

## ارزیابی تطبیقی استمرار مبنای قانون اساسی

### در نظام‌های حقوقی ایران، فرانسه و آمریکا

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۹/۰۸

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۲/۲۰

عثمان سالاری \*

علی اکبر گرجی از ندربانی \*\*

بیژن عباسی لاهیجی \*\*\*

#### چکیده

قانون اساسی همانند سایر قوانین، امکان تغییر و ظهور مجدد را - هر چند با تشریفات متفاوت - دارد و امری ثابت و دائمی نمی‌باشد. مسئله اساسی این است که آیا مفاهیم و مبانی مقرر در قانون اساسی هم با سقوط رژیم موجود و استقرار رژیم جدید به کلی و به طور مطلق از بین می‌روند و مفاهیم و مبانی جدیدی به وجود می‌آیند یا اینکه این جایگزینی مفاهیم حالت نسبی دارد؟ مطالعه تغییرات قوانین اساسی و استمرار مبنای بنیادین در دوره‌های مختلف در قانون اساسی آمریکا که در عمل با تغییر رژیم روبرو نبوده اما تحت تأثیر جریان‌های دوره‌ای بوده است و نیز قانون اساسی فرانسه که بیشترین تغییرات را گذرانده و همچنین قانون اساسی ایران که مفهومی جدید نسبت به دو کشور پیشین می‌باشد، ما را به این مهم سوق می‌دهد که کدامین مفاهیم و مبانی بنیادین از گزند حوادث سیاسی، تاریخی، اجتماعی، فرهنگی و بسیاری از جریان‌های دوره‌ای و ایدئولوژی‌ها و دیدگاه‌های فلاسفه حقوق و... به دور مانده و بر اساسنامه یک کشور ریشه دوانیده‌اند. اهمیت این مطالعه مبتنی بر توجه به مسئله استمرار قانون اساسی و نهادهای سیاسی، دقت در مسئله بازنگری قانون اساسی و تمایز بین مسائل شکلی و ماهوی در قانون اساسی، می‌باشد. همچنین این مقاله به دنبال پاسخ به این پرسش اصلی است که استمرار

\* دانشجوی دکتری تخصصی حقوق عمومی دانشگاه تهران، پردیس بین‌المللی کیش (نویسنده مسئول)

osmansalary@yahoo.com

A\_gorji@sbu.ac.ir

babbasi@ut.ac.ir

\*\* دانشیار حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی

\*\*\* دانشیار حقوق عمومی دانشگاه تهران

اصول قانون اساسی با چه مبنای حقوقی قابل توجیه است؟ فرضیه مطرح شده نیز بر پایه این اعتقاد است که استمرار قانون اساسی با تکیه بر خرد سیاسی و تجربه حکمرانی ملت‌ها توجیه پذیر می‌شود. به نظر می‌رسد که نظام انعطاف‌پذیر ایالات متحده آمریکا، استمرار قانون اساسی را نسبت به نظام انعطاف‌ناپذیر ایران و فرانسه کامل‌تر تضمین می‌کند.

**واژگان کلیدی:** استمرار قانون اساسی، حقوق بنیادین، هنجارهای قانون اساسی، صیانت از قانون اساسی.

### مقدمه

قانون اساسی به طور کلی اصول و موازین حاکم بر روابط سیاسی افراد در ارتباط با دولت و نهادهای سیاسی کشور و شیوه تنظیم آن‌ها و همچنین کیفیت توزیع قدرت میان فرمانروایان و فرمانبرداران می‌باشد. قانون اساسی که در واقع اساسنامه یک دولت - کشور است در مواقعی از جمله انقلاب‌ها، کودتاها، جنگ‌های داخلی که منجر به سقوط رژیم موجود و استقرار رژیم جدیدی می‌گردد و همچنین ایجاد کشورهای جدید، ظهور می‌یابد. لذا قانون اساسی همانند سایر قوانین، امکان تغییر و ظهور مجدد را - هر چند با تشریفات متفاوت - دارد و امری ثابت و دائمی نمی‌باشد. مسئله اساسی این است که آیا مفاهیم و مبانی مقرر در قانون اساسی هم با سقوط رژیم موجود و استقرار رژیم جدید به کلی و به طور مطلق از بین می‌روند و مفاهیم و مبانی جدیدی به وجود می‌آیند یا اینکه این جایگزینی مفاهیم حالت نسبی دارد؟ در این مقاله با مطالعه تطبیقی قوانین اساسی سه کشور آمریکا، فرانسه و ایران که دوران تاریخی متفاوتی به لحاظ ظهور قانون اساسی را گذرانده‌اند، به بررسی تغییر مبانی و مفاهیم قانون اساسی آنان می‌پردازیم.

اهمیت و ضرورت مطالعه تغییرات قوانین اساسی و استمرار مبانی بنیادین در دوره‌های مختلف در قانون اساسی آمریکا که در عمل با تغییر رژیم روبرو نبوده اما تحت تأثیر جریان‌های دوره‌ای بوده است و نیز قانون اساسی فرانسه که بیشترین تغییرات را گذرانده و همچنین قانون اساسی ایران که مفهومی جدید نسبت به دو کشور پیشین می‌باشد، ما را به این مهم سوق می‌دهد که کدامین مفاهیم و مبانی بنیادین از گزند حوادث سیاسی، تاریخی، اجتماعی، فرهنگی و بسیاری از جریان‌های دوره‌ای و ایدئولوژی‌ها و دیدگاه‌های فلاسفه حقوق و... به دور مانده و بر اساسنامه یک کشور ریشه دوانیده‌اند.

هدف از مقاله حاضر، مطالعه‌ای تطبیقی و بررسی وضعیت استمرار مفاهیم قانون اساسی در نظام‌های حقوق اساسی فرانسه، آمریکا و جمهوری اسلامی ایران است تا بدین ترتیب در رهگذر این بررسی، مفاهیم بنیادین این سه قانون اساسی آشکار شوند. در حقیقت با مطالعه در چارچوب نظام انعطاف‌ناپذیر فرانسه و جمهوری اسلامی ایران، و نیز نظام انعطاف‌پذیر ایالات متحده، با مراجع خاصی که استمرار این مفاهیم بنیادین را در دوره‌های مختلف تضمین کرده‌اند، آشنا شده و از سازوکارهای آنان آگاهی می‌یابیم.

در مقاله پیش رو ابتدا با مفهوم استمرار و سازوکارهای استمرار قانون اساسی آشنا می‌شویم. سپس به طور تطبیقی بحث استمرار قانون اساسی را در سه کشور آمریکا، فرانسه و ایران مورد مطالعه قرار می‌دهیم. لازم به ذکر است که تاکنون در ایران هیچ مطالعه‌ای حتی به صورت مقدماتی نیز پیرامون این موضوع صورت نگرفته است.

همچنین در این مقاله به دنبال پاسخ به این پرسش‌ها هستیم که: استمرار اصول قانون اساسی با چه مبنای حقوقی قابل توجیه است؟ با مطالعه تطبیقی در کدامیک از دو نظام حقوق اساسی فرانسه و ایالات متحده آمریکا و ایران استمرار قانون اساسی بهتر تضمین شده است؟ وجوه اشتراک و افتراق سازوکارهای نظام حقوق اساسی فرانسه و جمهوری اسلامی ایران و ایالات متحده کدامند؟

مقاله حاضر این فرضیه را دنبال می‌کند که استمرار قانون اساسی با تکیه بر خرد سیاسی و تجربه حکمرانی ملت‌ها توجیه‌پذیر می‌شود.

## ۱. مفهوم استمرار قانون اساسی

مفهوم استمرار قانون اساسی این است که برخی مبنای، نهادها و حق‌ها پس از فروپاشی نظام سیاسی قدیم و حلول نظام سیاسی یا قانون اساسی جدید به همان صورت سابق عیناً یا به صورت دیگری (مفهوماً) تکرار می‌شود. به بیان دیگر، جامعه قصد دست شستن و دل کندن از گذشته خود را ندارد و حتی در پی اقدامات و تغییرات سریع و رادیکال، بسیاری از مفاهیم سنتی خود را کماکان حفظ می‌کند. این موضوعات بیشتر ناظر به موضوعات ماهیتی هستند و کمتر ناظر به نحوه اجرای حق می‌باشند، هرچند اصل نهاد حاکم یا مبنای حکومتی (نظیر مداخله حداکثری یا حداقلی دولت در امور اقتصادی و اجتماعی) را نیز در بر می‌گیرند. این امر در بستری از زمان محقق می‌شود (Holder, 1997, P44). جانشینی

نظم‌های حقوق اساسی یک حادثه و اتفاق است. بازشناسی یک معنا برای تاریخ حقوق اساسی، در دو حالت امکان‌پذیر است. نخست اینکه از یک‌سو تاریخ نشان‌گر بازگشت جاودان و همیشگی است و معنای این قاعده چنین است که رژیم‌های سیاسی - حقوقی در دوره‌های مختلف تکرار می‌شوند. البته این تکرار به معنی بازگشت به گذشته یا حاکم ساختن قواعدی که از بوته آزمایش تاریخ سربلند بیرون نیامده‌اند، نمی‌شود (Marek, 1968, P16).

