

یک اصل قانون اساسی؛ دو نظام اقتصادی تحولات اصل ۴۴ نمونه‌ای از بازنگری غیررسمی در قانون اساسی

سید ناصر سلطانی^۱

استادیار حقوق عمومی دانشگاه تهران،
دانشکده‌گان فارابی

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۷/۱۰

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۳/۰۳

چکیده

یکی از روش‌های بازنگری در قانون اساسی تغییر آن از طریق روش‌هایی غیر از روش‌های مقرر در متن قانون اساسی است. هنگامی که احکام مندرج در اصول قانون اساسی با واقعیات خارجی متفاوت می‌شوند به تدریج فاصله‌ای میان الفاظ و واقعیات پیدا می‌شود. فرایند فاصله گرفتن لفظ قانون اساسی با واقعیات خارجی را تغییر غیررسمی قانون اساسی می‌گوییم. گاهی این تغییرات بدون آن که مصوبه‌ای قانونی در میان باشد معمول و مجری است و گاهی با مصوبه‌ای قانونی رسمیت پیدا می‌کند. این هر دو صورت به دلیل اجماع و اتفاق اداره کنندگان کشور بدون آن که با مانعی برخورد کند جریان پیدا می‌کند و همچون الزامی گریزناپذیر خود را بر همه ارکان و اجزاء مملکت تحمیل می‌کند. اغلب چنین اتفاق می‌افتد که پیش از آن که مصوبه‌ای قانونی این تغییرات را کلید بزند، این جابجایی‌ها در باورها و افکار و آمال نشو و نما پیدا می‌کند و سپس به تدریج در بخش‌های مختلف و جزئی اجرا می‌شود تا مبنایی برای اقدامات مهم‌تر فراهم می‌کند. بدین ترتیب آرام آرام پیش می‌رود و راه خود را در تغییر تدریجی اصل باز می‌کند. تا این که روزی در قالب قانون و مصوبه‌ای صورت رسمی به خود می‌گیرد. در این مقاله با بررسی اصل ۴۴ قانون

*- نوع مقاله: پژوهشی

1- naser.soltani@ut.ac.ir

DOI: 10.22067/LOWECON.2022.41808

اساسی ج.ا. به عنوان یکی از مصادیق این مفهوم ضرورت توجه به این مفهوم را در مطالعات حقوق اساسی یادآوری خواهیم کرد. چنین به نظر می‌رسد که بدون توجه به چنین مفهومی نمی‌توان شناختی دقیق از قانون اساسی ارائه کرد.

کلیدواژه‌ها: تغییر غیررسمی قانون اساسی، اصل ۴۴ قانون اساسی، حقوق سیاسی، قانون اساسی زنده.

مقدمه

روش تصویب و نسخ قاعده حقوقی در نظام حقوق اساسی شناخته شده است و حقوقدانان برای آگاهی از چگونگی خلق قاعده حقوقی به این روش‌ها مراجعه می‌کنند؛ مانند تشکیل مجلس مؤسسان قانون اساسی، بازنگری در قانون اساسی (اصل ۱۷۷)، همه‌پرسی (اصل ۵۹) و تفسیر قانون اساسی (اصل ۹۸)؛ اما وقتی در قواعد و رویه‌های جاری حقوق اساسی مذاقه می‌کنیم درمی‌یابیم که برخی از قواعد و رویه‌های جاری در هیچ‌یک از متون نوشته نیامده و از مسیر آیین و تشریفات رسمی برای تصویب نگذشته‌اند. درحالی‌که این قواعد و رویه‌ها، شیوه‌ها و روندهای مهم و مؤثری هستند که منجر به توسعه یا تحدید صلاحیت‌های نهادهای رسمی مقرر در قانون اساسی می‌شوند. بدین ترتیب چنین به نظر می‌رسد که نمی‌توان بدون توضیح و تبیین چنین رویه‌هایی اصول قانون اساسی را به درستی توضیح داد.

با تقلیل حقوق اساسی به هنجارها و حقوق نوشته و تفاسیر و آراء و نظریات شورای نگهبان، ضرورتاً یک دسته از وقایع مهمی را که ذیل تغییر غیررسمی قانون اساسی دسته‌بندی می‌شوند نادیده می‌گیریم. برای مثال در سطح سیاسی می‌توانیم بگوییم که از چه زمانی و با چه اقداماتی دوران سازندگی آغاز شد؛ اما اقتضانات حقوقی و توصیف حقوقی آغاز این دوران برای ما تاکنون موضوع بحث نبوده و به همین جهت توضیحی درباره آن نداریم. این موضوع و این دوره تنها یک مثال است و می‌توان بنابر موضوع تحقیق این بحث را به عناوین و دوره‌های دیگر نیز تسری داد. نتیجه مقدماتی بحث ما این است که جهت‌گیری اقتصادی و سیاسی هر دوره‌ای اقتضانات حقوقی دارد که در نظام حقوق اساسی و در قبض و بسط اصول قانون اساسی تأثیر دارد. به عبارت دیگر اهداف و سیاست‌هایی که دولت‌ها دنبال می‌کنند منجر به فربه و تناور یا لاغر و نزار شدن اصول مرتبط قانون اساسی می‌شود. دولتی که اولویت و ترجیح اولی آن سازندگی است بر

اصول اقتصادی قانون اساسی و فعال کردن ظرفیت‌های آن تمرکز می‌کند و دولتی که هدف اولی آن توسعه سیاسی است بر اصول مغفول سیاسی قانون اساسی توجه بیشتری خواهد کرد. چون محور کوشش‌های دوران سازندگی بر بازسازی اقتصاد کشور بود این دوره بر اصول اقتصادی قانون اساسی تأثیر انکارناپذیری گذاشت که اوج آن در تدوین سیاست‌های اصل ۴۴ قانون اساسی بروز یافت.^۱ این تأثیر چنان بوده است که در این مقاله از آن به تغییر غیررسمی قانون اساسی یاد خواهیم کرد.

با توجه به سیر حوادث اصل ۴۴ می‌توان گفت اولاً: اصل ۴۴ بازنگری شده است ثانیاً: این بازنگری خارج از مبادی رسمی آن بوده است ثالثاً: گاهی در قانون اساسی از طریقی غیر از طرق رسمی بازنگری می‌شود و نمی‌توان همه این موارد تغییر غیررسمی را نامعتبر دانست بلکه با رعایت شرایطی که برای اعتبار اصول نانوشته قانون اساسی لازم است می‌توان این تغییرات غیررسمی را معتبر شناخت.

بررسی شرایط ظهور سیاست‌های اصل ۴۴ به‌عنوان یک نمونه، نشان می‌دهد که سیاست هیچ-گاه از علم حقوق و امتیازات آن چشم‌پوشی و صرف نظر نمی‌کند؛ اما بی‌وقفه و قایعی را بازتولید می‌کند که همیشه از اشکال و قالب‌های حقوقی از پیش موجود فراتر می‌روند؛ یعنی در شرایطی که اصول قانون اساسی موافق با سیاست‌های دوره سازندگی و جهت‌گیری آن نبود، برنامه‌ها و اهداف سیاسی از ادامه این راه، به دلیل وجود این موانع سیاه نوشته شده بر روی کاغذ سفید قانون اساسی، چشم‌پوشی و عدول نکرد بلکه آن را فراگرفت و حقیقتی دیگر از آن ساخت یعنی آن را تغییر داد و استحاله کرد. این وضع به معنای اعلام شکست حقوق نیست بلکه به معنای هم‌رنگ و هم‌خو شدن دائم حقوق است و سیاست برای آن که به برنامه‌های خود جامه تحقق ببوشاند الزاماً در اشکال و قالب‌های معمول و مألوف حقوقی ظاهر نمی‌شود و از این جهت سرنوشت اصل ۴۴ قانون اساسی گویای چنین حقیقتی است. بلکه سیاست می‌کوشد تا از قالب‌ها و زبان و مفاهیم حقوقی

۱- این تأثیرات به‌اصل ۴۴ محدود نبود بلکه تفاسیر و نظریاتی که شورای نگهبان در طی این دوران از اصول اقتصادی قانون اساسی عرضه کرد نیز جهت‌گیری توسعه‌ای داشت. برای نمونه برنامه پنج‌ساله اول توسعه کشور (۱۳۷۲-۱۳۶۸) و برنامه‌های توسعه بعدی و برخی قوانین عادی که در ادامه به‌برخی از آن‌ها اشاره خواهیم کرد.

برای قانونی کردن یا قانونی جلوه دادن خود بهره برد و بدین ترتیب از علم حقوق و امتیازات آن برای دفاع و توجیه خود استفاده می کند.

بحثی درباره بازنگری غیررسمی قانون اساسی

برنامه‌ها و اهداف سیاسی به دلیل ماهیتشان یک عمل هنجاری (normative)، حامل ارزش‌ها، برنامه‌ها، قواعد و نهادها هستند؛ یعنی مشروعیتی در خود دارند که می‌توانند با اصول نوشته قانون اساسی پهلو بزنند و با آن دعوی برابری کنند و آن را تغییر دهند. برای مثال می‌توانیم مراحل مختلف نظریه تغییر غیررسمی قانون اساسی بروس آکرمن را بررسی کنیم. نظریه آکرمن روش جالبی است که اتصال و ارتباط امر سیاسی و امر حقوقی را نشان می‌دهد. او برای تغییر غیررسمی قانون اساسی پنج مرحله می‌شناسد: علامت دادن، پیشنهاد کردن، علنی کردن، تصویب کردن، تثبیت کردن Signaling, proposal, triggering, ratification, consolidation این موضوع یک مطالعه و بررسی نظری صرف نیست چراکه با سیاست‌های روز و با جریان‌های سیاسی مرتبط است و جامعه نسبت به این برنامه‌ها و سیاست‌ها ارزیابی و واکنش نشان می‌دهد و مجموع این فعالیت‌ها بر حوزه حقوق اساسی تأثیر می‌گذارد و طنین آن در این حوزه شنیده می‌شود. (Ackerman, 1998; 67, 207)

آکرمن از وضعیتی بحث می‌کند که طی آن «فهرست ارزش‌ها» در یک جامعه برخوردار از ساختار حقوق اساسی اصلاح می‌شود. از این دیدگاه، در خصوص تحولات اصل ۴۴ می‌توان گفت که با آغاز دوران سازندگی جامعه به تدریج در حال اصلاح برخی از ارزش‌های اقتصادی مندرج در قانون اساسی بود.

حقوق در نظریه هنجاری (normative)، اعمال قدرت را بنابر اشکال پیش‌بینی شده در قانون ممکن می‌داند. به تعبیر کلسن «قدرت دولت قدرت سازمان یافته از طریق حقوق است.» (Kelsen, 1998; 244-243) از دیدگاه حقوق سیاسی، رویکرد کلسنی نمی‌تواند پدیده قدرت را در کلیت خود درک و جایگاه آن را در مقایسه با پدیده حقوقی تعیین کند. این دو رویکرد بر دو درک کاملاً متفاوت از خاستگاه قدرت و حقوق بنا شده‌اند.

اگر مانند کلسن پدیده قدرت را منحصرأ در ادامه نظم حقوقی قرار دهیم و نتیجه نظم حقوقی بدانیم با این خطر مواجه خواهیم بود که حقوق شرط امکان سیاست می‌شود درحالی که عملاً و

درواقع چنین نیست. به عبارت دیگر کلسن «اعتبار» (validity) را مقدم بر «مؤثر بودن» (effectivity) و قدرت اجرایی داشتن می‌داند. از نظر او اعتبار مهم‌ترین رکن نظم حقوقی است. یک هنجار باید معتبر باشد تا بتوانیم درباره مؤثر بودن و قدرت اجرایی آن پرسش کنیم. (Soltani, 2016 ; 76)

خطر دیگر دیدگاه کلسن این است که روش‌های عکس تولید قاعده حقوقی را محکوم می‌کند؛ یعنی در روش معمول و مألوف قاعده حقوقی از طریق قانون‌گذاری پارلمان و دیگر نهادهای صالح خلق می‌شود درحالی‌که روش‌های خلق قاعده حقوقی در عرصه سیاست محدود به این روش‌ها نیست و مسیری عکس طی می‌کند. مواردی هستند که بالفعل خود را تحمیل می‌کنند اعم از مواردی که حاکمان، یا مردم و یا بازیگران سیاسی خلق می‌کنند؛ و خروجی این موارد البته در اشکال و قالب‌های حقوقی بروز می‌کند. اغلب «تغییرات غیررسمی قانون اساسی» این شکل عکس را دارد. آن‌ها در ساحت «هست» خلق می‌شوند یعنی مبتنی بر عمل سیاسی‌اند که مدعای هنجاری دارد و هرگاه که مقتضی موجود و مانع مفقود باشد در ساحت هنجاری شناسایی می‌شود. حقوق سیاسی (droit politique) با برخورداری از چنین رویکردی، برای فهم پدیده‌های سیاسی که در اطراف نهادهای سیاسی جریان دارند مستعدترند و حتی در مرحله شکل‌گیری قواعد حقوقی بصیرت بیشتری از خود نشان می‌دهند.^۱ برعکس وقتی بحث درباره شکل ایجاد هنجار معتبر است رویکرد هنجاری (normativisme) پیروز میدان است. رویکرد هنجاری برای خلق قاعده حقوقی آیینی می‌شناسد که هر قاعده حقوقی برای آن که معتبر باشد باید آن تشریفات را طی کرده باشد؛ یعنی چنان آیین و مناسکی را به‌جا آورده باشد و آلا معتبر نخواهد بود.

رویکرد هنجاری (normative) رویکرد حقوق سیاسی را از منظر هستی‌شناسی نقد می‌کند درحالی‌که حقوق سیاسی معتقد است که رویکرد هنجاری مواد و مصالح حقوق اساسی را به نحو ویرانگر و مخربی بررسی می‌کند و بسیاری از موضوعات حقوق اساسی را نمی‌بیند و از موضوع بحث خارج می‌کند. حقوق سیاسی با تکیه بر ابزارهایی که بدان مجهز است قدرت توضیح‌دهنده خود را به‌رخ می‌کشد. گفتگویی که اغلب می‌توان میان این دو دیدگاه، به‌طور فرضی، بازسازی

۱- حقوق سیاسی جریان فکری در حقوق اساسی است که مجله juspoliticum این تفکر را نمایندگی می‌کند. برای آگاهی بیشتر به سرمقاله شماره نخست این مجله رجوع کنید.

کرد چنین است:

رویکرد هنجاری به حقوق سیاسی می‌گوید: چطور می‌توانید این گزاره‌ها را به‌عنوان قاعده حقوقی معتبر شناسایی کنید؟

حقوق سیاسی پاسخ می‌دهد: فروکاستن حقوق به چند سازوکار هنجاری صوری و فاقد حیات غیرقابل قبول است. چرا باید خود را محدود به آیین‌ها و مناسک مندرج در قوانین کنیم در حالی که موضوعی که توضیح می‌دهیم مربوط به حقوق جاری و زنده نیست بلکه از موجودی بی‌روح صحبت می‌کنیم.

این گفتگوی فرضی میان دو جریان موجود در ایران هم وجود دارد که یکی دیگری را محکوم به عدول و خروج از حقوق می‌کند و آن دیگری دریافت مقابل را محدود می‌شمارد. آیا می‌توان سنتزی از این دیدگاه‌ها عرضه کرد؟

چگونه می‌توان این نکته را تبیین کرد که قانون اساسی نوشته تصویری ناقص و نارسا از واقعیت ارائه می‌کند؟ با گرایش و تمایل جامعه به تغییر، قانون اساسی هم ناگزیر باید تغییر کند در غیر این صورت به حاشیه رانده شده و فراموش خواهد شد و حتی بدتر از آن تنها آثار و بقایایی از آن دیده خواهد شد و حتی مانع رشد و توسعه و زندگی عادی جامعه خواهد شد. در مواقع بسیاری بازنگری از طریق رسمی تقریباً غیرممکن است و چنان تشریفات و آیینی باید طی شود که افق اصلاح قانون اساسی را تیره و تار می‌کند و راه رسمی بازنگری نشدنی و دشوار به نظر می‌رسد، مانند تشریفات و آیینی که در اصل ۱۷۷ قانون اساسی ایران پیش‌بینی شده است؛ بنابراین توسل به مفهوم «قانون اساسی زنده و جاری» روش عمل‌گرایانه پیش‌روی ماست تا تغییرات و تحولات قانون اساسی را پیگیری کنیم. «قانون اساسی زنده قانون اساسی است که متحول می‌شود و در گذر زمان تغییر می‌کند و با شرایط جدید هماهنگ می‌شود بدون آن‌که رسماً بازنگری شده باشد.» (Strauss, 2000; 1)

