

# دادرسی اساسی تطبیقی

عنوان پژوهش

مفاهیم، مبانی و الگوهای دادرسی اساسی

شماره مسلسل: ۱۳۹۳۰۰۰۱

تاریخ: ۱۳۹۳/۱/۱۹



## شناسنامه

عنوان:

**دادرسی اساسی تطبیقی**  
**مفاهیم، مبانی و الگوهای دادرسی اساسی**

مؤلف:

مصطفی منصوریان

ناظر علمی:

سید محمد مهدی غمامی

**دفتر مطالعات تطبیقی**

شماره مسلسل: ۱۳۹۳۰۰۰۱

تاریخ انتشار: ۱۳۹۳/۱/۱۹

پژوهشکده شورای نگهبان

# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## فهرست مطالب

|                                                              |    |
|--------------------------------------------------------------|----|
| چکیده .....                                                  | ۲  |
| مقدمه .....                                                  | ۳  |
| ۱- مفهوم دادرسی اساسی .....                                  | ۵  |
| ۱-۱ برداشت نخست: دادرسی اساسی مبتنی بر رویکرد آمریکایی ..... | ۷  |
| ۱-۲ برداشت دوم: دادرسی اساسی مبتنی بر رویکرد فرانسوی .....   | ۹  |
| ۲- پیشینه دادرسی اساسی .....                                 | ۱۱ |
| ۲-۱ جنبش‌های قانون اساسی در جهان .....                       | ۱۱ |
| ۲-۲ دوره‌های تکاملی دادرسی اساسی در جهان .....               | ۱۴ |
| ۲-۳ ارزیابی و تحلیل موضوع در ایران .....                     | ۱۷ |
| ۳- مبانی عام دادرسی اساسی .....                              | ۱۹ |
| ۳-۱ برتری قانون اساسی .....                                  | ۱۹ |
| ۳-۲ مردم سالاری .....                                        | ۲۰ |
| ۴- الگوهای دادرسی اساسی .....                                | ۲۲ |
| ۴-۱ نظارت قضائی .....                                        | ۲۳ |
| ۴-۲ کنترل سیاسی یا الگوی فرانسوی .....                       | ۳۳ |
| ۴-۳ سایر الگوها .....                                        | ۳۷ |
| جمع‌بندی و پیشنهادات .....                                   | ۳۹ |
| منابع و مأخذ .....                                           | ۴۲ |
| یادداشت‌ها .....                                             | ۴۹ |

## چکیده

«دادرسی اساسی» پاسخ به دغدغه مشترک کشورهای مختلف جهان در الزام قانون‌گذار و سایر قوای عمومی به رعایت «اصل حاکمیت قانون اساسی» به‌عنوان عالی‌ترین سند سیاسی- حقوقی هر کشوری است که در مفهوم عام خود به‌معنای مجموعه راهکارها و نهادهای تضمین‌کننده برتری قانون اساسی می‌باشد و در مهمترین وجه به صیانت از حقوق و آزادی‌های بنیادین مندرج در قانون اساسی و مهار تعدیات احتمالی اکثریت اهتمام می‌ورزد.

مبانی و رویکردهای مختلف نسبت به جایگاه قوه قانون‌گذار و مصوبات آن، جایگاه قوه قضاییه و قضات دادگاه‌ها و همچنین تلقی متفاوت از مفاهیم حقوق شهروندی، حاکمیت و نیز تفکیک قوا موجب ظهور الگوهای متمایز دادرسی اساسی در کشورهای مختلف گردیده است. در این رابطه به دو الگوی شاخص «کنترل قضایی» و «کنترل سیاسی» می‌توان اشاره نمود؛ الگوی کنترل سیاسی، زاده نظام حقوقی فرانسه بوده و الگوی کنترل قضایی نیز خود مشتمل بر دو نوع متمرکز و غیرمتمرکز است که مبانی و ریشه‌های هر یک به‌ترتیب در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا و کشورهای اروپای قاره‌ای قابل جستجو می‌باشند. در این نوشتار مبانی و کارکردهای هر یک از الگوهای مزبور مبتنی بر تبیین مفاهیم دادرسی اساسی در نظام‌های حقوقی مزبور مورد تحلیل و بررسی قرار گرفته است.

## کلید واژه‌ها

صیانت از قانون اساسی، دادرسی اساسی، جنبش قانون اساسی، کنترل قضایی، کنترل سیاسی.

## مقدمه

قانون اساسی از عبارت لاتین «constitutio» به معنای دستور و قاعده ساخت دولت برگرفته شده (Mousourakis, 2003: 243) و در یک معنای کاملاً رسمی مشتمل بر قوانین، قواعد و اعمالی است که (الف) نهادهای حکومت؛ (ب) ماهیت، حدود و نحوه توزیع قدرت در میان این نهادها؛ (ج) آشکال و رویه‌های اعمال قدرت از سوی این نهادها و (د) روابط میان نهادهای حکومت و شهروندان که اغلب تحت عنوان «حقوق ملت» مورد تصریح قرار می‌گیرند را تبیین می‌نماید (Carroll, 2007: 3) و از منظری دیگر، «مجموعه‌ای از هنجارهای تأسیس و تنظیم‌کننده است که از یک‌سو میان باورها یا ارزش‌های بنیادین جاری در جامعه و از سوی دیگر نظام سیاسی یا ساختار موجود قدرت در آن جامعه قرار می‌گیرد و از یک طرف، با تکیه بر ارزش‌های بنیادین غالب، در پی تغییر واقعیات سیاسی و اجتماعی یک جامعه در جهتی خاص قرار داشته و از طرف دیگر نیز ناگزیر از توجه به همان واقعیات است و قدرت ایجاد دگرگونی‌های سریع و یک‌باره را در آن‌ها ندارد.» (لاگلین، ۱۳۸۷: ۱۵۳)

قانون اساسی، قانون بنیادین یک سرزمین است که به‌عنوان «قانون برتر»<sup>(۱)</sup> شناخته شده، از اقتدار و ثبات بیشتری نسبت به قوانین عادی برخوردار بوده و قوانین دیگر مبتنی بر اصل «حاکمیت قانون اساسی»<sup>(۲)</sup> بر اساس آن ایجاد شده و اعمال می‌گردند. در واقع، اصل حاکمیت قانون اساسی در نظم سلسله مراتب قوانین<sup>(۳)</sup> ایجاب می‌نماید که قوانین سطوح مادون، هنجارها و قوانین بالادستی را نقض نکرده و محترم بشمارند (Troper, 2000: 83) و از آنجا که «قانون اساسی، دستورنامه حقوقی و سیاسی هر کشور است، مراجع قانون‌گذار ملزم‌اند در هنگام تصویب قانون، از اصول و چارچوب‌های مصوب قانون اساسی تجاوز نمایند و خطوط و مرزهای تعیین‌شده توسط این سند اصلی را در هم نریزند؛ زیرا در غیر این صورت، گزند آن از یک‌سو متوجه نفس حکومت و از سوی دیگر، معطوف به حقوق اکتسابی افراد و آزادی‌های اجتماعی خواهد بود.» (قاضی، ۱۳۸۳: ۵۲۸-۵۲۹)

مسئله صیانت از قانون اساسی<sup>(۴)</sup> با توجه به آب‌سخورهای متفاوت تاریخی و سیاسی جوامع به مرور زمان شکل گرفته و بر اساس مفاهیم و گرایش‌های فکری و سیاسی هر جامعه، مبتنی بر عوامل خاص دخیل در شکل‌گیری مفاهیمی از قبیل قانون،

مشروعیت، حاکمیت، تفکیک قوا، آزادی‌های بنیادین و حقوق شهروندی و ...، الگوهای خاصی را به منصه ظهور آورده است. اهمیت چنین امری در حقوق به‌طور عام و در حقوق عمومی به‌طور خاص بر هیچ کس پوشیده نیست و امروزه صیانت از قانون اساسی و دادرسی اساسی، در تحول حقوق و پیشرفت آن نقش اساسی ایفا می‌نماید؛ چنانچه در بسیاری از کشورها، آراء و نظرات برآمده از نهادهای صیانت‌کننده از قانون اساسی، انعکاسی صحیح از واقعیات تحول‌یافته جامعه می‌باشند و در بسیاری از موارد، این آراء به عنوان نیروی محرکه مجالس قانون‌گذاری و قانون‌های قدرت برای تبعیت از این تحولات به حساب می‌آیند. در جهت انجام این مطالعه لازم است تبیین کنیم که قلمروی این مطالعه چیست؟ به عبارت دیگر، انجام این مطالعه منوط به وجود چه پیش شرط‌هایی است؟ به نظر می‌رسد صیانت از قانون اساسی مستلزم وجود حداقل سه پیش شرط بوده و نظام‌های حقوقی فاقد این لوازم از قلمروی این تحقیق خارج می‌باشند: نخست آنکه، باید دارای قانون اساسی «مکتوب» باشند و این قانون به عنوان قانون بنیادین و برتر که بر دیگر قوانین تفوق دارد تلقی گردد. به عبارت دیگر، پیش شرط ضروری برای دادرسی اساسی وجود قانون اساسی به عنوان میثاق ملت- حکومت و عالی‌ترین سند حقوقی حاکم بر تمامی هنجارهای رسمی یک نظام حقوقی می‌باشد. (معیار شکلی قانون اساسی) (Tanchev, 2009: 4)؛ دوم آنکه، قانون اساسی باید دارای خصیصه انعطاف‌ناپذیری (سخت) و مصون از تغییر مبتنی بر صرف خواست‌های حاکمان باشد. به عبارت دیگر بازنگری آن باید از «فرآیندهای ویژه‌ای»<sup>(۵)</sup> تبعیت نماید. (Jedrzejska, 2011: 81) مورد آخر نیز آنکه، قانون اساسی باید نهادی را جهت تضمین اصل «حاکمیت قانون اساسی» نسبت به تمامی قوانین و مقررات لازم‌الاجرا تأسیس نماید. (E. Finck, 1997: 125) بر همین اساس، در حقوق انگلستان که مقررات و قوانین اساسی جنبه صرفاً مادی دارد و نه شکلی - یعنی هم‌تراز و هم‌عرض قوانین عادی توسط نهاد تقنینی به تصویب می‌رسند (واوینگ، ۱۳۸۵: ۳۲۲-۳۲۳) و همچنین نهاد خاصی نیز در این رابطه تأسیس نگشته است، نمی‌تواند موضوع دادرسی اساسی و صیانت از قانون اساسی محسوب گردد. در واقع در نظام حقوقی انگلستان «اصطلاح «مغایرت با قانون اساسی» مفهوم حقوقی مشخصی ندارد.» (واوینگ، ۱۳۸۵: ۳۴۰) به این ترتیب در کشورهای دارای حاکمیت مطلق پارلمان<sup>(۶)</sup>،

نظام‌های دادرسی اساسی به‌طور ذاتی وجود ندارد و نهاد دادرسی اساسی مورد پیش‌بینی قرار نگرفته است. بریتانیا و هلند<sup>(۷)</sup> در قاره اروپا و لیبی، لسوتو و لیبیا در قاره آفریقا چنین می‌باشند. حال آنکه در کشورهایی که قوانین اساسی، حالت مدون و مکتوب دارد و شکل تصویب و تجدید نظر آن با سایر قوانین رده پائین متفاوت است، الگوهای خاصی برای جلوگیری از نقض قانون اساسی توسط قانون عادی رواج یافته است (قاضی، ۱۳۸۳: ۵۲۹) که هر الگو می‌تواند در یک مطالعه تطبیقی علاوه بر نشان دادن برخی محاسن نظام‌های حقوقی، پاسخگوی کاستی‌ها و ارایه دهنده ابزارهای برون‌رفت از برخی چالش‌ها در سطح کلان سیاسی باشد و در این صورت، مطالعه تطبیقی در حوزه دادرسی اساسی می‌تواند ابزارهای کارآمدتری را در تضمین موثر اصل «حاکمیت قانون اساسی» فراهم آورد.

در این نوشتار نخست، رویکردها و برداشت‌های متفاوت از «دادرسی اساسی» مطرح نظر قرار گرفته و پس از تبیین مفهوم «جنبش قانون اساسی» و ارتباط آن با دادرسی اساسی، پیشینه تاریخی آن در جهان و به‌طور خاص در ایران مورد توجه قرار می‌گیرد. در ادامه نیز، ضمن اشاره به مبانی عام دادرسی اساسی به الگوهای موجود از دادرسی اساسی پرداخته و علل خاص گرایش به الگوهای مزبور مورد بررسی قرار می‌گیرد.

## ۱- مفهوم دادرسی اساسی

«دادرسی اساسی»<sup>(۸)</sup>، صلاحیت نهاد برتر در نظارت بر قوانین، مقررات و تصمیمات مقامات حکومتی است که در آن تجاوز از حدود اختیارات مندرج در قانون اساسی یا نقض قانون اساسی توسط نهادها و قوای حکومت مورد بررسی قرار می‌گیرد. (Allen and Thompson, 2005: 558) توجه به اهمیت قانون اساسی به‌دلیل استقرار نظم است که برای بقای جامعه مبتنی بر اهداف اجتماعی آن ضروری بوده و سرپیچی از آن سبب بی‌ثباتی روند زندگی شهروندان و اخلال در روابط آن‌ها با یک‌دیگر و دولت‌مردان می‌شود. (کدخدایی، ۱۳۸۲: ۲۲۵) صیانت از اصل حاکمیت قانون اساسی به‌طور خاص نسبت به حاکمان و مسئولان حتی دستگاه‌های اداری و بدنه اجرایی کشور اهمیت بسیار زیادی پیدا می‌کند. (Lewalle, 2008: 899) به این

ترتیب، در جهت تضمین احترام و برتری قانون اساسی<sup>(۹)</sup>، مجموعه‌ای از فرآیندها و سازوکارها تحت عنوان دادرسی اساسی در هر نظام حقوقی مستقر می‌گردد تا در قالب یک نهاد حاکمیتی اعمال وظیفه نماید که می‌توان آن را به‌عنوان حق بنیادین قوهٔ موسس قانون اساسی نیز تلقی نمود و باید اظهار داشت که یک قانون اساسی بدون روش موثر دادرسی اساسی، قانون اساسی نمی‌باشد و در واقع، فقدان این فرآیند و نهاد ضامن حاکمیت قانون اساسی به فقدان تضمین حقوق بنیادین نیز می‌انجامد. (Ides, 2008: 477)

بنابراین، در راستای الزام نهادهای اساسی به رعایت صلاحیت و حفظ اصول قانون اساسی به‌عنوان معیار تنظیم روابط حکومت و شهروندان، اکثر موسسین قوانین اساسی به تأسیس نهادی کنترل‌کننده پرداخته‌اند که وظیفه کنترل قوانین و مصوبات این مراجع را بر عهده دارد تا مبادا از چارچوب مورد وفاق قانون اساسی خارج شده، اصل ثبات و تداوم ساختار سیاسی کشور که دست‌آورد اراده عموم است را مخدوش کنند، یا با تفوق بر قوای مجریه و قضاییه، تعادل ناشی از اصل تفکیک قوا را به نفع خود بر هم زنند و به‌دنبال آن اسباب تهدید حقوق و آزادی‌های مردم را فراهم سازند (جعفری ندوشن، ۱۳۸۳: ۲۹۳) و به‌همین دلیل نیز با عنایت به ضرورت وجود چنین مراجعی، نقش اساسی تکنیک‌های مطابقت قوانین با قانون اساسی طی سال‌های متمادی توسعه و بهبود یافته است. (Council of Europe, 1996: 20)

شایان ذکر است که نهادهای دادرسی اساسی ممکن است جنبه‌های مختلف و متنوعی از یک کارکرد قضایی و سیاسی را شامل شود که به شرح ذیل (برخی از حالات یا ترکیبی از فرض‌های مذکور) قابل بیان می‌باشند:

#### الف- صلاحیت نظارت بر قانون اساسی

- ۱ - اخذ تصمیم در خصوص موضوعات مطرح در فرآیند تهیه قانون اساسی؛
- ۲ - نظارت بر مطابقت اصلاحات قانون اساسی با قانون اساسی؛
- ۳ - تفسیر قانون اساسی؛
- ۴ - تضمین حقوق و آزادی‌های اساسی اشخاص حقیقی و حقوقی؛

ب- نظارت بر انطباق مصوبات قوه مقننه با قانون اساسی (نظارت بر مراجع قانونگذاری)

- ۱ - نظارت بر مطابقت قوانین با قانون اساسی قبل یا بعد از قانون گذاری؛
- ۲ - تبیین طرق اصلاح قوانین مغایر با قانون اساسی؛

### ج- صلاحیت نظارت بر قوه مجریه

- ۱ - نظارت بر مطابقت تصمیمات و اعمال قوه مجریه با قانون اساسی؛
- ۲ - رسیدگی به اتهامات سیاسی وارده علیه مقامات عالی حکومتی؛
- ۳ - رسیدگی به صحت انتصاب مقامات حکومتی بر طبق قانون اساسی؛
- ۴ - رسیدگی به صلاحیت افراد جهت در اختیار گرفتن یا ادامه مناصب حکومتی؛
- ۵ - تنظیم عملکرد قوا و حل و فصل اختلافات بین نهادهای حکومتی؛

### د- صلاحیت نظارت بر احزاب سیاسی

- ۱ - داوری در خصوص انحلال یا ادغام احزاب سیاسی؛
- ۲ - نظارت بر مطابقت اعمال احزاب سیاسی با قانون اساسی؛

### ه- نظارت بر انتخابات

- ۱ - بررسی صحت انتخابات و نتایج انتخابات در هر مرحله‌ای از آن؛
- ۲ - رسیدگی به دعاوی انتخاباتی؛
- ۳ - رسیدگی به انتخابات درون پارلمانی (انتخاب رییس مجلس)؛

البته لازم به توضیح است که هیچ یک از نهادهای دادرسی اساسی همه کارکردهای فوق الذکر را بر عهده ندارد و فصل مشترک کارکردی آنها، نظارت بر مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی به حساب می‌آید. (Harding, Leyland and Groppi, 2010: 5)

همچنین در خصوص مفهوم<sup>(۱۰)</sup> دادرسی اساسی می‌توان به دو برداشت<sup>(۱۱)</sup> متفاوت ذیل اشاره کرد که مطابق با مبانی و هماهنگی نهادی هر نظام حقوقی شکل یافته و متناسب با تحولات و تطورات تاریخی و سیاسی در قالب الگوهای متفاوتی متبلور شده‌اند:

## ۱-۱ برداشت نخست: دادرسی اساسی مبتنی بر رویکرد آمریکایی

برداشت آمریکایی در سال ۱۷۸۷ میلادی در الگوی «جمهوری خواهی» ایالات

متّحده آمریکا که مقتبس از مدل کهن سال انگلیسی مبنی بر بازنگری قوانین بود<sup>(۱۲)</sup>، خود را نشان داد و همچنان بعد از دو سده، ویژگی‌های منحصربه‌فرد خود را در خصوص اصول بنیادینش حفظ نموده است. توضیح آنکه در قرائت آمریکایی از حاکمیت<sup>(۱۳)</sup>، «مردم» به عنوان «حاکم» شناخته می‌شوند و نظریه «حاکمیت مردمی»<sup>(۱۴)</sup> مورد پذیرش قرار گرفته است.<sup>(۱۵)</sup> در این نظریه، حاکمیت، مجموع اجزاء مختلف حاکمیت‌هایی است که هر فرد به سهم خود در اجتماع دارا می‌باشد و دولت نیز بازتاب تمامی منافع است که در درون جامعه وجود دارد و در نتیجه قانون نیز مظهر اراده اکثریت و پاسخ‌گوی نیازهای او می‌باشد. (M. Griffin, 1996: 20)

به عبارت دیگر، قانون به واسطه یک نفع عام فرضی، کمتر درک می‌شود و در درجه اول با معیار نفع فردی انتخاب‌گران سنجیده می‌شود؛ نفع عمومی نیز صرفاً با مبنا قرار دادن فردها و ترجیحات آن‌ها تعیین می‌گردد و بر همین اساس در این سده، تطابق طبیعی نمایندگان با انتخاب‌گران در جامعه برابری آمریکای فرو ریخت و تفکر آمریکایی‌ها بر این مبنا شکل گرفت که حقوق موضوعه مجالس نمایندگی، بازتاب اراده مردم نیست و تعدادی افراد معدود نمی‌توانند مدّعی حق تصمیم‌گیری برای همگان باشند و در نتیجه این بدگمانی، تمامی احتیاط‌ها و تدابیر مناسب برای محدودکردن حوزه اثر نمایندگان ضروری قلمداد گردید و هر آنچه مشروط‌کننده و جلوگیری‌کننده از قدرت نمایندگان به نظر می‌رسید، مورد استقبال مردم قرار گرفت. به عبارت دیگر در جامعه آمریکا پیش‌فرضی به وجود آمد که مطابق با آن، آنچه در مراجع قانون‌گذاری انجام می‌شود ضرورتاً پیگیری خیر و نفع عمومی نیست، بلکه می‌تواند در جهت منافع خصوصی باشد. (Zoller, 2008: 148) بدین‌سان، رویکرد کاملاً بدیعی از قانون اساسی در آمریکا پدید آمد و «قانون اساسی» در نظر مردم دارای حاکمیت، به سان «برترین قانون کشور»<sup>(۱۶)</sup> شناسایی گردید؛ بدین معنی که برای جبران بدگمانی فوق‌الذکر، قانون اساسی در ایالات متحده با وضعی کاملاً متفاوت از اروپا پا به عرصه ظهور گذاشت؛ سابق بر این، برداشتی عام از قانون اساسی در اروپا وجود داشت که مجموعه قوانین، نهادها و عرف‌های تشکیل‌دهنده نظام حاکم در دولت، قانون اساسی را تشکیل می‌داد و صرفاً به سازمان‌دهی و ایجاد صلاحیت دولت اکتفا می‌نمود، اما قانون اساسی در ایالات متّحده آمریکا به عنوان سند واحد نوشته‌ای شناخته

شد که سازمان حکومت را تحدید می نماید و مبنای اعمال قدرت توسط قانون گذارها، مقامات اجرایی و قضات می باشد. (David Lewis, 2011: 25) بدین ترتیب اصول قانون اساسی ایالات متحده آمریکا به مثابه قرارداد یا پیمانی مابین دولت و شهروندان تلقی گردید که بر مبنای آن، حاکمیت از مردم به دولت تفویض شده و بنابراین اصل برتری قانون اساسی به نحوی منعکس کننده مبنای حاکمیت مردم محسوب می گردد. (بجورلند، ۱۳۸۳: ۱۰۹)

لذا نتیجه برداشت جدید از قانون اساسی این بود که بدون کنترل و مراقبت دائم بر مرزهای ترسیم شده بین قوا، همواره این خطر وجود دارد که یکی از این قوا به دیگران تجاوز نماید یا بر آنها حاکم شود، به شیوه ای که قابل جمع با بهره مندی مسالمت آمیز و راحت از حقوق خصوصی نباشد، یا اینکه سه قدرت در یک قدرت واحد جمع و تحکیم شوند به نحوی که یک وضع کاملاً مصیبت بار را برای آزادی های عمومی فراهم آورند.<sup>(۱۷)</sup> در واقع، ضرورت تحدید قدرت در آمریکا امری ضروری قلمداد گردید و پس از تحولات نظری فراوان در خصوص حدود و ثغور تفکیک قوا، با ایجاد موانعی در قانون گذاری مطلق، یکی در اختیار رییس قوه مجریه (حق و توی قوانین) و دیگری در دستان قضات (نظارت قضایی بر قانون گذاری)، تفکیک قوای آمریکایی محقق گردید و بدین ترتیب، آمریکایی ها با برداشت خود از حاکمیت، قانون اساسی و تفکیک قوا، دادرسی اساسی را با اعطای قدرت و اختیار به قضات، عملی نمودند. (Zoller, 2008: 150) در این روش یک مصوبه کنگره بعد از اعتبار قانونی یافتن ممکن است مورد دعوی یک مقام عمومی قرار گیرد (روش اقامه دعوی)<sup>(۱۸)</sup> یا ضمن رسیدگی به یک دعوا با قانون اساسی مغایر دانسته شود. (روش وارد کردن ایراد یا مستثنی کردن قوانین لازم الاجراء)<sup>(۱۹)</sup> بدین ترتیب در حالت اول قانون ابطال می گردد و در حالت دوم قانون غیر قابل استناد می گردد که البته این روش تعادل قوا را به نفع قوه قضاییه به هم می زند. (غمامی، ۱۳۹۰: ۵۰۳)

## ۲-۱ برداشت دوم: دادرسی اساسی مبتنی بر رویکرد فرانسوی

برداشت فرانسوی تنها یک سال پس از نمونه آمریکایی در سال ۱۷۸۹ میلادی و البته بر اساس اصول متفاوتی نسبت به آن در فرانسه ظهور پیدا نمود. در این نمونه، حاکمیت به مفهوم آمریکایی آن دریافت نمی شود و در واقع متأثر از ایده های نظام

وستفالیایی<sup>(۲۰)</sup>، مردم به عنوان «ملت»<sup>(۲۱)</sup> دارای حاکمیت می‌باشند. (غمامی، ۱۳۸۹: ۶۲-۶۵) نظریه پردازان «حاکمیت ملی»<sup>(۲۲)</sup> معتقدند که ملت، حاصل جمع فرد فرد جامعه نیست، بلکه ترکیبی از آنهاست و در نتیجه ملت است که حاکمیت داشته و آن را توسط نمایندگان خود (دموکراسی غیر مستقیم) اعمال می‌کند. (طباطبائی موتمنی، ۱۳۸۶: ۶۷)

ذکر این مطلب نیز ضروری است که برداشت‌های افراطی از نظریه تفکیک قوا و قرارداد اجتماعی بر همین مبنا موجب شد که انقلابیون فرانسه نتیجه بگیرند «ملت هنگام تعیین نمایندگان خود، بخشی از حاکمیت را به قوه مقننه، بهره‌ای از آن را به قوه مجریه و حصه‌ای دیگر را به قوه قضائیه واگذار کرده است؛ بخش‌بندی مزبور نیز باید به صورتی باشد که دیواره‌های دستگاه‌ها و اندام‌های هر کدام از قوا را طوری از هم جدا نماید که امکان مداخله هیچ‌کدام در کار دیگری نباشد. به عبارت دیگر، قوای موجود در جامعه، تجلی تمام‌عیار حاکمیت است و هر کدام از آنها، صورتی از صور این مفهوم کلی است که درعین حال، انعکاس آن در وظایف مختلف، تفاوت دارد و در شکل گوناگون ظاهر می‌شود که هیچ‌کدام قابل تبدیل به دیگری نمی‌باشد.» (قاضی، ۱۳۸۳: ۳۰۴-۳۰۵) بنابراین، نظام فرانسوی دادرسی اساسی نیز با ابتناء بر نظریه حاکمیت ملی و تلقی متفاوت از اصل تفکیک قوا، اصلی را پایه‌گذاری نمود که مطابق با آن «قضات نمی‌توانند در کارکرد تقنینی شرکت کنند.» (Sweet, 2003: 2744) چرا که وقتی ملتی قدرت تقنینی خود را با توجه به نظریه حاکمیت ملت توسط هیاتی از نمایندگان اعمال می‌کند، نمی‌تواند به دادگاه‌های مجری قوانین و تابع صلاحیت قانونی، امکان بازنگری قوانین را واگذار کند. به تعبیر دیگر، رابطه انطباق بین قانون و نفع عمومی نمی‌تواند به وسیله و بر مبنای نظر کسانی که حافظ منافع خصوصی‌اند، پیگیری شود و بر همین اساس نیز در الگوی فرانسوی بر خلاف الگوی آمریکایی، شکست اراده مقنن و تقابل با تمایلات آن و نیز حراست از اقلیت در برابر یک اکثریت سرکش و سلطه‌طلب مطرح نظر نمی‌باشد، چرا که همگی منتخبین ملت می‌باشند. (Zoller, 2008: 220) از طرف دیگر، تاریخ فرانسه مبین دیدگاه مثبتی به نظام قضایی و دادگاه‌ها نیست و دادگاه‌ها در رویکرد فرانسوی نهاد مطمئنی برای صیانت از قانون اساسی محسوب نمی‌شدند؛ در روش فرانسوی نه تنها غالب قوانین - قوانین ساختاری -

ارزش قانونی پیدا نمی‌کنند، بلکه اساساً شکل نمی‌گیرند و این مهم صرفاً بعد از بررسی یک نهاد مستقل از قوا تحقق می‌یابد. این روش به معنای خاص «روش قانونی» نام دارد و در مقابل روش قضایی قرار می‌گیرد، چراکه در روش قضایی، قانون شکل گرفته مورد نظارت مرجع قضایی قرار می‌گیرد. (غمامی، ۱۳۸۹: ۵۰۴) و همچنین مبتنی بر همین رویکرد است که در فرانسه، نظام دادرسی اداری از دادگاه‌های قضایی تفکیک گردید. (Bermann, 2008: 59)

## ۲- پیشینه دادرسی اساسی

بررسی تاریخیچه بحث دادرسی اساسی باتوجه به اینکه هدف اصلی از دادرسی اساسی صیانت از قانون اساسی می‌باشد، موضوعی است که با مفهوم قانون اساسی و حاکمیت آن بر تمامی تصمیمات و اعمال ارتباطی وثیق و عمیق پیدا نموده است. بدین‌سان به‌منظور بررسی این مهم، در ابتدا مقوله مبانی جنبش‌های قانون اساسی را در جهان مورد مطالعه قرار داده و سپس به بحث و بررسی دوره‌های تکاملی آن با تأکید بر دادرسی اساسی در کشورهای مختلف می‌پردازیم.

### ۲-۱ جنبش‌های قانون اساسی در جهان

صیانت از قانون اساسی محصول نظام‌های حقوقی دوران معاصر نمی‌باشد، بلکه مقوله‌ای است که به جنبش قانون اساسی<sup>(۲۳)</sup> و تکامل آن طی دوران مختلف و به‌طور ویژه در اروپای قاره‌ای<sup>(۲۴)</sup> مربوط می‌گردد. (Mavčič, 2001: 18) این جنبش با تعهدی عمیق و جهانی نسبت به حاکمیت قانون<sup>(۲۵)</sup> شروع می‌شود که مطابق با آن، کلیه عوامل مندرج در چارچوب نظام مبتنی بر قانون اساسی باید در حیطه قانون اساسی تحقق یابد و درعین‌حال، مسئله مهم در این رابطه تبدیل چنین تعهدی به یک رویه پایدار می‌باشد. (Ides, 2008: 477) به عبارت دیگر جنبش مذکور، معتقد به اعمال محدودیت بر دولت به‌وسیله یک قانون اساسی می‌باشد که وظیفه آن سازماندهی اختیارات سیاسی است، به‌نحوی که نتوان از آن در جهت ظلم و ستم (بارنت، ۱۳۸۶: ۲۸) یا رفتارهای رانت‌آمیز که به برقراری نظم دسترسی محدود<sup>(۲۶)</sup> منجر می‌گردد، استفاده نمود. (غمامی، ۱۳۹۲: ۲۳۳)

لازم به توضیح است که قانون اساسی‌گرایی (دستورگرایی)، جنبشی فکری و سیاسی است که در سده هجدهم در آمریکای شمالی و اروپای غربی به تکامل رسیده و منشاء انقلاب‌های سیاسی و تشکیل نظام‌های مبتنی بر قانون اساسی گردید. (لاگلین، ۱۳۸۷: ۱۴۷) و البته باید اظهار نمود که ارمغان قرن هجدهم به بعد ابداع و خلق مفهوم مذکور نمی‌باشد، بلکه قانون اساسی به مفهوم شکلی آن<sup>(۳۷)</sup> (و نه مفهوم ماهوی) صرفاً در این دوران به منصه ظهور رسیده است. (قاضی، ۱۳۷۵: ۷۶) در واقع، تحوُّلی که در قرن هجدهم در این زمینه روی داد گونه‌ای نوگرایی نسبت به گذشته مبتنی بر ایده‌های پوزیتیویسم حقوقی و وضع قواعد عالی انسانی بود (Troper, 2000: 83) که با ظهور فلاسفه عصر روشن‌فکری<sup>(۳۸)</sup>، رسوخ فلسفه سیاسی آزادی‌خواهانه آنان در جوامع و حمایت بورژوازی ثروتمند و در عین حال محروم از مزایای اجتماعی از فلاسفه همراه گردید (عظیمی‌شوشتری، ۱۳۸۳: ۱۷-۱۸) که در نهایت منجر به تدوین نخستین ساختار سیاسی مدوّن در سال ۱۷۷۲ میلادی در سوئد می‌گردد که در آن سندی که کارکردها و روابط میان ارگان‌های دولت را تعیین می‌کند، ظاهر می‌گردد<sup>(۳۹)</sup> و اندکی بعد، انقلاب مستعمرات آمریکایی بریتانیا، اعلامیه استقلال آن‌ها و تاسیس یک اتحادیه با قانون اساسی واحد و مکتوب در سال ۱۷۸۹ میلادی در آمریکا تحقق می‌پذیرد.<sup>(۴۰)</sup> به دنبال آن در فرانسه نیز در سال ۱۷۹۱ میلادی، دیگر قانون اساسی مکتوب جهان به تصویب رسید و مقارن همین ایام، نهضت مزبور که با ایده تحکیم زیربنای آزادی در یک سند نوشته قانونی همراه بود، همه کشورها (به جز بریتانیای کبیر و نظام‌های مربوط به آن) را فرا گرفت. (کلی، ۱۳۸۲: ۴۱۱) همچنین لازم به ذکر است که جنبش‌های مزبور «با هدف محدودسازی و تقیید قدرت پا به عرصه وجود نهاد و از همین‌روی نیز، قوانین اساسی نوین نه برای توصیف ساختار قدرت، بلکه برای تحدید حدود آن تدوین یافته‌اند.»<sup>(۴۱)</sup> (لاگلین، ۱۳۸۷: ۱۴۷) این مسئله تاحدی حائز اهمیت است که برخی از حقوق‌دانان اظهار داشته‌اند که «قانون اساسی به خودی خود اهمیت کمی دارد و یا اصلاً اهمیت ندارد، مگر آنکه ساختار و محتوای آن، منعکس‌کننده پذیرش دولت [و چارچوبی] دیگر به جای دولت مطلقه باشد؛ در غیر این صورت، قانون اساسی یک ظاهر فریبنده برای شهروندان یا بیگانگان یا هر دو می‌باشد.»<sup>(۴۲)</sup> (بارنت، ۱۳۸۶: ۱۹)

مؤلفه‌های جنبش قانون اساسی به شرح ذیل قابل بیان می‌باشد: نخست آنکه نهادهای حاکمیتی «توسط» یک قانون اساسی تاسیس یافته و اقتدار خود را منحصرأ از آن اخذ نموده‌اند. دوم آنکه قانون اساسی، اختیار تمشیت امور را از طریق انتخابات و همه پرسی به مردم اختصاص می‌دهد؛ سوم آنکه برخورداری از اقتدار عمومی از جمله اختیار قانون‌گذاری صرفاً تا جایی قانونی قلمداد می‌گردد که با قانون اساسی مغایرت نداشته باشد و چهارم آنکه، قانون اساسی مزبور حقوق اساسی را در خود جای داده و یک نظام دادرسی اساسی نیز برای صیانت از این حقوق در نظر گرفته است. (Sweet, 2003: 2769)

مسئله حائز اهمیت دیگر اینکه بین کشورهای دارای قانون اساسی<sup>(۳۳)</sup> و کشورهای مبتنی بر قانون اساسی<sup>(۳۴)</sup> باید قائل به تفاوت شد؛ چراکه صرف داشتن قانون اساسی، مانع دیکتاتوری و نقض حقوق شهروندی نمی‌شود، چنانکه داشتن قانون اساسی همانند انگلستان به معنای عدم التزام به حقوق شهروندی، مردم‌سالاری و میثاق ملت-دولت نیست.

در این رابطه، موارد ذیل را می‌توان به‌عنوان شرایط شکل‌گیری دولت مبتنی بر قانون اساسی عنوان نمود:

- ۱- ایجاد حکومت قانونی که ملتزم به قواعد و اصول قانونی جاری باشد.
- ۲- حکومت مشروع باشد و نه آنکه کارکرد یا ایجادش بر خلاف اصول قانون اساسی باشد.

۳- مبتنی بر تفکیک قوا [اعم از شکلی یا ماهوی] عمل کند.

- ۴- در آن هیئت یا دادگاه قانون اساسی که تضمین‌کننده احترام به قانون اساسی و قانون باشد، وجود داشته باشد. (المجذوب، ۲۰۰۲: ۳۸)

درعین‌حال، گاه مُراد از ابتدای نظام سیاسی بر قانون اساسی این است که شکل، ساختار و ترتیبات حکومت که در قانون اساسی تجلی یافته باید در جهت تضمین حسن رفتار سیاست‌مداران با حاکمیت قانون باشد (بلز، ۱۳۸۷: ۱۸۸) و لذا با ملاک‌ها و معیارهای محدودکننده حکومت چون تفکیک قوا به تقیید و تحدید آن مبادرت می‌شود. در واقع، ابتدای نظام حکومتی بر قانون اساسی بر این پیش‌فرض بنا نهاده شده که مساله اصلی قانون اساسی پیش از آنکه بیان شرائط حاکمان و کارگزاران باشد،

طراحی نظامی در باب «چگونه عادلانه حکومت کردن» می‌باشد و محل نزاع مساله از اینکه «چه کسی» حکومت کند، به اینکه «چگونه» حکومت می‌کند، منتقل شده است. (حسن‌وند، ۱۳۹۱: ۲۳)

## ۲-۲ دوره‌های تکاملی دادرسی اساسی در جهان

همان‌گونه که بیان شد، جنبش‌های مذکور در خصوص قانون اساسی و در نهایت ناآل آمدن کشورها به قانون اساسی نوشته، لزوم صیانت از آن را نیز با خود به همراه داشته است که این مسئله در نظام‌های حقوقی مختلف و با توجه به مقتضیات خاص هر کشور، ترتیبات متفاوتی را در پی داشته است که ذیلاً دوره‌های تکاملی دادرسی اساسی در طول تاریخ مورد اشاره قرار می‌گیرد:

### ۲-۲-۱ دوره نخست: دادرسی اساسی تا جنگ جهانی اول (قبل از سال ۱۹۱۴ میلادی)

اگر مفهوم «قانون برتر» را به غیر از قانون اساسی نوشته هر سرزمین به دیگر قوانین نیز تسری دهیم، نمونه‌هایی از دادرسی اساسی را در روزگار باستان درمی‌یابیم. نمونه کلاسیک این مسئله در آتن باستان<sup>(۳۵)</sup> می‌باشد که در آن بین آنچه به‌عنوان قانون اساسی<sup>(۳۶)</sup> تلقی می‌گردید و قوانین دیگر<sup>(۳۷)</sup> تمایز قائل می‌شدند و اصل بنیادین بر این استوار بود که قوانین با هر محتوایی نباید چه به لحاظ شکلی و چه به لحاظ ماهوی با قوانین اساسی در تنافی باشند و ضمانت اجرای آن نیز اولاً با مسئولیت کیفری پیشنهاد دهنده قانون مغایر با قانون اساسی و ثانیاً با بی‌اعتبار تلقی کردن آن تأمین گردید. برخی مؤلفه‌های اولیه دادرسی اساسی نیز به امپراطوری آلمان در عهد باستان<sup>(۳۸)</sup> در سال ۱۱۸۰ میلادی برمی‌گردد که در آن نهادهای قضائی به اختلافات صلاحیتی حاکمان رسیدگی می‌نمودند و بدین ترتیب، برخی آشکال مختلف دادرسی اساسی در سراسر تاریخ آلمان آشکار گشته است. (Mavčič, 2001: 18)

دادرسی اساسی به مفهوم نظارت مبتنی بر قانون اساسی در فرانسه ظهور پیدا نموده است؛ توضیح آنکه نظریه کنترل قضائی برای اولین بار در دهه ۱۷۶۰ میلادی در فرانسه در میان گروهی از نویسندگان عصر روشنگری ظاهر شد که به «فیزیوکرات‌ها»<sup>(۳۹)</sup> معروف بودند و نویسندگان متعددی از فیزیوکرات‌ها ادعا نمودند که قضات پیش از اجرای قوانین می‌بایست مطمئن شوند که آن‌ها واقعاً با قوانین طبیعی نظام اجتماعی و عدالت مطابقت دارند. (کلی، ۱۳۸۲: ۴۱۴) به هر ترتیب، در

اوایل قرن نوزدهم پادشاه فرانسه<sup>(۴۰)</sup> بر خلاف احکام قانون اساسی سال ۱۸۱۴ میلادی، حکومت استبدادی را به فرانسه بازگرداند و پارلمان فرانسه را منحل نمود و قوانین غیر منصفانه و ناعادلانه‌ای را ناظر به آزادی مطبوعات و انتخابات صادر کرد. نتیجه این اقدامات منجر به انقلاب ژوئیه سال ۱۸۳۰ میلادی<sup>(۴۱)</sup> و سرنگونی نظام مزبور و انتخاب پادشاه جدید<sup>(۴۲)</sup> گردید. در این جایگزینی، پادشاه ملزم به تبعیت از اراده ملت شد و نظام سیاسی فرانسه، نظام پادشاهی مبتنی بر قانون اساسی<sup>(۴۳)</sup> گردید. این اقدامات موجب شد تا وزیر علوم وقت فرانسه<sup>(۴۴)</sup> در سال ۱۸۳۴ میلادی ایده علمی صیانت از قانون اساسی را در قالب ایجاد اولین کرسی قانون اساسی در دانشگاه پاریس ایجاد کند.<sup>(۴۵)</sup> (المجدوب، ۲۰۰۲: ۳۱-۳۲) درعین حال، فرانسه از دیرباز بر این عقیده بوده است که به هیچ نهاد قضائی نباید قدرت نظارت بر مطابقت قوانین با قانون برتر داده شود و بنابراین، قوه قانون‌گذاری به عنوان نماد حاکمیت ملی به مثابه بهترین ضامن حقوق بنیادین تلقی گردید. بدین سان، از نقطه نظر توسعه دادرسی اساسی در قاره اروپا، فرانسه همواره مخالف چنین مفهومی بوده است که اعمال نهادهای عالی و مخصوصاً مجالس قانون‌گذاری به عنوان نمایندگان حاکمیت ملی، توسط قوه قضائیه مورد نظارت قرار گیرد. (Mavčič, 2001: 21)

توسعه دادرسی اساسی در آمریکا نیز به پرونده «ماربری علیه مدیسون» در سال ۱۸۰۳ میلادی<sup>(۴۶)</sup> بازمی‌گردد که در آن، علی‌رغم عدم تصریح قانون اساسی آمریکا در سال ۱۷۸۹ میلادی، دیوان عالی حق کنترل قضائی در خصوص تطابق قوانین عادی با قانون اساسی را از آن خود دانست و بدین ترتیب، دیوان عالی آمریکا زمینه‌های عملی نهاد نوین «صیانت قضائی از مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی»<sup>(۴۷)</sup> را بنا نهاد.<sup>(۴۸)</sup> (dodek, 2007: 295)

## ۲-۲-۱ دوره دوم: دادرسی اساسی بین جنگ‌های جهانی اول و دوم (۱۹۱۴ میلادی تا ۱۹۳۹ میلادی)

این دوره که به عنوان دوره اتریشی<sup>(۴۹)</sup> شناخته می‌شود، با ظهور دادگاه‌های قانون اساسی همراه شده است؛ بدین سان که قانون اساسی اتریش در سال ۱۹۲۰ میلادی، اساس دادگاه قانون اساسی اتریش را با صلاحیت انحصاری دادرسی اساسی (البته با ماهیت پیشگیرانه به صورت وجه غالب) مطابق با نظریات اندیشمندان حقوقی اتریش

پایه‌ریزی نمود. در واقع، «هانس کلسن»<sup>(۵۰)</sup> نظریه‌پرداز حقوقی اتریشی، مدلی را در خصوص دادرسی اساسی ابداع نمود که در دهه‌های اخیر مشهور شده است. توضیح بیشتر آنکه در سراسر قرن نوزدهم میلادی، «حاکمیت پارلمان»<sup>(۵۱)</sup> به‌عنوان نظام نوین حکومت‌داری در اروپا فراگیر گردید و اتریش نیز پس از جنگ جهانی اول، این شیوه را پذیرفت. کلسن که درصدد بود تا جایگاه قوه مقننه را در نظام نوین حکومتی اتریش حفظ کند، «دادگاه قانون اساسی»<sup>(۵۲)</sup> را ابداع نمود که در نتیجه، خارج از نظام حاکمیت پارلمان قرار گرفته و قوانین مصوب قوه مقننه را تحت نظارت خود قرار داد. (E. Ferejohn, 2002: 53) به‌عبارت دیگر، این ایده امکان حاکمیت تام قانون‌گذاری را به‌صورت عملی از پارلمان - چنانکه پارلمان انگلستان از آن بهره‌مند است - سلب می‌کند.