تغییر رژیم‌ها، حکومت‌ها و حتی دولت‌ها و به دنبال آن مطرح شدن جایگزینی قانون اساسی، همواره این چالش را برمی‌انگیزد که کدامین مفاهیم و مبانی قانون اساسی سابق، قابلیت پایداری را دارند و یا می‌بایست داشته باشند (Holder, 1997, P83). از آنجا که موضوعات حقوق بشری، آرمان‌های اکثر ملیت‌ها را تشکیل می‌دهد و چه بسا جوامع مختلف برای دستیابی و به حقیقت پیوستن این آرمان‌ها، مبارزات سختی را متحمل شده‌اند لذا، در بحث استمرار مبانی قوانین اساسی، حقوق و آزادی‌های بنیادین و مفاهیم حقوق بشری بیشتر مطرح می‌گردد (Dyer, 2013, P131). البته استثنائاتی هم وجود دارد. به عنوان مثال سقوط برخی دولت‌ها به ویژه به دنبال وقوع کودتا، همواره بحث تغییر مفاد قانون اساسی را مطرح می‌کند که بیشتر محدودیت حقوق و آزادی‌های بنیادین را هدف خود قرار می‌دهد.

## ۲. سازوکارهای استمرار قانون اساسی

### ۲-۱. اراده قوه مؤسس

قانون اساسی، محصول قوه مؤسس است و تدوین و تصویب چنین قانونی تعبیر به عملی تأسیسی می‌شود که از طریق آن، اصول و پایه‌های یک نظام سیاسی تعیین می‌شوند. این قوه، قوه تصویب، بازنگری و نسخ قواعدی حقوقی است که دربرگیرنده حقوق ملت، موقعیت قدرت سیاسی و تشکیلات حکومتی است. این قوه، به طور مستقل و آزادانه عمل می‌کند و محصول آن (قانون اساسی) بر همگان تحمیل خواهد شد (عباسی، ۱۳۸۳، ص ۹۳). معمولاً متعاقب تأسیس نظم نوین حقوقی جدید، دو نوع قوه مؤسس حادث می‌شود. قوه مؤسس اولیه، قانون اساسی جدید را از صفر شروع می‌کند و می‌تواند قانون اساسی کهنه را بازتولید کند. و قوه مؤسس ثانوی که از طریق بازنگری، به بازسازی و

استمرار قانون اساسی قبلی کمک می‌کند. اراده قوه مؤسس، تجلی حقوقی نیروی دموکراتیک است. موضوع قدرت مؤسس به موازات این ایده که اقتدار حکومت وابسته به رضایت مردم است، پدیدار شد. این موضوع ابتدا به صورتی تردیدآمیز بیان شد و به تعبیر شلدون ولین در آغاز، نظریه بسیار کم‌خطرتری مبنی بر اینکه جامعه سیاسی بر مردم بنا شده است و نه به دست مردم (لاگین، ۱۳۸۸، ص ۲۲۵).

تحولات انقلابی قرن هفده و هجده، اهمیت اراده قوه مؤسس را دگرگون کرد و این باور که اقتدار همواره از بالا شکل می‌گیرد را به چالش کشید. جمهوری‌های کامل و مستقل قرن هجدهم، بیان‌گر این اصل کلی بودند که به جای تکیه زدن بر عرف و سنت، دموکراسی مبنای مشروعیت سیاسی مدرن را فراهم می‌آورد (لاگین، ۱۳۸۸، ص ۲۳۷).

## ۲-۱-۱. اراده قوه مؤسس در ایالات متحده آمریکا

انقلاب آمریکا برداشت جدیدی از قدرت مؤسس به وجود آورد. چون براساس اعلامیه استقلال، داشتن حکومتی پاسخگو، حق مردم است و چنانچه حکومتی از حدود صلاحیتش تعدی کند، این حق برای مردم باقی خواهد ماند تا آن را به زیر کشیده و نظم مورد نظر خود را جانشین آن سازند (لاگین، ۱۳۸۸، ص ۲۳۲).

در تاریخ آمریکا در جریان شورش مستعمره‌نشینان آمریکایی در مستعمرات سیزده گانه علیه نیروهای بریتانیایی، نمایندگان مستعمرات در سال ۱۷۷۴ در فیلادلفیا گرد آمدند و مجمع کنگره قاره‌ای آمریکا را به وجود آوردند که ابتدا توسط نمایندگان مستعمرات سیزده گانه در فیلادلفیا در سال ۱۷۷۴ برگزار شد تا شکایات مردم آمریکا را به حکومت بریتانیا منعکس کند و خواستار رفع مظالم بشود.

دومین کنگره قاره‌ای که در سال ۱۷۷۵ برگزار شد، اقداماتی را برای مقاومت در برابر حکومت بریتانیا انجام داد. از جمله اقدامات مهم کنگره اول و دوم قاره‌ای، صدور اعلامیه استقلال ایالات متحده آمریکا، تشکیل ارتش قاره‌ای و انتخاب ژنرال جرج واشنگتن به سمت فرمانده ارتش مستعمره‌نشینان بود.

سایر کنگره‌ها در فواصل معینی تشکیل شدند و بالاخره قانون اساسی ایالات متحده آمریکا را در سال ۱۷۸۱ تصویب کرد. گاه، مجلس مؤسسان، تنها و منحصرأ مأموریت تدوین و یا تصویب قانون اساسی را دارد و صلاحیت دیگری را دارا نیست. دوره مأموریت

نمایندگان این مجلس منتخب مردم محدود به زمان انجام همین امر است؛ بدین معنی که مجلس پس از انجام این مأموریت منحل می‌گردد. بنابراین، این مجلس وظایف قوه مقننه را انجام نمی‌دهد. هنگام انجام وظیفه خود در امور عادی مربوط به ملت دخالتی نمی‌کند. گفتنی است که در این روش دقیقاً بر امر تدوین یک قانون اساسی تأکید می‌شود. درباره نمونه عملی این گونه از مجالس می‌توان از کنوانسیون یا مجلس مؤسسان فیلادلفیا نام برد که قانون اساسی ایالات متحده آمریکا را در سال ۱۷۸۷ تدوین کرد.

## ۲-۱-۲. اراده قوه مؤسس در فرانسه

گرچه در چهارم می سال ۱۷۸۹، لویی شانزدهم مجلس طبقاتی را مجدداً احیا و افتتاح کرد، اما در پی تشکیل این مجلس، و اعتراضات و حوادثی که پس از فعالیت آن رخ داد، زمینه وقوع انقلاب کبیر فرانسه فراهم شد. در هفدهم ژوئن همان سال، مجلس طبقاتی خود را به عنوان «مجلس ملی» اعلام کرد و نمایندگان طبقه سوم که اکثریت اعضا را تشکیل می‌دادند، سوگند یاد کردند که دوره حکومت استبدادی در کشور را خاتمه دهند. این مجلس در نخستین اقدام خود، اولین قانون اساسی در سال ۱۷۹۱ را به تصویب رسانید.

اصل تمایز میان قوه مؤسس و قوای تأسیسی نخستین بار توسط امانوئل سی‌یس، انقلابی معروف فرانسه، به صورت یک نظریه علمی مطرح گردید. به عقیده وی، که مبدع نظریه قوه مؤسس است، این قوه تنها به ملت تعلق دارد و قوای تأسیس شده توسط قانون اساسی، قوایی چندگانه و منفک از یکدیگرند؛ اما وی خاطر نشان می‌کند: «این سه قوه، بدون هیچ تمایزی، ناشی از اراده عمومی هستند و همه چیز، منبعث از مردم یا به عبارت دیگر ملت است». بنابراین، این سه قوه، ناشی از یک قوه برتر و واحد هستند. همچنین وی معتقد است که: «یک قانون اساسی پیش از هر چیز، مستلزم وجود یک قوه مؤسس است»؛ به دیگر سخن برای اینکه قانون اساسی پا به عرصه هستی بگذارد، پیش از آن باید قوه مؤسسی وجود داشته باشد (عباسی، ۱۳۸۳، ص ۹۶).

از نظر وی، نظم موجود در سازوکار قوای تأسیسی، ناشی از اراده‌ای خارج از آن‌هاست و فراتر از آن مدعی می‌شود: «وضعیت این قوا نسبت به قوه مؤسس، همانند موقعیت انسان است نسبت به قوانین فیزیک». وی می‌افزاید: «قوه مؤسس» حاکم بر قانون اساسی است، زیرا قانون اساسی محصول کار آن است. قوای تأسیسی ملزم به

اجرای قوانین و قواعدی (قانون اساسی) هستند که حق بازنگری در آنها را ندارند. برعکس، قوه مؤسس دارای نیرویی خودجوش و خلاق است و توان انجام هر کاری را دارد، زیرا از پیش ملزم به پیروی از قانون اساسی خاصی نیست. ملت در بهره‌برداری از بزرگ‌ترین و مهم‌ترین امتیازات خود (تصویب قانون اساسی) باید از هر قید و بند ماهوی و شکلی آزاد باشد و آنگونه که می‌خواهد به تدوین و تصویب قانون اساسی خود مبادرت ورزد.

در واقع باید مجموعه نظریه‌های سی‌س را درباره قوه مؤسس با نظرات وی در مورد حاکمیت ملی و سیستم نمایندگی پیوند داد. از نظر وی، این ملت است که حق خلق قانون اساسی را دارد و هیچ چیزی (شاید جز آزادی) بالاتر از ملت حاکم نیست. به نظر وی اراده ملت برای قانونی شدن تنها به ابراز نیاز دارد، زیرا ریشه و سرچشمه قانونی بودن امری، فقط اراده و حاکمیت ملی است (عباسی، ۱۳۸۳، ص ۹۸).

## ۲-۱-۳. اراده قوه مؤسس در ایران

قدرت مؤسس اولین قانون اساسی ایران (قانون اساسی مشروطیت) مجلس اول بود که ظاهر و شکل عادی داشت. لکن وظیفه تهیه و تنظیم قانون اساسی را نیز برعهده آن گذاشته بودند (قاضی شریعت پناهی، ۱۳۸۳). بعد از مدتی «متمم قانون اساسی» تهیه شد و به تصویب مجلس رسید و محمدعلی شاه نیز آن را در ۲۹ شعبان ۱۳۲۵ ق امضاء کرد. پس از آن نیز در چند نوبت با تشکیل مجلس مؤسسان، برخی از مواد این قانون تغییر کرد. این قانون و متمم آن تا سال ۱۳۵۷ که حکومت پادشاهی در ایران برافتاد، قانون اساسی ایران بود.

بعد از پیروزی انقلاب اسلامی و برگزاری اولین انتخابات که منجر به تعیین نوع حکومت و تشکیل جمهوری اسلامی شد، بحث راجع به قانون اساسی نظام گسترش یافت. پیش‌نویس قانون اساسی که به دستور امام (علیه السلام) نگارش یافته و توسط شورای انقلاب و دولت موقت مورد بحث و بررسی قرار گرفته بود، جهت جلب آرای مردم و اندیشمندان در تاریخ ۱۳۵۸/۳/۲۴ در روزنامه‌های کثیرالانتشار منتشر شد. با تأکید حضرت امام خمینی (علیه السلام) بر تشکیل مجلس خبرگان قانون اساسی جهت بررسی نهایی قانون اساسی، قانون انتخابات این مجلس تصویب شد و این انتخابات در ۱۲ مرداد ۱۳۵۸

برگزار شد و ۷۵ نفر نماینده این مجلس انتخاب شدند. این مجلس موفق شد پس از سه ماه تلاش و فعالیت بی‌وقفه، کار تدوین قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران را در ۲۴ آبان ۱۳۵۸ در دوازده فصل و ۱۷۵ اصل و یک مقدمه و مؤخره به انجام رساند و در تاریخ ۱۳۵۸/۹/۱۲ به تصویب نهایی ملت ایران رسید.

## ۲-۲. دادرسی اساسی

یکی از روش‌های استمرار قانون اساسی از طریق دادرسی اساسی است. بدین ترتیب که قانون اساسی کهنه در قانون اساسی جدید استمرار یافته است. مانند دیپاچه ۱۹۴۶ و اعلامیه ۱۷۸۹ توسط شورای قانون اساسی فرانسه احیا شده است. دادرسی اساسی نوعی ابزار نظارت سیستم قضایی در انطباق تصمیمات مجالس با قوانین اساسی است. وقتی دستگاه قضایی برای جلوگیری از زیروا گذاشته شدن قانون اساسی وارد میدان می‌شود، در نگاه اول به نظر می‌رسد که دادرسی اساسی راهی برای حفظ اصول و سنت‌های حقوق اساسی در طول زمان باشد و در واقع نیز می‌توان اثر آن را بر استمرار بعضی مفاهیم و نهادهای حقوق اساسی مشاهده کرد. این مثال‌ها را به‌عنوان مؤثرترین ابزار حفظ استمرار قواعد و مفاهیم حقوق اساسی می‌توان در نظر داشت. اما دادرسی اساسی گاه با بیان برداشته‌های جدید از قانون اساسی موجب متوقف شدن استمرار حداقل یک برداشت خاص از قواعد و اصول قانون اساسی یا دگرگونی این قواعد و اصول می‌شود.

## ۲-۲-۱. الگوی آمریکایی دادرسی اساسی

در آمریکا دادرسان از پایین‌ترین سطح (قضات ایالتی) تا بالاترین سطح (قضات دیوان عالی) می‌توانند بر انطباق قوانین عادی با قانون اساسی نظارت کنند (عباسی، ۱۳۹۴، ص ۱۵۱). این نوع از نظارت همواره در جریان رسیدگی به یک دعوا صورت می‌گیرد. به این صورت که وقتی علیه یک طرف دعوا به قانونی استناد می‌شود، آن طرف همواره حق ادعای خلاف قانون اساسی بودن قانون مورد استناد را دارد. در این صورت قاضی پیش از ورود به ماهیت دعوا، ابتدا به این ادعا رسیدگی می‌کند و در صورتی که این ادعا را معتبر دانست آن قانون صرفاً در همان دعوا دیگر نمی‌تواند مورد استناد قرار گیرد. با این حال دادرسان خود به رویه آگاهند و معمولاً قوانینی که به ظاهر معتبرند اما مخالفت‌شان با

قانون اساسی پیش از این محرز شده را اجرا نمی‌کنند. چنانچه قانونی مرتباً توسط محاکم، خلاف قانون اساسی اعلام شود، دیوان عالی می‌تواند آن را به کلی از اعتبار ساقط کند (عباسی، ۱۳۹۴، ص ۱۵۲). علاوه بر آن اگر دیوان عالی، قانونی را خلاف قانون اساسی تشخیص داد پیروی از این تصمیم بر همه دادگاه‌ها واجب است.

دعوی ماربری علیه مدیسون را می‌توان نقطه عطفی در سرگذشت نظام نظارت قضایی در حقوق اساسی و نیز حقوق اداری دانست (گرگی و شفیعی سردشت، ۱۳۹۲، ص ۲۳). جان مارشال در پرونده ماربری علیه مدیسون در سال ۱۸۰۳ اعلام کرد که در صورت وجود مغایرت میان قانون اساسی و قانون عادی، دادرس موظف است جانب قانون اساسی را بگیرد. از نظر مخالفان غالباً ضدفدرالیست و دموکراتیک مارشال، این صلاحیت کاملاً خلاف حاکمیت مردم است که قانون مصوب نمایندگان ملت با رأی دادرس ملغی شود. اما آنچه مهم است این است که چگونه از این صلاحیت به مدت بیش از یک قرن به‌عنوان ابزاری برای استمرار سنت‌های حقوق اساسی استفاده شد. ایرادات عمده‌ای که معمولاً باعث نقض قانون توسط دادرسان می‌شد عبارت بود از نقض آیین دادرسی، نقض قاعده تعادل، نقض برابری و نقض آزادی قراردادها (عباسی، ۱۳۹۴، ص ۱۵۷).

