

## Place and the legal value of limitations of the constitutional revision; A comparative study

Asadollah Yavari\*

*Assistant Professor of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.*

(Received: 2020/05/25– Accepted: 2020/09/20)

### Abstract

Following the victory of the constitutionalism movement in the 18th century and the formation of constitutional political systems, gradually democratic constitutions enacted, as a kind of state statute and the document of legal legitimacy to obtain and transfer political power, guarantee and protect human rights. However, the later challenge was the continuity of validity and the possibility of modifying and changing the constitution. Despite the primary recognition of this right for citizens and the possibility of changing the constitution (instead of the right to revolt), in many current constitutions, certain rules were excluded from the possibility of revision. The main challenge has been the possibility or impossibility of amending the foundations of the constitution and the legal effect of the limitations of revision. Some countries have not considered any restrictions on the revision of the Constitution, while others have contained restrictions for the protection of the fundamental rights and freedoms, especially on their political participation in power (the prohibition of the deformation of the republic). As an intermediate solution, in some other countries the possibility of a general revision of the constitution, or a revision of the restrictions, is provided in the constitution by an independent and special procedure. Concerning the supervision of the revision, except for a few countries, this is not explicitly provided in the constitutions. However, about the revision's procedure, in most countries, the constitutional judge emphasized considering the formal conditions of the revision. In any case, it seems, the legal or practical impossibility of amending the constitution, in whole or in part, could be considered as a kind of invitation to change the political system by other means.

### Keywords

Constitution, Revision, fondamentale, supra constitutionnel, constituent power.

---

\* Email: yavariamir@hotmail.com

Fax: +98 2122431759

مطالعات حقوق تطبیقی

دوره ۱۱، شماره ۲

پاییز و زمستان ۱۳۹۹

صفحات ۷۸۵ تا ۸۱۳ (علمی - پژوهشی)

## مطالعه تطبیقی جایگاه و اعتبار پیش‌بینی هنجاری‌های حقوقی

### تغییرناپذیر در قانون اساسی

اسدالله یآوری\*

استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۳/۰۵، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۶/۳۰)

### چکیده

در پی پیروزی نهضت قانون اساسی گرایي در قرن هجدهم و شکل‌گیری نظام‌های سیاسی مشروطه، به تدریج قوانین اساسی دموکراتیک به‌عنوان اساسنامه حکومت و سند مشروعیت حقوقی کسب و انتقال قدرت سیاسی و همچنین چارچوب ساختاری و سازمان و تشکیلات حکومت و صلاحیت‌های مقامات و مأمورین آن و به‌منظور شناسایی و حفظ و تضمین حقوق و آزادی‌ها به‌تصویب رسید. با وجود این، چالشی که بعدها مطرح گردید، مسئله تداوم اعتبار و امکان اصلاح و تغییر آن بوده است. با وجود پیش‌بینی اصولی و اولیه حق تغییر قانون اساسی برای مردم (جایگزین حق شورش)، در بسیاری از قوانین اساسی امروزی، بعضی از قواعد از امکان بازنگری مستثنی شده‌اند. چالش اصلی در اینجا، بر امکان یا عدم امکان تغییر و اصلاح بنیان‌های نظام سیاسی و اثر حقوقی پیش‌بینی محدودیت‌های بازنگری متمرکز است. البته برخی کشورها هیچ محدودیتی در بازنگری قانون اساسی پیش‌بینی نکرده‌اند و در برخی دیگر، محدودیت‌های موردنظر پیرامون حمایت از حقوق و آزادی‌های بنیادین شهروندان و به‌ویژه جمهوریت نظام سیاسی (ممنوعیت تغییر شکل جمهوری حکومت) بوده است. به‌عنوان راه‌حل واسط در برخی قوانین اساسی، امکان بازنگری کلی و یا بازنگری در مورد محدودیت‌ها، از طریق آئینی مستقل از بازنگری عادی پیش‌بینی شده است. در خصوص نظارت بر بازنگری قانون اساسی، جز در معدودی از کشورها، این امر به نحو صریح در قوانین اساسی پیش‌بینی نشده و بیشتر مراجع صیانت از قانون اساسی نیز به‌صراحت اعلام عدم صلاحیت در نظارت نموده‌اند. با وجود این در اکثر کشورها، دادرسی اساسی بر لزوم رعایت شرایط شکلی بازنگری تأکید داشته است. در هر حال، عدم امکان حقوقی و یا عدم پذیرش عملی بازنگری در جزء یا کل می‌تواند به‌نوعی دعوت به لزوم تغییر در نظام سیاسی از راه‌های دیگر تلقی شود.

### واژگان کلیدی

بازنگری، قانون اساسی، قوه مؤسس، مراجع صیانت از قانون اساسی، هنجار فراقانون اساسی.

Email: yavariamir@hotmail.com

\* نویسنده مسئول، فکس: ۰۲۱۲۲۴۳۱۷۵۹

## مقدمه

مشروعیت سیاسی و دوره دوام یک قانون اساسی، وابسته به میزان پاسخگویی آن به نیازها و اقتضائات روز جامعه و کارایی آن از دیدگاه داشتن یک چارچوب حقوقی مناسب در اداره مطلوب امور عمومی از یک سو، و نقش مردم در تهیه، تدوین و تصویب آن و همچنین توجه به مطالبات آنان در آن قانون اساسی و به تبع این امر، تداوم مقبولیت آن نزد مردم است.<sup>۱</sup> بر همین اساس، امروزه اصل بازنگری در قوانین اساسی به‌عنوان یک قرارداد بشری، مورد پذیرش همه نظام‌های سیاسی - حقوقی قرار گرفته است.

با وجود این، از منظر حقوقی، دو ویژگی خاص، بازنگری در قانون اساسی را از اصلاح و تغییر در قوانین عادی متمایز نموده است: اولاً با عنایت به اینکه قانون اساسی دربردارنده هنجارهای بنیادین حاکم بر حیات جمعی و اداره امور عمومی است، نیاز به ثبات بیشتری دارد و نباید به‌راحتی و سرعت (قابل مقایسه با اصلاح قوانین عادی) تغییر یابد؛ امری که به‌نوبه خود مستلزم پیش‌بینی آئین و شرایط و ضوابط دشوارتری در بازنگری نسبت به تغییر قوانین عادی است. ثانیاً با توجه به اینکه برخی از ارزش‌ها سازنده هویت یک نظام سیاسی و حقوقی است، تغییر آن‌ها در قانون اساسی یا مطلقاً ممنوع، یا محدود به رعایت شرایط و ضوابط خاص شده است.<sup>۲</sup>

بنابراین، در بسیاری از قوانین اساسی، اصلاح برخی قواعد در بازنگری استثنا شده است. به عبارت دیگر، در قوانین اساسی بسیاری از کشورها، نرماً و قواعد تغییرناپذیر پیش‌بینی شده است. در واقع، قوه مؤسس در تهیه، تنظیم و تصویب قانون اساسی نوعاً و بر اساس حفظ اصول و بنیان‌های رژیم‌های سیاسی، محدودیت‌ها و ممنوعیت‌هایی را برای مرجع بازنگری پیش‌بینی می‌نماید.

در حقوق تطبیقی، برای وضع محدودیت و ممنوعیت در بازنگری برخی قواعد قانون اساسی، از اصطلاحاتی چون مقدس (Droits intangibles)، غیرقابل خدشه (Droits indérogables)، محدودیت‌های دائمی یا ابدی (Clause d'éternité)، محدودیت‌های ماهوی یا مادی بازنگری (Limites matérielles de la révision) و هسته اساسی (Noyau constitutionnel) یا هویت اساسی (Identité constitutionnelle) استفاده شده است. در واقع، این امر مبین غیرقابل تغییر بودن بخشی از قانون اساسی به‌مثابه تشکیل‌دهنده هسته، جوهر و هویت و سنگ بنای آن، گاه تحت عنوان نرماً یا هنجارهای فراقانون اساسی (Supra-constitutionnelles) تلقی شده است.

۱. امری که در اعلامیه باماکو (مصوب کشورهای فرانسوی‌زبان در سال ۲۰۰۰م در خصوص بیلان رعایت

دموکراسی و حقوق بشر در این کشورها) به آن تصریح شده است. در این خصوص، نک:

Organisation internationale de francophonie; Dynamiques constitutionnelles dans l'espace francophone, Rapport sur l'état des pratiques de la démocratie, des droits et des libertés 2016 (<https://www.francophonie.org/sites/default/files/2019-10/Rapport-democratire-droits-libertes-2016.pdf>).

۲. برای مثال، در خصوص برخی مصادیق محدودیت‌های بازنگری در قانون اساسی (در حوزه کشورهای فرانسوی‌زبان)، نک: همان، ص ۱۶ به بعد.

در کنار پذیرش مشروعیت سیاسی، تغییر و بازنگری (کلی و جزئی) قانون اساسی یا تدوین قانون اساسی جدید، در بستر یک نظام سیاسی دموکراتیک، موضوع مشروعیت حقوقی وضع محدودیت‌ها در بازنگری از سوی قانون‌گذار اساسی و الزام‌آور بودن آن برای مرجع بازنگری، همواره محل بحث بوده است. آیا می‌توان قائل به تغییرناپذیر بودن یا خدشه‌ناپذیر بودن برخی از قواعد مندرج در قانون اساسی در روند بازنگری آن بود؟ آیا این هنجارها محدودکننده بازنگری (جزئی یا کلی یا هر دو) هستند؟ پیش از پاسخگویی به این پرسش‌ها، در ابتدا باید مشخص کرد، آیا هنجارهای حقوقی برتر از قانون اساسی وجود دارد؟ منبع آن کجاست؟ و ماهیت و محتوای این هنجارها چیست؟ به‌علاوه، طرح این پرسش شایسته است که آیا در درون مجموعه قواعد مندرج در قانون اساسی، می‌توان تفکیکی مبتنی بر برتری برخی از قواعد نسبت به برخی دیگر (رابطه عمودی و سلسله‌مراتبی میان قواعد قانون اساسی) در نظر گرفت؟ به‌علاوه پرسش‌های دیگری نیز در این میان قابل طرح است: آیا امکان نظارت بر بازنگری وجود دارد؟ به‌وسیله کدام مرجع؟ حدود اختیارات مرجع بازنگری چیست؟ آئین تغییر کل قانون اساسی و تصویب قانون اساسی جدید چگونه است؟ در چنین مواردی، آیا مرجع نظارت صلاحیت مداخله خواهد داشت؟

با وجود چالش‌های نظری پیرامون مشروعیت و یا عدم مشروعیت پیش‌بینی هنجارهای حقوقی تغییرناپذیر در قانون اساسی مبتنی بر رویکردهای پوزیتیویستی، پیش‌بینی اصول و قواعد تغییرناپذیر در اکثریت قابل‌توجهی از قوانین اساسی امروزی دیده می‌شود. با وجود این، از یک سو، مسئله ملاحظاتی سیاسی در نوع و محتوی محدودیت را نباید نادیده انگاشت و از سوی دیگر، امروزه چگونگی رعایت و نظارت بر رعایت محدودیت‌های مادی، شکلی و آئینی یادشده بسیار حائز اهمیت است. البته کشور ما در این میان، دارای اختصاصات و ویژگی‌های منحصربه‌فردی است که آن را آماده و مستلزم بررسی مستقل می‌نماید.

## ۱. مشروعیت یا عدم مشروعیت پیش‌بینی نرُم‌های فراقانون اساسی

در میان صاحب‌نظران حقوق اساسی، دو جریان فکری موافق و مخالف وجود و پیش‌بینی عدم امکان بازنگری در خصوص برخی هنجارهای بنیادین (یا وجود سلسله‌مراتب حقوقی میان هنجارهای اساسی) و همچنین جواز یا عدم جواز ورود و نظارت مرجع صیانت از قانون اساسی یا دادرس اساسی در هنگام بازنگری در قانون اساسی به‌منظور بررسی نظارت بر رعایت آن‌ها دیده می‌شود. البته، جریان سومی نیز وجود دارد که میان بازنگری جزئی و کلی تفکیک کرده، در مورد اول، قائل به لزوم رعایت محدودیت‌های پیش‌بینی‌شده در قانون اساسی و چارچوب

آئین بازننگری بوده و در مورد تغییرات بنیادین یا کلی قانون اساسی، فقط رعایت آئین بازننگری موردنظر را لازم‌الرعایه می‌داند. البته، در هر حال، در تغییرات بنیادین سیاسی و خروج از چارچوب قانون اساسی در جریان و ایجاد نظم سیاسی و حقوقی جدید، رعایت آئین یادشده نیز موضوعیت نخواهد داشت.

### ۱.۱. نظریه‌های قائل به وجود هنجارهای حقوقی فراقانون اساسی

از منظر پوزیتیویستی، اساس حقوقی وجود این قواعد، مبتنی بر وجود سلسله‌مراتب در هنجارهای اساسی است. در واقع، با تفکیک قوه مؤسس قانون اساسی از قوا و نهادهای تأسیس‌شده به‌مثابه اجزای حاکمیت و نظام سیاسی، وجود سلسله‌مراتب یادشده طبیعی و بدیهی به‌نظر می‌رسد (Grewe et Ruiz Fabri, 1995: 50). این تمایز در راستای رعایت تصمیم قوه مؤسس و به‌نوعی حفظ حاکمیت که غیرقابل تجزیه است، صورت می‌پذیرد (Beaud, 1994: 133). بنابراین، مرجع بازننگری (قوه مؤسس مشتق)، به‌عنوان بخشی از مجموعه نهادهای نظام سیاسی ایجادشده بر اساس اراده قوه مؤسس اصلی قانون اساسی، صلاحیت‌های خود را از آن می‌گیرد و نمی‌تواند خارج از این صلاحیت‌ها بنیان‌های کل نظام سیاسی را دستخوش تغییر و اصلاح نماید. به عبارت دیگر، اصلاح و تغییر قانون اساسی تنها بر اساس و در چارچوب قواعد (و محدودیت‌های) شکلی و ماهوی پیش‌بینی‌شده از سوی قوه مؤسس امکان‌پذیر است. بر این اساس، قوه مؤسس را باید خالق و بنیان‌گذار قانون اساسی بدانیم. حدود اختیارات این نهاد به‌واسطه نمایندگی از سوی حاکم اصلی، یعنی مردم، به‌منظور تعیین اصول و بنیان‌های حیات جمعی در وضع قانون اساسی محدود و مقید به هیچ قاعده حقوقی مسبق به خود نیست. در مقابل، کلیه نهادهای پیش‌بینی‌شده در نظام سیاسی در قانون اساسی (از جمله مرجع بازننگری در قانون اساسی) در اعمال صلاحیت‌های خود باید تابع نظر و حکم قوه مؤسس باشند و در چارچوب مقرر در قانون اساسی مبادرت به تصمیم‌گیری نمایند. این امر به‌نوعی حفظ ذات و جوهره، ماهیت نظام سیاسی و حکومت در قانون اساسی و رعایت آن از سوی مرجع بازننگری است.

بنابراین و بر اساس منطق حاکم بر این رویکرد، در یک بستر دموکراتیک، اگرچه یک نظام سیاسی نمی‌تواند هسته سخت و اصلی خود را مقدس و غیرقابل تغییر ابدی اعلام نماید، اما سعی در حفظ هویت آن نظام دارد<sup>۱</sup> و این امر در چارچوب نظم حقوقی حاکم، نوعاً در قوانین

۱. برای مثال، می‌توان به معاهده اتحادیه اروپا (پاراگراف ۴ ماده ۲) در این خصوص اشاره کرد. مطابق این ماده: «اتحادیه برابری دول عضو در مقابل معاهده اتحاد، هویت ملی آن‌ها که از ساختار بنیادین سیاسی و مبتنی بر قانون اساسی است و همچنین استقلال محلی و منطقه‌ای‌شان را رعایت می‌نماید. اتحادیه کارکردهای اساسی

اساسی مورد تأکید قرار می‌گیرد و این شناسایی حقوقی تا پایان حیات نظم و نظام سیاسی یادشده دارای اعتبار است و لازم‌الرعايه به‌نظر می‌رسد. البته چنین نگاهی را می‌توان از سال‌های ابتدایی پس از انقلاب فرانسه، در اولین قانون اساسی این کشور در سال ۱۷۹۱م، مشاهده کرد: مطابق مادهٔ یک از تیت‌ر هفتم این قانون، با اینکه مردم حق غیرقابل‌خدا شده در تغییر قانون اساسی خود را دارند، چنانچه این امر در چارچوب پیش‌بینی‌شده در خودِ قانون اساسی صورت پذیرد، با رعایت منافع ملی سازگارتر است. البته این رویکرد در قوانین اساسی بعدی، به‌ویژه در قانون اساسی ۱۸۱۴م، محدودیت‌های محتوایی در تغییر و اصلاح قانون اساسی (به استثنای ممنوعیت تغییر «شکل جمهوری» در قانون اساسی ۱۹۵۸م) برداشته شده و تنها محدودیت رعایت آئین و شکل اصلاح باقی مانده است.<sup>۱</sup>

از صاحب‌نظران بزرگ این رویکرد، می‌توان به لویی فاورو، استاد فقید حقوق اساسی فرانسه، اشاره کرد که در مقاله و مباحثه‌ای با دیگر استاد بزرگ حقوق اساسی فرانسه، ژرژ ودل (G. Vedel) به نحو مفصل به دفاع از این موضع پرداخته است. وی بی‌توجهی جدی حقوق‌دانان<sup>۲</sup> به این امر را تا دهه‌های اخیر در این کشور ناشی از سه عامل دانسته است: نداشتن پیشینهٔ طولانی‌بازنگری در قانون اساسی؛ عدم نظارت مؤثر و دادرسی اساسی<sup>۳</sup>؛ و درنهایت نبود قواعد بنیادین در هنجارهای فراملی (منطقه‌ای و بین‌المللی) به‌عنوان قواعد برتر از قانون اساسی (Normes transnationales supraconstitutionnelles) تا نیمهٔ قرن بیستم (Favoreu, 1997: 72).

دولت، به‌ویژه مواردی را که هدفشان تضمین تمامیت ارضی، حفظ نظم عمومی و حفاظت از امنیت ملی است رعایت می‌نماید. به نحو خاص، امنیت ملی در قلمرو انحصاری مسئولیت هریک از دولت‌های عضو است.<sup>۱</sup> به این وضعیت باید رژیم حقوقی حاکم بر اصلاح قوانین اساسی نرم، مانند اولین قانون اساسی ایتالیا و به‌ویژه قانون اساسی بریتانیا را اضافه نمود. در واقع، در انگلستان چنین محدودیتی هم وجود نداشت. البته، شاید تصویب کنوانسیون اروپایی حقوق بشر در قالب قانون حقوق بشر در سال ۲۰۰۰م را بتوان محدودیتی در این حوزه (و به نوعی اساسی‌سازی یا مشروطه‌سازی) در بریتانیا در نظر گرفت.

۲. البته دوگی، هوریو و بارتمی، از حقوق‌دانان بزرگ حقوق عمومی، نسبت به این مسئله اعلام موضع کرده بودند؛ درحالی که موريس هوریو و آدناثر آیزمن اصلاحیهٔ ۱۸۸۴م در خصوص قانون اساسی ۱۸۷۵م (که در آن بازنگری و تغییر کل قانون اساسی مجاز شمرده شده بود) مبنی بر پیش‌بینی ممنوعیت تغییر شکل جمهوری در نظام سیاسی را لازم‌الرعايه می‌دانستند؛ دوگی و بارتمی با استناد به اینکه این اصلاحیه از سوی یک مجلس قانون‌گذاری وضع شده و قابل‌نسخ است، آن را فاقد تأثیر قطعی در محدودسازی بازنگری می‌دانستند. به این ترتیب که در ابتدا مادهٔ محدودکننده می‌تواند از جانب مجلس بعدی حذف و سپس امکان هرگونه بازنگری فراهم گردد. در این خصوص، نک:

Esmein A., *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, vol. II, Sirey, 1928, 8e éd., rééd. Panthéon-Assas, « Les introuvables », 2001, p. 503 ; M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929, 2e éd., Paris, rééd. CNRS 1965, p. 247 ; Duguit L., *Traité de droit constitutionnel*, vol. V, Paris, de Boccard, 3e éd., 1929, Paris, rééd. CNRS, 1972, p. 540. Dans le même sens, voir notamment, Barthelemy (J.) et Duez P., *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933, rééd. 2004, p. 231.

۳. نک: پاورقی ش، ۲۱.

وی همچنین در پاسخ به استدلال مخالفان وجود هنجارهای فراقانون اساسی در استناد به حقوق طبیعی، معتقد به ازمیان رفتن مرزهای تاریخی میان حقوق طبیعی و حقوق وضعی (یا موضوعه) در حال حاضر بوده، مبتنی بر این دیدگاه، قائل به برتری حقوق بنیادین شناسایی شده در قوانین اساسی یا خارج از آن (که منبعشان حقوق طبیعی است) نسبت به سایر قواعد مندرج در قوانین اساسی است (Favoreu, 1997: 74)؛ ضمن اینکه امروزه برتری هنجارهای حقوقی فراملی (مانند نظام اتحادیه اروپا و نظام اروپایی حقوق بشر مبتنی بر کنوانسیون اروپایی حقوق بشر) بر قوانین اساسی به نوعی پذیرفته شده است (Favoreu, 1997: 76). ایشان در پاسخ به راه حل و توجیه قائلان به ید مطلق مرجع بازنگری در اصلاح و تغییر کل قانون اساسی از طریق امکان حذف ماده دربردارنده قواعد محدودکننده از قانون اساسی در ابتدا و باز شدن راه هرگونه اصلاح آن در مرحله بعدی، آن را نوعی انحراف از آئین بازنگری، به ویژه در اصلاح جزئی و در شرایط عادی می داند (Favoreu, 1997: 76-77)

برخی صاحب نظران با استناد به رویه مراجع صیانت از قانون اساسی در برخی کشورها، مانند ایتالیا، آلمان و فرانسه، ضمن پذیرش وجود سلسله مراتب میان هنجارهای درون قانون اساسی، معتقدند برخی از این هنجارها به اعتبار اینکه تشکیل دهنده «هویت مبتنی بر قانون اساسی» (Identité constitutionnelle) در یک نظام سیاسی - حقوقی هستند، در مرتبه بالاتر نسبت به سایر هنجارهای مندرج در قانون اساسی قرار دارند، بنابراین در بازنگری قانون اساسی به عنوان محدودیت های آن لازم الرعایه اند (Dubout, 2010/3: 451).

ادوارد دبو در این خصوص با تفکیک هنجارهای فراقانون اساسی در بیرون از نظم حقوقی و درون نظم حقوقی، هنجارهای دسته اول (برای مثال، ناشی از اخلاق یا ارزش های برگرفته از حقوق طبیعی) را فراقانون اساسی در مفهوم حقوقی آن نمی داند و هنجارهای دسته دوم را که در درون نظم حقوقی به وسیله قانون گذار اساسی در قانون اساسی شناسایی شده اند، بخش ثابت یک نظام حقوقی قلمداد می کند که تنها با ازمیان رفتن کل نظام یادشده قابل تغییر خواهد بود. به عبارتی، این بخش تشکیل دهنده یک «حقوق طبیعی موضوعه» (Droit naturel positif)، متضمن محتوایی برگرفته از آنچه که در یک نظام اجتماعی «درست» (Juste) تلقی می شود، است (Dubout, 2010/3: 457). در واقع، این تلقی مبتنی بر کشف و شناسایی ارزش های حقوق طبیعی از سوی حقوق وضعی و درج آن در مجموعه قوانین و مقررات موضوعه صورت گرفته است<sup>۱</sup> (Longneaux, 2008: 683). این تعریف باید بر اساس غایت این قواعد باشد و نه محتوای

۱. برای مثال، در تصمیم شورای قانون اساسی فرانسه در رأی مورخ ۲۷ ژوئیه ۲۰۰۶ در مورد اعمال مقررات اتحادیه اروپا در حقوق داخلی فرانسه، به نظر تحت تأثیر رویه دادگاه قانون اساسی فدرال آلمان و ایتالیا، Mazeaud, (2006: 2)، شورا تصریح کرده است، مقررات یادشده نمی توانند مغایر یک قاعده یا اصل ملحق به هویت اساسی

آن (Dubout, 2010: 454)؛ یعنی هنجارهایی که مبین اختصاصات یک نظم حقوقی بوده و در واقع نظم حقوقی بر آن استوار گردیده و بر این اساس باید حفظ شوند. اما نکته حائز اهمیت، تعریف و شناسایی محتوای «هویت مبتنی بر قانون اساسی» و هنجارهای ملحق به آن و همچنین مرجع و معیارهای شناسایی و تشخیص آن در مجموعه قواعد مندرج در قانون اساسی است؛ امری که مشخص نشده است.

### ۱.۲. نظریه‌های مخالف وجود هنجارهای فراقانون اساسی

با وجود قابلیت پذیرش نظریات موافق وجود و لزوم رعایت قواعد فراقانون اساسی مبتنی بر یک پوزیتیویسم فرمالیستی، مخالفان آن نیز دفاعیات قابل توجهی ارائه می‌کنند. از مهم‌ترین صاحب‌نظران در این حوزه، باید به ژرژ وودل اشاره کرد. وی در ابتدا، با تأکید بر رابطه حاکمیت و مسئله قواعد فراقانون اساسی، به طرح دو موضوع و مسئله می‌پردازد: حاکمیت از آن کیست؟ چنانچه هنجارهای حقوقی فراقانون اساسی وجود دارند، چه مرجعی آنها را وضع کرده، یا می‌تواند نسخ و اصلاح نماید؟

در خصوص حاکمیت قوه مؤسس، وودل تصریح می‌کند: «چنانچه بپذیریم که یک هنجار متعالی و برتر وجود دارد، هرگز حاکمیتی [برای قوه مؤسس] وجود ندارد (Vedel, 1993: 91)». در راستای همین نظر، میشل تروپه، به‌عنوان یکی از بنیان‌گذاران جریان حقوقی واقع‌گرا، هیچ محدودیتی از حیث نظری، حتی برای مرجع بازنگری در اصلاح قانون اساسی (و حتی قواعد مربوط به آئین بازنگری) نیز قائل نیست (Troper, 1993: 337). کارل اشمیت (Schmitt, 1993: 212) و سی‌یس (Sieyes) قبل از او، مبتنی بر ایدئولوژی حاکمیت مردم به‌عنوان مؤسس اصلی، هیچ‌گونه محدودیتی برای مردم و قوه مؤسس (به نمایندگی) در اصلاح قانون اساسی را نپذیرفتند. در واقع، چنین تفکیکی با اصل دائمی بودن حاکمیت مردم در قانون‌گذاری (اساسی و عادی)، حداقل هنگام همه‌پرسی اصلاح قانون اساسی در تعارض به‌نظر می‌رسد. با وجود این، اشمیت در جای دیگری برخلاف این نظر، با تفکیک قوه مؤسس از مرجع بازنگری، چنین

(در قانون اساسی فرانسه) باشند؛ مگر آنکه قانون‌گذار اساسی موافق آن (یعنی از طریق اصلاح قانون اساسی) باشد. به همین اعتبار، وجود سلسله‌مراتب در هنجارهای اساسی در رویه قضایی اداری فرانسه نیز مورد تصریح قرار گرفته است. البته، در اینجا امکان این تغییر هویت در بازنگری مورد پذیرش قرار گرفته است. نک: CC, 27 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, n° 2006-540 DC, spéc. cons. 19 ; et décision n° 2006-543 du 30 novembre 2006, Loi relative au secteur de l'énergie, spéc. cons. 6. CE, Ass., 8 février 2007, Société Arcelor Lorraine, req. n° 287110.

۱. برای دسترسی به متن فارسی مقاله، نک: وودل، ژرژ و فاورو، لویی (۱۳۸۲)، «فراقانون اساسی بودن و حاکمیت»، مترجم: علی اکبر گرجی، نشریه حقوق اساسی، ش ۱، صص ۲۸۴-۲۳۹.



محدودیتی را برای این نهاد با استدلال تأسیسی بودن مرجع بازنگری و لزوم حفظ هویت و تداوم متن اصلی و اولیه در هنگام اصلاحات قانون اساسی، می‌پذیرد (Schmitt, 1993: 241).  
 ودل در رد وجود مجموعه‌ای از قواعد حقوقی برتر از قانون اساسی (با شناسایی در درون قانون اساسی یا بیرون از آن) در حقوق داخلی، نظر خود را بر سه پایه استوار کرده است: اول اینکه حقوق فرانسه و رویه عملی آن<sup>۱</sup>، مبتنی بر نفی صلاحیت شورای قانون اساسی در نظارت بر بازنگری از سوی آن شورا، چنین رویکردی را نمی‌پذیرد<sup>۲</sup>. دوم آنکه مفهوم مجموعه قواعد

۱. از نظر وودل، شورای قانون اساسی فرانسه اولاً هرگز به نحو مستقیم یا غیرمستقیم هنجارهای غیرمستند به قانون اساسی را هنجار حقوقی در نظر نگرفته است. ثانیاً سلسله‌مراتبی میان قواعد قانون اساسی پیش‌بینی نشده است. ثالثاً اقتدار اولیه وضع قاعده را متعلق به قوه مؤسس می‌داند. البته، از نظر وی، مخالفت با این عقیده در فضای سیاسی و گاه حقوقی، ناشی از سه اشتباه است: اول آنکه در یک دوره، شورا از ذکر صریح منابع قواعد هم‌عرض قانون اساسی امتناع می‌نمود. دوم اینکه، برخی با به‌کارگیری مفهوم «اصول کلی حقوقی» از سوی شورای قانون اساسی، این نهاد را در مقام وضع قاعده قابل مقایسه با رویه شورای دولتی (به‌عنوان عالی‌ترین مرجع دادرسی اداری) در شکل‌دهی به حقوق اداری (به‌عنوان حقوق مبتنی بر رویه قضایی) در نظر گرفته‌اند؛ حال آنکه «اصل» در ادبیات شورای قانون اساسی، یک اصطلاح معناشناختی بوده است، نه حقوقی. بنابراین، اشاره و استناد، برای مثال، به اصل برابری به معنای رد منبع آن، یعنی قانون اساسی، نیست. به‌علاوه، شورای دولتی خلق قاعده نمی‌نماید، بلکه آن‌ها را کشف می‌کند. سومین اشتباه در تلقی شناسایی قواعد فراقانون اساسی در رویه شورای قانون اساسی را باید ناشی از شناسایی «اصول شناخته‌شده در قوانین جمهوری» از سوی شورا دانست؛ درحالی که این اصول نیز مستند به قوانین مصوب پارلمان در یک دوره زمانی خاص است. نک:

Vedel G., *Souveraineté et supraconstitutionnalité, Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 82.

۲. شورای قانون اساسی در سه تصمیم به‌روشنی و صراحت خود را صالح به نظارت بر بازنگری قانون اساسی ندانسته است:

- اولین بار در تصمیم خود نسبت به بازنگری در خصوص نحوه انتخاب رئیس‌جمهور (که دوگله با استفاده از آئین فراندوم- قانون‌گذاری عادی- در ماده ۱۱ قانون اساسی و برخلاف آئین بازنگری قانون اساسی در ماده ۸۹) بود که با در نظر گرفتن منطوق و روح قانون اساسی و با استناد به اینکه حاکم اصلی، یعنی مردم، مبادرت به قانون‌گذاری نموده‌اند و قاضی اساسی (به‌عنوان نهادی که مشروعیت خود را به‌واسطه از مردم أخذ نموده) امکان نظارت بر این قانون، یعنی بیان مستقیم حاکمیت ملی و مصون از کنترل را ندارد؛ به عدم صلاحیت خود تصریح می‌نماید. البته، این شیوه بازنگری که مبتنی بر استفاده از همه‌پرسی تقنینی در ماده ۱۱ قانون اساسی بوده است، با تصمیمات بعدی، به‌ویژه تصمیم سال ۲۰۰۵م شورا و نظارت بر تصمیمات مقدماتی (برای مثال، این امر که درخواست همه‌پرسی تقنینی متضمن اصلاح قانون اساسی نباشد)، قابل استفاده به‌نظر نمی‌رسد.
- در خصوص معاهده ماستریخت که مستلزم اصلاح قانون اساسی به جهت محدودسازی حاکمیت ملی (براساس تصمیم ۷ فوریه ۱۹۹۲ شورا) شناخته شده بود، شورا در تصمیم ۲ دسامبر ۱۹۹۲ (مبتنی بر ماده ۵۴ قانون اساسی) در مرحله بررسی اصلاح قانون اساسی، با برشمردن محدودیت‌های مربوط به

حقوقی فراقانون اساسی، منطقاً قابل شکل‌گیری نیست و قانون اساسی برترین هنجار حقوقی در حقوق موضوعه است و در نهایت اینکه اندیشه وجود هنجارهای فراقانون اساسی برای نظم دموکراتیک خطرناک است.

از نظر وی، ایرادی بر فراقانون اساسی دانستن قواعد اخلاقی و هنجارهای وابسته به یک اندیشه سیاسی (Vedel, 2002: 117) دیده نمی‌شود؛ با وجود این، این امر نمی‌تواند به‌منزله وجود یک سلسله‌مراتب حقوقی ارزیابی شود؛ چراکه این قواعد اخلاقی یا سیاسی فاقد ماهیت حقوقی هستند. در خصوص نسبت قواعد مندرج در قانون اساسی نیز شورای قانون اساسی در رویه خود نوعاً در صدد حفظ تعادل و توازن میان قواعد قانون اساسی و نه شناسایی سلسله‌مراتب و تقدم یکی بر دیگری بوده است. برای مثال، در میان حقوق و آزادی‌ها یا در خصوص حقوق و آزادی‌ها و الزامات نظم و امنیت عمومی (مثلاً در تقابل حق اعتصاب با اصل تداوم خدمات عمومی)، شاید بتوان در تأیید نظر و ددل اشاره کرد که در رابطه میان حقوق و آزادی‌ها با یکدیگر و با سایر اصول قانون اساسی، غایت اصلی ایجاد تعادل مبتنی بر منفعت

زمان بازنگری و یا آئین بازنگری و همچنین محدودیت ماهوی در ماده ۸۹، یعنی ممنوعیت تغییر شکل جمهوری، قوه مؤسس را حاکم برای نسخ، اصلاح یا تکمیل قانون اساسی در شکل دلخواه، بدون هیچ مانعی دانسته است؛ امری که برخی آن را تغییر رویه شورا و شناسایی کنترل شورا بر بازنگری قانون اساسی تلقی نموده و در مقابل، اکثریت حقوق‌دانان احصای محدودیت‌ها را به‌منزله پذیرش و شناسایی صلاحیت نظارت بر بازنگری ندانسته‌اند. البته در این موضوع اساساً تعارضی میان قواعد محدودکننده احصاشده به‌وسیله شورا با مقررات معاهده وجود نداشت، اما شورا نسبت به مسئله حدود بازنگری در تعرض به حاکمیت ملی (در سؤال نمایندگان متقاضی رسیدگی به موضوع در شورا) پاسخی ارائه نداد و در نهایت معاهده را مغایر قانون اساسی ندانست.

- سرانجام شورا در تصمیم سال ۲۰۰۳م نسبت به اصلاحیه قانون اساسی مصوب کنگره در خصوص عدم تمرکز، با صراحت بیشتری امکان نظارت بر بازنگری قانون اساسی به‌وسیله خود را رد کرد. در واقع، این اولین بار در جمهوری پنجم بود که شورا فرصت اظهار نظر در بازنگری قانون اساسی مطابق ماده ۸۹ را پیدا کرده، به‌صراحت اعلام نمود: هیچ‌یک از قواعد قانون اساسی (نه ماده ۶۱ و نه ماده ۸۹) صلاحیت نظارت بر بازنگری را به شورا اعطا نکرده است. در این خصوص، نک:

Le Divellec A., Le Vadé A. et Pimentel C-M., Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 27, Jan. 2010.

۱. وی در جای دیگری در زمان حاکمیت قانون اساسی ۱۹۴۶م - یعنی جمهوری چهارم - محدودیت‌های پیش‌بینی‌شده در قانون اساسی را تنها دارای ارزش سیاسی می‌داند و نه حقوقی. البته، در همین اثر، در خصوص نسخ قانون اساسی ۱۹۴۶م، وی رعایت محدودیت تغییر شکل جمهوری را مورد تأکید قرار داد. در نهایت، پس از تصویب قانون اساسی ۱۹۵۸م، وودل در کتاب *درس‌های حقوق اساسی و نهادهای سیاسی*، در بازنگری قانون اساسی، هرگونه تغییر در قانون اساسی را میسر می‌داند. نک:

Vedel (G.), Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques, Paris, Les Cours du droit, 1960-1961, p. 1051 (<https://data.bnf.fr/temp-work/70224e2f4bdc95edf43e12cc27ecf833/>).

عمومی و با استفاده از معیارها و شاخص‌هایی مانند ضرورت، تناسب و عقلانیت (برگرفته از شیوه مورد استفاده قاضی اداری در ایجاد تعادل میان حقوق و آزادی‌ها و نظم و امنیت عمومی) است. بنابراین، ودل فرض پذیرش این اندیشه را مبتنی بر وجود قواعدی برتر خارج از قانون اساسی می‌داند، نه در درون قانون اساسی. در چنین فرضی، اگر قائل به مرجع صیانت از قانون اساسی (یا دادرسی اساسی) به‌عنوان نهاد صالح برای شناسایی چنین قواعدی باشیم، این امر مخالف منطقی أخذ مشروعیت دادرسی اساسی از قانون اساسی است؛ چراکه این امر به‌منزله دادن اقتدار به این نهاد برای یافتن قواعد (حقوقی) برتر از قانون اساسی است و آن را هم‌عرض و حتی بالاتر از قوه مؤسس قرار می‌دهد! مگر آنکه وی را تحت حاکمیت حقوق طبیعی که فاقد عینیت و چارچوب مشخص است، فرض کنیم؛ امری که به‌نوبه خود شناسایی مجموعه قواعد فراقانون اساسی را در صلاحیت قاضی اساسی محصور می‌نماید. بنابراین، با عنایت به اینکه قانون اساسی بالاترین منبع و مرجع هنجارهای حقوقی است، امتناع منطقی در وجود و برتری قواعد حقوقی فراقانون اساسی دیده می‌شود.

به‌علاوه، برتری قواعد حقوق بین‌الملل نسبت به حقوق داخلی از جنس دیگری است و نمی‌تواند سنگ بنای پذیرش وجود هنجارهای فراقانون اساسی در حقوق داخلی باشد؛ چراکه عکس نظر قائلان به این امر، حاکمیت ملی (برای مثال، یک هنجار فراقانون اساسی از نظر ایشان) فاقد برتری نسبت به سایر قواعد قانون اساسی و قابل محدود شدن در بازنگری است (مانند وضعیت حاکمیت ملی کشورهای عضو اتحادیه در مقابل نظم و نظام حقوقی اتحادیه). در واقع، برتری قواعد فراملی در خود قانون اساسی و منوط به اصلاح قانون اساسی در موارد مغایرت گردیده است.<sup>۱</sup>

بنابراین، از نظر ودل، قوه بازنگری، صلاحیت عام و تام و مطلق در بازنگری قانون اساسی دارد و مقید به هیچ قاعده حقوقی مسبوق به خود نیست. همان‌گونه که میشل تروپه نیز بیان می‌کند، قانون اساسی نمی‌تواند تحت حاکمیت هیچ الزام حقوقی برتر از خود باشد (Troper, 1993: 347). به عبارت دیگر، تفاوتی میان قوه مؤسس اصلی و قوه مؤسس مشتق (مرجع بازنگری) وجود ندارد؛<sup>۲</sup> در واقع، حاکم نمی‌تواند خود را محدود نماید و مرجع وضع قاعده، هر زمان قدرت اصلاح و تغییر قاعده را دارد.<sup>۳</sup> به‌علاوه، بر اساس تجربه عملی، جز در مورد وجود یک خلأ حقوقی

۱. البته در خصوص موازین بین‌المللی، خارج از قواعد مبتنی بر معاهدات، امروزه برخی قواعد امره وجود دارد که حتی بدون پذیرش آن‌ها در قالب معاهده الزام‌آور است. در واقع، منشأ قدرت الزام‌آور قواعد امره، نه در اراده و رضایت دولت‌ها، بلکه پذیرش آن‌ها از سوی جامعه بین‌المللی است. برخی از این قواعد عبارت‌اند از: اصل وفای به عهد، اصل حسن‌نیت، اصل منع توسل به زور و تحریم جنگ، اصل دفاع مشروع، اصل منع کشتار جمعی، اصل عدم تبعیض نژادی، اصل احترام به حاکمیت، استقلال و تمامیت سرزمینی کشورها.

۲. وودل پیش از مباحثه با فاورو، به نحو صریح‌تری این امر را بیان نموده بود. نک: Vedel G., Schengen et Maastricht, RFDA, 1992, p. 72.

۳. پذیرش خودمحدودسازی از نظر وی در دو فرض قابل تصور است: هرگز حاکمی وجود نداشته است (مفهومی

(نوعاً در پی انقلاب سیاسی)، امروزه علاوه بر مورد بازنگری جزئی، در وضع یک قانون اساسی جدید (یا در بازنگری کلی در قانون اساسی)، مرجع ذی‌صلاح مشروعیت حقوقی خود را نوعاً از قانون اساسی مستقر کسب می‌نماید و به عبارتی، خود تأسیسی است نه تأسیس‌کننده (Cayla, 2006: 259). به سخن دیگر، در عصر کنونی، این قانون اساسی است که قوه مؤسس را ایجاد می‌نماید، نه برعکس (Auer, 1995: 287). در تأیید این نظر، می‌توان به قوانین اساسی که اصلاح کلی قانون اساسی را پیش‌بینی نموده‌اند، اشاره کرد. بر این اساس، تفکیک میان قوه مؤسس اصلی و قوه مؤسس مشتق (مرجع بازنگری) برخلاف واقعیت است و نمی‌تواند توجیه محدود نمودن مرجع بازنگری به رعایت قواعد قانون اساسی مورد بازنگری قرار گیرد.

علاوه بر استدلال‌های مبتنی بر عقل نظری، ودل پذیرش مجموعه هنجارهای حقوقی فراقانون اساسی را با کمک گرفتن از عقل عملی، خطری بزرگ برای نظم حقوقی دموکراتیک می‌داند؛ خطری که با تسلط قاضی اساسی بر قوه مؤسس اصلی یا مشتق (که خود نیز مشروعیتشان را مستقیم یا غیرمستقیم از مردم می‌گیرند)، می‌تواند ترجمان استقرار حکومت قضات باشد یا به نوعی الیگارش‌ی بینجامد (Vedel, 1993: 94).

پذیرش فراقانون اساسی بودن برخی هنجارهای حقوقی، به‌مثابه آن است که بگوییم بشریت سیستمی از ارزش‌های قطعی را تعبیه نموده است که دیگر قابل تغییر و خدشه نیست! نکته عجیب‌تر در اینجا از نظر او، پذیرش این ایده در یک نظام سیاسی لائیک (مانند فرانسه) است؛ جایی که امروزه اندیشه‌های فرابشری مطلق‌گرا رخت بر بسته و بشر تنها مقید به اندیشه‌های خودساخته است. در واقع، ساخت و تحول یک نظام ارزشی در یک مبارزه سیاسی دائمی شکل می‌گیرد و یک اولویت حقوقی مستغنی از اراده نیست. حقوق طبع خود را دارد، نه یک آزمایشگاه و نه محلی برای حفظ ارزش‌ها، بلکه فضایی برای هم‌زیستی مسالمت‌آمیز و پذیرنده هر دوی آن‌هاست.

تنها محدودیت قابل پذیرش از نظر این استاد حقوق اساسی، پیش‌بینی شرایط شکلی و آئین نظارت بازنگری در قانون اساسی است. به اعتقاد وی، برای گذشتن از محدودیت‌های مندرج در قانون اساسی، مرجع بازنگری می‌تواند در ابتدا قاعده متضمن یک محدودیت را حذف و سپس قانون اساسی را بدون محدودیت اصلاح نماید. بر این اساس، محدودیت بازنگری در ماده ۸۹ قانون اساسی ۱۹۵۸م فرانسه مانعی برای اصلاح آن با روش یادشده نخواهد بود (Vedel, 1993: 95).

---

که در شناسایی حقوق بشر در اعلامیه حقوق بشر و شهروندان ۱۷۸۹م دیده می‌شود: هدف هر اجتماع سیاسی حفظ حقوق طبیعی و ابدی بشر است) یا اینکه از این پس حاکمی وجود ندارد (این فرض تنها مبتنی بر اندیشه قرارداد اجتماعی که در یک لحظه منعقد شده و از آن پس از میان رفته، قابل تصور است).

### ۳.۱. تفکیک بازنگری جزئی از تغییر برخی اصول و قواعد خاص، یا کل قانون اساسی (یا وضع قانون اساسی جدید)

در دیدگاهی معتدل تر نسبت به دو دسته نظریه‌های موافق و مخالف امکان بازنگری پاره‌ای از قواعد اساسی، برخی صاحب‌نظران ضمن تفکیک میان بازنگری در قانون اساسی و وضع یک قانون اساسی جدید، در بازنگری جزئی به لزوم رعایت محدودیت‌های پیش‌بینی شده در قانون اساسی قائل‌اند و در وضع قانون اساسی جدید به وجود هیچ‌گونه محدودیت حقوقی برای قانون‌گذار اساسی معتقد نیستند. این تفکیک در آئین اصلاح جزئی و کلی قانون اساسی به نحو صریح در برخی از قوانین اساسی کشورها، از جمله اسپانیا (مواد ۱۶۷ و ۱۶۸)<sup>۱</sup>، سوئیس (مواد ۱۳۸ و ۱۳۹)<sup>۲</sup> و اتریش (ماده ۴۴)<sup>۳</sup> پیش‌بینی شده است.

به نظر برخی نویسندگان، باوجود عدم پذیرش صلاحیت نظارت بر رعایت محدودیت‌های بازنگری از سوی قاضی اساسی، مستند به تصریح آن در رویه شورای قانون اساسی فرانسه، این محدودیت‌های حقوقی وجود دارد و مخالفت با وجود و لزوم رعایت این هنجارها را استفاده از ترمینولوژی نامناسب و در سوءبرداشت یا تعبیر از این موضوع و به تبع تحصیل نتایج غیرقابل دفاع و توجیه از این اصطلاحات و برداشت از آن‌ها می‌دانند (Magnon, 2004: 595).

از نظر اگزاویه مانیون، عبارت «هنجارهای فراقانون اساسی» (Norms supraconstitutionnelles) صحیح نیست و باید از اصطلاح «محدودیت‌ها» استفاده کرد؛ چراکه

۱. علاوه بر ماده ۱۶۷ در خصوص آئین و شرایط بازنگری در قانون اساسی، در ماده ۱۶۸ بازنگری کلی (کامل) قانون اساسی و بازنگری در خصوص مواردی مانند حاکمیت ملی، وحدت ملی، زبان، پرچم، پایتخت، آزادی احزاب سیاسی و سندیکاهای حاکمیت قانون، حقوق آزادی‌های شهروندان و سلطنت به آئینی متفاوت و لزوم تصویب آن با اکثریت بزرگ‌تری مشروط گردیده است.

۲. در ماده ۱۹۲ قانون اساسی سوئیس، اصل امکان بازنگری جزئی و کلی یا کامل در هر زمان پذیرفته شده است. در مواد ۱۳۸ و ۱۳۹، امکان بازنگری به ابتکار مردمی (حداقل ۱۰۰ هزار تقاضا) و در مواد ۱۹۴ و ۱۹۳، ابتکار بازنگری کلی یا جزئی از سوی مجلس فدرال (ترکیب دو مجلس یا شورای نمایندگان و مجلس یا شورای ایالات) و یا هریک از دو شورا به همراه شرایط و آئین آن مورد اشاره قرار گرفته است.

۳. در ماده ۴۴ قانون اساسی اتریش، ضمن برشمردن آئین کلی بازنگری در قانون اساسی در بند ۱، برای بازنگری به‌منظور محدودسازی اختیارات قوای مقننه و مجریه ایالات، آئین خاصی را (تصویب آن به‌وسیله مجلس فدرال یا ایالات، علاوه بر تصویب در شورای ملی یا مجلس نمایندگان) در بند ۲ در نظر گرفته است؛ ضمن اینکه برای بازنگری کلی یا کامل، در بند ۳ آئین خاصی (لزوم ارجاع به همه‌پرسی پس از طی مراحل قبلی) پیش‌بینی شده است. البته در مورد بازنگری جزئی هم امکان ارجاع به همه‌پرسی به تقاضای یک‌سوم نمایندگان شورای ملی یا شورای ایالات در نظر گرفته شده است.

پذیرش وجود هنجارهای حقوقی برتر از قانون اساسی (همان‌گونه که ودل مطرح کرده بود)<sup>۱</sup> منطقی نیست (Magnon, 2004: 596). وی همچنین معتقد است، باید میان بازنگری در قانون اساسی حاکم و استقرار یک قانون اساسی جدید تفکیک نمود: در اولی رعایت محدودیت‌های نظم حقوقی موجود ضروری است و در دومی در مواجهه با یک «انقلاب حقوقی» (Révolution juridique) محتوای قانون اساسی جدید، مقید به رعایت هیچ هنجار حقوقی سابق نیست. مبتنی بر نظر وی، در صورتی که به جای اصطلاحات قوه مؤسس اصلی یا اولیه و قوه مؤسس مشتق به ترتیب از اصطلاحات قوه مؤسس و قوه بازنگری استفاده گردد، مسئله لزوم رعایت محدودیت‌ها در بازنگری قابل توجیه و پذیرش خواهد بود. بر این اساس، وی معتقد به لزوم تفکیک آئین بازنگری از آئین تدوین و تصویب یک قانون اساسی جدید است (Magnon, 2004: 605 et ss.). همان‌گونه که کلسن به‌خوبی بیان می‌کند، این امر به‌منزله آن است که هر اصلاح محتوایی مغایر با قانون اساسی، در واقع یک نقض شکلی (آئینی و صلاحیتی) محسوب می‌شود؛ چراکه مرجع بازنگری صلاحیت انجام آن را با آئین عادی نداشته است (Kelsen, 1928: 206).

به عبارت دیگر، قانون اساسی جدید در فضایی فراحقوقی یا خارج از نظم حقوقی (Métajuridique ou extrajuridique) و ناشی از تحولات در ملاحظات ایدئولوژیک، سیاسی، اجتماعی و اخلاقی حاکم بر جامعه در زمان تغییر شکل می‌گیرد؛ اما بازنگری در درون فضا و نظم حقوقی موجود صورت می‌گیرد و اعتبار آن به رعایت نظم موجود است. کارل اشمیت میان قانون اساسی و قواعد بازنگری تفکیک می‌نمود و بر اساس آن معتقد بود جوهر قانون اساسی جدید در درون یک قانون یا هنجار حقوقی نیست، بلکه یک تصمیم سیاسی از سوی دارنده قدرت وضع قاعده (مردم در یک نظام دموکراتیک و پادشاه در نظام سلطنتی به‌عنوان قوه مؤسس) است؛ اما قواعد بازنگری به اراده وضع‌شده - مورد شناسایی قانون اساسی حاکم - عینیت هنجاری می‌بخشد (Schmitt, 1993: 213).<sup>۲</sup> مشروعیت مداخله مردم به‌واسطه نهاد تأسیسی در بازنگری، مقید به رعایت محدودیت‌های پیش‌بینی‌شده در قانون اساسی (اراده مؤسس) است و تنها در مداخله به‌عنوان مرجع مؤسس، حاکمیت مطلق (بدون محدودیت) است (Schmitt, 1993: 236).<sup>۳</sup> در این حالت، شرایط پیش‌بینی‌شده برای بازنگری در قانون اساسی نمی‌تواند برای تأسیس و استقرار یک قانون اساسی جدید مورد استناد قرار گیرد. در واقع، یک نرم نمی‌تواند شرایط ایجاد خود را تعیین نماید؛ یعنی مطابق فرمول آلف راس Alf

۱. نک: بند دوم این گفتار.

۲. البته ایده اشمیت پیش از وی از سوی سی‌یس، حقوق‌دان بزرگ فرانسوی دوره انقلاب، مطرح شده بود.

۳. با وجود این، اشمیت معتقد است این امر که قوه مؤسس (مردم) یک بار اظهار نظر نموده است، به معنی ازمیان رفتن و پایان فعالیتش نیست؛ بلکه اراده یادشده همواره همراه با قانون اساسی و در بالای آن باقی می‌ماند.

(Ross) دانمارکی، خودبسنده و خودارجاع (Autoréférentiel) در منبع مشروعیت و اعتبار باشد (Magnon, 2004: 601). در غیر این صورت، همان گونه که میشل تروپه به خوبی بیان کرده است، دچار پارادوکس خواهیم شد: «آیا خداوند قادر است سنگی به حدی سنگین بیافریند که خود قادر به بلند کردن آن نباشد؟» (Troper, 1993: 347).

با انتقادات یادشده از سوی مخالفان، آیا می توان قائل به نبود سلسله مراتب در حقوق اساسی شکلی بود؛ یعنی آیا می توان هنجاری را در نظر گرفت که موجودیت، اعتبار و اثرگذاری آن در نظم حقوقی تابع هنجار دیگر (بالاتر از خود) نباشد؟ با اقتباس از نظر کلسن و شارل آیزمن (Kelsen, 1928: 206؛ Eisenmann, 1986: 16-17)، اگرزویه مانیون مسئله توجیه محدودیت های بازنگری را در چارچوب شکل و آئین پیش بینی شده قابل تصور می داند. یعنی در مورد بازنگری در قواعد قانون اساسی، خواه مربوط به قواعد ماهوی و خواه قواعد شکلی، محدودیت به آئین اصلاح بازمی گردد (Magnon, 2004: 601). بر این اساس، مبتنی بر لزوم پذیرش سلسله مراتب در درون هنجارهای قانون اساسی، قانون اساسی آئین خاصی را برای اصلاح خود در نظر می گیرد و اصلاح برخی هنجارها را با این آئین ممنوع می نماید؛ امری که به منزله عدم امکان مطلق در اصلاح نیست و به مثابه پذیرش سلسله مراتب در آئین اصلاح آن است؛ به عبارتی، هرچه در سلسله هنجارها بالاتر رویم، آئین اصلاح دشوارتر و پیچیده تر می شود.

البته چنین تحلیلی محل مناقشه به نظر می رسد؛ چراکه سلسله مراتب هنجارها در اندیشه کلسن در درون کل مجموعه نظم حقوقی (قانون اساسی، معاهدات، قانون عادی و...) در نظر گرفته شده است؛ حال آنکه در اینجا قائل شدن به وجود سلسله مراتب میان هنجارهای در درون یک فرم و قالب واحد، یعنی قانون اساسی، محل تردید به نظر می رسد؛ چراکه اصل بر برابری میان قواعد مندرج در قانون اساسی است.

#### ۱.۴. ممنوعیت مطلق بازنگری در برخی قواعد اساسی

چالش اصلی در موارد تصریح به ممنوعیت بازنگری در برخی هنجارها بدون در نظر گرفتن آئین خاص به این منظور و همچنین عدم تصریح به امکان بازنگری کلی و کامل قانون اساسی است. ایتالیا و فرانسه دو نمونه روشن از این وضعیت است. در چنین مواردی، سه فرض قابل تصور است: نخست، قائل بودن به امکان بازنگری در ماده محدودکننده در ابتدا (حذف ماده متضمن محدودیت) و اصلاح مورد نظر در مرحله پس از آن است (راهحلی که قبلاً از سوی مخالفان وجود محدودیت برای مرجع بازنگری مطرح شده بود). پذیرش این راه حل مستلزم عدم پابندی به سلسله مراتب در قانون اساسی شکلی است. راه حل دوم دخالت قوه مؤسس اصلی و استقرار یک

قانون اساسی جدید است؛ امری که انجام آن از سوی مرجع بازنگری میسر نیست، چراکه مستلزم قائل بودن به این‌همانی صلاحیت مرجع بازنگری با صلاحیت قوه مؤسس اصلی است؛ امری که پیش‌تر رد شده است. راه‌حل دیگر، استناد به انقلاب حقوقی و ضرورت بازنگری بنیادین (نزدیک به ایده تصویب یک قانون اساسی جدید) است؛ وضعیتی که خارج از فضای نظم حقوقی حاکم قرار می‌گیرد و به تبع آن، الزام به رعایت محدودیت‌های حقوقی پیش‌بینی‌شده در قانون اساسی وجود ندارد. این راه‌حل نیز با مشکل عدم صلاحیت مرجع بازنگری و مسئله چگونگی نظارت بر بازنگری از سوی قاضی اساسی مواجه خواهد بود (Magnon, 2004: 606).

به‌رغم تفکیک صورت‌گرفته در راه‌حل‌های یادشده، در موارد عدم تصریح به امکان تغییر کل قانون اساسی یا آئین خاص مربوط به محدودیت‌ها در خود قانون اساسی، در عمل تفاوتی به‌نظر نمی‌رسد؛ چراکه در هر حال از یک سو هرگونه مخالفت با محدودیت‌های موجود در بازنگری، به تعبیر کلسن، نوعی انقلاب حقوقی بوده<sup>۱</sup> و در چنین فرضی، مسئله رعایت محدودیت‌ها از سوی مرجع بازنگری فاقد هرگونه موضوعیت است و نظارت دادرس اساسی بر آن نیز موضوعیت نخواهد داشت. به‌علاوه، حتی رعایت آئین خاصی نیز از منظر حقوقی، لازم‌الرعایه به‌نظر نمی‌رسد.

## ۲. ملاحظات سیاسی و محتوای محدودیت‌های بازنگری

### ۱.۲. ملاحظات سیاسی

آنچه مسلم است، مؤلفه‌های سیاسی در مباحث حقوق عمومی و اساسی نقش تعیین‌کننده و اساسی در تحلیل‌ها و ارزیابی‌ها دارند. به عبارت دیگر، تحلیل حقوقی در خصوص مباحثی مانند بازنگری در قانون اساسی و محدودیت‌های آن نمی‌تواند بدون در نظر داشتن ملاحظات سیاسی

۱. کلسن شاخص و معیار وقوع چنین انقلابی را «مؤثر بودن» یا «مجموعاً مؤثر» (globalement efficace) می‌داند. به عبارت دیگر، چنین تحولی در عمل باید مورد پذیرش جامعه قرار گیرد. این مؤثر بودن در دو سطح قابل بحث و بررسی است: اول اینکه مؤثر بودن پیش از لازم‌الاجرا شدن تغییر موردنظر تأیید شود؛ مانند تغییر نحوه انتخاب رئیس‌جمهور در فرانسه که دوگل با استفاده از آئین همه‌پرسی تقنینی مبادرت به تغییر آن از انتخاب به‌وسیله پارلمان به انتخاب مستقیم مردمی، برخلاف آئین بازنگری قانون اساسی (وقوع انقلاب حقوقی!) نمود و نتیجه مثبت همه‌پرسی مؤید پذیرش آن از سوی مردم بود؛ امری که به‌نوبه خود موجب اعلام عدم صلاحیت شورای قانون اساسی در نظارت بر این اصلاح (مورد پذیرش مردم) گردید. دوم، پس از لازم‌الاجرا شدن تغییر حقوقی است که آیا تحول یادشده عملاً با استقبال و پذیرش مواجه می‌گردد یا خیر. نک:

Kelsen H., *Théorie pure de droit*, op. cit. p. 211 ; et Magnon X., *Quelques maux encore à propos des lois de révision constitutionnelle : limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire et existence*, RFDC, n° 59, 2004/3, p. 610.



از دقت و جامعیت لازم برخوردار باشد. اگر نگوییم که نظم و نظام حقوقی تابع فرهنگ و نظم و نظام سیاسی است، اما نمی‌توان قائل به تأثیرات تعیین‌کننده سیاست در حقوق نبود؛ صرف نظر از اینکه حقوق (طبیعی) را مسبوق به دولت و سیاست بدانیم یا خیر و اینکه بپذیریم نهضت قانون اساسی گرایی یا مشروطه‌گرایی، مبتنی بر اندیشه دولت قانونمند یا دولت حقوقی، در صدد به‌تن کردن لباس حقوق و قانون بر تن تنومند دولت است. در هر حال، حقوق موضوعه (یا وضعی) محصول دولت است.

در یک نظام سیاسی قانونمند، دموکراتیک و حقوق بشری و پاسخگو، اساساً ضرورتی در پیش‌بینی اصول تغییرناپذیر وجود ندارد و وضع محدودیت برای مرجع بازنگری تنها یک تمهید احتیاطی به‌نظر می‌رسد. به‌علاوه، در چنین نظام‌هایی در صورتی که حتی با احتمال اندک، تمایلات اکثریت مردمی به اصلاح موارد محدودشده در قانون اساسی وجود داشته باشد، پیش‌بینی محدودیت در بازنگری مانع آن نخواهد شد؛ چراکه از یک سو امکان اصلاح کل قانون اساسی (خواه با پیش‌بینی و خواه بدون پیش‌بینی در قانون اساسی) وجود دارد و از سوی دیگر، عدم امکان تغییر از طریق مکانیسم‌های موجود حقوقی (تغییر سیاسی بنیادین یا انقلاب) می‌تواند نظم حقوقی موجود را تغییر دهد.

نوعاً در چنین دولت‌هایی، وضع هرگونه محدودیتی در بازنگری تنها با هدف حفظ حقوق و آزادی‌های بشری، پیشگیری و کنترل خودکامگی احتمالی دولت‌ها خواهد بود. در مقابل، در دولت‌های ایدئولوژیک (الهی و یا غیرالهی) که مبتنی بر یک جریان فکری خاص و حفظ و تداوم آن، بدون امکان حضور و فعالیت جریانات فکری دیگر و به‌ویژه رقیب، شکل گرفته، مشکل عملی و اصلی در محتوای قواعد تغییرناپذیر پیش‌بینی شده است. در واقع، در این‌گونه نظام‌ها و قوانین اساسی، عدم قابلیت اصلاح و تغییر، بیشتر بر حفظ و تضمین تداوم حضور جریان فکری و سیاسی و بازیگران آن در قدرت متمرکز است.

## ۲.۲. محتوای محدودیت‌ها

شاید یکی از مهم‌ترین مؤلفه‌ها در ارزیابی محدودیت‌ها، اعتبار، رعایت و نظارت بر محتوای محدودیت‌ها باشد. با فاصله گرفتن از فرمالیسم حقوقی محض، می‌توان دریافت که ارزیابی یک هنجار حقوقی، صرفاً با توجه به قالب و جایگاه آن در سلسله‌مراتب هنجارهای حقوقی و مستقل از محتوای آن، نتایج واقع‌بینانه‌ای به‌دست نمی‌دهد. با در نظر گرفتن محدودیت‌های موجود در قوانین اساسی یا رویه دادگاه‌های قانون اساسی کشورهای به‌اصطلاح دموکراتیک و حقوق بشری، می‌توان مشاهده کرد که قریب به اتفاق محدودیت‌های یادشده معطوف به حفظ و تضمین حقوق و آزادی‌های بنیادین شهروندان و به نحو خاص، حق حضور مردم در

عرصه عمومی و سیاسی (مشارکت سیاسی) از طریق ممنوعیت تغییر شکل جمهوری حکومت<sup>۱</sup> است.<sup>۲</sup>

در خصوص نقش محتوای محدودیت‌ها در پذیرش یا عدم پذیرش آن‌ها پس از جنگ دوم جهانی، به‌ویژه پس از فروپاشی اتحاد جماهیر شوروی سوسیالیستی و اردوگاه شرق و سقوط دیوار برلین، مجدداً و مبتنی بر حفظ برخی ارزش‌های دموکراتیک و حقوق بشری در تدوین و تصویب قوانین اساسی و اصلاح آن‌ها، پیش‌بینی برخی محدودیت‌ها بر بازنگری در قانون اساسی فراگیر شده و یک نظام نظارتی بر رعایت آن نیز پیش‌بینی گردیده است. در صدر کشورهای مشمول این جریان، باید به ایتالیا و آلمان و کشورهای تازه استقلال‌یافته از شوروی و یا خارج‌شده از اردوگاه شرق، اشاره نمود که به دلیل نگرانی از بازگشت فاشیسم و نازیسم و دیکتاتورهای اروپای شرقی، به نحو گسترده به مطالبه این حقوق و پیش‌بینی نظام نظارتی با ایجاد دادگاه‌های قانون اساسی همت گماردند. برای مثال، در جمهوری چک، ممنوعیت تغییر دولت قانونمند دموکراتیک و عدم امکان اصلاح در خارج از آئین مقرر، و در رومانی، بر اساس ماده ۱۵۲ قانون اساسی، ممنوعیت تغییر ویژگی ملی، مستقل، واحد و تجزیه‌ناپذیر حکومت، شکل جمهوری، تمامیت ارضی، استقلال دادگستری، تکثر سیاسی و زبان رسمی یا حذف حقوق و آزادی بنیادین پیش‌بینی شده است.

بنابراین، مشاهده می‌شود که در قریب به اتفاق این نظام‌ها، ممنوعیت‌ها و محدودیت‌ها در بازنگری در حمایت از حقوق بنیادین و نظارت بر رعایت آنها در بازنگری بوده و به‌عبارتی محتوای محدودیت‌ها در پیش‌بینی آن‌ها تعیین‌کننده بوده است. در برخی از این کشورها، قانون اساسی به یک منشور اجتماعی تبدیل شده است. در واقع، محتوای قوانین اساسی دیگر محدود به تنظیم ساختار و تشکیلات قدرت و توزیع آن میان اجزای حکومت و شناسایی و تضمین

۱. البته امروزه با عنایت به وضعیت کنونی در نظام‌های سیاسی کشورهای مختلف، آشکار است که رعایت شکل جمهوری الزاماً تضمین‌کننده جمهوری نبوده، داشتن شکل پادشاهی حکومت سلطنتی نیز به‌مثابه وجود دیکتاتوری و حکومت فردی نیست؛ چنان‌که در بسیاری از مثال‌های موجود، پابندی بسیاری از نظام‌های سلطنتی مشروطه به دموکراسی، حاکمیت قانون و حقوق بشر، بسیار بیشتر از بسیاری از دولت‌های دارای شکل جمهوری بوده است. در خصوص نظام‌های پادشاهی کنونی که در آن‌ها اقتدار سیاسی واقعی و عملی برای پادشاه یا ملکه وجود ندارد، می‌توان به کشورهایی مانند سوئد، نروژ، بریتانیا، دانمارک، هلند، بلژیک اسپانیا، ژاپن و اسپانیا اشاره کرد.

۲. البته شایان ذکر است، از دید برخی صاحب‌نظران، در درون مجموعه حقوق و آزادی‌ها نیز باید قائل به وجود سلسله‌مراتب و رتبه‌بندی بود و لازم است نسبت به حقوق و آزادی‌های «بنیادین» (در مقابل حقوق و

آزادی‌های «ساده») توجه، تضمین و حمایت بیشتری نسبت به سایر حق‌ها صورت گیرد. در این خصوص، نک: Pfersmann O., in L. Favoreu (dir.), *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2007, spéc. p. 107; Favoreu L., *Les libertés protégées par la Conseil constitutionnel*, in D. Rousseau et F. Sudre (dir.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, Ed. des Sciences Techniques et Humaines, 1990, p. 35.

حقوق و آزادی‌ها نیست، بلکه به ارزش‌های بنیادین جامعه سیاسی، باورها و اعتقادات موردنظر آن‌ها نیز می‌پردازد. این ارزش‌ها نوعاً عبارت‌اند از: کرامت انسانی، احترام به شخص انسان، صلح، دموکراسی و تکررگرایی. این ارزش‌ها دربردارنده، مبین و تعیین‌کننده بنیان، مشروعیت و همچنین غایت حکومت است. در واقع، این امر، ترجمان رابطه جوهری تنگاتنگ میان دولت قانونمند و مشروطه‌گرایی است. در این میان، نباید از نقش و نفوذ حقوق اروپایی (حقوق اتحادیه اروپا و حقوق اروپایی حقوق بشر) در گرایش کشورهای اروپایی به این سمت غفلت نمود.

در برخی از کشورها محدودیت‌های مشخصی پیش‌بینی شده است؛ برای مثال، مطابق ماده ۷۹ قانون اساسی آلمان، مواد ۱ و ۲۰ این قانون اساسی در خصوص کرامت انسانی و حقوق بنیادین و همچنین ویژگی فدرال این کشور قابل اصلاح نیستند. در پرتغال و یونان فهرستی از موارد غیرقابل خدشه و تغییر در بازنگری را در قانون اساسی درج نموده‌اند. قانون اساسی یونان نیز فهرستی متشکل از ۹ مورد غیرقابل اصلاح را در بند اول ماده ۱۱۰ تصریح کرده است. همچنین ماده ۲۸۸ قانون اساسی پرتغال در یک فهرست بلند، ۱۴ مورد از ممنوعیت‌های در بازنگری قواعد ماهوی را برشمرده است. قانون اساسی جدید تونس (مصوب ۲۰۱۴م) نیز در ماده ۴۹ خود هرگونه خدشه به حقوق و آزادی‌های شناسایی‌شده در قانون اساسی (موارد پیش‌بینی‌شده در مواد ۲۱ تا ۴۸) را در بازنگری ممنوع اعلام کرده است.

در برخی دیگر از قوانین اساسی، بدون اشاره به قاعده یا هنجار مشخص در قانون اساسی، به ممنوعیت و محدودیت در تغییر اصول و روح قانون اساسی اشاره شده است؛ محدودیتی که ناظر بر اصلاح جوهر و کلیت قانون اساسی به‌نظر می‌رسد. برای مثال، می‌توان به ماده ۱۱۲ قانون اساسی نروژ در این خصوص اشاره کرد. بر اساس این ماده، بازنگری هرگز نباید مخالف اصول<sup>۱</sup> قانون اساسی یا تغییردهنده روح قانون اساسی باشد. در ایتالیا با اینکه تنها محدودیت صریح در بازنگری، حذف شکل جمهوری (در ماده ۱۳۹ قانون اساسی) بوده است، دکتترین و رویه قضایی دادگاه قانون اساسی ایتالیا، موارد دیگری را به نحو ضمنی، اما با محتوای مشخص در قانون اساسی یا بدون محتوای مشخص در قانون اساسی، بر این محدودیت بر بازنگری افزوده‌اند: از جمله می‌توان به شناسایی ضمنی غیرقابل خدشه بودن برخی حق‌ها (در ماده ۲ قانون اساسی) یا شناسایی ضمنی ویژگی غیرقابل خدشه اصول بنیادین مندرج در تیترا ۱ قانون اساسی (که به‌صراحت در قانون اساسی درج نشده‌اند) اشاره کرد. در واقع، این ارزش‌های بنیادین به‌عنوان جوهر حکومت و قانون اساسی ایتالیا تلقی شده است و تغییر آن‌ها به‌مثابه عوض کردن قانون اساسی خواهد بود (Luciani, 2010: n° 27).

۱. اشاره به «اصول» در اینجا ناظر به بنیان‌های اصلی قانون اساسی است. در قریب به اتفاق قوانین اساسی از کلمه «ماده» به جای «اصل» استفاده شده است.

در مجموع، بیشترین نوع محدودیت و ممنوعیت، در بازنگری مربوط به عدم امکان تغییر شکل جمهوری در قوانین اساسی است.<sup>۱</sup> البته در مقابل، نظام‌های پادشاهی مشروطه، در قانون اساسی ممنوعیت تغییر شکل پادشاهی نظام سیاسی را پیش‌بینی نموده بودند. برای مثال، در قوانین اساسی ایران (۱۲۸۵ش) و یونان (۱۹۵۲م) تغییر شکل نظام پادشاهی ممنوع شده بود؛ ضمن آنکه در برخی قوانین اساسی مانند مراکش (ماده ۱۰۱) یا کویت (ماده ۱۷۵)، بازنگری در برخی قواعد مربوط به نظام سلطنتی ممنوع شده بود. در نظام‌های سیاسی فدرال، تغییر شکل فدرال حکومت ممنوع گردیده (مانند ماده ۳-۷۹ قانون اساسی آلمان و یا ماده ۶۰ قانون اساسی برزیل) و در برخی از نظام‌های بسیط، تغییر و بازنگری نسبت به وحدت و یکپارچگی کشور ممنوع شده است (مانند ماده ۴ قانون اساسی ترکیه یا ماده ۱-۲۸۸ قانون اساسی پرتغال).

از منظر بنیان‌های ایدئولوژیک (ایدئولوژی در مفهوم مضیق که در بردارنده نظریه‌های مقدس و لایتغیر بشری و به‌ویژه فرابشری)، صرف‌نظر از درج صریح یا ضمنی موارد و مصادیق، برخی قوانین اساسی ممنوعیت بازنگری در آن‌ها را پیش‌بینی نموده‌اند. از جمله محدودیت‌ها و ممنوعیت‌ها، می‌توان به قوانین اساسی ۱۹۹۶م الجزایر و ممنوعیت اصلاح سازماندهی سوسیالیستی در ماده یا عدم امکان تغییر دین اسلام در ماده ۱۷۸، ماده ۱ قانون اساسی ۲۰۱۴ تونس در تغییرناپذیر بودن دین اسلام، و یا ماده ۱۷۵ قانون اساسی ۲۰۱۱ مراکش در خصوص ممنوعیت تغییر دین اشاره نمود. در مقابل، می‌توان به ماده ۲۸۸ قانون اساسی پرتغال در عدم امکان تغییر اصل جدایی دین از حکومت اشاره کرد.

### ۳. نظارت بر بازنگری و چالش‌های آن

دو رویکرد اصلی در موضوع نظارت بر بازنگری و رعایت محدودیت‌های پیش‌بینی‌شده از سوی نهاد صیانت از قانون اساسی در مقابل یکدیگر قرار گرفته است: از یک سو، مبتنی بر اصل سلسله‌مراتب نُرْم‌های مندرج در قانون اساسی و رعایت آن در بازنگری، نظارت بر رعایت این سلسله‌مراتب در بازنگری در صلاحیت تکلیفی قاضی اساسی دانسته شده است. لویی فاورو اشاره می‌کند که امروزه نظارت بر رعایت اصول و قواعد تغییرناپذیر در بازنگری از سوی دادرسی اساسی در اکثر کشورهای اروپایی، در قالب اصول مشترک و تکمیلی و متمیمی حقوق اساسی (بیشتر متضمن حقوق و آزادی‌های بنیادین شهروندان) پذیرفته شده است. همچنین به اعتقاد

۱. برای مثال، نک:

Constitutions française (art. 89), italienne (art.139), portugaise (art.288, al.3) et turque (art.4), l'Algérie (art.195), le Cameroun (art.37), la Côte-d'Ivoire (art.73), la République centrafricaine (art.42), la Guinée équatoriale (art.59), le Gabon (art.85), le Madagascar (art.108), le Mali (art.76), le Sénégal (art.89), et le Togo (art.53).

وی، این منطقی نیست که نظارت بر مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی مورد بررسی و نظارت قرار گیرد، اما در بازنگری به رعایت قواعد شکلی و ماهوی توجه نشود. آیا در اصلاح قانون اساسی نباید رعایت ممنوعیت مثلاً تبعیض نژادی یا مذهبی مورد نظارت واقع شود؟ (Favoreu, 1997: 75). از سوی دیگر، مبتنی بر آموزه‌های دموکراتیک و حاکمیت مردم و نمایندگانش در صلاحیت مطلق در اصلاح قانون اساسی، از نظر برخی دیگر، نظارت بر رعایت محدودیت‌ها فاقد موضوعیت خواهد بود.

### ۳.۱. شناسایی و عدم شناسایی صلاحیت نظارت بر بازنگری قانون اساسی

تفاوت‌های نظری و هنجاری و همین‌طور عملی در نظام‌های حقوقی مختلف، وضعیت‌های متفاوتی را در این خصوص در کشورهای مختلف به‌دنبال داشته است. در برخی کشورها (مانند قوانین اساسی ۱۹۶۱ و ۱۹۸۲م ترکیه، ۱۹۸۰م شیلی، ۱۹۹۱م رومانی) به نظارت بر بازنگری قانون اساسی، و در مقابل در برخی کشورها به عدم امکان نظارت بر بازنگری (مانند قانون اساسی ۱۹۵۰م هند) تصریح شده است (Gözler, 2008: 4). در میانه این وضعیت، در اکثر کشورها قانون اساسی در خصوص نظارت مراجع صیانت از قانون اساسی بر بازنگری ساکت است (مانند قوانین اساسی ۱۹۵۸م فرانسه، ۱۹۲۰م اتریش، ۱۹۴۹م آلمان، ۱۷۸۹م ایالات متحده، ۱۹۳۷م ایرلند، ۱۹۹۱م اسلونی). با وجود این، نه‌تنها در کشورهای اخیر، دادگاه‌های قانون اساسی مبادرت به نظارت نموده‌اند، حتی در هند که به عدم مداخله تصریح شده نیز دادگاه قانون اساسی بر بازنگری نظارت کرده است.<sup>۱</sup>

در خصوص صلاحیت یا عدم صلاحیت مراجع صیانت از قانون اساسی، در بازنگری باید بر اساس الگوی دادرسی اساسی قائل به تفکیک شد. در الگوی امریکایی دادرسی اساسی (صیانت از قانون اساسی) همه محاکم اعم از عالی و تالی در سطوح ایالتی و فدرال در یک رابطه طولی صلاحیت بررسی این امر را نوعاً در جریان رسیدگی به دعاوی دارند. در مقابل، در کشورهای تابع الگوی اروپایی (کلسنی) دادرسی اساسی، با عنایت به اینکه صلاحیت مراجع صیانت از قانون

۱. در نظام‌های سیاسی فدرال در اصلاح قوانین اساسی ایالتی، محاکم (در کلیه سطوح ایالتی و فدرال) صلاحیت نظارت بر رعایت قانون اساسی فدرال در بازنگری را دارند. برای مثال، نک: the United States Supreme Court, in *Hawke v. Smith*, held that the provision of the Ohio Constitution requiring a referendum on the ratification of amendments to the Federal Constitution was unconstitutional (253 U.S. 221, at 230-231 (1920)).

همچنین به تصمیم دادگاه قانون اساسی فدرال اتریش در ۲۸ ژوئن ۲۰۰۱ در خصوص مغایرت بند ۶ ماده ۳۳

قانون اساسی ایالت وورالبرگ با قانون اساسی فدرال، نک:

CODICES database of Venice Commission, at <http://codices.coe.int> (AUT-2001-2-004).

اساسی (اعم از اینکه نهاد قضایی یا غیرقضایی باشند) به‌عنوان یک مرجع اختصاصی و نوعاً مستقل از سه قوه، تنها صالح به موارد تصریح‌شده در قانون اساسی هستند، چنین نظارتی صورت نمی‌گیرد. فرانسه<sup>۱</sup>، مجارستان و اسلوانی نمونه بارز این وضعیت‌اند و استدلال‌های ارائه‌شده از سوی این محاکم نیز بر همین اساس بوده است. حتی دادگاه قانون اساسی ایرلند که دارای نظام دادرسی اساسی بر اساس الگوی امریکایی است نیز با همین استدلال که صلاحیتش محدود به بررسی قانون‌گذاری عادی می‌باشد، در این خصوص اعلام عدم صلاحیت نموده است.

در مقابل، دادگاه‌های قانون اساسی آلمان، اتریش و ترکیه، بدون تصریح قانون اساسی به چنین صلاحیتی، با استنباط عام از مفهوم قانون و شمول آن بر قانون اساسی، چنین صلاحیتی را برای خود در نظر گرفته و بر اساس آن آرای متعددی صادر کرده‌اند. برای مثال، دادگاه قانون اساسی آلمان در بازنگری‌های سال‌های ۱۹۷۰، ۱۹۹۱، ۱۹۹۶ و ۲۰۰۴ موارد بازنگری را بر اساس محدودیت‌های پیش‌بینی‌شده در قانون اساسی مورد بررسی و نظارت قرار داده است. همچنین، دادگاه قانون اساسی اتریش طی سال‌های گذشته و در بازنگری‌های مربوط به سال‌های ۱۹۵۲، ۱۹۸۸ و ۲۰۰۱ مبادرت به این امر نموده است.

در هر حال، علاوه بر مواردی که به‌رغم پیش‌بینی محدودیت‌های بازنگری، قانوناً نظارتی پیش‌بینی نشده یا عملاً صورت نمی‌پذیرد (مانند فرانسه که حتی در نقض آئین بازنگری - در بازنگری ۱۹۶۲م از طریق رفراندوم برای قانون‌گذاری عادی - نیز قاضی اساسی دخالتی نکرد)، امروزه بسیاری از کشورهای اروپایی (مانند بلژیک، هلند، سوئد، دانمارک، فنلاند، لوکزامبورگ، ایرلند، ایسلند، مجارستان، اسلوانی و اسلواکی)، با وجود برخی مخالفت‌ها، به قدرت مطلق مرجع بازنگری و عدم محدودیت برای آن در اصلاح قانون اساسی اعتقاد دارند و بر اساس آن یک آئین واحد در بازنگری وجود دارد و هیچ موضوعی از امکان اصلاح مصون نیست. شاید این امر را باید بیشتر ناشی از جایگاه قاضی اساسی به عنوان نهاد تأسیسی (در مقابل مؤسس) و چالش مشروعیت آن در بازنگری، به‌ویژه در بازنگری کلی (که حتی ممکن است وضعیت خود قاضی اساسی موضوع و محل اصلاح باشد!) دانست.

### ۲.۳. نظارت بر آئین و محتوای بازنگری

در قوانین اساسی امروزی، تصریح به صلاحیت مراجع صیانت از قانون اساسی در نظارت بر رعایت آئین بازنگری کمتر دیده می‌شود. با وجود این، در مواردی به این امر تصریح شده است. در ترکیه بر اساس تصریح بند ۱ ماده ۱۴۸ قانون اساسی ۱۹۸۲م (ماده ۱۴۷ قانون اساسی

۱. برای آگاهی از تصمیمات شورای قانون اساسی فرانسه در این خصوص، نک: پاورقی ش ۲۴.

۱۹۶۱م)، این نظارت به بررسی قانونی بودن شکل و تشریفات بازنگری محدود شده است. همچنین، می‌توان به ماده ۱۷۴ قانون اساسی ۲۰۱۱م مداخله اشاره کرد: «دادگاه قانون اساسی بر قانونی بودن آئین بازنگری نظارت می‌کند». برای مثال، همچنین می‌توان به ماده ۱۲۰ قانون اساسی ۲۰۱۴م تونس اشاره نمود که بر اساس آن، دادگاه قانون اساسی مرجع نظارت بر رعایت آئین بازنگری تعیین شده است (Grewe, 2011: 450).

البته در اتریش، بلغارستان و سوئیس، این امر که موارد بازنگری با چارچوب آئین بازنگری پیش‌بینی شده در قانون اساسی منطبق است یا خیر، از سوی قاضی اساسی مورد بررسی قرار می‌گیرد. در چنین مواردی، ورود دادرسی اساسی به محتوای بازنگری نیز اجتناب‌ناپذیر به نظر می‌رسد؛ به‌ویژه در مواردی که قاضی در صدد نظارت بر عدم خدشه به بنیان‌های قانون اساسی در بازنگری از طریق آئین عادی است

در خصوص محدودیت‌های محتوایی، برخلاف فرانسه، در رویه دادگاه‌های قانون اساسی آلمان و ایتالیا، با وجود عدم تصریح به این امر در قانون اساسی، تأکید بر رعایت محدودیت‌های محتوایی و ماهوی به‌روشنی دیده می‌شود. دادگاه قانون اساسی فدرال آلمان غربی در تصمیم مورخ ۱۵ دسامبر ۱۹۷۰ با استنباط از ماده ۷۹ قانون اساسی ۱۹۴۹م و به‌منظور پیشگیری از اضمحلال بنیان‌ها و جوهره نظم اساسی کشور از طریق بازنگری در قانون اساسی، نظارت خود بر رعایت محدودیت‌ها را مورد شناسایی قرار می‌دهد (Grewe, 2011: 443). همچنین بر اساس تصمیم ۲۹ دسامبر ۱۹۸۸ دادگاه قانون اساسی ایتالیا، در قانون اساسی برخی اصول برتر وجود دارد که نباید خدشه‌دار شود و یا محتوای آن‌ها در بازنگری مورد اصلاح قرار گیرد (Ibid).

در هند، برخلاف اینکه مطابق بندهای ۴ و ۵ ماده ۳۶۸ قانون اساسی ۱۹۰ (اصلاحی ۱۹۶۸م) هیچ‌گونه محدودیتی در بازنگری پیش‌بینی نشده (بند ۵) و دادگاه قانون اساسی نیز به‌صراحت از نظارت بر بازنگری منع شده است (بند ۴)، دادگاه قانون اساسی در تصمیم ۱۹۷۶م خود، بازنگری قانون اساسی را به دلیل نقض ساختار بنیادین قانون اساسی مغایر قانون اساسی اعلام کرده است (Minerva Mills, 2002: 87). در واقع در اینجا، نه‌تنها با شناسایی محدودیتی ضمنی مواجه‌ایم، بلکه دادگاه قانون اساسی صلاحیت نظارت را برای خود شناسایی کرده است. دادگاه قانون اساسی ترکیه نیز در سال ۲۰۰۸م بازنگری مربوط به ممنوعیت داشتن حجاب در دانشگاه‌ها را از نظر مغایرت با اصل لائسیسم (علاوه بر مغایرت با آئین بازنگری) مغایر قانون اساسی اعلام کرده است (Kabogloul, 2009: 38). وضعیت نسبتاً خاصی در قانون اساسی تونس نیز پیش‌بینی شده است؛ بر اساس ماده ۱۴۴ قانون اساسی این کشور، دادگاه قانون اساسی موضوعات مورد بازنگری را به‌منظور رعایت محدودیت‌های بازنگری، بررسی و نظارت نموده است. البته از نظر برخی، این امر به‌منزله نظارت بر رعایت محدودیت‌های ماهوی در عمل و به‌همراه ضمانت اجرا نیست و نظر دادگاه قانون اساسی، قدرت مرجع بازنگری را محدود نکرده و تنها یک

اعلام نظر است که البته دارای اثر غیرمستقیم و بازدارنده برای مرجع بازنگری در رعایت محدودیت‌های ماهوی است (Roux, 2016: 575). در هر حال، رد مصوبه بازنگری از سوی مرجع ناظر، به استناد مغایرت محتوایی با محدودیت‌های قانون اساسی در موارد بسیار معدودی مانند آفریقای جنوبی یا ترکیه (Philipe, 2009: 22-26 et Kabogloul, 2009:38-42) رخ داده است.

#### ۴. چالش‌های بازنگری در ایران

طرح بازنگری و چالش‌های آن در نظام جمهوری اسلامی، با عنایت به ضرورت و نیاز به بازنگری بنیادین در قانون اساسی، بسیار بیشتر احساس می‌شود. از دیدگاه محتوای محدودیت‌های بازنگری، قانون اساسی ایران را باید در یک دسته خاص و منحصر به فرد در میان قوانین اساسی امروزی قرار داد.

در ایران، پس از انقلاب ۱۳۵۷ش، نظم حقوقی با یک تحول و به‌نوعی چالش بسیار مهم مواجه شد. در واقع، با تصویب قانون اساسی ۱۳۵۸ش و شناسایی شرع به‌عنوان یکی از هنجارهای مرجع در اعتبارسنجی همه هنجارهای حقوقی با پیش‌بینی نظارت بر رعایت آن‌ها و ضمانت اجرای بی‌اعتباری حقوقی قوانین و مقررات مغایر شرع، مسئله رابطه موازین شرعی با قوانین و مقررات عادی از یک سو و با قواعد قانون اساسی از سوی دیگر مطرح شد. صرف‌نظر از سطح نظری بحث و موافقت یا مخالفت با نظم حقوقی کنونی، در این نوشتار، پیش‌فرض ما در بستر اندیشه حاکمیت قانون (مبتنی بر اندیشه و خرد فردی و جمعی انسانی و رأی اکثریت ضمن رعایت حقوق اقلیت) و در نظر گرفتن شرع به‌عنوان هنجار مرجع در ارزیابی اعتبار قوانین و مقررات عادی است، نه به‌عنوان منبع حقوقی اعتباربخش خود قانون اساسی؛ ضمن اینکه جایگاه و اعتبار یادشده برای شرع نیز ناشی از شناسایی آن در قانون اساسی است و بنابراین، موازین شرع در نظم حقوقی کشور ما در ذیل قانون اساسی قرار دارد.

به‌علاوه، باید قانون اساسی جمهوری اسلامی را که در پی انقلاب ۱۳۵۷ش به تصویب رسید، حاصل مجموعه متنوعی از مطالبات انقلابیون (مجموعه متنوعی از طیف‌های مختلف اجتماعی با گرایش‌های متفاوت مبتنی بر اندیشه‌ها و جریانات فلسفی-سیاسی بسیار متفاوت، پراکنده و گاه با تضاد و تناقضات بنیادین میان آن‌ها) دانست. در واقع، مبانی نظری متفاوت و در بسیاری موارد متضاد، قانون اساسی را از یک مجموعه و سیستم منسجم و کارای معطوف به اهداف اصلی خود، یعنی پیش‌بینی قالب و چارچوبی حقوقی برای حکومت و اجزای آن و تنظیم روابط میان این اجزا از یک سو و میان حکومت و مردم از سوی دیگر، در اداره مطلوب امور عمومی با تأمین و حفظ نظم و امنیت، حمایت و تضمین حقوق و آزادی‌ها و برقراری آرامش و آسایش و رفاه مردم بسیار دور نموده است.



به سخن دیگر، در این قانون اساسی، مبانی نظری دوگانه یا چندگانه بسیار دور از یکدیگر، اگر نگوئیم متضاد، با هدف‌گذاری‌های ناهمسو منتهی به تلفیق و ترکیب اجزای بسیار نامتجانس و ناهماهنگ در کنار یکدیگر قرار گرفته و در نتیجه، عملکرد منظم، هماهنگ و کارای آن را با مشکل جدی مواجه ساخته است. صرف‌نظر از ارزش‌گذاری هریک از این نگاه‌ها، این امر بیشتر از دیدگاه سیستمی<sup>۱</sup> قابل توجه و تأمل است. در هر سیستم، برای فعالیت منظم و هماهنگ با بهره‌وری حداکثری، لازم است همه عناصر درونی و بیرونی مؤثر بر کار سیستم موردنظر در راستا و در خدمت هدف ازپیش تعیین‌شده باشد. این درحالی است که چنین نگاه و توجهی در تدوین و تصویب قانون اساسی ایران دیده نمی‌شود. ترکیب این عناصر نامتجانس به ایجاد مسیرهای ناهمسو، اگر نگوئیم متضاد و متقابل، در سیاست‌گذاری و برنامه‌ریزی‌های کلان در جمهوری اسلامی منتهی گردیده و آثار نامطلوبی را در اداره امور عمومی به‌دنبال داشته است. برای مثال می‌توان به موارد مهم زیر اشاره کرد:

- جمهوریت و اسلامیت؛
  - حاکمیت مردم (و به تبع آن، حاکمیت قانون دموکراتیک) و حاکمیت ولی فقیه؛
  - حقوق و آزادی‌های بشری و محدودیت‌های (مبتنی بر برداشتی حکومتی از شریعت اسلامی) آن‌ها؛
  - سیاست خارجی مدرن مبتنی بر منافع ملی و اسلامی مبتنی بر منافع امت اسلامی (بدون مرز)؛
  - الگوهای اقتصادی مبتنی بر یافته‌های علمی در کنار ترکیب اقتصاد اسلامی و سوسیالیستی با مداخله حداکثری دولت با برداشتی خاص از احکام و موازین اسلامی. بر این اساس، بازنگری در قانون اساسی کنونی در حوزه‌های یادشده با لحاظ ملاحظات پیش‌گفته اجتناب‌ناپذیر به نظر می‌رسد. با وجود این، اصل ۱۷۷ قانون اساسی با پیش‌بینی برخی از دوگانه‌های غیرقابل جمع (حداقل از حیث عملی و با لحاظ تجربه تاریخی) به‌مثابه قواعد لایتغیر، اصلاح آن‌ها را ممنوع نموده است.
- باید اذعان کرد، بازنگری قانون اساسی در جمهوری اسلامی نسبت به قوانین اساسی کشورهای به‌اصطلاح دموکراتیک، با چالش‌هایی فراتر از مباحث طرح‌شده در این نوشته مواجه

۱. هر سیستم مجموعه‌ای از اجزا و روابط میان آن‌هاست که از طریق ویژگی‌های معین به هم وابسته یا مرتبط می‌شوند و این اجزا با محیط خود یک کل را تشکیل می‌دهند؛ مانند یک کارخانه یا بدن انسان. این اجزا در راه تحقق یک هدف حرکت می‌کنند و یکدیگر را در راستای تحقق این هدف کامل می‌نمایند. نظریه سیستم‌ها به‌عنوان نوعی روش‌شناسی علمی و نگرش به جهان است که بر پایه به‌کارگیری رویکرد سیستمی انجام می‌گیرد. در این خصوص، نک: رضاییان، علی (۱۳۷۵)، تجزیه و تحلیل و طراحی سیستم، تهران: سمت، ص ۲۷.

است. سه تفاوت قابل توجه در اینجا دیده می‌شود: نخست، مربوط به ابتکار بازنگری قانون اساسی است که در ایران به نحو انحصاری در اختیار رهبری قرار دارد.<sup>۱</sup> دوم، مربوط به محتوای اصول و قواعد خدشه‌ناپذیر در بازنگری است که بیشتر به منظور حفظ تلفیق‌های یادشده با غلبه سوبیه اسلامی است. سوم، بازنگری کامل، یعنی وضع قانون اساسی جدید در قانون اساسی ایران پیش‌بینی نشده است. در واقع، قانون اساسی با شناسایی حقوقی مستقیم یا غیرمستقیم حکومت فردی یا گروهی، به مثابه یک پدیده مقدس و غیرقابل خدشه، به ابزاری در خدمت نظام سیاسی و گروه حاکم تبدیل شده است: از یک سو امکان بازنگری در آن با توجه به انحصار در ابتکار بازنگری بسیار محدود و دشوار شده و از سوی دیگر، محدودیت‌های سیاسی و ایدئولوژیک (مبتنی بر حفظ و تضمین تداوم آن در دست گروه خاص) در بازنگری محتوای قواعد آن، بازنگری و اصلاح را با خطر عدم کارایی لازم برای اعمال تغییرات بنیادین و یا انجام بازنگری در راستای تقویت ایدئولوژی و موقعیت گروه حاکم مواجه نموده است.

### نتیجه

با عنایت به بررسی‌های تطبیقی صورت گرفته، باید اذعان داشت که در خصوص امکان یا عدم امکان پیش‌بینی قواعد غیرقابل تغییر در قانون اساسی، موضوع و محتوای این نُرْم‌ها و اعتبار آن برای مرجع بازنگری در اصلاح جزئی یا کلی و کامل قانون اساسی و نقش مرجع صیانت از قانون اساسی، با توجه به ملاحظات و رویکردهای مختلف (سیاسی و حقوقی)، در میان کشورها اتفاق نظر کامل وجود ندارد. با این همه، وضعیت حقوقی کنونی در قوانین اساسی و رویه عملی غالب در کشورهای دموکراتیک حقوق بشری، حکایت از پذیرش حق مردم در تغییر جزئی یا کلی قانون اساسی (وضع قانون اساسی جدید) در یک قالب حقوقی، البته با تمایز میان آئین اصلاحات جزئی از اصلاحات کلی با وضع قانون اساسی جدید، دارد؛ ضمن اینکه اغلب محدودیت‌های بازنگری ناظر بر حمایت از حقوق و آزادی‌های شهروندان است. در مجموع، در یک نظام سیاسی مستقر بر بستر دموکراسی، حاکمیت قانون و حقوق بشر، می‌توان این گونه نتیجه گرفت:

۱. در حالی که ابتکار بازنگری، با توجه به عدم اعتماد به قوه مجریه، به‌ویژه پس از جنگ دوم جهانی، بیشتر در دست قوه مقننه قرار داده شده بود (مانند قوانین اساسی ۱۷۹۱ و ۱۸۴۸م فرانسه، ۱۷۸۷م امریکا، ۱۹۴۷م ایتالیا، ۱۹۴۹م آلمان، ۱۹۷۵م سوئیس و ۱۹۷۵م پرتغال)، در دهه‌های اخیر نیز مجدداً این ابتکار در اختیار قوه مجریه (نوعاً پیشنهاد رئیس‌جمهور یا نخست‌وزیر و یا هر دو حسب نوع نظام سیاسی) قرار داده شده است. در این خصوص، نک:

Gözler k., Judicial review of constitutional amendments, a comparative study, EKIN PRESS Bursa, 2008, pp. 127 et 128.

- **نخست** اینکه حقوق موضوعه و منشأ وضع آن، یعنی دولت، موجودات اعتباری در حیات جمعی بشوند و بنابراین، ارزش ابزاری و نسبی دارند و تنها در چارچوب تحقق آرمان‌ها و اهداف حیات جمعی انسان‌ها واجد ارزش و احترام هستند، و نه دولت و نه حقوق موضوعه نمی‌توانند و نباید مقدس فرض شوند و غیرقابل اصلاح و تغییر باشند.
- **دوم**، قانون اساسی مجموعه‌ای از توافقات بنیادین بشری مبتنی بر نظریه قرارداد اجتماعی (لاک یا حتی روسو) در حوزه حیات سیاسی و سازمان و تشکیلات حکومت و اجزای آن، صلاحیت‌های آن‌ها و همچنین روابط این مجموعه با شهروندان، به‌ویژه از حیث حقوق و آزادی‌ها است و بر این اساس، قابل جرح و تعدیل و اصلاح و تغییر- در کل یا جزء- به‌وسیله بنیان‌گذاران آن (مردم) است. مشروعیت حقوقی قانون اساسی و تداوم اعتبار آن و به تبع محدودیت‌های بازنگری پیش‌بینی‌شده برای مرجع بازنگری، خارج و فراتر از منطق فرمالیستی حقوق موضوعه بوده و منوط به مشروعیت دموکراتیک (پذیرش سیاسی) قانون اساسی و محدودیت‌های آن از سوی مردم در هر نسل و هر زمان از حیات همان نسل است. به عبارت دیگر، هیچ محدودیت حقوقی برای حاکم اصلی، یعنی مردم، محدودیت مطلق محسوب نمی‌شود.
- **سوم**، از حیث مشروعیت حقوقی، امکان بازنگری همه قواعد مندرج در قانون اساسی و حتی وضع قانون اساسی جدید با به‌کنار نهادن قانون اساسی قبلی، امروزه در برخی قوانین اساسی به‌صراحت یا به‌طور ضمنی پیش‌بینی شده است؛ موضوعی که به‌نوبه خود، مؤید نگرش یادشده است.
- **چهارم**، حقوق موضوعه ظرفی است که با به‌کارگیری مجموعه‌ای از قواعد، به‌عنوان ابزار و شیوه پیش‌بینی چارچوبی برای برقراری نظم و امنیت و تأمین و حفظ حقوق و آزادی‌ها مورد استفاده قرار می‌گیرد و نمی‌توان هر مظلومی را در آن قرار داد. به عبارت دیگر، نمی‌توان از حقوق، انتظار کارکرد سیاسی و اخلاقی و تحقق غایات سیاست و اخلاق را داشت. همان‌گونه که ودل به بیانی دیگر اشاره کرده است، ارزش‌های انسانی در هر جامعه در جریان کنش‌ها و واکنش‌های شهروندان به‌تدریج شکل می‌گیرد و حقوق (به‌مثابه یک مجموعه هنجاری) بر این بستر و با اراده سیاسی حاکم (دموکراتیک) وضع و تضمین می‌شود؛ ولی به‌هیچ‌عنوان نمی‌تواند واضع ارزش‌ها و ضامن تغییرناپذیر بودن آن‌ها باشد؛ چراکه مشروعیت حقوق وضعی و تداوم آن در یک نظام سیاسی دموکراتیک، در گرو شناسایی و پذیرش آن از سوی مردم (به نحو مستقیم یا غیرمستقیم) است و هیچ قاعده حقوقی (حتی حقوق طبیعی موضوعه) نمی‌تواند این حاکمیت را در تغییر

ارزش‌های یادشده محدود نماید<sup>۱</sup> یا به طریق اولی آن را از میان ببرد. با وجود این، شاید پیش‌بینی آئین‌های متفاوت به‌منظور اصلاح و بازنگری جزئی یا کلی در قانون اساسی راه‌حل اصولی در پیش‌بینی محدودیت‌ها و رعایت آن‌ها در جریان بازنگری و در واقع، تبعیت از واقعیت تداوم پابندی به ارزش‌های انسانی ضمن پذیرش پویایی آن‌ها باشد؛ امری که البته مستلزم وجود یک دموکراسی واقعی معتقد به حقوق و آزادی‌های بشر و به‌ویژه حقوق اقلیت‌هاست تا این حق‌ها در چنبره نظام‌های دیکتاتوری یا حاکمیت اکثریت در دموکراسی، فراموش یا قربانی نشود.

در هر حال، با توجه به لزوم تغییر و اصلاح آن، هماهنگ با تغییر شرایط و اوضاع و احوال جامعه، عدم امکان حقوقی و یا عدم پذیرش عملی اصلاح قانون اساسی از سوی حکومت در جزء یا کل، می‌تواند غیرمستقیم دعوت به لزوم تغییر در نظام سیاسی از راه‌های دیگر تلقی شود؛ افزون بر اینکه در دهه‌های اخیر چنین تغییراتی در جامعه ایرانی بسیار جدی و قابل توجه بوده است.

## منابع و مأخذ

1. Anuranjan Sethi, "Basic Structure Doctrine: Some Reflections" (<http://ssrn.com/abstract=835165>).
2. Auer A. (1995), "L'adoption et la révision des constitutions: de quelques vérités malmenées par les faits", in R. Bieber et P. Widmer (1995), L'espace constitutionnel européen, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag AG.
3. Barthelemy J. et Duez P. (2004), Traité de droit constitutionnel, Dalloz, 1933, rééd. 2004.
4. Beaud O. (1994), La puissance de l'Etat, PUF.
5. Cayla O. (2006), L'obscur théorie du pouvoir constituant originaire ou l'illusion d'une identité souveraine inaltérable, in L'architecture du droit (Mélanges en l'honneur de M. Troper), Économica, p. 259.
6. Dubout E. (2010/3), "Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France : une supra constitutionnalité ?" RFDC, n° 83.
7. Duguit L. (1972), Traité de droit constitutionnel, vol. V, 3e éd., 1929, Paris, rééd. CNRS.
8. Eisenmann Ch. (1986), La justice constitutionnelle et la haute Cour

۱. امروزه، سخن گفتن از عدم شناسایی و پذیرش برخی ارزش‌های انسانی که تبدیل به ارزش‌های جهانی بشر شده‌اند و یا تغییر آن‌ها برخلاف دستاوردهای یادشده (جز در موارد نادر و استثنایی در رژیم‌های تئوکرات) بسیار بعید و دشوار است؛ شاید چالش اصلی را باید به پابندی عملی و واقعی به آنها، به‌ویژه از سوی دولت‌ها، دانست؛ موضوعی که به‌نوبه خود، امری فراحقوقی است.

- constitutionnelle autrichienne, *Economica*, PUAM, pp. 16-17.
9. Fatin-Rouge M. (1999), *Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle*, Thèse de doctorat, Université Aix-En-Provence.
  10. Esmein A. (2001), *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, vol. II, Paris, Sirey, 1928, 8e éd, réed Panthéon-Assas, « Les introuvables ».
  11. Favoreu L. (1993), "Souveraineté et supraconstitutionnalité", *Pouvoir*, n° 67.
  12. Favoreu L. (1990), "Les libertés protégées par la Conseil constitutionnel", in D. Rousseau et F. Sudre (dir.), « Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme », Ed. des Sciences Techniques et Humaines.
  13. Grewe C. et Ruiz Fabri H. (1995), *Droit constitutionnel européens*, PUF.
  14. Grewe C. (2011), "Les droits intangibles" (In: *Annuaire international de justice constitutionnelle. Constitutions et droit pénal - Hiérarchie(s) et droits fondamentaux*).
  15. Gözler k. (2008), *Judicial review of constitutional amendments, a comparative study*, EKIN PRESS Bursa, p. 4.
  16. KABOGLU I. Ô, "Le contrôle juridictionnel des amendements constitutionnels en Turquie", *Cahiers du Conseil constitutionnel n° 27* (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/documentationpublications/cahiers-du-conseil/cahier-n-27/le-controle-juridictionnel-des-amendementsconstitutionnels-en-turquie.51431.html>).
  17. Kelsen H. (1999), *Théorie pure de droit* (traduit en français par Charles Eisenmann), LGDJ-Bruylant, 2ème éd. 1962 ; *La Pensée juridique*.
  18. Kelsen H (1928), "La justice constitutionnelle", *RDP*, p. 206.
  19. Le Divellec A. Levadé A. et Pimentel C-M.( Jan. 2010), "Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles", *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 27.
  20. Levade A., "Le Palais Royal aux prises avec la constitutionnalité des actes de transposition des directives communautaires", *RFDA*, mai-juin 2007.
  21. Longneaux J-M.(2008), *Le droit naturel à l'épreuve de la phénoménologie*, in *Droit naturel : relancer l'histoire ?* Bruylant.
  22. LUCIANI M.( janvier 2010), "Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles en Italie", *Cahiers du Conseil constitutionnel n° 27*, (<https://www.conseil-constitutionnel.fr>).
  23. Hauriou M.(1929), *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2e éd., Paris, réed. CNRS 1965.
  24. Magnon X.(2004/3), "Quelques maux encore à propos des lois de révision constitutionnelle : limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire et existence", *Revue française de droit constitutionnel*, n° 59.
  25. Martin van Vliet, Winluck Wahiu, Augustine Magolowondo. (Avril 2012), "Processus de réforme constitutionnelle et partis politiques, Principes pour la pratique"; NIMD (Netherlands Institute for Multiparty Democracy),.
  26. Mazeaud P, "L'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les lois de transposition des directives", *Colloque de Venise du 16 décembre 2006*,

- spéc pp. 11-13 ([www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr)).
27. Organisation internationale de francophonie (2016), "Dynamiques constitutionnelles dans l'espace francophone", Rapport sur l'état des pratiques de la démocratie, des droits et des libertés, (<https://www.francophonie.org/sites/default/files/2019-10/Rapport-democratire-droits-libertes-2016.pdf>).
  28. Perelman Chaïm. (1981), l'avant-propos du numéro spécial de la Revue internationale de philosophie, n° 138 sur «Kelsen et le positivisme juridique» (cité par C. Leben, «Chaïm Perelman ou les valeurs fragiles», Droits, vol. 2, 1985, spéc).
  29. Pfersmann O. (2007), in L. Favoreu (dir.), Droit constitutionnel, Dalloz.
  30. Philippe X., "Le contrôle des lois constitutionnelles en Afrique du Sud", Cahiers du Conseil constitutionnel (<http://www.conseilconstitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/francais/documentationspuudbl.5icla4t2io7n.hs/tmcahliers-duconseil/cahier-n-27/le-controle-des-lois-constitutionnelles-en-afrique-du-sud :51427 :html>)
  31. Rory O'Connell.(1999), "Guardians of the Constitution: Unconstitutional Constitutional Norms", v 4 , n° 48, CIVIL LIBERTIES.
  32. Roux A. (2016), "La révision de la Constitution", in Le contenu de la constitution; PNUD. ([https://www.tn.undp.org/content/tunisia/fr/home/library/democratic\\_governance/la-constitution-de-la-tunisie-/le-contenu-de-la-constitution-.html](https://www.tn.undp.org/content/tunisia/fr/home/library/democratic_governance/la-constitution-de-la-tunisie-/le-contenu-de-la-constitution-.html)).
  33. SATHE S. P.(2002), Judicial activism in India, 1987, Oxford University Press.
  34. Schmitt C. (1993), Théorie de la Constitution (Traduit de l'allemand par Lilyane Deroche), PUF.
  35. Trope M. (1993), "La notion de principes supraconstitutionnels", RIDC, vol. 15.
  36. Vedel G. (2002), Manuel élémentaire de droit constitutionnel, Sirey, 1949, rééd. Dalloz.
  37. Vedel (G.), Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques, Les Cours du droit, 1960-1961 (<https://data.bnf.fr/temp-work/70224e2f4bdc95edf43e12cc27ecf833/>).
  38. Vedel G. (1992), "Schengen et Maastricht", RFDA.
  39. Vedel G.(1993), "Souveraineté et supraconstitutionnalité", Pouvoirs, n° 67.