

## رویه شورای نگهبان در تعارض نظم عمومی و آزادی‌ها

حسن محمدی<sup>۱</sup>

### چکیده

همراه با شکل‌گیری اجتماعات، ضرورت‌هایی نیز به منظور تأمین و تداوم حیات اجتماعی ایجاد می‌شود. از جمله این ضرورت‌ها که لازمه گذار از حالت "طبیعی" به حالت "اجتماعی" است، نظم عمومی است. دامنه نظم عمومی در قوانین اساسی تعیین می‌شود ولی از آنجا که نظم عمومی مفهومی سیال دارد و نمی‌توان تمام مصادیق آن را در یک سند تعیین نمود، عملاً رویه قضایی مهمترین ابزار برای تعیین دامنه و مصادیق نظم عمومی است. به همین دلیل رویه دادرسان اساسی به عنوان پاسدار قانون اساسی و حقوق و آزادی‌ها، در تعارض نظم عمومی و آزادی‌ها، در تعیین دامنه نظم عمومی نقش تعیین‌کننده‌ای دارد. رویه دادرسان اساسی در این زمینه را می‌توان به سه دسته تقسیم نمود: گروهی از دادرسان اساسی با تکیه بر فردگرایی آزادی‌ها را اصل قرار داده و آن را بر نظم عمومی مقدم داشته‌اند. گروهی دیگر با توجه به پیامدهای فردگرایی، با مصلحت‌اندیشی، نظم عمومی را مقدم بر آزادی‌ها قرار داده‌اند و گروه آخر با تکیه بر عناصر "ضرورت"، "تناسب" و "مناسبت" در جهت ایجاد تعادل بین نظم عمومی و آزادی‌ها گام برداشته‌اند. شورای نگهبان به عنوان دادرس اساسی ج.ا.ا در تعارض نظم عمومی و آزادی‌ها، در بسیاری از آراء خود به ویژه در پاسخ استعلامات دیوان عدالت و نظارت بر مصوبات مجلس (جز در موارد معدودی در تعارض نظم عمومی و آزادی مالکیت که با تکیه بر موازین شرعی از جمله قاعده تسلیط، آزادی‌ها را مقدم داشته است)، تئوری مصلحت‌اندیشی را برگزیده است و با تکیه بر مصلحت، به صورت محتاطانه‌ای دامنه نظم عمومی را گسترش داده و متقابلاً گستره آزادی‌ها را با محدودیت رویه‌رو ساخته است. البته پیشینه فرهنگی، اجتماعی و اقتصادی کشور ما نیز بی‌تاثیر در این رویه شورا نبوده است.

واژگان کلیدی: نظم عمومی، آزادی‌ها، دادرس اساسی، شورای نگهبان

<sup>۱</sup> فارغ التحصیل کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی تهران

#### مقدمه

جامعه، محدودیت‌هایی که لازمه حیات اجتماعی است بر آزادی‌های انسان بار می‌نماید. یکی از مهمترین مصادیق این محدودیت‌ها، نظم عمومی است که به عقیده بسیاری از اندیشمندان هدف اصلی تشکیل دولت‌ها بوده است. بدون نظم عمومی ادامه حیات اجتماعی بشر منتفی است. به همین جهت همان‌گونه که تاریخ می‌نماید، بسیاری از دولت‌ها از ابتدای تشکیل جوامع تاکنون از این عنوان در راستای فربه کردن و وسعت دادن اختیارات خود و متقابلاً محدود نمودن دایره آزادی‌های فردی و گروهی سوءاستفاده نموده‌اند. حال سؤالی که پیش می‌آید این است که چه نهادی وظیفه کنترل و نظارت بر دولت در اعمال نظم عمومی را بر عهده دارد؟

قانون اساسی به عنوان سندی بنیادین در حاکمیت دولت‌ها، مهمترین سندی است که در آن، حقوق و آزادی‌های مردم در برابر دست‌اندازی‌های دولت مورد حمایت قرار گرفته و دامنه حقوق و آزادی‌های فردی و عمومی را در ارتباط با اقتدار دولت تعیین نموده است. اما در همین سند هم نظم عمومی به عنوان عامل اساسی به منظور تامین زندگی جمعی در نظر گرفته شده است. به طور کلی دادرسی اساسی که در کشور ما در شورای نگهبان متجلی است نهادی است که یکی از وظایفش ایجاد تعادل بین مصالح عمومی از جمله نظم عمومی و آزادی‌ها می‌باشد که این وظیفه را از طریق نظارت بر قوانین و تفسیر قانون اساسی انجام می‌دهد. از طرفی دیگر شورای نگهبان همانند سایر دادرسان اساسی به عنوان پاسدار قانون اساسی وظیفه پشتیبانی از حقوق و آزادی‌های بنیادین را بر عهده دارد.

#### سوالات تحقیق:

مفهوم نظم عمومی چیست و دامنه اعمال آن چگونه است؟ نسبت بین نظم عمومی و آزادی‌ها چگونه است؟

شورای نگهبان به عنوان دادرسی اساسی در تعارض نظم عمومی به عنوان یکی از مصالح جمعی با حقوق و آزادی‌ها چگونه عمل نموده است؟



این مقاله در سه بخش تنظیم شده است. در بخش اول و دوم مفهوم و دامنه نظم عمومی و ارتباط آن با حقوق و آزادی‌های فردی و گروهی مطالعه می‌شود و در بخش سوم رویه شورای نگهبان در مورد تعارض نظم عمومی و آزادی‌ها به صورت موردی، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### ۱- مفهوم نظم عمومی

از سالیان دور علی‌رغم اهمیت بسیار زیاد مفهوم نظم عمومی در سامان بخشی به نظام حقوقی و نیز تحدید آزادی‌های مشروع شهروندان و تسری ما به ازاء قانونی، نسبت به نقض، عبور یا عدول از آن، در خصوص موضوع مهمی همچون تعریف نظم عمومی اتفاق نظری بین صاحبان اندیشه حقوقی ملاحظه نمی‌شود. اهمیت این امر زمانی آشکار می‌شود که نظم عمومی در قالب یک عامل محدودکننده آزادی جلوه‌گر شده و تعیین حد و مرز آن ضروری به نظر می‌رسد.

#### ۱-۱- مفهوم لغوی

نظم در لغت به معنای سرو سامان دادن، به رشته تحریر درآوردن، تألیف و سرودن شعر می‌باشد. نظام حقوقی به شکلی ظرف نظم عمومی<sup>۱</sup> است و شیوه‌های رفتاری است که تخطی از آن‌ها موجب تنبیه متخلف از سوی مراجع ذیصلاح جامعه می‌شود. یعنی مجموعه قوانین و احکامی که از سوی مراجع صلاحیت‌دار به منظور ایجاد نظم عمومی و حفظ منافع حقیقی یا موهوم جامعه یا هیات حاکمه وضع شده و ضمانت اجرا داشته باشد.<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> Public order, Public Policy.

<sup>۲</sup> امین، سید حسن، تاریخ حقوق ایران، ص ۲۰. به نقل از فیاض، علی اکبر، "رابطه فقه و حقوق"، مجله سفیر، شماره ۲،

## ۱-۲- مفهوم اصطلاحی

آیا نظم عمومی مفهومی قابل تعریف است یا امکان ارائه یک تعریف مشخص امتناع قهری وجود دارد؟ در پاسخی کلی می‌توان اشعار داشت در این باب سه نظریه یا دکترین مطرح گردیده است. برخی معتقدند که نظم عمومی نمی‌تواند تحت فرمولی کلی و واحد تعریف شود و با همان تعریف در همه جا و همه موارد کاربرد داشته باشد؛ به تعبیر دیگر اصولاً نمی‌توان تعریف جامع و مانعی از نظم عمومی ارائه کرد و این ناشی از طبیعت نظم عمومی است.<sup>۱</sup> اما عده ای دیگر اعتقاد دارند که این مفهوم ضمن آنکه قابل تعریف است، می‌تواند در گستره علم حقوق تسری داشته باشد. برخی دیگر از حقوقدانان این مفهوم را برخوردار از ابهام دانسته و تعریف آن را دشوار می‌دانند.<sup>۲</sup>

جیرار کورنو، حقوقدان فرانسوی در این خصوص می‌گوید: "نظم عمومی مجموعه نیازهای بنیادین اجتماعی، سیاسی و ... است که برای عمل به منافع عمومی، محافظت از امنیت، محافظت از آداب عمومی، سیر اقتصادی و حمایت از برخی مصالح خاص (مانند حمایت از افراد) ضروری و اساسی به شمار می‌آید." در تعریفی دیگر ادعا شده است که نظم عمومی در مجموعه تاسیسات حقوقی و قواعد مربوط به حسن جریان امور مربوط به اداره یک کشور یا راجع به حفظ امنیت و اخلاق در روابط آحاد مردم است که اراده افراد در جهت خلاف آن بلااثر باشد. بالاخره تعریف دیگری از نظم عمومی آن است که "نظم شامل قواعد و سازمان‌هایی است که غرض از وضع آن حفظ منافع عمومی، تأمین حسن جریان امور اداری، سیاسی، اقتصادی و حفظ خانواده می‌باشد و اراده افراد نمی‌تواند آن را نقض نماید اعم از اینکه قواعد مربوط به حقوق عمومی باشد، مانند قواعد مربوط به وضعیت، اهلیت، ارث یا قواعد مربوط به حقوق کیفری."<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> مستنبت از: الماسی، نجاد علی، تعارض قوانین، مرکز نشر دانشگاهی، تهران، چاپ هفتم، ۱۳۷۸، صص ۱۲۸-۱۳۷.

<sup>۲</sup> مدنیان، غلامرضا، نظم عمومی در حقوق اساسی ایران، نشر میزان، تهران، چاپ اول، صص ۳۲-۳۳.

<sup>۳</sup> راسخ، محمد و مهناز، بیات، حق و مصلحت: مفهوم مصلحت عمومی، مجله تحقیقات حقوقی، شماره زمستان، ص ۵۶۸.

نظم عمومی یکی از مفاهیمی است (که به دلیل ابهام در آن) در معرض بیشترین سوءاستفاده‌ها قرار داشته و برداشت‌های گوناگونی از آن وجود دارد.<sup>۱</sup> شاید عمده ترین علل چنین سوءاستفاده‌ای در ویژگی‌هایی همچون "زمانی و مکانی" بودن، "سیالیت" و "عدم برخورداری از حدود و ثغور معین" این مفهوم نهفته باشد که زمینه و امکان تفسیر گسترده و گشاددستانه از آن را فراهم می‌سازد.<sup>۲</sup>

اغلب وقتی از نظم عمومی سخن گفته می‌شود، بی‌درنگ وظیفه و تعهد انسان نسبت به خدشه‌دار نساختن آن پیش کشیده می‌شود اما همانگونه که در اصول سیراکوزا بیان شده است، نظم عمومی "به مجموعه قواعدی که کارکرد جامعه را تضمین می‌کند، یا دسته‌ای از اصول بنیادین که جامعه بر پایه آن بنا شده است" گفته می‌شود و "رعایت حقوق بشر [نیز]

<sup>۱</sup> تا اندازه‌ای که حتی یکی از نویسندگان سلامت عمومی، اخلاق عمومی، امنیت ملی و امنیت عمومی را از مقولات نظم عمومی دانسته و می‌نویسد: "تمام محدودیت‌ها بر آزادی، از اقتضائات نظم عمومی - در معنای موسع آن- هستند که به اشکال گوناگون ظاهر می‌شوند و نام خاصی به خود می‌گیرند." خلیخالی، فرید، "نظم عمومی و آزادی تجمع و تشکل"، نشریه حقوق اساسی، سال دوم، ش. ۳۰ زمستان ۸۳، صص ۵۶-۶۴.

<sup>۲</sup> دو مقوله نظم عمومی و امنیت ملی از حدود و ثغور معینی برخوردار نبوده و همین امر دست حکومت‌های خودکامه را در طول تاریخ باز گذاشته است. گرچه "عدالت" و "انصاف" را می‌توان از معیارهای تعیین حدود آزادی‌ها و مقولات یاد شده قلمداد کرد. با این حال ناگفته پیدا است که همین معیارها نیز خود دچار تفاسیر متنوع‌اند. "عالی پور، حسن و نوروز، کارگری، جرایم ضد امنیت ملی، تهران، خرسندی، ۱۳۸۹، ص ۱۴. در همین باره نویسنده دیگری می‌نویسد: "نظم عمومی زمانی و مکانی است، یعنی از گونه‌ای سیالیت برخوردار است... نظم عمومی یا منفعت عامه مفهومی است که تعریف و تشخیص عناصر سازنده آن جنبه بومی و محلی دارد، یعنی از آن جهت که در کشور یا در منطقه‌ای اکثریت مردم دارای فرهنگ، عادات و اندیشه‌های مذهبی هستند، در تعریف نظم عمومی و عناصر سازنده آن نیز لاجرم باید این موارد را در نظر گرفت و به این اعتبار شاید سخن گفتن از نظم عمومی دینی (مانند ایران و دیگر جوامع مذهبی) یا نظم عمومی لائیک (در مورد فرانسه) پر براه نباشد... نظم عمومی یک مفهوم ثابت و منجمد نیست. این مفهوم در گذر زمان دچار سیالیت شده و مصادیق عینی آن در فضاهای زمانی و مکانی گوناگون تطور می‌یابد... نمی‌توان تردید کرد که عناصر اخلال در نظم عمومی یک جامعه شدیداً دین مدار با عناصر اخلال در نظم عمومی یک جامعه لائیک همسان نیست.. دقیقاً با اتکا به همین اندیشه زمانی و مکانی بودن است که می‌توان از نظم عمومی محلی، قبیله‌ای، ملی، بین‌المللی و... سخن گفت." گرجی ازندریانی، علی اکبر، مبانی حقوق عمومی، تهران، جنگل، ۱۳۸۸، صص ۱۰۵-۱۰۷. به نقل از روزبهان، محسن، آزادی رفت و آمد، نشر میزان، تهران، چاپ اول، ۱۳۹۴.



بخشی از نظم عمومی " و یکی از عناصر آن قلمداد می‌گردد.<sup>۱</sup> در چنین برداشتی از نظم عمومی این تنها افراد نیستند که به هنگام بهره‌مندی از حق‌های خویش متعهد به رعایت آن هستند بلکه دولت‌ها نیز به طور متقابل تعهداتی نسبت به حفظ نظم عمومی بر عهده دارند.<sup>۲</sup> علاوه بر آنچه گفته شد، در برداشتی متفاوت از نظم عمومی که دغدغه برخورداری از "آزادی حداکثری تا حد امکان" توسط افراد را دارد، گفته می‌شود که نظم عمومی در اصل ریشه در "تنظیم" داشته و دولت وظیفه تنظیم آزادی‌ها را دارد. بنابراین با توجه به اینکه دولت‌ها از نظم عمومی سوءاستفاده می‌کنند، زمانی نظم عمومی از اهمیت برخوردار است که معنای تنظیم داشته باشد و نه محدودیت یا سلب آزادی‌ها.<sup>۳</sup>

نظم عمومی مفهومی مبهم است و چون به اخلاق سیاسی، اقتصاد و مبانی تمدنی حاکم بر هر کشور مربوط بوده و امور هر جامعه با جامعه‌های دیگر متفاوت است، مفهوم نظم عمومی نیز از یک کشور تا کشور دیگر متفاوت است. بدین معنی که نمی‌توان تعریف خاصی را از نظم عمومی ارائه نمود که در تمام جوامع دارای مصادیق یکسان باشد و این امر منجر به سیالیت نظم عمومی و نسبت آن با توجه به زمان و مکان شده است. حتی مفهوم نظم عمومی در یک جامعه نیز در طول زمان یکسان نبوده و همواره با تغییرات سیاسی، اجتماعی، اقتصادی، این مفهوم نیز دگرگون شده و مصادیق آن تغییر پیدا می‌کند.

رتال جامع علوم انسانی

<sup>۱</sup> پرویز، نوین، "مفهوم نظم عمومی در حقوق"، نشریه حقوق اساسی، شماره ۱۰، زمستان، سال پنجم، ۱۳۸۷، ص ۱۷۸.

<sup>۲</sup> علاوه بر این اجرای قوانین توسط قوه مجریه و دیگر نهادهای سیاسی نیز یکی دیگر از عناصر نظم عمومی قلمداد شده است. بدین معنی که "خودداری نهادهای اجرایی از اجرای تمام عبار قوانین به بهانه‌های گوناگون (حتی به بهانه های خیر-خواهانه یا به نام مصلحت و منفعت عمومی) یا اجرای گزینشی و ناقص آن با هدف نظم عمومی و اندیشه حاکمیت قانون ناسازگار است. بدین خاطر است که در تمام نظام‌های حقوقی، قوه مجریه ملزم به اجرای بی چون و چرای قوانین می باشد". گرجی از ندریانی، علی اکبر، "مصلحت بانی دادرسی اساسی: شورای نگهبان به مثابه نهاد تشخیص مصلحت" نشریه حقوق اساسی، شماره ۱۸، سال نهم، زمستان ۹۱، ص ۱۰۵.

<sup>۳</sup> فن تینکر، باربارا، امنیت انسانی و حقوق بین‌الملل، ترجمه امیر اردشیر ارجمند و حمید قنبری، تهران، مجد، ۱۳۸۹، ص ۱۰.

به عبارتی ما با فلیپ اندرسون در این مورد هم عقیده‌ایم که "با توجه به اینکه رویه قضایی طی سالیان متمادی سعی داشته تا مصادیق نظم عمومی را به بحث بگذارد تلاش مضاعف برای ارائه یک تعریف از این مفهوم کاری بیهوده تلقی می‌گردد. زیرا تعریف برای انطباق با مصداق است که با مشخص شدن مصادیق دلیلی برای ارائه تفسیر وجود نخواهد داشت.<sup>۱</sup> هر چند تلاش رویه قضایی غیرمنسجم و ناکافی و متکثر است و از این لحاظ نقدپذیر به نظر می‌رسد ولی به دلیل سیالیت مفهوم نظم عمومی چاره‌ای بهتر از واگذار کردن تعیین مصداق نظم عمومی به رویه قضایی وجود ندارد.

## ۲- نسبت نظم عمومی و آزادی‌های فردی و گروهی

انسان موجودی بالطبع اجتماعی است. تشکیل، استقرار و وجود دولت یکی از اساسی‌ترین نیازهای طبیعی و یک ضرورت اجتماعی و بدیهی برای تمامی ارکان جامعه بشری است. این تأسیس مهم برای انسان‌ها، ضرورتی غیر قابل انکار بوده که در هیچ حالتی بی‌نیازی از آن ممکن و مقدور نیست.<sup>۲</sup> همچنین زندگی اجتماعی، مشحون از روابطی است که حیات اجتماعی به آن وابسته بوده و هر روز بر پیچیدگی آن افزوده می‌شود. تنظیم، ساماندهی و نیز تضمین اینگونه رابطه بدون وجود قدرتی برتر و مشرف بر جامعه که حقوق فردی و اجتماعی افراد را در ضمن آن روابط پاس بدارد، ممکن نیست. به عبارتی گرد هم آمدن انسان‌هایی که امیال متفاوت و گاه متضاد هم دارند موجب اغتشاش و بی‌نظمی در اجتماع می‌گردد.

در نتیجه هر اندازه جامع بزرگ‌تر و توسعه‌یافته‌تر می‌شود، عملاً با شرایط مشکل‌تری رو-به‌رو می‌شویم که آزادی هر فرد می‌تواند به مانعی بر سر راه آزادی دیگران تبدیل شود. همچنین با شکل‌گیری اجتماعات انسانی، اعمال آزادی افراد بدون قید و محدودیت و به صورت مطلق، نظم اجتماعی را از بین برده و امکان ادامه حیات اجتماعی را با مشکل روبه‌رو

<sup>۱</sup> Anderson, Philipe, Law and Morality, 2 ed, oxford university .p.111

<sup>۲</sup> قاضی، ابوالفضل، بایسته‌های حقوق اساسی، انتشارات میزان، تهران، چاپ ۳۱، ص ۲۰.

می‌سازد. این فرایند همان موضعی است که در مباحث فلسفه سیاسی بر آن نام "حالت طبیعی" گذاشته بودند. هابز فیلسوف انگلیسی این حالت را جنگ همه علیه همه می‌دانست و آن را با جمله معروف "انسان گرگ انسان‌ها است" که شاید معروف‌ترین جمله تاریخ سیاست باشد، بیان می‌کرد و شرط گذار از این حالت به "حالت اجتماعی" را به وجود آمدن یک قدرت دولتی مستبد می‌دانست که انسان‌ها یک بار برای همیشه حق خشونت را از خود سلب کرده و به آن دولت واگذار کنند تا جان خود را از خطر خشونت دیگران مصون دارند. لاک فیلسوف دیگر انگلیسی نیز در عین پذیرفتن لزوم گذار از "حالت طبیعی" به "حالت اجتماعی" راه‌حل را در ایجاد یک دولت دموکراتیک می‌دید که با رأی مردم بر سر کار آمده و با همان رأی قابل عزل باشد. تجربه تاریخی بعد نشان داد که دولت‌هایی که بر اساس مدل هابز به وجود آمده‌اند به شکست کشیده شدند در حالی که دولت‌های دموکراتیک مدل لاک ثبات یافتند. دلیل این امر در آن بود که هابز در واقع با واگذاری کامل و یکباره حق خشونت از مردم به دولت مستبد حق آزادی را نیز از آنها می‌گرفت و مانعی بر سر راه اعمال واکنش-های غریزی در برابر نبود آزادی ایجاد می‌کرد به گونه‌ای که در نهایت حتی اگر دولت مستبد در برابر کل جامعه نیز می‌ایستاد، هیچ راهی برای کنار زدن آن جز توسل به خشونت به صورت مشروط و موقت به دولت سبب می‌شد که ترکیب دولت دموکراتیک بر اساس اصل نمایندگی موقت و نه دائم تعیین شده و با استفاده از مکانیزم‌های از پیش تعیین شده بتوان در مقاطع معین به طور جزئی یا کلی دولت را در جهت هماهنگ شدن با آراء عمومی تغییر داد.<sup>۱</sup>

لذا تعارض آزادی‌های فردی و گروهی با مفهوم نظم عمومی چندان دور از نظر نیست و دولت‌ها به منظور جلوگیری از بی‌نظمی و اغتشاش می‌توانند با توجیه حفظ نظم عمومی، آزادی‌های فردی و گروهی را تا اندازه‌ای که بی‌نظمی در جامعه ایجاد نشود، محدود کنند.

<sup>۱</sup> فکوهی، ناصر و جمعی از نویسندگان، "خط قرمز از اند بیبی و بیون حد و مرز زری آن" نثر قطور تهران چاپ





بدون شک بقای جامعه بدون نظم عمومی ممکن نیست و این عامل اصلی توجیه محدود کردن آزادی‌ها است.