## ۲-۲-۲. مدل شورایی (فرانسوی)

حقوقدانان فرانسوی همواره به این امر پایبند بوده‌اند که هیچ نهاد قضایی نباید اختیار و قدرت نظارت بر انطباق قوانین با قانون اساسی را داشته باشد چرا که قانون‌گذار به‌عنوان صدای ملت، بهترین حافظ حقوق بنیادین است. در این مدل، نهاد ناظر علاوه بر اینکه مرجعی مستقل است، نوع رسیدگی و ترکیب اعضا هویت و ماهیتی سیاسی به آن بخشیده است. علاوه بر این، در این شیوه قوانین نه بر اساس درخواست بلکه به صورت خودکار برای اظهار نظر به این نهاد ارسال می‌شوند. شورای قانون اساسی فرانسه و شورای نگهبان قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران را می‌توان از مصادیق این مدل برشمرد (یعقوبی اشرفی، ۱۳۹۵، ص ۱).

## ۲-۳. استمرار عرف‌های حقوق اساسی

سازوکار استمرار در سنت‌های حقوق اساسی و قانون اساسی بدین معنی است که چگونه

از طریق یک سنت، یک ایده یا یک فکر استمرار پیدا می‌کند (بحث اصول غیر قابل بازنگری مثل مذهب در قانون اساسی مشروطه و قانون اساسی فعلی ایران). منظور از سنت، نوعی فعالیت هماهنگ انسانی است که خیر موجود در آن در فرآیند رسیدن به استاندارد مناسب و تا حدی تشکیل‌دهنده آن فعالیت به دست می‌آید (لاگلین، ۱۳۸۸، ص ۹۱). بنابراین تا زمانی که در قلمرو سنن هستیم هدف نزدیک شدن به نوعی استاندارد خارجی است که درستی فعالیت‌مان را با آن می‌سنجیم. حکومت به مثابه سنت به معنی ناتمام بودن فعالیت حکمرانی است. بنابراین شاید بتوان گفت سنت به عنوان ابزاری برای استمرار اصول حقوق اساسی نمی‌تواند چندان کارآمد باشد. حقیقت این است که امروزه شرایط به وجود آورنده بسیاری از عرف‌های حکومت‌داری دیگر به قوت خود پابرجا نیستند و به همین نسبت عرف‌های شکل گرفته بر اساس آن شرایط نیز جایگاهی در نظام حقوق عمومی کشورها ندارند.

سنت‌هایی که از حد رویه‌های جاری فراتر رفته باشند و به نوعی تبدیل به یک رژیم مشخص شده باشند، می‌توانند عمری بسیار طولانی‌تر از اعتبار یک سند قانون اساسی داشته باشند. چنانچه تغییراتی در فضای حقوق عمومی بدین شکل پدید بیایند که هدف‌شان تغییر رژیم نباشد می‌توان انتظار داشت این سنت‌ها تا زمانی که شرایط ایجادکننده‌شان پابرجا باشند به قوت خود باقی بمانند. این سنت‌ها نه تنها در طول زمان به نسبت طولانی «زنده» باقی می‌مانند بلکه فارغ از تفاوت‌های دینی و نژادی و حتی تفاوت در نوع سیستم حکومتی مردم مختلف در فضای حقوق عمومی به زیست خود ادامه می‌دهند (لاگلین، ۱۳۸۸، ص ۱۳۷).

### ۳. استمرار در حق‌ها، هنجارها و ساختارها

#### ۳-۱. استمرار در حق‌ها

مهم‌ترین رکن عدالت، حق است؛ از این رو حق یکی از مقوله‌های اساسی در رشته‌های مختلف همانند حقوق، علوم سیاسی، اخلاق به‌شمار می‌رود و پرداختن به آن به‌عنوان پیش‌زمینه در همه عرصه‌هایی که بحث حق به معنای عام آن پیش می‌آید، ضروری است، چرا که توسعه حقوق بشر و از آن مهم‌تر شفافیت و عینی‌تر شدن حقوق در عرصه‌های مختلف روابط انسانی تا حد زیادی مرهون تفکیک مفاهیم مختلف حق است. در قدیم

یعنی تا قبل از قرن ۱۳ میلادی حق عمدتاً در معنای حق بودن که نقطه مقابل آن باطل بودن است، به کار می‌رفت اما از قرن ۱۳ به بعد بود که حق به معنای جدید آن یعنی حق داشتن به کار رفت و این معنای دوم بود که باعث شفافیت و عینیت مفهوم حق و همین طور کاربرد آن شد (همتی، ۱۳۸۷، ص ۳۲۱). در مبحث حق‌ها آنچه که همواره اهمیت دارد مقوله حقوق شهروندی و حقوق و آزادی‌های بنیادین است که به‌عنوان زیر مجموعه حقوق بشر تبلور می‌یابد.

### ۳-۱- استمرار حقوق شهروندی و آزادی‌های بنیادین در قوانین اساسی فرانسه

با انقلاب کبیر فرانسه، اعلامیه حقوق بشر و شهروند که به‌عنوان دیباچه‌ای جهت تدوین قانون اساسی سال ۱۷۹۱ یعنی نخستین قانون اساسی انقلابی مدون در فرانسه و دومین قانون اساسی مدون در جهان (بعد از قانون اساسی آمریکا) مورد تصویب قرار گرفت. اندیشه برابری‌خواهی و لغو امتیازات خاص یکی از اهداف مهم انقلاب فرانسه بود. اعلامیه حقوق بشر و شهروند سپس سرلوحه قانون اساسی و منشورهای حقوقی فرانسه قرار گرفت و به‌عنوان الگو بر قوانین اساسی کشورهای اروپایی و در دفاع از حقوق شهروندی سایه افکند. هر چند انقلاب فرانسه و تلاش انقلابیون در جهت برابری امتیازات و حقوق شهروندی و به هم ریختن سنت‌های اجتماعی گذشته مورد انتقاد برخی قرار گرفت، اما مفاد این اعلامیه در قوانین اساسی بعدی فرانسه و دیگر قوانین اساسی اروپایی و سپس کشورهایی که با مبارزه با حکومت‌های خودکامه و مطلقه به قانون اساسی به‌عنوان «میثاق ملی و عمومی» میان حکومت و شهروندان دست یافتند، انعکاس یافت.

در بحث حقوق بنیادین، بر طبق قانون اساسی فرانسه مورخ چهارم اکتبر ۱۹۵۸ می‌توان قوانین را پیش از توضیح به شورای قانون اساسی فرستاد تا مطابقت آن‌ها با قانون اساسی بررسی شود، با توجه به اهمیت برخی از این قوانین که به قوانین بنیادی یا ارگانیک شهرت دارند، در موارد پیش‌بینی شده، قوانین لزوماً باید توسط شورای قانون اساسی بررسی شوند. قانون اساسی فرانسه از اصطلاح «حقوق بنیادین» استفاده نکرده است اما اکثر مواردی که در قوانین اساسی کشورهای مثل آلمان و اسپانیا به عنوان حقوق بنیادین شناخته شده‌اند، توسط اعلامیه حقوق بشر و شهروند (۱۷۸۹) و نیز دیباچه قانون

اساسی ۱۹۴۶ به رسمیت شناخته شده است. در حال حاضر مطابق تصریح مقدمه قانون اساسی ۱۹۵۸ و تصمیمات شورای قانون اساسی فرانسه، اعلامیه حقوق بشر و شهروند ۱۷۸۹ و دیباچه قانون اساسی ۱۹۴۶، دارای ارزشی معادل ارزش قانون اساسی می‌باشند (گرجی، ۱۳۸۳، ص ۱۲).

### ۳-۱-۲. حقوق شهروندی و آزادی‌های بنیادین در قانون اساسی ایالات متحده آمریکا

دو سال پس از تصویب قانون اساسی آمریکا در سال ۱۷۸۹ میلادی، نگرانی‌ها از قدرت بالای دولت در برابر شهروندان باعث شد تا ۱۰ اصلاحیه به این قانون اضافه شود که به «منشور حقوق ایالات متحده» معروف شد. این ۱۰ متمم با هدف کاستن از قدرت دولت فدرال و افزایش آزادی‌های عمومی، به قانون اساسی آمریکا الحاق شدند. پس از آن نیز به مرور زمان ۱۷ اصلاحیه دیگر به قانون اساسی آمریکا اضافه شد.

تصویب منشور حقوق ایالات متحده کار ساده‌ای نبود و در ابتدا برخی ایالت‌های این کشور با این قانون سرسختانه مخالفت کردند. دولت برای مجاب کردن این ایالت‌ها، حضور نمایندگان آنها در کنگره را مشروط به پذیرش این قانون اعلام کرد. تصویب این قانون از این نظر حایز اهمیت بود که موجب شد آزادی‌های فردی و انسانی افراد مورد توجه قرار بگیرند.

منشور حقوق آمریکا، آزادی‌هایی را مورد توجه و بازبینی قرار می‌دهد که در قانون اساسی این کشور به آنها اشاره‌ای نشده است؛ مواردی نظیر آزادی بیان، مذهب، مطبوعات، آزادی اجتماعات اعتراض‌آمیز، نگهداری و حمل اسلحه، محافظت در برابر بازداشت غیرقانونی، حریم شخصی، محافظت در برابر صدور حکم بدون دلیل و...

اصلاحیه نخست قانون اساسی این کشور در وهله اولیه، سیمای مطلقاً قیدناپذیری را برای برخی از حقوق بنیادین ذکر کرده و صریحاً کنگره را از تصویب قوانین آزادی‌ستیز منع می‌کند. میزان صراحت اصلاحیه نخست تا بدانجا است که برخی صاحب‌نظران از محدودیت مطلق قدرت کنگره درباره تحدید آزادی‌ها سخن به میان آورده‌اند (گرجی، ۱۳۸۳، ص ۱۸).

البته خود قانون اساسی ایالات متحده، اختیاراتی را به کنگره وامی‌نهد که براساس آن می‌تواند نحوه اعمال آزادی بیان یا آزادی مطبوعات را تحت تأثیر قرار دهد. تاریخ حقوق

اساسی آمریکا نیز با این مقررات تحدیدکننده آشناست. «قانون مربوط به وحدت و تقویت آمریکا با تدارک ابزارهای مناسب جهت کشف و مبارزه با تروریسم»، مصوب ۲۶ اکتبر ۲۰۰۱، از جمله جدیدترین اقدامات کنگره آمریکا در این زمینه به‌شمار می‌رود. این قانون با ارائه یک تعریف موسع از تروریسم، اختیارات فراوانی را به اف.بی.آی و مقامات قضایی جهت اعمال محدودیت برای حقوق و آزادی‌های بنیادین اعطا می‌کند (گرجی، ۱۳۸۳، ص ۲۰).

### ۳-۱-۳. سابقه حقوق شهرونی و آزادی‌های بنیادین در قوانین اساسی ایران

قبل از انقلاب مشروطه ایران، حقوق شهروندی مدونی در ایران وجود نداشت. البته فقدان حقوق مدون به معنای فقدان حقوق شهروندی نبوده است. در ایران از دیرباز، اقلیت‌های مختلف مذهبی و قومی روزگار می‌گذراندند و اقلیت‌های مذهبی در احوال شخصیه نیز تابع مقررات و آیین دینی خود بودند. به دنبال انقلاب مشروطه، ایران برای نخستین بار صاحب قانون اساسی مدون گردید. قانون اساسی مشروطه به‌عنوان میثاقی میان دولت و ملت، قدرت مطلق پادشاه را محدود می‌ساخت. در متمم قانون اساسی مشروطه که در ۱۳۲۵ق به تأیید نهایی رسید، در فصلی با عنوان «حقوق ملت» مهم‌ترین حقوق فردی و شهروندی مورد تأکید قرار گرفت.

متمم قانون اساسی مشروطه در عین حال که در اصل اول اشعار می‌داشت: «مذهب رسمی ایران اسلام و طریقه حقه جعفریه اثنی عشریه است و باید پادشاه ایران دارا و مروج این مذهب باشد»، از حقوق شهروندی یکسان برای تمام مردم و اتباع ایران در مقابل قانون و همچنین حمایت قانون از تمام شهروندان و به تعبیر اصل هشتم متمم «اهالی مملکت ایران» سخن گفته بود. اصول هجده گانه مندرج در متمم قانون اساسی مشروطه، اصولی مترقی در دفاع از حقوق شهروندی در یک قرن پیش در ایران محسوب می‌شد.

در اصول هجده گانه مربوط به حقوق ملت، مهم‌ترین و کلی‌ترین حقوق شهروندی با رعایت فراگیر بودن و عمومیت، مورد ملاحظه واقع شده است و از برخی حقوق و آزادی‌های مدنی و سیاسی مانند تشکیل انجمن‌ها و اجتماعات نیز سخن به میان آمده است. قانون اساسی جمهوری اسلامی مصوب ۱۳۵۸ پس از تشریح اصول کلی در فصل اول و بیان زبان، خط، تاریخ و پرچم رسمی کشور، در فصل سوم به حقوق ملت

پرداخته است. مهم‌ترین حقوق شهروندی در این فصل مورد توجه قرار گرفته است. در مقوله حمایت از حقوق و آزادی‌های بنیادین تفاوتی اساسی بین جنبش مشروطیت ایران و سایر جنبش‌های قانون اساسی وجود دارد. در حالی که در جنبش قانون اساسی فرانسه حمایت از حقوق و آزادی‌های شهروندان و برابری بین آنها رکن اساسی این جنبش بود، تجلی آن را در اعلامیه حقوق بشر و شهروند سال ۱۷۸۹ می‌توان دید و در جنبش قانون اساسی ایالات متحده آمریکا نیز این گرایش کاملاً مشهود بود، در جنبش مشروطیت در گام نخست این خواسته وجود نداشت و در بین خواسته‌های مشروطه خواهان نیز نشانی از گرایش به حمایت از حقوق و آزادی‌های مردم نمی‌بینیم. در واقع در گام‌های بعدی بود که این درخواست توسط روشنفکران مشروطه خواه در متمم قانون اساسی گنجانده شد و می‌توان گفت که تضمین حقوق و آزادی‌های مردم و نیز برابری آنان در مقابل قانون بیش از آنکه خواسته عموم مردم باشد، خواسته روشنفکران یا گروه خاصی از مردم بود که بیش از گرایش خود آنان ناشی از تأثیرپذیری از جنبش‌های قانون اساسی اروپایی بود (ویژه، ۱۳۸۵، ص ۲۲).

اما نکته‌ای که باید بدان توجه کرد آن است که قانون اساسی و متمم آن بیش از تحقق حقوق و آزادی‌های عمومی به دنبال تثبیت محدودیت‌های وارد بر سلطنت بود و در واقع مبارزه با استبداد بر تأمین حقوق مردم اولویت داشت. به همین جهت، تضمین حقوق و آزادی‌های بنیادین در بسیاری موارد در سایه محدودیت‌های وارد بر پادشاه قرار می‌گیرند. در عین حال مناقشه‌انگیزترین قسمت‌های متمم قانون اساسی نیز همین مقوله بود. «آزادی» در مفهوم عام خویش، مقوله‌ای بود که مخالفان به درستی آن را درنیافته بودند و یا احتمال سوءاستفاده از آن را مطرح می‌کردند.

شاید مهم‌ترین دستاورد جنبش مشروطیت در متمم قانون اساسی اصل هشتم آن بود که به برابری در مقابل قانون اشاره داشت. برابری مفهوم نوینی بود که پیش از این کمتر در ادبیات حقوقی آن دوران دیده می‌شد و گنجاندن آن در متمم قانون اساسی محصول کوشش‌های فراوان بود. گرچه به مقتضای آن روزگار، که منحصر به کشورمان هم نبود، تنها به برابری در مقابل قانون اشاره شد و به دیگر اشکال برابری اشاره‌ای نشد. شاید تأکید بر برابری در مقابل قانون را نیز بتوان به خواست مشروطه‌خواهان برای از میان برداشتن جایگاه فراقانونی پادشاه، درباریان و قوه مجریه که عمده آنان از وابستگان خاندان قاجار

بودند مرتبط دانست. اما محدودیت‌هایی نیز در مورد بعضی از حقوق مدنی اعمال شد. دلیل این امر آن بود که مخالفان زمینه‌ای از نظام کیفری و حدود حقوق و تکالیف شهروندان در اندیشه خویش نداشتند و از این روی بر این تصور بودند که در قانون مادر، تمامی امور باید جزء به جزء تبیین شود (ویژه، ۱۳۸۵، ص ۲۲). اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز بر پایه یک اندیشه نسبیست‌گرا استوار گشته است. این اصل در مقام طراحی نظام محدودیت‌های حقوق و آزادی‌های بنیادین به دو محدودیت مقبول در حقوق اساسی نوین و عرف دیگر کشورهای مردم‌سالار اشاره می‌کند. از نظر اصل چهل، تنها در دو مورد «تجاوز به منافع عمومی» و «اضرار به غیر» می‌توان اعمال یک حق را محدود ساخت. وجود همین اصل برای تنظیم خطوط قرمز آزادی‌ها کافی به نظر می‌رسد، هرچند که خبرگان قانون اساسی در مواردی مانند اصل بیست و چهارم قانون اساسی، مسئله اخلال در مبانی اسلام را هم از جمله خطوط قرمز و آزادی‌های بنیادین قلمداد کرده‌اند (گرچی، ۱۳۸۳، صص ۲۱-۲۰).

### ۲-۳. استمرار در نهادها

حقوق اساسی نهادگرا به موضوعاتی نظیر واگذاری یا انتقال قدرت، تفکیک و توزیع قدرت بین نهادهای اساسی، ابزارهای تأثیرگذاری هر یک از قوا بر دیگری می‌پردازد. امروزه این گرایش از حقوق اساسی کلاسیک بسیار فربه‌تر و پربارتر از گذشته شده و علاوه بر این که برای مثال به شکل‌گیری دموکراتیک نهادهای سیاسی می‌پردازند، به قانون‌مدار بودن دولت‌ها نیز توجه دارد. تغییر اساسی در این پارادایم جدید نسبت به گذشته این است که نظارت‌ناپذیری نهادهایی نظیر مجلس، کمرنگ‌تر از گذشته شده است (گرچی، ۱۳۸۸، ص ۵).

نگرش نهادگرایانه به حقوق اساسی در کشورهای دیگر مثل فرانسه رواج زیادی دارد. مارسل پرلو و موریس هوریو را می‌توان از پیشگامان نگرش نهادی دانست (گرچی، ۱۳۹۵، ص ۲۳۹). در حقیقت، در این نگرش از حقوق اساسی به راحتی می‌توان آثار استمرار را مشاهده کرد. بسیاری از ساختارهای مشروطه برای مثال در قانون اساسی جمهوری اسلامی استمرار یافتند. اصل نه قانون مذکور که نوعی مصونیت به شهروندان در برابر اعمال حکام می‌داد و تلاش می‌کرد رابطه سلطان و رعیت را به صورت رابطه دولت و شهروند بازنویسی

کند، به صورت مشخص در اصل بیست و دوم قانون اساسی فعلی استمرار یافته است. با این حال می‌دانیم که تغییر در نحوه اعمال قدرت سیاسی در جامعه، فقط با نگارش قانون محقق نمی‌شود و نهادهای تضمین‌کننده این تغییرات تا در عمل به وجود نیایند، وضع گذشته بدون تردید استمرار خواهد یافت (گرگی، ۱۳۹۵، ص ۵۷۷).

### ۳-۳. استمرار در هنجارها

هنجارهای حقوقی، دربرگیرنده قواعدی هستند که منازعات میان اشخاص حقوقی از یک طرف و میان این اشخاص با دولت و نهادهای آن را از طرف دیگر، ارزیابی و از راه‌های قانونی مرتفع می‌کنند. با توجه به تعدد و دامنه گسترده دعاوی حقوقی در حیات اجتماعی، غیرممکن است که بتوان برای هر مورد مشخصی، قاعده‌ای مشخص تنظیم کرد. در اینجاست که اهمیت هنجارهای حقوقی آشکار می‌گردد. هنجارهای حقوقی باید به گونه‌ای سازماندهی شوند که بتوانند به کمک مفاهیم کلی، گستره وسیعی از موارد مشخص و جداگانه دعوای حقوقی را پوشش دهند. از مهم‌ترین این هنجارها می‌توان دادرسی عادلانه و حقوق خانواده را نام برد.

به عنوان مثال سیاست‌های مربوط به خانواده از ابتدا تا اواسط قرن بیستم مبتنی بر دیدگاه سنتی بنیان خانواده نهاده شده بود اما در ابتدای نیمه دوم قرن بیستم با افزایش ورود زنان به بازار کار، این شیوه نیز تغییرات عمده‌ای کرد. با ورود زنان به عرصه کار و وجود زنان سرپرست خانوار، مسئله حمایت از کودکان یکی از دغدغه‌های دولت‌ها شده و بسیاری از دولت‌ها اقدامات و سیاست‌هایی را برای حمایت از این قشر انجام می‌دهند. با این حال این سیاست‌ها در کشورهای مختلف با یکدیگر تفاوت بسیاری دارد. در مقایسه با وسعت و سطح خدمات ارائه شده برای حمایت از خانواده در فرانسه، خدمات ارائه شده در این زمینه در ایالات متحده گسترده‌تری ندارند و در بسیاری موارد حتی ضعیف است. برنامه‌ها و سیاست‌های حمایت اجتماعی و خانواده در ایالات متحده به اولین دوره ریاست جمهوری فرانکلین روزولت برمی‌گردد که به دلیل فشارهای اقتصادی و اجتماعی «رکود بزرگ اقتصادی» در دهه ۱۹۳۰ به وجود آمد. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تنها قانون اساسی دنیا است که در مقدمه آن به مسئله خانواده پرداخته شده است.

#### ۴. چگونگی صیانت از قانون اساسی

##### ۴-۱. گسترش صیانت از قانون اساسی در فرانسه

##### ۴-۱-۱. شورای قانون اساسی

شورای قانون اساسی فرانسه قرار نبود نهاد مهمی آنچنان که اکنون هست، باشد. این نهاد با هدف تضمین کارکرد مناسب نهادهای مختلف سیاسی و به‌ویژه کنترل روابط میان دولت و پارلمان تأسیس شد. برخی از قوانین اساسی پیشین، به صیانت از قانون اساسی توجهی نشان داده بودند. اما این آزمایش‌ها، نمی‌توانست تأسیس چنین نهادی را به‌طور مطلوب اثبات کند. پیش از تدوین قانون اساسی، حقوقدانان فرانسوی، تجربه بسیار اندکی در مورد بررسی مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی داشتند. حتی شیوه صیانت محجوبانه از قانون اساسی که در قانون اساسی ۱۹۴۶ پیش‌بینی شده بود، بی‌فایده بودن این ایده را بیشتر ثابت می‌کرد. مسئله‌جانبداری سیاسی، در حال حاضر زمینه مخالفت با اعمال شورای قانون اساسی در فرانسه می‌باشد (بایرون، ۱۳۸۵، ص ۱۹۸). شورای قانون اساسی کم و بیش نوعی دادگاه قانون اساسی است.

شورای قانون اساسی فرانسه بر اساس مقدمه قانون اساسی ۱۹۵۸ که به اعلامیه حقوق بشر و شهروند ۱۷۸۹ و مقدمه قانون اساسی ۱۹۴۶ اشاره نموده است، حق بررسی مطابقت قوانین را با این اسناد دارد. همچنین شورا، با استناد به مقدمه قانون اساسی ۱۹۴۶ که به اصول بنیادین شناخته شده در قوانین جمهوری و نیز حقوق و آزادی‌های مذکور در اعلامیه ۱۷۸۹، قوانین مغایر با این آزادی‌ها را ابطال می‌نماید.

##### ۴-۱-۲. شورای دولتی فرانسه میراث بزرگ استمرار قانون اساسی

شورای دولتی، با قانون اساسی سال هشتم ایجاد شد و عرفیات و سنت‌های رژیم باستانی و آرمان‌های انقلاب را باهم آشتی داد و از شورای پادشاهی، جدایی قدرت رایزنی و قضایی و همچنین تصدی اعضای دولتی و کارشناسان بررسی عرض‌حال‌ها را با خود حفظ نمود. شورای دولتی، نقش بسیار مهمی در تهیه لوایح و وضع قانون ایفا نمود و پنج کار بزرگ ناپلئون تا حدود بسیار زیادی، محصول کار شورای دولتی فرانسه است. در خلال برگشت رژیم پادشاهی فرانسه و از میان رفتن امپراطوری ناپلئون، شورای دولتی

به‌عنوان یک نهاد بازمانده از زمان ناپلئون، مقداری از اعتبار و حیثیت خود را از دست داد؛ اما فعالیت قضایی آن مهم‌تر شد.

جمهوری دوم شاهد نخستین تلاش برای آزمودن قضاوت نیابتی بود که با امپراطوری دوم این وضع خاتمه پیدا کرد. در خلال این دوران، هر چند شورای دولتی فرانسه از استقلال کمتری برخوردار بود ولی مجدداً نقش بااهمیتی در فرآیند قانون‌گذاری ایفا نمود. در حکومت جمهوری سوم، مجمع ملی پیش از پذیرش قوانین اساسی، قانون ۲۴ می ۱۸۷۲ را تصویب نمود که به استناد آن، نیابت قضایی به شورای دولتی واگذار شد و دیوان رسیدگی به مرافعات در آن ایجاد گردید.

