

# تأملی پیرامون ضمانت‌های حقوق اساسی و نظریه تفهیر

• ریکاردو گواستینی (برگردان: دکتر اردشیر ارجمند)<sup>۱</sup>

## ۱. «حقوق فردی اساسی»: تحلیلی مقدماتی

«حق فردی» به وضعیت مساعد یا امتیازی اطلاق می‌شود که به وسیله یک قاعده اساسی حقوقی به تابعان یک نظام تفویض شده باشد.

البته، حق فردی ممکن است به موجب قواعدی که از نظر سلسله مراتب منابع حقوقی کاملاً متفاوت هستند اعطا شود. از این روی، اصولاً می‌توانیم حقوق فردی را براساس منابع آنها تفکیک کنیم. مثلاً می‌توانیم بین حقوق فردی «قراردادی»، «حقوق فردی» قانونی و «حقوق فردی» اساسی «قابل به تفکیک شویم. حق «قراردادی» حقی است که منبع آن یک قرارداد باشد، یعنی مبتنی بر آزادی اراده طرفین قرارداد باشد. حق «قانونی» حقی است که به وسیله یک قاعده قانونی وضع شده باشد. به عبارت دیگر، قاعده ای است که دارای «قدرت قانونی» بوده و از ضمانت اجرای قانون برخوردار است. حق «اساسی» (حق منبعث از قانون اساسی) به نوبه خود حقی است که به وسیله یک قاعده اساسی یعنی قاعده‌ای که بر قوانین عادی برتری دارد وضع شده باشد.

از سوی دیگر، مسلم است که چنین تفکیکی، به ویژه بین حقوق «قانونی» و حقوق «اساسی» هیچگونه اهمیت عملی در نظام‌های حقوق اساسی انعطاف پذیر ندارد، زیرا در چنین نظام‌هایی، از آنجا که قانون عادی با قانون اساسی در یک رده از نظر سلسله مراتب قواعد حقوقی قرار می‌گیرد، می‌تواند اصول قانون اساسی را لغو یا اصلاح کند. پس، قانون عادی همچنانکه مجاز به تحدید یا نسخ قواعد عادی است مجاز به تحدید یا نسخ قواعد حقوقی اساسی نیز هست.

برعکس، تفکیک بین حقوق قانونی و حقوق اساسی در نظام‌های حقوق اساسی انعطاف پذیر دارای اهمیت اساسی است، زیرا در چنین نظام‌هایی قانون عادی مجاز به نسخ یا تغییر

۱. مشخصات مقاله حاضر نوشته ریکاردو گواستینی از دانشکده جنوا (ایتالیا) از این قرار است:

GUASTINI (Riccardo), «Réflexion sur les garanties des droits constitutionnels et la théorie de l'interprétation», Revue de droit public, 1991, pp. 1979-87.

ترجمه این مقاله پیش از این در شماره ۱۰ مجله تحقیقات حقوقی (بهار و تابستان ۱۳۷۱)، صص. ۳۶۷-۳۸۲) منتشر شده است.

۲. دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

قواعد « اساسی » نیست. لذا یک حق فردی « اساسی » نمی تواند به وسیله قوانین عادی محدود، اصلاح یا لغو گردد، درحالی که یک حق فردی « قانونی » می تواند توسط یک قانون عادی نسخ شود.

به عبارت دیگر، در نظامهای حقوق اساسی انعطاف ناپذیر، حقوق فردی اعطا شده به وسیله قانون اساسی ( یا قانونی که رسماً اساسی محسوب شده است ) دارای این ویژگی است که از یک توان « مقاومت » خاص واز یک حمایت وپوشش کاملاً استثنایی بهره مند است. قواعد حقوقی اساسی قواعدی است که قانونگذار عادی (درمقابل قوه مؤسس) مجاز به تحدید، تغییر یا لغو آنها نیست.

حق فردی همانا امتیازی است که یک فرد ( یا یک طبقه از افراد ) نسبت به فرد دیگری ( یا طبقه دیگری از افراد ) که به او تکلیفی ( تعهدی ) متناسب تحمیل شده باشد، دارد. هنگامی می توانیم از حق فردی « خصوصی » صحبت کنیم که به فردی در مقابل فرد دیگر حقی اعطا شده باشد، و برعکس، حق « عمومی » حقی است که فرد در مقابل دولت دارا می باشد. بنابراین، حقوق فردی اعطا شده به وسیله قانون اساسی عمدتاً حقوق « عمومی » است، یعنی حقوقی که به شهروندان در مقابل دولت اعطا شده است.

داشتن یک حق فردی درمقابل دیگری بدین معنی است که بتوان از وی رفتار مشخصی را انتظار داشت: این است محتوای حق فردی. محتوای یک حق چیزی نیست جز رفتاری که دارنده آن می تواند آن را از دیگران بخواهد.

تا آنجا که مربوط به حقوق عمومی « اساسی » می شود، در بیشتر موارد محتوای حق، نه فعل بلکه ترک فعلی ( عدم مداخله ) از جانب دولت است. برای مثال، وقتی که به شهروندان حق « اساسی » تشکیل اجتماعات اعطا می گردد، شهروندان نمی توانند از دولت انتظار انجام عملی را داشته باشند بلکه فقط می توانند از دولت بخواهند که تشکیل اجتماعات را از طریق اعمال حقوقی ممنوع اعلام نکند و نیز عملاً به وسیله عوامل مادی مانع تشکیل اجتماعات شهروندان نگردد.

حقوق عمومی « اساسی » را که محتوایش ترک فعل دولت است معمولاً « حقوق آزادی » یا « آزادی های عمومی » می خوانند، زیرا « آزادی » در زبان عامه به معنای عدم وجود مانع است. دارندگان حق آزادی می توانند خواستار آن باشند که از انجام بعضی از افعال ( یا ترک دیگر ) ممنوع نشوند.

## ۲. مساله ضمانت های حقوق اساسی

در زبان سیاسی متداول، از ضمانتهای حقوقی به صورت نوعی و کاملاً مبهم صحبت می شود. به عنوان مثال، گفته می شود که یک حق تنها وقتی به وسیله قانون اساسی تضمین می گردد که در متن قانون مزبور بطور رسمی پیش بینی شده باشد.

اما مسلماً با چنین استفاده ای از زبان شناسی قادر به تفکیک بین اعطای یک حق و حمایت از آن نخواهیم بود. یک حق « اساسی » می تواند بدون اینکه حمایت یا ضمانتی را به دنبال داشته باشد اعطا گردد. به عنوان مثال، وقتی قانون اساسی مقرر میدارد که « هر شهروندی می تواند ... آزادانه سخن بگوید، بنویسد و نشر دهد » ( ماده ۱۰ اعلامیه حقوق بشر )، بی شک به شهروندان یک دسته حقوق فردی اعطا می کند، اما نمی توان تأیید کرد که این حقوق مورد حمایت نیز واقع شده است.

یک ضمانت دقیقاً یک حمایت است. ضمانتهای احترام به حقوق اساسی در واقع حمایتی است که از حقوق شهروندان در مقابل دولت صورت می‌گیرد. این ضمانتها همچون نوعی حائل و مانع بین قدرت دولت و آزادی شهروندان عمل می‌کنند.

از زمان لاک و منتسکیو ( و از زمانی که ماده ۱۶ اعلامیه ۱۷۸۹ به وجود آمد ) این تفکر نسج گرفته که تنها ضمانت اساسی و بنیادین آزادیهای عمومی « تفکیک قوا » است. اندیشه های اساسی که در نظریه تفکیک قوا مستتر هستند عبارتند از :

۱. تقسیم قدرت سیاسی. قدرت دولتی ( یا سیاسی ) باید تقسیم ، توزیع و تفکیک شود. اگر تمام قدرت سیاسی در دست یک ارگان ( یا یک فرد ) متمرکز گردد ، این ارگان بی شک سخت قدرتمند خواهد شد. برعکس، اگر قدرت سیاسی تفکیک و بین چند ارگان ( یا شخص ) توزیع شود . این قدرت ضرورتاً ضعیف تر و کم نفوذتر خواهد بود.
۲. « کنترل توازن را به دنبال دارد»، به عبارت دیگر « قدرت قدرت را متوقف می کند ». هنگامی که قدرت سیاسی بین چند ارگان تقسیم می شود امکان کنترل متقابل برای این ارگان ها به وجود می‌آید. این امر، اعمال قدرت یا سوء استفاده از آن را برای هریک از این ارگان ها دشوارتر می سازد. لذا تجاوز به آزادیهای شهروندان مشکل تر می شود. بنابراین، « تفکیک قوا » ضمانتی است که آثار خود را در رابطه با مجموعه قدرت دولتی تحقق می بخشد. تفکیک قوا وسیله ای است برای محدود کردن قدرت سیاسی بطور کلی.

با وجود این، وقتی که وظایف اساسی دولت - کشور ( وظایف تقنینی ، اجرایی و قضایی ) تفکیک و به ارگان های مختلف تخصیص داده می شود مسأله جدیدی مطرح خواهد شد که به هر صورت مسأله مهم و بنیادین « دستور گرایي » است ؛ یعنی مسأله عملکرد ضمانتها در مقابل هر یک از قوا و ارگان هایی که عهده دار امور مختلف دولتی هستند.

تفکیک قوا نقش خود را فی حدالذاته در مقابل دولت - کشور ایفا می کند ، اما در مقابل هریک از قوای مقننه ، مجریه و قضائیه نیز باید ضمانتهای اختصاصی و جداگانه ای در نظر گرفته شود.

در بخشهای بعدی ( ۳ تا ۵ ) سعی خواهد شد تا ضمانتهای آزادی موجود در قانون اساسی ۱۹۴۸ ایتالیا بطور بسیار فشرده مورد بررسی قرار گیرد و در آخرین بخش مسأله ای که هم شامل نظریه عمومی حقوق و هم شامل سیاست در زمینه قانون اساسی است مطرح می شود.

### ۳. ضمانتهای موجود در برابر قوه مقننه

در قانون اساسی ایتالیا چهار ضمانت عمده در مقابل قوه مقننه وجود دارد :

۱. اولین ضمانت ، همانا ممنوعیت اصلاح قانون اساسی است. علی الاصول، وقتی که چنین ممنوعیتی وجود دارد ، قانونگذار به هیچ وجه مجاز به لغو یا تغییر حقوق فردی «اساسی» شهروندان نیست.

با وجود این ، بسیار نادر است که یک قانون اساسی تجدید نظر در اصول خود را مطلقاً ممنوع اعلام نماید. برعکس، قوانین اساسی که فقط تغییر یا اصلاح بخشی از متن قانون اساسی را ممنوع اعلام کرده اند بسیارند. در قانون اساسی ایتالیا ( مانند قانون اساسی

جمهوری پنجم فرانسه) تغییر شکل جمهوری حکومت ممنوع اعلام شده است (اصل ۱۳۹). واضح است که این حکم مستقیماً به حقوق فردی شهروندان مربوط نمی شود. اصولاً آن دسته از اصول قانون اساسی که واضع حقوق فردی برای شهروندان می باشد قابل نسخ یا اصلاح است (هر چند در ایتالیا دکترین حقوقی مخالفی در رابطه با تئوری «قانون اساسی مادی» در این مورد وجود دارد).

۲. دومین ضمانت، انعطاف ناپذیری خود قانون اساسی است.

به عبارت صریح تر: پیش بینی مقررات و آیین ویژه ای برای تجدید نظر در قانون اساسی (اصل ۱۳۸). با وجود چنین مقررات و آیین ویژه ای، قانونگذار «عادی» (اکثریت ساده مجلس) مجاز به لغو یا اصلاح قانون اساسی نخواهد بود. بنابراین، قانونگذار «عادی» نمی تواند هیچ یک از حقوق فردی «اساسی» را محدود یا لغو نماید.

از سوی دیگر، در فقدان یک ارگان کنترل کننده انطباق قوانین عادی با قواعد حقوق اساسی، دو ضمانت یاد شده فاقد هرگونه تأثیر عملی خواهد بود (آنچه در ایتالیا به آن «مشروعیت اساسی» گفته می شود). اگر چنین ارگانی وجود نداشته باشد، ممنوعیت تغییر قانون اساسی (خواه ممنوعیت تغییر قانون اساسی به معنای عام، خواه ممنوعیت تغییر قانون اساسی به وسیله قانون عادی) ممنوعیتی فاقد هرگونه ضمانت اجرا خواهد بود.

۳. سومین ضمانت در مقابل قوه مقننه، همانا کنترل مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی است (اصل ۱۳۴ به بعد). در اینجا باید دو تفاوت اساسی بین نظامهای مختلف مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی را خاطر نشان ساخت.

از یک سو، کنترل مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی می تواند به طریق احتیاطی (قبلی) یا به طریق تبعی (بعدی) صورت گیرد. در حالت اول (که مصداق آن نظام حقوقی فرانسه است) علی الاصول قانونی که مطابق با موازین قانون اساسی تشخیص داده نشود نمی تواند به مورد اجرا گذارده شود. در این نظام کنترل، معمولاً عمل کنترل مطابقت قانون با قانون اساسی به وسیله یک ارگان غیر حقوقی یعنی ارگانی سیاسی صورت می گیرد. در حالت دوم (که مصداق آن نظام حقوقی ایتالیا و آمریکا است) برعکس حالت اول، احتمال به مورد اجرا گذاردن یک قانون مغایر با قانون اساسی، حتی برای مدت زمان نسبتاً طولانی قبل از اینکه این مغایرت اعلام گردد، وجود دارد. حتی ممکن است یک قانون مغایر با قانون اساسی هرگز ملفی نگردد. معمولاً کنترل «بعدی» به وسیله ارگانهای قضایی صورت می گیرد.

از سوی دیگر، کنترل قضایی مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی می تواند در حیطه صلاحیت یک ارگان ویژه (دادگاه کنترل انطباق قوانین با قانون اساسی) باشد. در حالت اول (که آمریکا از مصادیق آن است) هر قاضی مجاز به تشخیص مغایرت یک قانون با قانون اساسی و امتناع از اجرای آن است. اما تصمیم یک قاضی مانع اتخاذ تصمیمات مغایر از جانب قضات دیگر و اجرای قانون مزبور به وسیله این قضات نمی گردد. در حالت دوم (که ایتالیا از مصادیق آن است) دادگاه کنترل انطباق قوانین با قانون اساسی («دادگاه قانون اساسی») مجاز به نسخ قانون مغایر با قانون اساسی است و تصمیمات این ارگان دارای آثار «همه شمول» بوده یعنی برای همگان لازم الرعایه

است. نتیجتاً قانونی که مغایر با قانون اساسی تشخیص داده شود نمی تواند به وسيله هيچ قاضي اى به مورد اجرا درآيد. بطور خلاصه، در قانون اساسی ایتالیا پیش بینی شده است که کنترل مطابقت قانون با قانون اساسی به روش «بعدي» ( طریقه استثنایی ) توسط یک ارگان قضایی خاص صورت گیرد.

۴. چهارمین ضمانت با سه مورد قبلی کاملاً متفاوت است، و آن نسخ قوانین عادی از طریق انجام همه پرسى است ( اصل ۷۵ ). از طریق همه پرسى، مردم ( اکثریت رأی دهندگان ) می توانند اقدام به نسخ قانونی نمایند که به تصویب قوه مقننه رسیده است. این امر می تواند به عنوان یک « نیروی توازن » در دمکراسی های مستقیم محسوب شود که به وسیله آن خود مردم می توانند شخصاً نوعی کنترل سیاسی مستقیم بر قوه مقننه اعمال نمایند.

البته، باید متذکر گردید که قانون اساسی خود همه پرسى را در مورد بعضی از قوانین ( مثل قوانین مالیاتی یا قوانین مربوط به بودجه ) ممنوع اعلام کرده است. بنابراین، در هر مورد، قبول تقاضای انجام همه پرسى منوط به کنترل مقدماتی « دادگاه قانون اساسی » است ( اصل ۲ قانون اساسی ۱۹۵۳ ).

#### ۴. ضمانت‌های موجود در برابر دولت

در قانون اساسی ایتالیا سه ضمانت عمده برای حمایت از شهروندان در مقابل قوه مجریه وجود دارد :

۱. نخستین ضمانت، برتری قوه مقننه و قوه مجریه و متابعت قوه مجریه از قوه مقننه است. بطور کلی، این متابعت به سه شرط زیر بستگی دارد :

۱-۱. دولت باید در داخل محدوده مشخص شده به وسیله قانون عمل نماید. به عبارت دیگر، در اعمال دولت اصل « قانونی بودن در اداره » باید رعایت گردد : اصل حاکمیت قانون ». از یک سو دولت نمی تواند دست به انجام عملی بزند که مغایر با قانون باشد، و از سوی دیگر هرگونه عمل حقوقی دولت که مطابق با قانون نباشد غیر قانونی تلقی می گردد. در واقع، چنین اصلی صراحتاً در قانون اساسی ذکر نشده است، معذک یک اصل ضمنی در تمام سیستم های قانون اساسی لیبرال تلقی می گردد.

۱-۲. مقررات مصوب دولت ( مقررات، آییننامه ها، تصویبنامه ها ) با توجه به سلسله مراتب منابع حقوقی، تابع قوانین است. به عبارت دیگر، انطباق با قانون شرط ضروری اعتبار مقررات اجرایی است. این اصل حتی به عنوان اصلی که بطور ضمنی در قانون اساسی پیش بینی شده است تلقی می گردد.

۱-۳. مشروعیت هرگونه عمل دولت ( خواه جنبه سیاسی یا اداری داشته باشد ) خواه واضح مقررات باشد ) مشروط به کسب اعتماد مجلس است ( اصل ۶۴ ). این اصل یکی از اصول شاخص قوانین اساسی کلیه رژیم های پارلمانی است. البته، در اینجا باید به تناقصی اشاره کرد که در تمام رژیمهای پارلمانی وجود دارد. از یک سو، ضرورت جلب اعتماد پارلمان دولت را تحت کنترل پارلمان قرار می دهد اما، از سوی دیگر، وجود خود این اعتماد اعمال چنین کنترلی را بی اثر می

سازد؛ زیرا وقتی دولت حمایت پارلمان را جلب کرده باشد این بدان معناست که دولت در پارلمان دارای یک اکثریت موافق بوده و نماینده این اکثریت پارلمانی است و بنابراین دولت به وسیله ارگانی کنترل می شود که به طریق اولی نظر مساعد نسبت به او دارد. به عبارت دیگر، این اکثریت موجود است که به کنترل خود مبادرت می کند.

۲. دومین ضمانت، مسأله احترام به «حیطه صلاحیت قانون» است؛ یعنی اینکه قانون اساسی امر وضع قوانین و مقررات در بعضی از موضوعات را در حیطه صلاحیت اختصاصی قانون (قوه مقننه) قرار می دهد. موضوعاتی که در حیطه صلاحیت اختصاصی قانون قرار گرفته است دقیقاً به حقوق آزادی شهروندان مربوط می گردد. (برای مثال، دولت مجاز به وضع مقررات در زمینه حقوق کیفری، آزادیهای فردی و غیره نیست). در این موضوعات، دولت مجاز به وضع مقررات نیست. وضع هرگونه مقررات از جانب دولت در موضوعاتی که در حیطه صلاحیت اختصاصی قانون قرار داده شده غیر قانونی و بنابراین فاقد اعتبار است. در نظام حقوقی ایتالیا، هر قاضی عادی می تواند با تشخیص غیر قانونی بودن مقررات وضع شده به وسیله دولت از اجرای آنها امتناع ورزد. اما تنها دادگاههای اداری استانها و شورای دولتی صلاحیت ابطال مقررات اجرایی غیر قانونی را دارند، که در اینصورت آثار تصمیم آنها همه شمول، یعنی برای همه لازم الاجراء خواهد بود.

باید خاطرنشان کرد که چنین ضمانتی بر خود قانونگذار نیز تأثیر می گذارد، زیرا قرار گرفتن موضوعی در حیطه صلاحیت اختصاصی قانون، قانونگذار را موظف به وضع مقررات کامل در موضوع مورد بحث می کند. بنابراین، در چنین مواردی قوه مقننه حق ندارد صلاحیت و قدرت قانونگذاری خویش را به دولت تفویض نماید.

با وجود این، باید به این مطلب اشاره کرد که ضمانت «حیطه صلاحیت قانون» به وسیله دو نظریه منتج از دکترین ایتالیایی کاملاً تضعیف شده است. از یک سو، حقوقدانان بر این نظرند که آن دسته از اعمال دولت که قدرتی معادل «قدرت» قانون دارد (مثل تصویبنامه، قانونگذاری تفویضی) مجاز به وضع مقررات در مورد موضوعات مشمول حیطه صلاحیت قانون است. از سوی دیگر، حقوقدانان همچنین قائل به وجود دو گونه «تخصیص اختیار» هستند: «تخصیص اختیار مطلق» و «تخصیص اختیار نسبی». در موضوعاتی که تخصیص اختیار مطلق وجود دارد، وضع هرگونه مقررات از جانب دولت غیر قانونی است، اما در موضوعاتی که فقط تخصیص اختیار نسبی وجود دارد قوه مقننه می تواند، با قناعت به تدوین اصول اساسی، به قوه مجریه اجازه وضع مقررات خاص را اعطا نماید.

۳. سومین ضمانت، حمایت قضایی حقوقی فردی می باشد و آن عبارت است از کنترل قضایی بر مشروعیت کلیه اعمال قوه مجریه (اصول ۲۴ و ۱۱۳). هر عمل اداری که مغایر با قانون اساسی یا قانون عادی باشد می تواند در مقابل قاضی مورد اعتراض قرار گیرد. اعمال اداری غیر قانونی می تواند به وسیله دادگاههای اداری ابطال گردد. با رجوع به دادگاه عادی می شود تقاضای ضرر و زیان نمود.

به دلایل، بسیار روشن، این ضمانتها بطور بسیار تنگاتنگی به یکی از ابعاد تفکیک قوا به مفهوم کلاسیک آن، یعنی به استقلال قضا در قبال قوه مجریه، بستگی دارد (اصول

۱۰۱ و ۱۰۴). اگر قضاات مستقل از دولت نباشند، قطعاً نمی‌توانند در دعاوی که دولت یک طرف آن است بیطرفی اختیار کنند و در نتیجه ضمانت نمی‌تواند کار و ویژگی خود را داشته باشد.

### ۵. ضمانت‌های موجود در برابر قوه قضاییه

در قانون اساسی ایتالیا، شهروندان از سه ضمانت اساسی در مقابل قوه قضاییه و قضاات بهره می‌گیرند:

۱. نخستین ضمانت، الزام قضاات به صدور احکام مدلل است (اصل ۱۱۱). مسلماً، این به معنای ممنوعیت قضاات از اتخاذ تصمیمات خودسرانه است. لزوم مدلل ساختن تصمیمات، قضاات را فی حدالذاته تحت اشکالی از کنترل اجتماعی (خصوصاً کنترلی که از طریق خود فرهنگ حقوقی اعمال می‌شود) قرار می‌دهد.

۲. دومین ضمانت، لزوم تبعیت قاضی از قانون است، یعنی اعمال اصل قانونی بودن از طرف دادگاه (اصل ۱۰۱). این اصل تصمیمات فردی قضاات را تابع تصمیمات کلی قوه مقننه می‌گرداند.

تلفیق این دو اصل (مدلل کردن تصمیمات و تبعیت از قانون) منتهی به این امر می‌گردد که کلیه احکام و تصمیمات باید مبتنی بر قانون باشد.

۳. سومین ضمانت عبارت است از امکان فرجام‌خواهی از کلیه تصمیمات قضایی که احتمال مغایرت آنها با قانون داده می‌شود (اصل ۱۱۱). (این اصل در تصمیمات شورای دولتی به مورد اجرا گذارده می‌شود)؛ یعنی اینکه تصمیمات یک قاضی به وسیله قضاات دیگر کنترل می‌گردد، البته به استثنای تصمیمات اتخاذ شده به وسیله دیوان عالی.

تصمیمات کلیه قضاات از لحاظ تطبیق آنها با قانون تابع کنترل دیوان عالی است، ولی تصمیمات دیوان عالی به نوبه خود تابع هیچ گونه کنترلی نیست.

### ۶. آیا کنترل شونده خود کنترل کننده است؟ آیا قاضی ناظری هم بر کار خود دارد؟

در اینجا دو مسأله باید مورد توجه قرار گیرد:

از یک سو، غالب فنون به کار گرفته شده در قانون اساسی برای تضمین حقوق شهروندان، در اشکالی از کنترل قضایی خلاصه می‌شود، یعنی کنترلی که به وسیله قضاات اعمال می‌گردد و آنچه را که «اجرای قانون» خوانده می‌شود به دنبال دارد.

از سوی دیگر، قوه قضاییه به نوبه خود تابع کنترل خارجی نیست. این قضاات هستند که انقیاد و پیروی قانونگذار نسبت به قواعد قانون اساسی را از طریق اجرای قانون اساسی کنترل می‌کنند. باز این قضاات هستند که انقیاد و پیروی دولت از مصوبات قوه مقننه را از طریق اجرای قانون کنترل می‌نمایند. و این باز نهایتاً بعضی از قضاات هستند که اطاعت و انقیاد قضاات دیگر از قانون را کنترل می‌کنند. اما هیچ گونه کنترلی بر قضاات دادگاه حافظ قانون اساسی و قضاات بالاترین مراجع قضایی عادی و اداری (دیوان عالی کشور و شورای دولتی) اعمال نمی‌گردد.

بنابراین اجرای ضمانت‌های حقوقی، در نهایت، عمدتاً به قضاات سپرده شده است. این قضاات هستند که آخرین حرف را در این خصوص می‌زنند.

باری، اجرای چنین تکنیکی در مورد ضمانت‌های حقوقی، مبتنی بر نظریه «صوری» اعمال حقوق است، یعنی نظریه ای که براساس آن:

الف) حقوق با قانون یا به عبارت کلی تر با منابع حقوق وحدت دارد، یعنی حقوق عبارت است از مجموعه ای از قواعد مندرج در متون قانونی.

ب) بنابراین، تفسیر حقوق تنها کوششی است در جهت شناخت؛ یعنی دقیقاً پی بردن به قواعدی که در منابع حقوق منعکس و متبلور شده است.

ج) ولذا اجرای حقوق، که از طریق تفسیر کنترل می شود، همانا عملی است کاملاً اتوماتیک (قیاس منطقی) که هیچگونه ارزیابی یا تصمیم سیاسی بعدی نسبت به تصمیمات ارگان های واجد صلاحیت قانونگذاری را به دنبال نخواهد داشت.

و بالاخره قوه قضاییه دارای قدرت قانونگذاری نیست. این است مبنای نظری تئوری منتسکو که به موجب آن «قدرت قضاوت کردن» به تعبیری هیچ است و قاضی تنها زبان قانون است. برای تضمین حقوق شهروندان، قدرت باید به وسیله قدرت محدود گردد. اما هیچ مشکلی برای محدود کردن قوه قضاییه وجود ندارد، زیرا این قوه نهایتاً یک قدرت «حقیقی» محسوب نمی شود.

این قوه قضاییه است که به عنوان ضمانت حقوق شهروندان در مقابل سایر قوا عمل می کند، اما هیچ مشکلی برای تضمین حقوق در مقابل خود قوه قضاییه وجود ندارد.

قطعاً بکارگیری یک چنین فنی برای تضمین حقوق شهروندان، تا هنگامی که اجرای حقوق بطور شکلی مورد نظر باشد، رضایتبخش خواهد بود. اما اگر، برعکس، بر این عقیده باشیم که «قدرت قضاوت کردن»، در نهایت امر، خود یک قوه صالح برای وضع قواعد و مقررات حقوقی و بنابراین یک قدرت سیاسی است، این فن دیگر نمی تواند به هیچ وجه رضایتبخش باشد. در اینصورت، مسأله کاملاً جدی برای دست اندر کاران حقوق اساسی مطرح می شود و آن عبارت است از ابداع تکنیکهایی در حقوق اساسی برای تضمین حقوق آزادی در مقابل قوه قضاییه.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی