

## تفکیک قوا و مشروطه‌گرایی، افسانه و واقعیت یک دکترین و نقدهای آن<sup>۱</sup>

ژان فلیپ فلدمن \*

ترجمه اسدالله یاوری \*\*

### چکیده

تفکیک قوا، افسانه یا واقعیت؟ به رغم آنچه مونتسکیو در نظریه خود مطرح نموده بود، در ابتداء برخی از پیروان وی تفسیری مضیق و مطلق از آن ارائه نمودند، تا حدی که به تدریج، این نظریه در ادبیات حقوقی و سیاسی، به عنوان یکی از اصول اساسی نظام‌های دموکراتیک جایگاهی بدیهی و خدشه‌ناپذیر یافت. اما این امر، به ویژه در نظام‌های پارلمانی، از گذشته مورد انتقاد بسیار قرار گرفته است؛ تا جاییکه که برخی با افسانه پنداشتن آن، حتی جایگاه وجودی و واقعی آن را محل تردید جدی قرار داده‌اند. این گروه، نقش اصلی در تحقق اهداف مشروطه‌گرایی و عدم تمرکز قدرت (یعنی محدود نمودن قدرت، ممانعت از خودکامگی و رعایت حقوق و آزادیهای بنیادین فردی و شهروندی) را به وجود و فعالیت گروه‌ها و احزاب اقلیت در کنار اکثریت و وجود یک قوه قضاییه مستقل نسبت داده‌اند. اگر چه نمی‌توان تا این حد با کاهش جایگاه این نظریه با منتقدین همراه بود، اما مسلماً "نظریه مزبور در مفهوم مضیق آن، با واقعیت موجود در نظام‌های سیاسی، حتی دموکراتیک و لیبرال، فاصله داشته است. در هر حال، نظریه تفکیک قوا در مفهوم موسع و منعطف آن، در کنار وجود اقلیت مخالف و استقلال امر قضاء، کماکان به عنوان یکی از مولفه‌های نظام‌های دموکراتیک و لیبرال باقی می‌ماند. اما، اگر تفکیک قوا را (که تا حد زیادی در حال تضعیف شدن است) یک شاخصه‌های مشروطه‌گرایی بدانیم، در کنار آن، رعایت اصل جانشینی در ارتباط میان حاکمیت و شهروندان نیز از عناصر اصلی مشروطه‌گرایی است. در واقع، رعایت این اصل، از یک سو، با تفکیک مطلق حوزه حکومتی و جامعه مدنی در یک رابطه افقی، و از سوی دیگر در رابطه فرد با اشخاص حقوق عمومی (داخلی یا فرا ملی) در یک رابطه عمودی قابل تحقق است. علاوه بر موارد یاد شده، تضمین رعایت حقوق بنیادین بشر، دیگر عنصر اساسی و تکمیل‌کننده در تحقق کامل مشروطه‌گرایی است.

### کلید واژگان

تفکیک قوا، قوه مجریه، قوه مقننه، نظام سیاسی، قانون اساسی، مشروطه‌گرایی، نظام پارلمانی، اقلیت مخالف.

۱. این مقاله:

(La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme, mythes et réalités d'une doctrine et de ses critiques)

در هفتمین کنگره حقوق اساسی که به همت انجمن فرانسی حقوق اساسی از ۲۵ تا ۲۷ سپتامبر ۲۰۰۸ در پاریس برگزار گردیده، ارائه شده است (www.afdc.fr).

\* Jean-Philippe Feldman.

استاد دانشگاه بریتانیا جنوبی فرانسه است. وی از استادان فعال در حوزه‌های حقوق عمومی و بشر و فلسفه حقوق در فرانسه است. فلدمن که وکیل دعاوی نیز هست، علاوه بر انتشار مقالات متعدد در حوزه‌های یادشده، مؤلف و همکار در کتب زیر بوده است:

Feldman J-Ph., *La bataille américaine du fédéralisme*, P.U.F., 2004; Feldman J-Ph., (préface de) *Les Ecrits politiques de Thomas Jefferson* (traduit par Gérard Dréan), Les Belles Lettres, 2006; *Les Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, sous la direction de Elisabeth Zoller Paris, P.U.F., 2000; *Dictionnaire de culture juridique*, sous la direction de Denis Alland et Stéphane Rials, Lamy, P.U.F., 2003; *Dictionnaire des droits de l'homme*, sous la direction de Joël Andriantsimbazovina et autres, P.U.F, 2009.

\*\* استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

## پیشگفتار مترجم

به‌رغم قدمت اندیشه «تفکیک قوا» در ادبیات سیاسی و حقوقی و تبدیل شدن آن به اصطلاحی کلاسیک و مفهوماً بدیهی، هنوز پرسش‌های زیادی در خصوص جایگاه و نقش واقعی آن در تبیین و تعیین شکل و ساختار و سازمان حکومت، و همچنین مدل‌ها و راهکارهای عملی آن در نظام‌های سیاسی مختلف وجود دارد. در واقع، این پرسش که این نظریه تا چه حد عملی بوده و تا چه اندازه به تحقق هدف اصلی خود در نظام‌های مختلف سیاسی (یعنی عدم تمرکز قدرت و ممانعت از خودکامگی) کمک نموده است، کماکان محل بحث و بررسی نقادانه است.

به‌طور خلاصه، در تبیین کلی مفهوم تفکیک قوا (که در مفهوم کلاسیک ابتداء توسط لاک در اواخر قرن ۱۷ و مونتسکیو در قرن ۱۸ مطرح گردید)، می‌توان آن را در تمایز میان سه کارکرد تقنینی، اجرایی و قضایی؛ ایجاد نهاد و سازمان خاص برای تصدی هر یک از آنها (قوای مقننه، اجرایی و قضاییه)؛ و بالاخره استقلال آنها از یکدیگر به منظور ممانعت از تمرکز قدرت و خودکامگی از طریق توقف قدرت با قدرت<sup>۲</sup> (همان‌گونه که مونتسکیو آن را توجیه می‌کند)، معرفی نمود. اما با عنایت به این که چنین تفکیک و استقلالی با وحدت قدرت و حاکمیت و تجزیه‌ناپذیر بودن آن منافات داشت؛ مفهوم مضیق و، به طریق اولی، مطلق آن نمی‌توانست اعمال گردد. همان‌گونه که در کتب حقوق اساسی می‌توان مشاهده نمود، در مفهوم وسیع و عملی آن، به‌رغم وجود سه قوه و تقسیم کارکردهای تقنینی، اجرایی و قضایی، نه تقسیم کارکردها مطلق بوده است و نه استقلال آنها از یکدیگر؛ و بر همین اساس، بیشتر از تعادل و همکاری میان قوا سخن گفته می‌شود.

از نقطه‌نظر تاریخی، نوعاً وجود یا عدم وجود تفکیک قوا، به عنوان یکی از شاخص‌های کلاسیک و معیار تمایز دموکراسی از دیکتاتوری تلقی می‌گردیده است. با این وجود، تفکیک قوا در مفهوم کلاسیک و مضیق آن، نه تنها در نظام‌های دیکتاتوری (به‌ویژه در رژیم‌های کمونیستی سابق بلوک شرق براساس وجود یک ایدئولوژی مشخص و اعتقاد به لزوم تمرکز قدرت و رهبری برای حرکت در جهت ایدئولوژی یاد شده و تحقق اهداف و آرمان‌های آن) مورد پذیرش نبوده، بلکه از دیر باز در بسیاری از نظام‌های لیبرال و دموکراتیک مدرن و تکثرگرا نیز عملاً وجود نداشته است. به عنوان مثال بارز آن، می‌توان به نظام‌های پارلمانی، به ویژه در انگلستان که مجلس (عوام) و کابینه عملاً یکی بوده و اعضای اصلی کابینه از نمایندگان مجلس هستند، اشاره نمود. این امر تا حدی است، که نظام‌های پارلمانی را بعضاً "نظام‌های دارای آمیختگی قوای مقننه و مجریه تلقی می‌کنند. حتی در خصوص نظام‌های ریاستی که، در کتب حقوق اساسی، آنها را مصداق مشخص‌تر تفکیک قوا می‌شمارند، این تفکیک در مفهوم کلاسیک آن وجود ندارد. مثال بارز در این خصوص نظام سیاسی ایالات متحده است. به‌رغم تصور عمومی در خصوص استقلال قوه مجریه؛ باید اذعان نمود، بدون وجود همکاری جدی اکثریت در کنگره، رییس جمهور نمی‌تواند استقلال عمل لازم را در انجام وظایف خود داشته باشد؛ و به همین دلیل است که از دست دادن اکثریت در یکی از مجالس و یا کنگره می‌تواند مشکلات جدی در حرکت قوه مجریه ایجاد نماید.

بنابراین، دموکراتیک و لیبرال بودن یک نظام سیاسی را نمی‌توان نتیجه وجود عنصر تفکیک قوا به عنوان تنها عامل و یک عنصر تعیین‌کننده در وجود و تحقق آن دانست. به عبارت دیگر، وجود و اعمال اصل تفکیک قوا در یک نظام سیاسی، به تنهایی نمی‌تواند ضامن ممانعت از خودکامگی و رعایت حقوق و آزادی‌های فرد و شهروند باشد (شرط لازم اما نه کافی). در واقع، اگر این نظریه از حیث تاریخی، و در نبود احزاب مدرن، راه حلی برای عدم تمرکز قدرت و تعادل در توزیع آن بوده است، امروزه در دولت‌های دموکراتیک، این کارکرد عملاً به عهده احزاب است؛ و وجود تقسیم

2. "Le pouvoir arrête le pouvoir".

قدرت در میان نهادها و قوای عمومی نوعاً<sup>۳</sup> تقسیم وظایف و اختیارات حکومتی است. به سخن دیگر، قوای مجریه و مقننه در مقابل یکدیگر قرار نداشته و در اکثر موارد در کنار یکدیگرند؛ و تعامل و تقابل اکثریت (دارنده دولت و مجلس) و اقلیت است که می‌تواند در پیگیری و تحقق اهداف پیش‌بینی شده در عدم تمرکز قدرت (ممانعت از خودکامگی، رعایت حقوق افراد و نظارت عملی بر اعمال اکثریت حاکم) نقش جدی و تعیین‌کننده داشته باشد. در کنار این امر، وجود یک قوه قضاییه مستقل، بی‌طرف و کارآمد نیز می‌تواند به تحقق اهداف مزبور کمک نماید.

به نظر می‌رسد، بر اساس همین نقش است که در اصلاحات اخیر قانون اساسی فرانسه (ژوئیه ۲۰۰۸) توجه خاص و محوری به موضوع نهادینه کردن نقش، فعالیت اقلیت مخالف در نظام سیاسی، و همچنین، استقلال سازمانی قوه قضاییه (از طریق کاهش نقش قوه مجریه در هدایت، اداره و انتصابات در آن) معطوف گردیده است.<sup>۳</sup>

در این نوشتار، نویسنده، به خوبی با اشاره به مفهوم کلاسیک، ضمن بررسی وضعیت فعلی این نظریه و انتقادات وارد به آن، تحولات دکترین در تبیین و برداشت از این مفهوم، راهکارهای مکمل و یا جانشین، و همچنین آینده جایگاه آن در ساختار سیاسی، بحثی تحلیلی از زوایا و ابعاد جدید ارائه نموده است.<sup>۴</sup>



---

۳. در این خصوص، نگارنده بررسی تحلیلی و تفضیلی موضوع را انجام داده، که در قالب مقاله در دست انتشار است.

۴. در انجام این ترجمه، در جهت ارائه متنی روان در عین وفاداری به متن اصلی، در برخی موارد، از ترجمه مفهومی و یا ارائه توضیحات در پاورقی کمک گرفته شده است. به‌ویژه، در مواردی (بعضاً<sup>۵</sup> به دلیل محدودیت‌های کنونی ادبیات حقوقی در این حوزه و عدم وجود معادل‌های مناسب لفظی مبین کلمه یا اصطلاح مورد نظر)، به جهت ممانعت از برداشت‌های نادرست احتمالی، با استفاده از معادل مفهومی به جای معادل لفظی، سعی در تبیین بهتر مطلب شده است.

## دکترین کلاسیک «تفکیک قوا»

طی دهه‌های متمادی، بخشی از اکثر کتب حقوق اساسی به موضوع تفکیک قوا اختصاص یافته، و آن را به‌نحو زیر معرفی نموده‌اند: در روح القوانين، از نظر مونتسکیو (ظاهراً<sup>۵</sup>)، اولین کسی است که این نظریه را بنیان نهاده<sup>۵</sup> در جهت ممانعت از خودکامگی در درون یک حکومت سه قوه مقننه، مجریه و قضاییه باید به اشخاص یا مراجع متمایز از یکدیگر واگذار گردد. در واقع، به منظور جلوگیری از اینکه شخص یا نهاد واحدی عهده‌دار قانونگذاری، اجراء و دادگستری گردد، این سه قوه باید به‌طور دقیق از یکدیگر تفکیک گردند. با دکتترین مزبور، مونتسکیو را می‌توان بنیانگذار مشروطه خواهی<sup>۶</sup> در عصر روشنگری<sup>۷</sup> دانسته، و تأثیر آن را در مجالس مؤسس در تدوین قوانین اساسی در پایان قرن ۱۸ مشاهده نمود.

در واقع، آمریکایی‌ها در استقرار رژیم ریاستی خود به مانند انقلابیون فرانسوی در تدوین اعلامیه حقوق بشر و شهروندان ۱۷۸۹ به‌طور جدی تحت تأثیر مونتسکیو بوده‌اند. در پی این امر، حقوق‌دانان اساسی نظریه تفکیک قوا را به عنوان شاخصی در جهت ارزیابی درجه آزادی در یک کشور و ماهیت رژیم سیاسی آن در نظر گرفتند. اگرچه در هر رژیم دموکراتیک و آزاد تفکیک قوا وجود دارد، اما این وضعیت به دو شکل اصلی وجود دارد: رژیم پارلمانی مبتنی بر همکاری قوا و یا تفکیک منعطف قوا و رژیم ریاستی مبتنی بر تفکیک مضیق قوا.

هرگونه بی‌توجهی به این نظریه به عنوان شاهد و شاخصی برای ضعف و خطر برای یک رژیم و نشان از خودکامگی و، از سال‌های ۱۹۱۰، مطلق‌گرایی آن می‌دهد. بی‌شک، اعتقاد به عدم وجود تفکیک قوا در نظام‌های خودکامه و به طریق اولی مطلق‌گرا، و رد تحقیر آمیز این نظریه به وسیله مارکسیست‌ها امری تکراری بوده، و به‌صورت یک ترجیح بند درآمده است.

آنچه آمد، حاصل نظریه کلاسیک تفکیک قوا در چند کلمه، به نحوی که در کتب مرجع حقوق اساسی آمده، است. در مبانی این روایت مقدس از نظریه تفکیک قوا یک مفهوم ایدئولوژیک خاص وجود دارد. به‌طور سنتی، نظریه تفکیک قوا به عنوان سلاخی در مقابل قدرت مطلق و، از عصر روشنگری، در برابر پادشاهی‌های مطلقه مطرح گردید. این نظریه عنصر سازنده اندیشه جمهوری خواهی در پایان قرن ۱۸ است. ابتدا کانت در رساله «به سوی صلح دائمی»<sup>۸</sup> انواع دولت را براساس اشخاصی که قدرت را در اختیار دارند، به خودکامگی، اریستوکراسی و دموکراسی، و همچنین مبتنی بر چگونگی حکومت بر مردم، آن را به جمهوری‌گرایی و استبداد‌گرایی تقسیم نمود. شکل دولت‌ها حسب این که دولت راسا<sup>۹</sup> و به میل خود قوانینی را که خود قبلاً آنها را به تصویب رسانده است، اجراء کند (خودکامگی) یا در درون دولت اصل تفکیک قوا، مقننه و مجریه وجود داشته باشد (جمهوری) تقسیم می‌گردد. سپس مادیسن آمریکایی

۵. ظاهراً اشاره نویسنده در این جا، ناظر به مشهورترین نظریه مدرن و مشخص تفکیک قوا است، چرا که، قبل از وی لاک انگلیسی آن را بیان نموده بود. مترجم.

۶. در خصوص اصطلاح constitutionalism در فارسی معادل‌هایی مانند، مشروطه‌گرایی، دستور‌گرایی و قانون اساسی‌گرایی مورد استفاده نویسندگان قرار گرفته است؛ که همه آنها دربردارنده مفهوم ایجاد و شناسایی قانون اساسی به منزله هنجار برتر در سلسله هنجارها در حقوق موضوعه است. در این نوشتار، از این پس، از اصطلاح رایج مشروطه‌گرایی (یا مشروطه‌خواهی) استفاده می‌گردد. مترجم.

7. Des Lumières.

8. Kant E., *Vers la paix perpétuelle. Esquisse philosophique in Id., Vers la paix perpétuelle. Que signifie s'orienter dans la pensée ? Qu'est-ce que les Lumières ? Et autres textes*, trad. Jean-François Poirier & Françoise Proust, Françoise Proust (éd.), Paris, GF-Flammarion, 1991, 2ème section, 1er article définitif, pp. 86-87.

در «فدرالیسم» به این مسئله که توأم نمودن کلیه قوای مقننه، مجریه و قضاییه در دست شخص واحد تعریف واقعی خودکامگی است اشاره می‌نماید.<sup>۹</sup>

به ویژه اینکه «تفکیک قوا» به مبنای اصلی تفکر لیبرال تبدیل می‌گردد. برای توضیح این امر کافی است به نوشته‌های فاگه توجه کرد. وی در کتاب «لیبرالیسم» می‌نویسد، تضمین حقوق بشر در تفکیک قوا یافت می‌شود. یعنی استقلال قوه مقننه نسبت به دولت، و استقلال قوه قضاییه نسبت به دو قوه دیگر. نویسنده معتقد است، تفکیک قوا تنها هنگامی واقعی است که سه قوه به وسیله اشخاص واحد (یعنی، با گرایش واحد) تعیین نگردند.<sup>۱۰</sup>

اگرچه امروزه از اهمیت نظریه تفکیک قوا کاسته شده، اما هنوز در کتب راهنمای حقوق اساسی به همان شکل مطرح می‌گردد. به رغم اینکه، این اصطلاح، به‌طور رایج از سوی حقوقدانان و سیاستمداران مورد استفاده قرار می‌گیرد، این امر مانع از وجود انتقادات، بیش از پیش، بخش بزرگی از دکترین نسبت به برداشت کلاسیک از این نظریه نشده است؛ تا حدی که منتقدین آن را «افسانه» یا به‌طور مشخص‌تر «افسانه لیبرال» نامیده‌اند (الف). این گروه به دنبال یافتن معیار و شاخصی جایگزین «تفکیک قوا» جهت تمایز رژیم‌های سیاسی و ابتدائاً «رژیم پارلمانی هستند» (ب). اگرچه این انتقادات تا حدی موجه هستند، اما کاملاً «قانع‌کننده نیستند. متأسفانه، [در] رد «افسانه تفکیک قوا»، گرایش به عدم پذیرش مبانی مشروطه‌گرایی وجود دارد (ج).

### الف) مناقشه در «افسانه تفکیک قوا»

برخی حقوقدانان اساسی، که تعدادشان در حال افزایش است، فقدان «تفکیک قوا» و یا حداقل عدم تحقق و حصول بعضی ضروریات (یعنی کامل نبودن) آن را مسلم می‌دانند (۱). آنها به این امر اکتفا نموده و در پی کاوش در ریشه‌های این نظریه در جهت نشان دادن دلایلی که از نظر تاریخی تحریف شده، و در نتیجه، ناتوان از تشریح و تبیین واقعیات موجود بوده‌اند، هستند (۲).

### ۱. تصدیق دکترین

کتب متعدد راهنمای حقوق اساسی به موضوع فاقد محتوی بودن نظریه تفکیک قوا (گاه با استناد به عدم وجود عملی آن) اشاره نموده‌اند. البته نباید تصور کرد که این انتقاد جدیدی است. از دوره بین دو جنگ جهانی، با استفاده از حقوق تطبیقی، حقوقدانان اساسی بسیاری نظریه ادعایی تفکیک قوا را مورد نقد کوبنده قرار داده‌اند. کاره دو مالبرگ، مباحثات خارجی در این مورد را در کتاب «تحلیلی بر نظریه عمومی دولت»<sup>۱۱</sup> منعکس نموده است. وی، بر خلاف بسیاری از حقوقدانان فرانسوی، بخشی از دکترین رژیم پارلمانی را براساس اجتماع میان قوه مقننه و مجریه مورد بررسی قرار می‌دهد: نه تنها این دو قوه از یکدیگر تفکیک نشده‌اند، بلکه رژیم پارلمانی آمیختگی سازمانی میان آنها است؛ و این امر «مغایر تفکیک قوا» است.<sup>۱۲</sup> در ادامه، وی دکترین دوگانگی قوا در رژیم پارلمانی را رد می‌کند. وی یک بار

9. Hamilton A, Jay J, & Madison J., *Le Fédéraliste*, trad. Gaston Jèze, Paris, Economica, 1988, n° XLVII (Madison), p. 398.

10. Faguet E., *Le libéralisme*, Paris, Coda, 2004, pp. 116, 120 & 162.

11. Carré de Malberg R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Paris, Dalloz, 2004, p. 2, n° 285, pp. 47-48.

12. Ibid., n° 294, p. 68.

دیگر یادآوری می‌کند که از نظر حقوقدانان اساسی خارجی نظام کابینه تحقق وحدت قدرت حکومت در مجالس است، به نحوی که رژیم پارلمانی اندیشه تفکیک قوا را به کنار می‌نهد.<sup>۱۳</sup>

در سال‌های ۱۹۳۰، بوریس میرکین گودزویچ، متخصص حقوق تطبیقی، پدیده اکثریت را در قلب رژیم پارلمانی قرار می‌دهد. از ۱۹۳۱ وی برتری سیاسی قوه مجریه را جوهر پارلمانتاریسم مدرن می‌داند، و دو سال بعد، این اندیشه را که بنیان پارلمانتاریسم دولت اکثریت است، را مورد تأیید قرار می‌دهد.<sup>۱۴</sup> رنه کاپیتان نیز در سال ۱۹۳۴ در کتاب «اصلاح پارلمانتاریسم» تصریح می‌کند: «رژیم پارلمانی در نقطه مقابل تفکیک قواست»<sup>۱۵</sup>. اما این جورج وودل است که بر عدم درک سنتی از تفکر مونتسکیو و، بر این اساس، از رژیم پارلمانی تکیه می‌کند. از ژوئیه ۱۹۵۸ در مجموعه مقالات مشهور خود در روزنامه *لوموند*، وی با دکترین کلاسیک در چند سطر عصبی مآب، که شایان ذکر است، تسویه حساب می‌کند: «...» به چشم‌انداز زیبای اولیه بر تفکیک قوا اعتماد نکنیم. اگر مونتسکیو واقع‌بین بوده و نظاره‌گر تیزبین حیات سیاسی عینی بود، و اگر از جزمی‌گرایی‌هایی که پیروانش به نام وی در این نظریه داشتند، آگاهی یافته بود، در قبر از نظرش برمی‌گشت. تفکیک قوا منطبق با لفظ وجود ندارد. چهل سال است که پرفسور وودرو ویلسون به تشریح روند توقف‌ناپذیر چانه‌زنی‌ها، سازش‌ها و پارلمانتاریسم راه‌روها می‌پردازد، که رییس جمهور آمریکا در آن در مقابل کنگره متعهد می‌گردد»<sup>۱۶</sup>.

## ۲. تبارشناسی انتقادی تفکیک قوا

نویسندگانی که از سال‌های ۱۹۳۰ به رد افسانه تفکیک قوا پرداخته‌اند، در جهت تبیین ریشه‌های آن و دلایل عدم تطابق آن با واقعیت‌ها و اسباب جذب کارکرد تقنینی در کارکرد اجرایی، بر داده‌های تاریخی تأکید می‌نمایند. نویسندگان مؤخر در خصوص ارزیابی آن به عنوان افسانه لیبرال، که هم از مد افتاده و هم مورد مناقشه است، تردید نمی‌نمایند. در ۱۹۳۳ رنه کاپیتان در مقایسه رژیم‌های پارلمانی توضیح می‌دهد که از نظر تاریخی سلطنت مطلقه به سلطنت محدود، یا تفکیک قوا تنزل یافته؛ و تفکیک قوا جای خود را به رژیم پارلمانی داده است. بنابراین، تفکیک قوا رژیم ساده در میان رژیم‌های سیاسی است که جای خود را به رژیم پارلمانی داده؛ و منطقیاً «دولت [ناشی از] مجلس»<sup>۱۷</sup> نقطه تکامل این تحول است. بر همین اساس، یک رژیم پارلمانی منطقیاً نمی‌تواند رژیم تفکیک قوا تلقی گردد، برای اینکه، آنها دو رژیم سیاسی متوالی هستند<sup>۱۸</sup>. کلسن در کتاب «دموکراسی» با تأکید بر ویژگی ضد دموکراتیک آن از «اعتقاد تفکیک قوا»<sup>۱۹</sup> سخن گفته است. وی این جزمیت را «هسته ایدئولوژی سلطنت مشروطه» می‌داند. در واقع، این

13. Ibid., n° 295, p. 74.

14. Mirkine-Guetzévitch B., « L'exécutif dans le régime parlementaire », R.P.P, 1931, p. 158 & «La révision constitutionnelle », loc. cit., 1933, p. 347 cités in Stéphane Pinon, « Boris Mirkine-Guetzévitch et la diffusion du droit constitutionnel », Droits, n° 46, 2007, pp. 206 & 211.

15. Capitant R., « la réforme du parlementarisme » in Id., *Ecrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2004, p. 327.

16. Vedel G., «La Constitution de 1958», *Le Monde*, 19 juillet 1958 in Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la Ve République, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958. Volume V. Commentaires sur la Constitution (1958-1959)*, Paris, La Documentation Française, 2001, p. 345.

17. Gouvernement d'assemblée.

18. Capitant R., « Régimes parlementaires » in Id., op. cit., p. 306.

19. Dogme de la séparation des pouvoirs.

نظریه به این دلیل اعتقادی غیر دموکراتیک است که به پادشاه، که نیمی از قدرت خود (قانونگذاری) را به سبب جنبش دموکراتیک از دست داده است، کماکان اجازه می‌دهد به اعمال قدرت خود در قلمرو اجرای قوانین بپردازد.<sup>۲۰</sup>

اسباب تاریخی جذب شدن کارکرد تقنینی در کارکرد اجرایی در رژیم‌های پارلمانی کدامند؟ آنها اشکال مختلفی دارند؛ اما دو سبب غالب وجود دارد. در ابتداء رشد عمیق مداخله‌گرایی دولتی در قرن بیستم که به انتقال صلاحیت‌های پارلمان به قوه مجریه انجامید، امری که به عنوان انجام بهتر اعمال در موارد اضطراری و انجام وظایف پیچیده وسیله قوه مجریه با حفظ نظارت کلی بر اعمال سیاست‌های عمومی ارزیابی می‌گردید.<sup>۲۱</sup> سپس رشد پدیده گروه‌گرایی که به ایجاد احزاب سیاسی بیش از پیش متمرکز گردیده، و منجر به از میان رفتن شفافیت در تمایز میان حزب اکثریت در مجلس (یا مجلسین) و دولت گردیده است.<sup>۲۲</sup>

اسباب جذب قوه مقننه به وسیله قوه مجریه به درک دلایل تاریخی عدم تطابق نظریه تفکیک قوا با واقعیات کمک می‌نماید. مونتسکیو با این نظریه خطرات سلطنت مطلق را هدف قرار داده بود. و پیروان وی با استفاده از «روح القوانین» قصد داشتند، به هر قیمتی، مطلق‌گرایی سلطنتی را مقهور سازند. بنابراین، از اواخر قرن ۱۸ و به‌ویژه قرن بیستم، تحولات دموکراتیک منجر به جانشینی حاکمیت‌ها به جای یکدیگر - حاکمیت مردم یا ملت جانشین حاکمیت پادشاه - گردید، اما این امر نه به معنی تعیین چارچوب حاکمیت بوده و نه اختصاص به آن داشته است. بنابراین، موضوع محدود کردن حاکمیت پادشاه خارج از بحث بود.<sup>۲۳</sup> به علاوه، نظریه مونتسکیو در عصری طرح‌ریزی شده بود که احزاب سیاسی در مفهوم مدرن آن وجود نداشتند. در اکثر موارد فراقسیون‌ها با ترس پدیدار می‌شدند، و به تدریج، در پی تحلیل‌های دیوید هیوم و پس از وی مادیسون در «فدرالیست‌ها»، بود که پدیده تحزب وارد حقوق اساسی گردید. بر همین اساس، دموکراسی‌های مدرن و معاصر تبدیل به دموکراسی‌های حزبی (همان‌گونه که کلسن تمایل داشت) به نحوی که یک حزب یا گروه ریاست مجالس و دولت را عهده‌دار گردد، می‌شود.<sup>۲۴</sup>

با این اوصاف، چه چیزی از نظریه تفکیک قوا باقی می‌ماند؟ بسیاری از نویسندگان معتقدند، تنها قاعده باقیمانده عبارت است از استقلال قوه قضاییه.<sup>۲۵</sup> این امر در رویه شورای قانون اساسی نیز دیده می‌شود. همچنان که در تصمیمات ۲۳ مه ۱۹۷۹ و ۲۲ ژوئیه ۱۹۸۰، شورا اصل تفکیک قوا را هم ارز اصول قانون اساسی قرار می‌دهد. شورا در تصمیمات ۲۸ ژوئیه ۱۹۸۹ و ۲ مارس ۲۰۰۴، حتی به «مفهوم فرانسوی تفکیک قوا» استناد نموده است.<sup>۲۶</sup>

مفهوم فرانسوی تفکیک قوا چیست؟ این مفهوم در روابط میان قوه مجریه و امر قضا<sup>۲۷</sup> قرار می‌گیرد. به علاوه، از نظر «مشروطه‌گرایی چپ»<sup>۲۸</sup> تفکیک قوا یک افسانه لیبرال است. در این مورد، به ذکر دو مثال اکتفا می‌گردد: از نظر

20. Kelsen H., La démocratie. Sa nature. Sa valeur, trad. Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 2004, p. 92.

21. Chagnollaud D., Droit constitutionnel contemporain. Tome 1 Théorie générale. Les régimes étrangers, Paris, Dalloz, 5ème éd., 2007, pp. 125 et ss.

22. Ibid., p. 133.

23. Ibid., p. 137.

24. Ibid., p. 138; V., également, Pierre Pactet & Ferdinand Mélin-Soucranamien, Droit constitutionnel, Paris, Sirey, 26ème éd., 2007, p. 107.

25. V. Elisabeth Zoller, Droit constitutionnel, Paris, P.U.F., 1998, p. 301.

26. V. Pierre Pactet & Ferdinand Mélin-Soucranamien, *op. cit.*, p. 108.

۲۷. شایان ذکر است، در حقوق فرانسه، حداقل از حیث نظری، ملهم از اندیشه‌های مونتسکیو، قوه قضاییه به عنوان یک قوه هم ارز با دو قوه دیگر مورد پذیرش واقع نشده است. بر همین اساس، در قانون اساسی نیز در سر فصل مربوط به امر قضا، به جای اشاره به «قوه قضاییه» به «مقام قضایی» تصریح شده است. مترجم. در این خصوص نگاه کنید به: یآوری، اسدالله، قوه یا مقام قضایی (ترجمه از فرانسه)، مجله حقوق اساسی، ش ۱، ۱۳۸۲.

کارلوس میگوئل پیمانتل، تفکیک قوا که مفهومی خالی از هرگونه محتوی بوده، تبدیل به بزرگ‌ترین افسانه حقوق اساسی مدرنیته لیبرال و اصلی مقدس برای کلیه سنن حقوقی دارای این گرایش، شده است.<sup>۲۹</sup> آرمل لو دیولک در « دولت پارلمانی در آلمان»، اصل تفکیک قوا یا تقسیم قوا را نوعی جزمیت تلقی کرده است. از نظر وی، اندیشه تعادل میان قوا به عنوان «نوعی هارمونی در نظریه حقوق اساسی» تلقی می‌گردد.<sup>۳۰</sup> بنابراین، با قراردادن تفکیک قوا به مثابه بنیان اصلی نظریه رژیم‌های سیاسی، دکتترین، نوعی عدم درک از پارلماناریسم را آشکار می‌نماید.<sup>۳۱</sup> بر این اساس و با توجه به اینکه تفکیک معیار مناسبی برای طبقه‌بندی انواع رژیم‌های سیاسی نیست، این بخش از دکتترین فرانسوی معاصر در جستجوی یافتن یک معیار جانشین است.

## ب) جستجوی معیار جانشین برای تفکیک قوا

نویسندگانی که «افسانه لیبرال تفکیک قوا»<sup>۳۲</sup> را رد می‌کنند، این امر که این نظریه معیار مناسبی برای تقسیم‌بندی رژیم‌های سیاسی نیست را تأیید می‌نمایند. این گروه سعی خود را بر تمرکز توجه به رژیم پارلمانی و تعریف آن معطوف می‌دارد (۱). از نظر آنها رژیم پارلمانی مبتنی بر ویژگی همکاری قوا نیست، بلکه ویژگی اصلی آن درهم آمیختگی قوه مقننه و مجریه است. در واقع، به جای تقسیم این کارکردها (که جهت بهبود مفهوم مزبور مورد اشاره دکتترین کلاسیک قرار گرفته)، گفتگوی میان اکثریت و اقلیت مخالف جایگزین آن می‌گردد (۲).

### ۱. تعریف رژیم پارلمانی

این واقعیت که رژیم پارلمانی نمی‌تواند به عنوان نظام تفکیک قوا تلقی گردد، موضوعی نیست که مربوط به اواخر قرن بیستم باشد. از دوره میان دو جنگ جهانی، نویسندگان فرانسوی بسیاری، مبتنی بر گرایش تطبیقی، این امر را که رژیم پارلمانی چیزی غیر از تفکیک قواست، تأیید می‌نمایند. کاره دو مالبرگ با ترکیب نظرات نویسندگان خارجی (که مطابق آن رژیم پارلمانی ضامن نزدیکی دائمی و هماهنگی تنگاتنگ میان قوای مجریه و مقننه است) معتقد است که دو کارکرد تقنین و اجراء قانون موضوع یک آمیختگی سازمانی قرار می‌گیرد.<sup>۳۳</sup> در ۱۹۳۴ رنه کاپیتان در «اصلاح پارلماناریسم» اشاره می‌کند که قوه مقننه، مانند قوه مجریه، تبدیل به یک «قوه حکومتی»<sup>۳۴</sup> شده و اینکه «زاماداری» [همان] قانونگذاری است.<sup>۳۵</sup> در این خصوص، نویسندگان به بازگشت مفهومی عارض شده بر مفهوم کلاسیک قوه مجریه اشاره می‌کنند. در واقع، اصطلاح «قوه مجریه» مناسب نیست، زیرا، وظایف مربوط به کارکرد اصطلاحاً «اجرائی دیگر محدود به اجرای قوانین – همان‌گونه که هرگز نبوده است – نیست.

28. Constitutionnalisme de gauche.

29. Pimentel C-M., «Le sanctuaire vide : la séparation des pouvoirs comme superstition juridique ?», Pouvoirs, n° 102, 2002, pp. 119 & 121.

30. Le Divellec A., Le gouvernement parlementaire en Allemagne. Contribution à une théorie générale, Paris,

31. Ibid., n° 422, p. 567.

32. Mythe libéral de la séparation des pouvoirs.

33. Carré de Malberg R., op. cit., pp. 47-48.

34. Pouvoir gouvernemental.

35. Gouverner, c'est légiférer.

36. Capitant R., « La réforme du parlementarisme » in Id., op. cit., p. 327.



در کتاب « راهنمای مقدماتی حقوق اساسی » جورج وودل با تأیید این امر که اصطلاح « قوه مجریه » برای صلاحیت‌های این قوه کافی نیست، به جای آن، سخن گفتن از « قوه حکومتی »<sup>۳۷</sup> را بهتر می‌داند<sup>۳۸</sup>. سه سال پس از آغاز جمهوری پنجم، به زعم پل‌گودمه، این « یک قوه حکمرانی »<sup>۳۹</sup> است که کشور را اداره می‌نماید<sup>۴۰</sup>، و این قوه برای انجام این کار، نه تنها « اداره » به مثابه قوه مجریه کلاسیک، بلکه قدرت صدور قواعد تقنینی (جهت به اجراء درآوردن سیاست‌های اتخاذ شده) را نیز در دست دارد. خلاصه، دولت تصمیم می‌گیرد، اداره می‌کند و قانونگذاری می‌نماید<sup>۴۱</sup>.

در زمان مذاکرات قانون اساسی در سال ۱۹۵۸ در یکی از مباحثات ماه ژوئیه، مجلس مؤسسان در طرح این ادعا که « در عرصه سیاسی فرانسه میانه قرن بیستم تفکیک کارکردهای تقنینی و اجرایی بی‌معنی است » تردید نمی‌کند؛ سپس به صراحت اضافه می‌کند « حکمرانی، وضع مقررات با قلمرو عام است، یعنی، در مفهوم مادی، تقنین است. »<sup>۴۲</sup>

الیزابت زولر معتقد است، بر خلاف رژیم اصطلاحاً « ریاستی که مبتنی بر بی‌اعتمادی و تردید میان قواست، رژیم پارلمانی بر اعتماد متقابل میان قوا استوار است »<sup>۴۳</sup>. بر این اساس، مفهوم اصل مسئولیت سیاسی دولت تغییر می‌کند: این مفهوم دیگر، عبارت از گرفتن قدرت از قوه مجریه نیست، بلکه پاسخگویی عمومی آن در مقابل سیاست‌هایش است<sup>۴۴</sup>. در کتاب « دولت پارلمانی در آلمان » آرمل لو دیولک به نحو تفصیلی مبانی رژیم پارلمانی را آشکار می‌نماید. وی بر نظر مشهور والتر باجهوت که بر اساس آن قانون اساسی انگلیسی<sup>۴۵</sup> بر ویژگی « اتحاد تنگاتنگ » و آمیختگی تقریباً « کامل قوه مجریه و مقننه مبتنی است، تأکید می‌نماید. بر خلاف نظر رایج، منطق نهادی دولت پارلمانی همبستگی توأمان سازمانی و کاربردی پارلمان و دولت است<sup>۴۶</sup>.

بر اساس سخنان خردمندانه شاتوبریان، رژیم پارلمانی دولت را تبدیل به طلبکار پارلمان نموده، اما به‌طور همزمان کارکرد هدایت و حتی تفوق را به پارلمان می‌دهد<sup>۴۷</sup>. پارلمان حکومت می‌کند، اما این کار را اساساً به واسطه دخالت کابینه انجام می‌دهد<sup>۴۸</sup>. مطابق نظر نویسنده، نظام پارلمانی، رژیمی است که زدن حرف آخر را به پارلمان داده، و از دولت توأمان یک خادم و، به‌نحو بالقوه، ارباب می‌سازد<sup>۴۹</sup>. آرمل لو دیولک نتیجه می‌گیرد « مشخصه نظام پارلمانی می‌تواند بر یک ساختار حقوقی همبستگی و منطق تکمیل‌کنندگی قوای مجریه و مقننه و وحدت سیاسی میان آنها مبتنی

---

37. Pouvoir gouvernemental.

38. Georges Vedel, Manuel élémentaire de droit constitutionnel, Paris, Dalloz, 2002, p. 160.

39. Pouvoir d'action.

۴۰. در این جا به نظر می‌رسد، منظور نویسنده وجود قوه‌ای است که عملاً « با اتحاد و آمیختگی قوای مجریه و مقننه تشکیل و کشور را اداره می‌کند.

41 Gaudemet P., «La séparation des pouvoirs. Mythe et réalité », Recueil Dalloz, 1961, chron. XXIII, p. 124.

42 Archives Solal-Céligny, «Note relative à la séparation des pouvoirs et à la fonction législative (vers le 2 juillet 1958)» in Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la Ve République, Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958. Volume I, Paris, La Documentation Française, 1987, p. 333.

43. Zoller E., op. cit., p. 298.

44. Ibid., p. 300.

۴۵. در این جا منظور مجموعه اصول و قواعد بنیادینی است که اساس حقوق عمومی و اساسی انگلستان بر آن مبتنی است. مترجم.

46. Le Divellec A., op. cit., n° 38, p. 59 & n° 39, p. 62.

47. Ibid., n° 245, pp. 350-351.

48. Ibid., n° 283, p. 394.

49. Ibid., n° 246, p. 351.

گردد»<sup>۵۰</sup>. استاد وودل در سپتامبر ۱۹۵۸ اعلام نمود که رژیم پارلمانی مبتنی بر تفکیک قوا نبوده، بلکه بر وحدت قدرت استوار است.

## ۲. آمیختگی قوای مقننه و مجریه، و گفتگوی میان اکثریت و اقلیت مخالف

از ۱۹۵۸، پس از اطمینان از اینکه «تفکیک قوا» (خواه در ایالات متحده، خواه در انگلستان) وجود نداشته است؛ استاد وودل مشاهده می‌کند که از عصر ویکتوریا در انگلستان «دیالوگ میان اکثریت و اقلیت مخالف جانشین آن [یعنی تفکیک قوا] شده است»<sup>۵۱</sup>. سی سال بعد، وی مشاهدات مزبور را به فرانسه تعمیم می‌دهد؛ از نظر وی تفکیک واقعی در دو سوی دریای مناش [یعنی در انگلستان و در فرانسه] «میان قدرت اکثریت، که به تنهایی قوای مقننه و مجریه را در اختیار دارد، و اقلیت مخالف» است<sup>۵۲</sup>. این نظر تنها در میان حقوقدانان مطرح نبوده است. در ۱۹۵۱، موریس دو وورژه، در کتاب پیشگام خود «احزاب سیاسی»، بر خلاف نظر ابتدایی، حزب واحد و دوگانگی احزاب را در کنار هم قرار می‌دهد<sup>۵۳</sup>. در واقع، هر نظامی بر احزاب حاکم بوده (تک حزبی یا دو حزبی)، در هر حال گرایش بر تمرکز قدرت وجود داشته است. در انگلستان حزب اکثریت امتیازات اساسی قوای مقننه و مجریه را توأمًا در اختیار می‌گیرد. البته، دو نظام تک حزبی و دو حزبی، براساس اینکه در دومی، نوعی دوگانگی محدودکننده قدرت وجود داشته و اقلیت مخالف را وارد می‌نماید، از نظام تک حزبی متمایز می‌گردد.

در هر حال، یک پرسش باقی می‌ماند. آیا تفکیک اکثریت-اقلیت مخالف در تمام رژیم‌های سیاسی قابل اعمال است؟ به عبارت دیگر، آیا این معیار قابل اعتمادی برای جایگزینی تفکیک قوا به عنوان معیار طبقه‌بندی رژیم‌های سیاسی است؟ برای پاسخ به این پرسش مناسب است به نظام بسیار خاص جمهوری پنجم فرانسه مراجعه شود. در آنچه که مربوط به قانون اساسی ۱۹۵۸ است، لازم است دو دوره از هم متمایز گردد. در وضعیت عادی، اکثریت مربوط به ریاست جمهوری، که مبتنی بر آمیختگی میان رئیس جمهور، دولت و اکثریت پارلمان (یا حداقل مجلس ملی) است، در مقابل اقلیت مخالف قرار می‌گیرد. در دوره همزیستی میان دو جریان سیاسی مخالف [در پست‌های ریاست جمهوری و نخست وزیری]<sup>۵۴</sup> یک طرح کلاسیک‌تر از نظام پارلمانی آنگلوساکسون یا اروپای قاره‌ای دیده می‌شود. مطابق این طرح، اکثریتی که پارلمان (یا حداقل مجلس ملی) و به تبع آن ترکیب دولت را می‌سازد، در مقابل اقلیت مخالفی قرار می‌گیرد، که ویژگی‌اش نوعاً "حضور رئیس جمهور، به عنوان رهبر حزب اصلی مخالف، در راس آن است.

در مورد رژیم به اصطلاح ریاستی اعمال معیار اکثریت-گروه مخالف دشوارتر به نظر می‌رسد. در واقع، همان‌گونه که نظام منعطف احزاب در ایالات متحده وجود دارد، جریانی میان عملکرد رئیس جمهور، کنگره و قوه قضاییه وجود دارد. مطابق این نظام، اولاً "در کنگره اکثریت و اقلیت دارای مرزبندی مشخصی نبوده، و مرزهای میان احزاب

50. Ibid. , n° 422, p. 568.

51. Vedel G., « La Constitution de 1958 », Le Monde, 19 juillet 1958 in Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la Ve République, op. cit., vol. V, p. 345.

52. Georges Vedel in Association française des constitutionnalistes, La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989. Journées d'études des 16-17 mars 1989, Aix-en-Provence, P.U.A.M., /Economica, 1990, p. 148.

53. Duverger M., Les partis politiques, Paris, Armand Colin, 1976, pp. 515 ss.

۵۴. در فرانسه، منظور، زمانی است که گرایش حاکم بر دولت (به رهبری نخست وزیر و ناشی از داشتن اکثریت در پارلمان از سوی حزب نخست وزیر) با گرایش سیاسی رئیس جمهور یکی نیست. امری که در ایران نیز، به رغم نبود تقسیم‌بندی حزبی قابل مقایسه، تا قبل از اصلاحات قانون اساسی ۱۳۵۸ و حذف پست نخست وزیری تا حدی وجود داشت. مترجم.

نفوذناپذیر نیستند؛ ثانیاً" نه در مجلس نمایندگان و نه در سنا اکثریت مشخص حامی رییس جمهور وجود ندارد. از ملاحظات این چند سطر می‌توان نتیجه گرفت که نقد بر «افسانه تفکیک قوا» به‌طور کامل قانع‌کننده نیست.

### ج) بن‌بست‌های نقد «افسانه»

نقد وارد بر نظریه تفکیک قوا و افسانه تلقی نمودن آن تا حدی توجیه‌پذیر است. پرسش باقیمانده، عبارت است از اینکه آیا «تفکیک قوا» هنوز دارای مابازاء مفهومی هست، و آیا هنوز فایده‌ای بر آن مترتب است؟ این امر که یک نظریه مطابق واقعیت نبوده، و یا متد آن شکست خورده است، به معنی این نیست که اهداف واضعان و معتقدان به آن نایجا بوده است. منتقدان تفکیک قوا که آن را به عنوان افسانه می‌خوانند، وجود یک «قوه حکومتی» را در رژیم‌های پارلمانی تأیید می‌نمایند. به رغم اینکه، اکثریت از این امر نگران نبودند، اما خطرات این قوه جدید در تحلیل‌های آنها نمایان بود. هنگامی که در ۱۹۳۴ رنه کاپیتان این امر که در حکومت مدرن، قوه مقننه در دست دولت است، را مطرح نموده، و نتیجه می‌گیرد که در قرن بیستم، دیگر این پارلمان نیست که قانونگذاری می‌کند<sup>۵۵</sup>؛ و با عنایت به اینکه به کمک قوانین است که کشور اداره می‌شود (از صنعت حمایت می‌گردد، حقوق گمرکی افزایش و کاهش می‌یابد، فعالیت‌های صندوق‌های حمایتی و بیمه‌های اجتماعی تشویق شده و یا اجباری می‌شود)، جای نگرانی وجود دارد.

نقد مبتنی بر افسانه تلقی نمودن نظریه تفکیک قوا غالباً "محصور در چارچوب مفهوم پوزیتیویستی حقوق است. عدم کفایت تفکیک قوا از قرن ۱۹ از سوی نویسندگان لیبرال مورد توجه بوده است (۱). این نویسندگان با تمایل نسبی، سعی در یافتن راهکاری برای این کمبود داشته‌اند (۲).

### ۱. عدم کفایت «تفکیک قوا»

آرمل لو دیولک مدعی است، «مشروطه‌گرایی لیبرال مدرن کاملاً» بر اساس اصل تفکیک (یا بهتر «تقسیم») قوا استوار شده است، و در حد یک جزمیت حقیقی ارتقاء یافته است<sup>۵۶</sup>. این نقطه نظر مورد مخالفت نیز قرار گرفته است. از ابتدای قرن ۱۹ بنجامین کنستانت، به روشنی محدودیت‌های تفکیک قوا را درک نموده بود. کارل اشمیت، متخصص حقوق فرانسه، نیز متوجه این امر بود. فون هایک، به سهم خود، در سال‌های ۱۹۷۰ شکست مشروطه‌گرایی کلاسیک را با جدیت مطرح نموده بود. مسلماً "کنستانت به نحو سنتی از ضرورت تقسیم قوا به عنوان ضامن آزادی دفاع نموده<sup>۵۷</sup>، و قوه مقننه را در رأس قوا قرار داده بود<sup>۵۸</sup>؛ اما وی معتقد به یک برداشت انعطاف‌ناپذیر از تفکیک قوا نیست، زیرا، از نظر وی برای اینکه تقسیم قوا تبدیل به یک فاجعه نگردد، قوه مجریه باید دارای حق وتو باشد<sup>۵۹</sup>. به‌ویژه، وی به نحو شاخصی ضرورت تقسیم قوا، و اما عدم کفایت آن را می‌پذیرد. در کتاب‌های «اصول سیاست قابل اعمال بر کلیه دولت‌های نمایندگی» و «درس‌های سیاست مشروطه» کنستانت، این موارد به‌طور یکسان دیده می‌شود: «شما به زیبایی قوا را تقسیم نموده‌اید: اگر مجموع کل قدرت نامحدود است، قوای تقسیم شده تنها تشکیل‌دهنده یک مجموعه هستند و درمانی برای

55. Capitant R., «La réforme du parlementarisme» in *Id.*, *op. cit.*, pp. 327-328 & 335.

56. Armel Le Divellec A., *op. cit.*, n° 37, p. 58.

57. Constant B., *Cours de politique constitutionnelle in Id.*, *Cours de politique constitutionnelle*, J.P. Pagès (éd.), Bruxelles, Société Belge de Librairie, 3ème éd., 1837, p. 5.

58. *Id.*, *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, Henri Grange (éd.), Paris, Aubier, II, III, p. 151.

59. *Id.*, *Cours de politique constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 5.

خودکامگی نیست. آنچه که برای ما مهم است، این نیست که حقوق‌مان به وسیله یک قوه یا قوه‌ای دیگر قابل نقض نباشد؛ بلکه، مهم این است که چنین نقضی برای همه قوا ممنوع باشد»<sup>۶۰</sup>.

اگرچه درک کارل اشمیت، مفسر آثار کنستانت، از لیبرالیسم سطحی است، اما وی این امر را که یک قانون اساسی لیبرال متضمن دو اصل است به روشنی بیان می‌کند. مسلماً "یک اصل سازماندهی که در درون نظریه تفکیک است، وجود دارد. اما این اصل تنها در خدمت اعمال اصل توزیع قدرت است. به این معنی که، با عنایت به اینکه قلمرو آزادی فردی عنصری مسبوق به دولت است، این آزادی اصولاً" نباید محدود باشد<sup>۶۱</sup>. در این طرح کلی، به همان نسبت که تفکیک قوا یک سازماندهی تاریخی عینی نیست، یک شماء نظری (که تدوین آن روشن‌کننده اصل سازماندهی باشد) نیز نیست<sup>۶۲</sup>.

در مقدمه جلد اول کتاب «حقوق، قانونگذاری و آزادی» فون هایک، مشروطه‌گرایی را به مانند دولتی محصور در محدودیت‌ها تعریف می‌کند. وی شکست «تفکیک قوا»ی مورد نظر مونتسکیو و مؤسسان قانون اساسی آمریکا (به عنوان تضمین نهادینه برای آزادی فرد) را نشان می‌دهد. در واقع، دولت‌ها از طریق قوانین اساسی قدرتی را به دست آورده‌اند که تمایل به اعطاء آن به آنها وجود نداشته است<sup>۶۳</sup>.<sup>۶۴</sup> دلایل این شکست کدامند؟ این دلایل اساساً مبتنی بر توسل به قوه مقننه برای تجویز الزام و اجبار، و بر رجوع به کارکردهای دولتی که وسیله مجالس قانونگذاری اعمال می‌شوند، هستند<sup>۶۵</sup>. همچنین بر خلاف نظر رایج، لیبرال‌ها از ابتدای قرن ۱۹ بر عدم کفایت تفکیک قوا آگاه بوده و سعی در یافتن راه حل داشته‌اند.

## ۲. راهکارها برای عدم کفایت نظریه

بنجامین کنستانت این عدم کفایت را تأیید می‌کند. تقسیم قدرت ضروری اما ناکافی است. قدرت از طریق تقسیم آن، و از طریق ترکیب ماهرانه و در تقابل و تعادل قرار دادن بخش‌های مختلف آن، قابل محدود شدن است. اما این کافی نبوده، و مجموع کل قدرت نیز نباید نامحدود باشد. اولین پرسش، منطقاً، عبارت است از موضوع «حاکمیت مردمی»، که ضرورتاً، نباید محدود باشد. خلاصه، «پیش از سازماندهی هر چیز، باید ماهیت و قلمرو آن را تعیین نمود»<sup>۶۶</sup>. چطور می‌توان حاکمیت را محدود نمود؟ کنستانت، به‌طور خلاصه، دو پاسخ به این پرسش می‌دهد: محدودیت حاکمیت، در درجه اول، با افکار عمومی تضمین می‌گردد؛ یعنی «قدرتی که ضامن کلیه حقایق مورد شناسایی است». در درجه بعد، «از طریق توزیع و تعادل قدرت» این محدودیت اعمال می‌گردد<sup>۶۷</sup>. بسیار شگفت‌انگیز است که نویسنده

---

60. *Ibid.*, « Développements », I, p. 69 ; *id.*, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France in Id., Ecrits politiques*, Marcel Gauchet (éd.), Paris, Gallimard, 1997, p. 317.

61. Schmitt C, *Théorie de la Constitution*, trad. Lilyane Deroche, Olivier Beaud (éd.), Paris, P.U.F., 1993, pp. 264-265.

62. *Ibid.*, p. 325.

63. Hayek F A. , *droit, législation et liberté. Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique. Volume I Règles et ordre*, trad. Raoul Audouin, Paris, P.U.F., 2ème éd., 1985, p. 1.

۶۴. نویسنده، در این جا، سعی در تبیین این امر که اعمال تفکیک قوا نمی‌تواند به تنهایی و ضرورتاً ضامن رعایت و حفظ آزادی‌ها در مقابل قدرت حاکمه باشد، نموده است. مترجم.

65. *Ibid.*, pp. 2 & 155 s.

66. Constant B., *Principes...* in *Id., Ecrits politiques*, op. cit., p. 320.

67. *Ibid.*, p. 321.

از گفتن آمریکایی - که به خوبی آن را می‌شناسد- و آنچه که عبارت است از فدرالیسم یا نظارت بر مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی، الهام نگرفته است. اگر وی، در اینجا و جاهای دیگر، به این موارد اشاره نمی‌نماید، به این دلیل است که وی هرگز این راه‌حل‌ها را برای رژیم - جمهوری یا سلطنتی - که در فرانسه به آن تمایل داشت، به طور مطلق توصیه ننموده بود.

رہیافت‌های هاپک برای عدم کفایت «تفکیک قوا»، خود به حذف دلایل ارائه شده برای شکست این نظریه می‌انجامد. در مقدمه جلد اول «حقوق، قانونگذاری و آزادی» نویسنده اتریشی از انحراف قانونگذاری و، از یک سو، استفاده از آن به عنوان ابزار الزام و اجبار کردن؛ و از سوی دیگر، آمیختگی دو مأموریت (اعلام «قواعد رفتار صحیح»<sup>۶۸</sup> و هدایت دولت) در دست‌های مجالس نمایندگی، به شدت شکوه می‌نماید. بنابراین، این موضوع که یک نهاد نمایندگی واحد، خود قواعد را مقرر نموده و دولت را اداره کند به منزله تغییر شکل تدریجی نظم خود ساخته<sup>۶۹</sup> (یا طبیعی و غریزی) به نظم خودکامه است. در جلد سوم همین کتاب، هاپک ویژگی‌های عمومی یک قانون اساسی لیبرال را، که مشخصه آن تفکیک کارکردها در درون یک پارلمان دو مجلسی است، نشان می‌دهد: یک مجلس قانونگذاری که به منظور مقرر نمودن قواعد رفتار صحیح، و همزمان یک مجلس دولتی<sup>۷۰</sup> - اصطلاحی که جلب توجه می‌کند - جهت اعمال این قواعد<sup>۷۱</sup>.

