

کنترل مطابقت قواعد حقوقی مادون با قواعد حقوقی مافوق

و نقش خاص آن در تضمین حقوق و آزادیهای فردی

دکتر رؤیا معتمد نژاد*

مقدمه

در سال‌های اخیر، تحت تأثیر تحولات جدید جهانی و به ویژه دگرگونی‌های سیاسی روسیه و اروپای شرقی، جاذبه‌های نظام دموکراسی آزادی‌گرا در سراسر دنیا گسترش یافته‌اند و به موازات آن، کوشش‌های بین‌المللی و مخصوصاً تصمیم‌ها و اقدام‌های سازمان ملل متحد در جهت تحکیم و تقویت مبانی دموکراسی از طریق ترویج حقوق بین‌الملل انسانی و تأمین ضمانت اجرای آزادی‌های اساسی فرد و حقوق بشر در تمام جهان، هم توسعه پیدا کرده‌اند. در این میان، در حالی که در سطح بین‌المللی، امیدهای فراوانی برای تعمیم دموکراسی و جبران آثار و عوارض منفی سلطه طولانی امپراتوری‌های استعماری گذشته و مقابله با میراث‌های نامطلوب رژیم‌های اقتدارگرای

* استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی

ناشی از آنها، پدید آمده‌اند، در سطح ملی نیز در برخی از کشورها و مخصوصاً ایران - که از تجربیات یکصد ساله دوره انقلاب مشروطیت تا دوره انقلاب اسلامی در راه آزادی خواهی و مردم سالاری برخوردار است - مساعی مهمی به منظور پیشبرد جامعه مدنی، پیشرفت قانون‌گرایی و به ویژه حراست و اجرای قانون اساسی و تحقق اصول "دولت مبتنی بر حقوق" آغاز شده‌اند که می‌توانند برای بسیاری از ممالک در حال توسعه و به خصوص کشورهای اسلامی، سرمشق قرار گیرند.

برای شناخت مبانی و اصول "دولت مبتنی بر حقوق"، که بسیاری از حقوقدانان از آن به عنوان یک آرمان بزرگ نام می‌برند و آرزوی تحقق آن را دارند، باید مفهوم این دولت و چگونگی تحول آن را مورد بررسی قرارداد. مفهوم "دولت مبتنی بر حقوق"، در قرن نوزدهم پدیدار شده است. اما محتوای آن به مرور زمان، تغییر و تحول پیدا کرده و کامل‌تر و وسیع‌تر گردیده است. امروزه وقتی از کشورهای دارای "دولت مبتنی بر حقوق" سخن گفته می‌شود، کشورهایی مورد نظرند که در آنها حقوق اساسی مردم مورد حمایت هستند. بنابراین باید دانست که حقوق مردم را چه گونه می‌توان مورد حمایت قرار داد.

حقوقدانان، عناصر گوناگونی را برای تحقق "دولت مبتنی بر حقوق" در نظر می‌گیرند. این عناصر، برتری قوه مؤسس، تفکیک قوا، تبعیت قوای تأسیس شده یا قوای سه‌گانه از قوه مؤسس، چارچوب بندی حقوقی حکومت، پیش‌بینی یک سلسله مراتب میان قواعد حقوقی - به طوری که در نهایت تمام قواعد حقوقی از قانون برتر، یعنی قانون اساسی پیروی کنند، کنترل اعمال قوای تأسیس شده، اعلام حقوق و آزادیهای افراد و استقلال قوه قضایه را شامل می‌شوند.

1- Etat de droit, Rechtsstaat, The Rule of Law.

۲- برای آگاهی بیشتر به منابع زیر رجوع شود:

CHEVALLIER (J.), L'Etat de droit, Paris, Montchrestien, 1993, 160 P;

TROPER (M.) (sous la dir. de), L'Etat de droit, Caen, Presses Universitaires de Caen, 1994, 189 P.

در میان تمام عناصر یاد شده، کنترل اعمال قوای تأسیس شده یا همان کنترل مطابقت قواعد حقوقی مادون با قواعد حقوقی مافوق، جایگاه ویژه و برجسته‌ای دارد. عناصر مذکور همه یک هدف واحد، یعنی محدود ساختن قدرت فرمانروایان را دنبال می‌کنند. اما کنترل اعمال قوای تأسیس شده^۱، از آن فراتر می‌رود و آرمان یاد شده را به مرحله عمل می‌رساند.

برای تحقق "دولت مبتنی بر حقوق"، تنها ذکر اصول فوق در قانون اساسی کافی نیست. در این مورد نمی‌توان به اعلام حقوق و آزادیها، یا ذکر اصل تفکیک قوا، اکتفا نمود، بلکه باید از آن فراتر رفت و اطمینان پیدا کرد که فرمانروایان این اصول را زیر پا نمی‌گذارند.

بنابراین، کنترل فرمانروایان، به وسیله یک نهاد مستقل، می‌تواند در مورد تحقق "دولت مبتنی بر حقوق"، نقش مهمی ایفا کند.

اگر اعمال فرمانروایان تحت کنترل در نیایند و اطمینان حاصل نگردد که آنان قواعد مافوق خود را رعایت می‌کنند، حقوق و آزادیهای افراد به خطر می‌افتد. تا زمانی که عملاً اعمال حکومتگران، تحت کنترل در نیایند، "دولت مبتنی بر حقوق" تحقق پیدا نمی‌کند. به همین لحاظ، استادان برجسته حقوق عمومی در کشورهای پیشرفته غربی، بر ضرورت کنترل مطابقت قواعد حقوقی مادون با قواعد حقوقی مافوق، تأکید فراوان دارند و بیش از پیش در کتابهای خود بر لزوم چنین کنترلی تکیه می‌گذارند و تأثیر مثبت آن بر حفظ و حراست حقوق و آزادیهای افراد را خاطر نشان می‌سازند.^۲

۱- کلمه "اعمال" مورد نظر درباره قوای تأسیس شده، ترجمه کلمه "Actes". به صورت جمع - در زبان فرانسه است و منظور از آن، تصمیمات و مصوباتی هستند که هر یک از قوای تأسیس شده برای ایفای نقش خود، اتخاذ می‌کنند. اعمال تقنینی (Actes Législatifs) به وسیله قوه مقننه به تصویب می‌رسند. اعمال اداری (Actes administratifs) توسط قوه مجریه و اعمال قضایی (Actes juridictionnels) به وسیله قوه قضاییه، صورت می‌گیرند.

2- Voir entre autres, PACIET(P.), Institutions politiques. Droit constitutionnel, 17ème édition, Paris, Armand Colin, 1998; ZOLLER(E.) / Droit Constitutionnel, Paris, P.U.F., 1998.

در ایران نیز به سبب تحولات اخیر و روند جدید قانون‌گرائی و خلاء مآخذ حقوقی ضروری برای شناخت بیشتر "دولت مبتنی بر حقوق" و "کنترل مطابقت قواعد حقوقی مادون با قواعد حقوقی مافوق"، مطالعات مربوط به آنها از اهمیت فراوانی برخوردار شده‌اند.

در ابتدای تحقیق برای تدوین این مقاله، بیشتر مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی و کنترلی که بر این مطابقت صورت می‌گیرد، مورد نظر بود^۱. اما در جریان تحقیق، با توجه به اهمیت و ضرورت یک بررسی جامع‌تر، مطابقت تمام قواعد حقوقی مادون با قواعد حقوقی مافوق و از جمله مطابقت آیین‌نامه‌ها و تصویب‌نامه‌ها با قانون عادی^۲ و با قانون اساسی، طرف توجه قرار گرفت.

مقاله حاضر در زمینه کنترل مطابقت قواعد حقوقی مادون با قواعد حقوقی مافوق، حاوی سه بخش است: در بخش یکم، به معرفی موضوع می‌پردازیم و برای آن که شناخت بیشتری درباره آن بدست دهیم، به تاریخچه پیدایش آن نیز اشاره می‌کنیم. در بخش دوم، راجع به این که کنترل مطابقت قواعد حقوقی مادون با قواعد حقوقی مافوق باید به عهده کدام نهاد باشد، به بررسی می‌پردازیم. در بخش سوم، بر رابطه بسیار نزدیک کنترل یاد شده با تحقق حقوق و آزادیهای فردی، تأکید گذاریم.

بخش یکم - فلسفه وجودی کنترل مطابقت

قواعد حقوقی مادون با قواعد حقوق مافوق

برای شناخت فلسفه وجودی کنترل مطابقت قواعد حقوقی مادون با قواعد حقوقی مافوق، در این بخش اهمیت و ضرورت و سابقه تاریخی توجه کشورها به لزوم پیش‌بینی آن، مورد مطالعه قرار می‌گیرند.

1- Contrôle de constitutionnalité.

2- Contrôle de légalité.

الف - توجیه ضرورت پیش بینی کنترل بر مطابقت قواعد حقوقی مادون با قواعد حقوقی مافوق

اصل ضرورت پیش بینی کنترل مطابقت قواعد حقوقی مادون با قواعد حقوقی مافوق، در واقع نتیجه اصل دیگری به نام اصل تفکیک قواست. در اینجا منظور از تفکیک قوا، تمایز معروف بین سه قوه مقننه، مجریه و قضائیه نیست، هر چند این نوع تفکیک، به نوبه خود از اهمیت خاصی برخوردار است، بلکه اصل تفکیکی که مورد نظر است و کمتر به آن توجه می شود، تفکیک بین قوه مؤسس (مردم)^۱ از یک طرف و قوای تأسیس شده (سه قوه مذکور)^۲ از طرفی دیگر است. این شیوه تفکیک قوا، در سالهای اخیر مخصوصاً از سوی خانم "الیزابت زولر" استاد حقوق اساسی دانشگاه پاریس^۳ مطرح شده است.^۴

برای درک بیشتر این نوع تفکیک قوا، باید خاطر نشان ساخت که بهترین نوع قانون اساسی، "قانون اساسی هنجاری"^۴، یعنی قانون اساسی هدف دار است که تنها هدف حمایت از حقوق انسانها را دنبال می کند، بر خلاف "قانون اساسی توصیفی"^۵ که به شکل دادن قدرت در چارچوب دولت، اکتفا می نماید. با توجه به اینکه یکی از شرایط هنجاری بودن قانون اساسی، وجود تفکیک بین قوه مؤسس و قوای تأسیس شده است، این تفکیک تنها در صورتی که قوه مؤسس بتواند همواره قوای تأسیس شده را تحت نظر داشته باشد و اعمالشان را کنترل کند، تحقق می یابد. "قانون اساسی هنجاری"، که به صورت مدون است، بر برتری قوه مؤسس تأکید بسیار دارد و چون قوه مؤسس را برتر می داند، خود نیز برترین قانون است. امروزه تقریباً اکثر کشورهای دنیا دارای قانون اساسی هستند، اما همه آنها از "قانون اساسی هنجاری" برخوردار نیستند.

کشورهایی دارای "قانون اساسی هنجاری" هستند که در آنها نکات زیر به چشم

1- Pouvoir Constituant.

2- Pouvoirs Constitués.

3- V. ZOLLER(E.) / Op. cit. / P.58.

4- Constitution Normative.

5- Constition Descriptive.

می‌خورند: یک قوه مؤسس (مردمی) آزاد، برای حفظ و تداوم آزادی خود، قانونی بنیادی وضع می‌کند، قانونی برتر از تمام قوانین. در این قانون، قوه مؤسس اصول مهم یک جامعه دموکراتیک را پایه‌گذاری می‌کند، یعنی جامعه‌ای که در آن افراد از قوانین پیروی می‌کنند نه از اشخاص. همچنین قوه مؤسس در این قانون، حقوق و آزادی‌هایی برای خود در نظر می‌گیرد. هنگامی که ملتی آزاد، برای خویش قانونی برتر وضع می‌کند، طبیعتاً انتظار دارد قوایی که خود تأسیس کرده نیز از این قانون تبعیت کنند و برای اینکه این قوا نتوانند اراده‌اش را نادیده بگیرند، آنها را تحت کنترل قرار می‌دهد. در نتیجه، مطابقت قواعد حقوقی مادون با قواعد حقوقی مافوق چیزی جز مطابقت اعمال قوای مادون با اعمال قوای مافوق نیست. بنابراین باید دید که قوای مادون یا قوای تأسیس شده به چه ترتیب از قواعد مافوق پیروی می‌کنند.

ب - چگونگی پیروی قوای تأسیس شده از قواعد حقوقی مافوق

تردید نیست که قوه مؤسس از قوای تأسیس شده برتر است و این قوا ملزم هستند از قانون بنیادی وضع شده از سوی قوه مذکور، که به قانون اساسی معروف است، تبعیت کنند.

اما باید در نظر گرفت که میان قوای تأسیس شده نیز سلسله مراتبی وجود دارد و این خود باعث می‌شود که بعضی از قوای تأسیس شده، بر دیگر قوای تأسیس شده، برتری داشته باشند.

۱- سلسله مراتب میان قوای تأسیس شده

در مطالعات حقوقی جدید، به ارکان یا قوای سه‌گانه مملکتی (قوه مقننه، قوه مجریه، قوه قضاییه)، قوای تأسیس شده (توسط قوه مؤسس) گفته می‌شود. باید یادآور شد که در عصر روشنگری، تحت تأثیر نظریه‌های جان لاک و مونتسکیو، اصل تفکیک قوا، اعتبار و اهمیت خاص پیدا کرد و به دنبال آن، به هر کدام از آنها جایگاه ویژه‌ای تعلق

گرفت. نهاد قانونگذاری در صدر و قوه مجریه در درجه دوم واقع شد. قوه قضائیه، هر چند که به عنوان یک قوه تفکیک شده به رسمیت شناخته شد، اما خیلی دیرتر به عنوان یک قوه حائز اهمیت، جایگاه واقعی خود را پیدا کرد.

نهادهای اجرایی (یا همان قوه مجریه)، چون بر خلاف ارگانهای قانونگذاری، منتخب مستقیم مردم نبودند، بلکه انتصابی و به نوعی "گماشته شده" به شمار می‌رفتند، از اهمیت کمتری نسبت به قوه مقننه برخوردار شدند.

این سلسله مراتب برگرفته از عصر روشنگری، با وجود آن که امروز بعضی از مقامات قوه مجریه، منتخب مستقیم مردم هستند (به طور مثال رئیس جمهور فرانسه)، همچنان به قوت خود باقی است.

بنابراین، اگر بخواهیم بین قوای دولتی موجود در کشورها، سلسله مراتبی در نظر بگیریم، در صدر آن قوه مؤسس قرار می‌گیرد و بعد به ترتیب، قوه مقننه و قوه مجریه، جای می‌گیرند.

سلسله مراتب سه قوه مذکور، سلسله مراتب دیگری هم بین قواعد حقوقی وضع شده از طریق آنها، پدید می‌آورد، که به نوبه خود از اهمیت فراوانی برخوردار است. در نتیجه، براساس این طبقه بندیها، هنگامی که در یک زمینه مشخص، قوه مؤسس، قوه مقننه و قوه مجریه، هر سه صلاحیت داشته باشند، اعمال قوه مجریه (آیین نامه‌ها و تصویب نامه‌ها) باید با اعمال قوه مقننه (قانون‌های عادی) منطبق باشند و اعمال قوه مقننه نیز به نوبه خود باید با قانون اساسی انطباق داشته باشند.

نکته دیگر شایان توجه در این زمینه هم آن است که در داخل قوه مجریه نیز بین مقامات گوناگون، سلسله مراتبی وجود دارد. به طوری که اعمال مقام پایین‌تر باید با اعمال مقام بالاتر مطابقت داشته باشند.

۲- مسئله ویژه مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی

همان گونه که در بالا یادآوری شد، اعمال قوه مجریه باید با اعمال قوای مافوق آن، یعنی هم با قانون عادی و هم با قانون اساسی، انطباق داشته باشند. این امر از آنجا که قوه مجریه، معمولاً هیچگاه منتخب مردم نبوده، همیشه بدیهی به نظر می آمده است. اما موضوع مطابقت اعمال قوه مقننه با قانون اساسی، که در صفحات آینده بررسی می شود، همیشه مسئله ساز بوده است.

پ - تاریخچه کنترل مطابقت قواعد حقوقی مادون با قواعد حقوقی مافوق
قبل از پرداختن به نحوه کنترل مطابقت قواعد حقوقی مادون با قواعد حقوقی مافوق، باید در مورد اینکه کشورها به لحاظ تاریخی، از چه زمان به ضرورت این کنترل پی بردند، به مطالعه پرداخت و در این باره نقش آمریکاییها و اروپاییها را از هم مشخص ساخت.

۱- نقش آمریکاییها در کشف ضرورت کنترل مذکور

آمریکاییها اولین ملتی بودند که بر برتر بودن قانون اساسی، تأکید گذاشتند و برای اینکه این برتری تحقق پیدا کند، روشهای مختلفی را تدارک دیدند.^۱ قبل از دست یافتن به استقلال، آمریکاییها در زمینه قانون اساسی، نظریه های چندان متفاوتی با انگلیسیها نداشتند. یعنی آنان نیز همچون انگلیسیها، به برتری قانون عادی معتقد بودند، چرا که در انگلستان قانون اساسی مدون وجود نداشت و مردم از طریق پارلمان به مجموعه ای از آزادیها دست پیدا کرده بودند.

بعد از آن که مردم آمریکا در سال ۱۷۷۶ میلادی به استقلال دست یافتند، به تدوین اولین قوانین اساسی مدون در دنیا مبادرت ورزیدند.^۲ از همان ابتدا و تحت تاثیر

1- V. ZOLLER (E.), OP. cit., PP. 38 - 40.

۲- منظور قانون اساسی فدرال و قوانین اساسی ایالات است.

نظریه‌های توماس جفرسون^۱، رهبر استقلال طلب و رئیس جمهوری بعدی ایالات متحده، آمریکاییها نسبت به مجالس قانونگذاری بدینی پیدا کردند و برای اینکه قانون اساسی را از دخالت‌های قانونگذاران مصون نگه دارند، تدابیر خاصی اندیشیدند. دیگر کشورهای دنیا بعداً از این روشها الهام گرفتند.

در واقع ایجاد تفکیک بین قوه مؤسس (یا مردم) و قوای تأسیس شده را، اولین بار آمریکاییها پیشنهاد کردند و بعد نیز به مرحله عمل رساندند.^۲

آمریکایی‌ها برای تضمین برتری قانون اساسی بر قانون عادی و برای اینکه از دستکاری‌های قانونگذار در امان بماند، تهیه و تنظیم قانون اساسی و همچنین تجدید نظر در آن را تابع شیوه مشخصی کردند. براساس این شیوه، در هر ایالت، مجلسی به نام کنوانسیون^۳، تهیه و تنظیم طرح قانون اساسی را به عهده می‌گیرد و بعد طرح قانون به تأیید مردم می‌رسد. تجدید نظر در قانون اساسی نیز به همین صورت انجام می‌پذیرد. از این طریق، آمریکاییها دخالت قوای تأسیس شده (و مخصوصاً مجالس قانونگذاری) در تهیه و تنظیم و در تجدید نظر قانون اساسی را، ممنوع کردند.

این اولین گام در راه تحقق برتری اراده قوه مؤسس بود. اما برای اینکه این اراده برتر، که در قانون اساسی تبیین شده است، همواره برتر بماند و توسط همان قوای تأسیس شده زیر پا گذاشته نشود، کنترل لازم در این باره نیز طرف توجه قرار گرفت.

در این مورد نیز آمریکاییها پیشقدم شدند و اولین بار در دنیا، کنترل مطابقت قواعد حقوقی مادون با قواعد حقوقی مافوق، یعنی کنترل مطابقت مصوبات قوای تأسیس شده

1- Thomas JEFFERSON.

۲. در صفحات قبل، از آن صحبت شده است.

۳. برای اطلاعات بیشتر در مورد تحول حقوق اساسی آمریکا می‌توان به کتابهای زیر رجوع کرد:

GORDON S. WOOD, *The Creation of the American Republic (1776-1787)* / The University of North Carolina press, 1969, 653 P; G. STOURZH, *Constitution: Changing Meanings of the Term from the Eavty Seventeenth of the Late Century*, in T. Ball et J.G.A Pocock [dir], *Conceptual Change and the Constitution*, University Press of Kansas, 1988, PP. 35-54.

با قانون اساسی را، به مرحله اجرا گذاشتند. این کنترل رفته رفته اهمیت فراوانی پیدا کرد. بنابراین، می توان گفت که ایالات متحده آمریکا، اولین کشوری بود که دارای قانون اساسی هنجاری شد.^۱ قانون اساسی فدرال آمریکا، مصوب سال ۱۷۸۷ میلادی، که یک قانون مدون است و با اعلامیه مربوط به حقوق و آزادیها، مرکب از مجموعه ده اصلحیه اولیه این قانون (مصوب ۱۷۹۱) و اصلاحیه های بعدی آن، تکمیل شده است، تفکیک بین قوه مؤسس و قوای تأسیس شده و نیز کنترل مطابقت اعمال این قوا با اراده قوه مؤسس را پیش بینی کرده است.^۲

۲- توجه دیرتر اروپاییها به ضرورت کنترل مطابقت قواعد حقوقی مادون با قواعد حقوقی مافوق

اروپاییها خیلی دیرتر از آمریکاییها دارای قانون اساسی هنجاری شدند. از آنجا که قوه مقننه در تمام کشورهای اروپایی، سالهای طولانی از وجهه خاصی برخوردار بود، تفکیک بین قوه مؤسس و قوای تأسیس شده از یک طرف و پیش بینی کنترل مطابقت اعمال این قوا با قانون اساسی از طرف دیگر، خیلی دیر انجام گرفتند.

در اروپا، تدوین و تصویب قانون اساسی و تجدید نظر در آن، تا مدت های زیاد، توسط قانونگذار انجام می گرفت. به طوری که اراده قوه مؤسس، چیزی جز اراده قوه مقننه نبود. البته این امر در کشور فرانسه از همه جا شدیدتر بود.

به دلیل اهمیتی که قوه قانونگذاری در کشورهای اروپایی از آن برخوردار بود، فکر اینکه باید اعمال آن تحت کنترل قرار گیرد، هرگز مطرح نشده بود.

باید خاطر نشان ساخت که کشور انگلستان از لحاظ تاریخی، اولین کشوری بود که در قرن هفدهم، "حاکمیت قانون"^۳ را جایگزین حاکمیت پادشاهان کرد. بعد از انگلیسیها نیز، آمریکاییها به چنین کاری مبادرت ورزیدند.

۱- بیش از این، درباره آن سخن گفته شده است.

2- V. ZOLLER(E.), Op. Cit. , P. 33.

3- Rule of law

در مرحله سوم نیز فرانسویها، بدنبال انقلاب کبیر ۱۷۸۹ این کشور، قانون را حاکم کردند.

به این ترتیب، کشورهای یاد شده، همگی "دولت مبتنی بر حقوق"^۱ را پایه‌گذاری نمودند. اما تفاوت تجربیات انگلستان و فرانسه با آمریکا در این است که انگلیسیها و فرانسویها "دولت حقوقی مبتنی بر قانون عادی"^۲ برقرار کردند، در حالی که آمریکاییها از همان ابتدا "دولت حقوقی مبتنی بر قانون اساسی"^۳ را انتخاب نمودند.^۴

بعد از جنگ جهانی دوم اروپاییها کم‌کم، تحت تأثیر عوامل گوناگون^۵ به قانون اساسی هنجاری گرایش پیدا کردند و در نتیجه، اعمال قوای تأسیس شده را تحت کنترل در آوردند.

بخش دوم: نهاد مسئول کنترل مطابقت قواعد حقوقی مادون با قواعد حقوقی مافوق

این مسئله که کنترل مطابقت قواعد حقوقی مادون با قواعد حقوقی مافوق، یا به بیان دیگر، کنترل بر اعمال قوای تأسیس شده باید به عهده کدام نهاد واگذار شود، از اهمیت فراوان برخوردار است.

همان طور که در بالا گفته شد، غیر از ایالات متحده آمریکا، کشورهای دیگر با تأخیر به کنترل اعمال قوای تأسیس شده روی آوردند.

برای شناخت سیر تحول کنترل مذکور، باید تاریخ را ورق زد و چگونگی کوششهای تدریجی کشورها برای به کنترل در آوردن قوای یاد شده را بررسی کرد.

1- Etat de droit

2- Etat legal

3- Etat Constitutionnel

4- V. ZOLLER (E.), OP. Cit. , P. 41.

۵. به بخش دوم رجوع شود.

الف - بررسی سیر تاریخی نهادهای کنترل قوای تأسیس شده برای اینکه قانون اساسی، که ارادهٔ قوهٔ مؤسس است، همواره برتر بماند و خدش‌های به آن وارد نیاید، می‌بایست قوای تأسیس شده از آن تبعیت کنند. تحت کنترل در آوردن اعمال این قوا، سبب می‌شود که قوهٔ مؤسس برتر بماند. بنابراین، تحت کنترل در آوردن قوای مذکور، نتیجهٔ تفکیک بین قوهٔ مؤسس و قوای تأسیس شده است.^۱

به همین جهت، مطالعه دربارهٔ چگونگی تحول کنترل قوای تأسیس شده ضروری است.

به طور کلی، از لحاظ تاریخی تاکنون، با سه گونه کنترل در این زمینه، مواجه بوده‌ایم:

۱- کنترل اعمال قوای تأسیس شده به وسیلهٔ قوهٔ مؤسس

قوهٔ مؤسس قادر است که اعمال قوای تأسیس شده را تحت کنترل در آورد. در این مورد، مردم از طریق "حق مقاومت در برابر استبداد" می‌توانند با قوای یاد شده مقابله کنند.

اصل ۲ "اعلامیهٔ حقوق بشر و شهروند" انقلاب کبیر فرانسه مصوب ۱۷۸۹ میلادی - که امروز جزئی از مقدمهٔ قانون اساسی جمهوری پنجم فرانسه مصوب ۱۹۵۸ میلادی است - "حق مقاومت در برابر استبداد" را در کنار "آزادی"، "مالکیت" و "امنیت"، جزء حقوق طبیعی و سلب نشدنی انسان، به شمار آورده است.^۲

در این باره، مسئلهٔ مهم آن است که قوهٔ مؤسس نمی‌تواند به طور دائم از قدرت خود استفاده کند. بنابراین، راهی جز محول کردن کنترل اعمال قوای تأسیس شده به خود این قوا به نظر نمی‌رسد. در اینجا است که دو نوع کنترل، شامل کنترل سیاسی و کنترل قضایی،

1- V. ZOLLER (E.), OP. Cit., P. 97.

2- " Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté , la propriété , la sûreté , et la résistance à l'oppression".

مطرح می‌شوند.

۲- کنترل اعمال قوای تأسیس شده به وسیله خود این قوا

برای بررسی شیوه‌های کنترل اعمال قوای تأسیس شده از سوی خود قوای تأسیس شده، دو نوع کنترل سیاسی و قضایی از هم مشخص می‌گردند:

I- کنترل سیاسی^۱

کنترل سیاسی، کنترلی است که ارگانهای سیاسی، که خود قوای تأسیس شده هستند، بر روی اعمال دیگر قوای تأسیس شده، انجام می‌دهند.

در این زمینه، می‌توان چند نمونه از کنترل سیاسی را نام برد:

در ایالات متحده آمریکا، رئیس جمهور می‌تواند علیه قوانین عادی مصوب کنگره (مجلس نمایندگان و مجلس سنا) حق وتو بکار گیرد^۲. باید یادآوری کرد که کنگره، تنها هنگامی می‌تواند وتوی مذکور را نادیده بگیرد که هر یک از دو مجلس، قانون عادی را که از سوی رئیس جمهور مورد وتو قرار گرفته است، با اکثریت دو سوم اعضاء، به تصویب برساند.

در کشور فرانسه، قوه مؤسس در سال ۱۷۹۱ میلادی، به پادشاه حق کنترل مجلس قانونگذاری را داده بود^۳، که البته این امر با شکست مواجه شد. بعد از این تجربه ناموفق، فرانسویها با مجلس قانونگذاری مقتدری روبرو گردیدند که اختیارات بی‌حد و حصری را از آن خود کرده بود.

برای مقابله با این مسئله، امانوئل ژوزف سیس^۴، حقوقدان و سیاستمدار معروف آن زمان، پیشنهاد تأسیس نهاد خاصی در داخل مجلس قانونگذاری داده بود. نهادی به

1- Contrôle de nature politique

2- V. PACTET (P.)/ Op. cit. , P. 228.

3- V. Constitution de 1791 , titre III , Chap. III , Sect. III.

4- Emmanuel Joseph SIEYÈS

نام "ژوری قانون اساسی"^۱، که موظف بود در مورد شکایات علیه خدشه به قانون اساسی، بررسی و رسیدگی کند.^۲ اما پیشنهاد حقوقدان مذکور، مورد قبول واقع نشد. پس از رد پیشنهاد فوق، مسئله کنترل مجلس قانونگذاری همچنان به قوت خود باقی ماند. راه حلی که بعداً به اجرا گذاشته شد، کاملاً سیاسی بود. در حالیکه طرح سی‌یس، برای تأسیس "ژوری قانون اساسی"، نوعی راه حل قضایی به شمار می‌رفت.

در سال ۱۷۹۵ میلادی^۳، قوه مؤسس، برای محدود ساختن اختیارات وسیع مجلس قانونگذاری و برای پیشگیری از استبداد این مجلس، مجلس دومی را در نظر گرفت. استقرار شیوه دو مجلسی^۴ تا سالها بعد، تنها شیوه‌ای بود که برای تحت کنترل در آوردن قوه مقننه، بکار گرفته می‌شد. بنابراین، در فرانسه تا مدت‌های زیاد، کنترل یکی از قوای تأسیس شده، یعنی قوه مقننه، کنترل سیاسی بود و نه کنترل قضایی.^۵

II - کنترل قضایی^۶

برای آشنایی بیشتر با کنترل قضایی مطابقت اعمال قوای تأسیس شده با هدفهای قوه مؤسس، باید رابطه این نوع کنترل با قانون اساسی هنجاری و نیز شیوه‌های کنترل مذکور را مورد مطالعه قرار داد.

- کنترل قضایی و قانون اساسی هنجاری

این نوع کنترل که اولین بار، در ایالات متحده آمریکا و به دنبال آن، در کشورهای اروپایی به مورد اجرا گذاشته شد، امروزه در اکثر کشورهایی که اعمال قوای تأسیس شده را تحت نظارت قرار می‌دهند، مورد پیش بینی قرار گرفته است. در این شیوه، کنترل مورد نظر، توسط نهادهایی که وظیفه مهارت‌آمیز درک و تجزیه و تحلیل مقررات حقوقی

1- Jurie Constitutionnaire

2- V. ZOLLER (E.), Op. Cit., P. 194.

۳. در زمان حکومت جمعی موسوم به Directoire

4- Le bicamérisme ou le bicaméralisme.

۵. در مورد تحول نقش مجلس دوم یا سنا، می‌توان به کتابهای حقوق اساسی مراجعه کرد.

6- Contrôle juridictionnel

را به عهده دارند، یعنی قضات، صورت می‌گیرد.

هنگامی که قانون اساسی، صورت "هنجاری" دارد، یعنی به عنوان "اساسی‌ترین و برترین قانون"^۱ شناخته می‌شود و در نتیجه، "حقوق اساسی و برتر"^۲ یک کشور را تشکیل می‌دهد، طبیعی است که تنها قضات می‌توانند صلاحیت رسیدگی به اعمال قوای تأسیس شده را داشته باشند. چرا که مسائل مطرح شده در این کنترل، از مسائل حقوقی هستند.^۳

اگر در قانون اساسی "توصیفی"، که تنها به توصیف تقسیم اختیارات برای اداره دولت می‌پردازد، می‌توان کنترل اعمال قوای تأسیس شده را به ارگانهای سیاسی سپرد^۴، در قانون اساسی "هنجاری"، برای چنین کنترلی، هیچ‌گونه جایی نمی‌توان متصور شد. چون این قانون، حقوق برتر است و به غیر از قاضی، نهاد دیگری شایستگی تفسیر آن را ندارد.^۵

به همین جهت است که اصل چهارم قانون اساسی فدرال آمریکا، مصوب ۱۷۸۷ میلادی، قانون اساسی را "قانون برتر کشور" شناخته است.^۶

هنجاری بودن قانون اساسی، در عمل توسط قضات معنا پیدا می‌کند و از طریق آراء و تصمیمات قضات است که می‌توان اطمینان یافت آیا قانون اساسی هنجاری است، یعنی حقوق برتر و اساسی است، یا خیر؟

- شیوه‌های کنترل قضایی

کنترل مطابقت قواعد حقوقی مادون با قواعد حقوقی مافوق، یا کنترل اعمال قوای تأسیس شده به وسیله دستگاه قضایی، معمولاً به یکی از دو شیوه زیر انجام می‌گیرد:^۷

1- "Loi Fondamentale et suprême"; "Supreme Law of the Land".

2- Droit fondamental et suprême. 3- V. ZOLLER(E.), Op. Cit., P. 98.

۴- در مورد قانون اساسی "توصیفی" در بالا توضیحی داده صحبت شده است.

5- V. ZOLLER(E.), Op. Cit., P. 98. 6- "Supreme Law of the Land".

۷- در این مورد می‌توان به مأخذ زیر رجوع کرد:

دکتر ابوالفضل قاضی، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۵، ص ۱۰۸.

این کنترل، یا توسط دادگاه‌های عادی صورت می‌پذیرد، یا به وسیله دادگاه ویژه‌ای انجام می‌یابد که اختصاصاً برای کنترل مذکور، بوجود آمده است:

- شیوه اول، برای نخستین بار در ایالات متحده آمریکا به مورد اجرا گذاشته شد. در واقع، قدرت "بازنگری قضایی"^۱، که تمام قضات در آمریکا از آن برخوردارند، معمولاً در دیگر کشورهای جهان به چشم نمی‌خورد.^۲

- هنگامی که کشورهای اروپایی نیز، در اوایل قرن بیستم و مخصوصاً بعد از جنگ جهانی دوم، به کنترل اعمال قوای تأسیس شده روی آوردند - که البته این امر، تحت تأثیر آمریکاییها اتفاق افتاد - با پیروی از نظریه‌های "هانتس کیلزن"^۳، حقوقدان معروف اتریشی، دومین شیوه کنترل قضایی را به مورد اجرا گذاشتند. این کشورها، بر خلاف آمریکاییها که کنترل مطابقت قواعد حقوقی مادون با قواعد حقوقی مافوق را به عهده دادگاه‌های عادی گذاشته بودند، دادگاه ویژه‌ای برای رسیدگی به این مورد تأسیس کردند.

البته در میان کشورهای اروپایی نیز، این کنترل قضایی نوع دوم، به گونه‌های مختلف صورت می‌پذیرد.

ب - شیوه‌های مختلف کنترل قضایی در جهان

همان گونه که در بالا گفته شد، کنترل اعمال قوای تأسیس شده به وسیله دستگاه قضایی، به دو گونه انجام می‌گیرد. اولین روش در ایالات متحده آمریکا، و دومین روش در کشورهای اروپایی به چشم می‌خورد. برای آشنایی بیشتر با این دو روش، آنها را مورد مطالعه قرار می‌دهیم:

1- Judicial Review

2- V. ZOLLER(E.) , Op. Cit. , P. 98.

3- Hanz KELSEN

۱- کنترل قضایی در آمریکا

ایالات متحده آمریکا نخستین کشوری است که در آن کنترل اعمال قوای تأسیس شده پیش‌بینی گردید و نیز اولین کشوری است که کنترل مطابقت قواعد حقوقی مادون با قواعد حقوق مافوق، و مخصوصاً کنترل مطابقت قانون عادی با قانون اساسی در آن به رسمیت شناخته شد و به مورد اجرا درآمد.

از آنجا که آمریکاییها اولین ملتی بودند که بین قوه مؤسس و قوای تأسیس شده، تفکیک قائل شدند و برای تضمین برتری قوه مؤسس، رویه‌های حقوقی پیش‌بینی کردند^۱، طبیعی بود که برای استمرار این برتری به رویه‌های حقوقی دیگری نیز بیاندیشند.

پیش‌بینی کنترل اعمال قوای تأسیس شده، در واقع برای امکان تحقق بیشتر تفکیک مذکور، انجام پذیرفت.

وقتی این تفکر در افکار عمومی جا افتاد که قانون اساسی قانونی برتر است و قانونگذار نمی‌تواند خودسرانه در آن دخل و تصرف کند، قضات ایالات متحده هم رفته رفته به محدود ساختن قانونگذار - از طریق مطابقت دادن قوانین عادی هر ایالت با قانون اساسی آن ایالت و نیز با قانون اساسی فدرال از یک طرف و مطابقت دادن قانون عادی فدرال با قانون اساسی فدرال از طرف دیگر - دست زدند.

در سالهای دهه ۱۷۸۰ میلادی و در اواخر قرن هجدهم، هنوز کمی عجیب به نظر می‌رسید که قضاتی غیر منتخب مردم، قوانین مصوب مجالس منتخب را از درجه اعتبار ساقط کنند. این عمل، به عنوان دخالت قوه قضاییه در اعمال قوای دموکراتیک تلقی می‌شد. اما با گذشت زمان، کنترل دستگاه قضایی بر اعمال قوای مذکور، جا افتاد و به صورت عادی درآمد. کم‌کم این تفکر شکل گرفت که قاضی مقامی است که به هنگام

۱- در بالا نیز گفتیم که آمریکاییها برای تضمین برتری قوه مؤسس، بر آن شدند که تدوین و تصویب قانون اساسی و تجدید نظر در آن را به قوه مؤسس بسپارند، به طوری که قوای تأسیس شده نخوانند در این امور مداخله کنند.

بروز تناقض بین قانون اساسی وضع شده توسط مردم و قانون عادی مصوب مجلس قانونگذاری یک ایالت، قانون برتر را مشخص می‌کند.

I- اهمیت رأی معروف دیوان عالی قضایی فدرال آمریکا در سال ۱۸۰۳ میلادی راجع به دعوای "ویلیام ماربری" "علیه جیمز مدیسون"^۱
 رأی دیوان عالی قضایی دولت فدرال ایالات متحده در سال ۱۸۰۳ دربارهٔ دعوای "ویلیام ماربری" و "جیمز مدیسون"، از آن جهت حائز اهمیت است که بر اثر آن، برای اولین بار کنترل قضایی بر اعمال قوهٔ مجریه و قوهٔ مقننه در سطح فدرال، به رسمیت شناخته شد.

به همین لحاظ و با توجه به آن که در کشورهای دارای حقوق غیر نوشته^۲، آراء صادره به وسیلهٔ قضات، و به طریق اولی آراء صادره توسط دیوان عالی قضایی فدرال، از اهمیت فراوانی برخوردارند، در مورد رأی بسیار معروف مذکور، که توسط جان مارشال^۳ یکی از رؤسای پر آوازهٔ دیوان مذکور، صادر شده بود، تحقیقات زیادی انجام گرفته‌اند.^۴
 در اینجا تنها به شرح قضیه، بسنده می‌کنیم.^۵

در سال ۱۸۰۰ میلادی، زمانی که دیگر مدت زیادی تا انتخابات ریاست جمهوری ایالات متحده نمانده بود، دستگاه حکومتی جان آدامس^۶ رئیس جمهور وقت آمریکا،

1- Marbury V. Madison

2- Common Law

3- John MARSHALL

۲- برای اطلاعات بیشتر به مآخذ زیر رجوع شود:

J. Biskupic and E. Witt, Guide to the US Supreme Court, 2 vol., Washington, Congressional Quarterly, Inc., 1996; R.L. CLINTON, "Marbury V. Madison" and Judicial Review, Lawrence, University Press of Kansas, 1989; Y. - R. Guillou, Aux Origines du Contrôle de Constitutionnalité des lois aux Etats - Unis, Thèse, Paris II, 1998, 1624 P.

5- V. PACTET (P.), Op. Cit., P. 231; ZOLLER (E.), Op. Cit., PP. 103-120

6- John ADAMS

که از گروه رهبران "فدرالیست" به شمار می‌رفت، چهل و دو قاضی جدید دادگاه‌های بخش کلمبیا و از جمله آقای ویلیام ماربری^۱ را از میان افراد طرفدار گروه فدرالیست تعیین کرد.

هنوز حکم انتصاب این چهل و دو تن صادر نشده بود که در نتیجه انتخابات جدید ریاست جمهوری، توماس جفرسون^۲ که از گروه رهبران جمهور یخواه دموکرات بود، به عنوان رئیس جمهور تازه، جایگزین جان آدامس شد. به دنبال این دگرگونی، جیمز مدیسون^۳ وزیر مشاور ریاست جمهوری جدید، تنها حکم انتصاب بیست و پنج قاضی از چهل و دو قاضی مورد نظر را صادر کرد، که در میان آنها نام ویلیام ماربری وجود نداشت. به دنبال این اقدام، ماربری که ادعا داشت حق او تزییع شده است، به دیوان عالی قضایی فدرال شکایت کرد و از این دیوان خواست که حکومت را به صدور حکم وی مجبور کند. بر اثر این شکایت، دیوان عالی که ریاست آن را جان مارشال قاضی معروف به عهده داشت و به لحاظ سیاسی به فدرالیستها نزدیک بود، در شرایط سختی قرار گرفت.

دیوان عالی، از یک طرف متوجه بی‌عدالتی گروه "جمهوری خواه - دموکرات" شد و از طرف دیگر توجه یافت که حکومت قبلی که انتصاب قضات را خیلی دیر اعلام کرده بود، قصد نداشت با حکومت جدید وارد اختلاف و برخورد شود.

در این میان، با وجود حساسیت مسئله، رئیس دیوان عالی با مهارت خاصی، قضیه را حل کرد. به موجب رأی دیوان عالی، مشخص شد که در مورد اعمال قوه مجریه، این دیوان می‌تواند اعمال اداری قوه مذکور را بر خلاف اعمال سیاسی اش^۴، با قواعد حقوقی مافوق مورد مطابقت قرار دهد.

مخصوصاً که این اعمال اداری با حقوق فردی مربوط بوده‌اند. بنابراین، طبق این

1- William Marbury

2- Thomas JEFFERSON

3- James Madison

4- Actes administratifs de L'exécutif , Actes Politiques de L'exécutif.

قسمت از رأی، دیوان عالی به شاکی حق داد که خواستار صدور حکم انتصاب خویش باشد. در قسمت اخیر رأی به ویژه تأکید شده بود که عدم صدور حکم، با قانون عادی مغایرت دارد و قانون، قوه مجریه را ملزم ساخته است که مجموعه‌ای از اعمال را حتماً به تحقق برساند.

در عین حال، پیچیدگی مسئله جای دیگر بود و باید معلوم می‌شد که کدام مقام می‌تواند حکومت را ملزم به صدور حکم کند. یک قانون عادی فدرال، که در سال ۱۷۸۹ میلادی به وسیله کنگره ایالات متحده در مورد سازماندهی قوه قضاییه تصویب شده بود، دقیقاً به دیوان عالی اختیار داده بود که با نخستین تصمیم خود، حکومت را به اجرای عمل ملزم سازد.

اما دیوان عالی، این قانون را با قانون اساسی فدرال متناقض اعلام کرد. چرا که قانون اساسی، قاعدتاً به دیوان عالی، اختیار تصمیم‌گیری در مرحله رسیدگی استینافی را واگذار کرده است. به استثنای معدود اختیاراتی که برای مرحله رسیدگی ابتدایی به آن داده شده است، که مورد مطرح شده در قضیه مذکور، جزء این موارد بشمار نمی‌رود.

در چنین شرایطی، دیوان عالی آمریکا، قانون عادی یاد شده را مغایر قانون اساسی اعلام داشت و خاطر نشان ساخت که ملزم کردن حکومت را در حیطه اختیارات خود نمی‌بیند، اما در عین حال، شکایت ماریبری را که حق وی در مورد تقاضای صدور حکم انتصاب به رسمیت شناخته شده است، به دادگاه صالح ارجاع می‌دهد.

با وجود این، ماریبری، به دلیل آن که مدت زمانی که در طول آن می‌توانست قضاوت کند، منقضی شده بود و در این قضیه نیز برنده گردیده بود، از دادن استیناف چشم‌پوشی کرد.

باید یادآور شد که در قضیه مذکور، "جان مارشال" رئیس دیوان عالی فدرال، نقش بسیار حساسی ایفا کرد. او توانست با تبحر زیاد، بدون اینکه حکومت جدید را ناراضی کند، حق ضایع شده شاکی را به تحقق برساند. علاوه بر آن، وی برای اولین بار، اعمال

قوه مجریه و قوه مقننه فدرال را تحت کنترل دستگاه قضایی در آورد و قانون عادی را بر اعمال قوه مجریه و قانون اساسی را بر اعمال هر دو قوه، برتر شناخت.

II. قدرت "بازنگری قضایی" در اختیار قاضی

در ایالات متحده آمریکا، قضات دادگاه‌های عادی، از پایین‌ترین تا بالاترین دادگاه، این قدرت را دارند که درباره مطابقت اعمال قوای تأسیس شده، چه قوه مجریه و چه قوه مقننه، با قانون برتر، یعنی در نهایت با قانون اساسی، رسیدگی کنند. این کنترل که در آمریکا به "بازنگری قضایی"^۱ معروف است، از سوی حقوقدانان فرانسوی "کنترل مطابقت با قانون اساسی"^۲، ترجمه شده است.

به موجب این کنترل، برخلاف آن چیزی که ممکن است به لحاظ وجود کلمه "بازنگری"^۳، در ذهن تداعی شود، قاضی در چیزی تجدید نظر نمی‌کند. در واقع، وی در عمل^۴ غیر منطبق با قانون اساسی، نه تجدید نظر می‌نماید و نه آن را ملغی می‌کند، بلکه تنها با کنار گذاشتن آن، عمل مذکور را از درجه اعتبار ساقط می‌سازد. ضمناً چون در آمریکا سیستم فدرال حکمفرماست، کنترل مورد نظر به صورت تمرکز زدا اعمال می‌شود.^۵

در این سیستم فدرال، شهروندان آمریکایی از دو ملیت برخوردارند، ملیت ایالتی که در آن زندگی می‌کنند از یک طرف و ملیت دولت فدرال از طرف دیگر. در نتیجه، حقوق و وظایف آنها دارای دو منشاء جداگانه، شامل نظام حقوقی ایالتی و نظام حقوقی فدرال است و در این میان، نظام حقوقی فدرال بر نظام حقوقی ایالتی، برتری دارد. برای آن که این برتری محقق شود، هر شهروند باید بتواند در سطح ایالتی، تحقق حقوق و آزادی‌هایی را که قانون اساسی فدرال در سطح فدرال اعلام کرده است،

1- Judicial Review

2- Contrôle de constitutionnalité , V. ZOLLER(E.) , Op. Cit. , P. 101.

3- Review

4- Acte

5- Contrôle décentralisé , V. ZOLLER(E.) , Op. Cit / P. 147.

خواستار شود. برای زدودن هر نوع تمرکزی، این امکان پیش‌بینی گردیده است که هر شهروند آمریکایی بتواند در نزد پایین‌ترین دادگاه در سلسله مراتب قضایی، ایالتی یا فدرال، احقاق حق خود را آن طور که در قانون اساسی فدرال در نظر گرفته شده است، تقاضا کند.

بنابراین، در هر دادگاهی در ایالات متحده آمریکا، می‌توان به قانون اساسی استناد کرد و به اصول آن تمسک جست.^۱

III- رجوع "غیر مستقیم" به دستگاه قضایی^۲

طبق روش رجوع غیر مستقیم به دستگاه قضایی، در جریان هر محاکمه، یکی از طرفین دعوا می‌تواند ادعا کند قانونی که می‌خواهند در مورد او اعمال نمایند، با قانون اساسی مطابقت ندارد.^۳ به طور کلی، در کشور آمریکا رجوع مستقیم به دستگاه قضایی وجود ندارد و نمی‌توان از یک دادگاه خواست تا در مورد مطابقت اعمال قوه مجریه (ایالتی یا فدرال) یا اعمال قوه مقننه (ایالتی یا فدرال)، با قانون اساسی فدرال نظر بدهد، بلکه در ضمن رسیدگی دادگاه به دعوا، مسئله مطابقت مذکور نیز مطرح می‌شود.

اگر در حین رسیدگی قضایی، قاضی تشخیص دهد که یک قانون عادی با قانون اساسی تعارض دارد، آنرا ملغی نمی‌کند و تنها قانون مذکور را کنار می‌گذارد و از اعمال آن در مورد دعوایی که دادگاه برای آن تشکیل شده است، خودداری می‌نماید.

البته باید توجه داشت که در نهایت، این دیوان عالی قضایی فدرال است که وحدت رویه قضایی ایجاد می‌کند. اگر طی یک محاکمه، دیوان عالی، قانونی را با قانون اساسی معارض بداند، از اعمال قانون در آن مورد به خصوص خودداری می‌کند و تا روزی که دیوان در رأی خود تغییری ندهد، در عمل قانون مذکور از درجه اعتبار ساقط است.

۱- دکتر ابوالفضل قاضی، همان منبع، ص ۱۰۷.

2- Recours par voie d'exception.

3- V. PACTET(P.), Op. Cit., P. 81.

دادگاه‌های دیگر نیز، به موجب قاعدهٔ "تصمیم قبلی"، که در کشورهای دارای حقوق غیر نوشته مرسوم است و دادگاه‌ها را ملزم می‌سازد که رأی خود را با توجه به آراء پیشین صادر کنند، قانون ساقط شده از درجهٔ اعتبار را، اعمال نخواهند کرد. اما اگر دیوان عالی، بعداً در رویهٔ قبلی خود تغییری بدهد، همین قانون می‌تواند دوباره معتبر گردد.^۲

۲- کنترل قضایی در اروپا

در حالی که ایالات متحدهٔ آمریکا بلافاصله چند سال پس از تصویب قانون اساسی فدرال آن کشور، یعنی در اواخر قرن هجدهم و اوایل قرن نوزدهم، کنترل اعمال دو قوهٔ مجریه و مقننه را به مورد اجرا گذاشت و به موجب قاعدهٔ "بازنگری قضایی"، اختیار مطابقت دادن اعمال مذکور با قانون اساسی را به دادگاه‌ها سپرد، کشورهای اروپایی خیلی دیرتر به ضرورت پیش‌بینی چنین کنترلی پی‌بردند.

به طوری که تنها در اوایل قرن بیستم، و در عمل بعد از جنگ جهانی دوم، این کشورها چنین کنترلی را به مرحلهٔ عمل گذاشتند.

در اروپا، ابتدا بعد از جنگ جهانی اول، در سال ۱۹۲۰، کشور اتریش تحت تأثیر نظریه‌های "هاتس کلزن"^۳، دانشمند برجستهٔ فلسفهٔ حقوق، دیوان عالی قانون اساسی تأسیس کرد.^۴

اما در واقع، بعد از سال ۱۹۴۵ میلادی، بسیاری از کشورهای دیگر اروپایی نیز از رژیم کنترل در زمینهٔ قانون اساسی برخوردار شدند. در این زمینه، نخست به ترتیب کشورهای آلمان، ایتالیا، فرانسه و چند کشور دیگر و سپس در سالهای اخیر و در دههٔ

1- La règle du Précédent / Stare decisis. 2- V. ZOLLER(E), Op. Cit., P. 139.

3- Hanz Kelsen

4- V. Eisenmann (Chartes), La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche, Paris, L.G.D.J., 1928, réédition Economica, Paris / 1986.

۱۹۹۰ نیز کشورهای اروپای مرکزی و فدراسیون روسیه، چنین کنترلی در نظام حقوقی خود پیش‌بینی کردند.

موج توجه به کنترل مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی در دوره بعد از ۱۹۴۵، تحت تأثیر دو عامل پدیدار گردید:

۱- در این مورد، تأثیر "هاتس کلزن"، حقوقدان معروف اتریشی و به ویژه، نقشی که در سال ۱۹۲۰ در شکل گرفتن دیوان عالی قانون اساسی اتریش ایفا کرده بود، بسیار حائز اهمیت است.

۲- تأثیر حقوق اساسی آمریکا در کشورهای اروپایی در دوره بعد از جنگ جهانی دوم نیز در این زمینه اهمیت فراوان دارد و کاملاً مشهود است.

بنابراین، رژیم کنونی اروپا در زمینه انطباق قوانین عادی با قانون اساسی، تلفیقی از دو روش اتریشی و آمریکایی است.

بررسی تأثیر هر کدام از این دو روش در شکل گرفتن طرز کنترل برتری قوانین اساسی بر قوانین عادی در اروپا، جالب به نظر می‌رسد.

اما قبل از انجام این بررسی، تأکید در مورد یک نکته ضروری است. این که گفته می‌شود اروپاییها بعد از جنگ جهانی دوم، اعمال قوای تأسیس شده را تحت کنترل در آوردند، بیشتر درباره قوه مقننه صادق است. چون قبل از جنگ یاد شده، اعمال قوه مجریه تحت کنترل بودند، یا حداقل این اعمال با اعمال قوه مقننه، مورد مطابقت قرار می‌گرفتند. در واقع، بعد از سال ۱۹۴۵، اروپاییها به برتری قانون اساسی، به عنوان قانونی که باید بر قانون عادی و آیین‌نامه‌ها و تصویب‌نامه‌ها مقدم و برتر شناخته شود، وقوف بیشتری پیدا کردند. پیش از آن، اروپاییها بیشتر به برتری قانون عادی مصوب قوه مقننه بر اعمال قوه مجریه، اعتقاد داشتند.

۱- نقش "کلزن" در پیوستن اروپاییها به قانون اساسی "هنجاری" و کنترل مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی

پیوستن اروپاییها به طرفداری از قانون اساسی هنجاری و به موازات آن، هواداری از کنترل مطابقت قواعد حقوقی مادون با قانون اساسی، همان گونه که گفته شد، تحت تأثیر نظریه‌های هانتس کلزن، حقوقدان مشهور اتریشی انجام پذیرفته است. کلزن که پایه‌گذار نظریه "شکل‌گیری حقوق به صورت مرتبه‌ای" است^۱، بین قواعد حقوقی، سلسله مراتبی قائل می‌شود که در صدر آن، قانون اساسی قرار گرفته است^۲. به نظر کلزن، دو ویژگی مهم قاعده حقوقی، معتبر بودن و قابل اجرا بودن آن بشمار می‌روند^۳.

قاعده حقوقی معتبر، قاعده‌ای است که از آن باید تبعیت شود و این به دلیل آن است که قاعده حقوقی مافوق آن نیز باید مورد تبعیت قرار گیرد. اما این الزام کافی نیست، بلکه باید در عمل هم این پیروی به مورد اجرا گذاشته شود. در سلسله مراتبی که حقوقدان معروف اتریشی در نظر می‌گیرد، قانون اساسی بالاترین مرتبه را تشکیل می‌دهد و منشأ کل نظام حقوقی یک کشور، محسوب می‌شود. به طوری که اعتبار هر نوع قاعده حقوقی در مقایسه با این قانون برتر مشخص می‌گردد. به این ترتیب، چون قانون اساسی در رأس قواعد حقوقی قرار گرفته است، اعتبار آن موجب اعتبار قواعد حقوقی مادون نیز می‌گردد و اگر در عمل، مفاد آن به مورد اجرا گذاشته شود، تمامی قواعد حقوقی موجود در سلسله مراتب مربوط به آنها، دارای اعتبار می‌شوند. از دیدگاه کلزن، فلسفه وجودی

1- Théorie de la formation du droit par degrés / یا Stufenbaurtheorie.

۲- برای اطلاعات بیشتر در مورد عقاید کلزن می‌توان به منابع زیر رجوع کرد:

KELSEN(H.) , "La garantie juridictionnelle de la constitution", R.D.P. , 1928 , P. 206;
 KELSEN(H.) / Théorie générale du droit et de L'Etat (trad. Béatrice Laroche et Valérie Faure, Bruylant, L.G.D.J. 1997; KELSEN (H.), "Judicial Review of Legislation: A Comparative study of the Austrian and the American Constitution" / Journal of Politics , Vol. 4. 1942 , PP. 183 - 200.

3- Validité et efficacité , Cit. Par ZOLLER(E.) , Op. Cit. , P. 46.

کنترل مطابقت قواعد حقوقی مادون با قانون اساسی، در آن است که امکان ایجاد کنترل در وضع قواعد حقوقی مادون را فراهم می‌کند.

بر این اساس، معلوم می‌شود که آیا در قاعده حقوقی مادون به هنگام وضع آن، قاعده حقوقی مافوق رعایت شده است؟ و همین امر است که مورد کنترل قرار می‌گیرد.

نکته مهم قابل توجه در این زمینه آن است که کنترل مورد نظر کلزن، کنترل به لحاظ شکلی است. در واقع، قصد او از ایجاد کنترل طرف توجه وی، آن است که اطمینان حاصل شود درباره قواعد حقوقی مادون، رویه‌های شکلی مورد پیش‌بینی در قواعد حقوقی مافوق، رعایت شده‌اند.

باید در نظر داشت که وقتی قاضی، قانون عادی مغایر با قانون اساسی را لغو می‌کند، محتوای قانون عادی را محکوم نمی‌کند، بلکه بر اثر آن، روشی که طبق آن محتوا به صورت قاعده در آمده محکوم می‌شود. بنابراین، از دیدگاه کلزن، کنترل مطابقت قواعد حقوقی مادون با قواعد حقوق مافوق، به یک عمل "تکنیکی" خلاصه می‌شود، نه یک عمل "سیاسی".^۱ به این ترتیب، در اولین نوع کنترل که طرف توجه کلزن است، قاضی به قوای تأسیس شده، که تحت کنترل در آمده‌اند، فقط راه صحیح را نشان می‌دهد، در حالی که که در دومین نوع کنترل، که بیش از از پیش در کشورهای دنیا رواج می‌یابد و جنبه سیاسی پیدا کرده است، قاضی به نوعی، اعمال قوای یاد شده را محکوم می‌کند.

II - تاثیر آمریکاییها در پیوستن اروپاییها به طرفداری از قانون اساسی "هنجاری" و کنترل مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی

همان طور که قبلاً نیز گفته شد، آمریکاییها اولین ملتی بودند که برای قانون اساسی جایگاه بسیار برجسته‌ای قائل گردیدند. نخستین قوانین اساسی مدون به صورت امروزی، توسط رهبران ایالات متحده آمریکا، بعد از کسب استقلال این کشور در سال ۱۷۷۶ میلادی، نوشته شدند.

1- V. ZOLLER(E), Op. Cit. P. 151.

در حالی که، در آمریکا از همان ابتدا، قوه مؤسس از برتری خاصی برخوردار شد، کشورهای اروپایی تا سالهای زیاد، مجلس قانونگذاری یا پارلمان را به عنوان قوه برتر می شناختند.

آمریکاییها برای حمایت از قوه مؤسس و برای حفظ برتری آن، شیوه‌های مختلفی را ابداع کردند^۱، به همین دلیل است که گفته می شود آنها پایه گذار قانون اساسی هنجاری بوده اند^۲.

اروپاییها بعد از پایان جنگ جهانی دوم در سال ۱۹۴۵ میلادی، تحت تأثیر نظریه‌های کلزن و تا حد بسیار زیادی تحت تأثیر حقوق اساسی آمریکا، به قانون اساسی هنجاری روی آوردند و یکی از عناصر مهم "هنجاری" بودن قانون اساسی، یعنی کنترل مطابقت اعمال قوای تأسیس شده با قانون اساسی را به مرحله اجرا گذاشتند.

امروزه در نتیجه حرکتی که بعد از جنگ جهانی دوم به ترتیب در کشورهای آلمان، ایتالیا، فرانسه و کشورهای دیگر پدید آمد، در کشورهای اروپایی نیز همانند کشور آمریکا، پارلمانهای ملی بیش از پیش تابع قانون اساسی شده اند و اعمال این مجالس تحت کنترل در آمده اند، به نحوی که نمی توانند قانون اساسی را زیر پا بگذارند.

قبل از اینکه در زمینه کنترل مذکور، نکات مشترک و نکات افتراق دواروش آمریکایی و اروپایی را مورد بررسی قرار دهیم، مطالعه درباره علل عدم توجه دیر مدت اروپاییها به تحت کنترل در آوردن مجالس مقننه آنها، ضروری به نظر می رسد.

III - علل خودداری طولانی کشورهای اروپایی از تحت کنترل در آوردن اعمال قوه مقننه

اروپاییها بر خلاف آمریکاییها که از همان ابتدا، بعد از کسب استقلال، بر تفکیک بین قوه مؤسس و قوه مقننه تأکید خاص گذاشتند و برای تحقق این اصل، اعمال قوه مقننه را

۱- به بخشهای بالاتر رجوع شود.

تحت کنترل در آوردند، تا مدتها ضرورت زیادی برای ایجاد تفکیک یاد شده قائل نبودند.

نقش‌هایی که مجالس قانونگذاری کشورهای اروپایی در طی دو قرن هفدهم و هجدهم میلادی ایفا کرده‌اند، بسیار با اهمیت و قابل توجه‌اند.

البته در هریک از این کشورها، پارلمانها نقش‌های متفاوتی داشته‌اند. به طور مثال در انگلستان، مجلس قانونگذاری، بسیاری از حقوق و آزادیها را برای مردم به ارمغان آورده است. در کشور فرانسه به موجب تئوری "حاکمیت ملی"، پارلمان تا سالهای بسیار زیاد بعد از انقلاب کبیر ۱۷۸۹، حاکمیت مردم را قبضه کرد و به بهانه اینکه "ملت" وجود خارجی ندارد و تنها از طریق نمایندگان خود می‌تواند خواسته‌های خویش را بیان کند، حکومت نمود. در واقع در این دوره طولانی، که از انقلاب مذکور تا اواسط قرن بیستم ادامه داشت، ادغام بین قوه مؤسس و قوه مقننه مانع از آن بود که قوه مقننه تحت کنترل درآید.

طی این مدت، برتری از آن قانون عادی و حاکمیت از آن قوه مقننه بود. لازم به یادآوری است که قبل از کشور فرانسه، اولین بار در انگلستان چنین رژیم به مورد اجرا گذاشته شد، که امروز نیز همچنان ادامه دارد.

ولی انگلستان موردی استثنایی در جهان محسوب می‌شود. چون از یک طرف فاقد قانون اساسی است و از طرفی دیگر پارلمان این کشور همیشه حافظ حقوق و آزادیهای مردم بوده است. در حالی که در کشور فرانسه، پارلمان در طول مدت زمانی که در بالا ذکر شد و در طی چند نوبت، در مواردی بر خلاف حقوق و آزادیهای مردم عمل کرده بوده است.

بنابراین در کشورهای اروپایی، اهمیتی که قوه مقننه در طول دو تا سه قرن کسب کرده بود، مانع اصلی تحت کنترل در آوردن آن به شمار می‌رفت. هر چند که در این کشورها،

برای کاستن از قدرت پارلمانها، کنترلهایی به صورت سیاسی، پیش‌بینی شده بودند^۱، اما اکثر آنها ناموفق بودند. تنها بعد از جنگ جهانی دوم است که رفته رفته کشورهای اروپایی نیز به ضرورت تحت کنترل در آوردن قوه مقننه، به صورت جدی، پی برده‌اند.

IV- بررسی مقایسه‌ای کنترل مطابقت قواعد حقوقی مادون با قانون اساسی در آمریکا و اروپا^۲

با اینکه اروپاییها بعد از جنگ جهانی دوم، تحت تأثیر آمریکاییها، به ضرورت کنترل اعمال قوای تأسیس شده و مخصوصاً قوه مقننه پی بردند و این کنترل را به مرحله اجرا گذاشتند، اما برای تحقق این کنترل، الزاماً شیوه‌های حقوقی مرسوم در آمریکا را بکار نرفتند^۳. آنان هر چند که مانند آمریکاییها، کنترل مذکور را به دستگاه قضایی سپردند، اما در بسیاری موارد دیگر، شیوه‌های خاصی را که تا حدی برگرفته از نظریه‌های کلزن بودند، برگزیدند.

در این باره اروپاییها در چندین زمینه، از آمریکاییها فاصله گرفتند، که مهم‌ترین آنها را در اینجا ذکر می‌کنیم:

- نهاد مسئول کنترل

کشورهای اروپایی، تحت تأثیر نظریه‌های کلزن، دیوان ویژه‌ای^۴ برای کنترل مطابقت قانون عادی با قانون اساسی، تأسیس کرده‌اند. در این کشورها، برخلاف شیوه معمول در ایالات متحده آمریکا^۵، که به موجب آن، تمام دادگاه‌ها، از دادگاه‌های عادی تا بالاترین

۱- به بخشهای بالاتر رجوع شود.

۲- برای اطلاعات بیشتر در این زمینه می‌توان به مأخذ زیر مراجعه کرد:

FAVOREU (L.), "Modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle", A.I.J.C., Vol. IV, 1988, PP. 51-66.

۳- به استثنای چند کشور اروپایی مانند یونان، دانمارک، نروژ و سوئد که کاملاً شیوه کنترل موجود در آمریکا را به مورد اجرا گذاشته‌اند.

4- Cour Constitutionnelle.

۵- شیوه "بازنگری قضایی"، Judicial Review که در بالا مورد بررسی قرار گرفت.

دیوان، حق رسیدگی به مسئله مطابقت قواعد حقوقی مادون با قانون اساسی را دارند، تنها دیوان قانون اساسی از صلاحیت رسیدگی به این مسئله برخوردار است.

یعنی اگر در کشورهای اروپایی، طی محاکمه‌ای در دادگاه عادی، مسئله انطباق قاعده حقوقی مادون با قانون اساسی مطرح گردد، این دادگاه بر خلاف دادگاه‌های آمریکا حق رسیدگی به این موضوع را ندارد و ملزم است که آن را به دیوان ویژه این امر ارجاع دهد. به همین دلیل گفته می‌شود که کنترل مطابقت قواعد حقوقی مادون با قانون اساسی در اروپا بر خلاف آمریکا، به صورت "متمرکز" است.^۱

- رجوع "مستقیم" به دیوان قانون اساسی^۲

در ایالات متحده آمریکا، در جریان محاکمه‌های عادی است که اشخاص می‌توانند، به تعارض قاعده حقوقی با قانون اساسی استناد کنند.^۳ بنابراین، در این کشور دستگاه قضایی به طور غیر مستقیم، به رسیدگی موارد تعارض یاد شده، می‌پردازد. در کشورهای اروپایی می‌توان به دیوان قانون اساسی مراجعه کرد و به طور مستقیم از این نهاد، خواستار رسیدگی به تعارض مذکور شد.

این نوع رجوع، توسط ارگانهای سیاسی، دادگاه‌های عادی یا مردم، صورت می‌پذیرد.^۴ منظور از ارگانهای سیاسی: رئیس کشور، رئیس دولت، رئیس مجلس، رئیس سنا، گروهی از نیروهای سیاسی مخالف و غیره است.^۵ دادگاه‌های عادی نیز در صورتی که طی محاکمه‌ای با تعارض بین قانون عادی با قانون اساسی مواجه شوند، می‌توانند به دیوان ویژه قانون اساسی رجوع کنند، تا این دیوان درباره مسئله مورد نظر، تصمیم‌گیری کند.^۶ رجوع شهروندان به دیوان قانون اساسی، در کشورهای اروپایی به صورت یکسان

1- Contrôle Centralisé , V. ZOLLER(E.) , Op. Cit. , P. 147.

2- Recours par voie d'action.

۳- به بخشهای بالاتر رجوع شود.

4- V. PACTET (P.) / Op. Cit. P 80.

۵- در کشورهای فرانسه و آلمان، این نوع رجوع پیش‌بینی شده است.

۶- این امر در قانون اساسی کنونی کشور آلمان، مصوب سال ۱۹۴۹ میلادی پیش‌بینی شده است (اصل ۱۰۰ قانون).

پیش‌بینی نشده است. به طور مثال در کشور فرانسه، تا به امروز، شهروندان از چنین حقی برخوردار نبوده‌اند.

اما در برخی از کشورهای دیگر، مانند آلمان و سوئیس، قانون اساسی چنین حقی را برای شهروندان پیش‌بینی کرده است.^۱ در کشورهای اخیر، هنگامی که اصول مورد پیش‌بینی در قانون اساسی راجع به حقوق و آزادیهای افراد، در قانون عادی نادیده گرفته می‌شوند، شهروندان می‌توانند مستقیماً به دیوان قانون اساسی رجوع کنند و تقاضای لغو قانون عادی را مطرح سازند.

- سرنوشت قاعده حقوقی مادون مغایر قانون اساسی

در کشورهای اروپایی، تحت تأثیر نظریه‌های کلزن، قواعد حقوقی مادون مغایر با قانون اساسی لغو می‌شوند. در حالی که در کشور آمریکا، همان‌طور که گفتیم، قاضی این گونه قاعده حقوقی را تنها کنار می‌گذارد و به این ترتیب، قاعده حقوقی مادون، به صورت معلق در می‌آید.^۲

کلزن که این روش را برای قانون اساسی مصوب سال ۱۹۲۰ کشور اتریش پیشنهاد داده بود، توجه داشت که دادگاه‌ها در اروپا برخلاف دادگاه‌های آمریکا، از آراء یکدیگر پیروی نمی‌کنند و تنها با ملغی کردن قاعده حقوقی مغایر با قانون اساسی توسط دیوان عالی، می‌توان دادگاه‌های دیگر را نیز به رعایت رأی صادره ملزم کرد.

- ویژگی کنترل اعمال قوه مجریه در کشور فرانسه

در حالی که در ایالات متحده آمریکا و در اکثر کشورهای اروپایی، همان نهادی که به کنترل مطابقت اعمال قوه مقننه با قانون اساسی مبادرت می‌ورزد، عهده‌دار کنترل اعمال قوه مجریه نیز هست، در کشور فرانسه مسئولیت کنترل مطابقت قواعد حقوقی مادون با قواعد حقوقی مافوق، بین دو نهاد تقسیم شده است.

"شورای قانون اساسی"^۳ فرانسه، وظیفه کنترل مطابقت اعمال قوه مقننه با قانون

۱- در مورد کشور آلمان رجوع شود به اصل ۱-۹۳ تبصره ۴ قانون اساسی کنونی آلمان مصوب ۱۹۴۹.

۲- به بخشهای بالاتر مراجعه شود.

اساسی را بعهدہ دارد و "شورای دولتی"^۱ آن کشور وظیفه کنترل مطابقت اعمال قوه مجریه با قانون عادی و با قانون اساسی را داراست. این تقسیم بندی، ریشه تاریخی دارد. از زمان امپراتوری ناپلئون بناپارت در اوایل قرن نوزدهم تا دوره حاضر، "شورای دولتی" فرانسه پیوسته به کنترل اعمال قوه مجریه پرداخته است.

پ - کنترل مطابقت قواعد حقوقی مادون با قواعد حقوقی مافوق در ایران تا قبل از برقراری جمهوری اسلامی، در ایران کنترل مطابقت قواعد حقوقی مادون با قواعد حقوقی مافوق، پیش‌بینی نشده بود.^۲ زیرا رژیم‌های استبدادی و دیکتاتوری که زمام قدرت را در دست داشتند، طبیعتاً اجازه نمی‌دادند که اعمال قوای مجریه و مقننه، تحت کنترل قرار گیرند.

امروزه، به موجب قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۵۸، کنترل اعمال این قوا پیش‌بینی شده و به مرحله اجرا در آمده است. با وجود این، نباید از نظر دور داشت که این کنترلها هنوز نو پا هستند و نقائص کنونی آنها به مرور زمان مرتفع خواهند شد.

در حالی که در بعضی کشورها، کنترل اعمال دو قوه مذکور، به عهده یک نهاد واحد گذاشته شده است، در ایران، همچون کشور فرانسه^۳، کنترل اعمال هر یک از دو قوه مجریه و مقننه به ارگانهای متفاوت واگذار گردیده است. از یک طرف، دیوان عدالت اداری، به مطابقت آیین‌نامه‌ها و تصویب نامه‌ها با قانون عادی می‌پردازد و از طرف دیگر، شورای نگهبان، بررسی مطابقت قوانین عادی با احکام اسلام و با قانون اساسی را بعهدہ دارد.

3- Le Conseil Constitutionnel

1- Le Conseil d'Etat

۲- در مورد مطابقت قواعد حقوقی مادون با قواعد حقوقی مافوق در ایران، می‌توان به کتاب زیر مراجعه کرد:
 - دکتر ناصر کاتوزیان، مقدمه علم حقوق: مطالعه در نظام حقوقی ایران، چاپ پانزدهم، تهران، انتشارات شرکت انتشار، ۱۳۷۱، صفحات ۱۴۴ - ۱۶۴.
 ۳- به بخشهای بالاتر رجوع شود.

۱- کنترل اعمال قوه مجریه

قبل از پایه‌گذاری جمهوری اسلامی ایران، کنترل اعمال قوه مجریه، در قانون مصوب ۱۳۳۹ راجع به "شورای دولتی"، پیش‌بینی گردیده بود. اما این قانون به مرحله عمل در نیامد و شورای دولتی که به موجب قانون مذکور، وظیفه مطابقت دادن آیین‌نامه‌ها و تصویب نامه‌ها با قانون عادی را دارا بود، هرگز تشکیل نشد.^۱

بعد از پیروزی انقلاب اسلامی، تشکیل دیوانی به نام "دیوان عدالت اداری"، در اصل یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران پیش‌بینی گردید. اختیارات این دیوان، در قانون مصوب چهارم بهمن ۱۳۶۰، تعیین شده‌اند.^۲

به موجب ماده ۲۵ قانون مذکور، شکایت‌هایی که در مورد آیین‌نامه‌ها و تصویب نامه‌ها به "دیوان عدالت اداری" می‌رسند، بر دو نوع‌اند. اگر شکایت درباره مغایرت اعمال یاد شده با احکام شرع باشد، دیوان موظف است شکایت را به شورای نگهبان ارجاع کند و در صورت اعلام مغایرت آن‌ها با احکام شرع از سوی شورای نگهبان، "دیوان عدالت اداری" به ابطال آیین‌نامه‌ها و تصویب نامه‌ها می‌پردازد.

در صورتی که شکایت راجع به مغایرت اعمال یاد شده با قانون مطرح شود، "دیوان عدالت اداری" خود به بررسی و رسیدگی آن می‌پردازد و در صورت تحقق مغایرت آیین‌نامه یا تصویب‌نامه مورد نظر با قانون عادی، مستقیماً به ابطال آن اقدام می‌کند.^۳

۱- کنترل اعمال قوه مقننه

تا قبل از پیروزی انقلاب اسلامی، کنترل اعمال قوه مقننه در ایران پیش‌بینی نشده بود و این امر در قانون اساسی دوره مشروطیت (مصوب سال ۱۲۸۵ هجری شمسی) و متمم آن (مصوب ۱۲۸۶ هجری شمسی)، مسکوت مانده بود.

۱- برای اطلاعات بیشتر در مورد تاریخچه دادگاه‌های اداری، به کتاب مرجع زیر مراجعه شود:

۱- دکتر عبدالحمید ابوالحمد، حقوق اداری ایران، تهران، انتشارات توس، چاپ پنجم، ۱۳۷۶، ۶۶۰ صفحه.

۲- دکتر عبدالحمید ابوالحمد، همان منبع، ص. ۵۷۳.

۳- دکتر عبدالحمید ابوالحمد، همان منبع، ص. ۵۹۲.

در زمان مشروطیت، تنها به تطبیق مصوبات مجلس شورای ملی با احکام اسلامی توجه گردیده بود.

به موجب اصل دوم متمم قانون اساسی مذکور، تشکیل کمیته‌ای پنج نفره مرکب از مجتهدان طراز اول در داخل مجلس شورای ملی، برای تطبیق مصوبات این مجلس با احکام اسلامی، در نظر گرفته شده بود.^۱

متن اصل یاد شده، چنین بود:

"مجلس مقدس شورای ملی که به توجه و تأیید حضرت امام عصر عجل‌الله فرجه و بذل مرحمت اعلیحضرت شاهنشاه اسلام خلدالله سلطانه و مراقبت حجج اسلامیه کثرالله امثالهم و عامه ملت ایران تأسیس شده است، باید در هیچ عصری از اعصار مواد قانونیه آن مخالفتی یا 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 اسلامیه بر عهده علمای اعلام ادام الله برکات و جود هم بوده و هست. لهدار رسماً مقرر است در هر عصری از اعصار، هیئتی که کمتر 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، اسامی بیست نفر از علما که دارای صفات مذکوره باشند، معرفی به مجلس شورای ملی بنمایند پنج نفر از آنها را یا بیشتر به مقتضای عصر، اعضای مجلس شورای ملی بالاتفاق یا بحکم قرعه تعیین نموده بسمت عضویت بشناسند تا موادیکه در مجلسین عنوان می‌شود به دقت مذاکره و بررسی نموده هر یک از آن مواد معنونه که مخالفت با قواعد مقدسه اسلام داشته باشد، طرح ورد نمایند که عنوان قانونیت پیدا نکند و رأی این هیئت علماء در این باب مطاع و متبع خواهد بود و این ماده تا زمان ظهور حضرت حجة عصر عجل‌الله فرجه، تغییرپذیر نخواهد بود."

۱- دکتر ابوالفضل قاضی، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، ص. ۱۱۳.

۲- آغاز کنترل اعمال قوه مقننه در دوره پس از انقلاب اسلامی

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۳۵۸ هجری شمسی، برای نخستین بار، اعمال مجلس قانونگذاری را تحت کنترل در آورده است. مطابق اصل نودویکم قانون اساسی اخیر، شورائی به نام "شورای نگهبان" پیش‌بینی شده است که وظیفه مطابقت دادن قانون عادی با احکام اسلام و همچنین قانون اساسی را به عهده دارد.

این شورای دوازده نفره، از شش نفر فقیه به انتخاب مقام رهبری و شش نفر حقوقدان مسلمان، به معرفی رئیس قوه قضائیه و با تصویب مجلس شورای اسلامی، تشکیل می‌شود و دارای وظایف گوناگونی است که مهم‌ترین آنها کنترل کلیه مصوبات مجلس شورای اسلامی، یعنی مطابقت دادن آنها از یک طرف با احکام اسلام و از طرف دیگر با قانون اساسی است.

متن اصل نودویکم قانون اساسی درباره شورای نگهبان به این قرار است:
 "به منظور پاسداری از احکام اسلام و قانون اساسی از نظر عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با آنها، شورایی به نام شورای نگهبان با ترکیب زیر تشکیل می‌شود:

۱- شش نفر از فقهای عادل و آگاه به مقتضیات زمان و مسائل روز. انتخاب این عده با مقام رهبری است.

۲- شش نفر حقوقدان در رشته‌های مختلف حقوقی از میان حقوقدانان مسلمانی که بوسیله رئیس قوه قضائیه به مجلس شورای اسلامی معرفی می‌شوند و با رأی مجلس انتخاب می‌گردند."

چنانچه شورای نگهبان ضمن بررسی قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی، مغایرتی با احکام اسلام یا قانون اساسی تشخیص دهد، مصوبات مذکور را برای تجدید نظر، به مجلس یاد شده باز می‌گرداند.

اصل نود و چهارم قانون اساسی، راجع به چگونگی بررسی مصوبات مجلس شورای

اسلامی، چنین پیش‌بینی کرده است:

"کلیه مصوبات مجلس شورای اسلامی باید به شورای نگهبان فرستاده شود. شورای نگهبان موظف است آن را حداکثر ظرف ده روز از تاریخ وصول از نظر انطباق بر موازین اسلام و قانون اساسی مورد بررسی قرار دهد و چنانچه آن را مغایر بیند برای تجدید نظر به مجلس بازگرداند. در غیر این صورت مصوبه قابل اجراست."

در اصل نود و ششم قانون اساسی نیز تفکیک تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام و با قانون اساسی، به ترتیب زیر، پیش‌بینی شده است:

"تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام، با اکثریت فقهای شورای نگهبان و تشخیص عدم تعارض آنها با قانون اساسی، بر عهده اکثریت همه اعضای شورای نگهبان است."

بنابراین، در ایران نیز از سال ۱۳۵۸، برتری قانون اساسی بر قوانین عادی شناخته شده است و برای اینکه قوای تأسیس شده، و مخصوصاً قوه مقننه، نتوانند قانون برتر را نادیده بگیرند، کنترل اعمال آنها مورد پیش‌بینی قرار گرفته و به مرحله اجرا در آمده است.

شورای نگهبان، براساس اصل نود و یکم قانون اساسی، "به منظور پاسداری از احکام اسلام و قانون اساسی"، مصوبات مجلس قانونگذاری را کنترل می‌کند. به عبارت دیگر، هدف اصلی تشکیل این شورا، "نگهبانی" از احکام اسلام و اراده قوه مؤسس است. به این طریق، وقتی که شورای نگهبان در مورد مطابقت قانون عادی با احکام اسلام و قانون اساسی، به بررسی می‌پردازد، در واقع توجه خود را به سه نکته، معطوف می‌سازد:

- (۱) آیا قانون عادی با احکام اسلام مطابقت دارد؟
- (۲) آیا این قانون، اراده قوه مؤسس را که در سال ۱۳۵۸ در قانون اساسی جدید، به صورت مدون مشخص شده است، در نظر می‌گیرد؟

۳- آیا این قانون، حقوق و آزادیهای افراد را، که در فصل سوم قانون

اساسی تحت عنوان "حقوق ملت"، بیان شده است، رعایت می‌کند؟

طبیعتاً در صورت مغایرت قانون عادی با یکی از نکات یاد شده، شورای نگهبان

نمی‌تواند دربارهٔ این قانون نظر مساعد داشته باشد.

۳- یک بررسی تطبیقی اجمالی

با توجه به اینکه، این نوع کنترل در ایران تازه شکل گرفته و هنوز در ابتدای راه است،

طبیعی است که کمبودهایی داشته باشد. بنابراین، یک بررسی تطبیقی در مورد نحوهٔ

اعمال کنترل بر مصوبات قوهٔ مقننه در کشورهای مختلف و مقایسه‌ای در این باره با کشور

ما، می‌تواند راهگشا باشد.

I- کنترل اعمال قوهٔ مجریه:

در بسیاری از کشورها، کنترل مطابقت آیین‌نامه‌ها و تصویب نامه‌ها با قانون عادی و

قانون اساسی، بعهدهٔ همان نهادی که قانون عادی را با قانون اساسی مطابقت می‌دهد،

گذاشته شده است. اما در ایران، مانند کشور فرانسه، برای کنترل هر کدام از دو مورد

فوق، نهاد جداگانه‌ای پیش‌بینی گردیده است.

II- نحوهٔ رجوع به نهاد کنترل:

در حالی که در بعضی کشورها، در جریان رجوع قضایی غیر مستقیم، مغایرت قانون

عادی با قانون اساسی مطرح می‌گردد و در برخی کشورهای دیگر، مقامات و حتی مردم

مستقیماً به نهاد کنترل رجوع می‌کنند و مغایرت فوق را عنوان می‌نمایند^۱، در ایران "کلیه"

مصوبات مجلس قانونگذاری^۲، به صورت "خود به خود"^۳ به شورای نگهبان فرستاده

۱- به بخشهای بالاتر رجوع شود.

۲- به اصل نود و چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۵۸ مراجعه گردد.

می‌شوند. بنابراین، در ایران برای مقامات یا برای مردم، در مورد مطابقت قانون عادی با قانون اساسی، حق رجوع به نهاد کنترل شناخته نشده است و چون قانون عادی الزاماً قبل از تصویب نهایی، از نظر شورای نگهبان می‌گذرد، فرض بر این است که بعد از تصویب اخیر، دیگر اشکالی بر آن وارد نیست.

III- اقتدار لازم برای نهاد کنترل

در کشورهایی که دادگاه‌های عادی و در صدر آنها دیوان عالی قضایی در مورد مغایرت قانون عادی با قانون اساسی رأی صادر می‌کنند، رأی نهایی است و تمام قوای تأسیس شده ملزم به اجرای آنند.

همچنین در کشورهایی که یک دیوان ویژه یا دیوان قانون اساسی، به مغایرت فوق رسیدگی می‌کند، رأی صادره توسط دیوان، رأی نهایی محسوب می‌شود.^۳ به این گونه، نهاد کنترل به سبب نهایی بودن رأی آن، از اقتدار لازم برخوردار می‌گردد.

اما در ایران، بر خلاف همه کشورهای مذکور، شورای نگهبان رأی صادر نمی‌کند و قوه مقننه نیز می‌تواند از تأمین نظر اصلاحی شورای نگهبان خودداری نماید. به همین جهت، در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران برای حل مسئله اخیر، تشکیل "مجمع تشخیص مصلحت نظام" پیش‌بینی شده است.

در اصل یکصد و دوازدهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در این باره چنین آمده است:

"مجمع تشخیص مصلحت نظام، برای تشخیص مصلحت در مواردی که مصوبه مجلس شورای اسلامی را شورای نگهبان خلاف موازین شرع و یا قانون اساسی بداند و مجلس با در نظر گرفتن مصلحت نظام نظر شورای نگهبان را تأمین نکند... به دستور رهبری تشکیل می‌شود."

۳. دکتر ابوالفضل قاضی، همان منبع، ص ۱۱۳.

۴. برای اطلاعات بیشتر در این مورد به بخشهای بالا رجوع شود.

بنابراین، با توجه به نکات یاد شده می‌توان گفت که، نهاد کنترل مطابقت قانون عادی با قانون اساسی در ایران هنوز از اقتدار لازم برخوردار نیست.

IV- کنترل قضایی یا سیاسی؟

در تمام کشورهای جهان که کنترل مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی را پیش‌بینی کرده‌اند، کنترل مذکور به صورت قضایی انجام می‌پذیرد.^۱ این کنترل، چه توسط دادگاه‌های عادی و در صدر آنها دیوان عالی انجام گیرد، و چه به وسیله دیوان قانون اساسی بعمل آید، در هر دو حالت به شیوه قضایی صورت می‌گیرد. در هر دو حالت یاد شده، به دنبال شکایت مورد طرح در دادگاه‌های عادی یا دیوان عالی و یا در دیوان قانون اساسی، قضات تصمیم‌گیری می‌کنند و رأی صادر می‌نمایند و این آراء که نهایی هستند به منظور اطلاع عموم منتشر می‌شوند. با توجه به نکاتی که ذکر شدند، می‌توان گفت که در ایران کنترل اعمال قوه مقننه، هنوز یک کنترل سیاسی است^۲ و عملکرد نهاد کنترل، هنوز عملکرد یک دیوان قضایی نیست. به این ترتیب، شورای نگهبان را^۳ می‌توان ترکیبی دانست از یک دستگاه کنترل کننده و یک مجلس عالی (دوم)، که جزء لاینفک قوه مقننه به شمار می‌آید. این اندیشه، با کنترل قوانین توسط مجلس سنا در فرانسه سال ۳ و سال ۸ پس از انقلاب کبیر آن کشور نیز مشابهت فراوانی دارد^۳.

۱. به بخشهای بالا مراجعه شود.

۲. برای اطلاعات بیشتر در مورد کنترل سیاسی به بخشهای بالاتر رجوع شود.

۳. دکتر ابوالفضل قاضی، همان منبع، ص. ۱۱۳.

بخش سوم: تأثیر کنترل مطابقت قواعد حقوقی مادون با قواعد حقوقی مافوق در تضمین حقوق و آزادیهای فردی

برای پاسخ به این سؤال که چرا کشورهای جهان رفته رفته، به کنترل اعمال قوای تأسیس شده و مخصوصاً کنترل اعمال قوه مقننه دست زده‌اند، در این بخش ملاحظه می‌کنیم که آن‌ها، به سبب سلب اعتماد از قوه مقننه، آن را تحت کنترل در آورده‌اند و این کنترل را به عهده دستگاه قضایی سپرده‌اند و اگر این دستگاه، شرایط لازم برای کنترل مورد نظر را حائز باشد، می‌تواند بهترین حامی حقوق و آزادیهای فردی بشمار آید.

الف - علل توجه تدریجی کشورهای جهان به کنترل اعمال قوای تأسیس شده و به ویژه قوه مقننه

در قرن هجدهم و سپس در قرون نوزدهم و بیستم، تعدادی از کشورها، پیشقدم شدند و اعمال قوه مقننه را تحت کنترل در آوردند. برخی از این کشورها از همان ابتدا، کنترل قضایی را به مورد اجرا گذاشتند، در حالی که بعضی دیگر، قبل از کنترل قضایی، کنترل سیاسی را تجربه کردند.

به مرور زمان، اکثر کشورهای جهان، با الهام از تجربیات کشورهای پیشگام، کنترل اعمال قوه مقننه را پیش‌بینی نمودند. طبیعتاً کشورهای پیشقدم در این زمینه، با توجه به تجربیات طولانی‌تر خود، امروزه در مورد کنترل مذکور تبحر زیادی کسب کرده‌اند.

۱- رویارویی با مجالس قانونگذاری بسیار مقتدر

از اواخر قرن هفدهم، بعد از انقلابهایی که به ترتیب در انگلستان، آمریکا و فرانسه به وقوع پیوستند، مجالس قانونگذاری از اهمیت خاصی برخوردار شدند. زیرا، به دنبال سقوط رژیم‌های مستبد پادشاهی، مردم به این مجالس امید بسته بودند و چون حکومت قانون، جایگزین حکومت فرد شده بود و بر مبنای آن، قانون باید برای همه به یک شکل

اعمال می‌شد، فرض بر آن بود که استبداد برای همیشه ریشه کن شده باشد. اما دیری نپایید که در بعضی از این کشورها، قوه مقننه با روشی مستبدانه، زمام امور را بدست گرفت. به طوری که به زودی آشکار گردید که مجلس قانونگذاری نیز می‌تواند مستبدانه عمل کند.^۱ در این باره، توماس جفرسون، از رهبران مشهور استقلال آمریکا^۲ در سالهای ۱۷۸۰ میلادی، چنین گفته بود:

"۱۷۳ مستبد، بدون تردید می‌توانستند همانند یک مستبد، ستمگر و سرکوبگر باشند"^۳. این سخنان را جفرسون، در مورد مجالس قانونگذاری ایالات آمریکا ایراد کرده بود.

۲- سرعت روند محدود ساختن اقتدار قوه مقننه در دوره پس از جنگ جهانی دوم

بعد از جنگ جهانی دوم، کشورهایی که تا آن زمان با تحت کنترل در آوردن قوه مقننه مخالفت می‌ورزیدند، به دلیل آن که از نزدیک با تجربه مجالس قانونگذاری رژیمهای دیکتاتوری روبه‌رو شده بودند، تصمیم گرفتند تدابیری برای محدود ساختن زیاده رویهای این مجالس، اتخاذ کنند.

این کشورها متوجه شدند که مجلس قانونگذاری الزاماً بهترین سنگر مقابله با استبداد نیست و چه بسا که خود آن نیز به یک نگهبان و کنترل کننده، نیاز دارد.^۴ تجاوز به حقوق و آزادیهای فردی از طریق قوانین عادی مصوب مجالس قانونگذاری، این کشورها را متقاعد ساخت که این قوانین را تحت کنترل در آورند. گذشته از تجربه نامطلوب رژیم‌های دیکتاتوری در دوره پیش از جنگ جهانی دوم و

۱- فرانسویها مدتها با مجلس قانونگذار مقتدری مواجه بوده‌اند. مهم‌ترین نمونه آن، مجلس معروف "کنوانسیون" است که در نخستین سالهای بعد از انقلاب کبیر آن کشور، طی سالهای ۱۷۹۲ تا ۱۷۹۵ میلادی، حکومت رعب و وحشت، برقرار کرده بود.

2- Thomas JEFFERSON

3- "173 despotes pouvaient être certainement aussi oppresseurs qu'un seul", Cit. in ZOLLER(E.), Op. Cit., P.37.

4- ZOLLER(E.), Op. Cit., P. 48.

در طول این جنگ، عامل دیگری که به دگرگونی نیروهای سیاسی مربوط می‌شود نیز در تحت کنترل در آوردن قوه مقننه نقش مهمی ایفا کرده است.

باید یادآور شد که امروزه، قانون دیگر مانند گذشته، مظهر اراده عمومی و ملی نیست، بلکه در عمل مشاهده می‌شود که یک حزب یا یک جناح، با در دست داشتن دو قوه مقننه و مجریه^۱، قانون دلخواه خود را در پارلمان به تصویب می‌رساند.

ب - نهاد حامی حقوق و آزادیهای فردی

اکنون بسیاری از کشورها متقاعد شده‌اند که قوه مقننه، حامی حقوق و آزادیهای فردی نیست.

به گفته ژان روبرو، استاد فرانسوی معروف حقوق عمومی، امروزه "به جای یک اندیشه قدیمی، که در عصر آزادی‌گرایی در طول قرن نوزدهم، حکمفرمایی می‌کرد و به موجب آن، قانون حامی آزادی شناخته می‌شد، به اندیشه تجربی ضرورت حمایت آزادیها در برابر قانون، گرایش ایجاد شده است"^۲.

۱- کم اهمیت شدن نقش قوه مقننه در حمایت از حقوق و آزادیهای فردی در حال حاضر، به جای "دموکراسی پارلمانی"، از "دموکراسی مبتنی بر قانون اساسی"^۳، سخن به میان آمده است.

براساس این گرایش جدید، برای تحقق حقوق و آزادیها دیگر به پارلمان نمی‌توان تکیه کرد، بلکه تنها قانون اساسی، ابزار آزادی، به شمار می‌رود.

۱- منظور کشورهای دارای رژیم پارلمانی اکثریتی، مانند آلمان، انگلستان، فرانسه و اتریش است.
2- "A La vieille idée , qui domine tout le 19ème siècle libéral , de la protection de la liberté par la loi tend à se substituer l'idée expérimentale de la nécessité de la protection des libertés contre la loi" , Jean Rivero , Rapport de synthèse , in Cours Constitutionnelles européennes et droits fondamentaux [L. Favoreu (dir)] , Economica , 1987 , PP. 517 - 529 , Cit in ZOLLER(E.) , Op. Cit. , P. 48.

3- Démocratie Parlementaire , Démocratie Constitutionnelle , V. ZOLLER(E.) , Op. Cit. , P. 149.

سؤالی که در این زمینه مطرح می‌شود آن است که کشور انگلستان، که از یک طرف فاقد قانون اساسی است و از طرفی دیگر، مجلس قانونگذاری آن بسیار مقتدر است و تحت کنترل نیست، چگونه به عنوان یکی از دموکراتیک‌ترین کشورها شناخته شده است؟ در پاسخ این سؤال باید گفت که بدینی خاصی که در مورد قوه مقننه در دیگر کشورها به چشم می‌خورد، در این کشور وجود ندارد.

در انگلستان، حاکمیت سیاسی متعلق به مردم است و مردم می‌توانند هر گاه که اراده کنند، در جریان انتخابات بعدی، وظیفه وضع قانون را به نمایندگان جدیدی بسپارند. به هر ترتیب، در دنباله مبحث مورد نظر باید دانست اگر تنها قانون اساسی حافظ حقوق و آزادیهای فردی است، حراست از قانون اساسی را به کدام نهاد می‌توان سپرد.

۲- بهترین نهاد مسئول حمایت از حقوق و آزادیهای فردی

قوه مؤسس، یعنی مردم، در قانونی که خود وضع می‌کند، یعنی قانون اساسی، حقوق و آزادیهایی را برای خویش در نظر می‌گیرد. این قوه، برای رسیدن به اهداف خود، قوایی را تأسیس می‌کند. در میان این قوا، قوه مقننه، نقش بسیار مهمی دارد. زیرا قوه مذکور، از طریق وضع قوانین عادی، اراده قوه مؤسس را، که در قانون اساسی به صورت مدون آمده است، به مرحله اجرا می‌گذارد.

حال برای اینکه اطمینان حاصل شود که قوه مقننه، اراده یاد شده را مد نظر دارد، باید اعمال آن تحت کنترل درآیند. این کنترل تنها توسط یکی از قوای تأسیس شده می‌تواند انجام پذیرد و تجربه نشان داده است که دستگاه قضایی بهترین حامی حقوق و آزادیهای فردی است.

پ - ویژگی‌های دستگاه قضایی کنترل کننده برای بهترین حمایت‌ها از حقوق و آزادیهای فردی

در بخشهای قبلی گفته شد که کنترل قضایی بر اعمال قوای تأسیس شده (مجریه و مقننه)، بر دو نوع است. این کنترل، یا توسط دادگاه‌های عادی صورت می‌گیرد که دیوان

عالی درصد آنها قرار گرفته است و رأی نهایی را صادر می‌کند، یا به وسیله یک دیوان ویژه، که اختصاصاً برای تطبیق دادن اعمال قوای مجریه و مقننه با قانون اساسی تأسیس گردیده است، انجام می‌شود.

نهادهای کنترل می‌توانند به دو صورت کاملاً متفاوت عمل کنند. آنها در یک حالت می‌توانند نقش منفی و در حالتی دیگر، نقش مثبت داشته باشند:

نقش منفی، هنگامی است که نهاد کنترل، یا به صورت مستقیم علیه حقوق و آزادیهای فردی عمل می‌کند، یا آنقدر اقتدار بدست می‌آورد که بیم آن می‌رود، قانون اساسی را به دلخواه خود تفسیر نماید. در این صورت، خطر "حکومت قضات"^۲ پدید می‌آید.

نقش مثبت، موقعی است که نهاد کنترل، حامی و نگهبان حقوق و آزادیهای فردی می‌شود. به همین جهت، وقتی میان اعمال قوای تأسیس شده و قانون اساسی، که مردم وضع کرده‌اند، تعارضی پیش می‌آید، این نهاد، قانون اساسی را مرجع و برتر اعلام می‌دارد.

در مورد نقشهای یاد شده باید اضافه کرد که نقش منفی ایفا شده توسط نهاد قضایی، به تدرت دیده شده است و حتی در کشورهایی که برای مدت زمانی چنین نقشی وجود داشته، به سرعت تغییر کرده است.

یکی از استادان فرانسوی معروف حقوق اساسی می‌گوید: "اگر حکومت قضات می‌تواند مسائلی را به همراه بیاورد، اما بدترین وضع هنگامی است که اعمال قوه مقننه تحت هیچ نوع کنترلی نباشد"^۳. به عبارت دیگر، بدتر از کنترل مسئله‌دار، "نبود کنترل" است، یعنی وقتی که جناح سیاسی صاحب قدرت، با در دست داشتن قوه مجریه و قوه مقننه، بتواند با تصویب قانون، اعمالی مغایر با قانون اساسی را تحمیل کند.

۱. در مورد دیوان عالی قضایی فدرال آمریکا، گفته می‌شود که این دیوان از زمان بعد از جنگهای داخلی این کشور (۱۸۶۱-۱۸۶۵) تا جنگ جهانی دوم، علیه سیاه پوستان جبهه گرفته بوده است و علیه حقوق آنان آرائی صادر کرده است.

2- Le gouvernement des juges.

3- V. PACTET(P), Op. Cit., P. 79.

بنابراین، تحت کنترل در آوردن اعمال قوای تأسیس شده، یکی از عناصر مهم دولت مبتنی بر حقوق^۱ است.

کنترل از طریق دستگاه قضایی، می‌تواند حافظ و حامی حقوق و آزادیهای فردی باشد، که البته اگر شرایط لازم فراهم گردند، این حمایت می‌تواند به بهترین نحو انجام گیرد. بعضی از این شرایط را، که دارای اهمیت خاصی هستند، در این جا مورد مطالعه قرار می‌دهیم:

۱- شرایط خاص نهاد کنترل:

استقلال نهاد کنترل، مسئله بسیار مهمی است. مخصوصاً در مورد دیوانهای قانون اساسی، این موضوع از اهمیت فراوانی برخوردار است.^۲

دادگاه‌های عادی و در صدر آنها دیوانهای عالی، قاعدتاً و طبیعتاً چون جزئی از قوه قضاییه بشمار می‌روند، دارای استقلال و صلاحیت کافی هستند. اعضای این دادگاه‌ها، همه قاضی‌اند و در دیوانهای عالی، قضات عالی‌مرتب به صدور رأی می‌پردازند. دیوانهای قانون اساسی، در حاشیه قوه قضاییه قرار گرفته‌اند. اعضای آنها الزاماً از قضات نیستند. بنابراین در انتخاب اعضای این دیوانها، باید توجه خاصی مبذول گردد. در این مورد باید دانست آیا دیوانی که اعضای آن توسط زمامداران کشور انتخاب می‌شوند، می‌تواند از استقلال کافی برخوردار باشد؟ با توجه به اینکه نقش این دیوان دقیقاً کنترل مطابقت قواعد مصوب زمامداران مذکور با قانون اساسی است، آیا بیم آن نیست که در چنین شرایطی، کنترل مورد نظر، بی‌محتوا و بی‌اساس شود؟

البته جالب توجه است که در بعضی کشورها با وجود آن که اعضای دیوان قانون اساسی، در دهه‌های اخیر، طبق شیوه فوق برگزیده شده‌اند، در عمل، استقلال نشان داده‌اند و از مقاماتی که آنان را انتخاب نموده‌اند، پیروی کورکورانه نکرده‌اند. اصولاً برای ارزیابی میزان استقلال دیوانهای قانون اساسی، ملاک‌های مختلف مورد

1- Etat de droit.

2- V. PACTET(P.) , Op. Cit. P. 80

توجه قرار می‌گیرند:

- (۱) - شیوه انتخاب اعضای دیوان
- (۲) - نحوه انتخاب رئیس دیوان
- (۳) - شیوه‌ای که طبق آن، انتخاب کنندگان به انتخاب اعضاء می‌پردازند (انتخاب آزاد و مستقیم، تعیین اعضاء به پیشنهاد مقامات دیگر، انتخاب از روی فهرست دارای مشخصات متخصصین....)
- (۴) - وضعیت حقوقی اعضای دیوان (مدت زمان عضویت در دیوان، امکان تمدید این زمان، امکان داشتن همزمان شغل و مقام دیگر، حقوق و درآمد اعضاء،....).

۲- پیش بینی رجوع گروه‌های سیاسی مخالف به نهاد کنترل

همان‌گونه که در بالا یادآوری شد، رجوع به نهادهای کنترل به دو نوع مستقیم و غیر مستقیم، صورت می‌گیرد.

رجوع مستقیم، در کشورهایی پیش‌بینی می‌شود که دارای دیوان قانون اساسی هستند. رجوع غیر مستقیم در کشورهایی وجود دارد که دادگاه‌های عادی و دیوان عالی، کنترل اعمال قوای تأسیس شده را بعهده دارند.

با توجه به اینکه، رجوع مستقیم به نهاد کنترل، تنها در کشورهای دارای دیوان قانون اساسی امکان‌پذیر است، باید گروه‌های سیاسی مخالف حکومت وقت این کشورها نیز بتوانند، هنگامی که با مغایرتی میان قانون عادی و قانون اساسی برخورد می‌کنند، به دیوان مذکور مراجعه نمایند و از آن بخواهند که در مورد این مغایرت نظر بدهد. این امر باعث می‌شود که تمام قوانین عادی، با قانون اساسی مطابقت پیدا کنند. چون اگر حق رجوع به دیوان قانون اساسی، تنها به نفع زمامداران به رسمیت شناخته شده باشد، بیم آن می‌رود که در بسیاری موارد، آنان که خود قانون عادی را به تصویب رسانده‌اند، از رجوع به نهاد کنترل خودداری کنند و قانون، بدون بررسی مطابقت آن با قانون اساسی، به تصویب نهایی برسد.

البته در بعضی کشورها، طبق پیش‌بینی قانون اساسی، نهاد کنترل الزام دارد که مطابقت بعضی از قوانین عادی با قانون اساسی را، قبل از تصویب نهایی آنها، مورد بررسی قرار دهد.^۱ همان‌گونه که می‌دانیم، در ایران، ضرورت این امر درباره کلیه قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی، پیش‌بینی شده است و وظیفه انجام آن را شورای نگهبان به عهده دارد.

۳- پیش‌بینی رجوع مردم به نهاد کنترل

در کشورهایی که رجوع غیر مستقیم به نهاد کنترل مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی، مورد پیش‌بینی قرار گرفته است، در جریان محاکمه‌ها افراد می‌توانند مغایرت قانون عادی با قانون اساسی را عنوان کنند. اما این امر، اتفاقی به وقوع می‌پیوندد و به صورت نظام‌مند نیست.

در کشورهایی که امکان رجوع مستقیم به نهاد کنترل مذکور پیش‌بینی شده است، اگر افراد جامعه نیز حق چنین رجوعی داشته باشند، می‌توانند در صورت مغایرت قانون عادی با حقوق و آزادیهای خویش، که در نهایت، قانونی مغایر با قانون اساسی است، به دیوان قانون اساسی مراجعه کنند و از آن بخواهند که در این مورد بررسی‌های لازم را انجام دهد.

۴- ضرورت پیش‌بینی حقوق و آزادیهای فردی در قانون اساسی

کنترل قضایی اعمال قوای تأسیس شده، به منظور حمایت و حراست از اراده قوه مؤسس پیش‌بینی می‌گردد. اراده‌ای که قوه مؤسس، آزادانه بیان کرده و به صورت مدرن در قانون اساسی، آورده است.

قوه مؤسس که مظهر و معرف ملت آزاد است، قبل از هر چیز، بر حقوق و آزادیهای

۱- در کشور فرانسه، شورای قانون اساسی، قبل از تصویب برخی از قوانین مهم مملکتی (قوانین آرگانیک) از یک طرف و نظامنامه مجالس قانونگذاری از طرف دیگر، الزام دارد که مطابقت یاد شده را انجام دهد.

خویش تأکید دارد. به همین جهت، برای آن که قوای تأسیس شده، حقوق و آزادیهای مذکور را زیر پا نگذارند، قوه مؤسس به دو اقدام مهم دست می‌زند:

- اولاً حقوق و آزادیهای مورد نظر را، در مقدمه قانون اساسی به شکل اعلامیه^۱، یا در اصلاحیه‌های آن^۲، یا در خود متن قانون اساسی^۳، به صورت مکتوب در می‌آورد.
- ثانیاً برای اینکه قوای یاد شده را به رعایت حقوق و آزادیهای مدون شده ملزم کند، اعمال آنها را تحت کنترل قرار می‌دهد.

بدون تردید، اگر در قانون اساسی، حقوق و آزادیهای فردی بیش‌بینی نگردند، کنترل مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی، هیچ نوع اساس مطمئنی نمی‌تواند داشته باشد.

* * * * *

تجربه نشان داده است که نهادهای کنترل اعمال قوای تأسیس شده، می‌توانند بهترین حامی حقوق و آزادیهای فردی باشند.

در آلمان، "دیوان عالی فدرال قانون اساسی"^۴، نقش مهمی در بازسازی اصول دموکراسی این کشور بعد از جنگ جهانی دوم ایفا کرده و به عنوان نگهبان قانون اساسی، از این قانون یک "منشور مقدس"^۵ ساخته است.

رویه قضایی این دیوان، آلمان را به یک "دموکراسی مبتنی بر قانون اساسی"^۶ تبدیل

۱- به مقدمه قانون اساسی کنونی فرانسه، مصوب سال ۱۹۵۸ میلادی، که حاوی "اعلامیه حقوق بشر و شهروند" انقلاب کبیر فرانسه (مصوب سال ۱۷۸۹ میلادی) و مقدمه قانون اساسی قبلی فرانسه (مصوب سال ۱۹۴۶ میلادی) است، مراجعه شود.

۲- به ده اصلاحیه اول قانون اساسی فدرال کنونی ایالات متحده آمریکا (مصوب سال ۱۷۸۷ میلادی) که در سال ۱۷۹۱ تصویب شده‌اند، و اصلاحیه‌های بعدی آن، رجوع گردد. در این باره می‌توان به متمم قانون اساسی دوره مشروطیت ایران (مصوب ۱۲۸۶ هجری شمسی) که اصول هشتم تا بیست و پنجم آن به «حقوق ملت ایران» اختصاص یافته بود، نیز مراجعه کرد.

۳- به فصل سوم قانون اساسی کنونی جمهوری اسلامی ایران، مصوب سال ۱۳۵۸ هجری شمسی، درباره "حقوق ملت"، مراجعه شود.

4- La Cour Constitutionnelle fédérale allemande

5- "La Charte sacrée", Cit. Par ZOLLER(E.), Op. Cit., P. 165

6- "Démocratie Constitutionnelle", Cit. Par ZOLLER(E.), Op. Cit., P. 165

کرده است، به طوری که این کشور امروزه به عنوان کشوری که در آن اصول "دولت مبتنی بر حقوق" به بهترین نحو رعایت می شوند، شناخته شده است.

دیوان مذکور، برای حمایت از حقوق و آزادیهای فردی، در جهت برقراری نوعی "شیوه عالی قانون اساسی گرای" ^۱، مساعی مهمی کرده است.

این دیوان تا جایی پیش رفته که برای حقوق طبیعی افراد، جایگاهی برتر از حقوق موضوعه ^۲، قائل شده است. دیوان عالی فدرال قانون اساسی آلمان، حقوقی مانند، آزادی فردی و یا "منزلت موجود انسانی" ^۳ را، به لحاظ آن که قبل از پدید آمدن دولت وجود داشته اند، بالاتر از حقوق موضوعه بشمار می آورد. به این طریق، نه تنها قوه مقننه، بلکه حتی قوه مؤسس نیز نمی توانند این حقوق را زیر پا بگذارند.

در فرانسه هم، "شورای قانون اساسی" ^۴ این کشور، بدون آن که قانون اساسی آن در این مورد پیش بینی خاصی کرده باشد، به تدریج در راه پشتیبانی از حقوق و آزادیهای فردی گام برداشته است ^۵.

امروزه تحت تأثیر رویه قضایی این شورا، قانون اساسی فرانسه، به عنوان قانون برتر شناخته شده است و قوه مقننه عملاً ملزم است که از آن پیروی کند.

همان گونه که تجربیات کشورهای فوق ثابت کرده اند، نهادهای کنترل اعمال قوای تأسیس شده، می توانند در تمام کشورها، برای مطابقت دادن قوانین عادی با قانون اساسی به طور خاص و قواعد حقوقی مادون با قواعد حقوقی مافوق به طور عام، نقش بسیار ارزنده ای ایفا کنند و به عنوان نگهبان قانون اساسی، بهترین حامی حقوق و آزادیهای فردی باشند.

1- "La Supraconstitutionnalité", Cit. Par ZOLLER(E.), Op. Cit., P. 167

2- Le droit Positif

3- La dignité de l'être humain

4- Le Conseil Constitutionnel

5- V. Luchaire (F.), La protection des droits et libertés, Paris, Economica, 1987 ;

Rivero (J.), Le Conseil Constitutionnel et les libertés, Economica, P.U. d'Aix - Marseille, 1984.