

نویسنده: میشل تروپه*

مترجمان: دکتر عباس کدخدایی**

محمد رضا ویژه***

منطق حاکم بر توجیه صیانت از قانون اساسی****

چکیده:

صیانت از قانون اساسی برجسته‌ترین دستاورد حقوق اساسی در قرن بیستم است. از بدو تاسیس این نهاد بحث‌های بسیاری بر سر ضرورت نظری نظارت قضایی بر عدم تعارض قوانین اساسی در گرفت. بی‌گمان توجیه این نهاد تأثیری به‌سزا در کارایی و مقبولیت کارکردهای آن دارد و به همین دلیل این مقوله اهمیتی به‌سزا می‌یابد. از سوی دیگر رابطه نهاد صیانت از قانون اساسی با دموکراسی و نقش این نهاد در تقویت حکومت قانون نیز قابل بررسی است. به بیان دیگر، در قالب توجیه صیانت از قانون اساسی مبنای نظری تمامی کارکردهای آن را می‌توان دریافت. این توجیحات را می‌توان به دو دسته کلی تقسیم نمود: نخست توجیهاتی که صیانت از قانون اساسی را برای حفظ برتری قانون اساسی لازم می‌دانند. دسته دیگر استدلال‌هایی هستند که صیانت از قانون اساسی را برای دموکراسی ضروری قلمداد می‌کنند. در این جستار نویسنده تمامی این توجیحات و ماهیت آنها را مورد تحلیل قرار داده و به‌طور کلی لزوم وجود این توجیحات را به چالش طلبیده است.

واژگان کلیدی:

صیانت از قانون اساسی، برتری قانون اساسی، دموکراسی، اصل اکثریت، قوه موسس.

* استاد دانشگاه پاریس ۱۰ (نانتر - Nanterre) است که مدیریت مرکز مطالعات نظری حقوق را نیز بر عهده دارد. وی دارای تألیفات متعدد در زمینه مبانی و فلسفه حقوق و حقوق اساسی و تاریخ آن است. (م)

** عضو هیأت علمی دانشکده حقوق و علوم سیاسی

از این نویسنده تاکنون مقاله و گزارش‌های زیر در مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی منتشر شده است:

مقاله: «شخصیت حقوقی جامعه و اتحادیه اروپایی»، سال ۷۸، شماره ۴۴. گزارش: «گزارش کنفرانس دیپلماتیک جهت حمایت از آثار صوتی - تصویری هنرمندان و تولیدکنندگان»، سال ۸۰، شماره ۵۱ - «نگرش به ساختار

دیوان دادگستری اروپایی و نقش آن در روند همبستگی اتحادیه»، سال ۸۰، شماره ۵۱.

*** دانشجوی دکتری دانشگاه نانت فرانسه

**** این مقاله از منبع زیر ترجمه شده است:

Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet, l'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs; Paris, Dalloz, 2003, pp. 911-935.

پیش‌گفتار مترجمان

نظام حقوقی هر کشور متشکل از نهادها و هنجارهایی است که در درون این نظام با یکدیگر در تعامل هستند و همگی در راستای غایت آن قرار دارند. نظارت نهادهای این نظام بر هنجارها نیز از همین تعامل نشأت می‌گیرد. در جایی که این نظارت به تقویت سلسله مراتب هنجارها و حمایت از حقوق بنیادین بینجامد، کارکرد نهاد ناظر اهمیتی فزون‌تر می‌یابد.

بدینسان نقش نهاد صیانت از قانون اساسی بسیار قابل تامل است. به نظر می‌رسد که این نقش کاملاً متأثر از فلسفه وجودی این نهاد و تعامل آن با سایر نهادهای موجود در نظام حقوقی دموکراتیک، به ویژه در فرایند تولید هنجارهای حقوقی است. به یقین، غایت هر نظام حقوقی در توجیه نهاد صیانت از قانون اساسی تأثیری به سزا دارد و باید آن را در این فرایند لحاظ نمود.

به ضرص قاطع صیانت از قانون اساسی اگر مهم‌ترین بخش دانش حقوق اساسی نباشد، یکی از برجسته‌ترین دستاوردهای این علم در قرن گذشته به شمار می‌رود. این نهاد دارای نقشی اساسی در حفظ سلسله مراتب هنجارها در نظام حقوقی هر کشور، و در راس آن قانون اساسی، است. تاکنون بحث‌های بسیاری در خصوص چگونگی اعمال آن مطرح شده و نظام‌های گوناگون حقوقی نیز اشکال مختلفی از این نظارت را به کار گرفته‌اند، ولی کمتر بحثی عمیق و همه‌جانبه در مورد علت وجودی آن مطرح گردیده است. چرا باید صیانت از قانون اساسی وجود داشته باشد؟ کارکرد آن در نظامی دموکراتیک چیست؟ و در نهایت چه رابطه‌ای را بین این نهاد و سایر نهادها و کارکردهای جامعه دموکراتیک نظیر قانون اساسی و برتری آن یا دموکراسی می‌توان تصور نمود؟ آیا با این رابطه نهاد صیانت از قانون اساسی قابل توجیه است؟ گام نخست در پاسخ به تمامی این پرسش‌ها تحلیل عمیق فلسفه وجودی این نهاد است.

پیش از پرداختن به شیوه‌های اعمال صیانت از قانون اساسی، تبیین نظریه‌های موجود برای توجیه آن ضروری است. بدیهی است، شناخت صحیح و کامل این مقوله، صاحب نظران علم حقوق را در ارائه راه کارهای مفید در راستای افزایش کارایی این نهاد یاری خواهد داد.

این مهم امری است که میشل تروپه در اثر ذیل به نیکی از عهده آن بر آمده است. نویسنده با تبیین همه اندیشه‌های مطرح در قلمروی آموزه‌های حقوقی، هر یک را جداگانه تحلیل نموده و با حشو زوائد تمامی این اندیشه‌ها را به چالش طلبیده است. در این جستار وی ابتدا به رابطه برتری قانون اساسی و صیانت از آن پرداخته با این وصف که توجیهات ارائه شده در این زمینه عموماً متضمن توجیه صیانت از قانون اساسی به منظور حفظ برتری آن است. سپس رابطه

دموکراسی و صیانت از قانون اساسی را کاویده است که در این زمینه نیز توجیحات نوعاً شامل توجیه صیانت از قانون اساسی به منظور حفظ دموکراسی می‌باشد.

بدیهی است در این زمینه جامعه علمی کشور ما از فقری مضاعف رنج می‌برد، چه، فقدان تحلیل علمی از مبانی و اصول حاکم بر صیانت از قانون اساسی، نه تنها موجب عدم آشنایی با کارکردهای صیانت از قانون اساسی گردیده، بلکه به بهبوده گویی‌هایی انجامیده که حال کنونی ما است. از این روی، این آگاهی برای جامعه علمی کشورمان اجتناب‌ناپذیر است. مقاله حاضر تلاشی است در پاسخ به این نیاز جویندگان مبانی و اصول صیانت از قانون اساسی. بدیهی است ترجمه این متن الزاماً به منزله تائید نظرات ارائه شده از سوی نویسنده نمی‌باشد.

می‌توان گفت که نظریه توجیه در علم اثباتی حقوق اساسی^(۱) کاربردی ندارد. آیا این علم باید به توصیف هدفش محدود شود، یعنی مانند احکام ارزشی یا توجیحات، از صدور دستور و حکم اجتناب ورزد؟ یا باید خود را وقف هدفی قابل توصیف از نظر عینی^(۲) نماید؟ یعنی صرفاً به هنجارهای حقوقی اثباتی^(۳) محدود شود.

به هر تقدیر علم حقوق اساسی از نظریه عمومی حکومت جدا نیست. (ارتباطی که در تمام کتب مرجع مشاهده می‌شود). در عین حال، حکومت، که غایت این نظریه عمومی است، واقعیتی تجربی نیست، بلکه مجموعه اصول و مفاهیمی است که به مدد آنها، مفاد هنجارهای اثباتی اعلام و توجیه می‌شود. پس توصیف حکومت، توصیف اصول، مفاهیم و توجیحات است.

اما در توصیف واقعی به هیچ وجه نباید از کمال مطلوب علم اثباتی دور شد. در علم حقوق اساسی نیز، نظریه عمومی حکومت به ادعای علمی^(۴) بودن نباید شامل ایجاد اصول یا توجیحات نوین بوده، بلکه هدف آن باید توصیف دولت به وسیله تجزیه و تحلیل اصول و توجیحات تشکیل دهنده آن باشد.

تجزیه و تحلیل توجیحات نه فقط متضمن توصیف و طبقه بندی آنها است، بلکه شامل فهم دلایل گزینش آنها و ترجیح آنها به دیگر توجیحات نیز می‌باشد. همین‌طور شامل روابط علمی

1- Le science positive du droit constitutionnel

2- L'objet susceptible d'une description objective

3- Les normes juridiques positives

4- Prétention Scientifique

است که به انواع هنجارها یا نهادهای در برگیرنده آنها مربوط می‌شود. مطالعه حاضر به غایت توجیحات مربوط به صیانت از قانون اساسی نیز می‌پردازد. این مقوله شامل تبیین قابلیت توجیه این نهاد نیست، بلکه فقط توجیحات مشهور را به همراه دغدغه توصیف اشکال و انسجام درونی آنها مورد توجه قرار می‌دهد. فهمیدن مفاد این توجیحات با عنایت به نظام حقوق اساسی که در آن شکل گرفته‌اند نیز بخش دیگری از این کار را تشکیل می‌دهد.

در این مقوله توجیحات مربوط به نهاد صیانت از قانون اساسی را بررسی خواهیم نمود، که نه فقط شامل آموزه‌های مربوط به فنون و روش‌های خاص مانند نظارت پیشینی یا پسینی،^(۱) انتزاعی یا انضمامی،^(۲) متمرکز یا غیرمتمرکز^(۳) یا نوع ترکیب دادگاه‌ها و قواعد رسیدگی آنها است، بلکه روش‌های قضات و رویه قضایی نیز مورد عنایت قرار خواهد گرفت.

بی تردید یک نویسنده ممکن است نظارت پیشینی را بهتر از نظارت پسینی بداند و بر عکس، نویسنده دیگری نظارت متمرکز را مناسب‌تر از نظارت غیر متمرکز بداند. همچنین اگر اندیشمندی صیانت از قانون اساسی را به وسیله مرجعی ویژه شایسته‌تر بداند، پیش فرض استدلالش پذیرش اصل نظارت است. به عبارت دیگر، می‌توان شرایطی نظیر سازماندهی خاص یا روشی ویژه را برای نظارت فرض نمود، ولی این شرایط هیچ یک فراتر از توجیحاتی ضمنی نیستند که ناگزیر بر مبنای توجیه اصلی قرار دارند.^(۴)

اگر نهاد غیرقابل توجیه باشد، این موضوع به شیوه‌ای که نهاد بر اساس آن تاسیس شده باز می‌گردد. برعکس، اگر اصل نهاد پذیرفته شده باشد، اینکه برخی اشکال آن قابل توجیه هستند و برخی چنین نیستند، تفاوتی ندارد. چه، در این صورت در زمینه‌ای بسیار گسترده قرار خواهیم گرفت. پس، در این مقوله نهاد مورد توجه ماست.