چنین تصویری از قانون اساسی زنده بلافاصله با سؤالات و ابهاماتی مواجه می‌شود. از یک سو اندیشه قانون اساسی که دائماً در حال تحول است به اصلی که به‌موجب آن اصول قانون اساسی باید دوام و ثبات داشته باشند اعتنا نمی‌کند؛ علت وجودی اصول قانون اساسی و سازوکارهای قانون اساسی‌های سخت - قانون اساسی‌هایی که روش بازنگری در آن‌ها دشوار و تابع تشریفات و آیین‌های ویژه‌ای است - دقیقاً این است که از تغییرات در امان باشند. تغییراتی که اغلب به خواست

حکومت و در راستای حفظ منافع طبقه حاکم است. از سوی دیگر فکر پذیرفتن یک قانون اساسی نرم یا چکش خور تنها بیم از ملعبه و بازیچه شدن متن قانون اساسی را، در جهت فراهم کردن نتایج سیاسی مطلوب صاحبان قدرت، تشدید می‌کند؛ بنابراین می‌بینیم که فکر قانون اساسی زنده با چنین سؤالات و نقاط ابهامی مواجه است. پس چگونه می‌توان قانون اساسی داشت که هم‌زمان زنده، قابل تطبیق با شرایط جدید، متحوّل اما در عین حال در برابر سوءاستفاده به‌شدت با ثبات باشد؟ (Strauss, 2000; 2)

نخستین گام‌ها در تغییر غیررسمی اصل ۴۴

هاشمی رفسنجانی در خاطرات خود می‌نویسد: «... کار دولت که به کابینه «کار، بازسازی و سازندگی» شهرت یافت ... بر اساس برنامه پنج‌ساله اول که با الهام از سیاست‌های کلی مصوب امام راحل در امر بازسازی و سازندگی، پس از جنگ هشت‌ساله، در دولت تنظیم شده و به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده بود ... پیش می‌رفت» (Hashemi, 2014; 7).

از توضیح رئیس‌جمهور وقت چنین برمی‌آید که از مدت‌ها پیش به موانع احتمالی سازندگی و بازسازی، به دلیل رویکرد حاکم بر اصل ۴۴ و احتمالاً موانعی که پیش‌تر در برخی موضوعات آشکار شده بود، اندیشیده می‌شد و به دلیل مشکلاتی که «در تعامل با شورای نگهبان» وجود داشت و برای رفع این موانع احتمالی، این موضوعات، به‌طور کلی به تصویب بالاترین مرجع سیاسی، یعنی رهبر انقلاب، و نهاد قانون‌گذاری، رسیده بود. از سوی دیگر در سال‌های اولیه انقلاب نیز اندک‌اندک در تصور ابتدایی از اقتصاد دولتی رخنه افتاده بود^۱. این رویکرد از این حیث لازم به توضیح و توجه است که تغییر غیررسمی قانون اساسی برای آن که دوام و بقا یابد می‌بایست با اجماع نیروهای مؤثر سیاسی انجام شود و شرایط عمومی کشور و درایت دست‌اندرکاران موضوع این تغییر غیررسمی را در فضایی صلح‌آمیز و اجتماعی پیش می‌برد و از این حیث الزامات تغییر غیررسمی قانون اساسی را رعایت می‌کرد تا با کسب مشروعیت سمت و

۱- در این سال‌ها حرکت‌هایی برای اصلاح ساختار اقتصاد دولتی و انحصار دولت در عرصه‌های مهم اقتصاد کشور انجام شده بود. فرمان مورخ ۱۳۶۴/۴/۶ رهبر انقلاب بر تعیین تکلیف اموال در اختیار قوه قضاییه و مجریه از آن جمله است.

سوی تجاوز و تعرض به قانون اساسی نگیرد؛ بنابراین می‌توان گفت که فکر تصویب سیاست‌های کلی اصل ۴۴ و بازنگری در آن از این هنگام آغاز و تکامل یافته است.

پیش از انقلاب اسلامی در دهه ۱۳۴۰ مرحله نخست خصوصی‌سازی در ایران، از طریق واگذاری سهام به کارگران و سهام شدن آن‌ها در سود کارخانجات آغاز شد. در این مرحله فعالیت‌های اقتصادی دولت، که در سایه برنامه‌های دولتی سازی از دوره پهلوی اول، گسترش یافته بود به شدت کاهش یافت و بخش خصوصی از سهم قابل توجهی در اقتصاد برخوردار شد. (Ahmad Amoui, 2003; 11)

اما پس از پیروزی انقلاب اسلامی به دلیل برداشت‌های متفاوت از اصل ۴۴ قانون اساسی، به‌ویژه ضرورت‌های ناشی از شرایط جنگ در کشور، مجدداً شرکت‌های متعدد دولتی فعال و دولت نقش فزاینده‌ای در اقتصاد کسب کرد. از این رو پس از اتمام جنگ تحمیلی و اجرای برنامه‌های توسعه و به‌انگیزه برخورداری از مشارکت بخش خصوصی در اقتصاد، مجدداً خصوصی‌سازی از سال ۱۳۶۸ در قالب برنامه و قوانین بودجه در دستور کار قرار گرفت.

چنانکه برخی از دست‌اندرکاران و مدیران اقتصادی وقت گفته‌اند: در این مرحله، با وجود تصریح قانون به خصوصی‌سازی و الزام دولت به کاهش تصدی‌های اجتماعی خود، به دلیل استمرار تعارض دیدگاه‌ها و برداشت‌های متفاوت از صدر و ذیل اصل ۴۴ قانون اساسی، خصوصی‌سازی از پیشرفت مناسبی برخوردار نبود- (Nobakht and Abdo Tabrizi, 2010; 15; 16)

بنابراین به تعبیر مدیران اقتصادی «به دلیل استمرار تعارض دیدگاه‌ها و برداشت‌های متفاوت از صدر و ذیل اصل ۴۴ قانون اساسی» سیاست‌های اقتصادی دولت با مانع مواجه شده بود. برای رفع این مانع علاوه بر درج این موضوع در سیاست‌های کلی، برنامه چهارم به صورت سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی از سوی رهبری ابلاغ شد و به‌عنوان یک منشور اقتصادی در دستور کار ارکان مختلف نظام جمهوری اسلامی ایران قرار گرفت. تصویب سیاست‌های کلی اصل ۴۴ با استقبال جامعه اقتصادی مواجه شد. اقتصاددانانی مانند محمد نهاوندیان از این سیاست‌ها به «منشور اقتصادی» و «مهم‌ترین اقدام در زمینه اقتصاد کشور» یاد کرده‌اند (Naqhibi, 209;6).

فرایند تصویب سیاست‌های کلی اصل ۴۴

پس از آن که مجمع تشخیص مصلحت نظام، با بررسی‌های طولانی، سیاست‌های کلی در مورد

بخش‌های اقتصادی کشور موضوع صدر اصل ۴۴ را تدوین و به رهبری ارائه داد، بندهای الف، ب، د و ه در خردادماه ۱۳۸۴ و بند ج در تیرماه ۱۳۸۵ تصویب و ابلاغ شد. از منظر تغییر غیررسمی قانون اساسی، این نکته از دیدگاه برخی حقوقدانان فعال در عرصه اقتصادی به دور نمانده و به درستی گفته‌اند که «در زمینه حقوق اساسی ایران، پس از بازنگری قانون اساسی ... در سال ۱۳۶۸، بی‌تردید مهم‌ترین رویداد، ابلاغ سیاست‌های کلی اصل چهل و چهارم قانون اساسی است» (نقیبی، ۱۳۸۸؛ ۷)؛ بنابراین تصویب سیاست‌های اصل ۴۴ «بی‌تردید مهم‌ترین رویداد» در زمینه حقوق اساسی ایران بوده است. توضیح این اهمیت به دلیل تغییری است که این سیاست‌ها در این اصل و به تبع در نظام اقتصادی وارد کرد. نویسنده این عبارات آگاهانه و به دقت و عامداً قاصداً تصویب سیاست‌های کلی اصل ۴۴ را با «بازنگری قانون اساسی» مقایسه کرده و از این طریق نشان داده است که تصویب سیاست‌های کلی اصل ۴۴ عملی در ردیف و در حکم بازنگری در قانون اساسی بوده است.

اصل ۴۴ قانون اساسی کنونی یکی از نمونه‌هایی است که به خوبی اهمیت تمایز، از یک سو، میان قانون اساسی نوشته و نانوشته و از سوی دیگر میان بازنگری رسمی و غیررسمی در قانون اساسی را آشکار می‌کند. سرگذشت این اصل و معنایی که امروز از آن فهمیده می‌شود نشان می‌دهد که برای فهم و توضیح قانون اساسی نباید به متن قانون اساسی بسنده کرد. هم‌چنین توجه به تحولات بعدی این اصل نشان خواهد داد که بسنده کردن به حکم مندرج در قانون اساسی تا چه میزان می‌تواند گمراه کننده باشد. سرگذشت این اصل یکی از نمونه‌هایی است که نشان می‌دهد چگونه یک گزاره حقوقی می‌تواند مبنای دو ماهیت متفاوت بوده باشد و در دوران سلطنت و حاکمیت یک لفظ دو معنا زندگی کرده باشد. از سوی دیگر توجه به این اصل از این حقیقت پرده بر می‌دارد که قانون اساسی ممکن است از راهی غیر از راه رسمی مقرر در قانون بازنگری شود.

از دیدگاه اصل ۴۴ قانون اساسی می‌توان نظام اقتصادی ایران را به دو دوره متمایز تقسیم کرد. هر دو دوره، علی‌رغم تفاوت‌های فراوان، در حضور یک اصل قانون اساسی جاری بوده‌اند. تفسیر موسّع این اصل پس از آغاز دوره سازندگی و سپس در مجمع تشخیص مصلحت نظام، همان گونه

که در هنگام مذاکرات آن برخی از اعضاء هم اشاره کرده بودند، با نصّ اصل ۴۴ ناسازگار بود.^۱ این موضوع یکی از نمونه‌هایی است که اهمیت سیر تحولات و نقش درجه اول آن را در فهم قانون اساسی و اساس دولت نشان می‌دهد. اثبات می‌کند که چگونه واقعیت عمل سیاسی - که در اینجا یک موضوع اقتصادی است - با حکم قانون اساسی متفاوت است. اساس دولت، یعنی حکم قانون اساسی واقعی، در اینجا آن عملی است که نظام سیاسی برای انجام آن به اجماع رسیده است. سرگذشت اصل ۴۴ نشان می‌دهد که چگونه واقعیت سیاسی حکم قانون اساسی را تحت تأثیر قرار می‌دهد. به عبارت دیگر چگونه محتوای اصل ۴۴ قانون اساسی برای پیشبرد سیاست‌های اقتصادی دوران سازندگی در دولت هاشمی رفسنجانی ناکافی و مانع بود و چنین جمع‌بندی از مسائل عمومی کشور بر فهم یکی از اصول قانون اساسی و بازنگری غیررسمی قانون اساسی راه را هموار کرد.

در زمان تصویب اصل ۴۴ قانون اساسی جو بدبینی و وحشت زیادی از تسلط بخش خصوصی بر اقتصاد و رفتن به سمت احتکار و انحصار وجود داشت ... لذا بخش خصوصی شامل آن قسمت از فعالیت‌های اقتصادی دانسته شده که مکمل فعالیت‌های اقتصادی دولتی و تعاونی باشد (Mehrpour, 2008 ; 94-95).^۲ بر اساس چنین زمینه‌ای در اصل ۴۴ قانون اساسی، نظام اقتصادی جمهوری اسلامی ایران بر پایه سه بخش دولتی، تعاونی و خصوصی استوار شده است. بخش دولتی شامل کلیه صنایع بزرگ، صنایع مادر، بازرگانی خارجی، معادن بزرگ، بانکداری، بیمه، تأمین نیرو، سدها و شبکه‌های بزرگ آبرسانی، رادیو و تلویزیون، پست و تلگراف و تلفن، هواپیمایی، کشتیرانی، راه و راه‌آهن و مانند این‌ها است که به صورت مالکیت عمومی و در اختیار دولت است. بخش تعاونی شامل شرکت‌ها و مؤسسات تعاونی تولید و توزیع است و بخش

۱- مناظره نامزدهای دهمین دوره ریاست جمهوری، میرحسین موسوی و محسن رضایی در شبکه چهار سیما مورخ ۱۴ خرداد ۱۳۸۸. رضایی در آن جلسه از موسوی پرسید: «آقای میرحسین اگر یادشان باشد در زمانی که داشتیم سیاست‌های اصل ۴۴ را می‌نوشتیم ادعا کردند این کار به منزله تغییر قانون اساسی است» و موسوی پاسخ داد: «این که ما اصول قانون اساسی را تا این اندازه وسیع تفسیر کنیم بنده موافق نیستم ... تا این اندازه که ما یک اصلی را باز می‌کنیم بهتر است [برای] این اصل از آن اصلی که مربوط به تغییر قانون اساسی است استفاده کنیم». سایت تحلیلی خبری عصر ایران، کد خبر ۷۴۳۳۸.

۲- رک به سخنان هاشمی رفسنجانی و دیگران در همایش ملی سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی در ۱ و ۲ بهمن ۱۳۸۵.

خصوصی مکمل فعالیت‌های اقتصادی دولتی و تعاونی است.

پس از پایان جنگ و آغاز دوران سازندگی و الزامات اقتصادی آن که نیازمند حضور گسترده بخش خصوصی بود این اصل نمی‌توانست نیازهای سازندگی و توسعه اقتصادی را پاسخ دهد. بار تصمیم‌گیری آن‌چنان افزایش یافته بود که از ظرفیت دست اندرکاران وقت خارج می‌بود. توصیه‌هایی از هر سو برای اهمیت دادن به بخش خصوصی در بخش کشاورزی، صنعت و تجارت شنیده می‌شد و این که بطلان نظر دولتی کردن امور ثابت شده است. (Shirazi, 2014; 124)^۱ سازندگی نیازمند باز شدن دریچه‌های اقتصادی برای مشارکت مردم و جذب سرمایه‌های خصوصی بود.

تصریح قانون اساسی موجب شد تا در دوره اول ریاست جمهوری آقای هاشمی رفسنجانی استفساریه‌ای به شورای نگهبان ارسال شود. از شورا پرسیده شده بود: آیا مقصود از بخش دولتی، مدیریت و نظارت دولت بر فعالیت‌های اقتصادی مقرر در صدر اصل مزبور است و واگذاری بخش‌هایی از آن فعالیت‌ها به بخش خصوصی، که هدایت و نظارت کلی با دولت باشد، منافاتی با آن اصل ندارد؟ شورای نگهبان، که گفته می‌شود، در آن موقع آمادگی چنین اظهارنظری را نداشته، نظر مخالفی هم ابراز نمی‌کند و شفاهاً توصیه می‌کند که رئیس‌جمهور استفسار خود را پس بگیرد و درخواست خود را در قالب لایحه‌ای به مجلس تقدیم کند تا در مجلس قانون لازم با همین برداشت تصویب شود و شورای نگهبان هم احتمالاً با همین نوع برداشت با مصوبه مجلس برخورد کند.^۲ رئیس‌جمهور استفسار خود را پس گرفت ولی در آن موقع، قانونی در این موضوع تصویب نشد (Mehrpour, 2008 ; 97-98)

برخورد الزامات توسعه اقتصادی با قانون اساسی تا تصویب سیاست‌های کلی اصل ۴۴ در سه بند ادامه یافت. سیاست‌های کلی اصل ۴۴ این اصل را در جهت حضور فعال بخش تعاونی و

۱- حسینعلی منتظری (رسالت، ۶۷/۱۱/۲۹)، محمدصادق حائری شیرازی (۶۷/۱۰/۵)، صادق خلخالی (۶۷/۸/۱۴).

۲- احتمالاً یکی از علل چنین نظری این بوده که نظر تفسیری شورا نیازمند موافقت سه چهارم اعضای شورا است درحالی که اظهارنظر در خصوص عدم مخالفت قانون با قانون اساسی یا شرع نیازمند رأی اکثریت مطلق اعضا است. از سوی دیگر به نظر می‌رسد علاوه بر هژمونی دوران سازندگی و تأثیر آن بر تفسیری موافق با الزامات سازندگی، مخالفت اصولی فقها با تحدید حدود فعالیت‌های بخش خصوصی و گسترش دادن بخش دولتی که با مذاق فقه سازگار نیست همراهی و همکاری فقهای شورای نگهبان را بر می‌انگیخت.