پس از اتریش، مدل دادگاه قانون اساسی مذکور تا قبل از جنگ جهانی دوم در کشورهای ذیل نیز رواج یافت: چکاسلواکی (۱۹۲۰)، لیختن‌اشتاین (۱۹۲۵)، یونان (۱۹۲۷)، مصر (۱۹۴۱)، اسپانیا (۱۹۳۱) و ایرلند (۱۹۳۷). در واقع، جنگ جهانی دوم از یک‌سو باعث گردید که تمایل کشورها برای گسترش اجرای دادرسی اساسی دچار وقفه شود و از سوی دیگر نیز نهادهای جدید التأسیس مزبور نتوانند در عمل به اجرا درآیند؛ برای مثال، اتریش از سال ۱۹۳۳ تا ۱۹۴۵ میلادی و چکاسلواکی بعد از سال ۱۹۳۸ میلادی بدون دادرسی اساسی به کار خود ادامه داده‌اند. (Mavčič, 2001: 20)

## ۲-۲-۳ دوره سوم: دادرسی اساسی بعد از جنگ جهانی دوم (بعد از سال ۱۹۴۵ میلادی)

دادرسی اساسی به‌لحاظ نظری، صرفاً زمانی امکان توسعه پیدا نمود که به‌جای اصل حاکمیت پارلمان<sup>(۵۳)</sup>، نظریه برتری قانون اساسی غالب شد و دادرسی اساسی توسط نهادی خاص و مستقل از قوه قانون‌گذاری و قوه مجریه اعمال گردید. دوره جدید توسعه دادرسی اساسی به دهه هفتاد میلادی و تغییرات سیاسی کشورهای اروپای شرقی و جنوبی که نظام استبدادی خود را سرنگون کرده‌اند<sup>(۵۴)</sup>، مربوط می‌گردد. چنین رویکردهایی خصیصه توسعه دادرسی اساسی بعد از جنگ جهانی دوم به‌حساب می‌آید که متعاقب آن اکثر کشورهای جهان، دادرسی اساسی را به‌طور مستقیم در نظام حقوقی خود وارد نمودند. این مسئله پس از جنگ جهانی دوم و بعد از احیای دوباره دادگاه قانون اساسی اتریش در سال ۱۹۴۵ میلادی آغاز گردید. پس از آن، دادگاه قانون اساسی ایتالیا در سال ۱۹۴۸ میلادی، دادگاه قانون اساسی فدرال آلمان

در سال ۱۹۴۹ میلادی و بعدها دادگاه قانون اساسی ترکیه در سال ۱۹۶۱ میلادی و یوگوسلاوی در سال ۱۹۶۳ میلادی یکی پس از دیگری به تأسیس رسیدند. در همین دوره نیز، برخی کشورها (اتریش، آلمان، سوئد، فرانسه و بلژیک) بازنگری‌های نظام‌مندی را در دادرسی اساسی خود اعمال نمودند و البته متعاقب تغییرات سیاسی و اجتماعی جهان نیز بسیاری از کشورهای جهان در دهه هشتاد میلادی در دادرسی اساسی خود، تغییراتی را وارد نمودند. (Mavčič, 2001: 21)

## ۲-۳ ارزیابی و تحلیل موضوع در ایران

در خصوص جنبش قانون اساسی در ایران گفتنی است که ایران در رده نخستین کشورهای آسیایی - و مقدم بر برخی از کشورهای اروپایی<sup>(۵۵)</sup> است که در سال ۱۲۸۵ هجری شمسی (۱۹۰۶ میلادی) به «جنبش مشروطیت»<sup>(۵۶)</sup> روی آورد و برخلاف قیام‌های گذشته علیه پادشاهان مستبد، صرفاً درصدد ساقط کردن دولتی استبدادی نبود، بلکه برنامه آن از میان برداشتن حکومت استبدادی و جایگزین کردن آن با دولتی حقوقی در قالب سلطنت مشروطه بود و سرانجام نیز موفق شد اصول قانون اساسی را در قالب حکومتی پارلمانی و البته به جهاتی ناکارآمد و غیر موثر فراهم آورد. (غمامی، ۱۳۸۷: ۵۳) مشروطه‌خواهان در ابتدا درصدد بودند تا با ایجاد مجلس شورای ملی از یک‌سو برای شاه محدودیت ایجاد نمایند و از سوی دیگر ساختار نظام حقوقی نوین را با تصویب قوانین عادی پی‌ریزی کنند. درعین‌حال، بیم مشروطه‌خواهان از دسایس و مخالفت‌های طرفداران وضعیت پیشین و البته پیش‌نویس‌های درباری، آنان را بر آن داشت که نخستین قانون اساسی را با شتاب هرچه فزون‌تر تدوین نمایند<sup>(۵۷)</sup> و همین مسئله موجب آن شد تا دقت لازم در تدوین آن به کار نرود و بسیاری از ارکان اصول قانون اساسی مطلوب در آن لحاظ نشود. (ویژه، ۱۳۹۰: ۲۲-۲۵)

قانون اساسی مشروطیت، متمم و بانگ‌ری‌های آن، بسیاری از مفاهیم مدرن حقوق اساسی در اروپا که ناشی از جنبش‌های قانون اساسی بودند را وارد فرهنگ حقوقی نوخاسته ایران نمود (غمامی، ۱۳۹۰: ۱۱۸ و ۱۲۳) و برخی اصول این قوانین نیز با توجه به شرایط خاص موجود در ایران و به‌ویژه بستر دینی آن‌ها تدوین یافتند که درعین‌حال به‌علت شتاب‌زدگی در تدوین قانون اساسی و روش‌مند نبودن آن و نیز عدم توجه کامل به مقتضیات زمانی و مکانی جامعه ایران با ابهامات و نقائص فراوانی همراه گردید. فارغ از

ابهامات و نقائص مزبور که از جمله آن‌ها می‌توان به چگونگی تبلور اصل تفکیک قوا<sup>(۵۸)</sup>، جایگاه و نقش پادشاه<sup>(۵۹)</sup>، استقلال مرجع قضائی<sup>(۶۰)</sup> و ... اشاره نمود، مسئله مهم و ضروری پس از پیروزی جنبش مشروطیت، صیانت از دستاوردهای جنبش و در واقع نیل به نهادینه‌شدن مشارکت مردم، قانون‌مند شدن امور و مهار استبداد می‌باشد؛ امری که «به‌ترتیبی خاص» صرفاً در خصوص بررسی عدم مطابقت قوانین با «احکام مسلم شرع» مورد پیش‌بینی قرار گرفت و به‌عبارت دیگر، بررسی مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی مورد اشاره قرار نگرفت. (غمامی، ۱۳۸۷: ۵۹)

توضیح بیشتر آنکه، بر اساس قانون اساسی مشروطه اصل «عدم دخالت قوه قضائیه در قانون‌گذاری» مورد قبول واقع گردید و قضات دادگاه‌ها حق مداخله در مساله انطباق قوانین با قانون اساسی را نداشتند و بدین‌ترتیب، نظریه کنترل و نظارت قوانین از سوی قوه قضائیه مورد توجه قرار نگرفت. درعین‌حال در پی فشار علما برای تطبیق قانون با شرع<sup>۶۱</sup>، متمم قانون اساسی در ۱۰۷ اصل به تصویب می‌رسد و در اصل دوم به این مهم تصریح گردید. در اصل دوم متمم قانون اساسی (مشهور به اصل طراز)<sup>(۶۲)</sup> هیئتی مرکب از مجتهدین مورد پیش‌بینی قرار گرفتند که مصوبات مجلسین را مورد بررسی قرار داده و در صورت مغایرت مواد مزبور با احکام مسلم اسلام، آن‌ها را رد نمایند.<sup>(۶۳)</sup> درعین‌حال، بنا به دلایل متعددی<sup>(۶۴)</sup>، اصل طراز که جلوه‌ای از صیانت از قانون اساسی را متبلور می‌نمود و عهده‌دار تضمین «حاکمیت شرع» بود، جز مدت کوتاهی و آن هم به‌طور غیر موثر اجرا نگشت و به‌تدریج به قانونی متروک تبدیل گشت. (حاجی‌پور، ۱۳۸۳: ۷۸)

چنین تجربه‌ای موجب گردید که قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران پس از پیروزی انقلاب اسلامی، به‌منظور پاسداری و صیانت از جمهوری اسلامی و حاکمیت موازین شرعی و قانون اساسی بر کلیه اعمال و تصمیمات تقنینی، «شورای نگهبان» را مورد پیش‌بینی و تاسیس قرار دهد و وظیفه بررسی کلیه مصوبات مجلس شورای اسلامی از نظر مطابقت آن‌ها با احکام شرع و قانون اساسی را به نهاد مزبور واگذار نماید، به‌گونه‌ای که با وجود پذیرش «استقلال قوا»<sup>(۶۵)</sup> و اعطای حق قانون‌گذاری به «مجلس شورای اسلامی» به عنوان قوه مقننه<sup>(۶۶)</sup>، مجلس و مصوبات آن بدون وجود شورای نگهبان، فاقد اعتبار قانونی می‌باشند.<sup>(۶۷)</sup> به این ترتیب، می‌توان ساختار شورای

نگهبان را علاوه بر آنکه از جهت نظارت شرعی، برداشتی از اصل دوم متمم قانون اساسی مشروطه تلقی نمود، می‌توان آن را از حیث صیانت از قانون اساسی نیز متأثر از مدل فرانسوی دادرسی اساسی قلمداد کرد.

### ۳- مبانی عام دادرسی اساسی

به‌طور کلی در خصوص دادرسی اساسی و توسعه آن که در قالب‌های متفاوتی تحقق خارجی یافته است، مجموعه دلایل و عواملی قابل ذکر می‌باشد که تقریباً در همه الگوهای آن حائز اهمیت می‌باشد. بنابراین در ادامه، فارغ از علل و عوامل خاص گرایش نظام‌های حقوقی به هر یک از الگوهای دادرسی اساسی، مواردی که اصل «صیانت از قانون اساسی» را توجیه می‌نماید، بیان می‌کنیم:

#### ۳-۱ برتری قانون اساسی

قانون اساسی مهمترین منبع حقوق اساسی و شاخص‌ترین سند لازم الاجراء برای کلیه کنشگران اجتماعی (اعم از دولتی و غیر دولتی) به حساب می‌آید و نسبت به کلیه قوانین کشور برتری دارد و ایده دادرسی اساسی مبتنی بر پذیرش قانون اساسی در رأس سلسله مراتب قواعد مندرج در نظام حقوقی داخلی یک کشور است که از یک‌سو نشان‌گر پذیرش ایده تقدّم آزادی و نظم بر قدرت و ازسوی دیگر حاکمیت قرارداد اجتماعی است. به‌موجب نظریه قرارداد اجتماعی<sup>(۶۸)</sup> فرض بر آن است که تا قبل از تشکیل جامعه سیاسی، انسان‌ها در تدبیر امور خود آزادی مطلق دارند اما با هدف دستیابی به زیستی بهتر، از طریق انعقاد یک قرارداد اجتماعی، بخشی از آزادی خود را به دستگاه سیاسی حاکم واگذار می‌کنند. حال، قانون اساسی به تبیین و تحدید نظریه مزبور پرداخته، گستره حقوق عمومی، موارد ضرورت و توجیه‌کننده مداخله قدرت سیاسی و شیوه تحقق آن را بیان می‌دارد. (واعظی، ۱۳۹۰: ۱۵۷) هانس کلسن نیز در تبیین «نظریه حقوقی ناب»<sup>(۶۹)</sup> بیان می‌دارد که نظام حقوقی مجموعه‌ای از هنجارهای حقوقی است که منشا اعتبار آن‌ها به یک هنجار، به‌عنوان مبنای نهایی اعتبار باز می‌گردد و آنچه به‌عنوان هنجار اصلی معتبر شناخته می‌شود، هر چیزی است که تنظیم‌کنندگان نخستین قانون اساسی به‌عنوان اراده خود بیان کرده‌اند و در نتیجه به‌عنوان «مبنای فرضی»<sup>(۷۰)</sup> تلقی می‌گردد. بدین ترتیب، نظام حقوقی مبتنی بر آن هنجار نیز معتبر تلقی می‌گردد که با توجه به خصیصه پویایی حقوق، هنجارهای حقوقی

دیگر به موجب هنجارهای سطح بالاتر پدید آمده و در نتیجه، نظام حقوقی سلسله مراتبی متشکل از لایه‌های گوناگون هنجارهای حقوقی پدید می‌آید. لذا قانون اساسی در معنای ماهوی، حاکی از عالی‌ترین سطح حقوق موضوعه است و کارکرد اصلی آن تعیین اندام‌ها و فرآیند ایجاد قواعد کلی یعنی قانون‌گذاری می‌باشد. (کلسن، ۱۳۹۱: ۹۷-۱۰۶)

نتیجه منطقی اصل برتری قانون اساسی این است که مرجعی باید تعیین گردد تا صلاحیت بررسی تمامی قواعد لازم‌الاجرا در کشور را بر اساس قانون اساسی داشته باشد و در صورتی که آن‌ها را خلاف قانون اساسی دانست بطلان آن را اعلام و یا از تصویب آن جلوگیری به عمل آورد. «چراکه اگر امکان می‌داشت قوانین عادی، قانون اساسی را نقض کنند، اولاً اصل سلسله مراتب قانونی و برتری قانون اساسی به هم می‌خورد و ثانیاً این دو گونه قانون که به سبب دوگانگی منشاء وضع از یک سنخ نیستند، عملاً در یک سطح واقع می‌شدند و تصویب قانون عادی ناقض قانون اساسی، آن را در معرض تغییر و دگرگونی قرار می‌داد و حقوق اساسی افراد را دست‌خوش نوسانات مضر می‌نمود. افزون بر آن، اصل ثبات و تداوم ساختار سیاسی کشور که دست‌آورد اراده عام است و بر اساس تشریفات ویژه‌ای به مرحله ظهور و بروز رسیده، بدین‌وسیله از میان می‌رفت.» (قاضی، ۱۳۸۳: ۱۱۵)

### ۳-۲ مردم‌سالاری<sup>(۱)</sup>

مردم‌سالاری می‌تواند توجیهی قوی برای صیانت از قانون اساسی فراهم آورد. (تروپه، ۱۳۸۳: ۲۷۵) توضیح آنکه مردم‌سالاری مستقیم امری است که با مشکلات و مصائب متعددی همراه می‌باشد و در نتیجه مردم، نمایندگان خویش را برای اعمال قدرت تعیین می‌نمایند و قانون اساسی شیوه تعیین این نمایندگان، حوزه صلاحیت آن‌ها و نیز محدودیت‌های این صلاحیت‌ها را مشخص می‌کند. حال، تجاوز از حدود مقرر در قانون اساسی در رابطه با این زمینه‌ها به منزله نقض اصل نمایندگی و عدم اعمال قدرت نمایندگان از سوی مردم می‌باشد و نظارت نیز به منظور تضمین رعایت این مهم می‌باشد.

انتخابی بودن نمایندگان پارلمان به معنای نمایندگی تام افکار عمومی محسوب نمی‌شود و علاوه بر این، با توجه به ابزارهای تبلیغاتی موجود در جهت‌دادن به افکار عمومی نمی‌توان به نحو مطلق و با اطمینان از برگزیده‌شدن نمایندگان واقعی مردم در

یک انتخابات آزاد و منصفانه سخن گفت. «بنابراین تضمینی وجود ندارد که نمایندگان مردم همواره بر عهد و پیمان خویش استوار مانده و همه قوانین مصوب آن‌ها و به طور کلی اعمال آن‌ها در قوه مقننه در راستای تضمین اعمال حقوق و آزادی‌های شهروندان باشد. به بیان دیگر، «دموکراتیک» بودن فرآیند انتخاب اعضای قوه مقننه، ضامن «دموکراتیک بودن» غیر قابل خدشه و دائمی اعمال و تصمیمات آنان نیست.» (زارعی و مرکزالمیری، ۱۳۸۴: ۱۵۶) بنابراین، در یک نظام مبتنی بر قانون اساسی، این باور مورد تاکید قرار گرفته که اقتدار حکومت، حتی اگر یک حکومت دموکراتیک باشد باید محدود و کنترل شود (هداوند، ۱۳۸۹، ج ۲: ۴۷۳) و نهاد و سازوکارهایی نیاز است که پایداری نمایندگان به نمایندگی را رصد نموده و مانع آن گردد که تصمیمات یا اشخاص از قدرت قانونی پا فراتر بگذارند (غمامی، ۱۳۹۲: ۲۰۸) که این مسئله در نظام مردم‌سالار دینی دارای جنبه شرعی نیز می‌باشد.

مطابق با نظریه کلسن در خصوص مردم‌سالاری<sup>(۷۲)</sup>، مردم‌سالاری آزادی افراد را تا بیشترین حد ممکن حفظ می‌نماید و در واقع، شرط تحقق آزادی است که در آن فرد تحت سیطره هنجارهایی قرار می‌گیرد که خود به آن‌ها رضایت داده است و به دلیل عدم امکان تحقق فرض مذکور و ضرورت تصویب اجماعی تمام هنجارهای عمومی، نظامی را باید پذیرفت که به خواست اکثریت نزدیک‌تر باشد و بدین ترتیب ضروری است روش‌های تضمین تداوم چنین امری و نیز روش‌های شکل‌گیری اکثریت مورد پیش‌بینی قرار بگیرد و این مسئله با صیانت از قانون اساسی قابل اعمال می‌باشد. (Gümplová, 2012: 20-21) در واقع، در صورتی مردم‌سالاری نظامی مبتنی بر گرایش اکثریت به رعایت ارزش‌های بنیادین می‌باشد که متضمن مردم‌سالاری محدود شده به وسیله صیانت از قانون اساسی باشد و لذا باید در جستجوی شیوه‌ای بود که در آن اکثریت، به مثابه وسیله‌ای برای تضمین رعایت ارزش‌های بنیادین باشد. (ویژه، ۱۳۹۰: ۲۶۴)

متقابلاً نیز «رونالد دورکین»<sup>(۷۳)</sup>، الگویی دیگر از دموکراسی را تحت عنوان «دموکراسی مبتنی بر قانون اساسی»<sup>(۷۴)</sup> ارائه کرده و استدلال می‌نماید که اصل اتخاذ تصمیمات سیاسی از جمله تصمیمات مفسر قانون اساسی بر اساس نظر اکثریت باید کنار گذاشته شود و بنابر نظر وی، کنترل قضائی بر مصوبات می‌تواند به عنوان موثرترین رویه حمایتی از حقوق اساسی توجیه می‌گردد. (بارنت، ۱۳۸۶: ۴۰) یعنی،

اصطلاح ترکیبی «دموکراسی مبتنی بر قانون اساسی» تخصیصی بر نظام دموکراتیک است و این مسئله از آن جهت حائز اهمیت است که دموکراسی صرف، خطر بروز نظام دیکتاتوری اکثریت را در درون خود می‌پروراند و لذا ضروری است این کاستی به‌طریقی برطرف شود.<sup>(۷۵)</sup> (لاگلین، ۱۳۸۷: ۱۵۲) در واقع ممکن است اکثریت به دلایلی همچون تبلیغات یا فشارها نسبت به مصالح خود دچار شبهه یا تسامح شوند.

#### ۴- الگوهای دادرسی اساسی

امروزه بنا به دلایل مختلف سیاسی، تاریخی و حقوقی الگوهای متفاوتی از دادرسی اساسی مورد پذیرش دولت‌ها قرار گرفته است؛ در واقع نظارت بر قانون‌گذاری، ابزاری جهت صیانت از قانون اساسی است، چراکه فقط «قدرت» قادر است که بر «قدرت» نظارت کند و اینکه قدرت نظارت به دادگاه‌ها یا دیگر نهادهای مستقل واگذار گردد به سنت حقوقی هر ملت بستگی دارد. (Fernandes de Andrade, 2001: 987)

در کشورهایی مانند ایالات متحده آمریکا که قوه قضائیه «کم‌خطرترین شعبه حکومت»<sup>(۷۶)</sup> نسبت به نقض حقوق و آزادی‌های مندرج در قانون اساسی تلقی می‌گردد، «نظارت قضائی» الگوی مناسب دادرسی اساسی به حساب آمده و بالعکس در اروپا، مخصوصاً فرانسه درحالی که دادگاه‌ها در مدت مدیدی با بدگمانی بسیار مورد پذیرش قرار گرفته‌اند، تأسیس نهادی مجزا و مستقل برای تعدیل چنین تفکری ضروری به نظر رسیده است. این بدگمانی در فرانسه آنچنان حاکم بوده که نظارت بر رفتار دستگاه‌های اداری نیز در نهادی مجزا به شورای دولتی (دادگاه اداری) و نه دادگاه‌های قضایی اعطا شده است. (Edmiston, 2010: 110)

به‌هر ترتیب، هر یک از الگوهای مزبور علی‌رغم تفاوت‌های بنیادین و کارکردی خود از اشتراکاتی نیز برخوردار می‌باشند؛ همه الگوهای موجود نقش بسیار مهمی را در صیانت از اصول و حقوق بنیادین مندرج در قانون اساسی ایفا می‌نمایند و از طرفی نیز بین دولت مرکزی و نهادهای حکومت تعادل به‌وجود می‌آورند. همچنین نهادهای دادرسی اساسی عمده نظارت بر قوا را بر عهده دارند و بدین ترتیب نیز از اصل تفکیک قوا به‌عنوان یکی از ابزارهای جلوگیری از تجمیع قدرت، صیانت می‌نمایند. (Fernandes de Andrade, 2001: 988)

البته لازم به ذکر است علاوه بر الگوهایی که مورد اشاره قرار خواهند گرفت،

عمده‌ترین وسیله کنترلی که به‌طور بالقوه به‌عنوان نیروی بازدارنده از هرگونه تخطی و تجاوز به حقوق مندرج در قانون اساسی جلوگیری به‌عمل می‌آورد، «افکار عمومی و اراده عام» نسبت به تقییح نقض حقوق‌شان در فضایی که قانون اساسی آنها معنا دار شده است می‌باشد. بدین معنی که، هرچه اصرار افکار عمومی یک ملت نسبت به تضمین قانون اساسی بیشتر باشد، استحکام، تداوم و ثبات آن قانون نیز بهتر تضمین می‌شود. البته علی‌رغم اهمیت این مسئله، باید اذعان داشت که این تضمین فی حدّ ذاته کافی نیست؛ چراکه مساله انطباق قانون عادی با قانون اساسی، امری فنی و پیچیده است و مرجع یا نهاد دیگری لازم است که تعارض یا عدم تعارض این دو گونه قانون را بتواند با همه معضلات و دشواری‌هایش درک کند و نسبت به آن تصمیم مقتضی بگیرد. (قاضی، ۱۳۸۳: ۱۱۶) حال مبانی و کارکردهای الگوهای شاخص دادرسی اساسی مورد اشاره قرار می‌گیرد.<sup>(۷۷)</sup>

#### ۴-۱ نظارت قضائی

جنبش قانون اساسی در آمریکا با قبول اینکه قانون اساسی محدودیتی بر قدرت حکومت می‌باشد، در قلمرو فرهنگ سیاسی آمریکا قرار گرفته است (Dodek, 2007: 297) و کنترل قضائی، مهمترین وجه تمایز قانون اساسی‌گرایی آمریکایی است که کامل‌ترین توسعه خود را مدیون قانون اساسی مدون آمریکا (مصوب سال ۱۷۸۹ میلادی) و قوانین مختلف تفسیرکننده صلاحیت دادگاه‌های فدرال می‌باشد. (زارعی و مرکزالمیری، ۱۳۸۴: ۱۶۳ و ۱۶۴)

«کنترل قضائی» به‌طور کلی به معنی نظارت بر مصوبات قوه مقننه و اعمال و مصوبات قوه مجریه (در قالب قوانین تفویضی، آیین‌نامه‌ها و مصوبات اجرایی) توسط قوه قضائیه می‌باشد. در این الگو، قوه قضائیه به‌منزله کارگزار امر نظارت در برابر پارلمان از اقتدار خاصی برخوردار می‌گردد، چراکه اختیار تطبیق مصوبات قوه مقننه با قانون اساسی به قضات محاکم واگذار شده است و دادگاه‌ها می‌توانند در صورت احراز تعارض مصوبه پارلمان با قانون اساسی از اجرای آن استنکاف ورزند و اصول قانون اساسی را از هرگونه خدشه‌ای مصون بدارند. (جعفری ندوشن، ۱۳۸۳: ۲۹۴) و در واقع «صلاحیت کنترل قضائی» به قاضی اجازه می‌دهد که حکم او جایگزین تصمیم مقنن شود. (Zoller, 2008: 181)

نظام‌های حقوقی کشورهای غربی، دو شکل عمده از دادرسی اساسی به روش

قضائی را توسعه داده‌اند: الف- نظام حقوقی حقوق عرفی آمریکایی (غیرمتمرکز) و ب- نظام حقوقی رومی- ژرمنی اروپای قاره‌ای<sup>(۷۸)</sup> (متمرکز) که هر دو نظام دارای تمایزات منحصر به فردی می‌باشند. (Femandes de Andrade, 2001: 978) ذیلاً به توضیح این دو الگو پرداخته می‌شود:

#### ۴-۱-۱ الگوی غیرمتمرکز یا آمریکایی (کنترل قضائی)<sup>(۷۹)</sup>

هرچند قانون اساسی آمریکا در خصوص کنترل قضائی ساکت است<sup>(۸۰)</sup>، اما برای نخستین بار در سال ۱۸۰۳ میلادی، رئیس دیوان عالی کشور آمریکا در پرونده «ماربری علیه مدیسون»، به عنوان مهم‌ترین پرونده‌ای که در دیوان عالی مطرح شده است، قدرت اعمال کنترل قضائی را در مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی عملی می‌نماید (H. Fallon Jr, 2004: 14) و بدین ترتیب موجب شد تا قوه قضائیه در این کشور از اقتدار و موقعیت خاصی در رابطه با دفاع از قانون اساسی و حفظ حقوق و آزادی‌های مردم برخوردار شود تا جائی که از آن به «حکومت قضات»<sup>(۸۱)</sup> نیز تعریف شده است. (دوورژه، ۱۳۲۸: ۱۰۶)

در دعوای مذکور، «ماربری» به عنوان قاضی صلح<sup>(۸۲)</sup> منصوب از سوی رئیس‌جمهور سابق<sup>(۸۳)</sup> در ناحیه فدرال، بر اساس ماده (۳) قانون دادرسی ۱۷۸۹ میلادی<sup>(۸۴)</sup> که مراجعه مستقیم اشخاص به دیوان عالی و درخواست صدور دستوراتی به مقام اداری از طرف این نهاد را میسر می‌ساخت، از دیوان عالی فدرال درخواست می‌نماید که بر اساس قانون مزبور دستور صدور حکم انتصاب وی را صادر نماید. اما «قاضی مارشال» به عنوان رئیس دیوان عالی فدرال<sup>(۸۵)</sup>، دیوان را فاقد «صلاحیت»<sup>(۸۶)</sup> جهت صدور دستور مزبور<sup>(۸۷)</sup> عنوان می‌دارد، چراکه طبق قانون اساسی آمریکا دیوان عالی جز در موارد خاص، صرفاً یک دادگاه استیفاقی است و درخواست ماربری از سوی دیوان عالی مبنی بر صدور حکم انتصاب وی، جزء موارد خاص برای مراجعه مستقیم نمی‌باشد و بنابراین ماده (۳) قانون دادرسی که اختیار فراتر مذکور را برای دیوان در نظر گرفته بود، ناقض اصل مذکور در قانون اساسی اعلام گردید و بدین ترتیب اصل کنترل قضائی از قرن نوزدهم به بعد جزء یکی از اصول مهم قانون اساسی ایالات متحده آمریکا شناخته شد.<sup>(۸۸)</sup> (H. Fallon Jr, 2004: 11-12)

لازم به ذکر است که مشروعیت ادعای قاضی مارشال مبنی بر امکان لغو قوانین تا مدت‌ها مورد مناقشه قرار داشت؛ یعنی هرچند که اصل برتری قانون اساسی مورد اذعان همگان قرار داشت، اما اجماعی در خصوص اجرای این اصل وجود نداشت و بنابراین

دیوان عالی تا سال ۱۸۵۷ میلادی<sup>(۸۹)</sup> رأی در این رابطه صادر ننمود. (Morton, 1988: 92)

ذکر این نکته نیز ضروری است که کنترل قضائی مورد بحث با کنترل قضائی رائج در نظام حقوقی انگلستان متفاوت است. در واقع، کنترل قضائی مزبور به عنوان بدیلی برای ایالات متحده آمریکا قابل ذکر است که به «صلاحیت دادگاه‌ها برای کنترل قضائی مطابقت قانون عادی و تصمیمات قوه مجریه با قانون اساسی» اطلاق می‌شود. در انگلستان کنترل قضائی به «کنترل عمل اداری توسط دادگاه‌ها بر مبنای اینکه آن عمل در محدوده اختیارات تفویض شده به یک مقام محلی یا یک وزیر صورت پذیرفته»<sup>(۹۰)</sup> اطلاق می‌شود و کنترل قضائی در چنین مفهومی موضوعی مربوط به حقوق اداری است و نه حقوق اساسی. (زارعی و مرکز المیری، ۱۳۸۴: ۱۵۲-۱۵۳)

علت نیز آن است که در کشورهایی مانند انگلستان که پارلمان هم جنبه تأسیسی و هم جنبه تقنینی دارد و قانون اساسی نیز هم عرض قوانین عادی می‌باشد (یعنی هر دو محصول قوه مقننه می‌باشند)، طبعاً مسئله سلسله مراتب شکلی یا کنترل قانون عادی بر مأخذ قانون اساسی مطرح نمی‌گردد. (قاضی، ۱۳۷۵: ۱۰۹)

#### ۴-۱-۱-۱ مبانی الگوی غیر متمرکز یا آمریکایی

در خصوص الگوی آمریکایی، علل و عوامل ذیل به عنوان مهمترین وجوه گرایش نسبت به این نوع مدل از دادرسی اساسی قابل بیان می‌باشند:

#### ۴-۱-۱-۱-۱ نظریه نظارت و تعادل قوا<sup>(۹۱)</sup>

اصل تفکیک قوا به عنوان یکی از اصول بنیادین نظام سیاسی ایالات متحده آمریکا تلقی می‌شود و بر ایده «حاکمیت مردمی و قدرت حکومت محدود»<sup>(۹۲)</sup> استوار گردیده است و به این مفهوم است که حکومت، تابع و پیرو اراده عمومی است و اقتدارات حکومت صرفاً مواردی است که به صورت صریح واگذار گردیده و مردم حق دارند نسبت به تأسیس، لغو یا تغییر تشکیلات حکومتی خود تصمیم‌گیری نمایند (حمیدیان، ۱۳۸۹: ۱۰۷ و ۱۰۸) و بدین ترتیب بنیان‌گذاران حکومت آمریکا با الهام از تعالیم متسکیو<sup>(۹۳)</sup> و البته فراتر رفتن از نظر وی<sup>(۹۴)</sup>، الگویی از جمهوری را ابداع نمودند که قدرت را به فرد (تک تک مردم) می‌دهد و آن را مخصوص ملت و جامعه نمی‌داند. (Zoller, 2008: 169) یعنی، ایالات متحده آمریکا طی سال‌های متمادی از نظام «تفکیک مطلق قوا» به نظام «نظارت و تعادل» متمایل شده و این مهم را با اقتباس از نهادها و

عرف‌های شناخته شده و جاری، یعنی نهادهای انگلیسی، در برابر قوه مقننه نهادینه نموده است که در راستای نیل به این مهم، «حق وتو» را به قوه مجریه و «کنترل قضایی» تام را به قضات واگذار کرده است.<sup>(۹۵)</sup> توضیح بیشتر آنکه در نظام تفکیک قوا، از آنجا که تمرکز قدرت سیاسی در دست شخص واحد یا هیات واحد به احتمال زیاد به استبداد و خودکامگی کشیده می‌شود و آزادی و حقوق افراد و جامعه به مخاطره می‌افتد، وظایف و اختیارات اجرایی و قانون‌گذاری باید از یکدیگر جدا و متمایز شوند و هر بخش در حد امکان (در قالب تفکیک قوای نسبی) وظیفه‌ای را باید انجام دهد که به آن محوّل شده است؛ به عبارت دیگر، هر سه قوه به وظیفه تخصصی خود می‌پردازد و هر یک در برابر دیگری از استقلال برخوردار می‌باشد. اما در نظام نظارت و تعادل روابط قوا به گونه‌ای تنظیم می‌شود که با وجود تفکیک کم و بیش روشن وظایف و اختیارات، هر یک از قوا از ابزارهایی برای کنترل و تعدیل شاخه دیگر بهره‌مند است و این ابزارها عمدتاً همان اختیاراتی است که در نظام تفکیک مطلق قوا جزء وظایف آن شاخه محسوب نمی‌شود. در واقع، قدرت میان قوای سه‌گانه «تقسیم» نمی‌شود و بلکه هر قوه وظایف خاص خویش را به دور از «مداخله» دیگر قوا اعمال می‌نماید.<sup>(۹۶)</sup> (زارعی و مرکزالمیری، ۱۳۸۴: ۱۷۷) نظام ریاستی ایالات متحده آمریکا نیز که در زمره رژیم‌های تفکیک مطلق قوا جای می‌گیرد (قاضی، ۱۳۸۳: ۳۳۶ و طباطبایی موتمنی، ۱۳۸۶: ۱۲۸) برای جلوگیری از انحرافات مستبدانه احتمالی قوا ترتیباتی را برای تعادل قوا در نظر گرفته است و در همین راستا نیز اختیار مزبور را به قضات واگذار کرده است.

#### ۴-۱-۱-۲ جایگاه قوه قضائیه در اندیشه بنیان‌گذاران قانون اساسی آمریکا

در ایالات متحده آمریکا قضات به‌عنوان قابل اعتمادترین افراد برای صیانت از قانون اساسی قلمداد شده‌اند و از همین روی نیز دادگاه‌ها از چنین اختیاری برخوردار گشته‌اند. البته این مسئله به معنای برتری این قوه بر قوای دیگر در نظر گرفته نشده است و دادگاه‌ها صرفاً به‌منزله حافظان اراده مردم در برابر اعمالی که منجر به انحراف از آن می‌شود، می‌باشند و این اراده نیز توسط مردم در قانون اساسی به منصّه ظهور رسیده است. در اثبات این ادعا می‌توان به مقاله ۷۸ از نامه‌های فدرالیست<sup>(۹۷)</sup> که توسط «الکساندر همیلتون» ابراز شده است، اشاره نمود که به‌خوبی جایگاه قوه قضائیه و

نقش آن را تبیین می‌نماید:

«هر کس که با دقت قوای مختلف حکومت را بررسی نماید به این نتیجه می‌رسد که در یک حکومت با شاخه‌های مجزا از یکدیگر، قوه قضائیه با توجه به ماهیت و کارکردهایش همواره کم‌خطرترین شاخه حکومت نسبت به آزادی‌های سیاسی مندرج در قانون اساسی به حساب می‌آید، چراکه این قوه حداقل ظرفیت را برای آسیب وارد نمودن به دیگر قوا در اختیار دارد ... در واقع می‌توان اظهار داشت که قوه قضائیه نه قدرت دارد و نه اراده و صرفاً از امکان «قضاوت» برخوردار است و در نهایت نیز در اجرای آراء خود به قوه مجریه تکیه می‌نماید. این مسئله اثبات می‌کند که قوه قضائیه در مقایسه با سایر قوا ضعیف‌ترین قوه [در ایراد اختلال نسبت به صلاحیت سایر قوا و نقض حقوق و آزادی‌های فردی و عمومی] می‌باشد»<sup>(۹۸)</sup>

که هیچ‌گاه نمی‌تواند به قوای دیگر تعدی کند و حتی رعایت تمام احتیاط‌های ممکن برای این قوه امری ضروری است تا خود را از تعدی قوای دیگر حفظ نماید. همچنین مادام که قوه قضائیه از قوای دیگر جدا باقی می‌ماند، هیچ‌گاه آزادی عمومی مردم از این ناحیه، در خطر قرار نمی‌گیرد ... منطقی است که فرض کنیم دادگاه‌ها به عنوان حد واسط مردم و قوه قانون‌گذار تلقی شده‌اند تا بدین ترتیب قوه قانون‌گذار را در چارچوب اختیارات اعطایی به آن حفظ کند ... این امر به هیچ وجه به معنای تفوق قوه قضائیه بر قوه مقننه نیست و صرفاً اشعار می‌دارد که قدرت مردم نسبت به این قوا دارای برتری است و در صورتی که اراده قوه قانون‌گذار که در قالب قوانین اعلام می‌گردد در تضاد با اراده مردم که در قانون اساسی ابراز شده است قرار بگیرد، قضات باید بر اساس اراده مردم که جنبه بنیادین و اساسی دارد، به صدور حکم بپردازند ...»

(Hamilton, 2001: 353-354)

بدین ترتیب صیانت از قانون اساسی و حقوق بنیادین افراد توسط قوه قضائیه و در واقع قضات، در پرتو نظرات بنیانگذاران قانون اساسی ایالات متحده آمریکا مناسب‌ترین سازوکار به حساب آمده‌اند، چنانکه قضات با استقلال و عدالت بیشتری می‌توانند نسبت به حمایت از حقوق افراد برخورد نمایند و آن‌ها را در پرتو وقایع یک پرونده خاص مورد بررسی قرار دهند.

#### ۴-۱-۱-۲ مهم‌ترین ویژگی‌های کارکردی الگوی غیرمتمرکز یا آمریکایی

الف) غیر متمرکز بودن کنترل

خصیصه اصلی الگوی آمریکایی، «غیرمتمرکز بودن کنترل»<sup>(۹۹)</sup> و گستردگی

صلاحیت دادگاه‌ها برای قضاوت در موضوعات مختلف می‌باشد؛ به‌دیگر عبارت، دادگاه‌ها دارای صلاحیتی عام می‌باشند و اعلام عدم مطابقت قوانین با قانون اساسی از سوی دادگاه‌ها نیاز به تایید دادگاه‌های عالی ندارد، هرچند که این آراء در دیوان عالی قابل تجدیدنظر می‌باشند. (E. Finck, 1997: 152) بدین ترتیب در ایالات متحده آمریکا و کشورهای دیگری که این الگو را اختیار کرده‌اند، دادگاه‌ها با ملاحظه «اصل وحدت در نظام قضائی» به اعمال کنترل قضائی می‌پردازند و قضات دادگاه‌های عادی همانند قضات دیوان عالی در مورد انطباق اعمال قوای مقننه و مجریه با قانون اساسی اظهارنظر می‌نمایند (هامون و واینر، ۱۳۸۳: ۱۱۸) و لذا هیچ رسیدگی ویژه‌ای در رابطه با موضوعات مربوط به قانون اساسی انجام نمی‌شود و با اقامه دعوی در دادگاه‌های عادی، رسیدگی صورت می‌پذیرد. به عبارت دیگر دادگاه یا دیوان خاصی با صلاحیت انحصاری رسیدگی به مطابقت قوانین با قانون اساسی وجود ندارد. (Fernandes de Andrade, 2001: 979)

### ب) عینی و پسینی بودن کنترل

«عینی بودن کنترل»<sup>(۱۰۰)</sup> نیز خصیصه دیگر این الگو می‌باشد که مطابق با آن، بررسی اعتبار قانون در حین رسیدگی به یک دعوی شخصی صورت می‌پذیرد و خواهان باید از عمل دولت در نقض قانون اساسی متضرر شده باشد. بنابراین، «الفاظ قانون در عمل و با ملاحظه آثار عملی آن در یک رابطه عینی سنجیده می‌شود و به یک مطابقت ذهنی الفاظ دو گزاره عام (یعنی قانون اساسی و قانون عادی) اکتفا نمی‌شود». (واعظی، ۱۳۹۰: ۱۶۵) از همین روی نیز نظارت بر قوانین و مقررات به صورت «پسینی»<sup>(۱۰۱)</sup> اعمال می‌گردد و مقصود آنکه امکان نظارت بر قوانین و مقررات پس از انتشار آن‌ها میسر می‌باشد و بعد از آن در هر زمان می‌توان درخواست بررسی مغایرت قوانین و مقررات مزبور با قانون اساسی را مطرح نمود. (E. Finck, 1997: 151)

### ج) اعتبار نسبی

ویژگی مهم آخر نیز «اعتبار نسبی رأی مرجع نظارت»<sup>(۱۰۲)</sup> می‌باشد؛ در واقع، ارزش رأی قاضی فقط محدود به همان پرونده است و الزامی به بی اعتبار تلقی شدن قانون خلاف قانون اساسی در دیگر پرونده‌ها وجود ندارد. (Tanchev, 2009: 8) البته ذکر این نکته نیز ضروری است که آراء مزبور در دیوان عالی فدرال قابل تجدیدنظر می‌باشند و در این صورت رأی دیوان از اعتبار مطلق در نسخ قوانین مغایر برخوردار می‌باشد. (E. Finck, 1997: 152)

### د) تفسیر قضایی قانون اساسی توسط قضات

دیگر مشخصه اصلی مدل آمریکایی این است که صلاحیت تفسیر قانون اساسی محدود به یک دادگاه نیست و این مهم توسط تعداد زیادی از دادگاه‌های ایالتی و فدرال به عنوان لازمه ذاتی فرآیند دادرسی تلقی می‌گردد. در واقع، قضات دادگاه‌های آمریکا با توجه به متن قانون اساسی به عنوان سندی بنیادین جهت حفظ حقوق و آزادی‌های بنیادین، در هر دعوی بر اساس اوضاع و احوال خاص پدید آمده، در خصوص انطباق یا مغایرت مصوبه پارلمان یا مصوبه و تصمیمات قوه مجریه اظهار نظر ماهوی کرده و تصمیم می‌گیرند.<sup>(۱۰۳)</sup> (زارعی و مرکزالمیری، ۱۳۸۴: ۱۶۰)

### ۴-۲ الگوی متمرکز یا اروپای قاره‌ای<sup>(۱۰۴)</sup>

همه قوانین اساسی که پس از جنگ جهانی دوم نگاشته شدند، محدودیت‌هایی لازم الاجرائی را بر قوای حکومتی اعمال کردند و به جز تعداد معدودی از این کشورها همه این قوانین اساسی برخلاف الگوی آمریکایی، دادرسی اساسی را توسط یک «دادگاه قانون اساسی» تضمین نمودند. (Sweet, 2003: 2745) دادرسی اساسی در این الگو که توسط هانس کلسن بنا گردید، توسط دادگاه‌های ویژه‌ای به صورت متمرکز اعمال می‌گردد که خارج از نظام قضائی معمولی قرار دارند و نسبت به موضوعات مبتنی بر قانون اساسی دارای صلاحیت انحصاری می‌باشند. (Fernandes de Andrade, 2001: 981)

هانس کلسن در مفهوم‌سازی دادرسی اساسی در اروپای قاره‌ای با دو مشکل مهم مواجه بود؛ مشکل نخست آنکه سابق بر جنگ جهانی دوم، پارلمان‌ها در اروپای غربی به طور گسترده‌ای بر قوانین اساسی و سیاست حاکم بودند و مشکل دوم نیز آنکه دادگاه‌های نظام حقوق عرفی<sup>(۱۰۵)</sup> نهادهای مناسبی برای اعطای اختیار دادرسی اساسی نبودند، چراکه از یک سو تفویض امر دادرسی اساسی به همان پارلمانی که قانون را تصویب نموده است، معقول و منطقی به نظر نمی‌رسید و از سوی دیگر نیز این اعتقاد وجود داشت که نهادهای عادی قضایی قادر نیستند چنین نظارتی را انجام دهند، چرا که این نهادها به وجود آمده‌اند تا قوانین را اعمال کنند، نه اینکه در مورد آن‌ها به قضاوت بنشینند (Quaranta, 2012: 16-17)؛ بنابراین، موفقیت دادرسی اساسی در اروپا از یک سو بر اقناع بدگمانی سیاست‌مداران نسبت به قدرت قضایی و قوه قضاییه و از سوی دیگر بر عزم اندیشمندان برجسته اروپایی در به کارگیری الگوی آمریکایی از

دادرسی اساسی در قاره مزبور منوط بود و بدین منظور کلسن، ضمن تلقی ماهیتی سیاسی برای قانون اساسی<sup>(۱۰۶)</sup>، اعلام عدم مطابقت قوانین با قانون اساسی را نوعی از قانون‌گذاری - «قانون‌گذار سلبی»<sup>(۱۰۷)</sup> - عنوان نمود، درحالی که قانون‌گذاری در قوه مقننه را «قانون‌گذار ایجابی»<sup>(۱۰۸)</sup> دانست و در نتیجه دادگاه قانون اساسی خاصی را با اقتدار و نیز منزلت برابر با قوه مقننه پی‌ریزی نمود (Schor, 2008 : 554-555)

نظام متمرکز دادرسی اساسی، مفهوم متفاوتی از نظریه تفکیک قوا را بازتاب می‌دهد و بر اساس نظریه ای بنا نهاده شده که به‌طور اساسی با دادرسی غیرمتمرکز تفاوت دارد. نظام متمرکز مزبور که مطلوب کشورهای دارای نظام حقوق عرفی بوده است، توانایی تعیین مطابقت قوانین با قانون اساسی را به یک نهاد قضائی واحد اعطا می‌کند. الگوی اصلی در خصوص نظام متمرکز دادرسی اساسی در قانون اساسی سال ۱۹۲۰ میلادی اتریش پایه‌گذاری شده است که کشورهای دیگری چون ایتالیا، قبرس، ترکیه و یوگوسلاوی نیز چنین نظامی را در اروپا مورد اقتباس قرار داده‌اند.<sup>(۱۰۹)</sup> (E. Finck, 1997: 126)

#### ۴-۱-۲-۱-۲ مبانی الگوی متمرکز

همان‌گونه که ذکر شد، در این رابطه نیز علل و عوامل ویژه‌ای قابل ذکر می‌باشد که مورد اشاره قرار می‌گیرند:

#### ۴-۱-۲-۱-۲ اصول حاکم بر نظام حقوقی رومی-ژرمنی

از آنجا که در نظام حقوقی رومی-ژرمنی اصل «عمل بر اساس رویه قضائی»<sup>(۱۱۰)</sup> به‌نحو محدودی از طریق دیوان عالی کشور و دادگاه های عالی اداری پذیرفته شده است، نظریه اعطای صلاحیت انحصاری به دادگاه قانون اساسی جهت دادرسی اساسی ضروری به‌نظر می‌رسد. در واقع، «قابلیت پیش‌بینی»<sup>(۱۱۱)</sup> و «وحدت رویه»<sup>(۱۱۲)</sup> ابزار ضروری هر نظام حقوقی می‌باشند و یک نظام غیر متمرکز دادرسی اساسی بدون وجود اصل عمل به رویه قضائی، بدون‌شک این دو مهم را در معرض زوال قرار می‌دهد، چراکه تعارض تصمیمات قضات با یکدیگر، در فرض اعطای صلاحیت رسیدگی به همه قضات، مجموعه نظام حقوقی را به تحلیل می‌برد. (Femandes de Andrade, 2001: 983) بنابراین، در چنین نظامی که سابقه قضائی از اعتبار لازم برخوردار نمی‌باشد، ایجاد مرجع واحد با صلاحیت‌های اختصاصی الزامی فرض می‌گردد. درعین‌حال در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا، کنترل قضایی «موردی»<sup>(۱۱۳)</sup> است و بر خلاف نظام اروپایی «کلی و

انتزاعی»<sup>(۱۱۴)</sup> نمی‌باشد، یعنی قاضی دادگاه قانون اساسی در اروپا بر خلاف قاضی آمریکایی با رأی خود مبنی بر مغایرت یک قانون با قانون اساسی، مانع از ظهور قانون مزبور شده یا قانون مزبور را لغو و از نظام حقوقی حذف می‌نماید؛ به‌طوری که هانس کلسن نیز دادگاه قانون اساسی را «قانون‌گذار سلبی» (در مقابل «قانون‌گذار ایجابی» یعنی پارلمان) عنوان کرده است.<sup>(۱۱۵)</sup> (Schor, 2008 : 554-555) (علاوه بر این، دادگاه قانون اساسی در این الگو ممکن است از حیث رعایت قانون اساسی حتی بر قوه قضاییه و دادگاه‌های عادی نیز اعمال اقتدار کند. (Klein, 2006: 2) به‌عنوان نمونه طبق ماده ۹۳ قانون اساسی جمهوری فدرال آلمان، دادگاه قانون اساسی<sup>(۱۱۶)</sup> می‌تواند تصمیمات نهادهای مزبور را از جهت مغایرت با قانون اساسی مورد نظارت قرار دهد.)

#### ۴-۱-۲-۱ اصل حاکمیت پارلمان

یکی از دلایل تأسیس دادگاه‌های اختصاصی برای دادرسی اساسی بر این واقعیت استوار است که اجرای تفکیک قوای ستی و عرفی، بیش از این امکان‌پذیر نبوده و بر همین اساس نیز بسیاری از کشورهای اروپایی، نظام پارلمانی<sup>(۱۱۷)</sup> را به‌عنوان برآیند نظریه برتری پارلمان مورد اقتباس قرار داده‌اند. در چنین نظام‌هایی، بخش حائز اهمیت و قابل توجهی از اختیارات قوه مجریه، در ید نخست‌وزیر قرار دارد که معمولاً عضوی از قوه مقننه یا منتخب آن قوه می‌باشد. بدین ترتیب، در نظام‌های پارلمانی اروپا هیچ‌گونه تفکیک انعطاف‌ناپذیری از قوا وجود ندارد، تا آنجا که بخشی از وظایف و اختیارات قوه مجریه و قوه مقننه در اختیار نخست‌وزیر قرار گرفته است. حال، برای مقابله با قدرت اکثریت موجود در قوه مقننه، نیاز به «شعبه چهارمی» از حکومت برای نظارت بر آن اکثریت می‌باشد که بدون شعبه مزبور، اقلیت‌های نظام‌های پارلمانی به‌دلیل این واقعیت که قضات عادی هیچ اختیاری در نظارت بر اعمال قوه مقننه و صیانت از حقوق و آزادی‌های فردی ندارند، فاقد حمایت خواهند بود.<sup>(۱۱۸)</sup>

(Femandes de Andrade, 2001: 984)

#### ۴-۱-۲-۲ جایگاه متفاوت قضات در دو نظام آمریکایی و اروپایی

به‌نظر می‌رسد آموزش حقوقی قضات حرفه‌ای در نظام‌های حقوقی رومی-ژرمنی، نقش بسیار مهمی در خصوص تلقی اروپایی‌ها از دادرسی اساسی ایفا نموده است. قضات عادی در اغلب کشورهای دارای نظام حقوقی رومی-ژرمنی معمولاً پس از فراغت از تحصیل از طریق آزمونی دشوار انتخاب شده و بعد از آن نیز توسط نهادهای رسمی تحت

آموزش حرفه‌ای تخصصی‌تری قرار می‌گیرند و در نهایت به اخذ مجوز قضاوت نائل می‌آیند. قضات مزبور سپس به شهرهای کوچک فرستاده شده و قبل از اینکه به عالی‌ترین موقعیت شغلی خود دست یابند، پرونده‌های با اهمیت کمتر را قضاوت می‌نمایند. در این نظام‌ها، انتصاب یک قاضی بیش از آنکه امری سیاسی باشد، انتخابی فنی از میان دانش‌آموخته‌های واجد صلاحیت حقوق می‌باشد که وظیفه‌های قضایی را اعمال می‌نمایند. علاوه بر این، تلاش برای تفکیک نظام حقوقی از سیاست، دین، اقتصاد و هر چیز دیگری که کاملاً حقوقی نیست، یک سنت رومی- ژرمنی و از اقتضات دولت و ستفالیایی است؛ بنابراین، فرض بر این است که قضات عادی نقش عمده‌ای در تعیین این خط‌مشی‌ها نداشته باشند و این مهم وظیفه قوه «قانون‌گذار» است که از برتری برخوردار می‌باشد. بدین‌سان تکلیف قضات، اعمال حرفه‌ای و فنی تمهیدات قانونی می‌باشد و آنها نباید در بی‌اعتبار کردن قانون موثر باشند. نتیجه آنکه یک نهاد قضایی مجزا لازم است تا به دادرسی اساسی بپردازد.. (Fernandes de Andrade, 2001: 984)

#### ۴-۲-۱-۲ مهم‌ترین ویژگی‌های کارکردی الگوی متمرکز

##### الف) متمرکز بودن کنترل

مشخصه اصلی این الگو، «متمرکز بودن کنترل»<sup>(۱۱۹)</sup> است که صرفاً یک نهاد صلاحیت ارزیابی و اظهار نظر نهائی در مورد اعتبار قانون عادی را بر اساس قانون اساسی دارد. در واقع، مراجع مزبور در این مدل برای تصمیم‌گیری راجع به موضوعات مربوط به قانون اساسی دارای صلاحیت خاص می‌باشند. (زارعی و مرکز مال‌میری، ۱۳۸۴: ۱۶۱)

در این مدل برخلاف الگوی آمریکایی، به‌طور معمول میان انواع دادخواست‌ها از قبیل دادخواست‌های اداری، مدنی، تجاری، جنائی و به‌همین ترتیب دادخواست‌های مبتنی بر قانون اساسی تمایز گذاشته می‌شود تا در نتیجه دادگاه‌های مختلفی به این دعاوی رسیدگی بورزند و به‌همین صورت نیز آیین دادرسی دادگاه‌های قانون اساسی متفاوت از دیگر دادگاه‌ها می‌باشد. با توجه به این واقعیت که کنترل قضائی در اروپا تا حدود مشخصی با مفاهیم «حاکمیت پارلمان» و «بدگمانی نسبت به اختیار قضات در کنار گذاشتن قوانین مصوب پارلمان»<sup>(۱۲۰)</sup>، پیوند خورده است، قضات دادگاه‌های عادی در نظام حقوقی رومی- ژرمنی<sup>(۱۲۱)</sup> معمولاً نمی‌توانند با ادعای مغایرت با قانون قانونی را نادیده انگارند و صرفاً دادگاه‌های قانون اساسی از چنین اختیاری برخوردار

می باشند. (Fernandes de Andrade, 2001: 981)

به عنوان مثال در ایتالیا، دادگاه‌های عادی (مدنی، اداری و تجاری) موضوعات مبتنی بر قانون اساسی را صرف نظر از صحت آن‌ها به دادگاه قانون اساسی ارجاع می‌دهند.<sup>(۱۲۲)</sup> در آلمان نیز، صرفاً دادگاه فدرال قانون اساسی صلاحیت رسیدگی به قوانین را از حیث مطابقت یا عدم مطابقت با قانون اساسی دارد.<sup>(۱۲۳)</sup>

### ب) ذهنی و پیشینی بودن کنترل به عنوان وجه غالب

کنترل قوانین در این الگو «انتزاعی و ذهنی»<sup>(۱۲۴)</sup> است که چنین وصفی با رسیدگی «پیشینی» ملازمه دارد. (E. Finck, 1997: 151) به عبارت دیگر، مقام کنترل‌کننده بدون آنکه مواجه با یک دعوای عینی در عالم خارج باشد فقط به صورت ذهنی، قانون عادی و قانون اساسی را با یکدیگر تطبیق می‌دهد. البته لازم به ذکر است که در این الگو نظارت پسینی نیز ممکن است وجود داشته باشد و با توجه به دغدغه‌های هر نظام حقوقی به تناسب از هر یک استفاده شود. گرچه وجه قاعده رسیدگی ژیشینی است ولی چنانچه رسیدگی پسینی مجاز باشد، طبعاً عینی خواهد بود. (واعظی، ۱۳۹۰: ۱۶۸)

### ج) عمومیت

علاوه بر این، تصمیم دادگاه مزبور عام الشمول بوده و برای تمامی قوا الزام‌آور می‌باشد و برخلاف الگوی آمریکایی، تصمیم دادگاه قانون اساسی قانون مزبور یا بخشی از آن را که مغایر قانون اساسی قلمداد شده است را ابطال کرده و از نظام قانونی خارج می‌نماید (Tanchev, 2009: 8) و لذاست که همان‌گونه که بیان شد، «هانس کلسن» دادگاه قانون اساسی را «قانون‌گذار سلبی» نام نهاده است.

### د) صلاحیت تفسیر

بر خلاف الگوی آمریکایی که تمامی دادگاه‌ها می‌توانند به تفسیر قانون اساسی مباردت ورزند و البته دیوان عالی سخن نهایی را در این مسئله طرح می‌نماید (A. Posner, 2010: 2417)، صرفاً دادگاه قانون اساسی و نه سایر دادگاه‌ها از صلاحیت تفسیر قانون اساسی برخوردار می‌باشد و نظرات تفسیری دادگاه قانون اساسی نیز همانند تصمیماتش برای تمامی محاکم و نهادهای لازم‌الاتباع است.

## ۴-۲ کنترل سیاسی یا الگوی فرانسوی<sup>(۱۲۵)</sup>

برخلاف الگوی آمریکایی، الگوی فرانسوی از سال ۱۷۹۰ میلادی با استناد به اصل

تفکیک قوا و با این توجیه که وقتی ملتی قدرت تقنینی خود را به وسیله یک هیئت دائمی از نمایندگان اعمال می‌کند، نمی‌تواند به دادگاه‌های مجری قوانین و تابع اقتدارش، صلاحیت بازنگری قوانین را واگذار کند، به این اصل تمسک نمودند که «قضات نمی‌توانند در کارکرد تقنینی مشارکت کنند». (Sweet, 2003: 2744) بر همین اساس، قوانین اساسی سال‌های ۱۷۹۹، ۱۸۵۲، ۱۹۴۶ و ۱۹۵۸ میلادی امکان نظارت بر مطابقت قوانین با قانون اساسی را مورد پذیرش قرار داده و آن را به نهادی سیاسی - و غیر قضایی<sup>(۱۲۶)</sup> - تفویض نموده‌اند. (Cappelletti, 1970: 1017) الگوی فرانسوی ریشه در دوران جمهوری دارد و حتی ابزار پیروزی آن است و توفیق آن در این است که این نهاد به وسیله یک قاضی اعمال نمی‌شود، بلکه توسط یک نهاد یعنی شورای قانون اساسی<sup>(۱۲۷)</sup> محقق می‌گردد که می‌توان آن را بر خلاف الگوی آمریکایی نهادی غیر قضائی (سیاسی) دانست؛ چرا که از یکسو الزاماً متشکل از قضات نیست و از سوی دیگر نیز به دعوای خاصی فیصله نمی‌دهد و به عبارت دیگر، به منافع مادی اشخاص خصوصی و نهادهای محلی نپرداخته و در یک کلام قضاوت نمی‌کند. (Zoller, 2008: 220) لازم به توضیح است که منظور از ماهیت سیاسی، آن ماهیتی است که در مقابل ماهیت قضائی قرار می‌گیرد، نه نهاد سیاسی به معنای مصطلح و عام آن.<sup>(۱۲۸)</sup> در این معنا نهاد سیاسی، امور و برنامه‌هایی را که ماهیتی عمومی، غیر شخصی و انتزاعی دارند، پی‌ریزی می‌کند؛ در حالی که عمل قضایی، واجد ماهیتی اختصاصی و عموماً ناظر بر موارد خاص و جزئی است و یا اینکه عمل قضایی، عملی توافعی بوده و در صورت بروز اختلاف، مطرح و به دنبال طرح دعوا احقاق حق صورت می‌پذیرد. (موسی‌زاده، ۱۳۸۷: ۱۵۸) شورای قانون اساسی نیز نهادی سیاسی است که در فرآیند شکل‌گیری قانون جای می‌گیرد و در اعمال صلاحیت خود، یک نیروی ضد قدرت تقنینی نیست. به عنوان مثال، طبق اصل ۶۱ قانون اساسی فرانسه، شورای قانون اساسی فرانسه می‌تواند قوانین ارگانیک را پیش از توشیح و آیین‌نامه‌های داخلی مجالس پارلمان را پیش از اجرا از حیث عدم مطابقت با قانون اساسی مورد بررسی قرار دهد و در عین حال نیز ارجاع دیگر قوانین به شورای قانون اساسی اختیاری می‌باشد که با تقاضای برخی مقامات این ارجاع صورت می‌پذیرد.

ایده «هیئت قانون اساسی»<sup>(۱۲۹)</sup> به عنوان هیئت مستقل از سایر قوا، جهت نظارت بر

مطابقت قوانین با قانون اساسی، در آگوست سال ۱۷۹۵ میلادی توسط «امانوئل جوزف سی‌یس»<sup>(۱۳۰)</sup> سیاست‌مدار فرانسوی در کنوانسیون ترمیدورین<sup>(۱۳۱)</sup> مطابق با مواد ۸۹ تا ۱۰۹ قانون اساسی جمهوری سوم در فرانسه پیشنهاد گردید و در ۲۳ سپتامبر سال ۱۷۹۵ میلادی در قالب «شورای بزرگان»<sup>(۱۳۲)</sup> قانون اساسی عینیت یافت. (189-Raffet, 1839: 185) در ادامه در سال ۱۷۹۹ میلادی، این اختیار به مجلس سنا واگذار گردیده که به دنبال آن در جمهوری چهارم در سال ۱۹۴۶ میلادی، «کمیته قانون اساسی»<sup>(۱۳۳)</sup> با صلاحیت‌های محدودی که غالب آن‌ها در حمایت از اختیارات مجلس سنا بود، تشکیل می‌گردد. در نهایت نیز، پایه‌گذاران جمهوری پنجم در سال ۱۹۵۸ میلادی با این عقیده که پارلمان از حوزه‌های تحت اختیار خود خارج نشود، شورای قانون اساسی را پایه‌گذاری می‌نمایند. (الیوت و ورنون، ۱۳۸۲: ۱۶۸) بدین ترتیب مشخص می‌گردد که الگوی دادرسی اساسی در فرانسه نسبت به سایر الگوهای مذکور قدیمی‌تر بوده و از ساختاری بدیع و متأثر از بدگمانی شدید به قضات نیز بهره برده است.<sup>(۱۳۴)</sup>

## ۴-۲-۱ مبانی الگوی کنترل سیاسی

در خصوص شکل‌گیری این الگو و گرایش نسبت به آن عوامل و دلایلی قابل ذکر می‌باشند که ذیلاً به اهم این موارد پرداخته می‌شود:

## ۴-۲-۱-۱ مخالفت با تفوق قوه قضائیه بر قوه مقننه

یکی از انتقاداتی که به روش کنترل قضائی وارد آمده این است که سپردن حق نظارت بر قوانین به قوه قضائیه، موجب استیلا و تفوق بر قوه مقننه که نماینده افکار عمومی است می‌گردد و چه‌بسا توازن قوا را به نفع دستگاه قضائی بر هم بزند. ضمن آنکه مشروعیت قوه مقننه که مستقیماً از طرف مردم انتخاب می‌شود، بیش از قوه قضائیه است و اگر رأی مردم را منشاء و مبنای حاکمیت تلقی کنیم، نفوذ و تسلط قوه قضائیه بر آراء نمایندگان مردم موجب نقض این حاکمیت می‌گردد. علاوه بر این، دخالت قوه قضائیه در امر قانون‌گذاری ضمن خلط اصل تفکیک قوا موجب وارد شدن قضات در تعاملات سیاسی و از بین رفتن عدالت و بی‌طرفی ایشان می‌شود و لذا استفاده از شورایی مستقل در این خصوص می‌تواند چنین ایراداتی را برطرف نماید. (جعفری‌ندوشن، ۱۳۸۳: ۲۹۶)

این مخالفت ریشه در سوء ظن فرانسوی‌ها نسبت به قوه قضائیه دارد؛ چنانکه دکترین حاکمیت پارلمان در فرانسه بر این ایده استوار بوده است که «پارلمان مرتکب اشتباه نمی‌گردد» و بنابراین با تشکیل پارلمان و تلقی آن به‌عنوان نماد دموکراسی فرانسوی، ایده نظارت بر مطابقت قوانین با قانون اساسی توسط قضات دادگاه‌ها به‌مثابه ابزاری در مخالفت با پارلمان قلمداد گردید (Philippe, 2012: 65) و حتی فرانسوی‌ها برای جلوگیری از دخالت قضات در این امر نسبت به جرم‌انگاری آن مبادرت ورزیدند، چنانچه ماده ۱۲۷ قانون جزای دروه ناپلئون فرانسه تصریح می‌دارد: «قضات در صورت سوء استفاده از اختیارات خود در صدور احکام دارای ماهیت تقنینی یا تعلیق اجراء یک یا چند قانون یا سنجیدن اینکه قانونی منتشر شود و یا اجرا گردد مجرم شناخته شده و مجازات آنان سلب حقوق مدنی خواهد بود.» این ماده همچنان منسوخ نگردیده (Sweet, 2003: 2746) و به‌عنوان یک سنت فرانسوی بیان‌گر سوء ظن آنها به نظام قضایی و البته برداشت کاملاً شکلی از تفکیک قوا است. (Edmiston, 2010: 110)

#### ۴-۲-۱- تلقی متفاوت از مفهوم تفکیک قوا

قرائت فرانسوی از تفکیک قوا عبارت است از جدائی بین همه کارکردهای دولت به‌منظور واگذاری اعمال صلاحیت به ارگان‌های متمایز و مراقبت از آن که هر کدام به کارکرد خود بسنده نمایند. تفاوت مهمی که این برداشت نسبت به مدل آمریکایی دارد، حل مسأله تجاوز یک ارگان به صلاحیت ارگان دیگر، نه به‌وسیله تقابل قوا بلکه به‌وسیله ارگان‌های مستقل می‌باشد. لذا در فرانسه، سه ارگان شورای قانون اساسی، شورای دولتی<sup>(۱۳۵)</sup> و دیوان تعارضات<sup>(۱۳۶)</sup> نقشی اساسی برای تفکیک بین کارکردهای تقنینی، حکومتی و قضائی و اداری خود ایفا می‌نمایند که شورای قانون اساسی متصدی نظارت بر پارلمان می‌باشد و مراقبت می‌نماید تا پارلمان در چارچوب کارکرد تقنینی خود محدود بماند.<sup>(۱۳۷)</sup> (Zoller, 2008: 245-246)

به‌عبارت دیگر بر خلاف آمریکا، فرانسه به طور سنتی نظریه تفکیک ساختاری (شکلی) قوا را در حقوق اساسی خود پذیرفته است که این نظریه مستلزم یک تفکیک انعطاف‌ناپذیر بین اشخاص تشکیل‌دهنده سه قوه حکومتی (قانون‌گذاری، اجرائی و قضائی) است که هر کدام از آنها باید وظایف متمایز یکدیگر را رعایت کرده و از دخالت در آنها خودداری بورزند. (بارنت، ۱۳۸۶: ۳۱) بدین ترتیب، کنترل قضائی بر

امر قانون‌گذاری در فرانسه با این استدلال که مستلزم ورود دادگاه‌ها در قلمرو صلاحیت پارلمان تلقی می‌گردد نامناسب قلمداده شده است.<sup>(۱۳۸)</sup>

#### ۴-۲-۲ مهمترین ویژگی‌های کارکردی الگوی کنترل سیاسی

در الگوی سیاسی دادرسی اساسی، بررسی مطابقت قوانین با قانون اساسی پیش از انتشار یا اجرا صورت می‌پذیرد و در صورت عدم مطابقت، از انتشار یا اجرای قوانین جلوگیری به عمل می‌آید. در واقع الگوی سیاسی معمولاً نوعی کنترل نگهدارنده و بازدارنده است که از صدور قوانین مغایر قانون اساسی ممانعت به عمل می‌آورد و در مرحله بعد از وضع قانون و قبل از انتشار و اجرا عمل می‌نماید. البته ممکن است این نظارت شامل تمامی قوانین نشود. چنانکه در فرانسه طبق ماده ۶۱ قانون اساسی، «قوانین ساختاری» پیش از توشیح و آیین‌نامه‌های داخلی مجالس پارلمان پیش از اجرا باید جهت مطابقت به شورای قانون اساسی تسلیم شود و ارجاع دیگر قوانین اختیاری است که با تقاضای برخی مقامات این ارجاع صورت می‌پذیرد. ولی در ایران طبق اصل ۹۴، ارجاع همه مصوبات مجلس شورای اسلامی جهت مطابقت با قانون اساسی و شرع به شورای نگهبان الزامی می‌باشد.

خصیصه اصلی الگوی مزبور این است که نهاد دادرسی اساسی از نظر سازمانی مستقل بوده و خارج از چارچوب قوه قضائیه قرار دارد که استقلال مالی و اداری پیش شرط اصلی استقلال نهاد مذکور می‌باشد. (Mavčič, 2001: 28) همچنین نظام‌های دارای الگوی شورای قانون اساسی معتقد به امکان دادرسی اساسی ناشی از مراجعه به قانون اساسی جهت بررسی اسناد قانونی (قوانین، احکام تقنینی، مقررات) می‌باشند<sup>(۱۳۹)</sup>، اما این حق مراجعه، نه به شهروندان بلکه به مهمترین مقامات سیاسی - به جهت مصلحت مرتبط با صلاحیت مبتنی بر قانون اساسی - داده شده است. در واقع، در این الگو «نظریه حصر در دادخواهی مبتنی بر قانون اساسی»<sup>(۱۴۰)</sup> پذیرفته شده است. (ابوعید، ۲۰۰۷: ۱۳۶) چنان‌که در لبنان<sup>(۱۴۱)</sup> این نظریه پذیرفته شده است.

#### ۴-۳ سایر الگوها

از آنجا که عمده کشورهای جهان، دو الگوی فوق‌الذکر را اقتباس نموده‌اند، صرفاً به‌طور اختصار به الگوهای دیگر از دادرسی اساسی پرداخته می‌شود:

### ۴-۳-۱ الگوی مختلط دادرسی اساسی

از جمله دیگر الگوهای دادرسی اساسی، «الگوی مختلط»<sup>(۱۴۲)</sup> است که هرگاه مراجع قضائی نوعی از قانون‌گذاری را و نهاد قضائی دیگری نیز نوعی دیگر از قانون‌گذاری را مورد نظارت و رسیدگی قرار بدهند، الگوی مختلط دادرسی اساسی به دست می‌آید.<sup>(۱۴۳)</sup> (Fernandes de Andrade, 2001: 978) به‌عنوان مثال در کشور «جمهوری کلمبیا» در خصوص صیانت از حقوق بنیادین مندرج در قانون اساسی، الگوی غیر متمرکز (آمریکایی) پذیرفته شده است و مطابق با ماده ۸۶ قانون اساسی کلمبیا<sup>(۱۴۴)</sup> هر شخصی که حقوق بنیادین او مورد تعدی قرار گرفته یا بیم تعدی نسبت به آن وجود دارد قادر است از دادگاه‌های عادی درخواست صیانت از این حقوق را بنماید و قاضی این دادگاه‌ها می‌تواند هر دستوری را که برای جلوگیری از این حقوق بنیادین الزامی می‌داند، صادر نماید؛ از طرف دیگر نیز دادگاه قانون اساسی کلمبیا در سال ۱۹۹۱ میلادی تأسیس شده است و رسیدگی به درخواست عمومی عدم مطابقت با قانون اساسی، نظارت مستقیم بر انواع خاصی از قوانین مشتمل بر فرامین ریاست‌جمهوری در وضعیت اضطراری، قوانینی که موجب تشکیل مجلس مؤسسان یا برگزاری referendum می‌شوند، قوانین تأیید کننده معاهدات و قوانین موضوعه را بر عهده دارد و لذا علاوه بر الگوی غیر متمرکز، الگوی متمرکز دادرسی اساسی مورد اقتباس قرار گرفته است.<sup>(۱۴۵)</sup>

### ۴-۳-۲ الگوی کشورهای مشترک المنافع

علاوه بر این، گفتنی است کشورهای مشترک المنافع<sup>(۱۴۶)</sup> نیز دارای الگویی خاص می‌باشند<sup>(۱۴۷)</sup> که ذیل الگوهای مذکور قرار نمی‌گیرند. در این کشورها دادرسی اساسی به‌طور متمرکز در صلاحیت عالی‌ترین دادگاه در سلسله مراتب قضایی دادگاه‌ها قرار دارد که از قضاات عادی (بدون انتصاب سیاسی) تشکیل شده است. (برخلاف الگوی اروپای قاره‌ای که امر دادرسی اساسی در آن بر عهده یک دادگاه خاص و نه لزوماً عالی‌ترین دادگاه در سلسله مراتب قضایی دادگاه‌ها می‌باشد). نظارت مزبور علی القاعده پیشینی بوده و امکان نظارت پسینی نیز وجود دارد؛ همچنین اثر تصمیمات دادگاه مذکور عام الشمول می‌باشد. (Mavčič, 2001: 27) به‌عنوان مثال در کشور مشترک‌المنافع استرالیا، «دیوان عالی استرالیا»<sup>(۱۴۸)</sup> که مطابق با ماده ۷۱ قانون اساسی

استرالیا تأسیس شده است، قدرت کنترل قضایی را در اختیار دارد. (E. Foley, 2007: 337)

### ۴-۳-۳ الگوی نظارت توسط نهادهای قانون گذار

در برخی کشورها نیز برخی نهادهای دیگر مانند مجلس ملی، پارلمان یا نهادهای خاص قانون گذاری از صلاحیت دادرسی اساسی برخوردار شده اند.<sup>(۱۴۹)</sup> به طور نمونه، «جمهوری فنلاند» در زمره یکی از این کشورها می باشد که در آن «کمیته قانون اساسی»<sup>(۱۵۰)</sup> وفق ماده ۷۴ قانون اساسی فنلاند به عنوان یکی از نهادهای وابسته به پارلمان بر مطابقت قوانین و مقررات با قانون اساسی نظارت می نماید. همچنین لازم به ذکر است که در ماده ۱۰۶ قانون اساسی فنلاند نیز ضمن تصریح به برتری قانون اساسی مقرر شده است که اگر اجرای یک قانون در تعارض آشکار با قانون اساسی باشد، دادگاهها موظف به رعایت تفوق قانون اساسی می باشند که البته این مسئله به معنای بطلان قانون مذکور نبوده و صرفاً در موارد مزبور، قانون مورد مناقشه کنار گذاشته می شود. (Tuori, 2010: 5)

خصیصه های اصلی الگوهای دادرسی اساسی

| ویژگی ها                 | الگوی کنترل قضایی         |                                         | الگوی کنترل سیاسی           |
|--------------------------|---------------------------|-----------------------------------------|-----------------------------|
|                          | الگوی غیر متمرکز          | الگوی متمرکز                            |                             |
| جایگاه نهاد دادرسی اساسی | داخل در چارچوب قوه قضائیه |                                         | خارج از چارچوب قوای سه گانه |
| نوع رسیدگی               | غیر متمرکز                | متمرکز                                  | متمرکز                      |
| زمان شروع رسیدگی         | پسینی                     | پیشینی / پسینی                          | پیشینی / پسینی              |
| عینی یا ذهنی بودن رسیدگی | عینی                      | عینی / ذهنی                             | عینی / ذهنی                 |
| خواهان رسیدگی            | طرفین دعوی                | از مقامات حکومتی گرفته تا شهروندان عادی | برخی مقامات حکومتی          |
| اعتبار رأی               | نسبی                      | قطعی و عام الشمول                       | قطعی و عام الشمول           |

(مأخذ: یافته های تحقیق)

### جمع بندی و پیشنهادات

نظارت بر مطابقت قوانین با قانون اساسی ابزاری مهم در رابطه با صیانت از قانون

اساسی می‌باشد و تصمیم‌گیری در خصوص تفویض این اختیار به دادگاه‌ها یا دیگر نهادهای حکومتی امری است که به سنت‌های حقوقی هر جامعه بستگی دارد. در کشورهایی که قوه قضائیه به‌عنوان کم‌خطرترین شاخه حکومت نسبت به آزادی‌های مندرج در قانون اساسی در نظر گرفته می‌شود، کنترل قضایی توسط دادگاه‌ها برآیند طبیعی آن حکومت تلقی شده و بالعکس در کشورهایی که نسبت به دادگاه‌ها بدبینی خاصی وجود داشته، تاسیس دادگاه اختصاصی یا نهادی غیر قضایی برای نظارت بر مطابقت قوانین با قانون اساسی جهت رفع مشکل مشروعیت دادگاه‌ها ضروری به‌نظر رسیده است.

الف) در ایالات متحده آمریکا، نظارت قضایی به‌عنوان کارکرد اصلی و طبیعی دادگاه‌ها حتی قبل از تصویب قانون اساسی، در نظر گرفته شده است که علی‌رغم تصریح به این مهم در قانون اساسی آمریکا، در سال ۱۸۰۳ میلادی توسط رئیس دیوان عالی این کشور مورد استناد قرار می‌گیرد و بر اساس رای مزبور، امکان نظارت بر مطابقت قوانین با قانون اساسی به‌صورت عملی در همه دادگاه‌ها فراهم می‌گردد. یکی از علل اصلی این اقتدار قضایی را باید در تلقی بنیان‌گذاران قانون اساسی آمریکا از تفکیک قوا جستجو نمود که از یک‌سو گرایش ایشان به مفهوم «نظارت و تعادل» و نیز پذیرش نظریه حاکمیت مردمی موجب واگذاری امر صیانت از قانون اساسی به قضات دادگاه‌های عمومی شده و از سوی دیگر تفکیک مطلق قوا در ایالات متحده ایجاب نموده است که قوه مقنن در فرآیند تقنین تا آخرین مرحله دارای آزادی عمل باشد و بنابراین تا قبل از تصویب و انتشار قانون مصون از دخالت سایر قوا، از جمله قوه قضاییه می‌باشد و همچنین این تفکیک قوا مانع از ابطال قانون می‌گردد و دخالت قاضی صرفاً منجر به کنارگذاشتن موردی قانون در یک پرونده مشخص می‌شود.

ب) در اروپای قاره‌ای (البته غیر از فرانسه)، صیانت از قانون اساسی توسط دادگاه‌های قانون اساسی به‌تدریج ایجاد شده و حتی برخی از کشورهای اروپایی مانند انگلستان و هلند همچنان از تفویض چنین اختیاری به دادگاه‌های خود در رسیدگی به مطابقت قوانین با قانون اساسی امتناع نموده‌اند. در این رابطه به‌نظر می‌رسد که اصول حاکم بر نظام رومی-ژرمنی، آموزش حقوقی قضات حرفه‌ای و اهمیت صیانت از آزادی‌های فردی موجب گردیده تا برخلاف الگوی آمریکایی، نظارت بر مطابقت

قوانین با قانون اساسی به صورت متمرکز، کلی و انتزاعی و دارای اعتبار مطلق امر مختومه مورد قبول واقع گردد.

ج) در الگوی فرانسوی (الگوی سیاسی دادرسی اساسی) نیز که در آن از یک سو، قانون مصوب پارلمان به منزله نماد نفع عمومی و مهمترین جنبه اصل حاکمیت پارلمان محترم و مقدس شمرده شده و از سوی دیگر، قضات دادگاه های عمومی در کنترل قوانین واجد صلاحیت مطلوب دانسته نشده اند و حتی با بدبینی مورد توجه قرار گرفته اند، نظارت بر قوانین به یک نهاد عالی سیاسی و دور از دسترس قضات عادی دادگاه ها واگذار شده است. این مسئله سبب گردیده است که به نحو غالب، قانون خلاف قانون اساسی منتشر نگردد و در عین حال نیز به طور مطلق بی اثر یا باطل گردد.

در نهایت لازم به ذکر است که مطالعه الگوهای مذکور و مبانی و الزامات هر یک نشان می دهد که تاسیس و کارکرد مطلوب نهادهای عالی رتبه و موثر دادرسی اساسی در هر کشور، مستلزم در نظر گرفتن و امعان نظر به مبانی تاریخی و نظری نظام های مختلف حقوقی این کشورها می باشد. تبیین جایگاه قوه قانون گذار و نقش مصوبات آن در نظام حقوقی، تبیین جایگاه قوه قضاییه و به طور خاص قضات در صیانت از حقوق و آزادی ها و نیز تبیین نوع تلقی هر نظام حقوقی از مفاهیمی چون تفکیک قوا از جمله ضرورت هایی است که باید مورد واکاوی و مذاقه قرار گرفته و بدون انجام این مهم، صیانت مطلوب از قانون اساسی و نیز رفع ابهام از کارکردها و کارویژه های نهادهای دادرسی اساسی با مشکل مواجه می گردد؛ امری که اعمال آن در خصوص شورای نگهبان جمهوری اسلامی ایران به عنوان نهاد دادرسی اساسی نیز ضروری به نظر می رسد و بدین ترتیب است که نیل به فهم مقرون به صواب از جایگاه شورای نگهبان و کارکردهای آن در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران نیز به تمام و کمال امکان پذیر می گردد.

## منابع و مأخذ

## الف- فارسی

- ۱- آدمیت، فریدون (۱۳۸۵)، اندیشه ترقی و حکومت قانون (عصر سپهسالار)، تهران: شرکت سهامی انتشارات خوارزمی، چاپ سوم.
- ۲- الیوت، کاترین و ورنون، کاترین (۱۳۸۲)، نظام حقوقی فرانسه، ترجمه صفر بیگ زاده، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، چاپ اول.
- ۳- بارت، اریک (۱۳۸۶)، مقدمه‌ای بر حقوق اساسی، ترجمه عباس کدخدایی، تهران: نشر میزان، چاپ دوم.
- ۴- بجورلند، لیدیا (۱۳۸۳)، بنیان‌گذاری آمریکا و قانون اساسی آن، ترجمه مهدی حقیقت‌خواه، تهران: انتشارات ققنوس، چاپ اول.
- ۵- بلز، هرمن (۲۰۰۵)، «مشروطه خواهی»، ترجمه احمد مرکز المیری، مجلس و پژوهش، ش ۵۶، ۱۸۷-۱۹۸.
- ۶- بوشهری، جعفر (۱۳۵۳)، حقوق اساسی تطبیقی، تهران: انتشارات انقلاب اسلامی، چاپ سوم
- ۷- تمنا، فرامرز (۱۳۸۶)، «تحول مفهوم کنش‌گر در روابط بین الملل»، فصل‌نامه مطالعات راهبردی، سال دهم، شماره ۴، ۷۵۲-۷۸۴.
- ۸- تروپه، میشل (۱۳۸۳)، «منطق حاکم بر توجیه صیانت از قانون اساسی»، ترجمه عباس کدخدایی و محمدرضا ویژه، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۶، ۲۶۱-۲۹۱.
- ۹- جعفری‌ندوشن، علی‌اکبر (۱۳۸۳)، تفکیک قوا در حقوق ایران، آمریکا و فرانسه، تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی، چاپ اول.
- ۱۰- حمیدیان، حسن (۱۳۸۹)، نظارت بر قانون‌گذاری در ایران و آمریکا، نشر دادگستر،

چاپ اول.

۱۱- حاجی پور، نصرت‌ا.. (۱۳۸۳)، تطبیق قوانین با شرع در نظام قانون‌گذاری ایران،

تهران: انتشارات مرکز اسناد انقلاب اسلامی، چاپ اول.

۱۲- حسن‌وند، محسن (۱۳۹۱)، دستورگرایی در عرصه فراملی: بررسی نمونه اتحادیه

اروپا، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول.

۱۳- داوید، رنه و اسپینوزی، کامی ژوفره (۱۳۸۱)، درآمدی بر حقوق تطبیقی و دو نظام

بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه و تلخیص سید حسین صفایی، تهران: نشر میزان.

۱۴- دوورژه، موریس (۱۳۲۸)، رژیم‌های سیاسی، ترجمه ناصر صدالحفاظی، موسسه

مطبوعاتی علم.

۱۵- زارعی، محمد حسین و مرکزالمیری، احمد (۱۳۸۴)، مفهوم و مبانی کنترل قضایی

با تأکید بر نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۲،

۱۴۹-۱۹۸.

۱۶- زولر، الیزابت (۱۳۸۹)، درآمدی بر حقوق عمومی: مطالعه تطبیقی بنیادهای حقوق

عمومی آلمان، فرانسه، انگلستان و آمریکا، ترجمه سید مجتبی واعظی، تهران:

انتشارات جاودانه، جنگل، چاپ اول.

۱۷- طباطبائی مومنی، منوچهر (۱۳۸۶)، حقوق اساسی، تهران: نشر میزان، چاپ

دوازدهم.

۱۸- غمامی، سید محمد مهدی (۱۳۸۷)، «قانون اساسی‌گرایی در دوران مشروطه و

تحولات پس از آن»، فصل‌نامه حقوقی گواه، شماره ۱۲، ۵۱-۳۰.

۱۹- غمامی، سید محمد مهدی (۱۳۹۰)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران:

مرکز اسناد انقلاب اسلامی.

- ۲۰- \_\_\_\_\_ (۱۳۹۲)، عناصر اصلی و حدود نظم عمومی در حوزه حقوق عمومی ایران، تهران: رساله دوره دکتری، علوم و تحقیقات تهران.
- ۲۱- قاضی (شریعت‌پناهی)، ابوالفضل (۱۳۷۵)، گفتارهایی در حقوق عمومی، تهران: نشر دادگستر، چاپ اول.
- ۲۲- \_\_\_\_\_ (۱۳۸۳)، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، تهران: نشر میزان، چاپ دوازدهم.
- ۲۳- کلسن، هانس (۱۳۹۱)، نظریه حقوقی ناب: مدخلی به مسائل نظریه حقوقی، ترجمه اسماعیل نعمت الهی، تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چاپ دوم.
- ۲۴- کیلی، جان (۱۳۸۲)، تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر طرح نو، چاپ اول.
- ۲۵- لاگلین، مارتین (۲۰۰۵م)، «نظریه مشروطه (درآمدی بر مبانی حقوق عمومی)»، ترجمه محمد راسخ، مجلس و پژوهش، ش ۵۶، ۱۴۵-۱۸۶.
- ۲۶- موسی‌زاده، ابراهیم (۱۳۸۷)، «بررسی ماهیت شورای نگهبان»، حکومت اسلامی، سال ۱۳، شماره ۱، ۱۵۶-۱۷۷.
- ۲۷- واعظی، سید مجتبی (۱۳۹۰)، «مطالعه تطبیقی مبانی و کارکرد الگوهای دادگستری اساسی»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۵، شماره ۲، ۱۵۵-۱۷۳.
- ۲۸- واوینگ، برادلی (۱۳۸۵)، «منابع ماهیت قانون اساسی انگلستان»، ترجمه توکل حبیب زاده، فصل‌نامه حقوق اساسی، زمستان ۱۳۸۵، شماره ۶ و ۷، ۳۲۱-۳۵۶.
- ۲۹- ویژه، محمدرضا (۱۳۹۰)، دوره پیشرفته حقوق عمومی (۱): مبانی نظری و ساختار دولت حقوقی، تهران: انتشارات جنگل، جاودانه، چاپ اول.
- ۳۰- هامون، فرانسیس و واینر، سلین (۱۳۸۳)، «صیانت از قانون اساسی در فرانسه و

ایالات متحدہ امریکا»، ترجمہ محمد جلالی، نشریہ حقوق اساسی، سال دوم، شماره ۲، ۷۹-۱۲۸.

ب۔ عربی

۳۱۔ ابو عید، الیاس (۲۰۰۷)، المجلس الدستوری: بین النص و الاجتهاد و الفقه المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية.

۳۲۔ المجذوب، محمد (۲۰۰۲)، القانون الدستوری و النظام الدستوری فی لبنان و اهم النظم الدستوريه و الاساسيه فی العالم، منشورات الحلبي الحقوقية.

### ج۔ انگلیسی

1. A. Posner, Richard (2010), "Judicial Review, a Comparative Perspective: Israel, Canada, and the United States", Cardozo Law Review, University of Chicago Law School Chicago Unbound vol.31, 2393- 2456.
2. Allen, Michael and Thompson, Brian (2005), Cases and materials on constitutional and administrative law , USA: Oxford university press Inc., 8th edition.
3. Bermann, George A.; Picard, Etienne (2008), Introduction to French Law, Kluwer Law International.
4. Cappelletti, Mauro (1972), "Judicial Review in the Contemporary World", Fordham Law Review, vol 40, no 8, 1007- 1027.
5. ————— (1970), "Judicial Review in Comparative Perspective", California Law Review, vol. 85, no. 5, 1017-1053.
6. Carroll, Alex (2007), Constitutional and Administrative Law, UK: Pearson education limited, 4th edition.
7. Council of Europe (1996), The Protection of Fundamental Rights by the Constitutional Court: Proceedings of the UniDem Seminar Organized in Brioni, Croatia, in Co-operation with the Croatian Constitutional Court and with the Support of the European Commission and the Office for Democratic Institutions and Human Rights of the OSCE.
8. David Lewis, John (2011), "Constitution and fundamental law: The lesson of classical Athens", What should Constitutions do?, Frankel Paul, Ellen; D. Miller Jr, Fred and Paul, Jeffrey, USA: Cambridge University Press.

9. E. Finck, Danielle (1997), "Judicial Review: The United States Supreme Court Versus the German Constitutional Court", Boston College international and comparative law review, vol. 20, no.1, 122-157.
10. E. Foley, Kathleen (2007), "Australian judicial review, Washington University Global Studies Law Review, vol. 6, issue. 2, 281-338.
11. Epstein, Lee<sup>۴</sup> Knight, Jack and Shvetsova, Olga (2001) , "The role of constitutional court in the establishment and maintenance of democratic systems of government", Law & Society Review, The American Political Science Association, no.45.
12. E. Ferejohn, John (2002), "The Constitutional review in the global context", legislation and public policy, vol 6, 49-62.
13. Femandes de Andrade, Gustavo (2001), "Comparative Constitutional Review: Judicial Review", Journal of Constitutional Law, Vol 3, 977-989.
14. Ginsburg, Tom (2008), "The Global Spread of Constitutional Review", The Global Spread of Constitutional Review, 1-18.
15. Gümplová, Petra (2012), "Law, Sovereignty, and Democracy: Hans Kelsen's Critique of Sovereignty", Paper presented at the annual meeting of the Midwest Political Science Association 67th Annual National Conference, The Palmer House Hilton, Chicago, 1-25.
16. H. Fallon Jr, Richard (2004), The Dynamic Constitution: An Introduction to American Constitutional Law, USA: Cambridge university press.
17. Harding, Andrew<sup>۴</sup> Leyland, Peter and Groppi, Tania (2010), "Constitutional Courts: Forms, Functions and Practice in Comparative Perspective", Journal of Comparative Law, UK, Volume III, Issue 2,1-21.
18. Klein, Oliver (2006), Interrelations between the Constitutional Court and Ordinary Courts, Azerbaijan, CDL-JU(2006)045.
19. Ides, Allan (2008), "Comparative Judicial Review", loyal law review, Los Angeles, vol.41, no.2, 477-480
20. Jabloner, Clemens (1998), Kelsen and His Circle: The Viennese Years, 9 EUR. J. INT'L L
21. Jedrzejowska, Izabela (2011), Constitutional Terminology in Transition: The Drifting Semantics of the Supranational Discourse Under Negotiation, BWV Verlag.
22. L. Maddex, Robert (2008), Constitutions of the world, USA: CQ press, a division of Congressional Quarterly Inc, 3th edition.
23. Ladavac, Nicoletta Bersier (1998), Hans Kelsen (1881-1973): Biographical Note and Bibliography, 9 EUR. J. INT'L L.
24. M. Bickel, Alexander (1986), The least dangerous branch: the Supreme

- Court at the bar of politics, New Haven: Yale University Press.
25. M. Griffin, Stephen (1996), American Constitutionalism, USA: Princeton university press.
  26. Mavčič, Andre (2001), The Constitutional Review, Dr. Arne Mavčič, Edo Milavec, MV d.o.o. Postojna .
  27. Montesquieu, Charles de Secondat (2001), The Spirit of the Laws, translated by Thomas Nugent, Canada: Batoche books, Kitchener.
  28. Morton, F.L (1988), " Judicial Review in France: A Comparative Analysis", the American Journal of Comparative Law, Vol. 36, No. 1, 89-110.
  29. Mousourakis, George (2003), The historical and institutional context of Roman law, Ashgate Pub Ltd.
  30. Philippe, Xavier (2012), "Constitutional review in France: The extended role of the conseil constitutionnel throughout the new priority preliminary rulings procedure", Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eot, Vol. 53, 65-94.
  31. Quaranta, Alfonso (2012), The Italian Constitutional Court, translation of Clare Tame, Servizi Tipografici Carlo Colombo s.r.l, Rome, Italy
  32. Sweet, Alec Stone (2003), "Why Europe Rejected American Judicial Review and Why it May Not Matter", Michigan Law Review, Yale Law School Faculty Scholarship, 2744-2780.
  33. Schor, Miguel (2008), "Judicial review and American Constitutional Exceptionalism", Osgoode Hall law journal, vol. 46, 535-563.
  34. Tanchev, Evgeni (2009), "Constitutional Control in Comparative Bulgarian Prospective", World Conference on Constitutional Justice, the Constitutional Court of South Africa and the Venice Commission, Cape Town, 1-31.
  35. The American Heritage® Dictionary of the English Language (2009), Houghton Mifflin Company, Fourth Edition.
  36. The Federalist Papers (2001), Alexander Hamilton, John Jay and James Madison, the Pennsylvania State University, A Penn State Electronic Classics Series Publication.
  37. Tuori, Kaarlo (2010), "Combining abstract ex ante and concrete ex post review: The Finnish model", European commission for democracy through law, in co-operation with the faculty of law and the cluster of excellence "Formation of normative orders" of Goethe university, Frankfurt am main, Germany and with The center of excellence in

- foundations of European law polity research Helsiki university, Finland.
38. Van der Schyff, Gerhard (2010), Judicial review of legislation: A comparative study of the United kingdom, The Netherlands and Douth Africa, The Netherlands: Springer.
  39. Zoller, Elisabeth (2008), Introduction to public law: A comparative study, USA: Martinus Nijhoff publishers.

### دے فرانسوی

40. Raffet, Denis-Auguste-Marie J; de Norvins, acques Marquet de Montbreton E; Vernet, mile-Jean-Horace (1839), Histoire de Napoléon, A. Wahlen.
41. Edmiston, William F; Duménil, Annie (2010), La France contemporaine, Cengage Learning, Foreign Language Study.
42. Lewalle, Paul (2008), Contentieux administratif: 3e édition, bruxelles: Larcier.
43. Troper, Michel (2000) Le constitutionnalisme entre droit et politique, Le CURAPP, p: 82-94.

## یادداشت‌ها

1. Superior or supreme law/ la loi suprême

2. La supériorité de la Constitution.

3. La supériorité de la Constitution dans l'ordre d'Hiérarchie des normes

۴. در این خصوص می‌توان معادل‌های ذیل را بیان داشت: «الرقابة الدستورية» در زبان عربی، «Control of Constitutionality» در زبان انگلیسی و «contrôle de la constitutionnalité» در زبان فرانسه.

5. The special procedures for the constitutional amendment.

6. absolute legislative supremacy

7. Article 120 of the Dutch Constitution determines that "the constitutionality of Acts of Parliament and treaties shall not be reviewed by the courts." GRONDWET [GRW. NED.] [Constitution] ch. 6, art. 120 (Neth.) available at <http://www.uni-wuerzburg.de/law/nl00000.html> (last visited March 21, 2001).

For more information: Van der Schyff, Gerhard (2010), Judicial review of legislation: A comparative study of the United kingdom, The Netherlands and Douth Africa, The Netherlands: Springer, 11\_45

۸. گفتنی است که در کتب و مقالات لاتین معمولاً برای بیان مفهوم «صیانت از قانون اساسی» از دو عبارت ذیل استفاده می‌شود:

الف- نظارت قضائی (Judicial Review)

این عبارت معمولاً در کشورهای دارای الگوی روش قضائی مورد استفاده قرار گرفته و «به طور خاص» به معنای نظارت نهادهای قضائی در مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی می‌باشد. (Sweet, 2003: 2745) البته شایان ذکر است که در معنای «اخص کلمه» نیز از این عبارت در رابطه با نظارت همه قضاات عادی بر مطابقت قوانین با قانون اساسی استفاده می‌شود که نظام دادرسی اساسی در ایالات متحده آمریکا بدین شکل می‌باشد.

ب- دادرسی اساسی (Constitutional Review)

این عبارت وقتی مورد استفاده قرار می‌گیرد که امر «صیانت از قانون اساسی» توسط دادگاه قضائی مجزایی در بدنه قضایی کشور (مانند دادگاه قانون اساسی اتریش) یا نهادی خارج از بدنه قضایی کشور (مانند شورای قانون اساسی فرانسه) صورت پذیرد. (L. Maddex, 2008: Intro)

9. Supremacy of the Constitution / Suprématie de la Constitution

10. Concept

### 11. Conception

۱۲. در دوره موناشری، اعمال قوانین پادشاه مقید به رعایت حقوق و آزادی‌های موجود بود و قضات، نگهبانان طبیعی آن‌ها به حساب می‌آمدند که به شیوه‌های متفاوتی تحقق می‌یافت. به عنوان نمونه در انگلستان، کنترل حداقلی به صورت پسینی و پس از جریان افتادن قانون و از طریق رسیدگی قضائی صورت می‌پذیرفت. اما این مسئله در پایان قرن هیجدهم، با ظهور نظریه حاکمیت پارلمان و الزام قضات به پذیرش صلاحیت مقنن دچار تغییر گردید. در عین حال در همان قرن، قضات ایالات متحده آمریکا این ایده را جهت مقابله با قوانین برآمده از منافع خودخواهانه و نابرابر احیا کرده و رویه کهن قرون وسطایی را جان دوباره بخشیدند. (زولر، ۱۳۸۹: ۱۸۹)

### 13. Sovereignty / La souveraineté

«حاکمیت» در حقوق اساسی و در پهنه حقوق عمومی به معنای قدرت برتر و عالی و صلاحیت اتخاذ تصمیم نهایی و قدرت تجمیع کننده انرژی‌های سیاسی درون جامعه تفسیر شده است که دارنده آن می‌تواند در مسائل جامعه امر و نهی نماید. در واقع، حاکمیت عبارت است از حق فرمانروایی که دولت بنا به اراده عمومی دارا می‌باشد و براساس آن حق دارد تصمیم‌های لازم درباره اتباع و اموال و منابع کشور بگیرد و آن را به موقع اجرا گذارد. حاکمیت یعنی آزادی و استقلال جامعه سیاسی که دولت نمایندنده و مظهر آن می‌باشد. (طباطبائی موتمنی، ۱۳۸۶: ۵۴)

### 14. Popular sovereignty or sovereignty of the people / La souveraineté populaire

۱۵. مقدمه قانون اساسی آمریکا با عبارت «ما مردم آمریکا...» (We The People) شروع می‌شود که نشان می‌دهد «مردم» به عنوان یک مجموعه، قانون اساسی را تاسیس و مقرر نموده‌اند.

16. U.S. Constitution, Article VI: "This Constitution ... shall be the Supreme Law of the Land ..."

۱۷. در واقع، پس از شکل‌گیری نخستین قانون اساسی در دوره معاصر (قانون اساسی ایالات متحده آمریکا) و به‌طور کلی ایجاد نظام‌های مردم‌سالار و انحلال نظام‌های مطلق‌گرا، موضوع حاکمیت قانون به عنوان یک خصیصه اساسی برای نظام‌های مردمی مطرح شد و بر این اساس، چارچوب و قلمرو عمل ارکان هر نظام سیاسی باید توسط قانون تعیین و احصاء شود. همچنین، از آنجا که قانون اساسی اصلی‌ترین و بنیادی‌ترین قانون در هر نظام است، اولاً می‌بایست ساختار حکومت توسط آن تعیین شود و ثانیاً وظایف و اختیارات تمام ارکان را مشخص نماید و ثالثاً حقوق و تکالیف ملت را به‌طور دقیق برشمارد. بنابراین «حاکمیت قانون اساسی به مفهوم لزوم اقدام تمام قوای حاکم در یک نظام بر اساس اصول قانون اساسی و در چارچوب اختیارات و وظایف تعیین‌شده توسط آن قانون می‌باشد.» (بوشهری، ۱۳۵۳: ۱۰۸)

### 18. Voi d'action

19. *Voi d'exception*20. *Peace of Westphalia (1684)*

قرارداد وستفاليا با شکل‌گیری جنبش آزادی‌خواهی و دفاع از حقوق مردم در اروپا مطرح شده و بین امپراتوری‌های بزرگ اتفاق می‌افتد. طبق این سند، قدرت فایقه و برتری که فرمان می‌دهد نه شاه است و نه طبقه یا مجموعه خاص، بلکه ملت است. از این تاریخ به بعد مفهوم حاکمیت ملی به وجود می‌آید و در واقع، بنیان حکومت مبتنی بر نظام دولت محور، از این معاهده ریشه می‌گیرد. (تمنا، ۱۳۸۶: ۷۵۳)

21. *Nation*22. *National sovereignty / La souveraineté nationale*

سی‌یس (Sieyes)، سیاست‌مدار مشهور دوره انقلاب فرانسه، مبتکر و مدافع نظریه حاکمیت ملی بوده است.

23. *Constitutionalism*

درخصوص ترجمه این کلمه برخی از عبارت «مشروطه‌خواهی» یا «مشروطیت» استفاده نموده‌اند. (راسخ، ۱۳۸۷: ۱۴۷؛ مرکزالمیری، ۱۳۸۷: ۱۸۸)

۲۴. اروپای قاره‌ای مشتمل بر کشورهای اروپایی غیر از جزیره‌های آن از قبیل ایسلند، ایرلند، پادشاهی متحده انگلستان و ... می‌باشد.

25. *Rule of Law*26. *Closed or limited access order*27. *Formal Constitution*28. *Age of enlightenment*

انتشار آثار بزرگ و تاثیربخش متفکران نامداری نظیر هابس (Hobbes)، لاک (Locke)، مونتسکیو (Montesquieu)، روسو (Rousseau) و دائرة المعارف نویسان افکار عمومی را به تدارک سندی جامع و دربرگیرنده اصول ساختاری جامعه و اندیشه‌هایی نوین در زمینه انسان و حقوق او و اسلوب زندگی و اخلاقی و مشارکت مردم در صورت‌بندی نهادها و تعیین متصدیان امور و خلاصه مضامین گسترده‌تری از گذشته‌ها تشویق کرد. (قاضی، ۱۳۷۵: ۷۹)

۲۹. پادشاه سوئد در سال ۱۷۷۲ میلادی، نوعی کودتا را علیه اشراف سازمان داد و پارلمان را مجبور به پذیرش قانون اساسی در شکل یک سند واحد و جامع کرد که البته ممکن است به دلیل موقعیت حاشیه‌ای کل کشورهای اسکاندیناوی نسبت به سرزمین اصلی اروپا مغفول مانده باشد. (کلی، ۱۳۸۲: ۴۱۱)

۳۰. مکتوب شدن قانون اساسی در ایالات متحده آمریکا ریشه در تاریخ ویژه آمریکا دارد؛

مستعمرات آمریکایی که هر کدام برای خود یک قانون‌گذار استعماری داشت، در مسیر مقاومت در برابر بریتانیا به سوی تشکیل نظامی برای همکاری کشیده شدند که به منظور ایجاد ساختار اساسی حکومت مشترک، پیش‌نویس اساس‌نامه فدراسیون را تهیه و برای تصویب به مجالس مستعمرات تسلیم کردند و در نهایت در قالب قانون اساسی مکتوب تجلی می‌یابد. (کلی، ۱۳۸۲: ۴۱۲)

۳۱. توضیح بیشتر آنکه، گاه صرف اینکه نظام حکومتی دارای قانون اساسی باشد و اختیارات حکومت بر اساس آن اعمال شود و قوانین نیز مطابق با آن شکل گیرند یا تغییر یابند، مطمح نظر قرار گرفته و به تعبیری «حکومت محدود به قانون»<sup>۳۱</sup> تعریف حداقلی مورد نظر از این مهم می‌باشد و بدین ترتیب نیز، هر دولتی که قانون اساسی داشته باشد، دارای نظام مبتنی بر قانون اساسی (مشروطه) بوده<sup>۳۲</sup> و بدین‌سان، پادشاهی‌های مطلقه و دیکتاتوری‌ها نیز این‌چنین می‌باشند. (حسن‌وند، ۱۳۹۱: ۲۲)

۳۲. اعلامیه حقوق بشر فرانسه در سال ۱۷۸۹ میلادی نیز بر همین اساس مقرر داشته است: «هر جامعه‌ای که حمایت از حقوق در آن تضمین نشده و تفکیک قوا صورت نپذیرفته باشد، فاقد قانون اساسی است.» (ماده ۱۶)

۳۳. دولة لها الدستور

۳۴. دولة الدستورية

35. Ancient Athens

36. Nomos

37. Psephisma

38. The old German Reich (911-1806)

39. Physiocrat

40. Charles X of France (16 September 1824 \_ 2 August 1830)

41. The French July Revolution

42. Louis-Philippe I (9 August 1830 \_ 24 February 1848)

43. Constitutional monarch

44. François Pierre Guillaume Guizot (1787-1874)

۴۵. این ایده همان معیار شکلی یا رسمی از قانون اساسی است که عنوان می‌دارد: «مجموعه

قواعدی که سندی تحت عنوان قانون اساسی مشتمل بر آن‌ها است و امکان وضع یا تعدیل آن مگر از طریق تشریفات خاص ممکن نیست.» (المجذوب، ۲۰۰۲: ۳۲)

46. Marbury v. Madison Case (1803)

47. The judicial protection of constitutionality

۴۸. گفتنی است که پرونده مشابه دیگر به دعوی ماربری علیه مدیسون در سال ۱۸۵۷ میلادی طرح گردید که بدین سان، طریق دادرسی اساسی با معیارهای قاعده‌مند مشخص گشته بود. (Mavčič, 2001: 21)

#### 49. The Austrian period

#### 50. Hans Kelsen

کلسن (۱۸۸۱-۱۹۷۳) به عنوان یک حقوق دانان برجسته شناخته می شود که عمر خود را در راه دانش و توسعه علم حقوق مخصوصاً در زمینه حقوق بین الملل صرف نمود. وی در سال ۱۹۰۶ میلادی، دکترای حقوق خود را دریافت نمود و مجله اتریشی حقوق عمومی را تأسیس کرد. کلسن در سال ۱۹۳۳ به دلیل ملیت یهودی خود به ژنو عزیمت نمود و وضعیت سیاسی پرهمهمه اروپا را مورد بررسی تحقیق قرار داد و در غالب موارد مفاهیم نوینی را در عرصه حقوق بین الملل ارائه نمود. او در اوایل ۶۰ سالگی خود به آمریکا رفته و به عنوان استاد دانشگاه کالیفرنیا خود را متمایز نمود. هانس کلسن در نهایت در سن ۹۲ سالگی با حدود ۴۰۰ اثر وفات یافت. (Ladavac, 1998: 391-392)

لازم به ذکر است که کلسن جایگاه مهمی را در تاریخ کشورش به عنوان یکی از پیش‌نویسان قانون اساسی اتریش در سال ۱۹۲۰ میلادی به دست آورده است. وی همچنین پایه‌های نظری دادرسی اساسی را به عنوان یکی از موضوعات قانون اساسی توسعه داد و درواقع، سازمان و رویه‌های «دادگاه قانون اساسی» را طراحی نمود. برای توضیحات بیشتر ر.ک به:

Jabloner, Clemens (1998), Kelsen and His Circle: The Viennese Years, 9 EUR. J. INT'L L, 368-374

#### 51. Parliamentary sovereignty/ souveraineté parlementaire

در این شیوه، مردم و نمایندگان آن‌ها تنها منبع اقتدار حکومت می‌باشند و پارلمان بر دو قوه دیگر برتری دارد. در این نظام حکومتی، قوه مجریه به طور مستقیم در برابر قوه مقننه پاسخگو می‌باشد و وظیفه قوه قضائیه نیز اجرای قوانین مصوب پارلمان می‌باشد. (E. Ferejohn, 2002: 53)

#### 52. Constitutional court

#### 53. The principle of the sovereignty of the Parliament

۵۴. قوانین اساسی نوین (بعد از فروپاشی شوروی سابق در سال ۱۹۹۱ میلادی) بر این اساس شکل گرفته‌اند که دادرسی اساسی توسط نهادهایی غیر از قضات محاکم عادی صورت پذیرد. آلمان، ایتالیا، اسپانیا، پرتغال، یونان و کشورهای غیر از اتحادیه جماهیر شوروی بودند از این قبیل می‌باشند که همه این کشورها دارای سابقه نظام‌های استبدادی و اقتدارگرا می‌باشند. در مقابل در کشورهایی چون انگلستان، زلاند نو، هلند و سوئیس، هیچ جنبشی برای خلق قوانین اساسی

- نوین و یا در واقع قوانین اساسی واقعی صورت نپذیرفته است. (E. Ferejohn, 2002: 51)
۵۵. به عنوان مثال، زودتر از قوانین اساسی کشورهای فنلاند (۱۹۱۹)، اتریش (۱۹۲۰)، چک اسلواکی (۱۹۲۰)، لهستان (۱۹۲۱)، شوروی (۱۹۲۴)، ایرلند (۱۹۲۱) و ... .
۵۶. در خصوص هدف این جنبش در ایران از اصطلاحات متفاوتی استفاده شده است که «در نوشته‌های رسمی عبارت‌اند از: کنتیتوسیون، مشروطه، دولت مقیده، قانون اساسی مبیره، نظم قانونی، انتظام قانونی، دولت منتظم، دولت منظم، دولت مسئول و تعیین حدود حکومت و ملت. همه آن واژه‌ها و ترکیب‌های لغوی دلالت بر اداره سیاست بر پایه قانون اساسی (خواه پارلمانی یا غیر پارلمانی) داشتند، یعنی نفی حکومت مطلق نامشئول.» (آدمیت، ۱۳۸۵: ۱۹۱-۱۹۲)
۵۷. قانون اساسی مشروطه روندی بسیار غیر معمول را طی کرد؛ زیرا بعد از آنکه مجلس تصمیم به تهیه پیش‌نویس قانون اساسی گرفت از یک طرف با مشیرالدوله درگیر بود و از طرف دیگر تحت تاثیر نطق‌های فراماسونری برای محو کردن دین از قانون اساسی قرار داشت و همچنین همه نمایندگان می‌خواستند تا قبل از فوت مظفرالدین شاه قانون اساسی تصویب شود، زیرا به خوی استبدادی محمد علی میرزا و با تباری وی با صدراعظم آگاه بودند. (غمامی، ۱۳۸۷: ۵۶) لازم به توضیح است که مظفرالدین شاه یک هفته پس از توشیح قانون اساسی فوت نمود.
۵۸. اصل تفکیک قوا که اساساً تفکری غربی است در قانون اساسی مشروطه چندان مورد توجه قرار نگرفت و در متمم آن نیز به تعیین حدود مسئولیت‌ها و اختیارات قوا اعتنا نشد و به‌عنوان نمونه یکی از مشکلات موجود در این زمینه را می‌توان شکاف عمیق بین قوای مجریه و مقننه دانست که مطابق با آن نقش دولت اجرای تمامی خواسته‌های کوچک و بزرگ مجلس شورای ملی بود. (ویژه، ۱۳۹۰: ۲۸)
۵۹. هرچند در قانون اساسی مشروطه تداوم سلطنت مورد پذیرش قرار گرفته بود و حتی به تصویب قوانین از سوی شاه و اقتدارش بر وزرا تصریح شده بود، به تعریف روش‌مندی از نقش و جایگاه پادشاه نمی‌توان دست یافت.
۶۰. فقدان استقلال قاضی و مرجع قضائی یکی از نقائص قانون اساسی مشروطه به حساب می‌آید که هیچ ضمانت اجرایی برای آن در نظر گرفته نشده بود.
۶۱. گروهی از علما که شیخ فضل‌ا.. نوری نیز از این گروه بوده است، علی‌رغم نامبارک دانستن نظام مشروطیت، سعی در انطباق آن با شریعت نمودند و اصل دوم متمم قانون اساسی را پیشنهاد می‌نمایند. (حاجی‌پور، ۱۳۸۳: ۲۱۶)

۶۲. اصل دوم متمم قانون اساسی: «مجلس مقدس شورای ملی ... باید در هیچ عصری از اعصار، مواد قانونیه آن مخالفتی با قواعد مقدسه اسلام و قوانین موضوعه حضرت خیرالانام صلی الله علیه و آله و سلم نداشته باشد و معین است که تشخیص مخالفت قوانین موضوعه با قواعد اسلامی بر عهده علمای اعلام ادام الله برکات وجودهم بوده و هست؛ لهذا رسماً مقرر است در هر عصری از اعصار، هیئتی که کم تر از پنج نفر نباشد از مجتهدین و فقهای متدینین که مطلع از مقتضیات زمان هم باشند، به این طریق که علمای اعلام و حجج اسلام مرجع تقلید شیعه اسلام، ۲۰ نفر از علماء که دارای صفات مذکوره باشند معرفی به مجلس شورای ملی بنمایند؛ پنج نفر از آنها را یا بیش تر به مقتضای عصر، اعضای مجلس شورای ملی بالاتفاق یا به حکم قرعه تعیین نموده، به سمت عضویت بشناسند تا موادی که در مجلسین عنوان می شود به دقت مذاکره و غوررسی نموده، هر یک از آن مواد معنونه که مخالفت با قواعد مقدسه اسلام داشته باشد طرح و رد نمایند که عنوان قانونیت پیدا نکند و رأی این هیئت علما در این باب، مطلق و متبع خواهد بود و این ماده تا زمان ظهور حضرت حجت عصر عجل الله فرجه تغییرپذیر نخواهد بود.»

۶۳. در خصوص عدم مغایرت قوانین با شرع، اصل ۲۷ متمم قانون اساسی مشروطه نیز وجود دارد که مقرر نمود: «قوای مملکت به سه شعبه تجزیه می شود: اول- قوه مقننه که مخصوص است به وضع و تهذیب قوانین و این قوه ناشی می شود از اعلیحضرت شاهنشاهی و مجلس شورای ملی و مجلس سنا و هر یک از این سه منشاء حق انشاء قانون را دارد ولی استقرار آن موقوف است به عدم مخالفت با موازین شرعیه و تصویب مجلسین و توشیح به صحنه همایونی لکن وضع و تصویب قوانین راجعه بدخل و خرج مملکت از مختصات مجلس شورای ملی است. ...»

۶۴. از جمله این دلایل می توان به عدم تبیین اصل مزبور در قانون عادی، اختلاف در مواضع روحانیون، جایگاه پادشاه، حزب دموکرات، تنسیق نامناسب اصل و ... اشاره نمود. برای توضیحات بیشتر رک به: حاجی پور، نصرتا.. (۱۳۸۳)، تطبیق قوانین با شرع در نظام قانون گذاری ایران، تهران: انتشارات مرکز اسناد انقلاب اسلامی، چاپ اول، ۷۸-۱۷۱

۶۵. اصل ۵۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: قوای حاکم در جمهوری اسلامی ایران عبارتند از: قوه مقننه، قوه مجریه و قوه قضائیه که زیر نظر ولایت مطلقه امر و امامت امت بر طبق اصول آینده این قانون اعمال می گردند. این قوا مستقل از یکدیگرند.

۶۶. اصول ۵۸ و ۷۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

۶۷. اصل ۹۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: مجلس شورای اسلامی بدون وجود شورای نگهبان اعتبار قانونی ندارد مگر در مورد تصویب اعتبارنامه نمایندگان و انتخاب شش نفر حقوقدان اعضای شورای نگهبان.

68. Theory of Social Contract

69. Pure Theory of Law

70. Hypothetical foundation

71. Democracy/ Démocratie

72. For more information see: Kelsen, Hans (1955), "Foundations of Democracy", The University of Chicago Press, Vol. 66, No. 1, Part 2, 1\_101, available at <http://www.jstor.org/stable/2378551>

73. Ronald Dworkin (December 11, 1931 – February 14, 2013)

استاد برجسته فلسفه حقوق و حقوق اساسی در آمریکا

74. Constitutional Democracy/ démocratie constitutionnelle

۷۵. هر نظام سیاسی که دربردارنده قید و شرطی برای دموکراسی باشد، دموکراسی مبتنی بر قانون اساسی یا دموکراسی مشروطه به شمار می‌آید. در این رابطه پاره‌ای از نظام‌ها بر حقوق و آزادی‌ها و برخی دیگر بر رفاه اجتماعی و بازتوزیع ثروت و فرصت‌ها انگشت تاکید نهاده‌اند که دسته اول به دموکراسی لیبرال (Liberal Democracy) و گروه دوم به دموکراسی سوسیال (Social Democracy) شهرت یافته‌اند. (لاگلین، ۱۳۸۷: ۱۵۲)

۷۶. کتابی با همین عنوان توسط «الکساندر بیکل»، یکی از اساتید حقوق و از تاثیرگذارترین مفسرین قانون اساسی ایالات متحده آمریکا در قرن بیستم، به رشته تحریر در آمده است. برای توضیحات بیشتر ر.ک به:

M Bickel, Alexander (1986), The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics, New Haven: Yale University Press

۷۷. تقسیم‌بندی الگوهای دادرسی اساسی در این نوشتار، بر اساس معیار وابستگی نهادی به قوه قضاییه صورت پذیرفته است؛ یعنی با توجه به گرایش بسیاری از کشورها در اعطای اختیار دادرسی اساسی به قوه قضاییه، یک الگو، الگوی قضایی تلقی شده و در مقابل نیز با توجه به اینکه برخی کشورها خارج از چارچوب قوه قضاییه و البته خارج از قوای سه‌گانه، نهادی را به این امر اختصاص داده‌اند الگوی سیاسی به‌عنوان الگوی شاخص دیگر عنوان شده است. البته تفاوت‌های دیگری نیز از حیث مبانی و کارکردها در این رابطه وجود دارند که در ادامه به آن‌ها پرداخته خواهد شد. بدین ترتیب مشخص می‌گردد که به جهات دیگر می‌توان تقسیم‌بندی‌های دیگری را

عنوان نمود که مبنای این نوشتار نبوده است.

78. Roman Germanic (Continental Europe)/ Romain Germanique (Europe continentale)

79. The Diffused Model or The American Model or Judicial Review Model

۸۰. هیچ یک از مواد قانون اساسی آمریکا چنین اختیاری را صریحاً مورد اشاره قرار نداده است و ماده ۳ این قانون صرفاً بیان می‌دارد: «قوه قضائیه ایالات متحده به دیوان عالی و دادگاه‌های تالی که کنگره می‌تواند در هر زمانی تعیین نماید و تشکیل دهد، واگذار می‌گردد...»

81. Gouvernement des Juges/ le Gouvernement des Juges

82. Justice of the peace

۸۳. رئیس‌جمهور سابق «جان آدامز» بوده که قبل از شروع فعالیت دولت جدید آقای «توماس جفرسون»، ماریبری را به‌عنوان قاضی صلح منصوب می‌دارد که حکم وی توسط سنا به تصویب می‌رسد اما صادر نمی‌گردد. (H. Fallon Jr, 2004: 11)

84. Judiciary Act of 1789

85. John Marshall as the Chief Justice of the United States

86. Jurisdiction

87. Writ of Mandamus

منظور از Mandamus دستور خاصی است که به‌موجب آن دادگاه، فرد یا هیئتی را به انجام وظیفه عمومی خود مجبور می‌کند. برای توضیحات بیشتر رک به: (H. Fallon Jr, 2004: 11-14)

۸۸. استدلال قاضی مارشال بدین صورت بوده است: هدف از قانون اساسی مدون، باید تبیین و تحدید اختیارات قوه مقننه و سایر قوای حکومت باشد؛ اصول مرتبط با قانون اساسی نیز بنیادین هستند و اگر قانون‌گذاری بتواند فراتر از اختیاراتش عمل کند، چه فایده‌ای بر تدوین قانون اساسی مترتب است؟ وی همچنین اظهار می‌دارد که رفع تعارض بین قانون اساسی و قوانین عادی بر عهده دادگاه‌ها است و لذا وظیفه دادگاه، اجرای قانون اساسی به عنوان قانون برتر و بی‌اعتبار اعلام نمودن مصوبات معارض می‌باشد. (بارنت، ۱۳۸۶: ۳۴)

89. Dred Scott v. Sandford, 19 Howard 393 (1857)

90. Ultra Vires doctrine

91. System of Checks and Balances

92. Popular sovereignty and limited government

93. Baron de Montesquieu (18 January 1689 – 10 February 1755)

۹۴. منتسکیو معتقد است که «وقتی قوه مقننه و قوه مجریه در اختیار یک شخص واحد یا هیاتی که زمام‌دار هستند قرار گرفت، دیگر آزادی وجود نخواهد داشت، زیرا باید از این ترسید که آن شخص یا آن هیئت، قوانین جابرانه وضع کند و جابرانه هم به‌موقع به اجرا بگذارد و همچنین اگر

قوه قضاییه از قوه مقننه و مجریه مجزا نباشد، باز هم آزادی وجود ندارد، چه آنکه اختیار نسبت به زندگی و آزادی افراد خودسرانه خواهد بود...» (Montesquieu, 2001: 173) اما گفتنی است که قانون اساسی ایالات متحده متناسب با برداشت بنیان‌گذاران قانون اساسی آمریکا از این مفهوم و درعین حال با توجه به مبانی فکری ایشان در قانون اساسی آمریکا ظهور و بروز پیدا نموده است.

۹۵. از دیگر نمونه‌های نظام نظارت و تعادل در ایالات متحده آمریکا می‌توان به این موارد اشاره نمود: انتخاب قضات دیوان عالی از سوی رئیس جمهور و تایید ایشان توسط مجلس سنا، امکان اعلام جنگ از سوی کنگره و درعین حال فرماندهی نیروهای مسلح توسط رئیس جمهور و ... ۹۶. به عبارت دیگر، مداخله (Interfere) متفاوت است از نظارت (Supervision) و نظارت قوای حکومتی بر یکدیگر منجر به مداخله نمی‌گردد.

#### 97. The Federalist Papers

مقالات فدرالیست، مجموع مقالاتی است که هشت ماه پس از تعطیلی کنوانسیون قانون اساسی در سال ۱۷۸۷ میلادی در ۸۵ شماره توسط الکساندر همیلتون (Alexander Hamilton)، جیمز مدیسون (James Madison) و جان جی (John Jay) در حمایت از قانون اساسی پیشنهادی و قدرت حکومت مرکزی به چاپ رسیده است. در مقابل ایشان، ضد فدرالیست‌ها وجود داشتند که طرفدار محدودسازی قدرت حکومت مرکزی بودند.

۹۸. منتسکیو نیز در کتاب روح القوانين بیان می‌دارد: «... از سه قوه اشاره شده، قوه قضاییه تقریباً هیچ است.» (Montesquieu, 2001: 177)

#### 99. decentralized or diffuse or dispersed review

#### 100. Concrete review/ contrôle concret

#### 101. posteriori review (repressive review)/ contrôle a posteriori

#### 102. Interpartes effects

۱۰۳. الگوی آمریکایی در کشورهای ذیل مورد اقتباس واقع شده است:

در اروپا: دانمارک، استونی، ایرلند، نروژ و سوئد.

در آفریقا: بوتسوانا، گامبیا، غنا، گینه، کنیا، مالاوی، نامیبیا، نیجریه، سیشل، سیرالئون، تانزانیا و سوازیلند.

در آسیا: بنگلادش، فیجی، هنگ‌کنگ (تا ۱ جولای ۱۹۹۷)، هند، ژاپن، کریباتی، مالزی، نپال، زلاندنو، سنگاپور، تبت و رژیم اشغالگر صهیونیستی.

در آمریکای شمالی: کانادا و ایالات متحده آمریکا.

در آمریکای جنوبی و مرکزی: آرژانتین، باهاماس، باربادوس، بولیوی، دومینیکا،

جمهوری دومینیکن، هایتی، جامائیکا، مکزیک، ترینیداد و توباگو، سنت کریستوفر و گرنادا. (Mavčič, 2001: 23)

#### 104. The Concentrated or European Model

لازم به ذکر است که فرانسه، خارج از این الگو به حساب آمده و در ادامه به توضیح آن پرداخته می‌شود.

#### 105. Civil law system

۱۰۶. کلسن در واقع، این ایده آمریکایی که قانون اساسی نیز گونه‌ای از قوانین می‌باشد، مقتبس از رای ماربری علیه مدیسون در سال ۱۸۰۳ میلادی، را طرد نمود و برای آن ماهیتی سیاسی در نظر گرفت. (Schor, 2008 : 555)

#### 107. Negative legislator

#### 108. Positive legislator

۱۰۹. دادرسی اساسی در این الگو به طرق ذیل امکان‌پذیر می‌باشد که کشورهای مربوط نیز مورد اشاره قرار گرفته‌اند:

#### الف- دادگاه‌های قانون اساسی<sup>۱۰۹</sup>

در اروپا: اتریش، آلبانی، آندورا، بوسنی و هرزگوین، بلغارستان، کرواسی، جمهوری چک، صربستان و منتنگرو، آلمان، مجارستان، ایتالیا، لاتویا، لیتوانی، لوگزامبورگ، مقدونیه، مالت، مولداوی، لهستان، رومانی، روسیه، اسلواکی، اسلونی، اسپانیا، ترکیه و اوکراین.  
در آفریقا: آنگولا، بنین، بروندي، آفریقای مرکزی، مصر، گینه استوایی، گابن، ماداگاسکار، مالی، رواندا، آفریقای جنوبی و توگو.  
در خاور میانه: قبرس، فلسطین، سوریه.  
در آسیا: ارمنستان، آذربایجان، گرجستان، قرقیزستان، مغولستان، کره جنوبی، سریلانکا، تاجیکستان، تایلند، ازبکستان.

در آمریکای جنوبی و مرکزی: شیلی، سورینام و آرژانتین.

ب- دادگاه‌های عالی یا ارکان اختصاصی آن‌ها<sup>۱۰۹</sup>

در اروپا: بلژیک، ایسلند، لیختن‌اشتاین، موناکو، کوزوو  
در خاور میانه: یمن

در آفریقا: بورکینافاسو، کامرون، چاد، اریتره، نیجر، سودان، اوگاندا، زئیر و زامبیا.  
در آسیا: فیلیپین.

در آمریکای جنوبی و مرکزی: کاستاریکا، نیکاراگوئه، پاناما، پاراگوئه و اروگوئه.

ج- شورای قانون اساسی<sup>۱۰۹</sup>

در خاورمیانه: لبنان

در آفریقا: موریتانی و سنگال.

در آسیا: کامبوج و قزاقستان. (Mavčič, 2001: 24-25)

110. stare decisis

111. Predictability

112. uniformity

113. Case\_Base

114. Abstract/Abstrait

۱۱۵. به عبارت دیگر، دادگاه قانون اساسی نه در نقش قانون‌گذار، بلکه در نقش کنترل‌کننده

قوای حکومتی و ابطال‌کننده مصوبات مغایر با قانون اساسی ظاهر می‌شود و آثار حقوقی آراء آن

جنبه سلبی دارد تا ایجابی. (زارعی و مرکز مال‌میری، ۱۳۸۴: ۱۹۴-۱۹۵)

116. Article 93 subsection 1 number 4a of the Basic Law

117. Parliamentary system/ système parlementaire

۱۱۸. در الگوی آمریکایی، «آژانس‌های مستقل» (independent agencies) به عنوان شاخه

چهارم حکومت شناخته می‌شوند و نظریه «نظارت و تعادل» را مجری می‌سازند.

119. Concentrated constitutional review

120. Suspicious of permitting judges to set aside lawfully enacted statutes

121. Civil Law system

این نظام در مقابل نظام حقوق عرفی (Common Law System) قرار دارد که سنت حقوقی

رایج در اروپای قاره‌ای می‌باشد و در آن قانون موضوعه منبع اصلی حقوق به شمار می‌آید؛ بر

خلاف سنت نظام حقوق عرفی که تمشیت نظام حقوقی از طریق آراء دادگاه‌ها و عرف صورت

می‌پذیرد.

122. Article 134 of the Italian Constitution

123. Article 93 of the German Constitution

124. Abstract review

125. The French Model

۱۲۶. لازم به ذکر است که ایده نظارت بر مطابقت قوانین با قانون اساسی توسط یک نهاد

قضایی بعد از انقلاب فرانسه امری مطرود نبوده است. در جمهوری سال ۱۷۹۹ میلادی، کمیته‌ای

برای تنظیم قانون اساسی دولت جدید تعیین گردید. این کمیته با ادعای اینکه قانون‌گذار ممکن

است با تجميع قوا مستبد و خودکامه شود، تاسیس نهاد عالی قضایی را برای بررسی مطابقت

قوانین با قانون اساسی پیشنهاد نمود که البته قانون اساسی پیشنهادی هرگز مورد تصویب قرار نگرفت. (Cappelletti, 1970: 1017)

#### 127. Conceil Constitutionnel

۱۲۸. در معنای مصطلح، نهاد دارای ماهیت سیاسی به تاسیسات مستقر و مداومی اطلاق می‌شود که به زندگی سیاسی مربوط‌اند، یعنی گونه‌ای از نهادها که به دولت یا قدرت بستگی دارند. بدین ترتیب، سیاست در این معنا از رابطه فرمانروایان و فرمانبران حاصل می‌شود و نهادهای سیاسی نیز آن‌هایی هستند که به کار فرمانروایان و قدرت مربوط می‌شود. (قاضی، ۱۳۸۳: ۳۹-۴۰) بر این اساس می‌توان اظهار داشت که نهادهای قضایی نیز مشمول مفهوم عام سیاست می‌شوند که در این نوشتار مطرح نظر نمی‌باشد.

#### 129. Juris Constitutionnaire

#### 130. Emmanuel Joseph Sieyès (1748- 1836)

#### 131. Convention Thermidorienne

#### 132. Conseil des Anciens

این شورا از ۲۵۰ عضو حداقل چهل ساله که دسته کم ۱۵ سال در خاک جمهوری زندگی می‌کردند در کاخ تویلریز (palais des Tuileries) تشکیل می‌شد و وظیفه آن رسیدگی به مصوبات شورای پنجاه و پنج نفر (Conseil des cinq Cents) و انتخاب مدیران قوه مجریه بود.

#### 133. Constitutional Committee

چنانچه کمیته قانون اساسی، قانون و مقرّره‌ای را خلاف قانون اساسی قلمداد می‌نمود، فقط می‌توانست قانون مزبور را معلق کند، آن هم تا زمانی که دولت، تصمیم به تجدید نظر در قانون اساسی بگیرد. کمیته فقط یک‌بار درصدد اعمال این اختیار برآمد، لکن در آن زمان هم به رغم حصول توافق، از اختیار محدودش استفاده نکرد. با این همه، کمیته قانون اساسی را می‌توان سلف شورای قانون اساسی فعلی به حساب آورد. (الیوت و ورنون، ۱۳۸۲: ۱۶۸)

۱۳۴. کشورهای ذیل الگوی سیاسی از دادرسی اساسی را الگوی خود قرار داده‌اند:

در اروپا: فرانسه

در خاورمیانه: ایران

در آفریقا: الجزایر، کومور، جیبوتی، ساحل عاج، مراکش و موزامبیک. (Mavčič, 2001: 26)

#### 135. conseil d'État

شورای دولتی متکفل نظارت بر ارگان‌های دارای کارکرد اجرائی، حکومتی و اداری (رئیس جمهور و دولت) می‌باشد.

## 136. Tribunal de conflicts

این نهاد موظف به نظارت بر مقام قضائی است.

۱۳۷. راهکار تفکیک صلاحیت‌ها به عنوان تضمین مقابل سوء استفاده از قدرت، دارای پیشینه‌ای طولانی در حقوق عمومی فرانسوی است و محدود به سه کارکرد تقنینی، اجرایی و قضائی نمی‌شود. این راهکار را حتی می‌توان در درون صلاحیت‌های اداری و قضائی نیز ملاحظه کرد. به عنوان مثال در حوزه مالی، تفکیک بین کارکرد آمر و ذی‌حساب؛ در حوزه پلیس، تفکیک بین پلیس اداری و پلیس قضائی؛ در حوزه قضائی، تفکیک بین دادسرا و دادگاه. (Zoller, 2008: 245)

۱۳۸. این مسئله در حالی است که در نظام حقوق اساسی انگلیس، تفکیک قوا صرفاً در حد ماهوی مانده و از نظر شکلی دچار تداخل قوا می‌باشد.

۱۳۹. مراجعه المجلس الدستوري / la saisine du Conseil constitutionnel

۱۴۰. تحديد اصحاب الحق المراجعة المجلس الدستوري

۱۴۱. ماده ۱۹ قانون تأسیس شورای قانون اساسی

## 142. mixed system of Constitutional review

۱۴۳. دادرسی اساسی در این الگو نیز به طرق ذیل امکان‌پذیر می‌باشد و کشورهای مربوط نیز مورد اشاره قرار گرفته‌اند:

الف- دادگاه‌های قانون اساسی

در اروپا: پرتغال

در آمریکای مرکزی و جنوبی: کلمبیا، اکوادور، گواتمالا و پرو.

ب- دادگاه‌های عالی یا ارکان اختصاصی آن‌ها

در اروپا: یونان، سوئیس

در آسیا: اندونزی و تایوان.

در آفریقا: کیپ ورد.

در آمریکای جنوبی و مرکزی: برزیل، السالوادور، هوندوراس و ونزوئلا. (Mavčič, 2001: 26)

۱۴۴. اصل ۸۶ قانون اساسی کلمبیا: «هر کس می‌تواند صیانت از حقوق بنیادین را نزد قاضی در هر زمانی و مکانی درخواست نماید ... وقتی که اشخاص از نقض این حقوق توسط فعل یا ترک فعل مقامات عمومی در تردید می‌باشند.»

145. For more information see: Cepeda-Espinosa, Manuel Jose (2004), "Judicial activism in a violent context: The origin, role and impact of the Colombian

constitutional court", Washington university Global studies law review, vol.3, iss.4, 529\_ 670

**146. The Commonwealth of Nations also British Commonwealth**

کشورهای مشترک المنافع، اتحادیه‌ای از پادشاهی متّحده انگلستان، کشورهای وابسته به آن و بسیاری از مستعمرات سابق بریتانیا می‌باشند که دولت‌های مستقل و دارای حاکمیتی را همراه با وفاداری به سلطنت انگلستان در بردارد. (The American Heritage® Dictionary of the English Language, 2009)

**147. The New Commonwealth Model**

**148. High Court of Australia**

۱۴۹. کشورهای ذیل در این دسته بندی قرار می‌گیرند:

در اروپا: فنلاند.

در خاور میانه: بحرین، کویت و عمان.

در آفریقا: کنگو، اتیوپی، گینه بیسائو، سائوتومه و پرنسپ، نونس و زیمبابوه.

در آسیا: برونئی، میانمار، چین (بعد از جولای ۱۹۹۷)، لائوس، کره شمالی، پاکستان،

ترکمنستان و ویتنام.

در آمریکای مرکزی: کوبا

**150. Constitutional Law Committee of Parliament**

امام خمینی (ره):

و از شورای محترم نگهبان می‌خواهم و توصیه می‌کنم، چه در نسل حاضر و  
چه در نسل های آینده که با کمال دقت و قدرت و طایف اسلامی و ملی خود  
را ایضا و تحت تاثیر هیچ قدرتی واقع نشوند و از قوانین مخالف با شرع مطهر و  
قانون اساسی بدون هیچ ملاحظه ای جلوگیری نمایند.

(صحیفه امام، ج ۲۱، ص ۴۲۲)



مرکز تحقیقات شورای نگهبان

آدرس: تهران، خیابان شهید سپهبد  
قرنی، کوچه خسرو، پلاک ۱۲  
صندوق پستی: ۱۴۶۳ - ۱۳۱۴۵  
تلفکس: ۰۲۱ - ۸۸۳۲۵۰۴۵  
info@shora-rc.ir  
www.shora-rc.ir