

# امکان‌سنجی نظارت بر قوه مؤسس<sup>۱</sup>

علی‌اکبر گرجی<sup>۲</sup>

سمانه رحمتی‌فر<sup>۳</sup>

## چکیده

اندیشه حاکمیت قانون به دنبال محدودسازی قلمرو اختیارات زمامداران و ارباب قدرت به قواعد و حدود از پیش تعیین شده است. پیامد اصلی ظهور اندیشه دولت قانونمدار تسری بی‌قید و شرط و بدون استثنای مسأله نظارت‌پذیری به همه ارکان حکمرانی است.<sup>۴</sup> دغدغه ذهنی این است که آیا می‌توان اندیشه قانونمداری را به قوه بنیادگذار (مؤسس)<sup>۵</sup> نیز تسری داد؟ نسبت این قوه با مؤلفه‌های گوناگون اندیشه حاکمیت قانون (محدودسازی قدرت، سلسله‌مراتب، نظارت‌پذیری، مردم‌سالاری و آزادی‌گرایی) چیست؟ روشن است که امکان‌سنجی نظری همه مؤلفه‌های دولت قانونمدار با قوه بنیادگذار در قالب یک نوشتار کوتاه، شدنی نیست. بنابراین، نویسندگان می‌کوشند تا در سطور زیر تنها به مسأله نظارت‌پذیری که حلقه نهایی دولت قانونمدار صوری است، پردازند.

پس، می‌توان پرسش اصلی مقاله حاضر را به این صورت مطرح کرد: آیا قوه بنیادگذار نظارت‌پذیر است؟ در فرض مثبت بودن پاسخ از چه طریق؟ طرح این پرسش‌ها معطوف به این دغدغه است که قوه مؤسس، خود تأسیس‌کننده نظارت در یک نظام حقوقی است. لازمه امکان‌پذیری این نظارت، محدودیت‌پذیری صلاحیت‌های قوه مؤسس در وضع قانون اساسی است. چنانچه تفاوتی ماهوی میان قانون عادی و اساسی وجود داشته باشد، قوه مؤسس که کارویژه‌اش وضع قانون اساسی است، ملزم به رعایت آن در مصوبه خود به‌عنوان محدودیت‌های قانون اساسی خواهد بود. به این ترتیب نظارت بر این قوه به‌عنوان سازوکار تضمینی محدودیت‌ها توجیه خواهد شد.

**واژگان کلیدی:** قوه مؤسس، قانون اساسی، دولت مشروطه، حقوق بشر.

۱. تاریخ دریافت: ۱۳۸۹/۲/۲۹ تاریخ پذیرش: ۱۳۸۹/۵/۱۶

۲. عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

۳. عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی، واحد همدان.

۴. گرجی علی‌اکبر، در تکاپوی حقوق اساسی (تهران: انتشارات جنگل، چ. دوم، ۱۳۸۹)، ص ۲۶۶.

۵. Constituent power

## مقدمه

وضعیت سیاسی قوه مؤسس از دو جهت قابل تأمل است، اول این که این نهاد به عنوان منعکس کننده خواست مردم پویا نیست و عمدتاً پس از انجام مأموریت منحل می شود. به ویژه در دولت هایی که دموکراسی در آن ها نهادینه نشده است، پایان عمر قوه مؤسس (نماد جمعیت متکثر مردم) امکان به حاشیه رانده شدن خواست مردم و کم رنگ شدن حضور معنادار آن ها در فرایندهای تصمیم گیری وجود دارد. از طرف دیگر این نهاد با به کارگیری واژگانی مانند «ما مردم» یا «مردم...» به خوبی قابلیت فراهم کردن زمینه حرکت حکومت به سمت دیکتاتوری به نام اکثریت و نادیده گرفتن حقوق اقلیت را دارد.

با این توضیح نتیجه تصمیم قوه مؤسس یعنی قانون اساسی، باید اولاً بتواند به دموکراسی به عنوان خواست اکثریت موجود، جامه عمل بپوشاند و ثانیاً حقوق و آزادی های همه مردم را محقق نماید. بنابراین لزوم اعمال گونه ای از نظارت بر قوه مؤسس احساس می شود. از طرف دیگر، کارویژه قوه مؤسس تدوین قانون اساسی است و قانون اساسی به عنوان رأس هرم حقوقی مدرن در برگیرنده اشکال نظارت بر حکومت است. بنابراین، سخن گفتن از نظارت بر نهادی که خود مؤسس نظارت در یک نظام حقوقی است قدری نامأنوس به نظر می آید.

در مقاله حاضر ابتدا منظور از قوه مؤسس و ماهیت آن روشن می شود؛ سپس الزامات قانون اساسی به عنوان محدودیت های قوه مؤسس در تصمیم گیری بررسی می شود و بحث پایانی سازوکارهای نظارت بر قوه مؤسس یا راه های حرکت دادن این نهاد در جهت احترام به الزامات درون ذاتی قانون اساسی خواهد بود.

## ۱. وضعیت حقوقی قوه مؤسس

ابتدا باید میان قوه مؤسس و اقتدار مؤسس<sup>۶</sup> قائل به تفکیک شد. منظور از اقتدار مؤسس آن چیزی است که مردم در زمان و مکانی مشخص به عنوان صلاحیت اثربخشی به قانون اساسی درک می کنند.<sup>۷</sup> در دوران مدرن، قانون اساسی، مانند دیگر نمونه‌های حقوق موضوعه، نیاز به وضع کننده دارد که همان قوه مؤسس است. بنابراین مردم با هدف ایجاد قانون اساسی اقتدار خود را به نماینده‌ای به نام قوه مؤسس می‌بخشند. قوه مؤسس دستاورد سیاسی است؛ او قوا را به دو سطح تفکیک می‌کند:

۱. قوه مؤسسی که قانون اساسی را ایجاد می‌نماید؛

۲. قوه تأسیسی که توسط قانون اساسی ایجاد می‌شود.<sup>۸</sup>

پیش از وی نیز با الفاظ دیگر از قوه مؤسس یاد شده است ولی عموماً به دلیل استثنایی و موقت بودن آن را به عنوان یکی از قوای حکومتی در نظر نگرفته‌اند. تنها برخی از اندیشمندان «بر قوای سه گانه کلاسیک، قوه مؤسس را نیز اضافه کرده‌اند و استدلال نموده‌اند که این قوه ضمن این که ماهیتاً با سه قوه تقنینی، اجرایی و قضایی تفاوت دارد، نهاد ساز و قانون اساسی آفرین است که قبل از تشکیلات نهادهای عادی مربوط به قوای سه گانه، به پایه‌ریزی ساختار جامعه می‌پردازد. [اینان معتقدند] مجالس مؤسسان یا شوراهایی نظیر آن‌ها که رژیم سیاسی را تدارک می‌بینند و به آرایش قوا می‌پردازند، در واقع در مرحله برتر و قدیمی‌تری از قوا قرار گرفته‌اند و نمی‌توان از آن‌ها چشم پوشید».<sup>۹</sup>

در ادبیات حقوق اساسی از دو گونه قوه بنیادگذار یاد می‌شود: قوه بنیادگذار نخستین که پس از یک انقلاب یا دگرگونی بنیادین ظاهر می‌شود و کارویژه آن طراحی نظام سیاسی-حقوقی آینده و تصویب قانون اساسی است. قوه بنیادگذار ثانویه یا اشتقاقی که کم و کیف آن معمولاً توسط قوه بنیادگذار نخستین در متن قانون اساسی پیش بینی می‌شود و کارویژه اصلی آن روزآمدسازی قانون اساسی از طریق بازنگری است.

با روشن شدن منظور از قوه مؤسس، نوشتار حاضر در پی آن نیست که به این پرسش پاسخ دهد که آیا این نهاد قوه‌ای هم‌شأن دیگر قوای حکومتی است؟ آیا اساساً اطلاق واژه قوه به آن درست است یا خیر؛ صرف نظر از پاسخ این پرسش‌ها، مجالس مؤسسان نهادی به نام قانون اساسی را وضع می‌کنند که شأن آن در مرتبه‌ای بالاتر از مصوبات و تصمیمات دیگر قوای حکومتی قرار دارد. بنابراین مسأله این است که محدودیت‌های قوه مؤسس در تدوین قانون اساسی چیست و چه سازوکارهای بازدارنده‌ای برای حفظ قوه مؤسس در چارچوب اختیاراتش متصور است.

چنان که گفته شد، قوه مؤسس نماینده شهروندان و هدایت کننده اقتدار مؤسس در وضع قانون اساسی است. بعضی معتقدند قوه مؤسس حقانیتی غیرقانونی و کاریزماتیک دارد یعنی ماهیت، خواست و عملکردش تنها دلیلی است که تصمیمش را الزام آور می‌کند. قوه مؤسس نهادی است غیر قابل پیش‌بینی، خلاق، نابسامان و رام‌نشدنی که هر تعادل از پیش موجودی را مختل می‌کند.<sup>۱۰</sup>

<sup>۶</sup>. Constituent Authority

<sup>۷</sup>. درک زمانی - مکانی از مشروعیت قانون اساسی با استدلال واقعی نبودن منتقدانی دارد:

See Barnett, Randy E., *Constitutional Legitimacy*, Boston University School of Law, Working Paper No. 01-19, p.5.

<sup>۸</sup>. Kay, Richard S. Constituent Authority, *American Journal of Comparative Law* (Forthcoming), 2010, available at: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1703378](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1703378), pp. 2-3.

<sup>۹</sup>. قاضی، ابوالفضل، *حقوق اساسی و نهادهای سیاسی* (تهران: نشر میزان، چاپ یکم، ۱۳۸۲)، ص. ۳۰۸.

<sup>۱۰</sup>. Quoted by Kay, op. cit., pp. 2-3.

به عبارت دیگر از آنجا که قانون اساسی توجیه کننده است نیاز به توجیهی اعم از اخلاقی یا قانون ندارد. با چنین دیدگاهی نمی توان هیچ سطحی از محدودیت و در نتیجه نظارت بر این قوه را پذیرفت و به این ترتیب پیش از هر چیز حقوق اقلیت ها و ثبات حکومت در معرض خطر قرار می گیرد. خواستگاه قوه مؤسس در فرایندی قابل جستجو است که طی

آن «مردم» از نیرویی واکنش گر به کنش گر تبدیل شده اند.<sup>۱۱</sup> این قوه، قدرت جمعیتی کثیر را بیان می کند و تجلی حقوقی دموکراسی است. دموکراسی به عنوان نماد اصل گشودگی<sup>۱۲</sup> به آسانی با قانون که ابزار کنترل، تنظیم و تقسیم است، جمع نمی شود؛<sup>۱۳</sup> جدال میان دموکراسی و قانون، به قوه مؤسس به عنوان محل حل مناقشات مجال بروز می دهد و کارکرد قوه مؤسس هدایت خواست اکثریت به سمت فرایندهای قانونی می شود و به این ترتیب حقوق اقلیت و ثبات نسبی حکومت تضمین می شود.

## ۲. ماهیت قانون اساسی

قانون اساسی رأس هرم حقوقی است و در نظریه محض حقوقی، قانون عادی صرفاً در فرضی معتبر و الزام آور است که از آن پیروی کرده باشد. تفاوت شکلی (تفاوت در فرایند ایجاد) قانون اساسی و عادی روشن است. اما آیا این دو تفاوت ماهوی هم دارند؟ اصولاً قوانین عادی در چارچوب قانون اساسی امکان وضع هر قاعده ای دارند؛ پرسش این جا است که آیا قانون اساسی نیز می تواند در برگیرنده هر مقرره ای باشد یا نباشد؟ آیا باید و نبایدهایی متوجه آن است که اگر رعایت نشود اعتبار خود را به عنوان قرارداد میان مردم و هیأت عالی سیاسی از دست خواهد داد؟

## ۳. محدودیت های قانون اساسی

در تبیین ماهیت دولت مشروطه، محدودیت وارد شده بر اطلاق، جزئی از ذات دولت مشروطه است<sup>۱۴</sup> نه عَرَضی که بر آن تحمیل می شود و قانون اساسی جزئی از نظریه دولت مشروطه است نه زایده ای که به آن اضافه شده است.<sup>۱۵</sup> بنابراین عدول از محدودیت ها نه به منزله ایجاد شکل جدیدی از حکومت مشروطه، که به عنوان عدول از مشروطیت خواهد بود. در همین راستا ماده شانزده اعلامیه حقوق بشر و شهروند فرانسه اشعار می دارد: «جامعه ای که در آن حقها تضمین نشده اند و تفکیک قوا اجرا نمی شود، قانون اساسی ندارد»؛ بدین ترتیب مشروطه با این دو اصل تعریف می شود<sup>۱۶</sup> و ایجاد آن با دو سازوکار ممکن است:

نخست، تحدید قدرت از طریق به رسمیت شناختن حق برای شهروندان در مقابل حکومت؛

دوم، تحدید ساختاری قدرت از طریق تفکیک قوا.

<sup>۱۱</sup> لاگلین، مارتین، مبانی حقوق عمومی، ترجمه محمد راسخ (تهران: نشر نی، ۱۳۸۸)، ص ۲۲۷.

<sup>۱۲</sup> . Openness.

<sup>۱۳</sup> به نقل از: همان، ص ۲۲۵.

<sup>۱۴</sup> از این جا تفاوت میان دولت محدود و مشروطه هم روشن می شود.

<sup>۱۵</sup> وینست، اندرو، نظریه های دولت، ترجمه حسین بشیریه (تهران: نشر نی، ۱۳۸۷)، ص ۱۲۴.

<sup>۱۶</sup> . Bellamy, Richard, The Political Form of the Constitution: The Separation of Powers, Rights and Representative Democracy, *Political Studies*, XLIV, 1996, p. 436.

علاوه بر حق‌ها و تفکیک قوا، یکی از مبانی حقوق عمومی (صرف نظر از شکل حکومت) اصل نمایندگی است. منظور از این اصل این است که بین مردم و دولت رابطه‌ای قراردادی قابل تشبیه به وکالت وجود دارد. طبق نظریه‌های قرارداد اجتماعی چنین رابطه‌ای نه تنها در حکومت‌های دموکراتیک که حتی در حکومت‌های پادشاهی هم قابل رهگیری است. از طرفی در برخی از نظام‌های حقوقی قواعدی به‌عنوان «قواعد اساسی شده حقوق» وجود دارد که حتی تغییر بنیان حکومت یعنی قانون اساسی هم نمی‌تواند به تداوم آن لطمه بزند. در ادامه بررسی می‌کنیم که کدام یک از این چهار نهاد بر قانون اساسی محدودیت وارد می‌کند.

### ۱-۳. عینیت بخشی به نمایندگی

روشن است که میان مشروطیت و دموکراسی رابطه این‌همانی وجود ندارد، به لحاظ تاریخی هم دولت مشروطه ابتدا در بستر دولت‌های سلطنتی و غیر دموکراتیک (مانند تجربه انگلستان و ایران) شکل گرفته است؛ ولی در طول زمان مشروطیت و دموکراسی به هم نزدیک شده‌اند به شکلی که امروز این دو مسامحتن به جای یکدیگر به کار می‌روند. بنابراین اگر در قرن شانزدهم و هفدهم تلاش نظریه پردازان توجیه وجود رابطه بین فرد و دولت بود در حال حاضر یکی از مسایل پیش روی جمع متکثر مردم به‌عنوان صاحبان حاکمیت، پیش از تشکیل دولت حفظ ارتباط با دولت است؛ دغدغه‌ای که قانون اساسی مدرن از طریق اصول مربوط به نمایندگی به آن پاسخ می‌گوید.

نخستین بار هابز، از جمله نظریه پردازان قرارداد اجتماعی، مفهوم نمایندگی را مطرح کرد.<sup>۱۷</sup> «وقتی گفته می‌شود دولتی تأسیس شده است که جمعی از آدمیان همه با هم توافق کنند که حق نمایندگی خود را به واسطه اکثریت به فرد یا جمعی از افراد بسپارند».<sup>۱۸</sup> هابز از این رویکرد به تأسیس دولت یعنی تلقی نمایندگی به‌عنوان یک پیمان دو طرفه، بین خواست انتخاب کننده و عمل انتخاب شده رابطه این‌همانی برقرار می‌کند و نتایجی می‌گیرد که می‌توان آن را ویژگی‌های نمایندگی از منظر وی دانست:

۱. عدم امکان نقض پیمان از طرف مردم؛

۲. عدم امکان نقض پیمان از سوی حاکم؛

۳. عدم امکان اعتراض از جانب اقلیت مخالف حاکم انتخاب شده؛

۴. عادلانه بودن تمام اعمال حاکم (نماینده)؛

۵. عدم امکان مجازات حاکم.<sup>۱۹</sup>

هابز به محض عبور از لحظه تأسیس دولت هیچ نقش فعالی برای مردم در به کارگیری قوه مؤسس قائل نیست. او با تمرکز بر ضرورت تأسیس و ابقای اقتدار قوه تأسیس شده منکر نقش تأسیسی برای مردم می‌شود. در طرح هابز قدرت سیاسی، عالی و مطلق است. این قدرت بی‌توجه به قیود ناشی از قانون اساسی پتانسیل شکل دهی به حوزه سیاسی و اجتماعی را دارد.<sup>۲۰</sup> او قایل به اعطای انتزاعی نمایندگی به دولت یک بار برای همیشه است. با چنین دیدگاهی ظاهراً چالش مورد نظر ما یعنی تداوم رابطه نمایندگی میان انتخاب کنندگان و انتخاب شونده‌گان منتفی است؛ چون تا زمان انقضای پیمان، خواست حاکم منعکس کننده خواست مردم خواهد ماند و خلاف آن متصور نیست. هابز عنصر «رضایت» را در نمایندگی دخیل نمی‌بیند. رضایت به این معنا

<sup>۱۷</sup>. بشیریه، حسین، آموزش دانش سیاسی (تهران: نشر نگاه معاصر، ۱۳۸۶)، ص ۳۴۲.

<sup>۱۸</sup>. هابس، توماس، لویاتان، ترجمه حسین بشیریه (تهران: نشر نی، ۱۳۸۷)، ص ۱۹۳.

<sup>۱۹</sup>. همان، صص ۱۹۳-۱۹۶.

<sup>۲۰</sup>. لاگلین، پیشین، ص ۲۳۰.

است که «هیچ کس مجبور نیست از قدرتی سیاسی حمایت یا اطاعت کند مگر آن که شخصاً به آمریت آن رضایت داده باشد».<sup>۲۱</sup> بسیاری معتقدند چنین نگرشی نسبت به رابطه مردم و حاکم مبنای نظری دولت مطلقه را تشکیل می‌دهد.

دیدگاه هابز مخالفانی دارد؛ به عنوان نمونه سی‌یس معتقد است مردم برای همیشه در حالت طبیعی باقی می‌مانند و امکان بازپس‌گیری قدرت را برای خود نگه می‌دارند.<sup>۲۲</sup> روسو عمل قوه مؤسس را اقدام خالص عقل و سرکوب تمامی احساسات معرفی می‌کند. نظریه پردازان قرارداد اجتماعی در لحظه پذیرش دموکراسی آن را محدود می‌کنند. به این معنا که ظاهراً از این نظر طرفداری می‌کنند که قدرت در دست مردم است، ولی روش‌هایی را به کار می‌گیرند تا قدرت خلاق مردم را به حاشیه برانند.<sup>۲۳</sup> جان لاک سلطه بدون رضایت را ناممکن می‌داند و می‌گوید: «انسان‌ها طبعاً آزاد، مستقل و برابر هستند، هیچ کس را نمی‌توان از حقوق طبیعی محروم ساخت و بدون خواست و میل اش او را تحت سلطه قرار داد». او عنصر رضایت را نه تنها در ایجاد که در انحلال حکومت هم وارد می‌کند.<sup>۲۴</sup>

صرف نظر از جزئیات نظریه‌های قرارداد اجتماعی، به نظر می‌رسد وجود یک قرارداد لازم‌الاجرا میان مردم و دولت می‌تواند موجب محدود شدن اختیارات دولت شود. به علاوه این پرسش مطرح می‌شود که قرارداد منعقد شده میان مردم و حاکم در نظریه‌های قرارداد اجتماعی چیست؟ اگر بپذیریم در نظریه دولت مشروطه همان قانون اساسی است، از محدودیت‌ها و الزامات قانون اساسی حفظ اقتدار عالی این قرارداد - قانون خواهد بود، یعنی قانون برتر ملزم است از طریق سازوکارهایی مانند منع تغییر قانون اساسی توسط یکی از قوای حکومتی اقتدار خود و در نتیجه پایبندی دولت به قرارداد با مردم را تضمین کند. در واقع کارکرد قوه مؤسس چیزی بیش از بازتاب اراده فعلی مردم یعنی تقویت و تثبیت اراده<sup>۲۵</sup> و تضمین تداوم تأثیرگذاری اراده در تصمیم‌گیری‌ها است.

عدم احراز عینی نمایندگی و فراهم نبودن زمینه نظارت مردم از انتقاداتی است که به اندیشه خالص مشروطیت (با محوریت حق و تفکیک قوا در قانون اساسی) وارد می‌شود.<sup>۲۶</sup> چنان‌که پیش‌تر گفته شد، اندیشه خالص دموکراسی هم از انتقاد نادیده گرفتن حقوق اقلیت به دور نیست. به این ترتیب از خلال تعاملات دموکراسی به عنوان یک حق بشری و حقوق بشر به عنوان یکی از اصول و پایه‌های دموکراسی، دموکراسی مشارکتی شکل گرفته است که با تأکید بر مفهوم «مشارکت معنادار» صرف انتخاب نماینده از جانب مردم را به عنوان مشارکت بی‌معنا و تهی ارزیابی می‌کند. قانون اساسی دموکراتیک از طریق اصل ادواری<sup>۲۷</sup> بودن تصدیگری<sup>۲۸</sup> و روش‌های دموکراسی مستقیم مانند عزل نماینده توسط مردم، آغاز فرایند قانونگذاری به درخواست مردم،<sup>۲۹</sup> الغای قانون توسط مردم به عنوان جزئی از فرایند وضع قانون<sup>۳۰</sup> و ... تا حدودی حضور مداوم مردم و در نتیجه نظارت مداوم آن‌ها را

<sup>۲۱</sup>. به نقل از: وینسنت، پیشین، ص ۱۶۸.

<sup>۲۲</sup>. لاگین، پیشین، ص ۱۵۷.

<sup>۲۳</sup>. همان، ص ۲۳۵.

<sup>۲۴</sup>. لاک، جان، رساله‌ای درباره حکومت، ترجمه حمید عضدانلو (تهران: نشر نی، ۱۳۸۸)، صص ۱۵۰ و ۲۵۶.

<sup>۲۵</sup>. Kay, op. cit., p. 8.

<sup>۲۶</sup>. رک. وینسنت، پیشین، صص ۱۲۹-۱۳۰.

<sup>۲۷</sup>. Periodic

<sup>۲۸</sup>. i.e.: The Basic Law for the Federal Republic of Germany, art. 54.

<sup>۲۹</sup>. i.e.: The constitution of Italian Republic, art. 71: "The people may initiate legislation by proposing a bill drawn up in sections and signed by at least fifty-thousand voters."

<sup>۳۰</sup>. i.e.: [Federal Constitution of the Swiss Confederation](#), Art. 141.

تضمین می‌کند. برای نمونه، اهمیت ادواری بودن انتخاب نماینده تا جایی است در بند «ب» ماده ماده (۲۵) میثاق حقوق مدنی و سیاسی به‌عنوان صفت لازم برای تحقق «انتخابات» آمده است و کمیساریای عالی حقوق بشر در توضیح این ماده تحقق پاسخگویی نمایندگان بدواً دموکراتیک (اعم از اجرایی و تقنینی) و تداوم اقتدار دولت را در تضمین این صفت در قوانین داخلی می‌داند.<sup>۳۱</sup> به این ترتیب به نظر می‌رسد با گذار از تحلیل هابزی نمایندگی، امروزه از جمله باید‌های قانون اساسی و به تبع آن قوه مؤسس، تضمین ماندن اختیار قدرت در دست صاحبان واقعی آن مردم، از طریق به رسمیت شناختن تداوم عینی رابطه نمایندگی و مشارکت معنادار رابطه مردم در تصمیم‌گیری است.

## ۲-۳. تفکیک قوا

برای ایجاد و تضمین آزادی‌های فردی تقسیم حکومت به سه شاخه و گروه تقنینی، اجرایی و قضایی ضروری است.<sup>۳۲</sup> ارتباط قانون اساسی و تفکیک قوا، ارتباطی چندوجهی و به نسبت پیچیده است؛ از یک سو مهم‌ترین ابزار نظارت بر اجرای قانون اساسی، کنترل قضایی، با انتقاد نقض اصل تفکیک قوا مواجه است؛<sup>۳۳</sup> و از سوی دیگر یکی از اصولی که قوه مؤسس ملزم به انعکاس آن در قانون اساسی است همین اصل می‌باشد و در غیر این صورت تراکم قوا زمینه حرکت در خلاف جهت دولت مشروطه را فراهم می‌کند.

تفکیک قوا از مفاهیمی است که ریشه تاریخی در تجربیات بشر دارد ولی این به آن معنا نیست که میان درک باستانی و آن چه امروز تفکیک قوا نامیده می‌شود رابطه این‌همانی برقرار باشد. در یونان باستان تفکیک قوا با نظریه دولت مختلط پیوند خورده است. برای مثال ارسطو تفکیک حکومت به سه رکن مشورتی (قانونگذاری)، اجرایی و دادرسی را می‌پذیرد. وی از جمله وظایف قوه نخست را صدور حکم اعدام و تبعید و انعقاد پیمان می‌شمارد که ماهیتی به ترتیب قضایی و اجرایی دارند، به علاوه اعمال دولت مختلط در دستگاه قضایی - یعنی الیگارشسی قضایی و انتخاب دادرسی از میان مردم - را تجویز می‌کند و هر سه کارکرد مشورت، اجرا و قضاوت را در فرمانروا قابل جمع می‌داند.<sup>۳۴</sup> تا قرن‌ها بعد یعنی در آرای جان لاک کماکان عدم اطاعت قوا از یکدیگر و تفکیک قوا به معنای امروزی آن ناممکن تلقی می‌شد؛ به عبارت دیگر جمع میان تفکیک و اطاعت عملی بود.<sup>۳۵</sup> چنین برداشتی از تفکیک قوا در نظریات روسو نیز مشهود است. در ک مدرن تفکیک قوا صرف تقسیم قدرت نیست و لوازمی دارد؛ از جمله وجود کارکرد متناظر با هر قوه در حکومت، محدود شدن هر قوه به عمل در حیطه کارویژه خودش و عدم تعدی به دیگر قوا و حذف اختلاط نیروی انسانی میان قوا (منع عضویت هم‌زمان افراد در بیش از یک قوه)،<sup>۳۶</sup> تأکید خاص بر استقلال نیروی

<sup>۳۱</sup> . Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *General Comment No. 25: The right to participate in public affairs, voting rights and the right of equal access to public service (Art. 25):* . 07/12/1996. CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, *General Comment No. 25. (General Comments)*, Para. 9.

<sup>۳۲</sup> . Vile, M. J. C., *Constitutionalism and the Separation of Powers*, (2nd ed.) (Indianapolis: Liberty Fund, 1998), p. 8.

<sup>۳۳</sup> . See Allan, T. R. S. *Human Rights and Judicial Review: a Critique of "Due Deference"*, *Cambridge Law Journal*, 65 (3), November 2006, p. 677.

<sup>۳۴</sup> . ارسطو، سیاست، ترجمه حمید عنایت (تهران: امیرکبیر، ۱۳۸۷)، ص ۲۰۰.

<sup>۳۵</sup> . لاک، پیشین، ص ۱۹۵.

<sup>۳۶</sup> . Vile, op. cit., p. 8.

انسانی در دستگاه قضایی،<sup>۳۷</sup> ارتباط متقابل و نظارت گر قوا بر یکدیگر<sup>۳۸</sup> و نیز برتری نظارتی یکی از قوا در تضمین عدم اختلاط قوا.<sup>۳۹</sup>

کارکرد متناظر با هر قوه الزاماتی دارد. قوه مقننه مستقل از امیال حاکم در جایی متصور است که قدرت مطلق حکومت در وضع قانون، محدود به قانون شود؛ به لحاظ مبنایی لازمه پذیرش قوه مقننه وقتی ممکن است که اندیشه قانون طبیعی یعنی اعمال قوانین ثابت بر انسان رو به افول می‌گذارد. پیدایش قوه مجریه مستقل از حاکم، مبتنی بر آراء ارسطو است. به این ترتیب تا قرن هفدهم حکومت به دو قوه قانونگذاری و اجرایی تقسیم می‌شود و امر قضایی میان این دو نهاد تقسیم شده است. تفکیک قوه قضاییه ریشه در اندیشه منع حاکم از قضاوت در پرونده‌های خیانت و جنایت دارد، چرا که در این موارد خود حاکم یکی از طرفین دعوی است.<sup>۴۰</sup>

در حال حاضر یعنی در دوران رد نظریه دولت مختلط و مطلوب بودن جمع دموکراسی و حکومت فردی، نظارت حاکم غیرانتخابی بر اجرای تفکیک قوا منتفی است و از جمله مسائل پیش روی تفکیک قوا، برتری نظارتی<sup>۴۱</sup> یکی از قوا بر رعایت خود تفکیک قوا، در چارچوب سازوکار کنترل و توازن، است تا به این ترتیب یکی از ارکان حکومت خودسرانه فراتر از حدود اختیاراتش نرود. به دلیل این که قوه مجریه بیش از دو قوه دیگر ابزار اعمال زور و تحدید حقوق و آزادی‌ها را در اختیار دارد از این رقابت به دور است؛ بعضی از حقوقدانان قائل به برتری قوه قضاییه هستند و بدیهی است که منظور اعمال نظارت از طریق قضاوت است و نه برتری لایه غیرقضایی. به این دیدگاه به دلیل ثابت نبودن رویه قضایی و فراهم بودن زمینه اعمال نظر فردی قاضی در شرایط مختلف انتقاداتی وارد می‌شود. مهم‌ترین انتقادی که به برتری قوه مقننه وارد می‌شود امکان نقض قانون اساسی در قالب قانونگذاری عادی و به عبارتی نقض حقوق اقلیت‌ها توسط اکثریت است.<sup>۴۲</sup> به نظر می‌رسد پاسخی قطعی به این پرسش وجود نداشته باشد و پاسخ، تابعی از فرهنگ سیاسی - حقوقی حاکم بر یک کشور باشد. برای مثال در نظام حقوقی ایران در چارچوب قانون اساسی، تمامی اشکال نظارت بر قوه مجریه به شکلی به دستگاه قضایی بازمی‌گردد؛ علاوه بر این تفسیر قضات و امکان انتخاب یک قانون از میان قوانین بعضاً متعارض (در فرض نقض قانون اساسی با قانون عادی) جهت اعمال نیز وجود دارد، بنابراین چنانچه استقلال قضایی در سطوح فردی و نهادی<sup>۴۳</sup> بر این شرایط افزوده شود دستگاه قضایی شایستگی برتری نظارتی را خواهد داشت.

درنهایت، گرچه تردیدی در کارآمدی معادله تفکیک قوا=تحدید قوا، تعدیل قوا و تضمین حق‌ها و آزادی‌ها وجود ندارد<sup>۴۴</sup>، اما فن تفکیک قوا به تنهایی نمی‌تواند معجزه‌ای را در عرصه پیچ در پیچ حکمرانی از خود بروز دهد. پس ناچار، باید

<sup>۳۷</sup> . See Madhuku, L., *Constitutional Protection of the Independence of Judiciary: A Survey of the Position on Southern Africa*, *Journal of African Law*, Vol. 46, No. 2, 2002.

<sup>۳۸</sup> . See Barnett, op. cit., p. 18.

<sup>۳۹</sup> . See Jeellum, Linda D., "Which Is To Be Master, The Judiciary Or The Legislature? When Statutory Directives Violate Separation Of Powers", *UCLA Law Review*, Vol. 56, 2009.

<sup>۴۰</sup> . Vile, op. cit., pp. 17-19.

<sup>۴۱</sup> . منظور از برتری به هیچ وجه به این معنا نیست که قوا در طول یکدیگر قرار گیرند یا یکی در کارویژه دیگری دخالت کند، منظور تنها نظارت است.

<sup>۴۲</sup> . Jeellum, op. cit., pp. 75, 76.

<sup>۴۳</sup> . See Russell, P. H., *Toward a General Theory of Judicial Independence*, in Russell, P. and M O'brien, D. (eds.) *Judicial Independence in the Age of Democracy* (London, University Press of Virginia, 2001).

<sup>۴۴</sup> . گرجی علی اکبر، «از نظام ریاستی تا نظام پارلمانی: تاملی در تفکیک قوای ایرانی»، *روزنامه خبر*، شنبه، ۲۴ مهر ۱۳۸۹.



نهال تفکیک قوا را در بستر حقوقی و سیاسی مساعدی کاشت که در آن حق ها و آزادی های شهروندان به ویژه آزادی های گروهی و حزبی جدی گرفته می شوند<sup>۴۵</sup>.

### ۳-۳. موازین حقوق بشر بین الملل

ساده ترین تعریف حقوق بشر «حقوق انسان به صرف انسان بودن است». طرفداران حقوق فطری، معتقد به وجود قواعد برتر فرازمانی و فرامکانی با ریشه الهی یا عرفی هستند. پیروان رویکرد قراردادی حقوق بشر، معتقد به شکل گیری فرضی قرارداد میان افراد جامعه در هنگام تعیین سرنوشت سیاسی و توافق بر به رسمیت شناختن حقوق بنیادین در آن قرارداد می باشند.<sup>۴۶</sup> صرف نظر از پذیرش یا عدم پذیرش این دیدگاه ها، موازین حقوق بشر بین الملل عمدتاً مانند میثاقین حقوق مدنی و سیاسی و حقوق اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی ریشه قراردادی دارند و الزام آوری آن ها از جنس الزام قراردادی است. تعهدات قراردادی دولت طبق اصل تداوم از بین نمی رود و دولت یا حکومت جدید، جز در شرایط خاص مانند تغییر بنیادین اوضاع و احوال، وارث تعهدات دولت پیشین است.

چنانچه اعمال قدرت مؤسس مردم در قالب قانون اساسی مغایر این تعهدات باشد سؤالی که پیش می آید این است که کدام یک مقدم است قانون اساسی یا تعهد بین المللی؟ آیا دگرگونی نظام سیاسی را می توان تغییر بنیادین اوضاع و احوال دانست؟ در پاسخ این پرسش کنوانسیون حقوق معاهدات اعلام می کند چنانچه مقررات حقوق داخلی به لحاظ تشریفات الحاق نقض شود چون «رضاً» معلول می شود، دولت می تواند بطلان معاهده را اعلام کند.<sup>۴۷</sup> البته این فرض تنها در مورد مغایرت شیوه و شکل تصویب معاهده صادق است و قابل تعمیم به مغایرت ماهوی حقوق داخلی و تعهدات بین المللی نیست. در این خصوص قاعده حل تعارض اولویت حقوق بین الملل است؛ یعنی نقض قانونی تعهد بین المللی صرف نظر از تقدم یا تأخر آن منجر به طرح مسؤولیت دولت خواهد شد.

به هر حال موازین حقوق بشری منعکس شده در اعلامیه جهانی حقوق بشر، به عنوان حقوق بنیادین، امروزه در مرتبه قاعده آمره بین المللی، برای تمام دولت ها الزام آور است.<sup>۴۸</sup> نقض قواعد آمره موجب طرح مسؤولیت بین المللی دولت خواهد شد.

### ۳-۴. آیا اساسی شدن حقوق بر محدودیت های قانون اساسی می افزاید؟

قواعد اساسی شده حقوق از جمله بحث هایی که هنوز در حقوق ایران جایگاهی ندارد ولی برای مثال در انگلستان قواعدی مانند کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، قانون حقوق بشر،<sup>۴۹</sup> و قانون آزادی اطلاعات، به عنوان قواعد اساسی حقوق شناخته شده است و در فرانسه تصمیمات نظارتی شورای قانون اساسی مستند به مقدمه و متن اصلی قانون اساسی جمهوری پنجم منبای اساسی سازی حقوق است. دو گونه تعریف از اساسی سازی ارائه می شود؛ اساسی سازی ناظر بر حقوقی است که به رسته حقوق بنیادین تعلق

۴۵. رک: گرجی علی اکبر و محمد بهادری، «تفکیک قلمرو قانون از قلمرو آیین نامه در نظام حقوقی ایران»، نشریه حقوق اساسی، زمستان ۱۳۸۸، شماره ۱۲،

صص ۹۵-۱۱۴.

۴۶. رک: قاری سید فاطمی، محمد، حقوق بشر در جهان معاصر، دفتر یکم (تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی، ۱۳۸۸)، صص ۱۱۳-۱۲۵.

۴۷. موسی زاده، رضا، بایسته های حقوق بین الملل عمومی (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۳)، ص ۱۹۳.

۴۸. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، حقوق بین الملل عمومی (تهران: گنج دانش، ۱۳۸۴)، ص ۱۶۷.

دارند و دولت موظف است به آنها احترام بگذارد، حمایت و اجرایشان کند.<sup>۵۰</sup> این تعریف در مورد نظارت بر قانون اساسی با محدودیت نخست بر قانون اساسی، یعنی حقوق بنیادین یا اساسی بشر، منطبق است. تعریف دیگر ماهیتی شبیه به قاعده آمره در حقوق بین‌الملل برای قواعد اساسی شده قائل است؛ یعنی قاعده‌ای که تا زمانی که قاعده هم‌شان جایگزین آن نشده است، تمام هنجارهای حقوقی ملزم به رعایت آن هستند.<sup>۵۱</sup> در این تعریف قواعد اساسی الزاماً زیرمجموعه حقوق بشر نیستند و حتی ماهیت حقوق عمومی ندارد و می‌تواند قاعده حقوق مدنی یا کیفری باشد.

در حال حاضر در انگلستان قضات با استناد مستقیم به کنوانسیون اروپایی قواعد حقوق خصوصی مانند حقوق مالکیت زمین را تغییر می‌دهند؛<sup>۵۲</sup> بنابراین اساسی شدن به نگرش سنتی که قانون اساسی را قانون قانونگذار ارزیابی می‌کرد و نه مجریان (اعم از قاضی، اداره و شهروند) پایان داده است و به علاوه دو نظم حقوق عمومی و خصوصی به یکدیگر نزدیک می‌شود. به عنوان نتیجه می‌توان گفت اساسی‌سازی چیزی بیش از لزوم رعایت حق‌های بنیادین را به بحث حاضر نمی‌افزاید.<sup>۵۳</sup>

#### ۴. سازوکارهای نظارت بر قوه مؤسس

ابزارهای نظارتی بر قوای مقننه، مجریه و قضاییه عمدتاً در چارچوب تعادل و توازن اعمال می‌شود، به این ترتیب که برای مثال در قانون اساسی ایران قوه مقننه لوایح قوه مجریه و بودجه سالیانه را تصویب می‌کند، صلاحیت طرح سؤال و استیضاح نسبت به رئیس‌جمهور و وزرا را دارد، و در مقابل قوه مجریه امکان تأثیرگذاری بر مجلس از طریق بودجه سالیانه و تدوین لوایح را دارد، یا قوه قضاییه سازوکار ابطال مصوبات خلاف قانون قوه مجریه و نظارت از طریق سازمان بازرسی را در اختیار دارد و در مقابل لوایح قوه قضاییه از مجرای هیأت دولت به مجلس ارسال می‌شود و بودجه آن نیز در لایحه کلی بودجه توسط دولت پیش‌بینی می‌شود.

در مورد قوه مؤسس وضعیت کاملاً متفاوت است، اولاً قوه مؤسس، ایجادکننده دیگر قوا است و در زمان فعالیت قوه مؤسس نخستین، اصولاً قوای دیگر وجود خارجی ندارند. درباره قوه بنیادگذار فرعی (قوه بازرگری)، نیز همین منطق قابل دفاع است؛ زیرا در میان نهادهای حقوقی - سیاسی مستقر، هیچ نهادی از لحاظ سلسله‌مراتبی بالاتر از این قوه وجود ندارد. پس، از نظر منطق حقوقی نهادهای پایین‌دستی مانند نهاد دادرسی اساسی، نباید صلاحیت نظارت بر بالاترین مرجع حقوقی و سیاسی را داشته باشند. در غیر این صورت، ما با مهار والد توسط مولود و نظارت آفریده بر آفریننده روبرو خواهیم شد و این همان چیزی است که برخی از اندیشمندان مانند جان آوستین آن را به منزله وارد ساختن حد بر حاکمیت دانسته و آن را به تریب دایره تشبیه کرده‌اند. «تحدید قلمرو قوه بنیانگذار با مبانی دموکراسی و حاکمیت ملی سازگار به نظر نمی‌رسد».<sup>۵۴</sup> در نتیجه، پذیرش این امر، علاوه بر ضعف

<sup>۵۰</sup>. Smith, Anne, "Delivering Equality: Equality Mainstreaming and Constitutionalisation of Socio-Economic Rights", *Transitional Justice Institute Research Paper No. 09-11*, p. 15.

<sup>۵۱</sup>. See Orakhelashvili, Alexander, *Peremptory Norms as an Aspect of Constitutionalisation in the International Legal System, the Dynamics of Constitutionalism in the Age of Globalisation*, (TMC Asser Press, 2010), p. 135.

<sup>۵۲</sup>. Banakas, Stathis, *The Constitutionalisation Of Private Law In The UK: Is There An Emperor Inside The New Clothes?*, p. 95, At: Tom Barkhuysen And Siewert Lindenbergh, *Constitutionalisation Of Private Law?*, 2006 Koninklijke Brill NV. Printed in The Netherlands, pp. 83-96.

<sup>۵۳</sup>. برای تفصیل بیشتر تر راجع به اساسی‌سازی ر. ک. گرجی، علی‌اکبر، مبانی حقوق عمومی (تهران: انتشارات جنگل، چ. دوم، ۱۳۸۹)، ص ۵۵. نجفی ابرندآبادی

و گرجی علی‌اکبر، *اساسی‌سازی حقوق کیفری*، چهاردهمین نشست تازه‌های حقوق عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۵ اسفند ۱۳۸۹.

<sup>۵۴</sup>. گرجی علی‌اکبر، در تکاپوی حقوق اساسی، همان، ص. ۲۸۶.

حقوقی با حاکمیت اراده عمومی و «تعداد مردم سالارانه»<sup>۵۵</sup> نیز مغایر خواهد بود. پس، با این تحلیل آیا باید قوه بنیادگذار را مطلق‌العنان دانست؟ در پاسخی اجمالی می‌توان گفت، در حقوق داخلی جز محدودیت‌های اخلاقی، فلسفی و اجتماعی هیچ حد حقوقی (تضمین شده) برای قوه بنیادگذار نخستین قابل تصور نیست، چه ظهور این قوه همانند سیلابی است که به یکباره تمام نظم حقوقی و سیاسی پیشین و خطوط قرمز آن را ویران می‌سازد و نظم نوینی را درمی‌افکند. در برابر سونامی قوه بنیادگذار نخستین، تنها می‌توان به خدا، اخلاق و خرد جمعی پناه برد. درباره قوه بنیادگذار اشتقاقی یا همان قوه بازنگری، فضای تحلیل برحسب گرایش‌ها و ترجیحات فلسفی و حقوقی - سیاسی، می‌تواند متفاوت باشد. از این منظر، گرچه امکان محدودسازی قوه بازنگری در عمل خارج از تصور نیست و هم اکنون بسیاری از نظام‌های حقوقی با پیش‌بینی اصول غیرقابل بازنگری در قوانین اساسی به نحوی غول حاکمیت ملی را در شیشه اصول فراقانون اساسی کرده‌اند، اما همین امر نیز از منظر حقوق اساسی مردم‌سالار، چالش‌ها و تضادهایی را به وجود خواهد آورد. شاید به همین دلیل است که در برخی از نظام‌های مردم‌سالار مانند فرانسه، دادرسی اساسی از اعمال نظارت بر قوه بازنگری طفره رفته<sup>۵۶</sup> و صراحتاً از حاکمیت قوه مؤسس سخن می‌گوید: «قوه مؤسس حاکم است. او مجاز به نسخ، تغییر یا تکمیل مقررات دارای ارزش قانون اساسی است».<sup>۵۷</sup>

سرانجام، شاید تنها سازوکار متصور در حقوق داخلی انواع نظارت‌های مردمی است؛ مانند نظارت از طریق شکل دادن به افکار عمومی از طریق رسانه‌ها و نهایتاً رأی‌نمایی مردم. از آن‌جا که امروزه در حکومت‌های دموکراتیک یعنی نظام‌هایی که در آن خواست اکثریت حکومت می‌کند مهم‌ترین کارکرد قانون اساسی حمایت از حقوق اقلیت‌ها است، تأیید مردم به‌عنوان یک روش دموکراتیک نمی‌تواند چندان راه‌گشا باشد. در چنین وضعیتی نظارت‌های بین‌المللی و فراملی است که برجستگی ویژه می‌یابد؛ با این توضیح انواع راه‌های نظارتی مردمی و فراملی بررسی می‌شود.

#### ۱-۴. تأیید مردم

گزاره معروف «حاکمیت از آن مردم است» به این معنا است که اقتدار مؤسس به مردم تعلق دارد و در واقع بر حق تعیین سرنوشت افراد تصریح می‌کند. البته این گزاره که امروز با انتقاداتی مواجه است<sup>۵۸</sup> تا پیش از فراگیر شدن مشروطیت، جایی در گفتمان سیاسی نداشت و منشأ حاکمیت الهی یا سلطنتی فرض می‌شد.<sup>۵۹</sup> امروزه بسیاری از اندیشمندان پذیرفته‌اند که انگاشتن مستقیم یا غیرمستقیم چیزی جز مردم به‌عنوان منشأ حاکمیت، نتیجه‌ای بهتر از سرکوب مردم و تحدید حقوق و آزادی‌ها در پی نخواهد داشت. ایده آل در تأیید قانون اساسی رضایت «همه» مردم است ولی جلب رضایت همه افراد عملاً ناممکن است، مشغله‌های فردی و تعارض عقاید و منافع که در همه جوامع وجود دارد باعث می‌شود ثبات سیاسی از میان برود و عمر حکومت‌ها بسیار

<sup>۵۵</sup>. اصطلاحی که ژرژ ودل آن را به کار می‌گرفت:

VEDEL G., « Le principe de supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, 1993, N° 67.

<sup>۵۶</sup> CC, DC n° 2003-469 du 26 mars 2003.

<sup>۵۷</sup> CC, DC, 2 septembre 1992.

برای مطالعه دقیق‌تر پیرامون این موضوع به مبحث اصول فراقانون اساسی، ر. ک.: گرجی، در *تکاپوی حقوق اساسی*، ص ۳۸۸ و حاکمیت قانون و اصول فراقانون اساسی، ر. ک.: همان، ص ۲۸۴.

<sup>۵۸</sup>. See Barnett, op. cit., 10-19.

<sup>۵۹</sup>. Kay, op. cit., pp. 24-27.

کوتاه شود.<sup>۶۰</sup> بنابراین چاره‌ای جز واگذار کردن امر تشکیل حکومت به تصمیم اکثریت وجود ندارد چرا که در غیر این صورت به تعبیر لاک جامعه سیاسی تشکیل خواهد شد که مضمحل شود.

تأیید و اعلام رضایت مردم نسبت به مصوبه قوه مؤسس یا همان قانون اساسی به معنای تأیید صلاحیت تمام قوا و نهادهای تأسیس شده توسط قانون اساسی است؛ سوی دیگر قضیه این است که اگر مردم قانون اساسی را تأیید نکنند الزامی به پذیرش تصمیمات و مصوبات نهادهایی که مشروعیت خود را از قانون اساسی به‌نظر مردم «نامشروع» می‌گیرند نخواهند داشت. در رابطه با قانون اساسی مسأله مهم این است که مردم از این طریق اقدام به تأسیس دولت محدود می‌کنند، بنابراین قانون اساسی نمی‌تواند مردم را محدود کند. صرف اقدام بدوی مردم ضامن مطلوب بودن نتیجه نیست، چرا که مردم ناچارند از طریق اعمال اصل نمایندگی، حق وضع قانون را به گروهی از نمایندگان خود تفویض کنند و بدیهی است که تضمین عملی وجود ندارد که نتیجه مطلوب آن‌ها باشد، بنابراین تأیید ثانوی خود مردم لازم به نظر می‌رسد که می‌تواند از سازوکارهای تضمین حرکت قوه مؤسس در حدود قرارداد نمایندگی باشد.

لازمه تداوم قانون اساسی در بازه زمانی نسبتاً طولانی این است که تابعان خود را به اطاعت ترغیب یا حداقل مجاب کند. این اطاعت از شرایط حاکم بر زمان پیدایش قانون اساسی سرچشمه می‌گیرد و لازم است که تعداد مشخصی از مردم، صریحاً یا ضمناً، صلاحیت قوه مؤسس را در ایجاد قانون اساسی به رسمیت بشناسند.<sup>۶۱</sup> تأیید مردم نسبت به قانون اساسی در دو زمان قابل طرح است: یکم در هنگام وضع اولیه قانون اساسی و دوم در روند اجرای قانون اساسی. با توجه به موقتی بودن قوه مؤسس، فرض دوم خارج از بحث حاضر است و در اینجا صرفاً تأیید مصوبه قوه مؤسس بررسی می‌شود:

۱. تأیید به واسطه مؤسسان: اگر اعضای قوه مؤسس نمایندگان مردم (اکثریت مردم) باشند در این صورت مردم با اعمال

گونه‌ای از نظارت پیشینی موافقت خود را با نتیجه توافق نمایندگان خود اعلام کرده‌اند.

۲. تأیید با رأی اکثریت: پرسش از مردم در خصوص وضع قانون اساسی می‌تواند پیشینی یا پسینی باشد؛ مثلاً در کشورهای

که قانونگذار عادی از اختیار تدوین قانون اساسی برخوردار است، لازم است انتخابات یا همه‌پرسی‌ای با محور تغییر قانون اساسی برگزار شود. برای مثال در انتخابات پارلمانی ۱۹۴۵ فرانسه از مردم پرسیده شد آیا می‌خواهند شورای حاضر، شورای قانون اساسی باشد؟ روش دیگر تشکیل مجمع مؤسسان با هدف خاص تدوین قانون اساسی است. این مجمع نمایندگی به جای جمع مردم می‌نشینند.<sup>۶۲</sup> در حالت دوم اعمال اقتدار مؤسس کمتر تحت تأثیر عوامل نامرتبب انتخابات پارلمان قرار می‌گیرد و بنابراین نتیجه به خواست مردم نزدیک‌تر است. طریق دیگر، اعلام تأیید مردم برگزاری همه‌پرسی به صورت پسینی یعنی پس از تدوین اولیه متن قانون است. اگر چه اعلام رضایت در قالب همه‌پرسی مبتنی بر مشارکت معنادار مردم نیست ولی از آنجا که همه‌پرسی از جمله ابزارهای دموکراسی مستقیم و بی‌واسطه است نتیجه‌اش می‌تواند بهتر از وساطت نمایندگان بازتاب‌دهنده «خواست مردم» باشد.

## ۲-۴. تأیید ضمنی با عدم اعتراض

<sup>۶۰</sup> لاک، پیشین، ص ۱۵۱.

<sup>۶۱</sup> . Kay, op. cit., p. 8.

<sup>۶۲</sup> . Ibid, pp. 36-37.

هیچ‌یک از راهکارهای برشمرده‌شده به تنهایی بیانگر تأیید مردم نیست و جمع هر سه است که می‌تواند ادعا کند در حال حاضر بهترین روش نظارت مردم بر قوه مؤسس است، به علاوه وجود جامعه مدنی کنشگر و پویا به دلیل نقشی که در شکل‌دهی نظام‌مند به افکار عمومی شهروندان و کارکرد واسطه‌گری میان جامعه و رأس هرم سیاسی دارد، نقش بسیار مهمی در معنادار کردن نظارت مردمی بر قوه مؤسس بازی می‌کند. در نبود نهادهای مدنی نمی‌توان تأیید مردم را از واکنش‌گری توده‌ای به احساسات سیاسی یا بدفهمی وضعیت پیش‌رو تمیز داد.

### ۳-۴. نظارت جامعه بین‌المللی

تأیید مردم چنانچه به معنای رضایت تمام افراد باشد شرط لازم و کافی مشروعیت عملکرد قوه مؤسس خواهد بود و به نظر نمی‌رسد هیچ فرد یا نهادی بتواند چنین مشروعیتی را زیر سؤال ببرد. از آن جا که حصول این نتیجه عملاً ناممکن است، جریان صحیح دموکراسی و حفظ حقوق اقلیت‌ها نظارت‌های فراملی را نیز ایجاب می‌کند. جامعه بین‌المللی از دو طریق بر عملکرد اعضا نظارت می‌کند، یکی از طریق تشکل‌های بین‌الدولی مانند کمیته حقوق بشر، شورای حقوق بشر، و مجمع عمومی ملل متحد، و دیگری از طریق دیگر ابتکار عمل اعضای منفرد جامعه یعنی دولت‌ها. البته امروزه با آغاز روند تکوین جامعه مدنی جهانی<sup>۶۳</sup> می‌توان سطح نازلی از نظارت سازمان‌های بین‌المللی غیردولتی<sup>۶۴</sup> خصوصاً در عرصه‌هایی با ماهیت جهانی مانند محیط زیست و زنان را نیز مشاهده کرد.

صلاحیت نظارتی سازمان‌های بین‌المللی عمدتاً ریشه قراردادی دارد، یعنی در صورت تأیید خود دولت امکان نظارت بر امور را می‌یابد و نتیجه نظارت هم در بیش‌تر مواقع جنبه مشورتی دارد و از طریق صدور بیانیه‌های و قطعنامه‌های عمدتاً غیر الزام‌آور انجام می‌شود، البته این به معنای ضعیف انگاشتن این نظارت نیست چراکه در شکل‌دهی به افکار عمومی جهانی و به تبع آن تأثیرگذاری بر مذاکرات سیاسی و اقتصادی دولت‌ها بسیار مهم است.

اهرم نظارتی دیگر که در روابط میان دو دولت قابل اعمال است «به رسمیت شناختن» است. در دو زمان جامعه جهانی مبادرت به رسمیت شناختن اعضای خود می‌کند، یکی پس از تشکیل دولت جدید که معمولاً در نتیجه تغییر و تحولات سرزمینی، مانند اتحاد یا تجزیه به وقوع می‌پیوندد و دیگری در هنگام تشکیل حکومت جدید که مرزهای سرزمینی تغییری نکرده ولی در اثر کنش و واکنش‌های داخلی حکومت دگرگون شده است. طبق بند (۲) ماده (۴۱) پیش‌نویس، «مسئولیت دولت‌ها برای افعال متخلفانه بین‌المللی»<sup>۶۵</sup> هیچ دولتی نباید وضعیتی را که با نقض جدی در مفهوم ماده (۴۰) [راجع به نقض حقوق بشر به‌عنوان قاعده آمره] ایجاد شده است، قانونی محسوب کند؛ بنابراین به رسمیت شناختن چنین دولت یا حکومتی می‌تواند منجر به طرح مسئولیت به رسمیت شناسنده هم بشود.

### ۴-۴. طرح مسئولیت بین‌المللی

اهمیت و شأن قاعده آمره در حقوق بین‌الملل به حدی است که تنها موردی که در کنوانسیون معاهدات شرط قضاوت اجباری دیوان بین‌المللی دادگستری پیش‌بینی شده، رسیدگی به اختلافات ناشی از قاعده آمره است.<sup>۶۶</sup> در موادی از «مسئولیت دولت‌ها برای

<sup>۶۳</sup> . International Civil Society

<sup>۶۴</sup> . International Non Governmental Organization (iNGO)

<sup>۶۵</sup> . Draft Articles on the Responsibility of States for internationally wrongful acts.

<sup>۶۶</sup> . ضیایی بیگدلی، پیشین، ص ۱۶۷.

افعال متخلفانه بین‌المللی»، به‌طور ویژه بر قواعد آمره تأکید شده است؛ برای مثال در ماده (۲۶) این سند نقض قاعده آمره قابل توجیه با عذر رافع دانسته نشده است. فصل سوم پیش‌نویس به‌عنوان «نقض‌های شدید تعهدات ناشی از قواعد آمره حقوق بین‌الملل عام» به نقض تعهدات ناشی از قاعده آمره اختصاص دارد.

در این خصوص چند فرض وجود دارد اول این که قانون اساسی چه زمانی وضع شده است، پیش از تبدیل قواعد حقوق بشر بین‌الملل به قاعده آمره یا پس از آن؟ تصویب قانون خلاف قاعده آمره یا حفظ و عدم اصلاح چنین مقرره‌ای از مصادیق تخلف مستمر بین‌المللی است.<sup>۶۷</sup> بنابراین تفاوتی در زمان تصویب از این حیث وجود ندارد.

فرض دوم از این قرار است: ۱. وضع اولین قانون اساسی؛ ۲. تدوین قانون اساسی با قهر و غلبه؛ ۳. اصلاح قانون اساسی وفق اصول خود قانون اساسی. برای تحلیل حالت نخست، یعنی در فرض حقوقی که مردم برای اولین بار اقدام به خود محدودسازی و تشکیل حکومت و تدوین قانون اساسی می‌کنند، نظریه‌های قرارداد اجتماعی راه‌گشا است. در این شرایط هنوز دولتی وجود ندارد که بتوان آن را در برابر جامعه بین‌المللی مسئول قلمداد کرد و مردم برای اولین بار اقدام به ایجاد دولت کرده‌اند. چنانچه نتیجه توافق افراد خلاف حقوق بنیادین باشد، سلب حق خواهد بود و حق‌های بشری در نظریه حقوق طبیعی وابسته به ذات انسان و غیر قابل سلب است. ولی به‌نظر نمی‌رسد بتوان در عمل قائل به وجود ضمانت اجرا شد. در فرض دوم جایی که گروهی ناراضی یا شورشی اقدام به براندازی حکومت و تدوین قانون اساسی جدید می‌کنند، یعنی عمل خلاف قواعد آمره قابل انتساب به یک ارگان شورشی است، ماده (۱۰) پیش‌نویس «مسئولیت دولت‌ها برای افعال متخلفانه بین‌المللی» مقرر می‌دارد: «رفتار یک جنبش شورشی که موفق به ایجاد دولت جدید در بخشی از قلمرو دولت سابق ... فعل دولت جدید تلقی می‌شود».

فرض سوم یعنی اصلاح قانون اساسی، اصولاً به‌موجب مقرره مندرج در خود قانون اساسی صورت می‌گیرد. در این حالت نهادی انتخابی یا انتسابی به‌منظور تدوین متمم یا اصلاح مواد تشکیل می‌شود؛ پرسش این است که آیا اقدام چنین نهادی قابل انتساب به دولت است یا خیر؟ ماده (۴) پیش‌نویس تا حدودی وضعیت را روشن نموده است: «رفتار هر نهاد دولتی به موجب حقوق بین‌الملل فعل آن دولت محسوب می‌شود، فارغ از این که ارگان کارکرد تقنینی، اجرایی، قضایی یا کارکردی دیگر داشته باشد و اعم از این که عضوی از دولت مرکزی باشد یا واحد دولتی محلی». به‌نظر می‌رسد با چنین رویکرد موسعی نسبت به تعریف نهاد دولتی، قوه مؤسس بازنگری هم از مصادیق نهادهای دولتی باشد و بنابراین اگر اقدام به وضع مقرره‌ای برخلاف قاعده آمره نماید، دولت مسئول خواهد بود.

## نتیجه‌گیری

در چهارچوب دولت قانونمدار، منابع حقوقی و عرف سیاسی نظارت همه‌جانبه و نظام‌مند بر ارکان حکومت را تجویز می‌کند و نهاد فرا نظارتی متصور نیست. خروج از نظارت به منزله زمامداری بد، نقض تفکیک قوا، استحاله قانون اساسی و نتیجه نهایی حرکت به سمت حکومت استبدادی است. قوه مؤسس، بنیادگذار قوای سه‌گانه و در رویکرد اندامی نهادی فراحکومتی است. حتی اگر معتقد باشیم که قوه مؤسس قوه چهارم حکومت است باز هم از آن جا که تأسیس‌کننده دیگر قوا است، نسبت به آن‌ها در موضع برتر قرار دارد و امکان نظارت در قالب کنترل و توازن منتفی است. مقطعی بودن قوه مؤسس و دگرگونی سازوکارهای پیشین نظارتی در آن مقطع مانعی در برابر اعمال نظارت نظام‌مند قرار می‌دهد.

<sup>۶۷</sup>. کمیسیون حقوق بین‌الملل، مسئولیت بین‌المللی دولت (تهران: مؤسسه مطالعات پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۸۹)، ص ۹۸.

با وجود این، نمی‌توان گفت این نهاد مطلقاً از قلمرو هر نوع نظارتی خارج است. کارویژه قوه مؤسس وضع قانون اساسی است و به قانونی می‌توان *قانون اساسی* شایسته گفت که حق‌ها و آزادی‌های فردی و گروهی، هنجارهای حقوقی و سازماندهی خردمندانه قدرت را با پیش‌بینی اصولی چون تفکیک قوا و مشارکت مردم در تصمیم‌گیری‌های کلان را تأسیس و تضمین کند. بنابراین اگر قوه مؤسس مجموعه از مقرراتی را وضع کند که در برگیرنده اصول پیش‌گفته نباشد، کارویژه‌اش را به نحو مطلوب به انجام نرسانده است. به منظور بررسی انجام یا عدم انجام مطلوب کارویژه نهاد مؤسس، سازوکارهایی قابل شناسایی است، مانند تأیید مردم، نظارت نهادهای بین‌المللی و طرح مسئولیت بین‌المللی دولت. ممکن است چنین سازوکارهایی در موقع لزوم به دلیل جو احساسی حاکم بر فضای سیاسی داخلی یا کارکرد نامطلوب نهادهای بین‌المللی و اولویت نداشتن حقوق بشر در بازی مذاکره و منافع مورد توجه کافی قرار نگیرد، ولی به هر روی اندیشه‌رهای مطلق قوه بنیانگذار از هر گونه محدودیت و نظارت دلهره‌آور است.