

دکتر ابوالفضل قاضی \*

## «قانون اساسی»

### سیر مفهوم و منطوق از دید تطبیقی

تلاش در جهت تدقیق و تعمیق معانی و مفاهیم قانون اساسی که والاترین مظهر موجودیت سیاسی هر کشوری است بی تردید از سودمندی علمی و عملی فراوانی برخوردار است. چرا که رشته حقوق اساسی به سبب ماهیت دوگانه حقوقی - سیاسی و آمیختگی اصطلاحات فنی آن با مفاهیم سیال سیاسی روزمره، صورت سهل و ممتنعی برای مفاهیم و مضامین بدست می دهد که اگر در مرزگذاری آن دقت لازم به عمل نیاید، لامحاله موجب سردرگمی و در بسیاری موارد استتاجات نادرست می شود. بدیهی است به علت همین

---

\* دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

خصلت دوگانه، گاهی کاربردهای غیر تخصصی و بعضاً روزنامه‌ای برخی از دانشواژه‌ها بر ابهام و پیچیدگی مطالب می‌افزاید. بطوری که رجوع کنندگان به این متون غیر دقیق، بجای این که از آمادگی ذهنی بیشتری در نگرش به متون تخصصی برخوردار شوند - بویژه اگر مبتدیان این رشته باشند - در استعمال و استفاده این دانشواژه‌ها دچار انحراف و تردید خواهند شد.

در نوشته زیر سعی کرده‌ایم با بررسی همه جانبه قانون اساسی (به معنای عام کلمه) از زمان شکل‌گیری تا زمان اصلاح و تغییر که بعضاً دربرگیرنده طول مدت اجرا و دگرگونیهای کاربردی آن است برخی از این مسائل و مشکلات را طرح کرده تا آنجا که ممکن است بدانها پاسخ گوئیم. اگر در این زمینه توفیقی دست دهد فبها، وگرنه دست کم با درنگ بیشتری بر مفهوم و منطوق آن در رفع شبهات گوناگون گامی هرچند ناچیز برداشته‌ایم.

## ۱- معانی گوناگون قانون اساسی

یکی از انحراف‌های معمول بویژه نزد غیر اهل فن جدا نکردن مفهوم مادی (ماهوی) قانون اساسی از مفهوم شکلی آن است. بسیاری از مردم با توجه انحصاری به متون مدون و شکلی گمان دارند که قانون اساسی و ظهور مفهوم و معنی آن ثمره تحولات قرون جدید است و جوامع سیاسی دوره‌های باستانی یا دولت-کشورهای مختلف قبل از قرن هجدهم واقعاً صاحب قانون اساسی نبوده‌اند. چرا که نهضت دستورگرایی (Constitutionnalisme) در سده‌های اخیر رخ داده و اکثر کشورهای جهان بدنبال چنین جنبشی در صدد تدوین قوانین اساسی خود برآمده‌اند. در حالی که واقعیت این نیست. یعنی در حقیقت ارمغان قرن هجدهم به بعد ابداع و خلق مفهوم نیست، بلکه تغییر و تبدیل صورت و دگرگونی در نتایج بروز و ظهور آن است.

واژه لاتینی «کنستی توسیو»<sup>۱</sup> در اصل به معنای ساختار، بافت و استخوان بندی جامعه سیاسی است. مراجعه به دائرةالمعارف ها و فرهنگ های مختلف، من جمله فرهنگ لاروس، معانی دیگری با کاربردهای گوناگونی برای این واژه بدست می دهد. موارد استعمال زیر را با این ترتیب برای اصطلاح فوق می توان احصا کرد: یک سلسله اعمال هنجاری در جهت شکل دادن به یک مجموعه، ترکیب اجزاء یک امر کلی، متوجه گونه ای از «اعمال هنجاری»، جنبه های شکل شناسی<sup>۲</sup> یک موجود زنده برای مشخص کردن آن از سایرین و بالاخره قوانین اصولی مربوط به جماعت انسانی و سرانجام، آن دسته از قواعد حقوقی که روابط بین فرمانروایان و فرمانبران را انتظام می بخشد.<sup>۳</sup>

با ترتیب گسترده فوق و با عطف توجه به ریشه های تشکیل جوامع از حیث تاریخی و جامعه شناختی می توان ادعا کرد که هرگونه گروه بندی انسانی به محض خروج از مراحل بدوی و مقدماتی و تبدیل خصیلت زودگذر به حالت مداوم و مستمر، لزوماً صاحب ترکیبی ممتاز و متمایز، استخوان بندی مشخص، نظام ساختاری متمایز از سایر جوامع و مآلاً قانون اساسی<sup>۴</sup> است. حال چه این قانون عرفی باشد، چه موضوعه، چه به شکل بندی مدوّن و مرتّب درآمده و چه مجموعه ای از قواعد و احکام پراکنده باشد، در اصل موضوع تفاوتی

۱- Constitutio در زبان فرانسه کنستیتوسیون Constitution، در انگلیسی کانستیتوشن

Constitution و در اکثر زبان های اروپائی با همین تقریب و با اندک تفاوت در تلفظ و املاء استعمال می شود.

## 2- Morphologie

۳- در زبانهای رائج و روزمره اروپائی به مفهوم آرایش خردمندان و هم آهنگ و منسجم نهادهای سیاسی نیز استعمال می شده است، جمله معروف تورگو Turgو به لوئی شانزدهم: «علیحضرتا، مملکت پادشاهی شما به هیچ وجه دارای کنستیتوسیون نیست» مبین این معنی است زیرا وی نمی خواهد بگوید که کشور نهادهای سیاسی ندارد بلکه منظورش این است که این نهادها با یکدیگر هم آهنگ و منسجم نیستند. به نقل از Institutions politiques et droit constitutionnel نوشته موریس دورژه، استاد حقوق اساسی و علوم سیاسی، دانشگاه پاریس. 1989,p.2

۴- با نهضت مشروطیت و تنظیم اولین متن ساختاری جدید، واژه کنستیتوسیون به قانون اساسی ترجمه شد. ولی کشورهای عرب واژه فارسی «دستور» را بجای آن بکار بردند.



وجود ندارد. یکی از صاحب نظران برجسته حقوق و علوم سیاسی پروفیسور ژرژ بردو<sup>۵</sup> لحظه ظهور قانون اساسی را در جوامع کشوری به گونه زیر مشخص کرده است:

«از آن لحظه که در جامعه سیاسی، بین نفس قدرت و عوامل اجرائی آن ایجاد تمایز شود، لزوماً آن کشور صاحب قانون اساسی شده است.»<sup>۶</sup> و در چند سطر بعد برای ایضاح هرچه بیشتر مطلب می افزاید که: «قانون اساسی همانند راهروئی (کانالی) است که قدرت از دولت - کشور که صاحب آن است به عوامل اجرا کننده اش یعنی فرمانروایان منتقل می شود.» بنابراین نباید قانون اساسی را چون مفهوم نو ظهوری ارمغان قرن هیجدهم دانست. آیا می توان تصور کرد که جوامع سیاسی بزرگ ایام باستان که به درجه ای قابل توجه از اعتلا و بلوغ و سازمان بندی سیاسی رسیده بودند مانند مصر و سومر و ایران و چین و هند و یونان و رم دارای سازمان بندی سیاسی و حقوقی و هم آهنگی و نهادهای منسجم نبوده اند؟ تاریخ مکتوب خلاف آن را نشان می دهد. مثلاً می دانیم که فلاسفه مشهور یونان باستان با چنین مفهومی به نیکی آشنائی داشته اند. ارسطو در آثار خود به یکصد و پنجاه و هشت قانون اساسی در دولت - شهرهای یونان اشاره کرده است. همچنین از نوشته های متفکرات قرون وسطا نیز برمی آید که چهره هایی نظیر سن توما داکن<sup>۷</sup> و سنت اوگوستن دوتاگاست<sup>۸</sup> نیز با چیزی شبیه به مفهوم قانون اساسی آشنا بوده اند. از سوی دیگر مثلاً با ملاحظه کارکرد منظم حکومت در ایران باستان (دوره های هخامنشی، اشکانی و ساسانی) نمی توان منکر وجود گونه پیشرفته ای از قانون اساسی در این کشور عظیم شد. همین اصل می تواند در خصوص سایر کشورهای باستانی تعمیم داده شود. کشور بریتانیا که نظام حقوقی و سیاسی اش به عرفی مشهور است دارای قانون اساسی ای است مرکب از قوانین موضوعه، عرفی، اعلامیه ها، منشورها و کنوانسیون ها که همه ماهیتاً وجهه «اساسی» دارند بی آنکه بتوان از دید شکلی به بخش اعظم آن قانون اساسی بمعنای متجدد کلمه اطلاق

5- Georges Burdeau

۶- Droit Constitutionnel چاپ بیست و یکم توسط فرانسیس هامون و میشل تروپر،

۱۹۸۸ صفحه ۵۶.

7- Saint Thoma d'acquin

8- Saint Augustin de Tagaste

کرد.<sup>۱</sup>

نتیجتاً باید گفته شود که اکنون بسیاری از علما و دانشمندان حقوق اساسی برای تشخیص و تمیز قانون اساسی از غیر آن بجای توسل به شکل و صورت، به محتوای قواعد و جهت مادی هنجارها توجه یافته اند. به بیان دیگر اساسی بودن یا نبودن قانون منعطف به ماده و ماهیت قانون است نه به صورت ظاهر و شکل آن. یعنی بجای حاوی به محتوی نگریسته می شود و سنجش آن بر مآخذ ماهیت احکام و قواعد است تا صورت ظاهر و شکل آن. تقسیم بندی قوانین اساسی به مادی و شکلی از این طرز دید سرچشمه می گیرد.

تحولی که در قرن هجدهم در این زمینه روی داد گونه ای نوگرایی نسبت به گذشته بود. انتشار آثار بزرگ و تاثیربخش متفکران نامداری نظیر هابس، "لاک"، "متسکیو"،

۹- لازم است خاطر نشان شود که قانون اساسی بریتانیا که زیر عنوان Law of Constitution نامگذاری شده است، دارای دو قسمت متمایز است: (۱) قوانین نوشته (۲) قوانین

عرفی

بخش نوشته آن مشتمل است به متون قدیمی مانند منشور کبیر (Magnou Charta) در ۱۲۱۵ - درخواست حقوق (Petition des droit) در ۱۶۲۸، مصوبه حقوق (Bill des droit) در ۱۶۸۸، عمل استقرار (Act d'etablissement) در ۱۷۰۱ و قوانین پایه ای (Statute Law) یعنی قوانینی که مصوب پارلمان است و جوهره آن «اساسی» است مانند عمل پارلمان (Parliament act) ۱۹۱۱ و ۱۹۴۹.

بخش عرفی آن عبارت است از کامن لا «Common Law» و قوانین اختصاصی «Case Law». لکن مهمترین بخش قانون اساسی، کنوانسیون های آن است مشتمل بر برخی تصمیم ها و توافق ها. این کنوانسیون ها اگر در قوه قضائیه مورد استناد قرار نمی گیرند، ولی بعنوان قواعد بازی از سوی افراد ذینفع مورد اطاعتند. مثلاً لزوم استعفای کابینه ای که در اقلیت واقع شده است. بنابراین از مشخصات عمده حقوق اساسی انگلستان این است که قوانین اساسی قراردادی و تعهدی دوش بدوش و موازی با سایر قوانین اساسی به اجرا درمی آیند.

10- Hobbes

11- Locke

12- Montesquieu

روسو<sup>۱۳</sup> و دائرةالمعارف نویسان<sup>۱۴</sup>، افکار عمومی را به تدارك سندی جامع دربرگیرنده اصول ساختاری جامعه و اندیشه‌هایی نوین در زمینه انسان و حقوق او و اسلوب زندگی و اخلاقی و مشارکت مردم در صورت بندی نهادها و تعیین متصدیان امور و خلاصه مضامین گسترده‌تری از گذشته‌ها تشویق کرد. تدارك و تنظیم یک سند شکلی و تشریفاتی نشانه‌ای از نوجویی، آزادی طلبی، هواداری از مردم سالاری و حکومت قانون و خلاصه سایر ارزش‌هایی بود که در جوامع اروپائی آن اثر ریشه گرفته و تحول طلبان را به آن سرمتمایل کرده بود.

زمینه‌های فکری یاد شده موجب قانون اساسی شکلی<sup>۱۵</sup> گردید و این قوانین مجموعه‌ای بود از قواعد تدوین شده در یک سند معتبر ملی که خصلت اصلی آن برتری شکلی نسبت به کلیه هنجارهای حقوقی قابل اجرا در یک دولت-کشور به شمار می‌آمد. در همین جا لازم است خاطر نشان شود که اصل برتری، مستقل از محتوی و ماده قواعد، پذیرفته شد نه آنکه چون موازین سند یاد شده به لحاظ داشتن ماهیتی سیاسی و عام و مرتبط بودن با سرنوشت کلی افراد در اجتماعات، نسبت به سایر قواعد و احکام ذاتاً برتر تلقی شوند. بهر حال آئین تجدید نظر در آنها می‌بایستی سخت‌تر، سنگین‌تر، پیچیده‌تر، طولانی‌تر و در صورت امکان دموکراتیک‌تر از شیوه‌های تغییر و یا نسخ سایر احکام حقوقی می‌بود. از نشانه‌های برتری اینگونه قوانین، قوت استثنائی آن بود. بدین معنی که احکام آن می‌توانست موجبات تزلزل و نسخ و تغییر سایر قوانین را فراهم کند<sup>۱۶</sup> بی آنکه خود تابع سایر قوانین باشد.

در بسیاری از کشورها قوانین اساسی شکلی صورت سند واحدی را یافته‌اند که تنها ابزار اعمال قواعد اساسی برتر بشمار می‌آیند.<sup>۱۷</sup> قانون اساسی ایالات متحد آمریکا و قانون اساسی آلمان چنین وضعی را دارند. لکن همیشه چنین نیست مثلاً جمهوری سوم فرانسه از ۱۸۷۰ تا ۱۹۴۰ بر سه قانون اساسی استوار بود. یا این که کشور سوئد تا سال ۱۹۷۵ بر چهار قانون پایه‌ای مصوب ۱۸۰۹، ۱۸۱۰، ۱۸۶۶ و ۱۹۴۹ بنا شده بود، کشور

13- Rousseau

14- Encyclopédistes

15- Constitution Formelle

16- Force d'erogatoire

17- Constitution instrumentale



ایتالیا تنها صاحب قانون اساسی ۲۷ دسامبر ۱۹۴۷ نیست بلکه علاوه بر آن دارای یک سلسله قوانین «پایه‌ای» است که اعتبار شکلی آنها با سند قانون اساسی برابر است (قانون مربوط به مناطق ویژه ۱۹۴۸، قانون بنیانی مربوط به دادگاه قانون اساسی ۱۹۵۳). کشور سوئیس هم علاوه بر قانون اساسی ۲۹ مه ۱۸۷۴ دارای قوانینی است به صورت مصوبات فدرال فوری که طبق اصل ۸۹ مکرر، تبصره ۳، همان قانون اساسی، جزء قوانین شکلی این کشور محسوب می‌شود.

## ۲- نهضت دستور گرائی و تحول قوانین اساسی شکلی

ویرژینیا، پیش از پیوستن به ایالات متحده امریکای شمالی نخستین جامعه سیاسی بود که در ۱۷۷۶ متن قانون اساسی شکلی خود را به تصویب رسانید. سپس در سال ۱۷۸۷ کنوانسیون معروف فیلادلفیا پس از کشمکش‌ها و فراز و نشیب‌های فراوان، قانون اساسی فدرال امریکا را پی‌ریزی کرد. واقعه اخیر یکی از مهمترین حوادث تاریخ حقوق اساسی مدرن بشمار می‌آید.

در قاره اروپا، ابتداء، نائره انقلاب در کشور فرانسه علیه طبقه حاکمه زمان یعنی نجباء و آریستوکراسی در ارکان حکومت مطلقه پادشاهی نیز دگرگونی به وجود آورد که عمده‌ترین تظاهر حقوقی آن یکی اعلامیه حقوق بشر و شهروند در ۲۶ اوت ۱۷۸۹ و دیگری نخستین قانون اساسی شکلی ۱۷۹۱ بود. اعلامیه حقوق یاد شده بعنوان دیباچه قانون اساسی در صدر آن سند قرار داده شد، تا کلیه ساختارها و اصول و قواعد مصوب متن بر مبنای اصول اعلامیه باشد. این قانون فقط یکسالی دوام داشت و در ۲۴ ژوئن ۱۷۹۳ قانون اساسی ژاکوبین<sup>۱۸</sup> (سال یک) جای آن را گرفت. بعد از سقوط روبسپیر<sup>۱۹</sup> انقلابی

۱۸- Les Jacobins به انقلابیون دو آتسه‌ای گفته می‌شود که در زمان انقلاب فرانسه

عملیات خو را در صومعه سن ژاک بر پا می‌داشتند و هوادار افراطی دموکراسی بودند.

۱۹- Robespierre انقلابی افراطی فرانسه، عضو کمیته نجات و عامل اصلی ترور که

فساد ناپذیر نامیده می‌شد.