خصوصی در اقتصاد تعدیل کرد. (Ibid; 97-98) این اقدام به استناد قسمت اخیر اصل ۴۴ انجام شد که می‌گوید: «مالکیت در این سه بخش تا جایی که با اصول دیگر این فصل مطابق باشد و از محدوده قوانین اسلام خارج نشود و موجب رشد و توسعه اقتصادی کشور گردد و مایه زیان جامعه نشود مورد حمایت قانون جمهوری اسلامی است. تفصیل ضوابط و قلمرو و شرایط هر سه بخش را قانون معین می‌کند.» اما همان‌گونه که پیش‌تر برخی از حقوقدانان به درستی گفته‌اند «تصویب و اجرای این ضوابط و مقررات بیش از آن که تعیین سیاست‌های کلی باشد نوعی بازنگری یا حداقل تفسیر قانون اساسی است» (Ibid)

سیاست‌های جدید خصوصی‌سازی، به‌عنوان قیدی بر اطلاق اصل ۴۴، به‌صورت جدی در برنامه پنج‌ساله اول توسعه کشور (۱۳۷۲-۱۳۶۸) مطرح گردید. اگرچه این سیاست‌ها به‌صورت عام مطرح شدند (Askari Nejad; 2008)

اگر در قالب فرمول پیشنهادی آکرمن این موضوع را توضیح دهیم، این‌طور می‌توانیم بگوییم که پس از آن که چنین علامت و نشانه‌ای به اقتصاد ایران داده شده یا اقتصاد ایران چنین پیامی را به سیاستمداران منتقل کرد و سازندگی و توسعه کشور دریافت که راهی جز گام نهادن در راه خصوصی‌سازی ندارد؛ لذا در مرحله بعد این تغییرات را در برنامه‌های اقتصادی و تصمیمات دولت به‌عنوان گزینه پیش‌روی اقتصاد ایران پیشنهاد داد و آنگاه در صحن علنی جامعه از آن پرده برداشت. سپس از طریق تصویب سیاست‌های کلی اصل ۴۴ آن را تصویب و سپس با تداوم آن در قوانین و مقررات دیگر و تصویب مجموعه‌ای از قوانین مرتبط این فرایند را تثبیت کرد.

اما این تفسیر و بازنگری در اصل ۴۴ قانون اساسی از مجرای نهادهای پیش‌بینی شده در قانون اساسی عبور نکرد و راه دیگری در پیش گرفت. این داوری حقوقدانان و ناظران سیاسی بار دیگر نشان می‌دهد که در فهم و توضیح حقوق اساسی نمی‌توان به متن قانون اساسی اکتفا کرد. بلکه عمل و رویه نهادهای دیگری غیر از نهادهای دارای صلاحیت قانونی می‌تواند قانون اساسی را «نوعی بازنگری» یا دست‌کم «تفسیر» کنند.

مجمع تشخیص مصلحت نظام در مقدمه و در موجهات سیاست‌های اصل ۴۴ گفته است: «به‌منظور شتاب بخشیدن به رشد اقتصاد ملی، گسترش مالکیت در سطح عموم مردم به‌منظور تأمین عدالت اجتماعی، ارتقاء کارآیی بنگاه‌های اقتصادی و بهره‌وری منابع مادی و انسانی و فناوری، افزایش رقابت‌پذیری در اقتصاد ملی، افزایش سهم بخش‌های خصوصی و تعاونی در اقتصاد ملی،

کاستن از بار مالی و مدیریتی دولت در تصدی فعالیت‌های اقتصادی، افزایش سطح عمومی اشتغال، تشویق اقشار مردم به پس‌انداز و سرمایه‌گذاری و بهبود درآمد خانوارها. مقرر می‌گردد: ۱- دولت حق فعالیت اقتصادی جدید خارج از موارد صدر اصل ۴۴ را ندارد و موظف است هرگونه فعالیت (شامل تداوم فعالیت‌های قبلی و بهره‌برداری از آن) را که مشمول عناوین صدر اصل ۴۴ نباشد، حداکثر تا پایان برنامه پنج‌ساله چهارم (سالانه ۲۰٪ کاهش فعالیت) به بخش‌های تعاونی و خصوصی و عمومی غیردولتی واگذار کند».

بنابر سیاست‌های اصل ۴۴ می‌توان دو نتیجه گرفت: نخست: دولت حق فعالیت اقتصادی جدید خارج از موارد صدر اصل ۴۴ ندارد و قلمرو فعالیت‌های اقتصادی دولت در اصل ۴۴ احصاء شده‌اند. هم‌چنین اگر دولت بنگاه اقتصادی اداره می‌کند که خارج از موارد مندرج در اصل ۴۴ است می‌بایست به بخش‌های دیگر واگذار کند. سیاست‌های کلی حکم تمثیلی مندرج در صدر اصل را به حکم حصری تبدیل کرده است. دوم: سیاست‌های کلی اصل ۴۴ هم‌چنین قیدهایی بر موارد مندرج در صدر اصل وارد کرده و موارد مندرج در صدر اصل را تخصیص زده است؛ یعنی مواردی که بنابر نص قانون اساسی صریحاً در قلمرو فعالیت دولت هستند، بنگاه‌های اقتصادی نهاد‌های عمومی غیردولتی، تعاونی و خصوصی، نیز، می‌توانند در آن سرمایه‌گذاری کنند و مالکیت و مدیریت آن را بر عهده بگیرند.

می‌توان گفت الفاظ و عبارات قانون اساسی شباهت به نت‌های موسیقی یا متن نمایشنامه‌ای دارند. کلمات و الفاظ قانون مانند نت یا متن نمایشنامه، تنها نشانه و علائم قراردادی هستند. همان‌گونه که نوازندگان و بازیگران، نت‌های موسیقی و نمایشنامه را به فراخور مهارت و خبرگی-شان می‌نوازند و اجرا می‌کنند، اصول قانون اساسی هم به فراخور توانایی و امکانات بازیگران عرصه سیاست اجرا می‌شوند؛ بنابراین قانون اساسی مستقل از بازیگرانی که بدان عمل می‌کنند وجود ندارد. از نظر این دسته «این مثال نشان‌دهنده عرض عریض تفسیر قانون است» ایشان از این مقدمات نتیجه می‌گیرند که «این تفسیرها ... تابعی از واقعیت اجتماعی و به معنای دیگر توازن قدرت در بطن جامعه بوده است، بنابراین تفسیر موافق با گرایش‌های مذکور، صرفاً از خلال تغییر در موازنه قوای اجتماعی امکان‌پذیر است در نتیجه برای حصول به چنین تفسیری باید این موازنه را به نفع نیروهای طالب مردم‌سالاری تغییر داد. ... هنگامی که توازن قوای اجتماعی به نفع گروه خاصی تغییر کند، انعکاس آن در مرجع تفسیر قانون مشاهده خواهد شد.» (Abdi, 2009)

قانون اساسی متنی است که تنها یک معنا از آن فهمیده نمی‌شود و بالقوه آستن معانی گوناگونی است. تفسیر قانون اساسی تابعی از برآیند نیروها و روابط قدرت است و بازیگران سیاسی در عرصه عمل سیاسی با نظر به توازن قدرت دست به انتخاب این یا آن معنی از قانون اساسی می‌زنند. به عبارت دیگر «قانون اساسی فی نفسه موضعی ندارد» بلکه هر کسی از ظن خود یار آن می‌شود و آن را در خدمت اهداف خود می‌گیرد (Bastien François, 1996, 258).

اصل ۴۴ قانون اساسی ج.ا.ا. پیش از آن که با جایگزین شدن اصلی به جای آن منسوخ شود با جهت‌گیری اقتصادی دولت به سمت و سوی مخالف با آن نسخ شده است. از آن پس اصل ۴۴ تنها الفاظی بود که ضرورت زمانه سمت و سویی غیر از آن می‌طلبد و باور اقتصادی به آن در اداره صحیح کشور از میان رفته و به تبع آن نیروی الزام‌آور سیاسی از پشت آن برداشته شده بود. وقتی پشتوانه و الزام سیاسی یک قاعده حقوقی رفع می‌شود و نظام سیاسی و مردم دیگر آن قاعده را اجرا نمی‌کنند، عملاً قاعده‌ای وجود ندارد.

چند استثناء در شمول سیاست‌های کلی اصل ۴۴

در تحلیل تفسیر شورای نگهبان در خصوص موارد مندرج در صدر اصل (بخش دولتی) باید قائل به تفصیل شد؛ یعنی امکان واگذاری برخی از موارد صدر اصل به بخش غیردولتی به سبب اهمیت و نقش محوری آن‌ها در اقتصاد کشور اساساً هیچ‌گاه پذیرفته نشد و همواره با ذیل اصل منطبق انگاشته نشد. مواردی مانند سرمایه‌گذاری، مالکیت و مدیریت در فعالیت‌ها و بنگاه‌هایی مانند شبکه‌های مادر مخابراتی، معادن نفت و گاز، بانک مرکزی، بیمه مرکزی، شبکه‌های اصلی انتقال برق، سازمان هواپیمایی، سازمان بنادر و کشتیرانی، سدها و شبکه‌های بزرگ آبرسانی و رادیو و تلویزیون منحصراً در اختیار دولت قلمداد شده است.

به بیان دیگر، در خصوص تحقق مفاد ذیل اصل در برخی موارد، چنان که پایین‌تر خواهیم دید، همچون رادیو و تلویزیون شورا رأساً ارزیابی کرده و تشخیص خود را معتبر دانسته است. در این مورد، در واقع شورای نگهبان ارزیابی تشخیص مجلس را از نظر رعایت قیود مندرج در ذیل اصل را در صلاحیت خود می‌داند. در حالی که در بسیاری موارد دیگر همچون بانکداری و بیمه، صرف توجه مجلس به ذیل اصل و تصریح به این که مصوبه مانحن فیه شرایط ذیل اصل را تأمین می‌کند،

کافی دانسته و تحقق یا عدم تحقق شرایط ذیل اصل را ارزیابی نکرده است (Tahan Nazif, and Mansoorian, 206; 63).

شورای نگهبان در پاسخ به استفسار محمد یزدی، عضو شورا مورخ ۱۳۷۹/۴/۲ و علی لاریجانی، رئیس وقت سازمان صداوسیما، که به ترتیب، پرسیده بودند: «ب- آیا مطابق اصل چهل و چهارم قانون اساسی امکان ایجاد و راه‌اندازی شبکه‌های خصوصی رادیویی و تلویزیونی وجود دارد یا خیر؟»^۲- تفسیر آن شورای محترم نسبت به اصل چهل و چهارم قانون اساسی در خصوص موارد ذیل به چه ترتیبی است؟ آیا اجازه تأسیس و راه‌اندازی رادیو و تلویزیون و یا شبکه‌های خصوصی در داخل یا خارج از کشور و یا انتشار فراگیر (مانند ماهواره، فرستنده، فیبر نوری و...) برای مردم در قالب امواج رادیویی و کابلی غیر از سازمان صداوسیمای جمهوری اسلامی ایران مجاز می‌باشد؟

«ب- ... مطابق نص صریح اصل چهل و چهارم قانون اساسی در نظام جمهوری اسلامی ایران رادیو و تلویزیون دولتی است و تأسیس و راه‌اندازی شبکه‌های خصوصی رادیویی و تلویزیونی به هر نحو، مغایر این اصل می‌باشد. بدین جهت انتشار و پخش برنامه‌های صوتی و تصویری از طریق سیستم‌های فنی قابل انتشار فراگیر (همانند ماهواره، فرستنده، فیبر نوری و غیره) برای مردم در قالب امواج رادیویی و کابلی غیر از سازمان صداوسیمای جمهوری اسلامی ایران خلاف اصل مذکور است»^۱. (Nazariy-e Tafsiri, No 79/21/979 - 1379/7/10).

با توجه به بحث‌هایی که درباره مصادیق اقتصادی اصل ۴۴ مطرح شد به نظر می‌رسد تفسیر شورای نگهبان درباره یکی از مصادیق غیر اقتصادی اصل ۴۴ یعنی رادیو و تلویزیون جالب توجه است و نشان می‌دهد که چنانچه روزی در پرتو تغییر در آرایش نیروهای سیاسی رویکرد کنونی به صداوسیما با چالش و ناکارآمدی مواجه شود همه امکانات و مفاهیم و سابقه موجود برای تغییر چنین تفسیری به کار خواهد افتاد بنابراین اصالت و حقیقتی در این تفاسیر نیست و همه این

۱- از دیدگاه استدلال حقوقی این اشکال به صورت‌بندی نظریه تفسیری شورای نگهبان وارد است که شورا می‌توانست با استناد به اصل ۱۷۵ شکلی قابل دفاع‌تر از نظر تفسیری خود عرضه کند در حالی که استناد به اصل ۴۴ در این نظریه تفسیری، با توجه به سیاست‌های کلی اصل ۴۴، در این خصوص فاقد چنین انسجامی است. به عبارت دیگر کلیت حاکمیت نه تنها باید دیدگاهی کل‌نگر به قانون اساسی بلکه به کل اجزاء نظام حقوقی داشته باشد تا از تناقض‌های احتمالی پرهیز شود.

تفسیرها در خدمت کارآمدی دولت هستند و این مفهوم اخیر است که هم چون خورشید به این ستاره‌ها (اصول قانون اساسی) نور می‌تاباند.

از منظر تغییر غیررسمی قانون اساسی هم چنین باید این نکته توضیح داده شود که نهاد نگهبان و مفسر قانون اساسی بر مبنای روابط الفاظ و اصول قانون اساسی این متن را تفسیر نمی‌کند بلکه بنابر مصالحی که تشخیص می‌دهد این الفاظ و اصول را باز تنظیم می‌کند و سامان می‌دهد و بنابر مصالح خود بر برخی تأکید و در برخی دیگر تسهیل می‌کند. برای مثال نهاد نگهبان قانون اساسی، در خصوص تحقق مفاد ذیل اصل ۴۴ در برخی موارد همچون رادیو و تلویزیون به ارزیابی پرداخته و تشخیص خود را معتبر دانسته است. در واقع شورای نگهبان ارزیابی تشخیص مجلس را از نظر رعایت قیود چهارگانه ذیل اصل در صلاحیت خود می‌داند. این در حالی است که شورای نگهبان در بسیاری موارد دیگر هم چون بانکداری و بیمه، صرف توجه مجلس به ذیل اصل و تصریح به این که مصوبه مدنظر شرایط ذیل اصل را محقق می‌کند، وافی به مقصود دانسته و به ارزیابی تشخیص این که آیا در عمل شرایط ذیل اصل محقق می‌شود یا خیر، نپرداخته است (Tahan

Nazif, and Mansoorian, 206;63)

از منظر بحث‌هایی که درباره اصل ۴۴ قانون اساسی و سیاست‌های کلی اصل مطرح شد و فرایند چنین تغییر و تحولی و ضرورت‌های آن توضیح داده شده، توجه به پاسخ استفسار درباره صداوسیما بهتر فهمیده می‌شود. تصریح شورای نگهبان به این که «مطابق نصّ صریح اصل چهل و چهارم قانون اساسی در نظام جمهوری اسلامی ایران رادیو و تلویزیون دولتی است و تأسیس و راه‌اندازی شبکه‌های خصوصی رادیویی و تلویزیونی به هر نحو، مغایر این اصل می‌باشد» در پرتو بحث‌های سیاست‌های کلی اصل ۴۴ رنگ می‌بازد. چرا که بسیاری از مواردی هم که امروز بیرون از اصل ۴۴ فهمیده می‌شوند روزی «مطابق نصّ صریح اصل چهل و چهارم قانون اساسی در نظام جمهوری اسلامی ایران» دولتی بودند و تأسیس و راه‌اندازی نوع خصوصی آن‌ها به هر نحو، مغایر اصل ۴۴ بود. به عبارت دیگر شورای نگهبان هیچ دلیلی ندارد که بر مبنای آن مدعی باشد که «ذیل» اصل ۴۴ به این مصداق اصل تسری ندارد و از آن مستثنی است و بدین ترتیب ترجیح بلامرّجّح است؛ بنابراین چنانچه روزی تأسیس و راه‌اندازی شبکه‌های خصوصی رادیویی و تلویزیونی مشمول یکی از سه قید مندرج در «ذیل» اصل ۴۴ شود یا مانند مصادیق اقتصادی اصل، کشتیان‌راسیاست دیگری آید در تغییر یا اصلاح رسمی و غیررسمی آن تردید نخواهد کرد.

چنین تفسیری از یکی از مصادیق اصل ۴۴ و استثنا این مصداق از سایر مصادیق در تفسیر شورای نگهبان در درجه اول اشکالی در روش تفسیر و نظریه تفسیری شورای نگهبان آشکار می‌کند که شورا در تفسیر خود هیچ مبنایی برای علت استثنا کردن این مورد از موارد دیگر ارائه نمی‌کند بلکه تفسیری عرضه می‌کند که سیاست‌های کلی اصل ۴۴ را به چالش می‌کشد. شورا در این مورد نتوانسته راهی انتخاب کند که در عین آن که این مورد را از شمول حکم سیاست‌های کلی اصل ۴۴ خارج کند اما تفسیر او تعرض به سیاست‌های اصل ۴۴ نباشد. این اشکال ناشی از فقدان نظریه‌ای منسجم در فهم قانون اساسی و به تبع تفسیر آن است.

بعلاوه این مبنای دو گانه در تفسیر موارد مندرج در اصل ۴۴، از منظر تغییر غیررسمی قانون اساسی نکته مهم‌تری را برملا می‌کند؛ یعنی تغییر غیررسمی یک اصل تنها مواردی را که هدف گرفته اصلاح می‌کند و تغییر می‌دهد و موارد دیگر را از شمول آن استثنا می‌کند و به منطبق قانون اساسی سخت و انعطاف ناپذیر می‌سپارد چرا که با مصالحی که می‌شناسد سازگار نمی‌یابد. به تعبیری دقیق‌تر بنابر «مصالح» دو گانه عمل می‌کند. در واقع با توجه به رویکرد سیاست‌های کلی اصل ۴۴ به این اصل و رویکرد شورای نگهبان دو مبنای متفاوت مشاهده می‌کنیم که در نوع خود می‌تواند نقضی در نظریه حقوق اساسی باشد. به عبارت دیگر تغییر غیررسمی قانون اساسی در این جا سمت و سویی گرفته که با تفسیر شورای نگهبان از یکی از مصادیق اصل تعارض پیدا کرده است. به عبارت دیگر می‌توان گفت که شورای نگهبان در تفسیر یکی از مصادیق این اصل اساساً توجهی به تحولات این اصل که از سال‌ها قبل آغاز شده بود نکرده و هیچ کوششی نکرده تا در تفسیر مختار خود مبنایی و استدلالی به کار برد که به روند آغاز شده تغییر غیررسمی قانون اساسی برخورد نکند و با آن تعارض نداشته باشد. چنین تفسیری ضعف نظریه حقوق اساسی ایران‌رانشان می‌دهد که اجزای مختلف نهادهای قانونی نمی‌توانند در بستری منسجم و ذیل نظریه‌ای یکپارچه و یکدست عمل کنند. نظریه حقوق اساسی در ایران و شورای نگهبان، به عنوان یکی از اجزای آن، توجهی به این جریان‌ات و امواجی که در بستر حقوق اساسی ایران حرکت می‌کنند ندارد و به همین دلیل نمی‌تواند تفسیری منسجم از اصول قانون اساسی عرضه کند تفسیری که با برداشت‌ها و دریافت‌های دیگر بخش‌های نهادهای قانونی سازگار و هماهنگ باشد. این اشکال، نقص و نارسایی در سطح نظریه حقوق اساسی است و بر عهده دانشکده‌های حقوق و استادان حقوق اساسی است تا راهی برای تفسیر منسجمی میان قواعد نوشته و نانوشته قانون اساسی عرضه کنند.

نتیجه

هنگامی که احکام مندرج در اصول قانون اساسی با واقعیات خارجی تفاوت دارند به تدریج فاصله‌ای میان الفاظ و واقعیات پیدا می‌شود. فرایند فاصله گرفتن لفظ قانون اساسی با واقعیات خارجی را تغییر غیررسمی قانون اساسی می‌گوییم. گاهی این تغییرات بدون آن که مصوبه‌ای قانونی در میان باشد معمول و مجری است و گاهی با مصوبه‌ای قانونی رسمیت پیدا می‌کند. این هر دو صورت به دلیل اجماع و اتفاق اداره کنندگان کشور بدون آن که با مانعی برخورد کند جریان پیدا می‌کند و همچون الزامی گریزناپذیر خود را بر همه ارکان و اجزاء مملکت تحمیل می‌کند. اغلب چنین اتفاق می‌افتد که پیش از آن که مصوبه‌ای قانونی این تغییرات را کلید بزند، این جایگاهی‌ها در باورها و افکار و آمال نشو و نما پیدا می‌کند و سپس به تدریج در بخش‌های مختلف و جزئی اجرا می‌شود تا مبنایی برای اقدامات مهم‌تر فراهم می‌کند. بدین ترتیب آرام آرام پیش می‌رود و راه خود را در تغییر تدریجی اصل باز می‌کند.

از این دیدگاه استدلال‌های حقوقی برای جا دادن سیاست‌های کلی اصل ۴۴ ذیل بند ۱ اصل ۱۱۰ قابل قبول نیست (Tahan Nazif, and Mansoorian, 206; 56). چرا که اولاً اصل ۱۷۷ تنها محمل بازنگری رسمی قانون اساسی است ثانیاً حتی بنا بر نظری که معتقد است: سیاست‌های کلی در نظام حقوق اساسی ایران مافوق قانون عادی و مادون اصول قانون اساسی هستند، بنابراین چنین جایگاهی نمی‌تواند منجر به معارضه میان سیاست‌های کلی و اصل قانون اساسی شود. ثالثاً این نظر نیز مانند نظر کسانی که معتقدند: از آنجا که سیاست‌های کلی اصل ۴۴ فرایند مندرج در اصل ۱۷۷ را طی نکرده آشکارا با قانون اساسی ناسازگار است؛ از نشناختن جایگاهی برای اصول نانوشته قانون اساسی و روش تغییر غیررسمی قانون اساسی رنج می‌برند و این تشتت در نظریه حقوق اساسی ناشی از نشناختن این مفهوم و معیارهای شناسایی آن است. نظر نخست این تغییر در حکم قانون اساسی را بر مبنای بند ۱ اصل ۱۱۰ توجیه می‌کند و نظر دوم آن را مخالف قانون اساسی می‌داند یعنی هیچ‌یک این تغییرات را بر اساس مبنای تغییر غیررسمی قانون اساسی قبول نمی‌کنند. در حالی که برای وارد کردن این مفهوم در نظریه حقوق اساسی باید معیارهایی برای شناسایی آن تعیین کرد و سپس آن را به عنوان یک مبنای جدید در تغییر قانون اساسی شناخت؛ بنابراین توسل به اصول دیگر قانون اساسی برای تبیین چنین موضوعی در حقوق اساسی نمی‌تواند چارچوب

مفهومی دقیق و منسجمی فراهم کند.

بنابراین نظر نویسندگان که معتقدند: اصلاح اصل ۴۴ قانون اساسی خارج از چارچوب اصل ۱۷۷ «به طور قطع نقض قانون اساسی» است، از دیدگاه مفهوم تغییر غیررسمی قانون اساسی نادرست است. چنین دیدگاهی به دلیل نشناختن جایگاهی برای تغییر غیررسمی قانون اساسی توانسته است چنین نظری طرح کند. این دیدگاه به این دلیل ناکارآمد است که برای دیگر موارد تغییر غیررسمی قانون اساسی نمی تواند مبنایی در قانون اساسی بیابد. بعلاوه مفهوم تغییر غیررسمی حلقه پیوند همه این موارد است و می تواند آن ها را ذیل مفهوم و دستگای نظری طرح کند و ابعاد و اجزاء آن را توضیح دهد در صورتی که توضیحات شکلی و صوری ذیل اصول قانون اساسی نوشته نمی تواند ماهیت متفاوت این نوع تغییرات را آشکار کند.

نفس تصویب و ابلاغ سیاست های کلی نشان می دهد که نظام سیاسی درک واحد و منسجمی از اصل ۴۴ و حکم مندرج در ذیل آن نداشت و موانع مهمی برای استناد به ذیل اصل برای تخصیص صدر اصل وجود داشته و شورای نگهبان، در موضوع تقاضای تفسیر رئیس جمهور وقت از اصل ۴۴، به راحتی چنین درکی را قبول نمی کرده است؛ بنابراین تصویب و ابلاغ سیاست های کلی خود نشان دهنده عدول از محتوای اصل ۴۴ است و الا با وجود امکان استناد به ذیل اصل ۴۴ تصویب و ابلاغ سیاست های کلی اصل ۴۴ کاری عبث خواهد بود.

اما فاصله گرفتن از حکم مندرج در صدر اصل ۴۴ بخشی از فرایند تغییر غیررسمی قانون اساسی بود که سال ها پیش از تصویب و ابلاغ سیاست های کلی اصل ۴۴ و با تغییر جهت سیاست های اقتصادی دولت سازندگی آغاز شده بود و کل این فرایند تغییر غیررسمی گفته می شود و نه تنها مرحله تصویب و ابلاغ سیاست های کلی. به عبارت دیگر جریان تغییر غیررسمی حتی پیش از پایان جنگ و با مواردی مانند عدول از انحصار بازرگانی خارجی آغاز شده بود. حتی برخی از قوانین پیش از تصویب و ابلاغ سیاست ها تصویب شدند و در عین حال مغایر اصل ۴۴ تشخیص داده نشدند^۱. این موارد اخیر نیز چرخش کل نظام سیاسی کشور به سوی سیاست های جدید اقتصادی

۱- انون اجازه تأسیس بانک های غیر دولتی مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱؛ ماده واحده قانون تأسیس مؤسسات بیمه غیردولتی در تاریخ ۱۳۸۰/۶/۶ و قانون تشویق سرمایه گذاری در طرح های آب کشور ۱۳۸۵/۳/۵؛ در قانون برنامه پنج ساله سوم توسعه (۱۳۷۹-)

حتی از سوی شورای نگهبان نیز با همراهی و همکاری مواجه شد و ایشان نیز این گردش و تغییر جهت را مشروع و موجه می‌دانستند و به همین دلیل با آن مخالفت نمی‌کردند. چنین موضعی از سوی شورا اوج مرحله تغییر غیررسمی و نانوشته اصل ۴۴ بود که با تصویب و ابلاغ سیاست‌های کلی رسمیت یافت و نوشته شد.^۱

پس این که گفته می‌شود: «امکان واگذاری‌ها پیش از ابلاغ سیاست‌های کلی اصل ۴۴ نیز وجود داشته و صرف ابلاغ سیاست‌ها نمی‌تواند به معنای تغییر قانون اساسی باشد»، از این منظر که این نکته آغاز فرایند بازنگری غیررسمی بوده است، ادعای درستی است (Tahan Nazif, and Mansoorian, 2006; 67). به عبارت دیگر تغییر اصل ۴۴ با سیاست‌های اقتصادی دوران سازندگی به طور همه‌جانبه رو به تغییر نهاد و با تغییر جهت گیرهای دولت در برنامه‌های اقتصادی صدر اصل ۴۴ قالب تهی می‌کرد. با این برنامه‌های اقتصادی بود که نظام اقتصادی دیگری جایگزین نظام اقتصادی مندرج در اصل ۴۴ شد و جای احکام صدر و ذیل اصل جایجا شد؛ بنابراین نقطه آغازین تغییر غیررسمی قانون اساسی در این زمان در حال وقوع بود و نه در زمان تصویب و ابلاغ سیاست‌های کلی اصل ۴۴. مصوبه اخیر فتح نهایی تغییرات و تثبیت آن دستاوردها بود.

مفهوم تغییر غیررسمی قانون اساسی راهی را پیش روی ما باز می‌کند که برخی از ضرورت‌های اصلاح قانون اساسی را، چنانچه اجماع و اتفاق درباره آن وجود داشته باشد، بتوان به‌عنوان تغییراتی مشروع پذیرفت اما این راه دشوار و خطیر است و مادامی که نظریه حقوق اساسی نتواند معیارهای شناسایی موجهی برای آن پیش‌بینی کند به‌سادگی نمی‌توان در این راه باریک و تاریک گام نهاد. نظر ۷۳/۸/۲۴ شورای نگهبان درباره قانون پنج‌ساله دوم «با رعایت سیاست‌های اصل ۴۴» دیده شود. به استناد این نظر می‌توان گفت سیاست‌های اصل ۴۴ در اصل قانون اساسی بازنگری کرده است.

۱۳۸۳) خصوصی سازی شرکت‌های دولتی با عنوان «واگذاری سهام و مدیریت شرکت‌های دولتی» قرار داشت؛ در قانون برنامه چهارم توسعه (۱۳۸۸-۱۳۸۴) نیز با پیش‌بینی ۱۳ ماده درباره خصوصی سازی واگذاری‌های هدفمند پیش‌بینی شد. به نقل از: طحان نظیف و منصوریان، همان، ص ۶۷.

۱- حسین مهرپور، به عنوان یکی از حقوق‌دانانی که تجربه بیش از یک دهه حضور در شورای نگهبان داشته، تنها حقوق‌دانی است که در نوشته‌های خود به تحولات شورا توجه نشان داده و این نکات و دقایق را ثبت کرده است. در این نوشته به مدد همین توضیحات مختصر او در این باره توانستیم به برخی از وجوه این بحث پرتویی بیندازیم.

عباس آخوندی، صداوسیما و شبکه نمایش: توسعه انحصار و یا رقابت پذیری؟ اقتصاد نیوز

۱۳۹۹/۶/۲۲

References

- [1] Abbasi, Mansoureh. (2009). Challenges and Requirements of Privatization and Implementation of General Policies Article 44 of the Basic Law, Tehran, Tadbir-e Eghtesad Research Institute. (In Persian).
- [2] Abdi, Abbas. (2009). "Questions and Answers by Saeed Hajjarian and Abbas Abdi", Aftab News Agency, 4 May. (In Persian).
- [3] Abolhassani Hastiani, Asghar. (2001). "Study of Economic Principles of the Basic Law of the Islamic Republic of Iran from the Perspective of Economic Equilibrium and Imbalance", Research Quarterly of Imam Sadegh University, No. 13 and 14 spring and Summer (In Persian).
- [4] Ahmad Amoui, Bahman. (2003). Political Economy of the Islamic Republic of Iran, first edition, Tehran. (In Persian).
- [5] Akhundi, Abbas. (2012). Amendment of the General Policy Implementation Law, Article 44 of the Constitution from the Perspective of the Private Sector, Center for Economic Research and Studies, Tehran, Max-e Nazar. (In Persian).
- [6] Askari Nejad, Ali. (2008). The Historical Course of Using Article 44 of the Basic Law, World of Economics, Newspaper Number: 1639, Publication Date: 07/21/2008, News Number: 475982. <http://www.donya-e-eqtesad.com/fa/tiny/news-475982> (In Persian).
- [7] Bastien François. (1996). *Naissance d'une constitution, La cinquième République (1958-1962)*, Paris, Presses de Sciences Po.
- [8] Bruce Akerman. (1998). *We the People, volume 2: transformations*, The Belknap Press of Harvard University Press.
- [9] Deliberations of the Constitutional Assembly of the Islamic Republic of Iran. (1985). Volume 3, Islamic Consultative Assembly, first edition. (In Persian).
- [10] Hans Kelsen. (1998). *Théorie Générale du Droit et de l'Etat*, trad. B. Laroche et V. Faure, préf. S. Paulson, Bruylant LGDJ.
- [11] Hashemi Rafsanjani. (2014). Construction and Prosperity, Records and Memoirs of 1991, by Emad Hashemi, First Edition, Tehran, Enqelab-e Maaref Publishing Office. (In Persian).
- [12] Ismaili, Mohsen and Ghamami, Seyed Mohammad Mehdi. (2017). "Comparative study of the legal system of competition in Iran and France", Journal of Islamic Law, Eleventh Year, Vol. 2, pp. 188-153 (In Persian).
- [13] Lilaz, Saeed, Simaye Sazandegi; (1997). A narrative of eight years of construction during the presidency of Ayatollah Hashemi Rafsanjani, Tehran, Shadrang Publishing, first edition. (In Persian).
- [14] Mehrpour, Hossein. (2008). Brief Constitutional law of the Islamic Republic of Iran, Dadgostar Publishing, First Edition. (In Persian).

- [15] Naqibi, Seyed Hossein. (2009). Collection of Provisions of Article 44 of the Basic Law; Mohshi Applied Analytics, Tehran, Iran Chamber of Commerce, Industries and Mines, First Edition. (In Persian).
- [16] Nobakht, Mohammad Baqer and Abdo Tabrizi, Hossein, General Policies of Article 44 of the Constitution and New Opportunities for Investment, Tehran, Expediency Council, Strategic Research Center, 2010. (In Persian).
- [17] Pierre Avril. (1997). *Les Conventions de la Constitution*, Léviathan, PUF, Paris.
- [18] René, Capitane. (2001). « La coutume constitutionnelle », in *Les écrits constitutionnels*, éd. Panthéon Assas, Paris.
- [19] Rezaei, Mohsen. (2006). The Second Wave of the Revolution; A view on the process of formulating and approving macro policies of Article 44 of Constitution, Tehran, Islamic Culture Publishing Office, first edition. (In Persian).
- [20] Secretariat of the Expediency Discernment Council, Proceedings of the National Conference on General Policies, Article 44 of Constitution. (2006). Tehran, February (In Persian).
- [21] Shirazi, Asghar. (2014). The Government of the Islamic Republic of Iran, Paris, Perspective, Second Edition. (In Persian).
- [22] Soltani, Seyed Nasser. (2016). Unwritten Constitutional Law; Discourses on Constitutional Customs in the French Constitutional System, Tehran, Enteshar Publishing. (In Persian).
- [23] Strauss, David. (2000). *The Living Constitution*, Oxford-New York, Oxford University Press, coll. 'the Inalienable Rights'.
- [24] Tahan Nazif, Hadi and Mansoorian, Mostafa. (2016). "General Policies of Article 44; Informal Review of the Basic Law or the Use of the Capacity of Article 44, Quarterly Journal of Public Law Knowledge, Fifth Year, No. 15, pp. 78-55. (In Persian).
- [25] Tavanaianfard, Hassan. (1980). Critique of the Economic Principles of the Constitution of the Islamic Republic of Iran, Tehran, Ghest. (In Persian).