

## شورای نگهبان، به مثابه سوزن‌بان قانون اساسی

علی اکبر گرجی آزندریانی \*

تاریخ پذیرش: ۹۷/۱/۲۰

تاریخ دریافت: ۹۶/۸/۱

### چکیده

شورای نگهبان از جمله نهادهایی است که در حقوق عمومی تطبیقی در شمار سازمان‌های دادرسی اساسی به حساب می‌آید. دادرسی اساسی مفهومی برآمده از دغدغه‌های دموکراسی‌خواهی، تضمین حق‌ها و آزادی‌ها، تحدید و تنظیم قدرت و در یک کلام صیانت از برتری هنجاری قانون اساسی در نظم سلسله‌مراتبی حقوق است. نهاد شورای نگهبان گرچه از لحاظ شکلی به الگوبرداری از شورای قانون اساسی فرانسه پرداخته است، از لحاظ بافت عضوی، صلاحیت‌ها و رویه‌ها تفاوت‌های جدی با آن دارد. مهم‌ترین تفاوت کارکردی شورای نگهبان با نهادهای دادرسی در دولت‌های مدرن کارکرد شریعت‌مدارانه این نهاد در پیرامند اصول قانون اساسی است. دادرسی اساسی در صورت ناتوانی در حفظ بی‌طرفی خود، خواسته یا ناخواسته، به جای ایجاد تعادل در کشتی قدرت، آن را به ورطه نابودی و هلاکت خواهد کشاند. این دسته از کارکردها، گاه منتهی به رویه‌سازی‌هایی می‌شود که با فلسفه وجودی دادگاه‌های قانون اساسی، یعنی صیانت از بنیان‌های دولت مشروطه، مغایرت دارد. نهاد دادرسی اساسی هرگز نمی‌تواند به مثابه حاکم واقعی در نظر گرفته شود. اقتدار این نهاد امانی یا عاریتی است. از این رو، مشروعیت چنین نهادهایی به وفاداری تام به سرمنشأ قدرت سیاسی و پرهیز مطلق از ورود به قلمرو اقتدار قوه مؤسس یا همان حاکم واقعی است. محصول رودررویی دادرسی اساسی با حاکم واقعی یا کوشش برای به زنجیر کشیدن آن بازتولید چرخه ناکارآمدی، بی‌اعتباری و نامشروع‌سازی نظام سیاسی و حقوقی است. تلقی دادرسی اساسی به مثابه

\* دانشیار حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی.

سوزن‌بان قانون اساسی بر آن است تا نظام‌های مردم‌سالار را از مخاطرات استبداد قضات اساسی و در نتیجه تولید و پمپاژ نارضایتی و نامشروعیتی به کلیت ساختار سیاسی پرهیز دهد. تحقیق حاضر تحلیلی پیرامون کم و کیف نظریه سوزن‌بان قانون اساسی و واکاوی مختصات آن در حقوق دادرسی اساسی ایران است.

### کلیدواژگان:

دادرسی اساسی، سوزن‌بان قانون اساسی، قانون اساسی، مردم‌سالاری، مشروعیت.

## مقدمه

ادبیات حقوقی ایران حداقل از زمان تصویب متمم قانون اساسی مشروطه در سال ۱۲۸۶ با مفهوم نظارت‌پذیر شدن قانون‌گذار آشنا شده است. گرچه شکستن هیمنه قانون‌گذار مقدس در ایران به نام شریعت و نماینده‌سان‌های آن رخ داد، در دیگر کشورها ابهت قانون‌گذار زمینی در سایه‌سار شکوه و عظمت قانون اساسی و پاسدار اصلی آن، یعنی دادرسی اساسی، رنگ باخت. روسو و روسویی‌ها هرگز تصور نمی‌کردند که «قانون به مثابه تجلی اراده عمومی»<sup>۱</sup> به قانون به مثابه تجلی قانون اساسی تبدیل شود. دادرسی اساسی در این میان به ایفای راهبردی‌ترین نقش‌ها پرداخت؛ زیرا صلاحیت نظارت بر نماد اراده عمومی به او سپرده شد. سخن‌های گوناگون پیرامون ضرورت، مشروعیت و کم و کیف انجام این مأموریت خطیر به میان آمد، اما نگرانی عمده به مسئله‌ای به نام استبداد قضات برمی‌گشت. عده‌ای، از جمله ادوارد لامبر، بیمناک حکومت قضات<sup>۲</sup> بودند. موریس هوریو، حقوق‌دان عمومی نهادگرا در فرانسه، ریشه ظهور این پدیده خطرناک را به یگانگی قضایی موجود در نظام قضایی امریکا، فقدان نظام اداری و عدم تفکیک ترافعات اساسی از دیگر ترافعات نسبت می‌داد و خیال کشورهای برخوردار از نظام متکثر قضایی را از خطر استبداد قضات آسوده می‌کرد.<sup>۳</sup>

البته، در ایالات متحده امریکا نیز حکومت قضات هیچ‌گاه به اضمحلال دموکراسی نینجامید<sup>۴</sup> و تاریخ رویه‌های قضایی در این کشور می‌تواند مؤید این باشد که در مجموع خدمات دیوان عالی این کشور به دموکراسی بیش از مانع‌تراشی‌های آن بوده است. اما پرسش حساس این است که آیا سپردن چنین اقتدار مهمی به قضات، به‌ویژه در زمینه دادرسی اساسی، در دیگر کشورها هم نتایج مشابهی به بار خواهد آورد؟ پاسخ ما نمی‌تواند مثبت باشد؛ زیرا حکومت قضات در ساختار

1. CARRE DE MALBERG(R.), *La loi, expression de la volonté générale*, 1931.

2. LAMBERT(E.), *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, Paris, 1921.

۳. فاورو، لویی، *دادگاه‌های قانون اساسی، الگوی اروپایی دادرسی اساسی*، تهران: انتشارات جنگل، چاپ نخست، ۱۳۸۹، ص ۱۰.

۴. قاسمی، آرین و پریسا کهندانی، *سنگ بنای الگوی دادرسی اساسی امریکایی: ترجمه رای تاریخی قاضی مارشال در دعوی مدیسن علیه مالبری*، فصلنامه حقوق عمومی، سال ششم، بهار ۱۳۹۴، شماره ۱۲، صص ۱۲۰-۱۰۳.

سیاسی معیوب نمی‌تواند میوه‌های شیرینی را به بار آورد. قاضی مقتدر در ساختار سیاسی غیرمردم‌سالار تبدیل به آلت دست ارباب زر و زور و تزویر خواهد شد.

دربارهٔ دادرسی اساسی هم دغدغه‌ها مشابه است. پرسش اصلی در این نوشته آن است که جایگاه ارادهٔ عمومی و به زبان قابل فهم‌تر جایگاه اراده و خواست ملت حاکم نزد دادرسی‌های اساسی کجاست؟ دادرسی اساسی چگونه نسبت خود را با ولی‌نعمت خویش (حاکم واقعی) تنظیم می‌کند؟ در اندیشهٔ مردم‌سالار اصل قدرت ریشه در سرچشمهٔ ملت دارد و به تعبیری تمام نهادهای مقتدرِ ناکام از پستان ملتِ حاکم سیراب می‌شوند. در اندیشهٔ مردم‌سالار، بدون استثنا اعمال قدرت توسط تمام نهادهای سیاسی و اداری بالوکاله، بالامانه و فاقد اصالت است.

تأکید و اصرار دادرسی اساسی بر اعمال نظارت انقباضی<sup>۱</sup> بر آرای عمومی و عدم کوشش رویه‌ای این نهاد برای توسعه و تعمیق حقوق انتخاباتی از جمله حق رأی شهروندان انتخاب‌کننده و انتخاب‌شونده و ممانعت از ابراز ارادهٔ ملت حاکم از طریق همه‌پرسی در برهه‌های حساس سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (اصل ۵۹ قانون اساسی ج.ا.ا.) نشان‌دهندهٔ اختلاط هراسناک قلمروهای قوای تأسیس‌شده و قوهٔ تأسیس‌کننده است.

در مقالهٔ پیش‌رو، می‌کوشیم تا دغدغه‌های فوق را مورد تحلیل و بازاندیشی حقوقی - سیاسی قرار دهیم. در گفتار نخست، به کارکرد دادرسی اساسی در جغرافیای دولت مشروطه توجه می‌کنیم تا ربط وثیق اندیشه‌های مشروطه‌گرایی و دادرسی اساسی را بیابیم. در گفتار دوم، عقلانیت شورای نگهبان و توجه این نهاد به مقتضیات حکمرانی جمهوری خواهانه را در ترازوی عقل عمومی و ارادهٔ عام به سنجش خواهیم گذاشت. در گفتار سوم، به طرح مسئلهٔ بازنگری در قانون اساسی و نقش هدایتگر یا قیمومتی دادرسی اساسی در نوسازی ارزش‌ها و تصلب‌زدایی از ساختارها می‌پردازیم و در نهایت در گفتار واپسین (چهارم)، به نقش محافظه‌کار یا اصلاح‌گرانهٔ دادرسی اساسی در مسیر اساسی‌سازی<sup>۲</sup> و تحول نظام حقوقی و سیاسی اشاره خواهیم داشت.

۱. گرجی، علی اکبر، *دادگاه‌های قانون اساسی: الگوی غیراروپایی دادرسی اساسی*، تهران: جنگل، چاپ نخست، ۱۳۹۴، ص ۱۵۷.

2. La constitutionnalisation.

دربارهٔ مفهوم اساسی‌سازی، ر.ک: نجفی ابرندآبادی، حسین، *درآمدی بر اساسی‌سازی حقوق کیفری*، در تکاپوی حقوق عمومی، ۱۳۹۳، صص ۹۸۸-۹۹۶.

## ۱. دفاع از کیان دولت مشروطه مشروعه، فلسفه وجودی شورای نگهبان

دادرسی اساسی نهادی است که اصلی‌ترین وظیفه آن پاسداری از برتری قانون اساسی در مناسبات حکمرانی، به‌ویژه در حوزه قانون‌گذاری است.<sup>۱</sup> بنابراین، می‌توان چنین برداشت کرد که نظام‌های مردم‌سالار استمرار قانون اساسی در زمان، بسط قلمرو مفهومی آن در مکان و پاسداری از تداوم مشروطیت قدرت را به نهادهای دادرسی اساسی سپرده‌اند. این نهاد در هر کشوری با عنوان خاصی شناخته می‌شود، مثلاً در فرانسه شورای قانون اساسی، در آلمان دیوان قانون اساسی و در ایران شورای نگهبان نامیده می‌شود.

گرچه نهادهای دادرسی اساسی در موضوعات فرعی متعدد (مانند ماهیت، بافت عضوی، آیین رسیدگی) تفاوت‌های مهمی با هم دارند، ویژگی مشترک همه آنها داشتن صلاحیت پاسداری از قانون اساسی است. جدیت این نهادها در نگاهبانی از قانون اساسی، به مثابه شالوده دولت مشروطه، امری ستودنی است، اما این جدیت نباید به ضد خود تبدیل شود؛ یعنی دفاع از مشروطیت نظام نباید به ضد مشروطیت و تحدید قدرت مردم و توسیع اقتدار زمامداران بینجامد. به عکس، «دادرسی اساسی حامل و پشتیبان ارزش‌های ضروری، حق‌های بنیادین و گفتمان دموکراتیک است»<sup>۲</sup> و توسعه نظارت بر اساسی بودن قوانین را نمی‌توان به معنای حذف دیگر شاخه‌های حقوقی و مجوزی برای به کار بردن اصطلاحاتی نظیر هایپرکنستیتوسیونالیسم<sup>۳</sup> یا پانکنستیتوسیونالیسم<sup>۴</sup> دانست.<sup>۵</sup>

دادرسی اساسی مهم‌ترین ضامن شکل‌گیری نظام حقوقی به معنای دقیق کلمه است. به قول کلسن، «مجموعه متعددی از هنجارها در صورتی یک واحد، یک نظام یا یک نظم را تشکیل می‌دهند که بتوان منشأ اعتبار آنها را به یک هنجار، به عنوان منبع نهایی اعتبار، بازگرداند. این هنجار اصلی به عنوان منبع مشترک، یگانگی تمامی هنجارهای متعدد تشکیل‌دهنده یک نظام را

→ گرجی، علی اکبر، *اساسی‌سازی و جنبش حمایت از حق‌ها و آزادی‌ها*، در *تکاپوی حقوق عمومی*، ۱۳۹۳، صص ۹۹۶-۱۰۰۰.

1. DRAGO (G.), "Contentieux constitutionnel français", Paris: PUF, 1ed. 1998.
2. FAVOREU et autrs, "Droit constitutionnel", Paris: 16e ed., Dalloz, 2014, pp. 381 et 382.
3. Hyperconstitutionnalisme.
4. Panconstitutionnalisme.
5. FAVOREU et autrs, *op.cit.*, p. 380.

تأمین می‌کند. تعلق یک هنجار به یک نظام معین، صرفاً از این واقعیت ناشی می‌شود که می‌توان منشأ اعتبار آن هنجار را به هنجار اصلی سازنده آن نظام بازگرداند.<sup>۱</sup> دادرسی اساسی با نظارت عالی خود این اطمینان را به شهروندان می‌دهد که مصوبات مجلس با قرارداد اجتماعی آنها (قانون اساسی) مغایرت ندارد. سازگاری یا عدم مغایرت قوانین مصوب مجلس با قانون اساسی نخستین و ضروری‌ترین گام برای بازگرداندن اعمال اجرایی، اداری و قضایی به هنجار اصلی است.

فلسفه وجودی دادرسی اساسی پاسداری از کیان دولت مشروطه و قانون‌مدار است. بنابراین، می‌توان با صراحت تمام فریاد زد که مشروعیت دادرسی اساسی صرفاً و صرفاً منوط به صیانت از اهداف و آرمان‌های اصیل دولت مشروطه، قدرت مقید و پاسداری از حق‌ها و آزادی‌های عموم شهروندان و در یک کلام صیانت از نظم دموکراتیک مبتنی بر قانون اساسی است. این نظم با نظم‌های طبیعی که با قدرت مه‌نار نشده روبرو هستیم، متفاوت است. هرگاه دادرسی اساسی، به عنوان مفسر قانون اساسی، از اقتدار تفسیری خود برای عبور از مبانی دولت مشروطه، تحکیم قدرت ناکامان، تضعیف حق‌ها و آزادی‌های شهروندان سوءاستفاده کند، بی‌تردید، مشروعیت خود را از دست داده است. یکی از عرصه‌هایی که نهادهای ناکام، به‌ویژه دادرسی اساسی، باید وفاداری خود را به قدرت اصیل نشان دهند، انتخابات است. انتخابات عرصه تعیین سرنوشت است؛ عرصه‌ای که شهروندان صاحب رأی اختیارات خود را در زمینه تصمیم‌گیری‌های مهم برای دوره‌ای مشخص و محدود به صورت امانی به نمایندگان خود تفویض می‌کنند. مراقبت از اینکه فرایند این واگذاری راهبردی به دقت و صحت صورت گیرد و خدشه‌ای به آرای مردم وارد نگردد، امری ضروری و غیرقابل چشم‌پوشی است. مجموعه اعمال فنی و حقوقی مربوط به حفظ سلامت انتخابات و کرامت انتخاب‌کننده‌ها و انتخاب‌شونده‌ها را نظارت بر انتخابات می‌گویند. ناظر انتخاباتی مکلف است تمام عملیات پیشینی، میانی و پسینی انتخابات را با قوانین و مقررات حاکم تطبیق دهد و با رویکرد دفاع از حقوق ملت اعمال غیرقانونی را باطل اعلام کند. نظارت بر انتخابات را می‌توان کوشش بی‌طرفانه نهاد ناظر در تطبیق مصداق‌ها و موارد با قواعد حقوقی از پیش تعیین‌شده توسط قانون دانست. به این دلیل و در راستای حاکمیت قانون،

۱. کلسن، هانس، *نظریه حقوقی ناب*، ترجمه اسماعیل نعمت‌اللهی، تهران: سمت، زمستان ۱۳۸۷، ص ۹۷.

مقام ناظر نمی‌تواند قلمرو صلاحیتی خود را دچار توسعه و تضییق نماید. حاکمیت قانون بر عملکرد شورای نگهبان الزاماً یک حاکمیت شکل‌گرا و تصنعی نیست. شکل و محتوای قانون اساسی باید توأمان بر اعمال شورا حاکم باشد. به عنوان مثال، اصل ششم و پنجاه و ششم قانون اساسی تصریح به اصالت رأی مردم در مدیریت امور عمومی دارند. پس، شورای نگهبان نمی‌تواند با هیچ تفسیری به اصالت‌زدایی از «آرای عمومی» بپردازد.

به استناد مشروح مذاکرات قانون اساسی، مهم‌ترین دلیل سپردن صلاحیت انتخاباتی به شورای نگهبان قانون اساسی صیانت از اصیل بودن و تعیین‌کنندگی رأی مردم است. اصالت رأی مردم را نمی‌توان با شعارها و لفاظی‌های سیاسی تضمین کرد. اصالت رأی مردم را باید در بزنگاه‌های تاریخی و در مراحل سه‌گانه نظارت پاسداری نمود. اصیل بودن رأی مردم در مرحله پیش‌انتخابات به این است که از اعمال سلیقه در بررسی صلاحیت‌ها پرهیز شود و بدون توجه به گرایش‌های سیاسی، نامزدهای واجد صلاحیت به مردم معرفی شوند. در مرحله میانی (برگزاری انتخابات) هم نهاد ناظر باید مراقبت نماید که نهادهای متصل به زر و زور و تزویر به تقلب یا جهت‌دهی رأی مردم نپردازند. در مرحله سوم، یعنی رسیدگی به دعاوی، هم دادرسی انتخاباتی باید در کمال بی‌طرفی به پاسداری از رأی مردم بپردازد. در این مرحله اصالت‌گرایی شورای نگهبان می‌تواند به خوبی نمایان شود.

در این زمینه، مثال ابطال انتخابات ۷ اسفند ۹۴ در اصفهان، از منظر رویکردشناسی و سیاست رویه‌ای، بسیار درس‌آموز است. دادرسی انتخاباتی در رخدادهای نظیر با ادعای عدم شایستگی اخلاقی برگزیده مردم اصفهان صرفاً آرای ایشان را باطل اعلام کرد و بقیه آرای ماخوذه در همان شعبه و همان صندوق‌ها را صحیح تشخیص داد. این در حالی است که در هیچ کجای قوانین و مقررات به مسئله ابطال آرا به دلیل عدم صلاحیت اشاره نشده است. وانگهی، اگر هم بنا بود ابطالی صورت گیرد، باید شامل همه کاندیداهای حاضر در انتخابات می‌شد. رأی باطل مبطل است و نمی‌توان آرای یک داوطلب را از میان فهرست‌ها برگزید و فقط آرای او را باطل قلمداد کرد.

در جمهوری اسلامی ایران به تصریح اصل ششم قانون اساسی، کلیه امور کشور مطلقاً و بدون استثنا باید متکی بر آرای عمومی مردم اداره شود. مطابق قانون اساسی، هیچ نهادی که متکی بر اراده عمومی مردم نباشد، وجود ندارد. اگر اصل ۵۶ قانون اساسی را هم معیار قرار دهیم،

به این نتیجه می‌رسیم که حاکمیت ملت مطلق است. تنها حاکمیت مطلق که در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در طول حاکمیت مطلق حضرت باری تعالی به رسمیت شناخته شده، از آن ملت است. با این رویکرد می‌توان گفت، در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران رأی مردم دارای اصالت است و نمایشی نیست. رأی مردم سرنوشت‌ساز و تعیین‌کننده نهایی سرنوشت سیاسی، اجتماعی و اقتصادی است.

با این مبنا، تمامی نهادهای سیاسی و اداری باید به آرای مردم به عنوان یک امر حجیت‌ساز و اعتبار‌آور نگاه کنند. با توجه به اصالت آرای مردم می‌توان این‌گونه استنباط کرد که رأی مردم خود قانون‌ساز است. اگر آرا و اراده مردم به صورت صحیح و در کمال امنیت و سلامت بروز پیدا کند، می‌تواند منشأ تولید قواعد حقوقی جدید باشد و حتی قواعد حقوقی پیشین را منسوخ کند. در این صورت، حاکمان عاریتی و نهادهای ناکام صلاحیت و کالتی خود را از دست خواهند داد و مجاز به مقابل با اراده جدید ملت نیستند؛ زیرا حاکم واقعی بی‌هیچ واسطه‌ای چهره عیان کرده و اراده فراقانونی یا فراقانون اساسی خود را ظاهر ساخته است. تنها اراده فراقانون اساسی که می‌توان حاکمیت قانون را در برابر آن قربانی کرد، اراده ملت است<sup>۱</sup> و در بلندمدت هیچ نیرویی تاب مقاومت در برابر آن را ندارد.

با عنایت به چنین تحلیلی است که تمامی نهادهای حکمرانی، از جمله شورای نگهبان، باید این اصل را به عنوان نصب‌العین در نظر داشته باشند. بر مبنای قانون اساسی، نظر و رأی مردم در جمهوری اسلامی ایران مشروعیت‌آور است. مشروعیت اولیه و ثانویه نظام جمهوری اسلامی ایران هم با اراده و خواست مردم و در طول اراده الهی شکل می‌گیرد. نظامی که مشروعیت خود را مدیون اراده عمومی مردم می‌داند، هیچ‌گاه نباید و نمی‌تواند در بلندمدت خود را در مقابل این اراده قرار دهد.

اندیشه قانون‌ساز بودن رأی مردم ممکن است به معنای نفی وضعیت حقوقی کنونی و تغییر آن تلقی شود. از این‌رو، شورای نگهبان به‌مثابه دادرس اساسی و داور انتخاباتی نباید خود را در جبهه مقابل اراده مردم قرار دهد؛ اراده‌ای که به صورت صحیح در قالب آرای مردم یا صورت‌های دیگری تجلی یافته است. دآوری شورای نگهبان در مقابل دآوری ملت رنگ می‌بازد. هیچ‌کدام از

۱. گرجی، علی اکبر، *در تکاپوی حقوق اساسی*، تهران: جنگل، چاپ دوم، ۱۳۸۸، ص ۴۱۱.



نهادهای اداری و سیاسی هم نباید در مسیر تضعیف این نهاد راهبردی حرکت کنند، زیرا مأموریت اصلی این نهاد صیانت از مشروعیت، مشروطیت و مردم‌سالاری نظام سیاسی در چهارچوب قانون اساسی است.

همگنان شورای نگهبان در کشورهای دیگر نیز در مواردی که بین وضعیت حقوقی حاکم و خواست عمومی مردم تزاخم یا تعارض پیش می‌آید، تسلیم اراده عمومی می‌شوند. علت نیز روشن است؛ این دسته از نهادها پاسدار قانون اساسی‌اند. حاکمیت این قانون هم برای صیانت از منافع عمومی ملت و حق‌ها و آزادی‌های مردم است. بدین خاطر، هرگاه تزاخم یا تعارضی بین تفسیر نهادهای مفسر از قانون و رأی صریح مردم پیش آید، عقل سیاسی حکم به تمکین از آرای عمومی خواهد کرد. افزون بر این، عموم حقوق‌دان‌های اساسی بر آن‌اند که قاضی اساسی نباید به بهانه نظارت، قضاوت‌های ارزشی و دیدگاه‌های سیاسی، اقتصادی، فرهنگی و اخلاقی خود را جایگزین دیدگاه مردم و قضاوت عینی نماید، بلکه باید همگام با تحولات اجتماعی به نوسازی نظام حقوقی و سیاسی بپردازد. ایجاد بن‌بست‌های غیرقابل‌گذر در برابر تحول‌خواهی مردم به تدریج به تولید خشونت و واکنش‌های مهارناپذیر می‌انجامد.

این تحلیل درباره ماجرای پیش‌آمده برای منتخب سوم اصفهان و منتخب زرتشتی شورای شهر یزد نیز صادق است. حداکثر آن است که تصور کنیم، خواسته یا ناخواسته پراتزی باز شده است تا به زعم شورای نگهبان، مردم مطالبه غیرقانونی خود را ظاهر کنند. آیا شورا باید و می‌تواند در بلندمدت به تقابل با خواست و اراده عموم ملت بپردازد؟ اگر در روی زمین و حتی به تفویض حضرت حق تعالی، مردم را حاکم واقعی بدانیم، نباید تفسیر نهادهای ناحاکم (تأسیسی) رویاروی با اراده حاکم اصیل قرار گیرد.<sup>۱</sup> ناقانون امروز همان قانون فرداهاست و دادرسی اساسی نباید و نمی‌تواند در بلندمدت مانعی برای ورود نسل‌های جدید به آینده باشد.

قلمرو قانونی بودن گسترده‌تر از مذاق حقوقی برخی از متعصبان قدرت‌گراست، اما اراده مردم اعتباری فراقانونی و حتی فراقانون اساسی دارد که تقابل با آن در بلندمدت آثار سوئی بر اعتبار، مشروعیت و کارآمدی نظام سیاسی خواهد گذاشت. رفتار سراسر حکمت و مصلحت‌اسوه عدالت،

۱. گرجی، علی اکبر، **پرسمان همگانی: حاکم در زنجیر ناحاکم**، حقوقی‌سازی سیاست، تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۵، ص ۹۵۱.

امام علی (ع)، در برابر حکومت خلفای زمان و سپس اقبال عمومی به حکمرانی شخص ایشان را نباید نادیده انگاشت. با عنایت به این پیشینه تاریخی درس آموز در زمینه حکمرانی رضایت‌بنیاد، فقهای عظام و حقوق‌دان‌های شورای نگهبان باید تفسیرهای نوگرایانه‌ای از قانون اساسی ارائه دهند تا در بلندمدت نظام سیاسی جمهوری اسلامی دچار جمود متن‌گرایانه، رکود متعصبانه و حکمرانی اغتصابی نشود. ارائه تفسیرهای قدرت‌گرا از قانون اساسی، به تدریج مبانی مردم‌سالارانه نظام سیاسی را تضعیف خواهد کرد و به ناامنی‌ها دامن خواهد زد.

جان رالز در کتاب لیبرالیسم سیاسی خود ضروریات قانون اساسی را به دو نوع تقسیم می‌کند: گونه نخست دربرگیرنده اصول بنیادین مربوط به ساختار عام حکومت و فرایند سیاسی است (قوای سیاسی و گستره حکومت اکثریت مردمان و...); گونه دوم به آزادی‌ها و حق‌های اساسی برابر شهروندی مربوط می‌شود که اکثریت‌های قانون‌گذار باید آنها را پاس بدارند؛ مانند حق رأی و حق شرکت در سیاست، آزادی وجدان، آزادی اندیشه، آزادی برپاداری انجمن و همچنین حمایت‌هایی که برعهده حکومت قانون است.<sup>۱</sup> دادرسی اساسی شایسته آن است که بتواند تعادلی را بین ضرورت‌های دوگانه قانون اساسی ایجاد کند. تفسیرهای قدرت‌گرای معطوف به ضروریات نوع اول با فلسفه قانون اساسی‌گرایی سازگار نیست. ضروریات نوع اول نباید بتوانند ضروریات نوع دوم را تعدیل کنند؛ زیرا اصالت نظام مبتنی بر قانون اساسی با میزان توجه به حق‌ها و آزادی‌ها سنجیده می‌شود.

«یک قانون اساسی دموکراتیک بیانگر اصول سیاسی یک ملت برای فرمان راندن بر خویشان به گونه ویژه است. هدف عقل عمومی بیانگر روشن این انگارینه است.»<sup>۲</sup> دادرسی اساسی و نهادهای سیاسی دیگر، در صورت کوشش برای زیر سؤال بردن انگارینه‌های عقل عمومی و فرمانروایی انسان بر خویشان به مرور زمان مشروعیت خود را از دست خواهند داد و فقدان حقانیت را به کلیت ساختار سیاسی تزریق خواهد کرد. سیاست رویه‌ای شورای نگهبان با اتکا به تفاسیر ایدئولوژیک و با دور شدن از مبانی اصول ۶ و ۵۶ قانون اساسی، صراحتاً از تلقی ملت به مثابه فرمانروا پرهیز دارد و در مواردی با استناد به قواعد اخلاقی-شرعی (ابطال انتخابات

۱. رالز، جان، *لیبرالیسم سیاسی*، ترجمه موسی اکرمی، تهران: انتشارات ثالث، چاپ اول، ۱۳۹۲، صص ۳۳۷-۳۳۶.

۲. همان، ص ۳۴۱.

اصفهان) یا شرعی (تمسک به قاعده نفی سبیل در تعلیق عضویت آقای سپینتا نیکنام در شورای شهر یزد) در نقطه مقابل آن قرار گرفته است.

## ۲. عقل عمومی، عقل شورای نگهبان و اراده عمومی

قانون اساسی هر دولت-کشوری برآمده از تاریخ، تجارب، فرهنگ و خرد عمومی آن دولت-کشور است. این قانون بر شانه‌های گذشتگان پای می‌نهد، می‌ایستد و آینده آرمانی را برای ملت تحت حکومت خود ترسیم می‌کند. از این‌روست که دیباچه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تصریح می‌کند که این قانون مبین نهادهای فرهنگی، اجتماعی، سیاسی و اقتصادی جامعه ایران بر اساس اصول و ضوابط اسلامی است که انعکاس «خواست قلبی و اساسی» امت اسلامی است و در جریان انقلاب عظیم اسلامی ایران تبلور یافته است. یا هنگامی که قانون اساسی جمهوری چهارم فرانسه (۱۹۴۶) در نخستین جمله دیباچه خود به برابری همه انسان‌ها در برخورداری از «حق‌های مقدس و غیرقابل خدشه»<sup>۱</sup> اشاره می‌کند و قانون اساسی جمهوری پنجم هم دلبستگی ملت فرانسه به حقوق بشر و اصول حاکمیت ملی را برجسته می‌کند، یا قانون اساسی ۱۹۴۷ ایتالیا جمهوری دموکراتیک این کشور را مبتنی بر کار<sup>۲</sup> می‌داند و یا قانون اساسی ۱۷۸۷ ایالات متحده آمریکا که فلسفه تنظیم خود را به دغدغه تشکیل اتحادیه کامل‌تر، عدالت، آرامش داخلی، قدرت دفاع مشترک و سلامت همگانی گره می‌زند. در تمام این موارد عقل زمانه که عقل عمومی آن دوران به حساب می‌آید، رهیافت خود را در قالب جملاتی کوتاه و مطمئن منعکس می‌کند.

«هدف‌ها و ارزش‌هایی که در دیباچه قانون اساسی قید می‌شوند، در چهارچوب ارزش‌های سیاسی و عقل عمومی جای می‌گیرند. این اصول عالی مندرج در قانون اساسی باید به گونه‌ای گسترده پشتیبانی شوند و بدین دلیل و به دلایل دیگر بهترین کار این است که جزئیات و شرایط زیادی بر قانون عالی تحمیل نشوند. همچنین باید بتوان اصول ضروری قانون اساسی را در نهادهای اساسی هویدا ساخت»<sup>۳</sup>. بدین‌سان، می‌توان گفت قانون اساسی عالی‌ترین نظم و

1. des droits inaliénables et sacrés.

2. une République démocratique fondée sur le travail.

۳. همان.

مهم‌ترین نوع سازمان‌دهی سیاسی-اجتماعی هر کشوری را به نمایش می‌گذارد و چگونگی نگاه نویسندگان آن به انسان، جامعه و دولت را بازتاب می‌دهد.

شاید بتوان قانون اساسی هر ملت را روح آن ملت دانست؛ روحی که تصویر آن در تکه‌ای کاغذ منقوش است و اعتبار و کارآمدی آن به میزان التزام فرمانروایان و فرمان‌برداران است. بدین خاطر است که قانون اساسی اگر به اجرا در نیاید، ثمره آن مشروطه کاغذی خواهد بود.<sup>۱</sup> کالبدی فاقد روح که در ساختن انسان و جامعه، تنظیم قدرت و تضمین آزادی‌ها نقشی را ایفا نمی‌کند. به تعبیر کلسن، «نظام هنجاری که واقعیت، دیگر حتی تا حدودی هم با آن مطابق نباشد، لزوماً اعتبار خود را از دست می‌دهد. بنابراین، اعتبار نظام حقوقی حاکم بر رفتار انسان‌های خاص به نحوی با مطابقت رفتار بالفعل آنها با آن نظام حقوقی- و به تعبیری به کارآمدی آن نظام- وابسته است. این وابستگی را که ممکن است مجازاً تعارض بین «باید» و «هست» نامیده شود، فقط می‌توان بر حسب یک حداکثر و حداقل تعریف کرد. امکان مطابقت نه می‌تواند از یک حداکثر معین تجاوز کند و نه می‌تواند از یک حداقل معین پایین‌تر برود».<sup>۲</sup> آنچه اهمیت دارد، میزان تطبیق هست‌های رفتاری مردم و زمامداران با بایدهای هنجاری قانون اساسی است. شکاف هست‌ها از بایدها منتهی به بی‌اعتباری اجتماعی قانون اساسی، نسخ عرفی و ناکارآمدی آن می‌شود.

پرسش این است که مناسبات عقل عمومی و دادرسی اساسی چگونه باید باشد؟ به تعبیر دقیق‌تر، شورای نگهبان به مثابه پاسدار قرارداد دولت-ملت تا چه اندازه خود را به الزامات و تشخیص‌های عقل عمومی می‌داند؟ آیا اساساً شورای نگهبان در بزنگاه‌های تاریخی توجهی به عقل عمومی داشته است؟ آیا سازوکارهایی را برای پی بردن به ملزومات عقل عمومی طراحی نموده است؟ عقل شورا چه نسبتی با عقل شرع (به‌ویژه مستقلات عقلیه مانند عدالت)، عقل نخبگان و فرزندگان و عقل عمومی ایرانیان دارد؟ آیا می‌توان عقل شورا را با عقل کلیت نظام جمهوری اسلامی یکسان پنداشت؟

۱. گرجی، علی اکبر، *حقوقی‌سازی سیاست*، تهران: خرسندی، چاپ دوم، ۱۳۹۵، ص ۵۶۹.

۲. کلسن، هانس، *نظریه حقوقی ناب*، ترجمه اسماعیل نعمت‌اللهی، تهران: سمت، زمستان ۱۳۸۷، ص ۱۰۲.

گرچه پاسخ به اغلب پرسش‌های فوق نمی‌تواند مثبت باشد، اما به صورت کلی و در یک گزاره تجویزی می‌توان گفت، دادرسی اساسی (شورای نگهبان) باید تجلی‌گر عقل عمومی و به‌ویژه عقل ایرانی باشد. عقل شورای نگهبان باید بازتاب‌دهنده عقل عمومی ایرانیان و الزامات آن باشد. اما چگونه می‌توان التزام یا عدم التزام شورا به عقل عمومی زمانه را تشخیص داد؟ پاسخ روشن است؛ تمام عملکرد، تفاسیر، دیدگاه‌های تطبیقی، مشورتی، انتخاباتی و به‌طور کلی رویه‌های این نهاد عالی در اختیار محققان است و با مراجعه به آنها می‌توان جنس عقل و عقلانیت شورای نگهبان را آشکار کرد. البته، شیوه‌های دیگری مانند نظرسنجی و گفتگوهای عمومی نیز در این زمینه به کار می‌آیند.

مفروض ما آن است که التزام شورای نگهبان به عقل عمومی با قرائت متن گرا، نامتقارن (مقتضیات‌ستیز) و ایدئولوژیک این نهاد از شریعت انور و قانون اساسی امری ممتنع است. برای اثبات این ادعا نیاز به توسل به مستندات و استدلال‌های آنچنانی نداریم. اگر بپذیریم که وفاداری به مصلحت عمومی، به مثابه شالوده عمل حکمرانی، حداقل یکی از نشانه‌های پابندی به عقل عمومی است، شورای نگهبان بارها و بارها چنین موضوعی را مردود دانسته و تأسیس نهاد غیرعادی مجمع تشخیص مصلحت نظام هم محصول همین دیدگاه است. عملکرد شورای نگهبان در حوزه‌های سه‌گانه عقلانیت نهادی، عقلانیت هنجاری و عقلانیت آزادی‌گرا هم نتوانسته است، وفاداری خود را به عقل عمومی زمانه اثبات کند. به عنوان مثال، در زمینه آرایش نهادهای سیاسی، در حال حاضر عقل عمومی تمرکزگرایی در حوزه قدرت، تراکم صلاحیت‌ها، نقض اصل بی‌طرفی، تجمیع مشاغل و نظارت‌ناپذیری را به دیده مذموم می‌نگرد، اما شورای نگهبان در موارد متعددی از تن دادن به این قواعد بدیهی سرباز زده است. پیش‌تر، بسیاری از این نمونه‌ها را در کتاب دادگاه‌های قانون اساسی<sup>۱</sup> ذکر کرده‌ایم، اما در اینجا صرفاً چند مورد را به اختصار یادآور می‌شویم:

الف) امروزه مسئله تجمیع مشاغل و سمت‌ها از منظر عقل عمومی، اخلاق عامه و قواعد روشن حقوقی و مدیریتی، عملی کاملاً مذموم و مردود به شمار می‌رود. شورای نگهبان بنا به دلایل

۱ پیشین، صص ۱۶۳ - ۱۰۳.

میهم و توجیه‌ناپذیر هنوز از پذیرش و تحمیل کامل این اصل به خود و برخی دیگر از نهادهای سیاسی پرهیز دارد.

ب) مسئله بی‌طرفی قاضی و داور، نه فقط از قواعد طلایی شریعت مقدسه اسلام است، بلکه در حال حاضر عقل عمومی زمانه هم آن را از لوازم اولیة عدالت و حکمرانی معقول و پایدار می‌داند. اعضای شورای نگهبان بارها و بارها در مقاطع گوناگون انتخاباتی، احتمالاً در راستای انجام وظیفه شرعی خود، وارد گود شده و از جریان یا داوطلب خاصی حمایت کرده‌اند.<sup>۱</sup> این وضعیت مشروعیت‌سوز را مقایسه کنید با توصیفی که لویی فاورو، متخصص برجسته دادرسی اساسی، از شورای قانون اساسی فرانسه دارد: «چپ‌ها و راست‌ها زمانی که در اپوزیسیون هستند، به شورای قانون اساسی پناه می‌آورند تا این نهاد حق‌ها و دیدگاه‌های آنها را مورد توجه قرار دهد. شورا با پرهیز از رفتار کردن به مانند مجلس سوم، توانسته خود را به عنوان داور بی‌طرف بقبولاند. شورا بارها تأکید کرده است که قدرت سیاسی اعمال نمی‌کند و قانون اساسی هم اقتدار عام تشخیص<sup>۲</sup> و تصمیم‌گیری مشابه با پارلمان به او اعطا نمی‌کند».<sup>۳</sup> نقض اصل بی‌طرفی توسط شورای نگهبان (حتی از سوی برخی اعضای آن) چنان آسیبی به مرجعیت صلح‌آفرین این نهاد در افکار عمومی زد که بعدها، رهبری نظام در قالب سیاست‌های کلی انتخابات، همه نهادهای مربوطه را مکلف به حفظ بی‌طرفی کرد. با وجود

۱. به عنوان مثال، می‌توان به حمایت‌های صریح و مکرر آیت‌الله شیخ محمد یزدی، آیت‌الله مومن، آیت‌الله عباس کعبی نسب، غلامحسین الهام، ابراهیم عزیزی، و... از محمود احمدی‌نژاد در انتخابات ریاست جمهوری سال ۱۳۸۴ و ۱۳۸۸ اشاره کرد. حمایت‌هایی که به گفته عضو حقوق‌دان شورا، محسن اسماعیلی، در برنامه شناسنامه (شبکه ۳ سیمای جمهوری اسلامی ایران) رنگ و بوی شیفتگی به خود گرفته بود. پس از اتمام دو دوره ریاست‌جمهوری احمدی‌نژاد، برنامه شناسنامه گفتگویی را با محسن اسماعیلی، از اعضای شورای نگهبان در سال ۱۳۹۳، انجام می‌دهد که نوعی اعتراف دیر هنگام به جانب‌دار بودن اعضای شورا به حساب می‌آید: «کاش این اظهارنظرها انجام نمی‌شد. این اظهارنظرها به معنای دخالت در نتیجه انتخابات نبود. بدون رودربایستی عرض می‌کنم که بعضی از اعضای شورای نگهبان (که البته من جزء آنها نبودم) شیفته آقای احمدی‌نژاد بودند و به ایشان حسن‌ظن داشتند». بعدها، غلامحسین الهام، سخنگوی دولت احمدی‌نژاد که ناخواسته در میتینگ پیروزی ایشان در سال ۱۳۸۸ شرکت کرده بود، شجاعانه به اشتباه بودن این عمل اعتراف کرد.

## 2. Le pouvoir général d'appréciation.

این صلاحیت را می‌توان صلاحیت عام ارزیابی یا اقتدار حاکمانه ارزیابی قضات *pouvoir souverain d'appréciation du juge* در نظر گرفت که بی‌شبهت با قلمرو نظارت استصوابی شورای نگهبان نیست. بر اساس چنین صلاحیتی، دادرسی اساسی فراتر از قانون، قضاوت‌های سیاسی و اخلاقی خود را هم در ارزیابی دخالت می‌دهد. با عنایت به اینکه سیاست عرصه دوستی‌ها و دشمنی‌هاست، ورود دادرسی اساسی به این عرصه دقیقاً به منزله جانب‌داری از این یا آن حزب سیاسی تلقی خواهد شد.

## 3. FAVOREU et autrs, *op.cit.*, p. 374.

صراحت این سیاست‌ها، حمایت برخی<sup>۱</sup> از اعضای شورا از حجه‌الاسلام رئیسی، نامزد دوازدهمین انتخابات ریاست جمهوری در سال ۱۳۹۶، نشان داد که بی‌طرفی اصلی به غایت محجور در رویه دادرسی اساسی ایرانی است.

ج) مثال بعدی درباره رویکرد شورای نگهبان به مقوله ثبت رسمی اسناد و املاک است. نگاهبان عالی‌ترین نظم حقوقی-سیاسی هنگامی که با دغدغه «بعضی از متدینین و محترمین بازار» روبرو می‌شود که «معاملات زیادی در بازار به صورت شرعی و صحیح انجام گرفته است و وقتی برای تنفیذ آنها به مراجع قضایی مراجعه می‌کنیم، اعلام می‌دارند چون این معاملات به ثبت رسمی نرسیده‌اند و بالخصوص مواد ۲۲، ۴۶، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک این معاملات را بی‌ارزش می‌داند و نمی‌توان آنها را تأیید و تنفیذ نمود»<sup>۲</sup>، به جای کوشش برای تقویت حاکمیت قانون و برکشیدن بنیان‌های منفعت عمومی، امنیت و ثبات حقوقی در حوزه معاملات، به ابطال مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت می‌پردازد.<sup>۳</sup> این دو ماده قانونی بیانگر دو اصل عقلایی و مبنایی در نظام ثبت اسناد و املاک، یعنی اصل آینه<sup>۴</sup> و اصل پرده<sup>۵</sup>، است.<sup>۶</sup> این دو اصل در جوامع مدرن که اولاً سبک زندگی متحول و تحرک اجتماعی بیشتر و ثانیاً کم و کیف

۱. رک: بیانیه حمایت جامعه مدرسین حوزه علمیه قم به ریاست آیت‌الله شیخ محمد یزدی که تعداد دیگری از فقهای شورای نگهبان هم عضو آن جامعه به شمار می‌روند.

۲. فرازهایی از نامه آیت‌الله مومن، عضو فقیه شورای نگهبان، به آیت‌الله جنتی، دبیر شورا، برای زمینه‌سازی طرح این مباحث در مجمع مشورتی فقهی شورای نگهبان و سپس در جلسه رسمی فقهای آن.

۳. نظر مورخ ۴ آبان ۱۳۹۵: «مفاد مواد ۴۶ و ۴۷؛ قانون ثبت اسناد و املاک صرفاً اختیاری دانستن ثبت سند در برخی موارد و الزامی دانستن آن در سایر موارد است که این مطلب خودبه‌خود ایرادی ندارد. اما مفاد ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک و نیز ماده ۴۸ آن که دلالت بر بی‌اعتبار دانستن اسناد عادی غیررسمی دارد، اطلاق آن در مورد سند عادی که قرائن و ادله قانونی یا شرعی معتبر بر صحت مفاد آنها باشد، خلاف شرع و باطل است و اما در مورد سند عادی همراه با قرائن و ادله فوق‌مانند سندی که بینه و شهادت شهود معتبر بر صحت آن باشد، این اسناد معتبر است و دو ماده مزبور در چنین مواردی تخصیص خورده است و مواد ۱۲۸۵ و ۱۲۹۱ قانون مدنی اشاره به اینگونه اسناد عادی دارد».

۴. انعکاس همه حقوق و منافع مربوط به حق مالکیت زمین ثبت شده و حقوق اشخاص ثالث در دفاتر ثبت.

۵. نظام‌های ثبتی باید همانند پرده‌ای از جنس اعتماد و اطمینان عمل کنند که حقوق ثبت نشده مربوط به مال غیرمنقول را- که ممکن است بر اساس قواعد مدنی، عرفی یا انصاف ایجاد گردیده- می‌پوشانند و ذی‌نفع را از نگرانی در خصوص این حقوق با بی‌اعتبار دانستن یا غیرقابل استناد گردانیدن آنها، می‌رهانند. نتیجه این اصل آن است که حق مالکین به وسیله هیچ چیزی که در دفاتر ثبتی منعکس نشده، نمی‌تواند تحت تأثیر قرار گیرد.

۶. گرجی، علی اکبر و علی قانعی و مصطفی رضایی، **ثبت املاک و اسناد رسمی در رویه شورای نگهبان**، کانون وکلا، تابستان ۱۳۹۶، شماره ۶۹، صص ۴۳ - ۱۳.

معاملات منقول و غیرمنقول دچار دگردیسی‌های شگفت‌انگیز شده است، به مثابه اهرم‌های لازم برای تأمین نظم و منفعت عمومی به شمار می‌روند و نباید آنها را صرفاً با نگرش فقه‌ یا حقوق خصوصی مردود اعلام کرد. بی‌توجهی به مقتضیات عقل عمومی و حکمرانی خردبنیان در این دسته از رویه‌ها موج می‌زند.

### ۳. افسون‌زدایی از همه‌پرسی، نوسازی ارزش‌ها، تصلب‌زدایی از ساختارها

همه‌پرسی یکی از سازوکارهای رایج در نظام‌های مردم‌سالار است که می‌توان آن را به سیاسی، اساسی، تقنینی و محلی گونه‌بندی کرد. از منظر فلسفه قانون اساسی، می‌توان گفت قانون اساسی، به عنوان قانون مادر یا ام‌القوانین، سندی است که برای دوام و بقا در زمان وضع شده است. به دیگر سخن، هدف پدران بنیادگذار در هر کشوری، وضع قانون اساسی برای تأسیس حکومت قانونمند و پایدار در زمان است. هدف آن است تا به تعبیر نویسندگان اعلامیه ۱۷۸۹ حقوق بشر و شهروند فرانسه بنیان و اساس محکم و خردمندانه‌ای برای جامعه و دولت تأسیس شود.<sup>۱</sup> قانون اساسی برای یک بازه زمانی بلندمدت تصویب می‌شود، اما واقعیت این است که هیچ قانون بشری نمی‌تواند در برابر تحولات جامعه مقاومت کند. همه قوانین اساسی، همانند دیگر دستاوردهای بشری، الزاماً تسلیم تحولات زمانه خواهند شد، اما شیوه‌های این تحول‌پذیری در نظام‌های حقوقی گوناگون متفاوت است. ممکن است در یک قانون اساسی، شیوه‌های روزآمدسازی پیش‌بینی و در عمل هم به آن شیوه‌ها وفاداری نشان داده شود، اما در قانون اساسی دیگر، چنین سازوکارهایی پیش‌بینی نشده باشد. مهم این است که در هر دو حالت، خواه ناخواه، قانون اساسی دچار تحول‌پذیری خواهد شد. این تحول‌پذیری یا به صورت رسمی و اعلام‌شده از طریق سازوکارهایی که در قانون اساسی پیش‌بینی شده است، انجام خواهد شد یا از طریق تحمیل عمل بر نظر و تحمیل تحول بر متن مکتوب قانون اساسی صورت خواهد گرفت. از این منظر تأمل پیرامون رابطه واقعیت و حقوق اساسی پراهمیت است.

1. Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.

هر جامعه‌ای که در آن حق‌ها تضمین نشده و روش تفکیک قوا هم در پیش گرفته نشده، فاقد بنیان و اساس است.



از یک منظر، قوانین اساسی را به دو دسته<sup>۱</sup> نرم<sup>۱</sup> و سنگواره ای تقسیم می‌کنند.<sup>۲</sup> بازنگری در قوانین اساسی نرم (منعطف) آسان‌تر است. در برخی از کشورها، از جمله هند، قانون اساسی را می‌توان از طریق شیوه‌های پارلمانی و عادی قانون‌گذاری نیز بازنگری کرد. درحالی‌که در برخی دیگر از قوانین اساسی، حالت سنگواره‌ای و انجماد وجود دارد؛ یعنی بازنگری در آنها بسیار دشوار و مستلزم طی تشریفات پیچیده‌ای است. البته این مسئله به این معنا نیست که قوانین اساسی سخت را نمی‌توان بازنگری کرد. قانون اساسی از هر سنجی که باشد، در نهایت تن به بازنگری و دگرگونی خواهد داد؛ زیرا مقاومت مطلق در برابر بازسازی و بازنگری نتیجه‌ای جز هزیمت دربرنخواهد داشت. عدم انعطاف در برابر دگرگونی‌های جامعه و مطالبات نسلی با خرد مصلحت‌بین حکمرانی و اندیشه استمرار قدرت سازگار نیست.

