

فرا- قانون اساسی بودن

و

حاکمیت

مناظره لویی فاورو^۱ و ژرژ ودل^۲

مترجم: علی اکبر گرجی

۱. لویی فاورو Louis FAVOREU استاد شهر حقوق اساسی در دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه اکس - مارس، مدیر گروه مطالعات و تحقیقات درباره دادگستری اساسی و یکی از دو مدیر مسوول نشریه فرانسوی حقوق اساسی می‌باشد. ایشان در حال حاضر یکی از برجسته‌ترین اساتید حقوق اساسی در فرانسه است و تاکنون با آثار بسیار متعدد و نظریه‌های جدید خود تأثیرات انکارناپذیری را در عرصه حقوق عمومی و حقوق اساسی فرانسه داشته است.

۲. زنده یاد ژرژ ودل Georges VEDEL (1910-2002) از اساتید بسیار مشهور و برجسته حقوق عمومی در فرانسه بود. ژرژ ودل به لحاظ وسعت قلمرو کاری و عمق اندیشه‌های حقوقی خود همواره مورد احترام نسل قدیم و جدید حقوقدانان فرانسه و کشورهای دیگر بوده است. وی در دانشگاه‌های مختلف فرانسه از جمله دانشگاه‌های پاریس، پواتیه و تولوز به آموزش درسهای حقوق عمومی به خصوص حقوق اساسی و اداری پرداخته است. عضویت در شورای قانون اساسی (۱۹۸۰-۱۹۸۹) و شورای اجتماعی اقتصادی (۱۹۷۹-۱۹۶۹)، ریاست کمیته مشورتی بازرنگری در قانون اساسی (۱۹۹۳)، مشاور حقوقی هیأت فرانسوی در مذاکرات بازار مشترک و یوراتم (۱۹۵۷-۱۹۵۶) نیز از سمتهای اجرایی او در طول زندگی تقریباً یک سده‌ای او می‌باشد. ژرژ ودل، سرانجام در تاریخ ۲۱ فوریه ۲۰۰۲ دیده از این جهان فروبست.

مقدمه مترجم:

نشریه فرانسوی قوا (قدرتها) Pouvoirs در سال ۱۹۹۳ در شماره ۶۷ خود مطلب گفتگو ماندی را از دو استاد برجسته حقوق اساسی فرانسه یعنی آقای لویی فاورو (L.) FAVOREU و استاد زنده یاد ژرژ ودل (G.) VEDEL به چاپ رساند. موضوع اصلی این گفتگو مسأله وجود و کم و کیف اصل یا اصول مافوق قانون اساسی بود. صرف نظر از نقدهایی که می‌توان از زاویه حقوق اساسی و فلسفه سیاسی به هر دو دیدگاه وارد ساخت، باید بر آن بود که این گفتگو یکی از کم نظیرترین مجادله‌های حقوق اساسی است و یقیناً می‌تواند در سپهر حقوقی ایران الهام بخش باشد.

با یادآوری اینکه در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز مقرراتی چون اصل ۱۷۷ مبنی بر تغییر ناپذیر بودن «محتوای اصول مربوط به اسلامی بودن نظام و ابتنای کلیه قوانین و مقررات براساس موازین اسلامی و پایه‌های ایمانی و اهداف جمهوری اسلامی ایران و جمهوری بودن حکومت و ولایت امر و امامت امت و نیز اداره امور کشور با اتکا به آراء عمومی و دین و مذهب رسمی ایران»، وجود دارد، اهمیت این مجادله بیش از پیش نمایان می‌شود.

شاید بتوان بنا به تعبیری اصل ۱۷۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی را نیز از جمله اصول مافوق قانون اساسی محسوب کرد، چه مطابق این اصل، تغییر مواردی چون دینی بودن حکومت، جمهوری بودن حکومت (= اداره امور کشور با اتکا به آراء عمومی؟)، ولایت امر و امامت امت و دین و مذهب رسمی ایران الی‌الابد ممنوع اعلام شده است. هر چند که در برداشتی دیگر می‌توان گفت؛ چون اصل یکصد و هفتاد و هفت نیز توسط خود قانون اساسی پیش‌بینی شده و در پیرامیند این قانون قابل تحلیل و احیاناً حک و اصلاح است، دیگر نمی‌توان از مافوق قانون اساسی بودن آن سخن گفت. فرا قانون اساسی بودن هنگامی معنا می‌یابد که اصولی را که در قانون اساسی پیش‌بینی نشده، بر اصول مندرج در آن مرجح بدانیم. این قضیه می‌تواند بیشتر درباره اعلامیه‌های حقوق بشر، قواعد حقوق اساسی عرفی یا برخی معاهدات بین‌المللی مصداق پیدا کند.

اشاره به این نکته ضروری است که مقالات زیر با توجه به زمان نگارش آنها و فضای آن زمان که بحث اروپایی سازی *européanisation* بیشتر از هر زمانی توجه کشورها را به خود معطوف ساخته بود، بیشتر به رابطه حاکمیت ملی و فراتون اساسی بودن پرداخته است در صورتی که موضوعات دیگری نیز می‌تواند از چشم‌انداز فراتون اساسی بودن مورد توجه قرار گیرد مانند اصل جمهوری، دموکراسی، آزادی‌ها و حقوق بنیادی، اصل عدم تبعیض، اصل برابری، اصل قانونی بودن و...

سوال این است که آیا این اصول فراتون اساسی‌اند، یعنی هیچ قدرتی حتی قوه مؤسس نیز توانایی نسخ یا تغییر آنها را ندارد، یا اینکه قوه مؤسس، حاکم بر همه این اصول است و هر آن می‌تواند آنها را تغییر داده یا ملغی نماید.

ناگفته نماند، پس از تصویب قانون دستوری ۱۷ مارس ۲۰۰۳ درباره «سازمان غیر متمرکز جمهوری» توسط کنگره فرانسه - که منجر به بازنگری در برخی از مواد قانون اساسی این کشور شد - بیش از ۶۰ نفر از سناتورها قانون فوق را مورد اعتراض قرار داده و به صورت بی سابقه‌ای از شورای قانون اساسی درخواست رسیدگی به مسأله انطباق آن با قانون اساسی را مطرح کردند. شورای قانون اساسی نیز طی تصمیم شماره ۴۶۹ - ۲۰۰۳ مورخ ۲۶ مارس ۲۰۰۳ با استناد به مواد ۶۱ و ۸۹ قانون اساسی فرانسه، خود را فاقد صلاحیت لازم برای بررسی و صدور حکم درباره یک قانون بازنگری اعلام کرد. شورا در این رأی تصریح می‌کند «صلاحیت او به صورت مضیقی توسط قانون اساسی محدود شده است. تکمیل یا تدقیق این صلاحیت توسط قانون ارگانیک (سازمان دهنده) جز با احترام به اصول مندرج در متن قانون اساسی ممکن نیست. بنابراین شورای قانون اساسی جز در مواردی که صریحاً توسط مقررات اساسی ذکر شده، نمی‌تواند به اظهار نظر پردازد. ماده ۶۱ قانون اساسی تنها مأموریت ارزیابی میزان انطباق قوانین ارگانیک و قوانین عادی با قانون اساسی را به این شورا واگذار کرده؛ [یعنی] نه ماده ۶۱ نه ماده ۸۹ و نه هیچ مقررات دیگری، قدرت صدور حکم درباره بازنگری در قانون اساسی را به این شورا اعطا نکرده است.»

نشریه حقوقی اساسی ، سال اول - شماره اول - پانیز ۱۳۸۲ (۲۴۲)

پس از صدور این رأی توسط شورای قانون اساسی بحث مطرح شده توسط استاد فاورو و ودل در ۱۰ سال پیش دوباره احیا شد و نوشته ها و مقالات فراوانی در این باره به انتشار رسید.^۳ هرچند که به گمان بسیاری از نویسندگان و نقادان، رأی مذکور نتوانست به مجادله بسیار اساسی مربوط به مساله فرا قانون اساسی بودن خاتمه دهد، اما در هر حال، صدور این رأی و واکنشهای حقوقی - سیاسی پس از آن، حاکی از اهمیت راهبردی این مجادله فکری و حقوقی - سیاسی است.

جهت دوری از اختلاط مفاهیم، مترجم برخورد واجب می‌داند تا برخی از معادلهای برگزیده خود برای کلید واژه‌های این نوشتار را ذیلاً به خوانندگان عزیز معرفی کند:

۳. در این زمینه می‌توان به ذکر منابع ذیل پرداخت :

- CHALTIEL Florence ; La souveraineté du pouvoir constituant dérivé : développements récents (à propos de la décision n° 2003-469 DC du Conseil constitutionnel du 26 mars 2003), *Les petites affiches*, 20 juin 2003 (123), pp. 7-9.
- CANEDO Marguerite, L'histoire d'une double occasion manquée, RDP, N° 3, Mai -Juin 2003.
- CAMBY, Jean-Pierre, Supra- constitutionnalité : La fin d'un mythe, RDP, N° 3, Mai -Juin 2003.
- ROBERT Jacques ; La forme républicaine du Gouvernement, *Revue du droit public*, 2003 (2), pp. 359-366.
- MAILLARD DESGREES DU LOU, Dominique ; le pouvoir constituant dérivé reste souverain, RDP, N° 3, Mai -Juin 2003.
- GOHIN Olivier ; La réforme constitutionnelle de la décentralisation : épilogue et retour à la décision du Conseil constitutionnel du 26 mars 2003, *Les petites affiches*, 6 juin 2003 (113), pp. 7-11.
- Anonyme ; Le Conseil constitutionnel se déclare incompétent pour se prononcer sur le recours dirigé contre la loi de révision constitutionnelle sur l'organisation décentralisée de la République, *Semaine juridique (J.C.P.)*, 2003 (14), p. 599.
- ZARKA Jean-Claude ; Le Conseil Constitutionnel ne tient ni de l'article 61, ni de l'article 89, ni d'aucune disposition de la Constitution le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle, *Semaine juridique (J.C.P.)*, 2003 (17), pp. 732-733.
- GESLOT Christophe ; La loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République devant le Conseil constitutionnel, RDP, N° 3, Mai -Juin 2003.
- MOUTOUH Hugues ; Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles : suite et fin, *Actualité juridique droit administratif*, 2003 (17), pp. 1099-1101.
- MEINDL Thomas ; Le Conseil constitutionnel aurait pu se reconnaître compétent, RDP, N° 3, Mai -Juin 2003.
- MOUTOUH Hugues ; Décision prévisible, *Actualité juridique droit administratif*, 2003 (15), p. 753.

✓ *justice constitutionnelle*

دادگستری اساسی یا دستوری،^۴ دادرسی اساسی، دادرسی مبتنی بر قانون اساسی

۴. دادگستری یا دادرسی اساسی مطابق تعریف استاد میشل دوویلیه به « مجموعه سازمانها و آیین‌هایی گفته می‌شود که توسط آنها برتری قانون اساسی تضمین می‌شود. هرچند که نظارت بر انطباق قوانین با قانون اساسی نماد این ضمانت است اما تضمین برتری قانون اساسی تنها به این امر محدود نمی‌شود. تضمین برتری قانون اساسی به مواردی چون معاهدات بین‌المللی، اعمال اداری و آراء صادره در دادگستری نیز ارتباط می‌یابد. اعمال دادگستری اساسی [همیشه] با وجود یک دادگاه قانون اساسی با صلاحیت انحصاری قضاوت درباره موضوعات مربوط به قانون اساسی همراه نیست؛ دادگستری اساسی می‌تواند همانند آنچه که دیوان عالی ایالات متحده انجام می‌دهد، توسط دادگاههای عادی نیز اعمال شود». در این زمینه رک به :

-DE VILLIERS (M.) ; *Dictionnaire de droit constitutionnel*, Armand Colin, 2^e, 1999, p.124.
دیدگاههای دیگری نیز در زمینه تعریف دادگستری اساسی قابل طرحند: مثلاً مطابق تعریف هانس کلسن Hans Kelsen وظیفه و رسالت اصلی دادرسی اساسی تامین و تضمین کارکرد منظم یا قاعده‌مند نهادها و سازمانهای دولتی در چهارچوب احترام به قانون اساسی است (رک: Revue de droit public, 1928, p. 198). در حالی که شارل ایزنمن Charles EISENMANN برسولیت نظارت بر هنجارها و قوانین تأکید بیشتری داشته و معتقد بود «دادرسی اساسی، درباره قوانین دستوری *Les lois constitutionnelles* اعمال می‌شود». از نظر وی «مفهوم حقوقی دادگستری اساسی، تضمین انفکاک صلاحیت بین قانونگذار عادی و قانونگذار اساسی می‌باشد» رک :

EISENMANN (Ch.) ; *Le justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, LGDJ, 1928, p. 1, N°1 et p.20, N° 9

نویسندگان جدید و در رأس آنها استاد لویی فاوور در تعریف دادگستری اساسی همزمان دو شاخصه سازمانی و مادی را مورد توجه قرار می‌دهند. در این برداشت دادگستری اساسی عبارت از «مجموعه سازمانها و فنونی است که به مدد آنها و بی هیچ محدودیتی برتری قانون اساسی تضمین می‌شود».

نشریه حقوق اساسی ، سال اول - شماره اول - پائیز ۱۳۸۲ (۲۴۴)

نویسندگان جدید و در رأس آنها استاد لویی فاورو در تعریف دادگستری اساسی همزمان دو شاخصه سازمانی و مادی را مورد توجه قرار می‌دهند. در این برداشت دادگستری اساسی عبارت از «مجموعه سازمانها و فنونی است که به مدد آنها و بی هیچ محدودیتی برتری قانون اساسی تضمین می‌شود».

FAVOREU (L.) et autres ; *Droit constitutionnel*, Dalloz, 4^e, 2001, p.187. V. aussi FAVOREU (L.) ; *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992.

پس می‌توان به طور خلاصه، دادرسی اساسی را به مجموعه نهادها و ساز و کارهایی اطلاق کرد که غایت آنها تضمین احترام و برتری قانون اساسی است. وظایف و کارکردهای مختلف دادگستری اساسی را می‌توان در چند مورد ذیل خلاصه کرد:

۱- نظارت بر انطباق مصوبات پارلمان با قانون اساسی

۲- تفسیر قانون اساسی (مورد جمهوری اسلامی ایران)

۳- نظارت بر صحت انتخابات و رأی‌گیری‌های سیاسی (انتخابات پارلمانی یا ریاست جمهوری و همه

پرسی)

۴- تضمین کارکرد صحیح قوای عمومی :

الف- ایفای نقش داور بین قوای عمومی (مثلاً در موارد تعارض صلاحیت بین مجریه و مقننه) یا

بین دولت و واحدهای محلی به ویژه در نظام‌های فدرال یا نیمه فدرال

ب- کارکرد سیاسی (مانند اعمال دادرسی سیاسی، نظارت بر اعمال اختیارات استثنایی، مشارکت

در اعمال قدرت سیاسی) (مورد شورای نگهبان که مثلاً مطابق اصل یکصد و یازدهم قانون اساسی

در تشکیل شورای موقت رهبری مشارکت می‌کند) و...

