشگاه تهران، تهران، ایران

پذیرش: ۱۳۹۶/۵/۲۳

دریافت: ۱۳۹۶/۱/۲۲

چکیده

نظریه‌ی تفکیک قوا در جمهوری اسلامی ایران پذیرفته شده است، این مسئله از لایه‌لای قوانین و نظریات شورای نگهبان برداشت می‌شود. اما اجرای نظریه‌ی مذکور در برخی موارد ابهاماتی دارد و در مواردی مرز میان محدوده‌ی اختیارات قوا مورد تردید است، از این رو شورای نگهبان در مقام نهاد تفسیر قانون اساسی و همین‌طور ناظر بر مصوبات کشور با ورود به موضوع، اقدام به حل اختلاف میان قوای سه‌گانه می‌کند. موضوع این مقاله بررسی ماهیت نظریه‌ی تفکیک قوا و تحلیل برخی از مهم‌ترین موارد تداخل ظاهری اختیارات قوای سه‌گانه و نظریات شورای نگهبان در این زمینه است و نتیجه اینکه در مصادیقی که احتمال ایجاد تداخل ظاهری در اختیارات قوای سه‌گانه وجود دارد، شورای نگهبان در مقام نهاد تفسیر قانون اساسی اختلاف میان قوای سه‌گانه را رفع و قوای حاکم در مسئله را مشخص می‌کند. این اصل براساس ساختار نظام سیاسی جمهوری اسلامی ایران بیشتر برای سازگار کردن قوای سه‌گانه کاربرد دارد، از این رو با توجه به ساختار حکومتی ایران و حضور نهاد ولایت فقیه و اقتدار کاملش بر همه‌ی ارکان قدرت، برداشت مدرن از نظریه‌ی تفکیک قوا نمی‌تواند پذیرفته شود و باید همان جنبه‌ی سنتی این اصل مدنظر قرار گیرد. به علاوه تفکیک قوا براساس قانون اساسی مسئله‌ای نسبی است. این مقاله به روش توصیفی-تحلیلی نگاشته شده است.

واژگان کلیدی: تداخل وظایف، تفکیک قوا، شورای نگهبان، قانون اساسی، ولایت فقیه.

مقدمه

تفکیک قوا در بسیاری نظام‌های سیاسی حاکمیت دارد و براساس قانون اساسی در جمهوری اسلامی ایران نیز اجرا می‌شود. امروزه بحث در این مورد بیشتر درباره‌ی نحوه‌ی پیاده‌سازی آن برای جلوگیری از تمرکز قدرت و افزایش کارآمدی نظام‌های حکومتی است. از این رو آنچه برای نظام جمهوری اسلامی ایران اهمیت دارد، ابعاد مدیریتی تفکیک قواست. عملیاتی کردن این نظریه و جلب وفاق صاحب‌نظران و کارگزاران با توجه به الگوهای مختلف اجرای آن در نظام‌های مختلف، می‌تواند حصول کارآمدی حداکثری نظام مقدس جمهوری اسلامی ایران را شتاب بیشتری بخشد و از این نظر ضرورت طرح این بحث به نظر می‌رسد.

توجه به نظریات شورای نگهبان درباره‌ی تفکیک قوا می‌تواند در کنار قانون اساسی در درک بهتر آن راهگشا باشد. در این مقاله که به روش توصیفی-تحلیلی است، نظریه‌ی تفکیک قوا در چارچوب قانون اساسی با نگاهی به نظریات شورای نگهبان و تأکید بر عملکرد آن در نظام حکومتی ایران با توجه به حضور ولایت فقیه از نظر تقسیم وظایف قوای سه‌گانه بررسی می‌شود.

سؤال این مقاله این است که تفکیک قوا در جمهوری اسلامی ایران مطابق قانون اساسی و نظریات شورای نگهبان مبتنی بر کدام یک از برداشت‌های دوگانه‌ی سنتی و مدرن متعارف از این نظریه، که یکی بر تقسیم وظایف و دیگری بر شکست و توزیع قدرت تأکید دارد، پذیرفته شده است؟

فرضیه‌ی مقاله عبارت است از اینکه این نظریه در جمهوری اسلامی ایران پذیرفته شده و با توجه به اصول قانون اساسی و نظریات شورای نگهبان همان برداشت سنتی از آن مدنظر است. در این زمینه می‌توان به پژوهش‌ها و مقالات زیر اشاره کرد:

مقاله‌ی «تفکیک قوا؛ رؤیای تقدیس‌شده» (عباسعلی کدخدایی و...) که نگاهی انتقادی به نظریه‌ی تفکیک قوا دارد و بیان می‌کند که صرف‌نظر از چالش‌های کارکردی این نظریه، همچنان از تناقضات و نواقص تئوریک متعددی رنج می‌برد. در این مقاله فهم نادرست تفکیک‌گرایان از قدرت نقد می‌شود و ضرورت پردازش نظریه‌ای جایگزین مبتنی بر اندیشه‌های بومی و متناسب با اقتضائات حیات نوین جوامع بشری اثبات می‌شود.

مقاله‌ی «ریشه‌های فکری اصل تفکیک قوا» (پرویز علوی و...) که در آن به‌منظور آشنایی با نظریه‌ی تفکیک قوا، به مطالعه‌ی اندیشه‌های طرح تفکیک قوا در غرب و در اندیشه‌ی علمای شیعی پرداخته شده و در پی آن انواع تفکیک قوا و نظام‌های مبتنی بر آن ارائه شده است.

مقاله‌ی «استقلال قوا در قانون جمهوری اسلامی ایران» (محمدعلی صنیعی منفرد) که به

تبيين ابعاد حقوقی و مدیریتی نظریه‌ی تفکیک قوا مندرج در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران می‌پردازد و با بررسی انواع الگوهای ممکن، الگوی متناسب با قانون اساسی را مطرح می‌کند و در معرض ارزیابی صاحب‌نظران حقوق، علوم سیاسی و مدیریت می‌گذارد.

مقاله‌ی «تفکیک قوا در نظام سیاسی اسلام و جمهوری اسلامی ایران» (حسین جوان آراسته) به دنبال بررسی موضع نظام جمهوری اسلامی ایران درباره‌ی تفکیک قواست و اثبات می‌کند نظام سیاسی اسلام فلسفه‌ی اصلی تفکیک قوا را به رسمیت نمی‌شناسد؛ جمهوری اسلامی ایران نیز هرچند تفکیک قوا را به رسمیت شناخته، ولی آن را متناسب با مبانی خود بومی‌سازی کرده است.

مقاله‌ی «نقد مبانی انسان‌شناسی اصل تفکیک قوا» (توکل حبیب‌زاده و...) به بررسی مبانی فلسفی و انسان‌شناختی تفکیک قوا در دوران معاصر براساس نگاه اسلام به انسان می‌پردازد و سپس الگویی تحلیلی در نظرگاه اسلامی در خصوص این اصل و کارکرد آن در حاکمیت اسلامی ارائه می‌دهد.

مقاله‌ی «تفکیک قوا از منظر اندیشمندان اسلامی» (علی ابوالفضل) به بررسی نظریات فقهای اسلامی در زمینه‌ی تفکیک قوا می‌پردازد و نتیجه می‌گیرد این نظریه براساس اصل اولی در نظام سیاسی اسلام قابل پذیرش نیست، اما از باب اضطرار جهت تقسیم کار و تسهیل امور می‌توان این نظریه را پذیرفت.

در این مورد مقالات دیگری هم یافت می‌شود. در این مقاله علاوه بر تبیین مبانی تفکیک قوا از نظر قانون اساسی، نگاهی نیز به نظریات شورای نگهبان در برخی موارد تداخل ظاهری وظایف قوای مختلف صورت گرفته است. نکته‌ی مهم و شایان توجه اینکه نظریات شورای نگهبان در این مقاله به عنوان شاهد مثال بیان شده و ذکر آن‌ها از این نظر است که با ذکر این شاهد مثال‌ها نمونه‌ی راه‌های برون‌رفت و حل موارد احتمالی تعارض از طریق شورای نگهبان که مفسر اصلی قانون اساسی است، تبیین شود. وجه افتراق دیگر مقاله با سایر مقالات بحث جایگاه ولی فقیه نسبت به قوای دیگر و تنافی احتمالی این نهاد عالی (از نظر نقش نظارتی‌اش بر قوا و امکان قانونی دخالت در آن‌ها) با تفکیک قواست که نگاهی نو به این قضیه انجام گرفته است.

در بخش اول این مقاله به ماهیت نظریه‌ی تفکیک قوا و سپس بررسی آن در جمهوری اسلامی ایران بر مبنای قانون اساسی پرداخته شده و پس از تبیین برداشت سنتی و مدرن از آن، موضع قانونگذار ایران در این زمینه بیان می‌شود. اشاره به برخی آرای شورای نگهبان در این زمینه راه‌گشاست؛ این امر در بخش بعدی این نوشتار بررسی می‌شود. سپس جایگاه نهاد

رهبری و نقش آن و نهادهای زیرنظرش از جهت نظارت بر قوا بررسی و این نهاد با تفکیک قوا مقایسه شده و تعارض احتمالی آن با این اصل بررسی می‌شود.

۱. مفهوم تفکیک قوا

نخستین بار ارسطو به تبیین و سازماندهی قدرت سیاسی دولت در قالب سه قوه اصلی مبادرت ورزید و حدود وظایف و اختیاراتشان را مشخص کرد (ارسطو، ۱۳۴۹: ۱۸۷). با وجود این دیدگاه وی تا حد زیادی مبتنی بر نوعی تقسیم کار میان قوای سیاسی بود و علاوه بر عدم انطباق با مبنای تخصصی وظایف قوای سه‌گانه از نظر مبنای تقسیم نیز تفاوت زیادی با دیدگاه‌های صاحب‌نظران در قرون جدید داشت (فلاح رفیع، ۱۳۸۳: ۲۲). پس از ارسطو تفکیک قوا در آثار بنیانگذاران مکتب حقوق فطری بر مبنای تجلی حاکمیت سیاسی در قالب کارویژه‌های گوناگون مطرح شد. براساس نظر ایشان وظایف و اختیارات حکومت متعدد است و باید هر یک را به نام بخشی از ظرفیت حاکمیت نامید (Hamilton, 1917: 19). اما تبیین دقیق مفهوم تفکیک قوا در کتاب *روح‌القوانین* اثر منتسکیو صورت گرفت. منتسکیو ایجاد توازن قوای سه‌گانه را ابزار اصلی تحقق این مقصود معرفی کرد (Montesquieu, 1948: 173) و با قالب‌بندی قدرت سیاسی در سه چارچوب تقنینی، اجرایی و قضایی در عین تقسیم صلاحیت‌های حکومتی میان سه قوه اعمال محدودیت در مسیر قدرت بی‌حدوحصر قوای دیگر را نیز به خود این قوا واگذار کرد. در ضمن گاهی این قوا بر هم نظارت نیز دارند که این به معنای تداخل آن‌ها نیست (Oleszek, 2010: 1). در ضمن این به معنای برهم‌زدن استقلال قوا نیست و برخی قوا به‌ویژه قوه قضاییه به‌دلیل کارکرد خاصشان باید استقلال داشته باشند (Bazan & Rosenberg, 2005:4).

در خصوص اهمیت تفکیک قوا گفته شده که هدف از تقسیم کار، ایجاد نظم برای هرچه بهتر انجام یافتن کارها و ساده‌تر شدن آنهاست. بر این اساس، تقسیم کار کارهای سنگین به‌آسانی انجام می‌گیرد و برای هر عملی مسئولی مشخص می‌شود که باید پاسخگوی مشکلات حوزه‌ی وظایف خود باشد (ساولین شاپیرو، ۱۳۸۰: ۲۴). به‌علاوه با تفکیک قوا افراد به‌تناسب استعدادها و تخصصشان به کارهای مناسب گماشته شده و جامعه از رشد سریع‌تری برخوردار می‌شود (علوی و صادقیان، ۱۳۸۹: ۲۶۷). همچنین در توجیه فلسفه‌ی تفکیک قوا آن را تضمینی برای جلوگیری از تخطی قوای سه‌گانه از حدود اختیارات آن‌ها ذکر می‌کنند (Dellinger, 1996, para, I). از دیگر نکات مهم در تفکیک قوا، چگونگی به‌دست آوردن و اعمال قدرت است. تأکید بر اینکه اشخاص و نهادهای حکومتی مستقل از یکدیگر تنفیذ

یابند، به‌منظور اشاره به این نکته‌ی مهم است که هر نوع قدرتی که در بطن حکومت وجود دارد، در دست یک شخص یا هیأت جمع نمی‌شود و باید قوای سه‌گانه مشخص باشند و یکدیگر را متعادل و کنترل کنند (دلاکامپانی، ۱۳۸۰: ۱۲۲).

اما نخستین زمینه‌های اعمال تفکیک قوا در ایران، با تدوین طرح غیررسمی قانون اساسی در سال ۱۲۷۶ و طرح دیدگاه‌هایی از سوی مستشارالدوله فراهم شد (آدمیت، ۱۳۵۶: ۲۰۰)، ولی اعلام ضرورت اعمال تفکیک قوای سیاسی نخستین‌بار در آثار علمایی چون ملاعبدالرسول کاشانی و میرزای نائینی صورت گرفت (علوی و صادقیان، ۱۳۸۹: ۲۶۶). میرزای نائینی در خصوص ضرورت تفکیک قوای سیاسی می‌نویسد: «از وظایف لازمه‌ی سیاسیه، تجزیه‌ی قوای مملکت است که هر یک از شعب نوعیه را تحت ضابطه و قانون صحیح علمی منضبط نماید» (نائینی، ۱۳۶۱: ۱۰۲).

با بررسی دیدگاه‌های میرزای نائینی درمی‌یابیم که تفکیک قوا از منظر ایشان مفهومی نسبتاً متفاوت با دیدگاه‌های صاحب‌نظران غربی دارد. این امر به‌ویژه از نظر شاهد مثال‌هایی که میرزای نائینی برای تفکیک قوا در اسلام معرفی می‌کند، قابل استنباط است.^۱

پس از انقلاب بخشی از دیدگاه‌های میرزای نائینی در متمم قانون اساسی مشروطیت انعکاس یافت. براساس اصل ۲۷ این قانون: «قوای مملکت به سه شعبه تجزیه می‌شود: اول قوه‌ی مقننه که مخصوص است به وضع و تهذیب قوانین...، دوم قوه‌ی قضاییه و حکمیه که عبارت است از تمیز حقوق...سیم قوه‌ی اجراییه...».

براساس اصل ۲۸ همین قانون قوای سه‌گانه مفصل اعلام شده بودند. با این حال با وجود پذیرش اصل تفکیک قوا در قانون اساسی مشروطیت، این اصل پیش از پیروزی انقلاب اسلامی بسیار مورد تعدی نهادهای اجرایی و حتی برخی کشورهای خارجی قرار گرفت.

۲. تفکیک قوا در جمهوری اسلامی ایران

تفکیک قوا در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در قالب استقلال قوای سه‌گانه رسمیت یافت. در حقیقت استقلال قوا با دربرداشتن مفهومی متمایز نسبت به دو برداشت اصلی تفکیک قوا، عمومات مورد پذیرش در هر دو برداشت را تا حد زیادی در خود منعکس می‌کند.

تفکیک قوای سیاسی در اصل ۵۷ قانون اساسی در قالب استقلال قوا اشاره شده است: «قوای حاکم در جمهوری اسلامی ایران عبارت‌اند از قوه‌ی مقننه، قوه‌ی مجریه و قوه‌ی قضاییه»

که زیر نظر ولایت مطلقه‌ی امر و امامت امت بر طبق اصول آینده‌ی این قانون اعمال می‌گردند. این قوا مستقل از یکدیگرند».

متن اولیه‌ی این اصل که در قالب اصل ۱۶ پیش‌نویس تنظیم شده بود، با اندکی تفاوت بدین قرار بود:

«قوای ناشی از اعمال حق حاکمیت ملی عبارت‌اند از: قوه‌ی مقننه، قوه‌ی قضاییه و قوه‌ی مجریه که باید همیشه مستقل از یکدیگر باشند و ارتباط میان آن‌ها بر طبق این قانون توسط رئیس‌جمهور برقرار می‌گردد».

البته پس از آغاز بررسی اصول پیشنهادی، در متن مورد بررسی در خصوص اصل تفکیک قوا، قوای سیاسی کشور شامل قوه‌ی ملت، قوه‌ی مقننه، قوه‌ی قضاییه و رهبری بود و همین مبنا نیز در مجلس خبرگان قانون اساسی مورد مذاکره قرار گرفت (مشروح مذاکرات قانون اساسی، ۱۳۶۴، ج ۱: ۵۳۷).

در جریان بازنگری در قانون اساسی نیز استقلال قوا با توجه به نقش مهم آن در همکاری قوا، برخلاف تفکیک قوا که به گسیختگی ارتباط قوا منجر می‌شد، مرجع دانسته شد (مشروح مذاکرات بازنگری، ۱۳۶۹: ۹۷۷). ایفای این نقش تنظیم‌گر از جانب رهبری و پذیرش آن در قانون اساسی اصولاً نقطه‌ی تمایز تفکیک قوای موجود در ساختار جمهوری اسلامی ایران نسبت به سایر دموکراسی‌هاست. دیگر اصول مرتبط تفکیک قوا مانند اصول ۱۱۳ و ۱۵۶ قانون اساسی نیز در جریان مذاکرات نمایندگان مجلس خبرگان قانون اساسی تصویب شد.

سؤال این است که چرا باید قوای حکومتی را تقسیم کرد؟ اگر تقسیم قوا امری پسندیده است، چرا باید سه قوه داشته باشیم؟ برای مثال، در اصل ۵۸ آمده است: «قوای حاکم در جمهوری اسلامی ایران عبارت‌اند از قوه‌ی مقننه، قوه‌ی مجریه و قوه‌ی قضاییه که زیر نظر ولایت مطلقه‌ی امر و امامت امر بر طبق اصول آینده‌ی این قانون اعمال می‌گردد. این قوا مستقل از یکدیگرند».

در این اصل اگرچه به صراحت قوای حاکم سه قوه است، اما آیا واقعاً تنها سه قوه داریم؟ حداقل رهبری مطابق اصل ۵۷ بر سه قوه نظارت دارد و امور کشوری زیر نظر و هدایت ایشان جاری می‌شود، در این صورت آیا رهبری قوه‌ی چهارم نیست؟

بنابراین به صراحت قانون اساسی، نهاد رهبری بخشی از قوه‌ی اجرایی را به عهده دارند، اما نمی‌توان رهبری را بخشی از قوه‌ی مجریه در نظر گرفت (ناصری، ۱۳۷۸: ۷۳).

به نظر می‌رسد یکی از پیچیدگی‌ها و ابهامات مفهوم استقلال قوا در قانون اساسی به عدد قوا مربوط می‌شود که اگرچه معمولاً سه قوه گفته می‌شود، اما ظاهراً نمی‌توان به سه قوه

محدود کرد. بلافاصله در اصل ۵۸ آمده است: «اعمال قوه‌ی مقننه از طریق مجلس شورای اسلامی است که از نمایندگان منتخب مردم تشکیل می‌شود و مصوبات آن پس از طی مراحلی که در اصول بعد می‌آید برای اجرا به قوه‌ی مجریه و قضاییه ابلاغ می‌گردد».

با توجه به اینکه اصل ۵۷ می‌گوید قوای حاکم سه قوه است و اصل ۵۸ می‌گوید قوه‌ی مقننه یعنی مجلس شورای اسلامی، این ابهام به وجود می‌آید که نقش شورای نگهبان چگونه است؟ آیا شورای نگهبان بخشی از قوه‌ی مقننه است؟ ظاهراً می‌توان گفت، بلی، شورای نگهبان بخشی از قوه‌ی مقننه است. حال آیا مجموعه‌ی قوه‌ی مقننه (شامل مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان) باید توسط دو قوه‌ی دیگر (مجریه و قضاییه) کنترل و متعادل شود تا توازن قوا مطابق اصل تفکیک قوا برقرار بماند؟

با ملاحظه‌ی اینکه مجلس شورای اسلامی تنها نهادی است که قابل انحلال نیست و نیز در برابر قوای قضاییه و مجریه مسئول نیست و از طرف هیچ کدام کنترل نمی‌شود (ناصحی، ۱۳۷۸: ۷۴)، آیا این امر موجب تسلط قوه‌ی مقننه بر سایر قوا نمی‌شود؟ البته این ابهامات در ذات مفهوم استقلال یا تفکیک قوا قرار دارد و ربطی به قانون اساسی ندارد. برای مثال مطابق با قانون اساسی فرانسه، اگر نخست‌وزیر و ریاست جمهوری از یک حزب باشند، عملاً مفهوم تفکیک قوای مقننه و مجریه از بین می‌رود و هیچ کنترل و توازنی میان «پارلمان» که نخست‌وزیر در آنجا انتخاب شده و «مجریه» وجود نخواهد داشت (دلاکامپانی، ۱۳۸۰: ۱۲۸).

نکته‌ی مهم دیگر درباره‌ی اصل ۵۷ قانون اساسی اینک:

قانونگذار در اصل ۵۷، ولایت فقیه را فراتر از قوای سه‌گانه در نظر گرفته است. تأمل در اصول مربوط به رهبری در قانون اساسی و به‌ویژه اصل ۱۱۰ نشان می‌دهد که نظارت رهبر بر قوای سه‌گانه، تشریفاتی نبوده و همه‌جانبه است که از تفوق آن بر قوای حکومت حکایت می‌کند. فرق نظام تفکیک قوا در ایران که وجود یک قوه‌ی برتر ناظر را به رسمیت شناخته است، با نظام تفکیک قوا در سایر کشورها فرع بر مسئله‌ی مشروعیت حاکمیت است. در صورتی که مشروعیت حاکمیت را از آن ملت بدانیم، وجود قوه‌ی برتر در نظام تفکیک قوا توجیهی ندارد، اما اگر مشروعیت حاکمیت را الهی و دینی بدانیم، پذیرش چنین حاکمیتی چیزی جز التزام به نظارت نهاد دین بر قوای سه‌گانه نیست. فلسفه‌ی تفکیک قوا در سایر نظام‌های سیاسی فرار از فساد و تمرکز قدرت است، درحالی‌که هدف از تفکیک قوا در نظام سیاسی اسلام بیشتر جنبه‌ی کارآمدی دارد که از رهگذر توزیع قدرت محقق می‌شود (جوان آراسته، ۱۳۹۵: ۶۵). از این رو نمی‌توان برای اصل تفکیک قوا ارزش ذاتی قائل شد یا از آن به عنوان اصلی حقوقی در قانون اساسی یاد کرد، بدون اینکه وارد اهداف و روش‌های عملیاتی کردن آن شد.

اگرچه وجود قانون اساسی در تحقق تفکیک قوا شرط کافی نیست، شرط لازم است، به خصوص برای نظام جمهوری اسلامی ایران که نظام منحصربه فردی است. بنابراین لازم است چارچوب قانونی نظریه تفکیک قوا بررسی شود؛ چون بدون نظریه روشن و مطابق با قانون اساسی که در آن اولاً اهداف تفکیک قوا به روشنی تعریف و ثانیاً روش‌های پیاده‌سازی‌اش به دقت تعریف شده باشد، امکان بهره‌گیری مؤثر از آن وجود ندارد، بلکه برعکس می‌تواند موجبی برای تداخل و تعارض قوا شود (صنّعی منفرد، ۱۳۸۰: ۵۹).

۳. نحوه و کیفیت تقسیم وظایف قوا بر اساس نظریه تفکیک

در برخی نظام‌های سیاسی برای توزیع متساوی حاکمیت در قوای سه‌گانه به‌سوی تفکیک مطلق قوا روی آوردند تا در سایه عدم مداخله دو قوهی مقننه و مجریه در حوزه دیگری، آزادی و امنیت شهروندی تأمین شود، از جمله در آمریکا که به دنبال برقراری تعادل قوا در قالب تفکیک قوا از یکدیگر بودند (Gicqel, 1991: 284).

به نظر می‌رسد با توجه به اصول قانون اساسی (به‌ویژه اصول ۵۷ و ۱۱۳) در ایران تفکیک قوا به صورت نسبی پذیرفته شده است. در این نوع تفکیک قوا، که از آن با عنوان «همکاری قوا» نیز یاد می‌شود، انفصال کامل قوا از یکدیگر وجود ندارد، بلکه هر قوه‌ای بخشی از حاکمیت را در ارتباط با دیگر قوا و با همکاری آنان اعمال می‌کند. این ارتباط و همکاری به معنای دخالت قوا در امور یکدیگر نیست و هر قوه در مقابل قوهی دیگر مجهز به وسایلی است که می‌تواند جلوی انحرافات قوهی دیگر را بگیرد (طباطبایی، ۱۳۸۰: ۱۸۶).

تفکیک نسبی قوا بر این اندیشه استوار است که تفکیک مطلق قوا نه ممکن است و نه مصلحت و توازن قوا به معنای دیوار نفوذناپذیر نیست، زیرا قوای سه‌گانه مظاهر مختلف حاکمیت‌اند. بنابراین همکاری قوا موجب می‌شود تا کارها بر وفق منطق پیش برود و هر یک از قوا در مسیر تکمیل وظایف دیگری گام بردارد (بهنیا، ۱۳۸۳: ۴۲). در این شیوه در پی آن نبوده‌اند تا دستگاه‌ها و وظایف از یکدیگر کاملاً منفصل و به هر کدام سهمی از حاکمیت ملی را ببخشند تا بی‌توجه به سایر ارگان‌ها انجام وظیفه کنند (حبیب‌زاده و آجرلو، ۱۳۹۱: ۱۰۵).

همان‌گونه که بیان شد، در تفکیک نسبی قوا، هر قوه‌ای وظیفه‌ی قانونی محول‌شده‌ی خود را انجام می‌دهد و در عین حال امکان تأثیر بر قوا بر یکدیگر وجود دارد. اینکه اصل ۵۷ قانون اساسی بیان می‌دارد: «این قوا مستقل از یکدیگرند»، منظور «استقلال و انحصار در انجام وظیفه» است و نه نفی نظارت بر یکدیگر (هاشمی، ۱۳۹۱: ۲۹۱).

در کنار «تفکیک نسبی قوا» اصطلاحات «همکاری قوا» و «ارتباط بین قوا» نیز وجود دارد، زیرا

منظور آن است که ارگان‌های مربوط به قوای سه‌گانه باید با تمهیدات حقوقی و سیاسی به‌هم پیوند داده شوند و در عین تمایز، کلیت حاکمیت ملی را نمودار سازند. این مسئله را می‌توان برداشت سستی از تفکیک قوا دانست که در قانون اساسی ایران نیز با توجه به مطالب پیش‌گفته و شاهد مثال‌هایی که از نظریات شورای نگهبان آورده خواهد شد، قابل استنباط است. در این شیوه در پی آن نبوده‌اند تا دستگاه‌ها و وظایف از یکدیگر به‌طور کلی منفصل باشند و به هر کدام سهمی از حاکمیت ملی ببخشند تا بی‌توجه به سایر ارگان‌ها انجام وظیفه کنند (منصورنژاد، ۱۳۷۸: ۴۸). البته تمایزی میان وظایف قوا وجود دارد و می‌توان این تقسیم وظایف را این‌گونه توضیح داد:

نسبی بودن تفکیک قوا به معنای استقلال کامل قوا نیست و گاهی از نظر همکاری یا حتی نقش نظارتی با یکدیگر در ارتباط‌اند. در واقع تفکیک میان قوا در این برداشت سستی به‌صورت افقی میان قوا صورت می‌گیرد و نه عمودی؛ یعنی قوا در عین استقلال نسبی و تمایز از یکدیگر، به‌نحوی در طول هم و در حال همکاری با هم هستند. در ضمن با وجود نهاد ولایت فقیه باید گفت تفکیک قوا کاملاً منطبق بر این دیدگاه است که اگرچه قوای حاکم کاملاً مستقل از هم نیستند و به‌خصوص زیر نظر ولایت امر فعالیت می‌کنند، ولی در چارچوب وظایف قانونی مختار و مستقل‌اند و مرتبط با قوای دیگر به انجام وظیفه می‌پردازند.

در مورد این اصل براساس ساختار نظام سیاسی جمهوری اسلامی ایران برخلاف برداشت مدرنی که از آن وجود دارد، بیشتر برای سازگار کردن هرچه بیشتر و بهتر قوای سه‌گانه کاربرد دارد. از این‌رو با توجه به ساختار حکومتی ایران و حضور ولایت فقیه (به‌عنوان عالی‌ترین مقام سیاسی کشور که هم نقش حاکمیتی دارد و هم نقش نظارتی بر عملکرد قوای سه‌گانه) و اقتدار نهایی و کامل ولی فقیه بر همه‌ی ارکان قدرت بی‌شک در نظام سیاسی جمهوری اسلامی ایران، برداشت مدرن از نظریه‌ی تفکیک قوا نمی‌تواند پذیرفته شود و باید با توجه به ساختار سیاسی خاص، همان جنبه‌ی سستی این اصل مدنظر قرار گیرد.

۴. تفکیک قوا در نظریات شورای نگهبان

برای جلوگیری از اختلاط قوا در نظام‌های حقوقی راهکارهای گوناگونی پیش‌بینی شده است که بیشتر آن‌ها ماهیت نظارتی دارند و نهادهای ناظری نیز اختصاص یافته‌اند. در ایران برای رعایت تفکیک قوای مقننه و مجریه، دو نهاد ناظر در نظر گرفته شده است: شورای نگهبان و دیوان عدالت اداری. شورای نگهبان تفکیک کارکردی قوای مقننه و مجریه را اغلب با تمسک به اصول ۸۵ و ۱۳۸ قانون اساسی نگاهبانی می‌کند. به استناد اصل ۸۵ شورای نگهبان حق قانونگذاری را مختص مجلس شورای اسلامی می‌داند و اجازه نمی‌دهد مراجع

دیگر این حق انحصاری را مخدوش کنند. با استناد به اصل ۱۳۸ شورای نگهبان حدود وضع مقررات اجرایی را برای قوه مجریه تعیین می‌کند (ویژه، ۱۳۸۸: ۴۰).

۴-۱. مقام رهبری و قوای سه‌گانه

در ایران، رهبری عالی‌ترین مقام رسمی کشور است که براساس قانون اساسی ضامن عدم انحراف سازمان‌ها از وظایف اسلامی بوده و براساس ولایت مطلقه‌ی خود در کلیه‌ی حوزه‌های عمومی مجاز به تصرف است. با توجه به همین جایگاه مهم، درحالی‌که عموماً تفکیک قوا مبتنی بر تفکیک افقی قوای سه‌گانه و نبود قوه یا قدرتی فراتر از قوای دیگرند، اما اصل ۵۷ قانون اساسی اعمال قوای سه‌گانه را زیر نظر ولایت مطلقه دانسته است. به همین دلیل چارچوب اصلی بررسی روابط رهبری با قوای اصلی کشور، اصل ۵۷ قانون اساسی است و با توجه به همین اصل می‌توان ارتباط نقش رهبری را با قوای دیگر تفسیر کرد (ارسطا، ۱۳۸۹: ۱۰۶).

با وجود تأثیرگذاری نقش رهبری بر قوای سه‌گانه و جایگاه شرعی و حقوقی وی در مقام ولایت مطلقه بر آن، قانون اساسی کشورمان نیز به رهبری به‌عنوان شخصیت ناظر بر قوای سه‌گانه توجه ویژه داشته و مسئولیت نظارت شرعی و قانونی بر فعالیت‌های سه قوه را به او محول کرده است. شورای نگهبان نیز که صیانت تقنینی از قانون اساسی و وظیفه‌ی مهم تفسیر آن را بر عهده دارد، به این جنبه نظارتی در آرا و تفاسیر خود توجه داشته است.

در نظریات شورای نگهبان باید به سه جنبه‌ی مهم در خصوص منع تعدی قوای سه‌گانه به حوزه‌ی صلاحیت‌ها و اختیارات رهبری توجه داشت:

الف) حوزه‌ی اول مربوط به اختیارات رهبری در فرماندهی کل نیروهای مسلح است که شورا در مقام جلوگیری از تجاوز صلاحیت‌های قوای دیگر به این حوزه در موارد بسیاری به صدور نظریات تفسیری و مشورتی پرداخته است که مهم‌ترین آن‌ها عبارت‌اند از: نظریه‌ی ۱۹۸۵ مورخ ۱۳۶۰/۲/۸ (۱) درباره‌ی نصب فرمانده ژاندارمری کشور توسط رئیس‌جمهور به‌عنوان فرمانده کل قوا، نظریه‌ی ۱۲۴۸ مورخ ۱۳۷۰/۲/۲۸^۲ درباره‌ی اختیارات فرماندهی رهبری، نظریه‌ی ۸۱/۳۰/۶۰۲ مورخ ۱۳۸۱/۳/۷ درباره‌ی منع تفویض وظایف رهبری به وزارت دفاع^۳ و نظریه‌ی ۸۲/۳۰/۶۸۰۳ مورخ ۱۳۸۲/۱۲/۴ درباره‌ی تضییق اختیارات رهبری در نیروی انتظامی.^۴

در تبیین مبنای دیدگاه‌های شورای نگهبان می‌توان گفت نیروهای مسلح از مهم‌ترین عناصر قدرت ملی‌اند و به دلیل نقش مهم خود از جایگاه خاصی در نظام‌های سیاسی برخوردارند (نجفی و محسنی، ۱۳۸۸: ۳۳۸).

قانون اساسی نیز در اصول ۱۴۳، ۱۴۴، ۱۵۰، ۱۵۱ به اهداف نیروهای مسلح اشاره کرده

است. دقت در مبانی مذکور نشان می‌دهد که نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران برخلاف نظام‌های دیگر علاوه بر وظیفه‌ی دفاع از میهن، وظیفه‌ی دفاع از اسلام و مبانی نظری و اعتقادی نظام را نیز برعهده دارند (ماده‌ی ۶ قانون ارتش). تحقق این آرمان مهم مستلزم هدایت و فرماندهی واحد این نیروها توسط ولی فقیه عادل و باتقوایی است که نیروهای مسلح تحت فرماندهی ولایی او قرار دارند. بدیهی است که برای ایجاد انضباط و جلوگیری از تشتت امور نظامی، وحدت فرماندهی در ارکان نیروهای مسلح اصلی لازم‌الاجراست و با توجه به شأن حساس فرماندهی نیروهای مسلح، مداخله در این امر از سوی قوای سه‌گانه که تحت نظارت رهبری ایفای نقش می‌کند، تالی فاسدهای مختلفی خواهد داشت (جنتی، ۱۳۸۵: ۵۷).

شاید بارزتر از همه اصل ۱۱۰ قانون اساسی باشد که مطابق آن فرماندهی کل نیروهای مسلح و اعلام جنگ و صلح و بسیج نیروهای نظامی کاملاً به رهبری واگذار شده است و از این رو این اصل به صراحت مانع مداخله‌ی سایر قواست.

ب) شورای نگهبان در موارد بسیاری صلاحیت شورای عالی انقلاب فرهنگی را به دلیل صلاحیتی که از سوی رهبری به این شورا تفویض شده، مصون از تعرض قوانین مجلس دانسته و در موارد تداخل وظایف این نهاد با نهادهای دیگر به نفع شورای مذکور نظر داده است که از جمله مهم‌ترین آن‌ها می‌توان به نظریه‌ی ۸۰/۲۱/۲۸۶۵ مورخ ۱۳۸۰/۱۰/۱ درباره‌ی منع تفویض وظایف شورای عالی انقلاب فرهنگی به شورای عالی آموزش و پرورش^۵، نظریه‌ی ۸۰/۲۱/۲۹۸۹ مورخ ۱۳۸۰/۱۰/۱۳ درباره‌ی منع قانونگذاری درخصوص گزینش معلمان^۶، نظریه‌ی ۸۳/۳۰/۷۵۱۶ مورخ ۱۳۸۳/۳/۹ درباره‌ی ایراد به قانونگذاری درخصوص فعالیت‌های تشکلی‌های دانشجویی^۷ و نظریه‌ی مشهور ۸۱/۳۰/۱۹۴۳ مورخ ۱۳۸۱/۹/۵ درباره‌ی ایراد به تفویض وظایف شورای عالی انقلاب فرهنگی به وزارت علوم^۸ اشاره کرد.

درباره‌ی نظریات مذکور و مبنای صدور آن‌ها آشنایی با جایگاه حقوقی شورای عالی انقلاب فرهنگی و مصوباتش ضروری است. با توجه به عدم پیش‌بینی شورای عالی انقلاب فرهنگی در قانون اساسی ۱۳۵۸ و بازنگری قانون اساسی در ۱۳۶۸، بحث درخصوص جایگاه حقوقی این نهاد و مصوبات آن همواره موضوع بسیاری مباحث حقوقی بوده است. برخی با استناد به پذیرش ولایت مطلقه‌ی فقیه در بازنگری قانون اساسی و مفهوم اطلاق در ولایت که به معنای اختیارات گسترده در حوزه‌ی امور عمومی است، تأسیس شورای عالی انقلاب فرهنگی را به اعمال ولایت مطلقه‌ی فقیه از مجاری خارج از روند قانونی تعبیر کرده‌اند و این تأسیس حقوقی را مستند به بند ۸ از اصل ۱۱۰ قانون اساسی دانسته‌اند (هدایت‌نیا، ۱۳۸۱: ۶۶). در صورت پذیرش این مبنا، مبنای نظریات شورای نگهبان درخصوص مصوبات شورای نگهبان نیز همین دیدگاه خواهد بود و باید

چارچوب فعالیت‌های شورای عالی انقلاب فرهنگی را اعمال بخشی از ولایت مطلقه‌ی فقیه در حوزه‌ی مسائل فرهنگی و آموزشی دانست (امامی، ۱۳۹۲: ۱۰۳).

آنچه بیش از جایگاه حقوقی خود شورا مورد توجه نویسندگان قرار گرفته، جایگاه حقوقی مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی است. در این زمینه به نظر می‌رسد با اتخاذ مبنای پیشین و استناد جایگاه شورا به ولایت مطلقه‌ی فقیه تا حدی مبنای مصوبات شورا را می‌توان معین کرد. بنابراین با آنکه اعضای شورای عالی انقلاب فرهنگی در مقاطعی تمایل به تلقی مصوبات خود به عنوان قانون داشته‌اند^۹، به نظر می‌رسد تحقق این تمایل تالی فاسدهایی چون ایجاد نوعی تشتت در رویه‌ی قانونگذاری با وجود فقدان مرجعی برای رفع تعارض خواهد داشت.

ج) شورای نگهبان در بسیاری از نظریات خود مصوبات مجلس شورای اسلامی را در خصوص نهادهای زیر نظر رهبری مورد ایراد قرار داده است. از مهم‌ترین این موارد می‌توان به نظریه‌ی ۸۲/۳۰/۲۹۴۴ مورخ ۱۳۸۲/۲/۱۷ در خصوص اطلاق اختیارات رئیس‌جمهور نسبت به نهادهای وابسته به رهبری^{۱۰} و نظریه‌ی ۸۰/۲۱/۳۰۲۹ مورخ ۱۳۸۰/۱۰/۱۸ در مورد اطلاق عدم معافیت مالیاتی نسبت به نهادهای تحت امر رهبری^{۱۱} اشاره کرد.

در حقیقت این بخش از نظریات شورای نگهبان که بخش مهمی از نظریات این شورا درخصوص این موضوع را تشکیل می‌دهند، قانونگذاری در مورد نهادهای زیر نظر رهبری را بدون اذن ایشان مجاز نمی‌دانند.

در این میان هرچند برخی ملاک‌ها چون انتصاب بالاترین مقام نهاد توسط رهبری، لزوم تأیید مصوبات نهاد توسط رهبری، لزوم حضور نماینده‌ی رهبری در نهاد، دستور تشکیل آن نهاد توسط رهبری و انتصاب همه‌ی اعضای نهاد توسط رهبری را ملاک‌های اطلاق عنوان نهادهای زیر نظر رهبری برخی نهادها و موجودیت‌های حقوقی نظام جمهوری اسلامی ایران معرفی کرده‌اند، به نظر می‌رسد با اختیار هر یک از این ملاک‌ها اطلاق این عنوان بر برخی نهادها با مشکل روبه‌رو شود (رستمی و قطبی، ۱۳۹۳: ۷۴). درباره‌ی نظارت مجلس خبرگان بر نهادهای تحت امر رهبری نیز این نظارت را اولاً محدود به نظارت بر صحت نصب مسئولان و ثانیاً درباره‌ی نهادهایی دانسته‌اند که در مقابل نهادهایی چون مجمع تشخیص مصلحت نظام و شورای عالی امنیت ملی قرار گرفته‌اند و باید آن‌ها را نهادهای خاص تحت امر رهبری دانست (هاشمی، ۱۳۸۵: ۲۲).

۴-۲. قوای مقننه و مجریه

در مورد روابط قوای مجریه و مقننه مهم‌ترین موضوع مورد توجه در نظریات تفسیری

شورای نگهبان را باید بحث مسئولیت رئیس‌جمهور در اجرای قانون اساسی (موضوع اصل ۸۵ قانون اساسی) دانست که بر مبنای آن امکان هر گونه تفویض وظیفه‌ی قانونگذاری به هر نحو به قوه‌ی مجریه وجود ندارد (براساس این اصل: «مجلس نمی‌تواند اختیار قانونگذاری را به شخص یا هیأتی واگذار کند ولی در موارد ضروری می‌تواند اختیار وضع بعضی از قوانین را با رعایت اصل هفتاد و دوم به کمیسیون‌های داخلی خود تفویض کند...»). برخی حقوقدانان «مسئولیت اجرای قانون اساسی» توسط رئیس‌جمهور را سمتی مجزا از «ریاست قوه‌ی مجریه» دانسته و بر مبنای لزوم نظارت بر تبعیت قوا از قانون اساسی آن را در تعارض با چارچوب تفکیک قوا ندانسته‌اند (هاشمی، ۱۳۸۹: ۲۹۱)، با این حال با اقدام برخی رؤسای جمهور در تشکیل «معاونت حقوقی و اجرای قانون اساسی»، «هیأت پیگیری و نظارت بر اجرای قانون اساسی» و سرانجام «هیأت نظارت بر قانون اساسی» موجب شد تا شورای نگهبان در این خصوص به اتخاذ موضعی خاص مبادرت ورزد. نخستین دیدگاه شورای نگهبان در این خصوص پاسخ این نهاد به استفساریه‌ی شورای عالی قضایی وقت مبنی بر نظارت رئیس‌جمهور بر اعمال قوه‌ی قضاییه است که در قالب نظریه‌ی تفسیری ۴۶۸ در مورخ ۱۳۵۹/۱۱/۸ صادر شده است و براساس آن: «رئیس‌جمهور با توجه به اصل ۱۱۳ حق اخطار و تذکر را دارد و منافات با بند ۳ اصل ۱۵۶ ندارد».

با این حال اندکی بعد، شورای نگهبان در پاسخ به نامه‌ی رئیس‌جمهور وقت مبنی درخواست تشکیل دفتر بازرسی ویژه به منظور نظارت بر ارگان‌های اجرایی، به موجب نظریه‌ی تفسیری ۴۲۱۴ مورخ ۱۳۶۰/۱۱/۱ ضمن پذیرش حق نظارت رئیس‌جمهور، تشکیل دفتر یا واحد بازرسی را مشمول این نظارت ندانست و با آن مخالفت کرد. با وجود این پس از صدور این نظریه قانون تعیین حدود وظایف، اختیارات و مسئولیت‌های ریاست جمهوری در تاریخ ۱۳۶۵/۸/۲۲ به تصویب مجلس شورای اسلامی و تأیید شورای نگهبان رسید. مواد ۱۳ تا ۱۵ این قانون اختیار نظارت، کسب اطلاع، بازرسی، پیگیری، بررسی و اقدامات لازم به منظور پاسداری و اجرای قانون اساسی را در راستای اصل ۱۱۳ به رئیس‌جمهور محول کرد. همین مسئله تا حدی موضع طرفداران مسئولیت گسترده‌ی رئیس‌جمهور در این خصوص را تقویت کرد (مهرپور، ۱۳۸۰: ۴۷).

یکی دیگر از نظرات شورای نگهبان درباره‌ی مسئولیت اجرای قانون اساسی توسط رئیس‌جمهور نظریه‌ی ۹۱/۳۰/۴۷۱۴۲ مورخ ۱۳۹۱/۴/۱۲ است. در این نظریه شورا مقصود از مسئولیت رئیس‌جمهور در اجرای قانون اساسی را «امری غیر از نظارت بر اجرای قانون اساسی» دانست و در پاسخ به پرسشی درباره‌ی اختیار رئیس‌جمهور برای استفاده از ابزارهایی چون

تشکیل سازمانی برای نظارت و پیگیری عدم اجرای اصول قانون اساسی اعلام داشت که «مسئولیت رئیس‌جمهور در اصل ۱۱۳ شامل مواردی نمی‌شود که قانون اساسی تشخیص، برداشت، نوع و کیفیت اعمال اختیارات و وظایفی را به‌عهده‌ی مجلس خبرگان رهبری، شورای نگهبان، مجمع تشخیص مصلحت نظام، مجلس شورای اسلامی، قوه‌ی قضاییه و هر مقام و دستگاه دیگری که قانون اساسی به آن‌ها اختیار یا وظیفه‌ای محول نموده است». به‌علاوه شورا با توجه به دیدگاه خود درباره‌ی عدم تطابق مسئولیت اجرای قانون اساسی با مفهوم نظارت در بند دیگری از نظریه‌ی تفسیری خود مستند به همین نظر اعلام داشت که رئیس‌جمهور حق ایجاد هیچ‌گونه تشکیلات نظارتی را نیز به معنای اعم کلمه ندارد. مطلب مذکور به‌دلیل اصلاح قانون اساسی و تغییری است که در آن نسبت به مقام ریاست جمهوری و اختیارات و البته وظایف مصرحه برای وی درباره‌ی نحوه‌ی اجرای مسئولیت مذکور او روی داد.

مهم‌ترین نظریات شورای نگهبان در خصوص تفکیک قوا، مربوط به تفکیک صلاحیت‌های دو قوه‌ی مقننه و مجریه است که بخش زیادی از این نظریات را شامل می‌شود. در مقام ارائه‌ی نوعی طبقه‌بندی از نظریات شورای نگهبان درباره‌ی تفکیک صلاحیت‌های دو قوه‌ی مقننه و مجریه می‌توان نظریات شورا را به دو گروه اصلی تقسیم کرد:

الف) در بخش مهمی از نظریات شورای نگهبان در خصوص تفکیک دو قوه‌ی مجریه و مقننه، شورا عضویت همراه با حق رأی نمایندگان مجلس در برخی نهادها و شوراهای اجرایی را مورد ایراد قرار داده است (مانند نظریه‌ی ۸۵/۳۰/۲۰۳۷۷ مورخ ۱۳۸۵/۱۱/۱۸ در خصوص لایحه‌ی اصلاح موادی از قانون تشکیلات، وظایف و انتخابات و شوراهای اسلامی و انتخاب شهرداران مصوب ۱۳۸۵/۱۰/۱۲، نظریه‌ی ۸۰/۲۰/۳۰۸۹ مورخ ۱۳۸۰/۱۰/۲۷ در مورد طرح اصلاح قانون اداره‌ی صداوسیما و نظریه‌ی ۸۷/۳۰/۳۱۷۴۳ مورخ ۸۷/۱۲/۲۵ در خصوص لایحه‌ی بودجه‌ی ۱۳۸۸) که ظاهراً دلیل آن جلوگیری از هر گونه تداخل میان قواست. با توجه به تصریح برخی از این نظریات، مبنای دیدگاه‌های شورا در این زمینه، منع عضویت افراد غیروزیر در نهادها و شوراهایی بوده است که نوعاً وظیفه‌ی اجرایی یا سیاستگذاری در حوزه‌ای خاص را داشته‌اند. این مبنا در نظریات شورای نگهبان در مورد شوراهای مختلف رعایت شده است و تنها در مواردی که امکان نظارت شورای نگهبان بر تشکیل این شوراها به‌دلیل تصویب قانون یا اساسنامه‌ی تشکیل آن‌ها توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام و شورای عالی انقلاب فرهنگی فراهم نبوده، ضابطه‌ی مذکور رعایت نشده است.

ب) قسمت مهمی از نظریات شورای نگهبان در خصوص تفکیک قوای مجریه و مقننه در حقیقت دایر بر مدار تفکیک حوزه‌ی تقنین و اجراست که با توجه به کثرت نظریات شورای

نگهبان در این حوزه، بررسی دقیق آن ضروری است.

در مورد ملاک تمایز این دو حوزه برخی تکیه‌ی اصلی را بر تبیین مفهوم قانون و تشخیص مصادیق آن گذاشته‌اند، هرچند با توجه به دیدگاه موجود در خصوص مفهوم قانون که آن را مفهومی نظری و در نتیجه اختلافی دانسته‌اند (راسخ، ۱۳۸۴: ۱۱)، به نظر می‌رسد تعریف قانون و مستثنا ساختن مصادیق خارج از این مفهوم راهکار مناسبی برای تحدید کارویژه‌ی قانونگذاری نیست. این امر در عین حال به دلیل دشواری تعریف ماهیت قانون و امکان حصول اختلاف در زمینه‌ی شمول تعریف قانون بر محتوای برخی قواعد که خود می‌تواند مشکل دیگری را بر مسئله‌ی اصلی (تمایز تقنین و اجرا) بیفزاید، موجب شده تا اجتناب از وجوه نظری بحث و توجه به جنبه‌ی کاربردی آن از سوی برخی استادان حقوق اساسی پیشنهاد شود (قاضی، ۱۳۸۳: ۴۲۶). با این وصف در تبیین حدود تقنین و اجرا در نظام جمهوری اسلامی ایران گام نخست باید احصای صلاحیت‌های انحصاری قوای مقننه و مجریه در حقوق اساسی باشد. با تبیین این حوزه‌ها که در خصوص مجلس شورای اسلامی و قوه‌ی مجریه دربرگیرنده‌ی تقدیم لوایح قانونی (اصل ۷۴ قانون اساسی)، ابتکار برقراری محدودیت‌های ضروری (اصل ۷۹ قانون اساسی)، تصویب آیین‌نامه‌ها (اصل ۱۳۸ قانون اساسی)، مسئولیت امور اداری و استخدامی (اصل ۱۲۶ قانون اساسی) و... است، می‌توان تصویر روشنی از حوزه‌های متنازع‌فیه به‌دست آورد. در این حوزه‌ها نیز می‌توان شاهد دو دیدگاه اصلی بود که براساس دیدگاه نخست مجلس شورای اسلامی براساس اصول ۷۱ و ۸۵ قانون اساسی جز رعایت موازین شرع و قانون اساسی محدودیت دیگری ندارد. دیدگاه مقابل با نفی اطلاق مورد ادعای طرفداران دیدگاه نخست در مورد اصل ۷۱ قانون اساسی، عموم صلاحیت مجلس برای قانونگذاری را مقید به مواردی می‌داند که دارای شأن قانونگذاری و مربوط به حوزه‌های کلی باشند (فلاح‌زاده و دیگران، ۱۳۹۱: ۲۹۱).

۳-۴. استقلال قوه‌ی قضاییه از قوای دیگر

استقلال قوه‌ی قضاییه از جمله تضمینات بنیادین برای تحقق حاکمیت قانون در جامعه و جلوگیری از تمرکز قدرت سیاسی است. در حقوق اساسی نیز براساس اصل ۵۷، قوای سه‌گانه، از یکدیگر مستقل‌اند و براساس اصل ۶۱ «اعمال قوه‌ی قضاییه به‌وسیله‌ی دادگاه‌های دادگستری است که باید طبق موازین اسلامی تشکیل شود و به حل و فصل دعاوی و حفظ حقوق عمومی و گسترش و اجرای عدالت و اقامه‌ی حدود الهی بپردازد». به‌علاوه بنابر تصریح مشخص اصل ۱۵۶: «قوه‌ی قضاییه قوه‌ای است مستقل که پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی و

مسئول تحقق بخشیدن به عدالت... است». اصول مذکور نمودار اهتمام قانون اساسی به مسئله‌ی استقلال دستگاه قضایی است. براساس همین اهتمام، شورای نگهبان نیز در نظریات خود به این مسئله توجه ویژه داشته است. دقت در نظریات شورای نگهبان مبین برخی نکات مهم است:

۱. از لحاظ نظری استقلال قوه‌ی قضاییه مبتنی بر استقلال تشکیلاتی دستگاه قضایی و استقلال رفتاری قضات است که مورد اخیر خود اموری چون بی‌طرفی قاضی، نفی سلسله‌مراتب اداری و غیرقابل عزل بودن قضات را شامل می‌شود. با این حال اغلب نظریات تفسیری و مشورتی شورای نگهبان در خصوص موضوع استقلال دستگاه قضا، متضمن تأکید بر استقلال تشکیلاتی قوه‌ی قضاییه است که این امر با توجه به ماهیت اصول مورد تفسیر و محتوای مصوبات ارجاعی به این نهاد توجیه‌پذیر است.

۲. از جمله مهم‌ترین موضوعات مطرح در نظریات تفسیری شورای نگهبان، بحث اصل ۱۶۰ قانون اساسی و مسئولیت وزیر دادگستری در برقراری رابطه میان قوه‌ی قضاییه و قوای مجریه است. این موضوع به‌ویژه با توجه به قسمت دوم این اصل ابعاد مهمی را در برمی‌گیرد، زیرا در صورت تلقی تصدی اختیارات یادشده در اصل ۱۶۰ توسط وزیر دادگستری به‌عنوان وزیر و عضو قوه‌ی مجریه که با توجه به عبارت پایانی این اصل تقویت می‌شود، کیفیت پاسخگویی وزیر دادگستری با ابهام روبه‌رو می‌گردد (هاشمی، ۱۳۸۹: ۳۹۰). این در حالی است که شورای نگهبان در نظریات تفسیری خود و به‌ویژه در نظریات شماره‌ی ۴۲۱ و ۹۰۷۵ به‌صراحت بر تضییق حدود اختیارات وزیر دادگستری تأکید کرده است. با این حال صرف‌نظر از پابرجا بودن ایراد یادشده علیرغم صدور نظریات مذکور که تا حد زیادی ناشی از ابهام عبارت پایانی اصل ۱۶۰ است، مسئله‌ی درخور توجه تحول وظایف و اختیارات وزیر دادگستری در سال‌های اخیر است. مطابق قانون مصوب ۹۴/۰۲/۲۲ مبنی بر نحوه‌ی اجرای قسمتی از اصل ۱۶۰ قانون اساسی، وزیر دادگستری در واقع در نقش نوعی واسطه میان قوای مجریه و قضاییه عمل می‌کند و پاسخگویی وی در برابر نمایندگان مجلس به‌عنوان وزیر بنابر تصریح قانون مذکور، «پس از کسب اطلاع و با رعایت استقلال قضات» خواهد بود. در مقابل نیز مطابق ماده‌ی ۶ قانون مذکور: «مسئولان واحدهای مختلف قوه‌ی قضاییه موظفند به‌منظور پاسخگویی وزیر به سؤال‌های نمایندگان مجلس شورای اسلامی در ارتباط با روابط قوه‌ی قضاییه با قوای دیگر و اجرای مسئولیت‌های مندرج در این قانون، اطلاعات و مدارک لازم را در اختیار وزیر دادگستری قرار دهند».

۳. بررسی نظریات شورای نگهبان درباره‌ی استقلال قوه‌ی قضاییه و نوع روابط آن با قوای

دیگر مبین این واقعیت است که با وجود تنوع محتوایی نظریات شورای نگهبان در خصوص موضوع حاضر، این نظریات را می‌توان شامل دو دسته‌ی کلی دانست:

الف) شورای نگهبان در بخش مهمی از نظریات خود، تفویض وظایف و صلاحیت‌های قوه‌ی قضاییه به قوای دیگر را مورد ایراد قرار داده است که از جمله مهم‌ترین آن‌ها واگذاری وظیفه‌ی کشف جرم، تشخیص و اجرای خلع ید، حق شکایت و گذشت در جرایم عمومی و نیز حق رسیدگی به برخی دعاوی خاص است. در تبیین منع واگذاری وظیفه‌ی کشف جرم به نهادی دیگر، با آنکه براساس اصل ۱۵۶ قانون اساسی این امر در شمار وظایف قوه‌ی قضاییه قرار دارد و مبنای منع تفویض آن به قوه یا نهادی دیگر نیز همین اصل است، ولی براساس بند «ه» ماده‌ی ۴ قانون نیروی انتظامی مصوب ۱۳۶۹ این وظیفه به نیروی انتظامی واگذار شده که براساس ماده‌ی ۲ همین قانون سازمانی وابسته به وزارت کشور است و در عمل نیز بخش مهمی از فرایند کشف جرم را عهده‌دار است. با این حال مبنای عدم ایراد شورای نگهبان به این موضوع را باید فعالیت نیروی انتظامی به عنوان ضابط دادگستری دانست که بعدها در بند ۱ ماده‌ی ۱۵ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸ مورد تأیید و اخیراً نیز در مواد ۲۸ و ۲۹ قانون جدید آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ مورد اشاره قرار گرفته است.^{۱۲} نکته‌ی جالب توجه آنکه با توجه به شأن منصب قضا، شورای نگهبان در مواردی حتی تفویض این نقش به مقامات غیرقضایی قوه‌ی قضاییه را نیز مورد ایراد قرار داده است که نمونه‌ی آن نظریه درباره‌ی منع تفویض نقش قضایی به بازرس سازمان بازرسی کل کشور است (نظریه‌ی ۹۳/۱۰۲/۸۴۸ مورخ ۱۳۹۳/۰۳/۰۵).

ب) نوع دوم نظریات شورای نگهبان منع مداخله‌ی قوای دیگر در شئون خاص قوه‌ی قضاییه است که در برخی نظریات شورای نگهبان با عبارت «اختلال در امر قضا» نیز مورد اشاره قرار گرفته است. این شئون که بخش زیادی از نظریات شورای نگهبان به آن‌ها اختصاص دارد، به کلیه‌ی اقداماتی اشاره دارد که استقلال قوه‌ی قضاییه را نقض کرده و در آن ایجاد اختلال می‌کند. معافیت دستگاه‌های دولتی از هزینه‌ی دادرسی، الزام سازمان بازرسی به ارائه‌ی گزارش، تشکیل شورای نظارت بر زندان‌ها با عضویت اعضای از قوای مقننه و مجریه و حتی تحقیق و تفحص از امر قضا، از نمونه‌هایی هستند که براساس نظریات شورای نگهبان به اختلال در امر قضا می‌انجامند.

۴-۴. تحلیل تفکیک قوا در نظریات شورای نگهبان

در این جا برخی از نتایج و یافته‌های این مطالعه در مورد نسبت میان قوای مختلف که

در پرتو نظریه‌ی تفکیک قوا تبیین یافته است، تحلیل می‌شود. هدف از این ارائه، شفافیت بخشیدن به ارتباطات و انتظارات قوای گوناگون از یکدیگر در چارچوب قانون اساسی و در آیین‌های نظریات شورای نگهبان است. با جمع‌بندی نظریات شورای نگهبان در خصوص تفکیک قوا و عنایت به برخی مواد قانون اساسی که پیشتر اشاره و بررسی شد، می‌توان به گزاره‌هایی دست یافت:

ولایت مطلقه (مقام رهبری) ضامن حفظ یکپارچگی حاکمیت، تنظیم و تعادل قوا در بالاترین سطح آن است. همچنین از آن‌جا که شورای نگهبان در موارد حقوقی و قانونی مصوبات مجلس شورای اسلامی را کنترل و تصویب می‌کند، یعنی با اکثریت نظر فقها و حقوقدانان شورا مصوبه‌ای رد یا قبول می‌شود، بنابراین صیانت از توازن و تعادل قوا از اهم وظایف کلیت شورای نگهبان خواهد بود. از این نظر، شورای نگهبان را می‌توان نگهبان تعادل قوا مطابق قانون اساسی دانست.

از آن‌جا که سه نهاد مجلس شورای اسلامی، شورای نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت نظام در قانونگذاری به صورت توأم نقش دارند، هر سه نیز حفظ توازن قوا را به عهده خواهند داشت. بنابراین اگر مصوبه‌ی مجلس برهم‌زننده‌ی توازن و تعادل قوا باشد، شورای نگهبان جلوگیری خواهد کرد و اگر مجلس بر مصوبه‌ی خود اصرار ورزد، مجمع تشخیص مصلحت جلوگیری خواهد کرد و اگر مجمع دچار اشتباه شود، رهبری، وارد خواهد شد. شورای نگهبان در بُعد شرعی خود کاملاً مشروط به نظر رهبری است، بنابراین در مقابل ایشان استقلال‌ی ندارد و در بُعد حقوقی خود، مشروط به قانون اساسی است (صنعی‌منفرد، ۱۳۸۰: ۷۶).

مجلس شورای اسلامی در قانونگذاری مشروط به شورای نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت نظام است و استقلال‌ی در مقابل دو نهاد بالاسری ندارد. تأثیر عملی این قاعده این است که مجلس وقتی قانونی را تصویب می‌کند، فرض کرده این قانون خلاف شرع یا قانون اساسی نیست.

در بُعد قانون، دو قوه‌ی مجریه و قضاییه کاملاً مشروط به مصوبات قوه‌ی مقننه‌اند و در مقابل آن استقلال‌ی ندارند. در بُعد نظارتی، قوه‌ی مجریه (شامل رئیس‌جمهوری و دولت) کاملاً مشروط به قوه‌ی مقننه‌اند، البته دولت نسبت به قوه‌ی مقننه وابستگی بیشتری دارد تا شخص رئیس‌جمهور، زیرا، وزرا به‌راحتی توسط مجلس استیضاح و عزل می‌شوند، اما استیضاح رئیس‌جمهور نظر دوسوم مجلس را می‌خواهد و باید در موضوع کفایت یا عدم کفایت وی باشد (صنعی‌منفرد، ۱۳۸۰: ۷۹). در بُعد نظارتی، قوه‌ی قضاییه وابسته به مجلس شورای اسلامی است، اما از استقلال بیشتری در مقایسه با وزرا برخوردار است.

۵. بررسی تفکیک قوا در ارتباط با اصل ولایت فقیه در جمهوری اسلامی ایران

علاوه بر مباحثی که در خصوص اصل ولایت فقیه و رابطه‌ی آن با قوای سه‌گانه و اصل تفکیک قوا بیان شد، باید اضافه کرد تعدادی از اصول قانون اساسی بیانگر ارتباط ولی فقیه با سه قوای حاکم بر کشورند: وظایف رهبر در اصل ۱۱۰، بند ۶: نصب و عزل و قبول استعفا‌ی عالی‌ترین مقام قوه‌ی قضاییه، رئیس ستاد مشترک و سایر فرماندهان نظامی و انتظامی؛ بند ۷: حل اختلاف و تنظیم روابط قوای سه‌گانه؛ بند ۹: امضای حکم ریاست جمهوری؛ بند ۱۰: عزل رئیس‌جمهور و... اصل ۱۱۲: مجمع تشخیص مصلحت نظام برای تشخیص مصلحت در مواردی که مصوبات مجلس شورای اسلامی را شورای نگهبان خلاف موازین شرع و یا قانون بداند و مجلس با در نظر گرفتن مصلحت نظام، نظر شورای نگهبان را تأمین نکند و مشاوره در اموری که رهبری به آنان ارجاع می‌دهد و سایر وظایفی که در این قانون ذکر شده است، به دستور رهبری تشکیل می‌شود. اصل ۱۷۵: در صداوسیما جمهوری اسلامی ایران، آزادی بیان با رعایت موازین اسلامی و مصالح کشور باید تأمین گردد. نصب و عزل رئیس سازمان صداوسیما با رهبری است. شورایی مرکب از نمایندگان رئیس‌جمهور و رئیس قوه‌ی قضاییه و مجلس شورای اسلامی نظارت بر این سازمان خواهد داشت.

با تکیه بر نتایج بحث‌های قبلی، رژیم مبتنی بر تفکیک قوا در ایران به شیوه‌ی منحصربه‌فرد و ویژه‌ی خود است. همچنین تفکیک قوا از نظر قانونی پذیرفته شده است و همه‌ی افراد باید در چارچوب آن با ویژگی‌های خاص خودش عمل کنند. اما مبنای ولایت فقیه تخصصاً از این بحث خارج است و از نظر شأنی اصل ولایت فقیه بر اصل تفکیک قوا تقدم دارد. اصل ولایت فقیه از نظر زمانی نیز تقدم بر اصل تفکیک قوا دارد، زیرا ارتباط این دو، مربوط به مرحله‌ی «اعمال ولایت» است، حال آنکه پیش از مرحله‌ی اعمال ولایت، در مبحث ولایت مطلقه‌ی فقیه، موضوع متقدم‌تر مسئله‌ی «منشأ ولایت» است (منصورنژاد، ۱۳۷۸: ۶۰).

اگرچه قوای حاکم کاملاً مستقل از هم نیستند و به‌خصوص زیر نظر ولایت امر فعالیت می‌کنند، در چارچوب وظایف قانونی مختار و مستقل‌اند و مرتبط با قوای دیگر به انجام وظیفه می‌پردازند.

نتیجه‌گیری

بی‌شک نظام سیاسی جمهوری اسلامی ایران تفکیک قوا را پذیرفته و مطلب مذکور در بسیاری از قوانین موضوعه‌ی کشور به چشم می‌خورد و به‌نظر می‌رسد که این تفکیک قوا به‌صورت نسبی باشد. از سوی دیگر، در مصادیقی که احتمال ایجاد نوعی تداخل ظاهری در

محدوده‌ی اختیارات قوای سه‌گانه وجود دارد، شورای نگهبان در مقام نهاد تفسیر قانون اساسی اقدام به رفع اختلاف میان قوای سه‌گانه کرده و قوای حاکم در مسئله را مشخص می‌کند. البته نسبی بودن تفکیک قوا به معنای استقلال کامل قوا نیست و گاهی از نظر همکاری یا حتی نقش نظارتی با یکدیگر در ارتباط‌اند. تداخل مذکور یا در مواردی توهم وجود تداخل اغلب در زمان اجرای قانون پیش می‌آید، همچنین تصمیمات نهادهایی همچون شورای عالی انقلاب فرهنگی و همین‌طور نهادهای زیر نظر رهبری به دلیل جایگاه خاصی که از حیث سلسله‌مراتب دارند، ممکن است مشمول تداخل مذکور باشند که در این موارد نیز نظریات شورای نگهبان و در مواردی حکم حکومتی رهبری نقش فصل‌الخطاب را دارد. مطلب مذکور در برخی نظریات شورای نگهبان بیش از پیش نمایان است که در این مقاله به برخی از نظریات شورای نگهبان در این زمینه، اشاره شد.

درباره‌ی نسبت ولایت فقیه با تفکیک قوا در جمهوری اسلامی ایران باید گفت: از نظر شأنی اصل ولایت فقیه بر اصل تفکیک قوا تقدم دارد. اصل ولایت فقیه از نظر زمانی نیز تقدم بر اصل تفکیک قوا دارد، زیرا ارتباط این دو، مربوط به مرحله‌ی «اعمال ولایت» است، حال آنکه پیش از مرحله‌ی اعمال ولایت، در مبحث ولایت مطلقه‌ی فقیه، موضوع متقدم‌تر مسئله‌ی «منشأ ولایت» است. باید گفت که رابطه‌ی میان این دو اصل از نوع حکومت است نه تعارض، با این توضیح که ولایت فقیه دامنه‌ی اجرای این اصل را محدود به مواردی می‌کند که ولی فقیه و نهادهای زیر نظر آن ورود به قضیه نداشته باشند و از این رو اصل ولایت فقیه حاکم است و تفکیک قوا محکوم.

یادداشت‌ها

۱. ر.ک: نائینی، ۱۳۶۱: ۱۰۲-۱۰۴. برای نمونه برای این شاهد مثال‌ها:
«امام علی(ع) در پاسخ نامه‌ی معاویه از این مثل استفاده کردند و فرمودند: کسی که در زمهری طلقاء (آزادشدگان پیامبر در فتح مکه) است، چگونه می‌تواند درباره‌ی مهاجرین و درجات و مراتب آنان اظهارنظر کند؟!»
۲. نظریه‌ی ۱۲۴۸ مورخ ۱۳۷۰/۲/۲۸ در خصوص لایحه‌ی مقررات استخدامی سپاه پاسداران ۱۳۷۰/۲/۳: «با توجه به ابهاماتی که در برخی از مواد و تبصره‌ها درباره‌ی اختیارات مقام معظم رهبری و محدود نمودن آن اختیارات وجود دارد، باید ماده‌ی ۲۲۸ به گونه‌ای اصلاح شود که صریحاً نافذ بودن کلیه‌ی دستورات و اختیارات و ترتیباتی که سابقاً از سوی مقام معظم رهبری به اشخاص و مقامات داده‌شده را اعلام دارد و همچنین اختیار مقام معظم رهبری به تفویض اختیارات به اشخاص طبق ذیل اصل ۱۱۰ قانون اساسی تصریح گردد».
۳. نظریه‌ی ۸۱/۳۰/۶۰۲ مورخ ۱۳۸۱/۳/۷ درباره‌ی لایحه‌ی تشکیل سازمان صنایع هوایی نیروهای مسلح مصوب ۱۳۸۱/۲/۱۵ مجلس: «تمرکز سیاستگذاری، برنامه‌ریزی، نظارت و کنترل فعالیت‌های صنعت هوایی نیروهای مسلح از اختیارات فرماندهی معظم کل قوا می‌باشد و چون در ماده‌ی ۱ به آن تصریح نشده است، لذا از این جهت مغایر بند ۴ اصل ۱۱۰ قانون اساسی می‌باشد».
۴. نظریه‌ی ۸۲/۳۰/۶۸۰۳ مورخ ۱۳۸۲/۱۲/۴ درباره‌ی لایحه‌ی استخدام نیروی انتظامی مصوب ۱۳۸۲/۱۱/۷: «ماده‌ی ۲۱۲ از این جهت که موکول به اذن فرماندهی کل قوا نشده است، مغایر بند ۴ اصل ۱۱۰ قانون اساسی شناخته شد... با توجه به اینکه اختیارات مصرح در مواد مختلف از جمله مواد ۵۶، ۶۵، ۶۶، ۶۸، ۱۲۲ و بند «الف» ماده‌ی ۱۴۱، بند «الف» تبصره‌ی ماده‌ی ۱۹۲ و مواد ۲۰۳ و ۲۰۸ از اختیارات خاص فرماندهی کل قوا است، واگذاری این اختیارات به وزیر کشور و یا معاون او و یا هیأت وزیران بدون اذن معظم‌له مغایر بند ۴ اصل ۱۱۰ می‌باشد».
۵. این نظریه درباره‌ی طرح اصلاح لایحه‌ی قانونی در خصوص شورای عالی آموزش و پرورش مصوب ۱۳۸۰/۹/۶: در بندهای ۱، ۳، ۵، ۶، ۹، ۱۱ و ۱۷ ماده‌ی ۶ چون وظایف بندهای ۱، ۶، ۲۴ و ۲۵ شورای عالی انقلاب فرهنگی را به شورای عالی آموزش و پرورش داده است، لذا مغایر با اختیارات ولایت مطلقه‌ی فقیه مصرح در اصل ۵۷ قانون اساسی و مغایر با موازین شرع شناخته شد.
۶. درباره‌ی طرح گزینش مصوب ۱۳۸۰/۷/۱: در ذیل ماده‌ی ۸ از این جهت که شامل مصوبه‌ی شورای عالی انقلاب فرهنگی می‌شود، مغایر موازین شرع و اصل ۵۷ قانون اساسی شناخته شد.
۷. درباره‌ی طرح یک‌فوریتی نحوه‌ی انجام فعالیت‌های تشکلی‌های دانشجویی: علاوه بر اشکالات متعدد طرح از جهت انطباق با موازین شرعی و قانون اساسی، کلیت موضوع طرح از وظایف شورای عالی انقلاب فرهنگی است و تصویب آن توسط مجلس خلاف موازین شرع و مغایر اصل ۵۷ قانون اساسی شناخته شد.
۸. در این نظریه شورا صریحاً به دلیل توجه خاص خود به مصوبات مجلس در حوزه‌ی صلاحیت

شورای عالی انقلاب فرهنگی اشاره می‌کند و با تصریح به تأکیدات رهبری در خصوص عدم واگذاری وظایف شورای عالی انقلاب فرهنگی به مرکز یا شورای مشابه و توجه به مبنای اسلامی و انقلابی دانشگاه‌ها، لایحه‌ی اهداف، وظایف و تشکیلات وزارت علوم مصوب ۱۳۸۱/۸/۱۲ را به دلیل بی‌توجهی به این اصول و واگذاری بسیاری از وظایف و اختیارات شورای عالی انقلاب فرهنگی به وزارت علوم مورد ایراد قرار می‌دهد.

۹. براساس مصوبه‌ی شورای عالی انقلاب فرهنگی در هشتاد و هشتمین جلسه‌ی خود در تاریخ ۱۳۶۵/۷/۱۵: «باید به دولت رسماً و کتباً اطلاع داده شود که مصوبات شورای عالی در حکم قانون است».

۱۰. درباره‌ی لایحه‌ی اصلاح مواد فصل دوم قانون تعیین حدود و وظایف و اختیارات و مسئولیت‌های ریاست جمهوری مصوب ۱۳۸۲/۱/۱۹: «در ماده‌ی ۱ عموم عبارت (کلیه‌ی دستگاه‌های حکومتی) نسبت به دستگاه‌هایی که به نص قانون اساسی یا با اعمال اختیارات موضوع اصل ۵۷ قانون اساسی مستقیماً زیر نظر مقام معظم رهبری می‌باشند، مغایر اصول قانون اساسی و از جمله اصول ۱۱۳، ۱۱۰، ۵۷ و ۱۷۵ شناخته شد».

۱۱. درباره‌ی لایحه‌ی اصلاح مواد از قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۸۰/۹/۲۱: «اطلاق عدم معافیت مالیاتی مستفاد از مواد ۱ و ۶۴ و تبصره‌های آن‌ها نسبت به مواردی که حضرت امام (ره) یا مقام معظم رهبری نظر به معافیت داده‌اند، نظیر آستان قدس رضوی خلاف شرع و مغایر اصل ۵۷ قانون اساسی شناخته شد».

۱۲. ماده‌ی ۲۸- ضابطان دادگستری مأمورانی هستند که تحت نظارت و تعلیمات دادستان در کشف جرم، حفظ آثار و علائم و جمع‌آوری ادله‌ی وقوع جرم، شناسایی، یافتن و جلوگیری از فرار و مخفی شدن متهم، تحقیقات مقدماتی، ابلاغ اوراق و اجرای تصمیمات قضایی، به موجب قانون اقدام می‌کنند.

ماده‌ی ۲۹- ضابطان دادگستری عبارت‌اند از:

الف- ضابطان عام شامل فرماندهان، افسران و درجه‌داران نیروی انتظامی که آموزش مربوط را دیده باشند.

منابع

الف) فارسی

۱. آدمیت، فریدون و هدی ناطق (۱۳۵۶)، افکار اجتماعی و سیاسی و اقتصادی در آثار منتشرنشده‌ی قاجار، تهران: آگاه.
۲. آقایی طوق، مسلم (۱۳۸۶)، مبانی و ماهیت نظارت قضایی بر اعمال دولت، تهران: پژوهشکده‌ی تحقیقات استراتژیک.
۳. اداره‌ی امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۴)، صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، تهران، انتشارات مجلس شورای اسلامی.
۴. اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۹)، صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی، تهران: انتشارات مجلس شورای اسلامی.
۵. ارسطو، محمدجواد (۱۳۸۹)، نگاهی به مبانی تحلیلی جمهوری اسلامی ایران، قم: بوستان کتاب.
۶. ارسطو (۱۳۴۹)، سیاست، ترجمه‌ی حمید عنایت، تهران: امیرکبیر، چ دوم.
۷. امامی، محمد و کورش استوارسنگری (۱۳۹۲)، حقوق اداری، تهران: میزان.
۸. بهشتی، سید محمد (۱۳۹۰)، ولایت، رهبری و روحانیت، تهران: روزنه.
۹. بهنیا، مسیح (۱۳۸۳)، «تفکیک قوا در عمل»، نشریه‌ی مجلس و پژوهش، ش ۴۶.
۱۰. جنتی، احمد (۱۳۸۵)، «مصاحبه: گفتگوها و مقالات: شرایط، وظایف و اختیارات خبرگان ملت»، مجله‌ی حکومت اسلامی، ش ۴۱، صص ۳۷-۶۲.
۱۱. جوان آراسته، حسین (۱۳۹۵)، «تفکیک قوا در نظام سیاسی اسلام و جمهوری اسلامی ایران»، فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال چهل و نهم، ش یکم.
۱۲. حبیب‌زاده، توکل و اسماعیل آجرلو (۱۳۹۱)، «نقد مبانی انسان‌شناختی اصل تفکیک قوا»، دوفصلنامه‌ی پژوهشنامه‌ی حقوق اسلامی، ش ۳۶، صص ۹۹-۱۲۶.
۱۳. دلاکامپانی، کریستین (۱۳۸۰)، «برخی مسائل فلسفه سیاست در روزگار ما»، ترجمه‌ی بزرگ نادرزاده، اطلاعات سیاسی اقتصادی، ش ۱۶۳-۱۶۴، ش ۸ و ۷، صص ۱۲۲-۱۳۵.
۱۴. راسخ، محمد (۱۳۸۴)، بنیاد نظری اصلاح نظام قانونگذاری، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
۱۵. _____ (۱۳۸۸)، نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی، تهران: دراک.

۱۶. رستمی، ولی و میلاد قطبی (۱۳۹۳)، «تحلیلی بر مفهوم نهادهای زیر نظر رهبری در نظام تقنینی ایران»، فصلنامه‌ی دانش حقوق عمومی، ش ۹، صص ۶۹-۹۰.
۱۷. شاپیرو، جان ساولین (۱۳۸۰)، *لیبرالیسم، معنا و تاریخ آن*، ترجمه‌ی محمدسعید حنایی کاشانی، تهران: نشر مرکز.
۱۸. صنیعی منفرد، محمدعلی (۱۳۸۰)، «استقلال قوا در قانون جمهوری اسلامی ایران»، *نشریه‌ی حکومت اسلامی*، ش ۴، ص ۸۳.
۱۹. علوی، پرویز و نادعلی صادقیان (۱۳۸۹)، «ریشه‌های فکری اصل تفکیک قوا»، *فصلنامه‌ی حقوق دانشگاه تهران*، دوره‌ی ۴۰، ش ۲، صص ۲۵۹-۲۷۳.
۲۰. فلاح رفیع، علی (۱۳۸۳)، «تأملات فلسفی ارسطو در باب سیاست»، *نشریه‌ی معرفت*، ش ۷۹، صص ۹-۲۵.
۲۱. فلاح‌زاده، علی‌محمد و همکاران (۱۳۹۱)، *تفکیک تقنین و اجراء، تحلیل مرزهای صلاحیت تقنینی در روابط قوای مقننه و مجریه*، تهران: مرکز تحقیقات شورای نگهبان.
۲۲. قاضی، ابوالفضل (۱۳۸۳)، *حقوق اساسی و نهادهای سیاسی*، تهران: میزان.
۲۳. _____ (۱۳۸۰)، *بایسته‌های حقوق اساسی*، تهران: دادگستر.
۲۴. منصورنژاد، محمود (۱۳۷۸)، «تفکیک قوا، ولایت مطلقه‌ی فقیه و استقلال قوا»، *فصلنامه‌ی حکومت اسلامی*، ش ۱۱، صص ۴۰-۶۳.
۲۵. مهرپور، حسین (۱۳۸۰)، *رئیس‌جمهور و مسئولیت اجرای قانون اساسی*، تهران: اطلاعات.
۲۶. میرزاده، نادر و علی سهرابلو (۱۳۹۳)، «نسبت‌سنجی اصل یکصد و سیزدهم قانون اساسی با اصل استقلال قوا»، *اندیشه‌های حقوق عمومی*، ش ۶.
۲۷. نائینی، محمدحسین (۱۳۶۱)، *تنبیه‌الامة و تنزیه‌المللة*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۸. ناصحی، مصطفی (۱۳۷۸)، *تفکیک قوا و ولایت فقیه*، قم: انتشارات تبلیغات اسلامی.
۲۹. نجفی اسفاد، مرتضی و فرید محسنی (۱۳۸۸)، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: الهدی.
۳۰. ویژه، محمدرضا (۱۳۸۸)، «اصل تفکیک قوا در آراء هیأت عمومی دیوان عدالت اداری»، *مجله‌ی حقوقی دادگستری*، ش ۶۷، صص ۳۹-۵۴.
۳۱. هاشمی، اکبر (۱۳۸۵)، «مصاحبه: گفتگوها و مقالات: مجلس خبرگان در جمهوری اسلامی»، *مجله‌ی حکومت اسلامی*، ش ۴۰، ص ۲۲.

۳۲. هاشمی، محمد (۱۳۸۹)، **حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران**، تهران: میزان، چ بیست و دوم.
۳۳. هدایت‌نیا، فرج‌ا... (۱۳۸۱)، «جایگاه حقوقی شورای عالی انقلاب فرهنگی و مصوبات آن»، رواق اندیشه، ش ۸.

ب) لاتین

34. Bazan, Elizabeth & Morton Rosenberg (2005), **Congressional Oversight of Judges & Justice**, The Library of Congress(fas.org/sgp/crs/misc/RL32935).
35. Dellinger, Walter (1996), **The Constitutional of Powers between the president and Congress, Memorandum for the General Counsels of the Federal Government**, 6May (gustice.gov/olc/delly.htm).
36. Gisquel, Jean (1991), **Droit Constitutionnel et institutions du Politiques**, Montchrestien.
37. Montesquieu, Baron De (1948), **The spirit of The Law**, Translated by Thomas Nugent, Canada: Batoche.
38. Oleszec, Walter (2010), **Congressional oversight: An Interview**, The Library of Congress(fas.org/sgp/crs/misc/RL41079).
39. Vreeland, Hamilton (1917), **Hugo Grotius: The Father of the Modern Science of International law**, Newyork: Oxford University press.

درخواست اشتراک
فصلنامه‌ی علمی - پژوهشی
دانش حقوق عمومی

الف) اطلاعات فردی:	
نام خانوادگی:	نام:
رتبه‌ی علمی (اختیاری):	آخرین مدرک تحصیلی (اختیاری):
ب) اطلاعات مربوط به مؤسسات و کتابخانه‌ها:	
نام مؤسسه / کتابخانه:	وابسته به:
ج) نشانی (برای ارسال مجله):	
آدرس:	
کدپستی:	تلفن:
تلفن همراه:	نمابر:
پست الکترونیک:	شماره‌ی اشتراک (در صورت داشتن اشتراک سابق):
اشتراک از شماره‌ی:	تا شماره‌ی:

بهای اشتراک سالانه (چهار شماره): ۳۵۰/۰۰۰ ریال

* اساتید و دانشجویان از تخفیف ۳۰٪ برخوردارند.

