



قانون اساسی یا اساس قانونی؟ پرسش عبور از حکومت قانونی به حکومت حقانی

محمدجواد حسینی^۱

کارشناس ارشد حقوق عمومی کارشناس ارشد حقوق دادرسی اداری

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۱/۱۱ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۲/۱۶)

چکیده

قانون اساسی که عالی ترین سند هنجاری یک نظام سیاسی و ضمیر انعکاسی همه قوانین یک دولت-کشور است، در تارک نظام حقوقی جوامع به صدرنشینی نشسته و تنظیم گر همه روابط موجود در یک نظام سیاسی است که غالباً یا پس از به استقلال رسیدن جوامع و رهایی از یوغ استعمار سایر دولت ها سر بر آورده و یا پس از انقلاب ها و دگرگونی های عظیم و ساختارشکنانه مردم یک دیار به عنوان دستاورد انقلاب مردم بر صفحه کاغذ نقش بسته و اساس سلوک جامعه گردیده است. در هر صورت در آغاز پیدایی قانون اساسی نوین، مساله مهمی که به ذهن می رسد چگونگی چارچوب پذیری و هنجارمندی قدرت و روابط موجود در جامعه است. با نگاهی به تاریخ پر حادثه پیدایش قانون اساسی مشاهده می شود که هرچه بیشتر قانون اساسی به سمت تدوین هست ها رفته است، مقبول تر و در عرصه اجرا با رضایتمندی بیشتری قرین گردیده است، چرا که مطابق با نظریه عمومی حاکم بر جامعه ی خویش است. در این مقاله با مطالعه منابع مکتوب کتابخانه ای و استفاده از شیوه تحلیلی_توصیفی، انعکاس خواست مردم و قبول هست ها و نمود یافتن در متن قانون اساسی و سپس زمامداری

1- Email: hosseini.publiclaw69@gmail.com

* (نویسنده مسئول)

بر اساس آن به عنوان فرضیه ی ما برای گذار از حکومت صرفاً قانونی به حکومت حقانی تبیین و به نثر در آمده است.

واژگان کلیدی

قانون اساسی، اساس قانونی، حکومت قانونی، حکومت حقانی.

Constitution or legal basis? The question of crossing the legally government to legitimacy government

Abstract

The constitution it's the supreme normative document of a political system and the reflection of all the laws of a state, sits in the top of the legal system of societies and regular all the existing relations in a political system that often or after the independence of societies and emancipated from the colonial of other governments, or after the massive and deconstructive revolutions and massive transformations of the people, a landmark as the achievement of the revolution of the people has been on the page of paper and has been the basis of the community's behavior. However, at the outset of the emergence of a new constitution, the important question that comes to mind is how the framework and the normality of power and relationships in society must be regulated. Looking at the history of the emergence of the constitution, it can be seen that the constitution has gone into compilation of existents is the more acceptable and it's more comfort in implementation, because it's according to the general theory governing its own society. in this article, by studying library resources and using the analytical method, descriptions of the people's want and accept the existents and reflected in the text of constitution and after that govern according this text it's our hypothesis for crossing of the legally government to legitimacy government have been explained in these papers.

Keywords

constitution, legal basis, legally government, legitimacy government



مقدمه

قانون اساسی در سیر پیدایش خود گونه‌های مختلفی داشته و دارد و تفاوت در متون نوشته‌ی قانون اساسی ناشی از ایدئولوژی‌های متفاوت حاکم بر نظام‌های حقوقی و سیاسی است و تاثیر اندیشه‌های سیاسی در شکل‌گیری قوانین اساسی و نهادهای سیاسی متأثر از آن پر رنگ و پر نقش است. چگونگی نگارش و تدوین و شکل‌گیری قوانین اساسی مساله مهمی است که کار قانون‌گذاران اساسی را با سختی و دشواری همراه می‌نماید و هنر قانون‌گذاران اساسی در شکل‌دهی آنچه که حاکم بر جامعه است در قالب قانون اساسی است. اینکه قانون اساسی باید شامل چه مواردی باشد و هنجارمندی قدرت، آزادی و خواست مردمان و حکومت‌گران در یک متن واحد چگونه گرد هم آید، پرسش مهمی است که سالهاست ذهن فلاسفه و اندیشمندان و حقوق‌دانان را به خود مشغول داشته است که پرسش‌های اصلی این نوشتار نیز همین است. قانون اساسی باید چگونه به هنجارمندی قدرت و نظام بخشی و تمشیت امور و روابط موجود در جامعه پردازد؟ طرحی نو در انداخته و قالبی نوین برای سامان دادن روابط گوناگون موجود در جامعه به وجود آورد و یا اینکه ساختارها و اصول مورد قبول جامعه را اساس قانونی بخشد؟ در این نوشتار در پی پیدایی پاسخ این پرسش‌ها هستیم. البته در سطر سطر این نوشتار قانون اساسی برخواسته از آرمان‌ها و خواسته‌های مردم دانسته شده و فرض ما در همکاری و سهیم بودن شهروندان در شکل‌گیری قانون اساسی از رهگذر مشارکت آن‌هم به شیوه‌های دموکراتیک است. ناگفته پیداست که قوانین اساسی غیردموکراتیک و یک‌سویه که از جانب حکام صادر و ابزاری برای حکومت‌گری آنان است از بحث ما خروج موضوعی داشته و جایی در این نوشتار ندارند.

۱- پیشینه و فلسفه وجودی قانون اساسی

از آن زمان که مردمان اراده بر در دست گرفتن اداره جامعه و امور بر اساس خواست خویش نمودند، مهمترین مساله پیش رو چگونگی شکل‌دادن به این خواست‌ها و تضمین رعایت آن‌ها بوده است چرا که حکومت‌گران و نایبان آنان در امر زمامداری در هر کجای این گیتی همواره در صدد برآوردن خواسته‌های حکومت و دل‌خویش بوده‌اند نه خواسته‌های مردم جامعه.

