

**Constitutionalisation statutes (comparative comparison of American and European models)**

**Abstract**

In this article, we make a comparative comparison of the methods of the constitutionalisation of the statute in the American and European legal systems. We discuss the concept of normative hierarchy and stricto sensu (material and axiological hierarchy) is considered. The constitutionalisation of statute in most countries have many similarities due to their adoption. Hence, four new models can be achieved: The U.S.A. is a clear model, which is known as decentralized and is depended on the judiciary. Its procedure is also based on judicial procedures and hearing are conducted at the request of citizens and litigants. This phenomenon is a mechanism that carries out the conformity of the statute with the constitutional criteria through the courts and the Supreme Court of the States. In the European model, known as centralized, the constitutionalisation institution is not dependent on any of the three powers. Although its procedure is based on judicial procedures but hearing is achieved by some government authorities. In the Mixed American-European pattern, although the constitutionalisation institution is not dependent on the three powers, but its procedure is achieved based on judicial procedures and hearing is achieved at the request of litigants. In Swiss, courts follow the mixed model and if someone is harmed for violating the cantonal constitution, they can file a lawsuit in federal court. In Britain, if a statute violates the constitution, it may not leave to the courts and this is parliament that achieves the constitutionalisation. In French, the constitutionalisation, is achieved by "The French Constitutional Council", which has a political nature and the relevant constitutional claims are automatically referred to this institution.

**Keywords** :constitution, constitutionalisation, statute, constitution judge, normative hierarchy.

ماهنامه علمی (مقاله علمی- پژوهشی) جامعه‌شناسی سیاسی ایران، سال پنجم، شماره هفتم، مهر ۱۴۰۱، صص ۶۴۶-۶۳۰

<https://dx.doi.org/10.30510/psi.2022.309316.2429>

اساسی سازی قوانین موضوعه (مقایسه تطبیقی الگوهای آمریکائی و اروپائی)

قدرت الله فرحبخش<sup>۱</sup>

ابراهیم موسی زاده<sup>۲</sup>

تاریخ دریافت : ۱۳۹۹/۱۲/۲۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۳/۲۰

### چکیده

در این نوشتار، مسأله اصلی، " بررسی تطبیقی اساسی سازی قوانین موضوعه در الگوهای آمریکایی و اروپائی است، که با "روش توصیفی- تحلیلی" انجام می پذیرد. پیش از بررسی الگوها، به بررسی جنبه شکلی سلسله مراتب هنجاری، که قانون اساسی، به مثابه قاعده ای فرازین، در رأس هرم هنجارها و قوانین موضوعه در ذیل آن قرار دارند، می پردازیم. در "الگوی آمریکائی"، اساسی سازی غیر متمرکز، وابسته به دستگاه قضا، مبتنی بر آئین دادرسی با روشهای قضائی و رسیدگی ها در قالب ایراد مغایرت قوانین عادی با قانون اساسی و عدم اجرای قانون عادی، انجام می شود. در "مدل اروپائی یا کلسنی"، با آنکه، اساسی سازی، متمرکز و مستقل از قوای سه گانه است، لکن شیوه رسیدگی آن مبتنی بر اصول آئین دادرسی و رسیدگی ها هم به درخواست برخی از مقامات صورت می پذیرد. در "الگوی مختلط (الگوی آمریکائی- اروپائی)، اگرچه دادرسان نمی توانند قوانین فدرال متناقض با قانون اساسی را ملغی سازند، اما متضرر از عدم رعایت قانون اساسی، می تواند به دادگاه فدرال شکایت کند. در فرانسه، با آنکه "شورای قانون اساسی" از حیث نوع رسیدگی و ترکیب اعضای آن، از ماهیت سیاسی برخوردار است، ولی رسیدگی در آنجا هم نوعاً دستوری است.

کلید واژه: اساسی سازی، قانون اساسی، قوانین موضوعه، دادرس اساسی، سلسله مراتب هنجاری

<sup>۱</sup> دانشجوی دکترای حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

farahbakhsh.ghodrat@gmail.com

<sup>۲</sup> دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

E.mousazadeh@ut.ac.ir

قوه قانونگذاری همانند سایر قوا، به تناسب حاکمیتی که دارد، ممکن است، در مقام وضع قوانین، با تجاوز از حدود اختیارات قانونی خود، هنجارهای قانون اساسی را نقض نماید (قاضی، ۱۳۹۱: ۵۳). با وجود شباهتهایی که میان الگوهای اساسی سازی قوانین موضوعه، وجود دارد، حقوقدانان، قائل به روش ها و الگوهای مختلفی شده اند: مانند: الگوی آمریکائی، الگوی اروپائی، الگوی مختلط "آمریکائی- اروپائی" و در نهایت "الگوی فرانسوی یا شورائی". (قاضی، ۱۳۹۱: ۵۳). در الگوی آمریکائی، محاکم، می توانند هر قانون و مقرراتی را که با هنجارهای قانون اساسی آمریکا مغایرت داشته باشد، به آن ترتیب اثر ندهند و اجرا نکنند. در سوئیس، که از مدل مختلط آمریکائی- اروپائی پیروی می نماید؛ هر چند دادرسان نمی توانند در تناقض میان قوانین فدرال و قانون اساسی، قوانین فدرال را ملغی سازند، ولی اگر کسی از عدم رعایت قانون اساسی کانتون، متضرر شود می تواند همانند الگوی آمریکا، بدادگاه فدرال شکایت کند (امامی، ۱۳۶۳: ۱۴). در نظام فرانسه، با تأسیس "شورای قانون اساسی" در قانون اساسی ۱۹۵۸، از الگوی سیاسی و ویژه، برای اساسی سازی، استفاده میشود (طباطبائی، ۱۳۸۷: ۱۸۸).

## ۱- مفاهیم

### ۱-۱- سلسله مراتب هنجاری

در کنار تضمینات احترام به قانون اساسی، مانند برتری قانون اساسی و کنترل "قوانین موضوعه" از طریق آن، تئوری "سلسله مراتب هنجاری"، که رابطه میان قواعد و هنجارهای حقوقی را سلسله مراتبی می سازد، ضمانت دیگری وجود دارد که بنابر برجسته شکلی قواعد گذارده تا اهمیت قاعده را برحسب دستگاه واضع بسنجد (مافی و بذار، ۱۳۹۵: ۲۵). رعایت سلسله مراتب شکلی قواعد، عملاً منجر به سلسله مراتب مادی شده و نتیجتاً محتوای قواعد فرورتر لزوماً باید از محتوای قواعد فرازین پیروی و با آن سازگاری داشته باشد. منشاء این سازگاری هم "اصل قانونی بودن"<sup>۱</sup> است که مورد پذیرش بسیاری از مکاتب حقوقی قرار گرفته است (قاضی، ۱۳۷۳: ۱۰۱). از اینرو، برخی از اندیشمندان، قانون اساسی را مشتمل بر دو قاعده می دانند: یکی "قواعد فرادستوری"<sup>۲</sup>، که احکام آنها بر هنجارهای قانون اساسی تحمیل میگردد، همانند: اصول مشتمل بر حقوق فردی و اصول حاکم بر روابط سیاسی جامعه و دیگری "قواعد اساسی معمولی". برخی

<sup>۱</sup> - the Principle of legality

<sup>۲</sup> - Supra-constitutionell

دیگر، قانون اساسی را مجموعه قواعد برتری می‌دانند که "حقوق و آزادیهای بنیادین مردم را تضمین" و "اقتدار سیاسی را تنظیم" می‌کنند. این تعریف از قانون اساسی، متضمن دو ویژگی شامل:

- "تمایز قواعد قانون اساسی از دیگر قواعد حقوقی"، و

- "برتری قواعد قانون اساسی بر دیگر قواعد" می‌باشد (عباسی، ۱۳۹۴: ۲۶).

از آنجاکه، منشاء قانون اساسی قوه مؤسس است، که جایگاه وی را در رأس هرم قانونگذاری قرار می‌دهد، به مثابه قوانین بنیادین باید، توسط همه نهادهای دولتی و شهروندان محترم شمرده شود. از اینرو، اندیشمندان، در خصوص سلسله مراتب میان قواعد و هنجارها، متضمن ایجاد یک نظم حقوقی و لزوم سازگاری مقررات مادون با مقررات عالی تر، به اندیشه های "هانس کلسن"، متوسل میشوند (عباسی، ۱۳۹۴: ۲۶). زیرا او نظم حقوقی دولت را متضمن هر می‌داند که در آن قواعد حقوقی فرودین، باید با قاعده حقوقی فرازین، سازگاری داشته باشد تا بتواند به بقاء خود امیدوار گردد. "کلسن" معتقد است: "نظم حقوقی یک نظام نه حاوی قواعد حقوقی دارای ارزش برابر بلکه ساختاری با چند طبقه یا یک هرم با سلسله مراتبی از چند طبقه یا سطح قواعد حقوقی می‌باشد" (Kelsen, ۱۹۶۲: ۲۲۴) و انسجام آن نیز ناشی از ارتباط میان عناصر آن است؛ بنابراین قانون اساسی، در رأس هرم ساختار حقوق یک کشور قرار دارد و متضمن قواعدی است که به سایر قواعد حقوقی ارزش و اعتبار می‌بخشد (عباسی، ۱۳۹۴: ۲۷). پس، اگر قوانین موضوعه، با اصول قانون اساسی، که از نظر ارزش حقوقی، پایه و اساس تشکیلات کشور را تشکیل می‌دهد، در تناقض باشد، لاجرم باید مرجعی باشد تا در موارد تناقض، قانون موضوعه و متناقض با قانون اساسی را ملغی ساخته و از آن در برابر عملکردهای فرا قانونی قوای سه گانه، صیانت کند (امامی، ۳۶۳: ۱۴).

#### ۲-۱- اساسی سازی.

واژه "اساسی"، در لغت معادل "اصلی"، "بنیادین"، "ذاتی" و "ریشه ای" و از نظر اصطلاحی واژه "اساسی" معطوف به قوانین اساسی و حقوق مبتنی بر آن است. اصطلاح "اساسی سازی" نیز در الگوی آمریکائی، معادل "constitutionalisation"؛ به معنای انطباق قوانین موضوعه با موازین قانون اساسی است، که در قالب ایراد قانون اساسی ضمن دعوی، مطرح می‌شود. البته، منظور از اساسی سازی همان "مشروطه سازی"<sup>۳</sup> هم است و کلیه قوانین اعم از مدنی، جزائی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی،

<sup>۳</sup> - constitutionalisation

سیاسی و... باید "مشروطه"<sup>۴</sup> یعنی مشروط و محدود به حدود و ثغور قانون اساسی بوده و از آن تجاوز ننماید. اصطلاح اساسی سازی هم با "judicial review" متفاوت است؛ زیرا در حالیکه در "نظام بریتانیایی" اصطلاح مذکور به معنای "بررسی تصمیمات دستگاههای اجرایی دولت توسط دادگاههای اداری" آمده است (دفتر خدمات، ۱۳۶۸: ۴۱)، در "نظام آمریکائی"، "شکلی از استیناف از تصمیم یک نهاد اداری نزد دادگاههای عمومی برای بررسی یافته های حقیقی یا قانونی تلقی میگردد (Black, ۱۹۸۳: ۴۴۲). به هر حال از آنجاکه، در هر کشوری قانون اساسی، شالوده نظام حکومتی و چارچوب و اساس حقوقی آن را تشکیل می دهد، و در رأس هرم قانونگذاری قرار دارد و قوانین موضوعه در ذیل آن قرار میگیرند، این قوانین لزوماً باید با موازین آن سازگاری داشته باشند (عمید، ۱۳۸۹: ۷۱۶).

## ۲- الگوی اساسی سازی در نظام حقوقی آمریکا (شیوه غیر متمرکز)

۲-۱- شیوه اساسی سازی در آمریکا غیر متمرکز، پسینی و قضائی است، دادرسی اساسی وابسته به دستگاه قضا و آئین دادرسی آن نیز بطور کلی مبتنی بر روشهای قضائی است و رسیدگی ها نیز معمولاً بنا به درخواست اصحاب دعوی انجام می پذیرد. دستگاههای ناظر در ایالات متحده آمریکا، کانادا و ... نمونه های بارزی از این شیوه اساسی سازی می باشند.

۲-۲- بر اساس تشخیص دادرسان اساسی (قضات دادگاههای عمومی) اگر قانون عادی با قانون اساسی متناقض باشد، به قانون متناقض عمل نمی شود هرچند آن قانون باطل نمی شود؛ این عمل را حقوقدانان "کنترل مشروطیت قوانین"<sup>۵</sup> می گویند که دُول تابع متحده آمریکا از آن پیروی می کنند (امامی، ۱۳۶۳: ۱۵). اگرچه برخی اساتید، تبعیت از این روش را برخلاف اصل تفکیک قوا دانسته و ممکن است قدرت سیاسی دولت را در شناسائی اموری که برای اداره عمومی کشور ضرورت دارد، از کار بیاندازد و راهی جلوی قضات بگشاید تا قانون را دستخوش سلائی خود قرار دهند (امامی، ۱۳۶۳: ۱۵)، لیکن از آنجاکه قوانین عادی در ذیل قانون اساسی قرار می گیرند، لاجرم باید سازوکار نظارتی در جهت انطباق قوانین عادی با قانون اساسی ایجاد، تضمین و اعمال گردد، تا اگر قوانینی مغایر آن وضع گردد، نهاد ناظر بتواند، از اجرای آن جلوگیری کند (قاضی، ۱۳۸۰: ۳۵) بدین ترتیب، "نظریه اساسی سازی قوانین موضوعه" را می توان به

<sup>۴</sup> - *constitutionnelle*

<sup>۵</sup> - le contrôle dans la constitutionnalité des lois .

مفهوم تزریق اصول و ارزشهای بنیادین حقوق اساسی به قوانین موضوعه و تبعیت از آن دانست تا مجالس قانونگذاری، قانون را با هنجارهای قانون اساسی انطباق و پایه ریزی نمایند.

۲-۳- اساسی سازی، در حقیقت زیربنای " اندیشه دستور گرائی " و یکی از اصول بنیادین حقوق اساسی امریکا، برای نیل به استقرار حاکمیت قانون، تحدید اقتدار سیاسی و تضمین حقوق و آزادیهای بنیادین مردم، محسوب میگردد (مرادخانی و فتحی، ۱۳۹۷: ۱)، تا دادگاه های عمومی با استفاده از سازوکار " دادرسی اساسی " با صدور احکام عادلانه، موجبات تضمین عدالت قضائی را، فراهم آورند (زارعی، ۱۳۹۴: ۱۶۷). همانگونه که بیان شد اساسی سازی در الگوی آمریکائی از " شیوه غیر متمرکز " بهره می برد و در کنار محاکم عمومی نهایتاً دیوان عالی، از اختیارات عالی نظارتی برای انطباق قوانین مصوب پارلمان با قانون اساسی ایالات متحده برخوردار است. (مرکزی، ۱۳۹۴: ۱۸۸)،

با اینکه، در هر ایالت، اساسی سازی در صلاحیت دیوان همان ایالت است، لکن دیوان عالی ایالات متحده، براساس بند ۲ اصل ۳ قانون اساسی آمریکا، دارای صلاحیت استینافی از رأی دیوان عالی ایالتی، ناظر به مسائل شکلی و ماهوی، البته با استثنائات و براساس مقرراتی که کنگره وفق قانون معین می کند، خواهد بود (مرکزی، ۱۳۹۴: ۱۸۸). از آنجاکه دیوان، به مثابه عالی ترین ارکان قضائی و کلید فهم نظام حقوق اساسی آمریکا تلقی میگردد، قضات دادگاههای عالی فدرال نیز، علیرغم انتقاد مخالفان مبنی بر اینکه، در قانون اساسی آمریکا به چنین اختیاری تصریح نشده، معتقدند که: " این وظیفه دادرسی اساسی است که در برابر قوه مقننه و مجریه بایستد و بگوید: " اینست مرز اقتدار شما. شما تا اینجا می توانید بروید، نه فراتر از آن " (عمید، ۵۱۱۳۸۵: ۴۵۱۱۳۸۵).

۲-۴-

چنانچه قوانین موضوعه یا مصوبات دستگاههای اجرائی برخلاف قانون اساسی، حقوق و آزادی های بنیادین مردم را نقض نمایند، و موضوع در یک دادگاه عمومی، از سوی اصحاب دعوی مورد ایراد اساسی قرار گیرد، دادرسان دادگاهها، می توانند ضمن بررسی به ایراد، از اجرای آنها امتناع و در همان پرونده تصمیمات خود را بر اساس قانون اساسی جایگزین آن نموده و آزادی دولتها و اقتدار آنها را محدود سازند. (صلح چی، ۱۳۸۷: ۱۷۴).

۲-۵- اینکه گفته میشود که قانون اساسی ایالات متحده آن چیزی است که دیوان عالی کشور، مقرر می‌دارد (عباسی، ۱۳۹۴: ۱۵۵) در حقیقت به این نکته اشاره دارد که تفاسیر قضائی دادگاهها برای اساسی سازی از اهمیت بسزائی برخوردار است. تفسیر قضائی مؤید اقتدار قانونی دیوان عالی است که با تفسیر خود از قانون اساسی، نظر می‌دهد که آیا قوانین موضوعه با قوانین اساسی ایالتی، با قانون اساسی آمریکا و یا با معاهدات بین‌المللی، مغایرت دارد و آنها را نقض می‌کند یا خیر؟ (عباسی، ۱۳۹۴: ۱۵۵).

## ۲-۶-

بندهای ۱ و ۲ از اصل ۳ قانون اساسی ایالات متحده، ناظر به امر قضا و حاکی از وجود دادگاه قانون اساسی، شامل دادگاههای عمومی و "دیوان عالی ایالات متحده"<sup>۶</sup>، است که بوضوح، برای حمایت از قانون اساسی، بعنوان دادگاههای اصل ۳ شناخته شده است.<sup>۷</sup> در این راستا، اساسی سازی نه تنها، با اقامه دعوی در مورد موضوعاتی که با قانون اساسی ارتباط دارند در تمام سطوح و با رویه ای مشابه در این دادگاه ها انجام می‌پذیرد، دیوان مذکور نیز، بعنوان عالیترین مرجع قضائی، از صلاحیت اساسی سازی قوانین موضوعه ایالتی و فدرال برخوردارند. البته در صورت تجدیدنظرخواهی از رأی دیوانعالی ایالتی، دیوان عالی ایالات متحده از صلاحیت اساسی سازی و رسیدگی نهائی برای برقراری نظم حقوقی و حاکمیت قانون بهره می‌برد (مرکزی، ۱۳۹۴: ۱۸۸).

## ۲-۷-

از آنجاکه اساسی سازی، ریشه در قانون اساسی ۱۷۸۷ این کشور و اندیشه "تفکیک قوا" دارد و به اقتدار دادگاهها و دیوانعالی ایالات متحده برای اعلان غیر قابل اجرای قوانین برخلاف قانون اساسی اطلاق می‌شود (Hass, 2014: 1)، دیوان عالی ایالات با استفاده از مکانیزم اساسی سازی، اختیار بلا اجرا ساختن قوانین مصوب کنگره و یا تصمیمات دولتی، از جمله فرمان ریاست جمهوری را، که با قانون اساسی مغایرت داشته باشد، دارد (آلبر مائه- ژول ایزاک، ۱۳۹۵: ۲۳۶). از اینرو، شهروندان می‌توانند باعتبار اینکه "تصمیمات متخذ قانوناً مجاز نبوده و یا شخصی که چنین تصمیماتی را اتخاذ نموده، از اختیارات خود، سوء استفاده یا تجاوز نموده است"، اعتراض نمایند. (صلح چی/ نژندی منش، ۱۳۸۷: ۱۴۰ و

<sup>۶</sup> - U.S. Supreme Court

<sup>۷</sup> - اعلامیه استقلال ایالات متحده آمریکا، ۴ ژوئیه ۱۷۷۶، قانون اساسی ایالات متحده آمریکا، مؤسسه فرهنگی نگاه بینه، چاپ

۴۹: Congressional Research services, ۲۰۱۳). اگرچه، اصل ۴ ق.ا.آمریکا، ضمن برسمیت شناختن تصمیمات قضائی یک ایالت برای سایر ایالات، به کنگره اجازه داده، از طریق وضع قوانین کلی، شیوه احراز اصالت تصمیمات مزبور و آثار آنرا معین نماید، لیکن شیوه اساسی سازی قوانین موضوعه توسط دادگاهها را بیان نکرده است (Benton.w., ۱۹۷۴: ۹۰).

۲-۸- " الکساندر همیلتون"، در مقاله فدرالیست<sup>۸</sup>، معتقد است که: " اگر قانون موضوعه ای، قانون اساسی را نقض کند، این وظیفه دادگاهها است که به قانون اساسی وفادار و به قوانین موضوعه مغایر قانون اساسی بی اعتنا باشند" (۲: ۲۰۱۴, hass). از منظر او: "قضات با تفاسیر قضائی خود به مفاد و روح قوانین اساسی و موضوعه پی برده و اگر احراز کنند که مغایرتی میان آندو وجود دارد، قانون اساسی را بر قوانین مصوب موضوعه مرجح دانسته" و در حقیقت خواست و اراده مردم را برخواست و اراده نمایندگانشان، ترجیح می دهند(مرکزی، ۱۳۹۴: ۱۹۵). از اینرو، دادرسان اساسی، باعتبار وفاداری به قانون اساسی اگر قوانین عادی را مغایر قانون اساسی بدانند از اجرای آن ها امتناع می نمایند( صلح چی، ۱۳۸۷: ۱۷۴).

## ۲-۹-

اگرچه اساسی سازی قوانین موضوعه در ایالات متحده در قانون اساسی این کشور پیش بینی نشده، لیکن این نظریه متکی به زمینه هائی بشرح ذیل است:

### الف- شیوه ابداعی "جان مارشال"

رایج ترین زمینه برای اساسی سازی در این کشور، شیوه ابداعی "جان مارشال"، رئیس وقت دیوان عالی ایالات متحده، است، که یکی از بنیانهای حقوق اساسی آمریکا تلقی می گردد. "جان مارشال"، در پرونده موسوم به: " ماربری علیه مادیسون"<sup>۹</sup>، ۲۴ فوریه ۱۸۰۳، برای نخستین بار با صدور رأی فرجامی ضمن شناخته شدن برتری قانون اساسی نسبت به قوانین عادی، قوانین عادی مخالف قانون اساسی آمریکا را غیر قابل اجرا اعلام، و به صلاحیت دادگاهها در اساسی سازی قوانین موضوعه رسمیت بخشید. (عباسی، ۱۳۹۴: ۱۵۳).

<sup>۸</sup> - برای آگاهی بیشتر ر.ک.:. Guides. Full Text of the federalist Papers-Library of Congress Research. فدرالیست مجموعه ای از ۸۵ مقاله، معروف به the Federalist است که توسط الکساندر هامیلتون، جیمز مادیسون، و جان جی در سال ۱۷۸۸ نگاشته شده است.

<sup>۹</sup> - Murbury v. Madison, ۵ U.S. ۱۳۷ establishes Judicial Review on February ۲۴, ۱۸۰۳.



## ب- "حکومت قضات"

"اداوارد لامبرت" به پیروی از الگوی آمریکائی، در پرونده "ماربری علیه مادیسون"، شیوه ابداعی جان مارشال را به "حکومت قضات" تعبیر و براساس قاعده کلی "اساسی سازی"، مبنی بر اینکه قانونگذاری در اینخصوص، خلاف قانون اساسی است، در جهت محدود ساختن اختیارات کنگره، بر بهره گیری دیوانعالی از توانمندی های خود، تأیید کرد<sup>۱۰</sup> (patric jhon, ۲۰۰۱: ۳۸۴).

۱۰-۲-

براساس شیوه ابداعی "جان مارشال"، اگرچه به دادگاههای آمریکا این اختیار داده شده که اگر دریابند قوانین موضوعه، قانون اساسی ایالات متحده را نقض نموده، به آن قوانین مغایر توجه نکنند (patric, ۲۰۰۱: ۳۸۴)، لکن، درخواست ایراد اساسی سازی، لزوماً باید متضمن یکی از جهات: "نقض آئین دادرسی"، "نقض قاعده تعادل"، "نقض اصل آزادی قراردادها، مذکور در بند ۱۰ ماده ۱ قانون اساسی"، و "نقض اصل برابری مذکور در پانزدهمین بازنگری قانون اساسی ایالات متحده آمریکا"، مطرح و از قاضی خواسته می شود تا در خصوص منع اجرای قانون مورد استناد طرف دعوی، به جهات فوق توجه و بدلیل عدم ناسازگاری قانون مصوب با قانون اساسی، حکم مقتضی صادر نماید. بنابراین، دادگاه ها قاعداً جهات مذکور را در رأی خود ذکر میکنند (عباسی، ۱۳۹۴: ۱۵۳).

## ۳- شیوه اروپائی (مدل کلسنی)

۳-۱- در شیوه اساسی سازی اروپائی، که به مدل کلسنی یعنی مکتب اتریشی هانس کلسن و متمرکز شهرت دارد، با آنکه "نهاد اساسی ساز مستقل بوده و به هیچ یک از قوای سه گانه وابسته نمی باشد ولی "آئین دادرسی آن مبتنی بر آئین دادرسی قضائی بوده و براساس اصول قضائی

<sup>۱۰</sup> - زمانیکه "توماس جفرسون"، در مقابل "جان آدامز"، در انتخابات ریاست جمهور، پیروز و سوگند یاد کرد، "مادیسون" وزیر امور خارجه اش "از تحویل حکم "ماربری"، قاضی انتصابی "آدامز" امتناع کرد. با اینکه، "ماربری" از دیوان کشور، درخواست صدور "a writ of mandamus" کرد، لکن "مارشال"، با وصف معتبر بودن حکم مأموریت قضائی او، از تعارض میان دیوان و رئیس جمهور جدید و عواقب آن برای دولت جدید، بیمناک بود و بهرحال، دیوان، استدلال کرد که هرچند "بخش ۱۳، قانون قضائی ۱۷۸۹" اختیار صدور دستور به مقامات اجرائی همانند چنین مواردی را داده است، لیکن، وفق بخش ۲ اصل سوم ق.ا.آ، "مارشال" بدلیل فقدان صلاحیت دیوان، این دعوا را می بایستی مردود اعلام نماید. اینکه قانون قضائی مذکور به دیوان اجازه داده که "دستور اجبار" مادیسون در این خصوص را صادر نماید، در حقیقت آنرا برخلاف قانون اساسی و نتیجتاً باطل اعلام کرد. (Hass, ۲۰۱۴: ۳).

رسیدگی می کند" (Hassa, ۲۰۱۴.p.۳). "هانس کلسن"، واضع "نظریه محض حقوق - pure theory of law"، معتقد است که رسیدگی به قوانین موضوعه خلاف قانون اساسی را نباید به همان نهادی که خود مرتکب آن شده است، سپرد بلکه این مهم را باید به نهاد دیگری، بغیر از پارلمان واگذار کرد (موحد، ۱۳۹۲: ۲۵۴).

۲-۳ - اگرچه برخی از کشورهای اروپائی مانند: نروژ، سوئد، دانمارک و یونان، متأثر از اندیشه های "کلسن"، در تقابل با الگوی آمریکائی، سامانه ای را برای تقویت الگوی اروپائی برگزیدند، بازهم این جریان منجر به تقویت سامانه آمریکائی، در دادگاهها شد. (H. White, ۱۹۹۲: ۲۷۶).

#### ۴- شیوه مختلط آمریکائی-اروپائی

در این شیوه، هرچند در ترکیب نهاد ناظر یا همان دادرسی اساسی، قضات دادگستری نیز حضور دارند و شیوه رسیدگی در آن کاملاً قضائی بوده و طرفین دعوی حق درخواست اساسی سازی قوانین موضوعه را دارند، با اینحال، نهاد مذکور مستقل از قوای سه گانه است، با این تفاوت که برخلاف مدل آمریکائی، نهاد ناظر مستقل از دستگاه قضا می باشد، مانند "قانون اساسی سوئیس".

این شیوه که به شیوه متابعت از قوانین اساسی مشهور است و بصورت مختلط عمل می کند، دادرسان اساسی نمی توانند در تناقض میان قوانین فدرال با قانون اساسی، قانون فدرال را ملغی اعلام و از اجرای آن امتناع کنند. از اینرو، عدم رعایت قوانین موضوعه از قانون اساسی بلا جزا مانده است. با اینهمه، در کانتون ها، اگر شخصی بدلیل عدم رعایت قانون اساسی کانتون، متضرر شود، می تواند همانند روش امریکائی بدادگاه فدرال شکایت کند (امامی، ۱۳۶۳: ۱۵).

#### ۵- شیوه شورائی یا فرانسوی

۱-۵ - در شیوه فرانسوی، مشهور به شیوه شورائی، ضمن آنکه نهاد اساسی ساز، از حیث ترکیب اعضا و نوع رسیدگی آن دارای ماهیتی سیاسی و از سایر قوای سه گانه نیز مستقل است، که مصداق بارز چنین شیوه ای "شورای قانون اساسی فرانسه" است. بنیان دکتترین شناسائی ماهیت سیاسی برای نهاد مذکور را باید در نظام حقوقی فرانسه بررسی کرد، که در آن ترکیب اعضا، به شیوه سیاسی و توسط مقامات و مراجع سیاسی یعنی رئیس جمهور و روسای مجلس ملی و سنا انتخاب می

شوند. در اینصورت مقامات نه قضائی بلکه سیاسی اند (موسی زاده، ۱۳۸۷: ۱۶۰). مبنای تشکیل "شورای قانون اساسی فرانسه" را از منظر تاریخی، باید به اندیشه‌های "سی یس"<sup>۱۱</sup>، منتسب کرد که در هنگام تدوین قانون اساسی ۱۷۹۵ فرانسه، تأسیس "هیأت قانون اساسی" را، که بعداً براساس قانون اساسی ۱۹۵۸، فرانسه به "شورای قانون اساسی"<sup>۱۲</sup>، تغییر نام یافت، مطرح ساخت (موسی زاده، ۱۳۸۷: ۱۶۰). در حقیقت خاستگاه اساسی هیأت مورد نظر "سی یس" و "شورای قانون اساسی"، صیانت از قانون اساسی فرانسه می باشد.

#### ۲-۵- شیوه رسیدگی شورای قانون اساسی

از آنجاکه ماهیت "شورای قانون اساسی" سیاسی است، شیوه رسیدگی در آن، صرفاً بنا به درخواست شهروندان، و بصورت قضائی به جریان نمی افتد، بلکه قوانین بدرخواست مقامات و اخیراً بعد از بازنگری ۲۰۰۸ در برخی موارد محدود با شکایت، جهت رسیدگی و اظهار نظر به شورای مذکور ارجاع میشود (موسی زاده، ۱۳۸۷: ۱۶۰). برخی براین عقیده اند که هرچند، با تأسیس این شورا در قانون اساسی جمهوری پنجم ۱۹۵۸، از روش سیاسی و ویژه، برای صیانت از قانون اساسی، استفاده میشود، ولی، وظایف آن دارای ماهیت قضائی و از نوع قضاوت دستوری است (قاضی، ۱۳۸۰: ۳۵). از اینرو، تصمیمات آن برای مقامات کشور لازم الرعایه بوده و روش صیانت از قانون اساسی، "سیاسی- حقوقی" تلقی میگردد (طباطبائی، ۱۳۸۷: ۱۸۸).

#### ۳-۵- ضرورت انطباق قوانین موضوعه با قوانین اساسی ۱۹۵۸ و اعلامیه حقوق بشر ۱۷۸۹

در الگوی فرانسه، قوانین موضوعه از حیث رعایت حقوق و آزادیهای بنیادین مردم، نه تنها باید با قانون اساسی سال ۱۹۵۸، بلکه با مقدمه قانون اساسی سال ۱۹۴۶ و "اعلامیه حقوق بشر و شهروند سال

<sup>۱۱</sup> - امانوئل ژوسف سی یس (Emmanuel Joseph Sieyès)، سیاستمدار فرانسوی و همکار "نابلیون بناپارت" است که در زمان تدوین قانون اساسی ۱۷۹۵ فرانسه پیشنهاد تأسیس نهاد ناظر بنام "هیأت قانون اساسی" را مطرح و تأسیس گردید (۱۷۸۹-۱۷۹۹). <https://revolution.chnm.org>. آنگاه وفق قانون اساسی جمهوری چهارم ۱۹۴۶، "کمیته قانون اساسی" جایگزین هیأت مذکور شد. سپس، نهاد "شورای قانون اساسی"<sup>۱۲</sup>، در قانون اساسی پنجم فرانسه، در سال ۱۹۵۸ با اختیارات گسترده تر جایگزین کمیته مذکور گردید (محمودی، ۱۳۹۱: ۵۲).

<sup>۱۲</sup> - ر.ک. قانون اساسی فرانسه ۱۹۵۸

۱۷۸۹"، انطباق داشته باشد، وگرنه وفق بند یک الحاقی به ماده ۶۱ ق.ا.فرانسه، مورخ ۲۳ ژوئیه ۲۰۰۸ در شورای قانون اساسی بررسی خواهد شد.

### نتیجه

با اینکه، شیوه های اساسی سازی و انطباق قوانین موضوعه با هنجارهای قانون اساسی، در غالب کشورها بخاطر اقتباس از روشهای یکدیگر، دارای تشابهات زیادی است، لیکن، بطور کلی چهار شیوه اساسی سازی قابل پیش بینی است. یکی شیوه آمریکائی، که غیر متمرکز، پسینی و قضائی و مبتنی بر قواعد آئین دادرسی می باشد. بدین ترتیب، دادگاههای عمومی، از صلاحیت برای اساسی سازی قوانین موضوعه برخوردارند، بگونه ای که با ایراد ضمن دعوی، دادگاه از اجرای قوانین موضوعه مغایر قانون اساسی خودداری می کند. شیوه دوم، مبتنی بر مدل کلسنی و متمرکز است. هرچند نهاد اساسی ساز مستقل است ولی دادرسی در آن مبتنی بر آئین دادرسی قضائی است و مرجع اساسی سازی با درخواست برخی مقامات وارد رسیدگی می شود و البته در مواردی با درخواست شهروندان در صیانت از حقوق بنیادین وارد رسیدگی می شوند، نظیر دادگاه قانون اساسی آلمان فدرال. شیوه سوم، شیوه مختلط یا "شیوه آمریکائی-اروپائی" است که در آن هم نهاد اساسی ساز، مستقل از قوای سه گانه و رسیدگی در آن مبتنی بر شیوه قضائی بوده و شهروندان می توانند ضمن دعوا درخواست اساسی سازی قوانین و مقررات را از آنها داشته باشند. شیوه چهارم "شیوه فرانسوی(شورائی) است، که در آن نهاد اساسی ساز، یعنی "شورای قانون اساسی فرانسه"، مستقل بوده و از ماهیتی سیاسی برخوردار است و قوانین با درخواست برخی مراجع برای اظهارنظر و بررسی باین نهاد ارجاع داده می شود.

## الف- منابع فارسی

- ۱- آلبر مائه-ژول ایزاک، تاریخ قرن هیجدهم، انقلاب کبیر فرانسه و امپراتوری ناپلئون بناپارت، مترجم رشید یاسمی، انتشارات پر، چاپ دوم، ۱۳۹۵،
- ۲- آندره تنگ، حقوق ایالات متحده آمریکا، ترجمه دکتر سید حسین صفائی، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ چهارم، ۱۳۷۴،
- ۳- امامی حسن، حقوق، مدنی، ج اول، چاپ اسلامیة، ۱۳۶۳،
- ۴- تروپه میشل، ۱۳۸۳، منطق حاکم بر توجه صیانت از قانون اساسی"، ترجمه عباس کدخدائی و محمد رضا ویژه، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی شماره ۶۶،
- ۵- روزه پرو، نهادهای قضائی فرانسه، معاونت حقوقی و توسعه قوه قضائیه مرکز مطالعات توسعه قضائی، مترجم: شهرام ابراهیمی، عباس تدین، و غلامحسین کوشکی. چاپ سپهر نوین، چاپ نخست، ۱۳۸۴.
- ۶- صلح چی، محمد علی، نژندی منش، هیبت الله، ترجمه متون دانشگاهی حقوق، مقدمه ای بر علم حقوق، چاپ اول، مجمع علمی فرهنگی مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۷
- ۷- طباطبائی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اداری، انتشارات سمت، چاپ چهاردهم، ۱۳۸۷
- ۸- طوسی، خوجه نصیرالدین، اخلاق ناصری، انتشارات خوارزمی، چاپ پنجم، ۱۳۷۳،
- ۹- طباطبائی مؤتمنی، منوچهر، حقوق اساسی، نشر میزان، چ اول، ۱۳۸۰،
- ۱۰- عباسی بیژن، حقوق اساسی تطبیقی، انتشارات دادگستر، چاپ اول، ۱۳۹۴
- ۱۱- عباسی بیژن، مبانی حقوق اساسی، انتشارات جنگل، چاپ چهارم، ۱۳۹۴،
- ۱۲- عمید زنجانی عباسعلی و موسی زاده ابراهیم، نظارت بر اعمال حکومت و عدالت اداری، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۹،

- ۱۳- عمید زنجانی، عباسعلی و موسی زاده ابراهیم، دانشنامه فقه سیاسی، جلد اول، ۱۳۸۹، انتشارات دانشگاه تهران،
- ۱۴- عمید زنجانی، عباسعلی؛ حقوق اساسی ایران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول، ۱۳۸۵
- ۱۵- قاضی، ابوالفضل، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، ج اول، ۱۳۷۳، انتشارات دانشگاه تهران،
- ۱۶- قاضی شریعت پناهی، سید ابوالفضل، بایسته های حقوق اساسی، چاپ چهل و سوم، تابستان ۱۳۹۱، بنیاد حقوقی میزان،
- ۱۷- کاسز، ساینو، (۱۳۹۲)، شکل گیری حقوق اداری: مطالعه تاریخی - تطبیقی حقوق اداری انگلستان و فرانسه، ترجمه مجتبی واعظی تهران، انتشارات شهرداد.
- ۱۸- کاتوزیان دکتر ناصر قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی نشر دادگستر، ۱۳۸۰
- ۱۹- لاگین مارتین، مبانی حقوق عمومی، ترجمه راسخ محمد، نشر نی، ۱۳۸۸،
- ۲۰- لویی فاورو، دادگاههای قانون اساسی، الگوی اروپائی، دادرسی اساسی، برگردان: دکتر علی اکبر گرجی از ندریانی، انتشارات جنگل، ویراست دوم، چاپ اول، ۱۳۸۹
- ۲۱- مبهوت مولود، داوری دعاوی مربوط به اموال عمومی، ۱۳۹۹، مدرسه حقوق، کانون وکلای دادگستری اصفهان، شماره ۱۴۱،
- ۲۲- مافی، همایون و بذار، وحید، نظریه سلسله مراتب هنجاری در پرتو قواعد حقوق بشری ۱۳۹۵، ش. ۴، مجله مطالعات حقوق عمومی، دوره ۴۶،
- ۲۳- محمودی، جواد، بررسی تحلیلی دادرسی اداری، در حقوق ایران، انتشارات جنگل، ۱۳۹۳،
- ۲۴- مراد خانی، فردین و فتحی یونس، رابطه دموکراسی و دادرسی اساسی، مطالعه موردی آمریکا، فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال هفتم، تابستان ۱۳۹۷، ش. ۲۰،

- ۲۵- محمودی، جواد، حقوق اداری تطبیقی، نظارت قضائی بر مقررات دولتی در انگلستان و فرانسه؛ ۱۳۹۰، انتشارات جنگل،
- ۲۶- مدنی، دکتر سید جلال الدین مدنی، رویه قضائی، انتشارات پایدار، پائیز سال ۱۳۸۸،
- ۲۷- مدنی، سید جلال الدین مدنی، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی جمهوری اسلامی ایران، چاپ سوم، ۱۳۷۴،
- ۲۸- مرکزی مالمیری، احمد، حاکمیت قانون، مفاهیم، مبانی و برداشت‌ها، امرکز پژوهشهای مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۴،
- ۲۹- موحد محمد علی، در هوای حق و عدالت، ۱۳۸۱، نشر کارنامه،
- ۳۰- موسی زاده، ابراهیم، ماهیت شورای نگهبان، مجله حقوق اسلامی، ۱۳۸۷.
- ۳۱- مولاییگی، غلامرضا، صلاحیت و آئین دادرسی دیوان عدالت اداری، چاپ سوم، ۱۳۹۵، انتشارات جنگل،
- ۳۲- ویلیام پی. استاتسکی، آر. جان ورنر، آشنائی مختصر با سیستم قضائی ایالات متحده آمریکا، ترجمه: شیرازی علی اکبر، مجله شماره ۵ کانون وکلای مرکز، دوره جدید ۱۳۷۰،
- ۳۳- هاشمی سید محمد، حقوق اساسی و ساختارهای سیاسی، بنیاد حقوقی میزان، چاپ دوم، ۱۳۹۲،
- ۳۴- هاشمی سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۲،
- ۳۵- هاشمی سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، ج دوم، حاکمیت و نهادهای سیاسی، ۱۳۹۲، نشر میزان،
- ۳۶- هداوند مهدی و مهدی علی، حقوق اداری تطبیقی، جلد اول، انتشارات سمت، ۱۳۸۹، یز ر.ک. هداوند مهدی، نقش دیوان در صیانت از قانون اساسی،

- ۳۷- هداوند، مهدی، (۱۳۸۶)، نظارت قضایی بر اعمال اداری از منظر حکمرانی خوب، رساله دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی،
- ۳۸- یوسفی فر، شهرزاد، بررسی تحلیلی اصل ۱۶۸ ق.ا. پژوهشی در باره موارد استناد قضاات به غیر از قوانین مدونه، ۱۳۸۴، ش. ۵۴.

#### ب- منابع خارجی

- ۱- Benton.w., ۱۹۷۴, the Newence of Britanica in ۳۰ vols(vol. ۵ ) London
- ۲- commission, ۲۶march, ۲۰۲۰, published on Monday ۸ June ۲۰۲۰,
- ۳- Bertrand Artuhur William Russel, ۳<sup>rd</sup> earl Russell, OM,FRS, was a British philosopher, logician, mathematician, historian, writer, social critic, political activist and Noble laureate, united Kingdom(Wikipedia, <https://www.google.com>)

---

- ۴- Cambridge Modern history(All.libertyfund.org, <https://www.google.com>),
- ۵- Congressional Research services; the constitution of the U.S., Analysis and interpretation, ۲۰۱۳ suppplemen,
- ۶- Petra Dobner and martin Louglin, Oxford Scholarship, on line: ۲۰۱۰,
- ۷- -Formont m., ۲۰۰۳, la Cour Constitutionelle federale de l, Allemagne,
- ۸- -France Constitution, adopted on ۲۸ sep. ۱۹۵۸, Fifth Republic,
- ۹- H White, Le Gouvernement des Juges et la Lute Contre la legislation social aux Etats-Unis, Paris, ۱۹۲۱,



- ١٠- Henry Campbell Black. M.A. Black 's Law Dictionary, ١٩٨٣, West Publishing Co.
- ١١- House of Lords Library, Consitution, Democracy and rights commission, ٢٦march, ٢٠٢٠, published on Monday ٨ June ٢٠٢٠,
- ١٢- Kelsen H. Théory pure de droiy, trad. En français par Eisenmann CH Paris, ١٩٦٢,
- ١٢-- Le Gouvernement des Juges et la Lute Contre la legislation social aux Etats-Unis, Paris, ١٩٢١,
- ١٣-les cahier de Conseil Constitutionel, n ١٥,
- ١٤- marsh and Sougsby, an Outlines of English Law, ٢<sup>nd</sup> Edition, ١٩٧٥, published by Mc Graw- Hill Book Co UK Limited,
- ١٥- M. Hauriuo, Precise de droit constitutional, ١٩٢٩,
- ١٦- Micgael H. Davis, A Government of judges: An Historical Re-Vie the American Journal of Comparative Law, Vol. ٣٥,٣(Summer, ١٩٨٧),
- ١٧- OLEN BRUCEw hat are the three principles of Judicial Review established by the Marbury v. Madison, <https://www.enotes.com>,
- ١٨- Patric Jhon J.ed. ٢٠٠١, judicial review, Oxford University Press. ١٩٩٤,
- ١٩- publiclawproject.org.uk. / an introduction to judicial review- Public Law Project, Company Limited by guarantee ٢٣٦٨٥٦٢ Registersd Charity, ١٠٠٣٣٢٤٢
- ٢٠- Richard Buxton Solicitors, Envionmental, Planing and Public Law, [www.richardbuxton.co.uk](http://www.richardbuxton.co.uk),
- ٢١- Rt Hon Lord Steyn, Lord of Appeal in Ordinary, Constitutionalisation of public Law, May ١٩٩٩,

- ۲۲- Selway, Bradly, “the Principles Behind Common Law, Judicial Review of Administrative Action, the search continues”, Federal Law Journal, Oct: ۲۰۰۲, No.
- ۲۳- Stephen Hass, Judicial Review, National Juris University, nationalparalegal.edu, ۲۰۱۴-۲۰۲۱,
- ۲۴- Sweet, Alec Stone ۲۰۰۳,” why Europe Rejected American judicial review and why it may not Matter”, Michigan Law Review, Yale Law School Faculty Scholarship,
- ۲۵-Tom Bingham the Rule of Law, Peninguin Books, ۲۰۱۰, part ۲
- ۲۶- Treanor, William Michael, Judicial Review Befor Marbery, ۲۰۰۵, Georgetown Law Faculty Publication and Other works,
- ۲۷- Wolf, Christopher ۱۹۹۴, the rise of modern judicial rev ew, Rowman and little fiegd. ISBN ۹۷۸-۰-۸۲۲۶-۳۰۲۶-۵.
- ۲۸- Declaration des droits de l, homme et du Citoyen,
- ۲۹-۳۰- D. L A. Barker, C.F. Padfield, Law Made Simple, ۸<sup>th</sup> Edition, ۱۹۹۲,
-