معروف در روزهای ترمیدور<sup>۲۰</sup> یعنی در ۲۷ ژوئیه ۱۷۹۴ پایه‌های قانون اساسی دیرکتوار<sup>۲۱</sup> مورخ ۲۲ اوت ۱۷۹۵ (سال ۳) ریخته شد. قانون اساسی اخیرالذکر در ۱۳ دسامبر ۱۷۹۹ (سال ۸) جای خود را به قانون اساسی کنسول<sup>۲۲</sup> داد. به دنبال آن نوبت سناتوس کنسولت<sup>۲۳</sup> ۱۸۰۲ (سال دهم) و سناتوس کنسولت ۱۸۰۴ (سال ۱۲) رسید که تا شکست نهائی و سقوط ناپلئون اول اجرا می‌شد.

مقارن همین ایام، نهضت دستور گرائی سرتا پای قاره اروپا را فرا گرفت. اندیشه‌های متفکران و نویسندگان پیش از انقلاب در این جوامع شکفته شد و همه را به لزوم تهیه و تدارك قانون اساسی نوشته که تنها راه نجات از خودسری و بی‌قانونی و سیر به سوی حکومت دموکراسی و آزادیها که جزء قانون طبیعی و مستدام بشر شناخته می‌شد، مومن ساخت. تسلسل شتاب زده در ظهور قوانین اساسی نمودار همه‌گیری نهضت یاد شده بود. عصر دستور گرائی فرا رسید و جوامع همسایه و بیرون از مرزهای اروپا را نیز تحت تاثیر خود قرار داد.

شکست و برکناری ناپلئون اول و بازگشت به نظام سلطنتی محدود آغاز انقلاب فرانسه را دوره رستوراسیون<sup>۲۴</sup> نام نهاده‌اند (۱۸۱۵-۱۸۳۰). در این دوره گرایش نسبی به سوی رژیم‌های پادشاهی، گونه‌ای واکنش نسبت به تغییرات بزرگ انقلابی بود. هواداران رستوراسیون در حقیقت مایل به بازگشت به رژیم‌های قبل از انقلاب (به اصطلاح رژیم قدیم) بودند. لکن چون حصول این مقصود با توجه به تحولات عمیق جامعه مقدور نمی‌نمود به حداقل که همانا رژیم سلطنتی محدود، تفکیک قوا، وجود پارلمان و خلاصه

۲۰- Thermidor از نامهای قدیمی ماههای فرانسه

۲۱- Directoire هیأت مدیره‌ای مرکب از پنج نفر که قدرت اجرائی را در دست داشت

(حکومت دسته جمعی)

۲۲- Consulat در این قانون اساسی قدرت اجرائی در دست سه کنسول بود که برای

مدت ده سال انتخاب می‌شدند. بناپارت کنسول اول نامیده شد.

۲۳- Senatus - Consulte مصوبه مجلس سنای محافظه کار در ۱۸۰۲ ناپلئون را کنسول

مادام‌العمر و در ۱۸۰۴ امپراطور فرانسویان اعلام کرد.

۲۴- Restauration بازگشت به نظام سلطنتی



قانون اساسی بود دل‌بستگی نشان دادند. بدنبال کشور فرانسه برخی ممالک دیگر اروپائی نیز به این جنبش پیوستند که در جمع به آنها حقانی گرا (Legitimistes) می‌گفتند. قانون اساسی سوئد مصوب ۱۸۰۹ نشانگر این جهت‌گیری بود که پس از تصویب منشور اساسی ۱۸۱۴ فرانسه (قانون اساسی رستوراسیون) برای اصلاح از آن الهام گرفت. پس از بازگشت ناپلئون (حکومت صد روزه) قانون اساسی سال ۱۲ دوباره قابل اجرا اعلام، ولی با تصویب متمم قانون اساسی امپراطوری مورخ ۲۲ اوت ۱۸۱۵ به آن آب و رنگ لیبرالی بیشتری زده شد. همچنین بسیاری از قوانین اساسی دولت‌های آلمانی<sup>۲۵</sup> که پس از تشکیل کنفدراسیون ژرمانی در تاریخ ۱۸۱۵ به تصویب رسیدند مانند قانون اساسی باویر<sup>۲۶</sup> و بادن<sup>۲۷</sup> در ۱۸۱۸ و وورتمبرگ<sup>۲۸</sup> در ۱۸۱۹ از این زمره بشمار می‌آیند.

از سال ۱۸۳۰ تا ۱۸۴۸ که فرانسویان به آن عصر رژنراسیون<sup>۲۹</sup> (بازسازی) گویند، طبقه بورژوازی مجدداً به پیروزی دست یافت و به تحمیل یک سلسله قانون اساسی آزادمنشانه تری کامیاب گردید. بین این قوانین اساسی می‌توان به منشور اساسی لوئی فیلیپ در ۱۴ اوت ۱۸۳۰ و همچنین سند اصلاحات (Reform act) انگلیس در سال ۱۸۳۲ و بویژه قانون اساسی بلژیک مصوب ۷ فوریه ۱۸۳۱ که بسیاری از قوانین اساسی سلطنتی بعد از خود را تحت تأثیر قرار داد، اشاره کرد. همچنین قانون اساسی پروس ۱۸۴۸-۱۸۵۰، قانون اساسی ژاپن در ۱۸۸۹، اساس‌نامه آلبرتن<sup>۳۰</sup> کشور پادشاهی ساردین<sup>۳۱</sup> در ۱۸۴۸ که حدود یک قرن در ایتالیا جاری بود و همینطور قوانین اساسی کشورهای بالکان مانند یونان ۱۸۶۴، رومانی ۱۸۶۶ و بلغارستان ۱۸۸۱ که به تازگی از زیر بار امپراطوری عثمانی بیرون آمده بودند در این طبقه بندی جای می‌گیرند.

از اواسط قرن نوزدهم تا آغاز قرن بیستم، تعدادی قوانین اساسی دمکراتیک با انتخابات همگانی و رژیم پارلمانی در قاره اروپا ظاهر شدند.

۲۵- که اکنون جزء ایالات آلمان محسوب می‌شوند.

26- Baviere

27- Baden

28- Wutemberg

29- Régénération

30- Statut Albertin

31- Sardaigne

قانون اساسی چهارم نوامبر ۱۸۴۸ (جمهوری دوم) بعد از سقوط امپراطوری دوم<sup>۳۲</sup> تغییر یافت و قوانین اساسی سال ۱۸۷۵ (جمهوری سوم) جای آن را گرفت. قوانین اساسی دانمارک ۱۸۴۹ و هلند ۱۸۸۷ و لوگزامبورگ ۱۸۴۸ و همچنین قانون اساسی فدرال سوئیس مصوب ۱۲ دسامبر ۱۸۴۸ و آنگاه قانون اساسی ۲۹ ماه مه ۱۸۷۴ که هنوز در کشور سوئیس مجری است، قانون اساسی کنفدراسیون آلمان شمالی ۱۸۶۷ و قراردادهای بیسمارک ۱۸۷۱ که امپراطوری آلمان شمالی را بنا نهاد از این مقوله اند.

تا جنگ جهانی دوم، قوانین اساسی کشورهای اروپا و کشورهای همجوار با تداومی ایدئولوژیک در جهت مشابهی تحول یافتند، زیرا شرایط پایه ای آنها در چهارچوب دموکراسی و آزادیهای اساسی یکی بود. اگر اندک اختلافی در جزئیات مشاهده می گردید بیشتر معلول زورآزمایی عوامل ترکیب کننده طبقه بورژوازی بود که نهایتاً به قدرت رسیده و در این کشورها جای پای خود را محکم کرده بود.

لکن این وحدت ایدئولوژیک به علت انقلاب اکتبر ۱۹۱۷ روسیه که ثمره آن یکی ایجاد نمونه جدیدی از قانون اساسی سوسیالیستی بود قطع گردید. اولین قانون اساسی این کشور پس از انقلاب و پیروزی بلشویک ها قانون اساسی جمهوری فدرال شوروی روسیه (R.S.F.S.R) مورخ دهم ژوئیه ۱۹۱۸ زیر عنوان (اعلامیه خلق های کارگری و استثمار شده) که بوسیله لنین نگاشته شده بود اصولی را پی ریخت که قوانین بعدی این کشور پهناور و همچنین کشورهای را که به این اردو پیوستند تحت تاثیر شدید خود قرار داد. به دنبال آن نخستین متن قانون اساسی اتحاد جماهیر شوروی (U.R.S.S) مورخ ۳۱ ژانویه ۱۹۲۴ و سپس قانون اساسی پنجم دسامبر ۱۹۳۶ (قانون اساسی استالینی) به تصویب رسیدند. قانون اساسی استالینی ۱۹۳۶ در سال ۱۹۷۷ در زمان حکومت برژنف با تغییراتی چند تا ایجاد حوادث جدید و آغاز عصر پروستریکا و گلاس نوست (معروف به قانون اساسی ۱۹۷۷) اجرا شده است.

از سوی دیگر بدنبال جنگ جهانی اول (در سالهای ۱۹۱۷ و ۱۹۱۸) امپراطوریهای

۳۲- Seconde Empire این امپراطوری توسط لوئی ناپلئون بناپارت نواده ناپلئون اول با

قانون اساسی ۱۸۵۲ شروع و تا اوائل جمهوری سوم ادامه یافت که به آن گاهی دیکتاتوری و گاهی دموکراسی سزاری می گویند.



بزرگی که در قلمرو خود چندین ملیت را گرد هم آورده بودند منقرض گردیدند و در نتیجه از بطن این دولت - کشورهای بزرگ چندین دولت جدید سر بر آوردند و طبعاً هر کدام به دنبال تصویب قوانین اساسی خود به منزله سند موجودیت به راه افتادند: فنلاند در ۱۹۱۹، لهستان در ۱۹۲۱ و چک اسلواکی در ۱۹۲۰. جنبش دستورگرائی هم گریبان شکست خوردگان در جنگ را گرفت و هم آنانی را که پیروز شده بودند. غالب و مغلوب هر یک بدلائل ویژه این راه را پیمودند: آلمان با قانون اساسی ویمار<sup>۳۳</sup> (Weimar) ۱۹۱۹، اتریش با قانون اساسی کلسنی<sup>۳۴</sup> (Kelsenienne) در ۱۹۲۰ و ترکیه با قانون اساسی جمهوریخواه کمال آتاتورک در ۱۹۲۴ در گروه مغلوبین جنگ قرار داشتند و ایرلند با قانون اساسی ۱۹۲۱، یونان با قانون اساسی ۱۹۲۷ جزء یا همراه با فاتحین در جنگ شرکت کرده بودند. حتی ممالک بیطرفی نظیر اسپانیا نیز با قانون اساسی ۱۹۳۱ که جنبه‌های دمکراتیک نسبتاً قوی داشت به این نهضت پیوستند.

جهان، در فاصله بین دو جنگ شاهد ظهور رژیم‌های جدیدی از نوع فاشیستی بود. البته فاشیسم ایتالیا بدون اینکه دست به ترکیب (قانون) اساسنامه آلبرتن بزند قدرت را بدست آورد و موسولینی با حفظ ظاهری قانون قدیمی رژیم خود را مستحکم کرد. هیتلر نیز در آلمان، دیکتاتوری ناسیونال سوسیالیستی خود را بر مبنای قانون ۲۳ مارس ۱۹۳۳ بنا کرد. این قانون اجازه می‌داد که قوه مجریه قانونگذاری کند. بنابر این در این دو کشور متنی مصوب و کامل که آئینه تمام‌نمای اینگونه رژیم‌ها باشد بوجود نیامد.

«حکومت ویشی»<sup>۳۵</sup> در فرانسه، بعد از اشغال خاک این کشور توسط آلمانی‌ها با اتکاء به قانون اساسی دهم ژوئیه ۱۹۴۰ که اجازه می‌داد، مارشال پتن قانون اساسی جدیدی را تصویب کند و به اجرا گذارد نیز قدرت را بدست گرفت. ولی متن قانون اساسی او از

۳۳- این نام به سبب نام محلی است که قانون اساسی در آن به تصویب رسیده و از ۱۹۱۹ تا استقرار رژیم ناسیونال سوسیالیست قابل اجرا بوده است.

۳۴- Kelsen، حقوقدان بزرگ اتریشی که صاحب مکتبی است به همین نام که در

شکل‌گیری این قانون اساسی موثر بوده است.

۳۵- حکومت مارشال پتن بنام ویشی پایتخت آن که یکی از شهرهای فرانسه بود به

حکومت ویشی *Gouvernement de Vichy* نامگذاری شد..



مرحله طرح تجاوز نکرد. همچنین کیسلینگ<sup>۳۶</sup> در نروژ و پاولیچ<sup>۳۷</sup> در کروآسی به پشتیبانی قدرت اشغالگر آلمان زمام قدرت را بدست گرفتند. لذا تنها قوانین اساسی که می توان بدانها نام قانون اساسی فاشیستی داد یکی قانون اساسی پرتغال در ۱۹۳۳ است و دیگری قوانین مختلف پایه ای نظیر منشور کار اسپانیا در ۱۹۳۸ و منشور اسپانیا در ۱۹۴۵ در این کشور که به ژنرال فرانکو اجازه داد تا رژیم خود را پس از پیروزی در جنگ داخلی مستقر نماید.

بعد از جنگ جهانی دوم در هر کشوری بنا به مقتضیات سیاسی و ژئوپلتیکی راهی ویژه اتخاذ شد. کشورهای اروپای غربی در رده غالب و مغلوب به الگوی کلاسیک دموکراسی البته با قبول برخی گرایشهای اجتماع گرایانه<sup>۳۸</sup> وفادار باقی ماندند: قانون اساسی ایسلند ۱۹۴۴، قانون اساسی ۲۷ اکتبر ۱۹۴۶ فرانسه (جمهوری چهارم)، قانون اساسی ۲۷ دسامبر ۱۹۴۷ ایتالیا که نهایتاً اساسنامه آلبرتین ۱۸۴۸ را منسوخ کرد، قانون اساسی آلمان غربی مصوب ۲۳ مه ۱۹۴۹، قانون اساسی یونان ۱۹۵۱، قانون اساسی ۱۹۵۳ دانمارک و قانون اساسی ۱۹۶۱ ترکیه در زمره مثال های بارز این جریان بشمار می آیند.

از سوی دیگر متعاقب پیدایش جنگ سرد کشورهای اروپای شرقی که یا مستقیماً تحت تاثیر شوروی و یا بر اساس فشار نیروهای مسلح این کشور و اکثراً با الهام از قانون اساسی استالینی ۱۹۳۶ شکل می گرفتند دست به تصویب قوانین اساسی جدیدی زدند. به کشورهای یاد شده اصطلاحاً «دموکراسیهای توده ای» گفته می شد. عنوان فوق قاعدتاً برای تمایز اینان از رژیم شوروی بود و گرنه خصیلت اساسی رژیم های آنان با اندک اختلافی از قوانین پایه ای مارکسیست ها گرته برداری شده بود. بلغارستان در ۱۹۴۷، چک اسلواکی در ۱۹۴۸، مجارستان و آلمان شرقی در ۱۹۴۹، لهستان و رومانی در ۱۹۵۲ رسماً در این اردو جای گرفتند. قانون اساسی چین کمونیست مصوب ۱۹۵۴ را نیز باید دنباله همین نهضت دانست.

36- Quisling

37- Pavelitch

۳۸- این مطلب بخصوص در مورد قانون اساسی ۱۹۴۶ (جمهوری چهارم فرانسه) صادق

جنگ دوم جهانی تأثیری از نوع دیگر نیز بجای گذاشت و آن ایجاد زمینه برای سقوط امپراطوریهای استعماری بود. امپراطوریهای انگلیسی، فرانسوی، هلندی، بلژیکی و ایتالیائی در اثر ایجاد جو رهائی گری بعد از جنگ و جنبش های استعمارزدائی ملل مختلف یکی پس از دیگری از هم فرو پاشیدند و از بطن آنها دولت - کشورهائی جدید در خاورمیانه، آسیا و آفریقا سر برداشتند و هر کدام به عنوان نخستین گام استقلال تصویب قانون اساسی شکلی خود را قطعیت بخشیدند. افزون بر آن کوشیدند تا در سازمان ملل متحد عضویت یابند. داشتن یک متن قانون اساسی و پذیرفته شدن در سازمان جهانی دو نشانه بارز استقلال و شخصیت حقوقی - سیاسی این کشورها بحساب می آمد. امروزه اکثریت قریب به اتفاق اعضای سازمان ملل متحد صاحب قانون اساسی مدون هستند و تنها چند کشوری نظیر انگلستان، اسرائیل و برخی ممالک دنیای سوم به این نهضت همه گیر نیوسته و یا نخواسته اند خود را به این ابزار اساسی مجهز نمایند.

یکی دیگر از حوادث عمده، به پایان رسیدن عمر رژیم های سالازار در کشور پرتغال و فرانکو در کشور اسپانیا و رژیم سرهنگ ها در یونان است. زیرا این تغییرات موجب امحاء آثار قوانین اساسی فاشیستی و پذیرش قوانین اساسی دمکراتیک گردید: یونان در سال ۱۹۷۵، پرتغال در دوم اوت ۱۹۷۶ (با تجدید نظر سال ۱۹۸۲) و اسپانیا در ۲۷ دسامبر ۱۹۷۸ صاحب قوانین اساسی فعلی خود شدند و در نتیجه به جریان اصلی نهضت دستورگرائی پیوستند.

در پایان باید به وقایع بسیار مهم پایان سال ۱۹۸۰ در کشورهای مارکسیستی بالاخص در اتحاد جماهیر شوروی اشاره کرد. تحول در ساختهای ذهنی رهبران و مردم شوروی از سالها پیش شروع شده و بحران عمیقی را در این جامعه سبب گردیده بود. سیاست های پروسترویکا و گلاس نوست در عصر فرمانروائی گورباچف خود نتیجه منطقی شکست های اقتصادی و عقب ماندگی تکنولوژی رژیم اقتدارگرائی بود که حدود بیشتر از هفتاد سال مردم این کشور را در زیر بار نوعی توتالیتاریسم از هر گونه امکان پیشرفت که قاعدتاً ناشی از ابتکار فردی و خلاقیت و کوشش انسانهاست محروم می کرد. عدم رضایت عمیق و هشدار دهنده ای که در مردم این جامعه بسیار بزرگ و این امپراطوری عظیم قرن اخیر پدید آمده بود خود بخود لزوم تغییرات عمیقی را پیش بینی پذیر می ساخت. قوانین اساسی این

کشور که در گذشته ابزار و انعکاس توتالیترسم مارکسیستی شوروی بود جز از طریق زور علیه جمهوری های متعدد و مختلف و ملیت ها و مذاهب گوناگون و حتی علیه خود مردم جمهوری روسیه که قوم غالب نسبت به بقیه محسوب می شد به هیچ عنوان قابل اعمال نمی بود. جریان تحولات و حوادث اخیر به نیکی نمودار ایجاد فرآیندی محتوم در جهت بازبینی کامل و تغییر قانون اساسی سال ۱۹۷۷ است. از هم اکنون به جرأت می توان گفت که دیگر الگوی مارکسیستی (لنینی، استالینی و برژنفی) قانون اساسی وجود ندارد و این جامعه در صدد یافتن صورت بندیهای جدیدی متناسب با نیازهای بسیار پیچیده خود می باشد که به گمان ما در خطوط اصلی به الگوهای موجود در غرب شباهت خواهد یافت. کشورهای اروپای شرقی در چهارچوبه آزادسازی اردوی کمونیستی از سال ۱۹۸۰ تا ۱۹۹۱ به اصلیت خود بازگشته، از یکطرف در صدد پیوند با تاریخ قبل از رژیم های کمونیستی و از طرف دیگر قبول قوانین اساسی جدیدی که همه خصصت دمکراسی های چندگانه گرا دارند، می باشند. بهمان آهنگ که آثار باقیمانده از شیوه های استالینی متمرکز در این کشورها جای خود را به روش های نوینی می سپارند، قوانین اساسی این قبیل کشورها هم با اصول و قواعد و شکل جدیدی که متناسب با زمان است شکل می گیرند. استقلال و خودمختاری های سیاسی و اداری جمهوری های شوروی از یکسو و گرایش اکثر آنها به سوی انعقاد پیمان نامه های کنفدراسیون یا تصویب یک قانون اساسی دمکراتیک از سوی دیگر تحولات این جوامع را به الگوهای کلاسیک فدرالیسم و دمکراسی همانند خواهد کرد. بدنبال آن باید منتظر اثرات محتوم این تحولات در کشورهایی بود که بطور مستقیم یا غیر مستقیم مرعوب یا مجذوب امپراطوری مقتدر شوروی بودند.

کشور ما ایران نیز در رده نخستین کشورهای آسیائی بود که در سال ۱۹۰۶ (۱۲۸۵ شمسی) وارد در جرگه جنبش دستورگرائی گردید. پذیرش قانون اساسی اول (۱۲۸۵) و متمم آن در ۱۹۰۷ (۱۲۸۶ شمسی) به معنای واکنش علیه سلطنت مطلقه، ظلم و بی عدالتی و بی قانونی و دلبستگی به مشارکت مردم در امور حکومتی، با برگزیدن نمایندگان بشمار می آمد. جالب است که تحصیل قانون اساسی شکلی و قبول رژیم پارلمانی در این کشور،



خیلی زودتر از برخی از کشورهای اروپائی واقع شد.<sup>۳۹</sup> قانون اساسی مشروطیت (۱۹۰۶ و ۱۹۰۷) به دنبال وقوع انقلاب اسلامی در سال ۱۳۵۸ جای خود را به قانون اساسی جمهوری اسلامی داد.

نهضت جهانشمول بالا علی رغم مخالفت نیروهای محافظه کار زمان و نوشته های صاحب نامهایی نظیر ژوزف دومستر<sup>۴۰</sup> و بونالد<sup>۴۱</sup> جوامع را به سوی شکلی کردن قوانین اساسی عرفی رهنمون گردید. در سطور گذشته، به ذکر مهمترین علل این جنبش ها پرداختیم. ولی بهرحال قابل ذکر است که اجرائی تر بودن و مشخص تر بودن قوانین اساسی بدون از قواعد پراکنده عرفی که حتی استناد بدانها نیز موجد گفتگوها و تعارض اهل فن می شد، همگان را به تصویب چنین اسنادی تشویق می کرد. قانون اساسی شکلی را حد و مرزهای روشنی بود که طبعاً اندازه گیری دامنه و برد نظری و اجرائی آن را تسهیل می نمود، در حالی که عرف و عادت با وجود رسوخ اجتماعی و طبیعی تر بودن از این کیفیات عاری می نمود. افزون بر آن حفظ نظام سلسله مراتب قواعد که عامل اصلی تأمین دوام و قوام شبکه حقوقی کشور است با متن نوشته مشخص و ممکن الحصول تر بنظر می رسید.<sup>۴۲</sup>

### ۳- معیارهای تمایز قانون اساسی از سایر اعمال هنجاری

فرق گذاری قانون اساسی شکلی از سایر قوانین و اعمال هنجاری چندان مسأله ساز نیست. چرا که وجوه ممیزه آنها در ماهیت و ذات قواعد مستتر نیست بلکه شرائط صوری و نحوه تدوین به تنهایی حقوقدانان را کفایت می کند. یعنی آنچه را که در متن مدون قانون اساسی ملاحظه کنند آن را از سایر احکام و قواعد شکلاً متمایز می شناسند، هر چند که ممکن است در قوانین عادی متونی یافت شود که بتوان آن را مادتاً اساسی تر از پاره ای مواد

۳۹- مثلاً زودتر از قوانین اساسی فنلاند (۱۹۱۹)، لهستان (۱۹۲۱)، چک اسلواکی

(۱۹۲۰)، شوروی (۱۹۲۴)، آلمان ویماری (۱۹۱۹)، ایرلند (۱۹۲۱)، اطریش (۱۹۲۰) الی آخر.

40- Joseph de Maistre

41- Bonald

۴۲- رجوع شود به حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، تألیف ابوالفضل قاضی، بویژه از

صفحه ۹۱ تا ۹۵.

مندرج در متن شکلی قانون اساسی قلمداد کرد. اما اگر قانون اساسی را به معنای اعم کلمه مد نظر قرار دهند، موضوع از حساسیت بیشتری برخوردار خواهد شد و بهمین دلیل کمتر کسی به سوی تحلیل ماهیت قواعد پیش رفته و اگر بدانسو کشیده شده است از آن اجتناب نموده یا از آن بطریقی گذشته است.

بهر تقدیر سه عامل زیر، بعنوان وجوه تشخیص قانون اساسی از غیر آن، از لابلای آثار و نوشته‌های استادان و صاحب نظران حقوق عمومی و اساسی قابل احصاء بنظر می‌رسد.

الف: قوه موسس و منشأ تاسیس ب- تجدید نظر ج- انطباق قواعد و قوانین عادی با قانون اساسی

به گمان ما باید، مسأله ماهیت اختصاصی قواعد «اساسی» را نیز بر عوامل فوق افزون کرد. لکن در هر صورت پیش از رسیدگی جداگانه به موضوعات بالا باید خاطر نشان کرد که پرسش‌هایی چنددر همان نگرش نخستین ذهن هر کنجکاوی را به خود معطوف می‌دارد که پاسخ بدانها زمینه ساز بحث و بررسی است. آیا با توجه به متشابهات و مشترکات فراوان قواعد حقوقی از هر قبیل، اساساً امکان جداسازی قواعد «اساسی» از سایر قواعد متصور تواند بود؟ تعاریف کلی صاحب نظران بلندپایه این رشته، از قاعده و احکام حقوقی و مهر تأیید علم حقوق شناسی یا جامعه شناسی حقوق<sup>۴۳</sup> بر عمومیت و شمول این تعاریف طبعاً پاسخ سوال بالا را دشوارتر می‌کند.

دیگر اینکه اصل برتری قوانین اساسی که در کتابها و آثار حقوق عمومی امری مسجل لحاظ شده است پدیده‌ای شکلی است یا ماهوی؟ ثانیاً با چه تدابیر و فنونی می‌توان از اصل یاد شده حراست کرد تا در زنجیره سلسله مراتب قواعد حقوقی گسیختگی ایجاد نگردد. در زیر خواهیم کوشید تا آنجا که ممکن است ضمن طرح عوامل کلاسیک تمایز به پرسشهای بالا پاسخ دهیم.

۴۳- جامعه شناسی حقوق، هانری لوی برول، ترجمه ابوالفضل قاضی، چاپ دوم، در دست انتشار، دانشگاه تهران. این استاد نام این رشته را (Le Juristique) گذارده است.

### الف: قوه مؤسس و منشأ تأسیس

در این مقام، بررسی عمل «تأسیسی» و تفاوت‌های آن با اعمال «تقنینی» و «نظامنامه‌ای» اجتناب ناپذیر است. البته تفاوت گذاری بین هنجارهای حقوقی مختلف ظاهراً آسان ولی در باطن دشوار است. چرا که صورت‌بندی قانون اساسی همانند سایر قوانین و مقررات، علی‌الاصول، ثمره قدرت برتر یا حاکمیت است و حاکمیت کلیتی است منبث از اراده عام. این اراده حاکم همدوش و همزمان با شکل‌گیری جامعه سیاسی قابل تصور است و بدین منوال کلیه پدیدارهای نهادین شده فرمانروائی همانند سایر اعمال تقنینی و اجرائی از چنین منشائی سربرداشته‌اند. اگر چنین باشد پس اعمال حکومت از قبیل تصمیمات رئیس مملکت، نخست وزیر، وزیران، اقدامات ماموران انتظامی، آراء قضات یا انجام وظیفه کارکنان اداری، همه نشانه‌هایی از تظاهر بیرونی نیروی حاکمیت‌اند یا چون جریان آبی هستند که از یک چشمه بیرون می‌آیند. لکن از یک سنخ و مقوله پنداشتن کلیه این تظاهرات حاکمانه قانع‌کننده بنظر نمی‌رسد. درست است که همه اعمال یاد شده فوق از رهگذر بروز اراده حاکم بصورت مستقیم و غیر مستقیم پشتوانه یافته‌اند. اما عقل سلیم نمی‌پذیرد که بتوان برای تصمیمات قوه سیاسی همان شأنی را قائل شد که تصمیم یا اجرای فلان مامور بخشداری یا مقام اداری.

پس راه حل چیست؟ در پاسخ این سؤال می‌توان گفت اعمال تأسیسی در عین اینکه همانند اعمال تقنینی ماهیت هنجاری دارند و علاوه بر آن هر دو برآمده از حاکمیت می‌باشند ولی قواعد قانون اساسی قاعدتاً بدنبال حوادث بسیار مهم ملی از قبیل ایجاد دولت-کشور جدید، یا بروز انقلاب‌ها و حرکات تند دگرگون‌کننده یا عواملی که موجب تأسیس رژیم‌های نوین سیاسی می‌شوند پدیدار می‌گردند. لذا این گونه اعمال هنجاری در برترین سطح ظهور اعمال حاکمیت‌اند، در حالی که اعمال قانون‌گذاری، امری روزمره و دائمی و همچون واکنشی در جهت پاسخگویی به نیازهای مستمر و متحول جامعه است. بنابراین گروهی از مؤلفان بنام حقوق، منشأ وضع قانون اساسی را «قوه مؤسس» نامگذاری کرده، آن را مستتر و مضمحل در نیروی قدرت حاکمیت دانسته و از «قوه مقنن» متمایز



پنداشته‌اند. وقایع مهم و تأثیرگذار ملی گاهگاه یا دیربدر اتفاق می‌افتند و هر زمان که بوقوع پیوستند موجب تمهید و تدارك قواعدی می‌شوند که قرار است پایه‌های اصلی واستخوان‌بندی حقوقی-سیاسی جامعه را طرحی نو دراندازند. تشریفات و شکل و شیوه تصویب این رده از قواعد بهر صورتی که باشد، نشانه اهمیت گذاری جامعه به این مقاطع تاریخی است. قواعد و احکام اساسی هم صورت برنامه حقوقی کشور را دارند و هم پایه‌گذار و شکل‌دهنده سایر قواعدند. مداخله بالاترین مقامات دولتی یا ملی، تشکیل مجالس اختصاصی (مؤسسان، برگزیدگان، خبرگان) مراجعه به آراء عمومی (رفراندوم -پله بیست) تصویب با اکثریت‌های مخصوص (دوسوم، سه‌چهارم، چهارپنجم) یا سایر اشکال و شیوه‌ها یا ترکیبی از کلیه این روش‌ها حکایت از بروز حاکمیت در جهت خلق و ابداع قواعد و احکامی متفاوت از قوانین عادی و سایر مقررات دارد. از سوی دیگر وجود حقوق طبیعی و اعلام آنها به صورت حقوق فردی و آزادی‌های عمومی یا مواد و اصولی که برای طرح‌ریزی خط مشی اعتقادی و نظام‌های اجتماعی و اقتصادی عنوان می‌شوند یا احکامی که نهادهای فرمانروا و روابط بین‌ارکان حکومت را سازمان می‌بخشند، در عین آنکه ممکن است ایدئولوژیک، مذهبی، اخلاقی، اجتماعی، تاریخی یا واجد سایر اوصاف مشابه باشند، بهر حال وجهه سیاسی دارند یعنی قواعدی شکل‌دهنده یا فصل‌کننده روابط سیاسی فرد و جامعه متشکل سیاسی‌اند. روابط سیاسی از کلی‌ترین و عمومی‌ترین و والاترین انواع روابط اجتماعی بشمار می‌آیند، چرا که سرنوشت کل جامعه و اعضای آن به گونه تنگاتنگی با آنها پیوستگی دارد و بیهوده نیست که توسط فلاسفه مشهور عالم به آنها ماهیتی شریف‌تر از سایر امور بخشیده شده است. بنابراین محتوای قواعد انتظام بخش این روابط نمی‌تواند ماهیتی فراتر از دیگر احکام فروتر نداشته باشد. لذا همین ویژگی خود اساساً به ماده و محتوای قواعد اساسی ماهیتی اختصاصی می‌بخشد متمایز از غیر آنها. برتری قانون اساسی، به گمان ما تنها شکلی نیست بلکه جنبه مادی و ماهوی نیز دارد.

## ب- تجدید نظر (بازنگری)

در اعلامیه حقوق بشر و شهروند سال ۱۷۹۳ فرانسه<sup>۳۳</sup> آمده است: «مردم پیوسته حق دارند قانون اساسی خود را مورد بازنگری قرار داده آن را اصلاح کرده یا کلاً تغییر دهند. هیچ نسلی نمی تواند نسل های بعد خود را ملزم و متابع قوانین خود سازد.» در این اعلامیه حق تجدید نظر بعنوان یکی از حقوق شهروندان شناخته شده است و حکم مستتر در آن جزء اصول فراقانونی بشمار آمده است. اما مساله از دید دیگر نیز قابل بررسی است. از آنجا که قانون اساسی همانند سایر قواعد هنجاری عمدتاً ساخته و پرداخته افراد و گروه های انسانی است نمی تواند مدعی دوام و بقائی ابدی باشد. دست آوردهای بشری علی الاصول در معرض تحول و دگرگونی و در آخر کار تجدید نظر و تغییرند. متن قانون اساسی نیز مانند کلیه قاعده گذاریهای حقوقی پاسخگویی نیازهای مقطعی جوامع سیاسی است. البته در سطحی بالاتر و مقاطعی که غالباً دیربدر حاصل می شوند. از آنجا که نیازها و مقتضیات همدوش با پویائی، تحولات و تبدلات درونی جامعه دگرگون می شوند، بنابر این قانون اساسی نیز باید طبعاً با اصلاحات و تغییرات خود در جهت هماهنگی با شرائط منعکس کننده پدیده های نوین باشد. به همین دلیل است که قوانین اساسی مدون مانند قوانین اساسی عرفی، قوانین اساسی شکلی مانند قوانین اساسی مادی، بهر حال قابل بازنگری اند. متهای مراتب نحوه و تشریفات تجدید نظر هر کدام با دیگری فرق می کند. از این لحاظ قوانین اساسی را به انعطاف پذیر یا نرم و انعطاف ناپذیر یا سخت طبقه بندی کرده اند. قدر متیقن اینکه هیچکدام از دو قسم یاد شده همیشگی و جاودان نیستند و هیچ قانونگذاری با منشأ انسانی نمی تواند ادعای آن داشته باشد که متن مصوب وی خدشه بردار نیست و الی الابد غیر قابل تغییر تواند بود.

اگر برخی از واضعان قانون اساسی به سبب ملاحظات سیاسی و یا به گمان خود برای تداوم بخشیدن به مصنوع خود در باب تجدید نظر ساکت بمانند و هیچ گونه پیش بینی

۴۴- اصل ۲۸ اعلامیه حقوق بشر و شهروند در دیباچه قانون اساسی ۲۴ ژوئن ۱۷۹۳ قرار

داده شده است. این دیباچه در واقع صورت جدید و تغییر یافته ای از اعلامیه مشهور سال ۱۷۸۹ می باشد.



بعمل نیاورند، فشار مقتضیات و نیازهای نوین آنان را وادار به چاره اندیشی خواهد کرد. قانون اساسی مشروطیت ایران مصوب (۱۲۸۶ و ۱۲۸۵ هجری شمسی) هیچ راهی را برای بازنگری نگشوده بود. یعنی مجلس اول قانونگذاری که مأمور تدوین قانون اساسی بود از بیم آنکه مبادا مستبدان (هواداران محمدعلی میرزا) به بهانه تجدید نظر آن را بکلی از محتوای خود خالی کنند و به رژیم مطلق گذشته بازگردند در این مورد سکوت اختیار کرده بود. دیدیم که بدنبال حوادث سال ۱۲۹۹، مجلس پنجم با تصویب ماده واحده مجلس موسسانی، در آبانماه ۱۳۰۴ پیش بینی کرد تا در اصول ۳۶، ۳۷، ۳۸ و ۴۰ متمم قانون اساسی که مربوط به سلطنت بود بازنگری کند<sup>۲۵</sup>. آنگاه در اردیبهشت ماه سال ۱۳۲۸ شمسی مجلس موسسان دوم نیز تشکیل شد و ضمن تجدید نظر در اصل ۴۸ قانون اساسی ۱۲۸۵، اختیار انحلال مجالس شورای ملی و سنا را به شاه واگذار کرد و افزون بر آن چگونگی حل و فصل اختلافات قانونگذاری بین دو مجلس را ترتیبی جدید داد<sup>۲۶</sup>. در همان تاریخ اصل الحاقی جدیدی به تصویب مجلس موسسان رسید که در آن نحوه تجدید نظر در قانون اساسی را پیش بینی کرده بود و همچنین به کنگره دو مجلس اجازه داده بود که اصول چهارم و پنجم و ششم و هفتم و هشتم قانون اساسی و اصل چهل و نهم متمم آن را مورد تجدید نظر قرار دهد<sup>۲۷</sup>. آخرین تجدید نظر در شهریور ماه سال ۱۳۴۶ انجام شد که طبق ترتیبات اصل الحاقی مصوب ۱۳۲۸ اصول ۳۸ و ۴۱ و ۴۲ متمم قانون اساسی توسط مجلس موسسان سوم بازنگری شد<sup>۲۸</sup>. ملاحظه می شود که بالاخره فشار عوامل و مقتضیات سیاسی به سکوت معنی دار اولیه قانونگذاران غلبه کرد و راهی برای تجدید نظر گشوده گردید.

۴۵- به نقل از روزشمار تاریخ ایران، از مشروطه تا انقلاب اسلامی، دکتر عاقلی، صفحه ۱۴۱. عین ماده واحده پیشنهادی به قرار زیر است: «مجلس شورای ملی به نام سعادت ملت ایران انقراض سلسله قاجاریه را اعلام نموده و حکومت موقتی را در حدود قانون اساسی و قوانین موضوعه مملکتی به شخص رضاخان پهلوی واگذار می نماید. تعیین حکومت قطعی موکول بنظر مجلس موسسان است که برای تغییر مواد ۳۶ و ۳۷ و ۳۸ و ۴۰ متمم قانون اساسی تشکیل می شود.»  
۴۶- نگاه کنید به اصل ۴۸ قانون اساسی ۱۲۸۵ مشروطیت و بازنگری آن در سال ۱۳۲۸ توسط مجلس موسسان دوم.

۴۷- نگاه کنید به اصل الحاقی اردیبهشت ۱۳۲۸ و اصول ۴ و ۵ و ۶ و ۷ و ۸ قانون اساسی و اصل ۴۹ متمم قانون اساسی و تجدید نظر آنها در سال ۱۳۳۶ توسط کنگره دو مجلس.

۴۸- نگاه کنید به اصول ۳۸ و ۴۱ و ۴۲ متمم قانون اساسی و اصلاحات سال ۱۳۴۶ توسط مجلس موسسان سوم.



قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب سال ۱۳۵۸ نیز در آغاز کار هیچگونه پیش‌بینی راه‌حلی برای تجدید نظر انجام نداده بود و این نقص در همان روزهای اولیه مشهود می‌نمود. بعد از تجربه‌ای که حدود ده سال به طول انجامید، لزوم تجدید نظر برای کلیه مسئولان مملکتی و بویژه رهبر انقلاب اسلامی احراز گردید. دستور بازنگری توسط ایشان در هشت محور طی نامه‌ای به ریاست جمهوری وقت اعلام گردید و همین امر منشا ابتکار تجدید نظر در قانون اساسی ۱۳۵۸ گردید. قانون اساسی از دوازده فصل به چهارده فصل و تعداد اصول از ۱۷۵ اصل به ۱۷۷ اصل افزایش یافت.<sup>۴۹</sup>

در پاره‌ای از کشورها، تعدادی از اصول قانون اساسی ثابت و غیر قابل بازنگری اعلام شده است. مثلاً در اصل الحاقی اردیبهشت ۱۳۲۸ قانون اساسی ایران تصریح شده بود که هیچ‌یک از اصول قانون اساسی و متمم آن که مربوط به دین مقدس اسلام و مذهب رسمی کشور که طریقه حقه اثنی عشری می‌باشد و یا مربوط به سلطنت مشروطه ایران است قابل تجدید نظر نیست و اصول مزبور الی‌الابد تغییر ناپذیر است. یا اینکه اصل ۸۹ قانون اساسی جمهوری پنجم فرانسه مصوب ۱۹۵۸ هرگونه تجدید نظری را در مورد تمامیت ارضی این کشور یا شکل جمهوری ممنوع اعلام کرده است. اکثریت صاحب نظران حقوق اساسی متفقند که اینگونه مصوبات فاقد جنبه عملی و اجرایی بوده و تنها برحسب مورد یا حیثیت نمادی دارند یا برای اعلام مواضع خاصی در متن قانون گنجانده می‌شوند. این ترتیبات تا زمانی که قوت خود باقی است که شرائط پایه‌ای سیاسی متزلزل نگردیده یا تغییر اصولی نیافته است، لذا قادر به ممانعت از بازنگری نخواهند بود. تاریخ حقوق اساسی کشورهای مختلف و تحولاتی که در متون قانون اساسی بطور جزئی یا کلی پدید آمده‌اند موید این واقعیت است.

حال باید به تشریفات و ترتیبات بازنگری نظری افکننده شود تا بتوان اصل تجدید نظر را چون وجه ممیزه قانون اساسی از غیر آن برجسته ساخت.

۴۹- در بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در سال ۱۳۶۸ اصول ۵، ۵۷، ۶۰، ۶۴، ۶۹، ۷۰، ۸۵، ۸۷، ۸۸، ۸۹، ۹۱، ۹۹، ۱۰۷، ۱۰۸، ۱۰۹، ۱۱۰، ۱۱۱، ۱۱۲، ۱۱۳، ۱۲۱، ۱۲۲، ۱۲۴، ۱۲۶، ۱۲۷، ۱۲۸، ۱۳۰، ۱۳۱، ۱۳۲، ۱۳۳، ۱۳۴، ۱۳۵، ۱۳۶، ۱۳۷، ۱۳۸، ۱۴۰، ۱۴۱، ۱۴۲، ۱۵۷، ۱۵۸، ۱۶۰، ۱۶۱، ۱۶۲، ۱۶۴، ۱۷۳، ۱۷۴، ۱۷۵ مورد اصلاح و تغییر قرار گرفتند.

در این خصوص میان قوانین اساسی مادی (ماهوی) و قوانین اساسی شکلی فرق می‌گذارند. قوانین اساسی انگلستان که در جمع از نوع اول است بوسیله قانونگذار عادی یا پارلمان قابل بازنگری است. یعنی مقدمات و تشریفات تجدید نظر آنها شباهت‌های فراوانی با سایر اعمال هنجاری قوه مقننه عادی داشته نمی‌توان از لحاظ تجدید نظر آنان را از قوانین عادی متمایز و مشخص شناخت. پارلمان انگلستان که بنا به قول مشهور (توانائی انجام هرکاری را دارد جز آنکه زنی را به مرد تبدیل کند) از لحاظ صلاحیت دارای برد و دامنه‌ای است که از خلق و ابداع قواعد اساسی آغاز گردیده و در صورت لزوم به اصلاح و تغییر و تجدید نظر کشیده می‌شود، همانگونه که در زمینه وضع و قواعد قانونی نیز بگونه بلامنازعی صالح است. لذا در این موارد برای تمیز بین قواعد ساختاری و اساسی و قواعد عادی چاره‌ای جز رجوع به ماهیت قواعد و ارزشیابی مادی و موضوعی آنها نیست. لذا در حقوق کشوری نظیر انگلستان یا در حقوق کشورهایی که از حقوق انگلو ساکسون در این باب الهام پذیرفته‌اند، آن دسته از متون مصوب پارلمان که مفهوماً یا منطوقاً جزء قوانین اساسی موضوعه آنها بشمار می‌آیند با استفاده از همین معیارها قابل تشخیص و تمیز از سایر اعمال هنجاری پارلمانی هستند. تنها تفاوت آنها با قوانین اساسی شکلی این است که اینگونه قوانین اساسی مادی فاقد ارزش سلسله مراتبی و اعتبار قانون برتر بشمار می‌آیند. لذا پرسشی که متبادر به ذهن می‌شود این است: پس چه عاملی حرمت و قداست و تداوم و ثبات آن را تضمین می‌کند تا موجب تزلزل و سستی در ارکان و پایه‌های حکومت نگردد؟ در پاسخ باید گفت که روحیه سنت طلبی و احترام عرفی به تداوم این گونه قواعد، مانع قابل توجهی در برابر تجاوز به بنیان‌ها و ساختارها و در نتیجه قواعد این چنینی بوده است و تاریخ کشور انگلستان نیز مؤید این واقعیت است. ماهیت این گونه قواعد برای نمایندگان برگزیده مردم از آن درجه حرمت و اهمیتی برخوردار بوده و هست که خودبخود تفاوتی با اعمال هنجاری همسنگ آنان یعنی قانون گذاری عادی در عمل قائل گردیده‌اند.

اما مسأله تجدید نظر در قوانین اساسی شکلی از اهم نشانه‌های تمایز قوانین اساسی از قوانین عادی بحساب می‌آید. تشریفات تجدید نظر بگونه‌ای تدبیر شده‌اند که نمی‌توان با سهولت در قوانین بافتی و ساختاری تصرف کرد، مگر اینکه بازنگری مبتنی بر یک سلسله علل و عوامل مهم و دگرگون کننده یا نیازهای واقعی جامعه و خلاصه بر اساس دلائل متقن

و غیر قابل رد و انکار بوده باشد.

بنابراین منطقی‌ترین روش این است که جواز تجدید نظر همراه با تشریفات و آئین تغییر یا اصلاح در یک یا چند اصل در متن مصوب شکلی قانون اساسی گنجانده شده باشد و قطع نظر از اینکه برای ایجاد قانون اساسی چه شخصیت یا اشخاص یا نهادهائی نقش قوه موسس آغازین<sup>۵۰</sup> را ایفا کرده باشند، قوه موسس نهادینه‌ای<sup>۵۱</sup> پیش‌بینی و منظور گردیده باشد تا در صورت ضرورت بگونه بی‌رویه‌ای عمل نشود. با ملاحظه اغلب قوانین اساسی شکلی این مهم در بطن قواعد قانون اساسی حل و فصل گردیده است.

در زیر بر حسب نمونه چند شیوه تجدید نظر را می‌آوریم:

### ۱- حقوق اساسی ایالات متحد آمریکا

نمایندگان سیزده ایالت (دولت) در کنوانسیون فیلادلفیا گرد هم آمدند و در سال ۱۷۸۷ قانون اساسی ایالات متحد آمریکا را به تصویب رساندند و سپس متن مصوب توسط یک یک از دولتهای عضو مورد تصویب نهائی قرار گرفت. لذا قوه موسس آغازین در این کشور فدرال هم کنوانسیون و هم مقامات ایالتی بودند. لکن در متن قانون اساسی شیوه تجدید نظر ویژه‌ای گنجانیده شد و قوه موسس نهادینه‌ای به شرح زیر تدبیر گردید.

اصل دوم قانون اساسی ایالات متحد آمریکا آئین بازنگری را بدین ترتیب پیش‌بینی نموده است: در صورتیکه دوسوم اعضای مجالس (نمایندگان و سنا) تصویب کنند که باید در اصل یا اصولی از قانون اساسی تجدید نظر به عمل آید یا اینکه قوه مقننه دوسوم از ایالات درخواست تجدید نظر کنند، اقدام به تشکیل یک کنوانسیون گردیده و اصلاحات مورد نظر به این مجلس موسس پیشنهاد خواهد شد. اصلاحات مورد نظر زمانی صورت نهائی به خود می‌گیرند و جزء لاینفک متن موجود قانون اساسی قلمداد می‌شوند که مجالس مقننه سه چهارم از ایالات با آن موافقت کنند یا اینکه سه چهارم مجالس موسسان ایالتی آن

50- Pouvoir constituant originaire

51- Pouvoir constituant institué



را به تصویب برسانند که بهر حال اتخاذ یکی از دو روش موکول به پیشنهاد کنگره ایالات متحد است.

## ۲- حقوق اساسی فرانسه

طبق قانون اساسی ۱۷۹۱ که نخستین قانون اساسی انقلابی فرانسه بود، حق زوال ناپذیر تغییر در قانون اساسی از حقوق اولیه ملت شناخته شده بود. اما از آنجا که هرگونه تغییری در قانون اساسی باید طبق اسلوبی انجام گیرد که در متن همان قانون اساسی آمده است و این امر به سود ملت است می توان از این حق برای اصلاح و تهذیب موادی که معایب آن به تجربه آشکار گردیده است استفاده بعمل آورد. لذا به جهت تجدید نظر در قانون اساسی مجلسی با شرایط ویژه تشکیل خواهد شد.<sup>۵۲</sup> به عبارت دیگر اگر در سه دوره تقنینیه متوالی بصورت یکسان و متحدالشکل نسبت به تغییر یک یا چند اصل از قانون اساسی اظهار تمایل شود الزاماً باید به تجدید نظر همان موارد اقدام کرد.<sup>۵۳</sup>

بدین ترتیب، نمایندگان دوره قانونگذاری چهارم به اضافه دویست و چهل و نه نفر از منتخبین دپارتمانهای فرانسه مجلس تجدید نظر را تشکیل خواهند داد.<sup>۵۴</sup> هیچیک از نمایندگان دوره قانونگذاری سوم که درخواست کننده تغییر قانون اساسی بوده اند حق ندارند بهیچ عنوانی عضو مجلس تجدید نظر باشند.<sup>۵۵</sup> اعضای مجلس تجدید نظر بعد از اتمام سوگند مجازند تنها در محدوده پیشنهادی دست به بازنگری زنند.<sup>۵۶</sup> پس از انجام بازنگری تعداد دویست و چهل و نه نماینده ای که مخصوص تجدیدنظر از سوی دپارتمانها انتخاب شده بودند از مجلس مقنن خارج می شوند و نمی توانند زیر هیچگونه بهانه ای در کارهای قانونگذاری دخالت کنند.<sup>۵۷</sup>

قانون اساسی ۲۲ اوت ۱۷۹۵ (دیرکتوار) نیز مانند قانون اساسی یاد شده شرایط و

۵۲- اصل اول از عنوان هفتم قانون اساسی ۱۷۹۱

۵۳- اصل دوم از عنوان هفتم قانون اساسی ۱۷۹۱

۵۴- اصل پنجم قانون اساسی ۱۷۹۱

۵۵- اصل ششم قانون اساسی ۱۷۹۱

۵۶- اصل هفتم قانون اساسی ۱۷۹۱

۵۷- اصل هشتم قانون اساسی ۱۷۹۱

تشریفات فراوانی برای تجدید نظر قائل شده است. قانون اساسی فوق‌زیر عنوان سیزدهم یعنی از اصل ۳۳۶ تا ۳۵۰ مشروحاً مدارج تجدید نظر را پیش‌بینی کرده است. یعنی در صورتیکه ضمن تجربه نقائصی در اصول قانون اساسی مشاهده گردد، شورای قدامت، پیشنهاد بازنگری خواهد کرد.<sup>۵۸</sup> پیشنهاد شورای قدامت برای تأیید به شورای پانصد نفری تسلیم می‌گردد.<sup>۵۹</sup> اگر در فاصله نه سال پیشنهاد شورای قدامت و تأیید شورای پانصد نفری در سه دوره حداقل سه ساله تکرار شد، در این صورت مجلس بازنگری دعوت خواهد شد.<sup>۶۰</sup> این مجلس مرکب خواهد بود از دو نماینده بابت هر دپارتمان که طبق شرایط نمایندگی شورای قدامت و به شیوه انتخابات مجالس تقنینی برگزیده خواهند شد.<sup>۶۱</sup> مجلس تجدید نظر اصلاحات و تغییرات را به تصویب می‌رساند و سپس مصوبه برای تأیید نهائی به همه‌پرسی گذارده خواهد شد.<sup>۶۲</sup>

قانون اساسی ۲۷ اکتبر ۱۹۴۶ (جمهوری چهارم) شیوه تجدید نظر را بطریق زیر پیش‌بینی کرده است. اولاً موارد بازنگری باید طی قطعنامه‌ای به تصویب اکثریت مطلق اعضای مجلس ملی رسیده باشد. این قطعنامه باید در یک مهلت حداقل سه ماهه مجدداً (در شور دوم) در مجلس مذکور به تصویب برسد، مگر آنکه در زمان بررسی شور اول شورای جمهوری (مجلس دوم) همان قطعنامه را با اکثریت مطلق اعضای خود تصویب کرده باشد. مجلس ملی بعد از شور دوم طرح قانونی را که متضمن تجدید نظر در قانون اساسی است تهیه و تسلیم پارلمان می‌کند تا با اکثریت و طبق اشکال پیش‌بینی شده در قانون عادی به تصویب برسد. آنگاه طرح مذکور به همه‌پرسی گذارده می‌شود، مگر اینکه مجلس ملی در شور دوم آن را با اکثریت دوسوم تصویب کرده باشد یا اینکه هر کدام از دو مجلس ملی و شورای جمهوری جداگانه با اکثریت سه پنجم آن را به تصویب رسانده باشند.

اینک برای تکمیل بررسی روشهای بازنگری لازم است به قانون اساسی جمهوری پنجم مصوب چهارم اکتبر ۱۹۵۸ که در حال حاضر لازم‌الاجرا است مراجعه شود. عنوان

۵۸- اصل سیصدوسی و ششم قانون اساسی ۱۷۹۵

۵۹- اصل سیصد و سی و هفتم قانون اساسی ۱۷۹۵.

۶۰- اصل سیصد و سی و هشتم قانون اساسی ۱۷۹۵

۶۱- اصل سیصد و سی و نهم قانون اساسی ۱۷۹۵

۶۲- اصل سیصد و چهل و سوم قانون اساسی ۱۷۹۵.

چهاردهم قانون اساسی مذکور در اصل هشتاد و نهم خود مستقیماً متعرض مسأله تجدید نظر شده است. بصراحت اصل فوق، ابتکار بازنگری به رئیس جمهوری (به پیشنهاد نخست وزیر) و همچنین اعضای پارلمان تعلق دارد. طرح یا لایحه تجدید نظر باید توسط هر دو مجلس (ملی و سنا) به شکل واحد و یکسانی تصویب گردد. تجدید نظر زمانی جنبه نهائی بخود می گیرد که در همه پرسی از سوی مردم به تصویب برسد.

لکن در صورتیکه رئیس جمهور تصمیم بگیرد که لایحه تجدید نظر را به کنگره دو مجلس تسلیم کند و لایحه مذکور با اکثریت سه پنجم آراء مجلسیان به تصویب برسد دیگر به همه پرسی گذارده نخواهد شد. دفتر مجلس ملی نقش دبیرخانه کنگره را ایفا خواهد کرد.

با توجه به دو قسمت آخر اصل ۸۹ قانون اساسی ۱۹۵۸ همه اصول و احکام قانون اساسی قابل بازنگری اند مگر در دو مورد. اولاً هیچگونه تجدید نظری را نمی توان آغاز یا دنبال کرد، در صورتیکه به تمامیت سرزمین فرانسه لطمه ای وارد آید. ثانیاً شکل جمهوری حکومت قابل بازنگری نیست.

### ۳- حقوق اساسی بلژیک

قانون اساسی این کشور در سال ۱۸۳۱ به تصویب رسیده و تا کنون سه بار تجدید نظر شده است. یکی در سالهای ۱۸۹۲ و ۱۸۹۳، دومی در سالهای ۱۹۱۹ تا ۱۹۲۱ و سومی در سالهای ۱۹۶۷ تا ۱۹۷۱. لکن ساختارهای اصلی رژیم بلژیک هنوز به جای خود باقی است و لذا قانون اساسی این کشور را می توان یکی از باثبات ترین قوانین کشورهای قاره اروپا دانست بویژه آنکه اثرات حقوق این کشور بر رژیم های پادشاهی مشروطه اروپا مشهود است.

اصول ۱۳۱ و ۱۳۱ مکرر قانون اساسی یادشده مربوط به موضوع تجدید نظر است.

قوه مقننه این کشور (متشکل از مجلس نمایندگان و سنا) حق دارد که لزوم بازنگری برخی از مقررات قانون اساسی را اعلام کند. بعد از اعلام این امر هر دو مجلس خودبخود منحل می شوند و طبق اصل ۷۱ همین قانون اساسی دوباره انتخاب گردیده و دعوت به کار



می‌شوند. این مجالس با موافقت پادشاه بلژیک در باب نکات پیشنهادی مورد تجدید نظر تصمیم لازم اتخاذ خواهند کرد. حد نصاب تصمیم‌گیری حداقل دوسوم اعضای هرکدام از دو مجلس است و اکثریتی که قانون اساسی برای تصمیم در نظر گرفته است حداقل دوسوم آراء نمایندگان هر یک از دو مجلس است. لذا اولاً قوه مؤسس برای تجدید نظر همان نمایندگان مردم هستند که قدرت تقنینی را نیز دارا می‌باشند. از زمان انحلال مجالس مقنن حداکثر تا دو ماه مجالس جدید تجدید می‌شوند و جنبه مجلس موسسان بخود می‌گیرند. این مجلس موسسان تنها حق دارد در چهارچوب موضوعات مورد بازنگری تصمیم بگیرد. اما در عوض می‌تواند هرگونه که میل داشت در زمینه تجدید نظر تصمیم بگیرد: یعنی با تجدید نظر مخالفت می‌کند یا برخی از اصول قانون اساسی را لغو می‌کند یا برخی از اصول مربوط را بطور کامل یا جزئی تغییر می‌دهد یا اینکه ممکن است قواعد و مقررات نوینی در همان محدوده تعیین شده وضع کند. اصول بازنگری شده پس از توشیح پادشاه بلژیک قطعیت خواهد یافت.

#### ۴- حقوق اساسی سویس

در کشور سویس، طبق قانون اساسی سال ۱۸۷۴ ترتیب بسیار اصیل ولی پیچیده‌ای در خصوص بازنگری مشاهده می‌شود. نخست آنکه طبق اصل ۱۱۸ قانون یاد شده، تجدید نظر یا کلی "است یا جزئی". هرچند که قانون اساسی به صراحت و مستقیماً توضیحی یا تعریفی در مورد این دو نوع تجدید نظر ارائه نداده است، اما می‌توان با تکیه بر دکترین حقوقی این کشور ضوابط ممیزه آنها را بدست آورد. ایجاد تمایز بین بازنگری کلی و بازنگری جزئی اهمیت بسیاری دارد چرا که در مواد بعدی شیوه‌های مختلفی برای آنها پیش‌بینی شده و آثار آن بر سرعت فرآیند و نتیجه‌گیری به نیکی ملموس می‌باشد. از سوی دیگر، ابتکار (پیشنهاد) تجدید نظر چه در مورد نخست و چه در مورد دوم از دو طریق امکان پذیر است. یکی از طریق مردم یا ابتکار عام و دیگری از سوی مجلس فدرال (شورای ملی و شورای دولت‌ها) یا ابتکار پارلمانی.

تجدید نظر کلی زمانی رخ می دهد که سراسر قانون اساسی مورد بررسی مجدد قرار گیرد و مالا سند جدیدی تهیه و ارائه شود. البته ممکن است نهادها یا مقررات قبلی دوباره در متن جدید یا در ساختار نوین گنجانده شوند، ولی بهر حال متن تهیه شده در مجموع با قانون اساسی قبلی تفاوت های عمده ای را دارا خواهد بود. در حالیکه با تجدید نظر جزئی یک یا چند اصل حذف و اضافه می گردند یا اینکه در متن آنها تغییرات نه چندان مهم پیدا خواهد شد.

در صورتیکه بخش مشخصی از هیأت انتخاب کننده که طبق اصل ۱۲۰ قانون اساسی یکصد هزار نفر می باشند بر اساس ابتکار عام درخواست کنند که در قانون اساسی بازنگری کلی بعمل آید یا اینکه یکی از مجالس (شورای ملی یا شورای دولتها) اصل بازنگری کلی را به تصویب برسانند و مجلس دیگر آن را نپذیرد، تصمیم نهائی با مردم سوئس خواهد بود. بدین ترتیب که مسأله تجدید نظر یا عدم آن را به مشورت عام می گذارند و مردم با آری یا نه به آن پاسخ خواهند گفت.<sup>۶۵</sup>

اگر پاسخ اکثریت مردم سوئس که در همه پرسش شرکت کرده اند مثبت باشد، هر دو مجلس تجدید انتخاب شده و مجالس جدید کار تجدید نظر کلی در قانون اساسی فدرال را آغاز خواهند کرد. پس از تهیه متن جدید (بر اساس توافق هر دو مجلس) قانون اساسی تجدید نظر شده به همه پرسش "مردم و تصویب کانتون ها گذارده خواهد شد. در صورتیکه اکثریت رأی دهندگانی که در همه پرسش شرکت کرده اند به آن رأی موافق دادند و همچنین اگر پاسخ اکثریت کانتون ها نیز مثبت بود، متن جدید تصویب شده است ولی اگر اکثریت و توافق حاصل نشد تجدید نظر کنار گذارده خواهد شد.<sup>۶۶</sup>

اما در خصوص تجدید نظر جزئی، تشریفات به قرار دیگری است. در این باب نیز مانند مورد بالا ابتکار یا از سوی یکصد هزار نفر از مردم سوئس است که طبق قانون واجد شرایط رأی دهنده باشند یا مصوب مجلس فدرال (شورای ملی و شورای دولت ها) در اسلوب قانونگذاری عادی فدرال. اگر یکی از شوراهای یاد شده موافق با بازنگری و

۶۵- این همان مصداق همه پرسش مشورتی است.

۶۶- همه پرسش جنبه تصویبی دارد.

۶۷- رجوع شود به اصل ۱۲۰ و ۱۲۳ قانون اساسی ۱۸۷۴.

مجلس دیگر با آن مخالف باشد، کلیه اقدامات پیش بینی شده در قانون برای رفع اختلاف انجام می شود. در صورتیکه اختلاف از میان برخیزد و دو مجلس (شورا) در خصوص تجدید نظر به نقطه مشترکی برسند، موارد عنوان شده در یک یا چند ماده تهیه و تنظیم شده به همه پرسی مردم و کانتون ها گذارده خواهد شد. در صورتیکه اکثریت مردم و کانتون ها حاصل شد، تجدید نظر مصوب تلقی گردیده و لازم الاجرا خواهد بود و در غیر اینصورت تجدید نظر رد شده و کان لم یکن خواهد بود.

در صورتیکه دو مجلس موفق به رفع اختلاف نشدند، موضوع تجدید نظر به همه پرسی مشورتی (آری یا نه) شهروندان گذارده خواهد شد. پاسخ مثبت مردم منجر به تهیه طرح تجدید نظر گردیده سپس در معرض تصویب عام (همه پرسی تصویبی) و کانتون ها قرار خواهد گرفت. در خصوص ابتکار عام نیز (یعنی امضای طومار صد هزار نفری) یا دو مجلس با اصل بازنگری موافقت می کنند که در اینصورت مراد و اصول لازم (طرح تجدید نظر) در مجلس فدرال تهیه گردیده به همه پرسی عموم مردم (تصویبی) قرار داده خواهد شد. در صورتیکه شورای ملی و شورای دولت ها با ابتکار عام موافق نباشد یا طرح متقابلی را تهیه می کنند و از مردم سویس تصویب طرح خود را خواستار خواهند شد، یا اینکه طی قطعنامه ای به شهروندان توصیه خواهند کرد که موضوع پیشنهادی (ابتکار عام) را رد کنند. نتیجه آراء مردم در هر کانتون به منزله رأی دولت همان کانتون خواهد بود و این موضوع در مورد هر دو شکل از بازنگری صادق است.<sup>۶۸</sup>

## ۵- حقوق اساسی ایران

همانگونه که در پیشینه تجدید نظر در قانون اساسی ایران متذکر شدیم، قانون اساسی مشروطیت، نظر به پاره ای ملاحظات سیاسی زمان، متعرض تجدید نظر نشده بود و در نتیجه در تجدید نظر اول و دوم تغییرات اصول قانون اساسی و متمم آن بدون اتکاء به متن مصوب قانون اساسی انجام گرفت. لکن مجلس موسسان دوم در سال ۱۳۲۸ ضمن تصویب یک اصل الحاقی ترتیب بازنگری را به شرح زیر مقرر داشت: در صورتیکه مجلس شورای ملی و مجلس سنا هر یک جداگانه، خواه مستقلاً خواه به پیشنهاد دولت، لزوم

۶۸- بند سوم از ماده ۱۲۳ قانون اساسی کنفدراسیون سویس ۱۸۷۴.



تجدید نظر در یک یا چند اصل معین از قانون اساسی یا متمم آن را به اکثریت دو ثلث کلیه اعضای خود تصویب کردند و رئیس وقت مملکت (شاه) نیز نظر مجلسین را تأیید نمود، فرمانی برای تشکیل مجلس موسسان و انتخاب اعضای آن صادر خواهد کرد.<sup>۶۹</sup> تعداد اعضای مجلس موسسان، مساوی با مجموع عدّه قانونی دو مجلس بوده و اختیارات این مجلس به تجدید نظر در همان اصل یا اصول بخصوص که قبلاً به تصویب مجلسین و تأیید رئیس مملکت رسیده محدود می شد. تصمیمات مجلس موسسان با اکثریت دوسوم آراء کلیه اعضای آن اتخاذ و پس از موافقت شاه مجری و معتبر شمرده می شد.

تجدید نظر، شامل هیچ یک از اصول قانون اساسی و متمم آن که به دین مقدس اسلام و مذهب رسمی کشور، یعنی طریقه حقه اثنی عشری و یا سلطنت مشروطه مربوط بود نمی شد و اصول مذکور الی الابد تغییر ناپذیر اعلام شده بود. در عوض مجلس موسسان طی همین اصل الحاقی به کنگره دو مجلس اجازه داده بود که اصلاحات لازم را در پاره‌ای از اصول قانون اساسی و متمم آن که در متن اصل الحاقی شمارش شده بود با اکثریت دوسوم آراء کلیه اعضاء به عمل آورند. لذا بازنگری بوسیله مجلس واحد (کنگره) در اردیبهشت ماه سال ۱۳۳۶ انجام شد و در شهریور ماه ۱۳۴۶، مجلس موسسان سوم با ترتیب ملحوظ در اصل الحاقی ۱۳۲۸ تشکیل گردید و در تعدادی از اصول متمم قانون اساسی تجدید نظر کرد.

لذا در ترتیب فوق، هیات دولت و پارلمان پیشنهاد دهنده، پادشاه تنفیذ کننده و مجلس موسسان تصویب کننده قوانین اساسی مشروطیت از سال ۱۳۲۸ تا پایان رژیم گذشته محسوب می شوند.

اما قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران علی‌الاصول در آغاز موضوع تجدید نظر را مسکوت عنه باقی گذاشته بود و فقط در اصل یکصد و سی و دوم مسأله را به اشاره‌ای برگذار کرده و گذشته بود.<sup>۷۰</sup> لکن همانگونه که در بالا گفته شد از آنجا که بازگذاشتن راه

۶۹- شیوه انتخابات اعضای مجلس موسسان طبق قانونی عادی خواهد بود که به تصویب

دو مجلس برسد.

۷۰- اصل یکصد و سی و دوم اشعار می داشت: «در مدتی که وظائف رئیس جمهور بر عهده شورای موقت ریاست جمهوری است دولت را نمی توان استیضاح کرد یا به آن رأی عدم اعتماد داد و نمی توان برای تجدید نظر در قانون اساسی اقدام نمود.» [ادامه پانویس در صفحه بعد]

برای بازنگری طبق مقتضای زمان و دگرگونی‌های شرائط و نیازها از الزامات است لذا در سال ۱۳۶۸ در چند اصل از اصول قانون اساسی بازنگری به عمل آمد و ضمن آن اصل یکصد و هفتاد و هفتم<sup>۷۱</sup> به صراحت جواز بازنگری و آئین و تشریفات آن را به تصویب رسانید. اصول ترتیبات جدید در این موارد به قرار زیر است:

الف- در مواردی که ضرورت ایجاب کند، می‌توان در قانون اساسی جمهوری اسلامی تجدید نظر کرد.

ب- مقام رهبری پس از احساس ضرورت، با مجمع تشخیص مصلحت نظام مشورت خواهد نمود. از مدلول عبارت برمی‌آید که نظر مجمع مذکور صرفاً مشورتی بوده و ابتکار بازنگری طبق قانون متعلق به مقام رهبری است.

ج- مقام رهبری طی حکمی خطاب به رئیس جمهور موارد اصلاح یا تسمیم قانون اساسی را به شورای بازنگری قانون اساسی پیشنهاد می‌نماید.

د- شورای بازنگری مرکب خواهد بود از: ۱- اعضای شورای نگهبان ۲- روسای قوای سه‌گانه ۳- اعضای ثابت مجمع تشخیص مصلحت نظام ۴- پنج نفر از اعضای مجلس خبرگان رهبری ۵- دو نفر به انتخاب مقام رهبری ۶- سه نفر از هیأت وزیران ۷- سه نفر از قوه قضائیه ۸- ده نفر از نمایندگان مجلس شورای اسلامی ۹- سه نفر از دانشگاهیان.

از آنجا که تعدادی از اعضاء به مناسبت مقام در این شورا شرکت می‌کنند مانند (اعضای شورای نگهبان، روسای سه قوه، اعضای ثابت مجمع تشخیص مصلحت نظام) و عضویت آنها جنبه استحقاقی دارد مسأله‌ای ایجاد نخواهد کرد. لکن در خصوص پنج نفر

[ادامه پانویس شماره ۷۰] این اصل نیز در بازنگری سال ۱۳۶۸ به ترتیب زیر تغییر کرد:

«در مدتی که اختیارات و مسئولیت‌های رئیس جمهور بر عهده معاون اول یا فرد دیگری است که به موجب اصل یکصد و سی و یکم منصوب می‌گردد، وزراء را نمی‌توان استیضاح کرد با به آنان رأی عدم اعتماد داد و نیز نمی‌توان برای تجدید نظر در قانون اساسی و یا امر همه‌پرسی اقدام نمود.»  
۷۱- فصل چهاردهم، بازنگری در قانون اساسی، اصل یکصد و هفتاد و هفتم.

از اعضای مجلس خبرگان یا سه نفر از هیأت وزیران یا سه نفر از قوه قضائیه یا ده نفر از نمایندگان مجلس یا سه نفر از دانشگاهیان باید کم و کیف و چگونگی انتخاب آنها به دقت روشن گردد. به این لحاظ اصل یاد شده کیفیت انتخاب و شرایط انتخاب آنها را بر عهده قانون عادی گذارده است. در این قانون نیز مواردی در ذیل اصل یاد شده از شمول بازنگری موضوع شده و تغییرناپذیر اعلام گردیده است: اصول مربوط به اسلامی بودن نظام و ابتدای قوانین و مقررات بر موازین اسلامی و پایه‌های ایمانی و اهداف جمهوری اسلامی ایران و جمهوری بودن حکومت و ولایت امر و امامت امت و نیز اداره امور کشور با اتکاء به آراء عمومی و مذهب رسمی ایران.

مصوبات شورای بازنگری، پس از تأیید و امضای مقام رهبری باید از طریق مراجعه به آراء عمومی به تصویب اکثریت مطلق شرکت کنندگان در همه پرسى برسد. بنابراین قانون اساسی جمهوری اسلامی با قائل شدن اهمیت استثنائی برای موضوع تجدید نظر در واقع نقش دست اول را برای مقام رهبری قائل شده و سکان قانون اساسی را به کف او سپرده است. اولاً مقام رهبری ضمن تشخیص ضرورت بازنگری حق ابتکار در این موضوع را بر عهده دارد به این معنی که پس از مشورت با مجمع تشخیص مصلحت نظام طی فرمانی که خطاب به رئیس جمهور است هم اجازه شروع عملیات برای تشکیل شورای بازنگری را صادر می‌کنند و هم موارد تجدید نظر را به شورای مذکور پیشنهاد می‌نمایند. به گمان ما شورای بازنگری در واقع کمیسیونی فنی است که هم نحوه و حدود و دامنه بازنگری را مشخص می‌کند و هم در آخر دست متن اصل یا اصول مورد تصویب را تهیه و تنظیم می‌نماید. لکن کار شورا محدود به همان مواردی است که قبلاً در پیشنهاد مقام رهبری گنجانیده شده است. آنگاه مصوبات نهائی شورا، پیش از ارائه به همه پرسى از مردم باید به تأیید و امضای مقام رهبری برسد.

لذا همانگونه که متذکر شدیم امر تجدید نظر از آغاز تا انجام در دست مقام رهبری و تحت نظارت وی می‌باشد. لکن در آخر اخذ نظر و تأیید نهائی مردم نیز مورد درخواست قانون اساسی است تا موافق با اصول مختلف قانون اساسی تجدید نظر در آن نیز ثمره آراء



مردم بوده باشد. لذا قوه تأسیسی در این نظام آمیزه‌ای از مظاهر ولایت فقیه و اراده عام خواهد بود.<sup>۷۲</sup>

### ج- نظارت بر قوانین عادی و اصل سلسله مراتب قوانین

اصل سلسله مراتب قوانین و برتری قانون اساسی بر کلیه اعمال هنجاری که مشتمل بر قوانین عادی مصوب پارلمان نیز می‌شود، ایجاب می‌کند که قواعد مندرج در قانون اساسی بر قواعد دیگر حاکمیت داشته باشد. قانون اساسی هنجار برترین نظام حقوقی است و انسجام این نظام تبعیت قواعد فروتر از قواعد برتر را می‌طلبد. در رأس سلسله مراتب قواعد حقوقی داخلی، قانون اساسی قرار دارد. برای تضمین این برتری باید چاره‌ای اندیشیده شود که قوانین عادی مصوب در مجالس مقنن بصورت مستقیم یا غیر مستقیم قواعد قانون اساسی را مورد تجاوز قرار ندهند و هماهنگی و متابعت آنها از این هنجار برتر مسجل گردد. چرا که قانون اساسی دست‌آورد عالی‌ترین مظاهر اراده حاکم است و سایر پدیده‌های تقنینی باید در پیروی و دنباله روی آن موجودیت یابند.

در کشورهایی مانند انگلستان که پارلمان هم جنبه تأسیسی دارد و هم جنبه تقنینی و قانون اساسی با قوانین عادی در یک رده هر دو محصول قوه مقننه اند طبعاً مسأله سلسله مراتب شکلی یا کنترل قوانین عادی بر مآخذ قانون اساسی مطرح نخواهد بود. لکن در نظام‌های شکلی قوانین اساسی، مطلب فوق از امهات مسائل حقوق اساسی است. زیرا اولاً اصل برتری قانون اساسی خود یکی از ممیزات این سند اعلای حقوقی نسبت به سایر فرآورده‌های هنجاری است و ثانیاً نحوه سازمان‌بندی این نظارت بسیار حساس هم از لحاظ سیاسی قابل بحث و اشکال است و هم از لحاظ حقوقی. موضوع کنترل قانون اساسی نسبت به سایر قوانین آثاری به شرح زیر خواهد داشت: مقامی که دارنده قدرت نظارت بر قوانین است باید اصولاً قادر باشد کلیه قوانینی را که خلاف قانون اساسی می‌پندارد ملغی سازد. اجرای چنین فرآیندی مورد پذیرش کلیه صاحب‌نظران حقوق نیست

۷۲- برای اخذ توضیح بیشتر در زمینه بازنگری، به مقاله سودمند آقای دکتر سید محمد هاشمی زیر عنوان: بررسی تطبیقی و موضوعی بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق، شماره ۸ پائیز-زمستان ۱۳۶۹ از صفحه ۱۵۲ الی ۲۲۶ مراجعه شود.

چرا که هم در اصول و هم در اجرا مشکلاتی بوجود می‌آورد و بدین سبب است که در آثار مشهور حقوقی و سیاسی نشانه‌های فراوانی از این تفرقه به چشم می‌خورد. مثلاً گروهی از حقوقدانان اصول‌گرا، چون پارلمان را که متشکل از نمایندگان مردم است آئینه تمام‌نمای حاکمیت ملی می‌دانند، استدلال می‌کنند که الغایا نسخ مصوبات آن خلاف اصل حاکمیت مردم و از لحاظ اصول دموکراسی نقض غرض است. حال این کار بوسیله هرگونه سازمانی (قضائی یا سیاسی) انجام پذیرد، در معنا نیروئی خارج از قوه مقننه خواهد بود و به محدودیت حاکمیت پارلمان یعنی قدرت سیاسی جامعه منجر خواهد گردید. لذا با اصل تفکیک افقی قوا و همسطح بودن قوای سه‌گانه ناسازگار بنظر می‌رسد.

بدیهی است این‌گونه ایرادها، از سوی موافقان نظارت بلاجواب نمانده است. اینان در مقابل چنین می‌گویند: درست است که مجالس مقنن نمودار اراده عام و حاکمیت مردم‌اند و از همین روست که جواز صدور قواعد عام دارند ولی خود نیز محدود به رعایت اصولی برتر هستند که یا از اصول پایه‌ای علم حقوق ناشی است یا از متن اساسی لازم‌الرعایه، که خود مویده بالاترین نوع تظاهر حاکمیت است. این احکام به ما می‌آموزد که حتی نمایندگان مردم نیز نباید از حدود ترسیم شده درگذرند و اساسی‌ترین حقوق عام را زیر پا گذارند.

لکن مشکل اصلی در مطالب بالا نیست، بلکه در هراسی است که مخالفان کنترل قوانین از ارگانی دارند که برای این منظور بوجود می‌آید و ممکن است قدرت آن تا آنجا پیش رود که عملاً بر قوه مقننه مسلط گردیده آن را منسوخ یا از محتوای واقعی خود خالی سازد.<sup>۷۳</sup> بعلاوه چون در دنیای امروز دو قوه مقننه و مجریه باید الزاماً در هماهنگی و همکاری کامل امور مردم پیچیده‌تر مملکتی را تمشیت دهند، ارگان یاد شده ضمن کنترل قوانین عادی ممکن است بصورت قاضی اعمال حکومتی بدر آید و خود عملاً

۷۳- در مورد رویارویی سی‌یس Sieyès عضو مجلس مؤسسان فرانسه و تی‌بودو قانون‌گذار معروف فرانسوی در خصوص هیأت قانون اساسی (Juris Constitutionnaire) رجوع شود به حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، چاپ دوم - ۱۳۷۰ تألیف نگارنده ۱۰۵ تا ۱۱۲.

زمام حکومت را بدست گیرد و بر حسب اصطلاح «حکومت قضات»<sup>۷۴</sup> جامه عمل پوشد. موضوع دیگری که در همان آغاز کار مشکل آفرین جلوه می کند، زمان کنترل است. آیا سازمان کنترل باید قبل از تصویب قانون مداخله کند و جلوی نهائی شدن قانون را بگیرد یا بعد از اتمام جریان تصویب و لازم الاجرا شدن قانون؟ مطلب دیگر ماهیت ارگان کنترل است که آیا باید جزء قوه قضائیه باشد یا ارگانی با ماهیت سیاسی؟ اگر ارگان کنترل جزء قوه قضائیه باشد عملاً سرنوشت نهائی قانون در دست قضات خواهد بود و قوه مقننه بصورت متابع و پیرو قوه قضائیه بدر خواهد آمد و اگر سازمان فوق به صورت سیاسی انتخاب شود یا از طریق مردم خواهد بود، یا از سوی پارلمان یا از سوی قوه مجریه. و در هر حال بعلت وابستگی به انتخاب کنندگان خود از استقلال کفافی برخوردار نتواند بود. لازمه (قضاوت دستورنامه ای)<sup>۷۵</sup> بیطرفی کامل نظارت کنندگان است و تاکنون هیچ راهی برای ترکیبی کاملاً بی طرف و مستقل از قوای مجریه و مقننه و قضائیه یافت نشده است. به هر تقدیر، در اغلب قوانین اساسی، سازوکار نظارت بر قوانین از دو طریق زیر عمل می کند:

۱- ذینفع، اگر قانونی را مخالف قانون اساسی یافت، طبق شرایط و آئین مندرج در قانون آنرا در برابر دادگاه صالح (که یا بالاترین مرجع قضائی کشور است یا دادگاهی که مخصوص این کار بوجود آمده است) مطرح می کند و لغو قانون عادی مورد نظر را می خواهد. در صورتی که قانون خلاف قانون اساسی اعلام شد، لغو می شود و اثرات الغاء آن مربوط به عموم است.

۲- گاهی، یکی از طرفین دعوا در دادگاه علیه قانونی که به ضرر وی بکار خواهد رفت اعلام می کند که خلاف قانون اساسی است و از دادگاه می خواهد که از اجرای آن

۷۴- *gouvernement des juges*، حکومت قضات، اصطلاحی است که برخی از

حقوقدانان اروپائی برای نظام ایالات متحد آمریکا وضع کرده اند که طبعاً مغایر با تفکیک افقی قواست.

۷۵- این اصطلاح به معنای سنجش قضایی قانون عادی بر مبنای قانون اساسی است.

رجوع شود به حقوق و نهادهای سیاسی تألیف ابوالفضل قاضی، چاپ دوم، دانشگاه تهران صفحه



خودداری ورزد.

در هر دو صورت فوق قانونگذار باید چاره‌ای اندیشد که دعوی علیه قانون تا حد ممکن محدود به شرائطی باشد که نتوان هر لحظه از آن شکایت کرد. و گرنه تراکم کار در مرجع نظارت امکان رسیدگی جدی و دقیق را از بین خواهد برد و کشور را با مسائل و مشکلات پیش بینی ناپذیری مواجه خواهد ساخت.

در زیر چند نمونه از نظارت بر قوانین یا قضاوت دستوری را مختصراً شرح می‌دهیم.

### ۱- نظارت قوه قضائیه بر قانون (ایالات متحد آمریکا)<sup>۷۶</sup>

موضوع کنترل قانون عادی در پرتو قانون اساسی، در قانون اساسی ایالات متحد آمریکا پیش بینی نشده بود. لکن مفهوم آن در سال ۱۸۰۳ بوسیله رویه قضائی در دعوی آشکار گردید.<sup>۷۷</sup> بعد از جنگ انفصال و پیروزی شمالی‌ها و بویژه تصویب اصلاحیه شانزدهم در ۱۸۶۸، دادگاه‌ها با تکیه بر رأی معروف یاد شده دیوان عالی بسیاری از قوانین عادی این کشور را خلاف قانون اساسی اعلام کردند. از آن پس دیوان عالی فدرال در زمینه تعریف شیوه‌های کنترل و چگونگی انطباق قوانین عادی با اساسی به پیشرفت‌هایی نائل آمد.

اهم شیوه‌های کنترل توسط دادگاه‌های آمریکا از سه طریق است: مستثنی کردن قانون لازم‌الاجرا (Voie d'exception) نظارت پیش‌گیرانه (Injonction) و قضاوت اعلامی (Jugement declaratoire). در مورد اول، اگر فردی بعلت سرپیچی از فلان قانون مورد پیگرد قرار گیرد کافی است به خلاف قانون اساسی بودن آن توسل جوید. در این صورت دادگاه اگر قانون مورد نظر را خلاف قانون اساسی اعلام کند آن را لغو نمی‌کند

۷۶- برای ملاحظه نظام حقوقی ایالات متحد آمریکا، رجوع شود به کتاب حقوق ایالات متحده آمریکا، تألیف آندره تنک، ترجمه سید حسین صفائی، انتشارات دانشگاه تهران-چاپ ۱۳۵۸

۷۷- رجوع شود به دعوی ماربری علیه ماریسون و رای مارشال، رئیس وقت دیوانعالی فدرال در سال ۱۸۰۳

بلکه از اجرای آن خودداری خواهد کرد.

در مورد دوم فرد می‌تواند قانونی را قبل از اینکه به اجرا درآمده باشد بعلت تعارض آن با قانون اساسی مورد حمله قرار دهد. اگر دادگاه دعوای فرد را وارد دانست، قانون را خلاف قانون اساسی اعلام می‌کند و دست به صدور دستور ویژه‌ای در چارچوب نظارت پیش گیرانه (Injonction) می‌زند که مقام اجرائی بر اساس آن حق نخواهد داشت قانون را به اجرا درآورد.

قضاوت اعلامی، شیوه‌ای است که تازه در حقوق ایالات متحد آمریکا مرسوم شده است. بدین مضمون که اگر اختلافی بین فرد و دستگاه دولتی در مورد انطباق متن قانون عادی با قانون اساسی بوجود آید، و دستگاه اداری بخواهد قانون یاد شده را به مورد اجرا گذارد، فرد می‌تواند به قاضی مراجعه و نظر وی را خواستار شود و دستگاه دولتی منتظر اعلام نظر قاضی می‌ماند. در اینجا دعوائی بمعنای اخص کلمه مطرح نیست، بلکه اختلاف نظری است که به مشاوره قضائی می‌انجامد.

سرچشمه‌های کنترل قوانین (قضاوت دستوری) در حقوق آمریکا بقرار زیرند:

الف: جریان صحیح قانونی (Due Process of Law).

ب: قاعده یا اصل عقلانی بودن (Reasonable).

ج: شرط برابری (Clause d'egalité).

د: شرط قراردادها (Clause des Contrats).

ریشه جریان صحیح قانونی به اعلامیه پنجم و چهاردهم قانون اساسی ایالات متحد آمریکا مربوط است. اندیشه حاکمیت قانون که ارمغان حقوق انگلستان است این اصل را در حقوق آمریکا از سال ۱۸۵۵ برقرار کرده است. بنابر رای دیوان عالی، کنگره نمی‌تواند بر حسب میل و اراده خود هرگونه قانونی را تصویب کند مگر بر اساس فرآیندی درست و صحیح. این اصل در آغاز برای حمایت و حفاظت از حقوق سیاهان بوجود آمد و اکنون بعنوان وسیله کنترل قانون عادی بر اساس قانون اساسی تلقی می‌شود. طبق این اصل، قانون باید با برخی اصول حقوق - حتی اگر بیان نشده باشد - منطبق باشد. به زبان دیگر اصول حقوق فطری باید مأخذ تصویب قوانین کنگره قرار گیرد.

اصل عقلانی بودن توسط دادگاه‌ها بوجود آمده است. طبق این قاعده باید رابطه

منصفانه‌ای بین فداکاریهای فرد در قبال جامعه و امتیازاتی که این فرد در جامعه بهره‌مند است برقرار گردد. به بیان دیگر باید تعادلی میان سود عموم و احترام به حقوق فردی بوجود آید (Balance of Convenience). ضابطه این تعادل، البته، بسیار مبهم است و اگر این معیار موجب بررسی سازگاری قانون عادی با قانون اساسی واقع شود ممکن است به یک نواختی شیوه قانونگذاری لطمه وارد آورد و موجب مستثنائاتی مبتنی بر کیفیات مقطعی گردد.

شرط برابری و شرط قراردادهای از حیث اهمیت با دو اصل فوق برابر نیستند. شرط برابری خاطر نشان می‌کند که هیچ ایالتی نمی‌تواند از اشخاص تابع حوزه قضائی، حمایت قانون خود را دریغ دارد و شرط قراردادهای که ناشی از ماده اول بخش دهم قانون اساسی فدرال است، ایجاب می‌کند که ایالات نتوانند با قانونگذاری خود، قوت قراردادهای را ضعیف یا زائل کنند. این شرط برای حمایت از آزادی فردی در زمینه قراردادهاست.

## ۲- نظارت بر قوانین بوسیله یک رکن سیاسی (حقوق اساسی فرانسه)

هرچند که در تاریخ حقوق کشور فرانسه، اندیشه نظارت بر قوانین عادی بر پایه قانون اساسی سابقه دارد، لکن در باب شیوه و کم و کیف این نظارت و همچنین سازماندهی ارگانی که صلاحیت انجام این وظیفه را داشته باشد بین قانونگذاران این کشور توافق وجود نداشته است. اکثریت حقوقدانان این کشور از آن هراس داشته‌اند که مبادا این ارگان آنقدر نیرومند شود که در عمل بر قوه مقننه چیره گردد و جلوی سازوکار مجالس تقنینی را در اعمال حاکمیت ملی بگیرد. مثلاً در جمهوری چهارم، قانون اساسی مصوب ۲۷ اکتبر ۱۹۴۶ کمیته‌ای به نام کمیته قانون اساسی پیش‌بینی کرده بود که در زمینه انطباق قانون عادی با قانون اساسی صلاحیت محدودی داشت، نظارت بر قوانین را با موضوع بازنگری قانون اساسی در هم آمیخته بود و هر بار که مجلس ملی با تصویب قانونی از چهارچوبه قانون اساسی در می‌گذشت و کمیته آنرا احراز می‌کرد مسأله تجدید نظر در قانون اساسی مطرح می‌گردید. لذا قانون اساسی فوق برای مجلس قانونگذاری ملی



صلاحیت بسیار وسیعی در زمینه انجام وظیفه تقنینی قائل شده بود.<sup>۷۸</sup>

بنابراین می توان به جرات ادعا کرد که کنترل قوانین به معنای واقعی کلمه از مبتکرات قانون اساسی ۱۹۵۸ یعنی جمهوری پنجم است. در این قانون اساسی، برای نخستین بار، واحدی بنام شورای قانون اساسی<sup>۷۹</sup> پیش بینی شده که اساسی ترین رسالت آن قضاوت در باب اهمیت قوانین به حسب اصول و قواعد قانون اساسی است. شورای قانون اساسی از دو گروه عضو ترکیب یافته است.

الف-: گروه اول، اعضای هستند که از سوی رئیس جمهوری، رئیس مجلس سنا و رئیس مجلس ملی تعیین می شوند. تعداد آنها نه نفر است که هر کدام از مقامات پیش گفته سه نفر از آنها را منصوب می کنند. در مورد گزینش این اعضاء، هیچگونه پیش شرطی وجود ندارد الا اینکه باید تابعیت فرانسوی داشته و شایستگی آنها برای وظیفه مهمی که باید انجام دهند احراز شده باشد. دوره هر شورا نه سال است. ولی طبق ماده ۲ فرمان نمره ۱۰۶۶ / ۵۸ مورخ ۷ نوامبر ۱۹۵۸ برای ابلاغ قانون ارگانیک در مورد شورای قانون اساسی<sup>۸۰</sup>، نخستین شورا مرکب خواهد بود از سه عضو برای سه سال، سه عضو برای شش سال و سه عضو برای نه سال که هر کدام از مقامات تعیین کننده بالا یک عضو سه ساله، یک عضو شش ساله و یک عضو نه ساله انتخاب خواهند کرد. لذا یک سوم از این گروه هر سه سال یکبار تجدید خواهند شد.

ب- گروه دوم عبارتند از اعضای استحقاقی مادام العمر، یعنی کلیه روسای جمهور سابق می توانند به اعتبار سمت سابق خود به عضویت شورا در آیند و تا آخر عمر عضو این سازمان باقی بمانند.

رئیس شورای قانون اساسی از طرف رئیس جمهوری منصوب می شود و از میان اعضای انتصابی یا استحقاقی برگزیده می گردد. از آنجا که قانون اساسی (بند آخر از اصل ۵۶) در باب شرائط ریاست شورا ساکت و غیر صریح است، لذا دست رئیس

۷۸- رجوع شود به اصول ۹۰، ۹۱، ۹۲، ۹۳، ۹۴، ۹۵ قانون اساسی مصوب ۲۷ اکتبر ۱۹۴۶

فرانسه.

79- Conseil Constitutionnel

۸۰- این فرمان و این قانون ارگانیک به وسیله فرمان نمره ۲۲۳-۵۹ چهارم فوریه ۱۹۵۹ و

قانون ارگانیک شماره ۱۱۰۱-۷۴ مصوب ۲۶ دسامبر ۱۹۷۴ تغییر یافت.

جمهوری در این زمینه کاملاً بازگذارده شده است، تا هر که را خواست بنا به میل خود به این سمت برگزیند. لکن از آغاز جمهوری پنجم تاکنون روسای جمهور، رئیس این شورا را از میان اعضای انتصابی خود برگزیده اند.

قانون اساسی کلیه تمهیدات و تدابیر لازم را بکار برده است تا اعضای شورا از استقلال کامل برخوردار باشند و تا آنجا که میسر است تحت نفوذ و تأثیر مقامات و قدرتها قرار نگیرند. طبق اصل ۵۷ قانون اساسی عضویت شورا با وزارت و همچنین نمایندگی پارلمان مانعة الجمع است. افزون بر آن اعضای شورا نمی توانند به عضویت شورای اقتصادی و اجتماعی درآیند یا در سایر مشاغل اجرایی قبول مسئولیت کنند. حقوق و مزایای آنان مطابق با بالاترین رقم دریافتی خارج از پایه های اداری است.

شورای قانون اساسی دارای اختیارات متنوع و متعددی است که می توان آنها را بر حسب ماهیت در سه مقوله ذکر کرد.

#### الف: اعلام نظر مشورتی

مواردی در قانون اساسی و قانون ارگانیک مربوط در نظر گرفته شده است که باید از شورای قانون اساسی کسب نظر شود. مثلاً طبق اصل ۱۶ قانون اساسی زمانی که رئیس جمهور در مواقع بحرانی بخواهد از اختیارات استثنائی استفاده کند باید نظر مشورتی شورا را بگیرد. اینگونه اعلام نظرها چون در روزنامه رسمی اعلان می شود به آنها نظرهای عمومی می گویند. ولی این اختیارات مانع از آن نیست که بر حسب درخواست رئیس جمهوری یا نخست وزیر شورا نتواند نظر مشورتی خود را ابراز کند. اعلام نظر مشورتی اختیاری قاعدتاً منتشر نمی شود و به آنها نظرهای غیر عمومی می گویند.

#### ب: تصمیمات اداری

طبق اصل ۵۸ قانون اساسی ۱۹۵۸، شورای قانون اساسی بر صحت جریان انتخابات ریاست جمهوری نظارت می کند. همچنین بر اساس اصل ۵۹ همان قانون به شورای قانون اساسی اختیار داده شده است که در مورد درستی جریان انتخاب نمایندگان و سناتورها تصمیم بگیرد. بعلاوه موافق با مدلول اصل ۶۰ قانون اساسی، شورا بر صحت انجام همه پرسی نظارت و شمارش آراء را کنترل می کند. هنگام اجرای همه پرسی نمایندگان از میان قضات یا کارکنان اداری را مأمور می کند که عملیات رأی گیری را دنبال

کنند. فهرست نامزدهای ریاست جمهوری را تهیه می‌کند و راجع به تعویق انتخابات یا انتخابات مجدد تصمیم می‌گیرد. شورای قانون اساسی در صورت عدم امکان ادامه خدمت رئیس جمهوری، حق دارد آن را ملاحظه و اعلام کند تا اگر طبق تبصره‌های ۴ و ۵ و اصل ۷ قانون اساسی با اکثریت مطلق چنین عدم امکانی را تصویب کرد رئیس مجلس موقتاً وظایف رئیس جمهوری را انجام دهد.

### ج- اختیارات قضائی

اختیاراتی که شورای قانون اساسی با ماهیت قضائی دارد از سه مقوله بزرگ بیرون

نیستند:

اولاً این شورا قاضی برای فصل اختلافات در خصوص تباین مشاغل پارلمانی با سایر مشاغل است. در صورتیکه در مورد فعالیت حرفه‌ای نماینده و مانعة‌الجمع بودن آن با شغل نمایندگی شک و شبهه‌ای وجود داشته باشد، شورا با رأی خود موضوع را قاطعانه حل می‌کند. اگر در این دوگونه فعالیت تعارضی مشاهده کرد، نماینده باید وضع خود را با آن تطبیق دهد و گرنه خودبخود مستعفی از شغل نمایندگی شناخته خواهد شد.

ثانیاً، شورای قانون اساسی قاضی در مورد انتخابات (رای‌گیری) است. اختیارات

شورا در مورد انتخابات ریاست جمهوری و همه‌پرسی گسترده است.

بر حسب اصل پنجاه فرمان هفتم نوامبر ۱۹۵۸ بصورت نهائی به شکایات مربوط به انتخابات رئیس جمهور رسیدگی می‌کند. در خصوص رفتارندم (همه‌پرسی) نسبت به جریان مقدماتی آن رای مشورتی می‌دهد ولی می‌تواند به شکایات و اعتراضات مربوط به انجام رای‌گیری نظر قطعی قضائی بدهد. در صورتیکه در جریان انتخابات متوجه عملیات خلاف قانون شود می‌تواند نسبت به حفظ یا انحلال جزئی یا کامل صندوق‌های حوزه مورد دعوا با توجه به درجه خلاف‌ها تصمیم بگیرد. نظیر همین اختیارات را نیز نسبت به انتخابات پارلمانی اعم از تهیه مقدمات اخذ آراء، شمارش آراء، و اعلام نتیجه نهائی اعمال می‌کند.

ثالثاً شورای قانون اساسی قاضی کنترل قوانین عادی بر اساس قانون اساسی است.

بی‌شک این اختیارات را می‌توان مهمترین اختیارات شورا دانست. به زیان دیگر اختیار نظارت بر قانون، علت وجودی شورا را تشکیل می‌دهد و سایر اختیارات پیش‌گفته در



مقابل این مسئولیت عظیم فرعی جلوه می کنند.

هنگامی که شورا دست به کنترل قانون می زند در حقیقت به بررسی این امر می پردازد که آیا اعمال و شیوه های انجام شده موافق با مجموعه «مقررات اساسی» هست یا خیر؟ این مجموعه متشکل است از قانون اساسی، اعلامیه حقوق بشر و شهروند، دیباچه قانون اساسی ۱۹۴۶<sup>۸۱</sup> و قوانین ارگانیک ذی ربط. این کنترل در واقع نظارت برای مشاهده انطباق<sup>۸۲</sup> قانون عادی با مجموعه است نه عدم تباین<sup>۸۳</sup> آن با قانون اساسی، و شورای قانون اساسی می خواهد مطمئن شود که آیا متنی که برای قضاوت به او تسلیم شده است منطبق با الگوی مورد نظر قانون اساسی جمهوری هست یا خیر؟ نتیجتاً متن قانون عادی نمی تواند پیش بینی امری کند یا مشتمل بر مقرراتی باشد که قانون اساسی پیش بینی نکرده یا اجازه نداده باشد. نتیجه آنکه اگر مقرره ای خلاف قانون اساسی اعلام شد نه اجازه انتشار می یابد نه بمورد اجرا گذاشته خواهد شد.

همانگونه که در بالا اشاره رفت، شورای قانون اساسی مرکب از اعضای است با ماهیت سیاسی. یعنی نوع و نحوه انتصاب آنها جنبه سیاسی دارد. ولی وظائف و عملکردهای این شورا ماهیت قضائی دارند (قضاوت دستوری) و با آنکه مخالفان این سازمان نسبت به آن انتقاداتی از این قبیل دارند، ولی غالب حقوقدانان را نظر بر این است که شورای قانون اساسی از زمان ایجاد تا کنون آراء خود را فارغ از ملاحظات سیاسی صادر کرده و پیوسته کوشیده است تا آنجا که مقدور است تصمیمات خود را در چارچوبه امور قضائی و بی طرف محفوظ دارد.

بهر تقدیر فعالیت های شورا را می توان در دو مقوله جای داد: نظارت اجباری، نظارت اختیاری. طبق بند یک از اصل ۶۱ قانون اساسی ۱۹۵۸، کلیه قوانین ارگانیک پیش از امضاء و انتشار و نظامنامه های مجالس پارلمانی قبل از اجرا باید الزاماً مورد بررسی شورای قانون اساسی قرار گیرند تا انطباق آنها با قانون اساسی مسجل گردد. در مورد

۸۱- در قانون اساسی ۱۹۴۶ فرانسه بود که در دیباچه قانون اساسی این کشور تغییرات اساسی در جهت گنجاندن حقوق اجتماعی رخ داد. حقوق تضمین شده مندرج در این دیباچه بعنوان قواعد فراقانونی، معیاری برای کنترل در نظر گرفته شده است.

82- Contrôle de Conformité

83- Compatibilité de Contrôle

قوانین ارگانیک که در واقع مقرراتی مکمل قانون اساسی هستند کار شورا چندان دشوار نیست. ولی در خصوص نظامنامه های مجلس ملی و مجلس سنا، شورا باید آنها را با قانون اساسی، قوانین ارگانیک و فرامین اصل ۹۲ قانون اساسی مطابقت دهد و همچنین محتوای آن را از حیث انطباق با قوانین فراتر و حتی برد معنایی آن را که از حیث مفهوم و مدلول موافق با قانون اساسی باشد بررسی کند.

نظارت اختیاری شورا مربوط به عهدنامه ها و قوانین عادی است. طبق اصل ۵۴، رئیس جمهوری، نخست وزیر و هر یک از روسای دو مجلس می توانند معاهدات و موافقت نامه های بین المللی را پیش از تصویب برای اعلام نظر به شورای قانون اساسی تسلیم دارند. اگر شورا نظر دهد که عهدنامه متضمن مقرراتی خلاف قانون اساسی است، دیگر نمی توان آن را تصویب کرد مگر بعد از بازنگری قانون اساسی.

در باب قوانین عادی، بند دوم اصل ۶۱ قانون اساسی به چند مقام معین اجازه داده است که بتوانند قانون عادی را پیش از امضاء و انتشار به شورای قانون اساسی ارجاع دهند. این مقامات بقرار زیرند:

۱- رئیس جمهوری ۲- نخست وزیر ۳- رئیس مجلس ملی ۴- رئیس مجلس سنا

۵- شصت نفر از سناتورها و شصت نفر از نمایندگان مجلس ملی<sup>۸۴</sup>.

در موارد فوق شورای قانون اساسی باید در یک مهلت یک ماهه نظر مصوب خود را اعلام کند مگر آنکه بر حسب درخواست دولت و فوریت مسأله، این مهلت به هشت روز تقلیل یابد. بهر تقدیر بمحض آنکه قانون تسلیم شورای یاد شده گردد یعنی عمل ارجاع تحقق یابد مهلت امضا و انتشار معلق باقی می ماند.

اگر مقرره ای از سوی شورا خلاف قانون اساسی اعلام شود نه می تواند امضاء شود و انتشار یابد و نه قابل اجرا خواهد بود. تصمیمات شورای قانون اساسی غیر قابل پژوهش و آثار آن متوجه قوای عمومی و کلیه مقامات اداری و قضائی است.

۸۴- رجوع شود به متن متمم قانون اساسی شماره ۹۰۴-۷۴ مصوب ۲۹ اکتبر ۱۹۷۴. در

متن اصلی ۱۹۵۸ سناتورها و نمایندگان حق ارجاع امر به شورای قانون اساسی را نداشتند و

مقامات ارجاع دهنده محدود بودند به رئیس جمهوری، نخست وزیر و روسای دو مجلس.

### ۳- نظارت بر قوانین (قضاوت دستوری) (حقوق اساسی آلمان)

بر اساس قانون پایه ای سال ۱۹۴۹ حق کنترل قوانین به دیوان قانون اساسی سپرده شده است که در بالاترین مرتبه سلسله مراتب دادگاه های آلمان واقع شده است. این دیوان متشکل از بیست و چهار عضو است که هر مجلس دوازده نفر از آنها را انتخاب می کند. لکن باید لزوماً هشت نفر از آنها از قضات فدرال حرفه ای باشند. مدت عضویت آنها ۱۲ سال است. دیوان قانون اساسی از دو شعبه تشکیل می یابد که هر دو از استقلال کامل برخوردارند و صلاحیت هر کدام از شعب طبق قانون مصوب ۱۲ مارس ۱۹۵۱ بدقت معین شده است.

دیوان مزبور دارای پنج نوع صلاحیت به شرح زیر است:

الف: در جهت حفظ نظم دموکراتیک و لیبرال

این صلاحیت یکی از حساس ترین جنبه های عملکرد یک ارگان قضاوت دستوری است. بدین معنی که باید اعمال اساساً سیاسی را در چهارچوبه قضائی قرار داده نسبت به آن تصمیم گیری کند. وظیفه فوق اندیشه نظارت بر قوانین را تا آنجا گسترده است که ارگان مسئول باید بعنوان حافظ رژیم موجود آلمان عمل کند. در این باب در چهار مورد به تصمیم گیری می پردازد: اول در مورد یکه حقوق پایه ای فرد به گونه ای مورد استفاده قرار گیرد که به نظم دموکراتیک و لیبرال لطمه وارد کند. از آنجا که ممکن است در این میان حقوق فردی و آزادی های عمومی به بهانه «نظم» زیر پا نهاده شود یعنی طرح مسأله در دیوان بصورت بی رویه ای صورت گیرد قانون تنها بوندستاگ، هیأت دولت فدرال و دولتهای ایالات را برای ارجاع امر به دیوان قانون اساسی مجاز شناخته است. دوم آنکه دیوان مذکور می تواند حزبی را به این عنوان که رژیم دموکراسی و نظم موجود را بمخاطره افکنده است خلاف قانون اساسی و غیر مجاز اعلام کند<sup>۸۵</sup>. سوم اینکه دادگاه می تواند بر اساس

۸۵- بر این اساس بود که در سال ۱۹۵۱ حزب نئونازی و در سال ۱۹۵۶ حزب کمونیست آلمان را خلاف قانون اعلام کرد. زیرا نظم دموکراتیک و لیبرال رژیم آلمان را با افراطی گری های چپی و راستی بخطر انداخته بودند.



شکایت شهروندان، شهرداری‌ها یا گروهی از کمون‌ها در باب سرپیچی از حقوق اساسی تضمین شده دست به صدور رأی بزند. چهارم اینکه دیوان قانون اساسی می‌تواند نسبت به قضات فدرال در صورتی که خلاف اصول قانون پایه‌ای فدرال یا نظم اساسی ایالات عمل کرده باشند، بصورت دادگاه انتظامی به صدور حکم پردازد.<sup>۸۶</sup>

ب: در جهت حفظ سلسله مراتب قواعد حقوقی

در این باب دوگونه روش در حقوق آلمان در پیش گرفته شده است. طبق روش اول اگر حکومت فدرال، حکومت یکی از ایالات یا یک سوم از اعضای پارلمان از دیوان بخواهند که نسبت به انطباق حقوق فدرال یا حقوق یکی از ایالات با حقوق پایه‌ای فدرال رأی دهد، دیوان می‌تواند عدم انطباق آنها را بی‌آنکه به لغو آنها پردازد اعلام کند. طبق روش دوم در صورتی که در برابر یکی از دادگاه‌ها موضوع خلاف قانون اساسی بودن قانون عادی مطرح شود، قاضی دادگاه می‌تواند از دیوان قانون اساسی بخواهد تا نسبت به آن نظر خود را اعلام نماید.

ج: در جهت تضمین ساختار فدرالی دولت

بر اساس بند سوم اصل یکصدم قانون پایه‌ای، دادگاه قانون اساسی برای حفظ وحدت تفسیر قانون پایه‌ای صلاحیت دارد. از آنجا که در هر ایالت دادگاه قانون اساسی ایالتی برای انطباق قوانین ایالتی با قانون اساسی ایالت صالح است و همچنین می‌تواند بر حسب درخواست دادگاه ایالتی قانون اساسی فدرال را تفسیر کند، لذا وجود وحدت تفسیر در این کشور از اهم امور است دیگر اینکه در صورت اختلاف بین دولت فدرال و دولت ایالتی راجع به تفسیر قانون اساسی، دیوان قانون اساسی بر حسب درخواست یکی از آنها می‌تواند نظر قاطع خود را اعلام دارد.

د- در جهت فصل اختلافات نهادها

در موردی که بین رئیس جمهور فدرال، پارلمان فدرال، شورای فدرال و هیأت دولت فدرال اختلافی رخ دهد دیوان قانون اساسی برای فصل اینگونه اختلافات صلاحیت دارد.

۸۶- اصل ۹۲، بند ۲ قانون پایه‌ای ۱۹۴۹.

ه- در جهت نظارت بر انتخابات

در این باب نیز دیوان قانون اساسی بالاترین مرجع قضائی برای صدور رأی در مورد صحت جریان انتخابات است.<sup>۸۷</sup>

#### ۴- نظارت همه جانبه شرعی و دستوری (حقوق اساسی ایران)

اندیشه قضاوت دستوری در جهت کنترل قوانین در قانون اساسی ۱۲۸۵ و ۱۲۸۶ سابقه ندارد. لکن فکر بررسی تطابق قانونگذاری با موازین شرع اسلام در قانون اساسی یاد شده وجود داشته است. می توان گفت که قانون اساسی جمهوری اسلامی مبدع کنترل همه جانبه قوانین بشمار می آید و ایجاد رکنی بسیار مهم بنام شورای نگهبان که تلفیق اصل دوم (طراز) متمم قانون اساسی ۱۲۸۶ و شورای قانون اساسی فرانسه ۱۹۵۸ با تصرفات معینی است، موید اراده قانونگذاران برای حفظ و حراست احکام اسلام و همچنین اصول قانون اساسی می باشد.

اولاً کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزائی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید بر اساس موازین اسلامی باشد (اصل چهارم قانون اساسی ۱۹۵۸). دامنه و برد این اصل حاکم بر کلیه شبکه قانونگذاری کشور است، بطوریکه بر اطلاق یا عموم اصل قانون اساسی نیز سرایت دارد.<sup>۸۸</sup> ثانیاً در اصل هفتاد و دوم نیز تأکید شده است که مجلس شورای اسلامی نمی تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد. بنابراین بر مآخذ این دو اصل و مستفاد از سایر اصول، دو امر نظارت شرعی و نظارت حقوقی در جهت اینکه قوانین و مقررات کشور منطبق با اسلام، مذهب رسمی کشور و قانون اساسی باشد از اهم مساعی قانونگذاران جمهوری اسلامی بوده است.

۸۷- در مورد سازمان و اختیارات دیوان قانون اساسی رجوع شود به فصل نهم قانون پایه ای ۱۹۴۹، قوه قضائیه، اصول ۹۲، ۹۳، ۹۴.

۸۸- برای بحث و بررسی در مورد اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی، رجوع شود به مقاله تحقیقی حجة الاسلام والمسلمین آقای سید محمد خامنه ای در مجله کانون وکلای دادگستری، شماره ۴، دوره جدید، پائیز- زمستان ۱۳۶۹، صفحات ۱۱ تا ۱۴



لذا طبق اصل ۹۱، به منظور پاسداری از احکام اسلام و قانون اساسی، از نظر عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با آنها، شورائی بنام شورای نگهبان تشکیل می شود. این شورا مرکب از دوازده عضو است که شش نفر آنها از فقهای عادل و آگاه به مقتضیات زمان و مسائل روز و شش نفر بقیه از حقوقدانان مسلمان در رشته های مختلف حقوقی خواهند بود. مدت عضویت شش سال خواهد بود که در نخستین دوره نیمی از اعضای هر گروه (فقیه و حقوقدان) به قید قرعه تغییر می یابند. گروه فقها همه به انتخاب مقام رهبری منصوب می شوند و گروه حقوقدانان بنا به معرفی رئیس قوه قضائیه به مجلس شورای اسلامی و با رای مجلس انتخاب می گردند.

بر اساس اصول نود و سوم و نود و چهارم اصرار قانونگذار بر این بوده است که (کلیه) مصوبات مجلس باید از نظر شورای نگهبان بگذرد و مجلس شورای اسلامی<sup>۸۹</sup> بدون وجود شورای نگهبان اعتبار قانونی ندارد مگر در دو مورد: ۱- تصویب اعتبارنامه نمایندگان ۲- انتخاب شش نفر حقوقدان اعضای شورای نگهبان. بهر حال شورای نگهبان باید ظرف ده روز از تاریخ وصول مصوبه آن را از هر دو نظر بالا مورد بررسی قرار دهد. در صورت عدم مغایرت با شرع و قانون اساسی این مصوبات قابل اجرا خواهند بود و گرنه برای تجدید نظر به مجلس بازگردانده می شوند. اگر مهلت ده روزه از لحاظ شورای نگهبان کافی بنظر نرسید، شورای مذکور می تواند برای ده روز دیگر استمهال کند (اصل نود و پنجم). قانونگذار برای تسریع در امور تقنینی طبق اصل نود و هفتم امکان حضور اعضای شورای نگهبان در مجلس را پیش بینی کرده است تا ضمن استماع مذاکرات با آمادگی بهتری بتوانند نسبت به مصوبه قانونی اظهار نظر کنند. ذکر فعل (می توانند) نشان می دهد که حضور اعضای شورای نگهبان برای استماع مذاکرات «اختیاری» است. ولی در عبارت بعدی نوع حضور «اجباری» را نیز قانون اساسی قید کرده است: اما وقتی طرح یا لایحه ای فوری در دستور کار مجلس قرار گیرد، اعضای شورای نگهبان (باید) در مجلس

۸۹- قاعداً منظور از عدم اعتبار مجلس شورای اسلامی بدون وجود شورای نگهبان، مصوبات مجلس است نه خود مجلس. زیرا قاعداً وقتی انتخابات انجام شد و اعتبارنامه اکثریت مطلق نمایندگان به تصویب مجلس رسید اعتبار مجلس شروع می شود و حتی از ظاهر اصل شصت و پنجم برمی آید که با حضور دوسوم مجموع نمایندگان رسمیت می یابد. متنها مصوبات این مجلس زمانی اعتبار دارد که طبق روش اتخاذی قانون اساسی به نظر موافق شورای نگهبان برسد.



حاضر شوند و نظر خود را اظهار نمایند (اصل نود و هفتم)

از مشخصات اصیل شورای نگهبان مطالب زیر را باید برجسته کرد: اولاً با آنکه شورای مذکور طبق قواعد حقوقی رکن رکین کنترل قوانین است و خود خصلت قانونگذاری ندارد و تصویب کننده نیست بلکه مرجع صدور نظریات فنی و دارنده گونه‌ای حق وتوی تعلیقی است و لذا نمی‌توان بدان نام مجلس دوم بخشید، معذک باید در کلیه مصوبات مجلس اظهار نظر نماید و انطباق این مصوبات را از هر دو دید شرعی و حقوقی مورد بررسی قرار دهد. لذا همچون تکمله‌ای برای قانونگذاری در نظر گرفته شده و حتی اصول مربوط به این شورا زیر فصل ششم که مربوط به قوه مقننه می‌باشد تنظیم گردیده است. ثانیاً جواز عدم مغایرت با موازین شرعی توسط شش نفر فقهای شورا صادر می‌شود یا اگر تعارضی دیده شود توسط این گروه اعلام می‌گردد. در صورتی که قضاوت دستوری یا انطباق قانون عادی با اساسی منوط به تصمیم هر دو گروه (۱۲ نفر) عضو شورای نگهبان است.

اساساً مصوبات شورا لازم‌الاجرا است و باید توسط مجلس شورای اسلامی جلب نظر شورا رعایت شود مگر در مورد تعارض بین شورا و مجلس که مجمع تشخیص مصلحت با تصمیم قاطع خود مسأله را حل و فصل خواهد کرد (اصل یکصد و دوازدهم).

شورای نگهبان علاوه بر نظارت مستمر و دامنه‌دار بر قوانین عادی دارای وظایف بسیار مهم دیگری نیز هست که مجموعاً این ارگان را یکی از پایه‌ای‌ترین تنظیمات قانون اساسی قلمداد می‌کند.

یکی اینکه این شورا مفسر قانون اساسی است. در اصل نود و هشتم از شیوه تفسیر یعنی آئین ارجاع و مقامات رجوع کننده سخنی بمیان نیامده است و فقط گفته شده که عمل تفسیر قانون اساسی با تصویب سه چهارم اعضای این شورا انجام می‌گیرد.

دوم، شورای نگهبان بر انتخابات مجلس خبرگان رهبری، ریاست جمهوری، مجلس شورای اسلامی، مراجعه به آراء عمومی و همه‌پرسی نظارت دارد. این وظیفه شباهت فراوانی به اختیارات شورای قانون اساسی فرانسه در مورد نظارت بر انتخابات مختلف این کشور دارد.

سوم اینکه شورای نگهبان قانون مربوط به تعداد و شرائط خبرگان، کیفیت انتخاب

آنها و آئین نامه داخلی جلسات آنان را برای نخستین دوره تهیه و به تصویب می‌رساند تا پس از تصویب نهائی رهبر انقلاب به مرحله اجرا گذارده شود. (اصل یکصد و هشتم). با این تعبیر در خصوص تشکیل و ترکیب و شرایط انتخابات و نظامنامه داخلی شورای خبرگان، شورای نگهبان جنبه قانونگذار استثنائی یافته است.

چهارم، صلاحیت داوطلبان ریاست جمهوری از جهت دارا بودن شرایط مندرج در قانون اساسی قبل از انتخابات باید به تأیید شورای نگهبان برسد (بند ۹ از اصل یکصد و دهم)

پنجم، در صورت فوت یا کناره گیری یا عزل رهبر همچنین ناتوانی وی از انجام وظائف و تا تعیین و معرفی رهبر جدید توسط خبرگان یکی از فقهای شورای نگهبان، به انتخاب مجمع تشخیص مصلحت نظام به همراه رئیس جمهوری و رئیس قوه قضائیه، همه اختیارات رهبری را موقتاً در دست خواهند داشت (اصل یکصد و یازدهم)

ششم، طبق اصل یکصد و بیست و یکم، مراسم اتیان سوگند رئیس جمهوری در مجلس شورای اسلامی و با حضور رئیس قوه قضائیه و شورای نگهبان انجام خواهد گرفت.

هفتم، در خصوص بازنگری قانون اساسی نیز شورای نگهبان در شورای بازنگری جای بسیار مهمی اشغال می‌کند زیرا کلیه اعضای دوازده نفری آن در شورای مذکور عضویت خواهند داشت.

هشتم، در زمان جنگ و اشغال نظامی کشور توقف موقتی انتخابات در نقاط اشغال شده پس از پیشنهاد رئیس جمهور و تصویب سه چهارم مجموع نمایندگان مجلس باید به تأیید شورای نگهبان برسد. (اصل شصت و هشتم)

نهم، مصوبات جلسات غیر علنی که در شرایط اضطراری و برای رعایت امنیت کشور تشکیل می‌شوند در صورتی معتبر خواهند بود که با حضور شورای نگهبان به تصویب سه چهارم مجموع نمایندگان برسد (اصل شصت و نهم).

دهم، طبق اصل هشتاد و پنجم، تشخیص عدم مغایرت مصوبات دولت با احکام مذهب رسمی کشور و قانون اساسی نیز در صورتیکه اجازه تصویب آنها از سوی مجلس شورای اسلامی به دولت داده شده باشد به عهده شورای نگهبان است.

با ملاحظه رهتوس اختیارات و وظائف مختلف شورای نگهبان و گستره عملکرد این شورا از خلال کلیه فعالیت‌های تقنینی، اهمیت این رکن در صورت بندی رژیم کشور به خوبی هویدا می‌شود. ولی با این همه باید وظیفه نظارتی این شورا را از همه وظائف دیگر اصلی تر تلقی کرد. بویژه آنکه با وجود قرار نگرفتن این شورا در کالبد نظام قضائی و ترکیب اعضای آن معذک در زمینه کتترک قوانین کار شورا ماهیتی قضائی دارد و به قول علمای حقوق نوع این عملکرد «قضاوت دستورنامه ای» است.