



The Historicity of Constitutionalism and Its Normative Principles from the Perspective of Charles Howard McIlwain, with a Focus on the Constitutionalism: Ancient and Modern

Seyyed Mojtaba Vaezi[✉] ¹, Seyyed Hossein Sharifi ²

1. Professor of Public Law, Faculty of Law and Political Science, University of Shiraz, Shiraz, Iran. Email: mvaezi@shirazu.ac.ir

2. Ph.D. Student of Public Law, Faculty of Law and Political Science, University of Shiraz, Shiraz, Iran. (Corresponding Author). Email: sharifi.hossein.law@gmail.com

Abstract

Constitutionalism is a complex subject due to its inherent ambiguity and multiple interpretations, and the crises associated with it in the 1930s highlighted the need for a more precise understanding. This article aims to explore the historical development of constitutionalism from the perspective of Charles Howard McIlwain, a prominent scholar of political science, and to infer the normative principles from his viewpoint. The goal is to provide a correct understanding of the concept of "constitutionalism" and to find a solution for its challenges. Using a descriptive-analytical approach, this research first analyzes the concept of constitutionalism from different perspectives. It then describes the stages of its evolution through McIlwain's work, "Constitutionalism: Ancient and Modern," and finally, it explains the normative principles extracted from this perspective. The findings show that McIlwain considers constitutionalism to be a historical and evolutionary process that has been shaped by the interactions with social events and historical struggles. By examining this continuous process from ancient Greece and Rome to the modern era, he extracts principles such as the rule of law, the distinction between public and private rights, the central role of judicial review, and the importance of political responsibility. While ancient constitutionalism in Greece faced challenges such as the lack of a solution other than revolution in response to the violation of law, Roman constitutionalism addressed these shortcomings by distinguishing between constitutional and ordinary law and separating public and private rights, thus providing a basis for judicial independence. The key conclusion is that a precise understanding of constitutionalism from McIlwain's historical perspective and the extraction of its normative principles serve as a valuable tool for analyzing and addressing theoretical debates in the fields of constitutional adjudication and interpretation, and is very beneficial for researchers in this area.

Keywords: Constitutional Adjudication, Constitution, Constitutionalism, Normative Constitutionalism, McIlwain.

Received: 19/12/2024; **Revised:** 18/02/2025; **Accepted:** 04/03/2025; **Published online:** 30/03/2025

How To Cite: Vaezi, S M & Sharifi, S H (2025). The Historicity of Constitutionalism and Its Normative Principles from the Perspective of Charles Howard McIlwain, with a Focus on the Constitutionalism: Ancient and Modern, *Journal of Comparative Public Law*, 2 (1). 129-156. <http://doi.org/10.22091/cpl.2025.12771.1054>





تاریخ‌بودگی قانون اساسی‌گرایی و اصول‌هنجاری‌ناظر بر آن از منظر چارلز‌هاوارد مک‌ایلوین با تمرکز بر اثر قانون اساسی‌گرایی عصر باستان و دوران مدرن سید مجتبی واعظی^۱، سید حسین شریفی^۲

۱. استاد حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران. رایانامه: mvaezi@shirazu.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران. (نویسنده مسئول)، رایانامه: sharifi.hossein.law@gmail.com

چکیده

قانون اساسی‌گرایی به دلیل ابهام ذاتی و تعابیر متعدد، موضوعی پیچیده است که در دهه ۱۹۳۰ میلادی بحران‌های مرتبط با آن، لزوم درکی دقیق‌تر را آشکار ساخت. این مقاله با هدف کاوش در مراحل تاریخی توسعه قانون اساسی‌گرایی از منظر چارلز‌هاوارد مک‌ایلوین، پژوهشگر برجسته علوم سیاسی و استنباط اصول‌هنجاری از دیدگاه او، به دنبال ارائه درکی صحیح از مفهوم «قانون اساسی» و یافتن راه‌حلی برای چالش‌های آن است. این پژوهش با رویکرد توصیفی-تحلیلی، ابتدا به تحلیل مفهوم قانون اساسی‌گرایی از دیدگاه‌های متفاوت پرداخته؛ سپس مراحل تحول آن را از منظر مک‌ایلوین در کتاب «قانون اساسی‌گرایی: عصر باستان و دوران مدرن» تشریح می‌کند و درنهایت، اصول‌هنجاری استخراج شده از این نگرش را تبیین می‌کند. یافته‌ها نشان می‌دهد که مک‌ایلوین قانون اساسی‌گرایی را فرآیندی تاریخی و تکاملی می‌داند که از دل کنش و واکنش با رویدادهای اجتماعی و مبارزه‌های تاریخی شکل گرفته است. وی با بررسی این روند مستمر از یونان و روم باستان تا دوران مدرن، به استخراج اصولی چون حکومت قانون، تمایز حقوق عمومی و خصوصی، نقش محوری بازبینی قضایی و اهمیت مسئولیت سیاسی دست می‌یابد. درحالی‌که قانون اساسی‌گرایی باستانی در یونان با چالش‌هایی نظیر عدم ارائه راه‌حل غیر از انقلاب در برابر نقض قانون مواجه بود، قانون اساسی‌گرایی رومی با تمایز میان قانون اساسی و عادی و تفکیک حقوق عمومی و خصوصی، این کاستی‌ها را برطرف کرده و مبنایی برای استقلال قضایی فراهم آورد. نتیجه‌گیری کلیدی این است که درک دقیق مفهوم قانون اساسی‌گرایی از منظر تاریخی مک‌ایلوین و استخراج اصول‌هنجاری آن، ابزاری ارزشمند برای تحلیل و مواجهه با بحث‌های نظری در حوزه دادرسی و تفسیر قانون اساسی به شمار می‌رود و برای پژوهشگران این عرصه بسیار سودمند است.

واژگان کلیدی: دادرسی اساسی، قانون اساسی، قانون اساسی‌گرایی، قانون اساسی‌گرایی‌هنجاری، مک‌ایلوین.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۹/۲۹؛ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۱۱/۳۰؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۲/۱۴؛ انتشار برخط: ۱۴۰۴/۰۱/۱۰

استناد: واعظی، سید مجتبی و شریفی، سید حسین (۱۴۰۴). هرمنوتیک دین در خوانش آگزیستانسیالیستی، *حقوق عمومی تطبیقی*، ۲ (۱).

۱۵۶-۱۲۹. <http://doi.org/10.22091/cpl.2025.12771.1054>



مقدمه

قانون اساسی‌گرایی^۱ مفهومی مبهم است که در ادبیات حقوقی و سیاسی، نگرش‌ها و گرایش‌های گوناگون هر یک به نحوی متفاوت آن را تعبیر و تصور نموده است. یکی از دانشمندانی که در تدقیق مفهوم قانون اساسی‌گرایی و تبیین ماهیت آن کوشید و با نگرشی تاریخی، ریشه‌های این مفهوم را تا عصر باستان کاوید، پروفیسور چارلز هاوارد مک‌ایلوین^۲ است. وی به‌عنوان یک حقوق‌دان، مورخ و دانشمند علوم سیاسی که در زمینه مطالعات تاریخ قانون اساسی‌گرایی و تاریخ اندیشه سیاسی تبخّر داشت، از بطن تاریخ، اصولی هنجاری ناظر به قانون اساسی‌گرایی استخراج نمود که پایه‌های آن بر مبانی تاریخی استوار گشته بود. این اصول هنجاری در زمان دادرسی اساسی و تفسیر دادرسان از متن قانون اساسی نقشی ضروری و کلیدی ایفا می‌نماید. او در عمده آثار خود همچون «دیوان عالی پارلمان و برتری آن»^۳ به سال ۱۹۱۰ و یا کتاب «رشد اندیشه سیاسی در غرب»^۴ ایده مذکور را پرورش می‌دهد و سرانجام در مهم‌ترین اثر خود، یعنی «قانون اساسی‌گرایی: عصر باستان و دوران مدرن»^۵ حاصل پژوهش‌های تاریخی خود را برای اصلاح نگرش موجود به قانون اساسی‌گرایی و ارائه قرائتی تاریخی از آن در سال ۱۹۳۹ به انتشار می‌رساند.

1. Constitutionalism

در برگردان این واژه به زبان فارسی، برخی بر این باور بوده‌اند که با توجه به پیشینه فکری و کاربردهای زبانی در ایران، ترکیه و کشورهای همجوار، می‌بایست لفظ «مشروطه» یا «مشروطیت» را معادل فارسی مطلوب دانست (راسخ، لاگین، ۱۳۸۵: ۱۵۱-۱۵۲). اما علامه دهخدا در لغت‌نامه خود، در مدخل مشروطیت و در مقام ریشه‌یابی این واژه، اظهار می‌دارند که لفظ «مشروطه» را نمی‌توان اسم مفعول از ریشه «شرط» دانست. چراکه حاصل این واژه حاصل ترجمه عثمانیان از لفظ فرانسوی Charte Constitutionnelle برگرفته از فرمان لویی هجدهم مبنی بر تشکیل پارلمان بوده است. علامه دهخدا، استفاده از لفظ مشروطه یا مشروطیت را برای اشاره به «حکومت قانونی»، فاقد تجربه استعمال چه در زبان عربی و چه در زبان فارسی می‌داند. چه آنکه در زبان عربی نیز معادل قانون اساسی را «دستور» می‌شناسند و برای واژه Constitutionalism نیز معادل «الدستورانیه» یا «الدستوریه» را برگزیده‌اند. دکتر ابوالفضل قاضی نیز بر این اساس واژه «دستورگرایی» را معادل مناسب کانسیتوشنالیسم تشخیص داده‌اند (قاضی، ۱۳۷۶: ۴۰).

به‌هرروی، تردیدی در این نیست که واژه Constitutionalism اشاره به گرایش به قانون اساسی دارد. چنانچه قانون اساسی را تنها در حکم «شرط» لازم‌الاجرا برای حکومت‌ها در نظر آوریم، نگاهی تقلیل‌گرایانه به مفهوم قانون اساسی و تاریخ غنی آن داشته‌ایم. قانون اساسی مفهومی گسترده است که فراتر از یک «شرط» برای حکومت‌ها، بیانگر آرمان‌های یک ملت و تجلی‌گاه مبارزات و تلاش‌های هر ملت برای نهادینه ساختن حقوقی بنیادین است که یک حکومت را اساس می‌بخشد. چنانچه واژه مشروطه را برگردانی از Charte Constitutionnelle به معنی منشور قانون اساسی بدانیم، برگردان «قانون اساسی‌گرایی» برای واژه Constitutionalism دقیق‌تر و صحیح‌تر به نظر می‌رسد.

2. Charles Howard McIlwain (1871-1968)

3. The High Court of Parliament and Its Supremacy

4. The Growth of Political Thought in the West.

5. Constitutionalism: Ancient and Modern

رویدادهای دهه ۱۹۳۰ مهم‌ترین انگیزه مک‌ایلوین از نگارش کتاب «قانون اساسی گرایی: عصر باستان و دوران» مدرن بوده است. دهه ۱۹۳۰ میلادی که بخشی از دوره میان دو جنگ^۱ (۱۹۱۸-۱۹۳۹) به شمار می‌رود، دورانی بحرانی در تاریخ مدرن شناخته می‌شود. آشوب و عواقب ویرانگر جنگ جهانی اول همچنان گریبان‌گیر ملت‌ها و دولت‌ها است و از سال ۱۹۲۹، دوران رکود بزرگ^۲ آغاز شده است که منجر به بروز بحران گسترده اقتصادی و آشفته‌گی‌های اجتماعی به‌ویژه در اروپا و ایالات متحده می‌شود. این اوضاع و احوال، زمینه را برای نابسامانی در عرصه سیاست و ظهور جنبش‌های فاشیسم و نازیسم در اروپا فراهم می‌سازد که در نهایت منجر به ایجاد نظام‌های سیاسی توتالیتار شد. توتالیتاریسم، در روندی متضاد با آرمان‌های قانون اساسی گرایی، عرصه جوامع را دستخوش اقتدارگرایی، استبداد و سرکوب حقوق و آزادی‌ها نمود. در همین دوران (سال ۱۹۳۳) در ایالات متحده آمریکا، فرانکلین روزولت^۳ با اتخاذ سیاست اصلاحات اقتصادی موسوم به «نیو دیل»^۴ که دخالت گسترده دولت در مناسبات اقتصادی را به‌منظور کاهش آسیب‌های ناشی از دوران رکود بزرگ دنبال می‌کرد، چالش‌هایی را با دیوان عالی ایالات متحده ایجاد نمود؛ دیوان عالی، بسیاری از احکام مربوط به قانون نیو دیل، به‌ویژه قوانین جدید کار را برخلاف قانون اساسی ایالات متحده آمریکا تشخیص داده بود. عمده استدلال قضات دیوان عالی این بود که این قوانین، حق مالکیت و آزادی‌های قراردادی را به‌عنوان یک حق و آزادی اساسی خدشه‌دار نموده بود.

مک‌ایلوین در کتاب «قانون اساسی گرایی: عصر باستان و دوران مدرن»، در پی یافتن پاسخی به مسائل بحرانی موجود، تاریخ قانون اساسی گرایی را می‌کاود تا مخاطب خود را به درک صحیح از مفهوم قانون اساسی و فرآیند توسعه و تکامل قانون اساسی گرایی یاری کند؛ به‌نحوی که با استخراج مبانی تاریخی قانون اساسی گرایی و استنباط مفاهیم برآمده از آن، مخاطب خود را در جدال نظری موجود، تجهیز کند. این اثر علی‌رغم گذشت سال‌های قابل توجه، همچنان منبعی دست اول برای پژوهشگران قانون اساسی گرایی به شمار می‌آید و از جانب منتقدان قانون اساسی گرایی همچون مارتین لاگلین نیز همچنان مورد نقد و پرسش قرار می‌گیرد. بنابراین، آشنایی حداقلی با نگرش تاریخی وی به مقوله قانون اساسی گرایی که در این نوشتار در پی آن بوده‌ایم، قطعاً می‌تواند برای علاقه‌مندان و پژوهشگران این حوزه مفید باشد.

1. Interwar period

2. Great Depression

3. Franklin D. Roosevelt

4. New Deal

پرسش اصلی که در این فضای فکری و تاریخی مطرح می‌شود این است که دیدگاه تاریخی چارلز هاوارد مک‌ایلوین نسبت به قانون اساسی‌گرایی، چه بینشی برای درک ماهیت آن ارائه می‌دهد و چگونه اصول هنجاری را از دل این تاریخ استخراج می‌کند که بتواند راهگشای بحران‌های بنیادین در حوزه قدرت و محدودیت آن باشد.

در ادبیات حقوقی ایران، پژوهشگران به موضوع قانون اساسی‌گرایی و اساسی‌سازی حوزه‌های حقوقی پرداخته‌اند. از جمله آثار، مقاله «قانون اساسی مدرن و الزامات مفهومی آن در رویکردی تطبیقی» از دکتر سید مجتبی واعظی (پژوهشنامه حقوق تطبیقی، بهار ۱۴۰۲) است. وی، قانون اساسی را «تجلی قرارداد اجتماعی» می‌داند که نحوه استفاده از قدرت سیاسی و قیود آن را تعیین می‌کند و محصول وفاق عمومی تلقی می‌شود. مقاله «مسئله اساسی‌سازی نظم حقوقی» از دکتر جواد تقی‌زاده (پژوهش‌های حقوقی، فروردین ۱۳۸۶) به «ویژگی هنجاری قانون اساسی»، «دخال‌گری قانون اساسی» و «ایجاد دادرسی اساسی» به‌عنوان شرایط اساسی‌سازی نظام حقوقی اشاره دارد. همچنین، مقاله «قانون اساسی‌گرایی در دادرسی کیفری» از دکتر علی خالقی و نجمه غفاری (مطالعات حقوق عمومی دانشگاه تهران، تابستان ۱۴۰۱) نشان می‌دهد قانون اساسی‌گرایی در دادرسی کیفری، حقوق بنیادین افراد را تضمین و از کاربرد خودسرانه قدرت جلوگیری می‌کند.

شکاف پژوهشی در اینجا نهفته است که علی‌رغم اذعان به اهمیت مک‌ایلوین به‌عنوان منبعی دست اول و مورد نقد در ادبیات معاصر جهانی، تحلیل عمیق و منسجمی از چگونگی استخراج و کاربرد اصول هنجاری از منظر تاریخ‌بودگی قانون اساسی‌گرایی، به ویژه در ادبیات حقوقی ایران، کمتر مورد توجه قرار گرفته است. از این رو، اهمیت این پژوهش در آن است که با ارائه تحلیلی توصیفی تحلیلی از دیدگاه مک‌ایلوین، نه تنها به تدقیق مفهوم قانون اساسی‌گرایی از یک منظر بدیع و تاریخی می‌پردازد، بلکه با استخراج و تبیین اصول هنجاری ناشی از این دیدگاه، ابزاری تحلیلی و عملیاتی برای دادرسی اساسی و تفسیر دادرسان فراهم می‌آورد. هدف این مقاله، فراتر از آشنایی صرف با دیدگاه مک‌ایلوین، تجهیز پژوهشگران و علاقه‌مندان به مبانی نظری و تاریخی استوار است تا بتوانند در جدال‌های فکری کنونی، به فهمی عمیق‌تر از قانون اساسی‌گرایی دست یابند و از درس‌های تاریخی برای مواجهه با چالش‌های حقوقی و سیاسی زمانه بهره‌مند شوند.

در ادامه این مقاله، ابتدا به تحلیل مفهوم قانون اساسی‌گرایی از نگرش‌های متفاوت می‌پردازیم تا بستر لازم برای تمایز دیدگاه مک‌ایلوین فراهم آید. سپس، مراحل متوالی قانون اساسی‌گرایی را از دیدگاه

مک‌ایلوین و برگرفته از کتاب «قانون اساسی‌گرایی: عصر باستان و دوران مدرن» مرور خواهیم نمود. درنهایت، ضمن اشاره‌ای مختصر به مدل قانون اساسی‌گرایی هنجاری و رویکردهای ناظر بر آن، اصول هنجاری قانون اساسی‌گرایی استخراج شده از سوی مک‌ایلوین را شرح و تحلیل خواهیم کرد.

۱. تحلیل مفهوم قانون اساسی‌گرایی

قانون اساسی‌گرایی مفهومی مبهم است که در حداقلی‌ترین معانی خود حتی برای اشاره به مطالعه تطبیقی قانون اساسی ایالات مختلف ایالات متحده آمریکا (Connor & Hammons, 2008: 4) و یا تجزیه و تحلیل اصول نانوشته قانون اساسی (Amar, 2006: 58) نیز به کار رفته است؛ آن‌چنان که جرمی والدرون^۱ بیان می‌کند این قبیل برداشت‌ها از مفهوم قانون اساسی‌گرایی «کاربردی فاقد هرگونه محتوای نظری یا تحلیلی است» (Waldron, 2016: 24). فراتر از این، برخی قانون اساسی‌گرایی را تمایل یا گرایش جامعه سیاسی برای ایجاد و اعمال متنی مکتوب که چارچوب قدرت حکومت را (فارغ از کیفیت آن) معین می‌سازد، معرفی نموده‌اند. به بیان دیگر «قانون اساسی‌گرایی» را ویژگی ضمنی هر «حکومت مبتنی بر قانون اساسی»^۲ شناسایی نموده‌اند. در فرهنگ لغات انگلیسی آکسفورد،^۳ واژه «پابندی به اصول قانون اساسی»^۴ تعریف شده است. از این دیدگاه، قانون اساسی‌گرایی بیانگر نگرش و گرایشی است که اهمیت قانون اساسی و الزام به اجرای اصول آن را در یک جامعه سیاسی بیان می‌کند تا آنجا که صرف‌نظر نمودن از سایر مصالح و ارزش‌های جامعه را در مقابل اصول قانون اساسی، توجیه‌پذیر می‌نمایاند. در فرهنگ لغت اندیشه سیاسی^۵ اثر اسکروتون^۶ تعریف فوق دارای افزوده‌ای است که معنای واژه مذکور را تدقیق می‌کند: «حکومتی که مبتنی بر قانون اساسی است و توسط آن محدود می‌شود». اما آیا وجود قانون اساسی در قالب یک متن مکتوب، ویژگی جدایی‌ناپذیر ایده قانون اساسی‌گرایی است؟

به عبارت دیگر آیا می‌توان پذیرفت که حکومتی (مانند بریتانیا) فاقد متنی مکتوب تحت عنوان اساسی باشد اما بتوان آن را حکومتی «قانون اساسی‌گرا» دانست؟ و به همین ترتیب، آیا می‌توان تصوّر نمود حکومتی بر اصول نصّ قانون اساسی پایبند است اگرچه که «قانون اساسی‌گرا» نیست؟ آنچه از برآیند نظر اندیشمندان

1. Jeremy Waldron

2. Constitutional government

3. Oxford English Dictionary

4. Constitutionalism

5. Dictionary of Political Thought. Available in: <https://archive.org/details/dictionaryofpoli00scru/mode/2up>

6. Roger Scruton

دریافت می‌شود، تأکید و تمرکز بر ایده «محدودیت حکومت» به‌عنوان رکن محوری قانون اساسی‌گرایی است. بنابراین می‌توان قانون اساسی‌گرایی را «محدودیت قدرت حکومت و تضمین حقوق حکومت‌شوندگان» (Rasekh & Loughlin, 2005: 147) تعریف نمود. این مفهوم ریشه در تلاش‌های دیرینه و مستمر متفکران و جوامع برای مهار قدرت نامحدود حاکمان و جلوگیری از استبداد دارد؛ تلاشی که در بستر تحولات فکری عصر روشنگری و انقلاب‌هایی نظیر فرانسه و آمریکا، با پیشنهاد سازوکارهایی چون تفکیک قوا و حاکمیت مردم، به دنبال تضمین آزادی و حقوق شهروندان در برابر هرگونه سوءاستفاده از قدرت حاکمیتی بوده است (مولایی و دیگران، ۱۴۰۳: ۱۲۴). در این بخش، دیدگاه جرمی والدرون و مارتین لاگلین^۱ را در تشریح آنچه نظریه و ایدئولوژی قانون اساسی‌گرایی خوانده‌اند مرور خواهیم نمود و پس از آن دیدگاه چارلز هاوارد مک‌ایلوین را که نزد او قانون اساسی‌گرایی یک تاریخ است، از نظر خواهیم گذراند.

۱-۱. قانون اساسی‌گرایی به‌عنوان یک نظریه

جرمی والدرون در فصل نخست از کتاب خود با عنوان «نظریه سیاسی سیاست: مقالاتی پیرامون نهادها»^۲، هرچند از دیدگاهی انتقادی و بدبینانه، به تحلیل مفهوم «قانون اساسی‌گرایی» و ویژگی اساسی آن یعنی «قیدوبند قدرت حکومت» پرداخته است. والدرون قانون اساسی‌گرایی را یک نظریه می‌خواند؛ چراکه به باور او «قانون اساسی‌گرایی، محصول اندیشه‌ای است که ناظر به اهمیت و ضرورت وجود و اعمال قواعد و رویه‌هایی برای تنظیم بهینه روابط در زندگی سیاسی، به انتخاب و ارزیابی می‌پردازد» (Waldron, 2016: 27). بر اساس این تعریف، الزامی بر وجود یک قانون اساسی مکتوب برای اعمال نظریه قانون اساسی‌گرایی نیست؛ هرچند که به گفته هانا آرنت «عینی بودن و موجودیت ملموس زمینی» (Wellmer, 1999: 212) قانون اساسی باعث می‌شود ایده‌ها و آرمان‌های قانون اساسی‌گرایانه از حالت صرفاً ذهنی خارج شده و حضور محسوس آن در مناسبات سیاسی، آن را در جایگاه فراتر قرار دهد. آنچه در این تعریف مدنظر است، توانایی جامعه سیاسی برای ایجاد یک حکومت شایسته بر اساس «اندیشه» و «انتخاب» است؛ بدون آنکه ایجاد قواعد اساسی که نحوه اعمال قدرت‌ها حکومت را مشخص می‌کند به قدرت «زور» یا «روند حوادث» واگذار کند (Waldron, 2016: 30).

1. Martin Loughlin

2. Political political theory: essays on institutions

والدرون در تحلیل مفهوم «محدودیت بر حکومت» به عنوان ویژگی اساسی و ماهوی قانون اساسی گرای، ابتدا آن را از «حاکمیت قانون» متمایز می سازد. وی رول آف لا را دارای جنبه های هنجاری عمدتاً شکلی و رویه ای، معطوف به امر حکمرانی می شناسد؛ حال آنکه قانون اساسی گرای از چشم انداز او، نظریه ای است که به صورت ماهوی، بر ضرورت و اهمیت واپایی^۱ (کنترل و هدایت)، محدودسازی^۲ و منع کنندگی^۳ قدرت و اختیار حکومت تأکید دارد (Waldron, 2016: 32). برخی این ویژگی را بخشی از منظومه فکری لیبرالیسم دانسته اند که هراس از تمرکز قدرت در دولت به عنوان قوه اجرایی آن را تقویت می کند (Shklar, 1989: 26). به همین دلیل شیوه های مبتنی بر پراکندگی قدرت سیاسی و تعبیه عناصر مهارکننده آن، از مهم ترین ارکان هر قانون اساسی محسوب می شود.

تحلیل مفهوم «محدودیت قدرت سیاسی» به عنوان جان مایه نظریه قانون اساسی گرای، از سوی والدرون با تفکیک میان مفاهیم «دولت تحت کنترل»،^۴ «دولت محدود»^۵ و «دولت منع شده»^۶ صورت می پذیرد. وی از واپایی (کنترل) حکومت، لزوماً برداشتی سلبی و محدودکننده ندارد (Waldron, 2016: 33). همان گونه که در زمان کنترل یک وسیله نقلیه، می توان آن را از رفتن به نقطه (الف) بازداشت، هم چنین می توان آن را به نقطه (ب) هدایت نمود. بنابراین مراد از واپایی حکومت آن است که حکومت به عنوان یک کل (شامل قوای مجریه و مقننه) توسط اندیشه و انتخاب مردم هدایت گردد. این هدایت گری صرفاً جنبه محدودکننده ندارد و چه بسا خواست و هدفی ایجابی مانند رفع فقر نیز بخشی از آرمان های قانون اساسی گرایانه یک جامعه سیاسی در نظر گرفته شود. در مقابل، منع کنندگی قطعاً یک ایده صرفاً سلبی است که به منظور جلوگیری از برخی اقدامات حکومت در قانون اساسی جایگذاری می شود تا آن اقدامات را برای دولت ممنوع کند (Waldron, 2016: 35). این قبیل اقدامات عمدتاً مواردی هستند که ناقض حقوق بنیادین افراد تلقی می شوند؛ بنابراین قواعدی مانند منع شکنجه و منع بازداشت خودسرانه بخش جدایی ناپذیر نظریه قانون اساسی گرای به شمار می آیند.

1. Controlling

2. Limiting

3. Restraining

4. controlled government

5. limited government

6. restrained government

ایده دولت محدود نیز گاهی در ادامه همین ایده منع‌کنندگی و ناظر به بی‌طرفی دولت است؛ همچون آنگاه که دولت از دخالت در انجام مناسک مذهبی گروه‌ها منع شده و درعین حال نیز، به‌عنوان مثال از ساخت عبادتگاه‌های عمومی منع می‌شود. اما والدرون به وجهی از دولت محدود مدنظر قانون اساسی‌گرایان (به‌ویژه لیبرال) اشاره دارد که با بدبینی نسبت به دولت، از فربه شدن آن و دخالت در امور اقتصادی نیز ناخشنودند و مفهوم دولت محدود را نسبت به اقدامات مداخله‌گرایانه دولت در اقتصاد تعمیم می‌دهند (Waldron, 2016: 32). والدرون بر این باور است که منطق هنجاری قانون اساسی را نباید تنها در دو ظرفیت «منع» و «الزام» حکومت شناسایی نمود. بلکه ظرفیت «مجاز» بودن اعمال حکومت نیز می‌بایست در منطق قانون اساسی‌گرایی جایگاه خود را بیابد (Waldron, 2016: 37). بنابراین پیشنهاد والدرون این است که نظریه قانون اساسی‌گرایی در کنار تأکید مداوم بر «مقید بودن» حکومت و بیان امور ممنوعه، نسبت به آنچه حکومت موظف و یا مجاز به انجام آن است نیز اشاره نماید.

۱-۲. قانون اساسی‌گرایی به‌عنوان یک ایدئولوژی

مارتین لاگلین به‌عنوان یکی از منتقدین جدی قانون اساسی‌گرایی در کتاب «علیه قانون اساسی‌گرایی»^۱ در سال ۲۰۲۲ میلادی، فصل نخست اثر خود را با عنوان «قانون اساسی‌گرایی چیست؟» به تحلیل مفهوم قانون اساسی‌گرایی اختصاص داده است و آن را یک ایدئولوژی جهان‌شمول تعریف نموده است (Loughlin, 2022: 7). دلیل او برای ایدئولوژی خواندن قانون اساسی‌گرایی آن است که وی این مفهوم را به مثابه یک ظرف خالی در نظر نمی‌گیرد که بتوان به فراخور اوضاع و احوال محتوایی دلخواه بر آن بار نمود؛ بلکه نزد وی، قانون اساسی‌گرایی حاوی ارزش‌ها، منطق خاص خود و هنجارهایی است که نمی‌توان آن‌ها را فارغ از معنا و حقیقت خود، دستخوش تغییر و دگرگونی نمود. به بیان دیگر، او قانون اساسی‌گرایی را نه صرفاً مجموعه‌ای از آرمان‌های لیبرال، که یک «نظام اعتقادی» در نظر می‌گیرد؛ نظامی اعتقادی که در غایت خود، نظام دموکراسی را به نظام جورستوکراسی^۲ یا «نخبه‌سالاری قضایی» بدل خواهد نمود (Gould, 2061: 2022). لاگلین بر این باور است که «محدودیت حکومت» به‌عنوان ویژگی اصلی قانون اساسی‌گرایی در قرن هجدهم میلادی صادق بوده است و امروزه با توجه به نفوذ دولت در تقریباً تمامی شئون و حوزه‌های زندگی مدنی، نمی‌توان حکومتی محدود یافت. به بیان دیگر، قانون اساسی‌گرایی قرن هجدهم

1. Against constitutionalism

2. Juristocracy

دیگر پاسخگوی چالش‌ها و پیچیدگی‌های اعمال محدودیت و هدایت حکومت در دوران کنونی نیست. جایگزین آن، اکنون قانون اساسی گرای روزآمدی است که خود را راهی برای پیشبرد «آزادی» در دنیای حکومت‌های فراگیر و حداکثری می‌داند (Loughlin, 2022: 10).

لاگلین مبانی قانون اساسی گرای را در دو مؤلفه تبیین می‌کند. مفهوم اول، «قدرت مؤسس» است که منبع اقتدار را در «مردم» متجلی می‌کند و حاکمیت نهایی را تنها نزد مردم می‌شناسد. این قدرت ذاتی است و مستقل از هر چارچوب رسمی قانون اساسی وجود دارد. به بیان دیگر، این ایده حاکی از آن است که مردم حق دارند حکومت و قوانین خود را ایجاد نمایند یا تغییر دهند؛ مفهوم دوم، توسعه حقوق بنیادین است که از دیدگاه صرفاً فلسفی حقوق طبیعی، به یک سیستم قانونی که فعالانه از حقوق افراد محافظت می‌کند، توسعه یافته است (Gould, 2022: 2063-2064). این گذار، نشان دهنده تحوّل از درک نظری حقوق به مجموعه‌ای عملی و قابل اجرا از حمایت‌های مندرج و فهرست شده در قانون اساسی است. برخلاف دیدگاه والدرون، «مکتوب» بودن قانون اساسی یکی از ویژگی‌های اساسی آنچه است که لاگلین ایدئولوژی قانون اساسی گرای می‌خواند (Loughlin, 2022: 8). وی ارکان این ایدئولوژی را چنین صورت‌بندی می‌نماید: (قانون اساسی مدوّن و مکتوب) نخست، یک ساختار کلی و طرح جامع از حکومت ایجاد می‌نماید؛ دوم، این طرح جامع بر اساس شیوه حکومت مبتنی بر نمایندگی رقم می‌خورد؛ سوم، قدرت میان شاخه‌های مختلف حکومت (قوای مجریه، مقننه و قضاییه) تفکیک می‌گردد تا درنهایت از حقوق و آزادی‌های افراد محافظت شود؛ چهارم، مجموعه‌ای پایدار و دائمی از اصول و قوانین ایجاد می‌گردد که به‌عنوان چارچوب تغییرناپذیر حکمرانی، حکومت را در طول زمان هدایت می‌نماید؛ پنجم، یک نظام محافظت از حقوق بنیادین ایجاد می‌شود که در رأس آن یک قوه قضاییه مستقل بر اساس مصالح و منفعت عمومی بر آن نظارت می‌کند؛ ششم، درنهایت، قانون اساسی قادر خواهد بود جایگاه خود را به‌عنوان ابراز مقتدارانه هویت سیاسی جمعی تجسّم بخشد (Loughlin, 2022: 9-10).

لاگلین بر تمایز میان مفاهیم «حکومت مبتنی بر قانون اساسی» و «قانون اساسی گرای» تأکید دارد. به‌طور خلاصه، وی قانون اساسی گرای را مفهومی مدرن می‌پندارد که با انقلاب آمریکا ظهور نموده است. از منظر او، ریشه تاریخی قانون اساسی گرای نهایتاً تا دوران روشنگری امتداد دارد و از اندیشه‌های توماس هابز و جان لاک در خصوص حقوق طبیعی و آزادی‌های منفی (Gould, 2022: 2068) بهره می‌گیرد؛ حال آنکه حکومت‌های مبتنی بر قانون اساسی از زمان باستان تاکنون قابل شناسایی‌اند. علاوه بر این، در

حکومت‌های مبتنی بر قانون اساسی، نیازی به وجودی یک نصّ مدون و بنیادین نیست؛ اصول و قواعد این نوع حکومت می‌تواند در نهادها و عرف جایگذاری شده و در طول زمان توسعه و تکامل یابد. در مقابل قانون اساسی‌گرایی نیازمند وجود یک سند مکتوب و جامع با عنوان قانون اساسی است که به‌عنوان مبنایی برای مشروعیت اقتدار حکومتی و حمایت از حقوق فردی به کار می‌رود (Loughlin, 2022: 12). درنهایت، لاگلین بر رکن بررسی قضایی (جودیشیال رویو) به‌عنوان یک عنصر کلیدی قانون اساسی‌گرایی تأکید دارد؛ نقش قوه قضاییه در تفسیر و اعمال متن قانون اساسی، جایگاه آن را به‌عنوان نگهبان قانون اساسی و تضمین‌کننده مطابقت اعمال حکومت با مفاد قانون اساسی برجسته می‌سازد (Gould, 2022: 2070).

۱-۳. قانون اساسی‌گرایی به‌عنوان یک تاریخ

برخلاف دو دیدگاه پیشین، چارلز هاوارد مک‌ایلوین بر این باور است که قانون اساسی‌گرایی نه محصول نظریات اندیشمندان است و نه یک نظام جامع عقیدتی که اصول و ارکانی ثابت و انعطاف‌ناپذیر دارد. وی بر ماهیت تاریخی قانون اساسی‌گرایی تأکید دارد؛ از دیدگاه وی قانون اساسی‌گرایی نه تنها یک «مفهوم تاریخی» بلکه خود یک «تاریخ» است (Kumm, 2018: 169)؛ فرآیندی پویا و در حال تحوّل که نسبت به تجربیات، مبارزات و تعاملات حوزه‌های گوناگون نظری، سیاسی، اجتماعی و اقتصادی در کنش و واکنش است. از این رو، قانون اساسی‌گرایی در دیدگاه مک‌ایلوین، نه یک ایده ثابت بلکه یک فرآیند تاریخی شامل مراحل متوالی از توسعه و تکامل است. این روند تکوینی، تدریجی و پیوسته تاریخی، از دوران باستان تا دوران مدرن، بیانگر آن است که رویدادهای اجتماعی همچون انقلاب، جنگ‌ها، فرآیندهای اصلاح طلبانه قضات یا کارگزاران حکومت‌ها، بیش از نظریه‌پردازی اندیشمندان بر قانون اساسی‌گرایی به‌عنوان یک «تاریخ» اثرگذار بوده است (Sturm, 1969: 218).

بنابراین درک قانون اساسی‌گرایی مستلزم درک یک فرآیند تاریخی است. این فرآیند تاریخی به مدد دستاوردهای نظری «اینک و اکنون» امکان تحلیل یافته و بینشی نوین و ادراکی متفاوت را حاصل می‌کند. قانون اساسی‌گرایی از منظر مک‌ایلوین را باید یک «سنت» دانست (Belz, 1972: 645)؛ اما نه سنتی صلب و ارتجاعی. قانون اساسی‌گرایی سنتی است که در قالب یک میراث زنده و سازگار با مقتضیات زمان به دست اهالی «اکنون» می‌رسد. این سنت پویا، در بوته محک تاریخ، صیقل می‌خورد و مبنای تاریخی استواری ایجاد می‌نماید که به‌عنوان ارکان آزموده قانون اساسی‌گرایی، جایگاه پایدار در تجربه بشری می‌یابند.

آنچه مک‌ایلوین جوهر اصلی قانون اساسی گرایي به‌عنوان یک تاریخ می‌داند، «محدودیت بر اعمال اراده خودسرانه» است (McIlwain, 2005: 21). نزد وی، قانون اساسی گرایي آنتی‌تز حکومت خودسرانه (مبتنی بر فرمان) است؛ این وجه از قانون اساسی گرایي تاریخی بر فراز و نشیب طی نموده است و مطابق با اوضاع و احوال و شرایط وقت، جلوه‌ای پیچیده‌تر بر خود یافته است. مراد مک‌ایلوین از حکومت «محدود»، محدود به چارچوب قانون است؛ قانونی که جایگزین اراده حاکم می‌گردد. بنابراین وی در خصوص دایره دخالت دولت مداخله‌گر (در امور اقتصادی) بر این باور بوده است که مشکلات ایجاد شده، نه ناشی از قانون اساسی گرایي و محدودیت ماهوی آن، که به واسطه به‌کارگیری مکانیزم‌های سُست‌ریشه به لحاظ تاریخی و کم‌تر آزموده، همچون مکانیسم نظارت و تعادل و برداشت ناصواب از «تفکیک قوا» به ویژه از سوی منتسکیو بوده است (McIlwain, 2005: 131). به گمان وی مدل تفکیک قوای بریتانیایی که به لحاظ تاریخی برآمده از تجربه پربار و حاصل مبارزات دراز مدّت مدنی بوده است، در مواجهه با مدل دولت مداخله‌گر (دولت رفاه) هرگز با چالش‌های سایر حکومت‌ها مواجه نشد. چراکه ارکان قانون اساسی گرایي بریتانیایی و مدل خاص تفکیک قوا در این کشور، دولت (قوه مجریه) را برای انجام تصمیمات خود با اختیارات وسیع پشتیبانی می‌نماید (Wheeler, 1975: 525-527).

تفاوت‌های محوری این دیدگاه‌ها در چندین سطح آشکار می‌شود: والدرون بر این باور است که برای اعمال نظریه قانون اساسی گرایي، الزامی به وجود یک قانون اساسی مکتوب نیست و منطق آن باید شامل اعمال «مجاز» حکومت نیز باشد؛ درحالی‌که لاگلین وجود یک قانون اساسی «مکتوب» را از ارکان اساسی ایدئولوژی قانون اساسی گرایي می‌داند و آن را مفهومی مدرن می‌پندارد که از دوران روشنگری نشئت گرفته است، در مقابل «حکومت مبتنی بر قانون اساسی» که قدمت بیشتری دارد و نیازی به سند مدون ندارد. از سوی دیگر، مک‌ایلوین در تحلیل خود، جوهر قانون اساسی گرایي را «محدودیت بر اعمال اراده خودسرانه» می‌داند و مشکلات ناشی از دولت‌های مداخله‌گر را نه از ضعف قانون اساسی گرایي، بلکه از به‌کارگیری مکانیزم‌های ضعیف و کمتر آزموده شده‌ای مانند برداشت ناصواب از «تفکیک قوا» (به ویژه از سوی منتسکیو) می‌داند که با مدل بریتانیایی، ریشه در تجربه تاریخی مدنی، متفاوت است. بدین ترتیب، مقاله نشان می‌دهد که مک‌ایلوین با ارائه یک چارچوب تاریخی، نه تنها به درک عمیق‌تری از مفهوم قانون اساسی گرایي دست می‌یابد، بلکه راهی برای برون‌رفت از بحران‌های مفهومی آن در مواجهه با چالش‌های دوران مدرن نیز پیشنهاد می‌کند و بر اهمیت تجربه تاریخی به‌عنوان منبع اصلی اصول هنجاری تأکید می‌ورزد.

۲. مرا حل متوالی تاریخ قانون اساسی‌گرایی از دیدگاه مک‌ایلوین

مک‌ایلوین در اثر خود، ابتدا می‌کوشد رد پای قانون اساسی‌گرایی را در تاریخ جهان باستان نمایان کند و برای این امر تا عصر اندیشه‌های ارسطو و افلاطون به عقب بازمی‌گردد. قانون اساسی‌گرایی مدنظر او ماهیتی جز «محدودیت بر اعمال اراده خودسرانه» و این محدودیت را قانون ایجاد می‌کند. قانون خطی را ترسیم می‌نماید که گذر و نفوذ دولت فراتر از آن، عبور از حکومت قانون و بیانگر خودسری حاکمان است. بنابراین آنچه مک‌ایلوین در وهله نخست ضروری می‌پندارد، یادآوری «ضرورت وجود محدودیت بر اراده صاحبان قدرت» در طول تاریخ است که در دوران ذکر شده، مورد تردید و خدشه واقع شده بود و نمود آن را می‌توان در «قانون تفویض اختیارات»^۱ مصوب ۱۹۳۳ یافت که بر اساس آن، صدراعظم آلمان اختیار یافت تا بدون دخالت «رایشستاگ»^۲ (پارلمان جمهوری وایمار آلمان) خود به وضع و اجرای قوانین بپردازد. این قانون در حقیقت «فرمان» پیشوای آلمان را جایگزین «قانون» قرار داد و پس از آن بود که فرمان هیتلر با عنوان «آتش رایشستاگ»^۳ صادر شد و اکثر آزادی‌های مدنی، از جمله حق سخنرانی، تجمع، اعتراض و دادرسی را ملغی ساخت (Kellerhoff, 2023: 57-61).

پس از این، مک‌ایلوین در پی یافتن خط ممیزی است که قانون اساسی‌گرایی باستانی را از نوع مدرن آن جدا می‌سازد. او در جستجوی این وجه تمییز، به جمهوری روم و اندیشه‌های سیسرون بازگشت دارد. به گمان وی، آنگاه که سیسرون در سال‌های ابتدایی پس از میلاد مسیح، از تقدّم «قانون طبیعی»، هم به لحاظ زمانی [به قدمت ذهن خدا] و هم به لحاظ ضمانت اجرا، بر سایر قوانین و مصوبات می‌گوید در حقیقت اعتبار هر قاعده و تصمیمی را که موجب نقض این قانون طبیعی شود، نفی می‌کند (McIlwain, 2005: 36). وی جنبه‌ای از قانون اساسی مدرن را مطرح می‌کند که بر اساس آن قانون اساسی «آگاهانه توسط مردم ایجاد می‌شود» (McIlwain, 2005: 15) و آن را در برابر مفهوم سنتی قانون اساسی قرار می‌دهد که مطابق آن قانون اساسی اصول ماهوی است که از نهادهای سیاسی و حاکمیتی موجود یک کشور استخراج می‌شود. بعدتر، وی می‌کوشد با غور در تاریخ قانون اساسی‌گرایی قرون‌وسطی و امتزاج حقوق رومی و کامن‌لای انگلستان (McIlwain, 2005: 49)، روایت غالب از قانون‌های اساسی معاصر را به چالش بکشد و به ارائه

1. Ermächtigungsgesetz

2. Reichstag

3. Reichstagsbrandverordnung

الگوی ریشه‌دار از مناسبات قانون اساسی پردازد که در عوض مکانیسم‌های «کنترل و موازنه» بر مسئولیت سیاسی و قضایی دولت تمرکز دارد. در زیر، مراحل متوالی توسعه و تکامل قانون اساسی‌گرایی از دیدگاه مک‌ایلوین شرح داده خواهد شد.

۲-۱. قانون اساسی‌گرایی عصر باستان

مک‌ایلوین در بررسی قانون اساسی‌گرایی عصر باستان، تکیه و تمرکز بر یونان باستان و تفاوت آن با قانون اساسی‌گرایی روم باستان است. او با تحلیل دیدگاه افلاطون بحث خود را آغاز می‌کند و از آراء او گرایش به قانون اساسی را استخراج می‌کند. برداشت اولیه از نظرات افلاطون در رساله جمهوری^۱ این است که او در تحلیل رابطه صحیح حکومت و قانون، به رد قانون‌گرایی تمایل دارد؛ چراکه به گمان وی قوانین کلی و عام‌اند (McIlwain, 1939: 246-7). ویژگی کلی و عام‌الشمول بودن قانون، اگرچه ماهیت اساسی آن است، اما در عین حال نقصان عمده آن نیز محسوب می‌شود. این قاعده انعطاف‌ناپذیر هرگز نمی‌تواند برای شرایط استثنایی و ویژه که ناگزیر پدیدار می‌شوند، کارآمد و مناسب باشد و این امر چیزی جز ذبح عدالت را در پی ندارد. چگونه می‌توان قاعده کلی در دست داشت و آن را نسبت به تمام انسان‌های متفاوت در شرایط گوناگون و اوضاع پیش‌بینی نشده اعمال کرد؟ این پرسش باستانی افلاطون، همان پرسشی است که ذهن جان لاک را نیز درگیر خود ساخته بود و او وادار کرد با نظریه‌پردازی در خصوص «صلاحیت اختیاری» مقام اجرایی، در کتاب دو رساله درباره حکومت^۲ و در فصلی با نام «در باب امتیاز ویژه»^۳ پاسخی برای آن بیابد. لاک بر این باور است که در نظام‌های تفکیک قوا، می‌بایست به مقام اجرایی صلاحیتی اختیاری در قالب امتیاز ویژه بخشید که در موارد سکوت قانون و یا آنجا که اعمال قانون برخلاف عدالت و برخلاف خیر عمومی است، خود بتواند تصمیم‌گیری مؤثر داشته باشد. به باور لاک این صلاحیت از آنجا که برآمده از خواست مردم در جهت خیر عمومی است هیچ محدودیتی ندارد، مگر آنکه در راستای منافع شخصی به کار برده شود (Locke, 2021: 51-53).^۴ افلاطون بر این باور است که به جای حاکمیت قانون، حاکمیت باید تحت اراده انسان کاملی باشد که به عنوان یک انسان عاقل، خیرخواه، همه‌چیزدان و فاقد

1. Republic

2. Two Treatises of Government

3. OF PREROGATIVE

4. Locke, John. Second treatise of government. Phoenix Classics Ebooks, 2021. Pp 51-53.

(این کتاب با نام «رساله‌ای درباره حکومت» توسط حمید عضدانلو به فارسی ترجمه شده و توسط نشر نی به چاپ رسیده است.)

هرگونه نقصان، در شرایط گوناگون تصمیمات صحیح می‌گیرد، خط‌مشی جامعه را بر اساس مصلحت وقت تنظیم می‌کند و نظم سیاسی کامل را پدید می‌آورد. افلاطون اختیار چنین حاکم فرزانه‌ای را کاملاً مطلقه می‌داند.

مک‌ایلوین می‌گوید: افلاطون به امکان‌ناپذیری ایده خود در باب حاکمیت انسان کامل، باور داشت. او می‌دانست که وجود واقعی چنین شخصیتی غیر قابل باور است. این انسانِ همواره خیرخواه و همیشه دانا که در هر اوضاع و احوالی عدالت را برپا می‌دارد، به جز یک آرمان‌شهر خیالی در کدام دوران و در کدام مکان یافت شده است؟ حال که یافتن چنین فردی پس از جستن بسیار آرزویی محال است، حاکمیت فردی با اختیار مطلقه به وضعیتی مگر استبدادی شوم بدل نخواهد شد (McIlwain, 1932: 28). بنابراین به گفته مک‌ایلوین، افلاطون معترف است که در عالم واقع، وجود قانون، بنیانی ضروری برای هر شکل از حکومت خیر (خوب) است و اگرچه قانون قادر به برپایی عدالت کامل نیست اما خودسری و اختیار محض حاکمان شرور و نادان، به مراتب اوضاع را از عدالت دورتر خواهد نمود. نزد مک‌ایلوین، این قانون اساسی‌گرایی باستانی دو نقص عمده داشته است: نخست، آنکه در مقابل نقض قانون از جانب حکومت (نادیده انگاشتن محدودیت‌های قانون اساسی) هیچ راه‌حلی مگر انقلاب پیش روی شهروندان قرار نداده است؛ دوم، آنکه معیارهای حکومت خوب (همچون پایبندی به حقوق طبیعی) واجد ویژگی الزام‌آوری نیست و بر مشروعیت حکومت فاقد تأثیر است. به بیان دیگر حکومتی که حقوق طبیعی را نادیده می‌انگارد صرفاً حکومتی بد است و نه حکومتی نامشروع یا بدون حق (McIlwain, 2005: 44-5).

۲-۲. قانون اساسی‌گرایی روم

نقایصی که مک‌ایلوین برای قانون اساسی‌گرایی باستانی در یونان برشمرده بود، در روایت او از قانون اساسی‌گرایی روم باستان به چشم نمی‌خورد. او این روند تکاملی را در اثر تفاوت برداشت یونانیان و رومیان از مفهوم «حقوق طبیعی» می‌داند. سیسرون گفته بود «قانون حقیقی، عقل صحیحی است که همخوان با نهاد طبیعت، در میان تمام انسان‌ها، به شکلی ثابت و جاودانه مشترک است»^۱ و بر اساس آن در روم باستان قانون الزام‌آور را چیزی می‌دانستند که مردم می‌خواهند و ایجاد می‌کنند؛ مردم^۲ منبع غایی اقتدار سیاسی مشروع حکومت هستند. در روم باستان تمایزی میان قانون اساسی و قانون عادی وجود داشته است: «قانون

1. CICERO, De Re Publica, LCL 213, XXII.

2. populus

[اساسی] بیان رضایت و اراده مردم (تنها مردم) است و منشأ حاکمیت به عنوان برترین مرجع سیاسی و حقوقی در جامعه به شمار می آید. حاکمیت فراتر از قانون عادی است، از آن روی که می تواند آن ها را تصویب کند، تغییر دهد یا ملغی سازد. اما حاکمیت مادون قانون اساسی است و قانون اساسی تابع اراده حاکم (حاکمیت) نیست. بنابراین برخلاف یونان باستان در جمهوری روم، حاکمی که برخلاف قانون اساسی عمل کند، مشروع نخواهد بود» (McIlwain, 2005: 62).

به علاوه آنچه که او یکی از مهم ترین هدایای میراث قانون اساسی گرایی روم می داند، تمایزی است که در آن مکان و زمان میان حقوق عمومی^۱ و حقوق خصوصی^۲ قائل بوده اند؛ چرا که تمام حفاظت های قانونی از حقوق و آزادی های فردی در برابر تجاوزهای حکومت، در پس ایجاد این تمایز نهفته است. حوزه حقوق خصوصی در بردارنده حقوق و اختیاراتی برای افراد است که تابع تصمیمات دولتی نیست، بنابراین دامنه اقدامات و تصمیمات حکومتی به واسطه حوزه ای از قانون که از منافع و آزادی های خصوصی افراد حمایت می کند، محدود می شود. در راستای این تمایز، مک ایلوین به رویه ای در میان قضات جمهوری روم اشاره می کند که به طور خودسرانه برای خود اختیاری قائل بودند که با صلاح دید خویش به منظور اجرای عدالت، احکامی در روند دادرسی صادر کنند که در ظاهر برخلاف قانون بوده است؛ اما به واقع قوانین سخت به میراث رسیده از پیشینیان را در راستای عادلانه تر شدن احکام با رویه های قضایی اصلاح می کنند (McIlwain, 2005: 73). او این ابتکار قضات رومی را شالوده ای برای ایجاد یک صلاحیت قضایی مستقل و محافظ حقوق و آزادی های بنیادین می داند.

۳-۲. قانون اساسی گرایی در قرون وسطی

مک ایلوین در بررسی قانون اساسی گرایی قرون وسطی بر اندیشه های هنری دو براکتون^۳ حقوق دان سرشناس و تأثیرگذار انگلیسی قرن سیزدهم میلادی تمرکز دارد. اثر جامع و برجسته براکتون تحت عنوان «رساله ای در باب قوانین و عرف انگلستان»^۴ مأخذ تحلیل مک ایلوین از قانون اساسی گرایی قرون وسطی بوده است. براکتون در این رساله در درجاتی قابل توجه تحت تأثیر قانون اساسی گرایی در جمهوری روم به نظر

1. jus publicum

2. jus privatum

3. Henry de Bracton

4. De legibus et consuetudinibus Angliæ (On the Laws and Customs of England).

می‌رسد و تفکیکی که او میان دو حوزه صلاحیت، یعنی صلاحیت (اجرایی) حکومت^۱ و صلاحیت قضایی^۲ ایجاد می‌کند برآمده از همین تأثیرپذیری است. آن‌چنان که مک‌ایلوین در کتاب خود بازگو نموده است، از دیدگاه براکتون، حکومت عرصه امتیاز ویژه^۳ است. یک حکومت بر اساس اقتدار انحصاری خود، می‌تواند هر اقدام و تصمیمی که صلاح‌دید حاکم در آن است اتخاذ کند. این صلاحیت اختیاری، کامل و مطلق است و هیچ محدودیتی در عرصه صلاحیت اجرایی حکومت برای حاکم متصور نخواهد بود. به‌نحوی که حاکم در مقام اعمال حاکمیت و در اقدامات و تصمیم‌گیری‌های خود، نیازی به تأیید پیشینی یا پسینی ندارد. این همان حوزه صلاحیتی است که براکتون از آن با عنوان «گوبرناکولوم» یا صلاحیت (اجرایی) حکومت نام می‌برد.

در مقابل، پادشاه در حوزه صلاحیت قضایی یا «ژورس‌دیکتیو» کاملاً تابع و محدود به قوانین است. پادشاه در جایی که به اموری غیر از حوزه حکمرانی خود می‌پردازد، مثلاً دخالت در حوزه حقوق خصوصی افراد، الزاماً باید به حکم دادگاه‌ها تن در دهد؛ قضاوت در این دادگاه‌ها بر اساس قوانینی صورت می‌پذیرد که چیزی جز سنت و عرفی نیست که میان مردم انگلستان از دیرباز وجود داشته است (کامن‌لا). بر این اساس اگر اقدامات یا تصمیمات پادشاه خللی در آزادی‌های مردم و حقوق قانونی و عرفی آنان پدید می‌آورد، این دستورات در دادگاه قابل بررسی و لغو و ابطال بود. بنابراین پادشاه فراتر از قانون کامن‌لا نبود. اگرچه مک‌ایلوین اذعان می‌دارد که ضمانت اجرای احکام این دادگاه‌ها در قرون وسطی نسبت به پادشاه ضعیف بوده است و ابزاری مؤثر در جهت استیفای حقوق مردم وجود نداشته است (McIlwain, 1932: 289). بااین‌حال، این تفکیک حوزه صلاحیت اجرایی و قضایی، یکی از ویژگی‌های بنیادین قانون‌اساسی‌گرایی انگلستان در قرون وسطی است که دستمایه مک‌ایلوین برای طرح ایده خود مبنی بر تصحیح نگرش به قانون اساسی‌های مدرن است.

۲-۴. قانون اساسی‌گرایی در دوران گذار

در دوره‌بندی مک‌ایلوین از مراحل قانون اساسی‌گرایی، قرن شانزدهم و هفدهم میلادی در تاریخ انگلستان به‌منزله یک دوره گذار میان مفاهیم قرون‌وسطایی و مدرن از قانون اساسی‌گرایی خوانده می‌شود.

1. gubernaculum

2. jurisdictio

3. prerogative

این دوره گذار از آن روی برای مک‌ایلوین حائز اهمیت بوده است که کامن‌لای انگلستان در این دوران به‌عنوان سدی دفاعی در برابر تلاش‌های حکومت برای نفوذ در حوزه صلاحیت قضایی عمل می‌کند. این برهه زمانی، دوران مطلق‌گرایی پادشاهان با استناد به «حق الهی» بود اما همچنان مکانیسم‌های قضایی و رویه‌های قانونی برای حفاظت از حقوق خصوصی شهروندان در برابر طرح‌های تملک‌جویانه پادشاه فراهم بوده است.

دوره گذار به خاطر ویژگی مقاومت در برابر اختیارات پادشاه و به چالش کشیدن امتیازات ویژه او اهمیت دارد؛ در این دوران پادشاه قادر بوده است با استناد به «مصلحت حکومت»، «وضعیت اضطراری ملی» یا «خطرات موجود یا احتمالی نسبت به بقای پادشاهی» تصمیمات خود را از بررسی قضایی مصون دارد. از نظر قانون اساسی، هیچ نهاد و هیچ مقامی وجود نداشته است که بتوان با مراجعه به آن، اقدامات پادشاه بر مبنای امتیاز ویژه را به چالش کشید. درواقع و در عمل هیچ راه‌حل قانونی علیه امتیاز ویژه سلطنتی وجود نداشته است؛ اگرچه به صورت نظری، حوزه صلاحیت قضایی قاعدتاً می‌بایست اختیار بررسی قضایی اقدامات پادشاه را داشته باشد. سوءاستفاده مداوم پادشاهان از امتیاز ویژه (به‌عنوان مثال افراط در اعطای امتیاز انحصاری) و صلاحیت‌های اختیاری علی‌رغم اینکه قانونی محسوب می‌شد، اما برای انگلیسی‌ها در قرن هفدهم قابل تحمل نبود و موجب توجه آنان به نقایصی در قانون اساسی انگلستان شد، به ویژه این موضوع که قانون اساسی انگلستان فاقد هرگونه ضمانت اجرای حقیقی در بررسی قضایی اقدامات و تصمیم‌های پادشاه بود (McIlwain, 2005: 93-4). مک‌ایلوین این بن‌بست قانون اساسی را از جمله مهم‌ترین عواملی می‌داند که منجر به آغاز روند انقلابی در قرن هفدهم انگلستان و انقلاب شکوهمند در سال ۱۶۸۸ و براندازی خاندان استورات‌ها گردید. آن‌گونه که مک‌ایلوین می‌گوید این انقلاب، به‌عنوان عملی سیاسی و غیرحقوقی، خارج از چارچوب قانون اساسی بود؛ اما از آنجا که منجر به ایجاد صورتی نوین و مؤثرتر از قانون اساسی گشت، در حقیقت رفتاری قانون اساسی‌گرایانه بود. صورتی از قانون اساسی ایجاد شده بود که پادشاه را در مقابل مردم دارای مسئولیت سیاسی می‌نمود (McIlwain, 1939: 285).

۲-۵. قانون اساسی‌گرایی مدرن

برای مک‌ایلوین، قانون اساسی‌گرایی مدرن با دو شاخصه مسئولیت قضایی حکومت در قبال اقدامات و تصمیمات خود و مسئولیت سیاسی در برابر حکومت شوندگان جلوه می‌کند. از دوران به‌زعم مک‌ایلوین

«مدرن» است که اقدامات و تصمیمات حکومتی تحت بررسی قضایی (جودیشیال رویو) قرار می‌گیرد و به جز آن، رفتار حکومت از نظر سیاسی نیز مورد بررسی مردم و نمایندگان آنان خواهد بود. به این ترتیب وزرای دولت در برابر قانون پاسخگو شدند و اختلاف بر سر قانونی بودن اقدامات حکومتی به تصمیم دادگاه‌ها واگذار شد؛ اگرچه که این نظارت قضایی، به دلیل انتصاب قضات از سوی پادشاه تا مقدار زیادی ضعیف و کم اثر بوده است. مک‌ایلوین ضرورت استقلال دستگاه قضایی را مؤلفه‌ای بنیادین و اساسی برای یک حاکمیت تحت قانون اساسی برمی‌شمرد و تصویب قانون حل‌وفصل^۱ در سال ۱۷۰۱ را که منجر به ثبات بیشتر قضات می‌شد، امری در این جهت ارزیابی می‌کرد (McIlwain, 2005: 133-5).

قانون اساسی‌گرایی مدرن علاوه بر نظارت قضایی برای محافظت از حقوق و آزادی‌های مردم با بهره‌گیری از کنترل سیاسی، محدودیت دیگری بر اقدامات و تصمیم‌های حکومتی اضافه می‌سازد. مردم از طریق نمایندگان خود می‌توانند یک وزیر را صرفاً به دلیل نارضایتی از سیاست‌هایش برکنار کنند، بدون آنکه این اقدام الزاماً ناشی از نقض واقعی قانون و تخلف حقوقی باشد. این امر ناشی از آن است که پادشاه، حق حاکمیت خود را نه دارای منشأ الهی که از مردم و برای مردم می‌دانست.

۳. قانون اساسی‌گرایی هنجاری و اصول هنجاری مستخرج از روند تکاملی آن

قانون اساسی‌گرایی هنجاری، رویکردی چندوجهی در نظریه قانون اساسی است که در پی ارائه مبنایی مستدل برای انتخاب‌های بنیادین در دادرسی اساسی و تمرکز بر اصول و ارزش‌های اساسی در تفسیر قانون اساسی است (Whittington, 2009: 283). این رویکرد، ضمن توجه به نتایج عملی و ملاحظات سیاسی دادرسی اساسی، به ملاحظات فرآیندی همچون حاکمیت قانون و مشروعیت نهادها نیز اهمیت می‌دهد (Solum, 2023: 979). ویژگی اصلی آن، «برتری قضایی» است که بر اساس آن، دادرسان اساسی در قیاس با نهاد قانون‌گذار و متن قانون اساسی، دارای جایگاه برتر هستند. قانون اساسی‌گرایی هنجاری تلاش دارد تا تعادلی بین قانون اساسی‌گرایی و دموکراسی ایجاد کند و نقش دادرسان اساسی را در این میان برجسته می‌سازد. در خصوص کارکرد قانون اساسی‌گرایی هنجاری در ایجاد توازن میان نهادهای دموکراتیک و اصول قانون اساسی، سه رویکرد قابل تشخیص است. نخست، رویکردی است که در تفسیر قانون اساسی، به «نیت» تدوین‌کنندگان قانون اساسی توجه دارد و معتقد است دادرسان باید قصد نویسندگان متن را مد نظر

1. Act of Settlement 1701

قرار دهند که همان تبلور «حقوق طبیعی» است (Barnett, 2004: 51-54)؛ دوم، رویکردی رویه‌گرا است که بر فرآیندهایی تأکید دارد که حقوق شهروندی را در مقابل قدرت ارجح می‌داند. برای مثال، آیسگروبر نقش دادرسان اساسی در مسئله «حق سقط جنین» را مهم‌تر از قانون‌گذاران می‌داند (Eisgruber, 2001: 48)؛ سوم، رویکرد قانون اساسی‌گرایی ماهوی است که حقوق فردی را همواره برتر از ترجیحات اکثریت یا رفاه اجتماعی می‌داند. دورکین از جمله نظریه‌پردازان این دیدگاه است که معتقد است تعارض بین فرد و جامعه باید توسط نهاد قضایی و به دور از مصلحت‌اندیشی سیاسی حل شود (Dworkin, 1999: 63-66).

۴. اصول هنجاری مستخرج از روند تکاملی قانون اساسی‌گرایی

آثار مک‌ایلوین در حقیقت بازتاب کنکاشی است که وی برای شناسایی «کارکرد و هدف» قانون اساسی انجام داد. ویژگی‌های قانون اساسی از دیدگاه وی، شامل «ایجاد خودآگاهانه» و عمل «تأسیسی مستقیم و صریح» است. بنابراین وی عرف را از عامل «تأسیسی» یک قانون اساسی نمی‌شناسد و به‌علاوه، رضایت تلویحی حکومت‌شوندگان (صرفاً با حضور مستمر در قلمرو سرزمینی یک رژیم سیاسی) را نیز از دایره عمل تأسیسی خارج می‌کند. دیگر ویژگی اساسی قانون اساسی از منظر او، «ایجاد محدودیت قانونی برای حکومت» است که آن را از حکومت «اراده» متمایز می‌سازد. ویژگی محوری دیگر، امکان بررسی قضایی کلیه اعمال حکومت از سوی یک قوه قضاییه مستقل به‌منظور محافظت از حقوق و آزادی‌های بنیادین فردی است. با توجه به این خطوط متوالی که مک‌ایلوین در راستای ترسیم الگوی قانون اساسی‌گرایی مدنظر خود ترسیم نموده است، اکنون می‌توان پنج اصل ماهوی و هنجاری را که در مراحل توسعه و تکامل قانون اساسی‌گرایی به آن تأکید دارد استخراج نمود.

۴-۱. حکومت قانون

قانون اساسی‌گرایی حکومتی را اقتضا می‌کند که اعمال و رفتار در چارچوب قانون باشد و غیر از این حکومت به شکل استبدادی^۱ اداره می‌شود؛ یعنی حکومتی خودسرانه و فاقد هرگونه محدودیت قانونی. مک‌ایلوین استبداد را از حکومت دیکتاتوری^۲ متمایز می‌داند. در حکومت دیکتاتوری، قانون موجود است اما بدون توجیهی مناسب و منطقی نادیده انگاشته و یا نقض می‌شود، در مقابل در حکومت استبدادی اساساً

1. Despotism

2. Tyranny

قانون وجود ندارد. مک‌ایلوین حکومت توتالیترا را نمونه حکومت استبدادی در عصر مدرن می‌داند؛ از آن روی حکومت بر اساس اراده و نه بر اساس قانون اداره می‌شود و آن را باید آنتی‌تز قانون اساسی‌گرایی در دوران مدرن دانست (McIlwain, 1932: 115-116).

۴-۲. رضایت عمومی

در برداشت مک‌ایلوین از قانون اساسی‌گرایی، رضایت مردم مبنای اصلی و نهایی مشروعیت قانون اساسی و اقتدار حکومت مبتنی بر آن است. این رضایت چه صراحتاً در قانون اساسی آمده باشد و چه تاریخ‌گواه رضایتمندی عموم مردم باشد، مبنایی است که حکومت قانون اساسی‌گرا بر آن استوار می‌شود. مک‌ایلوین در تفسیر خود از انقلاب شکوهمند انگلستان در سال ۱۶۸۸ و انقلاب ۱۷۸۳ ایالات متحده آمریکا، اصل رضایت عمومی را در مرکز تحلیل قانون اساسی‌محور خود از رویدادهای منجر به این دو انقلاب قرار می‌دهد و ریشه تاریخی آن را به دوران جمهوری روم باستان منتسب می‌کند (McIlwain, 1939: 61-3). به باور او همان‌طور که در جمهوری روم، به گفته سیسرون «قانون بیان رضایت مردم و تنها مردم است» در دنیای مدرن نیز قانون اساسی راستین همان چارچوبی است که مردم بدان موافقت و رضایت داشته‌اند.

۴-۳. تمایز میان حقوق عمومی و حقوق خصوصی

در حکومت مبتنی بر قانون اساسی میان اختیارات دولت ناظر به حقوق عمومی و حقوق و آزادی‌های افراد تمایز وجود دارد و حریم هر حوزه مشخص شده است. البته تعریف این تمایز همواره نمی‌تواند به دقت و صحت صورت پذیرد و تعادل میزان مداخله حوزه حقوق عمومی در حوزه حقوق خصوصی بسته به اوضاع و احوال جامعه در طول زمان دارای نوسان است. گاهی حفظ حقوق فردی دغدغه اصلی شهروندان است و گاهی شهروندان برای مقابله با هرج و مرج، اولویت خود را تأمین نظم و امنیت معرفی می‌کنند. به گفته مک‌ایلوین مهم‌ترین مسئله برای دولت مدرن حفظ تعادل میان نظم و آزادی است. به باور او محدودیت‌های ذکر شده در قانون اساسی بر اقدامات و تصمیم‌های حکومت می‌بایست به‌طور دقیق رعایت شود تا حمایت حیاتی از حقوق بنیادین همه افراد در برابر اعمال خودسرانه قدرت در جامعه به دست آید (McIlwain, 1939: 125). از جمله مهم‌ترین حقوق و آزادی‌های بنیادین که مک‌ایلوین آن‌ها را برای یک حکومت مبتنی بر قانون اساسی ضروری می‌داند و آن‌ها دستاوردهایی برای مبارزه با استبداد می‌داند، مواردی همچون «وجود

هیئت منصفه در رسیدگی به جرائم»، «درخواست احضار زندانی»^۱، «عطف به ماسبق نشدن قوانین»، «استقلال کامل قضات»، «تعریف و تفسیر مضیق از رفتار مجرمانه»، «پابندی سخت گیرانه به رعایت حقوق متهمان»، «آزادی اندیشه و بیان» و «حق مالکیت» را می توان نام برد (McIlwain, 2005: 112).

۴-۴. بررسی قضایی و استقلال دستگاه قضا

حکومت مبتنی بر قانون اساسی حکومتی است که در ساختار آن برای تضمین رعایت حقوق و آزادی های بنیادین افراد، بررسی قضایی هرگونه عمل حاکمیتی توسط قوه قضائیه مستقل گنجانده شده است. در اندیشه مک ایلوین تنها طریقی که تداوم یک نظام مبتنی بر قانون اساسی را تضمین می کند، فرآیند بررسی قضایی است که به واسطه آن اطمینان حاصل می شود که هیچ اقدام، تصمیم یا دستور «حاکمیت» فراتر از اختیارات قانونی که «مردم» آن را به حاکمیت اعطا نموده اند، نیست. به بیان دیگر، تنها پادتن استبداد، قوه قضائیه آزاد و مستقلی است که به طور شجاعانه و بی طرفانه قانون اساسی را در روند دادرسی شهروندان نسبت به حاکمیت تفسیر و اعمال می نماید. مک ایلوین آن چنان وجود این دستگاه قضایی مستقل محافظ از حقوق و آزادی های بنیادین را جزئی لاینفک از قانون اساسی گرایی می پندارد که بدون آن، قانون اساسی گرایی را قادر به ادامه حیات نمی داند.

۴-۵. مسئولیت سیاسی دولت و کنترل عمومی

در حکومتی که بر پایه قانون اساسی اداره می گردد، دو روش برای تعیین محدوده و مرز میان حقوق عمومی و حقوق خصوصی تعبیه شده است. روش نخست، بررسی قضایی کلیه اعمال حاکمیتی به جهت محافظت از حقوق و آزادی های بنیادین است و روش دوم، مسئولیتی سیاسی است که حکومت در برابر عموم مردم دارد. این مسئولیت سیاسی هم باعث مؤثر بودن حکمرانی دولت می شود و هم مکانیسمی برای کنترل عمومی فراهم می آورد.

این ایده مک ایلوین در برابر دکتترین تفکیک قوا و مکانیسم «کنترل و موازنه» معطوف به آن است. او تفکیک قوا را صرفاً در استقلال کامل قوه قضائیه معتبر می داند و تفکیک قوا در حوزه اجرا و تقنین را که منجر به مکانیسم کنترل و موازنه این دو قوا نسبت به یکدیگر می گردد را فساد آفرین می پندارد؛ زیرا در این

1. Habeas corpus

درخواستی قضایی است که به افراد اجازه می دهد تا قانونی بودن بازداشت یا حبس خود را مورد اعتراض قرار دهند.

مدل تفکیک قوا، گروه‌های لابی حلقه‌های متداخلی از قدرت پدید می‌آورند و در رقابت با یکدیگر برای تصویب و اجرای قوانین و مقررات مدنظر خود می‌کوشند. این سیستم‌های تعادل در عوض آنکه منافع عمومی را در تصمیم‌گیری‌ها مدنظر قرار دهند، مقاصد گروه‌های ذینفع را پیگیری می‌کنند. به بیان دیگر، تصویب لوایح دولت از سوی پارلمان این پیامد را به دنبال دارد که گروه‌های صاحب نفوذ در اثر لابی با نمایندگان، اقدامات دولت را با چالش و گنبدی مواجه کنند. بنابراین مردم این سیستم را ناکارآمد می‌پندارند و دولت مستبد را که راه‌حل مستقیم و سریع‌تر برای حل مسائل به کار می‌برند، به دولت قانونمند ترجیح می‌دهند. مک‌ایلوین این‌کندی و فساد را نه معلول قانون اساسی گرای که به دلیل تفکیک قوا و فرآیند کنترل و موازنه می‌داند. او راه‌حل این موضوع را در مدلی از دولت می‌داند که با وجود تمرکز تمام اختیارات اجرایی و تصمیم‌گیری، از نظر سیاسی دارای مسئولیت عمومی است (McIlwain, 2005: 116).

نتیجه‌گیری

نگرش‌های گوناگون به مقوله قانون اساسی گرای، برداشت‌های متنوعی از این مفهوم به دست داده است که گاهی متضاد و متقابل می‌نمایند. برای نمونه، مارتین لاگلین اساساً قانون اساسی گرای باستانی را انکار کرده و آن را پدیده‌ای کاملاً مدرن می‌داند، درحالی‌که مک‌ایلوین، تاریخ قانون اساسی گرای را پیوسته و ممتد تلقی کرده و قانون اساسی گرای مدرن را نتیجه تکامل تدریجی قانون اساسی گرای باستانی می‌شمارد. از دیدگاه مک‌ایلوین، ارزش‌های قانون اساسی گرای در تاریخ حقوقی و سیاسی بریتانیا به اوج تجلی رسیده است، اما لاگلین معتقد است بریتانیا به دلیل نداشتن قانون اساسی مکتوب، هرگز طرفدار «ایدئولوژی» قانون اساسی گرای نبوده است. باوجود این اختلافات، ویژگی‌های مشترکی در تعبیر مختلف قانون اساسی گرای وجود دارد. مهم‌ترین آن‌ها، نقش قوه قضایی به‌عنوان حافظ حقوق و آزادی‌های اساسی افراد در برابر اعمال حکومت است. هرچند حتی در این ویژگی مورد توافق نیز، لاگلین با «برتری قضایی» مخالف است و آن را تضعیف‌کننده رویه‌های دموکراتیک می‌داند. اما مک‌ایلوین، این برتری قضایی را همراه با اصلاح تفکیک کارکردی قوا و سازوکارهای نظارتی مرتبط، از دستاوردهای مهم تاریخی قانون اساسی گرای می‌شمارد.

در مواجهه با ابهام و تشتت نظری در مفهوم قانون اساسی گرای، به ویژه در بجنبه بحران‌های سیاسی و اقتصادی دهه ۱۹۳۰، چارلز هاوارد مک‌ایلوین با ارائه نگرشی ریشه‌ای و تاریخی، پاسخی منسجم به پرسش از ماهیت و اصول هنجاری این مفهوم ارائه می‌دهد. در تحلیل تطبیقی، درحالی‌که والدرون قانون

اساسی‌گرایی را یک «نظریه» و لاگین آن را یک «ایدئولوژی» می‌پندارند که هر یک با الزامات خاص خود همراهند، مک‌ایلوین با جسارت آن را نه محصول اندیشه‌ای انتزاعی یا نظامی اعتقادی صلب، بلکه خود یک «تاریخ» می‌نامد. این بینش، فهمی عمیق‌تر از ماهیت قانون اساسی‌گرایی به دست می‌دهد؛ به این معنا که قانون اساسی‌گرایی ماهیتی پویا و در حال تکامل دارد که در گذر زمان و از دل مبارزات مداوم بشر برای محدود کردن قدرت خودسرانه شکل گرفته است.

مک‌ایلوین با کاوش در این تاریخ پیوسته از تجربیات یونان و روم باستان در محدود کردن حکومت تا مبارزات قرون وسطی برای حاکمیت قانون و توسعه بازبینی قضایی در دوران مدرن، نه تنها به درک چستی قانون اساسی‌گرایی نائل می‌شود، بلکه به‌طور مستقیم به چگونگی استخراج اصول هنجاری پاسخ می‌دهد. از منظر او، این اصول نه صرفاً گزاره‌های فلسفی، بلکه درس‌های عملی و «آزموده شده»‌ای هستند که از تجربه تاریخی مقاومت در برابر اراده خودسرانه حاکمان برآمده‌اند. اصول کلیدی نظیر برتری حکومت قانون بر حکومت اراده، ضرورت تأسیس آگاهانه قانون اساسی، تمایز میان حقوق عمومی و خصوصی و نقش حیاتی بازبینی قضایی در تضمین انطباق اعمال حکومت با قانون اساسی، همگی از دل این سیر تاریخی استنباط می‌شوند.

مک‌ایلوین، نقش مبارزات مردمی، انقلاب‌ها و جنگ‌ها را در تکامل قانون اساسی‌گرایی، فراتر از اندیشه‌های متفکران کلیدی می‌داند. نگرش او به قانون اساسی‌گرایی به مثابه «تاریخ» نشان می‌دهد که پدیده‌ها را نمی‌توان از ریشه‌های وجودی‌شان جدا کرد و یک مفهوم عمیق در تجربه بشری را صرفاً محصول اندیشه معدودی از متفکران دانست. در دوره‌ای که کتاب «قانون اساسی‌گرایی: دوران باستان و عصر مدرن» نگاشته می‌شد، گرایش به حکومت قانون در برخی مناطق زیر سؤال رفته بود و حکومت خودسرانه مطلوب‌تر جلوه می‌نمود. در چنین فضایی، مک‌ایلوین با بازگشت به تاریخ باستان، از یونان تا روم، تجربه تاریخی بشر را بازگو می‌کند. او این مسیر را در قالب مراحل پیوسته شرح داده و پس از بررسی تلاش‌های قرون وسطی برای محدود کردن قدرت حاکمان، ویژگی‌هایی از دوران مدرن بریتانیا را استخراج می‌کند که به نظر او برای حل مسائل امروز نیز مفید هستند.

مک‌ایلوین از دل این روند تاریخی، اصول هنجاری را استنباط می‌کند که برای هر قانون اساسی راستین ضروری و حداقلی است. این اصول می‌توانند راهنمای دادرسان اساسی در تفسیر اصول قانون اساسی باشند. یکی از مهم‌ترین این اصول، رعایت حقوق و آزادی‌های بنیادین فردی است. مک‌ایلوین با تفکیک این

حقوق به حقوق مربوط به شخصیت (مانند حق دفاع متهم) و حقوق دیگر (مانند حق مالکیت)، دادرسان اساسی را هدایت می‌کند که در صورت تعارض حقوقی با حقوق دسته اول، هیچ مصلحتی نباید مانع حمایت مطلق و بی‌قیدوشرط از آن‌ها شود. اما در مورد حقوقی مانند مالکیت و آزادی قرارداد، رعایت مصلحت اجتماعی قابل قبول است و نباید قانون اساسی را در این موارد با تفسیری محافظه‌کارانه محدود کرد. مک‌ایلوین قانون اساسی‌گرایی را تاریخی پیوسته و در حال تکامل می‌داند، زیرا خاصیت «تاریخ» بودن آن ایجاب می‌کند که با نیازهای زمان و مسائل جدید، ویژگی‌های نو و کارآمدی بیابد.

بنابراین، دیدگاه تاریخی مک‌ایلوین، با تمرکز بر محدودیت اراده خودسرانه، چارچوبی مستحکم برای مواجهه با بحران‌هایی چون ظهور توتالیتاریسم و چالش‌های قدرت دولت در دهه ۱۹۳۰ ارائه می‌دهد. او با تأکید بر اینکه مشکلات ناشی از دولت‌های مداخله‌گر، نه ضعف ذاتی قانون اساسی‌گرایی، بلکه نتیجه به‌کارگیری مکانیسم‌های کم‌تجربه و تفسیر ناصواب از تفکیک قوا است، راه را برای اصلاح و تقویت رویه‌هایی باز می‌کند که ریشه در سنت‌های پایدار و آزموده شده دارند. این اصول هنجاری، به‌عنوان راهنمای عمل دادرسان اساسی، تضمین‌کننده حقوق بنیادین افراد در برابر هرگونه سوءاستفاده از قدرت هستند و تمایز میان حقوق مطلق شخصیت و حقوق نسبی‌تر مانند مالکیت، انعطاف‌پذیری لازم را برای سازگاری با مقتضیات زمان، بدون خدشه به بنیادهای قانون اساسی‌گرایی، فراهم می‌آورد. به‌این‌ترتیب، مک‌ایلوین با ارائه قانون اساسی‌گرایی به مثابه یک «سنت زنده»، نه تنها گذشته را برای فهم حال روشن می‌کند، بلکه رهنمودی برای آینده در مواجهه با چالش‌های همیشگی قدرت و آزادی به دست می‌دهد.

منابع

- تقی زاده، جواد (۱۳۸۶). «مسئله اساسی سازی نظم حقوقی». *پژوهش‌های حقوقی*، دوره ۶، شماره ۱۱.
- خالقی، علی و غفاری الهی کاشانی، نجمه (۱۴۰۱). «قانون اساسی گرایی در دادرسی کیفری». *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی دانشگاه تهران*، دوره ۵۲، شماره ۲.
- راسخ، محمد. لاگلین، مارتین (۱۳۸۶). «نظریه مشروطه [درآمدی بر مبانی حقوقی عمومی]». مجلس و راهبرد، دوره ۵۶.
- قاضی، ابوالفضل (۱۳۷۶). *بایسته‌های حقوق اساسی*. تهران: نشر میزان.
- مولائی، آیت؛ بنده علی، فرشید و موسوی، سید علی (۱۴۰۳). «تحدید قدرت یا مهار خودسری هیئت حاکمه جستاری در نحوه اعمال حاکمیت دولت در دو نظام حقوقی فرانسه و آمریکا». *حقوق عمومی تطبیقی*، دوره ۱، شماره ۳.
- واعظی، سید مجتبی (۱۳۹۹). مفهوم اداره و مدل‌های آن. *پژوهشنامه حقوق تطبیقی*، دوره ۴۷، شماره ۱.
- واعظی، سید مجتبی (۱۴۰۲). «قانون اساسی مدرن و الزامات مفهومی آن در رویکردی تطبیقی». *پژوهشنامه حقوق تطبیقی*، دوره ۷، شماره ۱.

Reference

- Amar, A. R. (2006). America's Constitution, Written and Unwritten. *Syracuse L. Rev.*, 57, 267.
- Barnett, R. E. (2014). *Restoring the lost constitution: The presumption of liberty*. Princeton University Press.
- Belz, H. (1972). Changing conceptions of constitutionalism in the era of World War II and the Cold War. *The journal of American history*, 59(3), 640-669.
- Coker, F. W. (1933). *The Growth of Political Thought in the West: From the Greeks to the End of the Middle Ages*. By Charles Howard McIlwain. (New York: The Macmillan Company. 1932. Pp. vii, 417.). *American Political Science Review*, 27(1), 116-118.
- Connor, G. E., & Hammons, C. W. (Eds.). (2008). *The Constitutionalism of American States (Vol. 1)*. University of Missouri Press.
- Dworkin, R. (1999). *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*. OUP Oxford.
- Eisgruber, C. L. 2001. *Constitutional Self-Government*. Princeton, NJ: Princeton University Press.

- Gould, J. S. (2022). Puzzles of Progressive Constitutionalism. HARVARD LAW REVIEW.
- Kellerhoff, S. F. (2023). The Reichstag Fire: The Case Against the Nazi Conspiracy. Greenhill Books.
- Khaleghi, Ali. Ghaffari Elahi Kashani, Najmeh. (2022). Constitutionalism in Criminal Justice. Journal of Public Law Studies, University of Tehran, 52(2), 789-809. (In persian).
- Kumm, M. (2018). On the history and theory of global constitutionalism. In Global Constitutionalism from European and East Asian Perspectives (pp. 168-199). Cambridge: Cambridge University Press.
- Kumm, M. (2022). Global Constitutionalism: History, Theory and Contemporary Challenges. Revista Direito e Praxis, 13, 2732-2773.
- Locke, J. (2021). Second treatise of government. Phoemixx Classics Ebooks.
- Loughlin, M. (2022). Against constitutionalism. Harvard University Press.
- McIlwain, C. H. (1910). The High Court of Parliament and Its Supremacy: an historical essay on the boundaries between legislation and adjudication in England.
- McIlwain, C. H. (2005). Constitutionalism: ancient and modern. The Lawbook Exchange, Ltd..
- McIlwain, C.H. (1932). The Growth of Political Thought in the West: from the Greeks to the End of the Middle Ages.
- McIlwain, C.H. (1939). Constitutionalism and the Changing World: Collected Papers
- Mulaee, A., bandehali, F., & Mousavi, S. A. (2024). Limiting the Power or Restraining the Arbitrariness of the Governing Body A study How Government Sovereignty is Exercised in the French and American Legal Systems. Journal of Comparative Public Law, 1(3), 119-141. (In persian).
- Qazi, Abolfazl. (1997). Essentials of Constitutional Law. Tehran: Mizan Publishing. (In persian).
- Rasekh, Mohammad. Loughlin, Martin (2007). The Theory of Constitutionalism [An Introduction to the Foundations of Public Law]. Majles va Rahbord, (56), 145-186. (In persian)
- Shklar, J. N. (1989). ONE. The Liberalism of Fear. In Liberalism and the moral life (pp. 21-38). Harvard University Press.
- Solum, L. B. (2023). Outcome Reasons and Process Reasons in Normative Constitutional Theory. University of Pennsylvania Law Review (forthcoming 2024) (172). 913-988.

- Sturm, D. (1969). Constitutionalism: A Critical Appreciation and an Extension of the Political Theory of CH McIlwain. Minn. L. Rev., 54, 215.
- Taghizadeh, Javad. (2007). The Issue of Constitutionalizing the Legal Order. Legal Studies, 6(11), 129-162. (In persian).
- Vaezi, Seyyed Mojtaba. (2020). The Concept of Governance and Its Models. Journal of Comparative Law Studies, 4(1), 301-328. (In persian).
- Vaezi, Seyyed Mojtaba. (2023). The Modern Constitution and Its Conceptual Requirements in a Comparative Approach. Journal of Comparative Law Studies, 7(1), 219-236. (In persian).
- Waldron, J. (2016). Political political theory: essays on institutions. Harvard University Press.
- Wellmer, A. (1999). Hannah Arendt on revolution. Revue internationale de philosophie, 207-222.
- Wheeler, H. (1975). The foundations of constitutionalism. Loy. LAL Rev., 8, 507.
- Whittington, K. E. (2002). An "Indispensable Feature"? Constitutionalism and Judicial Review. NYUJ Legis. & Pub. Pol'y, 6, 21-45.
- Whittington, K. E. (2009), Constitutionalism. Oxford Handbook of Law and Politics. (211). 281-2

