

## Fundamental Rights and Freedoms Constitutional Guarantees: Analyzing Constitutional Complaint in France and England

(Type of Paper: Research Article)

Mohammadhassan Kabgani<sup>1</sup>, Vali Rostami<sup>2\*</sup>

### Abstract

Today, the jurisdiction of the constitutional judge does not limit to constitutional review of legislation; they have widespread competence in protecting the constitutional rights of individuals, so that they can be called judges of constitutional rights. The constitutional complaint that was foreseen for the first time in the German legal system, gives all persons the "right" to sue all forms of actions by public authorities (including the laws of the parliament) which violated their fundamental rights at constitutional tribunals. This paper examines the general capacities of the constitutional justice to support fundamental rights and enumerate the essential elements of the constitutional complaint and then describes the developments in France (after the 2008 constitutional amendments) and the United Kingdom (after the adoption of the human rights law in 1998), which seems to have been dramatically inspired by constitutional complaint by a comparative approach.

### Keywords

Declaration of Incompatibility, Priority Question of Constitutionality, Constitutional Rights, Constitutional Complaint, Interpretive Jurisdiction, Weak Judicial Review.

- 
1. Ph.D. Student in Public Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran.  
Email: hasankabgani@gmail.com
  2. Associate Prof., Department of Public Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran (Corresponding Author). Email: vroostami@ut.ac.i
- Received: April 23, 2018 - Accepted: July 3, 2018



This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution 4.0 International, which permits others to download this work, share it with others and Adapt the material for any purpose.



پروہشگاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

## تضمینات اساسیِ حق‌ها و آزادی‌های بنیادین: واکاوی آیین دادخواهی اساسی در فرانسه و انگلستان

(نوع مقاله: علمی - پژوهشی)

محمدحسن کبگانی<sup>۱</sup>، ولی رستمی<sup>۲\*</sup>

### چکیده

امروزه صلاحیت قاضی اساسی به نظارت بر اساسی بودن قوانین ختم نمی‌شود؛ آنها از صلاحیتی گسترده در حمایت از حقوق اساسی افراد برخوردار شده‌اند، به گونه‌ای که می‌توان آنها را قاضی حق‌های اساسی نامید. آیین دادخواهی اساسی که برای نخستین بار در نظام حقوقی آلمان پیش‌بینی شده، به تمامی افراد جامعه «حق» شکایت از تمامی اشکال اقدامات مقامات عمومی (از جمله قوانین مجلس) را از حیث نقض حقوق اساسی خود، نزد مراجع دادرسی اساسی اعطا می‌کند. نوشتار حاضر پس از بررسی ظرفیت‌های کلی دادرسی اساسی در حمایت از حق‌های اساسی و برشمردن مؤلفه‌های دادخواهی اساسی، با روشی تطبیقی به شرح تحولات صورت‌پذیرفته در فرانسه (پس از بازنگری سال ۲۰۰۸ قانون اساسی) و انگلستان (پس از تصویب قانون حقوق بشر در سال ۱۹۹۸) که به نظر می‌رسد به‌نحو چشمگیری از دادخواهی اساسی الهام گرفته‌اند، می‌پردازد.

### کلیدواژگان

اعلامیه ناسازگاری، پرسش مقدماتی اساسی بودن، حق‌های اساسی، دادخواهی اساسی، صلاحیت تفسیری، نظارت قضایی ضعیف.

۱. دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.  
Email: hasankabgani@gmail.com  
۲. دانشیار گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. (نویسنده مسئول).  
Email: vrostami@ut.ac.ir

## مقدمه

دادخواهی اساسی که کارایی خود را در نظام حقوقی آلمان به نمایش گذاشت، به سرعت در بین کشورهای مختلف مورد استقبال قرار گرفت. اندکی تحقیق و بررسی نشان خواهد داد سامانه‌های متفاوتی که در کشورهای مختلف به منظور حمایت از حقوق تضمین‌شده افراد در برابر تجاوزات قدرت عمومی (به خصوص تعرضات پارلمان به حقوق و آزادی‌های اساسی) طراحی شده است، شباهت زیادی با دادخواهی اساسی دارند.<sup>۱</sup> در این نوشتار به دلیل فقر نسبی مطالعات تطبیقی به زبان فارسی در خصوص تحولات صورت پذیرفته در فرانسه و انگلستان و همچنین اهمیت این دو کشور در پژوهش‌های حقوق اساسی، نظام حقوقی این کشورها بررسی خواهد شد.

نهادهای دادرسی اساسی همواره به عنوان از تأسیسات حقوقی مؤثر در حمایت از حق‌ها و آزادی‌های فردی محسوب می‌شوند. هرچند هدف ابتدایی از تأسیس نهادهایی جهت کنترل مصوبات پارلمان، احترام به حقوق اقلیت و نفی استبداد اکثریت بود و مبنای اصلی مشروعیت دادرسی اساسی قلمداد می‌شد (جلالی و صداقت، ۱۳۹۴: ۱۳۲)، با وجود این، امروزه حمایت از حقوق بشر به اصلی‌ترین مبنای جهت مشروعیت دادرسی اساسی تبدیل شده است (Sweet, 2007: 89). آیین دادخواهی اساسی<sup>۲</sup> و روش‌های مشابه که همگی با هدف کنترل مستمر اعمال مقامات عمومی (تقنینی-اداری-قضایی) و کاهش تعرضات به ساحت حقوق اساسی تضمین‌شده افراد هستند، به شاخص‌ترین ویژگی نهادهای دادرسی اساسی تبدیل شده است. آمار منتشرشده توسط دادگاه قانون اساسی فدرال آلمان در این خصوص بسیار شایان توجه است؛ از مجموع کل درخواست‌های رسیدگی ارائه‌شده به این مرجع (از بدو تأسیس تا انتهای ۲۰۱۷)، ۹۶ درصد مربوط به آیین دادخواهی اساسی بوده است (Bundesverfassungsgericht - 7 Annual Statistics 2017 n.d).

ساختار حقوقی کشورهای فرانسه، انگلستان و به طور کلی کشورهای عضو اتحادیه اروپا متأثر از سه نظام حقوقی است: حقوق داخلی که مشخصه آن برتری قانون اساسی هریک از کشورهاست؛ نظام حقوقی اتحادیه اروپا (که از طریق دیوان دادگستری اتحادیه اروپا اعمال می‌شود) و در نهایت نظام حقوقی متأثر از توسعه صلاحیت و رویه قضایی دادگاه اروپایی حقوق بشر. تغییرات به وجود آمده در دو کشور انگلستان (تصویب قانون حقوق بشر ۱۹۹۸) و فرانسه (اصلاحات قانون اساسی در سال ۲۰۰۸)، ناشی از کنوانسیون اروپایی حقوق بشر بود، با وجود این، بررسی‌های بیشتر نشان می‌دهد که این دو کشور موضع یکسانی در این خصوص نداشته‌اند؛ توضیح آنکه، برخلاف انگلستان، که قانون حقوق بشر به صراحت اعلام می‌کند

۱. باید توجه داشت که منظور روش‌ها و سیستم‌هایی است که در قالب دادرسی اساسی به منظور تضمین حقوق و آزادی‌های اساسی، به کار می‌رود.

2. Constitutional complaint

تصویب این قانون به منظور لازم‌الاجرا کردن حق‌های معاهده‌ای<sup>۱</sup> است، اصلاحات قانون اساسی در سال ۲۰۰۸ در فرانسه اقدامی است به منظور تضمین برتری حقوق داخلی و قانون اساسی بر حقوق معاهده‌ای که بعد از تصمیم سال ۱۹۷۵ شورای قانون اساسی دچار تزلزل شده بود (Pasquino, 2009: 111).

اصلاحات سال ۲۰۰۸ قانون اساسی در فرانسه را که طی آن امکان دسترسی غیرمستقیم افراد عادی به شورای قانون اساسی فراهم شد، می‌توان پس از تصمیم سال ۱۹۷۱ شورای قانون اساسی، به مثابه دومین انقلاب حقوقی در این کشور تلقی کرد. تا قبل از سال ۲۰۰۸ نظارت بر اساسی بودن قوانین، محدود به نظارت پیشینی و انتزاعی بود و امکان مراجع پسینی به شورای قانون اساسی وجود نداشت. در واقع شورای قانون اساسی در فرانسه در مقایسه با نهادهای مشابه سیاسی‌ترین نهاد دادرسی اساسی و از لحاظ حقوقی (قضایی) بودن، در پایین‌ترین سطح قرار دارد (Sweet, 2007: 71). دادرسی اساسی در فرانسه با وجود تمام اتهاماتی که در خصوص سیاسی بودن به آن وارد می‌شد، در طول حدود شش دهه‌ای که فعالیت خود را آغاز کرده است، گام‌های مؤثری به سمت قضایی شدن که از آثار مستقیم اساسی‌سازی نظم حقوقی است (تقی‌زاده، ۱۳۸۵: ۲۸۰)، برداشته است. پذیرش آیین «پرسش مقدماتی اساسی بودن»<sup>۲</sup> که برخی حقوقدانان آن را «دادخواهی اساسی غیرمستقیم»<sup>۳</sup> می‌خوانند، آخرین و جدی‌ترین گام در زمینه قضایی شدن دادرسی اساسی بوده است. پرسش مقدماتی اساسی بودن در واقع حد وسط نظارت قضایی (مدل آمریکایی دادرسی اساسی) و دادخواهی اساسی است.

وضعیت دادرسی اساسی در نظام حقوقی انگلستان از پیچیدگی خاصی برخوردار است؛ نبود قانون اساسی نوشته، وجود حاکمیت پارلمان و معنایی که حاکمیت قانون در این کشور به خود گرفته، زمینه را برای پیدایش سامانه‌ای شبیه به آنچه در نظام حقوقی آمریکا وجود دارد، دشوار ساخته است. تصویب قانون حقوق بشر<sup>۴</sup> در سال ۱۹۹۸ موجبات پیدایی نوعی خاص و البته ضعیف از دادرسی اساسی را در انگلستان مهیا ساخت. نظارت قضایی ضعیف<sup>۵</sup> همان‌گونه که از عنوان آن پیداست، شکل تضعیف‌شده نظارت قضایی (مشابه آنچه در مدل آمریکایی وجود دارد) است. در این سیستم صلاحیت قضات و نهادهای خاص محدود به تفسیر قوانین پارلمان به نحو همسو با حقوق معاهده‌ای و در نهایت صدور اعلامیه ناسازگاری<sup>۶</sup> است. در انتها باید گفت که استفاده از لفظ دادرسی اساسی برای سامانه موجود در انگلستان با توجه به ضمانت اجرای مبهم و غیرقطعی آن، می‌تواند مورد تردید واقع شود؛ اما در این نوشتار از این حیث که

1. Conventional rights
2. Question prioritaire de constitutionnalité
3. Indirect constitutional complaint
4. Human Rights Act (HRC)
5. Weak judicial review
6. Declaration of incompatibility.

موجبات نوعی نظارت بر قوانین پارلمان آن هم از این حیث که مغایر با هنجاری بالاتر است را فراهم می‌آورد، ذیل عنوان دادرسی اساسی بررسی می‌شود.

از اهداف اصلی مطالعات تطبیقی، پیدا کردن درک عمیق‌تری به نقاط ضعف و قوت از نظام حقوقی کشور است (راسخ، ۱۳۹۶: ۳۲)؛ پیش‌بینی سازوکاری به‌منظور حمایت از حقوق ملت و نظارت پسینی بر مصوبات مجلس (همان‌گونه‌که در دیگر کشورها نیز ثابت شده است)، از ضروریات هر نظام حقوقی است. نظام حقوقی ایران نیز، همانند سایر کشورها، از این امر بی‌نیاز نیست. هرچند امکان نظارت پسینی شرعی بر قوانین و مقررات به‌نحو محدود توسط شورای نگهبان وجود دارد (راسخ، ۱۳۹۶: ۱۱۱-۱۰۵)، اما نظارت اساسی در ایران، اساساً نظارتی پیشینی است. رویدادهای اخیر اجتماعی در ایران، نیاز به وجود مرجعی برای حمایت از حقوق ملت، مانند حق آزادی احزاب، آزادی تجمعات، عدم تبعیض و نظارت پسینی را بیش از پیش آشکار می‌سازد. مطالعه نظام حقوقی کشورهایمانند فرانسه، که نظام حقوقی ایران به‌نحو چشمگیری تحت تأثیر آن است، کمک بسزایی در درک چالش‌ها و یافتن راهکارهای مناسب به‌منظور تضمین حقوق ملت، خواهد کرد.

## دادرسی اساسی و حمایت از آزادی‌های اساسی

دادرسی اساسی به معنای مجموعه‌ای از حق‌ها، سازوکاری برای اجرای این حقوق و ساختار قضایی-اساسی [موجود] در هریک از کشورها (Brinks & Blass, 2017: 217)، نقش مؤثری در حمایت از حقوق و آزادی‌های اساسی افراد دارد. چنین برداشتی از دادرسی اساسی مبتنی بر این پیش‌فرض است که هدف ابتدایی دادرسی اساسی تضمین حقوق اساسی ملت است نه اساسی بودن قوانین مصوب مجلس (Grazia & Méndez, 2017: 55).

روابط بین دادرسی اساسی و حقوق بشر در دو حوزه مجزا جای می‌گیرد؛ به‌طور سنتی نقش دادرسی اساسی جلوگیری از تعرض دولت به حقوق افراد است. تضمین پاره‌ای از حقوق و آزادی‌ها همانند حق مالکیت یا آزادی بیان مستلزم این است که دولت در این امور دخالتی نکند و به‌طور مثال قوانینی وضع نکند که حق آزادی بیان افراد را مخدوش سازد (Currie, 1986: 865) یا اینکه آزادی انتخاب مذهب را منع کند. این دسته از آزادی‌ها که آزادی‌های منفی<sup>۱</sup> نیز خوانده می‌شوند، مبتنی بر این پیش‌فرض هستند که افراد به‌طور طبیعی چنین حقوقی دارند و تنها کاری که دولت به‌منظور تحقق آنها باید انجام دهد، عدم تعرض و احترام به آنهاست (venice commission, 2002: 3). دسته دوم اقدامات نهادهای دادرسی اساسی در ارتباط با حقوق بشر، اقداماتی است که این نهادها در راستای حمایت از حقوق و آزادی‌های

1. Negative freedoms

مثبت<sup>۱</sup> افراد انجام می‌دهند. پاره‌ای از حقوق نسل سوم مانند حقوق محیط زیستی صرفاً با منع تعرض دولت تضمین نمی‌شوند، بلکه مستلزم اقدامات ایجابی حکومت است. بر همین مبنا در برخی کشورها مانند آلمان این مراجع به شکایات افراد در خصوص اهمال مقامات یا نهادهای ذی‌صلاح نیز رسیدگی می‌کنند.<sup>۲</sup>

در نگاهی جامع می‌توان به تفاوت‌های بنیادینی بین سامانه‌های دادرسی اساسی در کشورهای مختلف در خصوص حمایت از حقوق و آزادی‌های افراد اشاره کرد. از طرفی می‌توان کشورهایی را که دارای سامانه متمرکز دادرسی اساسی‌اند، با هم مقایسه کرد؛ به‌طور مثال در کشوری مانند اتریش تمام حقوق مندرج در قانون اساسی تحت حمایت دادگاه قانون اساسی قرار دارد، در صورتی که حمایت اساسی از آزادی‌ها در کشورهایی مانند آلمان یا اسپانیا محدود به حقوقی معین و از پیش تعیین شده است. از دیگر تمایزات این کشورهای در این خصوص می‌توان به محدوده هنجارهای حقوقی اشاره کرد که افراد عادی می‌توانند از حیث نقض حقوق و آزادی‌های خویش به آنها رجوع کنند؛ در برخی کشورها تمام هنجارهای حقوقی مانند قوانین مصوب مجلس، آیین‌نامه‌های دولتی و حتی معاهدات بین‌المللی از این حیث قابل شکایت هستند، در صورتی که در کشوری مانند اسپانیا قوانین مصوب مجلس قابل شکایت نیست (Patrono, 2000: 419). از طرفی می‌توان سامانه‌های اروپایی و آمریکایی دادرسی اساسی را با هم مقایسه کرد. در خصوص تمایزات سامانه‌های اروپایی و آمریکایی دادرسی اساسی به‌اختصار می‌توان گفت اساسی‌ترین تفاوت‌ها محدود به دامنه هنجارها و اعمال حقوقی است که دادرسی اساسی صلاحیت بررسی انطباق آنها با قانون اساسی را دارد؛ صلاحیت قضات اساسی (که در واقع همان قضات عادی هستند و به اعتبار صلاحیت آنها در خصوص تطبیق قوانین عادی با قانون اساسی آنها را قضات اساسی می‌نامیم)، در کشورهای دارای نظام غیرمتمرکز دادرسی اساسی محدود به متن قوانین و آیین‌نامه‌هاست، در صورتی که عمده شکایات اساسی در کشورهای اروپایی مربوط به اعمال فردی اداری است. به‌عبارت دیگر، در کشورهای اروپایی علاوه بر اینکه می‌توان از قوانین و آیین‌نامه‌ها از حیث نقض حقوق بنیادین به دادگاه قانون اساسی مراجعه کرد، اعمال فردی اداری و تصمیمات قضایی نیز از این حیث قابل پیگیری هستند (Patrono, 2000: 419). از تفاوت‌های مهم دیگر می‌توان به ماهوی<sup>۳</sup> بودن رسیدگی‌ها

---

### 1. Positive freedoms

۲. اصطلاح آزادی‌های منفی و مثبت زاده اندیشه‌های آیزایا برلین (Isaiah Berlin, 1392) فیلسوف و نظریه‌پرداز انگلیسی- روسی، است (در این زمینه ر.ک: آیزایا برلین، چهار مقاله درباره آزادی، ترجمه محمدعلی موحد، انتشارات خوارزمی). در خصوص ارتباط کار ویژه دادرسی اساسی و مفاهیم مثبت و منفی آزادی‌ها ر.ک: (Green, Dieter (2005), *The Protective Function of the State*, Cambridge).

### 3. Subjective

در سامانه‌های آمریکایی و عینی<sup>۱</sup> بودن بخش عمده رسیدگی‌های اساسی در سامانه‌های اروپایی اشاره کرد. توضیح آنکه عینی و ماهوی بودن دادرسی اساسی، در خصوص رسیدگی‌های موردی<sup>۲</sup> مراجع دادرسی اساسی (به معنای بررسی اساسی بودن یک قانون مصوب مجلس در جریان رسیدگی قضایی توسط یک نهاد قضایی) مطرح می‌شود. رسیدگی موردی زمانی ماهوی است که جریان دادرسی اساسی براساس درخواست فردی که ادعا می‌کند وضعیت، حقوق اساسی و در نهایت نفع شخصی وی مورد تعرض قرار گرفته است، شروع می‌شود. به عبارت دیگر، رسیدگی مربوط به نفع شخصی مشخص است (Pfersmann, 2010: 230). رسیدگی زمانی عینی می‌شود که رسیدگی مربوط به نفع فردی شخصی خاص نباشد.

### مؤلفه‌ها و ویژگی‌های دادخواهی اساسی

امروزه در بیشتر کشورها قوانین اساسی فصلی را به حقوق ملت اختصاص داده‌اند یا اینکه در اعلامیه‌های حقوق فهرست مشخصی از حقوق مدنی و سیاسی را برای افراد به رسمیت شناخته‌اند. مسئله‌ای که همیشه در خصوص این متون مورد بحث و بررسی بوده، هنجاریت این اسناد بوده است. آیین شکایت اساسی آخرین گام به‌منظور الزام‌آور ساختن این منابع بوده است. در چنین فرایندی افراد همانند دعاوی عادی و با همان شرایط و الزامات آیینی به اقامه دعوا مبادرت می‌کنند، اما در این دادخواهی تنها هنجارهای قابل استناد، حقوق بنیادین مصرح در این اعلامیه‌هاست. با پیش‌بینی چنین آیین‌هایی مفاد اعلامیه‌ها همانند مفاد قوانین عادی و بدون نیاز به وساطت قوانین و مقررات عادی قابلیت استناد پیدا می‌کنند و نمی‌توان آنها را صرفاً اصول اخلاقی نامید. دادخواهی اساسی فرایندی است که به‌وسیله آن فردی که حقا و آزادی‌های اساسی وی نقض شده یا مورد تعرض قرار گرفته است (یا چنین ادعا می‌کند)، از طریق آیینی از پیش تعیین‌شده، اقدام به احقاق حقوق خویش می‌کند (Karakamisheva, 2009: 2).

برجسته‌ترین ویژگی شکایت اساسی، فرعی و ثانویه‌ای بودن آن است. برخلاف مدل آمریکایی که درخواست رسیدگی به اساسی بودن قوانین هنگام مراجعه به دادگاه‌ها در خلال رسیدگی‌های عادی صورت می‌پذیرد، فرایند دادخواهی اساسی در اروپا فرایندی اصلی و ابتدایی نیست. افراد زمانی می‌توانند به مراجع دادرسی اساسی دسترسی یابند که به تمامی مراجعی داخلی که صلاحیت رسیدگی به درخواست وی را دارند، مراجعه کرده باشند (Dannemann, 1994: 149). مؤلفه دیگر دادخواهی این است که صرفاً هنگام نقض حقوق و آزادی‌های بنیادین می‌توان از آن استفاده کرد. به عبارت دیگر، دادخواهی اساسی روشی قضایی برای رسیدگی و درخواست جبران خسارت ناشی از نقض حقوق و آزادی‌های اساسی است (Dannemann, 1994: 142).

1. Objective  
2. Concrete review



ویژگی بعدی دادخواهی اساسی قابلیت استفاده از آن علیه تمامی مظاهر اعمال قدرت عمومی از جمله قوانین مصوب مجلس، آیین‌نامه‌های دولتی، اعمال اداری فردی و احکام دادگاه‌هاست. باید افزود در صورتی که مقامات عمومی در انجام وظیفه خود سهل‌انگاری کنند و از این سهل‌انگاری یکی از حقوق بنیادین افراد نقض شود، می‌توان در خصوص سهل‌انگاری<sup>۱</sup> مقام عمومی مورد نظر دادخواهی کرد.

### نظام حقوقی فرانسه: بازنگری ۲۰۰۸ قانون اساسی

اصلاحات سال ۲۰۰۸ بر اساس لایحه‌ای با عنوان مدرنیزاسیون نهادهای جمهوری پنجم، صورت پذیرفت. این لایحه توسط گروهی که به کمیته متخصصان<sup>۲</sup> یا کمیته بالادور<sup>۳</sup> شهرت یافت، تهیه شد. هدف اصلی تشکیل این گروه تهیه لایحه‌ای برای نزدیک کردن هرچه بیشتر نظام حقوق اساسی فرانسه به نظام ریاستی آمریکا بود. ایده پیش‌بینی مقرراتی به منظور رسیدگی پسینی جزء هدف‌های ابتدایی این کمیته نبود، بلکه بعدها و در طول جریان تهیه لایحه توسط کسانی همچون الیور دوهمیل<sup>۴</sup> که در کمیته ودل که سال‌ها پیش (۱۹۹۳) لایحه‌ای را برای ایجاد سیستم نظارت پسینی بر قوانین تهیه کرده بودند، ولی در مجلس سنا رأی نیاورد، مطرح شد. پیش از پرداختن به اصلاحیه قانون اساسی در سال ۲۰۰۸، تبیین ساختار کلی حقوق اساسی این کشور به درک بهتر موضوع و پی بردن به اهمیت تغییر ایجاد شده کمک می‌کند. پیدایش شورای قانون اساسی متکی بر تناقضی جدی در اندیشه سیاسی این کشور بود؛ از طرفی سلطه اندیشه روسویی در خصوص حاکمیت مردم و نقش پارلمان در این زمینه، مانع از پیش‌بینی نهادی به منظور نظارت بر مصوبات مجلس بود (Fabbrini, 2008: 1300-1301)، از طرف دیگر، این ایده که پارلمان قادر به حفظ ثبات حکومتی و انسجام در قانون‌گذاری نیست، بر ضرورت تأسیس چنین نهادی تأکید داشت (Pfersmann, 2010: 224). در نهایت بر اساس تجربیات به دست آمده در این کشور و به موجب نظریه دولت قانونی که وظیفه بنیادینش پر کردن نواقص نظریه دولت حقوقی از طریق پیش‌بینی نهادی به منظور تضمین برتری قانون اساسی بود (Rosenfeld, 2005: 208)، شورای قانون اساسی با هدف کنترل قانون‌گذاری پارلمان در محدوده صلاحیت‌های خود تأسیس شد. در واقع کارکرد اصلی شورای قانون اساسی - که نهاد سیاسی وابسته به رئیس‌جمهور تلقی می‌شد- کنترل قانون‌گذاری پارلمان در محدوده مشخص شده به وسیله قانون اساسی بود؛ به عبارت دیگر، نهادی بود که ضامن تفکیک

---

1. Omission  
2. Expert Committee  
3. Ballardur committee  
4. Oliver Duhamel

قوا بین پارلمان و دولت بود. آنچه از این مقدمات نتیجه می‌شود، این واقعیت است که شورای قانون اساسی فرانسه برخلاف نهادهای مشابه در کشورهایمانند آلمان یا اسپانیا، هدفی برای حمایت از حق‌ها و آزادی‌های اساسی نداشته است. ماده ۳۴ قانون اساسی فرانسه که محدوده صلاحیت‌های پارلمان را مشخص می‌کند نیز در همین زمینه قرار دارد. آنچه چنین واقعیتی را نمایان تر می‌سازد، متن قانون اساسی جمهوری پنجم است. قانون اساسی فرانسه از آزادی‌های اساسی جز در چند مورد خاص مانند حق برابری یا آزادی سخنی به میان نیاورده است، به همین دلیل شورای قانون اساسی فرانسه نیز نمی‌توانست حقوق و آزادی‌های اساسی را به‌عنوان مبنایی برای کنترل مصوبات مجلس به کار گیرد. در واقع این شورا بود که در سال ۱۹۷۱ منابع هنجاری جدیدی را به نظم اساسی این کشور وارد کرد.

### ۱. پرسش مقدماتی اساسی بودن<sup>۱</sup>

براساس ماده ۱-۶۱ قانون اساسی فرانسه: «چنانچه در جریان دعوایی که نزد محاکم قانونی در حال رسیدگی است، چنین ادعا شود که مقرر قانونی حقوق و آزادی‌های تضمین‌شده به‌وسیله قانون اساسی را نقض کرده است، مسئله [مطرح]، به‌وسیله شورای دولتی یا دیوان عالی به شورای قانون اساسی ارسال می‌گردد. شورا باید در مدت‌زمانی از پیش تعیین‌شده [در این باره] تصمیم‌گیری کند. قانونی ارگانیک شرایط [لازم] برای اجرای این ماده را مشخص خواهد کرد». ماده مذکور در نظام حقوقی فرانسه به پرسش مقدماتی مشهور شده است. پرسش مقدماتی نهادی است که براساس آن: چنانچه در جریان رسیدگی به یک پرونده نزد دادگاه، هریک از طرفین دعوا ادعا کند که قانونی که مؤثر در نتیجه رسیدگی است، حقوق و آزادی‌های اساسی وی را نقض کرده است، می‌تواند با نوشتن دادخواستی مجزا، از قاضی پرونده، بررسی اساسی بودن قانون موردنظر را تقاضا کند. قاضی پس از بررسی درخواست وی از حیث دارا بودن شرایط لازم، آن را به شورای دولتی یا دیوان عالی ارجاع می‌دهد و سپس از طریق نهادهای مذکور به شورای قانون اساسی ارسال می‌شود. این مقررات تا سال ۲۰۰۹ که قانون ارگانیک مربوطه<sup>۲</sup> به تصویب رسید، اجرا نشد.

مقدماتی بودن پرسش اساسی بیانگر دو امر است: هنگامی که یکی از طرفین بررسی قانون موردنظر را با قانون اساسی درخواست می‌کند، قاضی باید ابتدائاً و بلافاصله به درخواست وی رسیدگی کند. شایان ذکر است که طول مدت رسیدگی به پرسش اساسی بودن، نباید مدت زمان قانونی و معقول رسیدگی به کل جریان دعوا را افزایش دهد (Philippe, 2012: 24).

۱. از این به بعد به‌منظور اختصار و جلوگیری از تکرار صرفاً پرسش مقدماتی درج می‌شود.

2. Loi Organique n. 2009-1523.

مقدماتی بودن معنای دیگری نیز دارد که در واقع معنای اصلی آن است. همان‌گونه که گفته شد، یکی از انگیزه‌های اصلی پیش‌بینی چنین نهادی در فرانسه ترمیم آثار ناشی از تصمیم ۱۹۷۵ شورای قانون اساسی در خصوص رفع صلاحیت از خود درباره انطباق قوانین پارلمان با حقوق معاهدات بود. بر این اساس مقدماتی بودن به این معناست که چنانچه در جریان دعوایی درخواست رسیدگی با قانون اساسی و حقوق معاهده‌ای همزمان مطرح شده باشد، قاضی ابتدا باید به مسئله اساسی بودن و سپس به امر دیگر رسیدگی کند.

براساس ماده ۱-۲۳ قانون ارگانیک سال ۲۰۰۹ شروع این فرایند صرفاً با درخواست یکی از طرفین است. یکی از وجوه افتراق پرسش مقدماتی با آیین دادخواهی اساسی آلمان ماهوی بودن<sup>۱</sup> پرسش مقدماتی است؛ به همین دلیل ماده مذکور در ادامه تأکید می‌کند شروع چنین فرایندی براساس نظر دادگاه ممکن نیست. صلاحیت نداشتن قاضی در شروع فرایند رسیدگی بارزترین جلوه ماهوی بودن پرسش مقدماتی است (Pfersmann, 2010: 230). چنین درخواستی چه در مرحله رسیدگی بدوی و چه تجدیدنظر قابل طرح است، اما در صورتی که این درخواست در زمان تحقیقات مقدماتی در پرونده‌ای جزایی باشد، پرونده برای تصمیم‌گیری لازم به دادگاه تجدیدنظر ارسال می‌شود. درخواست مذکور باید به صورت کتبی و جدای از دادخواست اصلی باشد و در مواردی که اقامه دعوی اصلی نیازمند داشتن وکیل است، باید توسط وکیل ارائه شود.

## ۲. سیستم سه مرحله‌ای بررسی درخواست مقدماتی

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، ارجاع پرونده به شورای قانون اساسی در سه مرحله صورت می‌پذیرد؛ مرحله اول بررسی درخواست مقدماتی از حیث دارا بودن شرایط لازم توسط دادگاه بدوی و ارسال به مراجع عالی، مرحله دوم بررسی مجدد درخواست مطروحه، توسط مراجع عالی، از حیث دارا بودن همان شرایط بررسی شده در مرحله اول و ارسال به شورای قانون اساسی، و مرحله سوم رسیدگی توسط شورای قانون اساسی از حیث اساسی بودن است. چنین امری در متن نخستین لایحه وجود نداشت و توسط شورای دولتی پیشنهاد شد (Fabbrini, 2008: 1306). مهم‌ترین دلیلی که برای کنترل دومرحله‌ای پرسش مقدماتی بیان می‌شود، این

۱. مفهوم ماهوی بودن در صفحات قبل بیان شده است. بحث در خصوص ماهوی یا عینی بودن از حوصله این نوشتار خارج است و در واقع مهم‌ترین مسئله در خصوص دادخواهی اساسی است. در کشوری مانند آلمان نیز این مسئله کماکان محل کشمکش و مجادله بین حقوقدانان است. اگر در این نوشتار دادخواهی اساسی در آلمان را عینی تلقی می‌کنیم، صرفاً از باب تسهیل موضوع و به دلیل غلبه جنبه عینی بر ماهوی است. برای اطلاعات بیشتر ر.ک:

Grimm, D (2015). The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany, *International Journal of Constitutional Law*, Vol 13, pp. 9-29.

است که مانع از طرح و ارسال بیش از حد درخواست‌های رسیدگی به شورای قانون اساسی می‌شود. به عبارت دیگر، دادگاه‌های واسطه در این فرایند همانند فیلتری عمل می‌کنند که مانع از ایجاد فشار کاری بیش از حد بر شورای قانون اساسی می‌شود (Philippe, 2012: 75).

قانون ارگانیک مربوطه بدون قید مدت زمان مشخصی برای تصمیم‌گیری دادگاه‌های عادی حقوقی و اداری صرفاً بیان می‌دارد دادگاه باید بدون تأخیر تصمیم لازم را اتخاذ کند. ارجاع درخواست رسیدگی از دادگاه‌های بدوی به مراجع عالی در فرانسه شرایطی دارد که قانون ارگانیک آنها را معین کرده است. این شرایط که در ماده ۲-۲۳ ذکر شده‌اند، عبارت‌اند از: الف) مؤثر بودن تصمیم شورا در پرونده مطروحه؛ ب) عدم تصمیم سابق شورای قانون اساسی در خصوص انطباق قانون موردنظر با قانون اساسی؛ ج) جدی بودن درخواست مطروحه. منظور از مؤثر بودن تصمیم دادگاه در دعوی مطروحه این است که قانون مورد بحث چه در خصوص حقوق ماهوی طرفین چه در خصوص حقوق رویه‌ای طرفین دعوا قابل اجرا باشد (Pfersmann, 2010: 239). در خصوص شرط دوم باید گفت که سبق تصمیم شورا به معنای تأیید اساسی بودن قانون موردنظر چه در قسمت کاربردی (مقدمات و مستندات قانونی) و چه در قسمت توجیهی آرای سابق این نهاد است (Pfersmann, 2010: 239). شرط مذکور دو استثنا دارد: یکم زمانی که مبانی قانونی درخواست مقدماتی تغییر کرده باشد و دوم زمانی که شرایط و اوضاع و احوال زمان طرح درخواست متحول شده باشد (Philippe, 2012: 72). شورای قانون اساسی در صورت احراز هریک از دو حالت مذکور با اینکه ممکن است قبلاً رأی به اساسی بودن قانون مذکور داده باشد، مجدداً آن را بررسی خواهد کرد. قانون ارگانیک تعریف خاصی در خصوص جدی بودن بیان نکرده است. چنین امری صلاحیت گسترده‌ای را به دادگاهی عادی و عالی در خصوص ارسال یا عدم ارسال پرونده به شورای قانون اساسی اعطا می‌کند. در انتهای ماده قانون‌گذار تصریح می‌کند تصمیم دادگاه درباره اجتناب از ارجاع درخواست رسیدگی به مراجع عالی، ضمن دادخواست تجدیدنظر درباره حکم اصلی قابل اعتراض است. باید افزود که طرح چنین درخواستی زمانی که پرونده نزد دیوان عالی یا شورای دولتی مطرح است، نیز قابل طرح است. در این صورت این مراجع باید وجود شرایط مذکور را احراز کنند (ماده ۵-۲۳). براساس این ماده تصمیم دادگاه عالی در این خصوص باید ظرف مدت سه ماه اتخاذ شود، در صورت عدم اظهارنظر دادگاه عالی درخواست رسیدگی به صورت خودکار به دادگاه قانون اساسی اعلام می‌شود.

### ۳. وضعیت دعوی اصلی و نتیجه نهایی رسیدگی مقدماتی

فرایند ارجاع درخواست رسیدگی به اساسی بودن مصوبات در نظام حقوقی فرانسه در مقایسه با روش موجود در کشورهای دیگر تمایزات برجسته‌ای دارد. یکی از این موارد وضعیت پرونده در

حال رسیدگی در محاکم عادی است. توضیح بیشتر آنکه معمولاً در چنین شرایطی تا اتخاذ تصمیم توسط دادگاه قانون اساسی رسیدگی به پرونده اصلی معلق می‌شود. در فرانسه هم رویه معمول چنین است، اما قانون ارگانیک دو استثنا در این باره بیان داشته است: یکم اگر محدوده زمانی خاصی برای صدور حکم مشخص شده باشد؛ دوم در صورتی که عدم صدور حکم موجب بروز خسارتی جبران‌ناپذیر به حقوق یکی از طرفین دعوا شود (Pfersmann, 2010: 240). در این موارد دادگاه قبل از تصمیم شورای قانون اساسی حکم مقتضی را صادر می‌کند. پرسشی که ممکن است به ذهن متبادر شود، این است که اثر تصمیم شورای قانون اساسی در این موارد چیست؟ شورا براساس تصمیم خود در خصوص قانون ارگانیک بیان می‌دارد شخص ذی‌نفع می‌تواند در دعوایی مجدد به احقاق حقوق خود براساس نظر شورا اقدام کند (Pfersmann, 2010: 240).

اثر تصمیم شورای قانون اساسی نسبت به قانونی که آن را خلاف قانون‌گذار می‌داند، در ماده ۶۲ قانون اساسی بیان شده است: «مقرره‌ای که براساس ماده ۱-۶۱ خلاف قانون اساسی اعلام شده است باید پس از انتشار تصمیم شورای قانون اساسی در این خصوص یا در تاریخی که به‌وسیله شورای قانون اساسی [که در] تصمیم مذکور درج شده است، اصلاح گردد...».

## نظام حقوقی انگلستان: نظارت قضایی ضعیف

### ۱. مفهوم نظارت قضایی ضعیف

در مدل آمریکایی نظارت قضایی، قضات عادی می‌توانند از اجرای قانونی که آن را برخلاف مقررات قانون اساسی می‌پندارند، ممانعت ورزند. یکی از مباحثی که همیشه حول محور نظارت قضایی مطرح بوده، قدرت قضات در بی‌اثر ساختن تصمیمات پارلمانی است که متشکل از نمایندگان مردم است. مشکل اساسی زمانی بروز خواهد کرد که در کشوری مانند انگلستان اصل حاکمیت پارلمان به هیچ‌عنوان پذیرش نظارت بر اساسی بودن قوانین را برنمی‌تابد. در این کشورها عقیده سنتی این است که نظارت سیاسی مهم‌ترین عاملی است که نمایندگان پارلمان را از تصویب قانون خلاف قانون اساسی باز می‌دارد (Tushnet, 2011: 321)، اما تجربه ثابت کرده که نمایندگان ممکن است از روی سهل‌انگاری یا با قصد قبلی به تصویب چنین قوانینی اقدام کنند. بر همین اساس می‌توان گفت تصویب قانون حقوق بشر بیانگر این واقعیت است که برای تضمین حقوق و آزادی‌ها نمی‌توان به حقوق عرفی اعتماد کرد (عباسی، ۱۳۹۴: ۳۰). کشورهایمانند کانادا یا نیوزلند و در آخر انگلستان روشی بینابینی را در این خصوص اتخاذ کرده‌اند. نظام جدید طراحی شده که آن را نظارت قضایی ضعیف می‌نامند، در واقع پاسخی است به‌منظور تعدیل مخالفت‌ها و استدلالاتی که در رد نظارت اساسی بیان می‌شود. براساس مدل آمریکایی نظارت قضایی هنگامی که اختلافی درباره اساسی بودن یک مصوبه

ایجاد می‌شود، این مراجع قضایی‌اند که حرف آخر را می‌زنند. به عبارت دیگر، تفاسیر قضات از قانون اساسی برای تمام مقامات و نهادهای دولتی از جمله قوه مقننه الزام‌آور است (Cooper v. Aaron BT - US 1958).<sup>۱</sup> نظارت قضایی ضعیف روشی است که به وسیله آن در تفسیر قانون عادی و اساسی برتری پارلمان تأمین می‌شود. به عبارت دیگر، تفاوت بنیادین نظارت قضایی ضعیف و مدل موجود در نظام حقوقی آمریکا را نباید در مباحث موجود در خصوص صلاحیت قضات جست‌وجو کرد، بلکه آنچه محل اختلاف است، اقتدار پارلمان در برابر تصمیمات قضات است (Sinnott-Armstrong, 2003: 381). در مدل آمریکایی نظارت قضایی، عدول از تفسیر قاضی در خصوص اساسی نبودن قوانین به سه طریق ممکن است: مراجع قضایی از رویه پیشین خود کناره‌گیری کنند؛ مراجع مذکور از طریق تحولات نظام حقوق عرفی و به‌طور ضمنی تفسیر پیشین خود را تغییر دهند؛ و آخرین گزینه، تغییر قانون اساسی است. براساس نظارت قضایی ضعیف علاوه بر موارد پیش‌گفته، امکان عدول از تفاسیر و تصمیمات دادگاه توسط پارلمان نیز وجود دارد (Sinnott-Armstrong, 2003: 381). در نظام نظارت قضایی ضعیف دادگاه‌های عادی صلاحیت بررسی و بیان نظرهای خویش درباره انطباق قوانین مصوب مجلس با قانون اساسی را دارند، اما در نهایت این قانون‌گذار است که تصمیم نهایی در خصوص اساسی بودن یا نبودن قوانین را اتخاذ می‌کند. پرسشی که امکان دارد مطرح شود این است که اگر تصمیم نهایی درباره اساسی بودن قوانین با پارلمان است، پس این رسیدگی چه نتیجه‌ای خواهد داشت؟ چراکه بعید به نظر می‌رسد پارلمان عقیده خویش در خصوص قانونی را تغییر دهد و اذعان کند قانونی که خود تصویب کرده، خلاف قانون اساسی است. پاسخ به چنین پرسشی در حوصله پژوهش حاضر نیست، اما در اینجا از باب تشریح بیشتر موضوع، اشاره به چند نکته ضروری است. اول اینکه هدف اصلی از طرح‌ریزی چنین نهادهایی - همانند دادخواهی اساسی در آلمان - تحقق عینی‌تر حکومت مردم بر خود<sup>۲</sup> و آرمانی است؛ هابرماس آن را میهن‌پرستی اساسی<sup>۳</sup>

۱. پس از رأی تاریخی *Brown v. Board of Education*، که تفکیک نژادی در مدارس آمریکا را خلاف قانون اساسی اعلام کرد، یکی از مدارس ایالات آرکانزاس، با این عقیده که قوای عمومی هریک از ایالات صلاحیت ابطال قوانین و دستورهای قضایی فدرال را دارند، اقدام به اعمال تفکیک نژادی، برخلاف رأی پیشین دیوان عالی کرد. پس از اینکه دادگاه ایالتی، اقدام مدیر مدرسه را خلاف قانون اساسی تشخیص نداد، پرونده به دیوان عالی کشیده شد. در این خصوص دیوان بیان داشت که حکم دیوان عالی در خصوص در دعوی *Brown*، بر تمامی قوای سه‌گانه ایالات حکم فرم است و مراجع ایالتی حق ابطال تصمیمات و قوانین فدرال را ندارد. دیوان در ادامه و پس از بیان اینکه قانون اساسی قانون برتر سرزمین است، بیان می‌دارد که مفسر نهایی قانون اساسی دیوان عالی است.

## 2. Self-government

۳. میهن‌پرستی اساسی (Constitutional patriotism) نوعی هویت تقسیم‌شده ملی است که مبتنی بر یک سری اصول انتزاعی است که از مفاد و آیین‌های دموکراتیک موجود در قوانین اساسی نشأت می‌گیرد. ر.ک: Habermas, Jürgen (2001), *The postnational constellation: political essays*, Studies in contemporary

می‌نامد. در چنین سیستمی، شهروندان در واقع حقی بیش از حق سیاسی مشارکت در انتخابات (ریاست جمهوری یا پارلمان) دارند. مشارکت آنان در فرایند قانون‌گذاری به انتخاب نمایندگان مجلس ختم نمی‌شود. آنها قادرند از طریق ارسال شکایات اساسی به مراجع مرتبط و دریافت پاسخ از چنین مراجعی، در فرایندی پیوسته و لاینقطع با حکومت ارتباط برقرار کنند؛ هرچند تصمیم نهایی را پارلمان اتخاذ می‌کند؛ دوم اینکه، کارایی چنین سامانه‌ای به عوامل زیادی مانند نظام انتخاباتی یا نقش رسانه‌ها، یا نظام بازنگاری قانون اساسی بستگی دارد؛ در نهایت اینکه در کشورهای همچون انگلستان، با اینکه حاکمیت پارلمان در عالی‌ترین سطح ممکن استقرار یافته، نظارت قضایی ضعیف در موارد متعدد به تغییر و اصلاح قانون موردنظر منجر شده است.<sup>۱</sup>

نظارت قضایی ضعیف با توجه به میزان صلاحیت قضات در برخورد با قوانین غیراساسی به سه نوع تقسیم می‌شود؛ در نوع نخست که به‌سختی می‌توان عنوان نظارت را برای آن استفاده کرد، قضات براساس متن قوانینی که اغلب به‌صورت لوایح حقوق هستند، از این تکلیف برخوردارند که در دعوای مطروحه، قوانین پیش از تصویب لایحه حقوق یا پس از آن را همسو و در جهت تضمین حقوق مندرج در لایحه تفسیر کنند (Tushnet, 2011: 321). چنین فرایندی در نظام حقوقی کشوری مانند نیوزلند قابل شناسایی است. صورت دیگر نظارت قضایی ضعیف در کشوری مانند انگلستان پس از قانون حقوق بشر ۱۹۹۸ استقرار یافت. در چنین نظامی، قضات دارای این صلاحیت هستند که قانونی را که مغایر با هنجارهای اساسی می‌پندارند، خلاف قانون اساسی اعلام کنند. در واقع صلاحیت قضات نوعی صلاحیت اعلامی است. در این شرایط قضات باید پیش از اعلام غیراساسی بودن قانون مذکور، مطمئن شوند تفسیر قانون موردنظر به شیوه‌ای که به نقض حقوق افراد منجر نشود، امکان‌پذیر نیست (Tushnet, 2011: 321). آنچه در خصوص این شرط حائز اهمیت است، شباهتی است که با شرط توسل پیشین به تمامی راه‌حل‌های حقوقی<sup>۲</sup> (مانند آنچه در آلمان مقرر شده) دارد؛ در واقع همان‌گونه که دادخواهی اساسی به‌عنوان آخرین سازوکار ممکن به‌منظور پیگیری حقوق اساسی افراد در نظر گرفته می‌شود، اعلام غیراساسی بودن قوانین نیز زمانی ممکن خواهد بود که راه‌حل دیگری در نظام حقوق داخلی (که در اینجا کشورهای کامن‌لا مدنظر است)، برای قاضی باقی نمانده باشد. چنین حالتی معمولاً زمانی تحقق می‌یابد که متن قانون به‌طور صریح و آشکار حقوق افراد را نقض کرده است. نتیجه این اعلام در شرایط مختلف متفاوت خواهد بود. در مواردی که متن قانون موردنظر خلاف حقوق شناخته‌شده افراد نیست، اما آثار ایجادشده به‌وسیله آن چنین

German social thought.

1. A and others v. Secretary of State for the Home Department [2004] U.K.H.L. 56. [2005] 2 W.R.L. 87, H.L.

2. Exhaustion of all legal remedies

پیامدی را به همراه دارد، چنین اعلامی معمولاً به تصحیح قانون منجر می‌شود (Tushnet, 2006: 11)؛ اما گاهی قانون‌گذار با قصد قبلی چنین قانونی را تصویب می‌کند. در این صورت تصحیح یا تغییر قانون به آسانی تصحیح مورد قبل نیست و در هر صورت تصمیم نهایی با پارلمان است (Tushnet, 2006: 11). اما نباید فراموش کرد همان‌طور که گفته شد، اثربخشی چنین اقداماتی به عوامل مهمی از جمله نظام انتخاباتی و نقش رسانه در یک جامعه سیاسی بستگی دارد. در کشوری مانند انگلستان، اعلام و انتشار تصمیم دادگاه در رسانه‌ها و دریافت بازتاب آن از جانب مردم به خصوص زمانی که دولت ائتلافی بر سر کار باشد و اکثریت قوی موجود نباشد، می‌تواند موجب عقب‌نشینی نمایندگان از تصمیم پیشین خود شود. در سومین حالت که قوی‌ترین شکل نظارت قضایی ضعیف است، قضات از این صلاحیت برخوردارند که در صورتی که قانون را خلاف قانون اساسی تشخیص دادند، دستور تعلیق اجرای قانون را صادر کنند. در چنین حالتی پس از تصمیم قاضی، اجرای قانون موردنظر تا زمان اتخاذ تصمیم نهایی توسط پارلمان معلق می‌شود. نظام حقوقی کانادا دارای چنین سیستم نظارتی است.

## ۲. تحولات ناشی از قانون حقوق بشر ۱۹۹۸

قانون حقوق بشر ۱۹۹۸ که زمینه‌ساز اعمال تغییرات عمده در حقوق انگلستان شد، نقطه اوج حرکتی بود که درون حزب کارگر ایجاد شده بود. این حزب به دلیل تجربه‌های تلخ از نظارت قضایی، به‌طور سنتی نظر موافقی به صلاحیت قضات در حمایت از آزادی‌های سیاسی نداشت و مسئولیت حمایت از آزادی‌ها را بیش از آنکه متوجه مقامات قضایی بداند، متوجه مقامات دولتی می‌دانست (Ewing, 1999: 80). بعد از به قدرت رسیدن تاچر در انگلستان و به‌وقوع پیوستن اتفاقاتی که خوشایند این حزب نبود، تغییراتی در دیدگاه این حزب در خصوص حاکمیت پارلمان و نظارت قضایی ایجاد شد. در این زمان در نظریه حقوق اساسی این کشور نیز تغییرات عمده‌ای ایجاد شده بود: اصل حاکمیت پارلمان در مواردی تعدیل شده بود، از جمله نسبت به این عقیده که هیچ پارلمانی نمی‌تواند تصمیمات الزام‌آوری نسبت به پارلمان بعد از خود بگیرد (بدین معنی که نمی‌تواند قانونی تصویب کند که پارلمان بعد نتواند آن را تغییر دهد). از دیگر تغییرات عقب‌نشینی حاکمیت پارلمان به نفع اتحادیه اروپایی بود. همه این عوامل سبب شدند تا در سال ۱۹۹۸ قانون حقوق بشر به تصویب برسد. اثر این قانون در حقوق داخلی انگلستان، این بود که تمامی حقوق مندرج در منشور اروپایی حقوق بشر وارد حقوق داخلی شد و با استفاده از مجوز تفسیری لازم‌الاجرا شد. در همین خصوص، مواد ۲ و ۳ این قانون قضات را مکلف می‌سازد که در صدور آرای خویش حقوق مندرج در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و رویه قضایی دادگاه اروپایی حقوق بشر را مدنظر داشته باشند.



نظام حقوقی انگلستان شیوه ترکیبی از روش‌های نظارت قضایی ضعیف را به کار بسته است. تا پیش از تصویب قانون حقوق بشر، در مواردی که در خصوص انطباق یا عدم انطباق قوانین با مفاد کنوانسیون تردیدی حاصل می‌شد، قضاات اغلب به نفع حقوق داخلی رأی می‌دادند (Bonner, Fenwick, and Harris-Short 2003: 550) و تفسیر به نفع منطبق با کنوانسیون جزء صلاحیت‌های اختیاری قضاات محسوب می‌شد. پس از تصویب قانون مذکور و براساس ماده ۳، قضاات مکلف‌اند قوانین اولیه و ثانویه را که در دعوی مطروحه نزد آنها باید اجرا شود، به گونه‌ای که منطبق با مفاد حقوق بیان‌شده در این قانون باشد، تفسیر کنند. مطابق با مفاد این ماده چنین تفسیری، در اعتبار و اجرای قوانین اولیه و ثانویه تأثیر ندارد. نکته تأمل‌برانگیز این ماده عبارت ابتدایی آن است که قضاات را «تا آنجا که ممکن است»<sup>۱</sup> مکلف به تفسیر منطبق با کنوانسیون می‌کند. توضیح آنکه در خصوص دامنه صلاحیت اعطایی به قضاات توسط این ماده اختلاف نظر جدی وجود داشته است. برخی معتقد بودند که عبارت بالا باید به گونه‌ای تفسیر شود که صلاحیتی بیش از صلاحیت تفسیری معمول قضاات را در برداشته باشد (Bonner, Fenwick, and Harris-Short 2003: 550). از طرفی برخی عبارت مذکور را به گونه‌ای محدود تفسیر می‌کردند (R. v. Lambert and Perry BT). بحث در این خصوص در حوصله نوشتار حاضر نیست، اما به طور مختصر می‌توان گفت که رویه قضایی سه محدودیت را در این خصوص برای قضاات قائل شده است: تفسیر قوانین فاقد ابهام<sup>۲</sup>، تفسیر خارج از الفاظ قانون و در نهایت تفسیر منجر به لغو ضمنی<sup>۳</sup> (Young, 2002: 55-58). همان‌گونه که بیان شد، به سختی می‌توان عنوان نظارت را بر این نوع صلاحیت بار کرد. در تحلیل پایانی می‌توان گفت که هدف اصلی از درج این ماده کاهش موارد عدم تطابق حقوق داخلی با مفاد کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و در نهایت جلوگیری از صدور اعلامیه تفسیری است (Ewing, 1999: 87). براساس ماده ۴ این قانون در صورتی که رفع موارد ناسازگاری براساس فرایند مندرج در ماده ۳ ممکن نباشد، صدور اعلامیه تفسیری گام بعدی قضاات خواهد بود.

همان‌گونه که بیان شد، نظام حقوق انگلستان شیوه‌ای ترکیبی از انواع نظام‌های نظارت قضایی ضعیف را به کار برده است. شیوه دوم که اعطای صلاحیت اعلامی به قضاات است، در ماده ۴ این قانون بیان شده است. منطبق با این ماده دیوان عالی، مجلس اعیان، کمیسیون جزایی شورای خصوصی و دادگاه تجدیدنظر نظامی صلاحیت صدور اعلامیه ناسازگاری را دارند.

1. So far as it is possible

۲. بعد از تصویب قانون حقوق بشر عده‌ای از قضاات با استناد به مذاکرات پارلمان، معتقد بودند که صلاحیت تفسیری قضاات در خصوص قوانینی که به صراحت خلاف حقوق معاهده‌ای است، نیز قابل اجراست. منظور از قوانین فاقد ابهام قوانینی است که به صراحت خلاف حقوق معاهده‌ای است.

3. Implied repeal

براساس این ماده مراجع مذکور زمانی که در جریان رسیدگی به این نتیجه برسند که قانون اولیه‌ای یا ثانویه‌ای با حقوق معاهده‌ای<sup>۱</sup> (که براساس این قانون وارد حقوق داخلی انگلستان شده است) ناسازگار است، می‌توانند به صدور اعلامیه ناسازگاری اقدام کنند. پیش از پرداختن به آثار این اعلامیه، باید توضیحی اجمالی در خصوص کمیته مشترک حقوق بشر<sup>۲</sup> که پس از تصویب قانون حقوق بشر تشکیل شد، بیان شود؛ این کمیته ۱۲ نفره متشکل از نمایندگان دو مجلس پارلمان هستند که توسط اعضا، انتخاب می‌شوند. صلاحیت این پارلمان ارائه نظریات مشورتی در خصوص تمامی مسائل مرتبط با حقوق بشر در بریتانیاست (Joint Committee on Human Rights - UK Parliament n.d). این نهاد تمامی لویج قانونی را پیش از بررسی در پارلمان از حیث انطباق با حقوق معاهده‌ای بررسی می‌کند و گزارش خود را به پارلمان ارائه می‌دهد. این نهاد نقشی نیز در خصوص بررسی اعلامیه‌های ناسازگاری دارد که در ادامه توضیح داده می‌شود. صدور اعلامیه ناسازگاری دو نتیجه ممکن خواهد داشت: اولین حالت و نتیجه آن است که پارلمان نظر قضات را تأمین نکند و اقدامی به منظور اصلاح قانون انجام ندهد. ماده مذکور در ادامه تأکید می‌کند که صدور چنین اعلامیه‌ای تأثیری در اجرا و اعتبار قوانین مذکور ندارد و بر طرفین دعوا نیز قابل تسری نیست. حالت دوم آن است که صدور اعلامیه به اصلاح قانون منجر شود؛ این اصلاح به دو صورت انجام خواهد گرفت: یکم براساس ماده ۱۰ نخست‌وزیر قادر خواهد بود براساس فرمان<sup>۳</sup>، موارد مذکور در اعلامیه ناسازگاری را اصلاح کند. با توجه به صلاحیت مطلق پارلمان در قانون‌گذاری و استثنایی بودن این فرایند، نخست‌وزیران بریتانیا در اعمال این ماده با احتیاط و به‌طور محدود عمل می‌کنند. از زمان لازم‌الاجرا شدن این قانون در سال دو هزار میلادی تاکنون فقط پنج فرمان اصلاحی صادر شده است (Remedial Orders - UK Parliament n.d). در دومین حالت (که معمول‌ترین حالت نیز است) پارلمان پس از بررسی اعلامیه ناسازگاری و براساس نظریه مشورتی کمیته مشترک حقوق بشر اقدام به اصلاح قانون موردنظر می‌کند. همان‌گونه که بیان شد، پارلمانی الزامی در خصوص اصلاح قوانین ندارد و اخذ تصمیم نهایی بدون هیچ اجبار قانونی از صلاحیت‌های قطعی آن است. در واقع صدور اعلامیه ناسازگاری فرایندی است تشریفاتی برای جلب توجه عموم به مسئله ناسازگاری و اعمال فشار بر قانون‌گذار تا یک درخواست رسمی قضایی برای اصلاح قانون (Bonner, Fenwick, and Harris-Short, 2003: 562). آمار منتشرشده توسط پارلمان انگلستان بیانگر این موضوع هستند که با وجود تعداد محدود اعلامیه‌های ناسازگاری، پارلمان در بیشتر موارد اقدام به اصلاح قانون کرده است: براساس آخرین آمار منتشرشده، از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون

---

4. Conventional rights

1. Joint Committee on Human Rights

2. Order

تا سال ۲۰۱۵ میلادی، ۲۹ اعلامیه صادر شده که از این بین بیست مورد به اصلاح قوانین منجر شده است (Human Rights Judgments - Human Rights Joint Committee n.d.). تغییرات حاصل از قانون حقوق بشر به نظارت قضایی ضعیف ختم نمی‌شود. قانون مذکور با احتیاط و ظرافت خاصی امکان شکایت از اعمال فردی مقامات عمومی یا احکام دادگاه‌ها را از حیث نقض حقوق معاهده‌ای همانند آنچه در کشورهایمانند آلمان یا اسپانیا رایج است، پیش‌بینی کرده است. منظور از مقامات عمومی در این قانون، دادگاه‌ها یا سایر مراجع رسیدگی و تمام کسانی‌اند که به‌نوعی عهده‌دار فعالیتی هستند که ماهیتاً فعالیت عمومی تلقی می‌شوند.<sup>۱</sup> باید توجه داشت که اعمال تقنینی و اداری مرتبط با جریان قانون‌گذاری، مشمول مقررات مذکور نیستند. در صورتی که افراد عادی مدعی باشند چنین اعمالی موجب ایراد خسارت بر آنها شده است، می‌توانند نزد مراجعی که به‌وسیله فرمان رئیس مجلس اعیان یا وزرای مربوط معین می‌شوند، طرح دعوا کنند. مراجعی که به‌وسیله این فرمان‌ها معین می‌شوند، باید منطبق با ماده ۱۳ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر یعنی حق بر جبران مؤثر خسارت باشند. به‌عبارت دیگر، باید صلاحیت لازم به‌منظور احقاق حقوق فرد را داشته باشند. مدت مرور زمان این دعاوی یک سال پس از صورت پذیرفتن چنین اعمالی یا پایان یافتن مدت زمانی است که قضات آن را نسبت به تمامی دعاوی قابل‌اعمال می‌دانند. نکته آخر اینکه شکایت از احکام دادگاه‌ها، براساس این ماده صرفاً در جریان تجدیدنظر قضایی نسبت به حکم مذکور قابل انجام است.

## نتیجه‌گیری

از بین تمام سامانه‌های تضمین حقوق بشر، تضمینات حقوقی که در قالب دادرسی اساسی اعمال می‌شود، مؤثرترین راه در تضمین این حقوق است. دادخواهی اساسی سبب شد تا برای نخستین‌بار حمایت از حقوق ملت از طریق آیینی مستقل که در عرض سایر صلاحیت‌های معمول دادرسی (مانند نظارت بر اساسی بودن قوانین مجلس) بود، صورت پذیرد. پیش‌بینی سامانه‌ای که به‌وسیله آن افراد عادی از این توانایی برخوردار شوند که بتوانند نسبت به نقض حقوق اساسی خویش توسط قوانین به مراجع دادرسی اساسی رجوع کنند و درخواست ابطال قوانین را مطرح کنند، منجر به امری خواهد شد که هابرماس آن را میهن‌پرستی اساسی می‌نامد. در چارچوب این سیستم نه‌تنها افراد عادی نقض حقوق خویش را بر نمی‌تابند، بلکه حکومت نیز همواره این امر مسئله را مدنظر خواهد داشت که اقتدارات اعطایی حد و مرز مشخصی دارد و نسبت به هر گونه اقدام خارج از این محدوده، به‌طور مستمر توسط مردم و نهادهای مسئول بازخواست خواهد شد.

انگلستان و فرانسه هر کدام متناسب با چارچوب نظام حقوقی خود تلاش کرده‌اند روش‌هایی را به‌منظور تضمین آزادی‌های فردی به‌کار گیرند. نقطه مشترک و در واقع نقطه آغازین حرکت این دو کشور در این زمینه، تلاش به‌منظور پیش‌بینی راهکارهایی برای کاهش تعداد مراجعات شهروندان این دو کشور به دادگاه اروپایی حقوق بشر بود. فرانسه براساس اصلاحیه قانون اساسی در سال ۲۰۰۸، امکان دسترسی غیرمستقیم شهروندان به شورای قانون اساسی را از طریق پرسش مقدماتی اساسی بودن، فراهم کرده است. انگلستان نیز پس از تصویب قانون حقوق بشر در سال ۱۹۹۸، نظارت قضایی ضعیف را که به قضاوت صلاحیت تفسیری و اعلامی در حمایت از حقوق معاهده‌ای اعطا می‌کند، در چارچوب بنیان‌های نظام حقوقی کامن‌لا، پیش‌بینی کرد. تحولات صورت‌پذیرفته در این دو کشور شباهت‌های بنیادینی با آیین دادرسی اساسی دارند. تمرکز تحولات مذکور بر حمایت از آزادی‌ها، لزوم ایراد خسارت ناشی از قوانین و تصمیمات مورد شکایت، تفکیک آیین رسیدگی به نقض حقوق افراد به‌وسیله قانون و اقدامات فردی مقامات عمومی (مقامات اداری و در انگلیس علاوه بر آن، احکام دادگاه‌ها) از جمله این موارد است.

تغییرات ایجادشده در این کشورها علاوه بر اینکه زمینه‌های جدیدی را برای ایجاد گفت‌وگو بین دولت و افراد فراهم می‌کند، از حیث دموکراتیک نیز اهمیت دارد. اصلاحات صورت‌پذیرفته در این کشورها نشان داد که دموکراسی امروزه راه خود را از مسیر نهادهای سیاسی و اجتماعی تکثرگرا دنبال می‌کند، نهادهایی که اختیاراتی ویژه در پاک کردن مفهوم سنتی حاکمیت دارند؛ امری که نتیجه فرایند ادغام نهادی ملی و فراملی است. جوامع چندفرهنگی معاصر امروزه با توجه به اهمیت روزافزون آزادی‌های فردی و حمایت صورت‌پذیرفته از آنها تعریف می‌شوند. در کشوری مانند فرانسه عقیده سنتی منتسکیویی که طبق آن قاضی فقط بیانگر اراده عمومی است، جای خود را به این واقعیت داده که قاضی اساسی حافظ ارزش‌های بنیادینی است که در قانون اساسی بیان شده است. در نهایت اینکه اراده اکثریت در جهان معاصر با سد محکمی به نام حقوق بشر مواجه شده است، امری که روزبه‌روز به واقعیتی عینی‌تر تبدیل می‌شود.

در انتها پر بیراه نخواهد بود که اشاره‌ای به نظام حقوقی ایران شود. همان‌گونه که در سایر کشورها نیز ثابت شده است، نظارت پسینی، سازوکاری مؤثر و کافی به‌منظور تضمین حقوق اساسی ملت نخواهد بود. بنابراین لازم است اقداماتی به‌منظور پیش‌بینی نظارت پسینی بر قوانین و مقررات انجام گیرد. بی‌شک اصلاح قانون اساسی مؤثرترین راه برای حمایت از حقوق و آزادی‌های اساسی مندرج در فصل حقوق ملت است؛ اما در چارچوب قانون اساسی فعلی نیز پیش‌بینی چنین امری امکان‌پذیر خواهد بود. برای مثال، همان‌گونه که در نظام حقوقی آلمان، شکایت اساسی در قانون بنیادین ۱۹۴۵ پیش‌بینی نشده بود و برای اولین بار توسط قانون تأسیس دادگاه قانون اساسی فدرال معرفی شد، امکان نظارت پسینی شورای نگهبان نیز می‌تواند در قوانین و مقررات مرتبط با شورای نگهبان مقرر شود؛ در این مرحله تجربه کشور

فرانسه حائز اهمیت است؛ توضیح آنکه به دلیل مخالفت‌های جدی بر سر پذیرش نظارت پسینی شورای قانون اساسی، این شورا ابتدا امکان مراجعه نمایندگان پارلمان را مقرر داشت و سال‌ها بعد، در فرایندی تدریجی، امکان مراجعه فردی را (هرچند غیرمستقیم)، پیش‌بینی کرد. در این خصوص قانون‌گذار و شورای نگهبان می‌توانند ابتدا امکان رجوع پسینی نهادهای اساسی حکومت مانند ریاست جمهور، رئیس قوه قضاییه، کمیسیون اصل نود، سازمان بازرسی و دیگر نهادها را پیش‌بینی کند. باری، نباید فراموش کرد که صرف مقرر کردن چنین امکانی در نظام حقوقی تا زمانی که مسئولان و افراد دارای بازتاب اساسی نباشند و تضمین و احترام به قانون اساسی و حقوق ملت از اولویت‌های آنان نباشد، راه به جایی نخواهد برد.

## منابع

### ۱. فارسی

#### الف) کتاب‌ها

۱. راسخ، محمد (۱۳۹۶)، *نظارت و تعادل در نظام حقوق اساسی*، چ چهارم، تهران: دراک.
۲. عباسی، بیژن (۱۳۹۴)، *حقوق اساسی تطبیقی*، تهران: دادگستر.

#### ب) مقالات

۳. تقی‌زاده، جواد (۱۳۸۵)، «اساسی‌سازی حقوق فرانسه»، *مجله حقوق اساسی*، سال چهارم، ش ۶ و ۷، ص ۲۸۸-۲۶۷.
۴. جلالی، محمد؛ صداقت، قاسم‌علی (۱۳۹۴)، «بررسی مبانی اعتبار دموکراتیک نظارت اساسی»، *فصلنامه دانش حقوق عمومی*، ش ۱۵، ص ۱۴۳-۱۲۳.

### ۲. انگلیسی

#### A) Books

1. Abbasi, Bizhan (2015), *Comparative Constitutional Law*, Tehran, Dadgostar pub (In Persian).
2. Rasekh, Mohammad (2017), *Check and Balance in Constitutional Law*, 4<sup>th</sup> Ed, Derak pub (In Persian).
3. Rosenfeld, Michel (2005), "Constitutional Adjudication in Europe and United States: Paradoxes and Contrasts", In *European and US Constitutionalism*, ed. Georg Nolte. Cambridge University Press.
4. Tushnet, Mark (2011). "The Rise of Weak-Form Judicial Review", In *Comparative Constitutional Law*, eds: Tom Ginsburg and Rosalind Dixon, Edward Elgar Publishing.

**B) Articles**

5. Bonner, David, Helen Fenwick & Sonia Harris-Short, (2003), "Judicial Approaches to the Human Rights Act", *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 52, No.3, pp.549-586.
6. Brinks, Daniel M., & Abby Blass,(2017), "Rethinking Judicial Empowerment: The New Foundations of Constitutional Justice", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 15, No 2, pp. 296-331.
7. Currie, David P, (1986), "Positive and Negative Constitutional Rights", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 53, pp. 864-90.
8. Dannemann, Gerhard (1994), "Constitutional Complaints: The European Perspective", *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 43, No. 1, pp. 142-153.
9. Ewing, Keith, (1999), "The Human Rights Act and Parliamentary Democracy" *The Modern Law Review*, Vol. 62, No. 1, pp. 79-99.
10. Fabbrini, Federico (2008), "Kelsen in Paris: France's Constitutional Reform and the Introduction of a Posteriori Constitutional Review of Legislation", *German L.J*, Vol. 9, No. 10, pp. 1297-1312.
11. Grazia, Maria & Cristina Elías Méndez (2017), "Current Trends and Perspectives Regarding Constitutional Jurisdiction in the Member States of the Eu", *Rivista di Studi Politici Internazionali*, Vol. 80, No. 4, pp. 553-574.
12. Jalali, Mohammad, Sedaghat, GH A (2015). Analyzing the Foundations of the Democratic Legitimacy of Constitutional Review, *Quarterly Journal of Public Law Knowledge*, Vol. 15, pp.123-143 (In Persian).
13. Karakamisheva, Tanja (2009), "Constitutional Complaint-Procedural and Legal Instrument for Development of the Constitutional Justice (Case Study-Federal Republic of Germany, Republic of Croatia, Republic of Slovenia and Republic of Macedonia)", In *A Paper Presented at the World Conference on Constitutional Justice, the Constitutional Court of South Africa and the Venice Commission, Cape Town*, pp. 1-16.
14. Pasquino, Pasquale (2009), "New Constitutional Adjudication in France: The Reform of the Referral to the French Constitutional Council in Light of the Italian Model", *INDIAN J. CONST. L*, Vol. 3, pp. 105-17.
15. Patrono, Mario (2000), "The Protection of Fundamental Rights by Constitutional Courts-A Comparative Perspective", *Victoria U. Wellington L, Rev*, Vol. 31, pp. 401-26.
16. Pfersmann, Otto, (2010), "Concrete Review as Indirect Constitutional Complaint in French Constitutional Law: A Comparative Perspective", *European Constitutional Law Review*, Vol. 6, No. 2, pp. 223-248.
17. Philippe, Xavier, (2012), "Constitutional Review in France: The Extended Role of the Conseil Constitutionnel through the New Priority Preliminary Rulings Procedure (Qpc)", *Annales U. Sci. Budapestinensis Rolando Eotvos Nominatae*, Vol. 53, pp. 65-94.
18. Sinnott-Armstrong, Walter (2003), "Weak and Strong Judicial Review", *Law and Philosophy*, Vol. 22, No. 3-4, pp. 381-392.
19. Sweet, Alec Stone (2007), "The Politics of Constitutional Review in France and Europe", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 5, No. 1, pp. 69-92.
20. Tushnet, M, (2006), "Weak-Form Judicial Review and Core Civil Liberties", *Harv. CR-CLL Rev*, Vol. 22, No. 103, pp. 1-22.

21. Young, Alison L, (2002), "Judicial Sovereignty and the Human Rights Act 1998", *The Cambridge Law Journal*, Vol. 61, No. 1,
22. Taghizadeh, Javad (2006), Constitutionalisation of French Law, *Constitutional Law*, Vol. 4, Issue 67, pp.267- 288 (In Persian).

**C) Cases**

23. *Cooper v. Aaron BT* - US. 1958. 358 Supreme Court.
24. *R. v. Lambert and Perry BT* - Camp. 1810. 2.

**D) Reports**

25. venice commission, (2002). "Human Rights Protection by Ordinary Courts Report", In *Human Rights Protection Systems* , 21–22.
26. "Bundesverfassungsgericht - 7Annual Statistics 2017", [http:// www.bundesverfassungsgericht.de/EN/Verfahren/Jahresstatistiken/2017/statistik\\_2017\\_node.html%20\(March%202024,%20202018\)](http://www.bundesverfassungsgericht.de/EN/Verfahren/Jahresstatistiken/2017/statistik_2017_node.html%20(March%202024,%20202018))

**E) Websites**

27. Remedial Orders - UK Parliament <https://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/joint-select/human-rights-committee/remedial-orders1/> (April 18, 2018).
28. Role - Joint Committee on Human Rights - UK Parliament <https://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/joint-select/human-rights-committee/role/> (April 18, 2018).
29. "Human Rights Judgments-Human Rights Joint Committee <https://publications.parliament.uk/pa/jt201415/jtselect/jtrights/130/13006.htm> (April 18, 2018).