

## اساسی سازی حقوق فرانسه\*

نویسنده: پروفیسور لویی فاورو\*\*

برگردان: دکتر جواد تقی زاده\*\*\*

چکیده: این مقاله پدیده اساسی سازی حقوق در فرانسه را بررسی می‌نماید. پس از اشاره به مساله انباشت هنجارهای اساسی و سپس انتشار آنها به عنوان عناصر سازنده فرایند اساسی سازی نظم حقوقی، نویسنده تلاش می‌نماید تا اثرات مستقیم و غیر مستقیم این پدیده را برشمارد. او از اساسی سازی - قضایی شدن، اساسی سازی - ارتقاء دادن و اساسی سازی - تغییر شکل دادن به عنوان اثرات مستقیم و از نوسازی حقوق، اتحاد نظم حقوقی و تسهیل نظم حقوقی به عنوان اثرات غیرمستقیم پدیده اساسی سازی حقوق نام می‌برد.

### طرح مقاله

#### پیشگفتار

#### مبحث اول: فرایند اساسی سازی

قسمت الف: انباشت هنجارهای اساسی

قسمت ب: انتشار هنجارهای اساسی

#### مبحث دوم: اثرات اساسی سازی

قسمت الف: اثرات مستقیم: سه نوع اساسی سازی

۱- اساسی سازی - قضایی شدن

\*- La constitutionnalisation du droit français

این مقاله در کتاب «وحدت حقوق» به منظور نکوداشت پروفیسور رولاند دراگو (Roland DRAGO) توسط انتشارات اکنونومیکای پاریس در سال ۱۹۹۶ منتشر شد.

\*\* - Louis FAVOREU

استاد فقید دانشگاه آکس - مارسی فرانسه

\*\*\* - استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شیراز

۲- اساسی سازی - ارتقاء دادن

۳- اساسی سازی - تغییر شکل دادن

قسمت ب: اثرات غیر مستقیم

۱- نوسازی حقوق

۲- اتحاد نظم حقوقی

۳- تسهیل نظم حقوقی

نتیجه گیری

\*\*\*\*\*

## پیشگفتار

مسئله اساسی سازی حقوق که قدمت آن در فرانسه به بیش از پانزده سال نمی‌رسد نمی‌توانست بدون کمک حقوق تطبیقی توسعه یابد. بعلاوه، این مسأله کاملاً نشان می‌دهد که اساسی سازی به اتحاد حقوق منجر می‌شود. این دو مسأله دلیل انتخاب چنین موضوعی، «اساسی سازی حقوق»، به منظور مشارکت در نکوداشت استاد رولاند دراگو<sup>۱</sup> می‌باشند.

توضیحات و تعاریف: اساسی سازی حقوق به عنوان پدیده‌ای بسیار جدید مورد مطالعه قرار می‌گیرد ولی باید در مقدمه بیان نمود که «اساسی سازی حقوق» غالباً منشأ سردرگمی و سوء تعبیر (درک غلط) است.

در واقع، گاهی تلقی می‌گردد که وجود بنیان‌های اساسی<sup>۲</sup> و مسأله اساسی سازی حقوق یک چیز می‌باشند. هر چند این دو مسأله در اغلب موارد با همدیگر تقارن دارند ولی همیشه به این صورت نیست، زیرا این ها دو پدیده متمایز از هم هستند. سردرگمی بین دو مفهوم، ریشه این مسأله را که

<sup>1</sup> - Roland DRAGO

در مقدمه اش بر اولین شماره ویژه مجله بین المللی حقوق تطبیقی که به انتشار کارهای پژوهشی جامعه حقوق تطبیقی جلد اول اختصاص داشت، رولاند دراگو در موضوع «قانون اساسی، بنیان سیستم حقوقی» می‌نویسد که از مقایسه مطالعات و تبادلات مذکور می‌توان این امر را برداشت نمود که: «همه ی این پژوهش ها به یک نگرش اصیلی دست می‌یابند که تمام متخصصان حقوق تطبیقی باید به آن متهمی شوند».

<sup>2</sup> - Bases constitutionnelles

برخی می‌گویند اساسی سازی حقوق در فرانسه حتی قبل از شروع فرایند آن وجود داشته است روشن می‌نماید.

در حقیقت، ارایه شده برای اولین بار در جریان جلسه تاسیسی انجمن فرانسوی اساسی‌دانان، در فوریه ۱۹۸۰ در دانشکده حقوق سن-مور، اساسی سازی گرایش‌های مختلف حقوق- که در حال شکل‌گیری و به صورت سریع در حال توسعه بود- توجه مؤدبانه اکثر اعضای انجمن و اعتراض قاطعانه برخی دیگر که برای آنها این موضوع آرمان‌گرایی و خیال‌پردازی می‌نمود را برانگیخت. این ارایه بر دو مقاله‌ی در حال انتشار متکی بود.<sup>۳</sup> استاد فرانسوا لوشر<sup>۴</sup> نیز می‌بایست این مساله را سال بعد در گزارش علمی فرانسوی به همایش بین‌المللی اکس-آن-پروانس در فوریه ۱۹۸۱<sup>۵</sup> که بعداً در مجله بین‌المللی حقوق تطبیقی سال ۱۹۸۱ شماره ۲<sup>۶</sup> منتشر شد بررسی می‌نمود. او همچنین در سه فصلنامه‌ی حقوق مدنی در آوریل-ژوئن ۱۹۸۲<sup>۷</sup> مقاله‌ای طولانی و بسیار قابل توجه درباره «بنیان‌های اساسی حقوق مدنی» منتشر نمود. جالب است بیان گردد که امروزه در جهتی کاملاً معکوس به نظر می‌آید که نهضت اساسی سازی حقوق از مدت‌ها پیش درک و اعلام شده بود، و اگر از بعضی‌ها پیروی نماییم، این پدیده قبل از اینکه به وجود بیاید اعلام شده بود. در این راستا اشتباها به مقاله مشهور استاد ودل<sup>۸</sup> درباره «بنیان‌های اساسی حقوق اداری» منتشره در سال ۱۹۵۴<sup>۹</sup> که منجر به جواب مشهور شارل ایزنمان<sup>۱۰</sup> در سال ۱۹۷۲<sup>۱۱</sup> شد متوسل می‌گردند. همان‌گونه که استاد ودل خودش در سال ۱۹۸۹<sup>۱۲</sup> بیان نمود:

«سی سال بعد نه ایزنمان نه من نمی‌توانیم گفته‌هایمان را دوباره بنویسیم مگر از دید تاریخی یقیناً آن مباحثه الان منسوخ است».

<sup>۳</sup>- L. FAVOREU, "L'apport du Conseil constitutionnel au droit public", *pouvoirs*, 1980, n° 13 ; "L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit", *Mélanges Léo Hamon*, p. 235-245 (ces deux études ayant été rédigées en 1979).

<sup>۴</sup>- François LUCHAIRE

<sup>۵</sup>- In *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Paris, Economica-PUAM, 1982, p. 55

<sup>۶</sup>- Voir surtout p. 300-309

<sup>۷</sup>- *Rev. trim. dr. civ.* 1982, p. 245-382

<sup>۸</sup>- Doyen VEDEL

<sup>۹</sup>- "Les bases constitutionnelles du droit administratif", EDCE 1954, p. 21-53

<sup>۱۰</sup>- Charles EISENMANN

<sup>۱۱</sup>- "La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif", *RDP* 1972, p. 1335-1441

<sup>۱۲</sup>- In *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Paris 1990, p. 178 ; *RFDC* 1-1990, p. 5

در واقع، بحث به هیچ وجه بر روی موضوعی یکسان با آنچه که امروزه مطرح است متمرکز نبود. استاد ودل از این امر دفاع می‌کرد که قانون اساسی، نظام اداری یعنی تشخیص حقوق اداری را بنا می‌نماید و او تایید نظریه خود را در ماده ۳۷ قانون اساسی ۱۹۵۸ دیده بود؛ در حالی که ایزنمان به این مساله معترض بود که «امتیازات و قیودی» که بر اساس آنها استاد ودل نظام اداری را تعریف می‌نماید بتوانند بنیانی در قانون اساسی بیابند.<sup>۱۳</sup> موضوع عبارت بود از بحث درباره توجیه وجود یک «نظام اداری» یعنی حقوق مستقل و خاص در برابر حقوق خصوصی و دیگر گرایش‌های حقوق: این موضوع در چشم‌انداز تمایز و استقلال حقوق عمومی در برابر حقوق خصوصی جای می‌گیرد، در حالی که پدیده اساسی سازی گرایش‌های مختلف حقوق تلاش می‌نماید تا تمایز بین حقوق عمومی و حقوق خصوصی را محو نماید. بهترین دلیل در این رابطه این است که در سال ۱۹۷۴، در مقاله‌اش تحت عنوان «ناپیوستگی حقوق اساسی و پیوستگی حقوق اداری» منتشره در مجموعه مقالات برای نکوداشت استاد والین، استاد ودل در نظر داشت تا نشان دهد که «استقلال بسیار وسیع یا... بی تفاوتی پیچ و خم‌های حقوق اداری نسبت به پیچ و خم‌های حقوق اساسی بر چه چیزی استوار است».<sup>۱۴</sup> به همین دلیل، در نتیجه‌گیری ی گفته هایش در مورد پیوستگی اساسی از ۱۷۸۹ تا ۱۹۸۹، او در سال ۱۹۸۹<sup>۱۵</sup> نتیجه‌گیری می‌کند که «سی سال پیش ما می‌توانستیم کتاب حقوق اداری بنویسیم بدون یک کلمه از حقوق اساسی»، در حالی که «امروزه حتی نویسندگان مدافع شدید جدایی رشته های حقوق اداری و اساسی ناچارند تا مباحثی طولانی از حقوق اساسی را در کتاب های حقوق اداری شان وارد نمایند».

چنین مطلبی به این دلیل قابل توجیه است که تا میانه سال های هفتاد (میلادی)، سخن از اساسی سازی گرایش‌های حقوق مشکل می‌نمود، زیرا این پدیده اگرچه در مورد منابع حقوق ظهور کرده بود، به صورت واقعی آغاز نگردید مگر با توسعه رویه قضایی راجع به حقوق و آزادی های بنیادین. جریانی که در خارج- نه تنها در ایالات متحده بلکه در آلمان و ایتالیا از سال ها پیش- وجود داشت، به طور ناگهانی در فرانسه به راه افتاد که من شخصا از طریق حقوق تطبیقی به این پدیده پی بردم: در واقع با مطالعه مقاله میشل فرومون<sup>۱۶</sup> درباره «حقوق بنیادین در نظم حقوقی جمهوری فدرال آلمان» منتشره در نکوداشت ایزنمان در سال ۱۹۷۴، من از آنچه که در فرانسه در حال وقوع بود آگاهی یافتم. تمام مساله در آن مقاله (به ویژه در قسمت دوم) وجود داشت و فقط کافی بود که آن را

<sup>13</sup> - "La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif", RDP 1972, p. 1345-1422

<sup>14</sup> - *Mélanges Waline*, Paris, LGDJ, 1974, vol. II, p. 777 et s.

<sup>15</sup> - "La continuité constitutionnelle de 1789 à 1989", RFDC 1- 1990, p. 5-17

<sup>16</sup> - Michel FROMONT

به مورد فرانسوی منتقل کرد. اگر چه بعضی‌ها می‌خواهند تا مسئولیت انتشار مفهوم اساسی سازی گرایش‌های حقوق را به من نسبت دهند<sup>۱۷</sup>، در واقع در مقاله میشل فرومون است که می‌توان ریشه این مفهوم را در حقوق فرانسه یافت.

رویه اتخاذی: هدف این است که اساسا عناصری که در سایر مقالات بیان شده‌اند را گردآوری نمود تا نگاهی کلی با منسجم‌ترین شکل ممکن از پدیده مورد مطالعه از طریق توضیح تدریجی ی - بدون ادعای جامعیت - فرایند و اثرات اساسی سازی حقوق ارایه گردد.

### مبحث اول: فرایند اساسی سازی<sup>۱۸</sup>

غالباً به این دلیل که بر عکس سایر سیستم‌های دادرسی اساسی<sup>۱۹</sup> سیستم فرانسوی به افراد اجازه دسترسی به قاضی اساسی به صورت مستقیم یا غیرمستقیم را نمی‌دهد، مساله وجود فرایند اساسی سازی حقوق در فرانسه مورد انکار قرار می‌گیرد. حتی تأکید می‌گردد که اساسی سازی به صورت واقعی اتفاق نمی‌افتد مگر زمانی که «استثنای غیراساسی بودن»<sup>۲۰</sup> که از آن از سال‌های ۹۰-۱۹۸۹ سخن می‌رود مستقر گردد.

فرایند اساسی سازی ضرورتاً بر امکان دسترسی افراد به دادرسی اساسی وابسته نیست<sup>۲۱</sup>. درعوض بدون دادرسی اساسی این فرایند یقیناً ظهور نمی‌یافت. امری که نظریه معروف یکسانی وضعیت حقوق با یا بی دادرسی اساسی را رد می‌نماید<sup>۲۲</sup>.

در فرایند اساسی سازی باید در ابتدا گردآوری هنجارهای اساسی بوسیله گسترش رویه قضایی اساسی و سپس مکانیسم انتشار این هنجارها در نظم حقوقی مورد لحاظ قرار گیرند.

<sup>17</sup> - Voir B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, Paris, S.T.H., 1988, p. 389 ; P. Bon, *RFDC* 5-1991, p. 35 ; D. Turpin, *Droit constitutionnel*, 1992, p. 9

<sup>18</sup> - Processus de constitutionnalisation

<sup>19</sup> - Justice constitutionnelle

<sup>20</sup> - Exception d'inconstitutionnalité

<sup>21</sup> - Cf. L. FAVOREU, "La constitutionnalisation du droit rend-t-elle moins nécessaire l'exception d'inconstitutionnalité ?", Congrès de l'AFDC, Bordeaux 15 mai 1993 ; *Annuaire international de justice constitutionnelle*, VIII-1992, p. 12 et s.

<sup>22</sup> - Cf. en ce sens P. BON, "La constitutionnalisation du droit espagnol", *RFDC* 5-1991 p. 47

برگردان فارسی این مقاله تحت عنوان «اساسی سازی حقوق اسپانیا» در همین نشریه شماره ۵ منتشر شد.

### قسمت الف: انباشت هنجارهای اساسی<sup>۲۳</sup> - ایجاد یک نوع «ذخیره» یا مخزن - از طریق

توسعه رویه قضایی اساسی پدیده‌ای مخصوص فرانسه نیست.

۱- در واقع این پدیده در تمام کشورهایی که در بطن آنها سیستم دادرسی اساسی انجام وظیفه می‌کند به وجود می‌آید. اما در سیستم‌های دارای قانون اساسی جدید، توده مقررات اساسی بیش از پیش مهم می‌باشد، به ویژه اینکه بسیاری از این مقررات مستقیماً بر افراد قابل اعمال هستند.

در فرانسه فرایند اساسی‌سازی ولو اینکه به صورت جزئی شروع شده بود، نتوانست توسعه یابد مگر از لحظه‌ای که مقررات اساسی قابل اجرا، از اعلامیه حقوق بشر و شهروند سال ۱۷۸۹، از پیشگفتار قانون اساسی سال ۱۹۴۶ و از اصول بنیادین شناخته‌شده توسط قوانین جمهوری استخراج شدند. بنابراین، از سال‌های ۷۱-۱۹۷۰ و به ویژه از تصمیم بنیانگذار ۱۶ ژوئیه ۱۹۷۱ است که یکی از شرایط اصلی توسعه اساسی‌سازی در همه ابعادش وجود دارد.

۲- اگر ما در وضعیتی باقی می‌ماندیم که «نظارت بر اساسی‌بودن قوانین»<sup>۲۴</sup> نمی‌توانست مگر بوسیله یکی از چهار مقام عالی حکومت درخواست گردد یقیناً فرایند اساسی‌سازی بسیار آهسته‌تر می‌بود. بدون شک هر سال یک یا دو تصمیم از نوع تصمیمات ۱۶ ژوئیه ۱۹۷۱ یا ۲۷ دسامبر ۱۹۷۳ (شورای قانون اساسی) می‌داشتیم، امری که کم‌اهمیت نمی‌بود.

اصلاحیه ۲۹ اکتبر ۱۹۷۴ که مراجعه به شورای قانون اساسی را برای شصت نماینده مجلس یا شصت سناتور گسترش داد، به صورت قابل ملاحظه‌ای انباشت مخزن هنجارهای اساسی را نه تنها به دلیل افزایش تصمیمات شورای قانون اساسی بلکه بخاطر توسعه اندازه و اهمیت این تصمیمات خصوصاً از سال‌های هشتاد تسریع نموده است. شاید به اندازه کافی از وسعت پدیده‌ای که در دهه اخیر به وجود آمد و تسریع یافت باخبر نباشیم: ۹۵ درصد از مجموعه رویه قضایی راجع به نظارت بر اساسی‌بودن به بعد از ۱۹۷۴ مربوط است و ۸۲ درصد این مجموعه به کمتر از دوازده سال مربوط می‌باشند.<sup>۲۵</sup>

این موضوع بدون شک از گرایش شورای قانون اساسی به افزایش استدلال‌نش و نیز این مساله که درخواست‌ها بسیار زیاد و به صورت جدی مستدل هستند، ناشی می‌گردد. مثلاً شورای قانون اساسی در تصمیم مورخ ۱۲ و ۱۳ اوت ۱۹۹۳ به حدود هشتاد استدلال پاسخ گفت!

<sup>۲۳</sup>- Accumulation des normes constitutionnelles

<sup>۲۴</sup>- Contrôle de la constitutionnalité des lois

<sup>۲۵</sup>- Cf. notre présentation du *Recueil de jurisprudence constitutionnelle*, Paris, Litec, 1994 (mis à jour 1995).

۳- نهایتاً، اگر چه فنّ نظارت پیشینی<sup>۲۶</sup> دارای برخی اشکالات است، ولی چنین نظارتی دارای این مزیت بزرگ هست که تهیه سریع رویه قضایی روشنی که به روشی منسجم در چند تصمیم و یا حتی در یک تصمیم استقرار یافته است را اجازه دهد، در حالی که استفاده از نظارت پسینی<sup>۲۷</sup> به استقرار رویه قضایی طولانی و غالباً دودل و مردد منجر می‌گردد. نظارت پیشینی اجرای تفسیر اساسی قانون را از زمان توشیح میسر می‌سازد، امری که کارایی ترویج و انتشار هنجارهای اساسی را تقویت می‌نماید.

### قسمت ب: انتشار هنجارهای اساسی و آغشتن نظم حقوقی به این هنجارها<sup>۲۸</sup>

در فرانسه با وضعیت کنونی مکانیسم‌های نظارت بر اساسی بودن کاملاً قابل تطبیق و در حال تحقق است.

۱- آغشتن و آبیاری نظم حقوقی در تمام کشورهای دارای دادرسی اساسی قابل ملاحظه است. الف) انتشار هنجارهای اساسی در نظم حقوقی به این دلیل میسر شد که قانون اساسی کم‌کم به عنوان قاعده حقوقی لحاظ گردید: هنجاریت قانون اساسی<sup>۲۹</sup> به مرور زمان پذیرفته شد، هر چند تصور این امر هنوز برای نسل‌های حقوق دانانی که با روحیه دیگری آموزش دیده‌اند مشکل می‌باشد. نسل‌های جدید بسیار راحت‌تر می‌پذیرند که همچون در آلمان، ایتالیا یا اسپانیا، «قانون اساسی حقوق است»: قواعد اساسی مستقیماً توسط قضات عادی، مقامات اداری یا اشخاص قابل اجرا می‌باشند. موضع‌گیری سنتی، دفاع شده توسط ژرژ ودل و پیر دل‌ولو<sup>۳۰</sup> در سال ۱۹۷۹<sup>۳۱</sup> که به موجب آن «در برخی موارد اصول اساسی نمی‌توانند مستقل از قانون اعمال گردند» درحالی که «همین اصول می‌توانند مستقل از قانون اساسی اعمال گردند» دیگر امروزه معتبر نیست. تمام هنجارهای اساسی مستقیماً قابل اجرا هستند و برای «عملیاتی شدن» نیازی به یدک قانون ندارند.

متونی که حدود پانزده سال پیش «برای مؤثر شدن بدون دخالت قانونگذار» خیلی مبهم تلقی می‌گردیدند (به عنوان مثال: «ملت بر شخص و بر خانواده شرایط لازم برای رشد شان را تضمین می‌نماید»)، امروزه نه تنها مستقیماً توسط قاضی عادی اعمال شده‌اند بلکه نقض آن‌ها می‌تواند منجر به

26- Technique du contrôle a priori

27- Contrôle a posteriori

28- Diffusion des normes constitutionnelles et l'imprégnation de l'ordre juridique par celles-ci

29- Normativité de la Constitution

30- Pierre DELVOLLE

31- In RIDC, n° spécial, vol. I (1979), p. 130.

ابطال به دلیل تجاوز از حدود اختیارات<sup>۳۲</sup> گردد؛ لذا در رأی دام مونچو<sup>۳۳</sup> مورخ ۱۱ ژوئیه ۱۹۸۰، شورای دولتی حق بر گردهم‌آوری خانوادگی<sup>۳۴</sup> بیگانگان را به دلیل مطابقت با مقررات مذکور و به مثابه پیش درآمدی بر تصمیم مورخ ۱۳ اوت ۱۹۹۳ شورای قانون اساسی پذیرفت.

ب) آغشتن اساسی نظم حقوقی از این امر نشأت می‌گیرد که در مورد قوانین مهم ارجاعی به شورای قانون اساسی، این شورا تدریجا با استفاده از فنّ مطابقت مشروط<sup>۳۵</sup> به نوعی تفسیر مورد نظر خود را در متن این قوانین می‌گنجاند. در نتیجه قوانین به مثابه ابزارهایی قرار می‌گیرند که هنجارهای اساسی را به مرور زمان به اجرا در می‌آورند و در مجموعه حقوقی بخش می‌نمایند.

در وضعیت کنونی، این وظیفه‌ی اساسی قوانین به صورت مشروط مطابق با قانون اساسی نسبتا به صورت اندک توسط حقوق دانانی - قضات و وکلای - که کمتر با رویه قضایی اساسی آشنا هستند استفاده می‌گردد. اما این وضعیت از طریق بهره برداری نسل‌های جدید حقوق دانان از این امکانات تغییر خواهد کرد.

ج) مکانیسمی که انتشار هنجارهای اساسی بر روی آن استوار است، عبارت است از مکانیسم مذکور در ماده ۶۲ قانون اساسی: «تصمیمات شورای قانون اساسی بر قوای عمومی و بر تمام مقامات اداری و دادگاهی تحمیل می‌گردند». این مکانیسم می‌تواند ابتدایی و یا به صورتی دقیق‌تر ناقص به نظر آید، لذا برخی تلاش کردند تا آن را کامل کنند. ولی این مکانیسم بسیار بیشتر از آنچه که نشان می‌دهد دارای کارایی است. بعلاوه، حتی در مواردی که تصمیمات شورای قانون اساسی نیازی به اجرا ندارند نیز اثراتی را بجا می‌گذارند. نهایتا، هنجارهای اساسی بدون نیاز به تضمین مرجعی قضایی، حاوی اقتدار هستند.

۲- معمولا دو مانع (نادرست) بر سر راه انتشار هنجارها بیان می‌گردند: فقدان مکانیسم تضمین گر احترام به تصمیمات شورای قانون اساسی توسط قاضی عادی و نیز إکران قانونگذار<sup>۳۶</sup>.

32- Excès de pouvoir

33- Dame MONTCHO

34- Droit au regroupement familial

35- به موجب فنّ مطابقت مشروط، شورای قانون اساسی بودن قانون موضوع نظارت را به شرطی می‌پذیرد که این قانون مطابق با تفسیری که خود او از متن آن ارایه می‌دهد اجرا گردد. این امر به نوعی مداخله در صلاحیت تقنینی پارلمان محسوب می‌گردد و قابل انتقاد است. م

36- Ecran législatif



الف) مواجه شدن با کسانی که مدت ها از وجود دیوان های اساسی اروپایی بی خبر بودند و الان یک دفعه مکانیسم های تضمین دهنده به این دیوان ها به منظور تبعیت از تصمیمات شان توسط قاضی عادی را، برای مقابله با ناتوانی سیستم فرانسه، پیش می کشند، تعجب آور است.

در واقع، اثبات تقابل کامل بین سیستم های فرانسوی و خارجی باید به صورت جدی مورد تردید قرار گیرد.

از یک سو، علی رغم وجود مکانیسم های مذکور، باز ممکن است مقاومت هایی توسط مراجع قضایی عادی وجود داشته باشد: مثلا در ایتالیا، دیوان تمیز مدت ها در مقابل دیوان قانون اساسی مقاومت نمود؛ همچنین، این گونه نبوده است که دیوان عالی ایالات متحده همیشه توسط دیوان های پایین تر مورد پیروی قرار گیرد. از سوی دیگر، در فرانسه مراجع قضایی اداری و عادی همیشه از تصمیمات شورای قانون اساسی تبعیت نموده اند و ماده ۶۲ قانون اساسی را اجرا کردند. لذا نیازی نیست که بر روی این نکته اصرار ورزید زیرا شورای قانون اساسی و دیوان تمیز این رفتار را از سال ۱۹۸۵ در پیش گرفته اند و آموزه ها نیز به صورت وسیعی این وضعیت را تشریح نموده اند. نمی توان حتی یک تصمیم دیوان تمیز و یا شورای دولتی را از رای نمود که احيانا اعتبار امر قضاوت شده تصمیمات شورای قانون اساسی را به رسمیت نشناخته باشد.

در حقیقت، سوال در مورد تبعیت از رویه قضایی<sup>۳۷</sup> شورای قانون اساسی مطرح است. این امر که قضات عادی جز نسبت به تصمیمات<sup>۳۸</sup> شورای قانون اساسی اجباری بر اعطای اعتبار امر قضاوت شده ندارند، صحیح می باشد. اما در عمل با گذشت زمان، قاضی اداری و قضات عادی، بدون این که از لحاظ حقوقی ملزم باشند، از رویه قضایی شورای قانون اساسی تبعیت می نمایند.

این پدیده در ابتدا در مورد مراجع قضایی اداری، به ویژه در میان نتیجه گیری های کمیسردولت و نیز در مطالعات متنوع اعضای شورای دولتی مشاهده گردید<sup>۳۹</sup>. به صورت بسیار گویا می توان به این گزارش مربوط به یکی از نظریات شعبه کارهای عمومی شورای دولتی مورخ ۱۹۹۰ اشاره نمود:

«تحوّل رویه قضایی شورای قانون اساسی، همسو با تصمیمات گذشته اش راجع به همین موضوع، بیش از پیش انجام بررسی دوباره مساله مطروحه را در مورد انتخاب بین مجازات های اداری و مجازات های کیفری ضروری می نماید، این انتخاب ها خودش دارای اثراتی بر روی دامنه اختیارات

<sup>37</sup> - Jurisprudence

<sup>38</sup> - Décisions

<sup>39</sup> - *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 7<sup>e</sup> éd., n° 13.

<sup>40</sup> - Voir sur l'ensemble, FAVOREU et RENOUX, *op. cit.*

اعتراضی به تخلفاتی می‌باشد که ممکن است به مستخدمان سرویس‌های ذی صلاح به منظور اجرای موثر قوانین و مقررات اعطا گردد.

این گرایش بدون شک در بین نسل‌های جدید اعضای شورای دولتی به شیوه‌ای بسیار آشکار ظهور دارد. مثلا آقای ژ. توروت<sup>۴۱</sup>، مستشار شورای دولتی، به صورت ویژه‌ای از رویه قضایی شورای دولتی در مساله مجازات‌های مالیاتی انتقاد می‌نماید زیرا قاضی‌اداری از تبعیت کردن از رویه قضایی شورای قانون‌اساسی که به وضوح از حقوق مستخدمان بیشتر حمایت می‌کند، سر باز می‌زند. آقای توروت، برای به شدت محکوم کردن نقایص نظارت اعمالی توسط شورای دولتی در حوزه مجازات‌های مالیاتی، تا آنجا پیش می‌رود که از «مناطق ترانزیت» حقوق‌اداری سخن می‌راند.

کاملا روشن است که اگر چه قاضی عادی ملزم نیست تا از رویه قضایی شورای قانون‌اساسی تبعیت نماید، برای او بسیار سخت خواهد بود تا در موردی که راه‌حل‌های قاضی‌اساسی در مقایسه با راه‌حل‌های او در مورد حقوق بنیادین لیبرال‌تر و حمایت‌کننده‌ترند، پیروی ننماید.

رویه قضایی عادی در حال شناسایی تحولی مشابه رویه قضایی اداری است؛ و آنچه که می‌تواند از طرف قاضی عادی به امور سرعت دهد این است که او سریعا مزیت دریافتی از ارجاع به هنجارهای اساسی راه به منظور سبقت گرفتن از قاضی اداری به ویژه زمانی که این دو همانند موضوع مالیاتی در رقابت هستند، بهتر احساس می‌نماید. در موضوع بازدیدهای خانگی<sup>۴۲</sup>، قاضی عادی مالیاتی، جهت احترام گذاشتن به تضمینات مورد نظر رویه قضایی اساسی در تصمیم بازرسی‌های مالیاتی<sup>۴۳</sup> مورخ ۲۹ دسامبر ۱۹۸۳ سخت‌گیرتر است<sup>۴۴</sup>.

لذا فقدان مکانیسم تضمین گر احترام به تصمیمات شورای قانون‌اساسی مانعی برابر انتشار هنجارهای اساسی و به صورت دقیق‌تر دریافت رویه قضایی اساسی توسط مراجع قضایی عادی نمی‌باشد.

<sup>۴۱</sup> - "Pénalités fiscales : une "zone de transit" du droit administratif", RJF 4 1992, p. 263 et s.

<sup>۴۲</sup> - Visites domiciliaires

<sup>۴۳</sup> - Perquisitions fiscales

<sup>۴۴</sup> - *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 7<sup>e</sup> éd., n° 35.

با اشاره به این رویه قضایی در مجله حقوق مالیاتی، یکی از مفسران به این صورت نتیجه‌گیری می‌نماید: «در مجموع، با انکسار بر تصمیمات شورای قانون‌اساسی، رویه قضایی دیوان تمیز چنان سخت‌گیر است که به صورت قابل ملاحظه‌ای وظیفه اداره را مشکل می‌نماید.»

ب) مانع دوم که غالباً ارایه می‌گردد عبارت است از «اِکِران قانونگذار». اِکِران قانونگذار فنی است که خصوصاً توسط قاضی اداری استفاده می‌گردد: این فن به قاضی اداری اجازه می‌دهد تا از بررسی اساسی بودن یک عمل اداری<sup>۴۵</sup> به این دلیل که این عمل بر روی یک مقرره قانونی مبتنی است، سر باز زند. لذا قانون به مثابه پرده‌ای بین این عمل اداری و قانون اساسی قرار می‌گیرد و برای قاضی اداری انجام نظارت میسر نخواهد بود، زیرا در صورت نظارت کردن، قاضی اداری به ارزیابی اساسی بودن قانون کشیده خواهد شد، کاری که برای او ممنوع است.

در صحت استدلال پیروی شده توسط قاضی اداری تردیدی نیست. آنچه در عوض قابل بحث می‌باشد عبارت است از استفاده افراطی از مفهوم اِکِران قانونگذار برای طفره رفتن از نظارت بر اساسی بودن عمل اداری.

در واقع در اکثر موارد قانون اِکِران نمی‌شود: عموماً مقررات مذکور در قانون محتوای عمل آیین نامه‌ای را دستور نمی‌دهند. یکی از موارد بسیار شگفت‌انگیز عبارت است از موضوع سازمان و نظام داخلی زندان‌ها که فقط بر اساس ارجاع به نفع قدرت آیین نامه‌ای توسط ماده ۷۲۴ قانون، در ۵۰۰ ماده در قسمت آیین نامه‌ای مجموعه قوانین و مقررات آیین دادرسی کیفری مشخص گردیده‌اند. در این مورد می‌توان گفت که یقیناً صلاحیت قدرت آیین نامه‌ای مورد تردید نیست زیرا این صلاحیت توسط قانون اعطا گردیده است و لذا نظریه اِکِران قانونگذار در اینجا بازی می‌کند، اما از نظر ماهوی کاملاً ممکن است که عدم مطابقت با قانون اساسی نسبت به مقررات متنوع آیین نامه مطرح گردد زیرا در قسمت قانونگذاری مجموعه قوانین آیین دادرسی کیفری هیچ چیزی راجع به اداره زندان‌ها وجود ندارد. چنین استدلالی توسط کمیسیون دولتی آبراهام در یک پرونده جدید پذیرفته شد و شورای دولتی از آن پیروی نمود<sup>۴۶</sup>: آقای آبراهام گفت که اگرچه نمی‌توان قاعده‌مندی فرمان<sup>۴۷</sup> را از نقطه نظر صلاحیت قدرت آیین نامه‌ای اعتراض کرد، این قاعده‌مندی در عوض می‌تواند به دلیل نقض اصل اساسی ی برابری مورد اعتراض قرار گیرد. شورای دولتی در واقع بررسی نمود که مقررات آیین نامه‌ای مورد اعتراض، اگرچه «بر روی صلاحیت اعطایی به قدرت آیین نامه‌ای توسط ماده ۱-۱۱۱ مجموعه قوانین شهرسازی» مبتنی می‌باشند، «مخالف اصل اساسی حق مالکیت» نیستند. کمیسیون دولتی در این فرصت به نظریه «اِکِران شفاف» که سابقاً در پرونده‌ای مورد استفاده قرار گرفته بود متوسل شد: اِکِران «شفاف» است زیرا هیچ گونه مقرره ماهوی در قانون وجود ندارد که بین فرمان و قانون اساسی واسطه گردد.

<sup>45</sup> - Constitutionnalité d'un acte administratif

<sup>46</sup> - RDP 1992, p. 1429

<sup>47</sup> - Décret

اما شورای دولتی در رأی مورخ ۲۷ مه ۱۹۹۲ (انجمن اساتید موزه تاریخ طبیعی) حتی جلوتر نیز رفت، زیرا بدون این که این سوال را مطرح نماید که آیا قانون (سال ۱۹۸۴ راجع به آموزش عالی) موجب اکران می‌گردد یا نه، منحصرأ و به سادگی یک فرمان را با یک اصل بنیادین شناخته شده توسط قوانین جمهوری<sup>۴۸</sup>، اصل راجع به استقلال اساتید دانشگاه، تطبیق نمود و برای اولین بار یک فرمان را به دلیل نقض یک اصل بنیادین شناخته شده توسط قوانین جمهوری ابطال کرد.

در واقع اکران قانونگذار تا اینجا غالباً دستاویزی برای عدم اعمال قانون اساسی و سانسور نکردن اداره بوده است. مسلماً در برخی موارد قانون واقعا اکران می‌شود، به ویژه زمانی که قانون صلاحیت را به نفع قدرت آیین نامه‌ای واگذار می‌نماید (این رویه باید به مرور زمان نادر گردد زیرا شورای قانون اساسی از این پس شدیداً بر این مسأله که قانونگذار صلاحیت اختصاصی خود را به آسانی با ارسال به قدرت آیین نامه‌ای نفی ننماید، نظارت می‌کند)؛ ولی در اکثر موارد وساطت مقرر قانونگذاری بین عمل اداری و قانون اساسی واقعا موجود نیست.

ج) مضافاً باید اشاره نمود که نسبت به قوانین مصوب قبل از قانون اساسی می‌توان به نسخ آنها پی که با قانون اساسی ناسازگارند توسل جست. مشی قاضی عادی مبنی بر این که یک قانون ناسازگار با قانون اساسی را نمی‌توان به عنوان رایج تلقی نمود، هنوز عادی نگردیده است<sup>۴۹</sup>. اما این مشی به مرور زمان خصوصاً توسط قاضی اداری با تشویق‌های آموزه‌ها مورد پیروی قرار می‌گیرد، اگر چه بخشی از آموزه‌ها<sup>۵۰</sup> بر این امر تأکید می‌ورزند که ناسازگاری باید آشکار باشد<sup>۵۱</sup>.

در هر صورت، مسائلی در حال تحول هستند، کما اینکه یک رأی جدید شورای دولتی این موضوع را نشان می‌دهد:

«بخاطر اعمال اصل برابری است که شورای دولتی نسخ ضمنی ماده ۷ قانون ۲۴ مه ۱۸۲۵ راجع به جواز و تاسیس قانونی هیات‌ها و جمعیت‌های مذهبی زنان که مقررات آن نسبت به زنان مذهبی سخت‌گیرتر از مقررات راجع به مردان مذهبی بود را بر اساس پیشگفتار قانون اساسی اعلام نمود. تصمیم بوتن مورخ ۲۲ ژانویه ۱۹۸۲ سابقاً حکم نمود که یک مقرر آیین نامه‌ای مخالف با اصل برابری در برابر قانون<sup>۵۲</sup> دیگر قانوناً از زمان تصویب قانون اساسی سال ۱۹۴۶ قابل اجرا نیست. از طریق اعمال

<sup>48</sup>- Principe fondamental reconnu par les lois de la République

<sup>49</sup>- Cf. J. TREMEAU, "La caducité des lois incompatibles avec la Constitution", *Ann. Int. Just. Constit.* VI-1990, Paris, 1992, p. 219-321.

<sup>50</sup>- R. DRAGO et A. DECOCQ, *JCP* 1984-II-20160

<sup>51</sup>- Cf. B. GENEVOIS, *la jurisprudence constitutionnelle*. Principes directeurs, S.T.H., 1988.

<sup>52</sup>- Principe d'égalité devant la loi

همین استدلال بر یک مقرر قانونی، رأی صادره در پرونده جمعیت‌ها نشان می‌دهد که علی‌رغم فقدان نظارت بر اساسی بودن قوانین به صورت استثناء، مکانیسم حقوقی ای وجود دارد که اجازه می‌دهد تا اصول پیشگفتار قانون اساسی را بر قوانین سابق مخالف با آنها برتری داده<sup>۵۳</sup>.

۳- مانع واقعی آن است که از جهل کارورزان حقوق - قضات و وکلا- راجع به وجود زرادخانه یا مخزن خارق‌العاده ابزارهای اساسی قابل توسل و قابل اجرا، ناشی می‌گردد.

هنجارهای اساسی با تأخیر در مجموعه نظم حقوقی منتشر می‌گردند نه به این دلیل که فنون ضروری برای چنین انتشار یا رخنه‌ای وجود ندارد، بلکه فقط به این دلیل که قضات و وکلا هنوز «بازتاب اساسی»<sup>۵۴</sup> ندارند، یعنی عکس‌العملی دایر بر این که در هر دعوی از خود بپرسند که آیا زوایای اساسی<sup>۵۵</sup> نباید مطرح گردند. حقوق دانان فرانسوی بر عکس همکاران آمریکایی و نیز آلمانی، ایتالیایی و امروزه اسپانیایی و پرتغالی‌شان- به وجود مجموعه قواعد اساسی کاملاً قابل استناد در دعوی عادی و بر سود و حتی بر ضرورت استفاده از آنها حساس نشده‌اند. آنها از حدود بیست سال پیش به استفاده از هنجارهای اتحادیه‌ای یا اروپایی حساس شده‌اند زیرا متخصصان این رشته‌ها موفق گردیدند تا این پیام را بگذارند و «بازتاب اروپایی یا اتحادیه‌ای»<sup>۵۶</sup> را به اذهان آنها وارد نمایند.

حقوق دانان فرانسوی در موضوع اساسی هنوز حساس نیستند، نه فقط به این دلیل که هنوز آموزش‌های حقوقی ای که از سال اول این بازتاب را به اذهان آنها وارد نمایند، ندارند، بلکه به این دلیل که بازتاب معکوس آن به شدت نزد آموزش‌دهندگان لنگر انداخته است: یعنی این برداشت که حقوق اساسی واقعا از حقوق نیست و اینکه قانون‌اساسی چیزی جز یک مجموعه شگردهای سیاسی مبهم و بدون اثر حقوقی نمی‌باشد.

می‌توان دریافت که این مانع برای رویه موسوم به استثنای غیراساسی بودن نیز مشترک است: زیرا چطور می‌توان امیدوار بود که هزاران قاضی و وکیل خصوصا در دادگاه بدوی به سه سوال مورد نظر (آیا مساله اساسی بودن نسبت به دعوی مطروحه مناسب است؟ آیا این مساله جدی می‌باشد و آشکارا بی‌اساس نیست؟ آیا قبلا توسط شورای قانون اساسی اظهار نظر نشده است؟) پاسخ گویند در حالی که به صورت گسترده از رویه قضایی شورای قانون‌اساسی که تا این سال‌های اخیر هرگز در

<sup>53</sup>- EDCE n° 42, p. 81 (Rapport public 1990).

<sup>54</sup>- Réflexe constitutionnel

<sup>55</sup>- Aspects constitutionnels

<sup>56</sup>- Réflexe européen ou communautaire

دانشکده‌های حقوق، نه در مدرسه ملی قضات یا در مدرسه ملی اداری تدریس نگردیده‌اند بی‌اطلاعتند.<sup>۵۷</sup>

## مبحث دوم: اثرات اساسی سازی

بدون شک تنظیم فهرست کاملی از اثرات اساسی سازی هنوز خیلی زود است. این پدیده نسبتاً جدید است و اولین مطالعات منظم در این باره تدریجاً محقق شده‌اند.<sup>۵۸</sup> لذا هدف این است که در اینجا برخی پیشنهادات و خصوصاً چند فرضیه بیان گردند و نیز برخی از ارزیابی‌های عجولانه تصحیح گردند. دو نوع اثرات - مستقیم و غیر مستقیم - را می‌توان متمایز نمود، هر چند این نوع تمایز بیش از آنکه از منظر علمی باشد، از منظر آموزشی است.

### قسمت الف: اثرات مستقیم؛ سه نوع اساسی سازی

اساسی سازی اثرات مستقیم متفاوتی را متناسب با سه بخش بزرگی که امروزه حقوق اساسی نوین را تشکیل می‌دهند ایجاد می‌نماید.

#### ۱- اساسی سازی - قضایی شدن<sup>۵۹</sup> که اصولاً به حقوق اساسی نهادی مربوط می‌گردد.

اگر چه مدت‌های مدید، همان گونه که آن را بیان نمودیم، حقوق اساسی عبارت بود از فهرست شگردهای سیاسی با وصفی به طور مبهم الزام آور که در آن علوم سیاسی از اهمیت بیشتری نسبت به حقوق برخوردار بود<sup>۶۰</sup>، امروزه حقوق اساسی تحت تاثیر رویه قضایی شورای قانون اساسی قضایی گردیده است. بیانی که در سال ۱۹۸۰<sup>۶۱</sup> صورت گرفت، امروزه تقویت گردید و نیازی به تکرار آن نیست. وضعیت نهادهای قدرت، روش انتخاب آنها، صلاحیت‌ها و روابط متقابل آنها از این پس توسط قواعد واقعا حقوقی اداره می‌گردند: به گونه‌ای که «سیاست تحت تصرف حقوق درآمده است»<sup>۶۲</sup>.

<sup>۵۷</sup>- Voir en ce sens, nos observations in *RFDC* 4-1990, p. 581 et s.

<sup>۵۸</sup>- Th. RENOUX, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire*, Economica, 1984 ; P. GAIA, *Le Conseil constitutionnel et l'insertion des engagements internationaux dans l'ordre juridique interne*, Paris, Economica, 1991 ; G. SCHMITTER, *La constitutionnalisation du droit processuel*, thèse, Aix-Marseille III, 1994.

<sup>۵۹</sup>- Constitutionnalisation - juridicisation

<sup>۶۰</sup>- L. FAVOREU et L. PHILIP, *Le Conseil constitutionnel*, PUF, 1978 p. 120

<sup>۶۱</sup>- *Pouvoirs* n° 13 p. 23

<sup>۶۲</sup>- Paris, Economica, 1988.

مطمئناً تمام عناصر حیات سیاسی چنین سازماندهی حقوقی را دریافت ننموده‌اند؛ اما مسلماً قضایی شدن حیات سیاسی از گسترش خود باز نخواهد ماند، حال دل‌تنگ‌های «حکومت غیر قانون مدار<sup>۶۳</sup>» و «قانون اساسی انعطاف پذیر<sup>۶۴</sup>» هر چه می‌خواهند بگویند.

هنجاریت قانون اساسی بر حکمرانان تحمیل می‌گردد و اساسی سازی در اینجا بوسیله آنچه که می‌توان «مؤثر کردن» مقررات متن اساسی<sup>۶۵</sup> نامید نمود می‌یابد.

**۲- اساسی سازی - ارتقاء دادن<sup>۶۶</sup>** که تغییر مشهود در مورد سیستم منابع یا تولید هنجارها را توصیف می‌نماید. قبل از سال ۱۹۵۸، همان گونه که به طرز استادانه‌ای کاره دو مالبرگ<sup>۶۷</sup> بیان نمود، سیستم منابع اصولاً قانونگذاری بوده است، به این معنی که قانون مستقلاً قلمرو اجرایی خود را چه در رابطه با آیین نامه و چه در رابطه با قانون اساسی تعریف می‌نمود. به هدف منطقی کردن یکی از واژگان حقوق بین الملل، می‌توان گفت که قانونگذار عادی دارای «صلاحیت تعیین صلاحیت خود» بود.

این مساله دیگر امروزه درست نیست: تقسیم صلاحیت‌ها بین قانونگذار عادی و قدرت آیین نامه‌ای از یک سو و بین قانونگذار عادی و قانونگذار اساسی از سوی دیگر، توسط قانون اساسی واقعا انجام گرفته است، زیرا نه تنها قانون اساسی ۱۹۵۸ سیستم منابع را با دقت و پیچیده گویی‌های بی سابقه مستقر نمود<sup>۶۸</sup>، بلکه قاضی اساسی بر اجرای دقیق آن نظارت می‌نماید. به همین دلیل است که تعریف اساسی صلاحیت قانونگذار، نه تنها بر قدرت آیین نامه‌ای بلکه - این بزرگترین ابتکار قانون اساسی سال ۱۹۵۸ می‌باشد - بر قانونگذار عادی نیز تحمیل می‌گردد. با ارتقاء دادن یک درجه‌ای سطحی که تقسیم صلاحیت هنجارسازان را مشخص می‌نماید، قانون اساسی ۱۹۵۸ - تفسیر شده توسط شورای قانون اساسی - پارلمان را از قدرت خود تعریفی صلاحیتش محروم نموده است<sup>۶۹</sup>.

<sup>63</sup> - Etat de non droit

<sup>64</sup> - Constitution élastique

<sup>65</sup> - "Mise en effectivité" des dispositions du texte constitutionnel

<sup>66</sup> - Constitutionnalisation - élévation

<sup>67</sup> - Carré de Malberg

<sup>68</sup> - Cf. mes observations in Rapport introductif au colloque sur "L'écriture de la Constitution de 1958", Paris, Economica et PUAM, 1992.

<sup>69</sup> - Cf. J. TREMEAU, *La réserve de loi*, thèse, Aix-Marseille III, janvier 1994

همان گونه که در سال ۱۹۷۷ بیان نمودم<sup>۷۰</sup>، اساسی سازی تقسیم صلاحیت ها موجب "لیزخوردن" موضوعات می گردد. با پیروی از یک نهضت رو به رشد، قسمتی از موضوعات آیین نامه‌ای، قانونی شد و قسمتی از موضوعات قانونی، اساسی گردید.

**۳- اساسی سازی - تغییر شکل دادن<sup>۷۱</sup>** از همه جدیدتر است زیرا این امر به صورت واقعی در طول سال های هفتاد آغاز می گردد، در حالی که قبلی ها از سال های شصت به وجود آمده اند. در اینجا هدف این است تا اصولا به اساسی سازی حقوق و آزادی ها که به آغوشن گرایش های مختلف حقوق و همزمان به تغییر شکل این گرایش ها منجر می گردند، اشاره گردد. اما این مساله به نهادها خصوصا نهادهای اداری و قضایی نیز مربوط می گردد، زیرا تاثیر اساسی سازی این نهادها کاملا در حقوق اداری و در حقوق قضایی خصوصی محسوس است.

تغییر شکل وقتی موجود است که قانون اساسی به تغییر محتوای حقوق منجر گردد، که از ابتدای سالهای ۸۰ من خواستم این مساله را با سخن گفتن از حقوق اساسی اجتماعی، حقوق اساسی کیفری و حقوق اساسی مدنی تشریح نمایم. این موضوع کاملا در مقاله میشل فرمون بیان شده است: «نظریه حقوق بنیادین متمایل است تا تأثیری عمیق بر مجموعه حقوق آلمان داشته باشد، خواه از طریق انتاج قواعد حقوقی جدید، خواه از طریق ابطال مقررات مخالف، خواه از طریق تفسیر قواعد موجود در جهتی مطابق با قانون اساسی».

وقتی که از اساسی سازی حقوق سخن می رود، به صورت خاص این نوع اساسی سازی منظور است. اما همان گونه که بیان خواهد شد، انواع مختلف اساسی سازی با هم مرتبط هستند و تاثیرات متقابل مهمی بین آنها وجود دارد.

### قسمت ب: اثرات غیر مستقیم

اثرات غیر مستقیم، اگرچه نشان دادن آنها مشکل تر است، از اهمیت کمتری برخوردار نیستند. در اینجا نیز با ذکر برخی از قسمت ها و با ارجاع به برخی دیگر از تحلیل های پیشین، طرحی کلی از مساله ارایه خواهد شد.

<sup>۷۰</sup>- Cf. rapport introductif au colloque sur "Le domaine de la loi et du règlement" Paris, Economica, 2<sup>e</sup> éd., 1982 p. 37

<sup>۷۱</sup>- Constitutionnalisation - transformation



۱- **نوسازی حقوق**<sup>۷۲</sup> یکی از اثرات اساسی سازی است، به این معنی که غالباً تغییر شکل حقوق با نوسازی او نمود می یابد. این نوسازی مترادف است با آزادی گرایي زیرا دگرگونی‌ها به عنوان پیشرفت هایی امری و الزامی توسط منطق حقوق بنیادین تشریح می گردند. مثال هایی آرایه خواهند شد ولی مسلماً فقط با مطالعه ای عمیق می توان مجموعه این پیشرفت‌ها یا نوسازی را نشان داد.

در طول حدود ده سال، تفسیر شورای قانون اساسی از ماده ۶۶ قانون اساسی مبنی بر ضرورت مداخله مقام قضایی در صورت در معرض خطر قرار گرفتن آزادی فردی به تغییر رویه قضایی دیوان تمیز در موضوع بازدیدهای خانگی ماموران مالیاتی منجر شد<sup>۷۳</sup>. همچنین، حمایت اساسی ای که توسط شورای قانون اساسی از آزادی رفت و آمد از سال ۱۹۷۶ به عمل آمد، به تغییر رویه قضایی شورای دولتی و دادگاه تعارضات در موضوع گرفتن گذرنامه منجر گردید، به این معنی که امتیاز قدیمی ای را که اداره مالیات را مجاز می نمود تا گذرنامه مودیان بدپرداز را بگیرد حذف نمود<sup>۷۴</sup>. اداره مالیات بیش از پیش ملزم است تا روش های خود را تحت فشار یا تحت تاثیر اصول اساسی تغییر دهد<sup>۷۵</sup>.

همچنین می توان مثال بسیار گویای حقوق مجازاتهای اداری را ذکر نمود که در چند سال (از سال ۱۹۸۷) تحت تاثیر رویه قضایی شورای قانون اساسی و مطابق با یک جریان شکل گرفته در حقوق تطبیقی به گونه ای که در مطالعه ارزشمند فرانک مدرن<sup>۷۶</sup> فهمیده می شود چهره اش کاملاً تغییر کرده است. در موضوع حقوق کار، مواردی که در آنها راه حل های قدیمی، کمتر حامی حقوق افراد، مجبور شدند تا جای خود را به راه حل های جدیدتر دهند، زیاد می باشند. این مساله بارها اثبات گردیده است و اخیراً نیز توسط برتراند ماتیهو<sup>۷۷</sup> تبیین گردید. در میان بارزترین مشخصه ها می توان به مواردی که به موجب آنها آزادی ازدواج مانع از حضور برخی شرایط در مقررات داخلی یا در قراردادهای کار می گردند؛ یا به اصل عدم تبعیض در استخدام یا اخراج کارکنان اشاره نمود. در قلمرو حقوق کیفری و آیین دادرسی کیفری می توان تاثیر مفید اصول اساسی ی اماره بی گناهی<sup>۷۸</sup> (اصل برائت) یا عطف به ماسبق شدن قوانین کیفری ملائم تر و یا احترام به حقوق دفاعی<sup>۷۹</sup> را ذکر نمود. در تمام بخش ها اصل

<sup>72</sup> - Modernisation du droit

<sup>73</sup> - Cf. Cass. 15 déc. 1988, *JCP* 1988-II-21263 obs. DUGRIP.

<sup>74</sup> - TC 9 juin 1986, *Eucat*, *JCP* 1987-II-20747 note PACTEAU.

<sup>75</sup> - Voir en ce sens l'étude de J. TUROT précitée.

<sup>76</sup> - *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*, Paris, 1993

<sup>77</sup> - Bertrand MATHIEU, *Les sources du droit du travail*, Paris, PUF, 1992

<sup>78</sup> - Présomption d'innocence

<sup>79</sup> - Droits de la défense

برابری با جنبه‌های متنوع اش نوسازی حقوق را به وسیله پایان دادن به برخی از تبغیض‌ها تضمین می‌نماید.

## ۲- اتحاد نظم حقوقی<sup>۸۰</sup> بدون شک توسط فرایند اساسی سازی تسهیل شده است.

مراد این نیست تا استدلالاتی که چند سال پیش صورت گرفته‌اند<sup>۸۱</sup> را دوباره ذکر نمود. ولی می‌توان ضمن بیان خطوط اصلی موضوع، به هدف بررسی وضعیت پیشرفت این فرایند، تاملی دوباره نمود.

الف) هنجارهای اساسی تدریجاً بنیان مشترک گرایش‌های مختلف حقوق می‌گردند (پدیده‌ای که بدون شک با سرعت متفاوتی نسبت به موضوعات مختلف است). در نتیجه، اصول کلی حقوق که در هر رشته یا موضوعی به صورت مستقل در حال گسترش بودند، کم‌کم اهمیت خود را به نفع هنجارهای اساسی از دست می‌دهند، اگرچه استدلالات احکام و آراء هنوز به طرز صحیحی تنظیم نمی‌گردند.

به همین دلیل است که اعلامیه حقوق بشر و شهروند ۱۷۸۹، پیشگفتار قانون اساسی ۱۹۴۶ و حتی اصول بنیادین شناخته شده توسط قوانین جمهوری مستقیماً توسط قاضی اداری و نیز توسط قاضی عادی استفاده می‌شوند و بنابر این تدریجاً جایگزین اصول کلی حقوق می‌گردند. مثلاً نه تنها می‌توان موارد فوق الذکر در رابطه با قاضی اداری را (آراء کاتن یا انجمن اساتید موزه تاریخ طبیعی) که به آنها آراء دیوان‌های اداری تجدید نظر را باید اضافه‌نمود، ذکر کرد، بلکه تصمیمات اخیر دیوان تمیز یا دیوان‌های تجدید نظر را هم باید افزود.<sup>۸۲</sup>

ب) یقیناً این مساله به نسبی کردن تمایز سستی ی - در حالی که به نظر غیر قابل تغییر می‌آمد- بین حقوق عمومی و حقوق خصوصی منجر می‌شود.

اصول کلی حقوق، استخراجی توسط شورای دولتی، با همان وضعیت توسط مراجع قضایی عادی مورد پذیرش قرار نمی‌گرفتند و این مراجع قضایی با توجه به نیازهای خود اصول کلی مخصوص به خود را کشف می‌نمودند. گسترش قلمرو آیین‌نامه‌ای می‌توانست به تحول قاضی اداری از «نگهبان

<sup>80</sup> - Unification de l'ordre juridique

<sup>81</sup> - In Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat, Paris, 1988

<sup>82</sup> - Cf. les études récentes, et notamment les thèses de Marc PRANGI (*Droit constitutionnel et droit privé*, Economica et PUAM, 1992), de Georges SCHMITTER (*La constitutionnalisation du droit processuel*, thèse, Aix-Marseille III, 1994) et de N. MOLFESSIS (*Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, thèse, Paris II, 1994).

قانونی بودن اداری<sup>۸۳</sup> به «نگهبان اداری قانونی بودن»<sup>۸۴</sup> منجر شود<sup>۸۵</sup>. اما این تحول که تحقق آن رأساً در دوره گسترش قدرت آیین نامه‌ای<sup>۸۶</sup> مشکل می‌آمد، با گسترش صلاحیت قانونگذاری متوقف گردید. مواعی که اصول کلی حقوق استخراجی توسط شورای دولتی با آنها مواجه گردیدند<sup>۸۷</sup>، قابلیت مخالفت با هنجارهای اساسی را ندارند. در واقع هنجارهای اساسی که توسط شورای قانون اساسی اجرا می‌گردند بر تمام مقامات قضایی تحمیل می‌گردند و انتشار آنها بر اثر دوگانگی محاکم<sup>۸۸</sup> (بر خلاف اصول کلی حقوق) با مشکل مواجه نمی‌شوند. بعلاوه، ماهیت اساسی این هنجارها به آنها در برابر مراجع قضایی اقتداری بالاتر از اقتدار سایر هنجارها، به ویژه اصول کلی حقوق، اعطا می‌نماید. به همین دلیل امروزه مثلاً حق مالکیت یا حقوق دفاعی به شیوه‌ای واحد توسط مراجع قضایی اداری و عادی اعمال می‌گردند.

**۳- تسهیل نظم حقوقی**<sup>۸۹</sup> نیز توسط اساسی سازی (همان گونه که در مطالعاتی که قبلاً به آنها ارجاع دادیم ذکر گردیده‌اند)<sup>۹۰</sup> تولید یا القاء شده است.

بر اثر اساسی سازی سیستم منابع، با یک آسان سازی دو جانبه‌ای مواجه گردیده‌ایم. از یک سو، با تسهیل سلسله مراتب عمل‌های موضوع نظارت بوسیله «ختی سازی»<sup>۹۱</sup> تدریجی مواد ۳۴، ۳۷ و ۳۸ قانون اساسی، استقرار و توسعه رویه قضایی در مورد عدم صلاحیت های منفی و تعیین هویت اعمال قانونگذاری فقط برای قوانین پارلمانی (با تعدادی فرامین نادر و چند قانون استثنایی مصوب از طریق همه پرسی) روبرو گردیده است؛ و از سوی دیگر، با سلسله مراتب هنجارهای مرجع: در رأس آنها هنجارهای اساسی<sup>۹۱</sup> که در بین آنها سلسله مراتبی وجود ندارد، سپس هنجارهای با ارزش قانونی و در

<sup>83</sup> - *gardien de la légalité administrative*

<sup>84</sup> - *gardien administratif de la légalité*

<sup>85</sup> - Selon la formule de J. RIVERO in *Mélanges Waline*, II, p. 707

<sup>86</sup> - ژان ری ورو خطرهای تعارضات و تضاد بین دو نظم دادگامی را این گونه بیان می نمود: «علی رغم وحدت اصول بنیادینی که تمام نظم حقوقی فرانسه را تسخیر کرده است، تفاوت بین متخصصان حقوق عمومی و متخصصان حقوق خصوصی عمیق می باشد» در نتیجه خطرات بن بست و انسداد وجود دارد زیرا «تصمیم صادره توسط مراجع قضایی عالی اداری به نظم حقوقی مقابل (نظم حقوقی عادی) مربوط نمی گردد».

<sup>87</sup> - Cf. *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, *op.cit.*

<sup>88</sup> - dualité de juridictions

<sup>89</sup> - Simplification de l'ordre juridique

<sup>90</sup> - "Dualité ou unité de l'ordre juridique", in *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, *op.cit.*

<sup>91</sup> - همراه با هنجارهای بین المللی و اروپایی.

سطح مادون قانونی و فرا فرمانی، اصول کلی حقوق و در نهایت هنجارهای با ارزش آیین نامه‌ای و احتمالاً اصول کلی درجه دوم مواجه می‌گردیم.

مساله جایگاه هنجارهای بین المللی در این سلسله مراتب باقی می‌ماند: در واقع، این سوال به صورت خاص در سطح (قانون) اساسی مطرح است زیرا در مورد اعمال قانونگذاری و آیین‌نامه‌ای هیچ شکی نیست که هنجارهای بین المللی از آنها برتر می‌باشند.

### نتیجه گیری

پس از سی و شش سال از اجرای قانون اساسی سال ۱۹۵۸، چاره‌ای نیست جز اینکه دگرگونی عمیقی که صورت گرفت را تصدیق نمود و می‌توان گفت که تحت تاثیر پدیده اساسی سازی، مرکز ثقل نظم حقوقی جابجا گردیده است. در قرن نوزدهم و در طول بخش اعظم قرن بیستم، نظم حقوقی از قانون به عنوان محور بنیادی و از قانون اساسی به عنوان تنظیم کننده اصلی برخوردار بوده است و همه چیز حول این دو قطب تنظیم می‌گردید. امروزه، محور بنیادی عبارت است از قانون اساسی<sup>۹۳</sup> و تنظیم کننده اصلی عبارت است از شورای قانون اساسی و لذا مجموعه نظم حقوقی حول این دو قطب سازماندهی دوباره می‌گردد.

مسائل دیگر همانند سابق نیستند. قانون در آن زمان به عنوان میزان عالی<sup>۹۴</sup> بوده است اما امروزه قانون اساسی میزان عالی است. سابقاً از اصل قانونی بودن<sup>۹۵</sup> صحبت می‌شد، امروزه از اصل اساسی بودن<sup>۹۶</sup> سخن می‌رود. فرا قانونی بودن<sup>۹۷</sup> به نظر اندکی نمادین می‌آید و نظارت بر احترام به آن به عنوان یک هدف مورد انتظار یا به عنوان یک تحول، مورد آرزو و یا اجتناب‌ناپذیر می‌آید، امروزه همین مساله برای فرا اساسی بودن<sup>۹۸</sup> نیز صادق است.

حقوقدانان، فیلسوفان و یا سایرین که از حقوق سخن می‌گویند باید این تحول عمیق را باور نمایند و دیگر استدلالات خود را بر همسانی حقوق و قانون و بر انکار وجود حقوق قانون اساسی - که «حقوق پیشگفتاری»<sup>۹۹</sup> یا «حقوق سیاسی» نمی‌باشد، بلکه یک حقوق واقعی است - بنا نمایند.

<sup>۹۲</sup> - و نیز هنجارهای اتحادیه ای و اروپایی.

<sup>۹۳</sup> - "Le mètre suprême"

<sup>۹۴</sup> - Principe de légalité

<sup>۹۵</sup> - Principe de constitutionnalité

<sup>۹۶</sup> - Supra-légalité

<sup>۹۷</sup> - Supra-constitutionnalité

<sup>۹۸</sup> - droit de préambule

مشکل این است که اکثر حقوقدانان شاغل در فضای قانون محوری آموزش دیده‌اند و متمرکز نمودن فرهنگ حقوقی شان حول مفاهیم جدید برای آنها بسیار دشوار است. با این حال، بیش از پیش وضعیت جدید مورد باور قرار می‌گیرد و این مساله تحت تاثیر پدیده‌ای تکمیلی، یعنی اتحادیه‌ای شدن<sup>99</sup> و یا به شیوه‌ای کلی‌تر اروپایی شدن حقوق<sup>100</sup>، می‌باشد.

در اینجا پرسش دیگری مطرح می‌گردد: آیا اساسی سازی حقوق می‌تواند در برابر فرایند اتحادیه‌ای شدن که پیش‌تر در فرانسه آغاز گردیده است، تحمیل شود؟ در واقع، وقتی که عکس‌العمل اساسی در برابر معاهده ماستریخت را در فرانسه (همانند در آلمان یا حتی در اسپانیا) می‌بینیم<sup>101</sup>، می‌توان دریافت که این مساله محقق نیست و اینکه اساسی‌سازی می‌تواند بهتر پیشرفت نماید با توجه به اینکه او مسلماً در سازگاری بهتری با حقوق ما می‌باشد و راحت‌تر مورد پذیرش قرار می‌گیرد.



استفاده از اصطلاح حقوق پیشگفتاری به این منظور است تا به گرایش موجود در نزد حقوقدانان فرانسوی با آموزش سنتی اشاره گردد. به نظر این دسته از حقوقدانان، حقوق اساسی آزادی‌ها نمی‌تواند جز دره پیشگفتاره - مفهومی مبهم و رموز که به آن اصول سال‌های ۱۷۸۹ و ۱۹۴۶ و نیز مقررات قانونی مندرج در قانون اساسی ۱۹۵۸ را می‌توان ترکیب نمود - وجود داشته باشد، زیرا در ذهن این گروه از حقوقدانان فرانسوی قانون اساسی نمی‌تواند امری غیر از مقررات مربوط به نهادها را شامل شود.

<sup>99</sup> - Communautarisation

<sup>100</sup> - Européanisation du droit

<sup>101</sup> - Cf. notre étude, "Le contrôle de constitutionnalité du Traité de Maastricht", RGDI 1993, p. 39



پروفیسر شگاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی  
پرتال جامع علوم انسانی