

## تحولات تفکیک قوا در پرتو حکمرانی تنظیمی

محمد حسین زارعی\*

فاطمه عزیز محمدی\*\*

تاریخ پذیرش: ۹۶/۸/۲۳

تاریخ دریافت: ۹۶/۶/۴

### چکیده

دولت اداری تنظیمی از مفاهیم نوظهوری است که با رشد و توسعه دولت در عصر مدرن شکل گرفت. در این دولت به منظور خط مشی‌گذاری و اجرای بهینه سیاست‌ها، به نوعی کارکردهای سه گانه قوا، در اختیار نهادهای تنظیمی قرار می‌گیرد. از منظر برخی متفکران حقوق اساسی، ظهور دولت اداری تنظیمی معادل تفکیک قوا، به مفهوم جدید آن، است که با گذار از مدل کلاسیک آن و ظهور نهادهای تنظیمی، به عنوان قوه چهارم، به هسته اصلی تفکیک قوای جدید می‌رسیم. اما برخی دیگر، مدل تفکیک قوای مدرن را، از آنجا که منجر به بروز مشکلات جدی در نظام‌های حقوق اساسی می‌شود، نپذیرفته و سعی در بازسازی و احیای مدل سنتی تفکیک قوا کرده‌اند. از این رو در این پژوهش می‌کوشیم با مطالعه حکمرانی تنظیمی و شناسایی عناصر و مؤلفه‌های آن، تحول تفکیک قوا و چالش‌های پیش روی آن را با ظهور این حکمرانی مورد بررسی و واکاوی قرار دهیم.

### کلید واژگان:

مدیریت دولتی نوین، دولت اداری تنظیمی، تفکیک قوای کلاسیک، تفکیک قوای مدرن.

---

\* عضو هیات علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی تهران (نویسنده مسؤول مقاله).

m\_zarei@sbu.ac.ir

\*\* دانشجوی دکترای تخصصی حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی تهران.

ftm.azizmohamadi@gmail.com

## مقدمه

نظریه تفکیک قوا را، بسیاری از دانشمندان، ابزاری در راستای تحدید قدرت نامیده‌اند.<sup>۱</sup> بر این اساس، کارکرد قوه مقننه عبارت است از قاعده‌گذاری<sup>۲</sup> کلی برای حکمرانی، کارکرد قوه مجریه عبارت است از اجرای قوانین و کارکرد قوه قضاییه رفع خصومت و به نوعی تفسیر و اعمال قوانین مصوب است.<sup>۳</sup>

اگرچه در نظام‌های حقوقی معاصر به تفکیک قوای کلاسیک انتقادات جدی وارد می‌شود و این انتقادات منجر به شکل‌گیری نظریات جدیدی گردیده، اما هم‌چنان این نظریه یکی از ستون‌های اصلی نظام حقوق اساسی به شمار می‌رود.<sup>۴</sup> در همین راستا، به منظور بررسی تحولات رخ داده در اندیشه تفکیک قوا، بایستی به مطالعه چپستی و ماهیت دولت اداری تنظیمی<sup>۵</sup> پرداخته شود تا بتوان به چالش پیش روی اندیشه تفکیک قوا در نظام‌های حقوق اساسی پاسخ داد.

در سده هجدهم میلادی، اعمال قوه مجریه بیشتر محدود به اجرای قانون بود، اما با بزرگ شدن دولت‌ها و گسترده و پیچیده‌تر شدن روابط آنها، علاوه بر مشارکت در سیاست‌گذاری قوه مقننه، فراهم آوردن خدمات عمومی نیز جزو وظایف آنها قرار گرفت<sup>۶</sup> یعنی دولت‌های مدرن به نام ارتقای امنیت، آزادی و رفاه، فعالیت‌های خود را گسترده کردند. این گسترش نقش‌های دولت منجر به فراهم آمدن سازمان‌های بزرگ و پیچیده اداری برای دولت‌ها شد.<sup>۷</sup>

بدین ترتیب برخی نظریه‌پردازان حقوق اساسی، تقسیم‌بندی ساختاری و کارکردی تفکیک قوا را فاقد شفافیت و کارایی لازم دانستند و قوه مجریه را به دلیل آن که با امور اجتماعی و اقتصادی،

۱. استار، پل، قدرت آزادی: نیروی راستین لیبرالیسم، ترجمه فریدون مجلسی، تهران، نشر ثالث، سال ۱۳۸۸، ص ۱۰۱.

۲. Rule-making.

۳. Masterman, Roger, *The Separation of powers in the contemporary constitution*, Cambridge, Cambridge university press, 2011, p. 22.

۴. Mollers, Christophe, *The three Branches*, London, Oxford University Press, 2015, p. 50.

۵. نکته‌ای که بایستی بدان توجه شود تفاوت میان عبارت «دولت تنظیمی» و «دولت تنظیم‌گر» است. اگر مقصود، مفهومی نظری و ایده‌ای عام و توصیفی باشد که در آن سیاق، دولت خاصی مد نظر نباشد دولت تنظیمی کاربرد دارد ولی استفاده از عبارت دولت تنظیم‌گر هنگامی کاربرد دارد که به صورت مصداقی به کار برده شود و سخن از فعالیت‌های تنظیم‌گرایانه نهاد خاصی در میان باشد که این عبارت به نحو دقیق تری ایفا کننده حق مطلب خواهد بود.

6. Carolan, Eion, *The new separation of powers*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p.36.

7. Loughlin, Martin, *Foundations of Public Law*, London, Oxford University Press, 2010, p. 435.

به طور مستقیم مرتبط بوده و کارشناسان آن ظرافت‌ها و پیچیدگی‌های مسائل روز را به خوبی لمس می‌کنند، نقطه عزیمتی برای شکل‌گیری نظریه جدید تفکیک قوا به حساب آوردند.<sup>۱</sup> در این دولت، مفهوم کلاسیک قوه مجریه و «قوه اجراکننده»<sup>۲</sup> صرف قانون جای خویش را به «قوه تنظیم‌گر»<sup>۳</sup>، که دارای حوزه صلاحیت‌های اختصاصی و مستقل از قوه مقننه است، می‌دهد. در این جستار با بررسی سیر شکل‌گیری دولت اداری تنظیمی، با ادبیات این مفهوم نوظهور آشنا شده و با مطالعه تحول مفهومی تفکیک قوا، چالش‌های پیش‌روی این اندیشه در نظام حقوق اساسی مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

### ۱. دولت اداری تنظیمی؛ چیستی و ماهیت

در اندیشه سیاسی دولت، ابتدا لیبرال - کلاسیک‌ها بودند که دولت را به عنوان شر لازم در نظر گرفته و وظایف آن را حداقلی می‌دانستند، از این رو، از دولت به عنوان دولت نگهبان شب<sup>۴</sup> و یا دولت - پلیس یا ژاندارم<sup>۵</sup> نام می‌بردند. رسالت عمده دولت، تأمین نظم و امنیت عمومی و مسأله مالیات بود تا این که با رشد تکنولوژی و صنعتی تر شدن جوامع، به تدریج وظایف و تکالیف دولت‌ها افزایش پیدا کرد. در دهه ۱۹۳۰ و به دلیل اعتقاد به توانایی نیروهای چپ و کینزین‌ها در ارائه راه حل برای مقابله با مصائبی که در اثر بحران اقتصادی دامنگیر مردم در جوامع صنعتی شده بود، و نیز فقر گسترده، گرسنگی و بیماری‌های همه گیر که میلیون‌ها انسان را به ورطه ناامیدی کشانده بود، ایده تأمین رفاه همگانی در کشورهای صنعتی پدید آمد.<sup>۶</sup> همین امر منجر به شکل‌گیری دولت حداکثری یا دولت رفاه<sup>۷</sup>، با سازوکارهای گسترده و پیچیده، گردید. شکل‌گیری چنین ساختاری به دلیل افزایش وظایف دولت بود؛ یعنی علاوه بر نظم عمومی، دولت ایفا کننده «خدمت عمومی»<sup>۸</sup> نیز گردید. اما کم‌کم ناتوانی‌های دولت‌های سوسیالیستی در پاسخگویی به

۱. نامغ، پرویز، مبانی مدیریت دولتی، تهران: نشر هستان، سال ۱۳۸۴، ص ۵۶.

2. Executor.

3. Regulator.

4. Necessary evil.

5. Police- state.

۶. تونی فیتز پتریک، نظریه رفاه، ترجمه هرمز همایون پور، تهران: انتشارات گام نو و مؤسسه عالی پژوهش تأمین اجتماعی، چاپ دوم، ۱۳۸۳، ص ۳۵.

