

شیوه های تدوین و تصویب یک قانون اساسی^۱

بیژن عباسی^۲

چکیده:

در این مقاله به روشهای تدوین و تصویب یک قانون اساسی پرداخته می شود؛ روشهایی که توسط دولت‌ها از واپسین سالهای سده هیجدهم با تصویب قانون اساسی ۱۷۸۷ تاکنون به کار گرفته شده است. البته منظور ما از قانون اساسی در اینجا به مفهوم نوین کلمه یعنی یک قانون اساسی مدون است نه عرفی. همانگونه که می دانیم قانون اساسی ثمره پدیداری تحولات بزرگ سیاسی، اجتماعی و فرهنگی، بیداری ملت و مبارزات مردمی است. در این رهگذر، گاه شخص نخست یک کشور، مستقلاً یا به ناچار، تن به اعطای یک قانون اساسی به مردم داده (تبدیل رعیت به ملت) یا اینکه پس از نگارش یک قانون اساسی، مردم را برای تایید آن به مشورت می خواهد (روشهای غیر مردمسالار)؛ یا اینکه قوای حاضر در صحنه سیاسی یک کشور (اغلب نمایندگان ملت و یک فرد) مبادرت به انعقاد یک پیمان سیاسی - حقوقی که قانون اساسی نام دارد، می نمایند و طی آن چگونگی سلطنت رئیس مملکت و حقوق ملت را پیش بینی می کنند (روش مختلط). در سومین و رایجترین حالت، این نمایندگان ملت یا خود مردم هستند که از راه مجلس موسسان یا همه پرسی به تدوین و تصویب قانون اساسی کشور می پردازند (روشهای مردمسالار).

این مقاله، در صدد بیان مشاهدات و تحلیل نگارنده از نحوه عملکرد غالب دولت‌ها در تدوین و تصویب قانون اساسی و دسته بندی آنها به لحاظ کاربرد شیوه های مردمسالار در این امر است.

کلیدواژه ها: قانون اساسی، تصویب، قوه موسس.

تاریخ دریافت: ۱۳۸۳/۴/۲

تاریخ پذیرش: ۱۳۸۳/۶/۲۰

^۲ دانشجوی دکتر حقوق عمومی دانشگاه نانت-فرانسه

مقدمه

ضرورت وجود یک قانون اساسی اغلب در شرایط یک خلا حقوقی پس از یک انقلاب^۳ کودتا یا تشکیل یک دولت جدید^۴ که در اثر آن، نهادهای پیشین واژگون گردیده، احساس می شود؛ زیرا در این موارد، دیگر نمی توان به هیچ متن حقوقی استناد کرد و نهاد صالح برای تدوین و تصویب قانون اساسی (قوه موسس) از پیش مقرر نگردیده است. حال آیا این نهاد، گروه انقلابی پیروز است؟ یا نمایندگان منتخب ملت؟ یا مردم؟ شیوه های تصویب قانون اساسی، اغلب، بسته به اینکه، یک جامعه مردمسالار یا غیر مردمسالار باشد، تفاوت پیدا می کند.

در واقع زمامداران که قدرت سیاسی را در چنین جوامعی در دست دارند، تصمیم می گیرند که چه شیوه ای را برای تدوین و تصویب قانون اساسی برگزینند^۵. بنا بر تصمیم این افراد، متصدی تدوین و تصویب قانون اساسی، میتواند در عمل یک فرد یا گروهی از افراد باشند (شیوه های غیر مردمسالار)؛ یا اینکه تصدی آن با یک شخص و یک یا چند نهاد دیگر باشد (شیوه مختلط)؛ یا اینکه متصدی این قوه، نمایندگان ملت یا خود مردم باشند (شیوه های مردمسالار).

اما باید گفت که شیوه های تدوین و تصویب قانون اساسی توسط قوه موسس، متأثر از اصول دموکراسی، تحول یافته است.

الف- شیوه های غیر مردمسالار

در جوامع غیردموکراتیک، تدوین و تصویب یک قانون اساسی ناشی از تصمیم شخصی یک فرد و معمولاً رئیس کشور یا گروهی از اشخاص است. به سخن دیگر، در چنین جوامعی متصدی قوه موسس، رئیس مملکت، پادشاه، دیکتاتور یا گروهی از افراد هستند که قدرت را در جامعه در اختیار دارند^۶. این افراد بنا به میل خویش مبادرت به تدوین و تصویب یک قانون اساسی می کنند.

تدوین و تصویب قانون اساسی بدین شیوه، از سه راه صورت می گیرد:

۱- فرمان مشروطیت ۲- پلیسیت موسس ۳- مراجعه به مردم در تدوین قانون اساسی

۱ - فرمان مشروطیت charte octroyé

^۳ مانند قوانین اساسی ۱۷۹۱، ۱۸۳۰، ۱۸۴۸، ۱۸۷۵ فرانسه به ترتیب پس از انقلاب های ۱۷۸۹، ۱۸۳۰، ۱۸۴۸ و ۱۸۷۱ این کشور، قوانین اساسی ۱۹۱۸ و ۱۹۲۴ شوروی پیشین پس از انقلاب اکتبر ۱۹۱۷، قانون اساسی ۱۲۸۵ ایران پس از انقلاب مشروطیت و قانون اساسی ۱۳۵۸ جمهوری اسلامی ایران پس از انقلاب اسلامی ۱۳۵۷.

^۴ دولت جدید مانند ایالات متحده در سال ۱۷۸۷، چکسلواکی و یوگسلاوی پس از جنگ جهانی نخست، بسیاری از کشورهای استقلال یافته از بند استعمار پس از جنگ جهانی دوم و کشورهای استقلال یافته از اتحاد جماهیر شوروی پیشین.

^۵ درباره ریشه های فراملی قوانین اساسی برخی از کشورها، بنگرید در مقاله ای زیر همین نام نوشته Raymond Goy ترجمه نگارنده در

شماره پیشین این نشریه، ص ۲۲۵-۲۳۷

^۶ PRELOT (M.), BOULOIS (J.), Institutions politiques et droit constitutionnel, Paris, Dalloz, 1980, p.216

غیر دمکراتیک ترین روش تصویب یک قانون اساسی بی شک، اعطای فرمان مشروطیت است. هنگامی که حاکمیت متعلق به پادشاه است، بالطبع وی نیز متصدی قوه موسس خواهد بود. در یک جامعه خودکامه پادشاهی، تمام قدرت از آن شخص شاه است. بنابراین در چنین جامعه ای، قانون اساسی، چیزی جز امتیاز اعطا شده^۷ توسط پادشاه به رعایای خود نیست.

زیرا این شخص نخست مملکت است که درباره محدودیت قدرت سیاسی خود و احترام به این خود محدودیتی مبادرت به تصمیم گیری می کند. بنابراین، شاه که تاکنون متصدی قدرت مطلق بوده تنها بنا بر اراده شخصی و یکجانبه خود تصمیم به اعطای یک قانون اساسی (فرمان مشروطیت)^۸ به رعایای خود می گیرد. بدین ترتیب خود به تنهایی مبادرت به تدوین و تصویب یک قانون اساسی می نماید. این فرمان، گاه داوطلبانه و غالباً زیر فشار شرایط موجود در جامعه، توسط شاه صادر می گردد بدون اینکه وی در اعطای این فرمان، مجلس موسسانی تشکیل دهد یا آنرا به تصویب مردم برساند. به عبارت دیگر، به قول کارل اشمیت دانشمند حقوق اساسی جمهوری وایمار: «شخص شاه با ابزار قوه موسس خود و در عین دارا بودن قدرت مطلق، با یک عمل یکجانبه، مبادرت به تدوین و تصویب یک قانون اساسی می نماید؛ در این رهگذر، گاه وی نمایندگان ملت یا اشراف جامعه را به همکاری می طلبد؛^۹ با این وجود نمی توان گفت که این امر به معنی چشم پوشی پادشاه از قدرت موسس خود یا شناسایی این قدرت برای مردم است»^{۱۰}.

پس از صدور فرمان مشروطیت دیگر، حکومت پادشاهی، مطلق نبوده بلکه این فرمان، شکل رژیم را بدل به یک پادشاهی محدود یا مشروطه سلطنتی می نماید. بنابراین، فرمان یادشده که به شیوه ای غیردمکراتیک (ابتکار عمل یکجانبه پادشاه) صادر گردیده، می تواند پایه گذار یک حکومت مردمسالار باشد. درباره نمونه های عملی این روش، می توان به حکومت های دمکراتیک ایجادشده در نیمه نخست سده نوزدهم در اروپا اشاره کرد.

یکی از این نمونه ها، فرمان مشروطیت ۴ ژوئن ۱۸۱۴ صادر شده توسط لویی هیجدهم پادشاه فرانسه است. وی در این فرمان می گوید: «بنا بر اراده و اختیار تام ملوکانه خود، این فرمان مشروطیت را به عنوان یک امتیاز برای رعایایمان صادر می کنیم». یا قوانین اساسی ایالات آلمان در سده

^۷ DEBBASCH (CH.), BOURDON (J.), PONTIER (J.- M.), RICCI (J. – C.), Droit constitutionnel et institutions politiques, Paris, Economica, 1986, p. 73

^۸ فرمان مشروطه در حقوق اساسی فرانسه معروف به charte octroyée است که از واژه لاتین charta به معنی کاغذ نوشتار و از واژه یونانی kartes به معنی برگ پاپیروس آماده برای نگارش گرفته شده است. به نقل از: OLIVA(E.), Droit constitutionnel, Paris, Sirey, Coll. « Aide – Mémoire », 2002, p.12

^۹ همانگونه که آنرا در فرمان مشروطیت ۴ ژوئن ۱۸۱۴، لویی هیجدهم در فرانسه می بینیم.

^{۱۰} SCHMITT (C.), Théorie de la constitution, traduction de l'allemand en français par DEROCHE(L.), Paris, Puf, Coll. « Léviathan », , 1993, p. 218

نوزدهم، قانون اساسی ۱۸۲۶ پرتغال، قانون اساسی ۱۸۳۴ اسپانیا، اساسنامه شارل آلبرت ایتالیا در ۱۸۳۴ و قانون اساسی مصوب نیکلای دوم، امپراتور روسیه در سال ۱۹۰۵.

از همین شیوه در تصویب قانون اساسی موناکو در سال ۱۹۱۱ استفاده شد. در مقدمه این قانون اساسی آمده است^{۱۱} « ما، آلبرت نخست، به لطف خداوند، حاکم موناکو، قانون اساسی زیر را برای مردم خویش تصویب کرده، رعایت آنرا بر خود و جانشینانمان فرض می دانیم...».

قانون اساسی ۱۹۶۲ موناکو نیز ناشی از فرمان مشروطیت صادر شده توسط امیرنیه سوم Rainier III می باشد.

قانون اساسی ۱۸۸۹ ژاپن، قانون اساسی ۱۹۳۱ اتیوپی و قانون اساسی ۱۹۴۷ کامبوج نیز از این دست است. فرمان مشروطیت ایران هم توسط مظفرالدین شاه در تاریخ ۱۴ مرداد ۱۲۸۵ خورشیدی به همین ترتیب صادر گردیده است.

اکنون این روش در عمل، منسوخ شده است.

۲- پلیسیت موسس plébiscit constituant

در این روش قوه مجریه، قانون اساسی را به نگارش درآورده، سپس آنرا به تصویب مردم می رساند. این شگرد که بویژه پس از یک کودتا علیه قوه مقننه، پدیدار می شود؛ در این صورت، شخص دیکتاتور می خواهد علیه نمایندگان ملت در یک فضایی که آزادیها محدود گردیده، مخالفان حذف و همه امکانات قدرت به سود او بسیج شده اند، به رای مردم تکیه کند.

در واقع پلیسیت^{۱۲} ابزاری است که به شخص مقتدر یک رژیم اجازه می دهد تا از شهروندان خود درخواست کند که اعتماد خودشان را بوسیله یک رای به وی ابراز دارند. یعنی همه پرسى در اینجا از حالت اعلام حاکمیت مستقیم به اعلام اعتماد عمومی نسبت به رئیس مملکت یا شخصیت سیاسی، تغییر ماهیت می دهد^{۱۳}. در این صورت است که رجوع به آرای عمومی را پلیسیت می نامند.

همانگونه که استاد ژرژ ودل^{۱۴} می گوید: « در اینجا فراخوان مردم از راه همه پرسى، صرفاً جهت تصویب اعمال و سیاستهای یک شخص است نه تصویب متن یک قانون اساسی ».

^{۱۱} MEKHANTARE (J.), Droit politique et constitutionnel, Paris, Eska, Coll. « Droit public et sciences politiques », 1997, P.129

^{۱۲} پلیسیت یک واژه لاتین به معنی « آری » است به نقل از:

GICQUEL (J.), Droit constitutionnel et institution politiques, paris, Montchrestien, 1999, p. 167

^{۱۳} دکتر سید ابوالفضل قاضی، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، ج ۱، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۳، ص ۳۷۳

^{۱۴} VEDEL (G.), Manuel élémentaire de droit constitutionnel, Paris, Dalloz, 1949, Réimpression par CARCASSON (G.), DUHAMEL (O.), 2002, p. 115

این شیوه به ظاهر مردمسالار، برای نخستین بار در فرانسه و توسط کنسول اول بناپارت، پس از کودتای ۱۸ برومر (۹ نوامبر) ۱۷۹۹ با قانون اساسی سال هشتم جمهوری نمودار شد و جهت تصویب قوانین اساسی سال دهم ۱۸۰۲، سال دوازدهم ۱۸۰۴ و سال ۱۸۱۵ برای تبدیل رژیم جمهوری به پادشاهی موروثی و سپس به امپراتوری استمرار یافت.

از این روش برادرزاده وی نیز، لویی ناپلئون دوم پس از کودتای سال ۱۸۵۱ جهت تصویب قوانین اساسی سالهای ۱۸۵۲ و ۱۸۷۰ و تبدیل رژیم جمهوری به امپراتوری بهره جست.

در سال ۱۹۹۳، در روسیه نیز بوریس یلتسین از این شیوه، پس از فروپاشی شوروی پیشین برای تصویب قانون اساسی بهره برد. بدین ترتیب که پیش نویس قانون اساسی تهیه شده توسط او و مشاورانش بدون هیچ مذاکره و بحثی در پارلمان، مستقیماً جهت تصویب به مردم ارائه گردید.

قانون اساسی ۲۹ آوریل ۲۰۰۳ قطر نیز توسط امیر این کشور و مشاورانش تهیه، تدوین و برای تصویب در یک همه پرسی به مردم این کشور، احاله شد.

به دو دلیل می توان گفت که مشارکت مردم در این شیوه فریبنده خواهد بود^{۱۵}:

نخست اینکه مردم یا نمایندگانشان در مرحله تدوین قانون اساسی نقشی ندارند؛ دوم اینکه رای مردم نیز در یک حالت تقریباً از روی ناچاری و اجبار است زیرا راه و انتخاب دیگری را جز تصویب متن پیشنهادی قوه مجریه ندارند و گرنه باید خطر تداوم خلا قانون اساسی و بی نظمی را در جامعه بپذیرند؛ سوم اینکه یک بحث و مذاکره علنی و همه جانبه، هنگام تدوین متن دیده نمی شود تا مردم از محتوای قانون اساسی آینده شان آگاه گردند. بنابراین شناخت و آگاهی چندانی، هنگام همه پرسی، نسبت به متن یادشده نخواهند داشت. همانگونه که ژرژبردو می گوید^{۱۶}:

« در این روش حاکمیت مردم دیگر فعال نیست... به مردم حق دخالت داده می شود تا یک کودتا را تایید کنند یا اینکه به قوه مجریه در تدوین و تصویب قانون اساسی آینده کشور اختیار تام بدهند... در نتیجه دخالت دادن آنها توسط زمامداران، به منظور نشان دادن چهره ای دمکراتیک از پلیسیست است.»

۳- مراجعه به مردم در تدوین قانون اساسی Consultation populaire

در این شیوه که در برزیل، در رژیم های مارکسیست بویژه در شوروی پیشین، چین و کوبا استفاده شده است؛ مردم در تدوین قانون اساسی مشارکت می جویند. بدین ترتیب که پیش نویس قانون اساسی تهیه شده توسط مقامات دولتی یا مقامات حزب کمونیست، به شهروندان جهت تحلیل و مباحثه احاله می گردد. مذاکراتی در سراسر کشور، در شرکتها، دانشگاهها، موسسه ها، اجزای حزب و... ترتیب داده می شود. مطبوعات رادیو و تلویزیون برای یک مباحثه پر شور درباره پیش نویس قانون اساسی بسیج می گردند؛ روزنامه ها، نامه های فراوانی

^{۱۵} JEANNEAU(B.), Droit constitutionnel et institutions politiques, Paris, Dalloz, 1991, p. 91

^{۱۶} DOLEZ (B.), Institutions politiques, Paris, Litec, Coll. « Objectif droit », 1998, p. 43

از خوانندگان منتشر می کنند. سپس اصلاحات پیشنهادی مردم مورد بحث و بررسی مجلس موسسان منصوب دولت قرار گرفته و این مجلس است که در نهایت اصلاحات یادشده را پذیرفته یا رد می کند.^{۱۷} در چین، در سال ۱۹۵۴ به منظور تدوین قانون اساسی این کشور، ۱۵۰ میلیون نفر مورد مشورت قرار گرفتند. در شوروی پیشین، هنگام تدوین قانون اساسی سال ۱۹۷۷، ۶۵۰ هزار جلسه با حضور دهها میلیون نفر برگزار شد که منجر به ۷۵۰ هزار پیشنهاد اصلاحی گردید.

