

اساسی شدن حقوق به مثابه بدیل مشروطه‌گرایی در دوران جهانی شدن

سمانه رحمتی فر* مهدی شهابی** علی اکبر گرجی ازندریانی***

چکیده

چند سالی است که در گفتمان حقوقی کشور، اصطلاح اساسی سازی حقوق رواج یافته است. حقوق دانان در خصوص معنای این اصطلاح اختلاف نظر دارند. اختلافی که می‌تواند ریشه در تفاوت فرایند اساسی سازی در نظام‌های حقوقی گوناگون داشته باشد. اساسی سازی، اصول و ارزش‌های مشروطه‌گرایی و قواعد بنیادین را به شکل عینی و با ضمانت اجرای حقوقی وارد هرم قواعد حقوقی می‌کند. در سطح داخلی اساسی سازی حقوق، از طریق فرایندی برنامه‌ریزی شده و غیر اتفاقی پیش می‌رود و عموماً بر تصمیمات و دستورات نهادهای ویژه پاسدار قانون اساسی یا آرای دادگاه‌های عادی متکی است. در سطح فرا ملی، به موازات ایجاد حکمرانی جهانی، اساسی شدن به صورت فرایندی غیر برنامه‌ریزی شده و خود به خودی در حال پیشروی است؛ در این سطح اساسی شدن حقوق ریشه در حل مسائل روزمره اداره امور، توسط کنشگران اقتصادی، سیاسی و ... دارد.

واژه‌های کلیدی: اساسی شدن/اساسی‌سازی، مشروطه‌گرایی، جهانی شدن، قضایی شدن.

s.rahmatifar@iauh.ac.ir

* استادیار دانشگاه آزاد اسلامی، واحد همدان (نویسنده مسئول)

m_shahabi@ase.ui.ac.ir

** استادیار گروه حقوق دانشکده علوم اداری و اقتصاد دانشگاه اصفهان

gorji110@yahoo.fr

*** دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی تهران

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۱۱/۲۹

تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۰۲/۲۰

۱. مقدمه

فرایند اساسی‌سازی تا حد زیادی در ارتباط با نهاد پاسداری از قانون اساسی طرح می‌شود. چرا به رغم وجود و سابقه طولانی این نهاد در حقوق عمومی، اساسی‌سازی حقوق تا این حد پرطرفدار و جذاب است؟ چه تفاوت‌هایی میان پاسداری از قانون اساسی و اساسی‌سازی در حقوق عمومی وجود دارد؟ ایجاد قانون اساسی، به مشروطه‌گرایی برمی‌گردد. تئوری‌های مربوط به مشروطه‌گرایی عمدتاً در علوم اجتماعی مورد بررسی قرار می‌گیرند و حقوق از نتایج این پژوهش‌ها بهره‌مند می‌شود. آیا نظریه اساسی‌سازی حقوق، علم حقوق را در این خصوص خودکفا کرده است؟ یعنی آیا اساسی‌سازی خلأ تئوریک مشروطه‌گرایی در حقوق را پر کرده است؟ به عبارت دیگر آیا در مطالعات حقوقی اساسی‌سازی جایگزین مشروطه‌گرایی شده است؟ در سطح جهانی وضعیت به چه ترتیب است؟ آیا فرایند اساسی در سطح جهانی هم قابل بررسی است؟ آیا اساساً به رغم وجود حکومت جهانی اساسی شدن حقوق جهانی متصور است؟

گسترش سریع اساسی‌سازی و تسری آن به نظام‌های گوناگون حقوقی، تا حدی مرهون امکانی است که جهانی شدن برای حقوق فراهم کرده است. به طور کلی در میان اندیشمندان دو رویکرد نسبت به جهانی شدن وجود دارد: بعضی جهانی شدن را به دایره‌ای تشبیه می‌کنند که بر همه وجوه زندگی انسان، اوصاف یکسانی را بار می‌کند و بعضی آن را متکثر می‌بینند و به حلقه‌های المپیک تشبیه می‌کنند؛ یعنی فرایندی که نه تنها منجر به هم‌سانی نمی‌شود که زمینه دیده شدن رنگ‌ها و تفاوت‌ها را فراهم می‌کند. با گرایش نخست در ادامه روند جهانی شدن نظام حقوقی یگانه‌ای بر جهان چیره خواهد شد و با دیدگاه دوم جهانی شدن به نظام‌های حقوقی گوناگون این فرصت را می‌دهد که در کنار یکدیگر هم‌زیستی مسالمت‌آمیز داشته باشند و از طریق ابزارهای ارتباطی تعاملات و مبادلات گسترده در سطوح گوناگون برقرار کنند.

روشن است که برقراری ارتباط نیاز به هم‌زبانی و فهم متقابل دارد. گیدنز در کتاب پیامدهای مدرنیت در توضیح تغییر عنصر اعتماد در دوران جهانی استدلال می‌کند که زمان متکی کردن اعتماد بر دلایل شخصی و ذهنی پایان یافته است و بنابراین عناصری

از اعتماد بر دلایل غیرشخصی مبتنی شده‌اند. از طرف دیگر لازمه فرارفتن انسان از مکان، یافتن زبان مشترک با دیگر انسان‌ها است. بنابراین ضروری است که انسان بتواند ذهنیات خود را هر چه شفاف‌تر و همه فهم‌تر طرح کند. ایجاد ساختارهای نمادین (مانند پول الکترونیک و ساعت) میان تمام انسان‌ها زمینه این گذار را فراهم می‌کند. انسان‌ها میان ذهنیت دارند و بر اساس آن عمل می‌کنند. میان ذهنیت‌ها تا حد زیادی وابسته به محل است، از تعاملات اجتماعی آمده است و به جای فضا، در مکان نشسته است؛ یعنی امری محلی است. منظور از عینیت یافتن مفاهیم سابقاً ذهنی این است که مؤلفه‌های مشترک انسانی جایگزین عناصر محلی و میان‌ذهنیتی شده است. عامل این تغییر، ارتباطات گسترده و ایجاد عناصر مشترک اجتماعی است. بنابراین زبان تعریض و اشاره و کنایه در دوران جهانی شدن جایی ندارد و به جای آن زبان شفاف و به دور از هرگونه ابهام کارگشا است. اتکا به معیارهای غیر عددی، غیر عینی و شخصی در دوران جهانی شدن راه برقراری تعامل را می‌بندد. به این ترتیب یکی از مؤلفه‌های جهانی شدن یا یکی از تبعات آن تبدیل ارزش‌های ذهنی به معیارهای عینی است.

حقوق به عنوان علم انتزاع قواعد و مقررات سرشار از ارزش‌ها است. مفاهیمی مانند حاکمیت قانون، آزادی، برابری، برادری، شرافت انسانی و ... همگی بار ارزشی دارند؛ در نتیجه معنای آن‌ها از منظر نظام‌های حقوقی گوناگون می‌تواند متفاوت باشد. از جمله این مفاهیم ارزشی مشروطه‌گرایی یا قانون اساسی‌گرایی است. از یک طرف خود مشروطه‌گرایی بسته به تجربه تاریخی هر ملتی تا حدی آغشته به برداشت‌های ذهنی و غیر عینی است. از طرف دیگر قانون اساسی مدرن که از آن به میثاق مردم و حکومت و ابزار تضمین آزادی و تحدید قدرت یاد می‌شود، مجموعه‌ای از قواعد ارزشی حقوقی است. ارزش‌هایی که حتی برای نظام حقوقی هم الزاماً قابل ارزیابی و عینی‌سازی نیست. برای نمونه می‌توان به اصل صد و پانزدهم قانون اساسی ایران اشاره کرد: «رئیس‌جمهور باید از میان رجال مذهبی و سیاسی که واجد شرایط زیر باشند انتخاب گردد: ایرانی‌الاصل، تابع ایران، مدیر و مدبر، دارای حسن سابقه و امانت و تقوی، مؤمن و معتقد به مبانی جمهوری اسلامی ایران و مذهب رسمی کشور.» اصطلاحات مدیر و مدبر، امانت و تقوا در این اصل به قدری ابهام‌انگیز است که در نظام حقوقی ایران هم معنا یا حتی مصداق

دقیق و به دور از اختلافی ندارد. شاید به همین دلیل است که گفته می‌شود، قانون اساسی فریاد می‌زند ولی فریاد آن بی‌صدا است.

در این مقاله ابتدا به مفهوم مشروطه‌گرایی و تحول آن در دوران جهانی پرداخته می‌شود، سپس قضایی شدن به عنوان ابزار اساسی‌سازی بررسی می‌شود و در پایان به اساسی‌سازی در سطح ملی و اساسی شدن در سطح فراملی پرداخته می‌شود. به علاوه لازم است اشاره شود هر دو اصطلاح هم‌مرز اساسی‌سازی (به معنای فرایندی برنامه‌ریزی‌شده) و اساسی شدن (به عنوان فرایندی خود به خودی) آگاهانه در جای خود به‌کاررفته‌اند.

۲. مشروطه‌گرایی در دوران جهانی شدن حقوق

نویسندگان اعلامیه حقوق بشر و شهروند فرانسه زمانی که در ماده شانزده اعلامیه اعلام کردند: «کشوری که تفکیک قوا و حقوق و آزادی‌ها را به رسمیت نشناخته باشد، قانون اساسی ندارد.» احتمالاً قصد نوشتن بنیان‌های حقوق عمومی جهانی را نداشتند؛ دو‌یست سال پس از آن زمانی که بانک جهانی چارچوب لازم برای پشتیبانی مالی خود را پی‌ریزی می‌کرد، این دو مؤلفه را بنیان حقوق عمومی جهانی قرار داد. (World Bank, 2002: 6) حمایت از حقوق شهروندی و تفکیک قوا دو ابزار حقوقی جهت تحدید قدرت و مشروط‌سازی آن است.

مشروطه‌گرایی به شکل سنتی با محدودیت قدرت گره‌خورده است و دولت مشروطه نقطه مقابل دولت مطلقه است. به این ترتیب دولت مطلقه با هر ابزاری، اعم از لزوم رعایت عرف‌ها و سنت‌ها، قواعد مذهبی حتی خرافه، می‌تواند مشروط شود؛ به این دلیل است که گفته می‌شود دولت مطلقه تنها در سطح تئوریک وجود دارد و نمونه کامل بیرونی ندارد. (See: Holt, 2005: 222) ولی امروز در نظریات دولت مشروطه تأکید بر رعایت اراده شهروندان و نیز قانون اساسی است. از لحاظ حقوقی مهم‌ترین و کارآمدترین ابزار برای محدودیت قدرت حکومت، قانون اساسی است. قانون اساسی‌ای که دو نهاد مورد نظر قانون اساسی فرانسه، یعنی تفکیک قوا و تضمین رعایت حقوق شهروندی، را به رسمیت بشناسد.

بنابراین موضوع قانون اساسی تنظیم رابطه شهروند-دولت و رابطه ارکان دولت با یکدیگر است و در نتیجه به اراده طرف‌های ذی‌نفع (شهروندان و دولت) تدوین می‌شود و احتمالاً تغییر می‌کند. به این ترتیب مشروطه‌گرایی همان قدر که رهایی‌بخش است می‌تواند خطرناک هم باشد. نظریات مشروطه‌گرایی در ذات خود مطلقه هستند و اگرچه قدرت حکومت را محدود می‌کنند ولی در عوض قدرت اکثریت را به سمت اطلاق سوق می‌دهند و هر تلاشی برای تحدید اراده مردم را نفی می‌کنند. برای رفع این کمبود در نظریه‌های جدیدتر مشروطه، مانند دموکراسی معطوف به اقلیت، از طریق نهادهایی مانند پاسداری از قانون اساسی تا حدی اکثریت مجبور به رعایت حقوق اقلیت می‌شود. (لاگین، ۱۳۸۸: ۲۴۵ و ۲۴۶) به این ترتیب قانون اساسی با حفظ کارکرد پیشین خود، یعنی تعدیل قدرت حکومت، چالش دیگری را هم باید حل کند و آن تعدیل قدرت اکثریت مردم، به نفع اقلیت است. برای جبران این خلأ دولت با اتکا بر نظریه‌هایی مانند حقوق طبیعی و قرارداد اجتماعی، مشروط می‌شود. روشن است که این نظریات بر گرفته از دیدگاه‌های غیرحقوقی در مورد موضوعی حقوقی است.

جهانی‌شدن علاوه بر سطح ملی با سطح فراملی هم درگیر است. به منظور بررسی اساسی شدن در سطح فراملی ابتدا باید دید آیا ورای دولت ملی می‌توان از مشروطه‌گرایی صحبت کرد؟ بعضی به این پرسش پاسخ مثبت می‌دهند و معتقدند در سطح فرادولتی می‌توان وجود سندی شبیه قانون اساسی را اثبات کرد؛ با این توضیح که پس از اینکه یک سازمان جهانی به موجب هر سندی تشکیل می‌شود، ساختار اولیه در حکم قوه مؤسس قرار می‌گیرد و از این جایگاه سایر اجزا و ارکان سازمان را به عنوان قوای مؤسس، (رک. گرجی و رحمتی فر، ۱۳۸۹: ۵۸) تشکیل می‌دهد و به ایجاد قواعد رویه‌ای، قواعد ناظر بر پاسخ‌گویی به ثالث، قواعد ناظر بر چگونگی ایجاد رکن جدید و چگونگی همکاری با سایر سازمان‌ها و به طور کلی ایجاد قواعد ماهوی و شکلی حقوق اداری می‌کند. اقداماتی که شبیه تدوین قانون اساسی است. (Kingsbury, 2009: 35) بنابراین وجود نهادها، قواعد، موازین ناظر بر افزایش پاسخ‌گویی و ... در سطح فراملی و میان ملی، به فراهم شدن زمینه سیاسی-اجتماعی ایجاد مشروطه‌گرایی جهانی، در بلندمدت، کمک می‌کند. البته این دیدگاه مخالفان جدی هم دارد.

از نظر مخالفان، مشروطه‌گرایی در سطح فرا ملی چالش‌برانگیز است؛ چون وجود ابزار تحدید قدرت حکومت بدون وجود شکل مشخصی از خود حکومت ادعا می‌شود. نظریه‌های حکمرانی جهانی و نظام اداری جهانی و به تبع آن حقوق اداری جهانی تا حدی به این چالش پاسخ داده‌اند و وجود صورتی از حکومت را در سطح فرا ملی اثبات یا شکل‌گیری آن را پیش‌بینی کرده‌اند. منظور از حکمرانی جهانی مجموع قواعد، هنجارها، سیاست‌ها و نهادهایی است که روابط فرامرزی میان دولت‌ها، فرهنگ‌ها، شهروندان، سازمان‌های حکومتی و غیر حکومتی و بازار را تعریف و تأسیس می‌کند. حکمرانی جهانی دربرگیرنده تمام نهادها، سیاست‌ها، قواعد، رویه‌ها، اقدامات و ابتکاراتی است که به هدف افزایش نظم، ثبات و قابلیت پیش‌بینی در حوزه مسائل فراملی انجام می‌شود؛ مسائلی مانند گرم شدن زمین، جلوگیری از گسترش سلاح‌های کشتار جمعی، تروریسم و ... خارج از حیطه توانایی یک دولت است. (2: UNIHP, 2009) ریشه جهانی‌شدن حقوق اداری به تصویب کنوانسیون حقوق دریا برمی‌گردد. ماده شصت و چهار این کنوانسیون مقرر کرده است کشورهایایی که آبیان پیوست شماره یک را صید می‌کنند موظف‌اند جهت حفاظت از آنان چاره‌اندیشی کنند. در راستای اجرای این مقرره کشورهای صیدکننده، در ۱۹۹۳، سندی به نام کنوانسیون حفاظت از تن بلوفاین جنوبی را تصویب کردند. به موجب این سند کمیسیونی با شخصیت حقوقی، قواعد، نیروها، بودجه و دبیرخانه مستقل در مقر کانبرا تشکیل شد. گسترش صلاحیت این نهاد و ایجاد کمیته‌های فرعی از گام‌های اولیه در ایجاد حقوق اداری جهانی محسوب می‌شود. (663-666: Cassese, 2004, 2005) بنابراین حقوق اداری جهانی دربرگیرنده راه‌کارهای علمی و مبتنی بر مذاکره جهت حل مسائل حکمرانی جهانی است؛ برخلاف حقوق اداری ملی که قواعد آن ریشه در مصوبات نهاد سیاسی پارلمان دارد.

در سطح داخلی میان آنچه اصول قانون اساسی ایجاب می‌کند و قواعد حقوقی و تصمیماتی که دولت می‌گیرد فاصله قابل توجهی وجود دارد و بنابراین قانون اساسی تنها نقشی نمادین در ارائه دولت به جامعه جهانی بازی می‌کند. اساسی‌سازی این خلأ را پر می‌کند. (63: Loughlin, 2010) در سطح فرا ملی اساسی‌شدن دو جلوه می‌یابد: نخست لزوم اصلاح نهادهای فراملی و اساسی‌شدن آن‌ها؛ دوم اینکه شبکه‌های حکمرانی فرا

ملی، عناصر بنیادین قانون اساسی ملی را تضعیف کرده و اقتدار آن را از بین برده‌اند؛ پس لازم است مبانی مشروطه‌گرایی در پرتو قانون اساسی مدرن باز ساخت شود. به این بازساخت، مشروطه‌گرایی چند سطحی می‌گویند. (Ibid: 64, 65)

مشروطه‌گرایی چند سطحی اصطلاحی است که برای توصیف وضعیت نظام حقوق اساسی حاکم بر اتحادیه اروپا به کار می‌رود. در حال حاضر بر تعداد افرادی که پذیرفته‌اند اتحادیه اروپا قانون اساسی از جنس قانون اساسی بریتانیا دارد، افزوده شده است. قانون اساسی اتحادیه اروپا را می‌توان در معاهدات اتحادیه اروپا،^۱ در قواعد حقوقی و رویه‌های آرای قضات دیوان دادگستری اتحادیه اروپا و قوانین اساسی ملی و آرای دادگاه‌های قانون اساسی ملی جستجو کرد. (Pernice, 2002: 4) بنابراین قانون اساسی اتحادیه اروپا از دو بخش کاملاً مرتبط تشکیل شده است: قوانین اساسی ملی و منابع فراملی اتحادیه و از این حیث چند سطحی است. در چنین نظامی تضاد میان وجود تعارض میان قواعد حقوقی اتحادیه و قوانین اساسی ملی امری طبیعی است و جهت رفع این تضاد قاعده اتحادیه اروپا برتری دارد. این برتری رویه‌ای است که دیوان دادگستری اتحادیه اروپا ایجاد کرده است و دادگاه‌ها و اداره‌های ملی هم به آن پایبند هستند. (Ibid: 4)

از جمله مسائل مشروطه‌گرایی چند سطحی در اتحادیه اروپا، هویت‌های چندگانه شهروندان اتحادیه و مشکل همیشگی حقوق مشترک است؛ اینکه چگونه می‌توان بر افراد متکثر قواعد یکسان بار کرد؟ همان‌طور که ماده هفده معاهده جامعه اروپایی تصریح می‌کند، هر فردی که شهروند یکی از دولت‌های عضو باشد، شهروند اتحادیه اروپا هم محسوب می‌شود. این دو شهروندی مکمل و مستقل است و هیچ‌یک جایگزین دیگری نمی‌شود (EU, 2010, Art. 20). به این ترتیب افراد هویت‌های متعدد محلی، ملی و اروپایی دارند و به واسطه هر یک از هویت‌ها به قانون اساسی‌ای پایبند هستند که در حکم قرارداد اجتماعی در آن سطح است. فرد به موجب هر یک از این قوانین اساسی حقوق و آزادی‌هایی می‌یابد و هر یک از قوانین بخشی از نیازهای زیست جمعی او را برآورده می‌کند. در سطح جهانی هم شهروندانی با هویت‌های چندگانه فرو ملی، ملی، فراملی و جهانی زندگی می‌کنند. اگر از جمله کالاهای عمومی و از جمله لوازم زیست جمعی، داشتن نظم و امنیت و ... باشد و اگر کارکرد حداقلی حقوق و هدف اولی از

ایجاد قاعده حقوقی برقراری نظم باشد، در این صورت باید پذیرفت در سطح جهانی هم قواعدی به عنوان قانون اساسی قابل شناسایی است که نظم را بر ابعاد گوناگون زندگی شهروند متکثر جهانی حاکم می‌کند.

بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که در سطح فرا ملی با ایجاد صورت متناسبی از حکمرانی، شکلی از مشروطه‌گرایی و الزام به محدودیت قدرت در حال قوام گرفتن است.

۳. قضایی شدن

اساسی‌سازی حقوق با قضایی شدن آن پیوند خورده است. به این معنا که لازمه اساسی‌سازی نظام حقوقی وجود شکلی از دادرسی اساسی است. در این مورد در میان نظام‌های حقوقی دو رویکرد کلی وجود دارد، رویکرد آمریکایی و رویکرد اروپایی که در واقع مبتنی بر آرای کلسن است. در روش آمریکایی دادرسی اساسی جزئی از دادرسی قضایی است و در الگوی اروپایی دعاوی اساسی از دعاوی عادی جدا شده و در دادگاهی که ترجیحاً از دستگاه قضایی مستقل است رسیدگی می‌شود. (فاورو، ۱۳۸۹: ۴) در امریکا برای اولین بار دیوان عالی در ۱۸۰۳ در رأی، صلاحیت انطباق قوانین عادی با قانون اساسی و منع استناد به قانون مغایر با قانون اساسی را برای دادگاه‌ها به رسمیت شناخته است.

مدتی است که نظام حقوقی در سطوح ملی و فرا ملی شاهد انتقال صلاحیت از نهادهای نمایندگی به ارکان قضایی است. چنین تغییری را می‌توان قضایی شدن نامید. این روند حتی در نظام‌های پارلمانی مانند بریتانیا، نیوزیلند و کانادا هم تحت تأثیر جهانی شدن آغاز شده است. (Hirschl, 2006: 721) اهمیت این فرایند به حدی است که مثلاً از نظارت بر مصوبات پارلمان و انطباق آن با قانون اساسی توسط دادگاهی مستقل به حق تعبیر می‌شود. (See: Yuval & Alon, 2006: 991- 1022) قضایی شدن در دو معنا به کار می‌رود: ۱. در معنایی انتزاعی منظور از قضایی شدن گسترش گفتمان، اصطلاحات، قواعد و فرایندهای قضایی به ارکان و روال‌های سیاسی است؛ ۲. از منظری واقعی‌تر قضایی شدن به معنای گسترش حوزه نفوذ قضات و دادگاه‌ها در تعیین نتایج

حاصل از سیاست‌ها است؛ به این ترتیب که تصمیمات قضایی از طریق اعمال حق‌های اساسی و نیز بازنگری در مرز صلاحیت‌های ارکان حکومت (مثلاً در چارچوب تفکیک قوا یا فدرالیسم) بر تصمیم‌گیری‌های سیاسی تأثیر می‌گذارند؛ در این معنا قضایی شدن با عدالت شکلی مرتبط است؛^۳ در معنای محدودتر قضایی شدن درگیری دادگاه‌ها در سیاست‌گذاری‌های کلانی است که نهایتاً ماهیت یک حکومت را تشکیل می‌دهند؛ مانند قضایی شدن فرایندهای انتخاباتی، بررسی قضایی سیاست‌های قوه مجریه در ارتباط با اقتصاد و امنیت ملی، ایجاد راه حل قضایی برای معضلات عدالت ترمیمی و حتی قضایی شدن ایجاد هویت جمعی و فرایند ملت‌سازی. (Hirschl, Op.cit. 723-728) به این ترتیب قضایی شدن با تغییر ادبیات سیاسی و ورود رویکرد قضایی به حوزه سیاست، رعایت عدالت رویه‌ای در تصمیم‌گیری‌ها و نهایتاً تأثیرگذاری بر ماهیت حکومت در ارتباط است.

میان قضایی شدن و حقوقی شدن اختلاف وجود دارد. حقوقی شدن با امر سیاست درگیر است و منظور از آن فرایندهای عمدتاً سیاسی و پارلمانی ایجاد قاعده حقوقی و نیز تضمین اجرای آن از طریق ابزارهای غالباً اداری مانند شفافیت رویه‌ای و نظارت سلسله‌مراتبی است. (See: Milewicz, 2009: 421)

۴. اساسی‌سازی حقوق

اساسی‌سازی به معنای ورود یک قاعده حقوقی به دسته‌ای از قواعد بنیادین است که دولت ملزم به احترام گذاشتن، حمایت کردن و اجرای آن‌ها است؛ در فرض نقض آن توسط دولت، شهروندان می‌توانند علیه دولت طرح دعوا کنند. (Smith, 2010: 104) بنابراین قواعد اساسی شده مستقیماً قابل اجرا در دادگاه‌ها است؛ پس اساسی‌شدن با قضایی شدن حقوق مرتبط است. به تعبیر دیگر اساسی‌سازی به معنای تلاشی است در جهت اینکه همه اعمال حکومت، در چارچوب ساختارها، اصول، رویه‌ها و ارزش‌های اساسی قرار بگیرد. یعنی اعمال قدرت عمومی در همه اشکال و سطوح، منطبق با رویه‌ها و اصول اساسی باشد. (Loughlin, Op. Cit. 48) اساسی‌سازی از منظر فلسفه اجتماعی^۴

تبدیل بعضی از قواعد اساسی به واقعیات منطقی و بدیهی است؛ این قواعد اساسی که ریشه در اصول مشروطه‌گرایی دارند، الزاماً در قانون اساسی بازتاب نیافته‌اند. از منظر یک جنبش اجتماعی نیروی بازسازی حکم‌رانی جدید است و به این ترتیب در برابر حکومت، نظم جدیدی ایجاد کرده است (Ibid. 69). به عبارت ساده‌تر منظور از اساسی‌سازی حقوق، شناسایی و ضمانت اجرا بخشیدن به قواعد اساسی در سایر نظم‌های حقوقی مثل مسئولیت مدنی، حقوق کار، حقوق قراردادها و ... است. اساسی‌سازی فراتر از ابتدای نظام حقوقی به قانون اساسی است و نظام حقوقی، از جمله قانون اساسی، را ملزم به پایبندی به اصول اساسی می‌کند و به این ترتیب الزامات خارج از هرم قواعد حقوقی را به آن وارد می‌کند.

۴.۱. اساسی‌سازی حقوق ملی

از جمله نخستین کشورهایی که در راستای اساسی‌سازی گام برداشته ایالت متحده است. در این کشور برای نخستین بار تلاش شد قواعد حقوق اساسی از طریق نهاد قضاوت به سایر نظم‌ها، از جمله حقوق قراردادها، وارد شود. به این ترتیب که قانون اساسی مستقیماً در دادگاه‌ها مورد استناد قرار گرفت و در نتیجه برتری آن بر دیگر منابع حقوقی، عینیت یافت. (Fisch, 1998: 437) در این کشور نهادی به نام قاضی اساسی یا دادگاه قانون اساسی، وجود ندارد؛ در عوض قضات عادی در رسیدگی‌های خود وقت قابل ملاحظه‌ای را صرف استدلال در خصوص ایجاد قواعد اساسی می‌کنند. (Ibid. 438) در امریکا یکی از سازوکارهای اساسی‌سازی حقوق، گسترش قواعد حقوق اساسی به سایر نظم‌های حقوقی است که عمدتاً از سه طریق انجام می‌شود:

۱. اصلاح قانون اساسی: از میان اصلاحیه‌های متعدد، اصلاحیه چهاردهم، مصوب ۱۸۶۸، تأثیر بیشتری بر اساسی‌سازی حقوق گذاشته است و حمایت از حقوق فردی را به ایالت‌ها تحمیل کرده است؛
۲. الزام به اجرای قانون اساسی توسط کنگره: قانون اساسی، از جمله اصلاحیه چهاردهم کنگره را به ایجاد قوانین متناسب در خصوص حمایت از حقوق

شهروندی ملزم کرده‌اند؛

۳. تفاسیر قضایی: منظور تفاسیری است که دیوان عالی کشور از قانون اساسی و اصلاحیه‌های آن ارائه، در گسترش حوزه نفوذ قواعد اساسی ارائه می‌دهد. (Ibid. 438)

نمونه دیگر تجربه فرانسه است. (رک. گرجی، ۱۳۸۸: ۴۶۲ و ۴۶۳) در فرانسه سردمدار اساسی شدن شورای قانون اساسی است. در این کشور اساسی‌سازی به دو شکل مستقیم و غیرمستقیم انجام می‌شود؛ در نوع مستقیم دادرس اساسی رتبه بعضی قواعد حقوقی (مثلاً اعلامیه جهانی حقوق بشر، مقدمه قانون اساسی جمهوری چهارم) (رک. فارو، ۱۳۸۹: ۱۱۰ و ۱۱۱) را به سطح قاعده اساسی ارتقا می‌دهد و در شکل غیرمستقیم دادرس اساسی، با تفسیر قانون اساسی، قضات را موظف به پیروی از تفسیر خود می‌کند. برای مثال حق شرافت انسانی با تفسیر نخستین جمله مقدمه قانون اساسی،^۳ به جرگه قواعد اساسی وارد شده است. (گرجی، ۱۳۸۹: ۵۷ و ۵۸)

بنابراین اساسی‌سازی حقوق، فرایندی است متشکل از دو مرحله:

۱. ایجاد و شناسایی قواعد اساسی: روشن است که در رأس قواعد حقوقی و طبعاً در رأس منابع قواعد اساسی قانون اساسی قرار دارد. ولی قانون اساسی منبع منحصر به فرد حقوق اساسی نیست. قواعد حقوق اساسی، مانند دیگر نظم‌های حقوقی، در سه منبع قانون، عرف و رویه قضایی قابل شناسایی است. از آنجا که در حقوق عمومی اصل بر حاکمیت قانون است، عرف تا جایی منبع قاعده حقوقی محسوب می‌شود که به لحاظ محتوایی با روح قانون اساسی هم‌راستا باشد؛ یعنی حیطة حقوق و آزادی‌های شهروندان را گسترش دهند و در مقابل قدرت حکومت را محدودتر سازند. مرحله نخست فرایند اساسی‌سازی حقوق، شناسایی منابع حقوق اساسی در اسنادی غیر از قانون اساسی است و به این ترتیب حوزه نفوذ حقوق اساسی از سطح هنجارهای منعکس در قانون اساسی به تمام نظام حقوقی تسری پیدا می‌کند. از طرف دیگر در قانون اساسی اصول متعددی وجود دارد که کلیتی را بیان کرده و جزئیات را صراحتاً یا ضمناً به

قانون‌گذار عادی سپرده است. نمونه ضمنی آن اصل سی و یکم قانون اساسی ایران است که به مسکن متناسب با نیاز اشاره دارد، روشن کردن منظور از این اصطلاح با قانون‌گذار عادی است و نمونه صریح آن اصل سی و هشت قانون اساسی است که مجلس را موظف به تعیین مجازات شکنجه‌گر کرده است. پرسش اینجا است که اگر پارلمان دموکراتیک از تصویب قوانین عادی به منظور فراهم شدن زمینه اجرای قانون اساسی خودداری کند چه می‌شود؟ آیا به همین سادگی قانون اساسی به عنوان اصلی‌ترین نهاد حافظ حقوق اقلیت توسط اکثریت نادیده گرفته می‌شود؟ در مقام رفع این خلأ، در رویه عملی نظام حقوقی اسپانیا، دادرسی اساسی از طریق اختیارات خود، عدم اجرای قانون اساسی را موقتاً متوقف و پارلمان را وادار به وضع قانون می‌کند. (رک. بن، ۱۳۸۴: ۲۳۳، ۲۳۴) نمونه مشابه صلاحیت دادگاه قانون اساسی پرتغال است. (فاورو، ۱۳۸۹: ۱۳۹) بنابراین در مرحله نخست، خواه در ایجاد قاعده اساسی، خواه در شناسایی، دادرسی اساسی و دستگاه قضایی نقش مهمی بازی می‌کنند.

۲. ضمانت اجرابخشی به اصول اساسی: مرحله دوم فرایند اساسی‌سازی حقوق ضمانت اجرا بخشیدن به قواعد قانون اساسی و دیگر اصول اساسی و قواعد بنیادین برخاسته از مشروطه‌گرایی، به عنوان منابع حقوق اساسی است. می‌توان شکل‌گیری بطئی این مرحله به لحاظ زمانی بر گام اول مقدم است، با این توضیح که پیش از شکل‌گیری مفهوم اساسی‌سازی حقوق در گفتمان حقوق عمومی نهادهای پاسدار قانون اساسی در سطح نظریه و عمل وجود داشتند و بعدتر متأثر از اساسی‌سازی، با حفظ کارکرد پیشین، یعنی پاسداری از اصول قانون اساسی، کارکرد جدید ضمانت اجرابخشی به دیگر اصول اساسی را هم پذیرفتند.

صرف شناسایی و افزودن بر قواعد اساسی، آن‌هم در شرایطی که ضمانت اجرای خود قانون اساسی محل تردید است، کمکی به پیشرفت حقوق اساسی و حمایت از آزادی‌های فردی نمی‌کند؛ بنابراین لازم است به نحوی قواعد اساسی مورد حمایت ویژه

قرار گیرند و به این ترتیب ساختار هرم حقوقی به قوت خود باقی بماند، یعنی منابع حقوق اساسی، در رأس هرم باشد و دیگر مراجع ایجاد قاعده حقوقی ملزم به پیروی از آن باشند. این مرحله بیش‌تر متکی بر رویه قضایی است؛ به این ترتیب که قضات دادگستری و البته در کنار آنان دیگر کارگزاران عمومی، می‌توانند در آرای قضایی و تصمیمات اداری خود قواعد اساسی را تضمین کنند. روشن است که اساسی‌سازی در هر دو مرحله بیش‌تر از طریق فرایندهای قضایی صورت می‌گیرد.

۴.۲. اساسی شدن در سطح فرا ملی

اساسی شدن حقوق بین‌الملل عمومی به معنای محدود کردن حاکمیت دولت با معیارهای حقوقی است (Kleinlein, 2012: 703) و دو ویژگی مهم دارد: ۱. خودمختار شدن و استقلال حقوق بین‌الملل عمومی در برابر دولت؛ ۲. ورود و اجرای بخشی از موازین اساسی حقوق داخلی در حقوق بین‌الملل. برای اثبات وقوع تحول نخست، می‌توان تغییر ماهوی حقوق بین‌الملل از نظم میان دولت‌ها به نظم میان افراد و ارکان جامعه جهانی و نیز پدیده اساسی شدن در درون سازمان‌های بین‌المللی را مثال زد. (Ibid. 704) حقوق بین‌الملل عمومی، منافع عمومی جامعه جهانی و رضایت اخلاقی را در نظمی‌هایی مانند حقوق بشر، حق تعیین سرنوشت و حقوق محیط زیست متعین می‌کند. چنین مفاهیمی نشانه وابستگی متقابل، هم‌بستگی و مسئولیت مشترک است؛ از طرف دیگر گروهی اساسی شدن سازمان تجارت جهانی را به عنوان گرایش این نهاد به مسائل جهانی و منعت عمومی ارزیابی می‌کنند. (Ibid. 705) طرفداران مشروطه جهانی معتقدند حتی اگر در سطح فرا ملی سندی شبیه قانون اساسی وجود نداشته باشد، پس از جنگ سرد شاهد اساسی شدن نظم جهانی هستیم. (Bogdandy, 2006: 223)

این اندیشه مبتنی بر این استدلال است که در نظم جهانی، قواعد برتری وجود دارد که سایر اجزای حقوق موظف به پیروی از آن هستند. از بررسی رویه حکم‌رانی جهانی و منابع سنتی حقوق بین‌الملل، مجموعه‌ای از اصول و ارزش‌های هنجاری قابل شناسایی

است. در رابطه با اساسی شدن نهادهای بین‌المللی معاهده بنیاد، باید محدودیت ناشی از مأموریت این نهادها را لحاظ کرد. برای مثال سازمان تجارت جهانی ادعا می‌کند در زمینه ترویج بسیاری از حق‌ها فعال است. در حالی که عملاً تأکید خود سازمان و رکن قضایی‌اش بر حق‌های مرتبط با آزادی بازار است. چنین محدودیتی تنها متوجه سازمان تخصصی‌ای مانند تجارت جهانی نیست. بلکه در مورد ملل متحد هم وجود دارد. ادعا می‌شود منشور ملل متحد قانون اساسی جامعه بین‌المللی است؛ در حالی که این سند دولت‌ها را ملزم به پیروی نمی‌کند و با به رسمیت شناختن خودمختاری دولت‌ها و اصل منع مداخله در امور داخلی، ادعای قانون اساسی بودن خود را، در سطح هنجاری نگه می‌دارد و زمینه عملیاتی شدن آن را از بین می‌برد. (Loughlin, Op. Cit. 65, 66) تفاوت اصلی فرایند طی شده در اتحادیه اروپا و جامعه بین‌المللی (ملل متحد) همین است. اتحادیه اروپا در چارچوب قواعد حقوقی موجود دارای صلاحیت است و می‌تواند نسبت به هر شخص حقوقی (اعم از دولت‌های عضو و شهروندان اتحادیه) در قلمرو خود اعمال قدرت کند. لازم به اشاره است که برخی منشور ملل متحد را قانون اساسی جامعه جهانی می‌دانند. (Fassbender, 1998: 529)

در حوزه داخلی ساده‌ترین تعریفی که می‌توان از حاکمیت قانون داشت، غلبه یک ضابطه از پیش نوشته‌شده بر روابط است. حاکمیت قانون سه سطح دارد که به سطح صوری (سلسله مراتب میان منابع متعدد)، کلی (پیروی کلیت حکومت از قواعد حقوقی) و ماهوی (رعایت ویژگی‌های قاعده حقوقی و انطباق قاعده با موازین حقوق بشر بین‌الملل) قابل تقسیم است. (امیرارجمند، ۱۳۸۱: ۷۵ و ۷۶) اساسی شدن حقوق جهانی دو جنبه اصلی دارد:

۱. بعد صوری: در سطح جهانی که عمده روابط را نه روابط میان افراد و دولت که روابط میان دولت‌ها تشکیل می‌دهد، حاکمیت قانون به این معنا است که تابعان حقوق بین‌الملل باید در چارچوب قواعد حقوقی و رویه‌های از پیش تعیین‌شده عمل کنند. رعایت این اصل به اساسی شدن بعد صوری می‌دهد. (Milewicz, Op. Cit. 426) رعایت حاکمیت قانون نقطه شروع اساسی شدن حقوق بین‌الملل است. در سطح بین‌المللی قواعد حقوقی وجود دارد که برای

اساسی شدن حقوق به مثابه بدیل مشروطه‌گرایی در دوران جهانی شدن ۷۱

مثال در کنوانسیون روابط دیپلماتیک، کنوانسیون حقوق معاهدات و ... منعکس شده است. این اسناد به خودی خود ارتباط با حقوق افراد ندارند. بنابراین اساسی شدن ماهوی ضرورت می‌یابد.

۲. بعد ماهوی: بعد ماهوی اساسی شدن بر رعایت موازین حقوق بشر بین‌الملل ناظر است. این بعد در ارتباط تنگاتنگ با پذیرش فرد انسانی به عنوان یکی از تابعان حقوق بین‌الملل است. تا جایی که می‌توان ادعا کرد بدون پذیرش چنین تغییری صحبت از اساسی شدن در سطح بین‌الملل بی‌معنا است. (Ibid. 427)

جهانی شدن بر حقوق بین‌المللی تأثیرات انکارناپذیری داشته است که مهم‌ترین آن غیر انحصاری شدن فضای این نظم حقوقی علیه دولت است. تا جایی که در حال حاضر حتی ایجاد قاعده حقوقی هم از انحصار دولت خارج شده است. با این تغییرات جدید منابع سنتی قاعده حقوقی در حقوق بین‌المللی که در ماده ۳۸ اساس‌نامه دیوان مندرج شده است با محوریت عهدنامه‌های بین‌المللی نمی‌تواند تأمین‌کننده نظم در دوران جهانی باشد. اساسی شدن حقوق در حقوق بین‌الملل، به تصمیمات فردی و غیردولتی مشروعیت می‌بخشد. نکته دیگر اینکه چون حکومت در سطوح گوناگون، از فراملی تا جهانی، شخصیت مستقل حقوقی دارد و هیچ‌یک مشروعیت خود را از دیگری نمی‌گیرد، اساسی شدن حقوق، یعنی تدقیق رابطه شهروند و حکومت در هر سطح باید جداگانه محقق باشد؛ بنابراین اساسی شدن حقوق جهانی، حقوق ملی را از این مقوله بی‌نیاز نمی‌کند. (Chiti, 2002: 131)

در حقوق داخلی، حقوق اساسی و اداری در کنار هم نظم حقوقی را تشکیل می‌دهند که به آن حقوق عمومی می‌گویند. بین این دو تقسیم حقوقی ارتباط تنگاتنگی وجود دارد. حقوق اساسی از طریق ایجاد نهادهای سیاسی و تبیین رابطه شهروند و حکومت، چارچوب اعمال قدرت عمومی را مشخص می‌کند و حقوق اداری راهی است برای تأمین خدمت عمومی در چارچوب قانون اساسی. به این ترتیب حقوق اساسی، اصول و ارزش‌ها را برای حقوق اداری فراهم می‌کند. این ارتباط در سطح جهانی تا حد زیادی تغییر می‌کند. حقوق اساسی جهانی عمدتاً به مقوله اساسی شدن حقوق، ارزش‌های مورد

پذیرش در همکاری‌های فرامرزی و عمل نظم‌بخشی جهانی اشاره دارد. به نظر می‌رسد اساسی شدن در سطح جهانی جایگزین اصطلاح «ما مردم» (مثلاً در منشور ملل متحد)^۴ در اسناد جهانی، به عنوان نیروی خلاق پشت مشروطه‌گرایی جهانی شده است. (KUO, 2009: 442) در حالی که در نگارش این اسناد مردم واقعاً حضور ندارند، بلکه توافق دولت‌ها سازنده اسناد است. بنابراین ظاهراً در سطح جهانی حقوق اداری و اساسی رابطه عکس سطح داخلی دارند و حقوق اساسی محدود به حقوق اداری شده است. چون در حقوق ملی کارکرد حقوق اساسی روشن کردن چارچوب روابط میان شهروندان و حکومت است؛ به همین دلیل به شکل پیشگیرانه راه‌های تعدی حکومت به حقوق و آزادی‌های شهروندان را می‌بندد، بدون اینکه پرونده‌ای واقعی لزوم این قاعده‌گذاری را توجیه کند، در حالی که در سطح جهانی قاعده اساسی شکل نمی‌گیرد مگر اینکه پیش‌تر خلأ آن در اداره جهانی احساس شده باشد.

قواعد اساسی حقوق اشکال گوناگونی دارد، مانند رویه‌ها (ی ارکان قضایی)، تصمیم‌ها و استانداردها. آنچه در اینجا نقش قاعده شناسایی نهایی را بازی می‌کند، راه‌حلی است که به منظور رفع نیاز، نهایتاً منجر به ایجاد قاعده اساسی می‌شود. تفاوت حقوق ملی و جهانی در این است که در حقوق جهانی مرز میان ایجاد قاعده اساسی و ایجاد قواعد حقوقی عادی روشن نیست. (Ibid. 461) به این ترتیب اساسی شدن فرا ملی ریشه در حل مسائل روزمره نهادهای درگیر در امور اداری دارد. البته تمام طرفداران حقوق اساسی جهانی، به یک اندازه عمل‌گرا نیستند. گروهی ارزش‌های ماهوی برخاسته از دموکراسی ملی را هسته اساسی شدن جهانی می‌دانند. (Sweet, 2008: 73) ارزش‌های جهان‌شمولی که ممکن است ریشه اخلاقی داشته باشد و برکنش مردم تأثیرگذار هستند و باید در قواعد حقوقی در تمام سطوح بازتاب یابند. دیدگاهی که تا حدی با مؤلفه عینی‌گرایی در تضاد است و مجدداً بر ارزش‌های ذهنی تأکید می‌کند و به این ترتیب قابل رد است.

ایجاد قاعده حقوقی جهانی به معنای حقوقی‌سازی نظم نوین جهانی است. در حقوق بین‌الملل سنتی رضای دولت مبنای حقوقی اقتدار نظامات حقوق بین‌الملل را می‌سازد؛ چارچوب یا حدود رضای دولت در قانون اساسی ملی مشخص شده است. بنابراین

می‌توان از کنار هم چیدن قوانین اساسی ملی تا حدی به ابعاد الزام‌آوری حقوق بین‌الملل با ماهیت بین‌الدولی پی برد. در حالی که در نظم نوین، یعنی حقوق جهانی، حقوقی‌سازی بیش‌تر بر عملکرد بازیگران اداری استوار است؛ به این ترتیب که عملکرد روزانه آنان از طریق هزاران شبکه خود نظارتی نهادینه می‌شود و نهایتاً شبکه نظام حقوق جهانی را توسعه می‌دهد. از نظر مشروطه‌خواهان جهانی این الگوی ایجاد قاعده، به عنوان نظم اساسی برای جهان، قاعده شناسایی نهایی را در مقیاس جهانی تشکیل می‌دهد. (KUO, Op. Cit. 451, 452) بنابراین دیگر پاسخ پرسش چه چیز حقوقی است و چه چیزی غیرحقوقی؟ را با ارجاع محض به قانون اساسی ملی نمی‌توان داد و این سند تنها جزئی از نظم اساسی چند سطحی در این خصوص است.

پرسش اینجاست که ارزش‌هایی که از خلال فرایندهای بخشی اداری بیرون می‌آیند چگونه در زمینه‌های گوناگون الزام‌آور تلقی می‌شوند؟ حقوق سنتی پاسخ این پرسش را به «ما مردم» برمی‌گرداند. «چه مردم» در قوه مؤسس تعیین شده باشند، چه در همه‌پرسی یا در سازوکارهای برخاسته از دموکراسی نمایندگی. در حالی که طرفداران مشروطه جهانی پاسخ این پرسش را بدون ارجاع به منابع خارجی اقتدار، مانند مردم، می‌دهند و با رویکردی فن‌سالار معتقدند الزام‌آوری قواعد اساسی شده ناشی از اعمال روزمره نظامات کاربردی و نیز پذیرش حاکمیت قانون توسط بازیگران حکمرانی جهانی است. (Ibid. 464) به این ترتیب در حقوق جهانی چرایی الزام‌آوری قاعده حقوقی ریشه در منبع ایجاد آن دارد و مستقل از آن نیست؛ چنین تغییری دقیقاً منطبق با تبدیل امور ذهنی به عینی است.

۵. نتیجه‌گیری

تعمیق و گسترش اصل استقلال قضایی بر اعتماد شهروندان نسبت به دستگاه قضایی افزوده است و در نتیجه امور سیاسی هر روز بیش از پیش با عبور از مجرای نظارت قضایی کسب مشروعیت می‌کنند. چنین تحولی در حوزه حقوق اساسی به منظور جبران ضعف تاریخی ضمانت اجرای آن شدیدتر است. به دلیل همین کنشگری مقامات قضایی رسمی، می‌توان از آن به اساسی‌سازی، تعبیر کرد. ولی در سطح فرا ملی، اساسی شدن

حقوق عمدتاً متکی بر روال‌های غیررسمی و غیر قضایی است و از خلال پیشبرد امور روزمره از یک طرف قواعد اساسی و عدول‌ناپذیر شکل می‌گیرد و از طرف دیگر این قواعد توسط همان فرایندها ضمانت اجرا می‌یابد. بنابراین اصطلاح اساسی شدن در مورد آن دقیق‌تر به نظر می‌رسد.

اساسی‌سازی به منزله بازساخت تئوری مشروطه‌گرایی است. پیش از این مشروطه‌گرایی یک تئوری مهیج و مبهم سیاسی-اجتماعی بود که آرمان‌هایی مانند دولت محدود و پاسخ‌گو را بازتاب می‌داد. شاهد این ادعا نظریه‌پردازی‌های پیرامون تفکیک قوا است. اندیشمندانی که در این خصوص دیدگاه‌هایی دارند (از ارسطو تا مونتسکیو) نظریات خود را بر واقعیات جاری در کشور متبوع استوار می‌کنند. به عبارت دیگر وضع موجود را تئوریزه می‌کنند. چنین رویکردی، با ذات دستوری و هنجاری حقوق هم‌سو نیست. در تقابل با این وضعیت، اساسی‌سازی حقوق معیارهای مشروعیت اعمال قدرت عمومی را، در جایی که رویه جاری مغایر با آن است، تأسیس می‌کند. تجربه تاریخی نشان داد این ادعا که در تئوری مشروطه‌گرایی محدودیت به حکومت تحمیل نمی‌شود، بلکه در ذات آن است، ادعایی نادرست است. به ویژه که علم اثبات‌گرای حقوق نمی‌تواند خوش‌بین و امیدوار به رعایت حدود توسط خود حکومت، حتی حکومت دموکراتیک، باشد. اساسی‌سازی با زدودن عناصر خاص فرهنگی و تاریخی مشروطه‌گرایی، محدودیت را از طریق ابزارهای حقوقی به حکومت تحمیل کرده است. در چارچوب اساسی‌سازی، اقتدار قواعد اساسی نه ناشی از وجود مردم و حضور آنان در سازوکارهای سیاسی، مانند انتخابات یا انقلاب، است (عنصر فرهنگی) و نه ناشی از فرایند و تحولات تاریخی که منجر به تصویب متن قانون اساسی (واقعیت تاریخی) شده است، بلکه تحول و تغییری در ماهیت حکومت است. به این ترتیب می‌توان ادعا کرد که این بار محدودیت از طریق خود حکومت به ذات آن وارد شده است و ارزش‌های مشروطه‌گرایی جامه واقعیت حقوقی پوشیده‌اند.

در سطح جهانی، یعنی در فضایی که در آن دولت‌ها، واحدهای فرو ملی (مانند نهادهای عدم تمرکز و اجزای دولت‌های فدرال) سازمان‌های بین‌الدولی، سازمان‌های غیر حکومتی جهانی و شهروندان و دیگر گروه‌های مردمی در حال کنشگری هستند، وضعیت

قدری متفاوت است. تبع جهانی شدن، حکم‌رانی جهانی، برای حل مسائل فرامرزی، در حال شکل‌گیری است و در اثر ایجاد حکمرانی جهانی، قدرت سیاسی در سطح فراملی در جریان یافته است. در این وضعیت وجود حداقلی از الزامات تعدی‌ناپذیر به عنوان قواعد اولی بازی ضروری دارد. به این ترتیب در سطح جهانی، اساسی شدن به شکل تدریجی و بسته به مقتضیات روز انجام می‌شود، برخلاف سطح ملی که در آن اساسی شدن به مقتضیات و مسائل روزمره جهت می‌دهد.

پی‌نوشت‌ها

۱. منظور معاهده جامعه زغال سنگ و فولاد، جامعه اروپایی، جامعه اروپایی انرژی اتمی و پیمان اتحادیه اروپا (ماستریخت) است. رک. کاتبرت، م، حقوق اتحادیه اروپا، ترجمه اخلاقی، اشتیاق، پرویزیان، تهران، موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۸۰، ص. ۲۹.
۲. مطالعاتی که به هدف ایجاد ارتباط میان رفتارهای اجتماعی انسان و نهادهای اجتماعی صورت می‌گیرد؛ برای مثال تئوی قرارداد اجتماعی حاصل چنین رویکردی است.
۳. ملت فرانسه پابندی خود را به حقوق بشر و به اصول حاکمیت ملی همان‌گونه که در اعلامیه ۱۷۸۹ مشخص و در مقدمه قانون اساسی ۱۹۴۶ تأکید و تکمیل شده است، رسماً اعلام می‌نماید.
۴. گزاره آغازین منشور چنین است: «ما مردم ملل متحد با تصمیم به محفوظ داشتن نسل‌های آینده از بلای جنگ...».

منابع

الف. فارسی

- امیرارجمند، اردشیر (۱۳۸۱). «سیاست‌های کلی نظام در پرتو اصل حاکمیت قانون و جمهوریت»، راهبرد، ۲۶، ۷۰-۹۰.
- بن، پیر (۱۳۸۴). «اساسی‌سازی حقوق اسپانیا»، ترجمه جواد تقی‌زاده، نشریه حقوق اساسی، ۵، ۲۲۵-۲۴۷.
- فاورو، لویی (۱۳۸۹). دادگاه‌های قانون اساسی، ترجمه علی‌اکبر گرجی از ندریانی، تهران: انتشارات جنگل
- گرجی، علی‌اکبر (۱۳۸۸). در تکاپوی حقوق اساسی، تهران: انتشارات جنگل.

گرچی، علی اکبر، رحمتی فر، سمانه (۱۳۸۹). «امکان‌سنجی نظارت بر قوه مؤسس»، نشریه حقوق اساسی، ۱۳، ۵۷-۷۲.

گیدنز، آنتونی (۱۳۸۸). پیامدهای مدرنیت، ترجمه محسن ثلاثی، تهران: نشر مرکز
لاکلین، مارتین (۱۳۸۸). مبانی حقوق عمومی، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی

ب. انگلیسی

- Bogdandy, Armin, (2006). "Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany", **Harvard International Law Journal**, Vol. 47, 223-242.
- Cassese, Sabino, (2004, 2005). "Administrative Law without the State? The Challenge of Global Regulation", **International Law and Politic**, Vol. 36, 663-694.
- Chitti, M.P. (2002). **The EU legal order**, in: EuropEos (ed.), **Institutional reforms in the European Union**. Memorandum for the Convention. EU (European Union), (C 83/47, 30.3.2010). "Consolidated Version Of The Treaty On The Functioning Of The European Union", **Official Journal of the European Union**.
- Fassbender, Bardo, (1998). "The United Nations Charter as Constitution of the International Community", **Journal of Transnational Law**, Vol. 36, 529-619.
- Fisch, William, Kay, Richard, (1998). "The Constitutionalization of Law in the United States", **Comparative Law Supplement**, Vol. 46, 437-462.
- Hirschl, Ran, (2006). "The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide", **Fordham Law Review**, Vol. 75, 721-754.
- Holt, Mack, (2005). **The French Wars of Religion, 1562-1629**, Cambridge, Cambridge University Press, 2nd Ed.
- Kingsbury, Benedict, (2009). "The Concept of 'Law' in Global administrative Law", **The European Journal of International Law**, Vol. 20, no. 1, 23-57.
- Kleinlein, Thomas, (2012). **Konstitutionalisierung im Völkerrecht: Konstruktion und Elemente einer idealistischen Völkerrechtslehre** = Constitutionalization in international law: (English summary), Heidelberg, Springer.
- KUO, Ming-Sung, (2009). "Between Fragmentation and Unity: The Uneasy Relationship between Global Administrative Law and Global Constitutionalism", **San Diego International Law Journal**, Vol. 10, 438-467.

- Loughlin, Martin, (2012) **what Is Constitutionalisation? In: the Twilight of Constitutionalism?** Dobner and Loughlin (eds.), Oxford University Press, 47-70.
- Milewicz, Karolina, (2009). "Emerging Patterns of Global Constitutionalization: Toward A Conceptual Framework", **Indiana Journal of Global Legal Studies**, Vol. 16, No. 2, 413-436.
- Pernice, I. **multilevel constitutionalism EU**, European law review, 2002, 1-15.
- Smith, Anne, Mclaughlin, Eithne, (2010). "Delivering Equality: Equality Mainstreaming and Constitutionalisation of Socio-Economic Rights", **Northern Ireland Legal Quarterly**, No. 61, 93-121.
- Sweet, Alec, (2008). "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism", **Columbia Journal of Transnational Law**, No. 43, 68-149.
- UNIHP (UN Intellectual History Project), (2009). **The UN's Role in Global Governance**, Briefly Note No. 15.
- World Bank, (2002). **Legal and Judicial Sector Assessment**.
- Yuval, Eylon, & Alon, Harel, (2006). "The Right to Judicial Review", **Virginia Law Review**, Vol. 92, Issue 5, 991-1022.