۱- پشتیبانی از حقوق و آزادی‌های بنیادین

شاید بتوان وجه مشترک بسیاری از سامانه‌های دادگستری اساسی را مسأله نظارت بر امر تقنین دانست.

بعلاوه کمتر نظامی را می‌توان یافت که همزمان و به صورت صریح و رسمی همه وظایف پنجگانه فوق را

برعهده نهاد خاص دادگستری اساسی (دادگاه یا شورای قانون اساسی، دیوان داور، شورای نگهبان

یا...) گذاشته باشد.

در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران نیز شورای نگهبان مطابق اصول ۴، ۷۲، ۹۱ تا ۹۸ قانون اساسی صلاحیت « پاسداری » از قانون اساسی و تضمین برتری آن در حوزه مصوبات مجلس را دارد، اما این امر

✓ *Juge constitutionnel:*قاضی اساسی^۵

هریک در قلمرو صلاحیت اختصاصی خود نسبت به مساله حفاظت و پاسداری از اصول قانون اساسی اهتمام بورزند؛

بعنوان مثال حفاظت از حقوق و آزادی‌های بنیادین در اصول مختلف قانون اساسی مورد تأکید قرار گرفته است. با نگاهی به این اصول و مقدمه قانون اساسی جمهوری اسلامی می‌توان به راحتی به جایگاه والای این حقوق و آزادی‌ها پی برد. هر چند که شورای نگهبان می‌تواند به صورت غیر مستقیم و در حوزه صلاحیتهای اختصاصی خود (نظارت بر امر قانونگذاری، تفسیر قانون اساسی، نظارت بر روند همه‌پرسی و انتخابات) از حقوق و آزادی‌های بنیادین نیز حمایت مطلوب و متعادل بعمل آورد، اما در هیچکدام از اصول قانون اساسی مسوولیت پاسداری از حقوق و آزادی‌های بنیادین به صورت مستقیم به شورای نگهبان واگذار نشده است. بنابراین باید مسوولیت مستقیم و مؤثر پاسداری از قانون اساسی در زمینه حقوق و آزادی‌ها را اصولاً متوجه دادگاهها و نظام قضایی دانست، همچنانکه اصل یکصد و پنجاه و ششم قانون اساسی نیز به صراحت این وظیفه را برعهده قوه قضائیه گذاشته و اعلام می‌کند: «قوه قضائیه قوه‌ای است مستقل که پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی و مسوول تحقق بخشیدن به عدالت» بوده و عهده‌دار وظیفه «احیای حقوق عامه و گسترش عدل و آزادی‌های مشروع» است.

مثال دیگر به رسالت رئیس‌جمهور در پاسداری از قانون اساسی مربوط می‌شود، مطابق اصل ۱۱۳ قانون اساسی، رئیس‌جمهور (بخوانید قوه مجریه) بعنوان عالی‌ترین مقام رسمی کشور پس از مقام رهبری مسوولیت اجرای قانون اساسی [...] را جز در اموری که مستقیماً به رهبری مربوط می‌شود، بر عهده دارد. نتیجه آنکه اولاً وظایف و کارکردهای دادگستری اساسی متعدد و گوناگون است، ثانیاً اعمال این وظایف ممکن است توسط یک سازمان واحدی مثل دادگاه یا شورای قانون اساسی صورت نگیرد.

۵. قاضی اساسی شخص یا نهادی است که به اعمال دادرسی اساسی می‌پردازد. مثلاً به عبارتی می‌توان اعضای شورای نگهبان یا شورای قانون اساسی فرانسه را قضات قانون اساسی دانست.

✓ *constitutionnel* :

دستوری، اساسی، مربوط به قانون اساسی، بنیادی⁷

✓ *constitutionnalité* :

دستوری بودن، دستورگرایانه بودن، اساسی بودن، تطبیق با قانون اساسی

✓ *supra constitutionnel* :

فرا قانون اساسی، مافوق قانون اساسی، فرادستوری، فرابنیادی

✓ *supra constitutionnalité* :

فرا قانون اساسی بودن، مافوق قانون اساسی بودن، فرادستوری بودن، فرابنیادی بودن

✓ *norme* :

هنجار، منبع، قاعده

تمام پاورقی‌هایی که در مقابل آنها حرف (م.) قرار گرفته، از مترجم می‌باشد.

فراز نخست

دیدگاه‌های لویی فاورو

۱- هنگامی که بحث درباره تصویب معاهده ماستریخت بالا گرفته بود، گروهی به ویژه آقای لئو آئن^۷ (L.) HAMON بر آن بودند که توافقات ماستریخت در نهایت منجر به تخدیش اصل حاکمیت ملی خواهد شد. از آنجایی که در سال ۱۹۵۸ همانند سال ۱۹۴۶ مؤسسان، دلبستگی خود را به

۶. صفتی است که برای قانون اساسی به کار گرفته می‌شود. منتهی چون در ادبیات فارسی نمی‌توان برای

عبارت دو کلمه‌ای قانون اساسی صفت ساخت و مثلاً گفت «قانون اساسی»، عبارات «دستوری» و «اساسی»

مرجع‌تر به نظر می‌رسند.

7. In la Constitution de l'Europe, Paris, Montchrestien, 1992, p. 221, 279.

اصول اعلامیه حقوق بشر و شهروند و حاکمیت ملی اعلام کرده‌اند و همه این اصول هم مجموعه‌ای را تشکیل می‌دهند که می‌توان آن را با عبارت فرا دستوری یا ما فوق قانون اساسی توصیف کرد، می‌توان نتیجه گرفت که حتی خود قوه مؤسس هم نمی‌تواند به این اصول لطمه‌ای وارد آورد.^۸ استاد ژرژ ودل با استناد به حاکمیت قوه مؤسس^۹ اعتبار چنین استدلالی را زیر سوال برده است: «ایده ساده و واقعی - مشروط بر عدم توسل به حقوق طبیعی - این است که قوه مؤسس اشتقاقی^{۱۰} (ثانوی) بیانگر حاکمیت در تمامیت آن است»، به نظر می‌رسد همین تحلیل مورد تأیید شورای قانون اساسی نیز واقع شده است. این شورا در تصمیم^۲ سپتامبر ۱۹۹۲ گفته است: «قوه مؤسس حاکم است، او مجاز به نسخ، تغییر یا تکمیل مقررات دارای ارزش قانون اساسی است».

بنابراین با این استدلال آقای ژرژ ودل می‌توان بر آن بود که پرسش، پاسخ در خور خود را یافته و مفهوم سنتی قوه مؤسس خود را غالب کرده است. اما نمی‌توان به این اندازه مطمئن بود، چه شورای قانون اساسی در رأی مذکور به جنبه‌های دیگری نیز پرداخته است که می‌تواند منجر به تفسیر دیگری شود، به دیگر سخن پرسش فقط با یک روش مطرح شده، یا تنها از جنبه حقوق بین‌الملل مورد بحث قرار گرفته است. نهایتاً باید گفت، بستری که امروزه در آن چنین بحثی صورت می‌گیرد با بستر بیست یا سی سال پیش متفاوت است.

I - بستر طرح بحث

۲- زمان متحول شده است: امروزه مجادله بین طرفداران حقوق طبیعی و حقوق وضعی فقط دارای فایده تاریخی است و استناد به آن برای پاسخ به پرسشهای فعلی معنایی ندارد چرا که بستر [بحثها] یکی نیست.

۸. به ویژه آنکه تخدیش این اصول در راستای تصویب یک معاهده بین‌المللی باشد.

۹. حتی قوه بازنگری

10. Le pouvoir constituant dérivé ou institué ou le pouvoir constituant de révision

یا قوه مؤسس بازنگری

هنگامی که دوگی یا هوریو مسأله ما فوق قانون اساسی بودن اعلامیه حقوق بشر و شهروند را تأیید می‌کردند^{۱۱}، دادگستری اساسی^{۱۲} وجود نداشت، بازنگری در قانون اساسی به ندرت اتفاق می‌افتاد (به ویژه در فرانسه) و هنجارهای (منابع) فرا ملی هنوز به وجود نیامده بودند. دوگی و هوریو نمی‌توانستند به یک رویه جدی بازنگری استناد کنند، چه تا آن موقع و در عرض پنجاه سال تنها دو قانون اساسی به تصویب رسیده بوده است. این دو صاحب نظر، مسأله دادگستری اساسی - انطباق قوانین با قانون اساسی - را فقط با مثال آمریکایی آن می‌شناختند، روشی که قابل انتقال به فرانسه نبود. بنابراین آنها به سختی می‌توانستند مسأله مافوق قانون اساسی بودن^{۱۳} را آنچنان که امروزه در حقوق اساسی تطبیقی و اروپایی مطرح شده است، تصور کنند.

۳- در حقیقت عناصر ذیل - که در زمان دوگی و هوریو به هیچ وجه قابل تصور نبودند - کلید ایضاح مسأله ما فوق قانون اساسی را در اختیار ما قرار می‌دهند:

ابتدا باید به مسأله متداول شدن امر بازنگری در قانون اساسی یا به عبارت دقیقتر به مداخلات قوه مؤسس ثانوی در قالب قوانین بنیادی که منتهی به تغییر قانون اساسی یا تکمیل آن می‌شود، اشاره کرد. در فرانسه بازنگری در قانون اساسی مدت زمان مدیدی جزو نهادهایی بود که هر روز درباره آن سخن گفته می‌شد اما هیچگاه به کار گرفته نمی‌شد و این در حالی است که مداخله قوه مؤسس در کشورهای مثل اتریش، ایتالیا، بلژیک و پرتغال متداول است. همانطور که نشست اخیر «انجمن فرانسوی حقوقدانان اساسی^{۱۴}» نشان داد^{۱۵}، دکترین فرانسوی همیشه مواد کمی را در دست داشته

۱۱. البته با گرایش بیشتر به نظریه حقوق طبیعی تا نظریه حقوق وضعی. در این زمینه رک. به :

- Ch. ESIENMAN ; *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris 1928 (réédité, Economica, 1986), p. 99 ; voir aussi S. RIALS, *Supraconstitutionnalité et systématique de droit*, *Archives de philosophie du droit* 1986, t. 31, p. 58-59.

12. La justice constitutionnelle

13. Supra-constitutionnalité

14. Association française des constitutionnalistes

15. Journée d'études du 20 mars 1992, in *La Révision de la Constitution*, Paris, Economica et PUAM, 1993.

است چون در عرض دو قرن فقط بیست بار به بازنگری در قانون اساسی پرداخته است^{۱۶}، در حالیکه در دیگر کشورهای اروپایی، مواد فراوانی برای تغذیه دکترین وجود داشته است. نتیجه آنکه به صورت سنتی و از قرن ۱۹ به بعد قضاوت‌های مشابهی درباره حاکمیت مطلق و نامحدود قوه مؤسس به عمل آمده و طرح مسأله هم در همین حد باقی مانده است. در واقع از لحظه‌ای که بازنگری در قانون اساسی حالت اسطوره‌ای و رمزآمیز خود را از دست داده و وارد دنیای عینی تر تصویب قوانین بنیادین می‌شود، یقیناً امور رو به تغییر خواهد نهاد.

دومین تفاوت اساسی موقعیت فعلی با زمان قبل از جنگ [جهانی دوم] این است که امروزه یک قاضی اساسی وجود دارد که به اعمال یک نظارت واقعی بر قوانین مصوب پارلمان می‌پردازد. بنابراین ضمانت اجرایی اصول مافوق قانون اساسی همانند اوایل قرن ۲۰ یک مسأله خیالی و اتوپیایی نیست چرا که در حال حاضر نهادها و روندهایی برای نظارت بر این مسأله تأسیس شده است. حتی برخی از دولتها پا را فراتر گذاشته و قضات قانون اساسی را مجاز به نظارت بر قوانین بنیادی دانسته‌اند: در آلمان^{۱۷}، اتریش و ایتالیا قضات اساسی چنین اختیاری را دارند.

از آن هنگام، به پدیده تداول روند بازنگری در قانون اساسی، پدیده تداول دادرسی مبتنی بر قانون اساسی هم افزوده می‌شود. از همین مسأله هم ایده بیش از پیش مقبول سلسله مراتب هنجارهای اساسی^{۱۸} ((رده بندی منابع حقوق اساسی)) ناشی می‌شود. برخی از این هنجارها هسته مقدسی ((نا ملموسی)) را تشکیل می‌دهند که حتی قوانین اساسی هم نمی‌توانند

16. Cf. Ph. ARDANT, *op. cit.* p. 81.

17. قانون بنیادی در آلمان همان قانون اساسی است. بنابراین هنگامی که در آلمان از عبارت «قانون بنیادی»

(la loi fondamentale) استفاده می‌شود مراد قانون اساسی است، در حالیکه ممکن است این عبارت در

کشورهای دیگر معانی متفاوتی از قبیل قانون پایه‌ای و اساسی یا ریشه‌ای داشته باشد(م).

18. Voir, pour série d'exemples, les actes de la ve Conférence des cours constitutionnelles, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, VI, 1990, p. 15 et s.

نشریه حقوق اساسی ، سال اول - شماره اول - پانیز ۱۳۸۲ (۲۵۰)

خداشده‌ای به آن وارد سازند. در واقع، این امر مبین گرایش است که در کشورهای دارای دادگستری اساسی^{۱۹} - از جمله فرانسه - وجود دارد و بر اساس آن یک ارتقای ثابت درجه تصمیم‌گیری قابل مشاهده است: تصمیم‌گیری با روش آیین‌نامه‌ای جای خود را به شیوه قانونگذاری سپرده، شیوه تقنینی هم به نوبه خود و به هنگامی که برخی از حقوق و آزادی‌ها در معرض خطر قرار گرفته‌اند، ناقص و ناکافی تشخیص داده شده و حتی فراتر از آن شیوه اساسی [بازنگری] هم هنگامی که به پایه‌های سامانه حقوقی و جامعه ارتباط پیدا می‌کند، غیرقابل اجرا ارزیابی شده است. از این پس سوزنبان^{۲۰} عالی مقام یعنی قاضی قانون اساسی باید برای تعیین راه تحقق‌پذیری اصلاحات، هنجارهای ماورای قانون اساسی را هم در نظر بگیرد.

در پایان، سومین عنصر تمایزگزار به محتوای فرا قانون اساسی بودن مربوط می‌شود: در حقیقت تا بعد از جنگ، تنها حقوق طبیعی (یا فوق طبیعی) در جرگه اصول مافوق قانون اساسی قرار می‌گرفت، درحالی‌که پس از دهه پنجاه میلادی هنجارهای حقوق وضعی - که ریشه در حقوق بین‌الملل، حقوق اتحادیه و حقوق اروپایی دارند - نیز جزو اصول فرادستوری به شمار می‌روند (هنجارهای بین‌المللی یا هنجارهای فرا ملی = فرا دستوری). حتی می‌توان این نکته را در نظر گرفت که دادگاههای قانون اساسی هم با رویه‌های قضایی مشابه، اصول مشترکی را به نظم اساسی

19. La justice constitutionnelle

۲۰. نظریه سوزنبان توسط پرفسور لویی فاورو در سال ۱۹۸۲ در مجله حقوق عمومی مطرح شد. در این نظریه لویی فاورو شورای قانون اساسی را به یک سوزنبان تشبیه می‌کند. این سوزنبان نشان می‌دهد که از کدام طریق - آیین‌نامه‌ای، قانونگذاری عادی، قانونگذاری ارگانیک یا اساسی - باید به پیگیری اصلاحات پرداخت تا بدینسان اصلاحات مورد نظر به تصویب شورای قانون اساسی برسد. مطابق این نظریه شورا نمی‌گوید چرا پارلمان فلان قانون را تصویب کرد بلکه شورا با سانسور خود نشان می‌دهد که راه انتخاب شده برای اصلاحات درست نیست. (م.)

[دستوری] کشورهای مختلف اروپایی تزریق می‌کنند. این اصول را می‌توان، «هنجارهای بین‌الدولی فرا قانون اساسی»^{۲۱} نامید.

II. دو جنبه فرا- قانون اساسی بودن

۴- مساله مطرح شده توسط استاد ودل VEDEL این بود که آیا یک پدیده فرا قانون اساسی وجود دارد و آیا قوه مؤسس باید الزاماً به آن احترام گذاشته و از آن تبعیت کند. به خوبی آشکار است که ملاحظات مذکور در فوق به تنهایی توان پاسخگویی به این مسأله را ندارد، اما به هر حال می‌تواند نحوه طرح مسأله را نشان دهد.

در واقع، این مساله باید از یک زاویه دوگانه مورد بررسی قرار گیرد، یعنی از زاویه موضوعات «فرا قانون اساسی داخلی» یا مسایل «فرا قانون اساسی خارجی»:

A- حاکمیت و مساله فرا قانون اساسی داخلی

۵- پرسش این است که آیا باید قوانین دستوری^{۲۲} تصویب شده توسط قوه بازرنگری به هنجارهای ملی فرا قانون اساسی^{۲۳} احترام گذارند. پاسخ استاد ژرژ ودل به این پرسش منفی است چرا که اولاً، قوه مؤسس ثانوی مظهر حاکمیت ملی در تمامیت آن است و حاکمیت هم محدودیت بردار نیست، ثانیاً، اصل فرا دستوری منعطف است و نرمی خود را هم از حقوق طبیعی وام می‌گیرد. ثالثاً، نظارت بر قوانین بنیادی در بلند مدت،

۲۱. پیش از این در سال ۱۹۸۱ Mauro CAPPELLETTI تولد یک دادرسی و یک حقوق اساسی

بین‌المللی را اعلام می‌کرد:

Mauro CAPPELLETTI; Cours constitutionnelles européennes et droit fondamental, Economica et PUAM, 1982, p. 484 et s.

۲۲. Les lois constitutionnelles
۲۳. این هنجارها یا مندرج در خود قانون اساسی‌اند یا منتج آن و به خصوص به حمایت از حاکمیت ملی می‌پردازند.

تعادل مردم سالارانه و نیز مسأله نظارت بر انطباق قوانین عادی با قانون اساسی [دادگستری یا دادرسی اساسی] را زیر سوال خواهد برد چرا که نظارت بر قانون اساسی تنها در حدی مشروع است که حرف آخر را نزد بدین معنی که قوه بازنگری همیشه می تواند تصمیمات یا رویه های قاضی قانون اساسی را ابطال کرده یا آنها را تغییر دهد^{۲۴}.

ظاهراً نپیوستن به این استدلال دشوار به نظر می رسد. با این وجود، همانطور که پیش از این مذکور افتاد، به دلیل تحولات حقوق عمومی در سالهای اخیر، نمی توان به طور کامل نظریه استاد ودل را پذیرفت. ابتدا باید گفت، امروزه اصل (اصول) فرا قانون اساسی نیازی به وام گیری از حقوق طبیعی ندارد چون منبع مشترکی از اصول فرا ملی موجود است که می تواند در صورت نیاز دست به دامان آن شده و به تطبیق و تکمیل تفسیر خود از قانون اساسی پردازد.

بعلاوه، گر چه درست است که قاضی اساسی به سختی می تواند به سانسور مقنن پردازد^{۲۵} اما از طرفی این نکته هم قابل تصور نیست که این قاضی از مجازات نواقص آیینی^{۲۶} یا تغییرات اساسی مثل الغای ممنوعیت تبعیضات نژادی و مذهبی خودداری ورزد. به ویژه آنکه شورای قانون اساسی در رأی ۲ سپتامبر ۱۹۹۲ خاطر نشان کرده که قوه مؤسس حاکم است، اما [حاکمیت او] در چهارچوب احترام به برخی محدودیت های تعیین شده توسط قانون اساسی [محصور است].

۶ - چنانکه استاد ودل به درستی یادآوری می کند، محدودیت های شکلی و ماهوی مندرج در قانون اساسی (درباره تجدید نظر در آن) می تواند توسط خود قوه مؤسسان در وهله اول تغییر یابند تا پس از آن در مرحله دوم بازنگری مورد نظر بدون هیچ محدودیتی انجام شود. در همین معنا است که

24. G. VEDEL; *op. cit.*, RFDA, 1922, p. 178-179.

۲۵. سانسوری که امکان وخواهی از آن در برابر قوه مؤسس وجود ندارد.

26. Des vices de procédure

ما نیزگاهی پرسیده‌ایم آیا کلاً وجود اصل فرا قانون اساسی در بعد داخلی، واقعی است یا نه^{۲۷}.

ابتدائاً باید متذکر شد چنین اقدامی - که مشابه انحراف از روند پیش‌بینی شده است - بدون هیچ تردیدی مورد قبول قضات قانون اساسی آلمان، اتریش، ایتالیا یا اسپانیا قرار نخواهد گرفت. حتی در فرانسه هم از نظر سیاسی انتخاب چنین روشی دشوار به نظر می‌رسد چه در حال حاضر توسل به قوانین دستوری در حال متداول شدن است :

اتفاقی که در سال ۱۹۵۸ در یک موقعیت استثنایی و به مناسبت تغییر کامل قانون اساسی روی داد به سختی می‌تواند در موقعیت عادی آنهم برای یک بازنگری جزئی قابل تصور باشد، مضافاً اینکه بستر حقوقی فضای بین‌المللی هم عمیقاً متحول شده است.

پس به صورت قطعی، باید گفت شورای قانون اساسی بدون شک جرأت نخواهد کرد در موقعیت عادی به سانسور و رد روش مذکور در فوق (تغییر قواعد و اصول مربوط به بازنگری) بپردازد؛ اما از سوی دیگر قوه مؤسس هم در موقعیت عادی جرأت دستیازی به چنین شیوه‌ای را نخواهد داشت.

B- حاکمیت و اصل فرا قانون اساسی بیرونی (خارجی)

۷- در اینجا هدف این است که بدانیم آیا هنجارهای قانون اساسی می‌توانند به تبعیت از هنجارهای بین‌المللی یا فرا ملی گردن نهند، و اگر پاسخ مثبتی به این سوال دهیم آیا نباید حاکمیت ملی را مخدوش اعلام کنیم.

۸- تعدادی از قوانین اساسی اروپایی مقرراتی را در خود گنجانده‌اند که براساس این مقررات دولتهای مربوطه باید محدودیت‌های ناشی از قوانین بین‌المللی را محترم شمارند.

27. Voir en ce sens les remarques de P. WACHSMANN au Colloque de Strasbourg (17-18 juin 1993).

به شکل جدیدتری، دولتهای عضو اتحادیه اروپا و شورای اروپا باید خود را با هنجارها و الزامهای فراوانی تطبیق دهند که برخی از این هنجارها و الزامها می‌تواند با قوانین اساسی آنها موافق نباشد. یعنی به دیگر سخن، هنجارهای قانون اساسی هم باید در برابر هنجارهای اتحادیه‌ای و اروپایی سر تسلیم فرود آورند.

به نظر می‌رسد تاکنون هیچگاه نظارتی بر انطباق قوانین دستوری با هنجارهای بین‌المللی یا فراملی توسط یک قاضی ملی قانون اساسی اعمال نشده باشد. درحالیکه در فرانسه مقررات ماده ۵۴ قانون اساسی می‌تواند به عنوان مجوز این نظارت مورد تفسیر قرار گیرد.^{۲۸}

اما می‌توان مسأله را از زاویه دیگری نیز نگریست: نظارت یک قاضی بین‌المللی یا فراملی بر تطبیق هنجارهای ملی قانون اساسی با هنجارهای بین‌المللی یا فراملی. این مسأله یک فرضیه محض نظری نیست. در واقع دادگاه اروپایی حقوق بشر جدیداً مقررات قانون اساسی ایرلند را درباره ممنوعیت سقط جنین با استناد به کنوانسیون اروپایی حقوق بشر با شکست مواجه کرده است (البته با روشی غیرمستقیم ولی مطمئن). از این قبیل موارد یقیناً در سالهای آینده به چشم خواهد خورد. از هم اکنون اصل (اصول) فرا قانون اساسی بیرونی (خارجی) در حال تثبیت جایگاه خود می‌باشد، همچنانکه در اسپانیا مقررات بنیادین باید در چهار چوب الزامهای کنوانسیون اروپایی حقوق بشر - آنها هم با تفسیر دادگاه اروپایی حقوق بشر - مورد اجرا قرار گیرند.

۹- به طور کلی می‌توان بر آن بود که هر قانون دستوری که مثلاً در صدد برقراری تبعیض نژادی یا مذهبی باشد، منجر به صدور اعلامیه عدم انطباق با کنوانسیون اروپایی حقوق بشر یا اصول اعلام شده توسط معاهده ماستریخت بویژه در زمینه حمایت از حقوق بنیادین از طرف دادگاه استراسبورگ و دادگاه لوگزامبورگ خواهد شد.

در باره نکته اخیر می‌توان به ملاحظات یک متخصص ارجاع داد: «تجربه اتحادیه‌ای نشان می‌دهد که مشکل احترام به حقوق بنیادی در تمام

جنبه‌های فعالیت اتحادیه مطرح است. از جمله در مساله تطبیق نظامنامه‌های اتحادیه‌ای با حقوق بنیادین یا در زمینه تعارض یکی از آزادی‌های چهارگانه شناخته شده توسط معاهده و یک حق تضمین شده توسط یک قانون اساسی ملی^{۲۹}.

بنابراین، مقررات قوانین اساسی ملی، خارج از نظارت فرا ملی ما فوق قانون اساسی نیستند.

یقیناً تناقضی که در این زمینه وجود دارد این است که اصل ما فوق اساسی داخلی، هیچ پشتیبانی از حاکمیت ملی بعمل نمی‌آورد چرا که همانطور که شورای قانون اساسی در قضیه نظارت بر معاهده ماستریخت نشان داد، در حقوق فرانسسه هنجارهای برتر ناشی از قانون اساسی نمی‌توانند به مخالفت با اراده قوه مؤسس (ولو ثانوی) بر خیزند. اصل ما فوق قانون اساسی بیرونی هم به نوبه خود می‌تواند با قراردادن قوانین دستوری تحت یک نظارت ماورای قانون اساسی، حاکمیت ملی را خدشه‌دار سازد.

فراز دوم .

دیدگاههای ژرژ ودل

۱- مبحث حاکمیت و موضوع فرا قانون اساسی بودن از جنبه‌های فراوانی به هم تنیده‌اند. ما در اینجا فقط دو مورد از مهمترین جنبه‌های آن را مورد بحث قرار خواهیم داد.

اولین جنبه بحث به زیر سوال بردن دارنده [صاحب حق] حاکمیت می‌پردازد چرا که اگر هنجارهای مافوق قانون اساسی وجود داشته باشند، ضرورتاً [باید نتیجه گرفت که] مقام واضع این هنجارها یا مقام تغییر دهنده و ناسخ آنها دارنده این حاکمیت است.

دومین جنبه بحث با معکوس کردن سوال به کاربرد مفهوم فرا قانون اساسی بودن برای دور ساختن اصل حاکمیت ملی از هر نوع خدشه و ممنوع کردن واگذاری حاکمیت به بیرون از چهارچوب سیاسی- جغرافیایی ملت می‌پردازد. این دو مطلب در سطور ذیل به صورت جداگانه مورد تحلیل قرار نمی‌گیرند، چه همانطور که نشان خواهیم داد مفهوم فرا قانون اساسی بودن به منزله یک مجموعه هنجارهای حقوقی^{۳۰} برتر از قانون اساسی باید مطرود تلقی شود، این نکته که آیا حاکمیت ملی هم به این مجموعه [فراقانون اساسی] تعلق دارد یا نه، معنایی ندارد.

۲- پیش از هر چیز مشخص کردن محدوده موضوع بحث و آماده کردن بستر مربوط به آن بی‌فایده نیست.

البته اگر برای شفافیت سخن، هنجارهای اخلاقی یا هنجارهای مربوط به یک مرام سیاسی را فرا قانون اساسی بنامیم، ناشایسته نیست. اما، بحث تنها از جایی آغاز می‌شود که مخالف فرضی، این هنجارها را دارای ماهیت قواعد حقوقی قلمداد نماید. اسناد تجریدی ماهیت حقوقی به هنجارهای فرا قانون اساسی دارای یک نتیجه عملی دوگانه است: [اول آنکه] نسخ یا تغییر یک هنجار فراقانون اساسی خارج از حوزه اقتدار قوه مؤسس است، [دوم آنکه] قاضی اساسی باید هنگام تعارض بین یک هنجار فرا قانون اساسی و یک هنجار دستوری [مربوط به قانون اساسی] اولی را [مرجح شمرده و] مجری دارد. وانگهی از بین دو مدعای فوق، دومین مدعی تعیین کننده‌تر است. چون اگر قاضی قادر به اعلام غیرقابل اجرا بودن یک مقررده دستوری مخالف با یک هنجار فرا قانون اساسی نباشد، ویژگی حقوقی این هنجار فرا قانون اساسی تخیلی [بیهوده] خواهد بود.

اگر قاضی اعتقادی به اصول فرا قانون اساسی بعنوان مجموعه قواعد حقوقی ندارد [اما در عین حال] وجدان او به هنگام مواجهه با یک هنجار دستوری مخالف با اصول فرا قانون اساسی دچار عذاب می‌شود، در این

حالت این قاضی چونان یک مرد اخلاق و تکلیف با استعفای خود از اجرای آن هنجار دستوری مخالف با اصول فرا قانون اساسی خودداری می‌کند. اما اگر قاضی به حقوق فرا قانون اساسی باور داشته باشد او با تکیه بر جایگاه خود به ابطال هنجار دستوری مخالف با اصول فرا دستوری می‌پردازد.

۳- جهت ادراک درست آنچه خواهد آمد، باید تدقیق کنیم که از نظر ما اشکال جدی نسبت به اینکه برخی از قواعد حقوق بین‌الملل برتر از قوانین اساسی ملی باشند، وجود ندارد. به ویژه اگر این برتری بخشیدن به حقوق بین‌الملل از خود قانون اساسی^{۳۱} نشأت بگیرد.

اینکه این برتری حقوق بین‌الملل نسبت به حقوق داخلی مرتبط با مفهوم فرا قانون اساسی بودن در نظر گرفته شود از لحاظ گرامری [دستوری] مقبول است. اما در این مفهوم، فرا قانون اساسی بودن از یک نظم رده‌بندی شده^{۳۲} قواعد حقوق وضعی^{۳۳} (و عموماً مکتوب) ناشی می‌شود و از لحاظ سیاسی هم می‌توان آن را تأیید یا محکوم نمود.

موضع ما برعکس موضع مدافعان ارزش فرا قانون اساسی حاکمیت ملی می‌باشد. از نظر ما حاکمیت ملی نمی‌تواند از نظر قانون اساسی از هیچ وضعیت برتری بهره‌مند باشد. حاکمیت ملی هم یکی از هنجارهای دستوری [اساسی] در کنار دیگر هنجارهاست و با یک تجدید نظر در قانون اساسی می‌توان آن را نقض کرده یا آثار آن را تحدید نموده و آن را در معرض شکست قرار داد. دقیقاً از همین موضع است که امکان یک مافوق قانون اساسی بودن با ویژگی بین‌المللی سرچشمه می‌گیرد. برای آنهایی که بالعکس، حاکمیت ملی را دارای یک وضعیت فرا قانون اساسی می‌دانند نتیجه گرفته می‌شود که فرا قانون اساسی بودن بین‌المللی نمی‌تواند وجود

۳۱. خواه از متن اصلی قانون اساسی و خواه از یک بازنگری اختصاصی همانند تجدید نظری که در قانون اساسی برای تجویز تصویب معاهده ماستریخت بعمل آمد.

32. Hiérarchique ترتبی یا سلسله مراتبی

33. Agencement hiérarchique de règles de droit positif

داشته باشد چون این [اصل فراقانون اساسی بین‌المللی] به محض ایجاد با حاکمیت ملی که خود دارای وضعیت فراقانون اساسی است، برخورد می‌کند.

۴- بدینسان قلمرو منازعه تعیین شده است: ما به توصیف قواعد غیر حقوقی (سیاسی یا اخلاقی) با عنوان فراقانون اساسی اعتراض نخواهیم کرد؛ همچنین به توصیف قواعد حقوق بین‌الملل با وصف فراقانون اساسی هم اعتراض نخواهیم داشت.

مسئله در اینجا به یک شکل‌بندی ساده که قبلاً طرح کلی آن را ارائه دادیم، برمی‌گردد. مجموعه قواعد واجد ارزش قانون اساسی دولت فرانسه با رجوع به قانون اساسی ۱۹۵۸، اعلامیه ۱۷۸۹، دیپاچه ۱۹۴۶ و «اصول بنیادین بازشناخته شده توسط قوانین جمهوری» شناخته می‌شود. آیا می‌توان تصور کرد که هنجارهای حقوقی عالی‌رتبه‌تری در درون این مجموعه یا بیرون از آن وجود دارند، یعنی به زبان دیگر این هنجارها خارج از صلاحیت قوه مؤسسان بوده و قاضی اساسی باید آنها را نسبت به دیگر قواعد قانون اساسی مرجح شمارد؟

به سه دلیل پاسخ ما منفی است:

- حقوق موضوعه فرانسه یا رویه حقوقی ما، قواعد حقوقی فراقانون اساسی را به رسمیت نمی‌شناسد؛

- مفهوم هنجارهای فراقانون اساسی منطقاً غیرقابل ساخت است؛

- فراقانون اساسی بودن برای نظم حقوقی مردم سالار خطرناک است.

تلاش ما در سطور ذیل معطوف به توضیح سه گزینه فوق خواهد بود:

I - قانون اساسی؛ برترین هنجار حقوقی در حقوق وضعی

۵- برای اثبات این مدعی که در حقوق موضوعه هیچ منبعی بالاتر از قانون اساسی نیست، باید به دو نکته ذیل اشاره کرد:

- اولاً شورای قانون اساسی، هیچگاه هنجارهای غیرمستند به یک قانون اساسی (بنیادی) را به عنوان هنجار حقوقی در نظر نگرفته است. همین امر وجود هنجارهای فرا قانون اساسی^{۳۴} را منتفی می‌کند.

- ثانیاً شورای قانون اساسی قایل به یک سلسله مراتب در بین مجموعه مقررات دارای ارزش قانون اساسی نیست. بنابراین در نبود چنین سلسله مراتبی یک اصل شبهه - ما فوق قانون اساسی^{۳۵} هم نمی‌تواند ظهور کند.

۶- شورای قانون اساسی با قاطعیت، «قدرت نخستین» را متعلق به قوه مؤسس می‌داند، او با همان جدیت اعطای ارزش قانون اساسی به هر قاعده‌ای را که به صورت مستقیم یا اشتقاقی ریشه در یک قانون نداشته باشد، ممنوع اعلام می‌کند^{۳۶}. با وجود این، عقیده مخالفی هم وجود دارد. این عقیده مخالف، به وسعت تمام در عالم سیاست و رسانه‌ها و در درجه‌ای پایین‌تر در عالم حقوقدانان گسترش یافته است. مطابق این نظر، شورای قانون اساسی نه تنها با توسل به روش‌های تفسیری می‌تواند به آفرینش واقعی قواعد جدید بپردازد، بلکه او حتی بدون این پوشش قانونی و بدون استناد به یک متن قانونی هم به اعلام [آفرینش] قواعد جدید می‌پردازد. اولین منبع خطای فوق در این است که شورای قانون اساسی چند وقتی درباره ذکر صریح منابع قانونی قواعدی که آنها را دارای ارزش قانون اساسی می‌شناخت، اهمال می‌کرد. مثلاً درباره اصل تداوم خدمات عمومی، وضع اینگونه بود، یعنی شورا در یادآوری صریح منبع اصل تداوم خدمات عمومی، کوتاهی کرده بود. اما می‌توان، به وفور و بدون هیچ تلاش خیالبافانه‌ای، به پیدا کردن مبانی قانونی این اصل دست یابید: به عنوان مثال ماده (۵) قانون اساسی یا قوانین جمهوری که اصل

۳۴. که ریشه آنها بیرون از قانون اساسی باشد.

۳۵. ژرژ ودل در اینجا از واژه *para- supra constitutionnalité* استفاده کرده است. البته خود ایشان در همانجا اصطلاح پیرا- فرا قانون اساسی را بربر و خشن دانسته و عذرخواهی کرده ولی در عین حال آن را برای ایضاح مفهوم مفید دانسته است (م).

۳۶. نویسنده اشاره می‌کند که شورای قانون اساسی پاداش این جدیت را به خوبی دریافت کرده است.

تداوم خدمات عمومی را به عنوان مبنا در نظر گرفته‌اند. منبع دیگر خطای [طرفداران عقیده فوق] به کاربردهای متنوع واژه «اصل» در زبان حقوقی مربوط می‌شود که در موارد بسیاری صفت «کلی» را هم به همراه دارد [اصل کلی]. تقارب [یا تشابه] این اصول با «اصول کلی حقوق» که مظهر اعلا قدرت هنجارسازی قاضی اداری می‌باشد، به نحو تقریباً خودکار صورت می‌گیرد. از این مساله نتیجه می‌گیرند که شورای قانون اساسی هم مانند شورای دولتی دارای قدرت هنجاری نخستین است. اما گذشته از آنچه که می‌تواند درباره ماهیت دقیق اصول کلی حقوق - که شورای دولتی بیشتر به کشف آنها می‌پردازد [تا خلق آنها] - گفته شود، «اصل» یا «اصل کلی» در ادبیات شورای قانون اساسی یک واژه معنا شناختی غیرحقوقی است. هدف، گرد آوردن قواعد همگنی^{۳۷} است که در عین همسانی، دارای زمینه‌های اجرایی متفاوت هستند. هنگامی که شورای قانون اساسی «اصل برابری» را پیش می‌کشد، هدف او انکار قوانین دستوری بعنوان منبع این اصل نیست. سومین منشأ خطا درک نادرستی است که از «اصول بنیادین شناخته شده توسط قوانین جمهوری^{۳۸}» وجود دارد. در اینجا نیز بازشناسی چنین اصولی توسط شورا با شرایط خاص و با ارجاع به متن قانونی صورت می‌گیرد. [یعنی اینگونه نیست که شورای قانون اساسی بدون هیچ استنادی به خلق اصول بنیادین شناخته شده توسط قوانین جمهوری بپردازد].

۷- هدف ما از بیان مطالب پیشگفته، اثبات این نکته بود که شورای قانون اساسی فقط قواعدی را به عنوان قواعد حقوقی دارای ارزش قانون اساسی می‌شناسد که یک مبنای مستقیم یا اشتقاقی در یک متن قانونی دارای اعتبار قانون اساسی داشته باشند. بدینسان راه براصل [(اصول)] فرا قانون اساسی بسته می‌شود. اما باید پرسیده شود آیا قاضی قانون اساسی در مجموعه هنجارهایی که ریشه در قانون اساسی دارند، برخی از رده‌بندی‌ها را نمی‌پذیرد، آیا برای او هنجارهای درجه اول، هنجارهای درجه دوم یا درجه سوم وجود ندارد. آیا با تقلید از شوخی مشهوری که بر اساس آن « همه

۳۷. قواعد مشابهی که ریشه در یک یا چند متن قانونی دارند.

انسانها با هم برابرند اما برخی از آنها برابرترند»، نمی‌توان گفت «همه مقررات مندرج در قانون اساسی، اساسی‌اند اما بعضی از آنها اساسی‌تر از بقیه‌اند»؟.

مطمئناً با وارد شدن در این مسیر نمی‌توانیم به بازشناسی اصل فرا قانون اساسی نایل آییم، بلکه فقط مؤفق به بازیابی آنچه آن را پیرا- ما فوق قانون اساسی نامیدیم،^{۳۹} خواهیم شد. در واقع این نظریه در نفس الامر خود مستلزم این نیست که هنجارهای درجه اول یا درجه پایین‌تر، از امر بازنگری مصون بمانند، پس این دسته از قواعد به مفهوم حقیقی مافوق قانون اساسی نیستند. با وجود این قاضی موظف خواهد بود در صورت تعارض این قواعد با قواعد فروتر به آنها برتری بخشد و این همان چیزی است که به صورت جزئی نتیجه آن معادل اصل ما فوق قانون اساسی است.

این مسأله، اما می‌تواند سکوی پرشی برای قائلین به سلسله مراتب درون قانون اساسی باشد تا بدین طریق به مرحله فراملیت کامل^{۴۰} صعود کنند. بدین معنی که برخی از قواعد درجه اول- مثل حاکمیت ملی- بیرون از حیطه اقتدار خود قوه مؤسس است.

۸- حال بحث [اصلی] به رویه شورای قانون اساسی مربوط می‌شود. سوال این است که موضع شورا درباره فرا قانون اساسی بودن ناقص یا کامل برخی از هنجارهای قانون اساسی چیست؟

[نخست باید] یک نکته ابتدایی را روشن ساخت: این امر مسلم است که همه مقررات دارای ارزش قانون اساسی از اهمیت یکسان یا شأن اخلاقی یا سیاسی مشابهی برخوردار نیستند. اما پرسش مطروحه به مسأله سلسله مراتب حقوقی مربوط می‌شود و چنین سلسله مراتبی از خود قوانین اساسی قابل استخراج نیست. تجدیدنظر در مقرراتی که ممکن است به نظر ما ضروری و مهم برسند، روند متفاوتی را با روند تجدید نظر در قواعد کم اهمیت‌تر طی نخواهد کرد.

۳۹. یا به دیگر عبارت، نوعی «فرا قانون اساسی بودن ناقص» یا نوعی شبه فرا قانون اساسی

به رغم این، آیا می‌توان گفت، شورای قانون اساسی در رویه خود به ویژه در زمینه حمایت از حقوق و آزادی‌ها یک سلسله مراتب حقوقی^{۴۱} را می‌پذیرد چرا که این رده بندی به شورا اجازه می‌دهد تا در هنگام تعارض بین حقوق، آزادی‌ها، اصول و «غایات دارای ارزش قانون اساسی»^{۴۲} برخی از آنها را به برخی دیگر ترجیح دهد. آزادی فردی و آزادی ارتباطات در درجه اول قرار خواهند گرفت و حق مالکیت و آزادی اقدام هم در رده دوم خواهند نشست.

شایسته است تا گزاره فوق را به صورت روشمند و با عنایت به تک‌تک آراء شورای قانون اساسی مورد بررسی قرار دهیم. در چهارچوب [تنگ] این مقاله نمی‌توانیم چنین کاری را انجام دهیم. اما آیا می‌توان گفت برداشت فوق [یعنی وجود سلسله مراتب حقوقی] بیشتر ناشی از احساسی است که از خواندن آراء به دست می‌دهد و نه برخاسته از یک تحلیل [علمی و حقوقی]. درباره این نکته باید به دو مطلب ذیل اشاره شود:

مطلب نخست: برای تعیین و شناخت جایگاه و رده دو قاعده متفاوت یک تجربه اساسی وجود دارد. این تجربه به مساله تعارض بین این دو قاعده مربوط می‌شود. اگر دو قاعده متعارض به یک رده و مرتبه تعلق داشته باشند، شایسته است بعد از بررسی دقیق واقعیت تعارض به آشتی آنها پرداخت، یعنی باید در جستجوی راه حلی بود که به بهترین تعادل ممکن منجر شود. بنابراین، شورای قانون اساسی به هنگام تعارض بین

۴۱. سلسله مراتبی که به صورت خالص، اخلاقی یا سیاسی نیست.

42. "Les objectifs à valeurs constitutionnelle"

شورای قانون اساسی از سال ۱۹۸۰ به صورت تلویحی و از ۱۹۸۲ به بعد به صورت تصریحی، مفهوم «غایات دارای ارزش قانون اساسی» را به کار بسته است. این شورا در تصمیمهای صادره در تاریخ ۱۹ و ۲۰ ژانویه ۱۹۸۰ درباره کنترل هویت، بدون تصریح به «غایات دارای ارزش قانون اساسی» به مفهوم «نظم عمومی» اشاره می‌کند (Dec. N° 80-127 DC). اما شورا برای اولین بار در تاریخ ۲۷ ژوئیه سال ۱۹۸۲ (Dec. n° 88-141 DC du 27 juillet 1982) تصریحاً از اصول «نظم عمومی»، «احترام به آزادی دیگران» و... بعنوان «غایات دارای ارزش قانون اساسی» یاد کرده است. (م) در این زمینه بنگرید:

حقوق، آزادی‌ها، اصول و غایات دارای ارزش قانون اساسی یکی از آنها را به طور کلی قربانی دیگری نمی‌کند. البته اگر این حقوق یا آزادی‌های متعارض از دو رده مختلف باشند، باید [یکی را بر دیگری] رجحان داد.

مطلب دوم: ملاحظه دوم این است که آشتی مذکور در فوق با ترجیح سامانه وار^{۴۳} یک حق یا آزادی بر دیگری صورت نمی‌گیرد، بلکه این امر با یک سنجش عینی و غالباً در پرتو اصل تناسب^{۴۴} انجام می‌پذیرد. به عنوان مثال، شورای قانون اساسی نمی‌پرسد که آیا حق اعتصاب باید از لحاظ حقوقی برحق مالکیت، حق اشتغال، امنیت اشخاص، و اموال یا تداوم خدمات عمومی رجحان یابد یا نه. بلکه در مواردی که شورا باید درباره تطبیق یک قانون با قانون اساسی نظر دهد و قانون مصوب مجلس هم در برگیرنده یک حق یا اصل متهافت با حق اعتصاب است، در این صورت شورا به صورت عینی^{۴۵} بررسی خواهد کرد^{۴۶} که آیا محدودیت تحمیل شده برای حق اعتصاب^{۴۷} - مثلاً بنام تداوم خدمات عمومی یا امنیت اشخاص و اموال - [امری] لازم یا افراطی است. اگر هدف مجلس از [تصویب یک قانون مثلاً] ساماندهی حق اعتصاب در تلویزیون و تأسیسات هسته‌ای باشد، شورا [درباره این دو حوزه متفاوت] به راه حل یکسان نخواهد رسید. این سنجش^{۴۸} به وضوح در برگیرنده بخشی از ذهنیت تراکم ناپذیر^{۴۹} است.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

۴۳. سیستماتیک یا سامانه‌ای

44. Le principe de proportionnalité

45. Concrètement

۴۴. با توجه به دورنمای ترسیم شده توسط قانون مصوب مجلس

۴۷. منظور برتری بخشی حقوق یا اصول دیگر نسبت به حق اعتصاب است (م).

۴۸ - (که کاملاً با «تقسیم گلابی به دو قسمت» متفاوت است)، منظور سازش و توافق منصفانه درباره

تقسیم ضررها و زیانها است (م).

49. Subjectivité incompressible انباشت ناپذیر

بی تردید، اصطلاح «حقوق بنیادی»^{۵۰} به کرار در برخی از کشورها به کار گرفته شده است. این اصطلاح، [خود]، القاگر نوعی سلسله مراتب است. [یک] لایحه بازنگری در قانون اساسی^{۵۱} نیز که در صدد تأسیس و پذیرش «ایراد مغایرت با قانون اساسی»^{۵۲} بود، اصطلاح «حقوق بنیادین» را به کار گرفته بود. [تصویب این لایحه بازنگری] می توانست تجربه جالبی باشد چون در ابتدا قاضی برای قبول ایرادهای مغایرت با قانون اساسی موظف به روشن ساختن این نکته بود که این حقوق بنیادین در فرانسه کدامها هستند. اگر فرضاً شرط بندی درباره یک نهاد مفروض مجاز بود، ما با کمال میل شرط بسته و تضمین می کردیم که هیچکدام از حقوق و آزادی های تضمین شده توسط قانون اساسی از داشتن عنوان «حق بنیادین» محروم می ماند.

۹- بنابراین به نظر ما [فقط] با یک قرائت خیال پردازانه از رویه شورای قانون اساسی است که [می توان] به پذیرش اصول دقیقاً فرا قانون اساسی یا یک سلسله مراتب حقوقی در بین هنجارهای بنیادی گردن نهاد.

۵۰- یا هر معادل مشابه دیگر

۵۱- اشاره به لایحه بازنگری در قانون اساسی است که در سال ۱۹۹۰ مطرح شد. لایحه مذکور که تصویب آن قرین توفیق نبود، بر آن بود تا به قضات دادگاههای عادی اجازه پذیرش ایراد مغایرت با قانون اساسی را اعطا کند. (م.)

52. L'exception d'inconstitutionnalité

«ایراد مغایرت با قانون اساسی» یکی از فنون آیین دادرسی است که کاربرد آن در برخی از نظامهای قضایی رایج است. مطابق این فن، یکی از طرفین دعوی می تواند قانون مورد استناد طرف مقابل را نامنطبق با قانون اساسی اعلام نماید. اگر قاضی، ایراد مطروحه را وارد تشخیص دهد، حکم به عدم امکان اجرای آن قانون درباره دعوی مذکور می دهد. به دیگر سخن، قاضی در این حالت، حکم ابطال قانون استنادی را صادر نمی کند و تنها مجری نبودن آن در پرونده مطروحه را اعلام می کند. روش مذکور در ایالات متحده آمریکا و پس از رأی پرآوازه ماریوری علیه مدیسون در سال ۱۸۰۳ اعمال می شود. این روش به نوعی قضات دادگاههای عادی را به نهبانان قانون اساسی تبدیل می کند. (م.)

همانطور که لویی فاوورو یادآوری می‌کند، شورای [قانون اساسی] در قضیه معاهده ماستریخت، اندیشه برتری بعضی از اصول بنیادین^{۵۳} نسبت به دیگر قواعد و در نتیجه تجدید نظرناپذیر بودن آنها را به روشنی مردود اعلام می‌کند. این امر نفی مستقیم مسأله مافوق قانون اساسی بودن توسط شورای قانون اساسی است.

۱۰- برای ناکام ساختن این ادعاها می‌توان ایراد گرفت که اگر چه رویه شورا اصل فراقانون اساسی بودن آشکار و رسمی را مطرود می‌داند، اما آیا دست کم در نفس پذیرش نهاد نظارت قضایی بر تطبیق قوانین با قانون اساسی، [نوعی] مافوق قانون اساسی بودن پنهان^{۵۴} وجود ندارد. با سپردن این نظارت به یک قاضی مجهز به اختیارات گسترده تفسیری^{۵۵} و با توجه با اینکه تفسیر نیز عمل اراده است^{۵۶}، قاضی [مذکور] قدرت خلق هنجارهای اساسی و حتی ما فوق قانون اساسی را به دست می‌آورد چه این هنجارها می‌توانند با دیگر قواعد رسماً نوشته شده تعارض پیدا کنند. اینجا محل بحث پیرامون صحت و سقم نظریه های تفسیری نیست. ما تنها به بررسی این امر خواهیم پرداخت که تاثیرات نظریه های تفسیری بر مسأله فراقانون اساسی بسیار ضعیف بوده یا اصلاً تاثیری در این امر ندارند. با این همه، قاضی در کار تفسیری خود تابع برخی الزامها است. باری یکی از این الزامها آن است که قاضی اساسی فرانسوی^{۵۷} از پذیرش «قدرت نخستین»^{۵۸}، یعنی قدرت رهایی از هر مبنای قانونی، خودداری می‌ورزد. [اگر فرضاً] بپذیریم که شورای قانون اساسی از طریق تفسیر به «خلق» قواعد اساسی می‌پردازد [باید گفت] این

۵۳. در این مورد خاص اصل حاکمیت ملی در نظر است.

۵۴. که می‌توان آن را فراقانون اساسی بودن «انضمامی» نامید.

۵۵. تفسیر بر اساس نظریه‌های شناخته شده

۵۶. و نه یک مقایسه ساده

۵۷. منظور شورای قانون اساسی است.

قواعد از لحاظ ساختاری ما فوق قانون اساسی نیستند چرا که رده [(جایگاه)] آنها نمی‌تواند بالاتر از رده قانونی باشد که برای مشروعیت بخشی به این قواعد به آن استناد شده است. بعلاوه، احدی گمان نمی‌کند که شورای قانون اساسی در مواجهه با یک پروژه بازنگری در قانون اساسی^{۵۹} - که [موارد این بازنگری] مخالف رویه قضایی اوست - از تأیید متن جدید و الزامات ناشی از تفسیر آن خودداری ورزد. بنابراین درباره بخش اول این مطالعه نتیجه می‌گیریم: [مسئله] فراقانون اساسی بودن در رویه قضایی شورای قانون اساسی فرانسه مقبول نیفتاده است. همچنانکه خواهیم گفت، راه حل مخالف [دیدگاه فوق] از لحاظ نظری از انسجام کمتری برخوردار بوده و از لحاظ عملی نیز فاجعه آمیز خواهد بود.

II - امتناع منطقی مفهوم هنجارهای حقوقی فرا قانون اساسی

۱۱- مافوق قانون اساسی بودن در حالت محض خود بر فرض وجود قواعد برتر از قانون اساسی متکی است و نه بر قواعدی که توسط خود قانون اساسی شکل گرفته‌اند. در این حالت، این قواعد به حداقلی از وجود عینی نیاز دارند تا با توسل به آن امکان «کشف» و شناخت محتوای آنها فراهم آید. آیا می‌توان گفت [صلاحیت] کشف و اجرای اصول فرا قانون اساسی متعلق به یک دادگاه عالی است؟ در این صورت آیا به سادگی نمی‌توان گفت قاضی، قدرت مؤسسان را به دست آورده است؟ در چنین حالتی بیشتر نوعی مادون قانون اساسی بودن حقوق اساسی نوشته وجود خواهد داشت تا مافوق قانون اساسی بودن دسته‌ای از قواعد. این امر به مسأله واژگونی اصطلاح برمی‌گردد که با یک ساخت نامقبول دولت مضاعف می‌شود.

واژگونی اصطلاح بدین معنی است که ما برای معرفی یک نهاد دارای قدرت تعیین محتوای قواعد برتر و دارنده قدرت واقعی مؤسسان از واژگانی بهره می‌گیریم که [معمولاً] درباره نهادهایی با کارکرد قضایی به کار می‌رود.

دگرگون ساختن واژگان در [عالم] واقعیت به اعطای قدرت اولیه به هیأتی مربوط می‌شود که بر اساس رویه کلی، نحوه تعیین اعضا و وضعیت [حقوقی] آن اعطای چنین اختیاری را مشروع نمی‌کند.^{۶۰} برخلاف نظر لویی فاورو اگر بخواهیم به مسأله فرا قانون اساسی بودن دلالت مقبولی بدهیم، باید قاضی را تحت حکومت حقوق طبیعی قرار دهیم. اما به لحاظ اینکه این حقوق [طبیعی] فاقد یک عینیت ملموس می‌باشد توسل به آن هم تماماً شفاهی^{۶۱} [(زبانی)] خواهد بود. به عبارت دیگر حقوق فرا قانون اساسی^{۶۲} مظهر ذهنیت [گرای] قاضی است. از همین جاست که به مورد قبلی باز می‌گردیم.

۱۲- در اینجا به یادآوری تمام سرنخهای قدیم و جدید که با توسل به آنها مبادرت به یافتن نیافتنی کردیم، نمی‌پردازیم: حقوق ناملموس (از لحاظ عینی)، نامقرر، بی‌قاعده [(شکل نیافته)]، نظارت نشده توسط یک مقام اجتماعی.

آیا این بار توسل به این اندیشه که اصل فرا قانون اساسی ریشه خود را در خارج از مرزهای دولت یعنی در جامعه بین‌المللی جستجو می‌کند، قرین توفیق خواهد بود؟

پیش از این گفتیم، اگر غرض از استخدام واژه فرا قانون اساسی بودن، تبیین اثر محتمل تفوق حقوق بین‌الملل^{۶۳} بر حقوق داخلی و حتی حقوق اساسی است، در این صورت ما با یک مشکل محض لغوی مواجه‌ایم.

۶۰. ظاهراً مقصود استاد ودل اشاره به نواقص و کاستی‌هایی است که در روند تعیین (انتصاب یا انتخاب)

اعضای شوراها یا دادگاههای قانون اساسی وجود دارد. یعنی ایراد مطروحه این است که چگونه می‌توان قدرت اولیه را به نهادی سپرد که نحوه تعیین اعضا و راهبران آن با «اما و اگر» های جدی روبرو است. (م).

61. Verbal

62. کاربرد اصطلاح *droit supraconstitutionnel* به خاطر نبود اصطلاح بهتر است.

63. Subjectivité

۶۴. حقوق بین‌الملل که اصولاً یک حقوق معاهده‌ای *conventionnel* است.

وانگهی ما این نکته را هم اضافه کردیم که قرار دادن اصل حاکمیت ملی در این مجموعه فرا قانون اساسی بسیار دشوار خواهد بود. اما برخی، به مدد یک لغزش [اندیشه‌ای] این طور القا می‌کنند که می‌توان در [پدیده] همگرایی واقعی و متداول قوانین اساسی مردم سالار^{۶۵} و رویه‌های قضایی ملی، نوعی «مجموعه»^{۶۶} پیدا کرد. این مجموعه بدون هیچ معاهده رسمی می‌بایست اعتبار حقوقی به دست آورده و به جامعه (بین‌المللی) تحمیل شود. این همگرایی‌ها را که به صورت ویژه‌ای در زمینه حقوق و آزادی‌ها محسوس است، باید همانند هنجارهای فرا قانون اساسی نگریست.

در اینجا نیز منطق، ارزش و اعتبار خویش را پیدا نمی‌کند. در حقیقت، ما نه با قواعد معاهده‌ای و نه با قواعد عرفی مواجه‌ایم، زیرا همگرایی خارج از روابط متقابل برای خلق این قواعد کافی نیست. به چه اعتباری، رفتار مشابه دو دولت^{۶۷} آنهم بدون یک توافق مشترک، صریح یا ضمنی می‌تواند خالق یک قاعده حقوقی باشد؟ خلاصه آنکه، ادعای استخراج یک هنجار بین‌المللی از یک تصدیق حقوق تطبیقی [گونه‌ای] اختلاط انواع است.

۱۳- در نتیجه برای یک ساخت منطقی فرا قانون اساسی بودن باید راه حل دیگری جستجو کرد، راه حلی که ظاهراً متناقض‌نما است؛ راه حل مذکور این است که بگوییم محتوا و مبنای [اصل] مافوق قانون اساسی در خود قانون اساسی است. آیا برای قوه مؤسس ممکن نیست تا با اعلام تغییر ناپذیر بودن برخی از مقررات، خود را مقید سازد؟ بدینگونه مجموعه هنجارهایی که توسط قوه مؤسس اولیه تلویحاً یا تصریحاً غیر قابل بازنگری اعلام شده‌اند، ما فوق قانون اساسی خواهد بود.

پیش از تلاش برای پاسخگویی به این پرسش به تفسیر واژه «تلویحاً»^{۶۸} می‌پردازیم. ممکن است قوانین اساسی، غیر قابل تجدیدنظر بودن یک مقرر

65. Des Constitutions démocratiques

66. Corpus جنگ

۶۷. رفتاری که هریک از دو دولت بدون هماهنگی با دیگری در قلمرو خاص خود انجام می‌دهند.

68. Tacitement

را صریحاً اعلام نکنند، اما گفته شود این مقررہ آنچنان بنیادین است که قوه مؤسسان می‌بایست ضرورتاً آن را غیر قابل تغییر اعلام می‌کرد، چه تخریب این [اصل یا مقررہ] قانون اساسی را از هر مبنایی تهی خواهد ساخت. اختصاراً باید گفت، این همان چیزی است که وقتی می‌خواهیم اصل حاکمیت ملی و نتایجش را بیرون از صلاحیت قوه مؤسس اشتقاقی قرار دهیم، از آن دفاع می‌کنیم.

این روایت از فرا قانون اساسی بودگی^{۶۹} لزوماً نیازمند بحث متفاوتی نسبت به روایتی که قانون اساسی صریحاً غیر قابل تغییر بودن یک هنجار را اعلام می‌کند، نیست.

تنها باید این نکته را متذکر شویم که این روایت [تلویحی] حاوی دشواری مضاعفی است، این دشواری مربوط به تعیین روش شناخت شاخصه بنیادی است، [شاخصه‌ای که] به مدد آن مافوق قانون اساسی بودن یک قاعده معین توجیه می‌شود. اما این یک مشکل ثانوی است چرا که به نحوه بیان صریح یا ضمنی مسأله فرا قانون اساسی بودن مربوط می‌شود و مشکل خاصی برای ماهیت مسأله یعنی امکان محدود سازی^{۷۰} قوه مؤسس ثانوی به وجود نمی‌آورد.

۱۴- از لحاظ مبنایی، یک هنجار فرا قانون اساسی می‌تواند سرچشمه خود را در محدودیت قوه بازنگری پیدا کند. هر قانون اساسی در برگیرنده شماری قواعد مربوط به بازنگری و نیز جایگاه قوه مؤسس اشتقاقی است. این محدودیتها کدامند؟

به راستی که فقط یک محدودیت‌گریز ناپذیر وجود دارد. این محدودیت آنست که بازنگری می‌باید فقط بر اساس قواعد صلاحیت و آیین مقرر در

۶۹. منظور روایتی است که در آن خود قانون اساسی صریحاً به فرا قانون اساسی بودن یک اصل اشاره نکرده

است. (م.)

۷۰. مقید ساختن قوه مؤسس به محدودیت‌های گریز ناپذیر

قانون اساسی انجام گیرد. اگر این شرط مورد توجه قرار نگیرد بازنگری مورد ادعا^{۷۱} از لحاظ حقوقی غیرممکن خواهد بود.

اما، بازنگری انجام شده در چهارچوب قواعد صلاحیت نمی‌تواند مقید به محدودیت‌های ماهوی شود. همانطور که شورای قانون اساسی اخیراً گفته است قوه مؤسس،^{۷۲} حاکم است. مشتق بودن این قوه هم فقط جنبه سازمانی و رسمی دارد و از لحاظ ماهیتی یعنی آنچه به ماده و محتوای تجدید نظر ارتباط دارد، با قوه مؤسس اصلی تفاوتی ندارد.

چرا به این مسأله که قانون اساسی می‌تواند به تجویز بازنگری در برخی مقررات پردازد، اعتراض می‌شود. برای ذکر یک مثال رایج به این نکته اشاره می‌کنیم که آخرین بند ماده ۸۹ بر اساس سنت جمهوری خواهانه مقرر می‌دارد: «شکل جمهوری حکومت نمی‌تواند موضوع یک بازنگری قرار گیرد». اما این عبارت نمی‌تواند منطقاً مانع بازنگری در خود این بند شود؛ بازنگری در خود بند [آخر ماده ۸۹ هم] در مرحله بعد، اجازه زیرسوال بردن شکل جمهوری حکومت را خواهد داد^{۷۳}

۷۱. صرف نظر از محتوای تجدید نظر

۷۲. در ما نحن فيه قوه مؤسس «اشتقاقی» مدنظر است.

۷۳. تلاش آرمان‌گرایانه ژرژ ودل در اینجا معطوف به اثبات این امر بوده که حتی در صورت تصریح قانون اساسی به خطوط قرمز و اصول تغییر ناپذیر می‌توان در مرحله اول به بازنگری در خود اصول مربوط به بازنگری پرداخت و با تجدیدنظر در اصول و قواعد بازنگری زمینه تجدید نظریسینی در خطوط قرمز و هسته نفوذ ناپذیر قانون اساسی را فراهم ساخت. اگر بخواهیم دیدگاه ودل را در چهارچوب نظام حقوقی ایران تشریح کنیم می‌توان گفت، در ساختار نظام جمهوری اسلامی ایران **بازنگری در مقررات مربوط به بازنگری** بدین معنی خواهد بود که ابتدا به تجدید نظر در اصل ۱۷۷ قانون اساسی پرداخته شود و در مرحله ثانوی به تجدیدنظر در اصول لایتغیر مبادرت شود. راه حل ودل با الهام از اندیشه‌های مردم‌سالاری محض (مطلق) مبتنی بر این فرض است که مثلاً خود بند آخر ماده ۸۹ قانون اساسی ۱۹۵۸ فرانسه و اصل ۱۷۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی قابل بازنگری‌اند و مقررات مذکور هم این امر را ممنوع نکرده‌اند. توضیح آنکه بند آخر ماده ۸۹ قانون اساسی فرانسه فقط به ممنوعیت بازنگری در شکل جمهوری حکومت اشاره دارد و هیچ اشاره‌ای به ممنوعیت تجدید نظر در خود ماده ۸۹ نمی‌کند، حتی در صورت تصریح هم این امر نمی‌توانست از نظر ودل مقبول باشد چه دوباره همین استدلال را دربارہ آن مطرح می‌کرد و....

بر اساس دیدگاه ودل اصل ۱۷۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز فقط به ممنوعیت بازنگری در «محتوای اصول مربوط به اسلامی بودن نظام و ایشنای کلیه قوانین و مقررات براساس موازین اسلامی و پایه‌های ایمانی و اهداف جمهوری اسلامی ایران و جمهوری بودن حکومت و ولایت امر و امامت امت و نیز اداره امور کشور با اتکا به آراء عمومی و دین و مذهب» اشاره دارد و تصریحی درباره تغییر ناپذیر بودن خود اصل ۱۷۷ ندارد. نتیجه آنکه بر اساس این دیدگاه و جهت حفظ احترام قانون اساسی و اجرای دقیق آن ابتدا باید در نخستین مرحله مطابق قواعد یا معیارهای پیش‌بینی شده در قانون اساسی جمهوری اسلامی به بازنگری در خود اصل ۱۷۷ پرداخت یعنی در این مرحله (بازنگری اول) قوه مؤسس، حاکم مطلق نیست و حق تغییر اصول تغییر ناپذیر (دینی بودن حکومت، جمهوری بودن حکومت (= اداره امور کشور با اتکا به آراء عمومی)، ولایت امر و امامت امت و دین و مذهب رسمی ایران) را ندارد. اما در مرحله دوم یعنی در فرض پیروزی در تغییر اصل ۱۷۷ که «پس از تأیید و امضای مقام رهبری باید از طریق مراجعه به آراء عمومی به تصویب اکثریت مطلق شرکت کنندگان در همه‌پرسی برسد»، می‌توان به بازنگری در اصول ظاهراً لایتغیر پرداخت.

به نظر صاحب این قلم، دیدگاه ودل با آرمانهای دموکراسی محض منطبق است یعنی در این چشم انداز، دموکراسی مطلقاً قید ناپذیر است، هر نسلی می‌تواند خطوط قرمز نسلهای پیشین را درنوردیده و بر آنچه گذشتگان غیرقابل تغییر اعلام کرده‌اند، مهر خاتمت زند. صرف نظر از حسن و قبح دیدگاه ودل و پیامدهای مثبت و منفی آن باید گفت اندیشه او کاملاً آرمانگرایانه است چه :

اولاً- در حال حاضر شاید نتوان هیچ مثال عینی برای این دیدگاه حتی در بین دموکراسی‌های بزرگ پیدا کرد یعنی تجربه مردم سالاری راه حلی غیر از راه حل ودل را برگزیده است چه تاریخ حقوق اساسی خصوصاً در فرانسه و آلمان نشان می‌دهد که سپردن قدرت مطلقه ولو به قوه مؤسس منتخب مردم ممکن است در نهایت دموکراسی را در سرایشی دیکتاتوری، تبعیض نژادی (مذهبی یا ...) و ... قرار دهد. البته این امر به معنای این نیست که نظرگاه لویی فاورو مبنی بر مقید بودن قوه مؤسس به اصول (فرا) قانون اساسی خالی از اشکال است چرا که به راحتی می‌توان تضاد این گونه قیدها را با اصول دموکراسی ناب تشخیص داد. اما پرسش این است که آیا می‌توان نسخه واحدی را برای تمام جوامع پیچید، آیا می‌توان به صورت مطلق قایل به این امر شد که نسخه فاورو یا ودل برای تمام نظامهای سیاسی اعم از مردم سالار یا مردم ستیز شفافبخش است؟

در واقع ما در اینجا با یکی از مشکلات کلاسیک نظریه‌های خودمحدودسازی^{۷۴} روبرو هستیم. حاکم نمی‌تواند خویشتن را مقید سازد. حاکم می‌تواند در هر لحظه و به اعتبار حاکمیتش هنجاری را که تغییر [بازنگری] را ممنوع می‌داند، تغییر دهد.^{۷۵} با وجود این آیا نمی‌توان با کاربرست ماهرانه روشهای فن حقوقی مانع مذکور را دور زد؟

در اینجا است که توجه به ماهیت قیود و محدودیتهای قوه مؤسسان اهمیت می‌یابد. یقیناً قیودی که در راستای تحکیم دموکراسی یا حقوق ملت و آزادی‌های فردی است در مقایسه با قیود مغایر آنها از ارزش یکسانی برخوردار نخواهند بود. بعنوان مثال قانون اساسی فرانسه قوه مؤسسان را محدود و مقید به پاسداری از شکل جمهوری حکومت کرده است، برخی از قوانین اساسی نیز قوه مؤسسان را مقید به پاسداری از شکل مستبدانه حکومت یا برخی اصول آزادی ستیز و مغایر حقوق انسانی کرده‌اند، در ظاهر امر قوه مؤسسان در هر دو سامانه سیاسی محدود و مقید به نظر می‌رسد اما آیا می‌توان محدودیت قوه مؤسس فرانسوی را با قیود تحمیل شده بر این قوه در دیگر نظام‌های سیاسی یکسان دانست.

ثانیاً - مهمتر اینکه در دیدگاه ودل مسأله تداوم مردم سالاری مغفول مانده است یعنی درست است که هدف پشتیبانی از مردم سالاری مطلق است اما بر اساس این دیدگاه چه سازوکاری می‌تواند از تبدیل مردم سالاری به نقیض آن جلوگیری کند. نظریه تقیید اقلی قوه بازنگری (جهت محافظت از اصل دموکراسی) بر آن است که در نظامهای مردم سالاری همانند نظام سیاسی فرانسه باید از اصل دموکراسی در مقابل هر نوع خدشه و دستیازی حمایت کرد.

ثالثاً - تعیین محل نزاع در این جا از اهمیت منبایی برخوردار است. حالت نخست این است که محل نزاع را در چیستی یا کم و کیف محدودیتهای قوه مؤسس قرار دهیم (نه در اصل وجود این محدودیتها). در این صورت آنچه اهمیت می‌یابد چیستی محدودیتها و به ویژه روند و چگونگی تعیین آنهاست. یعنی سوال این است که چه کسی یا چه نهادی صلاحیت تعیین این قیدها را دارد و چه آیین و روندی باید برای تعیین آنها طی شود. حالت دیگر این است که در مورد اصل قضیه به بحث بپردازیم یعنی به مسأله بود و نبود کلی قیدها توجه نشان دهیم، بدیهی است در این حالت سخن گفتن از چیستی و چگونگی قیدها از اهمیت درجه دوم برخوردار خواهند بود(م).

قانون بنیادی سوم ژوئن ۱۹۵۸^{۷۵} با تخطی از آیین بازنگری پیش‌بینی شده در قانون اساسی ۱۹۴۶ آیین دیگری را برای تجدید نظر ترتیب می‌دهد، مطابق این آیین، مأموریت تدوین طرح [بازنگری در] قانون اساسی^{۷۶} به دولت سپرده شده است، این طرح باید در معرض همه‌پرسی قرار گیرد. اما این قانون تطبیق طرح بازنگری را با پنج شرط (آراء عمومی، تفکیک قوا، مسوولیت دولت در برابر پارلمان، و...) الزامی کرده است. بعلاوه همین قانون به صورت ماهرانه‌ای اعتبار آیین [بازنگری] را مقید به [یکسری] اصول ماهوی نموده [و در همان حال] به این اصول ویژگی غیر قابل تخطی قواعد شکلی و صلاحیت^{۷۷} را اعطا کرده است.

مثال ارائه شده آموزنده است. محدودیتهای وارده بر اعمال قوه مؤسس^{۷۸} فقط به این دلیل وجهه آمرانه داشت که قانون بنیادی ۳ ژوئن ۱۹۵۸ اولین مرحله از عملیات پیچیده‌ای بوده که قوه مؤسس موظف به تعیین نحوه اجرای آن بوده است. اما این محدودیتها اعتباری برای دیگر عملیات [مربوط به] بازنگری [در قانون اساسی] نداشته و نمی‌تواند داشته باشند. امروزه احدی از این امر حمایت نمی‌کند که از لحاظ حقوقی [مثلاً] یک بازنگری در قانون اساسی ۱۹۵۸ نمی‌تواند مسوولیت دولت در برابر مجلس را با استناد به یک اصل فرا قانون اساسی برخاسته از قانون بنیادی ۳ ژوئن ۱۹۵۸ الغاء کند.

۱۶- آیا مسأله احتمال وجود هنجارهای حقوقی جاودان در بطن بحث درباره منطق حقوقی، نهفته نیست؟ تصور این امر دشوار است که جاودانگی بتواند به یک مجموعه اساسی گسترش یابد اما نتواند این یا آن هنجار اساسی (از لحاظ حقوقی) و برخوردار از وضعیت فرا قانون اساسی (مثل حاکمیت ملی و حقوق «بنیادی»؟) را در بر بگیرد.

۷۵. این قانون (ماده ۶۷ مکرر) با نقض ماده ۹۰ قانون اساسی ۱۹۴۶، دولت ژنرال دوگل را مأمور تدوین

قانون اساسی جدید نمود. (م.)

76. *Projet de Constitution*

77. *Le caractère incontournable des règles de compétence et de forme*

78. *L'exercice de pouvoir constituant*

جهت طرد این اندیشه که حاکم نمی‌تواند خویشتن را محدود سازد، فقط دو راه وجود دارد: اولین راه پذیرش این است که هرگز حاکمی وجود نداشته است و دومین راه قبول این امر است که از این پس دیگر حاکمی وجود ندارد.

۱۷- اگر متعالی [(برتر)] بودن برخی از هنجارها را بپذیریم [بنابراین باید گفت] هرگز حاکم وجود نداشته است. گنجاندن این تعالی در قانون اساسی، یک اعلام یا ثبت [رسمی] است و فرا قانون اساسی بودن این هنجارها نیز قانونی است. این حداقل یکی از مفاهیم حقوق بشر در اعلامیه ۱۷۸۹ می باشد.

آیا باید دوباره دو نقطه عزیمت اجباری این راه را یادآوری کنیم: تفوق بنام چه؟ آیا می‌توان این تفوق را در یک ساختار حقوقی جای داد؟ استنتاجهای دیگر کمتر جنبه نظری دارند: چگونه باید تفوق مورد ادعا را با تحول‌پذیری تاریخی و جغرافیایی هنجارهای متعالی آشتی داد؟ آیا می‌توان با پس زدن دانسته‌های واقعی درباره انسان گذشته، حال و آینده، دوباره به افقهای غیرقابل عبور^{۷۹} باور داشت؟

۱۸- مبنای تغییر ناپذیری^{۸۰} را می‌توان از طریق دیگری جستجو کرد: پیش از این یک حاکم وجود داشته است، اما دیگر حاکمی وجود ندارد. توسعه این فکر بدین صورت انجام می‌یابد: جامعه [سیاسی] با یک قرارداد مشروط قدم به عرصه حیات می‌نهد. این قرارداد حاکمی را به وجود آورده که فقط یک لحظه پا برجا بوده است چرا که اعمال حاکمیت او محصور به احترام به شرایط منجر به تولد وی بوده است. این دیدگاه نیز جایگاه خود را در بین دیدگاههای متعدد مربوط به اعلامیه [۱۷۸۹] پیدا می‌کند: « غایت هر اجتماع سیاسی حفاظت از حقوق طبیعی و جاودان بشر است. » بنابراین فراتر از حاکم، حقوق جاودانی وجود دارد که حفاظت از آنها مشروعیت بخش است.

۷۹. افقهای دست‌نیافتنی

ویژگی فراقانون اساسی اعطا شده به حاکمیت ملی نیز مبنای مشابهی دارد. قدرت تصمیم‌گیری شناخته شده توسط اقلیت برای اکثریت، در اصل و همواره توسط هر فرانسوی (احتمالاً عضو گروه اقلیت) به دیگر فرانسوی‌های (عضو گروه اکثریت) اعطاء شده است. اما درباره رابطه اکثریت و اقلیت در خارج از چهارچوب ملی باید گفت اکثریت در این عرصه سمت تصمیم‌گیری خود را از دست می‌دهد. در اینجا نیز حاکمیت، مقید به شرایط یک قرارداد است و یک لحظه [هم] برای اعمالش دوام نمی‌آورد چون اعمال این حاکمیت در مرزهایی که او را به وجود آورده محصور است.

مدت زمان مدیدی است که می‌دانیم، تنوعات موجود پیرامون قرارداد اجتماعی [فقط] یک حکایت تاریخی نیست، بلکه این گوناگونی‌ها یک سیمای هندسی را نشان می‌دهند که در حال اثبات یک قضیه روی تخته سیاه است. هدف تعریف روزگار گذشته نیست، بلکه مقصود ایضاح تنها استدلال ممکن برای توجیه انقیاد انسانهای «طبیعتاً» آزاد و برابر در مقابل الزامهای برخاسته از دیگری است.

اما، یک عمل شالوده ساز حقوق نمی‌تواند نسبت به حداقلی از جایگیری در تاریخ سپری شده توسط انسانها چشم‌پوشد. افسانه روبینسون‌ها که جزیره‌های شخصی خود را برای درست کردن یک مجمع‌الجزایر به هم پیوند دادند، فقط یک تولید شاعرانه و سحرانگیز است.

در مفهوم اخیر فراقانون اساسی بودن، منطق درونی کم‌خطاتر از بنسای تاریخی داستان شالوده ساز است.

از لحاظ ماهوی، تناقض بنیادین مشترک در تمام ساختهای ممکن فراقانون اساسی بودن، در اندیشه امکان ساختن یک نظم حقوقی دموکراتیک مشروط بر تحت نظارت بودن ملت حاکم، نهفته است.

حال اگر به جای عقل محض با عقل عملی به بررسی موضوع پردازیم، خواهیم دید که مکاتب مختلف فراقانون اساسی بودن، اصل و نظم و نسق نهادهای دموکراتیک را به مهلکه می‌فرستند.

III - خطرناکی فرا قانون اساسی بودن برای نظم حقوقی مردم سالار

۱۹- یک اتهام رایج، به هنگامی که شورای قانون اساسی به سانسور یک قانون حساس^{۸۱} می پردازد، ظاهر می شود:

قاضی اساسی^{۸۲} با اراده عمومی متجلی در قانون مصوب نمایندگان مردم، مخالفت می کند. حقوقدانان نیز همانطور که خود شورا گفته است متناوباً پاسخ می دهند: «قانون تنها در صورتی مظهر اراده عام است که به قانون اساسی احترام گذارد». شورا اضافه می کند: فقط قوه مؤسسان، حاکمیت اصیل را به تمام و کمال و به صورت یکپارچه آن در اختیار دارد؛ قوای مؤسس^{۸۳} از جمله قوه قانونگذار فقط اعمال مشروط و جزئی حاکمیت را در اختیار دارند. بنابراین و به درستی، شورای قانون اساسی، قانون اساسی یعنی اراده حاکم مردم را بر اراده قانونگذار برتری می بخشد.

۲۰- این بنای ضروری برای دستورگرایی^{۸۴} مردم سالار، هم واقعگرا و هم متعادل است.

غالباً و بدون تردید، اندیشه تفوق قانون اساسی به عنوان اندیشه ای مرتبط با یک قرارداد اجتماعی معرفی می شود. برتر بودن قانون اساسی تبیین این امر است که پیمان بنیانگذار^{۸۵} - که دارای ماهیت شبه قراردادی است - نمی تواند بدون موافقت تمام طرفین انعقاد قرارداد تغییر یابد.

در واقع به بهانه تقریب به این آرمان نظری، رویه حقوق اساسی^{۸۶} نیز به سازماندهی یک سامانه واقعگرا^{۸۷} پرداخته است. این سامانه واقعگرا از این

۸۱. قانونی که از لحاظ سیاسی مربوط به یک موضوع حساس است.

۸۲. در اینجا منظور شورای قانون اساسی است. (م.)

۸۳. منظور قوای مستقر و تاسیس شده توسط قوه مؤسس اولیه است: قوای سه گانه مجریه، مقننه و قضائیه

۸۴. دستور گرایی، گرایش به قانون اساسی و نهضت قانون اساسی برگردانهایی است که زنده یاد دکتر

ابولفضل قاضی استاد شهر حقوق اساسی برای واژه constitutionnalisme برگزیده بود. رک. : دکتر قاضی،

ابوالفضل؛ حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سوم، ۱۳۷۱، صص ۲۶ و ۶۱.

(م.)

85. Le pacte fondateur

86. La pratique constitutionnelle

87. Un système réaliste

اندیشه که تدوین یک قانون اساسی یا بازنگری در آن، تنها از اجماع^{۸۸} نشأت می‌گیرد، چشم پوشی می‌کند. رویه حقوق اساسی تحت اشکال گوناگون مجموعه قواعد متنوعی (براساس کشورها و زمانها) را جایگزین چنین خواستی کرده است، این مجموعه‌ها متمایل به تصدیق ثبات، قاطعیت و سنجیدگی اراده حاکم است. وانگهی، [امروزه] بیش از پیش حق زدن حرف آخر درباره تدوین یا بازنگری در قانون اساسی به شهروندان تعلق دارد. اینها نیز نظر خود از طریق همه‌پرسی بیان می‌کنند.

بعلاوه، این سامانه حداقل با تحقق چند شرط حالت متعادللی دارد. کند شدن سرعت تصمیم‌گیری^{۸۹} در زمینه‌هایی که اصول ضروری را به ورطه خطر سوق می‌دهد باعث تسهیل تأمل [(بیشتر)] می‌شود. همچنین [(وجود)] شرط اکثریت خاص^{۹۰} در مجالس و توسل به همه‌پرسی موجب حداکثر حفاظت ممکن از اصول مذکور در مقابل تعدی‌های سامانه (سیستم) نمایندگی و سامانه حزبی متحد با آن می‌شود.

لیکن [خود] مردمی که صحت آراء آنان با روشهای پیشگفته مورد مراقبت قرار می‌گیرد به هنگامی که چونان قوه اصیل و قوه مؤسس ظاهر می‌شود، حاکم است.

نه تنها مشروعیت قانونگذار ریشه در این ساخت دارد، بلکه مشروعیت قاضی قانون اساسی نیز از همین منبع سرچشمه می‌گیرد. همانطور که پیش از این نوشتیم این مشروعیت، ناشی از آن است که [خود] قاضی قانون اساسی نیز یک قوه مؤسس^{۹۱} بوده و حاکم بر هنجارهای مرجع^{۹۲} نمی‌باشد.

۸۸. [(اتفاق آراء)]

۸۹. این کنش‌دگی از آیین پیش‌بینی شده برای بازنگری نشأت می‌گیرد.

90. La majorité renforcé یا مشدد تقویت شده یا مشدد اکثریت تقویت شده

91. Un pouvoir constitué

۹۲. هنجارهای مرجع، برگردانی است که مترجم برای عبارت فرانسوی *Les normes de référence* برگزیده

است. توجه به این نکته ضروری است که واژه «هنجار» را می‌توان در حوزه‌های گوناگون از جمله حوزه

نشریه حقوق اساسی ، سال اول - شماره اول - پائیز ۱۳۸۲ (۲۷۸)

به تعبیر رنه شاپو^{۹۳} آراء قاضی قانون اساسی از ارزش فرا تقنینی^{۹۴} و فرو-قانون اساسی^{۹۵} برخوردار است. قوه مؤسسان می‌تواند این یا آن هنجار را تغییر داده یا تفسیری را تحمیل نماید که تفسیر قاضی (قانون اساسی) نبوده است. راست است که این تعادل قابل تحقق نیست مگر اینکه خود دستیابی به بازنگری در قانون اساسی به صورت مردم‌سالارانه سازماندهی شده باشد. ۲۱- وارد ساختن اسطوره فرا قانون اساسی در این ساختار متعادل و واقعگرا بی‌نظمی مطلق را دامن خواهد زد.

فرا قانون اساسی بودن با خلع ید از حاکم، نهادهای ((حکومتی)) را تسلیم دو راهی گروه سالاری (الیگارشی)^{۹۶} و حکومت قضات^{۹۷} خواهد کرد.

اخلاق، مذهب، فلسفه و علوم اجتماعی نیز به کار بست. اما بدیهی است مراد ما در اینجا هنجارهای حقوقی و دارای ضمانت اجرا است. این عبارت بعضاً در ادبیات حقوقی ایران به «منابع حقوق» ترجمه شده است. با توجه به اینکه در زبان فرانسه از کلمه *source* برای منبع و *Sources de droit* برای منابع حقوق استفاده می‌شود، به نظر می‌رسد معادل مذکور از رسایی چندانی برخوردار نباشد.

۹۳ René CHAPUS یکی از اساتید بسیار برجسته حقوق اداری در فرانسه است. ایشان آثار ذیقیمی درباره کلیات حقوق اداری (در دو جلد)، ترافعات حقوق اداری و غیره دارند. این آثار مدتهاست که در دانشکده‌های حقوق و دیگر مراکز حقوقی فرانسه به منابع درجه اول و بعضاً بلامنازع تبدیل شده‌اند. معذالک هنوز آثار و اندیشه‌های این صاحب نظر همانند بسیاری دیگر از حقوقدانان ممتاز معاصر در کشور ما ناشناخته مانده‌اند. (م.)

94. La valeur supralégislative

95. La valeur infraconstitutionnelle

۹۶. شاید واژه *oligarchie* در این بخش از نوشته استاد ودل با مفهوم رایج آن اندکی متفاوت باشد چه الیگارشی در فرهنگ سیاسی رایج به معنای حکومت خواص است مثلاً مطابق نظر نویسندگان یکی از واژه نامه‌های حقوقی مشهور در فرانسه گروه سالاری، مبین یک رژیم سیاسی است که در آن قدرت به شمار محدودی از افراد و به ویژه به یک طبقه خاص (مثل اشراف زادگان، دانشمندان، صنعتگران یا...) تعلق دارد (رک: به:

۲۲- [(در هر حال)] حاکم، مخلوع است یا بهتر بگوییم به صورت ماهرانه‌ای ناپدید شده است. مطابق قرائتهای مذکور در فوق، چه قایل باشیم

اما در اینجا مقصود ودل این نیست که فرا قانون اساسی بودن منجر به حکومت خواص یا حکومت طبقاتی مثل حکومت اشراف، روحانیون، دانشمندان یا غیره می‌شود بلکه منظور وی این است که قدرت اصلی حکومت در مجلس متراکم می‌شود. حال اینکه مجلس متشکل از کدام طبقات اجتماعی است یا اینکه آیا هیولای فراقانون اساسی می‌تواند در یک فرض ممکن به طبقاتی کردن پارلمان بپردازد یا... اینها سوالانی است که ژرژ ودل به آنها نپرداخته است (م).

خود استاد ودل در سطور بعدی منظور خود از گروه سالاری را بدین شرح توضیح می‌دهد:

« در این معنا قدرت حاکم که مافوق خود قوه مؤسسان است، به اکثریت مجلس انتقال می‌یابد بدون اینکه امکان نظارت بر آن از طریق همه‌پرسی وجود داشته باشد یا بدون اینکه مقتضیات آیین‌ها و شرایط رأی‌گیری به صورت خاص مراعات شود. اراده عمومی در بالاترین حد خود در اکثریت نمایندگان متجلی خواهد شد، آنهم بدون هیچ آیین تصدیق و توشیح در مواردی که هدف قانون اساسی گریز از روند عادی قانونگذاری بوده است. این امر، نوعی الیگارش‌ی ناشی از کاریست نامشروع مفهوم نمایندگی است.»

۹۷. بنابر تعریف میشل دوپلیه در واژه نامه حقوق اساسی، اصطلاح قاضی سالاری یا دولت قضات توسط ادوارد لامبر E. LAMBERT در کتابی تحت همین عنوان (۱۹۲۱) جهت توصیف موقعیت مقتدرانه دیوان عالی آمریکا در روند نظارت بر قانون اساسی به کار رفته است. از آنجا که اصول قانون اساسی ایالات متحده آمریکا و حتی اصلاحات بعدی آن در قالبهایی کلی به سازماندهی جامعه و نظام سیاسی آن کشور پرداخته و وارد بسیاری از جزئیات نشده‌اند، در نتیجه قضات آن کشور دارای اختیارات تفسیری گسترده‌ای می‌باشند. اصطلاح قاضی سالاری که در بطن خود دارای نوعی ملامت و سرزنش است، زمانی توجیه عملی یافت که دیوان عالی در سال ۱۹۳۵ و در مخالفت با دولت روزولت، بر آن شد تا مقررات اجتماعی مصوب کنگره را مخالف با قانون اساسی اعلام کند. هر چند که ظاهراً دیوان عالی نتوانست در مقابل فشارهای همزمان ریاست جمهور و کنگره مقاومت کند، اما اصطلاح حکومت قضات، جای خود را در تاریخ ادبیات حقوقی باز کرد. به همین خاطر، گاه مشاهده می‌شود، شورای قانون اساسی فرانسه نیز توسط برخی از نویسندگان بخصوص توسط نمایندگان پارلمان به اعمال نوعی حکومت قضات متهم می‌شود (م). رک:

که هرگز حاکمی وجود نداشته و چه بر آن باشیم که از این پس حاکمی وجود نخواهد داشت، قوه مؤسسان یک قدرت نخستین نیست. خود قوه مؤسس تابع هنجارهایی است که کاملاً آیینی^{۹۸} نیستند، او مطیع شرایط مشروعیت است در حالی که این خود قوه مؤسس است که باید تجسم بخش مشروعیت یا تعریف کننده آن باشد.

این مساله که ما فوق قانون اساسی بودن [(باید یا می تواند)] ماشینی برای ویران ساختن قوه مؤسس باشد توسط لویی فاورو مورد تأیید قرار گرفته است. بر این مبنا همچنانکه یک قیم، مانع اعمال ابلهانه یک سفیه می شود، مافوق قانون اساسی بودن [(نیز)] باید عادی سازی^{۹۹} بازنگری در قانون اساسی را ممنوع سازد.

فرا قانون اساسی بودن به منزله یک مجموعه قواعد حقوقی [(بیشتر از آنکه)] بر یک برهه‌ای از تاریخ تکیه زند، بر یک توهم متکی است. [بر این اساس] بشریت سامانه‌ای از ارزشهای قطعی را تأسیس کرده که دیگر دستکاری در آن ممکن نیست.

شگفت انگیزتر آنکه این ثابتگرایی در جوامع لائیک (از لحاظ حقوقی) و مادی (از لحاظ روانی) ریشه دوانده است. هر چند که گذار از نظم مذهبی به نظم حقوقی، پرسش برانگیز است [ولی] می توان تصور کرد که در یک سامانه اعتقادی که انسان را به عنوان مخلوق در نظر می گیرد، مجموعه ای از قواعد تحمیل شده توسط آفریدگار وجود دارد. اما اگر انسان، آگاهترین فرزند یک طبیعت بی چهره است، بنابراین او خود آفرینشگر خود در طول اعصار است، او نیازی به پیروی از الگویی جز آنچه خود طراحی کرده، ندارد. ساخت و تحول یک سامانه ارزشی از یک مبارزه دائمی و بزرگ سیاسی نشأت می گیرد و نه از یک اولویت حقوقی. حقوق نمی تواند چیزی جز خودش باشد، طبیعت حقوق اجازه نمی دهد که تنها یک هنرکده^{۱۰۰} یا

98. Des normes non purement procédurales

99. La banalisation

یک آزمایشگاه باشد، بلکه حقوق، محیط همزیستی مسالمت آمیزی برای هر دو است.

۲۳- فراقانون اساسی بودن، منجر به باز شدن دو راهی الیگارش‌ی و سلطنت قضات می‌شود.

بازگشت به الیگارش‌ی از این امر منتج می‌شود که قانونگذار با استناد به اصول خیالی فرا قانون اساسی به مخالفت با مقررات اساسی برخاسته و از دیگر سوی به نفی صلاحیت قاضی اساسی برای حکم کردن در مورد این اختلاف خواهد پرداخت.

در این معنا قدرت حاکم که مافوق خود قوه مؤسسان است، به اکثریت مجلس انتقال می‌یابد بدون اینکه امکان نظارت بر آن از طریق همه‌پرسی وجود داشته باشد یا بدون اینکه مقتضیات آیین‌ها و شرایط رأی‌گیری به صورت خاص^{۱۱} مراعات شود. اراده عمومی در بالاترین حد خود در اکثریت نمایندگان متجلی خواهد شد، آنهم بدون هیچ آیین تصدیق و توشیح در مواردی که هدف قانون اساسی گریز از روند عادی قانونگذاری بوده است. این امر، نوعی الیگارش‌ی ناشی از کار بست نامشروع مفهوم نمایندگی است.

اما بنا به دلایل مربوط به آیین [تصویب قوانین]، شاخه دیگر این دو راهی، حقیقت‌ناتر است. فی‌الواقع، اگر اکثریت مجلس با انگیزه ممانعت از تخدیش یک اصل فرضاً فرا قانون اساسی از دادن رأی به یک قانون یا [طرح] تجدید نظر در قانون اساسی احتراز کند، این احتراز هیچ مشکل حقوقی را تولید نخواهد کرد. در مقابل اگر اقلیت مجلس با استناد به یک استدلال فرا قانون اساسی [و جهت درخواست ابطال یک مصوبه] به شورای قانون اساسی رجوع کند^{۱۲}، سرنوشت این قانون در دست این شورا خواهد

101. Le vote renforcé شده یا مشدد تقویت شده

۱۰۲. [یعنی در مقابل شورا طرح دعوی کند].

بود چرا که اگر شورای قانون اساسی استدلال مربوط به فراقانون اساسی بودن را بپذیرد، این قانون نمی تواند منتشر شود.

۲۴- پیش از این گفته آمد، شورای قانون اساسی تاکنون از گوش سپردن به بوق و کرنای [طرفداران] فراقانون اساسی اجتناب کرده است. تسلیم شدن در برابر اغوای فراقانون اساسی باعث از بسین رفتن مشروعیت او خواهد شد.

از هر نیرنگی که استفاده شود [در نهایت] هنجار خیالاً فراقانون اساسی، مکتوب یا مضبوط نیست. این هنجار چیزی جز تجلی روانشناسی فردی نیست [و] قانون می تواند به خاطر عقاید شخصی ولی در یک لفافه با شکوه [فریبنده ای] تأیید یا محکوم شود [!]. [در این حالت] قاضی به اولین منبع حقوق، نخستین قدرت هنجاری و غاصب حاکمیت تبدیل خواهد شد. از شورای قانون اساسی به اشتباه شکوه می کنیم که او از ضرورت تفسیر قوانین نوشته - که مبنای نظریات او می باشد - [سوء] استفاده می کند. اما این شکوه چقدر عمیق تر خواهد شد اگر شورا به خلق هنجارها پردازد.

استمداد فراقانون اساسی بودن از حقوق تطبیقی نیز نباید بتواند اعتقاد شورا را مبنی بر مستند بودن تأیید یا رد قانونگذار به یک مقرر اساسی مکتوب متزلزل سازد. باید خود را از قید این اندیشه که فلان نظریه یا بهمان رویه یک دادگاه قانون اساسی خارجی در یک دموکراسی بعضاً جوان خود را همانند جدیدترین مدهای نمایشگاههای بهاره [به ما] تحمیل کند، رها کند. نباید بیش از این برای این فکر که فراقانون اساسی بودن اجازه پرکردن خلأهای قانون اساسی را می دهد، بهایی قایل شد. یک قانون اساسی (همانند قانون اساسی ما [فرانسه]) که به مقامات معین، قدرت هنجاری^{۱۰۳} اعطا می کند، هرگز ناقص نیست. نقصان ادعایی ناشی از سکوت قانون اساسی درباره یک نکته معین، صرفاً یک ارجاع به قوه مقننه یا قوه آیین نامه گذار^{۱۰۴} برای حل مساله مورد بحث است.

103. Le pouvoir normatif

104. Le pouvoir réglementaire

۲۵- آخرین کلام :

اگر قانون اساسی ما جایی را برای یک آیین بازننگری متعادل و واقعگرا باز کند، در زمینه روابط قوه مؤسس، قوه مقننه و شورای قانون اساسی [نیز] به صورت بسیار محسوس‌تری به سامانه واقعگرا و متعادل مذکور در فوق نزدیک خواهد شد. هدف، ساده سازی امر بازننگری یا مکرر کردن آن نیست. مقصود، رهانیدن امر بازننگری از بن بست افراطی و سپردن آن در وسیع‌ترن حد ممکن به داوری شهروندان است.

از جمله پیشنهادهاى تازه^{۱۰۵} «کمیته مشورتی برای بازننگری در قانون اساسی^{۱۰۶}»، پیشنهاد مربوط به ماده ۸۹ قانون اساسی بود. این پیشنهاد به رییس جمهور اجازه می‌داد تا در صورت تصویب یک لایحه یا یک طرح بازننگری توسط اکثریت سه پنجم^(3/5) از مجلسین، آن لایحه یا طرح را در معرض همه‌پرسی قرار دهد. پیشنهاد مذکور دارای دو شایستگی بود: نخست آنکه، منازعه درباره استفاده مستقیم از ماده ۱۱ قانون اساسی^{۱۰۷} بعنوان

۱۰۵. و احتمالاً مهمترین آنها برای آینده

106. « Le Comité consultatif pour une révision de la Constitution »

این کمیته با فرمان شماره 92-1247-02/11/1992 فرانسوا میتران (رییس جمهور وقت) و به ریاست ژرژ ودل جهت پیشنهاد بازننگری در برخی اصول قانون اساسی فرانسه تشکیل شد. کمیته مشورتی، گزارش خود را در تاریخ ۱۵ فوریه ۱۹۹۳ تقدیم ریاست جمهوری کرد. گزارش مزبور در نهایت منجر به انجام دو بازننگری در قانون اساسی فرانسه شد. (م.)

۱۰۷. ماده ۱۱ قانون اساسی فرانسه در تاریخی که ژرژ ودل مقاله خود را تحریر می‌کرد، چنین مقرر می‌داشت: «رییس جمهور می‌تواند بر اساس پیشنهاد دولت در طول دوره‌های کاری مجلسین یا بر اساس پیشنهاد مشترک مجلسین منتشره در روزنامه رسمی، هر طرح قانونی مربوط به سازماندهی قوای عمومی، تصویب یک موافقت نامه مربوط به جامعه [فرانسوی-آفریقایی] یا تجویز تصویب یک معاهده [بین المللی] را که در عین عدم مخالفت با قانون اساسی تأثیراتی را بر کارکرد نهادها خواهد گذاشت، در معرض همه‌پرسی قرار دهد.

رییس جمهور در صورت تصویب طرح توسط همه‌پرسی، در موعد مقرر در ماده قبل به انتشار آن

می‌پردازد.

نشریه حقوق اساسی ، سال اول - شماره اول - پائیز ۱۳۸۲ (۲۸۴)

وسیله‌ای برای تحقق یک بازنگری مطلوب شهروندان^{۱۰۸} را پایان می‌داد. دوم آنکه به حاکم [واقعی یعنی ملت یا قوه مؤسسان] اجازه می‌داد تا از پرده غیب به در آمده و حضور بیشتری [در عرصه اعمال حاکمیت] داشته باشد.



این ماده در تاریخ ۴ اوت ۱۹۹۵ توسط قانون بنیادی شماره ۸۸۰-۹۵ مورخ ۴ اوت ۱۹۹۵ به شرح

ذیل مورد تجدید نظر قرار گرفت: *سازمان علمی و مطالعات فرهنگی*
« رییس جمهور می‌تواند بر اساس پیشنهاد دولت در طول دوره‌های کاری مجلسین [در حال حاضر از اولین روز غیر تعطیل ماه اکتبر هر سال تا آخرین روز غیر تعطیل ماه ژوئن] یا بر اساس پیشنهاد مشترک مجلسین منتشره در روزنامه رسمی، هر طرح قانونی مربوط به سازماندهی قوای عمومی، اصلاحات مربوط به سیاست اقتصادی یا اجتماعی ملت یا خدمات عمومی مرتبط با آنها، یا تجویز تصویب یک معاهده [بین‌المللی] را که در عین عدم مخالفت با قانون اساسی تأییراتی را بر کارکرد نهادها خواهد گذاشت، در معرض همه‌پرسی قرار دهد.

هنگامی که همه‌پرسی بر اساس پیشنهاد دولت باشد، دولت باید در مقابل هر کدام از مجلسین به صدور یک اعلامیه [توجیه‌گر همه‌پرسی] پردازد پس از آن هر کدام از مجلسین وارد مذاکره خواهد شد.

رییس جمهور در صورت تصویب قانون توسط همه‌پرسی، در ظرف پانزده روز پس از اعلام نتایج

به انتشار آن می‌پردازد. (م.)

۱۰۸- بازنگری که در عین مطلوبیت برای شهروندان کشور با مانع تراشی‌های گروه اقلیت مواجه می‌شد.