

ایجاد قانون اساسی و اصول تغییرناپذیر

• سام بروکه (برگردان: مجتبی همتی)

چکیده

قانون اساسی، میثاق اساسی یک ملت است. وجود قانون اساسی (نوشته یا نانوشته) و عمل به آن، نشان از وجود منطق اساسی روابط انسانی (یعنی قرارداد جمعی یا به صورت مصطلح‌تر قرارداد اجتماعی) در یک جامعه است که مبنای اساسی تنظیم و کنترل (روابط بین سازمانهای دولتی با همدیگر، روابط دولت با مردم و مردم با یکدیگر در چارچوب فرهنگ سیاسی مبتنی بر قرارداد و رضایت درونی) می‌باشد. اگر این سند منعکس کننده اراده آحاد شهروندان و همه گروههای انسانی و تضمین کننده حقوق و تکالیف برابر همه شهروندان باشد (و نه اراده یا حقوق طیف یا گروه خاص) می‌توان گفت سند یا قرارداد مزبور معتبر و مشروع و عادلانه است و همین وصف عادلانه بودن به دیگر امور نیز سرایت خواهد کرد. در هر قانون اساسی، دو مؤلفه اساسی تعیین کننده می‌باشد: یکی اصول قانون اساسی که (این اصول عمدتاً مربوط به ساختار دولت ملی، رژیم سیاسی و نیز حقوق بنیادین شهروندان می‌باشد) مبنای اعتبار قانون اساسی بوده و تضمین کننده عنصر ثبات در حیات اجتماعی است. دیگری بازنگری قانون اساسی است که پاسخگوی نیازهای متغیر نسلهای مختلف یک ملت و منعکس کننده ادواری اراده آنهاست. در نوشتار حاضر به این دو مهم پرداخته شده است.

واژگان کلیدی

اصول قانون اساسی سازی، تئوری قانون اساسی سازی، قانون اساسی گرایی جدید، بازنگری قانون اساسی مغایر قانون اساسی، اصول تغییرناپذیر.

1. Constitution- Making and Immutable Principles at:

Fletcher.tufts.edu/research/2005/Brooke 3-PDF, Submitted by Sam Brooke; spring 2005

۲. دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی، پژوهشگر کرسی حقوق بشر، صلح و دموکراسی

یونسکو

فصل دوم: ملاحظات تئوریکی

مفهوم یک «اصل غیر قابل تغییر» در این نوشتار به مثابه اصل یا مفهومی تعریف می‌شود که یک محدودیت ماهوی بر فرآیند سیاسی مرتبط با تدوین یا اصلاح قانون اساسی فراهم می‌سازد. این تعریف به عناصر ماهوی محدود می‌شود و فرآیندهای رویه‌ای را در بر نمی‌گیرد؛ فرآیندهای رویه‌ای دارای اهمیت اساسی هستند، زیرا اغلب محدودیت‌های رویه‌ای در راستای ایجاد تغییراتی که خیلی مشکل هستند به کار گرفته می‌شوند. اکثریت ویژه، مثال معمول این امر هستند اما دیگر مقیاس‌ها چون شرط تصویب، یا شرط زمانی، نیز وجود دارند. از اینرو عناصر رویه‌ای فوق از اهمیت اساسی برخوردار بوده و در جوامع دموکراتیک خیلی معمول هستند. در حالی که، محدودیت‌های ماهوی خیلی متمایز از دموکراسی در شکل خالص آن می‌باشد و احتمالاً در تضاد با آن نیز باشد. از اینرو، اصول غیر قابل تغییر نسبت به محدودیت‌های رویه‌ای خیلی مناقشه انگیز هستند. با این وجود، حتی اگر آنها در تعریف اصول غیر قابل تغییر قرار نگیرند، این ملاحظات رویه‌ای در مطالعات موردی مختلف نیز برجسته خواهد شد تا حدی که آنها درک ما از اصول غیر قابل تغییر را افزون سازد.

به صورت فرضی، هر محدودیت ماهوی همچنین مستلزم یک مکانیسم اجرایی نیز خواهد بود. این شرط داخل در تعریف عملیاتی اصول غیر قابل تغییر نخواهد شد زیرا آن می‌تواند به صورت غیر ضروری تعریف مزبور را محدود سازد. با این حال، وجود یا نبود مکانیسم‌های اجرایی توجه خاصی را جلب خواهد کرد همچنان که مثال‌های متفاوتی از اصول غیر قابل تغییر بررسی شده است.

اصول غیر قابل تغییر می‌تواند در یکی از دو روش زیر دسته‌بندی گردد:

دسته اول معمولاً به «اصول قانون اساسی» معروف هستند، یعنی اصولی که قبل از اینکه فرآیند تدوین (یا اصلاح) قانون اساسی اتفاق بیفتد، ارایه می‌گردد و سندهایی (یا نسخه‌هایی) بایستی با آن مطابق باشد. اصول قانون اساسی آفریقای جنوبی مثال عمده می‌باشد. شکل دوم اصول غیر قابل تغییر معمولاً به «بازنگری قانون اساسی مغایر قانون اساسی» تعبیر می‌شود یعنی محدودیت‌هایی بر اینکه چگونه یک قانون اساسی اصلاح گردد. کامل‌ترین مثال از این کنترل در قوانین اساسی آلمان و هند یافت می‌شود.

اگرچه این دو دسته شبیه هستند اما آنها کاملاً متفاوت هستند. اصول قانون اساسی به مثابه کنترلی بر فرآیند سیاسی عمل می‌کند که به وسیله احزاب سیاسی مشابه تحمیل می‌شود و از اینرو به واسطه آنها مقید خواهد شد. این امر در شکل یک قرارداد صلح، یک قانون اساسی موقت یا یک قرارداد مشابه اتفاق می‌افتد که منجر به یک فرآیند قانون اساسی سازی یا فرآیند بازنگری می‌گردد. در حالی که مفهوم بازنگری قانون اساسی مغایر قانون اساسی (YXA) از این نوع از توافق سیاسی ناشی نمی‌شود؛ تئوری بازنگری قانون اساسی مغایر قانون اساسی از خارج از حوزه سیاسی و معمولاً از طریق دادگاه‌ها تحمیل می‌شود. اگرچه این تئوری می‌تواند یک مبنای متنی در قانون اساسی داشته باشد و بنابراین نتیجه مذاکرات سیاسی باشد، این مذاکرات سیاسی در یک زمان متفاوت و احتمالاً بین احزاب سیاسی مختلف بعد از مذاکرات در قوه مقننه که در حال حاضر تلاش می‌کند تا اصلاحات

را تصویب نمایند، اتفاق می‌افتد. به علاوه، ما خواهیم دید که برخی رویکردها به بازنگری قانون اساسی مغایر قانون اساسی هیچ مبنای متنی صریح در قانون اساسی ندارند که پایان دادن به هر نوع ارتباط با احزاب سیاسی محدود گردد. از اینرو، این دو نوع از اصول غیر قابل تغییر به صورت جداگانه مدنظر قرار می‌گیرد زیرا اگرچه آنها اشتراکاتی^۱ دارند، منشأهای متفاوتی دارند و از اینرو پیامدهای متفاوتی بر فرآیند دموکراتیک دارند.

هیچ رابطه ذاتی، بین اصول قانون اساسی و بازنگری قانون اساسی مغایر قانون اساسی وجود ندارد. اگرچه ممکن است اصول قانون اساسی داشته باشیم که منجر به تئوری بازنگری قانون اساسی مغایر قانون اساسی گردد، اما ضرورتاً چنین نیست. این امر با استدلال‌های چندی مبنی بر اینکه در برخی موارد، اصول قانون اساسی می‌تواند فراتر از تنظیم و تدوین یک قانون اساسی جدید به حیات خود ادامه دهد به صورت بحث آزاد باقی می‌ماند یعنی اینکه اصول قانون اساسی می‌تواند منجر به بازنگری قانون اساسی مغایر قانون اساسی گردد. بعضی دیگر با این امر مخالف بوده، پیشنهاد می‌کنند که اصول قانون اساسی زمانی که الزامات رویه‌ای پیش‌نویس قانون اساسی کامل هستند اهمیت حقوقی نخواهند داشت. به صورت واضح، اصول قانون اساسی پیش شرط بازنگری قانون اساسی مغایر قانون اساسی نیست. مثال‌های از اصول اساسی که منجر به بازنگری قانون اساسی مغایر قانون اساسی نشده است و مثال‌هایی از بازنگری قانون اساسی مغایر قانون اساسی که بدون اصول اساسی ظاهر شده‌اند، هر دو خواهند آمد.

جوهر و اساس اصول غیر قابل تغییر نیز اهمیت اساسی دارد. برخی اصول تنها به شکل حکومت تسری پیدا می‌کنند. دیگر اصول نیازهای حقوق بشری را مدنظر قرار می‌دهند. بعضی از آنها به صورت خاص روی اقلیت یا حقوق گروهی تمرکز دارند (مخصوصاً در زمینه اصول قانون اساسی که در وضعیت بعد از درگیری مورد استفاده قرار می‌گیرند). افراد دیگری نیز فراتر از همه اینها پا می‌گذارند و به صورت مفصل پیرامون اینکه برخی نهادهای حکومت چگونه عمل کنند، بحث می‌کنند. این تمایزات و خاستگاه آنها مدنظر قرار خواهد گرفت به گونه‌ای که بهتر تبیین گردد که کدام اصول غیر قابل تغییری می‌توانند و بایستی در کاربرد و عرف آینده مشابه باشد.

نهایتاً، بایستی خاطر نشان گردد که یک تنش واضح، بین اصول غیر قابل تغییر و دموکراسی (حاکمیت اکثریت)، وجود دارد که در آن اصول غیر قابل تغییر به صورت واضح یک کنترلی بر فرآیند سیاسی فراهم می‌سازد و بنابراین ذاتاً علیه حاکمیت اکثریت قرار دارند و احتمالاً ضد دموکراتیک هستند. این عنوان در سراسر نوشتار بحث خواهد شد، اما چون اصول قانون اساسی و بازنگری قانون اساسی مغایر قانون اساسی، چالش‌های متفاوتی بر دموکراسی و حاکمیت اکثریت تحمیل می‌کند، آنها هر کدام مستقل بحث خواهد شد.

بخش اول: اصول قانون اساسی

فصل سوم: اصول قانون اساسی؛ تعریف و تئوری

قبل از بازگشت به مطالعات موردی در مورد استفاده از اصول قانون اساسی، ابتدائاً اساسی

است تا متذکر شویم چگونه اصول قانون اساسی در فرآیند وسیع تر تدوین قانون اساسی متناسب دارند و نیز متذکر شویم چه موضوعات و چالش‌هایی را ایجاد می‌کنند. این فصل، موضوعات مزبور را ابتدائاً با توصیف «قانون اساسی گرایي جدید» مورد خطاب قرار می‌دهد. تئوری قانون اساسی سازی ای که مقبولیت روز افزونی کسب می‌کند. از اینرو، محل تقاطع بین قانون اساسی گرایي و اصول قانون اساسی مدنظر قرار خواهد گرفت و نقاط اشتراک و افتراق بررسی خواهد شد، نهایتاً، نقش مکانیسم‌های اجرایی برای اصول قانون اساسی بحث خواهد شد.

الف) تئوری قانون اساسی سازی: قانون اساسی گرایي جدید

وقتی که ایالات متحده قانون اساسی خود را در ۱۷۸۹ عمده‌تاً در پاسخ به کاستی‌های مواد کنفدراسیون پیش‌نویس کرد، قانون اساسی که تدوین گردید و نیز بازنگری‌های بعدی، یک دموکراسی و نظام قانون اساسی مستحکم و باثباتی را به وجود آورد و این اقدام بدون شک یک موفقیت بود. با این وجود، فرآیندی که قانون اساسی ایالات متحده را ایجاد کرد به صورت واضح یک طرح نخبه گرایانه‌ای بود که بیشتر روی ثبات تمرکز داشت و نه حقوق بشر یا حتی دموکراسی مشارکتی. این امر می‌تواند با نگاه به دوره تاریخی که در آن، فرآیند مزبور ایجاد شد، توجیه منطقی گردد اما در دوره‌های مدرن، قابل بحث است که آیا فرآیند مورد نظر در ایالات متحده می‌تواند بدون توجه به پیامد آن، رویکرد خوبی باشد.

