

تمایز میان قوه موسس و قوای تاسیسی^۱

بیژن عباسی^۲

چکیده

از آنجایی که پس از یک تحول سیاسی-اجتماعی عمده اعم از انقلاب، تشکیل یک حکومت مستقل در یک سرزمین، کودتا و غیره، وجود یک پیمان سیاسی تازه میان مردم و دولت که مبین حقوق و آزادیهای ملت و سازماندهی نوین تشکیلات سیاسی کشور باشد و نظم حقوقی جدیدی را رقم زند، ضرورت می یابد، زمامداران نوین ممکن است به یکی از شیوه های مختلف، دست به تدوین و تصویب هنجارهای اساسی نوین جامعه (قانون اساسی) بزنند. با تصویب قانون اساسی جدید، نظم حقوقی پیشین منسوخ و نظم نوینی استوار می گردد. نظم اخیر حاوی اصول و ارزشهایی خواهد بود که برای دست یافتن به آن، تحول یادشده رخ داده است. اصول و هنجارهای یاد شده که توسط نخستین قدرت موسس حکومت جدید (قوه موسس) وضع شده است، باید توسط نهادهای تاسیس شده در قانون اساسی و مردم رعایت گردد. قوه موسس با تعبیه قوه بازنگری و شیوه تجدید نظر، راه بازبینی در قانون اساسی را هموار خواهد کرد تا قوای زاده شده توسط قانون اساسی (قوای سه گانه) بویژه قوه قانونگذاری، نتوانند همانند یک قانون عادی به بازنگری در اصول قانون اساسی بپردازند.

تمایز میان قوه موسس و قوای تاسیسی، بازتاب تفاوت ماهوی و شکلی میان هنجارهای اساسی و هنجارهای عادی در یک دولت قانونمند است. بنابراین پیش از پذیرش اصل تفکیک قوا، باید معتقد به اصل تمایز میان قوه موسس و قوای تاسیسی باشیم.

کلید واژه ها: قانون اساسی، آزادیهای ملت، حکومت.

^۱ تاریخ دریافت: ۱۳۸۳/۸/۱۵ تاریخ پذیرش: ۱۳۸۳/۱۱/۲۹

^۲ دانشجوی دکترای حقوق عمومی - دانشگاه نانت فرانسه

منتسکیو، قدرت یک حکومت را به سه قوه مجریه، مقننه و قضائیه تقسیم می کند.^۳ همو به بررسی متصدیان این سه قوه تاسیسی یعنی پادشاه، دو مجلس و دادگاه ها می پردازد. اما همانگونه که منطقاً، کاره دو مالبرگ ذکر می کند: «قدرت این سه قوه از کجا ناشی می شود؟ و تخصیص اختیارات این سه قوه، به تفکیک، چگونه صورت می گیرد؟»^۴

در پاسخ به این دو پرسش، منتسکیو در جای جای کتاب روح قوانین خویش، به ویژه در بخش حقوق اساسی انگلیس^۵، مساله قوه موسس را طرح کرده است، اما به حل آن نمی پردازد^۶ و از آن می گذرد. ولی باید گفت، این، قانون اساسی است که قوای تاسیسی مجریه، قانونگذاری و قضائیه را خلق می کند و این سه قوه، نشأت گرفته از قانون اساسی می باشند.

قانون اساسی، محصول قوه موسس است و تدوین و تصویب چنین قانونی تعبیر به عملی تاسیسی می شود که از طریق آن، اصول و پایه های یک نظام سیاسی تعیین می شوند.^۷ این قوه، قوه تصویب، بازنگری و نسخ قواعدی حقوقی است که دربرگیرنده حقوق ملت، موقعیت قدرت سیاسی و تشکیلات حکومتی است. این قوه، به طور مستقل و آزادانه عمل می کند و محصول آن (قانون اساسی) برهمگان تحمیل خواهد شد.

به قوه تدوین و تصویب قانون اساسی، قوه موسس نخستین و به قوه تغییر و تجدیدنظر در آن، قوه بازنگری قانون اساسی گفته می شود.

۲- تخصیص اختیارات قوای سه گانه

درست است که حاکمیت، واحد و غیر قابل تقسیم و واگذاری است، اما ضروری است که قوای سه گانه از یکدیگر منفک و جدا باشند. زیرا این امر سبب می شود که هیچیک از این سه قوه نتواند با نسخ یا نادیده گرفتن هنجار برتر (قانون اساسی) حاکمیت را در انحصار خود بگیرد. اما تخصیص اختیارات این سه قوه، به تفکیک، چگونه صورت می پذیرد؟

^۳ MONTESQUIEU (CH.), *De l'esprit des lois*, livre XI, chapitre VI (Texte établi et présenté par Jean Brethe de la Gressaye, Paris, Société Les Belles Lettres, 1995, t. II, p. 63-77).

^۴ CARRE DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t.II Paris, Sirey, 1922 (réimpression par CNRS, 1962), p.516, note 10.

^۵ MONTEQUIEU (CH.), *op. cit.*, p. 63-77.

^۶ CARRE DE MALBERG (R.), *op. cit.*, p. 516, note 10.

^۷ GREWE (C.), RUIZ FABRI (H.), *Droit constitutionnel européen*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 1995, p. 50.

همانگونه که کاره دو مالبرگ^۸ اشاره می کند، نظریه تفکیک قوا باید لزوماً به نظریه قوه موسس منتهی شود. بنابراین، منطقاً باید به وجود قوه ای برتر و مقدم بر این سه قوه قائل بود که صلاحیت تخصیص اختیارات میان آنها را دارد. وی ادامه می دهد، نظریه تفکیک قوا، راه را برای نظریه قوه موسس می گشاید، و این قوه موسس است که به وسیله قانون اساسی، صلاحیتهای سه قوه را تعیین می کند. به دیگر سخن اختیارات سه قوه، ناشی از قانون اساسی است. همچنین قوه موسس با تصویب و یا بازنگری در قانون اساسی، اختیاراتی را به این سه قوه اختصاص می دهد. بنا براین قوای تاسیسی، قوایی حکومتی هستند که ساختار و وظایف شان به وسیله قانون اساسی تعیین شده است. به عبارت دیگر این قوا، قوایی هستند که به اجرای صلاحیتهای حقوقی مختلف حکومت در چارچوب قانون اساسی می پردازند. پس این قوا تنها با وجود یک حکومت و نظمی از پیش استقرار یافته (قانون اساسی) وجود خواهند داشت؛ در حالی که برعکس، قوه موسس، خارج و پیش از یک حکومت پدیدار می شود و نیازی به وجود حکومت نیز نخواهد داشت؛ زیرا اوست که هنگامی که هنوز هیچ حکومتی در یک سرزمین وجود ندارد، حکومتی را خلق؛ یعنی شرایط اجرای قدرت سیاسی را تعیین می کند.^۹ خلاصه آنکه قوای تاسیسی، قوایی حکومتی هستند، درحالی که قوه موسس، قوه ای فراحکومتی است.

اما به طور مشخص، چه نهادهایی از حکومت باید به اجرای صلاحیتهای مختلف حقوقی دولت پردازند؟ در پاسخ می توان گفت، از آنجایی که قوای تاسیسی به عنوان قوای اجرای صلاحیتهای مختلف حقوقی حکومت تعریف شده اند، دراین صورت نهادهایی که از این صلاحیتهای بهره مندند، همان قوای تاسیسی خواهند بود.

همانگونه که ما می دانیم، عمدتاً برای حکومت، سه گونه صلاحیت حقوقی را برمی شمارند که عبارتند از: صلاحیتهای قانونگذاری، اجرایی و قضایی؛ بنابراین در این راستا، سه نهاد تاسیسی خواهیم داشت: قوه مقننه، قوه مجریه و قوه قضاییه.

در ادامه، این اندیشه مطرح می شود که چنین اختیاراتی نمی تواند توسط قوای سه گانه به نهادهای دیگر واگذار شوند، مگر اینکه قوه موسس آنها را به طور مشخص پیش بینی کرده یا مجاز دانسته باشد.^{۱۰} بنابراین اگر مجلس، اختیار تصویب قانون را به دولت واگذار کند، دست به تغییر و جابجایی صلاحیتی زده که برابر قانون اساسی، مجاز به انجام آن نبوده است. در نتیجه واگذاری این صلاحیت، خلاف قانون اساسی خواهد بود.^{۱۱}

^۸ CARRE DE MALBERG (R.), *op. cit.*, t.II, p. 515

^۹ BURDEAU (G.), *Traité de science politique*, t. IV, Paris, L.G.D.J., 1969, p. 184

^{۱۰} VEDEL (G.), *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, p. 118

^{۱۱} واگذاری امر تصویب قانون و دادن اختیار تام از سوی قوه مقننه به قوه مجریه و اتخاذ تصمیم توسط دولت به صورت لایحه قانونی در فرانسه در خلال دو جنگ جهانی و در امور مالی صورت گرفت و در ایران در دهه چهل انجام شد.

۳- پیشینه تمایز میان قوه موسس و قوای تاسیسی در ایالات متحده

همانگونه که قوه تاسیسی نمی تواند قانون اساسی تصویب نماید، حق تغییر و بازنگری در آنرا نیز نخواهد داشت. بنابراین جهت جلوگیری از تعرض به چنین قانون بنیادی، قانون اساسی باید زیر نظارت تصویب کننده خویش قرار گیرد و همچنین قوه تاسیسی به تنهایی اختیار تجدیدنظر در قانون اساسی را نداشته باشد مگر اینکه، قوه بازنگری تغییرات پیشنهادی را تصویب کند.

این عقاید، نتیجه اصل تفکیک میان قوه موسس و قوای تاسیسی است که نخستین بار در ایالات متحده اجرا گردید. در مجلس موسسان ۱۷۸۷ فیلادلفیا، اولیور السورت^{۱۲}، نماینده ایالت کانکتیکت^{۱۳} خاطرنشان کرده بود که مجالس قانونگذاری، صلاحیت بازنگری در قوانین اساسی را ندارند. به نظر وی: «اعتقاد به اینکه مجلس قانونگذاری حق تغییر قانون اساسی را دارد، اندیشه حقوقی خطرناکی است؛ زیرا خود این مجلس، آفریده قانون اساسی است»^{۱۴}. اما در عمل نخستین قوانین اساسی ایالات آمریکای شمالی همیشه اصل تفکیک میان قوه موسس و قوای تاسیسی را اجرا نکردند. برخی از این ایالات، قوه بازنگری قانون اساسی خویش را به مجالس مقننه منتخب خود سپردند؛ اما برخی دیگر اصل یادشده را به طور کامل به مرحله اجرا درآوردند؛ بدین صورت که طبق تصمیم آنها، قانون اساسی باید به همان ترتیبی که تصویب شده است، مورد تجدیدنظر قرار گیرد. بنابراین آنها قوه بازنگری را به مجلس موسسان ویژه ای واگذار کردند که اعضای آن، تنها به منظور تجدیدنظر در قانون اساسی انتخاب می شوند.

به هنگام تشکیل مجلس موسسان فیلادلفیا در سال ۱۷۸۷، طرفداران این اصل به پیشرفتهای درخور توجهی دست یافتند^{۱۵}. نمایندگان این مجلس، از یک سو، شیوه مردم سالار مجلس موسسان را برای بازنگری در قانون اساسی پذیرفتند (البته مجالس ایالات نیز حق تصویب نهایی در امر تجدیدنظر در قانون اساسی را دارند)، و بویژه، از سوی دیگر، از واگذاری امر تصویب نهایی در بازنگری قانون اساسی به کنگره دو مجلس خودداری کردند. در قانون اساسی ایالات متحده نیز کنگره تنها می تواند به صورت پیشنهاددهنده اصلاح در قانون اساسی، آغازگر روند تجدیدنظر باشد؛ اما اختیار تصویب نهایی امر بازنگری، می تواند خواه با مجالس ایالات باشد، خواه با مجلس موسسان ویژه ای مرکب از نمایندگان مردم، که به منظور تجدید نظر در قانون اساسی انتخاب گردیده اند (ماده ۵ قانون اساسی ۱۷۸۷ ایالات متحده).

بنابراین اکنون در آمریکا اصل تفکیک و تمایز میان قوه موسس و قوای تاسیسی حاکم است و قوای تاسیسی به تنهایی حق اصلاح و تغییر قانون اساسی را ندارند.

^{۱۲} Olivier Ellsworth

^{۱۳} Connecticut

^{۱۴} Cité par ZOLLER (E.), *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 1999, p. 71

^{۱۵} پیشین، ص ۷۲

۴- نظریه سی یس درباره تمایز میان قوه موسس و قوای تاسیسی

اصل تمایز میان قوه موسس و قوای تاسیسی نخستین بار توسط امانوئل سی یس^{۱۶}، انقلابی معروف فرانسه، به صورت یک نظریه علمی مطرح گردید. به عقیده وی، که مبدع نظریه قوه موسس است، این قوه تنها به ملت تعلق دارد و قوای تاسیس شده توسط قانون اساسی، قوایی چندگانه و منفک از یکدیگرند؛ اما وی خاطر نشان می کند: « این سه قوه، بدون هیچ تمایزی، ناشی از اراده عمومی هستند و همه چیز، منبعث از مردم^{۱۷} یا به عبارت دیگر ملت است »^{۱۸}. بنابراین، این سه قوه، ناشی از یک قوه برتر و واحد هستند. همچنین وی معتقد است که: « یک قانون اساسی پیش از هر چیز، مستلزم وجود یک قوه موسس است »^{۱۹}؛ به دیگر سخن برای اینکه قانون اساسی پا به عرصه هستی بگذارد، پیش از آن باید قوه موسسی وجود داشته باشد.

از نظر وی، نظم موجود در ساز و کار قوای تاسیسی، ناشی از اراده ای خارج از آنهاست و فراتر از آن مدعی می شود: « وضعیت این قوا نسبت به قوه موسس، همانند موقعیت انسان است نسبت به قوانین فیزیک »^{۲۰}. وی می افزاید: « قوه موسس، حاکم بر قانون اساسی است، زیرا قانون اساسی محصول کار آن است. قوای تاسیسی ملزم به اجرای قوانین و قواعدی (قانون اساسی) هستند که حق بازنگری در آنها را ندارند... برعکس، قوه موسس دارای نیرویی خودجوش و خلاق است و توان انجام هر کاری را دارد، زیرا از پیش ملزم به پیروی از قانون اساسی خاصی نیست. ملت در بهره برداری از بزرگترین و مهمترین امتیازات خود [تصویب قانون اساسی] باید از هر قید و بند ماهوی و شکلی آزاد باشد و آنگونه که می خواهد به تدوین و تصویب قانون اساسی خود مبادرت ورزد »^{۲۱}. بنابراین از نظر سی یس تمایز میان قوه موسس و قوای تاسیسی امری مهم و بنیادی است. او در کتاب معروفش به نام « طبقه سوم چه کسانی هستند؟ »^{۲۲} به روشنی این تفاوت را بیان می کند: « در هر صورت قانون اساسی محصول قوای تاسیسی نیست، بلکه اثر قوه موسس است ». وی دوباره همین تمایز را در سخنرانی خود در نشست مجلس موسسان مورخ ۲ ترمیدور سال سوم انقلاب فرانسه (۲۰ ژوئیه ۱۷۹۵) تکرار کرده است:

^{۱۶} Emmanuel Joseph Sieyès

^{۱۷} به نظر وی اراده ملت برای قانونی شدن تنها به ابراز نیاز دارد، زیرا ریشه و سرچشمه قانونی بودن امری، فقط اراده و حاکمیت ملی است و یا اینکه در جای دیگر همین را تکرار می کند و می گوید: « هر وقت ملت چیزی را بخواهد، کافی است که آنرا اراده کند؛ اراده اش قانون برتر است و محدودیت بردار هم نیست ». به نقل از :

BASTIDE P.), *Sieyès et sa pensée*, Paris, Puf, Hachette, 1970, p. 392

^{۱۸} « Exposition rationnée des droits de l'homme » lu au Comité de constitution le 20 juillet 1789, Archives parlementaires, 1^{er} serie, t. VIII, p. 256 ets. , Cité par Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, op. cit., t. II, p. 516

^{۱۹} پیشین، ص ۵۱۶

^{۲۰} BASTIDE (P.), *Sieyès et sa pensée*, op. cit., p. 391

^{۲۱} BASTIDE (P.), *L'idée de constitution*, Paris, Economica, 1984, p. 140

^{۲۲} SIEYES (E.), *Qu'est-ce que le Tiers-Etats*, Paris, Puf, coll. « Quadrige », 1982, p. 180

« اندیشه ای مفید و مقدس در سال ۱۷۸۸ پا گرفت و آن نظریه تفکیک میان قوه موسس و قوای تاسیسی است. این اندیشه سبب برداشتن گامی فراتر در پیشرفت دانش [علوم سیاسی] شده است؛ [و سپس وی با غرور می گوید:] نظریه ای که از آن فرانسویها بوده است »^{۲۳}. در واقع باید مجموعه نظریه های سی یس را در باره قوه موسس با نظرات وی در مورد حاکمیت ملی و سیستم نمایندگی پیوند داد^{۲۴}. از نظر وی، این ملت است که حق خلق قانون اساسی را دارد و هیچ چیزی (شاید جز آزادی) بالاتر از ملت حاکم نیست^{۲۵}.

البته گفتنی است که تمایز میان قوه موسس و قوای تاسیسی به منظور تجلی بخشیدن حاکمیت در یک حکومت مطرح نشده^{۲۶} بلکه برعکس، این تفکیک بر پایه اندیشه ای لیبرال و آزادیخواه استوار بوده است؛ زیرا در فضای پدیداری این نظریه، یعنی عهد انقلاب بزرگ فرانسه چنین تمایزی به منظور محدود کردن قدرت نهادهای تاسیسی، به ویژه نهاد قانونگذاری و با هدف تضمین حقوق بشر ارائه گردیده است.

در نقد نظریه انقلابی سی یس مبنی بر اینکه، همیشه ملت متصدی قوه موسس است، می توان گفت، چنین نیست و این نسخه برای هر رژیمی پیچیدنی نیست و اصولاً تجربه ثابت کرده است که یک نسخه حقوقی از پیش پیچیده شده برای یک دوران التهاب اجرا شدنی نیست و تصدی قوه موسس، که قوه ای فرا حکومتی است و پیش از استقرار یک دولت پدیدار می شود، بستگی به این دارد که پس از یک انقلاب، کودتا (واژگونی دولت پیشین) و یا جانشینی دولتها و...، قدرت در اختیار چه کسانی است، زیرا آنها هستند که در یک خلا حقوقی تصمیم می گیرند قوه موسس در اختیار خودشان باشد (شیوه غیر مردم سالار تصویب قانون اساسی) یا اینکه عهده دار آن مردم باشند (شیوه مردم سالار)^{۲۷}. به عنوان مثال، پس از کودتای نظامی در یک کشور، تصویب قانون اساسی جدید معمولاً به عهده مردم گذاشته نمی شود.

دوم اینکه، وی برای ملت به عنوان متصدی قوه موسس، آزادی بی حد و حصری قائل است. در حالی که ملت، همیشه با محدودیتها و قیدهایی از قبیل فرهنگ، تمدن، آداب و رسوم، عرف، دین، اخلاق، حقوق طبیعی، حقوق بشر و قواعد بین مللی روبروست.

سوم اینکه، برخلاف دیدگاه سی یس، بازنگری قانون اساسی باید به عهده یک قوه تاسیسی (اما در عین حال فراتر از قوای تاسیسی سه گانه) به نام قوه بازنگری، گذاشته شود نه بر عهده قوه موسس نخستین؛ زیرا جامعه همیشه در حالت انقلاب، کودتا، جنگ و جانشینی دولتها و... نیست که قوه موسس نخستین ظاهر شود و پس از تصویب قانون اساسی نیز، همچنان به فعالیت تاسیسی خود ادامه دهد. بنابراین این قوه پس از تصویب نخستین قانون اساسی هر کشور، برقرار شدن نظم جدید حقوقی و با تاسیس قوه بازنگری برای تجدید نظر احتمالی

^{۲۳} Moniteur, réimpression, t. XXV, p. 293, cité par Burdeau (G.), *Traité...*, op. cit., t. IV, p. 176

^{۲۴} MEKHANTAR (J.), *Droit politique et constitutionnel*, Paris, Esca, coll. « Droit public et sciences politiques », 1997, p. 126

^{۲۵} تاثیر عقاید سی یس را می توان به روشنی در قانون اساسی سال سوم انقلاب فرانسه (۱۷۹۵) مشاهده کرد زیرا برابر این قانون، ابتکار در

بازنگری قانون اساسی با مجلس قدامو مجلس پانصد نفره (ماده ۳۳۷)، تدوین مواد مورد بازنگری در اختیار مجلس موسسان ویژه (ماده ۳۳۸) و

تصویب نهایی آنها بر عهده مردم (ماده ۳۴۲) گذاشته شده است.

^{۲۶} BERLIA (G.), « De la compétence des assemblées constituantes », *Revue française de droit public*, 1945, p. 356

^{۲۷} بنگرید به مقاله نگارنده در شماره ۲ همین نشریه، با عنوان: « شیوه های تدوین و تصویب یک قانون اساسی ».

در قانون اساسی در کنار دیگر قوا، اما بدون هیچ فعالیتی به بقای خود ادامه می دهد^{۲۸}. به همین دلیل است که در حقوق موضوعه کشورهای مختلف می بینیم تصدی قوه بازرنگری معمولاً با چند نهاد تاسیسی (به طور متوازن) از قبیل رئیس کشور، نخست وزیر، مجلس، شورای چند استان^{۲۹} و اغلب با حضور مردم است.

۵- رابطه میان قوه موسس و قوای تاسیسی

درباره رابطه میان قوه موسس و قوای تاسیسی، می توان گفت که میان آنها یک سلسله مراتب وجود دارد؛ بدین ترتیب که قوه موسس، قوه ای برتر و بالاتر از سه قوه تاسیسی است. به عبارت دیگر، تنها قوه موسس، حاکم می باشد نه قوای تاسیسی، زیرا اوست که بنا بر اراده خود، این قوا را تاسیس و به تخصیص صلاحیتها میان آنها می پردازد.

گفتنی است که تمایز میان قوه موسس و قوای سه گانه، نخستین شرط تمایز میان قانون اساسی و قانون عادی است. قوه موسس در صورتی می تواند قوه برتر باشد که قانونی را که تصویب می کند، قابل تغییر توسط قوای تاسیسی به ویژه قانونگذار عادی نباشد.

همانگونه که ژرژ برلیا ذکر می کند: « مواد قانون اساسی که ناشی از اراده قوه موسس است، متفاوت از قوانین عادی هستند و در موقعیتی برتر از آنها قرار دارند، زیرا قانونگذار عادی حق درازی نسبت به آنها را ندارد. همچنین قوه موسس [قوه بازرنگری] بدین منظور پدید آمده است که از قدرت قوه قانونگذاری بکاهد»^{۳۰}.

۶- معیارهای تمایز میان قانون اساسی و قانون عادی

قانون اساسی باید متفاوت از قانون عادی باشد؛ اما این امر، چگونه و به چه ترتیب ممکن است؟ در این باره نخست می توان به معیار موضوعی^{۳۱} استناد کرد. بدین ترتیب که قانون اساسی به اصول و ارزشهای بنیادی حکومت و نظام سیاسی می پردازد، و به قوه مقننه اجازه تعرض به این اصول را نمی دهد. در حالی که دیگر مسائل و موضوعات (جز این اصول و ارزشها)، در حیطه قانون عادی است و قوه موسس، قانونگذاری درباره آنها را در راستای این اصول بنیادی، به عهده قوه مقننه گذاشته است. مثلاً اعلامیه های حقوق بشر در هر قانون اساسی برای برخی از موضوعات محدودیتهای و ممنوعیتهایی را بر امر قانونگذاری قوه مقننه قائل می شوند. به عنوان نمونه ماده ۵ اعلامیه حقوق بشر و شهروند ۱۷۸۹ فرانسه مقرر می دارد: « قانون [عادی]، حق ممنوع کردن هیچ عملی جز اعمال مضر به حال جامعه را ندارد». همین طور، ماده ۸ آن می گوید: « قانون [عادی]،

^{۲۸} ماندگاری یا ناپدید شدن قوه موسس نخستین، موضوع مقاله ای دیگر خواهد بود که بعداً بدان خواهیم پرداخت.

^{۲۹} مانند کشور ایتالیا که در آن، بازرنگری در قانون اساسی به ابتکار پنج شورای استان نیز امکان پذیر است.

^{۳۰} BERLIA (G.), *op. cit.*, p. 355

^{۳۱} ZOLLER (E.), *op. cit.*, p. 59

حق وضع کیفر را ندارد مگر در مواردی که برقراری مجازاتی به طور مطلق و روشن، لازم شمرده شود». همچنین نخستین بازنگری در قانون اساسی آمریکا پیش بینی می کند: «کنگره حق ندارد قانونی را تصویب کند که منجر به تحمیل اجرای تعالیم یک دین گردد، یا اینکه آزادی مذاهب را ممنوع یا آزادی بیان، آزادی مطبوعات، آزادی برپایی اجتماعات و حق اقامه دعوا را محدود کند». بنابراین در این دو کشور وضع قانون در برخی از موضوعات، به طور مسلم، از حیطه اختیارات قانونگذار عادی بیرون است و در صورت لزوم تنها قوه موسس می تواند متعرض آن گردد.

در گام دوم می توان به معیارهای شکلی توسل جست. این شیوه تمایز میان قانون اساسی و قانون عادی، عبارت از تفکیک این دو نوع قانون نه بر پایه تفاوت موضوعی میان آنها، بلکه به لحاظ فرآیند تصویب آنها است. از این زاویه قانون اساسی بر خلاف قانون عادی، قانونی است خشک و انعطاف ناپذیر؛ بدین ترتیب که همانند قانون عادی مورد تصویب، بازنگری و نسخ قرار نمی گیرد. اما در عین حال باید گفت، انعطاف ناپذیر بودن قانون اساسی به معنی غیر قابل تغییر بودن آن نیست. قانون اساسی قابل تجدید نظر است ولی این امر تنها توسط قوه بازنگری و مطابق یک شیوه و آیین در موارد پیش بینی شده در قانون اساسی صورت خواهد گرفت. بنابراین انعطاف ناپذیری قانون اساسی به معنی بازنگری قانون اساسی براساس شکل و فرآیندی ویژه است. آیین تجدید نظر در قانون اساسی می تواند کم و بیش پیچیده و سخت باشد و به همین جهت میان قوانین اساسی از لحاظ درجه انعطاف ناپذیری، تفاوت قائل می شوند.

به طور خلاصه، هدف از وضع چنین ترتیب و فرآیندی، آن است که قانون اساسی، توسط همان کسانی که به تدوین و تغییر قانون عادی می پردازند، مورد تصویب و بازنگری قرار نگیرد. زیرا قانون اساسی همانند قانون عادی، حاوی اصولی نیست که هر بار با توجه به تغییر دوره مجلس و نمایندگان، مورد تجدید نظر قرار گیرد.

در پایان درباره تفاوت میان قوه موسس و قوای سه گانه می توان گفت که قوه موسس، قوه تدوین و تصویب قانون اساسی (قوه موسس نخستین) و یا قوه تغییر و بازنگری در آن (قوه بازنگری در قانون اساسی) است ولی قوای تاسیسی، قوایی هستند که توسط قوه موسس از طریق قانون اساسی، تاسیس شده اند و پا به عرصه وجود گذاشته اند.

۷- تمایز میان قوه موسس و قوای تاسیسی در ایران

پیش از تصویب نخستین قانون اساسی ایران در سال ۱۲۸۵، یعنی عهد پادشاهی مطلق، نه تنها تمایزی میان این دو گونه قوا (قوه موسس و قوای تاسیسی) وجود نداشت، حتی تمایزی میان سه قوه تاسیسی نیز نبود؛ بلکه اصل اختلاط قوه موسس و قوای تاسیسی و اختلاط سه قوه تاسیسی در شخص شاه، حاکم بود. به همین دلیل مظفر الدین شاه به عنوان متصدی قوه موسس، به طور یکجانبه (البته با فشار و مبارزه مردم و روحانیت) با صدور فرمان مشروطه، تن به محدودیت قدرت خود داد و اختیار قانونگذاری را به مجلس شورا سپرد. با

تصویب قانون اساسی مشروطیت و متمم آن، قوه قضاییه استقلال نسبی یافت و قوه مجریه (نخست وزیر و وزیران) در برابر مجلس نیز پاسخگو شد.

اما قوه موسس نخستین قانون اساسی ایران (۱۲۸۵) و متمم آن (۱۲۸۶)، نمایندگان دوره نخست مجلس شورای ملی بودند. زیرا نمایندگان این مجلس امر تدوین و تصویب این دو قانون را همانند تصویب قوانین عادی برعهده گرفتند و مردم در تصویب قانون اساسی و متمم آن (طی یک همه پرسی) مشارکت نداشتند. نمایندگان این مجلس نیز به منظور تصویب قانون اساسی همانند نمایندگان مجلس موسسان ویژه انتخاب نشده بودند.

در قانون اساسی مشروطیت و متمم آن، به امر تجدید نظر در قانون اساسی و قوه بازنگری اشاره ای نشده بود. ولی در عمل تا سال ۱۳۲۸ خورشیدی که مساله بازنگری در قانون اساسی گنجانده شد، سه بار در دوره قاجار و پهلوی، در سالهای ۱۲۸۸، ۱۳۰۴ و ۱۳۲۸ در این قانون تجدید نظر به عمل آمد:

در مرتبه نخست، در سال ۱۲۸۸، انجمن ایالتی آذربایجان به نمایندگی از انجمنهای ایالتی ایران نظام انتخاباتی مجلس شورای ملی (مذکور در قانون اساسی) را تغییر داد؛

در مرتبه دوم، در سال ۱۳۰۴، مجلس شورای ملی پس از تصویب انقراض سلسله قاجاریه، حکومت موقت را به رضا خان سپرد و تعیین حکومت قطعی و تجدید نظر در مواد ۳۶، ۳۷، ۳۸ و ۴۰ متمم قانون اساسی را موکول به نظر مجلس موسسان کرد. پس از انتخاب اعضای مجلس موسسان توسط مردم، این مجلس با بازنگری در مواد یاد شده متمم قانون اساسی، سلطنت را از خاندان قاجاریه به خاندان پهلوی منتقل کرد؛

در مرتبه سوم نیز، در سال ۱۳۲۸، پس از انجام انتخابات نمایندگان مجلس موسسان، این مجلس حق انحلال دو مجلس را به شاه واگذار کرد، همچنین آیین تجدید نظر را در قانون اساسی گنجانده و مواد بازنگری شده، مورد تایید شاه نیز قرار گرفت.

درباره نخستین بازنگری در قانون اساسی باید گفت، انجمن ایالتی آذربایجان، برغم اینکه از نهادهای تاسیسی قانون اساسی مشروطیت بود، بدون طی هیچ آیین و فرآیند ویژه ای همانند تغییر قانونی عادی به تجدید نظر در قانون اساسی پرداخت. بنابراین در این مورد باید از اختلاط قوه موسس و قوای تاسیسی سخن گفت نه از تمایز این دو نوع قوه.

در بازنگری دوم، مجلس شورای ملی امر ابتکار در تجدید نظر را برعهده گرفت و مجلس موسسان نیز مواد یاد شده متمم قانون اساسی را مورد بازنگری قرار داد. در این تجدید نظر قاعده تفکیک میان قوه موسس و قوای تاسیسی بطور صوری رعایت گردید زیرا در عمل، سیاهه نامزدهای نمایندگان مجلس موسسان از پیش توسط حکومت موقت تنظیم شده بود^{۳۲}.

اما در سال ۱۳۲۸ اصل بازنگری در قانون اساسی مشروطیت گنجانده شد که برابر آن امر ابتکار، تدوین و تصویب نهایی در تجدید نظر از ماده یا موادی از قانون اساسی (فرآیند بازنگری) به ترتیب، ابتکار برعهده

^{۳۲} مکی حسین، تاریخ بیست ساله ایران، ج ۴، تهران، انتشارات علمی، ۱۳۷۴، ص ۵۴۹

نمایندگان مجلس شورای ملی و سنا (مستقلاً یا بنا به پیشنهاد دولت)، تدوین برعهده مجلس موسسان و تصویب نهایی به عهده شاه گذاشته شد^{۳۳}.

همانگونه که پیشتر گفتیم معمولاً تصدی قوه بازنگری با رعایت توازن قوا با چند نهاد تاسیسی (و اغلب با حضور مردم) است که با همکاری یکدیگر به تجدیدنظر در قانون اساسی می پردازند. اما بنا بر اصل الحاقی بر متمم قانون اساسی مشروطیت مصوب ۱۳۲۸، نه تنها مردم در هیچ یک از مراحل بازنگری حضور نداشتند، بلکه مهمترین و نهایی ترین مرحله از آیین بازنگری به شخص نخست مملکت واگذار شده بود؛ امری که چندان با اصل تمایز قوه موسس و قوای تاسیسی همخوانی نداشت.

با پیروزی انقلاب اسلامی در سال ۱۳۵۷ بنا بر لایحه قانونی انتخابات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی ایران مصوب ۱۴ تیر ۱۳۵۸ شورای انقلاب اسلامی، امر تدوین قانون اساسی جمهوری اسلامی به مجلس ویژه ای واگذار شد که اعضای آن صرفاً بدین منظور توسط مردم انتخاب شده بودند (مجلس موسسان معروف به مجلس خبرگان). براساس لایحه قانونی ۲۰ آبان ۱۳۵۸ مصوب شورای انقلاب، مردم نیز طی یک همه پرسی برای تصویب نهایی متن قانون اساسی تدوین شده توسط مجلس موسسان فراخوانده شدند (همه پرسی موسس) و بدان رای مثبت دادند. بنابراین تصدی قوه موسس قانون اساسی جمهوری اسلامی برخلاف قانون اساسی مشروطیت و متمم آن، برعهده یک قوه تاسیسی (مجلس قانونگذاری) نبود، بلکه اعضای مجلس موسسان و مردم به طور مشترک عهده دار این قوه بودند. بدین ترتیب اصل تمایز میان قوه موسس و قوای تاسیسی رعایت گردید.

قانون اساسی جمهوری اسلامی همانند قانون اساسی مشروطیت درباره آیین بازنگری قانون اساسی خاموش بود^{۳۴}. با این وجود تا سال ۱۳۶۸ و گنجاندن مساله تجدید نظر در اصل ۱۷۷ قانون اساسی، سه بار قانون اساسی مورد بازنگری قرار گرفت؛ بدین ترتیب که:

۱- در سال ۱۳۵۹، نمایندگان مجلس شورای ملی، نام این مجلس را در قانون اساسی، به مجلس شورای اسلامی تغییر دادند؛

۲- در سال ۱۳۶۶ رهبری نظام، امام خمینی (ره)، دستور تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام را برای حل اختلاف میان مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان، صادر کردند؛ نهادی که در قانون اساسی سال ۱۳۵۸ پیش بینی نشده بود؛

۳- در سال ۱۳۶۸ نیز باز به ابتکار رهبری انقلاب، قانون اساسی مورد بازنگری کلی گرفت که امر تدوین آن برعهده شورای بازنگری و تصویب نهایی آن پس از تایید رهبری، با مردم بود.

در تجدید نظر سالهای ۱۳۵۹ و ۱۳۶۶ با اختلاط قوه موسس (قوه بازنگری) و قوه تاسیسی مواجه هستیم. اما در بازنگری کلی قانون اساسی سال ۱۳۶۸ اصل تمایز این دو قوه تا اندازه ای حاکم گردید، بدین ترتیب که با ترکیب نهادهای تاسیسی و مردم، قانون اساسی مورد تجدید نظر قرار گرفت.

^{۳۳} همین فرایند بازنگری در تجدید نظر سال ۱۳۲۸ نیز اجرا گردید. دو بازنگری در قانون اساسی نیز در سالهای ۱۳۳۶ و ۱۳۴۶ مطابق آیین تجدید نظر سال ۱۳۲۸ صورت گرفت.

^{۳۴} فقط در اصل ۱۳۲ اشاره شده بود: «در مدتی که وظایف رئیس جمهور برعهده شورای موقت ریاست جمهوری است دولت را نمی توان استیضاح کرد یا به آن نمی توان رای عدم اعتماد داد و نیز نمی توان برای تجدیدنظر در قانون اساسی اقدام نمود».

گفتنی است که همان شیوه استفاده شده برای تجدید نظر سال ۱۳۶۸ به عنوان آیین بازنگری قانون اساسی در اصل ۱۷۷ (در سال ۱۳۶۸) گنجانده شد.

برپایه اصل یادشده، متصدیان کنونی قوه بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران عبارتند از: مقام رهبری (با ابتکار موارد تجدیدنظر در قانون اساسی پس از مشورت با مجمع تشخیص مصلحت نظام و با تایید مواد بازنگری شده توسط شورای بازنگری)، شورای بازنگری قانون اساسی (با تدوین مواد مورد تجدیدنظر) و مردم (با تصویب نهایی مواد بازنگری شده در قانون اساسی).

بدین ترتیب، در اصل ۱۷۷ قانون اساسی با انعطاف ناپذیر کردن تجدیدنظر در قانون اساسی و سپردن این امر به طور مشترک میان چند نهاد تاسیسی و مردم، اصل تمایز قوه موسس و قوای تاسیسی تا حدودی رعایت گردیده است.