شیوه‌های متعددی برای بازنگری قانون اساسی وجود دارد. همان‌طور که شیوه‌های تدوین و تصویب اولیه قانون اساسی متنوع است و به مردم‌سالار و غیرمردم‌سالار تقسیم می‌شود، در زمینه بازنگری نیز می‌توان از این دسته‌بندی‌ها استفاده کرد و از بازنگری مردم‌سالار و غیرمردم‌سالار در قانون اساسی سخن گفت. در تقسیم‌بندی دیگری، شیوه‌های بازنگری در قانون اساسی را به شیوه‌های اعلام‌شده و رسمی (اخلاقی و شرافتمندانه) و شیوه‌های اعلام‌نشده و غیررسمی تقسیم می‌کنیم. این گونه‌بندی می‌تواند به یک قضاوت اخلاقی هم منتهی شود، زیرا بازنگری اعلام‌شده و رسمی شیوه‌ای جوانمردانه، شجاعانه، شرافتمندانه و در کل اخلاقی می‌باشد، اما شیوه‌های غیررسمی فاقد ویژگی‌های برشمرده شده است. شیوه اعلام‌نشده به این صورت است که بدون اینکه رسماً اعلام کنند و قوه مؤسس (حاکم واقعی) را به صحنه تعیین سرنوشت فراخوانند، در اراده و قصد قانون‌گذار اساسی به صورت پنهانی تغییراتی را ایجاد می‌کنند. قضاوت اخلاقی هم در همین بستر شکل می‌گیرد. شیوه‌های غیرمردم‌سالار با رویکرد اخلاق وظیفه‌گرا سازگار نیستند.

شیوه مردم‌سالار بازنگری شیوه‌ای است که اراده عمومی در ایجاد تغییرات و تحولات قانون اساسی آزادانه مداخله می‌کند. شیوه غیرمردم‌سالار بازنگری شیوه‌ای است که کلاً اراده عمومی

۱. اغلب قوانین اساسی نرم جنبه عرفی و نامدون دارند، مانند قانون اساسی انگلستان و رژیم اشغالگر قدس.

۲. قاضی، ابوالفضل، *حقوق اساسی و نهادهای سیاسی*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۱، ص ۹۸.

در آن دخالت ندارد یا مداخله به صورت مهارشده و با صحنه‌آرایی‌های دغل‌بازانه انجام می‌شود. هر کدام از این شیوه‌ها و الگوهای مردم‌سالار یا غیرمردم‌سالار بازنگری، ممکن است الگوهای فرعی دیگری داشته باشد، اما مهم جهت‌گیری بازنگری است؛ اینکه جهت‌گیری بازنگری به سمت مداخله آزادانه اراده عمومی باشد یا به سمت محدودسازی آن. نکته بسیار تعیین‌کننده دیگر این است که دخالت اراده عمومی باید در همه مراحل و موضوعات بازنگری پیش‌بینی شود؛ یعنی این‌گونه نباشد که به صورت گزینشی در مرحله‌ای عرصه را برای نمایش دموکراتیک باز کنیم، اما در عرصه‌های دیگر فضا را برای جولان اراده حاکمان واقعی (مردم) ببندیم.

بازنگری قانون اساسی سه مرحله کم و بیش جداگانه دارد: مرحله اول ابتکار<sup>۱</sup> بازنگری است؛ یعنی اینکه چه نهاد یا مقامی در ابتدا ضرورت بازنگری را تشخیص می‌دهد. در عرصه حقوق و در عالم واقع می‌توان چند شیوه ابتکار را متمایز کرد. در مرحله ابتکار، ابتکارهای حکومتی و دولتی وجود دارد و گاهی خود دولت مبتکر و آغازگر بازنگری می‌شود، گاهی پارلمان‌ها و گاهی اوقات ابتکار مردمی<sup>۲</sup> وجود دارد. مرحله دوم، مرحله فرایندهاست. اینکه آیین و تشریفات تدوین و بررسی اصول قابل بازنگری و بازبینی متون قانون اساسی چگونه است. مثلاً آیا بافت عضوی نهاد بازنگری مردم‌سالار است؟ آیا آیین بررسی اصول بازنگری شونده، خردمندانانه و برابری‌گراست؟ در نهایت، سومین مرحله، مرحله نهایی‌سازی تصمیم بازنگری یا تصویب آن است.

بازنگری در قانون اساسی با دسته‌ای از محدودیت‌ها مواجه است. محدودیت‌ها و خطوط قرمز بازنگری ممکن است موضوعی یا زمانی باشد. محدودیت‌های موضوعی، به معنی این است که قوه بنیادگذار ثانویه نمی‌تواند در برخی از اصول قانون اساسی دست‌کاری کند. مثلاً در قانون اساسی ۱۹۵۸ فرانسه، قوه بنیادگذار فرعی صلاحیت بازنگریستن در شکل جمهوری خواهانه نظام سیاسی را ندارد؛ یعنی جمهوریت نظام را نمی‌تواند مثلاً به نظام سلطنتی تغییر دهد. در جمهوری اسلامی ایران هم اصل ۱۷۷ قانون اساسی محدودیت‌های موضوعی متعددی، مانند اسلامی بودن نظام، ابتدای کلیه قوانین و مقررات بر اساس موازین اسلامی و پایه‌های ایمانی، اهداف

1. Initiation.

2. Popular.

جمهوری اسلامی ایران،<sup>۱</sup> جمهوری بودن حکومت، ولایت امر و امامت امت، اداره امور کشور با اتکا به آرای عمومی و دین و مذهب رسمی ایران را به عنوان اصول تغییرناپذیر به رسمیت شناخته است. موضوعاتی مانند حقوق بنیادین، حق حیات، حق بر تمامیت جسمانی، آزادی‌های فردی و گروهی و تمامیت سرزمینی، قابلیت بازنگری را در بسیاری از کشورها ندارند. یا مثلاً در برخی از کشورها سلطنت از امور غیرقابل بازنگری است. محدودیت‌های زمانی یعنی اینکه بازنگری در قانون اساسی در برخی از زمان‌های خاص و وضعیت‌های اضطراری، مانند جنگ، بحران، حوادث غیرمترقبه طبیعی و غیرطبیعی امکان‌پذیر نیست.

از منظر حقوقی، نمی‌توان نظام سیاسی را پیش‌بینی کرد که فاقد خطوط قرمز بازنگری باشد. به بیان دیگر، هر نظامی ناچار از داشتن برخی از اصول فراقانون اساسی<sup>۲</sup> است. پرسش این است که چه مواردی باید جزء اصول فراقانون اساسی و غیرقابل بازنگری تلقی شوند. به گمان ما، هر چه تعداد خطوط قرمز، یعنی اصول فراقانون اساسی و غیرقابل بازنگری، بیشتر باشد، به همان اندازه دست اراده عمومی و حاکم واقعی، یعنی مردم، در امر تعیین سرنوشت بسته‌تر خواهد شد. منطق حقوق اساسی و اقتضای مردم‌سالاری حکم می‌کند که در پیش‌بینی خطوط قرمز بازنگری باید رفتار حداقلی پیشه کرد. حداقل‌ها را پیش‌بینی کرد و حداکثرها را به گذر زمان و اراده عمومی مردم زمانه وانهاد. حقوق بنیادین مردم، به‌ویژه حق تعیین سرنوشت، ضروری‌ترین اصلی است که نباید امکان نادیده گرفتن آن فراهم شود. آزادی سلب حق‌های بنیادین، به‌ویژه حق تعیین سرنوشت، به منزله پیش‌بینی امکان خودکشی دسته‌جمعی یک ملت است.

صرف‌نظر از موشکافی‌های فنی درباره همه‌پرسی، نمی‌توان این نکته را نادیده گرفت که دادرسی اساسی می‌تواند به همه‌پرسی به مثابه راهی برای برون‌رفت از بن‌بست‌های خودساخته بنگرد. همه‌پرسی می‌تواند به مثابه معجزه‌ای برای بازگشت دادرسی اساسی از برخی رویه‌های ناسودمند، غیرعقلایی و مردم‌ستیز تلقی شود. بازگشتی که مسئولیت اصلی آن بر عهده ملت حاکم است و هزینه احتمالی آن را دادرسی اساسی نمی‌پردازد. مقاومت دادرسی اساسی در برابر برگزاری همه‌پرسی‌ها نشانه‌ای از میل به خودکامگی این نهاد و رویکرد اغتصابی آن نسبت به

۱. مندرج در اصل دوم قانون اساسی.

2. Supra constitutional.

حق حاکمیت ملت است. اگر دادرس اساسی مذاق حکمرانی بسامان را نیک دریافته باشد، می‌تواند از همه پرسى به عنوان ابزاری برای نوسازی ساختارها، تصلب‌زدایی از سازوکارها و همسازی ارزش‌های قانونی با ارزش‌های روز اجتماعی بهره‌گیرد و از رویارویی با حاکم واقعی بپرهیزد.

#### ۴. سوزن‌بان قانون اساسی<sup>۱</sup>: محافظه‌کار یا اصلاح‌گرا

دادرسی اساسی در یک نظام سیاسی معقول، خردگرا، تجربت‌اندیش و کارآمد بالاترین مرجع حقوقی به شمار می‌رود. از منظر سلسله‌مراتبی در بین نهادهای هنجارساز بالاتر از دادرس اساسی نهاد دیگری وجود ندارد. استقلال این نهاد ایجاب می‌کند که هیچ نهادی مجاز به تحکم و امر و نهی به آن نباشد. پیامد پذیرش چنین دیدگاهی آن است که یک نهاد غیرانتخابی<sup>۲</sup> یا انتخابی-انتصابی، یک‌تنه تفاسیر و برداشت‌های خود را بر قانون اساسی تحمیل کند و در این صورت، شکل‌گیری استبداد قضات امر محتملی است. از این‌رو، برای پرهیز از دیکتاتوری دادرس اساسی و جلوگیری از نامشروع‌سازی و اسقاط تدریجی نظام سیاسی توسط پاسدار آن، راهکار نسبتاً قابل قبولی پیش‌بینی شده که همان بازنگری در قانون اساسی است. از طریق همه‌پرسی بازنگری امکان ظهور اراده حاکم واقعی، یعنی قوه مؤسس اصیل، فراهم می‌شود. بدین‌سان، هرگاه نظام سیاسی از طریق استبداد رأی دادرس اساسی به بیراهه کشانده شود، یا با بن‌بست‌های فلج‌کننده روبرو شود، یا مطالبات عصری مردم حاکم به هیچ‌انگاشته شود، به کارگرفتن ابزار بازنگری می‌تواند آب رفته را به جوی بازگرداند و قانون اساسی را مطابق خواست و اراده عصری حاکمان واقعی تغییر دهد. بازنگری و عصری‌سازی قانون اساسی شیوه‌ای اصلاح‌گرایانه است که نظام سیاسی در صورت استفاده از آن در معرض زوال و سقوط قرار نمی‌گیرد. یکی از بهترین شیوه‌های استمرار قانون اساسی<sup>۳</sup> نیز بهره‌گیری از شیوه بازنگری و نوسازی متن کهنه با اراده نوگرایانه نسل حاضر است.

1. Aiguilleur constitutionnel .

۲. درباره نهاد‌های غیرانتخابی ر.ک: ویبر، فرانک، *دموکراسی غیرانتخابی*، ترجمه علی‌اکبر گرجی، تهران: خرسندی، ۱۳۹۵.

۳. استمرار قانون اساسی می‌تواند یکی از جلوه‌های استمرار نظام سیاسی نیز تلقی شود.

از آنجایی که در عمل امکان خلع سلاح دادرسی اساسی از طریق سلب صلاحیت تفسیری وجود ندارد، ناچار همه نهاد‌های دادرسی اساسی در زمان تطبیق مصوبات پارلمان با قانون اساسی به اعمال اقتدار تفسیری خواهند پرداخت؛ خواه در قانون اساسی به این صلاحیت تصریح شود، مانند اصل ۹۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، خواه تصریح نشود، مانند قانون اساسی ۱۹۵۸ فرانسه. برخورداری از اقتدار تفسیری لازمه ضروری هر نوع عمل اجرایی و نظارتی است.<sup>۱</sup> شاید اقتدار تفسیری قضات عمومی و دادرسی اساسی هم از مصادیق شرهای ناگزیر باشد که می‌توان آن را با تمهیداتی در مسیر خیر عمومی به کار گرفت. می‌توان به راهکارهایی اندیشید که شاید با توسل به آنها اقتدار تفسیری مخوف دادرسی اساسی را در مسیر خیر عمومی، نوگرایی، عدالت، عقلانیت، سازندگی، حاکمیت قانون، آزادی‌گرایی و مردم‌سالاری به کار انداخت:

راهکار نخست: بافت عضو نهاد دادرسی اساسی را به شیوه مطلوب تغییر دهیم، به‌نحوی که خود اعضا (برخاسته از پایگاه اجتماعی دموکراتیک، دارای تنوع در گرایش‌های فکری-سیاسی، منش اخلاقی شایسته، جایگاه علمی برجسته) به صورت خودکار از استبداد تفسیری بپرهیزند. این روش را می‌توان روش خودمحدودسازی تلقی کرد که درصددی از مخاطرات را کاهش می‌دهد.

راهکار دوم: پیش‌بینی آیین رسیدگی منصفانه در فرایند نظارت بر اساسی بودن قوانین یا تفسیر قانون اساسی است. با اعمال شرایط دادرسی منصفانه در نظارت اساسی بی‌شک کیفیت دادرسی ارتقا می‌یابد و زمینه بروز خوددسری تفسیری و جباریت نظارتی کم‌رنگ خواهد شد.

راهکار سوم: نظارت‌پذیر و پاسخگو کردن دادرسی اساسی از طریق افکار عمومی (نظارت همگانی). شاید بتوان ادعا کرد که در بین متخصصان حقوق دادرسی اساسی اجماعی وجود دارد، مبنی بر اینکه نمی‌توان بالاتر از دادرسی اساسی نهاد ناظر دیگری را گماشت. نظارت همگانی می‌تواند تا حدودی این خلأ نظارتی را پر کند. بدین‌سان، اصل شفافیت بر نهاد عدالت اساسی حاکم می‌شود و نقش و عملکرد آن در فضایی آکنده از آزادی بیان و اندیشه و دیگر آزادی‌های فردی و گروهی در معرض نقد آزادانه افکار عمومی قرار می‌گیرد و تولید هنجارهای رویه‌ای توسط دادرسی اساسی در یک فرایند طبیعی با خواست و اراده عمومی هم‌راستا می‌شود. در اینجا،

1. GORJI Ali-Akbar, "Le pouvoir interprétatif du juge constitutionnel iranien", *contribution présentée au 6<sup>e</sup> congrée du droit constitutionnel*, Faculté de droit et de sciences politiques de l'Université de Montpellier, juin 2005.

عقل عمومی بر رویه‌سازی حاکمانه دادرسی نظارت می‌کند و مانع از ارائه تفسیرهای نامتقارن، دل‌بخواهانه و نامنطبق با رضایت عمومی مردم حاکم می‌شود.

وانگهی، هیچ‌یک از راهکارهای فوق مصون از ایراد نیست؛ یعنی دادرسی اساسی در عمل ممکن است همه این نظارت‌ها را دور بزند و در نهایت با چیره‌دستی فریب‌کارانه، اراده خود را بر اراده عمومی غالب نماید. از این‌رو، اولاً همه راهکارهای فوق را باید به دقت اجرا کرد و ثانیاً در کنار آنها آخرین راه، یعنی بازنگری قانون اساسی، را هم باید تسهیل نمود.

بازنگری قانون اساسی سازوکار خردمندانه نوسازی و بازسازی اصلاح‌طلبانه و بهبودگرایانه نظام سیاسی و حقوقی است. از سویی، این شیوه را می‌توان یکی از بهترین شیوه‌ها برای جلوگیری از انقلاب و دگرگونی‌های دفعی، پوپولیستی، احساسی و پرهزینه دانست. از سوی دیگر، بازنگری راهکاری نسبتاً روشن برای تفهیم اراده واقعی ملت حاکم به ناکامان (حاکمان عاریتی، امانی، وکالتی)، به‌ویژه دادرسی اساسی و تصحیح مسیر تفسیری مقدس‌ماب، جبارانه و خط‌آلود آنهاست. به دیگر سخن، از طریق پرسمان همگانی حاکم واقعی به حضور مستقیم و بی‌واسطه در اریکه قدرت سیاسی دعوت می‌شود و تمام انحرافات و خطاهایی را که حاکمان عاریتی بر نظام حقوقی و سیاسی تحمیل کرده‌اند، تصحیح و جبران می‌کند.

در برخی از کشورها ملاحظه می‌شود که ناکامان در عمل و با تمسک به لطایف‌الحیل گوناگون می‌کوشند تا با منحرف ساختن افکار عمومی راه بروز و ظهور حاکم واقعی را مسدود کنند؛ زیرا آنها می‌دانند که قدرتشان در برابر قدرت مردم بسیار متزلزل است. در این موارد، همه امکانات، مفاهیم و نظریه‌ها به کار گرفته می‌شود تا راه ایجاد تحول، بازنگری قانون اساسی و بروز و ظهور اراده عمومی حاکمان واقعی مسدود شود یا در حالی دیگر به انواع عملیات متقلبانه متمسک می‌شوند و سعی در فریب ملت‌ها یا تغییر خواسته‌های حق‌مدارانه آنها می‌نمایند. در این حالت می‌توان به صراحت حکم به ارتکاب خیانت در امانت قدرت توسط ناکامان صادر کرد. این دسته از حکومت‌ها صرف‌نظر از ظواهر و شمایل نظام حقوقی در شمار نظام‌های استبدادی به شمار می‌روند؛ زیرا عملاً خود را مالک‌الرقاب مردم می‌دانند و به نظامی «لایسأل عما یفعل» تبدیل شده‌اند. در حکومت‌های اغتصابی، دادرسی اساسی با همدستی دیگر ارباب قدرت و اتباع از آنها از هیچ تلاشی برای نابود کردن حاکمان واقعی و به هیچ‌انگاشتن آنها فروگذار نمی‌کند. در

این دسته از نظام‌ها، اساساً امکان ابراز ارادهٔ آزاد به حاکمان واقعی داده نمی‌شود، یا حتی در موارد خاصی که چنین امکانی، خواسته یا ناخواسته، برای ملت فراهم می‌شود، ارباب قدرت به نحوی از انحا سعی در خنثی کردن این اراده می‌نمایند.

در نظام‌های حکمرانی که زمامداران حاکمیت خود را امانی می‌دانند، کوشش می‌شود تا در عموم مسائل، به‌ویژه امور مهم، امکان ابراز وجود برای قدرت مؤسس (حاکم واقعی) و تصحیح انحرافات ایجادشده در قانون اساسی فراهم شود. کاربست مکرر شیوه‌های دموکراسی مشارکتی، نظرسنجی، تحقیق عمومی، رایزنی و لابی‌گری، همه‌پرسی ملی و محلی و بازنگری در قانون اساسی از جمله سازوکارهایی است که نشانگر امانت‌پنداری ید حاکمانه توسط زمامداران است. اینان حاکمیت را در مالکیت مشاع همهٔ شهروندان محق می‌دانند که هرگز نباید از قدرت رأی آزاد محروم شوند.

لویی فاورو، استاد فقید حقوق اساسی در فرانسه، دادرسی اساسی را به سوزن‌بانی تشبیه می‌کرد که وظیفهٔ آن نشان دادن راه درست انجام اصلاحات قانونی به قانون‌گذار است. آموزهٔ سوزن‌بان قانون اساسی به دنبال ارائهٔ قرائتی دموکراتیک از نقش دادرسی اساسی است. «مشروعیت قاضی اساسی به این است که نظارت بر قانون‌گذار و ابطال قانون توسط او به عنوان یک مانع یا قفل به حساب نمی‌آید، بلکه باید آن را به مثابه یک نوع سوزن‌بانی در نظر گرفت. در این صورت، مانع ایجادشده توسط قاضی اساسی قطعی نیست و می‌توان آن را با بازنگری قانون اساسی از میان برداشت. در نتیجه، نظارت اساسی به ایفای نقشی مشابه با سوزن‌بان می‌پردازد، زیرا اصلاحات را به مسیر هنجاری شایسته، یعنی بازنگری قانون اساسی، هدایت می‌کند»<sup>۱</sup>.

دادرسی اساسی از طریق اعمال نظارت راه و چاه را به جامعه و ارباب قدرت می‌نمایاند و به تعبیری به ایفای ضمنی نقش ارشادی<sup>۲</sup> می‌پردازد. چنین تبیینی از نظارت اساسی از سال ۱۹۸۲ به بعد در فرانسه و با تکیه بر آرای کلسن و آیزنمن رواج یافت. از این منظر، «هرگونه اعلام مغایرت مصوبه پارلمان با قانون اساسی (حتی از نوع ماهیتی آن) می‌تواند به منزلهٔ عدم صلاحیت قانون‌گذار عادی و صلاحیت قوهٔ مؤسس برای وضع آن به شمار رود. در اتریش هم بارها پس از صدور آرای دادگاه قانون اساسی اقدام به بازنگری قانون اساسی کرده‌اند. در ایالات متحده

1. FAVOREU et autrs, *op.cit.*, p. 376.

۲. نقش ارشادی و هدایتگرانهٔ نظارت در اینجا عیان‌تر می‌شود.

امریکا نیز برخی از اصلاحیه‌های قانون اساسی برای دور زدن آرای دیوان عالی انجام شده است. شورای قانون اساسی فرانسه در چهارراه بسیار مهمی قرار گرفته و به نوعی یک سوزن‌بان یا تنظیم‌کننده است که مسیر آیین‌نامه‌ای، تقنینی (عادی یا ارگانیک) یا بازنگری انجام یک اصلاح (رفرم) را به ما نشان می‌دهد. کاملاً مشروع است که ما تفسیر قانون اساسی را از خود قوه مؤسس هم بپرسیم و به او فرصت سخن گفتن بدهیم.<sup>۱</sup>

حکومت قضات در اینجا بدین معناست که دادرسی اساسی در انجام وظایف نظارتی خود، به‌ویژه در تفسیر قانون اساسی و ابطال قوانین، انگیزه‌های سیاسی خود را دخالت دهد و در لباس قانون و تفسیر قانونی به رقابت با دیگر قوا و نیروهای سیاسی بپردازد. قاضی اساسی هنگام تطبیق مصوبات و تفسیر قانون اساسی باید لباس سیاست را که جوهره آن با بی‌طرفی ناسازگار است، کنار بگذارد. هنگامی که قانونی با قانون اساسی نامنطبق است، قاضی باید به قانون‌گذار بفهماند که راه اصلاح را اشتباه آمده است و برای رسیدن به این مقصد ابتدا باید به بازنگری در قانون اساسی بپردازد. طبیعتاً پس از بازنگری قانون اساسی، وضع آن قانون عادی هم ممکن خواهد شد.

عیان است که آموزه سوزن‌بان قانون اساسی آموزه‌ای دموکراتیک است و از حاکمیت مطلقه قضات اساسی بر فضای سیاسی و حقوقی پیشگیری می‌کند. در این معنا، اگر اصلی از اصول قانون اساسی راه تحقق اراده جدید ملت را ببندد، پاسدار قانون اساسی صادقانه راه بازنگری را نشان می‌دهد و حتی آن را هموارتر می‌کند. به گفته فاورو، قاضی اساسی «راه قطار اصلاحات را مسدود نمی‌کند، بلکه راه درست را می‌نمایاند».<sup>۲</sup> چنین اتفاقی بارها در فرانسه رخ داده است. به عنوان مثال، در ۱۳ اوت ۱۹۹۳ شورای قانون اساسی فرانسه مصوبه مجلس درباره کنترل مهاجرت را ابطال کرد، چون این مصوبه حق پناهدگی را مخدوش می‌کرد. این مصوبه ظاهراً در راستای اجرای معاهده شنکن به تصویب پارلمان رسیده بود، اما شورای قانون اساسی تنها راه ورود این اصلاحیه به نظام حقوقی فرانسه را بازنگری قانون اساسی دانست.

1. FAVOREU et autrs, *op.cit.*, p. 377.

2. *ibid*



## نتیجه‌گیری

اعتبار یک نظام حقوقی به کارآمدی و میزان رضایت‌بخشی آن بستگی دارد. قانون اساسی برترین و عالی‌ترین هنجار موضوعه است. این قانون خود منشأ و آیشخور اعتباربخشی به خرده‌نظم‌های حقوقی، سیاسی و اجتماعی است. کامیابی یا عدم کامیابی قانون اساسی در خوشبختی یا بدبختی ملت‌ها تا حد زیادی به جایگاه، رویکردها، رویه‌ها و بافت عضوی دادرسی اساسی گره خورده است. دادرسی اساسی می‌تواند با اتخاذ رویکرد انقباضی و تصلب‌گرا راه هرگونه نوسازی در ساختارهای سیاسی و همسازی با ارزش‌های روز را مسدود کند و نظام سیاسی و حقوقی را در مسیر سقوط، زوال و بی‌اعتباری قرار دهد، یا اینکه با اتخاذ رویکرد عقلانی به استمرار قانون اساسی و نظام سیاسی یاری رساند.

مشروعیت زمامداران مشروط به این است که کسب قدرت، اعمال و انتقال قدرت توسط آنها در چهارچوب اصول و قواعد مندرج در قانون اساسی صورت بگیرد. نقش دادرسی اساسی این است که سازوکارهای لازم را برای تضمین اصول مندرج در قانون اساسی فراهم سازد. نهاد دادرسی اساسی از یک سو در تنظیم خردمندانه‌ی مناسبات نهاد‌های سیاسی و توزیع متعادل صلاحیت بین آنها نظارت می‌کند و از دیگر سو به تضمین حق‌ها و آزادی‌ها در برابر تجاوزات نهاد‌های قدرت، به‌ویژه قانون‌گذار، می‌پردازد. نظم حقوقی هم بدون دادرسی اساسی کارآمدی، اعتبار و مشروعیت خود را متزلزل می‌بیند. در حوزه نظم سیاسی، فقدان دادرسی اساسی کارآمد ممکن است منجر به دگردیسی اقتدار حقانی به قدرت نامشروع شود. دور از ذهن نیست، اگر بگوییم کار ویژه دادگاه قانون اساسی و دادرسی اساسی صیانت از برتری قانون اساسی در مناسبات موجود در جامعه سیاسی و تحکیم مشروعیت نظام سیاسی است.

در مواردی که دادرسی اساسی بین دوراهی اقتدار و آزادی قرار می‌گیرد، باید به‌گونه‌ای عمل نماید که اراده اصیل حاکمان واقعی خدشه دار نشود. سنگین کردن کفه اقتدار توسط دادرسی اساسی به معنای آن است که حاکمیت بالعرض، امانی، تبعی و وکالتی عرصه را بر حاکمیت اصیل و بالذات تنگ کرده است. این رویکرد در بلندمدت دادرسی اساسی را در جایگاه قدرت مؤسس خواهد نشانید و نتیجه آن دور شدن از اهداف دولت قانون اساسی است.

هم‌اکنون، هاضمه تفسیری شورای نگهبان توان پذیرش نوگرایی در تعامل با اراده عمومی، به‌ویژه در عرصه حق‌ها و آزادی‌ها را ندارد. این نهاد می‌توانست با کنار زدن پرده محافظه‌کاری و به نام دین و قانون اساسی از طریق اجتهاد کرامت‌محور در توسعه قلمرو و مصادیق حق‌ها و آزادی‌های شهروندی پیشگام باشد. هم‌اکنون، رویکرد شورا نهادگرایی ایدئولوژیک است. نهادگرایی ایدئولوژیک در نهایت ممکن است به تقدیس قدرت، نهادستایی و حکمرانی قیومت‌گرا بینجامد. شاید چنین رویکردی است که مانع از خلق فقه آزادی‌گرا توسط شورای نگهبان و بنیان‌گذاران نظم حقوقی-سیاسی حق‌پایه شده است. فقه کلان‌نگری که می‌توانست با توسل به پتانسیل فقه سنتی اجتهادات کرامت‌بنیاد را بسط دهد و مشکلات فراروی جامعه، حکومت، جوانان و زنان را یکی پس از دیگری حل نماید. فقهی که در تقابل قدرت و آزادی جانب اراده ملت را نگاه می‌داشت.

## فهرست منابع

## الف) منابع فارسی

## کتاب

۱. رالز، جان، *لیبرالیسم سیاسی*، ترجمه موسی اکرمی، تهران: انتشارات ثالث، چاپ اول، ۱۳۹۲.
۲. فاورو، لویی، *دادگاه‌های قانون اساسی، الگوی اروپایی دادرسی اساسی*، تهران: انتشارات جنگل، چاپ نخست، ۱۳۸۹.
۳. قاضی، ابوالفضل، *حقوق اساسی و نهادهای سیاسی*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۱.
۴. کلسن، هانس، *نظریه حقوقی ناب*، ترجمه اسماعیل نعمت‌اللهی، تهران: سمت، زمستان ۱۳۸۷.
۵. گرجی، علی اکبر، *دادگاه‌های قانون اساسی: الگوی غیراروپایی دادرسی اساسی*، تهران: جنگل، چاپ نخست، ۱۳۹۴.
۶. گرجی، علی اکبر، *در تکاپوی حقوق اساسی*، تهران: جنگل، چاپ دوم، ۱۳۸۸.
۷. گرجی، علی اکبر، *حقوقی سازی سیاست*، تهران: خرسندی، چاپ دوم ۱۳۹۵.
۸. گرجی، علی اکبر، *در تکاپوی حقوق عمومی*، تهران: جنگل، ۱۳۹۳.
۹. ویبر، فرانک، *دموکراسی غیرانتخابی*، ترجمه علی اکبر گرجی، تهران: خرسندی، ۱۳۹۵.

## مقاله

۱۰. قاسمی، آرین و پریسا کهندانی، *سنگ بنای الگوی دادرسی اساسی امریکایی: ترجمه رأی تاریخی قاضی مارشال در دعوی مدیسن علیه مالبری*، فصلنامه حقوق عمومی، سال ششم، بهار ۱۳۹۴، شماره ۱۲.
۱۱. گرجی، علی اکبر و علی قانع و مصطفی رضایی، *ثبت املاک و اسناد رسمی در رویه شورای نگهبان*، کانون وکلا، تابستان ۱۳۹۶، شماره ۶۹.
۱۲. نجفی ابرنآبادی، حسین، *درآمدی بر اساسی سازی حقوق کیفری*، در تکاپوی حقوق عمومی، ۱۳۹۳.

## ب) منابع فرانسوی

13. CARRE DE MALBERG(R.), *La loi, expression de la volonté générale*, 1931.
14. DRAGO (G.), *Contentieux constitutionnel français*, Paris: PUF, 1ed. 1998, p.14, FAVOREU et autrs, *Droit constitutionnel*, Paris: 16e ed., Dalloz, 2014, pp. 381 et 382.

15. GORJI Ali-Akbar, "Le pouvoir interprétatif du juge constitutionnel iranien", *contribution présenté au 6<sup>e</sup> congrés du droit constitutionnel*, Faculté de droit et de sciences politiques de l'Université de Montpellier, juin 2005.
16. LAMBERT(E.), *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, Paris, 1921.