اوراق تاریخ پر از ستمگری و خودکامگی حاکمان و دردمندی و انقیاد مردمان است و «همیشه قدرت بر آزادی مسلط بوده و آزادی و منزلت انسانی قربانی بوده است» (هاشمی، ۱۳۸۳، ص ۳۲۶) چرا که قدرت و ابزارهای حکومت بر مردم در دست حاکمان بوده است. از این رو افراد انسانی تحت حکومت خودکامگانی بودند که نه نیازی به کسب مشروعیت از جانب مردم داشتند و نه نیازی به پاسخ گویی در مقابل آنان، اما روزگار این گونه نماند و به تدریج اندیشه ی در دست گرفتن سرنوشت خویش خواسته دل و جان مردمان گردید. نافرمانی، پشت نافرمانی، اعتراض پشت اعتراض، انقلاب پشت انقلاب، تا آنجا که نزاع و درگیری متداول میان روابط حاکمان و مردمان گردید تا مردم بتوانند در قدرت سهیم و زعیم جامعه خویش شوند. از این منظر شاهد تغییر روابط موجود در جوامع سیاسی هستیم.

دیگر حاکمان مالک جان و مال و ناموس شهروندان نیستند بلکه امینی در رعایت مصلحت افراد بوده و هرگاه پا را فراتر از امین بودن خود بگذارند معزول و ملزم به پاسخ گویی اند. به تعبیر بهتر زمامداران این عصر کارگزاران و خدمتگزاران مردم اند که این مهم ثمره انقلاب ها و از جان گذشتگی های بسیاری است. اما آیا دولت مردان و حاکمان به خواست خویش سر تعظیم در مقابل مردم پایین آورده اند یا سر فرود آوردن در مقابل شهروندان، ضمانت های دیگری نیز دارد؟ به تحقیق ضمانت های دیگری در کار است چرا که اگر این چنین نبود اندکی پس از خاموشی گرفتن نائره آتش خشم ملت و بازپس گیری تدریجی قدرت توسط زمامداران، آن ها راه پیشین استبداد را پی می گرفتند. از همین رو مردمان اعصار گوناگون در پی ایجاد نظام های گوناگون ضمانت اجرا برای استمرار این تعظیم حکومت گران و پاسخ گویی آنان در مقابل مردم شدند، پس به تدریج اندیشه ها به سمت اخذ ضمانت نامه های مکتوب از حکومت گران رفت که حاوی چگونگی تنظیم قدرت و تضمین آزادی افراد باشد که بهترین تضمین، تدوین متنی دقیق و جامع برای تنظیم این رابطه بود و بر این اساس قوانین اساسی در جوامع سیاسی سر برآوردند. این قوانین در بادی امر، شکلی نه چندان پیچیده و حجمی نه چندان انبوه داشتند اما به تدریج کامل تر و جامع تر و با جزئیات بیشتری گردیدند و سعی بر آن شد که تمامی روابط موجود در یک کشور و عرصه های مختلف حکمرانی در این سند بنیادین مطرح و شکل پذیرند.

در اوایل قرن هجدهم میلادی «نهضت دستورگرایی در جهت تهیه و تدوین قانون اساسی نوشته و شکلی روز به روز رواج بیشتری گرفت» (قاضی شریعت پناهی، ۱۳۷۵، ص ۴۲) و قوانین اساسی مدون به تدریج سر برآوردند و به صدرنشینی در نظام های حقوقی نشستند. در ابتدا ایالت ویرجینیا در سال ۱۷۷۶ قانون اساسی خود را به تصویب رسانید و سپس در سال ۱۷۸۷ کنوانسیون فیلادلفیا قانون اساسی ایالات متحده آمریکا را به تصویب نمود. پس از آن در اثر انقلاب ها و درگیری های شدیدی که در فرانسه به وقوع پیوست، ابتدا اعلامیه حقوق بشر و شهروند در تاریخ ۲۶ اوت ۱۷۸۹ سر بر آورد و سپس قانون اساسی فرانسه در سال ۱۷۹۱ رخ نمود. به تدریج در سایر کشورهای قاره اروپا و دیگر نقاط جهان نیز تدوین یک متن مدون تحت عنوان قانون اساسی شروع به آغازیدن نمود. در سال ۱۸۰۹ سوئد، در سال ۱۸۱۸ دولت های آلمانی باویر و بادن، در سال ۱۸۱۹ وورتمبرگ، در سال ۱۸۳۱ بلژیک، در سال ۱۸۴۸ پروس، لوگزامبورگ و سوئیس، در سال ۱۸۴۹ دانمارک، در سال ۱۸۶۴ یونان، در سال ۱۸۶۶ رومانی، در سال ۱۸۶۷ کنفدراسیون آلمان شمالی، در سال ۱۸۸۱ بلغارستان، در سال ۱۸۸۷ هلند و در سال ۱۸۸۹ ژاپن قانون اساسی خود را به تصویب رسانیدند. (قاضی شریعت پناهی، ۱۳۷۵، ص ۸۴-۸۱) در ایران نیز پس از انقلاب مشروطیت در سال ۱۲۸۵ هجری خورشیدی قانون اساسی مشروطه و متمم آن در سال ۱۲۸۶ به تصویب رسید و تا زمان انقلاب مهم دیگر سده اخیر این دیار که منجر به برپایی و استقرار نظام حقوقی جمهوری اسلامی گردید استمرار یافت و پس از آن جای خود را به قانون اساسی جمهوری اسلامی در سال ۱۳۵۸ داد.

امروزه قانون اساسی «حاوی خط مشی کلی یک نظام حقوقی و سیاسی است و در آن از نوع نظام حاکم بر جامعه، شیوه ی حکمرانی، چگونگی تقسیم قدرت، تفکیک قوا، اختیارات و وظایف زمامداران، شیوه عملکرد قوای گوناگون موجود در جامعه، نهادهای سیاسی و دامنه وظایف و حدود اختیارات آن ها و همچنین حقوق اساسی و آزادی های مردم و شهروندان و مواردی از این دست سخن به میان آمده است که مبنا و ضمیر انعکاسی همه روابط حقوقی و سیاسی در جوامع مبتنی بر قانون است.» (حسینی، ۱۳۹۶، ص ۷۲) قانون اساسی «سندی حقوقی و سیاسی است که در آن نظام سیاسی کشور بر پایه ی تنظیم اقتدار زمامداران و حقوق و آزادی مردم به نحو متناسب مقرر می شود.» (هاشمی، ۱۳۸۸، ص ۲۸) این قانون قدرت عمومی را سامان دهی می نماید و به توزیع قدرت میان نهادهای حکومتی مبادرت ورزیده و قدرت سیاسی را محدود و در اعطای قدرت به حکومت گران حد و مرز اختیارات آنان را تحدید حدود نموده و حق های متعلق به افراد را تصریح و از آن ها حمایت می نماید. (Whittington, 2013, p 114)

قانون اساسی نشان دهنده ساختارهای موجود در سیستم سیاسی دولت هاست، ارگان های دولت را چارچوب می بخشد و در عرصه قدرت سیاسی کنشگران دارای اقتدار را شناسایی کرده و به سازمان دهی ساختارهای سیاسی دولت می پردازد و چگونگی انتخاب، نوع روابط و میزان تعلق قدرت به حکومت گران را با به رسمیت شناختن نهادهای موجود یا ایجاد نهادهای جدید به رسمیت می شناسد. (Whittington,2013,p 115)

این قانون سندی بنیادین است که طرز حکومت دولت را انتظام می بخشد و روابط بین اشخاص با حکومت را تنظیم می نماید و ممکن است به صورت یک متن مدون و نوشته یا چند متن پراکنده باشد که توسط قانون گذار اساسی به تصویب رسیده و گاهی به صورت نانوشته و غیرمدون و مجموعه ای از عرف ها و آداب و رسوم فرامین شخص اول مملکت و رویه های اساسی پر تکرار است. تعداد پر شماری از دولت-کشورهای موجود در جهان معاصر ما دارای قانون اساسی نوشته اند، اما کشورهایی نیز وجود دارند که دارای یک متن مدون تحت عنوان قانون اساسی نیستند که مثال بازر آن نظام حقوقی انگلستان است. (Borgeaud,1892,p 613)

به این ترتیب قانون اساسی به «کلیه قواعد و مقررات موضوعه یا عرفی، مدون یا پراکنده ای گفته می شود که مربوط به قدرت و انتقال و اجرای آن است» (قاضی شریعت پناهی، ۱۳۸۲، ص ۴۰) و این قانون به «عنوان روبه سیاسی و سندی حقوقی متضمن مفاهیم و موضوعاتی است که آن را از قوانین عادی متمایز می سازد، این قانون اولاً ریشه در ابعاد و زوایای مختلف دارد و قلمرو اجرای آن به وسعت یک جامعه سیاسی و نسبت به تمام امور است و ثانیاً مجموعه قواعدی است که ناظر بر روابط فرمانروایان و فرمانبرداران و تنظیم کننده قدرت نابرابر آنان می باشد.» (هاشمی، ۱۳۸۲، ص ۱۹۸)

قانون اساسی در کنار تنظیم قدرت عمومی، برای جلوگیری از سو استفاده از قدرت نیز پدیدار می گردد و این سند بنیادین در مقام دفاع و تضمین حقوق افراد است و این قانون اساسی است که آزادی شهروندان، حقوق شهروندی و حاکمیت قانون را در جامعه منقش نموده و افساری بر ابزارهای سرکش اعمال قدرت می گذارد. مردمان و بسیاری از جوامع بر اساس قانون اساسی در طول سده های گذشته خود را از خودکامگی ها رها کرده اند. (Borgeaud,1892,p 613)

زندان و محرومیت از حق دفاع آشنا شده بودند به این حقیقت ملموس که علاوه بر بزهکاران واقعی، شهروندان بی گناه نیز ممکن است در مظان اتهامات ناروا قرار گرفته و به سرنوشت تبهکاران دچار شوند پی بردند (آشوری، ۱۳۷۶: ۱۳۷).

در این راستا و با توجه به حقوق و آزادی های فردی، اعلامیه حقوق بشر و شهروند ۱۷۸۹ فرانسه اعلام نمود که: «هر انسانی بی گناه است مگر آن که بزهکاری او ثابت شود» و این اعلام اعلامیه حقوق بشر فرانسه تأکید و تأییدی بر اصل برائت بود. بعدها، اعلامیه جهانی حقوق بشر مصوب ۱۰ دسامبر ۱۹۴۸ میلادی در بند ۱ ماده ۱۱ اعلام نمود: «هرکس که به بزهکاری متهم شده باشد، بی گناه محسوب خواهد شد تا وقتی که در جریان یک دعوای عمومی که در آن کلیه تضمین های لازم برای دفاع او تامین شده باشد، تقصیر او قانوناً محرز گردید.» با تاسی از اعلامیه های حقوق بشر، اکثر کشورها در قوانین اساسی خود اصل برائت را صریحاً مورد بیان و تایید قرار دادند و خواستار رعایت این اصل شدند. این اصل در قرن بیستم به دلیل ظهور برخی رژیم های توتالیتار چون آلمان نازی، ایتالیای فاشیست و شوروی کمونیستی و بروز دو جنگ جهانی فراز و نشیب هایی داشت به طوری که در مقاطعی مورد خدشه وارد شد. میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی مصوب ۱۶ دسامبر ۱۹۶۶ نیز در بند ۲ ماده ۱۴ با تایید مجدد اصل برائت، اعلام نمود: «هر کس به ارتکاب جرمی متهم شده باشد، حق دارد بی گناه فرض شود تا این که مقصر بودن او طبق قانون محرز شود».

اصل برائت در حالی قرن بیستم را سپری کرده و وارد قرن بیست و یکم شده که دغدغه و مسائل جدید فراروی سیستم های حقوقی قرار گرفته و جوامع بشری گاهی با مسائلی دست به گریبان است که ضروری و لازم به نظر می رسد در مواردی از حاکمیت مطلق اصل برائت خودداری ورزیم و استثنائاتی بر این اصل قائل شویم، به همین خاطر گاه قوانین اساسی، گاه قوانین عادی و گاه اسناد بین المللی حاکمیت مطلق اصل برائت را مورد تردید قرار داده و استثنائاتی بر آن وارد نموده اند که بروز مسائل جدید حقوقی چون پولشویی، ترانزیت مواد مخدر، کسب اموال نامشروع، جنایات علیه بشریت و جنایات جنگی در وارد آوردن استثنائات بر اصل برائت بی تأثیر نبوده اند.

با این همه مطالب گفته شده در مورد اهمیت و نقش پررنگ قانون اساسی در جوامع سیاسی، آیا صرف داشتن قانون اساسی و دل کوک بودن به وجود آن بدون در نظر گرفتن خواسته ها و نیازهای مردم ارزشی و اعتباری دارد؟ محتوای این قانون از چه منبعی سرچشمه می گیرد؟

محتوای این قانون بر اهمیت را زمامداران بر اساس خواست خویش تنظیم می کنند یا خواست مردم؟ اگر بنا بر تنظیم صرف خواست حکومت گران در قانون اساسی باشد دیگر چه تفاوتی میان یک حکومت مبتنی بر فرمان حکام با جامعه ای که قانون اساسی آن مظهر خواست و اراده حاکمان است، وجود دارد؟ شاید تدقیق در سطور پیش رو پاسخی برای این پرسش ها باشد.

۲- قانون اساسی یا اساس قانونی؟

اندیشه حاکمیت مردم بر مردم ریشه در اعماق تاریخ دارد و از همان ابتدای شکل گیری جوامع، مردمان همواره خواستار اعمال حاکمیت خویش بر سرنوشتان بوده اند اما عده قلیلی که از زور و قدرت بیشتری برخوردار بوده اند زمام امور و فرماندهی را در دست گرفتند و این تجمیع قدرت سبب پیدایی حکومت های خودکامه و پادشاهان و حاکمان مستبد در درازنای تاریخ گردید. اما به تدریج مردم از این میراث نامبارک فاصله گرفتند و خواستار حاکمیت بر سرنوشت خویش شدند. در نتیجه ابتدا به مخالفت با جباران زمان پرداختند و در مرحله بعد اقدام به پایین کشیدن آنها از اریکه قدرت نموده اند و خواستار سهیم شدن در قدرت و زمامداری گردیدند. از این رهگذر از طریق انتخاب اعضای از میان خویش به اداره امور خویشان پرداختند و شکل گیری حکومت های معاصر بر دو اساس اصلی استوار گردید: اول حاکمیت قانون و دودیکر مشارکت مردم، که وجود این دو سبب پیدایی پارادایم دموکراسی در مباحث فلسفه سیاسی گردید.

دموکراسی یا مردم سالاری شیوه ای از حکومت است که بر اساس آن مردم بر مردم حکومت کرده و حاکمان توسط مردم و از میان خودشان انتخاب می گردند و تنها این حاکمان انتخاب شده از میان آنان از اعتبار عملکردی برخوردارند و این مشارکت مردم در امر زمامداری در لایه های گوناگون از بن مایه های اصلی این شیوه از حکومت است که مبتنی بر اراده مردم و حاکمیت قانون است. حاکمیت قانونی که امروزه از اصول مترقی پذیرفته شده در تمامی دولت کشورها است، با اطمینان می گوئیم تمامی دولت- کشورها چرا که حتی در صورت فقدان پایبندی به این مهم، بسیاری از حکومت ها در ظاهر هم که شده خود را پایبند به قانون و پاسدار آن می دانند، حتی مستبدرترین و ناقانونی ترین حکومت ها برای کسب و حفظ وجهه بین المللی خود در میان سایر کشورها از تقید و پایبندی خود به قانون به ویژه قانون اساسی سخن می گویند و حکومت خود را حکومتی قانونی می شمارند.

در تعریف حکومت قانونی می توان این طور گفت که این حکومت بر مبنای یک قانون شکل گرفته و استوار گردیده است و نهادهای موجود و طرز کار و اداره امور بر مبنای قوانین موجود که همه زیر مجموعه قانون اساسی اند به وجود آمده و به اداره جامعه و تمشیت امور می پردازند و در واقع «هر اقدامی از هر مقام دولتی چه در سطوح بالا و چه در سطوح پایین باید مستند به قانونی باشد که انجام آن را به وی اجازه داده باشد.» (بوشهری، ۱۳۷۶، ص ۳۰) اما آیا صرف عملکرد این نهادها و ارگان های گوناگون بر اساس قانون، همان گونه که منطبق با قانون است منطبق با خواست و نظر مردمان تحت شمول آن نیز می باشد؟ به تعبیر دیگر شکل گیری و عمل صرفا بر مبنای قانون و مطابقت با شکل قانون آیا همراه با مطابقت با نظریه غالب پذیرفته شده در مورد درستی و راستی آن نهاد و کارکردهای آن در جامعه نیز می باشد؟ چرا که «بین قانونی بودن و حقانی بودن قدرت تفاوت هاست، مثلا قانونی بودن حکومتی تطابق آن با موازین و مقررات و احکام حقوقی است ولی حقانیت آن زمانی مورد پذیرش واقع می شود که اساس رژیم یا قدرت فرد زمامدار، سازگار با نظریه قدرتی باشد که اکثریت به درستی آن ایمان دارند.» (قاضی شریعت پناهی، ۱۳۸۲، ص ۲۵)

در اینجاست که بحث از مشروعیت و حکومت حقانی به میان می آید به این معنی که علاوه بر مطابقت شکل گیری و فعالیت بر اساس قانون، رضایت و پذیرش در نزد مردم نیز از اهمیت بسیاری برخوردار است. پس در حقانی بودن یک قانون به ویژه قانون اساسی و به تبع آن شکل گیری یک حکومت دو مرحله باید مد نظر قرار گیرد، اول تطابق با شکل قانون و شکل گیری بر اساس فرامین قانون و دودگر پذیرش و اقبال و مشروع بودن در نظر مردم، چرا که نه تنها قانون اساسی بلکه هر قانونی تا در نزد مردمان آن جامعه مقبولیت و اقبالی نداشته باشد و در نزد ساکنان یک پهنه جغرافیایی از مشروعیت برخوردار نباشد، یا به اجرا در نخواهد آمد و یا در صورت اجرا همواره همراه مخالفت و نافرمانی مدنی خواهد بود. مصداق های فراوانی از این قوانین را می توانیم نمونه بیاوریم. در سال ۱۳۴۱ تصویب نامه ای از جانب هیئت دولت به تصویب رسید تحت عنوان «لایحه قانونی انجمن های ایالتی و ولایتی مصوب ۱۶ مهر ماه به پیشنهاد وزارت کشور» که نکته مهم این لایحه این است که به موجب ماده ۴۱ آن اعضا انتخاب شده باید در جلسه حاضر و یک جلد کتاب آسمانی به همراه خود آورده و به آن سوگند یاد نمایند.^۱ سوگند به یک کتاب آسمانی (غیر از قرآن) آن هم در یک جامعه اسلامی و پایبند به

۱- پس از ایراد نطق افتتاحیه بلافاصله جلسه انجمن به ریاست مسن ترین اعضا و منشی گری دو نفر از جوان ترین اعضا انجمن تشکیل و ... در حالی که اعضای انجمن و عموم حضار به احترام به پا خاستند یک جلد کتاب آسمانی را به جلسه می آورند و در مقابل جایگاه رییس قرار می دهند و ابتدا رییس و سپس یک یک اعضا انجمن در مقابل کتاب آسمانی قرار گرفته و پس از بوسیدن

موازین اسلامی که این ایدئولوژی پیوند خورده با روح و جان آنان است، مغایر با باور غالب مردم بود. از طرفی دیگر بر اساس اصل اول متمم قانون اساسی مشروطه دین رسمی کشور اسلام و مذهب جعفری اثنی عشری است^۱ که این امر خود خلاف متن قانون اساسی نیز بوده است. در نتیجه نادیده گرفتن این مهم و سوگند به هر کتاب آسمانی بدون تردید خلاف نظریه حاکم بر جامعه و عقیده و مقبولیت در نزد مردم بود و این امر واکنش و اعتراض شدید مردم و علما را به همراه داشت و این اعتراض های مکرر سبب عقب نشینی حکام گردید و سرانجام بر اساس تصویب نامه جدیدی تصویب نامه قبلی ملغی و بلااثر گردید و قانونی که خلاف رای و نظر مردم بود به دست فراموشی سپرده شد.^۲ (هاشمی، ۱۳۸۸، ص ۴۹)

از موارد مهمی که قانون گذار در هنگام تدوین و تصویب قانون باید در نظر بگیرد ارزش های موجود در جامعه و حاکم بر روابط مردم است و «مجموع ارزش ها و واقعیت ها برای ایجاد نظام حقوقی ضروری است.» (توسلی نائینی، شهابی، نیکویی، ۱۳۹۰، ص ۵۸) این ارزش ها گاهی ارزش مذهبی است و جنبه اعتقادی دارد. برای نمونه در جوامع مذهبی مسیحی به تحقیق آموزه ها و دستورات دین مسیحیت که بسیاری از مردمان آن جامعه معتقد به آن هستند جز ارزش های حاکم بر این گونه جوامع است و باید به گونه ای در متن قانون اساسی در نظر گرفته شود.

معمولاً رویکرد به دین و انگاره های آن دو جلوه در متن قوانین اساسی پیدا می نماید: نخست آن که متن قانون اساسی نسبت به مذهب و یک دین و آیین خاص جبهه گیری نمی نماید و اصل را بر عدم حاکمیت یک دین بر جامعه قرار می دهد توأم با احترام به همه ادیان و آیین های مذهبی که نمونه بارز این رویکرد در اصل دوم قانون اساسی فرانسه قابل مشاهده است که فرانسه را یک جمهوری غیرمذهبی احترام گذارنده به تمام عقاید مذهبی می داند.^۳

کتاب آسمانی در حالی که دست راست خود را بر روی آن قرار داده، سوگند نامه ذیل را بلند قرائت و سپس ذیل آن را امضا می نماید...

۱- مذهب رسمی ایران اسلام و طریقه حقه جعفریه اثنی عشریه است.

۲- تصویب نامه شماره ۴۲۴۰۰ راجع به الغا تصویب نامه ۲۶۳۰۶ انتخابات انجمن های ایالتی و ولایتی، مصوب ۱۳۴۱/۰۹/۱۲ هیات وزیران: هیات وزیران در جلسه مورخه ۱۳۴۱/۰۹/۱۲ تصویب نمودند تصویب نامه قانونی ۲۶۳۰۶ مصوب ۱۳۴۱/۰۷/۱۶ در مورد انتخابات انجمن های ایالتی و ولایتی قابل اجرا نخواهد بود.

۳- فرانسه یک جمهوری غیرقابل تجزیه، غیرمذهبی، دموکراتیک و اجتماعی است. دولت اصل برابری در مقابل قانون را برای تمام اتباع خود بدون در نظر گرفتن نژاد و مذهب تضمین می نماید و به تمام اعتقادات احترام می گذارد.

اما رویکرد دوم قوانین اساسی به دین و مذهب به این گونه است که غالباً یک دین و آیین خاص که مورد قبول اکثریت جامعه است مورد پذیرش در قوانین اساسی قرار می‌گیرد و در قانون اساسی به سایر ادیان و آیین‌ها اجازه فعالیت اعطا می‌نمایند مانند قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که در اصل دوازدهم دین رسمی ایران را اسلام و مذهب شیعه جعفری اثنی عشری می‌داند^۱ اما در اصل سیزدهم با در نظر گرفتن تنوع مذهبی موجود در ایران زرتشتیان و کلیمیان و مسیحیان را آزاد در انجام مراسم مذهبی خود می‌داند.^۲

آنچه که مسلم است قانونگذار اساسی فرانسه با توجه به شناختی که از جامعه لائیک فرانسه داشته است اصل را بر عدم رسمیت دین و مذهب خاصی قرار داده و در مقابل در قانون اساسی ایران با توجه به ریشه‌های اعتقادی مردم به دین اسلام و خواست و گرایش اکثریت مردم به این دین، همان طوری که در گذار از حکومت شاهنشاهی به حکومت جدید قید اسلامیت همواره در کنار جمهوریت تبلور در شعار و خواست مردمان انقلابی آن زمان داشته است، قانون‌گذاران اساسی این دین و آموزه‌های آن را از ارکان اصلی و جز ساختارهای نظام حقوقی-سیاسی هنجارمند نمودند و این امر که از ساختارهای موجود در جامعه ایرانی بود جلوه هنجاری به خود گرفته و در متن قانون اساسی به منصفه ظهور رسیده است. حال این سوال مطرح است که اگر به سان سده‌های گذشته که آیین زرتشت حاکم بر این دیار و قبل از ظهور اسلام گرایش عمده مذهبی مردم بود در حال حاضر نیز استمرار می‌یافت آیا قانون‌گذار اساسی باز هم می‌توانست بر رسمیت دین اسلام در این کشور تاکید نماید و آن را جز اساس نظام حقوقی-سیاسی خود قرار دهد؟ در فرض دیگری در صورت تكثر اهل سنت و غلبه جمعیتی آنان در ایران آیا باز می‌توانستیم در قانون اساسی از رسمیت مذهب جعفری اثنی عشری سخن به میان بیاوریم؟

جدای از انگاره‌های دینی و مذهبی در مورد شکل و نوع حکومت، آیا به راحتی می‌توان شیوه‌ای از حکومت را در قانون اساسی مدل‌سازی کرد که یا صبغه و پیشینه‌ای ندارد و یا متضاد با فهم عمومی مردم جامعه از حکومت داری است؟

۱- دین رسمی ایران اسلام و مذهب جعفری اثنی عشری است و این اصل الی الابد غیر قابل تغییر است و مذاهب دیگر اسلامی اعم از حنفی، شافعی، مالکی، حنبلی و زیدی دارای احترام کامل می‌باشند و پیروان این مذاهب در انجام مراسم مذهبی، طبق فقه خودشان آزادند...

۲- ایرانیان زرتشتی، کلیمی و مسیحی تنها اقلیت‌های دینی شناخته می‌شوند که در حدود قانون در انجام مراسم دینی خود آزادند و در احوال شخصی و تعلیمات دینی بر طبق آیین خود عمل می‌کنند.

فرض کنیم حکومت شاهانه و به ارث رسیدن این مقام به فرزند ارشد برای سالیان متمادی در رژیم سیاسی یک سرزمین پیاده شده و غالب مردم بدون انتخاب و بدون هیچ تشریفات خاصی بعد از فوت پادشاه فرزند ارشد او را جانشین پدر بدانند، حال اگر در این حین قانون اساسی بخواهد به رشته تحریر درآید و در آن امکان انتخاب فرد دیگری به جز فرزند ارشد پادشاه باشد، آیا این پادشاه جدید که بر اساس قانون هم انتخاب گردیده است همان مشروعیت ولیعهد را در نزد مردمان خواهد داشت؟ هرچند انتخاب پادشاه جدید بر مبنای قانون است اما به تحقیق در نزد اکثر مردمان این فرزند ارشد پادشاه است که شایستگی این مقام را دارد. یعنی در نزد مردم آن دیار یک عرف نانوشته اساسی در این موضوع شکل گرفته است که قانون اساسی جدید آن را نادیده انگاشته است. بنابراین هرچند حکومت پادشاه جدید قانونی است اما از مشروعیت لازم و کافی برخوردار نیست و در نزد مردم حقانی نیست.

۳- شواهدی از حکومت های قانونی ناحقانی

نمونه هایی از حکومت هایی که بر اساس قانون اساسی به وجود آمده اند اما در نزد مردم جایگاهی نداشته اند را می توان مثال زد. در حکومت اتحاد جماهیر شوروی سابق که برای سالیان متمادی دکتورین مارکسیست را بر آن دیار حاکم ساخته بود و نظامی تک حزبی تمام امور و شوون جامعه را در بر گرفته بود، اگر چه حکومت حاکم بر مبنای قانون اساسی و بر اساس ایدئولوژی سران این نظام شکل گرفته بود، اما نارضایتی مردم از قانون اساسی موجود و همچنین حکمرانی حکام بر اساس آن سبب اعتراضات و نافرمانی های بسیاری گردیده بود. آن طوری که «قوانین اساسی این کشور که ابزار و انعکاس توتالیتریسم مارکسیستی شوروی بود جز از طریق زور علیه جمهوری های متعدد و مختلف و ملیت ها و مذاهب گوناگون و حتی علیه خود مردم جمهوری روسیه که قوم غالب نسبت به بقیه محسوب می شد، به هیچ عنوان قابل اعمال نمی بود.» (قاضی شریعت پناهی، ۱۳۸۳، ص ۸۸) این نمونه نشان دهنده عدم تطبیق قانون اساسی با خواست مردم است. در واقع تفاوت میان خواست قانون اساسی و خواست مردم سبب این ناهمگونی و توسل به اجبار در اجرای قانون اساسی شد که سرانجام خوشی هم در بر نداشت و در آخر حکومت قانونی اما ناحقانی شوروی تجزیه و جای خود را به چندین دولت-کشور جدید داد.

نمونه دیگری از حکمرانی قانونی ولی ناهقانی در نزد مردم را می توان در مثال زیر جستجو نمود که «حکومت ویشی^۱ در هنگام جنگ جهانی دوم با ۵۸۶ رای موافق در برابر ۸۰ رای مخالف مجلس ملی فرانسه به ریاست مارشال پتن به قدرت رسید، لذا می توان گفت که حکومت قانونی بود اما بسیاری از مردم فرانسه آن را ناهقانی می شمردند در صورتی که حکومت در تبعید ژنرال دوگل بر حسب معیارهای زمان نمی توانست قانونی باشد ولی از لحاظ اکثریت قاطع فرانسویان حقانی به شمار می آمد» (قاضی شریعت پناهی، ۱۳۸۲، ص ۲۵)

جدای از این ها نمونه خاصی که در کشور ایران در خلال سال های ۱۳۴۲ تا ۱۳۵۷ اتفاق افتاد و منتج به تغییر شیوه حکمرانی این دیار پس از سده ها گردید، رهبری آیت الله خمینی (ره) بر مردم در زمان حکومت پهلوی دوم بود. علی رغم آن که ولیعهد کشور پس از پدر خود بر اساس اصول ۳۵^۲ و ۳۶^۳ و ۴۳^۴ متمم قانون اساسی مشروطیت جانشین قانونی او گردیده بود و پادشاه کشور شد و انتخاب و جانشینی او بر اساس قانون اساسی مشروطه بوده است؛ اما چون عملکرد، رویه و حکمرانی و به تبع آن فرماندهی شخص پادشاه مطابق با خواست و نظر مردم نبوده و فاصله فراوانی با آموزه های اسلام، آرمان های مردم و ایدئولوژی غالب آن عصر داشته است و همچنین نظام سلطنتی مورثی مندرج در قانون اساسی فاصله زیادی با خواسته ها و آرمان های جامعه موجود داشته و در نزد اکثر مردم نامشروع جلوه می نمود، علی رغم قانونی بودن، ناهقانی بود.

در نتیجه رهبری عملی مردم و سمت و سوی افعال جامعه بر اساس گفتارها و رهبری آیت الله خمینی (ره) بوده است و نوع حکمرانی پادشاه مورد قبول اکثریت مردم نبوده و این نارضایتی به تدریج سبب اعتراض، نافرمانی، تظاهرات و در نهایت انقلاب گردید که این خود نمونه ای دیگر از حکومت قانونی و حکمرانی بر اساس قانون اساسی اما ناهقانی است که سرانجام خواست مردم بر قانون اساسی و حاکم زمان غلبه و حکومت قبلی ناپدید و حکومت جمهوری اسلامی پدیدار گردید. از همین منظر در اصل اول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بیان شده که حکومت ایران جمهوری اسلامی است که ملت ایران بر اساس اعتقاد دیرینه اش به حکومت حق و عدل قرآن در پی انقلاب اسلامی پیروزمند خود به رهبری مرجع عالی قدر تقلید حضرت آیت الله العظمی

۱ به حکومت فرانسه در در خلال سال های ۱۹۴۰ تا ۱۹۴۴ به رهبری مارشال پتن دولت ویشی گفته می شود و چون علی رغم مرکزیت پاریس، پایتخت کرسی دولت به شهر ویشی منتقل شده بود به این نام خوانده می شد.

۲ سلطنت ودیعه ایست که به موجب الهی از طرف ملت به شخص پادشاه مفوض شده.

۳ سلطنت مشروطه ایران از طرف ملت به وسیله مجلس موسسان به شخص اعلیحضرت شاهنشاه رضا شاه پهلوی تفویض شده و در اعقاب ذکور ایشان نسلا بعد نسل برقرار خواهد بود.

۴ ولایت عهد با پسر بزرگتر پادشاه که مادرش ایرانی الاصل باشد خواهد بود...

خمینی، در همه پرس‌های دهم و یازدهم فروردین ماه یک هزار و سیصد و پنجاه و هشت هجری شمسی با اکثریت ۹۸/۲٪ کلیه کسانی که حق رای داشتند، به آن رای مثبت دادند.

۴- قانون اساسی، قانون هست‌ها

باید قبول کرد که اجتماع بشری و حقوق دارای رابطه متقابل با یکدیگرند و بر همدیگر اثر می‌گذارند و «حقوق واقعی است در زمان و قاعده حقوقی صورت تبلور یافته‌ی نیاز اجتماعی است.» (قاضی شریعت پناهی، ۱۳۸۳، ص ۱۰۳) از این زاویه هرچه حکومت دموکراتیک‌تر و احترام‌گذارنده‌تر به خواست شهروندان خود باشد به تحقیق خواسته‌ها و نیازهای مردم در قوانین آن سامان انعکاس بیشتری خواهد داشت و برعکس هرچه حکومت و قانون‌گذاران از مردم و خواسته‌های آنان دورتر باشند به یقین قانون آنچه که باید باشد است و آنچه که در بطن جامعه هست، نمی‌باشد. اما اساس «حقوق موضوعه و به ویژه حقوق اساسی داور را بر آنچه که هست و بر آنچه که موجود است مبتنی می‌کند و امروزه حقوق اساسی موضوعه را به عنوان واقع و موجود در جامعه بررسی می‌کنیم نه آنچه که باید باشد.» (قاضی شریعت پناهی، ۱۳۸۳، ص ۹۶-۹۵) همین رویکرد در مورد قانون اساسی که مهمترین منبع حقوق اساسی است نیز باید جاری باشد. اگر قانون‌گذاران و تهیه‌کنندگان قانون اساسی از میان مردم برخاسته باشند و خواست و نظر مردم برای آن‌ها در درجه اول اهمیت باشد، این خواسته‌ها و علایق مردم در سطر سطر قانون اساسی بر صفحه کاغذ می‌نشیند و قانون اساسی چیزی جز اراده مردمان نمی‌شود. از منظر این نوشتار قانون اساسی باید به همین سمت و هنجارمندی هست‌های موجود در جامعه و اساسی‌سازی واقعیت‌های آن برود و در بادی امر به سامان دهی آنان در پرتو خواست مردمان بپردازد و از آرمان‌گرایی و ایده‌پردازی به واقع‌گرایی روی آورد چرا که قانون اساسی برای اجرا در جامعه است و ذاتاً قانون برای اجرا شدن است و «علم حقوق اگر به عامل حقانیت توجه دارد، نه به لحاظ بررسی اخلاقی قاعده است، بلکه به جهت غایت‌نگری آن از حیث قابل اجرا بودن قاعده در جامعه، به لحاظ مقبولیت عام است.» (قاضی شریعت پناهی، ۱۳۸۳، ص ۹۵)

قوانین از جمله قانون اساسی برای اجرا به رشته تحریر در می‌آیند و جنبه زینت‌المجالسی ندارد و «قانون اساسی به عنوان میثاق جامعه مدنی و سیاسی، بدون مردم ذره‌ای ارزش ندارد و ورق پاره‌ای بیش نیست.» (هاشمی، ۱۳۸۳، ص ۳۲۶)

قانون اساسی باید آینه تمام نمای آنچه که در بطن جامعه است باشد. آنچه که مهم است محتوی قانون اساسی است و اینکه این قانون چگونه به تنظیم روابط می پردازد که خواسته ها و نیازهای مردمان نیز در آن انعکاس داشته باشد. به هنگام ایجاد، تدوین و تصویب یک قانون اساسی، قانون گذاران اساسی باید خواسته ها، نیازها، علائق و واقعیت های موجود در جامعه، ارزش های شناخته شده و معتبر در نزد غالب مردم و ارزش های اجتماعی و سیاسی و فرهنگی موجود، ایدئولوژی های دینی و مذهبی، واقعیت های اقتصادی موجود در جوامع را بسنجند و پس از تحلیل، آن ها را در قالب اصول قانون اساسی به روی کاغذ آورند. این قانون اساسی که واقعیت های اجتماعی جامعه و حقوق و آزادی های مردم را توأمان دارا باشد می تواند قانونی حقانی در نزد همگان باشد. در این صورت است که در اجرا با سهولت و رضایت مندی همراه است چرا که تجلی خواست مردمان آن جامعه است. پس قانون گذار اساسی باید هست های موجود در جامعه را شناخته و با تدقیق و تحلیل آنان به تدوین متن قانون اساسی بپردازد و باید اساس های موجود، بن مایه ها و واقعیت های اجتماعی را قانونی نماید و با درک صحیح و داشتن بینشی مبتنی بر جامعه شناسی سیاسی و مردم شناسی اجتماعی جلوهای اساسی به آن ها ببخشد. هرچه قانون اساسی به سمت قبول هست ها، ارزش ها و اساس موجود در جامعه پیش برود حکومت و سازمان ها و نهادهای اجرایی به وجود آمده از قبل آن در نزد همگان جلوه مشروعیت و حقانیت بیشتری دارند.

۵- بحث و نتیجه گیری

از منظر این نوشتار قانون اساسی باید تداوم و استمرار دهنده ی هست های موجود در جامعه باشد. قانون اساسی به عنوان عالی ترین سند هنجاری هر نظام حقوقی اگر منعکس کننده هست های موجود در جامعه خویش باشد و خواسته ها، انتظارات و نیازهای غالب مردم در آن اکسری داشته باشد، چون ابزاری قدرتمند برای هنجارمندی قدرت موجود است می تواند به عنوان یک ابزار بسیار مناسب برای حکومت کردن باشد و چون حاوی خواست مردم است حکومت بر اساس آن صرفاً قانونی نیست بلکه علاوه بر قانونی بودن از مشروعیت و حقانیت نیز بهره مند است. به تعبیر دیگر قانون گذاران اساسی به هنگام نگارش متن آن باید خواست های مردم را در نظر داشته باشند تا در پرتو آن قانون اساسی مردمی به وجود آورند، در این صورت حکومت بر اساس آن نیز مردمی، دارای مشروعیت و حقانیت است. قانون اساسی باید محتوی خواسته ها، نیازها، ارزش ها و هست های موجود در جوامع باشد و قانون گذاران اساسی باید این مهم را در زمان ایجاد قوانین اساسی در نظر داشته باشند و آنها را با هنر قانون نویسی که دارند به متون قانونی تبدیل نمایند و هست های موجود جامعه را اساس قانونی ببخشند. در نتیجه فرمانروایی بر اساس چنین قانون اساسی ای علاوه بر قانونی بودن حقانی نیز می باشد چرا که آنچه را که مردم خواسته اند در دل خود گنجانده و چیزی جز تبلور خواسته های مردم زمان خویش نیست. در این صورت است که ما با اساسی سازی هست های موجود و تبدیل آن به قانون و ایجاد حکومت بر اساس آن و زمامداری بر اساس آن از حکومت صرفاً قانونی عبور کرده و به حکومت قانونی حقانی می رسیم.

منابع و مآخذ

الف) منابع فارسی

۱. بوشهری، جعفر (۱۳۷۶)، مسائل حقوق اساسی، تهران، نشر دادگستر.
۲. توسلی نائینی، منوچهر، شهابی، مهدی، نیکوئی، مرضیه (۱۳۹۰). «نقش واقعیت در ایجاد قاعده حقوقی». نشریه فقه و حقوق اسلامی، سال ۲، شماره ۳، صفحات ۵۷-۸۸.
۳. صدرا، علیرضا (۱۳۸۷)، «پرسمان جهانی و تاریخی مشروعیت سیاسی»، فصلنامه سیاست، دوره ۳۸، شماره ۱، صفحات ۱۰۳-۱۳۰.
۴. حسینی، محمد جواد (۱۳۹۶)، «تفاوت حکمرانی علی رغم شباهت هنجاری و گرایش قوانین اساسی به وحدت». ماهنامه پژوهش های تاریخی، اجتماعی و سیاسی، شماره ۴، صفحات ۷۱-۹۰.
۵. قاسمی، محسن (۱۳۸۳). «علم قانون گذاری در سایه حقوق اساسی». نشریه حقوق اساسی، سال ۲، شماره ۳، صفحات ۱۵۵-۱۶۸.
۶. قاضی شریعت پناهی، سید ابوالفضل (۱۳۸۲)، بایسته های حقوق اساسی، تهران، بنیاد حقوقی میزان.
۷. قاضی شریعت پناهی، سید ابوالفضل (۱۳۷۵)، گفتارهایی در حقوق عمومی، تهران، نشر دادگستر.
۸. قاضی شریعت پناهی، سید ابوالفضل (۱۳۸۳)، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، تهران، بنیاد حقوقی میزان.
۹. کاویانی، محمدهادی، حسینی، محمدجواد (۱۳۹۶). «بررسی ضرورت یا عدم ضرورت بازنگری قانون اساسی با پیدایش نسل های جدید». فصلنامه اندیشمندان حقوق، سال ۵، شماره ۱۲، صفحات ۵-۲۲.
۱۰. مدنی، جلال الدین (۱۳۸۸)، کلیات حقوق اساسی، تهران، انتشارات پایدار.
۱۱. هاشمی، سید محمد (۱۳۹۰)، حقوق اساسی و ساختارهای سیاسی، تهران، بنیاد حقوقی میزان.
۱۲. هاشمی، سید محمد (۱۳۸۸)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران اصول و مبانی کلی نظام، ج اول، تهران، بنیاد حقوقی میزان.

قانون اساسی یا اساس قانونی؟ پرسش عبور از حکومت قانونی به حکومت حقانی/۲۶

۱۳. هاشمی، سید محمد (۱۳۸۲). «از فلسفه سیاسی تا حقوق اساسی». نشریه حقوق اساسی، سال ۱، شماره ۱، صفحات ۱۷۳-۲۰۰
۱۴. هاشمی، سید محمد (۱۳۸۳). «قانون اساسی و حاکمیت مردم». نشریه حقوق اساسی، سال ۲، شماره ۳، صفحات ۳۲۵-۳۳۳

ب) منابع لاتین

15. Borgead, Charles (1892) *The origin and development of written constitutions. Political science quarterly*, Vol. 7, No. 4
16. Eleftheriadis, Pavlos (2016) **Power and principle in constitutional law.** Netherlands Journal of legal philosophy, (45) 2
17. Whittington, Keith, E. (2013) **the status of unwritten constitutional convention in the United States.** University of ILLINOS law review, No. 5

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی