

قوه یا مقام قضایی^۱

دومینیک تورپن^۲

استاد حقوق اساسی دانشگاه اوورین^۴ فرانسه

ترجمه: اسدالله یآوری^۵

چکیده

جایگاه امر قضاء و سازمان آن در ساختار حکومت همواره موضوع بحث های 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 مشخص تر در آثار مونتسکیو دارای پیشینه بسیار طولانی بوده است. مونتسکیو، پس از ارائه نظریه تفکیک قوا، و تشریح لزوم آن، از میان سه قوه مورد نظر، قدرت قضاوت کردن را «بعبارتی هیچ» ارزیابی کرده و قضاوت را «موجودات بی حرکتی میداند که فقط دهانهای هستند که قوانین را اعلام میکنند و نمی توانند قوانین را، نه از نظر لازم الاجراء بودن و نه از حیث شدت تعدیل نمایند.» «ماهمان گونه که خواهیم دید، برداشت از تئوری مونتسکیو (اگر چه الهام بخش اکثر نظام های حقوقی در سازماندهی قدرت بوده است) لزوماً، در بردارنده یک مفهوم واحد و کامل از این نظریه نبوده، و تعدیل هایی در اقتباس از آن صورت گرفته است.

کلیدواژه ها: قاضی، ساختار حکومت، تفکیک قوا.

^۱ تاریخ دریافت: ۱۳۸۲/۸/۲۷

تاریخ پذیرش: ۱۳۸۲/۱۱/۱۱

^۲ این مقاله "pouvoir judiciaire" در یازدهمین نشست آکادمی بین المللی حقوق اساسی در سال ۱۹۹۵ در تونس، وسیله نویسنده ارائه گردیده ، که در مجموعه ای تحت عنوان "قانون اساسی و دادگستری" (Constitution et justice) توسط انتشارات دانشگاه تولوز فرانسه بچاپ رسیده است.

^۳ Dominique Turpin

^۴ Auvergne

^۵ دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه نانت-فرانسه.

مقدمه

جایگاه امر قضاء و سازمان آن در ساختار حکومت همواره موضوع بحث های حقوقی و سیاسی مختلف بوده است. ایده 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^۶، از میان سه قوه مورد نظر، قدرت قضاوت کردن را «بعبارتی هیچ» ارزیابی کرده و قضات را «موجودات بی حرکت»ی میدانند که «فقط دهانهایی هستند که قوانین را اعلام میکنند و نمی توانند قوانین را، نه از نظر قدرت و نه از نظر شدت تعدیل نمایند».

همانگونه که خواهیم دید تئوری مونتسکیو اگر چه منشاء الهام و مبنای اکثر سیستمهای حقوقی در سازماندهی قوا قرار گرفته است؛ اما برداشت از آن، لزوماً، در بردارنده یک مفهوم واحد و کامل از این نظریه نبوده است.

در ایالات متحده که بنیان گذاران آن حمایت از حقوق و آزادی های 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 انرا در مقابل اعمال قانونگذاری و اجرایی هیچ دانسته؛ و قضات را برده قانون و موجودات بی حرکت 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 قوه ای برابر در کنار سایر قوا مطرح میکند بلکه در مواردی اقتدار آن بر دو قوه دیگر آشکار است^۷. در واقع قدرت عملکرد نسبتاً مستقل و بیطرفانه قضات امریکایی ناشی از استقلال کامل مجموعه دستگاه قضایی از دو قوه دیگر نیست^۸ بلکه بنظر میرسد این شان بالای دستگاه قضایی^۹ بیشتر ناشی از یک رویه پذیرفته شده در امریکاست که براساس آن "بیان حق در حوزه و وظیفه

^۶ "... چنانچه قدرت قضاوت کردن از قدرت قانونگذاری و قدرت اجرایی جدا و منفک نباشد؛ موقعیت 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.

^۷ از یک سو قدرت و 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 آن در حمایت از حقوق شهروندان در دعوی علیه مقامات عالی سیاسی (حتی رئیس جمهور؛ صرف نظر از نقش نهایی کنگره در صدور رای نهایی). را مینوان شاهد این مدعا دانست. بر همین اساس در حقوق فرانسه از اصطلاح "دولت قضات" (نگاه کنید به پا ورقی شماره ۳۲). جهت معرفی سیستم قضایی ایالات متحده استفاده شده است.

^۸ 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 میگزینند. 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.

^۹ حتی برخی رئیس دیوانعالی ایالات متحده را از حیث قدرت سیاسی، شخص دوم کشور پس از رئیس جمهور میدانند. نگاه کنید به J. Marcou, La justice constitutionnelle. PUF, 1997

قاضی است^{۱۱}. عبارت دیگر در ایالات متحده و کشورهای تحت نفوذ سیستم انگلو ساکسون^{۱۱} استقلال قاضی در عمل (یعنی بیطرفی وی)، مورد توجه بیشتر است. براساس اصل ۳ از بخش اول قانون اساسی ۱۷۸۷ آمریکا: "تا زمانیکه قضات فدرال در انجام وظیفه شایسته باشند، به آن ادامه میدهند". بر اساس اصول کامن لو استقلال قاضی، بیشتر یک استقلال مادی، شخصی و شخصیتی مبتنی بر وجود صلاحیتهای اخلاقی و علمی است تا یک جدایی سازمانی از قوای دیگر. بعنوان مثال تامین مالی قاضی توجه قاضی را از منفعت احتمالی در نقض بیطرفی دور مینماید. در فرانسه هر چند نگرانی از خطر قدرت گرفتن قضات، همواره مانع از پذیرش ارتقاء دستگاه قضایی به یک قوه مستقل در کنار سایر قوا بوده است^{۱۲}؛ و مقامات عالی کشور حتی طی سالهای اخیر از قید صریح مانع شدن در راه ارتقاء دستگاه قضایی در هیئت یک "قوه" مستقل، تردید نکرده و همواره آنرا بعنوان یک سرویس یا خدمت عمومی تلقی نموده اند^{۱۳}؛ اما علیرغم این امر، و وابستگی آن به قوه مقننه (در رابطه با مقررات اداری، استخدامی و مالی)، به رییس جمهور (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 دادسرا)^{۱۴}، دو

^{۱۱} نگاه کنید به رای مشهور *Marbury v. Madison* دیوان عالی (۱۸۰۳) در: Brrana . J-E , *La Constitution américaine et les institutions, Ellipses*. 1999. در واقع برخلاف سیستمهای حقوقی "حقوق نوشته" که قانون رکن و محور اصلی بیان حق و حقوق

حاکم بر روابط مختلف است؛ و قاضی بنوعی واسطه و ضامن اجراء قانون در موارد عدم اجرای آن است.

^{۱۱} 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 مینمایند."

^{۱۲} در قانون اساسی ۱۹۵۸ فقط به "مقام قضایی" (*Autorité judiciaire*) در تیر پنجم اشاره شده است.

^{۱۳} نگاه کنید به متن ص 16-18. شورای قانون اساسی در رویه قضایی خود عدم رعایت اعتبار امر مختوم در خصوص تصمیم قضایی را مغایر با اصل تفکیک قوا ارزیابی نموده؛ و بدین وسیله بطور غیر مستقیم وجود قوه قضاییه را (صرف نظر از عدم پیش بینی 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.

^{۱۴} قانون اساسی در اصل ۶۴ با اشاره به اینکه استقلال منصب قضاء وسیله رییس 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 دادسرا با ریاست رییس جمهور و معاونت وزیر دادگستری) را پیش بینی 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 رییس جمهور دو عضو مستقیماً و بقیه و براساس پیشنهاد دیوان نقض و شورای دولتی تعیین میگرددند). با رفرم مزبور در بخش صالح در خصوص 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 رییس 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 رییس دیوان نقض، رییس دادگاه تجدید نظر و...) و دادن نظر الزام آور در مورد انتصاب سایر قضات نشسته) و همینطور 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 وجود اکثریت لازم در کنگره (مجلس مرکب از مجلس ملی و سنا) به نتیجه نرسید.

ویژگی این نهاد را بطور عام در کلیه کشورهای دارای سیستم حقوقی حقوق نوشته (و بطور خاص در کشور فرانسه) نمی توان انکار نمود:

اولاً "قاضی از طریق تفسیر قانون^{۱۵} و یا با استناد به سایر منابع حقوق (در موارد خلاء قانونی) با رویه قضایی بنوعی (و بطور غیر مستقیم) در امر قانون گذاری و ایجاد و یا تکمیل قاعده حقوقی شرکت میکند^{۱۶}، ثانیاً "در رابطه با قوه مجریه، مشاهده میشود که قاضی و دستگاه قضایی (اگر چه بشکل مستقیم و غیر مستقیم تحت نفوذ آن

^{۱۵} سزا بکار یا معتقد است که « قاضیات نباید... اقدام به عمل تفسیر قانون نمایند؛ چرا که - برای بهترین دلیل - آنها قانون گذار نیستند... در مقابل هر جرم قضایی اقدام به تشکیل قیاسی کامل نماید: کبری قضیه قانون عام، صغری آن عمل موافق یا مخالف قانون و نتیجه [همان رای قضایی در] تیره یا محکومیت است. » (C. Beccaria, *Des délits et des peines*, 1764 (traduit français, par M, Chevallier 1991 p. 67). اما با توجه به اینکه در سایر حوزه های حقوقی غیر از حقوق کیفری، و بعضاً "بنابر بر ضرورت، اقدام قاضی در تفسیر موسع برخی مقررات توجیه پذیر است و اگر همانطور که میشل تروپه بر شمرده؛ آنرا "عمل 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 کادر مشخص و معین هر چه بیشتر مورد توجه قرار گیرد (حتی با عدم فرض تفسیر آزادانه قاضی، از یکسو نمی توان مرز و معیار روشنی را میان تفسیر در چاقوب قانون و تفسیر خارج از آن ایجاد نمود؛ و از سوی دیگر در خصوص کنترل تفاسیر نادرست مرجع سانسور در همه موارد وجود ندارد. اگر در خصوص تصمیمات قضات عادی با وجود سلسله مراتب دادگاه ها امکان سانسور تصمیمات غیر قانونی 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 ۸۴.

^{۱۶} شایان ذکر اینکه در سیستم حقوق نوشته، عمل قاضی در تفسیر، فرع بر اصل رعایت قانون وسیله وی در کادر 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. بعلاوه تفسیر قانون نوعاً "در مواردیست که قانون موجود دارای ابهام (یا وجود مفاهیم متعدد حد اقل از نظر قضایی) و یا خلاء جزئی باشد. همچنین نگاه کنید به پاورقی ماقبل.

هستند؛^{۱۷} صرف نظر از محدودیتهای قانونی^{۱۷}، بطور نسبی در دعاوی اداری^{۱۸} و در آنچه مربوط به پرونده های مقامات عمومی و سیاسی ست از خود استقلال نشان میدهند.

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 قضاییه و یا فرض عدم وجود آن) از طریق تفسیر قانون، و بویژه در موارد سکوت قانونگذار دارای قدرت نرماتیو^{۱۹} قابل توجهی است.

^{۱۷} اصل ۶۸ قانون اساسی با شناسایی عدم مسئولیت رییس جمهور در اجرای وظایف خود، میان مصونیت کیفری و مصونیت سیاسی رییس جمهور تفکیک قابل 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، اعضاء 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 پرونده های 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 جرائم ارتكاری قبل از دوران ریاست جمهوری نیز تسری داده شده است چرا که جرائم منتسب به ژاک شیراک مربوط به قبل از دوره ریاست جمهوری وی 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 با اصلاح قانون اساسی خود در سال ۱۹۹۹ صلاحیت دادگاه بین المللی کیفری را در خصوص مسئولیت کیفری رییس جمهور پذیرفته است.

در خصوص نظر شورای قانون اساسی، بنظر میرسد این حساسیت نسبت به مسئله مسئولیت کیفری رییس جمهور با عنایت به امکان ایجاد اختلال در اجرای وظیفه خطیر رییس جمهوری اتخاذ شده باشد. در واقع وجود برخی احزاب و گروههای مخالف که نوعاً" در پی پرونده سازی برای رقیب هستند میتواند تا حدی توجه کنند این امر باشد؛ حتی دخالت قاضی بطور مستقل و بیطرفانه نیز نمی تواند پاسخی در رد این مطلق این نظر باشد؛ چرا که در پاره ای از موارد پس از وجود اتهام، طی مراحل دادرسی و منتهی شدن آن به صدور رای (حتی با صدور قرار منع تعقیب یا صدور حکم برائت حسب مراحل دادرسی) میتواند اعتبار و اقتدار رییس جمهور را خدشه دار 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 رییس جمهور (صرف نظر از مرحله صدور رای مجرمیت یا برائت که توسط کنگره صورت میگیرد) بسادگی امکان پذیر است.

^{۱۸} قاضی (اداری در سیستم فرانسوی) از طریق رسیدگی به دعاوی اداری، اعمال اداری (بویژه آیین نامه ها) 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 آنرا اقتدار دستگاه قضایی نسبت به قوه مجریه محسوب نماییم؛ تردید وجود دارد.

^{۱۹} Normatif: این اصطلاح به توانایی قضات در تبیین مفهوم قانون از طریق تفسیر آن در موارد ابهام و عدم صراحت، و ایجاد یا تکمیل قاعده حقوقی از طریق رویه قضایی در مواردی که مقررات ساکت بوده؛ اشاره دارد. بعنوان مثال حقوق اداری فرانسه یک حقوق با منشاء رویه قضایی است و قانونگذار و قانون تا دهه های اخیر در بسیاری از موارد بدنال رویه قضایی مبادرت به ایجاد یا اصلاح مقررات در یک حوزه خاص کرده اند. همینطور میتوان به قدرت تفسیر وسیع قاضی اساسی (یا قاضی مربوط به قانون اساسی. نگاه کنید به پاورقیهای شماره ۱۵، ۱۶ و ۸۴) در امر کنترل مطابقت مقررات تالی با قانون اساسی اشاره کرد.

اگرچه مانند برخی از نویسندگان^{۲۰} نمیتوان بسادگی از کنار بحثهای مربوط به اثبات وجود یا اثبات ضرورت وجود یک قوه مستقل و یا عدم آن گذشت؛^{۲۱} اما بهر حال، امروزه، در سیستمهای حقوقی، امر قضاء فقط بعنوان یک سرویس عمومی دولت مانند هر خدمت دیگری مطرح بوده و عدم وجود یک قوه مستقل در ردیف و هم شادن دو قوه مقننه و مجریه کمتر محل نزاع بوده است^{۲۲}؛ و علیرغم اینکه در برخی قوانین اساسی اصطلاح «قوه قضائیه» جهت معرفی دستگاه قضایی مورد استفاده قرار گرفته است، در بیشتر آنها، آنچه در عمل و در جزییات امر، بیشتر مورد توجه بوده است موضوع استقلال و بی طرفی دستگاه قضایی و قضات^{۲۳} آن در کار قضایی است^{۲۴}، که از طریق اعطاء تضمینات قانونی به قاضی و عمل قضایی^{۲۵}، مورد توجه قرار گرفته است^{۲۶}. در واقع میان دستگاه اداری

^{۲۰} از نظر بارتملی و دونه (Barthélémy et Duez)

بحث "قوه" یا "مقام" فقط یک مجادله مشهور است که علیرغم همه خیر خواهی مان برای ما فاقد حداقل نفع است. نگاه کنید به
Constitution et justice, Académie du droit constitutionnel, Presses universitaire de Toulouse, 1995, p.26.
یا همینطور برای بادینتر (Badinter): «این امر که، آنهايي که احقاق عدالت میکنند 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*

^{۲۱} صرف نظر از بحثهای لفظی مربوط به نام دستگاه قضایی، اینکه استقلال امر قضاء در استقلال ارگانیک و سازمانی آن و یا استقلال کاکردی آن بدانیم؛ مباحث مزبور دارای اهمیت بسیاری است. 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 ویزگیهای تاریخی و تحولات حقوقی و سیاسی دستگاه قضایی شکل نسبتاً منسجم و پایدار گرفته و دغدغه امروز، بیشتر استقلال قاضی در انجام عمل قضاییست؛ در واقع بنوعی یک انتخاب میان استقلال سازمانی و استقلال کاکردی صورت گرفته است: با همه قدرت نرماتیو قاضی، بهمان اندازه که همواره از قابل شدن به یک قوه مستقل در مفهوم جزمی تفکیک قوا امتناع صورت گرفته؛ همانطور از هیچ دانستن قدرت قضاوت در مفهوم جزمی مونتسکیو نیز خودداری شده است. البته بنظر میرسد هنوز هم این مباحث (صرف نظر از تاکید بر الفاظ) میتواند در غنای انتخاب یادشده ارزشمند باشد.

^{۲۲} برخی از حقوقدانان مانند تیئری رونو؛ معتقدند که علیرغم عدم بیان صریح در وجود قوه قضائیه در برخی از قوانین اساسی، استقلال قضایی، فقط ناظر به استقلال در کار قضایی نبوده و استقلال یک نهاد و یک دستگاه را مد نظر دارد. مثلاً "بر اساس 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.

^{۲۳} استقلال قاضی فقط نسبت به قوه مجریه و مقننه نبوده و این استقلال از اطراف دعوی و گروههای فشار سیاسی، اقتصادی و اجتماعی نیز مورد تاکید قرار گرفته است. نگاه کنید به آراء دادگاه اروپایی حقوق بشر در دعوی Ringeisen (۱۹۷۱) و دعوی Campbelle (۱۹۸۴).

^{۲۴} 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." همینطور قانون اساسی یونان در اصل ۸۷ خود قاضی را از "استقلال شخصی و کاری" برخوردار دانسته است.

^{۲۵} تضمینات مانند غیر قابل عزل بودن (جز در موارد محکومیت) و غیر قابل انتقال بودن قاضی، مستقل بودن امر ارتقاء قضات و لازم الاتباع بودن تصمیمات قضایی.

^{۲۶} در همین راستا با اوج گیری 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 کنوانسیون به حق داشتن یک دادرسی منصفانه در دادگاه مستقل و بی طرف و برخورداری از حقوق دفاع برای

دادگستری و دادگاه از یک سو و میان وابستگی قاضی به حکومت به عنوان مامور آن و استقلال قاضی در عمل قضایی از اداره مربوطه، از سوی دیگر تفکیک قایل گردیده اند.

بطور کلی و با نگاه به دو نظام بزرگ حقوقی کامن لو و رومانو-ژرمنیک میتوان دو گرایش کلی در خصوص دستگاه قضایی و امر قضاء، را از یکدیگر تفکیک نمود: اگر در سیستم کامن لو، استقلال امر قضاء در توانایی های مستقل آموزشی، علمی، و شخصیتی و...؛ شخص قاضی جستجو میگردد در نظامهای حقوقی 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 قاضی است، چرا که در واقع قاضی انگلوساکسون مشروعیت خود را بیشتر از انتخاب یا انتصاب تحت کنترل پارلمان کسب مینماید؛ حال آنکه قاضی رومانو-ژرمنیک این مشروعیت را پس از طی یک دوره آموزش خاص و ارگانیزه نوعاً "وسیله قوه مجریه با انتصاب وسیله این قوه و بدون کنترل پارلمانی تحصیل میکند.^{۲۷}

صرف نظر از اهمیت مباحث یاد شده، بنظر میرسد بررسی ساختار و سازمان یک نظام سیاسی حقوقی و دستگاه قضایی در درون آن و مقایسه و تطبیق آن با سیستمهای دیگر نمی تواند 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-بزعم برخی- جایگاه دستگاه قضایی نسبت به قوای مقننه و مجریه در رده پایین تری قرار گرفته است و یا در ایالات متحده قاضی دارای قدرت و اعتبار بسیار بالاست باید آنرا در روند تاریخی شکل گیری 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.^{۲۸}

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 نمی کند؛ صرف نظر گردیده و یا معادل مفهومی آن مورد استفاده قرار گیرد. همینطور در جهت هر چه روشنتر بودن متن، و در تبیین برخی از

اطراف دعوی و علنی بودن دادرسی در طی یک مهلت منطقی اشاره نموده است) با مرکز ثقل قرار دادن آن در امر توسعه حقوق بشر؛ بر نقش استقلال و بی طرفی قاضی و دادگاه، بیش از پیش تاکید نموده است.

^{۲۷} نگاه کنید به رفرانس مندرج در شماره ۲۱.

^{۲۸} اخیراً نویسنده مقاله دیگری در مجله حقوق عمومی فرانسه (شماره ویژه سال ۲۰۰۲) تحت عنوان قوه یا مقام قضایی تحریر نموده که در واقع خلاصه ای از مقاله حاضر به انضمام تغییرات جزئی است اما با عنایت به جامع تر بودن مقاله قبلی، ترجمه آن ترجیح داده شد بدیهی است به نظرات تکمیلی نویسنده در مقاله جدید اشاره خواهد شد.

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، 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 اوج گیری قدرت قاضی قانون اساسی را مورد مطالعه قرار داده است.

۱- قوه قضائیه^{۲۹}، مقام^{۳۰} [قضایی] یا سرویس عمومی دادگستری؟

در گزارش ژان پیک^{۳۱} به نخست وزیر فرانسه در سال ۱۹۹۴ آمده است:

« دادگستری ماموریت اصلی حاکمیت است. عدالت ارزش جوهری برای مفهوم دولت بوده و آنچه را که ما عادتاً بحران عدالت مینامیم یکی از خطرناکترین تجلیات بحران دولت است.» در واقع دادخواهی یکی از اولین ارجاعات به حاکم است که وی میتواند اینکار را مستقیماً، با خطر وجود حدی از اختلاط قوا، همانطور که سنت لویی در زیر درخت بلوطش^{۳۲} آنرا انجام میداده و یا بنام خود و وسیله نمایندگی با کلیه تشریفات مقتضی انجام دهد.

^{۲۹} در ادبیات حقوقی فرانسه پس از انقلاب ۱۷۸۹ بندرت از لفظ "قوه قضائیه" (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 قضاوت و دستگاه قضایی و متاثر از نظر مونتسکیو (که قدرت قضاوت کردن را هیچ فرض میکند و آنرا واجد قرار گرفتن در رتبه دو قوه دیگر نمی شمارد) سعی بر عدم دادن رتبه برابر به دستگاه قضایی در کنار سایر قوا بوده است.

در اینجا برای قوه قضائیه 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 دکتربین، 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 بیان 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 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 قاضی 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) گفته میشود. همینطور نگاه کنید به پاورقی شماره ۷۶.

مترجم.

^{۳۰} Autorité

^{۳۱} Jean picq

^{۳۲} 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

در هر حال دادگستری یک انحصار دولتی باقی می ماند (هیچکس نمیتواند "خود، عدالت را برقرار نماید"). در خصوص سازش، میانجیگری و یا داوریهای دیگر، آنها اعتبار امر مختوم ندارد. بعنوان مثال احکام داوریهای خصوصی پس از صدور حکم دادگاه لازم الاجرا میگرددند.

همچنین عدالت و دادگستری "سمبل خیر و نیکی اجتماعی است" که اعتبار آن عدم وابستگی آنرا اقتضاء میکند؛ 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 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 دعوی تا حدی در همه جا علامت تمدن بشمار می آید). 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 تاثیر قرار داده است.

ستاره کردن رسانه ای برخی از قضات، از یک سو، و فقر عمومی نهاد قضایی از سوی دیگر قادر به پاسخگویی صحیح به تقاضای عدالت متصاعد از بدنه اجتماعی نیست: بی تردید "قوه قضاییه" اگر وجود داشته باشد نه شایسته این افتخار بیش از حد و نه آن حقارت و تحقیر است. نگرانی های ناشی از ظهور یک "دولت قضات"^{۳۳} مطروحه در اینجا و آنجا وسیله سیاستمداران با استناد به مشروعیت انتخابیشان، فقط در راستای خط بد بینی طولانی در این حوزه [نسبت به قضات] درج میگردد^{۳۴}.

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"^{۳۵} بسیاری از قوانین اساسی فرانسه و کشورهای دیگر تعداد زیادی از مفاهیم دکترینال یا ناشی از موضع گیریهای سیاسی، ویژگی یک قوه واقعی را برای

^{۳۳} "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 راساً 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 تا کنون دستخوش تحول بنیادین نگردیده و از طرفی با وجود عبارات کلی در قانون اساسی، مشاهده میشود که قاضی امریکایی همواره و بویژه با استفاده از اصول کامن لو دارای قدرت زیادی در تفسیر قانون اساسی بوده است.

البته بنظر میرسد این قدرت دیوان در برخی از شرایط و اوضاع 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 قضیه *New deal* برخاست. اما در نهایت دیوان تسلیم موضع واحد رییس جمهور و کنگره گردید. بعنوان یک مثال اخیر میتوان به نقش نافذ و تعیین کننده قضات و دیوان عالی در قضیه بحران ناشی از انتخابات ریاست جمهوری سال ۲۰۰۰ امریکا اشاره نمود. مترجم.

^{۳۴} نگاه کنید به قسمت ب از بخش اول.

^{۳۵} La puissance de juger est en quelque façon nulle.

دادگستری انکار کرده تا آنرا در حد یک منصب یا مقام ساده [قضایی] و یا حتی یک سرویس عمومی دولتی تنزل دهند.^{۳۶} با وجود این بنظر میرسد چنین مفهومی در مقابل تحلیل های 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 شان

خواندن کتب راهنمای حقوق اساسی، حداقل فرانسوی، نشان میدهد که دادگستری فقط از جایگاهی محدود و محقر برخوردار است و مطابق فرمول اخیر اروه دو شارت^{۳۷} "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 میدهند. بعلاوه مفهومی که حکومت را فقط در بردارنده یک دسته از خدمات عمومی (ناشی از نفوذ دوگی و مکتب بوردو) میدانند این مقام را در ردیف یک سرویس ساده عمومی دادگستری تنزل میدهد.

۱- از یک قوه به یک مقام

اگر قانون اساسی ۱۷۹۱ فرانسه (مانند قوانین اساسی ۱۷۹۵ یا ۱۸۴۸) به قوه قضاییه اشاره میکند؛ همانطور که خواهیم دید این امر در جهت میل به مهار نمودن آن است؛ همچنانکه قسمت اول اصل ۳ قانون اساسی ایالات متحده مقرر مینماید که "قوه قضاییه امریکا به یک دیوان عالی واگذار میگردد" اما بدون اعطاء امتیاز تفسیر مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی؛ با این وجود، دیوان عالی ایالات متحده، خود، با حکم *Marbury v Madicon* در سال

^{۳۶} 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 بنظر میرسد در جهت انکار وجود یک سازمان و ساختار هم شایه سایر قوا، از بکارگیری عنوانی که در بر دارنده مفهوم ارگانیک مستقل ازدو قوه دیگر باشد خودداری شده است. مترجم.

^{۳۷} Hervé de Chartte

۱۸۰۳ این صلاحیت را برای خود در نظر گرفت. حتی در کشورهایی که قدرت قوه قضاییه نگرانی "دولت قضات" را ایجاد نموده است قضات در مقابل خواست قوای مقننه و مجریه تسلیم شده اند.^{۳۸}

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"^{۳۹} اشاره داشت. در مورد قوانین اساسی ۱۸۷۵ و ۱۸۵۲ یک سکوت پر معنی (باستثناء مقررات مربوط به دادرسی سیاسی) در 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"^{۴۰} باید مستقل باقی بماند."

این تعهد پر شور وسیله میشل دربه^{۴۱} ارائه کننده پروژه قانون اساسی به شورای دولتی در ۲۷ اوت ۱۹۵۸ مورد تایید 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 می بایست که اعمال و کارکرد های بنیادین قدرت، تقسیم شده باشند." اما ژنرال دو گل به هیچ عنوان این نظر را نداشت. وی با تئوریزه نمودن نظر خود در عباراتش) آنچه که برخی آنرا -این قدرت شخصی را- تقدیس نمودند) در کنفرانس مطبوعاتی ۳۱ ژانویه ۱۹۶۴ اعلام نمود:

"اقتدار غیر قابل تجزیه حکومت از طرف مردم که رییس جمهور را انتخاب نموده اند 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."^{۴۲}

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

دادگاه قانون اساسی (تیتز هفتم: شورای قانون اساسی) دادگاه سیاسی (تیتز نهم: دادگاه عالی عدالت که پس از اصلاحیه ۲۷ ژوئیه ۱۹۹۳ ذیل تیتز دهم تحت عنوان دادگاه عدالت جمهوری آمده است) دادگاه های اداری (مبنای آن بطور صریح در قانون اساسی ۱۹۵۸ درج نشده اما شورای قانون اساسی با ارجاع به مقدمه قانون اساسی ۱۹۴۶ به

^{۳۸} نگاه کنید به پاورقی شماره ۳۲.

^{۳۹} Fonction juridictionnelle.

^{۴۰} Autorité judiciaire

^{۴۱} Michel Derbé

^{۴۲} نقش و نفوذ ژنرال دو گل و دولتش 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-posignon « la notion de séparation des pouvoirs dans les travaux préparatoires de la Constitution de 1958 », LGDJ, 1993. مترجم.

یک "اصل بنیادین شناخته شده وسیله قوانین جمهوری" ^{۴۳} در اینمورد استناد نموده و استقلال این محاکم را اعلام مینماید) و بالاخره مقام قضایی (تیر هشتم؛ پروژه تجدید نظر مصوب ۱۰ مارس ۱۹۹۳ در شورای وزیران که قصد داشت عنوان "استقلال قضات" ^{۴۴} را جایگزین آن نماید؛ پس از تغییر اکثریت در مجلس دنبال نگرددید). بعنوان "نگهبان آزادی فردی، که استقلالش وسیله رئیس دولت (رئیس جمهور) تضمین میگردد.

۲- از مقام به یک سرویس عمومی

ریمون اودان نوشته است: "نمی توان گفت که در فرانسه یک قوه قضاییه 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." ^{۴۵} این امر که دادگستری یک سرویس عمومی بوده و حتی یک سرویس عمومی اداری، حد اقل، سه نتیجه دربر دارد:

از یکطرف دادگستری تابع اصول طرز کار کردیست که برای تمام سرویس های عمومی معتبر است: خنثی بودن، برابری (در دسترسی، نبود امتیاز و برتری در دادگاه و غیره) و استمرار ^{۴۶}. 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 ^{۴۷}.

^{۴۳} 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 بستگی 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) و شورا در موارد مختلف با استناد به آنها قانونی را رد کرده و یا پذیرفته است (اصطلاحاً "مجموع آنرا" بلوک کنترل مربوط به قانون اساسی) مینامند. در واقع از آن پس شورا برای پذیرش یا رد یک قانون مقرر عادی میتواند علاوه بر استناد به متن قانون اساسی به نرمهای دیگری که در پیش آمد در امر کنترل خود استناد نماید. همچنین نگاه کنید به پاورقی شماره ۹۳. مترجم.

^{۴۴} "De l'indépendance de la magistrature"

^{۴۵} Raymond Odent. Contentieux administratif, Les cours du droit, 1970-1971, Fascicule, II p.485.

^{۴۶} 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.

^{۴۷} 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)

در این خصوص و مطابق تقسیم صلاحیت انجام شده وسیله احکام مورخه ۲۷ نوامبر ۱۹۵۲ دادگاه تعارضات^{۴۸} و ۱۷ آوریل ۱۹۵۳ شورای دولتی، چنانچه دعوی مربوط به طرز کار کرد سرویس عمومی دادگستری باشد، یعنی در انجام کار قضایی بمعنی خاص خود) خارج از صلاحیت قاضی اداری است (در این خصوص دیوان نقض^{۴۹} - که در راس 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 مینماید.)

حال آنکه مطابق احصاء کمیسر دولت دو و ابر^{۵۰} در بیان نتایجش در دعوی فالکو^{۵۱}: در مواردیکه موضوع مربوط به سازمان محاکم عمومی بوده بویژه مسئله ایجاد محاکم، تقسیم آنها در کشور، سازماندهی کلی شان، انتصاب قضات و تمام آنچه که سازمان دهی سابق، 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^{۵۲} 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

Conseil d'Etat) در راس آنها و بدون هیچگونه اقتدار اصولی نسبت به یکدیگر قرار دارند؛ و در امر تعارض صلاحیت "دادگاه حل تعارضات" به آن رسیدگی می نماید. در واقع میتوان گفت، فرانسه تنها کشوری است که دوگانگی 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، تصمیمات محاکم عالی هر نظم قضایی مستقل، تحت کنترل یک مرجع قضایی واحد برای کلیه این مراجع قرار میگیرند.

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 میشده 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 اعضاء و آیین دادرسی، هنوز تا حدی آنرا متمایل 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

^{۴۸} 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

^{۴۹} Cour de cassation؛ معادل دیوان عالی کشور در ایران (با این تفاوت که مجمع اخیر عالیترین مرجع قضایی کشور بوده و در خصوص تعارض صلاحیت میان محاکم عمومی با دیوان عدالت، نظر دیوان عالی کشور ملاک قرار میگیرد. مترجم

^{۵۰} De Vabres، کمیسر دولت (Commissaire du Gouvernement) نوعاً عضو از محاکم اداری است که با توجه به کلیه جوانب یک دعوا نتایج خود در مورد دعوی، به همراه پیشنهاد در خصوص رای صادره در دادگاه، قبل از صدور حکم ارائه مینماید. وی همچنین در جلسه شور دادگاه جهت رای گیری - بدون حق رای - 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 بیطرفی بوده است. در واقع، وی را نوعی نماینده دولت میدانند. مترجم

^{۵۱} Falco

^{۵۲} همچنین شکایت از تصمیمات شورای عالی قضایی در امور انضباطی قضات، در صلاحیت شورای دولتی قرار دارد. مترجم.

است که همواره پذیرفته شده که این قوه تنها یک سرویس عمومی و مخلوق قوه مجریه است، و براین اساس تحت کنترل محاکم اداری قرار دارد.^{۵۳}

اگر [اصولا] 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 رای دادگاه (حکم ۱۹ دسامبر ۱۹۸۸ دادگاه تعارضات) تصمیمات مربوط به پلیس قضایی (حکم مورخه ۱۳ ژانویه ۱۹۹۲ در خصوص توقیف و بردن یک وسیله نقلیه به توقفگاه پلیس در جریان عملیات پلیس قضایی) تصمیمات در خصوص اجرای احکام قضایی (حکم مورخه ۹ نوامبر ۱۹۹۰ شورای دولتی) جاری است؛ 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 قرارداد شده است.^{۵۳}

بطور کلی مشاهده می کنیم که قاضی اداری تمایل به گسترش کنترل خود به طرز کار محاکم عمومی از طریق رسیدگی فرجامی در خصوص شرائط فردی قضات (در مورد امتیاز بندی آنها، ارتقاء، مجازات های انضباطی اعمال شده علیه قضات و 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 اداری است] اقتضاء میکند، شورای دولتی خود را صالح میدانند.

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 گردیده اند؛ 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 سنتی که به مونتسکیو میرسد، مشاهده می کنیم اما این دقیقاً "بدین علت است که نهاد قضایی یک قوه مجزا نیست.

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

^{۵۳} احکام مورخه های ۲۲ فوریه ۱۹۶۰، ۴ ژوئیه ۱۹۸۳ دادگاه تعارضات، ۸ دسامبر ۱۹۵۷ و ۵ فوریه ۱۹۷۱، ۱۷ دسامبر ۱۹۸۲، ۲۴ ژانویه ۱۹۸۴ شورای دولتی و ...

پس از ارسطو در "سیاست" و جان لاک در "رساله در خصوص دولت مدنی"، مونتسکیو در ۱۷۴۸ مفهومی از تفکیک قوا را در "روح القوانين" توسعه داد که نفوذ زیادی روی انقلابیون ۱۷۸۹، جانشینان آنها و در رابطه با جایگاه قوه قضاییه داشت.

۱- مفهوم مونتسکیو

در فصل ۶ از کتاب ششم اثر مشهورش، وی در جستجوی امنیت قضایی، تفکیک قوا را مانند خاکریزی در مقابل خود کامگی، اولین تضمین آزادی شهروندان میدانند. او در اینمورد قدرت قانونگذاری (عهده دار مقرر نمودن قواعد عمومی و غیر شخصی) قدرت اجرایی امور، که وابسته به حقوق افراد است (عهده 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"^{۵۴} و "هیئت منصفه"^{۵۵} راهنمای سازمان محاکم باشد؛ تا هر طبقه اجتماعی فقط وسیله همتایان خود و هیئت منصفه مورد قضاوت قرار گیرد (مردم توسط یک هیئت منصفه مردمی و اشراف وسیله یک هیئت منصفه اشراف). اما مونتسکیو از این عمل قضایی یک قوه واقعی مانند دو قوه دیگر نمی سازد:

"از سه قوه ای که بحث کردیم قدرت قضاوت کردن عبارتی هیچ است... قضات ملت فقط، زبانهایی هستند که عبارات قانون را بیان میکنند، موجودات بیحرکتی که نمی توانند قدرت و شدت قانون را تعدیل نمایند."

^{۵۴} La paierie

^{۵۵} Jury

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"^{۵۶} مجدداً به "حکومت قانونی"^{۵۷} "باز می‌گردد. عمل قضاوت کردن به اعمال سیستماتیک (قضات موجودات بی حرکت اند؛ ماشین‌ها) و استنباطی از قانون محدود می‌گردد؛ در حدیکه، همانطور که دوپور^{۵۹} بیان نموده: «رای یک پروسه قضایی، چیزی نیست جز یک قیاس که کبری آن "فعل"، صغری آن "قانون" و رای نتیجه آن است.»

در مجموع مسئله نقش قضات در رژیم قبل از انقلاب نیز موجب ایجاد مشکلاتی بوده است حتی بسیار قبل از مونتسکیو اما به دلایل متفاوت از نظر وی. لویی سیزدهم با الهام از ریشولیو^{۶۰}، در فرمان سنت ژرمن خود در فوریه سال ۱۶۴۱ «صریحا» دادگشایش 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"^{۶۱}) قرار داده، ممنوع نموده بود.»

همچنین میتوان تایید 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 می‌شده؛ که از میل به جلوگیری از

^{۵۶}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 ارگانیک آن محدود و مقید به قواعد ومقررات حقوقی (اعم از اساسی و عادی) میداند. در واقع دولت شخصیت حقوقی خود را از این بعد حقوقی کسب میکند. برخی صاحب نظران حقوقی (مانند کره 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 بنیاست 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 نرهای تالی از نرهای عالی تبعیت نمایند تا جاییکه به یک نرم بنیادین فرضی در خارج از این نظم حقوقی خواهیم رسید. مترجم

^{۵۷} Etat légal

^{۵۸} 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 ومقررات عادی و اساسی - بنوعی حکومت و حاکمیت قواعد حقوقی در کلیه شوون قانونگذاری، اجرایی و قضایی است که در آن، پارلمان نیز در قانونگذاری مکلف برعایت قوانین اساسی است و همانطور که شورای قانون اساسی در یک از تصمیمات خود اعلام نموده: "قانون [عادی] بیان خواست عمومی است مشروط برعایت قانون اساسی". مترجم

^{۵۹} Duport

^{۶۰} Richelieu (1642-1۵۸۵) 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 اینکار وی اقدامات مهمی چون مبارزه علیه اشرافیت، منع دول، توسعه صنعت و تجارت دریایی و ایجاد آکادمی فرانسه را انجام داد. مترجم

^{۶۱} 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

خودکامگی قضات (مونتسکیو). بایست اشاره نمود که هر چند قضات رژیم سابق از طریق نمایندگی شاه به عمل قضایی مبادرت میکردند، اما تا حدی از استقلالشان سوء استفاده نمودند. با ساختن یک کاست بسته- شرافت لباس - قضات بطور غیر قانونی، 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- اعمال نظریه مونتسکیو وسیله دکترین انقلابی

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 ردهای بسیار پایین تر از عمل قانونگذاری و اجرایی قرار دادند (هر دو قوه قضایی و اجرایی مطمئناً مامور اعمال و اجراء قانون بوده اما قضات نمی توانند آنرا از طریق آیین نامه انجام دهند).

همینطور انقلابیون بطور ویژه ای نسبت به این طبقه قضایی^{۶۲} نامطمئن بودند. پس از قوه مقننه، در مورد قوه مجریه (اگرچه موضوع کم اهمیت تر 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 ماموران اداری را بعلت اعمالشان احضار نمایند." این ممنوعیت - که بعداً ریشه ایجاد قاضی اداری از خود اداره و همینطور سیستم فرانسوی دوگانگی سیستم قضایی گردید - در ماده ۳ قانون اساسی ۵ سپتامبر ۱۷۹۱ و سپس در فرمان ۱۶ فروکتیدور سال سه^{۶۳} (۱۷۹۵) مجدداً تکرار گردید.

^{۶۲} دانتون، وزیر دادگستری را "بلا و مصیبت نوع بشر" دانسته است. شاپولیه رویه قضایی را "منفورترین نهادها" ارزیابی ورده و روبیسپیر با عنایت به اینکه "رویه قضایی چیزی نیست جز قانون"؛ تا جایی پیش میرود که خواستار حذف این لغت میشود. در این راستا برگاس در ۱۷ اوت ۱۷۸۹ این آرزو را بیان ورد: "اعضاء قوه قضاییه به هیچ عنوان در عمل قانونگذاری شرکت نکرده؛ سهمی در اینباره از قانون نداشته و به هیچ عنوان، هیچ نفوذی در شکل گیری قانون ندارند".

در ۲۳ مارس ۱۷۹۰ توره یاد آوری نمود که: "ملتی که عمل قانونگذاری را وسیله مجمع دائمی نمایندگان انجام میدهد نمی تواند به محاکم مجری این قوانین اقتدار و آزادی تجدیدنظر در این قوانین را بدهد."

^{۶۳} این تاریخ براساس تقویم جمهوری است که مطابق تصمیم اکتبر ۱۷۹۳ مجمع ملی، تاریخ ۲۲ سپتامبر ۱۷۹۲ بطور قهرایی (یعنی یک روز پس از انحلال پادشاهی در فرانسه براساس تصمیم مجمع ملی در ۲۱ 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

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 عهده دار قضاوت کردن کار قضاوت و نقض تصمیمات قضایی مخالف صریح قانون (تنها منع 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 مقرر قانونی، دیوان نقض باید از طریق درخواست فوری اقدام به اخذ نظر تفسیری قانونگذار از قوه مقننه (بر اساس 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 (بر اساس ماده مذکور قاضی که از رسیدگی به دعوی با استناد به سکوت یا روشن نبودن قانون و یا عدم کفایت آن استتکاف نماید ممکن است به عنوان مجرم استتکاف از دادرسی، مورد تعقیب قرار گیرد). چرا که این امر منبع ترافیک و بطور خلاصه اختلاط قوا بوده است (قانون گذار وسیله چنین تفسیری در هیئت قاضی ظاهر میگردد).

برخلاف آن در سیستم معاصر انگلیسی اینچنین نیست؛ بویژه وسیله تفسیر قانون ۱۹۷۸ که قواعد عمومی مربوط به تفسیر مفهوم کلمات استعمال شده در متون قوانین را برای قضاوت فراهم نموده است.^{۶۴} چنانچه ممنوعیت در نظر گرفته شده برای قضاوت در ماده ۵ قانون مدنی در " صدور رای در قالب مقرر عام یا آیین نامه ای بر اساس مبانی که آنها تابع آن هستند"^{۶۵} ممنوعیت اشاره شده در ماده ۱۲۷ قانون جزا ۱۸۱۰ در خصوص دخالت کردن در کار قوه مقننه؛ یا ضرورت مستدل بودن آراء قضاوت (یعنی توجیه تفسیر از مقرر قانونی، که قضاوت خادم آن هستند) و یا همینطور در حال حاضر امر جستجوی قصد قانونگذار در مشروح مذاکرات پارلمان هنگامیکه متن قانونی وضوح کافی ندارد؛ را اضافه نماییم؛ تمام وزن این واقعیت (یعنی تقدیس قانون^{۶۶}) و محور گرایی قانون^{۶۷} رادر خواهیم یافت.^{۶۸}

بعلاوه تفوق قانون، وسیله دادگاههای انقلابی بطور کامل مورد تایید قرار می گیرد. بعنوان اولین نمود آن میتوان به حکم مورخه ۱۸ فروکتیدور سال پنج^{۶۹} (۱۷۹۸) اشاره کرد که مطابق آن: " عبارات مطلقه که به

^{۶۴} *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): بر اساس آن قاضی تفسیری را از یک متن قانونی ملاک قرار میدهد که حداقل ابهام را داشته یا کمتر غیر منصفانه باشد (بر خلاف قانون ناعادلانه یا غیر منصفانه رایج میگیرد. در پرونده *Re Sigsword* در ۱۹۳۵ قاضی با استناد به *Common law* که ارث بردن یک پسر قاتل مادرش را از وی ممنوع می نمود؛ برخلاف قانون رایج در خصوص ارث تصمیم گرفت. همینطور دیوان عالی ایالات متحده در ۱۸۸۹ و در پرونده *Elmer* حکمی مشابه را صادر نمود. ^{۶۵} ممنوعیت صدور احکام آیین نامه ای: قضاوت بایست به تسری حکم عام [یعنی قانون] که خواست عمومی بیان شده وسیله نمایندگان ملت است؛ به مورد خاص، قناعت نمایند.

^{۶۶} *Culte de la loi.*

^{۶۷} *Légicenttrisme.*

^{۶۸} بر اساس این 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 نمی شد. مترجم

^{۶۹} نگاه کنید به پاورقی شماره ۶۲.

ممنوعیت محاکم عمومی در توقف و اجراء قانون، حکم نموده؛ نمی تواند هیچگونه استثناء و دستاویزی را در این خصوص مجاز شمارد."

بنظر میرسد در این باره نظریه مونتسکیو بطور کامل دریافت شده است:

براساس این سنت لیبرال و انقلابی و، کمی بعد، جمهوری خواه^{۷۰}، وجود "قوه قضاییه" مورد شناسایی قرار نمیگیرد؛ بلکه حد اکثر یک منصب قضایی یا یک سرویس عمومی (تقریباً) مانند سایر سرویسهای عمومی وجود دارد. برخی حوادث اخیر در مورد رابطه قضاوت با سیاست، نشان دهنده است که نگرانی و ترس از "دولت قضاوت" همیشه بیش از آنچه که در حقیقت امروزه بطور نسبتاً^{۷۱} وسیعی کهنه شده است؛ وجود داشته است.

پ - نگرانی باقیمانده از "دولت قضاوت" مانع از ارتقاء قضاوت در ردیف یک قوه واقعی نشده است.

در خط مونتسکیو سیاستمداران معاصر فرانسه و سایر کشورها به امتناع خود از قایل شدن حداقل یک دستگاه مقتدر برای محاکم و قضاوت ادامه میدهند؛ آنچه که در واقع، بهیچ عنوان مانع از اینکه، قضاوت بخوبی یک نقش نرماتیو مهم را انجام دهند، نشده است.

۱- یک قوه قضاییه همواره رد شده

با تایید این مطلب که مطابق فرمول پیر دره^{۷۲} "در کشور ما در اعماق وجدان مردمی (همینطور در مورد نمایندگان مردم) یک عدم اعتماد کهنه نسبت به قضاوت باقی مانده است"؛ در این موضوع میتوان گزیده کوچکی از نوشته های اخیر از افقهای سیاسی کاملاً^{۷۳} متفاوت را مطرح نمود. بعنوان مثال در مورد کنترل مطابقت مقررات عادی با قانون اساسی میتوان به تردیدهای کسانی چون شارل مورا^{۷۴} یا لئون بلوم^{۷۵} اشاره نمود. از نظر اولی "آیا یک دولت انتخابی، یک دولت افکار عمومی، میتواند در تعارض جدی با قضاوتش باشد؟ عبارت دیگر یک قدرت قابل تجدید نظر که تمام اقتدار دوره ای اعطاء شده به خود را از تجدید اعتماد افکار عمومی دارد میتواند با مورد قضاوت واقع شدن خود موافق باشد؟... خیر آن ممکن نیست. این نیست و نخواهد بود."

^{۷۰} Républicaine.

^{۷۱} Pierre Drai.

^{۷۲} Charles Maurras.

^{۷۳} Léon Blum.

بوم که در سال ۱۹۴۶ و در جریان پیشنهاد قانون مربوط به کنترل مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی سخنرانی مینمود معتقد بود: " در مورد این نهاد^{۷۴} چیزی مرا شوکه میکند. درک نمی کنم 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 می بینم."

نزدیک تر به ما، به مناسبت دویستمین سالگرد دیوان نقض در ۳۰ نوامبر ۱۹۹۰ رییس جمهور میتران مواجه با اولین نشانه های قیام قضات در فرانسه، سعی نمود تا با عبارات روشن آنها را در جایگاه خودشان قرار دهد:

" 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"^{۷۵} که با پارلمان های رژیم سابق^{۷۶} ناپدید گردید. "همینطور 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 بین المللی منبع حقوق است. چنانچه نظارت در امر رعایت این نرمها، تفسیرشان و یا گاهی پر کردن خلاء ها یا حتی فقدان آنها، به عهده قاضی گذارده شده؛ این موضوع فقط بایستی با رعایت مصلحت، فروتنی و اعتدال، بویژه هنگامیکه وی اعلامیه های حقوق - که اصولا دارای ماهیت عام هستند- را اعمال میکند. اعمال حاکمیت ملی وسیله مجالس انتخابی و اصل تفکیک قوا اقتضاء دارد که قدرت وسیع تفسیر این اصول برای قانونگذار برسمیت شناخته شده باشد. در مقابل

^{۷۴} منظور اعمال کنترل مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی بطور کلی، و بویژه وسیله یک ارگان قضایی است.

^{۷۵} بر اساس این حق، در رژیم سابق (قبل از انقلاب) محاکم و مجالس میتوانستند نسبت به نارسایه های مقررات و فرامین صادره از سوی پادشاه اظهار نظر کنند. اما در شرایط حاضر و بدور از فضای دیکتاتوری و خود کامگی و با اقتدار و استقلال کامل پارلمان در تصویب قانون، وجود چنین

حقی برای قضات (از نظر رییس جمهور) منطقی بنظر نمی رسد. مترجم

^{۷۶} Ancien régime (منظور رژیم های قبل از انقلاب ۱۷۸۹ است).

نمایندگان ملت، قاضی (عمومی، اداری، یا اساسی^{۷۷}) نه در هیئت قانونگذار [عادی] و نه در قامت قوه موسس^{۷۸} ارتقاء نمی یابد.

در آخر و برای پایان دادن به این مجموعه که میتواند وسیعتر باشد؛ به حرفهای شارل پاسکو وزیر سابق کشور اشاره می نمایم؛ از نظر وی: "آشکارا از میان دیگرهوی 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"

^{۷۷} 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 اعلا نظر میکند - و ...)؛ که عهده دار 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 نوعا" دارای سابقه حقوقی می باشند. 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 بعضا" وسیله صاحب نظران دفاع شده است) کلیه نهادها و ارگانهای عهده دار این صلاحیت ها را نوعا" بعنوان دادگاه قانون اساسی تلقی مینمایند و اینکه نام این نهاد در کشورها و سیستم های حقوقی مختلف دارای پیشوند شورا، دیوان یا دادگاه باشد در ماهیت یکسان کار اصلی آنها تفاوتی ایجاد نخواهد کرد. (صرف نظر از بحث های تئوریک 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 نوعا" قبل از لازم الاجراء شدن قانون یک نهاد مستقل از دستگاه قضایی؛ بطور متمرکز و انحصاری اقدام به انجام آن مینمایند؛ حال آنکه برخلاف آن در سیستم امریکایی، نوعا" پس از لازم الاجراء شدن قانون، قضات و محاکم عمومی در سطوح مختلف و بطور غیر متمرکز در ضمن رسیدگی به دعاوی و بمناسبت وجود یک موضوع مربوط به قانون اساسی این کنترل را انجام میدهند. البته در خصوص اختیارات و صلاحیتهای این ارگانها (که کنترل فوق الذکر بخش اصلی آن است) با توجه به اینکه در مدل امریکایی باشیم یا مدل اروپایی (کلسنین)، در یک سیستم فدرال یا غیر فدرال باشیم، یا اینکه 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 تفاوت هایی وجود دارد. یاد آور میگرد که سیستم کشور ایران متأثر از مدل کلسنین (اروپایی) که وجود یک نهاد در خارج از دستگاه قضایی را پیش بینی نموده، میباشد. باید اضافه کرد بحث هایی 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، صلاحیتهای، 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 آنست تا بزودی به زبان فارسی برگردانده شود.

^{۷۸} Pouvoir constituant، منظور مجلس تدوین و تصویب قانون اساسی (Pouvoir constituant originaire) مجلس موسسان و یا شورای بازنگری و تجدید نظر در قانون اساسی (Pouvoir constituant dérivé) است. مترجم

امروزه بایستی برای همه روشن باشد که قاضی یک ماشین اعمال قانون بطور مکانیکی و برده وار نیست؛ هر چند که اتفاق میافتد که قاضی نقش نرماتیو واقعی خود را با مورد قضاوت قرار گرفتن در پشت افسانه "دهان قانون" پنهان نماید. همانطور که در این مفهوم ژرو دو گئوفر^{۷۹} آنرا از پرادل^{۸۰} نقل نموده است:

"دادگستری یک صلاحیت نرماتیو گسترده را در حقوق داراست... و آنرا بطور موثر اجراء مینماید [اما] از اعتراف به وجود این قدرت خودداری میکند. دادگستری مطیع قدرت سیاسی بوده و امتناع نمودن را بهیچ عنوان نمی شناسد...؛ و آشکارا "نه بردگی خود را" (نسبت به آن) که فاقد هرگونه مبنای حقوقی است) بلکه انقیاد در برابر قواعد نوشته را اعلان مینماید...؛ 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 میدهد که قاضی قانون را در اعمال "پیشداوری"^{۸۱}، و یک "پیش فهمی"^{۸۲} - همانگونه که هانس گئورگ گادامر^{۸۳} بیان میکند - تفسیر میکند (همانطور که دیوان عالی ایالات متحده موقعیت خود بعنوان قوه قضاییه را عهده دار شد البته بقول توسیدید^{۸۴} دیوان عالی خیلی تند رفت). در واقع قاضی رویه قضایی و دکتریش را نسبت به یک پروژه مسبق [به قانون آنگونه که قاضی آنرا تفسیر و اجرا میکند] انتخاب می نماید. از آن زمان قانون دیگر یک متن مقدس نیست که نبایستی آنرا باز نمود: خیلی سریع مشاهده میشود 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؛ مقرره نرماتیو واقعی، بطور مشخص، در تفسیری که قاضی از آن بدست میدهد ماندگار میشود.^{۸۵}

^{۷۹}Géraud de Geouffre

^{۸۰} Pradelle

^{۸۱} préjugé

^{۸۲} Pré-compréhension

^{۸۳} Hans-Georg Gadamer

^{۸۴} Thucydide

^{۸۵} البته بنظر میرسد که نبایست در خصوص چنین قدرت تفسیری مبالغه نمود؛ چرا که در مرحله اول، این مقامات و ماموران قوه مجریه یا افراد روابط خصوصی خود هستند که در اعمال و اجرای قانون با تفسیر خود آنرا داری 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 ارایه 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 - با عنایت به مقررات هر سیستم حقوقی - از پارلمان استفسار گردد؛ با توجه به اینکه تفسیر پارلمان در حکم قانون است؛ این امر محدود کننده تفسیر قاضی خواهد بود. در هر حال، نوعاً در کشورهای با سیستم حقوق نوشته (علیرغم نزدیکی تدریجی و متقابل دو سیستم کامن لا و رومانو-ژرمنیک)

این قضیه مشهور که فرض میشود که قانون بطور مکانیکی اعمال میگردد؛ در واقع به این معنی که قانون بر قاضی تحمیل گردد نیست؛ همانطور که میشل تروپه^{۸۶} آورده است: این قاضی است که با معنی دادن به آن وسیله تفسیر آنرا ایجاد مینماید. در واقع این قاضی است که کبری و صغری استدلال قیاسی خود را تعیین میکند؛ این باز آفرینی حقوق وسیله قوه قضاییه است. در این مفهوم/اسپیتر بنقل از/سقف هوادلی^{۸۷} آورده است:

« کسی که قدرتی مطلق در تفسیر هر نوشته یا بیان حقوقی دارد؛ تقریباً " این شخص، همان قانونگذار^{۸۸} حقیقی است.»^{۸۹}

در مورد قاضی اساسی (کلسن^{۹۰} وی را " نهاد قانونگذاری جزئی " ^{۹۱} شمرده؛) اگر این نهاد نمیتواند قانونگذاری نماید حداقل مجازبه از بین بردن آن (رد کردن قانون عادی) است. در واقع، با توجه به اینکه در کشورهای که حکومت قانونی به بطور کامل به حکومت قانون تبدیل شده،^{۹۲} دو مفسر همکار در تفسیر خواست

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، محدودیت های برشمرده در مورد قاضی قانون اساسی وجود ندارند. اگر چه قضات عادی (بخصوص در سیستم های حقوقی که موضوع کنترل مطابقت مقررات تالی با قانون اساسی منحصر به صلاحیت یک نهاد خاص بنام دادگاه یا شورای قانون اساسی نبوده و دادگاه های 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 سیستم های حقوقی - حداقل 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 جنبه های مختلف سیاسی اجتماعی و... (و تحول همواره این جنبه ها در طول زمان)، در مسایل مربوط به قانون اساسی (مانند قوانین عادی)، بنظر میرسد پذیرش قدرت تفسیر " واقع گرا" 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 پیش گیری بنیادین از خود کامگی قاضی اساسی، دمکراتیک نمودن نحوه انتخاب اعضاء، و توجه به ساختار و تشکیلات و نحوه فعالیت آن است، که تاحدی ضامن رعایت محدودیتهای های برشمرده در جهت استاندارد نمودن عمل تفسیر نیز هست. مترجم.

^{۸۶} Michel Troper

^{۸۷} Evêque Hoadley

^{۸۸} Law-giver

^{۸۹} نگاه کنید به پاورقیهای شماره ۱۴، ۱۵، ۱۸ و ۸۴

^{۹۰} حقوقدان بزرگ اتریشی که بنیان گذار 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 کلسن (یا اروپایی) مینامند. مترجم

^{۹۱} Organe législatif partiel.

^{۹۲} نگاه کنید به پاورقی شماره ۵۷ .

عمومی (قانون) وجود دارد (پارلمان که قانون را تصویب مینماید و قاضی اساسی که آنرا واجد معنی میکند)^{۹۳} امروزه متخصصین حقوق اساسی بر صلاحیتهای بسیار فراتر از این برای دادگاههای قانون اساسی نیز اتفاق نظر دارند. فراتر از آن قاضی اساسی تا مرحله اعمال حقوق متعدد نا نوشته پیش رفته است. مثلاً "در ایتالیا براساس ماده ۲ قانون اساسی (که با بیان غیر حصری، حقوق غیر قابل نقض بشر را تضمین مینماید) قاضی اساسی اقدام به این امر مینماید. در فرانسه شورای قانون اساسی از طریق ارجاع به "اصول بنیادین شناخته شده وسیله قوانین جمهوری"^{۹۴} عمل میکند. اگر چه شورا، به این امر که این اصول (بنیادین، عالی، عام و غیره، هم ارز قانون اساسی) را از خود جعل ننماید؛ توجه نشان میدهد، اما آنها را از روح قوانین استخراج مینماید. برخی مانند رولان دورکین^{۹۵} این حقوق نانوشته را به "ستون های حقوق" تشبیه میکنند که بلطف آن قضات پاسخهای مناسب در خصوص سؤالاتی که از ایشان پرسیده میشود (بر خلاف مدل پوزیتیویست) در میانند.

در رابطه با قاضی اداری، *مارسل والین*^{۹۶} قدرت نرماتیو قاضی را براساس ایده "مشروعیت بخشیدن ضمنی قاعده ناشی از رویه قضایی وسیله قانونگذار" مشروع شمرده است؛ و همینطور از سال ۱۹۵۸ بر اساس شناسایی یک قدرت آیین نامه ای مستقل^{۹۷}. در همین راستا *پیر دل ولوه*^{۹۸} معتقد است که چنانچه قاضی انتخاب های قانون گذار را محترم میشمارد، هنگام کنترل اعمال آنها، وی درمقابل این انتخاب ها منفعل باقی نمانده و از طریق تفسیرشان (

^{۹۳} با عنایت به اینکه در کشورهایی مانند فرانسه، کنترل مطابقت قوانین عادی (جز مورد قوانین ارگانیک که بطور اتوماتیک انجام میگردد) براساس درخواست برخی مقامات (رییس جمهور، نخست وزیر و یا شصت نماینده) صورت میگیرد؛ و بنا بر آن بسیاری از قوانین تحت تفسیر قاضی اساسی قرار نمی گیرند؛ قلمرو این تفسیر نسبی و محدود خواهد بود. مترجم

^{۹۴} این اصول که در مقدمه قانون اساسی ۱۹۴۶ (با ارجاع از مقدمه قانون اساسی ۱۹۵۸) بدون احصاء مصادیق مورد اشاره قرار گرفته است؛ مربوط به قواعد مندرج در برخی از قوانین جمهوری قبل از سال ۱۹۴۶ است که وسیله قاضی اساسی مورد شناسایی قرار میگیرد در این مورد میتوان به مواردی چون "آزادی انجمن" براساس تصمیم ۱۶ ژوئیه ۱۹۷۱، "حقوق دفاع" (در دعاوی) تصمیمات متعدد، بویژه تصمیم ۱۳ اوت ۱۹۹۳، "آزادی فردی" تصمیم ۱۲ ژانویه ۱۹۷۷، "آزادی آموزش و عقیده" تصمیم ۲۳ نوامبر ۱۹۷۷، "استقلال محاکم اداری" تصمیم ۲۲ ژوئیه ۱۹۸۰ و غیره، شورای قانون اساسی اشاره نمود. در واقع شورای قانون اساسی این اصول را در مجموعه نرمهای مرجع در کنترل مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی قرار داده است. از نظر جورج وودل (Georges Vedel) حقوقدان بزرگ فقید؛ علت این امر که قانونگذار اساسی در ۱۹۴۶ و ۱۹۵۸ این اصول در قانون اساسی درج نموده است؛ (البته این اصطلاح بدون اشاره به مصادیق در مقدمه قانون اساسی ۱۹۴۶ آمده است و با ارجاع مقدمه قانون اساسی ۱۹۵۸ این شورای قانون اساسی بود که اعتبار حقوقی آنرا در ردیف قانون اساسی ارزیابی نمود) را اعمال بی وقفه 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 نماید. این امر و اینکه حدود و ثغوری برای این قدرت شورا در کشف این اصول پیش بینی نشده است؛ محل انتقاد برخی از حقوقدانان بوده است. همینطور نگاه کنید به پاورقی شماره مترجم

^{۹۵} Ronald Dworkin

^{۹۶} Marcel Waline

^{۹۷} بنظر میرسد اشاره نویسنده در اینجا به ایجاد قدرت آیین نامه ای 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 آیین نامه است. مترجم

^{۹۸} Pierre Delvolvé

مثلاً " در دعوی ابطال [آیین نامه اجرایی] یا اعطاء احتمالی ضرر و زیان در دعوی مسئولیت - همینطور مسئولیت ناشی از قوانین - نقش خود را اعمال میکند.

در واقع برای قاضی، بین شکافها و روزنه های قانونگذاری تعداد نسبتاً " زیادی از " فضاهای آزادی " وجود دارند که وی بطور آزادانه^{۹۹} (اجبار قاضی در مستدل بودن تصمیماتش مانع از خود کامگی 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 همینگونه 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 زمان کنونی 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 مبنای وجود حق (و حتی تکلیف) تفسیر قانون برای هر قاضی اداری یا عمومی - هنگامیکه 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 بین المللی فرانسه آمده است؛ [صورت میپذیرد].»

در مورد قاضی کیفری، وی یک حاشیه مانور مهم بمنظور شخصی نمودن مجازات ها نسبت به اشل عام و غیر شخصی پیش بینی شده وسیله قانونگذار، را در اختیار دارد (قانونگذار بطور منظم به کاهش دادن این حاشیه مانور قاضی نظر دارد^{۱۰۰}).

همینطور قاضی اداری از سال ۱۸۷۲^{۱۰۱}، حکم به حکم، بنیاد بنای ناشی از رویه قضایی [در حقوق اداری] که سازمان دهنده روابط فی مابین ادارات و افراد و یا بین خود ادارات بوده است را ایجاد نمود^{۱۰۲}. با فقدان متون قانونی

^{۹۹} Discretionnairement

^{۱۰۰} در رعایت اصل تفسیر مضیق مقررات جزایی. مترجم

^{۱۰۱} از این تاریخ سیستم دادرسی محفوظ (justice retenue) که تا آنزمان جریان داشت به سیستم دادرسی نمایندگی (justice déléguée) تغییر کرده و براساس سیستم اخیر، محکمه اداری (شورای دولتی در آن زمان) در امر رسیدگی به دعاوی مربوط به دولت، خود راساً حق اقدام به صدور رای را پیدا کرد. در واقع با این تحول شورای دولتی بطور تدریجی اقدام به طرح ریزی حقوق اداری از طریق رویه قضایی نمود. مترجم

^{۱۰۲} 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 برسمیت 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

مناسب، قاضی اداری در ایفاء یک نقش عالیرتبه، (بعنوان مثال ضمن شناسایی " اصول کلی حقوقی " با همان ارزش حقوقی،) متناسب با فرصت ها، در ابتداء در اوضاع و احوال نادر و بحث نشده (برابری، آزادی، امنیت در روابط حقوقی) سپس بعنوان روش مناسب جهت یافتن راه حل منصفانه برای چنین و چنان دعوی تردید نشان نداده است.