به عبارتی افراد به منظور نیل به اهداف بلند خود با تعامل در عرصه زندگی گروهی، در مسیر زندگی جمعی و در قالب یک جامعه سیاسی به تدبیر ساز و کارهای گوناگون و تشکیل نهادهای لازم مبادرت می‌نمایند. از طرفی به لحاظ نقش مؤثر فرد و لزوم توجه به شخصیت، جایگاه و ارزشی که در بستر جامعه سیاسی دارد، بسیاری از اندیشمندان اجتماعی، همواره ذهن خود را معطوف حمایت از فردیت انسان نموده و در این مسیر گام برداشته و نهایتاً مکاتب فکری متعددی را به وجود آورده‌اند. بر اساس این تضاد و نیز محور بودن فرد یا جامعه، اختلاف شدیدی بین اندیشمندان در زمینه بحث "نظم عمومی" حادث گردیده است.<sup>۱</sup>

شورای نگهبان به عنوان دادرس اساسی در نظام جمهوری اسلامی ایران با توجه به جایگاهی که دارد، موظف به حفظ حقوق و آزادی‌های مردم در دفاع از قانون اساسی در برابر دولت از یک سو، و از سوی دیگر موظف به تأمین تعادل بین امنیت جامعه و آزادی مردم است. این شورا در مقام مفسر قانون اساسی و تطبیق دهنده قوانین عادی با قانون اساسی همواره در جهت نیل به این تعادل تلاش می‌نماید.

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مقرراتی را به کار برده است که تفسیر نا به جای آن می‌تواند کرامت محوری زمامداران را زیر سوال برده و به تزلزل پایه‌های حقوق و آزادی‌های بنیادین و اصول مردم سالاری بیانجامد.<sup>۲</sup>

از آنجا که حقوق و آزادی‌های اساسی شهروندان، مهمترین رکن حیات زندگی اجتماعی هر جامعه به شمار می‌آیند؛ بر این مبنا آغازین نقطه عزیمت نظریه قانون اساسی، اثبات حقوق و آزادی‌های اساسی انسان، کرامت ذاتی و اصالت او است. با این وصف، همواره این

<sup>۱</sup> هاشمی، سید محمد، "حوزه حقوق عمومی"، مصاحبه با نشریه حقوق عمومی، شماره اول، تهران، مرداد ۸۵، صص ۴-۵.

<sup>۲</sup> گرجی ازندریانی، علی اکبر، در تکاپوی حقوق اساسی، انتشارات جنگل - جاودانه، تهران چاپ دوم، ۱۳۸۸، ص ۳۰۲.

حقوق و آزادی‌ها با توسل به بحث نظم عمومی، دچار تحدید، تضییق یا انکار واقع می‌گردند. لذا در طول تاریخ، در هر جامعه انسانی، تعیین دامنه نظم عمومی از مهمترین دغدغه‌های مشترک حکومت‌ها و شهروندان بوده است. هر چند با وجود چنین امری، بقای هر حکومت، مبتنی بر وجود نظم پایدار بوده است اما شهروندان نیز در مقابل انتظار دارند حقوق بنیادین آنها از سوی حکومت‌ها مورد تضمین و احترام قرار گرفته و با بهانه چنین سامانه‌ای مورد تحدید، تضییق یا انکار قرار نگیرد. با وجود چنین اهمیتی است که، بسیاری از قوانین اساسی کشورها، علی‌رغم وجود چالش در مبانی، ارکان تعاریف نظم عمومی، در اصول خود به تبیین شرایط و ارکان آن پرداخته و ابزار تحقق آن را به روشنی اعلام نموده‌اند.

متأسفانه علی‌رغم اهمیت مذکور، قانون اساسی ایران؛ به لحاظ وجود شرایط و مقتضیات خاص سیاسی و اجتماعی هنگام تدوین، امکان ورود تفصیلی به بحث نظم عمومی را نداشته و از تعرض به اصول اساسی آن خودداری نموده‌اند. لذا دکترین حقوقی تا حدی شاکله آن را با تکیه بر قواعد عرفی یا مذهبی روشن ساخته است. به همین جهت قانون اساسی ایران، از این منظر نیازمند اصلاح و بازنگری است که من بعد با وجود ایضاح، نیازی به تأویل و تفسیر و برداشت‌هایی از این امر وجود نداشته باشد.<sup>۱</sup>

### ۳- نظم عمومی در رویه شورای نگهبان

شورای نگهبان به عنوان یکی از ارکان مهم جمهوری اسلامی وظیفه حفاظت و پاسداری از قانون اساسی را عهده‌دار است. به عبارتی این شورا تضمین حقوق و آزادی‌های فردی را در جهت دفاع از قانون اساسی و با تفسیر قانون اساسی و همچنین مطابقت مصوبات مجلس شورای اسلامی با قانون اساسی انجام می‌دهد. لذا قبل از بررسی آرا شورای نگهبان لازم است قانون اساسی مورد کاوش قرار گیرد تا روشن شود که نظم عمومی به عنوان مفهومی مبهم در قانون اساسی چگونه انعکاس یافته و شامل چه مصادیقی می‌گردد.

<sup>۱</sup> مدنیان، غلامرضا، پیشین، ص ۱۱.

"نظم عمومی" در قانون اساسی فقط در اصل ۱۶۵ قانون اساسی<sup>۱</sup> صریحاً مورد اشاره قرار گرفته است. ولی همانگونه که در مباحث قبلی اشاره شد، نظم عمومی، مفهومی مبهم است و مصادیق متعددی را شامل می‌شود که این مصادیق با توجه به شرایط زمانی و مکانی و از یک جامعه به جامعه‌ای دیگر متفاوت است.

با این وجود حتی در قانون اساسی نیز برخی از مصادیق آن چه به صورت آگاهانه و چه به صورت ناآگاهانه آورده شده است. از جمله این مصادیق عبارتند از: تجاوز به منافع عمومی (اصل ۲۴)، نقض استقلال (اصل ۲۶)، نقض آزادی (اصل ۲۶)، نقض وحدت ملی (اصل ۲۶)، اخلال در رشد و توسعه اقتصادی کشور (اصل ۴۴)، اضرار به جامعه (اصل ۴۴)، ربا غصب رشوه، اختلاس، سرقت، قمار، سوءاستفاده از موقوفات، سوءاستفاده از مقاطعه‌کاری‌ها و معاملات دولتی، فروش زمین‌های موات و مباحات اصلی، دایر کردن اماکن فساد و سایر موارد غیر مشروع (اصل ۴۹)، حالت جنگ و شرایط اضطراری نظیر آن (اصل ۷۹)<sup>۲</sup>.

مشخص است که برخی از این مصادیق حوزه مشترک نظم عمومی و سایر عوامل محدودکننده آزادی‌ها محسوب می‌شوند. به عنوان مثال، نقض استقلال، آزادی، وحدت ملی و اخلال در رشد و توسعه اقتصادی، اضرار به جامعه، حالت جنگ همانطور که می‌تواند مصادیقی از نظم عمومی باشد، می‌تواند مصادیقی از امنیت ملی نیز محسوب شود.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> اصل ۱۶۵: "محاکمات علنی انجام می‌شود و حضور افراد بلا مانع است مگر آنکه به تشخیص دادگاه، علنی بودن آن منافی عفت عمومی یا نظم عمومی باشد یا در دعاوی خصوصی طرفین دعوا تقاضا کنند که محاکمه علنی نباشد"

<sup>۲</sup> برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به: گرجی ازندریانی، علی اکبر، در تکاپوی حقوق اساسی، انتشارات جنگل - جاودانه، تهران، چاپ دوم، صص ۳۶-۳۹.

<sup>۳</sup> با توجه به قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، این نکته مسجل می‌شود که در حقوق اساسی ایران نمی‌توان معیار یگانه و معینی را برای ترسیم حدود و ثغور حقوق و آزادی‌ها جست و جو کرد. این قانون شبکه‌ای از عناصر نظم دهنده را به رسمیت شناخته است. به طور کلی نه تنها در جمهوری اسلامی، به نظر می‌رسد که در هیچ نظام دیگری این حدود و ثغور قابل تعیین نخواهد بود زیرا که مفاهیمی همچون نظم و امنیت که از جمله عوامل محدودکننده آزادی محسوب می‌شود،

همانطور که بررسی خواهد شد، شورای نگهبان در آرا خود بیشتر از هر عامل دیگری بر مفهوم نظم عمومی تأکید داشته است. این امر شاید به دلیل مبهم بودن مفهوم نظم عمومی و قابلیت گسترش مصادیق آن به موارد متعدد باشد. باید توجه داشت که شورای نگهبان گاهی به صورت مستقیم و صراحتاً در آرا خود به نظم عمومی استناد داشته است که این موارد بسیار نادر می باشد و آنچه معمولاً اتفاق افتاده است، این است که این شورا از مفهوم نظم عمومی در بسیاری از آرا خود استفاده نموده بدون اینکه صراحتاً به نظم عمومی اشاره نماید.

### ۳-۱- آزادی مالکیت و نظم عمومی

یکی از بنیادی‌ترین آزادی‌های بشر، آزادی مالکیت است به این معنی که هر کسی حق دارد آزادانه در اموال تحت مالکیت خویش تصرف کند. در حقوق موضوعه نخستین تجلی تضمین حمایت از حق مالکیت را در قوانین اساسی می‌توان یافت. در این میان مراجع صیانت از قانون اساسی به منزله مهمترین ضامن مالکیت نقشی کلیدی می‌یابند.

اصلی کلی که در فصل سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی در سیاقی عام و سلبی به تضمین مالکیت افراد می‌پردازد، اصل ۲۲ است.<sup>۱</sup> تضمین سلبی مقرر در این اصل ما را به این نکته رهنمون می‌سازد که مال حمایت شده قوه مؤسس در این اصل عام است و اموال منقول و غیر منقول را شامل می‌شود. البته آشکار است که این تضمین سلبی به تنهایی کافی نیست و تضمین ایجابی نیز لازم می‌آید. با توجه به تأکید فقه شیعه بر رعایت مالکیت، طبیعی بود که مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در فصل چهارم این قانون

مفاهیمی بسیار کلی است و مصادیق آن با توجه به شرایط جامعه تغییر می‌کند و این با روح ثبات جوینانه قوانین اساسی در تعارض است.

<sup>۱</sup> اصل ۲۲: "حیثیت، جان حقوق، مسکن و شغل اشخاص از تعرض مصون است مگر در مواردی که قانون تجویز کند."

مربوط به « اقتصاد و امور مالی » به تضمین این نهاد بپردازد. در نتیجه اصول ۴۶<sup>۱</sup> و ۴۷<sup>۲</sup> قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به تضمین مالکیت اختصاص یافتند. نگاهی هر چند اجمالی به نظریه‌های شورای نگهبان نشان دهنده آن است که مالکیت به مثابه یک اصل راهنما برای این مرجع به شمار می‌رود، اما اعمال این اصل در طول عمر شورای نگهبان یکسان نبوده است. به رغم تضمین مالکیت شخصی افراد در اصول ۴۶ و ۴۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، شورای نگهبان به ندرت به این اصول استناد نموده است. در واقع، فقط در دو نظریه استناد به اصل ۴۷ در کنار موازین شرعی دیده می‌شود.<sup>۳</sup> به عبارت دیگر، از منظر شورای نگهبان، موازین شرعی برای تضمین مالکیت بسیار مؤثرتر از اصول قانون اساسی هستند و در نتیجه شورا موازین شرعی را ترجیح می‌دهد. رویه شورای نگهبان در زمینه محدودیت مالکیت را می‌توان به دو دوره متمایز تقسیم نمود:

الف) قبل از دهه ۱۳۷۰: این دوره از اولین دوره شورای نگهبان آغاز و تا اوایل دهه هفتاد را شامل می‌شود. در این دوره فقهای شورای نگهبان به مالکیت به مثابه حکم اولیه می‌نگرند و تحلیل این حکم اولیه نیز بر مبنای "قاعده تسلیط"<sup>۴</sup> صورت می‌پذیرد. در این دوره شورای نگهبان در آراء متعدد از تجاوز دولت به مالکیت خصوصی افراد جلوگیری می‌کند و طی آراء و نظریات مختلف نشان داد که دولت حتی در موارد ضرورت نیز نمی‌تواند به مالکیت افراد خدشه وارد نموده و آن را محدود کند.

<sup>۱</sup> اصل ۴۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی: "هر کس مالک حاصل کسب و کار خویش است و هیچ کس نمی‌تواند به عنوان مالکیت نسبت به کسب و کار خود امکان کسب و کار را از دیگری سلب کند."

<sup>۲</sup> اصل ۴۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: "مالکیت شخصی که از راه مشروع باشد، محترم است. ضوابط آن را قانون تعیین می‌کند."

<sup>۳</sup> نظریه شماره ۳۰۶۰ مربوط به " طرح لغو لایحه راجع به املاک وراثت اسماعیل قشقایی و سهراب بهادری قشقایی " به تاریخ ۱۳۶۷/۹/۲ و نظریه شماره ۰۹۱۷ مربوط به "لایحه اجازه تاسیس باشگاه ورزشی و ورزشگاه توسط مردم با نظارت دولت به تاریخ ۱۳۶۸/۸/۲."

<sup>۴</sup> الناس مسلطون علی اموالهم

به عنوان مثال شورای نگهبان در پاسخ به استعلام دیوان عدالت اداری که در تاریخ ۱۳۶۶/۲/۲۶ صورت گرفت، بند ۱ ماده ۳ ضوابط مقررات شهرسازی مربوط به نحوه افراز و تفکیک باغات و مزارع در محدوده شهری (مصوب جلسه ۱۳۶۲/۱/۲۲ شورای عالی شهرسازی و معماری ایران)<sup>۱</sup> را مغایر با شرع اعلام کرد.<sup>۲</sup>

این در حالی است که از اوایل دهه ۷۰ شورای نگهبان موارد این چنین را خلاف شرع نمی‌داند.

مثالی دیگر در این زمینه نظریه مربوط به قانون حفاظت و توسعه صنایع ایران مصوب ۱۳۵۸/۴/۱۰ شورای انقلاب اسلامی و تبصره الحاقی آن مصوب ۱۳۵۸/۴/۲۴ به تاریخ ۱۳۶۱/۴/۷ از مداخله در بسیاری از امور جلوگیری نمود. شورای نگهبان در این نظریه تأکید می‌نماید "۷...- تبصره ماده ۵ که با ضرب‌الاجل، تملک دولت را تجویز نموده است، مخالف با موازین شرعی است و مجرد گذاشتن موعد مقرر، موجب جواز تصرف و تملک دولت در مال غیر و اخراج آن از ید او نمی‌گردد."<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> ماده ضوابط مقررات شهرسازی مربوط به نحوه افراز و تفکیک باغات و مزارع در محدوده شهری (مصوب جلسه ۱۳۶۲/۱/۲۲ شورای عالی شهرسازی و معماری ایران):

ماده ۳: ضوابط شهرسازی در مورد افراز و تفکیک یا صدور پروانه ساختمان مربوط به اراضی مشجر و باغات رد محدوده شهری به شرح زیر تعیین می‌گردد.

بند ۱ - حداقل مساحت تفکیک و افراز باغات و اراضی مشجر اعم از اینکه متعلق به یک مالک یا چند مالک بوده و یا متعلق به ورثه باشد دو هزار متر مربع تعیین می‌گردد.

<sup>۲</sup> در این پرونده آقای حیدر قلی سلطانی خواستار ابطال این بخشنامه شورای عالی شهرسازی و معماری ایران به خاطر مخالفت با موازین شرعی شده بود و ادعا کرده بود که از آنجا که در این مصوبات حداقل مساحت تفکیک و افراز اراضی زراعی محدود شهری ده هزار متر مربع و حداقل مساحت تفکیک و افراز باغات و اراضی مشجر دو هزار متر مربع تعیین شده است موجب تضییع حقوق مردم و بر خلاف قواعد فقهی از جمله قاعده تسلیط است و موجب محرومیت خانواده‌ها از تهیه خانه به دلیل بالا رفتن قیمت زمین‌های کوچک می‌شود.

<sup>۳</sup> مهرپور، حسین، مجموعه نظریات شورای نگهبان، جلد ۱، ۱۳۷۱، ص ۳۲



همین رویکرد را در نظریه های دیگر شورای نگهبان در این دوره می بینیم که بر حفظ حقوق مالکان تأکید دارد.<sup>۱</sup>

این رویه در دوره دوم تغییر پیدا کرد ولی با این وجود هنوز هم به صورت موردی در برخی از موارد، شورای نگهبان چنین آرائی را صادر می کند.<sup>۲</sup>

شاید مهمترین نظریه ای که در دوره نخست می توان به آن اشاره کرد نظریه مربوط به طرح قانونی اراضی شهری به تاریخ ۱۳۹۰/۵/۲۹ بود. مبنای این طرح قانونی محدودیت مالکیت خصوصی بود و در دو مورد محدودیت های زیادی اعمال می نمود: "در مورد اراضی موات شهری که در اختیار دولت قرار می گرفت و اسناد و مدارک مالکیت صادره در مورد آنها فاقد ارزش قانونی اعلام می شد. در مورد اراضی بایر نیز فقط صاحبان آنها می توانستند حداکثر تا ۱۰۰۰ متر در اختیار داشته باشند و آن را عمران و احیا کنند و حق فروش آن را نداشتند مگر به دولت و با تقویم دولت. همچنین مالکان اراضی بایر و دایر شهری موظف بودند زمین های مورد نیاز دولت و شهرداری ها را با تقویم دولت به آنها بفروشند." در مورد اراضی دایر و بایر که آشکارا سلطه مالک را تهدید می کرد شورای نگهبان به روشنی این قسمت ها را مغایر با موازین شرعی اعلام نمود: "قسمت هایی از ماده ۷ و ۸ و تبصره های

<sup>۱</sup> برای مثال رجوع کنید به: نظریه شورای نگهبان درباره "تفسیر قانونی لایحه ادامه عملیات شهرک تعاونی دانشگاه و تصاحب آن به وسیله وارت مسکن و شهرسازی مصوب شورای انقلاب" به تاریخ ۱۳۶۰/۹/۲۸. جالب توجه است که در قسمتی از این نظریه، شورای نگهبان موضعی مغایر با باقیمانده نظریه اتخاذ می نماید و تفسیر "تصاحب" به "تملک" مطرح شده در لایحه فوق توسط کمیسیون مسکن و شهرسازی و نیز مجلس شورای اسلامی را تایید نمود. مثالی دیگر در این زمینه نظریه شورای نگهبان مورخ ۱۳۷۰/۹/۲۷ در مورد مغایرت "بند ۸ دستورالعمل شماره ۸/۶۰۳۳-۱/۷۳۹۱ مورخ ۱۳۶۸/۸/۸ وزیر مسکن و شهرسازی موضوع مواد ۱۴ قانون زمین شهری و ماده ۶۳ آیین نامه اجرایی آن قانون (مصوب ۱۳۶۷/۴/۱۵)" با شرع در پاسخ به استعلام دیوان عدالت اداری در تاریخ ۱۳۷۰/۶/۱۸ است.

یا نظر شورای نگهبان مورخ ۱۳۷۱/۶/۱۵ در مورد مغایرت "بند ۶ ص.رتجلسه مورخ ۱۳۶۸/۲/۹ کمیسیون ماده ۵ شهرداری" با شرع انور در پاسخ به استعلام دیوان عدالت اداری مورخ ۱۳۷۱/۴/۲۴.

<sup>۲</sup> نظریه شورای نگهبان در مورد "طرح آزادسازی عرصه قلعه تاریخی فلک الافلاک شهر خرم آباد و تحویل آن به سازمان میراث فرهنگی کشور" در سال ۸۲.

آنها و ماده ۱۰ که با اراضی بایر و دایر ارتباط دارد، مغایر با آیه کریمه « لا تاكلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تكون تجاره عن تراض » و حدیث شریف معروف "لا یحل مال امرئ مسلم الا عن طیب نفسه" و قاعده مسلمه "الناس مسلطون علی اموالهم" است و به اکثریت آراء فقها رد شد<sup>۱</sup> این نظریه راه ورود عنصری به نام «ضرورت» را به نظام قانون گذاری باز کرد تا بر اساس مصالح حکومت اسلامی و حکم ثانویه ناشی از آن، حکم اولیه ضامن مالکیت شخصی برای مدتی محدود اعمال نشود.<sup>۱</sup>

ب) پس از دهه ۷۰: در دوره دوم شورای نگهبان به تدریج از دیدگاه مطلق‌گرایانه دوره پیشین فاصله می‌گیرد و به تدریج محدودیت‌هایی را به عنوان نظم عمومی می‌پذیرد. این روند به ویژه در پاسخ به استعلامات دیوان عدالت اداری به گونه‌ای محسوس دیده می‌شود. علاوه بر این تأکید مرجع تشخیص مصلحت نظام بر اعمال محدودیت‌های ضروری بر آزادی مالکیت نیز به دگرگونی نگرش شورای نگهبان بی‌تأثیر نبوده است. در واقع شورا به تضمین چارچوب مالکیت خصوصی اکتفا می‌کند و برای اعمال مطلق آن، دیگر کوشش نمی‌کند. بنابراین در دوره مذکور شورای نگهبان به دیدگاه نسبی در مورد آزادی مالکیت گرایش یافته است.

نظر شورای نگهبان در مورد "طرح یک فوریتی جلوگیری از خرد شدن اراضی کشاورزی و ایجاد قطعات فنی، اقتصادی" در این زمینه قابل توجه است. به موجب این طرح "هرگونه خرد کردن و تفکیک اراضی کشاورزی (اعم از باغ‌ها، نهالستان‌ها، اراضی زیر کشت، آبی، دیم) که منجر به کوچک‌تر شدن مساحت و قطعات اراضی به کمتر از حدنصاب فنی، اقتصادی و افزایش تعداد بهره برداری‌های خرد کشاورزی گردد، ممنوع است." تعیین حدنصاب زمین‌ها به وزارت جهاد کشاورزی واگذار شد تا با توجه به شرایط اقلیمی، الگوی کشت، ضوابط مکانیزاسیون و کمیت و کیفیت منابع آب و خاک، حد نصاب را تعیین کند.

<sup>۱</sup> ویژه، محمدرضا، مراجع صیانت از قانون اساسی، فصلنامه پژوهش حقوق، سال ۱۲، شماره ۲۹، ۱۳۸۹، ص ۴۵۴.



شورای نگهبان در مورد این طرح اینگونه اعلام نظر نمود: "ماده ۱ از این جهت که تفکیک سهم شرکا در زمینه مذکور منع کرده است خلاف شرع شناخته شد."<sup>۱</sup> تبصره ۱ ماده ۱ نیز از این نظر که مانع از افراز و تفکیک سهام شرکا می‌گردد خلاف شرع شناخته شد.

