



پښتونستان د علوم او مطالعات فریښی
پرتال جامع علوم انسانی

حقوق اساسی، حقوق قانون اساسی و اساس حقوق^۱

پروفسور لویی فاورو^۲

مترجم: دکتر جواد تقی زاده^۳

چکیده:

حقوق اساسی نوین، آنچه که طی چهل سال اخیر در اروپا و پانزده سال اخیر در فرانسه تثبیت شده است، دارای موضوع سه گانه (هنجارها، نهادها و آزادیها) می باشد و به عنوان حقوق (ردّ محوریت سیاست)، حقوق قانون اساسی (ردّ محوریت حقوق اداری)، حقوق قانون اساسی اعمال شده توسط قاضی (ردّ محوریت مدل آمریکایی) تعریف می گردد. حقوق اساسی همچنین اساس حقوق است، به این معنی که از این پس نظم حقوقی در حول او متحد و سازماندهی می گردد.

واژه های کلیدی: حقوق اساسی نوین، قانون اساسی، اساسی سازی، دادگستری اساسی

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

¹ - Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit, *Revue française de droit constitutionnel*, 1990, n° 1, pp. 71-89

² - Louis FAVOREU

زنده یاد پروفسور لویی فاورو، استاد برجسته حقوق اساسی در دانشکده حقوق و مدیر گروه مطالعات و تحقیقات راجع به دادگستری اساسی در دانشگاه اکس - سماریس فرانسه بود.

³ - دکتری حقوق عمومی دانشگاه پاریس ۱ (پانتئون - سوربن)

پیشگفتار مترجم

مقاله حاضر ترجمه اثریست از زنده یاد پروفیسور لویی فاورو که در اولین شماره مجله فرانسوی حقوق اساسی در سال ۱۹۹۰ چاپ گردید. نویسنده مقاله، ضمن پرداختن به پدیده اساسی سازی^۴ که منجر به تحولات بزرگی در حقوق اساسی معاصر گردیده است، تشریح می نماید که برداشت سنتی از حقوق اساسی، موضوع، ماهیت و همچنین جایگاه آن در بین سایر گرایشهای حقوق کاملاً تغییر یافته است، به گونه ای که امروزه می توان حقوق اساسی را به مثابه پایه دیگر گرایشهای حقوق دانست. انتخاب این مقاله جهت ترجمه عمدتاً با این هدف مهم صورت پذیرفت که مخاطبان محترم را با تاملات این استاد شهیر حقوق اساسی در رابطه با موضوعی آشنا نماید که ایشان در فرانسه با توجه به دانش کم نظیرش از حقوق تطبیقی پرچم دار آن بوده است. فرایند اساسی سازی حقوق که اصولاً با پدیده دادگستری اساسی^۵ تفکیک ناپذیر است، امروزه به نوعی شرط ضروری استقرار و نیز تداوم حاکمیت قانون^۶ در حکومتهای مردم سالار و یا جویای مردم سالاری می باشد.

شایان ذکر اینکه به دلیل انتشار این مقاله در سال ۱۹۹۰، بدیهی می باشد که برخی از عناصر تحقیق خصوصاً از منظر حقوق تطبیقی متحول شده اند، ولی این تحولات هیچگونه خللی بر پیکره اصلی تحقیق و ایده هایی که در آن ارایه شده و بسط داده شده اند، وارد نمی نمایند. نهایت اینکه اکثر پاورقیهای این اثر توسط نویسنده مقاله ذکر گردیده است، با این وجود برخی از پاورقیها توسط مترجم اضافه گردیده است که با حرف (م) مشخص می باشند.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
رتال جامع علوم انسانی

^۴- Constitutionnalisation

^۵- Justice constitutionnelle

^۶- Etat de droit

طرح مقاله

مقدمه

بخش اول : حقوق اساسی، حقوق قانون اساسی

مبحث اول- موضوع حقوق اساسی

۱. از موضوع واحد به موضوع سه گانه

الف- نهادها : حقوق اساسی نهادی

ب- هنجارها : حقوق اساسی هنجاری

ج- آزادیها : حقوق اساسی جوهری

۲. تغییر ماهیت حقوق اساسی

مبحث دوم- تعریف حقوق اساسی

۱. حقوق اساسی به عنوان حقوق : ردّ محوریت سیاست

۲. حقوق اساسی به عنوان حقوق قانون اساسی : ردّ محوریت حقوق اداری

۳. حقوق اساسی به عنوان حقوق قانون اساسی تضمین شده توسط قاضی : ردّ

محوریت مدل آمریکایی

بخش دوم : حقوق اساسی، اساس حقوق

مبحث اول- اساسی سازی تدریجی گرایشهای مختلف حقوق

مبحث دوم- نسبی شدن فزاینده تمایز بین حقوق عمومی و حقوق خصوصی

نتیجه گیری

پرتال جامع علوم انسانی

مقدمه

در سال ۱۹۸۰^۷، تأکید می نمودیم که در ده سال اخیر، «حقوق عمومی تحولی بسیار مهم را آغاز نموده است که می توان به زودی از انقلاب سخن گفت». در همان سال، در جریان اولین گردهمایی انجمن فرانسوی اساسی دانان^۸، تغییر شکل محتوا و جایگاه حقوق اساسی در بین دیگر گرایشهای حقوق را تشریح نموده ایم. ده سال بعد، در حالیکه اهمیت رویه قضایی شورای قانون اساسی به صورت قابل ملاحظه ای افزایش یافت^۹، بدیهی است که این برداشتها حفظ شده و توسعه نیز یافته اند. در واقع، نه تنها تحول داده های بنیادی حقوق عمومی و تغییر ماهیت حقوق اساسی تایید شده اند، بلکه می توان گفت که تمام گرایشهای حقوق^{۱۰} در حال متحمل شدن نفوذ قانون اساسی و نیز حقوق آن می باشند. برخی به این نکته اشاره می کنند که ما در حال مواجهه با برگشت حقوق اساسی قبل از جنگ هستیم و حتی - با تشبیهی عجیب - این امر را نشانه برگشت به مکاتب حقوق می دانند^{۱۱}.

چنین برداشتی در اثر نا آشنایی با تحول عمده ای به وجود می آید که در چهل سال اخیر در حقوق اساسی کشورهای اروپایی و یا بالاتر از آن در اکثر کشورهای مردم سالار صورت گرفته است یا در حال صورت گرفتن می باشد. می توان گفت که قانون اساسی از اینکه تنها یک «ایده» باشد به نفع «هنجار»^{۱۲} شدن یعنی یک قاعده حقوقی الزاماً تضمین شده کنار کشیده است، به گونه ای که آثار آن بر روی شهروندان و قضات محسوس می باشند^{۱۳}. مسلماً در دوره جمهوری سوم^{۱۴} موضوع این گونه نبوده است و به سختی می توان تصور نمود که اساسی دانان آن دوره می توانستند به همین گونه، متن قوانین اساسی ۱۸۷۵ را لحاظ نمایند. به علاوه امروزه روش بررسی حقوق اساسی نمی تواند به صورت گذشته باشد زیرا که علم سیاست نکات ارزشمندی را برای شناخت این حقوق فراهم نموده است.

⁷- In L'apport du Conseil constitutionnel au droit public, *Pouvoirs*, n° 13, p.17 et s.

⁸- Association Française des Constitutionnalistes, colloque de St-Maur, février 1980.

⁹- V. nos observations in *RD*, 1989, n° 2, p.407 : 90 pour cent de la jurisprudence du Conseil constitutionnel est intervenu de 1980 à 1989.

¹⁰- Mutation déjà décrite in L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit, *Mélanges L. Hamon*, Paris, Economica, 1982, p.235 et s.

¹¹- Voir notamment les affirmations étonnantes de D. Gaxie, *Jeux croisés, Droit et politique dans la polémique sur le refus de signature des ordonnances par le président de la République*, in *Les usages sociaux du droit*, puf, 1989, p.225 notes 8 et 42.

¹²- Norme

¹³- Cf. en ce sens E. Garcia de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, Civitas, Madrid, 3^e éd., 1985.

پدیده قضایی شدن^{۱۵} حقوق اساسی با پدیده گسترش دادگستری اساسی تفکیک ناپذیر می باشد. حقوق اساسی آلمان، اتریش، کانادا، ایتالیا، اسپانیا، یونان، پرتغال و بلژیک با تحول عظیمی مواجه شده اند یا در حال مواجه شدن هستند، در حالیکه حقوق اساسی انگلستان، هلند یا سوئد خیلی کم تغییر یافته اند. تمام کسانی که به وسیله مطالعات حقوق تطبیقی با این امر آشنا گشته اند نمی توانند این گفته میشل ترور^{۱۶} در سال ۱۹۷۴^{۱۷} -تکرار شده در همین شماره این مجله^{۱۸} - را بپذیرند که به موجب آن وضعیت حقوق اساسی در صورت وجود یا عدم وجود قاضی اساسی یکسان است. برای اینکه صحت این برداشت را مورد تردید قرار داد، کافی است فقط این سوال را مطرح نمود که آیا حقوق اداری بدون قاضی اداری به وجود می آید؟ مسلماً، همان گونه که استاد ژرژ ودل^{۱۹} بیان نمود، موقعیت قاضی اساسی نسبت به قانون اساسی با قاضی اداری نسبت به متون مرجع^{۲۰} کاملاً یکسان نیست، ولی بدون مداخله هر کدام از این دو (قاضی اساسی و قاضی اداری) به سختی می توان تصور نمود که چگونه اداره یا قانونگذار می توانستند بر احترام به قاعده حقوقی^{۲۱}، گردن نهند.

بدون تردید تحولی که در بیش از سی سال پیش آغاز شده است هنوز در حال انجام گرفتن می باشد، ولی می توان در این ابتدای دهه نود، اولین بیلان یا حداقل فهرستی از این تحول را ارایه نمود. با هدف انجام این امر، حقوق اساسی در ابتدا به عنوان «حقوق قانون اساسی» و سپس به عنوان «قانون اساسی حقوق» مورد بررسی قرار می گیرد.

بخش اول: حقوق اساسی، حقوق قانون اساسی

استاد ژرژ ودل^{۲۲}، در سال ۱۹۴۹، در کتاب حقوق اساسی (صفحه ۵) می نویسد: «... در اکثر کشورها و برای اکثر موضوعات، حقوق اقتدار سیاسی^{۲۳} در قانون اساسی نوشته ذکر

^{۱۵}- Nous avons souligné, à maintes reprises, ce phénomène en utilisant le terme de "juridicisation" (notamment in *Pouvoirs*, n° 13, 1980).

^{۱۶}- Michel TROPER

^{۱۷}- Le problème de l'interprétation et la théorie de la supra-légalité constitutionnelle, *Mélanges Eisenmann*, p. 133.

^{۱۸}- Cette *Revue*, p. 38 et s.

اشاره نویسنده به مقاله پروفسور میشل ترور می باشد که در مجله فرانسوی حقوق اساسی (شماره یک) در سال

۱۹۹۰ تحت عنوان دادگستری اساسی و مردم سالاری منتشر شده است. م

^{۱۹}- Le précédent judiciaire en droit public français, *RIDC*, 1984 (numéro spécial, vol. VI).

^{۲۰}- Textes de référence

^{۲۱}- Règle de droit

^{۲۲}- Doyen Georges Vedel

^{۲۳}- Droit de l'autorité politique

گردیده است. چنین تقابلی بسیار وسیع و رایج بوده که واژه حقوق اساسی را به وجود آورده و حفظ نموده است، ولو آنکه حقوق اساسی چیزی غیر از «حقوق قانون اساسی» باشد. در آغاز جمهوری چهارم^{۲۴}، گستره حقوق قانون اساسی کمتر از حقوق اساسی است. چهل سال بعد، می توان گفت که بر عکس، حقوق اساسی - آنچه که معمولاً از آن فهمیده می شود - برای اینکه تمام «حقوق قانون اساسی» را شامل شود، بسیار محدود است. موضوع حقوق اساسی تغییر نموده است. اصطلاح «حقوق قانون اساسی» به ما کمک می نماید تا حقوق اساسی - آنچه که در ابتدای دهه نود موجود است - را تعریف نماییم.

مبحث اول - موضوع حقوق اساسی

در درس «حقوق اساسی تطبیقی» در سال ۱۹۵۱-۱۹۵۰، شارل ایزنمن^{۲۵} خصوصاً در مورد حقوق اساسی به خوبی عدم اختلاط حقوق و علم حقوق را تصریح نمود^{۲۶}:

کلمه حقوق به خودی خود و به تنهایی، و بیشتر در اصطلاحاتی مانند حقوق مدنی، حقوق اساسی یا حقوق اداری، همیشه در مفهومی دوگانه با گذری تدریجی از یکی به دیگری، استفاده گردیده است. گاه حقوق، به مجموعه قواعد حقوقی اطلاق می گردد. گاه حقوق، به رشته یا رشته هایی که این قواعد موضوع آن می باشند اطلاق می گردد، در این صورت حقوق عبارتست از مطالعه یا علم این مجموعه قواعد. این دوگانگی معنی، در اصطلاح «حقوق اساسی» به صورت ویژه موجود است.

۱. از موضوع واحد به موضوع سه گانه

در این مرحله، اندیشه همبستگی بین «مجموع قواعد» و «رشته ای را که این قواعد موضوع آن هستند»، بررسی می نماییم. از این چشم انداز، شکی وجود ندارد که موضوع حقوق اساسی در اواخر سالهای چهل و در ابتدای سالهای نود، یکسان نیست. می توان گفت که حداقل سه گانگی موضوع به وجود آمده است؛ به این معنی که موضوع اصلی حقوق

۲۴ - جمهوری چهارم فرانسه (۱۹۴۶-۱۹۵۸). م

۲۵ - Charles Eisenmann

۲۶ - Cf. à propos de la confusion entre droit et science du droit, les observations de Ch. Atias (*Epistémologie juridique*, Paris, puF, 1985, p. 31).

اساسی جمهوری چهارم، نهادها بوده است^{۲۷}، در حالیکه موضوع حقوق اساسی جمهوری پنجم^{۲۸} - الحاقی به دیگر حقوق اساسی معاصر - علاوه بر نهادها، سیستم منابع یا سیستم هنجاری و نیز حمایت از آزادیها و حقوق بنیادین نیز می باشد. به منظور وضوح مطلب^{۲۹}، حقوق اساسی نهادی^{۳۰}، حقوق اساسی هنجاری^{۳۱} و حقوق اساسی جوهری^{۳۲}، مربوط به سه موضوع حقوق اساسی نوین: نهادها، هنجارها و آزادیها، را متمایز می نماییم.

الف - نهادها: حقوق اساسی نهادی

این بخش عبارتست از موضوع سنتی حقوق اساسی در فرانسه پس از آخرین جنگ: شرح نهادهای سیاسی که چهار بخش تئوری کلی^{۳۳}، نهادهای سیاسی خارجی، تاریخ نهادهای سیاسی فرانسه و نهادهای سیاسی جمهوری پنجم را در بر می گیرد. درس حقوق اساسی عادی، اصولاً درس نهادهای سیاسی است و این امر با عنوان رسمی پیش بینی شده برای سال اول حقوق، یعنی «درس حقوق اساسی و نهادهای سیاسی^{۳۴}» سازگاری دارد. مسایل حقوقی، چه آنهایی که به سیستم هنجاری^{۳۵} (تئوری منابع و سلسله مراتب هنجارها) و چه آنهایی که

۲۷ - در تایید این مطلب، میتوان به فرازی از کتاب پروفسور موريس دو ورژه اشاره نمود. ایشان در تعریف حقوق اساسی می گویند: «به نظر ما، حقوق اساسی عبارتست از این شاخه از حقوق عمومی که سازماندهی و طرز کار نهادهای سیاسی یک دولت-کشور را قاعده مند می نماید. بنابر این، مطالعه حقوق اساسی یک کشور یعنی شرح دادن نهادهای سیاسی آن» م

DUVERGER (Maurice), Manuel de droit constitutionnel et de science politique, Paris, puf, 5^e édition, 1948, p.27.

۲۸ - جمهوری پنجم فرانسه (۱۹۵۸ تاکنون). م

۲۹ - اگرچه دقت علمی اصطلاحات استفاده شده محل بحث می باشد.

³⁰- Droit constitutionnel institutionnel

³¹- Droit constitutionnel normatif

³²- Droit constitutionnel substantiel

۳۳ - که به صورت گسترده ای تئوری کلی نهادهای سیاسی از منظر فرانسوی است.

۳۴ - از سال ۱۹۵۴ درس حقوق اساسی در دانشکده های حقوق تحت عنوان حقوق اساسی و نهادهای سیاسی رایج می شد، لذا پروفسور فاورو به این امر اشاره می نمایند. اما باید اشاره نمود که از سال ۱۹۹۷، با اصلاح برنامه آموزشی دانشگاه ها در فرانسه، درس حقوق اساسی دوباره همانند قبل از سال ۱۹۵۴، تحت عنوان حقوق اساسی (بدون ذکر نهادهای سیاسی در تیتراژ) رایج می گردد. این تغییر عنوان بدون شک بی دلیل نبوده است. م

³⁵- Système normatif

به خود نهادها مربوطند، عموماً در آخر درسها در مورد جمهوری پنجم مورد بررسی قرار می‌گیرند. در واقع اگر معمولاً به قواعد قابل اعمال بر حوزه بندی انتخاباتی، هزینه احزاب و تبلیغات انتخاباتی، حق رای و انتخاب پذیری و غیره پرداخته می‌شود، عموماً به مسایل حقوقی مربوط به این موضوعات کمتر توجه می‌گردد.

به علاوه، مطالعه نهادها به نهادهای سیاسی محدود می‌شود، در حالیکه حقوق اساسی - آنچه که امروزه منظور اکثر کشورها است - به نهادهای اداری (خصوصاً محلی) و نهادهای قضایی نیز گسترش یافته است. این امر مسلماً - حداقل برای نهادهای اداری - به شکل دولت - کشور (فدرال، شبه فدرال، خودمختار یا بسیط) وابسته است. ولی نمی‌توان از این پس حتی در یک دولت - کشور بسیط همانند فرانسه، بنیانهای اساسی نهادهای اداری و نیز نهادهای قضایی را بررسی نمود. واقعیت اینست که سنت فرانسوی در این حوزه، به این انگیزه که قانون اساسی نمی‌تواند غیر از دستورات راجع به نهادهای سیاسی را در بر گیرد، مخالف گنجانیدن نهادهای اداری و قضایی در حقوق اساسی می‌باشد.^{۳۶} اما این امر در حقوق تطبیقی و حتی در حقوق نوین فرانسه، کاملاً مردود است. چه کسی، پس از تصمیمات مورخ ۲۵ فوریه ۱۹۸۲،^{۳۷} ۲۲ ژوئیه ۱۹۸۰^{۳۸} و ۲۳ ژانویه ۱۹۸۷^{۳۹} شورای قانون اساسی^{۴۰}، می‌تواند به صورت جدی از این اندیشه دفاع نماید که بنیانهای اساسی سازمان قضایی به حقوق اساسی مربوط نمی‌شوند؟ خلاصه اینکه حقوق اساسی نهادی، مطالعه نهادهای سیاسی و مسایل حقوقی مطروحه توسط آنها و نیز مطالعه بنیانهای اساسی نهادهای اداری و قضایی را در بر می‌گیرد.

۳۶ - حتی شارل ایزنمن در سال ۱۹۵۰ با این نظر موافق است. او تحلیل استاد پرلو را نمی‌پذیرد. به موجب تحلیل پرلو «حقوق اساسی مطالعه ساختار تمام نهادهای دستگاه حکومتی را در بر می‌گیرد، یعنی ساختار اداره و دادگاهها همانند ساختار نهادهای عالی پارلمان یا دولت». به نظر ایزنمن، در واقع، «باید به عنوان امر سنتی و مشروع پذیرفت که حقوق اساسی به مطالعه مسایل و قواعد مربوط به نهادهای عالی دولت - کشور، یعنی بنیانهای اساسی سازمان سیاسی، محدود می‌گردد».

Cours de droit constitutionnel comparé, 1950 - 1951, p. 37.

^{۳۷} - 82-137 DC et 82-138 DC, Décentralisation, *GD*, 5^e éd., n° 34.

^{۳۸} - 80-119 DC, Validation d'actes administratifs, *GD*, 5^e éd., n° 31.

^{۳۹} - 86-224 DC, Conseil de la concurrence, *GD*, 5^e éd., n° 43.

^{۴۰} - Conseil constitutionnel

شورای قانون اساسی، قاضی اساسی در فرانسه می‌باشد. شورای نگهبان در ایران به نوعی معادل این نهاد سیاسی - قضایی در فرانسه است. م

ب- هنجارها: حقوق اساسی هنجاری

حقوق اساسی هنجاری یا حقوق اساسی ریشه ای^{۴۱} می بایست در صدر شمارش موضوعات حقوق اساسی می آمد. ولی ورود آن با تمام ابعادش به حقوق اساسی چندان در فرانسه متداول نیست، لذا ترجیح دادیم تا آن را در وهله دوم تشریح نماییم. حقوق اساسی هنجاری در برگزیده مفهومی است که برخی از آن با عنوان سیستم منابع حقوق^{۴۲} نام می برند^{۴۳} و ترجیح می دهیم آن را سیستم هنجاری نام نهیم. به مرور زمان، در حقوق فرانسه روشن گردید که سیستم منابع به قانون اساسی وابسته است، در حالیکه این موضوع از مدتها پیش در حقوق تطبیقی پذیرفته شده است^{۴۴}.

سیستم هنجاری، شبکه پیچیده ای را تشکیل می دهد که به طرز چشم گیری با ترکیب اصول ۲، ۱۱، ۱۶، ۳۴، ۳۷، ۳۸، ۴۱، ۴۵، ۴۶، ۵۳، ۵۴، ۵۵، ۷۲، ۷۳، ۷۴، ۸۹، و ۹۲ قانون اساسی جمهوری پنجم سازماندهی شده است. روش ترتیب، تکمیل و ارتباط هنجارهای ملی و هنجارهای محلی، هنجارهای ملی و هنجارهای بین المللی و طبقه های مختلف هنجارهای ملی در بین خود، هم چون حرکت ساعت دقیقی می باشد که شورای قانون اساسی تنظیم آنرا تضمین می نماید. همانگونه که در مقدمه همایش راجع به «نگارش قانون اساسی» ذکر نموده ایم، این امر دارای مکانیسم پیچیده ای است، به این صورت که «قضات - قانون ساز^{۴۵}» شورای دولتی^{۴۶} در زمان نگارش قانون اساسی با دقت ویژه ای قطعات آن را ساخته و قضات

^{۴۱}- Droit constitutionnel fondamental

^{۴۲}- Le système des sources du droit

۴۳ - مساله ای که عادتاً در حقوق فرانسه، در ضمن مقدمه علم حقوق که غالباً مقدمه علم حقوق خصوصی است، بررسی می گردد.

۴۴ - فقط کافی است تا در حقوق اساسی آلمان و ایتالیا جایگاهی را دید. که برای منابع حقوق در نظر گرفته شده است. مثلاً در تفسیر مجموعه قوانین مدنی ایتالیا، بخش منابع حقوق به اساسی دان الکساندرو بیزوروسو واگذار شد که او یک جلد ششصد صفحه ای را به این موضوع اختصاص داده است.

In Commentario del Codice civile (a cura di A. Scialoja e G. Branca) : A. Pizzorusso, Fonti del Bologna/Roma, 1977, 597 pages.

^{۴۵}- Les légistes-juges

^{۴۶}- Conseil d'Etat

شورای دولتی مهمترین مرجع قضایی اداری در فرانسه است. به نوعی دیوان عدالت اداری در ایران را می توان معادل این نهاد قضایی در فرانسه دانست. م

شورای قانون اساسی آنها را به کار گرفته اند.^{۴۷} تنها با توسعه تدریجی رویه قضایی اساسی قادر به درک قابلیت‌ها و پیچیدگی‌های سیستم هنجاری فرانسه هستیم.^{۴۸} اما در حقوق تطبیقی، سیستم‌های منابع پیچیده تری را می‌توان یافت، به ویژه در دولت - کشورهای مرکب، فدرال یا شبه فدرال.

در نهایت، می‌توانیم حداقل سه وضعیت را متمایز نماییم. برخی مواقع فقط یک طبقه منابع وجود دارد (منابع ملی، مثلاً در ژاپن)، برخی مواقع دو طبقه منابع موجود است (منابع بین‌المللی و ملی، مثلاً در فرانسه یا در هلند، منابع ملی و محلی، مثلاً در ایالات متحده)، یا برخی مواقع سه طبقه منابع وجود دارد (منابع بین‌المللی، ملی و محلی، مثلاً در آلمان فدرال، ایتالیا و اسپانیا). این موضوع به قانون اساسی بستگی دارد و لذا در حوزه صلاحیت حقوق اساسی است. لزومی ندارد که بر اهمیت سیستم منابع در کشورهای مختلف تأکید نمود، چرا که اهمیت آن حداقل به اهمیت مسأله نهادها است.

ج- آزادیها: حقوق اساسی جوهری

منظور از این اصطلاح، حقوق اساسی آزادیها است که حقوق اساسی ارتباطی^{۴۹} نیز نامیده می‌شود.^{۵۰} در فرانسه مرسوم نیست که آزادیها را در بطن حقوق اساسی بررسی نمایند. ولی در حقوق تطبیقی، این موضوع (عدم بررسی آزادیها در بطن حقوق اساسی) استثنا می‌باشد نه قاعده، زیرا در اکثر نظام‌های نوین غربی، حمایت و شناسایی آزادیها و حقوق بنیادین یکی از شاخه‌های بسیار مهم حقوق اساسی را تشکیل می‌دهد. این موضوع یکی از الزامات حقوق اساسی نوین می‌باشد. مسلماً شاید این امر ما را به فکر حیات دوباره دکترین‌های دوگی و

⁴⁷- Voir notre rapport introductif à paraître in *L'écriture de la Constitution*, colloque d'Aix-en-Provence, septembre 1988.

⁴⁸- Nous avons entrepris d'explorer et de faire explorer ce champ de recherches depuis 1977 avec le colloque sur la loi et le règlement (*le domaine de la loi et du règlement*, 1978, rééd. 1982, Economica et PUAM) en faisant soutenir ou en faisant préparer des thèses sur les articles 37 alinéa 2 (en voie d'achèvement), 38 (en préparation), 41 (en préparation), 46 (en préparation), 53 et 54 (P. Gaia, Le Conseil constitutionnel et le contrôle de l'intégration des engagements internationaux dans l'ordre juridique interne, Thèse Aix-Marseille III, 1990), 72 (C. Bacoyannis, Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales, Thèse Aix-Marseille III, 1989, sous presse), 73 (F. Miclo, Le régime législatif des DOM et l'unité de la République, PUAM et Economica 1982), 74 (en préparation), 92 (en préparation). Se rattache également à cette exploration du champ des sources du droit, et notamment à l'article 2 de la Constitution, la thèse de R. Debbasch, *Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République*, Aix-Marseille III, 1987, publié aux PUAM et Economica, 1988.

⁴⁹- Le droit constitutionnel relationnel

⁵⁰- Notamment dans nos chroniques à la *Revue du droit public*.

هوریو بیندازد که خصیصه اساسی و حتی فرا اساسی برای اعلامیه های حقوق قائل می شدند. ولی همان گونه که ایزنمن، از سال ۱۹۲۸ بیان نموده است، این ساختارها بیشتر به حقوق طبیعی نزدیک بودند تا به حقوق موضوعه و لذا بیشتر مفهوم سیاسی داشتند تا حقوقی.^{۵۱} در حالیکه امروزه گنجانیدن حقوق و آزادیها در مجموعه اساسی^{۵۲}، نتیجه اراده قانونگذاران اساسی است که مقرراتی همانند نهادها و هنجارها را در متون اساسی به این مقولات اختصاص داده اند.^{۵۳} این امر بیانگر تصحیح شیوه نگرش به قوای حکمرانان می باشد، زیرا مسلماً شناسایی اساسی حقوق و آزادیها برای افراد، تحدید جدی قوای حکمرانان را نتیجه خواهد داشت. حکمرانان نه تنها به قواعد شکلی و رویه ای بلکه به قواعد ماهوی و حقوق جوهری نیز باید احترام بگذارند. افراد دیگر به اکثریت، ولو اینکه در اثر فرایند کاملاً مردم سالار به وجود آمده باشد، اعتماد نمی کنند و مایلند که تصمیمات اکثریت مورد نظارت و بررسی قرار گیرند تا خدشه ای بر حقوق بنیادین آنها وارد نکنند.

۲. تغییر ماهیت حقوق اساسی

به صورت خلاصه می توان گفت که حقوق اساسی جمهوریهای سوم و چهارم به شرح و مطالعه «نهادهایی که به لطف آنها قدرت در یک دولت - کشور، استقرار پیدا می کند، اعمال می شود و انتقال می یابد»^{۵۴}، محدود می شدند. به عبارت دیگر، هدف بررسی استقرار نهادها به صورت مردم سالار و انتخاب نمایندگان توسط مردم در حداکثر شرایط صحت، بود.^{۵۵} این امر اهمیت اعطایی به فرایندهای انتخاباتی، احزاب سیاسی و دیگر بازیگران احتمالی بازی

^{۵۱}- Cf. Ch. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, 1928 (rééd. 1986, PUAM et Economica, p.24-25)

^{۵۲}- L'ensemble constitutionnel

^{۵۳} - در تمام قوانین اساسی اخیر وضعیت به این گونه می باشد.

^{۵۴} M. Prelot et J. Boulouis, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 10^e éd., p.33

این نظر مارسل پرولو بوده است، ولی استاد ژان بولوی نشان می دهد که امور تحول یافته اند. در واقع، مطالعه نهادهای اداری و مراجع قضایی می بایست در حقوق اساسی به همراه هنجارها و آزادیها بررسی شود. او اضافه می نماید که اگر ما وفادار به تعریف کلاسیک باقی می مانیم، این امر جز به دلیل ضرورت حوزه بندی که به مرور زمان غیر منطبق با حقوق موضوعه و توقعات آموزشی می باشد، نیست (پاراگراف ۲۱).

^{۵۵} - امروزه این ارزیابی از پیش سخت تر است. به این معنی که مثلاً ما توقع تقسیم بندی منصفانه حوزه های انتخاباتی را در این مبحث می گنجانیم، ولی همه اینها به حقوق اساسی نهادی مربوط است.

سیاسی و همچنین به مکانیسمهای نهادی همانند به اجرا گذاشتن مسئولیت دولت، انحلال و به طور کلی، روابط بین قوا را توضیح می دهد. این مساله با محتوا و ساختار قوانین اساسی ۱۸۷۵ و ۱۹۴۶ مطابق است. این قوانین اساسی در زمره قوانین اساسی هستند که موضوع آنها اصولاً نهادهاست و هدف آنها تضمین بهترین ابراز اراده عمومی توسط نمایندگانی است که به صورت قانونی انتخاب شده اند. این امر با مفهوم بریتانیایی از مردم سالاری مطابقت دارد و بر اصل مسلم «مثبت نگر» استوار است. به این معنی که اراده ابراز شده توسط اکثریت بر اراده عمومی منطبق است و اقلیتها مورد ستم و عدم توجه اکثریت قرار نخواهند گرفت. بریتانیاییها این امر را به پیش می کشند که فرهنگ سیاسی مردم دارای ماهیتی انتظام بخش است و اراده ابراز شده توسط اکثریت را محدود می نماید. ولی می توان منفی نگر بود و لحاظ نمود که مردم سالاری خصوصاً به نفع بخشی از مردم خواهد بود. به همین دلیل در کانادا، ترک مفهوم محدود بریتانیایی در زمان بازگردانی قانون اساسی، به وسیله گنجانیدن یک اعلامیه حقوق در قانون اساسی صورت پذیرفت. این کار خواسته نخست وزیر تردو^{۵۶} بود، ولی توسط برخی از مخالفانش، به نام درستی مردم سالاری از نوع بریتانیایی، مورد مخالفت قرار گرفت. آقای مورفی این موضوع را به صورت عالی^{۵۷} بیان می نماید^{۵۸}:

در نهایت اساسی دانان پذیرفتند که هر دو روش صحیح بوده است. یقیناً هر دو سیستم به گونه ای هستند که از حقوق افراد با نژاد سفید، زبان انگلیسی، متولد شده در کشور و متعلق به طبقه متوسط حمایت نمایند. ولی در انگلستان، ایرلندیها، هندیها و سیاهان این موضوع را، جدی نمی گیرند که حقوقشان همانند فرانسویان، ژاپنیها، اسکیموها و کاناداییها مورد حمایت قرار می گیرد.

دیگر متخصص آمریکایی، بروس اکرمین^{۵۹}، به روش مشابهی بیان می نماید که در مردم سالاری مونیست^{۶۰} (که مثال آن مردم سالاری بریتانیایی است) ضروری می باشد که «آزادی کامل قانونگذاری به برندگان آخرین انتخابات عمومی تفویض شود» و «در مدت زمان بین دو

^{۵۶}- P. E. Trudeau

^{۵۷}- W. F. Murphy

^{۵۸}- *Constitutions, constitutionalism and democracy*, p.21 (Rapport présenté au colloque international de l'American Council of Learned

آقای مورفی یکی از بهترین متخصصان « سیاست های قضایی» در ایالات متحده است.

^{۵۹}- Bruce Ackerman

^{۶۰}- *La démocratie moniste*

انتخابات، هر نوع نظارت نهادی بر روی برندگان انتخابات ضد مردم سالاری فرض خواهد شد.⁶¹

بنابراین، در مردم سالاریهایی از نوع بریتانیایی یا فرانسوی (سومین و چهارمین جمهوری)، مسائل نهادی و انتخاباتی موضوع تقریباً انحصاری حقوق اساسی می باشند. اما در حقوق اساسی که امروزه در اکثر کشورهای غربی وجود دارد و ظاهراً سرمشق کشورهای شرق اروپا، در جستجوی حاکمیت قانون، قرار می گیرد، موضوع این گونه نیست. زیرا این اندیشه حاکمیت قانون است که حقوق اساسی نوین را تسخیر می نماید. تمام نهادها (حتی پارلمان) ملزم به محترم شمردن قواعد حقوقی می باشند، به ویژه قواعدی که حقوق بنیادین را مورد حمایت قرار می دهند. این امر به گونه ای است که جز با استفاده از شیوه های هنجاری متناسب و در واقع با کسب اکثریتهای مشخص شده برای تصویب محدودیت، نهادها نمی توانند این حقوق را محدود نمایند یا مورد خدشه قرار دهند. بنابراین روشن می گردد که سه موضوع حقوق اساسی نوین - نهادها، هنجارها و آزادیها - پیوند محکمی با یکدیگر دارند و مجموعه واحدی را تشکیل می دهند.

مبحث دوم - تعریف حقوق اساسی

هدف، ارایه تعریفی است تا کمی وضعیت فعلی حقوق اساسی را روشن نماید، لذا به هیچ وجه ادعای دقت علمی ندارد. سه پیشنهاد تدریجاً ارایه می گردند: حقوق اساسی باید به عنوان ۱- حقوق، ۲- حقوق قانون اساسی، ۳- حقوق قانون اساسی تضمین شده توسط قاضی⁶²، تلقی گردد.

⁶¹ B. Ackerman, *Dualistic Democracy*, communication au colloque international sur 1789 et l'invention de la Constitution (Paris, AFSP, 2, 3 et 4 mars 1989).

۶۲ - مراد نویسنده اصولاً عبارتست از قضات اساسی یعنی قضات یا نهادهایی که بر مطابقت یا عدم مخالفت قوانین با قانون اساسی و نیز با آزادیهای بنیادین نظارت مینمایند. در ایالات متحده امریکا این وظیفه توسط دادگاههای عادی و خصوصاً دیوان عالی فدرال انجام میپذیرد. در فرانسه این مهم بر عهده شورای قانون اساسی گذاشته شده است. م

۱. حقوق اساسی به عنوان حقوق: ردّ محوریت سیاست^{۶۳}

همان گونه که استاد ودل^{۶۴} اشاره نمود، امروزه اساسی دانان هیچ گونه تردیدی ندارند که حقوق اساسی را به عنوان حقوق در نظر بگیرند و لذا به عنوان حقوقدان رفتار نمایند.

الف- سیاست دانان از جهات مختلفی نسبت به این امر معترض هستند. فصل مشترک اعتراضهای آنان این نکته است که اساسی دانان صلاحیت سخن گفتن از پدیده سیاسی با واژه های حقوقی را ندارند. به نظر آنان، اساسی دانان تنها به دلیل صنفی گرایی و انجام یک «عملیات بسته» با هدف انحصاری کردن مباحث و ممنوع نمودن دیگر متخصصان (خصوصاً متخصصان علوم سیاسی) از دسترسی به آنها این کار را انجام می دهند. ملاحظه می نمایم که حداقل برخی از سیاست دانان در حالت دفاعی هستند (چیزی که مدتهای مدید پیش نیامده بود) و عموماً به وسیله واژه های شبه نظامی، با صحبت کردن از «استراتژی روشنفکری یا دانشگاهی»^{۶۵} یا از «شلیک» و غیره، حرف خود را بیان می نمایند. به صورت جدی تر و از نظر ماهوی، این انتقادات به مساله ای بر می گردند که می توان آنرا «محوریت سیاست» نام نهاد. به موجب «محوریت سیاست»، پدیده اساسی و سیاسی به طریقه ای غیر از نقطه نظر سیاسی قابل فهم نیست. در واقع اگرچه انحصار نگرش سیاسی زمانی صحیح بوده است، باید بیان نمود که این نگرش دیگر مناسب نیست، زیرا مربوط به موقعیت خاص و زمان خاص بوده است.

این نگرش صیغه غلیظ فرانسوی دارد. سیاست دانان عمدتاً بر ارایه (ستی) فرانسوی حقوق اساسی استدلال می کنند و نه بر ارایه ای که امروزه نه تنها در ایالات متحده بلکه در اکثر کشورهای اروپای غربی دارای دادگستری اساسی، حاکم است. متهم نمودن اساسی دانان فرانسوی به استفاده از لغات و زبان ویژه ای - اگر نگوئیم رمزگذاری شده- باعث می شود که به آنها مظنون باشیم که طی حداقل چهل سال، توطئه وسیعی را انجام داده اند. هدف آنها از این توطئه این بود که اساسی دانان اتریشی، آلمانی، ایتالیایی، سویسی و آمریکایی را مجبور نمایند تا (قبل از فرانسویان) بمانند آنها بحث نمایند، و در این راه توجهی به اساسی دانان اسپانیایی، پرتغالی، یونانی، بلژیکی و غیره نداشتند. حتی از نقطه نظر کاملاً فرانسوی، چنین

⁶³- Rejet du politico-centrisme

⁶⁴- Dans cette même Revue, p. 7.

اشاره نویسنده به مقاله پروفیسور ژرژ ودل می باشد که در مجله فرانسوی حقوق اساسی (شماره یک) در سال

۱۹۹۰ منتشر شده است. م

⁶⁵- Cf. Gaxie, *op. cit.* note 5.

نگرشی امروزه قدیمی شده است، لذا نامناسب و ناقص می باشد. در واقع هدف سیاست دانان معمولاً حقوق اساسی مبتنی بر تفسیر متون است و احیای کنونی حقوق اساسی را به عنوان برگشت به وضعیت قبل از جنگ می دانند. در حالیکه آنها به این موضوع توجه ندارند که حقوق اساسی کنونی، نه بر تفسیر تئوریک متون، بلکه بر تفسیر فزاینده رویه قضایی استوار می باشد که تا به حال^{۶۶} وجود نداشته و هرگز اینگونه توسط سیاست دانان^{۶۷} مطالعه نشده است. به علاوه سیاست دانان حقوق اساسی را به صورتی در نظر می گیرند که فقط به نهادها، یعنی فقط به یکی از سه موضوعات حقوق اساسی فعلی می پردازد. تمام توجه سیاست دانان و نهاد دانان بر روی سیستمهای انتخاباتی، احزاب سیاسی، پارلمان، مجریه و روابط بین آنها متمرکز شده است. حقوق اساسی هنجاری و حقوق اساسی جوهری در پژوهشهای آنها فراموش شده اند. در نتیجه اگر سیاست دانان بتوانند در اثر مطالعه نهادها، بدون در نظر گرفتن رویه قضایی اساسی، به نتایجی دست یابند، این نتایج نسبت به پیکره کنونی حقوق اساسی، ناقص و غیر دقیق می باشند.

ب- در جریان مطالعه حقوق اساسی به عنوان حقوق، اساسی دانان مجبورند تا از اصطلاحات حقوقی استفاده نمایند که پیچیده تر از اصطلاحات سیاست دانان نیست. ولی امکان دارد که استفاده از واژگان جدید در مورد مفاهیم جدید حقوق اساسی نوین ضروری شود.^{۶۸} مثلاً نمی توان دیوانهای عالی^{۶۹} را با دیوانهای اساسی^{۷۰} خلط نمود.^{۷۱} اینها دو نوع

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

۶۶ - موضوع عبارتست از رویه های قضایی دیوانهای قانون اساسی آلمان، اتریش، ایتالیا، اسپانیا، پرتغال و بلژیک که تا کنون به صورت وسیعی ناشناخته بودند و ما در سالانه بین المللی دادگستری اساسی از سال ۱۹۸۵ با آنها آشنا می گردیم. همچنین باید بر ادبیات حقوقی وسیعی که بر موضوع تفسیر رویه ای در آلمان فدرال، در ایتالیا، در اتریش و امروزه در اسپانیا و در پرتغال اختصاص داده شده اند، توجه نمود، که سیاستدانان همانند نهاد دانان و نظریه پردازان یا فیلسوفان حقوق از آنها کاملاً بی خبرند.

۶۷ - به غیر از سیاستدانان آمریکایی.

۶۸ - Voir en ce sens B. François, cette *Revue* (RFDC n° 1), p. 52. On se réfèrera aussi aux sages réflexions de Georges Lavau (in *Politics*,) n° 7-8, 1989, p.135

۶۹ - Cours suprêmes

۷۰ - Cours constitutionnelles

۷۱ - لذا ما معتقدیم که خلط صورت گرفته توسط سنی، همون و وینر با آنچه که به صورت عمومی در حقوق اساسی تطبیقی پذیرفته شده است، سازگار نیست.

مرجع قضایی اساسی^{۷۲} («مرجع قضایی اساسی» واژه عام می باشد) هستند که به دو مدل مختلف تعلق دارند. به ذهن هیچ کس نخواهد آمد تا از «نظام پارلمانی ریاستی» سخن گوید، به همین منوال، نمی توان اصطلاح «دیوان عالی اساسی» را استفاده نمود. نظام پارلمانی و نظام ریاستی دو نوع نظام مردم سالاری لیبرال هستند و صفت مردم سالاری لیبرال نباید موجب خلط این دو گردد. وضعیت «دیوانهای عالی» و «دیوانهای اساسی» نسبت به دادگستری اساسی نیز به همین صورت است.

۲. حقوق اساسی به عنوان حقوق قانون اساسی: ردّ محوریت حقوق اداری^{۷۳}

الف- مدت زمان مدیدی، حقوق اداری شاخه برتر حقوق عمومی بوده است، بنابراین طبیعی به نظر می رسد که با استفاده از رویه قضایی شورای دولتی، مفاهیم و اصطلاحات خود را حاکم نموده است. اما از زمان توسعه حقوق اساسی رویه ای^{۷۴} با تکیه وسیع بر حقوق اساسی از همین نوع، که قبلاً به صورت استوار در حقوق تطبیقی معمول شده بود، داده های مساله تغییر کرده اند؛ مفاهیم و تعاریف، دیگر یکی نمی باشند زیرا حقوق قانون اساسی، حقوق اداری نیست. مثلاً «اصطلاح آزادیهای بنیادین»^{۷۵} یا «حقوق بنیادین» که به صورت معمول در حقوق اساسی تطبیقی استفاده می شوند، دقیقاً همان معنایی را که از «آزادیهای عمومی»^{۷۶} افاده می شود، دارا نیستند. آزادیهای عمومی اصولاً به آزادیهای اطلاق می شود که در مقابل قوه مجریه، طبق قانون و توسط قاضی عادی (اداری یا عمومی) مورد حمایت قرار می گیرند. در حالیکه آزادیهای بنیادین به آزادیهای اطلاق می گردد که طبق متون اساسی یا بین المللی و توسط قاضی اساسی یا قاضی بین المللی در مقابل قوای مجریه و مقننه مورد حمایت قرار می گیرند. همچنین به وسیله برداشتها و مفاهیم حقوق اداری نمی توان مرجع قضایی اساسی را تعریف نمود؛ خصیصه های بارز دادگستری اساسی باید از تئوری دادگستری اساسی استخراج گردند که در حقوق تطبیقی می توان یافت. بدون رجوع به معیارهای عمومی نظامهای پارلمانی و ریاستی که در حقوق اساسی تطبیقی پذیرفته شده است، نمی توان صفت «پارلمانی» یا «ریاستی» را به یک نظام سیاسی اعطا کرد. بنابراین باید از «محوریت حقوق اداری»^{۷۷} کنار کشید؛ مفاهیم و فنون استفاده شده در مورد حل و فصل

⁷²- Juridictions constitutionnelles

⁷³- Rejet de l'administrativo-centrisme

⁷⁴- Le droit constitutionnel jurisprudentiel

⁷⁵- Les libertés fondamentales

⁷⁶- Les libertés publiques

۷۷- برای توضیح کاملتر این ایده، به اثر ذیل مراجعه شود.

دعاوی اساسی^{۷۸} یقیناً بسیار مدیون حل و فصل دعاوی اداری^{۷۹} اند، ولی نمی توان یک ماهیت کامل و ضروری بین دو شیوه حل و فصل دعاوی استخراج نمود. در واقع اگر حل و فصل دعاوی اداری مربوط به حقوق داخلی و مختص سیستم فرانسوی است، حل و فصل دعاوی اساسی به حقوق تطبیقی مربوط است و جز با نگاه بر آن قابل فهم نیست.

ب- ردّ محوریت حقوق اداری به این معنی نیست که حقوق اداری الهام بخش رویه قضایی اساسی و در نهایت حقوق اساسی نمی باشد. در واقع بر اساس پدیده ای در حقوق ایتالیا تحت نام «نظریه حقوق زنده»^{۸۰} معروف است، قاضی اساسی فرانسه، بدون شک ساختارها و استدلالات بنا شده توسط قاضی اداری یا قاضی عمومی را در حقوق قانون اساسی می گنجانند.^{۸۱} به عبارت دیگر تدریجاً نوعی «تحکیم» راه حلهای برگرفته شده از رویه قضایی اداری توسط قاضی اساسی مشهود است.^{۸۲} لذا ساختارها و فنون حقوق اداری رویه ای در حقوق اساسی گنجانده شده اند. اما باید توجه داشت که به محض گنجانده شدن، این ساختارها و فنون اساسی می شوند و از این پس تنها قاضی اساسی - نه قاضی اداری یا عمومی - می تواند در آنها تحول ایجاد کند. مطالعه ای کامل تر جهت تعیین ارزش دقیق تحکیم راه حلهای رویه قضایی اداری توسط قاضی اساسی ضروری می باشد.

۳. حقوق اساسی به عنوان حقوق قانون اساسی تضمین شده توسط قاضی: ردّ محوریت مدل آمریکایی^{۸۳}

الف- حقوق اساسی یک حقوق تضمین شده توسط قاضی می باشد. بدون شک در بریتانیای کبیر یا هلند هرچند قاضی ضامن احترام به قانون اساسی وجود ندارد، حقوق اساسی موجود است. هم چنین در جمهوریهای سوم و چهارم، علی رغم فقدان قاضی اساسی، حقوق اساسی وجود داشته است. اما حقوق اساسی نوین، به سختی تحمل خواهد کرد که بدون

J. C. Escarras, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. II, 1986, p. 26.

⁷⁸ - Contentieux constitutionnel

⁷⁹ - Contentieux administratif

⁸⁰ - Cf. G. Zagrebelsky, *La doctrine du droit vivant*, *AJIC*, 1986, vol. II, p. 54 et s.

⁸¹ - Cf. J. C. Escarras, *op. cit.*, note 33.

۸۲ - به عنوان مثالهای جدید می توان به رویه قضایی مربوط به حق اعتصاب در خدمات عمومی یا مربوط به جریمه در بزرگراه ها اشاره نمود.

⁸³ - Rejet de l'américano-centrisme

تضمین اعمال آن توسط قاضی اساسی به عنوان یک حقوق تلقی شود. امروزه حقوق اساسی آلمان، آمریکا، اتریش، کانادا، اسپانیا، ایتالیا، یونان، پرتغال، سوئیس و غیره، به صورت وسیعی حقوق رویه ای^{۸۴} هستند. به زودی حقوق اساسی بلژیک نیز به دلیل اینکه صلاحیتهای دیوان داوری^{۸۵} اخیراً افزایش یافته است به همین صورت خواهد شد^{۸۶}. تردیدی نیست که در فرانسه نیز وضعیت بدین گونه می باشد. مداخله قاضی اساسی، همانند دیگر کشورهای که از دادگستری اساسی بهره مندند، حقوق اساسی فرانسه را متحول کرده است.

ب- در اینجا منظور عبارتست از اعمال و تضمین توسط قاضی اساسی و نه توسط قضات عادی. یقیناً قضات عادی می توانند در توسعه حقوق اساسی کاربردی^{۸۷} سهیم باشند، اما حقوق اساسی، به معنای نوین آن، بدون قاضی اساسی وجود ندارد. مراد از قاضی اساسی در حقوق تطبیقی، هر قاضی می باشد که نه تنها وجود آن بلکه ترکیب و وظایف آن توسط قانون اساسی پیش بینی و تضمین شده است و تنها قوه موسس می تواند تصمیمات وی را نقض کند. لذا بر اساس رویه قضایی شورای قانون اساسی، وجود قاضی اداری توسط قانون اساسی تضمین گردیده است. ولی این امر بدین معنی نیست که قانونگذار نتواند ترکیب و روش استخدام شورای دولتی یا دادگاه های اداری یا وظایف آنها را اصلاح نماید و یا حتی از طریق قانونگذاری عادی، با رویه قضایی آنها مخالفت کند یا آن را از بین ببرد.

ج- زمانی که حقوق اساسی یک حقوق رویه ای می گردد، تمایل زیادی وجود دارد تا به طرف نمونه آمریکایی روی آورد و به تئوریهای تفسیر قضایی قانون اساسی، به گونه ای که در ایالات متحده شکوفا شده^{۸۸} ملحق شود. در آن کشور جوهره مسائل اساسی بر روی تفسیر قضایی قانون اساسی متمرکز است، در حالیکه در اروپا به جز توجهی بسیار محدود، اگر نگوییم غیر موجود، این موضوع در حقوق اساسی وجود نداشته است. بنابراین نباید از یک افراط به افراط دیگری وارد شد و لحاظ کرد که از این پس همه چیز بر «تفسیر واقع گرایانه» از قانون اساسی استوار است. مسلماً ره آورد این شیوه به هیچ وجه قابل انکار نیست و

^{۸۴}- Les droits jurisprudentiels

^{۸۵}- La Cour d'arbitrage

۸۶- این امر امروزه کاملاً محقق شده است. مجله بلژیکی حقوق اساسی همواره در ستون ویژه خود رویه های دیوان داوری را مورد بررسی قرار می دهد.

^{۸۷}- Le droit constitutionnel appliqué

۸۸- برای فهرستی عالی در این موضوع، به اثر ذیل مراجعه شود.

F. Michaut, L'inscription de la décision judiciaire dans un système judiciaire. Réflexions sur l'évolution de la doctrine américaine contemporaine, *RDP*, 1989, n° 4, p. 1009 et s.

کارهای میشل ترورپر از این منظر ارزشمند می باشند.⁸⁹ ولی مجرای بحث تئوریکی که می توان در این مورد گشود - و می تواند در این مجله ادامه یابد- نه بر روی درستی این تحلیل بلکه باید بر جایگاه آن در مسائل اساسی معطوف گردد. به نظر ما، تفسیر واقع گرایانه قانون اساسی نباید همه زمین را در دست گیرد و لذا هم چون محوریت سیاست و محوریت حقوق اداری که رد گردیده اند، محوریت مدل آمریکایی نیز باید کنار گذاشته شود. و این کنار گذاشتن به چند دلیل می باشد.

اولاً، اوضاع و احوال نهادی و حقوقی در اروپا و ایالات متحده یکسان نیستند. قدمت قانون اساسی آمریکا دو قرن است و موضوع ده ها هزار تصمیم تفسیری قرار گرفته است، در حالی که نگارش قوانین اساسی کشورهای اروپایی جدیدتر و مدرن تر است. قوانین اساسی اروپایی، اراده قانونگذاران اساسی بر تحقق نظم خاص حقوقی و سیاسی را ابراز می نمایند که به سختی می توان آنرا به نام تفسیر واقع گرایانه قانون اساسی که هر نوع اختیاری را برای مفسر به ویژه برای قاضی می شناسد، فراموش نمود یا خنثی کرد. ثانیاً، اصل مساله در ایالات متحده بر روی شیوه در نظر گرفتن حقوق بنیادین و نیز تحمیل احترام به آنها بر قانونگذار، استوار است. در واقع در ایالات متحده موضوع عبارتست از بحث بر روی «اصول بی طرف»⁹⁰، یا در تقابل قرارداد «تفسیر برداران»⁹¹، یا «غیرتفسیر برداران»⁹²، یا همانند عنوان یکی از کتابهای فردی که به منزله علمدار دکترین آمریکایی در این زمینه است (دو کینگ taking rights seriously)، همه چیز حول تعریف حقوق بنیادین و این امر که آیا با تعریف این حقوق، قاضی وفادار به قانون اساسی مانده است یا خیر، دور می زند. این نگرش، تقریباً به صورت انحصاری بر یکی از موضوعات حقوق اساسی تاکید می نماید و از دیگر موضوعات غافل مانده است. لذا این نگرش، از نگرشی که حقوق اساسی را با حقوق نهادها یکسان می داند، رضایت بخش تر نیست. نهایتاً، در ایالات متحده آن چنان تاثیر متقابل بین حقوق اساسی و دیگر گرایشهای حقوق وجود دارد که بحث بر روی تعاریف حقوق بنیادین، در حقیقت، به یک بحث فلسفی درباره تعریف حقوق منجر می شود. در حالیکه در اروپا، ما

⁸⁹ Cf. dans cette *Revue*, justice constitutionnelle et démocratie, *supra*, p. 31.

اشاره نویسنده به مقاله پروفسور میشل ترورپر می باشد که در مجله فرانسوی حقوق اساسی (شماره یک) تحت

عنوان دادگستری اساسی و مردم سالاری منتشر شده است. م

⁹⁰ - Les principes neutres

⁹¹ - Interprétivistes

⁹² - Non-interprétivistes

با رسیدن به چنین حد تأثیر متقابل بین حقوق اساسی و دیگر گرایشهای حقوق فاصله داریم. بنابراین، نتایج به دست آمده از تجربه آمریکایی ارزش همگانی ندارند و به همان شکل موجود قابل انتقال نیستند. با این وجود، این مساله صحت دارد که حقوق اساسی، تحمیل کردن خود را به عنوان بنیان گرایشهای دیگر حقوق و بنابراین به عنوان «اساس حقوق» آغاز نموده است.

بخش دوم: حقوق اساسی، اساس حقوق

بحث در اینجا کوتاه تر خواهد بود. زیرا فقط خطوط اصلی تحولی که در حال شکل گیری است، قابل ارایه هستند. شایسته است تا به صورت منظم به این موضوع برگشت. به مرور زمان، در اثر اعمال و تفاسیر قانون اساسی توسط قاضی اساسی و نیز با به اجرا در آوردن هنجارهای اساسی استخراج شده با این شیوه توسط مقامات سیاسی و اداری و نیز توسط مراجع قضایی، ما با اساسی سازی تدریجی گرایشهای مختلف حقوق و در نتیجه با نسبی شدن فزاینده تمایز بین حقوق عمومی و حقوق خصوصی مواجه می شویم.

مبحث اول- اساسی سازی تدریجی گرایش های مختلف حقوق

۱. وقتی که ما به صورت تنها در سال ۱۹۸۰^{۹۳} مساله اساسی سازی تدریجی گرایش های مختلف حقوق را تصدیق می نمودیم، این مساله با نوعی تردید مواجه می شد. مساله اساسی سازی ده سال بعد به صورت خیلی فراگیر توسط متخصصان حقوق کیفری، حقوق اداری، حقوق تجارت یا حقوق اجتماعی پذیرفته شده است. برای ذکر یک مثال کاملاً بارز در این مورد، نظر یکی از بزرگترین متخصصان حقوق کار، پروفیسور لیون کان، را بیان می کنیم که ستون ویژه ای را به «رویه قضایی شورای قانون اساسی راجع به حقوق کار» اختصاص داده: این ستون ویژه به نظر متخصصان حقوق اساسی سبک می آید.^{۹۴} هدف این است که به متخصصان حقوق کار، بنیانهای اساسی رشته شان را بشناسانند. این امر به اندازه ای ضروری می باشد که مراجع قضایی کار (و دیگران) کم کم تصمیمات خود را بر اصول اساسی بنا می کنند. همزمان، ویژگی ذاتاً متناقض حقوق کار به وسیله دوگانگی منابع اساسی اش توضیح داده می شود.

^{۹۳}- Cf. L'apport du Conseil constitutionnel au droit public, *Pouvoirs*, n° 13, 1980, p. 17 et s. L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit, *Mélanges L. Hamon*, p. 235 et s.

به همین شیوه، می توان به آنچه که مدیر مجله شرکتها در مورد تصمیمات شورای قانون اساسی مورخ ۱۹۸۶ اشاره نمود (که بر نقش هر چه بیشتر شورای قانون اساسی در حقوق تجارت گواهی می دهد) حوزه ای که به طریق اولی از قواعد بنیادی طرز کار جامعه سیاسی فاصله دارد.^{۹۵} در حقوق کیفری، علاوه بر برخی مطالعات متمرکز شده بر اساسی سازی حقوق کیفری و آیین دادرسی کیفری توسط برخی متخصصان این رشته^{۹۶}، می بینیم که مجله علوم جنایی، با ترغیب مدیرش، پرونده ای ویژه در حقوق تطبیقی را راجع به این مساله منتشر نموده است.^{۹۷} همین بیان می تواند برای موضوعات حقوق عمومی، چه در مالیه عمومی^{۹۸}، چه در حقوق اداری^{۹۹} یا در آزادیهای عمومی^{۱۰۰} ارایه گردد. این مساله امروزه عادی شده است، لذا در این مورد، فقط به دلیل اهمیت آن چون توسط یکی از اعضای شورای دولتی بیان می شود، مطلب ذیل را ذکر می نمایم:

قواعد اساسی در همه جای حقوق اداری حضور دارند و عبور از یکی به دیگری در حقیقت نامحسوس شده است، به گونه ای که با رویه قضایی شورای قانون اساسی، منابع اساسی حقوق عمومی توسعه یافته اند.^{۱۰۱}

۲. شایسته است تا در چند کلمه توضیح داده شود که اساسی سازی یک گرایش حقوق

بر چه چیزی مبتنی می باشد.

اساسی سازی یک گرایش حقوقی در ابتدا به این معناست که این گرایش حقوقی از این پس از بنیادهای اساسی برخوردار است که ضروری می باشد در تمام درسهای آموزشی و در هر کار تحقیقی لحاظ شوند تا احیاناً حقوق موضوعه بد شناخته نشود. مثلاً در حقوق اداری نمی توان موسسات عمومی، تضمینات اداری، مقامات اداری مستقل از قدرت آیین نامه ای، اصل قانونی بودن و غیره را بدون ذکر نمودن قانون اساسی و تفسیر رویه ای آن بررسی نمود. همچنین در حقوق کیفری و آیین دادرسی کیفری، ممکن نیست که اصول عطف به ما سبق

^{۹۵}- Y. Guyon, *Revue des sociétés*, 1986, p. 606.

^{۹۶}- V. par exemple, R. Legeais, la Constitution et le droit pénal dans le système juridique français, *RJDC*, 1981 (n° spécial), vol. III, p. 621-631 ; J. Le Calvez, Les principes constitutionnels en droit pénal, *JCP*, 1985, doc. n° 3198.

^{۹۷}- *Rev. Sc. Crim.*, 1985, n° 4, p. 711-754.

^{۹۸}- L. Philip, La constitutionnalisation du droit budgétaire français, *Mélanges Gaudemet*, Paris, 1984, p.

49. Voir aussi la préface de G. Vedel, dans ce même ouvrage.

^{۹۹}- Cf. à cet égard, les observations du doyen G. Vedel, dans cette *Revue* (RFDC n° 1), p. 14.

^{۱۰۰}- Cf. F. Luchaire, *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Paris, 1987.

^{۱۰۱}- B. Stim, *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, Paris, LGDJ, 1989, p. 8.

نشدن مجازاتها، اماره بی گناهی، حقوق دفاع و غیره را بدون در نظر گرفتن مقررات و اصول اساسی که «محتوای قوانین کیفری را محدود می نمایند»^{۱۰۲}، بررسی نمود. به همین صورت می توان مثالها را در مورد دیگر گرایشهای حقوق افزایش داد. اساسی سازی یک گرایش حقوقی همچنین به این معناست که موضوع مربوطه، در اثر اعمال هنجارهای اساسی تغییر می کند. لذا بر اثر اصل اساسی برابری، به ویژه برابری بین زنان و مردان، حقوق مدنی می تواند متحول شود، کما اینکه مثلاً در آلمان فدرال این گونه بوده است.^{۱۰۳} به علاوه حقوق شرکتها، در اثر اصل برابری، همانند حقوق وظیفه عمومی^{۱۰۴}، در حال تغییر شکل است. اساسی سازی همواره در جهت آزادسازی و اعمال مطلوب تر قواعد تضمین کننده حقوق بنیادین برای افراد می باشد.

شایسته است ذکر گردد که درجه اساسی سازی نسبت به گرایشهای حقوق متفاوت است؛ فرایند اساسی سازی در برخی گرایشها جلوتر از دیگر گرایشها می باشد اما تدریجاً نوعی برابری به وجود خواهد آمد. در واقع اساسی سازی تابع فعالیت قانونگذار در این یا آن موضوع است. اگر قانونگذار معمولاً در یک حوزه قانونگذاری کند، شورای قانون اساسی فرصت نظر دهی خواهد داشت و لذا می تواند قانون اساسی را تفسیر نماید. از این نقطه نظر، اصلاحیه پیشنهادی در سال ۱۹۸۹^{۱۰۵} توسط رییس شورای قانون اساسی و نیز توسط رییس جمهور می توانست (اگر تصویب می شد) بدون تردید و به صورت قابل ملاحظه ای فرایند اساسی سازی را افزایش دهد. با بررسی رویه قضایی مراجع قضایی اداری و عمومی و نیز بررسی رویه نهادی و قانونگذاری، می توان رشد اساسی سازی را ادامه داد و سنجدید. اما تحول صورت گرفته در پانزده سال اخیر در واقع بیش از این بوده است، به گونه ای که

۱۰۲ - براساس بیان میری دلماس - مارتی.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les principes fondamentaux du droit pénal proclamés par la Déclaration de 1789 in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, 1989, p. 154.

¹⁰³ - Cf. M. Fromont, Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Allemagne fédérale, *Mélanges Eisenmann*, p. 61 et s.

آقای فرمون به شیوه ای کلی تر نشان می دهد که چنین تغییر شکلی در گرایشهای مختلف حقوق انجام می گیرد.

¹⁰⁴ - Droit de la fonction publique

۱۰۵ - اشاره نویسنده به اصلاحیه ای است که دسترسی با واسطه (از طریق دادگاههای عادی) شهروندان فرانسوی به شورای قانون اساسی را پیش بینی می نمود. م

می توان این سوال را پیش از پیش پرسید که آیا تمایز بین حقوق عمومی و حقوق خصوصی هنوز صحیح می باشد.

مبحث دوم - نسبی شدن فزاینده تمایز بین حقوق عمومی و حقوق خصوصی

۱. اکثر درسهای حقوقی یا معرفی گرایشهای حقوق بر مبنای تمایز مهم بین حقوق عمومی و حقوق خصوصی آغاز می گردند. سپس با معرفی رشته مورد نظر که حسب مورد گرایشی از حقوق خصوصی یا حقوق عمومی محسوب می شود، ادامه می یابد و با اثبات استقلال گرایش حقوقی مورد مطالعه به پایان می رسد که یقیناً اصول و منابع مخصوص خود را دارد و وابسته به گرایشهای دیگر نیست. زمانی که پایه یا پاستنگ مشترکی برای گرایشهای مختلف حقوقی وجود نداشت، این نوع معرفی قابل درک بود. در واقع قانون اساسی به عنوان مجموعه قواعد مستعد ساختن نظم حقوقی لحاظ نشده بود و اصول کلی حقوق، گاه توسط شورای دولتی و گاه توسط دیوان تمیز^{۱۰۶} به وجود می آمدند؛ اگرچه برخی مواقع با هم مطابق بودند، این اصول کلی در دو بخش بزرگ حقوقی (حتی برخی مواقع در بطن یک بخش نیز^{۱۰۷}) مشترک و واحد نبودند. آن دوره متحول شده است زیرا هنجارهای اساسی به شیوه واحد در حقوق خصوصی و در حقوق عمومی تحمیل می شوند و یک پیکره مشترک را تشکیل می دهند که شاخه های متفاوت حقوق به آن متصل هستند و نیازی به تمایز قابل شدن بین گرایشهای حقوق خصوصی و گرایشهای حقوق عمومی نیست. ده سال پیش^{۱۰۸} ما بیان نمودیم که «نهضت اتحاد دوباره حقوق عمومی به وسیله توسعه زیربنای حقوق اساسی در حال شکل گیری می باشد». امروزه این نهضت نه تنها به صورت گسترده ای توسعه یافته است، بلکه حقوق خصوصی را نیز دربر می گیرد. فقط این مساله هنوز در باور حقوقدانان جای نگرفته است و هنوز گذشت زمان برای عکس العمل (واکنش) اساسی^{۱۰۹} در نزد کسانی که متصدی اعمال و تفسیر حقوق هستند، ضروری می باشد.

^{۱۰۶}- Cour de Cassation

دیوان تمیز مهمترین مرجع قضایی عادی در فرانسه است. به نوعی دیوان عالی کشور در ایران را می توان معادل این نهاد قضایی در فرانسه دانست. م

۱۰۷ - برای توضیح جزئی تر این مساله، به اثر ما در ذیل مراجعه شود.

Dualité ou unité de l'ordre juridique, in *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, Paris, LGDJ, 1988, p. 145 et s.

^{۱۰۸}- L'apport du Conseil constitutionnel au droit public, *Pouvoirs*, n° 13, 1980, p. 23.

^{۱۰۹}- Réflexe constitutionnel

۲. آنچه که مطرح است در واقع مسأله‌ی وحدت نظم حقوقی و نیز ماهیت و اصالت آن می‌باشد. از لحظه‌ای که اصول حقوقی - حداقلی آنهایی که در سطح بالایی قرار دارند- تدریجاً از بین می‌روند و هنجارهای اساسی جایگزین آنها می‌گردند، خطر همزیستی چند نظم حقوقی از بین می‌رود. حقوق تنها یک بدنه، یک چارچوب یا یک بنبه خواهد داشت که همه به آن تکیه زده‌اند. این موضوع ماهیتاً ویژگیهای گرایشهای مختلف حقوق را از بین نمی‌برد، بلکه غالباً، هم چنان که در بالا بیان شد، حقوق اساسی رویه‌ای راه‌حلهای استخراج شده توسط رویه قضایی عمومی یا اداری را تأیید یا تحکیم می‌نماید. می‌توان گفت که طبیعت این تحکیم به گونه‌ای می‌باشد که تمایز حقوق ملی را در برابر محاصره نظم حقوقی به وسیله هنجارهای اروپایی یا بین‌المللی حفظ می‌نماید. اساسی سازی گرایشهای مختلف حقوق آنها را از یکسان سازی اروپایی محافظت می‌نماید.

نتیجه‌گیری

حقوق اساسی نوین، آنچه که به صورت خلاصه توصیف شد، دیگر حقوق اساسی مخصوص مردم سالاریهای غربی و غیر قابل‌اعمال بر کشورهای شرق و جنوب نیست. وقایع و تحولاتی که در مردم سالاریهای توده‌ای^{۱۱۰} به وقوع پیوسته است و برخی سیستمهای سیاسی جهان سوم همانند الجزایر از آن معاف نمی‌باشند، نشان می‌دهند که در تمام کشورها، به سوی مفاهیم مشترک از مردم سالاری و اساسی سازی در حرکت هستیم. درخواست استقرار کثرت‌گرایی و حاکمیت قانون دیگر منحصر به سیستمهای لیبرال و سرمایه‌داری نیست و هر جا که این مطالبه شکل گرفته است، ایجاد و استقرار یک دادگستری اساسی متوقع می‌باشد؛ نه به این دلیل که دادگستری اساسی یک فن یا یک ابزار تصمیمی برای تکمیل مهندسی اساسی است، بلکه به این دلیل که این امر شرط ضروری تحقق و حفظ حاکمیت قانون می‌باشد. حقوق اساسی در ابعاد سه‌گانه اش (نهادی، هنجاری و جوهری)، به سوی یک حقوق مشترک برای تمام سیستمهایی که می‌خواهند مردم سالار شوند، متمایل شده است؛ در حالیکه اگر فقط بر پایه نوع نهادی آن تلقی گردد، حقوق اساسی حتی زمانی که از چشم انداز تئوری کلی بررسی می‌شود، پاره‌پاره و ملی می‌گردد، زیرا در فرانسه این تئوری کلی اصولاً نهادی است. اگر این تحلیل تأیید گردد - اگر اساسی دانان فرانسوی می‌خواهند در هماهنگی با همکاران خارجی خود باشند و منزوی نشوند، چاره‌ای جز این تأیید وجود ندارد - بازیابی در چشم اندازهای آینده ضروری است.