

بررسی مبانی اعتبار دموکراتیک نظارت اساسی

محمد جلالی^{۱*}، قاسم علی صداقت^{۲**}

۱. استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران
۲. دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

پذیرش: ۱۳۹۵/۸/۱۶

دریافت: ۱۳۹۵/۴/۲۱

چکیده

مشروعیت نهاد ناظر اساسی به اعتبار و جایگاه آن کمک کرده و تمامی اشخاص اعم از عمومی و خصوصی را به احتمال زیاد قانع می‌کند که به تصمیمات آن احترام بگذارند و همچنین بر کارآمدی آن تأثیرگذار است. از این رو، اثبات مشروعیت نظارت اساسی امری سودمند و لازم است. با عنایت به مطالب مزبور، در مقاله‌ی حاضر این سؤال مطرح شده است که با اینکه نهاد ناظر اساسی به صورت مستقیم منتخب مردم نیست، چگونه می‌تواند مشروعیت دموکراتیک داشته باشد؟ فرض این تحقیق بر آن است که به رغم وضعیت مذکور، این نهاد می‌تواند مشروعیت دموکراتیک به صورت غیرمستقیم داشته باشد و برای اثبات مشروعیت نهاد ناظر اساسی، راهکارهای علمی مشخصی وجود دارد. اصلاح دموکراسی، نگاه تاریخی به پیدایش نهاد ناظر اساسی، اهداف دموکراسی، احترام به حقوق اقلیت و نفی استبداد اکثریت و عدم امکان مشروع‌سازی همه‌ی نهادهای سیاسی از طریق دموکراسی مستقیم، از مهم‌ترین عناصری است که در این مقاله بر آن‌ها به عنوان سازوکارهای مشروعیت‌ساز نهاد ناظر اساسی تأکید شده است. به هر حال، این مقاله درصدد رفع شبهه‌ی ناسازگاری دموکراسی با نظارت اساسی است.

کلیدواژه‌ها: دموکراسی مستقیم و غیرمستقیم، مشروعیت دموکراتیک، ناسازگاری دموکراسی و نظارت اساسی، نظارت اساسی، نهاد ناظر اساسی.

* E-mail: Mdjalali@gmail.com

E-mail: Sadaqat0020@gmail.com

** نویسنده‌ی مسئول

مقدمه

هدف نوشتار حاضر بررسی چالش دموکراتیک نظارت اساسی است و پاسخ احتمالی به این پرسش که آیا نهاد ناظر اساسی مشروعیت دموکراتیک می‌تواند داشته باشد یا خیر؟ زیرا مشروعیت نهاد ناظر اساسی به‌ویژه در الگوی کلسنی - اروپایی آن محل تردید و بحث‌های جدی بوده و است و تقریباً از چالش‌های اساسی نظارت اساسی همین موضوع محسوب می‌شود، چراکه در الگوی کلسنی این نهاد فراتر از قوای سه‌گانه و خارج از تفکیک قوای سنتی قرار دارد و حتی در الگوی آمریکایی قاضی دادگاه عالی قانونگذار تلقی شده و قانون ساخت قضات دانسته شده است.

با عنایت به اینکه دادرسی اساسی نهاد انتخابی مستقیم نیست و در عین حال، با نظارت بر قوانین مصوب پارلمان، در برابر اراده‌ی مردم و نمایندگان آن‌ها قرار می‌گیرد و در اروپا نیز تا مدت زیادی به‌دلیل برتری پارلمانی، حاکمیت اکثریت و اراده‌ی مردم و دیگر عوامل در برابر نظارت اساسی مقاومت شد، باید مشخص شود، چه عوامل و دلایلی می‌تواند مشروعیت آن را موجه سازد. دلیل اهمیت این موضوع این است که در بیشتر کشورها و دموکراسی‌های نوظهور نیز اعضای نهاد ناظر اساسی از سوی مردم انتخاب نمی‌شوند و انتصابی‌اند و باید مشروعیت نهادهای ناظر اساسی مورد توجه قرار گیرد. از این رو لازم است مبانی نظارت اساسی بررسی و ارزیابی شود.

از طرفی، توجیه‌های درونی که نظارت اساسی بر مبنای آن‌ها سازمان‌دهی شده است یا به‌وسیله‌ی حقوق موضوعه تجویز می‌شود، مورد نظر ما نیست. از آن‌جا که مشروعیت نهاد ناظر اساسی به‌صورت بنیادی و اساسی، باید موجه شود، فقط توجیه‌های بیرون از حقوق موضوعه و با عنایت به اصول سیاسی - اخلاقی یا سیاسی - حقوقی در این‌جا بررسی خواهد شد.

در مبانی نظری پژوهش از بین سه «تئوری مادر»، «چند تئوری خرد» و «تئوری ترکیبی» از تئوری ترکیبی استفاده خواهد شد. در این روش، پژوهشگر برای تبیین روابط بین متغیرها، می‌تواند از ترکیب دو روش مذکور، یعنی یک تئوری مادر به‌همراه چند تئوری خرد استفاده کند. با عنایت به آنچه گفته شد، در این پژوهش، بیشتر از نظریه‌های «هانس کلسن» در کنار برخی نظریه‌های دیگر، به‌عنوان تئوری ترکیبی استفاده شده که به‌عنوان مبانی نظری پژوهش انتخاب شده که قادر به تبیین روابط بین متغیرهایی پژوهش است. با این رویکرد، تحقیق از انسجام و هماهنگی لازم برخوردار خواهد شد و در عین حال، سبب می‌شود نتایج پژوهش دقیق‌تر و جزئی‌تر باشد. در نهایت براساس رویکرد مدنظر، ریز موضوعات پژوهش با دقت لازم و مناسب بررسی و ارزیابی خواهد شد. البته نظریات دیگر نیز کم‌وبیش، به‌عنوان مؤید یا اثبات برتری نظریه‌های انتخابی و احیاناً کاستی آن، ارزیابی و تحلیل خواهد شد. در عین حال، محور مبانی نظری پژوهش، نظریه‌ی هانس کلسن خواهد بود. از منظر مبانی نظری پژوهش برای کلسن مشروعیت دادگاه قانون اساسی یک نگرانی اصلی و عمده بود و از نظر تاریخی این نگرانی قابل توضیح است، چراکه پادشاهی به نظام جمهوری تغییر یافته بود. در قدم نخست از دیدگاه کلسن پاسخ به این

پرسش مهم است که دادگاه اساسی از نظر دموکراتیک چگونه مشروع خواهد بود؟ و در گام بعدی از منظر حقوقی و قانونی چگونه مشروعیت آن توجیه‌پذیر است؟ با عنایت به اینکه دادگاه اساسی در قانون اساسی پیش‌بینی می‌شود، باید قانون اساسی که برای آیندگان الزام‌آور است، مشروعیت داشته باشد. از سوی دیگر، اینکه خود قانون اساسی بر مصوبات پارلمان و اقدامات آن برتر باشد، مشکل دیگری است؛ به‌خصوص اینکه کلسن برخلاف منتسکیو معتقد است که پارلمان نمی‌تواند قانون دلخواه خود را وضع کند، بلکه باید در چارچوب قانون اساسی محدود باشد؛ به اضافه‌ی آنکه قدرت قضایی نیز مصوبات پارلمان را منطبق با هنجار برتری (قانون اساسی) اجرا کند (tetzlaff, 2000: 79). از سوی دیگر، به‌رغم آنکه کارل اشمیت مخالف برتری پارلمانی و از این نظر موافق با کلسن بود، ایراد او بر دادگاه اساسی کلسنی بر این امر استوار بود که دادگاه اساسی از مرز اقتدار و محدوده‌ی اختیارات مشروع خود تخطی و تجاوز می‌کند (Vinx, 2015: 9). از این‌رو، چالش دموکراتیک دادگاه اساسی مسئله‌ی کم‌اهمیتی نیست که بتوان به‌سادگی از کنار آن عبور کرد، مسئله‌ای که موجب شد کارل اشمیت در عین موافقت با کلسن در مورد مخالفت با برتری پارلمانی، نگران مشروعیت و تخطی دادگاه اساسی بود.

فرضیه‌ی پژوهش بر این امر استوار است که در نظام مردم‌سالار و دموکراتیک، نظارت اساسی می‌تواند مشروعیت دموکراتیک داشته باشد، البته نه به مفهوم دموکراسی مستقیم. در واقع پیش‌فرض بحث ما وجود یک نظام دموکراتیک و مردم‌سالار است؛ نه نظام‌های سیاسی که به‌ظاهر انتخابات و عنوان دموکراتیک دارند؛ اما در واقع اراده‌ی مردم در آن نقش بسیار محدود و کم‌رنگ دارد. از سوی دیگر، مشروعیت دموکراتیک نهاد ناظر اساسی لزوماً به معنای رأی مستقیم مردم به دادگاه اساسی نیست. در نتیجه درصدد اثبات مشروعیت نظارت اساسی از طریق دموکراسی مستقیم نیستیم و این نوع مشروعیت را برای آن مناسب هم نمی‌دانیم که به دلایل آن اشاره خواهد شد.

نکته‌ی دیگری که نباید از آن غافل شد، این است که این نوشتار درصدد اثبات مشروعیت نظارت اساسی است؛ اعم از آنکه در قالب نهادهای قضایی متمرکز باشد یا دادگاه اساسی یا در قالب نهادهای سیاسی همانند شورای نگهبان یا شورای قانون اساسی فرانسه؛ اگرچه با توجه به مبانی نظری پژوهش بیشتر بر نهاد سیاسی مستقل یا دادگاه اساسی تمرکز دارد. به‌عبارت دیگر تمرکز این تحقیق بر مشروعیت الگویی اروپایی است که در مقایسه با الگویی آمریکایی بیشتر قوه‌ی مقننه را در معرض حمله قرار می‌دهد، زیرا اروپایی‌ها سامانه‌ای را انتخاب کردند که متضمن مواجهه‌ی مستقیم و آشکارا با قانونگذار است (فاورو، ۱۳۸۸: ۲۳)؛ چنانکه این وضعیت در ایران، فرانسه، عراق و تا حدودی در افغانستان مشاهده می‌شود.

نظارت به مفهوم مطلق عبارت است از: «کنترل و بررسی اقدامات یک مقام و نهاد حکومتی که از سوی مقام و نهادی دیگر است که غایت آن حصول اطمینان از باقی‌ماندن اقدامات یادشده در حدود و ثغور قانون است. به دیگر سخن، منظور از نظارت در حقیقت «کنترل قدرت با قدرت

است» (راسخ، ۱۳۸۸: ۵). در یک برداشت، نظارت اساسی، قدرتی تلقی شده که به نهاد یا نهادهای دولتی واگذار شده است، تا اساسی بودن اقداماتِ دیگر نهادهای دولتی را بررسی و ارزیابی کند. (Ginsburg, 2008. 1)

در پایان مقدمه لازم است معنای مورد نظر از واژه‌ی «مشروعیت» مشخص شود که عبارت است از: دلایل و عوامل عقلی و منطقی که نظارت اساسی را موجه و مدلل ساخته و تصمیمات نهاد ناظر اساسی را الزام‌آور می‌سازد.

۱. راهکار تاریخی برون‌رفت از چالش دموکراتیک

شاید بتوان گفت مهم‌ترین چالش نظارت اساسی، قرار گرفتن این نهاد در برابر اراده‌ی مردم است، که در گذشته نماد آن پارلمان بوده است که از آن به‌عنوان «برتری پارلمانی» (Parlementary Sovereignty) یاد می‌شود. «اصل برتری پارلمانی» به نظر دایسی عبارت است از: «اینکه پارلمان حق دارد هر قانونی را که خواست وضع کند یا وضع نکند؛ نه یک کلمه زیاد، نه یک کلمه کم. علاوه بر اینکه هیچ شخص و هیأتی از سوی قانون انگلستان به رسمیت شناخته نشده است؛ که حق لغو یا ابطال مصوبه پارلمان را داشته باشد» (Dicey, 1982: 3&4). نهاد ناظر اساسی که معمولاً نهاد غیرانتخابی است، بر قدرت قانونگذاری و سایر نهادهای دموکراتیک و منتخب مستقیم مردم نظارت می‌کند و چه بسا به ابطال و الغای اقدامات و تصمیمات آنان اقدام می‌کند. از این نظر چالش و شبهه‌ی دموکراتیک نبودن نظارت اساسی واضح و روشن است و برای بیان این شبهه نباید درنگ کرد و باید بر حل و رفع این شبهه و چالش تمرکز کرد.

در گام نخست به‌دلیل خاستگاه تاریخی «برتری پارلمانی» باید راهکار تاریخی را برای حل این تعارض مدنظر قرار داد؛ زیرا در گذشته بر اثر برتری اراده‌ی شاه و قدرت آن به‌عنوان تهدیدی برای حقوق و آزادی‌ها، این ایده به‌وجود آمد که در برابر قدرت برتر شاه، باید اراده‌ی مردم (که نماد آن پارلمان بود) به برتری برسد و پارلمان هر قانونی را می‌خواهد وضع کند یا نکند و در نهایت قدرت شاه تحت انقیاد اراده‌ی مردم قرار گیرد و این یک هدف اساسی بود. به همین سبب مهم‌ترین قانونی که در انگلستان در زمینه‌ی صلاحیت پارلمان وجود دارد، لایحه‌ی حقوق سال ۱۶۸۹ است که اساساً به حمایت حقوق پارلمان در برابر مداخله‌های پادشاه مرتبط است؛ که در میان سایر امور در این قانون اعلام شده است که پادشاه نمی‌تواند بدون رضایت پارلمان مالیات وضع کند یا مصوبات پارلمان را لغو یا ابطال کند (Barendt, 1998: 86). اما با افول قدرت شاه و در نتیجه تهدید نبودن آن برای حقوق و آزادی‌های مردم و با پیدایش مشروطه‌خواهی مدرن و اینکه قانون باید از همه برتر باشد و نه نهادها و اینکه قدرت قانونگذاری ممکن است ناقص حقوق و آزادی‌های مردم باشد و به‌خصوص دموکراسی‌های «نماینده‌سالار» به‌جای اراده‌ی مردم، خواست‌های نمایندگان مردم را بر مردم تحمیل می‌کرد، این فکر پدید آمد که برتری قانون اساسی به‌جای برتری پارلمان امری مطلوب است و حتی در مهد ایده «برتری پارلمانی» یعنی انگلستان نیز برتری پارلمانی با حملات شدید روبه‌رو شد و با پدید آمدن اتحادیه‌ی اروپا، برتری پارلمانی در انگلستان کمرنگ شد. حضور یک‌ساله‌سالارانه‌ی اکثریت ثابت و یکدست در قدرت سبب ایجاد ضرورت دادرسی اساسی در نظام‌های پارلمان و نیمه‌پارلمانی شد. از نظر استاد

هوریو قانونگذاری‌های متغیر در اثر هیجان‌های انتخاباتی تهدید خطرناکی برای آزادی‌هاست و به همین دلیل ضرورت نظارت بر مجالس قانونگذاری در اروپا احساس شد (فاورو، ۱۳۸۸: ۳۳) که در کشورهای نیز می‌تواند مصداق داشته باشد.

از سوی دیگر، منبع تهدید آزادی‌ها در رژیم‌های سستی (قدرت شاه و کلیسا)، جای خود را به تهدیدی جدیدی داد و آن عبارت بود از رژیم‌های فاشیستی که به صورت دموکراتیک انتخاب شدند و به جنگ جهانی دوم انجامید؛ رژیم‌ها منبع جدیدی از تهدیدها برای آزادی‌های مردم تلقی شده و این طرز فکر رایج شد که نهادهای سیاسی، حتی نهادهایی که به صورت دموکراتیک مشروعیت دارند، ظرفیت پایمال کردن آزادی‌های اساسی مردم را دارند. چنانکه در آلمان: «... اختیارات دادگاه اساسی واکنشی در برابر گذشته‌ی آلمان نازی بود. از پیامدهای دوره‌ی حکومت نازی‌ها بر آلمان، این استدلال بود که پارلمان دیگر نمی‌تواند در زمینه‌ی حمایت از حقوق مورد اطمینان باشد و بنابراین، ضروری بود که دادگاهی به وجود آید که این نقش را به عهده گیرد» (Hailbronner, 2014: 628). پس در پیدایش نظریه‌ی جدید در کنار عوامل حقوقی و سیاسی نباید عامل تاریخی جنگ جهانی دوم و تجربه‌ی فاشیسم و نازیسم را نادیده گرفت (کارگزاری، ۱۳۸۳: ۲۷۶). از این رو، تدوین‌کنندگان قانون اساسی پس از جنگ جهانی دوم بر دو امر تاکید کردند: ۱. محدوده‌ای برای استقلال افراد تعیین کردند تا دولت نتواند آن را نقض کند؛ و ۲. دادگاه خاصی را پایه‌گذاری کردند که حقوق مردم را تضمین و حمایت کند و در عین حال، ارزش‌های ماهوی دموکراسی را از ناحیه‌ی نهادهای انتخابی به صورت دموکراتیک صیانت کنند. از آن‌جا که این دادگاه در جهت مخالف اکثریت قرار دارد (Ginsburg, 2003: 1-11)، سیاستمداران همواره با نظارت قضایی مخالف بودند و برعکس، دانشمندان علم حقوق از آن حمایت می‌کردند و کلسن سعی کرد از طریق پیش‌بینی دادگاه اساسی، بین این دو قطب مخالف، اجماع نظر ایجاد کند تا به حاکمیت قضات نینجامد و برخی از اعضای غیر از قضات نیز باشند و در عین حال، صیانت از قانون اساسی نیز محقق شود. در تقابل دو فکر و اندیشه‌ی متعارض، برخلاف نظر متسکیو که پارلمان هر قانونی را می‌تواند وضع کند، کلسن معتقد بود که پارلمان نمی‌تواند هر قانونی را تصویب کند و باید محدود به قانون اساسی شود. از سوی دیگر، کلسن معتقد بود که هم دادرسی اساسی و هم قدرت قانونگذاری باید تابع قانون اساسی و وفادار به هنجار برین باشند (tetzlaff, 2006: 79).

۲. اهداف دموکراسی و حل شبهه‌ی ناسازگاری نظارت اساسی با دموکراسی

در گام بعدی برای حل چالش دموکراتیک نظارت اساسی، توجه به اهداف دموکراسی

لازم و ضروری است. در همین زمینه، این ادعا که هیچ جامعه‌ای نمی‌تواند دموکراتیک باشد؛ مگر آنکه قدرت قانونگذاری آن برتر باشد، بسیار ساده تلقی شده است. از نهاد اجتماعی دموکراسی نمی‌توان چنین فرمول انعطاف‌ناپذیری ارائه کرد. نهادهای دولتی و سیاستمداران، بازوهای زندگی اجتماعی‌اند نه فرجام آن و هدف قانون اساسی تضمین آزادی و جامعه‌ی دموکراتیک برای مردم است. هدف نهایی جامعه آزادی بیشتر برای اشخاص و موجود انسانی تا حد ممکن است (Rostow, 1952: 195-196).

خود دموکراسی یک هدف نیست، بلکه برای تأمین منافع فردی و جمعی است. به همین دلیل دموکراسی خود یک ارزش نیست و تاریخ آن نیز گواه بر همین امر است که رشد و گسترش جوامع دموکراتیک در برابر جوامع استبدادی به دلیل نقض حقوق و آزادی‌های مردم از سوی پادشاهان و نظام‌های استبدادی بوده است. اگر در گذشته و از نظر تاریخی، اصل برتری پارلمانی این‌گونه تفسیر می‌شد که پارلمان هر قانونی را خواست می‌تواند وضع کند و اگر نخواست وضع نمی‌کند و هیچ نهادی نمی‌تواند مصوبات آن را باطل یا لغو کند، به دلیل استبداد شاهان و حکومت‌های استبدادی دینی و غیردینی بوده است و امروزه اگر پارلمان چنین وضعیتی داشته باشد، دموکراسی به ضد خود تبدیل خواهد شد و با هدف اولیه‌ی آن، مغایر خواهد بود. آیا در کشورهایی مثل ایالات متحده که برتری پارلمانی وجود نداشته و ندارد، می‌توان گفت دموکراسی وجود ندارد. در واقع در دموکراسی، اراده‌ی مردم برتر است بر هر دو، نه آنکه اراده‌ی پارلمان برتر بر نهاد ناظر اساسی باشد. به هر حال، برتری پارلمانی مدلی از دموکراسی است و وجود واقعی دموکراسی در جامعه منوط به آن نیست، چراکه این الگو به‌حسب بسترهای تاریخی، حقوقی و سیاسی کشورها شکل گرفته است که امروزه آن وضعیت دیگر وجود ندارد.

۳. اصلاح دموکراسی از طریق نظارت اساسی

در این قسمت به دنبال تبیین دیدگاهی هستیم که براساس آن تصمیمات اکثریت در قالب دموکراسی ممکن است که اشتباه، نادرست و خطرناک باشد. یکی از راهکارهای موجود برای کاهش خطرهای دموکراسی و تصمیم‌های ناصواب اکثریت، وجود نهادی است که فیلتری برای اعمال حاکمیت افراد و مشورت همگانی باشد. زیرا تجربه‌ی اروپا نشان داد که دموکراسی هم می‌تواند برای حقوق مردم خطرهای جدی در پی داشته باشد؛ به‌خصوص ممکن است به‌صورت جدی حقوق اقلیت را در معرض خطر نقض قرار دهد. در این نظریه و دیدگاه نهاد نظارت اساسی به‌ظاهر ضددموکراسی تلقی شده است، زیرا

تصمیم‌ها در دموکراسی از سوی اکثریت مردم یا نمایندگان آنان اتخاذ می‌شود؛ درحالی‌که اعضای دادگاه‌ها از اشخاص غیرانتخابی تشکیل شده‌اند، اختیاراتی دارد که مغایر با تصمیمات اتخاذشده از سوی مقامات انتخابی است. این دیدگاه از طریق اصلاح تعریف دموکراسی مبتنی بر قانون اساسی ممکن است قابل تبیین باشد که دموکراسی شامل عناصر حمایت از ارزش‌های بنیادین یا پروسه‌ی مشورت همگانی باشد یا از این طریق این ادعا که مردم نمی‌توانند به‌صورت درست حاکمیت خود را اعمال کنند؛ مگر از طریق اختیارات مبتنی بر قانون اساسی. البته این استدلال زمانی درست خواهد بود که قضات صلاحیت‌های گزینشی و فرعی وسیعی نداشته باشند که کاملاً در برابر اکثریت ایستادگی کنند؛ هم‌چنین حقیقتاً حافظ ارزش‌های بنیادین باشند. (Troper, 2003: 118 & 119)

از سوی دیگر، اندیشه‌ی دولت محدود یا مشروطه‌خواهی، مغایر با اصل برتری پارلمانی است و این ناهمخوانی و ناسازگاری هنگامی هویدا خواهد شد که مشروطه‌خواهی از طریق نظارت قضایی تضمین شود. با این همه، امروزه مشروطه‌خواهی طرفداران زیادی دارد که به‌تدریج اصل برتری پارلمانی را به وادی فراموشی می‌سپارد و از طرفی، تجربیات جنگ جهانی دوم نیز نشان داد که نهادهای برآمده از دل دموکراسی، ممکن است حقوق و آزادی‌های بنیادین را نقض کند و برخلاف ارزش‌های ماهوی دموکراسی گام بردارد. از سوی دیگر، همان‌گونه‌که با پدیده‌ی مشکل مخالفت با اکثریت در دادرسی اساسی مواجهیم، دموکراسی ممکن است از ارزش‌های ذاتی خود دور شود و به پوپولیسم بینجامد؛ یعنی «ماهیت مشکل این است که اگر قرار باشد همه‌ی اعضای جامعه در تمشیت امور عمومی حق مداخله‌ی برابر داشته باشند؛ رأی جاهل همانند عالم در تصمیم‌گیری دخالت داده می‌شود. اما همه‌ی مشکل این است که اگر، در اداره‌ی امور عمومی (مستقیم و غیرمستقیم)، افراد جاهل و ناتوان در کنار افراد آگاه و متخصص قرار گیرند، نتیجه‌ی آن چیزی جز افزایش احتمال تصمیم‌گیری‌های نامناسب نخواهد بود و در واقع نمونه‌های تاریخی بسیاری از این‌گونه تصمیم‌ها وجود دارد» (راسخ، ۱۳۹۳: ۴۱۶)؛ چنانکه انتخاب رژیم‌های فاشیستی در اروپا فجایع جنگ جهانی دوم را به‌بار آورد. ازاین‌رو دادرسی اساسی در واقع نوعی فشارسنج برای اراده‌ی عمومی به‌حساب می‌آید و از استبداد اکثریت پیشگیری خواهد کرد. روسو هم می‌پذیرد که اکثریت ممکن است اشتباه کند: «اراده‌ی عمومی همواره درست و صحیح است و تمایل به سود همگانی دارد؛ اما این بدان معنا نیست که مشاوره‌ی همگانی نیز همیشه درست است. خواست و اراده‌ی ما برای منافع ماست. اما همیشه نمی‌دانیم که منافع ما چیست؟ مردم هیچ‌وقت خطا نمی‌کنند، اما این امر اغلب فریبنده است و در چنان موقعیت تنها به‌نظر می‌رسد

خواست مردم به چیزی تعلق گرفته است که نادرست می‌باشد» (Rousseau, 1973: 184). پس مشورت توده‌ی مردم ممکن است خطا و نادرست باشد و با توجه به پیامدهای بسیار گسترده و خطرناک آن؛ باید آن را در صورت لزوم تصحیح کرد. به عبارت دیگر، «روسو این احتمال را نادیده نمی‌گیرد که سنجش‌های مردم ممکن است همیشه درست نباشد، و سیاست‌های دولت معین هم ممکن است در راستای بهترین منافع مردم نباشد» (عالم، ۱۳۹۰: ۲۰۱).

علاوه بر اینکه اخلاقاً درست نیست بگوییم که اگر مردم اشتباه تصمیم گرفتند، باز خلاف اخلاق و عدالت نیست. درست است که مردم در مسائل فردی حق اشتباه کردن دارند، اما اینکه در مسائل عمومی حق اشتباه کردن داشته باشند و اشتباه تصحیح و پیشگیری نشود، از نظر اخلاقی نادرست است، زیرا پیامدهای بسیار خطرناکی دارد. از سوی دیگر، نمی‌توان گفت اگر دولت و مردم تصمیم اشتباهی گرفتند، لازم‌الاجرا نیست. لازمه‌ی برخورداری از قدرت، استقلال و خودمختاری، لزوم اتخاذ تصمیم است؛ حتی اگر تصمیم دولت اشتباه باشد، باز لازم‌الاجراست. چنانکه آقای رز ابراز داشته است: «اگر سلطه بر خطا وجود نداشته باشد، استقلال و خودمختاری در کار نخواهد بود» (Kavanagh, 2003: 363). از این رو واقعیت‌های زندگی اجتماعی و سیاسی اقتضا دارد که علاوه بر حفظ استقلال و خودمختاری مردم، باید از خطای بسیار خطرناک مردم در به‌کارگیری دموکراسی و مشورت همگانی پیشگیری شود یا تصحیح صورت گیرد.

در نتیجه این ادعا که محدودیت‌های اساسی و نظارت قضایی غیردموکراتیک است، خیلی ضعیف است، زیرا دادرسی و محدودیت‌های اساسی در زمینه‌ی دموکراسی مشورتی، به دموکراسی کمک می‌کند به سمت جلو حرکت کند و در فرض اتخاذ تصمیمات نادرست باید از سوی دادرسی اساسی تصحیح شود تا دموکراسی مشورتی به راه خود ادامه دهد. معیار درست و نادرست بودن مشورت همگانی و تصمیم اکثریت، ارزش‌های بنیادین یک جامعه است (Kavanagh, 200: 317-320). با عنایت به اینکه در دموکراسی مشورتی همگانی و رأی اکثریت، احتمال اشتباه اکثریت زیاد است، پس نمی‌توان از کنار آن به راحتی گذشت، زیرا آرای عالم و جاهل کارشناس و غیرکارشناس در آن مساوی است و رأی توده‌ی مردم که تخصص و توانایی زیادی ندارند، بیشتر از انسان متخصص و فهمیده است. البته با ذکر این نکته که نظارت اساسی بر اساس یک قاعده‌ی بازی به نام قانون اساسی (میثاق ملی) باید به‌کار گرفته شود و به همین سبب قانون اساسی محدودیت‌هایی را برای دموکراسی مشورتی پیش‌بینی کرده است. پس باید تصمیم‌های نادرست که از سوی اکثریت اتخاذ می‌شود، اصلاح شود؛ تا دموکراسی همچنان به‌عنوان یک ارزش باقی بماند؛ چنانکه نظم حقوقی کشورهای اروپایی مقامات مستبد

و فاشیست را شکل داد که به فجایع جنگ جهانی دوم انجامید و موجب شد نهاد ناظر دیگر از فجایع مذکور جلوگیری کند که محتمل است در اثر حکومت فاشیستی به بار آید که با رأی مردم به سر کار آیند. به همین دلیل پوپولیسم از ابعاد منفی دموکراسی است که برای نجات از پیامدهای آن باید فکری شود و نظارت اساسی می‌تواند یکی از ایده‌ها باشد که بر مبنای قانون اساسی از خطرهای آن، به‌ویژه در زمینه‌ی حقوق و آزادی‌های اساسی بکاهد.

امروزه دموکراسی به مفهوم واقعی و حتی رأی اکثریت کمتر وجود دارد، زیرا یک اقلیت در انتخابات رأی مثبت می‌دهند و گاهی حتی کمتر از بیست درصد واجدان شرایط به یک موضوع رأی مثبت می‌دهند و چیزی به نام اکثریت وجود ندارد. از این رو کسانی که از طریق رأی مردم به قدرت می‌رسند نیز با عدم مشروعیت دموکراتیک با مفهوم رأی اکثریت روبه‌رو هستند، یعنی در عمل کمتر اتفاق می‌افتد که دادرسی اساسی در برابر اکثریت قرار گیرد. در واقع مهار یک اقلیت از سوی دادرسی اساسی به معنای قرار گرفتن آن در برابر اراده‌ی مردم و دموکراسی نخواهد بود؛ تا مشروعیت آن خدشه‌دار شود. از سوی دیگر، قضات اگرچه مشروعیت دموکراتیک و مستقیم ندارند، به‌صورت غیرمستقیم از سوی مردم انتخاب می‌شوند و این امر مشروعیت دموکراتیک آنان را فراهم خواهد کرد. همان‌گونه که مشروعیت دموکراتیک بسیاری از نهادهای دولتی به‌ویژه در کشورهای پرجمعیت، در عصر حاضر مبتنی بر دموکراسی غیرمستقیم است و نهاد ناظر یکی از آنهاست. مشکلی دیگر، برگزاری انتخابات برای اعضای هر نهاد سیاسی و قضایی است، زیرا هم هزینه نیاز دارد و هم در مورد نهاد ناظر اساسی سبب می‌شود که این نهاد رنگ کاملاً سیاسی به خود بگیرد و پیامدهای نامطلوب برگزاری انتخابات دامنگیر آن شود و بی‌طرفی آن را خدشه‌دار کند.

۴. دموکراسی؛ احترام به حقوق اقلیت و نفی استبداد اکثریت

دموکراسی بر رعایت کورکورانه‌ی اراده و خواست اکثریت مبتنی نیست و حقوق اشخاص و اقلیت‌ها از جمله مهم‌ترین محدودیت‌های آن است که بر اراده‌ی اکثریت وجود دارد. طبعاً این محدودیت‌ها در قوانین اساسی پیش‌بینی شده است و فراتر از آن هیچ‌هنجاری قرار ندارد، زیرا اگر دموکراسی به معنای حکومت اکثریت باشد، در کشورهایی که اکثریت دائمی و اقلیت دائمی وجود دارد، بسیار خطرناک خواهد بود. چنانکه در جوامع غیرپیشرفته و حکومت‌های غیرمردمی یک اکثریت همیشگی در برابر اقلیت دائمی قرار داشت و چنین وضعیتی، خطرناک و عامل بی‌ثباتی بود. اکثریت به‌شدت وسوسه می‌شدند که ظالمانه بر اقلیت حکومت کنند و اقلیت نیز وسوسه می‌شدند که متقابلاً برخورد کنند، تا جلوی استبداد را بگیرند (آلتمن، ۱۳۸۵: ۱۶۴).

چنانکه در افغانستان اکثریت قومی، مذهبی و زبانی همواره زمینه را برای حکومت ظالمانه‌ی اکثریت فراهم کرده است. اکثریت پشتون به‌عنوان برادر بزرگ‌تر در حق برادرهای کوچک تاجیک، هزاره، ازبک و غیره همواره ظلم و ستم روا داشته است. از طرفی، اقلیت نیز در جاهایی که توان داشته، به انتقامی سخت دست یازیده است. انتخابات ریاست جمهوری سال ۱۳۹۳ خود گواه بر این موضوع است و به همین علت در اجلاس بن و موافقت‌نامه‌ی بن (به‌عنوان نقشه‌ی راه آینده‌ی افغانستان)، به‌سبب مشروع‌سازی حکومت بر مشارکت همه‌ی اقوام و ملیت‌ها تأکید شده است. از طرفی براساس عرف سیاسی معاونان رئیس‌جمهور از قوم خود او نباید باشند و باید از دو قوم متفاوت دیگر باشند. تمام این تلاش‌ها به‌منظور کاهش پیامدهای ناگوار استبداد اکثریت دائمی در افغانستان است. نمونه‌ی دیگر ترکیه است که اکثریت ممکن است حقوق اقلیت را نقض کند. یا در کشورهای اروپایی اقلیت مسلمان در معرض خطر جدی قرار دارد که باید از آن‌ها حمایت شود. یا اقلیت‌های دینی در کشورهای اسلامی همین وضعیت را دارند که نیازمند حمایت دادرسی اساسی است.

برخلاف وضعیت پیشین، یعنی در کشورهای بدون اقلیت و اکثریت دائمی و اینکه هر اکثریت در واقع مجموعه‌ای متغیر از اقلیت‌هاست که هر یک تمایلات و دیدگاه‌های گوناگون دارند، نوعی تعادل در تصمیم‌گیری جمعی به‌وجود می‌آید و تا حدودی از استبداد اکثریت کاسته می‌شود، در نتیجه با یک نظام خوب طراحی شده و متشکل از نهادهای سیاسی و قانونی، می‌توان حکومت تحت حاکمیت قانون داشت (آلتن، ۱۳۸۵: ۱۶۴)، اما در افغانستان، عراق، ترکیه، سوریه و کشورهای مشابه به‌دلیل معضل مذکور و تنش‌های شدید قومی و مذهبی از حاکمیت قانون خبری نخواهد بود؛ به‌ویژه اینکه هنوز نهاد ناظر اساسی قدرتمند به‌عنوان نگهبان حاکمیت قانون به‌ویژه قانون اساسی در عمل شکل نگرفته است و این وضعیت با تفاوت‌هایی در عراق در عصر حاضر نیز تا حدودی قابل دریافت است.

به همین دلیل برخی در توجیه نظارت اساسی نوشته‌اند که دموکراسی از طریق نظارت اساسی محدود می‌شود؛ با این بیان که قدرت قانونگذار در اختیار اکثریت است و این امر زمینه‌ی ظلم و ستم اکثریت را فراهم می‌کند، چراکه آنان به دنبال منافع خود هستند و در همین زمینه احتمال زیاد وجود دارد که منافع اقلیت و حقوق آنان را نقض کند. به همین علت باید حقوق بنیادین در قانون اساسی بیان شود که نباید اکثریت به آن آسیب برساند و نظارت اساسی باید تضمین‌کننده‌ی این حقوق باشد (troper, 2003:115).

دموکراسی در یک برداشت خود ایزاری برای تأمین منافع جمعی و فردی است و در نتیجه هدف نیست، بلکه وسیله‌ای برای رسیدن به اهداف دیگر است و اگر این اهداف برآورده شود،

دیگر دموکراسی خود موضوعیت ندارد. اگر دموکراسی را ابزاری بدانیم برای به جلو بردن منافع افراد، طبعاً نمی‌توان نظارت اساسی را مغایر با آن دانست. چنانکه جرمی والدین معتقد است که براساس دیدگاه روسو و طرفدارانش، دموکراسی دیدگاهی در زمینه‌ی منافع عمومی است. به نظر جرمی والدین در دموکراسی روسویی حقوق فردی امری حیاتی نیست، زیرا آرا به نظر روسو منعکس‌کننده‌ی منافع نیست، بلکه نظرهایی در خصوص منافع جمعی است. از آنجا که نظر و رأی در خصوص منافع جمعی پیش‌فرض آن رعایت حقوق است، برای سنجش تأثیرات حقوق بر تصمیمات جمعی، مکانیسم دیگری لازم نیست (troper, 2003: 315). معلوم می‌شود که دموکراسی به نظر روسو یک هدف نیست و یک ابزار است. به همین سبب از نظر آقای والدین، براساس دیدگاه بنتام شهروندان موضع می‌گیرند و رأی می‌دهند، تا منافع شخصی خود را به پیش ببرند. جرمی والدین معتقد است که براساس دموکراسی بنتام اکثریت بر اقلیت یا اشخاص ظلم می‌کند (troper, 2003: 315) و در این فرض می‌توان با مکانیسم دیگری منافع افراد را تعیین کرد و سنجید. به هر حال، اگر میزان رأی همه‌ی مردم باشد، اگر همه‌ی مردم اجماع نظر داشته باشند، در این صورت خطا و اشتباه معنا ندارد، اما رضایت همه؛ هیچ‌وقت محقق نخواهد شد و در نتیجه رأی اکثریت و چه‌بسا اقلیت، خطا و اشتباه در آن معنا پیدا می‌کند و باید نهادی با معیار معین باشد که اشتباه و خطای آن‌ها را تصحیح کند یا از آن پیشگیری به‌عمل آورد. از سوی دیگر، اینکه مجالس بتوانند تصمیمات عادلانه و بی‌طرفانه اتخاذ کنند، به‌صورت جدی محل تردید است و جامعه‌ی دموکراتیک برای تکمیل و تصحیح تصمیم قدرت قانونگذاری باید سازوکاری تأسیس کند، زیرا هیچ تضمینی وجود ندارد که مشورت همگانی از مسیر درست منحرف نشود و احتمال اینکه بر ضد اقلیت و حقوق افراد، تصمیم بگیرند، بسیار زیاد است. از طرفی، محتمل آن نیز نقض حقوق و منافع افراد و اقلیت است، که مسئله‌ی مهمی است و نمی‌توان آن را نادیده گرفت.

مهم‌تر از همه برای نظارت بر تصمیمات اکثریت، نظارت اساسی بهترین راهکار است و در عین حال عدالت را محقق می‌سازد، زیرا نهادهای قضایی از جمله دادرسی اساسی با معیار قانون اساسی و سایر قوانین مربوطه اعمال نظارت می‌کنند. چنانکه جان رالز در این زمینه اظهار می‌دارد: به‌وسیله‌ی نظارت اساسی خرد جمعی در قوه‌ی قضائیه و بالاتر از همه در دادگاه عالی در دموکراسی‌های مبتنی بر قانون اساسی به‌کار می‌رود، زیرا دادگستری بر مبنای فهم خود از قانون اساسی، قوانین عادی مربوط و رویه‌ی قضایی، باید تصمیمات خود را توضیح دهد و توجیه کند. حال آنکه قوای مقننه و مجریه نیاز نیست که تصمیمات خود را بدین شکل موجه سازند؛ نقش خاص دادگاه‌ها آن را نماد عقلانیت و خرد جمعی می‌سازد

(troper, 2003: 321). البته این شیوه‌ی رسیدگی در صورتی که در دادگاه‌های اساسی رعایت شود، می‌تواند مصداق استدلال جان رالز واقع شود و وجود دادگاه‌های اساسی را موجه کند. از منظر تئوریک، طرفداران نظارت قضایی و اساسی با استناد به مهم‌تر بودن حق بر برابری و آزادی نسبت به حق مشارکت جایگاه نظارت اساسی را تقویت کرده‌اند و از این رو، نقض حق مشارکت را به‌منظور تضمین دیگر حقوق موجه دانسته‌اند، زیرا در مواردی رأی اکثریت حقوق مذکور را نقض می‌کند و به‌عنوان یک پیامد نامطلوب می‌توان گفت که در فرض مذکور دموکراسی نادیده گرفته خواهد شد.

اما پاسخ مذکور قابل نقد است؛ بدین بیان که پاسخ مزبور بر مسلم گرفتن نظریه‌ی «پیامدگرایی حقوق»^(۱) مبتنی است که براساس آن همیشه نقض یک حق مجاز است؛ هنگامی که نقض آن از پایمال شدن حقوق مهم‌تر یا حقوق بیشتر از همان نوع پیشگیری کند (Harel, 2003: 255). اگر کسی نظریه‌ی پیامدگرایی حقوق را رد کند و معتقد شود که تأسیس سیستم نظارتی مجاز نیست (و در نتیجه نباید حق مشارکت کسی را نقض کند)، حتی اگر از طریق این سیستم از حقوق بیشتر یا حقوق مهم‌تر حمایت کنیم (Harel, 2003: 255). به همین علت ممکن است کسی نظریه‌ی پیامدگرایی حقوق را رد کند و قضاوت در مورد حقوق افراد و اشخاص براساس پیامدهای آن را قبول نداشته باشد. در نتیجه چون حقوق مشارکت موجب نقض حقوق مهم‌تر یا بیشتر از نوع مشارکت می‌شود، باید آن را نادیده گرفت، قابل قبول نباشد، زیرا در این دیدگاه به پیامدهای حقوق توجه نخواهد شد. از سوی دیگر، قضات نهاد ناظر اساسی نباید به‌عنوان کارشناس اخلاقی و معنوی عمل کنند و ما را از حق مشارکت سیاسی محروم کنند. اما به نظر نویسنده هنگامی که جمع بین دو حق یا حق و حقوق در عمل ممکن نباشد، عقل اقتضا دارد که حق مهم‌تر مقدم شود یا حقوق بیشتر بر یک حق مقدم گردد؛ مگر آنکه یک حق اهمیت بنیادین داشته باشد. در موضوع بحث مسلم است که حق مشارکت و رأی دادن را نمی‌توان بر حقوق دیگر مقدم داشت یا بر حق مهم‌تر؛ که آزادی و برابری است، زیرا حق مشارکت و پدیده‌ی دموکراسی را نمی‌توان یک هدف تلقی کرد. همان‌گونه که گفتیم، دموکراسی مشورتی برای دستیابی به منافع خصوصی یا عمومی است و خود هدف نهایی نیست. قاعده‌ی عقلایی است که در فرض ناممکن بودن جمع بین دو امر مهم و مهم، باید امر را مقدم داشت، به‌خصوص در جایی که دموکراسی پیامدهای ناگواری هم داشته باشد و گاهی تصمیم اکثریت کاملاً نادرست و ناقض حقوق و آزادی‌های مردم باشد و به ترازوی بینجامد؛ همانند آنچه در اروپا به جنگ جهانی دوم منجر شد. از سوی دیگر، هنگام تعارض حقوق با هم، به‌نظر می‌رسد که قضات و دادرس اساسی، چون بی‌طرف‌اند، می‌توانند از نظر

اخلاقی و حقوقی نظر بی‌طرفانه دهند. اما اگر قضات نمی‌توانند به‌عنوان کارشناس اخلاقی عمل کنند، چه کسانی بهتر از آن‌ها می‌توان یافت. دست‌کم یک راه‌حل مناسب برای انجام داوری هست؛ اگر تنها راه‌حل نباشد. از سوی دیگر، از منظر جامعه‌شناسی سیاسی، مشارکت مردم، عملاً در رأی دادن خلاصه می‌شود که در واقع رأی می‌دهند و دنبال کار خود می‌روند و انتخاب‌شدگان نیز پس از انتخاب شدن راه خود را ادامه می‌دهند. باید دقت کرد که تمامی این نکات در فرضی درست تلقی خواهد شد که نظام سیاسی دموکراتیک باشد و نه استبدادی و این استدلال در درون نظام سیاسی دموکراتیک معنا پیدا خواهد کرد. این بدان معنا نیست که اصل نظام سیاسی، غیردموکراتیک باشد. اما در نهایت باید خاطر نشان کرد که دیدگاه‌ها در مورد حقوق مهم و مهم متفاوت است و از این نظر این استدلال ممکن است خدشه‌دار شود؛ یعنی حق مشارکت و رأی را مهم‌تر بدانند. اما واقعیت این نیست که حق مشارکت و رأی و تعیین سرنوشت به شکل صوری آن که در کشورهای پرجمعیت در عمل به کار می‌رود، نمی‌تواند بر سایر حقوق و آزادی‌ها برتری داشته باشد.

نظارت قضایی در مقایسه با دموکراسی و مشارکت شهروندان از طریق رأی، امتیازهایی دارد که در مشروعیت نظارت اساسی تأثیرگذار است. دسترسی به محاکم در مقایسه با مقامات سیاسی آسان‌تر است، چنانکه در برخی کشورها افراد می‌توانند به دادگاه‌های اساسی نزدیک شوند؛ اگر دلیلی بر نقض حقوق خود داشته باشند. درحالی‌که این امر آشکارا در برابر حق بر رأی قرار دارد، که تنها پس از چند سال قابل به‌کارگیری است. از سوی دیگر، تأکید بیش‌ازحد بر مشارکت انتخاب‌کنندگان در دموکراسی‌های قدیمی، موجب از بازی خارج کردن سایر شیوه‌هایی خواهد شد که به مردم اجازه می‌دهد امکاناتی را بگشایند که حقوق بنیادین موجب آن‌ها شده است. علاوه بر آنکه هیأت‌های سیاسی، مشارکت سیاسی کسانی را مجاز می‌شمارند که حقوق سیاسی معین داشته باشند، چیزی که پیش‌شرط دسترسی به دادگاه‌ها نیست و بنابراین، نهاد ناظر اساسی می‌تواند به حمایت از غیر شهروندان نیز متعهد باشد. علاوه بر اینکه اقلیت دائمی و غیردائمی می‌توانند دعوی خود را نزد نهادهای ناظر اساسی اقامه کنند. در دسترسی به محاکم و نهاد ناظر اساسی پیوند سیاسی و شهروندی ممکن است شرط نباشد، درحالی‌که برای رأی دادن، تابعیت و شهروندی لازم و ضروری است. بنابراین، مشارکت سیاسی در قالب دموکراسی مشکلاتی زیادی دارد، علاوه بر اینکه تعداد آن بسیار محدود است و از طرفی، تأثیرگذاری آن در عمل از منظر جامعه‌شناسی سیاسی بر منافع و حقوق مردم بسیار ناچیز و اندک است. علاوه بر این نظارت اساسی خود می‌تواند کانال ارزشمندی برای مشارکت سیاسی باشد، به‌خصوص برای کسانی که در روند سیاسی عادی در حاشیه قرار دارند یا از قدرت کمی برخوردارند.

از سوی دیگر، واقعیت آن است که دموکراسی مبتنی بر قانون اساسی یک تناقض درونی را در پی دارد. دموکراسی به معنای خود حاکمیتی است و حال آنکه لازمه‌ی مشروطه‌خواهی وضع محدودیت‌های بر انتخاب مردمی است که باید خودگردان باشند (Tushnet, 2003: 353). همچنین لیبرال‌دموکراسی ایده‌ای قابل نقد و اعتراض است. مردم در زمینه‌ی قلمرو و ماهیت دموکراسی اتفاق نظر ندارند و دموکراسی در لیبرال‌دموکراسی دو عنصر دارد: مردم از حق معنوی بر آزادی و برابری برخوردارند و از سوی دیگر، باید تصمیمات جمعی قابل اجرا از سوی مردم به‌دلیل برتری آنان یا براساس اصل اکثریت از سوی نمایندگان آنان (که به‌طور آزاد انتخاب شده‌اند) اتخاذ شود. لیبرال‌دموکراسی دو عنصر آزادی و دموکراسی را سازگار کرد؛ بدین صورت که تصمیمات از سوی مقامات به‌وسیله‌ی حقوق بنیادین مندرج در قانون اساسی محدود شده‌اند. اما واقعیت این است که سازگاری دو عنصر مذکور مسئله‌ای بسیار غامض است (specter, 2003: 285). به همین دلیل، به‌رغم تناقض نظارت اساسی با دموکراسی، در نهایت به‌دلیل تصمیمات خطرناک و نادرست اکثریت و تجربه‌ی خرابی‌های جنگ جهانی دوم، اروپایی‌ها مجبور به پذیرش نظارت اساسی شدند. مشروطه‌خواهی مدرن با دموکراسی، به مفهوم اراده‌ی برتر مردم و نمایندگان منتخب آنان، سازگاری ندارد که دستاورد بسیار خوبی برای جلوگیری از استبداد و خودکامگی، از جمله استبداد اکثریت، بلکه اقلیت در قالب ظاهر اکثریت است. در کشورهای مثل افغانستان و عراق بین حاکمیت اکثریت و حفظ حقوق و آزادی‌های مردم، بی‌شک ترجیح با تضمین حقوق و آزادی‌های مردم خواهد بود که با سازوکار متفاوت، از جمله نظارت اساسی قابل تضمین است. به‌خصوص اینکه چیزی با رأی اکثریت بر شیء واحد توافق داشته باشند، کمتر به‌وجود می‌آید، به‌ویژه اینکه در کشورهای چندقومی، مذهبی و زبانی اکثریت همیشه حقوق اقلیت و حتی حقوق اکثریت را نقض کرده‌اند و در عصر حاضر ممکن است در قالب مفاهیم مدرن سیاسی و حقوقی این امر واقعیت خارجی پیدا کند.

در نهایت باید گفت که مفهوم دموکراسی از نظر کلسن مفهوم تازه و جدیدی است. در دیدگاه کلسن، دموکراسی مبتنی بر قانون اساسی، در واقع باوری است درباره‌ی اینکه چگونه اصل حاکمیت قانون در چارچوب دموکراسی اجرا می‌شود و چگونه دموکراسی و مشروطه‌خواهی با هم سازگار باشند. برداشت کلسن از دموکراسی مبتنی بر قانون اساسی، تعریف جدیدی از آن به‌دست می‌دهد. دموکراسی، در پرتو کثرت‌گرایی و آزادی به‌عنوان مشخصات جامعه‌ای سیاسی، از مفهوم برتری مردم جدا می‌شود؛ یعنی تصمیم اکثریت با کثرت‌گرایی و حقوق افراد محدود شده است (Bongiovanni, 2007: 304). به‌عبارت دیگر، برتری قانون اساسی

ارزش مضاعف دارد؛ از یک طرف قواعد شکلی را تضمین می‌کند که به شکل‌گیری خواست سیاسی منجر می‌شود و از سوی دیگر، برتری قانون اساسی از اقلیت و کثرت‌گرایی در یک نظام دموکراتیک حمایت می‌کند. از آن‌جا که آزادی مثبت افراد نیازمند تنظیم اساسی بیان و محتوای خواست سیاسی است، برتری قانون اساسی عنصر اصلی دموکراسی است (Bongiovanni, 2007: 308). همچنین از دیدگاه کلسن تعقیب مسالمت‌آمیز و مداوم سازش خواست‌های سیاسی است که تمامی گروه‌های اجتماعی حق دارند در شرایط برابر در این بازی سیاسی و دموکراتیک مشارکت کنند. سازش سیاسی به نظر کلسن آزادی تمامی کسانی را که تحت محدودیت‌ها قهری که ما آن را قانون یا دولت می‌نامیم، به حداکثر می‌رساند. این فرایند برخلاف هر نوع حکومت مستبد به بیشترین تعداد ممکن شهروندان اجازه می‌دهد که به اولویت و ترجیحات خود دست یابند. دموکراسی اساساً امری ضروری است؛ از آن‌جا که تعقیب مسالمت‌آمیز نیازمند شناسایی برتری نظام از قواعد آیینی، حقوق اقلیت که صدایی در میان گروه‌های اجتماعی داشته باشند و در برابر آن بایستند، است. از نظر کلسن دادگاه اساسی حافظ این آیین‌ها حقوقی است، بنابراین در یک جامعه‌ی دموکراتیک بسیار بااهمیت است (vinx, 2015: 15).

از طرفی، مشروعیت نهاد ناظر اساسی از طریق مشروعیت قانون اساسی نیز ایده‌ای است که از سوی برخی تقویت شده است. از این‌رو در گام نخست، دادگاه اساسی از نظر دموکراتیک چگونه مشروع خواهد بود و از نظر حقوقی چگونه حقانی خواهد شد؟ دو پرسش اساسی که در پاسخ به دومی برخی مشروعیت حقوقی نهاد ناظر اساسی را در مشروعیت قانون اساسی جست‌وجو کرده‌اند، زیرا در الگوی اروپایی این نهاد در قانون اساسی درج شده است (Tetzlaff, 2006, 78). اما باید خاطر نشان کرد که اثبات مشروعیت قانون اساسی نیز به‌آسانی امکان‌پذیر نیست و در برخی موارد مشروعیت آن هم بر مبنای دموکراسی و به‌ویژه رضایت تمامی مردم، یا دست‌کم اکثریت، با چالش‌های جدی روبه‌روست.

۵. نظارت اساسی و دموکراسی مستقیم

نکته‌ای دیگر که نباید از آن غفلت کرد آن است که مشروعیت تمامی نهادها را نمی‌توان به دموکراسی مستقیم منوط کرد و با آن گره زد، چراکه انحصار مشروعیت نهادها، به‌خصوص در کشورهای پرجمعیت، دموکراسی مستقیم و رأی مردم صحیح و منطقی نخواهد بود. چنانکه تقریباً در همه‌ی کشورها امروزه مردم اعضای نهاد ناظر را به‌صورت مستقیم انتخاب نمی‌کنند. البته وضعیت مطلوب شاید همین باشد، اما خالی از مشکلات هم نیست، به‌ویژه اگر ما بر قاضی بودن اعضای آن تأکید داشته باشیم و اینکه کاملاً بی‌طرفی خود را حفظ کنند.

به هر حال، اگر مشروعیت تمامی نهادها از جمله نهاد ناظر اساسی را به انتخابات منوط سازیم، دام و تله‌ی این دیدگاه آن است که در این دیدگاه به صورت عمده مشروعیت به آنچه منوط به انتخابات شده است، محدود می‌شود که به شدت کوتاه‌فکری است و موجب این خطر خواهد شد که تمامی تخم‌مرغ‌ها در یک سبد قرار داده شود (Sprniger, 2014: 56). اگر انتخابات دچار انحراف شود یا مشکلی در آن‌جا به وجود آید یا برگزار نشود، همه‌ی مسائل و امور کشور با سؤال و عدم مشروعیت روبه‌رو خواهد شد.

ایده‌ی وجود قانون اساسی و نظارت اساسی به‌عنوان حافظ آن، در واقع جمع بین دو دیدگاه متفاوت است که در دو سر طیف قرار دارد. دیدگاه افلاطون، ارسطو و طرفداران آن‌ها که حاکمیت مردمی با حاکمیت قانون را با هم ناسازگار می‌دانستند و معتقد بودند مردم حوصله ندارند از رویه‌های مقرر در قانون اطاعت کنند. آن‌ها چون اراده کنند چیزی بخواهند، می‌خواهند، و چنانچه حاکمیت قانون بر سر راه مردم باشد، دولت تحت تأثیر افکار عمومی آن را لغو می‌کند. به هر حال، حکومت مردمی با حاکمیت قانون مغایرت دارد و افلاطون و ارسطو چنین دیدگاهی داشتند. از طرف دیگر، تعدادی به حاکمیت مطلق مردم می‌اندیشند و محدودیت برای اراده و آزادی مردم قائل نیستند؛ جز آزادی و حقوق دیگران، که لیبرال‌های سنتی و کلاسیک و فلاسفه‌ی قرون هجدهم و نوزدهم بر این باور بودند. در این میان مشروطه‌خواهی به‌عنوان یک پدیده، به مفهوم مدرن با ایجاد جنبش مشروطه‌خواهی و اعتقاد به وجود قانون اساسی، نماد تلاش برای ایجاد یک حکومت مردمی منطبق بر حاکمیت قانون است. در واقع فرضیه‌ی شگفت‌آور در پس تدوین قانون اساسی نهفته، این است که می‌توان ترتیبی داد که این دو مفهوم یکدیگر را تقویت کنند. پس می‌توان حکومت مردم را برای حمایت از قانون تشکیل داد و حاکمیت قانون را طوری تنظیم کرد که حامی حکومت مردمی باشد (آلمن، ۱۳۸۵: ۱۶۳ و ۱۶۴).

در این بخش باید خاطر نشان کرد که کلسن برای مشروعیت نهاد ناظر اساسی ابراز می‌دارد: اعضای دادگاه اساسی باید از سوی پارلمان انتخاب شوند (Kelsen, 2006: 269)، یعنی مشروعیت آن غیرمستقیم تأمین شود. همان‌گونه که بیان شد، تمامی نهادها لازم یا مناسب یا ممکن نیست که از طریق دموکراسی مستقیم مشروعیت یابند، زیرا گره زدن سرنوشت مشروعیت این نهاد به آرای مردم آن را وارد بازی‌های سیاسی و مسائل انتخاباتی می‌کند و استقلال آن را مخدوش خواهد کرد.

نتیجه‌گیری

در این نوشتار سعی شد مشروعیت نهاد ناظر اساسی، با عنایت به دلایلی (پیشگیری از استبداد اکثریت و حمایت از اقلیت، توجه به اهداف دموکراسی، اینکه تمامی نهاد نمی‌تواند از طریق دموکراسی مستقیم مشروعیت یابد)، اثبات شود. همچنان با نگاه تاریخی تلاش شده است که با بررسی تاریخ پیدایش نهاد ناظر اساسی در برابر پارلمان، مشروعیت آن به اثبات برسد. از طرفی، اصلاح دموکراسی و کاهش خطرهای آن از طریق نظارت اساسی از دیگر موضوعاتی است که به مشروعیت نهاد ناظر اساسی کمک می‌کند. علاوه بر این مقاله بر حل شبهه‌ی ناسازگاری دموکراسی و نظارت اساسی تأکید دارد و سعی شد که بین دموکراسی به‌ویژه دموکراسی پارلمانی و نظارت اساسی نوعی سازش برقرار شود؛ در این زمینه با توجه به مبانی نظری پژوهش دلایلی برای رفع شبهه‌ی مذکور ارائه شد. از طرفی سعی شد مشروعیت دموکراتیک نهاد ناظر اساسی از طریق دموکراسی غیرمستقیم و اهداف دموکراسی به اثبات برسد. به اضافه‌ی آنکه نویسنده بر این باور است که گزینش اعضای نهاد ناظر اساسی از طریق شیوه‌ای کاملاً سیاسی به نام «انتخابات» این نهاد را کاملاً سیاسی ساخته است و نمی‌توان انتظار داشت در آن رهیافت حقوقی و قضایی حاکم شود. در نتیجه نمی‌توان انتظار داشت که حافظ قانون اساسی و ارزش‌های اساسی یک جامعه باشد. به هر حال این نهاد را نیز نمی‌توان در اختیار اکثریت قرار داد.

یادداشت‌ها

۱. نظریه‌ی مذکور عبارت از دکترینی است که بر اساس آن اخلاقی بودن یک عمل صرفاً از طریق پیامدهای آن مورد قضاوت قرار گیرد.

منابع و مآخذ

الف) فارسی

- آلمن، اندرو (۱۳۸۵)، *فلسفه‌ی حقوق*، ترجمه‌ی بهروز جندقی، قم: انتشارات مؤسسه‌ی آموزشی پژوهشی امام خمینی (ره)، چ اول.
- راسخ، محمد (۱۳۸۸)، *نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی*، تهران: دراک.
- راسخ، محمد (۱۳۹۳)، *حق و مصلحت مقالات فلسفی در فلسفه‌ی حقوق*، فلسفه‌ی حق و فلسفه ارزش، تهران: نشر نی، چ دوم.
- عالم، عبدالرحمن (۱۳۹۰)، *بنیادهای علم سیاست*، تهران: نشر نی، چ بیست و دوم.
- کارگزاری، جواد (۱۳۸۳)، «دادگاه اساسی، مراحل تاریخی پیشرفت و توسعه‌ی نظام‌های نظارت اساسی»، *نشریه‌ی حقوق اساسی*، سال دوم، ش ۳، صص ۲۷۳-۲۸۸.
- لویی، فاورو (۱۳۸۸)، *دادگاه‌های قانون اساسی*، ترجمه علی‌اکبر گرجی ازندریانی، تهران: میزان، چ اول.

ب) لاتین

- Aileece, n kavanagh (2003), "participation and judicial review: a reply to jeremy waldron", **law and philosophy**, kluwer academic publishers. Printed in the netherland. S, pp. 451-486
- Barendt, eric (1998), **An introduction to constitutional law**, london, oxford university prees, first published.
- Dicey, a. V. (1982), **Introduction to the study of the law of the constitution**, liberty classics indianapolis.
- Ginsburg, tom (2003), **Judicial review in new democracies, constitutional courts in asian cases**, new york, cambridge university press.
- Tom Ginsburg (2008), **Comparative Constitutional Review**, University Of Chicago Law School, July 30.
- Giorgio bongiovanni (2007), **Rechtsstaat and constitutional justice in austria: hans kelsen's contribution, the rule of law: history, theory and criticism**, springer.
- Hailbronner, michaela (2014), "rethinking the rise of the german constitutional court: from anti-nazism to value formalism", **international journal of constitutional law, oxford journal**, vol. 12 no. 3, pp 626-649.
- Hans keksen (2006), **Jeneal theory of law and state**, with a new introduction by a. Javier trevino, transcatin publisher, new brunswick (u. S. A) and lodon (u.k).
- Harel, alon (2003), "rights- judicial review: a democratic, justification", **law and philosophy**, kluwer academic publishers. Printed in the netherlands, vol 22, issue 3-4, pp. 247-276.
- kavanagh, aileen (2003), "participation and judicial review: a reply to jeremy waldron", **law and philosophy**, kluwer academic publishers. Printed in the netherlands, pp. 451-486.
- Rawls, john (2003), **political liberalism**, p. horacio specter, judicial review, rights, and democracy, springer, kluwer academic publishers, printed in the netherlands, law and philosophy, pp. 216 & 285-334.

- Rostow, eugene v, december (1952), “the democratic character of judicial review”, **Yale law school legal scholarship repository, faculty scholarship serie**, part of the law commons , volume 66, number 2, pp. 195- 196.
- Rousseau, jean-jacques,(1973) **the social contract and discourses**, g.d.h. Cole, trans. (new york: everyman’s library, bk. Ii, chap. Iii, Horacio spector, judicial review, rights, and democracy, law and philosophy, kluwer academic publishers. Printed in the netherlands, p. 184 & 285–334.
- Spector, horacio (2003), “judicial review, rights, and democracy”, springer, kluwer academic publishers, printed in the netherlands, **law and philosophy**, vol 22: number 3 &4, pp 285–334.
- Springe, judiciak review of legislation, comparative study of the united kingdom, netherlan and soth africa, p. 56.
- Tetzlaff, thilo, september (2006), “kelsen’s concept of constitutional review accord in europe and asia: the grand justices in taiwan”, **national taiwan university law review**, vol 1, number 2.
- Troper, michel (2003),”the logic of justification of judicial review”, **international jornal of constitutional law**, oxford university press and new york university school of law, volume 1. pp. 99- 121.
- Tushnet, mark (2003), “forms of judicial review as expressions of constitutional patriotism”, kluwer academic publishers. Printed in the netherlands, **law and philosophy**, vol 22, number 3-4, pp. 353–379.
- Vinx, lar (2015), translation, introduction, and notes by the vinx lar, **guardian of the constitution: hans kelsen, and carl schmitt on the limits of constitutional law**, cambridge university prees, united kingdom.