

## ریشه‌های جغرافیای - سیاسی نظارت قضایی در ایالات متحده آمریکا و

### ایران

مهدیس محمودی گیلانی

دانشجوی دکتری تخصصی، گروه حقوق، واحد امارات، دانشگاه آزاد اسلامی، دبی، امارات متحده عربی.

نادر مردانی<sup>۱</sup>

دانشیار، گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران

احمد اسدیان

استادیار، گروه حقوق، واحد امارات، دانشگاه آزاد اسلامی، دبی، امارات متحده عربی

حسین مهرپور

استاد تمام، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۱/۲۸ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۴/۱۹

### چکیده

نظارت قضایی در ایالات متحده آمریکا و دادرسی اساسی فقهی شورای نگهبان جمهوری اسلامی ایران از پیشینه قابل توجهی برخوردارند، از این رو در این پژوهش به بررسی ریشه‌های تاریخی این دو موضوع در این دو کشور پرداخته می‌شود. ایالات متحده آمریکا در سال ۱۷۷۶ از اتحاد ۱۳ بریتانیایی نشین به وجود آمد. این ریشه‌های بریتانیایی، زمینه را برای برتری قانون مساعد کرد پس از استقلال آمریکا در این کشور، در دوره حکومت کنفدراتیو، بر اساس پیشینه‌ای بریتانیایی ابتدا نظارت قضایی در سطح ایالات شکل گرفت. این نظارت قضایی در سطح ایالات به اندیشه پدران بنیان‌گذار، به خصوص الکساندر همیلتون، راه یافت، اما با این وجود در قانون اساسی آمریکا وارد نشد. ۱۶ سال پس از تصویب قانون اساسی این کشور و با رأی مارشال نظارت قضایی به حقوق اساسی این کشور راه یافت. در ایران دادرسی اساسی، پیش از قانون اساسی مشروطه، منطقی‌معنایی نداشت. در قانون اساسی مشروطه نیز هیچ اثری از نظارت بر قانونگذاری نبود، اما این موضوع به نحو دیگری در متمم آن متن ایجاد شد. در این روند با درخواست جدی مشروعه خواهان، نظارت شرعی، مطابق اصل طراز وارد متمم قانون اساسی مشروطه شد، اما تا پیروزی انقلاب در عمل این موضوع مسکوت ماند. با پیروزی انقلاب این موضوع با تلفیقی از غرب به‌عنوان دادرسی اساسی فقهی ابتدا وارد پیش‌نویس قانون اساسی شد. پس از آن با تغییرات عمده در مجلس بررسی طرح نهایی پیش‌نویس، نهادی کاملاً متفاوت در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران درج گردید. شکل‌گیری نظارت قضایی در ایالات متحده آمریکا روندی کند.

کلیدواژگان: نظارت قضایی، دادرسی اساسی، جمهوری اسلامی ایران، ایالات متحده آمریکا، تاریخ و جغرافیای سیاسی.

## مقدمه

در ایران و آمریکا نظارت بر قانون اساسی وجود دارد. این نظارت در ایالات متحده آمریکا از طریق نظارت دادگاه‌ها بر قوانین در فرایند نظارت قضایی و در جمهوری اسلامی ایران از طریق نظارت شورای نگهبان بر مصوبات مجلس در فرایند دادرسی اساسی فقهی انجام می‌شود. حال این دو نظارت از چه پیشینه‌ای برخوردارند. برای پاسخ‌دادن به این سؤال این مقاله نوشته شد. سؤال اصلی اینک: «وجه تفاوت و شباهت پیشینه نظارت قضایی آمریکایی و دادرسی اساسی فقهی ایرانی چیست؟» برای پاسخ‌دادن به این سؤال دو سؤال فرعی طراحی شده است. سؤال فرعی نخست عبارت است از: «ریشه‌های تاریخی نظارت قضایی در ایالات متحده آمریکا چیست؟» و سؤال فرعی دوم هم اینک: «پیشینه دادرسی اساسی فقهی شورای نگهبان قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران چیست؟» براین اساس مقاله به دو قسمت تقسیم شده است. در نتیجه‌گیری نیز وجه شباهت و تفاوت تبیین شده‌اند.

## سیر آمریکایی

بسیاری از نهادهای حقوقی و سیاسی این کشور آمریکا از ریشه‌های تاریخی بریتانیایی برخوردارند (Baxter, 2015)، لذا نمی‌توان بررسی تاریخی دقیقی در مورد ریشه‌های تاریخی ساختار قضایی آمریکا انجام داد، مگر اینکه به سال‌های پیش از استقلال نیز گریز زد.

## پیشینه بریتانیایی

پیش از ۱۷۷۶ در بریتانیا، ایده Rule of law باعث اقتدار یافتن قضات شد. این ایده، به نظارت دادگاه‌ها بر پارلمان منجر نمی‌شود، اما زمینه را برای اقتدار گسترده قضات مساعد می‌کند. «حکومت قانون، مبین دولتی است که پایبند حقوقی فراتر از قوانین موضوعه است، حقوق مافوق قوانین بشری» (زولر، ۱۳۹۶). حکومت قانون در بریتانیا جز به واسطه مقام قضایی محقق نمی‌شود (پیشین، ص ۱۱۱). حکومت قانون صرفاً به معنای برتری قانون و به‌مثابه راهنمای زندگی اجتماعی نیست، بلکه بالاتر از آن نیز به معنای «برتری قاضی» در فیصله دعاوی است. تفاوت بزرگی بین سنت کامن‌لا و سنت حقوقی اروپای قاره‌ای وجود دارد. در طی قرن‌ها سنت انگلیسی، برخلاف مونارشی‌های قاره‌ای، اداره دولت را توسعه نداد و برای صیانت از آزادی‌های فردی یک رژیم قضایی را بر نظام اداری مجری قوانین ترجیح داد (پیشین). در دهه‌ها و قرن‌های بعدی، پارلمان<sup>۱</sup> و قضات، دو رکن سازنده قوانین بودند (Dicey, 2010). دایسی، حقوق‌دان بزرگ بریتانیایی در کتاب مشهور خود این دوگانه را شرح می‌دهد (Dicey, 2010). این موضوع، به تدریج خود را به حقوق سایر کشورهای آنگلو ساکسون از جمله آمریکا رسانید.

## نظرات پدران بنیان‌گذار آمریکا

نظارت قضایی به‌موجب هیچ‌یک از اصول قانون اساسی این کشور و یا متمم‌های آن به وجود نیامده بلکه رأی ماربوری علیه مدیسون، مشهور به رأی مارشال، نظارت قضایی را پدیدار ساخت (عباسی، ۱۳۹۴). قبل از سال ۱۷۸۹ دادگاه‌های ایالتی بر مطابقت قوانین ایالتی با قانون اساسی ایالتی نظارت می‌کردند. این اندیشه از سوی پدران بنیان‌گذار مطرح می‌شد که چنین نهادی در سطح فدرال نیز به وجود آید (جمعی از نویسندگان، ۱۳۹۵). «در واقع اولین هدف

<sup>۱</sup>. sovereignty of parliament

تدوین‌کنندگان قوانین اساسی ایالتی تضمین حقوق ابتدایی مردم بود که دولت بریتانیا از به رسمیت شناختن آن‌ها سر باز زده بود.» (محمدپناه، ۱۳۹۸).

نکته بعدی اینکه مدل جمهوری آمریکایی چنان‌که هامیلتون گفته است. این نظام، در واقع بر اساس اصلی غیر از اصل اکثریت عمل می‌کند: یعنی بر اساس اصل توافق (زولر، پیشین، ص ۱۶۸).

نکته مهم‌تر اینکه، به‌رغم عدم ذکر در قانون اساسی، چنین موضوعی از نظر پدران بنیان‌گذار ایالات متحده آمریکا دور نماند. الکساندر همیلتون یکی از افرادی بود که به کرات به این موضوع پرداخت (همیلتون و مدیسون، ۲۰۱۸). همیلتون، نظارت قضایی را نه از باب تقابل قضاوت و دموکراسی و رجحان قضاوت، بلکه از باب ملازمه داشتن دموکراسی با نظارت قضایی، ضروری می‌دانست. این متفکر بیان کرد: «پس اگر باید دادگاه‌های عدالت را چونان سدهای یک قانون اساسی محدود در مقابل تجاوزهای قانون‌گذاری بدانیم، این ملاحظه، در حکم استدلال محکمی به نفع رعایت دائمی وظایف دادگاه‌های برقرارکننده عدالت خواهد بود.» (پیشین، ۶۰۸). تعبیر قضاوت به‌مثابه سدهای یک قانون اساسی محدود، در بردارنده چند نکته هست:

نخست، عدم اعتماد به سایر قوای حکومتی و لزوم محدودیت اقتدار آن‌ها در قانون اساسی.  
دوم، لزوم تعریف یک سازوکار برای اعمال این محدودیت. به نظر می‌رسد نظارت قضایی سازوکار مناسبی برای این امر باشد.

سوم، قابل‌اعتماد بودن قضاوت برای واگذاری اقتدار محدود کردن سایر ارکان قدرت. همیلتون به چند علت نسبت به قضاوت بدبین نیست. ادله او عبارت‌اند از؛ عدم تمرکز، عدم اقتدار آغاز دعوا، عدم تصریح وظیفه‌ای تقنینی برای آنان، وجود نداشتن اقتدار اجرایی در دست آنان، استثنایی بودن فعل آنان (برای مطالعه بیشتر، نک: مقاله ۷۸، صص ۶۰۶ تا ۶۱۱).

## رأی مارشال

در قانون اساسی اشاره‌ای به این اختیار چشمگیر دیوان عالی نشده است، اما این اختیار در طی پرونده قضایی ماربوری علیه مدیسون<sup>۱</sup>، معروف به رأی مارشال، به وجود آمد. این پرونده به شرح زیر است:

ماربوری که از طرف رئیس‌جمهوری آن‌وقت آمریکا، جان آدامز، در واپسین لحظات زمامداری وی، به سمت امین صلح در ناحیه کلمبیا (واشنگتن دی. سی) تعیین شده بود، هنوز به نحو کامل در مقام خود مستقر نشده بود که مدت ریاست‌جمهوری آدامز به پایان رسید. از آنجاکه رئیس‌جمهور جدید، توماس جفرسون، و وزیر خارجه او؛ جیمز مدیسون از ابقای ماربوری در مقام مذکور خودداری ورزیدند، ماربوری از دیوان عالی درخواست کرد که قراری صادر کند، و مدیسون را وادار سازد او را در شغل خود مستقر سازد.

در نتیجه این دادخواست، پرونده قضایی تشکیل شد و در سال ۱۸۰۳ موضوع به دیوان عالی فدرال رسید. مارشال و سایر اعضای دیوان عالی، مجبور شدند یکی از دو کار دشوار را انتخاب کند. اگر از ماربوری حمایت می‌کردند، قطعاً مدیسون به این دستور اعتنا نمی‌کرد و آنگاه مسلم می‌شد که دیوان عالی قدرتی ندارد و ناتوانی قوه قضائی به نحوی

<sup>۱</sup>. Marbury Versus Madison

زنده و ناشایست، محقق می‌گشت، و اگر به تقاضای ماربوری وقعی نمی‌نهاد، صحت تهمت «انتصابات آخرین لحظه» را که به آدامز وارد آورده بودند، مورد تأیید قرار می‌دادند.

اما مارشال تدبیری دیگر اندیشید؛ او اعلام کرد که «امتناع دولت جفرسون از انتصاب ماربوری غیرقانونی است و هر کارمندی که وظیفه خویش را انجام نداده است را می‌توان به دادگاه فراخواند. اما دیوان عالی مقام صالحی محسوب نمی‌شود که برای جبران خطائی که در پرونده مزبور درباره ماربوری اجرا شده است، صلاحیت اقدام داشته باشد؛ زیرا دیوان عالی در این‌گونه امور، اختیار صدور دستور اجرایی ندارد، ... قانونی که خلاف قانون اساسی باشد ملغی‌الثر است و دیوان عالی باید چنین قانونی را فاقد اعتبار قانونی بداند؛ بنابراین، آقای ماربوری باید برای جبران ضرر و زیان قانونی خود، به مرجع دیگری مراجعه کند و دیوان عالی صمیمانه آرزوی موفقیت او را دارد.» (برگرفته شده از متن رأی)

مارشال با این اظهارنظر، هم دادخواست ماربوری را قانونی دانست و هم امتناع دولت از واگذاری شغل ماربوری به او را، خلاف قانون شمرد! او بدون ایجاد وضعی ناگوار و جنجال‌برانگیز، اصل نظارت قضایی را در مورد تطبیق قوانین و اجرای آن با قانون اساسی، با قریحه و استعداد غیرعادی خود به‌وضوح اعلام داشت. نکته مهم در احکام این بود که دیوان عالی، اجرای هر قانونی را و از هر مرجعی که صادر شده بود، چنانچه با قانون اساسی انطباق نداشت منع می‌کرد. در حقیقت، نظارت قضایی هم شامل قوانینی بود که از طرف ایالات به مرحله اجرا درآمده بود و هم شامل قوانینی می‌شد که از طرف قوه مقننه ملی تصویب شده بود (حمیدیان، ۱۳۸۹). جان مارشال برای این اختیار دلیلی را طرح کرد. مارشال رئیس دیوان عالی ایالات متحده استناد به قسمت دوم از ماده سوم قانون اساسی است؛ وی می‌گوید: «قدرت قضایی باید به تمام قضایی که ناشی از این قانون اساسی هستند تعمیم یابد ...». پرسش اصلی مارشال به این قرار بود که: «چگونه دیوان عالی می‌تواند در مورد قضایی که ناشی از قانون اساسی هستند، بدون بررسی قانون اساسی تصمیم‌گیری نماید؟» بدین نحو دیوان نشان داد که در صورت مغایرت میان قانون اساسی و قانون عادی، دادرسی باید برتری را به قانون اساسی بدهد و قانون عادی را اجرا نکند. با این حال، نخستین قانون عادی که مخالف قانون اساسی تشخیص داده و اعلام شد در سال ۱۸۷۵ بود. در این الگو، گاه از حکومت دادرسان سخن گفته می‌شود. زیرا قضات: قانون مصوب نمایندگان ملت در مجلس را به دلیل مخالفت با قانون اساسی اجرا نکرده و یا منسوخ کنند (عباسی، بیژن، پیشین، ص ۱۵۳).

در ساختار ایالات متحده آمریکا، نظارت اساسی در سطح ایالتی نیز وجود دارد بدین ترتیب که دادگاه‌ها و در رأس آن دیوان عالی ایالتی و در موارد استثنایی دیوان عالی فدرال، بر اساس قانون اساسی ایالتی، بر قوانین و مقررات ایالتی نظارت می‌کنند (عزیز محمدی، ۱۳۹۱) که شرح بیشتر این موضوع در این نوشته نمی‌گنجد.

### تحولات بعدی

بعد از رأی مارشال تحولات زیادی در نظارت قضایی به وجود آمد. این تحولات تا حدی بود که برخی نویسندگان مدعی شدند: «قانون اساسی آن چیزی است که دیوان عالی می‌گوید.» (Jefferson, 1986) از این‌رو مطالعه تحولات بعد از رأی مارشال ضرورت دارد. در این راستا در ادامه چند مورد از آرای مهم دیوان عالی فدرال ایالات متحده آمریکا و تأثیر این آرا بر نظام حقوقی این کشور بیان و بررسی می‌شوند. پس از آن با ذکر چند آمار، تحولات این نهاد در

زمان‌های مختلف بررسی می‌شوند. البته این موارد مذکور در این بند در فصول آتی با جزئیات بیشتری شرح داده خواهند شد.

نخست، دیوان در سال ۱۸۱۶ در خصوص پرونده مارتین هانتزلسه،<sup>۱</sup> رأی را صادر کرد. به موجب اصل سوم (بخش یک) قانون اساسی ایالات متحده آمریکا «قوه قضاییه ایالات متحده برعهده یک دیوان عالی و دادگاه‌های تالی است که کنگره می‌تواند در صورت لزوم آن‌ها را تأسیس یا تنظیم کند.» در بخش دوم همین اصل آمده است که قوه قضاییه صلاحیت رسیدگی به همه امور را بر اساس حقوق و انصاف و در چارچوب قانون اساسی حاضر و قوانین ایالات متحده و معاهدات بین‌المللی دارد. ماده مذکور در واقع تعریف دادگستری فدرال است. هرچند تمامی دادگاه‌های ایالت‌ها باید حقوق فدرال را اعمال کنند اما در پرونده مارتین - هانتزلسه (۱۸۱۶) دیوان عالی رأی داد که در این حوزه دیوان به‌عنوان قاضی تجدیدنظر دادگاه‌های فدرال و دادگاه‌های ایالتی عمل می‌کند (واعظی، ۱۳۹۰). با این رأی، ۱۳ سال پس از رأی مارشال، دیوان صلاحیت خود را به شکل قابل ملاحظه‌ای افزایش داد.

دوم، در سال ۱۸۱۹ رأی *McCulloch v. Maryland* صادر شد. در سال ۱۸۱۹، ایالت مریلند به خود حق داده بود تا برای یکی از شعب بانک ملی که در آن ایالت فعالیت می‌کرد، مالیات تعیین کند. در قضیه دوم هم ایالت نیویورک حق کشتی‌رانی با کشتی‌های بخار در آب‌های داخلی و رودخانه‌ای را به انحصار خود درآورده بود. دیوان عالی با دفاع از شرط برتری قانون اساسی و نهادهای فدرال در هر دو قضیه اقدامات ایالت‌ها را بی‌اعتبار اعلام کرد. دیوان در دعوی *McCulloch v. Maryland* بر این نکته تأکید ورزید که صلاحیت پیش‌بینی شده برای ایالت‌ها نمی‌تواند به‌گونه‌ای اجرا شود که مانع انجام فعالیت‌های دولت فدرال شود (گرچی از ندریانی، ۱۳۹۴). این رأی مهر تأییدی بر صلاحیت دیوان عالی فدرال ایالات متحده آمریکا بر رسیدگی به قوانین و امور فدرال بود.

سوم، در سال ۱۸۲۱ دیوان رأی *Cohens v. Virginia* را صادر کرد. در این پرونده قاضی استونی و سپس قاضی مارشال در پرونده کوهنس - ویرجینیا (۱۸۲۱) ضرورت وحدت رویه در سرتاسر ایالات متحده را در خصوص تمامی موضوعات مربوط به قانون اساسی مورد تأکید قرار دادند (واعظی، پیشین، ص ۴۱). وحدت رویه و مواردی نظیر آن در سیستم‌های مختلف حقوقی، مصادیقی از اثرگذاری ایجابی قضات در روند تقنین هستند. بدین معنا که در ظاهر امر قضات حکم می‌دهند، اما این حکمشان نوعی تقنین و اثرگذار بر آرای آینده سیستم قضایی خواهد بود.

چهارم، در سال ۱۸۲۴ دیوان عالی در پرونده *Gibbons v. Ogden* به صدور رأی پرداخت. در این قضیه دیوان تصریح کرد که تنظیم فعالیتی مستقر در قلمرو تحت نظارت یک ایالت و وضع مقررات درباره آن، نباید با قوانین فدرال مغایر باشند. با این رأی شبهات باقی‌مانده در خصوص صلاحیت دیوان نسبت به قوانین ایالتی از میان رفت. ما در روند تقنینی با نهادهایی مواجه می‌شویم که می‌توانند رویاروی مجلس بایستند، اما هرگز هیچ نهادی تاب ایستادن در مقابل عالی‌ترین دادگاه کشور را ندارد. به فرض که با قانون رویه تغییر پیدا کرد.

پنجم، در سال ۱۹۲۵ دیوان عالی فدرال ایالات متحده آمریکا رأی *Gitlow v. New York* را صادر کرد. ضمناً دیوان در زمینه برتری قانون اساسی و نیز در حوزه حمایت از حقوق و آزادی‌های بنیادین در دوره ریاست وارن گام‌های بلندی برداشته است. رویه دیوان در آغاز، حاکی از عدم تحمیل<sup>۲</sup> ۱۰ اصلاحیه<sup>۲</sup> نخست قانون اساسی به ایالات عضو

<sup>۱</sup> Martin - Hunter's Lessee

<sup>۲</sup>. Amendment

بود. به عبارت دیگر قلمرو اجرایی اعلامیه حقوق به ایالت‌ها تسری نمی‌یافت. فی‌المثل دیوان ۱۸۳۳ در زمان ریاست جان مارشال<sup>۱</sup> و در رأی *Barron v. Baltimore* این امر را مجدداً مورد تأیید قرار داد. البته مسئله عدم تحمیل اعلامیه حقوق به ایالت‌ها چیزی نبود که دیوان مبتکر آن باشد، بلکه خود بنیان‌گذاران این اعلامیه نیز چنین عقیده‌ای داشتند. استدلال آن‌ها این بود که مردم هر ایالت، خود باید درباره داشتن یا نداشتن یک اعلامیه حقوق تصمیم بگیرند، بدین‌سان بنیان‌گذاران، اعتماد خویش را به مردم ایالت‌ها جهت نظارت بر پاسداشت حقوق و آزادی‌ها توسط دولت‌هایشان اعلام می‌کردند (گرجی از ندریانی، پیشین، ۷۴). ده اصلاحیه نخست قانون اساسی ایالات متحده آمریکا به اعلامیه حقوق<sup>۱</sup> مشهور شده است. در آغاز دیوان عالی ایالات متحده آمریکا برای اعمال این اصلاحیه‌ها و اصلاحیه‌های بعدی، نظیر اصلاحیه چهاردهم، در ایالات مردد بود، اما در قرن ۲۰ این تردید کنار گذاشته شد با رأی *Gitlow v. New York* دیوان عالی مفاد مذکور در اصلاحیه نخست درباره آزادی بیان و آزادی مذهب را برای ایالات نیز لازم‌الاجرا دانست. باتوجه‌به نقش دیوان، تعداد درخواست، جهت نظارت بر مطابقت قوانین با قانون اساسی، فراوان است. دیوان فقط به درخواست‌های مهم رسیدگی می‌کند و در سال بررسی‌ها یک درصد از ۵۰۰۰ درخواست به این نهاد محول می‌شود. تا سال ۱۹۹۹ دیوان بیش از ۱۳۵ قانون فدرال و بیش از ۱۲۰۰ قانون ایالتی را بی‌اثر کرده است (عباسی، پیشین، ص ۱۵۴). کمترین موارد رد مصوبات از دیوان عالی فدرال مربوط به دهه ۹۹-۱۷۹۰ است که هیچ قانونی مغایر با قانون اساسی تشخیص داده نشد. اما در دهه ۷۹-۱۹۷۰، مردم آمریکا با بالاترین میزان مخالفت دیوان عالی با مصوبات کنگره و مجالس ایالتی بودند. در این دهه، ۲۰ مصوبه کنگره ایالات متحده و ۱۸۱ مصوبه مجالس مغایر با قانون اساسی شناخته شدند. این تصمیمات دیوان در خصوص مغایرت با قانون اساسی، قطعی و غیرقابل تغییر است (گرجی از ندریانی، ۱۳۹۴).

به‌طورکلی، می‌توان رفتار دیوان عالی کشور در برابر قدرت سیاسی را به چند دوره دسته‌بندی کرد:

نخست، پیش از ۱۸۰۱، در این دوره هنوز نزاع خاصی میان قدرت سیاسی و دیوان درنگرفته بود.

دوم، از ۱۸۰۱ تا ۱۸۳۵، در این دوره جان مارشال، رئیس دیوان، این نهاد را تبدیل به نهادی بسیار قدرتمند تبدیل کرد. همان‌گونه که گفته شد در قانون اساسی مسئله نظارت بر مطابقت قوانین با قانون اساسی پیش‌بینی نشده بود. این، یک نوآوری ایجاد شده توسط رویه قضایی بود که از آن برای نخستین‌بار توسط جان مارشال در تصمیم مربوطی علیه مدیسون<sup>۲</sup> در سال ۱۸۰۳ استفاده شد.

سوم، از سال ۱۸۳۰ تا سال ۱۹۳۷: در این دوران، قدرت دیوان در بالاترین حد خود بود. این دوره مصادف با «حکومت دادرسان» است که با جهت‌گیری محافظه‌کارانه همراه بود. در این دوران، دیوان عالی این کشور توانسته بود حتی در کار رئیس‌جمهور آمریکا خلل ایجاد کند. به‌عنوان‌مثال، درباره سیاست اقتصاد ارشادی یا مداخله‌گرانه رئیس‌جمهور روزولت، تا جایی که وی برای چیرگی بر دیوان در سال ۱۹۳۶ دست‌به‌دامن ملت و افکار عمومی شد و دو دادرس این دیوان را وادار به کناره‌گیری کرد و از فوت دو عضو این دیوان برای انتصاب قضاتی که با رئیس‌جمهور سر سازگاری بیشتری داشتند بهره برد.

<sup>۱</sup>. Bill of Rights

<sup>۲</sup>. *Marbury. vc. Madison*

چهارم، از سال ۱۹۳۷ تا سال ۱۹۵۳: دیوان در این دوره برخلاف دوران پیشین که از قدرت زیادی برخوردار بود، بسیار محتاطانه عمل کرد و کوشید که با قدرت سیاسی مقابله نکند (پیشین، ص ۱۵۷).

پنجم، از سال ۱۹۵۳ تا سال ۱۹۶۹: در این دوره، وارن<sup>۱</sup> رئیس دیوان بود. دیوان در این سال‌ها تصمیمات متعددی علیه تبعیضات نژادی و در راستای گسترش حق رأی گرفت.

ششم، از سال ۱۹۶۹: دیوان دوباره محافظه‌کار شد و در تصمیمات خود راه اعتدال و میانه‌روی را در پیش گرفت. هفتم، از سال ۲۰۰۰، این دستاوردها مورد ارزیابی مجدد دیوان عالی کشور قرار گرفت که در دهه ۲۰۰۰ هفت نفر از نه قاضی دیوان عالی، از سوی رؤسای جمهور جمهوری خواه انتخاب شده بودند. رویه قضایی در زمینه آزادی، تفسیر مضیقی را به‌ویژه درباره سقط جنین، مقررات موضوعه مربوط به مبارزه علیه تبعیض‌ها در پیش گرفته است. همچنین مجدداً حقوق ایالات در برابر قدرت فدرال تأیید می‌شود (پیشین، صص ۱۵۶ و ۱۵۷).

همان‌گونه که مشاهده کردید تصمیمات دیوان عالی فدرال آمریکا تا حد زیادی متأثر از ترکیب اعضای نهاد اتخاذ شده است. در ادامه این موضوع بیشتر مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

### سیر ایرانی

ابتدا به بررسی تاریخ ایران پیش از جمهوری اسلامی ایران می‌پردازیم. سپس طرح پیش‌نویس را مورد بررسی قرار می‌دهیم. در ادامه، پس از بررسی شورای نگهبان قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در متن قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۵۸، تحولات بعدی را مدنظر قرار می‌دهیم.

### شورای طراز

در این بند به شکلی گذرا، روند نظارت بر مصوبات مجلس پیش از مشروطه، بحث خواهد شد. ایران از نخستین کشورهای آسیایی است که در سال ۱۲۸۵ هجری شمسی (۱۹۰۶ میلادی) به «جنبش مشروطیت» روی آورد و سرانجام نیز موفق شد اصول قانون اساسی را در قالب حکومتی پارلمانی و البته به جهاتی ناکارآمد و غیر مؤثر فراهم آورد (غمامی، ۱۳۸۷). مشروطه‌خواهان در ابتدا در صدد بودند با ایجاد مجلس شورای ملی، از یک سو برای شاه محدودیت ایجاد کنند و از سوی دیگر، ساختار نظام حقوقی نوین را با تصویب قوانین عادی پی‌ریزی کنند. در عین حال، به علت محدودیت‌ها و موانع شتاب‌زده عمل کردند و همین مسئله موجب شد تا در تدوین آن دقت لازم به کار نرود و بسیاری از ارکان اصول قانون اساسی مطلوب در آن لحاظ نشود (ویژه، ۱۳۹۶).

قانون اساسی مشروطیت، متمم و بازنگری‌های آن، بسیاری از مفاهیم مدرن حقوق اساسی در اروپا را که ناشی از جنبش‌های قانون اساسی بودند، وارد فرهنگ حقوقی نوخاسته ایران کرد (غمامی، ۱۳۹۰). در متن قانون اساسی مشروطه سخنی از نظارت بر قانون‌گذاری نبود در متن متمم نیز صرفاً بررسی عدم مطابقت قوانین با «احکام مسلم شرع» پیش‌بینی شد و به عبارت دیگر، بررسی مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی مورد اشاره قرار نگرفت (غمامی، ۱۳۸۷).

با این همه از همان آغاز دوره مشروطه، این موضوع به دغدغه‌ای جدی برای ایرانیان بدل شد (مهرپور، ۱۳۷۴). نظارت شرعی بر قوانین در اصل دوم متمم منعکس شد. وفق اصل دوم متمم قانون اساسی (مشهور به اصل طراز): «... باید در هیچ عصری از اعصار مواد قانونی آن مخالفتی با قواعد مقدسه اسلام و قوانین موضوعه حضرت خیرالانام

1. Waren

صلی‌الله علیه و آله و سلم نداشته باشد و معین است که تشخیص مخالفت قوانین موضوعه با قواعد اسلامی بر عهده علمای اعلام ادام الله برکات وجود هم بوده و هست لهذا رسماً مقرر است در هر عصری از اعصار هیئتی که کمتر از پنج نفر نباشد از مجتهدین و فقهای متدینین که مطلع از مقتضیات زمان هم باشند به این طریق که علمای اعلام و حجج اسلام مرجع تقلید شیعه اسامی بیست نفر از علماء که دارای صفات مذکوره باشند معرفی به مجلس شورای ملی بنمایند پنج نفر از آنها را یا بیشتر به مقتضای عصر اعضای مجلس شورای ملی بالاتفاق یا به حکم قرعه تعیین نموده به سمت عضویت بشناسند تا موادی که در مجلس عنوان می‌شود به دقت مذاکره و غوررسی نموده هر یک از آن مواد معنونه که مخالفت با قواعد مقدسه اسلام داشته باشد طرح و رد نمایند که عنوان قانونیت پیدا نکند و رأی این هیئت علماء در این باب مطاع و به تبع خواهد بود و این ماده تا زمان ظهور حضرت حجت عصر عجل‌الله تعالی فرجه تغییرپذیر نخواهد بود.»

بنا به دلایل متعددی، اصل طراز که جلوه‌ای از صیانت از قانون اساسی را متبلور می‌ساخت و عهده‌دار تضمین «حاکمیت شرع» بود، جز مدت کوتاهی و آن هم به طور غیر مؤثر، اجرا نشد و به تدریج به قانونی متروک تبدیل شد (حاجی پور، ۱۳۸۳). در این اصل سازوکار تعیین ۵ فقیه مبهم بود. در ادوار گوناگون مجلس نیز قانونی در این باب تصویب نشد، این موضوع مانع اصلی اجرایی شدن اصل طراز بود (آدمی ابرقویی و عطوف، ۱۳۹۲).

در پی پیروزی انقلاب اسلامی فصل جدیدی در ساختار حقوقی و سیاسی ایران آغاز شد در چنین فضایی در بهمن و اسفند ۱۳۵۷ متنی تحت عنوان «پیش‌نویس قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران» با مشارکت حقوق‌دانان برجسته کشور از جمله ناصر کاتوزیان، محمدجعفر جعفری لنگرودی، حسن حبیبی و عبدالکریم لاهیجی نوشته شد. این ۴ نفر به گونه‌ای کوشیدند در شکل‌دهی به این نهاد، دادرسی اساسی مدل فرانسوی و شورای طراز مدنظر متمم قانون اساسی مشروطه را در هم آمیزند و نهاد «شورای نگهبان قانون اساسی» را به وجود آورند. این نهاد با اصلاحاتی وارد قانون اساسی نیز شد. در دو بند بعدی جایگاه شورای نگهبان در این دو متن مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

### طرح پیش‌نویس

پیش‌نویس قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در ۱۵۱ اصل و ۱۲ فصل در ۲۹ اسفند ۱۳۵۷ نوشته شد. ۶ اصل (اصول ۱۴۲ تا ۱۴۷) و یک فصل (فصل دهم) این متن به شورای نگهبان قانون اساسی اختصاص دارد. در این بند این ۶ اصل مورد بررسی قرار خواهند گرفت. نکته مهم این که با توجه به موضوع الهام گرفتن نویسندگان متن پیش‌نویس قانون اساسی از قانون اساسی فرانسه و تبعیت هر دو در سپردن وظیفه دادرسی اساسی بر شورایی غیرقضایی (مهرپور، ۱۳۶۶) در این بند کوشش شده است که در حدی مختصر پیش‌نویس با قانون اساسی فرانسه مورد مقایسه قرار گیرد. در گام نخست، در مرحله تعیین اعضای این نهاد، تأثیرپذیری از دو این آبخور فکری (حقوق اروپایی و شریعت) دیده می‌شود. وفق این متن؛

«به منظور پاسداری، از قانون اساسی از نظر انطباق قوانین عادی با آن، شورای نگهبان قانون اساسی با ترکیب زیر تشکیل می‌شود:

۱- پنج نفر از میان مجتهدان در مسائل شرعی که آگاه به مقتضیات زمان هم باشند مجلس شورای ملی این پنج نفر را از فهرست اسامی پیشنهادی مراجع معروف تقلید انتخاب می‌کند.

۲- شش نفر از صاحب‌نظران در مسائل حقوقی، سه نفر از اساتید دانشکده‌های حقوق کشور و سه نفر از قضات دیوان عالی کشور که به‌وسیله مجلس شورای ملی از دو گروه مزبور انتخاب می‌شوند.<sup>۱</sup>

در این اصل تلفیق از سه دیدگاه دیده می‌شود:

نخست، ضرورت حضور فقها. می‌توان گفت در این موضوع نویسندگان پیش‌نویس به‌نوعی از متمم قانون اساسی مشروطه تأثیر پذیرفتند. حتی شیوه معرفی و انتخاب این فقها، مشابه مشروطه است. این وفاداری حتی در شیوه تعیین این ۵ نفر نیز دیده می‌شد. نکته حائز اهمیت دیگر، آنکه سازوکار انتخاب ۵ فقیه از سازوکار موجود در اصل طراز نیز مبهم تر بود.

دوم، حضور قضات. شاید بتوان گفت در این موضوع خاص، مدلی همچون مدل نهاد دادرسی در آلمان در انتخاب اعضای دادگاه قانون اساسی بر ذهنیت این افراد اثر گذاشت. در دیوان قانون اساسی فدرال آلمان ۱۶ عضو حضور دارند که ۶ تن از آنان قاضی هستند (فاورو، پیشین، ص ۷۸).

سوم، حضور حقوق‌دانان. نویسندگان کوشیدند ارتباط میان دانشکده‌های حقوق و نهاد دادرسی اساسی را از طریق حضور سه استاد حقوق تأمین کنند. در نهاد مشابه آلمانی نیز ۱۰ نفر از ۱۶ نفر از میان سیاستمداران و اساتید دانشگاه که تحصیل کرده حقوق هستند، انتخاب می‌شوند (پیشین) (پیشین).

از سه جنبه نمی‌توان ارتباط معناداری میان ترکیب اعضا در شورای نگهبان و شورای قانون اساسی فرانسه پیدا کرد. نخست، در فرانسه سه نفر از ۹ نفر را رئیس‌جمهور و سه نفر دیگر را رئیس مجلس شورای ملی و سه نفر آخر را رئیس مجلس سنا تعیین می‌کنند (جمعی از نویسندگان، ص ۷۵)، در حالی که در این نهاد، هر یازده عضو در نهایت با رأی مجلس شورای ملی مستقر می‌شدند.

دوم، در فرانسه اعضا به شکل ثلث به ثلث جابه‌جا می‌شوند، در نهاد پیشنهاد شده، نصف به نصف.

سوم، برای اعضای نهاد فرانسوی تخصص خاصی پیش‌بینی نشده است (فاورو، لویی، پیشین، ص ۱۱۷) برخلاف پیش‌نویس قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

نویسندگان در مورد دوره عضویت اعضا و انتخاب رئیس شورا نیز به سازوکار خاصی اعتقاد داشتند:

«این اشخاص برای مدت ده سال انتخاب می‌شوند ولی در نخستین دوره، پس از پنج سال از هر گروه دو نفر به‌قیدقرعه تغییر می‌یابند و انتخاب مجدد اعضا ممکن نیست ریاست شورا به انتخاب اعضای آن است.» (اصل صد و چهل و سوم پیش نویس)

در این سازوکار چند نکته حائز اهمیت است:

نخست، اعضا نه به‌صورت مادام‌العمر انتخاب می‌شوند و نه برای دوره‌ای کوتاه تصدی این سمت را بر عهده می‌گیرند. شاید بتوان ده سال را نوعی تأثیر پذیرفتن از دوره نه‌ساله در شورای قانون اساسی فرانسه (فاورو، پیشین، ص ۱۱۷) تلقی کرد.

دوم، انتخاب مجدد اعضا ممکن نیست. این ویژگی نیز به نهاد مشابه در فرانسه مشابهت دارد (واعظی، پیشین، ص ۸۰). با این ویژگی از سویی تنوع علایق و سلاقی تضمین می‌شود، از سوی دیگر ثبات نهاد مورد مخاطره جدی قرار

۱. اصل صد و چهل و دوم پیش نویس

نمی‌گیرد و از جهت سوم امکان تبانی با نهادهای انتخاب‌کننده برای انتخاب مجدد به کم‌ترین حد می‌رسد. ایراد این ویژگی هم امکان زدوبند اعضای شورا با سایر مقامات و نهادها جهت یافتن سمتی جدید در اواخر دوره عضویت (Gary S, Beker and Richard A Posner, 2009) در شورا است.

سوم، رئیس این شورا از سوی خود شورا انتخاب می‌شود. این موضوع، مشابه انتخاب رئیس دیوان عالی آمریکا یا رئیس شورای قانون اساسی فرانسه نیست. در هر دو نهاد، رئیس‌جمهور، رئیس شورا را منصوب می‌کند. انتخاب رئیس در فرایندی درون شورا، می‌تواند بیش‌ازپیش ضامن استقلال شورا باشد.

نویسندگان پیش‌نویس سازوکار مشخصی برای انتخاب موضوعات مورد رسیدگی تعیین کرده بودند. وفق این متن: «شورای نگهبان به درخواست یکی از مراجع معروف تقلید، یا رئیس‌جمهور یا رئیس دیوان عالی کشور یا دادستان کل کشور، صلاحیت رسیدگی به قوانین را پیدا می‌کند، مشروط بر اینکه از تاریخ توشیح قانون بیش از یک ماه نگذشته باشد»<sup>۱</sup>

نگارندگان بر این باور بودند که همه مصوبات مجلس به شورای نگهبان ارسال نشود، از این‌رو دو محدودیت قائل شدند:

نخست، محدودیت زمانی. صرفاً در فاصله یک ماه پس از توشیح قانون، می‌توان از آن قانون به شورای نگهبان شکایت کرد. ریشه چنین محدودیتی را می‌توان در مفهوم امنیت حقوقی جست‌وجو کرد. در فرانسه تصمیم‌گیری در مورد معاهدات بین‌المللی پیش از تأیید آنها و تصمیم‌گیری در مورد قوانین سازمان‌دهنده و عادی قبل از انتشار آنهاست (فاورو، لویی، پیشین، ص ۱۲۱). از این جهت نگارندگان پیش‌نویس زمان بیش‌تری برای طرح شکایت قائل شدند.

دوم، محدودیت مصوبات قابل رسیدگی. صرفاً مصوباتی مورد بررسی قرار می‌گیرند که از یکی از ۴ مبدأ مراجع معروف تقلید، رئیس‌جمهور، دادستان و رئیس دیوان عالی کشور مورد شکایت واقع شده باشند. نکته مهم آنکه از سوی مجلس یا خود شورای نگهبان راهی برای طرح شکایت وجود ندارد. شاید بتوان امکان شکایت برای رئیس‌جمهور را در راستای مسئولیت این نهاد در اجرای قانون اساسی قلمداد کرد. شکایت از سوی مراجع مشهور تقلید را نیز می‌توان ابتکار ویژه این قانون دانست. در فرانسه تا سال ۱۹۷۴ صرفاً ۴ مقام رئیس‌جمهور، نخست‌وزیر، رئیس مجلس سنا و رئیس مجلس نمایندگان حق شکایت داشتند، اما وفق اصلاحات ۱۹۷۴ قانون اساسی، شصت نفر از نمایندگان یکی از دو مجلس نیز می‌توانند طرح شکایت کنند (پیشین، صص ۱۲۰ و ۱۲۱). با توجه به امکان شکایت از سوی مراجع، می‌توان راه پیشنهاد شده در پیش‌نویس را راه میانه دو طریق طی شده در فرانسه دانست.

سوم، در این متن صرف شکایت، فرایند دادرسی اساسی را آغاز می‌کند و قوانینی چون آیین‌نامه داخلی مجلس، قوانین ارگانیک و معاهدات جدا نشدند. در فرانسه برخی از قوانین نظیر آیین‌نامه داخلی مجلس و قوانین ارگانیک به صورت خودکار و بدون نیاز به شکایت در دستور کار شورای قانون اساسی فرانسه قرار می‌گیرند (واعظی، پیشین، ص ۹۰). از این‌رو دست شورای نگهبان قانون اساسی مدنظر نویسندگان پیش‌نویس از نهاد فرانسوی بسته‌تر است.

پیش‌نویس برای بررسی‌کنندگان قوانین هم هیچ ترتیبی جز شورای نگهبان پیش‌بینی نکرده بود. وفق این متن:

۱. اصل صد و چهل و چهارم پیش‌نویس

« در صورتی که شورای نگهبان قانونی را به دلیل مخالفت صریح با اصول مسلم شرعی یا سایر اصول این قانون متعارض با قانون اساسی بداند، آن را برای تجدیدنظر با ذکر دلایل تعارض، به مجلس بر می‌گرداند و مجلس با توجه به دلایل ذکر شده تجدیدنظر به عمل می‌آورد.»<sup>۱</sup>

از این رو همه یازده نفر (اعم از ۶ فقیه و ۵ حقوق‌دان) در هر دو مورد شرعی و اساسی بودن، اظهار نظر می‌کردند. سه نکته در این اصل قابل توجه است:

نخست، دو هنجار معیار برای دادرسی وجود دارد؛ متن قانون اساسی و اصول مسلم شرعی. تنوع هنجارهای مرجع و محدود نماندن به متن قانون اساسی در عملکرد سایر نهادهای دادرسی نیز پدید آمده است (واعظی، مجتبی، پیشین، صص ۴۴ تا ۵۶).

دوم، با توجه به لفظ «سایر اصول» می‌توان چنین استنباط کرد که از منظر نگارندگان پیش‌نویس، اصول مسلم شرع از جایگاهی هم طراز با اصول قانون اساسی برخوردارند.

سوم، در پیش‌نویس قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، نویسندگان «اعتبار امر مختومه» احکام صادره از شورای نگهبان را تأمین و تضمین کردند. در این متن نهادی بالاتر از شورای نگهبان وجود ندارد. وفق این متن، پس از اظهار نظر شورای نگهبان، هیچ نهادی مسئولیت پایش «مصلحت» یا امری نظیر آن برعهده نداشت. با توجه به استثنایی بودن اظهار نظر و دشوار بودن اعمال اقتدار شورای نگهبان، خطر اقتدار جدی این نهاد، دموکراسی را تهدید نمی‌کرد، ضمن این که اصولاً یکی از ارکان دادرسی اساسی، اعتبار امر مختومه است و بدون این عنصر نمی‌توان از دادرسی اساسی به شکل جدی سخن گفت.

نگارندگان پیش‌نویس احتمالاً به اقتدار یافتن شورای نگهبان خوش‌بین نبودند، از این رو رأی اکثریت حضار را کافی ندانستند و نصاب خاصی را برای تصمیم‌گیری معین کردند. وفق پیش‌نویس:

«تصمیم‌های شورای نگهبان با رأی حداقل دو سوم اعضاء معتبر است.»<sup>۲</sup>

این در حالی است که چنین نصابی در نهادهای متناظر سایر کشورها دیده نمی‌شود. اصول ۱۴۲ تا ۱۴۶ پیش‌نویس عملاً شورایی را در نظر گرفته بودند که به شکل استثنایی و موردی اظهار نظر و اعمال اقتدار کند.

آخرین وظیفه شورای نگهبان وفق آن متن، دادرسی انتخاباتی بودن بود.

«شورای نگهبان نظارت بر انتخاب رئیس‌جمهور مراجعه به آراء عمومی (رفراندوم) را نیز به عهده دارد. درخواست مراجعه به آراء عمومی باید از طرف رئیس‌جمهور یا دو سوم از نمایندگان مجلس شورای ملی باشد و برای اجرا به شورای نگهبان تسلیم شود.»<sup>۳</sup>

این وظیفه را می‌توان نوعی پیاده‌سازی عنصر دادرسی، انتخاباتی بودن دادرسی اساسی و یا به تعبیری، کارکرد سیاسی دادرسی اساسی (گرگی ازندریانی، پیشین، صص ۱۸) قلمداد کرد.

### شورای نگهبان در قانون اساسی

۱. اصل صد و چهل و پنج پیش‌نویس

۲. اصل صد و چهل و شش پیش‌نویس

۳. اصل صد و چهل و هفت پیش‌نویس

در روند نگارش قانون اساسی ضمن الهام از متن پیش‌نویس، تغییراتی جدی در آن متن به وجود آمد. در این بند میان متن پیش‌نویس و متن قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۵۸ مقایسه می‌شود. از بررسی اصلاحات قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در سال ۱۳۶۸ صرف‌نظر و به بند بعد واگذار می‌شود. در این بند به شکلی گذرا بخش‌هایی از مشروح مذاکرات شورای بررسی طرح‌نهایی پیش‌نویس قانون اساسی در خصوص اصول ۹۱ تا ۹۹ و ۵ قید خواهند شد.

در قانون اساسی ترکیبی تا حدی مشابه ترکیب پیش‌بینی شده در اصل ۱۴۲ پیش‌نویس پیش‌بینی شد. وفق این متن: «به‌منظور پاسداری از احکام اسلام و قانون اساسی از نظر عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای ملی با آن‌ها، شورایی به نام شورای نگهبان با ترکیب زیر تشکیل می‌شود:

۱ - شش نفر از فقهای عادل و آگاه به مقتضیات زمان و مسائل روز. انتخاب این عده با رهبر یا شورای رهبری است.  
۲ - شش نفر حقوق‌دان، در رشته‌های مختلف حقوقی، از میان حقوق‌دانان مسلمانی که به‌وسیله شورای عالی قضایی به مجلس شورای ملی معرفی می‌شوند و با رأی مجلس انتخاب می‌گردند.»<sup>۱</sup>

چند تفاوت اصلی میان متن قانون اساسی و پیش‌نویس وجود دارد:

نخست، تعداد اعضای این نهاد از ۱۱ به ۱۲ و تعداد فقهای این نهاد از ۵ به ۶ افزایش یافته است. دوم، شیوه انتخاب فقها به شکل کامل مستقل از مجلس شد. این تفاوت محصول اضافه‌شدن ولایت‌فقیه به متن پیش‌نویس بود. اینک نصب هر شش فقیه بر عهده رهبری بود. در این مورد عده‌ای نظر داشتند که رهبر یا شورای رهبری، افرادی را به مجلس معرفی کنند و مجلس از میان آنان، ۶ نفر را برگزیند که این پیشنهاد رأی نیاورد (آدمی ابرقویی و عطوف، ص ۳۹).

سوم، شیوه انتخاب حقوق‌دانان. در متن قانون اساسی تقسیم‌بندی قاضی برجسته - استاد دانشکده حقوق رعایت نشد و صرفاً به «حقوق‌دان» بودن اعضا اکتفا شد. در این مورد نیز عده‌ای در نظر داشتند که نیازی به حضور حقوق‌دانان وجود ندارد؛ این پیشنهاد با مخالفت جدی شهید بهشتی مواجه شد (پیشین، صص ۳۹ و ۴۰).

اصل ۹۱ قانون اساسی با موافقت ۵۷ نفر، مخالفت ۴ نفر و ۵ رأی ممتنع به تصویب رسید (پیشین، ص ۴۰). در اصل ۱۴۳ پیش‌نویس در مورد دوره عضویت و چگونگی جابه‌جایی اعضا سخن گفته شده بود. نظر قانون اساسی درباره این موضوع به شرح زیر است:

«اعضای شورای نگهبان برای مدت شش سال انتخاب می‌شوند ولی در نخستین دوره پس از گذشتن سه سال، نیمی از اعضای هر گروه به‌قیدقرعه تغییر می‌یابند و اعضای تازه‌ای به‌جای آن‌ها انتخاب می‌شوند.»<sup>۲</sup>

در مقایسه با متن اصل ۱۴۳ پیش‌نویس به نظر می‌رسد که کلیت متن حفظ شده اما با دو تفاوت بزرگ: نخست، دوره عضویت صرفاً شش سال است و نه ده سال. به‌تبع این موضوع هر سه سال یکبار دوره نصف اعضا تمام می‌شود و نه هر ۵ سال یکبار.

دوم، هیچ منعی برای عضویت مجدد اعضا در شورای نگهبان وجود ندارد. از این‌رو بارها دیده شده فردی برای ادوار مختلف برای سال‌های متمادی عضو شورای نگهبان باقی‌مانده است.

۱. اصل نود و یکم قانون اساسی

۲. اصل نود و دوم قانون اساسی

نکته قابل توجه دیگر، این که نه در متن پیش‌نویس قانون اساسی و نه در متن قانون اساسی مصوب ۱۳۵۸ سخنی از عزل اعضا و پذیرش استعفای آنان وجود نداشت. در واقع به نظر می‌رسد وفق هر دو متن عزل اعضا ممکن نبود و هر دو متن فرایند استعفا و رسیدگی به استعفای اعضای شورای نگهبان را مبهم رها کرده بودند.

اصل ۹۲ قانون اساسی با ۵۲ رأی موافق، ۵ رأی مخالف و ۶ رأی ممتنع به تصویب رسید (پیشین، ص ۴۲). نگارندگان قانون اساسی برای نشان‌دادن جایگاه شورای نگهبان در سپهر سیاسی، قدرت اصلی را به قانون اساسی منتقل کردند.

«مجلس شورای اسلامی بدون وجود شورای نگهبان اعتبار قانونی ندارد مگر در مورد تصویب اعتبارنامه نمایندگان و انتخاب شش نفر حقوق‌دان اعضای شورای نگهبان»<sup>۱</sup>

هیچ یک از اصول پیش‌نویس قانون اساسی با اصل نود و سوم قانون اساسی متناظر نیست. در واقع می‌توان گفت نمایندگان مجلس مذکور با گنجاندن این اصل به اهمیت بیش‌ازپیش شورای نگهبان تأکید کردند. نکته جالب توجه آنکه پیشنهاد اولیه برای بررسی در صحن مجلس چنین بود: «مجلس شورای ملی بدون وجود شورای نگهبان قانونی نیست.» در صحن علنی متوجه شدند که این پیشنهاد مجلس را در حین بررسی اعتبارنامه‌های نمایندگان و انتخاب حقوق‌دانان مجلس با بن‌بست حقوقی مواجه می‌سازد؛ از آن‌رو این دو موضوع رو مستثنا کردند. این اصل با ۵۶ رأی موافق، ۱ رأی مخالف و ۸ رأی ممتنع به تصویب رسید (آدمی ابرقویی، پیشین، صص ۴۲ و ۴۳).

در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران اصلی نظیر بخشی از اصل ۱۴۴ پیش‌نویس وجود دارد. وفق این اصل: «کلیه مصوبات مجلس شورای اسلامی باید به شورای نگهبان فرستاده شود. شورای نگهبان موظف است آن را حداکثر ظرف ده روز از تاریخ وصول از نظر انطباق بر موازین اسلام و قانون اساسی مورد بررسی قرار دهد و چنانچه آن را مغایر ببیند برای تجدیدنظر به مجلس بازگرداند. در غیر این صورت مصوبه قابل اجرا است»<sup>۲</sup>

نویسندگان قانون اساسی در اصل بعدی این موضوع را تکمیل کردند:

«در مواردی که شورای نگهبان مدت ده روز را برای رسیدگی و اظهارنظر نهایی کافی نداند، می‌تواند از مجلس شورای اسلامی حداکثر برای ده روز دیگر با ذکر دلیل خواستار تمدید وقت شود»<sup>۳</sup>

همان گونه که مشاهده کردید چند تفاوت بزرگ میان این دو اصل و اصل ۱۴۳ پیش‌نویس وجود دارد. این تفاوت‌ها عبارت‌اند از:

نخست، دیگر ارجاع موضوع به شورای نگهبان امری استثنایی نیست، بلکه همه مصوبات مجلس به شورای نگهبان ارجاع می‌شوند. این موضوع باعث شده حجم کاری شورای نگهبان زیاد شود.

دوم، مهلت یک‌ماهه از توشیح، برای شکایت، به مهلت ده (نهایتاً بیست) روزه از تصویب، در واقع روز ارسال مصوبه از سوی رئیس مجلس به شورای نگهبان (مهرپور، ۱۳۷۲)، برای بررسی در شورای نگهبان تبدیل شده است. این موضوع باعث می‌تواند شتاب‌زدگی اجباری در روند رسیدگی شورای نگهبان را به دنبال داشته باشد.

۱. اصل نود و سوم قانون اساسی  
۲. اصل نود و چهارم قانون اساسی  
۳. اصل نود و پنجم قانون اساسی

نکته مهم در روند بررسی اصل نود و چهارم، دوگانه انطباق - مغایرت بود. در نهایت، مغایرت تصویب شد. بدین ترتیب نیازی به انطباق مصوبات مجلس با شرع و قانون اساسی نیست بلکه صرف عدم احراز مغایرت، کفایت می‌کند. این اصل با ۴۸ رأی موافق ۶ رأی مخالف و ۹ رأی ممتنع تصویب شد. به نظر می‌رسد این اصل نسبت به سایر اصول با عدم موافقت بیشتری از سوی اعضای مجلس بررسی طرح نهایی پیش‌نویس قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مواجه شده است.

در مورد اصل نود و پنجم قانون اساسی نیز تقریباً هیچ بحثی شکل نگرفت و با ۵۸ رأی موافق ۱ رأی مخالف و ۲ رأی ممتنع تصویب شد (آدمی ابرقویی، پیشین، صص ۴۴ و ۴۵).

در اصل ۱۴۶ پیش‌نویس در مورد شیوه تصمیم‌گیری شورای نگهبان در قبال قوانین صحبت شده بود که وفق آن لغو قوانین چه به دلیل مغایرت با شریعت و چه به دلیل مغایرت با قانون اساسی نیازمند رأی دو سوم همه اعضا (حداقل ۸ نفر از ۱۱ نفر) بود.

«تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام با اکثریت فقهای شورای نگهبان و تشخیص عدم تعارض آن‌ها با قانون اساسی بر عهده اکثریت همه اعضای شورای نگهبان است.»<sup>۱</sup>

چند تفاوت عمده میان متن پیش‌نویس و متن قانون اساسی دیده می‌شود که عبارت اند از: نخست، در متن پیش‌نویس همه اعضا هم در مورد شرعی بودن اظهار نظر می‌کردند و هم در مورد اساسی بودن، اما در قانون اساسی تصمیم‌گیری‌ها به دودسته تطابق با شریعت و تطابق با قانون اساسی تقسیم شد. در مورد تطابق با شریعت صرفاً فقهای شورای نگهبان حق اظهار نظر دارند. برخی از حقوق‌دانان اصول چهارم و نود و ششم را ادامه اصل نخست و در راستای اسلامی بودن حکومت عنوان می‌کنند (شعبانی، ۱۳۸۸).

دوم، نصاب موجود در پیش‌نویس، دو سوم بود و نصاب موجود در قانون اساسی، اکثریت مطلق. در واقع اصول ۹۱ تا ۹۶ قانون اساسی، تقنین را در ایران، دو درجه‌ای کردند. در درجه نخست، مجلس موضوعی را تصویب می‌کند و در درجه دوم شورای نگهبان نباید آن موضوع را خلاف قانون اساسی بینگارد. در مجلس بررسی، اصل ۹۶ با مخالفتی جدی مواجه نشد و با ۵۸ رأی موافق، ۲ رأی مخالف و ۴ رأی ممتنع به تصویب رسید (آدمی ابرقویی، صص ۴۵).

در پیش‌نویس قانون اساسی سخنی از بررسی فوری مصوبات نبود، در واقع هیچ تمایزی بر مبنای فوریت و ضرورت در انواع قوانین دیده نمی‌شد. این موضوع در قانون اساسی به نحو زیر وارد شد.

«اعضای شورای نگهبان به منظور تسریع در کار می‌توانند هنگام مذاکره درباره لایحه یا طرح قانونی در مجلس حاضر شوند و مذاکرات را استماع کنند. اما وقتی طرح یا لایحه‌ای فوری در دستور کار مجلس قرار گیرد، اعضای شورای نگهبان باید در مجلس حاضر شوند و نظر خود را اظهار نمایند.»<sup>۲</sup>

در مورد این اصل نیز بحث مهمی درنگرفت و با ۵۸ رأی موافق، یک رأی مخالف و ۳ رأی ممتنع به تصویب رسید (پیشین، صص ۴۶).

۱. اصل نود و ششم قانون اساسی  
۲. اصل نود و هفتم قانون اساسی

در پیش‌نویس قانون اساسی به‌سان عمده قوانین اساسی، سخنی از تفسیر قانون اساسی نبود، اما در مجلس بررسی طرح نهایی این موضوع مورد عنایت قرار گرفت. وفق قانون اساسی:

«تفسیر قانون اساسی به عهده شورای نگهبان است که با تصویب سه‌چهارم آنان انجام می‌شود.»<sup>۱</sup>  
در مورد این اصل، عده‌ای معتقد بودند که ای بسا بهتر است همچون دوره مشروطه، مجلس مفسر قانون اساسی باشد، این نظر در نهایت مورد پذیرش عمده اعضا قرار نگرفت و اصل ۹۸ با ۴۹ رأی موافق، ۴ رأی مخالف و ۶ رأی ممتنع به تصویب رسید (پیشین، ص ۴۶).

اصل ۱۴۷ پیش‌نویس درباره نقش شورای نگهبان، به‌عنوان دادرس انتخاباتی سخن گفته بود. قانون اساسی نیز اصلی را به این موضوع اختصاص داده که عبارت است از:

«شورای نگهبان نظارت بر انتخاب رئیس‌جمهور، انتخابات مجلس شورای ملی و مراجعه به آراء عمومی و همه‌پرسی را بر عهده دارد.»<sup>۲</sup>

در واقع برخلاف اصول ۹۱ تا ۹۸، اصل ۹۹ بسیار شبیه اصل متناظر در پیش‌نویس است. در اصل ۱۱۴ قانون اساسی نیز در باب دادرس انتخاباتی بودن شورای نگهبان در خصوص انتخابات ریاست‌جمهوری تأکید ورزیده که به دلیل عدم سنخیت در متن فعلی به شکل جدی، این وظیفه شورای نگهبان مورد توجه قرار نخواهد گرفت. علاوه بر اصول ۹۱ تا ۹۹ قانون اساسی که به شورای نگهبان اختصاص دارد، اصل ۴ نیز وظیفه مهم دیگری را بر دوش شورای فقهی این نهاد قرار داده است. وفق این اصل:

«کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است.»

اصلی نظیر به این در پیش‌نویس قانون اساسی وجود ندارد. این اصل به‌نوعی صلاحیت نظارت پسینی برای شورای فقهی قائل شده است. نظارت پسینی که به مصوبات مجلس نیز محدود نیست و مقررات نیز در بر می‌گیرد (گرچی از ندریانی، پیشین، صص ۱۲۹-۱۳۱). در پایان‌نامه حاضر با توجه به عنوان، نظارت شرعی بر مقررات پس از ارجاع دیوان عدالت اداری در چارچوب آیین دادرسی این نهاد، مورد بررسی قرار نخواهد گرفت، اما به نظارت شرعی بر قوانین پرداخته خواهد شد.

#### از مرداد ۵۹ تاکنون

در ظاهر امر جز در دو موضوع در روند بازنگری قانون اساسی در سال ۱۳۶۸، در اصول مربوط به شورای نگهبان تفاوت چندانی به وجود نیامده است. آن دو موضوع به شرح زیر است:

نخست، در اصل ۹۱، شورای عالی قضایی حذف شده و رئیس قوه قضاییه جایگزین آن شده است.  
دوم، در اصل ۹۹، نظارت بر انتخابات مجلس خبرگان رهبری نیز به شورای نگهبان واگذار شده است.  
اما تغییرات قانون اساسی در مورد شورای نگهبان به این موارد محدود نمی‌شود. در روند بازنگری در یک اصل، «اعتبار امر مختومه» احکام صادره از سوی شورای نگهبان زیر سؤال رفته است. وفق این اصل:

۱. اصل نود و هشتم قانون اساسی

۲. اصل نود و نهم قانون اساسی

«مجمع تشخیص مصلحت نظام برای تشخیص مصلحت نظام برای تشخیص مصلحت در مواردی که مصوبه 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.»<sup>۱</sup> با این اصل، دیگر، شورای نگهبان، آخرین نهاد رسیدگی‌کننده به مصوبات مجلس نیست، بلکه مجمع تشخیص صلاحیت دارد مجدداً نظر مجلس را به کرسی بنشانند. نکته جالب توجه، آنکه در عرصه عمل، از سال ۱۳۶۰ با فرمان امام خمینی راهی برای کنار گذاردن شورای نگهبان ایجاد شده بود. وفق فرمان امام در ۱۹ مهر ۱۳۶۰:

«آنچه در حفظ نظام جمهوری اسلامی ایران دخالت دارد که فعل یا ترک فعل آن موجب اختلال نظام می‌شود ... پس از تشخیص موضوع به وسیله اکثریت دو سوم وکلای مجلس شورای اسلامی با تصریح به موقتی بودن آن، مادام که موضوع محقق است و پس از رفع موضوع خودبه‌خود لغو شود.» (هاشمی، ۱۳۹۴).

با این فرمان، با اجماع دو سوم از نمایندگان مجلس، امکان تجدیدنظر در برخی آرای شورای نگهبان، بنا به احکام ثانویه وجود داشت، اما وجود احکام اولیه و عدم امکان ایجاد اجماع دو ثلث در همه مسائل راه را به سمت تأسیس مجمع تشخیص مصلحت نظام وفق فرمان ۱۴ بهمن ۱۳۶۶ امام خمینی، هموار کرد. پس از آن در سال ۶۸ این نهاد وارد قانون اساسی شد (پیشین، ص ۵۵۰). از نگاهی دیگر باید قانون از انعطاف‌پذیری کافی برخوردار باشد (مهرپور، ۱۳۹۴). ضمناً نباید از خاطر برد که «یکی از تحولات تفکیک قوا ایجاد تساهل در مرزبندی صلاحیت قوا و ایجاد مرزهای نرم و انعطاف‌پذیر است.» (اسدیان، ۱۳۹۰) نکته مهم دیگر آنکه تصویب مقررات داخلی این نهاد از سوی خود نهاد، نیز عملاً نوعی تقنین است (مهرپور، ۱۳۸۹) که با توجه به تفاوت جدی این تقنین با تقنین از سوی پارلمان و عدم مداخله شورای نگهبان، در پژوهش حاضر، به آن رسیدگی نخواهد شد. در فصول آتی با تفصیل بیشتری در مورد تأثیرات مجمع تشخیص مصلحت نظام بر شورای نگهبان سخن گفته خواهد شد.

تغییر دیگر این نهاد، تغییر ملاک انتخاب حقوق‌دانان شورا از اکثریت مطلق به اکثریت نسبی بود (ایمانی و زارعی، ۱۳۹۸). یکی دیگر از تحولات شورای نگهبان بعد از سال ۵۸ توسعه منابع حقوقی بود (گرگی ازندریانی، علی اکبر، پیشین، صص ۱۳۱ و ۱۳۲).

### نتیجه‌گیری

نتیجه سخن اینکه در ایالات متحده آمریکا بر اساس ریشه‌های بریتانیایی قانون اهمیت زیادی داشت. برای پاسبانی از قانون اساسی در سطح ایالات، نظارت قضایی در سطح ایالات وجود داشت، اما چنین چیزی در قانون اساسی فدرال تصریح نشده بود. با وجود عدم تصریح به زودی آمریکایی‌ها با رأی مارشال نظارت قضایی در سطح فدرال را به وجود آوردند. در مورد ایران این فرایند به گونه‌ای کاملاً متفاوت و با تصریح در قانون اساسی شکل گرفت. تنها شباهت جدی هر دو، نظارت بر تطبیق قوانین و مصوبات مجلس با قانون اساسی است، اما تفاوت‌هایی جدی میان دو نهاد وجود دارد. نخست، نظارت قضایی آمریکایی اول در ایالات به وجود آمد و بعد به سطح فدرال رسید. در ایران چنین نبود. دوم، در ایران اول دغدغه نظارت فقهی بود و سپس به دادرسی اساسی رسیدند، در حالی که در آمریکا نظارت شرعی

۱. اصل صد و دوازدهم قانون اساسی

جایگاهی ندارد. سوم، نظارت قضایی در آمریکا متناسب با کامن لا و دادرسی اساسی فقهی ایران متناسب با نظام حقوقی قضایی ایران است.

#### ▪ منابع

۱. آدمی ابرقویی، علی و عطوف، حسین (۱۳۹۲)، شورای نگهبان، تاریخچه و جایگاه، مؤسسه فرهنگی، هنری و انتشارات مرکز اسناد انقلاب اسلامی.
۲. اسدیان، احمد (۱۳۹۰)، «تأملی در تعاملات قوای مقننه و مجریه»، تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه شماره ۴.
۳. ایمانی، محمد و زارعی، رحمت (۱۳۹۸)، قانون یار قانون اساسی، انتشارات چتر دانش، چاپ اول.
۴. جمعی از نویسندگان (۱۳۹۵)، دادرسی اساسی تطبیقی انتشارات پژوهشکده شورای نگهبان.
۵. حاجی‌پور، نصرت ا... (۱۳۸۳)، «تطبیق قوانین با شرع در نظام قانون‌گذاری ایران، تهران: انتشارات مرکز انقلاب اسلامی، چاپ اول.
۶. حمیدیان، حسن (۱۳۸۹)، نظارت بر قانون‌گذاری در ایران و آمریکا، نشر دادگستر، چاپ نخست.
۷. زولر، الیزابت (۱۳۹۶)، درآمدی بر حقوق عمومی، (مترجم: مجتبی واعظی)، انتشارات جاودانه، جنگل، چاپ سوم.
۸. شعبانی، قاسم (۱۳۸۸)، حقوق اساسی و ساختار حکومت جمهوری اسلامی ایران، انتشارات اطلاعات، چاپ سی و هفتم.
۹. عباسی، بیژن (۱۳۹۴)، حقوق اساسی تطبیقی، تهران: نشر دادگستر.
۱۰. عزیز محمدی، فاطمه (۱۳۹۱)، پایان‌نامه ارشد دفاع شده در سال ۱۳۹۱، «نظام حقوقی اساسی فدرال با تأکید بر ایالات متحده آمریکا و جمهوری فدرال آلمان»، استاد راهنما: محمد راسخ، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.
۱۱. غمامی، سید مهدی (۱۳۹۰)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی، چاپ نخست.
۱۲. غمامی، سید مهدی (۱۳۸۷)، «قانون اساسی‌گرایی در دوران مشروطه و تحولات پس از آن»، فصلنامه حقوقی گواه، ش ۱۲،
۱۳. گرجی ازندریانی، علی‌اکبر (۱۳۹۴)، دادگاه‌های قانون اساسی، تهران: انتشارات جنگل.
۱۴. محمد پناه، بهنام (۱۳۹۸)، تاریخ و ساختار نظام سیاسی ایالات متحده آمریکا، نشر سبز، چاپ دوم.
۱۵. مهرپور، حسین (۱۳۹۴)، «انعطاف‌پذیری قانون در مرحله تصویب و اجرا»، فصلنامه تخصصی دین و قانون، شماره ۸، ص ۳۵
۱۶. مهرپور، حسین (۱۳۶۶)، «دادگاه حافظ قانون اساسی شورای نگهبان قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه حق (مطالعات حقوقی و قضایی)، شماره ۹، ص ۱۱۷
۱۷. مهرپور، حسین (۱۳۷۲)، «شورای نگهبان و بررسی قوانین»، حقوقی دادگستری، شماره ۹، ص ۵۷
۱۸. مهرپور، حسین (۱۳۷۴)، «ضرورت تحول در قانون‌گذاری»، نامه مفید، تابستان ۱۳۷۴، شماره ۲، ص ۹۲

۱۹. مهرپور، حسین (۱۳۸۹)، «محدوده صلاحیت نهادها در قانون اساسی و لزوم پایبندی به آن»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۵۱، بهار و تابستان ۱۳۸۹، ص ۲۵
۲۰. هاشمی، سید محمد (۱۳۹۴)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد دوم، چاپ بیست و ششم.
۲۱. همیلتون، الکساندر، مدیسون، جیمز، جی، جان (۲۰۱۸)، مقالات فدرالیست، (مترجم: باقر پرهام)، ناشر: E-Collaborative for Civic Education
۲۲. واعظی، مجتبی (۱۳۹۰)، دادگستری اساسی، انتشارات جاودانه، جنگل، چاپ اول.
۲۳. ویژه، محمدرضا (۱۳۹۶)، مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی، تهران: نشر جنگل، چاپ دوم.

#### منابع خارجی

1. Baxter, Robert, 2015, The Creation of U. S Constitution, Cherry Lake Publishing, First Published, PP 4 to 7
2. Dicey, Albert Von, 2010, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, Indiana Polis, first electronic published.
3. Gary S, Beker and Richard A Posner, 2009, Uncommon Sense, University of Chicago Press, the first published.
4. Powell H. Jefferson, 1986, "Constitutional Law as Though the Constitution Mattered" book review, Duke Law Journal, vol