علاقتمندان می‌توانند بهای اشتراک سالانه را که شامل هزینه‌های ارسال نیز می‌شود، به حساب زیر نزد بانک صادرات ایران به نام «انتشارات پژوهشکده شورای نگهبان» واریز و علاوه بر تکمیل فرم مربوطه در سامانه فصلنامه به آدرس mag.shora-rc.ir، تصویر فیش را در سامانه پیوست نمایند.

شماره حساب: ۰۱۰۸۱۲۹۰۹۳۰۰۹ شماره کارت: ۶۰۳۷۶۹۱۹۸۰۰۰۱۳۷۴

شماره شبا: ۰۹ ۰۹۳۰ ۸۱۲۹ ۰۰۱۰ ۰۰۰۰ ۰۱۹۰ IR۸۷

تهران، خیابان شهید سپهبد قرنی، کوچه شهید دهقانی‌نیا (خسرو سابق)، روبروی مسجد الرحمن،

پلاک ۱۲، پژوهشکده شورای نگهبان، فصلنامه دانش حقوق عمومی

کدپستی: ۱۳۱۴۵-۱۴۶۳

تلفن: ۰۲۱-۸۸۳۲۵۰۴۵ فکس: ۰۲۱-۸۸۳۲۵۰۸۰

Scrutiny on the Theory of Separation of Powers in the Islamic Republic of Iran with a View to its Relation with Velayat-e-Faqih

Ali Shia Ali^{1*} & Vahid Zare²

1- Assistant Professor, Islamic Azad University of shirvan

2- Master of public law, Tehran University

Abstract

The theory of separation of powers is accepted in the Islamic Republic of Iran, inferred from the statutes and the Guardian Council's opinions. Nevertheless, implementation of this theory is faced with some ambiguities and the boundary among the scope of tasks of the triple powers is not obvious. Hence, the Guardian Council as the formal Constitutional interpreter as well as the institution for reviewing the Constitutionality of the enactments of the Islamic Consultative Assembly resolves the disputes among the triple powers. The subject of this article is to study the essence of the theory of separation of powers and to analyze some of the most important seeming interference of the tasks of the triple powers, and the Guardian Council's opinions in this regard. As the result, the Guardian Council resolves the disputes of the triple powers as the interpreter of the Constitution in cases there exists the possibility of seeming interference in the tasks of triple powers. The principle of separation of powers based on the political structure of the Islamic Republic of Iran is used to make compatible the triple powers. Therefore, regarding the governmental structure of Iran and the existence of Velayat-e-Faqih (the Supreme Leadership) and its full authority on all pillars of power, the modern approach of the theory of separation of powers could not be accepted and the traditional approach should be considered in this respect. Besides, the separation of powers based on the Constitution of Iran is a relative issue. This article is a descriptive-analytic research.

Key words

Interference of the Authorities, Separation of Powers, Guardian Council, Constitution, Velayat-e-Faqih.

* E-mail: Parnoon@gmail.com

Accreditation of the Constitutional Customs and Precedents

Sayyed Naser Soltani*

Assistant Professor, Tehran university - Farabi campus

Abstract

Perusing the text of the Constitution is not sufficient for understanding the performance of the political system. One of the cases the Constitution and other regulations haven't broached anything on it is the present precedent for nominating the Minister of Intelligence. The current precedents aren't based on the text of the Constitution. The purpose of this study is to question the discrepancy between the body of the written Constitution and the real performance of the legal institutions. Such an approach is indeed an answer to those who consider the Constitution as indicated in its body which restrict the Constitutional law issue subject to the text of the Constitution and the decisions and comments of the Guardian Council. This approach inadequately and incompletely delineates the Constitution. The Constitutional institutions broadly or narrowly interpret their jurisdiction with respect to the balance of the political powers. This article aims to point out these issues in the studies of Iran Constitutional law. We'll attempt in one hand to indicate whether the Constitutional law theory of Iran would provide a basis for acceptance of such rules and in the other hand to present the sovereign criteria on these rules.

Key words

Ethics and Morality of Constitutional Enforcement, Unwritten Principles of the Constitution, Precedents of Constitutional Enforcement, Constitutional Convention, Written Constitution.

*E-mail: Naser.soltani@ut.ac.ir

The Feasibility of the Dismissal of the Parliamentary Deputies in the Constitutional Law System of Iran

Sayyed Ahmad Habibnejad^{1*} & Zahra Ameri²

1- Assistant Professor, Tehran university - Farabi campus

2- Assistant Professor, bojnoord University

Abstract

Is it possible to dismiss a Member of Parliament? This question should be answered cautiously, especially as representation and representative are the main concepts and elements of democracy and at the forefront of power constraint by the rulers. Nevertheless, this importance cannot hinder the theories regarding the dismissal of the parliamentary deputies. This article seeks to examine the feasibility of such issue in the framework of the legal system of the Islamic Republic of Iran and besides, to consider the experiences of other countries in this respect. It seems that although dismissal of a representative is theoretically possible, its implementation needs a legal, transparent and rational process far from any political interference. Perhaps, the absence or lack of confidence regarding the executive mechanism has led the prudent mind of the legal scholars to recognize parliamentary deputies irremovable.

Key words

Dismissal, Veto Right, Constitution, Democracy, Nature of Representation, Legal System, Parliamentary Deputy.

*E-mail: A.habibnezhad@ut.ac.ir

A Comparative Introduction to the Territorial Decentralization in Iran

Moslem Aghaei Toogh^{1*}

Assistant Professor, University Of Judicial Sciences and Administrative Services

Abstract

Territorial decentralization as one of the most important techniques for the administration of unitary states and people's participation in local affairs consists of recognizing for local and geographical authorities with legal personality and general competence of decision-making for their elected councils in local affairs. The importance of this principle is to the extent that some Constitutions as the France emphasize on it. This isn't referred in the Constitution of Iran. Examining the Constitution of Iran with comparison with that of France indicate that although the city and village councils are directly elected by the people, territorial units such as city, departments and province lack legal personality and general competence of decision-making in local affairs. Thus, two components of territorial decentralization are not accepted in the legal system of Iran. Therefore, it seems that the Islamic councils are the manifestation of the principle of Islamic consultation and not of the territorial decentralization as it exists in the administrative law of France. The research method is analytic-comparative.

Key words

Local Affairs, Legal Personality, Islamic Councils, City Council, Territorial Decentralization.

*E-mail: Moslemtog@yahoo.com

Legal Clarification of the “System's Dilemmas Settlement” in the Constitutional Law Order of Iran

Morteza Nejabatkhah^{1*} & Javad Taghizadeh² & Nafise Zarifi³

1- Associate Professor, Mazandaran university

2- Associate Professor, Mazandaran university

3- master of public law, Mazandaran university

Abstract

The term “System's Dilemmas Settlement” is used in the Article 110 (8) of the Constitution as one of the duties and powers of the Supreme Leader. There are some uncertainties regarding this clause, such as the official body and the criterion for declaring and identifying the dilemma, as well as the final entity to provide the solution in respect of that dilemma. These ambiguities will be examined with a descriptive-analytic method in this article. In this regard, due to the detailed deliberations of the Revision Council of the Constitution, it becomes apparent that any dilemma unresolvable through ordinary ways, will be solved by the Leader through the State Expediency Council. Besides, in accordance with the standing order of the State Expediency Council and its practical precedent, in case the Supreme Leader identifies an issue as a dilemma, it will be referred to the State Expediency Council. Hence, the Council cannot directly interfere in a subject as a dilemma settlement, unless the subject is referred to it. The State Expediency Council based on the standing order is recognized as a supreme advisory council for the Leader in solving the dilemmas. Furthermore, the practical precedent indicates the Supreme Leader acts in the manner in which the State Expediency Council presents; although, in some cases, he may conditionally enforce it.

Key words

Powers of the Leadership, Article 110 of the Constitution, State Expediency Council, System's Dilemmas.

*E-mail: M.nejabatkhah@gmail.com

The Quality Review of the Enactments of the Islamic Consultative Assembly in the Precedent of the Guardian Council

Ali Akbar Gorji Azandariani¹ & Mohammad Shahab Jalilvand^{2*}

1- Associate Professor, Shahid Beheshti University

2- Ph.D student of public law, Shahid Beheshti university

Abstract

Principally the guardian of the Constitution protects the Constitution by means of reviewing the Constitutionality of the Enactments of the Islamic Consultative Assembly as the traditional task of this entity. Nevertheless, examining the practical precedents indicate that both the Constitutional Council of France and the Guardian Council of Iran have in some cases gone beyond the scope of this inherent task by reviewing the quality of the acts. According to this, the main research question is that how and by what criteria the Guardian Council reviews the quality of the acts? This article through a descriptive-analytic method indicates that this entity while examining the enactments of the Islamic Consultative Assembly based on the Islamic criteria and the Articles of the Constitution, has in some cases reviewed these enactments based on normativity, transparency, stability, enforceability, justiciability, coherence, and etc. The result of this research is that despite the presence of signs of the quality review approach by the Guardian Council, there is still no comprehensive analysis regarding the above theories and therefore, it seems that the precedent of the organ of Constitutional review in the Islamic Republic of Iran should provide the qualitative standards in this regard.

Key words

Stability, Guardian Council, Transparency, Constitution, Quality of the Enactments, Normativity.

* E-mail: Shahabjalilvand88@gmail.com

Contents

■ The Quality Review of the Enactments of the Islamic Consultative Assembly in the Precedent of the Guardian Council.....	1
● Ali Akbar Gorji Azandariani & Mohammad Shahab Jalilvand	
■ Legal Clarification of the “System's Dilemmas Settlement” in the Constitutional Law Order of Iran.....	23
● Morteza Nejabatkhah & Javad Taghizadeh & Nafise Zarifi	
■ A Comparative Introduction to the Territorial Decentralization in Iran	45
● Moslem Aghaei Toogh	
■ The Feasibility of the Dismissal of the Parliamentary Deputies in the Constitutional Law System of Iran.....	67
● Sayyed Ahmad Habibnejad & Zahra Ameri	
■ Accreditation of the Constitutional Customs and Precedents	91
● Sayyed Naser Soltani	
■ Scrutiny on the Theory of Separation of Powers in the Islamic Republic of Iran with a View to its Relation with Velayat-e-Faqih.....	111
● Ali Shia Ali & Vahid Zare	

In The Name Of Allah the Compassionate the Merciful

Public Law Knowledge Quarterly Journal

Vol. 6, autumn & Winter 2017 & 2018, No. 18

Publisher: Guardian Council Research Institute

Responsible Editor: Abbas Ali Kadkhodaei

Chief Editor: Siyamak Rahpeyk

The Editorial Board:

- Mohsen Esmaeili (Associate Professor of Private Law, Tehran University)
- Firooz Aslani (Assistant Professor of Public Law, Tehran University)
- Gholam Hossein Elham (Associate Professor of Criminal Law & Criminology, Tehran University)
- Mohammad Javad Javid (Associate Professor of Public Law, Tehran University)
- Sayyed Mohammad Hosseini (Associate Professor of Criminal Law & Criminology, Tehran University)
- Vali Rostami (Associate Professor of Public Law, Tehran University)
- Siyamak Rahpeyk (Professor of Private Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services & Member of Guardian Council Research Institute)
- Abbas Ali Kadkhodaei (Professor of Public Law, Tehran University & Member of Guardian Council Research Institute)
- Farid Mohseni (Assistant Professor of Criminal Law & Criminology, University of Judicial Sciences and Administrative Services & Member of Guardian Council Research Institute)

**Address: Guardian Council Research Institute, No. 12, Dehghaninia Alley,
Sepahbod Gharani St, Tehran. Iran**

P.O.Box: 13145-1463

Tel: +98 21 88325045 Fax: +98 21 88325080

E-mail: mag@shora-rc.ir

mag.shora-gc.ir