

## رابطه‌ی دموکراسی و دادرسی اساسی (مطالعه‌ی موردی آمریکا)

فردین مرادخانی<sup>۱\*</sup>، یونس فتحی<sup>۲\*\*</sup>

۱. استادیار دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران

۲. استادیار دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران

پدیرش: ۱۳۹۷/۴/۱۸

دریافت: ۱۳۹۶/۵/۲۹

### چکیده

یکی از زیربناهای دستورگرایی دادرسی اساسی است؛ دادرسی اساسی ناشی از دو ضرورت وجود سلسله‌مراتب بین منابع و برتری قانون اساسی است. نظارت بر قانون اساسی و تطبیق سایر منابع با این منبع برتر در دو الگوی آمریکایی یعنی سپردن نظارت به مراجع قضایی و الگوی اروپایی یعنی سپردن نظارت به نهادی سیاسی در دنیا رواج یافته است. در خصوص فلسفه‌ی وجودی نهاد دادرسی اساسی بحث‌های فراوانی به‌خصوص در سنت آمریکایی در گرفته است. بررسی و تحلیل این نزاع در سیستم آمریکایی و استدلال‌های موافقان و مخالفان این نهاد، موضوع مورد مطالعه‌ی این مقاله است. پرسش اصلی این نوشتار این است که مخالفان و موافقان دادرسی اساسی و سپردن نظارت بر نهادی مردمی و منتخب، به نهادی غیرانتخابی و محدود، چه استدلال‌هایی ارائه می‌کنند. در این مقاله با روش تحلیلی-توصیفی کوشش شده است به این پرسش پرداخته شود. مخالفان این نهاد دلایلی همچون مخالفت با اصل اکثریت، مخالفت با اراده‌ی عمومی و دگردیسی در مفهوم دموکراسی را ارائه کرده‌اند. موافقان این نهاد در پاسخ به استدلال‌های مخالفان دلایلی چون موافقت با دموکراسی و اصل اکثریت و تحول در این مفاهیم، اصل حاکمیت قانون و تضمین حق‌ها را بیان کرده‌اند.

**واژگان کلیدی:** اصل اکثریت، حاکمیت قانون، بدران قانون اساسی، دادرسی اساسی، دموکراسی.

## مقدمه

ایجاد و تأسیس نهادهای عالی در جهت تضمین رعایت اصول قانون اساسی و حقوق بنیادین اشخاص از نوآوری‌های نظام‌های امروزی محسوب می‌شود (موسی‌زاده و همکاران، ۱۳۸۹: ۱) و دادرسی اساسی به معنای صلاحیت نظارت بر قوانین و مقررات است که براساس آن تجاوز از حدود اختیارات مندرج در قانون اساسی یا نقض قانون اساسی توسط نهادها بررسی می‌شود (غمامی و همکاران، ۱۳۹۵: ۱۸). این مفهوم از بنیادهای دستورگرایی مدرن است که در قرن بیستم به سرعت جهان‌گیر شد و حتی برخی آن را مهم‌ترین دستاورد قرن بیستم در حوزه حقوق اساسی دانسته‌اند (تروپه، ۱۳۸۳: ۲۱۱). در خصوص مبنا و بنیادهای این نهاد، بحث‌های بسیاری میان عالمان حقوق اساسی در گرفته است، که یکی از مهم‌ترین پرسش‌های مطرح‌شده، نسبت این نهاد با دموکراسی است. آمریکا از آغاز شکل‌گیری دادرسی اساسی تا به امروز، درگیر این بحث بوده است. از آن‌جا که در این کشور بیش از دو قرن است که بحث دادرسی اساسی مطرح است، ادبیات بسیار وسیعی در زمینه دادرسی اساسی شکل گرفته است. از میان مسائل متعدد دادرسی اساسی، یکی از مهم‌ترین این مباحث نسبت دموکراسی و دادرسی اساسی است که از آغاز پیروزی انقلاب و در میان فدرالیست‌ها این مسئله مطرح شد و با تشکیل اولین دولت‌ها در آن کشور دادرسی اساسی وارد مباحثات بین پدران قانون اساسی شد. از میان پدران قانون اساسی مهم‌ترین مخالف این نهاد جفرسون<sup>۱</sup> بود. به باور او اگر به قضاوت قدرت ابطال قوانین مجلس داده شود، این مسئله به ایجاد یک قضاییه مستبد منجر می‌شود (آلتن، ۱۳۸۵: ۱۷۱) زیرا در نظامی که رئیس‌جمهور و کنگره، منتخب مردم بوده و در برابر مردم مسئول‌اند، نمی‌توان به یک نهاد غیرمسئول و غیرمنتخب چنین اختیاری داد. اساس دموکراسی پاسخگویی است و قضاوت پاسخگو نیستند (آلتن، ۱۳۸۵: ۱۷۲). با این حال همیلتون<sup>۲</sup> و مادیسون<sup>۳</sup> از طرفداران این تأسیس بودند. همیلتون در مقاله‌ی شماره‌ی ۷۸ فدرالیست‌ها به دفاع از این نهاد پرداخت. به باور او این قدرت (نظارت بر قوانین مجلس) را باید به کم‌خطرترین قوه یعنی قوه قضاییه داد. او معتقد بود قضاییه نه اجبار می‌کند نه اراده‌ای را تحمیل می‌کند، بلکه فقط حکم می‌دهد و اجرای حکم نیازمند مجریه است. مادیسون نیز در مقاله‌ی ۴۸ استقلال قضایی را بهترین شیوه جلوگیری از استبداد اعلام کرده بود (Hamilton, Madison, Jay, 2005). مادیسون می‌ترسید که دموکراسی موجب تیرانی اکثریت شود (Hardin, 2002 : 144) و معتقد بود تاریخ نشان داده است که حاکمیت مردم همیشه به حاکمیت اقلیت‌ها منجر می‌شود (Hardin, 2002 : ۱۵۳). پدران قانون اساسی آمریکا بر این باور بودند که اگر دست مقننه باز باشد، آن‌ها بی‌شک قوانینی مغایر قانون اساسی

تصویب خواهند کرد و جلوی این کار را باید گرفت و کنترل قضایی را به‌عنوان یکی از راهکارهای جلوگیری از این مسئله پیشنهاد دادند (مرکزالمیری ۱۳۸۵: ۱۷۹). به باور آن‌ها نباید از قوه‌ی قضاییه ترسید، زیرا این قوه فقط حکم می‌دهد و اجرای حکم نیازمند قوه مجریه است (Mace, 1972: 1142). علاوه بر این دستگاه قضایی چون از لحاظ مالی به قوه مجریه وابسته است، خطری برای مستبد شدن ندارد (آلتن، ۱۳۸۵: ۱۷۶). البته مباحث آمریکا در خصوص نسبت بین این دو مفهوم کلیدی تنها در دکترین محصور نماند، بلکه در رویه‌ی دیوان عالی آمریکا نیز آرای مهمی در این خصوص صادر شده و چندین نظریه و رویه به‌وجود آمده که خود موضوع مقاله‌ی مستقلی است. در این مقاله تنها بر آرای متفکران و صاحب‌نظران حقوق اساسی آمریکا تمرکز شده است و با تحلیل آرای آن‌ها در پی بررسی این پرسش هستیم که چه دیدگاه‌هایی در دکترین این کشور در خصوص رابطه‌ی این دو مفهوم وجود دارد. در این خصوص تاکنون در زبان فارسی نوشته‌ای وجود ندارد. البته برخی تحقیقات به‌نحوی بسیار مختصر به این موضوع اشاره کرده‌اند. یکی از محققان در مقاله‌ای به رویکردهای دیوان عالی آمریکا در خصوص تفسیر قانون اساسی در پرتو تحولات اجتماعی و سیاسی پرداخته است (حبیب‌زاده، ۱۳۹۳). در تحقیق دیگری به دفاع از دموکراتیک بودن دادرسی اساسی در سنت اروپایی با تکیه بر آرای کلسن اشاره شده است (جلالی و صداقت، ۱۳۹۵). در تحقیقی درباره‌ی مبانی دادرسی اساسی در آمریکا نیز به‌اختصار به این موضوع اشاره شده است (زارعی و مرکز المامیری، ۱۳۸۴). مقاله‌ی دیگری با عنوان «مطالعه‌ی تطبیقی مبانی و کارکردهای دادرسی اساسی در فرانسه و آمریکا» (واعظی، ۱۳۹۰) به بیان و مقایسه‌ی دو نظام حقوقی فرانسه و آمریکا در دادرسی اساسی پرداخته است، اما هیچ‌کدام از این تحقیقات به‌طور خاص به رویکرد مخالفان و موافقان تعارض دموکراسی و دادرسی اساسی در سنت آمریکایی دادرسی اساسی نپرداخته‌اند. این مقاله در پی پاسخ به این پرسش است که در آمریکا به‌عنوان یکی از سنت‌های مهم دادرسی اساسی چه نسبتی بین دموکراسی و دادرسی وجود دارد و دیدگاه‌های مخالفان و موافقان سازگاری این دو مفهوم چیست.

## ۱. مبانی دادرسی اساسی

دادرسی اساسی دارای مبانی عامی است که در همه‌ی الگوهای دادرسی اساسی وجود دارند، مثل برتری قانون اساسی در سلسله‌مراتب قوانین، تحدید قدرت دولت، و دولت قانونمند (واعظی، ۱۳۹۰: ۱۵۸-۱۵۹؛ غمامی و همکاران، ۱۳۹۵: ۳۴-۳۷). یکی از نخستین مبانی دادرسی اساسی در آمریکا بحث چک و بالانس<sup>۴</sup> (مهار و توازن یا نظارت و تعادل)<sup>۵</sup> در

که جزء جدایی‌ناپذیر نظریه‌ی تفکیک قوا در آمریکاست. توضیح آنکه تفکیک قوا شرایطی دارد: نخست تمایز بین شاخه‌های حکومت است که هر کدام وظایف اصلی و مرکزی دارند، مثلاً وظیفه‌ی اصلی مجلس قانونگذاری است، دومین شرط عدم مداخله در اعمال و اختیارات است. سومین شرط چک و بالانس است و فقدان شرط سوم ممکن است به دموکراسی لطمه بزند و از این رو قضاوت حافظ تفکیک قوا هستند. به این ترتیب چک و بالانس برداشت آمریکایی از نظریه‌ی تفکیک قواست که به صورتی که در آمریکا وجود دارد، در جای دیگری نیست. در این نظریه هر یک از قوای سه‌گانه دو قوه‌ی دیگر را مهار می‌کنند (که لزوماً نظارت نیست) و در عین حال بین آن‌ها تعادل وجود دارد. به همین دلیل نظارت قضایی را یک چک در برابر قدرت نامحدود کنگره می‌دانند (Mace, 1972: 1242). به گفته‌ی محققان آمریکایی حداقل برای دستورگرایی آمریکایی کنترل قضایی امری واجب و حتمی است (Post, 1998: 429)، زیرا در آمریکا آن را وسیله‌ای برای جلوگیری از استبداد مقننه و لازمه‌ی چک و بالانس می‌دانند.

مبنای دیگر، نظریه‌ی مشروطه‌خواهی است که نظریه‌ای به‌دنبال محدود کردن دولت است. نظام مشروطه، در پی ایجاد فضایی است که رفتاری برابر با تمام اعضای جامعه‌ی سیاسی مبنی بر احترام و توجه برابر بین آن‌ها داشته باشد (ریدی، ۱۳۹۲: ۱۸۳). یکی دیگر از دلایلی که برای نظارت قضایی بر شمرده‌اند، تضمین حقوق بنیادین افراد است. با اینکه دیوان کارکردهای متعددی چون تفسیر قوانین و آیین‌نامه‌های مصوب مقامات اجرایی فدرال را عهده‌دار است، مهم‌ترین وظیفه‌ی آن اعمال دادرسی اساسی است (فرومن، ۱۳۸۳: ۱۸۹).

اگرچه دموکراسی از مبانی دادرسی اساسی در آمریکاست (غمامی، ۱۳۹۵: ۳۵-۳۶)، یکی از علل دادرسی اساسی در آمریکا این است که آن را برای جلوگیری از تبدیل شدن دموکراسی به استبداد اکثریت دانسته‌اند (ریدی، ۱۳۹۲: ۱۷۰)، زیرا در نظام آمریکا از همان آغاز مادیسون همه را از استبداد اکثریت ترسانده بود و بعدها نیز توکویل<sup>۶</sup> در کتاب *دموکراسی در آمریکا* از استبداد اکثریت سخن گفت.

در اروپا نیز استدلال‌هایی در این خصوص مطرح شده است؛ یکی از این استدلال‌ها متعلق به کلسن<sup>۷</sup> است که گفته بود لزوم برتری قانون اساسی وسیله‌ای است که برتری آن را نشان دهد که البته سخن کلسن ارتقای استدلال قاضی مارشال<sup>۸</sup> در رأی معروف *ماربری علیه مادیسون* بود که گفته بود قانون اساسی باید برتر باشد، وگرنه قانون اساسی نیست (تروپه، ۱۳۸۳: ۲۶۹-۲۷۱). برخی دیگر این نظارت را توجیه دموکراسی دانسته‌اند، زیرا قانون اساسی نمایانگر اراده‌ی مردم است و آن را تقویت‌کننده، محدودکننده یا اصلاح‌کننده‌ی دموکراسی دانسته‌اند (تروپه، ۱۳۸۳).

پاسخ دیگر این است که چون پارلمان مصون از خطا نیست و قانون اساسی نیازمند پاسداری است، باید نهادی را برای پاسداری از قانون اساسی و اصلاح اشتباهات پارلمان تعبیه کرد (پروین، ۱۳۹۴: ۶۸). یکی دیگر از دلایلی که برای دادرسی اساسی برشمرده‌اند، این است که در دموکراسی مبتنی بر نمایندگی، باید به دنبال راه‌حلی بود که جلوی سوءاستفاده‌ی مقاماتی که این قدرت به آن‌ها تفویض شده است، گرفته شود که سیستم انتخابات و نیز اعمال محدودیت از طریق قانون اساسی یا دادرسی اساسی از راهکارهای مطرح است (Almendares, 2015: 358). مسئله‌ی نمایندگی موجب مطرح شدن بحث مهم دیگری به نام حاکمیت پارلمان می‌شود، که به نظر می‌رسد با دادرسی اساسی در تعارض باشد و حتی برخی کوشش کرده‌اند که با توجیه خودکترلی توسط مقننه با دادرسی اساسی مخالفت کنند (مرکز مالگیری، ۱۳۸۵: ۱۸۱). به باور آن‌ها به علت اهمیت پارلمان باید نظریه‌ی خودمحدودیتی را در مورد آن پذیرفت و نباید به نهادهای دیگر این قدرت را داد که از پارلمان بالاتر شوند. این مسئله به سبب اهمیت پارلمان در برخی نظریه‌هاست، که حتی از حاکمیت آن نیز سخن گفته‌اند. به گفته‌ی یکی از محققان، حاکمیت پارلمان تا مدت‌های مدیدی نقطه‌ی مرکزی دموکراسی بود. به خصوص در اروپا که تحت تأثیر تفکر روسویی این مسئله بسیار پررنگ شده بود و تنها بعد از جنگ جهانی دوم و سوء استفاده‌ی رژیم‌های غیردموکراتیک از حاکمیت پارلمان این مسئله با پرسش‌هایی مواجه شد که یکی از ثمرات این بحث‌ها رشد دادرسی اساسی است (Ginsburg, 2003: 1-3). این مسئله از سال ۱۹۸۰ چنان سرعتی گرفته که به گفته‌ی یکی از محققان بیشترین مسئله و بحث در دستورگرایی معاصر را به خود اختصاص داده است (Gardbaum, 2014: 1). البته چند استدلال اخیر در این بند بیشتر از آمریکا در اروپا و در سنت فرانسوی وجود دارند. شایان ذکر است که در دیگر سنت‌ها بنا بر پیشینه‌ی تاریخی و شکل دادرسی اساسی متفاوتان، بحث‌ها نیز متفاوت می‌شود. برای مثال از منظر تاریخی در فرانسه این نهاد برخلاف آمریکا برای مقابله در برابر اراده‌ی مقنن به وجود نیامده است، بلکه می‌خواهد قانون با مقتضیات نفع عمومی منطبق شود (زولر، ۱۳۸۹: ۲۲۵). در حالی که در جامعه‌ی آمریکا پیش فرضی وجود دارد که قانونگذار ضرورتاً پیگیر خیر و نفع عمومی نیست (غمامی و همکاران، ۱۳۹۵: ۲۱). شایان ذکر است که شورای قانون اساسی در فرانسه تحولاتی را پشت سر گذرانده است و با الزام پارلمان به رعایت نص و روح قانون اساسی مانع حاکمیت مطلق پارلمان شده است (غمامی و همکاران، ۱۳۹۵: ۸۹ و ۷۴). همچنین در فرانسه این کنترل توسط نهادی قضایی صورت نمی‌گیرد. البته این به این معنا نیست که نسبت دموکراسی و دادرسی اساسی در این کشور بحث نمی‌شود، ولی از آن‌جا که در این مقاله مباحث آمریکا محل بحث است، از بررسی

استدلال‌های اندیشمندان در سایر کشورها اجتناب کرده‌ایم (برای مطالعه‌ی بیشتر ر.ک: واعظی، ۱۳۹۰: ۱۵۶-۱۷۳).

اینکه دادرسی اساسی چگونه در آمریکا مطرح شد، نیز محل تأملاتی بوده است؛ یعنی آیا ریشه در سنت‌های خود آمریکا داشت یا از انگلیس وام گرفته شده است. اگرچه تحقیقات جدید، ریشه‌ی این نهاد را در سنت‌های کلونی‌های آمریکا و حتی پیشتر از آن در سنت‌های بومیان می‌داند و حتی برخی گفته‌اند که برخلاف سنت‌های حقوقی آمریکا که اغلب ریشه در انگلیس دارد، دادرسی اساسی ریشه‌ای در کشور انگلستان ندارد (Farber & Sherry, 2009: 13). اما بنا بر یک نظر دیگر سنت انگلیسی در آن بی‌تأثیر نبوده است (Hulsebosch, 2003). فراموش نکنیم که در سنت انگلیسی قاضی کوک<sup>۹</sup> در اوایل قرن هفدهم گفته بود که اگر پارلمان قانون خلاف عقل و عدالت تصویب کند، کامن‌لا در برابر آن خواهد ایستاد که البته بعدها با تأثر آرای باگهوت<sup>۱۰</sup> و دایسی<sup>۱۱</sup> و نظریه‌ی حاکمیت پارلمان، نظریات کوک به فراموشی سپرده شد. حتی پیش از پیروزی انقلاب در سال ۱۷۶۱م برخی مانند جان آدامز<sup>۱۲</sup> اعلام کردند که قوانین موضوعه در صورت تعارض با قانون عرفی باطل و بی‌اثر است که در حقیقت همان استدلال کوک است.

## ۲. استدلال‌های مخالفان

همان‌گونه که میان پدران قانون اساسی در آمریکا در خصوص این مفهوم اختلاف وجود داشت، بین عالمان علم حقوق اساسی آمریکا نیز در این دو سده اختلاف‌های زیادی وجود داشته است و مخالفان با دادرسی اساسی از طریق قوه‌ی قضاییه، استدلال‌های متعددی در مخالفت با این نهاد آورده‌اند. پس از مجادله‌ی پدران، کسانی که با این نهاد مخالفت کردند، دلایل خود را به شکل متفاوتی بیان کردند؛ برخی آن را مخالف با اصل مشارکت اکثریت می‌دانستند و عده‌ای دلایلی همچون مخالفت با اراده‌ی عمومی و دگردیسی مفهوم دموکراسی را بیان کردند که در این قسمت به تحلیل دلایل مخالفان می‌پردازیم:

اولین کسی که با این مفهوم مخالفت کرد، جیمز تایلر بود. او در مقاله‌ی مهم کلاسیک خود این بحث را باز کرد (Thayer, 1893) و در پی آن بود که حق قضات در این خصوص را تا حد امکان محدود کند و می‌گفت به‌جز در موارد اشتباه فاحش، قضات باید به اراده‌ی نهادهای دیگر احترام بگذارند. این نهاد تا به امروز مخالفان نامدار زیادی دارد که می‌توان به بزرگانی چون والدن، بیگل، مارک توش‌نت، لاری کرامر،<sup>۱۳</sup> هیرشمن، سیدنی هوک و ... اشاره کرد.

### ۲-۱. مخالفت نظارت قضایی بر قانون اساسی با اصل مشارکت و اصل اکثریت

معروف‌ترین مخالف این مفهوم که آرای او در چند دهه‌ی اخیر موجب در گرفتن مباحث

متعددی در آمریکا شده، جرمی والدردن است. به نظر او نباید اصل احترام به اکثریت را قربانی کرد و باید اعتراف کرد که هر گاه نیاز به تصمیمی اساسی باشد، تنها باید با اصل اکثریت پیش رفت (ریدی، ۱۳۹۲: ۱۹۱). او اصل مشارکت را حقِ حق‌ها می‌داند که کاملاً با اصل و قاعده‌ی اکثریت گره خورده است و از طریق این حق، همه در ساختن قوانین مشارکت دارند و والدردن نقض آن را انکار بخشی از وجود مردم می‌داند (Waldron, 13993: 37). به باور او مشارکت مردم برای تحقق دموکراسی ضروری است و نباید حق مشارکت -یا حقِ حق‌ها- را با توسل به نهادهای غیردموکراتیک خدشه‌دار کرد، زیرا اگر قرار باشد قاعده‌ی اکثریت خدشه‌دار شود، دیگر باید از دموکراسی دست کشید. او بر آن است حمایت از حق‌ها که معمولاً توسط موافقان دادرسی اساسی استفاده می‌شود، مسئله‌ای اساسی است، اما باید اعتراف کرد که در مورد حق‌ها هیچ‌گاه توافقی وجود ندارد و بی‌شک قانونگذار که نماینده‌ی منتخب مردم است، بر قضات در تشخیص این مسئله یعنی نقض حق‌ها اولویت دارد. (Lever, 2009:11 & 3) توضیح آنکه موافقان بر این باورند که حق‌ها خط قرمز یک جامعه‌اند و باید نهادی برای محافظت از آنها وجود داشته باشد. به باور والدردن دموکراسی ناسازگار با حق‌های فردی نیست و حقِ حق‌ها یعنی مشارکت است که قوانین را به‌وجود می‌آورد. به باور او ما هرگز در مورد حق‌ها توافق نداریم و نباید از این نظر شرمند باشیم (Waldron, 2006a: ch 10-11).

به باور والدردن نباید به‌سبب اینکه ممکن است حق‌ها نقص شود، به قضات قدرت قانونگذاری داد. به نظر او هیچ دلیل منطقی وجود ندارد که بگوییم دادگاه بهتر از قانونگذار از حق‌ها حمایت می‌کند (Lever: 2009:4). او بر این اساس، دادرسی اساسی را توهین به دموکراسی و اراده‌ی شهروندان می‌داند (Lever, 2009:7). به گفته‌ی او اگر قرار باشد نهادی برای این کار تعبیه شود، نمایندگان مردم نسبت به قضات در اولویت‌اند (Lever, 2009: 10). به باور او بین حق و دموکراسی رابطه‌ای نزدیک وجود دارد و حق‌ها به تصمیم اکثریت مشروعیت می‌دهند. او همچنین توسل به مشروعیت دادرسی اساسی را مصادره‌ی به مطلوب می‌داند.

او با تقسیم نظارت قضایی به دو نوع قوی و ضعیف معتقد است که نظارت قوی غیرعادلانه است، زیرا براساس آن دادگاه تصمیم‌ها را ابطال یا اصلاح کرده و از این طریق عملاً قانونگذاری می‌کند. اما نظارت قضایی ضعیف تنها نظارت پیشینی بر قانونگذاری است که آیا حقوق افراد نقض شده است یا خیر (Waldron, 2014: 8-9). به عبارت دیگر، در نظارت قوی دادرسی اساسی برای حفظ حقوق بنیادین افراد با ابطال یا اصلاح تصمیم قانونگذار و گاه از طریق تفسیر قانون به‌جای قانونگذار می‌نشیند و در اندیشه‌ی والدردن این مسئله با اصل مشارکت مردم در تضاد است. اما در نظارت ضعیف مرجع نظارت امکان ندارد تصمیم

قانونگذار را ابطال کند، زیرا حقها در این صورت نقض خواهند شد. آمریکا و کانادا نمونه‌ی مدل قوی و انگلستان و نیوزلند از نمونه‌های مدل ضعیف‌اند (Lever, 2007: 7). او از مخالفان تفسیر قضات بوده و معتقد است که آن‌ها از این طریق قانونگذاری می‌کنند و مبنای این مخالفت به نقد او بر نظارت قضایی قوی برمی‌گردد. در خصوص تقسیم نظارت قضایی به ضعیف و قوی از سوی والدردن و مبنای آن اختلاف نظرهایی جدی بین محققان حقوق اساسی وجود دارد (برای نمونه ر.ک: Tushnet, 2006; Sinnott-Armstrong, 2003; Gyorfi, 2016; Tushnet, 2008).

به باور والدردن در مخالفت با این نهاد چند نکته باید مورد توجه قرار گیرد: اولاً مردم افرادی را از شهروندان انتخاب کرده‌اند و باید به آن‌ها و تصمیم‌هایشان احترام گذاشت؛ ثانیاً نهادهای قضایی انتصابی‌اند؛ ثالثاً بیشتر افراد به حق‌ها و اقلیت‌ها احترام‌ها می‌گذارند؛ و رابعاً بر سر حق‌ها توافقی وجود ندارد (Lever, 2007: 8). او دادرسی اساسی را خلاف جامعه‌ی آزاد و دموکراتیک می‌داند (Waldron, 2006b: 1348). به باور او در جامعه‌ی دموکراتیک برتری مقننه با خود - حکومتی مردم جمع می‌شود (Waldron, 2006b: 1349). به نظر والدردن حمله‌اش به دادرسی اساسی کاملاً با ویژگی سیاسی جوامع لیبرال سازگار است (Waldron, 2006b: 1353) و تأکید می‌کند که مخالفتش با قانونگذاری این نهاد است و با اعمال کنترل بر مجموعه یا تصمیم‌سازی‌های اداری مشکلی ندارد (Waldron, 2006b: 1363). او می‌پرسد چرا باید قضات در خصوص موضوعی چنین مهم تصمیم بگیرند و می‌گوید که پاسخ جدی که توسط موافقان مطرح می‌شود، این است که اعضای دیوان عالی از رئیس‌جمهور و کنگره نشأت می‌گیرد (Waldron, 2006b: 1391). او همچنین این مسئله را مطرح می‌کند که چرا باید یک اکثریت ساده‌ی نه‌نفری تصمیم بگیرند (Waldron, 2006b: 1392). والدردن استدلال‌های مدافعان دادرسی اساسی را چنین طبقه‌بندی می‌کند: ۱- قضات هرگز حق‌ها را نمی‌سازند؛ ۲- آن‌ها توافقات جامعه را درباره‌ی حق‌ها اعمال می‌کنند؛ ۳- قانونگذار همیشه می‌تواند اعلامیه‌ی حقوق را تغییر دهد؛ ۴- قضات اعتبار دموکراتیک دارند؛ ۵- نباید به انتخابات خیلی اعتماد کرد، زیرا بیشتر لابی‌گری هستند (Waldron, 2006b: 1394). او با نقد تمام این مسائل می‌گوید دادرسی اساسی در قانونگذاری در هر صورت مسئله‌ای نامناسب است و عدم توافق درباره‌ی حق‌ها امری غیرمعمول نیست و مردم می‌توانند درباره‌ی حق‌ها توافق نداشته باشند، اما آن‌ها را جدی بگیرند (Waldron, 2006b: 1406).

توشنت از دیگر مخالفان این نهاد، ضمن دفاع از دادرسی اساسی ضعیف می‌نویسد برتری پارلمان دو شکل دارد: نخست شکل مطلق که در آن قانونگذار تصمیم‌گیر نهایی است و دوم لیبرال که فرهنگ سیاسی محدودیت‌های اخلاقی را برای پارلمان به رسمیت می‌شناسد و



بر آن است که نباید به اصل برتری پارلمان ضربه زد (Thushne, 2003: 716). او معتقد است که هیچ دلیلی وجود ندارد که دادرسی اساسی چیز خوبی باشد (Thsunet, 1999: 153) و آن را کاری غیرضروری می‌داند (Thsunet, 1999: 163).

استدلال اصلی مخالفان، حول محور دموکراسی و قاعده‌ی اکثریت می‌چرخد و این نکته را برجسته می‌کنند که یک نهاد غیرمنتخب بر نهادهای منتخب نظارت می‌کند، زیرا در دموکراسی یک اصل اساسی و نقطه‌ی کانونی وجود دارد که اصل یا قاعده‌ی اکثریت است و این نهاد موجب خنثی شدن هدف اصلی قانونگذاری می‌شود و ضد اصل اکثریت است. به باور مخالفان تا وقتی قضات غیرانتخابی دادرسی اساسی‌اند، نمی‌توان به دموکراسی رسید و باید از ساختن تعارض بین دادگاه و قانونگذار اجتناب کرد (Eisgruber, 2002: 118). نخستین کسی که این مطلب را برجسته کرد، آلکساندر بیکل بود که در کتاب معروف خود در ۱۹۸۶ این مشکل را که اختیار تفسیر قانون اساسی را به قضات غیرمنتخب می‌دهند، معضل ضداکثریتی نامید (Bicle, 1984). اما محققان معاصر آن را وسواس آکادمیک می‌دانند (Farber & Sherry, 2009: 24). به باور آن‌ها اگر قرار باشد نقش مردم به این ترتیب تضعیف شود، دیگر مردم در حکومت نقشی نخواهند داشت و با نقض قاعده‌ی اکثریت، مشارکت مردم و در نتیجه دموکراسی از بین خواهد رفت، زیرا اراده‌ی مردم از طریق انتخابات و مشارکت متجلی می‌شود و هر قانونی نماد رأی‌دهندگان است (ویژه، ۱۳۹۰: ۲۵۹).

## ۲-۲. مخالفت با اصول دموکراسی

مخالفت‌های دیگری نیز با این مفهوم شده است؛ برای نمونه گفته‌اند در دادرسی اساسی این قاضی است که در نهایت مظهر اراده‌ی عمومی بودن یک قانون را احراز می‌کند و به این ترتیب مفهوم دموکراسی عوض می‌شود. از این‌رو این ایده، اصل اساسی دموکراسی را نقض می‌کند، زیرا نمی‌توان اساس دموکراسی را زیر پا گذاشت (Weingass, 2005). محاکم با این کار عملاً نظر و دیدگاه خود را در خصوص سیاست یا اصول اخلاقی جایگزین دیدگاه‌های نمایندگان کرده (آلتن، ۱۳۸۵: ۱۷۴) و قانونگذاری می‌کنند، درحالی‌که قانونگذاری وظیفه‌ی پارلمان است و از این‌رو برخی نیز آن را خلاف حاکمیت پارلمان دانسته‌اند.

برخی در مخالفت با این نهاد بر پاسخگو نبودن قضات تأکید کرده‌اند (ریدی، ۱۳۹۲: ۱۷۳). به نظر بورک<sup>۱۴</sup> نیز دادن این حق به قضات مانند آن است که چک سفیدامضایی به قضات واگذار شود تا آن‌ها ارزش‌های خود را بر جامعه تحمیل کنند (آلتن، ۱۳۸۵: ۲۰۴). به گفته‌ی تروپه با این وضعیت باید دموکراسی را دوباره تعریف کرد و به حکومت قانون یا قضات تقلیل

داد (تروپه، ۱۳۸۳: ۲۸۵). برخی نیز گفته‌اند دموکراسی قدرت مردم است و به این ترتیب باید معنای قدرت مردم تغییر کند. برخی دیگر گفته‌اند که وجود دادرسی اساسی تنها راه حفاظت از دموکراسی نیست (ویژه، ۱۳۹۰: ۲۵۸).

ریچارد بلامی بر این باور است که قانون اساسی آمریکا بر پیش‌فرض‌های پیشادموکراسی و ضداکثریتی چک و بالانس بنا شده است، اما دموکراسی‌های جدید بر قاعده‌ی اکثریت بنا شده‌اند و دادرسی اساسی در سنت آمریکایی هم به دموکراسی و هم به دستورگرایی لطمه می‌زند (Bellamy, 2007: 20-21). برخی نیز آن را رجوع از دموکراسی و رفتن به سمت الیگارشی می‌دانند. پیشتر جفرسون این ایده را دکنترین خطرناکی دانسته بود که به دسیوتیسم یک الیگارشی منجر می‌شود (Ford, 1904: 160). از محققان جدید نیز هیرشمن دادرسی اساسی را به همان نظریه‌ی قدیمی هژمونی نخبگان دانسته است (Hirshman, 2004)، زیرا در نظریه‌ی نخبگان مردم نقشی در حکومت ندارند و نخبگان جامعه تصمیم‌گیران نهایی‌اند و به این ترتیب نظریه‌ی قدیمی نخبگان بار دیگر و به شکلی جدید سر برآورده است.

طرفداران دستورگرایی دموکراتیک و حاکمیت مردمی نیز از مخالفان دادرسی اساسی‌اند، زیرا به باور آن‌ها این نهاد هم غیرضروری است و هم بر مقامات منتخب نظارت می‌کند. فرض آن‌ها این است که شاخه‌های منتخب مردمی همیشه از آزادی‌ها و حقوق حمایت می‌کنند و دادرسی اساسی اغلب موفق نیست و بیشتر مواقع شکست می‌خورد (Chemerinsky, 2004: 679-683). به باور موافقان دادرسی اساسی از طرفداران دستورگرایی مردمی مثل والدین، توش‌نت، لری کرامر، ریچارد پارکر و رابرت پیت باید ترسید، زیرا به پوپولیسم تکیه می‌کنند (Chemerinsky, 2004: 689). به‌طور کلی طرفداران دستورگرایی سیاسی با دادرسی اساسی مخالف‌اند و برتری مقننه را یک اصل می‌دانند. در میان آن‌ها برخی مثل بلامی همه‌ی اشکال دادرسی اساسی را رد می‌کند، یا سیدنی هوک معتقد است که دادرسی اساسی با هیچ تفسیر منطقی از دموکراسی جور در نمی‌آید (Hook, 1962: 95). اما برخی مثل والدین با شکل ضعیف آن مخالفتی ندارد (Belong, 2013: 1053-1054).

### ۳. استدلال‌های موافقان

موافقان دادرسی اساسی سعی کرده‌اند که به ایرادات مطرح‌شده توسط مخالفان پاسخ دهند، البته آن‌ها به پاسخ به مخالفان بسنده نکرده و کوشیده‌اند، مبناهایی برای این مفهوم بیابند که در ادامه به برخی از این پاسخ‌ها اشاره می‌شود. در این سو نیز بزرگانی چون دورکین، آکرمن، الی، ایسگروبر و... قرار دارند. موافقان نیز مبناهایی همچون موافقت با دموکراسی و تحول در مفهوم آن، دفاع و

حمایت از حق‌های دموکراتیک، موافقت با حاکمیت قانون و... را توضیح و تبیین کرده‌اند:

### ۳-۱. موافقت با اراده‌ی عمومی و اصل مشارکت

یکی از مدافعان این نهاد بروس آکرمن است. او طرفدار ایده‌ی «ما مردم» در آمریکاست و بر همین مبنا استدلال می‌کند که در آمریکا مردم همه‌کاره‌اند و هیچ فرد یا نهادی نمی‌تواند در برابر اراده‌ی مردم بایستد (Ackerman, 1991). او تا این‌جا همانند مخالفان استدلال می‌کند، اما به باور او مردم همیشه در صحنه نیستند و غیرفعال‌اند. در این صورت دادرسی اساسی از اراده‌ی آن‌ها که قبلاً اعلام شده است، حمایت می‌کند. اما هر گاه مردم فعال شدند، دادرسی اساسی حق ندارد در برابر اراده‌ی آن‌ها بایستد (آلتمن، ۱۳۸۵: ۱۸۴ و ۱۸۷). به گفته‌ی او این اعلام اراده به این صورت است که یا مردم اراده‌ی خود را به صورت صریح بیان می‌کنند، که همان اصلاح و بازنگری قانون اساسی است، یا به صورت ضمنی اعلام می‌کنند، مثل اصلاحات نیودیل (ریدی، ۱۳۹۲: ۱۷۵) و همین که مردم اراده‌ی خود را اعلام کردند، دادرسی اساسی باید به آن اراده احترام بگذارد و حق ندارد جلوی آن بایستد. البته می‌توان در این سخن آکرمن مناقشه کرد که اراده‌ی مردم لاجد نیست و نمی‌تواند خلاف آزادی‌ها و حقوق بنیادین عمل کنند. برخی بر استدلال آکرمن ایراد گرفته‌اند، که چرا و بر چه مبنایی باید دوره‌ی تأسیس قانون اساسی مبنا باشد (ریدی، ۱۳۹۲: ۱۷۶). مثلاً در کشوری مثل آمریکا که قانون اساسی بیش از دویست سال است که به تصویب رسیده است، چرا باید پدران دویست سال قبل همچنان حکومت کنند و اراده‌ی اعلام‌شده توسط آن‌ها همچنان اراده‌ی مردم باشد.

از دیگر موافقان مهم این نظریه، کریستوفر ایسگروبر است. او از منطری متفاوت از این نهاد دفاع می‌کند. چنانکه ذکر شد، مخالفان دادرسی اساسی بر این باورند که مجلس منتخب مردم است و نباید توسط نهادی غیرمنتخب نظارت شوند، اما به نظر ایسگروبر اتفاقاً دادرسی اساسی نماینده‌ی مردم است، اما مجلس و رئیس‌جمهور تنها نماینده‌ی انتخاب‌کنندگانشان هستند نه همه‌ی مردم (ریدی، ۱۳۹۲: ۱۸۹) و اگر قرار باشد نهادی نماینده‌ی مردم باشد، آن نهاد دادرسی اساسی است نه پارلمان. ایسگروبر به همراه برت اشنايدر دادرسی اساسی را حمایت از حق‌های دموکراتیک می‌داند و بر آن باورند که دادرسی اساسی از ارزش‌های دموکراسی دفاع می‌کند (Bestschneider, 2007:151-154, Eisgruber, 2001: 461). وقتی ایسگروبر کتاب مهم خود را نوشت، برخی از مهم‌ترین مخالفان دادرسی اساسی مثل ربکا برون، توش نت، والدرن، جان دنوبر و ریک هیل نقدهای بر او نوشتند و او در مقاله‌ای سعی کرد به ایرادات آن‌ها پاسخ دهد. به گفته‌ی ایسگروبر نباید دموکراسی را به حکومت

رای دهندگان تقلیل داد (Eisgruber, 2002: 116) و «ما مردم» فقط رای دهندگان نیستند. به گفته‌ی او تمامی تلاشش در آن کتاب این بوده است که نشان دهد دادرسی اساسی محدودیتی بر دموکراسی نیست، بلکه شکلی از خود حکومتی است که اکثریتی نیز نیست (Eisgruber, 2002: 117).

### ۲-۳. تحول در مفهوم دموکراسی

رونالد دورکین از دیگر موافقان این نهاد است. به باور دورکین مشکل مخالفان این است که دموکراسی را مترادف با اصل و قاعده‌ی اکثریت گرفته‌اند، درحالی‌که مفهوم دموکراسی تغییر کرده است. به بیان دیگر، دادرسی اساسی با مفهوم سنتی دموکراسی در تضاد است نه هر مفهومی از دموکراسی (بارنت، ۱۳۸۲: ۴۲). دفاع دورکین با دیگران متفاوت است، زیرا او مفهوم دموکراسی را تغییر می‌دهد و از مفهومی به نام دموکراسی مبتنی بر قانون اساسی سخن می‌گوید. مبنای اندیشه‌ی دورکین بر برابری قرار دارد و او از نظریه‌پردازان برابری است و هدف دموکراسی و رویه‌های دموکراتیک را این می‌داند که اکثریت، برابری را زیر پا نگذارند (ریدی، ۱۳۹۲: ۱۸۴). او بر این باور است که نظام دموکراتیک مبتنی بر قانون اساسی، به آرمان‌های بنیادین اخلاقی متعهد است (Dowrkin, 2001: 19).

به گفته‌ی موافقان علاوه بر اینکه امروزه مفهوم دموکراسی تغییر یافته است و نباید آن را به رأی اکثریت فروکاست. همیشه باید از دموکراسی ترسید، زیرا اگر در کشور کانت و گوته دموکراسی این‌گونه تخریب شد، پس در همه جا این امکان وجود دارد و اگر ما از دموکراسی حمایت نکنیم، دموکراسی از ما حمایت نخواهد کرد (Barak, 2006: 21). دموکراسی مفهومی پیچیده است که دو پایه دارد؛ نخست حاکمیت مردم که مردم از آن طریق، نماینده انتخاب می‌کنند و به قاعده‌ی اکثریت پیوند خورده است و دوم نقش مهم ارزش‌هایی که به قاعده‌ی اکثریت ارتباط ندارند، مثل حاکمیت قانون و تفکیک قوا، استقلال قضایی، حق‌های بشری، اصول اساسی مثل اخلاق و عدالت، موضوعات اجتماعی مثل صلح و امنیت (Barak, 2006: 24) و هر دو جنبه‌ی شکلی و ماهوی مذکور برای دموکراسی ضروری هستند (Post, 1998; Shapiro, 1999). رژیم‌های شهروندان حاکم نیستند و قوای مجریه و مقننه احترام ندارند، دموکراتیک نیست. همچنین رژیم‌های که ویژگی‌های مذکور را نداشته باشد، دموکراتیک نیست و رأی اکثریت نمی‌تواند یک رژیم را دموکراتیک کند (Barak, 2006: 24). به گفته‌ی دورکین دموکراسی فقط دموکراسی آماری نیست و رأی اکثریت هم فقط در صورتی ارزشمند است که برابری را در نظر بگیرد و حق‌های مدنی و سیاسی محترم شمرده شوند (Dowrkin 1990: 35 & 36). به باور دورکین

تفکیک قوا ستون فقرات دموکراسی است و دموکراسی ماهوی بر روی این ستون فقرات بنا شده است (به نقل از Hribe, 2000, : 2-10). آنچه یک دموکراسی را می‌سازد، اصول بنیادین هستند که مفهوم ماهوی دموکراسی به آن اشاره می‌کند (Barak, 2006 : 57). این اصول بر قانونگذاری در آفریدن قانون و بر قضاوت در توسعه‌ی آن تأثیر می‌گذارند (Barak, 2006 : 61)؛ اصولی مثل تساهل، حسن نیت، عدالت نظم عمومی، استقلال قضایی و حقوق بشر (Barak, 2006 : 63-81). به گفته‌ی یکی از محققان دموکراسی شکل‌های متعدد و مکانیسم پیچیده‌ای دارد و مشکل والدین این است که بر مفهوم رویه‌ای دموکراسی و حق مشارکت و قاعده‌ی اکثریت تکیه می‌کند (Waluchorn, 2007). برتری پارلمان تنها یک مدل از دموکراسی است و دموکراسی واقعی منوط به آن نیست (جلالی، ۱۳۹۵: ۱۲۹). تصمیم‌های نادرستی که از سوی اکثریت اتخاذ می‌شوند، توسط این نهاد اصلاح می‌شوند تا دموکراسی همچنان به‌عنوان یک ارزش باقی بماند (جلالی، ۱۳۹۵: ۱۳۱). علاوه بر این دموکراسی دارای اشکال متعددی مانند اکثریتی، لیبرال، مشارکتی و... است که اکثریتی فقط یکی از آنهاست (زارعی، ۱۳۹۴: ۵۷ و ۲۶۳).

### ۳-۳. سازگاری با دموکراسی

افراد دیگری نیز با استدلال‌های متفاوت به دفاع از دادرسی اساسی و نسبت آن با دموکراسی پرداخته‌اند. در سنت اروپایی هانس کلسن و موریس هوریو، به دفاع از این نهاد از منظر دموکراسی پرداخته‌اند. کلسن دموکراسی را عاملی برای تحقق آزادی می‌داند و معتقد است اگرچه آزادی به این معناست که هر کس با اراده‌ی خودش پیش رود، اما از آن‌جا که هرگز بین افراد اجماع پدید نمی‌آید، تصمیم‌ها باید به خواست اکثریت باشد (تروپه، ۱۳۸۳: ۲۷۵). به باور او و شاگردش آیزمن، اگرچه نظارت، دموکراتیک نیست، اما با دموکراسی سازگار است. موریس هوریو نیز بر این باور بود که آزادی، اصلی اساسی است و باید پاس داشته شود و اگر قرار باشد با هر انتخاباتی مبنای قانونگذاری عوض شود، آزادی‌ها در خطر می‌افتند (فاورو ۱۳۸۹: ۱۶ و ۱۷). از این رو باید نهادی باشد که در برابر تغییر گرایش‌های سیاسی پارلمان بایستد و مانع تجاوز به حق‌ها شود.

همگام با این افراد در سنت آمریکایی نیز برخی محققان مثل رابرت دال و جان هارت الی دادرسی اساسی را بیشتر مسئله‌ای رویه‌ای می‌دانند و مخالف این هستند که این نهاد نقش ماهوی داشته باشد و قضاوت بتواند به‌جای قانونگذار تصمیم بگیرند. جان هارت الی از کسانی است که سعی کرده است به آرای مخالفان پاسخ دهد. به باور او قضاوت فارغ از نزاع‌های سیاسی عمل می‌کنند و انتخاب آن‌ها نیز به سبب گرایش‌های سیاسی آن‌ها نیست و از آن‌جا که

قضات تحت تأثیر گرایش‌های سیاسی نیستند، این نظارت راه را بر دموکراسی می‌گشاید (آلتمن، ۱۳۸۵: ۱۷۹). به باور او موافقان و مخالفان بر سر یک مفهوم توافق دارند و آن دموکراسی است و الی بر آن است که دادرسی اساسی به بهتر شدن دموکراسی کمک می‌کند، البته این به معنای آن نیست که قضات بهترین تصمیم را می‌گیرند. به باور الی دادگاه نقش تکمیل‌کننده‌ی رویه‌های دموکراتیک (ریدی، ۱۳۹۲: ۱۷۸) و نقش کمک‌کننده به دموکراسی را دارد. الی در کتاب مهم خود بیشتر بر روی مسئله تفسیر ایستاده است و بر ارزش‌های رویه‌ای قانون اساسی (هم رویه‌های قضایی و هم رویه‌های سیاسی) تأکید می‌کند (Ely, 1980: 87).

### ۳-۴. پاسخ به نقض اصل اکثریت

یکی از نقدهای والدین بر دادرسی اساسی این است که قاعده‌ی اکثریت به‌حدی مهم است که خود دیوان عالی هنگام تصمیم‌گیری از قاعده‌ی اکثریت تبعیت می‌کند (Waldron, 2002: 108). ایسگرور در جواب او می‌گوید باید بین قاعده‌ی اکثریت و تصمیم اکثریت فرق گذاشت (Eisgruber, 2002: 124) و می‌گوید من با والدین هم عقیده‌ام که دموکراسی بدون قاعده‌ی اکثریت پیش نمی‌رود و در بسیاری از موارد رأی اکثریت بهترین راه‌حل است، اما این‌گونه نیست که قاعده‌ی اکثریت غایت دموکراسی باشد. او در جواب هیل نیز - که دادرسی اساسی را آریستوکراسی می‌داند و آن را شیبه توری‌های قدیم و مجلس اعیان انگلیس می‌داند (Eisgruber, 2002: 152) و قضات را اشراف غیرمنتخب می‌داند و آن را با نظریه‌ی فیلسوف شاه افلاطون مقایسه می‌کند - می‌گوید قضات مقام خود را با شایستگی به‌دست می‌آورند و هرگز بر مبنای دیدگاه سیاسی‌شان انتخاب نمی‌شوند و مقام آن‌ها هم به ارث نمی‌رسد (Eisgruber, 2002: 153).

موافقان همچنین تأکید کرده‌اند که قاعده‌ی اکثریت یک اصل خدشه‌ناپذیر نیست. به نظر سامویل فریمن وقتی همه‌ی مؤلفه‌های دموکراسی را بررسی می‌کنیم، عناصری را می‌بینیم که اکثریت نمی‌تواند در آن دخالت کند، مثل زندگی فردی یا لباس پوشیدن یا ازدواج. پس در هر نوع دموکراسی محدودیت‌هایی برای اجرای قدرت وجود دارد و نباید کنترل قضایی را خلاف آن دانست (Freeman, 1990: 338-399) و چندین بار در آمریکا رئیس‌جمهور رأی اکثریت کسب نکرده است (Farber and Sherry, 2009: 25). همچنین تاریخ نشان داده است که حکومت‌ها در برابر کسانی که به آن‌ها رأی داده‌اند، پاسخگو نیستند (Mace, 1972: 1148)، بنابراین نباید زیاد به اصل اکثریت دل بست.

برخی نیز در دفاع از دادرسی اساسی مسئله‌ی انتخابات را پیش کشیده‌اند. براساس

تحقیقات جدید حتی در مدرن‌ترین سیستم‌های سیاسی حزبی که پیروز می‌شود، هرگز اکثریت آرا را به دست نمی‌آورد. از این رو نمی‌توان نمایندگان را منتخب اکثریت دانست که آنگاه دادرسی اساسی را نقض آن تلقی کرد. برنارد مین شان نیز معتقد است که انتخابات الگوی مناسبی نیست و در قرون وسطی آن را یک تفکر آریستوکراتیک می‌دانستند که موجب انتقادات بر عده‌ای خاص می‌شد، بدون اینکه دیگران شانس داشته باشند (Main, 1997). همچنین گفته شده است که بسیاری از نمایندگان با حربه‌ی تبلیغات رأی مردم را کسب می‌کنند و تضمینی وجود ندارد که همیشه بر عهد خود با مردم وفادار بمانند (زارعی و مرکز مالگیری، ۱۳۸۴: ۱۵۶).

### ۳-۴. اصل حاکمیت قانون و احترام به حق‌ها

موافقان از منظرهای دیگری نیز به دفاع از دادرسی اساسی پرداخته‌اند که در زیر به برخی از این استدلال‌ها اشاره می‌کنیم. یکی از استدلال‌ها از منظر حاکمیت قانون است. به باور آنها مشکل از آنجا شروع می‌شود، که مبنای اصلی را دموکراسی قرار دهیم، درحالی که مبنای حکومت‌های امروزی حاکمیت قانون است. در این نظام همه ملزم به تبعیت از قانون هستند، حتی مجلس؛ و دادرسی اساسی این مسئله را بر عهده دارد. به باور معتقدان به این اندیشه، دادرسی اساسی این مسئله را بررسی می‌کند که آیا حاکمیت قانون اعمال شده است یا نه و این مسئله موجب می‌شود که نظام مردمی‌تر شود (آلتن، ۱۳۸۵: ۱۷۵). به گفته‌ی یکی از نظریه‌پردازان حاکمیت قانون، در دموکراسی مبتنی بر قانون اساسی تعارضی میان دموکراسی و حاکمیت قانون به وجود نمی‌آید، زیرا دموکراسی از عناصر حاکمیت قانون و تابع آن است و حاکمیت قانون عامل تحقق آزادی‌های فردی، عدالت طبیعی و انصاف در روابط حکمرانان و شهروندان است (Tamanaha, 2004: 110).

برخی نیز احترام به آزادی‌ها را مبنای اصلی قرار می‌دهند و بر این باورند که هدف اصلی از دموکراسی احترام به حقوق بنیادین است و دادرسی اساسی تلاش می‌کند که بین رأی اکثریت و احترام به حقوق بنیادین تعادل ایجاد کند (شوالیه، ۱۳۷۸: ۱۳۷). اما مخالفان بر این استدلال ایراد کرده‌اند که اگر ارزش‌های بنیادین هدف اصلی است، پس دموکراسی مبنای هدف نیست. این مسئله سبب شده است که برخی مانند ربکا براون بگویند که آمریکا نظام آزادی است نه دموکراسی (ویژه، ۱۳۹۰: ۲۶۵).

برخی دیگر به سراغ اندیشه‌ی حاکمیت مردم رفته‌اند. به باور آنها در دموکراسی‌های مبتنی بر قانون اساسی همه برابر فرض می‌شوند و این مسئله ریشه در حاکمیت مردم دارد و همه‌ی مقامات سیاسی از قدرت مؤسس و حاکمیت مردم نشأت می‌گیرند (Freeman, 1991: 349).

علاوه بر این مفهوم «ما مردم» که مخالفان به آن استناد می‌کنند، هرگز مشخص نیست. به باور آن‌ها دموکراسی شکلی از حکومت نیست، بلکه شکلی از حاکمیت است و دادرسی اساسی یک نهاد دموکراتیک مشروع است که بر ایده‌ی قرارداد اجتماعی در سنت لاک تا رالز ریشه دارد (Sstruss, 2013: 342). همچنین در پاسخ مخالفان که دادرسی اساسی را خلاف حاکمیت پارلمان دانسته‌اند گفته‌اند که حاکمیت محصور در پارلمان و نهاد خاصی نیست و همه باید از قانون اساسی تبعیت کنند (فاورو، ۱۳۸۹: ۱۴ و ۱۵).

موافقان به نقش قضات در قانونگذاری (که از دلایل مخالفان است) هم اشاره کرده و گفته‌اند که به هر حال قضات هم در آفریدن قانون شریک‌اند. یکی از مشکلاتی که سبب می‌شود با این مفهوم مخالفت شود، این است که قانون را همه سرزمین حقوق بدانیم، درحالی‌که اصول و قواعد نیز بخشی از این سیستم هستند و وظیفه‌ی اول قضات قانونگذاری و وظیفه‌ی دوم آن‌ها حمایت از قانون اساسی و دموکراسی است (Barak, 2006: introduction). قضات باید قانونگذاری کنند، زیرا همیشه بین قوانین و جامعه شکاف وجود دارد و زندگی قانون فقط منطقی یا تجربی نیست، بلکه واقعیت‌های احتمالی هم در آن نقش دارند (Barak, 2006: 4). تغییرات احتمالی یک معضل را به وجود آورده‌اند، زیرا قاضی بین دو مسئله یعنی نیاز به تغییر و نیاز به ثبات گرفتار شده است؛ از یک طرف حقوق بدون تغییر انحطاط است و از طرف دیگر تغییر بدون ثبات آناارشی است (Barak, 2006: 11). آناابل لور از طرفداران سازگاری در نوشته‌های خود بر آن است که حتی اگر قضات بهتر از قانونگذار نتوانند حق‌های بنیادین را حفظ کنند، باز هم کنترل قضایی دموکراتیک است (Lever 2009).

## نتیجه‌گیری

نزاع بر سر رابطه‌ی دموکراسی و دادرسی اساسی مسئله‌ای ریشه‌دار با سابقه‌ای طولانی در سنت حقوق اساسی آمریکا است. البته این اختلاف نظر فکری به تفاوت در رویکردها به قانون اساسی، دادرسی اساسی و دموکراسی برمی‌گردد که در چنین حوزه‌هایی خود را نشان می‌دهد. این مباحث در آمریکا محصور نمانده است و در بیشتر کشورهای دادرسی اساسی در آن‌جا وجود دارد، این مباحث مطرح شده است. نیاز به توضیح نیست که در همه‌ی کشورها مباحث دقیقاً مانند آمریکا نیست، زیرا بسته به سنت فکری و نوع دادرسی اساسی موجود در آن کشور و همچنین ریشه‌های تاریخی و قوام دموکراسی و ... مباحث نیز رنگ و بوی دیگری می‌گیرند. چنانکه دیدیم، از انقلاب آمریکا و البته حتی پیش از آن، برای پدران آمریکا این مسئله مطرح بود که آیا باید بر قوانین مصوب مجلس نیز نظارت کرد یا خیر و در صورت نظارت آیا



این مسئله با مفهوم دموکراسی در تضاد نیست؟ در تمام این سال‌ها تا به امروز به‌عنوان یک بحث اصلی در مباحث آکادمیک آمریکا مطرح بوده است و حتی می‌توان ادعای تکافوی ادله در این خصوص را کرد. مخالفان بر تعارض این مفهوم با اصل اکثریت و حق مشارکت مردم تأکید کرده‌اند و بر این باورند اگر قرار باشد چنین نهادی نیز وجود داشته باشد، باید قوه‌ی مقننه باشد نه قضاییه. موافقان بر لزوم حراست از حق‌ها تأکید می‌کنند و معتقدند که مفهوم دموکراسی تغییر کرده است و نمی‌توان به برداشت واحد و همیشگی از دموکراسی معتقد بود، زیرا دموکراسی نیز مانند هر مفهوم دیگری برداشت‌هایی دارد که در طول زمان تغییر می‌کند. دغدغه‌ی اصلی مخالفان حول محور دموکراسی اکثریتی و موافقان حول حق‌ها و آزادی‌های بنیادین می‌چرخد. البته هر دو گروه به آرمان جمهوریت پدران قانون اساسی وفادارند و سعی در ارتقای حقوق اساسی دارند.

به‌نظر می‌رسد که استدلال موافقان قوت و استحکام بیشتری دارد و همین مسئله موجب شده است که با وجود همه‌ی ایرادات جدی مخالفان، دادرسی اساسی در این دو‌یست سال همچنان در آمریکا به حیات خود ادامه داده و با موفقیت و عدم مخالفت با وجدان عمومی و کلیت جامعه‌ی حقوقی آمریکا ادامه حیات دهد. البته این بدان معنا نیست که اندیشه‌ی مخالفان جدی نبوده و بی‌فایده است، زیرا تبعات نظرهای آن‌هاست که سبب شده است هم در دادرسی اساسی و رویه‌ی دیوان عالی تغییراتی ایجاد شود و هم موافقان سعی می‌کنند مبانی نظری آن را مستحکم‌تر کنند، زیرا تنها از درون تعاملات و تبادل آرای متفکران است که مفاهیم آبدیده می‌شوند و صیقل می‌خورند. به گفته‌ی درست موافقان نمی‌توان برداشتی جزمی و بدون تغییر از دموکراسی برای همه‌ی زمان‌ها در نظر گرفت و این مفهوم همچون هر مفهوم دیگری در حال تحول است.

ثمرات این مباحث برای کشور ما نیز بی‌فایده نخواهد بود. چنانکه می‌دانیم، نهاد نوپای شورای نگهبان از آغاز تأسیس با پرسش‌هایی مواجه بوده است؛ از جمله اینکه چرا تعداد معدودی از فقیهان و حقوقدانان در برابر مجلس و اراده‌ی مردم می‌توانند بایستند؟ چرا این افراد مرجع تشخیص شرع باشند؟ حدود و ثغور نظارت آن‌ها تا کجاست؟ آیا مردم می‌توانند در برابر تصمیم آن‌ها مقاومت کنند؟ سه قوه‌ی موجود در ایران چه نسبتی با این شورا دارند؟ و سؤالات متعدد دیگری که مطرح شده‌اند. متأسفانه در ایران با وجود گذشت چهار دهه از تأسیس این نهاد مهم، آن‌گونه که باید این مباحث به‌نحو جدی در محافل آکادمیک مطرح نشده‌اند و موافقان و مخالفان در آثاری جدی به ارائه‌ی ادله‌ی خود نپرداخته‌اند و مباحث بیشتر رنگ و بوی سیاسی و نزاع‌های سیاسی به خود گرفته است. بررسی این پرسش‌ها

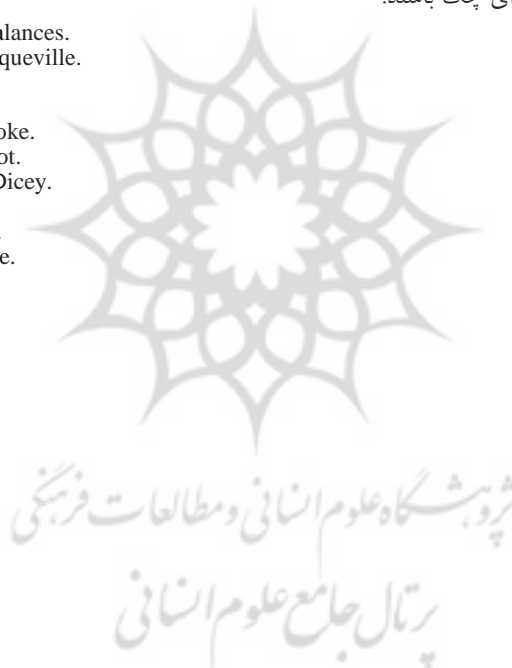
می‌تواند موضوع نوشتاری مستقل باشد. تجربه‌ی آمریکا نشان می‌دهد که مطرح شدن این مباحث و طرح آن علاوه بر کمک به غنای مباحث فکری هم به استحکام نظری این نهاد کمک می‌کند و هم می‌تواند افسار بحث را از دست احزاب سیاسی خارج کند.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

## یادداشت‌ها

1. Thomas Jefferson.
  2. Alexander Hamilton.
  3. James Madison.
۴. برای مفهوم چک و بالانس معادل‌هایی مانند نظارت و تعادل و مهار و توازن و... در ادبیات حقوقی فارسی برگزیده شده است، اما از نظر نگارندگان هیچ‌کدام از این معادل‌ها کامل نیست، چراکه این واژه مخصوص سیستم آمریکایی و خوانش آمریکایی از نظریه‌ی تفکیک قوا بوده و منظور از آن مهار قدرت قوای سه‌گانه توسط همدیگر است که در آن قوا در عین اینکه همدیگر را چک و مهار می‌کنند، هیچ‌کدام برتر از دیگری نیستند و بین آن‌ها توازنی وجود دارد و چک لزوماً به معنای نظارت نیست. از این‌رو اصطلاح مصطلح در گذشته یعنی موانع و مهار شاید معادل‌های بهتری برای چک باشند.
5. Checks and balances.
  6. Alexis de Tocqueville.
  7. Hans Kelsen.
  8. Marshall.
  9. Sir Edward Coke.
  10. Walter Bagehot.
  11. Albert Venn Dicey.
  12. John Adams.
  13. Larry Kramer.
  14. Edmund Burke.



## منابع

## الف) فارسی

۱. آلتمن، آندره (۱۳۸۵)، درآمدی بر فلسفه‌ی حقوق، ترجمه‌ی بهروز جندقی، قم: پژوهشگاه امام خمینی (ره).
۲. بارنت، اریک (۱۳۸۲)، مقدمه‌ای بر حقوق اساسی، ترجمه‌ی عباسعلی کدخدایی، تهران: میزان.
۳. پروین، خیرالله (۱۳۹۴)، «جستاری بر اندیشه‌ی دادرسی اساسی در جهان»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره‌ی ۶، ش ۱، صص ۶۱-۸۳.
۴. تروپه، میشل (۱۳۸۳)، «منطق توجیه صیانت از قانون اساسی»، ترجمه‌ی عباسعلی کدخدایی محمدرضا ویژه، مجله‌ی حقوق، ش ۶۶، زمستان، صص ۲۶۱-۲۹۱.
۵. جلالی، محمد و قاسم‌علی صداقت (۱۳۹۵)، «بررسی مبانی اعتبار دموکراتیک نظارت اساسی»، دانش حقوق عمومی، سال پنجم، ش ۱۵، صص ۱۲۳-۱۴۳.
۶. حبیب‌زاده، توکل (۱۳۹۳)، «نظارت قضایی و رویکردهای دیوان عالی فدرال آمریکا در تفسیر قانون اساسی در پرتو تحولات سیاسی و اجتماعی»، دانش حقوق عمومی، سال سوم، ش ۱۰، زمستان، صص ۱۱۳-۱۳۷.
۱. ریدی، برایان (۱۳۹۲)، فلسفه‌ی حقوق، ترجمه‌ی حسن خسروی، تهران: مجد.
۲. زارعی، محمدحسین (۱۳۹۴)، گفتارهایی در حقوق عمومی مدرن، تهران: خرسندی.
۳. زارعی، محمدحسین و احمد مرکز مالگیری (۱۳۸۴)، «مفهوم و مبانی کنترل قضایی با تأکید بر نظام حقوقی ایالات متحده‌ی آمریکا»، تحقیقات حقوقی، ش ۴۲، صص ۱۵۰-۱۹۷.
۴. زولر، الیزابت (۱۳۹۰)، درآمدی بر حقوق عمومی، ترجمه‌ی سید مجتبی واعظی، تهران: جنگل.
۵. شوالیه، ژاک (۱۳۷۸)، دولت قانونمند، ترجمه‌ی حمیدرضا ملک‌محمدی، تهران: دادگستر.
۶. غمامی، سید محمد مهدی و همکاران (۱۳۹۵)، دادرسی اساسی تطبیقی مطالعه‌ی مبانی، ساختارها و صلاحیت‌های نهاد دادرسی اساسی، پژوهشکده‌ی شورای نگهبان.
۷. فاورو، لویی (۱۳۸۹)، دادگاه‌های قانون اساسی، ترجمه‌ی علی‌اکبر گرجی، تهران: جنگل.
۸. فرومن، میشل (۱۳۸۲)، «حمایت از آزادی و برابری در رویه‌ی قضایی دیوان عالی فدرال آمریکا»، ترجمه‌ی علی‌اکبر گرجی، نشریه‌ی حقوق اساسی، ش ۲، صص ۱۸۹-۲۱۲.

۹. واعظی، سید مجتبی (۱۳۹۰)، «مطالعه‌ی تطبیقی مبانی و کارکرد الگوهای دادرسی اساسی»، پژوهش حقوق تطبیقی، دوره‌ی ۱۵، ش ۲، صص ۱۵۴-۱۷۳.
۱۰. ویژه، محمدرضا (۱۳۹۰)، مبانی و ساختار دولت حقوقی، تهران: جنگل.
۱۱. مرکز مالگیری، احمد (۱۳۸۵)، حاکمیت قانون، انتشارات مجلس، چ دوم.
۱۲. موسی‌زاده، ابراهیم و همکاران (۱۳۸۹)، دادرسی اساسی در جمهوری اسلامی ایران (اصول قانون اساسی در پرتو نظرات شورای نگهبان ۱۳۵۹-۱۳۸۹)، معاونت تدوین تنقیح و قوانین و مقررات ریاست جمهوری.

#### (ب) انگلیسی

1. Barak, Aharon (2006), *The judge in a democracy*, Princeton university press.
2. Ackerman, B. (1991), *We the people*, Harvard university press.
3. Almendares, Nicholas, patric , le bihan, (2015), "Increasing Leverage: judicial review as a democracy enhancing institution", *Quarterly Journal of Political Science*, 10.
4. Bellamy (2007), *The democratic constitutionalism: why European should avoid American style constitutional judicial review*. *European Political Science* vol 7 issue 1
5. Goldoni, Marco (2013), "Constitutional reasoning According to Political Constitutionalism: Comment on Richard Bellamy", *German Law Journal*, vol 14, No 8.
6. Bicle, Alexander (1984), *The leatest dangures branch, the supreme court*, new heaven ,yala
7. Chemerinsky. (2004), "In Defense of Judicial Review: The Perils of Popular Constitutionalism", *illinois law review*, No 3.
8. Brettschneider, corey (2007), *Democratic rights and the substance of self government*, princeton university press.
9. Dowrkin, Ronald (1990), *A bill of rights for Britain*, Chatto & Windus
10. Dowrkin, Ronald (2001), *Law's Empire*, harvrd university press
11. Eisgruber, Christopher, (2001), *Constitutional self-government*, harvrd university press.
12. Eisgruber, Christopher, (2002), *Constitutional self-government and judicial review, a reply to 5 critics*. *Stanford law review*, vol 37.
13. Ely, John hart. (1980), *Democracy and distrust: a theory of judicial review*, Cambridge: Harvard University Press.
14. Freeman , Samuel, (1990), "Constitutional democracy and the legitimacy of judicial review", *law and philosophy*, vol 9, No 4.
15. Farber, Daniel, sherry, Suzanna (2009), *Judgment calls, principle and politics in constitutional law*, oxford university press,
16. Ford, P, I, (1904), *The writing of Thomas jeferson*, New York and London, G.P. Putnam's Sons, 1904 vol 10.
17. Ginsburg, Tom (2003), *Judicial review and new democracy Constitutional Courts in Asian Case*, Cambridge University press,
18. Gardbaum, Stephan (2014), *Separation of power and the growth of judicial review in established democracy (or Why has the Model of Legislative Supremacy Mostly been Withdrawn from Sale?)*, *UCLA School of Law Research Paper No. 14-06* Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=243090>
19. Hardin, Russell (2002), *Liberalism, Constitutionalism, and Democracy*, oxford university press

20. Hirshman, Charles (2004), **The role of religion in the origins and adaptation of immigrant groups in the United States**. International Migration Review, 38
21. Alexander Hamilton, James Madison, John Jay;(2005), **The federalist**, edited with historical and literary annotations and introduction by J. R. Pole.Hackett Publishing Company, Inc
22. Gyorfi, Tamas,(2016), **Against the New Constitutionalism (Elgar Monographs in Constitutional and Administrative Law series)**, Edward Elgar Publishing Cheltenham
23. Hook, Sidney,(1962), **The paradox of freedom**, university of California press.
24. Lever, Annabelle,(2009), **Democracy and judicial review: are they really incompatible? Perspectives on politics**. (Forthcoming) available at: <http://eprints.lse.ac.uk/23097/>
25. Lever, Annabelle (2007), **Is judicial review undemocratic?** Public Law.
26. Mace , George (1972). "The antidemocratic character of judicial review", **California law review**, vol 60 , issue 4, article 3,
27. Main, Berbard main (1997), **Principle of representative**, Cambridge university press
28. Post, Robert (1998), "Democracy, Popular Sovereignty, and Judicial Review", **California law review**, vol 86, issue 3,
29. Shapiro, Ian, Casiano Hacker-Cordon (1999), **Democracy's Value**. Cambridge university press.
30. Sinnott-Armstrong , Walter (2003), "Weak and Strong Judicial Review", **Law and Philosophy** ,Vol. 22, No. 3/4, Judicial Review.
31. Strauss, David (2013), **We the people they the people and puzzle of democratic constitution**,Texas Law Review vol 91.
32. Tamanaha,B,(2004), **The rule of law:history,politics,theory**.cambridge university press.
33. Theyer, James (1893), **The origin and scope of the American doctrine of constitutional law**. harvardlaw review.
34. Trib ,Laurence (2000), **American constitutional law**, 3 ed, Foundation Press
35. Tushnet, Mark (1999), **Taking the constitution away from courts**.princeton university press.
36. Tushnet, Mark (2003), **New forms of judicial review and the persistence of rights and dangerous based worries**. 38 Wake Forest L.Rev. 813-838.available IN in <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/247/>
37. Tushnet, Mark (2006), **Weak-Form Judicial Review and "Core" Civil Liberties**, Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, Vol 41.
38. Tushnet, Mark (2008), **Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**,Princeton universitu press
39. Waldron, Jeremy,(1993), "A Right-Based Critique of Constitutional Rights", **Oxford Journal Legal Studies** 13 (1): 18-51.
40. Waldron, Jeremy (2006a), **law and disagreement**, oxford, UK: oxford university press.
41. Waldron, Jeremy (2006B), "The core of the case against judicial review", **the Yale law journal**.
42. Waldron, Jeremy (2002), **Eisgruber's House of Lords**, 37 university of sanfransisco law review. 89.
43. Waldron, Jeremy (2014), **Judicial Review and Judicial Supremacy**, New York University Public Law and Legal Theory Working Papers. P 495.
44. Waluchow, W.J. (2007), **A Common Law Theory of Judicial Review**.*The Living Tree*. CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS
45. Weingast, Barry R.(2005), **Self-Enforcing Constitutions: With an Application to Democratic Stability In America's First Century**. STANFORD UNIVERSITY. AVAILABLE IN [http://www-siepr.stanford.edu/conferences/Institutions2005/weingast\\_self-enforcing.pdf](http://www-siepr.stanford.edu/conferences/Institutions2005/weingast_self-enforcing.pdf)