

آیا کنترل حق محور توجیه پذیر است؟*

نویسنده: شیواجی فلیکس**

مترجم: جعفر شفیعی سردشت***

چکیده

این مقاله به ارزیابی نظریات رقیب پیرامون کنترل قضایی^۱ می‌پردازد تا همان‌طور که نویسنده مطرح نموده به این نتیجه برسد که دکترین «تجاوز از صلاحیت»^۲ نمی‌تواند مبنا و توجیهی مناسب برای کنترل قضایی به دست دهد. نویسنده بر این اعتقاد است که کنترل حق محور^۳ از عینیت کافی برخوردار است و به‌عنوان مبنای کنترل قضایی مناسب‌تر خواهد بود. همچنین وی مدعی است که دکترین «تجاوز از صلاحیت» به‌عنوان مبنای کنترل قضایی، حتی با رویکرد خوش‌بینانه، در انگلستان و بویژه در کشورهای دارای قوانین اساسی نوشته که ترتیبات مندرج در قانون اساسی آنها کاملاً متفاوت است - بدون پشتوانه^۴ بوده و مشروعیت ندارد.

واژگان کلیدی: کنترل قضایی، صلاحیت، کنترل حق محور

مقدمه

حقوق اداری انگلیس و به تبع آن، حقوق اداری بیشتر کشورهای مشترک المنافع^۵ از این واقعیت رنج می‌برد که دکترین تجاوز از صلاحیت سالها مبنای کنترل قضایی تلقی می‌گردید.

*Felix, Shivaji, "Is Rights Based review Justified?", Journal of Commonwealth Law and Legal Education, Volume 1, Issue 1 December 2001, pages 31 - 49

** Shivaji Felix

*** دانشجوی دوره دکتری حقوق عمومی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

1. Judicial Review
2. Ultra Vires
3. Rights Based Review
4. Tenuous
5. Commonwealth

فرض کنید در کشور انگلستان بدلیل ساختار ویژه قانون اساسی آن، توجیهاتی چند برای پذیرش این دکترین وجود داشته باشد، اما همگان متفقاند که به علت تفاوت بنیادی ساختارهای قوانین اساسی دیگر کشورهای مشترک المنافع، هیچ توجیهی ندارد که این دکترین مبنای کنترل قضایی آنها باشد.

با این حال، این دکترین مدتها گریبانگیر حقوق اداری انگلیس بود و تا همین اواخر نیز به عنوان مهم‌ترین اصل حقوق اداری محسوب می‌شد.

اما، حتی حامیان قدرتمند چنین دیدگاهی اذعان دارند که این مفهوم ارتباط تنگاتنگی با ایده حاکمیت پارلمان^۱ دارد. ایده‌ای که در کشورهای دارای قانون اساسی نوشته هیچ جایگاهی ندارد. اگر بپذیریم قاعده تجاوز از صلاحیت خارج از انگلستان مبنای کنترل قضایی نیست، باید اذعان نمود که برای نحوه اعمال این صلاحیت از سوی دادگاه‌ها نیاز به توجیهات دیگری است. نویسنده معتقد است که در این شرایط، الگوی حق‌محور کنترل قضایی می‌تواند بهترین الگو باشد. این دیدگاه، که از نظر تاریخی و نظری مورد تأیید است، با ایده‌های نوین مردم سالاری نیز سازگار است. نخست، برای ساده کردن تجزیه و تحلیل، باید توجیهات نظری دکترین تجاوز از صلاحیت را بررسی کنیم.

الف) ماهیت قاعده «تجاوز از صلاحیت» و توجیه آن

شناسایی مفهوم حاکمیت پارلمان - به این معنا که قدرت پارلمان انحصاری است و هیچ رقیبی در برابر اقتدار آن وجود ندارد و نه پیشینیان می‌توانند آن را مقید سازند و نه پارلمان کنونی می‌تواند جانشینان خود را محدود کند - به توجیه حقوقی این دیدگاه می‌پردازد که قاعده تجاوز از صلاحیت مبنای کنترل قضایی است.

مونرو^۲ درباره جایگاه منحصر به فرد انگلستان در زمینه حاکمیت پارلمان، اظهار می‌کند: در قوانین اساسی بیشتر کشورهای جهان، به طور صریح یا ضمنی برای صلاحیت قوه مقننه در وضع یا اصلاح قوانین محدودیت‌هایی وجود دارد. اگر انگلستان از این جنبه، خاص قلمداد می‌شود، به علت ضرورتی منطقی نیست بلکه نتیجه تاریخ قانون اساسی این کشور است.

1. Sovereignty of Parliament
2. Munro

مفهوم قانونگذار حاکم^۱ تنها مختص کشور انگلستان است و بنابراین، اگر این مفهوم توجیهی حقوقی برای دکترین تجاوز از صلاحیت به دست دهد، باید اذعان نمود که این دکترین در کشورهایی با ترتیبات اساسی^۲ نسبتاً متفاوت، اعتبار ندارد.

پیش از بررسی ماهیت دکترین تجاوز از صلاحیت باید درباره ریشه و سرمنشأ مفهوم حاکمیت پارلمان تأمل نمود. ای وی دایسی^۳، سرسخت‌ترین طرفدار حاکمیت پارلمان، آن را این‌گونه توصیف می‌کند: حاکمیت پارلمان (از منظر حقوقی) شاخصه مهم نهادهای سیاسی ما است.

دایسی به شیوه‌ای بسیار موجز درباره الزامات اصطلاح حاکمیت پارلمان می‌گوید: اصل حاکمیت پارلمان دقیقاً به همین معناست، نه چیزی بیشتر و نه کمتر: پارلمان، بنابر قانون اساسی انگلستان، حق وضع هر قانونی را، هرآنچه باشد، دارد، و علاوه بر این، هیچ شخص یا سازمانی که مورد شناسایی حقوق انگلستان است، حق لغو یا ابطال قوانین مصوب پارلمان را ندارد.

شایان ذکر است هنگامی که دایسی در صدد تعریف اصطلاح حاکمیت پارلمان برمی‌آید، به قانون اساسی انگلستان اشاره می‌کند و تعریفی را در نظر نمی‌گیرد که در قوانین اساسی دیگر اعتبار داشته باشد. علاوه بر این، وی یادآور می‌شود که اصطلاح حاکمیت پارلمان را می‌توان به دو صورت مثبت و منفی تعریف نمود. وی می‌گوید:

می‌توان اصل حاکمیت پارلمان را از بُعد مثبت، بدین سان تعریف کرد: دادگاه‌ها موظف‌اند که از همه یا قسمتی از مصوبات پارلمان که قانون تازه‌ای را ایجاد یا قوانین موجود را اصلاح می‌کند، تبعیت نمایند. این اصل را با در نظر گرفتن بُعد منفی آن، می‌توان این چنین تشریح کرد: بنا بر قانون اساسی انگلستان، هیچ فرد یا گروهی نمی‌تواند قاعده‌ای را وضع کند که یکی از مصوبات پارلمان را لغو یا ابطال کند، یا قاعده مزبور به وسیله دادگاه‌ها برخلاف مصوبه پارلمان اجرا شود.

دایسی معتقد بود که قضات می‌توانند از طریق رویه قضایی^۴ قواعد و مقررات را توسعه دهند. با وجود این، از نظر وی قانونگذاری از طریق قضات^۵ با مفهوم حاکمیت پارلمان مغایرت نداشت، چرا که قضات در مقایسه با قوه مقننه از شأن پایین‌تری برخوردارند:

1. Sovereign Legislature
2. Constitutional Arrangements
3. AV Dicey
4. Precedent
5. Judicial Legislation

قضات انگلیسی ادعا نمی‌کنند که قدرت یا اختیار ابطال قوانین موضوعه را دارند، حال آنکه مصوبات پارلمان ممکن است همواره قوانین برساخته قضات را ابطال نماید. به طور خلاصه، قانونگذاری از طریق قضات، قانونگذاری ثانویه^۱ است که با تأیید پارلمان انجام می‌شود و تابع نظارت این نهاد است.

دایسی هیچ توضیحی در این باره نمی‌دهد که چرا حاکمیت پارلمان را اصلی مهم در حقوق اساسی انگلستان^۲ می‌داند. او ترجیح می‌دهد برای پذیرش درستی این موضوع، از آن به عنوان واقعیتهای تاریخی و حقوقی یاد کند.

با وجود این، بیزاری دایسی از قدرت خودسرانه کاملاً آشکار است؛ این امر در تعریف وی از حاکمیت قانون به عنوان دومین ویژگی مهم قانون اساسی انگلستان نشان داده شده است. وی با مقایسه قانون اساسی انگلستان با قوانین اساسی دولت‌های اروپای قاره‌ای^۳ دیدگاه خود را توجیه و اظهار می‌کند:

بسیاری از حکومت‌های قاره‌ای در خلال سده نوزدهم مستبد نبودند، اما مردم در هیچ یک از آن کشورها در برابر اعمال قدرت خودسرانه مصونیت نداشتند. یکتایی انگلستان نه در خوبی و رومداری آن، بلکه در قانونی بودن نظام حکومتی آن است.

بنابراین، دایسی طرفدار دولتی بود که متعهد به تقویت حاکمیت قانون باشد. دفاع همه‌جانبه او از حاکمیت پارلمان به علت بیزاری و نفرت وی از قدرت خودسرانه بود، قدرتی که در صورت تمرکز در شخص پادشاه^۴، احتمال ظهور آن وجود داشت؛ و معتقد بود پارلمانی که متشکل از شاه، مجلس اعیان^۵ و مجلس عوام^۶ باشد مشروعیت دموکراتیک بیشتری دارد و بهتر می‌تواند دیدگاه‌های مردم را نمایندگی کند. دایسی بر این اعتقاد بود که جامعه سیاسی و افکار عمومی تأثیرات شگرفی بر پارلمان دارد.

قاعده تجاوز از صلاحیت به عنوان مبنای کنترل قضایی، مبتنی بر شناسایی مفهوم حاکمیت پارلمان است. این قاعده باعث می‌شود تا قضات، نقش خود را در مقایسه با نقش قانونگذار منتخب که قدرت انحصاری و مشروعیت دموکراتیک دارد، فرعی و مکمل بدانند. افراد بسیاری از این دکتترین به دلیل عدم اعتبار و ناسازگاری با ایده‌آل‌های حاکمیت قانون و

1. Subordinate Legislation
2. English Constitutional law
3. Continental States
4. Monarch
5. House of Lords
6. House of Commons

لیبرال دموکراسی، انتقاد کرده‌اند. با وجود این، ذکر این نکته حائز اهمیت است که برخی از نویسندگان معاصر هنوز بر این نکته تأکید دارند که دکترین تجاوز از صلاحیت، اصل مهم و مرکزی حقوق اداری است؛ عقیده‌ای که حتی در زمان دایسی اعتبار آن محل تردید بود و مطمئناً امروزه نیز اهمیت اندکی دارد.

کریستوفر فورسیث^۱ در مقاله مهم خود مدعی می‌شود که هنوز هم دکترین تجاوز از صلاحیت، اصل مرکزی حقوق اداری انگلستان است. فورسیث در دفاع از این دکترین به همه انتقادات قوی و ضعیف پاسخ می‌دهد. به نظر وی تمرکز انتقادات ضعیف بر این نکته است که نظام حقوقی کامن‌لا^۲ بر منصفانه و مستدل بودن تصمیمات تأکید دارد نه اراده ضمنی قانونگذار. در نتیجه، هنگامی که [نهاد] کنترل قضایی، تصمیم یک ارگان عمومی^۳ را ابطال می‌کند، در پی پشتیبانی^۴ از نظام حقوقی کامن‌لاست نه احترام^۵ به اراده قانونگذار. از طرف دیگر منتقدین قوی دکترین تجاوز از صلاحیت، از معایب و نواقص آن به عنوان مبنایی برای رویارویی با برتری تقنینی پارلمان استفاده می‌کنند.

فورسیث در پاسخ به انتقادات ضعیف و برای توضیح بهتر، شرایطی را مثال می‌زند که در آن به مقررات مبهم وضع شده وزیر اعتراض می‌شود و بیان می‌کند که در واقع، باید به تسلط^۶ پارلمان بر قدرت اعتراض کرد. وی اظهار می‌نماید:

مشکل تحلیل اینجا نمایان می‌شود: آنچه را پارلمان قدرتمند منع نکند، باید به‌طور تلویحی یا آشکارا مجاز دانست. همچنین، اگر پارلمان به وزیر اختیاری را بدهد، آن وزیر می‌تواند در چارچوب آن اختیار یا خارج از آن، عمل کند. هیچ منطقه خاکستری^۷ بین اعطای اختیار و منع آن یا بین واگذاری و عدم واگذاری وجود ندارد. بنابراین، در صورتی که در چارچوب اختیارات واگذار شده از پارلمان، مقرراتی مبهم وضع گردد، بر اساس چه مبنایی دادگاه‌ها می‌توانند در اراده پارلمان تردید کنند و آن مقررات را بی‌اعتبار تلقی نمایند؟ اگر پارلمان به وضع مقرراتی مبهم مبادرت کند، مسلماً نمی‌توان بدون زیر سوال بردن اقتدار پارلمان برای تصویب آن مقررات، از چنین مقرراتی انتقاد کرد.

1. Christopher Forsyth
2. Common law
3. Public Body
4. Guash
5. Vindicate
6. Heeding
7. Hegemony
8. Grey Area

فورسیث به دنبال بیان این موضوع است که کامن‌لا مبنای کنترل قضایی است و در صورتی که کنترل قضایی تابع حاکمیت پارلمان نباشد، تهدیدی جدی برای اقتدار پارلمان به حساب می‌آید. فورسیث، در پاسخ به انتقادات ضعیف از دکترین تجاوز از صلاحیت به‌عنوان مبنای کنترل قضایی، این واقعیت را نادیده می‌انگارد که بسط و توسعه مفهوم حاکمیت پارلمان در حقوق انگلیس، به علت به رسمیت شناخته شدن این مفهوم توسط قضات صورت پذیرفته است. بنابراین همگام با تکامل کامن‌لا، تصمیم‌گیری در این مورد که آیا مفهوم حاکمیت پارلمان باید به‌علت از دست دادن مطلوبیت خود کنار گذاشته شود^۱ یا خیر، بستگی به همان قضات دارد. مثالی که وی در مورد کشور آفریقای جنوبی می‌آورد، نمی‌تواند شباهتی با انگلستان داشته باشد، زیرا ترتیبات قانون اساسی آن کشور با انگلستان کاملاً متفاوت است.

فورسیث همچنین به منتقدین قوی دکترین تجاوز از صلاحیت پاسخ می‌دهد که معتقدند قضات باید با توجه به دلایل ماهوی^۲ مصوبات پارلمان را ابطال نمایند. انتقاد فورسیث از کنترل قضایی قوانین به دلیل تهدید نظم دموکراتیک یا نقض حقوق بنیادین، مبتنی بر دیدگاه او به دموکراسی است، که ظاهراً دیدگاهی اکثریتی با نیم‌نگاهی به حقوق اقلیت است. وی با بهره‌گیری از یک منطق مبتنی بر دموکراسی مصوبه‌ای را توجیه می‌کند که نظم دموکراتیک یا حقوق بنیادین را به مخاطره انداخته است وی در ادامه می‌گوید:

اگر پارلمان چنین قوانینی^۳ را تصویب کند، بدون تردید مسائل ایجاد شده از این ناحیه، موضوع مباحث جدی، پرحرارت و خصمانه در پارلمان و مکان‌های دیگر خواهد بود. اگرچه ممکن است این قوانین، کاملاً بد باشند، اما شاید حمایت اکثریت نمایندگان منتخب مردم و بخش عمده‌ای از افکار عمومی را داشته باشد.

فرض کنید استدلال مبتنی بر دیدگاه اکثریتی به دموکراسی، موجه باشد، با این حال، از این جنبه نیز استدلال فورسیث به شدت مخدوش است. وقتی که وی از پارلمان به مثابه نماینده مردم^۴ یاد می‌کند، این واقعیت را نادیده می‌گیرد یا از درک آن عاجز است که سلطنت^۵ در پارلمان و در انگلستان از پادشاه، مجلس اعیان و مجلس عوام تشکیل می‌شود.

1. Jettison
2. Substantive Grounds
3. Measures
4. Representative of People
5. Queen

تنها مجلس عوام است که از اعضای منتخب تشکیل می‌شود. پادشاه بر اساس اصل وراثت^۱ انتخاب می‌شود، در عین حال اعضای مجلس اعیان منتخب نیستند، بلکه جزء اشراف‌زادگان مادام‌العمر^۲، اشراف‌زادگان وراثتی یا اسقف‌ها^۳ هستند (اسقف‌ها جزء اشراف‌زادگان نیستند و به موجب جایگاه رسمی^۴ خود در پارلمان حضور دارند).

با وجود این، با اصلاحات کنونی در قانون اساسی پیش‌بینی می‌شود که سرانجام، اشرافیت وراثتی منسوخ خواهد شد و گام‌های نخستین در این مسیر نیز برداشته شده است. به علاوه، روش کنونی انتخاب اعضای پارلمان که به پذیرش نظام انتخاباتی نخست نفری^۵ انجامیده است، می‌تواند منجر به تحریف^۶ اراده مردم شود. برای نمونه، حزب دارای اکثریت اکثریت در مجلس عوام، لزوماً به حمایت بیش از پنجاه درصد رأی‌دهندگان نیاز ندارد. بنابراین، در حالی که حزب کارگر^۷ در انتخابات همگانی سال‌های ۱۹۹۷ و ۲۰۰۱ میلادی کمتر از پنجاه درصد آراء را به دست آورد، بیش از نیمی از کل کرسی‌های مجلس عوام را تصاحب نمود. عدم پذیرش نظام نمایندگی تناسبی^۸ در نظام انتخاباتی کنونی، ممکن است به عدم حضور نمایندگان گروه‌ها در مجلس عوام بینجامد. این موضوع تجربه تلخ حزب لیبرال دمکرات برای چندین سال متمادی بوده است.

از این رو، همگان اذعان دارند که صرف تصویب یک قانون در مجلس عوام، ضرورتاً به معنای حمایت اکثریت مردم از آن قانون نیست. البته باید یادآور شد که مردم غالباً تغییر عقیده می‌دهند و این امر مبنایی برای پیروزی یا شکست حکومت‌ها^۹ در انتخابات بعدی است. بنابراین نمی‌توان این‌گونه پنداشت که تنها می‌باید در انتخابات دوره‌ای^{۱۰} به افکار عمومی را

1. Hereditary
2. Life Peers
3. Bishops
4. Ex Officio

۵. First Past the Post System: مهم‌ترین و ساده‌ترین نظام انتخاباتی در خانواده نظام‌های کثرتی-اکثریتی است. در این نظام حوزه‌ها تک نماینده‌ای هستند و در هر حوزه نامزدی که به اکثریت نسبی آراء دست یابد، با حذف سایر رقبا نمایندگی آن حوزه را به دست می‌آورد.

6. Distortion
7. Labour Party

۸. System of Proportional Representation: به خانواده‌ای از نظام‌های انتخاباتی اطلاق می‌شود که در آن سعی شده است به احزاب و گروه‌های رقیب در انتخابات چه در اکثریت باشند و چه در اقلیت، تقریباً به تناسب سهمی که از مجموع آراء رأی‌دهندگان به دست آورده‌اند، کرسی تعلق گیرد.

9. Governments
10. Periodic Elections

توجه شود و این افکار تا زمان برگزاری انتخابات بعدی دست نخورده باقی خواهد ماند. نویسنده معتقد است اگر توجیه دکترین تجاوز از صلاحیت به عنوان مبنای کنترل قضایی، همان طور که فورسیت تشریح نمود، بر اساس یک منطق مبتنی بر دموکراسی باشد، توجیهی بسیار ناقص و محدود است.

مارک الیوت^۱ با تشخیص این نکته که قاعده سنتی تجاوز از صلاحیت را به سختی می توان به عنوان مبنای کنترل قضایی توجیه کرد، در صدد بر می آید بر مبنای قصد مفروض^۲، نسخه ای اصلاح شده از قاعده تجاوز از صلاحیت ارائه کند. ظاهراً توجیه دکترین تجاوز از صلاحیت، از مفهوم حاکمیت پارلمان، با توجه به قدرت انحصاری آن، نشئت نمی گیرد، بلکه برعکس، این دکترین بر مبنای مطلوبیت مبتنی بر قانون اساسی^۳ توجیه می شود.

وی با ارجاع به دلالت های کنترل قضایی و دکترین تجاوز از صلاحیت در صورت اقتباس یک الگوی حاکمیت ضعیف^۴، این گونه بیان می کند:

بر اساس این رویکرد، ممکن است ظرفیت تقنینی پارلمان آن قدر محدود شود که صلاحیت نداشته باشد به تصمیم گیرندگان اختیار بدهد تا برخلاف اصول اداره خوب^۵ عمل عمل کنند؛ اصولی که به مثابه بخشی سازنده از تعریف صلاحیت پارلمان تلقی می شوند. در نتیجه، نمی توان با اتکا بر قصد کنونی^۶ فن بنیاد اجرای اصول اداره خوب توسط دادگاه ها را توجیه کرد. در حقیقت، تحلیل قضایی، از تعیین و اجرای محدودیت های صلاحیت تخیری^۷ که پارلمان انتخاب کرده یا می خواهد اعطا نماید، به اعمال آن محدودیت هایی^۸ بر اختیارات قانونی سمت و سو می دهد که ناشی از گنجایش تقنینی محدود پارلمان است. به نظر الیوت، الگوی حاکمیت ضعیف با دکترین تجاوز از صلاحیت، همانندی های بسیاری دارد. وی مدعی است که پایبندی به اصول اداره خوب در هر دو الگو، از ماهیت محدود صلاحیت اعطایی به مفعول الیه^۹ نشئت می گیرد. با این حال، الیوت تصدیق می کند که زمان اصلاح قاعده تجاوز از صلاحیت فرا رسیده و معتقد است که باید توضیح قانع کننده تری

1. Mark Elliott
2. Presumed Intent
3. Constitutional Utility
4. Attenuated Sovereignty Model
5. Good Administration
6. Present Intention
7. Discretionary Power
8. Fetters
9. Donee

درباره ارتباط میان قصد پارلمان و اصول اداره خوب ارائه گردد. با وجود این، وی از دکتترین اصلاح شده تجاوز از صلاحیت به عنوان مبنای کنترل قضایی جانبداری می‌کند: از این رو، دکتترین تجاوز از صلاحیت - آن هنگام که با اذعان به نقش پررنگ ابتکار قضایی در چارچوب تفسیری مبتنی بر حاکمیت قانون، در جایگاه مناسب خود براساس قانون اساسی قرار گیرد - توضیحی قانع کننده از مبنای نظری صلاحیت نظارتی ارائه می‌کند. دکتترین تجاوز از صلاحیت، بین کنترل قضایی و دکتترین حاکمیت قانونگذار تعامل برقرار می‌کند، و در عین حال از رابطه مستقیم و ناخوشایند میان قصد پارلمان و موجبات کنترل اجتناب می‌کند^۱، امری که رویکرد سنتی مفروض می‌داند. بنابراین، حتی حامیان دکتترین تجاوز از صلاحیت، به عنوان مبنای کنترل قضایی، اذعان دارند که تمام توجیهات این دکتترین لزوماً باید از اصل مطلوبیت مبتنی بر قانون اساسی ناشی گردد نه از دکتترین حاکمیت پارلمان.

ب) کنترل حق محور

۱. مبنای نظری کنترل حق محور

اگر قاعده تجاوز از صلاحیت نتواند توجیهی رضایت بخش و سازگار با کنترل قضایی ارائه کند، باید به دنبال توجیهی دیگر برای آن بود. این موضوع، در کانون توجه دانشگاهیان و قضات توانمند بوده است. هر چند تفاوت‌های زیادی میان نظریه‌های پیشنهادی هریک از این نویسندگان وجود دارد، اما این موضوع که دکتترین تجاوز از صلاحیت دیگر نمی‌تواند به عنوان مبنای کنترل قضایی ایفای نقش کند، فصل مشترک^۲ آنهاست. بنابراین شایسته است است پیش از بررسی توجیهات ارائه شده درباره کنترل حق محور، هر یک از این نظریه‌ها را، هر چند مختصر بررسی نماییم.

۱-۱. داون الیور^۳

داون الیور در مقاله مهم خود تلاش نمود تا این دیدگاه سنتی و رایج عصر خود را که دکتترین تجاوز از صلاحیت مبنای کنترل قضایی است، به چالش بکشد. او بر این باور بود که کنترل قضایی، از قاعده تجاوز از صلاحیت به سوی دغدغه حمایت از افراد و کنترل اختیارات، معطوف شده است.

1. Eschew
2. Common Ground
3. Dawn Oliver

کانون نظریه‌ی لیور بر این واقعیت استوار است که بخش قابل ملاحظه‌ای از فعالیت‌های دولت بر اساس اختیارات غیررسمی^۱ یا کامن‌لایی انجام می‌شود. از این رو، مشکل بتوان ادعا نمود که چنین اختیاراتی تابع محدودیت‌های آشکار یا ضمنی [مقام] تفویض‌کننده^۲ است. بنابراین، نمی‌توان کنترل قضایی این تصمیمات را به دکتین تجاوز از صلاحیت منتسب کرد. لیور به طور خلاصه دیدگاه خود درباره‌ی مبنای کنترل قضایی را این گونه بیان می‌کند: به جای قاعده‌ی تجاوز از صلاحیت، دکتینی در حوزه عمومی^۳، در حال ظهور است که بنا بر آن دادگاه‌ها در اعمال صلاحیت نظارتی خود، با اختیارات نهادهای عمومی در معنای اخص یا مضیق^۴ و با سوءاستفاده از اختیارات سروکار دارند. در صورتی که سوء استفاده از اختیارات محرز شود، دادگاه‌ها به درستی مداخله می‌کنند. اگر سوءاستفاده‌ای رخ ندهد، دادگاه‌ها باید رسیدگی به اعتراض در مورد اجرای اختیارات را بر عهده فرایندهای سیاسی بگذارند. بنابر الزامات قضایی مربوط به اعمال قدرت عمومی و حتی تا حدودی قدرت خصوصی، اعمال اختیار باید با اصول کلی اداره خوب از جمله آیین‌های مشارکتی، عقلانیت و همچنین با برخی از اصول ماهوی مربوط به رعایت اصول بنیادین قانون اساسی^۵ سازگار باشد.

به طور کلی، این اصول از طریق آیین کنترل قضایی اجرا می‌گردد. با این حال، ممکن است اصولی مشابه در خصوص سازمان‌های خصوصی اعمال شود. صرف نظر از این موضوع، نظریه‌ای عمومی پیرامون اجرای صلاحیت‌ها در حال تکوین است: در صورتی می‌توان دکتین کنترل قضایی را نسبت به یک اختیار، با هر منشأی که داشته باشد، اعمال نمود که آن اختیار، منافع خصوصی مهمی را تحت تأثیر قرار دهد یا اختیار عمومی توسط اشخاص عمومی یا خصوصی اعمال شده باشد.

بنابراین، به نظر لیور این موضوع اهمیت بسزایی دارد که ماهیت مسئله وجود آمده از سوء استفاده از اختیار، شناخته شود. هنگامی که ماهیت واقعی مسئله شناسایی شود، می‌توان اصول اداره خوب را برای حل مسائل مربوط به اعمال اختیار به کار گرفت.

از این رو، وی معتقد است که اصول اداره خوب معیاری را به دست می‌دهد که با آن می‌توان درباره نحوه اعمال اختیارات عمومی قضاوت نمود. آنچه اهمیت دارد منشأ اختیار

1. De Facto
2. Donor
3. Public Sphere
4. In the Strict or Narrow Sense
5. Constitutional Fundamentals

نیست، بلکه پیامدهای آن است. دکترین تجاوز از صلاحیت نمی تواند مانع سوء استفاده از اختیاری شود که به منبعی غیر از قانون^۱ (نظیر آیین نامه) منتسب است. در این اوضاع و احوال باید به اصول اداره خوب به عنوان مبنای کنترل قضایی تمسک جست^۲.

۱-۲. دی جی گالیکان^۳

گالیکان در نقد مهم خود از دی اسمیت^۴ و ایونز^۵ و وید^۶ که به سال ۱۹۸۲ منتشر شد، تلاش نمود تا در این پیش فرض^۷ تردید نماید که دکترین تجاوز از صلاحیت مبنای کنترل قضایی است. بنا بر نظر وی، منبع کنترل را، که مبتنی بر اصول اداره خوب است، نمی توان به پارلمان نسبت داد. او ادعا می کند توجیه اصول اداره خوب مبتنی بر ارزشهای موجود در نظم قانون اساسی^۸ است که بر دکترین حاکمیت اولویت دارد.

وی بر این دیدگاه وید خرده می گیرد که مشروعیت کنترل قضایی را به طور مفروض، منوط به تأیید ضمنی^۹ پارلمان می داند. دکترین تجاوز از صلاحیت تحت فشار موج عظیم عمل گرای قضایی^{۱۰} قرار دارد. گالیکان، با اشاره به ضرورت مجموعه ای منسجم از اصول برای توجیه کنترل قضایی، چنین بیان می کند:

به دیگر سخن، در نتیجه عمل گرای جدید، عناصر اصلی کنترل، مانند عدالت طبیعی، سوء استفاده از اختیارات، اشتباه در برداشت از قانون و یا چیزهای دیگر بر ملاحظات بی اساس و بی منطق بنیان نهاده می شود. بنابراین اگر قرار است این عناصر به شکل مجموعه ای منسجم از اصول درآید که واسطه میان قدرت اداره و شهروندان باشد، دو چیز ضرورت دارد: (۱) مجموعه ای جامع از اصول اداره خوب و (۲) مجموعه ای از اصول خاص که به هر یک از عناصر کنترل معنا و مفهوم دهد. برای مثال، ارزیابی نحوه تکوین و توسعه عدالت طبیعی مشکل است، مگر اینکه اصول کلی مربوط به هدف و مبنای آن را بدانیم: هنگامی که این موضوع واضح باشد، می توان اصول خاصی را برای رسیدن به این هدف تدوین نمود. تحلیل وید، شامل این دو نوع اصول نمی شود. هر گونه بحثی پیرامون اصول نوع اول، از نظر قانونی

1. Non-Statutory

2. Have Recourse

3. DJ Galligan

4. De Smith

5. Evens

6. Wade

7. Premise

8. Constitutional Order

9. Implicit Approval

۱۰. Judicial Activism: تمایل زیاد دادگاهها برای مداخله و ایجاد رویه های جدید

بودن^۱، حاکمیت قانون، اقتضائات عدالت اداری و حمایت از شهروندان مطرح می شود: اما وقتی که هیچ یک از آنها ذکر نشود، طرح این موضوعات صرفاً در مقام توجیه و روشنگری است.

گالیگان معتقد است که حقوق اداری رشته‌ای خودبسنده و مستقل^۲ نیست و صرفاً توجه به آراء قضایی برای درک اصول بنیادین موضوع کفایت نمی کند. باید اصول و مفاهیم نظری توسعه حقوق اداری تبیین شود، زیرا این رشته، هرچند که رشته‌ای مستقل نیست، یکی از سیستم‌های فرعی است که در راستای فهم جوامع مدرن تلاش می کند.

۱-۳. پائول کریگ^۳

وی در مجموعه‌ای از آثار معتبر، این بحث را پیش کشانده است که دکترین تجاوز از صلاحیت به عنوان مبنای کنترل قضایی پذیرفتنی نیست. وی نیز هم‌آوا با سایر منتقدین دکترین تجاوز از صلاحیت معتقد است که این دکترین نمی تواند ما را در مورد کنترل تصمیمات نهادهای غیرناشی از قانون^۴ راهنمایی کند. همچنین ادعا می کند این دکترین اگر مبنای کنترل قضایی تلقی شود، حتی در زمینه اختیارات قانونی نقاط ضعف بسیاری دارد.

وی در ویرایش چهارم اثر مشهور خود با عنوان حقوق اداری، از دکترین تجاوز از صلاحیت به عنوان مبنای کنترل قضایی انتقاد می کند. درونمایه اصلی نظریه او عبارت است از این که دکترین تجاوز از صلاحیت را نمی توان به مثابه مبنای کنترل قضایی تلقی کرد. وی می گوید:

اساساً این دیدگاه سنتی ناقص است، زیرا فرض‌های مربوط به شیوه عملکرد جامعه دموکراتیک اشتباه است. نظریه دموکراسی بسیط^۵ و انحصار قانونگذار^۶ که طبق آن تمامی اختیارات و صلاحیت‌های عمومی از طریق پارلمان هدایت می شود و کنترل قوه مجریه نیز در اختیار پارلمان است، کامل نیست. همگان بر این امر واقف‌اند که در واقع پارلمان، قوه مجریه را کنترل نمی کند، بلکه این قوه مجریه است که کنترل پارلمان را در اختیار خود دارد. قانونگذاری تبدیل به امتیازی برای قوه مجریه شده است و رهبری احزاب نیز تأیید پارلمان^۷ را پارلمان را تضمین می کنند. همگان می دانند این پارلمان نیست که تمام اختیارات عمومی را اعمال می کند، بلکه بسیاری از نهادهای دیگر نیز از اقتدارات عمومی برخوردارند.

1. Legality
2. Self-Contained
3. Paul Craig
4. Non-Statutory
5. Unitary Democracy
6. Legislative Monopoly
7. Parliamentary Acquiescence

کریگ به دلایل متعدد از این دیدگاه سنتی^۱ انتقاد می‌کند که قاعده تجاوز از صلاحیت مبنای کنترل قضایی است.

نخست، این الگوی سنتی مبتنی بر سوء ظن به دولت اداری^۲ است. نقش دادگاه حصول اطمینان از این نکته بود که دستگاه دولتی^۳ با تجاوز از حدود اختیارات خود مرتکب تخلف تخلف نشود. از این دو مضمون، یعنی پرهیز از تخلف و سوء ظن، به علت تغییر نگرش مردم انتقاد شده است. هدف حقوق اداری حصول اطمینان از این امر نبود که دستگاه‌های دولتی با تجاوز از مرزهای خود، جلوی اشتباهات را بگیرند. همواره این آرزو وجود داشته که هر دستگاه دولتی بتواند سیاست‌های محول را با موفقیت اجرا نماید.

دوم، الگوی سنتی درصدد حفظ انحصار تقنینی پارلمان است. از این رو، کنترل قضایی از این مبنای سنتی استفاده می‌کند که مفهوم قصد قانونگذار پشتوانه آن است. با وجود این، مفهوم نظری قصد قانونگذار به دلایل ذیل مبهم^۴ است:

(۱) تعیین حوزه دقیق اختیارات محول به دستگاه‌ها مشکل است.

(۲) الگوی سنتی نمی‌تواند درباره مواردی که پارلمان صراحتاً قصد دارد مانع اعمال کنترل قضایی شود، توضیحی رضایت بخش ارائه کند.

(۳) اصل تجاوز از صلاحیت نمی‌تواند در طول زمان همپای توسعه حقوق حرکت کند: در اصل، تطور عناصر گوناگون کنترل، بر ساخته قضات^۵ بوده است و به قصد قانونگذار ربطی ندارد.

(۴) همچنین الگوی سنتی از منظر ارتباط میان حملات مستقیم و حملات جانبی^۶ با مشکل روبرو است، زیرا در مورد اخیر، یعنی تردید در اعتبار قوانین تفویضی،^۷ استناد به قصد قانونگذار سخت است چرا که قوه مقننه معمولاً در آن مورد رهنمودی ارائه نمی‌دهد.

1. Orthodox View
2. Administrative State
3. Administrative Agency
4. Indeterminate
5. Judge Made

۶. collateral attack: تردید در قانونی بودن رای صادره شده در پرونده دیگر. دعوایی جداگانه و جدید که برای رد کردن برخی ابعاد دعوای پیشین، اقامه می‌شود. این تاسیس حقوقی می‌تواند چیزی شبیه اعاده دادرسی در نظام حقوقی ما باشد. -م

7. Delegated Legislation

۵) ماهیت متغیر قانونگذاری منجر به تصویب قوانینی کلی و انعطاف‌پذیر می‌شود که باید دادگاه‌ها به‌رغم پیامدهای اجتناب‌ناپذیر آن یعنی مبهم‌تر شدن قصد قانونگذار و متنازع فیه بودن قصد مزبور، آن قوانین را تفسیر کنند.

انتقاد سوم وی به قاعده تجاوز از صلاحیت، مبتنی بر گستردگی نهادها و نوع موضوعی است که مشمول کنترل قضایی می‌شود. این موضوع زمانی ملموس‌تر است که کنترل قضایی در شرایطی انجام شود که اختیارات از یک منبع قانونی منشأ نمی‌گیرد. در چنین شرایطی، قاعده تجاوز از صلاحیت نمی‌تواند کنترل قضایی را توجیه کند، زیرا نمی‌توان آن را به قصد قانونگذار منسوب کرد.

انتقاد آخر وی معطوف به نقص درونمایه حق‌های فردی است که خصیصه این الگوی کنترل قضایی محسوب می‌شود. در نتیجه، حقوق اداری صرفاً در دسترس کسانی بود که از حقوق شخصی به صورت قراردادی یا غیر قراردادی و ... برخوردار بودند. به نظر کریگ، این انتقاد کاستی‌هایی دارد:

۱) اگر درونمایه حقوق فردی آشکار بود، دادگاه‌ها صلاحیت نظارت بر حدود قصد قانونگذار را نداشتند.

۲) حتی اگر حقوق فردی وجود می‌داشت، فرض وجود یک دعوای خصوصی ساده که از قضا خوانده آن یک سازمان دولتی باشد، اشتباه است.

۳) درونمایه حقوق فردی بر این واقعیت صحنه نمی‌گذارد که باید منافع، یعنی منافی که به شکل حق درنیامده، به نحو شایسته‌ای تابع حقوق اداری باشد.

کریگ معتقد است که تلاش دکترین تجاوز از صلاحیت جهت ارائه توجیهی برای کنترل قضایی ناکام مانده است. برعکس، به نظر وی کامن‌لا می‌تواند چنین توجیهی را به دست دهد. وی در مقاله مهم خود که به سال ۱۹۹۸ منتشر شد چکیده‌ای از مبانی نظریه خود را بیان می‌کند:

بدون شک، باید نهاد کنترل قضایی را توجیه کرد، همان‌طور که باید عناصر کنترل و معنای خاص آنها را توجیه نمود. دکترین تجاوز از صلاحیت که بر حسب قصد قانونگذار بررسی می‌شود، قادر به انجام این مهم نیست. ما نیز باید آنچه را برای پیشینیان خردمندان بدیهی و آشکار بود، یعنی این را که کنترل، مخلوق کامن‌لا است، به رسمیت بشناسیم. علاوه بر این باید بپذیریم که قلمرو کنترل می‌تواند - با این پرسش که آیا برای اعمال

1. Ambit

کنترل، بر اساس ضوابط هنجاری مقبول، توجیهی منطقی وجود دارد- مانند دیگر اختیارات مبتنی بر کامن لا مشروعیت یابد. نهاد کنترل قضایی به این شیوه، هم به دنبال مشروعیت است و هم در خدمت آن. این شیوه روشی مناسب برای درک کنترل قضایی در یک دموکراسی مشروطه^۱ است.

۱-۴. سر جان لاز^۲

وی در حمایت از کنترل حق محور در برخی از نشریات معتبر قلم‌فرسایی نموده است. به اعتقاد وی قصد قانونگذار نمی‌تواند مبنای اصول کنترل قضایی قلمداد شود، اصولی که توسط دادگاه‌ها توسعه داده شده‌اند. این اصول، کاملاً برساخته قضات هستند و وجود و پذیرش خود را مدیون اراده قانونگذار^۳ نیستند. اصول مزبور ارتباطی با قصد پارلمان ندارند، و صرفاً مانند برگ انجیر^۴ منشأ حقیقی خود را پنهان می‌کنند.

بنابراین، لاز معتقد است که نمی‌توان مسئولیت حفظ حقوق افراد را به قوه مقننه واگذار نمود. وجود یک قانون برتر^۵ که به لحاظ منطقی مقدم بر قصد قانونگذار باشد، امری ضروری است. وی ادامه می‌دهد:

اکنون، تنها با قوانین الزام‌آور می‌توان حق‌های معتبر را اعطا نمود. بنابراین، ابزار حق^۶ قانع‌کننده نیست، اما در صورتی که از قدرت قاعده^۷ سوء استفاده شود، آن را می‌توان برای سرکوب حق‌ها به کار برد. از این رو ما معتقدیم که: باید قانون اساسی با قوانین موضوعه^۸ حق‌هایی مانند آزادی بیان را تضمین کند، زیرا در غیر این صورت اعتبار خود را به عنوان ابزار یک قاعده صحیح، از دست می‌دهد. اما این امر مستلزم رسیدن قانون اساسی به مرتبه قوانین برتر است: قوانین برتر را نمی‌توان مانند دیگر قوانین با تصویب یک قانون مورد حمایت دولت که اکثریت لازم در پارلمان را دارد، نسخ نمود. در غیر این صورت، این حق به هیچ عنوان در پناه قانون اساسی قرار ندارد؛ یک حق تضمین شده محسوب نمی‌شود، اما از نظر حقوقی این حق وجود دارد، تنها به این علت که حکومت این گونه می‌خواهد، حال آنکه در واقع نباید چنین گزینه‌ای پیش روی هر حکومتی باشد.

1. Constitutional Democracy
2. Sir John Laws
3. Will of Legislature
4. Fig Leaf
5. High Order Law
6. Medium of Rights
7. Rule
8. Positive Law

لازم با اشاره به اینکه باید حقوق بشر بنیادین^۱ و پاسخگویی دموکراتیک جایگاه والایی^۲ داشته باشد، بیان می‌کند:

به موجب قانون نباید تاروپود اصلی قانون اساسی، بنیادهای دموکراسی و مبانی حقوق غیرقابل سلب^۳ را به دست حکومت سپرد، زیرا برخورداری از جایگاهی که هیچ حکومتی حق تخریب آن را نداشته باشد، تنها ابزاری است که به وسیله آن می‌توان، این اصول را پاس داشت. من قبلاً راجع به این دیدگاه پیرامون حقوق فردی بنیادین سخن گفته‌ام، اما اکنون این نظر را درباره دموکراسی اعلام می‌کنم. شرط حفظ دموکراسی مطلق نبودن قدرت دولت یا پارلمان منتخب است. نهاد انتخابات آزاد و منظم مانند حقوق بشر بنیادین، باید مورد حمایت قوانین برتر باشد. پر واضح است که اگر حکومت از خودکامگی^۴ اجتناب کند، هیچ کس نمی‌تواند این حقوق را نقض کند بنابراین هیچ حکومتی نباید مجاز به انجام چنین کاری باشد.

لازم در یکی از فصول مهم کتاب خود با عنوان کنترل قضایی، نظریه خویش را شرح و بسط می‌دهد. بنا بر نظر وی دگرترین تجاوز از صلاحیت به هدف خود رسیده و هم‌اکنون زمان به پیش رفتن آن است. وی اظهار می‌نماید:

ما باید نظریه جدیدی را جایگزین دگرترین تجاوز از صلاحیت کنیم. اما شاید تنها به یک دلیل ضروری باشد به فرمول‌های پیشین پیرامون اختیار دادگاه‌ها در مورد ضوابط این دگرترین احترام بگذاریم. در حقیقت، این دگرترین به مثابه برگ انجیر^۵ است. این دگرترین دادگاه‌ها را قادر می‌سازد تا در تصمیم‌گیری‌های فاقد الزام قضایی، دخالت نمایند. این امر، آشکارا با اقتدار مسلم قوه مجریه و دیگر دستگاه‌های دولتی در تضاد است. همچنین در سال ۱۹۶۸ میلادی دگرترین تجاوز از صلاحیت، ابزاری مفهومی ایجاد کرد که با آن در قضیه انیسمینیک^۶ جلو اصل «عدم احاله دعوی از دادگاه تالی به عالی»^۷ را گرفت تا به سلب^۸

1. Fundamental Human Rights
2. Pre Eminent Status
3. Inalienable
4. Mantle of Tyranny

۵. تشبیه این دگرترین به برگ انجیر مانند لباس شنا است که مردم برای ستر عورت از آن استفاده می‌کنند.

۶. Anisminic: یکی از تصمیمات مهم مجلس اعیان انگلیس در زمینه حقوق اداری محسوب می‌شود که بنابر آن، اشتباهات قانونی نهادهای عمومی منجر به بطلان تصمیمات آنها می‌شود و شروط استننا کننده نیز نمی‌تواند صلاحیت دادگاه‌ها در اعمال کنترل قضایی را سلب نماید، مگر اینکه آشکارا تصریح گردد.

7. No Certiorari Clause
8. Ousting

صلاحیت دادگاه بینجامد. برگ انجیر در قضیه انیسمینیک اهمیت بسزایی داشت. این موضوع طنزی تاریخی^۱ است که انیسمینیک با وجود تأکید خود بر بطلان، باز هم نقطه عطفی حقوقی را به وجود می‌آورد که بر رشته حقوق عمومی^۲ تأکید دارد، رشته‌ای که در آن آن مفهوم ابطال و دکتترین تجاوز از صلاحیت، حشو و زائد^۳ شده است. مطمئناً این برگ‌های انجیر عقلانی، نقش خود را در توسعه کامن‌لا عملی می‌کنند. ویژگی ممتاز آنها این است که با کیمیاگری^۴ آرام خود، بدون ایجاد مزاحمت برای منافع دیگر، فراخوانی^۵ اصول کهن را به حقوقی جدید تبدیل می‌کنند. این موضوع در نهایت با تردستی^۶ انجام شد، باید علتی وجود داشته باشد که مربوط به عدم تأیید شکلی نیست^۷ اما لااقل در این زمینه، به پذیرش این موضوع مربوط است که حقوق ما می‌تواند بدون برهم زدن آرامش کشور از عهده چالش‌های جدید برآید و جوابگوی آنها باشد. اما اکنون، این موضوع می‌تواند با توسعه اصول قانون اساسی انجام شود که در مورد آنها نیازی به تظاهر نیست.

۱-۵. جفری جاول^۸

او نیز معتقد است که دکتترین تجاوز از صلاحیت توجیه مناسبی برای کنترل قضایی به دست نمی‌دهد، در عین حال اذعان می‌کند که دکتترین کامن‌لا صریح و ساده است. با این حال، وی نکته‌ای مهم را بیان می‌کند:

اگر استانداردهای کنترل قضایی به سرعت در حال توسعه‌اند، که همین طور است، و اگر همگان این استانداردها را درست و عادلانه بدانند، آیا این موضوع اهمیت دارد که دادگاه، فروتنانه این استانداردها را به قصد ضمنی قانونگذار نسبت دهد یا گستاخانه اعلام کند این استانداردها، صرفاً برخاسته خود دادگاه است. از آنجا که قصد ضمنی یک تفسیر قضایی^۹ است، قضات به همان اندازه که می‌توانند براساس الگوی کامن‌لا از خود شجاعت نشان دهند، در استفاده درست از این تفسیر نیز می‌توانند جسور باشند. پس این همه هیاهو برای چیست؟

1. Historical Irony
2. Public Law Jurisprudence
3. Redundant
4. Alchemy
5. Recall
6. Ledgermain
7. Purist
8. Jeffrey Jowell
9. Judicial Construction

به نظر جاوول می‌توان به وسیلهٔ دکترین تجاوز از صلاحیت و کامن لا به غنای کنترل قضایی افزود، مشروط بر آنکه در این زمینه اقدام جمعی^۱ صورت گیرد. از این رو، وی می‌گوید:

کنترل قضایی صحیح صلاحیت‌های قانونی باید همواره با ارزیابی اختیارات مد نظر یک طرح تقنینی آغاز شود. با وجود این، این اختیارات را نباید در خلأ تفسیر کرد. فرآیند تفسیر باید با ارزیابی دقیق ظرفیت تصمیمات دادگاه کنترل‌کننده و سازمان تصمیم‌گیرنده نخستین شروع شود. آن‌گاه باید به تعیین اصول بنیادین حاکم بر آن تصمیم اقدام نمود. برای رسیدن به این هدف، ممکن است مفاهیم کلی انصاف که در کامن لا وجود دارد، سودمند افتد، اما به‌کارگیری ویژگی‌های ضروری یک دموکراسی مشروطهٔ مدرن هنوز هم سودمندتر است.

جاوول معتقد است که حاکمیت قانون یکی از موانع اعمال صلاحیت‌های گزینشی^۲ است. حاکمیت قانون راهنمای کنترل قضایی محسوب می‌شود. این اصل حتی در کشور فاقد قانون اساسی نوشته، سوء استفاده از اختیارات را محدود می‌کند و بنا بر آن، اختیارات باید به طور منصفانه اعمال شود. اصل حاکمیت قانون از طریق کنترل قضایی اجرا می‌شود و در عین حال به کانون منازعات عمومی تبدیل شده است.

۲. آیا کنترل حق محور قابل توجیه است؟

از آنجا که الگوی تجاوز از صلاحیت نتوانسته است به عنوان مبنایی قانع‌کننده برای کنترل قضایی باشد، کنترل حق محور حتی در انگلستان که قانون اساسی نوشته ندارد، نیز قابل توجیه است. کنترل حق محور به دلایل ذیل موجه است: (۱) ایجاد تغییرات در الزامات مفهوم دموکراسی. (۲) ناکامی دکترین تجاوز از صلاحیت، از منظر تاریخی، در اثبات این موضوع که مبنای کنترل قضایی است. (۳) عدم موفقیت این دکترین در کسب مشروعیت در عصر جدید، حتی با اتخاذ رویکردی اکثریتی به دموکراسی. (۴) ارائه معیارهای عینی که به وسیلهٔ آن قضات می‌توانند به جای توسل به ترجیحات شخصی خود، قانونی بودن اعمال صلاحیت‌های رسمی را ارزیابی نمایند.

هریک از این توجیه‌های متفاوت که دربارهٔ کنترل حق محور ارائه شد، تحلیل و بررسی جداگانه‌ای را می‌طلبد.

1. Synergy
2. Discretionary Power

۲-۱. تغییر مفهوم دموکراسی

دموکراسی از یک مفهوم نظری مترادف با حکومت اکثریت^۱، بسیار فراتر رفته است. دیگر به سختی می توان ادعا کرد جامعه ای که به حقوق بشر بنیادین احترام نگذارد، می تواند لوازم دموکراسی را برآورده سازد.

بنا به گفته دورکین^۲، در معنای کلمه دموکراسی نزاع هست. وی مفهوم اکثریتی دموکراسی را به شدت رد می کند و معتقد است ما نیازمند روایتی بهتر از ارزش و اهمیت دموکراسی هستیم. او درباره مفهوم حکومت اکثریت گرا^۳ به شناسایی مفهوم دموکراسی در قانون اساسی می پردازد:

دموکراسی یعنی دولت تابع شرایطی است - شاید آن ها را بتوان شرایط دموکراتیک نامید - که از شأن و موقعیت برابر^۴ تمام شهروندان نشئت می گیرد. وقتی که نهادهای اکثریت گرا شرایط دموکراتیک را فراهم می سازند و به آن احترام می گذارند، تصمیمات آنها را باید همگان بپذیرند. اما هنگامی که از عهده این کار بر نمی آیند یا آمادگی لازم را ندارند یا این شرایط را رعایت نمی کنند، دیگر نمی توان به نام دموکراسی به روشهایی که حامی این شرایط دموکراتیک هستند و به آن احترام می گذارند، اعتراض نمود. برای مثال، شرایط دموکراتیک در برگیرنده این مقرر است که رسیدن به پست های دولتی اصولاً باید بدون هیچ تبعیضی برای تمام نژادها و گروه ها آزاد باشد. چنانچه بنا به تصریح برخی قوانین، تنها افراد یک نژاد واجد شرایط رسیدن به آن پست ها باشند، در این صورت اگر دادگاه صالح براساس قانون اساسی معتبر، آن قانون را به دلیل مغایرت با قانون اساسی ابطال کند، هیچ هزینه اخلاقی وجود نخواهد داشت و پشیمانی اخلاقی اهمیتی ندارد. در این رویداد فرضی، نظر اکثریت گرایان نادیده گرفته شد، و این موضوع هرچند بنا بر مفهوم اکثریتی از دموکراسی مایه تأسف است، اما بنا بر مفهوم مشروطه^۵ این گونه نیست. البته اینکه جزئیات شرایط دموکراتیک واقعاً چیست، و این که آیا یک قانون خاص از آن شرایط تخلف می کند، محل اختلاف است. اما بنا بر مفهوم مشروطه، اعتراض به این رویه مسلّم فرض می شود که تصمیم گیری نهایی پیرامون آن مسائل مناقشه برانگیز را بر این مبنا که این رویه، رویه ای غیر

1. Majority Rule
2. Dworkin
3. Majoritarian Government
4. Equal Status
5. Struck Down
6. Constitutional Conception

دموکراتیک است، به دادگاه واگذار می‌کند، زیرا مفروض آن اعتراض این است که قوانین مورد سؤال، شرایط دموکراتیک را رعایت می‌کنند، و این موضوع بسیار چالش برانگیز است. از این رو، دورکین معتقد است که در یک دموکراسی اصیل، ما به چیزی بیش از حکومت آماری^۱ نیاز داریم. بنا به نظر وی، دموکراسی به کشمکش بین اهداف اکثریت که قانونگذار منتخب بیان می‌کند، و حقوق اکثریت که قضاوت تشریح می‌کنند، می‌انجامد. اهداف، نشان دهنده موضوعات سیاستی هستند و حق‌ها، بیانگر موضوعات اصولی است. جان هارت الی^۲ در اثر مهم خود، استدلال می‌کند که اکثریتی که برای تعیین سیاستهای دولت اختیارات نامحدود دارد، در موقعیتی است که برای تأمین منافع خود، اقلیت باقیمانده را حتی هنگامی که میان آنها تفاوت آشکاری وجود ندارد، قربانی می‌کند. از این رو، هارت معتقد است که در دموکراسی، نظارت بر قدرت اکثریت اهمیت بسزایی دارد. وی در حمایت از حقوق اقلیت به عنوان یکی از ابعاد مهم دموکراسی، قاطعانه اعلام می‌کند: ما اذعان داریم که ابزارهای کنونی پیش بینی شده در قانون اساسی برای حمایت از اقلیتها کافی نیست. هیچ فهرست مشخصی از حق‌ها وجود ندارد که بتواند تمام شیوه‌های ظالمانه حکومت اکثریت بر اقلیت را در برگیرد، و به علاوه نمی‌توان همواره به سازوکارهای رسمی و غیر رسمی کثرت‌گرایی^۳ اعتماد کرد. این امر واقعیت دارد که معمولاً از اکثریت‌های برجسته به‌عنوان گروه‌هایی^۴ یاد می‌شود که با برخورداری از قدرت کافی و منافع مشترک محسوس،^۵ اقلیت‌ها (یا مجموعه‌ای از اقلیت‌ها) را در پای منافع خود قربانی می‌کنند. در چنین وضعیتهایی، این واقعیت که برخی نهادها باید موافق باشند و برخی باید اعتراض^۶ کنند، از اهمیت چندانی برخوردار نیست. بنابراین، اگر قرار بود به خاطر مصلحت مصلحت عموم مردم از آرمان حکومت جمهوری پشتیبانی شود، آن هم در دورانی که ایمان به انگاره جمهوری^۷، یعنی ضرورت وجود همانندی میان مردم و مصالح آنها، تقریباً از بین رفته است، حمله‌ای تهاجمی به معضل استبداد اکثریت^۸ ضروری بود. نظریه نمایندگی باید توسعه یابد تا اطمینان بدهد که فرد نماینده^۹ نه تنها در خدمت منافع اکثریت موجود در

1. Statistical Governing
2. John Hart Ely
3. Pluralism
4. Clusters
5. Perceived Community of Interest
6. Right to Squawk
7. Republican Tenet
8. Majority Tyranny
9. Representative

در حوزه انتخاباتی^۱ خود نیست بلکه در خدمت منافع ائتلاف اکثریت متشکل از گروه‌های اقلیت متفاوت نیز نخواهد بود.

از این رو، هارت این نکته مهم را بیان می‌کند که حمایت از حقوق اقلیت‌ها، یکی از بخش‌های مهم نمایندگی منافع^۲ است. گستره اندیشه‌های وی از سوی دورکین چنین بیان شده است که افراد حق دارند که در تأسیس و اداره نهادهای سیاسی حاکم سهمی برابر داشته باشند.

از این رو، ما شاهدیم که دیگر نمی‌توان به ضرس قاطع مفهوم دموکراسی را به مفاهیم اکثریتی نسبت داد. همچنین، یکی دیگر از موانع استبداد اکثریت، حمایت از منافع و مصالح اقلیت در هنگام اعمال کنترل قضایی توسط قضات است. امری که بُعد حیاتی حمایت از منافع محسوب می‌شود. در این اوضاع و احوال ذکر این نکته درست است که مفهوم مدرن دموکراسی به همان اندازه که در پیوند با تقویت آرمان‌های اکثریت است با حفظ حقوق اقلیت نیز مرتبط است.

۲-۲. توجیه تاریخی کنترل حق محور

در انگلستان شواهدی تاریخی وجود دارد که از قدمت بیشتر کنترل قضایی نسبت به مفهوم حاکمیت پارلمان حکایت می‌کند. هرچند، این نکته بدیهی است که مفهوم حاکمیت پارلمان در اصل یک آفرینش قضایی است، اما می‌توان فهمید که قوه قضائیه می‌تواند به راحتی مفهوم حاکمیت پارلمان را کنار بگذارد.

بارنت^۳ مفهوم حاکمیت پارلمان در انگلستان را به طور خلاصه این گونه تعریف می‌کند: زمان‌هایی بود که قضات درباره این موضوع که آیا محدودیتی برای گستره برتری تقنینی پارلمان وجود دارد یا خیر، دچار سردرگمی می‌شدند. کوک سی جی^۴ در اوایل سده هفدهم میلادی این چنین می‌نویسد: آن دسته از مصوبات پارلمان که در تضاد با حقوق و خرد جمعی است، باید غیرمعتبر تلقی گردد. اما پس از انقلاب باشکوه^۵ ۱۶۸۸ میلادی به ندرت می‌توان فردی را یافت که در این باره سخن بگوید. به تدریج قضات حاکمیت پارلمان را پذیرفتند و اصل برتری پارلمان در خلال سده نوزده میلادی تثبیت شد. بالطبع

1. Constituency
2. Interest Representation
3. Barendt
4. Coke CJ
5. Glorious Revolution

سیاستمداران و وزیران از این موضوع استقبال نمودند چرا که می‌توانستند با به کارگیری این اصل، تبعیت از سیاست‌هایشان را، لاقلاً زمانی که پارلمان در اختیار آنهاست، تضمین کنند. بنابراین، تثبیت حاکمیت پارلمان در انگلستان به دلایل تاریخی، امری منطقی است. البته، پرواضح است که دادگاه‌ها قبل از سال ۱۶۸۸ نیز قرارهای فوق‌العاده^۱ صادر می‌کردند. دی اسمیت^۲ در مقاله انتشار یافته خود به سال ۱۹۵۱ میلادی، به نامه‌ای اشاره می‌کند که در سال ۱۲۵۲ میلادی به «قرار احاله دعوی از دادگاه تالی به عالی» استناد شده بود.

برای مثال «دستور دادگاه عالی به تالی جهت خودداری از اقدام قضایی به دلیل تجاوز از صلاحیت»^۳ یکی از نخستین قرارهای فوق‌العاده بود و ابزاری برای محدود کردن مداخله دادگاه‌های شرع^۴ با انگیزه‌های دنیوی و غیردینی محسوب می‌شد. در واقع گلن ویل^۵ به شکل این‌گونه قرارها استناد می‌کند. لازم است یادآوری شود که تا سال ۱۵۳۱ میلادی، مدت‌ها پیش از آنکه مفهوم برتری پارلمانی رواج یابد، مکرر «دستور دادگاه عالی به تالی برای خودداری از اقدام قضایی» به کار گرفته می‌شد.

توجه برتری پارلمانی مبتنی بر برتری اتحاد منسجم میان سه قدرت یعنی سلطنت، اشرافیت و مردم در قانون اساسی انگلستان است. به اعتقاد بگهات^۶ این دیدگاه درست نیست. وی ضمن بررسی این توصیف رایج و نادرست از قانون اساسی انگلستان، درباره اتحاد سه قدرت، چنین بیان می‌کند:

بنا بر اعتقاد رایج، برتری ویژه قانون اساسی بریتانیا در اتحاد متوازن میان قدرت‌های سه گانه نهفته است. همچنین عناصر سلطنت، اشرافیت و مردم، هر یک سهمی از حاکمیت برتر^۷ دارند و اقدامات این حاکمیت منوط به رضایت^۸ آنها است. بر اساس مدعای این نظریه، شاهان، لردها و عوام، نه تنها شکل ظاهری بلکه جوهر درونی و موثر اعتبار قانون اساسی‌اند. نظریه‌ای مهم با عنوان نظریه نظارت و تعادل^۹ بر بخش عمده‌ای از ادبیات سیاسی سیاسی حکفرماست. قسمت اعظم این نظریه محصول تجربه انگلستان بوده و به تأیید رسیده است. گفته می‌شود نظام سلطنتی دارای برخی نقائص، گرایش‌های بد، آریستوکراسی،

1. Prerogative Writs
2. De Smith
3. Writ of Prohibition
4. Ecclesiastical Courts
5. Glanvill
6. Bagehot
7. Supreme Sovereignty
8. Assent
9. Theory of Checks and Balances

دموکراسی و ... است، اما انگلستان ثابت کرده است حکومت را به گونه‌ای می‌توان طراحی نمود که در آن گرایشهای شریرا، یکدیگر را کنترل کنند، متوازن نمایند و از بین ببرند در نتیجه، با وجود عیوب متقابل در این عناصر سازنده، مجموعه‌ای خوب پی‌ریزی می‌شود. بگهات معتقد است که عبارات فوق، توصیفی دقیق از قانون اساسی انگلستان به دست نمی‌دهد. وی برای رسیدن به درکی صحیح از نهادهای کشور انگلستان، مبانی^۱ ضروری و سازنده قانون اساسی آن کشور را این گونه توضیح می‌دهد:

هیچ کس نمی‌تواند نهادهای انگلستان یا دیگر کشورها را که محصول گذشت قرنهای متمادی بوده و بر جمعیت‌های گوناگون سلطه همه‌جانبه داشته، به درستی درک کند، مگر این که آنها را به دو طبقه تقسیم نماید. در قوانین اساسی از این دست، دو بخش وجود دارد (که در واقع، به دقت قابل تفکیک نیست، چراکه سرشت امور بزرگ از تقسیم دقیق گریزان است). نخست، بخش‌هایی که تشویق به تکریم مردم و از آن دفاع می‌کند و من آن بخش‌ها را بخش‌های بلندمرتبه^۲ نام می‌نهم، و دوم بخش‌های کارآمد، یعنی بخش‌هایی که قانون اساسی با آن عمل می‌کند و حکم می‌راند. برای اینکه هر قانون اساسی موفق باشد باید به دو هدف بزرگ نائل شود، دو هدفی که هر قانون اساسی کهن و باشکوه باید به آنها نائل شود؛ عبارت‌اند از: ۱) هر قانون اساسی باید در ابتدا اقتدار را کسب کند و آنگاه آن را به کار گیرد ۲) باید نخست، وفاداری و اعتماد نوع بشر را کسب کند و آنگاه این بیعت و اعلام وفاداری^۳ را در فعالیت‌های حکومت به کار بندد.

با این حال، بگهات راز کارآمدی قانون اساسی انگلستان را در اتحاد نزدیک و اختلاط^۴ تقریباً کامل قوای مجریه و مقننه می‌داند. بگهات در زمان خود بر این اعتقاد بود که پارلمان از اهرم‌های نظارت و تعادل مناسبی برخوردار نیست.

در این شرایط، وجود یک رکن مستقل برای نظارت بر قوه مجریه مسلط بر پارلمان، توجیه پذیر است. از نظر تاریخی، قضات انگلیسی وابسته به پادشاه بودند. در واقع عده‌ای از رؤسای مجالس اعیان^۵ در اقامتگاه خود امکانات مجزایی برای اسکان مهمانان سلطنتی داشتند. برای مثال کاردینال توماس وولسی^۶ که از سال ۱۵۱۴ تا ۱۵۲۸ میلادی رئیس دادگاه

1. Essentials
2. Dignified
3. Homage
4. Fusion
5. Lord Chancellors
6. Thomas Wolsey

همپتون^۱ بود، برای هنری هشتم^۲، ملکه کاترین^۳ و دختر آنها شاهزاده خانم ماری^۴، تدارکاتی جداگانه مهیا کرد. در این اوضاع و احوال، نسبت به بی طرفی قضات تردیدهای زیادی وجود داشت. در چنین شرایطی، ادعای برتری پارلمان را بر این اساس می توان توجیه کرد که پادشاه مستبد و خودرأی را محدود می کند.

با وجود این واقعیت ملموس که قضات، برخی اوقات روابط بسیار نزدیکی با پادشاه داشته اند، اما به لحاظ تاریخی، کنترل قضایی همواره مقدم بر مفهوم برتری پارلمانی تلقی می شده است. در واقع، کنترل قضایی از نظر زمانی، قبل از مفهوم پارلمان بوده است.

بنابراین، هر توجیهی که پیرامون دکتترین تجاوز از صلاحیت به عنوان مبنای کنترل قضایی ارائه شود، باید از انقلاب باشکوه سال ۱۶۸۸ میلادی آغاز شود. حتی با ارائه یک توجیه تاریخی، به هیچ وجه نمی توان ادعا کرد که دکتترین تجاوز از صلاحیت از نظر زمانی، دارای منشأیی کهن است. شایان ذکر است که حق رأی همگانی^۵ تا پیش از سال ۱۶۸۸ میلادی ناشناخته بود و رأی گیری اگر هم وجود داشت، برای انتخابات مجلس عوام بوده و بیشتر به عنوان حق مالکیت^۶ تلقی می شد تا اینکه حق مشترک همه ایناء بشر باشد. از این رو، اصطلاح مشروعیت دموکراتیک^۷ که مبنای مفهوم برتری پارلمان است، به لحاظ تاریخی در معرض انتقاداتی جدی بوده است. با این حال، پارلمان صرفاً از اعضای منتخب تشکیل نمی شد و این موضوع محدود به مجلس عوام بود. پادشاه و لردها غیرانتخابی بودند و عمدتاً بر مبنای اصل وراثت برگزیده می شدند.

همگان اذعان دارند که دکتترین تجاوز از صلاحیت، بر اساس امتیاز تاریخی^۸ خود نتوانست این نکته را به اثبات برساند که واقعا مبنای کنترل قضایی است، زیرا کنترل قضایی قدمتی بیشتر نسبت به پارلمان دارد. مضاف بر این که این توجیه تاریخی پس از سال ۱۶۸۸ میلادی نیز نتوانست از عهده آزمون مشروعیت دموکراتیک برآید. از نظر اکثریت گرایان، اگر پارلمان دموکراتیک نباشد، هیچ توجیهی ندارد که صرفاً به دلیل نحوه انتصاب قضات، دکتترین تجاوز از صلاحیت را مبنای کنترل قضایی بدانیم.

1. Hampton
2. Henry VIII
3. Catherine
4. Princess Mary
5. Universal Franchise
6. Property Right
7. Democratic Legitimacy
8. Historical Score

۲-۳. آیا پارلمان بریتانیا می‌تواند مفهوم اکثریتی دموکراسی را به ظهور برساند؟

امروزه، پارلمان بریتانیا از ملکه، مجلس اعیان و مجلس عوام تشکیل می‌شود. با اصلاحاتی که هم‌اکنون در مجلس اعیان انجام شده است، پیش‌بینی می‌شود که دیگر اشراف‌زادگان حق رأی نخواهند داشت. اما، هنوز پادشاه بر اساس اصل وراثت انتخاب می‌شود و اعضای کنونی مجلس اعیان به‌استثنای اشراف‌زادگان، منتخب نیستند و به‌طور مادام‌العمر منصوب می‌شوند. اسقف‌ها^۱ تا زمانی که عهده دار چنین منصبی باشند، عضو مجلس اعیان هستند. پرسش این است که: آیا مجلس عوام هنوز هم نماینده واقعی دیدگاه‌های مردم انگلستان است؟ در بریتانیا، با قبول نظام انتخاباتی نخست‌نفری، حزبی که در مجلس عوام اکثریت دارد، ضرورتاً حائز اکثریت آراء در کشور نیست. برای نمونه، حزب کارگر در سال ۱۹۹۷ و ۲۰۰۱ میلادی با اینکه کمتر از ۵۰ درصد کل آراء را در انتخابات عمومی به دست آورد، بیش از نیمی از کل کرسی‌های مجلس عوام را تصاحب نمود. از این‌رو، تمامی قوانین مصوب مجلس عوام، ضرورتاً بیانگر دیدگاه‌های عموم مردم نیست، زیرا ممکن است نمایندگان حزبی در مجلس از دیدگاه‌های عموم مردم منحرف شوند. برای مثال، حزب لیبرال دموکرات سالیان متمادی نمایندگانی در مجلس عوام داشت که در مقایسه با میزان حمایت از آن حزب بسیار کمتر بود.

در این اوضاع و احوال، کنترل قضایی در انگلستان در چارچوب مفهوم برتری پارلمانی محدود نمی‌شود زیرا این مفهوم حتی با پذیرش دیدگاه اکثریتی از دموکراسی، دیگر مشروعیت دموکراتیک ندارد.

۲-۴. امکان اتخاذ معیارهای عینی^۲ هنگام تصمیم‌گیری درباره قانونی بودن اعمال اداری

از آنجا که کنترل حق محور این زمینه را برای قضات فراهم می‌آورد تا به هنگام تصمیم‌گیری در مورد قانونیت اعمال اداری، معیارهای عینی را انتخاب کنند، این نوع کنترل از دکتترین تجاوز از صلاحیت برتر است. قانون حقوق بشر^۳ مصوب ۱۹۹۸ در ارتقای فرهنگ حق^۴ در انگلستان قابلیت^۵ بسیاری دارد و اکنون زمان کنار گذاشتن دکتترین تجاوز از صلاحیت به عنوان مبنای کنترل قضایی فرا رسیده است.

1. Bishops
2. Objective Criteria
3. The Human Rights Act
4. Rights Culture
5. Potential

قضات کارآزموده می‌توانند دربارهٔ قانونی بودن اعمال اداری ناقض هنجارهای حقوق بشری قضاوت کنند. این هنجارها در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین^۱ بیان شده است. این کنوانسیون هم‌اکنون به موجب قانون حقوق بشر مصوب ۱۹۹۸ جزئی از حقوق انگلستان گردیده است. بلاف^۲ و مونت فیلد^۳ اظهار می‌نمایند که قضات انگلیسی با توسل به عمل‌گرایی قضایی^۴ از این کنوانسیون اروپایی در جهت توسعه کامن‌لا استفاده کرده‌اند تا حقوق بنیادین بشر مورد شناسایی قرار گیرد.

از این‌رو، برخلاف این وضعیت که قضات با استفاده از روش کنترل قضایی اولویت‌های ذهنی خود را جایگزین دیدگاه‌های تصمیم‌گیرندگان نخستین کنند، توسل به هنجارهای حقوق بشری می‌تواند به تصمیمات قضایی اتخاذ شده در آن شرایط، تا حدودی زیادی عینیت بخشد. در صورتی قضات از این اتهام که پیگیر برنامه‌های خود بوده‌اند و بی‌طرف نیستند، تبرئه می‌شوند که تصمیمات آنها را بتوان به هنجارهای عینی و موجه حقوق بشری نسبت داد.

از سوی دیگر، دکتربین تجاوز از صلاحیت کاملاً به شعور^۵ قانونگذار اعتماد دارد. قانونگذار می‌تواند کاملاً به شیوه‌ای عمل کند که به نقض حقوق بنیادین بشر بینجامد و در صورتی که قضات این تعدی‌ها را نادیده بگیرند، آسیبی جدی به حفظ حقوق اقلیت وارد می‌شود. این تحول که با حاکمیت قانون در معنای ماهوی آن، ناسازگار است، به تحقق نیافتن شروط لازم دموکراسی فعال منتهی می‌شود.

۲-۵. آیا دکتربین تجاوز از صلاحیت در خارج از انگلستان نیز کاربرد دارد؟

به اعتقاد بیشتر حامیان سرسخت دکتربین تجاوز از صلاحیت، این دکتربین در خارج انگلستان اعتبار ندارد، چرا که پیش‌شرط لازم و حیاتی این دکتربین یعنی قدرت انحصاری قانونگذار، برآورده نمی‌شود. از قوهٔ مقننهٔ کشوری که قانون اساسی نوشته دارد، انتظار می‌رود که شیوه‌ای قانونگذاری نماید که منطبق با قانون اساسی باشد. در این شرایط، موانع عملی و قانونی بسیاری پیش روی صلاحیت تقنینی قوهٔ مقننه وجود دارد.

1. The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms

2. Bellof

3. Moutfield

4. Judicial Activism

5. Good Sense

برای مثال، به موجب ماده ۲۴ منشور حقوق و آزادیهای کانادا^۱، این اختیار به دادگاهها واگذار شده تا حقوق و آزادیهای تضمین شده را اجرا نمایند. از این رو، دادگاه می تواند بر اساس این منشور فعالیت های سازمان های دولتی را کنترل و بازنگری نماید و حتی قدرت ابطال قانون ناسازگار با این منشور را دارد. با این حال، بند ۱ ماده ۳۳ منشور یک استثنا را عنوان می کند که به موجب آن پارلمان می تواند با صدور اعلامیه ای ویژه به وضع قانون ناسازگار با منشور اقدام نماید. با وجود این، بند ۳ ماده ۳۳ با عنایت به بند ۴ همان ماده، به قانونگذار یک فرصت محدود پنج ساله برای تصویب مجدد این اعلامیه می دهد.

همان طور که قبلاً متذکر شدیم، این واقعیت که منشور در مورد ابطال مقررات خود پیش بینی های لازم را نموده است، مستلزم شناسایی مفهوم برتری قانونگذار است. با این حال، به موجب قانون اساسی کانادا در مورد اختیارات پارلمان و مجالس ایالتی محدودیت هایی وجود دارد، بنابراین نمی توان ادعا کرد که آنها از قدرتی انحصاری، شبیه پارلمان بریتانیا برخوردارند.

به هر حال، اگر پارلمان مجبور به صدور اعلامیه عدم انطباق شود، این اعلامیه به مدت پنج سال معتبر است. این اختیار از برتری به رسمیت شناخته شده قانون اساسی نشئت می گیرد. از این رو، قانون اساسی برحسب ارزشهای فدرال و ارزشهای آزادی خواهانه، محدودیت هایی را بر اختیارات پارلمان و مجالس ایالتی وضع می کند.

در سریلانکا، حاکمیت متعلق به مردم است. به اصل ۴ قانون اساسی جمهوری سوسیال دموکراتیک سریلانکا بنگرید. پارلمان تا آنجا از حاکمیت برخوردار است که قدرت قانونگذاری را از جانب مردم اعمال کند (بخش a از اصل ۴). اما مردم، خود نیز می توانند از طریق همه پرسی^۲ قانونگذاری کنند. با این حال، موضوع حائز اهمیت این است که بخش d از اصل ۴ قانون اساسی، آزادی های بنیادین را به عنوان یکی از ابعاد مهم حاکمیت مردم شناسایی نموده است.

علاوه بر این، قانون اساسی سریلانکا اصولی غیرمنعطف دارد و تصویب قوانین ناسازگار با این اصول از سوی پارلمان غیرقانونی است، مگر اینکه طبق اصل ۸۳ با اکثریت دوسوم به تصویب برسد و در همه پرسی به تأیید مردم برسد.

در این اوضاع و احوال، اگر پارلمان یا دیگر مجالس ایالتی در حوزه صلاحیتها، البته بجز کشور انگلستان، دارای صلاحیت برتر نباشد، توجیه دگترین تجاوز از صلاحیت با

1. The Canadian Charter of Rights and Freedoms
2. Referendum

شکست مواجه می‌شود. از این رو ادعا می‌شود که این دکترین نمی‌تواند در خارج از انگلستان کاربرد داشته باشد، چرا که در آن کشورها قوه مقننه از قدرت انحصاری برخوردار نیست.

نتیجه

یکی از ویژگی‌های اساسی لیبرال دموکراسی، کنترل قضایی اعمال اداری غیرقانونی است. الگوی دکترین تجاوز از صلاحیت آن قدر متکامل نیست تا این مأموریت را به درستی انجام دهد. کنترل حق محور تضمین می‌کند که تصمیم‌گیرندگان و دستگاه‌های دولتی هنگام تصمیم‌گیری به هنجارهای حقوق بشر بنیادین توجه شایانی داشته باشند.

یکی از مشکلات مربوط به جایگزین ساختن دیگر الگوهای کنترل قضایی با دکترین تجاوز از صلاحیت، دغدغه زیر پا گذاشتن بی‌طرفی قضایی است. بدون تردید کنترل حق محور از این نوع دغدغه‌ها نیز می‌کاهد. اگر قضات تصمیمات اتخاذی را با پیش‌زمینه حقوق بشری بازبینی کنند، می‌توانند در هنگام بازبینی قانونی بودن اعمال اداری به استانداردها و هنجارهای عینی متوسل شوند. در نتیجه، تصمیم‌گیرندگان پیشاپیش خواهند دانست که قضات هنگام بازبینی تصمیمات اتخاذ شده از چه معیارهایی کمک می‌گیرند. سرانجام، افزایش آگاهی درباره حقوقها، آرمانی مطلوب است که باید به منظور تقویت کیفیت دموکراسی در کشورها، برای تحقق آن تلاش کرد.

معاونت تحقیقات،
آموزش و حقوق شهروندی

منابع

- Bagehot, Walter (1867) **The English Constitution**, 1997, Brighton: Sussex Academic Press.
- Baker, JH (1990) **An Introduction to English Legal History**, 3rd edn, London: Butterworths.
- Barendt, Eric (1998) **An Introduction to Constitutional Law**, Oxford: OUP.
- Beloff, Michael J and Mountfield, Helen (1996) 'Unconventional Behaviour? Judicial Uses of the European Convention in England and Wales', **European Human Rights Law Review** 467.
- Black, Stephen F, (1986) 'The Courts and Judges of Westminster Hall During the Great Rebellion, 1640-1660', 7 **Oxford Journal of Legal Studies** 23.
- Blackburn, Robert (1999) 'The House of Lords', in Blackburn, Robert and Plant, Raymond (eds), **Constitutional Reform**, London: Longman, pp 9-46.
- Blackstone, William (1765) **Commentaries on the Laws of England**, Vol I, 1979, Chicago: University of Chicago Press.
- Craig, Paul (1998) 'Ultra Vires and the Foundations of Judicial Review', **Cambridge Law Journal** 63.
- Craig, Paul (1999a) **Administrative Law**, 4th edn, London: Sweet & Maxwell.
- Craig, Paul (1999b) 'Competing Models of Judicial Review', **Public Law** 428.
- Craig, Paul, (1999c) 'Constitutionalism, Regulation and Review', in Hazell, Robert (ed), **Constitutional Futures**, Oxford: OUP.
- de Smith, SA (1951) 'The Prerogative Writs', **Cambridge Law Journal** 40.
- de Smith, SA and Evans, JM (1980) **Judicial Review of Administrative Action**, 4th edn, London: Sweet & Maxwell.
- Dicey, AV (1959) **An Introduction to the Study of the Law of the Constitution**, 10th edn, London: Macmillan.
- Dworkin, Ronald (1977) **Taking Rights Seriously**, London: Gerald Duckworth.
- Dworkin, Ronald (1985) **A Matter of Principle**, Oxford: Clarendon.
- Dworkin, Ronald (1996) **Freedom's Law**, Oxford: OUP.
- Elliott, Mark (1999a) 'The Demise of Parliamentary Sovereignty? The Implications for Justifying Judicial Review', 115 **Law Quarterly Review** 119.
- Elliott, Mark (1999b) 'The Ultra Vires Doctrine in a Constitutional Setting: Still the Central, Principle of Administrative Law', 115 **Cambridge Law Journal** 129.
- Ely, John Hart (1980) **Democracy and Distrust**, Cambridge, Mass: Harvard University Press.
- Forsyth, Christopher (1996) 'Of Fig Leaves and Fairy Tales: The Ultra Vires Doctrine, the, Sovereignty of Parliament and Judicial Review', 112 **Cambridge Law Journal** 122.
- Galligan, DJ (1982) 'Judicial Review and the Textbook Writers', 2 **Oxford Journal of Legal Studies** 257.
- Guest, Stephen (1997) **Ronald Dworkin**, 2nd edn, Edinburgh: Edinburgh University Press.
- Hall, GDG (ed) (1965) **The Treatise on the Laws and Customs of the Realm of England Commonly Called Glanvill**, Book IV, Oxford: Clarendon.

- Hogg, Peter W (1996) **Constitutional Law of Canada**, 4th edn, Toronto: Carswell.
- Jowell, Jeffrey (1999) '**Of Vires and Vacuums: The Constitutional Context of Judicial Review**', Public Law 448.
- Jowell, Jeffrey (2000) '**The Rule of Law Today**', in Jowell, Jeffrey and Oliver, Dawn (eds), **The Changing Constitution**, 4th edn, Oxford: OUP, pp 3-22.
- Laws, Sir John (1993) '**Is the High Court the Guardian of Fundamental Constitutional Rights?**', Public Law 59.
- Laws, Sir John (1995) '**Law and Democracy**', Public Law 72.
- Laws, Sir John (1996) '**The Constitution: Morals and Rights**', Public Law 622.
- Laws, Sir John (1997) '**Illegality: The problem of jurisdiction**', in Supperstone, Michael and Goudie, James (eds), **Judicial Review**, 2nd edn, London: Butterworths, Chapter 4.
- Munro, Colin R (1999) **Studies in Constitutional Law**, 2nd edn, London: Butterworths.
- Oliver, Dawn (1987) '**Is the Ultra Vires Rule the Basis of Judicial Review?**', Public Law 543.
- Royal Commission Report (2000) **A House for the Future**, Cm 4534, London: HMSO.
- St German, Christopher (1531) **Doctor and Student** cited in (1531) **Selden Society** 91:232.
- Thurley, Simon (1996) **Hampton Court Palace, London**: Historical Royal Palaces Agency.
- Turner, Ralph V (1968) **The King and His Courts**, New York: Cornell University Press.
- Wade, HWR (1955) '**The Basis of Legal Sovereignty**', **Cambridge Law Journal** 172.
- Wade, HWR (1977) **Administrative Law**, 4th edn, Oxford: OUP.
- Wade, HWR and Forsyth, CF (2000) **Administrative Law**, 8th edn, Oxford: OUP.

معاونت تحقیقات،
آموزش و حقوق شهروندی