بر همین منوال، و به دور از تلقی مرگ دکترین کلاسیک تفکیک قوا، وی آن را بازتعریف می‌کند. نویسنده، نکته به نکته، استدلالات مخالفین فعلی نظریه تفکیک قوا را رد می‌کند. در مرحله اول، وی شدیداً<sup>۷۲</sup> بر این امر که «حکومت کردن غیر از قانونگذاری است» تأکید می‌نماید. در مرحله بعد، از نظر وی، مسلماً<sup>۷۳</sup> تفکیک قوا مفهوم اولیه خود را حفظ می‌کند: هرگونه الزام از سوی دولت باید از ناحیه یک قاعده عمومی رفتار صحیح، که وسیله یک نهاد مشتق [از قانون اساسی] به تصویب رسیده است، مجاز شمرده شده باشد. این قاعده عمومی ضامن اهداف مقطعی دنبال شده به وسیله دولت نیست<sup>۷۳</sup>.

---

68. Règles de juste conduite.

69. Ordre spontané.

70. Assemblée gouvernementale.

71. Id., Droit, législation et liberté. Une nouvelle formulation des principes libéraux de *justice et d'économie politique*. Volume 3 *L'ordre politique d'un peuple libre*, trad. Raoul Audouin, Paris, P.U.F., 1983, pp. 124 & 133 s.

72. *Ibid.*, p. 27.

73. *Ibid.*, p. 30.

## نتیجه گیری

آیا مشروطه‌گرایی با وجود آمیختگی کارکردهای قانونگذاری و اجرایی قابل تصور است؟ به سخن دیگر، آیا کارکرد «دولتی»<sup>۷۴</sup> با یک نظام آزادی سازگار است؟ آیا ممکن است تفکیک قوای معاصر، تنها به وسیله کارکرد قضایی و یا یک اقلیت مخالف تضمین گردد؟ خطری که از رودروی میان کارکرد اصطلاحاً "دولتی با کارکرد قضایی باقی می ماند عبارت است از برتری قوه دولتی (به عنوان دارنده مشروعیتی برتر) نسبت به قوه قضاییه (مشروعیتی که حتی می توان قوه قضاییه را فاقد آن دانست). در مواردی که یک تصمیم نهاد صیانت از قانون اساسی نامناسب و یا نابجا تلقی گردد، همواره می تواند از طریق اصلاح قانون اساسی بلااثر گردد. اما، مخالفت اصلی با تقسیم دوگانه قوا (کارکرد دولتی و کارکرد قضایی) ورود غیر قانونی «اراده فردی» در قلمرو قوانین عمومی و غیر شخصی است. از هنگامی که، کسی که مجری قانون است خود آن را تصویب می کند، آزادی در خطر است و این نگرانی وجود دارد که مخالفت قضایی اساسی<sup>۷۵</sup> در مقابل آن، به خودی خود، کفایت ننماید.

مشخصه، تا حد زیادی، افسانه‌ای نظریه تفکیک قوا خود شاهدی بر بحران مشروطه‌گرایی است. هر برداشتی از اثر مونتسکیو وجود داشته باشد، تفکیک قوا، به عنوان عین تعریف مشروطه‌گرایی، یعنی، مبارزه‌ای علیه خودکامگی، در تمام اشکال آن، باقی می ماند. بنابراین، مشروطه‌گرایی ترجمان اجتماع سه عنصر بنیادین است:

مسلماً، تفکیک قوا (یعنی تمایز میان کارکردها با حدی کافی از استقلال نهادها)<sup>۷۶</sup>؛ تفکیکی که هم از نظر روابط افقی در درون حکومت در مفهوم مضیق و هم از نظر عمودی از طریق یک فدرالیسم واقعی یا حداقل یک عدم تمرکز عمیق، تضعیف می شود<sup>۷۷</sup>.

رعایت مضیق اصل جانشینی، که مفهوم این اصل نیز در ابتدا و قبل از هر چیز، در یک رابطه افقی عبارت است از تفکیک مطلق میان فضای جامعه مدنی و حوزه حکومت بوده؛ سپس، در وضعیت عمودی، [عبارت است از رعایت اصل جانشینی] در رابطه مفهوم در حال اوج گیری «فرد» به ترتیب با مجموعه‌های سرزمینی<sup>۷۸</sup> مختلف، دولت و اتحادیه اروپا است<sup>۷۹</sup>.

رعایت حقوق بشر، تضمین شده به وسیله یک قانون اساسی که شایسته این نام باشد.

---

۷۴. در این جا، یک قوه با مجموع دو کارکرد تقنینی و اجرایی مد نظر نویسنده بوده است. مترجم.  
۷۵. اگرچه معادل لفظی و ادبی دقیق‌تر *juge constitutionnel* "قاضی قانون اساسی" و یا "قاضی مربوط به قانون اساسی" (به سبب نبود صفت از اصطلاح *قانون اساسی* در ادبیات حقوقی در زبان فارسی) است، اما به سیاق استفاده از اصطلاحاتی چون *قاضی اداری*، *مدنی* و یا *کیفری*، مسامحتاً اصطلاح "قاضی اساسی" به کار رفته است. در هر حال، منظور از این اصطلاح، نهاد صیانت از قانون اساسی و اعضا آن که (صرف نظر از اینکه آن نهاد را سیاسی یا قضایی تلقی کنیم) نوعاً قاضی شمرده می شوند، است. شایان ذکر است که امروزه، با توجه به ترکیب اعضا (اکثر اعضا این ارگان‌ها خواه با نام شورا خواه با نام دادگاه - از حقوقدانان، قضات با سابقه و صاحب منصبان سیاسی نوعاً دارای سابقه حقوقی می باشند. البته برخی از صاحب نظران، با عنایت به ماهیت فعالیت این ارگان که صرف قضایی نبوده؛ از لزوم وجود اعضا غیر حقوقدان در کنار حقوقدانان صرف در این نهاد، دفاع نموده اند) کلیه نهادها و ارگان‌های عهده دار این صلاحیت‌ها را نوعاً به عنوان دادگاه قانون اساسی تلقی می نمایند و اینکه نام این نهاد در کشورها و سیستم‌های حقوقی مختلف دارای پیشوند *شورا*، *دیوان* یا *دادگاه* باشد در ماهیت یکسان کارکرد اصلی آنها تفاوتی ایجاد نخواهد کرد. مترجم.

76. Rials S., «Des droits de l'homme aux lois de l'homme. Aux origines de la pensée juridique moderne», *Commentaire*, été 1986, vol. 9, n° 34, p. 288.

۷۷. به عبارت روشن تر تفکیک مزبور در درون حاکمیت در دو محور توزیع و تقسیم عمودی و افقی قدرت در میان نهادهای عمومی در حال ضعیف تر شدن است. مترجم.

۷۸. *Collectivités territoriales*؛ در حقوق فرانسه ایجاد و صلاحیت‌های این مجموعه‌ها و مقامات آن، به عنوان بخشی از اشخاص حقوق عمومی، ناشی از نظام عدم تمرکز جغرافیایی است، که دارای صلاحیت‌های محلی در انجام امور مربوط به خود و در قلمرو تقسیم‌بندی یادشده می باشند. این مجموعه‌ها در مقایسه با تقسیم‌بندی‌های داخلی عبارتند از: استان، شهرستان و شهر. مترجم.

۷۹. اشاره نویسنده در این قسمت ناظر بر رابطه فرد با اشخاص حقوق عمومی در قلمرو ملی و فراملی است. مترجم.

این هشدار و تأکید که یک قانون اساسی، قبل از هر چیز، باید به عنوان تضمینی در برابر خود کامگی باشد، هرگز کافی نخواهد بود، [و باید با جدیت آن را مکرراً "گوشزد نمود]. به عبارت دیگر، یک قانون اساسی، نه فقط برای سازماندهی قوا، بلکه باید به عنوان ابزار محدود نمودن قدرت تلقی گردد.