ماده ۲ و تبصره ۱ آن از این نظر که تفکیک سهامی وراثت را منع کرده است، خلاف شرع شناخته شد."<sup>۲</sup>

با طرح این ایرادات، این طرح دوباره به مجلس بازگشت ولی مجلس به این طرح پافشاری نمود و شورای نگهبان با همان ایرادات دوباره آن را به مجلس بازگرداند. این طرح دوباره در مجلس تصویب و به مجمع تشخیص مصلحت نظام فرستاده شد. مجمع با در نظر گرفتن "ضرورت" و "حفظ نظم عمومی" این طرح را تصویب نمود.

در این پرونده روشن است که با وجود دلیل موجه نظم عمومی برای محدود کردن آزادی مالکیت باز هم شورای نگهبان به منظور تامین آزادی‌ها در برابر این محدودیت مقاومت می‌کند تا جایی که طرح با پافشاری مجلس به مجمع تشخیص مصلحت نظام فرستاده می‌شود و در واقع مجمع با تشخیص ضرورت اعمال محدودیت و با توجه به نظم عمومی، اعمال این محدودیت به آزادی مالکیت را به جا دانسته است.

در رأیی دیگر این بار خود شورای نگهبان با تعدیل رویه خود محدودیت نظم عمومی بر آزادی مالکیت را می‌پذیرد. در سال ۱۳۷۰ شورای نگهبان در استعلامی که از سوی دیوان عدالت اداری در مورد "مصوبه جلسه مورخ ۱۳۶۹/۲/۱۷ شورای عالی شهرسازی و معماری" صورت گرفت، اعلام نمود که "به لحاظ اینکه در بند<sup>۱</sup> ضوابط تامین فضای سبز کنار

<sup>۱</sup> بند ۱ و تبصره های ضوابط تامین فضای سبز کنار اتوبان‌ها و بزرگراه‌ها و معابر درجه ۱ و ۲ (مصوب ۶۹/۲/۱۷ شورای عالی شهر سازی):

۱-طرفین کلیه اتوبان‌ها و بزرگ راه‌های داخل محدوده قانونی در کلیه شهرهای کشور به حداقل ده متر و تا انتهای محدوده ملکی و حداکثر سی متر به کاربری فضای عمومی شهری اختصاص خواهند یافت.

اتوبان‌ها ... نامی از مجانی بودن برده نشده است و قهراً قوانین جاری ملاک عمل خواهد بود، خلاف موازین شرع شناخته نشد.<sup>۱</sup>

در این رأی شورای نگهبان صراحتاً قهری بودن تملک زمین‌های کنار اتوبان از سوی دولت را می‌پذیرد و فقط تأکید می‌کند که این تملک قاهرانه از سوی دولت نباید بدون عوض باشد به این معنی که باید بهای عادلانه پرداخت شود. این در حالی است که همین شورا در سال ۸۲ در یک رأی قابل تأمل در مورد حریم قلعه فلک‌الافلاک، نه تنها دولت را وادار به پرداخت بهای عادلانه می‌کند بلکه تملک قهری را نمی‌پذیرد و اعلام می‌دارد که علاوه بر پرداخت بهای عادلانه باید رضایت مالکین خصوصی را نیز به دست بیاورد.

از جمله آرا دیگر شورای نگهبان که در آن آزادی مالکیت را با نظم عمومی محدود ساخته و مهر تأییدی بر رویه جدید شورای نگهبان بعد از سال ۷۰ می‌باشد؛ نظر شورای نگهبان در مورد "تصرفات دولت یا شهرداری در بنا و تأسیسات سابق بدون پرداخت قیمت عادلانه روز (موضوع مصوبه مورخ ۶۸/۳/۱۱ شورای عالی شهرسازی معماری ایران در خصوص تعیین فضای سبز کنار جاده کمربندی قائم شهر<sup>۱</sup>) می‌باشد. شورای نگهبان در این

تبصره ۱: در مورد آن قسمت از زمین‌های موضوع بند ۱ که قبلاً تبدیل به ساختمان شده است، کاربری فضای سبز در زمان تجدید یا افزایش بنا اعمال شده و تا آن زمان مالک از سایر حقوق مالکانه مانند هرگونه تعمیر، فروش، اجاره یا رهن و غیر برخوردار خواهد بود.

تبصره ۲: وزارت مسکن و شهرسازی موظف است در طراحی اتوبان‌ها و بزرگراه‌های موجود طوری تجدید نظر نماید که دسترسی اراضی طرفین اینگونه جاده‌ها از داخل بافت تامین گردد.

در کلیه شهرهایی که بر اساس سرشماری سال ۱۳۶۵، بیش از ۲۰۰ هزار نفر جمعیت دارند کلیه زمین‌ها، باغ‌ها و مزارع موجود در اطراف معابر حومه ۱ و ۲ شهری به عمق حداقل ده متر و تا انتهای محدوده ملکی و حداکثر سی متر به فضای سبز عمومی شهری تبدیل خواهد شد.

<sup>۱</sup> مصوبه شورای عالی شهرسازی در اصلاحیه بند ۳ ضوابط حفظ حریم و ارضی مجاور راه‌ها در محدوده استحقاقی (مصوب ۶۹/۲/۳):

"بند ۳: احداث هرگونه ساختمان و تأسیسات در طرفین کلیه راه‌های بین شهری واقع در محدوده استحقاقی و حریم شهرها به عمق ۱۵۰ متر از بر حریم قانونی راه و همچنین ایجاد راه‌های دسترسی همسطح به جاده اصلی ممنوع است مگر در مورد



مورد در تاریخ ۷۹/۳/۱۸ این گونه اظهار نظر نمود: "در صورتی که از نظر قانون، شورای عالی شهرسازی حق تغییر حریم و فضای سبز جاده مزبور را داشته باشد، تصرف شهرداری یا دولت در بنا و تأسیساتی که قبل از این تغییر مصوبه در این فضای سبز افزوده شده تأسیس شده است، بدون پرداخت قیمت عادلانه این ساختمان‌ها و بناها به صاحبان آنها خلاف موازین شرع می‌باشد."

یا نظری دیگر از شورای نگهبان در مورد مصوبه مورخ ۶۹/۱۰/۳ شورای عالی شهرسازی و معماری: در این مورد شورای نگهبان مورخ ۸۰/۴/۲۰ اینگونه اعلام نظر نموده است: "مصوبه مورخ ۶۹/۱۰/۳ شورای عالی شهرسازی و معماری که به طور مطلق و بدون اشتراط به تقاضای صاحبان زمین‌های فین برای استفاده از مزایای ورود به محدوده توسعه و عمران شهر (مذکور در تبصره ۴ قانون تعیین وضعیت املاک واقع در طرح‌های دولتی و شهرداری-ها مصوب ۶۷/۸/۲۹ مجلس شورای اسلامی) دادن ۵۰ درصد زمین‌های آنان را به صورت رایگان تصویب نموده است خلاف شرع شناخته شد. زیرا تبصره فوق‌الذکر تنها در برابر تقاضای صاحبان زمین، اجازه گرفتن مقداری از زمین آنان را داده است، بنابراین در مواردی که هر یک از صاحبان زمین‌های فین متقاضی استفاده از مزایای ورود به محدوده توسعه عمران شهر نباشد، گرفتن رایگان مقدار کمی هم از زمین او خلاف شرع است.

در این آرا شورای نگهبان مصوبات مذکور را به این دلیل خلاف شرع اعلام نموده است که دولت زمین‌های مالکین اختصاصی را بدون پرداخت قیمت عادلانه تملک نموده است. از ظاهر نظرات شورای نگهبان در این موارد برداشت می‌شود که شورای نگهبان اجازه تملک قهری زمین‌های مالکین را به مناسبت نظم عمومی داده و فقط تأکید شورای نگهبان بر پرداخت قیمت عادلانه است و نپرداختن قیمت عادلانه را خلاف شرع اعلام کرده است.<sup>۱</sup>

---

کاربری‌های خاص که هم محل کربری و هم راه‌های دسترسی لازم عیناً در غالب طرح‌های مصوب جامع و تفصیلی و هادی ترسیم شده یا ضوابط مربوط به آنها تعیین شده باشد.

<sup>۱</sup> از جمله نظرات دیگر شورای نگهبان در این زمینه که آزادی مالکیت را با نظم عمومی محدود نموده است؛ نظر شورای نگهبان در مورد "صورت جلسه ۷۶ کمیسیون ماده ۵ شورای عالی شهرسازی و معماری ایران در اصفهان" در پاسخ به

از بررسی آرا و نظریات شورای نگهبان در مورد آزادی مالکیت مشخص می‌شود که برداشت شورای نگهبان از اصول ۴۳ و ۴۴ قانون اساسی این بود که اصل بر فعالیت بخش خصوصی باید گزارده شود مگر آنجا که فعالیت از بخش خصوصی به روشنی گرفته شده و در حیطه بخش دولتی قرار داده شده است. نتیجه طبیعی حمایت از مالکیت خصوصی، تضمین مالکیت خصوصی خواهد بود که پیوند بین تضمین مالکیت خصوصی و تفسیر اصول ۴۳ و ۴۴ قانون اساسی را نشان می‌دهد. رویه شورا تا اوایل دهه ۷۰ حمایت از مالکیت خصوصی به صورت مطلق انگارانه بود به گونه‌ای که به صورت بسیار نادر محدودیتی را بر مالکیت خصوصی وارد می‌دانست ولی از اوایل دهه ۷۰ به بعد رویه شورا به سمت وارد نمودن محدودیت‌هایی از جمله نظم عمومی با توجه به ضرورت‌های پیش آمده تغییر یافته است.

نکته دیگری که قابل تأمل به نظر می‌رسد این است که اغلب نظریات شورای نگهبان در زمینه محدودیت‌های وارده بر آزادی مالکیت در پاسخ به استعلامات دیوان عدالت صورت گرفته است. این موضوع نمایانگر آن است که بررسی مورد به مورد در تعیین مصادیق عوامل محدودکننده آزادی از جمله نظم عمومی کمک شایانی می‌نماید. از آنجا که دیوان عدالت به دعای مردم از نهادهای دولتی رسیدگی می‌نماید، این دیوان در مورد مطابق شرع بودن آیین نامه‌ها و مصوبات مقامات دولتی مکلف است از شورای نگهبان استعلام نظر کند. این راهی است برای گسترش پویایی شورای نگهبان به عنوان دادرسی اساسی زیرا با ایجاد رویه قضایی

---

استعلام دیوان عدالت اداری، نظر شورای نگهبان در مورد بخشنامه شماره ۱۱۱۸۳۷/۷۱/۱ مورخ ۷۹/۱۱/۱۲ و ۲۰۵۳۰/۷۱ مورخ ۸۰/۳/۱۲ سازمان حمل و نقل و پایانه کشور" در پاسخ به استعلام دیوان عدالت، نظر شورای نگهبان در مورد تبصره ۳ دستورالعمل شماره ۸۴۳۵۳-۱۲۰۸ مورخ ۷۲/۱/۲۶ معاون راهنمایی و رانندگی و امور حمل و نقل ناجا " در پاسخ به استعلام دیوان عدالت اداری، نظر شورای نگهبان در مورد دستورالعمل شماره ۱۶۱/۱ مورخ ۷۲/۴/۴ وزیر مسکن و شهرسازی در مورد ماده ۱۴ قانون زمین شهری" در پاسخ به استعلام دیوان عدالت اداری، نظر شورای نگهبان در مورد بخشنامه شماره ۲۳۳۵۲/۵۷ مورخ ۶۶/۶/۱۷ شهرداری تبریز" در پاسخ به استعلام دیوان عدالت اداری، نظر شورای نگهبان در مورد بند ۱۷ صورتجلسه شماره ۲۰۸ مورخ ۶۱/۱۱/۱۸ شورای طرح و بررسی شهرداری تهران" در پاسخ به استعلام دیوان عدالت اداری.

در این زمینه همچون دیوان عالی ایالات متحده، زمینه را برای روشن تر شدن مفاهیمی چون نظم عمومی و مصادیق آن فراهم می‌آورد.

نکته قابل توجه دیگر این است که شورای نگهبان در مقام دفاع از قانون اساسی و تضمین حقوق و آزادی‌های گروهی به عنوان دادرس اساسی، به شرع بیشتر از قانون اساسی استناد داده است. از منظر شورای نگهبان موازین شرعی برای تضمین مالکیت بسیار موثرتر از اصول قانون اساسی هستند و در نتیجه شورا موازین شرعی را ترجیح می‌دهد. هرچند آراء و نظریات مورد بررسی در این گفتار، اغلب نظریات شورای نگهبان در پاسخ به استعلامات دیوان عدالت اداری بوده است و شورا در پاسخ به این استعلامات فقط مطابقت یا عدم مطابقت آیین‌نامه‌ها و تصویب‌نامه‌های دولتی را با شرع اعلام می‌نماید نه قانون اساسی ولی در بررسی نظریات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی، این شورا مطابقت یا عدم مطابقت این مصوبات را هم با شرع و هم با قانون اساسی مورد بررسی قرار می‌دهد. با این وجود شورای نگهبان در مورد این مصوبات نیز بیشتر به شرع استناد جسته تا قانون اساسی، به عبارتی در غالب موارد نظرات شورای نگهبان در مورد آزادی مالکیت و نظم عمومی به عنوان عامل محدود کننده آن، مستند به موازین شرع است نه قانون اساسی.

نکته قابل توجه دیگر این است که شورای نگهبان در هیچ کدام از نظریات و آراء خود صراحتاً به "نظم عمومی" اشاره ننموده است. به عبارتی مفهوم نظم عمومی از منطوق آراء و نظریات شورای نگهبان فهمیده می‌شود.

نکته اساسی دیگری که قبلاً نیز به آن اشاره شد، این است که تا اوایل دهه ۷۰ شورای نگهبان با استناد به قاعده تسلیط<sup>۱</sup> در جهت حمایت از آزادی مالکیت رای صادر می نمود ولی از اوایل دهه ۷۰ تا کنون این رویه تغییر یافته و این شورا عوامل محدود کننده آزادی مالکیت را در آرا خود پذیرفته و منعکس نموده است. با این حال در بسیاری از موارد از جمله در اوایل دهه ۷۰ این شورا در مقابل عوامل محدودکننده آزادی مالکیت از جمله نظم

<sup>۱</sup> الناس مسلطون علی اموالهم.

عمومی مقاومت می نمود به گونه ای که با پافشاری مجلس و شورای نگهبان به مواضع خود، مصوبه مجلس به مجمع تشخیص مصلحت نظام فرستاده می شد و این مجمع در آخر عوامل محدود کننده آزادی (از جمله نظم عمومی) را که در مصوبه مجلس منعکس شده بود و شورای نگهبان در مقابل آن ایستادگی می کرد را به رسمیت می شناخت.

به نظر می رسد شورای نگهبان از حمایت مالکیت عمومی، به همان قوت مالکیت خصوصی سر باز می زند مبنای این موضع شورای نگهبان نیز می تواند این باشد که به دلیل نیرومندی دولت، این مرجع خود را موظف به حمایت از مالکیت خصوصی در مقابل دست اندازی های آن می داند و قواعد شرعی را نیز همین روند را تأیید می کند.<sup>۱</sup>

در رویه شورای قانون اساسی فرانسه دو نوع سلب مالکیت را می توان شناسایی نمود: ۱- ملی کردن<sup>۲</sup> ۲- سلب مالکیت در معنای خاص<sup>۳</sup>. بنابر نظر شورای قانون اساسی "ملی کردن متضمن انتقال موضوع مالکیت است که این انتقال در نتیجه تصمیم قدرت عمومی است و مالک یا مالکان ملزم به تبعیت هستند<sup>۴</sup>. شورای قانون اساسی بیش از توجیه حقوقی ملی شدن به حفظ حقوق مالکیت پیشین علاقه مند است، به همین دلیل است که در نظرات مختلف به ضرورت تأدیه خسارت ناشی از ملی کردن و جبران خسارت به صورت مقدماتی، پیش از ملی کردن، تأکید نموده و در این زمینه وسواس فراوان نشان داده است.<sup>۵</sup>

نوع دوم، سلب مالکیت در معنای خاص است که به عکس ملی کردن در موارد جزئی و به منظور تأمین منافع عمومی که نظم عمومی مصداقی از آن محسوب می شود، به وسیله موسسات عمومی به ویژه شهرداری ها انجام می گیرد. در این سلب مالکیت باید چهار شرط رعایت شود: ۱- منفعت عمومی ۲- جبران خسارت منصفانه ۳- در صورت اختلاف در مبلغ

<sup>۱</sup> ویژه، محمدرضا، پیشین، ص ۴۶۱.

<sup>۲</sup> Nationalisation

<sup>۳</sup> Expropriation

<sup>۴</sup> تصمیم شماره DC 83-167 به تاریخ ۱۹ ژانویه ۱۹۸۴. به نقل از ویژه، محمدرضا، همان.

<sup>۵</sup> در این زمینه رجوع کنید به تصمیم شماره DC ۵۰۹-۲۰۰۴ به تاریخ ۱۳ ژانویه ۲۰۰۵. به نقل از: ویژه، محمدرضا، همان.

خسارت، سلب مالکیت باید از راه‌های قانونی مناسب صورت گیرد ۴- پرداخت خسارت باید مقدماتی و پیش از ملی کردن صورت پذیرد.

بر خلاف نظر شورای قانون اساسی، به نظرمی‌رسد که همتای ایرانی آن در مورد حوزه اعمال مالکیت بیشتر دیدگاهی آرمانی و نه واقع‌گرا داشته باشد. شورای نگهبان کمتر محدودیتی را بر مالکیت خصوصی می‌پذیرد و این موضع انعطاف‌ناپذیر موجب می‌شود که برای تحمیل محدودیت‌های ضروری، حتی محدودیت‌های ناشی از منافع عمومی نیز به دشواری بتوان راه حلی جست.<sup>۱</sup> در زمینه محدودیت‌ها، نظریه‌های شورای نگهبان کمتر معیار دقیقی به دست می‌دهند ولی دو معیار اصلی ضرورت و موقت بودن و معیار فرعی منافع عموم (که اکثراً در لباس نظم عمومی نمایانگر می‌شود) را به دشواری می‌توان شناسایی نمود.

### ۳-۲- آزادی قراردادی و نظم عمومی

یکی از آزادی‌های اساسی، آزادی قراردادی است. دامنه این آزادی وسیع است و شامل آزادی انتخاب طرف قرارداد و همچنین آزادی تعیین موضوع و عوضین قرارداد نیز می‌گردد. در قانون اساسی، اصلی که صراحتاً آزادی قراردادی را مورد حمایت قرار دهد وجود ندارد ولی ماده ۱۰ قانون مدنی<sup>۲</sup> صراحتاً اصل آزادی قراردادی را مطرح نموده و آن را مورد حمایت قرار داده است. به این معنی که اگر قراردادی خارج از "عقود معین" مذکور در قانون مدنی بسته شود، بنابر ماده ۱۰ قانون مدنی صحیح بوده و مورد حمایت واقع خواهد شد. این آزادی نیز مانند اکثر آزادی‌ها مطلق نبوده و محدودیت‌هایی بر آن وارد است. در ماده ۱۰ قانون مدنی نیز قیدی بر آزادی قراردادی وارد شده است: "مخالف صریح قانون نباشد. نفوذ قراردادها علاوه بر قانون، مشروط به این که مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه

<sup>۱</sup> ویژه، محمدرضا، پیشین، ص ۴۶۳.

<sup>۲</sup> ماده ۱۰ قانون مدنی: "قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است."

نباشد.<sup>۱</sup> مشخص است که قانونگذار صراحتاً نظم عمومی را یکی از محدودیت‌های وارده بر آزادی قراردادی اعلام نموده است. حال باید دید رویه شورای نگهبان به عنوان دادرس اساسی و حافظ آزادی‌ها در مورد آزادی قراردادی چگونه بوده است.

نظر شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۶۰/۵/۲۹ در مورد طرح قانونی اراضی شهری در این زمینه قابل تأمل است. مبنای این طرح محدودیت مالکیت خصوصی بود. بر مبنای این طرح "در مورد اراضی موات شهری که در اختیار دولت قرار می‌گرفت اسناد و مدارک مالکیت صادره در مورد آنها فاقد ارزش قانونی اعلام می‌شد. در مورد اراضی بایر نیز فقط صاحبان آنها می‌توانستند حداکثر تا ۱۰۰ متر در اختیار داشته باشند و آن را عمران و احیا کنند و حق فروش آن را نداشتند مگر به دولت و با تقویم دولت. همچنین مالکان اراضی بایر و دایر شهری موظف بودند زمین‌های مورد نیاز دولت و شهرداری‌ها را با تقویم دولت به آنها بفروشند." در مورد اراضی بایر و دایر که آشکارا سلطه مالک را تهدید می‌کرد، شورای نگهبان به روشنی این قسمت‌ها را مغایر با موازین شرعی اعلام نمود: "قسمت‌هایی از ماده ۷ و ۸ و تبصره‌های آنها و ماده ۱۰ که با اراضی دایر و بایر ارتباط دارد مغایر با آیه کریمه "لا تاكلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تکون تجاره عن تراض" و حدیث شریف معروف "لا یحل مال امری مسلم الا عن طیب نفسه" و قاعده "الناس مسلطون علی اموالهم" است و به اکثریت آرا شورای نگهبان رد شد.

روشن است که در این مورد شورای نگهبان آزادی قراردادی را با محدودیت نظم عمومی خدشه وارد نکرده است و به صورت تمام و کمال از آزادی قراردادی و مالکیت حمایت کرده و اجازه نداده است که دولت با تقویم اراضی مالکین خصوص آن را از چنگ صاحبان آن بیرون بیاورد اما این رویه به مرور زمان تغییر کرد و شورای نگهبان در آراء بعدی خود محدودیت‌هایی را در نتیجه نظم عمومی به آزادی مالکیت وارد نمود، در این زمینه نظر

<sup>۱</sup> ماده ۹۷۵ قانون مدنی: "محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجرا گذارد، اگر چه اجرا قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد.





شورای نگهبان در پاسخ به استعلام دیوان عدالت مورخ ۱۳۷۱/۵/۱۱ قابل توجه است: در این مورد فردی به " بند ۱۱ دستورالعمل ارزش معاملاتی املاک برای سال های ۱۳۶۸ تا ۱۳۷۰ وزارت امور اقتصاد و دارایی " اعتراض نموده و مدعی شده بود که این بند خلاف شرع است. در این بند اختیار قیمت گذاری املاک قطعه ۷ (بلوک ۱۲۷) مناطق ۱۶ و ۲۰ شهر تهران به کمیسیون تقویم واگذار شده بود و معترض تقویم قیمت از سوی این کمیسیون را خلاف شرع می‌دانست. در نتیجه دیوان عدالت در این مورد از شورای نگهبان استعلام نظر کرد و شورای نگهبان نیز در پاسخ به این استعلام، این بند را مغایر شرع ندانست.

یا در موردی دیگر شورای نگهبان همین رویه را در مورد " صورتجلسه مورخ ۱۳۷۰/۵/۱۹ دفتر فنی استانداری تهران" در پیش گرفت. به موجب این صورت جلسه، استانداری تهران قیمت شن و ماسه را تعیین نموده بود که این تقویم قیمت با اعتراض فردی به دیوان عدالت فرستاده شد. معترض معتقد بود که: "با عنایت به مقررات قانونی، تولید شن و ماسه خارج از شمول قیمت گذاری و معاف از آن است. دیوان عدالت نیز در این مورد از شورای نگهبان استعلام نظر نمود. شورای نگهبان مورخ ۱۳۷۱/۵/۲۵ اینگونه اعلام نظر نمود: "صورتجلسه مذکور خلاف موازین شرع شناخته نشد؛ زیرا مساله قیمت گذاری خصوصاً در انفالی که استخراج آن به اشخاص واگذار می‌شود در صلاحیت مسئولین حکومت است."

از بررسی آرا شورای نگهبان روشن می‌شود که این شورا در رویه خود تا قبل از دهه ۷۰ از پذیرش اعمال محدودیت بر آزادی قراردادی اشخاص به منظور تامین نظم عمومی، با تکیه بر موازین شرعی به ویژه قاعده تسلیط امتناع نموده است. اما با ورود مجمع تشخیص و تاکید بر عنصر ضرورت و پافشاری مجلس برای تامین نظم عمومی شورا تغییر رویه داده و در رویه جدید خود از آغاز دهه ۷۰ اعمال محدودیت بر آزادی قراردادی را مورد پذیرش قرار داده است. اما باید توجه داشت که در رویه جدید شورا هم نمی‌توان عناصر لازم به منظور برقراری تعادل بین نظم عمومی و آزادی (ضرورت، مناسبت و تناسب) را پیدا نمود. به عبارتی شورا در این تعارض، رویکردی محتاطانه و مصلحت اندیشانه را اتخاذ نموده و بیشتر در تلاش برای تامین نظم عمومی بوده تا تامین تعادل بین نظم عمومی و آزادی‌ها.

### ۳-۳- آزادی اقامت و نظم عمومی

یکی از آزادی‌های اساسی فردی، آزادی اقامت است. به این معنی که هر کس حق دارد محل اقامت خود را خود تعیین نماید. در همین زمینه هر کسی حق دارد از مسکن مناسب برخوردار باشد. به موجب اصل ۳۱ قانون اساسی "داشتن مسکن متناسب با نیاز حق هر فرد و خانواده ایرانی است. دولت موظف است با رعایت اولویت برای آنها که نیازمندتر هستند به خصوص روستائینان و کارگران زمینه اجرای این اصل را فراهم کند." به دنبال برخورداری از حق مسکن که در این اصل به صورت حق ادعا منعکس شده است، هر فردی حق دارد محل اقامت خود را تعیین نماید. به عبارتی هیچ کس را نمی‌توان مجبور به اقامت در محل خاصی کرد یا از اقامت در محل خاصی بازداشت. اصل ۳۳ قانون اساسی در این زمینه بیان می‌کند: "هیچ کس را نمی‌توان از محل اقامت خود تبعید کرد یا از اقامت در محل مورد علاقه‌اش ممنوع یا به اقامت در محلی مجبور ساخت مگر در مواردی که قانون مقرر می‌دارد." همانطور که مبرهن است حق بر اقامت در این اصل به صورت حق-آزادی انعکاس یافته است. لذا حق تعیین محل اقامت یکی از حقوق و آزادی‌های اولیه محسوب می‌شود. اما این آزادی را نمی‌توان مطلق پنداشت زیرا چه بسا با مطلق انگاشتن این آزادی زمینه برای بی‌نظمی و تشویش فراهم می‌شود. به همین دلیل قانون اساسی آزادی تعیین محل اقامت را با قید "مگر در مواردی که قانون تجویز کند" مقید می‌کند.

نظم عمومی یکی از محدودیت‌هایی است که در مواقع ضرورت بر این آزادی اعمال شده است. لازم به ذکر است که در بسیاری از موارد، محدودیت‌ها از جمله نظم عمومی در قالب قانون به تصویب مجلس رسیده و شورای نگهبان در هر زمان با توجه به شرایط حاکم بر جامعه، آزادی رفت و آمد را به دلیل برقراری نظم عمومی محدود ساخته است.

این شورا در مورد لایحه چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری، صنعتی جمهوری اسلامی ایران که هدف آن ایجاد مناطق آزاد و دادن امتیازات ویژه به منطقه آزاد به منظور توسعه این مناطق بود، در تاریخ ۷/۴/۷۲ در بند ۶ نظریه‌اش اینگونه اظهار نظر کرد که: "صدور رواید

در ماده ۱۵ برای ایرانیان خلاف اصل ۳۳ قانون اساسی<sup>۱</sup> شناخته شد.<sup>۲</sup> و به این ترتیب صدور روایید برای ایرانیان برای رفتن به مناطق آزاد را که در ماده ۱۵ این لایحه آمده بود را خلاف اصل ۳۳ قانون اساسی و آزادی تعیین محل اقامت اعلام کرد.

این نظریه از اهمیت بسیار بالایی برخوردار است. زیرا از معدود دفعاتی است که شورای نگهبان در حمایت از آزادی‌ها مستقیماً و صراحتاً به اصول قانون اساسی استناد می‌کند. در حقیقت تلاش مجلس این است تا با توجه به عنصر نظم عمومی، آزادی تعیین محل اقامت را حداقل در مناطق آزاد محدود نماید ولی همانطور که روشن است شورای نگهبان در حمایت از آزادی تعیین محل اقامت به صورت حداکثری می‌پردازد. به عبارتی در این زمان، شورای نگهبان این آزادی را به صورت حداکثری می‌خواهد و در مقابل ایجاد محدودیت برای آن ایستادگی می‌کند.

این در حالی است که شورای نگهبان در پاسخ به استعلام دیوان عدالت اداری در مورد " بند ۷ دستورالعمل شماره ۱۰/۲۵۹۶۲ مورخ ۱۳۶۹/۱۱/۱۵ وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی در مورد نحوه به کارگیری فارغ‌التحصیلان دکترای علوم آزمایشگاهی"<sup>۳</sup> مورخ ۱۳۷۰/۶/۱۳، این بند را که آزادی محل سکونت و محل شغل را محدود می‌سازد را مغایر شرع می‌داند. ظاهراً شورا، این محدودیت را به منظور ایجاد نظم عمومی و جلوگیری از بی‌نظمی ایجاد می‌کند.

در نظریه‌ای دیگر، شورای نگهبان در پاسخ به استعلام دیوان عدالت در مورد "بخشنامه شماره ۷۱/۲۹۷۱۸/۲ مورخ ۶۸/۱۲/۱۷ و شماره ۷۱۰/۴۴ مورخ ۶۹/۴/۳۰ وزارت آموزش و

<sup>۱</sup> اصل ۳۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: "هیچ کس را نمی‌توان از محل اقامت خود تبعید کرد یا از اقامت در محل مورد علاقه اش ممنوع یا به اقامت در محلی مجبور ساخت، مگر در مواردی که قانون مقرر می‌دارد."

<sup>۲</sup> بند ۷ دستورالعمل شماره ۱۰/۲۵۹۶۲ مورخ ۱۳۶۹/۱۱/۱۵ وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی در مورد نحوه به کارگیری فارغ‌التحصیلان دکترای علوم آزمایشگاهی:

پس از گذراندن تعهدات قانونی می‌توانند مسئولیت فنی و تاسیس آزمایشگاه‌های بخش آزاد را در شهرهای فاقد دانشکده پزشکی، پس از تصویب کمیسیون قانونی آزمایشگاه‌ها احراز نمایند.

پرورش" که به موجب آن آموزش و پرورش هر گونه نقل و انتقال آموزگاران را بعد از شروع سال تحصیلی به هر عنوان ممنوع اعلام کرده است، اعلام می‌دارد که این بخشنامه مخالف شرع نیست.

به عبارتی این شورا محدود ساختن آزادی تعیین محل اقامت آموزگاران را به منظور تأمین نظم عمومی را می‌پذیرد و همانند مورد قبلی آزادی تعیین محل اقامت و محل شغل را محدود می‌نماید.

با بررسی و تدقیق در آراء شورای نگهبان مشخص می‌شود که این شورا در زمینه آزادی تعیین محل اقامت هم در غالب موارد محافظه‌کارانه عمل نموده و نشان داده است که در مواقع ضروری به منظور تحقق نظم و امنیت عمومی آزادی تعیین محل اقامت را محدود نموده است.

### نتیجه گیری

نظم عمومی به دنبال شکل‌گیری جوامع انسانی ایجاد می‌شود و لازمه گذار از حالت طبیعی به حالت اجتماعی، تحقق نظم عمومی است. درباره مفهوم و دامنه نظم عمومی تاکنون اتفاق نظری بین اندیشمندان حاصل نشده است اما قدر متیقن از تعاریفی که اندیشمندان از نظم عمومی انجام داده‌اند این است که نظم عمومی مجموعه اصول و قواعدی است که جامعه بر مبنای آن بنا شده و بدون این اصول و قواعد، تداوم حیات جامعه ممکن نخواهد بود. نظم عمومی مفهومی سیال دارد به این معنا که از زمانی به زمان دیگر و از مکانی به مکان دیگر متغیر است و دامنه آن بر حسب ویژگی‌های فرهنگی، اقتصادی، اجتماعی و سیاسی از جامعه‌ای به جامعه‌ای دیگر متغیر است. شاید به همین دلیل است که تاکنون اتفاق نظری در تعیین مفهوم نظم عمومی حاصل نشده است. به عبارتی در این زمینه می‌توان با حقوقدانان امریکایی هم‌عقیده بود که ارایه یک تعریف از این مفهوم کاری بیهوده است و برای تعیین دامنه نظم عمومی چاره‌ای جز واگذار کردن تعیین مصادیق آن به رویه قضایی وجود ندارد.



شورای نگهبان به عنوان دادرس اساسی از یکسو موظف به حفظ حقوق و آزادی های مردم در دفاع از قانون اساسی در برابر زیاده‌خواهی‌های دولت است و از سوی دیگر موظف به تامین تعادل بین مصالح عمومی که لازمه حیات جمعی است با آزادی‌های مردم است. از این رو رویه شورای نگهبان در تعیین دامنه نظم عمومی و از طریق تفسیر قانون اساسی، نظارت بر مصوبات مجلس و همچنین در پاسخ به استعلامات دیوان عدالت اداری به عنوان دادرس قانون اساسی از اهمیت خاصی برخوردار است.

متأسفانه علی‌رغم اهمیت موضوع، قانون اساسی ایران به لحاظ وجود شرایط و مقتضیات خاص سیاسی و اجتماعی هنگام تدوین امکان ورود تفصیلی به بحث نظم عمومی را نداشته و از استناد به اصول اساسی نظم عمومی امتناع نموده‌اند و این امر رویه شورای نگهبان را در تعیین دامنه و مصادیق نظم عمومی اهمیت دوچندانی بخشیده است.

در تعارض مصالح عمومی و نظم عمومی (به عنوان یکی از مهمترین مصادیق مصلحت عمومی) رویه واحدی بین اندیشمندان اتخاذ نشده است. گروهی با تاکید بر فردگرایی، حقوق و آزادی‌ها را بر مصالح جمعی و نظم عمومی مقدم دانسته‌اند، گروهی دیگر با توجه به پیامدهای فردگرایی در تداوم حبات جمعی و با نگاهی محافظه کارانه مصالح و نظم عمومی را بر آزادی‌ها مقدم می‌دانند و گروه سوم خواستار ایجاد تعادل بین نظم عمومی و آزادی‌ها با رعایت اصول "ضرورت" (اعمال نظم عمومی باید به صورت ضروری و استثنایی بوده و آسیب کمتری به آزادی‌ها وارد شود)، "تناسب" (تناسب بین اثرات اعمال نظم عمومی و اهمیت هدف مورد نظر) و "مناسبت" (تناسب نظم عمومی با هدف) هستند.

رویه شورای نگهبان در مورد تعارض نظم عمومی و آزادی‌ها بیشتر مبتنی بر مصلحت اندیشی و مصلحت‌محوری بوده است تا آزادی‌گرایی. این رویه مطلق‌انگارانه شورا در آرا شورا و در تعارض آزادی‌ها و نظم عمومی به وضوح قابل مشاهده است، به استثنای آزادی مالکیت که در این مورد، آراء شورا با پراکندگی بسیاری روبه‌رو است و گاهاً در مورد مشابه در تعارض نظم عمومی و آزادی مالکیت رویه منظمی را اتخاذ نکرده است. اما با اندک مسامحه می‌توان رویه شورای نگهبان را در زمینه تعارض نظم عمومی و مالکیت به دو دوره

تقسیم کرد: در دوره اول که از ابتدای شکل‌گیری شورا تا آغاز دهه هفتاد است که شورا در تعارض آزادی مالکیت با نظم عمومی در بسیاری از موارد با تکیه بر موازین شرعی از جمله قاعده تسلیط، دامنه نظم عمومی را کاهش داده و متقابلاً گستره آزادی مالکیت را توسیع داده است ولی این رویه شورا در آغاز دهه هفتاد و با ورود مجمع تشخیص مصلحت نظام تغییر چشمگیری پیدا نموده است. در دوره دوم شورای نگهبان به تدریج از دیدگاه مطلق‌انگارانه خود در تقدم آزادی مالکیت بر نظم عمومی فاصله می‌گیرد و به تدریج محدودیت‌هایی را به عنوان نظم عمومی می‌پذیرد. در اوایل دهه هفتاد مجلس طرحی را به تصویب رساند که مطابق آن خرد نمودن اراضی به کمتر از حدالنصاب معینی را ممنوع اعلام نمود. این طرح در شورای نگهبان مخالف شرع (قاعده تسلیط) اعلام شد. مجلس بر نظر خود پافشاری نمود و این طرح به مجمع تشخیص فرستاده شد که در نتیجه آن مجمع با تشخیص ضرورت اعمال محدودیت و با توجه به نظم عمومی اعمال این محدودیت را به آزادی مالکیت به جا دانست. پس از آن رویه جدیدی در شورا به سوی انعطاف‌پذیری و تقدم نظم عمومی بر آزادی مالکیت با تکیه بر عنصر ضرورت شکل گرفت و شورا در موارد بسیاری به کرات ایجاد محدودیت بر آزادی مالکیت را به منظور حفظ نظم عمومی تایید نمود. در این مورد باید به نقش عمده مجمع تشخیص مصلحت در تغییر رویه شورای نگهبان و ورود عنصر "ضرورت" از سوی مجمع به رویه شورای نگهبان توجه خاص نمود.

برای اینکه بتوان گفت شورای نگهبان در صدد ایجاد تعادل و توازن بین نظم عمومی و آزادی است، باید بتوان سه عنصر اساسی آن یعنی تناسب، مناسبت و ضرورت را در آراء این شورا پیدا کرد. در حالی که نه تنها شورا این اصول را صراحتاً در نظرات خود به کار نبرده است بلکه به جز موارد معدودی که می‌توان از آن بعضی از این عناصر را مثل ضرورت یا تناسب بین قیمت عادلانه با املاکی که سلب مالکیت می‌شوند را در آن پیدا نمود، به سختی می‌توان این عناصر را در محتوای نظرات شورا پیدا کرد. لذا نمی‌توان شورا را (مگر در موارد معدود که خارج از رویه معمول شورا است) پیرو نظریه تعادل دانست.



شورای نگهبان نیز بر اساس قاعده جهانشمولی حکمرانی به مصلحت اندیشی و مصلحت بانی می پردازد اما مصلحت بینی شورا با مصلحت بینی همتایان شورا در امریکا و فرانسه تفاوت دارد. دیگر نهادها صراحتاً و به صورت اعلام شده در چارچوب قواعد حقوقی به مصلحت بانی می پردازند و نظام حقوقی خود را توسعه می دهند اما شورا تاکنون به صورت رسمی از پذیرش این موضوع احتراز کرده است. تذکر پدران و دوران‌دیشانه امام راحل به شورای نگهبان هم دقیقاً همین بود که شورا به صورت رسمی و علتی مصلحت بانی را وارد ارزشیابی‌های خود کند: "تذکر پدران به اعضای عزیز شورای نگهبان می دهم که خودشان قبل از این گیر ها، مصلحت نظام را در نظر بگیرند چرا که یکی از مسایل مهم در دنیای پر آشوب کنونی، نقش زمان و مکان در اجتهاد و نوع تصمیم گیری‌ها است."

همتایان شورای نگهبان در امریکا (دیوان عالی) و فرانسه (شورای قانون اساسی) در تعارض نظم عمومی و آزادی و به منظور تعیین دامنه اعمال نظم عمومی از نظریه تعادل به مثابه روشی برای برقراری تعادل استفاده نموده‌اند و به صراحت می توان در آراء آنان اصول اساسی همچون "ضرورت"، "تناسب" و "مناسبت" را پیدا نمود. ولی با تامل در رویه شورا می توان دریافت که رویه شورا بیش از آنکه بر مبنای ایده تعادل باشد، بر مبنای ایده تقدم مصالح عمومی و مصلحت اندیشی بوده است.

#### فهرست منابع

- بیات کمیتکی، مهناز، مطالعه نظری نسبت حقوق فردی و مصالح جمعی، پایان نامه جهت اخذ درجه دکتری حقوق عمومی، دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق، ۱۳۹۰.
- پرویز، نوین، "مفهوم نظم عمومی در حقوق"، نشریه حقوق اساسی، شماره ۱۰، زمستان، سال پنجم، ۱۳۸۷.
- خلخال، فرید، "نظم عمومی و آزادی تجمع و تشکل"، نشریه حقوق اساسی، سال دوم، ش. ۳، زمستان ۸۳.
- راسخ، محمد، حق و مصلحت (مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش)، نشر نی، تهران، چاپ اول، ۱۳۹۲.
- راسخ، محمد و مهناز، بیات کمیتکی، "مفهوم مصلحت عمومی"، مجله تحقیقات حقوقی، شماره زمستان، ۱۳۹۰.

- فکوهی، ناصر و جمعی از نویسندگان، "خط قرمز آزادی اندیشه و بیان، حد و مرزهای آن"، نشر قطره، تهران، چاپ اول، ۱۳۷۸.
- فاورو، لوئی، "شاخصه‌های الگوی اروپایی صیانت از قانون اساسی"، ترجمه علی اکبر گرجی از ندریانی، نشریه حقوق اساسی، سال چهارم، شماره ۶ و ۷، زمستان ۱۳۸۵.
- فاورو، لوئی، دادگاه قانون اساسی، ترجمه علی اکبر گرجی، میزان، تهران، ۱۳۸۸.
- قاری سید فاطمی، محمد، حقوق بشر در جهان معاصر، دفتر یکم، نشر شهر دانش، تهران، چاپ سوم، ۱۳۹۰.
- کدیور، محسن، "شرح شورای نگهبان در مقابل مجلس؛ نحوه اجرای اصول ۹۴ و ۹۶ قانون اساسی در خصوص انطباق مصوبات مجلس با موازین شرع"، ماهنامه آفتاب، شماره ۲۹.
- گرجی از ندریانی، علی اکبر، در تکاپوی حقوق اساسی، انتشارات جنگل - جاودانه، تهران، چاپ دوم، ۱۳۸۸.
- گرجی، علی اکبر، "مصلحت بانی دادرسی اساسی: شورای نگهبان به مثابه نهاد تشخیص مصلحت"، نشریه حقوق اساسی، شماره ۱۸، سال نهم، زمستان ۹۱.
- گرجی از ندریانی، علی اکبر، مبانی حقوق عمومی، تهران، جنگل، ۱۳۸۸.
- مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی، دوره اول (خرداد ۵۹ تا ۶۳)، مرکز تحقیقات شورای نگهبان، نشر دادگستر، چاپ اول، خرداد ۱۳۹۰.
- مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی، دوره دوم (خرداد ۶۳ تا خرداد ۶۷)، مرکز تحقیقات شورای نگهبان، نشر دادگستر، چاپ اول، زمستان ۱۳۸۹.
- مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی، دوره چهارم (خرداد ۷۱ تا خرداد ۷۵)، مرکز تحقیقات شورای نگهبان، نشر دادگستر، چاپ اول، پائیز ۱۳۸۵.
- مجموعه نظرات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی، دوره ششم - سال چهارم (خرداد ۸۲ تا خرداد ۸۳)، مرکز تحقیقات شورای نگهبان، نشر دادگستر، چاپ اول، بهار ۱۳۸۴.
- مجموعه نظریات فقهی شورای نگهبان در پاسخ به استعلامات دیوان عدالت اداری، مرکز تحقیقات شورای نگهبان، نشر دادگستر، چاپ اول، تابستان ۱۳۸۴.
- مدنیان، غلامرضا، نظم عمومی در حقوق اساسی ایران، نشر میزان، تهران، چاپ اول، پائیز ۱۳۹۳.
- موسوی بجنوردی، محمد و افتخار، دانش پور، "بررسی فقهی و حقوقی جایگاه شورای نگهبان در نظام جمهوری اسلامی و نحوه نظارت آن بر قوانین و مقررات"، پژوهشنامه متین، شماره ۵۲، زمستان ۱۳۹۰.
- موسوی زاده، ابراهیم، دادرسی اساسی در جمهوری اسلامی ایران، مرکز تحقیقات شورای نگهبان، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۹.





ویژه، محمدرضا، "مراجع صیانت از قانون اساسی و حمایت از مالکیت: نگرشی تطبیقی بر عملکرد مراجع صیانت از قانون اساسی ایران و فرانسه"، فصلنامه پژوهش های حقوق، سال ۱۲، شماره ۲۹، تابستان ۱۳۸۹.

[www.goodarzilawyer.ir/print.php](http://www.goodarzilawyer.ir/print.php)

[www.uscourts.gov/educational-resources-activities/facts-and-case-summary-texas-johnson](http://www.uscourts.gov/educational-resources-activities/facts-and-case-summary-texas-johnson)

[www.theguardian.com/law/2015/jun/01/suprem-court-rules-favor-muslim-woman-hijab-abercrombie-fitch](http://www.theguardian.com/law/2015/jun/01/suprem-court-rules-favor-muslim-woman-hijab-abercrombie-fitch)

[www1.umn.edu/humantts/instreet/siracusaprinciples.html](http://www1.umn.edu/humantts/instreet/siracusaprinciples.html)

[www.shora-gc.ir/Portal/Home](http://www.shora-gc.ir/Portal/Home)



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی