

پژوهش‌های حقوقی

شماره ۱۱

هزار و سیصد و هشتاد و شش - نیمسال اول

مقالات

- گرایش به پذیرش و توسعه مسئولیت کیفری اشخاص حقوقی
- حقوق در بند سیاست: تحلیل قطعنامه ۱۷۴۷ شورای امنیت
- امکان توسل به دفاع مشروع برای مبارزه با تروریسم
- مسأله اساسی‌سازی نظم حقوقی
- بیمه مهر: لزوم تبیین، بازنگری و اصلاح ساختار آن
- مسئولیت مرتکب به پرداخت هزینه‌های درمانی مازاد بر دیه
- ارزیابی الزام دولت به ابتکار قانون در اسلوب تعامل قوا در ایران

موضوع ویژه: جنبه‌های حقوقی شبیه‌سازی انسانی و درمانی

- ابعاد حقوقی - اخلاقی همسانه‌سازی
- کرامت بشری و شبیه‌سازی انسان
- مبانی منع شبیه‌سازی انسان
- چالش‌های شبیه‌سازی درمانی انسان
- سیاست جنائی سازمان ملل در قبال شبیه‌سازی انسان

نقد و معرفی

- ارزیابی و نقد برخی محورهای قانون جدید دیوان عدالت اداری
- نقدی بر ماده ۱۸ اصلاحی قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب





مسأله اساسی سازی نظم حقوقی

دکتر جواد تقی زاده*

چکیده: اساسی سازی عبارت از فرایند تغییر و تحولی است که به سبب رخنه و نفوذ هنجارهای اساسی در گرایشهای مختلف حقوق و در نتیجه آغشتن مجموعه نظم حقوقی به این هنجارها به وجود می آید. شرایط تحقق اساسی سازی نظم حقوقی عبارتند از ویژگی هنجاری قانون اساسی، دخالت گری قانون اساسی، ایجاد دادرسی اساسی و انتشار هنجارهای اساسی در نظم حقوقی. اثرات مهم اساسی سازی بر نظم حقوقی عبارتند از تنظیم اساسی حیات سیاسی و اجتماعی، تضمین اساسی حقوق و آزادی ها، پاک سازی نظم حقوقی از هنجارهای غیرمردم سالارانه و وحدت تدریجی گرایشهای مختلف حقوق.

کلیدواژه ها: قانون اساسی، هنجارهای اساسی، اساسی سازی، نظم حقوقی

مقدمه

از اواسط قرن بیستم بسیاری از کشورهای اروپایی استقرار نظامهای مردم سالار و احترام به حقوق و آزادی های افراد را در مردم سالار نمودن قوانین اساسی و تضمین اجراء قواعد و مقررات مندرج در آنها و نیز ضمانت اجراء سایر هنجارهای اساسی^۱ جستجو نمودند. در این راستا، محاکم اساسی^۲ یعنی نهادهای متصدی صیانت از قانون اساسی تحت عناوین مختلف از جمله دادگاه قانون اساسی، دیوان قانون اساسی و یا شورای

* استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران

¹ Normes constitutionnelles

² Juridictions constitutionnelles

قانون اساسی پیش‌بینی شد. کارویژه^۳ تضمین برتری هنجارهای اساسی بر سایر هنجارهای حقوقی به این نهادهای خاص واگذار گردید و این جریان به پیدایش مسأله‌ای به نام اساسی‌سازی نظم حقوقی^۴ منجر شد. پیش از بررسی شرایط تحقق اساسی‌سازی و اثرات آن بر نظم حقوقی نگاهی گذرا به مفهوم و ضرورت آن مفید خواهد بود.

پیشگفتار: مفهوم و ضرورت اساسی‌سازی

۱. اساسی‌سازی عبارت از فرایند تغییر و تحولی است که به سبب رخنه و نفوذ هنجارهای اساسی در گرایشهای مختلف علم حقوق و در نتیجه آغستن مجموعه نظم حقوقی به این هنجارها به وجود می‌آید. به موجب این فرایند، هنجارهای اساسی تمام گرایشهای علم حقوق را متأثر می‌نمایند و این تأثیرگذاری به گونه‌ای است که دکترین^۵ از تشعشع هنجارهای اساسی در نظم حقوقی و یا از آبیاری و رنگ‌آمیزی آن توسط هنجارهای اساسی سخن می‌گوید.

مراد از اساسی‌سازی الزاماً این نیست که باید حتماً موضوعات مختلف نظم حقوقی صراحتاً در متن قانون اساسی ذکر گردند. هرچند ذکر هر موضوعی در قانون اساسی به اساسی کردن آن منجر می‌شود و حذف هر موضوعی از قانون اساسی می‌تواند به غیر اساسی کردن آن منتهی گردد. مثلاً شناسایی احزاب سیاسی در قانون اساسی به اساسی‌سازی کثرت‌گرایی سیاسی منجر می‌شود و یا اگر کشوری نظام انتخاباتی را از قانون اساسی خارج نماید و تعیین آن را در اختیار قانونگذار عادی قرار دهد، می‌توان از غیر اساسی‌سازی نظام انتخاباتی در آن کشور سخن گفت. اصولاً اساسی‌سازی در مواردی صادق است که یک موضوع یا یک گرایش از علم حقوق تحت تأثیر قواعد و مقررات اساسی^۶ قرار گیرد، لذا بدون اینکه الزاماً هنجارهای اساسی

³ Fonction

⁴ Constitutionnalisation de l'ordre juridique

⁵ Louis FAVOREU, "La constitutionnalisation de l'ordre juridique, considérations générales", *Revue belge de droit constitutionnel*, 1998, p. 234.

⁶ Louis FAVOREU, "L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit", *Les mélanges en hommage Léo HAMON*, in Itinéraires, Paris, Economica, 1982, p. 244.

⁷ Règles et dispositions constitutionnelles

جایگزین هنجارهای حقوقی عادی حاکم بر آن موضوع یا گرایش از علم حقوق گردند، قواعد و مقررات حاکم بر آنها باید به گونه‌ای اجرا یا تفسیر شوند که توقعات اساسی^۸ را لحاظ نمایند.^۹ به موجب این فرایند، هر گرایش حقوقی از بنیانهای اساسی‌ای^{۱۰} برخوردار است که باید در هر سخن آموزشی و در هر کار پژوهشی مورد توجه قرار گیرند.^{۱۱} مثلاً در حقوق کیفری اصل قانونی بودن جرائم و مجازاتها و یا اصل برائت (اماره بی‌گناهی) را نمی‌توان بدون در نظر گرفتن بنیانهای اساسی آنها یعنی مقررات قانون اساسی راجع به آنها و یا تفسیری که نهادهای متصدی صیانت از قانون اساسی از آنها ارائه می‌دهند بررسی نمود و یا در حقوق اداری نمی‌توان بدون توجه به هنجارهای اساسی از اعمال اداری یا دادرسی اداری سخن گفت.

البته باید تصریح کرد که وجود بنیانهای اساسی برای یک گرایش از علم حقوق و مسئله اساسی‌سازی حقوق یک چیز نمی‌باشند. این دو مسأله در اغلب موارد با همدیگر تقارن دارند ولی دو پدیده متمایز از هم هستند.^{۱۲} به عبارت دیگر، وجود بنیانهای اساسی برای اساسی‌سازی یک گرایش حقوقی لازم است اما کافی نیست. این بنیانها و هنجارهای اساسی باید بتوانند تحت شرایطی که توضیح داده خواهد شد و با مکانیسمهای مناسب در نظم حقوقی انتشار یابند. لذا مسأله اساسی‌سازی نظم حقوقی اصولاً در کشورهایی به جریان می‌افتد که تاکنون هنجارها یا قواعد اساسی اثرات مستقیم (یا حتی غیرمستقیم) بر روی اجراء حقوق در روابط بین دولت و افراد یا در روابط بین افراد نداشته‌اند.^{۱۳} در کشورهایی همانند ایالات متحده امریکا، که البته به آن می‌توان به عنوان موردی منحصر به فرد نگاه کرد، اساسی‌سازی از مدتها پیش آغاز گردید و نظم حقوقی آن کاملاً به هنجارهای اساسی آغشته شده است.

۲. دلایل ذیل ضرورت اساسی‌سازی نظم حقوقی را تبیین می‌کنند.

الف - معمولاً در کشورهای دارای تجربه نظامهای خودکامه و استبدادی یک عزم

^۸ Exigences constitutionnelles

^۹ Louis FAVOREU, "La constitutionnalisation de...", *article précité*, p. 234.

^{۱۰} Bases constitutionnelles

^{۱۱} Louis FAVOREU, "Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit", *Revue française de droit constitutionnel*, n° 1, 1990, p. 86.

^{۱۲} Louis FAVOREU, "La constitutionnalisation de l'ordre juridique", in Association française des constitutionnalistes, *Actes de l'Atelier du IIIe congrès*, Dijon, 1996. p. 181.

^{۱۳} *Ibid.*, p. 197.

همگانی و جدی به نفع استقرار قواعد فراقانونی^{۱۴} جهت تحمیل بر فرمانروایان حتی بر پارلمان موجود است. هدف این دسته از کشورها این است که از بازگشت به تعدی‌ها و افراطی‌گری‌های نظام‌های سیاسی پیشین جلوگیری نمایند.^{۱۵} جهت رسیدن به این هدف، ضرورت مردم‌سالار نمودن قوانین اساسی و تضمین احترام به قواعد و مقررات مندرج در آنها مورد توجه قرار گرفت. در قوانین اساسی این کشورها قواعد و مقررات راجع به حقوق و آزادی‌ها از اهمیت بسیاری برخوردار گردید. دادرسی اساسی نیز در این کشورها پذیرفته شد چراکه صرف شناسایی اساسی حقوق و آزادی‌های بنیادین، بدون پیش‌بینی نهادهای متصدی صیانت از آنها، برای تحقق توقعات آزادی خواهانه ملت‌ها کافی نبود. فعالیت دادرسان اساسی و در نتیجه انتشار هنجارهای اساسی مردم‌سالار در نظم حقوقی به اساسی‌سازی مردم‌سالارانه آن منجر خواهد شد.

ب - امروزه شهروندان نمی‌پذیرند که مسئولین سیاسی پس از انتخاب شدن از آزادی بی‌حد و مرز تصمیم‌گیری به نمایندگی و به نام آنها برخوردار باشند، لذا علاقمندند که اعمال منتخبان آنها در فاصله بین دو انتخابات مورد نظارت قرار گیرند. ارزیابی اعمال منتخبان و بررسی انطباق یا عدم مغایرت تصمیمات آنها با قانون اساسی تحت عنوان نظارت بر اساسی بودن قوانین و مقررات صورت می‌گیرد. مسأله نظارت بر اساسی بودن قوانین^{۱۶} در کشورهایی که اکثریتهای پارلمانی قوی با قابلیت تحمیل هنجارهای قانونی و اصلاحات وسیع بر نظم حقوقی و در نتیجه دگرگونی آن وجود دارند جدی‌تر است.^{۱۷} نظارت اساسی بر اراده نمایندگان مردم به وسیله قضات اساسی قابل انتقاد نیست چراکه نمایندگی اعطائی توسط مردم به نمایندگانشان مشروط است به رعایت حدود هنجارهای اساسی‌ای که نهادهای متصدی صیانت از قانون اساسی احترام به آنها را تضمین می‌کنند. دادرسی اساسی زائیده اراده قوه مؤسس است که همان مردم می‌باشند و این قوه مؤسس هم زمان با پیش‌بینی سایر نهادهای هنجارساز، حدود صلاحیت هنجارسازی آنها را به رعایت هنجارهای اساسی مقید می‌کند. لذا پارلمان نیز به نمایندگی از مردم به قانونگذاری می‌پردازد و حاکمیت آن در حوزه قانونگذاری

¹⁴ Supra-légalité

¹⁵ Louis FAVOREU, "La constitutionnalisation de...", *article précité*, p. 240.

¹⁶ Contrôle de la constitutionnalité des lois

¹⁷ *Ibid.*, p. 241.

مطلق نیست.^{۱۸} اما در صورت قانونگذاری مستقیم مردم (همه پرسى تقنینی) شاید بتوان وضعیت را متفاوت دانست. شورای قانون اساسی فرانسه در تصمیم مورخ ۶ نوامبر ۱۹۶۲، با نتیجه‌گیری از روح قانون اساسی،^{۱۹} نظارت بر اساسی بودن قوانین مصوب همه پرسى را نپذیرفت. قاضی اساسی فرانسه همه پرسى را به این دلیل که ابراز مستقیم حاکمیت ملی توسط مردم است قابل نظارت ندانست و صلاحیت خود را به نظارت بر اساسی بودن قوانین مصوب پارلمان (اعمال غیرمستقیم حاکمیت ملی توسط نمایندگان مردم) محصور کرد.^{۲۰}

ج - یک سری از دلایل ضرورت اساسی سازی نظم حقوقی به تحول اخلاقیات و ارزشهای اجتماعی حاکم بر جامعه سیاسی و اجتماعی بر می‌گردد. جستجوی برابری انسانها فارغ از نژاد، رنگ، مذهب و یا جنسیت آنها، گریز از تبعیضات در هر نوع آن و

^{۱۸} عدم پذیرش حاکمیت مطلق پارلمان امروزه به سایر حوزه‌های صلاحیت آن نهاد از جمله وظیفه رسیدگی به اعتبارنامه‌های منتخبان نیز کشانده شده است. مثلاً در آلمان از تصمیمات بوندستاگ در موضوع رسیدگی به اعتبارنامه‌ها می‌توان در نزد دیوان قانون اساسی فدرال تجدیدنظرخواهی کرد. پارلمان در راستای انجام وظایف خود ملزم به رعایت هنجارهای حقوقی است ولو اینکه آن هنجارها توسط خود او به تصویب رسیده باشند. راهکار پارلمان در گریز از هنجارهای قانونی (نه اساسی) حاضر در نظم حقوقی در اصلاح و تغییر هنجارهای قانونی و نه در عدم احترام به آنها نهفته است.

^{۱۹} Esprit de la Constitution

^{۲۰} موضع‌گیری شورای قانون اساسی فرانسه شاید با روح حاکم بر قانون اساسی جمهوری پنجم سازگار باشد اما با فلسفه دادرسی اساسی سازگار نیست چراکه در مورد همه پرسى تقنینی نیز، همانند قانونگذاری توسط پارلمان، اعمال حاکمیت ملی توسط مردم به عنوان قوه مقننه است و نه به عنوان قوه مؤسس. قوه مقننه اعم از پارلمان یا مردم (همه پرسى تقنینی) ملزم به رعایت حدود هنجارهای اساسی است. به همین دلیل در برخی کشورها همانند پرتغال مکانیسمی پیش‌بینی شده است که به موجب آن نظارت بر اساسی بودن توسط قاضی اساسی قبل از مراجعه به آراء عمومی صورت می‌گیرد. با این وجود دادگاه قانون اساسی پرتغال می‌تواند پس از مراجعه به همه پرسى تقنینی بر اساسی بودن قانون مصوب مستقیم مردم نظارت کند. نقشی مشابه نقش دادگاه قانون اساسی پرتغال برای شورای نگهبان در صورت اعمال اصل ۵۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در مراجعه به همه پرسى تقنینی قابل تصور است. البته در صورتی که مردم در فرایند همه پرسى اساسی به اعمال حاکمیت ملی دست زنند وضعیت متفاوت خواهد بود و این مسئله در مورد بازنگری قانون اساسی توسط پارلمان نیز صادق است. از حوزه صلاحیت دادرسان اساسی (زائیده اراده قوه مؤسس) خارج است که بر اعمال قوه مؤسس نظارت نمایند خواه این اعمال توسط مردم به صورت مستقیم (همه پرسى اساسی) یا توسط نمایندگان مردم (پارلمان) ابراز گردند.

بویژه بین مردان و زنان بدون تردید به لزوم ارائه راه کارهایی در این سمت منجر می‌شود که یکی از آنها دادرسی اساسی و در نتیجه اساسی‌سازی مردم‌سالارانه نظم حقوقی است. بسیاری از کسانی که امروزه خود را قربانی تبعیض می‌دانند به راحتی این وضعیتها را در گذشته می‌پذیرفتند.^{۲۱}

د - دلیل دیگر ضرورت اساسی‌سازی نظم حقوقی نسبت به کشورهای عضو اتحادیه اروپایی و یا شورای اروپا صادق است. نفوذ و دامنه ورود هنجارهای اتحادیه‌ای یا اروپایی به نظم حقوق داخلی این کشورها برخی از حقوقدانان^{۲۲} را متقاعد ساخته است که فرایند اساسی‌سازی با تقویت انسجام و هویت حقوق داخلی، نظم حقوقی ملی آنها را از هجمه حقوق اروپایی مصون می‌دارد و در حقیقت عامل نجات حقوق ملی کشورهای عضو خواهد شد. تحقق اساسی‌سازی نظم حقوقی موجب می‌شود تا حقوق ملی کشورهای عضو به حیات خود ادامه دهند و از یکسان‌سازی اروپایی محافظت گردند.^{۲۳}

اساسی‌سازی از طریق انطباق هرگونه هنجارهای فرودین با هنجارهای فرازین اساسی و در نتیجه جلوگیری از ورود یا حضور هنجارهای درجه‌های دوم و سوم مغایر با هنجارهای درجه اول در نظم حقوقی به وجود می‌آید. تحقق فرایند اساسی‌سازی مستلزم اجتماع شرایطی است (مبحث اول) و این فرایند اثراتی را بر نظم حقوقی به جا می‌گذارد (مبحث دوم).

مبحث اول: شرایط اساسی‌سازی نظم حقوقی

شرایط تحقق اساسی‌سازی نظم حقوقی عبارتند از ویژگی هنجاری قانون اساسی (۱)، دخالت‌گری قانون اساسی (۲)، ایجاد دادرسی اساسی (۳) و در نتیجه انتشار هنجارهای اساسی (۴).

²¹ *Ibid.*, p. 241.

²² *Ibid.*, p. 242.

²³ Louis FAVOREU, "Le droit constitutionnel, droit...", *article précité*, p. 88.

۱. ویژگی هنجاری قانون اساسی

ویژگی هنجاری حقوقی و در نتیجه لازم‌الاجرا بودن قانون اساسی یکی از شرایط تحقق اساسی سازی است. هنجارهای اساسی باید از چنان کیفیتی برخوردار باشند که بتوانند مستقیماً و بدون نیاز به وساطت قوانین و مقررات عادی اثرات حقوقی ایجاد کنند^{۲۴} در گذشته نظریه فقدان ارزش هنجاری قوانین اساسی همواره در کشورهای مختلف مطرح بوده است. بسیاری از حقوقدانان معتقد بودند که بخش زیادی از قواعد و مقررات مندرج در قانون اساسی منابع حقوقی مستقیماً قابل اجرا نمی‌باشند بلکه فقط هنجارهای برنامه‌ریز هستند که کار قوای عمومی را جهت می‌دهند، لذا قابلیت اجرائی آنها تابع وضع هنجارهای حقوقی با درجه پائین‌تر است. در ایران همواره اندیشه ویژگی هنجاری قانون اساسی از طرفداران زیادی برخوردار بوده است. حتی پیش از انقلاب اسلامی، علیرغم فقدان نهاد متصدی مستقیم صیانت از قانون اساسی و عقیده گروه کثیری از حقوقدانان،^{۲۵} گروه دیگری از آنها^{۲۶} بر صلاحیت قوه قضائیه در تشخیص مغایرت قانون عادی با قانون اساسی و در نتیجه عدم اجراء قوانین و مقررات عادی مخالف با قانون اساسی توسط قضات دادگاهها نظر می‌دادند. البته این نظریه هیچگاه توسط دستگاه قضائی مورد توجه قرار نگرفت. اکثر نویسندگان حقوقی آن زمان معتقد بودند که «مقررات قانون اساسی یا قانون مادر در اساسی‌ترین قسمت آن یعنی لزوم

^{۲۴} Louis FAVOREU, "La constitutionnalisation de...", *article précité*, pp. 237-238.

^{۲۵} قاسم قاسم‌زاده، حقوق اساسی، دانشگاه تهران، چاپ ششم، ۱۳۳۴، ص ۲۴۲؛ سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱، اسلامیه، چاپ ششم، ۱۳۵۶، ص ۱۵؛ احمد متین‌دفتری، آئین دادرسی مدنی و بازرگانی، ج ۱، چاپخانه دانشگاه تهران، چاپ سوم، ۱۳۴۰، صص ۲۹-۲۶؛ ابوالبشر فرمانفرماییان، «انطباق قانون عادی با قانون اساسی از نظر سیستمهای مختلف حقوقی»، *مجله کانون وکلا*، ش ۱۰۳، مرداد و شهریور ۱۳۴۵، ص ۲؛ و جعفر بوشهری، حقوق اساسی، دانشگاه تهران، چاپ نهم، ۱۳۵۵، صص ۱۳۱-۱۲۹.

^{۲۶} محمد فرنیبا، «دادگاههای اختصاصی»، *مجله کانون وکلا*، ش ۶، آبان ۱۳۲۷، صص ۳-۲؛ ارسالان خلعت‌بری، «تعارض قانون مصوب مجلس با قانون اساسی»، *مجله کانون وکلا*، ش ۷، آذر ۱۳۲۷، ص ۲۵؛ حبیب دادفر، «قاضی و مسئله تعارض قوانین عادی با قانون اساسی»، *مجله کانون وکلا*، ش ۳۱، اردیبهشت ۱۳۳۲، ص ۳۹؛ ناصر کاتوزیان، *دوره مقدماتی حقوق مدنی*، ج ۱، دانشگاه تهران، چاپ ششم، مهر ۱۳۵۴، ص ۴۸؛ و علی آزمایش، «مسئله مغایرت قانون با قانون برتر در حقوق ایران»، *نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، ش ۱۰ و ۱۱، تابستان و پائیز ۱۳۵۱، ص ۱۵.

اطاعت مقنن عادی از مقنن مؤسس، فاقد ضمانت اجرا است.^{۲۷}

خروج بسیاری از کشورها از نظام استبدادی و شروع تجربه‌های جدید مردم‌سالاری در اواسط قرن بیستم بر اندیشه فقدان ارزش هنجاری قوانین اساسی خط بطلان کشید. قانون اساسی از اینکه فقط یک اندیشه، اعلام اصولی و یا هنجار برنامه‌ریز باشد خارج شد و به مثابه قاعده حقوقی لازم‌الاجرا مورد توجه قرار گرفت. تمام هنجارهای اساسی مستقیماً قابل اجرا هستند و برای عملیاتی شدن نیازی به یدک قانون ندارند.^{۲۸} ارزش هنجاری قوانین اساسی در اروپا با مقاومت‌های زیادی همراه بود. در فرانسه ارزش هنجاری مقررات مربوط به تنظیم قوای عمومی به دلیل فقدان سیستم نظارت بر اساسی بودن قوانین و بر اعمال دولت کاهش یافته بود. درج مقررات مربوط به حقوق و آزادی‌های بنیادین^{۲۹} در پیشگفتار قانون اساسی جمهوری پنجم به بحث‌هایی بسیار زیادی در مورد ارزش حقوقی آنها دامن زد. برخی از حقوقدانان این حقوق و آزادی‌ها را به عنوان هنجارهای حقوقی و لذا الزام‌آور می‌دانستند. برخی دیگر معتقد بودند که این حقوق و آزادی‌های بنیادین هنجارهای حقوقی نیستند بلکه فقط اصولی اخلاقی‌اند. در این میان گروهی از حقوقدانان از این نظریه دفاع می‌کردند که برخی از حقوق و آزادی‌ها که مقررات مربوط به آنها دقیق‌ترند از ارزش هنجاری و ویژگی الزام‌آوری برخوردارند و سایر حقوق و آزادی‌ها که مقررات مربوط به آنها مبهم‌ترند از چنین ارزش و ویژگی‌ای بی‌بهره‌اند.^{۳۰} شورای قانون اساسی فرانسه در تصمیم مورخ ۱۶ ژوئیه ۱۹۷۱ با پذیرش پیشگفتار قانون اساسی به عنوان یکی از هنجارهای مرجع^{۳۱} به این مباحث پایان داد و در نتیجه ارزش هنجاری کلیت قانون اساسی ۱۹۵۸ مورد تأیید قرار گرفت.

در اسپانیا موضوع ارزش هنجاری قانون اساسی ۱۹۷۸ در اولین ماه‌های به اجرا درآمدنش به صورت جدی مورد بحث قرار گرفت. با استناد بر قاعده مندرج در ماده

^{۲۷} علی‌آزمایش، پیشین، ص ۱۱.

^{۲۸} Louis FAVOREU, "La constitutionnalisation de l'ordre juridique", *article précité*, p. 185.

^{۲۹} در مورد مفهوم حقوق و آزادی‌های بنیادین نک. علی‌اکبر گرجی، «مبنا و مفهوم حقوق بنیادین»، نشریه

حقوق اساسی، ش ۲، تابستان ۱۳۸۳، صص ۷ تا ۲۶.

^{۳۰} Pierre BON, "La constitutionnalisation du droit espagnol", *Revue française de droit constitutionnel*, n° 5, 1991, p. 45.

^{۳۱} Normes de référence

۹-۱ قانون اساسی که به موجب آن «شهروندان و قوای عمومی تابع قانون اساسی و سایر هنجارهای نظم حقوقی اند» و در آن می توان «خود شناسایی ارزش هنجاری قانون اساسی» را دید، دکترین آشکارا به نفع ارزش هنجاری قانون اساسی موضع گیری کرد. نظریه ارزش هنجاری قانون اساسی توسط دادگاه قانون اساسی به محض صدور اولین تصمیماتش پذیرفته شد، اگرچه یک محکمه اساسی^{۳۲} نمی تواند امری جز ارزش حقوقی برتر هنجار اساسی را تصدیق کند.^{۳۳} در رأی مورخ ۲۰ دسامبر ۱۹۸۲، دادگاه قانون اساسی اسپانیا تأکید می نماید که قانون اساسی، دقیقاً همین قانون، هنجار عالی است و اعلامیه ای برنامه ریز نیست و این مسئله به شیوه ای غیر مبهم و کلی توسط ماده ۹-۱ قانون اساسی اثبات گردیده است.

در ایران نیز می توان بر ارزش هنجاری تمام قسمت های قانون اساسی و برتری آن بر سایر هنجارهای حقوقی اعتقاد داشت. دیگر نمی توان با برخی از حقوقدانان^{۳۴} همراه شد و بر اجراء قانون عادی در صورت مخالفت آن با قانون اساسی نظر داد. ضرورت نظارت شورای نگهبان بر اساسی بودن مصوبات مجلس شورای اسلامی (اصول ۷۲ و ۹۴ قانون اساسی) هیچگونه تردیدی را درباره ارزش هنجاری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به جای نمی گذارد. اما علیرغم پیش بینی نظارت اتوماتیک و سیستماتیک شورای نگهبان بر اساسی بودن قوانین در ایران هنوز ورود یا حضور هنجارهای درجه های دوم و سوم مغایر با قانون اساسی در نظم حقوقی جمهوری اسلامی ایران امکان پذیر است که می توانند بر ویژگی هنجاری برتر قانون اساسی خدشه وارد کنند. مصوبات مجلس خبرگان رهبری که توسط اصل ۱۰۸ قانون اساسی بر آنها عنوان قانون نهاده شده است موضوع نظارت مؤثر بر اساسی بودن قرار نمی گیرند و لذا همواره امکان تصویب قوانین مغایر با قانون اساسی توسط این نهاد و در نتیجه ورود هنجارهای قانونی جدید مغایر با هنجارهای اساسی به نظم حقوقی وجود دارد.^{۳۵}

³² Juridiction constitutionnelle

³³ *Ibid.*, p. 46.

³⁴ محمد جعفر جعفری لنگرودی، مقدمه عمومی علم حقوق، گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۷۱، ص ۳۷.

³⁵ مطابق ماده ۸۱ آئین نامه داخلی مجلس خبرگان رهبری «مصوبات خبرگان نباید با قانون اساسی مغایرت داشته باشد. و در صورت ادعای مغایرت مرجع تشخیص مجلس خبرگان است». این مسئله با فلسفه

قوانین مصوب پیش از انقلاب اسلامی و نیز مصوبات شورای انقلاب نیز به موجب اصل ۴ قانون اساسی می‌توانند موضوع نظارت بر شرعی بودن توسط فقهای شورای نگهبان قرار گیرند اما امکان نظارت بر اساسی بودن آنها وجود ندارد. لذا این دسته از هنجارهای قانونی حتی در صورت مغایرت با قانون اساسی (نه موازین شرعی) در نظم حقوقی باقی می‌مانند. همین مسأله در مورد برخی از هنجارهای درجه سوم خصوصاً آئین‌نامه‌های مصوب قوه قضائیه نیز صادق است چراکه مکانیسم‌های اصول ۱۷۰ و ۱۷۳ قانون اساسی عملاً در مورد این دسته از مصوبات جاری نیست. به این دسته از هنجارهای درجه‌های دوم و سوم باید مصوبات نهادهای خاص در اعمال حاکمیت همانند شورای عالی امنیت ملی، شورای عالی انقلاب فرهنگی و مجمع تشخیص مصلحت نظام را اضافه کرد که هیچگونه مکانیسم محسوسی جهت نظارت بر اساسی بودن آنها وجود ندارد. در چنین وضعیتی باید، با توجه به روح حاکم بر قانون اساسی و با الهام از روش امریکایی دادرسی اساسی، به صلاحیت قضات دادگاهها بر عدم اجراء این دسته از مصوبات در صورت مغایرت با هنجار برتر (قانون اساسی) نظر داد. در واقع به جهت برتری درجه قوه مؤسس نسبت به قوای تأسیسی (مقننه، مجریه و قضائیه) اصول و قواعد مصوب او باید در رتبه بالاتری نسبت به قوانین و مقررات مصوب آنها قرار گیرند^{۳۶} و دارای ارزش لازم‌الاجرائی باشند. قانون اساسی هنجار برتر نظم حقوقی است و انسجام این نظم تبعیت قواعد فروتر از قواعد برتر را می‌طلبد.^{۳۷} حتی اصولی از قانون اساسی که دارای صراحت و روشنی مورد نیاز قواعد حقوقی نیستند باید الهام‌بخش قوای سه‌گانه باشند^{۳۸} که این الهام‌بخشی مؤید ارزش هنجاری آنها است.

←

دادرسی اساسی که عبارت است از نظارت بر نهادهای هنجارساز سازگار نیست. در این نوع از دادرسی نمی‌توان به خود نظارتی نهادهای هنجارساز اعتماد کرد.

^{۳۶} منوچهر طباطبائی مؤتمنی، *حقوق اساسی*، میزان، چاپ دوم، ۱۳۸۲، ص ۱۸۵؛ و بیژن عباسی، «تمایز قوه مؤسس و قوای تأسیسی»، *نشریه حقوق اساسی*، ش ۳، زمستان ۱۳۸۳، ص ۹۹.

^{۳۷} ابوالفضل قاضی، «قانون اساسی، سیر مفهوم و منطوق از دید تطبیقی»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، ش ۲۸، آذر ۱۳۷۱، ص ۶۱.

^{۳۸} منوچهر طباطبائی مؤتمنی، *پیشین*، ص ۱۸۱.

ویژگی هنجاری قانون اساسی امروزه درباره تمام اجزا و محتوای آن صادق است. لذا ویژگی هنجاری اساسی را باید برای پیشگفتار یا مقدمه قوانین اساسی که معمولاً به اهداف و آرمانهای نظامهای سیاسی می‌پردازند نیز شناسایی کرد چراکه این بخش از قوانین اساسی نیز معمولاً پس از طی مراحل مختلف هنجارسازی به تصویب می‌رسند. مثلاً پیشگفتار قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران پس از تصویب در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی از طریق همه پرسی به تصویب ملت نیز رسیده است، لذا می‌تواند همانند اصول قانون اساسی مورد استناد شورای نگهبان در موضوع نظارت بر اساسی بودن قرار گیرند. تصمیم شورای قانون اساسی فرانسه مبنی بر پذیرش ارزش هنجاری پیشگفتار قانون اساسی جمهوری پنجم نیز مؤید همین نکته است. پذیرش ارزش الزام‌آوری قانون اساسی در صورتی به اساسی‌سازی نظم حقوقی می‌انجامد که محتوای قانون اساسی از قابلیت‌های کافی برای تأثیرگذاری بر گرایشهای مختلف حقوق بهره‌مند باشد. در این راستا، دخالت‌گری قانون اساسی و در نتیجه ورود قانونگذار اساسی در موضوعات مختلف حیات سیاسی و اجتماعی از نقش ویژه‌ای برخوردار است.

۲. دخالت‌گری قانون اساسی

قوانین اساسی کلاسیک غالباً فقط به تنظیم قوای عمومی و قاعده‌مند نمودن نهادهای سیاسی مربوط می‌شدند. به عبارت دیگر، این گروه از قوانین اساسی معمولاً به حقوق اساسی نهادی می‌پرداختند.^{۳۹} اما قوانین اساسی جدید که در قرن بیستم و بویژه از اواسط آن یعنی پس از پایان جنگ جهانی دوم تدوین شده‌اند موضوعات مندرج در خود را گسترش دادند. قوانین اساسی آلمان، ایتالیا، اسپانیا و پرتغال نه تنها قوای عمومی را، که دیگر تنها به قوای مقننه و مجریه محدود نمی‌گردد بلکه قوه قضائیه و یا سازمان سرزمینی حکومت (ایالات و مناطق) را نیز در بر می‌گیرد، سامان می‌بخشند

^{۳۹} در مورد تمایز بین حقوق اساسی نهادی، حقوق اساسی هنجاری و حقوق اساسی جوهری نک: علی‌اکبر گرجی، «چشم‌انداز کنونی حقوق اساسی»، نشریه حقوق اساسی، ش ۱، پائیز ۱۳۸۲، صص ۱۱ تا ۲۰؛ لویی فاورو، «حقوق اساسی، حقوق قانون اساسی و اساس حقوق»، ترجمه جواد تقی زاده، نشریه حقوق اساسی، ش ۳، زمستان ۱۳۸۳، صص ۱۹۶ تا ۲۰۱.

بلکه حقوق و آزادی‌های بنیادین را در بطن اصول اساسی و یا در پیشگفتارهای خود بیان می‌کنند. لذا می‌توان گفت که این قوانین اساسی در تنظیم حیات سیاسی و اجتماعی و تضمین حقوق و آزادی‌ها بسیار دخالت‌گرا می‌باشند. قواعد و مقررات اساسی امروزه با بسیاری از گرایشهای حقوق مرتبطند و آنها را سامان می‌بخشند. هنجارهای اساسی، به دلیل برتری بر سایر هنجارهای حقوقی، به مثابه بنیانها و پایه‌های تنظیم‌کننده گرایشهای مختلف حقوقی محسوب می‌شوند و زمینه ساماندهی آنها را بر مدار هنجار برتر فراهم می‌کنند. هنجارهای اساسی مرتبط با حقوق و آزادی‌ها در این جهت از نقش ممتازی برخوردارند. قواعد و مقررات مربوط به حقوق و آزادی‌ها در این دسته از قوانین اساسی درج می‌گردند و در نتیجه حقوق اساسی جوهری به صورت ویژه مورد توجه قرار می‌گیرند.

شناسایی اساسی حقوق و آزادی‌ها و در نتیجه پذیرش ارزش هنجاری آنها زمینه برخورداری قضات اساسی از این ابزارها را جهت ساماندهی دوباره نظم حقوقی فراهم می‌کنند. در فرایند نظارت بر اساسی بودن هنجارهای فرودین، دادرسان اساسی مطابقت یا عدم مغایرت آنها با قواعد و مقررات راجع به حقوق و آزادی‌های بنیادین را نیز، در کنار سایر هنجارهای اساسی، بررسی می‌نمایند. وجود اعلامیه‌ها یا بیانیه‌های حقوق و آزادی‌های منضم به قانون اساسی و یا درج حقوق و آزادی‌های بنیادین در قانون اساسی از شرایط تسریع فرایند اساسی‌سازی نظم حقوقی است. مورد کانادا در این رابطه بسیار جالب توجه است. تا سال ۱۹۸۲ قانون اساسی فدرال کانادا از اعلامیه حقوق برخوردار نبود و لذا هدف دادرسی اساسی تا آن زمان به از تعیین حدود صلاحیتهای مقامات فدرال و استانها خلاصه می‌شد. درجه اساسی‌سازی نظم حقوقی کانادا تا پیش از تصویب اعلامیه حقوق بسیار اندک بود اما با ورود اعلامیه حقوق در بطن قانون اساسی، اساسی‌سازی حقوق کانادا از رشد چشم‌گیری برخوردار شد.^{۴۰} همین مسأله در کشورهای اروپایی‌ای نیز که به شناسایی اساسی حقوق و آزادی‌ها دست زدند اتفاق افتاد.

قانون اساسی اسپانیا در فصل مربوط به «حقوق و تکالیف بنیادین» حاوی چهل و شش ماده است. مقررات مربوط به حقوق مدنی، حقوق کیفری و حقوق اجتماعی در

⁴⁰ Louis FAVOREU, "La constitutionnalisation de...", *article précité*, pp. 238-239.

این قانون مطرح گردیدند. سایر عناوین و فصول قانون اساسی صراحتاً و با دقت مشابه‌ای سایر گرایشهای حقوق را سامان می‌بخشند. در مورد «اداره» تحت این عنوان مقررات بدیعی را می‌توان یافت که ماهیتاً توجه متخصصان حقوق اداری را به خود جلب می‌کنند. ماده ۱۰۵ در این قلمرو دو اصل پایه‌ای را مطرح می‌نماید: حق شهروندان بر اینکه مستقیماً یا از طریق سازمانها یا انجمنهای شناخته شده توسط قانون در اثنای فرایند تهیه مقررات اداری راجع به آنها مورد استماع قرار گیرند و نیز حق دسترسی شهروندان به بایگانی‌ها و ثبتهای اداری مگر وقتی که امنیت و دفاع حکومت مطرح است و یا تحقیقاتی راجع به یک جرم یا زندگی خصوصی افراد در جریان باشد.^{۴۱} همین وضعیت راجع به قانون اساسی پرتغال نیز صادق است چراکه قانون اساسی ۱۹۷۶ پرتغال شاید بیش از قانون اساسی ۱۹۷۸ اسپانیا دخالت گراست. قانونگذار اساسی پرتغال تلاش کرد تا تمام جوانب اصلی نظم حقوقی - نه تنها قوای عمومی اساسی و حقوق بنیادین که فهرست آن مفصل‌ترین فهرستها در بین قوانین اساسی اروپایی است (حدود ۶۸ ماده از قانون اساسی)، بلکه همچنین سازمان اقتصادی (۳۰ ماده)، اداره عمومی (۷ ماده) یا دفاع ملی (۴ ماده) - را معین کند.^{۴۲} پیشگفتار قانون اساسی ۱۹۵۸ فرانسه نیز با ارجاع به پیشگفتار قانون اساسی ۱۹۴۶ و به اعلامیه حقوق بشر و شهروند ۱۷۸۹، به اصول بنیادین شناخته شده توسط قوانین جمهوری^{۴۳} و یا اصول سیاسی، اقتصادی و اجتماعی به صورت ویژه ضروری برای زمانمان،^{۴۴} حقوق و آزادی‌های بنیادین را شناسایی می‌کند. در واقع ابتکار شورای قانون اساسی فرانسه در شناسایی ارزش هنجاری برای پیشگفتار قانون اساسی جمهوری پنجم، که برخی از حقوقدانان از آن به عنوان تولد دوم نام می‌برند،^{۴۵} نقیصه فقدان اعلامیه حقوق در قانون اساسی سال ۱۹۵۸ را جبران کرد. تحمیل احترام به حقوق و آزادی‌های بنیادین بر قانونگذار عادی توسط شورای قانون اساسی به سرعت فرایند اساسی سازی نظم حقوقی فرانسه کمک شایان توجهی نموده است.

^{۴۱} در مورد دخالت‌گری قانون اساسی اسپانیا نک: پیر بن، «اساسی سازی حقوق اسپانیا»، ترجمه جواد

تقی‌زاده، نشریه حقوق اساسی، ش ۵، زمستان ۱۳۸۴، صص ۲۳۵ تا ۲۳۷.

^{۴۲} Pierre BON, "La constitutionnalisation du...", *article précité*, p. 53.

^{۴۳} Principes Fondamentaux Reconnus par les Lois de la République - PFRLR

^{۴۴} Principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps

^{۴۵} Henry ROUSSILLON, *Le Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 4^e édition, 2001, p. 56.

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران را نیز باید در زمره قوانین اساسی دخالت‌گرا دانست. هنجارهای اساسی در حوزه‌های مربوط به تنظیم حیات سیاسی و اجتماعی و شناسایی حقوق و آزادی‌های ملت بسیار گسترده‌اند به گونه‌ای که فصل سوم قانون اساسی به تفصیل حقوق بنیادین ملت را ذکر کرده است. شناسایی اساسی اصل برابری (اصول ۱۹ و ۲۰)، آزادی بیان (اصل ۲۴)، کثرت‌گرایی سیاسی (اصل ۲۶)، حق و آزادی شغل (اصل ۲۸)، حق همگانی بر تأمین اجتماعی (اصل ۲۹)، تکلیف دولت بر فراهم نمودن آموزش و پرورش رایگان (اصل ۳۰)، حق بر مسکن متناسب (اصل ۳۱)، حق دادخواهی (اصل ۳۴) و حق برخورداری از وکیل در دادرسی (اصل ۳۵) از مواردی است که دخالت‌گری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران را در حیات سیاسی و اجتماعی نمایان‌تر می‌کنند. اما در این میان، اصول و بنیادهای اساسی حقوق کیفری از اهمیت بسزایی برخوردارند. اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها (اصول ۳۶ و ۱۶۹)، اصل برائت (اصل ۳۷)، ممنوعیت شکنجه برای گرفتن اقرار یا کسب اطلاع (اصل ۳۸)، ممنوعیت هتک حرمت و حیثیت دستگیرشدگان، بازداشت‌شدگان، زندانیان یا تبعیدشدگان (اصل ۳۶)، اصل علنی بودن محاکمات (اصول ۱۶۵ و ۱۶۸) و لزوم حضور هیأت منصفه در رسیدگی به جرائم مطبوعاتی و سیاسی (اصل ۱۶۸) را می‌توان در منطق دخالت‌گری قانونگذار اساسی در حوزه حقوق کیفری جای داد. دخالت‌گری قانون اساسی ایران در سایر حوزه‌های نظم حقوقی نیز جالب توجه است که می‌توان مثلاً از اصول ۴۱ و ۴۲ در حوزه حقوق بین‌الملل خصوصی، اصول ۴۳، ۴۴، ۴۵، ۴۶، ۴۷ و ۴۸ در حوزه حقوق اقتصادی و اصول ۱۷۰ و ۱۷۳ در حوزه حقوق اداری نام برد. شناسایی اساسی حقوق و آزادی‌ها به تسریع فرایند اساسی‌سازی نظم حقوقی کمک می‌کند اما شرط ضروری تحقق آن نیست. شناسایی حقوق و آزادی‌های بنیادین، در صورت سعه صدر و فعالیت مثبت قضات اساسی، به شکل‌گیری محتوای مردم‌سالار نظم حقوقی نیز منجر خواهد شد. یکی از اهداف پیدایش دادرسی اساسی تضمین حقوق و پاسخگویی به تمایلات آزادی‌خواهانه ملت‌هاست و این موضوع تحقق نمی‌یابد مگر زمانی که ابزارهای لازم در اختیار دادرسان اساسی قرار داده شود. با پذیرش ویژگی هنجاری قانون اساسی و نیز دخالت‌گری آن خصوصاً شناسایی اساسی حقوق و آزادی‌ها موجبات فرایند اساسی‌سازی گرایشهای مختلف حقوق تسهیل می‌گردد. اما

برای تحقق اساسی سازی نظم حقوقی اجتماع این دو شرط کافی نیست بلکه باید قاضی ای اساسی به عنوان متصدی تضمین احترام به هنجارهای اساسی وجود داشته باشد. بسیاری از حقوقدانان وجود دادرسان اساسی را برای شکل گیری حکومت قانون و یا دولت قانونمدار^{۴۶} ضروری می دانند. بدون پیش بینی مکانیسمهای تضمین گر برتری هنجارهای اساسی بر سایر هنجارهای حقوقی حاضر در نظم حقوقی نمی توان از وجود حکومت قانون به معنای واقعی و در نتیجه شکل گیری دولت قانونمدار سخن گفت. تحقق هدف اصلی نهضت قانون اساسی یا اساس گرایی^{۴۷} یعنی آزادی خواهی ممکن نیست مگر زمانی که دادرسان اساسی بتوانند از ورود یا حضور هنجارهای فرودین مغایر با هنجارهای فرازین (اساسی) در مجموعه نظم حقوقی جلوگیری کنند.

۳. ایجاد دادرسی اساسی

برخی از حقوقدانان از جمله میشل تروپر^{۴۸} معتقدند که دادرسی اساسی بر دانش حقوق اساسی تأثیرگذار جدی نیست و لذا وضعیت این گرایش از معرفت حقوقی را در صورت وجود یا فقدان قاضی اساسی در یک نظام سیاسی یکسان می دانند. اما تجربه اساسی کشورهای بهره مند از دادرسی اساسی کاملاً نظریه مقابل آن را اثبات می کند. فرایند اساسی سازی مستقیماً با وجود نهاد متصدی تضمین برتری قانون اساسی بر سایر هنجارهای حقوقی، خصوصاً بر قانون عادی، مرتبط است. این فرایند در صورت بهره مندی محکمه اساسی از اقتداری مسلم و صلاحیتهای وسیع سریع تر خواهد بود. البته پیدایش دادرسی اساسی در برخی کشورها با زمینه ای نامساعد همراه شد. مثلاً در فرانسه بخشی از طبقه سیاسی و دکترین مخالف نظارت بر اساسی بودن قوانین بودند؛ لذا بحث درباره ماهیت سیاسی یا قضائی شورای قانون اساسی بیداد می کرد.^{۴۹}

⁴⁶ Etat de droit

⁴⁷ Constitutionnalisme

⁴⁸ Michel TROPER, "Justice constitutionnelle et démocratie", *Revue française de droit constitutionnel*, n° 1, 1990, p. 39.

⁴⁹ در مورد ماهیت سیاسی یا قضائی شورای نگهبان ایران و شورای قانون اساسی فرانسه نک:

Ali-Akbar GORDJI, "La nature politique du Conseil constitutionnel français et du Conseil gardien iranien", *Revue Iranienne de Droit Constitutionnel*, n° 3, Hiver 2005, pp. 7-36; et Ali-Akbar GORDJI, "La nature juridictionnelle du Conseil constitutionnel français et du Conseil gardien iranien", *Revue Iranienne de Droit Constitutionnel*, n° 4, Été 2005, pp. 51-73.

صلاحیت شورا اصولاً به نظارت پیشینی بر قوانین و آئین‌نامه‌های داخلی پارلمان محدود می‌شود که نتیجه آن آهستگی نسبی فرایند اساسی‌سازی است.^{۵۰}

امروزه دو روش دادرسی اساسی یعنی روش‌های امریکایی و اروپایی را می‌توان متمایز کرد. در روش امریکایی دادرسی اساسی تمام دادگاهها از صلاحیت بررسی مطابقت یا عدم مغایرت هنجارهای حقوقی فرودین با قانون اساسی و سایر هنجارهای دارای ارزش اساسی^{۵۱} برخوردارند. دادگاههای عمومی در این روش می‌توانند یا هنجار مغایر با قانون اساسی را ابطال کنند یا اینکه حداقل حکم این دسته از هنجارها را در دعوی مطروحه جاری نسازند. در روش اروپایی دادرسی اساسی این نقش به دیوان، شورا و یا دادگاه قانون اساسی تفویض می‌شود.^{۵۲} کلسن، نظریه‌پرداز اصلی روش اروپایی دادرسی اساسی، از محاکم اساسی به عنوان قانونگذار منفی^{۵۳} نام می‌برد و معتقد است که حدود فعالیت آنها حتماً باید توسط قانون اساسی مشخص شود.^{۵۴}

کلسن می‌گوید اگر تضمین مؤثر قانون اساسی را می‌خواهیم باید عملی که نظارت بر اساسی بودن آن به دادگاه قانون اساسی سپرده شده است در صورت تشخیص غیراساسی بودن آن مستقیماً توسط تصمیم همین دادگاه ابطال گردد.^{۵۵} به نظر او اصلی‌ترین و مؤثرترین ضمانت اجراء قانون اساسی ابطال عمل غیراساسی^{۵۶} است.^{۵۷}

⁵⁰ Pierre BON, "La constitutionnalisation du...", *article précité*, pp. 47-48.

⁵¹ Normes à valeur constitutionnelle

⁵² در مورد تمایز بین دو روش امریکایی و اروپایی دادرسی اساسی، نک: منوچهر طباطبائی مؤتمنی، حقوق اساسی، تهران، نشر میزان، چاپ دوم، ۱۳۸۲، صص ۱۸۷ تا ۱۸۹؛ ابوالفضل قاضی، *بایسته‌های حقوق اساسی*، تهران، نشر میزان، چاپ هفدهم، ۱۳۸۴، صص ۵۰ تا ۵۲.

⁵³ *Législateur négatif*. منظور هانس کلسن از قانونگذار منفی دانستن محاکم اساسی این است که این محاکم در فرایند قانونگذاری فاقد نقش ایجابی و انشائی هستند بلکه فقط می‌توانند از ورود یا حضور قوانین و هنجارهای مغایر با قانون اساسی در نظم حقوقی جلوگیری کنند. کلسن ابطال قانون را نوعی مشارکت در فرایند قانونگذاری و آن هم از نوع مشارکت منفی می‌داند چراکه قاضی اساسی ویژگی هنجاری قوانین مغایر با قانون اساسی را از آنها سلب می‌کند و در اثر فعالیت او ورود یا حضور چنین هنجارهایی در نظم حقوقی منتفی می‌شود. کلسن قضات اساسی را به عنوان قانونگذاران منفی در برابر مجالس مقننه به عنوان قانونگذاران مثبت قرار می‌دهد.

⁵⁴ Hans Kelsen, "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)", *Traduit par Charles EISENMANN, Revue du droit public*, 1928, p. 226.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 242.

⁵⁶ Acte inconstitutionnel

⁵⁷ *Ibid.*, p. 221.

قانون اساسی ای که برای آن تضمین ابطال اعمال غیراساسی پیش‌بینی نشده است به صورت کامل الزام‌آور نیست.^{۵۸} با توجه به تأثیرپذیری از اندیشه‌های کلسن، کشورهای اتریش، آلمان، فرانسه، ایتالیا و اسپانیا این روش از دادرسی اساسی را پذیرفتند و این روش در کشورهای اروپای مرکزی و شرقی نیز پس از فروپاشی نظامهای سوسیالیستی مورد پذیرش و عمل قرار گرفت. امروزه کشورهای بلوک شرق از دادرسی اساسی به روش اروپایی بهره‌مندند. حتی کشورهایی همچون آذربایجان و ارمنستان نیز دارای محاکم اساسی‌اند که وظیفه اصلی آنها نظارت بر اساسی بودن قوانین و در واقع تضمین برتری هنجارهای اساسی بر سایر هنجارهای حقوقی است. البته در این میان کشورهای هم وجود دارند که روشهای تلفیقی از دادرسی اساسی را پذیرفته‌اند. در این راستا می‌توان پرتغال را مثال زد که با پذیرش اصولی روش اروپایی دادرسی اساسی، از روش امریکایی آن نیز کاملاً منفک نیست.

برخی از حقوقدانان معتقدند که فرایند اساسی سازی حقوق به دسترسی مستقیم یا غیرمستقیم افراد به قاضی اساسی وابسته است. این گروه حتی تأکید می‌کنند که اساسی سازی به صورت واقعی اتفاق نمی‌افتد مگر زمانی که استثناء غیراساسی بودن^{۵۹}

⁵⁸ *Ibid.*, p. 250.

⁵⁹ Exception d'inconstitutionnalité. استثناء غیراساسی بودن مکانیسمی است که به موجب آن می‌توان نزد قاضی (اعم از اساسی، عادی و غیره) ایراد مغایرت با هنجارهای اساسی را بر دلیل یا دلایل مورد استناد طرف مقابل (اعم از هنجارهای درجه دوم یا درجه سوم) وارد کرد. در این مکانیسم طرفین دعوا می‌توانند با ایراد غیراساسی بودن بر هنجارهای مورد استناد طرف مقابل از قاضی بخواهند که این هنجارهای مورد استناد را در دعوی مطروحه اعمال نمایند و یا اینکه با ابطال آنها را از مجموعه نظم حقوقی خارج کنند. در این موارد قضات مکلفند تا پیش از رسیدگی به اصل دعوا و یا ضمن رسیدگی به اصل دعوا مطابقت یا عدم مغایرت هنجارهای استنادی را با هنجارهای اساسی رأساً مورد بررسی قرار دهند و یا بررسی آن را از محاکم صلاحیتدار (معمولاً محاکم اساسی) تقاضا کنند. در صورت صحت ایراد غیراساسی بودن آن هنجارها، قضات یا از اعمال آنها در دعوی مطروحه خودداری می‌کنند و یا با استفاده از مکانیسم ابطال، آنها را از مجموعه نظم حقوقی خارج می‌نمایند. نقش استثناء غیراساسی بودن در تضمین برتری هنجارهای اساسی در روش امریکایی دادرسی اساسی بسیار کلیدی است. در دادرسی به روش اروپایی نیز برخی از کشورها همانند آلمان، اسپانیا یا ایتالیا تمسک به چنین مکانیسمی را از طریق امکان طرح پرسش از محکمه اساسی مورد پذیرش قرار داده‌اند. برای توضیحات بیشتر در مورد مسئله و استثناء غیر اساسی بودن در حقوق اسپانیا نک: پیر بن، پیشین، صص ۲۴۲ تا ۲۴۴.

مستقر شود.^{۶۰} باید پذیرفت که قوی‌ترین تضمین لازم الاجرائی قانون اساسی در دسترسی تمام افراد به دادگاه قانون اساسی نهفته است،^{۶۱} اما فرایند اساسی‌سازی ضرورتاً بر امکان دسترسی افراد عادی به دادرسی اساسی وابسته نیست.^{۶۲} البته وسعت دسترسی افراد و نهادها به قضات اساسی در سرعت فرایند اساسی‌سازی حقوق بسیار مؤثر خواهد بود. مثلاً در فرانسه با بازنگری قانون اساسی در ۲۹ اکتبر ۱۹۷۴ و پیش‌بینی امکان دسترسی اقلیت پارلمانی یعنی شصت نماینده مجلس ملی یا شصت سناتور^{۶۳} به شورای قانون اساسی و لذا امکان درخواست نظارت بر اساسی بودن قوانین از طرف آنها، سرعت اساسی‌سازی حقوق فرانسه به طرز قابل ملاحظه‌ای افزایش یافت.^{۶۴} توسعه رویه قضائی شورای قانون اساسی راجع به حقوق و آزادی‌های بنیادین به شروع واقعی پدیده اساسی‌سازی حقوق در فرانسه منجر گردید.^{۶۵} فقدان نظارت اتوماتیک و سیستماتیک بر اساسی بودن قوانین عادی (بر خلاف قوانین ارگانیک) توسط شورای قانون اساسی و انحصار حق مراجعه به این نهاد برای مقامات سیاسی در فرانسه می‌تواند به وجه‌المصلحه قرار گرفتن هنجارهای اساسی خصوصاً قواعد و مقررات راجع به حقوق و آزادی‌ها منجر شود. در حال حاضر، به دلیل محدودیت نظارت پیشینی بر اساسی بودن قوانین عادی و نیز فقدان نظارت پسینی بر آنها، همواره امکان ورود یا حضور هنجارهای قانونی مغایر با هنجارهای اساسی در نظم حقوقی این کشور قابل تصور است. این وضعیت یکی از چالش‌های فراروی دادرسی اساسی فرانسه را تشکیل می‌دهد.

در اسپانیا به عنوان یکی از نمونه‌های برجسته روش اروپایی دادرسی اساسی اعمالی که اساسی بودنشان ممکن است مورد ارزیابی دادگاه قانون اساسی قرار گیرند

⁶⁰ Louis FAVOREU, "La constitutionnalisation de l'ordre juridique", *article précité*, p. 183.

⁶¹ Hans KELSEN, "La garantie juridictionnelle de...", *article précité*, p. 245.

⁶² Louis FAVOREU, "La constitutionnalisation de l'ordre juridique", *article précité*, p. 183.

⁶³ هانس کلسن در صفحه ۲۴۷ مقاله «تضمین محکمه‌ای قانون اساسی (دادرسی اساسی)» می‌گوید که بسیار شایسته است تا حق ارائه درخواست نظارت بر اساسی بودن قانون از قضات اساسی به اقلیت کیفی‌ای از پارلمان نیز اعطا شود.

⁶⁴ تا سال ۱۹۷۴، به موجب ماده ۶۱ قانون اساسی فرانسه، امکان درخواست نظارت بر اساسی بودن قوانین عادی از شورای قانون اساسی تنها برای رئیس‌جمهور، نخست‌وزیر، رئیس مجلس ملی و رئیس سنا شناسایی شده بود.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 184.

بسیار زیادند و افراد و مقامات دارای حق مراجعه به این نهاد متصدی صیانت از قانون اساسی بسیار متنوعند. دامنه صلاحیتهای دادگاه قانون اساسی اسپانیا بسیار گسترده است و این موضوع متصدی اسپانیایی صیانت از قانون اساسی را در ردیف اول محاکم اساسی اروپایی قرار می‌دهد. اولاً دادگاه قانون اساسی در موضوع نظارت انتزاعی^{۶۶} بر اساسی بودن قوانین ارگانیک، قوانین عادی، اعمال دارای ارزش قانون، معاهدات بین‌المللی و آئین‌نامه‌های داخلی مجالس پارلمانی صلاحیت دارد، چنین نظارتی به صورت پسینی با در خواست رئیس دولت، مدافع مردم،^{۶۷} پنجاه نماینده یا پنجاه سناتور و یا نهادهای رهبری واحدهای خود مختار انجام می‌گیرد. ثانیاً دادگاه قانون اساسی در موضوع نظارت عینی بر اساسی بودن هنجارها^{۶۸} صلاحیت دارد، این نظارت می‌تواند توسط هر قاضی‌ای که در فرایند رسیدگی به یک دعوا با یک قانون ارگانیک، قانون عادی، عمل دارای ارزش قانون، معاهده بین‌المللی و یا آئین‌نامه داخلی یکی از مجالس پارلمانی مواجه می‌گردد و اساسی بودن آن برایش مشکوک است درخواست گردد. ثالثاً، دادگاه قانون اساسی در موضوع حمایت از حقوق بنیادین دارای صلاحیت است: اعمال پارلمانی، اعمال اداری یا اعمال قضائی‌ای که حقوق بنیادین شناخته شده توسط مواد ۱۴ تا ۲۹ قانون اساسی را نقض می‌کنند، پس از گذراندن راههای حقوقی عادی، می‌توانند توسط شخص یا اشخاصی که قربانی این نقض هستند، به دادگاه قانون اساسی ارجاع داده شوند. نهایتاً دادگاه قانون اساسی در موضوع حل و فصل تعارضات راجع به صلاحیت بین نهادهای سیاسی خصوصاً بین دولت و واحدهای خود مختار صالح است.^{۶۹} این وضعیت به سرعت انتشار هنجارهای اساسی در نظم حقوقی اسپانیا منجر شد و اساسی سازی گرایشهای مختلف حقوق این کشور را تسهیل کرد.

نظارت بر شرعی بودن قوانین توسط اصل دوم متمم قانون اساسی مشروطیت در ایران پیش از انقلاب اسلامی پیش‌بینی شده بود اما در عمل متروک ماند. با توجه به فقدان قاضی اساسی به روش اروپایی در آن زمان، برخی از حقوقدانان بر اعمال روش امریکایی دادرسی اساسی و در نتیجه عدم اجراء قوانین و مقررات مغایر با قانون اساسی

^{۶۶} Contrôle abstrait

^{۶۷} Ombudsman

^{۶۸} Contrôle concret de la constitutionnalité des normes

^{۶۹} Pierre BON, "La constitutionnalisation du...", *article précité*, p. 49.

توسط قضات دادگاهها نظر می‌دادند که در عمل مورد استقبال قرار نگرفت. لذا پس از انقلاب اسلامی، با الهام از اصل دوم متمم قانون اساسی مشروطیت و نیز شورای قانون اساسی فرانسه، دادرسی اساسی به روش اروپایی با ایجاد شورای نگهبان مورد توجه جدی قرار گرفت. مجلس شورای اسلامی بدون وجود شورای نگهبان اصولاً فاقد اعتبار قانونی است (اصل ۹۳ قانون اساسی) و این نهاد نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد (اصل ۷۲ قانون اساسی). کلیه مصوبات مجلس شورای اسلامی باید برای شورای نگهبان فرستاده شود تا نظارت بر اساسی و شرعی بودن آنها توسط این نهاد صورت پذیرد (اصل ۹۴ قانون اساسی). بدین ترتیب شورای نگهبان می‌تواند از تصویب هنجارهای مغایر با شرع و قانون اساسی و ورود آنها به مجموعه نظم حقوقی ایران از طریق نظارت پیشینی بر آنها ممانعت نماید. سایر اصول قانون اساسی نیز حاوی مکانیسم‌هایی جهت جلوگیری از ورود یا حضور هنجارهای حقوقی مغایر با قانون اساسی در نظم حقوقی‌اند. نظارت پارلمانی رئیس مجلس بر مصوبات قوه مجریه (اصل ۸۵ قانون اساسی) و نظارت قضائی قضات دادگاهها (اصل ۱۷۰ قانون اساسی) و دیوان عدالت اداری (اصول ۱۷۰ و ۱۷۳ قانون اساسی) بر آئین‌نامه‌ها و تصویب‌نامه‌های مصوب قوه مجریه در همین راستا جای می‌گیرند. لذا اساسی‌سازی نظم حقوقی ایران با پذیرش اصولی روش اروپایی دادرسی اساسی (صیانت از قانون اساسی توسط شورای نگهبان) و بهره‌مندی از روش امریکایی دادرسی اساسی (نظارت دستگاه قضائی بر هنجارهای درجه سوم) به صورت جدی پس از پیروزی انقلاب اسلامی آغاز گردید. اثرات انتشار هنجارهای اساسی و شرعی در گرایشهای مختلف حقوق ایران کاملاً قابل لمس است.

۴. انتشار هنجارهای اساسی

در فرایند اساسی‌سازی باید در ابتدا گردآوری هنجارهای اساسی در اثر گسترش رویه قضائی اساسی و سپس مکانیسم انتشار این هنجارها در نظم حقوقی مورد لحاظ قرار گیرند. در این راستا لویی فاورو^{۷۰} از لزوم وجود نوعی «ذخیره» یا «مخزن» هنجارهای

⁷⁰ Louis FAVOREU, "La constitutionnalisation de l'ordre juridique", *article précité*, p. 184.

اساسی از طریق توسعه رویه قضائی محاکم اساسی سخن می‌گوید. پدیده انباشت هنجارهای اساسی در تمام کشورهای بهره‌مند از دادرسی اساسی به وجود می‌آید و انتشار این هنجارها در نظم حقوقی معلول فعالیت جدی دادرسان اساسی است. شناسایی دادرسی اساسی در یک کشور به این معنا نیست که دادرسان اساسی به فعالیت جدی می‌پردازند و لزوماً هنجارهای اساسی را در نظم حقوقی منتشر می‌کنند. به عبارت دیگر، هر نوع تأثیرگذاری هنجارهای اساسی بر نظم حقوقی را نمی‌توان به مثابه انتشار آنها در نظم حقوقی تعبیر کرد. انتشار هنجارهای اساسی و آغشتن نظم حقوقی به این هنجارها یکی از شرایط شکلی فرایند اساسی سازی حقوق است. با توجه به دغدغه قانونگذاران اساسی نوین مبنی بر اینکه اصول بنیادین را در موضوعات مختلف نظم حقوقی و نه فقط در حوزه‌های نهادهای سیاسی و حقوق و آزادی‌ها به معنای محدود، مطرح کنند و در واقع با توجه به اراده دخالت‌گری قانون اساسی،^{۷۱} انباشت و انتشار هنجارهای اساسی در نظم حقوقی میسر می‌شود. توجه ویژه تمام بخشهای دکتترین و نیز تمام قضات اعم از کیفری، حقوقی، اداری و غیره به هنجارهای اساسی به آغشتن تمام گرایشهای علم حقوق به این هنجارها کمک زیادی خواهد کرد.

در فرانسه آغشتن نظم حقوقی به هنجارهای اساسی به این صورت تقویت می‌شود که در مورد قوانین مهم ارجاعی به شورای قانون اساسی، این شورا تدریجاً با استفاده از فن مطابقت مشروط به نوعی تفسیر مورد نظر خود را در متن این قوانین می‌گنجاند.^{۷۲} یعنی شورای قانون اساسی بودن قانون موضوع نظارت را به شرطی می‌پذیرد که این قانون مطابق با تفسیری که خود او از متن آن ارائه می‌دهد اجرا شود. این امر نوعی دخالت در صلاحیت تقنینی پارلمان محسوب می‌گردد و قابل انتقاد است. در نتیجه قوانین به مثابه ابزارهایی قرار می‌گیرند که هنجارهای اساسی را به اجرا در می‌آورند و در نظم حقوقی پخش می‌کنند. مکانیسمی که انتشار هنجارهای اساسی در نظم حقوقی فرانسه بر آن استوار است، عبارت است از مکانیسم ماده ۶۲ قانون اساسی که مقرر می‌دارد: «تصمیمات شورای قانون اساسی بر قوای عمومی و بر تمام مقامات اداری و قضائی تحمیل می‌شوند».

⁷¹ Interventionnisme constitutionnel

⁷² *Ibid.*, p. 185.

در اسپانیا متون اساسی و قانونی بروشنی تفوق دادگاه قانون اساسی را تأیید می‌کنند. ماده اول قانون ارگانیک ۲/۱۹۷۹ مورخ ۳ اکتبر ۱۹۷۹ (قانون ارگانیک دادگاه قانون اساسی) بیان می‌کند که دادگاه قانون اساسی «مفسر عالی قانون اساسی» است و اینکه با این صفت، او «مستقل از سایر نهادهای اساسی و فقط تابع قانون اساسی و قانون ارگانیک حاضر می‌باشد». ماده ۱-۱۶۴ قانون اساسی «اثر کامل نسبت به همه» را به تمام آراء دادگاه قانون اساسی «که غیراساسی بودن یک قانون یا یک هنجار دارای ارزش قانونی را اعلام می‌کنند و یا به آرائی که بر ارزیابی نوعی یک حق محدود نمی‌شوند» اعطا می‌نماید. در همین راستا، ماده ۱-۳۸ قانون ارگانیک مذکور مقرر می‌دارد که آراء صادره توسط دادگاه قانون اساسی در موضوع نظارت بر هنجارها «دارای اعتبار امر قضاوت شده خواهند بود، تمام قوای عمومی را ملزم خواهند کرد و به محض انتشارشان در روزنامه رسمی کشور اثرات عمومی به وجود خواهند آورد»، مضافاً اینکه ماده ۸۷-۱ قانون اساسی تصریح می‌کند که «تمام قوای عمومی ملزمند آنچه را که دادگاه قانون اساسی تصمیم می‌گیرد انجام دهند».^{۷۳} این متون اساسی و قانونی به انتشار هنجارهای اساسی در نظم حقوقی اسپانیا کمک شایان توجهی کرده‌اند. در ایران نیز مکانیسم‌هایی جهت انتشار هنجارهای اساسی در نظم حقوقی پیش‌بینی شده است. نظارت اتوماتیک و سیستماتیک شورای نگهبان بر کلیه مصوبات مجلس راجع به حوزه‌های مختلف دانش حقوقی به انتشار هنجارهای اساسی و آغشتن نظم حقوقی به آنها کمک زیادی می‌کند. امکان تفسیر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران توسط شورای نگهبان (اصل ۹۸ قانون اساسی) به عنوان مفسر رسمی آن و جانشین قوه مؤسس نیز در این فرایند حائز اهمیت است. لذا قاضی اساسی ایران نه تنها می‌تواند از ورود یا حضور هنجارهای مغایر با قانون اساسی به نظم حقوقی ممانعت کند بلکه با ارائه نظریات تفسیری از اصول قانون اساسی می‌تواند در تبیین مراد قانونگذار اساسی و در نتیجه انتشار توقعات آن در نظم حقوقی به صورت جدی تأثیرگذار باشد.

علیرغم وجود مکانیسم‌های اساسی، باز ممکن است مقاومت‌هایی در برابر انتشار هنجارهای اساسی و اعمال آنها صورت گیرد. مثلاً در ایتالیا دیوان تمیز مدت‌ها در مقابل

⁷³ Pierre BON, "La constitutionnalisation du...", *article précité*, p. 48.

دیوان قانون اساسی مقاومت می‌کرد و یا در ایالات متحده برخی مواقع دیوانهای پائین‌تر از دیوانعالی پیروی نمی‌کردند.^{۷۴} ولی در فرانسه محاکم اداری و عادی همیشه از تصمیمات شورای قانون اساسی تبعیت نموده‌اند و ماده ۶۲ قانون اساسی را اجرا کردند. البته در فرانسه انتشار هنجارهای اساسی در نظم حقوقی با تاخیر صورت گرفت زیرا قضاوت و وکلا بازتاب اساسی^{۷۵} نداشتند و از عکس‌العملی دایر بر اینکه در هر دعوی از خود پرسند که آیا زوایای اساسی^{۷۶} نباید مطرح گردند بی‌بهره بودند.^{۷۷} در ایران نیز انتشار هنجارهای اساسی در نظم حقوقی و پذیرش نظریات شورای نگهبان ابتدا با مشکل جدی مواجه نبود. اما با گذر زمان و در اثر تحولات اساسی از اواسط دهه شصت شمسی به بعد مکانیسمهایی جهت خدشه‌دار نمودن هنجار برتر و گریز از موضع‌گیری‌های شورای نگهبان مطرح شد. مکانیسم اصل ۱۱۲ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران را باید نوعی حرکت خلاف جهت منطبق تضمین برتری قانون اساسی به عنوان هنجار برتر دانست زیرا مجمع تشخیص مصلحت نظام می‌تواند در مقام رفع اختلاف بین شورای نگهبان و مجلس شورای اسلامی به راه حلی مغایر با قانون اساسی دست یابد و این راه حل را، با تأکید بر عنصر مصلحت نظام، وارد مجموعه نظم حقوقی کند.

انتشار هنجارهای اساسی در نظم حقوقی زنجیره شرایط تحقق اساسی سازی را تکمیل می‌نماید. فرایند اساسی سازی دارای اثرات مهمی بر نظم حقوقی است.

مبحث دوم: اثرات اساسی سازی بر نظم حقوقی

اثرات مهم اساسی سازی بر نظم حقوقی عبارتند از تنظیم اساسی حیات سیاسی و اجتماعی (۱)، تضمین اساسی حقوق و آزادی‌ها (۲)، پاک‌سازی نظم حقوقی از هنجارهای غیر مردم‌سالارانه (۳) و وحدت تدریجی گرایشهای مختلف حقوق (۴).

⁷⁴ Louis FAVOREU, "La constitutionnalisation de l'ordre juridique", *article précité*, p. 186.

⁷⁵ Réflexe constitutionnel

⁷⁶ Aspects constitutionnels

⁷⁷ *Ibid.*, p. 189.

۱. تنظیم اساسی حیات سیاسی و اجتماعی

در طول زمانهای طولانی حقوق اساسی عبارت بود از شاخه‌ای از حقوق که اصولاً قواعد مربوط به چگونگی اکتساب، اجرا و انتقال قدرت سیاسی را بررسی می‌کرد. این شاخه از حقوق به سایر زوایای حیات سیاسی و اجتماعی نمی‌پرداخت، و اگر احیاناً توجهی هم به دیگر زوایای حیات سیاسی و اجتماعی می‌شد کاملاً فرعی بود. ریشه این مسأله بیشتر در این امر نهفته بود که به قانون اساسی به عنوان هنجار حقوقی برتر و الزام‌آور نگاه نمی‌شد و بسیاری از حقوق‌دانان، قضات و بازیگران سیاسی به قانون اساسی به عنوان سند برنامه‌ریز و یا الهام‌بخش می‌نگریستند. این نوع برداشت نسبت به قانون اساسی در مورد مقرراتی که از وضوح و روشنی زیادی برخوردار نبودند مشهودتر بود. به عبارت دیگر قواعد و مقررات مورد بررسی در دانش حقوق اساسی به‌طور مبهم از ارزش الزام‌آوری برخوردار بودند، ولی در تحلیل و اجراء آنها اهمیت علوم سیاسی نسبت به حقوق بیشتر بود.^{۷۸} امروزه حقوق اساسی تحت تأثیر رویه قضائی محاکم اساسی خصلت قضائی پیدا کرده است. وضعیت^{۷۹} نهادهای قدرت، روش انتخاب آنها، صلاحیتها و روابط متقابل آنها از این پس توسط قواعد واقعاً حقوقی اداره می‌شوند به گونه‌ای که سیاست تحت تصرف حقوق قرار گرفته است. قوانین اساسی نوین نه تنها نهادهای سیاسی را سامان می‌بخشند بلکه بنیادهای اساسی قوه قضائیه و واحدهای سرزمینی حکومت مانند استانها و شهرستانها را نیز بیان می‌کنند. این مسأله به تنظیم حیات سیاسی و اجتماعی توسط هنجارهای اساسی می‌انجامد چراکه دادرسان اساسی بر ویژگی لازم‌الاجرائی این دسته از قواعد و مقررات نظارت می‌کنند. بسیاری از موضوعات راجع به شکل‌گیری نهادهای اساسی (اعم از نهادهای سیاسی و غیرسیاسی)، وضعیت آنها و روابط درونی و بیرونی آنها توسط هنجارهای اساسی مشخص می‌شوند. حوزه صلاحیت دادرسان اساسی در تنظیم قدرت به صورت محسوس‌تر در موضوع تقسیم صلاحیتها خصوصاً صلاحیت هنجارسازی نهادهای اساسی تبلور می‌یابد. در نظامهای سیاسی فدرال همانند آلمان و بلژیک و یا در نظامهای

⁷⁸ Louis FAVOREU et Loïc PHILIP, *Le Conseil constitutionnel*, Paris, PUF, 6^e éd., 1995, p. 120.

⁷⁹ Statut

منطقه‌گرا همانند اسپانیا و ایتالیا بخش زیادی از وقت قضات اساسی به حل و فصل دعاوی و اختلافات راجع به صلاحیت دولت فدرال یا مرکزی و واحدهای سرزمینی یعنی ایالات و مناطق اختصاص دارد. قضات اساسی به تعارضات مثبت یا منفی در حوزه صلاحیتهای هنجارسازی و احیاناً اجرائی نهادهای مرکزی و واحدهای سرزمینی حکومت رسیدگی می‌کنند. ویژگی لازم‌الاجرائی صلاحیتهایی که در قانون اساسی و یا هنجارهای ناشی از آن (خصوصاً قوانین ارگانیک) مشخص شده‌اند توسط دادرسان اساسی تضمین می‌شود و با الزام‌آور بودن تصمیمات نهادهای متصدی صیانت از قانون اساسی، روابط بین این دسته از نهادهای حکومتی تنظیم می‌گردد. همین مسئله می‌تواند در نظامهای متمرکز و یا غیرمتمرکز نیز جلوه‌گر شود.

مثلاً در فرانسه قبل از سال ۱۹۵۸ سیستم منابع حقوق اصولاً بر مبنای قانونگذاری بوده است، به این معنا که قانون (هنجار درجه دوم) مستقلاً قلمرو اجرائی خود را چه در رابطه با آئین‌نامه (هنجار درجه سوم) و چه در رابطه با قانون اساسی (هنجار درجه اول) تعیین می‌کرد. می‌توان گفت که قوه مقننه دارای «صلاحیت تعیین صلاحیت خود» بود و هیچ نهادی ناظر بر آن جهت تحمیل هنجارهای اساسی وجود نداشت. به همین دلیل در آن زمان از حاکمیت مطلق پارلمان سخن به میان می‌آمد. این مسئله دیگر امروزه صحیح نیست: تقسیم صلاحیتهای بین قانونگذار عادی و قدرت آئین‌نامه‌ای از یکسو و بین قانونگذار عادی و قانونگذار اساسی از سوی دیگر توسط قانون اساسی انجام گرفته است، زیرا نه تنها قانون اساسی ۱۹۵۸ سیستم منابع حقوقی را با دقت بی‌سابقه‌ای مستقر کرد، بلکه شورای قانون اساسی بر اجراء دقیق آن نظارت می‌کند. مواردی که در حوزه صلاحیت قانونگذاری پارلمان جای می‌گیرند صراحتاً در ماده ۳۴ قانون اساسی جمهوری پنجم ذکر گردیده‌اند و تصویب قواعد و مقررات برای موضوعات خارج از آنها به دولت واگذار شده است. در صورت اختلاف در صلاحیت بین پارلمان و دولت در حوزه هنجارسازی، شورای قانون اساسی بین دولت و پارلمان رفع اختلاف خواهد کرد. مطمئناً تمام عناصر حیات سیاسی و اجتماعی چنین سازماندهی حقوقی را دریافت نکرده‌اند؛ اما تنظیم اساسی حیات سیاسی و اجتماعی و به قول لویی فاورو^{۸۰} قضائی شدن آن از گسترش خود باز نخواهد ماند و ویژگی

⁸⁰ Louis FAVOREU, "La constitutionnalisation de l'ordre juridique", *article précité*, p. 190.

هنجاری قانون اساسی بر فرمانروایان تحمیل می‌شود.

شورای نگهبان و قوه قضائیه مهمترین نهادهایی هستند که در ایران وظیفه تنظیم اساسی حیات سیاسی و اجتماعی را بر عهده دارند. دادرسی انتخاباتی که در انتخابات ملی بر عهده قاضی اساسی نهاده شده است و نظارت بر اساسی بودن و شرعی بودن قوانین از موضوعاتی‌اند که بر نقش دادرسان اساسی ایران در تنظیم حیات سیاسی صحنه می‌گذارند. قضات اساسی ایران هم در فرایند شکل‌گیری نهادهای قانونگذار (مجلس شورای اسلامی) و اجرائی (رئیس جمهور) دخالت دارند و هم در فرایند هنجارسازی مجلس شورای اسلامی تفوق قانون اساسی را تضمین می‌کنند. بر این مسائل باید اختیار تفسیر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران را نیز اضافه کرد که می‌تواند در تقسیم صلاحیت بین نهادهای اساسی در حوزه هنجارسازی مؤثر باشد. اصل ۸۵ قانون اساسی ایران به امکان وضع آئین‌نامه‌های اجرائی و مستقل توسط دولت اشاره می‌کند و لذا انجام قانونگذاری به معنای عام را برای قوه مجریه به رسمیت می‌شناسد. بدیهی است که در صورت بروز اختلاف نظر در صلاحیت هنجارسازی قوه مجریه در حوزه‌ای خاص، شورای نگهبان می‌تواند با ارائه نظریات تفسیری به حل اختلاف و تنظیم حیات سیاسی بپردازد. مثال دیگر درباره صلاحیت ابتکار تهیه لوایح قضائی متناسب با جمهوری اسلامی است که اصل ۱۵۸ قانون اساسی برای رئیس قوه قضائیه به رسمیت شناخته است. آیا پیش‌بینی چنین صلاحیتی برای رئیس قوه قضائیه به معنای نفی صلاحیت عام دولت در تدوین لوایح قانونی (اصل ۷۴ قانون اساسی) است یا اینکه صلاحیت رئیس قوه قضائیه در تهیه لوایح قضائی را باید در عرض یا طول صلاحیت عام دولت در تدوین لوایح قانونی تفسیر کرد؟ بدیهی است که در چنین مواردی قاضی اساسی می‌تواند با ارائه نظریات تفسیری به تنظیم روابط قوای مزبور و صلاحیت هنجارسازی آنها بپردازد. اما تنظیم اساسی حیات سیاسی و اجتماعی به شورای نگهبان منحصر نمی‌شود چراکه با الهام از دادرسی اساسی به روش امریکایی در مواردی دستگاه قضائی ایران نیز نقش آفرینی می‌کند. اصل ۱۷۰ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران قضات دادگاهها را مکلف می‌کند تا از اجراء تصویب‌نامه‌ها و آئین‌نامه‌های دولتی مغایر با قوانین (اعم از اساسی و عادی) و مقررات اسلامی خودداری کنند و هر کس می‌تواند ابطال اینگونه مقررات را از دیوان عدالت اداری تقاضا کند. اصل ۱۷۳ قانون

اساسی نیز رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به آئین‌نامه‌های دولتی و احقاق حقوق آنها را به دیوان عدالت اداری واگذار کرده است. لذا قضات دادگاهها و دیوان عدالت اداری به ترتیب می‌توانند در صورت مغایرت این هنجارها با قانون اساسی آنها را اجرا نکنند و ابطال نمایند. صلاحیت اعطائی به دیوان عدالت اداری از اهمیت بیشتری برخوردار است چراکه ابطال آئین‌نامه‌ها و تصویب‌نامه‌های مغایر با قوانین و یا خارج از حدود اختیارات قوه مجریه بر عهده دادرسان اداری ایران قرار دارد. لذا تنظیم اساسی حیات سیاسی ایران می‌تواند هم توسط دادرسان اساسی، هم توسط دادرسان اداری و هم توسط دادرسان عادی طی درجات مختلفی صورت پذیرد.

فرایند اساسی سازی علاوه بر تنظیم اساسی حیات سیاسی و اجتماعی می‌تواند به تضمین اساسی حقوق و آزادی‌های بنیادین نیز منجر شود.

۲. تضمین اساسی حقوق و آزادی‌ها

نهضت قانون اساسی یا اساس‌گرایی و پیدایش فکر تدوین قانون اساسی از نیمه دوم قرن هجدهم در اروپا و امریکا با آزادی‌خواهی و قانون‌خواهی همراه بود. در واقع نهضت یا جنبش قانون اساسی یک جنبش دموکراتیک بود که خواستار تدوین و استقرار قانون اساسی در کشورها و تجدید سازمان سیاسی آنها می‌شد. این نهضت در واقع واکنشی علیه استبداد و لجام‌گسیختگی قدرت بود که در طول قرون هفدهم و هجدهم ادامه داشته است.^{۸۱} هدف اصلی این حرکت، پایان دادن به خودسری‌های حکام و تأمین آزادی‌های فردی بود^{۸۲} به گونه‌ای که تنها راه نجات از خودسری و بی‌قانونی و سیر به سوی حکومت دموکراسی در تهیه و تدارک قانون اساسی نوشته جستجو می‌شد.^{۸۳} اندیشه تشکیل نهادهای صیانت از قانون اساسی را نیز باید در راستای منطق نهضت قانون اساسی جای داد و ارزیابی کرد.

^{۸۱} منوچهر طباطبائی مؤتمنی، پیشین، ص ۱۱.

^{۸۲} ابوالفضل قاضی، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، ج ۱، دانشگاه تهران، چاپ چهارم، ۱۳۷۲، ص ۹۱.

^{۸۳} ابوالفضل قاضی، «قانون اساسی، سیر مفهوم و منطوق از دید تطبیقی»، پیشین، ص ۳۶.

اگر در اروپا از نیمه دوم قرن هجدهم درخواست استقرار قانون اساسی و نهادمند کردن قدرت سیاسی اندیشه‌های انقلابی تلقی می‌گردید و با آزادی‌خواهی مرادف بود، از نیمه دوم قرن بیستم درخواست استقرار دادگاه‌های قانون اساسی و در نتیجه نظارت بر اساسی بودن قوانین و به عبارت دیگر چشم پوشی از نظریه حاکمیت مطلق پارلمان اندیشه‌های انقلابی تلقی می‌شد و با آزادی‌خواهی مرادف گشت. جریانی که پس از پایان جنگ جهانی دوم در برخی کشورها از جمله آلمان فدرال با تشکیل دیوان قانون اساسی فدرال آغاز و در حوالی سالهای نود میلادی با فروپاشی نظام سیاسی شوروی سابق در کشورهای اروپای مرکزی و شرقی دنبال شد پاسخی به درخواست ملت‌های خواهان حکومت قانون و تضمین اساسی حقوق و آزادی‌های بنیادین بود. تصویب اعلامیه‌ها و بیانیه‌های حقوق و درج آنها در قوانین اساسی و شناسایی ارزش هنجاری آنها توسط متون و رویه قضائی اساسی به اساسی‌سازی حقوق و آزادی‌های بنیادین منجر شد. در اسپانیا استیناف آمپارو^{۸۴} اصولاً به هدف تضمین حقوق و آزادی‌های بنیادین توسط دادگاه قانون اساسی پیش‌بینی شد. در بین تمام صلاحیتهای دادگاه قانون اساسی، یقیناً استیناف آمپارو بیش از همه در اساسی‌سازی حقوق اسپانیا مؤثر بود و این مسأله به دو دلیل اصلی تحقق یافت. اولاً، استیناف آمپارو عبارت است از شیوه‌ای که امکان دسترسی به قاضی اساسی را به صورت وسیع فراهم کرده است چراکه هر شخصی که خود را قربانی نقض حقوق بنیادین می‌داند و این نقض به یک عمل پارلمانی، اداری یا قضائی قابل انتساب است می‌تواند با شرایطی مستقیماً به قاضی اساسی جهت دادخواهی مراجعه کند. ثانیاً، این استیناف به قاضی اساسی ابزارهای عمل کاملاً مؤثری را اعطا می‌نماید زیرا دادگاه قانون اساسی می‌تواند عمل مانع اجراء کامل حق بنیادین مذکور را ابطال کند.^{۸۵} در فرانسه فرایند اساسی‌سازی و تأثیر آن بر تضمین آزادی‌ها از سالهای هفتاد میلادی با تصمیم مورخ ۱۶ ژوئیه ۱۹۷۱ تبلور یافت. شناسایی اساسی حقوق و آزادی‌ها به آغستن گرایشهای مختلف حقوق به این دسته از هنجارهای اساسی و در نتیجه به تغییر شکل دادن این گرایشها منجر شد. این تغییر شکل نظم

⁸⁴ Recours d'amparo

⁸⁵ BON, "La constitutionnalisation du...", *article précité*, pp. 51-52

در مورد استیناف آمپارو در اسپانیا نک: پیر بن، پیشین، صص ۲۴۴ تا ۲۴۶.

حقوقی با نوسازی آن نمود یافت^{۸۶} که این نوسازی با آزادی‌گرایی مرادف است. دادگاههای قانون اساسی هنجارهای غیراساسی ناقض حقوق و آزادی‌های بنیادین را لغو و یا از ورود آنها به نظم حقوقی ممانعت می‌کنند. تضمین حقوق و آزادی‌های بنیادین عملاً یکی از دغدغه‌های اصلی قضات اساسی را تشکیل می‌دهد. اما در ایران استناد به هنجارهای اساسی راجع به حقوق و آزادی‌های ملت را کمتر می‌توان در آراء شورای نگهبان یافت. قرائتهای غیر مردم‌سالارانه از قانون اساسی، حتی از اصول راجع به حقوق ملت، را می‌توان مانع جدی تضمین حقوق و آزادی‌های بنیادین در نظم حقوقی ایران تلقی کرد. دغدغه عدم مغایرت حقوق و آزادی‌های مصوب مجلس شورای اسلامی با موازین شرعی، که به موجب اصل چهارم قانون اساسی حتی بر سایر اصول قانون اساسی حاکم است، دل مشغولی جدی قضات اساسی ایران خصوصاً فقها را تشکیل می‌دهد. با قرائتهای مردم‌سالارانه از هنجارهای اساسی می‌توان به تضمین حقوق و آزادی‌ها از اهداف اصلی و اثرات اساسی سازی نظم حقوقی دست یافت که این مسئله به پاک‌سازی نظم حقوقی از هنجارهای غیر مردم‌سالارانه نیز منجر خواهد شد.

۳. پاک‌سازی هنجارهای غیر مردم‌سالارانه

فرایند اساسی سازی نظم حقوقی در کشورهای دارای تجربه استبداد و خودکامگی نقشی کلیدی در برابر قوانین سابق ایفا می‌کند، زیرا به پاک‌سازی و یا تنقیح نظم حقوقی از قوانین غیر مردم‌سالارانه دست می‌زند.^{۸۷} این نقش در جمهوری فدرال آلمان، ایتالیا، اسپانیا، پرتغال و یا کشورهای اروپای مرکزی و شرقی ایفا شده و یا در حال ایفا شدن است. علیرغم تغییر نظام سیاسی و در نتیجه تغییر قوانین اساسی در این کشورها، بسیاری از هنجارهای غیر مردم‌سالارانه پیشین قابلیت اجرائی دارند که به مرور زمان باید کنار گذاشته شوند. فرایند اساسی سازی از طریق حذف و ابطال مقررات ناسازگار با نظم اساسی جدید تدریجاً به پاک‌سازی و در نتیجه نوسازی نظم حقوقی می‌پردازد.

⁸⁶ Louis FAVOREU, "La constitutionnalisation de l'ordre juridique", *article précité*, p. 192.

⁸⁷ Louis FAVOREU, "La constitutionnalisation de...", *article précité*, p. 240.

اکثر قوانین اساسی جدید صراحتاً منسوخ بودن هنجارهای مغایر خود را اعلام و یا به نهادهای متصدی صیانت از قانون اساسی یعنی به محاکم اساسی اجازه ابطال آنها را اعطا می‌کند. این مسأله مختص کشورهای اروپایی نیست بلکه در سایر کشورها نیز معمولاً به محض تصویب قوانین اساسی جدید مکانیسم پاک‌سازی نظم حقوقی از هنجارهای مغایر با قانون اساسی یعنی هنجارهای غیر مردم‌سالارانه پیش‌بینی می‌شود. مثلاً ماده ۱۶۲ قانون اساسی افغانستان مقرر می‌دارد: با نفاذ این قانون اساسی، قوانین و فرامین تقنینی مغایر احکام آن ملغی می‌باشد. ماده ۱۲۱ این قانون بررسی مطابقت قوانین، فرامین تقنینی، معاهدات بین‌الدول و میثاقهای بین‌المللی را بر عهده ستره محکمه یعنی عالی‌ترین نهاد قضائی افغانستان نهاده است.

متأسفانه پاک‌سازی نظم حقوقی از هنجارهای غیر مردم‌سالارانه در ایران مطرح نیست. هیچگونه مکانیسم محسوسی برای حذف هنجارهای غیراساسی مصوب پیش از انقلاب اسلامی و یا شورای انقلاب از نظم حقوقی پیش‌بینی نشده است. اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران حکومت موازین اسلامی بر اطلاق یا عموم همه قواعد و مقررات حاضر در نظم حقوقی، حتی بر اصول قانون اساسی، را پذیرفته است و تشخیص این امر را بر عهده فقهای شورای نگهبان قرار می‌دهد. اما قانونگذار اساسی ایران در مورد این دسته از هنجارها در صورت مغایرت با سایر اصول قانون اساسی خصوصاً مقررات راجع به حقوق ملت سکوت اختیار می‌کند. پیش‌بینی مکانیسم برتری سایر هنجارهای اساسی بر این دسته از هنجارهای حقوقی نیز شایسته است در بازنگری احتمالی قانون اساسی مورد توجه قرار گیرد. هرچند تعیین مکانیسمهای نظارت بر اساسی بودن قوانین مصوب پیش از انقلاب یا مصوب شورای انقلاب نیز نمی‌تواند به تحقق اتوماتیک پاک‌سازی نظم حقوقی از هنجارهای غیر مردم‌سالارانه در ایران منجر شود زیرا قرائتهای غیر مردم‌سالارانه از قانون اساسی می‌تواند از تحقق چنین وضعیتی ممانعت کند.

فرایند اساسی‌سازی نه تنها می‌تواند به پاک‌سازی نظم حقوقی از هنجارهای غیر مردم‌سالار گذشته و نیز ممانعت از حضور آنها پردازد بلکه قادر است از ورود هنجارهای غیر مردم‌سالارانه جدید به مجموعه نظم حقوقی نیز جلوگیری کند. مکانیسم نظارت اتوماتیک و سیستماتیک بر اساسی بودن قوانین در ایران می‌تواند، در صورت

قرائت مردم‌سالارانه از قانون اساسی، از ورود هنجارهای غیر مردم‌سالارانه به نظم حقوقی جلوگیری کند. در کشورهای فاقد نظارت اتوماتیک و سیستماتیک بر اساسی بودن قوانین عادی همانند فرانسه همواره امکان عدم بررسی مطابقت یا عدم مغایرت این دسته از قوانین با هنجارهای اساسی، در صورت عدم تقاضای مقامات صلاحیتدار، موجود است. لذا می‌توان فروضی را تصور کرد که احیاناً علیرغم غیر مردم‌سالار بودن قانون عادی مصوب پارلمان، هنجارهای مندرج در آن به جهت عدم گذار از نظارت قاضی اساسی به مجموعه نظم حقوقی وارد گردند. پیش‌بینی مکانیسمهای نظارت پسینی بر اساسی بودن هنجارهای حقوقی، در کنار محتوا و قرائت دموکراتیک از قوانین اساسی، از مکانیسمهای مؤثر پاک‌سازی نظم حقوقی از هنجارهای غیر مردم‌سالارانه است. اساسی‌سازی به وحدت تدریجی گرایشهای مختلف علم حقوق نیز منجر می‌شود.

۴. وحدت تدریجی گرایشهای مختلف حقوق

با اساسی‌سازی نظم حقوقی هنجارهای اساسی تدریجاً بنیان و اساس مشترک گرایشهای مختلف علم حقوق می‌شوند. در نتیجه، اصول کلی حقوق که در هر رشته یا موضوعی به صورت مستقل در حال گسترش بودند، کم‌کم اهمیت خود را به نفع هنجارهای اساسی از دست می‌دهند. این مسأله به نسبی کردن تمایز سنتی بین حقوق عمومی و حقوق خصوصی منجر می‌شود. قواعد و مقررات مربوط به هر گرایش حقوقی از روح و منطق واحدی که عبارت است از روح و منطق قانون اساسی پیروی می‌کنند و نهادهای متصدی صیانت از قانون اساسی وظیفه تضمین این تبعیت و همسویی را بر عهده دارند. لذا اصول اساسی به تمام گرایشهای حقوقی رسوخ می‌کنند و آنها را در ردیف واحدی جای می‌دهند. البته درجه اساسی‌سازی در گرایشهای مختلف حقوق متفاوت خواهد بود.^{۸۸} فرایند اساسی‌سازی در برخی گرایشها جلوتر از سایر گرایشهای علم حقوق است و این مسأله مرهون میزان دخالت‌گری قانون اساسی، فعالیت قانونگذار عادی در هر حوزه و در نتیجه دخالت نهادهای متصدی صیانت از

^{۸۸} Louis FAVOREU, "La constitutionnalisation de l'ordre juridique", *article précité*, p. 193.

قانون اساسی خواهد بود. هر اندازه که پارلمان در حوزه مربوط به یک گرایش از علم حقوق به وضع یا تغییر قواعد و مقررات مبادرت ورزد، امکان انتشار هنجارهای اساسی در آن را، با نظارت اتوماتیک یا غیر اتوماتیک بر اساسی بودن آنها، برای محاکم اساسی بیشتر فراهم می‌کند. تحت تأثیر پدیده اساسی‌سازی، مرکز ثقل نظم حقوقی جابه‌جا شده است. در قرن نوزدهم و در طول بخش اعظم قرن بیستم، نظم حقوقی از قانون به عنوان محور بنیادی و از قانون اساسی به عنوان تنظیم‌کننده اصلی برخوردار بود و همه چیز حول این دو قطب تنظیم می‌گردید. امروزه محور بنیادی نظم حقوقی عبارت است از قانون اساسی و تنظیم‌کننده اصلی عبارت است از محکمه اساسی و لذا مجموعه نظم حقوقی حول این دو قطب سازماندهی دوباره می‌شود.^{۸۹} هنجارهای اساسی امروزه به شیوه واحد در حقوق خصوصی و حقوق عمومی تحمیل می‌شوند و پیکره‌ای مشترک را تشکیل می‌دهند که شاخه‌های متفاوت علم حقوق به آن متصل هستند. البته این موضوع به گونه‌ای نیست که ویژگی‌های گرایشهای مختلف علم حقوق را از بین ببرد.^{۹۰} وحدت تدریجی گرایشهای مختلف حقوقی برای تمام کشورهای بهره‌مند از دادرسی اساسی و در نتیجه مواجهه با پدیده اساسی‌سازی نظم حقوقی از جمله ایران صادق است.

نتیجه

۱. ویژگی هنجاری و دخالت‌گری قانون اساسی همراه با دادرسی اساسی و نتیجتاً انتشار هنجارهای اساسی در نظم حقوقی شرایط اساسی‌سازی علم حقوق را تشکیل می‌دهند. اما تحقق اساسی‌سازی و یا به عبارت دقیق‌تر سرعت تحقق اساسی‌سازی نظم حقوقی به عامل دیگری نیز وابسته است که کم‌اهمیت نیست. سرعت تحقق فرایند اساسی‌سازی به تغییر طرز تفکر و فرهنگ حقوقدانان کشوری که در آنجا اساسی‌سازی نظم حقوقی به عنوان یک پدیده جدید ظهور می‌کند نیز بسیار وابسته است. مثلاً در فرانسه در طول دو‌یست سال این تفکر جا افتاده بود که قانون عادی از آزادی‌ها

⁸⁹ *Ibid.*, p. 195.

⁹⁰ Louis FAVOREU, "Le droit constitutionnel, droit de...", *article précité*, p. 88.

محافظت می‌کند و دادگاهها باید قانون را به عنوان هنجار عالی و برتر اجرا نمایند و قانون اساسی چیزی جز یک متن سمبلیک نیست و فاقد ویژگی هنجاری حقوقی است. در این وضعیت اندیشه الزام‌آور بودن قانون اساسی و قابلیت اجراء آن در روابط بین قدرت سیاسی و افراد و حتی در روابط بین افراد به نظر انقلابی می‌آمد و نیازمند پذیرش آن توسط نسلهای مختلف بود. اساسی‌سازی نیازمند تلاش جمعی است و این تلاش باید خصوصاً بر روی تدریس و آموزش حقوقی متمرکز شود.^{۹۱} حقوقدانان، سیاست‌دانان، فیلسوفان و یا دیگران که از حقوق سخن می‌گویند باید این تحول عمیق را باور کنند و لذا استدالات خود را بر انکار وجود حقوق قانون اساسی بنا ننمایند.^{۹۲}

۲. اساسی‌سازی نظم حقوقی فرایندی تدریجی است و کشورها در درجه یکسانی از اساسی‌سازی به سر نمی‌برند. در صدر کشورهای مواجه با فرایند اساسی‌سازی نظم حقوقی، ایالات متحده امریکا را می‌توان قرار داد که در واقع بدون رقیب است. ایالات متحده امریکا نه تنها اساسی‌سازی نظم حقوقی‌شان را تکمیل کرده‌اند بلکه به نهایت درجه اساسی‌سازی دست یافته‌اند.^{۹۳} پس از ایالات متحده می‌توان از آلمان فدرال نام برد که، به جهت دستیابی به درجه عالی‌ای از اساسی‌سازی نظم حقوقی، روش دادرسی اساسی آن به عنوان یک الگو در کنار الگوی امریکایی مطرح است. رویه قضائی اساسی آلمان به عنوان یکی از منابع الهام‌بخش بسیاری از محاکم اساسی کشورهای نظام حقوقی رومی - ژرمنی قرار گرفته است و حتی دیوان دادگستری جامعه اروپایی و دیوان اروپایی حقوق بشر نیز معمولاً از رویه قضائی اساسی آلمان الهام می‌گیرند.^{۹۴} پس از آلمان می‌توان از ایتالیا، اسپانیا و پرتغال و سپس از سوئیس، فرانسه و بلژیک نام برد. کشورهای اروپای مرکزی و شرقی از سالهای نود با این پدیده آشنا شدند و نظم حقوقی آنها نیز با فرایند اساسی‌سازی، عمدتاً به هدف مردم‌سالارسازی، مواجه است. در تمام این کشورها نهادهای متصدی صیانت از قانون اساسی و یا دادرسی اساسی در حال انجام وظیفه‌اند چراکه این کشورها قانون اساسی را به عنوان برترین هنجارهای نظم حقوقی می‌دانند. در کشورهایی که هنجارهای اساسی نوشته یا نانوشته آنها از

^{۹۱} Louis FAVOREU, "La constitutionnalisation de...", *article précité*, p. 239.

^{۹۲} Louis FAVOREU, "La constitutionnalisation de l'ordre juridique", *article précité*, p. 195.

^{۹۳} Louis FAVOREU, "La constitutionnalisation de...", *article précité*, p. 235.

^{۹۴} MICHEL FROMONT, "Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne", *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 15, 2003, p. 101.

لحاظ ارزش هنجاری با هنجارهای قانونی مصوب پارلمان برابری می‌کنند نمی‌توان از دادرسی اساسی سخن گفت. فلسفه اصلی دادرسی اساسی در مکانیسم نظارت بر اساسی بودن قوانین، و در نتیجه تنظیم قانونگذاری عادی نیز بر مدار برترین هنجار نظم حقوقی، نهفته است.

۳. یکی از اهداف مهم پیش‌بینی دادرسی اساسی و در نتیجه شکل‌گیری فرایند اساسی‌سازی نظم حقوقی را می‌توان در چشم‌انداز مردم‌سالارسازی آن جستجو کرد. تضمین حقوق و آزادی‌های بنیادین از اهداف پیدایش نهادهای متصدی صیانت از قانون اساسی است و تحولات قرن بیستم کشورهای اروپایی در حوزه دادرسی اساسی بازتابهایی از نهضت قانون اساسی و جنبش اساس‌گرایی‌اند. اما اساسی‌سازی لزوماً به مردم‌سالارسازی نظم حقوقی منجر نمی‌شود و این فرایند می‌تواند در کشورهای غیر مردم‌سالار نیز تحقق یابد و در نتیجه اثرات دیگری را به بار آورد. تحقق مردم‌سالارسازی نظم حقوقی در اثر فرایند اساسی‌سازی در واقع به محتوای مردم‌سالار هنجارهای اساسی و نیز روحیه مردم‌سالار دادرسان متصدی صیانت از آنها وابسته است. دادرسان اساسی ویژگی لازم‌الاجرائی هنجارهای اساسی را تضمین می‌کنند و این هنجارها در صورت مردم‌سالار بودن به مردم‌سالارسازی نظم حقوقی و در صورت غیر مردم‌سالار بودن به غیر مردم‌سالارسازی آن منجر می‌شوند.

JOURNAL OF LEGAL RESEARCH

VOL. VI, No. 1

2007-1

Articles

- Tendency to Accept Corporations Criminal Liability
- Rule of Laws or Politics: Analysis of the UN Security Council Resolution 1747
- The Apply of Self-Defence for Combating Terrorism
- The Issue of Constitutionalization of the Legal Order
- Insurance of Dowry
- The Responsibility of Offender to Pay Treatment Charges Exceeding the Amount of *Diah*
- Analysis of Mandatory participation of the Executive Branch in Legislation-making Process in Iran's law

Special Issue: Legal Aspects of Reproductive and Therapeutic Cloning

- Legal and Moral Aspects of Cloning
- Human Dignity and Reproductive Cloning
- Different Bases for Prohibiting Human Reproductive Cloning
- Challenges of Therapeutic Cloning
- UN Criminal Policy against Human Cloning

Critique and Presentation

- A Critique on Some Stipulations of the New Act for Administrative Court of Justice
- Reflections on Article 18 of the Amended Act for Formation of Public and Revolutionary Court

ISSN: 1682-9220



S. D. I. L.
The S.D. Institute of Law
Research & Study