

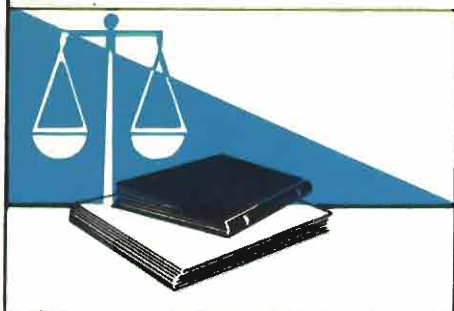
مجموعه آثار (۲)
دکتر ابوالفضل قاضی

گفتارهایی
در
حقوق عمومی

دکتر ابوالفضل قاضی

« شریعت پناهی »

استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی
دانشگاه تهران



نشر دادگستر

گفتارهایی
در
حقوق عمومی

دکتر ابوالفضل قاضی
« شریعت پناهی »
استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی
« دانشگاه تهران »

نشر دادگستر
مهرماه ۷۵

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

«وَنَرَفَعُ دَرَجَاتٍ مَن نَّشَاءُ وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ»

«قرآن کریم»

نام کتاب: گفتارهایی در حقوق عمومی
مؤلف: دکتر ابوالفضل قاضی (شریعت پناهی) استاد دانشگاه تهران
تاریخ انتشار: مهر ماه ۱۳۷۵
تیراژ: ۵۰۰۰ جلد
نوبت چاپ: اول
قیمت: ۸۰۰ تومان
ناشر: نشر دادگستر

حق چاپ برای ناشر محفوظ است.

تلفن مرکز پخش: ۸۸۶۶۳۸۸

فهرست مطالب

عنوان	صفحه
مقدمه ناشر	۱۱
پیشگفتار مولف	۱۵
گفتار اول	
آشنایی با کلیات حقوق عمومی	
مقدمه - علت وجودی حقوق عمومی	۲۱
بخش اول: مفهوم حقوق عمومی	۲۳
فصل اول: تمایز حقوق عمومی و حقوق خصوصی	۲۵
سخن اول: ریشه‌های تمایز	۲۵
سخن دوم: محتوای تمایز	۲۷
الف) تمایز مادی (موضوعی)	۲۷
ب) تمایز شکلی	۲۸
ج) تمایز کار ویژه‌ای	۲۹
سخن سوم: حدود تمایز	۲۹
فصل دوم: منابع حقوق عمومی	۳۱
سخن اول: منابع سیاسی	۳۳
الف) سنت اقتدار گرایانه	۳۴
۱) صیغه پادشاهی	۳۴
۲) صیغه ژاکوبین	۳۵
۳) صیغه امپراطوری	۳۶
ب) سنت لیبرال	۳۷
سخن دوم: منابع حقوقی	۳۹
الف) منابع اساسی (دستوری) و قانونی	۴۰

الف) مداخله دولت در زندگی اقتصادی و اجتماعی	۶۵
ب) کم بها شدن مسلک لیبرال	۶۶
سخن دوم: تحول در محتوای حقوق عمومی	۶۸
الف) انعطاف مرزها بین حقوق عمومی و حقوق خصوصی	۶۹
ب) تغییر شکل فنون حقوقی	۷۰
گفتار دوم	
قانون اساسی، سیر مفهوم و منطوق از دید تطبیقی	
مقدمه	۷۵
الف) معانی گوناگون قانون اساسی	۷۶
ب) نهضت دستورگرایی و تحول قوانین اساسی شکلی	۸۱
ج) معیارهای تمایز قانون اساسی از سایر اعمال هنجاری	۹۰
۱) قوه موسس و منشاء تأسیس	۹۱
۲) تجدید نظر (بازنگری)	۹۳
۲-۱) حقوق اساسی ایالات متحده آمریکا	۹۸
۲-۲) حقوق اساسی فرانسه	۹۹
۲-۳) حقوق اساسی بلژیک	۱۰۲
۲-۴) حقوق اساسی سوئیس	۱۰۳
۲-۵) حقوق اساسی ایران	۱۰۵
۳) نظارت بر قوانین عادی و اصل سلسله مراتب قوانین	۱۰۹
۳-۱) نظارت قوه قضائیه بر قانون: ایالات متحده آمریکا	۱۱۲
۳-۲) نظارت بر قوانین بوسیله ارگان سیاسی (حقوق اساسی فرانسه)	۱۱۴
یک) اعلام نظر مشورتی	۱۱۷
دو) تصمیمات اداری	۱۱۷
سه) اختیارات قضائی	۱۱۷
۳-۳) نظارت بر قوانین (قضاوت دستوری)؛ حقوق اساسی آلمان	۱۲۱
یک) در جهت حفظ نظم دموکراتیک و لیبرال	۱۲۱
دو) در جهت حفظ سلسله مراتب قواعد حقوقی	۱۲۲

ب) نقش رویه	۴۱
ج) نقش دکترین	۴۴
فصل سوم: محتوای حقوق عمومی	۴۹
سخن اول: مفاهیم ریشه‌ای حقوق عمومی	۴۹
الف) مفهوم اقتدار	۴۹
ب) اصل قانونی بودن	۵۱
۱) مفهوم قانونی بودن	۵۱
۱-۱) عناصر قانونی بودن: مفهوم قاعده قانونی	۵۱
۱-۲) محتوای اصل قانونی بودن: احترام به قاعده حقوقی	۵۲
۲) ضمانت اجرای اصل قانونی بودن	۵۳
۲-۱) راه حل اداری	۵۴
۲-۲) راه حل قضایی	۵۴
۳) محدودیت‌های اصل قانونی بودن	۵۵
ج) مفهوم مسئولیت	۵۶
۱) مسئولیت، اصل فنی	۵۶
۲) مسئولیت، اصل سیاسی	۵۶
سخن دوم: فنون حقوقی حقوق عمومی	۵۷
الف) فنون تشکیلات	۵۸
۱) نمایندگی	۵۸
۲) قیمومت و نظارت	۵۹
۳) موسسه عام المنفعه	۶۱
۴) حمایت ویژه از اشخاص و اموال	۶۲
ب) فنون عملکرد	۶۳
۱) شیوه‌های تدارک اعمال اداری	۶۳
۲) شیوه‌های اجرایی اعمال اداری	۶۳
فصل چهارم: تطورات کنونی حقوق عمومی	۶۵
سخن اول: علل نهادی و ایدئولوژیکی تحول حقوق عمومی	۶۵

- سه) در جهت تضمین ساختار فدرالی دولت ۱۲۲
- چهار) در جهت فصل اختلافات نهادها ۱۲۲
- پنج) در جهت نظارت بر انتخابات ۱۲۳
- ۳-۴) نظارت همه جانبه شرعی و دستوری: حقوق اساسی ایران ... ۱۲۳

گفتار سوم

سیر تاریخی منابع حقوقی در اسلام

- پیشگفتار ۱۳۱
- الف) دوره آغازین ۱۳۳
- ب) دوره پیش از کلاسیک ۱۳۷
- ج) دوره کلاسیک ۱۴۳
- د) دوره بعد از کلاسیک ۱۴۸
- ه) عصر جدید ۱۵۴

گفتار چهارم

خلافت و دولت در اسلام

- مقدمه ۱۶۳
- الف) خصلت الزام آور خلافت ۱۶۴
- ب) مساله وحدت امامت ۱۶۵
- ج) خصائل امام ۱۶۷
- د) تعیین امام ۱۶۸
- ه) مباحثه ۱۶۹
- و) اطاعت از امام ۱۷۰
- ز) وظیفه امام ۱۷۱
- ح) شعائر اسلام ۱۷۱
- ط) امور عمومی ۱۷۲
- ی) توزیع اموال ۱۷۳
- ک) کیفرهای قانونی و کیفرهای تمایزی ۱۷۴
- ل) احترام به حقوق فردی ۱۷۵

گفتار پنجم

شان نزول تعادل قوا و نزول شان آن

- الف) ارتباط میان «تعادل» و «تفکیک» ۱۷۹
- ب) مبانی نظری کلاسیک ۱۸۱
- ج) برداشت جدید ۱۸۹
- ۱) قوه سیاسی و قوه اداری ۱۹۰
- ۲) قوه تصمیم گیرنده و قوه اجراء کننده ۱۹۱
- ۳) قوه مشورتی و قوه نظارت ۱۹۲
- ۴) قوه فرمانروایی و قوه تأمل ۱۹۳
- د) استنتاج ۱۹۴
- ۱) تعادل از راه تفکیک مطلق قوا ۱۹۵
- ۲) تعادل از راه تفکیک نسبی قوا ۲۰۰

گفتار ششم

سرچشمه آزادی ها و حقوق فردی

- دیباچه ۲۱۵
- پیشگفتار ۲۱۷
- مقدمه ۲۲۵
- اعلامیه حقوق بشر و شهروند، ۲۶ اوت ۱۷۸۹ ۲۲۷
- اعلامیه حقوق بشر و شهروند، قانون اساسی ۲۴ ژوئن ۱۷۹۳ ۲۳۷
- اعلامیه حقوق و تکالیف بشر و شهروند قانون اساسی ۵ فروکتیدور سال III (۲۲ اوت ۱۷۹۵) ۲۳۷
- اعلامیه حقوق بشر، طرح قانون اساسی ۱۹ آوریل ۱۹۴۶ ۲۴۱
- قانون اساسی ۴ اکتبر ۱۹۵۸ فرانسه ۲۴۹
- قانون اساسی بلژیک ۷ فوریه ۱۸۳۱ عنوان دو: اتباع بلژیک و حقوق آنها ۲۵۵
- اعلامیه جهانی حقوق بشر ۲۵۹
- اصولی از حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران ۲۶۹

مقدمه ناشر

«بسم الله الرحمن الرحيم»

بخش حقوق عمومی نشر دادگستر، انتشار چندین اثر برجسته در حقوق عمومی را در دستور کار قرار داده است که بحمدالله اولین اثر از این مجموعه یعنی کتاب حاضر تحت عنوان «گفتارهایی در حقوق عمومی» تألیف استاد ممتاز و برجسته حقوق اساسی، جناب آقای دکتر ابوالفضل قاضی شریعت پناهی، استاد صاحب نام دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تقدیم به جامعه حقوقی ایران می‌گردد.

کتاب حاضر، مجموعه‌ای از نوشتارهای منتشره و غیر منتشره حضرت استاد است که جمع‌آوری آنها در مجموعه‌ای واحد کاری بس ارزشمند است.

گفتار اول این مجموعه تحت عنوان «آشنایی با کلیات حقوق عمومی» تألیف آقایان آندره دومیشل و پی یر لالومی‌یر استادان دانشگاه‌های پاریس ۸ و پاریس ۱ می‌باشد که توسط حضرت استاد به فارسی روان ترجمه گردیده است.

گفتار مذکور، اولین متنی است که تاکنون به زبان فارسی در این زمینه منتشر گردیده است که می‌تواند بعنوان منبع درسی «مبانی حقوق عمومی» در مقاطع کارشناسی ارشد و دکتری مورد استفاده

قرار گیرد. گفتار فوق، اولین مبحث ارائه شده توسط اساتید مذکور در کتاب حقوق عمومی است که امیدواریم مباحث بعدی کتاب نیز توسط استاد محترم ترجمه گردیده و در مجموعه مستقل دیگری تحت عنوان مبانی حقوق عمومی تقدیم جامعه حقوقی گردد. گفتار مذکور جزء آثار منتشر نشده استاد است که اینک در این مجموعه تقدیم علاقمندان می‌گردد.

گفتار دوم کتاب حاضر، تحت عنوان: «قانون اساسی، سیر مفهوم و منطق از دید تطبیقی» قبلاً در مجله شماره ۳۱ دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران منتشره در آذر ماه ۱۳۷۱، انتشار یافته است. حضرت استاد در این مقاله، با بررسی همه جانبه قانون اساسی از زمان شکل‌گیری و تصویب تا زمان اصلاح پرداخته است و ضمن مطالعات تطبیقی بین نظامهای مختلف حقوقی و کشورهای مختلف جهان با قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مباحث بسیار بدیع و متنوعی را ارائه نموده است.

در مطالعات تطبیقی این مقاله، حقوق اساسی آمریکا، فرانسه، بلژیک و سوئیس مورد بحث و بررسی قرار گرفته است.

نظارت بر قوانین عادی و اصل سلسله مراتب قوانین، و شیوه‌هایی که در قوانین اساسی کشورهای مختلف وجود دارد، مورد تحقیق قرار گرفته است.

گفتار سوم تحت عنوان «سیر تاریخی منابع حقوق در اسلام» قبلاً در نشریه شماره هفتم، سال ۱۳۵۹، انتشار یافته است.

گفتار مذکور یک فصل از کتاب «بررسی‌های حقوق اسلامی» اثر شفیق شحاته استاد دانشکده حقوق و اقتصاد و علوم اجتماعی پاریس و متخصص در علوم اسلامی است. کتاب مذکور نتیجه تتبع ارزشمند مولف در زمینه حقوق اسلامی است که با امید به توسعه مطالعات حقوق اسلامی توسط حضرت استاد به زبان فارسی ترجمه شده است.

گفتار چهارم تحت عنوان «خلافت و دولت در اسلام» قبلاً،

در نشریه شماره ۲۲ دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تیر ماه ۱۳۶۰، انتشار یافته است.

این گفتار، ترجمه بخشی از کتاب هانری لائوست محقق و اسلام شناس مشهور فرانسوی تحت عنوان «فرقه‌های اسلامی» است. انگیزه استاد در ترجمه این بخش، ارتباط آن با حقوق عمومی اسلام است.

گفتار پنجم تحت عنوان «شان نزول تعادل قوا و نزول شان آن» قبلاً در نشریه شماره پنجم، سال ۱۳۵۰، دانشکده حقوق و علوم سیاسی انتشار یافته است.

این مقاله توسط مولف مورد تجدید نظر قرار گرفته و در این مجموعه عرضه می‌گردد.

در این مقاله به بحث پیرامون تعادل قوا و راههای نیل به آن پرداخته شده است. در این گفتار نیز مطالعات تطبیقی اساس کار مولف را تشکیل می‌دهد و از این نظر منبع مناسبی در حقوق اساسی تطبیقی به شمار می‌رود.

گفتار ششم تحت عنوان، سرچشمه آزادی‌ها و حقوق فردی در سال ۱۳۵۸ تحت عنوان «برای یک قانون اساسی بهتر؛ سرچشمه آزادی‌ها و حقوق فردی» بصورت کتابی کوچک، منتشر گردیده است.

نوشتار مذکور، در زمان تدوین قانون اساسی جمهوری اسلامی توسط مولف به رشته تحریر در آمده است. این نوشتار شامل ترجمه قسمت‌هایی از:

اعلامیه حقوق بشر و شهروند، در ۲۶ اوت ۱۷۸۹ است که بعنوان دیباچه قانون اساسی ۱۷۹۱ فرانسه مورد قبول واقع گردید.

و اعلامیه حقوق بشر و شهروند قانون اساسی ۲۴ ژوئن ۱۷۹۳ فرانسه.

و اعلامیه حقوق و تکالیف بشر و شهروند، قانون اساسی ۲۲ اوت ۱۷۹۵ فرانسه.

و اعلامیه حقوق بشر، طرح قانون اساسی ۱۹ آوریل ۱۹۴۶.

و قانون اساسی، ۱۴ اکتبر ۱۹۴۶ فرانسه.

و قانون اساسی بلژیک، ۴ فوریه ۱۸۳۱. عنوان دو: اتباع بلژیک و

حقوق آنها

و اعلامیه جهانی حقوق بشر، در زمینه حقوق فردی می باشد.

و اصولی از قانون اساسی جمهوری اسلامی در زمینه حقوق فردی و

آزادی های عمومی در ادامه گفتار ششم ذکر گردیده است.

امید است این تلاش مورد استقبال جامعه حقوقی ایران قرار گیرد.

نشر دادگستر در تلاش است تا همه آثار استاد معظم، جناب آقای

دکتر ابوالفضل قاضی شریعت پناهی را بصورت مجموعه آثار

منتشر نماید.

کتاب حاضر، اولین کتاب از این مجموعه ارزشمند می باشد.

اثر دیگر، کتاب «بایسته های حقوق اساسی»، که در بردارنده

مسائل اصلی حقوق اساسی است که با بیانی ساده و روان برای

تدریس در دوره های کارشناسی رشته حقوق و علوم سیاسی نگارش

یافته است. کتاب مذکور همزمان با کتاب گفتارهایی در حقوق عمومی

انتشار می یابد.

امید است، سایر آثار استاد را نیز بزودی تقدیم جامعه حقوقی ایران

بنمائیم.

نشر دادگستر

مهر ماه ۷۵

پیشگفتار

«به نام خدا»

دگرگونیهای مناسبات و روابط عصر حاضر در ابعاد مختلف اجتماعی، اقتصادی، سیاسی، علمی، فنی و ارتباطی آن قدر متنوع و گسترده و شتاب انگیز است که حتی فهرست کردن آنها اگر ناممکن نباشد، کاری بس عظیم و دشوار است. باید برای حصول مقصود پژوهندگان و دانشمندان و اصحاب تخصص در رشته ها و شاخه های گوناگون معارف بشری، دست هماهنگی و استواری و تداوم بهم دهند و در این مسیر راه بسپارند تا بلکه بتوانند تصویری کم و بیش گویا و درست از واقعیات کنونی در برابر انسان ثبت زده و ناباور قرن بیستم، ترسیم کنند.

اما، علم حقوق چیزی نیست، جز بررسی آگاهانه و هوشمندانه از قواعد انتظام بخش این روابط پویای بشری که خود انعکاسی از نیازها و مقتضیات نوین جوامع انسانی اند و لذا در بطن خود سایه روشن های حرکات تطور آمیز اجتماعی را خواه ناخواه می پرورانند. حقوق پاسخی است به ضرورت ها و فتنی است برای ایجاد حد و مرزها در قالب عدالت، نظم عمومی و خیر عام. لذا هر چه بر دگرگونیها و تحولات افزون شود به نحوی در قواعد حقوق انعکاس می یابد و نقش می بندد.

بنابراین، با همه محافظه کاری ها و سنت گراییهایی که در ماهیت

آن موج میزند، حقوق نمی تواند دیده بر این تغییرات و تبدلات فرو بندد و از کنار واقع و موجود، بی تفاوت بگذرد و یا اینکه در حصار برخی از اصول و قواعد سنگر بگیرد و از تاثیرات نیازهای جدید که اقتضای روزگار ماست مصون بماند.

امروزه دیگر اهمیت روز افزون حقوق عمومی نه تنها برای علم جامعه شناسی از بدیهیات است، بلکه از لحاظ سنتی ترین صاحب نظران نیز از مسلمات بشمار می آید. اگر جامعه شناس، هرگونه قاعده حقوقی را معلول مقتضیات جامعه و لذا از زمره «عمومیات» میدانند و گاهی دیده میشود که بر حقوق خصوصی نیز صبغه عمومی میزند، حقوقدان تا آنجا پیش میرود که ضمن احترام به اصول و پایه های ثابت و حفظ تقسیم بندیهای کلاسیک این علم به عمومی و خصوصی، هم واقعیت گسترده شدن طیف قواعد عمومی را که بدنبال لزوم مداخلات اجتناب ناپذیر دولت امری محتوم است، می پذیرد. زیرا به سلطه قواعد عمومی در اکثر قلمروهای حقوقی پی برده است و هم در صدد است که انعکاس و طنین آن را به گونه ای در رشته حقوق تخصصی خود ارزیابی و اندازه گیری کند. خود را با واقعیات امروزی سازگار کند و بدنبال آن شیوه دید و روش های پژوهشی خود را متحول سازد.

یک نظر سطحی به برنامه های آموزشی سطوح مختلف دانشکده های حقوق جهان و مقایسه آنها با آنچه که مثلاً در پنجاه سال پیش وجود داشته، ساده ترین روشی است که میتواند ما را به درستی مطالب یاد شده، یاری دهد. حقوق عمومی به شاخه های تخصصی فراوانی تقسیم شده، ساعات و واحدهای بیشتری به آنها اختصاص یافته و حتی برخی از دروس که زیر سر فصل های حقوق خصوصی عنوان می شد و طبعاً بار ضوابط و روشهای آن را بر دوش میکشید، اینک به تدریج جا عوض کرده در حلقه انضباط حقوق عمومی بدر آمده است.

لکن با این همه، هنوز ادبیات حقوق عمومی نتوانسته است پایه

پای اهمیت آن رو به ترقی و پیش رفت گذارد و متناسب با گسترده گی و تنوع آن - با مقایسه منابع حقوق خصوصی - عرض اندام کند. آنچه که تا کنون انجام شده تنها آغازی است که مآلاً ما را به سرانجام مفهوم آن خواهد رسانید. البته دانشگاههای کشور ما در سنوات اخیر توجه دقیق تری به رشته حقوق عمومی معطوف داشته و به برقراری کارشناسی ارشد و حتی دکتری آن همت گماشته اند و شمار دانشجویانی که روی بدین سو می آورند، رو به افزایش است. اما هنوز نتوانسته ایم کیفیت را همدوش با کمیت به پیش ببریم. به بیان ساده تر منابع تحقیقی و تدریسی کافی و حتی واحدهای لازم را برای تقویت این رشته در اختیار نداریم. امید است، استادان صاحب نظر دامن همت بکمر زنند و از هم اکنون بر غنای این رشته مهّم و حیاتی بیافزایند.

کتابی که اینک از نظر گرامی شما می گذرد، گردآوری مقالات تالیفی و ترجمه ای این جانب است که در طول سالها تجربه در دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران تهیه و تدارک شده است. ناشر محترم و علاقمند، تدارک این مجموعه را لازم دید تا یک جا در معرض استفاده دانشجویان قرار گیرد. ما نیز بخش کلیات حقوق عمومی نوشته دو تن از استادان کنونی دانشگاههای پاریس یعنی آقایان آندره دو میشل و پی یر لالومی را به زبان فارسی برگرداندیم تا به عنوان نخستین گفتار در آغاز این مجموعه قرار گیرد. امید است این کار گام اولیه ای باشد، برای تهیه و تنظیم مجموعه های پربارتر دیگری در جهت بر آورده کردن نیازهای دانشگاهی.

توفیق همه خدمتگزاران را به حقوق بالنده و پویای کنونی از درگاه ایزد مَنان خواهانیم.

سید ابوالفضل قاضی شریعت پناهی

مردادماه ۱۳۷۵

گفتار اول:

« آشنایی با کلیات حقوق عمومی »

نوشته: آندره دو میشل و پی یر لالومی یر
استادان دانشگاههای پاریس ۸ و پاریس ۱

مقدمه

علت وجودی حقوق عمومی

در همه جوامع، شمار فراوانی روابط گوناگون اجتماعی یافت می‌شوند، که رابطه بین مالکان و مستأجران، کارفرمایان و مزدبگیران، بازرگانان و مشتریان، افسران و سربازان، مأموران وصول مالیات و مودیان مالیاتی و نظائر آنان از زمره اینگونه روابط اجتماعی‌اند. حقوق، بمفهوم مجموعه‌ای از این قواعد، همه این روابط را انتظام می‌بخشد. این خود خصلت هر جامعه متمدنی است که حتی المقدور می‌خواهد از تمسک به زور اجتناب شود.

لکن هر یک از اقسام این روابط، قاعده‌گذاری ویژه‌ای را سبب شده است. حقوق عمومی حقوق گونه‌ای از روابط اجتماعی است که میان اشخاص صاحب قدرت (فرمانروایان) و اشخاصی که از قدرت

اطاعت می‌کنند (فرمانبران) برقرار می‌شود. پس بر کلیه روابط سیاسی، اداری یا مالی موجود میان دولت (یا دستگاههای عمومی) و شهروندان قابل اعمال است.

این رشته حقوقی هنگامی در کشور فرانسه پدیدار شد که نظام سلطنتی به تجدید ساختار کشور همت گماشت. با این همه در قرن نوزدهم بود که استقلال رشته حقوق عمومی، به روشنی چهره خود را آشکار ساخت. زیرا انقلاب فرانسه دولتی بوجود آورده بود که خردمندانه سازمان‌بندی و حدود صلاحیت آن به دُرستی تعریف و تعیین شده بود.

در روزگار کنونی، حقوق عمومی رسمیت فوق‌العاده‌ای یافته است. یعنی علی‌رغم مشارکت گسترده شهروندان در اجرای قدرت، حضور یک قدرت سیاسی و اداری یکی از ویژگیهای اساسی جوامع متجدد ماست.

بخش اول

مفهوم حقوق عمومی

به باور ما، ماهیت حقوق عمومی در خصلت "نابرابر طلب" آن نهفته است که خود ناشی از طبیعت روابطی است که این حقوق بنا دارد حد و نظم آن را تعیین کند. به بیان بهتر، قدرت سیاسی و اداری که رسالت آن حفظ منافع عام و از نیروی دولتی بهره‌ور است، در یک طرف معادله واقع شده و در سوی دیگر اشخاص خصوصی وجود دارند که از منافع شخصی خود دفاع می‌کنند.

این عدم تعادل مشهود، بگونه اجتناب‌ناپذیری بر بیان حقوقی این روابط، اثرات خود را باقی گذاشته است. قواعد حقوق عمومی به شکل قواعد ویژه‌ای صورت‌بندی شده‌اند که با قواعد لازم‌الاجرای حقوق خصوصی (به نام حقوق عام) که انتظام‌بخش روابط افراد خصوصی است، تفاوت یافته‌اند.

لذا، اصالت مفهوم حقوق عمومی به سبب وجود قواعدی است که نسبت به حقوق عام حالت استثنائی دارند (یا اینکه حقوق خصوصی به آنها بی‌اعتناست). مدهای مدید، مفهوم حقوق عمومی زمینه مناسب و قابل اتکائی از حیث ذهنی برای "عمومی گرایان" تدارک دیده بود. تحول کنونی حقوق عمومی نشان داد که این بینش با وجود آنکه عمیقاً درست و دقیق است، معذک دیگر نمی‌تواند به تنهایی کفایت کند.

فصل اول

تمایز حقوق عمومی و حقوق خصوصی

سخن اول : ریشه‌های تمایز

تمایز بین حقوق عمومی و حقوق خصوصی نه ناشی از یک اصل حقوقی پایه‌ای است که از پیش پذیرفته شده باشد و نه ثمره یک اندیشه حقوقی منسجم و منظم. بلکه نتیجه موردی یک سلسله واقعیات است که اجتماع آنها به این طبقه‌بندی سنتی استحکام بخشیده است.

نخستین واقع ملموس، وجود یک قدرت سیاسی و اداری در جامعه امروزی ماست. این واقعیت جامعه شناختی ما را طبیعتاً به سوی تفاوت‌گذاری میان قلمرو عملکرد فرمانروایان از یک سو و قلمرویی که به فرمانبران اختصاص یافته است، از سوی دیگر می‌کشانند. اینکه قدرت در چهارچوب دولت استقرار یافته و این نهاد در قرن نوزدهم دارای طیف عملکرد دقیقی شد، خود مشخصه آن را برجسته‌تر کرده است.

[سازمان نظام قضائی فرانسه بر پایه دوگانه‌ای استوار شده است: از

یک سو به کارهای دستگاه دیوانی رسیدگی می‌کند (قضایات اداری) و

از سوی دیگر به امور افراد خصوصی می‌پردازد (قضایات قضائی).

بدیهی است دوگانگی قضائی لزوماً و بر حسب منطق ما را به سوی قواعد حقوقی مضاعفی راهبری نمی‌کند. حتی می‌توان چنین استنباط کرد که هر دو گروه از قضات، حقوق واحدی را به مرحله اجرا می‌گذارند. لکن در این مورد اصل دیگری هم مؤثر است: اصل ارتباط بین ماهیت و صلاحیت. از لحظه‌ای که قاضی ویژه در خصوص سازمان اداری، صالح تشخیص می‌شود - پس از رای مشهور بلانکو^(۱) در دادگاه تعارضات در هشتم فوریه ۱۸۷۳ - این اصل به عنوان جزئییتی تغییر ناپذیر قبول شده است که این قاضی ویژه ملزم است در مورد سازمان اداری حقوق ویژه‌ای را اعمال کند. بدین سان بود که پایه سنتی دعاوی بر مبداء تمایز بین حقوق عمومی و حقوق خصوصی نهاده شد.]

تدریس حقوق نیز در شکل‌گیری این تمایز نقشی داشته است. مطالعات حقوقی مدتها بر حسب مواد تقسیم‌بندی شده بود (حقوق مدنی، حقوق کیفری، حقوق اداری، حقوق بازرگانی و نظائر آن) نه به موجب رشته‌ها (حقوق خصوصی یا حقوق عمومی). اما الزامات مربوط به تخصص، استادان حقوق را واداشت تا بگونه اختصاصی تری نظر خود را معطوف به گروه‌های مواد کنند و این خود موجب رشته‌های حقوقی مشخص و متمایزی شد. در آغاز قرن، مقوله‌بندی بر حسب بخش‌های آموزشی (حقوق خصوصی، حقوق عمومی، تاریخ حقوق، اقتصاد سیاسی) این تحول را پشتیبانی و ضمانت کرد. از این پس، حقوق عمومی و حقوق خصوصی، هر کدام دارای دکترین (مکتب) مخصوص بخود شدند و می‌توان گفت که بعد از سال ۱۹۵۴ هر کدام از این دو رشته حقوقی دانشجویان ویژه خود را دارند. اصلاحات فراوانی که پس از این تاریخ انجام پذیرفت، تخصص مربوط را به سطح پائین‌تر نیز کشانید و تمایز بین "عمومی‌گرایان"^(۲) و

(1) BLANCO.

(2) Publicistes.

آشنایی با کلیات حقوق عمومی □ ۲۷
"خصوصی‌انگاران"^(۱) حتی در سطح کارشناسی حقوق (لیسانس) بکار برده شد.

سخن دوم: محتوای تمایز

این تمایز محصول چندین عامل است که بر هم فرا داشته شده، ولی یکدیگر را پوشش نمی‌دهند.

الف) تمایز مادی (موضوعی)

تمایز مادی بین حقوق عمومی و حقوق خصوصی بر اندیشه ساده‌ای تکیه دارد: حقوق عمومی، حقوقی است که در مورد دولت و اشخاص اداری کاربرد دارد. ضابطه این تمایز مداخله دولت در روابط حقوقی است. به محض آنکه این مداخله تحقق پذیرد حقوق قابل اجرا خصلت عمومی می‌یابد. بر همین منوال، حقوق مربوط به سازمان‌بندی دولت و روابط آن با افراد خصوصی جنبه عمومی دارد. ولی حقوقی که در روابط بین افراد خصوصی اعمال می‌شود، جزء حقوق خصوصی است.

در این مورد ضابطه‌ای وجود دارد که به آسانی بکار می‌رود و با طبقه‌بندی ضوابط حقوقی که بطور عام مورد پذیرش است، انطباق دارد: بدین قرار، حقوق مدنی و حقوق تجاری از زمره حقوق خصوصی‌اند. زیرا، فقط به سازماندهی روابط بین افراد خصوصی می‌پردازند. حقوق اساسی و حقوق اداری که ساختار و دخالت‌های دولت را سازمان می‌دهند، جزء حقوق عمومی به شمار می‌آیند.

اما می‌توان به این طبقه‌بندی اشکال بسیار مهمی وارد کرد. زیرا، اگر این طبقه‌بندی فقط به مفهوم مداخله دولت تکیه کند می‌توان گفت که دارای پایه‌ای سست و نادقیق است. زیرا، دولت می‌تواند از طریق اعمالی با برد و طیف عمومی قواعد مربوط به عملکردهای اجتماعی را پایه نهد. بنابراین، اگر کلیه شعب حقوقی را که در آن چنین دخالتی دیده می‌شود، جزء حقوق عمومی یا برآمده از آن بدانیم، باید هرگونه حقوقی

(1) Privatistes.

را حقوق عمومی بشناسیم. زیرا، فرض بر این است که کلیه قواعد حقوقی از سرچشمه دولت می‌جوشد. با این استقصاء، تفاوت بین حقوق عمومی و حقوق خصوصی محو می‌شود. زیرا، که دولت حتی در روابط بین افراد خصوصی لزوماً مداخله می‌کند تا قواعد حقوقی لازم را برای تنظیم این روابط و ضمانت اجرای مقررات و حدود تدارک ببیند.

ب) تمایز شکلی

حقوق عمومی و حقوق خصوصی را می‌توان از دیدگاه شکلی بواسطه تکنیک خاص آنها از یکدیگر تمیز داد. حقوق هنگامی عمومی است که بینش‌ها و فنون حقوقی مورد استفاده آن نسبت به حقوق عام روابط خصوصی بیگانه باشد.

حقوق عمومی هنگام عملکرد خود نه تنها از ابزار قرارداد که عبارت از توافق اراده‌های برابر است، بهره نمی‌گیرد، بلکه دست به عمل یک جانبه‌ای می‌زند که این خود نمایشگر قدرت است و به اراده‌ای امکان می‌دهد تا بر اراده دیگر تحمیل شود. و اگر از قرارداد نیز به عنوان تکنیک حقوقی حقوق عمومی بهره بگیرد، باز تغییر شکل می‌دهد و قرارداد تبدیل به موافقت اراده‌های نابرابر می‌شود، بطریقی که یکی از طرفین قرارداد یعنی دولت، دارای وضعیت متمایزی نسبت به طرف متعاقد دیگر خواهد بود. از دیدگاه مواضع حقوقی، حقوق خصوصی بر مفهوم حقوق شخصی (سوبژکتیو^(۱)) تکیه می‌کند، حال آنکه حقوق عمومی بر مفهوم صلاحیت بنا شده است. حقوق شخصی زمانی متحقق می‌شود که فردی بتواند بنا به میل و دلخواه خود در چارچوب قانونی کم و بیش وسیعی که بطرز منفی تعیین حدود شده باشد، عمل کند و حد و مرز اقدام او تنها منحصر به ممنوعیت‌های مندرج در قانون باشد. به عکس، زمانی از صلاحیت یک قدرت عمومی سخن می‌آید که اختیارات آن به سوی غایت معینی به سبک مثبت گرایش یابد و برحسب شیوه‌های کاملاً مشخصی اعمال شود. این تفاوت گذاری فنی می‌تواند خوشبختانه تمایز مادی (موضوعی) را تکمیل کند. مثلاً بوسیله آن

(1) Subjective.

می‌توان توضیح داد که حقوق کیفری جنبه خصوصی دارد، زیرا از فنون حقوق عام بهره می‌گیرد. با این وصف چنین تمایزی همانند تمایز قبلی ممکن است، مورد انتقادی پایه‌ای واقع شود. زیرا، تفاوت بین حقوق عمومی و حقوق خصوصی، پیش از آنکه ماهوی باشد مربوط به تفاوت درجه است و تکنیک‌هایی که مطلقاً در خصوص یکی از این دو رشته فقط کاربرد داشته باشد، بسیار کمیاب است.

ج) تمایز کار ویژه‌ای

تمایز کار ویژه‌ای به هدف‌های هر کدام از قواعد حقوق عمومی و حقوق خصوصی اشاره دارد. حقوق خصوصی تنها، حامی منافع خصوصی است، در حالی که هدف قواعد حقوق عمومی حفظ و حراست از منافع عموم است.

[مفهوم منفعت عام، هر چند خالی از ارزش نیست، ولی بسیار مبهم و گنگ است. تعریف سود عام چنین است: نفع مشترک تمام اعضای یک گروه. بنابراین به دشواری می‌توان از آن ضابطه‌ای حقوقی ساخت، زیرا واجد دقت و حدود مشخص نیست. افزون بر آن، ایراد دیگری نیز سد راه استدلال می‌شود و کم اتفاق می‌افتد که قواعد حقوقی انحصاراً با هدف حفظ سود عام یا منفعت خاص پایه‌ریزی شده باشد.]

سرانجام باید گفت که هیچکدام از ضوابط ممکن برای تفاوت گذاری، فی‌نفسه ارزش مطلق ندارند. تلاقی این سه ضابطه شاید بتواند در حقوق عمومی یا خصوصی موضوعات مشخصی را وارد کند. در عمل نیز بهره‌گیری از این معیارها با هم و در هم قادر نیست که خصلت قطعی و بی‌چون و چرائی برای این تمایز به ارمغان آورد. زیرا تمیز بین این دو رشته حقوقی اساساً امری نسبی است.

سخن سؤم: حدود تمایز

تفاوت گذاری بین دو رشته حقوق عمومی و خصوصی مولود عصری حقوقی است

که فعالیت‌های دولت و افراد خصوصی از حیث هدف‌ها، قلمروها و شیوه‌ها به وضوح از یکدیگر جدا بودند. لذا قواعد حقوقی قابل اجرا در این دو مقوله فعالیت‌ها به روشنی از یکدیگر تشخیص داده می‌شدند. اگر هیچ ضابطه‌ای نیز برای انجام تمایز نبود که فی‌نفسه ارزش مطلقی داشته باشد، دست کم از جمع بین چندین ضابطه ممکن بود "نظری مجموعی" نسبت به قضیه پیدا کرد و بدینسان نوع معینی از قواعد حقوقی را در حقوق عمومی یا خصوصی گنجانید.

ولی در حال حاضر فرضیات بیشماری یافت می‌شوند که بر اساس آنها چنین نظری مجموعی دیگر نمی‌تواند دارای واقعیت باشد. فعالیت‌های عمومی و خصوصی آنچنان در یکدیگر تداخل کرده‌اند که اغلب اوقات، دولت برحسب فنون حقوقی حقوق عام عمل می‌کند. در صورتیکه بیش از پیش قواعدی بر افراد خصوصی تحمیل می‌شود که ستاً باید آنها را متعلق به حقوق عمومی دانست. بر این منوال، حقوق مؤسسات ملّی حقوق سازمانهای دولتی است که در مقیاس وسیعی، برحسب قواعد قانون تجارت عمل می‌کنند. برعکس حقوق اجتماعی، حقوق مؤسسات خصوصی است که زیر تاثیر مُتَبِعِث از قاعده‌گذاری مقتدرانه قرار گرفته‌اند. در هر دو مورد، بین معیار مادی (موضوعی) و معیار شکلی، جدائی به چشم می‌خورد. بنابراین آیا باز هم می‌توان از حقوق عمومی یا حقوق خصوصی سخن گفت؟

اصطلاح "حقوق نیمه عمومی" با آنکه به هیچ وجه بُرد حقوقی معینی ندارد، در این باب از حیث معنائی گرانسنگ است. یعنی سرانجام، نسبی بودن این تفاوت گذاری را بر پایه مفهوم دولت - ژاندارم بر ملا می‌کند و به تدریج که دولت خمیر مایه صنعتی به خود می‌گیرد و افراد خصوصی در اجرای وظائف دولت مشارکت می‌کنند، اساس این تمایز نیز محو می‌گردد.

در حقیقت، این دشواریهای امروزی حقیقتی اصولی را آشکار می‌کند که حقوق خصوصی بمعنای اخص کلمه وجود ندارد و اینکه هرگونه حقوقی به همان نسبت که مفهوم قاعده حقوقی فی‌نفسه دخالت دولت را ایجاب می‌کند، لزوماً عمومی است.

در تنها موردی که حقوق خصوصی ناب وجود دارد، زمانی است که این حقوق مربوط به درون یک گروه‌بندی اجتماعی بوده باشد و جز اعضای آن گروه کسی را متعهد نکند. اساسنامه یک جمعیت ورزشی یا نظامنامه یک مدرسه دینی جزء حقوق خصوصی است. اما مثلاً قواعد مربوط به ارث، دست کم دو عامل "عمومی" را در خود دارد: منابع و ضمانت اجرای آنها.

فصل دوم

منابع حقوق عمومی

حقوق عمومی، روابط اجتماعی مربوط به اقتدار و اجبار را تنظیم می‌کند. پس این حقوق دارای یک اساس سیاسی مسلم است؛ این همان حضور دولت است که نظم خود را بر جامعه مدنی که به موجودیت وی حقانیت می‌بخشد، تحمیل می‌کند. لکن واقعیات اجتماعی هر چقدر نیرومند باشند، برای تهیه و تدارک یک حقوق پیش پرداخته تکافو نمی‌کنند. در زمینه حقوق عمومی، ایجاد یک بنای مجموعی حقوق بصورت همگن و هماهنگ ثمره رویه قضائی و دکتربین است.

سخن اول : منابع سیاسی

در بینش مربوط به قدرت که در کشور فرانسه از لحاظ تاریخی متعاقب یکدیگر (بینش سلطنتی و بینش حاکمیت مردم) پدیدار شده‌اند، توأماً سنتی را خلق کرده‌اند که در عین حال با نهادهای سیاسی یا اداری و همچنین با ایجاد یک ایدئولوژی ماندگار بیان می‌شود. سنت اقتدارگرایانه و سنت آزادیخواهانه به آسانی قابل تشخیص‌اند. اگر این دو ظاهراً با یکدیگر در تعارض‌اند، ولی عملاً یکدیگر را کاملاً تکمیل کرده‌اند. لذا باید بر

آنچه که اصالت پایه‌های سیاسی حقوقی عمومی فرانسه را بوجود آورده است، انگشت نهاد. "زناشویی" توفیق آمیز این دو سنت که در ابتدای کار کاملاً مانعة‌الجمع بنظر می‌رسیدند، این پایه را خلق کرده است.

الف) سنت اقتدارگرایانه

این سنت، کهن‌ترین و مداوم‌ترین آنهاست که با جوهره قدرت همخوانی بسیار دارد.

۱) صبغه پادشاهی

[جامعه فئودال را می‌توان جامعه‌ای آنارشیک توصیف کرد. اختیارات

قوای عمومی (عدالت، اداره و انتظامات) به صورت پراکنده در دستان

شمار فراوانی خان و مالک قرار داشت که سرزمین را بین خود تقسیم

کرده بودند. سیاست نظام پادشاهی این بود که وظائف و اختیارات

مربوط به قوای عمومی را که ضمن مبارزه شدید با فئودالها از دست

داده بود، دوباره به چنگ آورد. پادشاه آرام آرام قوه قانونگذاری

مشخصی را برقرار کرد، سکه بنام خود ضرب نمود، کارکنان دولتی را

دوباره منصوب کرد و شیوه عدالت خود را برپا نمود. برای وصول به

این هدف‌ها، جنبش رنسانس در رم قرون دوازدهم و سیزدهم به یاری

او شتافت تا حقوقدانان سلطنتی بتوانند مفاهیم لازم حقوقی را برای

توجیه سیاست او در حقوق امپراطوری رم پیدا کنند. از لابلای

مشکلات سنگین، تحوّل آغاز شده برای وصول به نظام پادشاهی مطلق

ادامه یافت. از میان نشانه‌های این تحوّل روی کرد به اصل تمرکز بود که

اختیار و قدرت را از ید اربابان محلی خارج کرد و به عوامل پادشاه

(نظیر حکام و نمایندگان سلطنتی) سپرد. قوای مقتنه، اجراییه و قضائیه

در دست پادشاه متمرکز شد (به شرطی که به عرف و عدالت احترام

گذارد و اختیارات وی در جهت "خیر عام" بکار برده شود که البته این

امر با اصول اخلاقی و مذهبی رایج زمان همخوانی داشت). رسمیت

یافتن مفهوم تداوم دولت (تمایز بین شخص فیزیکی شاه و اصل

سلطنت) نیز از نتایج آن بود. اندیشه حاکمیت بر کلیه نهادهای سلطنت

اثرگذارد. [

۲) صبغه ژاکوبین^(۱)

[ناظران روشن‌بین^(۲) ثابت کرده‌اند که دولت انقلابی فرانسه، حتی

طبق تعبیر (ژاکوبین‌ها) با شکل تکمیل یافته‌تری، تداوم بخش دولت

پادشاهی بوده است. اصل حاکمیت ملی برای دولت توجیهی

ایدئولوژیک ارائه داد که اهمیت و نیروی آن از اصل سلطنت مبتنی بر

حاکمیت الهی^(۳) بیشتر بود. زیرا که اگر دولت مصداق اراده عام باشد،

باید وسائل لازم را برای محترم داشتن این اراده در اختیار داشته باشد

یعنی هیچ گروهی از انسانها و هیچ نهادی حتی سنتی نباید بتواند با

اعمال او به مخالفت پردازد و با او به معارضة برخیزد. بر همین اساس

بود که مجلس مؤسسان (۱۷۸۹-۱۷۹۱) توانست با حذف

شهرستان‌ها، اصناف و حقوق طبقاتی برگزیده‌ها "قلم بطلان" بکشد.

یعنی برای بازسازی عقلانی دولت، کلیه شرائط فراهم آمده بود.

اندیشه "دولت - ملت" که مبین منافع عالی مردم و هر شهروندی ملزم

به اطاعت از آن بود، در عرصه آماده و مساعدی در دوران کوتاه مدت

حکومت انقلابی "ژاکوبین‌ها" به اجرا درآمد (دهم اوت ۱۷۹۲ و ۲۷

ژوئیه ۱۷۹۴). این تجربه مدت کوتاهی بیش بطول نیانجامید و

نهادهائی که برای رسیدن به این مقصود بنیادگذاری شده بودند، بعد از

(۱) ژاکوبین‌ها در آغاز تابع قواعد سن دومینیک بوده و در صومعه سن ژاک به عبادت و ترک دنیا (Jacobin) مشغول بودند.

در جریان انقلاب فرانسه به هواداران افراطی دموکراسی ژاکوبین می‌گفتند.

(۲) Alexis De toqueville. (توکویل متفکر فرانسوی و نویسنده کتاب مشهور دموکراسی در آمریکا)

(۳) Souveraineté divine.

پایه‌گذاران خود بجای باقی ماندند. اما بینش انقلابی (متعلق به سن ژوست) برعکس از میان رفت. به هر تقدیر، با اعلام این اصل که دولت منبعث از اراده مردم، مبین سود عام است و نفع دولت بر منافع شهروندان ارجحیت دارد و اینکه اقتدار و تداوم آن باید مورد حفاظت قرار گرفته باقی بماند، بی‌گفتگو نهادهای حقوق عمومی فرانسه را تحت تأثیر قرار داد. [

۳- صبغه امپراطوری

[ارمغان امپراطوری اول^(۱) پایه‌گذاری نهادها بود و سازمان اداری فرانسه را آنچنان محکم پایه‌ریزی کرد که آن را توده سنگ خارای جامعه متجدد نامیده‌اند و اصول آن هنوز که هنوز است تا عصری که ما در آن زندگی می‌کنیم، برجای مانده است. قانون ۲۸ پلوویوز^(۲) سال هشتم^(۳) که اساس حقوقی ساختار اداری بشمار می‌آید، در هر تقسیمات اداری، انجمنی تاسیس کرد که اعضای آن می‌توانستند درباره محدوده قلمرو خود به بحث و مذاکره پرداخته و تصمیم گیرند. همچنین یک عامل اجرایی نیز در جهت اجرای تصمیمات انجمن پیش‌بینی کرده بود: یک فرماندار و یک انجمن شهرستان در حوزه دپارتمان و یک شهردار و انجمن در هر کمون (واحد پایه). از مشخصات و مختصات این نهادها چنین بود که همه آنها بوسیله حکومت منصوب می‌شدند. لذا، تمرکز، خصلت برجسته این سازمان‌بندی اداری بود. اما در فراسوی این فنون سازمانی، رژیم‌های

کنسولی^(۱) و امپراطوری در صحنه ادارات مدنی روحیه‌ای مختص سازمان نظامی، دمیده بودند. دستگاه‌های تصویری تصور شده بود که همانند یک ارتش عمل کنند. یعنی اولویت فرماندهی، لزوم انضباط و احترام به سلسله مراتب به سختی رعایت شده بود. این همان روحیه‌ای است که هنوز سازمانهای اداری، (فرانسه) از آن نشانه‌هایی دارند.]

ب (سنت لیبرال

سنت اقتداری ظاهراً با جوهره حقوق عمومی سازگاری بسیاری دارد. اما در کشور فرانسه این سنت پیوسته مورد تعرض سنت سیاسی دیگری قرار گرفته و در عین حال تکمیل نیز گردیده است. یعنی ضمن پذیرش لزوم دولت و اقتدار آن سعی شده است که تظاهرات آن محدود گردد.

انقلاب فرانسه، کهن‌ترین تأثیرات را در این خصوص به ارمغان آورد. در واکنش علیه پادشاهی مطلق، محدودیت قدرت که از سوی مجلس مؤسسان دنبال می‌شد به شیوه‌ها و صور گوناگون بدست آمد. اولاً اعلامیه حقوق بشر و شهروند (۲۶ اوت ۱۷۸۹) اساسی‌ترین حقوق هر شهروند را مانند آزادی، مالکیت، امنیت و مقاومت در برابر ستم مشخص کرد تا شهروند بتواند آنها را بخواهد و قدرت به آنها احترام گذارد. این نوآوری بمعنای محدودیت اختیارات دولت بود. ثانیاً دولت به قوای تفکیک شده‌ای تقسیم گردید. اعلامیه مذکور در بالا بر پیش اصل لازمی مبتنی بود که همان اصل تفکیک قوا بین مقننه، مجریه و قضائیه را شکل داد. اینگونه تقسیم‌بندی، قدرت را تضعیف و فرد را در برابر خودسری قدرت دولت حمایت می‌کرد. ثالثاً دولت را به تبعیت از قواعد قانونی که مصداق اراده عموم بود وادار نمود. این اصل قانونی بودن از سرچشمه حاکمیت قانون برآمده بود که همه ارکان دولتی باید از آن اطاعت می‌کردند. این اصول مبنای فلسفی

۱- رژیم بود که بوسیله ناپلئون بناپارت بنیان‌گذاری شد و از ۱۸۰۴ تا ۱۸۱۴ دوام یافت. (م).

۲- پلوویوز Pluviose یکی از ماههای قدیم فرانسوی. (م).

۳- سال هشتم در اصطلاح تاریخ حقوق اساسی فرانسه به دوره‌ای اطلاق می‌شود که از سال ۱۷۹۹ (رژیم

کنسولی) آغاز و تا سال ۱۸۰۴ (شروع امپراطوری اول) ادامه می‌یابد. (م).

۱- رژیم کنسولی بوسیله قانون اساسی سال ۱۷۹۹ (سال هشتم) پایه‌گذاری شد که ریاست کشور بجای اینکه در دست یک نفر باشد به سه نفر تفویض شده بود. ولی اختیارات اصلی و عملی در اختیار ناپلئون یا کنسول اول بود. (م).

لیبرالیسم سیاسی را فراهم می‌آورد که حقوق عمومی را شدیداً تحت تأثیر قرار می‌داد. در عمل، سنت لیبرالی حقوق عمومی فرانسه بویژه در زمان رژیم جمهوری سؤم تثبیت شد. یعنی آن‌گاه که اهرمهای رژیم کلاً در اختیار جمهورخواهان قرار گرفت و اینها بر رژیم تسلط کافی یافتند (۱۸۷۹). در آغاز، حرکت گسترده‌ای در جهت عدم تمرکز بوقوع پیوست که موجب خُرد کردن ساختار اداری یا میراث ژاکوبین‌ها و ناپلئون گردید. قانون دهم اوت ۱۸۷۱ در خصوص دپارتمانها و قانون پنجم آوریل ۱۸۸۴ در مورد کمون‌ها مستقیماً از این امر ناشی شدند. سپس مجموعه‌ای از قوانین پایه‌ای در زمینه آزادیهای عمومی، از سال ۱۸۸۰ به بعد، حدود عملکرد شهروندان را ترسیم کرد تا قدرت سیاسی یا اداری نتواند در آن محدوده تظاهر کرده یا کاربرد داشته باشد. آزادی مطبوعات و آزادی اجتماعات در تاریخ ۱۸۸۱، آزادی سندیکائی در سال ۱۸۸۴، آزادی پیوند به سازمانهای اجتماعی در ۱۹۰۱ پدیدار شدند.

لکن مشخصه اصلی جمهوری سؤم همانا بطور قطع، روحیه کاملاً لیبرال بود که بر جامعه حکمفرمائی می‌کرد. عبارت مشهور آتاتول فرانس که گفته بود: «من جمهوری را از آن جهت که بد حکومت کرده می‌بخشم، زیرا کم حکومت کرده است.» به نیکی خصیصه واقعی آن عصر را تجسم می‌بخشد. در همین ایام بود که عاداتی خلق شدند و مستقیماً نحوه بیان حقوق عمومی فرانسه را متأثر ساختند.

همه نظریه‌های کلاسیک حقوق عمومی که در زمان جمهوری سؤم پایه‌گذاری شدند بر مآخذ و مبنای هواداری از ایدئولوژی‌ای بود که از لیبرالیسم به ارث رسیده بود. در این نظریه‌ها چیزی که به عنوان محور اصلی و مرکزی پذیرفته شد، چنین بود: دولت (یا بطور عام‌تر قدرت) «بد» است. زیرا زمام اختیارات را بدست برخی انسانها می‌سپارد تا نسبت به بقیه انسانها اعمال کنند. اما همین قدرت امر لازمی است، زیرا هیچ جامعه‌ای قادر نیست، بدون وجود اقتدار و دولت به حیات خود ادامه دهد. از آنجا که چیز بهتری از دولت یافت نمی‌شود، باید آن را مسامحتاً پذیرفت، ولی باید کوشید تا آن حدّ که ممکن است بر اعمال آن مهار گذاشته شود، حال چه این نظارت و مهار جنبه خود محدودیتی

داشته باشد که دولت خود آزادانه آن را بپذیرد و چه اینکه ابزارهای مقاومتی بیرون از قدرت بوجود آید تا در برابر اعمال وی سدّ و مانع ایجاد کند.

در نظریه‌های بزرگ مربوط به هر یک از شاخه‌های حقوق عمومی، این دلواپسی و مشغله اساسی را در جهت محدودیت دولت می‌توان ملاحظه کرد. حقوق اساسی، حول محور نظریات مربوط به تفکیک قوا و آزادیهای عمومی که حامی شهروندان است، ساخته شده است. حقوق اداری عبارت است از جستجوی عینی وسایل حمایت‌گر افراد در برابر دستگاههای اداری. دیگر اینکه سراسر نظریه مالی کلاسیک نیز بر مبنای اندیشه نظارت پارلمان بر اعتباراتی است که به ادارات دولتی واگذار شده است. حقوق بین‌المللی عمومی می‌کوشد تا از محدوده اصل حاکمیت دولت درگذرد و آنگاه به یمن ساختمان یک جامعه بین‌المللی عملکرد آن را محدود کند.

علی‌رغم تنوع مسائلی که در بالا مطرح شد، حقوق عمومی کلاسیک عملاً مشتمل بر وحدت نیرومندی است که لیبرالیسم به وی اعطا کرده است. بنابراین، می‌توان بحرانی را که نظریات اصلی کلاسیک در زمینه حقوق عمومی متحمل شده است، در وضعیت کنونی که اندیشه‌های لیبرال در حال عقب‌نشینی هستند بهتر و روشن‌تر درک کرد.

سخن دوم: منابع حقوقی

ساختمان حقوقی ویژه‌ای که حقوق عمومی نامیده می‌شود، ماحصل ایدئولوژی‌های سیاسی است که در سطور بالا از آنها یاد کردیم. برخلاف آنچه که بنظر می‌آید، قانون اساسی یا عادی فقط یکی از منابع فرعی این حقوق‌اند. یعنی این قوانین تنها به پایه‌گذاری چند اصل مهم یا ایجاد چند ساختار بزرگ بسنده کرده‌اند. لذا باید منتظر فرا رسیدن پنجاه سال اخیر می‌بودیم تا مقررات قانونی رو به افزایشی در این باب پا به عرصه وجود نهند. زیرا حقوق عمومی مدتهای مدید * ابتدائی‌تر از حقوق خصوصی بود. یعنی با مقایسه مجموعه قانون مدنی که اثر ساختاری عظیمی بود، حقوق عمومی

چهره بسیار ضعیفی ارائه می‌کرد. لذا سالهای سال، همچون انضباط حقوقی "درجه دوم" تنها در اختیار چندین متخصص بود که رسماً شناسائی نشده بودند. حتی زمانی که حقوق عمومی بتدریج در دانشکده‌های حقوق پذیرفته شد باز تا اواسط قرن بیستم جای بسیار کوچکی را اشغال کرده بود. بعلاوه به سبب کمبود مبنای قانونی، حقوق عمومی هرگز صورت تفسیر لفظی بمعنای اخص کلمه (مبتنی بر توضیح و تشریح مقررات قانونی) نیافت. برعکس شکل‌گیری آن پیوسته به واقعیت‌های جامعه شناختی مربوط بود. به همین جهت، ملاحظه می‌شود که در منابع حقوقی این رشته، عرف، رویه قضائی و دکترین جای بسیار مهمی را اشغال می‌کند.

الف - منابع اساسی (دستوری) و قانونی

اگر همه قوانین اساسی که پس از انقلاب فرانسه تدوین شدند (به استثنای قانون اساسی ۱۹۵۸) امروزه سالب به انتفاء موضوع شده‌اند، معذک برخی از متون بزرگ اساسی نقش بسیار با اهمیتی در خلق حقوق عمومی ایفا کردند. پیش از هر چیز موضوع برخی از اعلامیه‌های حقوق که مشهورترینشان اعلامیه حقوق بشر و شهروند (۲۶ اوت ۱۷۸۹) و بوسیله دیباچه‌های قوانین اساسی ۱۹۴۶ و ۱۹۵۸ نیز جان دوباره‌ای یافته است، در این زمینه اهمیت بسیاری دارد. این اعلامیه سرچشمه بسیاری از اصول بزرگ حقوقی، با ارزش فرا قانونی است که همچون عرف و عادت از رویه قضائی استنباط گردیدند (برابری در مقابل مالیات یا هزینه‌های عمومی، عطف بماسبق نشدن تصمیمات اداری و نظائر آنها). نظریه مربوط به "اصول کلی حقوق" که زیر تاثیر حقوق امپراطوری شکل گرفته بود، نقش خلاق اعلامیه سال ۱۷۸۹ را به نیکی مجسم می‌کند. خارج از این چند اصل که هنوز هم زنده و ارزشمندند، قوانین اساسی متعدد فرانسوی عملاً چیز مهمی بیادگار نگذاشته‌اند. ولی با این وجود باید مورد سناتوس کنسولت^(۱) مورخ ۲۸ پلوویوز سال هشتم را خاطر نشان کرد که سازمان‌بندی جدید فرانسه را پایه نهاده است.

قانون عادی چندین دهه نقش آرامی در شکل‌گیری حقوق عمومی ایفا کرد. تا آنجا که پس از جنگ اول جهانی که به تدریج مداخله دولت و مقامات عمومی گسترش یافت، حقوق عمومی نیز دچار نوعی "تورم" قانونگذاری گردید. ولی در واقع امر فقط چند متن مهم قانونگذاری مربوط به برخی قلمروهای تخصصی بوجود آمد، نظیر قانون دیارتمان (۱۸۷۱)، قانون شهرداری (۱۸۸۴)، قانون مربوط به آزادیهای عمومی (آزادی مطبوعات در ۱۸۸۱، آزادی سندیکائی در ۱۸۸۴ و نظایر آنها) قانون درباره جدائی کلیسا از دولت (۱۹۰۵) و غیره. لذا قانون حتی قانونی که توسط اعمال نظامنامه‌ای حکومت و سازمان اداری (فرمان‌ها، تصویب نامه‌ها، بخشنامه‌ها) تکمیل گردیده بود، تنها نقش محدودی داشت. اما "مواد خام" لازم را اساساً با خلق نهادهای اداری، مالی و سیاسی فراهم کرد. تنها چیزی که باقیمانده بود ایجاد یک ساختمان حقوقی بود تا بنیان یک نظام حقوقی فراهم آید که ارزش ارجاع داشته باشد. همچنین بینش تکنیکی ویژه و روشهای خاص استدلال نیز مورد حاجت بود. این کار، با رویه قضائی و دکترین متحقق گردید.

ب - نقش رویه

در قلمرو حقوق اداری بود که قدرت هنجاری رویه به شکل تاثیر بخش‌تری زیر نفوذ شورای دولتی اعمال گردید. این عمل به برکت ویژگی‌های سازمان قضائی فرانسه ممکن گردید: این ویژگی عبارت بود از تمایز بین ردیف نظم قضائی مدنی و نظم قضائی اداری

[این دوگانگی در نظام قضائی، ناشی از یک اراده و تصمیم پیش

اندیشیده نبود، بلکه از یک تحول تاریخی کاملاً اصیلی سرچشمه

می‌گرفت. لذا برای آنکه نتوان سازمان اداری را توسط قضات حقوقی

عادی مورد رسیدگی قرار داد، قانون انقلابی ۱۶ تا ۲۴ اوت ۱۷۹۰ (که

توسط فرمان ۱۶ فروکتیدور^(۱) سال سوم^(۲) تکمیل شده بود). اصل

۱- Fructidore، یکی از ماههای قدیمی فرانسه.(م).

۲- سال سوم از تاریخ ۱۷۹۵ شروع میشود و تا تاریخ ۱۷۹۹ ادامه می‌یابد. قانون اساسی سال ۱۷۹۵ ←

۱- Senatus - Consulte، عمل یا اعلامیه‌ای که در زمان امپراطوری اول و دوم فرانسه به تصویب میرسید و

قوت قانونی داشت. این اصطلاح از حقوق رم قدیم اخذ شده و در فرانسه بکار برده شد.(م).

جدانی مراجع صالح اداری و قضائی را بنیان نهاد که قاضی تشکیلات عدلیه از "برهم ریختن عملیات هیات اداری" منع شده بود. بنابراین، برخلاف عادت، سازمان اداری بود که دعاوی مربوط به خود را رسیدگی می‌کرد. همچنین شورای دولتی در اصل وظیفه‌مند بود که در مورد دعاوی بین ادارات و مردم به وزیران نظر مشورتی دهد. لکن آرام آرام نقش فصل‌کننده دعاوی خود را گسترش بخشید. یعنی ابتدا عملاً و سپس در حقوق (قانون ۲۴ ماه مه ۱۸۷۲) در نقش قاضی ویژه واقعی سازمان دیوانی (اداری) بدر آمد. «البته قاضی دادگستری در مواردی معین صلاحیت رسیدگی خود را حفظ کرده بود». دوگانگی قضائی که یک قسم آن قضائی و دیگری اداری بود کم‌کم از این امر نشأت گرفت.

البته این دوگانگی لزوماً وجود دو سلسله قاعده حقوقی را ایجاب نمی‌کرد و بدرستی مشاهده می‌شد که دو گروه از این قضات مستقل از یکدیگر برای صدور رای، حقوق واحدی را مورد استفاده قرار می‌دهند. ولی اصل دیگری اهمیت یافت و ارزش بالاتری کسب کرد و آن ارتباط بین صلاحیت و ماهیت بود. یعنی به محض آنکه قاضی ویژه‌ای در زمینه دعاوی اداری صالح شناخته می‌شد البته بعد از رای مشهور بلانکو (دادگاه تعارضات ۱۸۷۳) این نکته نیز پذیرفته شده بود که قاضی مذکور بتواند حقوق خاصی را در مورد سازمان اداری به موقع اجرا گذارد. لذا با توجه به نقائص مقررات قانونی، قضات اداری ناچار شدند، حقوق اداری اصیلی را پایه نهند. البته در مقایسه با حقوق خصوصی فرانسه که قاضی محدود به اجرای قانون بود، این ساختار حقوقی منبعت از امپراطوری، امری استثنائی بشمار می‌آمد. اما فرآورده رویه قضائی شورای دولتی ویژگی مخصوص بخود را داشت و آن اینکه حقوق خاص دستگاه اداری لزوماً به سود سازمان اداری نبود. از آغاز کار جمهوری سؤم، رویه قضائی اداری در پی آن بود تا

محدودیت‌هایی را بجوید که دستگاه اداری هنگام مداخله در امور مربوط به آزادیهای عمومی شهروندان به آنها احترام گذارد. خلاصه، رویه قضائی می‌کوشید تا تعادلی را بین لزوم عملکرد اداری و احترام به آزادیهای فردی بوجود آورد.

خصیصه لیبرالی رویه قضائی سخت مورد ستایش قرار گرفته است. توسعه رویه قضائی بوسیله شرائط جامعه شناختی و سیاسی استثنائی تسهیل گردید. در جریان جمهوری سؤم، بسیاری از اعضای شورای دولتی در "موسسه آزاد علوم سیاسی" که اسلوب آموزشی آن شدیداً از لیبرالیسم "ارلثانی"^(۱) مایه می‌گرفت آموزش دیده و آماده گردیدند. اینان چون به مقام قضاوت راه یافتند، بطور طبیعی کوشیدند تا از طریق یک سلسله قواعد عینی که برحسب تجربه بوجود می‌آمد، عملکرد قوای عمومی را محدود کنند، زیرا به آنان آموخته شده بود که با قدرت رویارویی کنند.

افزون بر آن، فضای سیاسی جمهوری سؤم بطور قابل ملاحظه‌ای پذیرش این رویه را تسهیل می‌کرد. باید این واقعیت اعجاب‌انگیز را بخاطر آورد که با وجود نیرومندی بینش‌های تمرکز طلب در درون سازمانهای اداری، اینان با میل و علاقه به فرامین و دستورالعمل‌های ناشی از امر قضا گردن نهادند. سازمانهای دولتی بوضوح درک کرده بودند که هرگونه مقاومت در برابر تصمیمات دستگاه قضائی پشتیبانی رژیم سیاسی در راس قدرت را بدست نخواهد آورد. لذا آهسته آهسته تبعیت اعمال اداری از حقوقی که ناشی از آراء قضات بود بصورت امری طبیعی بدر آمد. البته نقشی را که قاضی ایفا می‌کرد، ممکن بود خطراتی نیز در بر داشته باشد. یعنی قاضی با ایجاد قواعد حقوقی در واقع خود را به جای قانونگذار قرار می‌داد، قانونگذاری که توانسته بود، در کلیه زمینه‌ها به خلق قواعد حقوقی دست زند. آیا چنین خطری وجود نداشت که یک "قاضی - حاکم" همانند ایالات متحد آمریکا تولد یابد؟ شورای دولتی با چابکی و فرزانتگی بسیار، هرگز با ارکان سیاسی عالی از در تعارض آشکار بدر نیامد و بدین وسیله جلوی اینگونه انتقادات را گرفت.

۱- Libéralisme orléaniste از نوع آزادبخواهی بود که در زمان لویی فیلیپ پادشاه فرانسه رواج داشت (م).

فرانسه که حکومت جمعی دیرکتوار را بوجود آورد مربوط به سال سوم است (م).

علی‌رغم نوسانات سیاسی که کشور فرانسه تا زمان حال با آنها مواجه است، قاضی اداری تلاش کرد که اساس ساختمان حقوقی را که خود تحقق بخشیده بود، به نحوی حفاظت کند. با این همه در عرض سالهای اخیر می‌توان از کم‌رنگ‌تر شدن آثار خلافت شورای دولتی سخن گفت. اولاً، شورای دولتی در مورد کنترل تصمیماتی که خصلت اقتصادی داشتند و ضمناً زنده‌ترین بخش فعالیت اداری زمان حاضر بشمار می‌آیند به شدت کوتاه آمد. با این همه آراء اخیر نشان می‌دهند که موضع شورای دولتی ممکن است به تدریج دگرگون شود. در این زمینه هنوز مساعی جمیله‌ای لازم بنظر میرسد. بعلاوه باید یادآوری کرد که نقش سنتی حمایت‌کننده از آزادیها و حقوق شهروندان بیش از پیش بدشورای ایفا می‌شود. تغییرات کنونی در زمینه "جبهه قانون" (قانون دیگر یک عمل عالی در بخش اعظم قلمروها نیست) کار نظارت قضائی بر ادارات را پیچیده و دشوار می‌کند. زیرا دستگاه اداری باید خود قواعدی را تدارک به بیند که خود نیز از آن اطاعت کند. سرانجام اُفول ایدئولوژی لیبرال و تلاش برای ایجاد ثمربخشی بیشتر در اعمال اداری "قضائی" کلی بوجود آورده که رویه قضائی را که در صدد حمایت از فرد است به عاملی از رواج افتاده و ضد تاریخی تبدیل کرده است.

ج - نقش دکترین

عدم تکافوی قواعد نوشته که نمایانگر خصلت حقوق عمومی است، خود نقش مهمی را که دکترین در شکل‌گیری این رشته حقوق ایفا کرده است، توجیه می‌کند. توسعه هر یک از رشته‌های حقوق عمومی نظیر حقوق اساسی، حقوق مالی، حقوق اداری و حقوق بین‌المللی در مقیاس وسیعی حاصل کار استادان دانشکده‌های حقوق است که بوسیله آموزش شفاهی یا تالیفات خود، تاثیر قاطعی بر آن داشته‌اند. دکترین ضمن اینکه از الزامات و وابستگی‌هایی که بر قاضی سنگینی می‌کند آزاد است، میتواند دست به کار نظام‌بندی شود، اصولی را استخراج کرده جایگزین دو پهلویی یا غیبت متون کافی قانونی سازد و راه‌حل‌های موردی را که از طرف قضات به شکل رای صادر شده، است بگونه هم نهاده (سنتز) بدر آورد. اما با درگذشتن از قلمرو نظام‌بندی، در

ایجاد بینش‌های تکنیکی جدید تردیدی بخود راه نمی‌دهد، نظریات حقوقی ناگفته‌ای را پیشنهاد می‌نماید و سرانجام یک اثر عمیقاً خلّاقی برجای می‌گذارد.

بطور قطع، در حقوق اداری کارکرد دکترین بگونه روشنتری چهره خود را آشکار می‌سازد. اما باید به این نکته توجه داشت که نخستین نوشته‌های دکترینی توسط قضات تحقق یافتند. اولین رساله قضاوت اداری توسط لافنری^(۱) نوشته شد که در مقام معاون شورای دولتی بکار اشتغال داشت. فقط در آخرین سالهای قرن نوزدهم بود که "عمومی‌گرایان" دانشکده حقوق نقشی بنیادین ایفا کردند. اما سنتی که بدست لافنری بر آغاز شد، بسیار پرمعنی است. زیرا، در مسیر تهیه و تدارک حقوقی نانوشته که ناشی از گردآوری یک سلسله سابقه بود، کار رویه قضائی و مآثر استنباطات دکترینی او، عمیقاً مکمل یکدیگر بوده و متقابلاً یکدیگر را تحت تاثیر قرار دادند.

در طول نخستین سالهای قرن بیستم، دکترین اندیشه‌های متعالی حقوق عمومی را پایه ریخت، مفاهیم اصلی فنی را آفرید و مجموعه‌ای از دانشواژه‌های حقوقی جدید را پدیدآورد. در این زمینه باید از مکتب خدمت عمومی (لئون دوگی^(۲))، گاستون ژر^(۳)، رژه بونارد^(۴) که مکتب^(۵) بردو نیز نامیده شد (اغلب اعضای این مکتب استادان حقوق دانشگاه بودند) نام برد. به تصور این نظریه پردازان، مبنای حقوق اداری در مفهوم خدمت عمومی (فعالیت عام‌المنفعه که توسط یک سازمان عمومی انجام میشود) قرار دارد. همه نهادهای حقوق اداری را می‌توان نسبت به این مفهوم اصلی که مشخص‌کننده میدان عملکرد وسیع قواعد حقوق عام است، تعریف کرد. این نظریه تاثیر قابل ملاحظه‌ای بر سیاست سبتی بر رویه قضائی گذاشت که براساس آن خدمت عمومی

1- Lafenine.

2- Léon Duguit.

3- Gaston Jèze.

4- Roger Bonnard.

5- Ecole de Bordeaux.

یکی از عوامل اصلی حقوق اداری در یک سلسله آراء مشهور (بلانکو ۱۸۷۳، تریه^(۱)) ۱۹۰۳ و تروند^(۲) (۱۹۱۰) شناخته شد.

با این وصف، اساس دکترینی که توسط مکتب خدمت عمومی پی ریخته شده بود، به سبب جزمیت و انعطاف ناپذیری مشمول اعتراضات شدیدی گردید. موریس هوریو^(۳)، رئیس دانشکده حقوق اهمیتی را که به مفهوم خدمت عمومی داده شده و آن را پایه حقوق اداری گرفته بودند، مورد انتقاد شدیدی قرار داد. تعارضهای فوق این حُسن را داشت که نظریه‌های حقوقی معروض به رویه قضائی را تعمیق کرد و به غنی کردن آنها پرداخت.

دخالت دولت در زندگی اقتصادی و اجتماعی و دگرگونی‌هایی که در حیات اداری از آن حاصل شد، رویه قضائی و دکترین را در برابر مسائل جدیدی قرار داد که نظریه‌های کلاسیک دیگر قادر به حل آن نبودند. واحدهای سازمانی عمومی از شیوه‌های نامنتظری برای تحقق دخالت خود بهره می‌گرفتند. بنابراین، رایج‌ترین و پذیرفته‌ترین مفاهیم، بویژه مفهوم خدمت عمومی مورد بحران عمیقی واقع شدند. دکترین حقوق عمومی در مقابله با تحول واقعیات و همچنین عدم قطعیت رویه قضائی به دو مکتب تقسیم شد: برخی از صاحب نظران حقوقی می‌گفتند که ساختار دکترینی که در آغاز قرن پدیدار شد به شرط آنکه تغییراتی در رایج‌ترین مفاهیم فنی داده شود، هنوز ارزشمند است. مثلاً مفهوم خدمت عمومی را شاید بتوان با اصلاحات چندی حفظ کرد. برخی دیگر از حقوقدانان این بازسازی را به شدت رد می‌کنند و بنظر آنها نظریات کلاسیک حقوق اداری غیرقابل استفاده می‌آید. لذا میل دارند بینش‌های نظری تازه‌ای را بر مبنای داده‌های نوین پی‌نهند و خود را زندانی تقسیمات کهن نسازند. این دعوای دکترینی در رویه قضائی موثر واقع شد. و آن را دگرگون ساخت. زیرا ظاهراً رویه قضائی نظریات

علمای مکتب اول را پذیرفته بود، ولی گاهی به آراء پراوازه درباره راه‌حل‌های مکتب دیگر نیز گرویده بود.

باید توجه داشت که دکترین فعلی قطع نظر از گرایشهایش نمی‌خواهد به یک نظام کامل اصولی که بر مجموع حقوق اداری گسترش می‌یابد، همانطور که نظریه خدمت عمومی به این کار دست زده بود، پیوند داده شود. عملاً هر یک از نویسندگان حقوقی به یکی از قلمروهای این حقوق علاقمندند و در اغلب اوقات حرفهای خود را در قالب نظریه‌های موجود در این محدوده می‌زنند. این روش تفکر قطعاً پرمعنی است، بویژه در عصری که جزمیت (دگماتیسم) به شدیدترین وجهی محکوم می‌شود. لذا این فکر پرتوی از این واقعیت است که نمی‌توان تعداد بیشماری مسائل جدید را که متعاقب گسترش خارق‌العاده این رشته حقوق پدید آمده است، در آن گنجانید.

1- Terrier.

2- Thron.

3- Maurice Hauriou.

فصل سوّم

محتوای حقوق عمومی

سخن اوّل : مفاهیم ریشه‌ای حقوق عمومی

در حقوق عمومی، مفاهیمی جنبه ریشه‌ای دارند که در عین حال هم اصول سیاسی را که این رشته حقوقی بر آنها تکیه دارد، بیان می‌کنند و هم چارچوبه‌های ذهنی اصلی را تشکیل می‌دهند.

الف) مفهوم اقتدار

اصل اقتدار عنصری اصلی است که تَشْخُص و استقلال حقوق عمومی را پایه‌گذاری می‌کند.

از لحاظ کار ویژه‌ای، چهره اصلی اقتدار از طریق امتیازات بی‌اندازه نمودار می‌شود. در رابطه دولت و عوامل آن، اقتدار مولّد سلسله مراتب است. این سلسله مراتب زمانی به حد تکامل فنی رسید که امپراطوری اوّل فنون سازمان‌بندی نظامی را در ادارات مدنی وارد کرد. از این پس دیگر نباید تعجّب کرد که ضوابط پایه‌ای سلسله مراتب عبارت از قدرت آموزش و پرورش، قدرت کیفر دادن و الزام به پاسخگوئی باشد. سلسله مراتب هنگامی متحقق می‌شود که مقام بالا دست اختیار صدور دستور داشته و بتواند اجرای آن را درخواست کند. این چنین اختیاری باید در همه موارد و همه جا قابلیت اجرا داشته

باشد. تنها مواردی را که میتوان مستثنای از این اصل دانست یکی مورد قضات نشسته و دیگر مورد استادان آموزش عالی است. بنظر بدیهی می‌آید که لازمه سلسله مراتب آن است که کارمندی عالی مقام، مسئولیت اعمال زیر دستان خود را بر عهده گیرد. به علاوه یک قانون کلی میگوید آنجا که اختیار وجود دارد، همانجا نیز مسئولیت هست. "پوشش"^(۱) در حقوق عمومی سنگ تعادل لازم در امر سلسله مراتب است. رئیس یک واحد اداری، اساساً مسئولیت اعمال کارکنان زیردست را بدوش می‌کشد. حتی نهایتاً باید به سبب قصور یا تقصیری که قاعدتاً بطور مستقیم به او مربوط نیست، بار کیفری را نیز تحمل کند. اما بدیهی است که در چنین فرضی، اصل سلسله مراتب مستلزم تسری کیفر به سطوح پایین‌تر نیز هست.

در روابط بین دولت و افراد خصوصی، اقتدار امتیازاتی را سبب می‌شود که در حقوق بمعنای عام کلمه ناشناخته است. دستگاه دیوانی قادر است بنا به اراده خود دست به انجام اعمالی یک جانبه بزند که قاعدتاً به آن "اختیار تصمیم‌گیری" می‌گویند "ژرژ. ودل".^(۲) این اعمال رسماً قابلیت اجرا دارد و در برخی موارد از قوای عمومی برای اجرا استفاده می‌شود. سازمان اداری در انعقاد قراردادهای خود تابع اصل "تغییر ناپذیری" ناشی از ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی نیست و اجرای تعهدات از سوی سازمانهای دولتی به میل و اراده دستگاه بستگی دارد. ممکن نیست بتوان از نیروهای دولتی علیه دولت استفاده کرد، زیرا دولت خود اختیار آنها را بعهده دارد.

از حیث سازمانی نیز مفهوم فنی اختیارات اداری، این بینش نابرابر طلب حقوق عمومی را به نیکی میرساند. فقط مقام عالی اداری است که برعکس یک کارمند ساده قادر است تصمیماتی قابل اجرا در باب شهروندان اتخاذ کند. در خصوص پلیس این تفاوت بسیار نمایان است، زیرا افراد خصوصی تنها با عوامل اجرائی پلیس سروکار دارند. سازمان گارد جمهوری، به هیچ وجه اختیارات پلیس را ندارد، بلکه فقط بازوی

۱- منظور قبول مسئولیت مافوق در خصوص کارکنان تحت پوشش است. (م)

اجرائی شهردار، فرماندار و حتی نخست‌وزیر است. اختیارات پلیس تنها متعلق به شهردار و فرماندار و نخست‌وزیر است. اینان تصمیمات قابل اجرائی در باب افراد خصوصی اتخاذ می‌کنند و نیروی پلیس از مدیرکل پلیس ملّی گرفته تا یک نگهبان امنیت ساده در اختیار آنان قرار دارند تا تصمیماتشان را به مورد اجرا گذارند.

ب) اصل قانونی بودن

۱) مفهوم قانونی بودن

این مفهوم در معنای اخص کلمه اعمالی است که موافق با قانون باشد و اصل قانونی بودن یعنی اینکه سازمان اداری باید به قواعد قانونی احترام گذارد. اما این مفهوم باید در هر یک از عناوین آن بدقت معنی شود.

۱-۱- عناصر قانونی بودن: مفهوم قاعده قانون

مفهوم قاعده قانونی کاملاً دقیق اما در حقوق فرانسه نسبتاً گسترده و وسیع است. به بیان بهتر یک "جبهه قانونی" مشتمل بر قواعد حقوقی بسیار متنوع که همه به درجات مختلف قابل احترامند، وجود دارد. این قواعد، البته همیشه بصورت نوشته نیستند و حقوق عمومی فرانسه تکنیک قاعده حقوقی نانوشته را بطرز شگفت‌آوری دوباره باب کرده است. اینگونه قواعد ناشی از حقوق عام رژیم سلطنتی قدیم بود و انقلاب فرانسه آنها را از صفحه حقوق خصوصی محو کرده بود.

[در میان قواعد حقوقی نوشته که جزء "جبهه قانون" بشمار می‌آید،

باید در درجه نخست از قانون اساسی سخن گفت. زیرا این قانون یک

عمل حقوقی نخستین و برتری است که به دولت، شکل آن را اعطا

می‌کند. لکن این نکته نیز هست که حقوق عمومی فرانسه فقط به

صورت ناقصی، احترام به این هنجار نخستین را تضمین کرده است.

کنترل انطباق قانون عادی با قانون اساسی حتی بعد از سال ۱۹۵۸ نیز

دارای نقائصی است. یعنی از این تاریخ به بعد، قانون عادی تا حدودی

از احترام به قانون اساسی معاف شده است و همچنین اعمال اداری را

در زمان اجرا زیر پوشش مصونیت خود قرار داده است، به شرط آنکه منطبق با قانون عادی باشند. قانون خود یکی از عناصر اصلی قانونی بودن است. ولی افزون بر آن در این زمینه باید بر روی برخی از اعمال که قوت قانونی دارند وصفی شبیه قانون قائل شد، هر چند که از قوه مجریه ناشی شده باشند. رژیم سال ۱۹۵۸ (جمهوری پنجم) که به قوه مجریه اجازه ورود به قلمرو قانونی داده فهرست اینگونه اعمال را به شکل نگران کننده‌ای افزایش داده است.

اعمال قوه مجریه، حتی اگر ارزش قانونی نداشته باشند (که هنوز عمومیت دارد) باز هم "قابل احترام" بشمار می‌آیند. مصوبه‌های رئیس جمهوری یا نخست وزیر، فرامین رئیس جمهوری، تصمیمات وزیران، فرمانداران و شهرداران نیز بخشی از جبهه قانونی محسوب می‌شوند.

اندیشه قاعده حقوقی نانوشته غالباً با عرف و عادت همانند است. در واقع عرف بمعنای اخص در حقوق عمومی فرانسه فقط دارای جایگاهی محدود و ارزش حقوقی نامطمئنی است و در اغلب اوقات از آن برای توجیه اعمال غیرقانونی مشهود با توجه به متن قانونی بهره‌برداری میشود (چنین بود زنده کردن مصوبات جایگزین قانون در جمهوری چهارم). برعکس در حقوق عمومی مقوله‌ای کاملاً اصیل از قواعد نانوشته وجود دارد: زیر عنوان اصول عمومی حقوق. [

۲-۱- محتوای اصل قانونی بودن: احترام به قاعده حقوقی

اولاً، عمل دولت باید مبتنی بر یک قاعده حقوقی باشد. سازمان اداری هرگز اختیار انجام اعمال خودسرانه ندارد و صلاحیت‌هایش نیز هرگز مطلق نیست، بلکه هرکدام از اقدامات آن باید یا مُصرحاً توسط یک متن قانونی یا یک اصل حقوقی پیش‌بینی شده باشد.

از سوی دیگر اصل قانونی بودن ایجاب میکند که عمل دولت سازگار با یک قاعده حقوقی باشد. مفهوم سازگاری نباید لزوماً در انعطاف ناپذیرترین معناها تعبیر شود. اما با وجود این حقیقت که عمل یک مقام دولتی باید به قاعده حقوقی که به نوبه خود از سوی مقام برتری صادر شده تکیه کند، این نکته را نیز باید در نظر داشت که اصل مذکور باید با سهم ابتکاری که غالباً به مقامات اداری واگذار می‌شود، حتی اگر این شخص از کارکنان زیردست هم باشد، ترکیب گردد. لذا هیچ سازمان دولتی دارای وظائف اجرایی خودبخود (مکانیک) نیست. در حقوق فرانسه میزان اختیار مقامات اداری از دید حقوقی مبتنی بر وجود یک قدرت تبعّضی (ممتاز)^(۱) است که به مقامات دولتی اعطا می‌شود. قدرت تبعّضی باید در اذهان، از قدرت متّصل تمیز داده شود. هنگامی قدرت تبعّضی تحقق می‌یابد که مقام اداری در قالب صلاحیتی که به او تفویض شده آزاد باشد دست به اقدام زند یا از پیگیری امر دست بردارد یا اینکه نحوه عمل خود را بطریقی که دلخواه اوست به انجام برساند. قدرت متّصل آنگاه وجود دارد که قاعده حقوقی، صاحب منصب اداری را مکلف به اقدامی در طریق معین نماید. رابطه کم و بیش مجبورکننده‌ای که بین انگیزه‌ها و موضوع تصمیم دیده می‌شود، ضابطه تمایز بین دو نوع قدرت فوق است.

مفهوم قانونی بودن، سرانجام به این معنی است که سازمان اداری مکلف به اجرای قاعده حقوقی است. اینکه رویه قضائی مُنجزاً به این منوال شکل گرفته است که مقامات اجرائی موظّفند به منظور اجرای قانون، آئین نامه‌های لازم را تدارک ببینند و دست به اقدامات لازمی زنند تا این آئین نامه‌ها بموقع اجرا گذاشته شوند.

۲) ضمانت اجرای اصل قانونی بودن

حقوق عمومی فرانسه دو نوع راه حل برای اعلام قانونی بودن یک اقدام در اختیار دارد: راه حل اداری و راه حل قضائی.

[یعنی شیوه مدیریت مطلوب که به متصدیان امور عمومی امکان می‌دهد تا اشتباهات خود را تصحیح کنند. لذا فرد خصوصی می‌تواند از «متصدی کم اطلاع اداری به متصدی آگاه‌تری» مراجعه کند. این کارمند ممکن است خود تصمیم به انجام این عمل اداری گرفته باشد. بنابراین، از وی درخواست می‌شود که از تصمیم خود صرف نظر کند. ولی در اغلب اوقات فرد شاکی به مقام بالاتر یا به مسئول نظارت مراجعه کرده از وی می‌خواهد که اقدام کارمند زیر دست را باطل کند (راه حل سلسله مراتبی یا قیمومتی). بهر صورت، هدف از این مراجعه، کمتر بمنظور اجرای قانون است تا وادار کردن دستگاه اداری به تغییر تصمیم نابعاً. این همان ویژگی «مدیریت مطلوب» است که مشخصات اصلی راه حل اداری را آشکار می‌سازد. به یک معنی اختیارات مقامی که مراجعه به او صورت می‌گیرد از اختیارات قاضی وسیع‌تر است. زیرا وی قادر است محتوای تصمیم را تغییر دهد و این همان اقتدار سلسله مراتبی است «قدرت اصلاح تصمیم». بر عکس تصمیمی که پس از مراجعه اداری اتخاذ می‌شود به هیچ وجه واجد همان صفاتی نیست که تصمیم قاضی واجد آن است. این تصمیم چیزی جز یک عمل اداری نیست و به هیچ مرتبه‌ای قوت امر محکوم بها را ندارد.]

[به قاضی شکایت می‌شود که فلان عمل اداری خلاف قانون بوده است. این مراجعه قضائی ممکن است به دو شکل انجام پذیرد: یکی شکایت برای لغو تصمیم که مستقیماً علیه اقدام اداری هدف‌گیری شده است و دیگری هنگام رسیدگی به پرونده‌ای است که این اقدام اداری یکی از عناصر متشکله آن بوده است. لذا بر غیر قانونی بودن عمل

بصورت موردی تأکید می‌شود. در صورتیکه این درخواست پذیرفته شود نتیجه تنها عدم استفاده از اقدام اداری در مورد مشخصی است. ولی بهر حال کارکرد این مراجعه به دادگاه اعلام حق بوسیله قاضی است. قاضی رای خود را درباره قانونی بودن یا نبودن مقررات مورد شکایت اعلام می‌کند و تصمیم وی قوت امر محکوم بها را دارد.]

۳) محدودیت‌های اصل قانونی بودن

اصل قانونی بودن هنگامی محدود است که سازمان اداری حتی بگونه جزئی از احترام به قاعده قانونی معاف شده باشد. چنین وضعی اساساً استثنائی است. با این وجود باید اجباراً بپذیریم که حقوق فرانسه اینگونه استثنائات را بطور وحشتناکی چندین برابر کرده است.

قانون پیش بینی می‌کند که در برخی شرایط (جنگ، اغتشاش‌های داخلی) دستگاه اداری تابع نوعی «قانونیت استثنائی» قرار گیرد و فلان عملی که در حالت عادی غیرقانونی است، احتمالاً جنبه قانونی پیدا کند. لذا، قوانین نهم اوت ۱۸۴۹ و سوم آوریل ۱۸۷۹ راجع به حکومت نظامی و قانون سوم آوریل ۱۹۵۵ راجع به شرایط اضطراری در خصوص اختیارات پلیس گسترشی استثنائی قائل شده‌اند. البته اجرای اینگونه متون خود فی‌نفسه کاملاً محدود است، حتی در زمان. ولی قانون اساسی ۱۹۵۸ و بویژه اصل شانزدهم آن، جواز تحقق گستردگی عجیب و اسفباری را در این مورد صادر کرده است. به این ترتیب عملیاتی را که عادتاً مخصوص ایام استثنائی است (مانند تحت نظر قرار دادن که از این پس در قانون آئین دادرسی جزائی نیز وارد شده) مجاز ساخته تا در «قانونی بودن حقوق عام» گنجانیده و ارزش شکلی تدابیری را که امید میرفت بعد از رفع حالت استثنائی از میان برود (مانند بازداشت اداری) مداومت داده شود.

رویه قضائی، اندیشه قانونی بودن موسّع را به برکت نظریه «کیفیات استثنائی» حتی بی‌آنکه قانونی در این باب وجود داشته باشد، به اجرا درمی‌آورد. در برخی کیفیات

مانند جنگ (رای هیری^(۱) در ۱۹۱۸ دُل^(۲) و لوران^(۳) در ۱۹۱۹) اغتشاش‌های بعد از آزاد سازی فرانسه (رای دام دولامورت ۱۹۵۲) و حتی در روزهای اعتصاب (رای ژاری ژبون^(۴) ۱۹۴۷) دستگاه اداری تا حدودی از احترام به قانون معاف شده بود.

ج) مفهوم مسئولیت

اگر مسئولیت را به عنوان یک اصل فنی تلقی کنیم، در کلیه نظام‌های قضائی مختلف مشترک است. اما به عنوان اصل سیاسی ویژه کشورهایی مانند فرانسه است که بر اندیشه‌های حاکمیت مردم و قانونی بودن بنا شده‌اند.

۱) مسئولیت، اصل فنی

مسئولیت بمناب‌ه اصل فنی وابسته به مفهوم دولت و دستگاه اداری است. اگر نخواهیم هرج و مرج و بی‌انضباطی در کلیه سطوح مملکتی حاکم شود، نه تنها لازم است که رفع وضعیت غیرقانونی و بازگرداندن آب رفته بجوی را پیش‌بینی کنیم، بلکه همچنین باید به سازمان‌دهی مسئولیت احتمالی مقاماتی که مرتکب اعمال خلاف قانونی شده‌اند، نیز پردازیم. فرض کنیم هدف این باشد که منافع افراد خصوصی را از نظر دور بداریم، تنها عطف توجه به قدرت لازم دولت، ما را به لحاظ کردن اصل مسئولیت کارکنان عمومی رهبری میکند. حتی در کشورهای دیکتاتوری حداقل مسئولیت انضباطی کارکنان دولتی در برابر مافوق‌های آنها مسجل است. همچنین مسئولیت حسابداران درآمدهای دولت در برابر واحدی که بر اشتباهات یا اختلاس‌های آنان نظارت دارد، از واجبات است.

۲) مسئولیت، اصل سیاسی

مسئولیت بعنوان اصل سیاسی به نوعی بینش مربوط به دولت ارتباط دارد. این همان بینش لیبرال است که کلیه قوای عمومی سند اختیارات خود را از شهروندان گرفته‌اند و

لذا دولت در خدمت افراد خصوصی است. لیبرالیسم مقامات عمومی را پاسخگوی شهروندان یا نمایندگان آنان میداند و معتقد است که اگر به افراد خصوصی خسارتی وارد آید باید منصفانه جبران شود. اما این نتایج که بچشم روشن و واضح می‌آیند، در همه موارد به آسانی بدست نیامده‌اند.

در سطح حقوق اساسی، مسئولیت متصدیان در برابر شهروندان ثمره مستقیم و کلی اصل انتخابی بودن آنان است. علاوه برآن، در رژیم‌های پارلمانی، مسئولیت حکومت در برابر پارلمان در بریتانیا از قرن هجدهم و در فرانسه از قرن نوزدهم رسماً پذیرفته شد. اما در سطح حقوق اداری، مسئولیت دولت در خصوص خسارت وارده به افراد، با آهنگی کند تحمیل شد، در حالی که نهادهای سیاسی رنگ و بوی لیبرالی بخود میگرفتند. هنوز در سال ۱۸۷۳ رای بلانکو دایر براین اصل بود که مسئولیت دولت "نه کلی است و نه مطلق" لکن این اعلام نظر اصولی مانعی در برابر توسعه مداوم مسئولیت ایجاد نکرد. دیگر مسئولیت به عنوان اصلی حقوقی مورد بحث نیست، بلکه این اصل ناشی از بینشی سیاسی در ارتباط بین دولت و شهروندان است.

سخن دوم: فنون حقوقی حقوق عمومی

هرگونه ساختار حقوقی، وجود شماری از انواع فنون را ایجاب میکند. نفس استقلال حقوق عمومی فرانسه نشان میدهد که بر فنون ویژه‌ای تکیه شده است که از فنون حقوق خصوصی متفاوت است. ولی این ویژگی، مطلق نیست. بلکه تعدادی از تکنیک‌های حقوق عمومی گونه‌ای فنون مشابه ولی تغییر شکل یافته موجود در حقوق عام را در خود پذیرفته است. حال چه این تکنیک‌ها مربوط به سازمان‌بندی باشد و چه مربوط به عملکرد.

1- Heyries.

2- Dol.

3- Laurent.

4- Jarrigion

(۱) نمایندگی

قبول پیش اصل دموکراتیک (مردم سالاری) ملازمه با این اصل دارد که مقامات مختلف عمومی واجد هیچگونه قدرتی نیستند که متعلق به خود آنها باشد و هیچ گونه صلاحیتی ندارند مگر به سبب اینکه نماینده دولت یعنی شخصیت حقوقی تجریدی و در آخرین کلام نماینده شهروندان به شمار می آیند. پس مفهوم نمایندگی یکی از نخستین مفاهیمی است که حقوق عمومی باید به تعریف آن پردازد. حقوق خصوصی با این تکنیک آشنا است، زیرا یک فرد همیشه میتواند فرد دیگری را به نمایندگی خود برگزیند که احتمالاً در برابر وی مسئولیت هم دارد. بر این مبنا، پدر نماینده فرزندان خود، مامور نماینده ماموریت خود و وکیل حقوقی نماینده مشتری خود است. نمایندگی در حقوق عمومی تا چه حدودی متفاوت از نمایندگی در حقوق خصوصی است؟

یک (در بعضی از فرضیات، فن نمایندگی در هر دو رشته حقوقی کاملاً مشابه یکدیگرند. رئیس یک اداره دولتی از لحاظ حقوقی نماینده یک شخصیت عمومی (اداره) است، همانگونه که یک مدیر اجرایی نماینده یک شرکت بازرگانی بی نام است. در هر دو مورد این اشخاص حقیقی صلاحیت دارند تا بنام یک شخصیت حقوقی اقدام کنند و در انجام این اقدامات مسئولیت نیز دارند.

دو (مفهوم نمایندگی در زمینه حقوق اساسی از فنون مربوط به حقوق خصوصی دورتر و متفاوت تر است. اعضای پارلمان بدون تردید نمایندگان تمام برگزینندگان "رای دهندگان" هستند، اما این نمایندگی اساساً به مفهوم حقوق خصوصی نیست. زیرا اراده رای دهندگان در خصوص مطالب نامعلوم آینده نمیتواند از پیش بصورت دقیق اعلام گردد. موضوع ماموریت انتخاب شوندهان صورت "نماینده ای"^(۱) دارد نه شکل "آمرانه"^(۲).

آشنایی با کلیات حقوق عمومی □ ۵۹

نمایندگان در انجام اعمال خود آزادند و نسبت به آراء و عقاید خود دارای هیچگونه مسئولیت حقوقی نیستند. به دوره ماموریت آنان نمیتوان خاتمه داد و فقط در جریان انتخابات بعدی است که عدم تمدید ماموریت آنان میتواند ضمانت اجرای نحوه استفاده از این نمایندگی بشمار می آید.

سه (نمایندگی مقامات عمومی که در داخل سازمان اداری گروهی بجای گروه دیگر عمل میکنند از منطق حقوقی ویژه ای تبعیت میکند که با نمایندگی در حقوق خصوصی تفاوت دارد. بنابر این، کارکنان دولتی برخلاف افراد خصوصی که سلطه کاملی بر حقوق دارند، مسلط بر صلاحیت خود نیستند و بنابر این نمیتوانند آن را بنا به میل و سلیقه خود بکار گیرند یا شخص ثالثی را مامور اجرای این وظیفه سازند. تفویض صلاحیت (یا امضاء) از مقررات سخت و دشواری پیروی میکند، بطوریکه آن را از اصل با ماموریت در حقوق خصوصی متفاوت ساخته است.

(۲) قیمومت و نظارت

سازمان اداری در باره کارمندان خود واجد قدرت سلسله مراتبی است. این چنین قدرتی روشن ترین و صریح ترین نمود اصل اقتدار است، ولی تنها نمود آن نیست. شخصیت های حقوقی عمومی (واحد های سرزمینی غیرمتمرکز و موسسات عام المنفعه) در درون دستگاه دولتی از نوعی خودمختاری برخوردارند و لذا از قید نظارت مبتنی بر سلسله مراتب آزادند. لکن خودمختاری آنها نباید منجر به قطعه قطعه شدن و درهم ریختگی قدرت عمومی شود. بنابراین از طرف دولت مورد گونه ای نظارت واقع میشوند که قاعداً شکل قیمومت بخود میگیرد.

اختیار قیمومت از حیث محتوی مشتمل بر انواع و اقسام آئین هائی است که به دولت اجازه میدهد تا بر سازمانهای وابسته به خود نظارت تنگاتنگی داشته باشد. مقامات واجد اختیار قیمومت میتوانند روسای اینگونه تشکیلات را معلق یا برکنار سازند. از سوی دیگر، این مقامات حق دارند بر اعمالی که بنام واحد تحت قیمومت انجام میشود، نظارت داشته باشند. گاهی این اعمال فقط بعد از کسب موافقت اولیه قابلیت اجرا

می‌یابند و احتمالاً ممکن است بطلان آنها اعلام شود. در برخی موارد مقام دارنده حق قیمومت میتواند خود به قائم مقامی اینگونه سازمانها عمل کند. اما اختیار تحقیق و تجسس که خاص سلسله مراتب است، اساساً در مورد قیمومت وجود ندارد. خود مختاری سازمانهای تحت قیمومت هرگز امری مطلق و خودبخود نیست (یعنی همیشه باید توسط یک متن قانونی پیش بینی شده باشد) و اعمالی که در جهت اجرای قیمومت انجام میشود، ممکن است هر لحظه به عنوان سوء استفاده از حق مورد شکایت واقع شود.

از لحاظ قلمرو اختیار و عملکرد، در ابتدای کار، قیمومت مخصوص واحدهای عمومی غیر متمرکز بوده است.

[اما فن حقوقی قیمومت بیش از پیش، خارج از دستگاه‌های دولتی و در مورد شماری از مؤسسات خصوصی مورد استفاده قرار میگیرد. این مؤسسات قاعدتاً در برابر دولت استقلال دارند. ولی تا آنجا که موظف به مدیریت خدمات عمومی باشند، زیر نظارتی قرار میگیرند که گهگاه بسیار سخت‌گیرانه است. ماهیت حقوقی این نظارت به قیمومت شباهت دارد. ولی گاهی طبق اسلوبهایی انجام می‌گیرد که در مواردی با نظارت بمعنای کلاسیک کلمه فرق دارد. لذا اشخاص ویژه‌ای از میان ارگانهای خصوصی دستچین و انتخاب می‌شوند تا کار نظارت بر عهده آنها نهاده شود، مانند کمیسرهای دولت و ناظران دولتی و اجازه قبلی برای این کار تحت نام موافقت نامه بسیار معمول شده است.]

قیمومت که تکنیک اجبارکننده‌ای است و نوعی «اقلیت» اشخاص حقوقی را بدین وسیله مورد کنترل قرار میدهد، در برخی موارد به سود اشکال دیگری از نظارت عقب نشینی کرده است. لذا قانون دوم مارس ۱۹۸۲ که پایه اصلی سیاست عدم تمرکز فعلی را تشکیل می‌دهد، اساساً بجای قیمومت بر واحدهای سرزینی نظارت‌هایی با ماهیت قضائی بوجود آورده است.

۳) مؤسسه عام‌المنفعه

در حقوق خصوصی، مصادیق شخصیت حقوقی با صور شرکت، اتحادیه، بنیاد، سندیکای حرفه‌ای و نظائر آن تحقق می‌یابد. ولی در حقوق عمومی شکل خاص بخود می‌گیرد، بنام مؤسسه عام‌المنفعه، تکنیک ویژه‌ای که بدین وسیله بتوان در داخل دستگاه اداری به آن استقلال حقوقی بخشید. ولی شاید در این خصوص بتوان گفت که خصلت ویژه حقوق عمومی در حال کم رنگ شدن است.

مؤسسه عام‌المنفعه شکل حقوقی کاملاً ویژه‌ای است، خاص حقوق عمومی. این ویژگی با امتیازاتی که به شکل حقوقی مؤسسه عام‌المنفعه پیوند خورده است، خودنمایی میکند. مؤسسه عام‌المنفعه ورشکست نمی‌شود و قواعد و راههای اجرایی مربوط، درباره آن قابل اجرا نیستند. وانگهی پاره‌ای از قواعد حقوق خصوصی با خصلت مؤسسه عام‌المنفعه سازگار نیست. یک مؤسسه عام‌المنفعه هرگز نمیتواند واجد کیفیات تجاری باشد (هر چند که اعمال تجاری نیز انجام دهد).

لکن ویژگی حقوق عمومی به ترتیبی که در این صورت حقوقی مخصوص تظاهر می‌کند، در حال کاستی گرفتن است. لذا در حقوق عمومی کلاسیک، مؤسسه عام‌المنفعه تجسم بخش خدمات عمومی است که با فعالیت خصوصی نظیر مددکاری و آموزش (یک دانشکده، یک مؤسسه عام‌المنفعه است) اساساً فرق دارد. اما اگر دولت دست به فعالیت‌های اقتصادی و تجارتي بزند، در خصوص این گونه فعالیت‌ها از فنون حقوقی مربوط به مؤسسه عام‌المنفعه بهره می‌گیرد. برق فرانس و صنایع ذغال به محض آنکه ملی شدند، به شکل مؤسسه عام‌المنفعه بدر آمدند. اما با تغییر قلمرو فعالیت‌ها، این فنون نیز دگرگون می‌شوند.

البته شکل حقوقی بجای خود باقی می‌ماند ولیکن محتوای آن تفاوت می‌کند: حقوق خصوصی بطور کم و بیش عمیقی در رژیم مؤسسات عام‌المنفعه رسوخ خواهد کرد. کارکنان مؤسسه ممکن است از لحاظ استخدامی کارمند بشمار نیایند و رژیم تجاری و قرارداد دسته جمعی کار در مورد این افراد جاری شود.

[عنوان «مؤسسه عام المنفعه صنعتی و تجاری» بیش از پیش در مورد واحدهائی بکار رفته و میرود که عملکرد آنان علی التحقیق به هیچ وجه صنعتی و یا تجاری نبوده است. هدف از این عنوان گذاری، آن است که این واحدها را از طیف نظارت حسابرسی دولتی معاف کنند. ولی منطبق با هیچ یک از واقعیت های اساسی نیست. در چنین فرضی اگر تأثیر و نفوذ حقوق خصوصی بطور روزافزونی با محدودیت های بسیار مهم تصادم حاصل کند، قابل توجیه است.]

۴) حمایت ویژه از اشخاص و اموال

حقوق عمومی با فنون حقوقی ویژه، مقامات و کارکنان دولتی و اموال دولت را مورد حمایت قرار می دهد. اولاً اشخاص و اموال در برابر دستگاه های دولت حمایت میشوند، ولی بیشتر این حمایت در برابر افراد خصوصی انجام میگیرد. حمایت در برابر دستگاه های دولت به نظر شگفت آور و متناقض می آید، معذک این حمایت در مورد برخی از اشخاص و پاره ای از اموال ضروری است.

برخی از صاحب منصبان دولتی بمناسبت نوع شغل خود باید علیه مخاطرات سیاسی مورد حمایت قرار گیرند. به این ترتیب اعضای پارلمان باید در مقابل قوه مجریه و همچنین در مقابل همکاران خود - اگر جزء اقلیت باشند - و همچنین احتمالاً در مقابل جانشینان خود در صورتیکه رژیم تغییر کند، مورد حمایت واقع شوند. به همین دلیل است که مجلسیان بابت ابراز اندیشه و عقاید و همچنین آرائی که ضمن انجام وظیفه از خود بروز میدهند، مسئولیت ندارند و همچنین نباید مورد تعرض قرار گیرند. به همین سیاق، حتی به اتهام ارتکاب جنایت یا جنحه نیز بدون اجازه مجلس متبوع قابل بازداشت نیستند.

اموال عمومی نیز در برابر انواع دست اندازی ها یا بطوری ساده تر در برابر بی مبالائی کارکنان امور عمومی که مأموریت اداره آنها را بر عهده دارند، حمایت میشوند. بهمین طریق، اموال متعلق به دولت قابل فروش و گرو گذاشتن نیستند. حفاظت از وجوه

عمومی نیز در برابر حسابدار مسئول با شیوه های مختلف من جمله نظارت قضائی دیوان محاسبات و مسئول بودن حسابداران به ازای وثیقه تضمین شده است.

حمایت کارکنان در برابر ارباب رجوع غالباً از طریق جزائی عملی می شود. [کارمندان دولت طبق موازین کیفری مربوط در زمینه توهین به مأموران در حین خدمت مورد حمایت قرار میگیرند. اموال دولتی نظیر تأسیسات بزرگ شهری در مقابل خسارت یا حیف و میل بوسیله مقررات جزائی و نظام تخلفات کیفری مورد حمایت قانون واقع میشوند.

افراد خصوصی که با وجوه و درآمدهای عمومی سروکار دارند، عموماً به سختی تابع مقررات حسابداری عمومی قرار دارند.]

ب - فنون عملکرد

دستگاه اداری دولت وسایل و ابزارهای حقوقی ویژه ای در اختیار دارد، تا بتواند مدیریت خدمات عمومی را تضمین کند.

۱) شیوه های تدارک اعمال اداری

دستگاه اداری برای مدیریت خدمات عمومی حق دارد از روشهای حقوق عام بهره گیرد و مثلاً میتواند قراردادهائی نیز منعقد نماید. ولی همین سازمان اداری در استفاده از شیوه های ویژه حقوق عمومی نیز دست بازی دارد، یعنی میتواند دست به انجام عمل یک جانبه الزام آور که خود بخود قابلیت اجرا داشته باشد بزند. زیرا که دستور انجام این عمل بوسیله مقام اداری صالحی صادر شده است.

۲) شیوه های اجرائی اعمال اداری

تصمیمات اداری باید لزوماً بوسیله افراد خصوصی اجرا شوند. اما اینان میتوانند در مقابل آن به مقاومت پردازند. در این صورت سازمان دولتی باید وسائلی در اختیار داشته باشد تا مقاومت آنان را درهم شکند، البته در صورتیکه این مقاومت قانونی نباشد. حقوق عام در این باب چنین است که افراد مخالف با اعمال اداری، برای عدم اجرای

دستورهای اداری مورد تعقیب قرار میگیرند (ماده ۲۶ قانون مجازات عمومی). البته سازمان اداری استثنائاً نیز میتواند برای اجرای تصمیمات خود از قدرت و زور استفاده کند، بشرط آنکه قانون آن را مجاز شناخته یا خطری در اجرای حکم وجود داشته یا اینکه برای عدم اجرا هیچگونه ضمانتی پیشبینی نشده باشد.

این نکته را باید به خاطر سپرد که اجرای خلاف قاعده و بر اساس زور و نیروی عمومی از لحاظ دستگاه دولتی گونه‌ای عمل بسیار شدید و خلاف قانون تلقی می‌شود.

فصل چهارم

تطورات کنونی حقوق عمومی

تا شروع جنگ جهانی، دولت در زمینه اداری و نظامی دارای صلاحیت عملکرد بود (عدالت، پلیس، وصول مالیات و غیره) و به اجرای آن می‌پرداخت. بنابراین، بین بخش عمومی که وظیفه‌اش حفظ نظم و بخش خصوصی که به فعالیت‌های اقتصادی می‌پرداخت تفکیک کاملی وجود داشت. از حدود نیم قرن پیش به این سو، دولت بر خلاف گذشته وارد در قلمرو اقتصادی و اجتماعی شده است. این تحول دولت از لحاظ ساختاری همراه با دگرگونی در رفتارهای روانی مردم بود. نقش نوین دولت در زندگی اقتصادی نه تنها دیگر محکوم و مورد نقض و انتقاد نیست، بلکه کاملاً طبیعی بنظر می‌رسد. بحران عمیق در نظریات کلاسیک حقوق عمومی را میتوان ناشی از دگرگونی ساختارهای دولتی دانست.

سخن اول: علل نهادی و ایدئولوژیکی تحول حقوق عمومی

الف - مداخله دولت در زندگی اقتصادی و اجتماعی

دخالت دولت در قلمرو اقتصادی و اجتماعی جایگزین عدم حضور کلی وی گردید.

در آغاز واحدهای اداری، جسته و گریخته و بدون یک برنامه کلی عمل میکردند و هدف اصلی آنها از میان بردن آثار جنگ، مبارزه با بیکاری، کمک به امر کشاورزی و نظائر آنها بود. لکن به تدریج افکار عمومی و نخبگان رهبری کننده جامعه به خصلت اجتناب ناپذیر و لازم عملکرد دولت پی بردند که این تنها دولت است که توان تضمین بهترین نوع عدالت اجتماعی یا مدیریت ثمربخش اقتصادی را داراست. لذا دخالت دستگاههای دولتی حالت «ارادی» بخود گرفت و در متنوع ترین بخشها ظاهر گردید.

این تحول موجبات تفسیر عمیقی در باب بخشهای عمومی و خصوصی را فراهم کرد. دولت و واحدهای اداری عمومی به فرمولهای دخالتی بسیار متنوعی متوسل گردیدند. گاهی قدرت عمومی تنها به ترغیب یا جریمه کردن برخی از فعالیتهای خصوصی از طریق ملی اکتفا کرد. مثلاً با هزینههای عمومی سعی شد تا مؤسسات خصوصی در شهرستانها مستقر شوند، به سرمایه گذاری در ساختمان مسکن پرداخته گردد یا اینکه بخش اقتصادی کشور به شکل متجددی درآید. در پاره ای موارد دولت خود مستقیماً دست به فعالیتهای اقتصادی زد. بعد از سال ۱۹۴۵ توسل به ملی کردن زمینه تولد مؤسسات اقتصادی عمومی را فراهم آورد تا در فعالیتهای تولیدی و بازرگانی اهتمام ورزند. در عمل، شمار قابل توجهی سازمانهای نیمه عمومی - نیمه خصوصی بوجود آمدند تا به دولت امکان دهند که به هدفهای مداخله جویانه خود نائل آید. لذا بخش عمومی و بخش خصوصی که دایره فعالیت عملکردشان بر سبنای قانون ظروف مرتبطه در هم آمیخته شده بود جایگزین اصل لیبرال جدایی دولت و فعالیتهای خصوصی گردید.

ب - کم بها شدن مسلک لیبرال

نقش رو به افزایش دولت، نشر اندیشه های اجتماعی و حتی سوسیالیستی، باورهای جمعی مردم را در باب جامعه امروزی دگرگون کرده است. عناصر ایدئولوژیک جدید پدیدار شدند و نفوذ لیبرالیسم را که اساس حقوق عمومی کلاسیک به شمار می آمد کم رنگ کرد.

در کنار این آزادیهای عمومی سنتی، مفهوم حقوق اقتصادی و اجتماعی چهره خود را نمایان ساخت. چه قانون اساسی سال ۱۹۴۶^(۱) (که بوسیله قانون اساسی ۱۹۵۸^(۲)) مورد تایید واقع شد) پاره ای از این گونه حقوق (نظیر حق کار و حق آموزش و پرورش) را به رسمیت شناخت. این حقوق منطبق با اندیشه های رائج در افکار عمومی بود که بر اساس آنها هر فرد انسانی حق دارد از امکانات، مالی و مادی کافی بهره مند باشد تا شکوفائی جسمی و معنوی وی در قالب تضمین یافته و مطمئنی تامین شود. در عمل به کارگیری اینگونه حقوق اجتماعی اجباراً مستلزم دخالت دولت است. زیرا دولت تنها نهادی است که می تواند امکانات مادی لازم را بدین منظور فراهم آورد. در جامعه ما (فرانسه) دسترسی به امنیت و رفاه غالباً پیش از آزادیهای سیاسی مورد درخواست است. آموزه های لیبرالیسم به سبب همین زمینه فکری، دیگر اکنون با معتقدات جمعی جدید همخوانی ندارد.

اندیشه های دموکراتیک که خواهان مشارکت فزاینده فرد در مدیریت امور عمومی است، بگونه وسیعی جامعه امروزی را تحت تاثیر قرار داده است. افزایش سطح زندگی، تعمیم آموزش و پرورش، علاقه رو به افزایش شهروندان را به سرنوشت جامعه توجیه می کند. در عمل این خواست های دموکراتیک به خلاف جهت تعلیمات لیبرالیسم سیاسی سیر می کند. این تعلیمات بیشتر بر مخالفت دائمی با قدرت تکیه داشت تا مشارکت در صورت بندی قدرت. از این زاویه دید، آنچه که قدرت را تضعیف یا به سوی پراکندگی آن هدف گیری می کرد، امری مستحسن به شمار می آمد. همچنین نفوذ کند آهنگ باورهای مردم سالارانه در جامعه، تعدادی از نظریه های کلاسیک حقوق عمومی، بویژه حقوق اساسی را زیر سؤال می برد. اصل محدودیت قدرت دولت از

۱- در متن اصلی، سال ۱۹۴۰ آمده است که به گمان اینجانب اشتباه چاپی است. قانون اساسی ۱۹۴۶ بوجود

آورنده رژیم جمهوری چهارم بود. (م)

۲- مفسود قانون اساسی جمهوری پنجم که بنیادگذار آن ژنرال دوگل بود و هنوز هم در کشور فرانسه

لازم الاجراست (م).

طریق تفکیک قوا و همچنین رژیم پارلمانی بمعنای محدودیت مداوم اعمال حکومتی دیگر نمی‌تواند هواداری یکپارچه افکار عمومی را فراهم آورد. افکار عمومی اکنون بیشتر مساعد با حکومت نیرومندی است که بتواند مستقیماً سرمایه‌گذاری کند.

موفقیت‌های علمی ترقیات قابل ملاحظه‌ای که صنعت در جامعه فرانسه ایجاد کرد، نوعی ایدئولوژی بوجود آورده است، بر مبنای فنی‌سازی و ثمر بخشی امور که مدت‌های مدید در قلمرو تولید مادی کالاها محدود بود و اینک به بخش ادارات دولتی نیز تسری یافته است. اینک تصور بر این است که مدیریت اداری و اقتصادی کشور را می‌توان قاطعاً بر اساس هنجارهای فنی تحقق بخشید و بینش مذکور که آگاهانه در افکار عمومی مقبولیت دارد باعث تقویت قدرت حکومت می‌شود که هیچ سد و مانعی نباید جلوی اجرای سیاستی را که از لحاظ تکنیکی ارزشمند است بگیرد. هر گونه مقاومت در برابر این اقدام که ظاهراً ناشی از منافع خصوصی و بعثت تعارض با سود عام محکوم است، تلقی می‌شود.

در پایان، محدودیت دولت و حمایت از فرد انسانی که پایه ساختار حقوق عمومی کلاسیک را تشکیل می‌دادند، اینک در جهت باورهای جدیدی که همه بر تقویت اقتدار دولت و خصلت نیکوکارانه دخالت آن در همه امور اصرار می‌ورزند در حال نابود شدن هستند.

سخن دوم: تحول در محتوای حقوق عمومی

دولت به معنای امروزی دیگر پدیده‌ای کاملاً متمایز از فعالیت افراد خصوصی قلمداد نمی‌شود. حقوق عمومی نیز دیگر همچون مجموعه‌ای از قواعد ویژه که متفاوت از قواعد لازم الاجرای حقوق خصوصی باشد، تعریف نمی‌گردد. این تحول به طور قطع در حقوق اداری از سایر رشته‌ها مشخص‌تر است.

الف) انعطاف مرزها بین حقوق عمومی و حقوق خصوصی

مرز میان حقوق عمومی و حقوق خصوصی را دیگر نه خط برجسته و مشخصی در میان است و نه دیواره جداکننده نفوذ ناپذیری. حقوق خصوصی در قلمرو سازمانهای عام‌المنفعه بواسطه ارائه خدمات صنعتی و تجارتي وارد می‌شود. این واقعیت را می‌توان به خصوص در مؤسسات ملی و شرکتهای مختلط اقتصادی ملاحظه کرد. دولت با ورود به دنیای معاملات و بازرگانی جامه تاجری بر تن می‌پوشد و از تکنیک های حقوقی مربوط به تجارت استفاده می‌کند.

[به افراد خصوصی «ماموریت‌های خدمات عمومی» سپرده می‌شود. در خصوص آنکه دستگاه دولتی پیوسته قادر به اداره مستقیم کلیه فعالیت‌هایی که دولت ادعای قبول مسئولیت آن را کرده نیست این امر بطور روزافزون رواج می‌یابد. به همین سبب، افراد از پاره‌ای امتیازات حقوق عمومی متمتع می‌شوند. ممکن است مثلاً حکم مصادره به سود ایشان صادر گردد. اما در عوض باید زیر بار تعهدات سنگینی نیز بروند. «خدمات عمومی بالقوه». و بویژه «مؤسسات خصوصی عالم المنفعه» جانشین صاحب امتیازاتی می‌شوند که بطور کلاسیک بوسیله حقوق عمومی اداره می‌شدند. مجموعه‌ای از سازمانهای خصوصی در چنین وضعیت دو پهلونی قرار دارند، بطوریکه در این موارد حقوق عمومی و حقوق خصوصی به شکل تنگاتنگی با هم در می‌آمیزند. این اوضاع طوری حالت طبیعی و عادی یافته است که استقرار آن دیگر همیشه منوط به جواز قانونی مصرّحی نیست، بلکه ممکن است ناشی از تصمیم قوه مجریه یا حتی استنباط قاضی اداری باشد.

حقوق عمومی و حقوق خصوصی با تعویض متقابل قلمروهای خود گاهی محتوای خود را نیز جابجا می‌کنند. نظام حقوقی قلمرو اشخاص

حقیقی، نظام حقوق خصوصی است. اما مشتمل بر تعدادی عوامل اصیل و ویژه نسبت به حقوق عام مربوط به مالکیت است، حتی اگر تحول حقوق مالکیت را در نظر گیریم.

«تبعیت از حقوق عمومی» غالباً فرمولی است که فقط در دعاوی کاربرد دارد. یعنی قاضی اداری در خصوص دعاوی مربوط به مسئولیت که یکی از طرفین دعوا سازمان خصوصی یا «مأموریت خدمت عمومی» است، صلاحیت رسیدگی دارد و اگر همیشه در باره این مسائل حقوق عمومی را اجراء می‌کند در بیشتر اوقات سرپوش ساده‌ای است تا تاثیرهای آراء دیوان عالی کشور را بدین وسیله پنهان کند. این امر را می‌توان به روشنی در دعاوی مربوط به امور عمومی ملاحظه کرد. صلاحیت اداری در این خصوص سنت است، اما در اغلب اوقات مجنی علیه نه تنها با دستگاه دولتی مقابله می‌کند، بلکه همچنین با اشخاص خصوصی طرف دعوا قرار می‌گیرد (صاحبان امتیاز و مقاطعه کاران) و توزیع بار مسئولیت بوسیله تکنیک‌هایی صورت می‌گیرد که بهیچ صورت سخت گیرانه و فوق طاقت نیست. [

ب - تغییر شکل فنون حقوقی

فنون کلاسیک حقوق عمومی نسبت به موضوعات جدیدی که برایش مطرح می‌شود دگرگونی می‌پذیرد. موسسه عام‌المنفعه همانند قالبی است برای فعالیتهای بازرگانی و حتی موسسات ملی. لذا بهمین دلیل بخش اعظم حقوق قابل اجرای آن اصالت ویژه خود را از دست می‌دهد و فقط پاره‌ای از آثار شکل حقوقی موسسه عمومی بجای خود باقی می‌ماند. اما رژیم حقوقی مسئولیت بیش از پیش مهمی را در نحوه اداره موسسات تجاری، دست کم در روابط موسسه با استفاده کنندگان بر عهده دارد.

تنها هدف قانون پلیس بر حسب سنت حفظ نظم عمومی به معنای مادی‌ترین وجه آن

است. ولی اگر این امر شیوه‌ای برای دخالت در امور اقتصادی شود محتوا و جهت آن تغییر می‌کند و قابل لمس‌ترین نتیجه این تحول تشدید اختیارات پلیس است که به مقام اداری تفویض شده است (اجازه قبلی که گاهی صورت قانونی پیدا می‌کنند).

مالیات که در عین طاقت فرسا بودن محدود و منحصر به دربار سلطنتی ولی مبتنی بر رضایت مردم بود، اینک ویژگی خود را از دست می‌دهد. دولت به عنوان قیم اقتصاد، متنوع‌ترین عوارض را بدون آگاهی قوه مقننه دریافت می‌دارد. افزون بر آن تعدادی از دستگاههای کم و بیش خصوصی نیز قادرند حق عضویت یا عوارض ویژه‌ای (شبه مالیاتی) بگیرند که شدیداً به مالیات شبیه است.

فنون جدیدی در جهت پاسخگویی به الزامات اعمال اقتصادی و اجتماعی دولت ظاهر می‌شوند. حقوق عمومی اقتصادی رشته‌ای است که در آن جدیدترین فرمولها موجودیت یافته‌اند، بی آنکه بخواهیم آنها را شدیدترین و سخت گیرانه‌ترین بدانیم.

برنامه، شکل نوینی از مفهوم تصمیم قوه مقننه است. ما بویژه در این خصوص شاهد ظهور شیوه جدید مداخله دولت که همان نظارت باشد، هستیم که بسیار شدیدتر از نظارت پلیس است، یعنی اجازه می‌دهد که نمایندگان دولت مانند ناظران رسمی و کمیسرهای حکومت در درون موسسات خصوصی حضور داشته باشند. در پایان، می‌توان از تکنیکی که شیوع روز افزون دارد، سخن گفت که پایه‌های حقوقی جدید و گاهی غیر قابل انعطافی را در مورد همکاری دولت و افراد خصوصی ریخته است. این تکنیک عبارت است از شبه قراردادی که بوسیله آن دولت با موسسات خصوصی توافق می‌کند تا به ازای امتیازاتی مثلاً امتیازات مالیاتی، مؤسسات فوق تعهد کنند که روشهای اقتصادی خود را با سیاست دستگاه دولت یا تصمیمات حکومت هم آهنگ سازند. لذا سازمان دولتی کنونی از طریق قرار داد، کار مدیریت سنتی را که بر مآخذ اقتدار بود، بدین وسیله تکمیل می‌کند.

گفتار دوم:

« قانون اساسی »

سیر مفهوم و منطوق از دید تطبیقی

مقدمه

تلاش در جهت تدقیق و تعمیق معانی و مفاهیم قانون اساسی که والاترین مظهر موجودیت سیاسی هر کشوری است، بی‌تردید از سودمندی علمی فراوانی برخوردار است. چراکه رشته حقوق اساسی به سبب ماهیت دوگانه حقوقی - سیاسی و آمیختگی اصطلاحات فنی آن با مفاهیم سیال سیاسی روزمره، صورت سهل و ممتنعی برای مفاهیم و مضامین بدست می‌دهد که اگر در مرزگذاری آن دقت لازم به عمل نیاید، لامحاله موجب سردرگمی و در بسیاری موارد استنتاجات نادرست می‌شود. بدیهی است به علت همین خصلت دوگانه، گاهی کاربردهای غیر تخصصی و بعضاً روزنامه‌ای برخی از دانشواژه‌ها بر ابهام و پیچیدگی مطالب می‌افزاید. بطوری که رجوع کنندگان به این متون غیر دقیق، بجای این که از آمادگی ذهنی بیشتری در نگرش به متون تخصصی برخوردار شوند - بویژه اگر مبتدیان این رشته باشند - در استعمال و استفاده این دانشواژه‌ها دچار انحراف و تردید خواهند شد.

در نوشته زیر سعی کرده‌ایم با بررسی همه جانبه قانون اساسی (به معنای عام کلمه) از زمان شکل‌گیری تا زمان اصلاح و تغییر که بعضاً در برگیرنده طول مدت اجرا و دگرگونیهای کاربردی آن است، برخی از این مسائل و مشکلات را طرح کرده تا آنجا که

ممکن است بدانها پاسخ گوئیم. اگر در این زمینه توفیقی دست دهد فبها، و گرنه دست کم با درنگ بیشتری بر مفهوم و منطق آن در رفع شبهات گوناگون گامی هر چند ناچیز برداشته‌ایم.

الف - معانی گوناگون قانون اساسی

یکی از انحرافهای معمول بویژه نزد اهل فن جدا نکردن مفهوم مادی (ماهوی) قانون اساسی از مفهوم شکلی آن است. بسیاری از مردم با توجه انحصاری به متون مدون و شکلی گمان دارند که قانون اساسی و ظهور مفهوم و معنی آن ثمره تحولات قرون جدید است و جوامع سیاسی دوره‌های باستانی یا دولت - کشورهای مختلف قبل از قرن هجدهم واقعاً صاحب قانون اساسی نبوده‌اند. چرا که نهضت دستورگرایی (Constitutionnalisme) در سده‌های اخیر رخ داده و اکثر کشورهای جهان بدنبال چنین جنبشی در صدد تدوین قوانین اساسی خود برآمده‌اند. در حالی که واقعیت این نیست. یعنی در حقیقت ارمغان قرن هجدهم به بعد ابداع و خلق مفهوم نیست، بلکه تغییر و تبدیل صورت و دگرگونی در نتایج بروز و ظهور آن است.

واژه لاتینی «کنستی توسیو»^(۱) در اصل به معنای ساختار، بافت و استخوان بندی جامعه سیاسی است. مراجعه به دائرةالمعارف‌ها و فرهنگ‌های مختلف، من جمله فرهنگ لاروس، معانی دیگری با کاربردهای گوناگون برای این واژه بدست می‌دهد. موارد استعمال زیر را با این ترتیب برای اصطلاح فوق می‌توان احصا کرد: یک سلسله اعمال هنجاری در جهت شکل دادن به یک مجموعه، ترکیب اجزاء یک امر کلی، نتیجه گونه‌ای از «اعمال هنجاری» جنبه‌های شکل شناسی^(۲) یک موجود زنده برای مشخص کردن آن از سایرین و بالاخره قوانین اصولی مربوط به جماعت انسانی و سرانجام، آن

۱. Constitutio در زبان فرانسه کنستیتوسیون Constitution، در انگلیسی کانستیتوشن Constitution و در اکثر

زبانهای اروپائی با همین تقریب و با اندک تفاوت در تلفظ و املاء استعمال می‌شود.

2-Morphologie.

دسته از قواعد حقوقی که روابط بین فرمانروایان و فرمانبرداران را انتظام می‌بخشد.^(۱) با ترتیب گسترده فوق و با عطف توجه به ریشه تشکیل جوامع از حیث تاریخی و جامعه شناختی می‌توان ادعا کرد که هر گونه گروه بندی انسانی به محض خروج از مراحل بدوی و مقدماتی و تبدیل خصلت زودگذر به حالت مداوم و مستمر، لزوماً صاحب ترکیبی ممتاز و متمایز، استخوان بندی مشخص، نظام ساختاری متمایز از سایر جوامع و مالا قانون اساسی^(۲) است. حال چه این قانون عرفی باشد، چه موضوعه، چه به شکل بندی مدون و مرتب در آمده و چه مجموعه‌ای از قواعد و احکام پراکنده باشد، در اصل موضوع تغییری ایجاد نمی‌شود. یکی از صاحب نظران برجسته حقوق و علوم سیاسی پروفیسور ژرژ بر دو^(۳) لحظه ظهور قانون اساسی را در جوامع کشوری به گونه زیر مشخص کرده است:

«از آن لحظه که در جامعه سیاسی، بین نفس قدرت و عوامل اجرائی آن ایجاد تمایز شود، لزوماً آن کشور صاحب قانون اساسی شده است.»^(۴) و در چند سطر بعد برای ایضاح هر چه بیشتر مطلب می‌افزاید که: «قانون اساسی همانند راهروئی (کانال) است که قدرت از دولت - کشور که صاحب آن است به عوامل اجرا کننده‌اش یعنی فرمانروایان منتقل می‌شود.» بنابراین نباید قانون اساسی را چون مفهوم نوظهوری

۱. در زبانهای رائج و روزمره اروپائی به مفهوم آرایش خردمندانه و هم آهنگ و منسجم نهادهای سیاسی نیز استعمال می‌شده است، جمله معروف تورگوت Turgot به لوئی شانزدهم: «اعلیحضرتا، مملکت پادشاهی شما به هیچ وجه دارای کنستیتوسیون نیست» مبین این معنی است. زیرا وی نمی‌خواهد بگوید که کشور نهادهای سیاسی ندارد، بلکه منظورش این است که این نهادها با یکدیگر هم آهنگ و منسجم نیستند. به نقل از Institutions Politiques et droit Constitutionnel نوشته مورس دوورژه، استاد حقوق اساسی و علوم سیاسی، دانشگاه پاریس. 1989, p.2.

۲. با نهضت مشروطیت و تنظیم اولین متن ساختاری جدید، واژه کنستیتوسیون به (قانون اساسی) ترجمه شد. ولی کشورهای عرب واژه فارسی «دستور» را به جای آن بکار بردند.

3- Georges Burdeau.

۴- Droit Constitutionnel چاپ بیست و یکم، توسط فرانسیس هامون و میشل تروپر، ۱۹۸۸ صفحه ۵۶.

ارمغان قرن هجدهم دانست. آیا می توان تصور کرد که جوامع سیاسی بزرگ ایام باستان که به درجه ای قابل توجه از اعتلا و بلوغ و سازمان بندی سیاسی رسیده بودند. مانند مصر و سومر و ایران و چین و هند و یونان و رم دارای سازمان بندی سیاسی و حقوقی و هم آهنگی و نهادهای منسجم نبوده اند؟ تاریخ مکتوب خلاف آن را نشان می دهد. مثلاً می دانیم که فلاسفه مشهور یونان باستان با چنین مفهومی به نیکی آشنائی داشته اند. ارمطو در آثار خود به یکصد و پنجاه و هشت قانون اساسی در دولت - شهرهای یونان اشاره کرده است. همچنین از نوشته های متفکران قرون وسطا نیز بر می آید که چهره هایی نظیر سن توما داکن^(۱) و سنت اوگوستن دوتاگاست^(۲) نیز با چیزی شبیه به مفهوم قانون اساسی آشنا بوده اند. از سوی دیگر مثلاً با ملاحظه کارکرد منظم حکومت در ایران باستان (دوره های هخامنشی، اشکانی، و ساسانی) نمی توان منکر وجود گونه پیشرفته ای از قانون اساسی در این کشور عظیم شد. همین اصل می تواند در خصوص سایر کشورهای باستانی تعمیم داده شود. کشور بریتانیا که نظام حقوقی و سیاسی اش به عرفی مشهور است، دارای قانون اساسی ای است مرکب از قوانین موضوعه، عرفی، اعلامیه ها، منشورها و کنوانسیون ها که همه ماهیتاً وجهه «اساسی» دارند، بی آنکه بتوان از دید شکلی به بخش اعظم آن، قانون اساسی بمعنای متجدد کلمه اطلاق کرد.^(۳)

1- Saint Thoma d'Acquin.

2- Saint Augustin de Tagaste

۳. لازم است خاطر نشان شود که قانون اساسی بریتانیا که زیر عنوان Law of constitution نامگذاری شده است، دارای دو قسمت متمایز است: ۱) قوانین نوشته ۲) قوانین عرفی. بخش نوشته آن مشتمل است بر متون قدیمی مانند منشور کبیر (Magna Charta) در ۱۲۱۵ - درخواست حقوق (Petition of Rights) در ۱۶۲۸، مصوبه حقوق (Bill of Rights) در ۱۶۸۹، عمل استقرار (The Act of Settlement) در ۱۷۰۱ و قوانین پایه ای (Statute Law) یعنی قوانینی که مصوب پارلمان است و جوهره آن «اساسی» است مانند عمل پارلمان (Parliament act) ۱۹۱۱ و ۱۹۴۹.

بخش عرفی آن عبارت است از کاسن لا (Common Law) و قوانین اختصاصی (Case Law) لکن مهمترین



نتیجتاً باید گفته شود که اکنون بسیاری از علما و دانشمندان حقوق اساسی برای تشخیص و تمیز قانون اساسی از غیر آن بجای توسل به شکل و صورت، به محتوای قواعد و جهت مادی هنجارها توجه یافته اند. به بیان دیگر اساسی بودن یا نبودن قانون منعطف به ماده و ماهیت قانون است نه به صورت ظاهر و شکل آن. یعنی بجای حاوی به محتوی نگریسته می شود و سنجش آن بر مآخذ ماهیت احکام و قواعد است تا صورت ظاهر و شکل آن. تقسیم بندی قوانین اساسی به مادی و شکلی از این طرز دید سرچشمه می گیرد. تحولی که در قرن هجدهم در این زمینه روی داد گونه ای نوگرایی نسبت به گذشته بود. انتشار آثار بزرگ و تأثیر بخش متفکران نامداری نظیر هابس^(۱)، لاک^(۲)، منتسکیو^(۳)، روسو^(۴) و دائرة المعارف نویسان^(۵)، افکار عمومی را به تدارک سندی جامع در برگیرنده اصول ساختاری جامعه و اندیشه هائی نوین در زمینه انسان و حقوق او و اسلوب زندگی و اخلاقی و مشارکت مردم در صورت بندی نهادها و تعیین متصدیان امور و خلاصه مضامین گسترده تری از گذشته ها تشویق کرد. تدارک و تنظیم یک سند شکلی و تشریفاتی نشانه ای از نوجوئی، آزادی طلبی، هواداری از مردم سالاری و حکومت قانون و خلاصه سایر ارزش هائی بود که در جوامع اروپائی آن اثر ریشه گرفته و تحول طلبان را به آن سو متعایل کرده بود.



بخش قانون اساسی، کنوانسیون های آن مشتمل بر برخی تصمیم ها و توافق هاست. این کنوانسیون ها اگر چه در قوه قضائیه مورد استناد قرار نمی گیرند، ولی بعنوان قواعد بازی از سوی افراد ذینفع مورد اطاعتند. مثلاً لزوم استعفای کابینه ای که در اقلیت واقع شده است. بنابراین از مشخصات عمده حقوق اساسی انگلستان این است که قوانین اساسی قراردادی و تعهدی دوش به دوش و موازی با سایر قوانین اساسی به اجرا در می آیند.

1- Hobbes.

2- Locke.

3- Montesquieu.

4- Rousseau.

5- Encyclopédistes.

زمینه‌های فکری یاد شده موجد قانون اساسی شکلی^(۱) گردید و این قوانین مجموعه‌ای بود از قواعد تدوین شده در یک سند معتبر ملی که خصلت اصلی آن برتری شکلی نسبت به کلیه هنجارهای حقوقی قابل اجرا در یک دولت - کشور به شمار می‌آمد. در همین جا لازم است خاطر نشان شود که اصل برتری، مستقل از محتوی و ماده قواعد، پذیرفته شد نه آنکه چون موازین سند یاد شده به لحاظ داشتن ماهیتی سیاسی و عام و مرتبط بودن با سرنوشت کلی افراد در اجتماعات، نسبت به سایر قواعد و احکام ذاتاً برتر تلقی شوند. بهر حال آئین تجدید نظر در آنها می‌باید سخت‌تر، سنگین‌تر، پیچیده‌تر، و طولانی‌تر و در صورت امکان دموکراتیک‌تر از شیوه‌های تغییر و یا نسخ سایر احکام حقوقی می‌بود. از نشانه‌های برتری اینگونه قوانین، قوت استثنائی آن بود. بدین معنی که احکام آن می‌توانست موجبات تزلزل و نسخ و تغییر سایر قوانین را فراهم کند^(۲) بی‌آنکه خود تابع سایر قوانین باشد.

در بسیاری از کشورها قوانین اساسی شکلی صورت سند واحدی را یافته‌اند که تنها ابزار اعمال قواعد اساسی برتر بشمار می‌آیند.^(۳) قانون اساسی ایالات متحد آمریکا و قانون اساسی آلمان چنین وضعی را دارند. لکن همیشه چنین نیست، مثلاً جمهوری سوم فرانسه از ۱۸۷۰ تا ۱۹۴۰ بر سه قانون اساسی پایه‌ای استوار بود. یا این که کشور سوئد تا سال ۱۹۷۵ بر چهار قانون پایه‌ای مصوب ۱۸۰۹، ۱۸۱۰، ۱۸۶۶، ۱۹۴۹ بنا شده بود. کشور ایتالیا تنها صاحب قانون اساسی ۲۷ دسامبر ۱۹۴۷ نیست. بلکه علاوه بر آن دارای یک سلسله قوانین «پایه‌ای» است که اعتبار شکلی آنها با سند قانون اساسی برابر است (قانون مربوط به مناطق ویژه ۱۹۴۸، قانون بنیانی مربوط به دادگاه قانون اساسی ۱۹۵۳). کشور سوئیس هم علاوه بر قانون اساسی ۲۹ مه ۱۸۷۴ دارای قوانینی است به صورت مصوبات فدرال فوری که طبق اصل ۸۹ مکرر، تبصره ۳، همان قانون اساسی، جزء

قوانین اساسی شکلی این کشور محسوب می‌شود.

ب - نهضت دستورگرائی و تحول قوانین اساسی شکلی

ویرجینیا پیش از پیوستن به ایالات متحد امریکای شمالی نخستین جامعه سیاسی بود که در ۱۷۷۶ متن قانون اساسی شکلی خود را به تصویب رسانید. سپس در سال ۱۷۸۷ کنوانسیون معروف فیلادلفیا پس از کشمکش‌ها و فراز و نشیب‌های فراوان، قانون اساسی فدرال امریکا را پی‌ریزی کرد. واقعه اخیر یکی از مهمترین حوادث تاریخی حقوق اساسی مدرن بشمار می‌آید.

در قاره اروپا، ابتداء ناثره انقلاب در کشور فرانسه علیه طبقه حاکمه زمان یعنی نجباء و آریستوکراسی در ارکان حکومت مطلقه پادشاهی نیز دگرگونی به وجود آورد که عمده‌ترین تظاهر حقوقی آن یکی اعلامیه حقوق بشر و شهروند در ۲۶ اوت ۱۷۸۹ و دیگری نخستین قانون اساسی شکلی ۱۷۹۱ بود. اعلامیه حقوق یاد شده بعنوان دیباچه قانون اساسی در صدر آن سند قرار داده شد، تا کلیه ساختارها و اصول و قواعد مصوب متن بر مبنای اصول اعلامیه باشد. این قانون فقط یکسال دوام داشت و در ۲۴ ژوئن ۱۷۹۳ قانون اساسی ژاکوبین^(۱) (سال یک) جای آن را گرفت. بعد از سقوط روبسپیر^(۲) انقلابی معروف در روزهای ترمیدور^(۳) یعنی در ۲۷ ژوئیه ۱۷۴۹ پایه‌های قانون اساسی دیرکتوار^(۴) مورخ ۲۲ اوت ۱۷۹۵ (سال ۳) ریخته شد. قانون اساسی اخیرالذکر در ۱۳ دسامبر ۱۷۹۹ (سال ۸) جای خود را به قانون اساسی کنسولا^(۵) داد. به دنبال آن نوبت

۱- Les jacobins به انقلابیون دو آتش‌ای گفته می‌شود که در زمان انقلاب فرانسه عملیات خود را در صومعه سن

ژاک بر پا می‌داشتند و هواداران افراطی دموکراسی بودند.

۲- Robespierre انقلابی افراطی فرانسه، عضو کمیته نجات و عامل اصلی ترور که فساد ناپذیر نامیده می‌شد.

۳- Thermidor از نامهای قدیمی ماههای فرانسه.

۴- Directoire هیأت مدیره‌ای مرکب از پنج نفر که قدرت اجرایی را در دست داشت (حکومت دسته جمعی).

۵- Consulat در این قانون اساسی قدرت اجرایی در دست سه کنسول بود که برای مدت ده سال انتخاب می‌شدند. ناپلئون بناپارت کنسول اول نامیده شد.

1- Constitution Formelle.

2- Force dérogatoire.

3- Constitution instrumentale.

به سناتوس کنسولت^(۱) ۱۸۰۲ (سال دهم) و سناتوس کنسولت ۱۸۰۴ (سال ۱۲) رسید که تا شکست نهائی و سقوط ناپلئون اول اجرا می شد.

مقارن همین ایام، نهضت دستورگرایی سر تا پای قاره اروپا را فرا گرفت. اندیشه های متفکران و نویسندگان پیش از انقلاب در این جوامع شکفته شد و همه را به لزوم تهیه و تدارک قانون اساسی نوشته که تنها راه نجات از خودسری و بی قانونی و سیر به سوی حکومت دموکراسی و آزادیهای که جزء قانون طبیعی و مستدام بشر شناخته می شد، مؤمن ساخت. تسلسل شتابزده در ظهور قوانین اساسی نمودار همه گیری نهضت یاد شده بود. عصر دستورگرایی فرا رسید و جوامع همسایه و بیرون از مرزهای اروپا را نیز تحت تأثیر خود قرار داد.

شکست و برکناری ناپلئون اول و بازگشت به نظام سلطنتی محدود آغاز انقلاب فرانسه را دوره رستوراسیون^(۲) نام نهاده اند (۱۸۱۵ - ۱۸۳۰). در این دوره گرایش نسبی به سوی رژیم های پادشاهی، گونه ای واکنش نسبت به تغییرات بزرگ انقلابی بود. هواداران رستوراسیون در حقیقت مایل به بازگشت به رژیم های قبل از انقلاب (به اصطلاح رژیم قدیم) بودند. لکن چون حصول این مقصود با توجه به تحولات عمیق جامعه مقدور نمی نمود به حداقل که همانا رژیم سلطنتی محدود، تفکیک قوا، وجود پارلمان و خلاصه قانون اساسی بود، دلبستگی نشان دادند. بدنبال کشور فرانسه برخی ممالک دیگر اروپائی نیز به این جنبش پیوستند که در جمع به آنها حقانی گرا (Legitimistes) می گفتند. قانون اساسی سوئد مصوب ۱۸۰۹ نشانگر این جهت گیری بود که پس از تصویب منشور اساسی ۱۸۱۴ فرانسه (قانون اساسی رستوراسیون) برای اصلاح از آن الهام گرفت. پس از بازگشت ناپلئون (حکومت صد روزه) قانون اساسی سال ۱۲ دوباره قابل اجرا اعلام، ولی با تصویب متمم قانون اساسی امپراتوری مورخ ۲۲

۱- Senatus - consulte مصوبه مجلس سنای محافظه کار در سال ۱۸۰۲ ناپلئون را کنسول مادام العمر و در

سال ۱۸۰۴ امپراتور فرانسویان اعلام کرد.

۲- Restauration بازگشت به نظام سلطنتی.

اوت ۱۸۱۵ به آن آب و رنگ لیبرالی بیشتری زده شد. همچنین بسیاری از قوانین اساسی دولت های آلمانی^(۱) که پس از تشکیل کنفدراسیون ژرمانی در تاریخ ۱۸۱۵ به تصویب رسیدند، مانند قانون اساسی باویر^(۲) و بادن^(۳) در ۱۸۱۸ و وورتمبرگ^(۴) در ۱۸۱۹ از این زمره بشمار می آیند.

از سال ۱۸۳۰ تا ۱۸۴۸ که فرانسویان به آن عصر رژنراسیون^(۵) (بازسازی) گویند، طبقه بورژوازی مجدداً به پیروزی دست یافت و به تحمیل یک سلسله قانون اساسی آزاد منشانه تری کامیاب گردید. بین این قوانین اساسی می توان به منشور اساسی لوئی فیلیپ در ۱۴ اوت ۱۸۳۰ و همچنین سند اصلاحات انگلیس در سال ۱۸۳۲ و بویژه قانون اساسی بلژیک مصوب ۷ فوریه ۱۸۳۱ که بسیاری از قوانین اساسی سلطنتی بعد از خود را تحت تأثیر قرار داد، اشاره کرد. همچنین قانون اساسی پروس ۱۸۴۸ - ۱۸۵۰، قانون اساسی ژاپن در سال ۱۸۸۹، اساسنامه آلبرتین^(۶) کشور پادشاهی ساردین^(۷) در ۱۸۴۸ که حدود یک قرن در ایتالیا جاری بود و همینطور قوانین اساسی کشورهای بالکان مانند یونان ۱۸۶۴، رومانی ۱۸۶۶ و بلغارستان ۱۸۸۱ که به تازگی از زیر بار امپراطوری عثمانی بیرون آمده بودند، در این طبقه بندی جای می گیرند.

از اواسط قرن نوزدهم تا آغاز قرن بیستم، تعدادی از قوانین اساسی دمکراتیک با انتخابات همگانی و رژیم پارلمانی در قاره اروپا ظاهر شدند.

۱- که اکنون جزء ایالات آلمان محسوب می شوند.

2- Baviere.

3- Baden.

4- Wurtemberg.

5- Régénération.

6-statut Albertin.

7- sardaigne.

قانون اساسی چهارم نوامبر ۱۸۴۸ (جمهوری دوم) بعد از سقوط امپراطوری دوم^(۱) تغییر یافت و قوانین اساسی سال ۱۸۷۵ (جمهوری سوم) جای آن را گرفت. قوانین اساسی دانمارک ۱۸۴۹ و هلند ۱۸۸۷ و لوگزامبورگ ۱۸۴۸ و همچنین قانون اساسی فدرال سوئیس مصوب ۱۲ دسامبر ۱۸۴۸ و آنگاه قانون اساسی ۲۹ ماه مه ۱۸۷۴ که هنوز در کشور سوئیس مجری است، قانون اساسی کنفدراسیون آلمان شمالی ۱۸۶۷ و قراردادهای بیسمارک ۱۸۷۱ که امپراتوری آلمان شمالی را بنا نهاد از این مقوله‌اند.

تا جنگ جهانی دوم، قوانین اساسی کشورهای اروپا و کشورهای همجوار با تداومی ایدئولوژیک در جهت مشابهی تحول یافتند، زیرا شرائط پایه‌ای آنها در چهارچوب دموکراسی و آزادیهای اساسی یکی بود. اگر اندک اختلافی در جزئیات مشاهده می‌گردید، بیشتر معلول زورآزمایی عوامل ترکیب‌کننده طبقه بورژوازی بود که نهایتاً به قدرت رسیده و در این کشورها جای پای خود را محکم کرده بود. لکن این وحدت ایدئولوژیک به علت انقلاب اکتبر ۱۹۱۷ روسیه که ثمره آن یکی ایجاد نمونه جدیدی از قانون اساسی سوسیالیستی بود، قطع گردید. اولین قانون اساسی این کشور پس از انقلاب و پیروزی بلشویک‌ها قانون اساسی جمهوری فدرال روسیه (R.S.F.S.R) مورخ دهم ژوئیه ۱۹۱۸ زیر عنوان (اعلامیه خلق‌های کارگری و استثمار شده) که بوسیله لنین نگاشته شده بود، اصولی را پی ریخت که قوانین بعدی این کشور پهناور و همچنین کشورهایی را که به این اردو پیوستند، تحت تأثیر شدید خود قرار داد. به دنبال آن نخستین متن قانون اساسی اتحاد جماهیر شوروی (U.R.S.S.) مورخ ۳۱ ژانویه ۱۹۲۴ و سپس قانون اساسی پنجم دسامبر ۱۹۳۶ (قانون اساسی استالینی) به تصویب رسیدند. قانون اساسی استالینی مورخ دسامبر ۱۹۳۶ در سال ۱۹۷۷ در زمان حکومت برژنف با تغییراتی چند تا ایجاد حوادث جدید و آغاز عصر پروستریکا و گلاس نوست (معروف به قانون اساسی ۱۹۷۷) اجرا شده است.

۱. Seconde Empire این امپراطوری توسط لرنی ناپلئون بناپارت برادرزاده ناپلئون اول با قانون اساسی ۱۸۵۲ شروع و تا اوایل جمهوری سوم ادامه یافت که به آن گاهی دیکتاتوری و گاهی دموکراسی سزاری می‌گویند.

از سوی دیگر بدنبال جنگ جهانی اول (در سالهای ۱۹۱۷ و ۱۹۱۸) امپراطوریهای بزرگی که در قلمرو خود چندین ملیت را گرد هم آورده بودند، منقرض گردیدند و در نتیجه از بطن این دولت، کشورهای بزرگ چندین دولت جدید سربرآوردند و طبعاً هر کدام به دنبال تصویب قوانین اساسی، به منزله سند موجودیت خود به راه افتادند: فنلاند در ۱۹۱۹ لهستان در ۱۹۲۱ و چک اسلواکی در ۱۹۲۰. جنبش دستورگرانی هم گریبان شکست خوردگان در جنگ را گرفت و هم آنانی را که پیروز شده بودند. غالب و مغلوب هریک بدلائل ویژه این راه را پیمودند: آلمان با قانون اساسی ویمار^(۱) (Weimar) ۱۹۱۹، اتریش با قانون اساسی کلسنی^(۲) (Kelsenienne) در ۱۹۲۰ و ترکیه با قانون اساسی جمهوریخواه کمال آتاتورک در ۱۹۲۴ در گروه مغلوبین جنگ قرار داشتند و ایرلند با قانون اساسی ۱۹۲۱، یونان با قانون اساسی ۱۹۲۷ جزء یا همراه با فاتحین در جنگ شرکت کرده بودند. حتی ممالک بیطرفی نظیر اسپانیا نیز با قانون اساسی ۱۹۳۱ که جنبه‌های دموکراتیک نسبتاً قوی داشت به این نهضت پیوستند.

جهان، در فاصله بین دو جنگ شاهد ظهور رژیم‌های جدیدی از نوع فاشیستی بود. البته فاشیسم ایتالیا بدون اینکه دست به ترکیب (قانون) اساسنامه آلبرتن بزند قدرت را بدست آورد و موسولینی با حفظ ظاهری قانون قدیمی، رژیم خود را مستحکم کرد. هیتلر نیز در آلمان، دیکتاتوری ناسیونال سوسیالیستی خود را بر مبنای قانون ۲۳ مارس ۱۹۳۳ بنا کرد. این قانون اجازه می‌داد که قوه مجریه قانونگذاری کند. بنابراین، در این دو کشور متنی مصوب و کامل که آئینه تمام نمای اینگونه رژیم‌ها، باشد بوجود نیامد. **حکومت ویشی**^(۳) در فرانسه، بعد از اشغال خاک این کشور توسط آلمانی‌ها با اتکاء

۱. این نام به سبب نام محلی است که قانون اساسی در آن به تصویب رسیده و از ۱۹۱۹ تا استقرار رژیم ناسیونال سوسیالیست قابل اجرا بوده است.

۲. Kelsen، حقوقدان بزرگ اتریشی که صاحب مکتبی است به همین نام که در شکل‌گیری این قانون اساسی مؤثر بوده است.

۳. حکومت مارشال پتن بنام ویشی پایتخت آن که یکی از شهرهای فرانسه بود به حکومت ویشی

به قانون اساسی دهم ژوئیه ۱۹۴۰ که اجازه می‌داد، مارشال پتن قانون اساسی جدیدی را تصویب کند و به اجرا گذارد قدرت را به دست گرفت. ولی متن قانون اساسی او از مرحله طرح تجاوز نکرد. همچنین کیسلینگ^(۱) در نروژ و پاولیچ^(۲) در کرواسی به پشتیبانی قدرت اشغالگر آلمان زمام قدرت را به دست گرفتند. لذا تنها قوانین اساسی که می‌توان بدانها نام قانون اساسی فاشیستی داد، یکی قانون اساسی پرتغال در ۱۹۳۳ و دیگری قوانین مختلف مبنائی نظیر منشور کار اسپانیا در ۱۹۳۸ و منشور اسپانیا در ۱۹۴۵ در این کشور بود که به ژنرال فرانکو اجازه داد تا رژیم خود را پس از پیروزی در جنگ داخلی مستقر نماید.

بعد از جنگ جهانی دوم در هر کشوری بنا به مقتضیات سیاسی و ژئوپلیتیکی راهی ویژه اتخاذ شد. کشورهای اروپای غربی در رده غالب و مغلوب به الگوی کلاسیک دموکراسی البته با قبول برخی گرایشهای اجتماع گرایانه^(۳) وفادار باقی ماندند: قانون اساسی ایسلند ۱۹۴۴، قانون اساسی ۲۷ اکتبر ۱۹۴۶ فرانسه (جمهوری چهارم)، قانون اساسی ۲۷ دسامبر ۱۹۴۷ ایتالیا که نهایتاً اساسنامه آلبرت ۱۸۴۸ را منسوخ کرد، قانون اساسی ۱۹۵۳ دانمارک و قانون اساسی ۱۹۶۱ ترکیه، در زمره مثال‌های بارز این جریان بشمار می‌آیند.

از سوی دیگر متعاقب پیدایش جنگ سرد، کشورهای اروپایی شرقی که یا مستقیماً تحت تأثیر شوروی و یا بر اساس فشار نیروهای مسلح این کشور و اکثراً با الهام از قانون اساسی استالینی ۱۹۳۶ شکل می‌گرفتند، دست به تصویب قوانین اساسی جدیدی زدند. به کشورهای یاد شده اصطلاحاً «دموکراسیهای توده‌ای» گفته می‌شد. عنوان فوق

→
Gouvernement de Vichy نامگذاری شد.

1- Quisling.

2- Pavelitch.

۳- این مطلب بخصوص در مورد قانون اساسی ۱۹۴۶ (جمهوری چهارم فرانسه) صادق است.

قاعداً برای تمایز اینان از رژیم شوروی بود وگرنه خصلت اساسی رژیم‌های آنان با اندک اختلافی از قوانین مبنائی مارکسیست‌ها گریخته برداری شده بود. بلغارستان در ۱۹۴۷، چک اسلواکی در ۱۹۴۸، مجارستان و آلمان شرقی در ۱۹۴۹، لهستان و رومانی در ۱۹۵۲ رسماً در این اردو جای گرفتند. تصویب قانون اساسی چین کمونیست سال ۱۹۴۵ را نیز باید دنباله همین نهضت دانست.

جنگ دوم جهانی تأثیری از نوع دیگر نیز بجای گذاشت و آن ایجاد زمینه برای سقوط امپراطوری‌های استعماری بود. امپراطوری‌های انگلیسی، فرانسوی، هلندی، بلژیکی و ایتالیائی در اثر ایجاد جو رهائی‌گری بعد از جنگ و جنبش‌های استعمارزدائی ملل مختلف یکی پس از دیگری از هم فروپاشیدند و از بطن آنها دولت - کشورهای جدید در خاورمیانه، آسیا و آفریقا سر برداشتند و هر کدام به عنوان نخستین گام استقلال، تصویب قانون اساسی شکلی خود را قطعیت بخشیدند و افزون بر آن کوشیدند تا در سازمان ملل متحد عضویت یابند. داشتن یک متن قانون اساسی و پذیرفته شدن در سازمان جهانی دو نشانه بارز استقلال و شخصیت حقوقی - سیاسی این کشورها بحساب می‌آمد. امروزه اکثریت قریب به اتفاق اعضای سازمان ملل متحد صاحب قانون اساسی مدوّن هستند و تنها چند کشوری نظیر انگلستان، اسرائیل و برخی ممالک دنیای سوم به این نهضت همه‌گیر نیوسته و یا نخواسته‌اند خود را به این ابزار اساسی مجهز نمایند.

یکی دیگر از حوادث عمده، به پایان رسیدن عمر رژیم‌های سالازار^(۱) در کشور پرتغال و فرانکو در کشور اسپانیا و رژیم سرهنگ‌ها در یونان است. زیرا، این تغییرات موجب امحاء آثار قوانین اساسی فاشیستی و پذیرش قوانین اساسی دموکراتیک گردید: یونان در سال ۱۹۷۵، پرتغال در دوم اوت ۱۹۷۶ (باتجدید نظر سال ۱۹۸۲) و اسپانیا در ۲۷ دسامبر ۱۹۷۸ صاحب قوانین اساسی فعلی خود شدند و در نتیجه به جریان اصلی نهضت دستورگرائی پیوستند.

۱- Salazar، سیاستمدار پرتغالی و پایه‌گذار رژیم دیکتاتوری اصناف در این کشور.

در پایان باید به وقایع بسیار مهم پایان سال ۱۹۸۰ در کشورهای مارکسیستی بالاخص در اتحاد جماهیر شوروی اشاره کرد. تحول در ساختهای ذهنی رهبران و مردم شوروی از سالهای پیش شروع شده و بحران عمیقی را در این جامعه سبب گردیده بود. سیاست‌های پروسترویکا و گلاس‌نوست در عصر فرمانروائی گورباچف خود نتیجه منطقی شکست‌های اقتصادی و عقب‌ماندگی تکنولوژی بواسطه رژیم اقتدارگرانی بود که حدود بیشتر از هفتاد سال مردم این کشور را در زیر بار نوعی توتالیتاریسم از هرگونه امکان پیشرفت که قاعدتاً ناشی از ابتکار فردی و خلاقیت و کوشش انسانهاست، محروم می‌کرد. عدم رضایت عمیق و هشدار دهنده‌ای که در مردم این جامعه بسیار بزرگ و این امپراطوری عظیم قرن اخیر پدید آمده بود خودبخود لزوم تغییرات عمیقی را پیش‌بینی‌پذیر می‌ساخت. قوانین اساسی این کشور که در گذشته ابزار و انعکاس توتالیتاریسم مارکسیستی شوروی بود، جز از طریق زور علیه جمهوری‌های متعدد و مختلف و ملیت‌ها و مذاهب گوناگون و حتی علیه خود مردم جمهوری روسیه که قوم غالب نسبت به بقیه محسوب می‌شد، به هیچ عنوان قابل اعمال نمی‌بود. جریان تحولات و حوادث اخیر به نیکی نمودار ایجاد فرآیندی محتوم در جهت بازبینی کامل و تغییر قانون اساسی سال ۱۹۷۷ است. از هم اکنون به جرأت می‌توان گفت که دیگر الگوی مارکسیستی (لنینی، استالینی و برژنفی) قانون اساسی وجود ندارد و این جامعه در صدد یافتن صورت‌بندیهای جدیدی متناسب با نیازهای بسیار پیچیده خود می‌باشد که به گمان ما، در خطوط اصلی به الگوهای موجود در غرب شباهت خواهد یافت. کشورهای اروپای شرقی در چهار چوبه آزاد سازی اردوی کمونیستی از سال ۱۹۸۰ تا ۱۹۹۱ به اصلیت خود بازگشته، از یکطرف در صدد پیوند با تاریخ قبل از رژیم کمونیستی و از طرف دیگر قبول قوانین اساسی جدیدی که همه خصلت دموکراسی‌های چندگانه‌گرا دارند، می‌باشند. بهمان آهنگ که آثار باقیمانده از شیوه‌های استالینی متمرکز در این کشورها جای خود را به روش‌های نوینی می‌سپارند، قوانین اساسی این قبیل کشورها هم با اصول و قواعد و شکل جدیدی که متناسب با زمان است، شکل

می‌گیرند. استقلال و خود مختاری‌های سیاسی و اداری جمهوری‌های شوروی از یکسو و گرایش اکثر آنها به سوی انعقاد پیمان‌نامه‌های کنفدراسیون یا تصویب یک قانون اساسی دموکراتیک از سوی دیگر، تحولات این جوامع را به الگوهای کلاسیک فدرالیسم و دموکراسی همانند خواهد کرد. بدنبال آن باید منتظر اثرات حتمی این تحولات در کشورهایی بود که بطور مستقیم یا غیرمستقیم مرعوب یا مجذوب امپراطوری مقتدر شوروی بودند.

کشور ما ایران نیز در رده نخستین کشورهای آسیائی بود که در سال ۱۹۰۶ (۱۲۸۵ شمسی) وارد جرگه جنبش دستورگرانی گردید. پذیرش قانون اساسی اول (۱۲۸۵) و متمم آن در ۱۹۰۷ (۱۲۸۶ شمسی) به معنای واکنش علیه سلطنت مطلقه، ظلم و بی عدالتی و بی‌قانونی و دلبستگی به مشارکت مردم در امور حکومتی، با برگزیدن نمایندگان بشمار می‌آمد. جالب است که تحصیل قانون اساسی شکلی و قبول رژیم پارلمانی در این کشور، خیلی زودتر از برخی از کشورهای اروپائی واقع شد.^(۱) قانون اساسی مشروطیت (۱۹۰۶ و ۱۹۰۷) به دنبال وقوع انقلاب اسلامی، جای خود را به قانون اساسی جمهوری اسلامی ۱۳۵۸ داد.

نهضت جهانشمول بالا علی رغم مخالفت نیروهای محافظه کار زمان و نوشته‌های صاحب نامهایی نظیر ژوزف دومستر^(۲) و بونالد^(۳) جوامع را به سوی شکلی کردن قوانین اساسی عرفی رهنمون گردید. در سطور گذشته، به ذکر مهمترین علل این جنبش‌ها پرداختیم. ولی بهر حال قابل ذکر است که اجرایی‌تر بودن و مشخص‌تر بودن قوانین اساسی مدون از قواعد پراکنده عرفی که حتی استناد بدانها نیز موجد گفتگوها و تعارض اهل فن می‌شد، همگان را به تصویب چنین اسنادی تشویق می‌کرد. قانون

۱- مثلاً زودتر از قوانین اساسی فنلاند (۱۹۱۹)، لهستان (۱۹۲۱)، چک اسلواکی (۱۹۲۰)، شوروی (۱۹۲۴)،

آلمان ویماری (۱۹۱۹)، ایرلند (۱۹۲۱)، اطریش (۱۹۲۰) الی آخر.

2- Joserh de Maistne.

3- Bonald.

اساسی شکلی را حد و مرزهای روشنی بود که طبعاً اندازه‌گیری دامنه و برد نظری و اجرائی آن را تسهیل می‌نمود، در حالی که عرف و عادت با وجود رسوخ اجتماعی و طبیعی تر بودن از این کیفیات عاری می‌نمود. افزون بر آن حفظ نظام سلسله مراتب قواعد که عامل اصلی تأمین دوام و قوام شبکه حقوقی کشور است با متن نوشته مشخص و ممکن الحصول تر بنظر می‌رسید^(۱)

ج - معیارهای تمایز قانون اساسی از سایر اعمال هنجاری

فرق گذاری قانون اساسی شکلی از سایر قوانین و اعمال هنجاری چندان مسأله ساز نیست. چرا که وجوه ممیزه آنها در ماهیت و ذات قواعد مستتر نیست، بلکه شرائط صوری و نحوه تدوین به تنهایی حقوقدانان را کفایت می‌کند. یعنی آنچه را که در متن مدوّن قانون اساسی ملاحظه کنند آن را از سایر احکام و قواعد شکلاً متمایز می‌شناسند، هر چند که ممکن است در قوانین عادی متونی یافت شود که بتوان آن را مادّاً اساسی‌تر از پاره‌ای مواد مندرج در متن شکلی قانون اساسی قلمداد کرد. اما اگر قانون اساسی را به معنای اعم کلمه مد نظر قرار دهند، موضوع از حساسیت بیشتری برخوردار خواهد شد و بهمین دلیل کمتر کسی به سوی تحلیل ماهیت قواعد پیش رفته و اگر کسی بداند سو کشیده شده است، از آن اجتناب نموده یا بطریقی از آن گذشته است. بهر تقدیر سه عامل زیر، بعنوان وجوه تشخیص قانون اساسی از غیر آن، از لابلای آثار و نوشته‌های استادان و صاحب نظران حقوق عمومی و اساسی قابل احصاء بنظر می‌رسد:

الف: قوه مؤسس و منشأ تأسیس ب - تجدید نظر ج - انطباق قواعد و قوانین عادی با قانون اساسی.

به گمان ما باید، مسأله ماهیت اختصاصی قواعد «اساسی» را نیز بر عوامل فوق افزون کرد. لکن در هر صورت پیش از رسیدگی جداگانه به موضوعات بالا باید خاطر نشان شود که پرسش‌هایی چند در همان نگرش نخستین ذهن هر کمتجکاو را به خود

معطوف می‌دارد که پاسخ بدانها زمینه‌ساز بحث و بررسی است. آیا با توجه به تشابهات و مشترکات فراوان قواعد حقوقی از هر قبیل، اساساً امکان جداسازی قواعد «اساسی» از سایر قواعد متصور تواند بود؟ تعاریف کلی صاحب نظران بلندپایه این رشته از قاعده و احکام حقوقی و مهر تأیید علم حقوق شناسی یا جامعه شناسی حقوق^(۱) بر عمومیت و شمول این تعاریف طبعاً پاسخ به سؤال بالا را دشوارتر می‌کند.

دیگر اینکه اصل برتری قوانین اساسی که در کتابها و آثار حقوق عمومی امری مسجل لحاظ شده است، پدیده‌ای شکلی است یا ماهوی؟ ثانیاً با چه تدابیر و فنونی می‌توان از اصل یاد شده حراست کرد تا در زنجیره سلسله مراتب قواعد حقوقی گسیختگی ایجاد نگردد. در زیر خواهیم کوشید تا آنجا که ممکن است، ضمن طرح عوامل کلاسیک تمایز به پرسشهای بالا پاسخ دهیم.

۱- قوه مؤسس و منشأ تأسیس

در این مقام، بررسی عمل «تأسیسی» و تفاوت‌های آن با اعمال «تقنینی» و «نظامنامه‌ای» اجتناب ناپذیر است. البته تفاوت گذاری بین هنجارهای حقوقی مختلف ظاهراً آسان ولی در باطن دشوار است. چرا که صورت بندی قانون اساسی همانند سایر قوانین و مقررات، علی‌الاصول، ثمره قدرت برتر یا حاکمیت است و حاکمیت کلیتی است منبعث از اراده عام. این اراده حاکم همدوش و همزمان با شکل‌گیری جامعه سیاسی قابل تصور است و بدین منوال کلیه پدیدارهای نهادین شده فرمانروائی همانند سایر اعمال تقنینی و اجرائی از چنین منشائی سر برداشته‌اند. اگر چنین باشد پس اعمال حکومت از قبیل تصمیمات رئیس مملکت، نخست وزیر، وزیران، اقدامات ماموران انتظامی، آراء قضات یا انجام وظیفه کارکنان اداری، همه نشانه‌هایی از تظاهر بیرونی نیروی حاکمیت‌اند یا چون جریان آبی هستند که از یک چشمه سر بر می‌زنند. لکن از یک سنخ و مقوله پنداشتن کلیه این تظاهرات حاکمانه قانع‌کننده بنظر نمی‌رسد. درست است

۱- جامعه شناسی حقوق، هانری لوی برول، ترجمه ابوالفضل قاضی، چاپ دوم، از انتشارات دانشگاه تهران.

این استاد نام این رشته را Le Juristique گذاشته است.

۱- رجوع شود به حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، تألیف ابوالفضل قاضی، بریزه از صفحه ۹۱ تا ۹۵.

که همه اعمال یاد شده فوق از رهگذر بروز اراده حاکم، بصورت مستقیم و غیرمستقیم پشتوانه یافته‌اند. اما عقل سلیم نمی‌پذیرد که بتوان برای تصمیمات قوه سیاسی همان شأنی را قائل شد که تصمیم یا اجرای فلان مامور بخشداری یا مقام اداری.

پس راه حل چیست؟ در پاسخ این سؤال می‌توان گفت اعمال تأسیسی در عین اینکه همانند اعمال تقنینی ماهیت هنجاری دارند و علاوه بر آن هر دو برآمده از حاکمیت می‌باشند، ولی قواعد قانون اساسی قاعدتاً بدنبال حوادث بسیار مهم ملی از قبیل ایجاد دولت - کشور جدید، یا بروز انقلاب‌ها و حرکات تند و دگرگون کننده یا عواملی که موجب تأسیس رژیم‌های نوین سیاسی می‌شوند، پدیدار می‌گردند. لذا این گونه اعمال هنجاری در برترین سطح ظهور اعمال حاکمیت‌اند، در حالی که اعمال قانون‌گذاری، امری روزمره و دائمی و همچون واکنشی در جهت پاسخگویی به نیازهای مستمر و متحول جامعه است. بنابراین گروهی از مؤلفان بنام حقوق، منشأ وضع قانون اساسی را «قوه مؤسس» نامگذاری کرده، آن را مستتر و مضمحل در نیروی قدرت حاکمیت دانسته و از «قوه مقنن» متمایز پنداشته‌اند. وقایع مهم و تأثیرگذار ملی گاهگاه یا دیر به دیر اتفاق می‌افتند و هر زمان که بوقوع پیوندند، موجب تمهید و تدارک قواعدی می‌شوند که قرار است، پایه‌های اصلی و استخوان بندی حقوقی - سیاسی جامعه را طرحی نو دراندازند. تشریفات و شکل و شیوه تصویب این رده از قواعد بهر صورتی که باشد، نشانه اهمیت گذاری جامعه به این مقاطع تاریخی است.

قواعد و احکام اساسی هم صورت برنامه حقوقی کشور را دارند و هم پایه‌گذار و شکل‌دهنده سایر قواعدند. مداخله بالاترین مقامات دولتی یا ملی، تشکیل مجالس اختصاصی (مؤسسان، برگزیدگان، خبرگان) مراجعه به آراء عمومی (رفراندوم - پله بیسیت) تصویب با اکثریت‌های مخصوص (دو سوم، سه چهارم، چهار پنجم) یا سایر اشکال و شیوه‌ها یا ترکیبی از کلیه این روش‌ها، حکایت از بروز حاکمیت در جهت خلق و ابداع قواعد و احکامی متفاوت از قوانین عادی و سایر مقررات دارد. از سوی دیگر وجود حقوق طبیعی و اعلام آنها به صورت حقوق فردی و آزادی‌های عمومی یا مواد و

اصولی که برای طرح ریزی خط مشی اعتقادی و نظام‌های اجتماعی و اقتصادی عنوان می‌شوند با احکامی که نهادهای فرمانروا و روابط بین ارکان حکومت را سازمان می‌بخشند، در عین آنکه ممکن است ایدئولوژیک، مذهبی، اخلاقی، اجتماعی، تاریخی یا واجد سایر اوصاف مشابه باشند، بهر حال وجهه سیاسی دارند، یعنی قواعدی شکل‌دهنده یا فصل‌کننده روابط سیاسی فرد و جامعه متشکل سیاسی‌اند. روابط سیاسی از کلی‌ترین و عمومی‌ترین و والاترین انواع روابط اجتماعی بشمار می‌آیند، چرا که سرنوشت کل جامعه و اعضای آن به گونه تنگاتنگی با آنها پیوستگی دارد و بیهوده نیست که توسط فلاسفه مشهور عالم به آنها ماهیتی شریف‌تر از سایر امور بخشیده شده است. بنابراین محتوای قواعد انتظام بخش این روابط نمی‌تواند ماهیتی فراتر از دیگر احکام فروتر نداشته باشد. لذا همین ویژگی خود اساساً به ماده و محتوی قواعد اساسی ماهیتی اختصاص می‌بخشد، متمایز از غیر آنها. برتری قانون اساسی، به گمان ما تنها شکلی نیست، بلکه جنبه مادی و ماهوی نیز دارد.

۲- تجدید نظر (بازنگری)

در اعلامیه حقوق بشر و شهروند سال ۱۷۹۳ فرانسه^(۱) آمده است: «مردم پیوسته حق دارند قانون اساسی خود را مورد بازنگری قرار داده یا آن را اصلاح کرده یا کلاً تغییر دهند. هیچ نسلی نمی‌تواند نسلهای بعد از خود را ملزم و متابع قوانین خود سازد.» در این اعلامیه حق تجدید نظر بعنوان یکی از حقوق شهروندان شناخته شده است و حکم مستتر در آن جزء اصول فراقانونی بشمار آمده است. اما مساله از دیدی دیگر نیز قابل بررسی است.

از آنجا که قانون اساسی همانند سایر قواعد هنجاری عمدتاً ساخته و پرداخته افراد و گروه‌های انسانی است، نمی‌تواند مدعی دوام و بقائی ابدی باشد. دست آوردهای بشری علی‌الاصول در معرض تحول و دگرگونی و در آخر کار تجدید نظر و تغییرند. متن

۱- اصل ۲۸ اعلامیه حقوق بشر و شهروند در دیباچه قانون اساسی ۲۴ ژوئن ۱۷۹۳ قرار داده شده است. این دیباچه در واقع صورت جدید و تغییر یافته‌ای از اعلامیه مشهور سال ۱۷۸۹ می‌باشد.

قانون اساسی نیز مانند کلیه قاعده‌گذارهای حقوقی پاسخگوی نیازهای مقطعی جوامع سیاسی است. البته در سطحی بالاتر و مقاطعی که غالباً دیر به دیر حاصل می‌شوند. از آنجا که نیازها و مقتضیات همدوش با پویائی، تحولات و تبدلات درونی جامعه دگرگون می‌شوند، بنابراین قانون اساسی نیز باید طبعاً با اصلاحات و تغییرات خود در جهت هماهنگی با شرائط منعکس‌کننده پدیده‌های نوین باشد. به همین دلیل است که قوانین اساسی مدون مانند قوانین اساسی عرفی، قوانین اساسی شکلی مانند قوانین اساسی مادی، بهر حال قابل بازنگری‌اند. منتهای مراتب نحوه و تشریفات تجدید نظر هر کدام با دیگری فرق می‌کند. از این لحاظ، قوانین اساسی را به انعطاف‌پذیر یا نرم و انعطاف‌ناپذیر یا سخت طبقه‌بندی کرده‌اند. قدر متیقن اینکه هیچکدام از دو قسم یاد شده همیشگی و جاودانی نیستند و هیچ قانونگذاری با منشأ انسانی نمی‌تواند ادعای آن داشته باشد که متن مصوب وی خدشه‌بردار نیست و الی‌الابد غیر قابل تغییر تواند بود. اگر برخی از واضعان قانون اساسی به سبب ملاحظات سیاسی و یا به گمان خود برای تداوم بخشیدن به مصنوع خود در باب تجدید نظر ساکت بمانند و هیچ‌گونه پیش‌بینی بعمل نیاورند، فشار مقتضیات و نیازهای نوین آنان را وادار به چاره‌اندیشی خواهد کرد. قانون اساسی مشروطیت ایران مصوب (۱۲۸۵ و ۱۲۸۶ هجری شمسی) هیچ راهی را برای بازنگری نگشوده بود. یعنی مجلس اول قانونگذاری که مأمور تدوین قانون اساسی بود، از بیم آنکه مبدا مستبدان (هواداران محمدعلی میرزا) به بهانه تجدید نظر آن را بکلی از محتوای خود خالی کنند و به رژیم مطلق گذشته بازگردند، در این مورد سکوت اختیار کرده بود. دیدیم که بدنبال حوادث سال ۱۲۹۹، مجلس پنجم با تصویب ماده واحده، مجلس موسسانی، در آبان‌ماه ۱۳۰۴ پیش‌بینی کرد تا در اصول ۳۶، ۳۷، ۳۸ و ۴۰ متمم قانون اساسی که مربوط به سلطنت بود، بازنگری کند.^(۱) آنگاه در اردیبهشت

۱- به نقل از روزشمار تاریخ ایران، از مشروطه تا انقلاب اسلامی، دکتر عاقلی، صفحه ۱۴۱. عین ماده واحده پیشنهادی به قرار زیر است: «مجلس شورای ملی به نام سعادت ملت ایران انقراض سلسله قاجاریه را اعلام

ماه سال ۱۳۲۸ شمسی مجلس موسسان دوم نیز تشکیل شد و ضمن تجدید نظر در اصل ۴۸ قانون اساسی ۱۲۸۵، اختیار انحلال مجالس شورای ملی و سنا را به شاه واگذار کرد و افزون بر آن چگونگی حل و فصل اختلاف قانونگذاری بین دو مجلس را ترتیبی جدید داد.^(۱) در همان تاریخ اصل الحاقی جدیدی به تصویب مجلس موسسان رسید که در آن نحوه تجدید نظر در قانون اساسی را پیش‌بینی کرده بود و همچنین به کنگره دو مجلس اجازه داده بود که اصول چهارم و پنجم و ششم و هفتم و هشتم قانون اساسی و اصل چهل و نهم متمم آن را مورد تجدید نظر قرار دهد.^(۲) آخرین تجدید نظر در شهریور ماه سال ۱۳۴۶ انجام شد که طبق ترتیبات اصل الحاقی مصوب ۱۳۲۸ اصول ۳۸ و ۴۱ و ۴۲ متمم قانون اساسی توسط مجلس موسسان سوم بازنگری شد.^(۳) ملاحظه می‌شود که بالاخره فشار عوامل و مقتضیات سیاسی به سکوت معنی‌دار اولیه قانونگذاری غلبه کرد و راهی برای تجدید نظر گشوده گردید.

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب سال ۱۳۵۸ نیز در آغاز کار هیچگونه پیش‌بینی راه‌حلی برای تجدید نظر انجام نداده بود و این نقص در همان روزهای اولیه مشهود می‌بود. بعد از تجربه‌ای که حدود ده سال به طول انجامید، لزوم تجدید نظر برای کلیه مسئولان مملکتی و بویژه رهبر انقلاب اسلامی احراز گردید. دستور بازنگری توسط ایشان در هشت محور طی نامه‌ای به ریاست جمهوری وقت اعلام گردید و همین

→

نموده و حکومت موقتی را در حدود قانون اساسی و قوانین موضوعه مملکتی به شخص رضاخان پهلوی واگذار می‌نماید. تعیین حکومت قطعی موکول بنظر مجلس موسسان است که برای تغییر مواد ۳۶ و ۳۷ و ۳۸ و ۴۰ متمم قانون اساسی تشکیل می‌شود.»

۱- نگاه کنید به اصل ۴۸ قانون اساسی ۱۲۸۵ مشروطیت و بازنگری آن در سال ۱۳۲۸ توسط مجلس موسسان دوم.

۲- نگاه کنید به اصل الحاقی اردیبهشت ۱۳۲۸ و اصول ۴ و ۵ و ۶ و ۷ و ۸ قانون اساسی و اصل ۴۹ متمم قانون اساسی و تجدید نظر آنها در سال ۱۳۳۶ توسط کنگره دو مجلس.

۳- نگاه کنید به اصول ۳۸ و ۴۱ و ۴۲ متمم قانون اساسی و اصلاحات سال ۱۳۴۶ توسط مجلس موسسان سوم.

امر منشأ ابتکار تجدید نظر در قانون اساسی ۱۳۵۸ گردید. قانون اساسی از دوازده فصل به چهارده فصل و تعداد اصول از ۱۷۵ اصل به ۱۷۷ اصل افزایش یافت.^(۱)

در پاره‌ای از کشورها، تعدادی از اصول قانون اساسی ثابت و غیر قابل بازنگری اعلام شده است. مثلاً در اصل الحاقی اردیبهشت ۱۳۲۸ قانون اساسی ایران تصریح شده بود که هیچ یک از اصول قانون اساسی و متمم آن که مربوط به دین مقدس اسلام و مذهب رسمی کشور که طریقه حقه اثنی عشری می‌باشد و یا مربوط به سلطنت مشروطه ایران است قابل تجدید نظر نیست و اصول مزبور الی الابد تغییر ناپذیر است. یا اینکه اصل ۸۹ قانون اساسی جمهوری پنجم فرانسه مصوب ۱۹۵۸ هر گونه تجدیدنظری را در مورد تمامیت ارضی این کشور یا شکل جمهوری ممنوع اعلام کرده است. اکثریت صاحب نظران حقوق اساسی متفقند که اینگونه مصوبات فاقد جنبه عملی و اجرایی بوده و تنها بر حسب مورد یا حیثیت نمادی دارند یا برای اعلام مواضع خاصی در متن قانون گنجانده می‌شوند. این ترتیبات تا زمانی به قوت خود باقی است که شرائط پایه‌ای سیاسی متزلزل نگردیده یا تغییر اصولی نیافته است، لذا قادر به ممانعت از بازنگری نخواهند بود. تاریخ حقوق اساسی کشورهای مختلف و تحولاتی که در متون قانون اساسی بطور جزئی یا کلی پدید آمده، مؤید این واقعیت است. حال باید به تشریفات و ترتیبات بازنگری نظری افکنده شود تا بتوان اصل تجدید نظر را چون وجه ممیزه قانون اساسی از غیر آن برجسته ساخت.

در این خصوص میان قوانین اساسی مادی (ماهوی) و قوانین اساسی شکلی فرق می‌گذارند. قوانین اساسی انگلستان که در جمع از نوع اول است بوسیله قانونگذاری عادی یا پارلمان قابل بازنگری است. یعنی مقدمات و تشریفات تجدید نظر آنها

شباهت‌های فراوانی با سایر اعمال هنجاری قوه مقننه عادی داشته نمی‌توان از لحاظ تجدید نظر آنان را از قوانین عادی متمایز و مشخص شناخت. پارلمان انگلستان که بنا به قول مشهور (توانائی انجام هر کاری را دارد جز آنکه زنی را به مرد تبدیل کند) از لحاظ صلاحیت دارای برد و دامنه‌ای است که از خلق و ابداع قواعد اساسی آغاز گردیده و در صورت لزوم به اصلاح و تغییر و تجدید نظر کشیده می‌شود، همانگونه که در زمینه وضع قواعد قانون عادی نیز بگونه بلامنازع صالِح است. لذا در این موارد برای تمیز بین قواعد ساختاری و اساسی و قواعد عادی چاره‌ای جز رجوع به ماهیت قواعد ارزشیابی مادی و موضوعی آنها نیست. بنابراین در حقوق کشوری نظیر انگلستان یا در حقوق کشورهایی که از حقوق انگلوساکسون در این باب الهام پذیرفته‌اند، آن دسته از متون مصوب پارلمان که مفهوماً یا منطوقاً جزء قوانین اساسی موضوعه آنها بشمار می‌آیند با استفاده از همین معیارها قابل تشخیص و تمیز از سایر اعمال هنجاری پارلمانی هستند. تنها تفاوت آنها با قوانین اساسی شکلی این است که اینگونه قوانین اساسی مادی فاقد ارزش سلسله مراتبی و اعتبار قانون برتر بشمار می‌آیند. پس پرسشی که متبادر به ذهن می‌شود این است که چه عاملی حرمت و قداست و تداوم و ثبات آن را تضمین می‌کند تا موجب تزلزل و سستی در ارکان و پایه‌های حکومت نگردد؟ در پاسخ باید گفت که روحیه سنت طلبی و احترام عرفی به تداوم این گونه قواعد، مانع قابل توجهی در برابر تجاوز به بنیانها و ساختارها و در نتیجه قواعد این چنینی بوده است و تاریخ کشور انگلستان نیز مؤید این واقعیت است. ماهیت این گونه قواعد برای نمایندگان برگزیده مردم از آن درجه حرمت و اهمیتی برخوردار بوده و هست که خود بخود تفاوتی با اعمال هنجاری همسنگ آنان یعنی قانونگذاری عادی در عمل قائل گردیده‌اند.

اما مسأله تجدید نظر در قوانین اساسی شکلی از اهم نشانه‌های تمایز قوانین اساسی از قوانین عادی بحساب می‌آید. تشریفات تجدید نظر بگونه‌ای تدبیر شده‌اند که نمی‌توان با سهولت در قوانین بافتی و ساختاری تصرف کرد، مگر اینکه بازنگری مبتنی بر یک سلسله علل و عوامل مهم و دگرگون کننده یا نیازهای واقعی جامعه و خلاصه بر

۱- در بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در سال ۱۳۶۸ اصول ۵، ۵۷، ۶۰، ۶۴، ۶۹، ۷۰، ۸۵، ۸۷، ۸۸، ۸۹، ۹۱، ۹۹، ۱۰۷، ۱۰۸، ۱۰۹، ۱۱۰، ۱۱۱، ۱۱۲، ۱۱۳، ۱۲۱، ۱۲۲، ۱۲۴، ۱۲۶، ۱۲۷، ۱۲۸، ۱۳۰، ۱۳۱، ۱۳۲، ۱۳۳، ۱۳۴، ۱۳۵، ۱۳۶، ۱۳۷، ۱۳۸، ۱۴۰، ۱۴۱، ۱۴۲، ۱۵۷، ۱۵۸، ۱۶۰، ۱۶۱، ۱۶۲، ۱۶۴، ۱۷۳، ۱۷۴.

اساس دلائل متقن و غیر قابل رد وانکار بوده باشد.

بنابراین، منطقی‌ترین روش این است که جواز تجدید نظر همراه با تشریفات و آئین تغییر یا اصلاح در یک یا چند اصل در متن مصوب شکلی قانون اساسی گنجانده شده باشد و قطع نظر از اینکه برای ایجاد قانون اساسی چه شخصیت یا اشخاص یا نهادهائی نقش قوه مؤسس آغازین^(۱) را ایفا کرده باشند، قوه مؤسس نهاده‌ای^(۲) پیش‌بینی و منظور گردیده باشد، تا در صورت ضرورت بگونه بی‌رویه‌ای عمل نشود. با ملاحظه اغلب قوانین اساسی شکلی، این مهم در بطن قواعد قانون اساسی حل و فصل گردیده است.

در زیر بر حسب نمونه چند شیوه تجدید نظر را می‌آوریم:

۱-۲- حقوق اساسی ایالات متحد آمریکا

نمایندگان سیزده ایالت (دولت) در کنوانسیون فیلادلفیا گرد هم آمدند و در سال ۱۷۸۷ قانون اساسی ایالات متحد آمریکا را به تصویب رساندند و سپس متن مصوب توسط یک یک از دولتهای عضو مورد تصویب نهائی قرار گرفت. لذا قوه مؤسس آغازین در این کشور فدرال هم کنوانسیون و هم مقامات ایالتی بودند. لکن در متن قانون اساسی، شیوه تجدید نظر ویژه‌ای گنجانیده شد و قوه مؤسس نهاده‌ای به شرح زیر تدبیر گردید.

اصل پنجم قانون اساسی ایالات متحد آمریکا آئین بازنگری را بدین ترتیب پیش‌بینی نموده است:

«در صورتیکه دو سوم اعضای مجالس (نمایندگان و سنا) تصویب کنند که باید در اصل یا اصولی از قانون اساسی تجدید نظر به عمل آید یا اینکه قوه مقننه دو سوم از ایالات درخواست تجدید نظر کنند. اقدام به تشکیل یک کنوانسیون گردیده و اصلاحات مورد نظر به این مجلس

مؤسس پیشنهاد خواهد شد. اصلاحات مورد نظر زمانی صورت نهائی به خود می‌گیرند و جزء لاینفک متن موجود قانون اساسی قلمداد می‌شوند که مجالس مقننه سه چهارم از ایالات با آن موافقت کنند یا اینکه سه چهارم مجالس مؤسسان ایالتی آن را به تصویب برسانند که بهر حال اتخاذ یکی از دو روش موکول به پیشنهادکننده ایالات متحده است.»

۲-۲- حقوق اساسی فرانسه

طبق قانون اساسی ۱۷۹۱ که نخستین قانون اساسی فرانسه بود، حق زوال ناپذیر تغییر در قانون اساسی از حقوق اولیه ملت شناخته شده بود. اما از آنجا که هر گونه تغییری در قانون اساسی باید طبق اسلوبی انجام گیرد که در متن قانون اساسی آمده است و این امر به سود ملت است، می‌توان از این حق برای اصلاح و تهذیب موادی که معایب آن به تجربه آشکار گردیده است، استفاده بعمل آورد. لذا به جهت تجدید نظر در قانون اساسی مجلسی با شرایط ویژه تشکیل خواهد شد.^(۱) به عبارت دیگر اگر در سه دوره تقنینیه متوالی بصورت یکسان و متحدالشکل نسبت به تغییر یک یا چند اصل از قانون اساسی اظهار تمایل شود، الزاماً باید به تجدید نظر همان موارد اقدام کرد.^(۲)

بدین ترتیب، نمایندگان دوره قانونگذاری چهارم به اضافه دویست و چهل و نه نفر از منتخبان دپارتمانهای فرانسه مجلس تجدید نظر را تشکیل خواهند داد.^(۳) هیچیک از نمایندگان دوره قانونگذاری سوم که درخواست کننده تغییر قانون اساسی بوده‌اند، حق ندارند، بهیچ عنوانی عضو مجلس بازنگری باشند.^(۴) اعضای مجلس تجدید نظر بعد از

۱- اصل اول از عنوان هفتم قانون اساسی ۱۷۹۱.

۲- اصل دوم از عنوان هفتم قانون اساسی ۱۷۹۱.

۳- اصل پنجم قانون اساسی ۱۷۹۱.

۴- اصل ششم قانون اساسی ۱۷۹۱.

1- Pouvoir Constituant originaire.

2- Pouvoir Constituant institué.

انجام بازنگری مجازند تنها در محدوده پیشنهادی دست به بازنگری زنند.^(۱) پس از انجام بازنگری تعداد دوست و چهل و نه نماینده‌ای که مخصوص تجدید نظر از سوی دیارتمانها انتخاب شده بودند از مجلس مقنن خارج می‌شوند و نمی‌توانند تحت هیچگونه بهانه‌ای در کارهای قانونگذاری دخالت کنند.^(۲)

قانون اساسی ۲۲ اوت ۱۷۹۵ (دیرکتوار) نیز مانند قانون اساسی یاد شده شرائط و تشریفات فراوانی برای تجدید نظر قائل شده است. قانون اساسی فوق زیر عنوان سیزدهم یعنی از اصل ۳۳۶ تا ۳۵۰ مشروحاً مدارج تجدید نظر را پیش‌بینی کرده است. یعنی در صورتیکه ضمن تجربه نقائصی در اصول قانون اساسی مشاهده گردد، شورای قدامت پیشنهاد بازنگری خواهد کرد،^(۳) پیشنهاد شورای قدامت برای تأیید شورای پانصد نفری تسلیم می‌گردد.^(۴) اگر در فاصله نه سال پیشنهاد شورای قدامت و تأیید شورای پانصد نفری در سه دوره حداقل سه ساله تکرار شد، در این صورت مجلس بازنگری دعوت خواهد شد.^(۵) این مجلس مرکب خواهد بود از دو نماینده بابت هر دیارتمان که طبق شرائط نمایندگی شورای قدامت و به شیوه انتخابات مجالس تفینی برگزیده خواهند شد.^(۶) مجلس تجدید نظر اصلاحات و تغییرات را به تصویب می‌رساند و سپس مصوبه برای تأیید نهائی به همه پرسى گذارده خواهد شد.^(۷)

قانون اساسی ۲۷ اکتبر ۱۹۴۶ (جمهوری چهارم) شیوه تجدید نظر را بطریق زیر پیش‌بینی کرده است. اولاً موارد بازنگری باید طی قطعنامه‌ای به تصویب اکثریت مطلق

اعضای مجلس ملی رسیده باشد. این قطعنامه باید در یک مهلت حداقل سه ماهه مجدداً (در شور دوم) در مجلس مذکور به تصویب برسد، مگر آنکه در زمان بررسی شور اول، شورای جمهوری (مجلس دوم) همان قطعنامه را با اکثریت مطلق اعضای خود تصویب کرده باشد. مجلس ملی بعد از شور دوم طرح قانونی را که متضمن تجدید نظر در قانون اساسی است، تهیه و تسلیم پارلمان می‌کند تا با اکثریت و طبق اشکال پیش‌بینی شده در قانون عادی به تصویب برسد. آنگاه طرح مذکور به همه پرسى گذارده می‌شود، مگر اینکه مجلس ملی در شور دوم آن را با اکثریت دو سوم تصویب کرده باشد یا اینکه هر کدام از دو مجلس ملی و شورای جمهوری جداگانه با اکثریت سه پنجم آن را به تصویب رسانده باشند.

اینک برای تکمیل بررسی روشهای بازنگری لازم است به قانون اساسی جمهوری پنجم مصوب چهارم اکتبر ۱۹۵۸ که در حال حاضر لازم الاجرا است، مراجعه شود. عنوان چهاردهم قانون اساسی مذکور در اصل هشتاد و نهم خود مستقیماً متعرض مسأله تجدید نظر شده است. بصراحت اصل فوق، ابتکار بازنگری به رئیس جمهوری (به پیشنهاد نخست وزیر) و همچنین اعضای پارلمان تعلق دارد. طرح یا لایحه تجدید نظر باید توسط هر دو مجلس (ملی و سنا) به شکل واحد و یکسانی تصویب گردد. تجدید نظر زمانی جنبه نهائی بخود می‌گیرد که در یک همه پرسى از سوی مردم به تصویب برسد. لکن در صورتیکه رئیس جمهور تصمیم بگیرد که لایحه تجدید نظر را به کنگره دو مجلس تسلیم کند و لایحه مذکور با اکثریت سه پنجم آراء مجلسیان به تصویب برسد، دیگر به همه پرسى گذارده نخواهد شد. دفتر مجلس ملی نقش دبیرخانه کنگره را ایفا خواهد کرد.

باتوجه به دو قسمت آخر اصل ۸۹ قانون اساسی ۱۹۵۸ همه اصول و احکام قانون اساسی قابل بازنگری‌اند، مگر در دو مورد. اولاً هیچگونه تجدید نظری را نمی‌توان آغاز یا دنبال کرد، در صورتیکه به تمامیت سرزمین فرانسه لطمه‌ای وارد آورد. ثانیاً شکل جمهوری حکومت قابل بازنگری نیست.

۱- اصل هفتم قانون اساسی ۱۷۹۱.

۲- اصل هشتم قانون اساسی ۱۷۹۱.

۳- اصل سیصد و سی و ششم قانون اساسی ۱۷۹۵.

۴- اصل سیصد و سی و هفتم قانون اساسی ۱۷۹۵.

۵- اصل سیصد و سی و هشتم قانون اساسی ۱۷۹۵.

۶- اصل سیصد و سی و نهم قانون اساسی ۱۷۹۵.

۷- اصل سیصد و چهل و سوم قانون اساسی ۱۷۹۵.

قانون اساسی این کشور در سال ۱۸۳۱ به تصویب رسیده و تاکنون سه بار تجدید نظر شده است. یکی در سالهای ۱۸۹۲ تا ۱۸۹۳، دومی در سالهای ۱۹۱۹ تا ۱۹۲۱ و سومی در سالهای ۱۹۶۷ تا ۱۹۷۱. لکن ساختارهای اصلی رژیم بلژیک هنوز به جای خود باقی است^(۱) و لذا قانون اساسی این کشور را می‌توان یکی از باثبات‌ترین قوانین کشورهای قاره اروپا دانست، بویژه آنکه اثرات حقوق این کشور بر رژیم‌های پادشاهی مشروطه اروپا مشهود است.

اصول ۱۳۱ و ۱۳۱ مکرر قانون اساسی یاد شده مربوط به موضوع تجدید نظر است. قوه مقننه این کشور (متشکل از مجلس نمایندگان و سنا) حق دارد که لزوم بازنگری برخی از مقررات قانون اساسی را اعلام کند. بعد از اعلام این امر، هر دو مجلس خود بخود منحل می‌شوند و طبق اصل ۷۱ همین قانون اساسی اعضای آنها طی انتخابات جدیدی تعیین و مجالس مذکور دعوت به کار می‌شوند. این مجالس با موافقت پادشاه بلژیک در باب نکات پیشنهادی مورد تجدید نظر تصمیم لازم اتخاذ خواهند کرد. حدنصاب تصمیم‌گیری حداقل دو سوم اعضای هر کدام از دو مجلس است و اکثریتی که قانون اساسی برای تصمیم در نظر گرفته است، حداقل دو سوم آراء نمایندگان هر یک از دو مجلس است. لذا، اولاً قوه مؤسس برای تجدید نظر همان نمایندگان مردم هستند که قدرت تقنینی را نیز دارا می‌باشند. از زمان انحلال مجالس مقنن حداکثر تا دو ماه مجالس جدید تجدید می‌شوند و جنبه مجلس موسسان بخود می‌گیرند. این مجلس موسسان تنها حق دارد، در چهار چوب موضوعات مورد بازنگری تصمیم بگیرد. اما در عوض می‌تواند هرگونه که میل داشت، در زمینه تجدید نظر تصمیم بگیرد. یعنی با تجدید نظر مخالفت می‌کند یا برخی از اصول قانون اساسی را لغو می‌کند یا برخی از اصول مربوط را بطور کامل یا جزئی تغییر می‌دهد یا اینکه ممکن است، قواعد و مقررات نوینی در همان

محدوده تعیین شده وضع کند. اصول بازنگری شده پس از توشیح پادشاه بلژیک قطعیت خواهد یافت.

۲-۴- حقوق اساسی سوئیس

در کشور سوئیس، طبق قانون اساسی سال ۱۸۷۴ ترتیب بسیار اصیل ولی پیچیده‌ای در خصوص بازنگری مشاهده می‌شود. نخست آنکه طبق اصل ۱۱۸ قانون یاد شده، تجدید نظر یا کلی است،^(۱) یا جزئی^(۲). هر چند که قانون اساسی به صراحت و مستقیماً توضیحی یا تعریفی در مورد این دو نوع تجدید نظر ارائه نداده است، اما می‌توان با تکیه بر دکرترین حقوقی این کشور ضوابط ممیزه آنها را بدست آورد. ایجاد تمایز بین بازنگری کلی و بازنگری جزئی اهمیت بسیاری دارد، زیرا که در مواد بعدی شیوه‌های مختلفی برای آنها پیش‌بینی شده و آثار آن بر سرعت فرآیند و نتیجه‌گیری به نیکی ملموس می‌باشد. از سوی دیگر، ابتکار (پیشنهاد) تجدیدنظر چه در مورد نخست و چه در مورد دوم از دو طریق امکان پذیر است. یکی از طریق مردم یا ابتکار عام و دیگری از سوی مجلس فدرال (شورای ملی و شورای دولت‌ها) یا ابتکار پارلمانی. تجدیدنظر کلی زمانی رخ می‌دهد که سراسر قانون اساسی مورد بررسی مجدد قرار گیرد و مالاً سند جدیدی تهیه و ارائه شود. البته ممکن است نهادها یا مقررات قبلی دوباره در متن جدید یا در ساختار نوین گنجانده شوند، ولی بهر حال متن تهیه شده در مجموع با قانون اساسی قبلی تفاوت‌های عمده‌ای را دارا خواهد بود. در حالیکه با تجدید نظر جزئی یک یا چند اصل حذف و اضافه می‌گردند یا اینکه در متن آنها تغییرات نه چندان مهم پیدا خواهد شد.

در صورتیکه بخش مشخصی از هیأت انتخاب‌کننده که طبق اصل ۱۲۰ قانون اساسی یکصد هزار نفر می‌باشند، بر اساس روش ابتکار عام درخواست کنند که در قانون اساسی بازنگری کلی بعمل آید یا اینکه یکی از مجالس (شورای ملی یا شورای دولتها)

۱- به جز آنکه در آخرین بازنگری شکل بسط (بکارچه) کشور بلژیک تبدیل به شکل مرکب (فدرال) گردید که بررسی دقیق آن نیازمند فرصت دیگری است.

1- Revision Totale.

2- Revision Partielle.

اصل بازنگری کلی را به تصویب برسانند و مجلس دیگر آن را نپذیرد، تصمیم نهائی با مردم سوئیس خواهد بود. بدین ترتیب که مسأله تجدید نظر یا عدم آن رابه مشورت عام می‌گذارند و مردم با آری یا نه به آن پاسخ خواهند گفت.^(۱)

اگر پاسخ اکثریت مردم سوئیس که در همه پرسی شرکت کرده‌اند مثبت باشد، هر دو مجلس تجدید انتخاب شده و مجالس جدید کار تجدید نظر کلی در قانون اساسی فدرال را آغاز خواهند کرد. پس از تهیه متن جدید (براساس توافق هر دو مجلس) قانون اساسی تجدید نظر شده به همه پرسی^(۲) مردم و تصویب کانتون‌ها گذارده خواهد شد. در صورتیکه اکثریت رأی دهندگانی که در همه پرسی شرکت کرده‌اند، به آن رأی موافق دادند و همچنین اگر پاسخ اکثریت کانتون‌ها نیز مثبت بود، متن جدید تصویب شده است. ولی اگر اکثریت و توافق حاصل نشد، امر تجدید نظر کنار گذارده خواهد شد.^(۳) اما در خصوص تجدید نظر جزئی، تشریفات به قرار دیگری است. در این باب نیز مانند مورد بالا ابتکار یا از سوی یکصد هزار نفر از مردم سوئیس است که طبق قانون واجد شرائط رأی دهنده باشند یا مصوب مجلس فدرال (شورای ملی و شورای دولت‌ها) در اسلوب قانونگذاری عادی فدرال. اگر یکی از شوراهای یاد شده موافق با بازنگری و مجلس دیگر با آن مخالف باشد، کلیه اقدامات پیش‌بینی شده در قانون برای اختلاف انجام می‌شود. در صورتیکه اختلاف از میان برخیزد و دو مجلس (شورا) در خصوص تجدید نظر به نقطه مشترکی برسند، موارد عنوان شده در یک یا چند ماده تهیه و تنظیم شده به همه پرسی مردم و کانتون‌ها گذارده خواهد شد. در صورتیکه اکثریت مردم و کانتون‌ها حاصل شد، تجدید نظر مصوب تلقی گردیده و لازم الاجرا خواهد بود و در غیر اینصورت تجدید نظر رد شده و کان لم یکن خواهد بود.

در صورتیکه دو مجلس موفق به رفع اختلاف نشدند، موضوع تجدید نظر به همه

پرسی مشورتی (آری یا نه) شهروندان گذارده خواهد شد. پاسخ مثبت مردم منجر به تهیه طرح تجدید نظر گردیده سپس در معرض تصویب عام (همه پرسی تصویبی) و کانتون‌ها قرار خواهد گرفت. در خصوص ابتکار عام نیز (یعنی امضای صدهزار نفر از شهروندان) یا دو مجلس با اصل بازنگری موافقت می‌کنند که در این صورت مواد و اصول لازم (طرح تجدید نظر) در مجلس فدرال تهیه گردیده به همه پرسی عموم مردم (تصویبی) قرار داده خواهد شد. در صورتیکه شورای ملی و شورای دولت‌ها با ابتکار عام موافق نباشند یا طرح متقابلی را تهیه می‌کنند و از مردم سوئیس تصویب طرح خود را خواستار خواهند شد، یا اینکه طی قطعنامه‌ای به شهروندان توصیه خواهند کرد که موضوع پیشنهادی (ابتکار عام) را رد کنند. نتیجه آراء مردم در هر کانتون به منزله رأی دولت همان کانتون خواهد بود و این موضوع در مورد هر دو شکل از بازنگری صادق است.^(۱)

۵-۲- حقوق اساسی ایران

همانگونه که در پیشینه تجدید نظر در قانون اساسی ایران متذکر شدیم، قانون اساسی مشروطیت، نظر به پاره‌ای ملاحظات سیاسی زمان، متعرض تجدید نظر نشده بود و در نتیجه در تجدید نظر اول و دوم تغییرات اصول قانون اساسی و متمم آن بدون اتکاء به متن مصوب قانون اساسی انجام گرفت. لکن مجلس موسسان دوم در سال ۱۳۲۸ ضمن تصویب یک اصل الحاقی ترتیب بازنگری را به شرح زیر مقرر داشت:

«در صورتیکه مجلس شورای ملی و مجلس سنا هر یک جداگانه، خواه مستقلاً خواه به پیشنهاد دولت، لزوم تجدید نظر در یک یا چند اصل معین از قانون اساسی یا متمم آن را به اکثریت دو ثلث کلیه اعضای خود تصویب کردند و رئیس وقت مملکت (شاه) نیز نظر مجلسین را تأیید نمود، فرمانی برای تشکیل مجلس

۱- این همان مصداق همه پرسی مشورتی است.

۲- همه پرسی جنبه تصویبی دارد.

۳- رجوع شود به اصل ۱۲۰ و ۱۲۳ قانون اساسی ۱۸۷۴.

۱- بند سوم از ماده ۱۳۲ قانون اساسی کنفدراسیون سوئیس ۱۸۷۴.

موسسان و انتخاب اعضای آن صادر خواهد کرد.^(۱) تعداد اعضای مجلس موسسان، مساوی با مجموع عده قانونی دو مجلس بوده و اختیارات این مجلس به تجدید نظر در همان اصل یا اصول بخصوص که قبلاً به تصویب مجلسین و تأیید رئیس مملکت رسیده محدود خواهد شد. تصمیمات مجلس موسسان با اکثریت دو سوم آراء کلیه اعضای آن اتخاذ و پس از موافقت شاه معجر و معتبر شمرده می‌شد.

تجدید نظر، شامل هیچ یک از اصول قانون اساسی و متمم آن که به دین مقدس اسلام و مذهب رسمی کشور، یعنی طریقه حقه اثنی عشری و یا سلطنت مشروطه مربوط بود نمی‌شد و اصول مذکور الی‌الابد تغییر ناپذیر اعلام شده بود. در عوض مجلس موسسان طی همین اصل الحاقی به کنگره دو مجلس اجازه داده بود که اصلاحات لازم را در پاره‌ای از اصول قانونی اساسی و متمم آن که در متن اصل الحاقی شمارش شده بود با اکثریت دو سوم آراء کلیه اعضاء به عمل آورد. لذا بازنگری بوسیله مجلس واحد (کنگره) در اردیبهشت ماه سال ۱۳۳۶ انجام شد و در شهریور ماه ۱۳۴۶، مجلس موسسان سوم با ترتیب ملحوظ در اصل الحاقی ۱۳۲۸ تشکیل گردید و در تعدادی از اصول متمم قانون اساسی تجدید نظر کرد.

لذا در ترتیب فوق، هیات دولت و پارلمان پیشنهاد دهنده، پادشاه تنفیذ کننده و مجلس موسسان تصویب کننده قوانین اساسی مشروطیت از سال ۱۳۲۸ تا پایان رژیم گذشته محسوب می‌شدند. اما قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران علی‌الاصول در آغاز موضوع شیوه‌ها و چگونگی‌های تجدید نظر را مسکوت عنه باقی گذاشته بود و فقط در اصل یکصد و سی و دوم مسأله را به اشاره‌ای برگزار کرده و گذشته بود.^(۲) لکن

۱- شیوه انتخابات اعضای مجلس موسسان طبق قانونی عادی خواهد بود که به تصویب دو مجلس برسد.

۲- اصل یکصد و سی و دوم اشعار می‌داشت: «در مدنی که وظائف رئیس جمهور بر عهده شورای موقت

همانگونه که در بالا گفته شد از آنجا که بازگذاشتن راه برای بازنگری طبق مقتضای زمان و دگرگونی‌های شرائط و نیازها از الزامات است، لذا در سال ۱۳۶۸ در چند اصل از اصول قانون اساسی بازنگری به عمل آمد و ضمن آن اصل یکصد و هفتاد و هفتم^(۱) به صراحت جواز بازنگری و آئین و تشریفات آن را به تصویب رسانید. اصول ترتیبات جدید در این موارد به قرار زیر است:

الف - در مواردی که ضرورت ایجاب کند، می‌توان در قانون اساسی جمهوری اسلامی تجدید نظر کرد.

ب - مقام رهبری پس از احساس ضرورت، با مجمع تشخیص مصلحت نظام مشورت خواهد نمود. از مدلول عبارت بر می‌آید که نظر مجمع مذکور صرفاً مشورتی بوده و ابتکار بازنگری طبق قانون متعلق به مقام رهبری است.

ج - مقام رهبری طی حکمی خطاب به رئیس جمهور موارد اصلاح یا متمم قانون اساسی را به شورای بازنگری قانون اساسی پیشنهاد می‌نماید.

د - شورای بازنگری مرکب خواهد بود از: ۱- اعضای شورای نگهبان ۲- روسای قوای سه گانه ۳- اعضای ثابت مجمع تشخیص مصلحت نظام ۴- پنج نفر از اعضای مجلس خبرگان رهبری ۵- دو نفر به انتخاب مقام رهبری ۶- سه نفر از هیأت وزیران ۷- سه نفر از قوه قضائیه ۸- ده نفر از نمایندگان مجلس شورای اسلامی ۹- سه نفر از دانشگاهیان.



ریاست جمهوری است، دولت را نمی‌توان استیضاح کرد یا به آن رأی عدم اعتماد داد و نمی‌توان برای تجدید نظر در قانون اساسی اقدام نمود». این اصل نیز در بازنگری سال ۱۳۶۸ به ترتیب زیر تغییر کرد: «در مدنی که اختیارات و مسئولیت‌های رئیس جمهور بر عهده معاون اول یا فرد دیگری است که به موجب اصل یکصد و سی و یکم منصوب می‌گردد، وزراء را نمی‌توان استیضاح کرد یا به آنان رأی عدم اعتماد داد و نیز نمی‌توان برای تجدید نظر در قانون اساسی و یا امر همه پرسى اقدام نمود».

۱- فصل چهاردهم، بازنگری در قانون اساسی، اصل یکصد و هفتاد و هفتم.

از آنجا که تعدادی از اعضا به مناسبت مقام در این شورا شرکت می‌کنند، مانند (اعضای شورای نگهبان، روسای سه قوه، اعضای ثابت مجمع تشخیص مصلحت نظام) و عضویت آنها جنبه استحقاقی دارد، مسأله‌ای ایجاد نخواهد کرد. لکن در خصوص پنج نفر از اعضای مجلس خبرگان یا سه نفر از هیأت وزیران یا سه نفر از قوه قضائیه یا ده نفر از نمایندگان مجلس یا سه نفر از دانشگاهیان باید کم و کیف و چگونگی انتخاب آنها به دقت روشن گردد. به این لحاظ می‌توان نتیجه گرفت که اصل یاد شده کیفیت انتخاب و شرایط انتخاب آنها را بر عهده قانون عادی گذارده است. در این قانون نیز مواردی در ذیل اصل یاد شده از شمول بازنگری موضوع شده و تغییر ناپذیر اعلام گردیده است:

اصول مربوط به اسلامی بودن نظام و ابتنای قوانین و مقررات بر موازین اسلامی و پایه‌های ایمانی و اهداف جمهوری اسلامی ایران و جمهوری بودن حکومت و ولایت امر و امامت امت و نیز اداره امور کشور با اتکاء به آرای عمومی و مذهب رسمی ایران. مصوبات شورای بازنگری، پس از تأیید و امضای مقام رهبری باید از طریق مراجعه به آراء عمومی به تصویب اکثریت مطلق شرکت کنندگان در همه پرسی برسد. بنابراین قانون اساسی جمهوری اسلامی با قائل شدن اهمیت استثنائی برای موضوع تجدید نظر در واقع نقش دست اول را برای مقام رهبری قائل شده و سکان قانون اساسی را به کف او سپرده است. اولاً مقام رهبری ضمن تشخیص ضرورت بازنگری حق ابتکار در این موضوع را بر عهده دارد، به این معنی که پس از مشورت با مجمع تشخیص مصلحت نظام طی فرمانی که خطاب به رئیس جمهور است، هم اجازه شروع عملیات برای تشکیل شورای بازنگری را صادر و هم موارد تجدید نظر را به شورای مذکور پیشنهاد می‌نماید. به گمان ما، شورای بازنگری در واقع کمیسیونی فنی است که هم نحوه و حدود و دامنه بازنگری را مشخص می‌کند و هم آخر دست متن اصل یا اصول مورد تصویب راتهی و تنظیم می‌نماید. لکن کار شورا محدود به همان مواردی است که قبلاً در پیشنهاد مقام رهبری گنجانیده شده است. آنگاه مصوبات نهائی شورا، پیش از ارائه به همه پرسی از مردم باید به تأیید و امضای مقام رهبری برسد.

«قانون اساسی»، سیر مفهوم و منطوق از دید تطبیقی □ ۱۰۹

لذا همانگونه که متذکر شدیم امر تجدید نظر از آغاز تا انجام در دست مقام رهبری و تحت نظارت وی می‌باشد. لکن در آخر اخذ نظر و تأیید نهائی مردم نیز مورد درخواست قانون اساسی است تا موافق با اصول مختلف قانون اساسی تجدید نظر در آن نیز ثمره آراء مردم بوده باشد. لذا قوه تأسیسی در این نظام آمیزه‌ای از مظاهر ولایت فقیه و اراده عام خواهد بود.^(۱)

۳- نظارت بر قوانین عادی و اصل سلسله مراتب قوانین

اصل سلسله مراتب قوانین و برتری قانون اساسی بر کلیه اعمال هنجاری که مشتمل بر قوانین عادی مصوب پارلمان نیز می‌شود، ایجاب می‌کند که قواعد مندرج در قانون اساسی بر قواعد دیگر حاکمیت داشته باشد و قانون اساسی هنجار برترین نظام حقوقی است و انسجام این نظام تبعیت قواعد فروتر از قواعد برتر را می‌طلبد. در رأس سلسله مراتب قواعد حقوقی داخلی، قانون اساسی قرار دارد. برای تضمین این برتری باید چاره‌ای اندیشیده شود که قوانین عادی مصوب در مجالس مقنن بصورت مستقیم یا غیر مستقیم قواعد قانون اساسی را مورد تجاوز قرار ندهند و هماهنگی و متابعت آنها از این هنجار برتر مسجل گردد. چراکه قانون اساسی دست آورد عالی‌ترین مظهر اراده حاکم است و سایر پدیده‌های تقنینی باید در پیروی و دنباله روی آن موجودیت یابند.

در کشورهایی مانند انگلستان که پارلمان هم جنبه تأسیسی دارد و هم جنبه تقنینی و قانون اساسی با قوانین عادی در یک رده قرار داشته هر دو محصول قوه مقننه‌اند، طبعاً مسأله سلسله مراتب شکلی یا کنترل قوانین عادی بر مآخذ قانون اساسی مطرح نخواهد بود. لکن در نظامهای شکلی قوانین اساسی، مطلب فوق از امهات مسائل حقوقی اساسی است. زیرا اولاً اصل برتری قانون اساسی، خود یکی از ممیزات این سند اعلای حقوقی نسبت به سایر فرآورده‌های هنجاری است و ثانیاً نحوه سازمان بندی این نظارت

۱. برای اخذ توضیح بیشتر در زمینه بازنگری، به مقاله سوده‌مند آقای دکتر سید محمد هاشمی زیر عنوان:

«بررسی تطبیقی و موضوع بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران» مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه

شهید بهشتی، دانشکده حقوق، شماره پاییز - زمستان ۱۳۶۹ از صفحه ۱۵۲ الی ۲۲۶ مراجعه شود.

بسیار حساس هم از لحاظ سیاسی قابل بحث و اشکال است و هم از لحاظ حقوقی. موضوع کنترل قانون اساسی نسبت به سایر قوانین، آثاری به شرح زیر خواهد داشت: مقامی که دارنده قدرت نظارت بر قوانین است، باید اصولاً قادر باشد کلیه قوانینی را که خلاف قانون اساسی می‌پندارد، ملغی سازد. اجرای چنین فرآیندی مورد پذیرش کلیه صاحب نظران حقوق نیست. زیرا، هم در اصول و هم در اجرا مشکلاتی بوجود می‌آورد و بدین سبب است که در آثار مشهور حقوقی و سیاسی نشانه‌های فراوانی از این تفرقه به چشم می‌خورد. مثلاً گروهی از حقوقدانان اصول‌گرا، چون پارلمان را که متشکل از نمایندگان مردم است آئینه تمام نمای حاکمیت ملی می‌دانند، استدلال می‌کنند که الغاء یا نسخ مصوبات آن خلاف اصل حاکمیت مردم و از لحاظ اصول دموکراسی نقض غرض است. حال این عمل بوسیله هرگونه سازمانی (قضائی یا سیاسی) انجام پذیرد، در معنا نیروئی خارج از قوه مقننه خواهد بود و به محدودیت حاکمیت پارلمان یعنی قدرت سیاسی جامعه منجر خواهد گردید. لذا با اصل تفکیک افقی قوا و همسطح بودن قوای سه‌گانه ناسازگار بنظر می‌رسد.

بدیهی است این گونه ایرادها، از سوی موافقان نظارت بلاجواب نمانده است. اینان در مقابل چنین می‌گویند: درست است که مجالس مقنن نمودار اراده عام و حاکمیت مردم‌اند و از همین روست که جواز صدور قواعد عام دارند، ولی خود نیز محدود به رعایت اصولی برتر هستند که یا از اصول پایه‌ای علم حقوق ناشی است یا از متن اساسی لازم‌الرعایه‌ای، که خود موبد بالاترین نوع تظاهر حاکمیت است. این احکام به ما می‌آموزد که حتی نمایندگان مردم نیز نباید از حدود ترسیم شده درگذرند و اساسی‌ترین حقوق عام را زیر پا گذارند.

لکن مشکل اصلی در مطالب بالا نیست، بلکه در هراسی است که مخالفان کنترل قوانین از ارگانی دارند که برای این منظور بوجود می‌آید و ممکن است قدرتش تا آنجا پیش رود که عملاً بر قوه مقننه مسلط گردیده آن را مسلوب الاختیار کند یا از محتوای

واقعی خود خالی سازد.^(۱) بعلاوه چون در دنیای امروز دو قوه مقننه و مجریه باید الزاماً در هماهنگی و همکاری کامل، امور هر دم پیچیده‌تر مملکتی را تمشیت دهند، ارگان یاد شده ضمن کنترل قوانین عادی ممکن است، بصورت قاضی اعمال حکومتی بدر آید و خود عملاً زمام حکومت را بدست گیرد و بر حسب اصطلاح «حکومت قضات»^(۲) جامعه عمل پوشد.

موضوع دیگری که در همان آغاز کار مشکل آفرین جلوه می‌کند، زمان کنترل است. آیا سازمان کنترل باید قبل از تصویب و لازم اجرا شدن قانون مداخله کند و جلوی نهائی شدن قانون را بگیرد یا بعد از اتمام جریان تصویب و لازم اجرا شدن قانون؟ مطلب دیگر ماهیت ارگان کنترل است که آیا باید جزء قوه قضائیه باشد یا ارگانی با ماهیت سیاسی؟ اگر ارگان کنترل جزء قوه قضائیه باشد، عملاً سرنوشت نهائی قانون در دست قضات خواهد بود و قوه مقننه بصورت متابع و پیرو قوه قضائیه بدر خواهد آمد و اگر سازمان فوق به صورت سیاسی انتخاب شود یا از طریق مردم خواهد بود یا از سوی پارلمان یا از سوی قوه مجریه و در هر حال بعلت وابستگی به انتخاب‌کنندگان خود از استقلال کافی برخوردار نتواند بود، لازمه (قضاوت دستور نامه‌ای)^(۳) بیطرفی کامل نظارت‌کنندگان است و تاکنون هیچ راهی برای ترکیبی کاملاً بی‌طرف و مستقل از قوای مجریه و مقننه و قضائیه یافت نشده است.

به هر تقدیر، در اغلب قوانین اساسی، ساز و کار نظارت بر قوانین از دو طریق زیر

۱- در مورد روبرورنی سی‌سی Sieyes عضو مجلس موسسان فرانسه و تیبودر (THIBAUDEAU) قانونگذار معروف فرانسوی در خصوص هیأت قانون اساسی (Juris Constitutionnaire) رجوع شود به حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، چاپ دوم - ۱۳۷۰ تألیف نگارنده ۱۳۵ تا ۱۳۲.

۲- Gouvernement des Juges حکومت قضات، اصطلاحی است که برخی از حقوقدانان اروپائی در انتقاد از نظام ایالات متحد آمریکا وضع کرده‌اند که چنین حکومتی طبعاً مغایر با تفکیک افقی قواست.

۳- این اصطلاح به معنای سنجش قضایی قانون عادی بر مبنای قانون اساسی است. رجوع شود به حقوق و نهادهای سیاسی تألیف نگارنده، چاپ دوم، دانشگاه تهران صفحه ۶۱۹ تا ۶۲۱.

یک - ذینفع، اگر قانونی را مخالف قانون اساسی یافت، طبق شرایط و آئین مندرج در قانون آنرا در برابر دادگاه صالح (که یا بالاترین مرجع قضائی کشور است یا دادگاهی که مخصوص این کار بوجود آمده است) مطرح می‌کند و لغو قانون عادی مورد نظر را می‌خواهد. در صورتی که قانون خلاف قانون اساسی اعلام شد، لغو می‌شود و اثرات الغاء آن مربوط به عموم است.

دو - گاهی، یکی از طرفین دعوا در دادگاه، علیه قانونی که به ضرر وی بکار خواهد رفت، آن را خلاف قانون اساسی اعلام می‌کند و از دادگاه می‌خواهد که از اجرای آن خودداری ورزد.

در هر دو صورت فوق قانونگذار باید چاره‌ای اندیشد که دعوی علیه قانون تا حد ممکن محدود به شرائطی باشد که نتوان هر لحظه از آن شکایت کرد. و گرنه تراکم کار در مرجع نظارت امکان رسیدگی جدی و دقیق را از بین خواهد برد و کشور را با مسائل و مشکلات پیش بینی ناپذیری مواجه خواهد ساخت.

در زیر چند نمونه از نظارت بر قوانین یا قضاوت دستوری را مختصراً شرح می‌دهیم.

۱-۳- نظارت قوه قضائیه بر قانون: ایالات متحد آمریکا^(۱)

موضوع کنترل قانون عادی در پرتو قانون اساسی، در قانون اساسی ایالات متحد آمریکا پیش‌بینی نشده بود. لکن مفهوم آن در سال ۱۸۰۳ بوسیله رویه قضائی در دعوی آشکار گردید.^(۲) بعد از جنگ انفصال و پیروزی شمالی‌ها و بویژه تصویب اصلحیه شانزدهم در سال ۱۸۶۸، دادگاه‌ها باتکیه بر رأی معروف یاد شده دیوان عالی بسیاری از قوانین عادی این کشور را خلاف قانون اساسی اعلام کردند. از آن پس دیوان عالی فدرال در زمینه تعریف شیوه‌های کنترل و چگونگی انطباق قوانین عادی با اساسی به

اهم شیوه‌های کنترل توسط دادگاه‌های آمریکا از سه طریق است: مستثنی کردن قانون لازم‌الاجرا (Voie d'exception) نظارت پیش‌گیرانه (Injonction) و قضاوت اعلامی (Jugement declaratoire) در مورد اول، اگر فردی بعلت سرپیچی از فلان قانون مورد پیگرد قرار گیرد، کافی است به خلاف قانون اساسی بودن آن توسل جوید. در این صورت دادگاه اگر قانون مورد نظر را خلاف قانون اساسی اعلام کند، آن را لغو نمی‌کند، بلکه از اجرای آن خودداری خواهد کرد.

در مورد دوم فرد می‌تواند قانونی را قبل از اینکه به اجرا در آمده باشد، بعلت تعارض آن با قانون اساسی مورد حمله قرار دهد. اگر دادگاه دعوی فرد را وارد دانست، قانون را خلاف قانون اساسی اعلام می‌کند و دست به صدور دستور ویژه‌ای در چارچوب نظارت پیش‌گیرانه (Injonction) می‌زند که مقام اجرایی براساس آن حق نخواهد داشت، قانون را به اجرا درآورد.

قضاوت اعلامی، شیوه‌ای است که تازه در حقوق ایالات متحده آمریکا مرسوم شده است. بدین مضمون که اگر اختلافی بین فرد و دستگاه دولتی در مورد انطباق متن قانون عادی با قانون اساسی بوجود آید، و دستگاه اداری بخواهد قانون یاد شده را به مورد اجرا گذارد، فرد می‌تواند به قاضی مراجعه و نظر وی را خواستار شود و دستگاه دولتی منتظر اعلام نظر قاضی می‌ماند. در اینجا دعوائی بمعنای اخص کلمه مطرح نیست، بلکه اختلاف نظری است که به مشاوره قضائی می‌انجامد.

سرچشمه‌های کنترل قوانین (قضاوت دستوری) در حقوق آمریکا بقرار زیرند:

الف: جریان صحیح قانونی (Due Process Of Law)

ب: قاعده یا اصل عقلانی بودن (Raisonnable)

ج: شرط برابری (Clause d'égalité)

د: شرط قرار دادها (Clause des Contrats)

ریشه جریان صحیح قانونی به اصلحیه پنجم و چهاردهم قانون اساسی ایالات متحد

۱- برای ملاحظه نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا، رجوع شود به کتاب حقوق ایالات متحده آمریکا، تالیف آندره تنک، ترجمه سید حسین صفائی، انتشارات دانشگاه تهران - چاپ ۱۳۵۸.

۲- رجوع شود به دعوی ماربری علیه مادیسون و رای مارشال، رئیس وقت دیوانعالی فدرال در سال ۱۸۰۳.

آمریکا مربوط است. اندیشه حاکمیت قانون که ارمغان حقوق انگلستان است، این اصل را در حقوق آمریکا از سال ۱۸۵۵ برقرار کرده است. بنابر رای دیوان عالی، کنگره نمی‌تواند برحسب میل و اراده خود هرگونه قانونی را تصویب کند، مگر بر اساس فرآیندی درست و صحیح. این اصل در آغاز برای حمایت و حفاظت از حقوق سیاهان بوجود آمد و اکنون بعنوان وسیله کنترل قانون عادی بر اساس قانون اساسی تلقی می‌شود. طبق این اصل، قانون باید با برخی اصول حقوق - حتی اگر بیان هم نشده باشد - منطبق باشد. به زبان دیگر اصول حقوق فطری باید مأخذ تصویب قوانین کنگره قرار گیرد.

اصل عقلانی بودن توسط دادگاه‌ها بوجود آمده است. طبق این قاعده باید رابطه منصفانه‌ای بین فداکاریهای فردی در قبال جامعه و امتیازاتی که این فرد در جامعه بهره‌مند است برقرار گردد. به بیان دیگر باید تعادلی میان سود عموم و احترام به حقوق فردی بوجود آید «Balance Of Convenience». ضابطه این تعادل، البته، بسیار مبهم است و اگر این معیار موجب بررسی سازگاری قانون عادی با قانون اساسی واقع شود، ممکن است به یک نواختی شیوه قانونگذاری لطمه وارد آورد و موجب مستثنیاتی مبتنی بر کیفیات مقطعی گردد.

شرط برابری و شرط قراردادهای از حیث اهمیت با دو اصل فوق برابر نیستند. شرط برابری خاطر نشان می‌کند که هیچ ایالتی نمی‌تواند از اشخاص تابع حوزه قضائی، حمایت قانون خود را دریغ دارد و شرط قراردادهای که ناشی از ماده اول بخش دهم قانون اساسی فدرال است، ایجاب می‌کند که ایالات نتوانند با قانونگذاری خود، قوت قراردادهای را ضعیف یا زائل کنند. این شرط برای حمایت از آزادی فردی در زمینه قراردادهاست.

۲-۳- نظارت بر قوانین بوسیله ارگان سیاسی (حقوق اساسی فرانسه)

هر چند که در تاریخ حقوق کشور فرانسه، اندیشه نظارت بر قوانین عادی بر پایه قانون اساسی سابقه دارد، لکن در باب شیوه و کم و کیف این نظارت و همچنین

سازماندهی ارگانی که صلاحیت انجام این وظیفه را داشته باشد، بین قانونگذاران این کشور توافق وجود نداشته است. اکثریت حقوقدانان فرانسه از آن هراس داشته‌اند که مبادا ارگان نظارت آن قدر در عمل نیرومند شود که بر قوه مقننه چیره گردد و جلوی ساز و کار مجالس تقنینی را در اعمال حاکمیت ملی بگیرد. مثلاً در جمهوری چهارم، قانون اساسی مصوب ۲۷ اکتبر ۱۹۴۶ کمیته‌ای به نام کمیته قانون اساسی پیش‌بینی کرده بود که در زمینه انطباق قانون عادی با قانون اساسی صلاحیت محدودی داشت، نظارت بر قوانین را با موضوع بازنگری قانون اساسی در هم آمیخته بود و هر بار که مجلس ملی با تصویب قانونی از چهارچوب قانون اساسی در می‌گذشت و کمیته آنرا احراز می‌کرد، مسأله تجدید نظر در قانون اساسی مطرح می‌گردید. لذا قانون اساسی فوق برای مجلس قانونگذاری ملی صلاحیت بسیار وسیعی در زمینه انجام وظیفه تقنینی قائل شده بود.^(۱) بنابراین، می‌توان به جرات ادعا کرد که کنترل قوانین به معنای واقعی کلمه از مبتکرات قانون اساسی ۱۹۵۸ یعنی جمهوری پنجم است. در این قانون اساسی، برای نخستین بار، واحدی بنام شورای قانون اساسی^(۲) پیش‌بینی شده که اساسی‌ترین رسالت آن قضاوت در باب اهمیت قوانین به حسب اصول و قواعد قانون اساسی است. شورای قانون اساسی از دو گروه عضو ترکیب یافته است:

الف - گروه اول، اعضای هستند که از سوی رئیس جمهوری، رئیس مجلس سنا و رئیس مجلس ملی تعیین می‌شوند. تعداد آنها نه نفر است که هر کدام از مقامات پیش گفته سه نفر از آنها را منصوب می‌کنند. در مورد گزینش این اعضاء، هیچگونه پیش شرطی وجود ندارد، الا اینکه باید تابعیت فرانسوی داشته و شایستگی آنها برای وظیفه مهمی که باید انجام دهند، احراز شده باشد. دوره هرشورا نه سال است. ولی طبق ماده ۲ فرمان نمره ۵۸/۱۰۶۶ مورخ ۷ نوامبر ۱۹۵۸ برای ابلاغ قانون ارگانیک در مورد

۱- رجوع شود به اصول ۹۰، ۹۱، ۹۲، ۹۳، ۹۴، ۹۵ قانون اساسی مصوب ۲۷ اکتبر ۱۹۴۶ فرانسه.

شورای قانون اساسی^(۱) و نخستین شورا مرکب خواهد بود از سه عضو برای سه سال، سه عضو برای شش سال و سه عضو برای نه سال که هر کدام از مقامات تعیین کننده بالا یک عضو سه ساله، یک عضو شش ساله، و یک عضو نه ساله انتخاب خواهند کرد. لذا یک سوم از این گروه هر سه سال یکبار تجدید خواهند شد.

ب - گروه دوم عبارتند از اعضای استحقاقی مادام العمر، یعنی کلیه روسای جمهور سابق می توانند به اعتبار سمت سابق خود به عضویت شورا در آیند و تا آخر عمر عضو این سازمان باقی بمانند.

رئیس شورای قانون اساسی از طرف رئیس جمهوری منصوب می شود و از میان اعضای انتصابی یا استحقاقی برگزیده می گردد. از آنجا که قانون اساسی (بند آخر از اصل ۵۶) در باب شرایط ریاست شورا ساکت و غیر صریح است، لذا دست رئیس جمهوری در این زمینه کاملاً بازگذاشته شده است، تا هر که را خواست بنا به میل خود به این سمت برگزیند. لکن از آغاز جمهوری پنجم تاکنون روسای جمهور، رئیس این شورا را از میان اعضای انتصابی خود برگزیده اند.

قانون اساسی کلیه تمهیدات و تدابیر لازم را بکار برده است تا اعضای شورا از استقلال کامل برخوردار باشند و تا آنجا که میسر است، تحت نفوذ و تأثیر مقامات و قدرتها قرار نگیرند. طبق اصل ۵۷ قانون اساسی عضویت شورا با وزارت و همچنین نمایندگی پارلمان مانعة الجمع است. افزون بر آن اعضای شورا نمی توانند به عضویت شورای اقتصادی و اجتماعی در آیند یا در سایر مشاغل اجرایی قبول مسئولیت کنند. حقوق و مزایای آنان مطابق با بالاترین رقم دریافتی خارج از پایه های اداری است.

شورای قانون اساسی دارای اختیارات متنوع و متعددی است که می توان آنها را برحسب ماهیت در سه مقوله ذکر کرد.

یک - اعلام نظر مشورتی

مواردی در قانون اساسی و قانون ارگانیک مربوط در نظر گرفته شده است که باید از شورای قانون اساسی کسب نظر شود. مثلاً طبق اصل ۱۶ قانون اساسی زمانی که رئیس جمهوری در مواقع بحرانی بخواهد از اختیارات استثنائی استفاده کند، باید نظر مشورتی شورا را بگیرد. اینگونه اعلام نظرها چون در روزنامه رسمی اعلان می شود به آنها نظرهای عمومی می گویند. ولی این اختیارات مانع از آن نیست که برحسب درخواست رئیس جمهوری یا نخست وزیر، شورا نتواند نظر مشورتی خود را ابراز کند. اعلام نظر مشورتی اختیاری قاعداً متشخص نمی شود و به آنها نظرهای غیر عمومی می گویند.

دو - تصمیمات اداری

طبق اصل ۵۸ قانون اساسی ۱۹۵۸، شورای قانون اساسی بر صحت جریان انتخابات ریاست جمهوری نظارت میکند. همچنین براساس اصل ۵۹ همان قانون به شورای قانون اساسی اختیار داده شده است که در مورد درستی جریان انتخاب نمایندگان و سناتورها تصمیم بگیرند. بعلاوه موافق با مدلول اصل ۶۰ قانون اساسی، شورا بر صحت انجام همه پرسى نظارت و شمارش آراء را کنترل می کند. هنگام اجرای همه پرسى نمایندگان از میان قضات یا کارکنان اداری را مأمور می کند که عملیات رأی گیری را دنبال کنند. فهرست نامزدهای ریاست جمهوری را تهیه میکند و راجع به تعویق انتخابات یا انتخابات مجدد تصمیم میگیرد. شورای قانون اساسی در صورت عدم امکان ادامه خدمت رئیس جمهوری، حق دارد آن را ملاحظه و اعلام کند تا اگر طبق تبصره های ۴ و ۵ و اصل ۷ قانون اساسی با اکثریت مطلق چنین عدم امکانی را تصویب کرد، رئیس مجلس موقتاً وظایف رئیس جمهوری را انجام دهد.

سه - اختیارات قضائی

اختیاراتی که شورای قانون اساسی با ماهیت قضائی دارد، از سه مقوله بزرگ بیرون نیستند:

اولاً، این شورا قاضی برای فصل اختلافات در خصوص تباین مشاغل پارلمانی با

۱- این فرمان و این قانون ارگانیک به وسیله فرمان نمره ۲۲۳ - ۵۹ چهارم فوریه ۱۹۵۹ و قانون ارگانیک شماره

سایر مشاغل است. در صورتیکه در مورد فعالیت حرفه‌ای نماینده و مانعة‌الجمع بودن آن با شغل نمایندگی شک و شبهه‌ای وجود داشته باشد، شورا با رأی خود موضوع را قاطعانه حل می‌کند. اگر در این گونه فعالیت تعارضی مشاهده کرد، نماینده باید وضع خود را با آن تطبیق دهد وگرنه خودبخود از شغل نمایندگی مستعفی شناخته خواهد شد. ثانیاً، شورای قانون اساسی قاضی در مورد انتخابات (رأی‌گیری) است. اختیارات شورا در مورد انتخابات ریاست جمهوری و همه‌پرسی گسترده است.

بر حسب اصل پنجاه فرمان هفتم نوامبر ۱۹۵۸ بصورت نهائی به شکایات مربوط به انتخابات رئیس جمهوری رسیدگی میکند. در خصوص رفراندوم (همه‌پرسی) نسبت به جریان مقدماتی آن رأی مشورتی می‌دهد، ولی می‌تواند به شکایات و اعتراضات مربوط به انجام رأی‌گیری نظر قطعی قضائی بدهد. در صورتیکه در جریان انتخابات متوجه عملیات خلاف قانون شود، می‌تواند نسبت به حفظ یا انحلال جزئی یا کامل صندوق یا صندوقهای حوزه مورد دعوا با توجه به درجه خلاف‌ها تصمیم بگیرد. نظیر همین اختیارات را نیز نسبت به انتخابات پارلمانی اعم از تهیه مقدمات اخذ آراء، شمارش آراء، و اعلام نتیجه نهائی اعمال میکند.

ثانیاً، شورای قانون اساسی قاضی کنترل قوانین عادی بر مبنای قانون اساسی است. بی‌شک این اختیارات را می‌توان مهمترین اختیارات شورا دانست. به زبان دیگر اختیار نظارت بر قانون، علت وجودی شورا را تشکیل می‌دهد و سایر اختیارات پیش‌گفته در مقابل این مسئولیت عظیم فرعی جلوه می‌کنند.

هنگامی که شورا دست به کنترل قانون می‌زند، در حقیقت به بررسی این امر می‌پردازد که آیا اعمال و شیوه‌های انجام شده موافق با مجموعه «مقررات اساسی» هست یا خیر؟ این مجموعه متشکل است از قانون اساسی، اعلامیه حقوق بشر و شهروند، دیباچه قانون اساسی ۱۹۴۶^(۱) و قوانین ارگانیک ذی ربط. این کنترل در واقع

۱- در قانون اساسی ۱۹۴۶ فرانسه بود که در دیباچه قانون اساسی این کشور تغییرات اساسی در جهت

نظارت برای مشاهده انطباق^(۱) قانون عادی با مجموعه است نه عدم تباین^(۲) آن با قانون اساسی، و شورای قانون اساسی می‌خواهد مطمئن شود که آیا متنی که برای انجام قضاوت به او تسلیم شده است، منطبق با الگوی مورد نظر قانون اساسی جمهوری هست یا خیر؟ بنابراین، متن قانون عادی نمی‌تواند پیش‌بینی امری کند مشتمل بر مقرراتی که قانون اساسی پیش‌بینی نکرده یا اجازه نداده باشد. نتیجه آنکه اگر مقرراتی خلاف قانون اساسی اعلام شد، نه اجازه انتشار می‌یابد، نه بمورد اجرا گذاشته خواهد شد.

همانگونه که در بالا اشاره رفت، شورای قانون اساسی مرکب از اعضای است با ماهیت سیاسی. یعنی نوع و نحوه انتصاب آنها جنبه سیاسی دارد. ولی وظائف و عملکردهای این شورا ماهیت قضائی دارند (قضاوت دستوری) و با آنکه مخالفان این سازمان نسبت به آن انتقاداتی از این قبیل دارند، ولی غالب حقوقدانان را نظر بر این است که شورای قانون اساسی از زمان ایجاد تاکنون آراء خود را فارغ از ملاحظات سیاسی صادر کرده و پیوسته کوشیده است تا آنجا که مقدور است، تصمیمات خود را در چهارچوبه امور قضائی و بی‌طرف محفوظ دارد.

بهر تقدیر، فعالیت‌های شورا را می‌توان در دو مقوله جای داد: نظارت اجباری، نظارت اختیاری. طبق بند یک از اصل ۶۱ قانون اساسی ۱۹۵۸، کلیه قوانین ارگانیک پیش از امضاء و انتشار و نظامنامه‌های مجالس پارلمانی قبل از اجرا باید الزماً مورد بررسی شورای قانون اساسی قرار گیرند تا انطباق آنها با قانون اساسی مسجل گردد. در مورد قوانین ارگانیک که در واقع مقرراتی مکمل قانون اساسی هستند کار شورا چندان

→

گنجانیدن حقوق اجتماعی رخ داد. حقوق تضمین شده مندرج در این دیباچه بعنوان قواعد فراقانونی، معیاری برای کنترل در نظر گرفته شده است.

1- Contrôle de Conformité.

2- Compatibilité de Contrôle.

دشوار نیست. ولی در خصوص نظامنامه‌های مجلس ملی و مجلس سنا، شورا باید آنها را با قانون اساسی، قوانین ارگانیک و فرامین اصل ۹۲ قانون اساسی مطابقت دهد و همچنین محتوای آن را از حیث انطباق با قوانین فراتر و حتی برد معنایی آن را که از حیث مفهوم و مدلول موافق با قانون اساسی باشد، بررسی کند.

نظارت اختیاری شورا مربوط به عهدنامه‌ها و قوانین عادی است. طبق اصل ۵۴، رئیس جمهوری، نخست وزیر و هر یک از روسای دو مجلس می‌توانند معاهدات و موافقت‌نامه‌های بین‌المللی را پیش از تصویب برای اعلام نظر به شورای قانون اساسی تسلیم دارند. اگر شورا نظر دهد که عهدنامه متضمن مقرراتی خلاف قانون اساسی است، دیگر نمی‌توان آن را تصویب کرد مگر بعد از بازنگری قانون اساسی.

در باب قوانین عادی، بند دوم اصل ۶۱ قانون اساسی به چند مقام معین اجازه داده است که بتوانند قانون عادی را پیش از امضاء و انتشار به شورای قانون اساسی ارجاع دهند. این مقامات بقرار زیرند:

- ۱- رئیس جمهوری ۲- نخست وزیر ۳- رئیس مجلس ملی ۴- رئیس مجلس سنا
- ۵- شصت نفر از سناتورها و شصت نفر از نمایندگان مجلس ملی.^(۱)

در موارد فوق شورای قانون اساسی باید در یک مهلت یک ماهه نظر مصوب خود را اعلام کند مگر آنکه بر حسب درخواست دولت و فوریت مسأله، این مهلت به هشت روز تقلیل یابد. بهر تقدیر بمحض آنکه قانون تسلیم شورای یاد شده گردد، یعنی عمل ارجاع تحقق یابد، مهلت امضاء و انتشار معلق باقی می‌ماند.

اگر مقرره‌ای از سوی شورا خلاف قانون اساسی اعلام شود، نه می‌تواند امضاء شود و انتشار یابد و نه قابل اجرا خواهد بود. تصمیمات شورای قانون اساسی غیر قابل پژوهش و آثار آن متوجه قوای عمومی و کلیه مقامات اداری و قضائی است.

۳-۳- نظارت بر قوانین (قضاوت دستوری): حقوق اساسی آلمان

بر اساس قانون پایه‌ای سال ۱۹۴۹ حق کنترل قوانین به دیوان قانون اساسی سپرده شده است که در بالاترین مرتبه سلسه مراتب دادگاه‌های آلمان واقع شده است. این دیوان متشکل از بیست و چهار عضو است که هر مجلس دوازده نفر از آنها را انتخاب می‌کند.

لکن باید لزوماً هشت نفر از آنها از قضات فدرال حرفه‌ای باشند. مدت عضویت آنها ۱۲ سال است. دیوان قانون اساسی از دو شعبه تشکیل می‌یابد که هر دو از استقلال کامل برخوردار و صلاحیت هر کدام از شعب طبق قانون مصوب ۱۲ مارس ۱۹۵۱ بدقت معین شده است.

دیوان مزبور دارای پنج صلاحیت به شرح زیر است:

یک - درجهت حفظ نظم دموکراتیک و لیبرال

این صلاحیت یکی از حساس‌ترین جنبه‌های عملکرد یک ارگان قضاوت دستوری است. بدین معنی که باید اعمال اساساً سیاسی را در چهارچوبه قضائی قرار داده نسبت به آن تصمیم‌گیری کند. وظیفه فوق‌اندیشه نظارت بر قوانین را تا آنجا گسترده است که ارگان مسئول باید بعنوان حافظ رژیم موجود آلمان عمل کند. در این باب در چهار مورد به تصمیم‌گیری می‌پردازد: اول، در موردیکه حقوق پایه‌ای فرد به گونه‌ای مورد استفاده قرار گیرد که به نظم دموکراتیک و لیبرال لطمه وارد کند. از آنجا که ممکن است در این میان حقوق فردی و آزادی‌های عمومی به بهانه «نظم» زیر پا نهاده شود یا اینکه طرح مسأله در دیوان بصورت بی‌رویه‌ای صورت گیرد، قانون تنها بوند ستاگ، هیأت دولت فدرال و دولتهای ایالات را برای ارجاع امر به دیوان قانون اساسی مجاز شناخته است. دوم، آنکه دیوان مذکور می‌تواند حزبی را با این اتهام که رژیم دموکراسی و نظم موجود را بمخاطره افکنده است، خلاف قانون اساسی و غیر مجاز اعلام کند.^(۱)

۱- بر این اساس بود که در سال ۱۹۵۱ حزب نئونازی و در سال ۱۹۵۶ حزب کمونیست آلمان را خلاف قانون اعلام کرد. زیرا نظم دموکراتیک و لیبرال رژیم آلمان را با افراطی‌گریهای راستی و چپی به‌خطر انداخته بودند.

۱- رجوع شود به متن متمم قانون اساسی شماره ۷۴-۹۰۴ مصوب ۲۹ اکتبر ۱۹۷۴. در متن اصلی ۱۹۵۸ سناتورها و نمایندگان حق ارجاع امر به شورای قانون اساسی را نداشتند و مقامات ارجاع دهنده محدود بودند به رئیس جمهوری، نخست وزیر و روسای دو مجلس.

سوم، اینکه دادگاه می‌تواند بر اساس شکایت شهروندان، شهرداری‌ها یا گروهی از کمون‌ها در باب سرپیچی از حقوق اساسی تضمین شده دست به صدور رأی بزند. چهارم، اینکه دیوان قانون اساسی می‌تواند نسبت به قضات فدرال در صورتی که خلاف اصول قانون پایه‌ای فدرال یا نظم اساسی ایالات عمل کرده باشند، بصورت دادگاه انتظامی به صدور حکم بپردازد.^(۱)

دو - در جهت حفظ سلسله مراتب قواعد حقوقی

در این باب دو گونه روش در حقوق آلمان در پیش گرفته شده است. طبق روش اول اگر حکومت فدرال، حکومت یکی از ایالات یا یک سوم از اعضای پارلمان از دیوان بخواهند که نسبت به انطباق حقوق فدرال یا حقوق یکی از ایالات با حقوق پایه‌ای فدرال رأی دهد، دیوان می‌تواند عدم انطباق آنها را بی‌آنکه به لغو آنها بپردازد، اعلام کند. طبق روش دوم در صورتی که در برابر یکی از دادگاه‌ها موضوع خلاف قانون اساسی بودن قانون عادی مطرح شود، قاضی دادگاه می‌تواند از دیوان قانون اساسی بخواهد تا نسبت به آن نظر خود را اعلام نماید.

سه - در جهت تضمین ساختار فدرالی دولت

بر اساس بند سوم اصل یکصد و یکم قانون پایه ای، دادگاه قانون اساسی برای حفظ وحدت تفسیر قانون پایه‌ای صلاحیت دارد. از آنجا که در هر ایالت دادگاه قانون اساسی ایالتی برای انطباق قوانین ایالتی با قانون اساسی ایالت صالح است و همچنین می‌تواند بر حسب درخواست دادگاه ایالتی قانون اساسی فدرال را تفسیر کند، لذا وجود وحدت تفسیر در این کشور از اهمّ امور است. دیگر اینکه در صورت اختلاف بین دولت فدرال و دولت ایالتی راجع به تفسیر قانون اساسی، دادگاه قانون اساسی بر حسب درخواست یکی از آنها می‌تواند نظر قاطع خود را اعلام دارد.

چهار - در جهت فصل اختلافات نهادها

در موردی که بین رئیس جمهوری فدرال، پارلمان فدرال، شورای فدرال و هیأت

دولت فدرال اختلافی رخ دهد، دادگاه قانون اساسی برای فصل اینگونه اختلافات صلاحیت دارد.

پنج - در جهت نظارت بر انتخابات

در این باب نیز دادگاه قانون اساسی بالاترین مرجع قضائی برای صدور رأی در مورد صحت جریان انتخابات است.^(۱)

۴-۳- نظارت همه جانبه شرعی و دستوری: حقوق اساسی ایران

اندیشه قضاوت دستوری در جهت کنترل قوانین در قانون اساسی ۱۲۸۵ و ۱۲۸۶ سابقه ندارد. لکن فکر بررسی تطابق قانونگذاری با موازین شرعی اسلام در قانون اساسی یاد شده وجود داشته است. می‌توان گفت که قانون اساسی جمهوری اسلامی مبدع نظارت همه جانبه بر قوانین بشمار می‌آید و ایجاد رکنی بسیار مهم بنام شورای نگهبان که تلفیق اصل دوم (طراز) متمم قانون اساسی ۱۲۸۶ و شورای قانون اساسی فرانسه ۱۹۵۸ باتصرفات معینی است، موید اراده قانونگذار برای حفظ و حراست احکام اسلام و همچنین اصول قانون اساسی می‌باشد.

اولاً، کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزائی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید بر اساس موازین اسلامی باشد (اصل چهارم قانون اساسی ۱۳۵۸). دامنه و برد این اصل حاکم بر کلیه شبکه قانونگذاری کشور است، بطوریکه بر اطلاق یا عموم اصول قانون اساسی نیز سرایت دارد.^(۲) ثانیاً در اصل هفتاد و دوم نیز تأکید شده است که مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد. بنابراین بر مأخذ این

۱- در مورد سازمان و اختیارات دادگاه قانون اساسی رجوع شود به فصل نهم قانون پایه‌ای ۱۹۴۹، قوه قضائیه، اصول ۹۲، ۹۳ و ۹۴.

۲- برای بحث و بررسی بیشتر در خصوص اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی، رجوع شود به مقاله تحقیقی حجة الاسلام و المسلمین آقای سید محمد خامنه‌ای در مجله کانون وکلای دادگستری، شماره ۴، دوره

دو اصل و مستفاد از سایر اصول، دو امر نظارت شرعی و نظارت حقوقی در جهت اینکه قوانین و مقررات کشور منطبق با اسلام، مذهب رسمی کشور و قانون اساسی باشد از اهم مساعی قانونگذاری جمهوری اسلامی بوده است.

لذا طبق اصل ۹۱، به منظور پاسداری از احکام اسلام و قانون اساسی، از نظر عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با آنها، شورائی بنام شورای نگهبان تشکیل می‌شود. این شورا مرکب از دوازده عضو است که شش نفر آنها از فقهای عادل و آگاه به مقتضیات زمان و مسائل روز و شش نفر بقیه از حقوقدانان مسلمان در رشته‌های مختلف حقوقی خواهند بود. مدت عضویت شش سال خواهد بود که در نخستین دوره نیمی از اعضای هر گروه (فقیه و حقوقدان) به قید قرعه تغییر می‌یابند. گروه فقها همه به انتخاب مقام رهبری منصوب می‌شوند و گروه حقوقدانان بنا به معرفی رئیس قوه قضائیه به مجلس شورای اسلامی و با رای مجلس انتخاب می‌گردند.

براساس اصول نود و سوم و نود و چهارم اصرار قانونگذار بر این بوده است که (کلیه) مصوبات مجلس باید از نظر شورای نگهبان بگذرد و مجلس شورای اسلامی بدون وجود شورای نگهبان اعتبار قانونی ندارد^(۱) مگر در دو مورد: ۱- تصویب اعتبارنامه نمایندگان، ۲- انتخاب شش نفر حقوقدان اعضای شورای نگهبان. بهر حال شورای نگهبان باید ظرف ده روز از تاریخ وصول مصوبه آن را از هر دو نظر بالا مورد بررسی قرار دهد. در صورت عدم مغایرت با شرع و قانون اساسی این مصوبات قابل اجرا خواهند بود وگرنه برای تجدید نظر به مجلس بازگردانده می‌شوند. اگر مهلت ده روزه از لحاظ شورای نگهبان کافی بنظر نرسید، شورای مذکور می‌تواند برای ده روز دیگر استمهال

۱- قاعداً منظور از (عدم اعتبار مجلس شورای اسلامی) بدون وجود شورای نگهبان، (مصوبات مجلس) است نه (خود مجلس). زیرا قاعداً وقتی انتخابات انجام شد و اعتبار نامه اکثریت مطلق نمایندگان به تصویب مجلس رسید اعتبار مجلس شروع می‌شود و حتی از ظاهر اصل شصت و پنجم برمی‌آید که با حضور دو سوم مجموع نمایندگان رسمیت می‌یابد. منتها مصوبات این مجلس زمانی اعتبار دارد که طبق روش اتخاذی قانون اساسی به نظر موافق شورای نگهبان برسد.

کند (اصل نود و پنجم). قانونگذار برای تسریع در امور تقنینی، طبق اصل نود و هفتم، امکان حضور اعضای شورای نگهبان در مجلس را پیش‌بینی کرده است تا ضمن استماع مذاکرات با آمادگی بهتری بتوانند نسبت به مصوبه قانونی اظهار نظر کنند. ذکر فعل (می‌توانند) نشان می‌دهد که حضور اعضای شورای نگهبان برای استماع مذاکرات «اختیاری» است. ولی در عبارت بعدی نوع حضور «اجباری» را نیز قانون اساسی قید کرده است: اما وقتی طرح یا لایحه فوری در دستور کار مجلس قرار گیرد، اعضای شورای نگهبان (باید) در مجلس حاضر شوند و نظر خود را اظهار نمایند (اصل نود و هفتم).

از مشخصات اصیل شورای نگهبان مطالب زیر را باید برجسته کرد: اولاً با آنکه شورای مذکور طبق قواعد حقوقی رکن رکین کنترل قوانین است و خود خصلت قانونگذاری ندارد و تصویب کننده نیست، بلکه مرجع صدور نظریات فنی و دارنده گونه‌ای حق وتوی تعلیقی است و لذا نمی‌توان آن را مجلس دوم نامید، معذک باید در کلیه مصوبات مجلس اظهار نظر نماید و انطباق این مصوبات را از هر دو دید شرعی و حقوقی مورد بررسی قرار دهد. لذا همچون تکمله‌ای برای قانونگذاری در نظر گرفته شده و حتی اصول مربوط به این شورا زیر فصل ششم که مربوط به قوه مقننه می‌باشد، تنظیم گردیده است. ثانیاً جواز عدم مغایرت با موازین شرعی توسط شش نفر فقهای شورا صادر می‌شود یا اگر تعارضی دیده شود، توسط این گروه اعلام می‌گردد. در صورتی که قضاوت دستوری یا انطباق قانون عادی با اساسی منوط به تصمیم هر دو گروه (۱۲ نفر) عضو شورای نگهبان است.

اساساً مصوبات شورا لازم‌الاجرا است و مجلس شورای اسلامی باید نظر شورا را رعایت کند، مگر در مورد تعارض بین شورا و مجلس که مجمع تشخیص مصلحت با تصمیم قاطع خود مسأله را حل و فصل خواهد کرد (اصل یکصد و دوازدهم).

شورای نگهبان علاوه بر نظارت مستمر و دامن‌دار بر قوانین عادی، دارای وظایف بسیار مهم دیگری نیز هست که مجموعاً این ارگان را یکی از پایه‌ای‌ترین تنظیمات قانون

یکی اینکه این شورا مفسر قانون اساسی است. در اصل نود و هشتم از شیوه تفسیر یعنی آئین ارجاع و مقامات رجوع‌کننده سخنی بمیان نیامده است و فقط گفته شده که عمل تفسیر قانون اساسی باتصویب سه چهارم اعضای این شورا انجام می‌گیرد.

دوم، شورای نگهبان بر انتخابات مجلس خبرگان رهبری، ریاست جمهوری، مجلس شورای اسلامی، مراجعه به آراء عمومی و همه پرسی نظارت دارد. این کار ویژه به اختیارات شورای قانون اساسی فرانسه در مورد نظارت بر انتخابات مختلف این کشور شباهت فراوانی دارد.

سوم اینکه شورای نگهبان، قانون مربوط به تعداد و شرائط خبرگان، کیفیت انتخاب آنها و آئین نامه داخلی جلسات آنان را برای نخستین دوره تهیه و به تصویب می‌رساند تا پس از تصویب نهائی رهبر انقلاب به مرحله اجرا گذارده شود (اصل یکصد و هشتم). با این تعبیر در خصوص تشکیل و ترکیب و شرائط انتخابات و نظامنامه داخلی شورای خبرگان، شورای نگهبان جنبه قانونگذاری استثنائی یافته است.

چهارم، صلاحیت داوطلبان ریاست جمهوری از جهت دارا بودن شرائط مندرج در قانون اساسی قبل از انتخاب باید به تأیید شورای نگهبان برسد (بند ۹ از اصل یکصد و دهم).

پنجم، در صورت فوت یا کناره‌گیری یا عزل رهبر همچنین ناتوانی وی از انجام وظائف و تعیین و معرفی رهبر جدید توسط خبرگان یکی از فقه‌های شورای نگهبان، به انتخاب مجمع تشخیص مصلحت نظام به همراهی رئیس جمهوری و رئیس قوه قضائیه، همه اختیارات رهبری را موقتاً در دست خواهند داشت (اصل یکصد و یازدهم).

ششم، طبق اصل یکصد و بیست و یکم، مراسم اتیان سوگند رئیس جمهوری در مجلس شورای اسلامی و با حضور رئیس قوه قضائیه و شورای نگهبان انجام خواهد گرفت.

هفتم، در خصوص بازنگری قانون اساسی نیز شورای نگهبان در شورای بازنگری

جای بسیار مهمی اشغال می‌کند. زیرا کلیه اعضای دوازده نفری آن در شورای مذکور عضویت خواهند داشت.

هشتم، در زمان جنگ و اشغال نظامی کشور توقف موقتی انتخابات در نقاط اشغال شده پس از پیشنهاد رئیس جمهوری و تصویب سه چهارم مجموع نمایندگان مجلس باید به تأیید شورای نگهبان برسد. (اصل شصت و هشتم).

نهم، مصوبات جلسات غیر علنی که در شرایط اضطراری و برای رعایت امنیت کشور تشکیل می‌شوند، در صورتی معتبر خواهند بود که با حضور شورای نگهبان به تصویب سه چهارم مجموع نمایندگان برسد (اصل شصت و نهم).

دهم، طبق اصل هشتاد و پنجم، تشخیص عدم مغایرت مصوبات دولت با احکام مذهب رسمی کشور و قانون اساسی نیز در صورتیکه اجازه تصویب آنها از سوی مجلس شورای اسلامی به دولت داده شده باشد، به عهده شورای نگهبان است.

با ملاحظه رئوس اختیارات و وظائف مختلف شورای نگهبان و گستره عملکرد این شورا از خلال کلیه فعالیت‌های تقنینی، اهمیت این رکن در صورت بندی رژیم کشور به خوبی هویدا می‌شود. ولی با این همه باید وظیفه نظارتی این شورا را از همه وظایف دیگر اصلی‌تر تلقی کرد. بویژه آنکه با وجود قرار نگرفتن این شورا در کالبد نظام قضائی و ترکیب اعضای آن معذک در زمینه کنترل قوانین کار شورا ماهیتی قضائی دارد و به قول علمای حقوق نوع این عملکرد «قضاوت دستورنامه‌ای» است.

گفتار سوم:

« سیر تاریخی منابع حقوقی در اسلام »

نوشته: شفیق شحاته

استاد دانشکده حقوق و اقتصاد و علوم اجتماعی پاریس

پیشگفتار

کتاب "بررسی‌های حقوق اسلامی" اثر شفیق شحاته، استاد دانشکده حقوق و اقتصاد و علوم اجتماعی پاریس و متخصص در علوم اسلامی از زمره کتب ممتعی است که در رشته اسلام‌شناسی، به زبان فرانسه برشته نگارش درآمده است. ما در این برهه، تنها فصل مربوط به سیر تاریخی منابع اسلامی آن را، نه به قصد کشیدن آب دریا بل به قدر تشنگی برگزیدیم و به زبان پارسی برگرداندیم، به این امید که بتواند در توسعه مطالعات حقوق اسلامی به معنای موسع آن، هر چند ناچیز ولی اثری داشته باشد.

این اثر بنا به گفته پروفیسور میشل آلیو MICHEL ALLIOT مدیر گروه حقوق و اقتصاد کشورهای آفریقائی "در پیشگفتار کوتاهی که بر کتاب نوشته است" برداشتی جدید از حقوق اسلامی بشمار می‌آید، از آن رو که با روش‌های سنتی که همانا عرضه کردن تفکرات علمای پیشین و بحث و بررسی در باب آنهاست، قطع رابطه کرده است. شیوه علم تاریخ را که در روزگار ما مرسوم است، در این بررسی‌ها بکار گرفته، به نخستین سرچشمه‌ها بازگشته و با وسواس ویژه علمی این نظام حقوقی را که در قرون دوم و سوم هجری شکل گرفته، در زیر ذره‌بین دانش امروزی گذاشته تا تحول افکار را از خلال آثار فقها از آغاز تا عصر جدید دنبال کند.

باید توجه داشت که مؤلف محترم یا به سبب داشتن مذهب اهل تسنن و یا دسترسی بیشتر به منابع فقهی عامه از طریق زبان عربی، طبعاً شاهین بررسی را به سوی مذاهب اربعه تمایل داده است و لذا با این سیاق آنگونه که باید و شاید بر فقه شیعه تکیه نکرده است.

از آقایان دکتر محمدی و دکتر جعفری لنگرودی استادان فاضل حقوق اسلامی، صمیمانه سپاسگزاریم و بویژه کمک آنها را در برگرداندن درست اعلام و اسامی، خاضعانه ارج می‌نهیم. با اینهمه برخی از این اسامی را به سبب عدم دسترسی به املاء عربی آنها به همان املاء لاتینی می‌آوریم، تا در فرصتی دیگر و با دقت بیشتر املاء این اسامی را یافته و در چاپهای بعدی کتاب برای تکمیل متذکر شویم.

ضمناً از آنجا که برخی از مطالب عنوان شده توسط مؤلف محترم نیازمند به توضیحات روشنگرانه‌ای در زیر صفحات بود تا مبدا سوء تفاهمهایی در اذهان پدید آید، این مهم با کمک همکار و دوست صاحب نظر و دانشمند جناب دکتر جعفری لنگرودی به انجام رسید. ضمن سپاس و قدردانی از این همکاری بی‌شائبه هر کجا که مطلبی از سوی ایشان در زیر نویس آمده است با علامت "ج" نشان داده شده است.

مطالبی را که باید در این چشم انداز تاریخی بگونه شتابزده‌ای بررسی کنیم، چنین است: چگونه نظام حقوقی اسلامی زائیده شده و چگونه در بستر قرون و اعصار تطور پذیرفت؟

الف - دوره آغازین

پیامبر اسلام حضرت محمد بن عبدالله (ص)، نخستین گرفته‌های خود را از منبع وحی، در حدود سال ۶۱۲ میلادی اعلام کرد. پیام‌ها تقریباً حدود بیست سال بگونه متوالی ادامه یافتند و با رحلت پایه‌گذار دین مبین، یعنی در سال ۶۳۲ که مقارن با سال یازدهم هجرت بود، پایان پذیرفتند. دعوت پیامبر در مکه آغاز و سپس در تاریخ ۶۲۲ در شهر مدینه یعنی جایی که جماعت مسلمین هنگام مهاجرت (هجرت) که مبنای تاریخ اسلام است، بدان روی آوردند، دنبال گردید.

مجموعه این پیام‌ها، کتاب مقدس اسلام یعنی قرآن مجید را تشکیل می‌دهد. می‌دانیم که قرآن تنها مشتمل بر شماری از آیات با خصیصه کاملاً حقوقی نیست.^(۱) بلکه بطور کلی دستورها و توصیه‌های قرآن بیشتر خصلت اخلاقی و معنوی دارد.

امتی که مبانی اعتقادی نوین را پذیرفت، به فرا سوی مرزهای شبه جزیره عربستان دامن گسترد و توسعه یافت. در سال ۶۶۰ میلادی، سلسله اموی، نظام پادشاهی عرب را به پایتختی دمشق، در سوریه به وجود آورد. آنگاه مرکز ثقل این حکومت به بغداد در عراق منتقل گردید، یعنی همانجایی که عباسیان (در سال ۷۵۰) امپراطوری خود را که به تمدن اسلام شکوفائی کامل بخشید، بنا نهادند.

فقط در این هنگام است که ما شاهد ایجاد یک نظام حقوقی اسلامی کاملاً نظم و نسق یافته‌ای خواهیم شد. نخستین اثر تألیفی عمیق که بدست ما رسیده است، محصول پایان قرن دوم هجری است. لذا این پرسش به ذهن متبادر می‌شود که در دو قرن اول اسلام چه گذشته است؟

تاریخ نگاران، برای حل این مسأله، ده‌ها سال به بررسی پرداخته‌اند. لکن، منابع بگونه‌ای نیستند که بتوان از خلال آنها پاسخ خرسند کننده‌ای به دست آورد. گوئی هنوز هم شرق شناسان اسلامی در میان تاریکی و ابهامی بزرگ به سر می‌برند. ولی با این

۱- تعداد پانصد آیه که جنبه فقهی و حقوقی دارد، از سوی محققان بطور جداگانه بنام عمومی آیات الاحکام

ندوین و مورد بررسی قرار گرفته است. (ج)

همه، چند نقطه عطف مهم بدست آمده است.

پیش از ظهور بنی امیه، ظاهراً کاری در جهت پایه گذاری یک نظام کاملاً حقوقی انجام نشده است. گاهگاه مؤلفان کلاسیک، شماری از این راه حل ها را به کسانی که در زمان پیامبر می زیسته اند نسبت می دهند، بهمان گونه که پاره ای از پاسخ ها را به شخص پیغمبر اکرم (ص)، زیر عنوان "حدیث" یا گفته ها منسوب می نمایند. در عمل چنین به نظر می رسد که هیچ سنتی در باب مسائل کاملاً حقوقی را نمی توان اصیل به شمار آورد. از سوی دیگر راه حل هایی را که به صحابه پیغمبر (ص) نسبت داده شده است، نمیتوان به دوره هایی که این اشخاص می زیسته اند، مربوط دانست. ظاهراً چنین دیده می شود که مؤلفان پیش از کلاسیک یا کلاسیک برای قبولاندن عقاید یا راه حل های خود کوشش کرده اند تا برای باورهای فقهی خود مبانی منصوصی فراهم آورند یا آنها را متکی بر سندیت گفته های صحابه پیغمبر سازند. به همین سبب است که صاحب اثران حنفی گاهی اوقات نام ابن مسعود (متوفی به ۳۲ هجری) را می آورند و نویسندگان مالکی عقاید خود را سبتی بر ابن عمر (متوفی به ۷۲ هجری) میدانند. در این مورد تدابیری بکار گرفته شده است که بزودی چگونگی آن مکشوف میگردد.

عملاً در سرامر جریان قرن اول اسلام، حتی نطفه نظام حقوقی اسلام بسته نشده بود.^(۱) لذا جماعت مسلمین در این مدت ظاهراً زیر سلطه حقوق عرفی که هنوز در نواحی گوناگون، مانند حجاز و عراق مجری بود به سر می بردند.

هنگامی که نظام سلطنتی عربی بنی امیه تشکیل شد و دولت اسلامی توانست شکل بگیرد، به قانونی احساس نیاز شد که بتواند نهادهای بی شمار موجود را در کشوری پیشرفته مانند سوریه که رنگ یزانس بخود گرفته بود، پاسخگو باشد. قضاتی که خلفای اموی منصوب کرده بودند، در برابر اوضاعی قرار گرفتند که طبعاً نظم و انتظام می خواست. اینان قضاوت خود را بر مأخذ قواعدی که تا آن وقت مجری بود قرار دادند،

ولی به این واقعیت نیز توجه داشتند که قدرت خود را از خلیفه اسلامی دارند و افزون بر آن، حقوق قابل اجرا باید حقوقی منطبق با وضع نوین بوده باشد.

با اینهمه باید گفت که تا این تاریخ علم حقوق اسلامی هنوز با معرضه هستی نگذارده بود.^(۱)

دکترین اسلامی که سنگ بنای علم حقوق اسلام را گذاشت تا فرا رسیدن سلسله عباسی در تاریخ ظاهر نشد. ولی در این هنگام ملاحظه می شد که این علم با شکل تکاملی و تجسد یافته خود وجود دارد. یعنی نشان می دهد که قبلاً تلاشی که در این باب انجام شده ظاهراً از آغاز قرن دوم هجری آغاز گردیده است.

فقه اسلامی بدانگونه که اثر شیبانی (متوفی بسال ۱۸۹ هجری) بر ما آشکار می کند، بی مقدمه شکوفا نشده است. پس شیبانی از کجا توانسته است، نظام خود را استخراج کند؟ البته شیبانی خود را رسماً متعلق به مکتب ابوحنیفه (متوفی بسال ۱۵۰ هجری) میدانند که پایه گذار نظام حقوقی است که به نام حنفی مشهور است. شیبانی با ابوحنیفه نام ابویوسف (متوفی بسال ۱۸۰ هجری) را نیز متذکر میشود. البته گاهی از زفر (متوفی ۱۵۸ هجری) نیز که یکی از ستون های اصلی فقه حنفی به شمار می آید نام می برد، در حالی که نظرات وی بگونه ای پراکنده در دسترس قرار گرفته است.^(۲)

کلیه این نامهایی که در سنت پایدار مانده و بعنوان نخستین مؤلفان حنفی چهره خود را نشان داده اند، به تنهایی نمی توانسته اند، ناگهانی مجموعه این نظام حقوقی را که نمایشگر فقه حنفی است، خلق کنند.

در عمل با بررسی متون حنفی اسامی دیگری نیز ظاهر می شوند مانند: حامد بن ابی سلیمان (متوفی بسال ۱۲۰ هجری) و همچنین قاضی ابن ابی لیلا (متوفی بسال ۱۴۸ هجری). و پیش از اینها نام ابراهیم النخعی (متوفی بسال ۹۶ - ۹۵ هجری) بمثابه نام یک پیشقراول برده می شود. پس باید پذیرفت که نسلهائی از حقوقدانان پیش از شیبانی

۱- با توجه به شماره (۱) وضع این نظر نیز خالی از اشکال بنظر نمی رسد. (ج).

۲- زفر و محمد بن حسن شیبانی و ابویوسف هر سه از شاگردان طراز اول ابرحنیفه بوده اند. (ج).

۱- عقیده عامه مسلمین چنین نیست. زیرا، با ندوین و ضبط احادیث درست و مستند که راویان آنها شناخته

شده هستند، رابطه نظام حقوقی را از راه کوشش و تلاش پیروانه در علم فقه پرورگار وحی رسانده اند. (ج).

میزیسته و در پایه گذاری نظامی که عنوان حنفی به خود نگرفته بود، مشارکت داشته‌اند.

این فقها متعلق به مکتبی بوده‌اند که بنام مکتب عراق و بویژه مکتب کوفه معروف بود.

بدینسان از این واقعیت آگاهی می‌یابیم که نظام مشهور به حنفی چیزی جز تبلور حقوق برخاسته از عراق نیست که به علت مداخله همین حقوقدانان که آثار انکارناپذیر آنان موجود است، با نیازهای جامعه اسلامی سازگار گردیده است و حقوق عراق نیز در پایان کار به ابوحنیفه اتصال یافت و عنوان حنفی بخود گرفت.

در همین اثنا (حدود همین تاریخ) که حقوق به اصطلاح حنفی شکل می‌گرفت، استخوان بندی فقه دیگری بنام مالکی استحکام یافت. این مکتب را به مالک (متوفی بسال ۱۷۹ هجری) که پایه‌گذار آن شناخته شده است، نسبت می‌دهند. لکن عملاً، همانطوری که در باب فقه حنفی صادق است، راه حل‌های به اصطلاح مالکی را گاهی به مؤلفانی منسوب میدارند که همانند مالک و حتی پیش از او در مدینه می‌زیسته‌اند. در بیشتر اوقات اشاره موفوری به "فقه‌های سبعة مدینه" مثلاً سعید بن المسیب (متوفی بسال ۹۴ هجری) که یکی از مشهورترین آنهاست، می‌شود. همچنین باید نام ظهري (متوفی بسال ۱۲۴ هجری) را نیز در اینجا بیاوریم.

این مؤلفان گوناگون، عرف موجود در مدینه را بگونه‌ای شکل داده‌اند که با اعتقادات و باورهای اسلامی سازگار باشد. عرف متعلق به مدینه رسماً چون سرچشمه فقه مالکی شناخته شده است. بزبان دیگر فقه مالکی در عمل چیزی نیست جز یک عنوان جدید برای نظام حقوقی که بنام نظام مدینه مشهور است که همواره پیش از تأسیس مکاتب در نقطه مقابل نظام عراقی قرار داشته است.

اینها داده‌هایی از موضوع پایه گذاری حقوق اسلامی در جریان دو قرن نخستین اسلام است.

لکن باید اعتراف کرد که با وجود این نقاط شناسائی، باز هم باید مراحل گوناگونی را که به موجودیت یک فقه اسلامی کامل رهنمون گردیده و گاهی حنفی و زمانی مالکی نامیده شده است، بازسازی کنیم. دست آورد نسل‌های بعدی را نمیتوان به سهولت

بگونه دقیق و روشنی مشخص کرد. به همین سبب است که پیوسته از اسرار تولد حقوق اسلامی سخن بمیان می‌آید.

ب - دوره پیش از کلاسیک

دوره‌ای را "پیش از کلاسیک" میخوانیم که در طول آن تألیفات اساسی (در زمینه حقوق اسلامی) پای به عرصه وجود نهاده‌اند. ولی فراموش نکنیم که اگر با این گردآوریه‌ها، تاریخ حقوق اسلامی آغاز می‌شود، حقیقت این است که جوشش این آثار تألیفی در آغاز قرن دوم هجری ملازمه با شناخت تاریخ بروز و ظهور آن دارد که متأسفانه برای ما بدرستی شناخته شده نیست. آثار و مؤلفات قرن دوم، اعلام پایان تحول دوره پیشین است و از نظرگاه تاریخی پایگاه حقوق اسلامی را تثبیت می‌کند. از آن پس تاریخ حقوق اسلامی با تاریخ نظام‌بندی اعتقادی اسلام با هم درمی‌آمیزند. در جریان قرون و اعصار، در کلیت حقوق اسلامی تحولی حاصل نمی‌شود. ما از اثبات این نکته نباید هراسی به خود راه دهیم که عصر این به اصطلاح پایه‌گذاران مکاتب نباید به عنوان آغاز تحول بشمار آید، بلکه باید بگوئیم نمودار پایان آن است.

با وجود اینها و با ملاحظه این واقعیت که حقوق اسلامی به آن ترتیبی که در برابر دیدگان ظاهر میشود، حدود ده قرن دوام داشته و با وجود پایان گرفتن دوره آغازین تاریخی خود به صورت آثاری در سراسر این بستر تاریخی و در گستره همه ممالک اسلامی بال و پر گسترانده است، لذا باید خطوط تاریخ این دکترین را در این متن رسم نمائیم. عصر "بنیان‌گذاران" را بمثابة دوره پیش از کلاسیک تلقی می‌کنیم و این به سبب نهضتی است که در جهت خلق آثار و ادبیات فقهی پا گرفته است. ولی دوره‌ای را که بدنال آن می‌آید و در طول قرن چهارم تا ششم هجری جریان می‌یابد، عصر کلاسیک میخوانیم، زیرا آثار تصنیف شده در این دوره، حقوق اسلامی را در آفرینه‌های گوناگون مشروحاً به نمایش می‌گذارد و تبیینات و توجیهاتی را که موجد ساختمان دکترین اسلامی است، بدان می‌افزاید. از قرن هفتم به بعد، کار بیشتر مؤلفان، منحصر به شرح و تفسیر آثاری است که به نوشته‌های کلاسیک اشتها یافته‌اند. این همان عصری است که

اگر به دوره پیش از کلاسیک بازگردیم، یعنی عصری که با قرون دوم و سوم هجری تقارن دارد، نخستین نتیجه‌گیری آن خواهد بود که در تاریخ دکتربین اسلامی دوره تعیین کننده‌ای است.

در این زمان است که دو نظام فقهی مخالف یعنی فقه عراق و فقه حجاز جای خود را به ترتیب به مکتب حنفی و مالکی دادند.

همچنین در همین هنگام است که مکاتب دیگری در درون نظام سخت‌گیر سنی یعنی مکاتب شافعی و حنبلی شکل می‌گیرند.

افزون بر آن، در بین مکتب اهل تشیع یعنی تفرقه‌ای که در میان مسلمانان به علل سیاسی رخ داد، میتوان شکل‌گیری مکاتبی را بر حسب فرقه‌های مختلف بویژه مکاتب زیدی، امامی و اسماعیلی بچشم دید.^(۱)

در پایان، بیرون از فرقه‌های سنی و شیعی، نهضت دیگری با ویژگی سیاسی بنام خارجی‌گری مکتب مربوط به خود را زیر عنوان مکتب خارجی بوجود آورد.

در این دوره، واقعیت اساسی مسلط، همانا رویش مکاتب گوناگون است. مثلاً در کشور سوریه، در ابتدای این دوره الاوزاعی (متوفی بسال ۱۵۷ هجری) کوشید تا مکتب مستقلی را بنا گذارد. در عراق الثوری (متوفی بسال ۱۶۱ هجری) نیز بیهوده کوشید تا مکتب خاصی را ایجاد کند. بالاخره اقدام طبری (متوفی بسال ۳۱۰ هجری) را در آغاز قرن چهارم نیز باید خاطر نشان کرد.

این نهضت‌های گوناگون چه چیزی را می‌رسانند؟ آیا مثلاً میتوان نزد الاوزاعی سوری و سلف او مکحول الشامی (متوفی بسال ۱۱۶ هجری) نفوذ و تأثیر ناچیزی از حقوق عملی این بخش از جهان عرب را که در قرون متمادی از حقوق رمی استفاده شده بود

پیدا کرد؟ در این خصوص مسائل فراوانی وجود دارد که هنوز بدرستی کم و کیف آن روشن نیست.

ظاهراً در مکاتب باقیمانده سنی و شیعه از لحاظ حقوقی هیچ چیز نیست که این تنوع و چندگانگی را توجیه کند، مگر اختلاف کهن میان حجازی‌ها و عراقی‌ها. بی‌آنکه بخواهیم این فرضیه را که هر دو این نظام‌ها زیر بار نفوذ گوناگونی در جریان تهیه و شکل‌گیری قرار گرفته باشند انکار کنیم، ناگزیر این حقیقت را باید بپذیریم که هنگام شکل‌گیری آنها زیر عنوان حنفی و شافعی تفاوت‌های اساسی که آنان را از هم متمایز می‌کرد، بر جای ماند. توجیه این تفاوت‌ها و تبدیل آنها به ملاحظات نظری بعدها رخ داد و لذا مبین و تعیین کننده چیزی نیست. این ادعا که مالکی‌ها بیشتر به دلائل منقول و بویژه به سرچشمه‌های مکتوب بنام حدیث دلبسته‌اند، در حالی که حنفی‌ها بیشتر به استدلال آزاد و دادن راه حل‌های قیاسی که بی‌توجه به سندهای مکتوب بدان میتوان رسید گرایش دارند، هر چند که مورد پشتیبانی دکتربین اسلامی سنتی هم باشد، درست و معقول بنظر نمی‌آید. اختلاف میان "اصحاب حدیث" و "اصحاب رأی" که مبین عقیده آزاد بودند، یک دست آورد خالص اسلامی مدرسی است.^(۱) در زمینه حقوق، این اختلاف قابل قبول نیست و ما بعداً هنگام بررسی سرچشمه‌های حقوق اسلامی آن را به اثبات خواهیم رساند.

هنگامی که الشافعی (متوفی بسال ۲۰۴ هجری) سومین مکتب جزمی را در آغاز قرن سوم بنا می‌نهد، هیچ چیز جدیدی ابداع نکرده است، بلکه کوشیده است تا بین دو گرایش - البته با مزیت بخشیدن به گرایش مدنی (منسوب به مدینه) سازشی ایجاد کند. مکتب وی موفقیت بزرگی به دست می‌آورد و در گستره مناطق وسیعی از جهان اسلام شایع می‌شود. ولی ارمغان او به علم فقه اسلامی در محدوده اصول الفقه باقی می‌ماند.

۱- اصحاب حدیث یا مکتب حدیث شامل همه مکاتب غیرحنفی حتی شیعه است. و این دوگانگی بین اصحاب حدیث و اصحاب رأی با توجه به پیدایش مکتب آرائیون ریشه سیاسی دارد (حقوق اسلام، بخش قیاس، دکتر جعفری لنگرودی).

۱- البته تفرقه جنبه نسبی دارد و از آنجا که در دو طرف تفرقه دست کم دو گروه قرار می‌گیرند، همیشه در رابطه با محتوای مکتب یکی اصل و آن دیگری شاخه است. پس دیدگاه طرفین تفرقه نسبت به اصل و شاخه تفاوت می‌کند. (ج).

شافعی از اینجهت مبتکر این علم شناخته می‌شود که کتاب خود را به نام رساله بدان اختصاص داده است. این علم بیشتر به مسائل منطق خالص می‌پردازد و ما در صفحات بعد به شرح آن خواهیم پرداخت. این همان "ارزش شناسی"^(۱) علم فقه است. لکن هیچ چیز مثبتی به نفس علم حقوق هدیه نمی‌کند. فقه شافعی بهیچ ترتیبی زیر تأثیر این علم نظری قرار نگرفته است. خود الشافعی نظام عقیدتی نوین "مذهب جدید" را زمانی که در مصر سکونت گزید، تدریس میکرد. بگونه‌ای که راه حل‌های حقوق موضوعه نسبت به ملاحظات نظری وی که در کتاب اصول یا روش شناسی آمده است بیگانه مانده‌اند.

پایه‌گذار چهارمین مکتب که توسط اجماع اهل سنت شناخته شده و در نیمه نخستین قرن سوم زندگی کرده است، ابن حنبل (متوفی سال ۲۴۱ هجری) نام دارد. ابن حنبل در حالی که نظراً خود را به سنت پیغمبر نزدیک می‌دانست و این امر بسیار پر رنگ‌تر از مالکی‌ها و شافعی‌ها اعلام شده بود، معذالک خود بویژه یک محدث یعنی مؤلفی بود که عمر خود را وقف علم حدیث کرده بود و علم حدیث در درون نظامی است که بگونه بارزی التقاطی است. او استنباطات خود را گاهی از این و زمانی از آن اخذ میکرد و از ملاحظات مدرسی الهام می‌گرفت که هیچ ارتباطی با واقعیت زنده حقوق نداشت.

مکتب زیدی که خود وابسته به زید بن علی (متوفی به سال ۱۴۵ هجری) است به فقه حنفی مدیون است، درحالی که نظام مورد پذیرش اسماعیلیه بیشتر به فقه مالکی نزدیک میشود.

نمیتوان گفت که فقه اسلامی اهل تشیع بطور کلی مخالف با نظام تسنن است، زیرا حقوق اسلامی قبل از پیدایش مکاتب شیعی شکل گرفته بود.^(۲)

1- EPISTEMOLOGIE.

۲- حتی اهل سنت نیز قبول دارند که فقه شیعه به وسیله حضرت علی (علیه‌السلام) و احادیثی که از آن رهگذر بما رسیده است، بعنوان اولین مکتب حدیث جلوتر از سایر مکاتب شکل خاص خود را داشته است. تَلَمَّذَ

در پایان باید از مکتب تأسیس شده توسط داود بن خلف (متوفی سال ۲۹۰ هجری) یاد کرد که به اسم مکتب ظاهریه شهرت دارد و خود را به ظاهر سرچشمه‌های مکتوب متصل می‌کند. این مکتب در زمینه نظر، گرایش حنبلی را به پیش می‌راند، ولی در عمل به گرایش خارجی (خوارج) نزدیک است.

اینها مکاتبی بود که در جریان نخستین دوره تاریخ دکتربین اسلامی پای به عرصه وجود نهادند. پاره‌ای از آنها از میان رفتند و برخی دیگر باقی ماندند. سپس، دکتربین اسلامی در درون هر یک از مکاتب ضمن ادامه حیات خود بگونه‌ای یکسان گسترش یافت.

اسنادی که از این دوره آغازین به دست ما رسیده است، دارای اهمیت ویژه‌ای هستند. در این آثار است که دکتربین اسلامی سده‌های بعدی از همه علوم مربوط به حقوق استفاده برده است.

از مکتب حنفی که از همه مکاتب قدیمی‌تر است^(۱) و ما احتمالاً در صفحات بعدی بدان خواهیم پرداخت آغاز میکنیم، از ابن حنبل چیزی در دسترس نداریم. لکن نخستین شاگرد مستقیم او ابویوسف (متوفی سال ۱۸۲ هجری) کتابچه‌ای زیر عنوان الخراج یا مالیات زمین برای ما باقی گذاشته است که یک اثر حقوقی به معنای اخص کلمه است، ولی موضوع آن بیشتر مربوط به حقوق عمومی است.

بزرگترین اثر تألیفی فقه حنفی متعلق به شاگرد دیگر ابوحنیفه، شیبانی (متوفی سال ۱۸۹ هجری) است. نام این اثر میسوط یا رساله بزرگ الاصل (سرچشمه وریشه) است. فقط بخشی از این رساله که نخستین منبع برای مجموعه فقه حنفی است، به چاپ رسیده است. کتاب فروش از همین رساله را در سال ۱۹۴۵ در شهر قاهره به چاپ

مالک و ابوحنیفه از امام جعفر صادق (ع) مؤید این مطلب است. بعلاوه ابن خلدون در مکتب خود بویژه مخالفت با قیاس دنباله‌رو حضرت امام جعفر صادق (علیه‌السلام) است. (ج).

۱- به نظر نویسنده متن چنین است.

رساندیم و بقیه این کتاب هنوز بصورت دستنوشته باقیمانده است.^(۱)

ولی این فقیه پنج اثر دیگر نیز تألیف کرده است که مجموعه این آثار بوسیله مؤلفان حنفی بنام *ظاهر الروایه* نامیده شده است. بین این آثار، *الجامع الکبیر* (مجموعه بزرگ) و *الجامع الصغیر* (مجموعه کوچک) را که هر دو به چاپ رسیده‌اند، نام می‌بریم. به همین سیاق خاطر نشان می‌سازیم اثری بنام *السیر الکبیر* (حقوق جنگ) که به وسیله *مجید خدوری* (بالتیمور، ایالات متحده آمریکا ۱۹۶۶) به زبان انگلیسی ترجمه شده است. اضافه میکنم که این مؤلف اثری درباره فقه عملی تدارک دیده که شامل تدابیر و طفره‌هائی برای تلطیف شدت مقررات زیر عنوان *المخارج فی الحیل* (انتشارات شناخت لایپزیک ۱۹۳۰) می‌باشد.

از همین دوره، اثر دیگری بنام *حیل یا تدابیر که به الخصاف* (متوفی ۲۶۱) نسبت داده شده بدست ما رسیده است.^(۲)

در فقه مالکی پایه‌گذار این مکتب مجموعه احادیثی بنام *الموطاء* به ما هدیه کرده است. لکن اثر اساسی فقه مالکی که به شخص مالک نسبت داده شده است، مدونه نامیده میشود. در واقع، از این اثر ما روایت مغربی (مراکشی) *سحنون* (متوفی بسال ۲۴۰ هجری) که گویا از *ابن القاسم* (متوفی بسال ۱۹۱ هجری) دریافت داشته، در دست داریم. این کتاب در ۱۲۲۳ هجری در قاهره منتشر شد.

در فقه شافعی، تألیف بزرگ منسوب به پایه‌گذار مکتب زیر عنوان *الام* بدست ما

رسیده که گویا در سال ۱۳۲۱ هجری در قاهره انتشار یافته است.^(۱)

از پایه‌گذار مکتب حنبلی یعنی ابن حنبل تنها چیزی را که داریم، مسند است که مجموعه‌ای از احادیث می‌باشد. در حقوق شیعه *مجمع الفقه* از *زید بن علی* (میلان، انتشارات گریفینی ۱۹۱۹) اخیراً منتشر شده است.^(۲) لکن در اصالت این اثر عده‌ای شک کرده‌اند.

ج - دوره کلاسیک

آثاری که اولین منابع فقه اسلامی را تشکیل میدهند و به دوره‌ای مربوط می‌شوند که بنام دوره "پیش از کلاسیک" نامگذاری کرده‌ایم، غالباً مجموعه ساده‌ای از مسائل هستند. مسائل یکی پس از دیگری متوالیاً می‌آیند و به دنبال هر مسأله‌ای راه حل آن می‌آید که نه توجیه و نه تبیین گردیده است. مؤلفات اسلامی دست کم، با این صورت جلوه میکنند، همان مؤلفاتی که از جهت زمان شناختی نخستین آثار بشمار می‌آیند، بنام اصل یا سرچشمه نامیده میشوند. در اینجا مقصود رساله بزرگ شیانی است.

با این همه، مسائل مختلف طرح شده متعلق به موضوعات متفاوتی است. و لذا به این سبب است که زیر عنوان کتاب گروه‌بندی شده‌اند و هر کتاب به موضوع مشخصی پرداخته است، لذا کتاب "فروش" اصولاً مشتمل بر کلیه مسائلی است که در زمینه فروش حادث می‌شوند. ولی این کتاب‌ها برپایه یک نظام منطقی و پیش‌اندیشیده‌ای بدنبال هم نمی‌آیند. شاید دلائل تاریخی سبب آن شده باشد تا نظمی که در توالی این "کتب" می‌بینیم بوجود آمده باشد.

همچنین باید متذکر شد که نباید به دنبال تعریفی در این مجموعه‌ها دل خوش داشت. مقولات و مفاهیم مفروض و احتمالی هستند، و هرگز به تعریف نیامده‌اند. دیگر آنکه به مسائلی که راه حل آنها از لحاظ مؤلف روشن هستند، بهیچ وجه اشاره‌ای نشده

۱- معذالک، انتشار آن در حیدرآباد (هندوستان) انجام شده است. دو جلد آن که در سالهای ۱۹۶۶-۱۹۶۹ منتشر شد، مربوط به عبادات است.

۲- این مؤلف، کتابی در باب مستمری و وظیفه غذایی نگاشته است که توسط *الصدر الشهید* (متوفی به ۵۳۶) شرح گردیده و اثر دیگری را در باب سازمان فضائی به نام *ادب القاضی* که اینهم توسط *الشهید* شرح شده به رشته تحریر درآورده است. نخستین این شروح بسال ۱۳۴۹ در حیدرآباد منتشر گردیده و شرح دوم هنوز انتشار نیافته است.

۱- در باب اصالت *الام* شک و شبهه فراوانی ابراز شده است.

۲- بنا به برخی تحقیقات معاصران اهل سنت، فقه زیدی نه فقه شیعی است و نه فقه سنی. بلکه استقلال ویژه خود را دارد. (ج).

است. بلکه مسائل مشکلی هستند که نظر وی را به خود جلب کرده‌اند.

مطالب پیش گفته وضع دکترین اسلامی در عصر پیش از کلاسیک را بیان می‌کند. عملاً این دکترین در آثاری که هر کدام یک "مجموعه احکام" را تشکیل می‌دهد، خود را به بیان و شرح راه حل‌های مورد قبول یا مورد تعارض قانع کرده است. پس این حقوق اساساً جنبه عملی دارد و از مسائل ملموس و خاصی نتیجه می‌گیرد.

مؤلفانی که آثار خود را در جریان دوره‌ای که از قرن سوم تا ششم هجری گسترش یافته تنظیم کرده‌اند، اساساً خود را وظیفه‌مند یافتن راه حل‌های نوین یا بررسی مسائلی که در زمان بنیانگذاری مطالب ظهور کرده‌اند، نمی‌دانند. بلکه اشتغال ذهنی آنان بیشتر بیان حقوقی بوده است که بر حسب روش‌های استدلالی تری پذیرفته بودند. اینان گاهی خلاصه‌هایی تصنیف کرده‌اند که مسائل ارائه شده را فشرده و خلاصه کرده‌اند. "این آثار به نام مختصر یا متن یا گونه‌ای نهاد عنوان شده‌اند" و گاهی رسالات عظیمی که هدفشان شرح و تفسیر تألیفات با افزودن تبیینات و توجیهاتی بوده است تا راه حل مربوط را به جای خود نشانند و بگونه‌ای بتوانند مفهومی را که راه حل در باب آنان به وجود آمده و تعریف گردیده است از آن میان شناسائی کنند.

با همه اینها، فقه اسلامی، حتی در این آثار نیز، ویژگی عملی خود را محفوظ داشته، یعنی با آنکه گام‌هایی در جهت نظام بخشیدن به آن برداشته‌اند، معذالک این خصلت را از آن نستانده است. طبقه‌بندی مطالب به گونه پراکنده و نامنظم در آنها دیده می‌شود. شروحاتی که بوسیله مؤلفان به دست ما رسیده فقط توجیه‌هایی ساده برای دادن یک راه حل در مورد مسائل معینی بوده و در جهت اتصال آن به یک فکر کلی نیست. به همین سبب است که در این آثار تبیین‌های متضاد و متعارض کم نیست، تبییناتی که اگر نسبت بهر یک با اندیشه‌ای کلی سنجیده شوند با هم سازگار نمی‌توانند بود. ولی در این حد هستند که برای عنوان کردن راه حل‌های جداگانه برای هر کدام از مسائل فوراً کفایت می‌کنند.

روش‌هایی که این مؤلفان در پیش گرفته‌اند ممکن است به عنوان "موردی"

نام‌گذاری شوند.

اینک آثار اصلی فقه حنفی را که در این دوره خلق شده‌اند، مورد ملاحظه قرار می‌دهیم:

در آن سنخ آثار خلاصه یا تاسیسات در شروع قرن چهارم هجری به مختصر طحاوی (متوفی بسال ۳۲۱ هجری) (که در سال ۱۳۷۰ هجری در قاهره بطبع رسیده) و یک قرن بعد به متن قدوری (متوفی بسال ۴۲۸ هجری) که سروصدای بزرگی براه انداخت و از آن پس به عنوان یکی از ارزشمندترین منابع فقه کلاسیک پذیرفته شد (منتشر در استامبول به سال ۱۳۱۰ هجری) برخورد می‌کنیم.

در دسته دوم بویژه رساله بزرگ ابوبکر السرخسی (متوفی بسال ۴۹۰ هجری) زیر نام المبسوط را می‌یابیم که از نزدیک دنباله روی کتب و تألیفات شیبانی است و شرح آن را از خلال یک خلاصه که قبلاً توسط الحکیم الشهید (متوفی بحدود ۴۰۰ هجری) زیر عنوان الکافی تهیه شده بود، میتوان دید. رساله سرخسی که در سال ۱۳۲۴ در قاهره، در ۱۵ جلد انتشار یافت، دارای تحلیل‌هایی نسبتاً عمیق از مسائل است. این وجیزه بسیار فشرده‌ای از فقه حنفی است.

سایر مؤلفان این عصر نیز به نوبه خود به شرح و تفصیل یکی از آثار شیبانی پرداخته‌اند. ما در اینجا فقط به ذکر نام AL DJASAS (متوفی بسال ۳۷۰ هجری) می‌پردازیم که به شرح جامع‌الکبیر پرداخته است. سرخسی دیگر (متوفی بسال ۵۴۴ هجری) که کتاب بزرگی بنام المحيط و بویژه العتایی (متوفی بسال ۵۸۶ هجری) که آخرین آثار ششگانه شیبانی را بنام زیادات یعنی کتابی که شامل مسائل جدیدی است که توسط شیبانی بعد از آثار تألیفی او بررسی شده است، مورد شرح و تفسیر قرار داده است، ولی اصل این اثر بدست ما نرسیده است. کلیه این شروح تاکنون منتشر نشده است.

لکن مهم‌ترین اثری که از کلیه این آثار برجسته‌تر است متعلق به کاشانی (متوفی بسال ۵۸۷ هجری) است که بدایع الصنایع فی ترتیب الشرایع (که در سال ۱۳۲۸ در هفت

جلد، در قاهره به چاپ رسیده است) نامیده میشود. این اثر، بی‌شک شاهکار همه این کتب است. وجه امتیاز آن از سایرین وضوح و روشنی و در عین حال طبقه‌بندی ویژه آن است. و به همین جهت چیزی است و رای کتب دیگر. کوتاه سخن آنکه، نظم‌بندی آن در چنان سطحی است که دیگران هیچگاه بیای آن نرسیده‌اند و هرگز نخواهند توانست، حتی به آن نزدیک گردند. با این وصف، باید ذکر کرد که هم از تألیف سلف وی سمرقندی (متوفی به سال ۵۳۹ هجری) زیر عنوان تحفة الفقها (که در سال ۱۹۵۸ در قاهره به طبع رسیده است) به عمل آید. این تألیف در همان خطی است که سرخسی (ابوبکر) آن را رسم کرده و به اثر کاشانی منجر گردیده است. این سه مؤلف، بیان‌کننده و نماینده گرایشی هستند که در سایر آثار این دوره و مخصوصاً در قدوری یافت نمی‌شود.

پیش از پایان بخشیدن به ذکر سیاهه منابع عصر کلاسیک، باید اشاره شود که این دوره همچنین در زمینه مجموعه‌های قضائی اسلامی ارمغانهایی داشته است. آثاری چند، در این باب مؤلفات گردآورندگان را تکمیل کرده است. بدین منوال سمرقندی دیگری (ابواللیث) (متوفی سال ۵۳۷ هجری) کتابی در باب نوازل یعنی موضوعات جدیدی که بعد از مؤلفات ظاهر شده‌اند، تألیف کرد.

از سوی دیگر، حقوق‌زنده و جاندار از لابلائی اثر دیگری متعلق به طحاوی (مؤلف سرشناس) چهره مینماید که بنام اذکارالحقوق و الرهون بمعنای تیتراهائی که حقوق ورهن‌ها استقرار می‌بخشند، میباشد. در واقع این اثر دفترچه‌ای مربوط به حقوق محاضر است و در باب نحوه تنظیم اسناد راهنمایی می‌کند (انتشارات شناخت هایدلبرگ ۱۹۲۷).

جنبه دیگر ادبیات حقوقی این عصر از خلال اثر کوچک الکرحی (متوفی سال ۳۴۰ هجری) بنام رسالة فی الاصول بروز میکند که شاخه جدیدی از علم حقوق را پایه مینهد. این کتاب در پی مشخص کردن متشابهات و اختلافات بین مسائل از رهگذر تعیین اصول است.^(۱)

واژه‌نامه حقوقی متعلق به النسفی (متوفی سال ۵۳۷ هجری) مربوط به همین دوره است، بنام طلبه الطلبة. دوره کلاسیک، در آن زمان که قاضی خان (متوفی سال ۵۲۹ هجری) آثار گوناگون خود را برشته تحریر می‌کشد و بر دست آوردهای شیانی شرح می‌نویسد، پایان می‌پذیرد. ولی این مؤلف با تألیف فتاوی (RESPONSA) عقایدی را ابراز میکند که وی را در رده مجتهدان جای میدهد، یعنی مؤلفانی که در زمینه فقه پژوهش‌های آزادی انجام میدهند.

برای مکاتبی غیر از مکتب حنفی در این مقدمه کلی همه آثار ادبیات فقهی را که در جریان این دوره پدید آمده‌اند، مورد بررسی و ایضاح قرار نمیدهیم. از سوی دیگر برای ما مسلم نگردیده است که توالی ادوار با آهنگ مشابه در سایر مکاتب نیز موجود باشد. هر مکتب تاریخچه مخصوص به خود را دارد. یعنی برحسب توسعه خود در کشورهای گوناگون اسلامی تحول پذیرفته است. در فصول بعدی خواهیم دید که ما، در واقع، در برابر چندین نظام حقوقی اسلامی قرار گرفته‌ایم که هر یک تکنیک خود و تشعشع خاص خود را داشته‌اند.

در اینجا فقط به اُمّهات آثاری آنهم به اشاره اکتفا می‌کنیم که نماینده مکاتب فقهی اسلامی هستند و در جریان دوره‌ای که بعد از عصر تألیف پدید آمده است، خلق شده‌اند.

در فقه مالکی به ابن تومرت (متوفی سال ۵۲۴ هجری) بر می‌خوریم که موطاء مالک را (که در سال ۱۳۲۳ در الجزایر چاپ شد) خلاصه کرده است. ابن رشد، قاضی شهر قرطبه (متوفی سال ۵۲۰ هجری) نیز کوششی جهت انتظام مطالب در اثری زیر عنوان المقدمة یا قضایا^(۱) (که در سال ۱۳۲۵ هجری در قاهره بچاپ رسید) به انجام رسانده است. همچنین ذکر این نکته لازم است که گسترش فقه مالکی در اسپانیا به این نظام فقهی چهره جدیدی بخشیده است.

با آنکه اثر بزرگ قرافی (متوفی سال ۶۸۶ هجری) بنام الفروق یا اختلافات (چاپ

۱- الکراپسی (متوفی سال ۵۷۰ هجری) کتابی زیر عنوان الفروق نوشته و کار وی را دنبال کرده است.

قاهره در سال ۱۳۴۴ هجری) که منبعی بسیار با اهمیت و بزرگ است، دیرتر آفریده شده است، ولی اصرار داریم که آن را متصل به این دوره بدانیم. زیرا این اثر، شاخه علم فقه را در زمینه متشابهات و افتراقات در مسائل، خیلی جلوتر از حنفی‌های این دوره ترقی و پیشرفت داده است.

در فقه شافعی، موجز الشیرازی (متوفی بسال ۴۷۶ هجری) را بنام المذهب باید نام برد که حتی در روزگار ما یکی از بهترین شروح فقه شافعی بشمار می‌آید.

ولی نباید بهیچ وجه از خاطر برد که الهی‌دان بزرگ غزالی (متوفی به قرن ششم هجری) نیز یکی از فقهای شافعی بوده است. جزوه او، در فقه شافعی بنام الوجیز (خلاصه) یکی از منابع فقه شافعی است (که در سال ۱۳۲۷ قمری در قاهره انتشار یافته است).

در فقه حنبلی اثر بزرگ ابن قدامه (متوفی بسال ۶۳۰ هجری) بنام المغنی (چاپ دوم، قاهره ۱۳۴۷، در ۱۲ جلد) مربوط به این دوره است. این اثر هنوز هم یکی از منابع مهم کلاسیک فقه حنبلی بشمار می‌رود.

د - دوره بعد از کلاسیک

عادت بر این جاری شده که گفته شود باب الاجتهاد^(۱)، بعد از پایان قرن چهارم از راه اجماع^(۲) بسته شده است. معنای آن اینست که آزادی اعلام رای که طبعاً مبتنی بر منابع مدون می‌باشد، از میان رفته و لغو گردیده است. در فصول بعد، معنی انسداد باب اجتهاد یا آزادی تحقیق در مورد فقه را ملاحظه خواهیم کرد. در حال حاضر، ملاحظه ما این است که بعد از شکل بندی مکاتب، کالبد حقوق اسلامی، بر حسب مکتب، صورت بندی‌های گوناگونی به خود می‌گیرد. در داخل هر یک از مکاتب، در طول دوره کلاسیک هم در باب راه حل‌های پذیرفته شده توجیهاتی شده و هم برای مسائل نو راه حل‌های جدیدی فراهم آمده است. فقیه یا حقوقدان، به نحوی از انحاء، با شرح

قواعد فقهی موجود، رسالت خود را به انجام می‌رسانیده است. آیا این فقیه دارای آن اندازه آزادی بود که بتواند مسائلی را که گردآورندگان نخستین، پیش‌بینی نکرده بودند و در نتیجه در آن موارد راه حل‌هایی بدست نیامده بود، راه حقوقی آنها را خود بیان دارد؟ در حال حاضر موضوع برای ما فی حد ذاته جالب نیست. تنها باید به ذکر این نکته بسنده کرد که بیرون از مسائلی که بنام نوازل یا زیادات نامیده می‌شد، مقررات فقهی که توسط گردآورندگان فراهم آمده بود، بی‌کم و کاست به نسل‌های بعدی منتقل می‌گردید.

در خصوص توجیه راه حل‌ها، امکان بیان آزاد عقاید وجود داشت، ولی در عمل نتیجه پذیرفتن راه حل‌های مشابهی در باب مسائل همانند بود و این کار علی‌رغم بسته بودن ادعائی باب اجتهاد صورت می‌گرفت. لکن ملاحظه می‌شود که از پایان قرن ششم آثار حقوقی اساساً به شرح و تفضیل آثار کلاسیک می‌پردازد.

نویسندگان فقهی، دیگر به آثار تألیفی گذشته بر نمی‌گردند. البته گاهی به اصل شیبانی استناد می‌کنند، ولی در غالب اوقات این کار را از لابلاهای آثار کلاسیک انجام می‌دهند. لکن این امر مانع از آن نیست که عقاید نوین خود را ابراز نکنند. ولی در هر حال خود را در پشت عقایدی که به پایه گذاران فقه نسبت داده می‌شود، ولی از طرفی غیر از شش اثر اصیل (ظاهرالروایه) بدست نرسیده بود، مخفی می‌کردند. روایت غیرمشهور (غیر ظاهرالروایه) مربوط به حدیثی است که ابن سماع یا ابن رستم از عقاید شیبانی نقل کرده‌اند. ولی در عمل، از این حدیث نشانه‌ای در سابقه آثار فقه اسلامی دیده نمی‌شود. این تمهیدات توسط مؤلفان کلاسیک نیز به کار برده شده است و مؤلفان عصر بعد از کلاسیک نیز در این زمینه‌ها به شیوه اسلاف دوره کلاسیک تمسک فراوانی جسته‌اند.

معذالک در موارد دیگر گاهی اتفاق می‌افتد که اینان راه حل‌های نوینی از رهگذر قیاس بدست آورده‌اند. انسداد باب اجتهاد در این حدود هرگز مانعی بشمار نیامده است. ولی باید اعتراف کرد که این محدودیت‌ها بسیار زیاد بوده است و خصیصه‌های کلی که آثار دوره بعد از کلاسیک را از آثار دوره پیش متمایز می‌کند، دقیقاً نشان دهنده بریدن از گردآوری‌های نخستین و جستجوی منحصر راه حل‌هایی است که در درون

1- PORTE de l'EFFORT.

2- consensus omnium.

مطالبی که درباره آن سخن گفتیم، در آغاز امر و پیش از هر چیز دیگر در مورد مکتب حنفی صدق می‌کند. در زیر آثار گوناگون علم حقوق حنفی در دوره بعد از کلاسیک را نام می‌بریم.

در فقه حنفی، میتوان کل آثار حقوقی این دوره را به سه خانواده یا گروه تقسیم کرد: نخست خانواده آثاری که مرغینانی (وفات ۵۹۳ هجری) رئیس و پیشرو آن است. شروع کار این مؤلف ابتدا تألیف کتابی است بنام هدایه که خط رسم شده توسط قدوری را در متن دنبال میکند. سپس کتاب خود را در نوشته دیگری بنام هدایه شرح میکند و این همان نام مشهوری است که در ادبیات فقه حنفی باقیمانده است. البته، در پیرامون هدایه گروه مهمی از مفسران و شارحان گرد آمده‌اند که مهمترین آنان ابن الهمام (متوفی بسال ۸۶۱ هجری) بود که کتاب فتح القدير را که تا روزگار ما به عنوان یکی از دستمایه‌های پایه‌ای ادبیات فقهی حنفی بشمار می‌آید (قاهره، بولاک ۱۳۱۶ هجری، ۸ جلد) خلق کرد.

گروه دوم پیرامون اثری بنام الکنز (گنج) نوشته نسفی دیگری (حافظ الدین) (متوفی بسال ۷۱۰ هجری) شکل گرفت. این اثر بخصوص توسط زیلعی (متوفی بسال ۷۴۳ هجری) معرفی گردیده که آنرا در تبیین خود (قاهره ۱۳۱۴، شش جلد) شرح کرده است و اینکار نیز بوسیله ابن نجیم المصري در البحر (قاهره، ۱۳۳۴، ۸ جلد) دنبال شده است.

بالاخره، گروه سوم در اطراف تنویر نوشته الغازی (متوفی بسال ۹۹۵ هجری) مجتمع گردیده که این اثر توسط الاسکافی (متوفی بسال ۱۰۸۸ هجری) در الدر شرح شده و ابن عابدین (متوفی بسال ۱۲۵۲ هجری) بر آن تفسیری بنام رد نوشته است. این تفسیر که متضمن نظرات اغلب مؤلفان کلاسیک نیز هست، توجه فقهای جدید را به خود جلب کرده است. این اثر، تلخیصی از جدیدترین جنبه‌های حقوق حنفی بشمار می‌رود. همچنین باید نام ملخص دیگری را که در امپراطوری عثمانی سندیت یافته

خاطر نشان کرد. این کتاب از آن الحلبي (متوفی بسال ۹۵۶ هجری) زیر نام ملتقى الابحر (استانبول ۱۳۱۹ هجری) است که بوسیله شیخ‌زاده (متوفی بسال ۱۰۸۷ هجری) در مجمع الانهر شرح گردیده است.

در این دوره همچنین یک سلسله آثار بنام فتاوی ظهور کردند که متضمن استناد به آراء کلاسیک بودند. بویژه در این زمینه الفتاوی البزازیه متعلق به ابن البزاز (متوفی بسال ۸۲۷ هجری) و الفتاوی الهندیه (حدود ۱۰۷۰ هجری) که در هند تألیف شده (قاهره، ۱۳۱۰، شش جلد) را باید نام برد.

با اینهمه، در جریان این دوره به مصنفاتی بر می‌خوریم که خواسته‌اند مستقیماً یکی از آثار شیبانی را که مجموعه‌های فقهی حنفی را شکل بخشیده است، شرح کنند. در اینجا فقط باید از الحصری (متوفی بسال ۶۳۰ هجری) که الجامع الكبير را (که هنوز بصورت دست نوشته است) و صدرالدین سلیمان (متوفی بسال ۶۷۷ هجری) که اثر دیگر شیبانی بنام زیادات را شرح کرده‌اند، متذکر گردید.

در جریان این دوره ابن نجیم مصري (متوفی بسال ۹۷۰ هجری) مهمترین اثر حنفی را در باب متشابهات و اختلافات تألیف کرده است. این همان الاشباه والنظائر (قاهره ۱۲۹۰) است که خود تفاسیر فراوانی بدنبال داشته است.

حقوق زنده در پاسخنامه‌ها (فتاوی) که مفتیان پاسخ‌های خود را به مسائل عرضه شده اعلام کرده‌اند، نیز سهم قابل ملاحظه‌ای دارد. در این زمینه، بویژه، فتاوی الخیریه از آن الرملی (متوفی بسال ۱۰۸۱ هجری) (قاهره ۱۳۰۰ هجری) و فتاوی المهدیه متعلق به العباسی (متوفی بسال ۱۳۱۵ هجری) مفتی مصر را باید متذکر گردید.

تحریر احکام خود موضوع رشته‌های جداگانه در ادبیات حنفی گردید. ما در اینجا فقط اثر احمد عبدالغفار (متوفی بسال ۱۰۵۹ هجری) را زیر عنوان شقوق شرطیه نام می‌بریم.

بالاخره مسائل عملی نیز آثاری ویژه بوجود آورد. از این قبیل است جامع الفصولین نوشته ابن قاضی سیمونا (متوفی بسال ۸۲۳ هجری) (قاهره، ۱۳۰۰ هجری) و

بخصوص مجمع الضمانات البغدادی که موضوعات مربوط به مسئولیت مدنی را مورد بررسی قرار میدهد (قاهره، ۱۳۰۸ هجری).

در خصوص سایر مکاتب، ما تنها به اشاره‌ای در باب آثار اصلی نمودار آن مکتب بسنده می‌کنیم. در فقه مالکی، نخست، خلاصه روشن ابن DJUZAY^{۷۴۱} (متوفی ۷۴۱ هجری) زیر عنوان القوانين الفقهیه (تونس ۱۳۴۴ هجری) را نام می‌بریم. مختصر سیدی خلیل (متوفی بسال ۷۶۷ هجری) موجب تولد مکتب کاملی از مفسران گردید. ذکر نام الزرقانی (قاهره، ۱۳۰۰ هجری)، الخریشی (متوفی بسال ۱۱۰۱ هجری) و ALTCH (متوفی بسال ۱۲۹۹ هجری) (قاهره، ۱۳۰۰ هجری) در اثرش بنام MINAH لازم بنظر می‌آید. بیشتر شارحان مالکی که به فقه این مکتب شکل نهائی بخشیده‌اند، به آفریقای شمالی تعلق دارند. فقه مالکی در پایان نظامی بوجود آورد که با شرایط کشورهای آفریقایی سازگار شده بود، در حالی که در مدینه پا بعرضه وجود نهاد. مؤلفان مالکی این منطقه، به عمل، بیشتر از سایر فقها بها داده‌اند. در این مورد نوازل (فز ۱۳۱۸) اثر AL SIGILMASI را باید نام برد.

آثار دیگری بدنبال متن خلیل با تفاسیر فراوانی که موجب ایجاد آثار فقهی عظیمی شد بوجود آمد. از آن جمله است تحفه ابن عاصم (قاهره، ۱۳۴۴ هجری) که توسط AL TASULT و AL TAUDI شرح گردیده است. در پایان باید از آفرینه الدردیر و شروح مختلف آن توسط الصاوی و AL DISUQI (قاهره، ۱۳۱۰ هجری) یاد کرد.

در فقه شافعی به یک سلسله آثار تفسیری بنام منهاج برمی‌خوریم که نخستین مؤلف آن ابن هاجر (متوفی بسال ۹۷۴ هجری) و الرملی (متوفی بسال ۱۰۰۴ هجری) بوده‌اند. این مکتب نیز دارای رشته‌ای بمنظور بررسی متشابهات و اختلافات است که نماینده اصلی آن السیوطی (متوفی بسال ۱۹۱۱ هجری) با اثر الاشباه (مکه، ۱۳۳۱ هجری) و عزالدین عبدالسلام با کتاب قواعد می‌باشد.

در زمینه فقه عملی باید از AL BURZALI (متوفی بسال ۷۳۹ هجری) نام برد که در کتاب معرفت الشروط خود در باب تحریر احکام (دست نوشته) مطالبی را برشته تحریر

درآورده است. در فقه شافعی نیز اثری مشحون از حیل شرعی وجود دارد که متعلق است به القزوینی (که در هانور بوسیله شاخت به چاپ رسیده ۱۹۲۴). کتاب الفتاوی الکبری از ابن حجر (متوفی بسال ۹۷۴ هجری) را که اثری در زمینه فتاوی و پاسخ به سئوالات است، باید متذکر گردید.

در فقه حنبلی باید به رساله بزرگ مقدسی (متوفی بسال ۶۸۲ هجری) که خود شرحی بر مغنی ابن قدامه محسوب می‌شود، اشاره کرد.

در باب متشابهات و تعارضات، در فقه مالکی، اثر بزرگی از ابن رجب (متوفی بسال ۷۹۵ هجری) بنام القواعد وجود دارد.

باید یادآوری کرد که در دوران این مکتب، گرایش تجدد طلبانه‌ای بروز کرده است که نمایندگان آن یکی ابن تیمیه (متوفی بسال ۷۲۸ هجری) با کتاب فتاوی (قاهره، ۱۳۲۸ هجری) و دیگری ابن قیم الجوزیه (متوفی بسال ۷۵۱ هجری) در کتاب اعلام الموقعین (قاهره، ۱۳۲۵ هجری) است. ولی نباید اشتباه کرد، زیرا این گرایش هرگز ساخت فقهی حنبلی را تحت نفوذ قرار نداده، بلکه، این ساخت در آثار بعد از اندیشه‌های ابن تیمیه و ابن قیم الجوزیه بهمان وضع پیشین باقی مانده است. لکن اصلاح طلبان مسلمان عصر جدید، به اندیشه‌های این دو تن وابستگی بسیاری نشان داده‌اند.

در فقه شیعه، مهمترین کتاب مکتب امامیه متعلق به العاملی (متوفی بسال ۱۲۲۶ هجری) زیر عنوان مفتاح الکرامه (قاهره، ۱۳۲۲ - ۱۳۲۳ هجری) است.

در خصوص مکتب زیدیه باید از اثر عبدالله. ب. مفتاح (متوفی بسال ۸۷۷ هجری) زیر عنوان AL MUNTAZA AL MUKHTAR (قاهره، ۱۳۲۲ هجری) یاد کنیم.

در پایان، اثر پایه‌ای فقه عبادیه متعلق به ضیاءالدین عبدالعزیز (متوفی بسال ۱۳۲۳ هجری) بنام النیل است که مفصلاً توسط محمد ATFICH (قاهره، ۱۳۴۷ - ۱۳۴۳ هجری در ده جلد) شرح شده است.

پس از یک دوره طولانی ایستائی و عدم تحرک که در طی دوره بعد از کلاسیک ادامه یافت و همچنین در تماس با تمدن مغرب زمین، حقوق اسلامی اکنون وارد مرحله نوینی می شود.

در سده نوزدهم امپراطوری عثمانی که شامل اغلب کشورهای عرب بود، جنبش تدوین قوانین را آغاز کرد. حتی در قرون پانزدهم و شانزدهم، قانوننامه‌هایی بوسیله سلاطین عثمانی انتشار یافت که در آن راه حل‌های دقیقی در باب مسائل جزائی و اداری ارائه میشد. در این قوانین خاص که صورت نظامنامه و آئین‌نامه داشت، تغییرات چندی در راه حل‌های اسلامی داده شده لکن زمینه و عمق اسلامی آنها محترم شمرده شده بود. در سال ۱۸۵۸ قانونی به تصویب رسید و به تنظیم و تنسیق نظام مالکیت اراضی پرداخت. این قانون بعضاً از فقه حنفی ملهم بود.

آخرالامر، در سالهای ۱۸۶۹ تا ۱۸۷۶ بخش‌های گوناگونی از نخستین قوانین مدون اسلامی بنام مجله بگونه پی در پی انتشار یافت که بمثابه مجموعه قوانین در اکثر کشورهای خاورمیانه به مرحله اجرا درآمد. حقوق اسلامی با چهره فقه حنفی، از این پس شکل جدید و مدونی به خود گرفت. یکی از مجلدات آن شامل تعدادی ماده که بدنبال هم آمده بودند، در اختیار قضات قرار گرفتند. قضات مُلَزَم بودند که احکام خود را بر اساس این مقررات صادر کنند. ولی مجله بیشتر مشتمل بر مجموعه قراردادهائی بود که چند فصلی نیز در باب ادله و آئین دادرسی در آن گنجانده شده بود. حقوق خانواده در آن گنجانده نشده بود و سایر شاخه‌های خصوصی و بویژه حقوق بازرگانی و همچنین حقوق جزائی در متون مدون دیگری بچشم می خورد که تقریباً بطور کامل از متون فرانسه نسخه برداری شده بود.

مجله در لباس مجموعه قانونی تعهدات و قراردادهای، با وجود نقائص و عیوب آن نقطه عطفی در تاریخ حقوق اسلامی بشمار می آید، یعنی سرآغاز عصر جدیدی است. دخالت سلطان این بار بدان منظور است تا یکی از راه حل‌های دکتربین حنفی را مرجحاً

نسبت به سایر آراء و احکام بپذیرند. قاضی، دیگر آن آزادی عمل را ندارد تا به هر اثر اساسی علما که خواست مراجعه کند. این در واقع بمثابه تولد قوه مقننه در ساخت بندی دولت اسلامی به شمار می آید و مانند آن است که سلطان این قدرت را از کف داده باشد. سلاطین عثمانی هنگامی که قانون تجارت و جزا را از غرب بعاریت می گیرند، بگونه بی کم و کاستی واجد قدرت مقننه میباشند و هنوز هم در چهار دیوار قانون مدنی این قدرت مورد استفاده قرار می گیرد و این در حالی است که مجموعه قوانین مانند گرد آمده‌ای از راه حل‌هایی منحصرأ اسلامی تجلی می کند.

از آن پس، این نهضت برجسته تر می شود. ولی فعالیت تقنینی در کشورهای مختلف اسلامی در محدوده‌های حقوق خانواده که در این ممالک بصورت حقوق اسلامی باقیمانده است، متمرکز میشود. در حالی که برای شاخه‌های دیگر حقوق، قانونگذار در پذیرش بی کم و کاست قوانین غربی تردیدی بخود راه نمی دهد. در مصر، این سیاق قانونگذاری در سال ۱۸۷۵، به هنگام ایجاد دادگاههای مختلط، اقتباس شد. بهمین سبب بود که مجله هیچگاه به مرحله اجرا در نیامد. ولی این نکته را فراموش نمیکنیم که در سال ۱۸۹۱ در کشور مصر مجموعه‌های قانونی زیر عنوان مرشدالحیران که بهیچ ترتیبی جنبه رسمی نداشت، انتشار یافت. این مجموعه مرهون قدری پاشا بود که زیر نظارت وزارت آموزش به چاپ می رسید. ترجمه فرانسوی آن بنام حقوق عینی صورت گرفت. این کار نیز به نوبه خود نمایاننده گرایش نوینی است که مهره اسلامی را در عصر حاضر میرساند. مؤلف در این کتاب پیشنهاد میکند تا زیر مواد شماره دار، مقررات مختلف فقه حنفی در باب قراردادهای و تعهدات، گرد آید.

در قلمرو حقوق خانواده، نخستین حرکت به سوی ایجاد مجموعه قوانین بین مسلمانان، مجموعه‌ای (کدی) است که در سال ۱۹۱۷ توسط سلطان عثمانی، در آستانه فروپاشی امپراطوری عثمانی امضاء شد و انتشار یافت. این همان قوانینی است که مسلمانان سنی لبنان هنوز بر اساس آن اداره می شوند.

در مصر، مجموعه مدونی، بدون اینکه حالت رسمی داشته باشد، در باب وضع

اشخاص که بوسیله همین قدری پاشا بوجود آمد، بدنبال خود چندین قانون به ارمغان آورد که برخی مسائل مربوط به وضع اشخاص را تنظیم می‌کرد. اینها همان قوانین شماره ۲۵ سال ۱۹۲۶ و ۱۹۲۹ هستند که هنوز لازم الاجرا باقی مانده‌اند. پس از آن، قانونی که اختیارات پدر و مسأله قیمومت را سازمان میداد در سال ۱۹۵۲ انتشار یافتند. موضوعات وصیت و ارث بوسیله مقررات مخصوصی در سال ۱۹۴۳ مدون شد و در سال ۱۹۴۶ قانون مربوط به ارث و وصیت را بدنبال داشت.

این قوانین گوناگون هیچ چیزی از نظام‌های حقوقی غرب به عاریت نگرفته بود. بلکه حقوق اسلامی را در مرحله نهائی آن بعد از تحولاتی که پس از قرون متمادی ایستائی و تغییر ناپذیری در آن صورت گرفته بود، نشان می‌داد.

نخستین ملاحظه‌ای که میتوان کرد این است که در این مرحله جدید، راه‌حل‌ها با الهام از نیازهای آن روزگار که قاعدتاً جامعه متجدد تحمیل میکند، شکل گرفته بود. لکن به شیوه نخستین قرون اسلامی، راه‌حل‌ها به منابع سنتی وابستگی داشت، یعنی آنگاه که راه حل مورد نظر نزد یکی از مؤلفان قدیمی یافت میشد فوراً مورد پذیرش واقع می‌گردید، حتی اگر این عقیده به تنهایی در حل نظام عقیدتی حنفی به عنوان عقیده مسلط مورد قبول نبود.

ولی تحول از این نیز پیشتر رفت و این پدیده کاملاً نوینی بود. برای نخستین بار در تاریخ حقوق اسلامی، نظامی اسلامی، بگونه مجموعی مد نظر قرار گرفته بود. اگر راه حل بدست آمده بر اساس نیازهای جدید در مکتب دیگری بجز مکتب حنفی نیز پذیرفته شده بود، قانونگذار که علی‌العموم بدنبال راه حل‌های حنفی بود، معذالک از رجوع به عقیده‌ای بیرون از مکتب حنفی نیز سرباز نمی‌زد و از اخذ و اقتباس آن در قانونگذاری جدید ممانعتی بعمل نمی‌آورد. این خط مشی را که قدیمی‌ها تلفیق گفته‌اند و بطور کلی مورد رد و انکار بود، در این برهه توسط بیشتر قانونگذاران اسلامی بکار برده می‌شد. آیا با این وصف ما در برابر یک حقوق اسلامی جدید قرار گرفته‌ایم؟ آیا به سوی نظام واحدی به پیش می‌رویم که چندگانگی فقه اسلامی را از میان ببرد؟ هنوز زود

است تا این امر به مرحله اثبات برسد. تنها باید به این ملاحظه بسنده شود که این اعمال در جهت تحصیل راه حل‌های جدیدی بود که نیازهای جامعه نوین را برآورده کند. مصنف قدیم متعلق به هر مکتبی که بود این نیازها را مدنظر نداشت. برخورد ثمربخش این عقاید خود به تنهایی مراجعه به فقهای گذشته را مشروع و موجه جلوه میداد. لذا هر گونه راه حل را پیش فرضی بود، یعنی یک متن و یک تکنیک مخصوصی بخود را داشت. چنین پیوند یا همزیستی میان راه حل‌های مختلف که منبعث از نظام‌های حقوقی گوناگون است، چه حاصلی بیار خواهد آورد؟ بویژه اگر در عمل و حین اجرا اشکال در تفسیر رخ دهد. البته نباید بهیچ وجه فراموش کرد که این قانونگذارهای متفاوت، در مجموع خود را وابسته به نظام واحدی که نظام حنفی باشد میدانند و قاضی هنگام مشاهده نقص، مکلف است به آثار و تألیفات مربوط به نظام عقیدتی حنفی مراجعه نماید.

بالاخره آخرین تمهید در جهت اصلاح حقوق اسلامی سنتی را که قانونگذاری بشیوه غیرملموس مشهور شده است، خاطر نشان می‌سازیم. اجماعاً پذیرفته شده است که نظراً قاضی اسلامی قدرت خود را از خلیفه یا سلطان دارد.

اصل تفکیک قوه قضائیه و مجریه در حقوق اسلامی پذیرفته نیست. بموجب این نظریه، سلطان پیوسته امکان آن را دارد که صلاحیت قاضی را محدود کند، و به او رهنمود دهد و او را از مداخله در مسائلی منع کند. به همین شیوه بود که سلاطین عثمانی، برای قبولاندن مرور زمان قضائی، قضات را از رسیدگی به اعمالی که پانزده سال قبل از طرح پرونده انجام گرفته بود، منع کردند. قانونگذاران جدید، هر زمانی که نمی‌توانستند عیناً راهی به غیر از راه سنتی غیرقابل نقض در پیش گیرند، از این شیوه استفاده می‌کردند و راه حل‌های جدید را که در هیچ یک از متون یا نزد هیچ یک از مؤلفان حنفی و دیگران پشتیبان نداشت، وارد متن قانون میکردند. مثلاً برای جلوگیری از نکاح پیش رس، قانونگذار مصری که نمیتوانست رسماً شرط رشد را در زمینه نکاح پیش بکشد، اجباراً قاضی را از رسیدگی به آنگونه دعاوی که در آن طرفین دعوا دارای سن لازم برای عقد نکاح نبودند، منع میکرد. نکاح باطل اعلام نمی‌شد. لکن هر دعوائی

که حاصل از این نکاح بود قابل طرح در محکمه نبود.

و بدینسان از رهگذر این گونه تدابیر، حقوق اسلامی در مسیر یک جنبش قرار میگرفت و ما میتوانیم با دنبال کردن مطالعه قوانین مختلف که ساخت فقه را تغییر داده‌اند از تحول نظام حقوقی اسلامی در عصر جدید آگاهی یابیم.

این پدیده جدید منحصر به کشورهایی نیست که تابع نظرات حنفی هستند. در زمان حاضر، در بیشتر کشورهای اسلامی این پدیده با درجات مختلفی بروز و ظهور کرده است. در آفریقای شمالی (کشورهائی نظیر الجزایر، تونس و مراکش) مجموعه‌های قانونی در باب اشخاص که اخیراً به تصویب رسیده و انتشار یافته است، همین گرایشها را منعکس می‌کنند. سپس باید خاطر نشان کرد که این قانونگذارها یکی از دیگری نیز متأثر شده‌اند: و این مقدمه چنین اندیشه‌ای را القا میکند که ممالک اسلامی دارند به سوی یک نظام اسلامی کم و بیش متحدی به پیش می‌روند و این چندگانگی که در آغاز زایش فقه اسلامی با آن همزاد بوده است، جاروب میشود.

لکن نباید از یاد برد که در برخی از مناطق مانند عربستان سعودی، فقه حنبلی همه شدت وحدت خود را حفظ کرده و در سایر مناطق آفریقای سیاه، بخصوص فقه شافعی که با عرف محلی در هم آمیخته است، حقوق اسلامی آنجا را مشخص میکند.

در خاتمه، باید به قانونگذارهایی که در حال حاضر حقوق اسلامی زنده را در کشورهای گوناگون اسلامی تشکیل می‌دهند اشاره کنیم:

در مصر قوانینی را که در بالا بدانها اشاره کردیم، ساخت بندی حقوق این کشور را در زمینه مسائل اشخاص تشکیل میدهند، ولی در حال حاضر طرحی که مسلماً بزودی منتشر خواهد شد در دست بررسی است که در آن اصلاحات عمیقی بطور قطع انجام خواهد گرفت.

در سوریه، در زمینه حقوق اشخاص، قوانین نهائی در سال ۱۹۵۳ لازم الاجرا شده است. این مجموعه قانونی جای قانون عثمانی سال ۱۹۱۷ را که هنوز هم در لبنان لازم الاجراست گرفته است.

در عراق نیز از سال ۱۹۵۹ کد جدیدی در باب اشخاص وجود دارد. لکن نخستین مجموعه قانونی در باب اشخاص که در ممالک عربی بعد از سقوط امپراطوری عثمانی بمرحله اجرا درآمد، مجموعه قوانین اردن در سال ۱۹۵۱ بود.

در آفریقای شمالی نخستین کد در سال ۱۹۵۶ در کشور تونس انتشار یافت و مراکش یک سال بعد به انتشار مجموعه قانونی خود در سال ۱۹۵۷ همت گماشت. در الجزایر طرح مربوط در حال حاضر، مطرح بحث و مذاکره است. ولی قبلاً تصویب نامه‌ای در سال ۱۹۵۹ از سوی فرانسه اصلاحات عمیقی در باب وضع اشخاص را سبب گردید. خارج از محدوده کشورهای عربی باید به تصویب نامه سال ۱۹۶۱ پاکستان که تا حدودی قسمت‌هایی از مواد مربوط به حقوق اشخاص را در بردارد، خاطر نشان کرد. در کشورهای شیعی، اصلاحاتی که در ایران انجام پذیرفت بر مدار همین گرایشها بود. در این باب تدوین مجموعه قانونی جدیدی در باب وضع اشخاص (در ۵ مه ۱۹۶۷) را باید متذکر گردید.

بدیهی است که همه این قوانین فقط در باب حقوق خانواده است. در خصوص سایر شاخه‌های حقوقی، دکتین اسلامی در همان حالتی که در زمان بعد از دوره کلاسیک بوده، باقیمانده است، به استثنای تدوین قوانین در مجله و توسط قدری پاشا در چهارچوب فقه حنفی.

لکن نباید فراموش کرد که برخی از قواعد جداگانه و جزئی با الهام از قوانین غربی وارد مجموعه‌های قانونی کشورهای مختلف اسلامی شده است. ولی با وجود همه اینها نمیتوان از حقوق اسلامی زنده، تنها به این دلیل سخن گفت که قواعد جداگانه‌ای را میتوان در قوانین مدنی و یا سایر قوانین کشورهای اسلامی کشف کرد.

تاریخ دکتین (نظام آراء) اسلامی را در زمینه مدنی و جزائی میتوان در این دوره پایان یافته تلقی کرد. مؤلفان جدید که کارشان تبیین حقوق اسلامی در این قلمروهاست، بیشتر به پژوهش خالص تاریخی دست می‌یازند و گاهی برای نشان دادن نظام حقوقی قالب ریزی شده اجباراً میکوشند تا این قواعد را با نظام‌های متعدد نزدیک شمارند و یا

مقایسه کنند. لکن کار آنها بگونه‌ای نیست که بتوان آثار نفوذ کم و بیش مستقر اندیشه غربی را در آن پنهان کرد. لذا نمیتوان به آنها اطمینان کامل داشت.

برعکس، مؤلفان دیگری هستند که از خلال تاریخ تطبیقی حقوق در پی آنند تا نظام حقوقی اسلامی را از بررسی سرچشمه‌های نخستین آن و با دنبال کردن تحولات آن از لابلای تاریخ قرون به کتابت آورند. و در این رهگذر از علوم غربی، روشها و تقسیم‌بندیهای آنها را میگیرند. این کارها تنها هدیه ارزشمندی است که میتوان به علم حقوق اسلامی، در زمان حاضر تقدیم کرد.

در اینجا آثار مهم مستشرقین بزرگی نظیر گلدزیهر^(۱) و شنوک هورکروث^(۲) و بالاخره شاخت^(۳) را بیاد می‌آوریم. ترجمه‌های پاره‌ای از آثار حقوق اسلامی نیز توسط علمای مستشرق نظیر بوسکه^(۴) برشر^(۵) و نظایر آنها انجام گردیده است. ولی باید پذیرفت که این کتب بیشتر دارای رنگ و بوی تاریخی هستند.

آثار کاملاً حقوقی نیز گاهی از قلم مستشرقین تراوش کرده است. نام سانتیلانا^(۶) و می‌یو^(۷) را باید خاطر نشان کرد. از جهت کلی این پژوهندگان به بیان جزئی راه حل‌های سنتی اکتفا کرده‌اند.

ولی هنوز باید کار بزرگی در این زمینه انجام گیرد. قلمرو فقه اسلامی در برابر پژوهشگری تاریخ نویسان حقوق و علمای حقوق تطبیقی همه کشورها باز است.

1- Goldziher.

2- Schnouk Hureronj.

3- Schacht.

4- Bousquet.

5- Bercher.

6- Santillana.

7- Milliot.

گفتار چهارم:

« خلافت و دولت »

در اسلام

نوشته: هانری لائوست

مقدمه

آنچه در زیر از لحاظ گرامی شما می‌گذرد، برگردان بخش ناچیزی از کتاب هانری لائوست محقق و اسلام شناس بنام فرانسوی زیر عنوان «فرقه های اسلامی» است.

گزینش قسمت «خلافت و دولت» که مانند سایر مطالب کتاب با روش مقایسه ای نظرات مذاهب و فرق اسلامی را بازگو کرده است، از جهت آگاهی از طرز کار پژوهندگان غربی حائز اهمیت فراوانی است. بویژه آنکه در زمینه حقوق عمومی اسلام در مقایسه با سایر شعب حقوقی کارهای انجام نشده فراوان است و جا دارد که صاحب نظران متخصص در کشور ما عطف توجه بیشتری بدان نیز مبذول دارند.

اینجانب فقط مسئولیت اخلاقی برگردان بی کم و کاست آن را بر عهده می‌گیرم و برداشت‌ها و عقاید نویسنده را مربوط به خود او می‌دانم و اظهار نظر در باب مطالب عنوان شده را در صلاحیت اصحاب رای و نظر.

بغدادی می‌گوید: «در رأس جماعت مسلمانان خلیفه‌ای یا امامی لازم است تا مردم را وادار به محترم داشتن مقررات قانون کند. بر ارتش فرمان دهد. یتیمان و بی‌سرپرستان را به همسر دهد و فنی^(۱) را بین مسلمانان توزیع نماید»^(۲).

این نظام عقیدتی - تا آنجائی که لزوم اطاعت از رئیس نتیجه آن باشد، اکثریت وسیعی از علمای اهل تسنن را پشتیبان دارد و این اندیشه منطبق با نظر خوارج و شیعیان و معتزلی‌ها نیز هست. ولی مسائل فرعی دیگری که بر این الزام اساسی پیوند خورده‌اند، سبب شده است که میان مکاتب و فرقه‌ها اختلاف نظر بسیاری بروز کند.

علل پایه‌ای این الزام به گونه‌های متفاوتی درک شده‌اند. مکتب حنبلی به سنت مکتوب تمسک می‌جوید. حدیثی از پیامبر اسلام نقل شده است که اگر سه نفر بخواهند راهی را طی کنند باید یک نفر را به عنوان رئیس خود برگزینند.

احادیث دیگری نیز در این مورد مذکور است از قبیل اینکه: «سلطان سایه خدا بر روی زمین است». «و شصت سال با یک امام ظالم بهتر از یک شب بی‌امام است». در همین جهت فکری است که ابن حنبل و سایر متألهین می‌توانستند گفت: «اگر می‌دانستیم که تنها یکی از دعا‌های ما مستجاب می‌شود، آن را در حق سلطان بجا می‌آوردیم».

ابن حزم، الزام وجود امام را به هیچ وجه مستقیماً بر قرآن که در این باب ساکت است، مبتنی نمی‌کند، بلکه بر حدیثی متکی می‌سازد که عمیقاً نوائی شیعی دارد. «هر که بدون شناختن امام زمان خود بمیرد، مانند آن است که در زمان جاهلیت مرده باشد»^(۳). معتزله و فلاسفه امامت را بیشتر بر ملاحظات عقلی قرار می‌دهند تا نقلی. یعنی از اجماع مدد می‌گیرند تا لزوم آن را برجسته‌تر سازند.

ابن تیمیه، در روال منطقی دکنترین خود چنین می‌پندارد که دلائل مربوط به امامت،

در عین حال هم از زمره دلائل مکتوب و هم عقلی هستند. یعنی گفته‌های پیامبر اکرم در این خصوص، بوسیله داده‌های عقلی و تجربی تأیید و تصدیق می‌شوند.

ب - مساله وحدت امامت

مذهب تسنن، به طور کلی، موافق با نظریه وحدت امام بوده است. بغدادی خاطر نشان می‌کند که اگر نظریه چندگانگی در این باب پذیرفته می‌شد، هیچ دلیلی وجود نداشت تا برای این چندگانگی بتوان محدودیتی قائل شد و لذا هر کس که برای امامت شایستگی داشت می‌توانست، در محله یا خانواده خود حقاً خود را امام بداند. این امر موجب از هم پاشیدگی قدرت می‌شد و هرج و مرجی ایجاد می‌کرد که موجب نفی ماموریت امام می‌گردید. بغدادی اضافه می‌کند که وجود متقارن دو امام جز در یک مورد قابل قبول نیست و آن هنگامی است که دو کشور توسط دریا از هم جدا شوند و امکان کمک متقابل به یکدیگر وجود نداشته باشد.^(۱)

ماوردی، قاضی ابویعلی و غزالی نیز هوادار وحدت امامتند. فخرالدین رازی از این هم فراتر می‌رود و این وحدت را نه تنها یکی از شرایط امامت، بلکه یکی از عوامل تشکیل دهنده آن می‌پندارد. خلافت یعنی اداره عمومی جماعت، در باب مسائل معنوی و همچنین مسائل این جهانی مادی که به شخص واحدی اعطا شده است. این یگانه‌گرایی در خلافت که بوسیله الهیون بعدی نیز پشتیبانی شد، غالباً در مکاتب اصلاح طلب معاصر دوباره مطرح شده است.^(۲)

با این همه، حقانیت امامت چندگانه، در میان اهل تسنن هوادارانی نیز بدست آورد. اینان قاعداً خاطر نشان می‌کنند که بی‌تردید وحدت خلیفه در زمان خلفای راشدین متحقق شده است. می‌توان گفت که در زمان ابوبکر و عمر، این وحدت هم در حقوق وجود داشته است و هم در عمل، در پایان خلافت عثمان این امر بیشتر در عالم حقوق

۱- کلیه چیزهایی که می‌توان بدون جنگ از کفار گرفت و از «غنیمت» جدا کرد.

۲- اصول ۲۷۱، فرق ۳۴۰ - خلافت در دکنین رشید رضا ۲۴۵.

۳- من مات و لم یعرف امام زمانه مات میتة الجاهلیة.

۱- اصول ۲۷۴۰.

۲- کتاب الاربعین ۴۳۶-۴۲۰ منار جلد پنجم ۲۲۲-۱۸۰.

وجود داشت تا در عمل. در زمان خلافت علی (ع) این وحدت فقط در دنیای حقوق وجود داشت و آن هم به سبب شورش‌ها به تکانهای بیشماری برخورد کرد که حضرت می‌بایست در برابر آنها ایستادگی کند.

لکن از اواخر دوره خلفای راشدین، دیگر خلافت دارای خصیصه الزامی وحدت نیست. به ما چنین گفته‌اند که قرآن شکل واحدی از حکومت را تحمیل ننموده و مساله جانشینی پیغمبر را حل نکرده است. خدا در هیچ زمانی شمار امامانی را که مسلمانان باید از آنان اطاعت کنند محدود ننموده است. بلکه به این نکته در کتاب خود اکتفا کرده است که «از خدا، پیغمبر و آنانی که ولایت امر را دارند، اطاعت کنید»^(۱). در جریان اعتراف به عقاید دینی (شهاده) دستور شرعی بر مومنان است که از خدا و پیغمبر او پیروی کنند، ولی مکلف نیستند که از خلیفه واحدی تبعیت نمایند. از سوی دیگر، صحابه در مورد وحدت امامت اتفاق نظر نداشته‌اند. در آخرین تحلیل، اگر قصد تحمیل یک امام بر سراسر جماعت مسلمانان باشد، مانند آن است که یا بخواهند به همه مسلمانان تکلیفی مافوق قدرتشان بار کنند یا اینکه به آنجا برسند که امامت را از محتوی خود خالی کنند تا شاید همه متفقاً آنرا به رسمیت بشناسند.

همین موضوع مبتلا به مذهب تشیع نیز هست، برای دوازده امامی‌ها یا بطور کلی برای امامی‌ها، از لحاظ نظری، جز یک امام که آن هم، با مشیت خدائی تعیین شده باشد نمی‌تواند وجود داشته باشد. این مطلب در خصوص اسماعیلیان نیز صادق است. لکن زیدی‌ها وجود مقارن چند امام را می‌پذیرند، به نحوی که هر کدام از این امامان باید در مملکت تحت قدرت خود، اطاعت شوند^(۲).

از لحاظ خوارج نیز تقسیم جماعت از حیث سیاسی به کشورهای متعدد شناخته شده است و می‌توان گفت که اصلاح طلبی معاصر در حدودی که الزامات ناسیونالیسم‌های مسلط را پذیرفته، آخر الامر توانسته است خود را با چندگانگی سیاسی

که تاریخ اسلام طی قرون و اعصار مثالهای بارزی از آن را ارائه کرده است، انطباق دهد.

ج - خصائل امام

احمد بن حنبل، بغدادی، قاضی ابویعلی و ماوردی و بسیاری دیگر از متفکران اسلامی به ما می‌گویند که امامت حقاً به طایفه قریش می‌رسد. یکی از احادیث معتبر اعلام می‌کند که «امامان از طایفه قریشند». بعلاوه خاطر نشان می‌سازند که انصار هنگام ثقیفه بنو ساعده، خلافت را به ابوبکر که یکی از قریش بود، اعطا کردند. این نظام عقیدتی «دکترین» که بوسیله خوارج رد شده است، وحدت کلمه علمای جزمی را نیز فراهم نیاورده است. بجز فرقه‌های افراطی (غلاة) که به باور آنان نسب روحانی بالاتر و برتر از نسب جسمانی است. به پندار ضرابه امامت باید مرجحاً به یک فرد غیر از خانواده قریش داده شود، تا اگر قانون خدا را زیر پا گذارد، بتوان به سهولت وی را از کار برکنار کرد. الکعبی که یکی از معتزله است، چنین تعلیم می‌داد که انتخاب یکی از طائفه قریش مرجح است، ولی برای جلوگیری از جنگ در میان امت اسلامی، مجاز به انتخاب یک فرد غیر قریشی نیز هستیم.

افزون بر نسب قریشی، امام باید دارای صفاتی چند باشد که البته فهرست این ویژگی‌ها بر حسب مؤلفان تفاوت دارد. به گمان بغدادی یکی اعتبار دینی و آن تا حدی است که برای ارزش بخشیدن به شهادت واجب است و اگر نباشد خود به تنهایی می‌تواند از موجبات عزل وی بشمار آید. سپس روح باریک بینی و اصابت نظر، داشتن خصلت اجتهاد و استعداد انجام وظیفه از واجبات برای تعیین امام است.

اعتقاد ابن تیمیه در این باب بکلی تفاوت دارد. تردیدی نیست که نسب قریشی داشتن در مورد خلفای راشدین الزامی است. ولی اگر امامان متعدد باشند چگونه می‌توان از همه آنها مجموعه‌ای از خصائل اخلاقی و راستی و درستی کمال مطلوب متوقع بود؟ لذا باید خصائل اخلاقی امام محدود به صفاتی باشد که از یک شاهد.

۱- یا ایها الذین آمنوا اطيعوا الله و اطيعوا الرسول و اولوالامر منکم.

۱۶۸ □ گفتارهایی در حقوق عمومی
می‌خواهیم تا شهادت او را بپذیریم.^(۱)

در هیچ عصری مذهب تسنن بعد از رحلت حضرت پیغمبر از امام خود نخواستہ است تا بی نقص و کامل و طاهر (معصوم) بوده باشد. مذهب تشیع نیز، از سوی دیگر، در برابر مسائلی از این دست قرار گرفته و در این مورد به گروه‌های زیادی تقسیم شده است. زیدیه از امام خود می‌خواهد که افزون برداشتن نسب فاطمی، خصلت شجاعت، علم و تقوی و پاکدامنی (ورع) داشته و از جیفه دنیوی دل بریده باشد (زهد) که در این باب با تسنن نزدیکی و همجواری دارد. نظریه‌ای که در نزد امامیه و اسماعیلیه از ارزش برتری برخوردار است، کمال و استحکام امام یعنی (عصمت) اوست. ولی در این مبحث نیز در خصوص تعریف عصمت اختلافات زیادی بروز کرده است. شیخ مفید می‌گوید: «امامان را امکان ارتکاب خلاف حتی اگر بسیار سبک هم باشد نیست، مگر در آن حدی که بتوان آن را از پیامبر پذیرفت. هیچ غفلی در این مورد و هیچگونه فراموشکاری در مورد مواضع فقهی از آنان قابل تصور نیست». البته این باور بهیچ وجهی مورد پذیرش این بابویه نیست که حدیثی بدین مضمون نقل می‌کند: «نخستین درجه افراطی‌گری (غلو) انکار این واقعیت است که پیغمبر نیز می‌تواند به جهت بی‌دقتی مرتکب خلافتی گردد».^(۲)

د - تعیین امام

در بین امامیه و باطنیه، امام بر حسب مشیت الهی یا توسط پیغمبر خدا یا امام حاضر تعیین می‌شود. لکن به اعتقاد اکثریت بزرگی از علمای سنی، خوارج، معتزله و زیدیه، امام از راه گزینش آزاد امت (اختیار) معین می‌گردد. ولی این گزینش بیشتر جنبه نظری دارد تا واقعی، یعنی در آخر کار، حتی در نظام تفکر و رای (دکترین) مطلب به اینجا می‌رسد که گزینش امام به وسیله شمار کم و بیش محدودی از مجتهدان یا متخصصان و کارشناسان و یا بر حسب نظر برخی دیگر بوسیله کسانی که دانائی آن را دارند که بتوانند

خلافت و دولت در اسلام □ ۱۶۹

در قلمرو مسائل دینی استنباط احکام نمایند، انجام می‌پذیرد. ولی در باب شمار انتخاب کنندگان نیز نظریات ابراز شده خالی از تنوع و تفاوت نیست. مثلاً اشعری حتی موافق با یک مجتهد است، در حالی که فلائسی موافق با شرکت همه مجتهدانی است که هنگام انتخابات حضور دارند.^(۱)

انتقال امامت از راه (توارث) از لحاظ سنّیان مردود است که در عوض موافق با تعیین امام از طریق «وصیت» می‌باشند. بغدادی به ما می‌آموزد که امام حاضر می‌تواند جانشین خود را به شرطی که شرائط کلی امامت را رعایت نماید برگزیند. به همین نهج، امام بخوبی می‌تواند از راه وصیت انتخاب جانشین خود را به یک «شورا» که خود ترکیب آن را تعیین می‌کند، واگذارد.^(۲) به این سیره، در میان اهل تسنن و بویژه نزد اشعری‌ها، یک دکترین بسیار انعطاف‌پذیر و از جهات گوناگون بسیار واقع‌بین شکل گرفته است که در آن کلیه خلفائی را که متوالیاً در راس امت اسلامی قرار گرفته‌اند مشروع جلوه می‌دهد و به زمامدار (امام حاضر) آزادی گسترده‌ای در جهت تعیین جانشین اعطا می‌کند.

ه - مبیعه

بهر حال، قطع نظر از شیوه گزینش امام، یک سوگند مضاعف وفاداری (مبیعه) امام و امت را به هم می‌پیوندد. مبیعه قراردادی است که فی نفسه بر اساس هدف آن مشخص می‌شود. این هدف عبارت است از اراده مشترک اطاعت از خدا و پیغمبر. مبیعه مانند هر قراردادی مستلزم دو طرف قرارداد است. از یکسو امام و از سویی دیگر نه تنها مجتهدان و قانوندانان اسلامی بلکه همه کسانی که با علم خود، استعداد خود، مکنّت خود، آباء و اجداد خود دارای اقتداری عملی در میان امت مسلمان هستند.^(۳) مبیعه همچون سایر قراردادها باید برای طرفین قرارداد متضمن منافع مشترک و متقابل باشد.

۱- اصول ۲۸۱.

۲- اصول ۲۸۵.

۳- رساله ۲۸۷.

۱- اصول ۲۷۹-۲۷۰ و رساله ۲۸۸- در مورد زیدیه، ملال جلد ۱ صفحه ۲۶۳.

۲- مختارات ۷۳.

لذا به امام نیروی قاطعی می‌دهد، که بی آن، اقتدارش بیهوده خواهد بود و برای همه اعضای امت، صلح و تضمین قانون به ارمغان می‌آورد.

و - اطاعت از امام

وفاداری سیاسی یکی از خصیصه‌های دکترین اهل تسنن است. لکن چگونگی این وفاداری و حدود آن ممکن است هشیاری روزافزون انتقادگری در میان افراد نسبت به امام بوجود آورد و یا آنان را به سوی روحیه تبعّد یا بی‌تفاوتی بکشاند. غالباً گفته می‌شود که باید از امامان و امرا اطاعت کرد، چه انسانهای خوبی باشند و چه افرادی فاسد، بشرط آنکه مردم را وادار به اقامه نماز کنند. لذا باید پشت سر آنان نماز گذارد و اگر متجاهر به بدعت‌گذاری نباشند با آنان نماز اعیاد و نمازهای جماعت را بجای آورد. به رهبری آنان جهاد کرد و به آنها زکات و سهم و مالیات زمین و فیثی پرداخت، چه درست خرج کنند و چه نادرست.^(۱) پند و اندرز (نصیحت) تکلیفی است مورد قبول صاحب نظران. ولی برخی از نویسندگان نسبت به آن شک و تردید روا داشته‌اند. دعای خیر بدرگاه باری تعالی در حق سلطان خود کامه تا به راه راست هدایت شود، برای بسیاری از علمای دینی برای صلح و سلامت بسیار ثمربخش‌تر و سودمندتر است تا تکلیف شرعی مسلمانان به امر به معروف و نهی از منکر. در انجام تکلیف امر به معروف و نهی از منکر، دسته‌ای را گمان این است که این کار همانا دنباله عملی است که امام برای مسلمانان انجام می‌دهد.

با این همه، اگر اطاعت از امام مستلزم عدم اطاعت از پروردگار باشد، هیچکس تکلیفی ندارد و در این باب قولی است که جملگی برآنند. حتی شورش مسلحانه (خروج) در صورتی که تنها وسیله نجات از ارتداد باشد، بصورت تکلیف است. مکتب تسنن، برای پیش‌گیری از هرگونه فرقه‌گرایی در اجتماع مسلمانان گاهی به این نتیجه می‌رسد که اطاعت از یک نظام خودکامه بر شورش و طغیان مرجح است. این

برداشت می‌تواند برخی از اوقات گونه‌ای همبستگی بیافریند که در آن کلیه اعضای جماعت خود را اصلاح کنند و بهم مدد دهند و در طریق تحقق احکام الهی و پیغمبر او تلاش کنند.

ز - وظیفه امام

همانگونه که ملاحظه شد، وظیفه امام در شیوه تفکر اثنی عشریه و باطنیه، دنباله رسالت پیغمبر است. امام واسطه لازم میان انسان و خدا و امانت‌دار و ترجمان قوانین الهی است. اختیارات مادی و این جهانی او در سطح جامعه همان است که زیدیه و اهل تسنن و بالمآل همه فرق اسلامی برای وی قائل هستند. شهرستانی، فشرده عقاید زیدی را در این زمینه چنین تبیین می‌کند: «رسالت امام، نظارت بر منافع مادی و معنوی انسان، تضمین اجرای کیفرهای قانونی و عملکرد منظم و مرتب دادگستری، حمایت از ایتام و صفار و دفاع از سرزمین اسلامی و سازمان دهی مبارزه علیه دشمنان خداست، تا آنجا که مسلمانان مجموعه متشکل و پیوند یافته‌ای بوجود آورند و فساد و بی‌نظمی نتواند در کالبد امت اسلامی راه یابد».^(۱)

ح - شعائر اسلام

در میان همه مذاهب اسلامی، نخستین وظیفه امام، محترم داشتن مراسم و واجبات اسلام (شعائر، ارکان) بوسیله مسلمانان است. این شعائر عبارتند از: نمازهای واجب، روزه ماه رمضان، زیارت مکه (حج) زکوة و جهاد.

اهمیت نماز اجماعاً مورد قبول است. نماز پایه و ستون اسلام و نشانه پیوستگی حدّ اعلای مسلمانان با یکدیگر است. الزام به اقامه نماز، در جدول ارزشهای دینی، فوراً بعد از ادای شهادتین می‌آید.^(۲)

۱- در میان زیدیه: ملال جلد ۱ صفحه ۲۶۰- پنج رکن. اصول ۱۸۶.

۲- اصول ۱۸۶، پنج رکن نماز ۱۸۷-۱۸۶.

۱- مقالات ۴ در باب خروج در میان زیدیه.

در باب روزه، مذهب تسنن، برخلاف اسماعیلیه، اهمیت قابل ملاحظه‌ای که تا حدی جنبه نمادی (سمبلیک) هم دارد برای آن قائل است. آغاز و پایان دوره روزه حتماً به رؤیت مستقیم هلال تعیین می‌گردد نه بر پایه حسابهای نجومی.

فریضه حج، بی شک موکول به امکان انجام آن (استطاعت) است. لکن بر عهده امام است که انجام آن را میسر سازد.^(۱)

زکوة مالیات همبستگی مسلمانان است. تنها مالیاتی است که هر مسلمانی نظراً مکلف به پرداخت آن می‌باشد. البته با عطف توجه به این امر که جهاد وی را مکلف می‌کند که هم شخص خود و هم اموال خود را در راه خدا بدهد.^(۲)

جهاد به عنوان فریضه و تکلیف برای امت و جماعت تعریف شده است تا در برخی از موارد خطر شدید، همه اجباراً در آن شرکت کنند. جهاد بهترین نشانه ایثار است. در باب این فریضه همانند نماز، در مجموعه احادیث بیشتر از سایر موارد، از آنها نام برده شده است و نزد برخی از علماء، بویژه نزد شیعیان جزء عبادات بشمار می‌آید.^(۳)

ط - امور عمومی

امام مکلف است در حسن جریان امور عمومی نظارت (ولایت) داشته باشد و هر یک از وظائف را به کسی که گمان دارد شایسته‌ترین است واگذارد. حدیثی چنین می‌گوید: «آن کس که اقتداری بر مسلمانان دارد و کسی را برای اداره امور عمومی منصوب کند و حال آنکه می‌تواند کس دیگری را بگذارد که بهتر منافع جامعه را تأمین نماید، خدا و پیغمبرش را فریب داده است.» شمار مشاغل عمومی در قوانین مشخص نشده است. لذا تنها امام است که می‌تواند، در آخرین تحلیل، این مشاغل را توزیع کند و در ارتباط با

۱- در اینجا نیز بین مکاتب مختلف در باب نحوه انجام فریضه حج بگونه شایسته آن، اختلاف است.

۲- زکوة برای پنج نوع مال الزامی است.

۱. شتر، گاو و گوسفند در چراگاه ۲. طلا و نقره ۳. گندم و جو ۴. خرما و انگور ۵. اموال تجاری، فوق ۳۲۶.

منافع عالی مسمانان اختیارات لازم را با توجه به شرایط، عرف و بازدهی کار به عاملان واگذار کند. از سوی دیگر قبول این مشاغل جنبه واجب کفائی دارد، ولی در لحظاتی که کمبود جزئی یا کلی وجود داشته باشد، ممکن است به صورت الزام شخصی (واجب عینی) بدر آید.

این موضوع در میان شیعیان مورد بحث و گفتگو قرار گرفته است که آیا عاملان امام نیز باید بی‌نقص و بی‌ایراد باشند یا خیر؟ خاندان نوبخت این فکر را پشتیبانی می‌کردند که کلیه این عمال نه تنها باید مانند امام خود بی‌عیب و نقص باشند، بلکه باید مانند وی، بحسب مشیت الهی بوسیله متن و نص، تعیین گردیده باشند. شیخ مفید تا این حد پیش نمی‌رود و موضع او شبیه موضع اکثریت امامیه است و چنین می‌گوید: «پاک و بی‌نقص بودن عمال امام اجباری نیست ولی قطعاً باید از شغل خود شناخت کامل داشته باشند و از لحاظ لیاقت از زیردستان خود کاملاً برتر باشند و این بر اساس اصلی است که نمی‌توان پذیرفت، انسانی که از دیگران فروتر است، در مقام سروری آنان قرار گیرد. به همین سیاق، به هیچ وجهی عاملان امام نباید بر مأخذ یک نص تعیین شده باشند، زیرا معقول چنان است که بگوئیم خدای تبارک و تعالی به امامان معصوم خود وظیفه تعیین همکاران خود را واگذار کرده است.»^(۱)

ی - توزیع اموال

امام وظیفه دارد که اموال دولت (بیت‌المال) را توزیع کند. اموالی که در قرآن و سنت از آنها نام برده شده است سه گونه‌اند:

الف. دست آورد جنگ (غنیمت) که از کفار به زور گرفته شده است.

ب. اتفاق قانونی (صدقه)

ج. فیه

توزیع اموال یا بر حسب نصوص دینی یا اگر چنین مقررات مدوئی وجود نداشت بر

اساس تصمیم رئیس دولت در خیر و صلاح جامعه انجام می‌شود. غالباً اختلاف رای در میان متخصصان حقوق اسلامی در این زمینه زیاد است. سنت توزیع زمین‌های فتح شده را بین مسلمانانی که در جنگها شرکت داشتند به ابوبکر و بصورت غیر منقول کردن آن به سود مسلمانان، به عمر نسبت می‌دهند. دکترین شافعیه امام را ملزم می‌کند تا دست به تقسیم بزند. ولی مالک غیر منقول کردن آن را تجویز می‌کند. ابوحنیفه امام را مخیر می‌کند که یکی از دو راه حل پیش گفته را انتخاب کند.

ک - کیفرهای قانونی و کیفرهای تمایزی

کیفرهای قانونی (حدود) کما و کیفاً توسط قرآن و سنت معین شده است و علیه جرائم بسیار مهم نظیر زنا، شرب مشروبات تخمیر شده، سرقت توام با ضرب و جرح، راهزنی و یا شورش علیه دولت به کار می‌روند. به این کیفرها باید مجازاتهایی که علیه ارتداد، سب، نسبت به پیغمبر یا یکی از صحابه، یا یکی از همسران وی و در میان شیعیان نسبت به یکی از امامان به کار می‌رود، علاوه شود. هر چند که این کیفرهای قانونی، خود بخود مشخص و معین شده‌اند، معذک آزادی گسترده‌ای در جهت نحوه اجرا یا تشدید آن، برای تصمیم‌گیری امام وجود دارد.

کیفرهای تمایزی (تعزیر) که کاملاً در اختیار امام و به داوری وی واگذار شده است تا تقصیرهایی را که برای آن قانون نه کیفر مشخصی را پیش بینی کرده (حدّ) و نه (کفّاره) را، می‌تواند مجازات کند. تعزیرات، سراسر قلمرو زندگی فردی و جمعی را، یعنی از خلفای ارتكابی مربوط به ممنوعیت های خوراکی تا صور گوناگون تدلیس، بی احتیاطی یا اعمال سوئی که اداره کنندگان وقف، یا عاملان، یا شرکا و یا بازرگانان که در انجام وظایف خود کوتاهی کرده‌اند، در بر می‌گیرد. امام که عهده‌دار منافع امت اسلامی است باید با هر گونه خرابی و بی‌نظمی (فساد) مبارزه کند.^(۱)

ل - احترام به حقوق فردی

نظام اندیشه اسلامی، تکلیف محترم داشتن حقوق افراد، یعنی آن چه را که در برابر حقوق الهی و مربوط به مجموعه امت است به امام سپرده است. حقوق الهی یعنی همان حقوقی است که به هر یک از اعضای این جامعه متعلق است. پس به سائقه این وظیفه، امام عهده‌دار نظارت بر حسن اجرای مقررات قانونی مربوط به نحوه جبران هر گونه فعلی علیه جهات شخصی و حیثیت دیگران می‌باشد.

افزون بر آن، مراقبت در حفظ مقررات قانونی مربوط به انتظام زندگی خانوادگی و نظارت در خصوص توزیع ماترک بین ذوی الحقوق و جریان معاملات گوناگون منطبق با موازین عدالت بر عهده امام است. این موضوع بر اساس این اصل است که معاملات را نمی‌توان ممنوع کرد، بویژه اگر مردم به آن نیاز داشته باشند، مگر اینکه انجام آنها توسط متن مصرح قرآن و سنت منع گردیده باشد.^(۱)

لذا سراسر این نظام منجر به آن می‌شود که همه اعضای جامعه را بگونه بینی تحت الزام‌های مشابه قرار می‌دهد و از همگان می‌خواهد تا اعمال اعتقادی خود را بر پایه ارزش‌های بنیانی واحدی قرار دهند.

۱- در رساله حقوق عمومی، ص ۱۴۹-۱۱۵، حقوق اسلامی (زیر عنوان حد)، هافینگ ۷۴۷-۷۴۶، ۴، (در باب

تعزیر) می‌توان شرح شافی و مبسوطی در باب اختلاف عقیده فقها را در این مورد یافت.

۱- رساله حقوق عمومی، ص ۱۶۶-۱۶۵.

گفتار پنجم

« شأن نزول تعادل قوا و نزول شأن آن »

الف - ارتباط میان «تعادل» و «تفکیک»

هنگامی که ، در قلمرو حقوق اساسی ، از «تعادل قوا» سخن به میان است ، لزوماً "مسئله تفکیک قوای سیاسی در جامعه متبادر بذهن می‌گردد. بزبان دیگر ، مفهوم تعادل قوا ، بدون وجود قوای چند گانه‌ای که در اندیشه یا در قانون نظم و ترتیب پذیرفته و دارای حدّ و مرز معینی باشد طبعاً متصور نیست.

از سوی دیگر ، بهمان شیوه که «موازنه قوا»^(۱) یا تعادل تسلیحات و نیروهای نظامی یا موازنه وحشت در پهنه بین‌المللی ، برای حفظ آشتی و آرامش جهانی ، بگمان برخی از سیاستمداران یا مسئولان امری ضروری تشخیص می‌شود ، بهره برداری از تفکیک قوا علاوه بر وجود قوای چند گانه ، مستلزم رعایت اصل توازن و برابری است ، تا حفظ پاره‌ای اصول و موازین ، یا منافع و هدفهای خاص امکان پذیر باشد. بدیهی است منظور از عنوان کردن توازن ، تساوی و تقارن مطلق یا همانندی سلاح ها یا امکانات آنان نیست ، بلکه تدبیری است بمنظور آراستن و تنسيق سلاح ها و امکانات هر یک در جهت تعدیل و تعادل.

نخستین سنگ بنای تفکیک قوا ، بیم مستمر و اندوه دائمی اندیشمندان و صاحب نظران گذشته و حال ، از تمرکز فساد انگیز و خود کامگی آفرین قوا ، در یک شخصیت یا یک گروه اجتماعی بوده است. چرا که بر حسب طبیعت اشیاء و احوال و اقتضای مزاج

۱- برای اطلاعات بیشتر در باب موازنه قوا رجوع شود به فرهنگ سیاسی، داریوش آشوری صفحه ۱۶۰

مرکز گرائی، کسی که قدرت مطلق را بدست دارد، پیوسته در وسوسه سؤ استفاده از آن است. قدرت بی حد و مرز خود سری می آورد و بمثابة سیلابه ای بنیان افکن است که بتدریج در بستر زمان دراز آهنگ تر میشود و دیواره ها و سدها و موانع سست و لرزان موجود در جامعه را از سر راه خود می رويد و راه را برای اعمال هر چه بیشتر نظرات شخص یا گروه حاکم هموار میکند. در این میان آزادی اسیر دام هوس ها و اغراض میشود و مرغ همایون دموکراسی در فضای جامعه بال و پر می ریزد.

بی سبب نیست که فکر تشخیص قوای گوناگون در دولت و کوشش برای تبیین هر کدام از آنان و همچنین گرایش نظری به سوی پراکنده کردن قدرت و تقسیم آن میان دستگاهها یا اشخاص، از ادوار باستان، ذهن اندیشمندان و فلاسفه را به خود مشغول داشته است.

از سوی دیگر میتوان در طول تاریخ مثالهای جالبی در باب پراکنده کردن قدرت ارائه داد^(۱) که آثار آن تا دوره حاضر نیز بر نهادهای سیاسی بال و پر گسترده است.

الف: قوه مجریه دوباری Gollégial که دو عضو قوه اجرایی بنسای قدرت را بین خود تقسیم کرده اند و یکی بدون تصمیم و توافق آن دیگر حق اخذ تصمیم ندارد. مثال بارز آن در ادوار باستان برقراری دو کنسول در رم قدیم است. ب: گاهی سلطنت دوگانه (Dyarchie) با چند گانه «TETRARCHIE» در یک امپراطوری به چشم میخورد. چنین نظامی در سالهای ۲۸۴ تا ۳۰۵ بعد از میلاد در رم توسط امپراتور دیوکلتن Diocletien بوجود آمد که قدرت امپراطوری را میان خود و سران ارش تقسیم کرد ولی سلسله مراتبی برقرار نمود که در رأس هرم قدرت دو امپراطور، یکی خود او و آن دیگر ماکسی میلین maximilien قرار داشت: یکی غرب امپراطوری و آن دیگر شرق امپراطوری را اداره میکرد. این وضع با مال منجر به تقسیم امپراطوری رم به امپراطوری سفلی و بیزانس شد.

ج: در دوره های جدیدتر در سال ۱۹۴۳ به دو رئیس کمیته فرانسوی آزادی بخش توسط فرمان سوم ژوئن ۱۹۴۳ برمیخوریم.

د: قوه مجریه دست جمعی directorial که گروه کوچکی قوه اجرایی را بدست دارد و باید با اکثریت آراء تصمیم بگیرد. در اتحاد جماهیر شوروی سابق خاصه بعد از مرگ استالین قدرت بطور رسمی در دست هیأت رئیسه

ب - مبانی نظری کلاسیک

ارسطو در کتاب سیاست خود مینگارد:

«هر حکومت دارای سه قدرت است و قانونگذار خردمند باید حدود هر یک از این سه قدرت را باز شناسد. اگر این سه قدرت به درستی سامان یابد، کار حکومت یکرویه است. و اختلاف در شیوه تنظیم این قدرتهاست که مایه اختلاف در سازمان حکومتها میشود. نخستین این سه قدرت، هیأتی است که کارش بحث و مشورت درباره مصالح عام است. دومین آنها به فرمانروایان و مشخصات و حدود صلاحیت و شیوه انتخاب آنان مربوط میشود. سومین قدرت، کارهای دادرسی را در برمیگیرد»^(۱).

اولین نظر به سطور بالا چنین القاء میکند که تفکیک قوا از دیدگاه ارسطو همان است که بعداً "توسط علمای فن، حیات دوباره ای یافته و بطریقی جدیدتر عنوان شده است. ولی همانگونه که دکتر عنایت در زیر نویس ترجمه کتاب مذکور آورده است^(۲) تفکیک



اتحاد جماهیر شوروی بود و این اصل در چین کمونیست و دموکراسیهای توده ای اروپای شرقی و خاور دور نیز با تغییرات اندکی به چشم میخورد.

ه: دوگانگی میان رئیس مملکت غیر مسئول (پادشاه- رئیس جمهور) و رئیس حکومت مسئول در قوه مجریه (نخست وزیر یا صدر اعظم) که غالباً در نظام پارلمانی بدان برمیخوریم از همین مقوله است. و: نظام دو مجلسی Bicaméral که از بریتانیا سرچشمه گرفته و کم کم مورد تقلید کشورهای دیگر قرار گرفته است و سپس مثلاً در کشور فرانسه اول در زمان ناپلئون اول پارلمان به پنج مجلس تقسیم شده و این، برای جلوگیری از تمرکز قدرت در یک مجلس بوده است.

ز: و بالاخره تقسیم بندی سیاسی و جغرافیایی کشور و حفظ قسمتی از حاکمیت دول عضو در حکومت فدرال fédéral و یا همچنین نظام عدم تمرکز از جهت اداری که همه این شیوه ها برای جلوگیری از اقتدار متمرکز تجویز شده اند.

۱- ارسطو، سیاست، ترجمه دکتر حمید عنایت، صفحه ۱۷۸ چاپ دوم ۱۳۴۹.

۲- همان، صفحه ۱۸۷ زیر نویس.

قوای سه گانه از دیدگاه ارسطو با آنچه که امروزه در میان حقوقدانان و علمای سیاست مرسوم و متداول است تمایز دارد. بزبان دیگر مرزبندی صلاحیت و چهارچوب گذاری حدود وظائف «قوه مشورتی»، «قوه مجریه» و «قوه قضائیه» در طبقه بندی ارسطو، نه بگونه ای است که امروزه دکترین مورد قبول غرب بدان سر سپرده است.

در دوره ما، برداشت حقوقی و سیاسی از تجزیه و تفکیک قوای سیاسی، از نویسندگان فلسفه سیاست در قرن هجدهم الهام گرفته و کم و بیش جهانگیر شده است، بطوریکه اصل تفکیک قوا باصور متفاوت و آرایش خاص هر کشور در بیشتر قوانین اساسی امری محتوم است.^(۱) تا جائیکه پیروان معتقدات غربی یا دنیای سرمایه داری با مؤمنین جهان کمونیستی و اجتماع گرایان در پذیرش تفکیک دستگاهها و قوای گوناگون سیاسی با یکدیگر حداقل بصورت شکلی همسازی و هموائی دارند.

از این مهم تر، در اندیشه غالب کسانی که به «آزاد منشی»^(۲) گرایش دارند یا هوادار «مردم سالاری»^(۳) هستند، تفکیک قوا بصورت اصلی «حقانی» پذیرفته شده است. این اصل به شیوه ای با دموکراسی میانه رو غربی درهم آمیخته و عجین شده است. که گاهی این یک، بی وجود آن دیگر بدشواری قابل حصول مینماید.

بهر تقدیر، نخستین طلایه داران تفکیک قوا، یکی لاک Locke انگلیسی و دیگری منتسکیو Montesquieu فرانسوی است. هرچند عادت براین جاری شده است که نظریه تفکیک قوا را از مخترعات این اندیشمند اخیر بدانند، ولی در حقیقت وی از لاک متأثر گردیده است که تازه ریشه فکری این دیگر نیز الهام از نظام بریتانیائی حکومت میباشد که در زمان حیات او وجود داشته است. تحول تدریجی و تجربی حکومت در بریتانیا، بی آنکه از نظام فکری مرتبی سرچشمه گرفته باشد، ضمن عمل و در طول تاریخ راه

۱- برای اثبات و لمس بهتر مطلب باید مجموعه قوانین اساسی کشورها مراجعه شود. مثلاً constitutions et Documents politiques قوانین اساسی و مدارک سیاسی، گردآوری و تنظیم مورس دودره، چاپ ۱۹۶۶.

2- libéralisme

3- démocratie

حل های بدیعی باز یافته و جوشش فکری علمای فن پس از مشاهده تأسیسات و نهادهای مربوط آنرا بشکل اصول و موازینی منطبق با نظم اندیشه ای خاص بدر آورده است. والاگرایی یک امر تجربی به سوی نظام نظری، مسائل قابل توجهی را در حقوق اساسی و علم سیاست مطرح کرده است.

لاک در «رساله ای در باب حکومت مدنی»^(۱) در هر دولت، سه وظیفه اساسی تشخیص میدهد: قوه مقننه، قوه مجریه و قوه متحده. نخست آنکه در این طبقه بندی، قوه قضائیه ملحوظ نشده است، زیرا وی آن را بلاشک بیرون از عمل و وظیفه حکومتی می پندارد. دو دیگر آنکه منظور لاک از قوه متحده بعنوان قوه ای جدا از مجریه، حق جنگ و صلح، انعقاد قراردادها، برقراری روابط دیپلماتیک و نظائر آن است که آن را بمناسبت طبیعت اجرایی ویژه خود، از مجریه بمعنای اعم کلمه متمایز کرده است.

در این زمینه نظرات لاک توانست بروشنی پایه مسلکی منسجم و مستحکمی فراهم آورد تا با پشتوانه دکترین قانع کننده ای مبنای اقدامات حقوقدانان و قانونگذاران واقع شود.

بیان نظری دقیق و توجیه روشن و منظم تفکیک قوا، دست آورد منتسکیو است که در کتاب روح القوانين (Esprit des lois) وی آمده است. سرچشمه فکر او برای تبیین اصل تفکیک قوا این است:

«تجربه همیشگی بما مینمایاند که هر انسان صاحب قدرتی به سوء استفاده از آن گرایش دارد. آنقدر بجلو میتازد تا بعد و مرز برخورد برای آنکه نتوان از قدرت استفاده نامطلوب کرد باید که قدرت، قدرت را متوقف کند.»^(۲)

پس برای رسیدن بمقصود باید قدرتهائی با واقعیت حقوقی و سیاسی شکل بگیرند و متقابلاً مرز توقف یکدیگر را رسم کنند، تا بدین وسیله «امنیت» مردم تأمین گردد.

1- Essay an Civil Government.

۲- روح القوانين Esprit des lois فصل ششم کتاب یازدهم، چاپ ۱۳۴۲.

«هنگامی که در یک شخص یا در مجموعه‌ای از مقامات، قوه مقننه با قوه مجریه جمع شود، آزادی دیگر وجود نخواهد داشت، زیرا بیم آن است که سلطان یا سنا قوانین خود کامه‌ای وضع کنند و با خود کامگی بموقع اجرا گذارند»^(۱). یا اینکه:

«اگر قوه قضاوت کردن از قوه مقننه و مجریه جدا نباشد، آزادی بهیچ وجه وجود نخواهد داشت... اگر یک فرد یا مجموعه‌ای از خواص و نجبا یا تعدادی از مردم، هر سه قوه را دارا باشند، همه چیز بخطر خواهد افتاد»^(۲).

پس برای حفظ «آزادی» و بوجود آوردن «حکومت میانه رو» از الگوی انگلستان پیروی میکند و تحت عنوان «در باب قانون انگلیسی» چنین می‌گوید:

«در هر دولت سه نوع قدرت وجود دارد قدرت تقنینی، قدرت اجرایی چیزهایی که بحقوق بین المللی بستگی دارد و قدرت اجرایی چیزهایی که به حقوق مدنی وابسته است.

سلطان یا حاکم توسط قدرت نخست، قوانین را برای مدتی یا برای همیشه وضع میکند و قوانین موضوعه قبلی را اصلاح یا نسخ مینماید. توسط قدرت دوم، جنگ یا صلح برقرار میکند، سفیر میفرستد یا سفیر می‌پذیرد، امنیت را مستقر میکند و جلوی تهاجم را میگیرد. توسط قدرت سوم، جنایات را کیفر میدهد و درباره اختلافات اشخاص خصوصی قضاوت میکند. این آخرین را قدرت قضاوت

با توجه به مراتب بالا، منتسکیو در پی آن است که قوای مختلف را از هم تمیز دهد و از یکدیگر منفصل سازد و در برابر هم نهد تا با این فن ساده، امنیت و آزادی را از خطر استبداد و خود سری نجات بخشد. بهمین جهت است که برای خویشتن ضابطه تفکیکی برمیگزیند که همان قانون است. عبارت دیگر قانون را در مرکز دید قرار میدهد و وظائف اندام‌ها و دستگاههای مملکتی را در قبال آن می‌سنجد و بر این اساس سه وظیفه اساسی را در جامعه مشاهده می‌کند: قانون‌گذاری، اجرای قانون و حل اختلاف‌ها و کیفر دادن بر اساس قانون. کافی است که هر کدام از این سه وظیفه برعهده دستگاهی مشخص نهاده شود، تا هر کدام در چهار دیوار تعیین شده بفعالیت پردازند و یکدیگر را متوقف سازند، تا حقوق شهروندان از گزند مطلق گرائی در امان بماند. تأثیر عقاید منتسکیو، یا بهتر بگوئیم التقاطی از نظرات وی با عقاید صاحب نظران پس از او نظیر ژان ژاک روسو را میتوان در قانون اساسی ۱۷۸۷ ایالات متحده آمریکا و همچنین در قوانین اساسی بعد از انقلاب فرانسه مشاهده کرد. البته مردان انقلابی فرانسه از نظرات وی، برداشت‌های فلسفی کردند و توجیه خود را برای قبول نظریه تفکیک قوا بر پایه اندیشه‌ای دیگر نهادند. یعنی با ورود در مسأله حاکمیت^(۲) و بحث وجدل‌های طولانی در باب سرچشمه آن چنین نتیجه گرفتند که ملت هنگام گزینش نمایندگان خود برای اعمال حاکمیت، بخشی از آن را به قوه مقننه، بهره‌ای از آن را به قوه مجریه و حصه‌ای دیگر را به قوه قضاییه واگذار کرده است.

بزبان دیگر، نظریه سازان انقلابی فرانسه، قوای موجود در جامعه را تجلی تمام عیار حاکمیت و هر کدام از صور آن را بخشی از این مفهوم کلی می‌پنداشتند.

ژرژ برودو، در باب دگر دیسی نظریات منتسکیو در انقلاب فرانسه چنین مینویسد:

«بجای اینکه تفکیک قوا به مثابه یک تکنیک سیاسی در نظر گرفته شود، انقلابیون آنرا

۱- همان، فصل ششم کتاب یازدهم، صفحه ۱۶۳-۱۶۴ چاپ سال ۱۳۴۹

۱- همان، فصل ششم کتاب یازدهم، صفحه ۱۶۳-۱۶۴ چاپ ۱۳۴۹

۲- همان، فصل ششم کتاب یازدهم، صفحه ۱۶۳-۱۶۴ چاپ سال ۱۳۴۹

لذا اگر تفکیک قوا بر خلاف عقیده بسیاری از حقوقدانان معاصر و منجمله دولاپرادل که میگوید: «تفکیک قوا چیز دیگری جز طبقه بندی وظائف نیست»^(۲) بر پایه اندیشه مردان انقلابی فرانسه همچون انتقال حاکمیت به دستگاههای مختلف در نظر گرفته شود و اندیشه اساسی واضع اصلی آن منتسکیو لامحاله بدست فراموشی سپرده گردد، نتایج حاصل متفاوت خواهد بود. عبارت دیگر اگر تفکیک قوا یک فن، یا یک شیوه برای تقسیم کردن قدرت در دستگاهها و جلوگیری از تمرکز و گریز از خودکامگی باشد، تنظیم و تحدید حدود با انعطاف فراوان تری عملی خواهد بود و دستگاههای سه گانه خواهند توانست با نرمشی منطبق با مقتضیات هر جامعه با یکدیگر همکاری کنند. در حالی که قبول اصل «انتقال حاکمیت» ما را به سوی نظام حکومتی انعطاف ناپذیری راهنمون خواهد شد: بدین منوال که هر یک از دستگاهها بنابه سائقه وظیفه خود دارای نوع قدرتی خواهد بود که لزوماً باید آن را به تنهایی بموقع اجرا گذارد نه با کمک و یاری دستگاههای دیگر. علاوه بر آن، امکان تداخل وظائف دستگاهها در یکدیگر نخواهد بود، زیرا طبع قدرتی که بهر کدام از آنها به ودیعت سپرده شده است با آن دیگر تفاوت دارد.

مطلب دیگری که برای بحث اصلی ما جالب مینماید، نحوه برداشت لاک و منتسکیو در تبیین هریک از قواست. تعاریف این دو متفکر، هنگام ایجاد ربط میان حکومت و وظیفه اجرایی آن فی حد ذاته بسیار تنگ نظرانه است. چرا که حکومت کردن فقط دنباله روی از خط مشی کلی و اجرای اصول مندرج در قانون نیست. دأثره عملکرد حکومت از چهارچوب محدود و تنگ اجرای قانون وسیع تر و بازتر است و تنوعی که در وظائف

۱- حقوق اساسی و نهادهای سیاسی Droit Constitutionnel et Institutions Politiques صفحه ۱۳۷-۱۳۸

سال ۱۹۶۸.

۲- de Lapradelle درس حقوق اساسی، صفحه ۲۴۰. سال ۱۹۱۲

بسیار پیچیده حکومت وجود دارد و همچنین ویژگیهای آن موجب می شود که نتوان بدرستی و قاطعیت اصطلاح «قوه مجریه» را در باب آن بکار برد. افق گسترده طبیعت حکومت و وظائف گوناگون آن با دایره تنگ و محدود «اجرا» قابل انطباق نیست. شاید عبارت مشهور «حکومت کردن یعنی وضع قانون» بنا به تعبیری هم مؤید وظایف پیچیده و روز افزون حکومت و هم نافی طبیعت صرف اجرایی آن باشد.

در رد محدود کردن قدرت حکومت بوظیفه اجرایی، ژرژبرودو چنین مینویسد:

«شکی نیست که چنین دیدی در باب نقش حکومتها بر اساس یک نوع لفاظی کامل و دور از واقعیات بنا نهاده شده است. این ادعا ناممکن است که اقتداری که آینده گروه را بدست دارد و انجام بی کم و کاست این مهم، نبوغ رجال سیاسی را میخواهد از نظر حقوقی فقط دارای یک وظیفه صرفاً اجرایی باشد»^(۱)

در سطور بعدی ملاحظه خواهیم کرد که گستردگی روز افزون دامنه وظائف حکومت با توجه به واقعیات موجود در جوامع پیچیده و مقتضیات زمان ما، چه تأثیری در خصوص نفس تعادل قوا دربر خواهد داشت. در اینجا فقط بذکر این نکته اکتفا میکنیم که امروزه به دشواری میتوان طبقه بندی مدرسی قوا را ماهیتاً، باتوجه به تحولات جوامع پذیرفت.

از سوی دیگر لاک و منتسکیو، تعریف دقیق و جامعی از وظیفه قانونگذاری بدست نداده اند، بلکه فقط وضع قانون را در حیطه اختیارات قوه مقننه نهاده اند که طبعاً تعریفی گویا نبوده بلکه تحصیل حاصل است.

ژان ژاک روسو Jean - Jacques Rousseau در «قرارداد اجتماعی»^(۲) این نقیصه را بدین سان مرتفع ساخته است:

۱- حقوق اساسی و نهادهای سیاسی Droit constitutionnel et institutions politiques صفحه ۱۳۹

سال ۱۹۶۸.

«بنابر این موضوعی که در باب آن وضع مقررات میشود، مانند اراده‌ای که خالق این مقررات است، عام میباشد. این همان عملی است که من قانون می‌نامم.

وقتی می‌گوییم که موضوع قوانین همیشه عام است، منظورم این است که قانون، افراد را در مجموع و فعالیت‌ها را بصورت سیال و مجرد می‌انگارد: هرگز یک انسان را بصورت یک فرد و یا یک فعالیت را بصورت امری خصوصی. در یک کلمه، هر وظیفه‌ای که مربوط به یک موضوع فردی است به قوه مقننه تعلق ندارد.»^(۱)

لذا در افق دید روسو، وضع یک قاعده حقوقی در صورتی که موضوع آن عام و غیر شخصی نباشد و مربوط به یک فرد یا یک امر خصوصی باشد، از جهت فلسفی در دایره فعالیت‌های تقنینی نمی‌گنجد، هر چند که این فعالیت توسط دستگاه ویژه قانونگذاری به انجام رسیده باشد. در صورتیکه دکترین حقوقی امروز قانون بمعنی اخص را قاعده‌ای می‌پندارند که از پارلمان نشأت گرفته و مراحل سه گانه، تصویب و توشیح و انتشار را پشت سر گذاشته باشد. یعنی بطور کلی، از دید حقوق، دستگاه صادر کننده و وضع قانون در تکوین مفهوم آن اهمیت بسزایی دارد.

با تلفیق یا نزدیک کردن نظریات سه نویسنده نامدار نتیجه این می‌شود که حدود رسم شده در قالب‌بندی مدرسی دارای خطوط روشن و مشخصی نیست تا بتوان قاطعانه پذیرفت و بر آن گردن نهاد. تازه، ماحصل استنتاج کلی روسو در قرارداد اجتماعی او، تفکیک قوا نیست، بلکه نوعی اختلاط قواست که بحث در باب آن نیازمند بررسیهای جداگانه‌ای است. در اینجا فقط بذکر این وجیزه اکتفا میکنیم که به گمان روسو حاکمیت مردم به نمایندگان آنان که در قوه مقننه مجتمع هستند سپرده می‌شود و قوه مجریه و قضائیه که در واقع منبعث از مردم ولی از رهگذر مجلس هستند، هر کدام صورتی از این حاکمیت را به تبعیت از مجلس نمایندگان اعمال مینمایند.

بهر تقدیر، مسأله تفکیک قوا بگونه‌ای که در بالا از آن یاد کردیم، مورد قبول کلیه علمای کلاسیک حقوق اساسی نبوده است. برخی بر قوای سه گانه «قوه موسس» را نیز علاوه کرده‌اند که تجسم آن مجلس موسسان یعنی واضع قانون اساسی است و وظیفه آن با آنچه که وضع قانون عادی نتیجه آن است، تفاوت دارد.^(۱)

برخی دیگر نظیر بن ژامن کنستان (Benjamin constant) به «قوه تعدیل کننده» نیز اعتقاد داشته‌اند. قوه تعدیل کننده، برخلاف قوای پیش گفته که در برابر یکدیگر صف آرایی کرده جلوی یکدیگر را سد میکنند و با هم در تضاد دائمی در چهارچوب تفکیک بسر می‌برند، قوه‌ای است بیطرف و فوق قوای دیگر که رئیس مملکت «غالباً پادشاه» آن را هنگام بروز اختلاف میان مجلس و حکومت اعمال میکند. این قوه گاهی حکم و آشتی دهنده است و گاهی عامل و حل و فصل کننده. اگر قانون از جهت اجرائی نقصی داشته باشد یا بر خلاف مصلحت وضع شده باشد از توشیح و بالتجیه اجرای آن خودداری میکند. اگر مسئولان قوه مجریه فاقد اعتماد نمایندگان مردم باشند یا در اجرای وظائف محول کوتاهی کنند آنان را معزول میکند. اگر پارلمان با حکومت در تعارض مستمر افتد و این جدال و کشمکش آشتی ناپذیر جلوه کند، مجلس را منحل مینماید.

ج - برداشت‌های جدید

طبقه بندی انواع جدید که جامعه شناسی بدان بال و پر داده واز آن به سود خویش مدد جسته است، از گونه دیگری تقسیم بندی وظائف در جامعه حکایت دارد. تحول جوامع به سوی گستردگی روابط و پیچیدگی هر چه بیشتر آن و همچنین ایجاد وظائف

۱- کانت فیلسوف مشهور آلمان کرشش کرده که سه گانگی قوای سیاسی را بر اساس تثلیث در مسیحیت توجیه کند. کانت معتقد است که الوهیت در اصل بیگانه است، ولی بصورت پدر و پسر روح القدس متجلی شده است و دولت با آنکه در ماهیت واحد و غیر قابل تقسیم است، میتواند بقوای سه گانه و با وظائف مشخص تقسیم شود. در باب اینگونه نظریات الهی رجوع شود به لئون دوگی Léon Duguit رساله در باب حقوق اساسی ۶۶۸ -

متنوع روز افزون و برجسته‌تر شدن خطوط قلمروها به قبول طرز تلقی جدیدی کمک فراوان کرده است.

مثلاً محدوده قوه مجریه، در طبقه بندی مدرسی قلمروی هم آهنگ و یکدست جلوه میکرد در حالی که امروز به قوای چندگانه‌ای در درون آن برمیخوریم که در بطن آن جای گرفته اند، بطریقی که عوامل بارز تفکیک ماهیت آنان چشمگیر است:

۱- قوه سیاسی و قوه اداری

حد ممیز این دو قوه در درون قوه مجریه نوع و سطح وظائفی است که بهر کدام سپرده شده است. بدیهی است که تعیین مقطع بسیار بارز و روشن، غیرممکن است، ولی آنقدر هست که قوه سیاسی در اختیار شخصیت‌ها و دستگاههایی است که تصمیمات اساسی در حد تعیین هدفهای عالی و رسم خطوط مشی و کلی استراتژی مملکتی میگیرند.

تصمیماتی که در سطح رئیس کشور، نخست وزیر، وزراء، مدیران عالیقدر سیاسی یا مجالس مقننه و نظائر آنها گرفته میشود از جمله : وظائف قوه سیاسی است. لکن قوه اداری مربوط به سازمانها و مؤسسات اداری است که تصمیمات شالوده‌ای سیاسی را ضمن انطباق با حالات خاص و سرشکن کردن آن به اقدامات اجرایی بموقع اجرا میگذارند^(۱) عادتاً در وزارتخانه‌ها تا سطح مدیر کل در حوزه قوه اداری قرار دارد و وزیر و معاون و مشاوران عالی در حوزه قوه سیاسی.

البته در این باب تذکر دونکته مهم ضروری است : یکی اینکه بدشواری میتوان کار اداری و کار سیاسی را از یکدیگر منفصل کرد. زیرا یک عمل اداری گاهی آنقدر اساسی و مهم است که بیشتر به یک تصمیم سیاسی شباهت دارد. با تقسیم بندی قوه مجریه بدو قوه سیاسی و اداری شاید چنین تلقی شود که قوه اداری تابع و دنباله روی سیاسی است. این برداشت، البته در نخستین استنتاج منطقی بنظر درست مینماید. ولی تجربه نشان

داده است که ثبات، تداوم و ریشه‌دار بودن قوه اداری و همچنین سنن و عاداتی که روابط درون ذاتی دستگاههای اداری ضمن انجام وظائف ویژه بوجود می‌آورند، قوه مزبور را بصورت مجموعه‌ای حرفه‌ای بدر می‌آورد. در حالی که ادواری بودن متصدیان قوه سیاسی و تغییر پذیری چهره‌های آن که خاص حکومتهای دموکراتیک است طبعاً در این برخورد آمیزه‌ای از تأثیرات متقابل فراهم میکند. چه بسا گروه یا حزب زمامدار، خواه ناخواه زیر نفوذ سنن و عرف قوه اداری در مواردی مجبور به دگرگونی شیوه‌ها یا تغییر سیاست‌ها میشود. در کشورهایی که دستگاههای اداری قدرت فراوان میگیرند و از صورت یک مجری صرف خارج میشوند و بالتجربه اسباب «دفتر سالاری»^(۱) را فراهم میکنند آنچنان اهمیت می‌یابند که قوه سیاسی را در خود منجمک و مستحیل مینمایند. رها شدن از رنگ تعلق قرطاس بازی و خروج از تبعیت ضوابط نامطلوب، امری بی اندازه دشوار است.

۲- قوه تصمیم گیرنده و قوه اجراکننده

صرف نظر از طبیعت وظائف دستگاهها و سازمانهای گوناگون، در کلیه مؤسسات یک جامعه دو نوع دستگاه وجود دارد : دستگاههایی که تصمیم میگیرند و دستگاههایی که صرفاً نقش اجرایی دارند. برای تعیین حد فاصل میان تصمیم گیران و مجریان، مقاطع مختلفی باید رسم کرد، زیرا در دستگاههای اجرایی خالص نیز مقامات و واحدهای تصمیم گیر در سطوح مختلف بچشم میخورند. ولی بدون توجه به «خرده تصمیمات» و «خرده اجراها» اگر قضیه را در سطح کلی یک جامعه مورد توجه قرار دهیم، ملاحظه خواهیم کرد که دستگاههای خط مشی دهنده نظیر مؤسسات برنامه ریزی، بودجه بندی، سرمایه گذاری، وضع قانون و مقررات و نظائر آنان شالوده ریز و پایه گذار تصمیمات اساسی هستند: در تشکیل نحوه تصمیم و نوع و حد دامنه و برد آن، سیاستمداران، متخصصان، اصحاب فن^(۲) نظیر کارشناسان، جامعه شناسان،

1- Bureaucratie.

2- Technocrates

۱- برای تشریح بیشتر در باب طبیعت روابط اداری رجوع شود به حقوق اداری تألیف عبدالحمید ابوالحمید،

جلد اول (کلیات - سازمانهای اداری) چاپ دانشگاه ۱۳۴۹.

حقوقدانان، اقتصاددانان، مهندسان محاسب و جز اینها سهم شایان توجهی برعهده دارند. ولی اجرای برنامه‌ها بودجه‌ها سرمایه‌گذاری‌ها و شکستن خطوط مثنی اقتصادی و اجتماعی در قالب‌های اجرائی، توسط اعمال مادی و حقوقی بوسیله دستگاههای مجری به انجام میرسد. تصمیمات کلی و پایه‌ای در چنبر سلسله مراتب دستگاهها تبدیل به تصمیمات جزئی‌تر و اجرائی‌تر میشود و لحظه به لحظه شکل عمل مادی بیشتر بخود میگیرد. تا آنکه کلاً توسط دستگاهها و اشخاص مجری در دنیای عمل صورت محسوس و ملموس اجرائی یابد.

۳- قوه مشورتی و قوه نظارت

قوه مشورتی، در این مبحث، با آنچه که توسط ارسطو در کتاب سیاست عنوان شده است یا آنچه که از مجلس شورا زیر شعار «و شاورهم فی الامر» می‌شناسیم، تفاوت دارد. قوه مشورتی، از جهت طبقه بندی جدید انواع، به قوه‌ای گفته می‌شود که پیش از اتخاذ تصمیم وارد معرکه میشود. یعنی پیش از آنکه، تصمیم شکل قطعی بخود بگیرد، غالباً از مشاوران و اصحاب تعقل و فنی‌ها استمزاج میشود.

مشورت بر نوع و نحوه تصمیم اثر میگذارد و در جهت‌گیری آن اثرات فوق‌العاده‌ای دارد. از سوی دیگر، از آنجا که مشورت ایجاد تعهد و اجبار نزد مسئولان امر نمی‌کند، غالباً سیاستمداران و ارباب تصمیم، برای منظورهای گوناگونی از این حربه استفاده میکنند. گاهی آن را با تکنیک «پنهانکاری» برای استتار غرض اصلی خود و تصمیمات از پیش گرفته شده یا توجیه تصمیم خویش در برابر افکار عمومی بکار میگیرند و گاهی صرفاً برای ارضای خاطر مشاوران و کارشناسان و متخصصان در جهت اثبات علت وجودی آنان. زمانی برای آشنائی با نقص تصمیمات خود یا برای تغییر شیوه و اسلوب و نوع تصمیم و زمانی برای ایجاد محمل پاسخ‌گویی به مدعیان و مخالفان. مشورت، به برخی از تصمیمات، جنبه روشنفکرانه‌ای میدهد و با رنگ و روغن زدن به تصمیمات عادی و حتی عامیانه به آنها جلای علمی و فنی می‌بخشد.

قوه نظارت، بر عکس قوه مشورتی، بعد از اتخاذ تصمیم و انجام کار عمل میکند. وظیفه قوه نظارت عبارت است از بررسی و ممیزی و ارزشیابی کارهای انجام شده یا در

حین انجام و تطبیق آنها با تصمیمات اتخاذ شده با قانون و مقررات برای جلوگیری از انحراف. گاهی قوه نظارت، صرفاً برای ملاحظه و آگاهی از نحوه اجرائیات، در حد تعقیب کار و آشنائی با جزئیات عمل میکند. گاهی قطعاً در برابر نابسامانی و کارهای غیر اصولی و خلاف موازین و مقررات واکنش میکند.

در کشورهای با برنامه، یعنی ممالکی که نقش عظیم دولت در زندگی اقتصادی و اجتماعی بطور مداوم روابط خصوصی را عمومی میکند و فرد را تابع خط مثنی تعیین شده بوسیله جامعه متشکل مینماید، به سبب آنکه رهبری موسسات دولتی وسیع و عظیم در جهت هدفهای اساسی کاری بس دشوار است، قوه نظارت طبعاً گسترش فوق‌العاده‌ای یافته است، بگونه‌ای که با استفاده از آخرین دست‌آوردهای فنی شبیه ماشین‌های الکترونیک و محاسب، علم آمار و جامعه‌کاویهای مستمر، کوشش میشود که قدم بقدیم پیشرفت و رشد اقتصادی و اجتماعی، مورد ارزشیابی دقیق قرار گیرد.

۴- قوه فرمانروائی و قوه تأمل

این دو قوه به تعبیری جای قوه مجریه و قوه مقننه را در اصطلاح عادی گرفته است. قوه فرمانروائی نقشی وسیع‌تر از حکومت بمعنای قوه مجریه دارد. حکومت رهبری میکند. تصمیم میگیرد. در چهارچوب رسم شده قانونی، مقررات و قواعدی دارای موضوعات خصوصی‌تر وضع میکند. برای فعالیت‌های ملی برنامه میریزد و خلاصه در میدان عمل اجتماعی نقش ثانوی و دنباله رونده برعهده ندارد، بلکه خود تصمیم میگیرد و گاهی نیز تحمیل تصمیم می‌کند. در حالی که اگر مفهوم «فرمانروائی» با مفهوم «اجرا» اشتباه شود، بمثابة آن است که دامنه برد آن برخلاف واقعیات عینی محدود شده باشد. در برابر قوه فرمانروائی، قوه تأمل وجود دارد. واژه فرانسوی این قوه دارای مفهومی گویاتر و وسیع‌تر از معادل فارسی آن است^(۱). از این دیدگاه، دیگر کار پارلمان صرفاً

۱- فرهنگ واژه‌های فنی و انتقادهای فلسفه لالاند Lalande در باب واژه Déliération که ما آنرا به فارسی بصورت تأمل برگردانده‌ایم، چنین مینویسد: «حالتی روانی که در آن، وقتی انجام یک عمل ارادی ممکن

وضع قانون نیست، بلکه قانون یکی از محصولات آن است. از این قوه تصمیمات وسیع‌تر در افق بازتری بمنصبه بروز میرسد. پارلمان، چهار دیوارها و قالب‌ها را تعیین می‌کند تا سازمانهای دیگر در محدوده آن به فعالیت پردازند. علاوه بر آن، با مباحثات، گفتگوها، موافقت‌ها، مخالفت‌ها، انتقادات، کلی بافی‌ها، و ورود در جزئیات امر ضمن طراحى سیاست کشور، فکر طراحى را در اذهان مسئولان حکومتی و مجریان به نمایندگی از طرف افکار عموم تلقین میکند. دیگر آنکه پارلمان بعد از ابراز صور گوناگون «خواست‌ها» «ایجاد محدودیت‌ها» تعیین «اجبارها» بصورت نظارت‌کننده ظاهر میشود: از طریق تذکر، سؤال، استیضاح، یا تصویب بودجه و نظارت بر اجرای آن.

د- استنتاج

از آنچه که گفته شد نکات زیر باید مورد توجه قرار گیرد:

یکم آنکه، اصل تفکیک قوا، خود بخود دارای ارزش درون ذاتی و مجرد نیست، بلکه وسیله‌ای است در خدمت اصول و هدفهای مهمتر که حفظ آزادیهای فردی، پیش‌گیری از استبداد و خودسری و ایجاد یک نوع حکومت مردم سالارمیانہ رو از جمله آنان است. با وجود اینکه تجزیه و تفکیک قوا، در ضمن تحول تاریخی آن جامه فلسفی بخود پوشیده و خود بصورت هدف در آمده است، کما اینکه در ماده ۱۶ «اعلامیه حقوق بشر و شهروندان» مورخ ۲۶ اوت ۱۷۸۹ بصورت زیر بیان شده است که:

«هر جامعه‌ای که در آن نه حقوق تضمین و نه تفکیک قوا برقرار شده باشد، دارای قانون اساسی نیست»^(۱). معذک دکتربن امروزه، آن را فقط در حد یک فن و وسیله می‌شناسد

→

بصورت تأمل برگردانده‌ایم، چنین مینویسد: «حالتی روانی که در آن، وقتی انجام یک عمل ارادی ممکن است، اجرای آن، در برهه‌ای از زمان، برای مطالعه بصورت آگاه و اندیشیده معلق مینماید». صفحه ۲۱۴ چاپ ۱۹۶۰.

۱- توضیح آنکه اعلامیه حقوق بشر و شهروندان بعنوان دبیاجه بر قانون اساسی ۱۷۹۱ فرانسه بکار رفته است.

و قانون اساسی‌ای را که واجد تفکیک قوا بصورت مدرسی آن نباشد، معذک قانون اساسی میداند.

دوم آنکه، تفکیک مطلق قوا زیر عنوان سه قوه مقننه و مجریه و قضائیه تقریباً عملی نیست، زیرا حدود رسم شده برای تعیین مرز بین قوا نمی‌تواند بروشنی این وظیفه را انجام دهد. اگر دستگاههای تقنینی، اجرایی و قضائی را حتی المقدور از هم تفکیک و بهر کدام وظیفه خاص مربوط بطبیعت فعالیت آن اعطا کنیم، باز بر اساس مطالب پیش گفته، هر کدام از این دستگاههای «تخصصی» در قلمرو آن دیگر دخالت‌های مستقیم یا غیر مستقیم خواهند داشت. لذا برای دستگاههای سه گانه مدرسی دو نوع وظیفه باید قائل باشیم «وظیفه هسته‌ای» و «وظائف جنبی». مثلاً وظیفه هسته‌ای پارلمان، بحث و مذاکره و تصویب قانون و وظیفه جنبی آن ورود در زمینه مسائل اجرایی شبیه کنترل بودجه، تشکیل دیوان محاسبات و نظائر آن خواهد بود.

سوم و از همه مهمتر آنکه «تفکیک» بی «تعادل» یا تقسیم وظائف بدون در نظر گرفتن *checks and Balances* ما را به سوی رسیدن به هدف‌های مورد نظر رهبری نخواهد کرد. بزبان دیگر، قوای تقسیم شده باید در سطحی از موازنه و تعادل باشند که قدرت برتری طلبی هر کدام از آنها، با ابزار و آلات تعبیه شده در قوه طرف مقابل خنثی گردد. زیرا در غیر این صورت، هنگامی که قوای سه گانه یا چند گانه با نیروهای متفاوتی رو در روی هم قرار میگیرند و تفاوت نمایان و آشکاری در قوا باشد، باز برد با قوه نیرومندتر است که نتیجه نهایی آن تمرکز خواهد بود. حال باید دید که تعادل قوا در عمل بچه صورتی اجرا شده است.

۱- تعادل از راه تفکیک مطلق قوا

در این طرز تلقی، کوشش بر این استوار است که حاکمیت ملی بطور متساوی میان دستگاههای مربوط به قوا تقسیم شود. این مقصود هنگامی حاصل میشود که ملت یکبار نمایندگان خود را طی انتخابات عمومی برای تشکیل پارلمان انتخاب میکند و بار دیگر قوه مجریه را «غالباً رئیس آنرا» توسط انتخابات عمومی دیگری تعیین مینماید. لذا دو

قوه مقننه و مجریه نظراً در یک سطح قرار میگیرند و دارای پشتوانه‌ای مساوی میباشند. بگمان موريس دو ورژه^(۱) برای تحقق تعادل قوا از راه تفکیک مطلق، شرائط زیر لازم بنظر میرسد:

الف: وظائف هرکدام از دستگاهها تخصصی است و هر دستگاه یارای دخالت در کار دیگری را ندارد.

ب: هرکدام از دستگاهها، نوعاً کلیه وظائف تخصصی خود را انجام میدهد. مثلاً وضع قواعد عام و غیر شخصی که همان تعریف قانون باشد، فقط بوسیله پارلمان صورت میگیرد و قوه مجریه یا اجرا میکند و یا اینکه برای فراهم آوردن زمینه‌های اجرائی دست بوضع مقرراتی دارای محتوای خصوصی میزند یا اعمال فردی و مادی را در چهار دیوار تخصص خود بمنصه بروز میرساند.

ج: اندامها و دستگاههای دولت باید از یکدیگر کاملاً مستقل باشند. یعنی همانگونه که در بالا گفتیم یکی از قوا منبعث از قوه دیگری نباشد. قوا در کار هم دخالت نکنند. هیچکدام بر دیگری برتری نداشته باشد. نه مجریه بتواند مقننه را منحل کند و نه مجلس بتواند حق سؤال و تذکر و استیضاح داشته باشد و مآلاً دولت را واژگون کند.

بهر تقدیر، قانون اساسی ۱۷۸۷ آمریکا و همچنین قانون اساسی ۱۷۹۱ فرانسه مثالهای جالبی برای این بحث میتوانند بود. برداشت هودو^(۲) قانون اساسی درکوشش برای تقسیم مساوی حاکمیت و تفکیک انعطاف ناپذیر قوا با تبیین‌های متفاوت، علی‌الاصول یکی است و ما در اینجا برای احتراز از اطاله کلام فقط به بحث در قانون اساسی آمریکا میپردازیم.

عادتاً نامی را که به نظام آمریکائی داده‌اند «رژیم ریاستی»^(۳) است. در رژیم ریاستی آمریکائی، فرض این است که قوای مقننه و مجریه در یک سطح قرار گرفته‌اند، از

۱- نهادهای سیاسی و حقوق اساسی Institutions politiques et Droit constitutionnel موريس دو ورژه صفحه ۱۸۱ چاپ ۱۹۶۶.

2- Régime présidentiel

یکدیگر مستقل‌اند و هیچکدام تابع آن دیگر نیست و تفکیک قوا بشکل کامل آن عملی شده است، یعنی:

۱- رئیس مملکت^(۱) که در عین حال رئیس حکومت^(۲) نیز هست^(۳)، توسط ملت با انتخابات دو درجه‌ای برای مدت چهار سال انتخاب میشود.

۲- وزراء همگی برگزیده رئیس جمهور هستند.

۳- اکثریتی که به رئیس جمهور رأی داده است با اکثریتی که پدیدآورنده ترکیب نمایندگان در پارلمان است، فرق دارد.

۴- وزراء حق ورود به مجلس نمایندگان یا سنا را ندارند و رابطه میان اعضای حکومت و نمایندگان به طور غیر رسمی صورت میگیرد.

۵- کنگره که خود از دو مجلس یکی سنا (برای مدت ۶ سال) و دیگر مجلس نمایندگان (برای مدت دوسال) ترکیب شده است، نیز کلاً نماینده حاکمیت ملی است.

۶- مجلسین نمیتوانند حکومت را ساقط کنند و حکومت نیز قادر به انحلال پارلمان نیست. نکات فوق مؤید کوشش قانونگذاران آمریکائی برای ایجاد یک نوع تفکیک انعطاف ناپذیر قوا بوده است. ولکن نسبت به اصل فوق به مستثنیاتی برمیخوریم بشرح زیر:

۱- رئیس جمهور در پیام سالانه خود بکنگره میتواند تصویب قوانین خاصی را پیشنهاد کند که البته پارلمان در قبول یا رد آن مخیر است. ولی تاثیر پیام مجریه در نحوه تصمیم‌گیری کنگره حتمی است.

۲- رئیس جمهور حق وتو «تعلیقی» نسبت به مصوبات کنگره دارد. ولی هر یک از مجالس، هنگام بحث مجدد در باب همان لایحه، در صورتیکه با اکثریت دو سوم آراء آن

1- chef de L' Etat

2- chef de Gouvernement

۳- یگانگی ریاست مملکت و یا ریاست حکومت در اصطلاح غربی به Monisme (یگانه گرایی) اصطلاح شده است.

را مجدداً تصویب کرد قانون قابل اجرا خواهد بود.

۳- معاون رئیس جمهور ریاست مجلس سنا را بر عهده دارد.

۴- مجلس سنا در برخی از امور اجرایی مداخله دارد^(۱).

با بررسی نظام آمریکائی تعادل قوا، نکات زیر برجسته مینماید:

الف - تفکیک قوا بطور مطلق عملی نیست، زیرا همانگونه که گفتیم تعیین خطوط مشخص و مرزبندی دقیق میان فعالیت‌های سه گانه به سبک نظریات مدرسی غیرممکن مینماید. بنابر این استفاده از کلمه «مطلق» در تفکیک قوا باید با احتیاط بیشتری انجام گیرد و شاید بهتر باشد بجای آن اصطلاح «انعطاف ناپذیر» یا «کم انعطاف» بکار برده شود.

ب - کاربرد اصطلاح «ریاستی» برای اینگونه نظام‌ها ممکن است دو برداشت متضاد را القاء کند:

۱- تکیه بر اهمیت ریاست جمهور در برابر پارلمان که وجه مشخص چهار چوب اینگونه تفکیک است و حقوقدانان اروپائی و آمریکائی آن را در بین خود متداول و مرسوم نموده‌اند.

۲- نارسا بودن لفظ «ریاستی» که فی حد ذاته کلمه‌ای خنثی است، برای نشان دادن این طرز دید که انتخاب رئیس توسط آراء عمومی مردم خواه ناخواه منجر به «برتری ریاست جمهور»^(۲) نسبت به سایر قوای سیاسی میشود.

ما چه طرفدار این فکر و چه موافق با آن دیگر باشیم باید به این نکته توجه داشته باشیم که تقسیم متساوی حاکمیت از طریق تفکیک مطلق قوا، در نظام آمریکائی اگر تساوی نظری را از جهت حقوق فراهم کند، در واقع موجب نابرابری قواست. اهمیت روز

افزون نقش ریاست جمهور خاصه در زمان رؤسائی شبیه روزولت عدم تعادلی بسود مجریه و به زیان مقننه بوجود آورده است.^(۱) رئیس جمهور، به تنهایی سهم بسیار مهمتری از مجالس مقننه، از حاکمیت ملی را در انحصار خود دارد و حال آنکه هر کدام از نمایندگان از سهم کوچکی از حاکمیت برخوردارند. رئیس جمهور بمناسبت پشتوانه آراء عمومی و وضع کلیدی خود رهبری جامعه آمریکا را بر عهده دارد و حال آنکه مجالس مقننه که از نمایندگان گوناگون و گرایشهای مختلف سیاسی تشکیل شده‌اند، در اثر حاکمیت قطعه قطعه شده و تقسیم شده خود نمی‌توانند اراده‌ای برابر با اراده یگانه رئیس جمهور ابراز کنند.

بی علت نیست که «نظام ریاستی» در قوانین اساسی کشورهای آمریکای لاتین که از قانون اساسی ایالات متحده آمریکای شمالی الهام گرفته‌اند، یکسره تغییر ماهیت داده و به ریاست گرایی^(۲) تبدیل شده‌اند. یعنی رئیس جمهور بر پارلمان تسلط یافته و کم کم رژیم سیاسی را بسوی یک رژیم نیمه دیکتاتوری کشانده است. کلیه اقتداری که طبق قانون اساسی ایالات متحده. آمریکای شمالی به رئیس جمهور داده شده و همیشه بصورت طبیعی اعمال شده است، در کشورهای آمریکای لاتین وسیله‌ای برای اعمال قدرت رئیس جمهور گردیده، بگونه‌ای که کفه ترازو همیشه به سود مجریه و بضرر مقننه سنگینی کرده است.

در کشورهای دنیای سوم نظیر سوریه، مصر، سودان، پاکستان، عراق، اردن، اندونزی، نیجریه، غنا و آنهاییکه بعد از جنگ بین‌الملل دوم استقلال یافتند نخستین تمایل، تقلید از نظام پارلمانی کشورهای اروپائی بود که بعداً با کودتاهای نظامی تار و پود آن از هم گسست و گرایش دیگری رو به توسعه نهاد و آن قبول عموم این کشورها از

۱- برای آشنایی عمیق با این مقررات رجوع شود به قانون اساسی ۱۷ سپتامبر ۱۷۸۷ و اصلاحیه های بعدی آن.

۲- بهمین دلیل است که ما در کتاب «اصول علم سیاست» بجای استعمال واژه «نظام ریاستی» نظریه صرفاً حقوقی را کنار گذاشته‌ایم و آنرا بصورت «نظام برتری ریاست جمهور» ترجمه کردیم که با جامعه شناسی واقعیت‌ها انطباق بیشتری دارد.

۱- رجوع شود به بنتو pinto تحول قانون اساسی ایالات متحده آمریکایی، مجله تاریخ قانون اساسی ۱۹۳۷، صفحه ۵۳۱.

«ریاست گرائی» بود. زیرا بقول آندره هوریو^(۱) «رژیمی از نوع ریاستی خصوصاً قالب بندی اقتدار گرایانه تری از کشور را بدست می‌دهد. بهمین جهت کشورهای نوخاسته تازه استقلال یافته، برای ایجاد تمرکز نیروها و منابع و استفاده از کلیه امکانات مالی و نیروی انسانی خود میبایستی ما بین دیکتاتوری بی‌نقاب و آشکارا یا «ریاست گرائی» حفاظ دار و مستتر، یکی را انتخاب میکردند و این آخری با طبع و موقع آنان موافق تر بود.

پس با توجه بتحول نظام ریاستی و تجربه‌ای که اجرای آن در کشورهای متعدد نشان داده است میتوان بدو نتیجه اساسی رسید:

یکی آنکه در طبع و جوهره تفکیک مطلق قوا، برخلاف ساخت های حقوقی و نظریه‌های پشتیبان، عدم تعادل درون ذاتی به چشم می‌خورد که شاید اجرای موفقیت آمیز آن در ایالات متحده آمریکا به سبب عوامل دیگر سیاسی و اقتصادی بوده است که مثلاً وجود نظام فدرال که خود مهاری در برابر تمرکز قدرت رئیس جمهور است به اجرای این منظور کمک شایان توجهی کرده است.

دو دیگر آنکه، عدم تعادل ماهیتی مطلق قوا در قوانین اساسی کشورهای دیگری که نظام ریاستی را برگزیده‌اند علناً «ریاست گرائی» را برای این ملل به ارمغان آورده است که طبعاً نشانه‌هایی از عدم تعادل حقوقی در متون قوانین اساسی این کشورها نیز بچشم می‌خورد. بحث در باب این نشانه‌ها محتاج مطالعه مفصلتری است که امید است طی مقالات آینده‌ای عنوان شود.

۲- تعادل از راه تفکیک نسبی قوا

برای نشان دادن وجوه مشخص تفکیک نسبی، اصطلاحات دیگری نظیر «همکاری قوا» و «ارتباط میان قوا» نیز عنوان شده است. در این شیوه، برخلاف تفکیک مطلق در پی آن نبوده‌اند که «دستگاهها» و «وظائف» را از یکدیگر بکلی منفصل سازند و بهر کدام از این دستگاهها حصه‌ای از حاکمیت ملی را ببخشند که جدا از سایر قوا به

انجام وظیفه پردازد، حصه‌ای متساوی ولی دارای طبیعتی دیگر، حاکمیتی انتقال پذیر ولی با اکثریتی دیگر. در نظام تفکیک نسبی، اراده عموم یکباره ولی بدرجات ظاهر میشود و ممکن است از دستگاه فرمان یافته‌ای بدستگاه یا اشخاص دیگر نقل مکان کند و در تأسیسات و نهادها استقرار یابد. در تفکیک نسبی قوا، براساس نظریه‌ای که در صفحات گذشته عنوان کردیم، شاید با عنوانی دیگر به این حقیقت که دستگاههای سه گانه سیاسی هر کدام دارای وظائفی «هسته‌ای» و «جنبی» هستند، عنایت شده است و نظریه پردازان این مکتب دانسته‌اند که واقعیات همیشه بانظرات منظم و مرتب فلسفی و استنتاج‌های ذهنی همساز نیستند. متون قانونی را کوشش این است که قالب‌ها و حدودها را تعیین کنند تا در چهار دیواری آنها، واقعیات بجریان دائمی خود ادامه دهد. هر چند که نمیتوان منکر تأثیر قواعد حقوقی بر روابط اجتماعی شد ولی متون قانونی نیز نمیتواند دگرگون کننده واقعیات اجتماعی باشند. در نظریه تفکیک نسبی چون عملکرد حقوقی بر پایه اندیشه‌های واقع بینانه تری نهاده شده است و انعطاف پذیری اینگونه تفکیک برای در برگرفتن نیروهای مختلف و متعدد و قوایی که در پیش از آنها سخن گفتیم، مناسب تر بنظر می‌رسد، نخست آراء علماء و حقوقدانان را بیشتر بسوی خود جلب کرده و هواداران بیشتری یافته است و در ثانی مسأله تعادل قوا در این قالب ظرافت و ریزه کاریهای بیشتری را ایجاب کرده است. بهر حال، برای انجام تفکیک نسبی قوا سه شرط ریشه‌ای لازم است:

۱- برقراری تمایز میان وظائف دولت و واگذاری هر دسته از این وظایف که دارای طبیعتی همگون هستند به دستگاهی متمایز.

۲- دستگاههای متمایز برخلاف آنچه که درمورد تفکیک مطلق گفته شد، تخصصی نیستند. یعنی دوایر عملکرد آنان در محل‌هایی یکدیگر را قطع میکنند و قلمروهای مشترکی برای قوا بوجود می‌آورند.

۳- اندام‌های مربوط بوظائف دارای وسائل و ابزارهای تأثیر بر یکدیگر میباشند.

این معنی را موریس دوورژه با تلخیص جالبی به شکل زیر عنوان کرده است:

۱- حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، آندره هوریو droit constitutionnel et institutions politiques

«تمایز قوا، همکاری در وظائف، وابستگی اندامی»^(۱) که از یکسو، با اختلاط تمرکز قوا و از سوی دیگر، با تفکیک کامل قوا وجوه مختلف تشخیص دارد.

جالب‌ترین و ریشه‌دارترین مثالهای مربوط به این نوع تفکیک، یکی نظام حکومتی انگلیس و دیگری نظام فرانسوی است. قبل از پرداختن به تشریح هر کدام از این نظام‌ها که در طی تاریخ، راه‌های متفاوتی در پیش گرفته‌اند به بیان خطوط مشترک آنها می‌پردازیم.

تفکیک نسبی یا همکاری قوا در رژیم پارلمانی^(۲) تجسم یافته است. همانگونه که ملاحظه می‌شود در اینجا دیگر تکیه اصطلاح بر کلمه پارلمان است، بخلاف نظام ریاستی که بر رئیس جمهور تکیه فراوان شده است. این امر تصادفی نیست، زیرا در رژیم پارلمانی، حاکمیت ملت یا حاکمیت مردم^(۳) به اعتبار کشور و یا نظریه مورد قبول^(۴) از طریق انتخابات عمومی به نمایندگان مجلس یا مجالس مقننه سپرده می‌شود و از آن طریق، در سایر تأسیسات و نهادها جریان می‌یابد. شاید در دنیای خام نظام پارلمانی، نحوه برداشت ژان ژاک روسو از سپردن حاکمیت به نمایندگان و طی طریق این حاکمیت از راه مجلس به کلیه دستگاهها و شخصیت‌های حکومت، طبیعی‌ترین راه جلوه کند. یعنی کلیه قوا تابع قوه مقننه و خود قوه مقننه تابع فرمانروائی مردم یا بهتر بگوئیم (اکثریت مردم در مقاطع خاص زمانی) باشد.

ولی در رژیم پارلمانی بگونه مدرسی آن خصیصه‌های زیر چشمگیر است:

الف: دوگانگی^(۵) در قوه مجریه: یعنی وجود یک رئیس مملکت (پادشاه یا رئیس جمهور) که غیر مسئول است و یک رئیس حکومت (نخست وزیر یا رئیس الوزراء) که کلیه مسئولیت‌های سیاسی را همراه با کابینه وزراء برعهده دارد.

ب: مجلس یا مجلسین حق دارند کلیه اقدامات و عملیات حکومت را زیر نظر

بگیرند و از راه تذکر، سئوال، استیضاح، زیاده‌رویهای مسئولان حکومت را مهار کنند و از این مهمتر آنکه با رأی عدم اعتماد خود حکومت را واژگون نمایند و حکومت جدیدی را موافق با تمایل اکثریت نمایندگان برمسند قدرت بنشانند.

ج: حکومت نیز وسائل متعددی برای تأثیر بر قوه مقننه در اختیار دارد.

۱- حق پیشنهاد لایحه قانونی به پارلمان و طلب تصویب آن - حق وضع تصویب نامه، آئین نامه‌های ماهوی و اجرائی و خلاصه شرکت در قانونگذاری

۲- حق توشیح قوانین مصوب

۳- حق ورود در مجلس یا مجلسین و شرکت در مذاکرات

ولی اساس تعادل در نظام پارلمانی بر دو وسیله متقارن استوار شده است:

یکی مسئولیت سیاسی حکومت در برابر پارلمان و امکان سقوط کابینه با رأی عدم اعتماد نمایندگان از یک سو و حق انحلال پارلمان توسط قوه مجریه از سوی دیگر. به زبان دیگر وابستگی متقابل ادامه حیات دو قوه.

حال تحول نظام پارلمانی را فقط از دیدگاه تعادل قوا در دو کشور ملاحظه میکنیم.

یک: در انگلستان

استخوان بندی نظام حقوق اساسی انگلیس را سه عامل مهم تشکیل میدهد:

۱- پادشاه یا ملکه ۲- کابینه وزراء ۳- پارلمان

انگلستان نظام پادشاهی خود را که یادگار قرون و اعصار و نشان دهنده روح سنت طلب مردم بریتانیاست، حفظ کرده است. ولی بتدریج از قدرت آن کاسته بنحوی که اکنون ملکه انگلستان نقش عظیمی در سیاست کشور جز اجرای برخی اختیارات جنبی تحت عنوان امتیازات سلطان ندارد. این نهاد تاریخی و معتبر براساس نظریه حاکمیت الهی و بر پایه اصل وراثت به زندگی خود ادامه میدهد.

در واقع، بطور اختصار میتوان گفت که نظام پادشاهی انگلیس، منتج از تحولات تاریخی این کشور و سیر حکومت از نظام پادشاهی مطلق به سوی نظام پادشاهی پارلمانی است.

۱- موريس دوورژه، نهادهای سیاسی و حقوق اساسی صفحه ۱۸۴ چاپ سال ۱۹۶۶

2- Regime parlementaire.

3- dualisme

کابینه وزراء دنباله شورای خصوصی پادشاه است که از قرن هفدهم به بعد تعدادی از این مشاوران جدا از پادشاه تشکیل جلسه دادند و کم کم قدرت تصمیم‌گیری واقعی را مختص خود ساختند. نخست وزیر از طرف ملکه انتخاب می‌شود ولی این انتخاب نیز در وضع کنونی عملاً وجود ندارد. زیرا دو حزب معروف محافظه کار و کارگر هر کدام تحت نظر رهبر خود مبارزه می‌کنند و ملکه باید الزاماً رهبر حزب اکثریت را برای تشکیل کابینه برگزیند. وزراء توسط نخست وزیر از میان اعضای پارلمان انتخاب می‌شوند.

پارلمان از دو مجلس تشکیل می‌شود: مجلس عوام و مجلس لردها. نخستین این مجالس نماینده طبقات مردم و دومین آنها بازمانده مجلس اشرافی لردهاست که اعضای آن اصولاً براساس وراثت تعیین می‌شوند.

بطور خلاصه:

- ۱- رئیس مملکت یک مقام وراثتی، تشریفاتی و غیر مسئول است.
- ۲- رئیس حکومت کلیه اقتدارات اجرایی را همراه با کابینه وزراء برعهده دارد و در برابر پارلمان مسئولیت سیاسی دارد.
- ۳- مسئولیت سیاسی وزراء در درجه اول دسته جمعی و بطور استثنایی فردی است.
- ۴- دو مجلس عوام و لردها با هم پارلمان بریتانیا را تشکیل می‌دهند که با همکاری ملکه بوضع قوانین می‌پردازند.
- ۵- قوه مجریه حق انحلال مجلس عوام را دارد. در برابر آن پارلمان میتواند کابینه را واژگون کند.

۶- پارلمان در برخی موارد در کارهای اجرایی دخالت دارد و حکومت نیز در کار تقنینی فعالیت روز افزونی از خود نشان می‌دهد، بگونه‌ای که ابتکار حکومت در زمینه پیشنهاد لوایح قانونی ۸۰ درصد کل ابتکارات قانونی در بریتانیاست.

در اولین نظر سطحی، از جهت حقوقی وضع ارتباط و همکاری قوا، با یکدیگر طوری تعبیه شده است که براساس تعادل بکار خود ادامه دهند و از مزایا و امتیازات مشابه و سلاحهای متوازی در برابر هم برخوردار باشند. اگر کابینه در اقلیت افتد یا

احساس کند که خطر سرنگونی آن را تهدید میکند، میتواند بجای استعفا دادن مجلس عوام را منحل کند و قضیه را بحکمیت آراء عمومی واگذار نماید. اگر مردم بازیه اکثریت سابق رأی دادند کابینه راهی جز استعفا ندارد و اگر مردم اکثریتی کاملاً طرفدار دولت را برگزینند کابینه باز به زمامداری خود ادامه خواهد داد.

از سوی دیگر، یکی دیگر از عوامل تعادل در نظام بریتانیایی وجود دو مجلس است که وجود مجلس لردها میتواند افراطی گریهای زیان آور ضد ثبات و تداوم را جبران کند. تعبیر بالا از نظام بریتانیایی با واقعیت‌های جامعه شناسی انگلستان انطباق ندارد. وجود نظام دو حزبی موجب می‌شود که حزب اکثریت هم در مجلس عوام قدرت داشته باشد و هم کابینه از آن او باشد. لذا تفکیک ظاهری و حقوقی قوا در عمل بتمرکز قوا در انگلستان منجر شده است. در چنین وضعی امکان بسیار اندکی برای قوه مقننه وجود دارد که کابینه‌ای را ساقط کند، مگر آنکه یا کابینه ائتلافی باشد و یا قسمتی از اعضای حزبی اکثریت از خط مشی اساسی حزب خود روگردان شوند و به اقلیت بپیوندند.

از سوی دیگر واقعیت‌های زندگی سیاسی در این کشور نشان می‌دهد که تمرکز عملی قوا بسود کابینه بوجود آمده است. نقش ابتکاری قوه مجریه در قانونگذاری، در اتخاذ تصمیم، در برنامه‌ریزی ملی سیاسی و اجتماعی از خلال نظام منضبط دو حزبی در این مرز و بوم، تعادل نظری قوا را از میان برداشته و عدم تعادلی بسود قوه مجریه برقرار کرده است. نیروی ترمز کننده و آگاه و آزادمنش برای جلوگیری از انحراف و زیاده روی قوه مجریه را باید در آراء عموم مردم بیدار دل و در صحنه این دیار جستجو کرد.^(۱)

۱- برای آشنائی وسیع با پایه‌های حقوقی انگلیس چون متن قانون اساسی منظم و مرتبی وجود ندارد، چاره‌ای نیست جز آنکه بقوانین مختلف و پراکنده عادی آن کشور در این باب مراجعه کرد که ما در اینجا بذکر مهمترین آنها می‌پردازیم:

۱. La Grande charte، ۱۲۱۵، ژوئن ۲۱

۲. Pétition des Droits، ۱۶۲۸، ژوئن ۷

۳. Bill des Droits، ۱۶۸۹، فوریه ۱۳

تحول نظام پارلمانی در فراز و نشیب تاریخ شورانگیز و جالب کشور فرانسه داستانی طولانی دارد و مطالعه عمقی آن مستلزم فرصت‌های متعدد دیگری است که در این مختصر نخواهد گنجید. ما در اینجا فقط بذکر خطوط اصلی تحولات حقوق اساسی فرانسه در سه دهه اخیر تا آنجا که موجب تطویل کلام و انحراف از موضوع نشود، بسنده میکنیم.

قانون اساسی ۲۷ اکتبر ۱۹۴۶ (جمهوری چهارم) و قانون اساسی چهارم اکتبر ۱۹۵۸ و تغییراتی که بعداً در سال ۱۹۶۲ رخ داد، میتواند خود سرچشمه فیاضی برای مطالعه ما باشد.

نهادهای مندرج در قانون اساسی جمهوری چهارم به ترتیب تقدم و اهمیت در متن قانون اساسی ۱۹۴۶ به گونه زیر عنوان شده است:

- ۱- پارلمان^(۱)
- ۲- شورای اقتصادی^(۲)
- ۳- رئیس جمهور^(۳)
- ۴- شورای وزیران^(۴)

→

۱۸ اوت ۱۹۱۱، parliament Act 4.

۱۶ دسامبر ۱۹۴۹، parliament Act 5.

۱- عنوان ۲ قانون اساسی ۱۹۴۶ از ماده ۵ تا ۲۴

۲- « ۳ » » » » » ۲۵

۳- « ۵ » » » » » «از ماده ۲۹ تا ۴۴

۴- عنوان ۶ قانون اساسی ۱۹۴۶ از ماده ۴۵ تا ۵۹

با توجه به ترتیب تقدم نهادها و همچنین مقررات مندرج در این قانون اساسی، کوشش قانونگذاران فرانسه برای تقویت قوه مقننه که نمایشگر حاکمیت مردم و تضعیف قوه مجریه که مداخله‌گر در کار آزادیهای فردی است، آشکار می‌شود.

طبق ماده ۵، پارلمان از دو مجلس: یکی مجلس ملی و دیگری شورای جمهوری تشکیل میشود. مجلس ملی توسط آراء عموم مردم بطور مستقیم و شورای جمهوری توسط آراء حکومت‌های محلی بطور غیر مستقیم انتخاب میشوند. در این نظام، مجلس ملی در برابر مجلس دوم یعنی شورای جمهوری دارای اختیارات فوق‌العاده است و نظام دو مجلسی جمهوری چهارم عملاً بواسطه عدم تعادل قوا میان دو مجلس بیشتر به نظام یک مجلسی شباهت دارد. مجلس ملی به تنهایی قانون وضع می‌کند و این حق را نمیتواند بدیگری واگذار نماید (ماده ۱۳). لوایح قانونی از طرف حکومت ممکن است به انتخاب نخست وزیر و وزراء در هر یک از دو مجلس طرح شود، ولی لوایح قانونی مربوط به تصویب قراردادهای بین‌المللی (موضوع ماده ۲۷) و قوانین مربوط به بودجه یا امور مالی و یا لوایحی که موجب کاهش درآمد یا افزایش هزینه‌ها شود، باید لزوماً در آغاز تقدیم مجلس ملی گردد.

رئیس جمهوری توسط پارلمان برای مدت ۷ سال انتخاب میشود (ماده ۲۹). در اوان هر دوره تقنینیه، رئیس جمهوری پس از مشورت‌های لازم رئیس شورای وزیران را معلوم میکند (ماده ۴۵) سپس رئیس شورای وزیران در برابر مجلس ملی تقاضای رأی اعتماد میکند و چون از طرف مجلس مذکور برگزیده شد، وزراء خود را برمیگزیند.

وزراء بطور دسته جمعی، در خصوص سیاست عمومی کابینه و بطور انفرادی در مورد کارهای اختصاصی خود مسئولیت دارند (ماده ۴۸).

نتیجه آنکه، رژیم پارلمانی جمهوری چهارم کلیه فنون و ظرافت خود را بکار برده است تا در عین اهمیت دادن به قوه مقننه و بازگذاشتن دست مجلس ملی برای مهار کردن حکومت، تعادل حقوقی و فنی میان دو قوه برقرار گردد، ولی نتیجه‌ای که از آن در عمل حاصل شد، بطور خلاصه به قرار زیر بود:

۱- عدم ثبات حکومت : در این باب باید خاطر نشان ساخت که در طول مدت نزدیک به دوازده سال، بیست کابینه عوض شد و حد متوسط دوره هر حکومت در حدود هفت ماه بود، در نتیجه اتخاذ تصمیمات بزرگ، مداوم و حیاتی برای فرانسه دچار اشکالات فراوانی میشد.

در جمهوری چهارم که مقارن با انقلاب الجزایر بود، امید به حل مسأله توسط حکومت به صفر رسیده بود، زیرا تشتت و پراکندگی میان گروه‌بندیهای سیاسی در این زمینه و سایر قلمروها موجب دگرگونی روزافزون ترکیب کابینه و عدم امکان برای اتخاذ یک سیاست درست و ثابت گردیده بود.

۲- ضعف پارلمان : همانطور که اشاره شد، وجود نظام چند حزبی غیر منضبط در ترکیب نمایندگان منعکس بود و در بیشتر مواقع فقط با ائتلاف دو یا چند حزب امکان تشکیل کابینه‌ای وجود داشت و هر لحظه که رشته‌های ائتلاف از هم میگسست، طبعاً کابینه دچار تزلزل و سپس سقوط یا استعفا میشد. این امر از یکسو موجب عدم ثبات در حکومت بود و از سوی دیگر اسباب رها کردن قدرت تقنینی را بقوه مجریه فراهم میکرد. کما اینکه قدرت کابینه را در خصوص تصویب نامه‌ها و مقررات حکومتی جایگزین قانون گسترش داد و مجلس خود به خود نقش پر اهمیت تقنینی را از کف داده بود.

به همین جهت است که بدنبال شورش ۱۳ ماه مه ۱۹۵۸ در الجزایر مقدمات زمامداری ژنرال دوگل سردار مشهور فرانسوی فراهم شد و از کلیه حوادث و آشوبها قانون اسامی چهارم اکتبر ۱۹۵۸ زائیده شد. این قانون اساسی، با تغییراتی که در سال ۱۹۶۲ در بعضی از مقررات آن بعمل آمد، هنوز پایه نظام سیاسی و حکومتی فرانسه را تشکیل می دهد.

در این قانون، اهمیت نهادها دگرگون شده و جدول اولویت‌ها بر اساس برداشت ژنرال دوگل از حکومت بطریق زیر تغییر کرده است:

۱- رئیس جمهور^(۱)

۲- حکومت^(۲)

۳- پارلمان^(۳)

۴- شورای قانون اساسی^(۴)

۵- دادگاه عالی^(۵)

۶- شورای اقتصادی واجتماعی^(۶)

رئیس جمهور مراقب است تا احترام به قانون اساسی محفوظ بماند و در مورد جریان کار قوای عمومی و تداوم دولت - کشور همچون حکم عمل میکند. (ماده ۵)

رئیس جمهور برای مدت هفت سال توسط پارلمان، اعضای انجمن های شهرستان، مجامع محلی ماوراء بحار و نمایندگان انجمن شهر انتخاب میشود. البته بعداً در سال ۱۹۶۲ این وضع تغییر میکند و ماده ۶ قانون اساسی اصلاح میشود و رئیس جمهور توسط آراء عمومی مستقیم انتخاب خواهد شد. در این قانون اساسی تکیه فراوان بر قدرت و حقیقت رئیس جمهور، برای ایجاد ثبات و تداوم در دولت شده است. حکومت از رئیس جمهور، نخست وزیر و وزراء تشکیل میشود. در درون حکومت اصل دوگانگی یعنی وجود یک رئیس جمهور که قدرت تصمیم گیری و مداخلات اجرایی دارد و یک نخست وزیر که در برابر پارلمان مسئول است، دیده میشود. ساختمان رژیم پارلمانی با مسئولیت کابینه وزراء در برابر پارلمان در قانون اسامی جمهوری پنجم، حفظ شده است، با این فرق که در عمل نوعی رژیم نیمه ریاستی در این کشور بوجود آمده است.

۱- قانون اساسی ۱۹۵۸ از ماده ۵ تا ۱۹.

۲- » » » » ۲۰ تا ۲۳.

۳- » » » » ۲۴ تا ۶۳.

۴- » » » » ۵۶ تا ۶۳.

۵- » » » » ۶۷ تا ۶۸.

۶- قانون اساسی ۱۹۵۸ از ماده ۶۹ و ۷۰.

رئیس جمهوری، نخست وزیر را منصوب میکند و استعفاى وی را می پذیرد، نخست وزیر وزرای خود را انتخاب و به رئیس جمهوری معرفی میکند و پس از موافقت رئیس جمهوری آنها را به پارلمان معرفی کرده و از پارلمان رأی اعتماد میگیرد.

بهر تقدیر، با توجه به گرایش عمومی قانون اساسی ۱۹۵۸ قدرت اساسی به رئیس جمهوری و به تبعیت از وی به حکومت سپرده شده است و کوشش بر این بوده است که قدرت پارلمان کاهش یابد تا بدینوسیله پادزهری در برابر نظام چند حزبی بوجود آید و پارلمان هر لحظه نتواند حکومت را واژگون کند. ولی اصلاحات قانون اساسی جمهوری پنجم در جهت انتخاب رئیس جمهور توسط آراء مستقیم مردم و اختیارات جدیدتری که به رئیس جمهوری داده شد، نظام نیمه ریاستی جمهوری پنجم را بسوی نظام ریاستی سوق داد. عدم تعادل موجود در میان قوای سه گانه یکی به سبب ساختمان حقوقی جمهوری پنجم و دیگری بجهت تحول عمومی دنیا به سوی پیچیده تر و گسترده شدن وظائف قوه مجریه بوده است. ملاحظه قانون اساسی جمهوری پنجم و مقایسه آن با متون قانون اساسی جمهوری چهارم که مطالعه آن مستلزم تجزیه و تحلیل مواد و اصول مندرج در این قوانین اساسی است، نشان دهنده گرایش بطرف عدم تعادل هر چه بیشتر قوا در رژیم کنونی فرانسه است.

بعلاوه با کاوش بیشتر در تاریخ، میتوان ملاحظه کرد که در رژیم پارلمانی نیز بهمان گونه که در رژیم ریاستی ملاحظه کردیم، عدم تعادل قوا یا به سود قوه مجریه و یا به سود قوه مقننه وجود داشته است. مثلاً در رژیم مجلسی^(۱) یا حکومت کنوانسیون^(۲) رژیم پارلمانی غیر متعادلی که یا تعمداً توسط قانون اساسی بوجود آمده است، چون بحکومت مجلس اعتقاد بوده است یا اینکه در عمل خود به خود ایجاد گردیده است،

عدم توازن بسود قوه مقننه ایجاد شده است.^(۱) با بررسی تفکیک قوا و همچنین تفکیک نسبی آن در چند کشور در مقایسه آنها با مقررات مندرج در قوانین اساسی سایر کشورها، ملاحظه میشود که تعادل و توازن مورد تقاضای قانونگذاران چه در نظام ریاستی و چه در نظام پارلمانی بوسیله فنون متداول عملی نشده است.

اگر ایالات متحده آمریکا در چهارچوب رژیم ریاستی و یا کشورهای انگلستان و فرانسه زیر لوای رژیم پارلمانی در دوره هائی از تاریخ خود توانسته اند، بحیات خود ادامه دهند و دموکراسی میانه روی خود را نگاهبان باشند، بیشتر در اثر عوامل اجتماعی و سیاسی آنها بوده است تا در اثر تعادل قوای حقوقی در قوانین اساسی.

بگمان ما، تعادل سیاسی آسیزه ای است از شکل دولت و حکومت از یکسو و محتویات جامعه شناختی اجتماع از سوی دیگر. این تعادل بیشتر محصول قبول عام و همبستگی طبقه فرمانروا و طبقه فرمانبر است، تا ناشی از یک تدبیر فنی و چهارچوب گذاری میان قوا. نخستین داور، مهمترین حکم، والاترین نگهبان برای جلوگیری از تمرکز قوا و ایجاد جریان عادی نهادهای مردم سالار در هر جامعه مردمند و لاغیر. متن قوانین اساسی بسیار مهم است، ولی اجرای با پشتوانه آن در هر جامعه و مشارکت خلاق مردم در حفظ آن اهمیت فراوان تری دارد.

۱- بهترین مثال برای نظام مجلسی با کنوانسیون را میتوان در قانون اساسی ۲۴ ژوئن ۱۷۹۳ فرانسه و قانون اساسی سوئیس ملاحظه کرد که تعمداً کفه ترازو بسود مجلس سنگینی کرده است. گاهی نیز اتفاق افتاده است که رژیم پارلمانی خود بخود بصورت رژیم مجلسی تغییر قیافه داده است و مثال آن در سالهای آخر عمر قانون اساسی ۱۸۷۵ دیده می شود.

1- Regime d'Assemblée

2- Regime Conventionnel

گفتار ششم:

« سرچشمه آزادی‌ها و حقوق فردی »

دیباچه

مطالب زیر که اینک زیر عنوان "سرچشمه آزادی‌ها و حقوق فردی" تقدیم خوانندگان گرامی میشود محصول سال ۱۳۵۸ یا چند ماهی پس از پیروزی انقلاب است و به همین لحاظ از حال و هوای آن دوران نشانه‌هایی دارد.

هر آنکس که از ظن خویش، خود را روحاً و معنأً به جامعه وابسته میدید، درست در ببحوحه تبدیل وضعیت انقلابی به وضعیت حقوقی و درگیر و دار تهیه طرحی که جایگزین نظام کهن شود، طبعاً احساس مسئولیت می‌کرد. این جانب نیز که عمری را در رشته حقوق اساسی سپری کرده و به تدریس و پژوهش در این زمینه اشتغال داشتم، دریغ می‌آمد که از انجام این تکلیف اخلاقی و ملی سرباز زنم. خاموشی را گناه می‌دانستم و بی‌تفاوتی را لایب‌الگیری.

برای آنکه دوست عزیز هنرمندی بنام مهندس داود زاهد که اینک روی در نقاب خاک کشیده، دست از ترغیب و تشویق مستمر حقیر بر نمی‌داشت. خدایش رحمت کند و بر درجاتش بیفزاید. لذا با فرصت کوتاه و وقت اندک دست به تهیه کتابچه‌ای با عنوان "برای یک قانون اساسی بهتر" زدم که حاصل آن را در این گفتار ملاحظه می‌فرمائید.

معمولاً قوانین اساسی مدرن دارای دو بخش کاملاً متفاوت هستند: یکی حقوق نهادهای فرمانروا و دیگری حقوق افراد و شهروندان. نگارنده از بیم آنکه مبدا اهمیت بخش اول پرداختن به حقوق فردی و آزادیها را تحت‌الشعاع قرار دهد، لازم دید که برخی

از کهن‌ترین متون کلاسیک اعلامیه‌های حقوق انقلابی و بویژه اعلامیه حقوق بشر و شهروند ۱۷۸۹ فرانسه را با تغییرات و تحولاتی که در قوانین اساسی بعدی آن کشور منعکس بود بفارسی ترجمه کرده، حقوق فردی بلژیک را از قانون اساسی ۱۸۳۱ این کشور بدان بیفزاید و در آخر متن اعلامیه حیاتی حقوق بشر مورخ ۱۹۴۸ را نیز بر آن علاوه کند تا نظر قانونگذاران اساسی را حتی‌المقدور به این مهمترین بخش از حقوق اساسی افراد جلب نماید.

اینک که ناشر محترم این کتاب در صدد است کلیه نوشته‌ها و ترجمه‌های مربوط به حقوق نگارنده را در یک جلد گردآورده و پس از چاپ و انتشار در دسترس حقوقدانان و دانشجویان بویژه کسانی که متمایل به حقوق عمومی‌اند قرار دهد. متن سال ۱۳۵۸ بازخوانی گردید و در آن تجدیدنظرهای لازم به عمل آمد. امید است مورد قبول واقع شود. باسپاسگزاری از همه آنانی که برای انتشار این مجموعه سبب خیر شده‌اند، امید است بتوانیم در چاپ‌های بعدی مطالب متجانس دیگری را نیز در جهت غنای مجموعه بر آن بیفزائیم و خاضعانه به جویندگان و پویندگان این راه تقدیم داریم.

ابوالفضل قاضی شریعت پناهی

تأبستان ۱۳۷۵

پیشگفتار

دو چیز طیره عقل است، دم فرو بستن
به وقت گفتن و گفتن بوقت خاموشی
"سعدی"

امروزه، کشور ما ایران، یکی از حساس‌ترین لحظات تاریخی خود را میگذراند. انقلاب، با پویشی شکوهمند، آهنگی شگفت‌انگیز و سیطره‌ای بی‌مانند، بنیان نظام کهن پادشاهی را درهم ریخت و طومار قرون و اعصار را درهم نوردید و اینک در مرحله تاریخی دیگر که از آن هم اهمیت بیشتری دارد و دوران پی‌افکندن و ساختن و رقم زدن سرنوشت است بر آن سراسر تا راهی نو و شیوه‌ای نو تر، در جهت سعادت و رفاه و آزادی و مردم سالاری، در پیش پای این ملت کهنسال بگذارد.

هر انقلابی، برحسب ماهیت و قواعد مربوط بخود، ارزش‌های حاکم را درتوفندگی حرکات خود درهم می‌کوبد. ولی این تازه آغاز کار است و بخشی از آن. حساس‌ترین مرحله، پی‌آمدهای آن است تا ارزش‌هائی جدید و نظم‌ی نوین جایگزین آن شود. این "نظم نوین" باید از "نظام مردود" بگونه محسوسی عالی‌تر و برتر باشد و ذاتاً این چنین بوده باشد نه در گفتار. تا بتواند ملتی را که در راه به میوه نشانیدن این نهال، فداکاری‌ها و از جان گذشتگی‌ها کرده و کشته‌ها داده‌اند و آوازه مردانگی‌ها و شجاعت‌هایشان غلغله در گنبد افلاک افکنده است، به سوی سعادت محتوم راهبر شود.

نظمی اصیل‌تر، مترقی‌تر و پیشرفته‌تر. بگمان ما، مهم محتوای این نظام نو و عوامل تشکیل دهنده آن است نه نام آن. هواداران جمهوری اسلامی فقط به نام آن دل خوش نکنند و همچنین مخالفان آن گمان نبرند که چون نمی‌دانند چیست، پس لزوماً باید با آن نامساعد باشند یا آن را چیزی خلاف آرمان‌ها و آرزوهای امروزین شمارند. هم اکثریت که از گروه نخستند و هم اقلیت که در گروه دوم جای دارند، اگر می‌خواهند از سنت‌های انقلابی که یگانگی و یکپارچگی ملی است، پیروی کنند، باید دست بدست هم بدهند و در ایجاد طرحی منقح که برآورنده نیازهای اجتماع امروزی و موافق با موازین و هنجارهای بین‌المللی باشد، بکوشند. در اینجا نقش صاحب‌نظران و اصحاب فن برجسته‌تر از پیش می‌نماید. باید اینان در این برهه خود را برای ایجاد بنائی در خور شأن این جنبش عظیم آماده کنند.

بهر حال گرده طرحی که در فرآیند انقلاب، در اذهان مبارزان شکل گرفت، هر چند که با پیرایه آرزوها، تخیل‌ها و رؤیاها آمیخته شده و جلاء پذیرفته باشد، حامل مقتضیات درون ذاتی خویش است و از آبشخور واقعیات اجتماعی نشأت پذیرفته است. آن را نمی‌توان کلاً نادیده گرفت. یعنی هیچکس از هیچ گروه و طبقه و قشر و لایه‌ای، هیچکس از هیچ حزب و دسته و سازمانی حق ندارد و نمی‌تواند، این گرده طرح را هر چند مبهم و گنگ و رویائی باشد، یکسره انکار کند و خواسته‌هائی را که در ژرفنای اذهان و ارواح مردم این مرز و بوم موجودیت و تحقق یافته است، از یاد ببرد.

به مردمی که برای تحقق خواسته‌های مرکب ملی و حقوق از دست رفته دست به دامن اسلام زدند و از پرتو رهنمودهای زعیمی روحانی وحدت و یگانگی و یکپارچگی خود را باز یافتند و "حاکم" و "موجود" را در پیش پای "کمال مطلوب" قربانی کردند، باید لبیک اجابت گفت. منتهای مراتب، در این برهه تاریخی، وظیفه ملی و وجدانی و دینی و اخلاقی و حتی ایدئولوژیکی همه، بویژه روشنفکران و راهب‌دانا و کارشناسان ایجاب می‌کند که با روحیه‌ای مثبت و سازنده وارد کارزار شوند و همت تمام و کمال خویش را بکاربندند و در میان انبوهی از راه‌حل‌ها و الگوها و

همچنین از خلال تجارب دیگران، بهترین‌ها را برگزینند یا خلق و یا تالیف کنند و هدیه‌ای مناسب به ملت خویش عرضه دارند.

دست اندرکاران و راهبران هم باید بدانند که از کمک صاحب‌نظران و متخصصان بی‌نیاز نیستند و نباید آنان را در این فرآیند تاریخ‌ساز و سرنوشت‌آفرین یکسره کنار گذارند و تصور کنند که خود بسنده‌اند و بهمکاری آنان نیازی ندارند. اشتباه رژیم گذشته که منجر به شکستش شد، این بود که در بکار گرفتن روشنفکران فقط تظاهر می‌کرد و اگر گاهی بکارشان می‌گرفت، قاعداً برای آن نبود که از مهارت‌ها و نظراتشان براستی بهره بگیرد، بلکه یا برای آلوده کردن آنها بسراغشان می‌رفت و یا اینکه می‌خواست زیر سربوش تظاهر، آنان را به عوامل بی‌اراده‌ای که توجیه‌کننده اعمال تصمیم‌گیران باشند، تبدیل کند.

بهر حال، در نخستین دوره انقلابی، مبارزه بود، مداومت بود، سرسختی بود، حماسه آفرینی بود و شهادت بود و هر مسلمان و هر ایرانی و هر انقلابی در انبوه جماعت می‌توانست کارساز باشد. اما در مرحله دوم که کار ویژه آن فنی و اختصاصی است و نوبت کاردانی و حذاقت و تخصص است، باید اصحاب فن را بکار فرا خواند. برای ساختن بنائی شکوهمند به بلندی جنبش، به مهندسانی قابل و ماهر نیاز هست.

اینک، یکی از واجب‌ترین کارها، تنظیم قانون اساسی است. قانون اساسی، اساس نظم حقوقی و سیاسی و اجتماعی آینده ملک و ملت است. همه صاحبان فن همه انسانهای دانا و هوشمند باید در راه قانون اساسی بهتر بسیج شوند. ابتدا در راه تهیه پیش‌نویس طرح و اظهارنظر برای اصلاح و تهذیب و تنقیح آن، آنگاه در راه ترکیب قوه موسس که باید واقعاً نمایاننده و نمونه‌گرایشهای وسیع سیاسی و افکار عمومی باشد و ضمناً تعدادی متخصص طراز اول را در خود جای دهد.

هرکس که واقعاً بتواند کاری کند، ولی بی‌اعتنا از کنار قضایا بگذرد یا هر کسی که کوشش کند آثانی را که میدانند و می‌توانند از گردونه خارج نماید، به آینده این ملت و روح انقلاب خیانت کرده است. چرا که قانون اساسی یعنی برنامه دراز مدت اساسی

کشور، قانون اساسی یعنی چهار چوبه‌ای که فرآیند آزادی، سعادت و رفاه ملت و شیوه حکومت در درون آن جریان می‌یابد. قانون اساسی یعنی سندی که باید بدست کسانی تنظیم شود که از هر جهت اهلیت داشته باشند. اگر نیکو تنظیم گردد، نمودار بزرگی و عظمت انقلاب است و اگر بدست ناهلان و ناهشیواران شکل بگیرد، ثمره این فداکاریها را بیاد خواهد داد.

هر ایرانی که قلبش برای این ملک و ملت می‌تپد و قلمش و قدمش و اندیشه‌اش را برای سعادت این مرز و بوم می‌خواهد، نباید در این برش زمانی بی تفاوت باقی بماند. کنار کشیدن یعنی سکتارسم، یعنی انشعاب طلبی، یعنی ناهم آهنگی با سیل خروشان جریان ملی. باید گفت و آنچه که درست است گفت. دل و زبان را یکی کرد. نگذاشت میدان، برای غرض ورزان، منحرفان و منحرف کنندگان، ناواردان و دروغ رانان باز بماند. هر کس که دانا است، ولی بمیدان نمی‌آید، یا هر کس که نمی‌داند و خود را در صف داندگان جا می‌زند، به یک میزان در ادای دین خویش به ملت ایران کوتاهی کرده است. این قاعده، در همه جا و همه موارد صدق می‌کند، بویژه در مورد رقم زدن مهمترین طغرای سیاسی، یعنی قانون اساسی.

مهمترین اجزاء قانون اساسی، بدون ورود در جزئیات بقرار زیرند:

۱- اصولی که باید جامعه قبل از پذیرش هر نوع رژیمی در باب آن توافق کند. یعنی قواعد پایه‌ای و نخستین و شکل دهنده که باید حاکم بر سایر قواعد مندرج در قانون اساسی باشند. حقوق طبیعی و حقوق فردی شامل آزادیهای فردی، برابری انسانها، حقوق ناشی از اجرای عدالت و در ارتباط با دستگاه حاکم و همچنین اصولی که باید حاکم بر روابط زیربنائی اقتصادی باشد، یا بزبان دیگر نظام اقتصادی مورد پذیرش جامعه را پایه بگذارد.

۲- قواعد و مقررات ایجادکننده نهادهای سیاسی و سازمانهای متناسب با اصول مورد قبول و اهداف جامعه یعنی شکل رژیمی که با توجه به خلیقات اجتماعی و نظام‌های ارزشی جامعه مورد نظر باید استقرار یابد. نحوه تفکیک قوا، چگونگی سپردن

وظائف تقنینی، اجرائی و قضائی بدستگاههای مورد نظر، روشن کردن سرچشمه حاکمیت و نحوه حلول آن در دستگاهها، کیفیت تعیین رئیس مملکت، یک یا دو عنصری بودن قدرت اجرائی (یک رئیس جمهور یا رئیس جمهور و نخست وزیر) یگانگی یا دوگانگی مجلس مقننه، بسیط بودن یا فدرالی بودن، متمرکز بودن یا غیر متمرکز بودن حاکمیت ملی و سایر مسائل از این دست.

۳- موازن برقرار کننده ارتباط درست و متعادل و متوازن بین نهادها و سازمانها، یعنی سبک و سنگین کردن قدرت و توزیع حساب شده و اندیشیده قدرت میان افراد، گروهها، نهادها، مناطق. انجام این امر آنقدر ظریف و دقیق است که اگر در آن اشتباهی رخ دهد، گرفتاری آن بعدها گریبان مردم را رها نخواهد کرد. چرا که با عنوان دموکراتیک میتوان مستبدترین نهادها را بوجود آورد و با وجود اعلام حقوق فردی آنها را در لابلای چنبر نهادبندی زیر پا گذاشت.

بعلاوه اگر رئیس کشور، به اندازه کافی اختیار و اقتدار نداشته باشد و نتواند بموقع برای حل اختلاف مقننه و مجریه و قضائیه دست به اقدام لازم بزند و همه کارها به نخست وزیر و وزرای مسئول سپرده شود و قانون نتواند با برداشتی حساب شده بین اقتدار رئیس کشور و نخست وزیر از یکسو و قوه مجریه و مقننه از سوئی دیگر تعادل برقرار کند، رئیس جمهور بصورت چرخ پنجم، بی فایده و بی خاصیت در دستگاه جمهوری بدر خواهد آمد. (امثال رئیس جمهور در جمهوری چهارم فرانسه و تا حدودی در ایتالیا).

ولی برعکس اگر به رئیس کشور (بویژه اگر مستقیماً با آراء مردم انتخاب شود) بی حساب اقتدار اجرائی سپرده شود، همین بلای بی فایدگی و بی اقتداری بر سر نخست وزیر و وزرای مسئول خواهد آمد و مردم بی آنکه بخواهند، با دست خود بجای یک رئیس جمهور آزادی خواه، آزاده و دموکرات، شخصی مستبد و خودکامه خواهند ساخت، بگونه‌ای که نقش پارلمان آنقدر کم رنگ خواهد شد که امکان تحقق حاکمیت ملی بدشواری ممکن الحصول خواهد بود. (مثال، رئیس جمهور در کشورهای ریاستی

میتوان در این باب صدها مثال عنوان کرد. لذا نحوه توزیع اقتدار و فن تنسيق و تنظيم قدرت، اثر فوق العاده و اجتناب ناپذیری در تعادل یا عدم تعادل بین قوا و دستگاهها با توجه به واقعیات سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و حتی اخلاقی - روانی جامعه خواهد گذارد.

۴ - سایر مسائل، مانند تجدیدنظر در قانون اساسی، مواقع استفاده از ابزار همه پرسی، چگونگی تهذیب و تفسیر قوانین، بنیان گذاری پایه ها و اصول تصمیم گیری از قبیل حد نصاب تشکیل واحدها، وجوه اکثریت ساده مطلق، نسبی و یا سایر وجوه اکثریت ها، پایه گذاری شیوه انتخابات همچون وضع قاعده کلی در خصوص انتخابات اکثریتی (یک درجه یا دو درجه) یا انتخابات تناسبی (حزبی، منطقه ای یا استانی) و هزار موضوع دیگر.

عدم توجه به هر یک از ابعاد مساله، مشکلات فوق العاده ای بعداً " برای مملکت بیار خواهد آورد. نظر به اینکه قانون اساسی، همانگونه که در بالا گفته شد، منشاء و قالب و شکل دهنده سایر قوانین است، اگر مواد آن با جملات تو خالی، شعار مانند، بی محتوی و بدون ما به ازای حقوقی پر شود، فردا سازمانهای قانونگذار (مجلس شورا در سطح مملکت، یا شوراهای منطقه ای در سطح استان و شهرستان) را دچار آن چنان سردرگمی و ابهام و اختلاف تعبیر خواهد کرد که وقت مملکت بجای سازندگی و اعتلای اقتصادی و اجتماعی و رسیدگی بمسائل خلق الله به درگیریها و نزاعهای سیاسی خواهد گذشت. پس، بهمین دلائل و صدها برهان دیگر که در این وجیزه جای ذکر آن نیست، باید نهاد قوه موسس را علی الاصول افراد حقوقدان و سیاست شناس، اصحاب فنون اداری و مدیریت و صاحب نظران علوم اجتماعی تشکیل دهند تا بتوانند به بهترین وجهی، بدانگونه که مصلحت ملی ایجاب میکند "خواست ها" را در قالب "قانون" بریزند که هم قابل اجرا باشد و هم مصالح جمهوری اسلامی رعایت شود و هم از نظر دنیائی نه تنها قابل عرضه جلوه کند، بلکه از سایر اشکال رژیم های مرفی گامی چند جلوتر باشد.

کوتاه سخن، همه این حرف ها با این شرط است که به اصل تخصصی و فنی بودن این مسائل اعتقاد باشد، تا محصول آن چیزی و رای آن باشد که بنام قانون اساسی در روزنامه ها چاپ شد و به همه چیز شباهت داشت تا بقانون اساسی و نویسندگان آن، اعلامیه سیاسی، شعار روزمره، اصول قانون اساسی، قواعد و قوانین عادی و حتی مسائلی که باید توسط آئین نامه ها و نظام نامه ها حل و فصل شود درهم آمیخته بودند و ملقمه ای بوجود آورده بودند که اگر به تصویب میرسید، محققاً با عظمت انقلاب و این همه امکانات بالقوه و بالفعل علمی و فنی، بلوغ فکری و سیاسی این مردم منافات میداشت. خوشبختانه، دولت بالمال، با تردید فراوان، بالاخره اعلام کرد که این طرح از آن دولت نیست و همه باید منتظر چیز دیگر و چیز بهتری باشند. امیدواریم که در طرح جدید رعایت این مسائل شده باشد، هرچند که بی متخصصان واقعی حقوق اساسی و عمومی و آنانی که در این راه تجربه و تحقیق دارند و روشهای خاص حقوق عمومی و علوم سیاسی را بدرستی میدانند، این امر ناممکن و نامحتمل بنظر میرسد.

در این وجیزه کوشش کردیم که متون اصلی مربوط به اعلامیه حقوق بشر و شهروند فرانسه را که در سال ۱۷۸۹ بعد از انقلاب کبیر به تصویب رسید و بعدها بعنوان دیباچه نخستین قانون اساسی انقلابی فرانسه یعنی قانون اساسی ۱۷۹۱ پذیرفته شد و همچنین تغییرات و تحولات آن را در سالهای ۱۷۹۳، ۱۷۹۵، در طرح قانون اساسی جمهوری چهارم ۱۹۴۶ (بعد از جنگ دوم جهانی) و همچنین قانون اساسی ۱۹۵۸ (جمهوری پنجم) ترجمه کنیم و در یکجا گرد آوریم تا سیر پیشرفت این تفکر را در دنیای غرب و در یکی از اصلی ترین کشورهای انقلابی اروپا یعنی کشور فرانسه بنمایانیم. بعلاوه نظر به اینکه هنگام تدوین قوانین اساسی ایران، نویسندگان آن افزون بر اعلامیه حقوق بشر و شهروند فرانسه، نظر به قانون اساسی ۷ فوریه - ۱۸۳۱ بلژیک یعنی نخستین قانون اساسی مشروطه آن کشور داشتند، از اصل ۴ تا ۲۴ را که مربوط به موارد حقوق فردی بود و با اندک مقایسه ای میتوان شباهت مقررات قانون اساسی ایران را با آن درک کرد ترجمه کردیم و در این جزوه آوردیم. معذک فکر کردیم اگر اعلامیه جهانی حقوق بشر

دهم دسامبر ۱۹۴۸ را که تعبیر جهانی حقوق فردی است و یکی از اسناد مهم بشمار می‌آید، در اینجا نیاوریم، کار ما کامل شده نیست، لذا عیناً آن را با همان ترجمه سازمان ملل متحد (اداره اطلاعات عمومی) در این جزوه گنجانیدیم.

امیدواریم که این، هدیه کوچک مورد توجه همه دست‌اندرکاران و بخصوص اعضای مجلس قانونگذار اساسی واقع شود تا هنگام تدوین نهائی قانون اساسی به آنچه که گذشته است و داشته‌اند و داشته‌ایم بعنوان حداقل حقوق فردی نظر داشته باشند و کوشش نمایند این قسمت از قانون اساسی را جداگانه و قبل از بحث درباره شکل نهادهای جمهوری و اعلام حقوق اجتماعی و سایر مواردی که در بالا از آن سخن رفت به تصویب برسانند تا بگفته مقدمه اعلامیه حقوق بشر و شهروند ۱۷۸۹ "این منشور همواره در پیش روی مسئولان امر قرار داشته حقوق و تکالیفشان را بیادشان آورد، تا بتوان اعمال قوه مقننه و قوه مجریه را هر زمان با هدف‌های اساسی نهادهای سیاسی انطباق داد و آنها را محترم شمرد و خواستهای شهروندان را پیوسته براساس اصول ساده و تعارض ناپذیر، در جهت حفظ قانون اساسی و خوشبختی همگانی راهبری کرد".

ابوالفضل قاضی شریعت پناهی، تهران، اردیبهشت ۱۳۵۸

مقدمه

اعلامیه‌های حقوق، نخست در دولت‌های آمریکای شمالی، همزمان با اعلام استقلال ظاهر شدند. نخستین اعلامیه در ۱۲ ژوئن ۱۷۷۶ در مجلس ویرجینیا به تصویب رسید. البته قبل از این تاریخ انگلیسی‌ها نیز ضمن اسناد مهمی در سالهای ۱۶۲۸، ۱۶۷۹، ۱۶۸۹ اصولی را مطرح کرده بودند که جنبه اختصاصی آن بر جنبه عمومی برتری داشت. ولی در اعلامیه‌های حقوق آمریکائی و بویژه فرانسوی اصول و قواعد مجردی که می‌توانست جنبه جهانی بخود بگیرد بچشم می‌خورد. در قانون اساسی فدرال ۱۷۸۷ ایالات متحده آمریکا، اعلامیه حقوق بشر وجود ندارد، ولی معادل این اعلامیه را میتوان در ده اصلاحیه قانون اساسی در سال ۱۷۹۱ دید.

بعد از انقلاب کبیر فرانسه اعلامیه حقوق بشر و شهروند سال ۱۷۸۹ در راس قانون اساسی ۱۷۹۱ فرانسه قرار گرفت و اهمیت و شهرت جهانی یافت و با درگیری لهیب انقلاب و نهضت قانون اساسی در قاره اروپا قوانین اساسی سایر کشورها را تحت تأثیر قرار داد. مثلاً بعد از جنگ اول جهانی قانون اساسی ۱۹۱۹ ویمار (آلمان) نیز دارای اعلامیه حقوق بشر شد. در کشور فرانسه بیشتر قوانین متعدد اساسی یا مستقیماً یا غیر مستقیم از اعلامیه حقوق بشر الهام گرفتند و در هر دوره تغییر جدید یا تعریف نوینی از آزادیها و سایر حقوق در آنها می‌بینیم.

در حال حاضر، اعلام حقوق اساسی بشر از چهارچوب‌های ملی تجاوز میکند و از

سطح ملی به سطح بین‌المللی می‌رسد. اعلامیه جهانی حقوق بشر در ۱۹۴۸ توسط مجمع عمومی سازمان ملل متحد به تصویب رسید. علاوه بر آن قرارداد اروپائی حقوق بشر بوسیله شورای اروپا در سال ۱۹۵۰ تصویب شد.

همانگونه که بررسی تحولی اندیشه بشری در زمینه "حقوق طبیعی، از میان رفتنی و تغییرناپذیر بشر" نشان می‌دهد، حقوق فردی امری خشک و غیر قابل تحول نیست. اصولی مورد قبول همه قرار گرفته است که باید بعنوان نقطه شروع از آن استفاده شود، ولی هر جامعه‌ای در هر دوره‌ای میتواند حقوق دیگری نیز بر آن علاوه کند. کما اینکه برخی از مصوبات کمیسیون حقوق بشر یا کمیسیون‌های اقتصادی و اجتماعی سازمان ملل متحد قواعدی را وضع کرده یا توصیه نامه‌هایی را عنوان نموده است که نسبت به اعلامیه‌های گذشته حقوق بشر تحول چشم‌گیری را نشان می‌دهد.

ما در اینجا به چگونگی استفاده یا احیاناً سوء استفاده از این اصول توسط دیگران کار نداریم. ما در اینجا نمی‌خواهیم آنچه را که در غرب گذشته است و می‌گذرد، بعنوان افرادی غرب‌زده و یا واله و شیدای غرب امری محتوم بدانیم، ولی بر این باوریم که ملاحظه تجربه کشورهای دیگر، بررسی سیر اندیشه در ممالک متمدن، مطالعه چگونگی این سیر و سلوک را باید دید، شناخت و اگر درست بود یا پذیرفت یا بر مبنای آن باورهای خود را تصحیح کرد.

لذا این چند متن را تقدیم همه هموطنان عزیز و ایران دوستان، اعم از رهبران و صاحب‌نظران و نمایندگان مجلس خبرگان قانون اساسی میکنم تا گوشه‌ای از دین خود را به ملت ایران ادا کرده باشم.

اعلامیه حقوق بشر و شهروند

۲۶ اوت ۱۷۸۹

"که بعنوان دیباچه قانون اساسی ۱۷۹۱ فرانسه مورد قبول واقع شد"

نمایندگان مردم فرانسه، که در مجلس ملی گردهم آمده‌اند، با این باور که عدم شناسائی، فراموشی یا تحقیر حقوق انسان‌ها، تنها علل نگون بختی‌های مردم و فساد حکومت می‌باشند تصمیم گرفتند که در یک منشور رسمی، حقوق مستدام و مقدس انسان را بیان کنند تا این منشور همواره در پیش روی مسئولان امر قرار داشته حقوق و تکالیفشان را یادشان آورد، تا اعمال قوه مقننه و قوه مجریه را بتوان هر زمان با هدف نهادهای سیاسی انطباق داد و آنها را محترم شمرد و خواسته‌های شهروندان را پیوسته بر اساس اصول ساده و تعارض ناپذیر، در جهت حفظ قانون اساسی و خوشبختی همگانی راهبری کرد. لذا، مجلس ملی، بحول و قوه الهی حقوق بشر و شهروندان را بطریق زیر می‌شناسد و اعلام می‌کند.

ماده ۱- انسانها آزاد به دنیا می‌آیند، آزاد زندگی می‌کنند و در برابر قانون برابر هستند. امتیازات اجتماعی فقط مبتنی بر مصلحت عموم خواهد بود.

ماده ۲- هدف هر اجتماع سیاسی، حفظ حقوق طبیعی و زائل ناشدنی بشر است. این حقوق عبارتند از: آزادی، مالکیت، امنیت و مقاومت در برابر ظلم و ستم.

ماده ۳- ریشه هر حاکمیتی اساساً در ملت است. هیچ دستگاه یا هیچ فردی

نمی‌تواند قدرتی را اعمال کند که از ناحیه ملت صادر نشده باشد.

ماده ۴- آزادی عبارت است از قدرت انجام هر گونه عملی که بدیگری لطمه‌ای وارد نیاورد. بدینسان محدوده اعمال حقوق طبیعی هر انسان فقط همان است که استفاده از همین حقوق طبیعی را برای سایر اعضای جامعه تضمین کند. این محدوده‌ها فقط بوسیله قانون مشخص می‌شوند.

ماده ۵- قانون تنها حق دارد جلوی انجام کارهایی را بگیرد که بحال جامعه زیان بخش است. از هیچ کاری که توسط قانون منع نشده باشد، نمی‌توان جلوگیری و هیچکس را نمی‌توان به کاری مجبور کرد که قانون امر نکرده باشد.

ماده ۶- قانون، بیان اراده عموم است. همه شهروندان حق دارند شخصاً یا توسط نمایندگانشان در شکل‌گیری آن دخالت کنند. قانون باید، چه در مورد حفظ مردم و چه در مورد مجازات آنها برای همه یکسان باشد. همه شهروندان از لحاظ قانون برابرند و هرگونه عناوین افتخاری و مشاغل عمومی بر حسب قابلیت متعلق به آنهاست و جز به سبب فضیلت و استعداد هیچگونه تفاوتی بین شهروندان نیست.

ماده ۷- هیچ کسی را نمی‌توان متهم، بازداشت یا زندانی کرد مگر در مواردی که قانون معین کرده و براساس آئینی که تجویز کرده باشد. آنانی که دست به پیگرد افراد زده یا دستورهای خودسرانه صادر یا اجرا می‌کنند یا دستور به اجرا می‌دهند، باید به مجازات برسند. ولی هر شهروندی که برحسب قانون فرا خوانده شود یا توقیف گردد باید بیدرنگ اطاعت کند: مقاومت در برابر اجرای قانون جرم است.

ماده ۸- قانون مجازاتهایی وضع می‌کند که حتماً صریح و لازم باشد. هیچ کس را نمی‌توان کیفر داد مگر بر حسب قانون مصوب و لازم الاجرا که پیش از ارتکاب جرم انتشار یافته باشد، مشروط بر آنکه با کلیه تشریفات قانونی به موقع اجرا گذارده شود.

ماده ۹- اصل بر این است که همه بیگناهند، مگر آنکه محکومیت آنان اعلام شده باشد. اگر بازداشت فردی بر حسب قانون لازم باشد، شدت عمل بیهوده برای دستگیری وی باید بوسیله قانون شدیداً سرکوب شود.

ماده ۱۰- هیچکس را نباید به سبب افکار و عقاید حتی بابت عقاید مذهبی‌اش نگران کرد، بشرط آنکه تظاهر به این عقاید، نظم عمومی را که قانون مقرر داشته مختل نسازد.

ماده ۱۱- نشر آزاد اندیشه‌ها و عقاید یکی از پربهترین حقوق بشر است. پس هر شهروندی می‌تواند سخن بگوید، بنویسد و آزادانه نشر دهد، مگر اینکه قانون عملی را مصرحاً منع کرده باشد. در این صورت شهروند باید به سوء استفاده از آزادی پاسخ بگوید.

ماده ۱۲- برای تضمین حقوق بشر و شهروندان، یک نیروی عمومی لازم است. این نیرو را باید برای استفاده همگانی درست کرد نه برای استفاده اختصاصی آنانی که این نیرو بدانان سپرده شده است.

ماده ۱۳- برای حفظ نیروی عمومی و هزینه ادارات، تادیه همگانی مالیات یکی از لوازم است. این پرداخت باید میان همه شهروندان بر حسب امکاناتشان تقسیم گردد.

ماده ۱۴- همه شهروندان حق دارند شخصاً یا توسط نمایندگانشان در باب لزوم مشارکت مادی عمومی و آزادی تادیه آن و همچنین نحوه هزینه آن و تعیین سطح و حداکثر و نحوه وصول و مدت آن نظارت کنند.

ماده ۱۵- جامعه حق دارد، از مامور دولت، در باب دستگاه اداری وی توضیح بخواهد.

ماده ۱۶- در آن جامعه که حقوق افراد تضمین نگردیده و تفکیک قوا عملی نشده است، قانون اساسی وجود ندارد.

ماده ۱۷- مالکیت حقیقی است تعرض ناپذیر و مقدس. از هیچ کس نمی‌توان سلب مالکیت کرد، مگر آنکه جامعه بوضوح و با عبارات مصرح قانون و با شرط پرداخت غرامت عادلانه آن را لازم بداند.

اعلامیه حقوق بشر و شهروند قانون اساسی ۲۴ ژوئن ۱۷۹۳

مردم فرانسه با این باور که فراموشی یا تحقیر حقوق طبیعی بشر تنها علل بدبختی‌های جهان بشمار می‌آیند، چنین تصمیم گرفتند که در یک منشور رسمی، این حقوق مقدس و تغییر ناپذیر را بیان دارند تا همه شهروندان بتوانند، لاینقطع اعمال حکومت را با هدف نهادهای اجتماعی مقایسه کنند و هرگز اجازه ندهند که خودکامگان بر آنان ستم روا دارند و خفیف و خوارشان کنند، تا مردم همیشه در برابر دیدگان خود پایه‌های آزادی و نیکبختی، قضات قواعد مربوط به تکالیف خود و قانونگذاران موضوع رسالت خود را داشته باشند. لذا در برابر خدای تبارک و تعالی منشور زیر را که حاوی حقوق بشر و شهروندان است اعلام می‌دارد:

ماده ۱- هدف هر اجتماع خوشبختی همگانی است. حکومت برای آن بوجود آمده است تا استفاده از این حقوق طبیعی و زوال ناپذیر را برای انسان تضمین کند.

ماده ۲- این حقوق عبارتند از قانونیت، آزادی، امنیت، مالکیت.

ماده ۳- همه افراد هم بر حسب طبیعت و هم در برابر قانون با هم برابرند.

ماده ۴- قانون بیان آزاد و رسمی اراده عموم است. پس برای عموم یکسان است

خواه برای حفاظت افراد باشد، خواه برای مجازات آنها. قانون هیچ امری نمی‌تواند داد

مگر آنکه عادلانه و سودمند به حال اجتماع باشد و هیچ کاری را نمی‌تواند کرد،

مگر آنکه به اجتماع زیان وارد کند.

ماده ۵- همه شهروندان برای احراز مشاغل عمومی با هم برابرند. ملتهای آزاد هیچ انگیزه‌ای را برای ترجیح یکی بر دیگری نمی‌شناسند مگر به سبب درستی و شایستگی افراد مورد گزینش.

ماده ۶- آزادی قدرتی است متعلق به انسان تا بتواند آنچه را که به دیگران زیان نمی‌رساند انجام دهد.

مبنای آزادی، طبیعت، قاعده آن عدالت، و نگاهدار آن قانون است، محدوده اخلاقی آن در این ضرب المثل نهفته است: کاری را که نمی‌خواهی دیگری با تو انجام دهد تو با او انجام مده.

ماده ۷- اعمال حق بیان اندیشه‌ها و افکار، خواه از راه مطبوعات، خواه از هر رهگذر دیگر و همچنین اعمال حق آزادی اجتماعات و آزادی اجرای مراسم دینی را نمی‌توان منع کرد. لزوم اعلام این حقوق به این دلیل است که استبداد یا هنوز وجود دارد یا خاطره آن هنوز در اذهان باقی است.

ماده ۸- امنیت عبارت است از حمایتی که جامعه از هر یک از اعضای خود برای حفظ شخص، حقوق و املاک او می‌کند.

ماده ۹- قانون باید آزادی عمومی و فردی را در برابر ستم آنانی که حکومت می‌کنند، حفظ کند.

ماده ۱۰- هیچکس را نباید متهم، بازداشت یا زندانی کرد مگر در مواردی که قانون تجویز کرده و همچنین بر اساس تشریفات که برقرار کرده است. هر شهروندی که بر حسب اقتدار قانون احضار یا بازداشت گردید، باید فوراً اطاعت کند، مقاومت در برابر قانون جرم است.

ماده ۱۱- هر گونه اقدامی علیه فرد، بدون دلیل و بدون رعایت تشریفات قانونی خودسرانه و مستبدانه است. اگر این اعمال با خشونت علیه کسی به اجرا درآید، او حق دارد با قوه قهریه از خود دفاع کند.

ماده ۱۲- کسانی که دست به انجام اعمال خودسرانه زنند، امر به اجرا دهند، امضاء کنند یا خود به اجرا در آورند مجرمند و باید مجازات شوند.

ماده ۱۳- اصل بر این است که همه بیگناهند مگر آنکه محکومیت آنان اعلام شده باشد. اگر توقیف کسی اجتناب ناپذیر باشد، شدت عمل بیهوده برای دستگیری وی باید بوسیله قانون شدیداً سرکوب شود.

ماده ۱۴- هیچکس را نمی‌توان محاکمه و مجازات کرد، مگر پس از اینکه مدافعات او شنیده شود، قانوناً به دادگاه احضار گردد و براساس قانونی که پیش از ارتکاب جرم لازم‌الاجرا شده باشد. قانونی که جرائم ارتكابی پیش از موجودیت خود را مجازات کند، مستبدانه است. عطف بما سبق کردن قانون جنایت است.

ماده ۱۵- قانون باید مجازاتی را برقرار کند که لزوم آن حتمی و آشکارا باشد. مجازات باید متناسب با جرم و سودمند به حال جامعه باشد.

ماده ۱۶- حق مالکیت آن است که هر شهروندی قادر باشد از اموال، درآمدها، ثمره کار و صنعت خود به میل خود بهره بگیرد.

ماده ۱۷- هیچ گونه کار، هیچگونه کشت و هیچگونه تجارت را نمیتوان برای شهروندان ممنوع اعلام کرد.

ماده ۱۸- هر کس می‌تواند از خدمات و وقت خود استفاده کند، ولی نمیتواند خود را بفروشد و یا بفروش رود. شخص او ملک قابل انتقالی نیست. قانون دیگر بهیچ وجه نظام تعلق نوکری را به رسمیت نمی‌شناسد. تنها بین کارگر و کارفرما میتواند قرارداد مراقبت و پاداش منعقد گردد.

ماده ۱۹- هیچکس را نمی‌توان از کوچکترین قطعه‌ای از ملک خود بدون رضایت او محروم ساخت، مگر آنکه الزام اجتماعی که طبق موازین قانونی شناخته شده است، آن را طلب کند، به شرط اینکه غرامت عادلانه قبلی بوی پرداخت شود.

ماده ۲۰- هیچ مالیاتی برقرار نمیشود مگر برای سود همگانی. همه شهروندان حق دارند در تعیین میزان مالیات و چگونگی مصرف آن نظارت داشته و از آن آگاهی

۲۳۴ □ گفتارهایی در حقوق عمومی
حاصل نمایند.

ماده ۲۱- کمک به مردم بدهی مقدس جامعه است. جامعه برای شهروندان نگون بخت و سائل زندگی فراهم می‌کند، یعنی یا با فراهم آوردن کار یا وسائل امرار معاش برای آنهایی که قادر بکار کردن نیستند.

ماده ۲۲- آموزش و پرورش، مورد نیاز همگان است. جامعه باید با کلیه قوای خود به پیشرفت تعقل عمومی کمک کند و تعلیمات را در دسترس همه شهروندان قرار دهد.

ماده ۲۳- تضمین اجتماعی عبارت از اقدام همه برای تامین حق برخورداری و حفاظت حقوق فرد فرد مردم است، این تضمین بر مبنای حاکمیت ملی استوار است.

ماده ۲۴- این تضمین در صورتی که حد و مرز عملکرد عمومی طبق قانون به صراحت مشخص نبوده و مسئولیت کلیه کارکنان تضمین نشده باشد، نمی‌تواند وجود داشته باشد.

ماده ۲۵- حاکمیت در مردم وجود دارد. این حاکمیت واحد، تقسیم ناپذیر، غیر قابل زوال و انتقال است.

ماده ۲۶- هیچ بخشی از مردم نمیتواند قدرت همه مردم را اجرا کند. ولی هر بخش از دارندگان حاکمیت می‌تواند از حق بیان اراده خود، با آزادی همه جانبه استفاده کند.
ماده ۲۷- هر آنکس که حاکمیت را غصب کند، باید بی درنگ بوسیله مردم آزاد از میان برداشته شود.

ماده ۲۸- مردم پیوسته حق دارند قانون اساسی خود را تجدید نظر یا اصلاح کنند و یا تغییر دهند. یک نسل نمی‌تواند قوانین خود را بر نسل های آینده تحمیل کند.

ماده ۲۹- هر شهروندی دارای حقوق مساوی برای مشارکت در تشکیل قانون و تعیین زمامداران یا عوامل قانون است.

ماده ۳۰- مشاغل عمومی، اساساً موقتی هستند. لذا نمی‌توان آنان را بعنوان امتیاز یا پاداش در نظر گرفت، بلکه باید آنان را چون وظیفه تلقی کرد.

ماده ۳۱- جرائم نمایندگان مردم و عمال آنها هرگز نباید بی‌کیفر بماند. هیچ کس حق

سرچشمه آزادی‌ها و حقوق فردی □ ۲۳۵

ندارد خود را از دیگر شهروندان مصون تر شمارد.

ماده ۳۲- حق شکایت به زمامداران و صاحبان قدرت نباید در هیچ موردی ممنوع، معلق یا محدود باشد.

ماده ۳۳- مقاومت در برابر ستم نتیجه سایر حقوق انسانهاست.

ماده ۳۴- ستم بر یکی از اعضای جامعه ستم بر همه افراد است. اگر جامعه مورد ستم قرار گیرد، ظلم علیه فرد فرد اعضا جامعه بکار رفته است.

ماده ۳۵- هنگامی که حکومت، حقوق مردم را مورد تجاوز قرار دهد، شورش برای مردم و همچنین برای هر بخشی از مردم، از مقدس‌ترین حقوق و واجب‌ترین تکالیف است.

اعلامیه حقوق و تکالیف بشر و شهروند قانون اساسی ۵ فروکتیدور سال III (۲۲ اوت ۱۷۹۵)

مردم فرانسه، در پیشگاه باری تعالی اعلامیه حقوق بشر و شهروند را بشرح زیر اعلام می‌دارد.

حقوق

- ماده ۱- حقوق بشر در جامعه عبارتند از آزادی، برابری، امنیت، مالکیت.
- ماده ۲- آزادی عبارت است از قدرت انجام آنچه که به حقوق دیگران لطمه‌ای وارد نیاورد.
- ماده ۳- برابری عبارت است از اینکه قانون، چه برای حمایت و چه برای کیفر، برای همه یکسان باشد. اصل برابری، هیچ تشخص خانوادگی یا هیچ گونه قدرت موروثی را نمی‌پذیرد.
- ماده ۴- امنیت، ناشی از همکاری همه برای تضمین حق هر یک از افراد است.
- ماده ۵- مالکیت، حق استفاده و برخورداری از اموال خود، درآمد خود و ثمره کار و فعالیت خود است.
- ماده ۶- قانون اراده عام است که توسط اکثریت شهروندان یا نمایندگان آنان بیان شود.
- ماده ۷- از آنچه که توسط قانون منع نشده است، نمی‌توان جلوگیری کرد. هیچکس

را نمی‌توان وادار به انجام کاری کرد که قانون امر نکرده باشد.

ماده ۸- هیچکس را نمیتوان به دادگاه احضار کرد، متهم یا بازداشت یا زندانی کرد، مگر در مواردی که قانون تعیین کرده و بر حسب آئینی که تجویز کرده است.

ماده ۹- کسانی که بمنظور انجام اعمال خودسرانه، امر به اجرا دهند، یا آن را امضا کنند یا خود به مرحله اجرا در آورند، مجرمند و باید مجازات شوند.

ماده ۱۰- هرگونه خشونت بی‌مورد برای دسترسی به متهم و دستگیری او باید بوسیله قانون کیفر داده شود.

ماده ۱۱- هیچکس را نمیتوان محاکمه کرد، مگر اینکه حکم جلب وی صادر شده و قانوناً احضار شود.

ماده ۱۲- قانون فقط حکم به مجازات‌هایی می‌دهد که اجتناب ناپذیر و متناسب با جرم بوده باشد.

ماده ۱۳- هر عملی که مجازات قانونی را شدت بخشد، جنایت است.

ماده ۱۴- هیچ قانونی، چه جزائی و چه حقوقی عطف به ماسبق نمی‌شود.

ماده ۱۵- هر کس می‌تواند از وقت و خدمات خود استفاده کند، ولی نمی‌تواند خود را بفروشد یا بفروش رود. شخص او ملک قابل انتقال نیست.

ماده ۱۶- برقراری هرگونه مالیات برای نفع عموم است و باید بین مردمان، بر حسب امکاناتشان تقسیم شود.

ماده ۱۷- حاکمیت اساساً متعلق به عموم شهروندان است.

ماده ۱۸- هیچ فردی یا هیچ گروهی از شهروندان نمیتواند حاکمیت را از آن خود بداند.

ماده ۱۹- هیچکس نمی‌تواند، بدون مأموریت قانونی، قدرتی اعمال کند یا دست به انجام کار ویژه عمومی بزند.

ماده ۲۰- هر شهروندی دارای حقوق مساوی برای مشارکت بلاواسطه یا با واسطه در شکل‌گیری قانون، تعیین نمایندگان مردم یا کارکنان دولتی است.

ماده ۲۱- مشاغل عمومی را نمی‌توان بصورت ملک آنانی که دارندگان این مشاغل هستند، در آورد.

ماده ۲۲- اگر تقسیم قوا برقرار نشده، حدود اختیار آنها تثبیت نگردیده و مسئولیت کارکنان دولتی مشخص نگردد، تضمین اجتماعی بوجود نیامده است.

تکالیف

ماده ۱- اعلامیه حقوق مشتمل بر تعهدات قانونگذاران است. یعنی برای حفظ جامعه لازم است که اعضای تشکیل دهنده آن، تکالیف خود را بشناسند و انجام دهند.

ماده ۲- کلیه وظائف انسان و شهروند که بوسیله طبیعت در همه قلوب حک شده است، از این دو اصل ناشی میشود: آنچه که بر خود نمی‌پسندی بر دیگران مپسند. هر کار نیکی که می‌خواهی دیگران درباره تو انجام دهند، تو نیز در حق آنان انجام ده.

ماده ۳- تعهدات هر کس در برابر جامعه عبارت است از: دفاع از جامعه، خدمت به آن، اطاعت از قوانین و احترام به سازمانهای اجتماعی.

ماده ۴- کسی که پسر خوب، پدر خوب، برادر خوب، دوست خوب، و همسر خوب نباشد، شهروند خوبی نیست.

ماده ۵- کسی که بی هیچ پرده پوشی و همچون اعتقاد مذهبی قوانین را رعایت نکند، انسان خوبی نیست.

ماده ۶- کسی که آشکارا قوانین را نقض کند، به جامعه اعلان جنگ داده است.

ماده ۷- کسی که ظاهراً قانون را زیر پا نگذارد، ولی از راه حیل و تدبیر، از قوانین موجود سوء استفاده کند، منافع همه را جریحه دار کرده است و لذا شایستگی لطف و احترام افراد جامعه را ندارد.

ماده ۸- کشت زمین، هرگونه بهره‌برداری، هر نوع وسیله کار و هر قسم نظم اجتماعی بر پایه حفظ اصل مالکیت استوار است.

ماده ۹- هر شهروندی باید به وطن خود و حفظ آزادی و برابری و مالکیت خدمت کند و هرگاه قانون برای دفاع از این اصول وی را بخواند، باید پاسخ مثبت دهد.

اعلامیه حقوق بشر طرح قانون اساسی ۱۹ آوریل ۱۹۴۶

بدنبال پیروزی ملتهای آزاد بر رژیم‌هایی که کوشش داشتند، انسانها را بقید رقیت خود در آورند و شخص انسانی را از مقام و منزلت خود فروکشند و لذا بدین منظور سراسر جهان را بخاک و خون کشیدند، ملت فرانسه، وفادار به اصول سال ۱۷۸۹، در منشور آزادی خود، مجدداً اعلام میکند که هر موجود انسانی دارای حقوق تغییر ناپذیر و مقدسی است که هیچ قانونی را یارای نقض آن نیست. لذا تصمیم گرفته شد، همانند سالهای ۱۷۹۳، ۱۷۹۵، ۱۸۴۸ این اصول را در سرلوحه قانون اساسی خود قرار دهد. جمهوری در باب کلیه مردان و زنان که در اتحادیه فرانسوی زندگی می‌کنند، اجرای فردی و دسته جمعی آزادیها و حقوق زیر را تضمین می‌کند:

ماده ۱- همه انسانها آزاد به دنیا می‌آیند و آزاد زندگی می‌کنند و در مقابل قانون برابر هستند. قانون در باب زنان، در کلیه شئون، حقوق مساوی با مردان را ضمانت میکند.

ماده ۲- ریشه هر حاکمیتی، اساساً در مردم نهفته است. هیچ دستگاه و هیچ فردی نمی‌تواند قدرتی را اعمال کند که صراحتاً از مردم ناشی نشده باشد.

قانون بیان اراده ملی بوده برای همه یکی است، حال چه این قانون برای حفاظت یا کیفر دادن یا متعهد کردن شکل گرفته باشد.

این اراده توسط نمایندگان انتخابی مردم بیان می‌شود.

ماده ۳- آزادی، اختیار انجام کلیه کارهایی است که به حقوق دیگران لطمه‌ای وارد نیاورد. شرایط اجرای آزادی توسط قانون مشخص می‌شود.

هیچکس را نمی‌توان مجبور به انجام کاری کرد که قانون آن را امر نکرده باشد.

ماده ۴- قانون، اجرای منظم آزادی‌ها و حقوق منظور شده در این مواد را برای همه تضمین میکند و حق ندارد به اصول آن لطمه‌ای وارد سازد.

ماده ۵- هر کس حق دارد هر جا که خواست اقامت گزیند و هرکجا که خواست آزادانه برود.

ماده ۶- اگر کسی بدنبال پایمالی آزادی‌ها و حقوق تضمین شده در این اعلامیه، مورد ظلم واقع شد، حق پناهندگی در خاک جمهوری را دارد.

ماده ۷- مسکن از تعرض مصون است. هیچگونه بازرسی در مسکن افراد بعمل نخواهد آمد، مگر بر اساس قانون و آن هم بنا بدستور صادره از سوی مقامات قضائی.

ماده ۸- سری بودن مکاتبات از تعرض محفوظ است. سرپیچی از این قاعده ممنوع است، مگر بر اساس قانون و تصمیم ویژه مقامات قضائی.

ماده ۹- هیچکس را نمی‌توان تعقیب، بازداشت یا زندانی کرد، مگر در مواردی که قانون معین کرده و بر اساس آئینی که مقرر داشته باشد.

هیچکس را نمی‌توان در زندان نگاه داشت، مگر اینکه یکی از قضات صالح حداکثر ظرف ۲۴ ساعت در باب قانونی بودن بازداشت مبادرت به صدور قرار کرده و هر ماه با تصمیم مستدل، بازداشت وی را تأیید کرده باشد.

هر گونه شدت عمل یا اجبار غیرلازم برای توقیف یا نگهداری وی و همچنین هر گونه فشار اخلاقی یا خشونت جسمی حتی در زمان بازجوئی ممنوع است.

آنانی که درخواست تنظیم، امضاء، اجرا یا امر به اجرای اعمال خلاف مقررات کنند، مسئولیت شخصی دارند و به کیفر سیرسند.

ماده ۱۰- قانون عطف به‌ما سبق نمی‌شود. هیچکس را نمی‌توان محاکمه و مجازات کرد، مگر بر حسب قانونی که قبل از عمل جرم آمیز توشیح و منتشر شده باشد.

اصل این است که هر متهمی تا قبل از اعلام محکومیت بیگناه است. هیچکس را دوبار برای ارتکاب یک جرم واحد نمی‌توان مجازات کرد.

مجازات‌ها شخصی هستند و با شدت جرم تناسب دارند. مجازات‌های محروم کننده یا محدود کننده آزادی باید در جهت نوپروری مجرم بوده باشد. مسئولیت هر گونه رفتاری که مجازات قانونی را شدت بخشد، متوجه انجام دهندگان آن است.

ماده ۱۱- قانون برای همه افراد حق برخورداری از عدالت را قائل شده است و کمبود منابع مالی نمی‌باید در این مورد مانعی بشمار آید.

ماده ۱۲- در زمینه امور جزائی یکسانی قضاوت در چهارچوب سرزمین واحد، برای کلیه ساکنان اتحادیه فرانسه ضمانت شده است.

ماده ۱۳- هیچکس نباید به سبب اصلیت، افکار یا باورهای مذهبی، فلسفی یا سیاسی دچار نگرانی شود.

ماده ۱۴- هر انسانی در سخن گفتن، نوشتن، چاپ کردن و انتشار دادن آزاد است و می‌تواند خواه از راه مطبوعات، خواه از طرق دیگر، هر گونه افکاری را تا آنجا که از این حق سوء استفاده نکند، مثلاً به آزادیهای تضمین شده توسط این اعلامیه یا به حسن شهرت دیگری لطمه وارد نیاورد بیان کند، نشر دهد و مورد مدافعه قرار دهد.

هیچکس را نمی‌توان مجبور کرد که عقاید خود را ظاهر کند.

ماده ۱۵- هر کس حق دارد در برابر قوای عمومی شکایتی را مطرح سازد تا وسائل رسیدگی به مسائل مربوط به فرد یا جامعه را فراهم آورد.

ماده ۱۶- حق رژه آزاد در معابر عمومی و حق اجتماعات برای همه تضمین شده است.

ماده ۱۷- همه انسانها حق دارند به هر جمعیت و گروهی به پیوندند، مگر آنکه این پیوند به آزادیهای تضمین شده توسط این اعلامیه زیان برساند.

هیچکس را نمی‌توان وادار به پیوستن به جمعیتی کرد.

ماده ۱۸- راه وصول به مقامات عمومی (اشغال مناصب) بدون هیچ گونه شرطی،

مگر لیاقت، استعداد و قدرت انجام کار، برای همه اتباع جامعه فرانسوی که از حقوق سیاسی این قانون اساسی بعنوان شهروند بهره می‌گیرند، باز است.

رسیدن بهر گونه حرفه، مقام و شغل خصوصی با شرایط واحد برای همه اتباع اتحادیه فرانسه و در غیاب مقررات مخصوص برای همه کسانی که قانوناً در اتحادیه فرانسه زندگی می‌کنند، آزاد است. هر کس حق دارد با کار، عملکرد، درجه، مرتبه و مسئولیت مساوی، از برابری وضعیت مادی و معنوی برخوردار باشد.

ماده ۱۹- اجرای حقوق تضمین شده در این اعلامیه را نمی‌توان معلق کرد. معذک هنگامی که، در شرایط تعیین شده توسط این قانون اساسی، اعلام شود که جمهوری در خطر است، حقوق عنوان شده در مواد ۵-۸-۱۴ (قسمت اول) و شانزده را می‌توان در حدود و با شکل تعیین شده در قانون، بحال تعلیق در آورد. این تدبیر را برای مدتی بیش از شش ماه نمی‌توان اتخاذ کرد، اما ممکن است با همین تشریفات تجدید شود.

هر آنکس که از این تدبیر بطور خودسرانه سوءاستفاده کند و به حقوق مادی و معنوی دیگران لطمه زند، شخصاً مسئول است.

بعد از پایان دوره استثنایی، هر کس که گمان دارد از لحاظ شخصی یا مالی بگونه‌ای خودسرانه، زیان دیده است، میتواند جبران معنوی و مادی زیان وارده را از دادگاه‌ها بخواهد.

ماده ۲۰- ضمانت حقوق بشر و شهروند، مستلزم داشتن یک نیروی عمومی است. این نیرو که برای استفاده همه و نه برای بکارگیری شخصی کسانی که زمام نیرو بدستشان سپرده شده، بوجود آمده است و لذا باید دائماً در خدمت مردم حاکم باشد. ماده ۲۱- هنگامی که حکومت، آزادیها و حقوق تضمین شده توسط قانون اساسی را مورد اجحاف قرار می‌دهد، مقاومت از هر طریق و هر شکل از مقدس‌ترین و واجب‌ترین حقوق بشمار می‌آید.

۲- حقوق اجتماعی و اقتصادی

ماده ۲۲- هر موجود بشری در قبال جامعه حقوقی دارد که پاکی و حیثیت شخصی و توسعه جسمی، ذهنی و اخلاقی کامل او را تضمین می‌کنند.

قانون نحوه اجرای این حقوق را سازمان می‌دهد.

ماده ۲۳- حفظ سلامتی فرد از زمان انعقاد نطفه و بهره‌گیری از کلیه تدابیر بهداشتی و همه درمانهایی که علم اجازه دهد، برای همه تضمین گردیده و بوسیله ملت قابل اجرا است.

ماده ۲۴- ملت شرایط لازم را برای خانواده در جهت توسعه آزاد تضمین میکند. ملت، همچنین همه مادران و همه کودکان را بوسیله قانونگذاری مخصوص و نهادهای اجتماعی متناسب، حمایت می‌کند.

ملت، انجام وظائف شهروندی و کار را برای زن بگونه‌ای تضمین می‌کند تا قادر باشد نقش مادر و رسالت اجتماعی خود را توأم انجام دهد.

ماده ۲۵- وسیع‌ترین فرهنگ‌ها باید برای همه بی‌هیچ محدودیتی مگر استعداد هر کس، عرضه شود. هر کودکی حق دارد با احترام به آزادی‌ها از آموزش و پرورش برخوردار گردد.

سازمان دهی تعلیمات عمومی در همه سطوح، یکی از وظائف دولت است. این تعلیمات باید مجانی باشد و با کمکهای مادی در دسترس همه قرار گیرد، بطوریکه همه حتی آنانی که امکان مادی دنبال کردن تحصیلات خود را ندارند بتوانند از آن استفاده کنند.

ماده ۲۶- هر فردی مکلف است کار کند و حق دارد شغلی داشته باشد. هیچکس را نمی‌توان در شغل خود به سبب اصلیت، افکار و اعتقاداتش مورد اهانت قرار داد.

ماده ۲۷- ساعات و شرایط کار نباید لطمه‌ای به سلامتی، به حیثیت و به زندگانی خانوادگی کارگر بزند.

نوجوانان را نباید مجبور به انجام کارهایی کرد که به پیشرفت جسمی، ذهنی و اخلاقی آنان لطمه وارد آورد. نوجوانان حق دریافت آموزش حرفه‌ای دارند.

ماده ۲۸- مردان و زنان حق دارند بر حسب کیفیت و کمیت کار خود مزد عادلانه‌ای دریافت دارند و وسائل مادی لازمی در اختیارشان قرار گیرد که خود و خانواده آنان شرافتمندانه زندگی کنند.

ماده ۲۹- هر کس حق استراحت و استفاده از ساعات فراغت را دارد.

ماده ۳۰- هر کس حق دارد از منافع خود با اقدامات سندیکائی دفاع کند.

هر کس مخیر است به سندیکای برگزیده خود به پیوندد یا به هیچ یک از سندیکاها روی نیاورد.

ماده ۳۱- هر کارگری حق دارد، با واسطه نمایندگان، در تصمیم‌گیریهای دسته جمعی، در باب شرائط کار و اداره موسسه مشارکت کند.

ماده ۳۲- حق اعتصاب، در چهارچوب قوانینی که آن را منظم کرده برای همه شناخته شده است.

ماده ۳۳- هر موجود انسانی که به سبب سن، وضع جسمانی یا روانی یا وضع اقتصادی در شرائطی قرار گرفته است که نمی‌تواند کار کند، حق دارد از اجتماع، و وسائل شایسته امرار معاش دریافت کند.

این حق با ایجاد دستگاههای عام المنفعه تامین اجتماعی، تضمین می‌شود.

ماده ۳۴- خسارات وارده به اشخاص و اموال در اثر مصیبت‌های ملی بوسیله ملت تحمل و جبران می‌گردد. جمهوری، برابری و همبستگی همگانی را برای جبران هزینه‌هایی از این قبیل، اعلام میکند.

ماده ۳۵- مالکیت حق آسیب‌ناپذیر بکارگیری، بهره‌گیری و تصرف اموالی است که توسط قانون برای اشخاص تضمین شده است. هر کس باید بتواند از رهگذر کار و پس انداز به مالکیت دسترسی یابد.

هیچکس را نمی‌توان از آن محروم کرد، مگر به علت مصالح عمومی که قانوناً اعلام

شده و بشرط پرداخت غرامت عادلانه‌ای به موجب قانون.

ماده ۳۶- از حق مالکیت نمیتوان خلاف مصلحت اجتماعی یا به گونه‌ای که به امنیت، آزادی، موجودیت و مالکیت دیگران لطمه وارد آورد، بهره گرفت.

هر مال یا موسسه‌ای که بهره‌گیری از آن جنبه خدمت عمومی ملی یا انحصار عملی داشته باشد یا بخود بگیرد، باید به ملکیت اجتماع در آید.

ماده ۳۷- مشارکت هر کس در هزینه‌های عمومی باید بصورت تدریجی و بر حسب اهمیت ثروت و درآمد، با توجه به مخارج خانوادگی او محاسبه شود.

ماده ۳۸- هیچکس را نمیتوان بر خلاف حیثیت وی در وضعیت پائین اقتصادی، اجتماعی یا سیاسی قرار داد و به سبب جنسیت، سن، رنگ، ملیت، مذهب، افکار و اصلیت نژادی و نظائر آن استنمار کرد.

اجرای آزادیها و حقوق شناخته شده در مورد تمام اتباع اتحادیه فرانسه، مستلزم محکوم کردن هر گونه کار اجباری بر خلاف نظام قانون کار در خاک اصلی فرانسه می‌باشد.

هر گونه تبلیغاتی در جهت خلاف مقررات بالا، بوسیله قانون مجازات میشود.

ماده ۳۹- حفظ حقوق مندرج در این اعلامیه و حفظ نهادهای مردم سالار و پیشرفت اجتماعی مستلزم آن است که همه آن را بشناسند و تکالیف خود را به انجام رسانند: شهروندان باید به جمهوری خدمت کرده به بهای زندگی خود از آن دفاع نمایند و در تامین هزینه‌های دولت مشارکت کنند و با کار خود در ایجاد رفاه عمومی همکاری نموده و برادرانه به یکدیگر کمک کنند.

قانون اساسی ۱۴ اکتبر ۱۹۵۸ فرانسه

دیباچه

مردم فرانسه رسماً دلبستگی خود را به حقوق بشر و اصول مربوط به حاکمیت ملی به همانگونه‌ای که به وسیله اعلامیه ۱۷۸۹ تعریف شده است و توسط دیباچه قانون اساسی ۱۹۴۶^(۱) تایید و تکمیل شده است، اعلام می‌دارد.

به موجب این اصول و اصل خودمختاری خلق‌ها، جمهوری برای زمین‌های ماوراءبحار که اراده وابسته شدن خود را به فرانسه ابراز می‌دارند، نهادهای نوینی را بر اساس آرمان‌های مشترک یعنی آزادی، برابری و برادری و در جهت تحول دموکراتیک آنان تقدیم می‌دارد.

دیباچه

در فردای پیروزی ملت‌های آزاد بر رژیم‌هایی که در پی برده‌سازی و بی‌منزلت ساختن شخص انسانی بودند، مردم فرانسه، مجدداً اعلام می‌کنند که هر موجود انسانی، بی‌تمایز نژاد، دین و اعتقاد، دارای حقوق انتقال‌ناپذیر و مقدسی است.

مردم فرانسه رسماً، حقوق و آزادی‌های بشر و شهروند را که در اعلامیه حقوق بشر ۱۷۸۹ آمده است و همچنین اصول اساسی شناخته شده بوسیله قوانین جمهوری را دوباره می‌شناسد.

– افزون بر آن، اعلام می‌دارد که در عصر کنونی ما، اصول سیاسی، اقتصادی و اجتماعی زیر واجب و حقانی بشمار می‌آیند:

- قانون برای زنان در همه زمینه‌ها، همان حقوق مساوی با مردان را قائل است.
- هر انسانی که به سبب مبارزه خود در راه آزادی، مورد اذیت و آزار قرار گرفته باشد، حق پناهندگی در سرزمین‌های جمهوری دارد.
- هر کس مکلف است کار کند و حق دارد شغلی بدست آورد. هیچکس را نمی‌توان به سبب اصلیت، افکار و اعتقاداتش هنگام کار و در زمینه شغل مورد آزار قرار داد.
- هر کس می‌تواند از حقوق و منافع خود از رهگذر اقدام سندیکائی دفاع کند و به سندیکای مورد انتخاب خود به پیوندد.

حق اعتصاب، در چهارچوب قوانینی که ترتیبات اعتصاب را تنظیم کرده‌اند،

۱- در آخر کار این دیباچه ملحق به قانون اساسی ۲۷ اکتبر ۱۹۴۶ بصورت نهائی بشکل زیر به تصویب رسید.

اعمال می‌شود.

هر کارگر، بواسطه نمایندگانش، در تعیین دسته جمعی شرایط کار و همچنین اداره موسسه‌اش شرکت می‌کند.

— هر مال یا موسسه‌ای که خصلت خدمت عمومی ملی را دارا باشد یا این خصلت را کسب کند یا عملاً حالت انحصاری بخود بگیرد، باید به ملکیت اجتماع بدر آید.

— ملت برای فرد و خانواده شرایط لازم توسعه‌اش را تضمین می‌کند.

— ملت برای همه و بخصوص برای کودک، مادر و کارگران پیر، حفظ سلامتی، امنیت مادی، استراحت و فراغت را تضمین می‌کند. هر موجود انسانی که بعلمت سن، حالت جسمانی یا روانی یا وضع اقتصادی در حالتی باشد که نتواند کار کند، حق دارد از اجتماع وسائل شایسته ادامه حیات خود را دریافت دارد.

— ملت همبستگی و برابری همه فرانسویان را در برابر هزینه‌ها و خساراتی که ناشی از آسیب‌های ملی باشد، اعلام می‌دارد.

— ملت بطور مساوی استفاده کودک و بالغ را از آموزش و پرورش، تعلیمات حرفه‌ای و فرهنگ تضمین می‌کند.

— سازمان دادن به تعلیمات عمومی مجانی و غیر مذهبی در همه مدارج، یکی از تکالیف دولت است.

— جمهوری فرانسه، وفادار به سنت‌های خویش، خود را با قواعد حقوق بین‌الملل عمومی انطباق می‌دهد. یعنی هرگز برای فتح و ظفر جنگ را شروع نمی‌کند و هرگز از نیروهای خود علیه آزادی ملل دیگر استفاده نخواهد کرد.

— فرانسه بشرط عمل مقابله به مثل حاضر است، محدودیت‌هایی را در زمینه حاکمیت خود که برای سازمان دهی و دفاع از صلح لازم باشد، بپذیرد.

فرانسه با مردمان ماوراءبحار، اتحادیه‌ای بر پایه تساوی حقوق و تکالیف، قطع نظر از نژاد و مذهب تشکیل می‌دهد.

— اتحادیه فرانسه مرکب است از ملت‌ها و مردمانی که منابع و کوشش‌های خود را

برای توسعه تمدن‌های خود و افزایش رفاه و تامین امنیت خود بر روی هم می‌گذارند و یا هماهنگ می‌کنند.

— فرانسه وفادار به رسالت سستی خود بر آن سراسر است که مردمی را که مسئولیتشان را به عهده دارد به سوی آزادی پیش ببرد تا خود مستقلاً اداره شوند و بصورت دموکراتیک امور خود را تمثیت دهند. کشور فرانسه با رد هر گونه نظام استعماری مبتنی بر خود سری برای همه دسترسی به مشاغل عمومی و اجرای فردی یا دسته جمعی حقوق و آزادیهای اعلام شده و تایید شده بالا را تضمین می‌کند.

قانون اساسی بلژیک ۷ فوریه ۱۸۳۱

عنوان ۲

اتباع بلژیک و حقوق آنها

ماده ۴- خصلت بلژیکی را میتوان بر اساس قواعد و مقررات قانون مدنی تحصیل کرد، نگاهداشت یا از دست داد.

این قانون اساسی و سایر قوانین مربوط به حقوق سیاسی، علاوه بر این خصلت، شرایط لازم را برای اجرای این حقوق تعیین خواهند کرد.

ماده ۵- تابعیت توسط قوه مقننه اعطا می‌شود.

تنها تابعیت بزرگ (اصلی) است که خارجی را برای انجام حقوق سیاسی بصورت بلژیکی بدر می‌آورد.

ماده ۶- در دولت هیچ فرقی و تمایزی وجود ندارد.

بلژیکی‌ها در برابر قانون برابرند و بجز استثنائاتی که بر اساس قانون برای موارد خاصی برقرار میشود، همه می‌توانند به مشاغل غیر نظامی و نظامی وارد شوند.

ماده ۶ مکرر- بهره‌گیری از حقوق و آزادیهای که برای بلژیکی‌ها شناخته شده است، بدون هیچ تبعیض باید تضمین شود. به همین منظور، قانون و آئین نامه‌ها، حقوق و آزادی اقلیت‌های مسلکی (ایدئولوژیک) و فلسفی را تضمین مینماید.

ماده ۷- آزادی فردی ضمانت شده است.

هیچ کس را نمیتوان تحت تعقیب قرار داد، مگر در موارد پیش بینی شده در قانون و براساس تشریفات که قانون مقرر داشته است.

خارج از موارد جرائم مشهود، هیچ کس را نمی توان توقیف کرد، مگر به موجب حکم مستدل قاضی که هنگام توقیف یا حداکثر ۲۴ ساعت بعد باید به اطلاع فرد توقیف شده برسد.

ماده ۸- هیچکس را نمیتوان خلاف میلش از محکمه ای که قانون تعیین کرده است، منصرف کرد و به محکمه دیگری ارجاع داد.

ماده ۹- هیچ مجازاتی را نمی توان بر قرار و مجری کرد، مگر به موجب قانون.

ماده ۱۰- مسکن مصون از تعرض است. ورود در منازل ممکن نیست، مگر در مواقع پیش بینی شده توسط قانون و بر اساس آئینی که مقرر داشته است.

ماده ۱۱- هیچ ملک را از ید صاحب ملک نمیتوان بدر آورد، مگر به سبب مصالح عمومی و در موارد و به گونه ای که قانون مقرر داشته و آنهم با پرداخت غرامت عادلانه و قبلی.

ماده ۱۲- مجازات به مصادره اموال را نمی توان حکم داد.

ماده ۱۳- مرگ مدنی لغو شده و قابل استقرار مجدد نیست.

ماده ۱۴- آزادی اجرای مراسم دینی و انجام آنها در ملاء عام و همچنین آزادی اظهار عقیده در هر موردی تضمین شده است، ولی سرکوبی جرائم ارتكابی در مقام استفاده از آزادی، از این قاعده مستثنی است.

ماده ۱۵- هیچکس را نمی توان به انجام اعمال و تشریفات مذهبی خاصی، بهر طریق که باشد و همچنین گردن گذاردن به روزهای تعطیلی آن مذهب مجبور کرد.

ماده ۱۶- دولت حق ندارد در انتصاب یا تاسیس یک مقام روحانی یا ایجاد امامت جماعت دخالت کند، جلوی مکاتبات روحانیون را با روحانیون مقام بالاتر بگیرد یا نگذارد که اعلامیه های آنان انتشار یابد. در مورد اخیر مسئولیت عادی آنان از لحاظ مطبوعات و انتشارات از میان نمی رود. نکاح مدنی (غیر مذهبی) باید پیوسته بعد از

انجام مراسم مذهبی باشد، مگر اینکه در مواقع مخصوص قانون طریق دیگری را اختیار کرده باشد.

ماده ۱۷- آموزش و پرورش آزاد و هرگونه تدابیر جلوگیری کننده ممنوع است، کیفر جرائم در این خصوص فقط بوسیله قانون انجام می شود.

تعلیم و تربیت که با سرمایه گذاری دولت انجام می شود نیز باید براساس قانون باشد. ماده ۱۸- مطبوعات آزاد است و هیچگاه نمی توان سانسور را برقرار کرد و از نویسندگان، ناشران و چاپ کنندگان ضمانت مالی گرفت.

هنگامی که نویسنده معروف و مقیم بلژیک باشد، نمیتوان ناشر، چاپخانه و موزع را تعقیب کرد.

ماده ۱۹- بلژیکی ها حق دارند آزادانه و بدون اسلحه بدورهم جمع شوند. البته باید به قوانینی که اجرای این حق را تنظیم می کند، گردن بگذارند، بی آنکه این اجتماعات موکول به اجازه قبلی بوده باشد.

این مقررات هرگز در مورد اجتماعات در هوای آزاد که کاملاً تابع قوانین شهرداری است، قابل اجرا نیست.

ماده ۲۰- بلژیکی ها حق دارند انجمن تشکیل دهند و عضویت انجمن ها را بپذیرند. این حق را نمیتوان تابع هیچ تدبیر پیشگیری کننده ای قرار داد.

ماده ۲۱- هرکس حق دارد شکایات خود را که یکنفر یا چند نفر امضاء کرده باشند به مقامات دولتی بفرستد.

مقامات متشکل (دستگاهها - سازمانها) فقط حق دارند که بنام های جمعی شکایت بنویسند.

ماده ۲۲- نامه ها از تعرض مصون هستند.

قانون عوامل مسئولی را که می توانند نامه های بسته را بازرسی کنند، معین خواهد کرد.

ماده ۲۳- استفاده از زبانهای رایج در بلژیک اختیاری است. نحوه بکارگیری آنها فقط

توسط قانون انجام می‌شود و آن هم برای مکاتبه با مقامات دولتی و امور قضائی.

ماده ۲۴- هیچ اجازه قبلی برای تعقیب کارمندان بخش عمومی در مورد اعمال انجام

شده در ادارات مربوط لازم نیست ، بغیر از موارد مقرر در خصوص وزراء.

اعلامیه جهانی حقوق بشر

در دهم دسامبر ۱۹۴۸ (۱۹ آذر ۱۳۲۷) مجمع عمومی سازمان ملل متحد ، اعلامیه جهانی حقوق بشر را تصویب و اعلام نمود که متن کامل آن در صفحات بعدی مندرج است. در تعقیب این اقدام تاریخی مجمع عمومی از کلیه کشورهای عضو دعوت نمود که متن اعلامیه را منتشر کرده و موجبات پخش و انتشار و تفسیر آنرا مخصوصاً در مدارس و موسسات تربیتی فراهم سازند، بدون اینکه از لحاظ وضع سیاسی کشورها و سرزمینها تبعیضی بعمل آید.

این متن از طرف حکومت ایران تصدیق شده است.

سایر متون این اعلامیه به پنج زبان رسمی سازمان ملل متحد یعنی اسپانیولی، انگلیسی ، چینی ، روسی و فرانسه که از مجمع عمومی گذشته ، در دسترس می‌باشد.

مجمع عمومی این اعلامیه جهانی حقوق بشر را آرمان مشترکی برای تمام مردم و کلیه ملل اعلام می‌کند تا جمیع افراد و همه ارکان اجتماع این اعلامیه را دائماً در مد نظر داشته باشند و مجاهدت کنند که بوسیله تعلیم و تربیت احترام این حقوق و آزادیها توسعه یابد و با تدابیر تدریجی ملی و بین المللی، شناسائی و اجرای واقعی و حیاتی آنها، چه در میان خود ملل عضو و چه در بین مردم کشورهایائی که در قلمرو آنها میباشند. تامین گردد.

ماده اول - تمام افراد بشر آزاد بدنیا می‌آیند و از لحاظ حیثیت و حقوق با هم برابرند. همه دارای عقل و وجدان می‌باشند و باید نسبت به یکدیگر با روح برادری رفتار کنند.

ماده دوم

(۱) هر کس می‌تواند بدون هیچگونه تمایز مخصوصاً از حیث نژاد، رنگ، جنس، زبان، مذهب، عقیده سیاسی یا هر عقیده دیگر و همچنین ملیت، وضع اجتماعی، ثروت، ولادت یا هر موقعیت دیگر، از تمام حقوق و کلیه آزادی‌هاییکه در اعلامیه حاضر ذکر شده، بهره‌مند گردد.

(۲) - بعلاوه هیچ تبعیضی بعمل نخواهد آمد که مبتنی بر وضع سیاسی، اداری و قضائی یا بین المللی کشور یا سرزمینی باشد که شخص به آن تعلق دارد، خواه این کشور مستقل، تحت قیمومت یا غیر خودمختار بوده یا حاکمیت آن بشکلی محدود شده باشد.

ماده سوم - هر کس حق زندگی، آزادی و امنیت شخصی دارد.

ماده چهارم - احدی را نمی‌توان در بردگی نگاهداشت و داد و ستد بردگان بهر شکلی که باشد، ممنوع است.

ماده پنجم - احدی را نمیتوان تحت شکنجه یا مجازات یا رفتاری قرار داد که ظالمانه و یا برخلاف انسانیت و شئون بشری یا موهن باشد.

ماده ششم - هر کس حق دارد که شخصیت حقوقی او در همه جا بعنوان یک انسان در مقابل قانون شناخته شود.

ماده هفتم - همه در برابر قانون مساوی هستند و حق دارند بدون تبعیض و بالسویه از

مقدمه

از آنجا که شناسائی حیثیت ذاتی کلیه اعضای خانواده بشری و حقوق یکسان و انتقال ناپذیر آنان اساس آزادی و عدالت و صلح را در جهان تشکیل می‌دهد.

از آنجا که عدم شناسائی و تحقیر حقوق بشر منتهی به اعمال وحشیانه‌ای گردیده است که روح بشریت را به عصیان واداشته و ظهور دنیائی که در آن افراد بشر در بیان عقیده آزاد و از ترس و فقر فارغ باشند، بعنوان بالاترین آمال بشر اعلام شده است.

از آنجا که اساساً حقوق انسانی را باید با اجرای قانون حمایت کرد تا بشر بعنوان آخرین علاج به قیام بر ضد ظلم و فشار مجبور نگردد.

از آنجا که اساساً لازم است توسعه روابط دوستانه بین ملل را مورد تشویق قرار داد. از آنجا که مردم ملل متحد ایمان خود را بحقوق اساسی بشر و مقام و ارزش فرد انسانی و تساوی حقوق مرد و زن مجدداً در منشور اعلام کرده‌اند و تصمیم راسخ گرفته‌اند که به پیشرفت اجتماعی کمک کنند و در محیطی آزادتر وضع زندگی بهتری بوجود آورند.

از آنجا که دول عضو متعهد شده‌اند که احترام جهانی و رعایت واقعی حقوق بشر و آزادیهای اساسی را با همکاری سازمان ملل متحد تامین کنند.

از آنجا که حسن تفاهم مشترکی نسبت به این حقوق و آزادیها برای اجرای کامل این تعهد کمال اهمیت را دارد.

حمایت قانون برخوردار شوند. همه حق دارند در مقابل هر تبعیضی که ناقض اعلامیه حاضر باشد و بر علیه هرتحریکی که برای چنین تبعیضی بعمل آید بطور تساوی از حمایت قانون بهره‌مند شوند.

ماده هشتم - در برابر اعمالی که حقوق اساسی فرد را مورد تجاوز قرار بدهد و آن حقوق بوسیله قانون اساسی یا قانون دیگری برای او شناخته شده باشد، هر کس حق رجوع مؤثر به محاکم ملی صالحه دارد.

ماده نهم - احدی نمی‌تواند خودسرانه توقیف، حبس یا تبعید بشود.

ماده دهم - هر کس با مساوات کامل حق دارد که دعوایش بوسیله دادگاه مستقل و بی‌طرفی، منصفانه و علناً رسیدگی بشود و چنین دادگاهی درباره حقوق و الزامات او یا هر اتهام جزائی که به او توجه پیدا کرده باشد، اتخاذ تصمیم بنماید.

ماده یازدهم

(۱) - هر کس که به بزه کاری متهم شده باشد، بی‌گناه محسوب خواهد شد تا وقتی که در جریان یک دعوای عمومی که در آن کلیه تضمین‌های لازم برای دفاع او تامین شده باشد، تقصیر او قانوناً محرز گردد.

(۲) - هیچکس برای انجام یا عدم انجام عملی که در موقع ارتکاب، آن عمل به موجب حقوق ملی یا بین‌المللی جرم شناخته نمی‌شده است، محکوم نخواهد شد. بهمین طریق هیچ مجازاتی شدیدتر از آنچه که در موقع ارتکاب جرم بدان تعلق می‌گرفت درباره احدی اعمال نخواهد شد.

ماده دوازدهم - احدی در زندگی خصوصی، امور خانوادگی، اقامتگاه یا مکاتبات خود، نباید مورد مداخله‌های خودسرانه واقع شود و شرافت و اسم و رسمش نباید مورد حمله قرار گیرد. هر کس حق دارد که در مقابل اینگونه مداخلات و حملات مورد حمایت قانون قرار گیرد.

ماده سیزدهم - (۱) هر کس حق دارد که در داخل هر کشوری آزادانه عبور و مرور کند و محل اقامت خود را انتخاب نماید.

(۲) - هر کس حق دارد هر کشوری و از جمله کشور خود را ترک کند یا به کشور خود بازگردد.

ماده چهاردهم - (۱) هر کس حق دارد در برابر تعقیب شکنجه و آزار پناهگاهی جستجو کند و در کشورهای دیگر پناه اختیار کند.

(۲) - در موردی که تعقیب واقعاً مبتنی به جرم عمومی و غیر سیاسی یا رفتارهایی مخالف با اصول و مقاصد ملل متحد باشد، نمی‌توان از این حق استفاده نمود.

ماده پانزدهم - (۱) هر کس حق دارد که دارای تابعیت باشد.

(۲) - احدی را نمیتوان خودسرانه از تابعیت خود یا از حق تغییر تابعیت محروم کرد.

ماده شانزدهم - (۱) هر زن و مرد بالغی حق دارند بدون هیچگونه محدودیت از نظر نژاد، ملیت، تابعیت یا مذهب با همدیگر زناشویی کنند و تشکیل خانواده دهند. در تمام مدت زناشویی و هنگام انحلال آن، زن و شوهر در کلیه امور مربوط به ازدواج، دارای حقوق مساوی می‌باشند.

(۲) - ازدواج باید با رضایت کامل و آزادانه زن و مرد واقع شود.

(۳) - خانواده رکن طبیعی و اساسی اجتماع است و حق دارد از حمایت جامعه و دولت بهره‌مند شود.

ماده هفدهم - (۱) هر شخص منفرداً یا بطور اجتماع حق مالکیت دارد.

(۲) - احدی را نمی‌توان خودسرانه از حق مالکیت محروم نمود.

ماده هجدهم - هر کس حق دارد که از آزادی فکر، وجدان و مذهب بهره‌مند شود. این حق متضمن آزادی تغییر مذهب یا عقیده و همچنین متضمن آزادی اظهار عقیده و ایمان می‌باشد و نیز شامل تعلیمات مذهبی و اجرای مراسم دینی است. هر کس می‌تواند از این حقوق منفرداً یا مجتمعاً به طور خصوصی یا بطور عمومی برخوردار باشد.

ماده نوزدهم - هر کس حق آزادی عقیده و بیان دارد و حق مزبور شامل آن است که از داشتن عقاید خود بیم و اضطرابی نداشته باشد و در کسب اطلاعات و افکار و در اخذ

آن انتشار آن به تمام وسائل ممکن و بدون ملاحظات مرزی آزاد باشد.

ماده بیستم (۱) - هر کس حق دارد آزادانه مجامع و جمعیت‌های مسالمت آمیز تشکیل دهد.

(۲) - هیچکس را نمی‌توان مجبور به شرکت در اجتماع کرد.

ماده بیست و یکم

(۱) - هر کس حق دارد که در اداره امور عمومی کشور خود، خواه مستقیماً و خواه با وساطت نمایندگانی که آزادانه انتخاب شده باشند، شرکت جوید.

(۲) - هر کس حق دارد با تساوی شرایط، به مشاغل عمومی کشور خود نایل آید.

(۳) - اساس و منشأ قدرت حکومت، ارادهٔ مردم است. این اراده باید بوسیله انتخاباتی ابراز گردد که از روی صداقت و بطور ادواری صورت پذیرد. انتخابات باید عمومی و با رعایت مساوات باشد و با رای مخفی یا طریقه‌ای نظیر آن انجام گیرد که آزادی رای را تامین نماید.

ماده بیست و دوم - هر کس بعنوان عضو اجتماع حق امنیت اجتماعی دارد و مجاز است بوسیله مساعی ملی و همکاری بین المللی حقوق اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی خود را که لازمهٔ مقام و نمو آزادانه شخصیت او است با رعایت تشکیلات و منابع هر کشور بدست آورد.

ماده بیست و سوم

(۱) - هر کس حق دارد کار کند، کار خود را آزادانه انتخاب نماید، شرایط منصفانه و رضایت بخشی برای کار خواستار باشد و در مقابل بیکاری مورد حمایت قرار گیرد.

(۲) - همه حق دارند که بدون هیچ تبعیضی، در مقابل کار مساوی، اجرت مساوی دریافت دارند.

(۳) - هر کس که کار می‌کند به مزد منصفانه و رضایت بخشی ذیحق می‌شود که زندگی او و خانواده‌اش را موافق شئون انسانی تامین کند و آنرا در صورت لزوم با هر نوع وسائل دیگر حمایت اجتماعی تکمیل نماید.

(۴) - هر کس حق دارد که برای دفاع از منافع خود با دیگران اتحادیه تشکیل دهد و در اتحادیه‌ها نیز شرکت کند.

ماده بیست و چهارم - هر کس حق استراحت و فراغت و تفریح دارد و بخصوص به محدودیت معقول ساعات کار و مرخصی‌های ادواری با اخذ حقوق ذیحق می‌باشد.

ماده بیست و پنجم - (۱) هر کس حق دارد که سطح زندگانی او سلامتی و رفاه خود و خانواده‌اش را از حیث خوراک و مسکن و مراقبت‌های طبی و خدمات لازم اجتماعی تامین کند و همچنین حق دارد که در مواقع بیکاری، بیماری، نقص اعضا، بیوگی، پیری یا در تمام موارد دیگری که بععلل خارج از ارادهٔ انسان وسائل امرار معاش از دست رفته باشد از شرایط آبرومندانه زندگی برخوردار شود.

(۲) - مادران و کودکان حق دارند که از کمک و مراقبت مخصوصی بهره‌مند شوند. کودکان چه بر اثر ازدواج و چه بدون ازدواج بدنیا آمده باشند، حق دارند که همه از یکتو حمایت اجتماعی برخوردار شوند.

ماده بیست و ششم

(۱) - هر کس حق دارد که از آموزش و پرورش بهره‌مند شود. آموزش و پرورش لاقلاً تا حدودی که مربوط به تعلیمات ابتدائی و اساسی است باید مجانی باشد. آموزش ابتدائی اجباری است. آموزش حرفه‌ای باید عمومیت پیدا کند و آموزش عالی باید با شرایط تساوی کامل بروی همه باز باشد تا همه بنا به استعداد خود بتوانند از آن بهره‌مند گردند.

(۲) - آموزش و پرورش باید طوری هدایت شود که شخصیت انسانی هر کس را به حد اکمل رشد آن برساند و احترام حقوق و آزادی‌های بشر را تقویت کند. آموزش و پرورش باید حسن تفاهم، گذشت و احترام عقاید مخالف و دوستی بین تمام ملل و جمعیت‌های نژادی یا مذهبی و همچنین توسعه فعالیت‌های ملل متحد را در راه حفظ صلح تسهیل نماید.

(۳) - پدر و مادر در انتخاب نوع آموزش و پرورش فرزندان خود نسبت به دیگران

ماده بیست و هفتم

(۱) - هر کس حق دارد آزادانه در زندگی فرهنگی اجتماع شرکت کند، از فنون و هنرها متمتع گردد و در پیشرفت علمی و فوائد آن سهیم باشد.

(۲) - هر کس حق دارد از حمایت منافع معنوی و مادی آثار علمی، فرهنگی یا هنری خود برخوردار شود.

ماده بیست و هشتم - (۱) هر کس حق دارد برقراری نظم را بخواهد که از لحاظ اجتماعی و بین‌المللی حقوق و آزادی‌هایی را که در این اعلامیه ذکر گردیده است تامین کند و آنها را به مورد عمل بگذارد.

ماده بیست و نهم - (۱) هر کس در مقابل آن جامعه‌ای وظیفه دارد که رشد آزاد و کامل شخصیت او را میسر سازد.

(۲) - هر کس در اجرای حقوق و استفاده از آزادیهای خود فقط تابع محدودیت‌هاییست که بوسیله قانون منحصرأ به منظور تامین شناسائی و مراعات حقوق و آزادیهای دیگران و برای رعایت مقتضیات صحیح اخلاقی و نظم عمومی و رفاه همگانی در شرایط یک جامعه دموکراتیک وضع گردیده است.

(۳) - این حقوق و آزادیها در هیچ موردی نمیتواند بر خلاف مقاصد و اصول ملل متحد اجرا گردد.

ماده سی ام - هیچیک از مقررات اعلامیه حاضر نباید طوری تفسیر شود که متضمن حقی برای دولتی یا جمعیتی یا فردی باشد که به موجب آن بتوانند هر یک از حقوق و آزادیهای مندرج در این اعلامیه را از بین ببرند و یا در آن راه فعالیت بنمایند.

اصولی از قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

فصل سوم - حقوق ملت

اصل نوزدهم

مردم ایران از هر قوم و قبیله که باشند از حقوق مساوی برخوردارند و رنگ، نژاد، زبان و مانند اینها سبب امتیاز نخواهد بود.

اصل بیستم

همه افراد ملت اعم از زن و مرد یکسان در حمایت قانون قرار دارند و از همه حقوق انسانی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی با رعایت موازین اسلام برخوردارند.

اصل بیست و یکم

دولت موظف است حقوق زن را در تمام جهات با رعایت موازین اسلامی تضمین نماید و امور زیر را انجام دهد:

۱- ایجاد زمینه‌های مساعد برای رشد شخصیت زن و احیای حقوق مادی و معنوی او.
۲- حمایت مادران، بالخصوص در دوران بارداری و حضانت فرزند، و حمایت از کودکان بی سرپرست.

۳- ایجاد دادگاه صالح برای حفظ کیان و بقای خانواده.

۴- ایجاد بیمه خاص بیوگان و زنان سالخورده و بی سرپرست.

۵- اعطای قیمومت فرزندان به مادران شایسته در جهت غبطه آنها در صورت نبودن ولی شرعی.

اصل بیست و دوم

حیثیت، جان، مال، حقوق، مسکن و شغل اشخاص از تعرض مصون است مگر در مواردیکه قانون تجویز کند.

اصل بیست و سوم

تفتیش عقاید ممنوع است و هیچکس را نمی‌توان بصرف داشتن عقیده‌ای مورد تعرض و

۲۶۴ گفتارهایی در حقوق عمومی
مؤاخذة قرار داد.

اصل بیست و چهارم

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

اصل بیست و پنجم

بازرسی و نرساندن نامه‌ها، ضبط و فاش کردن مکالمات تلفنی، افشای مخایرات تلگرافی و تلکس، سانسور، عدم مخایره و نرساندن آنها، استراق سمع و هرگونه تجسس ممنوع است مگر بحکم قانون.

اصل بیست و ششم

احزاب، جمعیت‌ها، انجمن‌های سیاسی و صنفی و انجمنهای اسلامی یا اقلیتهای دینی شناخته شده آزادند، مشروط باینکه 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.

اصل بیست و هفتم

تشکیل اجتماعات و راه پیمانیها، بدون حمل سلاح، بشرط آنکه مخل به مبانی اسلام نباشد آزاد است.

اصل بیست و هشتم

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

اصل بیست و نهم

برخورداری از تأمین اجتماعی از نظر بازنشستگی، بیکاری، پیری، از کارافتادگی، بی‌سرپرستی، در راه ماندگی، حوادث و سوانح و نیاز به خدمات بهداشتی و درمانی و

اصولی از قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران □ ۲۶۵

مراقبتهای پزشکی به صورت بیمه و غیره حقی است همگانی. دولت مکلف است طبق قوانین از محل درآمدهای عمومی و درآمدهای حاصل از مشارکت مردم، خدمات و حمایتهای مالی فوق را برای یک یک افراد کشور تأمین کند.

اصل سی‌ام

دولت موظف است وسائل آموزش و پرورش رایگان را برای همه ملت تا پایان دوره متوسطه فراهم سازد و وسائل تحصیلات عالی را تا سرحد خودکفائی کشور بطور رایگان گسترش دهد.

اصل سی و یکم

داشتن مسکن متناسب با نیاز، حق هر فرد و خانواده ایرانی است، دولت موظف است با رعایت اولویت برای آنها که نیازمندترند بخصوص روستائینان و کارگران زمینه اجرای این اصل را فراهم کند.

اصل سی و دوم

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 قضائی ارسال و مقدمات محاکمه، در اسرع وقت فراهم گردد. متخلف از این اصل طبق قانون مجازات میشود.

اصل سی و سوم

هیچکس را نمی‌توان از محل اقامت خود تبعید کرد یا از اقامت در محل مورد علاقه‌اش ممنوع یا به اقامت در محلی مجبور ساخت، مگر در مواردیکه قانون مقرر میدارد.

اصل سی و چهارم

دادخواهی حق مسلم هر فرد است و هرکس میتواند بمنظور دادخواهی به دادگاههای صالح رجوع نماید، همه افراد ملت حق دارند اینگونه دادگاهها را در دسترس داشته باشند و هیچکس را نمی‌توان از دادگاهی که بموجب قانون حق مراجعه به آن را دارد

۲۶۶ □ گفتارهایی در حقوق عمومی
منع کرد.

اصل سی و پنجم

در همه دادگاهها طرفین دعوی حق دارند برای خود وکیل انتخاب نمایند و اگر توانائی انتخاب وکیل را نداشته باشند باید برای آنها امکانات تعیین وکیل فراهم گردد.

اصل سی و ششم

حکم بمجازات و اجراء آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و بموجب قانون باشد.

اصل سی و هفتم

اصل، برائت است و هیچکس از نظر قانون مجرم شناخته نمی شود، مگر اینکه جرم او در دادگاه صالح ثابت گردد.

اصل سی و هشتم

هر گونه 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.

متخلف از این اصل طبق قانون مجازات می شود.

اصل سی و نهم

هتک حرمت و حیثیت کسیکه به حکم قانون دستگیر، بازداشت، زندانی یا تبعید شده بهر صورت که باشد ممنوع و موجب مجازات است.

اصل چهلم

هیچکس نمی تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد.

اصل چهلم و یکم

تابعیت کشور ایران حق مسلم هر فرد ایرانی است و دولت نمی تواند از هیچ ایرانی سلب تابعیت کند، مگر بدرخواست خود او یا در صورتیکه به تابعیت کشور دیگری درآید.

اصولی از قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران □ ۲۶۷

اصل چهلم و دوم

اتباع خارجه میتوانند در حدود قوانین به تابعیت ایران درآیند و سلب تابعیت اینگونه اشخاص در صورتی ممکن است که دولت دیگری تابعیت آنها را بپذیرد یا خود آنها درخواست کنند.

فصل چهارم - اقتصاد و امور مالی

اصل چهلم و سوم

برای تأمین استقلال اقتصادی جامعه و ریشه کن کردن فقر و محرومیت و برآوردن نیازهای انسان در جریان رشد، با حفظ آزادی او، اقتصاد جمهوری اسلامی ایران بر اساس ضوابط زیر استوار میشود:

۱- تأمین نیازهای اساسی: مسکن، خوراک، پوشاک، بهداشت، درمان، آموزش و پرورش و امکانات لازم برای تشکیل خانواده برای همه.

۲- تأمین شرایط و امکانات کار برای همه بمنظور رسیدن به اشتغال کامل و قرار دادن وسائل کار در اختیار همه کسانی که قادر بکارند ولی وسائل کار ندارند، در شکل تعاونی، از راه وام بدون بهره یا هر راه مشروع دیگر که نه به تمرکز و تداول ثروت در دست افراد و گروههای خاص منتهی شود و نه دولت را بصورت یک کارفرمای بزرگ مطلق درآورد. این اقدام باید با رعایت ضرورتهای حاکم بر برنامه ریزی عمومی اقتصاد کشور در هر یک از مراحل رشد صورت گیرد.

۳- تنظیم برنامه اقتصادی کشور بصورتی که شکل و محتوا و ساعات کار چنان باشد که هر فرد علاوه بر تلاش شغلی، فرصت و توان کافی برای خودسازی معنوی، سیاسی و اجتماعی و شرکت فعال در رهبری کشور و افزایش مهارت و ابتکار داشته باشد.

۴- رعایت آزادی انتخاب شغل و عدم اجبار افراد به کاری معین و جلوگیری از بهره کشی از کار دیگری.

۵- منع اضرار بغير و انحصار و احتکار و ربا و دیگر معاملات باطل و حرام.

۶- منع اسراف و تبذیر در همه شئون مربوط به اقتصاد، اعم از مصرف، سرمایه گذاری،

تولید، توزیع و خدمات.

۷- استفاده از علوم و فنون و تربیت افراد ماهر به نسبت احتیاج برای توسعه و پیشرفت اقتصاد کشور.

۸- جلوگیری از سلطه اقتصادی بیگانه بر اقتصاد کشور.

۹- تأکید بر افزایش تولیدات کشاورزی، دامی و صنعتی که نیازهای عمومی را تأمین کند و کشور را به مرحله خودکفائی برساند و از وابستگی برهاند.

اصل چهل و چهارم

نظام اقتصادی جمهوری اسلامی ایران بر پایه سه بخش دولتی، تعاونی و خصوصی با برنامه‌ریزی منظم و صحیح استوار است.

بخش دولتی شامل کلیه صنایع بزرگ، صنایع مادر، بازرگانی خارجی، معادن بزرگ، بانکداری، بیمه، تأمین نیرو، سدها و شبکه‌های بزرگ آبرسانی، رادیو و تلویزیون، پست و تلگراف و تلفن، هواپیمائی، کشتیرانی، راه و راه آهن و مانند اینها است که به صورت مالکیت عمومی و در اختیار دولت است.

بخش تعاونی شامل شرکتها و مؤسسات تعاونی تولید و توزیع است که در شهر و روستا بر طبق ضوابط اسلامی تشکیل می‌شود.

بخش خصوصی شامل آن قسمت از کشاورزی، دامداری، صنعت، تجارت و خدمات میشود که مکمل فعالیتهای اقتصادی دولتی و تعاونی است.

مالکیت در این سه بخش تا جائیکه با اصول دیگر این فصل مطابق باشد و از محدوده قوانین اسلام خارج نشود و موجب رشد و توسعه اقتصادی کشور گردد و مایه زیان جامعه نشود مورد حمایت قانون جمهوری اسلامی است.

تفصیل ضوابط و قلمرو و شرایط هر سه بخش را قانون معین می‌کند.

اصل چهل و پنجم

انفال و ثروتهای عمومی از قبیل زمینهای موات یا رها شده، معادن، دریاها، دریاچه‌ها، رودخانه‌ها و سایر آبهای عمومی، کوهها، دره‌ها، جنگلها، نیزارها، بیشه‌های طبیعی،

مراعاتی که حریم نیست، ارث بدون وارث، و اموال مجهول‌المالک و اموال عمومی که از به آنها عمل نماید، تفصیل و ترتیب استفاده از هر یک را قانون معین می‌کند.

اصل چهل و ششم

هر کس مالک حاصل کسب و کار مشروع خویش است و هیچکس نمیتواند به عنوان مالکیت نسبت به کسب و کار خود امکان کسب و کار را از دیگری سلب کند.

اصل چهل و هفتم

مالکیت شخصی که از راه مشروع باشد محترم است. ضوابط آن را قانون معین میکند.

اصل چهل و هشتم

در بهره‌برداری از منابع طبیعی و استفاده از درآمدهای ملی در سطح استانها و توزیع فعالیتهای اقتصادی میان استانها و مناطق مختلف کشور، باید تبعیض در کار نباشد. بطوریکه هر منطقه فراخور نیازها و استعداد رشد خود، سرمایه و امکانات لازم در دسترس داشته باشد.

اصل چهل و نهم

دولت موظف است ثروتهای ناشی از ربا، غصب، رشوه، اختلاس، سرقت، قمار، سوء استفاده از موقوفات، سوء استفاده از مقاطعه کاریها و معاملات دولتی، فروش زمینهای موات و مباحات اصلی، دائر کردن اماکن فساد و مایر موارد غیرمشروع را گرفته و بصاحب حق رد کند و در صورت معلوم نبودن او به بیت‌المال بدهد این حکم باید با رسیدگی و تحقیق و ثبوت شرعی بوسیله دولت اجرا شود.

اصل پنجاهم

در جمهوری اسلامی، حفاظت محیط زیست که نسل امروز و نسلهای بعد باید در آن حیات اجتماعی رو به رشدی داشته باشند، وظیفه عمومی تلقی می‌گردد. از این رو فعالیتهای اقتصادی و غیر آن که با آلودگی محیط زیست یا تخریب غیرقابل جبران آن ملازمه پیدا کند، ممنوع است.

اصل پنجاه و یکم

هیچ نوع مالیات وضع نمی‌شود مگر بموجب قانون. موارد معافیت و بخشودگی و تخفیف مالیاتی بموجب قانون مشخص می‌شود.

نشر دادگستر منتشر کرده است

- ۱ - مجموعه آثار استاد دکتر ابوالفضل قاضی (۱)، بایسته‌های حقوق اساسی، چاپ اول، مهرماه ۳۵۲، ۷۵، صفحه، قطع وزیری، قیمت ۱۰۰۰ تومان.
- ۲ - مجموعه آثار استاد دکتر ابوالفضل قاضی (۲)، گفتارهایی در حقوق عمومی، چاپ اول، مهرماه ۳۷۲، ۷۵، صفحه، قطع وزیری، قیمت ۸۰۰ تومان.
- ۳ - حقوق تجارت، جلد اول، تألیف دکتر حسن ستوده تهرانی، چاپ اول، پائیز ۷۴، ۲۰۸، صفحه، قطع وزیری، قیمت ۶۰۰ تومان.
- ۴ - حقوق تجارت، جلد سوم، تألیف دکتر حسن ستوده تهرانی، چاپ اول، زمستان ۷۴، ۲۰۰، صفحه، قطع وزیری، قیمت ۶۰۰ تومان.
- ۵ - تصفیه و ورشکستگی، تألیف دکتر محمد حسین قائم مقام فراهانی، چاپ اول، بهار ۷۵، ۲۳۲، صفحه، قطع وزیری، قیمت ۷۰۰ تومان.
- ۶ - گفتارهایی در حقوق کیفری، تألیف دکتر ایرج گلدوزیان، چاپ اول، مهرماه ۷۵، ۱۹۲، صفحه، قطع وزیری، قیمت ۶۰۰ تومان.
- ۷ - مسئولیت مدنی سازندگان و فرشتندگان کالا، تألیف دکتر حسن جعفری تبار، چاپ اول، مهرماه ۷۵، ۲۰۸، صفحه، قطع وزیری، قیمت ۶۰۰ تومان.

زیر چاپ:

- ۸ - حقوق انتقالی، تعارض قوانین در زمان، تألیف دکتر ناصر کاتوزیان.
- ۹ - حقوق تجارت، جلد دوم، تألیف دکتر حسن ستوده تهرانی.
- ۱۰ - حقوق تجارت، جلد چهارم، تألیف دکتر حسن ستوده تهرانی.
- ۱۱ - مجموعه آثار استاد دکتر ابوالفضل قاضی (۳)، جامعه شناسی حقوق.
- ۱۲ - مجموعه آثار استاد دکتر ابوالفضل قاضی (۴)، مبانی حقوق عمومی.
- ۱۳ - مسایل حقوق اساسی به همراه ترجمه متن کامل قوانین اساسی، آمریکا، انگلستان، آلمان، فرانسه، اتحاد جماهیر شوروی (سابق)، تألیف دکتر جعفر بوشهری.
- ۱۴ - نقش شورای امنیت سازمان ملل در نظم نوین جهانی، تألیف دکتر سید داود آقایی.
- ۱۵ - حقوق هوایی و دریایی، تألیف دکتر حسن ستوده تهرانی.
- ۱۶ - آراء، احکام و قرارها، تألیف سید مهدی میرشفیعیان.
- ۱۷ - فرهنگ اصطلاحات ثبتی (حقوق همشهری)، تألیف نادر اسکافی.
- ۱۸ - کتاب المتاجر، (دوره درس خارج فقه)، تألیف حضرت آیت الله مرعشی، عضو شورایعالی قضایی سابق و استاد حوزه و دانشگاه.
- ۱۹ - شرح قانون مجازات اسلامی، تألیف حضرت آیت الله مرعشی.

«نشر دادگستر در خدمت جامعه حقوقی ایران»

تلفن مرکز پخش: ۸۸۶۶۳۸۸

Problèmes de Droit Public

A. GHAZI

**Professeur de Droit
Université de Téhéran**

1 ère Edition

Téhéran - 1996