7. Welfare state.

8. Public service.

خواسته‌ها و تقاضاهای مصرفی افراد جامعه و ناتوانی دولت‌های رفاه در ارائه خدمت عمومی به طور مناسب در کشورهای سرمایه‌داری، پیش زمینه شکل‌گیری پارادایم جدیدی در اداره عمومی دولت شد که از آن به عنوان پارادایم جدید اداره عمومی یا مدیریت دولتی نوین<sup>۱</sup> یاد می‌شود.<sup>۲</sup> پارادایم مدیریت دولتی نوین در بخش اداری منجر به اصلاحات اداری در اوایل دهه نود میلادی گردید. در راستای اصلاح بدنه بوروکرات و رشد روز افزون نیازهای بشر و تخصصی شدن آن، که در اثر آن بدنه قوه مجریه دیگر تنها مبتنی بر مدل سلسله مراتبی و عمودی نیست و در واقع به گونه‌ای شبکه‌ای عمل می‌نماید، یعنی سازمان‌های کوچک‌تر در قالب «نهادهای تنظیم‌گر مستقل»<sup>۳</sup> ایجاد می‌شوند.<sup>۴</sup> همین امر منجر به شکل‌گیری دولت اداری تنظیمی گردید، که در ابتدا به عنوان یک الگوی اداره حوزه بازار آزاد تجاری و اقتصادی مطرح شده بود و با گسترش و تسری آن به دیگر حوزه‌های اداره و تنظیم امور عمومی از سوی دولت، به یک نظریه فراگیر دولت تبدیل شد.<sup>۵</sup>

بنابراین، از زمانی که پارادایم مدیریت دولتی با مؤلفه‌های تنظیمی مطرح شد، دولت‌ها در مورد ساختار موجود وزارتخانه‌ها سؤالاتی را مطرح نمودند از این قبیل که: آیا لازم است که همه فعالیت‌ها در وزارتخانه‌ها صورت گیرد؟ آیا اساساً اجرا و انجام این فعالیت‌ها را دولت باید ادامه دهد یا اینکه باید در یک سازمان اجرایی انجام شود یا خارج از وزارتخانه و بر مبنای برون‌سپاری انجام شود.<sup>۶</sup> پرسش از محتوای تنظیم‌گری، مبانی و اهداف آن، نقش آن در ساختار و تشکیلات، کارکردها و صلاحیت‌های دولت، روابط میان دولت و اجزای آن و روابط میان دولت و اشخاص و افراد حقوق خصوصی در مقایسه با نقش و جایگاه سنتی حقوق و دولت در اداره امور عمومی، به

1. New Public Management(NPM).

2. Hughes, O E, *Public Management & Administration: An Introduction*, New York, Palgravemacmillan, 2012, p. 56.

3. *Independent Regulatory Agencies*.

۴. زارعی، محمد حسین، «فرآیند مردمی شدن، پاسخگویی و مدیریت دولتی»، *مجله مجتمع آموزش عالی قم*، شماره نهم، ۱۳۸۰، صص ۱۳۱-۱۳۳.

۵. یاوری، اسدالله، «درآمدی بر مفهوم تنظیم‌گری حقوقی»، *مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره پنجم، شماره دوم، پاییز ۱۳۹۳، صص ۶۳.

6. Robert Baldwin and C. McCrudden, *Regulatory Agencies: An Introduction to Conclusions: Regulation and Public Law*, in D.J. Galligan (ed.), **a Reader on Administrative Law**, Oxford University Press, 1996, p. 156.

عنوان مسائل اساسی قابل طرح است.<sup>۱</sup> لذا تحلیل مفهومی این تأسیس حقوقی امری ضروری به نظر می‌رسد، چرا که امروزه به عنوان پارادایم جدیدی از مدیریت دولتی نوین، فراتر از حوزه اقتصاد رفته و خود را در قالب نظریه دولت اداری تنظیمی مطرح نموده است.

علی‌رغم وجود تردیدهای فراوان در این زمینه، یک سؤال مهم قابل طرح است و آن این که دولت اداری تنظیمی به‌عنوان یک تأسیس جدید حقوقی دارای چه مؤلفه‌هایی است که آن را از کارکردهای سنتی و کلاسیک دولت متمایز می‌نماید. در رویکرد کلاسیک دولت، تنظیم روابط میان عرصه‌های مختلف مبتنی بر شیوه‌ها و ابزارهای کلاسیک قانون‌گذاری و عدم اعتماد دو جانبه است، حال آن که دولت اداری تنظیمی بر راهکارهایی تمرکز دارد که بخش دولتی و خصوصی می‌توانند به موجب آن با موفقیت همکاری کنند و از طرفی این دولت بر اهمیت حاکمیت مشارکتی و خود-تنظیمی، از طریق پیش‌بینی نهادها و نیز نهادینه کردن فرهنگ نظارت و خودسازمانی تأکید دارد. این همان ویژگی‌ای است که آن را از رویکرد سنتی «فرمان و کنترل»<sup>۲</sup> متمایز می‌سازد.<sup>۳</sup>

در این نظریه، برداشتی از حقوق و سیاست انتخاب می‌شود که بر منافع مشترک ذینفعان بخش خصوصی و عمومی متکی است و بر راهکارهای گوناگونی تأکید دارد. مبنای شکل‌گیری مفهوم دولت اداری تنظیمی را باید در تحلیل ناکارآمدی‌های دو رویکرد بازار و اقتصاد دولتی جست و جو نمود.<sup>۴</sup> جان بریثویت و پیتر دراهوس این رویکرد جدید را اینگونه توصیف کرده‌اند: «ظهور یک نظام تنظیمی نوین که در آن دولت‌ها به اندازه‌ای که در نظارت بر عملکردها نقش دارند، در اجرای امور نقش ندارند.»<sup>۵</sup> جیسون سولومون رویکردهای حوزه حکمرانی نوین (تنظیمی) را در سلسه

۱. یوری، پیشین، ص ۶۳۱

2. Command and control.

۳. زارعی، محمد حسین، «جزوه درس حقوق عمومی اقتصادی»، دوره دکتری حقوق عمومی، انتشارات دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، نیمسال دوم سال تحصیلی ۹۲-۱۳۹۱.

۴. زارعی، محمد حسین و محمد حسنون، «حکمرانی تنظیمی به مثابه حکمرانی نوین»، مجموعه حقوق، جامعه بقای اجتماع (گفتارهای حقوقی در نکوداشت استاد عزت‌الله عراقی)، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۵، ص ۱۰۵.

5. Braithwait, J. and Drahos, p., **Global Business Regulation**, Cambridge, Cambridge university press, 2000, p.21.

مراتب کمتر، شفافیت و دموکراسی بیشتر در مقایسه با اشکال سنتی نظارت از بالا به پایین توصیف می‌کند.<sup>۱</sup>

دولت اداری تنظیمی الگوی جدیدی برای توسعه پایدار انسانی با ساز و کار تعاملی سه بخش دولت، بخش خصوصی و جامعه مدنی است تا به موجب آن کشورها بتوانند از همه توانمندی‌های خود در توسعه همه جانبه استفاده کنند. در این نظریه با اذعان بر نواقص دو شیوه اقتصاد بازار آزاد و رویکرد فرمان و کنترل، نظریه‌ای جایگزین ارائه می‌شود که در آن روش‌های ابتکاری مشارکتی برای خط مشی‌گذاری عمومی در حوزه‌های مقررات‌گذاری حرف اول را می‌زنند. باتوجه به این مسئله، نقش دولت از حالت سابق خود، که تنها اجرا کننده مقررات و ناظر و کنترل کننده بود به تسهیل کننده تغییر می‌یابد؛ از این رو دولت امر نظارت بر خود و برنامه‌های مشارکتی و نیمه داوطلبانه را تسهیل می‌کند.<sup>۲</sup>

مهمترین ویژگی این دولت، افزایش مشارکت بازیگران بخش غیردولتی و همکاری بخش خصوصی است چرا که اساس آن زیر سوال بردن این فرضیه قدیمی است که صلاحیت سیاست‌گذاری نهادهای دولتی از آگاهی، اطلاعات و تخصص بیشتر آنها ناشی می‌شود. از طرفی بخش خصوصی در حوزه تنظیم‌گری به تمام سطوح و مراحل فرآیند وضع مقررات و نیز پیاده سازی و اجرای آنها راه می‌یابد. بنابراین در دولت اداری تنظیمی هدف نهادهای تنظیم‌گر تسهیل پیاده‌سازی مقررات و ارتقای پذیرش و همراهی جامعه با اجرای مقررات است. و در نهایت در رویکرد سنتی، دولت سعی در تعیین اقدامات خاص و مشخص نمودن معیارهای ارزیابی تبعیت از این اقدامات داشت حال آن که در رویکرد جدید دولت به نتایج توجه دارد.<sup>۳</sup>

ساختار نهادهای تنظیم‌گر به نوعی دارای کارکردها و صلاحیت‌های قوای سه گانه هستند.<sup>۴</sup> برخی از محققان، دریک توصیف ساده، دولت اداری تنظیمی را در دوران معاصر دولتی تعریف کرده‌اند که صلاحیت خطی‌مشی‌گذاری نامحدود، تخصصی و تفویض شده به بدنه بوروکرات را دارد. به طور کلی شاید بتوان مؤلفه‌های این دولت را در شش مورد زیر خلاصه نمود:

1. Ibid.

۲. زارعی، محمدحسین، پیشین، ص ۱۰۶.

3. Lobel, O. "The new deal, the fall of regulation and the rise in government in contemporary legal thought", *Minnesota law review*, 2004, pp.342-370.

4. Craig, Paul P., *Administrative Law*, Sweet & Maxwell, seventh edition, 2008, p. 597.

۱. تجمیع سه کارکرد قوا در نهادهای تنظیم‌گر.
۲. دارای بدنه تکنوکرات یعنی کارمندی با تخصص و بدون جانبداری.<sup>۱</sup>
۳. فاصله گرفتن از قواعد آمره<sup>۲</sup>
۴. همکاری بخش عمومی و خصوصی.
۵. انعطاف‌پذیری.<sup>۳</sup>

اما در کنار ظهور و پیدایش نظریه دولت اداری تنظیمی، مسائل جدیدی، به خصوص درباره اصل تفکیک قوا، مسئله پاسخگویی، قابلیت نظارت قضایی و هنجارهای مناسب شکلی و ماهوی مرتبط با نهادهای تنظیم‌گر، پیش روی حقوق عمومی و به ویژه حقوق اساسی قرار گرفته‌است که در صورت عدم ارائه راه حل و الگوی مناسب برای این مسائل، می‌تواند مشکل آفرین باشد.<sup>۴</sup> از این رو توجه به مباحث مطرح شده، در ادامه این نوشته به بررسی نظری تحول اندیشه تفکیک قوا در پرتو ظهور حکمرانی تنظیمی پرداخته و چگونگی سازش‌پذیری این نهادها با اندیشه تفکیک قوا، بررسی خواهد شد.

## ۲. تحولات مفهومی تفکیک قوا

نظریه تفکیک قوا، قدرت را میان نهادهای مستقل توزیع می‌کند.<sup>۵</sup> هر یک از قوای حکومت باید محدود به انجام وظایف خویش باشد و حق مداخله در امور سایر قوا را نخواهند داشت.<sup>۶</sup> دیدگاه حقوقی-سیاسی موجود نسبت به نظریه تفکیک قوا، صرف نظر از عقاید اندیشمندان باستان به ویژه ارسطو، رهاورد دانشمندان فلسفه سیاست در قرون هفده و هجده میلادی است

۱. بسیاری از مقامات این سازمان‌ها اگرچه توسط مردم انتخاب نمی‌شوند اما توسط مقامات رسمی و بر اساس صلاحیت و شایستگی‌شان منصوب می‌شوند.

۲. در این راه، قوانین «قوانین آمره» به سوی قوانین نرم و منعطف سوق می‌یابند و علاوه بر تشخیص بهتر واقعیت‌های اداره جامعه، میزان مشارکت اشخاص خصوصی در اجرای قانون افزایش پیدا می‌کند و مقاومت در مقابل اجرای آن در مقایسه با اجرای یک قانون آمره و سخت کاهش می‌یابد.

3. Lobel, O., op. cit. p. 347.

4. Minogue, Martin, **Regulatory Governance in Developing Countries**, Edward Elgar, 2006, p. 35.

5. Barber N. W, "The separation of powers and the British constitution", London, legal research papers series, paper No.3, 2012, p. 2.

6. Vile, M.J.C., **Constitutionalism and separation of powers**, New York, liberty fund (Indianapolis), 1998, p.14.

که کمابیش جهانشمول نیز گردیده است؛ به گونه‌ای که این اصل علی‌رغم برخی تفاوت‌های صوری، در نظام حقوق اساسی کشورها امری محترم شمرده می‌شود.<sup>۱</sup>

در شکل‌گیری تفکیک قوای کلاسیک، شاید بتوان ارسطو را نخستین اندیشمندی نامید که در کتاب چهارم سیاست از تفکیک قوا یاد می‌کند،<sup>۲</sup> اما در اندیشه او این سه قدرت از هم جدا نبودند و در یک فرد یا هیأت جمع می‌شدند.<sup>۳</sup> در اواخر قرن هفدهم جان لاک به عنوان نخستین متفکر، وظیفه مقننه را تنها تقنین می‌داند و نه نظارت.<sup>۴</sup> او از قوه مقننه و مجریه و تمایز میان آن دو سخن می‌راند، اما هیچ سخنی از قوه قضاییه، تفکیک و توازن قوا به میان نمی‌آورد.<sup>۵</sup>

در حقیقت نظریه تفکیک قوا با اندیشه منتسکیو و کتاب *روح‌القوانین* او گره خورده است و از این جهت برخی منتسکیو را فرزند زمانه خویش می‌دانند.<sup>۶</sup> دغدغه اصلی، وی یعنی حفظ آزادی‌ها، او را به سمت اندیشه مهار قدرت به وسیله قدرت رهنمون می‌سازد و در همین مسیر است که او نظریه تفکیک قوا را به مثابه ابزاری مناسب مطرح می‌نماید.<sup>۷</sup>

اما از اوایل قرن نوزدهم و با تحولات به وجود آمده در ساختارها و نهادها، در واقع دغدغه اندیشمندان، تهدیدهایی از جنس افراد مستبد و خودکامه نبود، بلکه از جنس نهادهای مشروع و موجه حکومتی نظیر مجالس قانونگذاری، اداره با ظهور بوروکراسی از اواخر قرن نوزدهم، سلطنت قضات در محاکم و یا حتی ظهور نهادهای تنظیم‌گر بود.<sup>۸</sup> بدینگونه ظهور حکمرانی تنظیمی منجر به ایجاد تحولات بنیادینی در نظام حقوق اساسی و به ویژه اندیشه تفکیک قوا گردید که تفاسیر و برداشت‌های جدیدی از نظریه تفکیک قوا پدیدار شد.

۱. اسدیان، احمد، مهندسی تفکیک قوا (نگرشی بر تغییرات مهندسی قدرت سیاسی)، تهران: انتشارات مجد، چاپ سوم، ۱۳۹۵، ص ۴۰.

۲. بوشهری، جعفر، حقوق اساسی، جلد اول، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ نهم، ۱۳۵۵، ص ۴۶.

۳. ارسطو، سیاست، ترجمه حمید عنایت، تهران: انتشارات علمی و فرهنگی، چاپ ششم، ۱۳۸۶، ص ۲۴۴.

۴. لاک، جان، رساله‌ای در باره‌ی حکومت، ترجمه حمید عضدانلو، تهران: نشر نی، چاپ چهارم، ۱۳۹۲، صص ۲۰۷-۲۰۰.

۵. قاضی، ابوالفضل، بایسته‌های حقوق اساسی، تهران: نشر میزان، چاپ بیست و دوم، بهار ۱۳۸۵، ص ۱۶۳.

6. Casper, Gerhard, "An essay in separation of powers; some early versions and practices", *William and Mary Law review*, vol 30, Issue 2, article 3, 1989.

۷. منتسکیو، شارل لویی دوسکوندا، روح‌القوانین، ترجمه علی اکبر مهندی، تهران: انتشارات امیرکبیر، چاپ سیزدهم، جلد دوم، ۱۳۹۳.

۸. زولر، الیزابت، در آمدی بر حقوق عمومی، ترجمه سید مجتبی واعظی، تهران: جاودانه جنگل، ۱۳۸۹، ص ۱۸۴.



به طور کلی، در پرتو حکمرانی تنظیمی می‌توان به موافقین و مخالفین این نظریه اشاره کرد، منتقدین تفکیک قوا را افسانه لیبرال خوانده و آن را مغایر با اصل دموکراسی به حساب آورده‌اند<sup>۱</sup> و موافقین این اصل سعی در تطبیق آن با شرایط و اقتضائات پیچیدگی‌های دنیای مدرن کرده‌اند. برخی به ارائه مدل تفکیک ساختاری مدرن پرداخته‌اند و برخی دیگر به تفکیک کارکردها و بازسازی مفهوم تفکیک قوا، که در ادامه به طور دقیق‌تری به هریک پرداخته خواهد شد.

### ۲.۱ تفکیک ساختاری مدرن

برخی نظریه‌پردازان بر این باورند که بایستی در کارایی ساختاری تفکیک قوا تردید نمود و در اندیشه ایجاد قوه جدیدی تحت عنوان افوریت<sup>۲</sup> ها بود؛ مارتین لاگلین را می‌توان سردمدار این نظریه به شمار آورد. وی معتقد بود که این افوریت‌ها<sup>۳</sup> به منظور جلوگیری از تضعیف حاکمیت بایستی توسط مردم انتخاب شوند. او بر این باور بود که این افوریت‌ها دسته‌ای از افراد متخصص و عاقلند که بر امور حکومت نظارت دارند و نباید هیچ ارتباطی با قدرت اجرایی داشته و به هیچ نهادی جز خودشان پاسخگو نیستند و این ارگان‌ها حق تحقیق مداوم بر امور دولت را دارند<sup>۴</sup> اما نهادهایی که امروزه شکل گرفته‌اند با آنچه مد نظر فیثته بود بسیار فاصله دارد و به همین دلیل لاگلین از آن تحت عنوان افوریت‌های جدید نام می‌برد.<sup>۵</sup>

ایده تفکیک قوای مدرن و ظهور افوریت با شکل‌گیری نهادهای مستقل و در عین حال تخصصی آغاز می‌شود که با رشد وظایف حکومت شکل گرفته‌اند. لاگلین معتقد است که: «مشکلی که ما امروزه با آن روبه‌رو هستیم، این است که تفکیک قوای سه‌گانه چهارچوبی ضعیف برای درک حکومت مدرن است و با ظهور نهادهای تنظیم‌گر مکانیزم پیچیده حکومت در این نظریه فرسوده

۱. فلدمن، ژان، "تفکیک قوا و مشروطه‌گرایی، افسانه و واقعیت یک دکترین و نقد آن"، ترجمه اسدالله یآوری، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۵۲، پاییز و زمستان ۸۹، ص ۲۳۸.

2. Ephorate.

۳. فوریت واژه ای یونانی است که در یونان باستان به هیأتی عالی رتبه اطلاق می‌شده که توسط آرای مردمی انتخاب می‌شدند و دارای قدرت موثری در امور حکومتی بودند، این طرح برای اولین بار در اواخر قرن هجدهم به منظور کنترل حکومت توسط فیثته مطرح شد.

4. JG Fichte, **Foundations of natural rights according to the principles of the wissenschaftslehre** [1796] Michael Baur (Trans) Frederick Neuhouser (Ed) (Cambridge: Cambridge University Press, 2000). p.143.

5 Loughlin, op. cit., pp. 445-448.

قابل فهم نیست.» وی افوریت‌های جدید را همان نهادهای تنظیم‌گر با عملکرد مشورتی یا مقررات‌گذاری و نیز اجرایی به شمار می‌آورد که وظایف آن‌ها در پنج کارکرد اصلی خلاصه می‌شود.<sup>۱</sup> به نظر می‌رسد اگرچه این نهادها به طور مستقیم نمی‌توانند قدرت حکومتی را اعمال کنند اما وظایف آنها نقش مؤثری در تصمیم‌گیری‌های دولت دارد و مستقیماً بر سیاست‌گذاری‌های دولت تاثیرگذار است. از این رو لاگین معتقد است قوه مجریه، علی‌رغم ادعای داشتن تخصصی که توسط آن صلاحیت مقررات‌گذاری را از قوه مقننه کسب کرده است، در عمل از این تخصص و تجربه کافی برخوردار نیست و همین امر منجر به واگذاری امور تخصصی به افوریت‌ها گردیده است.<sup>۲</sup> بنابراین قوه چهارم یا تنظیمی با کمک شواهد و مدارک علمی، روش‌های جدیدی را برای پاسخگویی حکومت در قبال تصمیم‌هایش ایجاد می‌کند و بدین ترتیب شکل متمایزی از قوای حکومتی را عرضه می‌کند که فرآیندهای خاص و منحصر به فرد خویش را برای کشف و شناسایی وقایع دارند. بنابراین مطابق این نظریه، این نهادها ساز و کاری هستند برای بهره‌مند شدن مردم از دانش افراد متخصص که می‌توانند در نتایج انتخابات و شکل دادن افکار عمومی بسیار مؤثر باشند و از طرفی نهادهای تنظیم‌گر با جمع‌آوری اطلاعات، شواهد و مدارک شفاف و دقیق‌تر می‌توانند موجبات پاسخگویی بیشتر حکومت را فراهم آورند.

## ۲.۲ تفکیک کارکردی مدرن

به اعتقاد بسیاری امروزه تفکیک کارکردی قوا جای تفکیک ساختاری را گرفته است<sup>۳</sup> و نظریه ایجادید در باب تفکیک قوا با ایده تفکیک دو قوه اداری-سیاسی، به همراه کارکردهای چندگانه،

۱. این نهادها عبارتند از:

(۱) تأمین‌کننده خدمات؛

(۲) ارزیاب ریسک؛ نهادهایی که بر تصمیم‌گیری و سیاست‌های عمومی مرتبط با موضوعات گسترده‌ای چون حوزه امنیت غذایی، دارو، ورزش، انرژی هسته‌ای، آلودگی محیط زیست، سلامتی و ایمنی را نظارت می‌کنند.

(۳) ناظر مرزی؛ سازمان‌هایی که به مرز میان امور خصوصی و عمومی رسیدگی می‌کنند تا از توجه کافی به منافع عمومی اطمینان حاصل کنند.

(۴) حسابرس؛ حسابرسان و بازرسانی که از مصرف منابع مالی در راستای منافع عمومی اطمینان حاصل می‌نمایند.

(۵) داوران؛ نهادهای داوری و تجدید نظر.

2. Ibid.

۳. ویژه، محمدرضا، مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی، تهران، نشر جنگل، چاپ اول، ۱۳۹۰، صص ۲۱۴-۲۰۵.

مطرح شده است. یکی از نظریه‌پردازان برجسته در این زمینه موریس وایل<sup>۱</sup> است. وایل در حوزه نفی تفکیک ساختاری معتقد است که قریب به دوپست سال است دولت اداری شکل گرفته و تفکیک قوا به معنای سنتی آن از میان رفته و آنچه که موجود است یک نظریه حقوق اساسی مدرن است تحت عنوان تفکیک کارکردی مدرن که قوه مجریه را به دو قوه اداری و سیاست‌گذاری تقسیم می‌کند.<sup>۲</sup> به نظر می‌رسد که وایل متأثر از نظریه دوگانگی سیاست و اداره<sup>۳</sup> و درو ویلسون قرار داشته<sup>۴</sup> و بر این اساس نظریه تفکیک قوای کلاسیک را به دلیل اینکه در عمل تحقق پذیر نیست، غیر قابل قبول می‌انگارد. از این رو درصدد برمی‌آید که قوه خط مشی‌گذاری<sup>۵</sup> را از قوه اداری<sup>۶</sup> جدا نماید تا بدین طریق بتواند هم مشارکت و هم نظارت مؤثر بر قوا وجود داشته باشد و هم منجر به نقض نظام نظارت و تعادل که از جمله اهداف قانونگذاران اساسی بوده است، نگردد.<sup>۷</sup>

وایل نظریه خویش را این‌گونه شرح و بسط می‌دهد: «از آنجایی که کلیه فعالیت‌های دولت نمی‌تواند در قالب یک قوه قرار بگیرد، لذا امور خارجه و امور بین‌المللی، خط‌مشی‌گذاری اجتماعی، مسائل امنیتی، دفاعی و مسئله نظارت بر اعمال اقتصادی دولت جزو وظایف کارکردهای قوه سیاست‌گذاری است و قوه اداری همان بدنه بوروکرات و متخصصی می‌باشد که با مسائل روزمره شهروندان در تماس است و بر اساس نیازهای آنها به تنظیم و ارائه خدمات عمومی در قالب نهادهای اداری تنظیم‌گر مستقل و نیمه مستقل می‌پردازد.»<sup>۸</sup>

در نهایت وی نظریه خود را این‌گونه تکمیل می‌کند که علاوه بر شبکه‌ای شدن قوا و همکاری میان آنها، قوا به نوعی دارای چند کارکرد<sup>۹</sup> شده‌اند و از طرفی باید قائل به تفکیک میان کارکردهای اولیه و ثانویه شد.<sup>۱۰</sup> وی کارکردهای اولیه حکومت را قاعده‌گذاری<sup>۱</sup>، اعمال قاعده<sup>۲</sup> و

1. Vile.

2. Vile, M. J. C, op. Cit. pp.105-140.

3. Politics Administration Dichotomy.

۴. ویلسون معتقد بود که نظریه تفکیک قوا کارایی و اثر بخشی خود را از دست داده است و بایستی یک نظریه تفکیک کارکردی جدید مطرح نمود که بر طبق آن میان مقامات اداری و سیاسی قوه مجریه می‌توان تفکیک قائل شد.

5. Policy making power.

6. Administrative power.

7. Ibid, p. 250.

8. Ibid, p. 253.

9. Multifunctional.

10. Almond, Gabriel, **The Politics of the Developing Areas**, Princeton University Press, 1960, (edited with James S. Coleman), p.67.

قضاوت قاعده<sup>۳</sup> به شمار می‌آورد که بدین ترتیب مرزهای کارکردی قوا سیال می‌گردد و کارکردهای ثانویه عبارتند از نظارت<sup>۴</sup> و مشارکت<sup>۵</sup>. سطح ثانویه حکومتی بسیار متفاوت‌تر از سطح اولیه آن است. که در راستای اجرای کارکردهای اولیه طراحی شده‌اند. مفهوم مشارکت بیشتر در راستای کارآیی و رسیدن به یک سازگاری در جهت دسترسی به اهداف مورد نظر است.<sup>۶</sup> اما در مسئله کنترل، بیشتر بحث درباره رعایت چارچوب‌های قانونی و توجه به گروه‌های فشار و احزاب و رسانه‌ها، علاوه بر سه قوه، به منظور کنترل می‌باشد.

از این رو در نظریه تفکیک کارکردی مدرن برخلاف مفهوم کلاسیک آن که بیشتر به ساختار توجه داشت، بیشتر به کارکردها پرداخته شده است. در واقع، در وهله نخست، کارکردهای اداری و اجرایی از کارکردهای قانونگذاری و نظارتی و سیاست‌گذاری و کارکرد قضایی باید تفکیک شود و تفکیک براساس ماهیت عمل و نه نهاد واجد صلاحیت صورت می‌گیرد. در وهله دوم، به جای آن که مانند مفهوم کلاسیک تفکیک قوا هر کارکرد به بخشی از قدرت سیاسی اختصاص داده شود، هر قوه می‌تواند کارکردهای گوناگونی را داشته باشد.

### ۲.۳ بازسازی و احیای تفکیک قوا

کریستف مولر یکی دیگر از نظریه پردازانی است که نظریه‌ای در خور توجه در این زمینه مطرح کرده است.<sup>۷</sup> وی با طرح «نظریه بازسازی مفهوم تفکیک قوا»<sup>۸</sup>، نقطه عزیمت خویش را حق

1. Rule making.
2. Rule application.
3. Rule adjudication.
4. Control.
5. Coordination.

۶ در عمل امروزه هماهنگی و ارتباط میان قوای حکومتی که در سیطره حاکمیت قانون به وقوع می‌پیوندد نه تنها ایراد و اشکال محسوب نمی‌شود بلکه یک امتیاز جهت تسهیل اعمال حاکمیت به شمار می‌رود. به عبارتی تفکیک قوا، خود متضمن ارتباط و همکاری قواست؛ ارتباطی قانونمند، معین و از پیش تبیین شده؛ ارتباطی که ارکان حکومت را تبدیل به اجزای یک کل می‌کند، کلی که صرفاً در سایه وحدت معنادار است و در صورت تجزیه فرو می‌پاشد. برای مطالعه بیشتر مراجعه شود به: فلدمن، ژان، تفکیک قوا و مشروطه‌گرایی، افسانه و واقعیت یک دکترین و نقد آن، ترجمه اسدالله یاور، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۵۲، پاییز و زمستان ۸۹.

۷. مولر معتقد است راه حل‌های پیشنهاد شده از قبیل ایجاد یک قوه چهارم نه تنها چالش‌های حقوقی موجود را حل نمی‌کند بلکه عملاً محدود کردن یک کارکرد با مرزهای مشخص و معین در یک قوه امکان‌پذیر نیست و به نظر نمی‌رسد با افزودن به تعداد این قوا، بتوان از اختلاط وظایف و کارکردهای قوا جلوگیری کرد.

8. Reconstruction of separation of powers.

تعیین سرنوشت قرار می‌دهد و با اشاره به مدل تعیین سرنوشت فردی و جمعی، سعی در بازسازی مجدد مفهوم تفکیک قوا، در قالب نظام‌های مشروطه‌گرای دموکراتیک، دارد.<sup>۱</sup>

دغدغه وی از آنجا آغاز می‌شود که اصل تفکیک قوای کلاسیک را، به دلیل ظهور قوه مجریه سیاسی بدون مرز، زوال پارلمان‌گرایی، ظهور دولت اداری تنظیمی، رونق نهادهای تکنوکرات و چالش‌های پیش روی نظام‌های دموکراتیک مبتنی بر قانون اساسی، در حال اضمحلال می‌داند و میان یک مدل نظریه سیاسی هنجاری و حقوق عمومی پیوند برقرار نماید؛ حلقه وصل این پیوند همان ایده تفکیک قواست.<sup>۲</sup> مولر برای شرح و بسط دقیق‌تر نظریه‌اش، برای هر دو مدل مشروعیت، سه ویژگی نهادی مطرح می‌کند که کاملاً به همدیگر مرتبط و غیر قابل تمایزاند: (۱) حوزه تصمیمات؛<sup>۳</sup> (۲) بازه زمانی؛<sup>۴</sup> (۳) محدوده قانون‌گذاری؛<sup>۵</sup>

قوه مقننه با قوانین معطوف به آینده به استقرار حق تعیین سرنوشت جمعی و قوه قضاییه با قضاوت حرفه‌ای به استقرار حق‌های فردی معطوف به گذشته و حق تعیین سرنوشت فردی می‌پردازد، قوه دیگری مورد نیاز است که مکمل این دو قطب باشد و این قوه، همان قوه مجریه است که مشروعیت اعمالش با مؤلفه تخصص و دانش حرفه‌ای قابل قبول است.

از نظر مولر بسته به نوع رویکردمان به رابطه حقوق و سیاست، قوه مجریه ماهیتی متفاوت خواهد داشت. اگر حقوق بر سیاست مقدم باشد این قوه، مجری صرف قانون است و اگر سیاست مقدم بر حقوق باشد، این قوه تنظیم‌کننده و هدایت‌گر خواهد بود.<sup>۶</sup>

از این رو نیاز به تقنین لزوماً همواره تعارضات گذشته را حل و یا برنامه‌های آینده را اجرایی نخواهد کرد. از این رو قوه مجریه به عنوان یک واسط میان حق تعیین سرنوشت فردی و

1. Waldron, Jeremy, *Separation of Powers in Thought and Practice*, **Boston College Law Review**, Vol. 54, Issue 2, 2013. p. 27.

2. Ibid, p. 4.

۳. حوزه حق‌های شخصی در یک مکان و زمان و حتی درباره یک عمل مشخص است، حال آن‌که تصمیمات دموکراتیک فراگیر و عام و کلی هستند.

۴. آزادی‌ها و حق‌های شخصی توسط قانون ایجاد نمی‌شوند بلکه به تأیید قانون می‌رسند، از اینرو امری معطوف به گذشته‌اند؛ حال آن‌که تصمیمات دموکراتیک به گونه‌ای معطوف به آینده عمل می‌کنند و آنها به موجب نظام حقوقی تأسیس می‌شوند و امکان ایجاد تغییر آنها در آینده وجود دارد.

۵. محدوده تعیین سرنوشت فردی در فرآیند مشروعیت بایستی به گونه‌ای حصری، چه به لحاظ شکلی و چه ماهوی، به موجب قانون تعریف شود. اما در مورد شکل‌گیری اراده جمعی و دموکراتیک تنها فرآیند شکلی آن باید به واسطه قانون تصویب شود و نه محتوای تصمیم دموکراتیک.

6. Ibid, p. 90.

دموکراتیک عمل خواهد کرد. مهم‌ترین مسئله متنازع فیه در قوه مجریه به ترسیم مرز میان حکومت سیاسی و اداره ملتزم به قانون و چگونگی به رسمیت شناختن رابطه میان این دو، که باید به‌طور متفاوتی تعبیر و تفسیر شود، برمی‌گردد. با نگاه دقیق و موشکافانه به محدوده زمانی تصمیمات قوه مجریه، آنچه که آشکار می‌شود، موقعیت محوری این قوه است. اگر قواعد قوه قضاییه معطوف به گذشته است و قواعد قوه مقننه معطوف به آینده، قوه مجریه بر فهم کنونی از قوانین تمرکز دارد.<sup>۱</sup>

در واقع، اجرای یک هنجار حقوقی می‌تواند به گونه‌ای تفسیر شود که به طور همزمان به ایجاد هنجار و اجرایی شدنش منجر شود. البته قوه مجریه اعمالش را محدود به اجرای قانون نمی‌کند بلکه گاهی مقررات‌گذاری می‌نماید و گاهی نیز در حوزه قضایی به قضاوت‌های موردی می‌پردازد؛ اما نکته حائز اهمیت، مسئله تخصص است که نقش بسیار مهمی را در این قوه ایفا می‌کند.<sup>۲</sup>

از این رو با توجه به این نظریه می‌توان اذعان کرد که اعمال قوه مجریه در دنیای مدرن هم می‌تواند ماهیت تقنینی داشته باشد و هم به همان میزان ماهیت قضایی، یا به تعبیر خود وی قوه مجریه، از اجرا کننده صرف در تعبیر کلاسیک به قوه تنظیم‌گر با کارکردهای چندگانه تبدیل می‌شود تا بدین طریق ضمن حفظ اصل تفکیک قوا، به‌گونه‌ای مناسب‌تر بتوان ظهور نهادهای تنظیم‌گر در قوه مجریه و چگونگی نظارت بر آنها را ضمن حفظ کارایی آنها، تضمین نمود. بنابراین به نظر می‌رسد، نسبت تفکیک قوا در دولت‌های دموکراتیک مبتنی بر قانون اساسی، نه سرکوب‌گری قدرت سیاسی است و نه تسهیل آن، بلکه سازمان‌دهی یک مدل قانون‌گذاری است که موضوعات شخصی و دموکراتیک تعیین سرنوشت را به گونه‌ای برابر به رسمیت می‌شناسد.

### ۳. دولت اداری تنظیمی و تفکیک قوا

با توجه به تأثیرات دولت اداری تنظیمی بر اندیشه تفکیک قوا، دلیل پرداختن به ارتباط مسئله تفکیک قوا با نهادهای تنظیم‌گر بحث چگونگی هماهنگی و سازگاری این نهادها با قوای سه‌گانه بر اساس اصول مشروطه‌گرایی است، چرا که دولت اداری تنظیمی منجر به بروز مشکلات و

1 Ibid.

2 Ibid.

چالش‌های عدیده‌ای در نظام‌های حقوق اساسی، از جمله تحول مفهومی در اصل تفکیک قوا، اصل نظارت و تعادل، نسبت میان آنها با اصل حاکمیت قانون و اصل عدم تفویض و حتی چگونگی نظارت قضایی بر نهادهای مزبور، گردیده است.<sup>۱</sup> لذا پاسخ بدین سوال بنیادین می‌تواند سایر مسائل حقوق اساسی را نیز به گونه‌ای مقتضی پاسخ دهد.

در دولت اداری تنظیمی، نهادهای تنظیمی مستقل، با ساختار خاص خود، اقدام به وضع مقررات، اجرای آنها و حتی به امر قضاوت می‌پردازند. این نهادها در واقع کارویژه‌های سه قوه را به صورت واحد تحت اختیار خویش دارند. از همین رو، تعادل نسبی ساختار سه گانه قوا بر هم خورده است و انتقادات جدی به اعمال اختیارات توسط نهادهای تنظیمی وارد شده است. این نهادها متهم شده‌اند که کُند، ناکارآمد، ناعادلانه، پیش‌بینی‌نشدنی، فاسد و رشوه‌خوار، دارای ضعف مدیریت، به دور از شایسته‌سالاری و غیردموکراتیک هستند. همچنین از اعطای صلاحیت قضاوت به آنها در خصوص تصمیماتی که خود اتخاذ می‌کنند، انتقاد شده است. انتقاد دیگر این است که فرآیندهای سازمان را افرادی اداره می‌کنند که از مشکلات کسانی که تابع قاعده‌گذاری نهادهای تنظیمی هستند، درک کافی ندارند. همچنین گفته شده است که این نهادها، تصمیماتشان را پیش از این که موضوعات به‌طور رسمی در معرض مشورت گروه‌های ذینفع قرار بگیرد، اتخاذ می‌کنند. نهایتاً این که نهادهای تنظیمی گر مانند همه نهادهای دیوانسالار دیگر، به‌دنبال رشد و افزایش اختیارات هستند و برای توجیه این رشد، حوزه‌های جدیدی از فعالیت‌های اقتصادی را جستجو می‌کنند و از این رو به مقررات‌گذاری بیشتر روی می‌آورند.

با توجه به مباحث مطرح شده، به نظر می‌رسد که دغدغه اصلی، شکل‌گیری و ظهور دولت اداری تنظیمی نیست، بلکه مسأله مسئولیت‌پذیری و در چارچوب بودن تنظیم‌گری در نظام حقوق اساسی است. منظور از مسئولیت، هم پاسخگویی مالی است و هم مسئولیت‌پذیری حقوقی. اگرچه برخی امکان اصلاح و از میان بردن بوروکراسی مدرن را مطرح کرده بودند، اما عمده‌تاً دو پاسخ بدین نظریه داده شده: اولاً نیاز به متخصصان نهادهای تنظیمی در دنیای مدرن اجتناب

1. Epstein, Richard. A., "Why the administrative state is inconsistent with the rule of law", New York, *NYU journal law and liberty*, vol3, 2012, p.492.

ناپذیر است و ثانیاً رهایی از بوروکرات‌ها به معنای بازگشت به بی‌نظمی اقتصاد آزاد (لسه فه) و بازگشت کارکودکان، غذاهای خطرناک و بازار فاقد تنظیم خواهیم بود.<sup>۱</sup> ولیکن پاسخ در خوری که می‌توان در مقام موافق دولت اداری تنظیمی در برابر اقتصاد مستقل و پیچیده مبتنی بر تنظیم‌گری داد، بحث سازگاری این مدل با حق‌های طبیعی است که در چارچوب قانون اساسی مطرح می‌شود، نه تحت عنوان یک قوه چهارم حکومتی که بر اصول قانون اساسی‌گرایی مبتنی نیست.

با ظهور نهادهای تنظیمی، ساختار سه گانه قوا بر هم خورده و با توجه به تفویض اختیار توسط کنگره یا پارلمان به مقامات و سازمانهای اداری، آنها سه صلاحیت در اختیار دارند و اعمال می‌کنند. با این اوصاف این سازمان‌ها را به سختی می‌توان در قالب قوای سه گانه توجیه نمود. مشکلات حقوقی این نهادها هنگامی تشدید می‌شود که رشد فزاینده این نهادها را، هم در رقم و هم در حوزه صلاحیت‌ها، مشاهده می‌کنیم.<sup>۲</sup> در بسیاری از دعاوی<sup>۳</sup>، اختلاف درباره کنترل و نظارت بر نهادهایی با ویژگی تنظیم‌گری است<sup>۴</sup> در دعاوی مختلفی قضات اذعان می‌کنند که مشخص کردن وظایف حکومت در قالب تفکیک سه گانه قوا و احصای صلاحیت‌ها به روش منتسکویی بسیار دشوار است، چرا که با ظهور نهادهای بوروکراتیک و اعمال مجموعه‌ای از صلاحیت‌ها توسط آنها، سخن گفتن از تفکیک مطلق امکان‌پذیر نیست. همچنین قضات انگلیسی بر این باورند که فعالیت‌های اجرایی به راحتی قابل تمییز از هم نیست که بتوان مرزهای سه گانه قوا را به طور دقیق مشخص کرد، اما اکثریت قضات و حقوقدانان انگلیسی و آمریکایی با ظهور قوه چهارم و یک نهاد فرا قانون اساسی مخالفت کرده و سعی در تطبیق این نهادها در قالب قانون اساسی نموده اند، بسیاری از قضات آمریکایی معتقدند از آنجا که اصلاح قانون اساسی امری دشوار است لذا تفسیر اصول، کمک شایانی در راستای تطبیق این نهادها با اصول بنیادین خواهد کرد.

1 Cass Sunstein, *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*, Harvard University Press, 1990, p. 18.

2 Bertrall L. Ross, "Embracing Administrative Constitutionalism", *Boston university law review*, 2015, Vol. 95, pp. 549-551.

3 Auer v. Robbins, *Chevron U.S.A v. Natural Resources Defense*.

4 Ibid.



نظریه پردازان حقوق تنظیمی معتقدند که تنظیم‌گری از ابتدا در نظام حقوقی آمریکا و انگلستان وجود داشته اما در دوران دولت اداری تنظیمی دارای مفهوم موسعی گشته است و تنظیم‌گری در راستای حفاظت و حمایت از آزادی‌ها و حق مالکیت افراد است. از این رو، نه می‌توان دولت اداری تنظیمی را انکار کرد و نه می‌توان تعارضات آن را با اصول حقوق اساسی لاینحل باقی گذاشت، چرا که پیچیدگی‌های زندگی سیاسی مدرن به وجود یک دولت اداری تنظیمی نیازمند است و حتی بسیاری از نظریه پردازانی که به این نظریه تمایلی ندارند نیز وجود آن را در دنیای کنونی اجتناب‌ناپذیر می‌انگارند و معتقدند اصلاحات جدی مبتنی بر اصول حقوق اساسی و آزادی‌های فردی در راستای هم‌خوانی با قوانین اساسی امکان‌پذیر و شدنی است.<sup>۱</sup>

از این رو بایستی به طور اصولی، راه حلی میانه یافت تا اصول مبتنی بر قانون اساسی را با سازوکار نهادهای تنظیم‌گر تطبیق داد. در ابتدا باید خاطر نشان ساخت که هر یک از سه قوه می‌تواند به نوعی در مهار و تنظیم دولت اداری تنظیمی نقش داشته باشند، بنابراین در ادامه به نقش هر یک از قوا در کنترل و نظارت بر نهادهای مذکور پرداخته می‌شود.

در بسیاری از دعاوی، مسئله درباره چگونگی کنترل و نظارت بر نهادهای مذکور است. به عنوان مثال، افزایش صلاحیت‌های نهادهای تنظیم‌گر در کشوری مانند ایالات متحده آمریکا، موجب برخی نگرانی‌ها در خصوص مشروعیت تصمیمات این نهادها شده است، به‌خصوص در مواردی که به نظر می‌رسد این نهادها از صلاحیت‌های قاعده‌سازی خود پیش‌تر می‌روند. از این رو، تلاش بر این بوده تا در کنار سازوکارهای سنتی پاسخگویی، نهادهای تنظیم‌گر به اشخاص و نهادهای دیگری نیز پاسخگو باشند.<sup>۲</sup> اما پرسشی که مطرح می‌شود این است که منبع این صلاحیت‌ها از کجاست و بر چه اساسی می‌توان به اعمال این نهادها مشروعیت دموکراتیک بخشید؟ با مطالعه تطبیقی این نهادها، مشخص می‌شود که نهادهای تنظیم‌گر، به موجب قوانین<sup>۳</sup> کنگره و پارلمان، تأسیس می‌شوند که نه تنها ایجادشان بلکه وظایف، صلاحیت‌ها و میزان استقلال‌شان به موجب قانون معین می‌شود.

1. Michael, W. Maccan, "public interest liberalism and the modern regulatory state", *Palgrave Macmillan Journal*, 1998, Vol. 21, p. 398.

2. Postell, Joseph, "From Administrative State To Constitutional Government", Washington, *the heritage foundation journal* 116, 2012, p. 24.

3. Enabling Act or Empowering Statute.

برخی حقوقدانان آمریکایی معتقدند که فقط کنگره دارای صلاحیت تقنینی است و بر اساس اصل عدم تفویض،<sup>۱</sup> حق واگذاری آن را به نهاد دیگری ندارد. اما در دعوی *Mistretta vs U.S* دیوان عالی ایالات متحده آمریکا بیان می‌کند که کنگره می‌تواند صلاحیت تقنینی‌اش را بر اساس اصل ضرورت و مناسبت واگذار نماید و استدلال قاضی این است که در جامعه پیچیده کنونی ما، کنگره به تنهایی نمی‌تواند تمامی کارها و وظایف موجود در جامعه را بدون تفویض انجام دهد، هرچند این تفویض باید مبتنی بر اصولی باشد.

یکی از مهمترین اقداماتی که می‌توان انجام داد، بحث نظارت قوه مقننه بر این نهادهاست. بدین منظور کلیه قواعدی که توسط این نهادها تنظیم می‌شوند پیش از این که به مقرر تبدیل شوند بایستی به تأیید و تصویب قانون‌گذار رسیده و نهایی شوند. بدین ترتیب اقدام آنها هم منطبق بر اصل تفکیک قوا خواهد بود و هم از طرفی پاسخگویی و مسئولیت‌پذیری این نهادها را در برابر قانون‌گذار افزایش می‌دهد.<sup>۲</sup> راهکار دیگر نظارت پسینی است، یعنی پس از تصویب قوانین، در بازه‌های زمانی مشخص و به طور دائمی بر مصوبات نهادهای تنظیم‌گر نظارت داشته باشند و کنگره بتواند برخی از موارد مبهم و غیر شفاف آن را، روشن و واضح سازد و بسیاری از موارد نقض را اصلاح نماید.<sup>۳</sup>

اگرچه این نهادها خارج از قوه مجریه شکل گرفته‌اند اما کماکان در نظام‌های حقوقی معاصر بخشی از این قوه به حساب می‌آیند و البته نخست وزیر یا رئیس‌جمهور در انتصاب و عزل اعضای آنان دارای محدودیت‌هایی است. یکی از مهمترین مشخصه‌های این نهادها ریاست گروهی از افراد با صلاحیت‌های مشترک در مجموعه‌هایی تحت عنوان کمیته یا کمیسیون است؛ دقیقاً بر خلاف سایر بخش‌های قوه مجریه، که اعضای آن توسط یک وزیر یا یک فرد منتصب از سوی رئیس‌جمهور یا نخست وزیر اداره می‌شوند.<sup>۴</sup> به عنوان مثال انتخاب اعضای این سازمان‌ها در ایالات متحده آمریکا با انتخاب رئیس‌جمهور و تأیید مجلس سنا صورت می‌گیرد

1. Non-Delegation.

2. Scott, Colin, "Regulatory Governance and The Challenge of Constitutionalism", Florence, *European university institute, EU working series*, 2010, p. 13.

3. Richard A. Epstein, **Design for Liberty: Private Property, Public Administration, and the Rule of Law**, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2011, p. 153.

4. Steven G. Calabresi & Saikrishna B. Prakash, "The President's Power to Execute the Laws", **104 YALE L.J.** 541, 1994, p. 549.

که بر اساس مصوبه کنگره رییس جمهور باید به دور از اهداف حزبی و بدون جانبداری سیاسی، اعضای این کمیسیون‌ها یا کمیته‌ها را تعیین کند. اما معمولاً دوره خدمت آنها بیشتر از دوره ۴ ساله ریاست جمهوری است و به همین دلیل بسیاری از رؤسای جمهور فرصتی برای انتصاب همه اعضای این کمیسیون‌ها ندارند. البته با توجه به مجموعه قوانین تنظیم‌گری فدرال<sup>۱</sup> رییس جمهور تنها در موارد خاص و محدودی از قبیل قصور در انجام وظایف، احراز تخلف و یا دلایل موجه قانونی حق عزل اعضای کمیته‌ها و کمیسیون‌های مزبور را دارد.<sup>۲</sup>

از طرفی تصویب قانون جدید در ایالات متحده آمریکا تحت عنوان «بازسازی و ترمیم تفکیک قوا»<sup>۳</sup> و به رسمیت شناختن صلاحیت نظارت قضایی محاکم بر این نهادها، عملاً بیانگر این نکته است که از نظر قانون‌گذار، نهادهای تنظیم‌گر جزئی از قوه مجریه به شمار می‌آیند و نظارت بر اعمال اداری آنها<sup>۴</sup> بر عهده قوه قضاییه است.

شایان ذکر است که در رأی قضایی مشهور *Auer v. Robbins*، قضات بر این امر تأکید میکنند که مشخص کردن وظایف حکومت در قالب تفکیک سه گانه قوا و احصای صلاحیت‌ها به روش منتسکویی و مطلق با ظهور نهادهای تنظیم‌گر و اعمال صلاحیت‌های سه گانه به واسطه آنها، امری بسیار دشوار است. همچنین قضات دیوان عالی ایالات متحده در پرونده *Bowsher v. Synar* اذعان می‌کنند که فعالیت‌های اجرایی به آسانی قابل تمییز از امر تقنینی نیست که بتوان مرزهای آنها را به‌طور دقیق مشخص کرد و مرزهای میان آنها مبهم و سیال است. در نهایت هنگامی که از چالش‌های دولت اداری تنظیمی بحث می‌شود، نباید نقش قوه قضاییه را نادیده گرفت. درباب عدم تخصص قضات در مسائل فنی و تکنیکی شاید نگرانی‌هایی وجود داشته باشد که با تاسیس دادگاه‌های اداری تخصصی و به کار گرفتن قضات حرفه‌ای در زمینه‌های خاص، می‌توان این نگرانی را بر طرف کرد. از این رو بسیاری از این اصلاحات در

1. Code of Federal Regulations.

2. Paul P. Van Riper, "The American administrative state: an unorthodox view", Texas A&M University, **public administration review**, 2000, p. 478.

3. Separation of Powers Restoration Act 2016.

4. Regulatory Accountability Act 2017.

حوزه صلاحیت‌های قوه مقننه است تا بتواند به دولت اداری تنظیمی مشروعیت ببخشد و منجر به شکل‌گیری قوه چهارمی نگردد.<sup>۱</sup>

مسئله دادرسی اداری که به تبع خود دعاوی قضایی را به دنبال دارد اساساً مخالف با حمایت‌های مدنظر حاکمیت قانون در دادرسی قضایی سنتی است، اما حقوقدانان این امر را با مسئله نظارت قضایی بر دعاوی نهادهای تنظیم‌گر حل و فصل کرده‌اند. تصویب آیین دادرسی اداری، به منظور حفظ حقوق و آزادی‌های شهروندان و متابعت نهادهای تنظیم‌گر از حاکمیت قانون و دادرسی عادلانه در هنگام قانون‌گذاری، از جمله قوانین مؤثری است که در آن بعد از دادرسی اداری راه را برای تجدیدنظرخواهی از محاکم اداری و نظارت قضایی بر آنها به رسمیت می‌شناسد، بنابراین تصمیمات این محاکم، از آنجا که مبتنی بر منفعت عمومی و عدالت اجتماعی است، کارآیی بیشتری برای مردم خواهد داشت.<sup>۲</sup> از این رو، اگر سازمان‌ها و بخش‌های مختلف اداری از نظارت دقیقی که بر اعمال‌شان، به هنگام استفاده از روش‌های غیر رسمی مثل نظر کارشناسان، اسناد راهنما و قواعد تفسیری سیاست‌گذاری وجود دارد، آگاه باشند، حساسیت و دقت بیشتری به خرج خواهند دهند تا روش‌های رسمی را که در قانون دادرسی اداری پیش‌بینی شده است برای خط‌مشی‌گذاری به کار بگیرند.<sup>۳</sup>

1. Cass Sunstein, *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State* Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1990, p. 18.

۲. هداوند، مهدی، حقوق اداری تطبیقی، تهران، انتشارات سمت، جلد اول، ۱۳۹۵، ص ۳۱۲.

3. Bertrall L. Ross, "Embracing Administrative Constitutionalism", Massachusetts, 95 *Boston university law review* 519, 2015, pp. 549-551.

## نتیجه‌گیری

مدیریت دولتی نوین به صورت ویژه بر کوچک کردن حجم دولت و تمرکززدایی از ساختارهای دولت تأکید می‌نماید و شرایط را برای ورود نهادهای جدید جهت تحقق این امر فراهم می‌آورد از طرفی، با وقوع انقلاب حق‌ها، دولت‌ها ناگزیر از واگذاری اختیارات بیشتری به نهادهای مستقل تنظیم‌گر گردیدند که همین امر منجر به ظهور دولت تنظیمی گردید که با خود چالش‌های جدی را در نظام‌های حقوق اساسی به همراه داشت. تفکیک قوای کلاسیک با شکل‌گیری نهادهای تنظیم‌گر رفته رفته مورد انتقاد قرار گرفت، برخی تفکیک سه‌گانه را فاقد کارایی لازم دانسته و سخن از ایجاد قوه چهارم به میان آوردند، اگرچه چنین ایده‌ای منجر به شکل‌گیری یک قوه منسجم، شفاف، متخصص، مستقل و پاسخگو در نظام‌های حقوقی می‌گردید ولی هزینه‌هایی را نیز دربرداشت از قبیل: تغییر در ساختارهای بنیادین مشروطه‌گرایی، اصلاحات قوانین اساسی، نسبت قوه تنظیمی با قوای سه‌گانه دیگر و نیز چگونگی مشروعیت‌بخشی در انتخاب اعضای این قوه. از طرفی، برخی از اندیشمندان دیگر تفکیک کارکردی را که تفکیک بر اساس ماهیت عمل بود برگزیدند. در این نظریه حکومت شبکه‌ای و همکاری قوا می‌توانست جایگاه نهادهای تنظیم‌گر را در قوه مجریه توجیه نماید و البته در این تفکیک، نظارت به همان میزان اهمیت می‌یابد. در نهایت، اندیشه بازسازی قوا، اعمال قوه مجریه را با ماهیت تنظیم‌گری و تخصص آن از سایر قوا متمایز می‌کند و این امر، به نوبه خود، منجر به ایجاد تعبیر جدیدی از امر اجرایی و تفسیر موسعی از این اعمال می‌گردد که حوزه مستقل صلاحیت‌های قوه مجریه را با خود به همراه دارد. لاز این رو، از میان نظریات مطرح شده شاید بتوان با ترکیب نظریه کارکردی قوا و سیال بودن مرزهای آن و توجه به تخصص بدنه بوروکرات در قوه مجریه، نهادهای تنظیم‌گر را به عنوان بازوان کمکی و اجرایی قوه مجریه در نظر گرفت و تغییر حکومت سلسله‌مراتبی را به حکومت شبکه‌ای در این قوه مشاهده کرد. از این جهت آنچه که اهمیت می‌یابد مساله چگونگی نظارت قوای تقنینی و قضایی بر نهادهای تنظیم‌گر، به عنوان نظارت بیرونی و نیز چگونگی پاسخگویی درونی این نهادها، در عین حفظ استقلال و کارایی شان، به مقامات اجرایی است که نظام‌های حقوقی با تفسیرهای مناسب از اصل تفکیک قوا سعی در افزایش میزان پاسخگویی نهادهای تنظیم‌گر کرده. از این رو با استفاده از صلاحیت‌های تقنینی مجالس قانون‌گذاری و اعمال نظارت پسینی

بر آنها و با قرار دادن این نهادها در زیرمجموعه قوه مجریه و پاسخگویی بدنه بوروکرات به قوه مجریه، از یک سو، و با تصویب قانون دادرسی اداری و اعمال نظارت قضایی بر اعمال این نهادها، از سوی دیگر، می توان آنها را با الگوی تفکیک قوای سه گانه تطبیق داد و در عین حال با یک رویکرد کارکردگرایانه به وظایف قوای حکومتی، ضمن حفظ اصل حاکمیت قانون، نظارت و تعادل پویای میان قوا را نیز افزایش داد.

## فهرست منابع

## فارسی

## الف) کتابها

۱. ارسطو، **سیاست**، ترجمه حمید عنایت، تهران: انتشارات علمی و فرهنگی، چاپ ششم، ۱۳۸۶.
۲. استار، پل، **قدرت آزادی: نیروی راستین لیبرالیسم**، ترجمه فریدون مجلسی، تهران: نشر ثالث، سال ۱۳۸۸.
۳. اسدیان، احمد، **مهندسی تفکیک قوا (نگرشی بر تغییرات مهندسی قدرت سیاسی)**، تهران: انتشارات مجد، چاپ سوم، ۱۳۹۵.
۴. باری، کلارک، **اقتصاد سیاسی تطبیقی**، ترجمه عباس حاتمی، تهران: انتشارات کویر، ۱۳۸۹.
۵. بوشهری، جعفر، **حقوق اساسی**، جلد اول، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ نهم، ۱۳۵۵.
۶. تونی فیتز پتریک، **نظریه رفاه**، ترجمه هرمز همایون پور، تهران: انتشارات گام نو و مؤسسه عالی پژوهش تأمین اجتماعی، چاپ دوم، ۱۳۸۳.
۷. رهنورد، فرج الله، **درسنامه مدیریت دولتی نوین**، مؤسسه عالی آموزش و پژوهش مدیریت و برنامه ریزی، چاپ اول، تهران: ۱۳۸۵.
۸. زارعی، محمد حسین و محمد حسنونند، **حکمرانی تنظیمی به مثابه حکمرانی نوین**، مجموعه حقوق، جانمایه بقای اجتماع (گفتارهای حقوقی در نکوداشت استاد عزت الله عراقی)، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۵.
۹. زولر، الیزابت، **در آمدی بر حقوق عمومی**، ترجمه سید مجتبی واعظی، تهران: جاودانه جنگل، ۱۳۸۹.
۱۰. قاضی، ابوالفضل، **بایسته های حقوق اساسی**، تهران: نشر میزان، چاپ بیست و دوم، بهار ۱۳۸۵.
۱۱. قاضی، ابوالفضل، **حقوق اساسی و نهادهای سیاسی**، تهران: نشر میزان، چاپ چهاردهم، ۱۳۹۵.
۱۲. لاک، جان، **رساله ای در باره ی حکومت**، ترجمه حمید عضدانلو، تهران: نشر نی، چاپ چهارم، ۱۳۹۲.
۱۳. منتسکیو، شارل لویی دوسکوندا، **روح القوانین**، ترجمه علی اکبر مهتدی، تهران: انتشارات امیرکبیر، چاپ سیزدهم، ۱۳۹۳.
۱۴. نامغ، پرویز، **مبانی مدیریت دولتی**، تهران: نشر هستان، سال ۱۳۸۴.
۱۵. ویژه، محمدرضا، **مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی**، تهران: نشر جنگل، چاپ اول، ۱۳۹۰.

۱۶. هداوند، مهدی، **حقوق اداری تطبیقی**، تهران: انتشارات سمت، جلد اول، ۱۳۹۵.

#### ب) مقالات

۱۷. زارعی، محمد حسین، **فرآیند مردمی شدن، پاسخگویی و مدیریت دولتی**، مجله مجتمع آموزش عالی قم، شماره نهم، ۱۳۸۰.
۱۸. زارعی، محمد حسین، **جزوه درس حقوق عمومی اقتصادی**، دوره دکتری حقوق عمومی، انتشارات دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، نیمسال دوم سال تحصیلی ۹۲-۱۳۹۱.
۱۹. یآوری، اسدالله، **درآمدی بر مفهوم تنظیم گری حقوقی**، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره پنجم، شماره دوم، پاییز ۱۳۹۳.

#### ب) انگلیسی

##### A) Books

20. Almond, Gabriel, the Politics of the Developing Areas, Princeton University Press, 1960.
21. Braithwait, J. and Drahos, p. Global business regulation, Cambridge, Cambridge university press, 2000.
22. Carolan, Eion, The new separation of powers, Oxford, Oxford University Press, 2009.
23. Cass Sunstein, After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1990.
24. Craig, Paul P., Administrative Law, Sweet & Maxwell, seventh edition, 2008.
25. Hughes, O E, Public Management & Administration: an Introduction, New York, Palgrave MacMillan, 2012.
26. Lobel, O. "The new deal, the fall of regulation and the rise in government in contemporary legal thought", Minnesota law review, 2004.
27. Loughlin, Martin, foundations of public law, London, oxford university press, 2010, p. 435.
28. Masterman, Roger, The separation of powers in the contemporary constitution, Cambridge, Cambridge university press, 2011.
29. Minogue, Martin, Regulatory Governance in Developing Countries, Edward Elgar, 2006.
30. Mollers, Christophe, The three branches, London, Oxford University press, 2015.
31. Paul P. Van Riper, The American administrative state: an unorthodox view, Texas A&M University, public administration review, 2000.



32. Robert Baldwin and C. McCrudden, *Regulatory Agencies: An Introduction to Conclusions: Regulation and Public Law*, in D.J. Galligan (ed.), *a Reader on Administrative Law*, Oxford University Press, 1996.
33. Vibert, Frank, *the rise of unelected: Democracy and the new separation of powers*, Cambridge, Cambridge university press, 2007.
34. Vile, M.J.C, *Constitutionalism and separation of powers*, New York, liberty fund (Indianapolis), 1998.

#### **B) Articles**

35. Ackerman, Bruce, "the new separation of powers", *Harvard law review*, vol 113, No 3, 2000.
36. Barber N. W, "The separation of powers and British constitution", London, *legal research papers series*, paper No.3, 2012.
37. Bertrall L. Ross, "Embracing Administrative Constitutionalism", Massachusetts, *95 Boston university law review* 519, 2015.
38. Casper, Gerhard, "An essay in separation of powers; some early versions and practices", *William and Mary Law review*, vol 30, Issue 2, article 3, 1989.
39. Epstein, Richard. A., "Why the administrative state is inconsistent with the rule of law", New York, *NYU journal law and liberty*, vol3, 2012.
40. Postell, Joseph, "from administrative state to constitutional government", *Washington, the heritage foundation journal* 116, 2012.
41. Scott, Colin, "Regulatory governance and the challenge of constitutionalism", *Florence, European university institute*, EU working series, 2010.
42. Steven G. Calabresi & Saikrishna B. Prakash, "The President's Power to Execute the Laws", *104 YALE L.J.* 541, 1994.
43. Waldron, Jeremy, "Separation of Powers in Thought and Practice", *Boston College Law Review*, Vol. 54, Issue 2, 2013.

#### **C) Cases**

44. *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361 (1989).
45. *Auer v. Robbins*, 519 U.S. 452 (1997).
46. *Bowsher v. Synar*, 478 U.S. 714 (1986).
47. *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984)