پس از آزادسازی فرانسه از اشغال نازی‌ها در جنگ دوم جهانی، تلفیق عوامل متعددی سبب توسعه بیشتر آن شد. تدارک ۳۱ جولای ۱۹۴۵ باعث تجدید سازمان شورای دولتی و تأسیس این اصل شد که توسط قوانین اساسی جمهوری‌های سوم و چهارم مورد تأیید قرار گرفته بود و آن اصل این بود که، تمام لوایح دولت بایستی با شور و مشورت شورای دولتی تهیه شود و در سال ۱۹۵۳، با توسعه و ازدیاد دعاوی اداری، تشکیلات دادگاه‌های اداری کاملاً بازسازی و نوسازی شد.

قانون اساسی چهارم اکتبر ۱۹۵۸، به شورای دولتی فرانسه قدرت وسیعی داد. شورای دولتی فرانسه که یک نماد و سیمای برجسته و پایدار سازمانی حکومت فرانسه است، همواره آگاهی دارد که نسبت به تغییراتی که در هر دوره انجام آن ضروری است، چگونه پاسخگو باشد (آشتیانی، ۱۳۸۳، ص ۵۸).

#### ۴-۲. جایگاه دیوان عالی فدرال آمریکا در صیانت و استمرار قانون اساسی

دیوان عالی ایالات متحده آمریکا به‌عنوان مرجع نهایی در تضمین احترام به قانون اساسی فدرال، نقش مهمی ایفا می‌کند. اعمال صلاحیت پاسداری از قانون اساسی در کنار دیگر صلاحیت‌های یادشده، موقعیت دیوان عالی را در نظام سیاسی ایالات متحده آمریکا، بیش از پیش برجسته ساخته است.

اعلامیه حقوق یا همان ده اصلیه نخست قانون اساسی آمریکا، دربرگیرنده اصول بنیادینی چون آزادی مذهبی، آزادی بیان، آزادی مطبوعات، آزادی تجمع، حرمت مالکیت، حرمت تمامیت جسمانی، حرمت منزل، حقوق متهم و... است. دیوان عالی از جمله با

استناد به این ارزش‌های والا، در ضمن اعمال صلاحیت‌های مذکور در فوق به پشتیبانی از حقوق و آزادی‌های بنیادین می‌پردازد.

به موجب قانون اساسی آمریکا، دیوان وظایفی چند را بر عهده دارد، اما مهم‌ترین کارکرد دیوان عالی، تضمین احترام به قانون اساسی فدرال است. دیوان عالی وظیفه نظارت بر مصوبات کنگره ایالات متحده آمریکا و مجالس قانون‌گذاری ایالت‌ها را برعهده دارد. اگر این مصوبات مغایر با اصول قانون اساسی شناخته شوند، از سوی دیوان عالی از درجه اعتبار ساقط می‌شوند. به عبارت دیگر این دیوان، نقش دادگاه قانون اساسی را ایفا می‌کند تا از نقض قانون اساسی به‌عنوان «منشور ملت» توسط مقامات فدرال و یا مقامات ایالتی جلوگیری به عمل آورد.

#### ۳-۴. نهاد صیانت از قانون اساسی و جایگاه آن در استمرار قانون در ایران

شورای نگهبان در نظام ایران یکی از مهم‌ترین نهادهای حکومتی به‌شمار می‌آید. این نهاد شباهت زیادی با بعضی از نهادهای حافظ قانون اساسی در تعدادی از کشورها دارد. شورای نگهبان در قانون اساسی ایران دارای جایگاه ویژه‌ای است، به‌گونه‌ای که نبودن آن در کنار مجلس قانون‌گذاری، موجب عدم اعتبار مجلس می‌شود. شورای نگهبان وظیفه دارد تمام مصوبات مجلس را از حیث عدم مغایرت با موازین اسلامی و قانون اساسی بررسی کرده تا در صورت عدم مغایرت، مصوبه مجلس، صورت قانونی به خود گیرد. علاوه بر این نقش برجسته، شورای نگهبان مأموریت نظارت بر انتخابات را داشته و مرجع رسمی تفسیر قانون اساسی نیز به‌شمار می‌آید.

پیش‌بینی مسئله «نظارت بر قانون‌گذاری» در حقوق ایران، موضوع جدیدی نیست، بلکه می‌توان گفت که از نظر قدمت، همزاد تدوین اولین قانون اساسی و تولد نهاد قانون‌گذاری در ایران است. اصل ۲ متمم قانون اساسی مشروطه در راستای اطمینان از شرعی بودن کلیه مصوبات مجلس شورای ملی چنین مقرر کرده بود: «مجلس مقدس شورای ملی ... باید در هیچ عصری از اعصار، مواد قانونیه آن مخالفتی با قواعد مقدسه اسلام و قوانین موضوعه حضرت خیرالانام صلی‌الله علیه‌وآله‌وسلم نداشته باشد و معین است که تشخیص مخالفت قوانین موضوعه با قواعد اسلامی بر عهده علمای اعلام ادام‌الله برکات وجودهم بوده و هست؛ لهذا رسماً مقرر است در هر عصری از اعصار، هیأتی که

کم‌تر از پنج نفر نباشد از مجتهدین و فقهای متدینین که مطلع از مقتضیات زمان هم باشند ... تا موادی که در مجلسین عنوان می‌شود به دقت مذاکره و غوررسی نموده، هر یک از آن مواد معنونه که مخالفت با قواعد مقدسه اسلام داشته باشد طرح و رد نمایند که عنوان قانونیت پیدا نکند و رأی این هیأت علما در این باب، مُطاع و متبع خواهد بود و این ماده تا زمان ظهور حضرت حجت عصر عجل‌الله‌فرجه تغییرپذیر نخواهد بود». بدین ترتیب می‌توان گفت اصل مزبور در قانون اساسی مشروطه، که در ادبیات حقوقی و سیاسی به اصل «طراز» معروف است، جلوه‌ای ناقص از شکل تکامل یافته «نهاد شورای نگهبان» بوده است.

قانون اساسی ایران، برای شورای نگهبان وظایف متعددی را بر شمرده است. عمده این وظایف به‌طور مشترک بر عهده فقها و حقوقدانان است و تعدادی دیگر، وظایف اختصاصی فقها می‌باشد. از میان مجموعه وظایف شورای نگهبان، سه مورد «نظارت بر قانون‌گذاری»، «تفسیر قانون اساسی» و «نظارت بر انتخابات» دارای اهمیت بسیاری هستند.

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، نظارت بر قوانین و مصوبات را بر عهده شورای نگهبان قرار داده است. مجلس شورای اسلامی که وفق اصل ۷۱ قانون اساسی، صلاحیت آن برای قانون‌گذاری عام می‌باشد، نمی‌تواند قوانین مغایر با اصول قانون اساسی وضع نماید و هیچ‌یک از نهادهای قانون‌گذار و تصمیم‌گیرنده نیز مجاز نیستند که مصوبه‌ای مغایر با قانون اساسی وضع کنند. برای نیل به این مقصود لازم است که مرجعی صلاحیت‌دار، مصوبات را پیش از لازم‌الاجرا شدن از حیث عدم مغایرت با قانون اساسی بررسی کند و اگر آن را مغایر ببیند، بی‌اعتبار اعلام کند.

بخشی از قوانین موجود در نظام حقوقی ایران، مصوب پیش از انقلاب است. حال سؤال این است که آیا شورای نگهبان می‌تواند این قبیل قوانین را نیز مورد بررسی شرعی و قانونی قرار دهد؟ عده‌ای از حقوقدانان، در این مسئله تردید کرده‌اند. تردید آنان، ناشی از فقدان یک نص قانونی است. در قانون اساسی تکلیف این موضوع روشن نشده است. با این وجود، اصل نظارت شامل قوانین پیش از انقلاب نیز خواهد شد؛ زیرا احتمال وجود قانون خلاف شرع در مجموعه قوانین پیش از انقلاب، منتفی نیست. با توجه به این که هیچ مرجع دیگری غیر از شورای نگهبان برای تطبیق قوانین با شرع در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران وجود ندارد، بنابراین، اصل نظارت شرعی شورای نگهبان شامل

قوانین پیش از انقلاب نیز خواهد شد.

یکی دیگر از وظایف شورای نگهبان تفسیر قانون اساسی است. از آنجا که قانون عادی به آسانی قابل تغییر است، لذا اگر مصوبه‌ای با قانون اساسی یا شرع مغایرت داشت، ولی شورای نگهبان با تمام دقت متوجه آن نشد، به راحتی می‌توان با مصوبه‌ای دیگر، آن را لغو و فسخ کرد. در مقابل، تفسیر قانون اساسی در حکم خود قانون اساسی است؛ بنابراین اگر این تفسیر هم قابل تغییر باشد، به بی‌ثباتی و بی‌اعتباری قانون اساسی می‌انجامد (مدنی، ۱۳۷۴، ص ۲۲۹).

### نتیجه‌گیری

استمرار قانون اساسی در سه زمینه اصلی استمرار حق‌ها، هنجارها و ساختارها شناخته شد. اولین چالش پیش روی این امر، چالش وجودی آن است. عده‌ای چنین پدیده‌ای را اصولاً به رسمیت نشناخته و اعلام می‌دارند آنچه به‌عنوان استمرار قانون اساسی شمرده شده، در واقع و نفس‌الامر مبانی سازنده و یا مکاتب حقوقی است که قانون اساسی در دامان آن متولد شده و پرورش یافته است، لذا موضوعی به نام استمرار قانون اساسی وجود ندارد. هر چند این استدلال در بادی امر منطقی به نظر می‌رسد اما نمی‌توان بدان خشنود بود؛ زیرا در عصر حاضر، حقوق، قدرت خود را از اقتدار دولت تحصیل می‌کند و قاعده‌ای که اجرای آن از طرف دولت تضمین نشده است، در شمار قواعد حقوقی شناخته نمی‌شود؛ لذا اصول قانون اساسی نیز از همین کلیت تبعیت می‌کنند و آنچه به‌نحو مستمر در قوانین اساسی تکرار می‌شود، دلالت بر پذیرش آن از طرف نهاد سازنده آن و دولت به معنی عام و اساسی دارد.

قانون اساسی ایالات متحده مشتمل بر هفت اصل می‌باشد که از زمان تصویب یعنی ۱۷۸۹ تاکنون تغییر نکرده، لکن بیست و هفت اصلاحیه، به خود دیده است. قانون اساسی آمریکا به جهت وضعیت خاص خود بیش از آنکه بحث استمرار در آن مطرح باشد، قابلیت استفاده آن توسط محاکم و علی‌الخصوص دیوان عالی کشور به‌عنوان پروسه استمرار در آن مطرح است. اما در کشور فرانسه پس از انقلاب کبیر تجربه فراوانی در تدوین قانون اساسی وجود دارد، لکن بسیاری امور در تمامی قوانین اساسی بعد مورد نظر قانون‌گذاران واقع شده است و به‌عنوان مثال منشور حقوق بشر شهروند به‌عنوان

مقدمه در تمامی قوانین اساسی بعدی منظور شده است. در قانون اساسی ایران نیز با توجه به نگاه ویژه مقنن به قانون اساسی فرانسه، موارد مذکور در دو برهه زمانی مشروطیت و جمهوری اسلامی تکرار شده است. با توجه به قابل انعطاف بودن بیشتر قانون اساسی فرانسه نسبت به قانون اساسی ایالات متحده و تغییرات عملی این متن، قانون اساسی فرانسه بیشتر اصل استمرار را رعایت کرده و در ایالات متحده بیشتر ثبات مشاهده شده است. نظر به اینکه مبنای استمرار اصول قانون اساسی مبنای عقلی و خرد سیاسی است نظام‌های سیاسی ایران، فرانسه و ایالات متحده هر سه بر مبنای عقل، پذیرای این اصل می‌باشند، لکن متن سیاسی قانون اساسی جمهوری اسلامی با توجه به اینکه سازوکار حکومتی دینی را نمایندگی می‌کند گاه موضوعات سیاسی مهم در آن با موازین مذهبی عجین می‌شود و این در هم آمیختگی موضوع را برای استمرار و حتی بیشتر از آن ثبات مهیا می‌سازد.

در حقیقت هدف از مطالعه استمرار قانون اساسی این است که چنانچه جامعه‌ای نشان دهد حاضر به دست شستن از برخی اصول پذیرفته‌شده سابق خود نیست و در صورتی که مؤسسين به چنین تغییراتی نیز مبادرت نمایند با مخالفت و واکنش حکومت‌شوندگان مواجه خواهند شد. بدیهی است هر چه این اختلافات بیشتر باشد فاصله در بخش فرمانروا و فرمانبردار در جامعه بیشتر شده و این فاصله چنانچه از حد متعارفی بگذرد هیأت حاکمه به نوعی مشروعیت خود را نزد آحاد ملت از دست خواهد داد. قانون اساسی به‌عنوان میثاق ملی و قرارداد اجتماعی بین هیأت حاکمه و آحاد جامعه دارای نقش اصلی در تبیین حقوق و تکالیف این دو گروه نسبت به یکدیگر است و آنچه بیشتر پایدار بماند در حافظه ملی بیشتر ثبت و ضبط می‌شود و جامعه نسبت بدان علاقه و اعتقاد بیشتری احساس کرده، اوامر و نواہیش را مطلوب‌تر می‌پذیرد، البته به شرط آنکه این قواعد خود نیز قابلیت تکرار شوندگی و یا حتی ثبات را دارا باشند. هیأت حاکمه می‌باید خود را همانند سایر مردمان بداند که برای دوره موقت و کوتاهی زمام امور را به دست گرفته و مجدداً به گروه حکومت‌شوندگان باز می‌گردند و از اصل استمرار نباید برای طولانی ساختن دوره حکمرانی سوءاستفاده کنند.

## کتابنامه

- آشتیانی، محمدحسن (۱۳۸۳)، «بررسی تاریخ شورای دولتی فرانسه»، فصلنامه قضاوت، شماره ۲۷.
- باپرون، سوفی (۱۳۸۵)، «رشد و گسترش صیانت از قانون اساسی در فرانسه»، ترجمه: علیرضا اسدپور  
تهرانی، نشریه حقوق اساسی، شماره ۶ و ۷.
- عباسی، بیژن (۱۳۸۳)، «تمایز میان قوه مؤسس و قوای تأسیسی»، حقوق اساسی، شماره ۳.
- عباسی، بیژن (۱۳۹۴)، حقوق اساسی تطبیقی، تهران: دادگستر.
- قاضی شریعت پناهی، ابوالفضل (۱۳۸۳)، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، تهران: نشر میزان، چاپ  
دوازدهم.
- گرچی، علی اکبر (۱۳۸۳)، «مبنا و مفهوم حقوق بنیادین»، فصلنامه حقوق اساسی، سال دوم، شماره ۲.
- گرچی، علی اکبر (۱۳۸۸)، در تکاپوی حقوق اساسی، تهران: جنگل، چاپ دوم.
- گرچی، علی اکبر (۱۳۹۵)، حقوقی سازی سیاست، تهران: خرسندی.
- گرچی، علی اکبر و شفیع سردشت، جعفر (۱۳۹۲)، «اعمال نظارت ناپذیر قضایی دولت»، فصلنامه  
دانش حقوق عمومی، سال دوم، شماره ۵.
- لاگالین، مارتین (۱۳۸۸)، مبانی حقوق عمومی؛ ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی.
- مدنی، جلال‌الدین (۱۳۷۴)، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: انتشارات  
علامه طباطبایی، چاپ سوم.
- ویژه، محمدرضا (۱۳۸۵)، آزادی‌های بنیادین در مشروطه، روزنامه شرق، شماره ۸۳۷، به تاریخ:  
۱۳۸۵/۵/۲۸.
- همتی، مجتبی (۱۳۸۷)، «آموزش شهروندی»، نشریه حقوق اساسی، سال هفتم، شماره ۹.
- یعقوبی اشرفی، زکریا (۱۳۹۵)، بررسی تطبیقی شورای نگهبان با نهادهای ناظر قانون اساسی در برخی  
کشورها، <http://diplomatist.blogfa.com>

Dyer (J) (2013), *Slavery, Abortion, and the Politics of Constitutional Meaning*, Cambridge University Press.

Holder(A) (1997), *The Meaning of the Constitution*, Barron's Educational Series.

Marek(K) (1968), *Identity and continuity of states in public international law*, Libr. Droz.

Archive of SID