تجربه آفریقای جنوبی و دیگر کشورها، یک رویکرد خیلی متفاوتی را به خود گرفته است، یکی از آنها که چشم انداز فراگیری به دموکراسی را پذیرفته است، به «قانون اساسی سازی دموکراتیک» یا «قانون اساسی گرایي جدید» تعبیر می‌شود. این رویکرد مقبولیت فزاینده‌ای را کسب کرده است به این خاطر که تکنیکی را اتخاذ کرده است تا در وضعیت‌های بعد از کشمکش (که اغلب وضعیت‌های در برگیرنده قوانین اساسی جدید در دوره مدرن است) به کار گیرد. اگرچه آنها به صورت مستقیم مرتبط نیستند، مفاهیم قانون اساسی گرایي جدید و اصول قانون اساسی تا حدودی پشت سر هم توسعه یافته‌اند و بنابراین، برای درک ارتباط - و تنش‌ها - بین این دو تئوری‌ها، یک گزارش مختصر از قانون اساسی گرایي جدید ارائه خواهد شد.

قانون اساسی گرایي جدید مبتنی بر این منطقی است که اگر یک قانون اساسی بناست مشروع باشد، بایستی حمایت مردمی داشته باشد. بدون این مشروعیت، تضمین کمتری وجود دارد که هم قانون اساسی یا عموماً حاکمیت قانون، پذیرفته و بومی خواهد شد.

در راستای حصول چنین مشروعیتی، قانون اساسی گرایي جدید از ایده دموکراسی وام می‌گیرد تا تضمین کند که مردم در فرآیند پیش‌نویس قانون اساسی مشارکت دارند. چنین مشارکتی معمولاً با آموزش عمومی شروع می‌شود که اغلب در جوامعی که دموکراسی یک مفهوم جدید و نوپایی است، یک ضرورت است. این نهضت یا جنبش آموزشی عموماً دو عنصر دارد. اول، جمعیت بایستی پیرامون نقشی که آنها در تنظیم و تدوین قانون اساسی جدید ایفا می‌کنند آموزش ببینند. از اینرو، مردم نیز بایستی پیرامون اینکه چگونه دموکراسی و برتری قانون اساسی عموماً عمل می‌کند و به صورت خاص پیرامون ملاحظات احتمالی موجود برای آنها در شکل‌گیری قانون اساسی آموزش داده شوند. این وظیفه ضرورتاً آسان نیست، اما حتی در جوامعی که میزان سواد خیلی پایین است نیز ممکن است.

فرآیند آموزش عمومی مزبور به مردم این امکان را می‌دهد که پیرامون اینکه شکل قانون اساسی چگونه باشد، مورد مشورت قرار گیرند. نگرش‌های آنها در مورد مسائلی چون شکل حکومت (برای نمونه، پادشاهی، پارلمانی، یا ریاستی) تقسیم عمودی قدرت (برای نمونه، یک دولت بسیط تمرکزگرا یا یک دولت فدرال) موضوعات اقلیت (از قبیل زبان‌های بومی یا مشارکت اقلیت در سیاست‌گذاری) و دیگر دغدغه‌های عمومی بایستی مدنظر قرار بگیرد. مشورت‌های عمومی مزبور اغلب هدفش، برخی آمارهای جمعیتی است تا تضمین کند که نتیجه نهایی در حد ممکن عام‌الشمول باشد.

نقش آموزشی و مشورتی مزبور اغلب با برخی اشکال یک کمیسیون قانون اساسی انجام می‌شود که همچنین می‌تواند مستلزم این باشد که پیش‌نویس‌های پیشنهادی قانون اساسی به آنها ارایه گردد. از اینرو همه موضوعات گردآوری شده شاید در شکل یک «سند کاری» ادغام خواهد شد و به نهاد دیگری که مسئول تدوین قانون اساسی است (همانند مجلس قانون اساسی) ارایه می‌شود.

در حالی که کمیسیون مزبور ممکن انتصابی باشد، مهم و اساسی است که این مجمع بایستی توسط عموم مردم برگزیده شود تا تضمین نماید که منتخبین نماینده مردم هستند. از اینرو این مجلس مؤسس مسئول پیش‌نویس قانون اساسی نهایی خواهد بود اما تنها بعد از اینکه موضوعات مطرح شده در طول مشورت مزبور ملاحظه گردید. بالاخره، زمانی که سندی پیش‌نویس می‌شود، از آن به بعد بایستی توسط مردم تصویب شود که به مردم اختیار نهایی را می‌دهد.

اختلاف نظرهای مربوط به این رویکرد وجود دارد و خیلی از فرآیندهای قانون اساسی سازی به طور مؤثر همه این اقدامات را تکمیل کرده‌اند. با این وجود، هر شکلی از قانون اساسی گرایي جدید مستلزم وجود سه عامل اساسی خواهد بود قبل از اینکه این فرآیند حاصل شود. اول، همانگونه در بالا توصیف گردید، بایستی در این فرآیند مشارکت اجتماعی وجود داشته باشد. دوم، آزادی بیان بایستی تضمین گردد زیرا در غیر اینصورت، تلاش‌های مزبور برای مشورت عمومی موفق نخواهد شد. سوم، بایستی مردم نظارت داشته باشند زیرا بدون آن، دیگر تلاش‌ها در جهت مشارکت و آزادی بیان با موانع لاینحلی روبرو خواهد شد.

شاید آنچه که در مورد این فرآیند قانون اساسی سازی جالب توجه است این است که فرآیند مزبور نه تنها مشروعیت را به قانون اساسی نهایی اضافه می‌کند، اما همچنین زمینه‌ای را برای یک دموکراسی قوی‌تر فراهم می‌سازد تا زمانی که قانون اساسی جدید اجرا می‌شود شکل بگیرد. این فرآیند اگر با موفقیت انجام شود می‌تواند درون مردم یک تمایل و نیز احترام به حاکمیت قانون ایجاد بکند که امنیت را تقویت می‌کند. از اینرو، هدف قانون اساسی سازی می‌تواند در خصوص ایجاد عدالت واقعی (در شکل حق‌های ماهوی) کم‌اثر دیده شود و بیشتر در راستای ایجاد تمایل در بین مردم باشد تا به دنبال دسترسی به عدالت باشند.

منطق قانون اساسی گرایي جدید می‌تواند به صورت واضح در وضعیت‌های بعد از اختلاف تصور شود. با امکان پذیر شدن گردهمایی و همکاری مشترک طرف‌های مخالف در ایجاد قانون اساسی جدید مشترکشان و با تضمین اینکه همه طرف‌ها در این فرآیند مالک هستند قانون اساسی جدید و مشروعیت حکومت جدید تقویت می‌شود. البته، هیچ

تضمینی وجود ندارد که قانون اساسی گرای جدید صلح را تضمین خواهد کرد؛ بلکه آن یک ابزار مؤثری است که می‌تواند در ایجاد صلح بعد از وضعیت‌های درگیری کمک نماید و به این علت است که این رویکرد چنین مردمی شده است.

ب) فرآیند ایجاد اصول قانون اساسی

با لحاظ این چارچوب در قانون اساسی سازی، منشأ اصول قانون اساسی بعداً مدنظر قرار خواهد گرفت. اصول قانون اساسی یک تعادلی را بر فرآیند قانون اساسی سازی ایجاد می‌کند. این تعریف متضمن این است که اصول قانون اساسی قبل از فرآیند قانون اساسی سازی قرار دارد. در واقع، اصول قانون اساسی معمولاً از طریق شکلی از یک سند موقت ظاهر می‌شود که زمینه‌ای را برای تدوین یک قانون اساسی جدید مقرر می‌کند. (اغلب فرآیند ایجاد قانون اساسی جدید، همانگونه که در بخش قبلی تبیین گردید، همچنین در این سند تصریح خواهد شد). این سند موقت عموماً هم در شکل یک قرارداد صلح یا یک قانون اساسی موقت خواهد بود.

چرا اصول قانون اساسی شکل می‌گیرد؟ ویژگی خاص هر مورد متفاوت خواهد بود اما حداقل دو هدف بایستی آشکار باشد. اول، اصول قانون اساسی به احزاب سیاسی این امکان را می‌دهد که به صورت عام خودشان را اعلام کرده و در یک چشم‌انداز خاصی از آینده عمل نمایند. دوم و اغلب به صورت اساسی، اصول قانون اساسی برخی تضمین‌هایی را به افرادی که تجربه قانون اساسی سازی را به عهده می‌گیرند، فراهم می‌سازد. اصول قانون اساسی تضمیناتی را مقرر می‌دارد که نتیجه نهایی - در حالی که نا شناخته است - می‌تواند حداقل در یک جهت خاصی هدایت شود. این تضمین می‌تواند در کشورهایی که دموکراسی و انتخابات پدید یافته هستند و جایی که احزاب سیاسی هرگز با انتخابات آزاد مواجه نشده‌اند و بنابراین برداشت قوی از اینکه چگونه آنها در انتخابات مجلس قانون اساسی رفتار خواهند کرد ندارند اساسی می‌باشد.

از اینرو، اصول قانون اساسی ابزاری هستند که از منافع احزاب سیاسی حمایت می‌کنند. این امر می‌تواند شکل حمایت از گروه‌های اقلیت پیرامون اراده اکثریت را به خود بگیرد؛ اگر یک گروه اقلیت ترس از این دارد که در مجلس قانون اساسی حق رأی نداشته باشند، در آن صورت، اصول مزبور می‌تواند تضمین کند که در مورد برخی موضوعات اساسی از قبل تصمیم‌گیری شود به گونه‌ای که از ماهیت محرومیت برخوردار نباشد. اصول قانون اساسی می‌تواند به صورت مشابه در جهت حمایت از حکمرانان قبلی عمل کند، حکمرانانی که می‌دانند قدرت را از طریق فرآیند دموکراتیزاسیون خواهند یافت.

از این نقطه نظرات، آشکار می‌شود که اصول قانون اساسی زمانی که جناح‌های رقیب متعدد وجود دارد مناسب‌ترین خواهند بود، احزابی که تماماً به یکدیگر اعتماد ندارند اما متعهد هستند که یک قانون اساسی جدید و از اینرو حکومت جدید را ایجاد نمایند. این فرآیند ائتلاف می‌تواند به دلایل متعددی مطلوب باشد. آن یک «فرآیند قانونی» را جهت ایجاد تغییر که در تضاد با تغییرات تحمیلی نظامی در حکومت است، تشویق می‌کند. بنابراین حتی اگر یک طرف بتواند به صورت نظامی بر دیگری حاکم شود، این رویکرد کمتر خشونت‌آمیز می‌تواند و باید جالب توجه باشد. (مورد دیگر می‌تواند این باشد که یک رویکرد نظامی یا اضطراری جالب نخواهد بود دقیقاً به این دلیل که هیچ یک از طرفین

مطمئن نیستند که می‌توانند «پیروزی» را به دست آورند).

این فرآیند ائتلاف همچنین احزاب سیاسی را از تلاش برای ایفای نقش کاندیدایی جهت جلوگیری از برنده شدن بر حذر می‌دارد. حزبی که می‌خواهد خارج از فرآیند قانون اساسی سازی باقی بماند نیاز خواهد داشت تا در آغاز جهت اثرگذاری بر شکل‌گیری اصول قانون اساسی مشارکت داشته باشد. البته، کاندیدا شدن به معنای فوق‌الذکر هنوز هم امکان دارد اتفاق بیفتد، اما اصول قانون اساسی یک نوع عدم اشتیاق به باقی ماندن خارج از فرآیند سیاسی را فراهم می‌سازد.

اصول قانون اساسی می‌تواند یک مکانیسمی را فراهم سازد که از طریق آن نه تنها امنیت بلکه همچنین آشتی و صلح می‌تواند امکان پذیر باشد. به صورت ضمنی، اصول قانون اساسی، یک رویکرد فراگیری را پیشنهاد می‌کند و در حالی که هیچ ارتباط مستقیم بین اصول قانون اساسی و امنیت و نیز آشتی و صلح وجود ندارد، اصول قانون اساسی می‌تواند محیطی را ایجاد کند جایی که چنین اهدافی می‌تواند به راحتی حاصل گردد همانگونه که اصول قانون اساسی می‌تواند جناح‌های مخالف را به همکاری با یکدیگر تشویق نماید. البته، نقش اصول قانون اساسی نایستی مورد اغراق قرار گیرد؛ اصول قانون اساسی گلوله نقره‌ای^۱ نیستند و نهایتاً اصول قانون اساسی امکان دارد تنها زمانی امکان پذیر باشد که جناح‌های رقیب عمده تمایل دارند حداقل کمی به همدیگر اعتماد کنند. اما باز، اصول قانون اساسی بایستی به مثابه ابزاری نگریسته شود که چنین ترتیبی را تشویق می‌کند.

ج) قانون اساسی گرای جدید و اصول قانون اساسی

یک نقش بالقوه، بین قانون اساسی گرای جدید و اصول قانون اساسی وجود دارد. اصول قانون اساسی قبل از اینکه فرآیند قانون اساسی سازی شروع شود، تعریف می‌شود. در مفهوم دقیق کلمه، آنها ذاتاً مفاهیمی نخبه گرایانه هستند که از نظر تاریخی درست هستند. اصول قانون اساسی به واسطه رهبران گروه‌های سیاسی عمده و یا بازیگران بین‌المللی شکل می‌گیرد که در حل اختلاف موجود جاری دخیل هستند.

این جنبه نخبه گرایانه اصول قانون اساسی بایستی به سه دلیل ما را به تأمل و درک وادار نماید اول، اصول قانون اساسی در برابر حاکمیت اکثریت بوده، مسائلی را پیرامون سازگاری آن با قانون اساسی گرای جدید مطرح می‌کند که مقدمه‌ای بر مشارکت دموکراتیک می‌باشد. دوم اصول قانون اساسی به وسیله نخبگان سیاسی و یا نخبگان بین‌المللی که ضرورتاً هیچ مشروعیت مردمی ندارند، ایجاد می‌شود. سوم هیچ محدودیت طبیعی بر آنچه می‌تواند به صورت ماهوی درون اصول قانون اساسی قرار گیرد، وجود ندارد. اگرچه خواهیم دید که برخی تمایلات عمومی در خصوص اینکه چه کسی مشارکت کند وجود دارد. این امر لازم نیست بدین صورت باشد، از اینرو، هیچ تضمینی وجود ندارد که اصول قانون اساسی نهایتاً با اراده مردم مطابقت داشته باشد.

جواب کاملی به این موضوعات جدی وجود ندارد. این تنش واقعی است و نمی‌تواند و نایستی کنار گذاشته شود. با این وجود، اصول قانون اساسی این ظرفیت را دارد که

بهترین گزینه ثانوی برای وضعیت‌هایی فراهم سازد که ترس و یا دغدغه مشروع وجود دارد که فرآیند دموکراتیک به تنهایی در برابر فشارهای زیادی که با آنها روبرو خواهد شد، مورد حمایت قرار نمی‌گیرد.

در خصوص دو موضوع اول، احتمالاً ضروری است تا حمایت رهبران سیاسی را در آغاز فرآیند مخصوصاً در وضعیت‌های بعد از درگیری به دست آوریم. از اینرو بدون چنین حمایتی، خطر عمده‌ای وجود دارد که این فرآیند می‌تواند از طریق خشونت متوقف شود و به جلو پیش نرود. این ضعف اصول قانون اساسی آرمانی نیست اما در آن صورت، هیچ کدام وضعیت‌های بعد از خصومت نیستند.

این موضوع سوم - محتوای اصول قانون اساسی در مطابقت با اراده مردم ناتوان هستند - حتی خیلی مسئله‌دار می‌باشد. اگر این امر اتفاق می‌افتاد در آن صورت به صورت فرضی کل فرآیند قانون اساسی سازی می‌تواند به شکست بینجامد، زیرا این فرآیند نمی‌تواند مشروعیت مردم را به دست آورد. پذیرش فرآیند تصویب نهائی قانون اساسی نهایی توسط شهروندان می‌تواند به کمینه یا به حداقل رساندن این تهدید کمک کند. با این وجود، این یک ضعف اصول قانون اساسی است که راه حل ساده‌ای ندارد، زیرا به صورت بنیادی. این مشکلی است در مورد نحوه حمایت دموکراسی از مشکلات اراده اکثریت گرای، در حالی که به صورت همزمان سعی می‌کند تا تضمین کند که بنیادهای دموکراسی نقض نگردد.

د) مکانیسم‌های اجرایی

چون اصول اساسی به مثابه کنترلی بر فرآیند سیاسی عمل می‌کند و به عنوان تضمینی بر آنهایی که در فرآیندی شرکت می‌کنند که قدرت اکثریت محدود است، (آن احتمالاً یک قضیه فرعی به نظر می‌رسد که اصول قانون اساسی مؤثر باشند) یک مکانیسم اجرایی نیز لازم خواهد بود تا بر همه طرف‌ها تضمین کند که موافقتنامه‌های اولیه محترم و مورد احترام خواهد بود. البته، این به صورت فرضی محتمل است که چنین مکانیسمی ضروری نخواهد بود؛ شاید احزاب سیاسی - که در وهله اول بر اصول قانون اساسی توافق کرده‌اند - می‌توانند بر خودشان نظارت داشته باشند و تضمین کنند که اصول مزبور انجام می‌شود. این خود - سیاست‌گذاری^۱ می‌تواند در موارد خاصی اتفاق بیفتد، اما در زمینه کلی قانون اساسی سازی مورد تردید است. چون اصول قانون اساسی قبل از ایجاد نهادی شکل می‌گیرد که قانون اساسی را پیش‌نویس خواهد کرد، پویایی واقعی قدرت نهاد پیش‌نویس کننده از قبل شناخته نخواهد شد. این امر می‌تواند حداقل منجر به سه سناریو گردد. احزاب مخالف می‌توانند تقریباً در نیرو و استحکام برابر باشند به گونه‌ای که هیچ طرفی نتواند بر فرآیند مسلط باشد. اگر این امر اتفاق می‌افتاد، در آن صورت خود - سیاست‌گذاری خیلی محتمل به نظر می‌رسد. اما اگر شعباتی از قدرت وجود داشته باشد که با یک یا چند گروه در موضع غالب پیرامون دیگران قرار دارند، در آن صورت هر توافق سیاسی از پیش حاصل شده می‌تواند به آسانی در تلاش افرادی که در موضع غالب هستند تا از این قوت و استحکام به نفع خود بهره‌برداری بکنند، قربانی می‌شود. به صورت

1. self-policing

جایگزین، می‌تواند وضعیتی وجود داشته باشد جایی که یک گروه رسمی مسلط می‌داند که بعد از انتخابات آزاد و منصفانه جایگاه اقلیت تقلیل می‌یابد، اصول قانون اساسی می‌تواند نسبت به نتایج فرآیند مزبور، تضمینات حداقلی ارایه دهد یعنی اکثریتی که شکل می‌گیرد نمی‌تواند از فرآیند دموکراتیک جهت پیش‌نویس قانون اساسی استفاده بکند که به صورت سیستماتیک به اقلیت فعلی خارج از قدرت آسیب بزند.

به صورت بنیادی‌تر، هدف مکانیسم اجرایی مؤثر بناست اعتباری را به اصول قانون اساسی اضافه کند. این امر مخصوصاً در وضعیت‌های بعد از جنگ که یک طرف می‌تواند به استفاده از تهدید خشونت در راستای اثرگذاری به نتایج مذاکرات وسوسه شود، صادق است. با وجود اصول قانون اساسی و تضمین اینکه آنها اجرا خواهند شد، این تهدید بر طرف نمی‌شود بلکه خنثی می‌شود.

یک مکانیسم اجرایی می‌تواند اشکال متفاوتی به خود بگیرد. یک احتمال این است که ایجاد دادگاه قانون اساسی که می‌تواند نه تنها حکم تأیید پیش‌نویس‌هایی قانون اساسی را داشته باشد بلکه همچنین می‌تواند در حکومت جدید به صورت خاص به عنوان حامی قانون اساسی و به صورت عام حامی قانون اساسی گرابی عمل کند. به صورت بدیل، یک مکانیسم می‌تواند بر ائتلاف بین‌المللی کشور تکیه کند تا تصدیق کند که سند نهایی با اصول قانون اساسی سازگار است مخصوصاً اگر بازیگران بین‌المللی در این فرآیند هم اکنون مشارکت دارند. چنین رویکردی می‌تواند موضوعات حاکمیت مردمی را مطرح کند که بناست قانون اساسی بر آنها اعمال گردد، اما این رویکرد مخصوصاً عملی و موفقیت‌آمیزه نظر می‌رسد زمانی که فرآیند قانون اساسی سازی نتیجه فرآیند صلحی است که در بردارنده بازیگران بین‌المللی مهمی است. این امر مخصوصاً می‌تواند قابل توجه باشد اگر برای تشکیل یک دادگاه قانون اساسی که بر فرآیند تصمیم‌گیری بزرگ حاکم باشد با فقدان ظرفیت مواجه باشیم.

فصل چهارم: اصول قانون اساسی: مطالعات موردی

اصول قانون اساسی نسبتاً پدیده جدیدی هستند. مشهورترین و قوی‌ترین مثال این موضوع، اصول قانون اساسی آفریقای جنوبی است که در قانون اساسی موقت ۱۹۹۴ آمده بود. در تبیین مطالعات موردی، متدولوژی زیر بکار خواهد رفت. اول، کلیات مختصری از پیشینه قانون اساسی جدید کشور مربوط جهت فراهم ساختن پیشینه‌ای برای تجربه بی نظیر قانون اساسی سازی ارائه خواهد شد. سپس کاربرد اصول قانون اساسی در فرآیند قانون اساسی سازی تحلیل خواهد شد. سپس فرایندی که در پیش‌نویس قانون اساسی بکار رفته است، با تأکید خاص بر مکانیسم‌های اجرایی اصول قانون اساسی تبیین خواهد شد. نهایتاً، «موفقیت» کل فرآیند ارزیابی خواهد شد. این ارزیابی مبتنی خواهد بود بر اینکه آیا روح و قصد اصول قانون اساسی به صورتی که در تضاد با مقتضیات واقعی متن است محقق شده است. به این معنا که اگر یک اصلی بگوید که بایستی یک نظام قضایی مستقل وجود داشته باشد و قانون اساسی حاصله مقرر کند که نظام قضایی مستقل خواهد بود اما با این حال در عمل نظام قضایی تا حد خیلی زیادی تحت کنترل قوه مجریه باشد، در آن صورت مشخص خواهد شد که اصول، اهداف شان را برآورده نکرده است.

۱. زمینه

در ۴ دسامبر ۱۹۹۶، دادگاه قانون اساسی آفریقای جنوبی، قانون اساسی جدیدی را تایید کرد که قدم نهایی را برای لیبرال دموکراسی در آفریقای جنوبی سابق مبتنی بر آپارتاید (تبعیض نژادی) برداشت. این امر به دو سال فعالیت مجلس قانون اساسی (نهاد انتخابی که مسول پیش نویس قانون اساسی بود) پایان داد. با این حال، مذاکرات مجمع مزبور، گرچه پیچیده و انتقادی است، در بسیاری از جنبه‌ها نسبت به مذاکرات اولیه‌ای که بین دولت حاکم آفریقایی، حزب ملی گرا (NII) و کنگره ملی آفریقایی اصلاح طلب (ANX) به رهبری نلسون ماندلا اتفاق افتاد، در درجه دوم اهمیت قرار دارد. اگر مذاکرات اولیه مزبور صورت نگرفته بود، فرایند قانون اساسی سازی می‌توانست یک شکل بسیار متفاوتی داشته باشد البته اگر به هر شکلی اتفاق می‌افتاد.

تجربه آفریقای جنوبی نه مساعدت آمیز و نه آرام بود. خشونت سیاسی برای دهه‌های متوالی در آفریقای جنوبی جریان داشت و در سالهای پایانی تحت رهبری حزب ملی گرا، مخصوصاً از ۱۹۹۰ تا ۱۹۹۴، بیش از ۱۴۰,۰۰۰ نفر در طول خشونت سیاسی کشته شدند.^۱ این دوره که مصادف بود با مذاکرات اساسی بین کنگره ملی آفریقایی اصلاح طلب (ANX) و حزب ملی گرا (NII)، منجر به قانون اساسی موقت آفریقای جنوبی شد که در ۲۷ آوریل ۱۹۹۴ لازم الاجرا شد.^۲ این سند موقت بنا بود برای تنها دو سال معتبر باشد که در طول آن یک قانون اساسی جدید توسط یک مجمع نمایندگی قانون اساسی تهیه گردد. در طول این مدت، قانون اساسی موقت به مثابه قانون اساسی حاکم عمل کرد که مقرر می‌نمود آفریقای جنوبی یک دولت مبتنی بر قانون اساسی و تقسیم قدرت اتحاد ملی (FNY) است. بعد از اینکه کنگره ملی آفریقایی اصلاح طلب به آسانی انتخابات را در می ۱۹۹۴ (همانگونه که انتظار می‌رفت) برنده شدند، ماندلا دولت اتحاد ملی را رهبری کرد اما همه احزابی که بیش از پنج درصد آراء را بدست آورده بودند در ائتلاف نماینده داشتند.

۲. اصول قانون اساسی

به مجمع قانون اساسی جدیداً ایجاد شده، اختیارات آزاد جهت ایجاد قانون اساسی جدید داده شد. فهرست چهارم از قانون اساسی موقت چهل و چهار اصول قانون اساسی را مشخص می‌کند که قانون اساسی نهایی بایستی با آنها مطابق باشد. اصول قانون اساسی مزبور در طبقه‌های وسیع متعددی جای می‌گیرند که مربوط به موارد زیر می‌باشند:

۱. شکل حکومت ملی؛ ۲. روابط قدرت بین دولتهای ملی و محلی؛ ۳. دغدغه‌های گروه اقلیت؛ ۴. دغدغه‌های حقوق بشری؛ ۵. شکل گیری سازمانهای بخش عمومی و ۶. آیین‌های بازنگری. به نوبه خود این اصول مد نظر قرار خواهد گرفت.

اول. اصول متعددی، شکل حکومت ملی را مطرح می‌کنند. این اصول مقرر می‌کنند که آفریقای جنوبی یک دموکراسی با برتری قانون اساسی خواهد بود که به برابری زن و مرد

1. see Pierre Du Toit, South Africa's Brittle Peace: The Problem of Post-settlement violence 34 (tbl.2.1. (2001).

2. South Africa constitution (1994).

و همه نژادها متعهد است.^۱ دولت مبتنی بر تفکیک قوانین سه شاخه حکومت با یک نظام قضایی مستقل خواهد بود تا «قانون اساسی و همه حقوق بنیادین را تضمین نماید».^۲ نهایتاً، شفافیت و پاسخگویی حکومت به شهروندان از طریق مقرراتی تشویق خواهد شد تا آزادی اطلاعات را تضمین نماید.^۳

دوم، اصولی که روابط بین دولتهای ملی و محلی را مطرح می‌کنند استقلال محلی محدود شده‌ای را تضمین می‌کنند. همه سطوح حکومت، در سطوح ملی، استانی و محلی، دموکراتیک می‌باشند.^۴ تقسیم و تخصیص قدرت بین سطوح مزبور بناست نیاز به وحدت ملی را از یک طرف و نیز مشروعیت خودمختاری استانی و اهمیت تنوع فرهنگی را از طرف دیگر به رسمیت بشناسد.^۵ ملاحظات اساسی برای تقسیم و تخصیص این قدرت در اصل ۲۱ مقرر شده است.^۶ در حالی که دولت ملی بنا نیست به تمامیت استانها تجاوز کند، هرگونه ابهام در خصوص تقسیم و تخصیص قدرت بناست به نفع حکومت ملی حل گردد.^۷ اما بناست به استانها و حکومتهای محلی یک حق مبتنی بر قانون اساسی بر یک «سهم منصفانه از درآمدی که در سطح ملی فراهم شده است» داده شود تا آنگونه که توسط کمیسیون مالی و بودجه توصیه شده است، خدمات اساسی را فراهم نمایند.^۸ این اصول در مقام طرح و تنظیم یک تعادل ظریف بین تمایلات به حکومت مرکزی قوی (که مخصوصاً توسط کنگره ملی آفریقایی اصلاح طلب ترویج می‌شود که در کشور وضعیت اکثریت را دارد) و خواسته‌های خودمختاری محلی (که به گروههای اقلیت کنترل بیشتری بر امورات محلی می‌دهد) می‌باشد. نتیجه نهایی از بخشی از اختیارات به نفع دولتهای استانی^۹ حمایت می‌کند، اما همچنین ابهام اساسی در مفهوم برخی از این اصول وجود دارد.

شاید جالب‌ترین مثال از این امر، حول محور اصل ۳۴ دور می‌زند که مقرر می‌دارد دیگر اصول مانع «مقرره اساسی برای مفهومی از حق بر تعیین سرنوشت برای هر اجتماعی نیست که دارای میراث فرهنگی و زبانی مشترک است».^{۱۰} این اصل، بیشتر از ارائه یک حق ذاتی، در تلاش برای روشن کردن سایر اصول (به صورت قابل ذکرتر اصل ۱۲ است که حق تعیین سرنوشت در تشکیل «سازمانهای جامعه مدنی» یعنی انجمن‌ها را پیش بینی

1. Ibid, at sched., 4, arts. 1, IV.

2. Ibid, at sched., 4, arts. VI-VII.

3. Ibid, at sched., 4, art. IX.

4. Ibid, at sched. 4, arts. XVI-XVII.

5. Ibid, at sched. 4, art. XX.

6. Ibid, at sched. 4, art. XXI.

(دولت ملی بایستی موضوعات مربوط به موارد زیر را مد نظر قرار دهد: استانداردهای ملی؛ جنبه‌های بین‌المللی که کشور را ملزم می‌کند تا به صورت واحد ابراز وجود نماید؛ همه نیازها برای یکنواختی در بین ملت و سیاستهای اقتصادی ملی. دولتهای استانی می‌توانند موضوعاتی که مختص استان است را مد نظر قرار دهند. زمانی که همکاری متقابل لازم است، تعامل هماهنگ اتفاق خواهد افتاد).

7. Ibid, at sched. 4, arts. XXII-XXIII.

8. Ibid, at sched. 4, arts. XXVI-XXVII.

9. Provincial Governments.

10. Ibid, at sched. 4, art. XXXIV, C1.1.

می‌کند).^۱ در واقع، اصل ۳۴ که واقعا بعد از قانون اساسی موقت درج گردیده است در تلاش برای تشویق یک گروه اقلیت خاص، حزب آزادی اینکاتا،^۲ مبنی بر اینکه انتخابات و مجلس مؤسسان را بایکوت نکنند، تا به حال اجرا شده بود.^۳ حزب آزادی اینکاتا مخصوصا در استان کوازولا - ناتال^۴ قوی بود و در حالی که آن جایگاه ضعیف سوم را داشت که حدود ۱۰ درصد را در انتخابات ملی (بعد از ANX و NIP) نشان می‌داد، هنوز یک ترس اساسی وجود داشت که IFP بتواند به صورت ارادی از طریق زور در تلاش برای بدست آوردن آنچه نتوانسته‌اند به صورت سیاسی بدست آورند، به خشونت متوسل شود.^۵ از این رو، در نهایت، این «اصول» خدشه بردار نیستند. زیرا اصل ۳۴ در تلاش برای اصلاح آن اصول بعد از این واقعیت می‌باشد. با این وجود، اصل ۳۴ خیلی مبهم است و وقتی دادگاه قانون اساسی، این ادعاها را که حق تعیین سرنوشت در قانون اساسی نهایی خیلی ضعیف هستند، رد کرد. آنها اظهار داشتند که اصل ۳۴ یک «مقرر تخییری است نه مقرر تکلیفی».^۶

سوم، اصول قانون اساسی، برخی دغدغه‌های گروه‌های اقلیت را مد نظر دارد. آفریقای جنوبی بنا بود با انتخابات منظم و رای گیری فراگیر و با «مقرراتی ... برای مشارکت احزاب سیاسی کوچک» یک دموکراسی کثرت گرا باشد.^۷ تنوع زبانی و فرهنگی بنا بود «تصدیق و مورد حمایت قرار گیرد» و قانون مردمان بومی و رهبری سنتی بنا بود به صورت صریح توسط قانون اساسی به رسمیت شناخته شده و مورد حمایت قرار گیرد».^۸

چهارم، اصول قانون اساسی، دغدغه‌های حقوق بشری را مد نظر دارد. بعضی از این حق‌های بشری صریح بوده است اما جالب است خاطر نشان گردد که بسیاری از آنها صریح نیستند. تبعیض نژادی، جنسی و «همه اشکال تبعیض» ممنوع گردیده و همه افراد بناست در برابر قانون (اگرچه اقدام مثبت و ایجابی تخییری به نظر می‌رسد) برابر باشند.^۹ حق بر انجمن، حق بر تشکیل اتحادیه‌های تجاری و مذاکرات دسته جمعی و نیز حق بر رویه‌های

1. Ibid, at sched. 4, art. XII.

(حقوق جمعی تعیین سرنوشت در تشکیل، الحاق و حفظ ارکانهای جامعه مدنی شامل تشکل‌های زبانی، فرهنگی و مذهبی بر مبنای عدم تبعیض و تشکلهای آزاد، مورد شناسایی و حمایت خواهد بود).

2. Inkatha freedom party (IFP).

3. IFP ابتدائا این اقدام را رد کردند و خواهان حقوق تضمینی بیشتر برای دولتهای استانی شدند. در نهایت آنها در انتخابات ۱۹۹۴ شرکت کردند. اما نتوانستند بعدا از مجلس مؤسسان خارج شده و تلاش کردند بر امورات دوردور اثر بگذارند.

4. Kwazulu-Natal.

5. see Siri Gloppen, South Africa, the Battle over the constitution 207 (1997).

6. In re certification of constitution of Republic of south Africa, 1996, (4)SALR 744, 218 (CC).

7. S.AFr.Const.sched.4. arts. VIII (1994).

8. Ibid, at sched. 4, arts. XI, XIII.

9. Ibid, at sched. 4, arts. III, V.

(ماده ۵ به نظر می‌رسد اعمال مثبت را مجاز می‌دارد. زیرا در حالی که آن می‌گوید که «نظام حقوقی، برابری همگان را در برابر قانون و رویه حقوقی منصفانه تعیین خواهد کرد» آن همچنین یادآوری می‌کند که «برابری در برابر قانون شامل قوانین، برنامه‌ها یا فعالیتهایی است که هدفشان بهتر کردن شرایط گروه‌های کمتر بهره مند یا محروم از جمله اقشار محرومی که براساس نژاد، رنگ یا جنس محروم هستند، می‌باشد.

کاری منصفانه مورد حمایت قرار گرفت.^۱

اصل ۲ مهمترین مقررہ حقوق بشری دور از حصول است اما همچنین هیچ ویژگی خاصی نیز ندارد. آن می‌گوید که:

«هر فردی از حقوق بنیادین و آزادیهای مدنی که به وسیله مقررات تضمین شده و در قانون اساسی قابل شکایت پیش بینی شده و مورد حمایت قرار خواهد گرفت، بهره مند خواهد بود و بعد از اینکه ملاحظه صحیح به حقوق بنیادین مندرج در فصل ۳ این قانون اساسی داده شد، پیش نویس خواهد شد».^۲

این اصل به خاطر آنچه می‌گوید - و مخصوصا به خاطر آنچه نمی‌گوید - شایان توجه است. اصل مزبور می‌گوید حقوق بشر «تضمین شده و قابل شکایت باشد، اما آن هیچ حقوقی را لیست نمی‌کند بلکه می‌گوید که «از همه حقوق از نظر جهانی پذیرفته شده» برخوردار خواهند بود. فرد می‌تواند بپذیرد که چنین اسنادی همانند اعلامیه جهانی حقوق بشر، میثاق حقوق مدنی و سیاسی، میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و یا منشور آفریقای می‌تواند به صورت منطقی مورد ارجاع و اشاره قرار گیرند، اما باز هیچ کدام از آنها به صورت مستقیم در [نظام حقوقی] وارد نشوند.

اصل ۲، «ملاحظه» فصل ۳ قانون اساسی وقت را مقرر می‌دارد که دارای یک لیست طولانی از حقوق مدنی / سیاسی (اما جالب توجه اینکه هیچ حق اقتصادی و اجتماعی و نیز هیچ حقوق گروهی که در منشور آفریقای دیده می‌شود را لیست نمی‌کند) می‌باشد. فصل سوم همچنین شامل حق بر حمایت از کرامت بشری (متعاقب سنت آلمانی) و حق بر یک «محیطی که بر سلامتی و رفاه او مضر است» می‌باشد.^۳ اما باز، متن اصل ۲ تنها می‌گوید که این حقوق بایستی در نظر گرفته شود و قصور در الزام مجلس به وارد کردن همه (یا هر کدام) از این حقها متوقف گردد.

پنجم، اصول قانون اساسی ای وجود دارد که مقرر می‌کند سازمانهای مستقل و بی طرف از جمله یک کمیسیون مالی و بودجه، کمیسیون خدمات عمومی، بانک ذخیره [پولی]،^۴ یک حسابدار کل و یک پشتیبان عمومی و نیز یک «سرویس عمومی غیر حزبی و مبتنی بر تجربه شفلی» که بناست «بر همه مردم در یک سبک بیطرف غیرجانبدارانه سرویس بدهد» تشکیل گردد.^۵

همچنین نیروهای امنیتی بناست تکالیف شان را در رابطه با «منافع ملی» انجام دهند و [فعالیت آنها] در راستای افزایش منافع احزاب سیاسی نخواهد بود.^۶

به نظر صاحب نظران آمریکایی، این مقررات به نظر می‌رسد در یک سند قانون اساسی، محلی از اعراب نداشته باشد، زیرا آنها مضیق تر هستند و یک ویژگی خاص مبتنی بر قانون اساسی را بیان می‌کند که مطلقا در قانون اساسی ایالات متحده آمریکا وجود ندارد. با این

1. Ibid, at sched. 4, arts. XII, XXVIII.

2. Ibid, at sched. 4, art. II.

3. Ibid, at sched. 4, art. 29; Ibid, at ch. 3.

4. Reserve Bank

5. Ibid, at sched. 4, arts. XXIX-XXX.

6. Ibid, at sched. 4, arts. XXXI.

وجود، این اصول بایستی به صورت خاص در زمینه و بستر آفریقایی جنوبی آپارتاید یا تبعیض نژادی فهمیده شود. این سازمانها در گذشته آفریقایی جنوبی مورد سوء استفاده واقع گردیده است و بنابراین، این اصول بهتر است به عنوان تلاشی درک گردد که به صورت آشکار جلوی چنین سوء استفاده‌هایی را در آینده می‌گیرد.

ششم، بازنگری قانون اساسی می‌تواند اکثریت بالایی را بطلبد و اصلاحاتی که آثار سونی بر استانها دارند بناست اکثریت بالایی را از طریق اکثریت ویژه‌ای از استانها مقرر نماید.^۱

۳. پیش نویس قانون اساسی، اجرای اصول قانون اساسی

از چشم انداز قانون اساسی گرایی جدید، تجربه آفریقایی جنوبی، [تجربه] غیرعادی بود. انتخابات برای مجلس مؤسسان تنها آغاز مشارکت عمومی در این فرایند بود. مجلس مزبور، فعالیت و تلاش آموزشی عمده‌ای را در جهت جلب حمایت عقاید و نگرشها پیرامون قانون اساسی به عهده گرفت. مردم با دو میلیون نظر به آن پاسخ دادند.^۲

در طول دو سال، از سال ۱۹۹۴ تا ۱۹۹۶ مجلس مزبور بحث و تبادل نظر کرده و یک نسخه نهایی از قانون اساسی را پیش نویس کرد. قانون اساسی موقت مقرر کرد که تبعیت پیش نویس مزبور از اصول قانون اساسی می‌تواند توسط دادگاه قانون اساسی آفریقایی جنوبی تصریح گردد.^۳ این مدل بکارگیری کنترل قضایی، یک روش ایده آل برای تضمین تبعیت به نظر می‌رسد اما آن همچنین چالشهای مهمی را بر آنچه شاید یک دادگاه قانون اساسی جدید می‌باشد و نیز بر خود قضیه تحمیل می‌کند. دادگاه مزبور تنها در سال ۱۹۹۴ به واسطه قانون اساسی موقت ایجاد شده است و تصریح قانون اساسی یک چالش عمده می‌باشد.

نقش دادگاه خیلی مشکل گردید زیرا آن شروع به تجدید نظر در پیش نویس قانون اساسی نمود. در تلاش برای کسب حمایت افکار عمومی، دادگاه از همه احزاب سیاسی و نیز از افراد خصوصی درخواست کرد تا نظراتشان را در مورد اینکه چگونه سند پیش نویس، اصول قانون اساسی را نقض می‌کند تصریح کنند. تلاش مزبور برای ایجاد یک درکی از عینیت، از طریق درخواست از همه افراد به ارائه نظراتشان و متعاقباً بررسی این نگرشها، اساساً بدون مشکل نبود. اگرچه پنج حزب سیاسی و ۸۴ حزب خصوصی در ارائه نظر پیرامون قانونی بودن پیش نویس استناد کردند، کنگره ملی آفریقایی اصلاح طلب (ANX) مشارکت نکرد.^۴ کنگره مزبور به صورت تلویحی اعتراض و منظور خود را نسبت به سند پیش نویسی که توسط مجمع تنظیم شده بود بیان کرد. کنگره مزبور ایده حزبی را در تصمیم بعدی دادگاه تزیق کرد.

دادگاه نهایتاً به این نتیجه رسید که مقررات خاصی از پیش نویس با اصول قانون

1. Ibid, at sched. 4, art XV; XVIII, Cl. 4.

2. see Hart, supra note 2, at 7.

3. s.Afr. cons. art. 71, para. 2 (1994)

4. In re certification of the constitution of the Republic of South Africa, 1996 (4) SALR 744, 24 (CC).

اساسی (XII) سازگار نیست. این مغایرتها شامل اصول زیر بود:

- اصول (۱۸ بند دوم)، ۲۴، ۲۵ و ۱۰: اختیاراتی که به حکومت‌های محلی و استانی داده شده بود به نظر نمی‌رسید مناسب باشند.
- اصول ۴ و ۷: وضعیت‌های مشخصی از کنترل قضایی مصون بودند.
- اصل ۲ و ۱۵: حقوق بنیادین و آزادیها «تضمین نشده‌اند» و اصلاحات قانون اساسی در بر دارنده «آیین‌های خاص از جمله اکثریت‌های ویژه» نیست.
- اصول ۲۰ و ۲۹: استقلال و بیطرفی بعضی سازمانهای دولتی تضمین نشده است و اینکه هدف آنها به درستی تعریف نشده است؛ و
- اصل ۲۸: حق تک تک کارفرماها بر مشارکت در مذاکرات دسته جمعی تضمین نشده است.^۱

در حالی که هر کدام از این اعتراضات مهم هستند، سه اعتراض اول از اهمیت خاصی برخوردارند. اولین مورد، مشکلات مربوط به فقدان قدرتی که به حکومت‌های محلی و استانی داده شود را مشخص می‌کند. بدون شک، این امر ناشی از این واقعیت است که کنگره ملی آفریقایی اصلاح طلب (ANX)، (که می‌داند برای یک آینده قابل پیش بینی در سطح ملی می‌تواند یک اکثریت روشنی را داشته باشد) نفع زیادی در تفویض قدرت از طرف دولت مرکزی ندارند، زیرا دولت مرکزی در طول مذاکرات اولیه تمایل به انجام چنین کاری داشت. با وجود این، جهت بهتر شدن یا بدتر شدن، این امر بخشی از «توافقی» است که در مجمع و فرایند قانون اساسی سازی ایجاد شد. از این رو، اینجا، اصول مزبور به صورت واضح به مثابه کنترلی بر حاکمیت اکثریت گرای سیاسی عمل می‌کند.

مسئله دوم و سوم مربوط به اختیارات نظام قضایی به عنوان کنترلی بر دولت آینده می‌باشد. دادگاه بایستی خواستار این امر می‌شد که حرف نهایی در خصوص مطابقت همه قوانین یا قانون اساسی (کنترل قضایی) به نهاد مزبور (دادگاه) داده شود. به همین شکل دادگاه ملزم کرد که حقوق بنیادین لازم است دوباره در قانون اساسی بیشتر «تضمین گردد» به گونه‌ای که نظام قضایی بتواند از این حقه‌ها در برابر دست اندازی‌های تقنینی یا اجرایی دفاع نماید. به این معنادادگاه اطمینان حاصل می‌کرد که می‌تواند نقش آتی را در توازن قوا بازی کند. این تصمیم از نظر کارکردی به قضیه *Marbury v. Madison* شبیه بود اما یک تمایز اساسی وجود دارد: دادگاه قانون اساسی تا به حال مجاز بود تا این قدرت را به واسطه قانون اساسی موقت و اصول متعدد قانون اساسی داشته باشد. دادگاه عالی ایالات متحده قدرت کنترل قضایی را بدون مبنای صریح متنی به خودش قائل شد.

بعد از ارجاع به متن که به مجلس قانون اساسی برگشت، دادگاه نسخه اصلاح شده ۴ دسامبر ۱۹۹۶ را تایید کرد.^۲

۴. پیامد فرایند

اهداف کنگره ملی آفریقایی اصلاح طلب (ANX) از طریق این فرایند تماماً تأمین

1. Ibid, at482.

2. In re certification of the Amended text of the constitution of the Republic of South Africa, 1996, 1997 (2) SALR (CC).

نمی‌گردد. حزب ملی قادر نبود برای خودش، نقشی را در دولت آینده تضمین نماید که کنگره ملی آفریقایی اصلاح طلب، با وضعیت و جایگاه اکثریت خود، بطور حتم می‌توانست در آینده قابل پیش بینی حفظ کند. به همین شکل دولت مرکزی نسبتاً قوی است، موضعی که توسط کنگره ملی آفریقایی اصلاح طلب مورد حمایت بود و توسط دیگر گروهها، مخصوصاً حزب آزادی اینکاتا (IFP) مورد مخالفت قرار گرفت. از این رو، اگر چه کنگره ملی آفریقایی مجبور بود تا برخی مصالحه‌هایی را از طریق اصول قانون اساسی انجام دهد، دستور گذاری کنگره ملی آفریقایی اصلاح طلب عمدتاً بدون تغییر باقی ماندند. این امر می‌تواند بیانگر این مساله باشد که این اصول واقعا به صورت اساسی در شکل گیری این فرایند موثر نبود، زیرا کنگره ملی آفریقایی اصلاح طلب - اکثریت - عمدتاً آنچه به دنبال آن بود، بدست آورد.

با این وجود، عوامل متعدد بیانگر آن است که این فرایند در کل و اصول قانون اساسی به صورت خاص، کاملاً موفقیت آمیز بود. اول، گذار نهایی به دموکراسی، مبادله صلح آمیز قدرت را نشان داد که در بر دارنده احزاب سیاسی عمده بود. دوم، اگر چه کنگره ملی آفریقایی اصلاح طلب ممکن بود از نتیجه نهایی راضی بوده باشد، اصول قانون اساسی این فرایند را تحت تاثیر قرار داد، همانگونه که به واسطه این واقعیت منعکس شده است که دادگاه قانون اساسی واقعا پیش نویس اولیه را رد نمود. بنابراین، این مثال از اصول قانون اساسی بایستی به صورت مشخص به عنوان یک موفقیت تلقی گردد، حتی اگر چه اختراها یادآوری شده است.

بخش دوم: اصلاحات قانون اساسی معایر قانون اساسی^۱

فصل ششم: اصلاحات قانون اساسی معایر قانون اساسی: تعریف و تئوری

مفهوم «بازنگری قانون اساسی معایر قانون اساسی» (YXA)^۲ به نظر برخی افراد بعنوان یک ضد و نقیض گویی به نظر می‌رسد. اگر قانون اساسی، قانون برتر یک سرزمین است و اگر قواعد رویه‌ای (یا آئینی) آن برای اصلاح و بازنگری پدرستی دنبال شود، در آن صورت، اصلاحات بر قانون اساسی چگونه می‌تواند با این وجود معایر با قانون اساسی به نظر برسد؟

با کنار گذاشتن این نامگذاری پیچیده و غیر ممکن، این تئوری از برداشت^۳ و تفسیر^۴ یک سند قانون اساسی،^۵ آن گونه که در بخش‌های بعدی توضیح داده خواهد شد، لزومی ندارد که بعنوان ناسازگاری نگریسته شود. به علاوه، اگر چه تئوری بازنگری قانون اساسی معایر با قانون اساسی در بسیاری از نظام‌های حقوقی وجود ندارد، آن صریحاً در دو کشور، با دیگر کشورهایی که به طور بالقوه این تئوری را در آینده بکار می‌گیرند، پذیرفته شده است.

1. Unconstitutional constitutional Amendments.

۲. در متن مقاله به جای «بازنگری قانون اساسی معایر قانون اساسی» مخفف این واژه یعنی UCA استفاده خواهد شد.

3. Understanding.

4. Interpreting.

5. Constitutional Document.

در این فصل، ملاحظات تئوریک بازنگری قانون اساسی مغایر با قانون اساسی مورد تحلیل قرار خواهد گرفت. ابتدا تعریفی برای بازنگری قانون اساسی مغایر با قانون اساسی ارائه خواهد شد. بنابراین نگرانی‌های مربوط به پیش‌بینی بودن بازنگری قانون اساسی مغایر با قانون اساسی - مخصوصاً تئوری‌های مرتبط با لیبرال دموکراسی - مورد تأمل قرار خواهد گرفت.

الف) بازنگری‌های قانون اساسی مغایر با قانون اساسی: تعریف

بازنگری‌های قانون اساسی مغایر با قانون اساسی با تفکیک بین عناصر رویه‌ای و ماهوی اصلاح قانون اساسی بهتر قابل درک است. همه قوانین اساسی، یک فرآیند بازنگری دارند که در قانون اساسی مشخص شده است و تقریباً به صورت مطمئن شامل یک فرآیند محدود کننده برای تصویب نسبت به تقنین معمولی می‌باشد. این محدودیت رویه‌ای می‌تواند در چند شکل مطرح گردد، البته ضرورتاً محدود به این اشکال نیست. این اشکال شامل، مقتضیات رأی اکثریت برتر، تشکیل یک مجمع مؤسسان خاص،^۱ با مأموریت خاص بازنگری،^۲ شرط تصویب توسط ایالت‌ها/ استان‌ها (در نظام فدرال) یا توسط توده عمومی (در شکل همه پرسی) و یا تعلیق‌های موقت در تصویب اصلاحات می‌باشد.^۳

در بسیاری از نظام‌ها، زمانی که این رویه‌ها بدون مشکلی انجام شدند، قانون اساسی اصلاح می‌شود. هیچ تبیینی از محتوای چنین اصلاحاتی وجود ندارد. به صورت بنیادین، این رویکرد مبتنی بر این ایده است که مشروعیت لغو و تغییر قانون در «منبع»^۴ بازنگری بنا شده است و نه در جوهر واقعی^۵ آن.

از این رو، در ایالات متحده، مشروعیت اصلاحات فدرالی، منحصرراً از این واقعیت ناشی می‌شود که آن توسط سازمان‌های دموکراتیک فدرالی و قانونگذاران ایالتی یا از مجمع ملی که به منظور بازنگری قانون اساسی تشکیل می‌شود، نشأت می‌گیرد. تئوری بازنگری قانون اساسی مغایر با قانون اساسی، فراتر از منبع^۶ [بازنگری] قرار می‌گیرد و بیشتر روی ماهیت بازنگری تمرکز می‌کند. مقتضیات رویه‌ای، حتی اگر این رویه‌ها بدرستی دنیار شوند، بازنگری را هنوز هم مقید به کنترل قضایی غیر واقعی^۷ می‌کنند. بنابراین آنچه

1. Special Constituent Assembly.

2. Specific mandate of Amendment.

۳. همه این مقتضیات رویه‌ای می‌تواند درون ایالات متحده دیده شود؛ فرآیند معمولی اصلاح قانون اساسی ایالات متحده از طریق رأی اکثریت برتر (دو سوم کنگره) و تصویب سه چهارم قانونگذاران ایالتی صورت می‌گیرد. به صورت بدیل، بر اساس ماده ۵ قانون اساسی آمریکا، دو سوم ایالت‌ها می‌توانند از یک انجمن منی بخواهند تا اصلاحاتی را (که بایستی توسط ایالت‌ها تصویب شود) پیشنهاد کنند. در حالی که در قانون اساسی ایالت ماساچوست، یک اصلاحیه بایستی توسط دو قانونگذار متوالی (Two successive legislatures) از طریق یک نشست مشترک تصویب شود؛ سپس آن در شکل رفراندوم (همه پرسی) به رأی گیری گذاشته شود.

4. Source.

5. Actual Substance.

6. Source.

7. Pseudo - Judicial Review.

می‌تواند در مفهوم سیر [طی کردن و ادا کردن] مقتضیات رویه‌ای باشد، هنوز می‌تواند توسط نظام قضایی، بر اساس ماهیت آن، مغایر با قانون اساسی تلقی شود که از یک بازنگری قانون اساسی مغایر با قانون اساسی ناشی می‌شود.

لازم است کنترل قضایی مبتنی بر چیزی باشد. برای تقنین عادی، متن قانون اساسی معیاری است که برای اجرای کنترل قضایی بکار می‌رود. در خصوص بازنگری قانون اساسی مغایر با قانون اساسی، این رویکرد به کنترل قضایی، پیچیده است، زیرا بنا به تعریف، یک بازنگری هم می‌خواهد یک قسمت موجود قانون اساسی را لغو کند و هم یک بخش کاملاً جدیدی را ایجاد کند. از این رو، یک بازنگری نمی‌تواند با کل متن قانون اساسی مقایسه گردد (همان گونه که در خصوص قانونگذاری نوعی پیش می‌آید) زیرا بازنگری می‌تواند ضرورتاً غیر معتبر از آب در آید و قانون اساسی را بدون امکان تغییر، ایستا سازد.

تئوری بازنگری قانون اساسی مغایر با قانون اساسی در مقام این نیست تا بازنگری‌های قانون اساسی را غیر ممکن سازد، بلکه تا محدودی، آن می‌خواهد به طور همزمان برخی انعطاف پذیری را در تعدیل قانون اساسی مجاز سازد، اما در عین حال برخی جنبه‌های بنیادین قانون اساسی را از بازنگری حفظ کند. جهت حصول این هدف، دو رویکرد متمایز بکار رفته است: یکی این است که به صورت صریح اصلاح قسمت‌هایی از قانون اساسی را از داخل خود قانون اساسی مستثنا سازند، رویکرد دوم در مقام این بوده است تا خارج از متن صریح قانون اساسی به دیگر مفاهیم بنیادین نگاه کند که نمی‌تواند مورد نقض قرار بگیرد، از این رو فرآیند بازنگری را محدود می‌کند.

اولین شکل یک محدودیت متنی قطعی شده،^۱ می‌تواند با یک شرط در قانون اساسی تصریح شود بدین شکل که یک سری از مواد یا بخش‌ها نمی‌تواند اصلاح گردد.^۲ به صورت بدیل، یک شرط می‌تواند اشاره خاصی به یک مفهوم غیر قابل تجدید نظر نماید.^۳ در هر دو این رویکردها، تئوری بازنگری قانون اساسی مغایر با قانون اساسی نهایتاً یک مفهوم برتر تضمینی^۴ را ارائه می‌دهد که از طریق فرآیند بازنگری غیر قابل تغییر است و بنابراین به موازات خود قانون اساسی باقی خواهد ماند.

به صورت جایگزین، بازنگری قانون اساسی مغایر با قانون اساسی می‌تواند مبتنی بر چیزی غیر از متن قانون اساسی می‌باشد. به طور عمده، نظام قضایی می‌تواند برخی «اصول مهم»، «اصول بنیادین» یا یک «ساختار پایه» را از قانون اساسی بیرون بکشد. اینها نمی‌تواند از متن قانون اساسی آشکار شود اما می‌تواند ناشی از آنها باشد وقتی قانون اساسی را بعنوان یک کل (مجموعه) می‌خوانیم. برای یک شکل گرای خیلی متن محور،^۵ این رویکرد بی پایه به نظر می‌رسد و حتی بعنوان نابود کننده ایده برتری قانون اساسی تصور می‌شود.

1. Embedded Textual limitation.

۲. ماده ۷۹، بند ۳ قانون اساسی جمهوری فدرال آلمان: اصلاحات این قانون اساسی که اصول بنیادین مقرر در موارد ۱ و ۲۰ را تحت تأثیر قرار می‌دهد غیر قابل تجدید نظر هستند.

۳. بر اساس همان ماده، اصلاحات قانون اساسی که تقسیم فدراسیون به ایالت‌ها یا اصل مشارکت ایالت‌ها در تقنین را تحت تأثیر قرار می‌دهد، غیر قابل بازنگری هستند.

4. Super- Entrenched concept.

5. Strict Textual Formalist.

زیرا از نقطه نظر یک متن گرا، این رویکرد به بازنگری قانون اساسی مغایر قانون اساسی، تفسیر نظام قضایی را بر خود قانون اساسی برتر می‌سازد. تا حد معینی، این انتقاد موجه به نظر می‌رسد. با وجود این، حقوقدانان حقوق عرفی که این انتقاد را مطرح می‌کنند بایستی بپذیرند که این ایده هماهنگی درونی برای سنت حقوقی رومی - ژرمنی (مدنی) سازگی ندارد. در واقع، متد اصلی تفسیر کدهای مدنی در راستای استفاده از متد تفسیر بوده‌اند.^۱ این رویکرد از ضرورت ناشی می‌شود؛ زیرا هم کدهای فرانسه و هم آلمان از تنظیمات عمومی به موارد خیلی خاص پیش می‌روند که توجه به تمام کد^۲ را جهت اعمال به تک تک مقررات الزامی می‌کند. البته، استفاده از متد تفسیری در اعمال و اجرای قانون، خیلی متفاوت از کاربرد آن در راستای بیرون کشیدن محدودیت‌های بر فرآیند بازنگری قانون اساسی است، اما با وجود این، آن یک رویکرد جایگزین را به قوانین مدون و تفسیر قانون اساسی پیشنهاد می‌کند.

ب) بازنگری قانون اساسی مغایر با قانون اساسی و لیبرال دموکراسی

به صورت اساسی لیبرال دموکراسی مبتنی بر مفهومی است که قدرت حاکمیت دولت از طرف مردم تفویض می‌شود. در نتیجه، مبنای مشروعیت آن مردم می‌باشد. تئوری بازنگری قانون اساسی مغایر قانون اساسی به دو دلیل یک وضعیت دشواری را برای لیبرال دموکراسی تحمیل می‌کند. اول، تئوری بازنگری قانون اساسی مغایر قانون اساسی یک کنترلی را بر فرآیند سیاسی و به همین شکل، کنترلی را بر اراده آزاد مردم تحمیل می‌کند. البته مقتضیات و شرایط رویه‌ای یک نقش مشابهی را ایفا می‌کنند.

اما یک تمایز بزرگ بین شروط اکثریت برتر و بازنگری قانون اساسی مغایر با قانون اساسی بجا می‌گذارد. بازنگری قانون اساسی مغایر قانون اساسی مطلق است و توسط حتی صد در صد توده مردم نیز کنار گذاشته نمی‌شود (مگر این که یک قانون اساسی جدید ایجاد گردد) در حالی که، محدودیت‌های رویه‌ای می‌تواند کنار گذاشته شود اگر موضوع به اندازه کافی برای یک ائتلاف نسبتاً وسیع شهروندان مهم و اساسی باشد.

دوم، تئوری بازنگری قانون اساسی مغایر قانون اساسی، تعیین نهایی موضوعات ماهوی را در اختیار نظام قضایی قرار می‌دهد، نهادی که به صورت مستقیم بر عموم پاسخگو نیست. به طور کلی، قابل پیشنهاد تلقی می‌شود تا یک نظام قضایی مستقل و غیر قابل نفوذی^۳ داشته باشیم، زیرا این حمایت‌ها به دادگاه‌ها کمک می‌کنند تا «عینیت»^۴ خودشان را حفظ کنند. این که دادگاه‌ها عینی و مافوق نزاع سیاسی هستند، ذر بسیاری از جوامع یک توهم حقوقی خیلی مهم می‌باشد. زیرا آن، دادگاه‌ها و تصمیمات^۵ آنها را مشروع می‌سازد. این مشروعیت بواسطه این ایده تقویت می‌شود که دادگاه‌ها، اجرا کننده قانون هستند، آن

۱. این تئوری از تفسیر بیانگر آن است که هر کد بایستی در زمینه کدهای دیگر تفسیر گردد زیرا کدها با همدیگر یک «پوشش کلی» را تشکیل می‌دهند که در بردارنده تمامیت قانون است.

2. Entire Code.
3. Insulated Judiciary.
4. Objectivity.
5. Determinations.

گونه که توسط قانونگذار نوشته شده است. البته، در واقعیت، کار قضات هرگز این گونه مکانیکی نیست. تصمیمات دادگاه مستلزم تفسیر قوانین مدون و شروط قانون اساسی است که بندرت معانی شان به طور کامل شفاف هستند. اما به طور قابل ملاحظه بازنگری قانون اساسی مغایر قانون اساسی این توهم را تضعیف می‌سازد زیرا اعمال بازنگری قانون اساسی مغایر قانون اساسی به طور مطمئن شامل تصمیمات سیاسی‌ای خواهد بود که گاهی اوقات به هیچ وجه ریشه در هیچ متنی ندارند. کاربرد بازنگری قانون اساسی مغایر قانون اساسی به نظر هیچ شکمی باقی نمی‌گذارد که نظام قضایی به صورت صریح در فرآیند سیاسی دخیل هستند.

در خصوص اصول قانون اساسی، جواب‌های آسانی به این سئوالات گیج کننده وجود ندارد. بسا وجود این، فرد می‌تواند تصور کند که، به شرط درستی، چرا چنین محدودیت‌هایی می‌تواند مطلوب باشد. اول، می‌توان استدلال کرد که، حتی در دموکراسی، مردم آزاد نیستند تا هر چیزی که می‌خواهند انجام دهند. نگرشی که پیشنهاد شده است این است که دموکراسی نمی‌تواند «به صورت مشروع فرآیندهای دموکراتیک را برای نابودی ماهیت دموکراسی» بکار گیرد، [دموکراسی‌ای] که می‌تواند بعنوان «مشارکت معنادار در خود مختاری» توصیف شود. مخصوصاً یک اکثریت، یا یک اکثریت بالاتر، نبایستی مجاز باشد تا حق مشارکت در خود مختاری بر اقلیت‌های فعلی را انکار کند؛ بدلیل همین امر، حتی اگر صد در صد جمعیت موافق باشند که دموکراسی متوقف شود، این امر همچنین می‌تواند در جهت حمایت از حقوق نسل‌های آینده ممنوع گردد.

این نگرش بدون بحث و تأمل نیست، اما آن یک نگرش بزرگ‌تر و شاید کمتر مناقشه آمیز را مطرح می‌کند: دموکراسی‌ها ضرورتاً یک فرآیند قاعده اکثریت خواهانه^۱ نیست. بنابراین، اگرچه مفهوم بازنگری قانون اساسی مغایر قانون اساسی به حقوق‌دانان و دانشمندان سیاسی آمریکا بیگانه به نظر می‌رسید، در عمل، همه فرآیندهای اصلاحات می‌تواند در یک رشته تسلسل^۲ از فرآیندهای نسبتاً آسان تا فرآیندهای خیلی مشکل تصور شود که به طور ساده غیر ممکن هستند. اگرچه افراد زیادی هنوز این امر را برای موضوعات دموکراسی که در بالا مشخص شد، حداقل از نظر تئوریک، ناراحت کننده می‌دانند، این یک چنین مفهوم مشکلی نیست. با وجود این، این ویژگی خاص همچنین بیانگر آن است که، اگر همه اختیارات در طول یک رشته تسلسل هستند، در آن صورت بازنگری قانون اساسی مغایر قانون اساسی می‌تواند به صورت خاص بعنوان یک انتخاب دشوار تصور شود. به صورت بدیل، یک قانون اساسی می‌تواند به صورت فرضی شامل استانداردهای بالاتر برای برخی حقوق بنیادین در قانون اساسی باشد، همانند استانداردهایی که تغییر آنها خیلی سخت است اما غیر ممکن نیست. این رویکرد می‌تواند کمتر مورد توجه حقوق‌دانان آمریکا باشد و در عین حال، در عمل می‌تواند در یک چنین روشی سازماندهی شود که تقریباً هم ارزش با تئوری بازنگری قانون اساسی مغایر قانون اساسی باشد.

بنابراین، مادامی که مطالعات موردی نظر باشند، شاید آن یک سئوال مفید باشد که آیا

1. Majoritarian Rule.

2. Continuum.

متد دیگری وجود دارد که می‌تواند در جهت تضمین این حق‌ها مورد استفاده قرار بگیرد. یالینکه، در حقیقت، بازنگری قانون اساسی مغایر قانون اساسی در مقام پاسخ دادن به چیزی بیش از یک نیاز صرف بر تضمین است.

فصل هفتم: بازنگری قانون اساسی مغایر با قانون اساسی: مطالعات موردی تطبیقی

مطالعات موردی زیر از بازنگری قانون اساسی مغایر با قانون اساسی مورد توجه قرار خواهد گرفت. اول، استفاده آنان از YXA هم با تبیین خاستگاههای تئوری و همینطور رویه قضایی مرتبط دادگاه قانون اساسی فدرال آلمان توضیح داده خواهد شد. سپس، مثالی از هندوستان، دوباره با رویه قضایی مزبور و نیز با لحاظ عوامل تاریخی که منجر به استفاده از YXA هندوستان شده بررسی خواهد شد. سپس دو مثال دیگر بطور خلاصه بررسی خواهد شد؛ این مثالها شامل کشورهایی که قوانین اساسی شان برخی حمایتهایی را برای تئوری YXA ارائه می‌دهد، اما دادگاههای آن کشورها بصورت شفاف این مفهوم را تایید نمی‌کند، می‌باشد. بالاخره، ارتباط بین اصول قانون اساسی و YXA با نگاه خاصی به تجربه نامیبیا و آفریقای جنوبی تجزیه و تحلیل خواهد شد.

الف) بازنگری قانون اساسی مغایر با قانون اساسی در آلمان

دادگاه قانون اساسی فدرال آلمان (ΦXX) مفهوم YXA را تایید کرده است. در واقع YXA (البته به عنوان اظهار نظر فرعی) در اولین تصمیمی که ΦXX گرفت، ارجاع شده است. با این وجود، این مفهوم تا حدودی مبهم باقی مانده است و هرگز وادار نشده است تا مفهوم YXA را به تفصیل شرح دهد.

نقطه شروع برای YXA ماده ۷۹ قانون اساسی آلمان است که به صورت عمده موارد زیر را محدودیت‌های ماهوی فرایند بازنگری تعیین میکند: «بازنگری‌های قانون اساسی که تفکیک فدراسیون به ایالتها (لیدر) را تحت تأثیر قرار می‌دهد، مشارکت مربوط به اصل ایالتها در تقنین، یا اصول پایه مقرر در مواد ۱ و ۲۰ غیر قابل بازنگری هستند». این شرط سه چیز دارد. اول: آن می‌گوید که فدراسیون نمی‌تواند از طریق بازنگری منحل شود (یا به واحدهای کوچکتر تقسیم شود). دوم: ویژگی فدرال نظام سیاسی نمی‌تواند بازنگری شود. بالاخره، مفاهیم ذکر شده در مواد ۱ و ۲۰ نمی‌تواند بازنگری شود. همه این مؤلفه‌ها، یک شکلی از محدودیت‌های ماهوی را مطرح می‌کند اما هیچ کدام به اندازه تضمین مواد ۱ و ۲۰ غیر قابل حصول نیستند. ماده ۱ یکی از نوزده ماده در فصل ۱ قانون اساسی آنان است که به صورت دسته جمعی برچسب «حقوق پایه یا بنیادین» را دارند.

ماده (۱):

۱. حیثیت ذاتی انسان غیر قابل نقض است. احترام و حمایت از آن، وظیفه همه مقامات دولتی است.
۲. بنابراین ملت آلمان، غیر قابل نقض و تفکیک ناپذیری حقوق بشر را به عنوان مبنای جامعه انسانی، صلح و عدالت در جهان می‌پذیرند.
۳. حقوق بنیادین زیر به عنوان قانون مستقیماً معتبر، بر مقنن، قوه مجریه و نظام قضایی الزام‌آور است.

ماده ۲۰، ماده اول فصل دوم است که برچسب فدراسیون و ایالتها را دارد. آن می‌گوید که:

ماده (۲۰):

۱. جمهوری فدرال آلمان، یک دولت دموکراتیک و فدرال اجتماعی است.
 ۲. همه مقامات دولتی، ناشی از مردم است. آن توسط مردم از طریق انتخابات و رای‌گیری و با ارگانهای ویژه تقنینی، قوه مجریه و نظام قضایی اعمال می‌شود.
 ۳. قانونگذاری مقید به تصمیم قانون اساسی است، قوه مجریه و نظام قضایی ملزم به قانون و عدالت می‌باشند.
 ۴. همه آلمانیها حق دارند تا اصرار کنند که هر فردی که به دنبال لغو این نظم قانون اساسی هستند بایستی هیچ جبرانی امکان پذیر نباشد.
- از طریق این دو ماده است که قلمرو گسترده ماده ۷۹ واقعاً آشکار می‌شود. مفاهیم «قانون و عدالت» و «نظم قانون اساسی» که به ماده ۲۰ اشاره دارد و مفهوم «حیثیت ذاتی انسان» که به ماده (۱) اشاره دارد، واژه‌های خیلی مبهمی هستند اما در قلمرو خودشان نمی‌تواند خیلی گسترده باشد. چون آن در صلاحیت دادگاه قانون اساسی فدرال آلمان است که تعیین کند مفهوم این واژه‌ها چیست، نقش دادگاه مزبور در نظارت بر بازنگری‌های قانون اساسی می‌تواند کاملاً دور از حصول باشد.
- اما وقتی دادگاه قانون اساسی فدرال آلمان، استفاده از YXA را در پرونده جنوب غرب بحث کرد، خودش را به دستورات^۱ ماده ۷۹ محدود نکرد؛ آن حتی یک مفهوم کلی‌تر را مطرح می‌کند. «یک مقرره فردی قانون اساسی نمی‌تواند به عنوان یک شرط جدا مد نظر قرار گیرد و تنها تفسیر گردد. قانون اساسی یک واحد درونی دارد و مفهوم هر بخش مرتبط با بخش مقررات دیگر است.
- قانون اساسی، به عنوان یک واحد، برخی اصول خیلی مهم و تصمیمات بنیادین را منعکس می‌کند که در آن مقررات فردی، کمکی و فرعی هستند.
- دادگاه قانون اساسی فدرال آلمان خاطر نشان می‌کند که «هر مقررات قانون اساسی می‌بایستی^۲ به روشی تفسیر گردد که با آن اصول اولیه و با تصمیمات بنیادین مؤسسان قانون اساسی سازگار باشد». این تفسیرها، یک صلاحیت خیلی وسیعی را برای دادگاهها ارائه می‌کند که با متن خود قانون اساسی محدود نمی‌شود. با وجود این، بایستی تاکید گردد که این تنها اظهار نظرهای فرعی^۳ بود.
- دو سال بعد، در پرونده ماده ۱۱۷، دادگاه قانون اساسی فدرال که مفهوم YXA را از اظهار نظر قضایی صرف^۴ به یک تئوری واقعی منتقل کرد، خاطر نشان کرد که اصول قانون برتر^۵ وجود دارد که در قانون اساسی آلمان وارد شده است. و اینکه «در حادثه غیر معقول که مقره‌ای از قانون اساسی از محدودیتهای بیرونی اصل قانون برتر عدالت تجاوز می‌کند، این وظیفه دادگاه است تا بطور جدی برخورد نماید.

1. mandates

2. Dicta

3. mere dictum

4. Higher - Law principles

خاستگاهها و مفهوم «اصول قانون برتر، شفاف نیستند؛ یک نقطه شروع منطقی می‌تواند مفاهیمی باشد که در ماده ۷۹ و به صورت ضمنی در مواد ۱ و ۲۰ آمده است (در واقع، مفهوم اصلی که در پرونده ماده ۱۱۷ مورد اشاره قرار گرفته - مفهومی از «عدالت» - مستقیماً از بند ۳ ماده ۲۰ ناشی می‌شود). اما بیانیه رسمی پرونده جنوب غرب می‌گوید که این «اصول قانون برتر» می‌تواند از «اصول خیلی مهم» ناشی شود که به صورت صریح در چارچوب قانون اساسی نبوده، این مفهوم را لاینحل باقی می‌گذارد.

تنها پرونده دیگری که مستقیماً YXA را در بر دارد، پرونده کلاس بود. این پرونده در بر گیرنده نظارت ارتباطات پستی و ارتباطات تلفن بدون اینکه آگاهی و دانش فرد نظارت شود. برای مجاز ساختن این امر، بازنگری بر ماده ۱۰ پیشنهاد شد، که قبلاً گفته بود «حریم خصوصی نامه‌ها و سری بودن پست و ارتباطات تلفنی، غیرقابل نقض هستند. محدودیت‌ها تنها متعاقب یک قانون مدون مورد امر قرار می‌گیرد». بازنگری بنا بود یک شرط دومی اضافه بکند که تنها نمی‌تواند نظارت سری را مجاز سازد، بلکه می‌تواند همچنین یک راه چاره شهروندی به دادگاهها با یک فرایند بازنگری توسط نهادی که توسط پارلمان ایجاد می‌شود جایگزین کند. این بازنگری نهایتاً توسط دادگاه قانون اساسی فدرال آلمان تأیید شد. اما، قضاوت موافق تمایل به رد این بازنگری را بر مبنای نقض بند ۳ ماده ۷۹ بیان کردند. آنها بازنگری را به عنوان نقض مفهوم کلی حیثیت ذاتی بشر (آنگونه که در ماده (۱) حمایت شده است) و همینطور نقض مفهوم «حمایت حقوقی فرد» تصور کردند که اشتقاقی از مفاهیم تفکیک قوا و قانونمداری عمومی است (که به ترتیب بر اساس بندهای ۲ و ۳ ماده ۲۰ حمایت می‌شود). نظر موافق استدلال می‌کند که چون ماده ۷۹ به اقداماتی اشاره دارد که این اصول را تحت تأثیر قرار می‌دهد، بازنگری پیشنهادی ماده ۷۹ را نقض می‌کند و بنابراین این یک بازنگری قانون اساسی مغایر قانون اساسی بود.

این سه پرونده، تمامیت زویه قضایی YXA می‌باشند. از این رو، بایستی پذیرفته شود که YXA در آلمان نسبتاً توسعه نیافته هستند. حوزه و قلمرو مفهوم YXA نا مشخص است، اما موافقان در پرونده کلاس تنها آشکار می‌سازند که چگونه این مفاهیم دور از حصول می‌توانند حاصل شوند: چنین مفاهیمی همانند حیثیت ذاتی بشر، تفکیک قوا، و حاکمیت قانون می‌تواند همگی به عنوان زمینه‌هایی برای اصلاح مغایر با قانون اساسی بودن یک بازنگری عمل کند. مفاهیم دیگر، همانند دموکراسی نظامی،^۱ حزب دولتی، عدالت، و ایده کد رسمی، توسط مفسرین به عنوان تضعیف اصول قانون اساسی آلمان تلقی می‌شود و بنابراین، آنها نیز می‌تواند به صورت فرضی در جهت اجتناب از بازنگری مورد استناد قرار گیرد. از این رو، مفهوم هر کدام از این مفاهیم شفاف نیستند.

این ترتیب، رونالد کومرس را به این سمت سوق داد تا بگوید که در واقع در آلمان، در عمل سه قانون اساسی وجود دارد. اولین آن قانون اساسی غیرقابل بازنگری است همانگونه که از طریق بند ۳، ماده ۷۹ حمایت شده است. دومین آن، قانون اساسی قابل بازنگری است که شامل همه بخشهای متن نوشته، بجز حوزه‌هایی که بر اساس ماده ۷۹ حمایت شده است، می‌باشد. سومین قانون اساسی، حیثیت ذاتی و کد اخلاقی است. این ترتیب سه جزئی - مخصوصاً بخش نانوشته - قابل بحث است، زیرا هم در مورد ماده ۱۱۷ و هم در

پرونده کلاس. مفاهیم واقعی بکار رفته (یعنی عدالت، تفکیک قوا و حیثیت ذاتی انسان) تئوری‌هایی هستند که مباحثات متن محور در «قانون اساسی غیرقابل تجدید نظر» دارند. با وجود این، تز اصلی کومرس فراتر از استدلال است: متن «قانون اساسی غیر قابل تجدید نظر» مبهم است که به صورت صریح به مفاهیم خیلی عمومی، غیرمشخص اشاره دارد. بدین صورت، دادگاهها، اختیارات صلاحیتی قابل ملاحظه‌ای را - اگر و زمانی که آنها بکارگیری آنها را انتخاب می‌کنند - جهت صدور حکم مربوط به سازگاری بازنگری‌های قانون اساسی محفوظ داشته است.

ب) ساختار اساسی هندوستان

دادگاه عالی هندوستان نیز مفهوم YXA را با تصریح اینکه یک «ساختار پایه‌ای» برای قانون اساسی هندوستان وجود دارد، پذیرفته است. از این رو، اگر چه ماده ۳۶۸ از قانون اساسی هند (که بازنگری را مجاز می‌سازد) به پارلمان اجازه اصلاح هر بخش از قانون اساسی را می‌دهد آن «به پارلمان اجازه نمی‌دهد تا ساختار پایه آن یا چارچوب قانون اساسی» را منسوخ نماید. اگر یک بازنگری مجاز به شکل دیگری در مقام این نقض ساختار پایه باشد. دادگاه می‌تواند آن را غیرمعتبر سازد.

منابع تئوری «ساختار پایه» مخصوصاً جالب است. برخلاف قانون اساسی آلمان، هیچ مبنای متنی صریح برای این مفهوم در قانون اساسی هندوستان وجود ندارد. مبنای بیان شده برای این منطقی این بود که واژه «بازنگری» ذاتاً یک عبارت محدودی است و اینکه اگر بازنگری در مقام نقض ساختار پایه قانون اساسی است، در آن صورت می‌تواند بازنگری را متوقف کند. قانون اساسی تنها بازنگری توسط پارلمان را مجاز می‌دارد، نه چیزی که اساساً متفاوت است.

این استدلال حقوقی که عبارت «بازنگری» را به صورت مضیق تفسیر می‌کند، همه داستان این مفهوم را بیان نمی‌کند. بلکه، مفهوم «ساختار پایه» ناشی از امر تفکیک قوانین دادگاه و پارلمان می‌باشد. دادگاه، بعد از اینکه به دفعات قوانین مربوط به برخی حقوق بنیادین (مخصوصاً حقوق اموال را رد می‌کند) یک پارلمان تعدی کننده را ایجاد می‌کند که به صورت فزاینده‌ای تمایل به استفاده از آیین بازنگری در جهت تصویب خط‌مشی‌های آنها داشت. این فعالیت پارلمانی منجر به آنچه از نظر تاریخی به عنوان سوء استفاده از قدرت در شکل یک قاعده اضطراری دیده شده است گردید که در ۱۹۷۵ اعلام شد. در طول ۲۲ ماه بعدی، پارلمان حقوق بنیادین متعددی از جمله ماده ۲۱، حمایت از حیات و آزادی شخصی را تعلیق کرد. این سوء استفاده از قدرت پارلمانی، بیش از هر چیز دیگر، به مفهوم کنترل قضایی بر فرایند بازنگری نظر دارد.

با این حال، «ساختار پایه» یک مفهوم کاملاً نامشخص است. اما در پرونده‌های دیگری بکار رفته است اما تنها یک بار اکثریت قضاات را دارند که بر روی یک مفهومی که در «ساختار پایه» مناسب است توافق دارند. در قضیه مینروا میلز، دادگاه اصلاحیه‌ای که می‌توانست دادگاه را از قضاوت در مورد بازنگری‌های پارلمانی آینده منع کرده باشد، را متوقف کرد. و اکثریت موافقت کردند که یک قدرت بازنگری محدود پارلمانی، بخشی از «ساختار پایه» قانون اساسی است.

موضوعات متعدد دیگری توسط قضاات مطرح شده است که درون عنوان «ساختار پایه»

از جمله حاکمیت، ویژگی دموکراتیک و سکولار سیاست، حاکمیت قانون، استقلال نظام قضایی و حقوق بنیادین شهروندان قرار می‌گیرند. با این حال، هیچ کدام از این عناصر تا به حال توسط اکثریت حفظ نشده است و از این رو، این مؤلفه‌ها ارزش رویه‌ای محدود دارند. چون اندکی بعد از ۱۹۷۵، قاعده اضطراری پایان یافت، موضوع «ساختار بنیادین» بیشتر مورد اعتراض قرار نگرفته است. در حد گسترده‌تری، این امر ظاهراً ناشی از پارلمان که توان و پتانسیل خودش را برای سوء استفاده محقق می‌کند و [همچنین] ناشی از اراده پارلمان در کم کردن قدرت خودش می‌باشد. همچنین منصفانه است بگوییم که از زمان قاعده اضطراری، دادگاه عالی در تضمین حقوق بنیادین مخصوصاً ماده ۲۰ (حق بر حیات و آزادی شخصی) خیلی فعال بوده است. از این رو، دقیقاً به این دلیل که دادگاه یک حامی خیلی مهم حقوق شهروندی شده است، به نظر می‌رسد که پارلمان در محدوده مختصر کردن این حقه‌ها، بسیار محتاط است. با این حال، دلیلی وجود ندارد تا بپذیریم که بحث «ساختار پایه» تمام است.

از نقطه نظر YXA به عنوان یک مفهوم، مسلماً جالبترین عنصر اینجا این است که دادگاهها این مفهوم از «ساختار پایه» را در پاسخ به آنچه به عنوان سوء استفاده از فرایند سیاسی توسط پارلمان تصور می‌شد، ایجاد نمود. فرایند بازنگری هند از نظر رویه‌ای کاملاً دقیق نیست بنابراین آن، توان به سوء استفاده را ثابت کرد و تنها در این زمان است که دادگاه عالی یک موضع فعالتری را در جهت اصلاح این عدم توازن سیاسی پذیرفت. در حالی که این حرکت توسط دادگاه، بعد از ۱۹۷۵، ابتدائاً می‌توانست مورد تردید قرار گرفته باشد، بحث کمی پیرامون شایستگی های یک دادگاه قوی در حمایت از حقوق بنیادین وجود دارد.

ج) بازنگری قانون اساسی مغایر قانون اساسی در ایتالیا و فرانسه

آلمان و هندوستان، پیشرفته‌ترین مثالهایی از YXA را نمایان می‌سازد، اما دیگر کشورها نیز عناصر YXA را در قانون اساسی خودشان، البته به درجات متفاوت دارند. قانون اساسی ایتالیا می‌گوید که «شکل جمهوری دولت نمی‌تواند از طریق بازنگری قانون اساسی تغییر یابد». قانون اساسی فرانسه تقریباً بیان مشابهی دارد.

این مثالها از YXA بصورت واضح قلمرو بسیار محدود دارند و از ارزش قابل بحثی برخوردار هستند. حفظ حکومت جمهوری نمی‌تواند موضوعی باشد که بطور مکرر مطرح گردد، و اگر شکل جمهوری حکومت بناست مورد چالش قرار گیرد، به یک اندازه مورد تردید است که آن از طریق چارچوب قانونی مقرر اتفاق بیفتد.

همچنین روشن نیست که آیا این شرطها قابل دادخواهی هستند. با این حال، حضور این شرطها در دیگر قوانین اساسی، باور به ایده‌ای که توسط دادگاه عالی هند در کیزاوانانداباراتی تصریح شد را ایجاد می‌کند، زمانی که دادگاه مقرر داشت بازنگری‌ها نمی‌تواند تمامی قانون اساسی را بازسازی کند. محدود کردن این احتمال به ندرت تعدی به دموکراسی است.

د) گذار از اصول قانون اساسی به بازنگری قانون اساسی مغایر قانون اساسی

ضرورتاً هیچ ارتباطی بین اصول قانون اساسی و بازنگری قانون اساسی مغایر قانون اساسی وجود ندارد. النهایه، اصول قانون اساسی معمولاً در یک سند داخلی قرار می‌گیرند که با

اجرا شدن قانون اساسی جدید خاتمه می‌یابد. بنابراین، این نتیجه بدست می‌آید که اصول قانون اساسی نیز زمانی که قانون اساسی جدید شکل می‌گیرد، متمایز می‌گردد. این چشم‌انداز مضیق‌تر، حصول اصول قانون اساسی در اثرگذاری به پیش نویس قانون اساسی جدید و نه هر تلاشی در جهت تغییر را محدود نماید.

با این حال، این دید محدود در محافل دانشگاهی مورد چالش واقع گردیده است. برخی می‌گویند که اصول قانون اساسی بعد از ایجاد قانون اساسی جدید نیز به حیات خود ادامه می‌دهد و اینکه هر تلاش آتی در جهت اصلاح قانون اساسی می‌تواند الزاماً با اصول قانون اساسی اولیه که قانون اساسی را شکل داد، سازگار باشد. استدلال مزبور می‌گوید این اصول، مبنای قانون اساسی را شکل می‌دهد و از این رو، آنها به حرکت خود ادامه می‌دهند و واقعا یک بخش و قسمتی از قانون اساسی جدید هستند. ماریوس ویچر این نگرش را در رابطه با اصول قانون اساسی نامیبیا پیشنهاد کرده است.

ارزیابی اهمیت و شایستگی‌های این بحث مشکل است. از یک چشم‌انداز رسمی متن محور، مشکل است تا از خود اصول قانون اساسی این نکته را بفهمیم که توسط قانون اساسی جدید ارجاع شده باشند. در حالی که از چشم‌انداز «قصد منشاگرایان»، استدلال برای حفظ اصول قانون اساسی به مراتب قوی‌تر است (البته، همه اینها پیش فرض می‌گیرند که یک نهاد قضایی (خواه آن دادگاه عالی یا دادگاه قانون اساسی باشد) برای رسیدگی به چنین پرونده‌ای وجود دارد).

و اما ایده استمرار اصول قانون اساسی، یک ملاحظه درخور تحسین باقی می‌ماند، مخصوصاً اگر فرد وضعیت هندوستان را در نظر بگیرد، جایی که دادگاه عالی مفهوم «ساختار پایه» را نهایتاً خارج از اراده خود آنها در کنترل بر سوء استفاده‌های دیگر شاخه‌های حکومت ایجاد نمود. دادگاه عالی هند ملزم بود تا یک مفهوم جدیدی را برای حصول این نظارت ایجاد کند. برای دادگاه خیلی دشوار نیست تا اصول قانون اساسی را دوباره احیا بکند اگر قانون اساسی اصالتاً در مورد آنها تنظیم شده باشد و دادگاه احساس کرده باشد که شرایط آن را توصیه و تجویز می‌کند. مسلماً آن برخی فعالان قضایی را می‌تواند ملزم کند اما مورد هندوستان مطمئناً بیانگر آن است که این امر حداقل یک احتمال تئوریکی باقی می‌ماند.

هیچ دادگاهی به صورت آشکار با این موضوع مواجه نشده و [به آن] جواب نداده است. با این حال، دادگاه قانون اساسی آفریقای جنوبی در یکی از تصمیمات ابتدایی خود، رویه قضایی «ساختار پایه» هندوستان را بررسی کرده و اظهار نظر کرد که تحت شرایط صحیح، این دسته از تئوری‌ها احتمالاً به آفریقای جنوبی به خوبی اعمال شود. با وجود این، نبایستی خیلی زیاد در این مقوله اغراق شود. اول، دادگاه یادآوری کرد که چنین داده‌هایی در این پرونده مطرح نشده و بنابراین هر حکمی را در مورد این موضوع محفوظ داشت. دادگاه همچنین به صورت صریح خاطرنشان کرد که این تفسیرها صرفاً بیانیه‌های قضایی فرعی هستند. نهایتاً بایستی خاطرنشان کرد که این موضوع در حدود عملکرد دوساله دادگاه، در برابر آن مطرح شد و حتی قبل از اینکه [دادگاه] قانون اساسی آفریقای جنوبی آنرا تایید کرده باشد. بنابراین، اثر رویه قضایی آینده، در حالی که بحثهای دانشگاهی و آکادمیک را برمی‌انگیزد، از نظر قانونی مبهم است.