

قوه یا مقام قضایی؟^۱ دومینیک تورین^۲

مترجم: اسدالله یآوری
(بخش نخست^۳)

مقدمه مترجم

جایگاه امر قضاء و سازمان آن در ساختار حکومت همواره موضوع بحث‌های حقوقی و سیاسی مختلف بوده است. اندیشه تفکیک قوا مبتنی بر لزوم وجود سه قوه متمایز از یکدیگر در عقاید ارسطو، جان لاک انگلیسی و بطور مشخص‌تر در آثار مونتسکیو دارای پیشینه بسیار طولانی بوده است. مونتسکیو، پس از ارائه نظریه تفکیک قوا، و تشریح لزوم آن^۱، از میان سه قوه مورد نظر، قدرت قضاوت کردن را «بعبارتی هیچ» ارزیابی کرده و

۱. این مقاله در ابتداء با عنوان قوه قضاییه "pouvoir judiciaire" در یازدهمین نشست آکادمی بین‌المللی حقوق اساسی در سال ۱۹۹۵ در تونس، وسیله نویسنده ارائه گردیده، که در مجموعه‌ای تحت عنوان "قانون اساسی و دادگستری" (Constitution et justice) توسط انتشارات دانشگاه تولوز فرانسه در سال ۱۹۹۶ بچاپ رسیده است. اما با عنایت به این که نویسنده اخیراً خلاصه‌ای از آن را با تغییرات جزئی در شماره ویژه سال ۲۰۰۲ مجله حقوق عمومی با عنوان "pouvoir ou autorité juridictionnelle" منتشر نموده است؛ عنوان اخیر ترجیح داده شد.

2. Dominique Turpin

استاد حقوق اساسی دانشگاه اوورین فرانسه Auvergne

۳. بخش دوم (و آخر) در شماره بعد مجله ارائه خواهد شد.

قضات را موجودات بی‌حرکتی می‌داند که فقط دهانهای هستند که قوانین را اعلام می‌کنند و نمی‌توانند قوانین را، نه از نظر لازم الاجراء بودن و نه از حیث شدت تعدیل نمایند».

اما همانگونه که خواهیم دید، برداشت از تئوری مونتسکیو (اگر چه الهام بخش اکثر نظام‌های حقوقی در سازماندهی قدرت بوده است) لزوماً، در بردارنده یک مفهوم واحد و کامل از این نظریه نبوده، و تعدیل‌هایی در اقتباس از آن صورت گرفته است.^۴

در ایالات متحده که بنیان‌گذاران آن حمایت از حقوق و آزادی‌های فردی را یکی از مبانی قانون اساسی خود قرار داده بودند با الهام از بخش اول نظریه مونتسکیو، و بر خلاف بخش دوم نظریه وی (که عمل قضاوت کردن را در ردیف دو قوه دیگر ندانسته؛ حتی آنرا در مقابل اعمال قانونگذاری و اجرایی هیچ دانسته؛ و قضات را برده قانون و موجودات بی‌حرکت معرفی می‌نماید)؛ قدرت منحصر بفردی را در جهت حمایت از شهروندان در مقابل حکومت به قضات اعطا نمودند که نه تنها دستگاه قضایی را بعنوان قوه‌ای برابر در کنار سایر قوا مطرح می‌کند بلکه در مواردی اقتدار آن بر دو

۴. "... چنانچه قدرت قضاوت کردن از قدرت قانونگذاری و قدرت اجرایی جدا و منفک نباشد؛ فضای آزادی وجود ندارد. اگر این قدرت ملحق به قوای مقننه و مجریه باشد قدرت حاکم بر حیات و آزادی شهروندان خودکامه خواهد شد. ..." نگاه کنید به: Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Livre 11, Ch. 6.

۵. اگرچه در تفسیر سنتی این نظریه، استقلال قوا از یکدیگر و وجود اقتدارات خاص قوا نسبت به یکدیگر، تضمینی در جهت ممانعت از تمرکز قدرت خودکامه در هر یک از قوای مزبور، و اجراء فعالیت هر یک از آنها در یک چارچوب قابل کنترل است؛ اما اصل غیرقابل تجزیه بودن حکومت، و ضرورت ارتباط و لزوم پیوستگی فعالیت قوا نیز، اقتضاء همکاری قوا را در پی دارد. بر این اساس، امروزه، تفکیک مطلق قوا در هیچ نظام حقوقی دیده نمی‌شود. بعبارت دیگر هیچیک از قوای عمومی بدون اتصال به مفهوم واحد حکومت دارای استقلال نبوده؛ و هر یک از آنها قسمتی از یک کل بنام حکومت هستند، و بتبع آن استقلال مطلق آنها از یکدیگر میتواند منجر به عدم همکاری و در نتیجه ناقص این مفهوم واحد باشد.

قوه دیگر آشکار است^۶. در واقع قدرت عملکرد نسبتاً مستقل و بی طرفانه قضات امریکایی ناشی از استقلال کامل مجموعه دستگاه قضایی از دو قوه دیگر نیست^۷ بلکه بنظر می رسد این شأن والای دستگاه قضایی^۸ بیشتر ناشی از رویه‌ای پذیرفته شده در امریکاست که براساس آن "بیان حق در حوزه و وظیفه قاضی است"^۹. بعبارت دیگر در ایالات متحده و کشورهای تحت نفوذ سیستم انگلو ساکسون^{۱۰} استقلال قاضی در عمل (به نوعی بی طرفی

۶. از یک سو، وجود صلاحیت کنترل مطابقت مقررات عادی با قانون اساسی (که وسیله خود دیوانعالی برای قضات در نظر گرفته شده است) و از سوی دیگر صراحت و اقتدار قضات در دعوی علیه مقامات عالی سیاسی (حتی رئیس جمهور؛ صرف نظر از نقش نهایی کنگره در صدور رأی نهایی). را می توان شاهد این مدعا دانست. برهمن اساس در حقوق فرانسه از اصطلاح "دولت قضات" (نگاه کنید به پا ورفی شماره ۳۶). جهت معرفی سیستم قضایی ایالات متحده استفاده شده است.

۷. نحوه انتخاب قضات در ایالات متحده نوعاً با دخالت مستقیم رئیس قوه مجریه فدرال یا ایالتی صورت می پذیرد. انتصاب کلیه قضات فدرال توسط رئیس جمهور و با تصویب سنا انجام می گردد و نوعاً روسای جمهور، قضات نزدیک به احزاب خود را بر می گزینند. دوره عمل این قضات تا پایان عمر است مگر آنکه وسیله استعفاء کنار رفته و یا از طریق محاکمه (وسیله کنگره) بر کنار شوند. در مورد قضات ایالات نیز، علاوه بر وجود سیستم انتخاب قضات، در اکثر ایالات فرماندار (رئیس قوه مجریه ایالت) قضات - یا حداقل بخشی از آنها - را نصب مینماید.

۸. حتی برخی رئیس دیوانعالی ایالات متحده را از حیث قدرت سیاسی، شخص دوم کشور پس از رئیس جمهور می دانند. نگاه کنید به Marcou, J., *La justice constitutionnelle*. PUF, 1997.

۹- نگاه کنید به رأی مشهور *Marbury v. Madison*. دیوان عالی (۱۸۰۳) در : Brrana . J-E , *La Constitution américaine et les institutions*, Ellipses. 1999.

در واقع برخلاف سیستم های حقوقی "حقوق نوشته" که قانون رکن و محور اصلی بیان حق و حقوق حاکم بر روابط مختلف است؛ و قاضی به نوعی واسطه و ضامن اجرای قانون در موارد عدم اجرای آن است.

۱۰. براساس قانون اساسی ۱۹۴۶ ژاپن و مطابق پاراگراف دوم اصل ۷۶: " کلیه قضات آزادانه و براساس

آگاهی درونی و وجدان خود و تنها مطابق قوانین اساسی و عادی اعلام رای می نمایند."

وی در دعوی، مورد توجه بیشتر است. براساس اصل ۳ از بخش اول قانون اساسی ۱۷۸۷ امریکا: "تا زمانیکه قضات فدرال در انجام وظیفه شایسته باشند، به آن ادامه می‌دهند". بر اساس اصول کامن لو استقلال قاضی، بیشتر یک استقلال مادی و شخصی مبتنی بر وجود صلاحیت‌های اخلاقی و علمی است تا یک جدایی سازمانی از قوای دیگر. بعنوان مثال تأمین مالی قاضی توجه قاضی را از منفعت احتمالی در نقض بی‌طرفی دور می‌نماید.

در فرانسه نگرانی از خطر قدرت گرفتن قضات، همواره مانع از پذیرش ارتقاء دستگاه قضایی به یک قوه مستقل در کنار سایر قوا بوده است^{۱۱}؛ و مقامات عالی کشور حتی طی سالهای اخیر از مانع شدن در راه ارتقاء دستگاه قضایی در هیئت یک "قوه" مستقل، تردید نکرده و همواره آن را بعنوان یک سرویس یا خدمت عمومی تلقی نموده‌اند.^{۱۲} اما علیرغم این امر، وابستگی آن به قوه مقننه (در رابطه با مقررات اداری، استخدامی و مالی)، به رئیس‌جمهور (در خصوص انتصاب قضات شورای عالی قضایی، پس از رفرم سال ۱۹۹۳ این وابستگی بسیار کاهش یافته است) و به دولت (از طریق نفوذ و اقتدار وزارت دادگستری در خصوص قضات داسرا)^{۱۳}، دو

۱۱. در قانون اساسی ۱۹۵۸ فقط به "مقام قضایی" (Autorité judiciaire) در تیر پنجم اشاره شده است.

۱۲. نگاه کنید به متن ص ۱۸-۱۶. با این وجود، شورای قانون اساسی در رویه قضایی خود عدم رعایت باعتبار امر مختوم در خصوص تصمیم قضایی را مغایر با اصل تفکیک قوا ارزیابی نموده؛ و بدین وسیله بطور غیرمستقیم وجود قوه قضاییه را (صرف‌نظر از عدم پیش‌بینی آن در قانون اساسی) مورد شناسایی قرار داده است. نگاه کنید به Renoux, T, *Pouvoir judiciaire en France et Europe continental*, RDP n° 4 Août -juillet 1999.

۱۳. قانون اساسی در اصل ۶۴ با اشاره به اینکه استقلال منصب قضاء وسیله ریش جمهور تضمین می‌گردد در اصل ۶۵ یک شورای عالی قضایی (از زمان رفرم ۱۹۹۳ مرکب از دو بخش مستقل مربوط به قضات نشسته و قضات داسرا با ریاست رئیس‌جمهور و معاونت وزیر دادگستری) را پیش‌بینی نموده که از زمان اصلاح قانون اساسی در سال ۱۹۹۳ با توجه به تحول در تشکیلات و نحوه انتخاب اعضاء آن دارای استقلال بیشتری گردیده است (پیش از آن این شورا مرکب از ۹ عضو بود که همه وسیله رئیس‌جمهور دو عضو

ویژگی این نهاد را در این کشور (و نوعاً در اکثر کشورهای دارای سیستم حقوقی حقوق نوشته) نمی‌توان انکار نمود:
 اولاً قاضی از طریق تفسیر قانون^{۱۴} و یا با استناد به سایر منابع حقوق (در موارد خلاء قانونی) با رویه قضایی (و بطور غیرمستقیم) بنوعی در امر

مستقیماً و بقیه و براساس پیشنهاد دیوان نقض و شورای دولتی تعیین می‌گردیدند. با رفرم مزبور در بخش مربوط به قضات نشسته، پنج قاضی نشسته و یک قاضی دادسرا منصوب خود قضات، یک عضو شورای دولتی منصوب این شورا و سه عضو غیر قضایی تعیین شده توسط رئیس جمهور و مجالس ملی و سنا و در بخش قضات دادسرا نیز پنج قاضی دادسرا به همراه یک قضای نشسته، عضو شورای دولتی و سه شخصیت غیر قضایی یاد شده در بالا حضور دارند.

وظیفه این شورا اصولاً تضمین استقلال منصب قضاء و شرکت در انتصاب قضات (با دادن پیشنهاد در انتصاب رئیس دیوان نقض، رئیس دادگاه تجدید نظر و... و دادن نظر الزام آور در مورد انتصاب سایر قضات نشسته) و همین طور امور انضباطی آنان است. پروژه اصلاح قانون اساسی در خصوص استقلال بیشتر شورای عالی قضایی و بطور خاص در مورد قضات دادسرا از وزارت دادگستری در سال ۱۹۹۹ ارایه شد که به دلیل عدم کسب اکثریت لازم در کنگره (مجلس مرکب از مجلس ملی و سنا) به نتیجه نرسید.

۱۴. سزا بکار یا معتقد است که «قضات نباید... اقدام به عمل تفسیر قانون نمایند؛ چرا که - به عنوان بهترین دلیل - آنها قانون گذار نیستند... در مقابل هر جرم قاضی باید اقدام به تشکیل قیاسی کامل نماید: کبری قضیه قانون عام، صغری آن عمل موافق یا مخالف قانون و نتیجه [یعنی رای قاضی در] تیره یا محکومیت است.» (C. Beccaria, *Des délit et des peines*, 1764 (traduit par M, Chevallier 1991 p. 67).

اما با توجه به اینکه در سایر حوزه‌های حقوقی غیر از حقوق کیفری، و بعضاً بنابر بر ضرورت، اقدام قاضی در تفسیر موسع برخی مقررات توجه پذیر است و اگر همانطور که میشل تروپه برشمرده: آنرا "عقل مختار قاضی" (Acte de volonté) بدانیم (Michel Troper, *Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? Pouvoir N° 16 p.9*) لازم است استاندارد کردن عمل تفسیر قضایی با چارچوب مشخص و معین هر چه بیشتر مورد توجه قرار گیرد (حتی با عدم فرض تفسیر آزادانه قاضی، از یکسو نمی‌توان مرز و معیار روشنی را میان تفسیر در چارچوب قانون و تفسیر خارج از آن ایجاد نمود؛ و از سوی دیگر در خصوص ابطال تفاسیر نادرست، مرجع نظارت در همه موارد وجود ندارد. اگر در خصوص تصمیمات قضات عادی با

نشریه حقوق اساسی ، سال اول - شماره اول - پانیز ۱۳۸۲ (۲۹۰)

قانون‌گذاری و ایجاد و یا تکمیل قاعده حقوقی شرکت می‌کند^{۱۵}، ثانیاً در رابطه با قوه مجریه ، مشاهده می‌شود که قاضی و دستگاه قضایی (اگر چه به شکل مستقیم و یا غیرمستقیم تحت نفوذ آن هستند؛) صرف نظر از محدودیتهای قانونی^{۱۶}، بطور نسبی در دعاوی اداری^{۱۷} و در آنچه مربوط به

وجود سلسله مراتب دادگاه‌ها امکان نقض تصمیمات غیرقانونی ناشی از تفسیر نادرست قانون در مراجع بالاتر وجود دارد اما این امر در خصوص دادگاههای عالی و دادگاههای قانون اساسی امکان پذیر نیست. همینطور نگاه کنید به پاورقی شماره ۸۸.

۱۵ . شایان ذکر اینکه در نظام حقوق نوشته، عمل قاضی در تفسیر، فرع بر اصل رعایت قانون وسیله وی در چارچوب اصل حکومت قانون (Etat de droit) که تبعیت کلیه اعمال حکومت اعم از قانونگذاری، اجرایی و قضایی از قانون در مفهوم عام خود (کلیه قواعد و مقررات اساسی و عادی با رعایت سلسله مراتب آن) را نشان می‌دهد؛ است. به علاوه تفسیر قانون نوعاً در مواردیست که قانون موجود دارای ابهام (یا وجود مفاهیم متعدد حد اقل از نظر قاضی) و یا خلاء جزئی باشد. همچنین نگاه کنید به پا ورقی پیشین.

۱۶ . اصل ۶۸ قانون اساسی با شناسایی عدم مسئولیت رییس جمهور در اجرای وظایف خود، میان مصونیت کیفری و مصونیت سیاسی رییس جمهور تفکیک قایل شده ، و در مورد مسئولیت کیفری نیز فقط در صورت ارتکاب جرم خیانت بزرگ (بدون تعریف مشخص) ویرا قابل تعقیب وسیله دیوان عالی عدالت (مرکب از اعضاء انتخابی وسیله مجالس ملی و سنا به تعداد برابر از میان نمایندگان) دانسته است (تا قبل از اصلاحیه ۱۹۹۳ مطابق این اصل، اعضای دولت در اعمال و وظائف خود دارای مسئولیت کیفری شناخته شده بودند). بر همین اساس و در پی برخی اقدامات قضایی در احضار رییس جمهور (مربوط به پرونده‌های گذشته) اخیراً شورای قانون اساسی با استناد به مخل بودن این اقدامات در امر اجرای وظیفه ریاست جمهوری، رییس جمهور را تا پایان دوره ریاست جمهوری مصون از تعقیب قضایی - حتی احضار وی بعنوان شاهد - دانسته است؛ اما این به معنای مصونیت مطلق و دائمی نیست چرا که اولاً مصونیت در مورد مسئولیت کیفری ناشی از انجام وظائف است (بنظر می‌رسد این عدم مسئولیت موقت به تعقیب جرایم ارتكابی قبل از دوران ریاست جمهوری نیز تسری داده شده است چرا که اتهامات منتسب به ژاک شیراک مربوط به قبل از دوره ریاست جمهوری وئی و زمانی است که وی شهردار پاریس بوده است) ثانیاً در مورد جرم خیانت بزرگ وی قابل تعقیب است (البته باید توجه داشت در این حالت نیز اعلام مجرمیت یا برائت وی عملاً وسیله نمایندگان مردم در دیوان عالی عدالت صورت میگیرد). ثالثاً در سایر موارد، مسئولیت نامبرده پس از اتمام دوره ریاست جمهوری قابل تعقیب وسیله محاکم است. از سوی دیگر فرانسه

پرونده‌های مقامات عمومی و سیاسی است از خود استقلال نشان می‌دهند.^{۱۸}

با اصلاح قانون اساسی خود در سال ۱۹۹۹ صلاحیت دادگاه بین‌المللی کیفری را در خصوص مسئولیت کیفری رییس‌جمهور پذیرفته است.

در خصوص نظر شورای قانون اساسی، بنظر می‌رسد این حساسیت نسبت به مسئله مسئولیت کیفری رییس‌جمهور با عنایت به امکان ایجاد اختلال در اجرای وظیفه خطیر رییس‌جمهوری اتخاذ شده باشد. در واقع وجود برخی احزاب و گروههای مخالف که نوعاً در پی پرونده‌سازی برای رقیب هستند می‌تواند تا حدی توجیه‌کننده این امر باشد؛ حتی دخالت قاضی بطور مستقل و بی‌طرفانه نیز نمی‌تواند پاسخی در رد مطلق این نظر باشد؛ چرا که در پاره‌ای از موارد پس از وجود اتهام، طی مراحل دادرسی و منتهی شدن آن به صدور رأی (حتی با صدور قرار منع تعقیب یا صدور حکم برائت حسب مراحل دادرسی) می‌تواند اعتبار و اقتدار رییس‌جمهور را خدشه‌دار کرده و ویرا در انجام وظایف خطیر خود دچار مشکل نماید. با این وجود در ایالات متحده با توجه به قدرت و جایگاه دستگاه قضایی و قضات این مصونیت پذیرفته نشده و تعقیب قضایی رییس‌جمهور (صرف نظر از مرحله صدور رأی مجرمیت یا برائت که توسط کنگره صورت می‌گیرد) به سادگی امکان‌پذیر است.

۱۷. قاضی (اداری در سیستم فرانسوی) از طریق رسیدگی به دعاوی اداری، اعمال اداری (به ویژه آیین‌نامه‌ها) را مورد کنترل قرار می‌دهد. البته با توجه به ساختار و نحوه عمل محاکم اداری که بعضاً متمایل به "اداره" ارزیابی می‌گردد؛ در این امر که آن را اقتدار دستگاه قضایی نسبت به قوه مجریه محسوب نماییم؛ هنوز تردیدهایی وجود دارد.

۱۸. بنظر می‌رسد در خصوص ویژگی اخیر، با عنایت به نقش مهم قوه مجریه و سایر مقامات عالی سیاسی در سازمان اداری دستگاه قضایی، دموکراتیک نظام سیاسی- و بتبع آن افشاء برخی فشارهای سیاسی بر قاضی و خنثی نمودن آنها- می‌تواند شرط بنیادین رعایت تضمین‌های قانونی مربوط به استقلال قاضی در

نشریه حقوق اساسی ، سال اول - شماره اول - پائیز ۱۳۸۲ (۲۹۲)

امروزه آشکار است که تشبیه مونتسکیو و جایگاه در نظر گرفته شده برای قاضی ، دادگاه و امر قضاء تا حد زیادی جزمی بوده؛ و قاضی علیرغم تبعیت از قانون، برده صرف در اعمال آن نیست. وی با عنایت به استقلال خود در عمل قضایی (خواه با فرض وجود قوه قضائیه و یا فرض عدم وجود آن) از طریق تفسیر قانون، و به ویژه در موارد سکوت قانونگذار دارای قدرت نرماتیو^{۱۹} قابل توجهی است. شایان ذکر آنکه، در حال حاضر موضوع استقلال قاضی بیشتر مربوط به رابطه قوه مجریه و دستگاه قضایی است و در مورد آنچه که به ارتباط و اقتدارات دو جانبه میان قوه مقننه و قضات مربوط است؛ استقلال سازمانی بطور کامل وجود دارد.^{۲۰}

مواجهه با تخلفات مقامات یاد شده باشد. با این حال، حتی در کشورهای دموکراتیک، در رسیدگی به برخی پرونده ها با استناد به عبارات کلی «امنیت ملی»، «منافع ملی» و غیره، بعضاً دیده می شود، قاضی تحت فشار مقامات سیاسی و یا برخی گروه ها قرار می گیرد.

۱۹. Normatif: این اصطلاح به توانایی قضات در تبیین مفهوم قانون از طریق تفسیر در موارد ابهام و عدم صراحت، و ایجاد یا تکمیل قاعده حقوقی از طریق ایجاد رویه قضایی در مواردی که مقررات ساکت بوده؛ اشاره دارد. بعنوان مثال حقوق اداری فرانسه، حقوق با منشاء رویه قضایی است و قانونگذار تا دهه های اخیر در بسیاری از موارد به دنبال رویه قضایی مبادرت به ایجاد یا اصلاح مقررات در یک حوزه خاص کرده است. همین طور می توان به قدرت تفسیر وسیع قاضی اساسی (یا قاضی مربوط به قانون اساسی. نگاه کنید به پاورقی های شماره ۸۰) در امر کنترل مطابقت مقررات تالی با قانون اساسی اشاره کرد. همین طور نگاه کنید به پاورقی های شماره ۱۵، ۱۶ و ۸۸.

۲۰. به رغم این استقلال سازمانی، نباید این امر را از نظر دور داشت، که اگر اقتدارات قوه مقننه بر قوه قضاییه، از طریق قانون گذاری در امور مربوط به دستگاه قضایی و قضات و همچنین سایر الزامات قانونی که قاضی مکلف به رعایت آنها در رسیدگی قضایی است، صورت می گیرد؛ اولاً این قوانین قبل یا بعد از لازم الاجرا شدن (حسب نظام حقوقی مربوطه) تحت کنترل قاضی اساسی، از حیث مطابقت آنها با قانون اساسی، قرار دارند؛ ثانیاً اگر محاکم عالی در کنترل آراء محاکم تالی، تصمیمات قضایی مخالف قانون را

اگرچه مانند برخی از نویسندگان^{۲۱} نمی‌توان به سادگی از کنار بحثهای مربوط به اثبات وجود یا اثبات ضرورت وجود یک قوه مستقل و یا عدم آن گذشت؛^{۲۲} اما بهر حال، امروزه، در اکثر نظام های حقوقی، امر قضاء فقط

نقض می‌نماید؛ و به نوعی از سوی قوه مقننه (نگاه کنید به متن ص ۱۶) ناظر استصوابی رعایت قانون هستند، اما در مواردی که قاضی در مواجهه با نقص و یا خلاء قانونی مبادرت به اتخاذ تصمیم می‌نماید این اقتدارات تا حد قابل ملاحظه‌ای کاهش می‌یابد، به ویژه هنگامی که استقلال سازمان و تشکیلات قضایی از دو قوه دیگر مطلق باشد، ممکن است، این امر، نظارت مزبور را (ناشی از نفوذ ملاحظات حرفه ای و صنفی و یا منشاء و مرجع انتخاب یا نصب قضات عالی) تضعیف نماید. مترجم.

۲۱. از نظر بارتلمی و دونه (Barthélémy et Duez)

بحث "قوه" یا "مقام" فقط یک مجادله مشهور است که علیرغم همه خیرخواهی مان برای ما فاقد حداقل نفع است. نگاه کنید به *Constitution et justice, A cadémie du droit constitutionnel, Presses universitaires de Toulouse, 1995, p.26* و یا همین طور برای بادینتر (Badinter): « این امر که، آنهایی که احقاق عدالت می کنند تشکیل دهنده یک دستگاه یک قوه یا یک مقام باشند دارای اهمیت کمتری نسبت به مقررات سازمان دهنده و تضمینات قضایی است. نگاه کنید به: *Dictionnaire constitutionnelle, O. Duhamel et Y, Meny*.

۲۲. صرف نظر از بحثهای لفظی مربوط به نام دستگاه قضایی، این امر که، استقلال امر قضاء را در استقلال سازمانی آن و یا استقلال کارکردی آن بدانیم؛ مباحث مزبور را واجد اهمیت بسیاری خواهد کرد. بعلاوه چنانچه قصد بر استعمال الفاظ متفاوت در یک معنی وجود دارد در ابتداء لازم است بر سر معنی مشترک توافق حاصل کرد. اگر در اکثر دموکراسیهای مدرن با لحاظ ویژگیهای تاریخی و تحولات حقوقی و سیاسی دستگاه قضایی شکل نسبتاً منسجم و پایدار گرفته و دغدغه امروز، بیشتر استقلال قاضی در انجام عمل قضایی است؛ در واقع به نوعی یک انتخاب میان استقلال سازمانی و استقلال کارکردی وی صورت گرفته است: به همان اندازه که همواره از قایل شدن به یک قوه مستقل در مفهوم جرمی تفکیک قوا امتناع صورت گرفته؛ همانطور از هیچ دانستن قدرت قضاوت در مفهوم جرمی مونتسکیو نیز خودداری شده است. البته به نظر میرسد هنوز هم این مباحث (صرف نظر از تاکید بر الفاظ) میتواند در غنای انتخاب یادشده ارزشمند باشد.

نشریه حقوق اساسی ، سال اول - شماره اول - پائیز ۱۳۸۲ (۲۹۴)

بعنوان یک سرویس عمومی دولت مانند هر خدمت دیگری مطرح بوده؛ که به لحاظ اهمیت آن، مجریان انجام این خدمت (قضات) از حد بالایی از استقلال در کار خود برخوردار می‌باشند؛ و عدم وجود یک قوه مستقل در ردیف و هم شأن دو قوه مقننه و مجریه کمتر محل نزاع بوده است.^{۲۳}

به عبارت دیگر، علیرغم اینکه در برخی قوانین اساسی اصطلاح «قوه قضاییه» جهت معرفی دستگاه قضایی مورد استفاده قرار گرفته، آنچه در عمل و در جزییات امر، بیشتر مورد توجه بوده است، موضوع استقلال و بی‌طرفی دستگاه قضایی و قضات^{۲۴} در کار قضایی بوده^{۲۵}، که از طریق اعطاء تضمینات قانونی به قاضی و عمل قضایی^{۲۶}، مورد توجه قرار گرفته است.^{۲۷} در واقع میان دستگاه اداری دادگستری و دادگاه از یک سو و میان

۲۳. برخی از حقوقدانان مانند نیشی رونو؛ معتقدند که علیرغم عدم بیان صریح در وجود قوه قضاییه در برخی از قوانین اساسی، استقلال قضایی، فقط ناظر به استقلال در کار قضایی نبوده و استقلال یک نهاد و یک دستگاه را مدنظر دارد. مثلاً براساس اصل ۱۰۴ قانون اساسی ایتالیا: "قضات یک مجموعه خودمختار و مستقل از هر قدرت دیگر را تشکیل می‌دهند" نگاه کنید به:

Renoux T S, *Le pouvoir judiciaire en France et Europe continentale*
RDP, N° 4, Jillet - Août 1999.

۲۴. استقلال قاضی فقط نسبت به قوه مجریه و مقننه نبوده و این استقلال از طرفین دعوی و گروههای فشار سیاسی، اقتصادی و اجتماعی نیزمورد تأکید قرار گرفته است. نگاه کنید به آراء دادگاه اروپایی حقوق بشر در دعوی Ringeisen (۱۹۷۱) و دعوی Campbelle (۱۹۸۴).

۲۵. مطابق اصل ۱۶۷ قانون اساسی آلمان: "قضات مستقل بوده و تنها تابع قانون هستند". بر اساس اصل ۱۰۱ قانون اساسی اسپانیا: "دادگستری بنام مردم اعمال شده و قضات فقط تابع قانون هستند". همین طور قانون اساسی یونان در اصل ۸۷ خود قاضی را از "استقلال شخصی و کاری" برخوردار دانسته است.

۲۶. تضمیناتی مانند غیر قابل عزل بودن (جز در موارد محکومیت) و غیر قابل انتقال بودن قاضی، مستقل بودن امر ارتقاء قضات و لازم‌الاتباع بودن تصمیمات قضایی.

۲۷. در همین راستا با اوج‌گیری فعالیت دادگاه اروپایی حقوق بشر (در چارچوب کنوانسیون اروپایی حقوق بشر ۱۹۵۰) طی سالهای اخیر در امر حمایت قضایی در خصوص رعایت حقوق بشر در کشورهای عضو کنوانسیون، رویه قضایی این دادگاه با عنایت به موضوع دادرسی منصفانه (procès équitable) ماده ۶

وابستگی قضایی به حکومت به عنوان مأمور آن و استقلال قضایی در عمل قضایی از اداره مربوطه، از سوی دیگر تفکیک قایل گردیده‌اند.^{۲۸}

بطور کلی و با نگاه به دو نظام بزرگ حقوقی کامن‌لو و رومی-ژرمنی می‌توان دو گرایش کلی در خصوص دستگاه قضایی و امر قضاء، را از یکدیگر تفکیک نمود: اگر در سیستم کامن‌لو، استقلال امر قضاء در توانایی‌های مستقل آموزشی، علمی، و شخصی و...؛ قضایی جستجو می‌گردد در نظامهای حقوق نوشته، این استقلال بیشتر در وجود مجموعه قواعد و مقررات تضمین کننده جستجو می‌گردد. قواعد و مقرراتی که اصولاً ناظر به موضوعات ناشی از وضعیت اداری و استخدامی قضایی است، چرا که در واقع قضایی انگلوساکسون مشروعیت خود را بیشتر از انتخاب یا انتصاب

کنوانسیون به حق داشتن یک دادرسی منصفانه در دادگاه مستقل و بی‌طرف و برخورداری از حقوق دفاع برای اطراف دعوی و علنی بودن دادرسی در طی یک مهلت منطقی اشاره نموده است) با مرکز نقل قرار دادن آن در امر توسعه حقوق بشر؛ بر نقش استقلال و بی‌طرفی قضایی و دادگاه، بیش از پیش تأکید نموده است.

۲۸. در خصوص ایران، در یک نگاه کلی، و با توجه به ویژگی‌های خاص نظام حقوقی سیاسی آن و با عنایت به وجود نهاد رهبری، که مطابق قانون اساسی مافوق قوای سه‌گانه بوده؛ و واجد اختیارات وسیع و قابل توجه است؛ بنظر می‌رسد اصولاً تئوری تفکیک قوا و اهداف آن (نگاه کنید به پایورقی شماره ۰۶). در شکل کلاسیک این نظریه مورد توجه قانون‌گذار اساسی قرار نگرفته است. با این حال (علاوه بر تضمینات قانونی مربوط به استقلال شخص قضایی) وجود استقلال دستگاه قضایی از قوه مجریه (به‌خصوص با حذف عملی نقش وزارت دادگستری و نبود صلاحیت رییس قوه مجریه در انتصاب قضات)، نشانگر توجه زیاد به استقلال سازمانی دستگاه قضایی است. اما علیرغم این استقلال ارگانیک، وجود رییس قوه قضاییه - منصوب رهبر - با برخی اختیارات خاص در امور اداری و انضباطی قضات می‌تواند بنحو غیرمستقیم، ناقض استقلال شخص قضایی در عمل قضایی باشد. در واقع استقلال سازمانی دستگاه قضایی منتهی به استقلال کار قضایی که هدف اصلی است، نشده است.

تحت کنترل پارلمان کسب می‌نماید؛ حال آنکه قاضی رومی - ژرمنی این مشروعیت را پس از طی یک دوره آموزش خاص و سازماندهی شده نوعاً وسیله قوه مجریه با انتصاب وسیله این قوه و بدون کنترل پارلمانی تحصیل می‌کند.^{۲۹}

صرف نظر از اهمیت مباحث یاد شده، به نظر می‌رسد بررسی ساختار و سازمان یک نظام سیاسی حقوقی و دستگاه قضایی در درون آن و مقایسه و تطبیق آن با سیستمهای دیگر نمی‌تواند بدون توجه به تاریخ حقوقی - سیاسی هر یک از آنها سیستمها در جامعه و کشور خود، دارای نتایج قابل توجه باشد. چرا که اگر در فرانسه - به رغم برخی - جایگاه دستگاه قضایی نسبت به قوای مقننه و مجریه در رده پایین‌تری قرار گرفته است و یا در ایالات متحده قاضی دارای قدرت و اعتبار بسیار بالاست باید آنرا در روند تاریخی شکل‌گیری و استقرار نهاد قضایی در این کشورها مورد بررسی و تحلیل قرار داد. بر همین اساس مقاله حاضر که نویسنده آن، طی یک تحلیل تاریخی با بررسی روند تحولات سیاسی و حقوقی، جایگاه امروزی امر قضاء در فرانسه را تشریح نموده؛ انتخاب گردیده است.^{۳۰}

در ترجمه اثر حاضر، با عنایت به دشواری و تکلف در سیاق برخی عبارات و استفاده نویسنده از استعارات متعدد، سعی بر آن شده تا در ضمن وفاداری به نویسنده در انتقال متن، از آوردن برخی اشارات و استعارات که دارای خاستگاه تاریخی و نوعاً محلی بوده و عدم درج آنها آسیبی به متن وارد نمی‌کند؛ صرف نظر گردیده و یا معادل مفهومی آن مورد استفاده قرار گیرد. همین طور در جهت هرچه روشتر بودن متن، و در تبیین برخی از موضوعات و اصطلاحات که در حقوق ایران وجود نداشته، یا معادل دیگری مورد استفاده بوده و یا اینکه آشنایی کافی با آن وجود ندارد؛ در موارد متعدد از پاورقی استفاده شده است.

نویسنده در چهار بخش ابتداء با تکیه بر روند تاریخی تحولات به موضوع جایگاه دستگاه قضایی و عمل قضایی و نسبت آن با قوای دیگر پرداخته،

۲۹. نگاه کنید به رفرانس مندرج در شماره ۲۴.

۳۰. نگاه کنید به پاورقی شماره ۱.

سپس مسئله دوگانگی سیستم قضایی در فرانسه و اثرات آن را مورد توجه قرار داده است. در بخش سوم نویسنده اصل استقلال قضات را بررسی نموده؛ و در انتها توسعه قدرت قاضی اساسی را در تفسیر قانون اساسی، در دهه‌های اخیر، مورد مطالعه قرار داده است.

قوه قضاییه^{۳۱}؛

۳۱. در ادبیات حقوقی فرانسه پس از انقلاب ۱۷۸۹ بندرت از لفظ "قوه قضاییه" (pouvoir judiciaire) در قوانین اساسی استفاده شده است (قوانین اساسی ۱۷۹۱ و ۱۷۹۵ و در یک مقررہ الحاقی به قانون اساسی در ۱۸۱۵ و قانون اساسی جمهوری ۱۸۴۸). در قانون اساسی ۱۷۹۹ در به "دادگاهها" (Tribunaux) قانون اساسی ۱۸۰۱ به "دادگستری و محاکم" (Justice et tribunaux) در قوانین اساسی ۱۸۰۴، ۱۸۱۴ و ۱۸۳۰ به "نظم قضایی" (Ordre judiciaire) در مقررہ مربوط به قانون اساسی در دولت ویشی (۱۹۴۰) به "عمل قضایی" (fonction juridictionnelle) و در ۱۹۴۶ به "شورای عالی قضایی" (Le Conseil supérieur de la magistrature) و در قانون اساسی ۱۹۵۸ به "مقام- یا منصب- قضایی" (Autorité judiciaire) جهت معرفی دستگاه قضایی، اشاره شده است. در واقع براساس نگرانی تاریخی از قضات و دستگاه قضایی و متأثر از نظر مونتسکیو (که قدرت قضاوت کردن را هیچ فرض میکند و آنرا واجد قرار گرفتن در رتبه دو قوه دیگر نمی‌شمارد) سعی بر عدم دادن رتبه برابر به دستگاه قضایی در کنار سایر قوا بوده است.

در اینجا برای قوه قضاییه از دو اصطلاح متفاوت "pouvoir judiciaire" و "pouvoir juridictionnel" استفاده شده است؛ در اکثر کشورها و در برخی از قوانین اساسی گذشته فرانسه، از اصطلاح اول برای معرفی دستگاه قضایی استفاده شده است. اصطلاح دوم، بعضاً بکار گرفته شده وسیله دکتورین، نشانگر مجموعه محاکم اعم از محاکم عمومی، اداری و اساسی است؛ و با نبود چنین اصطلاح جامعی در قانون اساسی ۱۹۵۸ فرانسه (پسوند قضایی در کنار مقام، - Autorité judiciaire - تنها در بردارنده محاکم قضایی عمومی مدنی، کیفری، اقتصادی و... بوده و شامل محاکم اداری و اساسی نمی‌گردد) از آن، جهت معرفی کل دستگاه قضایی استفاده می‌شود.

در حقوق فرانسه، قبل از ایجاد محاکم اداری، اصطلاح اول- همان اصطلاح ناشی از تئوری تفکیک قوا، که در قوانین اساسی بسیاری از کشورها از آن استفاده شده است.- مبین کل دستگاه قضایی (در واقع همان

مقام ۳۲ [قضایی] یا سرویس عمومی دادگستری؟

در گزارش ژان پیک^{۳۳} به نخست وزیر فرانسه در سال ۱۹۹۴ آمده است:

« دادگستری مأموریت اصلی حاکمیت است. عدالت، ارزش جوهری برای مفهوم دولت بوده و آنچه را که ما عادتاً بحران عدالت می نامیم یکی از خطرناکترین تجلیات بحران دولت است.» در واقع دادخواهی یکی از اولین ارجاعات به حاکم است که وی می تواند این کار را مستقیماً ، با خطر وجود حدی از اختلاط قوا، همانطور که سنت لویی در زیر درخت بلوطش^{۳۴} آنرا انجام می داده و یا به نام خود و وسیله نمایندگی با کلیه تشریفات مقتضی انجام دهد.

در هر حال دادگستری یک انحصار دولتی باقی می ماند (هیچکس نمی تواند خود، عدالت را برقرار نماید). در خصوص سازش، میانجیگری و یا داوری های دیگر، آنها اعتبار امر مختوم ندارد. بعنوان مثال احکام داوری های خصوصی پس از صدور حکم دادگاه لازم الاجرا می گردند. همچنین عدالت و دادگستری "سمبل خیر و نیکی اجتماعی است" که اعتبار آن عدم وابستگی آنرا اقتضاء می کند؛ دادگستری یک قوه واقعی [در کنار قوای مجریه و مقننه است]؛ اما سازمان و وضع اعضای آن (که ناشی از قانون ارگانیک، قانون عادی و یا آیین نامه است) و اداره امور جاری و

مجموعه محاکم عمومی مدنی و کیفری، تجاری و... بوده؛ که تحت کنترل عالی دیوان نقض قرار داشته اند) در کنار قوای مقننه و مجریه بوده است. و بر همین اساس هم اکنون ، با عنایت به وجود دو نظم مستقل محاکم قضایی و اداری (Ordre judiciaire et Ordre administratif) به فاضی دادگاههای عمومی، قاضی قضایی "juge judiciaire" و به قاضی محاکم اداری قاضی اداری "juge administratif" اطلاق میگردد. همچنین به مرجع صالح در امر کنترل مطابقت مقررات عادی با قانون اساسی و سایر دعاوی مربوط به قانون اساسی، اصطلاحاً قاضی اساسی (Juge constitutionnel) اطلاق می گردد. همینطور نگاه کنید به پاورقی شماره ۸۰. مترجم.

32. Autorité

33. Jean picq

۳۴. اشاره به لویی نهم پادشاه فرانسه (۱۲۱۴-۱۲۷۰) است که علاقه شایانی به حاکمیت نظم و عدالت در

سرزمینش براساس اجرای مستقیم عدالت توسط حاکم داشته است. مترجم

مالی، حدی از وابستگی به پارلمان (که بودجه آنرا تصویب می‌نماید) و به دولت (ناشی از وجود وزیر دادگستری) را مانند هر سرویس عمومی دیگر در بر دارد.

در هر حال، این قوه یا سرویس باید از نظر کیفی و بیش از پیش از حیث کمی (میزان بالای دعاوی تقریباً در همه جا نشانه تمدن بشمار می‌آید). پاسخگوی تقاضای شهروندان باشد (مردم می‌بایست به دادگستری کشورشان اعتماد داشته باشند). حتی امروزه در تعداد زیادی از کشورها (ایتالیا، فرانسه، اسپانیا و غیره) بحران دادگستری در دو بعد کمی و کیفی هویدا بوده و اقتدار آن را مورد تأثیر قرار داده است.

برجسته کردن رسانه‌ای برخی از قضات، از یک سو، و فقر عمومی نهاد قضایی از سوی دیگر قادر به پاسخگویی صحیح به تقاضای عدالت منبعث از بدنه اجتماعی نیست: بی‌تردید "قوه قضائیه" اگر وجود داشته باشد نه شایسته این افتخار بیش از حد و نه آن حقارت و تحقیر است. نگرانی‌های ناشی از ظهور یک "دولت قضات"^{۳۵} مطروحه در اینجا و آنجا وسیله

۳۵- "Gouvernement des juges" اصطلاح بکار گرفته شده توسط لامبر نویسنده فرانسوی (در سال ۱۹۲۱) جهت نشان دادن اهمیت قدرت سیاسی دیوان عالی ایالات متحده در خصوص ایجاد صلاحیت کنترل مطابقت قوانین و مقررات تالی با قانون اساسی (Contrôle constitutionnalité des lois). دیوان عالی بر اساس حکم *Marbury, v. Madison* در سال ۱۸۰۳ این صلاحیت را رسماً برای خود در نظر گرفت. در جریان این دعوی دیوان عالی یکی از قوانین کنگره را مغایر با قانون اساسی تشخیص داد. با عنایت به کلی و موجز بودن ساختار قانون اساسی ایالات متحده، که علیرغم وجود اصلاحات متعدد، از ابتدا تاکنون دستخوش تحول بنیادین نگردیده و از طرفی با وجود عبارات کلی در قانون اساسی، مشاهده می‌شود که قاضی امریکایی همواره و به ویژه با استفاده از اصول کامن‌لو دارای قدرت زیادی در تفسیر قانون اساسی بوده است.

البته بنظر می‌رسد این قدرت دیوان در برخی از شرایط و احوال تعدیل گردیده است. در سال ۱۹۳۵ دیوان عالی با اعلام اینکه مقرر کنگره مخالف قانون اساسی است؛ به مخالفت با سیاست روزولت در

نشریه حقوق اساسی ، سال اول – شماره اول – پائیز ۱۳۸۲ (۳۰۰)

سیاستمداران با استناد به مشروعیت انتخابیشان، فقط در راستای خط بدینی طولانی در این حوزه [نسبت به قضات] درج می‌گردد.^{۳۶}

در این خصوص خواهیم پذیرفت که مطابق با برخی مفاهیم لیبرال سنتی (که بخصوص وسیله مونتسکیو روشن شده)، که بر اساس آن "قدرت قضاوت به عبارتی هیچ است"^{۳۷} بسیاری از قوانین اساسی فرانسه و کشورهای دیگر و تعداد زیادی از مفاهیم دکترینال یا ناشی از موضع‌گیریهای سیاسی، ویژگی یک قوه واقعی را برای دادگستری انکار کرده تا آنرا در حد یک منصب یا مقام ساده [قضایی] و یا حتی یک سرویس عمومی دولتی تنزل دهند.^{۳۸} با وجود این بنظر می‌رسد چنین مفهومی در مقابل تحلیل‌های معاصر از کار قضایی مقاومت نکرده و یا بیش از این مقاومت نخواهد کرد و آشکار است که امروزه قاضی راه دسترسی به رتبه یک قوه واقعی و حتی یک قوه نرماتیو را یافته؛ هرچند که این موضوع مورد انکار قرار گرفته و همچنان نیز انکار می‌شود.

الف- متون قانون اساسی و نتایج آنها

خواندن کتب راهنمای حقوق اساسی، حداقل فرانسوی، نشان می‌دهد که دادگستری فقط از جایگاهی محدود و محقر برخوردار است و مطابق

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

سال هفتم علوم اساسی

قضیه *New deal* برخاست. اما در نهایت دیوان تسلیم موضع واحد رییس‌جمهور و کنگره گردید. به عنوان یک مثال اخیر، میتوان به نقش نافذ و تعیین کننده قضات و دیوان عالی در بحران ناشی از انتخابات ریاست جمهوری سال ۲۰۰۰ آمریکا اشاره نمود. مترجم.

۳۶. نگاه کنید به قسمت ب از بخش اول.

37. La puissance de juger est en quelque façon nulle.

۳۸. تا آنجا که در برخی از کتب حقوق اساسی فرانسه در بحث تفکیک قوا، در کنار قوه مقننه و مجریه، فقط عنوان عمل یا کارکرد قضایی (*fonction juridictionnelle*) بکار گرفته شده است؛ که به نظر می‌رسد در جهت انکار وجود یک قوه هم‌شأن دو قوه دیگر، از بکارگیری عنوانی که در بردارنده مفهوم سازمانی مستقل از دو قوه دیگر باشد خودداری شده است. مترجم.

فرمول اخیر اروه دو شارت^{۳۹} "نوعی از حاشیه و کناره مربوط به قانون اساسی [بوده و در خارج] از کمربندی نهادهای مرکزی جمهوری که (برای فرانسه) کاخ ریاست جمهوری الیزه، نخست وزیری و مجلس ملی هستند، [قرار دارد]."

دلیل این به حاشیه کشاندن نسبی را بایست در خود متون قانون اساسی جستجو نمود که قوه قضاییه را به یک مقام و منصب تنزل می دهند. بعلاوه مفهومی که حکومت را فقط دربردارنده یک دسته از خدمات عمومی (ناشی از نفوذ دوگی و مکتب بوردو) می دانند این مقام را در ردیف یک سرویس ساده عمومی دادگستری تنزل می دهد.

۱- از یک قوه به یک مقام

اگر قانون اساسی ۱۷۹۱ فرانسه (مانند قوانین اساسی ۱۷۹۵ یا ۱۸۴۸) به قوه قضائیه اشاره می کند؛ همانطور که خواهیم دید این امر در جهت میل به مهار نمودن آن است؛ همچنانکه قسمت اول اصل ۳ قانون اساسی ایالات متحده مقرر می نماید که "قوه قضائیه آمریکا به یک دیوان عالی واگذار می گردد" اما بدون اعطاء امتیاز تفسیر مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی؛ با این وجود، دیوان عالی ایالات متحده، خود، با حکم *Marbury v Madison* در سال ۱۸۰۳ این صلاحیت را برای خود ایجاد نمود. حتی در کشورهایی که قدرت قوه قضائیه نگرانی "دولت قضات" را ایجاد نموده است قضات در مقابل خواست قوای مقننه و مجریه تسلیم شده اند.^{۴۰}

در فرانسه منشورهای ۱۸۱۴ و ۱۸۳۰ فقط به یک "نظم قضایی" اشاره نموده بود و پروژه قانون اساسی مارشال پتن [در جریان جنگ دوم جهانی] به "عمل یا کار قضایی"^{۴۱} اشاره داشت. در مورد قوانین اساسی ۱۸۵۲ و ۱۸۷۵ یک سکوت پرمعنی (باستثناء مقررات مربوط به دادرسی سیاسی) در

39. Hervé de Chartre

۴۰. نگاه کنید به پاورقی شماره ۳۶.

41. Fonction juridictionnelle.

این مورد وجود داشته است. قانون اساسی ۱۹۴۶ بدون اشاره به قوه و یا مقام، به دادرسی سیاسی (دادگاه عالی) اساسی (کمیته مربوط به قانون اساسی) مدنی و کیفری (شورای قضایی) پرداخته است. در جمهوری پنجم، قانون مربوط به قانون اساسی ۳ ژوئن ۱۹۵۸، از میان پنج شرطش مشخص نموده بود که "قوه مجریه و قوه مقننه باید بطور قطعی از یکدیگر جدا باشند... "منصب قضایی"^{۴۲} باید مستقل باقی بماند."

این تعهد وسیله میشل دربه^{۴۳} ارائه کننده پروژه قانون اساسی به شورای دولتی در ۲۷ اوت ۱۹۵۸ مورد تأیید قرار گرفت: "علیرغم بیهودگی نگرش جزمی تفکیک قوا، در عین حال، چنانچه بخواهیم از دیکتاتوری خوداری کرده و اقدام به استقرار توأم اقتدار و آزادی نماییم می‌بایست که اعمال و کارکردهای بنیادین قدرت، تقسیم شده باشند." اما ژنرال دوگل به هیچ عنوان این نظر را نداشت. وی با تئوریزه نمودن نظر خود در عباراتش (آنچه که برخی آنرا - ایسن قدرت شخصی را - تقدیس نمودند) در کنفرانس مطبوعاتی ۳۱ ژانویه ۱۹۶۴ اعلام نمود:

"اقتدار غیرقابل تجزیه حکومت از طرف مردم که رییس جمهور را انتخاب نموده‌اند بطور کامل به وی اعطا می‌گردد... هیچ چیز دیگری از این قدرت وجود ندارد، نه قدرت وزارتی نه مدنی و نه قضایی که بوی اعطا نشده و در اختیارش نباشد."^{۴۴}

42. Autorité judiciaire

43. Michel Derbé

44. نقش و نفوذ ژنرال دوگل و دولت در روند تهیه و تدوین قانون اساسی جمهوری پنجم در راستای تمرکز بیشتر قدرت در قوه مجریه در برخی از مقررات بنیادین قانون اساسی کاملاً ۱۹۵۸ مشهود است بعنوان مثال میتوان به اصل ۱۶ در اختیارات ویژه رئیس جمهوری در حالات بحران و قسمت سوم اصل ۴۹ در خصوص موکول نمودن مسئولیت دولت در برابر مجلس به تصویب یک لایحه قانونی در پارلمان اشاره نمود. در مورد نقش قوه مجریه در روند تدوین و تصویب قانون اساسی نگاه کنید به Aude Bollet- poignon « La notion de séparation des pouvoirs dans les travaux préparatoires de la Constitution de 1958 », LGDJ, 1993.

با این وجود قانون اساسی ۱۹۵۸ عمل قضایی را با چهار اصطلاح تکمیلی تقسیم می‌کند:

دادگاه قانون اساسی (تیترهفتم: شورای قانون اساسی) دادگاه سیاسی (تیتر نهم: دادگاه عالی عدالت که پس از اصلاحیه ۲۷ ژوئیه ۱۹۹۳ ذیل تیتر دهم تحت عنوان دادگاه عدالت جمهوری آمده است) دادگاه‌های اداری (مبنای آن بطور صریح در قانون اساسی ۱۹۵۸ درج نشده اما شورای قانون اساسی با ارجاع به مقدمه قانون اساسی ۱۹۴۶ به یک "اصل بنیادین شناخته شده وسیله قوانین جمهوری"^{۴۵} در این مورد استناد نموده و استقلال این محاکم را اعلام می‌نماید) و بالاخره مقام قضایی (تیتر هشتم؛ پروژه تجدید نظر مصوب ۱۰ مارس ۱۹۹۳ در شورای وزیران که قصد داشت عنوان "استقلال قضات"^{۴۶} را جایگزین آن نماید؛ پس از تغییر اکثریت در مجلس دنبال نگردید). بعنوان "نگهبان آزادی فردی، که استقلالش وسیله رئیس دولت (رئیس جمهور) تضمین می‌گردد.

۴۵. Principe fondamental reconnu par les lois de la République. شورای قانون اساسی با تصمیم مورخه ۱۶ ژوئیه ۱۹۷۱ و با استناد به بند اول مقدمه قانون اساسی ۱۹۵۸ (که در آن توجه و وابستگی مردم فرانسه به حقوق بشر و... آنچنان که در اعلامیه حقوق بشر ۱۷۸۹ آمده و وسیله مقدمه قانون اساسی ۱۹۴۶ تکمیل گردیده است؛ اشاره شده است) مبادرت به افزایش قلمرو نرمها و مقررات مرجع در امر کنترل مطابقت قوانین و مقررات تالی با قانون اساسی (علاوه بر خود قانون اساسی) نمود. مجموعه این نرمها در کنار متن قانون اساسی مرجع کار شورا قرار گرفته است (وشورا در موارد مختلف با استناد به آنها قانونی را رد کرده و یا پذیرفته است) و اصطلاحاً "مجموع آنرا" مجموعه مربوط به نظارت بر مطابقت مقررات عادی با قانون اساسی می‌نامند. در واقع از آن پس شورا برای پذیرش یا رد یک قانون عادی میتواند علاوه بر استناد به متن قانون اساسی به نرمهای دیگری که در پیش آمد در امر کنترل خود استناد نماید. مترجم. همچنین نگاه کنید به پاورقی شماره ۹۷.

۱- از مقام به یک سرویس عمومی

ریمون اودان نوشته است: " نمی توان گفت که در فرانسه قوه قضائیه در مفهوم دکترینال وجود دارد... [بلکه] یک سرویس عمومی دادگستری وجود دارد که که قضات عهده دار آن هستند. کسانی که از بسیاری از جهات مانند کارکنان [دولت] هستند." ^{۴۷} این امر که دادگستری یک سرویس عمومی بوده و حتی یک سرویس عمومی اداری، حداقل، سه نتیجه در بر دارد: از یک طرف دادگستری تابع اصول طرز کارگردیست که برای تمام سرویسهای عمومی معتبر است: خنثی بودن، برابری (در دسترسی)، نبود امتیاز و برتری در دادگاه و غیره) و استمرار ^{۴۸}. از سوی دیگر، قوه مجریه ضرورتاً در اداره دادگستری دخالت دارد؛ آنچه که نمی توان آنرا در تمام موارد با اصل استقلال جمع نمود. حتی با وجود یک شورای عالی قضایی از سال ۱۹۴۶ (با اقتدارات کاهش یافته در جمهوری پنجم تا قبل از بازنگری سال ۱۹۹۳ یا شاید پس از آن.) و بالاخره اینکه، قضات عمومی بطور جزئی، (استثناء بر اصل جدایی مقامات اداری از قضایی) تحت کنترل قاضی اداری قرار دارند ^{۴۹}.

47. Raymond Odent. *Contentieux administratif, Les cours du droit, 1970-1971, Fascicule, II* p.485.

۴۸. مطابق پاراگراف ۳ ماده ۱۰ تصویب نامه ۲۲ دسامبر ۱۹۵۸ اصلاحی: قضات از حق اعتصاب بهره مند نیستند. مصوبه ۲۷ فوریه ۱۹۷۴ دولت نیز دوره تعطیلات قضایی -۱۵ ژوئیه تا ۱۵ سپتامبر- را حذف نمود.

۴۹. در سیستم حقوقی فرانسه دو نظم کاملاً مستقل دادگاهها وجود دارد. در یکسو نظم قضایی عمومی با محاکم قضایی (عمومی) بدوی، پژوهشی و دیوان نقض (Cour de cassation) در راس آنها و در سوی دیگر نظم قضایی اداری با محاکم اداری بدوی، پژوهشی و شورای دولتی (Conseil d'Etat) در راس آنها و بدون هیچگونه اقتدار اصولی نسبت به یکدیگر قرار دارند؛ و در امر تعارض صلاحیت دادگاه حل تعارضات^{۵۰} به آن رسیدگی نمی نماید. در واقع میتوان گفت، فرانسه تنها کشوری است که دو گانگی سیستم محاکم کامل و مطلق است. (شورای عالی قضایی یک مرجع عالی در سازمان و امور اداری محاکم - عمومی و اداری- بوده و در عمل قضایی و موضوع صلاحیت نقشی ندارد). بعنوان مثال در آلمان پنج نظم قضایی (در حوزه های عمومی، اداری، مالی، کار و اجتماعی) وجود دارد اما در مراحل عالی رسیدگی، نوعاً،

در این خصوص و مطابق تقسیم صلاحیت انجام شده وسیله احکام مورخه ۲۷ نوامبر ۱۹۵۲ دادگاه تعارضات^{۵۰} و ۱۷ آوریل ۱۹۵۳ شورای دولتی، چنانچه دعوی مربوط به طرز کارکرد سرویس عمومی دادگستری باشد، (یعنی در انجام کار قضایی بمعنی خاص خود) خارج از صلاحیت قاضی اداری است (در این خصوص دیوان نقض^{۵۱} - که در رأس نظم قضایی عمومی است - بمنظور جلوگیری از دخالت قاضی اداری در کار قضایی [وسیله گسترش صلاحیت آن در این حوزه]، در برخی موارد اصول کلی مربوط به مسئولیت قدرت عمومی را اعمال می نماید).

تصمیمات محاکم عالی هر نظم قضایی مستقل، تحت کنترل یک مرجع قضایی واحد برای کلیه این مراجع قرار می گیرند.

در مورد شورای دولتی فرانسه لازم است یادآور گردد فعالیت قضایی (وسیله بخش دعاوی آن) یکی از صلاحیت های این شورا بوده و این نهاد بطور سنتی مشاور دولت تلقی می شده است. اگر چه با اصلاح تدریجی قوانین و مقررات در جهت استقلال هر چه بیشتر نظم قضایی اداری حرکت شده است؛ اما بر اساس یک تفکر تاریخی که دعاوی دولت باید با عنایت به وظیفه خاص و خطیر دولت و اداره مطابق قواعد حقوق عمومی و توسط مراجع قضایی اداری مورد رسیدگی قرار گیرد، ساختار و تشکیلات و نحوه فعالیت این شورا و محاکم اداری تحت کنترلش از حیث نحوه انتخاب قضات، ترکیب اعضا و آیین داری، هنوز تا حدی آنرا متعایل به قوه مجریه و تحت نفوذ آن قرار داده است. بر همین مبنا، دادرسی اداری در فرانسه بارها وسیله دادگاه اروپایی حقوق بشر از جهت عدم وجود استقلال و بی طرفی دادگاههای اداری (عمومی و خاص) محکوم گردیده است. مترجم

۵۰. صلاحیت این دادگاه که کار خود را از ۱۸۴۹ آغاز کرده و پس از مدتی توقف، بطور رسمی بر اساس قانون ۲۴ مه ۱۸۷۴ مجدداً فعالیت خود را آغاز کرد اساساً در خصوص حل تعارض صلاحیت میان محاکم عمومی و محاکم اداری است. مترجم.

۵۱. Cour de cassation؛ معادل دیوان عالی کشور در ایران (با این تفاوت که مرجع اخیر عالی ترین مرجع قضایی کشور بوده و در خصوص تعارض صلاحیت میان محاکم عمومی با دیوان عدالت، نظر دیوان عالی کشور ملاک قرار می گیرد. مترجم.

نشریه حقوق اساسی ، سال اول - شماره اول - پانیز ۱۳۸۲ (۳۰۶)

حال آنکه مطابق احصاء کمیسر دولت دو وابر^{۵۲} در بیان نتایجش در دعوی فالکو^{۵۳} : در مواردی که موضوع مربوط به سازمان محاکم عمومی بوده به ویژه مسئله ایجاد محاکم، تقسیم آنها در کشور، سازماندهی کلی شان، انتصاب قضات و تمام آنچه که سازماندهی سوابق، حقوق، ارتقاء و توقف کار آنها (جز در مواردی که یک اقدام انضباطی در رابطه با قضات دادگاه است) باشد این موضوعات در صلاحیت شورای دولتی (یعنی قاضی اداری) است^{۵۴} چرا که این موارد مربوط به عمل قضایی نبوده بلکه سازنده عناصر تشکیل دهنده سازمان سرویس عمومی دادگستری است. وی اضافه می‌کند: "در حقوق ما نگرانی از استقلال کامل دستگاه قضایی عمومی آنچنان شدید بوده است که همواره پذیرفته شده که این قوه تنها یک سرویس عمومی و مخلوق قوه مجریه است، وبراین اساس تحت کنترل محاکم اداری قرار دارد."

اگر [اصولاً] عدم صلاحیت قاضی اداری در طرز کار سرویس عمومی قضایی در خصوص کلیه تصمیمات دادگستری در ماهیت و در آیین دادرسی، همینطور در خصوص تصمیمات مقدماتی الزامی مربوط به رأی دادگاه (حکم ۱۹ دسامبر ۱۹۸۸ دادگاه تعارضات) تصمیمات مربوط به پلیس قضایی (حکم مورخه ۱۳ ژانویه ۱۹۹۲ در خصوص توقیف و انتقال یک وسیله نقلیه به توقفگاه پلیس در جریان عملیات پلیس قضایی) تصمیمات در خصوص اجرای احکام قضایی (حکم مورخه ۹ نوامبر ۱۹۹۰ شورای دولتی)

۵۲. De Vabres ، کمیسر دولت (Commissaire du Gouvernement) نوعاً عضوی از محاکم اداری ست که با توجه به کلیه جوانب یک دعوا نتایج خود در مورد دعوی، به همراه پیشنهاد در خصوص رأی صادره در دادگاه، قبل از صدور حکم ارائه مینماید. وی همچنین در جلسه شور دادگاه جهت رأی گیری - بدون حق رأی - شرکت مینماید؛ که البته این امر همواره یکی از موارد اعتراض به سازمان و ساختار دادگاههای اداری و آیین دادرسی آنها در عدم رعایت اصل بی طرفی بوده است. در واقع، وی را به نوعی نماینده دولت می دانند. مترجم.

53. Falco

۵۴. همچنین شکایت از تصمیمات شورای عالی قضایی در امور انضباطی قضات، در صلاحیت شورای

دولتی قرار دارد. مترجم.

جاریست؛ حتی تصمیمات مربوط به سرویس زندان نیز (سازمان و همچنین طرز کار آن چه در مورد متهم بازداشت موقت و چه در خصوص محکوم)؛ اگرچه قابل تفکیک از عمل قضایی در نظر گرفته شده است؛ بیش از پیش در صلاحیت محاکم عمومی قرار داده شده است.^{۵۵}

به طور کلی مشاهده می‌کنیم که قاضی اداری تمایل به گسترش کنترل خود به طرز کار محاکم عمومی از طریق رسیدگی فرجامی در خصوص شرائط فردی قضات (در مورد امتیازبندی آنها، ارتقاء، مجازات‌های انضباطی اعمال شده علیه قضات وسیله مقامات صالح و یا شورای عالی قضایی) دارد. حتی هنگامیکه کنترل شورای دولتی؛ ارزیابی حقوقی وقایع را در مورد انجام عمل قضایی [که خود، خارج از صلاحیت قاضی اداریست] اقتضاء می‌کند، شورای دولتی خود را صالح می‌داند.

این تحول، وسیله تمایل شورای دولتی در راستای حفظ استقلال قضات توجیه می‌گردد؛ اما [به عکس] این امر موجب کاهش استقلال نهاد قضایی می‌گردد. محاکم عمومی همواره و براساس قوانین ۱۶ و ۲۴ اوت ۱۷۹۰، جز در موارد استثنایی، از دخالت کردن و متزلزل نمودن عملیات اداری ممنوع گردیده‌اند؛ و در مقابل، اصل ۱۸۹ قانون اساسی سال ۱۷۹۵ اداره و بتبع آن قاضی اداری را از دخالت در موضوعات مربوط به نظم قضایی عمومی منع نموده بوده است. بنابراین، در اینجا، ما خدشه یکسویه به اصل تفکیک قوا را در راستای خط سستی که به مونتسکیو می‌رسد، مشاهده می‌کنیم اما این دقیقاً بدین علت است که نهاد قضایی یک قوه مجزا نیست.

ب- سنت مونتسکیو: "قدرت قضاوت گردن، به عبارتی هیچ است"

پس از ارسطو در "سیاست" و جان لاک در "رساله در خصوص دولت مدنی"، مونتسکیو در ۱۷۴۸ مفهومی از تفکیک قوا را در "روح القوانین"

۵۵. احکام مورخه‌های ۲۲ فوریه ۱۹۶۰، ۴ ژوئیه ۱۹۸۳ دادگاه تعارضات، ۸ دسامبر ۱۹۵۷ و ۵ فوریه ۱۹۷۱.

توسعه داد که نفوذ زیادی روی انقلابیون ۱۷۸۹، جانشینان آنها و در رابطه با جایگاه قوه قضائیه داشت.

۱- مفهوم مورد نظر مونتسکیو

در فصل ۶ از کتاب ششم اثر مشهورش، وی در جستجوی امنیت قضایی، تفکیک قوا را مانند خاکریزی در مقابل خودکامگی، اولین تضمین آزادی شهروندان می‌داند. او در این مورد قدرت قانونگذاری (عهدہ دار مقرر نمودن قواعد عمومی و غیرشخصی) قدرت اجرایی امور، که وابسته به حقوق افراد است (عهدہ دار اعمال قواعد مقرر شده وسیله قوه مقننه و انجام اعمال حقوقی و مادی و ضروری) و در آخر قدرت اجرایی امور مربوط به حقوق مدنی، (یعنی کارکرد قضایی که وی به محاکم واگذار نموده بود) را از یکدیگر متمایز می‌نماید.

از نظر وی لازم است دو اصل بنیادین "همتایی"^{۵۶} و "هیأت منصفه"^{۵۷} راهنمای سازمان محاکم باشد؛ تا هر طبقه اجتماعی فقط وسیله همتایان خود و هیأت منصفه مورد قضاوت قرار گیرد (مردم توسط یک هیأت منصفه مردمی و اشراف وسیله یک هیأت منصفه اشراف). اما مونتسکیو از این عمل قضایی یک قوه واقعی مانند دو قوه دیگر نمی‌سازد:

"از سه قوه‌ای که بحث کردیم قدرت قضاوت کردن بعبارتی هیچ است... قضات ملت فقط دهان‌هایی هستند که عبارات قانون را بیان می‌کنند، موجودات بی‌حرکتی که نمی‌توانند قدرت اجرایی و شدت قانون را تعدیل نمایند."

در واقع، مطابق این مفهوم حقوق فقط از قانون (که فرض جهل به آن پذیرفته نبوده و بر همه بطور یکسان اعمال می‌گردد)، ناشی می‌شود و "حکومت قانون"^{۵۸} مجدداً به "حکومت قانونی"^{۵۹} "باز

56. La paierie

57. Le Jury

58. Etat de droit. این مفهوم که اولین بار در حقوق آلمان - که از آن به عنوان مرحله پس از گذار از

حکومت پلیس، تعبیر شده است - مورد استفاده قرار گرفت؛ حکومت را در مفهوم سازمانی آن محدود و

می‌گردد. عمل قضاوت کردن به اعمال سیستماتیک (قضات موجودات بی‌حرکت‌اند؛) و استنباطی از قانون محدود می‌گردد؛ در حدی که همان طور که دوپور^{۶۰} بیان نموده: « رأی یک پروسه قضایی، چیزی نیست جز یک قیاس که کبری آن " فعل "، صغری آن " قانون " و رأی نتیجه آن است.»

مقید به قواعد و مقررات حقوقی (اعم از اساسی و عادی) می‌داند. در واقع دولت شخصیت حقوقی خود را از این بعد حقوقی کسب می‌کند. برخی صاحب‌نظران حقوقی (مانند کاره دو مالبرگ . Carré de Malberg) این تابعیت حکومت از قانون را ناشی از تئوری خود محدودیتی (Auto-limitation). این تئوری با اعتقاد به حاکمیت و مسبوق بودن حکومت نسبت به حقوق - موضوعه - نظر به آن دارد که دولت بطور آزادانه از قواعد حقوقی که خود آنها را مقرر نموده؛ تبعیت می‌نماید و در غیر اینصورت عدم رعایت آنها وسیله حکومت بمنزله تخریب بنایی است که خود ساخته است) ارزیابی می‌کنند. در مقابل، دوگی و هوریو معتقد به وجود حقوقی فراتر و مسبوق به حکومت و خارج از آن معتقدند (حقوق طبیعی و حقوقی که پیش از ایجاد دولت در بین افراد به اشکال مختلف وجود داشته است). از نظر کلسن، بدون توجه به دوگانگی میان دولت و حقوق؛ دولت یک نظم حقوقی سلسله مراتبی است که در این سلسله مراتب، لازم است نرملهای تالی از نرملهای عالی تبعیت نمایند تا جایی که به یک نرم بنیادین فرضی در خارج از این نظم حقوقی خواهیم رسید. مترجم

59. Etat légal

۶۰. در اینجا اشاره نویسنده به بازگشت به دوره حکومت قانونی و تقدس قانون (با مفهوم اخص قانون) تا قبل از قانون اساسی ۱۹۵۸ و ایجاد شورای قانون اساسی در فرانسه بوده و ناظر بر تبعیت صرف از قانون پارلمان بعنوان " بیان خواست عمومی"، بدون توجه به وجود مقررات مافوق آن، یعنی قانون اساسی است. حال آنکه مفهوم حکومت قانون - قانون در معنای عام و در بردارنده کلیه قواعد و مقررات عادی و اساسی - بنوعی حکومت و حاکمیت قواعد حقوقی در کلیه شئون قانونگذاری، اجرایی و قضایی است که در آن، پارلمان نیز در قانونگذاری مکلف بر رعایت قوانین اساسی است و همانطور که شورای قانون اساسی در یک از تصمیمات خود اعلام نموده: " قانون [عادی] بیان خواست عمومی است مشروط بر رعایت قانون اساسی." مترجم.

61. Duport

در مجموع، مسئله نقش قضاوت در رژیم قبل از انقلاب (حتی بسیار قبل از مونتسکیو اما به دلایل متفاوت از نظر وی) نیز موجب ایجاد مشکلاتی بوده است. لویی سیزدهم با الهام از ریشولیو^{۶۲}، در فرمان سنت ژرمن خود در فوریه سال ۱۶۴۱ « صریحاً دادگاههایش را از رسیدگی به تمام دعاوی که ممکن است مربوط به حکومت، اداره و دولت بوده و تمام دعاوی که پادشاه در صلاحیت خود (یعنی شورای پادشاه براساس " دادرسی محفوظ"^{۶۳}) قرار داده، ممنوع نموده بود».

هم چنین می توان تأیید نمود که از قبل از انقلاب ۱۷۸۹ امتناع از ایجاد یک قوه از محاکم، به همان اندازه از میل به مستحکم نمودن خودکامگی سلطنتی (لویی سیزدهم) ناشی می شده؛ که از میل به جلوگیری از خودکامگی قضاوت (مونتسکیو). بایست اشاره نمود که هر چند قضاوت رژیم سابق از طریق نمایندگی شاه به عمل قضایی مبادرت می کردند، اما تا حدی از استقلالشان سوء استفاده، نیز می نمودند. با ساختن یک کاست بسته - شرافت لباس - قضاوت بطور غیرقانونی، حق امتناع از ثبت مصوبه های سلطنتی (بنوعی شرکت در امر قانونگذاری) را که در بردارنده اصلاحات برخلاف منافعشان بود، برای خود در نظر گرفتند.

۲-۱ اعمال نظریه مونتسکیو وسیله دکترین انقلاب

ناشی از این زمینه تاریخی در کنار نظریه مونتسکیو (هیچ بودن عمل قضایی) و ژان ژاک روسو ("قانون بیان خواست عمومی است")، انقلابیون فرانسه عمل قضایی را در رده های بسیار پایین تر از عمل قانونگذاری و

۶۲. Richelieu (۱۶۴۲ - ۱۵۸۵) روحانی با نفوذ دربار لویی سیزدهم پادشاه فرانسه که از اسقفی به کاردینالی ارتقاء یافت، وی موجبات تقویت حکومت مطلقه سلطنتی را فراهم کرد؛ علیرغم آن، وی اقدامات مهمی چون مبارزه علیه اشرافیت، منع دول، توسعه صنعت و تجارت دریایی و ایجاد آکادمی فرانسه را انجام داد. مترجم.

۶۳. Justice retenue مطابق این سیستم تا سال ۱۸۷۲، شورای پادشاه و پس از آن شورای دولتی در امر رسیدگی به دعاوی اداری تنها صالح به دادن پیشنهاد به رئیس دولت بودند؛ و رای نهایی دعوی از آن شخص اخیر بود. مترجم.

اجرائی قرار دادند (هر دو قوه قضایی و اجرایی مطمئناً مأمور اعمال و اجراء قانون بوده اما قضات نمی‌توانند آنرا از طریق آیین‌نامه انجام دهند).

همین‌طور انقلابیون به‌طور ویژه‌ای نسبت به این طبقه قضایی نامطمئن بودند.^{۶۴} پس از قوه مقننه، در مورد قوه مجریه (اگرچه موضوع کم‌اهمیت‌تر بوده است) نیز قضات با محدودیت مواجه گردیدند. مطابق ماده ۷ فرمان ۲۲ دسامبر ۱۷۸۹ هیچ حکمی از قوه قضایی نباید اداره جدید را در انجام اعمالش متزلزل نماید. و کمی بعد در ماده ۱۳ قانون مشهور ۱۶-۲۴ اوت ۱۷۹۰ این امر در سطح بالاتر تأیید گردید:

"اعمال قضایی متمایز بوده و همیشه از اعمال اداری منفک باقی می‌مانند. قضات نمی‌توانند از هیچ طریقی عملیات دستگاه اداری را مختل نموده و نه می‌توانند مأموران اداری را بعلت اعمالشان احضار نمایند."

این ممنوعیت - که بعداً ریشه ایجاد قاضی اداری از خود اداره و همین‌طور سیستم فرانسوی دوگانگی نظم قضایی گردید - در ماده ۳ قانون اساسی ۵ سپتامبر ۱۷۹۱ و سپس در فرمان ۱۶ فروکتیدور سال سه^{۶۵} (۱۷۹۵) مجدداً تکرار گردید.

۶۴. دانتون، وزیر دادگستری را "بلا و مصیبت نوع بشر" دانسته است. *شاپولیه* رویه قضایی را "منفورتترین نهادها" ارزیابی کرده و رویسپیر با عنایت به اینکه "رویه قضایی چیزی نیست جز قانون؛ تا جایی پیش می‌رود که خواستار حذف این واژه می‌شود. در این راستا برگاس در ۱۷ اوت ۱۷۸۹ این آرزو را بیان نمود: "اعضاء قوه قضاییه به هیچ عنوان در عمل قانونگذاری شرکت نکرده؛ سهمی در اینباره از قانون نداشته و به هیچ عنوان، هیچ نفوذی در شکل‌گیری قانون ندارند."

در ۲۳ مارس ۱۷۹۰ توره یادآوری نمود که: "ملتی که عمل قانونگذاری را وسیله مجمع دائمی نمایندگان

انجام می‌دهد نمی‌تواند به محاکم مجری این قوانین اقتدار و آزادی تجدیدنظر در این قوانین را بدهد."

۶۵. این تاریخ براساس تقویم جمهوری است که مطابق تصمیم اکتبر ۱۷۹۳ مجمع ملی، تاریخ ۲۲ سپتامبر ۱۷۹۲ بطور قهرقزایی (یعنی یک روز پس از انحلال پادشاهی در فرانسه براساس تصمیم مجمع ملی در ۲۱

در خصوص محاکم قضایی عمومی، آنها خادمان قانون گردیدند. در این راستا قانون ۲۷ نوامبر-۱ دسامبر ۱۷۹۰ دیوان نقض را در کنار دستگاه قانونگذاری (بعنوان یک وابسته بسیار نزدیک به قوه مقننه) و عهده‌دار قضاوت کردن کار قضاوت و نقض تصمیمات قضایی مخالف صریح قانون (تنها منبع نرماتیو پذیرفته شده که همیشه فرض بر روشن و کامل بودن آنست) ایجاد نمود. علاوه بر عمل هماهنگ نمودن رویه قضایی، در صورت مبهم بودن یک مقررہ قانونی، دیوان نقض باید از طریق درخواست فوری اقدام به أخذ نظر تفسیری قانونگذار از قوه مقننه (براساس قانون ۱۶ سپتامبر ۱۸۰۷ از امپراتور) در خصوص قانون مزبور نماید. این درخواست فوری در سال ۱۸۰۴ و بر اساس ماده ۴ قانون مدنی حذف گردید (براساس ماده مذکور قاضی که از رسیدگی به دعوی با استناد به سکوت یا اجمال و ابهام قانون و یا عدم کفایت آن استنکاف نماید، ممکن است به عنوان مجرم استنکاف از دادرسی، مورد تعقیب قرار گیرد). چرا که این امر منبع ترافیک و بطور خلاصه اختلاط قوا بوده است (قانون‌گذار وسیله چنین تفسیری در هیأت قاضی ظاهر می‌گردد).

برخلاف آن در سیستم معاصر انگلیسی چنین نیست؛ به ویژه وسیله تفسیر قانون ۱۹۷۸ که قواعد عمومی مربوط به تفسیر مفهوم کلمات استعمال شده در متون قوانین را برای قضاوت فراهم نموده است.^{۶۶}

سپتامبر ۱۷۹۲) مبداء آن قرار گرفت. این تقویم بمدت بیش از ۱۳ سال یعنی تا ۳۱ دسامبر ۱۸۰۵ (سال ۱ تا ۱۴) مورد استفاده قرار گرفت. مترجم

۶۶. *اریک اسپیتز* در "Acte de juger", Eric Spitz, RDP, 1995 n° 2, pp289-302 آورده است که: "با این وجود برخی از موارد هستند که قاضی انگلیسی تصمیم به حل دعوی با اعمال قاعده طلایی (Golden rule): براساس آن قاضی تفسیری را از یک متن قانونی ملاک قرار می‌دهد که حداقل ابهام را داشته یا کمتر غیر منصفانه باشد (برخلاف قانون ناعادلانه یا غیر منصفانه رایج می‌گیرد. در پرونده *Re Sigsworth* در ۱۹۳۵ قاضی با استناد به *Common law* که ارث بردن یک پسر قاتل مادرش را از وی ممنوع می‌نمود؛ برخلاف قانون رایج در خصوص ارث تصمیم گرفت. همینطور دیوان عالی ایالات متحده در ۱۸۸۹ و در پرونده *Elmer* حکمی مشابه را صادر نمود.

چنانچه ممنوعیت در نظر گرفته شده برای قضات در ماده ۵ قانون مدنی در " صدور رأی در قالب مقررہ عام یا آیین‌نامه‌ای براساس مبانی که آنها تابع آن هستند"^{۶۷} ممنوعیت اشاره شده در ماده ۱۲۷ قانون جزا ۱۸۱۰ در خصوص دخالت کردن در کار قوه مقننه؛ یا ضرورت مستدل بودن آراء قضات (یعنی توجیه تفسیر از مقررہ قانونی، که قضات خادم آن هستند) و یا همین طور در حال حاضر امر جستجوی قصد قانونگذار در مشروح مذاکرات پارلمان هنگامیکه متن قانونی وضوح کافی ندارد؛ را اضافه نماییم؛ تمام اهمیت این واقعیت (یعنی تقدیس قانون^{۶۸}) و محورگرایی قانون^{۶۹} را در خواهیم یافت.^{۷۰}

بعلاوه دادگاههای انقلابی، تفوق قانون را بطور کامل مورد تأیید قرار می‌دهند. بعنوان اولین نمود آن می‌توان به حکم مورخه ۱۸ فروکتیدور سال پنچ^{۷۱} (۱۷۹۸) اشاره کرد که مطابق آن: " عبارات مطلقه که به ممنوعیت محاکم عمومی در توقف و اجراء قانون، حکم نموده؛ نمی‌تواند هیچ گونه استثناء و دستاویزی را در این خصوص مجاز شمارد." به نظر می‌رسد در این باره، نظریه مونتسکیو بطور کامل ادراک شده است:

بر اساس این سنت لیبرال و انقلابی و، کمی بعد، جمهوری‌خواه^{۷۲}، وجود " قوه قضائیه" مورد شناسایی قرار نمی‌گیرد؛ بلکه حد اکثر یک منصب قضایی یا یک سرویس عمومی (تقریباً) مانند سایر سرویس‌های

۶۷. مطابق اصل ممنوعیت صدور احکام آیین‌نامه‌ای، قضات باید به تسری حکم عام [یعنی قانون] که خواست عمومی بیان شده وسیله نمایندگان ملت است؛ به مورد خاص، قناعت نمایند.

68. Culte de la loi.

69. Légitimité.

۷۰. بر اساس تقدس قانون عادی، هرگونه کنترل مطابقت قانون عادی با قانون اساسی تا مدت‌های مدید ممنوع گردیده بود و تا قبل از قانون اساسی ۱۹۵۸ چنین کنترلی بطور جدی و عملی انجام نمی‌شد. مترجم.

۷۱. نگاه کنید به پاورقی شماره ۶۶.

72. Républicaine.

عمومی وجود دارد. برخی حوادث اخیر در مورد رابطه قضات با سیاست، نشان دهنده آن است که نگرانی و ترس از " دولت قضات " (آنچه که، در حقیقت، امروزه بطور نسبتاً وسیعی کهنه شده است) همیشه بیش از واقعیت موجود وجود داشته است.

پ - نگرانی بجا مانده از خطر " دولت قضات" مانع از ارتقاء قضات در شان یک قوه واقعی نشده است.

در راستای نظریه مونتسکیو، سیاستمداران معاصر فرانسه و سایر کشورها به امتناع خود از قایل شدن یک دستگاه مقتدر برای محاکم و قضات ادامه می دهند؛ آنچه که در واقع، به هیچ عنوان مانع از اینکه، قضات بخوبی یک نقش نرماتیو مهم را انجام دهند، نشده است.

۱- یک قوه قضاییه همواره نفی شده

با تأیید این مطلب که مطابق فرمول پیرونده^{۷۳} " در کشور ما در اعماق وجدان مردمی (همین طور در مورد نمایندگان مردم) یک عدم اعتماد کهنه نسبت به قضات باقی مانده است؛ در این موضوع می توان گزیده ای از نوشته های اخیر حاوی افقهای سیاسی کاملاً متفاوت را مطرح نمود. بعنوان مثال در مورد کنترل مطابقت مقررات عادی با قانون اساسی می توان به تردیدهای کسانی چون شارل مورا^{۷۴} یا لئون بلوم^{۷۵} اشاره نمود. از نظر اولی " آیا یک دولت انتخابی، یک دولت افکار عمومی، می تواند در تعارض جدی با قضاتش باشد؟ به عبارت دیگر یک قدرت قابل تجدید نظر که تمام اقتدار دوره ای اعطاء شده به خود را از تجدید اعتماد افکار عمومی دارد می تواند با مورد قضاوت واقع شدن خود موافق باشد؟... خیر آن ممکن نیست. این نیست و نخواهد بود."

بلوم که در سال ۱۹۴۶ و در جریان پیشنهاد قانون مربوط به کنترل مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی سخنرانی می نمود معتقد بود: " در

73. Pierre Drai.

74. Charles Maurras.

75. Léon Blum.

مورد این نهاد^{۷۶} چیزی مرا شوکه می‌کند. درک نمی‌کنم که قانون تحت کنترل قضات باشد. در اینکه آنها در چنین جایگاه بالایی قرار گیرند من اعتراضات بسیار و کمی مزایا- و شاید اشکالات بزرگ- را نسبت به آن می‌بینم.

نزدیکتر به ما، به مناسبت دویستمین سالگرد دیوان نقض در ۳۰ نوامبر ۱۹۹۰ رییس جمهور میتران مواجه با اولین نشانه‌های قیام قضات در فرانسه، سعی نمود تا با عبارات روشن جایگاه آنها را مشخص نماید:

"به استثناء قوانینی که اصول بنیادین را نقض می‌کنند نه قانون خوب یا بد، و نه قانون خوب یا بد تصویب شده برای قاضی وجود دارد، بلکه قانون مصوب نمایندگان مردم است و حد و اندازه قاضی در تسلیم شدن مقابل آن است، بدون ادعای یک "حق بازخواست"^{۷۷} که با پارلمان‌های رژیم سابق^{۷۸} ناپدید گردید." همین طور ادوار بالادور نخست وزیر وقت در جریان کنفرانسی تحت عنوان "حکومت قانون بطور مستمر" در ۱۱ اکتبر ۱۹۹۳ چنین مفهومی را تکرار می‌کند: "دولت است که با تصویب قانون اساسی و عادی و وسیله تصویب تعهدات بین‌المللی منبع حقوق است. چنانچه نظارت در امر رعایت این نرمها، تفسیرشان و یا گاهی پرکردن خلاءها یا حتی فقدان آنها، به عهده قاضی گذارده شده؛ این موضوع فقط بایستی با رعایت مصلحت، فروتنی و اعتدال، به ویژه هنگامیکه وی اعلامیه‌های حقوق

۷۶. منظور اعمال کنترل مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی بطور کلی، و به ویژه وسیله یک ارگان قضایی است.

۷۷. بر اساس این حق، در رژیم سابق (قبل از انقلاب) محاکم و مجالس می‌توانستند نسبت به نارسایی‌های مقررات و فرامین صادره از سوی پادشاه اظهار نظر کنند. اما در شرایط حاضر و بدور از فضای دیکتاتوری و خودکامگی و با اقتدار و استقلال کامل پارلمان در تصویب قانون، وجود چنین حقی برای قضات (از نظر رییس جمهور) منطقی بنظر نمی‌رسد. مترجم.

۷۸. Ancien régime (منظور رژیم‌های قبل از انقلاب ۱۷۸۹ است).

نشریه حقوق اساسی ، سال اول - شماره اول - پانیز ۱۳۸۲ (۳۱۶)

- که اصولاً دارای ماهیت عام هستند- را اعمال می‌کنند. اعمال حاکمیت ملی وسیله مجالس انتخابی و اصل تفکیک قوا اقتضاء دارد که قدرت وسیع تفسیر این اصول برای قانونگذار به رسمیت شناخته شده باشد. در مقابل نمایندگان ملت ، قاضی (عمومی ، اداری، یا اساسی^{۷۹}) نه در هیأت قانونگذار [عادی] و نه در قامت قوه موسس^{۸۰} ارتقاء نمی‌یابد.

۷۹. Juge constitutionnel ، در اینجا منظور شورای قانون اساسی است (معادل شورای نگهبان در حقوق ایران، دادگاه قانون اساسی در آلمان و دیوان عالی کشور در ایالات متحده - در جایکه در خصوص موضوعات مربوط به قانون اساسی رسیدگی و یا اعلام نظر می‌کند - و ...) ؛ که عهده‌دار امر دادرسی اساسی یا مربوط به قانون اساسی (Justice constitutionnelle) و کنترل مطابقت مقررات عادی با قانون اساسی (Contrôle constitutionnalité des lois) که مفهوم اخص عبارت اخیر و عبارت دیگر بخش اصلی دادرسی اساسی بشمار می‌آید؛ است.

شایان ذکر است که امروزه، با توجه به ترکیب اعضاء (اکثر اعضاء این ارگانها - خواه با نام شورا خواه با نام دادگاه- از حقوقدانان، قضات با سابقه و صاحب منصبان سیاسی نوعاً دارای سابقه حقوقی می‌باشند. البته با عنایت به ماهیت فعالیت این ارگان که فعالیت صرف قضایی نبوده؛ از وجود اعضاء غیر حقوقدان در کنار حقوقدانان صرف در این نهاد بعضاً وسیله صاحب‌نظران دفاع شده است) کلیه نهادها و ارگانهای عهده‌دار این صلاحیت‌ها را نوعاً بعنوان دادگاه قانون اساسی تلقی مینمایند و اینکه نام این نهاد در کشورها و سیستم‌های حقوقی مختلف دارای پیشوند شورا، دیوان یا دادگاه باشد در ماهیت یکسان کار اصلی آنها تفاوتی ایجاد نخواهد کرد. (صرف نظر از بحث‌های نظری که بیشتر در گذشته در مورد سیاسی یا قضایی بودن چنین نهادی در سیستم اروپایی جریان داشته است). در مورد کنترل مطابقت مقررات عادی با قانون اساسی، در مدل اروپایی نوعاً قبل از لازم‌الاجراء شدن قانون یک نهاد مستقل از دستگاه قضایی؛ بطور متمرکز و انحصاری اقدام به انجام آن می‌نمایند؛ حال آنکه برخلاف آن در سیستم امریکایی، نوعاً پس از لازم‌الاجراء شدن قانون، قضات و محاکم عمومی در مطوح مختلف و بطور غیر متمرکز در صمن رسیدگی به دعاوی و بمناسبت وجود یک موضوع مربوط به قانون اساسی این کنترل را انجام میدهند.

البته در خصوص اختیارات و صلاحیتهای این مراجع (که کنترل فوق‌الذکر بخش اصلی آن است) با توجه به اینکه در مدل امریکایی باشیم یا مدل اروپایی (کلسنی)، در یک سیستم فدرال یا غیر فدرال باشیم، یا اینکه

در آخر و برای پایان دادن به این مجموعه که می‌توانست وسیع‌تر باشد؛ به حرفهای شارل پاسکو وزیر سابق کشور اشاره می‌نماییم؛ از نظر وی: " آشکارا از میان دیگر هوی و هوسهای حقوقی، اقدامی از طرف برخی قضات در جهت [ایجاد] رویه قضایی برخلاف قانون وجود دارد. این امر قابل پذیرش نیست. قانون باید بر همه اعمال گردد. قضات برای قانونگذاری در دادگاه نیستند آنها برای اعمال آن و برای تضمین رعایت آن در آنجا هستند."

۲- حدی از نقش نرماتو برای قضات

امروزه بایستی برای همه روشن باشد که قاضی یک ماشین اعمال قانون بطور مکانیکی و برده وار نیست؛ هر چند که اتفاق می‌افتد قاضی نقش

فرد حق شکایت در نقض قانون اساسی (برخلاف آلمان ایتالیا و ...، در کشور فرانسه، و همینطور در ایران، این حق برای فرد وجود ندارد) را داشته باشد یا خیر و...، قطعاً تفاوت‌هایی وجود دارد. یادآور می‌شود که سیستم کشور ایران متأثر از مدل کلسنی (اروپایی) که وجود یک نهاد در خارج از دستگاه قضایی را پیش‌بینی نموده، است.

باید اضافه کرد بحث‌هایی که اخیراً در ایران در خصوص ایجاد دادگاه قانون اساسی در کنار شورای نگهبان مطرح گردیده است ناشی از عدم آشنایی با این نهاد است؛ در واقع بدیهی است که فعالیت دادگاه قانون اساسی با داشتن صلاحیت تفسیر قانون اساسی در کنار شورای نگهبان ممکن نیست. و با قرض حفظ انحصاری چنین حق تفسیری برای شورای نگهبان وجود چنین دادگاهی در کنار شورا، بدون حق تفسیر مقررات خالی از وجه خواهد بود. در واقع موضوع اصلی در مضلات اخیر، مسئله ساختار شورای نگهبان، صلاحیتها، ترکیب اعضاء و نحوه کار آن است. مترجم.

در این خصوص و در یک بررسی تطبیقی میان مدل امریکایی و مدل اروپایی سیستم دادرسی اساسی کاری بزبان فرانسه توسط مترجم انجام شده که قصد بر آن است تا بزودی به زبان فارسی برگردانده شود.

۸۰. Pouvoir constituant، منظور مجلس تدوین و تصویب قانون اساسی (Pouvoir originaire constituent مجلس موسسان) و یا شورای بازنگری و تجدید نظر در قانون اساسی (Pouvoir constituant

derivé) است. مترجم

نرماتیو واقعی خود را با مورد قضاوت قرار گرفتن در پشت افسانه "دهان قانون" پنهان نماید. همانطور که در این مفهوم ژرو دو گئووفر^{۸۱} آنرا از پرادل^{۸۲} نقل نموده است:

"دادگستری یک صلاحیت نرماتیو گسترده را در حقوق داراست... و آنرا بطور موثر اجراء می نماید [اما] از اعتراف به وجود این قدرت خودداری می کند. دادگستری مطیع قدرت سیاسی بوده و امتناع نمودن را بهیچ عنران نمی شناسد...؛ و آشکاراً نه بردگی خود را [نسبت به آن] که فاقد هرگونه مبنای حقوقی ست) بلکه انقیاد در برابر قواعد نوشته را اعلان می نماید...؛ همچنانکه با بهم زدن این اطاعت قراردادی، دادگستری بدنبال منحرف نمودن اذهان از قصد توامان خود در خصوص خادم بودن حقیقی و قدرت واقعی اش است."

در هر حال هرمنوتیک (علم فهم و شناخت [با نقد و تفسیر متون]) نشان می دهد که قاضی قانون را در اعمال "پیشداوری"^{۸۳}، و یک "پیش فهمی"^{۸۴} - همانگونه که هانس گئورگ گادامر^{۸۵} بیان می کند - تفسیر می کند (همانطور که دیوان عالی ایالات متحده موقعیت خود بعنوان قوه قضائیه را عهده دار شد البته بقول توسیدید^{۸۶} دیوان عالی خیلی تند رفت). در واقع قاضی رویه قضایی و دکترینش را نسبت به یک پروژه مسبق [به قانون آنگونه که قاضی آنرا تفسیر و اجراء می کند] انتخاب می نماید. از آن زمان قانون دیگر یک متن مقدس غیر قابل تفسیر نیست: خیلی سریع مشاهده می شود که قانون [قبل از تفسیر آن وسیله قاضی] نتیجه یک توافق، اغلب، مبهم و نامشخص و تکمیل نشده است؛ و هیچ چیزی بیش از یک منبع حقوق نیست؛ مقرر

81. Géraud de Geouffre

82. Pradelle

83. Préjugé

84. Pré-compréhension

85. Hans-Georg Gadamer

86. Thucidide

نرماتیو واقعی، بطور مشخص، در تفسیری که قاضی از آن بدست می‌دهد ماندگار می‌شود.^{۸۷}

۸۷. البته به نظر می‌رسد که نبایست در خصوص چنین قدرت تفسیری مبالغه نمود؛ چرا که در مرحله اول، این مقامات و ماموران قوه مجریه یا افراد در روابط خصوصی خود هستند که در اعمال و اجرائی قانون با تفسیر خود آنرا دارای مفهوم عملی و عرفی می‌نمایند. و نوعاً در مرحله کنترل قضایی و در صورت وقوع دعوی و تعارض است که دادگاه و قاضی وارد عمل می‌شوند. مضافاً به اینکه از یک سو قاضی مکلف به مستدل نمودن نظر خود است و حتی ممکن است نظر تفسیری مستدل ارائه شده، توسط محاکم بالاتر و وسیله تفسیری متفاوت نقض گردد؛ از سوی دیگر قانونگذار می‌تواند هر زمان با تصویب قانون جدید به حاکمیت تفسیر مخالف با نظر خود خاتمه دهد. علاوه بر این چنانچه در خصوص قانونی از سوی مقامات صالح از پارلمان استفسار گردد؛ با توجه به اینکه تفسیر پارلمان در حکم قانون است؛ این امر محدودکننده تفسیر قاضی خواهد بود. در هر حال، نوعاً در کشورهای با سیستم حقوق نوشته (علیرغم نزدیکی تدریجی و متقابل دو سیستم کامن‌لا و رومنی-ژرمنی) هنوز ملاک و اصل قانون بوده؛ و تفسیر قاضی (بنحوی که انطباق و جمع آن با منبع تفسیر یعنی قانون دشوار باشد) و یا ایجاد رویه قضایی مستقل در موارد خلاء قانونی محدود به موارد استثنایی هستند.

با این وجود، محدودیت‌های برشمرده در مورد قاضی قانون اساسی وجود ندارند. اگر چه قضات عادی (بخصوص در نظام‌های حقوقی که موضوع کنترل مطابقت مقررات تالی با قانون اساسی منحصر به صلاحیت یک نهاد خاص به نام دادگاه یا شورای قانون اساسی نبوده و دادگاههای عادی-در سیستم امریکایی- نیز آنرا انجام می‌دهند) مقامات سیاسی و اداری نیز در اعمال و اجرای قانون اساسی مبادرت به تفسیر آن می‌نمایند اما در نهایت این مرجع، مفسر انحصاری و یا نهایی قانون اساسی-با عنایت به تفاوت سیستمهای حقوقی- حد اقل در حالت تعارض نسبت به مقررات قانون اساسی است. بعلاوه؛ کلی و عام بودن مقررات قانون اساسی پتانسیل تفسیر موسع و باز را در اختیار قاضی اساسی قرار می‌دهد. در هر حال، با عنایت به وجود جنبه‌های مختلف سیاسی اجتماعی و... (و تحول همواره این جنبه‌ها در طول زمان)، در

نشریه حقوق اساسی ، سال اول - شماره اول - پائیز ۱۳۸۲ (۳۲۰)

این قضیه مشهور که فرض می‌شود که قانون بطور مکانیکی اعمال می‌گردد؛ در واقع به معنی تحمیل قانون بر قاضی نیست؛ همانطور که میشل تروپه^{۸۸} آورده است: این قاضی است که با معنی دادن به قانون، وسیله تفسیر آنرا ایجاد می‌نماید. در واقع این قاضی است که کبری و صغری استدلال قیاسی خود را تعیین می‌کند؛ این بازآفرینی حقوق وسیله قوه قضائیه است. در این مفهوم /سپتیز به نقل از /سقف هوادلی^{۹۹} آورده است:

« کسی که قدرتی مطلق در تفسیر هر نوشته یا بیان حقوقی دارد؛ تقریباً این شخص، همان قانونگذار^{۹۱} حقیقی است.»^{۹۱}

در مورد قاضی اساسی (کلسن^{۹۲} وی را "نهاد قانونگذاری جزئی"^{۹۳} نامیده است؛) اگر این نهاد نمی‌تواند قانونگذاری نماید حداقل مجاز به از بین

مسائل مربوط به قانون اساسی (مانند قوانین عادی)، بنظر می‌رسد پذیرش قدرت تفسیر واقع‌گرا^{۹۴} در مقابل تفسیر مضیق از این مقررات، برای قاضی اجتناب ناپذیر است.

البته با توجه به راهبردی بودن این قدرت تفسیر از قانون اساسی، در کار قوا و مقامات عمومی (قانونگذاری، اجرایی و قضایی) ضروری است چارچوبهایی در این مورد برای قاضی اساسی وجود داشته باشد. در کنار وجود قواعد اخلاقی، انصاف، رویه قضایی سابق، نقد آراء وسیله دکترین حقوقی، سایر نهادهای دموکراتیک و افکار عمومی، که مانع از خود محوری قاضی می‌گردد، روش پیش‌گیری بنیادین از خودکامگی قاضی اساسی، دموکراتیک نمودن نحوه انتخاب اعضاء، و توجه به مساختار و تشکیلات و نحوه فعالیت آن است، که تاحدی ضامن رعایت محدودیتهای برشمرده در جهت استاندارد نمودن عمل تفسیر نیز هست. مترجم.

88. Michel Troper
89. Evêque Hoadley
90. Law-giver

۹۱. نگاه کنید به پاورقیهای شماره ۱۵، ۱۶، ۲۰ و ۸۸.

۹۲. حقوقدان بزرگ اتریشی که بنیان‌گذار سیستم کنترل مطابقت مقررات تالی با قانون اساسی در مفهوم مدرن آن (بر اساس ضرورت کنترل رعایت سلسله مراتب نرمها) از طریق یک مرجع عالی که در خارج تشکیلات و کنترل سه قوه قرار داشته باشد، نیز هست. بر همین اساس مدل یادشده را مدل کلسنی (یا اروپایی) مینامند. مترجم.

93. Organe législatif partiel.

بردن آن (رد کردن قانون عادی) است. در واقع، با توجه به اینکه در کشورهایى که حکومت قانونى به بطور کامل به حکومت قانون تبدیل شده،^{۹۴} دو مفسر همکار در تفسیر خواست عمومى (قانون) وجود دارد (پارلمان که قانون را تصویب می‌نماید و قاضى اساسى که آنرا واجد معنى م کند)^{۹۵} امروزه متخصصین حقوق اساسى بر صلاحیتهای بسیار فراتر از این برای دادگاههای قانون اساسى نیز اتفاق نظر دارند. فراتر از آن، قاضى اساسى تا مرحله اعمال حقوق متعدد نانوشته پیش رفته است. مثلاً در ایتالیا براساس ماده ۲ قانون اساسى (که با بیان غیرحصرى، حقوق غیر قابل نقض بشر را تضمین می‌نماید) قاضى اساسى اقدام به این امر می‌نماید. در فرانسه شورای قانون اساسى از طریق ارجاع به "اصول بنیادین شناخته شده وسیله قوانین جمهورى"^{۹۶} عمل می‌کند. اگر چه شورا، به این امر که این اصول

۹۴. نگاه کنید به پاورقى شماره ۶۱.

۹۵. با عنایت به اینکه در کشورهایى مانند فرانسه، کنترل مطابقت قوانین عادى (جز مورد قوانین ارگانیک که بطور خودکار انجام می‌گردد) براساس درخواست برخى مقامات (رییس جمهور، نخست وزیر و یا شصت نماینده) صورت می‌گیرد؛ و بنابراین بسیاری از قوانین تحت تفسیر قاضى اساسى قرار نمی‌گیرند؛ قلمرو این تفسیر نسبى و محدود خواهد بود. مترجم.

این اصول که در مقدمه قانون اساسى ۱۹۴۶ (با ارجاع از مقدمه قانون اساسى ۱۹۵۸) بدون احصاء ۹۶ مصادیق مورد اشاره قرار گرفته است؛ مربوط به قواعد مندرج در برخى از قوانین جمهورى قبل از سال ۱۹۴۶ است که وسیله شورای قانون اساسى مورد شناسایی قرار می‌گیرد در این مورد مى‌توان به مواردی چون "آزادى انجمن" براساس تصمیم ۱۶ ژوئیه ۱۹۷۱، "حقوق دفاع" (در دعاوى) تصمیمات متعدد، به ویژه تصمیم ۱۳ اوت ۱۹۹۳، "آزادى فردى" تصمیم ۱۲ ژانویه ۱۹۷۷، "آزادى آموزش و عقیده" تصمیم ۲۳ نوامبر ۱۹۷۷، "استقلال محاکم ادارى" تصمیم ۲۲ ژوئیه ۱۹۸۰ و غیره، شورای قانون اساسى اشاره نمود. در واقع شورای قانون اساسى این اصول را در مجموعه نرمه‌های مرجع در کنترل مطابقت قوانین عادى با قانون حقوقدان بزرگ فقید؛ علت این امر که Georges Vedel اساسى قرار داده است. از نظر جورج وودل (قانونگذار اساسى در ۱۹۴۶ و ۱۹۵۸ این اصول را در قانون اساسى درج نموده است؛ (البته این اصطلاح بدون اشاره به مصادیق در مقدمه قانون اساسى ۱۹۴۶ آمده است و با ارجاع مقدمه قانون اساسى ۱۹۵۸ این

نشریه حقوق اساسی ، سال اول - شماره اول - پائیز ۱۳۸۲ (۳۲۲)

(بنیادین ، عالی ، عام و غیره ، هم‌ارز قانون اساسی) را از خود جعل ننماید ؛ توجه نشان می‌دهد ، اما آنها را از روح قوانین استخراج می‌نماید . برخی مانند رولان دورکین^{۹۷} این حقوق نانوشته را به "ستون‌های حقوق" تشبیه می‌کنند که به لطف آن قضات پاسخهای مناسب در خصوص سوالاتی که از ایشان پرسیده می‌شود (برخلاف مدل اثبات‌گرا) در می‌یابند .

در رابطه با قاضی اداری ، مارسل والین^{۹۸} قدرت نرماتیو قاضی را براساس ایده "مشروعیت بخشیدن ضمنی قاعده ناشی از رویه قضایی وسیله قانونگذار" مشروع شمرده است ؛ و همین طور از سال ۱۹۵۸ بر اساس شناسایی یک قدرت آیین‌نامه‌ای مستقل^{۹۹} . در همین راستا پییر دل ولوه^{۱۰۰} معتقد است که چنانچه قاضی انتخاب‌های قانونگذار را محترم می‌شمارد ، هنگام کنترل اعمال آنها ، وی درمقابل این انتخاب‌ها منفعل باقی نمانده و از طریق تفسیرشان (مثلاً در دعوی ابطال [آیین‌نامه اجرایی] یا اعطاء احتمالی ضرر و زیان در دعوی مسئولیت - همین طور مسئولیت ناشی از قوانین -) نقش خود را اعمال می‌کند .

در واقع برای قاضی ، بین شکافها و روزنه‌های قانونگذاری تعداد نسبتاً زیادی از "فضاهای آزادی" وجود دارند که وی با تشخیص آزاد خود^{۱۰۱}

شورای قانون اساسی بود که اعتبار حقوقی آنها در ردیف قانون اساسی ارزیابی نمود) را اعمال بی‌وقفه و مداوم این اصول بدون مخالفت با آن دانسته است . بعبارت دیگر ممکن است شورای قانون اساسی با استناد به این اصول (ناشی از قانون عادی) مبادرت به رد یک قانون عادی دیگر نماید . این امر و اینکه حدود و ثغوری برای این قدرت شورا در کشف این اصول پیش‌بینی نشده است ؛ محل انتقاد برخی از حقوق‌دانان بوده است . همین‌طور نگاه کنید به پاورقی شماره مترجم .

97. Ronald Dworkin

98. Marcel Waline

۹۹ . بنظر می‌رسد اشاره نویسنده در اینجا به ایجاد قدرت آیین‌نامه‌ای قوه مجریه بوده ؛ که قاضی اداری در هنگام کنترل مطابقت آنها با قوانین ، دارای حاشیه عمل بسیار وسیع ، تا مرز عدم اعمال و حتی ابطال آیین‌نامه است . مترجم .

100. Pierre Delvolvé

101. Discrétionnairement

(اجبار قاضی در مستدل بودن تصمیماتش مانع از خودکامگی قاضی خواهد شد.) آنها را بکار می‌برد. چنانچه این فضاها وجود نداشته باشد خود قاضی، بمنظور توجیه نمودن تصمیماتش اقدام به جعل آنها می‌کند؛ خواه با رجوع به مبانی دیگر؛ خواه یکبار دیگر با تفسیر مقررات مبهم (یا از نظر وی مبهم). این رویه در مورد قاضی مدنی، کیفری، اداری و اساسی همین گونه است:

اشاره نمودم چگونه ماده ۴ قانون مدنی ۱۸۰۴ (همچنین قانون ۳۰ ژوئیه ۱۸۲۸ در این مورد، ماده ۵ قانون مدنی بلژیک و ماده ۱۲ مقررات مقدماتی قانون مدنی ایتالیا و غیره) قاضی را مجاز و حتی ملزم به تفسیر قانون نموده است.

نزدیکتر به ما، به نظر ارائه شده وسیله کمیسیون ملی مشورتی حقوق بشر فرانسه ۶ مه ۱۹۹۴ در خصوص نقش قاضی در حمایت از حقوق بشر اشاره می‌شود که مطابق آن :

« تضمین قضایی حقوق بشر یکی از عناصر اساسی "حکومت قانون" و مبناء وجود حق (و حتی تکلیف) تفسیر قانون برای قاضی اداری یا عمومی - هنگامی که ضرورت دارد - است. [و این تفسیر] در پرتو اصول بنیادین حمایت کننده از حقوق بشر آنچنان که در قانون اساسی، کنوانسیون اروپایی حقوق بشر و سایر تعهدات بین‌المللی فرانسه آمده است؛ [صورت می‌پذیرد].»

در مورد قاضی کیفری، وی یک حاشیه مانور مهم بمنظور شخصی نمودن مجازات ها نسبت به اشل عام و غیرشخصی پیش‌بینی شده وسیله قانونگذار را در اختیار دارد (قانونگذار بطور منظم به کاهش دادن این حاشیه مانور قاضی نظر دارد)^{۱۲}

نشریه حقوق اساسی ، سال اول - شماره اول - پائیز ۱۳۸۲ (۳۲۴)

همینطور قاضی اداری از سال ۱۸۷۲^{۱۰۳} با صدور احکام متوالی و متعدد، بنیاد بنای ناشی از رویه قضایی [در حقوق اداری] که سبازمان دهنده روابط فی مابین ادارات و افراد و یا بین خود ادارات بوده است را ایجاد نمود^{۱۰۴}. با فقدان متون قانونی مناسب، قاضی اداری در ایفاء یک نقش عالی، (بعنوان مثال ضمن شناسایی "اصول کلی حقوقی" با همان ارزش حقوقی)، متناسب با فرصت‌ها، در ابتداء در اوضاع و احوال نادر و بحث نشده (برابری، آزادی، امنیت در روابط حقوقی) و سپس بعنوان روش مناسب جهت یافتن راه حل منصفانه برای چنین و چنان دعوی تردید نشان نداده است.

۱۰۳. از این تاریخ سیستم دادرسی محفوظ (justice retenue) که تا آن زمان جریان داشت به سیستم دادرسی نمایندگی (justice déléguée) تغییر کرده و براساس سیستم اخیر، دادگاه اداری (شورای دولتی در آن زمان) در امر رسیدگی به دعاوی مربوط به دولت، خود رسماً حق اقدام به صدور رأی را پیدا کرد. در واقع با این تحول شورای دولتی بطور تدریجی اقدام به طرح‌ریزی حقوق اداری از طریق رویه قضایی نمود.
مترجم.

۱۰۴. دادگاه حل تعارضات در ۸ فوریه ۱۸۷۳ با صدور حکم مشهور بلانکو (با رد حاکمیت مقررات قانون مدنی بر دعاوی مسئولیت عمومی و اداری و اعلام جاری بودن مقررات حقوق عمومی بر دعاوی اداره)، بر صلاحیت انحصاری قاضی اداری در خصوص دعاوی اداری که قبلاً وسیله قانون ۱۶-۲۴ اوت ۱۷۹۰ به رسمیت شناخته شده بود نیز صحنه گذارد. برخی نویسندگان این حکم را یکی از مبانی و مبادی ایجاد حقوق اداری عنوان می‌کنند. این حکم با شناسایی حقوق خاص برای دعاوی حقوق عمومی و با توجه به اینکه خلاء قانونگذاری نیز در این حوزه وجود داشته است به قاضی اداری این اجازه را می‌داد تا حقوق اداری را بر پایه رویه قضایی خود استوار نماید؛ اهمیت این امر تا آنجاست که نویسندگان حقوقی، حقوق اداری فرانسه را از نظر تاریخی، بیشتر یک حقوق [ناشی از] رویه قضایی می‌دانند. مترجم.



پروفیسر شہباز گل شاہین پوری
پرنسپل جامعہ اسلامیہ اسلامیہ