1- Le contrôle a priori ou a posteriori 2- Le contrôle abstrait ou concret

3- Le contrôle centralisé ou décentralisé

۴- نظارت پیشینی نظارتی است که مرجع صیانت از قانون اساسی پس از تصویب قانون و پیش از لازم‌الاجرا شدن آن انجام می‌دهد (شورای قانون اساسی فرانسه و شورای نگهبان قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران). به عکس، نظارت پسینی، نظارتی است که مرجع صیانت از قانون اساسی پس از تصویب و لازم‌الاجرا شدن قانون اعمال می‌نماید (نظارت قضایی بر عدم تعارض قوانین با قانون اساسی در ایالات متحده آمریکا). پس معیار این تقسیم‌بندی زمان لازم‌الاجرا شدن قانون است.

در تقسیم‌بندی دیگر، نظارت متمرکز نظارتی است که توسط مرجعی واحد انجام می‌پذیرد (دیوان قانون اساسی). نظارت غیرمتمرکز نیز نظارتی است که توسط مراجع قضایی متعدد اعمال می‌گردد (دادگاه‌های ایالات متحده آمریکا). (م)

استدلال‌های توجیه‌کننده صیانت از قانون اساسی، در مفهوم عام، متعدد و متنوع هستند، اما بی‌درنگ برخی را باید تفکیک نمود. اگر به وسیله توجیه می‌فهمیم که نهاد، قاعده یا عملی مفید است، بدین خاطر است که آنها منطبق با اصول یا ارزش‌های خاصی هستند. در موضوع مورد بحث ما، در تایید این نهاد، تنها برخی از استدلال‌ها می‌توانند توجیهی واقعی را در این خصوص فراهم آورند.

همچنین ارجاع به یک قاعده مثبت قانون اساسی،^(۱) به خودی خود، توجیه کافی را در این خصوص فراهم نمی‌آورد.^(۲) (Habermas, 1995) برای مثال علت وجودی دیوان قانون اساسی ایتالیا را با ارجاع به مقررات قانون اساسی نمی‌توان توجیه نمود، زیرا هدف ما تعیین و توجیه تصمیم قوه موسس^(۳) برای تاسیس دیوان مذکور است.

تایید اینکه قوه موسس،^(۴) در زمان حاکمیت خویش، توانست به گونه‌ای معتبر این دیوان را ایجاد نماید، به هیچ وجه کافی نیست. اما یک توجیه ماهوی باقی است که می‌توان آن را توجیه ایستا نامید:

از آنجا که قوه موسس قدرتی است که قادر به اخذ هر تصمیمی است، چه مرجعی تصمیمات آن را توجیه می‌نماید؟ افزون بر این، توضیح فقط شامل توجیه نیست. در این قوه اتخاذ تصمیم به دنبال توافق است، اما این تصمیم، تصمیم مفیدی نخواهد بود، مگر اینکه منطبق با ارزش‌های خاصی باشد.^(۵)

همچنین آشکار است که ماده ۳ قانون اساسی ۱۹۴۶ فرانسه (حاکمیت ملی متعلق به مردم

1- La règle constitutionnelle positive

۲- گفتمان حقوقی نمی‌تواند به گونه‌ای خودکفا در دنیای تنگ و بسته هنجارهای موجود منشأ اثر باشد، مگر اینکه استدلال‌های مطرح در سایر منابع نیز وجود داشته باشد. (م)

3- Le pouvoir constituant

۴- قوه موسس قوایی است که قانون اساسی را تدوین، تصویب یا اصلاح می‌نماید. بر این اساس مجالسی که برای نخستین بار قوانین اساسی را تصویب می‌کنند، قوه موسس اولیه (Le pouvoir constituant original) نامیده می‌شود. برای مثال، مجلس خبرگان بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران قوه موسس اولیه محسوب می‌شود.

از سوی دیگر مجلسی که برای اصلاح قانون اساسی تشکیل می‌شود، قوه موسس ثانویه (Le pouvoir constituant dérivé) نامیده می‌شود. برای مثال شورای بازنگری قانون اساسی که در سال ۱۳۶۷ تشکیل شد و

در اصل ۱۷۷ قانون اساسی بدان اشاره شده است، نمونه‌ای از آن به شمار می‌رود. (م)

۵- به عبارت دیگر، صرف اتخاذ تصمیم پس از توافق اعضای قوه موسس کافی نیست، بلکه این تصمیمات باید با اصول کلی مطابقت داشته باشد. (م)

است) نتیجه توافق بین طرفداران حاکمیت ملی^(۱) و حاکمیت مردمی^(۲) بود.

ولی پیش از احراز اهمیت این شیوه و ارتباط این میزان از اهمیت با برخی اصول عمومی، نمی توان آن را ارزیابی نمود. به همین منوال، توضیح مربوط به نقش اراده دادگاه قانون اساسی در محدودیت قدرت اکثریت (در پارلمان) را می توان پذیرفت، ولی این موضوع به هیچ وجه متضمن توجیه این اراده نیست.

همچنین استدلال مشروعیت نهاد در نتیجه مشروعیت تصمیم هایش را باید کنار گذاشت: وجود مشروعیت ضروری است، ولی مشروعیت هر نهاد یا سیاست به زمان و مکان نیز بستگی دارد. آنچه دنبال آن هستیم تعیین دلایل مشروعیت است یعنی ارزش هایی که مقتضای تصمیمات نهاد به شمار می روند.

پس در این مقوله توجیحات درونی^(۳) که نظارت بر مبنای آنها سازماندهی شده است یا به وسیله حقوق موجود تجویز می شود، وجود ندارد. فقط توجیحات بیرونی^(۴) در ارتباط با اصول فرا حقوقی^(۵) یا سیاسی، اخلاقی یا سیاسی - حقوقی^(۶) مراد ما هستند. (Wroblewski, 1971, pp. 53-54)

در واقع، وجود نظارت به دلیل تعریف در حقوق موضوعه است، مانند اینکه حقوق موضوعه نهاد نظارت را تفسیر می کند. تنها مسئله آگاهی از فایده این نهاد با عنایت به برخی از نظریه های اخلاقی یا سیاسی است.^(۸) وانگهی، امکان دارد انطباق با اصول و ارزش هایی که توجیه بر اساس آنها بنا می شود، محدود باشد. در برخی موارد، می توان گفت که این نهاد متضمن برخی ارزش ها است که از طریق آن می توان به این ارزش ها دست یافت. در عین حال،

1- La souveraineté nationale

2- La souveraineté populaire

3- Les justifications internes

4- Les justifications externes

5- Métajuridique

6- Politique juridique

۷- در واقع. توجیحات درونی که صیانت از قانون اساسی بر مبنای آنها شکل می گیرد و در کشورهای گوناگون اعمال می گردد، مورد نظر نیستند، بلکه توجیحات بیرونی که با بهره گیری از تمامی اصول (حتی فراتر از حقوق) علت وجودی نهاد صیانت از قانون اساسی را تبیین می نمایند، مورد توجه هستند. (م)

۸- همچنین بین توجیحات بیرونی و در کنار سایر نظریات، در نظام تقسیم صلاحیت های هنجاری بین مقامات گوناگون، نیز باید برای ضرورت پیش بینی ساز و کار راه حل تعارض بین مقامات عمومی جایی را پیش بینی نمود. چنین سازوکاری در نظام های فدرال یا مواد ۳۴ و ۳۷ قانون اساسی فرانسه در سال ۱۹۵۸ نیز در نظر گرفته شده است. اصولاً در اینجا، توجیحات مربوط به اعمال صیانت از قانون اساسی در مفهومی گسترده مورد نظر است. در واقع، نظارت به احراز صلاحیت مذکور در قانون اساسی برای قوه مقننه در حوزه های ماهوی، محدود نمی شود.

باید قاعده‌ای اتخاذ شود یا نهادی ایجاد شود. همچنین در این مقوله از توجیه قوی سخن خواهیم راند. برای مثال در توجیه قوی، هنگامی که از اصل برابری، در مفهوم عام، سخن به میان می‌آوریم، بر مبنای آن می‌توان برابری زنان و مردان را توجیه نمود.^(۱)

در مورد دیگر نیز به تأیید نهاد یا قاعده سازگار با ارزش یا اصلی اکتفا می‌نماییم. برای مثال در مورد هزینه خدمت نظام و وظیفه زنان، که محدودیتی برای اصل برابری به دنبال ندارد، با توجیهی ضعیف مواجه هستیم.^(۲)

باید دانست که با توجیه ضعیف، نهاد یا وسیله ضروری برای دستیابی به هدف را یافته‌ایم. هدفی که ضروری نیست، ولی مطلوب است. اما توجیه، چه ضعیف و چه قوی، نقش خویش (کسب تأیید برای دستیابی به هدف) را ایفا نخواهد نمود، مگر اینکه ارزش گذار و ارزش پذیر به اصول و ارزش‌های مرجع ملحق شوند. اگر هر دو گروه (ارزش گذار و ارزش پذیر) انطباق خویش با این ارزش‌ها را پذیرفتند، نهاد یا تصمیم مفید است.

در عین حال، ارائه توجیهات خارجی نسبتاً کاهش یافته است. توجیهات مذکور برای اثبات نهاد صیانت از قانون اساسی، به گونه‌ای موثر، مورد استناد قرار می‌گیرند.

برای مثال نظری وجود دارد که بر اساس آن نظارت دادگاه‌های قانون اساسی مفید است، چه به آنها اجازه می‌دهد تا قانون‌گذاری نمایند. از سوی دیگر، بی‌طرفی یا صلاحیت فنی اعضا موجب شناخت آنها از نیازهای واقعی جامعه یا اصول حقوق طبیعی^(۳) می‌شود.

در این حالت (وجود نهاد صیانت از قانون اساسی)، قانون‌گذار نیز از بهترین کیفیت نسبت به تصویب پارلمانی صرف برخوردار است. همین‌طور، این دادگاه‌ها می‌توانند با قانون‌گذاری نقش ضد قدرت^(۴) را در مقابل اکثریت پارلمانی منتخب، ایفا نمایند. در اروپا، این نظریات مورد استناد قرار نمی‌گیرند، زیرا با پیش فرض‌های اساسی این نهادها در فرهنگ حقوقی غرب ناسازگار هستند. این دادگاه‌ها به حقوق طبیعی استناد نمی‌نمایند،^(۵) نظر خویش را موکول به

۱- به دیگر سخن توجیه اصل برابری در مفهوم عام بستر لازم برای اعمال این اصل در سطوح فرودین را نیز فراهم می‌آورد. (م)

۲- به عبارت دیگر، توجیه قوی توجیهی است که اصل کلی یا نهاد را توجیه می‌نماید. بر مبنای آن می‌توان اصول و قواعد فرعی را نیز تبیین نمود. اما در توجیه ضعیف، به صرف عدم مخالفت با ارزش یا اصل کلی اکتفا می‌نماییم. (م)

3- Le droit naturel

4- Contre - pouvoir

۵- دیوان قانون اساسی آلمان در سال ۱۹۵۹ صریحاً از اعمال نظارت بر طبق اصول حقوق طبیعی امتناع نمود.

مناسبت‌ها (سیاسی، اقتصادی و اجتماعی) نمی‌کنند و وظیفه مدیریت و اصلاح جامعه را بر عهده ندارند.

دادگاه‌های قانون اساسی برای اعمال قانون اساسی موضوعه^(۱) پدید آمده‌اند. صلاحیت آنها اعمال قوانین یا قانون اساسی است که توسط قدرتی واقعی اجرا نمی‌شود. چنین قانونی دموکراتیک است و مردم حاکم هستند. و نیز همواره مقامات انتخابی تصمیمات مقتضی را اتخاذ می‌نمایند.

همین‌طور بر اساس طبقه‌بندی سنتی اشکال حکومت می‌توان گفت که دادگاه قانون اساسی نهادی عالی و ممتاز است، چه، بهترین‌ها در آن حضور دارند. نظامی که دادگاه‌ها می‌توانند در فضای دموکراتیک آن با قدرت بستیزند، باید نظامی مختلط^(۲) تلقی شود. (Pasquino, 1998, pp. 38-50) از این منظر، عملکرد این دادگاه‌ها با دموکراسی مورد نظر قوه موسس ناسازگار به نظر می‌رسد.

در نهایت تمامی نظریات توجیه‌کننده باید بر اساس اعمال اصول بنیادین حق سیاسی^(۳) توسط دادگاه‌های قانون اساسی باشد: از سویی تفکیک قوا^(۴) و در نتیجه برتری قانون اساسی موضوعه، و از سوی دیگر دموکراسی.

۱- توجیه با توسل به برتری قانون اساسی

این بحث به دو صورت مطرح می‌شود: یا برتری قانون اساسی متضمن نظارت است (توجیه قوی) و یا اینکه قانون اساسی همواره برتر نیست، و اگر بخواهیم چنین باشد، تنها وسیله دستیابی به آن، نظارت است (توجیه ضعیف).

الف. توجیه قوی: صیانت از قانون اساسی متضمن برتری آن

بحث فوق بسیار ساده است و نویسندگان بسیاری با رویه‌ای مشابه آن را ارائه نموده‌اند. این مورد گرچه بسیار قدیمی است، ولی همان استدلالی می‌باشد که جان مارشال،^(۵) رئیس دیوان

1- La Constitution positive

2- Le régime mixte

3- Le droit politique

4- La séparation des pouvoirs

5- John Marshall

عالی ایالات متحده آمریکا، در تصمیم مربروری علیه مدیسون^(۱) اعلام نمود. همچنین مجالس نظام گذشته (فرانسه) نیز با این استدلال امتناع از پذیرش اعمال مغایر با قوانین بنیادین سلطنتی را توجیه نموده‌اند. سرانجام سیس^(۲) هنگامی که در سال ۱۷۹۲ اعلام نمود که قانون اساسی یا الزامی^(۳) و یا هیچ است، همین منظور را داشت. از سوی دیگر، کاره دو مالبرگ^(۴) نیز همین عقیده را داشت. وی بین امکان نظارت از طرفی و تفکیک قوه موسس و قوای تاسیس شده^(۵) از طرف دیگر رابطه ایی را مطرح نمود. (Carré de Malberg, 1984, p. 126)

به نظر مارشال: «یا قانون اساسی حقوق برتر و عالی است و به وسیله ابزارهای عادی تغییر نمی‌یابد، و یا با قانون عادی یکسان بوده و مانند سایر قوانین است و در نتیجه مطابق اراده قانون‌گذار قابل اصلاح است. اگر قسمت نخست گزاره فوق صحیح باشد، پس قانون مغایر با قانون اساسی، قانون محسوب نمی‌شود، و اگر قسمت دوم آن درست باشد، پس قوانین اساسی نوشته، که حاصل کوشش مردم برای محدود نمودن قدرت نامحدود است، بی‌معنی و پوچ هستند.»

به یقین گزاره نخست اعمال می‌شود، چه:

«بدیهی است تدوین‌کنندگان قوانین اساسی نوشته در صدد فراهم نمودن حقوق بنیادین و عالی ملت هستند. در نتیجه، اصل این است که قانون‌گذاری مغایر با قانون اساسی بی اعتبار است.»

بنابراین نه تنها قانون‌گذار، که دادگاه‌ها نیز ملتزم به قانون اساسی بوده و باید بی اعتباری مصوبات قانونی فوق را اعلام نمایند.^(۶)

در واقع، این بحث با انتقادهای بسیاری مواجه شده و انتقاد اصلی مبنای سایر انتقادات به شمار می‌رود. باید خاطر نشان نمود که قصد نویسندگان قانون اساسی در ایجاد حقوق بنیادین از اهمیت اندکی برخوردار است. موارد فراوانی پیش می‌آید که واضح حکمی، بدون خواست یا توانایی ایجاد برتری برای آن، حکم را بنیادین اعلام نماید. در این رابطه می‌توان قانونی عادی را مثال زد که روشی خاص یا مفاد قوانین دیگر را برای قانون‌گذار آینده تعیین می‌نماید. بی تردید،

1- Marbury V. Madison

2- Sieyès

3- Obligatoire

4- Carré de Malberg

5- Les pouvoirs constitués

قانون مذکور الزام آور نبوده و به آسانی می‌توان مطابق قاعده «نقض قانون متقدم توسط قانون متاخر در موارد متعارض»،^(۱) آن را نسخ نمود.

به طور کلی، برتری هر هنجار^(۲) بستگی به واضح آن دارد. برتری هنجار الف نسبت به هنجار ب زمانی است که هنجار سومی مقرر نماید در تعارض دو هنجار مورد اشاره، هنجار الف مرجح است. برای مثال این روش در ماده ۵۵ قانون اساسی فرانسه در رابطه با معاهدات بین‌المللی به کار گرفته شده است. اما در صورت فقدان این هنجار مهم مانند قانون اساسی، برتری را نمی‌توان احراز نمود.

در این رابطه به ویژه باید بر مغالطه محتوایی در نظر مارشال تاکید نمود. فارغ از مسئله شناخت هنجار برتر، باید مشخص نمود که مفهوم برتری چیست. «برتری»^(۳) مانند «تفوق»^(۴)، در بحث هنجارها، واجد مفاهیم متعدد می‌باشد. در این مفاهیم می‌توان بین دو هنجار روابط گوناگونی برقرار نمود مانند اینکه یکی شرایط ایجاد دیگری دیگری را تعیین یا اینکه دیگری را اصلاح نماید. در برخی موارد نیز به دلیل تعارض با هنجار نخست، قاضی می‌تواند دومی را نقض کند. به یقین، این سه مفهوم قابل جمع نیستند. همینطور اصلاح قانون اساسی نیازمند تشریفات ویژه است و هیچ قاضی نیز قوانین مغایر با قانون اساسی را نمی‌تواند نقض نماید. مارشال کلمه «برتری» را آشکارا در مفهوم سوم به کار برده است.^(۵)

همینطور این مفهوم را در ارتباط با مفهوم دوم می‌توان به کار برد: اگر قانون عادی قادر به اصلاح قانون اساسی نیست، پس قانون عادی مغایر با قانون اساسی باطل است. اما این استدلال که برتری قانون اساسی متضمن توانایی ابطال^(۶) قوانین مغایر با قانون اساسی برای دادگاه‌ها است، ما را به نتیجه‌ایی رهنمون می‌سازد که تکرار کبرای قضیه^(۷) است. به نحوی که این استدلال حشوی ساده می‌نماید.

در واقع استدلال مارشال بدین‌گونه است :

- برای برتری یا الزام آور بودن قانون اساسی باید قوانین عادی مغایر با قانون اساسی قابل ابطال باشند، پس قوانین عادی مغایر با قانون اساسی قابل ابطال هستند.

1- Lex posterior priori derogat

2- La norme

3- La suprématie

4- La supériorité

۵- در صورت تعارض هنجار فرودین با هنجار فرازین، قاضی می‌تواند آن را نقض نماید. (م)

6- La nullité

7- La prémisse majeure

برای پرهیز از این حشو، باید وجود تشریفات ویژه برای اصلاح را پذیرفت. این تشریفات باید متضمن قابلیت ابطال قوانین متعارض بوده، به نحوی که قانون اساسی در مفهوم سوم کاملاً برتر باشد. اما این مهم امکان‌پذیر نیست، اگر هم امکان‌پذیر باشد نه تنها در مورد قانون اساسی ایالت متحده آمریکا، بلکه در مورد تمامی قوانین اساسی باید صادق باشد.

ب. توجیه ضعیف: صیانت از قانون اساسی تنها راه تحقق برتری آن

هانس کلسن^(۱) نظر دوم را، که کاملاً با آنچه گفتیم متفاوت می‌باشد، به گونه‌های مختلف ارائه نموده است. مبنای استدلال کلسن نیز، مانند مارشال، برتری قانون اساسی است. ولی بر خلاف وی، ادعا نمی‌کند که برتری قانون اساسی همواره متضمن صیانت از آن است، آن هم توسط مرجعی که به وسیله قوه موسس پیش‌بینی و سازماندهی شده باشد.

کلسن به تایید عدم برتری این قانون در فقدان صیانت از قانون اساسی اکتفا می‌کند. وی شیوه خاص تفسیری را برای قانون اساسی، پس از لازم‌الاجرا شدن، پیشنهاد نمی‌کند، چه، این قانون، به گونه‌ای تلویحی، مستلزم سازماندهی نظارت است. اما اگر در زمان تدوین قانون اساسی، صیانت از قانون اساسی پیش‌بینی نشده و تصریح نشده باشد، در حقیقت قانون اساسی برتر نیست. به دیگر سخن، صیانت از قانون اساسی به منزله وسیله‌ای برای اعمال برتری قانون اساسی است. (Charles Eisenmann, 1986)

هر چه این نظریه با دیگر نظریات متفاوت است، ولی باز هم از انتقاد مصون نمانده است. در مجموع می‌توان گفت که نظریه کلسن فاقد انسجام لازم است. در واقع در این نظریه وی از سویی، مانند مارشال، از جنبه ناسازگار با آن حمایت می‌کند: برتری، امتیازی ضروری برای قانون اساسی است. در کتاب نظریه محض حقوق^(۲)، هر هنجار مبنای اعتبار خویش را از هنجار فرازین، مصوبه از قانون عادی و قانون عادی از قانون اساسی می‌گیرد. همینطور، در فقدان نظارت، قانون اساسی برتر از قانون عادی است. اعتبار قوانین ناشی از انطباق آنها با قانون اساسی است. این اعتبار می‌تواند با روشی پویا^(۳)، یعنی مطابقت تصویب آن با تشریفات مقرر شده (در قانون اساسی) حاصل شود، یا با روشی ایستا^(۴)، یعنی مطابقت مفاد آن مفاد مقرر شده (در قانون اساسی)، به دست آید.

1- Hans Kelsen

2- La théorie pure du droit

3- La façon dynamique

4- La façon statique

در حقیقت کلسن نظریه مشهور خویش را در مورد شرایط جانشین^(۱) به دلیل برتری ایستا^(۲) ارائه نموده است: اگر قانون مغایر با قانون اساسی لازم الاجرا شود و آثار حقوقی ایجاد نماید، باید آن آثار را معتبر تلقی نمود. چه، هنجار غیر معتبر وجود ندارد (contradictin in adjecto) و اگر این هنجار معتبر باشد، پس وجود دارد، زیرا مطابق قانون اساسی است. در توضیح این مسئله که چگونه هنجار مغایر با قانون اساسی می تواند مطابق آن هم باشد، کلسن پاسخ می دهد که بی تردید قانون اساسی قانون گذار را ملزم می نماید (یا منع می کند) که قوانین را با مفاد خاصی تصویب نماید، اما ضمانت اجرایی را در این خصوص پیش بینی نمی کند. این به مثابه آن است که قانون اساسی اجازه می دهد تا قوانینی با مفاد متفاوت تصویب شوند.

اکنون مجال بحث در خصوص این نظریه شگفت آور را نداریم و تنها به این اکتفا می کنیم که وی دوباره این نظریه را مطرح نمود که قانون اساسی، بدون صیانت از آن نیز، همواره برتر است. با این وجود نظر نهایی کلسن این است که بدون نظارت، برتری قانون اساسی تحقق نخواهد یافت. او متذکر می شود که بدون نظارت، قانون اساسی واقعاً الزام آور نیست. در حالی که این استدلال مشکلات قابل توجهی به دنبال خواهد داشت.

در وهله نخست، این نظریه مبتنی بر سلسله مراتب ایستا^(۳) بوده و به سلسله مراتب پویای^(۴) بین قانون اساسی و قانون اعتنایی ندارد. در حالی که این نوع سلسله مراتب، از صیانت از قانون اساسی کاملاً جدا است. هم چنین از دیدگاه پویا، طرح یا لایحه ای که نظر موافق اقلیت پارلمانی را جلب نکرده است، در صورتی که مطابق قانون اساسی کسب رای اکثریت برای تصویب آن لازم است، قانون معتبر محسوب نمی شود. حال آنکه به نظر وی طرح یا لایحه موصوف، با وجود نظارت یا بدون آن، به یقین باید تصویب شده و معتبر تلقی شود.

بر عکس، امکان دارد با وجود صیانت از قانون اساسی، مرجع آن برای نقض قاعده شکلی، ضمانت اجرایی در نظر نگرفته باشد. برای مثال در فرانسه، شورای قانون اساسی^(۵) تعهد به رای شخصی را تضمین نکرده است. در عین حال این مرجع اصلاحیه های غیر مرتبط با متن اصلی (قانون) قانون گذار را تایید نموده، که دیگر دادگاه های قانون اساسی چنین رویه ای را در پیش نگرفته اند. بنابراین، نظارت تنها راه رعایت سلسله مراتب پویا نیست و تضمینی برای رعایت آن

1- Les dispositions alternatives

2- La suprématie statique

3- La hiérarchie statique

4- Le Conseil constitutionnel

5- Le Conseil constitutionnel

نیز به شمار نمی‌رود.

افزون بر این، بین این نظر که قانون اساسی فاقد ضمانت اجرا، هنجار به شمار نمی‌رود و نظریه کلسن در مورد اعتبار^(۱)، مطروحه در کتاب نظریه محض حقوق، تعارض وجود دارد. بر طبق این نظریه، ویژگی اصلی هر نظام حقوقی پویایی آن است. بر اساس این ویژگی، هنجار زمانی معتبر تلقی می‌شود که مطابق تشریفات مقرر در هنجار فزاین لازم الاجرا شده باشد. در واقع، اساس اعتبار آن در هنجار فزاین است. هم چنین اعتبار هنجار حقوقی چیزی جز وابستگی آن به نظام حقوقی نیست. از این بحث می‌توان نتیجه گرفت که قانون اساسی، با نظارت یا بدون آن، معتبر می‌باشد زیرا به نظام حقوقی مربوط است و قوانین نیز مبنای اعتباری خویش را از قانون اساسی می‌گیرند.^(۲)

بی‌گمان می‌توان این ایراد را وارد نمود که مبنای اعتبار تنها تعلق به نظام حقوقی ندارد. این واژه، به خصوص نزد کلسن، ویژگی الزام آور بودن را نیز در پی خواهد داشت. اما این موضوع باید بیشتر تحلیل شود. درست است که این نظر متضمن ارتباط نسبی هنجار با هنجار فزاین خویش است، زیرا تحمیل هنجار فزاین بر آن، موجب تبعیت از آن نیز می‌گردد. قانون اساسی که به پارلمان اجازه قانون‌گذاری می‌دهد، شرایط این قوانین را نیز تعیین می‌نماید. به دیگر سخن، تبعیت از قوانین ناشی از تبعیت از قانون اساسی است. ولی این سخن به هیچ روی به معنای آن نیست که قوانین اساسی به گونه‌ای مطلق الزام آور هستند.

هنجار اخلاقی نمی‌تواند این تعهد مطلق به پیروی را تثبیت نماید. نتیجه منطقی الزام آور بودن قانون به نسبت قانون اساسی این است که خود قانون اساسی هرگز نمی‌تواند، نه مطلقاً و نه نسبتاً، الزام آور باشد، زیرا هنجار حقوقی برتر از آن وجود ندارد.

در این شرایط، صیانت از قانون اساسی نه تنها برای برتری قانون اساسی، که برای ویژگی الزام آور بودن نیز، ضروری نیست. به بیان دیگر، قوانین نسبت به قانون اساسی معتبر یا الزام آور هستند، زیرا مطابق با تشریفات و توسط مرجع واجد صلاحیت پیش بینی شده در قانون اساسی

1- La validité

۲- از این بحث می‌توان نتیجه گرفت که دو مبنای اعتبار برای قاعده حقوقی وجود دارد: مبنای نخست قاعده فزاین است که صیانت از قانون اساسی اعتبار قوانین را در ارتباط با قانون اساسی تضمین می‌نماید. مبنای دوم نظام حقوقی است که تمامی قواعد حقوقی درون این نظام اعتبار خویش را از آن نیز کسب می‌کنند. بدیهی است که صیانت از قانون اساسی در این قسمت تأثیر مستقیم ندارد، ولی می‌تواند به تقویت سلسله مراتب قوانین یاری رساند. (م)

تصویب می‌شوند.

پس مبنای اعتبار هر قانون لازم الاجرا در قانون اساسی است، حتی اگر مفاد آن مخالف قانون اساسی باشد. این قانون اساسی نیز بر آن تفوق دارد، ولی الزام آور نیست. حتی در فقدان صیانت از آن نیز، اساس اعتبار قوانین قانون اساسی است.

در وهله سوم، نظر ضرورت فنی نظارت^(۱) نیز با نظریه کلسن در باب ابطال^(۲) ناسازگار به نظر می‌رسد. می‌دانیم که کلسن هنجار پوچ^(۳) را نپذیرفته و از نظر وی فقط هنجارهای قابل ابطال وجود دارند.^(۴) این نظر کاملاً صحیح است. با این وجود، این نظریه به هیچ وجه متضمن ضرورت نظارت برای تضمین برتری قانون اساسی نیست. در مقابل، تعارض قانون (عادی) با قانون اساسی، پیش از اینکه دادگاهی آن را احراز و قانون عادی فوق را باطل کند، ممکن نیست. به دیگر سخن، پیش از احراز دادگاه واجد صلاحیت، اعلام تعارض قانون عادی با قانون اساسی صرفاً عقیده‌ای شخصی محسوب می‌گردد.

می‌دانیم که مفاد تمامی قوانین باید با قانون اساسی مطابقت داشته باشد. قانون ابطال نشده مطابق قانون اساسی معتبر است. همچنین، صیانت از قانون اساسی به منظور تضمین سلسله مراتب هنجارها ضروری نیست.

در پایان، نظریه کلسن مانند سایر نظریات مبتنی بر توجیه قوی، مرجع صیانت را برای اعمال قانون اساسی ضروری نمی‌داند. این مرجع تجویزی عینی^(۵) است و قاضی باید بی‌طرف بوده و صرفاً به اعلام مفاد (قانون اساسی) بسنده نماید.

وانگهی قانون اساسی هنجار نیست، بلکه مجموعه‌ای از قواعد است که قابل تفسیر بوده و نتایج این تفسیر، هنجارهای قانون اساسی محسوب می‌شوند. تفسیر نیز یکی از کارکردهای اراده است. عملی آفریده، به طوری که در تطبیق قوانین با هنجارهای قانون اساسی، قاضی آنها را با هنجارهایی تطبیق می‌دهد که خود، این قوانین را پدید آورده‌اند. در نتیجه این تلقی که صیانت از قانون اساسی وسیله‌ای برای تحقق برتری قانون اساسی می‌باشد، خطا است. قانون اساسی وسیله‌ای برای تحقق برتری هنجارهای خویش و محصول مرجع نظارت است. (Troper, 1974,

pp. 133-151)

1- La nécessité technique du contrôle

2- L'annulation

3- Les norme nulle

4- Les normes annulables

5- La Prescription objective

اما در فرض صحت، توجیه کامل نخواهد بود مگر اینکه دلیل برتری قانون، که غایت فرض مورد نظر است، توضیح داده شود. در این مسئله، دو نگره وجود دارد:

نخست اینکه قانون اساسی حقوق بنیادین و ارزش‌های اساسی را اعلام می‌نماید، به طوری که برتری قانون اساسی متضمن برتری این ارزش‌ها نیز هست. دوم اینکه قانون اساسی تجلی ارادهٔ مردم حاکم است، به طوری که در این صورت نظارت به صورت نظارت تضمینی برای دموکراسی جلوه می‌نماید. بدیهی است که در این مقوله، برای توجیه قانون اساسی دومین اصل مورد نظر ما است.

در عین حال می‌توان این دو نگره را با هم یا جدای از یکدیگر ارائه نمود، ولی این دو هیچ یک قاطع نیستند. بی‌تردید، قانون اساسی به دلیل تضمین ارزش‌های بنیادین و مطلق ارزشمند است، ولی در فقدان قانون اساسی نیز باید از این ارزش‌ها حمایت نمود. پس در این مورد، نه فقط صیانت از قانون اساسی، بلکه نظارت بر قوانین نیز توجیه می‌شوند.

از سوی دیگر، اگر از ارزش‌ها، به خودی خود، به گونه‌ای مطلق باید حمایت نمود، در تعارض آنها با ارادهٔ مردم، دموکراسی با مشکل مواجه می‌شود.

۲- دموکراسی

به عکس برتری. قانون اساسی، دموکراسی می‌تواند توجیهی قوی برای صیانت از قانون اساسی فراهم آورد. به‌طور کلی، استدلالی دال بر دموکراتیک بودن صیانت وجود ندارد. در این خصوص تنها توجیهات ضعیفی وجود دارند که می‌توان آنها را به دو گروه تقسیم نمود:

نخستین گروه همان ساختاری است که در برتری قانون اساسی بدان اشاره شد. به موجب آن صیانت از قانون اساسی وسیله‌ای در خدمت دموکراسی است. دومین گروه صیانت از قانون اساسی را، بدون آنکه برای دموکراسی ضروری باشد، برای دستیابی به سایر اهداف لازم می‌دانند که در عین حال با دموکراسی نیز سازگار است.

الف. صیانت از قانون اساسی تقویت‌کنندهٔ دموکراسی

بحث در این رابطه دشوار نیست: مطابق نظریهٔ کلسن، یکی از برجسته‌ترین نظریات در این مورد، دموکراسی تحقق آزادی است که به استقلال (شهروند) تعبیر می‌شود. به بیان دیگر، آزادی وضعیتی است که هر فرد زیر سیطرهٔ هنجارهایی قرار می‌گیرد که خود پذیرفته یا هنجارهای

حداقلی که بدان رضایت داده است.

اما به دلیل عدم امکان تحقق استقلال کامل و ضرورت تصویب اجماعی تمام هنجارهای عمومی، نظامی را باید پذیرفت که بیشتر به خواست اکثریت نزدیک باشد. نظام مبتنی بر اکثریت را با استدلالی فایده‌گرا^(۱) می‌توان توجیه نمود: این نظام افراد بسیار زیادی را در وضعیت مستقل و کثرت‌گرا قرار می‌دهد. اگر اقلیت بتواند جایگزین اکثریت شود یا اکثریت بتواند جلوی اقلیتی را بگیرد که قصد تبدیل به اکثریت را دارد، ما از نظام مبتنی بر استقلال افراد خارج می‌شویم و در نظام کثرت‌گرا جای می‌گیریم.

پس باید روش‌های تضمین تداوم (نظام) و نیز قواعد شکل‌گیری اکثریت را پیش‌بینی نمود. این امر با به‌کارگیری نظارت‌های گوناگون قضایی و به ویژه صیانت از قانون اساسی اعمال می‌گردد. اگر این توجیه با سه مشکل اساسی مواجه نمی‌شد، می‌توانست مقبول باشد:

نخست اینکه، این توجیه ناقص است. در این مقوله صیانت از قانون اساسی را در رابطه با قواعد شکلی، مانند قوانین انتخاباتی، می‌توان توجیه نمود و یا در ارتباط با وضعیت اقلیت‌های سیاسی مورد بررسی قرار داد. ولی هیچ‌گاه صیانت از قانون اساسی در ارتباط با ارزش‌ها یا حقوق بنیادین توجیه نمی‌شود. همان‌گونه که می‌دانیم، کلسن، با بیانی مبهم، دادگاهی را که می‌تواند قوانین را با حقوق مندرج در یک اعلامیه تطبیق دهد، واجد قدرت مطلق می‌داند.

اگر صیانت بر اساس تضمین رعایت روش‌های دموکراتیک بنا شود، هیچ‌گونه حمایتی در مقابل اکثریت دائمی وجود ندارد. در این وضعیت، امکان سرکوب اقلیت به وسیله اکثریت وجود دارد، برای مثال، اکثریت می‌تواند قوانین تبعیض‌آمیز را با رعایت کامل قواعد شکلی تصویب نماید.

به‌علاوه، این توجیه می‌تواند به این نتیجه منتهی شود که صیانت از قانون اساسی نه تنها یگانه شیوه ممکن برای تضمین رعایت قواعد بازی است، بلکه تنها وسیله موثر نیز هست. به یقین، چنین نیست، زیرا هر کس (یا هر نهاد) می‌تواند (قواعد) نظام‌های دموکراتیک را رعایت نماید. برای مثال با اینکه در بریتانیای کبیر نظام صیانت از قانون اساسی وجود ندارد، اصول دموکراتیک در آن رعایت می‌شود، به نحوی که این میزان از رعایت در کشورهای واجد نظام صیانت از قانون اساسی به چشم نمی‌خورد.

در نهایت، می‌توان اشکال نظارت موجود را توجیه نمود، زیرا بیشتر دادگاه‌های موجود به قواعد ماهیتی، به ویژه قوانین مربوط به حقوق بنیادین، استناد می‌نمایند.

کلسن در نظریه خویش به مفهوم حاکمیت مردم^(۱) استناد نمی‌نماید. اما نظریه‌های دیگر دموکراسی آن را به مثابه قدرت مردم حاکم تعریف می‌کنند. مطابق این نظریات، از آنجا که دموکراسی مستقیم ممکن نیست، مردم نمایندگان خویش را برای اعمال قدرت به نام مردم تعیین می‌نمایند.

قانون اساسی شیوه تعیین این نمایندگان، حوزه صلاحیت آنها و نیز محدودیت‌های این صلاحیت را مشخص می‌نماید. در صورت تجاوز نمایندگان از این محدودیت‌ها، دیگر نمی‌توان گفت که اعمال قدرت آنها از سوی مردم است. نظارت نیز به منظور تضمین حاکمیت مردم است. این نظر به گونه‌های مختلف ارائه شده است. یک دسته بر روی نویسنده قانون و گروهی دیگر بر روی خود قانون تاکید می‌کنند. نخست می‌توان خود نماینده را در نظر گرفت و با اعمال نظارت، این مسئله را تضمین نمود که قوانین مصوب در حدود صلاحیت نمایندگان بوده و از اراده آنها ناشی شده است. این امر، ویژگی نماینده بودن این مقامات را تقویت می‌نماید. همچنین، خود قانون را می‌توان در نظر گرفت و از مفاد مصوبه نمایندگان پشتیبانی نمود. در این شق، اعمال قانون‌گذاری فراتر از محدودیت‌های معین به نام مردم نخواهد بود. شورای قانون اساسی فرانسه نیز قانون را در چارچوب قانون اساسی، تجلی اراده عمومی^(۲) می‌داند.^(۳)

در هر دو مورد، دموکراسی نمایندگی^(۴) شکل سیاسی تجربی^(۵) نیست، بلکه مقوله‌ای حقوقی است که در قانون اساسی تعریف می‌شود. آنکه در قانون اساسی چنین اختیاری دارد، نماینده نیست، مگر اینکه در محدوده صلاحیت (تعریف شده در قانون اساسی) عمل نماید. همچنین قانون متنی است که مطابق قانون اساسی تصویب می‌شود.

اما دقیقاً در همین مرحله مشکلی قابل ملاحظه وجود دارد. احراز خروج نمایندگان از حدود صلاحیت خویش توسط دادگاه قانون اساسی محصول بررسی تجربی صرف نیست، بلکه

1- La Souveraineté du peuple

2- La volonté générale

۳- در بسیاری از کشورها، از جمله جمهوری اسلامی ایران، مراجع صیانت از قانون اساسی بر صلاحیت نامزدهای نمایندگی مجلس قانون‌گذاری نظارت دارند. از جمله بر نحوه انتخاب نماینده نظارت می‌نمایند. از سوی دیگر، این مراجع عدم مغایرت قوانین با قانون اساسی را نیز تضمین می‌کنند. پس این مراجع دو نوع کارکرد نظارتی دارند. (م)

4- La démocratie représentative

5- La forme politique empirique

تفسیری است. پس این اقدام نوعی عمل ارادی^(۱) است که دادگاه باید مظهر اراده عمومی بودن قانون را از سویی و نماینده بودن رای دهندگان بدین قانون را از سوی دیگر احراز کند. پس می توان نتیجه گرفت که این مرجع در فرایند قانون گذاری مشارکت می نماید. شگفت آور نیست که برخی تا بدانجا پیش رفته اند که بر این اعتقادند که قاضی صیانت از قانون اساسی، خود، در ابراز اراده عمومی مشارکت دارد و با اینکه انتخاب نشده است، نماینده تلقی می شود.

نیک می بینیم که این روش توجیه، به دگرگونی کاملی در تعریف دموکراسی منتهی می شود. در این تعریف، دموکراسی مبتنی بر استقلال یا اعمال قدرت مردم از طریق نمایندگان انتخابی شان نیست، بلکه اعمال قدرت، به نام مردم، از طریق نمایندگانی است که برخی از آنها انتخابی نمی باشند.

به هر حال، این نوع توجیه کمتر مورد استفاده قرار می گیرد و به همین دلیل باید به نوع دیگری متوسل شد: اساساً نظارت، نهادی دموکراتیک نیست، ولی سازگار با دموکراسی است. در فرانسه، این توجیه در قالب نظریه سوزن بان^(۲) ارائه می شود.

نظریه فوق را هانس کلسن و شارل آیزمن^(۳) ارائه نمودند، اما با استعاره لویی فاورو^(۴) و ژرژ ودل^(۵) نام گذاری گردید. مطابق این نظریه، دادگاه در مورد مفاد قانون اظهار نظری نمی کند، بلکه فقط تشریفات (تصویب قوانین) را در نظر می گیرد. در واقع، هنگام نقض، دادگاه به رعایت معیار مورد نظر آن توسط پارلمان، نه فقط برای تشریفات قانون گذاری عادی که برای اصلاح اساسی نیز، بسنده می کند. در این مورد، قاضی صیانت از قانون اساسی مانند سوزن بان راه آهن قطارها را بر اساس نوع قطار یا مقصد شان، به خطوط راه آهن هدایت می کند.

پس در این حالت، مرجع صیانت از قانون اساسی، نه تنها ضد دموکراتیک^(۶) نیست، بلکه عنصری اساسی در نظام دموکراتیک محسوب می شود. علی القاعده قوانین اساسی در فرایندی طولانی، پیچیده و با اکثریتی بیش از قوانین عادی تصویب می شوند. پس اکثریت موجود در زمان تصویب قانون اساسی می تواند ابزارهای لازم برای اعمال فشار بر اقلیت پیش بینی نماید. در نتیجه مرجع صیانت از قانون اساسی نه فقط نقش حامی اقلیت را دارا است، همچنین می توان تا آنجا پیش رفت که دموکراسی را به صورت ذیل تعریف نمود:

1- L'acte de volonté

2- La théorie de l'aiguilleur

3- Charles Eisenmann

4- Louis Favoreu

5- Georges Vedel

6- Antidémocratique

در واقع دموکراسی نوعی از استقلال است و نظامی که در آن قوانین مطابق این تشریفات تصویب می‌شوند به مراتب دموکراتیک‌تر از دیگر نظام‌ها است، زیرا شهروندان زیر سیطره هنجارهای مقبول خویش قرار دارند.

اما این استدلال با سه ایراد برجسته خدشه دار می‌شود:

در وهله نخست، این نظریه پیش فرضی را دوباره مطرح می‌کند که به موجب آن، تصمیم اکثریت قوی به مراتب دموکراتیک‌تر از تصمیم اکثریت ضعیف است. دموکراسی آرمانی، نظام تصمیمات اجماعی است و اصل اکثریت تنها گریزگاه در این زمینه است: به دلیل عدم امکان تحقق رضایت اجماعی تمامی شهروندان، در تصمیمات کم اهمیت باید به اکثریت ساده اکتفا نمود، اما در تصمیمات مهم اکثریت فزون‌تر ضروری است.

این مفهوم از اصل اکثریت محل مناقشه بوده و کلسن استدلالی نیرومند در برابر آن ارائه نموده است:

نظام اجماع دموکراسی نیست. این نظام مخالف استقلال است، چه به فرد اجازه مخالفت با قانون خواست دیگران را می‌دهد و در نتیجه نظامی واگرا^(۱) است. همین‌طور، قاعده‌ای مستلزم وجود اکثریت واجد صلاحیت به اقلیت اجازه جلوگیری از تصمیم اکثریت را می‌دهد. تنها نظام دموکراتیک مبتنی بر اکثریت ساده، استقلال تعداد بسیاری از شهروندان را تضمین می‌نماید.

دومین نقص نظریه سوزنبنان در پیش فرض دیگری است: دادگاه می‌تواند طریق ارائه شده را وام بگیرد. باید خاطر نشان شود که انجام برخی از اصلاحات در قانون اساسی امکان‌پذیر نیست و این امر ناشی از دلایل عملی است. برای مثال قانون اساسی می‌تواند وضعیت گروه یا مقام عمومی خاص را با کسب موافقت آن گروه یا مقام، اصلاح نماید.^(۲)

همین‌طور قانون اساسی می‌تواند مهلت خاصی بین پیشنهاد^(۳) اصلاح قانون اساسی و تصویب آن در نظر بگیرد. بدین سان، چون اصلاح قانون اساسی ۱۹۵۸ فرانسه بدون موافقت سنا ممکن نیست، پس اصلاح (کارکردهای) سنا در جهت محدودیت آن، به نتیجه نمی‌رسد. در عین حال، به دنبال نقض قانونی به دلیل مخدوش نمودن حقوق بنیادین، اصلاح مقررات مربوط به حقوق بنیادین دارای امکان نادری است. ولی در منع قانون اساسی از اعمال تغییر در

1- L'hétéronomie

۲- واضح است که در این فرض برای اصلاح قانون اساسی با دور باطل مواجه خواهیم شد. (م)

3- L'initiative

موارد خاص، این محدودیت‌ها حقوقی هستند. برای مثال، در برخی کشورها تغییر در شکل جمهوری نظام منع شده است. در برخی از کشورها مانند ایتالیا، آلمان و هند، در انطباق مقررات قانون اساسی با برخی اصول فراقانون اساسی^(۱) غیرقابل نقض، مرجع صیانت از قانون اساسی صالح است.^(۲) از جمله این اصول، گستره اختیارات قاضی صیانت از قانون اساسی می‌باشد.^(۳) و سرانجام، نظریه سوزنجان بر پیش فرض احراز انطباق یا عدم انطباق قوانین با قانون اساسی توسط دادگاه مبتنی است. این انطباق یا عدم انطباق دارای ویژگی‌های عینی می‌باشد و دادگاه فاقد هرگونه اختیار ارزیابی است. بی تردید این تلقی اشتباه است. زیرا تفسیر دادگاه از مقررات قانون اساسی، عملی ضروری و ارادی می‌باشد.

به ویژه این نظریه با مفهوم نمایندگی، که وجه غالب برخی از نظام‌های حقوقی مانند نظام فرانسه است، به دشواری سازگاری می‌یابد. به نظر کلسن، قوه مؤسس بسیار دموکراتیک است. زیرا اعمال اختیارات این قوه با تفاهم تعداد زیادی از نمایندگان برگزیده اکثریت انتخاب‌کنندگان صورت می‌گیرد.

در صورتی که در مفهوم فرانسوی، نمایندگان نماینده انتخاب‌کنندگان نیستند و نماینده مردم یا ملت محسوب می‌شوند. به طوری که مردم گاه با اکثریت و در قالب مجمعی از برگزیدگان، و گاه نیز به وسیله قوه مقننه نمایانگر اراده عمومی، و قوه مؤسس اراده خویش را اعلام می‌نمایند. بدین صورت، درجات یا مراحل در حاکمیت وجود ندارد و از همین روی، هیچ تمایزی بین قانون اساسی و قانون عادی نمی‌توان یافت. در واقع، هر دو تجلی اراده حاکم هستند.

ژرژ ودل شکل دیگر این نظریه را ارائه می‌نماید که مبین تقویت دموکراسی با صیانت از قانون اساسی است. در واقع، وی ناخواسته نتیجه‌ای می‌گیرد که دقیقاً بر عکس است: صیانت از قانون اساسی دموکراسی را محدود می‌نماید.

بنا بر نظر ودل تجدید نظر در قانون اساسی با سریر عدالت پادشاهی،^(۴) نهاد نظام سلطنتی

1- Les principes supra - constitutionnels

۲- برای مثال دیوان عالی هند دو اصلاحیه قانون اساسی را بر این اساس نقض نمود: نخستین اصلاحیه در سال ۱۹۷۶ یک انتخابات را معتبر شناخته بود. دومین اصلاحیه نیز در سال ۱۹۸۰ تمامی محدودیت‌های تجدیدنظر در قانون اساسی را حذف می‌کرد. بدین سیاق اصلاح ساختار بنیادین قانون اساسی نیز امکان‌پذیر بود.

۳- در تمامی این موارد، مرجع صیانت از قانون اساسی است که این صلاحیت‌ها را تعیین می‌نماید. (م)

۴- La lit de la justice جلسه‌ای که در نظام سلطنتی پیشین فرانسه مردم در نزد پادشاه به دادخواهی

پیشین فرانسه، قابل مقایسه است:

«موانع موجود برای قانون در قانون اساسی، ممکن است ناشی از اراده برتر مردم یا نمایندگان آنها در زمان اصلاح قانون اساسی باشد. حکومت نکردن قضات به دلیل تجلی حکومت در پادشاه است که پیوسته مانند قوه موسس، یا سریر عدالت پادشاهی آرای آنها را نقض می نماید.»

همین طور شورای قانون اساسی، به هیچ عنوان، نهادی ضد دموکراتیک محسوب نمی شود، زیرا همواره مردم حاکم حرف آخر را می زنند. در صورت تقابل مرجع صیانت از قانون اساسی با قانون گذار، قوه موسس همواره تصمیمات آن مرجع را ترجیح داده است.

استعاره سریر عدالت پادشاهی آشکارا فراتر از سوزنبان است، چه، این استعاره با تجلی اراده حاکم در قانون سازگار است. گرچه نظر فوق نسبی می باشد و در صورت انطباق آن با قانون اساسی، قانون تجلی اراده عمومی است. اعلام تعارض قانون اساسی توسط مرجع صیانت از قانون اساسی بر اساس عدم تجلی واقعی این اراده در قانون فوق است. اما در اعلام اراده واقعی یک فرد به عنوان حاکم این فرض وارونه می نماید. به هر تقدیر این فرض نیز بدون اشکال نیست و واجد اقراری غیر ارادی و دوگانه است.

اقرار به اینکه دادگاه قانون اساسی نه فقط کارکرد قضایی،^(۱) که کارکرد قانون گذاری^(۲) هم دارد. اگر کلسن این کارکرد دوگانه را پذیرفته، در مقابل آموزه حقوقی فرانسه صرفاً خصیصه قضایی مرجع صیانت از قانون اساسی را تایید نموده است و سعی در انکار مشارکت در قانون گذاری دارد. حال آنکه بی شک مجالس پیشین (فرانسه) با امتناع از ثبت حکم سلطنتی، کارکرد قانون گذاری داشتند. وانگهی، در مقابله پادشاه با اقلیت مخالف قانونی، در مورد نظم قضایی، از طریق قضایی عمل نمی کرد، بلکه نشست سلطنتی تشکیل می داد.

اقرار دوم نیز مبتنی بر تعارض شورای قانون اساسی با حاکم است. بر خلاف نظریه سوزنبان، این نظریه واجد کارکرد شناخت می باشد که در این کارکرد معیار، سرشت قانون گذاری یا قانون اساسی است. خود داری مجلس نظام پیشین (نظام سلطنتی) از ثبت قانون، به رغم دستور صریح پادشاه، نوعی اعلام اراده است. در واقع، این تصمیم مجلس مخالف اراده عالی پادشاه برای نقض قانون بود که در نشست سریر عدالت ابراز نموده بود.

می برداختند. (م)

چنانکه دیدیم، کوشش شورای قانون اساسی در انکار مخالفت با قانون مصوب پارلمان و اراده حاکم است. اما پذیرش توجیه «سریر عدالت پادشاهی» برای رفع این تعارض، لاجرم ما را در مقابل قانونگذار قرار می‌دهد. تعارض پیشین ما را به تقابل با حاکم یا پادشاه واضح قانون اساسی خواهد کشاند.

اما سرشت «سریر عدالت پادشاهی» چیست؟ در نظام پیشین، حاکم شخصاً برای از میان برداشتن اراده مجالس مخالف خود اقدام می‌کرد. در اینجا دو تفسیر مطرح می‌شود. یا قانونگذار و قوه مؤسس هر دو نماینده حاکم هستند، که بدون وجود هیچ دلیلی، در حالی که هر دو نماینده آن هستند، یکی بر دیگری رجحان دارد. و یا اینکه قانونگذار و قوه مؤسس نمایانگر دو مرحله از حاکمیت هستند. در این صورت باید دید چگونه حاکمیت می‌تواند قدرتی مطلق و متشکل از مراحل گوناگون باشد.

در واقع، چکیده این نظریه این است که صیانت از قانون اساسی وسیله‌ای برای تحقق دموکراسی نیست، بلکه بر عکس، محدودیتی برای دموکراسی است.

ب. صیانت از قانون اساسی محدودکننده دموکراسی

در این فرض نظر عمومی بر تمایل قانون اساسی به محدودیت قوه مقننه است، زیرا همواره در این قوه اکثریت وجود دارد، که توانایی اجحاف دارد. به ویژه قانون اساسی می‌تواند کارکرد و منافع اکثریت را تعیین و آنها را محدود کند و به خصوص حقوق اقلیت را حفظ نماید.

پس قانون اساسی حقوق بنیادینی را که اکثریت نمی‌تواند آنها را محدود نماید، اعلام می‌کند و سپس مرجع صیانت از قانون اساسی به تضمین این حقوق می‌پردازد.

این نظریه واضح و روشن مدعی آن نیست که صیانت از قانون اساسی شکل برتر دموکراسی است. همچنین این نظریه مدعی سازگاری صیانت از قانون اساسی با دموکراسی نمی‌باشد، بنابراین دموکراسی باید دیگر ارزش‌های مهم را بدان واگذار نماید. اما در نهایت، این نظریه، به گونه‌ای ناقص، به هدف خویش دست می‌یابد.

در وهله نخست، این نظریه نقض اصل اکثریت^(۱) را اثبات نمی‌کند. در واقع، با وجود اعتقاد به فقدان قابلیت اکثریت برای رعایت حقوق اقلیت، چگونه قانون اساسی مصوب اکثریت،

می تواند متضمن رعایت ارزش ها و حقوق بنیادین و دغدغه حمایت از اقلیت باشد؟ می توان اکثریت مجلس موسس را بسیار خردمند و دانا پنداشت، زیرا در زمانی تاریخی انتخاب شده و برآنند که همه چیز را برای آینده پیش بینی نمایند، یا اینکه آنان آگاهند که همواره در اکثریت باقی نمی مانند و باید حقوق واقعی خویش را در زمان تبدیل به اقلیت نیز پیش بینی کنند.

اما نمی توان دریافت که چرا اعضای مجلس موسس که جزو خردمندان هستند، نباید به اکثریت اعتماد داشته باشند. به دیگر سخن، این مشروعیت فرایند تصویب قانون اساسی^(۱) است که باید دوباره اصل اکثریت را مطرح نماید.

به علاوه، این نظریه مشخص نمی کند که به دلیل دادگاه قانون اساسی مشوق پارلمان برای به کارگیری ارزش ها است. در چارچوب سنتی، تعیین اکثریت پارلمانی صرفاً بر اساس مقتضیات زمانی است، در حالی که دادگاه ها تنها حقوق را در نظر می گیرند. البته در بحث های پارلمانی حقوق و اصول بنیادین نیز مورد استناد قرار می گیرد، ولی می توان گفت که این استناد تنها لفافه ای برای پنهان نمودن منافع است. کما اینکه این بحث در مورد مراجع صیانت از قانون اساسی نیز صادق است.^(۲) در عین حال، بحث بین اکثریت و اقلیت فقط شامل تعارض منافع نیست، بلکه تلقی های متفاوت از مفهومی مشترک^(۳) را نیز در بر می گیرد. (Waldron, 1999)

در وهله سوم، حفاظت نهاد صیانت از قانون اساسی از ارزش های قانون اساسی محرز نیست. در واقع، اکثریت پارلمانی فقط بر اثر شرایط زمانی تغییر می یابند ولی نمی توان گفت که این شرایط بر قضاات دادگاه قانون اساسی تاثیری ندارند و آنها به اعمال اصول عینی و تضمین رعایت ارزش های بنیادین اکتفا می نمایند. همین طور مخالفین نظریه واقع گرا^(۴) (با گرایش به تفسیر همه متون) بر این اعتقادند که حداقل متن مبهم باید تفسیر شود. در عین حال متون حقوق بنیادین، به دلیل عمومیتشان، مبهم هستند. این متون ناشی از تفاهم در مجلس موسسان همان گونه که نمایانگر رابطه بین ارزش ها می باشند، همچنین پژواک تعامل بین نیروها هستند.

1- La légitimité du processus constituant

۲- البته با عنایت به نحوه گزینش قضاات مراجع صیانت از قانون اساسی، این ویژگی چندان صحیح به نظر نمی رسد و به طور اصولی این مراجع کمتر از پارلمان باید درگیر منافع شخصی و گروهی در تصمیمات خویش باشند. (م)

3- Le bien commun

4- La théorie réaliste

توضیح اینکه فرایند تفسیر نیز، به خودی خود، ترجمان ترجیحات ارزش‌شناختی^(۱) قضات است. پس همگرایی آنان با اکثریت مجلس موسسان را نمی‌توان تضمین نمود. همین‌طور به دلیل شکل‌گیری اکثریت و اقلیت در مجلس موسسان و اینکه اکثریت نیز خود محصول تفاهم است، نوعی تعامل بین نیروها را می‌توان در این مجلس شناسایی نمود.

از سوی دیگر، غیر از بحث تفسیر، به معنای واقعی کلمه، اعمال قانون متضمن به کارگیری هماهنگ اصول بسیاری است. این هماهنگی با کار پارلمان، به کلی متفاوت می‌باشد و نوعی سازگاری سیاسی است.

همین‌طور در این سازگاری، در مقایسه با قانون‌گذار، مصونیت از علایق و پیش‌داوری‌ها را نمی‌توان تضمین نمود. در این مورد، ویکتور فرر^(۲) به درستی می‌نویسد:

«دلایل مورد نظر دادگاه، در پاسخ به پرسش تفسیری قانون اساسی، به دلایل مورد استناد شهروندان و نمایندگان آنها در بحث حقوق آنها، بسیار نزدیک است.» (Ferrerres, 2000, pp. 45-68)

در نهایت، هیچ دلیلی برای تایید لزوم صیانت از قانون اساسی در تضمین حمایت از اقلیت وجود ندارد. در نظام‌های دموکراتیک، اقلیت‌های بسیاری چون میلیاردرها وجود دارند که به حمایت دادگاه قانون اساسی در برابر اکثریت پارلمانی نیازی ندارند. افزون بر این، به‌طور نظری اقلیت‌های نیازمند حمایت، بسیار آسیب‌پذیر و ضعیف هستند. اما وجود آنها تنها در گروهی شناسایی در حقوق اساسی است و دغدغه قوه موسس در تضمین حقوق اقلیت‌های بسیار خرد بسیار غیر محتمل به نظر می‌رسد.

لزوم صیانت از قانون اساسی برای محدود کردن دموکراسی و قرار دادن ارزش‌های اساسی در حمایت اکثریت، جنبه‌ای از نظریه جایگزینی سیاست با حقوق است. در حقیقت این نظر، کاملاً واهی است. چه، حقوق مجموعه‌ای از هنجارهای تحمیلی به خواست انسان‌ها است. و اگر این انسان‌ها قاضی باشند، نه از تحمیلی بودن هنجارها برایشان کاسته می‌شود و نه بار سیاسی مفاد آنها کمتر می‌شود.

در بسیاری از کشورها مشکلی اساسی در این مقوله وجود دارد. آنها بسیاری از قوانین اساسی نظام سیاسی موجود خویش را دموکراتیک قلمداد می‌کنند. اگر دادگاه‌های قانون اساسی این

قانون را اعمال نماید و قانون اساسی نیز فاقد چنین توصیفی باشد، این دادگاه‌ها قادر به محدودیت دموکراسی با تضمین ارزش‌های بنیادین نیستند. پس نظام سیاسی ضامن این ارزش‌ها، دموکراسی محدود نیست، به عکس، دموکراسی تمام عیار است. به بیان دیگر، باید تعریفی دوباره از دموکراسی ارائه نمود.

پ. صیانت از قانون اساسی: اصلاح‌کننده دموکراسی

توسل به این نوع توجیه برای پاسخ به ایرادی که فوراً به ذهن خطور می‌کرد، گسترش یافت. ایراد این بود:

در نظام دموکراتیک، اکثریت مردم یا نمایندگان منتخب آنها (برای مدتی محدود) تمامی تصمیمات را اتخاذ می‌نمایند. در حالی که قضات غیرمنتخب دادگاه‌ها واجد قدرت مخالفت با تصمیمات مصوب نمایندگان مردم هستند. در وضعیت فوق، نهاد صیانت از قانون اساسی ضد دموکراسی به نظر می‌رسد. این ایراد به اصلاح تعریف دموکراسی منتهی می‌شود. این اصلاح شامل دگرگونی ارکان دموکراسی در تضمین ارزش‌های بنیادین و آیین نمایندگی و یا عدم حاکمیت مردم و اعمال آن توسط قوه موسس خواهد بود.

ابتدا باید دموکراسی را دوباره تعریف کرد و آن را به حکومت قانون^(۱) تقلیل داد. غایت حکومت قانون، یا حکومتی محدود به وسیله حقوق و یا اعمال قدرت حکومت در قالبی حقوقی است.

در مورد نخست دموکراسی با حکومت قانون یکسان به شمار می‌رود و نه تنها شامل قدرت اکثریت است، بلکه به مدد صیانت از قانون اساسی، در قالب نظام (حقوقی)، حمایت از حقوق بنیادین را تضمین می‌نماید. وانگهی اگر حمایت از حقوق بنیادین به دلیل ارزش ذاتی شان باشد، این مفهوم با توجیه به وسیله برتری قانون اساسی تعارض می‌یابد. در این صورت عدم ذکر برخی از این حقوق در قانون اساسی، نباید به حمایت کمتر از آنها منتهی شود.

همچنین این مفهوم ایراد اساسی دیگری را به دنبال خواهد داشت و آن اینکه صیانت از قانون اساسی را نمی‌توان به عنوان نظارت بر تطبیق با قانون اساسی در نظر گرفت. در این معنا یا دادگاه قانون اساسی تنها با تضمین دموکراسی و تمامی حقوق بنیادین، به برتری قانون اساسی کاری

ندارد و یا این دادگاه با تضمین برتری قانون اساسی، به دموکراسی و حقوق بنیادین متضمن آن کاری ندارد.

همین نقص اساسی سبب کاربرد نادر این توجیه می‌شود. در واقع، این توجیه در موارد حاد و خاص تجدید نظر در قانون اساسی، واجد کارایی لازم و مطابق شرایط اصلاح مفید باشد و از این روی مخالف با ارزش‌های بنیادین دموکراسی است.

به هر تقدیر مفهوم حکومت قانون می‌تواند مستلزم اعمال قدرت حکومت در چارچوبی حقوقی باشد. در این چارچوب هر تصمیمی مطابق قاعده برتر^(۱) اتخاذ می‌شود. در تضمین حقوق بنیادین در قانون اساسی، این تلقی از حکومت قانون بسیار دموکراتیک خواهد بود. پس می‌توان اذعان داشت که نظارت بر تطبیق قوانین با قانون اساسی برای دموکراسی ضروری است. با این حال امکان ندارد به این تعریف بسنده کنیم، چه، این تعریف از دموکراسی به استبدادی آشکار خواهد انجامید. استبدادی که با رعایت حقوق مذکور در منشور بنیادین نیز همراه است. همچنین تفکیک اصل اکثریت از تعریف دموکراسی امکان‌پذیر نیست.

پس در یک صورت دموکراسی نظامی مبتنی بر گرایش اکثریت به رعایت ارزش‌های بنیادین می‌باشد که متضمن دموکراسی محدود شده به وسیله صیانت از قانون اساسی است و در صورت دیگر اصل اکثریت با حقوق تعارض دارد.^(۲)

باید در جستجوی شیوه‌ای بود که در آن اصل اکثریت به مثابه وسیله‌ای برای تضمین رعایت ارزش‌های بنیادین باشد. مانند ریکابراون^(۳) که تصریح می‌کند:

«برای درک بهتر نظام ما باید گفت که دولت واجد اکثریت، برای حمایت از منشور حقوق وجود دارد.»

هواداران مفهوم نخست (اصل اکثریت) باید تفاوت این نظام را با دموکراسی محدود توضیح دهند و طرفداران مفهوم دوم (رعایت ارزش‌های بنیادین) نیز باید بدین پرسش پاسخ دهند که چگونه می‌توان نظامی را که قدرت اکثریت مردم آن در خدمت اهداف والا نیست، دموکراسی

1- La règle supérieure

۲- به عبارت دیگر دموکراسی هر دو مفهوم، رعایت حقوق و ارزش‌های بنیادین و اصل اکثریت، را در بر می‌گیرد و وجود یکی به تنهایی کافی نیست. در بسیاری از حکومت‌های تمامیت‌خواه اصل اکثریت اعمال می‌گردد ولی ارزش‌های بنیادین معارض با منافع حکومت نقض می‌شوند. در برخی دیگر از حکومت‌ها ارزش‌های بنیادین رعایت می‌گردند، ولی احترام به رأی اکثریت جایی ندارد. (م)

3- Rebecca Brown

نامید؟

برخی از نویسندگان، مانند ربکا براون، به این مشکل واقفند و از این روی غایت نظام مبتنی بر قانون اساسی ایالات متحده آمریکا را تثبیت آزادی، و نه دموکراسی، ارزیابی می‌کنند. به هر تقدیر، در فرض تضمین ارزش‌های بنیادین به وسیله صیانت از قانون اساسی و فقدان قدرت تمییز فراوان قاضی قانون اساسی، این توجیه موثر و کارا می‌باشد. اما در صورت اعطای قدرت تمییز فراوان به قاضی قانون اساسی، دموکراسی واژه‌ای زیبا و پوششی برای حکومت قضات^(۱) خواهد بود.

به همین دلیل برخی دیگر از نویسندگان در ایالات متحده و فرانسه در پی تعریف دیگری از دموکراسی بوده و دوباره همان معیار پیشین قدرت مردم را مطرح نموده‌اند. اما مفهوم قدرت مردم را نیز باید اصلاح نمود. به‌رغم برداشت‌های گوناگون از این مفهوم، باید پذیرفت که اعمال حاکمیت فقط از طریق کارکرد قانون‌گذاری نیست، بلکه قوه مؤسس نیز آن را اعمال می‌نماید. به دیگر سخن، حاکمیت دارای درجاتی است.

به نظر بروس آکرمن^(۲) دموکراسی دوگانه است و شامل فرایندی در دو مجرا می‌باشد: نخست مجرای طبیعی قانون‌گذاری که به طور معمول توسط نمایندگان مردم انجام می‌پذیرد و دوم مجرای فوق‌العاده قانون اساسی.

دادگاه قانون اساسی در مقابل اراده مردم نیست، بلکه تضمینی برای اعمال اراده مردم در مقابل تعدیات حاکمان است. در واقع، مردم در مواقع استثنایی قدرت را در دست می‌گیرند و قانون اساسی را اصلاح می‌نمایند. این دگرگونی یا با اصلاح قانون اساسی رسمی است و یا مانند آنچه در دوره سیاست جدید^(۳) رخ داد، ایجاد توازن نوین غیر رسمی است. از آنجا که اعمال قدرت مردم در مقطعی به وسیله دادگاه و زمانی نیز با توسل به اصلاح قانون اساسی انجام می‌پذیرد، پس نیک می‌توان گفت که دموکراسی دوگانه است.

1- Le gouvernement des juges

ادوارد لامبرت (Edward Lambert) این اصطلاح را برای نخستین بار در سال ۱۹۲۱ در کتابی با عنوان «حکومت قضات و مبارزه علیه قانون‌گذاری اجتماعی در ایالات متحده» به کار برد. منظور از این اصطلاح برهیز از قدرت بی‌حد و حصر قضات است که خطری برای تفکیک قوا به شمار می‌رود. (م)

2- Bruce Ackerman

۳- New Deal یا سیاست جدید، دوره‌ای از اواخر دهه ۱۹۲۰ است که فرانکلین روزولت سیاست‌های نوین اقتصادی را به منظور بهبود وضعیت اقتصادی را کد ایالات متحده اعمال نمود. (م)

بی گمان این نظریه در عین توانایی در فراهم نمودن توجیهی قابل قبول برای صیانت از قانون اساسی در آمریکا، بهای بیشتری می‌طلبد.

در وهله نخست، باید اذعان داشت که اراده قانون‌گذار عادی باید از اراده متجلی مردم در قانون اساسی تبعیت نماید و به خودی خود اراده مردم محسوب نمی‌شود. دموکراسی دوگانه نوعی از دموکراسی است که در آن قانون در عین انطباق با اراده مردم، لزوماً تجلی این اراده نیز نمی‌باشد.

این مفهوم برای توجیه صیانت از قانون اساسی در کشورهایی که در آنها قانون به نام اراده عمومی می‌باشد، کاملاً نامناسب است. از سوی دیگر پذیرفتن تضمین اراده مردم، مطروح در قانون اساسی توسط دادگاه مستلزم این فرض است که این دادگاه، بدون قدرت تمییز، صرفاً به اعمال قانون اساسی بسنده می‌کند. زیرا در این حالت، تفسیر (دادگاه) صرفاً کارکردی برای شناخت است و مردم باید قادر به اصلاح تفسیرهای ارائه شده برای اراده خویش باشند.

سومین مشکل به وضعیت دولت‌ها باز می‌گردد: اگر آنها، مانند مفهوم فرانسوی، نماینده مردم تلقی شوند و اراده مردم حاکم را بیان نمایند، این اراده از اراده مردم در قانون اساسی تبعیت نمی‌نماید، چه، اراده اخیر نوع دیگری ندارد.

در مقابل، اگر بر اساس اراده مردم در قانون اساسی منتخبان تابع دادگاه تلقی شوند، این فرض به منزله عدم مشارکت مردم در قانون‌گذاری عادی است. در این حالت مردم قدرت خویش را از طریق قوه مؤسس اعمال نمی‌نمایند و دموکراسی به هیچ وجه دوگانه نیست و با دموکراسی در مفهوم رسمی نیز کاملاً متفاوت است. هابرماس^(۱) این نظام سیاسی را با نظامی مقایسه می‌کند که در آن نایب‌السلطنه در مدتی طولانی حکومت می‌کند و حاکم می‌خواهد و می‌تواند تخت سلطنت را حفظ کند. در این حکومت دموکراتیک مردم اساس قدرت هستند و به یقین می‌توانند آن را باز پس گیرند، ولی قدرت خویش را حتی از طریق نمایندگان خود نیز اعمال نمی‌کنند.

ولی با توسل به ساختاری پیچیده می‌توان از مشکل‌رهایی یافت. در اینجا دوگانگی را نه تنها برای دموکراسی که برای مردم نیز می‌توان در نظر گرفت. در عین حال باید به تفاوت بین مردمی که قدرت خویش را از طریق نمایندگان خود در قوه قانون‌گذاری اعمال می‌نمایند و

مردمی که این مهم را از طریق قوهٔ موسس اعمال می‌کنند، توجه داشت. این دیدگاهی است که توسط مارسل گوشه^(۱) ارائه شده و دومینیک روسو^(۲) نیز آن را پی گرفت. (Gauchet, 1995; Rousseau, 1999) این اندیشمندان بر آن هستند که قاضی قانون اساسی (در مشروعیت خویش) از ارادهٔ فرارونده (استعلایی)^(۳) یا ارادهٔ ابدی^(۴) مردم، به معنای یگانه حاکمیت واقعی ارادهٔ نسل کنونی مردم، بهره می‌جوید.

به نظر مارسل گوشه:

«مردم هیچ‌گاه به خود رای نداده و خود را انتخاب نمی‌کنند، بلکه نمایندهٔ موقت ناشی از قدرت همهٔ نسل‌های مردم است. قدرتی که به مثابه میراث نسل‌های پیشین تداوم دارد و ناشی از مالک واقعی حاکمیت است.»

این استدلال با نظر آکرمن بسیار تفاوت دارد، زیرا ارادهٔ همهٔ نسل‌های مردم هیچ‌گاه مستقیماً اعلام نمی‌شود. قاضی قانون اساسی که به ارجاع نسل کنونی مردم اکتفا می‌کند،^(۵) تجلی مفهوم همهٔ نسل‌های مردم نیست.^(۶) علاوه بر مشکلات ناشی از نظر مبهم مردم دو قسمتی،^(۷) در این نظر فقط یکی از این قسمت‌ها (همهٔ نسل‌های مردم) حاکم است، حاکمی که نه توان اعمال حاکمیت و نه توان ارائهٔ آن را دارد. به بیان صریح‌تر در این نظریه تناقضی درونی یا ذاتی^(۸) وجود دارد. حاکمیت کیفیتی ناشی از طبیعت مردم می‌باشد. حاکمیت قدرتی است که قانون اساسی آن را به مردم، فارغ از تمایز بین همه نسل‌های مردم و نسل کنونی، منسوب می‌کند.

می‌توان گفت که قاضی قانون اساسی آن را اعمال و قدرتش را نیز، به دلیل عدم حاکمیت نسل کنونی مردم، توجیه می‌نماید. ولی بلافاصله این ایراد وارد می‌شود که قانون اساسی

1- Marcel Gauchet

2- Dominique Rousseau

3- La volonté transcendant

4- La volonté perpétuel

۵- همهٔ نسل‌ها یا نسل کنونی.

۶- مارسل گوشه می‌افزاید: «وظیفهٔ قاضی صیانت از قانون اساسی نمایش حاکمیت مردم نیست... او موظف است تا در مورد موضوعی که به وی ارجاع شده آخرین تصمیم را بگیرد» (منبع پیشین، ص ۴۲) دومینیک روسو نیز همین نظر را پی می‌گیرد: «قاضی صیانت از قانون اساسی مجالی را برای مردم فراهم می‌آورد که مانند آینه، حاکمیت آنان را بنمایاند. قانون اساسی و رویهٔ قضایی مربوط به حقوق بنیادین به حاکمیت مردم و نمایندگان تابع آنها عینیت می‌بخشد. قضاوت دستوری (La justice constitutionnelle) نیز الگوی نمایندگی است که نمایندگی را کنار نهاده است. (منبع پیشین، ص ۴۷۰).

۷- همهٔ نسل‌ها یا نسل کنونی.

8- L contradiction interne

متضمن حاکمیت مردم است و طرق اعمال آن باید ناشی از وجود دیگری باشد که خود نشانه‌ای مسلم از وجود سلسله مراتب است.

باید افزود که اعمال مردم حاکم نیز باید مطابق با قانون اساسی باشد. از این رو شورای قانون اساسی فرانسه قانون را تنها در چارچوب قانون اساسی تجلی اراده عمومی می‌داند.

با این حال، قانون اساسی صرفاً شامل تعاریف است و به مردم صلاحیتی برتر از قانون اساسی اعطا نمی‌کند. افزون بر آن، این استدلال به سرکوب بی‌حد و حصری منتهی می‌شود، زیرا اگر ادعا شود که به دلیل تصمیم همه نسل‌های مردم، نسل کنونی حاکم نیست، پس باید نتیجه گرفت که نسل‌های پیشین حاکمیت را برای خویش حفظ کرده‌اند.

به نظر اندیشمندانی که قائل به هیچ یک از این توجیهاست نیستند، با توجه به تمامی این استدلال‌ها، باید اذعان نمود که نهاد صیانت از قانون اساسی با عنایت به سلسله مراتب هنجارها، متن قانون اساسی، قدرت تمییز قاضی، نظریه نمایندگی و دموکراسی نهادی کارا است.

فقدان توجیه متقاعد کننده در این خصوص شکستی برای آموزه حقوقی است، و نه خود نهاد. اگر با توجه به تفکیک آموزه حقوقی^(۱) (که توجیهاست را ارائه نموده است) و نظریه حقوق^(۲) (که از توجیه امتناع می‌ورزد) این نظر را بپذیریم، نظریه حقوق برای حقوق موضوعه و تبیین توجیهاتی که آموزه از ارائه آنها ناتوان است، باید دارای کارکرد لازم باشد.

با این حال، تحلیل حقوق موضوعه به نتیجه‌ای ساده می‌انجامد:

دادگاه‌های قانون اساسی با قدرت تمییز بسیار به اتفاق نمایندگان، قانون‌گذاری نمایند. حکومتی که در آن قانون‌گذاری بین مقام‌های انتخابی و دموکراتیک از سویی و مقام‌های غیرانتخابی و ضددموکراتیک از سوی دیگر تقسیم شده باشد، حکومتی مختلط^(۳) است. این نتیجه، بدون نیاز به کاوش برای توجیه حکومت مختلط، می‌تواند مضمّن باشد. پس ادعای دموکراتیک بودن نهاد صیانت از قانون اساسی نیز نیازی به استدلال و توجیه برای دموکراسی ندارد.

با وجود این، آموزه حقوقی در این حوزه وارد نمی‌شود، چه، دادگاه‌های قانون اساسی به اعمال قانون اساسی اختصاص دارد و قوانین اساسی نیز دموکراتیک هستند. بنابراین آموزه حقوقی به رغم مخالفت با تلاش برای سازگاری نهاد صیانت از قانون اساسی با اصول

1- La doctrine juridique

2- La théorie du droit

3- Mixte

دموکراتیک، توانایی حل این معضل را نیز ندارد.

کتابنامه:

- 1- Carre de Malberg (R.), (1984) *La loi expression de la volonté générale*, Paris Economica.
- 2- Eisenmann (Ch.), (1928) *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnell'd' Autriche*, Paris, Nouvelle édition, Economica.
- 3- Ferreres (V.), (2000) *A defense of constitutional Rigidity*, in *Analisis Diritto*.
- 4- Gauchet (M.) (1995) *La Révolution des pouvoirs, La souveraineté, le peuple et la représentation, 1789-1799*, Paris, Gallimard.
- 5- Habermas (J.), (1995) *Between facts and norms: Contribution to a Discourse Theory of Law and Democracy* Cambridge, Mass., MIT Press, 1995.
- 6- Pasquino (P.), (1998) *Constitutional Adjudication and Democracy. Comparative Perspectives*, Etats-Unis, France, Italy, in *Ration Juris*, vol. 11, No. 1.
- 7- Rousseau (D.), (1999) *Droit du contentieux constitutionnel*, 5^e éd., Paris, Montchrestien.
- 8- Troper (M.), (1974) "*Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle*", *Mélanges Eisenmann*, Paris, Cujas.
- 9- Waldron (J.), (1999) *The Dignity of legislation*, Cambridge, Cambridge University Press.
- 10- Wroblewski (J.), (1971) "*Legal decision and its justification*" , *Logique et Analyse*, 53-54.
- 11- Wroblewski (J.), (1994) "*Justification*", *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1994.

