

Original Article

Concept of Modern Constitution and its Conceptual Requirements

Seyyed Mojtaba Vaezi^{*1}

¹ Associate Professor of Public Law, Faculty of Law and Political Science, Shiraz University, Shiraz, Iran.



[20.1001.1.24237566.1402.7.1.11.5](https://doi.org/10.22080/lps.2022.24480.1417)



[10.22080/lps.2022.24480.1417](https://doi.org/10.22080/lps.2022.24480.1417)

Received:

October 30, 2022

Accepted:

December 20, 2022

Available online:

January 10, 2023

Keywords:

Constitution, Dynamic interpretation, Freedom, Modernity, Social contract

Abstract

In the system of the Islamic Republic of Iran, despite the acceptance of the description of the republic for the system and the adoption of an important legal framework of the "Constitution", it seems that the requirements of this description and format have not been carefully and completely considered and elaborated. However, by diluting its concepts, it is thought that the necessary alignment can be easily created. A review of the Islamic Republic's forty years of experience shows that many challenges are the result of such an easy-going approach. In this article, we intend to show that the Constitution is not a neutral and flexible document at the disposal of the ruling power, and its basic and conceptual requirements must be understood and considered in the context of modern public law. Therefore, the Constitution is one of the fundamental concepts of modern public law and is therefore considered as the object or result of the "social contract", the indication of the primacy of freedom over power, and a document and text of the "present" that must be interpreted dynamically and up-to-date, taking into account public opinion. At the same time, it cannot be interpreted in a way that ignores or diminishes the basic principles of modern public law, such as the legality of crime and punishment, or the limitation of power and the incompetence of public authorities.

Extended Abstract

1. Introduction:

Since Iranians decided to modernize their political and legal system and use the

***Corresponding Author:** Seyyed Mojtaba Vaezi

Address: Associate Professor of Public Law, Faculty of Law and Political Science, Shiraz University, Shiraz, Iran.

Email: Mojtaba_vaezi@yahoo.com



western models so far, one of the most important challenges has been the use of modern institutions and the possibility of combining them with local requirements. Moreover, the degree of the originality of the imported concepts and terms and the need to adhere to their content requirements has also been a complicated issue, so that it can be said that one of the most important lasting disputes in the modernization of governance is the dispute of terms and legal concepts. In the meantime, one of the controversial concepts is the Constitution and the conceptual requirements arising from it.

Several items have been mentioned as distinguishing the modern application of the Constitution from its pre-modern application, the most important of which include the instrumentalist view of the government as an agent of people's well-being, considering the Constitution as a document containing rights and fundamental freedoms which is at the top of the pyramid of regulations, regarding it as a legal document that creates the state, is rigidity and inflexible, separates the establishing and established power, and finally, as a legal document and not just a political and moral one.

2. Method:

The meaning of modern is also considered as an interpretation that has an inherent connection with the context of modern public law and the concept of republic (of course, not only in a formal sense); it is actually against any neutral or undemocratic and tasteful use. The recent confrontation is a more sensitive and challenging confrontation for countries that decide to modernize and benefit from public rights in its modern sense despite their complex historical and cultural traditions. In other words, the main and

fundamental confrontation in the countries in question is between the modern and valuable aspect of the Constitution as a modern public law document, on the one hand, and the neutral and flexible view as a container that accepts any substance, on the other hand. Therefore, we have sought to show this dimension and interpretation of the modern use of the Constitution, and investigate what legal requirements it has for a system, whether it is possible to put any substance in it as a container considering its value foundations, and whether it can be confronted using any method.

3. Findings:

From a modern point of view, two important features can be mentioned for the Constitution which leave a significant impact on the realization of the democratic system: on the one hand, the constitution is considered as the object or result of the social contract, and on the other hand, it is considered as a public law document. Considering the Constitution as a manifestation of the social contract, in turn, has two important effects: the lack of necessity to include freedoms in the Constitution and the principle of the lack of competence of public officials and the minority of power. However, this explanation that the freedoms in the Constitution are usually mentioned for the four reasons of emphasizing, guaranteeing, restricting, and regulating them is considerable. Also, regarding the Constitution as a legal document of public law has two important effects: considering the Constitution as a modern document which causes the dynamics of its interpretation and the significant influence of public opinion on the interpretation of the Constitution (the social dimension of interpretation). It

means that the interpreter at any time, consciously or unconsciously, pays attention to the public opinion and the common understanding of the Constitution in the society and is influenced by it.

In addition to the mentioned cases, the acceptance of the Constitution as a document of modern public law and the guarantee of fundamental rights and freedoms prevents the acceptance of any concept or understanding at the time of establishing or interpreting the principles of the Constitution. Therefore, the Constitution is not a neutral container in which any substance can be entered regardless of its basis and function. Perhaps the most famous interpretation in this regard is Article 16 of the Declaration of Human and Citizen Rights of France, which declares any system without separation of powers as unconstitutional. Also, in this regard, principles such as the principle of the legality of crime and punishment, the principle of people's sovereignty and fundamental rights such as the prohibition of torture, the principle of equality and the prohibition of unfair discrimination, as well as the limitation of power and the principle of incompetence of public authorities, are among the inherent concepts of the modern interpretation of the Constitution. If it is violated in a document, it cannot be considered in its modern and universal sense.

4. Conclusion:

The interpretation of the Constitution in the sense of a modern document can be contrasted with several other ones. Each of these contrasts and dualities is

considered important according to the context of their application. Considering its general legal aspect, the Constitution is considered a current document that requires a dynamic and up-to-date interpretation and does not allow us to be bound by the will of the authors. Also, the republic's reliance on public will and the centrality of people's sovereignty in the structure of modern public law, requires that the interpretation of the constitution, as well as its approval, be done in terms of public opinion while paying attention to its technical and legal dimensions. Finally, considering the centrality of freedom, the interpretation of the principles of the Constitution should be compatible with democratic values and not lead to the violation of important principles such as the sovereignty of the people, the principle of legality of crime and punishment, and the limitation of political power.

Funding

There is no funding support.

Authors' contribution

Authors contributed equally to the conceptualization and writing of the article. All of the authors approved the content of the manuscript and agreed on all aspects of the work

Conflict of interest

Authors declared no conflict of interest.

Acknowledgments

We are grateful to all the persons for scientific consulting in this paper

قانون اساسی مدرن و الزامات مفهومی آن در رویکردی تطبیقی

سید مجتبی واعظی^{*۱}

^۱ دانشیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران.



[20.1001.1.24237566.1402.7.1.11.5](https://doi.org/10.1001.1.24237566.1402.7.1.11.5)



[10.22080/lps.2022.24480.1417](https://doi.org/10.22080/lps.2022.24480.1417)

چکیده

مسأله تقابل و تعامل سنت و مدرنیته، در ایران پس از گذشت بیش از یکصد سال از جنبش قانون-خواهی مشروطه ظاهراً هنوز حل نشده و همچنان بحث‌های مختلفی را به خود اختصاص می‌دهد. به نظر می‌رسد در نظام جمهوری اسلامی ایران، علی‌رغم پذیرش وصف جمهوریت برای نظام و اخذ قالب حقوقی مهم «قانون اساسی»، لوازم و اقتضائات وصف و قالب مذکور به‌طور دقیق و کامل مورد اعتنا قرار نگرفته و با ترقیق مفاهیم، پنداشته شده است می‌توان هم‌خوانی لازم را به‌راحتی ایجاد کرد. لکن مروری بر تجربه چهل-ساله جمهوری اسلامی نشان می‌دهد بسیاری چالش‌ها نتیجه چنین رویکرد آسان‌گیرانه‌ای است. در این نوشتار برآنیم تا نشان دهیم قانون اساسی، یک سند خنثی و انعطاف پذیر در اختیار قدرت حاکم نیست و الزامات مبنایی و مفهومی آن در بستر حقوق عمومی مدرن باید فهم و در نظر گرفته شود. بر این مبنا قانون اساسی، یکی از مفاهیم بنیادین حقوق عمومی مدرن است و از همین روی، در رویکردی تطبیقی ملاحظه می‌شود به عنوان عین یا نتیجه «قرارداد اجتماعی» و دالّ بر تقدم آزادی بر قدرت، و یک سند و متن «حال» تلقی می‌گردد که در زمان تفسیر باید به صورت پویا و روزآمد، با در نظر گرفتن افکار عمومی تفسیر گردد. در عین حال، نمی‌توان آن را طوری تفسیر کرد که اصول بنیادین حقوق عمومی مدرن مانند قانونی بودن جرم و مجازات، یا محدودیت قدرت و عدم صلاحیت مراجع عمومی، نادیده یا کمرنگ انگاشته شود.

تاریخ دریافت:

۰۸ آبان ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۲۹ آذر ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۲۰ دی ۱۴۰۱

کلیدواژه‌ها:

آزادی، تفسیر پویا، قانون اساسی، قرارداد اجتماعی، مدرنیته.

* نویسنده مسئول: سید مجتبی واعظی

ایمیل: Mojtaba_Vaezi@yahoo.com

آدرس: دانشیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران.

۱ مقدمه

۲ صورت‌های دریافت مدرن از قانون اساسی

می‌دانیم که مفهوم قانون اساسی، دارای پیشینه‌ای طولانی است و در طول زمان و ادوار مختلف تاریخی، با معانی مختلفی به کار رفته است؛ در یونان و به طور خاص در نگاه ارسطو قانون اساسی به معنای نوع حکومتی است که دولت-شهر خاصی را تشکیل می‌دهد (ارسطو، ۱۳۷۱: ۱۵۵) و (وینسنت، ۱۳۷۶: ۱۲۶)، در قرون میانه تا قرن هجدهم، قانون اساسی به‌عنوان مجموعه‌ای از قوانین بنیادی و عرفی به کار برده می‌شود اما معنا و کاربرد امروزی آن از انقلاب آمریکا و تصویب قانون اساسی ایالات متحده در سال ۱۷۸۷ و اعلامیه حقوق بشر فرانسه ۱۷۸۹ مبتنی بر ایده حقوق طبیعی پدیدار می‌گردد (Spiro, 2021: 6). به عنوان ویژگی‌های متمایز کننده قانون اساسی مدرن در مقایسه با کاربرد ماقبل مدرن آن، از موارد متعددی نام برده شده است:

۲/۱ نگاه ابزاری به حکومت به عنوان عامل بهروزی مردم

نگاه مندرج در قانون اساسی مدرن به حکومت، نگاه ابزاری است به این معنا که حکومت شأنی جز تحقق بهروزی مردم براساس تشخیص خود آنها ندارد (شوالیه، ۱۳۷۸: ۵۷). با این مبنا تمرکز قانون اساسی بر وظایف و حدود صلاحیت دولت بوده و استفاده از عنصر قدرت جز در جهت تأمین حقوق و آزادی-های مردم پذیرفته نیست به نحوی که به موجب ماده ۲ «اعلامیه حقوق بشر و شهروند»^۱ امنیت، که یکی از مهم‌ترین کارکرد دولت‌هاست به عنوان بخشی از حقوق مردم تلقی شده و جز در موارد

از اولین روزهایی که ایرانیان عزم جزم مدرن‌سازی نظام سیاسی و حقوقی خود و بهره‌گیری از الگوهای پیش‌افتاده غربی نمودند تا هم‌اکنون، یکی از مهم‌ترین چالش‌ها نحوه به‌کارگیری نهادهای مدرن و امکان و چگونگی ترکیب آنها با اقتضائات بومی بوده است (نک: آجودانی، ۱۳۸۵: ۸)؛ از سوی دیگر میزان اصالت مفاهیم و اصطلاحات وارداتی و لزوم پای-بندی به محتوا و الزامات محتوایی آنها نیز مسأله‌ای بغرنج بوده است به نحوی که می‌توان گفت یکی از مهم‌ترین دعوای ماندگار در مدرن‌سازی حکمرانی، دعوای ترم‌ها و مفاهیم حقوقی بوده و هست و در این میان، از جمله مفاهیم بحث‌انگیز، قانون اساسی و الزامات مفهومی ناشی از آن است (طباطبایی، ۱۳۹۸: ۷۹). بحث راجع به انواع قانون اساسی و دسته‌بندی‌های آن، بحثی جدید نیست و عمده کتب حقوق اساسی، تا اندازه‌ای به آن پرداخته‌اند. دسته-بندی قانون اساسی به انواع دوگانه‌های *مادی-شکلی*، *مدون-غیرمدون*، *عرفی-موضوعه* و نیز *اعطایی-دموکراتیک* از این جمله است (قاضی، ۱۳۷۲: ۹۶ و عباسی، ۱۳۸۸: ۵۴) که پرداختن به آنها در این‌جا ضرورتی ندارد. همچنین برخی دوگانه‌های کمتر رایج، که مستلزم چالشی فرا-حقوقی، تاریخی و جامعه‌شناختی است، نیز مورد نظر این نوشتار نیست؛ چالشی بین دو رویکرد که در یکی، قانون اساسی کارآمد را غیرقابل «وضع» و حاصل شکل-گیری تدریجی مفاهیم و نهادهای بنیادین مربوطه می‌داند، در مقابل رویکردی که امکان وضع و اجرای رسمی قانون اساسی را در هر مقطع زمانی و عرصه سیاسی-اجتماعی می‌پذیرد (لاگلین، ۱۳۸۸: ۲۶۲). اما دوگانه بنیادینی که از چالش‌های نظری و عملی در نظام حقوقی و فضای سیاسی ایران محسوب می-گردد و موضوع این نوشتار است، دوگانه قانون اساسی «مدرن» و «خنثا» است.

^۱ هدف همه نهادهای سیاسی باید حفاظت از حقوق طبیعی و همیشگی انسان‌ها باشد. این حقوق آزادی و دارایی و امنیت و ایستادگی در برابر سرکوب هستند.



مکتوب یا عرفی، تعریف شده است (Kelly, 1990: 18).

۲٫۴ قانون اساسی، رأس هرم مقررات

براساس تحلیل کلسن، لازمه شکل‌گیری نظام حقوقی، وجود هرمی از مقررات است که که دارای انسجام و همگنی بوده و از قاعده به سمت رأس هرم، بر اهمیت آنها افزوده می‌شود تا به سندی واحد در رأس هرم منتهی گردد. دو مؤلفه اصلی سلسله مراتب مقررات عبارت است از این که ۱- هیچ قاعده‌ای نباید بدون مجوز قاعده فرازین وضع گردد، ۲- محتوای هیچ قاعده‌ای نباید مغایر محتوای قاعده فرازین باشد (کلسن، ۱۳۸۷: ۱۰۵). در نظام حقوقی-سیاسی مدرن که ادعای جمهوریت دارد، طبقاً قانون اساسی در رأس هرم هنجارهای حقوقی قرار می‌گیرد. قرار گرفتن در قلّه مقررات حقوقی صرفاً وضعی نمادین نیست؛ احترام به اصول قانون اساسی باید در عمل توسط تمامی مراجع قدرت و در کلیه متون حقوقی رعایت و تضمین گردد. مهم‌ترین سازوکار تضمین برتری مذکور، دادرسی اساسی است که در گونه‌های مشهور آمریکایی (قضایی) و اروپایی (سیاسی) به صورت پسینی یا پیشینی به کنترل مصوبات پارلمان بر اساس قانون اساسی می‌پردازد (واعظی، ۱۳۹۰: ۱۷۳-۱۵۵). در سطح پایین‌تر نیز دادرسی قضایی نقش مشابهی را در خصوص مقررات دولتی، بر اساس قانون اساسی و مصوبات پارلمان ایفا می‌نماید (Favoreu, 1992: 3). با این حال نقش قانون اساسی را نمی‌توان در کارکرد سلبی و محدود کننده آن نسبت به مقررات مادون، خلاصه نمود: «گسترش صیانت از قانون اساسی و حقوق بنیادین، قوانین را به ابزار تحقق اهداف مندرج در قانون اساسی تبدیل کرده است. در این مفهوم، قانون اساسی نه تنها مشتمل بر قواعد بازی، بلکه معیاری برای تمام نظام حقوقی است.» (دیزپیکازو، ۱۳۸۶: ۲۱۱)

ضرورت و با هدف کلی حفظ حقوق آحاد ملت مورد استناد قرار نمی‌گیرد.

۲٫۲ قانون اساسی، سند حقوقی موجد دولت

دولت در نگاه مدرن، مفهومی اعتباری و حاصل توافق و جعل آدمیان است. به تعبیر دیگر، اجتماع و افراد انسانی به لحاظ وجودی، مقدم بر قدرت سیاسی حاکم قلمداد می‌شوند و قانون اساسی به عنوان سند حاوی قرارداد اجتماعی، اساسنامه دولت و سند وجودی آن تلقی می‌گردد (Pane, 1792: 129). نتیجه عملی چنین دریافتی، تقدم قانون بر زمامداران و جلوگیری از شخص‌سالاری است (طباطبایی، ۱۳۹۸: ۱۷۴) همچنین قانون اساسی به عنوان مهم‌ترین سند مبین صلاحیت‌ها و اختیارات دولت، مورد توجه و استناد قرار می‌گیرد (لاگلین، ۱۳۹۵: ۳۲۶).

۲٫۳ قانون اساسی، سند حاوی حقوق و آزادی‌های بنیادین

چنان‌که در ادامه بیان می‌گردد در عین بی‌نیازی اصل وجودی آزادی، از ذکر در قانون اساسی، اما قریب به اتفاق قوانین اساسی مدرن، به دلایل و علل مختلف، به مهم‌ترین حقوق و آزادی‌های شهروندان اشاره نموده‌اند. در واقع، به تبع ماهیت حقوق اساسی مدرن که ناظر بر جمع آزادی و قدرت سیاسی است (نویمان، ۱۳۷۳: ۱۵۴) مؤسسان نظام‌های حقوقی-سیاسی مدرن نیز به عنوان ساده‌ترین نشانه و تضمین حقوق و آزادی‌ها، و جهت اثبات روزآمدی و ارزش اخلاقی مصوبه خود (لاگلین، ۱۳۹۵: ۳۳۴) ذکر آزادی‌ها را در متن قانون اساسی، ضروری پنداشته‌اند. ازین طریق، دوسویگی حکمرانی نیز مورد تأکید قرار گرفته و سند مذکور، از حالت یک اساسنامه سازمانی صرف، خارج می‌گردد. اما در مقابل، چنانچه به مفهوم سازمانی صرف اکتفا شود می‌توان گفت تمامی انواع دولت‌ها حتا از نوع غیر دموکراتیک آن، صاحب قانون اساسی هستند چرا که بهرحال سازمان قدرت و روابط داخلی آن به نحو

فراهم نباشد (عباسی، ۱۳۸۳: ۹۹)، به عبارت دیگر همانگونه که تامس پین بیان نموده است قانون اساسی، اراده مردم است نه دولت (McIlwain, 1975: 20).

۲،۷ قانون اساسی به عنوان سند حقوقی و نه صرفاً سیاسی و اخلاقی (خاصیت استناد پذیری)

قانون اساسی، دیگر صرفاً به عنوان یک اعلامیه سیاسی یا منشور اخلاقی حکام دیده نمی‌شود و خاصیت حقوقی آن باعث می‌شود در بسیاری موارد امکان استناد به اصول و مفاهیم آن بدون نیاز به وساطت قوانین عادی در نزد مراجع قانونی و به ویژه قضایی فراهم گردد (لاگلین، ۲۰۱۸: ۳۴۳). در هر حال نگاه حقوقی به قانون اساسی به عنوان نگاهی نو در مقابل تلقی‌های قدیمی قرار می‌گیرد که آن را صرفاً به عنوان متنی اخلاقی و صرفاً سیاسی می‌پنداشته‌اند.^۱ خصلت قضایی قانون اساسی و استنادپذیری آن از جمله مهم‌ترین آثار چنین رویکردی است که در دهه‌های اخیر در بطن جریان اساسی‌سازی حقوق مورد تأکید قرار گرفته (Favoreu, op.cit: 3) و باعث خلق تعابیری چون «قانون اساسی نرماتیو» شده است (Favoreu, 2004: 69). نیاز به توضیح چندانی ندارد که این حکم را با کیفیتی مساوی، لزوماً بر همه اصول قانون اساسی نمی‌توان بار کرد و به‌طور مثال در خصوص اصول ناظر به مبانی و بنیادهای اخلاقی نظام، شاید استنادپذیری قضایی به راحتی ممکن نباشد.

برتری قانون اساسی نسبت به تصمیمات حکومتی، و امکان استناد به اصول آن در محاکم قضایی که به ویژه در الگوی دادرسی اساسی آمریکایی می‌تواند منجر به کنار گذاشتن مصوبات حکومتی به دلیل مغایرت احتمالی با قانون اساسی، توسط قضات گردد، موجب شده است برخی صاحب‌نظران از حکومت قضات یا برتری قضات

۲،۵ سختی قانون اساسی و انعطاف ناپذیری آن

از دیگر لوازم تحقق مفهوم مدرن قانون اساسی و برای این‌که متن مذکور به عنوان یک سند حقوقی در رأس سلسله مراتب مقررات قرار بگیرد آن است که امکان تغییر قانون اساسی به سهولت سایر مقررات فراهم نباشد. تشریفات ویژه‌ای که در عموم کشورها در خصوص هر دو نوع قانون اساسی نرم و سخت برای تغییر آن در نظر گرفته شده گواه چنین وضعی است. به بیان دقیق‌تر، قانون اساسی به عنوان تجلی اراده مستقیم مردم و متن حاوی تعهدات و اختیارات اساسی حاکمیت، نیاز به مراقبت ویژه‌ای نسبت به سایر مقررات دارد و نباید به راحتی در معرض دخل و تصرف دولت‌مردان قرار گیرد (Lauvaux, 1998: 123). هر چند این نکته در خصوص قوانین اساسی غیرمدون صدق نمی‌کند و به لحاظ حقوقی، امکان تغییر، فاقد دشواری به نظر می‌رسد (Barendt, 1998: 1)) اما در عالم واقع و به لحاظ سیاسی، به آسانی اتفاق نمی‌افتد چرا که ارزش‌های نهادینه شده و نیز ملاحظه افکار عمومی در یک نظام دموکراتیک، مهم‌ترین قید بر اراده مقنن محسوب می‌شود.

۲،۶ تفکیک بین قوه مؤسس و قوه تأسیسی

قوه مؤسس به عنوان منشأ حاکمیت و سایر نهادهای پیش‌بینی شده برای اعمال حاکمیت تلقی می‌شود. از همین روی، قانون اساسی به عنوان اراده قوه مؤسس (مردم) و موجد نهادهای قدرت، بر اعمال و تصمیمات زمامداران، حاکم است و تقدم دارد. تفکیک قوه مؤسس از نهادهای تأسیسی، نیز حاصل رویکرد مدرن به قانون اساسی است (Lauvaux, op.cit: 123). بنابراین نهادهای تأسیسی همواره باید در چارچوب اراده قوه مؤسس حرکت کنند و با هیچ دستاویزی، امکان عبور از اراده مؤسس برای آنها

^۱ داشته و بیشتر مصداق مفهوم شکلی قانون اساسی محسوب می‌گردند (نک: ضرونی و دیگران، ۱۴۰۱: ۸۶).

^۱ بدیهی است قوانین اساسی که در گذشته، برخی از اصول آنها بهر دلیلی به موضوعات جزئی متعلق به حوزه قانون ورود کرده‌اند وضعی استثنایی



۳ الزامات حقوقی مفهوم مدرن قانون اساسی

دو ویژگی مهم در این رابطه می‌توان برای قانون اساسی ذکر کرد که آثار قابل توجهی در تحقق نظام دموکراتیک به جای می‌گذارد: قانون اساسی از طرفی به عنوان عین یا حاصل قرارداد اجتماعی تلقی می‌شود و از طرفی دیگر به عنوان یک سند حقوق عمومی محسوب می‌گردد.

۳،۱ قانون اساسی، تجلی قرارداد اجتماعی

همان‌گونه که گفته شد تلقی قانون اساسی به عنوان عین یا محصول وفاق عمومی در تشکیل سازمان سیاسی و حقوقی دولت، بیان‌گر این نکته مهم است که آزادی شهروندان، مقدم بر اقتدار دولت است و نحوه استفاده از قدرت سیاسی باید با تأیید قانون اساسی و در محدوده پیش‌بینی شده در آن باشد. چنین فرضی واجد دو نتیجه مهم در ساحت حقوق است: اول آن که حقوق و آزادی‌های شهروندان به اعتبار جایگاه انسانی‌شان قبل از قانون اساسی وجود داشته و بنابراین، اعتبار و ارزش آنها منوط به پیش‌بینی شدن در قانون اساسی نیست. دوم آن‌که درست در نقطه مقابل، اختیارات مقامات عالی‌تر عمومی به صورت کلی یا جزئی، و تلویحی یا صریح باید به نوعی در قانون اساسی پیش‌بینی شده باشد و بنابراین می‌توان گفت اصل بر عدم صلاحیت مقامات مذکور است (نویمان، ۱۹۹۴: ۷۱)، و بنابراین در جایی که برخی اصول به ذکر اختیارات می‌پردازند اگر قرینه دالّ بر ذکر تمثیلی اختیارات در الفاظ اصول موجود نباشد باید حکم اصل مذکور را از باب ذکر سقف و حداکثر اختیارات مقام عمومی، تلقی نمود.

نسبت مقامات سیاسی سخن بگویند (Zoller, 2010: 140)، در مقام بیان جایگاه و نقش قضات گفته می‌شود «ما تابع قانون اساسی هستیم اما با برداشتی که قضات بیان می‌کنند» (Rossum, 2007: 2).

با این حال، کاربست تعبیر مدرن، در خصوص مجموعه ویژگی‌های فوق که به درجات مختلف ممکن است در کشورهای متفاوت پذیرفته و اعمال شود بیشتر در تقابل با کاربرد غیرمدرن آن قرار می‌گیرد که در واقع سندی محوری و کارآمد در امر حکمرانی تلقی نمی‌شده و بیشتر جنبه اخلاقی و نمادین داشته است.

اما معنای مدرنی را می‌توان از منظر دیگر نیز مورد توجه قرار داد: به عنوان تعبیری که پیوستگی ذاتی با زمینه حقوق عمومی مدرن و مفهوم جمهوریت (البته نه فقط به معنای شکلی) داشته و در مقابل هرگونه کاربرد خنثا و یا غیر دموکراتیک و سلیقه‌ای آن قرار می‌گیرد. تقابل اخیر، تقابلی حساس‌تر و پرچالش‌تر برای کشورهای است که با وجود سنت‌های تاریخی و فرهنگی پیچیده خود، عزم مدرن شدن و بهره‌مندی از حقوق عمومی را به معنای مدرن آن کردند. به تعبیر دیگر، مصاف وجه مدرنی و ارزشی قانون اساسی به عنوان یک سند حقوق عمومی مدرن از طرفی، با تلقی خنثا و انعطاف‌پذیر به عنوان ظرفی که پذیرای هرگونه سنتی است از طرف دیگر، مصاف اصلی و بنیادی در کشورهای مورد نظر است.

با ذکر این مقدمه برآنیم تا نشان دهیم تلقی دوم از مدرنی قانون اساسی، واجد چه الزامات حقوقی برای یک نظام است و آیا می‌توان با توجه به بنیادهای ارزشی آن، هر مضرافی را در ظرف آن ریخت یا خیر و آیا با هر نوع شیوه‌ای می‌توان با آن مواجه شد؟

۳،۱،۱ عدم لزوم درج آزادی‌ها در قانون اساسی

در قاموس حقوق عمومی مدرن، تشکیل نظام سیاسی و ظهور دولت، حاصل قرارداد اجتماعی است (روسو، ۱۳۸۸: ۱۱۴). حکومت از این دیدگاه، امری است که متعلق به خود انسان است و تصدی آن جز از طریق رضایت افراد و انعقاد یک قرارداد اجتماعی، مشروع نیست. مهم‌ترین انعکاس قرارداد اجتماعی در ارکان حکومت، تصویب قانون اساسی براساس آراء مستقیم مردمی است؛ قانون اساسی به عنوان سند حاوی میثاق ملی و مؤسس دولت محسوب می‌شود چنین تعبیر و تلقی موجز و البته مهمی از قانون اساسی، به لحاظ حقوقی دارای آثار جزیی‌تری است. مهم‌ترین نتیجه چنین دریافتی، پذیرش تقدم آزادی بر قدرت، یا جامعه و فرد بر دولت است (لاک، ۱۳۹۷: ۱۴۱). تقدم آزادی بر قدرت واجد آثار و نتایج حقوقی مهمی است از جمله این که اصل بر آزادی شهروندان است (Sudre, ..., 2009: 189) و اختیارات دولت، خلاف اصل و محتاج نص است. در نتیجه چنین فرضی، آزادی‌ها برای برخورداری از ارزش حقوقی، نیاز به پیش‌بینی و تصریح در قانون اساسی ندارد (هایک، ۱۳۹۲: ۱۵۶) از همین روی گفته می‌شود هیچ قانون اساسی کاملاً مدونی وجود ندارد (Lauvaux, op.cit: 123) چرا که همواره بخشی از آزادیها همواره به صورت نانوشته در فضای جامعه جاری است و حتا از اصول فرا-قانون اساسی سخن گفته می‌شود که حاوی آزادی‌های بنیادین شهروندان و مقدم بر قوانین اساسی به شمار می‌آیند (Debbasch, 2001: 86). اما اختیارات دولت، حداقل در قالب عناوین کلان آن باید در قانون اساسی ذکر شود. بنابراین در جایی که تردید در اختیارات دولت می‌کنیم باید اصل را بر عدم آن نهاد.

با این حال ملاحظه می‌شود که غالب قوانین اساسی کشورها به ذکر دسته ای از آزادی‌ها

پرداخته‌اند؛ به نظر می‌رسد بتوان دلایل چهارگانه ذکر آزادی‌ها در قوانین اساسی را به شرح زیر توضیح داد.

۳،۱،۲ جهات ذکر آزادی‌ها در قانون اساسی

قوانین اساسی امروزی همه حاوی اشارات متعدد به حقوق و آزادی‌های بنیادین افراد هستند حتی در کشورهایمانند فرانسه که در قانون اساسی فعلی آن (۱۹۵۸) بجز یک اصل، صرفاً به تنظیم روابط قدرت و سازمان‌دهی آن پرداخته و اشاره‌ای به حقوق و آزادی‌ها ندارد اما در مقدمه آن، پای‌بندی ملت فرانسه را به مقدمه قانون اساسی ۱۹۴۶ (حاوی حقوق و آزادی‌های سیاسی و مدنی نسل دوم) و اعلامیه حقوق بشر و شهروند ۱۷۸۹ (حاوی حقوق و آزادی‌های سیاسی مدنی) اعلام نموده است. همچنین مقدمه مختصر قانون اساسی جمهوری چهارم (۱۹۴۶) ارجاع مجددی به «اصول بنیادین شناخته شده در قوانین جمهوری»^۱ داده است که در عمل، متن گشوده‌ای را در اختیار دادرسی اساسی و نیز دادرسی اداری فرانسوی قرار داده است تا با اجتهاد خود، همواره بر فهرست آزادی‌های مورد حمایت قانون اساسی، به تناسب شرایط روز بیافزایند. بنابراین، عدم ذکر برخی از حقوق و آزادی‌ها در قانون اساسی، مانع از صدور حکم دادرسی اساسی بر مبنای آن‌ها به‌عنوان حقوق بنیادین مورد حمایت حقوق اساسی کشور نشده است (Rousseau, 2001: 385). با این حال، همان‌گونه که گفته شد به چهار جهت عمده، ذکر برخی آزادی‌ها در قانون اساسی، ضرورت یافته است.

الف- تأکید: در واقع ذکر برخی آزادی‌ها در قانون

اساسی در درجه اول از باب تأکید مؤسس بر آنهاست که معمولاً عنوان یا سرلیستی برای پوشش مجموعه‌ای از حقوق و آزادی‌ها قلمداد می‌گردد. با ذکر این آزادی‌ها مؤسس در مقام اعلام پای‌بندی خود به ارزش‌های مورد قبول عموم و اعتباربخشی به متن مصوبه خود یعنی قانون اساسی برمی‌آید. به-

¹ Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République



اصل قانونی بودن جرم و مجازات و تشریفات دادرسی و تعقیب متهم، دو الزام مذکور در اصل یعنی ضرورت «ابلاغ کتبی به متهم» و «ارسال پرونده ظرف حداکثر ۲۴ ساعت از بازداشت، به مراجع قضایی»، تدابیر و تضمیناتی است که قانون اساسی به منظور حراست از آزادی شهروندان پیش‌بینی نموده است. همچنین در مورد دوم نیز تأکید بر «صلاحیت حصری دادگاه‌های عمومی» در رسیدگی به جرایم سیاسی و مطبوعاتی، و «برگزاری دادگاه به صورت علنی» و با «حضور هیأت منصفه»، سه تضمین مهمی است که برای جلوگیری از تضییع احتمالی حقوق منتقدان و مخالفان دولت در نظر گرفته شده است.

علاوه بر تضمین از طریق تشریفات، چنانچه کارکرد تضمین را با مفهوم موسع کلمه و فراتر از صرف راهکارهای مادی در نظر بگیریم، می‌توان برخی اصول دیگر را نیز در اینجا اضافه نمود؛ اصل سی- و هشتم مقرر می‌دارد: «هرگونه شکنجه برای گرفتن اقرار و یا کسب اطلاع ممنوع است. اجبار شخص به شهادت، اقرار یا سوگند، مجاز نیست و چنین شهادت و اقرار و سوگندی فاقد ارزش و اعتبار است...». ملاحظه می‌شود هرگونه شکنجه به نحو مطلق ممنوع اعلام شده و بنابراین با هیچ توجیه و مبنایی نمی‌توان جواز آن را پذیرفت. منع شکنجه از جمله حقوق بنیادینی است که حتی به استناد اصل ۷۹ قانون اساسی^۳ نیز نمی‌توان آن را نادیده گرفت. در واقع، اصل مذکور با اطلاق که در عبارت خود دارد به نوعی بهانه‌زدایی کرده و از طریق بستن راه هرگونه توجیهی، ممنوعیت شکنجه را تضمین نموده است.

ج- تقیید و تحدید: در استفاده از کلیه آزادی‌ها همواره امکان سوءاستفاده و تعدی به حقوق دیگران یا نظم عمومی وجود دارد. اما تعدی از برخی از آنها

طور مثال، آزادی سکونت که در اصل ۳۳ قانون اساسی جمهوری اسلامی^۱ بیان شده یا آزادی عقیده مذکور در اصل ۲۲۳ از جمله آزادی‌هایی است که وجود آن در یک جمهوری معاصر، بدیهی تلقی شده و ضرورتی به ذکر آنها جز از باب تأکید و اعتباربخشی به خود قانون اساسی به عنوان یک قانون اساسی مدرن و دموکراتیک وجود ندارد؛ واضح است که هر انسان آزاد، دارای حق اختیار سکونت‌گاه در هر جا و بهر نحو مشروع است و نیز می‌تواند مصون از تعرض دولت، به هر مرامی ایمان داشته باشد و چنانچه قانون اساسی غیر چنین جوازی را منظور نماید از اعتبار خود در داوری عموم کاسته است.

ب- تضمین: دلیل دیگر پرداختن قوانین اساسی به آزادی‌ها، ضرورت پیش‌بینی ضمانت اجراها و حمایت‌های عملی ناظر بر آنهاست: برخی آزادی‌ها به اعتبار ماهیت‌شان در معرض تهدید و احتمال نقض بیشتری از جانب دولت یا سایر اشخاص هستند مانند آزادی اعتراض و نقد قدرت یا احترام به حقوق اقلیت‌ها، همچنین تحقق برخی آزادی‌ها مستلزم پیش‌بینی سازوکار مشخصی است و از همین روی، قانون اساسی به ذکر آنها همراه با شیوه‌های تضمین‌شان پرداخته است؛ به طور مثال به- موجب اصل ۳۲ قانون اساسی «هیچ‌کس را نمی‌توان دستگیر کرد مگر به حکم و ترتیبی که قانون معین می‌کند. در صورت بازداشت، موضوع اتهام باید با ذکر دلایل بلافاصله کتباً به متهم ابلاغ و تفهیم شود و حداکثر ظرف مدت بیست و چهار ساعت پرونده مقدماتی به مراجع صالحه قضایی ارسال و مقدمات محاکمه، در اسرع وقت فراهم گردد...» و نیز به موجب اصل ۱۶۸ «رسیدگی به جرایم سیاسی و مطبوعاتی علنی است و با حضور هیأت منصفه در محاکم دادگستری صورت می‌گیرد...». همان‌گونه که ملاحظه می‌شود در مورد اول، ضمن تأکید بر رعایت

۳ «...در حالت جنگ و شرایط اضطراری نظیر آن، دولت حق دارد با تصویب مجلس شورای اسلامی موقتاً محدودیت‌های ضروری را برقرار نماید، ولی مدت آن به هر حال نمی‌تواند بیش از سی روز باشد و در صورتی که ضرورت همچنان باقی باشد دولت موظف است مجدداً از مجلس کسب مجوز کند».

۱ اصل سی و سوم: هیچ‌کس را نمی‌توان از محل اقامت خود تبعید کرد یا از اقامت در محل مورد علاقه اش ممنوع یا به اقامت در محلی مجبور ساخت، مگر در مواردی که قانون مقرر می‌دارد.

۲ اصل بیست و سوم: تقیید عقاید ممنوع است و هیچ‌کس را نمی‌توان به صرف داشتن عقیده ای مورد تعرض و مواخذه قرار داد.

در حالت جنگ و شرایط اضطراری نظیر آن، دولت حق دارد با تصویب مجلس شورای اسلامی موقتاً محدودیت‌های ضروری را برقرار نماید، ولی مدت آن به هر حال نمی‌تواند بیش از سی روز باشد و در صورتی که ضرورت همچنان باقی باشد دولت موظف است مجدداً از مجلس کسب مجوز کند».

۳،۱،۳ اصل عدم صلاحیت مقامات عمومی و اقلی بودن قدرت

اصل عدم صلاحیت موجب می‌شود ذکر اختیارات مقامات عمومی را در قانون، از باب بیان استثنا بنگریم و در زمان تردید، حکم به اکتفای به قدر متیقن صادر کنیم. بنابراین، فهرست اختیارات بر شمرده شده برای هر مقام را در قانون اساسی باید حداکثری و به عنوان سقف صلاحیت‌های آن مقام محسوب کرد و به هیچ دلیل خارج از قانون اساسی نمی‌توان بر این فهرست افزود.

۳،۲ قانون اساسی به عنوان سند حقوقی عمومی

قانون اساسی قبل از هر چیز یک متن و سند حقوقی است. تلقی حقوقی از این متن، خود برداشتی مدرن است؛ به این معنا که با تقسیم اصول قانون اساسی به اصول ناظر بر قواعد حقوقی و قواعد سیاسی (Gicquel, 1993: 171) و فراتر از یک متن و بیانیه سیاسی و صرف بیان آرمان‌های سیاسی و اخلاقی یک ملت (Daintith, Page, 1999: 16)، قابلیت استناد در مراجع حقوقی داشته و نمی‌توان استفاده از مضمون آن را مطلقاً منوط به وساطت مقنن قلمداد نمود (Debbasch, ..., op.cit: 86). جریان

حای خطرات بزرگتری است و لذا نمی‌توان آنها را مطلق در نظر گرفته یا راجع به حدود آنها سکوت کرد. از همین روی، قوانین اساسی به ذکر قیود و الزامات بهره‌مندی از این دسته آزادی‌ها پرداخته- اند (Sudre, ..., op.cit: 189) که خود به خود مستلزم تصریح به آزادی‌های مذکور نیز بوده است. به طور مثال اصل ۲۷ قانون اساسی بیان می‌دارد «تشکیل اجتماعات و راهپیمایی‌ها، بدون حمل سلاح، به شرط آن که مخل به مبانی اسلام نباشد آزاد است». ملاحظه می‌شود که شرط «عدم حمل سلاح» و «عدم خدشه در مبانی اسلام»، قیودی است که در قانون اساسی، نسبت به بهره‌مندی از آزادی تجمع پیش‌بینی شده است. با همین مبنا اصول بیست- وچهارم^۱، بیست‌وششم^۲ و بیست‌وهشتم^۳ نیز قابل توجه است.

د-تنظیم: حقوق و آزادی‌ها اصولاً در مفهوم خود تعارضی با یکدیگر ندارند و از قوه مؤسس هم تقریر مفاهیم متعارض، قبیح و بعید است، اما بهر حال برخی اصول یا حق‌ها ممکن است در زمان اجرا دچار تراحم با یکدیگر شوند (Aguila, 1999: 46-51) یا اعمال برخی از آنها در شرایطی با منافع عمومی و نظم عمومی در تعارض واقع شود. به همین دلیل، قانون اساسی با پیش‌بینی برخی تراحمات احتمالی، به توازن و تنظیم حقوق و آزادی‌ها، تعیین اولویت‌ها و شیوه‌های احتمالی رفع تراحم پرداخته است. به طور مثال اصل نهم قانون اساسی، لزوم حفظ توازن بین آزادی و امنیت را در مفهومی کلی بیان کرده است^۴ یا به موجب اصل چهلم «هیچکس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد» و نیز حسب اصل هفتادونهم «برقراری حکومت نظامی ممنوع است.

جامعه به مشاغل گوناگون، برای همه افراد امکان اشتغال به کار و شرایط مساوی را برای احراز مشاغل ایجاد نماید».

^۴ اصل نهم: در جمهوری اسلامی ایران آزادی و استقلال و وحدت و تمامیت ارضی کشور از یکدیگر تفکیک ناپذیرند و حفظ آنها وظیفه دولت و آحاد ملت است. هیچ فرد یا گروه یا مقامی حق ندارد به نام استفاده از آزادی، به استقلال سیاسی، فرهنگی، اقتصادی، نظامی و تمامیت ارضی ایران کمترین خدشه‌ای وارد کند و هیچ مقامی حق ندارد به نام حفظ استقلال و تمامیت ارضی کشور آزادی‌های مشروع را، هر چند با وضع قوانین و مقررات، سلب کند.

^۱ «نشریات و مطبوعات در بیان مطالب آزادند مگر آنکه مخل به مبانی اسلام یا حقوق عمومی باشد. تفصیل آن را قانون معین می‌کند».

^۲ «اجزاب، جمعیت‌ها، انجمن‌های سیاسی و صنفی و انجمن‌های اسلامی یا اقلیت‌های دینی شناخته شده آزادند، مشروط به این که اصول استقلال، آزادی، وحدت ملی، موازین اسلامی و اساس جمهوری اسلامی را نقض نکنند. هیچکس را نمی‌توان از شرکت در آنها منع کرد یا به شرکت در یکی از آنها مجبور ساخت».

^۳ «هرکس حق دارد شغلی را که بدان مایل است و مخالف اسلام و مصالح عمومی و حقوق دیگران نیست برگزیند. دولت موظف است با رعایت نیاز



۱۳۷۰: ۱۶۰). بنابراین گفته می‌شود قراردادهای حقوق خصوصی اصولاً قراردادهای ماضی است اما در خصوص قراردادهای حوزه عمومی چون حداقل یک طرف، شخص عمومی است که به نمایندگی مردم عمل می‌کند و مفهوم مردم و منافع عمومی در طول زمان دارای سیالیت است، صرفاً اراده زمان انعقاد قرارداد ملاک نیست (Péquignot, 1945: 603) و به شرایط زمان تفسیر نیز باید توجه نمود.^۱ این رویکرد در مورد اصول ناظر بر حقوق و آزادی‌های مذکور در قانون اساسی به طور خاص صدق می‌کند به نحوی که «شیوه‌های تفسیری پویا و یا روش‌های تفسیری آزاد و یکسره عملگرا [...] تنها با رویکردهای واقع‌گرا و یا حق‌محور نسبت به قانون اساسی سازگار است» (جعفری، ۱۳۹۲: ۱۵۲). با همین منطقی «در پیشبرد و تحقق بسیاری از حقوق و آزادی‌های کنونی در آمریکا تفاسیر پویای دیوان‌عالی از قانون اساسی نقش محوری داشته است (جعفری، ۱۳۹۲: ۱۵۳). «تفسیر بر مبنای روش‌های پویا مستلزم در نظر داشتن تحولات حقوقی و همچنین زمینه اجتماعی مربوط به متن، علاوه بر سوابق و زمینه تاریخی آن است. مکاتب پویا در برابر منشأگرایی، عینیت مبتنی بر معنای زمان تصویب را رد می‌کنند. از دید آنها واژگان دارای معنای ثابت و محصلی در طول زمان نیستند بلکه این شرایط و زمینه دگرگون شونده آن‌هاست که به آنها معنی می‌دهد» (یاوری و دیگران، ۱۳۹۶: ۴۲).

چنین رویکردی با اصول دموکراتیک یک نظام سازگارتر است چرا که چنانچه قانون اساسی، تجلی اراده عمومی باشد، بدیهی است اراده عموم یا شرایط زیست جمعی ممکن است در طول زمان دچار تحولاتی گردد که لزوماً نیاز به فرایند و تشریفات بازنگری نداشته باشد و مفسران آن بتوانند در قالب متن موجود اما با تفسیر روزآمد تحولات مذکور را در عمل لحاظ کنند.

اساسی‌سازی که متأثر از رویکرد آمریکایی در دادرسی اساسی است مورد اقبال حقوق‌دانان اروپایی قرار گرفته و بر استنادپذیری اصول قانون اساسی در شاخه‌های مختلف حقوقی، تأکید نموده است؛ به نحوی که از بنیادهای قانون اساسی حقوق جزا و حقوق مدنی نیز سخن می‌رود (Rousseau, op.cit: ۴۳۲). در هر صورت به نظر می‌رسد مسأله استنادپذیری اصول قانون اساسی در دکتین حقوقی و نیز و رویه قضایی کشورمان هنوز کاملاً حل نشده و اختلاف نظرهایی را می‌توان ملاحظه نمود که البته موضوع بحث این نوشتار نیست. تلقی قانون اساسی به عنوان یک سند حقوقی، مسأله تفسیر آن را در مقاطع زمانی مختلف، پُر اهمیت می‌سازد. علاوه بر مسایل و اصول عامی که در خصوص تفسیر یک سند حقوقی می‌توان مطرح نمود تفسیر قانون اساسی به عنوان سند حقوق عمومی مدرن با معنایی که در ابتدای این مقاله بدان اشاره شد دارای سه ملاحظه مهم است: اول آن‌که عبارات یک متن حقوق عمومی اصولاً تا جایی که امکان داشته باشد باید «حال» تلقی شده و برخلاف اسناد حقوق خصوصی، معنای صرفاً ماضی بر آن بار نشود. دوم آن‌که قانون اساسی، متنی اجتماعی است که اثر آن محدود به طرف‌های قراردادی مشخصی نمی‌شود و بنابراین در مقام تفسیر باید تلقی و افکار عمومی را نیز مورد توجه قرار داد. سوم آن‌که سند مبتنی بر ارزش‌های جمهوریت است و در تفسیر عبارات و اصول آن، از برداشت‌های غیردموکراتیک باید پرهیز نمود.

۳،۲،۱ قانون اساسی به عنوان سند حال

در قراردادهای خصوصی که ناظر بر حقوق و منافع طرفین قرارداد است چنانچه نیاز به تفسیر متن قرارداد باشد مهم‌ترین راهکار و معیار، کشف اراده طرفین است که در زمان اختلاف، چاره‌ای جز مراجعه به اراده آنان در زمان انعقاد قرارداد نیست (کاتوزیان،

عمل‌گرایی و واقع‌گرایی حقوقی در بین اصحاب حقوق عمومی بیشتر طرفدار دارد. (نک: کیوانفر، ۱۳۹۰: ۷۴ به بعد).

^۱ بی دلیل نیست که مکاتب فرمالیسم (اصالت صورت) و پوزیتیویسم حقوقی در بین اصحاب حقوق خصوصی، و مکاتب حقوق طبیعی‌گرایی،

زنی‌های سیاسی، نقش ایفا می‌کند اما در دادگاه، قاضی یا قضات معدود، تصمیم فردی می‌گیرند (والدرون، ۱۳۹۷: ۴۶)، با این حال متن قانون اساسی واجد جنبه‌های سیاسی هم است و در اینجا نظر به تفسیر، نه در مقام دادرسی به معنای سنتی (یعنی فصل دعوی خصوصی) بلکه در مقام تدبیر حقوق عمومی است. موارد متعددی را می‌توان نشان داد که دادرسی اساسی در نتیجه تغییر شرایط و فهم اجتماعی، در طول زمان نظریه تفسیری خود را تغییر داده است (لوشر، ۱۳۹۰: ۵۹).^۱

۴ شرط محتوایی قانون اساسی مدرن

قانون اساسی به مفهوم مدرن آن، همزاد جمهوریت و دموکراسی است. تلقی قانون اساسی به عنوان میثاق ملی و تجلی‌دهنده ایده قرارداد اجتماعی به معنای پذیرش حاکمیت مردم به علاوه احترام به حقوق و آزادی‌هاست (Favoreu, ..., 2000: 91). به تعبیر دیگر با برتری قانون اساسی، در واقع دموکراسی به شکل سیاسی خود لعاب حقوقی می‌بخشد و با تقدم قانون اساسی بر مصوبات پارلمان، حاکمیت اکثریت را در چارچوب احترام به حقوق و آزادی‌ها قرار می‌دهد (زولر، ۱۳۹۶: ۱۸۴). به هر صورت پذیرش چنین مبنایی برای قانون اساسی به عنوان یک سند حقوق عمومی مدرن و تضمین کننده حقوق و آزادی‌های بنیادین، مانع از پذیرش هر مفهوم یا برداشتی در زمان وضع یا تفسیر اصول قانون اساسی می‌شود. بنابراین، قانون اساسی، ظرف خنثایی نیست که بتوان، هرگونه مظلوفی را صرف نظر از مبنا و کارکرد، در آن وارد کرد. شاید مشهورترین تعبیر در این خصوص، ماده ۱۶ اعلامیه حقوق بشر و شهروند فرانسه است که هر نظام فاقد تفکیک قوا را فاقد قانون اساسی اعلام نموده

همچنین در عرصه زیست جمعی، با عنایت به شتاب تحولات اجتماعی و تغییرات مدام در فناوری اصولاً موضوعات کاملاً جدیدی مطرح می‌شود که به هیچ وجه در مخیله مؤسس نمی‌گنجیده و تطبیق احکام قانون اساسی بر مسایل جدید جز از طریق شیوه پویا مقدور نیست. به طور مثال حقوق مربوط به فضای مجازی با استناد به قانون اساسی که چهل سال پیش به تصویب رسیده است جز از طریق استناد به اصول حقوق و آزادی‌های رسانه و ارتباطات میسر به نظر نمی‌رسد.

۳،۲،۲ افکار عمومی و تفسیر قانون اساسی (بعد اجتماعی)

«قانون اساسی یک سند عمومی است که علاوه بر واضعان و اصلاحگران آن، موضوع فهم عموم مردمی نیز قرار می‌گیرد که قرار است ذیل حاکمیت آن زندگی کنند؛ قانون اساسی، ابزار زندگی واقعی است که زندگی مردم را شکل می‌دهد» (Rossum, Tarr, 2000: 2). وجه دموکراتیک و مدرن نظام فقط در مرحله تصویب قانون یعنی از طریق مراجعه به آراء عمومی یا نمایندگان آنها نمود نمی‌یابد بلکه تجلی مردم‌سالاری را باید در هنگام تفسیر قانون هم ملاحظه نمود. از همین روی مفسر قانون اساسی نمی‌تواند صرفاً بر اساس ادله منطقی و ذهنی دست به تفسیر بزند بلکه باید به فهم عمومی حاکم بر جامعه که از طرق مختلف مانند مطبوعات و سایر رسانه‌ها قابل احراز است نیز توجه کند. به تعبیر دیگر، مفسر در حقوق عمومی باید علاوه بر متن، به فرامتن یا زمینه اجتماعی تفسیر هم توجه کند، و به بیان دیگر، تفسیر در حقوق عمومی به ویژه در خصوص قانون اساسی، از تفسیر فردی فراتر رفته و تبدیل به یک تفسیر جمعی یا عمومی می‌گردد. هرچند که تفاوت مهم تقنین با دادرسی را در آن می‌دانند که در تقنین، عقل جمعی از طریق چانه-

^۱ در مقاله‌ای الیزابت زولر گزارش می‌دهد دیوان عالی فدرال آمریکا در طول سالهای ۱۸۱۰ تا ۱۹۹۱ دویست و ده مورد از نظرات خود را کاملاً تغییر داده است (لوشر، ۱۳۹۰: ۶۰).



و بنابراین هر تفسیری که باعث شود محور نظارت، به جای اطمینان از راستی «اجرای انتخابات»، تبدیل به اطمینان از درستی «تشخیص انتخاب‌گران» گردد عملاً نظارت بر اراده و تشخیص مردم تلقی شده و با اصل حاکمیت مردم و در نتیجه، با برداشت مدرن از قانون اساسی، سازگار به نظر نمی‌رسد.

۵ نتیجه

تلقی قانون اساسی به معنای سند مدرن می‌تواند در تقابل با تلقی‌های متعددی قرار گیرد. هریک از این تقابل‌ها و دوگانه‌ها به تناسب زمینه کاربست آنها مورد توجه قرار گرفته و اهمیت می‌یابد. در نظام جمهوری اسلامی ایران، با عنایت به آرمان‌ها و شعارهای رهبران انقلاب و تأکید بر امکان تلفیق سنت و مدرنیته و نیز تلقی جمهوریت به‌عنوان ظرف، و اسلام به عنوان محتوا، به نظر می‌رسد تقابل محوری بین قانون اساسی به عنوان یک قالب خنثا و پذیرای هرگونه مظلوفی از سویی و قانون اساسی به‌عنوان یک سند حقوق عمومی مدرن حاوی الزامات شکلی و مفهومی ویژه از سوی دیگر، برقرار می‌شود. قانون اساسی با عنایت به جنبه حقوقی عمومی آن، سندی حال تلقی می‌شود که تفسیری پویا و روزآمد را ایجاب می‌کند و اجازه نمی‌دهد صرفاً در بند اراده مؤلفان گرفتار شویم. همچنین ابتدای جمهوریت بر اراده عمومی و اصولاً محوریت حاکمیت مردم در ساختار حقوق عمومی مدرن، اقتضا می‌کند که تفسیر قانون اساسی همانند تصویب آن، با لحاظ افکار عمومی، در عین توجه به ابعاد فنی و حقوقی آن صورت پذیرد. و بالأخره با عنایت به محوریت آزادی، تفسیر اصول قانون اساسی باید دارای تلائم با ارزش‌های دموکراتیک باشد و منجر به نقض اصول مهمی چون حاکمیت مردم، اصل قانونی بودن جرم و مجازات و محدودیت قدرت سیاسی نگردد.

است. همچنین در این راستا اصولی مانند اصل قانونی بودن جرم و مجازات، اصول ناظر بر حاکمیت مردم و حقوق بنیادینی مانند منع شکنجه، اصل برابری و منع تبعیض ناروا و نیز محدودیت قدرت و اصل عدم صلاحیت مراجع عمومی، از جمله مفاهیمی هستند که ملازمه ذاتی با مفهوم مدرن قانون اساسی داشته و در صورت نقض آن در یک سند، نمی‌توان آن را قانون اساسی به معنای مدرن و جهانی آن دانست. بنابراین چنانچه از منظر حقوق عمومی و مبانی قانون اساسی مدرن بخواهیم به طور مثال، اصل ۱۶۷ قانون اساسی^۱ را تفسیر کرده و منظور از «دعوا» را تبیین نماییم نمی‌توان مفهوم دعوی به‌کار رفته در اصل مذکور را ناظر بر موضوعات کیفری نیز دانست چرا که چنین تفسیری با اصل قانونی بودن جرم و مجازات سازگاری ندارد.

همچنین، و بعنوان مثال دیگر، اصل حاکمیت ملت که بعنوان مبنای جمهوریت نظام و به‌صراحت در عنوان فصل هفتم و اصل ۵۶ قانون اساسی بیان شده است ماهیت نظارت شورای نگهبان بر انتخابات عمومی را که در اصل ۹۹ قانون اساسی مورد اشاره قرار گرفته است معین می‌سازد: بدین شرح که می‌دانیم بحث‌های مشهوری در خصوص ماهیت نظارت شورای نگهبان راجع به انتخابات نمایندگان مجلس شورای اسلامی، درگرفته و دو دیدگاه در این خصوص، مطرح شده است که عده-ای، نوع نظارت را استطلاعی یا اطلاعی، و عده دیگر استصوابی تلقی نموده‌اند (نک: هاشمی، ۱۳۸۲: ۱۷۲). در نهایت هرچند ماده ۳ قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی، نوع نظارت را استصوابی اعلام نموده اما نکته مهم‌تر، نحوه تفسیر و اجرای نظارت استصوابی است. امر بدیهی آن است که نظارت پیش‌بینی شده برای شورای نگهبان، به منظور اطمینان از صحت انتخابات و انعکاس واقعی آراء عمومی در نتایج اعلام شده توسط مجریان است

نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد».

^۱ اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا



نیست که بتوان هر مفهومی را در آن گنجانده و هر قاعده‌ای را از آن استنباط نمود. بنابراین به منظور پرهیز از بروز ابهام در مفاهیم که منجر به بروز اشکال در مفاهمه بین حاکمیت و مردم و جدال‌های دامنه‌دار جریان‌ات سیاسی در جامعه می‌گردد بهتر است در صورت عدم پذیرش مؤلفه‌های اساسی و بنیادین حقوق عمومی مدرن، استفاده از تعبیر کلیدی آن را کنار گذارده و از الفاظ متناسب با دریافت واقعی‌مان از نظام مرجح استفاده بریم.

یکی از دعاوی اصلی مشروطه به بعد، بحث راجع به همسانی برخی قالب‌های مدرن با نهادهای موجود در سنت فقهی بوده است که در این نوشتار با تمرکز بر یکی از مفاهیم کلیدی، به دنبال نشان دادن دشواری‌های تلفیق بوده‌ایم. در نهایت، بدون آن‌که به دنبال ارزش‌داوری و ترجیح اصول دموکراسی و حقوق عمومی مدرن نسبت به ارزش‌های اتخاذی و ادعایی مربوط به اسلامیت نظام یا بعکس برآییم، تنها مدعا آن است که جمهوریت، بر خلاف تلقی اولیه برخی نظریه‌پردازان جمهوری اسلامی، ظرفی خنثا نیست و به تبع آن، قانون اساسی سند و قالبی



References

- Abbasi, Bijan (2018), *Fundamentals of Constitutional Law*, Jangal. (In persian)
- Abbasi, Bijan, "Distinction between founding powers and established powers", *Constitutional Law Journal*, No. 3, 2013. (In persian)
- Aguila (y), *Le Conseil constitutionnel et la philosophie du droit*, L.G.D.J, 1999.
- Ajodani, Masha Allah (2015), *Iranian Constitution*, Akhtaran Publishing House. (In persian)
- Aristotle(1992), *Politics*, translated by Hamid Enayat, Islamic Revolution Publications and Education. (In persian)
- Barendt, Eric, *An introduction to constitutional law*, Oxford University Press, 1998.
- Chevallier, Jacques (1999), *Rule of Law*, translated by Hamidreza Malek-Mohammadi, Daddgostar Publishing House. (In persian)
- Daintith, Trencé, Alan Page, *The executive in the Constitution*, Oxford University, 1999.
- Debbash, C, J-M, Pontier, J, Bourdon, J-C, Ricci, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Economica, 2001.
- Dizpicazo, Louise Maria, "The Transformation of the Concept of Law in the West", translated by Mohammad Reza Vjeh, *Journal of Theology and Law*, Vol. 23, 2016. (In persian)
- Hashemi, Seyyed Mohammad, "The supervision of the Guardian Council is disciplinary, neither discretionary nor survey", *Humanities Lecturer - Comparative Law Researches*, no. 31, winter 2003. (In persian)
- Favoreu, Louis, P, Gaia, ..., *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2004.
- Favoreu, Louis ,..., *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2000.
- Favoreu, Louis ,Thierry S. Renoux, *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*, Sirey, 1992.Press, 1999.
- Favoreu, Louis , L, Philipp, ..., *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*, Dalloz, 2009.
- Gicquel, Jean, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, 1993.
- Hayek, Friedrich von (2013), *Law, Legislation and Freedom*, Volume, III, translated by Mahshid Moiri and Musa Ghannejad, World of Economics Publications. (In persian)
- Jaafari, Mohammad Hossein (2012), *Principles Governing the Interpretation of the Constitution in Iran and America*, Majd. (In persian)
- Katouzian, Nasser (1991), *Civil Law, Preliminary Course (Legal Acts)*, Borna and Bahman Publishing Company,. (In persian)
- Keiwanfar, Shahram (2019), *Philosophical Foundations of Law Interpretation*, Enteshar Company. (In persian)
- 36-Kelly, A, W, Harbison, H, Belz, *The American constitution, its origins and development*, Norton-Company, 1990.



- Kelsen, Hans (2017), *Pure Legal Theory*, translated by Ismail Nematollahi, Samt Publications and Center for Research and Development of Human Sciences. (In persian)
- Lauvaux, Philippe, *Les grandes démocraties contemporaines*, PUF, 1998.
- Lock, John (2017), *A treatise on government*, translated by Hamid Azdanlou, Ney Publishing. (In persian)
- Loglin, Martin (2018), *Basics of Public Law*, translated by Mohammad Rasakh, Ney Publishing. (In persian)
- Loglin, Martin (2015), *Basics of Public Law in the West*, translated by Mohammad Moqtadar, Majd Publications. (In persian)
- Loscher, Francois (2000), *Constitutional Justice*, translation and research: Seyed moatba Vaezi, Javadane. (In persian)
- McIlwain, Charles Howard, *Constitutionalism: ancient and modern*, Magi, 1975.
- Neuman, Frants (1994), *Freedom and Power and Law*, translated by Izatollah Fouladvand, Khwarazmi Publications. (In persian)
- Pane, Thomas, *The rights of man*, 1792.
- Péquignot, M, *Théorie du contrat administratif*, Thèse, Montpellier, 1945.
- Qazi Shariat-Panahi, Abolfazl (1993), *Constitutional Law and Political Institutions*, first volume, Tehran University Publications. (In persian)
- Rossum, Ralph, G.Alan Tarr, *American constitutional law*, v.2, Thomson, 2007.
- Rousseau, Jean-Jacques (2018), *Social Contract*, translated by Morteza Kalantarian, Age Publishing. (In persian)
- Rousseau, Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 2001.
- Spiro, Herbert John, *Constitution*, www.britanica.com/article/134169. 2021.
- Sudre, Frederic, ..., *Les grands arrêts de la Cour Européenne des droits de l'homme*, PUF, 2009.
- Tabatbayi, Seyed Javad (2018), *Nation, State and Rule of Law*, Minooye Kherad Publications. (In persian)
- Vaezi, Seyed moatba, "Comparative study of the foundations and function of constitutional justice models", *Modares Journal of Humanities, Comparative Law Researches*, 15th year, No. 2, 2013. (In persian)
- Vincent, Andrew (1997), *Theories of the State*, translated by Hossein Bashiriyeh, Nei publication. (In persian)
- Waldron, Jeremy (2017), *Legislation; Concepts, theories and principles*, translated by Hasan Vakilian, Negah Maazer. (In persian)
- Yavari, Asdollah (2016), Mehdi Moradi Berlian, Parham Mehraram, *Principles and standards of judicial interpretation in public law*, Judiciary Press and Publications Center. (In persian)
- Zarooni, Dariush, Gorji Azandraiani, Ali Akbar, Behdoyan, Behrouz, "Citability of the principles of the Constitution in the decisions of the courts", *Public Law Research*, 1401, No. 23-74. (In persian)



- Zoller, Elizabeth (2016), *An introduction to public law*, translated by Seyed mojatba Vaezi, Javadane. (In persian)

-Zoller, Elizabeth, *Les grands arrêts de la cour suprême des Etats-Unis*, Dalloz, 2010.