ایرادات متعددی بر این روش وارد است، نخست اینکه پیش نویس اولیه قانون اساسی توسط دولت یا مقامات حزب حاکم تهیه شده است که بی شک طراحی آن در جهت حفظ منافع قوه مجریه یا ایدئولوژی دولت است؛ دوم اینکه مشارکت مردم در قالب جلسات به صورت پراکنده و در سرتاسر کشور، تکوین یک قانون اساسی منسجم و یکپارچه را با مشکل روبرو می سازد؛ سوم اینکه در کشورهای کمونیستی، اصول مارکسیسم نیز نباید توسط مردم مورد خدشه قرار گیرد؛ چهارم اینکه پس از تدوین قانون اساسی به اصطلاح توسط مردم، در واقع، این مجلس منصوب دولت است که نظر نهایی را درباره قانون اساسی خواهد داد. بنا بر این چه در مرحله تدوین و چه در مرحله تصویب، مردم یا نمایندگان منتخب ملت، حضوری موثر و فعال نخواهند داشت. به قول استاد فیلیپ آردان Philippe Ardant: « این شیوه پیش از هر چیز، ابزاری است سیاسی در بسیج کردن توده مردم در جهت سیاستهای دولت»^{۱۸} و قانون اساسی یادشده ثمره اندیشه دولت یا ایدئولوژی حاکم خواهد بود. در این روش، اگر تصویب نهایی قانون اساسی به عهده مردم یا نمایندگان منتخب آنها گذاشته شود آن موقع می توان گفت که متصدی قوه موسس مردم اند؛ اما در کشورهای مارکسیستی یاد شده اینگونه عمل نشد.

پ - شیوه مختلط (پیمان موسس pacte constituant یا قانون اساسی توافقی charte négociée)

این شیوه که بیشتر در حکومت های مشروطه رایج بوده است، براساس آن، قانون اساسی ناشی از توافق میان قوای حاضر در صحنه سیاسی یک کشور است (همکاری میان یک فرد و یک یا چند مجلس قانونگذاری).^{۱۹} به عبارت دیگر، این شیوه عبارت از قراردادی است دو طرفه^{۲۰} میان نمایندگان ملت از یک سو و شاه از سوی دیگر، به منظور خلق یک قانون اساسی. پس، این قرارداد جز با رضایت دو طرف قابل فسخ نیست.

بنابراین، گفتنی است که دیگر، اینجا چهره غیر دمکراتیک فرمان مشروطه رنگ باخته، مردم و رئیس کشور با هم برابر خواهند بود. این پیمان یا قانون اساسی توافقی برخلاف فرمان مشروطیت، تحمیلی و یکجانبه نبوده، بلکه بدنبال یک انقلابی بروز می کند که ضمن تایید شاه در عرصه قدرت اختیاراتش را تحدید یا اینکه

^{۱۷} ARDANT(PH.), Institutions politiques et droit constitutionnel, paris, L.G. D. J., 2002, p.77

^{۱۸} Ibid., p. 78

^{۱۹} GICQUEL(J.), Op. Cit., p. 165

^{۲۰} PRELOT (M.), BOULOIS (J.), Op., Cit., p. 216

به علت خالی بودن سریر سلطنت، شاه جدیدی تعیین و ملت، شرایطی را برای حکومت و سلطنت مطرح می کند.^{۲۱}

بنابراین در این شیوه متصدی قوه موسس، نمایندگان ملت و شاه خواهند بود.

کاربرد این شیوه را می توان در بریتانیا، در چند نمونه مشاهده کرد، منشور بزرگ^{۲۲} مورخ ۱۵ ژوئن ۱۲۱۵ میلادی توسط بارون های معترض انگلیسی بر پادشاه ژان تحمیل گردید، مصوبه حقوق^{۲۳} سال ۱۶۸۹، پیمان حل و فصل^{۲۴} سال ۱۷۰۱ نیز توسط پارلمان تدوین و به ترتیب توسط پادشاه گیوم، ماری و خاندان برونسویک-هانور Brunswick-Hanovre که به تخت سلطنت فراخوانده شده بودند، پذیرفته شد.^{۲۵}

این روش در فرانسه پس از انقلاب ژوئیه ۱۸۳۰، جهت تصویب قانون اساسی ۱۴ اوت ۱۸۳۰ استفاده گردید. در واقع، لویی فیلیپ، قانون اساسی تدوین شده توسط پارلمان را پس از سوگند به رعایت آن پذیرفت و بنا براراده و دعوت نمایندگان ملت، پادشاه فرانسه گردید.

از این شیوه توافق میان شاه و پارلمان (پیمان موسس)، بطور مکرر در اروپای سده نوزدهم بوسیله حاکمان خواهان استحکام بیشتر تاج و تخت خود و خواستار روزآمد کردن نظام سیاسی خویش، بویژه در بسیاری از کشورهای اروپای مرکزی و شرقی مورد استفاده قرار گرفت، مانند قانون اساسی ۱۸۵۰ پروس^{۲۶}.

پیمان موسس در سازماندهی تشکیلات اساسی بلژیک در سال ۱۸۳۱ و بسیاری از دولتهای بالکان پس از فروپاشی امپراتوری عثمانی نقش مهمی داشته است. مردم این سرزمین ها، تخت سلطنت کشور جدیدشان را به شاهان خود در عوض سوگند به رعایت شرایط مقرر در قانون اساسی سپردند. این سوگند پس از هر بار که تخت سلطنت خالی می شد، تکرار می گشت^{۲۷}. مثلاً مواد ۷۹ و ۸۰ قانون اساسی ۷ فوریه ۱۸۳۱ بلژیک مقرر می داشت: « پس از مرگ پادشاه و تا ادای سوگند جانشین یا نایب السلطنه وی، اختیارات مقرر در قانون اساسی شاه توسط وزیران حاضر در کابینه و زیر مسئولیت آنها به نام مردم بلژیک انجام می شود...»؛ پادشاه جدید بر تخت سلطنت نمی نشیند مگر پس از ادای سوگند رسمی در پیشگاه دومجلس بدین ترتیب، « من سوگند می خورم که قانون اساسی و قوانین مردم بلژیک را رعایت، استقلال ملی و تمامیت سرزمینی کشور را حفظ کنم».

بنابراین همانگونه که دیدیم، این شیوه، در رژیم های مشروطه سلطنتی دیده می شود و قانون اساسی همانند میثاق و پیمانی است میان ملت و پادشاه. شاه تصدی ریاست کشور را بر عهده نخواهد گرفت مگر با ادای سوگند نسبت به رعایت حقوق مردم و نمایندگان آنها در پارلمان و حکومت قانون که در قانون اساسی، ذکر شده است. این شیوه اکنون کمتر دیده می شود و بیشتر جنبه تاریخی دارد.

^{۲۱} BARTHLEMY (J.), DUEZ (P.), Traité de droit constitutionnel, Paris, Dalloz, 1933, p. 238

^{۲۲} Magna carta

^{۲۳} The Bill of rights

^{۲۴} The Acte of settlement

^{۲۵} BARTHLEMY (J.), DUEZ (P.), Op. Cit., p. 238

^{۲۶} CADART (J.), Institutions politiques et droit constitutionnel, T. 1, Paris, Economica, 1991, p. 135

^{۲۷} BARTHLEMY (J.), DUEZ (P.), Op. Cit., P. 238

ب- شیوه های مردمسالار

امروزه، قوه موسس و حق تدوین و تصویب قانون اساسی را متعلق به مردم یا ملت می دانند و مردم حق تدوین، تصویب و یا بازنگری قانون اساسی را به طور غیر مستقیم و توسط نمایندگان یا مستقیم از طریق همه پرسی دارند. از این نظر، دو فرض را می توان برای تدوین و تصویب قانون اساسی مطرح کرد: ۱- مجلس موسسان ۲- همه پرسی موسس

۱ - مجلس موسسان *assemblée constituante*

هر گاه، حاکمیت از آن ملت باشد، قانون اساسی نیز توسط مجلس موسسان منتخب مردم تدوین و یا تصویب می شود. این شیوه یکی از شیوه های دموکراتیک است زیرا نخست اینکه نمایندگان این مجلس، توسط مردم انتخاب می شوند؛ دوم اینکه سبب مذاکره و مباحثه ای جدی و علنی درباره مواد قانون اساسی در این مجلس می گردد.

مجلس یادشده، غالباً یگانه است درحالیکه پارلمان تاسیس شده توسط این مجلس می تواند مرکب از دو مجلس باشد. اما گاه استثنائاً، تدوین قانون اساسی به یک پارلمان دو مجلسی نیز سپرده شده است مثلاً در اسپانیا (۱۹۷۸) در لهستان و رومانی (۱۹۹۰)^{۲۸}.

معمولاً از این شیوه، هنگامی که انقلابی در یک کشور اتفاق می افتد برای تدوین قانون اساسی استفاده می شود و پس از هر انقلاب اغلب یک دولت موقت است که کشور را اداره و تغییر یک قانون اساسی یا یک رژیم سیاسی را به قانون اساسی یا حکومت دیگر تضمین می کند^{۲۹}. اختیار مراجعه به مردم برای انتخاب اعضای مجلس موسسان نیز با همین دولت است^{۳۰}.

۱-۱- شکل مجلس موسسان

در این خصوص، دو شکل از مجلس موسسان را می توان مشاهده کرد؛ گاهی یک مجلس ویژه و موقت است و گاه یک مجلس عادی قانونگذاری است.

۱-۱-۱ - مجلس موسسان ویژه *assemblée consttuante ad hoc*

^{۲۸} GICQUEL (J.), Op. cit., p. 165

^{۲۹} ARDANT (PH.), Op. cit., p. 75

^{۳۰} مثلاً در تاریخ فرانسه دولت موقت سالهای ۱۸۴۸، ۱۸۷۱ و ۱۹۴۶ یا دولت موقت پس از انقلاب اسلامی ۱۳۵۷ ایران

گاه، مجلس موسسان، تنها و منحصرآ ماموریت تدوین و یا تصویب یک قانون اساسی را داشته، صلاحیت دیگری را دارا نیست. دوره ماموریت نمایندگان این مجلس منتخب مردم محدود به زمان انجام همین امر است؛ بدین معنی که مجلس پس از انجام این ماموریت منحل می گردد. بنابراین، این مجلس وظایف قوه مقننه را انجام نداده هنگام انجام وظیفه خود، در امور عادی مربوط به ملت دخالتی نمی کند. گفتنی است که در این روش دقیقاً برآمر تدوین یک قانون اساسی تأکید می شود. در خصوص اینگونه از مجلس موسسان، ممکن است برای نمایندگان شرایطی در نظر گرفته شود که اندیشمندان و محققان در آن حضور یابند. در این خصوص ممکن است بر دمکراسی تنگنا وارد شود، اما چون قانون اساسی باید برای سعادت و ثبات جامعه محتوی مقررات حکیمانه ای باشد بیان شرایط مذکور منطقی به نظر می رسد.^{۳۱} درباره نمونه عملی اینگونه از مجالس می توان از کنوانسیون یا مجلس موسسان فیلادلفیا که قانون اساسی ایالات متحده آمریکا را در سال ۱۷۸۷، یا مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (مجلس خبرگان) که قانون اساسی ۱۳۵۸ را تدوین کرد، نام برد.

۱-۲- مجلس موسسان و قانونگذار *assemblée constituante et législative*

در برخی موارد نیز، مجلس صلاحیت قوه موسس و قوه مقننه را در خود جمع می کند. این روش که رایجتر از راهکار پیشین است به مجلس نه تنها وظیفه تدوین قانون اساسی بلکه همزمان حق تصویب قوانین عادی، تشکیل و کنترل قوه مجریه را نیز واگذار می کند.

در سنت قانونگذاری اساسی فرانسه، بیشتر، مجلس موسسان گونه دوم دیده می شود؛ مانند مجلس قانونگذار و موسسان سال ۱۷۸۹ و کنوانسیون سال ۱۷۹۲. قوانین اساسی جمهوریخواه فرانسه نیز بدین روش برای تدوین و تصویب قانون اساسی متوسل شده اند مانند مجالس قانونگذاری و موسسان سال ۱۸۴۸ (جمهوری دوم) و سال ۱۸۷۱ (جمهوری سوم) و یا مجالس موسسان سالهای ۱۹۴۵ و ۱۹۴۶ (جمهوری چهارم). استفاده از این روش در کشورهای تازه رسته از رژیمهای خودکامه اروپا نیز دیده شده است؛ مانند کشورهای یونان، پرتغال و اسپانیا.^{۳۲}

قوه موسس قانون اساسی ۱۲۸۵ مشروطیت ایران و متمم آن هم، مجلس اول قانونگذاری بود که به تدوین و تصویب قانون اساسی نیز پرداخت.

این روش تمرکز قوه موسس و قوه مقننه در دست یک مجلس، به جهات زیر مورد نقد قرار گرفته است: نخست به دلیل تفاوت هنجارهای اساسی و هنجارهای عادی، زیرا مجلسی که درگیر وظیفه قانونگذاری عادی در مسائل روزمره ملت و پاسخگویی به نیازهای مستمر و متحول جامعه است، خود غرق در این کارهای روزانه می باشد و جمع اختیارات قانونگذاری و تاسیسی (موسسان)، تعمق در تدوین هنجارهای اساسی را که

^{۳۱} دکتر سید محمد هاشمی، «بررسی تطبیقی و موضوعی بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی، ش ۸، ۱۳۶۹، ص ۱۵۹-۱۶۰

^{۳۲} GICQUEL (J.), Op. cit., p. 166

برترین سطح اعمال حاکمیت اند و موجب تاسیس رژیم های نوین سیاسی می شوند با تامل در مسائل روزمره، آمیخته خواهد کرد؛ دوم اینکه سبب کندی امر تدوین و یا تصویب قانون اساسی خواهد گردید. اکنون به حدود اختیارات مجلس موسسان درباره متن تدوین شده توسط ان می پردازیم.

۱-۲- اختیارات مجلس موسسان در تدوین و یا تصویب قانون اساسی

اختیارات مجلس موسسان در تدوین و تصویب قانون اساسی لزوما نامحدود نیست. درست است که مجلس موسسان حق تدوین قانون اساسی را دارد ولی آیا حق تصویب نهایی آنرا نیز داراست؟ در این خصوص، به دو گونه مجلس بر می خوریم.

۱-۲-۱- مجلس موسسان حاکم

در برخی موارد، مجلس موسسان، محدود نبوده بلکه اختیار تام تدوین و تصویب قانون اساسی را به طور همزمان، داراست. بدین ترتیب که مجلس یادشده، پیش نویس قانون اساسی را نوشته، مورد مذاکره و بحث قرار داده و در نهایت به آن رای می دهد. رای نهایی به آن پیش نویس به عنوان تصویب قطعی قانون اساسی قلمداد شده، بدون اینکه در این روش به رای مردم جهت تایید کار مجلس موسسان مراجعه گردد.

از این شیوه در تصویب قوانین اساسی ۱۷۹۱، ۱۸۴۸، ۱۸۷۵ فرانسه، قانون اساسی ۱۷۸۷ ایالات متحده، قانون اساسی ۱۹۴۷ ایتالیا، قانون اساسی ۱۹۴۷ ژاپن، قانون اساسی ۱۹۴۹ آلمان، قانون اساسی ۱۹۷۵ یونان، قانون اساسی ۱۹۷۷ شوروی پیشین، قانون اساسی ۱۹۷۸ چین، قانون اساسی ۱۹۹۱ گابن، قانون اساسی ۱۲۸۵ ایران استفاده شده است.

۱-۲-۲- مجلس موسسان محدود

بنا بر منطق دموکراسی نیمه مستقیم، مجلس موسسان در تدوین قانون اساسی بیشتر، نقش فنی دارد تا نقش سیاسی^{۳۳}. در این روش، مجلس موسسان، قدرت محدودی داشته، فقط این مجلس به تدوین قانون اساسی پرداخته که در نهایت بوسیله همه پرسی به تصویب نهایی مردم خواهد رسید. در بند واپسین به تشریح بیشتر این روش می پردازیم.

۲- همه پرسی موسس یا مجلس موسسان محدود referendum constituant

^{۳۳} Ibid.

در این شیوه، مردم قانون اساسی را تدوین نمی کنند، بلکه همانگونه که پیشتر گفتیم، این امر به عهده مجلس موسسان منتخب مردم است و پس از تدوین قانون اساسی، این مردم هستند که از راه همه پرسی، حق تصویب یا رد قانون اساسی تدوین شده را دارند. به سخن دیگر، این شیوه مرکب از دو مرحله جداگانه است:

- تدوین متن قانون اساسی توسط یک مجلس موسسان منتخب
- تصویب نهایی متن مدون نمایندگان ملت در مجلس موسسان توسط مردم در یک همه پرسی

این روش یکی از مردمسالارترین روش های تدوین و تصویب قانون اساسی است زیرا به مردم اجازه می دهد:

- بواسطه نمایندگان خود در تدوین قانون اساسی مشارکت کنند؛
- پس از دانش و آگاهی نسبت به محتوای قانون اساسی به کمک مذاکرات علنی مجلس موسسان، در نهایت به تصویب یا رد قانون اساسی پردازند.

از این شیوه در فرانسه برای تصویب قانون اساسی ۲۴ ژوئن ۱۷۹۳، قانون اساسی ۲۲ اوت ۱۷۹۵، برای متن پیش نویس قانون اساسی ۱۹ ژانویه ۱۹۴۶ (که توسط مردم در همه پرسی رد گردید)، برای تصویب قانون اساسی ۲۷ اکتبر ۱۹۴۶ و در اسپانیا برای تصویب قانون اساسی ۱۹۷۸ استفاده شده است.

قانون اساسی ۱۳۵۸ جمهوری اسلامی ایران نیز بدین ترتیب تصویب شد زیرا پس از تدوین متن آن توسط مجلس موسسانی که اعضای آن، بدین منظور انتخاب شده بودند (مجلس خبرگان)، به تصویب نهایی مردم ایران نیز در همه پرسی موسس ۱۲ آذر ۱۳۵۸ رسید.